



劳动争议

LAO DONG ZHENG YI 75 AN

75 案

北京市海淀区人民法院民事审判一庭 编

主 编: 张家麟

副主编: 马 军 沈丹丹

资深法官亲判亲解 司法疑难全面解惑

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D922.591/23

2008



劳动争议

LAO DONG ZHENG YI 75 AN

75 案

北京市海淀区人民法院民事审判一庭 编

主 编: 张家麟

副主编: 马 军 沈丹丹

撰稿人:(以姓氏笔划为序)

马千里 王 锰 汤苏莉

张家麟 李盛荣 庞 松

贾冬梅

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议 75 案/张家麟主编;北京市海淀区人民法院民事审判一庭编. —北京:中国法制出版社, 2008. 4
(疑难案例法官判解)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0468 - 6

I. 劳… II. ①张…②北… III. 劳动争议 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D922. 591. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 047163 号

疑难案例法官判解——劳动争议

YINAN ANLI FAGUAN PANJIE —— LAODONG ZHENGYI

主编/张家麟

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 4 月第 1 版

印张/10.5 字数/229 千

2008 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0468 - 6

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

出版说明

司法实践的复杂和鲜活，在审判过程中体现得尤为明显。解决争议、适用法律必须准确找到“法眼”。法官亲历亲判各种案件，运用智慧、经验定分止争，对法律的空白点、应用的疑难、争议解决途径的多元化了然于胸。大量审判实践的锤炼，使得有经验的法官能迅速抓住判案的“法眼”，准确高效地裁判案件。在此，他们将多年来通过对审判工作思考、积累、提炼所积淀下的对案件“法眼”的判断凝结成文，形成了“点法眼”丛书，首先推出“疑难案例法官判解”系列。

一、关于问题点的选取

“前沿”、“疑难”、“法律空白”、“法律热点”，即所谓法律工作者经常遇到的“棘手问题”，是本书筛选问题点的标准。基本上，一个问题点引领一个案例和法官点评，但由于案件事实的复杂性，法官在对同一问题的事实认定和案件定性直至法律适用上可能会有不同的处理结果。对此，本书进行了归纳，对于同一问题点基于事实认定的不同而有不同裁判结果的，仍归结于同一问题点之下。

二、关于案例的选取

“典型性”、“真实性”、“针对性”是本书筛选案例的标准。本书选取的案例均为法官亲历亲判的真实案例，除对案件的当事人作了隐名处理外，基本保持案例原貌。案例本身在反映案件的疑难以及同类型案件的一般处理结果上具有高度典型性，

并针对疑难问题点进行了深度剖析。

三、关于本书的作者

本书的作者均是来自北京市海淀区人民法院的一线办案法官，其中不乏宋鱼水这样的法官楷模，更多的是默默无闻战斗在审判一线的资深法官。每年数以万计的疑难繁杂且类型众多的民事案件，锻炼形成了他们果断高效的审判思维、辨法析理的裁断艺术和化解纠纷的法官智慧。他们将多年的经验和智慧从繁杂的案件中一一升华、呈现，这也是本书能够与众不同的重要原因。

四、关于本书的体例

“总结”和“提炼”是贯穿本书体例设计的宗旨和核心。
【标题】简洁凝炼，方便读者查找疑难问题点；【问题的提出】根据案件对疑难问题点进行展开，将问题点具体化、鲜活化，并引申归纳同类问题；【理论通说】陈述问题点涉及的法律规定、归纳总结司法实践中的通常做法；【案例】陈述案件事实、双方诉辩和审判结果；【疑难点评析】针对案件、结合审判过程将疑难案件的处理逐点展开，并对审判过程中出现的不同意见进行点评，归纳总结同类案件的处理方法。

中国法制出版社
二〇〇八年四月

序

我们的法官们扎根于海淀法院这片沃土之上，承载着数以万计疑难繁杂、类型众多的民事案件，也承载着民众在追求公正裁判维护自身权益时的种种诉求。在数量上，我们有着年收结案超过5万件的案件量，这不仅是惊人的数字，还给法官们提供了一个舞台，锻炼他们要用最果断最高效的方式，解决每一一起纠纷；在类型上，我们有着涉及民事各种类型的案件，而且不断涌现出一一起“首例”，这不仅仅是庞大的案例库，更给法官们提出了许多挑战，锻炼他们要用最细致最慎密的思路，判断每一一起案件。

