

广东律师系列丛书之十六



劳动法实务

疑难问题与应对



广东省律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

广东律师系列丛书之十六

劳动法实务

疑难问题与应对



丛书主编 欧永良
副主编 肖胜方
执行主编 叶 港

本册主编 刘继承
本册副主编 郭 蕾
编 委 彭 波

蔡 飞
冯志成
鲁 楷
陈巧玲
程卫民
曾荣松
戴海燕
卢庆波
袁良平
邓 捷

沈 威
臧传宝
朱又又
曾凡新
王 强
戴春锋
李敬子
巫清梅
马海岸
邓 杰
彭 志
黎雪滢

蒋四清
欧阳锋
李正春
罗 艾
张志良
张瑞强
罗玉川
谢克健
吴建武
郭春宏
徐小安

江点序
郑贤春
龙 英
曾旭慧
高惠丽
黎雄校
章利兵
陈国华
蔡 浩
朱 峰
李春城

编 辑

图书在版编目(CIP)数据

劳动法实务疑难问题与应对 / 广东省律师协会编.

—北京:法律出版社, 2015.7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8004 - 8

I. ①劳… II. ①广… III. ①劳动法—中国—问题解答 IV. ①D922.505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 118283 号

劳动法实务疑难问题与应对
广东省律师协会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 任华惠

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市兴达印务有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 13.5
字数 382 千
版本 2015 年 7 月第 1 版
印次 2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8004 - 8

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

广东省律师协会劳动法律专业委员会是广东省律师协会的专业委员会之一。自2010年3月至今,第十届劳动法律专业委员会依据广东省律师协会的要求,充分结合广东各地市律协、法院和劳动行政部门等单位的资源和专业优势,举办了各类旨在提高广东律师劳动法律服务水平和能力的学术研讨会、案例评析会、高峰论坛等学习和交流活动,受到各界好评。

众所周知,劳动立法琐碎、繁杂,且地域性和政策性均非常强,法律规定与司法实践往往存在较大差异,劳动争议案件“同案不同判”的现象时有发生。据统计,广东的劳动争议案件数量接近全国的四分之一。作为改革开放的最前沿,广东在经济社会发展的很多方面走在全国前列,在劳动法律领域每年都有不少新型的案件和前沿的问题,值得深入研究。

近年来,劳动法律专业委员会委员在办案之余,结合法学理论和办案经验,撰写了大量劳动法专业论文。这些论文针对司法实践中的常见热点、难点劳动法律问题进行深入分析和论述,具有很高的专业水准和实务参考价值。我们从中精选了数十篇,内容涵盖劳动合同、工资和工时、保密和竞业限制、社会保险、劳务派遣等多个重要领域,并将其汇集成册,供更多人力资源和法律人士交流、探讨和研究。

因时间仓促和水平有限,书中难免有纰漏之处,恳请读者批评指正!

目 录

Contents

劳动合同篇

竞争上岗协商解除劳动合同后能否反悔	刘继承(3)
用人单位存在过错的情况下,劳动者单方解除劳动合同的认识 误区	蔡 飞(7)
经济性裁员中的若干问题	彭 波(14)
签订无固定期限劳动合同的几个疑难问题	蒋四清(21)
关于无固定期限劳动合同的若干问题	曾荣松(29)
略论劳动合同变更	郭春宏(36)
用人单位单方调整员工工作岗位、工作地点的合法性及“双固 定”用工模式的思考	龙 英(44)
再论“不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区”	蔡 飞(47)
劳动关系的认定	江点序(53)
劳动关系认定中的“从属性”	罗玉川(58)
“双重劳动关系”,我之浅见	郭 蕾(62)
高校毕业生就业中的劳动合同法律问题	黎雄校(67)
企业员工外派任职法律问题的探讨	李正春(70)

工资和工时篇

特殊工时制度执行中的问题及对策	曾凡新(77)
-----------------------	-----------

浅析“恶意欠薪”	陈巧玲 (85)
医疗期满解雇员工 新法与旧法有何说法	徐小安 (90)
已达到法定退休年龄职工工伤认定探讨	程卫民 (96)

