

纠纷解决与和谐社会丛书

劳动纠纷法律解答

LAODONG JIUFEN FALU JIEDA

● 主编 / 姜小川

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



纠纷解决与和谐社会丛书

D922.591/30

2009

劳动纠纷法律解答

LAODONG JIUFEN FALU JIEDA

● 主 编：姜小川

● 撰稿人员：汪志飞 黄海媛 张妍 陈广辉

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

劳动纠纷法律解答/姜小川主编. —北京:中国法制出版社, 2009. 2

(纠纷解决与和谐社会丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0976 - 6

I. 劳… II. 姜… III. 劳动争议 - 劳动法 - 中国 - 问答
IV. D922. 591. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 011224 号

劳动纠纷法律解答

LAODONG JIUFEN FALU JIEDA

主编/姜小川

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2009 年 2 月第 1 版

印张/7 字数/167 千

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0976 - 6

定价:18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:[http://www. zgfzs. com](http://www.zgfzs.com)

编辑部电话:66066324

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

《人民调解法》。本书由法学理论和实务部门工作人员共同编写，以深入学习实践科学发展观为指导，以构建社会主义和谐社会为目标，以解答常见法律问题为出发点，旨在帮助广大读者了解相关法律，解决日常生活中常见的法律纠纷。

编辑说明

社会主义和谐社会是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。党的十七大报告强调：加强公民意识教育，树立社会主义民主法治、自由平等、公平正义理念。加强公民意识教育，涉及社会生活的方方面面，首先应当加强法制教育。法制教育的核心是培养正确的权利义务观念，在法制轨道上推进社会主义民主法治、自由平等、公平正义，实现依法治国基本方略得到切实落实，各方面积极因素得到广泛调动；社会各方面的利益关系得到妥善协调，人们内部矛盾和其他社会矛盾得到正确处理，社会公平和正义得到维护和实现的目标。

本套丛书由法学理论和实务部门工作人员共同编写，以深入学习实践科学发展观为指导，以构建社会主义和谐社会为目标，以解答常见法律问题为出发点，旨在帮助广大读者了解相关法律，解决日常生活中常见的法律纠纷。

丛书分册《科学发展观与和谐社会》，是学习实践科学发展观的学习读本，通过深入浅出的论述与生动典型的案例，帮助读者深刻理解科学发展观与和谐社会的理论内涵。《人民调解实用手册》以村民委员会、居民委员会和人民调解委员会工作人员为读者对象，结合案例讲解，贴近实际，帮助读者掌握调解法律知识和人民调解工作的原则、方法、技巧及其在实际工作中的具

体运用，是为调解工作人员量身定做的实务用书。《合同纠纷法律解答》、《拆迁纠纷法律解答》、《劳动纠纷法律解答》、《医疗纠纷法律解答》、《婚姻家庭纠纷法律解答》、《农民权益保护法律解答》和《社会保险与救助法律解答》等分册，通过选取典型案例、结合法律规定，帮助读者解决相关法律问题，普及基本法律知识。

因时间仓促，不足之处在所难免，恳请广大读者提出宝贵意见和建议。

编者

2009年2月

目 录

一、劳动合同纠纷	
1. 劳动关系与雇佣关系如何区别?	(1)
2. 用人单位能否以“乙肝小三阳”为借口不予录取乙肝患者?	(4)
3. 《就业促进法》如何保障劳动者的就业平等权?	(6)
4. 劳动合同应该具备哪些内容?	(8)
5. 用人单位是否可以招收未满 16 周岁的未成年人?	(9)
6. 公务员、在校生兼职是否适用《劳动法》?	(10)
7. 家政服务人员受伤到底该向谁索赔医疗费?	(11)
8. 签约保险代理是否形成劳动关系?	(13)
9. 用人单位未与劳动者签订劳动合同时如何确认双方关系?	(14)
10. 用人单位未依法与劳动者签订劳动合同应该承担何种后果?	(15)
11. 用人单位发生合并、分立是否影响劳动合同效力?	(17)
12. 劳动合同的期限有哪些种类?	(19)
13. 用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同的情形有哪些?	(20)
14. 企业是否可以“买断”工龄?	(22)
15. 《劳动合同法》对试用期约定有何特殊规定?	(24)
16. 劳动合同约定违约金有什么特殊规定?	(26)
17. 用人单位如何在劳动合同中约定竞业限制条款?	(27)

