



A STUDY ON LABOR
DISPUTE TRIALS IN CHINA

劳动争议审判 前沿问题研究

主 编 谭 玲
副主编 戴佛明 林景青
杨慧怡 周贤日



A STUDY ON LABOR
DISPUTE TRIALS IN CHINA

劳动争议审判 前沿问题研究

主 编 谭 玲

副主编 戴佛明 林景青

杨慧怡 周贤日

中国民主法制出版社

2013年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议审判前沿问题研究/谭玲主编. —北京:
中国民主法制出版社, 2013. 5
ISBN 978-7-5162-0353-8
I. ①劳… II. ①谭… III. ①劳动争议—审理—研究—
中国 IV. ①D922. 591. 4
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 078500 号

图书出品人: 肖启明
出版统筹: 赵卜慧
责任编辑: 庞从容 唐仲江
责任校对: 姚丽娅

书名/劳动争议审判前沿问题研究
作者/谭玲 主编

出版·发行/中国民主法制出版社
地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)
电话/(010) 63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)
传真/(010) 63056975 63292520
[http: // www. npcub. com](http://www.npcpub.com)
E-mail: mzfz@263. net
经销/新华书店
开本/16开 710毫米×1000毫米
印张/26 字数/447千字
版本/2013年5月第1版 2013年5月第1次印刷
印刷/暨南大学印刷厂

书号/ISBN 978-7-5162-0353-8
定价/60.00元
出版声明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

劳动争议审判前沿问题研究

编委会

主 编 谭 玲

副主编

戴佛明 林景青 杨慧怡 周贤日

编 辑

王振宏 贾 密 李克俭

撰稿人

谭 玲	戴佛明	杨慧怡	王振宏	喻 静
贾 密	陈小丽	李克俭	李久祥	郭志俊
李勇源	彭书红	崔景诚	葛贻环	崔利平
胡 宾	罗颖捷	黄振东	邢蓓华	孟庆锋
徐烽娟	谭海华	卢 海	杨玲冰	陈 龙
雷德强	江 玮	刘宇慧	唐作培	章文佳
	黄孝发	谭海明	潘丽芳	

前言

自 1995 年始，随着《中华人民共和国劳动法》的施行，以及我国经济结构的调整和国企改革的整体推进，原有的劳动关系出现了前所未有的振荡和变化。同时，伴随广东经济的迅猛发展，尤其是加工制造业等劳动密集型的非公有制企业迅速崛起，大批外来工与这些企业形成极不稳定的新型劳动关系。在这两种因素的交互作用下，广东劳动争议案件收案数逐年上升，且涉案人数众多，突发性强，社会影响大。据统计，十八年来，广东法院受理的一审案件数量从 2000 余件剧增至 80000 余件，每年收案量均占全国法院总收案量的近四分之一。

为充分维护劳动者的合法权益，促进社会经济和劳动关系的和谐发展，广东省各级法院特别是“珠三角”地区的法院不断加强劳动争议案件的审判工作，公正、及时地审结了大量案件。同时，各级法院在审理劳动争议案件的过程中，也发现了一些突出的问题：一方面，由于现行劳动争议处理体制和相关社会机制的不健全，随着劳动争议案件数量增加、类型增多，有限的司法资源面临剧增的案件数量的挑战，难以实现劳动争议案件的高效处理；另一方面，由于现行劳动立法的不尽完善和理论研究的不足，即使在劳动合同法、社会保险法、劳动争议调解仲裁法实施后，许多法律问题仍存争议，一定程度上导致各地司法标准的不统一，不利于充分、平等地维护劳动者的合法权益。因此，近十年来，广东省高级人民法院一直致力于对劳动争议审判前沿问题的归纳和研究，并形成多份调研报告和规范性文件，分别对一些问题提出了近期和长远的对策，得到社会各界的广泛好评。