保密和竞业限制篇

关于《劳动合同法》中竞业限制规定的几点看法	李春城 (103)
从劳动法实务角度简析我国竞业限制立法	马海岸 (108)
竞业限制经济补偿金最低标准全国统一化研究	吴建武 龚小娟 (120)
竞业限制约定若干问题的法律研究	朱又又 (127)
竞业限制立法及实务探讨	邓杰 (131)
《公司法》与《劳动合同法》竞业限制规定之比较研究	王强 (138)

社会保险篇

关于社会保险劳动争议的若干问题	戴海燕 (147)
因工死亡的四个赔偿方案及选择权	卢庆波 (153)
用人单位参加社会保险存在的问题、风险与对策	巫清梅 (159)
社会保险民事争议的范围及其可诉性问题探讨	陈国华 (166)
关于公司设立过程中用工关系相关问题的探讨	冯志成 (174)
群体性补缴社保纠纷的类型化分析与个性化解决	蒋四清 (178)

特殊群体用工关系篇

生育津贴与产假工资兼得的合理性	鲁楷 (189)
女职工计划外生育的待遇与劳动关系处理	欧阳锋 陈宇佳 (194)
达到法定退休年龄的劳动者与用人单位的法律关系问题研究	郑贤春 曾敏华 (201)
妇女就业歧视问题的法律探讨	蔡浩 (210)

解聘公司高管人员职务引发的劳动争议解析	刘继承(216)
公司高管劳动关系管理初探	沈 威(222)
企业高管人员适用劳动法律的特殊性	戴春锋(231)

劳务派遣篇

劳务派遣在实践中的若干问题	李敬子(241)
劳务派遣中雇主责任的立法缺陷与完善	袁良平(246)
劳务派遣用工岗位“辅助性”的法律问题	臧传宝(252)
劳务派遣与企业的社会责任	张瑞强(261)
用工单位的连带赔偿责任	张志良(264)

劳动争议篇

用人单位:莫被自愿遮“法眼”	高惠丽(273)
企业绩效考核机制的诉讼风险与应对	曾旭慧(278)
公司清算过程中劳动者群体性事件的处理难题及解决建议	彭 志 翁永俊(282)
我国劳动仲裁与民事诉讼衔接问题探讨	章利兵(288)

其 他

个人信息保护和正当使用	罗 艾(305)
工资推定适用交通事故标准的错误性	朱 峰(309)

附录:广东省关于审理劳动争议案件的指导意见

广东省

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于 审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》(2012年6 月21日)	(315)
广东省高级人民法院关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动 合同法》若干问题的指导意见(2008年6月23日)	(323)

广州市

- 广州市中级人民法院、广州市劳动人事争议仲裁院关于审理劳动人事争议案件若干问题的研讨会纪要(2014年5月26日) (330)
- 广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要(2011年10月25日) (336)

深圳市

- 深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要(2014年) (343)
- 深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要(2011年11月4日) (346)
- 深圳市劳动争议仲裁、诉讼实务座谈会纪要(2010年3月9日) (348)
- 深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见(试行)(2009年4月) (350)

东莞市

- 东莞市关于劳动争议案件统一法律适用问题的意见(2011年10月) (369)

佛山市

- 佛山市中级人民法院、佛山市劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见(2011年2月25日) (374)

中山市

- 中山市中级人民法院审理劳动争议案件若干问题的意见(2011年) (386)

惠州市

- 惠州市中级人民法院、惠州市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的会议纪要(试行)(2012年6月20日) (407)

江门市

- 江门市中级人民法院、江门市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要(2014年) (416)

梅州市

- 梅州市中级人民法院、梅州市劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的意见(2011年) (422)



劳动合同篇

竞争上岗协商解除劳动合同后能否反悔

用人单位存在过错的情况下,劳动者单方解除劳动合同的
认识误区

经济性裁员中的若干问题

签订无固定期限劳动合同的几个疑难问题

关于无固定期限劳动合同的若干问题

略论劳动合同变更

用人单位单方调整员工工作岗位、工作地点的合法性及“双
固定”用工模式的思考

再论“不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区”

劳动关系的认定

劳动关系认定中的“从属性”

