

主 编 俞 韵
副主编 吴 正

仲裁解案

——浙江省劳动争议典型案例辨析

Zhongcai Jian

Zhejiangsheng Laodong Zhengyi

Dianxing Anli Bianxi

杭州出版社

仲裁解案

——浙江省劳动争议典型案例辨析

主 编 俞 韵

副主编 吴 正

杭州出版社

图书在版编目(CIP)数据

仲裁解案：浙江省劳动争议典型案例辨析 / 俞韵主编. — 杭州：杭州出版社, 2013.6

ISBN 978-7-80758-785-9

I. ①仲… II. ①俞… III. ①劳动争议—案例—浙江省 IV. ①D927.550.259.1.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 086112 号

仲裁解案——浙江省劳动争议典型案例辨析

主编 俞 韵 副主编 吴 正

责任编辑 杨清华

封面设计 周晓丽

出版发行 杭州出版社(西湖文化广场 32 号 6 楼)
电话:(0571)87997719 邮编:310014

制 版 浙江民振印务有限公司

印 刷 浙江民振印务有限公司

开 本 710mm × 1000mm 1/16

印 张 14.75

字 数 320 千

版 印 次 2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-80758-785-9

定 价 35.00 元

(版权所有 侵权必究)

如发现印装质量问题,影响阅读,请与本社发行部联系调换

《仲裁解案——浙江省劳动争议 典型案例辨析》编撰人员

(按姓氏笔画排序, 排名不分先后)

刘巧挠	汤雪东	吴 正	应 芝	汪妃萍
沈 迪	张送智	张 蓓	郑 晓	俞 韵
徐 状	夏 南	龚和艳	崔 巍	童志雄
管旦阳	潘 琦			

浙江省劳动仲裁院 编

序

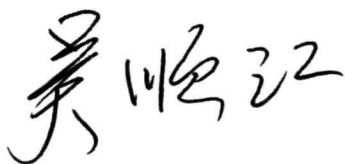
劳动争议调解仲裁是一项具有中国特色的权益救济和保障制度，也是构建和谐劳动关系的基础性工作。近年来，全省各级劳动争议仲裁机构认真贯彻执行劳动争议调解仲裁法，强化效能建设，提高调解仲裁质量和效益，依法及时处理各类劳动争议案件，有力维护了劳动者和用人单位合法权益。强化制度建设，制订出台一系列规范性文件，仲裁工作规范化、法制化水平明显提升。强化源头预防，主动纳入“大调解”格局，加快构建争议调解网络体系，调解在劳动争议处理中的作用进一步发挥。强化基层基础，推进仲裁机构实体化建设和队伍建设，为调解仲裁工作提供了有力支撑。实践证明，调解仲裁工作对促进劳动关系和谐，化解矛盾纠纷，维护社会稳定具有不可替代的作用。

同时也要看到，在经济转型升级加快推进，就业形式多样化、利益诉求多元化的背景下，我省调解仲裁工作面临不少新情况、新问题。劳动争议案件数量仍处高位运行，集体劳动争议案件趋于增多，劳动报酬和社会保险类争议的占比不断提高。部分非公企业特别是劳动密集型小微企业，劳资双方利益失衡现象较为严重，劳动争议案件易发多发。调解仲裁制度机制还不完善，“案多人少”矛盾突出，办案能力水平有待进一步提高，基础保障相对薄弱。对这些问题，必须花大力气切实加以解决。

党的十八大报告把坚持维护社会公平正义，作为建设中国特色社会主义事业必须牢牢把握的基本要求之一，提出要加强劳动保障监察和争议调解仲裁，构建和谐劳动关系。全省各级劳动争议调解仲裁机构和广

大仲裁员、调解员要进一步增强责任感、使命感，不断提高调解仲裁工作的科学化水平，主动服务和谐劳动关系建设，切实维护社会公平正义，努力为建设“两富”现代化浙江作出积极贡献。

