



律师  
说法

# 劳动争议 疑难问题实务精解

LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

曹后军◎著

案例解读 法规精析 实务操作 律师答疑

用人单位HR、法务专员、  
普通劳动者和法律工作者必备实务指南

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



律师  
说法

# 劳动争议 疑难问题实务精解

LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

曹后军◎著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 ( CIP ) 数据**

律师说法：劳动争议疑难问题实务精解 / 曹后军著. —北京：中国法制出版社，2015.5

ISBN 978-7-5093-6343-0

I. ①律… II. ①曹… III. ①劳动争议—劳动法—法律解释—中国  
IV. ①D922.591.5

中国版本图书馆CIP数据核字 ( 2015 ) 第094270号

策划编辑：戴蕊 ( dora6322@sina.com )

责任编辑：程潇永 ( editorcheng@163.com )

封面设计：周黎明

---

**律师说法：劳动争议疑难问题实务精解**

LÜSHI SHUOFA: LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

著者 / 曹后军

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 787 × 1092毫米 16

版次 / 2015年6月第1版

印张 / 21 字数 / 321千

2015年6月第1次印刷

---

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-6343-0

定价：49.80元

值班电话：010-66026508

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：010-66073673

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

曹后军，男，汉族，1972年9月生，执业律师，劳动人事争议调解员，先后毕业于同济大学(劳动经济专业)、南京大学(法律专业)，长期坚持劳动法律领域的专项研究，在《劳动和社会保障法规政策专刊》等专业刊物发表学术论文、案例十多篇。在用人单位劳动规章制度设计、劳动合同管理、社会保险管理、企业破产改制、劳动争议处理等方面司法实践经验丰富，所提供劳动专项法律顾问工作和劳动争议仲裁、诉讼代理服务深得劳动关系当事人认可。



和劳动争议问题结缘多年。

在为用人单位提供劳动关系专项法律顾问服务时，发现用人单位在招聘录用、规章制度、工资薪金、劳动合同、社会保险等诸多方面，违法问题层出不穷。

在为劳动者提供劳动人事争议仲裁、诉讼代理服务时，发现劳动者劳动法律知识出奇得匮乏、维权法律意识离奇得淡薄、处理争议能力不可想象得羸弱。

在参与企业破产工作时，发现“老工伤”、劳动合同中止等现行法律未作规定又亟待解决的问题，困惑劳动关系双方、企业管理人和审判人员。

一再和劳动争议问题零距离接触，难免就有些冲动的想法，想在学习、理解、吸收众多专家、学者理论研究成果的基础上，结合自己积累掌握的司法实践经验，对劳动争议的预防、处理等难点问题做些有益的探索，希望能对构建和发展和谐稳定的新时期劳动关系作出一点儿贡献，此为写作本书的缘由。

劳动争议问题诸多，本书没有一一罗列，而是选择其中比较突出的疑难问题加以阐述，具体包括试用期、用人单位规章制度、劳动报酬、劳动合同、工伤保险、劳动争议仲裁和诉讼等问题。在每一章节的结构安排上，针对本章节的具体内容，先是列举出作者工作中接触的有针对性的案例，并给出“律师观点”作为引子。其后，第一部分理论解析法律法规的具体规定，对于现行法律法规存在的适用争议和缺陷不足，作者也一并给出一家之言。第二部

分分别讲解用人单位和劳动者各自的实务操作要点。第三部分选择涉及本章节相关内容的典型性问题，为“律师答疑”。第四部分为方便读者查询法律法规的具体规定，附上“法条链接”。全书理论联系实际，对于用人单位HR、法务专员、普通劳动者和法律工作者来说，是应对劳动关系诸多难题、有效解决劳动争议的科学实用读本。

囿于水平有限，错误和疏漏在所难免，敬请读者批评指正。

曹后军

2015年5月

## 第一章 劳动合同试用期问题 / 001

---

### 一、问题解析 / 003

- (一) 试用期期限限制 / 004
- (二) 试用期次数限制 / 004
- (三) 试用期约定限制 / 006
- (四) 试用期工资 / 006
- (五) 试用期间劳动合同的解除 / 006
- (六) 违法约定试用期的法律责任 / 008
- (七) 试用期与见习期、学徒期、实习期的区别 / 008

