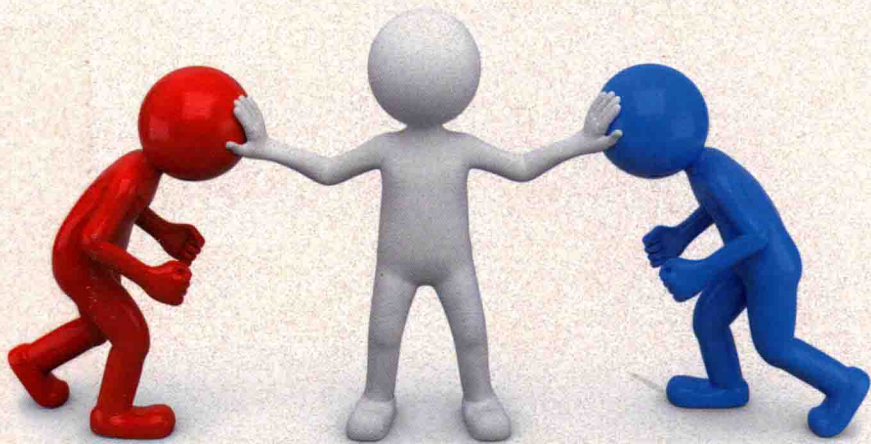


劳动人事争议 典型案例评析

第3辑

北京市劳动和社会保障法学会组织编写 姜俊禄 主编

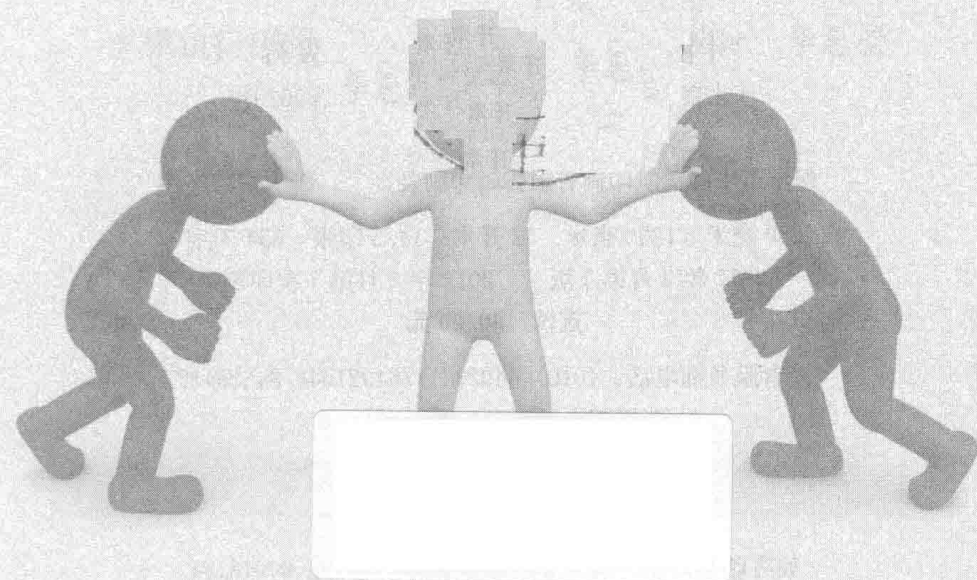


 中国劳动社会保障出版社

劳动人事争议 典型案例评析

第3辑

北京市劳动和社会保障法学研究会组织编写 © 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3辑/姜俊禄主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2017

ISBN 978-7-5167-2952-6

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(2017)第 041020 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)

保定市中华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 14.5 印张 354 千字

2017 年 3 月第 1 版 2017 年 3 月第 1 次印刷

定价: 40.00 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 单国钧

编 委：（以姓氏笔画为序）

王建平 李长保 张恒顺 郑秀兰

侯 军 周晓冰 赵 悦 梁 枫

本辑执行编辑：王凤兰 金 曦 孔甜甜 李惠莹

高明靖 王 超

判例研究的新路径

——研究法律工作者的内心判断

(序言)

自 2013 年生效司法文书公开以来，判例研究者对于便捷获得判决书非常满意，为最高人民法院的这一司法改革“点赞”。似乎有消息说，公开之路已死。我的判断是，不会的。公开是司法本身的应有要义，最高人民法院将其列入司法改革之要务，实属顺势而为，公民越来越依赖于公开的判决书打一场“明明白白”的官司，公正也就在此应运而生。

