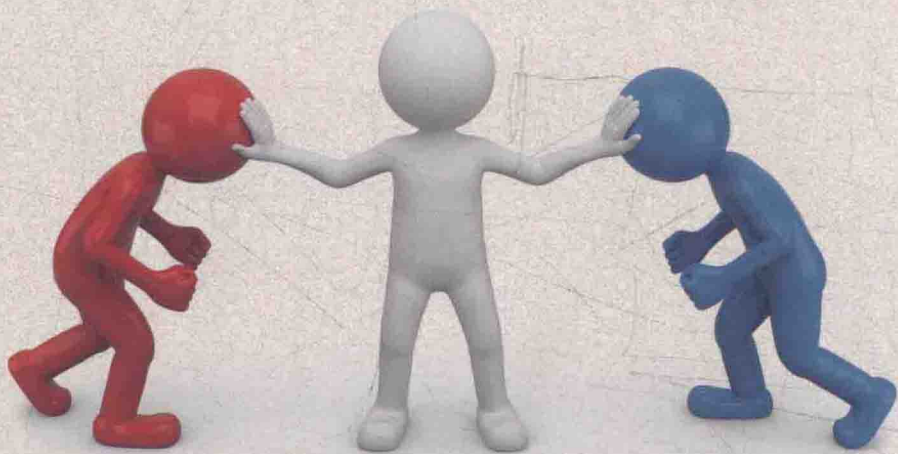


劳动人事争议 典型案例评析

第2辑

—◎北京市劳动和社会保障法学会组织编写◎姜俊禄 主编◎—

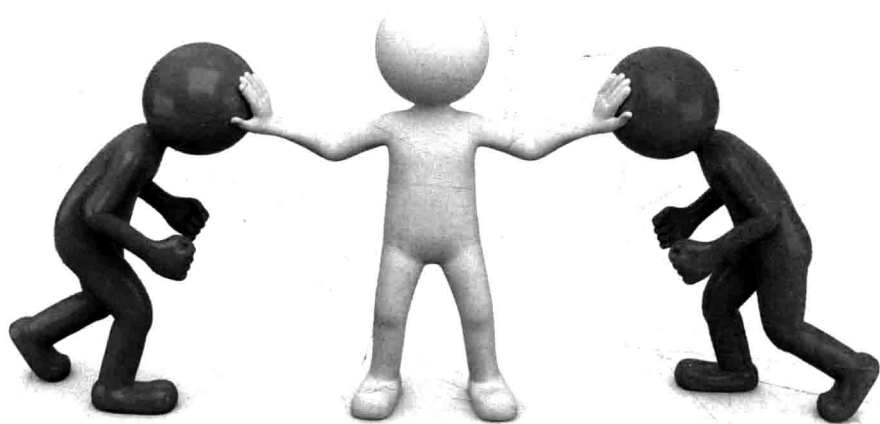


中国劳动社会保障出版社

劳动人事争议 典型案例评析

第2辑

○北京市劳动和社会保障法学会组织编写○姜俊禄 主编○——



 中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动人事争议典型案例评析. 第2辑/姜俊禄主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2016

ISBN 978-7-5167-2437-8

I. ①劳… II. ①姜… III. ①劳动争议-案例-中国 IV. ①D922.591.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 043262 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街1号 邮政编码: 100029)