### 二、实务操作 / 009

- (一) 用人单位实务操作 / 009
- (二) 劳动者实务操作 / 011

### 三、律师答疑 / 011

1. 劳动关系双方当事人可以口头约定试用期条款吗? / 011
2. 试用期内需要为劳动者缴纳社会保险费吗? / 011
3. 某工程学院毕业生崔某 2010 年 7 月初与某工程公司签订三年期劳动合同, 试用期两个月, 同年 7 月 21 日崔某在上班途中遭遇交通事故, 需住院治疗三个月。问崔某有权享受医疗期待遇吗? 某工程公司能否在试用期内解除劳动合同? / 012
4. 用人单位是否可以延长或缩短试用期? / 013

### 四、法条链接 / 014

## 第二章 用人单位规章制度问题 / 017

---

### 一、问题解析 / 020

- (一) 用人单位规章制度的功能 / 020
- (二) 用人单位规章制度的制定 / 022

### 二、实务操作 / 025

- (一) 用人单位实务操作 / 025
- (二) 劳动者实务操作 / 026

### 三、律师答疑 / 027

1. 某建工实业有限公司 2012 年 10 月 28 日向经营管理部职工朱某发出解除劳动合同通知书，理由是朱某在 9 月份迟到三次，严重违反单位规章制度。朱某不服，认为单位劳动纪律手册对此并没有作出具体规定，自己三次都是仅迟到十分钟左右，并非“严重”违反，并决定通过法律途径维护自己的合法权益。 / 027
2. 劳动合同中含有遵守劳动纪律格式条款是否等同于劳动者知晓并认可用人单位规章制度？ / 027

### 四、法条链接 / 028

## 第三章 劳动报酬问题 / 031

---

### 第一节 工资问题 / 033

#### 一、劳动报酬与工资解析 / 034

- (一) 劳动报酬与工资的概念 / 034
- (二) 用人单位应当依法支付劳动者劳动报酬（工资） / 036
- (三) 劳动争议中支付令法律适用问题 / 040

1. 劳动争议支付令的申请与异议 / 041
2. 劳动争议支付令失效后的法律救济 / 043

#### 二、实务操作 / 045

- (一) 用人单位实务操作 / 045



(二) 劳动者实务操作 / 046

### 三、律师答疑: / 047

1. 用人单位在哪些情况下减发工资不属于克扣工资? / 047
2. 值班和加班有什么区别? 值班人员能否要求用人单位支付加班工资? / 048
3. 依法解除或终止劳动关系时, 如何支付劳动者工资? / 048

### 四、法条链接 / 048

## 第二节 加班工资问题 / 053

### 一、问题解析 / 055

- (一) 计件工资制劳动者的加班工资 / 056
- (二) 综合计算工时工作制劳动者的加班工资 / 057
- (三) 不定时工时制劳动者的加班工资 / 058
- (四) 加班工资的计算标准 / 059

### 二、实务操作 / 059

- (一) 用人单位实务操作 / 059
- (二) 劳动者实务操作 / 061

### 三、律师答疑 / 062

1. 用人单位与劳动者在劳动合同中约定加班工资包含在月工资中, 此举合法吗? / 062
2. 劳动者自愿加班能否要求用人单位支付加班费? / 063

### 四、法条链接 / 063

## 第三节 假期工资问题 / 066

### 一、问题解析 / 067

- (一) 法定假期及其待遇 / 068
- (二) 带薪年假及其待遇 / 069
- (三) 婚丧假及其待遇 / 071
- (四) 探亲假及其待遇 / 073
- (五) 产假及其待遇 / 075

