



Legal Aid for Migrant Workers—A Handbook on Case Handling

办理农民工案件实用

手册

佟丽华◎主编

劳动者在什么情况下可以解除劳动合同？
加班加点工资怎样计算？
哪些伤害属于工伤？
怎样申请工伤认定？
对女职工有哪些特殊的劳动保护？
农民工能参加养老保险吗？
劳动争议案件中举证责任如何分配？
如何收集证据？
包工头不能作为援助的对象？
工伤案件调解的技巧是什么？



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

Legal Aid for Migrant Workers—A Handbook on Case Handling

办理农民工案件实用

手

册

佟丽华◎主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

办理农民工案件实用手册 / 佟丽华主编. —北京: 法律出版社, 2007. 10
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7736 - 6

I. 办… II. 佟… III. 农民—劳动就业—劳动法—案例—分析—中国—手册 IV. D922.505 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 147765 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法规出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2007 年 10 月第 1 版

印张/21 字数/630 千
印次/2007 年 10 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995 苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7736 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 编:佟丽华

副主编:时福茂 王 芳

编 委:徐玉领 陈 星 赵 强 王孝顺
邵宗良 张建超 王永峰 吴丰敏

前 言

北京农民工法律援助工作站成立已经快两年了,回顾近两年的历程,尽管有种种困难、挑战,但我们还是感到振奋。

最令人振奋的是我们直接帮助了大量农民工。从2005年9月8日工作站成立至2007年9月8日的两年时间里,我们共接待来访、电话和网络咨询10,384件,涉及农民工63,600人次以上,涉及金额3.5亿元左右;我们共受理援助案件2198件,涉及农民工3353人次,涉及金额2686万元以上;其中我们已经办结案件1334件,涉及农民工2258人次,通过诉讼、仲裁和律师调解得到支持的金额共14,795,600.6元,已切实帮助农民工得到10,778,329元。可以说大量的农民工因为我们的工作而切实受益。

引以为自豪的是,我们成功办理了一些重大、复杂案件。《谁动了他们的权利?——中国农民工维权案例精析》一书中提到的郭增光、徐延格等人案件已经有了好的结果。

郭增光等68人被拖欠工资一案,为了要回被拖欠的33,000多元工资,他先后往返北京数十次,求助全国及北京相关单位十几个,但都没有结果。为了办理该案件,我们支付的各种成本超过8000元。但让我们欣慰的是,经过近3年努力,我们终于为68位农民工兄弟讨要回了工资,使正义得到伸张。记得发钱那天,有位农民工朋友激动地说:“以前也多次发生被欠薪最后不了了之的事情,对这笔钱我们早就不抱希望了,感谢你们,是你们这些援助律师重新给了我们信心。”

徐延格,1995年到肯德基公司打工,一直工作到2003年时,肯德基要求包括徐延格在内的所有仓储员工都与劳务派遣公司签订合同。2005年徐延格被解雇,肯德基公司认为徐延格不是其员工,拒绝支付经济补偿金。工作站以集体力量,经过多方努力,最后与肯德基公司中国

总部达成协议。通过协议,我们不仅圆满解决了徐延格和其他当事人的补偿问题,而且肯德基公司承诺:除特殊情况外,该公司在中国停止使用劳务派遣制度,原先使用的派遣员工转为直接聘用人员,并认可其以前的工龄;新员工直接与肯德基公司签订劳动合同。该案件将使肯德基数千员工直接受益数千万元甚至亿元左右。

