



HR身边的全方位法律顾问  
THE BOOK OF ANSWERS

# HR法律 答案之书

人力资源法务风险管理与案件实操

翁飞◎著



人职管理·培训管理·绩效管理·薪酬管理  
用工管理·离职管理

原人力资源和社会保障部法规司专家、现大成律师事务所合伙人  
张立杰推荐作序



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# HR 法律答案之书

——人力资源法务风险管理与案件实操

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

HR法律答案之书：人力资源法务风险管理与案件实操/翁飞著.—北京：中国法制出版社，2019.11

ISBN 978-7-5216-0470-2

I.①H... II.①翁... III.①人力资源管理-劳动法-基本知识-中国  
IV.①D922.504

中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第185320号

策划编辑：陈兴（cx\_legal@163.com） 责任编辑：陈兴 孙静 封面设计：李宁

**HR法律答案之书：人力资源法务风险管理与案件实操**

HR FALÜ DA'AN ZHI SHU: RENLI ZIYUAN FAWU FENGXIAN  
GUANLI YU ANJIAN SHICAO

著者/翁飞

经销/新华书店

印刷/

开本/787毫米×1092毫米 24开 印张/17.5 字数/347千

版次/2019年11月第1版 2019年11月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0470-2 定价：76.00元

北京西单横二条2号

邮政编码100031 传真：010-66031119

网址：**<http://www.zgfs.com>** 编辑部电话：**010-66070046**

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）

# 序言

自2013年生效裁判文书在互联网公开以来，对劳动争议判例的研究者而言，获取判决书变得更加快捷。虽然除最高人民法院的指导案例外，其他判例不能成为各地仲裁机构和法院办案的直接裁审依据，但通过判例研究，解析具体案件纠纷中的法律依据及适用法律的法学理论，对提高全社会法律从业者的专业能力确实具有极大帮助。

2008年《劳动合同法》实施以来，国家和地方为解决劳动争议仲裁、诉讼中的疑难复杂问题，先后出台多个司法解释、会议纪要和指导意见，但仍然不能完全解决实践问题和具体纷争中可能出现的无据可依问题，类案不同判现象依然存在，严重影响司法的可预见性和公信力。

针对劳动与人力资源法律法规抽象化、碎片化、地方化特点而言，及时跟进、研究所在地区的热点难点劳动争议案件的法院裁审标准，对完善企业劳动人力资源管理制度和改进工作流程会有极大的促进作用；对广大从事劳动和人力资源的法律工作人员而言也具有重要的启发和指导作用。

劳动与人力资源法律服务，似易而实难，面对新型劳动争议的层出不穷，面对经济发展与就业稳定的平衡，面对企业利益与社会责任的取舍，面对劳资博弈与弱势群体保护的兼顾，从业者不仅需要良好的专业知识与钻研精神，还需要丰富的人生阅历和社会和谐发展的大局观。翁飞律师作为在劳动与人力资源法律服务领域辛勤耕耘十载的青年律师，在代理纷繁复杂、新颖疑难的劳动争议诉讼过程中，深知企业人力资源管理的苦与痛，通过对劳动争议案件典型案例的归纳与梳理，对相关劳动与人力资源法律法规和政策的总结与剖析，力争为企业人力资源合规管理提供有价值的解决思路与指导意见，同时也为具体劳动争议案件审

理提供有意义的裁判尺度和法理解释。

劳动与人力资源法律实务中，由于法律仅作出原则性规定，自由裁量的余地相对较大，就可能出现同一类劳动争议纠纷案件在不同地区，甚至同一地区同一法院或仲裁委，有不同的裁判结果。翁飞律师撰写《HR法律答案之书：人力资源法务风险管理与案件实操》一书，正是试图通过大量案例，相对准确地找到处理标准和裁判意见，以进一步提高劳动争议案件处理结果的可预见性。本书的显著特点在于以劳动法律法规政策为经纬，以企业人力资源管理实务为框架，通过对企业人力资源管理各个阶段，即入职管理、培训管理、绩效管理、薪酬管理、用工管理、离职管理的疑难复杂案例进行归纳总结，对相关法律依据进行解惑释疑。作者以专业的态度和严谨的逻辑，力图把该书打造成极具参考借鉴价值的精品实务图书。

大成律师事务所劳动与人力资源的专业化快速发展，得益于每一位像翁飞这样的律师，在专业化道路上辛勤耕耘和刻苦努力。作为同仁，我为你们骄傲。

北京大成律师事务所 合伙人

张立杰

2019年11月19日

- [1 入职管理](#)
  - [招聘管理](#)
    - [背景调查](#)
    - [录用条件](#)
  - [录用管理](#)
    - [订立书面合同](#)
    - [劳动合同条款](#)
    - [续订书面合同](#)
  - [规章制度](#)
    - [制定程序](#)
    - [规章效力](#)
    - [违纪责任](#)
- [2 培训管理](#)
  - [培训协议](#)
    - [职业培训](#)
    - [专项技术培训](#)
    - [培训费用](#)
    - [服务期](#)
  - [商业秘密](#)
    - [商业秘密认定](#)
    - [保密方式](#)
    - [泄密责任](#)
    - [维权途径](#)
  - [竞业限制](#)
    - [竞业限制范围](#)
    - [竞业限制补偿](#)
    - [竞业限制豁免](#)
    - [竞业限制和不正当竞争](#)

- [竞业限制和商业秘密](#)
- [3 绩效管理](#)
  - [绩效考核](#)
    - [岗位考核](#)
    - [末位淘汰](#)
    - [调岗权益保护](#)
  - [调岗降薪](#)
    - [法定调岗](#)
    - [合法调岗](#)
    - [高管的调岗降薪](#)
  - [商业贿赂](#)
    - [商业贿赂形式](#)
    - [商业贿赂犯罪](#)
    - [企业合规](#)
- [4 薪酬管理](#)
  - [工资薪酬](#)
    - [工资总额](#)
    - [提成工资](#)
    - [加班费](#)
    - [年休假工资](#)
    - [年终奖](#)
    - [工资支付](#)
  - [福利待遇](#)
    - [一般福利待遇](#)
    - [特殊福利待遇](#)
  - [社会保险](#)
    - [社会保险制度](#)
    - [社会保险纠纷](#)