18. 劳动者是否可以兼职? (28)
19. 如何确定劳动者的劳动报酬? (29)
20. 劳动合同在哪些情形下是无效的? (31)
21. 用人单位在哪些情形下可以立即单方解除劳动合同? (32)
22. 哪些情况下用人单位可以预告解除劳动合同? (35)
23. 用人单位在何种情形下可以进行经济性裁员? (36)
24. 用人单位经济性裁员需要遵循哪些规定? (37)
25. 哪些情况下用人单位不能预告解约或者经济性裁员? (39)
26. 劳动者在哪些情况下可以立即解除劳动合同? (41)
27. 合同未到期劳动者提前30天通知解约是否构成违约? (43)
28. 哪些情形下劳动合同终止? (45)
29. 劳动合同终止后用人单位应该为劳动者办理哪些手续? (46)
30. 劳动合同解除后用人单位应该如何为劳动者办理档案转移手续? (47)
31. 用人单位在何种情形下解除劳动合同应该支付经济补偿金? (48)
32. 经济补偿的计算标准是什么? (50)
33. 用人单位不按规定支付经济补偿是否需要支付额外经济补偿金? (51)
34. 劳动者提出辞职申请时是否可以获得经济补偿? (52)
35. 职工违反规章制度被解除劳动合同时,企业可否不支付补偿金? (54)
36. 什么是集体合同? (55)
37. 劳动者如何与用人单位签订集体合同? (56)
38. 什么是劳务派遣?劳动者与派遣单位、用工单位之间的相互关系如何? (58)

- (39) 劳务派遣中劳务派遣单位应承担哪些责任和
义务? (59)
- (40) 劳务派遣期间用工单位应承担哪些义务? (61)
41. 非全日制劳动合同有何特殊规定? (62)
- (42) 工会在实行劳动合同制度过程中如何发挥作用? (64)

(18) 二、劳动保护与福利待遇纠纷

- (43) “用人单位自主招人”与“就业歧视”如何区分? (67)
- (44) 用人单位可以用实物或有价证券代替工资支付吗? (68)
- (45) 公司是否能扣留职工部分工资等年底一并发放? (70)
- (46) 无故拖欠职工工资, 用人单位是否支付经济
补偿金? (71)
- (47) 用人单位能以“违纪行为”为借口克扣工人
(101) 的工资吗? (73)
- (48) 劳动者因工作失误而造成损失的, 用人单位
可以扣发其工资吗? (74)
- (49) 用人单位支付的工资低于最低工资标准的
(201) 怎么办? (75)
- (50) 最低工资包括加班费吗? (76)
- (51) 用人单位能以每天工作时间少于8小时为由
(201) 要求职工周末工作吗? (77)
- (52) 老板能随意延长工作时间吗? (79)
- (53) 计件工资如何计算加班加点工资? (80)
- (54) 节假日加班费如何计算? (81)
- (55) 用人单位可否以补休代替法定节假日加班工资? (83)
- (56) 如何保障职工的年休假权利? (84)
57. 劳动者在探亲、婚嫁、丧假期间, 用人单位应当
(211) 支付报酬吗? (85)

58. 劳动者有享受哪些劳动安全卫生保护方面的权利? (86)
- (59. 劳动安全卫生设施不符合国家标准, 会有什么
(10) 严重的后果? (87)
- (60. 从事特种作业的劳动者一定要取得特种作业
(10) 资格吗? (89)
61. 试用期的劳动者能要求用人单位发放个人劳动
防护用品吗? (91)
62. 用人单位强令冒险作业, 劳动者怎么办? (93)
63. 16 岁的未成年工依法应受到哪些特殊保护? (94)
- (64. 怀孕妇女在工作中受到哪些特殊的保护? (95)
- (65. 用人单位应当支付女职工产假期间的工资吗? (97)
- (66. 私营企业员工有哺乳假吗? (98)
67. 什么是社会保险? (99)
- (68. 劳动者与用人单位达成不办理社保的条款
有效吗? (100)
- (69. 什么是养老保险? (101)
70. 什么是失业保险? (102)
- (71. 企业参加了基本医疗保险就可以不支付患病
职工的病假工资吗? (104)
- (72. 职工在什么情况下可以享受工伤保险待遇? (105)
- (73. 团队活动中受伤能认定为工伤吗? (106)
74. “见义勇为”受到伤害算不算工伤? (107)
- (75. 因工受伤, 是否可以向用人单位主张误工费? (108)
- (76. 上班途中受到伤害, 如何认定工伤? (109)
- (77. 患职业病的职工享有哪些待遇? (111)
- (78. 职工福利具体包括哪些内容? (113)
- (79. 劳动者在工作期间有遵守保密约定的义务吗? (114)
- (80. 试用期内辞职, 员工是否应返还公司培训费? (115)
81. 劳动合同未约定服务期, 劳动者应当返还培
(28) 训费吗? (116)