我们还培养出我国第一代专职、专业的农民工律师而自豪。通过办理大量案件,他们积累了丰富的办案经验和技巧。但更难能可贵的是他们的敬业精神与发自内心的对农民工的关怀。来到工作站求助的农民工很多都衣衫不洁、头发蓬乱,甚至几个月没洗澡。但工作站的律师总能热情地接待他们,律师总会认真倾听并记录他们的遭遇,让农民工感受到援助律师是在真心实意地帮助他们。外出取证、开庭时,交通费、用餐费等都是律师出钱,紧急时工作站还会借给农民工一些钱。很多接受援助的农民工都想请办案律师吃饭,有些在案件成功办完后更是想给律师送钱以表达感激。由于工作站规定绝对不允许接受当事人的请客送礼,律师们都婉言谢绝了。农民工张小伟说:“我们怀着试试看的想法来北京找农民工法律援助工作站。来到这里感觉像回到家一样温暖,律师像亲人一样为我们急所急、想所想,跑前忙后积极与厂方协商,终于将我们工资顺利拿到手中,对此我们非常感谢!我们几次找他们吃顿饭,都被他们婉言拒绝,没有什么可送给他们,只有送出我心中真诚一句心里话,非常感谢你们,谢谢,再谢谢!”工作站成立不到两年,仅农民工锦旗就收到 58 面,感谢信就 31 封。

还感到振奋的是,作为一家专业的农民工法律援助机构,我们在大量案件基础上所从事的研究已得到党和政府的重视:新华社以工作站办理的案件为基础所发表的内参受到国家领导人的重视;劳动部工伤保险领导专门邀请我们去听取意见;北京市司法局吴玉华局长在读了我们关于农民工问题的专题报告后给予高度评价;很多媒体就农民工问题对我们律师进行采访。可以说,工作站不仅直接代理农民工办理援助案件,还在法律和政策改革层面代表农民工去表达、呼吁。

我们更感振奋的是北京工作站的模式正在全国推广。2006 年 7 月,全国律师协会与中国法律援助基金会合作开展了“中国优秀学子法律援助工作站”活动。由当地律师协会牵头,依托律师事务所,天津、山东、河

南、福建、重庆六个省(直辖市)已建立农民工法律援助专门机构,为农民工提供免费的法律服务。2006年11月,为进一步推动农民工法律援助工作,经商务部协调,委员会与联合国开发计划署协商,决定由该机构提供资金,支持黑龙江、吉林、河北、山西、江苏、江西、海南、云南、四川、西藏、陕西、甘肃、宁夏、青海、北京15个省、自治区、直辖市建立专门的农民工法律援助机构。每个工作站招募2名专职律师以及1名工作人员,专门为农民工提供免费的法律咨询、法律援助和普法培训。

各地工作站刚刚成立,尽管其存在各种各样问题,如工作站的性质及与相关部门之间的关系;怎样招聘、培养、规范、激励专职律师;作为全国律师协会法律援助与公益事务委员会,怎样监测各工作站的业绩等等。但所有问题都是发展中的问题,这些问题也只能在发展中逐步解决,我本人对此有这样的信心和耐心!出版此书就是提高各工作站专职律师以及农民工法律援助志愿律师办案能力的具体举措。

感谢商务部中国国际经济技术交流中心、联合国开发计划署和比利时政府对建立15家农民工法律援助专门机构以及出版这本书所提供的资金支持;感谢中国法律援助基金会对律师参与农民工法律援助工作的热情支持;感谢北京市司法局、北京市法律援助基金会、丰台区司法局对北京市农民工法律援助工作站的长期关怀和支持;感谢法律出版社王晓增女士对出版这本书的支持。

佟丽华

中华全国律师协会法律援助与
公益实务委员会常务副主任
北京市农民工法律援助工作站主任

2007年9月17日

目 录

第一编 法律规定

第一章 劳动合同	3
第一节 劳动合同的主体	3
一、劳动者	3
1. 什么是《劳动法》意义上的劳动者?	3
2. 劳动者享有哪些权利?	5
3. 什么是未成年工?	10
4. 超过退休年龄的人是不是劳动者?	12
5. 法律对同时在两个或两个以上用人单位工作的劳动者有哪些特别规定?	15
6. 什么是临时工? 现在还有临时工吗?	17
7. 在校的学生利用课余时间或假期从事勤工助学,与用人单位之间是不是劳动关系?	18
8. 企业中的党委书记、工会主席、厂长、经理是不是劳动者?	20
二、用人单位	22
1. 哪些是用人单位?	22
2. 哪些不是用人单位?	23
3. 包工头是不是用人单位?	24
4. 企业的职能部门或不具备法人资格的分支机构是不是用人单位? 它们对外签订的劳动合同是否有效?	28