浙江省劳动仲裁院在总结各地实践经验的基础上，组织部分仲裁机构业务骨干和办案能手，精心遴选了浙江省 2008 年 1 月至 2012 年 9 月期间的 60 个典型案例，编写了《仲裁解案——浙江省劳动争议典型案例辨析》。该书内容涉及劳动关系、劳动合同、劳动报酬、社会保险和程序履行等领域，每个案例都经过编写人员的反复斟酌，特别是对一些焦点问题的分析、法律适用、证据运用等，多次组织浙江省高级人民法院、部分高校和相关部门专家学者进行修改完善，具有较强的理论性、实用性和针对性。《仲裁解案——浙江省劳动争议典型案例辨析》的付梓出版，将为广大劳动争议调解员、仲裁员提高理论素养和实务能力提供有益参考，同时对广大劳动者学习劳动保障法律法规，保障自身合法权益和用人单位提升管理水平，减少劳资纠纷也具有积极的借鉴作用。

A handwritten signature in black ink, reading '孟晖军' (Meng Huijun). The characters are written in a fluid, cursive style.

2013 年 5 月于杭州

目 录

劳动关系争议

案例一	发了“工作证”，缘何不认定为劳动关系？	(2)
案例二	代课老师与高校之间的法律关系该如何认定？	(5)
案例三	与商场营业员建立劳动关系的是商场还是供应商？	(8)
案例四	个人承包经营者招用的劳动者与发包单位是否形成劳动关系？	(10)
案例五	非法劳务派遣中的劳动关系该如何认定？	(13)
案例六	建筑领域违法分包中的法律关系该如何认定？	(16)
案例七	冒用他人身份证入职，发生工伤谁承担责任？	(19)
案例八	在建设单位注册建造师证书是否等同于双方建立劳动关系？	(22)
案例九	劳动者先后与两个用人单位签订全日制劳动合同，发生争议 如何处理？	(24)
案例十	内退职工与其他单位建立劳动关系，其权益如何保障？	(27)
案例十一	职工兼职赚外快受伤，用人单位是否应承担责任？	(31)

劳动合同争议

(一) 订立劳动合同争议

案例十二	劳动合同订立是否等同于劳动关系建立？	(36)
案例十三	具备劳动合同要件的协议是否应当认定为劳动合同？	(38)
案例十四	劳动者提供虚假信息签订的劳动合同是否有效？	(41)

- 案例十五 如何认定竞业限制条款的效力? (44)
- 案例十六 因劳动者原因未签订书面劳动合同,用人单位能否免责?
..... (47)
- 案例十七 劳动合同补签后,用人单位是否还应当支付二倍工资?
..... (50)
- 案例十八 企业是否应向股东支付未签订书面劳动合同的二倍工资?
..... (53)
- 案例十九 公司人事经理未签订书面劳动合同用人单位是否应当支付
二倍工资? (56)
- 案例二十 工伤职工停工留薪期内未签订劳动合同用人单位是否应当
支付二倍工资? (59)

(二) 履行劳动合同争议

- 案例二十一 用人单位擅自调整劳动者工作岗位,劳动者是否可以
解除劳动合同并要求支付经济补偿? (62)
- 案例二十二 用人单位能否随意变更劳动者的工作岗位? (66)
- 案例二十三 如何认定用人单位制定的规章制度效力及其适用?
..... (69)
- 案例二十四 如何界定一般违纪和严重违反规章制度? (73)

(三) 解除、终止劳动合同争议

- 案例二十五 如何认定用人单位以劳动者严重违纪为由解除劳动合同
行为的合法性? (76)
- 案例二十六 女职工在哺乳期内用人单位是否绝对不能与其解除劳动
合同? (79)
- 案例二十七 用人单位解除劳动者职务并禁止其进入办公场所是否
意味着已解除劳动合同? (82)
- 案例二十八 劳动者在职期间自办公司,用人单位能否解除劳动合同?
..... (85)
- 案例二十九 用人单位能否以劳动者未婚先孕为由解除劳动合同?
..... (88)

