

LAODONGWEIQUAN
SHIWUCAOZUOZHINAN

劳动维权 实务操作指南

刘升期 编著
齐忠意

- ◎ 没有**劳动合同**就不是单位的职工吗？
- ◎ **试用期**是单位随意定的吗？试用期有工资吗？
- ◎ 工资是指基本工资吗？**奖金**算工资吗？
- ◎ **加班工资**是如何计算的？
- ◎ 哪些情况下受伤或患病才可以认定为**工伤**？
- ◎ 劳动者遭受工伤后如何**评定伤残等级**？

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

LAODONGWEIQUAN
SHIWUCAOZUOZHINAN

劳动维权 实务操作指南

中共贵州省委党校图书馆

总号

书号

D12.5
120
1-2

刘升期
齐忠意 编著

中共贵州省委党校



中 国 图 书 馆 0299057
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动维权实务操作指南/刘升期, 齐忠意编著.

—北京: 中国法制出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3953 - 4

I. ①劳… II. ①刘… ②齐… III. ①劳动法 - 中国 - 指南 IV. ①D922. 5 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 194005 号

责任编辑: 黄丹丹

封面设计: 杨泽江

劳动维权实务操作指南

LAODONG WEIQUAN SHIWU CAOZUO ZHINAN

编著/刘升期 齐忠意

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2013 年 10 月第 1 版

印张/7.25 字数/156 千

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3953 - 4

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033296

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66010678

邮购部电话: 010 - 66033288

目 录

Contents

第一章 劳动关系

第一节 事实劳动关系 / (1)

1. 没有劳动合同就不是单位的职工吗? / (1)
2. 单位将业务承包给个人或没有主体资格的组织, 劳动者算谁的职工? / (2)
3. 没有签订劳动合同, 对单位有什么惩罚? / (4)
4. 单位内部承包经营, 劳动者还与单位有关系吗? / (6)
5. 挂靠在公司的名下经营, 应向谁主张权利? / (8)
6. 停薪留职人员再就业, 与新单位之间是什么关系? / (10)
7. 办理退休后再就业的, 与新单位之间属于什么关系? / (12)

第二节 劳动合同的签订与履行 / (14)

8. 与单位签订劳动合同需要注意什么? / (14)
9. 劳动合同中约定的任何内容都是有效的吗? / (17)
10. 什么条件下可以要求签订无固定期限劳动合同? / (19)
11. 试用期是单位随意定的吗? 试用期有工资吗? / (21)
12. 单位可以随意变更劳动合同的内容吗? / (23)

13. 单位收取服装押金、扣押身份证合法吗? / (24)

14. 劳动合同中约定了违约金合法吗? / (26)

第三节 劳动关系的解除与终止 / (28)

15. 试用期内单位可以随意解除劳动合同吗? / (28)

16. 哪些情形下用人单位解除劳动合同不需要支付经济补偿金? / (31)

17. 哪些情形下用人单位需要向劳动者支付经济补偿金? / (33)

18. 哪些情况下用人单位不可以解除劳动关系? / (35)

19. 只要劳动者违反了单位的规章制度, 单位就可以解除劳动关系吗? / (37)

20. 单位违法解除劳动关系时, 劳动者怎么办? / (40)

21. 什么情况下劳动者可以与用人单位解除劳动关系? / (42)

22. 劳动者患病或非因工负伤, 单位依法解除劳动关系后是否应支付医疗补助金? / (44)

23. 什么情形下单位与劳动者之间的劳动合同终止? / (46)

24. 解除或终止劳动合同后再就业有限制吗? / (47)

第二章 工资工时

25. 工资是指基本工资吗? 奖金算工资吗? / (50)

26. 只要双方同意, 任何数额的工资都合法吗? / (53)

27. 单位拖欠、克扣工资怎么办? / (55)

28. 加班工资是如何计算的? / (58)

29. 实行综合计算工时制、不定时工作制就可以不给加班费吗? / (61)

- 30. 企业停产放假期间可以不支付工资吗? / (63)
- 31. 劳动关系解除或终止时还没有到工资支付期的该怎么办? / (65)
- 32. 带薪年假的时间怎么算? 没休年假时怎么办? / (67)
- 33. 职工依法参加社会活动期间用人单位需要支付工资吗? / (69)
- 34. 探亲假、婚丧假期间的工资支付是怎么规定的? / (71)