- [住房公积金](#)
  - [公积金制度](#)
  - [公积金纠纷](#)
- [股权激励](#)
  - [股权激励计划](#)
  - [股票期权](#)
- [5 用工管理](#)
  - [劳动保护](#)
    - [劳动条件](#)
    - [劳动保护](#)
    - [职业防护](#)
    - [职业病](#)
    - [职业禁忌](#)
    - [安全生产](#)
  - [工伤管理](#)
    - [工伤认定](#)
    - [劳动能力鉴定](#)
    - [工伤保险待遇](#)
    - [因工致残待遇](#)
    - [工亡待遇](#)
  - [休假管理](#)
    - [病假管理](#)
    - [医疗期](#)
    - [事假](#)
    - [法定假](#)
    - [探亲假](#)
    - [婚丧假](#)
    - [路程假](#)

- [产假](#)
- [哺乳假](#)
- [年休假](#)
- [特殊用工](#)
  - [劳务派遣](#)
  - [非全日制用工](#)
  - [兼职管理](#)
- [劳动监察](#)
  - [劳动监察职责](#)
  - [劳动保障监察](#)
- [6 离职管理](#)
  - [劳动合同解除](#)
    - [协商一致解除](#)
    - [用人单位解除](#)
    - [劳动者解除](#)
    - [违法解除的处理](#)
  - [劳动合同终止](#)
    - [法定终止](#)
    - [逾期终止](#)
    - [约定终止](#)
  - [经济补偿](#)
    - [协商一致解除的](#)
    - [用人单位解除的](#)
    - [劳动者解除的](#)
    - [劳动合同终止的](#)
    - [经济补偿计算](#)
    - [医疗补助费](#)
    - [代通知金](#)

- [赔偿金](#)
  - [赔偿金的支付](#)
  - [赔偿金的计算](#)
- [离职办理](#)
  - [离职程序](#)
  - [离职文书](#)
  - [档案移交](#)
  - [职业健康检查](#)

# 1 入职管理

\* 招聘管理

\* 录用管理

\* 规章制度

# 招聘管理

## 背景调查

### · 背景审核 ·

劳动者背景审核是用人单位人事管理的重要环节。用人单位通过审核劳动者的简历、背景陈述等，了解劳动者的教育情况、社会背景、职业经历等情况，判断该人选是否适合工作岗位，胜任工作要求，符合招聘条件。日后出现纠纷时能够有据可查，证明自己尽到注意义务，不存在过错。用人单位应当了解劳动者的基本信息，核实其准确性和真实性，防止劳动者在资料上弄虚作假，严格把握“入门关”。对于劳动身份存在问题的人员，要谨慎用人，避免订立无效或者涉嫌违法的劳动合同。

职工提交虚假学历证明，公司辞退是否应支付赔偿金？

### 案例

陆某进入商贸公司工作，因怀孕期间的工作安排问题与公司存在诸多矛盾。公司对其进行调岗降薪，陆某拒绝。商贸公司调查了解到，陆某应聘时向公司提交了虚假的学历学位。公司根据规章制度，将其予以解雇。陆某提起劳动仲裁，认为公司职位招聘时是大专学历要求，而其本人实际是大专学历，工作上亦可以胜任该招聘岗位的需要，故而订立合同时并不存在欺诈的情形。其在怀孕期间被辞退，属违法解除劳动合同，应支付赔偿金。该纠纷经仲裁及诉讼程序，法院最终认定商贸公司解雇合法，无须支付赔偿金。

## 解析

关于公司是否违法解除劳动合同，应否支付赔偿金的问题。公司主张陆某学历造假、工作经历造假，存在严重欺诈行为，双方签订的劳动合同无效，并提供入职登记表、应聘登记表、学历证、社保证明佐证。应聘者的学历、工作经历是用人单位招聘员工的重要依据，应聘者提供虚假信息不仅对其他应聘者不公平，用人单位亦完全可能因此作出错误的意思表示。陆某在入职时提供虚假本科学历的事实清楚，属于《劳动合同法》第26条规定的以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下订立劳动合同的无效情形，公司以陆某入职时提供虚假学历为由，主张双方的劳动合同无效，无需向陆某支付解除劳动合同赔偿金，有事实与法律依据，并无不当。

### · 劳动者主体 ·

不满十六周岁的未成年人不得被任何用人单位招用，任何单位或个人也不得为其介绍就业。但从事文艺、体育和特种工艺工作的不满十六周岁的未成年人，在有关部门的批准下，可以从事劳动，获得报酬。

对于外国人、无国籍人、香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民在中国境内的就业问题，关键在于劳动者是否取得相关就业证件。外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位订立劳动合同，以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位订立劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。持有相关就业许可的外国人，与中国境内的用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。

已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员不是劳动法意义上的劳动者，其用工关系为劳务关系。用人单位可以不按劳动法的规定承担相应的劳动责任，如工资、工时、休息休假、加班工资、社会保险等

规定。

关于达到或超过法定退休年龄，但不符合享受基本养老保险待遇劳动者的用工关系问题。有的观点认为，用人单位与其招用的已达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动关系特征的，应按劳动关系特殊情形处理。劳动者请求享受《劳动法》《劳动合同法》规定的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇的应予支持。但是，劳动者请求签订无固定期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金及社会保险待遇的不予支持。

现阶段我国法律对建立双重劳动关系的情形是有限度的承认。企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，与新的用人单位建立用工关系，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。

下岗待业人员能与新的用人单位建立劳动关系吗？

## 案例

路某系下岗待业人员，到劳务公司担任后勤工作。双方签订了劳务协议书。路某在该公司工作期间，在原用人单位领取基本生活费，其社会保险也由原单位一直缴纳。公司正是考虑到路某的下岗待业身份，公司用工成本比较低廉，决定雇佣路某进行后勤工作，合同约定“劳务费按月发放”。实际用工中，路某接受该公司的管理，遵守各项规章制度。其后双方发生纠纷，路某离职。公司认为是劳务关系，而路某主张是劳动关系，公司应按照劳动关系支付经济补偿。法院判定双方存在劳动关系。

## 解析

虽然路某与原单位的劳动关系没有解除，但是法律并不禁止路某与新的用人单位建立劳动关系。《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8条规定，企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。路某与公司之间存在管理与被管理的人身隶属关系，其有报酬的劳动也是公司日常能够正常运转的必要组成部分。如下岗待业人员与新单位没有另行明确约定，那么其与新用人单位之间的用工关系应认定为劳动关系。