案 例 三 十	连续工作超过十年，用人单位是否有权终止劳动合同？	(91)
案例三十一	劳动者在服务期内解除劳动合同是否必须支付违约金？	(93)
案例三十二	用人单位因双方续签期限未达成一致而终止劳动合同是否应当支付经济补偿？	(96)
案例三十三	劳动者辞职当然没有经济补偿吗？	(99)
案例三十四	“内退”职工被新单位违法解除劳动合同是否享有赔偿金？	(102)
案例三十五	解除劳动合同后经济补偿标准如何确定？	(105)
案例三十六	劳动者违约是否应承担违约赔偿责任？	(109)
案例三十七	劳动者该如何承担对用人单位造成经济损失的赔偿责任？	(112)

劳动报酬争议

案例三十八	每周工作六天，用人单位是否必须支付加班工资？	(116)
案例三十九	非全日制用工是否应当支付加班工资？	(119)
案 例 四 十	单位安排跨年补休年休假，是否应征得劳动者同意？	(122)
案例四十一	劳务派遣员工的劳动报酬等权益应如何保障？	(125)
案例四十二	工伤职工停工留薪期的工资待遇如何确定？	(128)

社会保险争议

案例四十三	劳动者承诺放弃缴纳社会保险费的行为是否有效？	(132)
案例四十四	劳动者主动放弃参加社会保险，能否主张经济补偿？	(135)
案例四十五	工伤职工能否同时主张工伤保险待遇及经济补偿？	(138)

案例四十六	该笔医疗费是否应当由用人单位承担?	(141)
案例四十七	如此签订劳动合同是否应当连续计算工作年限?	(143)
案例四十八	伤残职工停工留薪期内死亡能否直接享受工亡待遇?	(146)
案例四十九	二次工伤是否可以重复享受工伤医疗补助金和伤残 就业补助金?	(148)
案 例 五 十	工伤保险待遇与交通事故赔偿应如何衔接?	(150)

程序争议

案例五十一	工资标准举证责任应由谁承担?	(154)
案例五十二	劳动合同复印件的效力应如何认定?	(157)
案例五十三	间接证据能否直接作为劳动仲裁定案的依据?	(160)
案例五十四	盖有法人公章的证明, 法律效力应如何认定?	(162)
案例五十五	如何确定二倍工资争议的仲裁时效?	(165)
案例五十六	如何认定未休年休假工资报酬的时效问题?	(167)
案例五十七	缴纳社会保险费争议的时效如何认定?	(169)
案例五十八	工伤保险待遇如何适用修改前后的《工伤保险条例》?	(171)
案例五十九	和解协议书的法律效力如何认定?	(173)
案 例 六 十	集体劳动争议能否适用终局裁决?	(176)

附：常用法律法规

中华人民共和国劳动合同法	(180)
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	(197)
中华人民共和国劳动合同法实施条例	(205)
职工带薪年休假条例	(211)
工伤保险条例	(213)
后记	(226)

劳动关系争议

劳动关系，从法律意义上讲，是指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。建立劳动关系是用人单位和劳动者各自享受权利和履行义务的前提，一般是以实际用工之日作为判断标准，但在实务中，劳动关系的存在形态具有相对复杂性，导致确认劳动关系争议大量存在，例如应当订立或续订劳动合同而未订立或续订，造成事实劳动关系大量存在，而事实劳动关系本身存在着合法性、复杂性和隐匿性的特征。另外，劳动关系与劳务关系、承包关系之间缺乏清晰的判断标准，这都加大了确认劳动关系的难度，而且随着市场经济发展，劳动关系本身也向多重化方向发展，双重乃至多重劳动关系在现实生活中屡见不鲜。本篇将围绕劳动关系成立的基本判断标准，通过具体案例分析的形式，为有效认定事实劳动关系提供判断依据，并从主体、隶属关系、管理形式、内容等方面有效界定劳动关系与劳务关系、承包关系之间的差异，并进一步对双重乃至多重劳动关系的地位合法性、内容特殊性等方面进行相关阐述，并给出相应立法建议，供理论和实务参考。