第三章 社会保险

第一节 基本养老保险 / (73)

- 35. 用人单位未缴纳或未足额缴纳基本养老保险费的, 劳动者该怎么办? 用人单位该承担怎样的法律责任? / (73)
- 36. 一般情况下具备哪些条件才可以办理退休领取基本养老保险金? / (75)
- 37. 劳动者从事特殊工种是否可以提前退休? / (77)
- 38. 劳动者患病或非因工负伤不能从事工作的, 是否可以办理提前退休? / (79)
- 39. 视同缴费年限与退休有什么关系? / (81)
- 40. 单位将个人档案丢失, 致使无法办理补缴养老保险费或退休该怎么办? / (84)

第二节 基本医疗保险 / (86)

- 41. 劳动者患病或非因工负伤用人单位可以随意解除劳动合同吗? / (86)
- 42. 劳动者患病或非因工负伤请病假期间有工资吗? / (90)
- 43. 单位未缴纳基本医疗保险费, 职工患病或非因工负伤

了该如何维权? / (93)

44. 因第三人侵权造成的伤病, 第三人不支付医疗费怎么办? / (95)

45. 哪些医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围? / (98)

46. 退休后患病或受伤是否可以享受基本医疗保险待遇? / (99)

第三节 工伤保险 / (101)

47. 哪些情况下受伤或患病才可以认定为工伤? / (101)

48. 劳动者为社会公共利益受伤可以按工伤处理吗? / (105)

49. 只要因工作受伤或患病都可以认定为工伤吗? / (110)

50. 劳动者遭受工伤后怎样评定伤残等级? / (112)

51. 劳动者因治疗工伤无法上班有工资吗? / (115)

52. 因治疗工伤产生的伙食费、住宿费及交通费是否都可以报销? / (118)

53. 工伤职工停工留薪期内的护理费与生活护理费是一样的吗? / (119)

54. 职工因工致残被鉴定为1级至4级伤残后, 能否退出工作岗位? / (122)

55. 职工因工致残被鉴定为5级、6级伤残后, 是否能保留与用人单位的劳动关系? / (126)

56. 职工被鉴定为7级至10级伤残时合同未到期, 用人单位能否与之解除劳动合同? / (130)

57. 职工因工死亡时, 其近亲属申请供养亲属抚恤金的条件有哪些? 供养亲属的范围包括哪些? / (133)

58. 职工因工外出期间因工作原因发生事故下落不明是否应认定为工伤? 是否能享受工伤死亡待遇? / (136)

59. 因第三人侵权导致工伤, 第三人拒绝支付工伤医疗费用或无法确定第三人时怎么办? / (138)
60. 单位没缴纳工伤保险费且拒绝支付工伤保险待遇的, 工伤职工该怎么办? / (141)

第四节 生育保险与失业保险 / (145)

61. 女职工生育或流产的产假是多少天? 休产假期间享有什么待遇? / (145)
62. 用人单位可因女职工怀孕、生育、哺乳而降低其工资、予以辞退或解除劳动合同吗? / (146)
63. 女职工因生育或流产产生的生育医疗费用应由谁支付? / (148)
64. 劳动者领取失业保险金的条件有哪些? 程序如何? / (149)
65. 失业人员领取失业保险金的期限有多长? 失业保险金的标准是什么? / (151)
66. 失业人员在领取失业金期间患病的是否享受基本医疗保险待遇? / (155)
67. 失业人员在领取失业保险金期间死亡的, 其遗属是否可以既领取失业保险丧葬补助金又领取基本养老保险丧葬补助金? / (157)
68. 农民合同制工人失业领取一次性生活补助的条件、期限、标准如何? / (158)