- (82) 员工违约跳槽, 接收单位是否要承担法律责任? (118)
- (83) 单位未支付补偿金, 劳动者是否还要承担竞业限制义务? (119)

三、劳动纠纷的解决

84. 哪些纠纷属于劳动争议? (121)
85. 劳动者与用人单位发生了争议, 通过什么途径解决? (123)
86. 处理劳动纠纷的法律依据有哪些? (126)
87. 劳动纠纷的处理机构有哪些? (127)
88. 哪些手段不能用来维护劳动者自身的合法权利? (128)
89. 因劳动合同引起的劳动纠纷如何解决? (129)
90. 因开除职工发生的劳动纠纷应如何解决? (132)
91. 因工伤发生的劳动纠纷应如何解决? (134)
92. 因养老保险而引起的劳动纠纷应如何解决? (136)
93. 如何认识劳动纠纷调解? (137)
94. 企业劳动争议调解委员会调解哪些范围的劳动纠纷? (139)
95. 当事人应该如何申请劳动争议仲裁? (140)
96. 劳动仲裁庭如何受理和审理案件? (141)
97. 劳动纠纷当事人是否可以委托代理人参加仲裁活动? (144)
98. 劳动纠纷当事人在仲裁中享有哪些权利? (145)
99. 劳动纠纷当事人在仲裁中应承担哪些义务? (147)
100. 劳动争议仲裁是提起劳动争议诉讼的必经程序吗? (148)
101. 什么是劳动纠纷诉讼? (149)
102. 提起劳动纠纷诉讼应具备哪些条件? (150)

(8103. 当事人可以就哪些劳动纠纷向人法院起诉?.....)	(152)
104. 劳动争议案件诉讼主体如何确定?.....)	(152)
(9105. 人民法院受理的劳动纠纷案件有哪些具体规定?.....)	(153)
106. 劳动纠纷当事人在诉讼中的权利、义务有哪些?.....)	(154)
107. 劳动纠纷案件的诉讼程序有哪些?.....)	(156)
(1108. 劳动纠纷当事人可以委托哪些人代为进行诉讼?.....)	(158)
(E109. 适用司法调解的原则有哪些?.....)	(158)
(2110. 劳动者如何才能申请先予执行劳动报酬?.....)	(159)
(7111. 追讨劳动报酬中如何申请支付令?.....)	(161)
(2112. 我国劳动仲裁是否存在“一裁终局”的情形?.....)	(163)
(9113. 劳动者维护合法权益, 需要遵循哪些时间限制?.....)	(163)
(2114. 用人单位不履行裁决或判决结果怎么办?.....)	(166)
(4115. 出国务工遇到劳资纠纷等困难该怎么办?.....)	(166)
(0116. 劳动者哪些权益受损害可向工会求助?.....)	(168)
(7117. 劳动者遇到合法权益受到侵害, 如何向劳动行政部门举报投诉?.....)	(169)
(9E1)	
附: (1)	
(141)	
中华人民共和国劳动法.....)	(171)
(14(1994年7月5日).....)	
中华人民共和国劳动合同法.....)	(184)
(7(2007年6月29日).....)	
中华人民共和国劳动合同法实施条例.....)	(200)
(8(2008年9月18日).....)	
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法.....)	(206)
(0(2007年12月29日).....)	

二、劳动合同纠纷

1 劳动关系与雇佣关系如何区别?

劳动关系与雇佣关系都是以一方提供劳动、另一方支付报酬为内容的法律关系，两者具有相似性。但劳动关系和雇佣关系的法律适用存在很大的区别，因此区分劳动关系和雇佣关系成为实践需要处理的重要问题。对于劳动关系和雇佣关系的区别还存在理论上的争论，一般地，劳动关系是指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管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，并从用人单位领取劳动报酬和受劳动保护的合同关系。雇佣关系是指受雇佣人在一定或不特定的期间内，接受雇佣人的指挥与安排，为其提供特定或不特定的劳务，雇佣人接受受雇人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。

因劳动关系而发生的人身损害赔偿案件由劳动法进行调整，可构成工伤、工亡等，并依劳动法及工伤保险条例等法律、法规进行处理并获得赔偿。而雇佣关系由民法进行调整，并依民法通则及人身损害赔偿的相关法律、法规及司法解释进行处理并获得赔偿。当前，实务界一般根据如下几个方面来认定是劳动关系还是雇佣关系：