*

保定市 中画美凯印刷有限公司印刷装订 新华书店经销

880 毫米×1230 毫米 32 开本 13.25 印张 326 千字

2016 年 3 月第 1 版 2016 年 8 月第 2 次印刷

定价: 36.00 元

读者服务部电话: (010) 64929211/64921644/84626437

营销部电话: (010) 64961894

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

如有印装差错, 请与本社联系调换: (010) 50948191

我社将与版权执法机关配合, 大力打击盗印、销售和使用盗版图书活动, 敬请广大读者协助举报, 经查实将给予举报者奖励。

举报电话: (010) 64954652

《劳动人事争议典型案例评析》

编 委 会

主 任：姜俊禄

副 主 任：朱春涛

编 委：（以姓氏笔画为序）

马 军 王建平 李长保 张恒顺

卓 识 郑秀兰 周 荆 周晓冰

赵 悦 梁 枫

本辑执行编辑：王凤兰 金 曦 孔甜甜 高明靖

王 超

序 言

刚刚过去的 2015 年，中国整体经济反复经历高潮低谷，躁动不安。一方面，产能过剩像幽灵一般盘桓在经济增长放缓的大环境上空，许多行业都挣扎在亏损边缘，不少企业开始停工放假，有的甚至启动了裁员程序。另一方面，早期的快速发展中隐藏的危机不断爆发，从环境、健康到安全，问题层出不穷；与此同时，“互联网+”行业的欣欣向荣也引发了一系列对新模式合规性的热烈探讨。

作为协调人与企业之间关系的劳动法，在这个时代背景下，开始前所未有地受到社会各界的密切关注。

一、滨海新区爆炸案——安全生产是重中之重

2015 年 8 月 12 日深夜，一声爆炸将天津滨海新区推上了中国新闻的头条。爆炸事故造成了惊人的财物损失及人员伤亡，并持续发酵，引起全球范围内的关注。

这起极为严重的安全生产事故，将本就横亘于煤矿、冶炼等重工业行业中多年的安全生产问题再一次摆到人们眼前。在早期的高速发展中隐藏的种种问题，如建筑工程的偷工减料、矿山堪忧的安全环境、生产型企业中关于操作流程和仓储的管理疏漏等，开始慢慢浮出水面，后果触目惊心。

普通民众也许会随着此类事故的越来越高发而变得麻木，然而，对众多有发展野心的企业来说，安全生产这条本是被许多企业（尤其是国内中小型生产企业）视为累赘的短腿，开始变得越来越重要——各生产型企业开始密切关注与安全生产事故相关的议题，如巨额的人员伤亡赔偿、复杂的工伤救助、安全生产各环节的建立

与完善等。

前车之鉴，后事之师。为避免悲剧的发生，降低人员伤亡和财务损失的可能性，以及维护企业形象，企业必须加强对安全生产隐患的排查和预警，并建立起完善的危机应对措施。

为此，有意识地建立和完善 OHS（职业健康与安全）体系刻不容缓。目前，许多国内企业对 OHS 体系仍然陌生，但是也有许多企业已经开始行动。安全生产工作重心，也已经开始向防患未然的方向倾斜。

二、上海家化案——高管去职迷思

2015 年 9 月 25 日，上海市第二中级人民法院对上海家化联合股份有限公司（以下简称上海家化）与该公司前任总经理的劳动合同纠纷案做出终审判决，认定上海家化解除总经理的劳动合同行为系违法解除，判令上海家化恢复与总经理的劳动关系。

这起震动劳动法界的案子有其特殊的背景：2014 年 5 月 13 日，总经理被上海家化解除总经理及董事职务，理由是总经理的工作责任心不强，导致普华永道会计师事务所对该公司内部控制出具否定意见的审计报告，并被媒体负面报道，对公司造成恶劣影响，构成严重违纪及严重失职。

而在总经理被判回上海家化继续工作后，上海家化给总经理安排了“中国文化应用研究员”职位，工作内容为每月提交不少于两万字关于中国文化研究的进展报告等，薪酬为 6 000 元/月，远低于此前任总经理时的薪酬。

这起案件所折射出的《公司法》与《劳动法》之间的碰撞十分激烈。一方面，公司期望运用《公司法》赋予的裁量权自由聘任或解聘高级管理人员；另一方面，《劳动法》又会对公司聘用和解除员工（高管也应属员工）进行严格要求和积极干预。在这种情况下，高管的特殊身份便导致了现有法律体系对这类案件些许的无所

适从。

近年来，有激进投资者在入主新公司后即对公司管理进行强势干预，亦有职业经理人在被高薪聘用后即因不适应环境或环境变化而被立即解聘。高管被去职，意味着高管将蒙受损失——损失是多种多样的，包括高工资、高奖金、股权期权奖励等。因此，从公平性的角度考虑，若解除高管势在必行，至少，公司应给予高管合理补偿，以寻求和平分手，实现平稳过渡。

