

名企HR经典管理案例 系列丛书

HR劳动争议

经典管理案例



聚焦经典

从庞杂案例中遴选70篇
典型、易发、疑难实战案例

有法必依

充分运用劳动相关法律法规
防范HR管理法律风险

以面概全

覆盖劳动用工全流程
手把手教你搞定劳动争议

拿来就用

一本书助你成为
劳动用工管理的资深专家

于丽萍◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

HR劳动争议经典管理案例/于丽萍著.—北京：中国法制出版社，
2018.7

（名企HR经典管理案例系列丛书）

ISBN 978-7-5093-9632-2

I.①H... II.①于... III.①劳动争议-处理-案例-中国 IV.①D922.591.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第164701号

责任编辑：潘孝莉 马春芳

封面设计：柏拉图创意

HR劳动争议经典管理案例

HR LAO DONG ZHENG YI JING DIAN GUAN LI AN LI

著者/于丽萍

经销/新华书店

印刷/

开本/787毫米×1092毫米 16开 印张/17 字数/277千

版次/2018年7月第1版 2018年7月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9632-2 定价：59.00元

值班电话：010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码 100031 传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com> 编辑部电话：010-66022958

市场营销部电话：010-66033393 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）

- 第一篇 劳动关系建立之初：规避风险，行之有道
 - 第一章 诉讼主体确定有规则，单位切忌任意妄为
 - 1.1 雇佣关系并非均为劳动关系
 - 1.2 非全日制用工争议属于劳动争议受理范围
 - 1.3 劳动关系中，用工主体有限制
 - 1.4 劳动关系中，诉讼管辖如何确认？
 - 第二章 招聘有风险，企业应妥善处理
 - 2.1 招聘内容夸大其词更易招致风险
 - 2.2 隐性歧视仍可能导致单位承担责任
 - 2.3 背景调查能使“问题员工”原形毕露
 - 2.4 offer发出应谨慎，以避免无辜担责
 - 2.5 缺少入职登记，单位或将无法维权
 - 2.6 单位要求劳动者提供担保，属知法犯法
 - 2.7 入职培训可帮助单位有效规避风险
- 第二篇 劳动关系存续期间：合法管理，保留痕迹
 - 第三章 劳动合同有误区，企业切勿落入陷阱
 - 3.1 建立劳动关系不存在所谓“试工期”
 - 3.2 签订书面劳动合同以避免赔付二倍工资差额
 - 3.3 高管未签劳动合同，二倍工资差额必须支付吗？
 - 3.4 员工拒签劳动合同，用人单位可终止劳动关系
 - 3.5 签订两次书面劳动合同后，单位丧失单方终止劳动关系权利
 - 3.6 劳动合同内容因违法而无效，单位得不偿失
 - 3.7 劳动合同中必含条款缺失，单位存在法律风险
 - 3.8 “倒签”劳动合同，用人单位将无法规避高风险
 - 3.9 并购后重签还是补签劳动合同，应选择有道

- [3.10 单位应保留劳动合同无效证据](#)
- [第四章 竞业限制——单位应把握商业秘密保护伞](#)
 - [4.1 竞业限制内容应完善，防止员工“干私活”侵权](#)
 - [4.2 对无保密义务人员，竞业限制应解除](#)
 - [4.3 保密协议与竞业限制协议不能混为一谈](#)
- [第五章 试用期——试用有法，裁人有术](#)
 - [5.1 录用条件为试用期的，裁人基础必须落实](#)
 - [5.2 员工书面同意延长试用期是否有效？](#)
 - [5.3 单签试用期合同对用人单位是否有利？](#)
 - [5.4 试用期陷阱多，单位必须重视](#)
- [第六章 规章制度为管理依据，内容程序均需合法](#)
 - [6.1 规章制度的订立及修改程序不得简化](#)
 - [6.2 规章制度内容必须合法](#)
 - [6.3 规章制度内容公示很重要](#)
 - [6.4 违纪行为需详细列明，且应另加兜底条款](#)
 - [6.5 “严重”与“重大”勿模糊约定](#)
- [第七章 考勤为人事管理利剑，不能马虎大意](#)
 - [7.1 高管不定时工作制有利有弊，单位应慎重选择](#)
 - [7.2 指纹、人脸打卡效力待定，需员工书面确认](#)
 - [7.3 加班工资计算不能任意约定，应以合法为前提](#)
 - [7.4 年假权益法定，单位不可单方约定未休失效](#)
- [第八章 薪酬与考核相辅相成，缺一不可](#)
 - [8.1 薪酬待遇的发放条件，单位应有决定权](#)
 - [8.2 巧用工资构成，防范易发风险](#)
 - [8.3 孕产期女员工工资发放需依法核算](#)
 - [8.4 病假工资核算有法可依，应仔细计发](#)
 - [8.5 单位调岗调薪有法定底线，不能逾越](#)