民事法官们在繁重的工作中运用法官的智慧，不断思考，用业余时间，笔耕不辍，集腋成裘，年复一年我们不断的办案、读书、思考，并最终将这种思考结果凝集于笔端，流淌成文字。如果我们认同法律的生命在于经验，如果我们能够从数万件案件的厚重中升华，如果我们承认法律的实现在于法官的思辨，那么我们将把自己精心的裁判呈现，将把法官裁判时思考的过程剖析，于是这本书就摆在了读者面前。有人说法官在法台上的风采是属于庄重、威严与沉默的，那么正因如此，解读法官沉默背后的思考才尤为重要，法官们自己精心的解读，正是要让每位读者分享这审判智慧之喜悦，在此，我愿与我的法官同行们共勉。

张家麟

（高级法官 海淀法院副院长）

目 录

一、劳动关系的认定

- 1 没有签订劳动合同，如何认定劳动关系？
- 8 如何区分劳动关系与劳务关系？如何适用法律？
- 12 如何区分劳动者另行就职是解除劳动关系还是受单位派遣？
- 18 企业改制是否影响劳动关系？劳动者与被派遣单位能否建立劳动关系？
- 22 出租车司机与运营公司是劳动关系还是承包关系？
- 27 用人单位聘用退休人员，建立的是劳动关系还是劳务关系？劳动报酬如何确定？
- 31 劳动者在企业承包经营期间发生劳动争议应如何处理？
- 34 劳动合同期满后没有续签，如何认定劳动关系是否存在？
- 38 没有劳动合同，只有人事关系的存档协议，如何认定是否存在劳动关系？
- 42 劳动者持伪造学历应聘并签订劳动合同，如何认定双方责任？解除劳动合同时劳动者能否获得经济补偿金？
- 47 企业改制后是否需要重新订立劳动合同？
- 49 超过法定退休年龄的外籍人员能否与国内企业建立劳动关系？
- 51 未约定劳动合同期限可否约定试用期？

2 疑难案例法官判解——劳动争议

- 55 用人单位在签订劳动合同前向劳动者收取的培训费、风险基金、抵押金属于什么性质？不缴纳这些费用是否影响劳动合同成立？
- 59 劳动者实际入职的时间与劳动合同签订的时间不一致的，应如何认定？
- 62 在职研究生是否具有劳动者的主体资格？
- 65 签订无固定期限劳动合同需具备哪些条件？

二、劳动合同的效力

- 69 劳动者可否与两个用人单位建立双重劳动关系？劳动合同无效时劳动报酬如何计算？
- 79 无效劳动合同的确认标准及其处理方法

三、劳动合同的履行

- 83 如何认定用人单位考核制度的合法性？
- 88 如何认定用人单位变动劳动者工作岗位的正当性？
- 93 劳动合同是否适用合同相对性原则？劳动者作为善意第三人能否主张劳动报酬？
- 99 劳动合同约定的违约金有无上限？
- 102 用人单位的规章制度未向劳动者公示，能否对劳动者发生效力？
- 105 用人单位以不胜任工作为由变换劳动者工作岗位的，如何认定“不胜任工作”？
- 110 用人单位针对劳动者作出的职位任免决定是否属于法院的受理

范围？

四、劳动关系的解除与终止

- 117 劳动者单方解除劳动合同有没有条件限制？
- 121 劳动者于劳动合同期限内与用人单位签订的“委托经营合同”性质如何认定？劳动者提前解除劳动合同的，用人单位是否有权向劳动者追索违约金？
- 127 试用期解聘是否有条件限制？
- 132 劳动者被迫提前解除劳动关系是否应受到补偿？
- 137 用人单位与劳动者就解除劳动合同条件达成协议，双方可否主张该协议无效或变更？
- 140 如何认定劳动者的行为是否违反用人单位劳动纪律？
- 143 用人单位与劳动者补签劳动合同，但双方达不成一致的，可否解除劳动关系？
- 149 工伤职工能否单方解除劳动合同？
- 152 无固定期限的劳动合同能否提前解除？
- 155 用人单位降低工资标准劳动者能否解除劳动合同？
- 158 用人单位收取离职违约金后能否将劳动者除名？
- 161 用人单位违约在先劳动者是否需承担离职违约金？
- 163 劳动者领取解除劳动合同经济补偿金的行为是否表示对解除劳动合同通知书的认可？
- 167 劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可否解除劳动合同？是否还须支付经济补偿金？
- 171 未经法定程序送达的解除劳动合同通知能否发生法律效力？
- 174 开除决定是否必然终止劳动关系？