(1) 用人单位是否应当办理营业执照或履行登记、备案手续。如果用人单位依法需要办理营业执照或者依法需要履行登记、备案手续，而用人单位未予办理或者履行，根据《工伤保

险条例》第63条之规定，该用人单位与劳动者之间所发生工伤争议应属劳动关系范畴。

首先，劳动关系主体一方作为用人单位时，其首要特征是从事生产经营或者流通活动或服务性行业。根据工商法规的有关规定，用人单位从事生产、流通或服务等活动，应当向工商行政管理部门申请登记、注册，领取营业执照后，方可从事经营活动。比如：甲（无营业执照）拥有数台机器，招用乙等七名小工为其生产钢管。一日乙做工时，不慎被机器夹伤手指，双方就赔偿问题发生争议。由于甲所从事的是生产经营活动，依法应当办理营业执照，故甲虽无照经营，其与乙之间仍属劳动关系而非雇佣关系。赵某家拆旧屋翻新屋，雇小工三名，拆房过程中，其中一小工摔伤，双方就赔偿数额发生争执。赵某自家拆房，不属于生产活动或服务性等经营活动，无须办理营业执照，故该争议不属于劳动关系而属于雇佣关系。

其次，需要登记、备案的各类民办非企业单位也可以是劳动关系的主体。《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条的规定，民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体的其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。这类单位的社会服务领域很广，主要分布在教育、科研、文化、卫生、体育、交通、信息咨询、法律服务、社会福利等事业领域。民办非企业单位提供的服务虽具有社会公益事业的特征，但其设立，应当经其业务主管单位审查同意，并依法履行登记、备案手续。例如：甲、乙合伙开办了一家法律咨询服务所，但没有履行登记手续，聘请丙为办公室人员。一日丙在上班途中受伤，甲、乙以非工伤为由拒绝赔偿。法律咨询服务所依法需登记而未登记，双方之间已形成劳动关系。

(2) 用人单位和劳动者之间是否具有隶属与管理关系。劳动关系一经建立用人单位成为劳动力的使用者和支配者；劳动者

在劳动过程中要服从用人单位指挥，接受其管理，遵守其规章制度。在雇佣关系中，尽管劳动者在一定程度上也要接受用人单位的监督，管理和支配，用人单位的各项规章制度对劳动者通常不具有约束力，人身的依附程度没有前者这般强烈，劳动者在实际工作中有时也具有相对独立的一面。例如，某企业为清理工作场地，以日工资 50 元，日工作 8 小时为条件临时招用了 5 名农民工，一农民工在工作中不慎被场地上的大型拖拉机碰伤致残。尽管劳动者施工当中要服从用人单位的指挥和监督，但并未成为该单位的成员，不必遵守该单位的各项规章制度，两者之间不存在着行政上的从属关系。双方所形成的是一种雇佣关系而非劳动关系。

(3) 从权利义务的实现途径来看，劳动关系强调劳动者与生产资料相结合的劳动过程；而雇佣关系则强调的是劳动给付。服装加工厂雇佣缝纫师，缝纫师在其工作岗位上充分发挥其缝纫技能，其工作直接作用于劳动过程，使劳动对象价值发生变化，其劳动是服装加工业务的组成部分。服装厂有权利要求缝纫师遵守工厂的规章制度，认真地从事本职工作。工厂与缝纫师的权利义务体现在劳动过程中。而有些劳动，如铁匠受他人雇佣从事铁艺加工，木匠受委托人要求加工木器等，虽然与劳动相关联，但主体间的权利义务更多的是体现在劳动成果的交付上面，权利义务的发生与劳动过程无关。

(4) 劳动人员是否连续稳定地从事工作。劳动关系中劳动者有长期、持续、稳定在用人单位工作的主观意图，同时用人单位在招聘时也是以劳动者长期为单位提供劳动为目的。雇佣关系一般是以完成一项工作为目的，不具有长期、持续、稳定的特征。

2

用人单位能否以“乙肝小三阳”为借口不予录

取乙肝患者?