劳动者主张存在“双重劳动关系”，是否会被支持？

## 案例

王某与美食公司签订劳务合同。合同到期后双方续订劳务合同，其后美食公司向王某发出终止劳务关系通知书。王某主张双方系事实上的劳动关系，并提交了员工卡、考勤记录、银行卡查询清单、工资条。美食公司主张双方系劳务关系，提交了劳务合同、续订劳务合同通知书及签收回执、续签劳务合同意向书、参保职工缴费情况表。其中，参保职工缴费情况表上显示王某的缴费单位为建筑公司。王某的人事档案存放于建筑公司，建筑公司每月支付给王某下岗生活费。王某申请劳动仲裁，要求美食公司支付违法解除劳动关系的经济赔偿金、未签订劳动合同的双倍工资加班工资，仲裁委驳回王某仲裁申请。王某不服向法院起诉，法院审理后驳回王某诉讼请求。

## 解析

王某认可其人事档案保管单位、社会保险缴纳单位均为建筑公司，同时还领取着建筑公司发放的下岗工资，故应当认定王某与建筑公司存在劳动关系。我国法律虽未明确禁止双重劳动关系的存在，但原美食公



司签订的《劳务协议》及续订协议经双方签字盖章确认，是双方真实意思表示，不违反法律法规的规定，应认定其合法有效。因此，对于王某认为双方系劳动关系的主张，法院不予采信。王某依据劳动合同法提出的关于解除劳动关系、未签订劳动合同双倍工资、加班费的请求，法院判决驳回王某全部诉讼请求。

离退休人员到其他单位工作，应认定为劳动关系还是劳务关系？

## 案例

黄某与销售公司在公证处签订《协议书》及附件“关于销售费用的结算办法”，协议书中约定：销售公司聘用黄某为某省境内唯一业务员，聘用期为两年，如需再聘，在终止期前一个月办理续聘协议。各类销售费用的结算，按双方签字协议的附件“关于销售费用的结算办法”办理。黄某代表销售公司与建筑材料公司签订供销合同，因该合同中销售提成问题黄某诉至法院。黄某主张其为劳动争议，其争议应适用劳动法相关规定。法院认定黄某已超过法定退休年龄，故本案争议系劳务合同纠纷，并不属于劳动争议案件。

## 解析

《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7条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。因为这时离退休人员在离退休后到其他单位工作，双方建立的不是劳动合同关系，不能签订正式的劳动合同，不受劳动法调整，双方之间的关系是劳务合同关系。本纠纷的案由应当确定为离退休人员返聘合同纠纷。需要注意的是，司法实践中无论劳动者是否享受到养老保险待遇或领取退休金，只要劳动者达到法定退休年龄，一般认为，其与用人单位建立的关系均一律认定为劳务关系。

证券经纪人与证券公司是劳动关系吗？

## 案例

李某入职证券公司营业部，担任客户经理，约定报酬以业绩相应比例的提成收入发放。在职期间李某每天的工作时间固定，打卡签到，并根据公司的要求定期与客户联系，进行客户拜访等工作，公司每月将报酬汇入李某的银行卡中。双方因故发生矛盾，公司将李某辞退。李某诉至法院，要求判令：确认李某与证券公司营业部存在劳动关系；支付李某解除劳动关系经济补偿金、未签订劳动合同双倍工资差额、拖欠工资。公司认为，李某与证券公司签订的是证券经纪人委托代理合同，双方形成的是民事委托代理关系。法院审理后认为双方为委托代理关系，而非劳动关系，驳回李某的诉讼请求。

## 解析

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案争议的焦点在于李某与证券公司某营业部是否存在劳动关系。根据李某与证券公司签订的《证券经纪人委托合同》，由证券公司委托李某代理证券公司进行客户招揽、客户服务等活动，李某工作时间比较自由，不需严格遵守证券公司的工作时间，证券公司也不对李某进行考勤管理。李某没有固定底薪，报酬完全由工作业绩决定，发放的时间和数额均不均等。因此李某与证券公司属于委托代理关系，而非劳动关系。李某亦未提交充分有效的证据证明其与证券公司营业部建立了劳动关系，故法院判决驳回李某的全部诉讼请求。

超市促销员与公司是劳动关系，还是劳务派遣关系？

## 案例

宋某入职超市公司工作，工作8年后离职。其后因经济补偿问题与超市公司发生争议。超市主张宋某系劳务派遣公司派遣至超市工作，之前宋某并没有在超市上过班，从事的工种不断地变化，做过布料销售、裤脚修剪、针纺销售等。而宋某主张与劳务派遣公司签订的劳动合同是超市安排，在超市由工作人员经手办理，其是受胁迫签订的劳动合同。宋某提供收款收据复印件、工资卡明细、超市工作服加以证明，收据的交款人均均为宋某、收款人为超市，事由为工作服、工牌，促销员管理费等。该纠纷经仲裁及诉讼程序，法院判定宋某与超市存在劳动关系，而非劳务派遣关系。

## 解析

宋某与超市用工关系的性质是本案焦点。超市公司主张系派遣关系，宋某主张系劳动关系。《劳动合同法》第66条规定，劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。而宋某一直在超市工作，已近8年之久，其工作岗位也不属于辅助性、临时性、替代性工作，从用工形式来看，不符合劳务派遣用工方式。虽然宋某于合同履行期间与劳务派遣公司签订了劳动合同，但超市没有与宋某办理终止劳动关系手续，且宋某一直在超市工作，因此超市是真正的用工主体。宋某在超市工作，与超市公司形成劳动关系。

演出合作协议纠纷是否属于劳动争议？

## 案例

投资公司（甲方）与李某（乙方）签订《演出合作协议书》，合同约定：“经友好协商，就乙方在甲方指定的经营场所驻场演出等双方合作事宜达成如下协议：合作期限和方式，乙方在甲方指定的经营场所驻场；合作内容为，具体演出时间由甲方安排，甲方应定期为乙方安排专业技能培训，培训费用具体金额根据实际培训内容而定。”其后，投资公司与李某签订《培训协议》，协议约定：“为提高乙方的基本素质和专业技能，甲方决定选派乙方参加专业技术培训。为确保乙方圆满完成培训学业，并按时返回甲方工作，乙方因违反原与甲方签订的演出合作协议或公司规章制度而构成违约的，或因其个人原因提前解除双方合作协议的，乙方须将甲方已支付的培训费用全部返还给甲方，并且支付甲方违约金人民币叁万元。”其后，李某通过电子邮件的方式，向投资公司提出开始为期一年的长假申请。虽没有得到投资公司的批复，但李某开始自行放长假，没有再按《演出合作协议书》履行。双方发生争议诉至法院，法院判决李某承担违约金责任，返还培训费用。