5. 挂靠关系中的用人单位如何确定?	29
6. 军队的用人单位与劳动者发生纠纷后,劳动争议由谁来受理和解决?	31
7. 在劳务派遣关系中,劳务派遣单位和用工单位谁是用人单位?	31
8. 用人单位被其他平等主体承包经营,如何确定劳动关系?	33
9. 用人单位与劳动者签订承包协议的,是否还存在劳动关系?	34
10. 用人单位有哪些权利和义务?	36

第二节 童工 37

1. 什么是童工?	37
2. 用人单位非法雇用童工应受什么处罚?	41
3. 童工在工作中受伤的,应当怎样赔偿?	44
4. 童工患病或者非因工负伤的,用人单位应当承担什么责任?	47
5. 童工能否受雇于个人?	48

第三节 劳动合同的内容 51

一、劳动合同的条款 51

1. 劳动合同的必备条款有哪些?	51
2. 劳动合同的约定条款有哪些?	55
3. 在劳动合同中能不能约定竞业限制条款?	57

二、劳动合同的期限 63

1. 劳动合同的期限有哪些类型?	63
2. 劳动者在什么条件下可以要求用人单位签订无固定期限的劳动合同?	66
3. 农民工签订的劳动合同的期限有没有特殊规定?	71
4. 集体合同的期限如何确定?	73

三、试用期 74

1. 试用期可以约定多长时间?	74
2. 试用期签订的是不是“试用期合同”?	78
3. 试用期内劳动者享有哪些权利?	79

四、劳动合同的无效 86

1. 什么是劳动合同的无效?	86
2. 哪些情形属于劳动合同全部无效?	88
3. 哪些条款是无效的劳动合同条款?	92
4. 与未满 16 周岁的人签订的劳动合同是否有效?	95

5. 劳动者没有完成定额或者承包任务时,用人单位以低于最低工资标准支付的合同条款是否有效?	96
6. 劳动合同没有用人单位的盖章是否有效?	98
7. 劳动合同被确认无效后当事人应当承担什么责任?	99
8. 劳动合同是否无效应当由哪个部门认定?	102

第四节 劳动合同的订立与变更 104

1. 什么是劳动合同的鉴证? 劳动者该怎样去做鉴证?	104
2. 签订劳动合同时,用人单位能不能要求劳动者提供担保?	108
3. 什么是集体合同? 怎样签订集体合同?	113
4. 用人单位合并、分立的,劳动合同如何变更?	118

第五节 劳动合同的解除与终止 120

一、劳动合同的解除 120

1. 劳动者在什么情形下可以随时解除劳动合同?	120
2. 劳动者在什么情形下可以提前 30 日通知用人单位解除劳动合同?	122
3. 劳动者主动提出解除劳动合同,还能要求用人单位支付经济补偿金吗?	125
4. 劳动者和用人单位协商解除劳动合同能不能要求经济补偿?	128
5. 用人单位在什么情况下可以单方面解除劳动合同关系?	130
6. 用人单位在什么情况下不能解除与劳动者之间的劳动关系?	137
7. 在什么情况下,用人单位解除劳动合同时应当对劳动者支付经济补偿金?	142
8. 解除劳动关系后,侵害劳动者权利的用人单位应当支付哪些赔偿?	151
9. 用人单位解除劳动关系时补发给劳动者的经济补偿金该不该扣税?	155
10. 劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同后,对用人单位是否要承担赔偿责任,赔偿哪些损失?	157
11. 违约金与赔偿金能否同时请求?	160