如何更好地利用这些珍贵的判决书则是法官、仲裁员、律师、警察和检察官，甚至风险投资者的关注焦点。在法律专业人士眼里，那是“活”的法律，实践了的法律。而对于风险投资者，那是无尽的宝藏。第四次工业革命中人工智能和大数据会使很多不可能变成可能。虽然几千万份的判决书用纸张打印出来浩如烟海，但是在计算机和大数据处理软件面前，则是区区几个存储空间而已。法律机器人未来不仅能够替代重复性的法律检索，甚至可以为法官、仲裁员代写判决书的初稿。

在这些判决书以外，作为案件处理参与者的法官、仲裁员、律师的法律推理及分析显得格外重要。如果说判决书是正式、公开的阐述，则法律实务工作者撰写的分析文章则是其内心判断的来源。

本书就是法官、仲裁员、律师、企业法律顾问、人力资源经理和工会法律工作者内心断案的大汇集。

你对于他们的分析可能不一定同意，甚至反对，但请相信那是他们真诚的研究成果。你可以就他们的任何观点和论证与作者进行辩论。

这些研究成果是现行法实施的痕迹。但是，法律的实施遵循立法和司法规律，并不能解决立法自身带来的缺陷。因此，你在研读这些文章的时候可能有很多疑问，不妨把它当作完善法律的建议吧。

劳动法与劳动政策密不可分。虽然法律更多地是强调长期和稳定的法律调整机制，而政策则短期和灵活，但是劳动法和劳动政策比起民法和民事政策、刑法和刑事政策、经济法和经济政策，紧密度尤显突出。

最近 20 年的国家政策从“三个代表”到和谐社会，再到鼓励“双创”，都直接影响劳动政策，进而影响劳动法的制定和修改。劳动政策关系千家万户和数亿劳动群众，不宜大起大落，故劳动合同法的修改也不应是大改大修，要以问题为导向，兼具目标导向，平衡劳动关系。

问题导向就是要研究劳动争议处理中合法但是不合理的现象，加以分析，提出改进措施。你可以在本书中找到这样的建议。劳动争议案件居高不下是否是问题？并不尽然。劳动者维权选择劳动仲裁机构和法院，是基于对国家机构保护劳动者权利的信任，是法律体制内处理路径。与此相对的是劳动者采取法外手段维权，那才是对国家稳定最危险的路径。

目标导向则是将和谐劳动关系确定为制度的终极目标。劳动关系一方是用人单位，另一方是劳动者。广义的劳动关系还包括用人

单位的协会和工会。和谐劳动关系是依据法律权利和义务的分配得以实现的。可以预见的是，在我国未来相当长的时间里，对于劳动者的权利相对于用人单位会被分配得更多，而不是更少，而义务则是更少，而不是更多。这是由劳动关系主体的现实力量决定的。对于劳动者弱者地位的判断并没有改变。但是如何将劳动者和用人单位分层会使劳动法更加具有现实性和科学性。

2017 年将是劳动法历史上关键的一年，我们拭目以待。

姜俊禄

北京市劳动和社会保障法学会名誉会长

2017 年 2 月 5 日

目 录

劳动关系认定

1. 学校与聘任教练之间建立的是否为劳动关系 刘 培 /3
2. 《劳动法》实施前用人关系是否属于人民法院
调整范围 刘 勇 /6
3. 外国人在中国境内就业的劳动关系应当如何认定 李 妍 /9
4. 建筑工程施工过程中如何确定劳动关系 顾 峥 /12
5. 挂靠车辆所聘用的驾驶员与被挂靠单位能否确认
存在劳动关系 信深谦 /16
6. 服务到家, 方便他人之余能否保障自己 康 琳 /20
7. 建筑企业与包工头招用的劳动者是否存在劳动
关系 范俊雷 /24
8. 公司规章制度规定上下级连坐的能否作为合法
解除劳动关系的依据 安 祺 /28
9. 求职陷入应聘门, 企业应承担缔约过失责任 芦玉杰 /33
10. 公司注销后用人单位责任承担主体的探究 袁林楠 /38
11. 杨某诉天津市某劳务公司确认劳动关系纠纷案 左 楠 /44
12. 劳动争议处理中能否适用法人人格混同 崔永新 /49
13. 劳动关系构成的要素和特征 关亚静 /55
14. “临时工”与用人单位之间是否构成劳动关系 张 璐 /60