## 解析

关于公司与李某是否是劳动关系问题，根据《劳动法》第16条第1款规定，劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利义务的协议。而本案中双方所签署的《演出合作协议书》明确约定“双方基于互惠互利及双赢的合作原则，经友好协商，就乙方在甲方指定的经营场所驻场演出等双方合作事宜达成如下协议”“双方明确，本协议约定的合作关系不属于劳动法规定的劳动关系，本协议仅受合同法及民法通则调整”，双方在《演出合作协议书》中还约定了合作期限、合作方式、演出报酬、违约责任等，可见双方是以平等主体的地位签署的协议，双方对协议的内容已履行了一定时间，对协议中各自的主体地位应是清楚明白的。因此，李某现主张其与投资公司之间存在劳动关系证据

不足，法院不予确认。双方对自愿签订的《演出合作协议书》应自觉履行。

李某通过电子邮件的方式向投资公司提出为期一年的长假申请，随后开始自行放长假，没有再按《演出合作协议书》履行，李某该做法与双方所签《演出合作协议书》的约定不符，属于违约。据此，投资公司要求李某继续按协议履行并按协议约定支付违约金、返还培训费合法有理，法院予以支持。对投资公司主张的培训费数额，有李某签名确认的《培训信息表》为证据，法院予以确认。李某应继续按《演出合作协议书》履行，支付投资公司违约金、培训协议违约金，并返还原培训费用。

外国人未取得“外国人就业证”，是否适用劳动争议处理程序？

## 案例

姜某向法院提起诉讼称，其应光电公司董事长的邀请，从美国来中国工作，主要从事公司在欧洲的业务推广。双方在德国签订聘用协议，约定姜某被聘用为光电公司海外事业部经理。协议签订后，姜某按照约定开展了项目工作。其后，光电公司却以公告的形式解除了与姜某的聘用协议。姜某认为该聘用协议是合法有效的，光电公司的单方解除协议的行为违法，给姜某造成了巨大经济损失，故请求判令光电公司支付拖欠的工资、报销费用、返回雇佣地美国的单程机票、因单方违约造成的损失。法院以该纠纷未经劳动仲裁为由，裁定驳回姜某的起诉。

## 解析

根据《外国人在中国就业管理规定》第8条和《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）》第14条第1款的规定，外国人在中国就业必须取得外国人就业证，外国人、无国籍人未依

法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同，以及我国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。姜某系中国台湾地区居民，其未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位光电公司签订劳动合同，违反了法律法规对订立劳动合同主体的相关禁止性规定。因此该劳动合同无效符合法律规定。同时，《劳动合同法》第28条规定“劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定”。《劳动合同法》第86条对无效劳动合同过错方的赔偿责任作出规定。因此，劳动合同被确认无效后的争议处理仍应参照劳动合同法的相关规定，适用劳动争议的处理程序。

外国人取得“外国人就业证”但未在许可范围内就业，能否主张经济补偿？

## 案例

外国公民约翰与上海网球俱乐部订立劳动合同，双方约定约翰在北京市从事网球教练的工作，由北京体育文化公司对其进行日常工作的领导管理，并按月支付其工资。俱乐部为约翰先后办理了外国人就业许可证书、工作签证以及居留许可证。最终约翰获得了外国人就业证。但约翰一直在北京市从事网球教练工作。约翰因北京公司拒绝发放其工资而辞职，并于当日对网球俱乐部提起仲裁申请，要求支付解除劳动合同经济补偿金。仲裁委审理后认为，约翰所持有的外国人就业许可证书明确了约翰在中国境内的合法就业区域仅限于上海市，而约翰却一直在北京地区工作，违反了关于就业区域工作的许可范围。因此，约翰属于非法就业，不受我国劳动法律法规保护，故对约翰要求支付解除劳动关系经济补偿金的请求，仲裁委不予支持。

## 解析

用人单位聘用外籍劳动者工作受工作许可范围的严格限制。《出境入境管理法》第43条规定：“外国人有下列行为之一的，属于非法就业：（一）未按照规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的；（二）超出工作许可限定范围在中国境内工作的；（三）外国留学生违反勤工助学管理规定，超出规定的岗位范围或者时限在中国境内工作的。”《外国人在中国就业管理规定》第16条第2款规定：“就业证只在发证机关规定的区域内有效”。第24条规定：“外国人在中国就业的用人单位必须与其就业证所注明的单位相一致。外国人在发证机关规定的区域内变更用人单位但仍从事原职业的，须经原发证机关批准，并办理就业证变更手续。外国人离开发证机关规定的区域就业或在原规定的区域内变更用人单位且从事不同职业的，须重新办理就业许可手续。”从上述规定来看，外国人就业证仅在获得许可的就业区域、就业单位以及职业范围内有效，此三项内容实际发生变化而未依法重新办理就业证或者变更就业证的外国人，属于超出工作许可范围工作，应当被认定为非法就业。因此，用人单位在招用外籍劳动者时，应严格按照就业许可范围的规定安排外籍劳动者工作。

### · 用人单位范围 ·

劳动法指的用人单位包括我国境内企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。企业指从事产品生产、流通或服务性活动等实行独立经济核算的经济单位，包括各种所有制类型的企业，如国有企业、集体企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业、私营企业、合伙企业、民营企业、用人单位制企业、股份合作制企业等。个体经济组织是指经工商部门批准登记注册，并领取营业执照的个体工商户。个体经济组织是对从事个体经营，雇佣其他劳动者的私营经济的统称。

## · 用人单位分支机构 ·

劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。因此，企业法人领取营业执照的分支机构与劳动者订立劳动合同的，可以将企业法人的分支机构视为用人单位，该分支机构作为劳动争议当事人，分支机构的财产不足履行合同义务的，企业法人对此要承担连带责任。

## · 民办非企业单位 ·

民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，也属于劳动合同法规定的用人单位。如果劳动者与国家机关、事业单位、社会团体建立了劳动合同关系，这些单位应视作用人单位。公民个人不能作为用人单位，个人雇佣劳动者的，按照民事雇佣关系处理。

