

HR 进阶 专项实务指南

案例精解版

夏桂颖 李晓震 等 / 编著

- ※ 资深劳动法律师多年执业经验总结
- ※ 16个专题涵盖HR实务热点领域
- ※ 169个精选案例提示典型用工风险
- ※ 强化合法用工意识 优化劳资关系管理

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

HR 进阶 专项实务指南

案例精解版

夏桂颖 李晓震 等 / 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

HR 进阶专项实务指南: 案例精解版/ 夏桂颖等编著

· 一北京: 中国法制出版社, 2019. 8

ISBN 978 - 7 - 5216 - 0486 - 3

I. ①H… II. ①夏… III. ①企业管理 - 人力资源管理 - 劳动法 - 案例 - 中国 IV. ①D922. 505

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 177914 号

责任编辑: 朱丹颖 (投稿联系: ss - nuannuan@ hotmail. com)

封面设计: 杨泽江

HR 进阶专项实务指南: 案例精解版

HR JINJIE ZHUANXIANG SHIWU ZHINAN; ANLI JINGJIE BAN

编著/夏桂颖等

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 8 月第 1 版

印张/28.5 字数/310 千

2019 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5216 - 0486 - 3

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66067369

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)

P 前言

reface

本书于2014年首版上市以来,得到了许多HR专业朋友的肯定与支持。近几年来,随着劳动者法制观念的进一步提高,劳动争议纠纷仍然呈现居高不下的状况,尽管劳动合同法实施已有十余年了,但随着我国经济体制、经济结构的调整,劳动用工制度、劳动关系也在发生着转变,大部分中小型企业对劳动法及相关法律没有做到充分的了解与运用,对自己的用工权没有进行充分的保护,造成企业对劳动争议产生“纠纷必败”的恐慌心理,甚至部分企业主称劳动合同法为恶法,这种误解产生的根本原因,是企业没有重视人事部门的设立、劳资体系的优化、岗位责任体系的建立,缺乏社会保险和福利待遇等政策违法风险的防控意识等。

本书作者在首版书稿的基础上,结合近年来劳动司法实践,对原书稿进行了大范围的修订,新补充了典型案例,梳理了劳动争议处理中的热点和难点问题。全书分为16章,包括确认劳动关系纠纷;劳动合同签订、续订管理;无固定期限劳动合同管理;试用期管理;劳动合同变更;劳动合同解除;劳动合同终止;劳务派遣;非全日制用工;服务期管理;薪酬管理;休息休假;竞业限制和保密协议;社会保险;人事争议;劳动人事争议仲裁和诉讼,其中人事争议、劳动人事争议仲裁和诉讼两章为新增章节。

修订后全书共收录169个案例,涉及确认劳动关系、工资、加班、服务期、调岗、离职、辞退、劳动合同终止、劳动合同续订、年休假、竞业限制、保密协议、社会保险、工伤、人事争议、争议处理程序等众多法律问题。本书内容依旧采用以案例简介、审理结果为切入,同时也有对用人单位解决实际劳动争议的深度指导和用工风险提示,深入细致,内容全面,实务操作性强。

本书由真实案例和仲裁实践中所发现的问题整理而成，其中诸多案例和问
题是目前劳动争议处理实践中的热点和难点问题，作者以这些问题为基础，从
相关案例入手分类论述、分析、研究，并从用工单位的角度提出了解决问题的
方案，以案说法，提示用工单位强化合法用工的法律意识、遵法守约的诚信意
识、自我保护的维权意识，以减少纠纷的发生，从根本上化解矛盾于萌芽，化
解纠纷于未然，具有很强的实务指导性。

本书的再次出版，源自中国法制出版社的支持和 HR 专业朋友的认可。由于
时间仓促，错误、纰漏之处在所难免，望请司法界同仁和各位读者批评指正。

编者

2019 年 4 月 30 日

目录

CONTENTS

第一章 确认劳动关系纠纷.....1

1. 劳动关系与雇佣关系的区分 / 1
2. 劳动关系用工主体资格 / 11
3. 外派劳务企业与劳务人员劳动关系的认定 / 15
4. 保险代理人与用人单位之间的纠纷不属于劳动争议 / 21
5. 驾驶员和出租汽车公司之间纠纷的性质认定 / 25
6. 用人单位与聘用的退休人员之间的关系 / 29
7. 外国企业常驻代表机构与未通过涉外就业服务单位直接招用的雇员的关系 / 32
8. 发包组织、个人承包者与直接招用的人员之间的关系 / 35
9. 确定劳动关系起算点的标准 / 37
10. 公司董事与公司之间的关系需根据具体情况认定 / 41
11. “长期两不找”劳动关系的处理 / 45
12. 员工在母公司、子公司或分公司交叉任职的劳动关系归属 / 48
13. 设立中公司的用工行为发生的争议是劳动争议 / 51
14. 军人随军工企业一起安置于地方国有企业的劳动关系归属 / 54
15. 事实劳动关系的认定 / 60
16. 企业停薪留职、内退、下岗待岗的人员与新的用人单位之间的争议属于劳动争议 / 66
17. 企业与个人的某些交易关系或劳务关系较为容易混淆成事实劳动关系 / 68

