



广东省律师协会 编

GUANG DONG
LAWYERS

新形势下劳动法 实务问题应对策略

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

广东律师系列丛书之二十五

新形势下劳动法 实务问题应对策略



丛书主编 肖胜方

副主编 王少敬 吴兴印 叶勇

执行主编 叶港

本册主编 郭蕾

本册副主编 周旻 蔡飞 曾跃 吴建武 徐小安
贤笑岩

编委 沈威 蒋四清 彭波 臧传宝 曾凡新
章利兵 郑贤春 刘家峰 宋喜霞 陆宇星
欧阳锋 罗艾 高新会 黄梦燕 钱秀平
王强 程卫民 杨敏 彭万红 彭湃
黄丽 郑舜钦 巫清梅 曾荣松 朱峰
袁良平 蔡浩 陈晓宇 童亚贤 曾兴凤
编辑 邓捷 黎雪莹

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新形势下劳动法实务问题应对策略 / 广东省律师协会编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2644-7

I. ①新… II. ①广… III. ①劳动法—研究—中国
IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 203080 号

新形势下劳动法实务问题应对策略
XINXINGSHI XIA LAODONGFA
SHIWU WENTI YINGDUI CELUE

广东省律师协会 编 策划编辑 程 岳
责任编辑 程 岳 林 蕊
装帧设计 马 帅

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 三河市龙大印装有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物第一出版分社
开本 A5
印张 11.125
字数 315 千
版本 2018 年 9 月第 1 版
印次 2018 年 9 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 010-63939796

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2644-7

定价:62.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



序

随着经济不断发展,劳动者维权意识提高,劳动者诉求日益多元化,群体性案件多发、新型争议诉求不断增多……劳动法律服务需求已成为社会“刚需”。而参与建设和谐稳定的劳资关系,也是法律人的职责。为此,广东省律师协会劳动法律专委委员会自成立起,便一直致力于运用自己的专业技能,依法为社会、企业,及劳动者提供劳动用工法律帮助。

第十一届广东省律师协会劳动法律专业委员会换届以来,新一届专委会在历届前任打下的良好基础之上,将继续勤勉尽责。今年下半年,全体委员在百忙之中撰写了38篇高质量的学术论文,这些论文凝聚了广大委员律师的心血,凝聚了他们多年来办案的经验和心得体会,相信他们的分享会给每位从事劳动法实务的同仁或企业管理人员很多启发。不仅如此,除了传统的劳动法实务操作分享,本书还汇集了委员律师们对于新形势下劳动法实务问题的应对策略。

我们计划定期整理论文,定期出版劳动法实务应对策略丛书。

感谢您的关注,期待您的宝贵意见。

广东省律师协会劳动法律专业委员会

二〇一八年一月

目 录

Contents

劳动合同篇

浅析无固定期限劳动合同的相关法律问题	(3)
如何认定因经营需要调岗的合理性	(7)
法律对“企业人员调整”的掣肘与活用	(16)
浅谈我国被迫辞职制度的不足与完善	
——以司法实务为视角	(25)
即时解雇权的判断标准及实务应对	
——从规章制度到严重违纪再到基本价值观	(38)
试论劳动者行使特别解除权的实体条件和程序条件	(46)
四则案例解析用人单位以“严重违反劳动纪律”为由解雇员工	
.....	(58)
无规章制度依据而解除劳动合同的法律效果探讨	(68)
用人单位能否解雇违反利益冲突政策员工的法律实务探讨	(75)
事业单位解除聘用合同与用人单位解除劳动合同的关系探析	
.....	(91)
经济新常态、供给侧改革的大背景下经济性裁员解除劳动合同	
系法律风险防控浅析与律师服务	(101)
论违法解除劳动合同之继续履行	
——《劳动合同法》第 48 条之解读	(109)

劳动关系被判决恢复的法律分析

——裁判尺度和执行维度	(122)
违法解除劳动关系的赔偿金计算及年终奖支付	(132)
民事法律无效制度与劳动合同无效制度比较与实务研究	(138)
浅论“劳动能力鉴定”攻防之战	(152)