“双重劳动关系”,我之浅见

高校毕业生就业中的劳动合同法律问题

企业员工外派任职法律问题的探讨

竞争上岗协商解除劳动合同后能否反悔

◇ 广东胜伦律师事务所 刘继承

【案情简介】

2009年8月,甲公司对中层干部开展竞争上岗。陈某是甲公司的财务经理,离退休只差两年,经综合考虑,陈某选择与单位协商解除劳动合同,不再参与竞聘。双方于2010年3月签订了协商解除劳动合同协议,甲公司按照协议的约定支付了经济补偿。2011年1月,陈某以甲公司竞争上岗不合法、其选择协商解除劳动合同非本人真实意愿为由提起劳动仲裁,要求甲公司支付违法解除的赔偿金等费用。

劳动仲裁委审理认为,双方属协商解除劳动合同,且在协商解除劳动合同协议签订过程中,陈某充分参与并多次提出了修改意见,已充分体现了陈某协商解除的意愿及对自身合法权益的保护,无证据证明用人单位存在误导、欺诈或胁迫等情形。因此,对陈某的仲裁请求不予支持。后陈某不服,起诉到法院。一审法院同样以上述理由驳回了陈某的诉讼请求。陈某不服再提起二审,二审法院维持原判。

【案情评析】

本案的争议焦点为协商解除劳动合同协议是否合法有效。其中又涉及两个问题:一是竞争上岗的合法性与协商解除劳动合同协议的关系;二是协商解除劳动合同协议是否系当事人真实意愿的体现,以及是否存在无效或可撤销情形。

一、竞争上岗与协商解除劳动合同协议没有逻辑关系

竞争上岗和协商解除是两个不同法律性质的阶段,陈某在申请仲裁之前从未对竞争上岗的过程和结果提出异议,而是自愿选择协商解除,

双方已经协商一致签订《协商解除劳动合同协议》并已履行完毕,不能再以竞争上岗存在的问题来证明协商解除劳动合同的违法。

竞争上岗属于劳动合同变更的法律阶段,而协商解除属于劳动关系解除的法律阶段。陈某如果对竞争上岗有异议,完全可以在收到竞争上岗通知到提起劳动仲裁期间内提出来,也可以就竞争上岗申请仲裁要求恢复岗位或继续履行劳动合同。但是,陈某并没有就竞争上岗提出异议或申请仲裁,也从未要求恢复岗位或继续履行劳动合同,而是自愿选择协商解除,在双方自愿签订《协商解除劳动合同协议》并已履行完毕之后,又主张在前一个阶段的竞争上岗程序和内容不合法,用以证明劳动合同解除违法,不应得到支持。

二、协商解除劳动合同协议合法有效且不可撤销

首先,从协商的过程来看,双方充分参与了协商并同意《协商解除劳动合同协议》中的所有内容。其次,从协商的内容来看,双方主要围绕经济补偿等费用的数额进行协商,对于协商解除劳动合同均一直不存在异议。再次,从协商的形式来看,陈某表达意见的渠道是充分的,表达意见的方式是公开的,并不存在欺诈胁迫一说。最后,从协商的结果来看,双方签订了书面解除协议,公司也按照协议的要求支付了经济补偿。因此,陈某要求确认解除违法及要求支付赔偿金不应得到支持。

【风险防范】

实践中,不少用人单位都通过竞争上岗的方式在公司内部选拔人才,在增加企业内部活力的同时也为员工提供了上升的渠道。但是,在笔者提供法律服务过程中,发现不少企业对竞争上岗存在很大的认识误区。以下,笔者结合本案以及实践中竞争上岗需要注意的事项进行分析,以便企业防范和规避法律风险。

一、竞争上岗不是用人单位说了算

竞争上岗实际上是协商变更劳动合同的一种特殊形式,只不过一般的合同变更是用人单位与劳动者一对一进行协商,而竞争上岗是通过公开竞聘的形式多人同时进行。根据《劳动合同法》的相关规定,劳动合同变更应当经过用人单位与劳动者双方协商一致并且采用书面方式进行,如果劳动者参与竞聘某个岗位并且成功,意味着双方就岗位的变更