- [8.6 员工无产假待遇违反国家计生政策](#)
- [第九章 社会保险缴纳属法定义务，单位与员工均需履行](#)
 - [9.1 单位异地缴纳社会保险需员工书面同意](#)
 - [9.2 员工书面同意不缴纳社会保险仍有风险](#)
 - [9.3 社会保险缴费存在基数差，是省钱还是浪费？](#)
- [第十章 用人单位逃避工伤理赔责任不是解决之道](#)
 - [10.1 工伤保险应缴纳，商业保险无法替代](#)
 - [10.2 工伤认定存在时效，无法理赔风险大](#)
 - [10.3 单位拒绝认定工伤时需承担举证责任](#)
 - [10.4 工伤理赔可以协商，不利风险需重视](#)
- [第十一章 劳务派遣不是万金油，单位应用存风险](#)
 - [11.1 派遣单位须有资质，否则难认定派遣工](#)
 - [11.2 大规模派遣属违法，切勿聪明反被聪明误](#)
 - [11.3 派遣退回条件应约定明确，以防连带责任](#)
- [第三篇 劳动关系解除期间：有理有据，和平为上](#)
 - [第十二章 劳动关系终止——难者不会，会者不难](#)
 - [12.1 第二份固定期限劳动合同终止时，单位将丧失选择权](#)
 - [12.2 劳动关系终止条件法定，不能任意为之](#)
 - [12.3 与怀孕员工终止合同，应特殊情况特殊分析](#)
 - [12.4 单位能否省略提前通知终止合同义务？](#)
 - [第十三章 劳动关系解除重在证据收集，单位勿舍本逐末](#)
 - [13.1 即时解除、预告通知解除及经济裁员要区分](#)
 - [13.2 劳动关系解除时，支付补偿金、赔偿金要合法计算](#)
 - [13.3 员工单方无故解除劳动关系，单位如何处理？](#)
 - [13.4 劳动关系解除约定的经济补偿金支付条件无效](#)
 - [13.5 经济性裁员或解聘，实体、程序均要求合法](#)
 - [13.6 准备不足直接下发一纸解聘通知，存在风险](#)

- [13.7 解聘“玩消失”员工也要合理合法](#)
- [13.8 员工触犯刑法，用人单位如何处理劳动关系？](#)
- [13.9 办理离职手续有学问，用人单位需认真考量](#)
- [附录 劳动争议相关法律法规](#)
 - [附录一 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》](#)
 - [第一章 总则](#)
 - [第二章 调解](#)
 - [第三章 仲裁](#)
 - [第四章 附则](#)
 - [附录二 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》](#)
 - [第一章 总则](#)
 - [第二章 劳动合同的订立](#)
 - [第三章 劳动合同的解除和终止](#)
 - [第四章 劳务派遣特别规定](#)
 - [第五章 法律责任](#)
 - [第六章 附则](#)
 - [附录三 《劳动人事争议仲裁办案规则》](#)
 - [第一章 总则](#)
 - [第二章 一般规定](#)
 - [第三章 仲裁程序](#)
 - [第四章 调解程序](#)
 - [第五章 附则](#)
 - [附录四 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》](#)
 - [附录五 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》](#)
 - [附录六 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干](#)

[问题的解释（三）》](#)

- [附录七 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》](#)
- [附录八 《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》](#)

第一篇 劳动关系建立之初：规避风险，行之有道

第一章 诉讼主体确定有规则，单位切忌任意妄为

在劳动争议中，争议焦点最初往往集中在劳资双方是否存在劳动关系上，除建立劳动关系外，用人单位与劳动者还可能存在另一种雇佣关系——劳务关系。如果劳务关系中的雇佣双方发生争议，劳务关系纠纷不属于劳动争议的受理范围，也即劳动争议仲裁委员会不受理劳务关系争议诉讼申请，而且劳务关系中，用人单位无须缴纳社会保险，解除劳务关系也无须支付解除劳动关系经济补偿金。既然用人单位在劳务关系中更具优势，为何不全部依照劳务关系管理呢？

答案很简单，法律已经对劳务关系作出了限定性解释，只有在下述情况下，双方建立的法律关系才可能被认定为劳务关系，一种是双方建立在自然人与自然人之间的雇佣关系，另一种是用人单位与特殊人群建立的雇佣关系，如与未毕业大学生实习及兼职人员、返聘退休人员以及未领取就业证的外籍人员之间建立雇佣关系等，除此之外的雇佣关系均有可能认定为双方存在劳动关系。

而用工主体的确定问题，也是劳动争议的焦点之一，用人单位可以针对劳动争议诉讼设定不同的责任主体，最大限度地维护用人单位的利

益，本章将以案例形式分析劳务关系与用工主体确定时大家最易遇到的一些问题，并对用人单位的风险规避提供具体策略。

1.1 雇佣关系并非均为劳动关系

本节案例释义的重点在于梳理劳务关系与劳动关系的不同以及在建立劳务关系过程中可能存在的用工风险及应对策略，同时从诉讼视角传授用人单位在该类案例中如何使之取得主动地位的实战经验。

