

# 劳动合同法视角下的劳动用工风险防范

吴茂伟 周晓娟

**摘要** 劳动用工风险存在于劳动用工的全过程,包括招聘、劳动合同订立、日常管理,其中又存在一些高风险点,这就要求规范劳动用工,防范和化解劳动用工风险,从而尽可能避免劳动纠纷的发生和陷入漫长的劳动仲裁、诉讼司法程序之中。

**关键词** 劳动 用工风险 劳动合同法

**作者简介** 吴茂伟,中国电视电声研究所人力资源处;周晓娟,北京市丰台区人民检察院。

**中图分类号** D922.5

**文献标识码** A

**文章编号** :1009-0592(2015)04-257-02

人力资源是企业的第一资源。在思索如何更好发挥人力资源效用这个问题时,从劳动关系管理的角度出发,有效避免劳动用工风险发生应是增强人力资源利用效用的题中之义。法律作用于人力资源主要在于“事前”,笔者从法律专业知识和劳动关系管理实践出发,结合劳动用工实际,对劳动用工风险防范进行基本探讨。

## 一、如何正确理解劳动用工及劳动用工风险

### (一)劳动用工及劳动用工风险的基本含义

劳动用工是指单位与劳动者基于劳动合同(或其他协议),劳动者在单位管理下提供有偿劳动。从用工性质可以分为两大类:一类是基于用人单位与劳动者签订劳动合同,劳动者作为用人单位的成员提供用工;另一类是基于某种劳动协议而产生的用工,如劳务派遣协议等。需要说明的是这里所说的劳动用工均是劳动合同法规制下的劳动用工区别于合同法规制下的劳务派遣用工。

劳动用工中的风险是从合规性角度说的,是指用人单位在劳动用工的过程中,违反劳动方面法律法规的规定,存在发生劳动纠纷的可能性。劳动用工风险与劳动关系管理中法律意识淡薄,流程操作不规范、不合法有直接的关系。劳动用工中的风险贯穿于劳动用工的全过程。

### (二)劳动用工风险产生的原因

劳动法律法规作为一个相对独立的法律系统,相比其他的法律规范,可谓繁杂。除了劳动法、劳动合同法、数个主要的司法解释外,还拥有大量的法规规章、批复、解释、通知等等,如果从社会保障法的角度,则是更加繁杂。劳动用工环境的不断变化给劳动用工带来新的挑战。

一是劳动合同法的实施给劳动用工格局产生了重大影响。新的劳动合同法实施极大提高了劳动者法律地位,对原有的劳动用工格局产生了重大影响,也是对传统劳动用工思维的巨大冲击。新的劳动合同法虽然已经实施多年,很多用人单位的用工思维却并没有完全转变,导致对劳动用工的风险漠视和估计不足。

二是劳务派遣的大量使用对用工单位提出了新要求。劳务派遣的大量使用,尤其是外地劳务派遣的使用缺乏相应的经验,因此,如何更好协调三方关系,加强管控的力度摆在了面前,同时《劳动合同法》规定用工单位承担连带责任,明显加重了用人单位的法律责任,用人单位无法事先控制自身风险。

三是相关工作人员缺乏对劳动合同法律规范和相关知识的系统的了解。缺乏对劳动合同法律规范的了解,容易导致劳动合同的管理过程中,不遵守规范的流程和程序,不注重证据的收集,时间久了也容易发生劳动用工风险。

## 二、劳动用工风险点分析

劳动用工风险防范首先应做到的是对风险点的识别,只有

对劳动用工的风险点进行准确的识别,才能有效规避劳动用工风险的“陷阱”。首先,熟悉劳动方面的法律法规以及相关案例,同时注重对日常工作经验的积累和总结,只有这样才能对劳动用工的风险点有一个比较清晰的框架性的认识。其次,对劳动用工的高风险点和低风险点的识别。区别的意义在于对于劳动用工的高风险点在处理过程中要更加谨慎和关注,而对于低风险点也并非等闲视之,也应审慎。最后,善于分析劳动关系主体的利益动机。劳动纠纷的发生究其根源在于劳动关系双方利益的差异性。劳动关系双方有时存在不同的利益导向,并展开博弈,从用人单位的角度,就是要在合规和保障劳动者基本权益的前提下,保障用人单位用工权利和有序的劳动关系。

劳动用工风险存在于劳动用工的全过程,概括起来,主要体现在以下几个方面:

