



法院审理案件观点集成丛书

法院审理 劳动争议案件 观点集成

Aggregation of Trail Views on Cases of Labor Disputes

主 编 王金山
执行主编 刘立军

劳动者提出辞职申请后能否主张撤销
劳动者自愿放弃缴纳社保承诺书的效力认定
“两块牌子一班人马”情形下劳动关系应如何认定
带薪年假休假中“连续工作满12个月”的理解与适用
用人单位被政府责令关闭，经济补偿金年限应如何计算
劳动者被取保候审期间用人单位能否暂停履行劳动合同

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



法院审理案件观点集成丛书

法院审理 劳动争议案件 观点集成

Aggregation of Trail Views on Cases of Labor Disputes

主 编 王金山

执行主编 刘立军

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法院审理劳动争议案件观点集成/王金山主编. —北京:
中国法制出版社, 2016. 8

(法院审理案件观点集成丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7261 - 6

I. ①法… II. ①王… III. ①劳动争议 - 民事诉讼 -
审判 - 案例 - 中国 IV. ①D922. 591. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 034153 号

策划编辑/责任编辑: 马金风 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

法院审理劳动争议案件观点集成

FAYUAN SHENLI LAODONG ZHENGYI ANJIAN GUANDIAN JICHENG

主编/王金山

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2016 年 9 月第 1 版

印张/28.25 字数/415 千

2016 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7261 - 6

定价: 78.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66070046

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

主 编：王金山

执行主编：刘立军

编 委：周晓冰 刘海东 李 馨 窦江涛
张 洁 贾高俊 朱 涛 马卫丰

撰 稿 人：卜晓飞 董和平 窦江涛 贾高俊
蒋 媚 金 铭 李 昂 李 馨
刘海东 刘立军 刘 洁 刘 艳
马卫丰 庞 妍 宋 猛 宋 鹏
王 东 闫 科 杨志东 易晶晶
余 未 张 洁 张玉贤 朱 涛

目 录

第一章 劳动关系的认定

- 一、事实劳动关系的司法认定应当基于劳动关系的基本特征 1
- 二、建筑行业事实劳动关系认定的“双因素”考量 7
- 三、就业证到期的台湾地区居民在内地工作的，其与用人单位之间的
关系应当如何认定 13
- 四、车辆实际所有人聘用的司机与车辆挂靠单位之间是否存在事
实劳动关系 18
- 五、建立劳动关系需用人单位与劳动者达成合意 26
- 六、专职律师与非律所用人单位无法建立劳动关系 32
- 七、“两块牌子一班人马”情形下劳动关系应如何认定 35
- 八、双重劳动关系的认定问题 41

第二章 劳动合同的订立

- 一、劳动者拒绝签订书面劳动合同的法律责任 47
- 二、用人单位与劳动者补签劳动合同后可免责 51
- 三、高级管理人员未签劳动合同双倍工资的认定问题 54
- 四、劳动者故意不使用真实姓名签署解除劳动合同的协议也要担责 58
- 五、用人单位与工会签订集体合同而未与劳动者签订劳动合同，
应当向劳动者支付二倍工资 61
- 六、工伤职工能否主张停工留薪期未签订劳动合同双倍工资 64
- 七、代签的劳动合同用人单位是否需要支付未签劳动合同双倍
工资 67

第三章 无固定期限劳动合同相关法律问题

- 一、第二次固定期限劳动合同到期，用人单位无权选择终止 72
- 二、关联公司交替用工的，固定期限劳动合同次数应合并计算 77
- 三、用人单位与劳动者就续签的无固定期限劳动合同内容未能协商一致时，能否终止劳动合同 83

第四章 服务期、竞业限制及违约金问题

- 一、劳动者在服务期内因严重违纪被辞退，仍需支付违约金 88
- 二、因劳动者原因导致竞业限制补偿金未支付成功的，劳动者仍应履行竞业限制义务 94
- 三、事业单位可以与在编人员约定违约金 101
- 四、用人单位为劳动者提供特殊待遇时可以与劳动者约定服务期 108
- 五、竞业限制补偿金过低，劳动者仍需履行竞业限制义务 114
- 六、劳动者违反竞业限制协议需依约支付违约金 119