【实战案例1】在校大学生与用人单位建立的一定是劳务关系吗？

案情概要

郝某大学在校期间，通过学校推荐进入某集团公司实习，双方签署了实习协议，约定双方建立实习劳务关系，劳务关系至郝某毕业时终止，集团公司要求郝某毕业时提供毕业证书以证明毕业情况。因为郝某部分专业课程考试不及格，无法拿到学校颁发的毕业证书，毕业当年的7月，学校通知郝某参加1个月后的专业课补考，通过后才能领取毕业证书。8月，郝某补考通过。同年12月，集团公司因经营原因解除了与郝某的劳务关系。但是郝某认为，自己虽然尚未拿到毕业证书，但补考已经通过，自己也并未在学校就读，而是全职在集团公司工作，双方的实习关系实际上已经结束，应自7月开始建立劳动关系，集团公司应该支付其解除劳动关系的经济补偿金。

裁判结果

审理机关认为，虽然郝某还未拿到毕业证书，但是郝某已经通过了

学业考试且全职在集团公司工作，其接受集团公司的人事管理并获得工资报酬，与实习大学生半工半读的情形明显不同，双方应属劳动关系，而不是劳务关系，因此支持郝某的主张。

法条链接

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

12.在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

证据收集

在本案中判断双方是劳务关系还是劳动关系，用人单位举证的重点在于劳动者是不是已经毕业，可以收集如下证据：

学校出具的在读证明、实习证明、三方协议、毕业证书、补考通知、离校证明、派遣证、劳动者对毕业情况的说明函、承诺函等。

律师策略

用人单位聘用实习学生，一方面可以选拔人才，另一方面还能够降低用人成本，是明智之举，实践中也有很多用人单位通过这条途径为企业补充新鲜血液，但是在与未毕业大学生建立雇佣关系时，一定要做到如下几点，以防学生毕业后，双方被认定为劳动关系：

1.在建立劳务关系之初，要求学生提供就读院校出具的实习证明、在读证明等，同时核实学生证的原件、留存复印件备查，以方便确定实习人员的入学时间、毕业时间等。

2.双方在劳务合同中详细约定权利义务关系，如明确规定实习学生的岗位职责、报酬；用人单位单方解聘条款；大学生在岗期间发生意外伤亡事故的责任负担相关问题等；涉及核心岗位、涉密岗位的，还应签署保密协议、竞业限制协议等。

3.有些用人单位还会选择与就读院校签订人才推荐的三方协议，这也是不错的办法，既可以降低用工风险，又可以保证一个比较稳定的学生资源。

4.学生实习在岗期间无法缴纳社会保险，故用人单位应尽量为聘用人员购买商业险，以降低责任承担风险。

5.在大学生已经毕业时，及时解除双方的劳务关系；需要继续聘用的，及时办理入职手续，签订劳动合同，缴纳社会保险等。

【实战案例2】退休人员返聘，解除劳动关系时是否需要支付经济补偿金？

案情概要

赵某54岁，入职某医疗器械公司任医疗专家组成员。入职时，因赵某的人事档案关系留在老家，因此赵某未与医疗器械公司签署劳动合

同，而是签署了劳务合同。60周岁时，赵某在老家办理了退休手续，退休后赵某继续留在医疗器械公司工作。半年后，医疗器械公司提出与赵某解除劳务关系，赵某不同意，要求某医疗器械公司支付其解除劳动关系的经济补偿金。赵某的要求遭到拒绝后，诉至当地劳动争议仲裁委员会，要求确认自己与医疗器械公司存在劳动关系，并要求医疗器械公司支付解除劳动关系的经济补偿金。医疗器械公司辩称赵某与其老家的企业存在劳动关系，因此与赵某建立的并非劳动关系，应为兼职性质的劳务关系。

裁判结果

审理机关认为，虽然赵某的人事关系在老家，医疗器械公司并未为其缴纳社会保险，但赵某为医疗器械公司提供劳动并获得工资报酬，接受医疗器械公司的管理，双方应属劳动关系。赵某虽然办理了退休手续，但是其提起劳动争议诉讼的时间并未超过劳动争议案件1年的诉讼时效，因此支持赵某的主张，认定双方存在劳动关系，医疗器械公司解除劳动关系需要向赵某支付解除劳动关系的经济补偿金。

法条链接

《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》

第十三条 已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利和义务。

《劳动部办公厅对〈关于实行劳动合同制若干问题的请示〉的复函》

二、关于离退休人员的再次聘用问题。各地应采取适当的调控措施，优先解决适龄劳动者的就业和再就业问题。对被再次聘用的已享受养老保险待遇的离退休人员，根据劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号）第13条的规定，其聘用协议可以明确工作内容、报酬、医疗、劳动保护待遇等权利、义务。离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务，聘用协议约定提前解除书面协议的，应当按照双方约定办理，未约定的，应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第二十八条执行。离退休人员与用人单位发生争议，如果属于劳动争议仲裁委员会受案范围的，劳动争议仲裁委员会应予受理。