案例一

发了“工作证”，缘何不认定为劳动关系？

案情简介

申请人张某于2009年到被申请人A报社从事广告业务推广工作，双方订立了一份为期2年的《广告业务协议》，期限为2010年1月1日至2011年12月31日。协议约定申请人为被申请人联系广告业务，劳务报酬按照广告到款额的相应比例支付。此外，协议中没有对张某的工作作其他规定和要求，张某联系业务有完全的自主权。同时，为了方便张某开展业务工作，A报社为其配发了工作证、采访证、介绍信、报社大楼出入证等证件，张某对外开展业务是以A报社的名义进行。2010年1月至2011年12月，张某总共为A报社联系了4笔广告业务，获取劳务报酬共计6715.5元，此外，A报社没有以其他形式支付过张某任何报酬，也没有为其缴纳社会保险费。《广告业务协议》届满后，A报社通知张某，不再与其续签。双方就此发生争议，因协商未果，张某遂向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。在庭审过程中，A报社坚持认为与张某不存在劳动关系，在整个用工过程中，报社从未对张某实施过管理，也未对其工作时间作出规定，仅是对其联系的业务结算报酬，这些不符合劳动关系成立的特征。

申请人请求

1. 被申请人A报社支付申请人2010年1月至2011年12月的工资32000元；
2. 被申请人A报社为申请人补缴2010年1月至2011年12月的社会保险费。

处理结果

仲裁委员会不确认双方存在劳动关系，驳回了申请人张某的请求。

争议焦点

张某与 A 报社之间是否存在劳动关系？协议的性质应当如何认定？在没有直接证据的情况下，仲裁委员会能否依据工作证等相关证据直接认定劳动关系？

案例评析

仲裁委员会在讨论该案时，存在以下两种观点。

一种观点认为：张某与 A 报社之间存在劳动关系。首先，双方订立的《广告业务协议》虽然不具备劳动合同的特征，但是也不能作为双方存在劳务关系的认定依据。其次，根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）（下称《通知》）第一条的规定，认定事实劳动关系应当符合以下三个条件：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。虽然被申请人 A 报社抗辩称其没有为申请人安排具体工作，也没有对申请人实行考勤，但鉴于张某业务员岗位的特殊性，无法像普通劳动者一样实行正常的考勤制度，该事实无法证明双方不存在劳动关系。相反，根据《通知》第二条的规定，A 报社配给张某的工作证、采访证等证件恰恰可以佐证双方之间的劳动关系。

另一种观点认为：张某与 A 报社不存在劳动关系。理由是，双方订立的《广告业务协议》只是针对劳务报酬的计算方法、支付方式作出明确的约定，对张某工作状态、工作内容、工作目标并没有作出任何规定和约束，该协议符合劳务合同的特征，即当事人双方在平等协商的情况下达成以劳务为给付标的的民事合同，符合双方建立劳务关系的形式要件。当事人双方在劳务协议的履行过程中，张某除了联系广告业务之外，无需接受 A 报社的用工管理，无需遵守报社的规章制度，亦不参与考核；张某取得报酬是根据双方平等协商确定的，按照广告业务量计算，与持续、定期的工资支付存在本质的区别。该协议的履行方式符合双方建立劳务关系的实质要件。虽然张某提供“工作证”用以证明双方的劳动关系，但是基于 A 报社办公地点的特殊性，出入必须凭证件，该证据并不能充分证明双方存在劳动关系的事实。此外，张某也未能提供其他有效的证据证明双方存在劳动关系的事实。所以，上述情形不符合《通知》关于事实劳动关系认定的规定，张某的请求，应当不予支持。