4 疑难案例法官判解——劳动争议

184 劳动合同终止日期如何确定？

五、劳动报酬

189 用人单位根据考核结果降低劳动者工资，是否属于变更劳动合同？

193 提成是否属于工资范畴？劳动者应如何用人单位主张提成的权利？

197 如何计算劳动者的加班工资？

六、劳动保障

200 工伤保险待遇与人身损害赔偿是否可以兼得？

204 终止或解除劳动关系后被确诊为职业病的无业人员，应由何人承担工伤保险责任？

208 《工伤保险条例》是否适用于雇佣关系？

212 用人单位不按规定为劳动者缴纳社会保险，劳动者可否解除劳动合同？

215 社会保险能否折合成现金支付？

七、竞业限制与保守商业秘密

219 员工辞职是否必须签订竞业禁止协议？

222 劳动者违反保密义务或竞业禁止义务的，应承担什么法律责任？

228 劳动者的保密义务是否有期限？能否约定竞业禁止补偿金在劳

动关系存续期间支付?

八、档案保管与移转

- 233 解除劳动合同后用人单位不及时转移劳动者的档案应承担什么责任?

九、妇女、儿童权益保护

- 238 女职工产假后用人单位不安排工作的,女职工能否要求解除劳动合同?用人单位是否应当支付经济补偿金?
- 243 女职工在孕期、产期、哺乳期内劳动合同到期,用人单位能否与其终止劳动合同?
- 246 用人单位使用童工致伤、致残的,应如何承担赔偿责任?

十、医疗期

- 250 如何认定医疗期?劳动者在医疗期内享有何种权利?
- 255 患精神疾病劳动者医疗期与劳动合同到期应如何计算?

十一、人事争议

- 259 人事争议案件中当法院受案范围与仲裁受理范围不一致时,应如何处理?
- 263 如何确认人事关系的延续或者变更?
- 269 工作人员辞职,但用人单位未办理相关手续的,是否导致辞职无效?

6 疑难案例法官判解——劳动争议

272 如何区分人事关系与劳动关系？

十二、退休争议

277 劳动者如何主张退休待遇？

281 用人单位未及时办理退休职工转出手续，是否应赔偿相应的损失？

284 超过法定退休年龄退休的职工能否要求用人单位支付解除劳动关系的经济补偿金？

十三、劳动争议案件的诉讼时效

287 劳动争议仲裁时效可否延长？

十四、劳动争议案件的证据及举证责任

293 网上电子记录的证据效力

299 如何认定公司董事长签批文件的法律效力？

306 劳动争议案件中，哪些情形下用人单位承担举证责任？

310 劳动者自动离职的举证责任由用人单位承担

315 单位负责人员的意思表示能否代表单位？

318 在提成工资争议案件中举证责任应如何分担？

321 劳动者主张加班工资应承担举证责任

一、劳动关系的认定

没有签订劳动合同，如何认定劳动关系？

• 问题的提出 •

劳动法和劳动合同法都规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。但实践中并非所有的用人单位与劳动者之间都依法签订了劳动合同，在劳动合同法生效之前有事实劳动关系一说，而劳动合同法明确规定，只要存在实际用工，就认定劳动关系存在。所以，认定劳动关系存在只是个认定标准和举证的问题。

理论通说

认定劳动关系的基本标准应为用人单位与劳动者之间实际存在着管理与被管理、指挥与被指挥、监督与被监督的关系。辅助标准为：1. 用人单位向劳动者支付劳动报酬；2. 用人单位提供劳动条件；3. 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（2005

年5月25日劳社部发〔2005〕12号)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。用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;(三)劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录;(四)考勤记录;(五)其他劳动者的证言等。上述规定是有明确法律规定的认定劳动关系的标准。

案 例

尚某于2005年3月19日到伟业公司从事空调安装的工作,双方并未签订劳动合同,口头约定的工资标准为每月600元,因伟业公司未向尚某支付2005年4月至8月的工资,尚某向劳动争议仲裁委员会提出申诉,仲裁委员会以尚某无证据证明其与伟业公司存在劳动关系为由,驳回了尚某的申诉请求,尚某不服仲裁裁决向法院提起诉讼,要求确认其与伟业公司存在事实劳动关系,并要求伟业公司按照约定的工资标准向其支付工资。

伟业公司辩称,我单位从来没有招聘过尚某,尚某与我单位根本不存在劳动关系,故不同意尚某的诉讼请求。

经查,2005年3月伟业公司作为招工单位在职介中心进行了登记,并且作为用人单位参加了职介中心举办的招聘会。尚某主张,就是在招聘会上被伟业公司录用,招聘时伟业公司的负责人是张某,此后一直是在张某的管理下为伟业公司工作。伟业公司否认公司内