《中共中央办公厅、国务院办公厅转发〈中央组织部、中央宣传部、中央统战部、人事部、科技部、劳动保障部、解放军总政治部、中国科协关于进一步发挥离退休专业技术人员作用的意见〉的通知》

第四条第二款 离退休专业技术人员受聘工作期间，因工作发生职业伤害的，应由聘用单位参照工伤保险的相关待遇标准妥善处理；因工作发生职业伤害与聘用单位发生争议的，可通过民事诉讼处理……

《中华人民共和国合同法》

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

- (一) 劳动合同期满的；
- (二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- (三) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- (四) 用人单位被依法宣告破产的；
- (五) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- (一) 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- (二) 用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；
- (三) 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；
- (四) 用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；

（五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；

（六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》

13.未达到法定退休年龄的内退人员、停薪留职人员、下岗待岗人员、企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系的，如何处理？

未达到法定退休年龄的内退人员、停薪留职人员、下岗待岗人员、企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系，应按劳动关系处理，但对于新用人单位因客观原因不能为其缴纳社会保险，该劳动者以此为由提出解除劳动合同并要求经济补偿金的，不予支持。

证据收集

在本案中判断双方是劳务关系还是劳动关系，用人单位举证的重点在于劳动者是不是与其他单位存在劳动关系，可以收集以下证据：

劳动者与其他单位的劳动合同、工资支付记录、劳动者的声明文件、社会保险缴纳记录等。

在与退休人员建立劳务关系时，用人单位举证的重点在于劳动者是否达到了退休年龄或者是否领取了养老金等，可以收集如下证据：

劳动者身份证原件与复印件、办理退休手续的相关文件、提供领取养老金的账户信息等。

律师策略

针对兼职人员的聘用问题，如果用人单位仅要求劳动者完成交代的工作，既不要求劳动者到岗上班也不要求劳动者接受用人单位的其他管理，这种情况就一定会被认定为劳务关系吗？

答案是否定的。除非用人单位能够证明劳动者同时为几家单位提供劳动，比如撰稿人、设计师、编辑等，这种情况下双方属于劳务关系。如果劳动者仅为一家用人单位提供劳动并按月领取报酬，虽然劳动者并未实际到岗工作，也可能被认定为劳动关系。

那么建立兼职形式的劳务关系时，用人单位应如何处理呢？

1.用人单位应要求兼职人员提供其在其他单位就职的书面文件，如劳动合同或者支付报酬的银行转账记录。

2.如果用人单位与劳动者属于承包关系，即一方是委托人，一方是承包人，那么双方一定要签署书面的委托或承包协议，确定双方为承包关系，而非劳动关系。

至于退休人员返聘建立的劳务关系，用人单位还要注意一点，即双方签订的劳务协议中应明确约定双方的权利义务关系，如发生疾病或者其他事故时的责任划分等，而且因为退休人员的特殊性，用人单位应尽量为其购买一些商业保险，降低支付其他赔偿金的风险。

1.2 非全日制用工争议属于劳动争议受理范围

【实战案例3】非全日制用工属于劳动关系吗？

案情概要

某公司招聘清洁工，无须坐班，只需每天到该公司打扫卫生，时间为4小时。钱某应聘了该职位，与该公司建立非全日制用工劳动关系，双方签署了非全日制用工劳动合同，约定钱某每周工作5天，公司按小时计薪，每小时20元，一天一计薪，为了领取方便，双方约定每15日发放一次工资。1年后，因该公司将保洁和绿植护养工作外包给了保洁公司，公司遂通知钱某解除劳动关系。钱某要求公司支付解除劳动关系的经济补偿金，遭到公司拒绝后，钱某诉至劳动争议仲裁委员会，要求确认双方为全日制劳动关系，并要求公司支付违法解除劳动关系的经济赔偿金。

裁判结果

审理机关经审理查明，双方签署了非全日制用工劳动合同，钱某无须坐班，每天工作4小时，未全天在公司工作，虽然钱某每15日领一次工资，但是计薪周期为1个工作日，因此不能认定双方为全日制劳动关系，钱某的请求应驳回。

法条链接

《中华人民共和国劳动合同法》

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

第七十二条 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地

人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第三十条 劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。

证据收集

用人单位若要证明双方为非全日制用工劳动关系，应收集如下证据：

非全日制用工劳动合同、工资发放记录、考勤表等。

律师策略

非全日制用工为全日制用工形式的有力补充，可以最大限度地降低用工成本及解聘风险，在管理实务中，很多公司对非主营业务所涉岗位都选择该类用工形式，但是在实践操作中，仍要注意非全日用工的特殊性，把控相关风险。

1.用工时长有法定限制，一般为每天4小时，每周不超过24小时。如果劳动者能够证明自己的工作时间长期超过法定工时上限的，在某些地区依据当地的法律法规或规章，有可能被认定为全日制劳动关系。因