第五章 劳动合同及相关协议的效力

- 一、用人单位以押金形式排除劳动者权利的约定条款无效 126
- 二、劳动者自愿放弃缴纳社保承诺书的效力认定 131
- 三、劳动合同中约定用人单位违法解除劳动合同应承担违约金的条款是否有效？ 135
- 四、劳动合同解除时劳动者签署的“同意声明”不应被任意否定 139
- 五、在劳动合同中约定“月工资标准中已经包括加班费”是否合法有效 145
- 六、劳动者履历造假使用用人单位在违背真实意思的情况下签订的劳动合同无效 148
- 七、如何认定退休人员签订的“劳动合同”效力 155

第六章 劳动合同的履行和变更

- 一、用人单位单方对劳动者调岗调薪应合法合理 161

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 二、用人单位向员工安排工作的指令内容和程序应通过合理方式作出 | 165 |
| 三、劳动者被取保候审期间用人单位能否暂停履行劳动合同 | 171 |
| 四、用人单位对工作地点进行重大变更应征得劳动者同意 | 176 |

第七章 加班工资相关法律问题

| | |
|--|-----|
| 一、加班费案件中，应以减轻劳动者举证责任为补充 | 182 |
| 二、劳动合同约定的加班工资计算基数低于劳动者正常工资，劳动者有权要求补足 | 188 |
| 三、值班并非加班，劳动者以值班为由主张加班费不予支持 | 195 |

第八章 带薪年假相关法律问题

| | |
|--------------------------------|-----|
| 一、带薪年假中“连续工作满12个月”的理解与适用 | 198 |
| 二、未休带薪年假工资的仲裁时效 | 201 |

第九章 劳动合同的合法解除

| | |
|---|-----|
| 一、女职工在孕期、产期、哺乳期发生严重违反劳动规章制度的行为，用人单位可解除劳动合同 | 207 |
| 二、客观情况发生重大变化时用人单位可依法解除劳动合同 | 213 |
| 三、劳动者提出辞职申请后能否主张撤销 | 217 |
| 四、劳动者不胜任工作且经过培训或者调整工作岗位后仍不能胜任的，用人单位可以提出解除劳动合同 | 223 |
| 五、用人单位“一事不再罚”的理解与适用 | 227 |
| 六、对于劳动者提出解除劳动合同的，应以劳动者当时实际解除劳动合同时提出的理由作为认定案件事实的依据 | 232 |
| 七、请求违法解除劳动合同赔偿金，能否判付解除劳动合同补偿金 | 239 |
| 八、未尽提前30日通知之义务，劳动者解除劳动合同是否生效 | 243 |

第十章 劳动合同的违法解除

- 一、劳动者采用电子数据形式发送的请假资料具有法律效力 249
- 二、用人单位解除劳动关系应遵循实质和程序条件 254
- 三、用人单位未就调整工作岗位与劳动者达成一致，解除劳动关系应支付赔偿金 258
- 四、劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次，用人单位不能据此单方解除劳动合同 262
- 五、用人单位违法解除医疗期内的劳动者是否应支付医疗补助费 266
- 六、劳动合同解除或续订的通知义务是用人单位不可推卸的责任 271
- 七、因客观情况发生重大变化，用人单位无过失性辞退的司法认定 274
- 八、经济性裁员合法性的司法认定 279
- 九、员工打架不宜一律认定为严重违反劳动规章制度的行为 284
- 十、用人单位作出的解除劳动合同的处理决定被撤销后，劳动者主张用人单位支付上述处理决定作出后至仲裁或诉讼期间的工资的，应如何计算 287
- 十一、认定劳动者是否构成自动离职时应考虑用人单位的管理责任 290
- 十二、用人单位违法解除劳动合同时劳动者有救济选择权 296

第十一章 劳动合同的终止

- 一、公司清算注销后出资人在其承继财产的范围内承担劳动债务 301
- 二、维持或提高劳动合同约定条件的司法认定 304
- 三、用人单位被政府责令关闭，经济补偿金年限应如何计算 309

第十二章 劳动者工作年限的计算及应用

- 一、“有利原则”在劳动争议案件中的适用 314
- 二、劳动者非本人原因变更用人单位后工作年限可合并计算 323

| | |
|---|-----|
| 三、非因劳动者原因变更工作单位，违法解除劳动关系赔偿金的 工作年限应合并计算 | 326 |
| 四、工作年限不等同于劳动关系的存续期间 | 331 |
| 五、如何认定用人单位通过关联公司规避责任 | 335 |

第十三章 劳务派遣相关法律问题

| | |
|---|-----|
| 一、劳动合同法修改后，劳务派遣中用工单位连带赔偿责任的 范围 | 341 |
| 二、劳务派遣退回的合法性认定及法律后果 | 346 |

