



企业人力资源管理
与法律实务指引丛书

从招聘到离职

HR必备的 十大法律思维及 劳动仲裁案例实操

王 锋◎著

HR本位

抛弃枯燥法规，
挖掘并解决HR痛点

锦囊妙计

HR话如何说+
事如何做+文书如何写

更新理念

助力HR思维
适应现代企业管理需要

提升实操

将知识转化为
实用技术，拿来就用



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

从招聘到离职：HR 必备的十大 法律思维及劳动仲裁案例实操

王 锋 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言

著名法学学者朱苏力先生有一篇经典文章，题目叫《什么是你的贡献》。作为一名劳动争议仲裁员，自己在工作中也经常有这样的想法：什么是你能做的？这想法一方面来源于法律人的使命情怀，法律具有社会性，加上长期受公平正义、惩恶扬善这样的观念熏陶，故法律人对于很多社会问题及其解决方案都有与生俱来的使命感；另一方面来源于现实需要，近年来，随着劳动法律法规的日益完善，维权渠道日益便捷畅通，劳动争议呈井喷式增长，而这其中绝大部分都是企业败诉，动辄几万元、十几万元的损失，劳动者也并没有占到“便宜”，付出了大量时间、精力和心血，国家、社会更是不堪重负（多地仲裁出现案多人少的矛盾）。面对这样的现状，作为一名仲裁员，能做点什么呢？

笔者认为，要解决好日益增多的劳动争议，用人单位无疑是“牛鼻子”，只有从用人单位入手才能从根本上解决问题。从实践来看，劳动争议有不同于其他争议的显著特点：

一是发生率高。从全国来看，近年来劳动争议数量持续高位运行。2018年，全国各地劳动人事争议调解仲裁机构共处理争议182.6万件，涉及劳动者217.8万人，涉案金额402.6亿元。^[1]以笔者所在的区为例，近五年来劳动争议案件数量一直在每年1000起左右，考虑区域面积和企业数量，这个发生概率是相当高的。这其中还不包括没有进入仲裁程序通过自行协商或者各类调解组织调解解决的，也不包括一部分因法律知识淡薄而没有意识到用人单位已经侵犯了其权利或者虽意识到权利被侵害但由于种种原因没有积极采取措施的潜在争议。

二是用人单位败诉率高。笔者曾经看过一个统计，2014年全国劳动仲裁案件中，用人单位胜诉率为13%，而当年广东省用人单位的胜诉率为11.55%。笔者的劳动仲裁实践也基本印证了这一数据，在笔者处理的千余起案件中，用人单位完全胜诉的不到10%。换句话说，约9成的案件是用人单位败诉的。

三是不确定性大。劳动争议虽然标的的不大，但是往往事实复杂，法律法规、政策规定繁杂，再加上仲裁、法院口径把握不同，故在面对一个劳动争议案件时，有经验的律师往往也很难准确预测结果。比如，你可以从网上看到“末位淘汰解除劳动合同违法”“真的不能用末位淘汰吗”等内容截然相反的文章，让人无所适从。

针对这些特点，要化解劳动争议风险，建立和谐稳定的员工关系，笔者有两个“锦囊”送给饱受劳动争议之苦的用人单位：

一是要更新思维理念。为什么现在企业劳动争议这么多？一般归结为企业不懂法，其实不然。在笔者看来，更为重要的原因是企业管理者或HR的理念不适应现代人力资源管理需要。所以，欲做好员工关系管理，企业首先要做的是思维理念更新。所谓思维理念更新，主要是指企业管理者要抛弃把劳动者作为对手和利益相对方的理念，真正关心、关爱员工，将其作为利益共同体；抛弃蛮荒式的人力资源管理理念，建立精细化、法治化管理模式；抛弃等争议发生之后再处置的理念，树立从源头上预防、防控风险的意识；等等。