最后仲裁庭采纳了第二种观点。

众所周知，劳动关系主要有两对基本特点：一是兼有平等关系和隶属关系；二是兼有人身关系和财产关系。隶属性是劳动关系的本质特点。因此，认定劳动关系应当根据两个基本标准：一是用人单位与劳动者之间实际存在着管理与被管理、指挥与被指挥的关系。这是认定劳动关系的首要、独立的标准。因为这种关系是人身隶属性的集中体现，也是劳动关系的根本标志。二是用人单位提供基本的劳动条件。这是认定劳动关系的基础标准。所谓劳动条件主要包括劳动场所、劳动对象与劳动工具。这是用人单位从事生产经营活动的前提，是其招用劳动者从事生产经营活动的条件。

除此之外，根据《通知》的规定，其他能够体现劳动关系特点的行为与情况也可以作为辅助标准来认定劳动关系，如劳动者提供的劳动是用人单位业务的有机组成部分，用人单位向劳动者支付劳动报酬，用人单位向劳动者发放“工作证”、“服务证”等。实践中这些标准所起的作用并不相同，应具体把握。

启示与思考

由于我国缺乏界定劳动关系的法律规定，劳动仲裁员在处理这类案件时缺乏统一、具体的认定标准，使得不少形式上符合劳动关系的特征但实际并非劳动关系的法律关系，也往往按照劳动关系的标准进行规制，导致当事人担责不当，亦或性质相同的案件在不同的仲裁机构审理可能得到大相径庭的结果。法律调整的不确定性弱化了法律的保护作用，使劳动法调整的部分对象被边缘化。在认定劳动关系的过程中，仲裁员需要将当事人之间具有实际权利义务内容的事实特征与劳动关系的法律特征进行比对，在客观事实特征的基础上就劳动关系的本质特征进行深入剖析，这样才能得出相对客观公正的判断。如上文所析，劳动关系的最本质特征在于其隶属性，因此在界定劳动关系时，主要应当遵循的是隶属性的判别标准。

案例二

代课老师与高校之间的法律关系该如何认定？

案情简介

高某于2010年6月到A高校继续教育学院任教，内容是教授全日制自考助学辅导班学生法学课程，招录时，双方未办理任何手续，但A高校要求高某在任教期间，必须遵守《A高校全日制自考助学班任课教师管理办法》的规定，认真进行课堂教学，不能迟到、提前下课，也不得任意停课、调课，并应当在课外进行备课、批改作业、安排测验等工作。2011年7月，高某发现A高校未为其缴纳社会保险费，也未与其订立劳动合同，要求A高校为其补缴工作期间的社会保险费，支付未订立书面劳动合同的二倍工资及解除劳动合同的经济补偿。A高校则认为其与高某之间并非劳动关系，而是劳务关系。学院全日制自考助学教师分为专职任课教师和兼职任课教师，专职任课教师是由该院直接聘任或通过劳务公司派遣到该院专职担任教学任务的教师，其劳动关系按《劳动合同法》有关规定办理；而兼职任课教师是已有工作单位，在该院兼任全日制自考助学教学任务的教师，包括A校内部的教职工及外单位的人员，高某应属于后者。双方就此发生争议，协商未果，高某遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

申请人请求

1. 确认双方之间存在劳动关系；
2. 被申请人A高校为其补缴2010年6月至2011年7月的社会保险费；
3. 被申请人A高校向其支付2010年7月至2011年5月未订立书面劳动合同的二倍工资22000元；
4. 被申请人A高校向其支付解除劳动合同经济补偿3000元。