第四章 职业安全卫生

69. 单位在劳动合同中约定职工因生产事故受伤无责是否

- 有效? / (161)
70. 用人单位可否因为劳动者拒绝违章指挥、强令冒险作业而降低工资或解除劳动关系? / (163)
71. 因安全生产事故受伤, 除可以要求工伤待遇外, 是否还可以要求民事赔偿? / (165)
72. 劳动合同期间工作岗位变更, 单位没有告诉新岗位有职业危害的, 劳动者该怎么办? / (168)
73. 申请职业病诊断应提交哪些材料? / (171)
74. 职业病诊断、鉴定中因劳动关系、工种、工作岗位或在岗时间发生争议的该怎么办? / (173)
75. 单位不提供职业病诊断或鉴定所需资料, 劳动者应如何维护自身权利? / (176)
76. 劳动者对用人单位提供的职业病诊断、鉴定所需资料有异议时该怎么办? / (178)
77. 劳动者对职业病诊断结论有异议的该怎么办? / (181)
78. 疑似职业病病人在诊断或观察期间, 用人单位能否与其解除劳动关系? 费用由谁承担? / (183)
79. 单位没有进行离岗前职业病健康检查是否可以解除劳动关系? / (185)
80. 被确诊或鉴定患有职业病的劳动者享有哪些待遇? / (187)
81. 患有职业病, 单位没有缴纳工伤保险费该怎么办? / (189)
82. 患职业病职工除享受工伤待遇外, 还可以要求民事赔偿吗? / (191)
83. 无法确认劳动关系或用人单位已不存在, 职业病患者治疗该怎么办? / (193)
84. 用人单位不得安排未成年工从事哪些工作? / (195)
85. 用人单位不得安排女职工从事哪些工作? / (199)

86. 用人单位不得安排女职工在怀孕期间从事哪些劳动？
/ (201)
87. 用人单位不得安排哺乳期女职工从事哪些劳动？/ (203)

第五章 争议处理

第一节 劳动争议仲裁 / (205)

88. 哪些案件应由劳动争议仲裁委员会受理？/ (205)
89. 申请劳动争议仲裁的时效期间为多久？/ (207)
90. 劳动争议仲裁委员会受理、审理案件有时间限制吗？/ (210)
91. 对劳动争议仲裁裁决不服怎么办？经过仲裁调解还可以向法院起诉吗？/ (212)
92. 哪些情况下劳动争议仲裁委员会作出的仲裁裁决为终局裁决？/ (214)
93. 哪些主张劳动者可以向仲裁庭申请先予执行？条件是什么？/ (216)
94. 劳动者为证明与用人单位之间存在劳动关系需提供哪些证据？/ (217)

第二节 其他维权途径 / (219)

95. 劳动者除了劳动争议仲裁还可以通过哪些途径维权？
/ (219)
96. 劳动监察可以受理哪些举报或投诉？劳动监察部门处理举报或投诉有时间限制吗？/ (221)

第一章 劳动关系

第一节 事实劳动关系

1. 没有劳动合同就不是单位的职工吗?



一点通

劳动关系是维护劳动者权利的基础,依据《劳动合同法》的规定,单位应当与劳动者签订劳动合同。在未签订劳动合同的情况下,劳动者只要证明双方存在事实劳动关系,即可证明是单位的职工,维护自己的合法权益。



典型案例

2009年10月,谢某(40岁)经朋友梁某介绍到四川某建筑劳务公司(以下简称“公司”)工作,经公司安排谢某在一个建筑工地从事木工工作。双方没有签订劳动合同,口头约定每天工资200元。工资不按月支付,待工程结束时一次性结清,谢某每月可以从公司预支1000元的生活费。2010年4月,工程结束时,公司以总包方没有与其结清工程款而未与谢某结清工资。谢某遂向劳动争议仲裁委员会提出劳动争议仲裁申请,要求公司支付拖欠的工资等。在劳动争议仲裁中,公司以没有劳动合同为由否认双方存在劳动关系。为此谢某提交了工作证、同事的证言、生活费支取凭证、公司

的工商登记信息以证明劳动关系的存在。最终经劳动争议仲裁委员会审理作出裁决，确定谢某与公司之间存在劳动关系，公司应向谢某支付拖欠的工资等费用。



专家评论

本案中虽然公司没有与谢某之间签订劳动合同，但根据谢某提交的工作证、同事的证言、生活费支取凭证、公司的工商登记信息等证据，结合原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，可从如下四个方面证明其与公司之间存在事实劳动关系：

