



江三角律师事务所
RIVER DELTA LAW FIRM

江三角·人力资源法律管理金钥匙丛书

HR全方位法律顾问，真正解决HR合规管理现实问题
涉及解雇管理、女职工管理、特殊员工管理、互联网与新媒体时代企业用工管理、
工时与休假管理、薪酬福利与绩效管理、规章制度管理、群体性劳动争议管理八大领域

人力资源法律管理 ③ 陆敬波
丛书主编

特殊员工管理

崔亚娜 方乐华 主编

由屡获国际权威法律评级机构钱伯斯 (Chambers and Partners)
“年度劳动律师事务所”大奖、入选ALB (《亚洲法律杂志》)
“2015年度最佳劳动律师事务所”的江三角劳动法优秀律师团队主创，
吸收仲裁&法院、政府机关、HR法务、相关领域新闻记者等专业人士观点，
以法律视角全方位优化HR特殊员工管理

G u i d a n c e i n H R
e g a l M a n a g e m e n t ③
n a g e m e n t o f S p e c i a l E m p l o y e e



中信出版集团 · CHINA CITIC PRESS



人力资源法律管理 ③ 隋敬波
丛书主编

特殊员工管理



崔亚娜 方乐华 主编

G u i d a n c e i n H R
L e g a l M a n a g e m e n t ③
M a n a g e m e n t o f S p e c i a l E m p l o y e e s



图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源法律管理. 3, 特殊员工管理 / 崔亚娜, 方乐华主编. —北京: 中信出版社, 2015. 6

(江三角·人力资源法律管理金钥匙丛书)

ISBN 978-7-5086-5234-4

I. ①人… II. ①崔… ②方… III. ①人力资源管理-劳动法-基本知识-中国 IV. ①D922.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 114810 号

人力资源法律管理. 3, 特殊员工管理

主 编: 崔亚娜 方乐华

策划推广: 中信出版社 (China CITIC Press)

出版发行: 中信出版集团股份有限公司

(北京市朝阳区惠新东街甲 4 号富盛大厦 2 座 邮编 100029)

(CITIC Publishing Group)

承 印 者: 中国电影出版社印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 17 字 数: 225 千字

版 次: 2015 年 6 月第 1 版

印 次: 2015 年 6 月第 1 次印刷

广告经营许可证: 京朝工商广字第 8087 号

书 号: ISBN 978-7-5086-5234-4/D·311

定 价: 42.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。

服务热线: 010-84849555 服务传真: 010-84849000

投稿邮箱: author@citicpub.com

[特殊员工管理]

创作团队

■ 崔亚娜

上海江三角律师事务所高级合伙人，劳动法二中心主任律师，上海市律师协会劳动关系委员会委员，上海市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。

具有多年法律顾问经验，能够站在企业持续发展的角度为企业设计和完善商业方案，力争将法律服务与企业商业目的完美结合。目前主要致力于劳动法领域的理论与实践，常年为世界五百强企业提供日常劳动人事法律服务，处理劳动争议案件。多次主持企业搬迁、架构调整、改制、解散等过程中员工安置方案的策划与实施工作，在员工安置方面具有丰富经验。擅长疑难劳动争议案件的代理。

■ 方乐华

华东政法大学政治学与公共管理学院教授，长期从事保险法、劳动与社会保障法的研究和教学。主要著作有《社会保障法论》、《劳动法与社会保障法——案

IV 特殊员工管理

例与图表》、《现代企业经营管理教程》（合编）、《日本法律发达史》（合著）、《中国公民保险指南》、《保险法论》和《保险与保险法》等10余部。较有影响的学术论文有《劳动仲裁时效之法律探讨》、《论社会法的兴起原因、调整对象及发展趋势》、《论社会保险权的司法救济》、《论社会保险法的保险原则》等。目前担任的社会兼职主要有：中国保险法学研究会常务理事；中国社会法学会理事；上海法学会金融法研究会副会长、金融法研究会保险法专业委员会常务主任；上海法院金融审判专家咨询员。