此建议双方签订劳动合同时明确具体工作时间，如上班时间、下班时间等，超出的时间需要用其他工作时间折抵或者经公司书面审批认可后才能生效。

2.非全日制用工可以订立口头协议。如果用工单位确因自身原因无法签订书面劳动合同，可以会议纪要、备忘录、offer等形式约定双方用工关系。

3.非全日制用工无须约定试用期，用人单位可以随时单方通知劳动者解除双方的用工关系，且无须支付解除劳动关系的经济补偿金。

4.法律允许非全日制用工存在多重雇佣关系，也即劳动者可以与一个以上的用人单位存在雇佣关系。

5.非全日制用工一般情况下以小时计酬，结算支付周期最长不超过15日，用人单位可以与劳动者约定结算周期为15日，为方便劳动者领取，可以按月发放。

6.对非全日制用工的劳动者，用人单位一般只缴纳工伤保险，在劳动者发生工伤事故后，用人单位可依照工伤程序承担责任。

7.非全日制用工的劳动者应享有年假，依据《企业职工年休假条例》的相关规定，员工连续工作一年以上的，应当享受年休假，非全日制用工属于劳动关系的一种，劳动者应该享有年休假。

8.对非全日制用工的劳动者可以安排加班，但双方应提前约定如有加班，加班费该如何计算与支付，并且这一约定不能违反法律的相关规定。同时建议用人单位不要长期安排非全日制用工的劳动者加班，否则有可能被认定为全日制用工劳动关系。

非全日制用工一般仅在临时性、辅助性的工作岗位中适用，如保洁员、超市促销员等。但非全日用工仍属于劳动关系，发生纠纷时，属于劳动争议的受理范围，因此不能违反劳动法、劳动合同法的相关规定。

有些地区的地方性规章规定，用人单位在与劳动者建立非全日制用工关系时，需要到当地的劳动行政部门办理备案手续，用人单位应严格执行当地的相关规定，以免发生不必要的风险。

1.3 劳动关系中，用工主体有限制

【实战案例4】包工头卷钱消失，承包人应否二次支付工人工资？

案情概要

包工头孙某挂靠某建筑公司承包了位于北京市海淀区的某工程，包工头口头承诺给大工一天500元，小工一天400元，工期6个月。发包人支付该建筑公司工程款项后，建筑公司在扣除挂靠费后分几次将工人工资共560余万元支付给了包工头孙某，但孙某在最后一次领取了80万元后突然消失，导致工程停滞，而且大批工人在工地闹事讨要工资。该建筑公司拒绝二次支付工人工资，工人无奈将建筑公司诉至当地的仲裁委员会，要求确认劳动关系，并支付工人工资。

裁判结果

本案争议的焦点在于工人与建筑公司之间是否存在劳动关系，依据《北京市工资支付规定》第二十九条的相关规定，建设单位、施工总承包企业、专业承包企业（以下统称为发包单位）或者劳务分包企业，有发包、分包或者转包给不具备用工主体资格的组织或者个人的违法行为，该组织或者个人拖欠劳动者工资时，发包单位或者劳务分包企业应当直接向劳动者支付所拖欠的工资。因为建筑公司与孙某之间是非法分包行为，理应由该建筑公司承担相应的赔偿责任。

法条链接

《关于确立劳动关系有关事项的通知》

各省、自治区、直辖市劳动和社会保障厅（局）：

近一个时期，一些地方反映部分用人单位招用劳动者不签订劳动合同，发生劳动争议时因双方劳动关系难以确定，致使劳动者合法权益难以维护，对劳动关系的和谐稳定带来不利影响。为规范用人单位用工行为，保护劳动者合法权益，促进社会稳定，现就用人单位与劳动者确立劳动关系的有关事项通知如下：

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

(二) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

(三) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

四、建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二十二条 发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第二十三条 与劳动争议案件的处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加仲裁活动或者由劳动争议仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

第二十四条 当事人可以委托代理人参加仲裁活动。委托他人参加仲裁活动，应当向劳动争议仲裁委员会提交有委托人签名或者盖章的委托书，委托书应当载明委托事项和权限。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》

第十条 用人单位与其它单位合并的，合并前发生的劳动争议，由合并后的单位为当事人；用人单位分立为若干单位的，其分立前发生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人。

用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人。

第十二条 劳动者在用人单位与其他平等主体之间的承包经营期间，与发包方和承包方双方或者一方发生劳动争议，依法向人民法院起诉的，应当将承包方和发包方作为当事人。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》

第四条 劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。

第五条 未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。

《劳动人事争议仲裁办案规则》

第六条 发生争议的用人单位未办理营业执照、被吊销营业执照、营业执照到期继续经营、被责令关闭、被撤销以及用人单位解散、歇业，不能承担相关责任的，应当将用人单位和其出资人、开办单位或者主管部门作为共同当事人。

第七条 劳动者与个人承包经营者发生争议，依法向仲裁委员会申请仲裁的，应当将发包的组织和个人承包经营者作为共同当事人。

《北京市工资支付规定》

第二十九条 建设单位、施工总承包企业、专业承包企业（以下统称为发包单位）或者劳务分包企业，有发包、分包或者转包给不具备用工主体资格的组织或者个人的违法行为，该组织或者个人拖欠劳动者工资时，发包单位或者劳务分包企业应当直接向劳动者支付所拖欠的工资。