第一，公司的工商登记信息及谢某的身份证可以证明双方均是构成劳动关系的适格主体。

第二，谢某提供的工作证、同事证言、生活费支取凭证，可以证明谢某遵守公司的规章制度，接受其管理，并为其提供劳动以此获得劳动报酬。

第三，工作证、同事证言，可以证明谢某在建筑工地从事木工工作，构成了公司生产经营业务的组成部分。

第四，同事证言、生活费支付凭证证明了谢某的入职时间以及工程结束的时间，充分证明了谢某与公司之间形成了一个长期稳定的关系。

因此，根据谢某提交的证据充分证明其与公司之间形成事实劳动关系，在这种情况下公司应向其支付拖欠的工资等费用。

2. 单位将业务承包给个人或没有主体资格的组织，劳动者算谁的职工？



一点通

建筑施工、矿山企业等单位将工程（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,即劳动者与发包方之间存在劳动关系。



典型案例

2010年7月,河北农民刘某在亲戚的介绍下,跟随同村包工头顾某来到北京市某工地从事脚手架的搭建和拆除工作,包工头与刘某约定刘某的工资标准为每天120元。刘某从7月进入工地工作,没有与任何单位签订劳动合同,也没有其他书面的约定。2010年11月,刘某在拆除脚手架的过程中不幸从高处坠落,导致腰椎爆裂,被工友送往医院治疗。在医院治疗期间,包工头顾某支付了医药费。刘某出院后,多次找包工头要求赔偿因为工作受伤后遭受的误工费等损失,但包工头只同意向其支付极少的数额。由于刘某仍在治疗中,急需钱支付继续治疗费用,并且顾某口头承诺日后还会补偿,因此刘某便接受了4万元的补偿。后经向律师咨询,刘某得知,自己的情形应该属于工伤,按照《工伤保险条例》的规定,其应该获得的赔偿要远远大于实际获得的数额,无奈之下,刘某便向劳动局申请了工伤认定。但由于刘某没有任何劳动合同等能够证明劳动关系,劳动局要求刘某先确认劳动关系。经了解,顾某没有用工主体资格,其是从某建筑工程劳务服务有限公司承包的该工程。在这种情况下,刘某便以某建筑劳务服务有限公司为被申请人,向劳动争议仲裁委员会申请了劳动争议仲裁,要求确认自2010年7月起,双方之间存在劳动关系。劳动争议仲裁委员会审理后,支持了刘某的仲裁请求,裁决自2010年7月起,双方之间存在劳动关系。



专家评论

在劳动者与用人单位的关系中,劳动者享有权利的前提是与用人

单位之间存在劳动关系。在现实生活中,劳动者与用人单位之间的劳动关系一般有两种情形:一种是双方签订了劳动合同,劳动关系比较明确;另一种是双方没有签订劳动合同,但事实上劳动者向用人单位提供劳动,用人单位支付劳动报酬,并对劳动者进行管理,这种情况下,双方之间存在事实劳动关系。在本案中,尽管刘某是跟包工头在工地干活,但由于包工头是自然人,不是个体工商户,也不是其他形式的法人,没有劳动法上的用工主体资格,因此,在确立劳动关系时,就只能依据原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定,由将该工程承包给顾某的有用工主体资格的某建筑工程劳务服务有限公司承担用工主体责任,确立双方的劳动关系。

3. 没有签订劳动合同,对单位有什么惩罚?



一点通

用人单位应该与劳动者签订劳动合同。用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的,应该向劳动者支付双倍工资;用人单位违反《劳动合同法》规定,不与劳动者签订无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者支付双倍工资。



典型案例

吴某是一名从事服装销售的女职工,其2008年9月1日进入一家服装销售公司工作,成为了该公司的驻店销售人员。在进入单位之初,单位承诺1个月试用期过后双方签订劳动合同,单位为吴某办理各项社会保险,并按照国家规定的工时标准工作。但1个月试用期过后,单位不但没有与吴某签订劳动合同,还以工作性质为

由, 延长了吴某的工作时间, 并且每周只能休息 1 天。尽管如此, 吴某仍然一直在单位工作到 2009 年的 8 月 31 日, 后因单位一直拖欠加班工资, 并拒绝为其办理社会保险, 吴某与单位解除了劳动关系, 并向劳动争议仲裁委员会申请了劳动争议仲裁, 要求单位支付未签订劳动合同期间的双倍工资和加班费、经济补偿金等。仲裁期间, 由于吴某提供了双方之间存在劳动关系的证据, 并且单位也承认双方之间的劳动关系, 劳动争议仲裁委员会依法裁决单位向吴某支付 2008 年 10 月 1 日至 2009 年 8 月 31 日期间的双倍工资差额两万余元, 并向吴某支付了解除劳动关系的经济补偿金。