## · 合伙制组织 ·

合伙组织或基金会的职工与用人单位的争议并不都是劳动争议。比如对律师事务所等组织与其工作人员之间纠纷的处理，在目前法律并无明确规定的情形下，可以参照各地司法实践中的具体做法，律师事务所中专职从事行政事务或勤杂工作的劳动者、在律师事务所从事法律事务并领取固定工资或底薪的劳动者，与律师事务所之间就劳动报酬等事项产生的纠纷，属于劳动争议，按照劳动争议的有关规定处理。其他涉及律师事务所与律师之间因合伙利益的分配方式及具体利益分配等问题产生的纠纷，属于民事纠纷，适用相关民事法律处理。会计师事务所、基



金会等组织与职工之间产生的纠纷，参照类似情况处理。

· 农民专业合作社 ·

农民专业合作社与其聘用参与日常生产经营活动的社员产生争议，应结合农民专业合作社的生产经营性质和用工特点等因素，区分情况予以严格判定。对符合原劳动和社会保障部《关于确认劳动关系有关事项的通知》规定精神的，应依法确认参与农民专业合作社日常生产经营活动的社员与该合作社存在劳动关系。

· 发包单位 ·

发包单位将业务发包给有用人主体资格的用人单位（包括有用人主体资格的组织、个体经营者），从事该发包业务的劳动者与上述主体发生争议的，应当认定劳动者与承包的有用人主体资格的用人单位存在劳动关系，但发包单位与劳动者存在劳动关系的除外。

如何理解“发包方承担用工主体责任”？

## 案例

电力公司系具有送变电工程专业承包三级资质的建筑企业，张某系无劳务作业承包资质但又长期以个人身份承包工程劳务的自然人，刘某系张某个人承包的多类工程劳务中提供劳务的雇工。电力公司将其承建工程中的劳务部分分包给张某，刘某方到该工程做杂工，在工地拉电线过程中不慎摔伤。刘某受伤后，其就损害赔偿事宜多次与张某协商，因赔偿数额分歧较大，双方未能达成一致意见。刘某提起劳动争议仲裁，要求确认其与电力公司之间具有劳动关系，仲裁委审理后，裁决驳回了刘某的请求。

## 解析

劳动关系是一种特殊的合同关系，特殊之处在于合同双方当事人存在人身管理关系，但该种合同的建立与否依然与普通合同关系有相同之处，即均是双方当事人对合同内容协商一致后成立，即合同关系的成立是一事实。现并无充分证据证明电力公司与刘某形成了劳动关系。至于相关劳动行政部门的规定，是出于保护劳动者基本权益，规定发生此类情形，具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任，就本案而言就是电力公司可能对刘某承担工伤赔偿责任，但承担工伤赔偿责任并不能以此推定双方劳动关系成立，改变双方不存在劳动关系的事实。

### · 外部承包 ·

用人单位作为发包单位实行外包承包制，将本单位的相关用工业务交由其他单位或个人承包经营的，在实践中存在劳动关系难以认定的问题。对此有观点认为，根据情况（1）如果劳动者系发包单位自行招录、自行管理、直接发放工资，与发包单位存在用工管理关系，应认定劳动者与发包单位存在事实上的劳动关系；（2）如果依据当事人提交的证据及查明的事实能够确认，劳动者的招录、用工、工资发放等都是由承包人进行管理，发包单位对这些劳动者并无实质性的用工管理行为，则劳动者与发包单位不具有劳动关系，而是与具有用工资质的承包人之间存在劳动关系；如承包人不具有用工主体资格，发包单位应就承包人的非法用工行为，承担连带责任。

用人单位承担用工主体责任，是否必然与劳动者存在事实劳动关系？

## 案例

李某经人介绍到孙某个人承包的建筑工程公司承建的棚户区改造工程工地做工。其后，孙某又指派李某到另一处围墙工地开搅拌机，在工

作中李某右手小指受断裂伤。李某受伤后申请劳动仲裁，裁决确认李某与建筑工程有限公司存在事实劳动关系。建筑工程公司向法院诉称：李某系无业人员，经人介绍被雇佣到第三人孙某承包的工地做力工。其没有与李某签订劳动合同，李某的劳动报酬由孙某发放，且工作期间李某不受该公司管理、约束、支配，与其没有隶属关系，请求法院判决其与李某之间不存在事实劳动关系。该案经检察机关抗诉，最终法院支持了建筑工程公司的请求。

## 解析

检察机关认为，李某受孙某雇佣为建筑工程公司承建棚改工程干活，应当认定李某与建筑工程公司形成事实劳动关系，后虽被派往其他工地工作受伤，亦应认定系建筑工程公司的派遣行为所致，且因孙某系承包建筑工程公司承建的工程，其无建筑资质，根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条“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”的规定，应当由建筑工程公司承担责任。

但是法院认为，因“承担用工主体责任”与“确认事实劳动关系”不属于同一概念，“承担用工主体责任”并不能等同于“存在事实劳动关系”。确定用工单位与劳动者之间是否存在事实劳动关系应当审查其是否符合前述确定事实劳动关系的相关规定。本案中，李某经人介绍到孙某处干零活，其后被孙某派往其他工地干活时受伤，其未与任何人签订劳动合同，亦不符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》规定的情形。李某与建筑工程公司不存在事实劳动关系。因此，检察机关的抗诉意见不成立。法院判决公司与李某之间不存在事实劳动关系。

· 内部承包 ·

用人单位实行内部承包制，与本单位职工签订承包合同，将本单位的相关业务交由员工具体开展经营的，在劳动关系认定时要把握几个标准，分清不同主体之间的法律关系：

(1) 承包职工与用人单位之间。该情况与出租车行业的内部承包相类似，对于出租车行业的内部承包问题已经明确作为劳动争议案件审理，对于其他行业，目前尚无明确规定。依据劳动部<sup>[1]</sup>《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》的相关精神，对于承包职工与用人单位因履行承包合同中与劳动权利义务相关的内容发生争议的，应按照劳动争议案进行处理；若涉及的是非劳动权利义务内容的，不作为劳动争议案件进行处理。承包职工在劳动争议案件中提出的诉讼请求包含了非劳动争议性质的请求的，若该请求亦是基于劳动关系产生的，可以在劳动争议案件中一并解决。

(2) 承包职工招录的员工与用人单位之间。如果有充分证据证明该承包职工是以用人单位名义招录，其招录的员工所从事的工作是用人单位业务的一部分，员工也受用人单位的实际用工管理，则可认定该招录员工与用人单位之间存在劳动关系。