三、“互联网+”时代下的共享经济新模式——模棱两可的劳动关系

在移动互联网技术飞速发展的今日，无可否认，共享经济确实能为解决各个产业的困境提供一个新思路。最典型的案例便是移动互联网打车平台。

目前在我国，滴滴出行、易到、优步等公司均提供了专车、快车等服务。这种专车预约的运营模式利用移动互联网技术打破了传统出租车行业的闭塞系统，最大化地共享资源，并平衡供需关系。

但是，法律有滞后性，这种新模式中各方的利益和法律关系还没有得到我国立法层面的明确和保障。其中，专车司机与打车平台之间的关系，便是有待规制的一个方面。

对此，交通运输部于2015年10月10日发布了《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》和《关于深化改革进一步推进出租汽车行业健康发展的指导意见（征求意见稿）》。其中，《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》规定，“网络预约出租汽车经营者应当保证接入平台的驾驶员具有合法从业资格，与接入的驾驶员签订劳动合同”。倘若前述规定最终得以实施，专车司机的劳动者身份将被确认，其劳动权益将得以保障。但是，专车预约平台的人力资源成本将随之巨幅增加，这无疑将对专车预约这一新兴的互联网服务产业发展带来重大影响。

打车平台与专车司机之间究竟是不是劳动关系？对此，我们不妨看看美国 Uber（优步）的遭遇。Uber 自 2009 年在市场上初露峥嵘，多年来在全球范围内均因劳动关系争议而饱受非议，甚至遭到某些国家封杀。Uber 在美国也不断遭遇仲裁诉讼，然而直到 2015 年，美国加州劳工委员会才做出 Uber 与加入其平台的司机是雇佣关系的初步认定。

而在我国，专车预约服务方兴未艾，其对市场的冲击力和对复杂网络环境的适应性仍有待观察。在情况尚不明朗时，过早决定专车司机是否与打车平台之间建立了劳动关系，会对这种新商业模式造成巨大冲击。此时，停下脚步来观察，“让子弹多飞一会儿”，显然是比较合适的做法。

四、阿里巴巴案——诚信原则强调多少遍都不过分

这是一个颠覆业内既成法律观点的案例。

北京阿里巴巴云计算技术有限公司（以下简称阿里巴巴公司）员工被诊断患有颈椎病，次日即申请休病假并获批准。获准休假的当天，该员工即出境飞赴巴西“旅游”。随后，阿里巴巴公司以员工虚假请病假、严重违纪为由解除了劳动合同。然而，员工称北京空气污染严重，其去巴西是为了休养，并非旅游，不是虚假病假。最终法院认为，阿里巴巴公司的规章制度中并没有对员工休病假期间的休假地点做出限制性规定，因此员工飞往巴西进行休养，不构成严重违纪。

本案中的法官向我们传达了一种有趣的观点，即员工出国休养也是休病假的一种方式，若公司没有相反证据，不能认为员工是利用病假出国旅游。

然而，掩卷细思，出境需要办理签证，过程包括填表、缴费、递材料以及使馆审核等步骤，一般还需要提前购买机票、预订酒店等——出国休养，不是员工说走就能走的。本案中的员工在前一日

刚被诊断为颈椎病，次日即能飞赴巴西，在其生病的情况下，这种惊人的高效率让人不得不怀疑其请病假的初衷。

劳动者与用人单位之间的关系具有一定的人身从属性，这种性质决定了双方的相处必须建立在一定程度的信任基础上。对于企业来说，遵守诚信原则显然是保证双方信任关系的重要因素。因此，不管此案真相如何，诚信原则强调多少遍都不过分。

五、全面两孩政策正式实施——女员工会失业吗？

相信在 2015 年的最后几天里，很多人都被大写加粗的“全面两孩”“晚婚晚育假取消”字眼刷了屏。对于企业人力资源部门来说，《人口与计划生育法》的修改，应当是 2015 年最重磅的立法事件了。