第十四章 女职工生育相关法律问题

| | |
|---|-----|
| 一、仅以员工违反计划生育政策为由单方解除劳动合同，用人 单位需支付违法解除劳动合同赔偿金 | 352 |
| 二、劳动者隐瞒生育状态不是用人单位解除劳动关系的正当理由 | 357 |

第十五章 非全日制劳动关系

| | |
|--|-----|
| 一、非全日制劳动关系中的相关法律问题 | 361 |
| 二、非全日制劳动关系的司法认定问题 | 366 |
| 三、认定用人单位与劳动者是否属于非全日制用工关系应结合 法定要件来判断 | 372 |

第十六章 社会保险及相关福利补贴

| | |
|--|-----|
| 一、用人单位之外的第三方为劳动者缴纳工伤保险，用人单位 不能免除工伤赔偿责任 | 379 |
| 二、用人单位未依法为劳动者缴纳工伤保险，劳动者因第三人 侵权被认定为工伤后主张用人单位赔偿工伤保险待遇如何 认定 | 385 |
| 三、用人单位安排劳动者在高温天气或环境下工作而未采取有 效措施降低工作场所温度的，应向劳动者支付高温津贴 | 391 |

| | |
|---|-----|
| 四、用人单位为劳动者补缴社会保险费后可以向劳动者主张返 还已发放的社会保险补偿金 | 395 |
| 五、用人单位与劳动者私下达成工伤赔偿协议，仍不能免除支 付劳动者依法确定的工伤待遇的义务 | 402 |
| 六、丧葬补助金和一次性工亡补助金的权利主体范围及分配原则 | 406 |
| 七、工伤认定结论是主张工伤待遇的前提条件 | 414 |

第十七章 劳动争议程序性问题及其他特殊问题

| | |
|--|-----|
| 一、飞行员提出解除劳动关系的，应向航空公司支付招收录用 培训费 | 418 |
| 二、出租车司机的平均工资应当如何确定 | 423 |
| 三、作为当事人的公司在诉讼过程中被违法注销，由股东承继 实体及诉讼权利义务 | 427 |
| 四、用人单位不服终局裁决应如何正确行使申请撤销权 | 432 |
| 五、用人单位在劳动仲裁裁决后向有管辖权的法院起诉后撤诉， 劳动仲裁裁决生效 | 438 |

第一章 劳动关系的认定

一、事实劳动关系的司法认定应当基于劳动关系的基本特征

关键词：未签订劳动合同，用人单位否认存在劳动关系，事实劳动关系的确认

问题提出：用人单位否认与劳动者存在劳动关系时，事实劳动关系应当如何确认？

案件名称：程某与北京金玺特卫保安技术服务有限公司劳动争议案

审理法院：一审法院为北京市朝阳区人民法院，案号：（2012）朝民初字第06175号；二审法院为北京市第二中级人民法院，案号：（2012）二中民终字第10068号。

法院观点：用人单位与劳动者未签订书面劳动合同，用人单位又否认与劳动者存在事实劳动关系的，法院应当在结合现有证据的基础上作出是否确认双方存在劳动关系的认定，必要时可通过调查取证的方法查明事实。

案情简介

上诉人（原审原告）：程某

被上诉人（原审被告）：北京金玺特卫保安技术服务有限公司（以下简称金玺特卫保安公司）

程某主张其于2011年9月3日入职金玺特卫保安公司，每月工资1400元，伙食费270元，被金玺特卫保安公司安排至北京聚庆斋食品有限公司担任保安工作，后又调至天玉大厦工作。金玺特卫保安公司未与其签订书面劳动合同，未为其缴纳社会保险。2011年11月10日，金玺特卫保安公司强行将其赶出工作岗位。就其主张，程某提交工作记录、证人郑某书面证人证言及巡查记录为证。工作记录及巡查记录为手写，无金玺特卫保安公司公章，亦未显示金玺特卫保安公司名称。证人郑某书面证言称“程某从2011年9月3日到聚庆斋食品厂上班至10月31日上午12:00，每天上班8小时，2个月

工资没有发”，程某未提供郑某身份证明。金玺特卫保安公司对上述证据的真实性均不认可。

一审审理期间，程某主张其曾向北京市东城区龙潭派出所报案，申请调取其报警记录。一审法院至北京市东城区龙潭派出所核实程某的报警记录，接警警官称程某确曾因劳动争议报警，但未做笔录，程某自称是保安公司职员，但拒绝透漏个人信息，且已告知程某应到劳动仲裁部门处理。