第二章 劳动合同签订、续订管理.....71

- 18. 招聘条件与录用条件的区别 / 71
- 19. 劳动合同订立遵循的原则 / 73
- 20. 订立劳动合同需要约定的条款 / 75
- 21. 用人单位不签订劳动合同时劳动者的权利 / 76
- 22. 劳动者就用人单位不签订书面劳动合同而主张双倍赔偿的时效 / 79
- 23. 劳动合同期满后，用人单位选择不与劳动者续订劳动合同的法律后果 / 81

第三章 无固定期限劳动合同管理.....84

- 24. 用人单位应与符合签订无固定期限劳动合同的劳动者签订无固定期限劳动合同 / 84
- 25. 连续订立两次固定期限劳动合同后，用人单位没有主动要求终止合同的权利 / 88
- 26. 符合订立无固定期限劳动合同条件的劳动者可以主动要求签订固定期限劳动合同 / 91
- 27. 未签订劳动合同双倍工资的时效起算点 / 93
- 28. 用人单位因劳动者的过错未签订劳动合同的，仍然需要支付双倍工资 / 97

第四章 试用期管理.....102

- 29. 试用期约定的次数 / 102
- 30. 用人单位与劳动者口头约定的试用期的效力 / 104
- 31. 试用期条款的无效情形 / 107
- 32. 劳动者在试用期内患病，病假、调岗、离职等问题 / 108
- 33. 试用期约定的服务期合同在超过试用期后才有效 / 111
- 34. “试用期间不符合录用条件”的界定 / 112

35. 对《劳动合同法》第 21 条的解读 / 115
36. 劳动者试用期辞职应当赔偿单位招录录用的费用 / 117
37. 试用期内用人单位需要缴纳社会保险费 / 119
38. 劳动者试用期不合格不得延长试用期 / 122
39. 试用期满后, 用人单位不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同 / 124

第五章 劳动合同变更.....126

40. 企业被租赁、承包或者更名后, 用人单位的确定 / 126
41. 劳动者不能请人代为履行劳动合同 / 128
42. 用人单位变更但工作内容和工作地点未改变纠纷 / 131
43. 用人单位改制后劳动者未安置也未补偿纠纷 / 133
44. 用人单位无权依据企业规章制度单方变更劳动合同约定的内容 / 135
45. 用人单位不能转让劳动合同给其他企业 / 137
46. 职务任免 / 139
47. 企业有权调整工资的情形 / 142
48. 劳动者不服合理的工作地点调整, 用人单位可以作违纪处理解除劳动合同 / 144
49. “三期”女职工不胜任工作, 用人单位可以调整工作岗位 / 147

第六章 劳动合同解除.....151

50. 由用人单位提出, 双方协商一致解除劳动合同, 用人单位应支付经济补偿金 / 151
51. 因用人单位未足额支付劳动报酬解除劳动合同的, 劳动者可以主张经济补偿金 / 153
52. 用人单位未依法缴纳社会保险, 劳动者以此为由辞职, 用人单位应支付经济补偿金 / 155