二是要提升实操技术。除了思维理念更新外，掌握具体的法律知识和操作技巧也很重要。要知道，很多争议的发生或者激化，往往是从一份不合适的文书、一句冷漠的话语、一个不恰当的举动引发的。所谓提升实操技术，就是企业HR在处理员工关系的时候要再专业一些，像训

练有素的律师那样开展工作；再柔和一些，尽量让劳动者感觉到被尊重；再严谨一些，不要在语言、文书上出现漏洞和破绽。

学者夏承焘曾说过：“著书有三种：最上，令读者得益；其次，令此学本身有发现；其三，但令读者佩服作者之博学精心。”作为一本实践经验的总结而非学术著作，笔者自然不能“令此学本身有发现”，更不敢奢望“令读者佩服作者之博学精心”，故“令读者得益”是笔者最大的追求。“令读者得益”体现的是以客户为中心的理念。对于劳动领域的普法应该怎么做，笔者也在经常思考：能不能转换一下思路，将以普法者为中心的模式转变为真正以“读者”（企业HR）为中心，发掘和解决HR的痛点，通过一种轻松、愉快而又不失专业的方式去普法。考虑现实中很多HR是非法律专业毕业的，系统学习掌握那些枯燥、繁杂的法律规定实在是强人所难，笔者希望通过本书做个尝试：利用鲜活的案例（大多数取材于自己处理过的案件）、灵活的方式（案例、新闻报道，甚至一段庭审笔录）、真实的素材（许多文书是原汁原味呈现的），不仅告诉HR法律规定，更重要的是告诉HR如何具体操作。为此，在写作过程中，笔者时刻提醒自己：这本书不是写给专业人士看的，要接地气，最大限度地让HR喜欢看、能看懂。在书中，笔者没有执着于那些枯燥的理论和法律规定，也没有像一般的案例书那样，简单地告诉你判决结果是什么、理由是什么，而是将“知识”转化为实用的“技术”，让HR像使用手册一样能照着操作。笔者也试图将身边发生的、活生生的案例以及原汁原味的文书、话语端给大家，在一个个真实的情境和故事中告诉HR话该怎么说、事该怎么做、文书该怎么写、困局该怎么破。笔者希望这本书做到了这些。当然，如果本书对于专业仲裁员、法官、律师、专家学者们开展工作或进行研究有所帮助，那就属于意外之喜了。

从事仲裁工作十余年来，那些刚正不阿、嫉恶如仇、学识渊博、思

维缜密、经验丰富的前辈、同事们无时无刻不在潜移默化地影响着我，这也直接促成了本书的完成，在此一并致以深深的谢意！最后还需要说明的是，虽然本书的案例、故事部分取材于真实的仲裁实践，但大都进行了改编，请勿对号入座。

[1] 数据来源：《2018年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

- [第一篇 HR法律思维理念更新](#)
 - [共赢思维：建设和谐共赢的企业文化](#)
 - [风险思维：发现企业的“黑天鹅”](#)
 - [目的思维：把员工作为企业经营的目的](#)
 - [合规思维：你最好“照词说”](#)
 - [精细思维：一个严谨的HR胜过好律师](#)
 - [沟通思维：和谐来自于沟通](#)
 - [证据思维：打官司就是打证据](#)
 - [成本思维：违法成本的“学费”别交了](#)
 - [专业思维：专业的事情交给专业的人干](#)
 - [换位思维：“恩爱”要秀给别人看](#)
- [第二篇 HR法律实操技术提升](#)
 - [招聘广告莫任性](#)
 - [做好入职背景调查](#)
 - [就业协议不能代替劳动合同](#)
 - [如何设计一份完善的劳动合同？（上）](#)
 - [如何设计一份完善的劳动合同？（下）](#)
 - [这些不签订劳动合同的理由都不成立](#)
 - [不与高管签订劳动合同有风险](#)
 - [无固定期限劳动合同非“洪水猛兽”](#)
 - [关于试用期的那些“坑”](#)
 - [平台用工的风险防范](#)
 - [“临时工”别再用了](#)
 - [关于加班那些事儿](#)
 - [约定加班费计算基数要合法](#)
 - [解决病假员工管理难题](#)

