

HR必备丛书

You

Can

Be

Amazing

世界500强企业培训师

全面解读HR、企业管理者最关心的

劳动法律问题

跨区域企业异地用工实战指南

涵盖近十年来劳动关系领域的最新变化

卓越HR必备工具书
企业用工风险
防范实务操作
与案例精解

洪桂彬 著
知名HR培训师
劳动法律师

10种弹性雇佣方式的风险防控

员工入职的5大核心步骤

劳动合同履行的5大核心要素

劳动合同调整6大关键环节风险防控

员工个别离职6种情形风险防控

7项离职员工权益计算

5种特殊员工的管理实务

HR必备丛书

卓越HR必备工具书
企业用工风险
防范实务操作
与案例精解

洪桂彬 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

卓越 HR 必备工具书:企业用工风险防范实务操作与
案例精解 / 洪桂彬著. —北京:中国法制出版社,2016.7
(HR 必备丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7562 - 4

I. ①卓… II. ①洪… III. ①劳动法 - 基本知识 -
中国 IV. ①D922.5②F272.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 114269 号

责任编辑 王天颖(tianying1029@126.com)

封面设计 古润文化

卓越 HR 必备工具书:企业用工风险防范实务操作与案例精解

ZHUOYUE HR BIBEI GONGJUSHU:QIYE YONGGONG FENGXIAN FANGFAN
SHIWU CAOZUO YU ANLI JINGJIE

著者/洪桂彬

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米×1030 毫米 16 开

版次/2016 年 7 月第 1 版

印张/20.5 字数/305 千

2016 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7562 - 4

定价:49.80 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:010 - 66033393

值班电话:010 - 66026508

传真:010 - 66031119

编辑部电话:010 - 66034985

邮购部电话:010 - 66033288

(如有印装质量问题,请与本社编务印务管理部联系调换。电话:010 - 66032926)

洪桂彬是我国著名的劳动法专家、上海市汇业律师事务所合伙人律师。本书是他继《写给HR的社保法：社会保险风险控制与成本优化实务》后，又一部劳动法实务操作方面的扛鼎之作。

记得五年前他第一部专著出版的时候，我曾和他一起在上海《人才市场报》开设劳动法专栏。他主笔的专栏叫《模拟仲裁庭》，每期有洋洋洒洒两大版，读者反映非常过瘾。后来《人才市场报》因故停刊了，但洪律师却成了媒体的宠儿，在社会上的影响越来越大。现在除了在诸多报刊、杂志上发表劳动法专业文章外，他还借助电视荧屏走入千家万户，结合新闻时事讲解劳动法，讲得“深入浅出、老少咸宜”。

但我知道，他在媒体上普法，只是忙里偷闲。他早年以家乡婺源“文科状元”的身份考入华东政法大学，以优异的成绩毕业后取得律师从业资格，专长于公司法、劳动法与争议解决，

同时熟知人力资源管理与用工成本实践（社保/财税）。现除了代理诉讼案件外，还担任多家企业和机构法律顾问，为全国多家行业协会、开发园区、知名高校及知名企业提供专题培训课程，经常就裁员、集体停工、集体协商、企业搬迁、规模安置、疑难案件信访等提供现场支持，累计授课企业逾千家，学员逾万名。

此书最大的特点就是接地气。原因无他：这是本书作者长期实践经验积累的结晶。我长期从事劳动争议案件的评析，知道洪桂彬律师曾代理的很多劳动争议案件都可圈可点。所以在阅读此书的过程中，眼前不断浮现出相关案件的一幕幕情景。

就拿本书开卷之作“非全日制用工的风险管理”一节来说，对于非全日制用工的认定，虽然《劳动合同法》作出了原则性的规定，但是实践中用工每周超出了24小时的是否就一概认定为全日制用工？而一旦认定为全日制用工，那么未签书面劳动合同的双倍工资、解除劳动合同的经济补偿、年休假待遇等一系列的法律义务和法律责任就会随之而来。这是一个令很多人困惑的问题，对此理论界也是有争议的。