如何认定是委托合同关系，还是劳动合同关系？

## 案例

陆某与投资公司签订《合同书》，明确约定了陆某受聘担任项目公司总经理一职后的工资和奖金构成、发放方式，社会保险及工伤待遇，并约定陆某依法享有节假日、年休假等假期，应遵守公司的各项规章制度。陆某与投资公司发生纠纷。陆某主张其与公司签订的是委托合同，而非劳动合同。该纠纷经仲裁及诉讼程序，法院认为，陆某与投资公司的纠纷为劳动争议。

## 解析

委托合同是受托人为委托人办理委托事务，委托人支付约定报酬或不支付报酬的合同。当事人在履行委托合同的过程中地位是平等的，不具有管理与被管理的特点。而劳动合同是劳动者与用人单位之间确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议。根据《劳动法》第19条的规定，劳动合同的必备条款包括劳动合同期限、工作内容、劳动保护和劳动条件、劳动报酬、劳动纪律、劳动合同终止的条件、违反劳动合同的责任等。在劳动关系存续期间，用人单位与劳动者之间存在管理与被管理的隶属关系，这是劳动合同关系与委托合同关系的本质区别。

本案中，《合同书》明确约定了陆某受聘担任项目公司总经理一职后的工资和奖金构成、发放方式，社会保险及工伤待遇，并约定陆某依法享有节假日、年休假等假期，应遵守公司的各项规章制度。《合同书》的内容具备劳动合同的必备要素，体现了当事人之间在合同存续期间的管理与被管理的隶属关系，符合劳动合同的本质特征，故陆某与投资公司之间基于《合同书》形成了劳动关系，因履行《合同书》发生的争议属于劳动争议。

劳务纠纷中双方均无过错，应如何认定损失赔偿？

## 案例

霍某雇用王某等三人从事房屋装修工作，其后王某工作时猝死。王某家人认为王某在工作中摔倒，因头部受碰撞导致猝死。王某作为雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，作为雇主的霍某应承担赔偿责任。霍某认为，王某与霍某之间的法律关系非雇佣关系，而是承揽合同关系，我方并未雇佣死者帮我方贴瓷砖，我方将贴瓷砖工程发包给张某，与张某之间是承揽关系，不是雇佣关系，张某聘用死者工作，进行具体施工。王某家人要求按照提供劳务者受害的关系请求我方赔偿是错误的。

法院根据公平原则，判令霍某承担部分损失。

## 解析

王某在为霍某提供劳务过程中死亡，《侵权责任法》第35条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”由此可见，法律对提供劳务一方承担责任的归责原则是一种过错责任原则。根据司法鉴定中心鉴定，排除因机械暴力因素导致的死亡，可检见其患有严重的心脏病。王某发生事故时是蹲在地上铺瓷砖，依常理不可能摔倒而引起心脏病。结合鉴定意见，王某系自身疾病引起死亡，没有证据证明双方在本次事故中存在过错。考虑王某系在为霍某提供劳务过程中死亡，依公平原则，霍某应该对其作出适当补偿。扣除霍某垫付的部分，法院酌情判定补偿金额。

## ·混合用工·

根据《公司法》相关规定，公司之间的关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。财政部《企业会计准则——关联方关系及其交易的披露》第4条规定，在企业财务和经营决策中，如果一方有能力直接或间接控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，本准则将其视为关联方；如果两方或多方同受一方控制，本准则也将其视为关联方。第5条规定，本准则涉及的关联方关系主要指：（1）直接或间接地控制其他企业或受其他企业控制，以及同受某一企业控制的两个或多个企业（例如：母公司、子公司、受同一母公司控制的子公司之间）；（2）合营企业；（3）联营企业；（4）主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员；

(5) 受主要投资者个人、关键管理人员或与其关系密切的家庭成员直接控制的其他企业。

有观点认为，关联公司混同用工的表现形式为，搭建“一套人马，两块牌子”，混淆用工；采用出租经营合同、承包合同等形式，隐蔽用工；利用集团公司旗下不同子公司，交替用工。混合用工导致劳动关系的认定困难，侵犯劳动者签订无固定期限劳动合同的权利、经济补偿金请求权，还侵犯劳动者的仲裁胜诉权，因为劳动者在新用人单位往往也不会去主张拖欠工资、加班费等权利，待发生纠纷时，往往仲裁时效已超过，丧失了仲裁胜诉权。同时还造成劳动者的劳动债权实现困难。

如果两家用人单位同时与劳动者存在用工关系，那么这两家用人单位因混合用工都有可能对劳动者承担责任。详言之，对于有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者的情况，如已经订立劳动合同，则按劳动合同确认劳动关系；如未订立劳动合同，可以将有关联关系的用人单位列为当事人，并以有关联关系的用人单位发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容，作为判断存在劳动关系的因素；在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的请求，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。

以下被认定为单位恶意规避劳动合同法的行为无效，劳动者工龄应当连续计算。（1）为使劳动者“工龄归零”，迫使劳动者辞职后重新与其签订劳动合同的；（2）通过设立关联企业，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；（3）通过非法劳务派遣的；（4）其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

混合用工下，如何认定劳动关系？

## 案例

王某主张，其入职工程技术公司，在职期间的岗位为招商部区域经理，工程技术公司未与其签订书面劳动合同，存在拖欠工资情形。工程技术公司认为，其与王某之间没有劳动关系，王某是技术发展公司招聘入职并为其提供劳动的。王某是通过第三人及职业介绍中心与技术发展公司建立了事实劳动合同关系，相关《员工入职登记表》等资料与技术发展公司有关。从王某起初申请仲裁的事实也可以看出，其认为与之建立劳动关系的是技术发展公司，此申请虽被仲裁委驳回，但不能否认王某自认的事实。王某提供劳动的场所与我公司没有任何关系。法院审理后，判决确认双方存在劳动关系。

### 解析

法院认为，虽不能排除技术发展公司在王某主张的劳动关系存续期间亦对其有过一些管理行为，但劳动关系建立，需用人单位及劳动者双方具有与对方建立劳动关系的合意，该种合意亦包括对与其建立劳动关系的对方主体的明确认知。鉴于工程技术公司与技术发展公司在业务范围，管理者等诸多方面均存在混同或不明晰之处，作为第三人的劳动者难以对上述两公司之间的关系作出准确判断，故在因此导致劳动者无法准确辨识与其发生法律关系的主体时，应倾向于作出对劳动者有利的认定。因此，在没有证据显示王某明确知悉或应当知悉与其建立劳动关系的系其他企业的情形外，主观上王某有理由认为与其建立劳动关系的用人单位系工程技术公司，故法院依法确认王某与工程技术公司存在劳动关系。