(六) 病假及其待遇 / 078

1. 患病或非因工负伤型病假 / 078

2. 工伤型病假 / 081

二、实务操作 / 081

(一) 用人单位实务操作 / 081

(二) 劳动者实务操作 / 083

三、律师答疑 / 083

1. 未婚生育的，是否可以享受产假及相关待遇？ / 083

2. 再婚者是否可以享受婚假、晚婚假？ / 084

3. 职工退休、退职后可否享受探亲假待遇？ / 084

4. 伤病休假职工是否可以从事有收入的活动？ / 085

四、法条链接 / 086

## 第四章 劳动合同问题 / 095

---

### 第一节 劳动合同订立问题 / 097

#### 一、问题解析 / 099

(一) 概述 / 099

(二) 事实劳动关系 / 102

(三) 劳动合同种类与订立 / 103

(四) 劳动合同的内容 / 111

1. 用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人 / 111

2. 劳动者的姓名、住址和居民身份证或其他有效身份证件号码 / 112

3. 劳动合同期限 / 112

4. 工作内容和工作地点 / 112

5. 工作时间和休息休假 / 113

6. 劳动报酬 / 113

7. 社会保险 / 113

8. 劳动保护、劳动条件和职业危害防护 / 114

(五) 劳动合同的成立和生效 / 115

(六) 劳动合同的无效 / 117

1. 劳动合同无效的几种具体情形 / 118

2. 劳动合同无效的确认机构 / 121

3. 劳动合同无效的法律后果 / 121

## 二、实务操作 / 123

(一) 用人单位实务操作 / 123

(二) 劳动者实务操作 / 125

## 三、律师答疑 / 128

1. 用人单位与劳动者什么情形下可以约定服务期？服务期与劳动合同期限不一致如何处理？法律对服务期违约金有何规定？ / 128

2. 什么是竞业限制？竞业限制人员、对象、范围、地域、期限、经济补偿、违约责任等如何确定？ / 129

3. 孟某与某公司已签订两次以完成一定工作任务为期限的劳动合同，第三次是否可以要求订立无固定期限劳动合同？ / 132

4. 实践中，部分用人单位在与劳动者订立无固定期限劳动合同时，常常提出非常苛刻的调整工作岗位和工资、调动工作地点等条件，劳动者应如何处理？ / 133

5. 曹某为某公司高级工程师，2010年9月，年满50周岁的曹某根据公司职工内部退养办法申请内退，得到批准，内部退养期间继续缴纳各类社会保险费、企业年金、补充医疗保险和住房公积金。2010年10月，曹某经前同事介绍，到某工程监理公司任职。曹某与某工程监理公司间是否成立劳动关系？ / 134

## 四、法条链接 / 135

### 第二节 劳动合同解除问题 / 143

#### 一、问题解析 / 147

(一) 劳动合同协商解除 / 147

(二) 劳动者预告解除劳动合同 / 149

### （三）劳动者即时解除劳动合同 / 151

1. 劳动者因用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件而解除劳动合同 / 151
2. 劳动者因用人单位未及时足额支付劳动报酬而解除劳动合同 / 152
3. 劳动者因用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费而解除劳动合同 / 153
4. 劳动者因用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益而解除劳动合同 / 153
5. 因劳动合同法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同 / 154
6. 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形 / 154
7. 劳动者因用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动而解除劳动合同 / 155
8. 劳动者因用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全而解除劳动合同 / 156

### （四）劳动者解除事实劳动关系 / 157

### （五）用人单位即时单方解除劳动合同 / 159

1. 用人单位因劳动者在试用期间被证明不符合录用条件而解除劳动合同 / 159
2. 用人单位因劳动者严重违反用人单位的规章制度而解除劳动合同 / 160
3. 用人单位因劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害而解除劳动合同 / 160
4. 用人单位因劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正而解除劳动合同 / 161
5. 劳动者具有因《劳动合同法》第 26 条第 1 款第 1 项规定的情形致使劳动合同无效的，用人单位可以即时单方解除与劳动者间的

## 劳动合同 / 163

### 6. 用人单位因劳动者被依法追究刑事责任而解除劳动合同 / 163

#### (六) 用人单位非过失性解除劳动合同 / 165

#### (七) 经济性裁员 / 171

## 二、实务操作 / 175

### (一) 用人单位实务操作 / 175

### (二) 劳动者实务操作 / 177

## 三、律师答疑： / 179

### 1. 解除劳动合同书面通知书和辞职申请书是同一概念吗？ / 179

### 2. 劳动者被错误追究刑事责任后无罪释放的，用人单位与劳动者之间的劳动合同关系应当如何处理呢？ / 180

### 3. 用人单位以“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作”为由解除或终止劳动合同的，劳动者应当享受什么待遇？ / 181

### 4. 用人单位应当如何处理因工致残劳动者的劳动合同？ / 182

### 5. 在经济性裁员时，企业能否以额外支付劳动者一个月工资的方式，来代替“提前三十日向工会或者全体职工说明情况”的法定义务？ / 182

## 四、法条链接 / 182

## 第三节 劳动合同终止问题 / 195

### 一、问题解析 / 197

#### (一) 劳动合同终止的法定情形 / 198

##### 1. 劳动合同期满 / 198

##### 2. 劳动者丧失劳动关系中的劳动主体资格 / 200

##### 3. 用人单位丧失劳动关系中的劳动主体资格 / 202

##### 4. 法律、行政法规规定的其他情形 / 204

#### (二) 劳动合同终止的例外情形 / 204

### 二、实务操作 / 206

(一) 用人单位实务操作 / 206

(二) 劳动者实务操作 / 207

三、律师答疑：/ 208

1. 劳动者与用人单位在劳动合同中约定的“用人单位终止劳动合同应当提前一个月通知劳动者”的条款是否合法有效？ / 208
2. 劳动合同终止后，用人单位需要履行哪些后合同义务？ / 209