洪律师本人就曾代理过类似案件。尽管在此书中，限于篇幅，洪律师只是在列举了一个“促销员按月发工资是否成立非全日制劳动关系”的几百字小案例后，阐述了“非全日制的核心特征是用工的灵活性，而非工资支付周期的强制性，法律并没有以工资发放的周期作为认定非全日制用工的条件”的观点，并对用人单位使用非全日制用工，提出了也要签订书面劳动合同、对于非全日制用工的工资结算周期进行调整以符合法律规定等建议，但是这是以作者亲历司法实践的经验为参照的，是他厚积薄发的结晶。

当然，作为一个律师，不可能每场官司都赢。而那些“败诉”案件的代理过程，同样成为作者的宝贵经验。当我读到第八章中“高管管理与风险控制”一节，就想到了他曾经代理的“某公司财务总监解雇案”。洪律师接受委托前，该公司以财务总监工作业绩与岗位要求存在明显差距为由解除了双方劳动合同关系。虽然相关法律规定公司董事会有权任免高级管理人员，但是不等

于用人单位可以任意解除与其高级管理人员的劳动关系。其实此案在任何律师手中，都不可能“起死回生”。该案审理时，洪律师对于财务总监的职务关系无法恢复，双方劳动关系亦不应该恢复履行的主张，也未被法院所采纳。也正因如此，作者在本书第八章中对于企业高管劳动关系管理的几点建议，如完善公司章程、控制公司高管道德风险、解聘高管应注意“解除”与“解聘”的区别等，就显得尤为中肯。

虽然作者具有丰富的实践经验，但在本书中作者并未囿于个人的办案经验。洪律师曾代理过一起公司违纪解雇案，当时法院认为，单位虽在解除劳动关系时未提前通知工会，但事后已进行了补正，程序性瑕疵已得以修复，故劳动者再以该程序性问题为由主张要求用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金，缺乏法律依据。但是在本书第五章中，他还是小心翼翼地提示读者，“各地对规章制度的民主程序的认识存在不同的见解，亦有审判机构以未经民主程序为由判定用人单位解雇违法”。特别是在他分析相关案例时，聚焦“公司未成立工会，解除劳动合同是否还应通知工会？”这就将问题更加深化了一步，也更为读者所关注。作为一个善于思考的劳动法专家，他能够放眼全国劳动争议的现状，给各地读者切合实际的用工风险方面的提示，这点尤为不易。

言简意赅、静水深流，这就是我对于此书的总体评价。相信读者也一定会有同感。祝大家阅读愉快！

《上海人力资源社会保障》杂志主编 周斌

2016年4月5日于上海

从2007年我开始接触劳动法实务，到本书2016年行将出版，正好是十个年头，所谓十年磨一剑。十年间我通过培训、咨询、案件代理接触了上万名HR从业者，HR所遇到的诸多问题是当前中国企业法律风险防范问题的集中写照，对问题的探索、解决和反思的过程也引领了我的个人成长。本书是各类HR问题及其解决方案的汇总提炼，虽然在短短几个月内完成，但也算是我个人十年实务经验的总结。

2007年至2016年，这十年间也是我国劳动法律更新最快的十年，以2007年6月29日《劳动合同法》公布开始，我国相继出台及修订了6部法律、4部行政法规、3个司法解释以及若干个部门规章，几乎囊括了劳动关系的各个领域。然而与法律法规的快速更迭相伴的，是劳动争议的快速井喷。据人力资源和社会保障部的统计，2000年至2007年我国劳动仲裁机构每年受理的劳动争议数量从13.5万件增长至35万件，年平

均增长率约为 14.77%。2008 年这一数据激增至 69.3 万件，比 2007 年增长了近一倍，2014 年则达到 71.5 万件。上述数据表明，随着 2008 年《劳动合同法》的实施，劳动者维权意识觉醒，劳动争议频发，给企业用工管理和 HR 工作带来严峻挑战。员工关系如何有效管理的话题也引发了学界、企业界、司法界的高度关注。

如何系统掌握员工关系所必须了解的法律知识和解决方案，不仅是 HR 自身胜任力的组成部分，更直接关乎企业的成本和风险。本书将从 HR 自身的工作需要出发，提炼 HR 在员工关系领域的“应知应会”内容。为了实现这一目标，本书呈现如下几个特点：