案例:

2008 年我国首例乙肝就业歧视案, 劳动者高某获得了胜诉^①。高某原本就职于上海一家软件公司, 2007 年 4 月, 他接到北京某通讯技术有限公司部门经理的电话, 邀请他到该公司担任结构设计工程师, 他欣然接受。随后, 高某办理了辞职手续来到北京, 但该公司因在体检中得知高某为乙肝“小三阳”, 拒绝与其签订劳动合同。为此, 高某一纸诉状将该公司告上了法庭, 要求其赔偿相应损失。2008 年 5 月, 北京朝阳法院作出一审判决, 认为虽然该公司拒绝录用行为发生于 2007 年, 不能适用《就业促进法》及《就业服务与就业管理规定》, 但该公司因高某乙肝“小三阳”而拒绝录用的行为已经违反了平等就业原则, 据此判处该公司向高某书面赔礼道歉, 并赔偿经济损失、精神损害抚慰金共计 19000 余元, 如该公司拒绝履行, 将把判决书主要内容在北京地区公开发行的报纸上刊登。该案件的胜诉, 起到了鼓励劳动者依法保护自己权利的积极作用。

解答:

我国是乙肝高流行地区, 乙肝表面抗原携带者在日常工作、社会活动中不会对周围人群构成威胁, 但由于传统认识上的误区, 这一人群在求职过程中屡屡受挫, 企业侵犯乙肝表面抗原携带者平等就业权的案例并不鲜见。我国现有的法律体系对于劳动者的平等就业权利的保护和劳动权的救济进行了初步的规定, 总

^① 引自搜狐网: <http://learning.sohu.com/20080904/n259366635.shtml>, 最后访问时间 2008 年 12 月 20 日。

体而言，劳动者劳动权利的救济主要是依靠以下三个方面的法律法规：

(1) 宪法。现行《中华人民共和国宪法》对劳动者就业平等权利给予明文规定，第 33 条指出：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”；第 42 条：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”

(2) 以劳动法、社会保障法为核心的劳动法律法规。我国《劳动法》第 1 条明确规定：“为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”可见制定《劳动法》的理由和目的就是为了保护处于“弱者”地位的劳动者的合法权益。第 3 条明确规定：“劳动者享有平等就业和选择职业的权利”。另外 2008 年 1 月 1 日起实施的《劳动合同法》也将保护劳动者的合法权益、保护劳动者的平等就业权、消除就业歧视现象作为最基本的目标。

(3) 行政法、行政诉讼法和公务员法为核心的法律法规。虽然公务员不适用《劳动法》，但是他们是广义上的劳动者。为了保护公务员在人事关系方面的合法权益，《公务员法》第 90 条规定，公务员对涉及本人的人事处理不服的，可以自知道该人事处理之日起 30 日内向原处理机关申请复核；对复核结果不服的，可以自接到复核决定之日起 15 日内，按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉；也可以不经复核，自知道该人事处理之日起 30 日内直接提出申诉。

劳动合同不是一种完全意义上的合同，而是在契约自由原则基础上渗透了国家公权力必要干预的、以社会利益为本位的合

同，其目的是为了实现劳动关系的具体平等、结果平等和实质平等，使双方的利益格局符合社会公共利益的要求。据此我们认为，除非诸如卫生食品等特殊性质的企业，用人单位不能以“乙肝小三阳”为借口不予录取乙肝患者，否则用人单位应该承担相应的法律责任。我们认为，用人单位以“乙肝小三阳”为借口不予录取乙肝患者，还可能构成缔约过失，劳动者可以根据具体情况追究用人单位《合同法》上的缔约过失责任。

3 《就业促进法》如何保障劳动者的就业平等权？

在人才市场已经形成“买方市场”格局的今天，各种各样稀奇古怪的就业歧视早已不是什么新鲜的事情。翻开各类招聘报纸，性别歧视、地域歧视、年龄歧视、经验歧视随处可见。用人单位歧视理由五花八门，有的甚至荒唐可笑。有的求职者只因为姓“裴”而被清出局；有的只是因为自己“高度不够”而与工作失之交臂；有的因为自己“容貌欠缺”而屡屡碰壁，类似的就业歧视现象不胜枚举。如何才能利用法律武器来保护劳动者的就业平等权呢？

所谓“就业歧视”，根据我国2005年加入的国际《1958年就业和职业歧视公约》的规定，是指“基于种族、肤色、性别、宗教、政治见解、民族血统或社会出身等原因，具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等作用的任何区别、排斥或优惠视为歧视。”其含义如下：一是在就业和职业过程中，用人单位不得采取法律禁止的差别对待，从而对当事人就业和职业的机会平等造成损害，这样的行为一般认定为歧视；二是法律禁止歧视的主要领域有种族、民族、宗教、性别、社会出身等；三是如果用人单位出于工作职业本身的内在需要作出的区别或优惠就不是歧视。