15. 连续两次签订固定期限劳动合同期满后分公司
能否终止劳动关系 付 勇 /67
16. 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律
关系及法律后果 王 奔 巴晶焱 /75
17. 车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位之间是否
形成事实劳动关系 朱 涛 /82

劳动合同的签订与履行

18. 用人单位以考核延期为由与劳动者协商一致延长试用期
是否应认定为违法二次约定试用期 张 倩 张鹤岭 /93
19. 虚假身份签订劳动合同应属无效 吕沛昕 /97
20. “瑕疵劳动合同”的法律效力认定 刘冬立 /101
21. 李某与 A 公司变更劳动合同条款争议案 ... 詹璐璐 张鹤岭 /105
22. 劳动者拒签劳动合同, 用人单位可以不支付
双倍工资差额 郝云峰 /110
23. 不支持未签书面合同双倍工资及不支持继续
履行劳动合同的裁判因素 邓友平 陈 抒 /115
24. 劳动者提供虚假学历订立劳动合同的后果 王 雪 /120
25. 劳动合同变更的认定标准 何 锐 /126

劳动合同的解除与终止

26. 终止劳动关系协议未封口, 劳动合同中约定的
年度绩效工资能否获得支持 阿致刚 /137

27. 劳动者与用人单位签订解除劳动合同协议的效力认定 石 硕 /141
28. 考入士官学校是否属“超期服役” 赵文婧 杜宝慧 /145
29. 用人单位突破规章制度解除劳动合同的效力 张偲晗 /150
30. 谁来承担支付赔偿金的法律责任 杜利凤 /155
31. 夸大工作经历是否必然导致劳动合同归于无效 ... 王 琰 /160
32. 关于尚未用工的劳动合同的几个问题 ... 于 飞 裘卫国 /165
33. 劳动者在终止或解除劳动关系证明上签字能否
认定为协商解除劳动合同 孙承松 郭 琳 /170
34. 劳动者行使预告解除权, 用人单位能否单方放弃
预告期 高丽丽 /176
35. 不定时工作制员工是否适用旷工违纪解除劳动合同 崔 杰 /182
36. 原用人单位劳动关系终止的工作年限是否可以
合并计算为新用人单位的工作年限 潘文军 /188
37. 劳动者学历造假情况下劳动关系效力的认定 王 迪 /194
38. “长期两不找”劳动争议中劳动关系的解除应
如何认定 李 坤 /200
39. 用人单位规章制度存在瑕疵并以旷工为由解除
劳动关系的合法性问题分析 田 阔 /206
40. 劳动管理中的程序价值与社会公共利益的平衡 ... 窦江涛 /212
41. 劳动者不胜任工作, 如何对其培训才属于劳动法
意义上的不胜任工作培训 郝云峰 刘迎冬 /218

42. 用人单位违法解除劳动合同时, 合同解除时间的确定及违法解除期间的工资支付标准 … 孙 京 赵 霄 /225
43. 如何认定用人单位未依法缴纳社会保险费而导致劳动者解除劳动合同并请求支付经济补偿金 …… 吴 彬 /232
44. 试论《劳动合同法》第四十条第(三)款及第四十八条的适用 …………… 吴颖萍 李国敬 /239
45. 劳动合同适用情势变更原则的判断标准 …………… 高 娜 /247
46. 违法解除劳动合同及恢复劳动关系的认定标准 …………… 田 璐 郭欣欣 /255
47. 公司单方解除高管劳动关系的事实认定 …………… 高 娜 /263

劳动报酬与工时休假

48. 实行计件工资的企业对于计件定额应如何处理 … 刘伯阳 /275
49. 工资标准应由谁承担举证责任 …………… 王 凡 /278
50. 审批特殊工时制度是否能避免支付加班费 …… 康 琳 /282
51. 计算经济补偿金的基数是否应包括双休日、节假日工资 …………… 苗照亮 /286
52. 公司是否可以对员工进行罚款 …………… 王 超 /290
53. 用人单位是否有权强制安排职工休带薪年假 … 柳 赛 /294
54. 用人单位能否因员工违纪扣发奖金 …………… 谌 楠 /298
55. “包干制工资”约定的效力认定 …………… 杨炎辉 /303
56. 工资口头变更是否有效 …………… 杜 军 /308

57. 劳动者造成单位损失应承担赔偿责任（扣发工资）
的法律要件 龚莉婷 /313
58. 出差期间“加班”的认定以及约定执行特殊工时制
是否有效 潘丽丽 /318
59. 企业执行综合计算工时，劳动者在一个计算周期内
离职是否需要支付加班工资 马 雯 /324