1. 内容定位：本书并非以《劳动合同法》为纲，更非一本理论著作，而是以 HR 工作中所面临的具体问题为出发点，澄清认识并提供解决方案。

2. 逻辑结构：为了阅读的方便，本书按照“必备知识”“典型案例”“专家建议”“相关法规”的体系展开，简明扼要地阐述所存在的问题及解决方案，并提供具体的法律条文便于参考。

3. 全国视角：考虑到员工关系实践具有极强的地域属性，本书案例的选择已充分顾及地域差异，不局限于北京、上海等一地，案例来自全国 20 多个省市实际发生的争议案件；同时为了更加清晰地阐释各地司法实践差异，本书脚注中大量引用了全国各地的司法裁判口径以便于读者检索参考。

4. 法规引用：本书的法规引用涵盖了最近十年来劳动关系领域的最新变化，不仅如此，本书还根据 HR 工作需要还涵盖了合同法、公司法、刑法等多领域的法律法规，以尽可能地贴近 HR 的实务操作。

最后，希望本书的读者通过阅读本书有所收获。

洪桂彬

2016 年 4 月于上海

序言 前言

Chapter 1 10种弹性雇佣方式的风险防控 /1

第一节 非全日制用工的风险管理 /3

- 案例 1. 促销员按月发工资是否成立非全日制劳动关系?
- 案例 2. 兼职驾驶员可否主张法定节假日加班费?
- 案例 3. 工资中已含“社保费”，发生工伤单位是否应担责?

第二节 劳务合同用工的风险管理 /10

- 案例 1. 签订兼职协议就是劳务关系吗?
- 案例 2. 兼职洗碗工下班途中因交通事故死亡是否算工伤?

第三节 实习用工的风险管理 /17

- 案例 1. 实习生签订劳动合同是否建立劳动关系?
- 案例 2. 用人单位可否使用外国高校就读的外籍实习生?

案例 3. 实习生实习期间受伤单位是否应赔偿？

第四节 停薪留职、内退、协保等特殊人员的风险管理 /24

案例 1. 单位招用下岗人员未签订合同是否应支付双倍工资？

案例 2. 解聘停薪留职人员是否须支付补偿金？

第五节 退休返聘人员的风险管理 /30

案例 1. 达到退休年龄继续用工是否建立劳动关系？

案例 2. 退休人员外出发生交通事故单位是否应担责？

第六节 劳务派遣人员的风险管理 /37

案例 1. 劳务派遣员工可否主张签订无固定期限劳动合同？

案例 2. 劳务派遣“同工同酬”如何理解？

案例 3. 在“非三性岗位”实施劳务派遣，是否视为直接用工？

第七节 业务外包人员的风险管理 /46

案例 1. “真假外包”如何识别？

案例 2. “假外包”是否视为发包单位与外包员工建立事实
劳动关系？

第八节 跨境委派人员的风险管理 /51

案例 1. 员工在境外工作，是否与境外单位建立劳动关系？

案例 2. 境外委派的外籍高管在中国办理就业证，是否与中
国企业建立劳动关系？

第九节 境内委派借调人员的风险管理 /56

案例. 长期借调是否视为员工与借入单位形成劳动关系？

第十节 关联方兼职人员的风险管理 /60

案例. 外籍高管可否在异地关联方兼职？

Chapter 2 员工入职的5大核心步骤 /65

第一节 招聘与录用风险防控 /67

案例. 拒绝录用乙肝病毒携带者如何承担赔偿责任?

第二节 发送及撤销录用通知的风险防控 /72

案例 1. 因岗位撤销而取消录用是否应向应聘者赔偿?

案例 2. 因背景调查取消录用是否应承担缔约过失责任?

第三节 劳动合同类型选定的风险防控 /77

案例 1. 仅明确合同起始日期是否视为无固定期限劳动合同?

案例 2. 因病假导致工龄超过 10 年, 员工可否要求续订无固定期限劳动合同?

案例 3. 连续订立二次固定期限劳动合同后, 用人单位可否终止合同?

第四节 劳动合同条款设置的法律风险防控 /83

案例 1. 协商一致延长试用期是否有效?

案例 2. 劳动合同约定“代通知金”条款是否有效?

案例 3. 竞业限制条款未约定违约金, 员工违约无法追责吗?