二审审理期间，程某提供暂住证明，载明程某暂住地址为北京市石景山区金顶街西福村聚庆斋。程某据此主张金玺特卫保安公司曾在该地点服务，其工作地点就是暂住证明载明的地址。金玺特卫保安公司主张该暂住证不能证明双方之间存在劳动关系。经程某申请，二审法院前往北京聚庆斋食品有限公司调查，北京聚庆斋食品有限公司保卫科长张某提供了该公司与金玺特卫保安公司签订的2010年9月2日至2011年9月1日止的保安服务合同书，并陈述如下：该公司与金玺特卫保安公司合作至2011年10月31日终止，金玺特卫保安公司曾派遣程某至该公司担任了两个月左右的保安工作，程某工资组成为基本工资1200元+饭补240元，金玺特卫保安公司曾向程某支付过一个月的工资。金玺特卫保安公司对保安服务合同书的真实性表示认可，但对关联性不认可；对法院调查笔录不认可，并主张该证据不是新证据。程某对保安服务合同及法院调查笔录表示认可，并表示金玺特卫保安公司曾向其支付了2011年9月工资共计1260元。经法院要求，金玺特卫保安公司未提交该公司的花名册。

另查，2011年10月31日，程某申诉至北京市朝阳区劳动争议仲裁委员会，要求金玺特卫保安公司支付未签订书面劳动合同双倍工资、双休日加班工资、中秋节加班费、解除劳动关系赔偿金、社会保险费、伙食费及各类工资。北京市朝阳区劳动争议仲裁委员会裁决驳回了程某的请求，程某不服，起诉至法院。

各方观点

上诉人（原审原告）程某观点：我于2011年9月3日入职金玺特卫保安公司，双方约定有明确的工资标准，虽然金玺特卫保安公司没有和我签订劳动合同，也没有给我缴纳社会保险，但金玺特卫保安公司为我办理过暂住证，我提交的工作记录、巡查记录、书面证言等也可以证明我和金玺特卫保安公司之间存在劳动关系。金玺特卫保安公司应向我支付拖欠工资、未签订书面

劳动合同双倍工资差额、加班费、解除劳动关系赔偿金等。

被上诉人（原审被告）金玺特卫保安公司观点：程某从来没有在我公司工作过，我公司没有和他签过劳动合同，也没有给他上过社会保险，他提交的工作记录、巡查记录、书面证言等证据都是伪造的，因此我公司与程某之间不存在劳动关系。程某要求我公司支付拖欠工资、未签订书面劳动合同双倍工资差额、加班费、解除劳动关系赔偿金等，均没有事实依据。

法院观点

一审法院经审理认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的由负有举证责任的当事人承担不利后果。程某主张其与金玺特卫保安公司存在劳动关系，但就其主张提交的巡查记录及工作记录系手写且没有金玺特卫保安公司公章，亦未体现与金玺特卫保安公司关联性，证人未出庭接受质证，程某亦未提交证人身份证明，程某申请调取的报警记录亦无法证明程某与金玺特卫保安公司之间存在劳动关系。综上，程某现有证据不足以证明其与金玺特卫保安公司之间存在劳动关系，其对金玺特卫保安公司各项诉讼请求，法院难以支持。故判决：驳回程某的诉讼请求。

北京市第二中级人民法院经二审审理认为：依照法律规定，当事人在参加诉讼过程中，有如实陈述事实的义务。当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。在劳动争议诉讼中，与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。本案，程某在原审期间即主张自己被金玺特卫保安公司安排在北京聚庆斋食品有限公司担任保安，金玺特卫保安公司在原审期间未就该公司是否曾向北京聚庆斋食品有限公司派遣保安的事实进行如实陈述，导致原审法院在此部分事实的认定上缺失，现二审法院为全面查清事实，同时考虑到程某从北京聚庆斋食品有限公司调取证据确实存在困难，故二审法院依程某申请向北京聚庆斋食品有限公司调取了保安服务合同并向北京聚庆斋食品有限公司保卫科长张某进行了询问。因调取的保安服务合同显示金玺特卫保安公司确有向北京聚庆斋食品有限公司派遣保安的事实，且北京聚庆斋食品有限公司保卫科长张某亦陈述了金玺特卫保安公司派遣程某至北京聚庆斋食品有限公司担任保安的事实，故金玺特卫保安公司应就其关于未安排程某至北京聚庆斋食品有限