社会保险与福利待遇

60. “三期”的产假与带薪年假不应冲突 杜 军 /331
61. 劳动者在非法转包情况下因工伤亡的，用工单位
为承担该劳动者工伤保险责任的单位 桑华民 /334
62. 企业因未能办理社保转移手续所缴纳社保费用
由谁负担 吕 爽 /338
63. 使用他人身份证入职发生工伤后引发的争议 王艳峥 /342
64. 工伤私了协议的效力 徐良君 /346
65. 违法转包、分包情形下用工单位的工伤保险责任 ... 朱 涛 /351
66. 劳动者未休企业福利年休假应否给予补偿 李彦宏 /357
67. 工伤保险范围外的医疗费由谁负担 宋 鹏 /363

商业秘密保护与竞业限制

68. 竞业限制补偿金的诉讼时效应从竞业限制期满
之日起算 王宝荣 /375

69. 竞业限制协议约定违约金数额需谨慎 赵秀娟 /379
70. 杜某与商务咨询公司竞业限制补偿 杨 靖 /384
71. 劳务派遣关系中用工单位是否可以和劳动者
签订竞业限制协议 何家芳 /389
72. 关于虚假证据否定的探讨 吴颖萍 李 玄 /395

其 他

73. 事业单位工作人员长期病休, 单位是否可以
未经教育程序单方直接辞退 阿致刚 /405
74. 事业单位聘用人员违反服务期约定应当支付
违约金 胡丽丽 胡 洁 /409
75. 人事争议受案范围的法理与法律适用 薛长礼 /414
76. 混合用工关系诉讼管辖的确立标准 白星晖 /420
77. 追索劳动报酬纠纷裁审衔接中的一事不再理
问题 刘佳洁 /424
78. 劳动合同中能否约定协议管辖仲裁机构的条款 ... 徐 淳 /428
79. 出租车司机给第三人造成事故损害时与用人
单位的赔偿责任分担问题研究 胡高崇 /434
80. 工伤船员的劳动争议处理及工伤待遇损失问题
分析 陆 岩 /441

劳动关系认定



1. 学校与聘任教练之间建立的是否为劳动关系

申请人：李某

被申请人：某中学



争议焦点

学校与聘任教练之间建立的是否为劳动关系？



基本案情

李某自 2014 年 9 月 17 日开始在某中学工作，某中学向其发了聘书，聘书内容为“兹聘请李某为某中学赛艇队技术教练”。工作内容为对赛艇队的队员每周进行一次培训，但某中学不对李某进行考勤管理。某中学每月月底以银行打卡的形式发给李某 3 000 元报酬，在李某的网上银行账户信息中显示 3 000 元为“工资”项目。据此，李某认为与某中学建立的为劳动关系，要求确认劳动关系，并要求某中学支付未签订劳动合同双倍工资差额。某中学认可李某为其学校聘请的赛艇队教练，但不认可双方存在劳动关系，并提交起薪通知单予以证明。起薪通知单上显示，用工性质为“临时聘用”。工资待遇一栏有如下描述：“每月 3 000 元，该同志人事关系在某体校，不需缴纳保险。”起薪通知单上有李某及某中学相关领导的签名。



审理结果

驳回李某的全部申请请求。



评析意见

有观点认为，某中学是合法登记的事业单位，李某为适龄具有劳动能力的自然人，双方均具有建立劳动关系的主体资格；某中学聘任李某为赛艇队技术教练，按月支付李某报酬，李某从事的赛艇教练工作属于某中学的教学任务即业务组成部分，上述条件已符合《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）中关于劳动关系成立的条件，因此，应认定李某与某中学建立的为劳动关系。

另有观点认为，不能确认李某与某中学存在劳动关系，理由如下：

第一，我们来看聘书与劳动合同有何区别。劳动合同，是指劳动者与用工单位之间确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议。劳动合同由用人单位与劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章确认，依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。而聘书是由用人单位单方发出的，内容不规定双方的权利和义务，也无须受聘者签字确认。可见，聘书并不能等同于劳动合同。

第二，本案中，某中学聘请李某从事赛艇队技术教练工作，按月发给其报酬，能够确定李某在某中学从事有偿劳动，但此种有偿劳动是否等同于劳动关系呢？笔者认为并不能等同。有偿劳动可包含劳动关系、劳务关系等。劳动关系的特征为用人单位与劳动者的许多权利、义务受到国家强制性的干预，并且劳动者要遵守用人单