第五节 劳动合同的未签、拒签与补签 /90

案例 1. offer 可否视为书面劳动合同?

案例 2. 人事总监未签订劳动合同是否应支付双倍工资?

案例 3. 员工拒签合同是否应支付双倍工资?

案例 4. 补签劳动合同后是否应支付双倍工资?

Chapter 3 劳动合同履行的5大核心要素 /97

第一节 工时及加班管理中的风险防控 /99

- 案例 1. 值班是否计入工作时间算加班？
- 案例 2. 午餐时间未约定，如何计算工作时间？
- 案例 3. 双休日出差途中是否算加班？
- 案例 4. 标准工时制平时加班可否按照调休处理？
- 案例 5. 季度综合工时制按月结算加班费产生争议如何处理？
- 案例 6. 不定时工时制法定节假日加班应否支付加班费？

第二节 休息休假管理中的风险防控 /108

- 案例 1. 病假工资按六折支付合法吗？
- 案例 2. 入职不满一年的员工是否有年休假？
- 案例 3. 年休假逾期作废条款是否有效？

第三节 薪酬管理中的风险防控 /116

- 案例 1. 单位停工放假可否降低工资标准？
- 案例 2. 旷工扣二倍工资是否合法？
- 案例 3. 员工离职后如何扣发销售提成？

第四节 福利管理中的风险防控 /123

- 案例 1. 委托其他单位代缴社保是否合法？
- 案例 2. 企业年金仅适用无固定期限劳动合同员工是否合法？
- 案例 3. 未休福利年休假是否应当额外支付报酬？
- 案例 4. 意外伤害险理赔能否抵充工伤保险赔偿？
- 案例 5. 单位承担的社保个人缴费部分是工资还是福利？

第五节 绩效管理中的风险防控 /130

- 案例 1. 未约定试用期能证明员工不符合录用条件吗？
- 案例 2. 非业绩考核的岗位如何证明绩效不达标？
- 案例 3. 绩效强制分布是否属于“末位淘汰”？

Chapter 4 劳动合同调整6大关键环节风险防控 /137

第一节 岗位调整的风险防控 /139

案例 1. 因经营需要调岗不降薪，员工可否拒绝？

案例 2. 因不胜任调岗降薪，是否须经员工同意？

案例 3. 因部门撤销调岗，员工可否拒绝？

案例 4. 因实际履行调岗决定，员工事后可否提出异议？

第二节 工作单位调动中的风险防控 /147

案例 1. 劳动合同约定可调动至全国各关联公司的条款是否有效？

案例 2. 关联公司之间调动岗位是否视为解除劳动关系？

案例 3. 因调动转移劳动关系承继工龄，原单位是否应付补偿金？

第三节 公司搬迁中的员工关系风险防控 /153

案例 1. 同一行政区搬迁员工可否拒绝随迁？

案例 2. 跨区搬迁导致群体性停工是否支付工龄补偿？

案例 3. 愿意支付补偿，搬迁仍引发集体停工究竟为何？

第四节 合并分立中的员工关系风险防控 /159

案例 1. 公司合并是否构成“客观情况发生重大变化”应付经济补偿金？

案例 2. 公司分立时签署三方协议，是否应支付经济补偿金？

第五节 股权收购中的员工关系风险防控 /165

案例 1. 股权收购中公司可否提前买断员工工作年限？

案例 2. 股权收购中，员工拒签劳动合同可否解雇？

第六节 资产业务收购中的员工关系风险防控 /170

案例 1. 资产业务收购中，员工签署劳动合同是否视为

成功转移？

- 案例 2. 资产业务收购中员工提交辞职报告，工龄是否连续计算？

Chapter 5 员工个别离职 6 类情形风险防控 /175

第一节 员工主动辞职的风险防控 /177

- 案例 1. 员工不辞而别可否视为自动离职？
- 案例 2. 劳动合同能否约定 60 天的辞职预告期？
- 案例 3. 辞职时不知已怀孕可否要求撤销辞职报告？

第二节 员工被动辞职的风险防控 /182

- 案例 1. 加班费基数存分歧，员工以拖欠加班费为由可否解除劳动合同？
- 案例 2. 社保未按实际工资缴费，员工可否辞职索要经济补偿？

第三节 企业过错解雇的风险防控 /187

- 案例 1. 规章制度未经民主程序，违纪解雇是否一律无效？
- 案例 2. 社保缴费和工作履历不符，可否以欺诈解除合同？
- 案例 3. 公司未成立工会，解除劳动合同还应否通知工会？