### (一)招聘风险

招聘风险大概包括招用未成年工、招用的人员尚未与其他用人单位解除或终止劳动合同、违反如实告知义务、劳动者提供虚假证明、违法收取保证金等。招聘过程的高风险点主要在于如实告知义务。《劳动合同法》第8条规定:“用人单位招用劳动者时应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况。”对于用人单位来说,如实告知是一项主动义务,也就是说即便劳动者没有提出告知要求,用人单位也要主动告知,告知的内容包括劳动者的劳动条件、工作地点、工作环境等等。实践中往往有用人单位因为认为没有告知必要而告知甚至进行故意隐瞒,这样在签订劳动合同后,往往会陷入由于“欺诈”带来的风险,即在劳动者提起诉讼时可能面临败诉。

### (二)合同订立风险

对于用人单位和劳动者来说,劳动合同是规范二者之间权利义务的最重要协议,而在合同的订立过程中,往会有未及时订立或续签、试用期、违约金、保密、竞业禁止等一系列的风险。有些用人单位为达到节约用工成本的目的,不与劳动者签订书面劳动合同,以此作为不为劳动者缴纳社会保险的依据,并认为这种情况下无法确认与劳动者的劳动关系,可以对劳动者随时予以解雇。但实际上这种不签订合同的行为会给用人单位带来极大的风险。《劳动合同法》明文规定:“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。如果用人单位不与劳动者订立书面劳动合同,需承担相应的法律责任。”根据《劳动合同法》的规定,用工单位与劳动者未订立书面的劳动合同,自用工之日起超过一个月但不满一年的,应当向劳动者支付双倍工资;满一年的则视为双方已订立无固定期限劳动合同。

(下转第264页)

257

## 学术前沿

额 应为其法定继承份额的三分之一。

4.特留份扣减权。扣减权是指当被继承人的遗赠行为导致其遗产的分配不足法定份额时 特留份权利人可以向法院请求就不足部分从遗赠财产中予以扣除的权利。扣减权行使主体应为特留份权利人 ,其标的为被继承人生前赠与和遗赠赠与部分 ,公益性赠与应当除外。扣减权的诉讼时效为 1 年 ,即自特留份权利人知道或应当知道有行使扣减权事由之日起一年内行使该权利。此外 ,扣减顺序为 :对遗赠的财产首先进行扣减 ,若数额不足的 ,再对生前赠与的财产进行扣减 ,此时遵循“后先”的顺序 ,即从最后赠与的财产开始扣减。对其生前赠与财产的扣减 ,也必须限制在一定期限内。

5.特留份权利的丧失。由于目前法律规制的空白 ,我们可以参照《继承法》第七条关于剥夺继承人合法继承权的规定 :“继承人有下列行为之一的 ,丧失继承权 : (一)故意杀害被继承人的 ; (二)为争夺遗产而杀害其他继承人的 ; (三)遗弃被继承人的 ,或者虐待被继承人情节严重的 ; (四)伪造、篡改或者销毁遗嘱 ,情节严重的。”

### (三)设立共同遗嘱制度

目前我国共同遗嘱制度仅在《遗嘱公正法》中有所规定 ,因此应当在法律规定层面对遗嘱继承进行引导。具体分为以下几方面 :

1.明确共同遗嘱范畴。法律应明确规定共同遗嘱(主要是实质遗嘱)范围。(1)关联遗嘱 即遗嘱人之间以对方的遗嘱内容为前提条件 ,双方均指定遗产为特定人继承且互为生效条件。(2)(上接第 257 页)

另外 ,用人单位在日常用工中经常存在以口头或者其他的形式与劳动者约定一定时间的试用期 ,但是不签订书面劳动合同的情形 ,这也是违反劳动合同法的规定的 ,依据《劳动合同法》的规定 ,试用期是包含在劳动合同期限内的 ,也就是说 ,试用期本身成立的前提就在于用人单位与劳动者已经签订了劳动合同 ,否则 ,在发生劳动争议后用人单位时往往处于被动地位而败诉。

### (三)劳动者待遇风险

劳动者待遇风险包括工资发放、病事假、加班、未按规定缴纳社会保险、工伤等等。此环节的高风险点在于社会保险的缴纳和工伤事故的处理。依法、及时为劳动者缴纳社会保险是用人单位的法定义务 ,同时也有利于保护用人单位的自身利益 ,有些用人单位出于节省成本的考虑 ,不为劳动者缴纳社会保险 ,极易陷入劳动用工风险中 ,尤其是劳动者发生工伤事故时 ,用人单位可能面临更大的损失。

### (四)劳动者管理风险

劳动者的管理包括考勤、违规人员的管理与处罚、辞退等。辞退劳动者属于劳动用工的高风险点 ,经常出现不正确甚至是违法的辞退 ,用人单位长期存在一些错误认识 ,比如在试用期可以随意辞退 ,劳动者违纪便可辞退 ,只要给予经济补偿且提前一个月通知 ,即可辞退等。用人单位辞退劳动者实际上是对劳动合同的单方解除 ,因此劳动合同法对于其条件和程序都作了十分严格的规定 ,而非说辞就辞。