53. 未按照劳动合同约定提供劳动保护或劳动条件的，劳动者可以解除劳动合同 / 157
54. 劳动者违反规章制度，用人单位可以与其解除劳动合同 / 159
55. 劳动者试用期不符合录用条件的，用人单位可以与其解除劳动合同 / 162
56. 劳动者失职给用人单位造成损失，用人单位可以与其解除劳动合同 / 165
57. 劳动者依法被追究刑事责任的，用人单位可以与其解除劳动合同 / 167
58. 用人单位或劳动者违背真实意思订立或者变更劳动合同的，可以解除劳动合同 / 169
59. 解除劳动合同中的“代通知金”的适用问题 / 171
60. 经调岗或培训后，劳动者仍不能胜任工作的，用人单位才可解除劳动合同 / 174
61. 客观情况发生重大变化致使劳动合同无法继续履行的，用人单位可以解除劳动合同 / 177
62. 女职工在“三期”期间违纪，用人单位可以与其解除劳动合同 / 180
63. “末位淘汰”解除劳动合同是否合法 / 182
64. 用人单位可以大规模裁员的条件及程序 / 184
65. 劳动者因病、非因工负伤后解除劳动合同问题 / 188
66. 用人单位辞退员工，应向员工送达解除通知 / 190
67. 关于连续计算工作年限的问题 / 193
68. 用人单位应当向劳动者支付解除劳动合同经济补偿金的情形及标准 / 196
69. 用人单位违法解除劳动合同后，劳动者可选择继续履行劳动合同或要求支付赔偿金 / 199
70. 违法解除劳动合同的用人单位要向劳动者支付赔偿金 / 201
71. 用人单位未通知工会即解除劳动合同，劳动者可以要求违法解除劳动合同的赔偿金 / 203
72. 劳动者违法解除劳动合同，对用人单位造成经济损失的，应当承担赔偿责任 / 206
73. 用人单位在劳动者服务期内提出解除劳动合同，劳动者不应支付违约金 / 208
74. 劳动关系解除协议中无争议承诺条款的效力 / 210

第七章 劳动合同终止.....213

- 75. 劳动合同期满，劳动合同终止时，用人单位应向劳动者支付经济补偿金 / 213
- 76. 劳动合同期满，用人单位决定不予续签，需要提前告知劳动者 / 215
- 77. 连续签订两次固定期限劳动合同后，用人单位无权单方选择终止劳动合同 / 217
- 78. 劳动合同期满后未续签，双方形成事实劳动关系 / 220
- 79. 劳动合同期满后未续签，劳动者以此为由提出解除合同，不能获得经济补偿 / 221
- 80. 达到退休年龄劳动者的劳动合同终止问题 / 223
- 81. 劳动合同期满，但须顺延的情形 / 225
- 82. 无固定期限劳动合同的终止情形 / 228

第八章 劳务派遣.....230

- 83. 劳务派遣单位和用工单位各自承担的责任 / 230
- 84. 劳务派遣中的赔偿责任的主体 / 235
- 85. 原用人单位将老员工转给派遣公司的程序应当合法 / 237
- 86. 被派遣劳动者擅自离职，给用工单位造成损失，派遣单位承担连带责任 / 239
- 87. 用工单位将派遣员工退回，劳务派遣单位不能以此为由与员工解除劳动合同 / 241

第九章 非全日制用工.....245

- 88. 非全日制的劳动者发生工伤同样享受工伤待遇 / 245
- 89. 非全日制用工与全日制用工的区别 / 247
- 90. 劳务派遣公司不能招用非全日制员工 / 252
- 91. 非全日制员工可以享有婚假、产假、医疗期待遇 / 254

第十章 服务期管理.....256

- 92. 享有住房、户口等特殊待遇的劳动者服务期内违约，可能涉及赔偿责任 / 256
- 93. 培训合同与劳动合同关于服务期约定不一致时，劳动合同续延至服务期满 / 258
- 94. 培训费用纠纷的违约责任 / 260
- 95. 专项培训费 / 262
- 96. 用人单位可以放弃服务期 / 265
- 97. 未明确约定服务期，但有签订培训协议，劳动者违约应当退还合理的专项培训费用 / 268

第十一章 薪酬管理.....270

- 98. 即使适用年薪制，用人单位也应按月向劳动者支付工资 / 270
- 99. 劳动者符合年终奖支付条件，即使解除劳动关系仍可要求支付 / 272
- 100. 提成工资的支付 / 273
- 101. 年底双薪的支付 / 276
- 102. 工资结构中不属于工资的项目 / 278
- 103. 工资支付的形式 / 283
- 104. 工资支付的时间 / 284
- 105. 员工离职时的工资支付 / 286
- 106. 劳务派遣员工的工资支付 / 288
- 107. 非全日制员工的工资支付 / 290
- 108. 孕期女职工的工资支付 / 292
- 109. 试用期期间的工资标准 / 295
- 110. 无效劳动合同的工资支付 / 297
- 111. 单位停工、停产、歇业期间的工资支付 / 299
- 112. 病假工资的支付 / 301