● 李昊

上海江三角律师事务所劳动法律师，华东政法大学劳动与社会保障法学硕士毕业，长期从事劳动与社会保障法理论研究及实务工作，具有深厚的劳动法学及相关学科知识储备，熟悉劳动法律法规政策及人力资源管理模块。先后在华东政法大学法律援助中心、上海第二中级人民法院及上海某公司实习锻炼，参与法律咨询、案件代理、规章制度制订、案例写作等工作。致力于各项劳动法律事务顾问服务及诉讼代理、规章制度等制订审查、人力资源合规操作法律实务咨询等工作。

● 任丽娟

同济大学法律硕士毕业，现任山东宏泰物业发展有限公司人力资源专员。

●李国庆

河南唐河人。1998年获对外经济贸易大学经济学学士学位，2004年获首都经济贸易大学经济法学硕士学位（社会保障法方向），2010年获华东政法大学经济法学博士学位（劳动法方向）。现任职于郑州航空工业管理学院法律系，讲师，法学博士，河南天欣律师事务所兼职执业律师，兼任河南省经济法学研究会理事。共出版学术著作二部，参编著作三部。主持和参与完成省部级以上课题六项。在《中国人力资源开发》《中国劳动》《中国劳动关系学院学报》等刊物公开发表学术论文20余篇。

●杨亚兰

华东政法大学2010届优秀硕士毕业生，在校期间协助编写劳动法《案例与资料》丛书，完成国家社科基金重点项目申请并独立编写子课题“转型期劳动关系激化的原因及应对”，并协助法律援助中心为农民工提供法律援助，在核心期刊发表以下四篇文章：（1）《新型农村合作医疗制度建设中的政府责任缺失研究——以组织行为学为视角》；（2）《论保险消费者的利益保护回归》；（3）《论我国失业保险的公平性特征》；（4）《基于专业技术人员的宽带薪酬设计研究》。

●王勤伟

山东齐鲁律师事务所律师，执业以来，先后为十几家行政机关、企事业单位

担任法律顾问或提供专项法律服务。擅长公司法与劳动法律业务。代理的案件曾被北大法律信息网、北大法意网、中国知网等知名网站作为典型案例登载，被《山东法制报》作为典型案例予以报道。论文《农村房屋抵押问题探析》《论股权转让中的股东优先购买权》《网络侵权责任下信息网络传播权的再认识》曾获山东律师论坛优秀论文二、三等奖。出版个人专著《劳动争议实务操作与案例精解》一书。业务领域：企业法律顾问、公司法律、劳动争议、合同纠纷、人身损害赔偿。

● 黄 璠

上海江三角律师事务所劳动律师，主要致力于各类公司内部人事处理、劳动争议诉讼及非讼案件，为企业提供包括但不限于规章制度的建立与完善，劳动合同的订立、变更与解除，劳动争议的替代性解决方案等。

● 白丽娟

上海江三角律师事务所合伙人，劳动律师，硕士学位。在《劳动报》《新闻晨报》《劳动法苑》等报纸期刊及多家学术刊物发表过十几篇专业文章，理论功底深厚。常年从事劳动人事与社会保障方面的理论研究与实务实践工作，熟悉全国及上海市各类法律法规和政策规定。数次参与具有重大社会影响的诉讼与非讼法律服务，有效地为相关企业制订了富有针对性的解决方案。近年来多次参与企业破产重组、解散、搬迁过程中员工安置、罢工、谈判等事务的处理。

顾丽菲

上海江三角律师事务所合伙人，劳动法资深律师，曾多次发表文章于《中国日报》《新闻晨报》《劳动报》《劳动法苑》等报刊。曾在企业任职人力资源管理岗位多年，负责制定劳动合同、规章制度、竞业限制协议等企业文件，处理企业内部各类劳动争议纠纷，办理外国人在华就业手续，具备丰富的实务操作经验。近年来多次参与企业破产重组、解散、搬迁过程中员工安置、罢工、谈判等事务的处理，在诉讼与非诉方面均积累了大量的实践经验。特别擅长竞业限制体系建立、完善与纠纷处理，以及劳务派遣用工方式调整。