虽然修改后的《人口与计划生育法》将原有的“鼓励一对夫妻生育一个孩子”的表述修改成“鼓励一对夫妻生育两个孩子”，并且相应取消了晚婚假和晚育假，但是，很多女员工在经历了最初的“没有晚育假”的恐慌后，又被 2016 年初各地出台的生育奖励假迅速平复了心情。

合法生育两个孩子、休产假、获得奖励假……这些固然是保障女性生育权的重要举措，值得全社会为之欢欣雀跃。然而，这些举措也会在客观上加深部分企业管理人员对女员工的成见，即育龄女员工可能会在特定时期造成人手短缺的局面，增加企业的人力资源成本。

在这种局面下，也许有些女员工将在工作场所面临更严苛的对待，更有可能的是，更多正在求职的女性被特定企业拒之门外。长远来看，企业和员工之间可能会因职场性别歧视问题而爆发更尖锐的矛盾。

结语：

2015 年是劳动法与经济社会之间产生颇多碰撞的一年，读者

可以从本案例集中的案例分析看到这些现象。年底财政部部长楼继伟在清华大学的演讲中，提出修改劳动合同，更引起了激烈的争论。经济学家张五常到中山大学做讲座，依然保持着对于《劳动合同法》的批评态度。

随着我国经济改革渐行渐深、劳动法立法逐步完善以及司法实践渐趋成熟稳定，劳动法势必对我国经济社会的发展和进步产生更多、更深远的影响。2016年，劳动政策是否会做重大调整，让我们拭目以待。

姜俊禄

2016年2月

目 录

劳动关系认定

1. 多重劳动关系的用人单位应怎样承担责任 刘 培 /3
2. 在多家粮食加工厂打工是否能确认劳动关系 方正才 /7
3. 违法分包或转包情况下的劳动关系认定 程新桐 /10
4. 代驾司机与代驾公司之间的劳动关系认定问题 何 锐 /15
5. 外籍人员在中国工作, 就业证不可少 李 博 /20
6. 劳动者与用人单位是否存在事实劳动关系 奚 立 /25
7. “跳槽”风险谁来承担 赵 昭 /30
8. 车辆挂靠经营中劳动关系如何确认 姚梦斗 /35
9. 外国人在中国就业的法律适用问题 张偌晗 /40
10. 事实劳动关系司法认定案件中的审理要点 窦江涛 /45
11. 订立劳动合同中的缔约过失责任问题 王 黎 /51
12. 提供虚假信息而建立劳动关系的效力应综合判断 ... 龚莉婷 /58
13. 职业运动员与俱乐部是否存在劳动关系 何 岳 /65
14. 关联企业“混同用工”中的劳动关系和用工责任的
认定 吕 贤 /72
15. 派驻超市的临时促销员与派驻公司之间应认定存在
劳动关系 龚莉婷 /82

劳动合同的签订与履行

16. 视为订立无固定期限劳动合同能否免除企业责任 … 高 争 /91
17. 关于“瑕疵劳动合同”的法律效力认定 …… 聂 娜 /96
18. 这种情形员工索要未签无固定期限劳动合同的双倍
工资应否予以支持 …… 范战江 /101
19. 单位与员工三次以上连续签订固定期限劳动合同
是否当然违法问题的分析 …… 李 川 李蔚然 /109
20. 如何审查用人单位单方调岗降薪的合法性 …… 程新桐 /114
21. 当事人重新签订劳动合同后试用期约定的效力 … 李彦宏 /121
22. 离开公司后再入职签订劳动合同能否再次约定
试用期 …… 彭鹏程 /127
23. 设立中公司与劳动者订立的缺乏劳动合同必备
条款的书面文件的性质认定 …… 姜婉莹 /134
24. 仅在封面页签字的劳动合同是否有效 …… 郝云峰 /145