113. 员工参加社会活动期间的工资支付 / 304	304
114. 婚假的工资支付 / 306	306
115. 探亲假的工资支付 / 307	307
116. 年休假的工资支付 / 310	310
117. 产假工资的支付 / 315	315
118. 最低工资标准 / 317	317
119. 劳动者受处分后的工资支付 / 319	319
120. 用人单位依法撤销、破产或者解散时劳动者的工资支付 / 321	321
121. 发包单位或者劳动分包企业违法发包转包而产生的拖欠工资的支付 / 324	324
122. 试用期内工资的支付 / 325	325
123. 加班工资 / 327	327
124. 加班事实的举证责任 / 329	329
125. 公司高级管理人员加班工资的支付 / 333	333
126. 加班工资的计算基数 / 335	335
127. 加班和补休的关系 / 338	338
128. 值班人员加班工资的支付 / 339	339
129. 劳动者双休日出差, 加班工资的支付 / 341	341
130. 职工自愿加班无权向单位索要加班工资 / 343	343
131. 拖欠工资的支付 / 345	345
132. 用人单位拖欠工资, 劳动者可以此为普通债务提起诉讼 / 348	348
133. 用人单位与患病员工解除合同应支付医疗补助 / 350	350
134. 高温补贴 / 352	352

第十二章 休息休假.....355

135. 可享受带薪年假天数的核算 / 355	355
136. 未休年休假工资补偿的计算 / 359	359
137. 婚假的纠纷 / 361	361

- 138. 员工病假期间的纠纷 / 363
- 139. 旷工的认定 / 365
- 140. 执行综合工时制的休息时间纠纷 / 366
- 141. 非全日制用工 / 368

第十三章 竞业限制和保密协议.....371

- 142. 没有约定竞业补偿费用的, 竞业限制协议有效 / 371
- 143. 竞业限制条款的效力与劳动者离职原因之间的关系 / 375
- 144. 用人单位在竞业限制期限内有权单方面解除或放弃劳动合同中的竞业限制条款 / 377
- 145. 用人单位违法解除劳动合同, 竞业限制条款仍然有效 / 379
- 146. 劳动者违反竞业限制约定并支付违约金后, 仍需承担竞业限制义务 / 381
- 147. 仅约定了保密义务未约定保密费用, 劳动者主张保密费用不能获得支持 / 383
- 148. 签订保密协议但未签订竞业限制协议员工离职, 可以从事与原单位业务相同的工作 / 385

第十四章 社会保险.....389

- 149. 企业未按规定为职工缴纳社会保险的后果 / 389
- 150. 企业以低于实际工资为基数为员工缴纳社会保险的后果 / 391
- 151. 上下班途中人身受到损害属于工伤与民事侵权竞合维权方式的选择 / 394
- 152. 劳动者申请工伤认定未果, 可要求用人单位进行相应民事赔偿 / 396
- 153. 工伤私了协议的效力 / 399
- 154. 企业内部承包后职工发生工伤的担责主体 / 401
- 155. 超过法定退休年龄的人在工作期间受伤后, 申请工伤待遇问题 / 402
- 156. 非法用工发生事故后的责任承担 / 404

157. 养老保险未投保纠纷 / 409
158. 用人单位未为劳动者缴纳医疗保险, 应当承担劳动者患病发生的
医疗费 / 411
159. 用人单位未为劳动者缴纳生育保险, 应由用人单位承担生育保险
待遇 / 413

第十五章 人事争议.....416

160. 人事争议仲裁案件受理范围 / 416
161. 人事争议仲裁申请时效 / 418
162. 事业单位聘用合同变更纠纷 / 421
163. 事业单位与聘用人员解除劳动合同纠纷 / 424

第十六章 劳动人事争议仲裁和诉讼.....427

164. 劳动合同履行地与用人单位所在地不一致, 劳动争议的管辖地 / 427
165. 仲裁遗漏当事人、人民法院可直接追加 / 429
166. 承继劳动关系的企业应承担工伤保险责任 / 433
167. 集体性争议可选择代表人参加诉讼 / 434
168. 工会可作为劳动仲裁或诉讼主体 / 436
169. “一裁终局” 案件适用范围 / 439

第一章 确认劳动关系纠纷

1. 劳动关系与雇佣关系的区分

■ 深度指导

一、劳动关系的概念及法律特征

劳动关系是指劳动者与用人单位在实现劳动过程中建立的社会经济关系，即用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。