广东作为我国劳动争议案件收案数最多的地区，劳动争议案件呈现“多、新、难”的趋势，许多案件在全国具有典型意义。广东省高级人民法院民一庭组织全省劳动争议审判骨干精选近年来有代表性的案例 60 余件，并分别就上述案件引出的疑难问题进行梳理和分析，汇编成《劳动争议审判前沿问题研究》一书。广东省劳动人事争议调解仲裁院林景青、李克俭也参与了本书的编辑和撰写。本书以促进劳动争议审判实务和理论发展为宗旨，展现与总结广东劳动争议审判经验和审判成果。本书是广东法院近年来劳动争议审判的缩影，也是了解广东劳动争议审判前沿问题的窗口。

本书具有“新”“全”“实”“活”四大特点。“新”，是指选入本书的案例以及研究的问题，不少是全国的首例，多数涉及法无明文规定或者法律规定不明确的情形，具有新颖性和典型性。“全”，是指本书涵盖的主题和论述的内容较为全面，不仅对劳动关系的认定、劳动合同的订立、劳动合同的变更和解除、劳务派遣、工伤赔偿、劳动争议处理体制等问题均有涉猎，而且在论证判决的正当性时，全面结合立法宗旨、现实利益平衡、国内外各类立法例、权威学说作出比较分析和论证。“实”，是指本书的重心不是对现行法律制度作出诠释，而是针对当前劳动争议审判实践中普遍存在的46个热点、难点问题，对其成因和处理对策作出有深度、有依据、有新意的分析，为将来的劳动立法提供有益的参考。“活”，是指本书尽力实现法学理论和审判实务的有机统一，既不作呆板的理论说教，也不作机械的案例编纂，而是以每个具体案例涉及的劳动法学理论和现实法律问题作为切入点，阐释司法政策的形成和演变。

当然，由于作者和编者的水平有限，本书中难免存在不足之处，敬请读者批评指正。

编者

目录

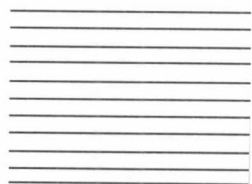
• 第一章 劳动关系的认定	001
第1节 如何区分劳动关系与雇佣关系、承揽关系	003
第2节 事实劳动关系的认定	015
第3节 实习生与实习单位之间法律关系的性质	022
第4节 达到法定退休年龄人员与用人单位的用工关系	028
第5节 社会保险争议的受理范围	034
第6节 非法用工的性质及法律责任	046
第7节 涉及外国人、台港澳人员的特殊用工关系	054
第8节 保险代理合同引发的“劳动争议”	061
第9节 借用营业执照过程中形成的特殊用工主体	069
第10节 因企业改制引发的劳动争议	078
• 第二章 劳动合同的订立及效力	089
第1节 劳动合同试用期	091
第2节 无固定期限劳动合同	098
第3节 未签订书面劳动合同的二倍工资差额问题	105
第4节 劳动合同中违约金条款的效力	115
第5节 劳动者持伪造学历、资格证书等形成的劳动关系的法律效力	122
第6节 双重劳动关系问题	133
第7节 用人单位劳动规章制度的合法性审查	140

• 第三章 劳动报酬问题	151
第1节 工资的概念及构成	153
第2节 最低工资制度	161
第3节 加班工资纠纷若干问题分析	167
第4节 因拖欠工资引发的劳动合同解除及法律责任	180
第5节 欠薪保障制度	189
• 第四章 劳动合同的变更及解除	199
第1节 调岗问题	201
第2节 劳动者单方任意解除劳动合同的条件及限制	208
第3节 用人单位以劳动者存在过错为由单方解除劳动合同的法定条件	216
第4节 “两不找”案件的裁判原则	221
第5节 因经营者逃匿而产生的法律责任	227
第6节 用人单位单方解除权的法律规制	233
第7节 用人单位考核制度的合法性问题	242
第8节 如何区分劳动者自动离职与企业解聘	251
第9节 解除、终止劳动合同经济补偿金的法律性质及适用条件	257
第10节 用人单位违法解除劳动合同的法律责任	265
第11节 劳动合同的法定顺延	275
第12节 劳动关系终止后劳动者档案的转移问题	282
• 第五章 劳务派遣问题	291
第1节 劳务派遣中的三方法律关系及法律责任	293
第2节 涉及外国企业驻华代表处的用工纠纷	302
• 第六章 竞业限制问题	309
第1节 竞业限制条款的生效要件	311
第2节 劳动者的保密义务	320
第3节 劳动者违反竞业限制条款的法律责任	329