工资和工时篇

修订后的《广东省工资支付条例》带来的新变化	(159)
年终奖发放知多少	(164)
论工资优先权和担保物权的优先顺序	
——一个案件引发的思考	(172)
论医疗期与病假的管理	(182)
论劳动者在病假及医疗期间的劳动法律保护	(189)
关于拒不支付劳动报酬的若干法律问题	(196)

保密和竞业限制篇

关于《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)	
纪要》中竞业限制规定的评述	(207)

社会保险篇

浅谈工伤保险先行支付制度的落地情况	(215)
浅析未购买社会保险中工伤认定问题	(224)
浅析《工伤保险条例》中“因工死亡职工生前提供主要生活	
来源”的认定和理解	(232)
略论“过劳伤”与“过劳死”	(240)

特殊群体用工关系篇

浅论公司高管人员劳动关系的区别保护	(253)
论劳动者的分层法律保护	(264)
修订后的《广东省人口与计划生育条例》带来的新变化	(271)
发包方到底要对无用工资格主体所雇人员承担何种责任	(275)
浅谈超龄就业的相关法律问题	(285)
试论在校学生劳动权益的保护	(294)

劳动争议篇

浅析劳动争议“一裁终局”制度的理解和适用	(303)
----------------------------	-------

其 他 篇

“一带一路”背景下涉外劳动法律服务初探	(315)
与劳动法交叉领域法律纠纷疑难问题初探	(324)
人力资源全程化法律服务的知识与能力思考	(336)
以中小企业法律管家的视角来探讨劳动法产品	(344)

劳动合同篇



浅析无固定期限劳动合同的相关法律问题

◇ 广东广大律师事务所 宋喜霞律师

自2008年1月1日《劳动合同法》施行以来,无固定期限劳动合同就是一个受到普遍关注的问题。关于无固定期限劳动合同的适用范围,根据《劳动合同法》第14条的规定可以看出,一方面,用人单位与劳动者通过协商一致,可以订立无固定期限劳动合同;另一方面,存在下列情形之一,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同:“(一)劳动者在该用人单位连续工作满十年的;(二)用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的;(三)连续订立二次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项的情形,续订劳动合同的。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”从以上条款可以看出,《劳动合同法》实际上是将在上述法定条件下订立无固定期限劳动合同的主动权交给了劳动者。

《劳动合同法》第14条规定:“劳动者在该用人单位连续工作满十年的,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。”这一法律规定,主要是为了避免一些企业只使用员工的“黄金期”,而对老员工采取的一种倾斜性保护。对于上述条款中的“连续”两字如何理解?《劳动合同法》并没有对此给出明确的解释,有些观点认为“连续”是指劳动者与用人单位所签订的劳动合同的连续性,但有些观点认为,“连续”本质上强

调的是劳动关系的延续性,只要劳动关系始终延续,没有中断,那么就可以视为连续工作。笔者更倾向于第二种观点,也即“连续”是指用人单位与劳动者之间的劳动关系始终延续,不存在中断的情形。

《劳动合同法》第14条规定:“连续订立二次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项的情形,续订劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。”这一规定在当时可以说具有开创性的意义,在《劳动合同法》施行之前,根据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第38条规定,“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现,劳动合同即行终止,用人单位可以不支付劳动者经济补偿金。国家另有规定的,可以从其规定”。因此,用人单位为了降低用工成本,避免向劳动者支付经济补偿金,普遍都将劳动合同的期限约定为一年甚至更短的时间,《劳动合同法》的上述规定正是为了改善劳动合同短期化的现象,与该条款相呼应,《劳动合同法》第46条第5款也明确规定除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依照该法第44条第1项规定(劳动合同期满的)终止固定期限劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿;这一规定实际上杜绝了用人单位利用短期劳动合同降低用工成本的可能性。