达成了一致;如果劳动者没有竞聘上想要的岗位,意味着双方协商未达成一致,需要继续协商,直至达成一致意见。否则,应视为协商不成,劳动者应回原岗位上班。

因此,竞争上岗并非用人单位说了算,必须注意体现劳动者自愿的原则,不得强制,否则可能面临较大的法律风险。

二、竞争上岗须制定一整套“游戏规则”并让员工知悉

用人单位如果希望通过竞争上岗的方式既要达到“能者上,平者让,庸者下”选拔人才的目的,又要使竞争上岗的流程、操作完全合理合法从而减少纷争,则需要对竞争上岗制定一整套的合理合法的“游戏规则”。

在“游戏规则”中,用人单位对竞争上岗的流程、竞争上岗员工的去向、竞聘落岗员工的安置等都要提前规划。比如,就竞争上岗员工的流向而言,在“游戏规则”中应明确:对竞争上岗的员工,双方应及时签订新的劳动合同,约定新的工作岗位与薪酬;对竞争落岗的员工也应有具体和明确的规定,包括但不限于可安排在同级别的其他工作岗位,或者安排在稍低级别的工作岗位但薪酬待遇与竞聘前保持不变,或者双方可协商解除劳动关系,等等。在此情形下,用人单位的“游戏规则”应通过公开形式让员工事前知晓。如员工仍愿意参加竞争上岗,则相关文件对其有约束力,劳动者必须遵守竞聘规则。但如用人单位没有制定相应规则,或者没有让劳动者事前签署,劳动者可能在落聘后提出法律挑战,将影响整个企业竞争上岗的合法性,从而给企业带来较大的法律风险。

笔者在执业过程中就曾遇到一个案例:A公司出台相关的竞争上岗规则后,没有让员工签名确认,然后把参加竞争上岗人员“就地免职”,统一进行竞聘。后部分被“就地免职”的劳动者没有竞聘成功,要求按照“就地免职”前的劳动合同的约定继续履行。A公司由于没有聘请专业律师进行策划,事先又没有将竞争上岗等一整套资料让员工确认,使公司陷入十分被动的局面,最终对该部分员工,公司不得不按照原劳动合同继续履行。

三、用人单位在竞争上岗中的不二法宝——协商解除劳动合同

对于处理劳动者在离职过程中产生的纠纷而言,协商解除劳动合同是法律风险最小的方式。体现在竞争上岗劳动关系的处理中,用人单位

也完全可以利用上述法宝。具体而言,对不参与竞争上岗的员工或者对竞争落岗的员工,双方可协商解除劳动关系,从而达到降低法律风险的目的。

当然,从形式上看,协商解除劳动合同形式多样,可以签订正式解除协议,也可以仅在离职申请表或领取经济补偿的收据上表明协商解除的意愿等。但无论采用何种方式,用人单位都必须保存好证明解除系双方协商自愿的证据,当然最好也能保管好证明双方协商过程的证据,这些证据包括但不限于书面材料、电子邮件、短信和录音录像等,避免一方事后反悔产生纠纷。

综上,用人单位实行竞争上岗之前,有必要进行系统的策划,包括提前制定相关竞聘办法并依法送达给竞聘者,提前起草让竞聘者签署的相关法律文件等。总之,竞争上岗不是简单的用人单位说了算,而是需要进行系统的策划并遵循法定的程序,只有这样,才能真正达到竞争上岗的目的。

用人单位存在过错的情况下， 劳动者单方解除劳动合同的认识误区

◇ 广州金鹏律师事务所 蔡 飞

用人单位在用工过程中，如有违反劳动合同约定或存在违法的行为时，法律均赋予劳动者单方解除劳动合同、并可依法获得相应离职经济补偿的权利。但在用人单位存在过错的情况下，劳动者是否均具有立即解除劳动合同权利的问题，则争议颇多，争议的原因在于《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第38条第1款规定了劳动者可以单方解除劳动合同的六种情形，但对于劳动者是否需提前通知用人单位，既区别于该法的第37、40、41条（该三条均明确规定了劳动者解除劳动合同或用人单位解除劳动合同时的需提前通知），亦不同于该第38条第2款（明确规定不需要提前通知），并无明确的规定。因该规定的不明确，导致了法律适用的混乱。有人认为，只要用人单位具有第38条第1款规定的如下情形，“（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形”，劳动者即可以随时解除劳动合同而不需要提前通知用人单位，有人则认为，劳动者应适当提前通知用人单位才可解除劳动合同。笔者持第二种观点，以下笔者将通过案例的方式对此进行说明。