· 第七章 工伤待遇及其他福利	337
第1节 工伤保险责任与用人单位侵权责任的竞合	339
第2节 工伤保险责任与第三人侵权责任的竞合	349
第3节 高温津贴问题	357
第4节 职工带薪年休假若干问题	362
第5节 女职工“三期”待遇争议	369
· 第八章 劳动争议处理程序	377
第1节 劳动争议一裁终局制度的现实困境与 未来转型	379
第2节 劳动争议的诉讼时效问题	386
· 附 录	393
《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会 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》	393
《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》	399

第一章

劳动关系的认定



如何区分劳动关系与雇佣关系、承揽关系

◆ 提出问题

劳动关系与雇佣关系、承揽关系都有一方付出劳务，另一方支付报酬的特性，在实践中容易被混淆。但双方当事人之间是否存在劳动关系是劳动争议案件审理的前提，是确定双方权利义务的基础。认定劳动关系是否成立，应当根据双方主体是否合格、是否有劳动给付和接受行为、双方关系是否符合“从属性”等要件来作出判断。其中，界定劳动关系存在与否的核心标准是劳动关系的从属性，特别是人格的从属性。

◆ 典型案例

某贸易公司于2009年1月19日登记成立，经营范围：批发贸易；代办货物运输手续。2009年6月1日，谢某与某贸易公司签订《合同书》，期限为6个月，双方约定：“工资以公司决定的为准，合同期内油费、停车费、道路费由某贸易公司负担，其他费用由谢某自行承担，谢某每月收到资金后开具收据，付款金额为5500元；任何一方因个人原因要终止合同，必须提前1个月通知对方，谢某因个人原因不能上班，必须提供一位司机；谢某无故跟办公人员发生冲突，做事态度散漫，给公司造成损失的，第一次给予警告，第二次给予解雇的处分，原有的合同视为无效。”同年12月31日，双方又续签了为期6个月的合同。

2010年2月1日，某贸易公司向谢某发出解雇通知书，称：“2010年1月28日在跑业务的时候，（谢某）因个人原因在没有通知公司的情况下擅自离开岗位睡觉而给公司带来巨大的损失（东莞1个客户派件上午10:30出发，晚19:20回公司）。”2010年4月7日，谢某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要

求某贸易公司支付未签订劳动合同的双倍工资、加班工资、违法解除劳动关系的赔偿金、高温津贴等。2010年8月6日,劳动争议仲裁委员会作出裁决驳回了谢某的仲裁请求。谢某不服裁决,向法院起诉,称双方之间存在劳动关系,因此,要求某贸易公司支付未签订劳动合同的双倍工资、加班工资、违法解除劳动关系赔偿金、高温津贴等。某贸易公司则辩称,其与谢某不存在劳动关系,双方之间是承揽关系,请求法院驳回谢某的诉求。