在《劳动合同法》第14条中,还有一个条款值得注意,这就是“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”。这一条款主要是针对当时存在大量事实劳动关系的现状而设立的。在《劳动合同法》实施以前,用人单位特别是一些小型的、劳动密集型企业,普遍不愿意与劳动者签订书面劳动合同,为了杜绝这一现象,《劳动合同法》从立法角度上加大了对用人单位与劳动者不签订书面劳动合同的惩罚力度,该法第82条规定,“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资,用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资”,这一惩罚性条款明显加重

了用人单位不与劳动者签订书面劳动合同的法律风险。那么,有些读者会问,如果劳动者不与用人单位签订劳动合同该怎么办?因为有些劳动者可能无意在该用人单位长期工作,甚至有些劳动者也想利用《劳动合同法》的规定以后要求用人单位支付两倍的工资,当然这种情况是非常少见的。在这种情况下,用人单位是否也需要按照《劳动合同法》第82条的规定,向劳动者每月支付二倍的工资?根据《劳动合同法实施条例》第5条的规定:“自用工之日起一个月内,经用人单位书面通知后,劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,无需向劳动者支付经济补偿,但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。”因此,在这种情况下,用人单位只要能够有证据证明系劳动者不愿意与其签订书面劳动合同,则可以不向劳动者每月支付二倍的工资。在此,笔者建议用人单位一旦遇到这种情况,应当务必书面通知劳动者终止劳动关系,并注意保留相应的书面证据材料。

《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定,对大多数劳动者来说应该是重大利好,但是对于用人单位而言呢?笔者认为,一方面上述规定虽然增加了用人单位终止或解除劳动合同的成本和难度,另一方面长期稳定的劳动关系对企业的发展也有积极的意义。当然,作为一名长期为资方提供法律服务的律师,笔者也无可否认无固定期限劳动合同的规定的确对企业的发展产生一定的制约,那么,用人单位应当如何尽量避免这一不利影响呢?笔者认为,首先,用人单位在招用劳动者的时候一定要慎重,全面评估和分析应聘人员的业务水平和综合素质,只要把好“用人关”,就可以有效降低劳资关系管理过程中的风险。其次,根据《劳动合同法》第39条的规定:“劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(一)在试用期间被证明不符合录用条件的;(二)严重违反用人单位的规章制度的;(三)严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;(四)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,拒不改正的;(五)因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;(六)被依法追究刑事责任的。”用人单位依据以上条款解除固定期

限劳动合同或者无固定期限劳动合同,均无须支付劳动者经济补偿金,因此,用人单位如果想降低解除无固定期限劳动合同的经济成本,可以考虑如何有效利用上述条款。在上述条款中,第4~6款的情况比较特殊,可供操作的空间并不大,故笔者建议用人单位应当将注意力放在第1~3款的运用上。那么如何运用这几个条款呢?最根本的办法就是完善企业的规章制度和用工程序,先要确保企业的规章制度符合企业的实际情况,内容明确、具体,而且具有较强的可操作性。比如,通过规章制度可以准确地界定劳动者的哪些行为“属于严重违反用人单位规章制度的行为”,劳动者的哪些行为“属于严重失职,营私舞弊”,什么后果属于“给用人单位造成重大损害”,什么属于“不能胜任工作”等。一套合法有效的规章制度,不仅是企业日常管理的重要手段,而且也是劳动仲裁机构和人民法院处理劳动争议的重要依据。在此,笔者还提醒用人单位在制定规章制度时务必要按照《劳动合同法》第4条的规定履行相应的民主程序,并保留相应的书面证据。最后,笔者还要特别强调一下用工程序的问题,一套合理、完善的用工程序,不仅可以大大提高用人单位的管理水平,还可以有效减少劳动争议的发生,在用工程序的设计方面,企业要注意保留招聘、面试、签订劳动合同、办理入职手续、工作考核、解除劳动合同、办理离职手续等各环节的证据材料,以避免在产生劳动争议时因无法举证而处于不利的地位。