四、法条链接 / 210

#### 第四节 经济补偿金和赔偿金问题 / 214

一、问题解析 / 216

(一) 经济补偿金的适用范围 / 217

1. 用人单位应当向劳动者支付经济补偿的法定情形 / 217
2. 用人单位解除或终止劳动合同不需要支付经济补偿的情形 / 220

(二) 经济补偿金的计算 / 222

1. 经济补偿中工作年限的计算 / 222
2. 计算经济补偿的最高限制和基数 / 225
3. 经济补偿的法律适用 / 225
4. 经济补偿金个人所得税的征缴 / 226

(三) 赔偿金的法律适用 / 227

1. 用人单位应当向劳动者支付赔偿金的情形 / 227
2. 劳动者应当向用人单位支付赔偿金的情形 / 230

二、实务操作 / 230

(一) 用人单位实务操作 / 230

(二) 劳动者实务操作 / 231

三、律师答疑：/ 232

如何理解《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中加发 25% 经济补偿金、50% 额外经济补偿金与《劳动合同法》第 85 条加付 50% 以上 100% 以下赔偿金的法律适用问题？ / 232

四、法条链接 / 234

## 第五章 工伤保险问题 / 241

---

### 一、问题解析 / 244

#### (一) 工伤认定 / 245

1. 应当认定为工伤的情形 / 246
2. 视同工伤的情形 / 251
3. 不得认定为工伤或者视同工伤的情形 / 252
4. 工伤认定程序 / 254

#### (二) 工伤保险待遇 / 256

#### (三) 特殊情形下的工伤保险责任 / 261

#### (四) 工伤与第三人侵权竞合法律适用问题 / 262

1. 工伤与第三人侵权竞合法律适用现状 / 263
2. 解决工伤与第三人侵权竞合法律适用问题的设想 / 267

### 二、实务操作 / 268

#### (一) 用人单位实务操作 / 268

#### (二) 劳动者实务操作 / 270

### 三、律师答疑: / 271

1. 建筑施工企业为从事危险作业的职工办理意外伤害保险后, 还要为职工参加工伤保险缴纳工伤保险费吗? / 271
2. 对劳动能力鉴定结论不服的, 能否申请行政复议或者提起行政诉讼? / 271
3. 哪些情形下, 工伤职工停止享受工伤保险待遇? / 272
4. 工伤认定中出现是否存在劳动关系的争议应当如何处理? / 273

### 四、法条链接 / 273

## 第六章 劳动争议仲裁和诉讼问题 / 283

---

### 第一节 劳动争议仲裁问题 / 285

#### 一、问题解析 / 286

- (一) 受案范围 / 286
- (二) 仲裁当事人 / 288
- (三) 仲裁案件管辖 / 289
- (四) 仲裁时效 / 289
- (五) 先行裁决和先予执行 / 291
- (六) 终局裁决 / 293

## 二、实务操作 / 295

- (一) 用人单位实务操作 / 295
- (二) 劳动者实务操作 / 296

## 三、律师答疑： / 297

如何理解《劳动法》、《劳动争议调解仲裁法》关于劳动争议仲裁前置的规定？ / 297

## 四、法条链接 / 297

## 第二节 劳动争议诉讼问题 / 303

### 一、问题解析 / 304

- (一) 诉讼时限 / 304
- (二) 诉讼当事人 / 304
- (三) 诉讼案件管辖 / 305
- (四) 仲裁与诉讼的衔接 / 306

### 二、实务操作 / 310

- (一) 用人单位实务操作 / 310
- (二) 劳动者实务操作 / 311

### 三、律师答疑： / 311

《劳动争议调解仲裁法》规定，仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，依法延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。是不是说劳动争议当事人在仲裁庭受理仲裁申请超过 60 日未作出仲裁裁



决的情况下，可以直接向人民法院提起诉讼？ / 311

四、法条链接 / 312

**参考文献 / 319**

---