### 三、劳动用工风险防范措施

#### (一)牢固树立劳动用工风险防范意识

用工风险的发生与法律规定或合同约定必然相关 ,因此具有

相互遗嘱 ,即遗嘱人在共同设立遗嘱时相互指定对方为自己遗产的继承人。(3)第三人受益的共同遗嘱 ,即两人指定不相干的第三人为双方遗产的继承人或受遗赠人。(4)互指定对方为继承人 ,并共同约定后死者将遗产留给已指定的第三人。

2.明确遗嘱生效条件。共同遗嘱人双方必须在遗嘱中约定明确遗嘱变更、撤销、生效的条件。如果约定的内容违反法律规定或社会公序良俗 ,或是严重损害了继承人利益 ,应当视为该部分约定无效。此外 ,共同遗嘱的设定 ,只能由共同遗嘱人书面约定 ,并经公证机关公证 ,以确保遗嘱真实性。

3.明确遗嘱变更、撤销条件。共同遗嘱的变更、撤销必须在双方合意的情况下 ,以书面形式 ,到原公证机关进行公证。以严格程序防止部分继承人在主观恶意驱使下 ,擅自改动共同遗嘱内容 ,以谋取私利。

#### 参考文献 :

- [1]张玉敏.继承法律制度研究.法律出版社.1999年版.
- [2]梁慧星主编.中国民法典草案附理由(侵权行为篇、继承篇).法律出版社.2004年版.
- [3]史尚宽.继承法论.中国政法大学出版社.2000年版.
- [4]兰艳.论建立我国的特留份制度.广西大学.2004年.
- [5]杜江涌.论意思自治原则在遗嘱继承中的贯彻.西华师范大学学报(哲学社会科学版).2005(1).
- [6]陈苇,罗芳.特留份制度的比较研究——兼论对我国特留份制度的构建.昆明理工大学学报(社会科学版).2008(5).
- [7]韩冷.法理学视角下遗嘱自由法律限制的理论依据.法制与社会.2011(3).
- [8]张华贵.关于设立“特留份”制度的立法构想.现代法学.2004.2(4).
- [9]李静芹.遗嘱自由的限制之法理分析.河北法学.2009(9).
- [10]吴国平.我国遗嘱继承制度的不足与完善.南通大学学报(社会科学版).2011(1).
- [11]徐振增,赵雅理.论遗嘱自由之限制与我国继承法的完善.前沿.2010(10).

较强的可控性和可预见性 ,其发生的结果体现为强制性。在日常的管理中 ,管理人员应树立牢固的风险防范意识 ,思想不能松懈 ,抱着一种无所谓的态度 ,麻痹大意 ,容易造成主观错误。同时 ,要严格按照规范流程操作 ,不能因为繁琐而随意越过应有的程序 ,为以后风险埋下隐患。对于劳动用工的高风险点 ,要格外的关注 ,要提前做好应对的准备 ,争取主动。

#### (二)严格管理流程 ,重点监控高风险点

用人单位要了解《劳动合同法》等相关法律规定 ,在招聘、订立劳动合同、员工管理等流程中 ,严格遵守法律规定。在招聘过程中要主动尽到告知义务 ;自用工日起不超过一个月签订劳动合同 ;劳动合同的主要条款例如工作岗位、劳动报酬、劳动保障、劳动纪律等要详细合法 ;健全用工规章制度 ,使劳动用工的各个方面都有章可循 ,且易操作 ,及时、主动为劳动者缴纳社会保险等。

#### (三)加强劳动用工检查

劳动用工检查的意义在于及时发现劳动用工方面的风险 ,发现问题 ,解决问题 ,从而避免法律纠纷的出现 ,促进用人单位劳动用工管理更加规范。加强对劳动用工情况、社会保险缴纳情况的检查 ,使其更加规范化和常态化 ,实现全面检查和重点检查相结合 ,定期检查和不定期检查相结合 ,以规范劳动用工 ,防范和化解劳动用工风险。

#### (四)增强法律维权意识 ,注重固定、保全证据

目前劳动关系纠纷多发 ,且法律规定了一系列用人单位举证的法定情形 ,如因用人单位作出减少劳动报酬、计算劳动者工作年限、辞退、解除劳动合同等决定而发生争议的 ,由用人单位承担举证责任。因此 ,用人单位必须提高证据意识 ,以免因缺乏证据使自身陷入争议中的不利地位。