- [详解带薪年假](#)
- [工资不能随便降低或扣除](#)
- [员工自愿声明不缴社保也无法免除公司义务](#)
- [“非典型工伤”要避免](#)
- [防范社保“空窗期”风险](#)
- [工伤发生后也应当及时补缴保险](#)
- [对“三期”女工应谨慎进行用工管理](#)
- [调岗应依法有据](#)
- [违约金不能随意约定](#)
- [从三个案例读懂竞业限制](#)
- [员工离职的年终奖发放详解](#)
- [辞职，可不是单位给予的权利](#)
- [协商解除，谁先提出很重要](#)
- [试用期间被证明不符合录用条件vs不胜任工作](#)
- [对“打架条款”的规定](#)
- [员工被拘留能否辞退？](#)
- [发现员工兼职可否解除劳动合同？](#)
- [员工欺诈能否解除劳动合同？](#)
- [以“严重失职”为由解除劳动合同应职责明确](#)
- [解除患病职工劳动合同的“正确姿势”](#)
- [公司重大事项变更应提前与职工沟通](#)
- [“客观情况发生重大变化”不可滥用](#)
- [公司搬迁应合理考虑职工利益](#)
- [裁员只裁一个员工可以吗？](#)
- [经济性裁员不是这样玩的](#)
- [自动离职≠合同自动解除](#)
- [劳务派遣员工被退回能辞退吗？](#)

- [解除劳动合同应履行通知义务](#)
- [解除劳动合同的通知一定要及时](#)
- [解除劳动合同应书面通知](#)
- [解除劳动合同的通知对象要准确](#)
- [解除劳动合同的通知应合法送达](#)
- [协商解除还是通知解除，应进行明确](#)
- [解除合同通知中应写明理由](#)
- [解除合同通知中应写明依据](#)
- [不开具解除劳动合同证明代价大](#)
- [经济补偿金的分段计算方法](#)
- [用人单位要求员工赔偿损失应合法有据](#)
- [“一裁终局”应引起重视](#)
- [番外篇 我的仲裁之路](#)
 - [那些“小感动”](#)
 - [第一个“滑铁卢”](#)

第一篇 HR法律思维理念更新

共赢思维：建设和谐共赢的企业文化

引言

2018年9月，一场30年不遇的台风“山竹”让华为的HR火了。一贯以管理严格、强调绩效、注重考核著称的华为发出了一则接地气又不失幽默的短信：各位亲爱的同事，我知道，周六下班后，你赶去超市只抢到两串大蒜。我知道，你已把电脑带在身边，做好随时随地办公的准备。我知道，今天还有部分同事因工作原因，坚守在岗位上。我知道，明天熊孩子不上学，你为妥善安置想尽办法。我知道，你已在谨慎规划明天上班的最佳方式和线路。是的，红色预警已解除，明天正常上班。困难很多，我知道你都在尽力克服，向最可爱的huaweier致敬！但风雨仍然很大，一定要注意安全，尽力乘坐公司班车，安全抵达岗位。如因道路受阻，不能按时到达，别太担心考勤打卡，我们会统一处理，安全到达在我们看来才是最重要。——华为公司人力资源部（2018年9月16日）