## 录用条件

### · 录用条件设置 ·

用人单位在招聘前应进行岗位需求分析，对岗位的录用条件尽量明



确清晰化，具有可操作性。在招聘过程中严格筛选，在录用前认真审查应聘者的背景、经验等，查看是否符合岗位的录用条件。发生劳动争议时，要证明劳动者不符合录用条件，用人单位承担充分的举证责任。如果当初岗位设定的条件很笼统，可能因无法证明劳动者不符合录用条件而难以在试用期内解除劳动合同。录用条件应当包括资质条件、工作能力、职业道德、业绩考核等内容。对于每个岗位自身所需的特殊要求，比如学历要求、技能要求、工作经验、资格证书等，都应详细约定。

以“不符合录用条件”解除劳动合同，如何认定合法性？

## 案例

电器公司在网络刊登电工招聘信息，岗位要求为：（1）受过电工专业理论培训，持有政府部门颁发的电工操作培训证明，有5年以上工作经验；（2）具有丰富的水电安装、电气、电路设备维修经验；（3）熟悉电工工种技术标准，能读懂电气图纸，能熟练操作电子、电路、机械自动化控制和油压系统；（4）能够执行电工安全规范。王某通过网络向电器公司提交个人简历应聘电工岗位。电器公司招聘王某为电工，同日，双方签订劳动合同，双方约定了试用期。王某工作期间，存在未能在检修中修复送料机、未能判断和修复压塑机温度失控故障、工作时间为到整装车间串岗的情况。电器公司以王某在试用期间被证明不符合录用条件为由，解除与王某的劳动合同。王某认为公司解除劳动合同违法，要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。该纠纷经仲裁及诉讼程序，法院判决认定电器公司解除劳动合同合法。

## 解析

本案主要的争议焦点为电器公司在试用期内解除劳动合同是否属于违法解除。王某认为电器公司违法解除劳动合同，是电器公司未能举证证明其试用期的录用条件以及王某不符合录用条件的事实，且在解除劳

动合同时，未向王某说明理由。电器公司主张王某在试用期内不符合录用条件，根据电器公司提供的证人证言，可以证明王某工作期间未能在检修中修复送料机、未能判断和修复压塑机温度失控故障的事实，且王某在庭审中对其未能修复相关机械的事实予以承认。王某系电器公司招聘的电工，维修电气设备属于其工作职责范围。因此电器公司关于王某在试用期内不符合录用条件的主张，可以成立。电器公司向王某发出解除劳动合同通知书，在该通知书中已向王某说明其解除合同的理由为“王某在试用期间被证明不符合录用条件”，王某签收了该通知书，并办理了离职交接手续及工资结算，因此电器公司不存在未向王某说明解除劳动合同理由的情形。综上，电器公司以王某在试用期间被证明不符合录用条件为由解除双方劳动合同，理由正当。

发送聘书后拒绝录取，应承担什么责任？

## 案例

熊某经由猎头公司推荐，经贸易公司面试，拟正式入职。熊某得到了贸易公司签发的书面聘书。熊某辞去原先的工作，做好工作交接等离职手续。其后贸易公司通知熊某，因熊某没有通过委托给第三方做的背景调查，正式拒绝录取熊某。熊某认为，贸易公司要求其先辞去原单位工作，之后到贸易公司。但在其做好必要准备后，却拒绝与其签订劳动合同，该行为违反了诚信原则，给其造成了收入损失。贸易公司认为，其告知过熊某必须通过公司的背景调查，熊某没有通过背景调查，不具有符合公司要求的工作能力。法院最后判决，贸易公司存在明显的缔约过失，应向熊某支付经济损失。

## 解析

本案中双方没有成立劳动合同关系。但是因贸易公司在缔约中存在过错，应对造成的损失承担缔约过失责任。《合同法》第42条作出了具

体规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；

（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其他违背诚实信用原则的行为。贸易公司属于合同法规定的有违背诚实信用原则的行为。贸易公司发出的聘书中约定，将对熊某进行背景调查，但贸易公司事后发出的电子邮件，明确要求熊某必须提前与原单位解除劳动合同。熊某基于对贸易公司的合理信赖，根据贸易公司的要求，与原单位办理了解除劳动关系的手续后，贸易公司却仅凭一份报告通知熊某撤销聘书，明显有违诚实信用原则，使熊某的利益受损，应承担缔约过失责任，具体的损失赔偿数额根据实际情况酌情予以确定。

#### · 录用条件适用 ·

用人单位对劳动者提供虚假信息入职应有预防措施，比如在劳动合同中明确约定，录用条件包括招聘信息的职位要求，劳动者应提交承诺应聘材料真实性的声明函。设计完整的入职登记表，要求劳动者如实填写，用制式表单的形式明确告知其提交虚假材料的法律风险，要求劳动者签字确认。也可把录用条件或招聘需求表格作为劳动合同的附件，约定招聘信息要求或入职登记表是劳动合同不可分割的一部分，对劳动者具有约束力等。

用人单位在录用劳动者时应当向劳动者明确告知录用条件，用人单位在解除劳动合同时应当向劳动者说明理由及法律依据。用人单位证明已向劳动者明确告知录用条件，并且提供证据证明劳动者在试用期间不符合录用条件的，可依法解除劳动合同。劳动者不符合录用条件的情况主要有以下情形：（1）劳动者违反诚实信用原则对影响劳动合同履行的自身基本情况有隐瞒或虚构事实的，包括提供虚假学历证书、假身份证、假护照等个人重要证件；对履历、知识、技能、业绩、健康等个人情况说明与事实有重大出入的；（2）在试用期间存在工作失误的，对

工作失误的认定以劳动法相关规定、用人单位规章制度以及双方合同约定内容为判断标准；（3）双方约定属于用人单位考核劳动者试用期不符合录用条件的其他情况。

员工录用审批表是否可以取代书面劳动合同？

## 案例

单某入职公司，负责员工档案管理工作。双方发生纠纷，单某下班后未再到公司上班，公司多次与其电话联系，其始终没有上班，且未办理请假或离职手续，其后单某给公司相关领导发了一封电子邮件，内容为：“因我个人不认同公司的文化，特向各位领导提出辞职。”因公司无法提供与单某订立书面劳动合同的证据，单某要求公司支付未签订劳动合同的二倍工资差额。公司认为，单某入职当日，公司即与其签订了为期3年的劳动合同，该《劳动合同》与《员工录用审批表》等由单某保管。单某利用保管员工档案的便利在离职时将包括《劳动合同》在内的相关资料带走。其间，单某在仲裁庭审质证时出具《员工录用审批表》，否认签订过劳动合同。此案经审理，法院驳回单某要求支付二倍工资差额的请求。