一审法院认为,本案的争议焦点在于谢某、某贸易公司之间形成的是劳动关系还是承揽关系。劳动关系是劳动者纳入用人单位的生产经营体系从事劳动,劳动者在履行劳动合同的过程中必须服从用人单位的指挥和监督,故双方的关系存在从属性。承揽合同是以完成工作成果为目的,当事人之间不存在支配与服从的关系,承揽人在完成工作中具有独立性。本案中,首先,某贸易公司是一家提供代办货物运输手续服务的公司,根据谢某、某贸易公司签订的合同书及双方在庭审中的陈述,谢某从事收发邮件服务,即谢某所提供的劳动是某贸易公司业务经营活动的组成部分。其次,谢某的工资报酬需由某贸易公司决定,某贸易公司定期向谢某支付劳动报酬。最后,双方之间存在控制和从属关系,主要体现在:如果谢某无故跟某贸易公司的工作人员发生冲突,做事态度散漫,给公司造成损失的,某贸易公司可以给予警告、解雇等处罚措施;合同到期以后,某贸易公司对谢某评价以后再决定是否续签合同等;解雇通知书中反映谢某因在完成工作的过程中没有服从某贸易公司的安排和规定,遭到了某贸易公司解雇。综上,双方在履行合同书过程中谢某受到某贸易公司的管理和约束,因此双方形成的应为具有从属性特征的劳动关系,而非承揽关系。

某贸易公司不服,提起上诉。二审法院认为:本案的争议焦点为谢某与某贸易公司之间是否存在劳动关系。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)第一条规定,用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立:(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。因此,劳动关系是指机关、企事业单位、社会团体和个体经济组织(统称用人单位)与劳动者个人之间,劳动者接受用人单位的管理,从事用人单位安排的工作,成为用人单位的成员,从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。本案中,谢某与某贸易公司签订合同书,约定由谢某自带车辆进行货物投递。从合同书的内容看,谢某是自己提供车辆,除油费、停车费以及道路费由某贸易公司负担外其他费用均由谢某个人负担,谢某不受某贸易公司考勤的管理和约束,不存在人身依附关系;谢某提供的劳动也不具有不可替代性,其可以在因个人原因不

能上班时提供另外的司机,某贸易公司也不为谢某提供社会保险以及其他国家规定的劳动条件和劳动保护等。因此,上述事实显示谢某与某贸易公司不符合劳动关系的特征。至于双方在合同书中提到的工资、解雇等字样,只是表述形式不妥,并不能据此认定双方存在劳动关系。综上,由于谢某与某贸易公司不存在劳动关系,谢某主张的未签订劳动合同的双倍工资、解除劳动合同赔偿金、加班工资以及补偿金、高温津贴均无事实依据和法律依据,不予支持。

◆ 实务研究

一、争议的观点

本案是一起非典型的劳动关系案件,裁判的焦点就是如何确认谢某与某贸易公司之间的法律关系性质。对此,审判实践中存在两种截然不同的观点。一种观点是:本案双方当事人之间的关系不是劳动关系。首先,从合同的主体看,谢某并非基于劳动者的身份而是以车辆所有者的身份签订租车协议,这是平等民事主体之间签订的一般民事协议,并不是劳动合同。其次,在劳动关系中,用人单位和劳动者的业务关联性和管理隶属性是主要特征。本案中虽然谢某承担的快递业务是某贸易公司的主营业务,但是公司并没有对谢某进行劳动纪律方面的管理和约束,而且谢某承担保养、维修等车辆本身产生的费用以及营运风险的责任,所以谢某是以个人的名义对车辆的运营对外承担责任。最后,谢某因个人原因不能上班时,可以将部分工作交付第三人完成,与某贸易公司之间不具有严格的人身依附性。所以,本案双方的法律关系并不完全符合劳动关系的特征。对于这种劳动关系的特征并不明显的案件,还是按照双方当事人自己签订的协议享受权利和履行义务,这也比较符合双方当事人签订协议时的心理预期。

另一种观点认为:本案中可以确定的是某贸易公司利用了谢某的劳动力,之所以签订这样的“租车”合同,实际上应当是某贸易公司为了规避法律、转移风险,避免承担缴纳社会保险等法律责任,以合法的形式掩盖非法的目的。如果将本案双方当事人的法律关系认定为不是劳动关系,劳动法和劳动合同法有可能被架空。

二、劳动关系的界定以及特点

随着用工形式的变化和实践的发展,在审判实务中逐渐出现了一些介于劳动关系、雇佣关系、承揽关系之间的边缘案例。这些案件均存在一方提供劳务、另一方支付报酬的情形,但是双方当事人之间的身份关系模糊,再加上立法上对劳动关系、雇佣关系、承揽关系的概念和内涵规定得不尽明确和具体,