司法实践中，审理部门会通过查明下列事实来确认是否存在劳动关系：

用人单位和劳动者是否符合法律、法规规定的主体资格；

劳动者是否受用人单位的劳动管理，是否从事用人单位安排的有报酬的劳动；

劳动者提供的劳动是否是用人单位业务的组成；

劳动者入职时间，入职经过，证明入职时间的证据；

劳动者岗位及工作内容；

劳动者劳动报酬的组成及数额，领取报酬的形式，领取报酬有无劳动者签字，劳动者提起劳动仲裁之前一年内每月领取报酬数额；

劳动者履行工作时接受何人管理；

考勤方式；

可证明存在劳动关系存在的证据（如通行证、门禁卡、工作服、奖状或其他证据等）；

工作地点及办公场所的具体结构；

劳动者停止提供劳动的时间；
劳动者停止提供劳动的原因；
劳动者提起确认劳动关系之诉的目的；
劳动者申请仲裁时间。

二、雇佣关系的概念及法律特征

雇佣关系是指受雇人向雇佣人提供劳务，雇佣人支付相应报酬形成的权利义务关系。雇员受雇主控制、指挥、监督是雇佣关系存在的基础。在雇佣关系中，雇主是控制他人行为的人，而雇员仅是雇主雇佣来完成某种工作的人。雇员在完成此种工作时听命于雇主，服从雇主的监督指导，雇主为雇员提供劳动条件。雇佣法律关系是一种无身份关系的权利义务关系，雇员与雇主之间除了履行劳动，给付报酬外，并无其他关系。

雇佣关系的主要法律特征：双方的权利义务是一方提供劳务、另一方支付报酬，但不属于《劳动法》和《劳动合同法》以及《工伤保险条例》调整的劳动关系，雇佣法律关系是雇员按照雇主的要求，利用雇佣人提供的条件，在雇佣人的指示、监督下，以自身的技能为雇佣人提供劳务。在雇佣法律关系中，雇主雇佣雇员所完成的劳动往往是某一特定的劳动，或者某一阶段性的劳动，具有极强的针对性、确定性和临时性，其劳动内容和结果是在双方约定时就已确定了的。雇佣主体的用工方可以是自然人、法人或者其他组织，而雇员则为自然人。雇佣合同履行过程中雇员的人身损害赔偿纠纷基于民法中谁受益谁负责的原则请求赔偿，而非《劳动合同法》中的工伤赔偿。

三、劳务关系的概念及法律特征

劳务关系是由两个或两个以上的平等主体，通过劳务合同建立的一种民事权利义务关系，该合同可以是书面形式，也可以是口头形式或其他形式。其适用的法律主要是《合同法》，劳务关系由劳动者向用工者提供一次性的或者是特定的劳动服务，用工者依约向劳动者支付劳务报酬的一种有偿服务的法律关系。属于承包劳务情形的劳务合同，可归属于合同法中的承揽合同，属于劳务人员输出情形的劳务合同，可归属合同法中的租赁合同。劳务合同与劳动合同不同，没有固定的格式，必备的条款，其内容可依照合同法的规定，由当事人根据具体情况自

主随机选择条款，具体约定。

劳务关系的主要法律特征：劳务关系基于民事法律规范成立，受其调整和保护；劳务关系双方当事人的地位平等，在人身上不具有隶属关系；工作风险一般由提供劳务的劳务方自行承担，但由雇工方提供工作环境和工作条件以及法律另有规定的除外；劳务主体具有不特定性，提供劳务方和用工方都可以是自然人、法人或者其他组织。除法律规定和特别约定以外，劳务合同履行过程中劳务者方面的人身损害赔偿纠纷基于民法中谁受益谁负责的原则请求赔偿，而非《劳动合同法》中的工伤赔偿。

四、雇佣关系与劳务关系的区别

1. 用工关系双方地位不同。雇佣关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，雇主必须为受雇人提供合理的劳动条件和安全保障，同时雇主对雇员的工作进行监督管理，受雇人则需听从雇主的安排，按其意志提供劳务，双方之间存在着隶属关系与人身依附关系。而劳务关系中双方的地位是平等的，双方只形成劳动力的支配与被支配关系，并不存在服从管理与被服从管理关系，双方不存在人身隶属关系或人身依附关系。

2. 用工关系主体范围不同。在雇佣关系中，雇员只可能是自然人，不存在法人或其他经济组织作为雇佣关系中的雇员。在劳务关系中，劳务关系的双方主体既可以是自然人，也可以是法人或其他经济组织，其双方主体比较多元化。

3. 工作条件提供方不同。雇佣关系中，雇员一般在雇主指定的工作场所，利用雇主提供的生产资料进行社会劳动。典型的劳务关系中的劳动方一般只提供简单的劳动力，在需要生产工具时也是自备，工作场所根据提供劳务的需要随时变动。

4. 双方关系存续期间长短不同。雇佣关系因为雇主所需要的劳务量相对较大，因此，双方关系的存续期间要长于劳务关系。典型的劳务关系所要求的劳动服务往往并不复杂，一次性或在某一特定期间就可以完成，因此，双方关系的存续期间较短。

5. 适用法律不同。在雇佣关系中，雇员与雇主的关系除了受《合同法》调整以外，还受《民法总则》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若