建设单位、施工总承包企业或者专业承包企业未按合同约定支付工程款或者分包价款，专业承包企业或者劳务分包企业拖欠劳动者工资的，在拖欠的工程款或者分包价款支付后，专业承包企业和劳务分包企业应当将所得款项优先用于支付拖欠的劳动者工资。

证据收集

建筑公司不应当违法分包或者转包工程给不具备资质的自然人。在本案中，建筑公司虽然需要向工人支付工资，但是如果建筑公司有与孙某签订的承包协议或者挂靠协议，仍可以通过诉讼向孙某追偿多支付的工人工资。建筑公司也可以采取另一个办法从源头解决此类问题，即在支付工程款项时，直接支付给工人并制作工资单和花名册，避免孙某卷钱逃跑，给建筑公司造成损失。

律师策略

在劳动争议案件中，确定用工主体是关键问题，在司法实践中，如何确定用工主体也是焦点问题。用人单位在实际经营中，要注意如下事项。

1.未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位与劳动者发生争议的，用人单位或者实际出资人为当事人，用人单位主体资格已经灭失的，实际出资人为当事人。

2.未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位以挂靠方式借用他人营业执照经营过程中与劳动者发生争议的，用人单位和营业执照出借方为当事人，用人单位主体资格已经灭失的，营业执照出借方为当事人。

3.被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及决定提前解散、歇业的用人单位与劳动者发生争议的，用人单位的出资人、开办单位和主管部门为当事人。

4.劳务派遣关系中，派遣单位或者用工单位与劳动者发生争议的，派遣单位与用工单位为当事人。

5.承揽合同的承包人与劳动者发生争议的，承包人为单位的，发包单位和承包单位为当事人，承包人是自然人的，发包单位为当事人。

6.被其他单位并购的用人单位与劳动者发生争议的，并购后的单位为当事人。

7.分立为若干个单位的用人单位与劳动者发生争议的，分立后的、实际与劳动者存在雇佣关系的用人单位为当事人，用人单位分立为若干单位后，无法判断实际用工单位的，分立后的单位均为当事人。

8.用人单位与劳动者约定发生诉讼后的诉讼主体为第三方的，属违法约定，不发生法律效力，如果用人单位欲由其他责任主体如分公司、子公司承担责任，必须以该公司作为用工主体与劳动者建立雇佣关系、签署劳动合同、缴纳社会保险以及发放工资。

1.4 劳动关系中，诉讼管辖如何确认？

【实战案例5】约定劳动争议管辖地是否有效？

李某入职北京某公司任销售总监，双方签订了3年期限的劳动合同并在劳动合同中约定，发生劳动争议或者其他经济纠纷，由北京市某区劳动争议仲裁委员会或者北京市某区人民法院管辖。

2年后，李某因业务拓展的需要被公司派遣至该公司深圳分公司工作，由深圳分公司发放工资并缴纳社会保险，但双方的劳动合同没有变更。后李某与公司因年底奖金数额争议发生纠纷，李某向深圳市某区劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求该公司补齐当年的年底奖金。

被申请人北京某公司提出管辖权异议，称其公司住所地及办公地均在北京，且双方的劳动合同中明确约定了劳动争议应由北京市某区劳动争议仲裁委员会管辖。

裁判结果

对该公司提出的管理异议申请，审理机关经审理查明，该公司的注册地、办公地在北京，但是李某的实际工作地为深圳。根据劳动争议仲裁的劳动合同履行地优先管辖的原则，深圳市某区劳动争议仲裁委员会驳回了该公司的管辖异议申请。

法条链接

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二十一条 劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会

管辖。

《劳动人事争议仲裁办案规则》

第八条 劳动合同履行地为劳动者实际工作场所地，用人单位所在地为用人单位注册、登记地或者主要办事机构所在地。用人单位未经注册、登记的，其出资人、开办单位或者主管部门所在地为用人单位所在地。

双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的仲裁委员会管辖。有多个劳动合同履行地的，由最先受理的仲裁委员会管辖。劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的仲裁委员会管辖。

案件受理后，劳动合同履行地或者用人单位所在地发生变化的，不改变争议仲裁的管辖。

第九条 仲裁委员会发现已受理案件不属于其管辖范围的，应当移送至有管辖权的仲裁委员会，并书面通知当事人。

对上述移送案件，受移送的仲裁委员会应当依法受理。受移送的仲裁委员会认为移送的案件按照规定不属于其管辖，或者仲裁委员会之间因管辖争议协商不成的，应当报请共同的上一级仲裁委员会主管部门指定管辖。

第十条 当事人提出管辖异议的，应当在答辩期满前书面提出。仲裁委员会应当审查当事人提出的管辖异议，异议成立的，将案件移送至有管辖权的仲裁委员会并书面通知当事人；异议不成立的，应当书面决定驳回。