张芯幸

华东政法大学劳动与社会保障硕士，长期关注劳动与社会保障领域的发展动态，曾参与上海市人保局课题《上海市灵活就业法律问题及对策》等其他相关课题研究，为劳动法与社会保障领域的立法提供政策建议，研究范围涵盖就业促进、劳务派遣、社会保险、商业保险、体制内外的用人单位差异等多个劳动与社会保障法律领域，参与编写董保华主编的《名案背后的劳动法思考》。熟悉劳动法与企业人力资源管理实务，为用人单位 HR 及劳动者提供法律咨询服务以及规范的整套 HR 流程管理，曾在知名民营企业从事人力资源管理工作的，现为保险金融行业从业者。

朱 岩

华东政法大学法律硕士，企业人力资源管理师。主要研究方向为劳动法、经济法，参与过劳动法律研究的学术课题，并在国内专业期刊上发表文章数篇。曾从事律师工作，熟悉企业人力资源管理流程，擅长将法律法规与企业管理相结合，从操作流程着手为企业用工建立全方位风险防范机制，在处理日常用工管理、员工移籍、企业裁员、群体性劳动纠纷等方面具有丰富的实务经验，并成功代理几十起疑难劳动争议案件。后从事企业法务工作，先后为数家中外五百强企业提供专业的劳动人事法律服务及管理咨询。

彭学锋

江西上饶人，2012年毕业于上海华东政法大学社会保障专业，并于同年获得管理学硕士学位，目前供职于上海一家大型中法合资汽车零部件公司集团人力资源部，主要从事人员招聘与绩效管理工作。熟悉HR领域招聘与绩效两个模块实务操作，在人员招聘甄选以及绩效管理方面有一定的经验积累。工作之余，长期关注劳动法律领域，并发表相关论文。

徐 晶

女，劳动与社会保障法学硕士，现就职于上海市社会保险事业管理中心。对劳动人事法律、法规及社会保险政策等有深入研究，熟悉地方企业人力资源管理实务。分别在《劳动和社会保障法规政策专刊》《上海人力资源和社会保

障》等刊物发表《从两则案例谈劳动关系中的隐蔽雇佣和模糊雇佣》《从一则案例看退休返聘关系》《女职工“三期”劳动权益保护研究》《劳动合同的履行应体现公平》等多篇专业性文章。

■ 顾松林

法学学士，2010年起任职于上海市长宁区劳动人事争议仲裁院，长期从事劳动争议仲裁、调解工作，熟悉劳动和社会保障领域法律、法规。在《上海法学研究》《劳动和社会保障法规政策专刊》《上海劳动保障》等刊物发表过《恢复劳动关系的实践困境与出路》《劳动合同变更争议解析》《解析劳动合同特别解除权》《解析劳动合同未成立情形的缔约过失责任》《关于工资支付那些事》等多篇专业性文章。

总序

我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件居高不下……构建和谐关系的任务艰巨繁重。

——《中共中央、国务院关于构建和谐劳动关系的意见》

始于一粒小小的种子，在中国司法实践的土壤上生根、发芽，而后逐渐成长为一棵枝繁叶茂的大树，2015年1月1日，《劳动法》走过了它的二十年征程。二十年来，这部“基本法”逐渐延伸出各类“部门法”“地方法”，不仅在中央层面呈现出复杂的体系，而且在地方层面衍生出层出不穷的规定和解释：全国人大及其常委会先后出台了《职业教育法》、《职业病防治法》、《安全生产法》、《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》、《社会保险法》以及《劳动合同法修正案》，中央政府及其职能部门也出台了数量可观的行政法规和部门规章，最高人民法院自2001年起先后出台了4部有关劳动争议的司法解释；地方层面，截至2015年3月，北京共出台了1571篇劳动类地方性文件，上海出台了1631篇，江苏出台了1798篇，广东出台了2726

篇……全国各地共出台了 29 711 篇劳动类地方性文件。

然而，蔚为壮观的劳动立法并没有给企业人力资源管理带来多大的便利。社科院于 2014 年 12 月发布的报告显示劳动争议已经成为中国社会矛盾冲突数量最多的一个方面，劳动争议“领跑”社会矛盾冲突“排行榜”。同时，国家统计局的数据显示，劳资争议的数量在 2009 年和 2010 年经历了短暂的回落后，于 2011 年至 2014 年又重新开始逐年上升。残酷的现实已经表明，劳资争议数量并没有随着立法的不断完善而下降，相反，诸多因素造成数字上升，同时也加剧了企业人力资源管理的难度。