处理结果

经仲裁委员会调解，双方当事人最终达成和解协议。

争议焦点

本案的争议焦点在于申请人高某与被申请人 A 高校之间是否存在劳动关系？

案例评析

对本案的争议焦点，仲裁委员会有着截然不同的两种观点。

一种观点认为：双方之间存在事实劳动关系。理由是，申请人与被申请人之间的关系符合《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）（下称《通知》）中关于事实劳动关系的规定：一是高某和 A 高校具备合法的劳动关系主体资格；二是 A 高校依法制定的劳动规章制度适用于高某，高某受其管理、服从安排、付出劳动，并获取报酬；三是高某提供的劳动属于 A 高校业务的组成部分。虽然高某领取酬劳的方式是按照课时费结算，也没有办公场所，但是工资发放、工作条件的提供等这些因素并非构成劳动关系的决定因素，而是劳动关系建立后的衍生物，因而，不能据此认定双方劳动关系不成立。

另一种观点认为：双方之间存在的是劳务关系。理由是，劳动关系的双方主体间不仅存在着财产关系即经济关系，还存在着人身关系，即人身隶属关系。劳动者除提供劳动之外，还要接受用人单位的管理，服从其安排，遵守其规章制度（如考勤、考核等），成为用人单位的内部职工。但劳务关系的双方主体之间只存在财产关系，即经济关系，彼此之间无从属性，不存在人身隶属关系，没有管理与被管理、支配与被支配的权利和义务，劳动者提供劳务，用人单位支付劳务报酬，各自独立、地位平等。这是劳动关系与劳务关系最基本、最明显的区别。本案中，高某与 A 高校确就自考班的教学进行约定（包括课前点到、要求备课、布置作业、批改试卷等），但该约定是基于劳务本身特点而产生的，是劳务关系成立的前提条件，不应成为劳动关系的构成要件。除此之外，A 高校并没有支配高某的具体工作，更未对其适用考核、奖惩等制度，不符合《通知》中规定的“用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者”。

针对此案，我们倾向第二种观点。

就本案而言，申请人高某与被申请人 A 高校之间是劳动关系还是劳务关系的界别并不十分明显，具有法律关系重叠与交叉的特征，例如在主体的性质、内部规章的约束效力、实施工作的名义等方面都与劳动关系有着极为相似的地

方。但两者最本质的区别在于在劳动关系中，劳资双方不仅存在平等关系还具有人身隶属关系，劳动者必须遵守用人单位的各项规章制度。而在劳务关系中，劳务提供者与用工者是一种平等的民事主体关系，不存在管理与被管理、支配与被支配的权利和义务关系。本案高某遵守《A 高校全日制自考助学班任课教师管理办法》是因为教师工作的特殊性所致，而非基于劳动关系产生的相关义务。而 A 高校没有给高某安排授课以外的工作，高某授课以外的时间与 A 高校无涉。可见，高某的“工作”具有相对独立性和自由度，其报酬均系通过授课而获得的课时费，无其他保险、福利、津贴等待遇，使得 A 高校支付的报酬存在单一性的特征。基于上述理由，我们倾向于采纳第二种观点，认为高某在付出劳动（劳务）的过程中不接受用工单位的管理和支配，而是具有一定的自由空间，能够自主地决定工作方式，在用工过程中体现了平等的民事关系而非人身隶属关系。

启示与思考

劳动法调整的劳动关系是劳动者与用人单位在劳动过程中发生的社会关系。民法调整的劳务关系是平等主体自然人之间、法人或其他组织之间、自然人与法人或其他组织之间在提供劳务过程中形成的社会关系。在现实生活中，劳动关系与劳务关系都是劳动者以劳动力换取报酬而产生的法律关系，两者的界限较为模糊，因此极易混淆。但是两者还是存在本质区别的，主要表现在当事人之间的关系、劳动支配权、劳动风险责任承担、劳动报酬的性质、支付方式、适用法律不同等方面。所以，用工双方在建立法律关系时，必须明确法律关系的性质，从而确定各自的权利义务。