当事人逾期提出的，不影响仲裁程序的进行。

证据收集

本案中，用人单位与李某在劳动合同中约定将用人单位所在地作为劳动争议管辖地，如果该约定有效，则排斥了劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会的管辖权，违反了《劳动争议调解仲裁法》第二十一条的强制性规定。因此，本案中关于劳动争议由北京某公司所在地仲裁委员会管辖的约定是无效的。

律师策略

要了解劳动争议的管辖，首先要了解劳动争议的处理程序。

1.案件受理

当事人向劳动争议仲裁委员会提交申请书，仲裁委员会经审查后自收到劳动仲裁申请书之日起五日内作出受理或者不予受理的决定。决定不予受理的，应自作出决定之日起五日内书面通知申请人；决定立案的，应自作出决定之日起，五日内书面通知申请人和被申请人。

被申请人在接到通知后十日内提交答辩书和证据。

2. 仲裁开庭

劳动争议仲裁委员会应自立案之日起七日内按《劳动争议仲裁委员会组织规则》组成仲裁庭。仲裁庭由一名首席仲裁员、两名仲裁员组成，案情简单的可以指定一名仲裁员独任审理，需要通知双方当事人。

3. 举证质证

当事人对其主张应当提供证据加以证明，不能证明的，承担不利后果。依据相关法律规定应由用人单位提交的证据，如入职时间、薪酬、出勤情况、岗位调动情况、劳动关系解除情况等相关证据，用人单位无法提交或者拒绝提交的，承担不利后果。

4. 仲裁调解

在劳动争议裁决书送达前，由劳动争议仲裁委员会主持调解，经调解达成协议的出具仲裁调解书，由双方当事人签字认可，加盖仲裁委员会印章并送达当事人；调解未达成一致意见或在调解书送达前当事人反悔以及当事人拒绝接收调解书的，视为调解无效。

5. 开庭及裁决

开庭审理时，由仲裁庭组织被申请人答辩、庭审调查、双方辩论、

陈述最终意见、调解。双方未达成调解意见或不愿接受调解的，经仲裁庭合议作出裁决，并制作仲裁裁决书送达双方当事人。

}h6}6.仲裁审理期限

劳动争议仲裁委员会处理劳动争议案件，应当自收到仲裁申请后的四十五日内作出裁决，案情复杂需要延期的，经批准可以延长十五日。

}h6}7.人民法院一审审理

仲裁裁决不是终局裁决的案件，当事人对仲裁裁决不服，可以自收到判决书之日起十五日内向劳动争议仲裁委员会所在地的基层人民法院起诉，期满不起诉的，判决书发生法律效力。

}h6}8.人民法院二审审理

当事人对一审判决不服的，可以自收到判决书之日起十五日内向一审人民法院的上一级人民法院上诉，期满不上诉的，判决书发生法律效力。

}h6}9.人民法院再审审理

当事人对二审判决不服的，可以自收到判决书之日起十五日内申请再审，但再审期间，被执行人仍应执行法院的生效判决。

10.强制执行

裁决书或者判决书生效后，一方当事人不执行的，对方当事人可向有管辖权的人民法院申请强制执行。

关于劳动争议的管辖法律规定，劳动争议由用人单位注册地、登记地、办公地的劳动争议仲裁委员会管辖，注册地、登记地、办公地不一致的，由先受理的劳动争议仲裁委员会管辖，双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。用人单位对于管辖权有异议的，可以提出管辖权异议的申请。

第二章 招聘有风险，企业应妥善处理

很多用人单位总把人事管理的重点放在员工关系与劳动关系解除上，认为员工顺利解聘了，补偿金少给了，就万事大吉了。殊不知，与其在劳动关系解除上做文章，不如在招聘阶段就将风险尽可能降至最低，防止“问题员工”入侵给员工管理带来困难。况且，随着社会的进步，人们对法律越发熟悉，加上劳动争议免缴纳诉讼费使得诉讼成本几乎为零，很多劳动者宁愿选择走诉讼程序也不愿意与用人单位和解。用人单位要想占主动地位，获得谈判资本，更加需要在招聘环节下功夫，将风险拒之门外。

本章的案例涉及招聘的各个层面，详解招聘过程中的误区及风险点，旨在使用工管理者通过真实案例学会把控招聘风险。

2.1 招聘内容夸大其词更易招致风险

【实战案例6】招聘启事能否作为证据证明劳动者主张？

案情概要

某餐饮连锁公司在招聘网站公开招聘厨师，招聘启事中列明，厨师工作时间为10点至22点，两人一班，轮流上班，并写明加班有足额加班费。周某应聘并入职，1年后，周某离职。周某认为该餐饮连锁公司的上班时间其实为9点至24点，但餐饮连锁公司并未依照招聘启事中的约定足额支付加班费，且未办理综合工时制的备案手续，故其诉至当地劳