自《劳动合同法》施行以来,通过近几年的实践可以看出,《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定的确有效解决了劳动合同短期化的问题,用人单位首次与劳动者签订的劳动合同期限也普遍有所延长;同时,用人单位对于无固定期限劳动合同的接受度也显著提升。在构建和谐社会的背景下,《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定对于稳定劳资关系无疑起到了积极的推动作用。

如何认定因经营需要调岗的合理性

◇ 广东华法(江门)律师事务所 程卫民律师

一、“因经营需要调岗”包括哪些情形

(一)概述

企业经营权包括经营决策权、投资决策权、劳动用工权、工资分配权、联营兼并权、内部机构设置权等。生产经营是企业各项工作的有机整体。企业为生产经营作出的各种决策对员工岗位产生影响即为“生产经营需要”。对于依照《劳动合同法》调岗的下列情形不属于本文讨论的“因经营需要调整工作岗位”:(1)第35条规定的用人单位和劳动者协商变更劳动合同的情形;(2)第40条第1项规定的“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的”中所指的“另行安排工作”;(3)第40条第2项规定的“劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的”中的“调整工作岗位”;(4)第40条第3项规定的“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的”中的“变更劳动合同内容”;(5)第41条第3项规定的“企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的”中的“变更劳动合同”;(6)其他的依照法律、行政法规、地方性法规可以由用人单位单方调岗的情形。

本文讨论的“因经营需要调岗”,在具备一定的合理性的情形下,职工有服从的义务,否则,用人单位可以以严重违反规章制度为由解除劳动合同。而上述六种情形中的“调岗”,职工并无服从的义务,在职工不

服从的情况下,用人单位只能依法解除劳动合同,且必须依法支付经济补偿。

(二)“客观情况发生重大变化”调岗是否属“因经营需要调岗”

有人对北京市范围内法院的68个一审、二审涉及“客观情况发生重大变化”认定的案例进行分析,下列情形中被法院认定为“客观情况发生重大变化”的案件比例依序减小:^[1]

1. 企业迁移、资产转移或重组。比如,职工在单位从事物流配送业务,该单位的上级集团公司决定将该物流配送业务移交给其他单位。这种情形有7个案例,法院均认定构成“订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化”,认定的比例是100%。

2. 法律变化或国家政策调整。相关案例的具体情形包括:某企业执行《北京市清洁空气计划》,需要改造燃煤锅炉,故锅炉工岗位需要裁撤;某学校因配合中央和国家机关公务用车制度改革,不得不裁撤司机岗位;解放军某部队下属单位,因落实“军队保障社会化”政策,将维修类与园艺类岗位外包给地方物业公司负责,不再聘用此类劳动合同制人员等。这种情形有7个案例,认定的比例是85.7%。

3. 退出特定市场或转变经营方式。相关13个案例中的11个案例法院认定为“客观情况发生重大变化”,法院认定比例是84.6%。这些具体情形包括:公司因技术革新全面退出电脑刺绣机市场;某食品公司退出北京野生菌销售市场;某单位食堂业务转为外包;停车场的人工收费口改为自动收费口;新技术的兴起导致磁带业务不断萎缩,撤销磁带制作部等。

4. 主要合作项目或合同关系发生重大变更或终止。相关14个案例中的11个被法院认定为“客观情况发生重大变化”,认定比例为78.6%。这些具体情形包括:保洁公司为其其他单位提供保洁服务,后来该单位更换保洁服务提供商;岗位所属的部门因客观原因关闭停业等。

[1] 参见姜俊禄:《“客观情况发生重大变化”包括哪些情形?》,载《新形势下劳动法律关系调整规制方法研讨会暨中华全国律师协会劳动与社会保障法专业委员会2016年年会论文集》,第3~5页。