二、劳动合同的终止 164

1. 什么是劳动合同终止?	164
2. 什么时候算劳动合同终止的确切时间? 终止后用人单位应当办理哪些手续?	169
3. 在哪些情况下,劳动合同到期后必须延续至特殊情形消失后才能终止?	172
4. 在哪些情况下劳动合同到期后不得终止?	173

5. 劳动合同终止有哪些后果?	176
-----------------	-----

第六节 劳务派遣 189

1. 什么是劳务派遣?	189
2. 劳务派遣单位应当对劳动者承担哪些义务?	192
3. 用工单位应当对劳动者承担哪些义务?	194
4. 被派遣劳动者的劳动报酬如何确定?	197

第七节 事实劳动关系 199

1. 什么是事实劳动关系?	199
2. 哪些情形属于事实劳动关系?	202
3. 怎样证明事实劳动关系?	206
4. 事实劳动关系中劳动者享有哪些权利?	208
5. 如何理解事实劳动关系的解除或终止? 劳动者能不能要求经济补偿金?	211
6. 事实劳动关系纠纷如何解决?	213

第二章 工资、休息休假与劳动保护 216

第一节 工资 216

1. 什么是工资? 工资都有哪几部分?	216
2. 加班加点工资怎样计算?	220
3. 什么是计时工资、计件工资?	231
4. 非全日制劳动者的工资如何计算?	236
5. 工资是否必须按月发放?	239
6. 什么是最低工资标准?	242
7. 病假工资如何计算?	253
8. 法定假期工资如何计算?	255
9. 个人所得税应当如何缴纳? 哪些可以免征?	264
10. 参加社会活动期间有没有工资?	277
11. 什么是克扣工资、无故拖欠工资?	279
12. 用人单位在什么情况下才能处罚劳动者,要求其承担赔偿责任?	284
13. 事假有没有工资?	287
14. 工资该怎么发放?	288

15. 事实劳动关系中的工资如何确定?	290
16. 怎样理解同工同酬?	294

第二节 工作时间和休息休假 296

1. 劳动者的工作时间是如何规定的? 延长工作时间有哪些限制?	296
2. 法律对休息休假时间是怎样规定的?	300
3. 女职工如何休产假?	304
4. 什么是不定时工作制?	308
5. 什么是综合计算工时工作制?	311
6. 女职工在“三期”有哪些特殊的工时规定?	313
7. 什么是非全日制用工, 劳动法律法规对于非全日制用工是怎么规定的?	315

第三节 劳动保护 319

1. 什么是劳动保护?	319
2. 对女职工有哪些特殊保护?	322
3. 对未成年工有哪些特殊保护?	336

第三章 工伤保险 343

第一节 工伤的界定 343

1. 工伤保险适用于哪些劳动者?	343
2. 哪些伤害属于工伤?	347
3. 哪些伤害不能认定为工伤?	353
4. 严重违反操作规程造成事故的, 能否认定为工伤?	355
5. 什么是职业病?	357
6. 哪些情形是“法律、行政法规应当认定为工伤的其他情形”?	360
7. 超过退休年龄继续工作受伤的, 是不是工伤?	363
8. 内退职工能否参加工伤保险?	366
9. 职工串岗受伤的, 能否认定为工伤?	368