造成审判实践中对这几类法律关系的认定出现比较大的争议,是劳动争议案件审判实践中较难处理的问题之一。前文所述的案例就是一起典型的关于双方当事人之间是否存在劳动关系的争议案件,裁判的焦点在于如何认定双方之间的法律关系性质。上述两种观点的主要分歧就在于对谢某与某贸易公司之间是否存在人身依附性的认定不同,而人身依附性又是认定双方当事人之间是否存在劳动关系最重要的标准。因此,要对双方当事人之间法律关系进行正确的分析和认定,最有效的手段是从明确劳动关系的概念与特征及其与雇佣关系、承揽关系之间的差异入手对人身依附性进行剖析。

劳动关系是指机关、企事业单位、社会团体和个体经济组织、民办非企业单位等组织(统称用人单位)与劳动者个人之间依法签订劳动合同,劳动者接受用人单位的管理,从事用人单位安排的工作,成为用人单位的成员,从用人单位领取报酬和受劳动保护的法律关系。其主要具有以下特征。

(一) 劳动关系的双方具有隶属性

劳动关系一旦建立,即在用人单位和劳动者之间形成了一种以管理与被管理为特征的人身依附关系。有的学者将这种从属性一分为二,即人格的从属性和经济上的从属性。其中,人格的从属性是指在劳动关系存续期间,劳动者向用人单位提供劳动时,需要将其人身自由在一定限度内交给用人单位,劳动者有服从用人单位规制与工作指令、接受用人单位的监督与过错制裁的义务;而劳动关系需以劳动者提供的职业上的劳动力为内容,并以报酬给付为必要条件,即为经济上的从属性。^①其中,以人格从属性是劳动关系的主要判断标准,以经济从属性作为辅助判断标准。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定中的后两项内容,无疑是采纳了“从属性”标准的理论。由于劳动者的劳动力无法与劳动者分离,因此,劳动者在付出劳动力时,就要接受用人单位的支配和指挥,从而使得劳动者只能在固定的时间、固定的场所根据用人单位的安排进行工作。

(二) 劳动关系是一种劳动力与生产资料的结合关系

劳动关系的本质是劳动者的劳动力与用人单位的生产资料相结合,劳动者一旦与用人单位形成劳动关系,劳动力就作为一种生产要素被纳入生产过程。因此,在劳动关系中,由用人单位来提供劳动场所、对象、工具、发放劳动保护用品等基本劳动条件,由劳动者来完成用人单位的业务工作。

(三) 劳动者不负有承担经营风险的义务

由劳动关系的从属性延伸,用人单位作为劳动者劳动力的使用者,有权安

^① 杨立新、刘德权、黄常青主编:《劳动争议与社会保险纠纷司法对策》,人民法院出版社2011年版,第21页。

排劳动者的工作任务、工作地点和工作时间,处于领导地位。因此,劳动者作为用人单位的一员,对外并不承担因劳动行为而产生的民事责任,对内仅是依照规章制度承担相应的劳动责任。

(四) 劳动关系具有较强的国家干预性

为了保护和谐稳定的劳动关系,国家制定了大量的法律法规对劳动关系加以规制。因此,虽然劳动关系是双方的一致意思表示而形成的,但是当事人双方必须在国家预设的法律框架内约定各自的权利义务。例如,劳动合同的内容必须具备法定的必备条款、劳动合同的解除必须满足法定的限制条件等。

三、劳动关系、雇佣关系和承揽关系的差异性及认定

(一) 劳动关系与雇佣关系

在我国,雇佣关系曾被认定是资本主义社会特有的剥削制度,直至今日,我国的劳动法体系并不包括雇佣关系,在合同法中也未规定雇佣合同,因此,对于雇佣关系缺乏明确的法律规定,这也造成了司法审判实务中雇佣关系认定的模糊与困惑。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款的规定,雇佣关系应当是指受雇人在雇主授权或指示的范围内从事生产经营活动和其他劳务活动,由雇主向受雇人给付劳动报酬的民事法律关系。例如,没有从属于用人单位而由个人或家庭等雇主直接雇用的家教、保姆、建筑市场的民工,退休人员与其他单位所签订的聘用合同,在校学生业余勤工助学等。