启示

这样一条短信让人看到了华为公司管理上的温情，也让员工感觉心理暖暖的，说白了：公司并不是只看重你创造的价值，而是更在乎你的

安全，公司永远是你的坚强后盾，和你一起克服困难。

让员工感觉到温暖的不只华为。2016年4月，网络上出现一则顺丰快递员遭京牌轿车车主打耳光的视频，引发社会关注。对此，顺丰公司第一时间发表声明：“我们非常感谢大家对顺丰小哥的关心，顺丰集团对于此次暴力事件非常震惊，并已指派集团高层跟进处理后续事宜。目前已向警方报案，并安排小哥进行伤情鉴定。公司坚决主张依法维权，相信公安机关会依法严肃处理此事，同时我司态度如下：‘1.鉴于对方反复殴打小哥，行为极为恶劣，我司不同意对方调解诉求，对于这种寻衅滋事现象，建议追究刑事责任；2.以后发生类似事件，顺丰仍将依法维权，对员工的合法权益保护到底；3.服务行业十分辛苦，需要彼此理解和尊重，希望大家以此为鉴，共同维护社会公平正义。’”公司总裁更是在朋友圈发表霸气声明：“如果这事不追究到底，我不再配做顺丰总裁！”

近年来，建设和谐共赢的企业文化和稳定的劳动关系，越来越受到国家的重视，也在优秀企业间蔚然成风。2015年4月，中共中央、国务院发布《关于构建和谐劳动关系的意见》，这是指导新时期劳动关系工作的纲领性文件。文件提出，统筹处理好促进企业发展和维护职工权益的关系，调动劳动关系主体双方的积极性、主动性，推动企业和职工协商共事、机制共建、效益共创、利益共享。构建和谐劳动关系，离不开企业和员工的共同努力。

对企业来说，要形成以员工为本的文化。首先要尊重员工，最大限度地尊重人、理解人、关心人，并用人性化的经营调动每位员工的积极性、主动性；其次要做到共赢发展，真正把员工个人利益与企业利益联系起来，使员工以主人翁的态度工作，从而激发每一位员工的创造热情，进而形成一种良性循环的激励机制；再次要注重沟通与协调，建立

上下通畅的言路，使员工能方便地表达他们对某些事情的关注和看法，吸收他们的意见和建议；最后还要重视对员工的教育培训，建立完善的学习教育体系，营造学习工作化、工作学习化的新环境，这样才能发掘员工的潜力，提高员工的工作技能，既帮助员工实现个人价值，又帮助企业实现科学持续发展。

对员工来说，要真正热爱企业。有人说，在商海中，企业好比一艘乘风破浪的船，投资者造船，经营者开船，员工划船。加入它，你就顺理成章地成为这艘船上的一名船员。这艘船承载着投资者的梦想，也承载着员工的现实生活与希望。选择了这艘船，员工不再是乘客，而是这艘船的主人。这艘船是满载而归还是触礁搁浅，取决于船上的所有船员是否齐心协力、同舟共济。要想成功完成航程，每一位船员都要毫无保留地为这艘船贡献自己的力量。只有每个员工都能认清自己的位置，充分发挥主人翁精神，主动承担责任，企业才会兴盛与发展。凝聚着强大团队力量的企业，才能在市场竞争中脱颖而出。

专家建议

面对激烈的市场竞争，企业首先要改变的是将员工视为“对手”的观念，真正树立“同舟共济”的理念，自觉将和谐共赢融入企业生产经营中，融入企业文化建设中，积极打造企业与员工的利益共同体、事业共同体和命运共同体。

风险思维：发现企业的“黑天鹅”

引言

李某于2011年4月进入某外资企业A公司工作，担任资深财务经理，月工资13000元，劳动合同期限自2011年4月27日至2014年4月30日。2012年2月，因李某多次与公司总经理发生冲突，A公司书面通知李某：“您自2011年4月27日加入公司，迄今为止工作满9个月。由于您不符合岗位要求，我司决定自2012年2月13日与您解除劳动关系，您的月工资为人民币13000元，因此，按照相关规定将通过工资卡一次性支付您赔偿金共计人民币26000元（人民币贰万陆仟元整）。”李某签收了该通知。后A公司未经李某同意，单方面办理了解除劳动合同手续和社会保险停缴手续，并向李某的工资卡中转入26000元作为赔偿金。李某对此表示不服，于2012年3月到劳动仲裁委员会申请仲裁，请求：1.撤销《解除劳动合同通知》，继续履行劳动合同；2.支付2012年2月13日至恢复劳动合同期间的工资每月13000元。