劳动争议仲裁委员会要求餐饮连锁公司支付加班费，并以餐饮连锁公司拖欠其加班费为由解除劳动关系，要求餐饮连锁公司支付解除劳动关系的经济补偿金。

裁判结果

审理机关经审理查明，虽然周某没有证据证明其在餐饮连锁公司存在加班情况，但是根据餐饮连锁公司招聘启事中列明的时间，由于该餐饮连锁公司未办理综合工时制，因此推定周某存在加班情况，该餐饮连锁公司应向周某支付加班费，周某因未获得足额加班费提出离职，餐饮连锁公司应支付解除劳动关系的经济补偿金。

法条链接

《中华人民共和国劳动合同法》

第八条 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；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

证据收集

本案中，餐饮连锁企业在招聘启事中列明的工作时间如果没有真正实施，餐饮连锁企业需要补齐真实出勤的考勤记录，且须经周某确认，方可避免支付周某加班费的义务。具体而言，餐饮连锁企业需要准备的证据是考勤表、工资支付记录、倒休记录及其他证明周某没有加班或者

加班已经倒休的记录等。

律师策略

一般情况下，用人单位在招聘启事中会最大限度地列明企业的优势，有时也会发生言过其实的情况，如夸大薪酬水平或福利待遇水平等，这都将为日后的员工管理埋下隐患。为避免发生上述案例中的情况，在招聘启事中涉及员工待遇方面，用人单位应避免出现硬性规定，如规定某岗位月工资10000元、年底13薪等，而应以区间形式列明，如某岗位月工资8000元至10000元，年底奖金1000元至10000元不等；涉及公司管理制度方面，如考勤、休假也应该尽量避免规定得过于详细具体，而应以概括性规定为首选，如工作时间、休假制度等均释明为依照国家法律规定办理，而非列明具体的工作时间或者休假制度等，以防招聘启事被劳动者作为证据提交，增加用人单位的应诉风险。

【实战案例7】用人单位无聘用童工的故意，仍需承担责任吗？

案情概要

某食品公司招聘工人，在招聘启事中要求必须年满18周岁才能应聘，吴某的实际年龄为15周岁，但其应聘时称自己20岁并使用了其亲属的证件。因周某体形高大，且要求的薪资较低，食品公司对其年龄信以为真，未仔细核查吴某的身份信息便为吴某办理了入职手续，且双方未签订劳动合同。食品公司于6个月后发现吴某实际年龄为15周岁，未满16周岁，为避免招用童工，公司很快就以吴某欺诈为由解聘了吴某。吴某以其已同公司建立了劳动关系，单位此举属于违法解除劳动关系为由，诉至劳动争议仲裁委员会，要求公司支付其违法解除劳动关系的经

济赔偿金以及未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

裁判结果

审理机关查明，公司主张吴某在应聘过程中存在欺诈，其录用条件第一项即为年满18周岁，吴某未满16周岁，在入职时存在欺诈，但公司未提交相关证据证明吴某在入职时存在欺诈，而双方并非建立劳动关系，食品公司存在非法雇佣童工的行为，当地劳动局下发了《行政处罚决定书》，因其雇用童工，罚款5000元。

法条链接

《禁止使用童工规定》

第二条 国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位或者个体工商户（以下统称用人单位）均不得招用不满16周岁的未成年人（招用不满16周岁的未成年人，以下统称使用童工）。

禁止任何单位或者个人为不满16周岁的未成年人介绍就业。

禁止不满16周岁的未成年人开业从事个体经营活动。

第三条 不满16周岁的未成年人的父母或者其他监护人应当保护其身心健康，保障其接受义务教育的权利，不得允许其被用人单位非法招用。

不满16周岁的未成年人的父母或者其他监护人允许其被用人单位非法招用的，所在地的乡（镇）人民政府、城市街道办事处以及村民委员会、居民委员会应当给予批评教育。

第四条 用人单位招用人员时，必须核查被招用人员的身份证；对不满16周岁的未成年人，一律不得录用。用人单位录用人员的录用登记、核查材料应当妥善保管。

第六条 用人单位使用童工的，由劳动保障行政部门按照每使用一名童工每月处5000元罚款的标准给予处罚；在使用有毒物品的作业场所使用童工的，按照《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》规定的罚款幅度，或者按照每使用一名童工每月处5000元罚款的标准，从重处罚。劳动保障行政部门并应当责令用人单位限期将童工送回原居住地交其父母或者其他监护人，所需交通和食宿费用全部由用人单位承担。

用人单位经劳动保障行政部门依照前款规定责令限期改正，逾期仍不将童工送交其父母或者其他监护人的，从责令限期改正之日起，由劳动保障行政部门按照每使用一名童工每月处1万元罚款的标准处罚，并由工商行政管理部门吊销其营业执照或者由民政部门撤销民办非企业单位登记；用人单位是国家机关、事业单位的，由有关单位依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予降级或者撤职的行政处分或者纪律处分。

第八条 用人单位未按照本规定第四条的规定保存录用登记材料，或者伪造录用登记材料的，由劳动保障行政部门处1万元的罚款。