专家评论

劳动合同是劳动者与用人单位之间明确各自权利义务关系的重要凭证, 签订劳动合同, 对于保护劳动者的合法权益具有重要的意义, 比如证明劳动关系、工资标准等。但是, 实践中, 很多用人单位由于种种原因没有与职工签订劳动合同, 而一旦单位没有按照劳动合同的约定履行义务, 职工很难要求单位按照双方口头协议履行, 因为没有证据证明双方口头协议内容。在这样的情况下, 职工对于单位不签订劳动合同的情况总会感觉不踏实。按照《劳动合同法》第八十二条的规定, 用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的, 应当向劳动者每月支付 2 倍的工资; 而用人单位违反《劳动合同法》规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的, 自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付 2 倍的工资。不按照法律规定签订劳动合同的, 职工可以要求单位按照法律规定支付双倍工资, 维护自己的合法权益。

4. 单位内部承包经营，劳动者还与单位有关系吗？



一点通

单位实行承包责任制或者将自己的一些业务以承包的方式交由职工经营管理，大多数情况下，双方之间仍然存在着劳动关系，单位仍应该履行用人单位的法定义务，职工仍然享有劳动者的法定权利。



典型案例

从山东农村老家到北京打工的徐某，在2003年3月进入北京某大学后勤集团工作，与后勤集团签订了劳动合同。2006年初，后勤集团进行经营管理机制改革，对集团下属的餐厅实行承包责任制管理，此时作为餐厅经理的徐某与单位签订了责任承包合同，约定了每月应该完成的工作任务和相应的绩效考核办法。签订承包合同后，徐某有了更多的经营管理权，但对于重要的经营事项，仍然由后勤集团统一安排部署，并且徐某要接受后勤集团的考核。由于徐某工作经验丰富，为人率直，管理能力突出，其承包的餐厅经营也获得了很好的效果，餐饮质量受到学校师生的广泛好评，员工的积极性也提高了。然而，2010年5月15日，徐某在轧面条的过程中胳膊被轧面机卷入，导致右臂骨折，被同事送入医院进行治疗。徐某受伤后，学校后勤集团领导到医院看望了徐某，并告诉徐某，由于餐厅已经由徐某承包，在这样的情况下，餐厅发生事故导致职工受伤，相应的治疗费用应该由徐某负责。听到这样的消息后，徐某当场向领导提出了自己的想法，认为自己和其他职工一样，都与单位签订了劳动合同，都是单位的职工，受伤治疗的费用应该由单位来承担。但领导表示，单位不会承担任何治疗费用。在这样的情况

下，徐某向律师进行了咨询，律师告诉徐某，其仍然是单位的职工，从事的仍然是单位安排的工作，其在工作过程中受伤，单位应该承担工伤赔偿责任。在得到这样的回复后，徐某向单位所在区的人力资源和社会保障局申请了工伤认定，并被认定为工伤。



专家评论

本案是一个单位责任承包经营中比较典型的案例。在实践中，很多单位与自己的职工签订承包合同，由职工进行具体业务的管理经营，经营状况好的时候，单位与职工实现双赢，而一旦经营过程中涉及责任承担时，单位往往以签订承包合同为由逃避责任。对于这种情况下单位与职工之间的关系问题，《关于企业内部个人承包中保险待遇问题的复函》指出：企业与职工个人签订承包合同，是企业内部经营管理的一种方式。企业经营机制的转变，并未改变企业和职工的劳动关系，也未改变承包者的职工身份，因此企业应按照国家现行政策保障职工的社会保险权益。

实践中，区分一般承包合同关系和劳动关系，应该注意以下两点：

(1) 承包协议是否是单位与其内部职工签订

一般情况下，如果单位与自己的职工签订承包协议，则双方之间的关系仍然是劳动关系，双方仍然具有用人单位和劳动者之间的权利义务关系；如果单位与职工之外的其他人签订承包协议，则一般应该是平等的合同关系，不属于劳动关系，但如果双方之间签订的协议包含了工资支付、社会保险、管理责任等类似劳动合同的内容，也不能排除双方之间存在劳动关系。

(2) 双方之间是否存在管理与被管理的隶属关系

劳动关系区别于一般民事法律关系的显著特点就是单位与职工之间的隶属关系：职工的经营管理工作要接受单位的安排和监督、单位