雇佣关系具有以下特征:(1) 双方当事人没有隶属性,雇佣人和受雇人之间是一种劳务与报酬的交换,虽然有一定的管理与被管理的关系,但是并非隶属关系,没有人身依附性。(2) 以当事人意思为主导。雇佣关系是一种私法上的关系,强调当事人双方的意思自治,只要当事人的约定不违反法律的强制性规定,不违反公序良俗,国家就不干预,双方权利义务的调整主要参照民事法律规范。(3) 工作一般具有临时性,双方并未有保持长期稳定关系的主观意图。

从劳动关系与雇佣关系的特征可以看出,劳动关系与雇佣关系存在如下差异。

1. 对双方主体的要求不同

劳动关系中的用工主体主要指企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织,同时包括与劳动者建立劳动关系的国家机关、事业组织、社会团体;雇佣关系中的用工主体范围则相当广泛,可以是自然人、法人或其他组织。在劳动关系中,劳动者必须具有劳动权利能力和劳动行为能力,一般要在16周岁以

上(特定情形除外)国家规定的法定退休年龄^①以下。而在雇佣关系中对雇工的年龄要求宽泛,理论上没有最高年龄限制,最低年龄可以是年满10周岁的未成年人^②。主体资格的不同是劳动关系与雇佣关系的主要区别。

2. 主体地位不同

在劳动关系中,主体双方具有隶属关系,劳动者是用人单位的成员,遵守单位的规章制度,服从单位的领导与安排。在雇佣关系中,双方是平等的民事主体,不具有身份上的隶属和依附性。虽然雇主与受雇人之间也存在一定的管理关系,但是更偏重于雇主对受雇人在提供劳务时的安排和督促。该不同点是劳动关系与雇佣关系的核心区别。

3. 合同当事人双方的权利义务不同

雇佣关系双方的权利义务充分体现意思自治原则,主要根据双方签订的合同确定,内容广泛,且有较大的自由协商余地。劳动关系的双方权利义务除由双方签订的合同确定外,劳动法律法规还以强制的形式作出规定,如工作时间、解除合同的条件和程序及经济补偿、为劳动者交纳养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险等社会保险。

4. 工作的连续性不同

劳动关系的双方一般都有保持长期、持续、稳定工作关系的主观意图,具有相对的稳定性;而在雇佣关系中稳定性较差,一般受雇人提供的劳务具有临时性。

(二) 劳动关系与承揽关系

承揽关系是指承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付劳动报酬的法律关系。承揽人应当以自己的设备、技术和劳力,独立完成主要工作,但其与定作人之间不存在管理与被管理的关系,承揽人在完成工作中具有独立性。合同法规定,承揽合同的类型包括加工、定作、修理、复制、测试和检验等,但实践中承揽合同的类型远远不止这些,例如打字、翻译、搬运、家庭装修等。一般认为,劳动关系与承揽关系有如下区别。

1. 主体的地位不同

劳动关系中用人单位和劳动者具有人身依附性,劳动者要服从用人单位的监管和安排,具有隶属性。承揽关系中承揽人依靠自己的技术力量和能力独立

^① 1999年3月9日发布的《劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》(劳社部发〔1999〕8号)指出:国家法定的企业职工退休年龄是:男满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁;从事井下、高温、高空、特别繁重体力劳动或其他有害身体健康工作的,退休年龄为男年满55周岁、女年满45周岁;因病或非因工致残,由医院证明并经劳动鉴定委员会确认完全丧失劳动能力的,退休年龄为男年满50周岁、女年满45周岁。

^② 民法通则第十二条规定,十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动。