庭审过程中，作为被申请人的A公司没有提供任何可以证明李某不胜任工作的证据。A公司的委托代理人也直言，公司没有证据证明李某不胜任工作岗位，但是已经按照《劳动合同法》第四十八条^[1]的规定向李某支付了赔偿金，现在解除劳动合同手续已经办理完毕，双方已经不能再继续履行合同了。此案经历了仲裁和法院的一审、二审，2013年4月中级人民法院作出终审判决：双方继续履行劳动合同，A公司支付李某2012年2月至裁决作出之日的工资（扣除已经支付的赔偿金）。法院的判决理由是，双方劳动合同不是不能履行，而是用人单位恶意解除导

致劳动合同不能履行。

然而，事情并未就此了结。A公司可能觉得心有不甘，在判决生效后李某多次要求上班的情况下，没有给李某安排工作，而是于2013年6月又给李某发了一份通知：“经向有关用人单位调查取证，公司有证据证明，你在与公司建立劳动关系时存在故意隐瞒事实、虚构个人履历的行为。你的欺瞒行为误导公司与你建立劳动关系，并做出高薪聘请你担任资深财务经理的决定。基于上述事实，根据你和公司签订的《劳动合同》第6.3条的约定，公司决定即日起与你解除劳动关系。”李某不服，又一次提起劳动仲裁要求A公司继续履行劳动合同。原来，在李某当初求职提供的简历中，在工作经历处写明“2008年7月至2010年7月在B公司任副总经理”。而A公司经过调查，发现李某在B公司只工作了一年（2008年7月至2009年6月）。据此，A公司认为李某存在欺诈行为，故再次与李某解除劳动合同。庭审中，李某也认可，简历上的工作时间与实际工作经历不一致，但只是记错了，不是有意欺骗公司。

此案又一次经历了仲裁和一审、二审，2015年11月，中级人民法院再次判决：确认A公司解除劳动合同行为违法，双方继续履行劳动合同，A公司支付李某诉讼期间的工资。法院认为，李某的行为不构成欺诈，李某简历中工作时间填写错误并不能导致公司陷入错误判断，从而与李某订立劳动合同。

宣判后，李某到劳动仲裁部门申请仲裁，要求A公司支付工资、未休带薪年假补偿、解除劳动合同经济补偿金等，同时补缴社会保险费。此时，A公司更换了总经理和委托代理人，态度也有所缓和。最终，在劳动仲裁部门的协调主持下，双方达成和解，A公司支付李某工资、经济补偿金等共计30余万元，连同补缴的社会保险费以及前期已经支付的费用，A公司为此事累计支付了40余万元。

启示

有一本畅销书《黑天鹅》^[2]，在这部堪称革命性的著作中，塔勒布概括了“黑天鹅”（高度不可能事件）的三个特征：一是不可预测性；二是影响巨大；三是事件发生后人们总是试图去解释它。上面的案例，对企业而言也堪称一起“黑天鹅”事件，它符合塔勒布提出的“黑天鹅”的三个特征。首先是不可预测性。公司的决策层没有预见到，当初一个简单的解除合同决定，最终导致公司承担了这么大的损失，如果当初预见到花了这么大代价仍然没能解除李某的劳动合同，估计公司怎么也不会发出那份解除通知。其次是影响巨大。公司直接损失40余万元，外加律师费支出、名誉下降等间接支出和损失，甚至该公司的总经理也因此事被撤换，教训不可谓不惨痛。最后是事件发生后人们总是试图去解释它。确实，A公司的委托代理人在案后多次提到，前任总经理比较固执，坚持要与李某解除劳动合同，同时公司前任委托代理人对劳动法不精通，导致公司连续犯错。