第四节 企业无过错解雇的风险防控 /195

- 案例 1. 医疗期计算是否存在计算周期的限制？
- 案例 2. 抑郁症是否直接享受 24 个月医疗期？

第五节 劳动合同到期终止的风险防控 /201

- 案例 1. 劳动合同逾期，用人单位可否单方终止劳动关系？
- 案例 2. 员工拒绝续签，终止原劳动合同是否应付补偿金？
- 案例 3. 工会主席任期未届满但合同到期可否终止？

第六节 劳动合同到期终止的风险防控 /207

案例 1. 达到退休年龄但不符合领取养老金条件，单位可否终止合同？

案例 2. 工程部主管是否应执行 55 周岁退休？

Chapter 6 员工规模裁减中的风险防控 /213

第一节 批量协商解除风险防控 /215

案例 1. 协商解除补偿标准低于法定标准，用人单位应否补差？

案例 2. “双方无任何争议”条款是否有效？

案例 3. 签订协商解除协议后单位能否再行单方解除？

第二节 情势变更解除风险防控 /220

案例 1. 部门撤销是“客观情况”还是“主观情况”？

案例 2. 人员冗余撤销岗位是否属于客观情况发生重大变化？

案例 3. 提供关联公司工作机会是否属于协商变更合同？

第三节 经济性裁员风险防控 /226

案例 1. 一个季度经营亏损能否视为“经营发生严重困难”？

案例 2. 裁员名单是否应提交工会征求意见？

案例 3. 无固定期限劳动合同员工必须优先留用吗？

第四节 提前解散终止风险防控 /233

案例 1. 公司提前解散，何时可通知终止劳动合同？

案例 2. 分公司关闭可否终止劳动合同？

Chapter 7 7 项离职员工权益计算 /239

第一节 经济补偿金 /241

案例 1. 经济补偿金计算时是否应剔除加班费？

案例 2. 工作 27 年，经济补偿金是否分段计算？

案例 3. 工资超过社会平均工资 3 倍，经济补偿是否分段计算？

第二节 代通知金 /248

案例. 销售人员的提成是否计入代通知金？

第三节 赔偿金 /253

案例. 违法解除劳动合同赔偿金是否应分段计算？

第四节 医疗补助费 /256

案例. 违法解除劳动合同是否应支付医疗补助费？

第五节 恢复劳动关系工资损失 /259

案例. 总经理被违法解雇，恢复劳动关系期间工资如何发放？

第六节 竞业限制补偿金 /262

案例 1. 未约定竞业限制补偿金，竞业限制条款是否有效？

案例 2. 员工在职期间违反竞业限制义务可否要求追究违约责任？

第七节 专项培训违约金 /268

案例. EMBA 在读期间是否计入培训服务期？

Chapter 8 5 种特殊员工的员工关系管理实务 /273

第一节 “三期”女职工管理与风险防控 /275

案例 1. 哺乳期请事假未获批准可否算旷工？

案例 2. 单位平均工资高于本人工资，产假待遇是否应补差？

第二节 工伤员工管理与风险防控 /282

案例 1. 公司组织旅游，员工旅游期间受伤是否属工伤？

案例 2. 工伤员工劳动合同期满能否终止劳动合同？

案例 3. 上下班交通事故，侵权赔偿与工伤赔偿能否兼得？

第三节 高管管理与风险防控 /292

案例 1. 高管薪酬未经董事会决议的效力？

案例 2. 高管解聘，适用《公司法》还是《劳动法》？

第四节 外籍员工管理与风险防控 /298

案例 1. 外国人非法就业的“就业”如何认定？

案例 2. 外国人可否以达到中国退休年龄终止合同？

案例 3. 可否与外籍员工约定提前解除劳动合同的条件？

第五节 异地用工管理与风险防控 /305

案例 1. 异地用工，两地高温津贴标准不一致怎么办？

案例 2. 综合工时制可否跨地区适用？