一方面，传统劳动争议，包括双倍工资、违法解雇赔偿、无固定期限劳动合同的个别劳动争议，以及因减薪、裁员、关厂、搬迁、并购等引起的群体性劳动争议仍然是企业人力资源管理面临的最大困难。这一困难体现在人力资源成本、企业维权难度以及劳动法律适用等多个方面：首先，随着经济的发展，内地劳动力成本高企，而企业的社会责任却不见减少，人力成本因此居高不下，企业中不仅存在“招工难”，有的甚至出现“生存难”；其次，随着劳动立法的不断深入，员工的劳动权益日益增加，企业的用工自主权则相应减小，企业同样存在“维权难”；最后，不仅各地对劳动立法的适用存在不同的理解，央地之间的劳动立法也时常出现矛盾，企业在日常的人力资源管理中存在“适法难”……

另一方面，随着互联网与新媒体的发展，新型劳动争议开始出现：工作时间和地点的延伸更新了以往对旷工、加班、工伤以及劳动关系的理解；开放的言论和信息环境使得企业保护名誉权和商业秘密的成本不断增加；E-HR 系统的普及使得电子证据管理显得格外重要，后者甚至成为一线工作人员的一堂必修课……在互联网时代，即使最基层员工的一个细小行为也可能对企业造成巨大影响，相应风险管理的重要性不言而喻。

这些问题倒逼着人力资源管理必须朝着合规化、精细化的方向发展。我们认为，企业亟须对日新月异的劳动法前沿问题进行整理，亟须用文字固定下来

的案例、法条和法律分析，从方法论的高度理解并解决这些问题。我们认为，企业需要的不是一本书——一本虽然详尽但仅涉及人力资源合规管理一隅的书，或者一本虽然涉及各个方面但不能鞭辟入里的书。企业需要的也不仅仅是当下流行的运用新媒体推送的资讯产品——它们仅能在快节奏的生活工作中提供碎片化的知识，无法深度分析现实中复杂的用工管理问题。

有鉴于此，我们认为企业需要的是一套丛书，一把能真正解决人力资源合规管理现实问题的金钥匙。这套丛书不仅需要从案例到分析、从分析再到建议，在形式上条块结合、在内容上以点带面，全面、系统、实用、严谨、深入地解决企业在人力资源合规管理中遇到的各种热点前沿问题和重点难点问题，而且需要书与书、章节与章节、段落与段落之间形成清晰的脉络，前后连贯、自成体系地对人力资源合规管理的每个模块进行剖析。为了满足这些要求，丛书的作者必须具备极高的专业水平，具备多年大量的、有效的经验积累。

幸运的是，江三角律师事务所经过十年的积累，形成了一支非常专业的、可以说是当今国内最优秀、最具规模的劳动法律师团队。这八十多名专业律师均长期工作在一线，相互分工与合作，为企业提供包括咨询、代理、培训和顾问在内的全方位的法律服务，其中许多律师已经在全国享有很高的知名度。不仅如此，我们还邀请了一部分国内人力资源管理领域的其他精英，包括劳动法领域著名学者、中央与地方各级官员以及知名企业的管理人员为本书撰稿，以举众人之力、博众家之长。

本套丛书涉及了人力资源管理中解雇管理、女职工管理、特殊员工管理、互联网与新媒体时代企业用工管理、工时与休假管理、薪酬福利与绩效管理、规章制度管理、群体性劳动争议管理共八个模块，并且结合最新的案例、运用最新的法规进行分析讲解，可谓内容全面、与时俱进；其次，这套丛书以实务为导向，语言平实、简明，内容深入浅出，适合读者随时翻阅查看，并将书里的知识要点运用到实践中；最后，撰稿人的专业化和多元化使本书具有极高的权威性和广泛的覆盖面，值得不同类型的读者阅读。我们真