第二节 工伤认定与劳动能力鉴定 370

1. 借调期间发生工伤由谁来承担责任?	370
2. 如何申请认定工伤?	371

3. 工伤认定的管辖如何确定?	377
4. 如何申请职业病诊断鉴定?	381
5. 怎样进行劳动能力鉴定?	396
6. 对工伤申请不予受理或者工伤认定结论不服的该怎么办?	400
7. 工伤与职业病的伤残程度有几个级别?	401
8. 终止或解除劳动关系后才被确诊为职业病的,该怎么办?	423
第三节 停工留薪期待遇	427
1. 工伤职工在医疗期享受哪些待遇?	427
2. 工伤职工在停工留薪期享受哪些待遇?	429
3. 工伤职工的停工留薪期期限如何确定?	433
第四节 工伤待遇	452
1. 工伤职工经鉴定构成伤残,享有哪些待遇?	452
2. 职工因工死亡的,其直系亲属可以享受哪些待遇?	458
3. 在什么条件下,工伤职工停止享受工伤保险待遇?	462
4. 企业破产的,工伤职工如何享受工伤保险待遇?	464
5. 工伤保险待遇中的“本人工资”如何确定?	468
6. 工亡职工供养亲属的范围是什么?	472
第五节 非法用工单位伤亡人员赔偿	476
1. 在非法用工单位工作中受伤的,能不能认定为工伤并得到工伤赔偿?	476
2. 非法用工单位伤亡人员可以获得哪些赔偿?	478
第六节 工伤赔偿与人身损害赔偿	480
1. 发生工伤事故后,能不能私了?	480
2. 工伤事故赔偿是否排斥民事赔偿?	482
3. 工伤赔偿与人身损害赔偿有何异同?	485
第七节 违反规定的法律责任	501
1. 用人单位违反工伤保险规定要承担什么法律责任?	501

第八节 特殊情形的工伤	503
1. 罪犯发生工伤后如何补偿?	503
第四章 其他社会保险与福利	509
第一节 其他社会保险	509
1. 农民工能否享受养老保险?	509
2. 农民工能不能享受医疗保险?	516
3. 农民工能否参加失业保险?	522
4. 劳动者主动解除劳动关系的,能否享受失业保险?	524
5. 农民工能不能享受生育保险?	527
第二节 患病或非因工伤亡待遇	530
1. 患病或非因工负伤治疗期间工资怎么算?	530
2. 患病或非因工负伤享受的法定医疗期有多长?	531
3. 患病或非因工负伤治疗期届满后劳动关系如何变化?	535
4. 劳动者非因工死亡,能够得到哪些补偿?	537
5. 患病或者非因工负伤的,劳动者能得到哪些补偿?	539
第五章 劳动争议的处理	544
第一节 劳动争议的界定	544
1. 哪些纠纷属于劳动争议?	544
第二节 劳动监察	548
1. 劳动监察的管辖范围如何确定?	548
2. 哪些劳动争议不属于劳动监察处理的范围?	552
3. 劳动监察对女职工有哪些特殊规定?	554
第三节 劳动仲裁	558
1. 对部分仲裁裁决不服而提起诉讼的,仲裁裁决其他部分的效力如何?	558
2. 劳动者因被追究刑事责任而解除劳动合同的,劳动争议的期限如何计算?	560
3. 劳动争议仲裁的地域管辖如何确定?	562

4. 劳动争议仲裁的级别管辖如何确定?	567
5. 劳动争议仲裁费用收取的标准是什么?	570
6. 劳动争议仲裁委员会对不予受理的案件,是否要做出不予受理通知书?	581
7. 劳动争议仲裁委员会做出的调解书能否撤销?	584
8. 劳动仲裁时效如何理解?	587
9. 在仲裁过程中,企业能否对员工做出新的处理决定?	591
10. 仲裁裁决生效前,企业对职工以原事实和理由再次处理的,职工能不能再次申请仲裁?	592
第四节 劳动争议诉讼	593
1. 劳动争议案件中的当事人如何确定?	593
2. 劳动争议案件中的举证责任如何分配?	596
3. 人民法院审理劳动争议案件管辖如何确定?	599
4. 用人单位规章制度能否作为审理的法律依据?	601

第二编 农民工法律援助的办案技巧和方法

第六章 如何做好农民工案件咨询工作	607
第一节 如何做好常规咨询工作	607
第二节 如何做好农民工劳动权利案件咨询工作	615
第七章 如何办理农民工欠薪、工伤案件	621
第一节 如何收集证据	621
第二节 如何提起诉讼(仲裁)	625
第三节 如何识别包工头	630
第四节 包工头能不能作为援助的对象	632
第五节 涉及包工头案件的诉讼主体如何确定	637
第六节 工伤案件调解技巧	642
第七节 紧急情况下的调解	647

●
第一编
●

●
法律规定