## 解析

《劳动合同法》第82条关于用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍工资的规定，是对用人单位违反法律规定的惩戒。如用人单位与劳动者未订立书面劳动合同，但双方之间签署的其他有效书面文件的内容已经具备了劳动合同的各项要件，明确了双方的劳动关系和权利义务，具有了书面劳动合同的性质，则该文件应视为双方的书面劳动合同，对于劳动者提出因未订立书面劳动合同而要求二倍工资的诉讼请求不应予以支持。本案中员工入职审批表已经基本具备劳动合同的条款，如果再仅仅局限于法律文本规定，局限于有无劳动

合同的要式规定，甚至纠结于几个字眼或格式要求，无视《劳动合同法》中具体规定的构成劳动合同成立要件，即存在员工审批表的事实，而认定双方没有订立书面劳动合同，并据此判决公司向单某支付两倍工资差额，从立法本意和公平正义方面考量，这不仅存在明显的不公正情况，并可能导致某些个体通过特殊工作岗位以《劳动合同法》第82条为工具谋取不正当利益，由此可能引发劳动关系方面潜在的道德风险。

欠缺劳动合同的必要条款，该合同是否可视为劳动合同？

## 案例

李某入职艺术公司处工作，双方未签订劳动合同，双方签订《股份转让协议》，艺术公司认为该股权转让协议可视为劳动合同。其后艺术公司主张依据其规定作出《辞退通知书》。其后李某提起劳动仲裁，仲裁委裁决撤销艺术公司对李某作出的《辞退通知书》，补订无固定期限劳动合同书，支付未签订劳动合同的另一倍工资。艺术公司不服诉至法院。法院审理后判决，艺术公司辞退李某的决定有效。艺术公司支付李某未签订劳动合同的二倍工资，驳回李某的其他诉求。

## 解析

艺术公司与李某签订的《股权转让协议》不具备劳动合同的必要条款，不能认定为劳动合同。所谓“劳动合同的必要条款”，根据《劳动合同法》第17条的规定，是指：（1）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（2）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（3）劳动合同期限；（4）工作内容和工作地点；（5）工作时间和休息休假；（6）劳动报酬；（7）社会保险；（8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。《股权转让协议》不具备以上条款。同理，如果一份合同具备以上必备条款，即使合同的名称是《股权转让协议》《入职

通知书》或者其他名目等，也可能被认定为劳动合同。根据《劳动合同法》第48条之规定，因双方未签订书面劳动合同，艺术公司应支付双倍工资差额。

### · 劳动者如实说明 ·

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。劳动者的如实说明义务仅限于和劳动合同直接相关的基本情况。劳动者的告知义务是附条件的，只有在用人单位要求了解时，劳动者才有如实说明的义务。如果用人单位招录劳动者时没有做出特别规定，即使劳动者隐瞒和劳动合同不直接相关的情况，用人单位不得因此主张劳动合同无效。

劳动者如实说明与劳动合同直接相关的基本情况，其中必然涉及劳动者自身的隐私保护问题。隐私权作为一种人格利益依法受到法律保护。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害，人民法院依法予以受理。但是法律对个人隐私的保护也是有限度的。在用人单位知情权范围之内，即使是个人隐私，如果属于与劳动合同直接相关的范畴，劳动者有义务披露。比如教育背景和学历信息涉及工作能力评估、健康状况涉及工作能力和某些行业准入资格、年龄涉及社会保险登记等，如果劳动者未如实披露，就可能构成重大误解，甚至构成欺诈，将影响劳动合同的效力。

### · 个人信息与隐私 ·

“与劳动合同直接相关”的信息，主要是指与劳动者任职资格匹配的信息，比如身体状况，有的单位入职前要求提交体检报告，主要考察劳动者是否患有不适宜从事求职岗位的疾病；比如工作经历，对有工作经验的员工，用人单位一般会要求其提交离职证明，主要考察员工是否已经存在劳动关系，规避单位招录的风险。至于与招聘职位无直接关系的

信息，如婚姻状况、生活经历、兴趣爱好、与劳动能力无关的生理缺陷等，属于个人隐私，用人单位不能强求披露。如果劳动者拒绝披露，用人单位不能以此为由拒绝录用，否则不仅涉嫌就业歧视，也属于侵犯隐私的违法行为。如果劳动者对此隐瞒，一般认为，用人单位不能以劳动者欺诈为由，终止劳动关系。比如员工隐瞒自身婚育情况，单位不得因此解除劳动关系。

职工入职隐瞒已婚事实，公司能否解除劳动合同？

## 案例

邱某入职广告公司，双方签订劳动合同，约定邱某在人力资源部从事薪酬主管工作。广告公司向邱某出具《员工辞退通知确认函》，认为邱某入职资料中隐瞒个人已婚已孕事实。在试用期中处于孕期，并没有及时告知公司，同时，在职期间不能胜任岗位的工作内容，以及对公司经营业务工作情况不能准确了解，并且不能独立开展工作；工作期间请假频繁且假期时间较长，不能及时完成本职工作；离职面谈后，向公司在职工工恶意宣扬不实情况，破坏公司团结，煽动在职工工情绪等恶劣行为。综上所述，违反了员工入职基本资料表签署的声明确认，以及严重违反公司规定（《员工手册》）。邱某对广告公司主张的上述违纪情况不予认可。该纠纷经仲裁及诉讼程序，法院撤销广告公司对邱某做出的《员工辞退通知确认函》，双方继续履行劳动合同。

## 解析

本案的争议焦点是广告公司与邱某解除劳动合同是否合法。首先，根据邱某自认的结婚登记时间，虽然其在广告公司职位申请表、员工入职基本资料表中填写的婚姻状况不属实，但邱某所应聘的工作岗位对其是否已婚并没有直接具体的要求，且是否已婚并非用人单位录用员工的决定因素，用人单位规章制度中的隐瞒、提供虚假信息通常针对的是学