面对“黑天鹅”式的劳动争议，企业无法预测何时发生、怎么发生，那是不是就对它无能为力呢？在《黑天鹅》一书中，塔勒布也提供了答案，“预测下雨无济于事，建造方舟才能以防万一。黑天鹅事件无法预测，却能预防。我们不能预测何时会下大雨，但准备好雨伞出门就行了。我们无法预测何时会有大地震，但可以提高房子的抗震级别”。的确，劳动争议的“黑天鹅”事件虽然不可预测，却可以预防。试想，如果该公司在做出最初的解除劳动合同决定时，能认真听取法律专业人士的意见，提前做好风险评估，也许就不会轻率做出解除劳动合同的决定；或者，在事件处理过程中不那么“任性”，也许损失就不会逐步扩大。推而广之，作为企业，必须有这种风险意识，不可麻痹大意。由于工作关系，笔者能看到此类黑天鹅事件的“劳动法版”几乎每天都在上演，也许

下一个受害的就是你的企业。所以，在劳动关系管理上，“黑天鹅”给我们的一个重要启示就是要做好预防，做好风险防控，避免决策的随意性。

塔勒布还探讨了另一个有趣的问题：有一种英雄，他们为我们避免了灾难，拯救了生命，但是人们不知道他们所做的贡献。比如“9·11”事件发生之前，有人强烈要求在驾驶舱门安装防弹保险装置，如果航空部门采纳了他的意见，“9·11”事件就不会发生，他就拯救了上万人。我想，对于企业HR来说，这种情况也很常见。也许你尽职尽责，因为你严谨的工作、完善的文书、得体的语言为公司避免了一场诉讼，避免了一次灾难式的“黑天鹅”事件，但老板未必知道你做出的贡献，仅仅因为灾难事件并没有发生。所以，“黑天鹅”给我们的另一个启示是，企业要重视那些处理劳动关系的“无名英雄”（企业HR）所做的工作，重视那些避免风险发生的人。

一个成功的企业必须时刻保持对包括劳动争议在内的各种风险的警醒，毕竟一般企业很难承受那种巨大损失。所以，从现在开始，赶紧去发现你企业中的“黑天鹅”吧！

专家建议

对企业来讲，劳动争议的风险无处不在，极端的“黑天鹅”事件也随时可能降临。因此，企业要时刻保持风险防控的意识，做好平时的预防和萌芽阶段的化解，这才是企业立于不败之地的不二法门。

[1] 《劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八

十七条规定支付赔偿金。”

[2] 在发现澳大利亚的黑天鹅之前，欧洲人认为天鹅都是白色的，“黑天鹅”曾经是欧洲人言谈与写作中的惯用语，用来指不可能存在的事物，但这个不可动摇的信念随着第一只黑天鹅的出现而崩溃。

目的思维：把员工作为企业经营的目的

引言

陈某于2011年3月9日到某酒店从事餐厅服务员工作，双方签订了劳动合同。2014年12月9日，因接到客人投诉，该酒店口头要求陈某回家反省，自次日起不用上班。12月17日，酒店又通过快递向陈某邮寄了一份公告，称因有客人投诉，公司决定开除陈某。该酒店《员工手册》第2.2.3条规定：“企业对有下列行为的员工，记严重过失一次，并解除当事人与企业的劳动合同：……服务不周造成客人恶性投诉……”陈某诉至劳动争议仲裁委员会，要求酒店支付违法解除劳动合同赔偿金。庭审中，酒店提供了其工作人员与顾客李某的往来电子邮件，酒店发送邮件内容为：“尊敬的宾客，您好！针对您提出的投诉我公司员工陈某服务态度问题，首先对于员工态度不端正给您造成了不好的困扰，我们表示深深的歉意。针对此次事件，我们做出如下决定：解除与该员工的劳动合同，针对我们的处理结果您是否满意？期待您的再次光临！”顾客李某的回复邮件内容为：“对于贵酒店对该员工的处理方法很满意，希望可以将这种管理制度延续下去，谢谢！”

启示

从法律角度看，根据《劳动合同法》的相关规定，用人单位与劳动者解除劳动合同，须满足事实清楚、规章制度合法有效并经过公示、解