一、案情简介

李某于2003年入职某服装销售公司，每月工资为10000元，2013年

10月,某服装销售公司的负责人口头承诺,从2013年1月起,将李某的工资由10000元调整到13000元,但公司一直没有执行。李某为此于2013年7月以公司拖欠工资为由,向广州市劳动人事仲裁委员会提起仲裁申请。仲裁申请有三项:一是要求解除劳动合同,二是要求支付2013年的工资差额若干元,三是要求支付相应的离职的经济补偿金若干元。对于“要求解除劳动合同关系”的仲裁请求,公司答辩认为,这不属于仲裁的受理范围,如李某曾经先向公司要求解除劳动合同关系,但公司不同意的情况下,李某才可以“要求确认劳动合同关系已解除”为由,提起仲裁。

针对公司的答辩,李某当庭向公司的代理人提出口头的通知:因为单位未足额支付劳动报酬,因此要求离职。在向公司的代理人提出口头的离职通知后,当庭向仲裁庭提出变更仲裁请求,要求确认劳动合同已于仲裁庭审的当日解除。

针对李某所变更的仲裁请求,公司认为,首先是公司不存在未足额支付劳动报酬的情况,即使用人单位存在未足额支付劳动报酬的情形,那么李某的主张也不应该获得支持,因为其没有适当提前通知用人单位,该辞职的要求不符合法律的规定。李某则认为,在用人单位未足额支付劳动报酬的情况下,劳动者可以随时离职而不需要提前通知用人单位。

二、裁决情况

仲裁裁决驳回了李某的全部仲裁请求,关于申请人能否当庭提出解除劳动合同的问题,裁决认为,“根据第三十八条用人单位有下列情形之一的,未及时支付劳动报酬的,劳动者可以解除劳动合同。又该第二款,用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的,劳动者可以立即解除劳动合同,无须事先告知用人单位。可见,对于非暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,非用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的情形下,劳动者提出解除劳动合同的,法律并未规定劳动者可以立即解除劳动合同。所以对于申请人当庭提出解除劳动合同,被申请人主张要有合理的预告时间,符合法律

规定。据此,对申请人当庭提出解除劳动合同的主张本委依法予以驳回”。

三、关于用人单位存在过错的情况下劳动者单方解除权的法律适用之辨析

笔者认为,该仲裁的裁决符合法律规定。本案的争议焦点——关于劳动合同能否立即且不需要提前通知用人单位的问题,虽然《劳动合同法》第38条第1款规定“用人单位有下列情形之一的,劳动者可以解除劳动合同:……(二)未及时足额支付劳动报酬的;……”对于用人单位未及时足额支付劳动报酬时,劳动者解除劳动合同是否需要提前通知用人单位的问题,并无明确的规定,但对照该第38条第2款的规定“用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的,劳动者可以立即解除劳动合同,不需事先告知用人单位。”可知,该第38条第1款所列情形,包括用人单位未及时足额支付劳动报酬、未按劳动合同的约定提供劳动保护或劳动条件以及未购买社会保险等,不属于劳动者可以立即解除劳动合同的范围。

当然,仅从第2款的规定来反证第1款,即认定劳动者需提前通知,过于牵强,起码有如下三个问题,无法合理解释,尤其是第二个关于公平合理的问题。

1. 从法律规定的统一性上来看,第38条第1款和第2款是一样的,都属于劳动者可以随时解除劳动合同的情形,只是第2款作了一个强调而已,否则为什么其他无论是用人单位单方解除劳动合同还是劳动者单方解除劳动合同,如果需要提前通知时,均明确规定了相应的解除劳动合同的通知期间而第1款没有。

2. 从公平合理的角度上来看,劳动者也不需要提前通知用人单位。因为与之相对应的是,根据《劳动合同法》第39条规定,在劳动者经试用不合格或劳动者存在过错的情况下,用人单位是不需要提前通知劳动者的,既然在劳动者存在过错的情况下,用人单位都不需要提前通知劳动者,那么在用人单位存在过错的情况下,作为弱势一方的劳动者自然就更需要提前通知用人单位即可解除劳动合同,这才公平、合理。