公司担任保安工作的主张承担举证责任，但金玺特卫保安公司未完成其举证责任，应承担不利后果。故二审法院结合现有证据采信程某关于2011年9月3日入职金玺特卫保安公司担任保安的主张，确认程某与金玺特卫保安公司之间存在劳动关系。原审法院认定金玺特卫保安公司与程某之间不存在劳动关系，与事实不符，二审法院对原审判决予以撤销。

程某主张其月工资标准为1400元+伙食费270元，但未就此提供相应证据，金玺特卫保安公司作为用人单位亦未就此提供相应证据，故二审法院依照北京聚庆斋食品有限公司保卫科长张某所陈述的基本工资1200元+饭补240元认定程某的月工资标准。用人单位应自用工之日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同，现金玺特卫保安公司未向本院提供曾与程某签订书面劳动合同的证据，程某要求金玺特卫保安公司支付2011年10月3日至10月31日未签订书面劳动合同双倍工资差额，于法有据，二审法院予以支持，具体数额由二审法院核定。程某要求金玺特卫保安公司支付2011年9月3日至9月30日未签订书面劳动合同双倍工资差额，于法无据，不予支持。劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。程某主张其在金玺特卫保安公司工作期间存在双休日加班及中秋节加班的情况，但其提供的工作记录、巡查记录并不完整，真实性亦无法核实，证人郑某的书面证言未明确显示程某有双休日加班及中秋节加班的情况，且郑某并未出庭作证，因此二审法院认为程某提供的证据不足以证实其所主张的加班事实。对其要求金玺特卫保安公司支付双休日加班工资及中秋节加班费的上诉请求，不予支持。根据已查明事实，金玺特卫保安公司已经向程某支付了2011年9月工资，程某虽主张金玺特卫保安公司拖欠其2011年9月伙食费（饭补），但未就此提供相应证据，故对其要求金玺特卫保安公司支付2011年9月伙食费的上诉请求，不予支持。金玺特卫保安公司未提供证据证明已经向程某支付了2011年10月伙食费（饭补），且北京聚庆斋食品有限公司保卫科长张某亦陈述金玺特卫保安公司仅向程某发放过一个月的工资，因此程某要求金玺特卫保安公司支付2011年10月伙食费（饭补），于法有据，予以支持。因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。程某主张2011年11月1日至2011年11月9日期间被金玺特卫保安公司调至天玉大厦工作，金玺特卫保安公司虽对此否认，但未提供相应证据，故应采信程某该项主张。金玺特卫保安公司未提供证据证明向程某发放了上述期间的工资，故程某要求金玺特卫

保安公司支付上述期间工资的诉讼请求，予以支持。程某主张金玺特卫保安公司于2011年11月10日将其强行赶出工作岗位，金玺特卫保安公司未就此举证，二审法院即采信程某的主张，程某要求金玺特卫保安公司支付解除劳动关系赔偿金700元，不超过法定标准，予以支持。据此，二审法院依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、《中华人民共和国合同法》第十条、第八十二条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（三）项之规定，作出判决：一、撤销北京市朝阳区人民法院（2012）朝民初字第06175号民事判决；二、北京金玺特卫保安技术服务有限公司于本判决生效后七日内给付程某2011年10月3日至2011年10月31日未签订书面劳动合同双倍工资差额1191.72元；三、北京金玺特卫保安技术服务有限公司于本判决生效后七日内给付程某2011年10月1日至2011年10月31日期间伙食费240元；四、北京金玺特卫保安技术服务有限公司于本判决生效后七日内给付程某2011年11月1日至2011年11月9日工资463.45元；五、北京金玺特卫保安技术服务有限公司于本判决生效后七日内给付程某解除劳动关系赔偿金700元；六、驳回程某其他诉讼请求。

法官点评

本案主要的争议焦点是：用人单位与劳动者未签订劳动合同的情况下，劳动者主张双方存在事实劳动关系，用人单位又否认与劳动者存在事实劳动关系，应当如何确认双方之间是否存在劳动关系？此类案件一直是劳动争议案件中的审理难点。要解决此类案件，首先要分析认定事实劳动关系的主要依据。《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）规定：“一、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。……”按照上述规定，用人单位和劳动者建立劳动关系主要条件有：（1）用人单位具有法律、法规规定的主体资格，即我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。此外，国家机关、事业单位、社会团体也可以与劳动者建立劳动关系。