劳动合同的解除与终止

25. 医疗期满未进行劳动能力鉴定, 是否可以解除劳动
关系 …… 于立华 /153
26. 职工在医疗期内自行从事其他工作, 用人单位可以
解除劳动合同 …… 范俊雷 /157
27. 违法解除情形下劳动合同不能继续履行的认定 … 马卫丰 /161
28. 如何理解《劳动合同法》第 37 条 …… 彭鹏程 /166

29. 协商一致解除劳动合同情形下的经济补偿支付问题 分析	崔明明 /172
30. 用人单位如何应对员工“泡病假”	徐 阳 赵 竹 /178
31. 高管岗位撤销, 企业能否解除劳动合同 ...	黄乐平 朱茂林 /184
32. 用人单位以劳动者不同意调岗为由单方解除劳动合同 关系是否违法	肖 唯 /191
33. 劳动者辞职后, 是否可以撤销	杨文起 游煜聪 /198
34. 用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同 情形下经济补偿金的计算	程新桐 /205
35. 如何认定违法解除劳动合同的法律责任	寇学军 /213
36. 员工拨打 110, 单位能否作为解除劳动合同的 依据	李双庆 /222
37. 旷工成立, 单位为何支付违法解除的赔偿金	康 琳 /232

劳动报酬与工时休假

38. 非全日制用工能否主张法定节假日加班费	郑 玮 /239
39. 刘某与某农村信用联社股份有限公司劳动争议案 ...	孙铁山 /243
40. 程序审查原则在绩效考核争议中的运用	窦江涛 /247

社会保险与福利待遇

41. 生育津贴和产假工资, 女职工能否同时享受	赵子丹 /257
42. 经过人民法院调解生效的工伤待遇案件重新鉴定后	

- 当事人能否再行主张工伤保险权利 杨志勤 /263
43. 退休人员因工受伤适用人身损害赔偿还是工伤
赔偿 胡 洁 /269
44. 机动车挂靠经营中的工伤认定与处理 李 娜 /276
45. 退休职工工伤待遇相关问题 杨 灿 /284

商业秘密保护与竞业限制

46. 因用人单位怠于履行告知义务还能否追究劳动者
违反竞业限制的违约责任 姚均昌 /295
47. 劳动者能否以用人单位未支付竞业限制经济补偿金
为由违反竞业限制的约定 谢青云 /302
48. 竞业限制协议未约定给付劳动者竞业限制补偿金
或者约定的竞业限制补偿金数额过低的情况下,
竞业限制协议仍然有效 王 辉 苏 畅 /308
49. 劳动者违反在职期间竞业限制约定是否应支付
违约金 金 忠 付 勇 /318
50. 未约定经济补偿的竞业限制协议有效吗 崔永新 /323

劳 务 派 遣

51. 一封退回劳务派遣公司的通知引发的争议 刘冬立 /331
52. 劳动合同法修改后, 劳务派遣用工单位连带赔偿
责任的范围 马卫丰 /337

其 他

53. 事业单位终止、解除工作人员聘用合同需谨慎 … 鲍 锋 /345
54. 劳动者对用人单位损害赔偿责任承担 …… 孙霜悦 /349
55. 因关联企业先后用工产生的仲裁时效中止问题 … 刘 芳 /354
56. 加班工资案件中的举证责任究竟应当如何分配 … 窦江涛 /362
57. 劳动者因故意或重大过失给用人单位造成损失应
承担赔偿责任 …………… 贾高俊 /370
58. 员工未主动提出转移档案及社会保险关系, 责任
如何界定 …………… 温军旗 王 琳 /376
59. 解析未及时出具终止劳动合同证明的损失赔偿 … 梁 枫 /384
60. 郭某与北京某信息技术有限公司劳动
争议案 …………… 珊 丹 刘纪伟 /391
61. 劳动者重新入职原工作单位是否影响其前一段
劳动权益的仲裁时效 …………… 吴 迪 刘雪玲 /397
62. 用人单位为劳动者提供特殊待遇可以与劳动者
约定服务期 …………… 张 洁 /402

劳动关系认定