诚期望这套丛书能够成为企业高管、人力资源部主管、法务部门主管、劳动法学者、专业律师，以及其他劳动法从业人员与爱好者的良师益友，一把真正解决问题的金钥匙。



江三角律师事务所主任

首席合伙人

2015年2月于上海

前言

本书以劳动仲裁或法院审理的劳动争议案件为素材，系统性、精细化地审视了劳动关系中的特殊群体——企业员工中的特殊对象。所谓系统性审视，是指本书研究的对象，基本涵盖了目前劳动保障法学界、司法界持续关注和探究的特殊群体，抑或企业在员工管理中经常面对而又容易疏漏的特殊对象。对企业来说，尽管在员工的一般管理上已经驾轻就熟，但如果忽略了这些特殊对象管理上的特殊性要求，就可能面临较大的用工法律风险。所谓精细化审视，是指本书就这些特殊群体的个性化特征，进行了多视角、多层次的细致分析，力求理论上有所建树、企业员工管理实务上贴近现实。

从本书的系统性角度考虑，企业在管理特殊员工时，首先应当把握其共有特征：其一，用工法律风险可能超出劳动保障法律的范畴。如使用劳务派遣员工，企业须关注派遣公司自身可能产生的无资质、克扣工资等风险；聘用高管，企业须注意《公司法》对高级雇员劳动关系的特别规定；而雇用实习生或退休返聘职工，在无法借助工伤保险转嫁风险的情况下，应寻求商业保险的保障。其二，法律规范不确定的风险。由于我国劳动保障法律的精细化程度较低，有关特殊员工的规定存在种种缺陷或空白，致使企业面临各种不确定风

险。如法律规定雇用非全日制工可以采取口头协议方式，但一旦发生劳动纠纷，企业可能面临口说无凭的风险，故长期雇用非全日制工，还是应以订立书面合同为首选。其三，由于法律规范的不确定，各地政府可能出台各种迥异的实施细则，于多地经营的企业，尤其要注意当地政府的相关政策，以免陷入法律碎片化的风险。

其次，以本书剖析的系争事实为鉴，企业应当潜心研究特殊员工的个性特征，以精细化管理来消除其特殊性可能产生的法律风险。如企业与实习生、退休返聘职工的争议，集中在人身伤害和劳动报酬方面；企业与高管的纠纷，主要涉及未签劳动合同和索要加班费；非全日制用工的纠结，聚焦在法定用工标准和工资福利待遇上；面对工会干部或职工代表，企业的不当行为主要是违法解约或终止、干预工会干部选任；企业与涉密员工对簿公堂，多因自身对商业秘密保护的措施不力或失当；而与精神障碍员工的系争风险，在招聘、试用期、医疗期等各个阶段都可能发生，需要采取不同的应对方法。

值此《劳动法》实施 20 周年之际，中共中央、国务院发布了《关于构建和谐劳动关系的意见》，由此，本书的付梓平添了一份纪念和现实意义。最后，细读昔日学子、今日律师们的鼎力之作，备感兴奋和欣喜：后生可畏！劳动保障法学界和实务界后继有人！

本书由崔亚娜、方乐华担任主编，负责全书的统稿和协调工作，李昊、任丽娟撰写第一章，李国庆撰写第二章，杨亚兰撰写第三章，王勤伟撰写第四章，黄璠、白丽娟、顾丽菲撰写第五章，张芯幸、朱岩撰写第六章，彭学锋撰写第七章，徐晶、顾松林撰写第八章。

方乐华

2015 年 4 月 10 日于上海

创作团队/Ⅲ

总序/XI

前言/XV

第一章 劳务派遣

1
CHAPTER 003

第一节 劳务派遣的确认/004

- 一、劳务派遣的法律关系/005
- 二、劳务派遣单位的资质/007
- 三、劳务派遣及类似用工形式的甄别/010

第二节 被派遣劳动者的权利保护/014

第三节 劳务派遣岗位和数量限制/018

- 一、劳务派遣岗位限制/018
- 二、劳务派遣数量限制/023
- 三、违反岗位和数量限制规定适用劳务派遣的法律后果/026

第四节 劳务派遣分流方案/028

- 一、《劳务派遣暂行规定》对企业的影响/028