但公民个人雇佣他人的，应属雇佣关系，而非劳动关系。（2）劳动者具有法律、法规规定的主体资格，即劳动者需要年满16周岁，未达到法定退休年龄，且需要具有劳动权利能力和劳动行为能力。（3）用人单位依法制定的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，即劳动者按照用人单位的劳动规章制度接受用人单位的管理。（4）劳动者从事用人单位安排的有报酬的劳动，即劳动者为用人单位提供劳动是有对价的劳动报酬的情形。（5）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组织部分，即劳动者提供的劳动必须与用人单位业务相关。

劳动者一方提供的可以认定劳动关系的主要证据：（1）盖有用人单位公章的工作证、服务证等工作证件；（2）用人单位工服；（3）劳动者在用人单位工作时的视听资料；（4）劳动者在用人单位工作期间形成的工作资料；（5）证人可以证明其是用人单位劳动者的前提下提供的证人证言；（6）用人单位为劳动者缴纳社保的记录；（7）工资打卡记录；（8）用人单位制定的盖有公司公章或者管理人员签字确认的工资表、考勤记录；（9）用人单位为劳动者办理的暂住证；（10）第三方出具的可以证明双方劳动关系的证据；（11）其他证据。用人单位一方提供的可以否认劳动关系的主要证据：（1）经过备案的工资支付凭证；（2）经过备案的职工花名册；（3）考勤记录；（4）双方签订的劳务关系协议等书面证据；（5）其他证据。

是否存在事实劳动关系关系到用人单位和劳动者的切身利益，法院在认定劳动关系时要本着慎重、负责的态度进行调查取证，在查清事实的基础上认定劳动关系。（1）对来自于第三方的证据，如暂住证等，应向发证机关进行调查取证，确认其真伪；（2）对劳动者提供的盖有用人单位公章的工作资料、工作证、服务证、职工工资表、职工花名册、工资支付凭证等，应询问用人单位是否申请真伪鉴定，如果用人单位申请鉴定的，应当进行鉴定；（3）劳动者申请调取工资等款项银行打款详细记录，且提供了证据线索的，人民法院认为与本案事实有关联关系的，应当予以调取；（4）特殊行业，如出租车行业、导游行业、律师行业等，必要时可以到行业主管部门进行调查取证。

在劳动者有证据证明为用人单位提供了劳动的，法院还应排除其他法律关系之后再认定是否形成劳动关系，如雇佣关系、劳务关系、委托关系、居间关系等。本案中，金玺特卫保安公司与程某均符合法律法规规定的主体资格。程某提供了地址为北京聚庆斋食品有限公司的暂住证并以无法取证为由申请法院前往调查取证，人民法院通过调查取证程序调取了金玺特卫保安公

司与北京聚庆斋食品有限公司之间的保安服务合同，且北京聚庆斋食品有限公司明确证明金玺特卫保安公司曾向该公司派遣程某担任保安的事实，因此，程某系接受金玺特卫保安公司的劳动管理，其提供的劳动是金玺特卫保安公司业务组成部分，应当认定程某与金玺特卫保安公司之间形成事实劳动关系。

(刘立军 窦江涛)

二、建筑行业事实劳动关系认定的“双因素”考量

关键词：建筑行业事实劳动关系合意因素，从属性因素

问题提出：当前建筑行业普遍存在的违法分包、非法转包、资质挂靠等现象，这些情形下，由实际施工人招用的建筑工人如主张与承包人存在事实劳动关系，如何进行司法认定？是仅以从属性因素为标准，还是引入合意因素考量？

案件名称：巢湖市恒达建筑劳务有限公司与朱某劳动争议案

审理法院：一审法院为北京市丰台区人民法院，案号：（2013）丰民初字第10509号；二审法院为北京市第二中级人民法院，案号：（2014）二中民终字第01527号。

法院观点：建筑行业中，在建筑工人与承包单位未签订劳动合同的情况下，要判断双方是否存在劳动关系，应结合双方是否存在建立劳动关系的“合意”、工资支付以及具体工作情况等因素进行综合认定。

案情简介

上诉人（原审原告）：巢湖市恒达建筑劳务有限公司

被上诉人（原审被告）：朱某

恒达建筑公司承包了解放军三〇七医院三防应急综合楼项目，朱某在该项目做拆模工作。诉讼中，恒达建筑公司提交内部班组劳务承包协议、段某承诺书、2012年6月29日结算单、2012年8月1日结算单加以佐证。上述内部班组劳务承包协议系2011年7月18日恒达建筑公司项目经理赵某与段某签订的，约定将解放军三〇七医院三防应急综合楼东楼的模板工程等内容承包给段某。承诺书中段某称木工班组所有木工活钱账已全部结清，朱某的脚步被