5. 撤销内设部门、柜台、门店、办事处或者分公司等相关案例,法院认定“客观情况发生重大变化”实的比例是75%。

6. “组织架构调整”、减员增效。相关15个案例中只有5个被法院认定为“客观情况发生重大变化”,认定比例为33.3%。在相关案例中,用人单位执行的“组织架构调整”,往往会伴随有减员增效、节约人力资源成本的目的,常见的情形如以公司为了“精简人员编制,压缩和控制成本”的目的取消部分员工的“岗位/编制”、公司因并购事项导致职能重叠故需要整合团队裁减人员等。北京市地区的法院多认为这种组织架构调整、减员增效属于公司出于自身主观经营决策而作出的配套人力资源处理决定,并不具有明显的外部因素,遑论“不可抗力”,因此无法构成客观情况发生重大变化。

当构成“客观情况发生重大变化”时,用人单位有权依照《劳动合同法》第40条的规定,解除劳动合同并支付解除劳动合同的经济补偿,但用人单位不以此为由解除劳动合同,而是以此为由调整工作岗位,这里的所谓“客观情况发生重大变化”,从上述对“客观情况发生重大变化”所包括的情形来看,无不与生产经营相关,由此可以得出下列结论:“客观情况发生重大变化”调岗属“因经营需要调岗”。

(三) 因经济性裁员所涉及的各种情形调岗是否属因经营需要调岗

《劳动合同法》第41条所规定的可以进行经济性裁员的下列情形:

(1) 依照企业破产法规定进行重整的;(2) 生产经营发生严重困难的;(3) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的;(4) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行的。因这些情形调岗显然也属因经营需要调岗。

(四) 从庞某诉广州市某人才服务有限公司劳动争议案〔2〕看如何认定哪些情形属因经营需要调岗

该案是广州市中级人民法院发布的《广州法院劳动争议典型案例(2014-2016)》中的一个“企业经营变化导致劳动者岗位调整合理性的

〔2〕 参见广州市中级人民法院发布的《广州法院劳动争议典型案例(2014-2016)》。

认定”的案例。

基本案情:庞某于2013年4月1日入职广州市某人才服务有限公司(以下简称人才公司),双方劳动合同约定工作岗位为中国移动推广客服。后人才公司未能中标《中国某通信集团广东有限公司客户服务中心2016年电话营销外包业务》项目,中国移动广东分公司于2016年1月1日收回外呼权限,全面停止了移动外呼业务。庞某所在的移动项目部门自2016年1月1日开始无外呼移动业务。为此,人才公司对移动项目部人员进行分流,提供了顺丰项目客服岗位和电信项目客服岗位选择,庞某选择调岗至顺丰项目客服岗位,并参加了培训上岗。后庞某又以人才公司单方变换自己工作且降低工资为由,于2016年2月1日申请劳动仲裁,要求人才公司支付解除劳动合同经济补偿金。仲裁裁决驳回庞某经济补偿金的仲裁请求。庞某不服仲裁裁决向一审法院起诉。

裁判结果:一审判决驳回庞某要求解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求。庞某不服上诉,二审判决驳回上诉,维持原判。

发布者在发布该案核心提示中指出:“用人单位因生产经营状况发生重大变化致使双方无法按照合同约定岗位继续履行劳动合同而对员工进行工作调整的,该行为具有客观合理性,不属于公司滥用经营管理权的情形。在此情况下,用人单位和劳动者可以协商就变更劳动合同内容达成新的协议。劳动者在接受新的岗位安排后再行提出异议,明显缺乏合理性,故其据此主张被迫解除劳动关系不能成立。”

笔者对该案发布者评析意见的再评析:这个案例的关键是“用人单位和劳动者就变更劳动合同的内容达成新的协议”,从本质上讲,该情形下的调岗是属于《劳动合同法》第35条规定的“用人单位和劳动者协商变更劳动合同”情形的调岗,由此,该案发布者把此案例作为“企业经营变化导致劳动者岗位调整合理性的认定”的案例是不妥当的。

二、因经营需要调岗,是否应以劳动合同约定、规章制度的规定为前提

关于因经营需要调岗,是否应以劳动合同约定、规章制度的规定为前提,各地有不同的规定。