有张某这个人，依据尚某的申请，法院到职介中心调取了伟业公司在职介中心的招工登记表，登记表中加盖了伟业公司的公章，联系人正是张某，招聘的工种为空调安装工。尚某就其为伟业公司工作的主张还向法院提交了照片、胸卡等证据，照片是尚某和同事的合影，尚某身着印有“伟业公司”字样的工作服；胸卡中印有“TCL空调”的字样，姓名为尚某。

法院审理认为，尚某主张伟业公司派遣张某对其进行招聘和日常管理，伟业公司否认上述事实，根据招工登记表的内容，尚某的主张与该证据能够相互印证，综合照片、胸卡等证据，法院最终认定伟业公司与尚某存在事实劳动关系，支持了尚某索要工资的诉讼请求。

疑难点评析

一、认定用人单位与劳动者之间是否存在劳动关系首先应把握劳动关系的本质特征

1. 劳动关系既有法律上的平等性，又具有实现这种关系的隶属性。

(1) 兼有平等关系和隶属关系。平等性是由劳动力市场上等价交换原则决定的，表现在劳动者向用人单位提供劳动或服务，用人单位向劳动者支付劳动报酬，双方之间形成的是一种等价有偿的关系。但这种平等性只是体现在劳动关系建立的过程中，双方是否建立劳动关系以及劳动关系的条件、内容可在平等自愿、协商一致的基础上确定。劳动关系建立后，劳动者与用人单位之间的平等关系即宣告结束，劳动者作为用人单位的职工必须服从用人单位的支配或指挥，必须遵守用人单位的各项规章制度，此时双方形成了管理与被管理、领导与被领导的关系。

(2) 兼有人身关系和财产关系。人身关系一般指“与人身不可分离的没有财产内容的权利义务关系”。劳动者提供劳动力，用人单位向其支付工资，作为交换物的劳动力也是一种财产，其财产所有权属于劳动者。然而这种财产关系仅仅是存在于劳动关系建立的过程中，此时劳动者能够自由处置自己的劳动力，即劳动者可以独立自主的决定是否与用人单位建立劳动关系，劳动关系一旦建立，这种财产关系就转化成了人身关系，劳动者也不再是独立的财产所有者。由于劳动者的劳动力无法与劳动者相分离，所以劳动者在付出劳动力的同时，自身必须接受用人单位的支配和指挥。

2. 劳动关系具有在社会劳动过程中形成和实现的特征。劳动过程是劳动关系产生的前提和基础，没有劳动过程，便不可能产生劳动关系，用人单位与劳动者形成劳动关系，其目的在于实现劳动过程，为社会生产或社会产品提供服务。否则，劳动关系的存在就失去了其价值和意义。这就要求劳动关系建立后，劳动者必须加入到用人单位的生产和工作中去，成为该单位的一名职工，对内享受本单位职工的权利，承担本单位职工的义务。用人单位作为生产经营活动的组织管理者，在要求劳动者完成工作任务的同时，必须为劳动者提供相应的劳动条件，这些劳动条件包括生产场所、机器设备、劳动工具以及劳动保护用品等。

3. 劳动关系具有国家意志为主导、当事人意志为主体的特点。国家意志是劳动关系较之其他关系的突出特点，国家之所以干预劳动关系，是由劳动关系隶属性的特点决定的，劳动关系的建立如果仅凭借劳动者与用人单位双方自由签订契约，必然会因双方身份和地位的不平等而形成一种不平等的契约关系，为保护劳动者的权益，保障社会的基本公正与秩序，法律必须对此加以干预和限制。所以劳动关系是按照劳动法律规范和劳动合同约定综合形成的，它必须符合国家意志并以国家意志为指导。

通过劳动关系的上述特点我们可以看出，由于劳动关系建立的目的在于实现劳动过程，为社会生产或社会产品提供服务，所以要求劳动者必须加入到用人单位的生产和工作中去，此时用人单位与劳动者之间就形成了管理与被管理的关系，形式上的平等关系和财产关系转变为了实际上的隶属关系和人身依附关系，劳动者也就必然要在劳动关系中处于弱者的地位。国家为了保证劳动者的合法权益，维护社会秩序，必然要对此加以干预和限制。根据以上分析可以知道，正确把握这种身份上的隶属性就是认定劳动关系的关键。

二、认定劳动关系的具体标准

在学术界，对于劳动关系的认定标准存在两种理论。一是控制标准论，按照这种理论，劳动者必须服从用人单位，遵守用人单位的劳动纪律和各项规章制度，用人单位有权监督劳动者的工作。二是组织标准论，它以劳动者的工作是否为用人单位的业务组成部分作为标准，如果一个人的工作是单位业务的组成部分，可以认定双方形成劳动关系。笔者认为控制标准论更能体现劳动关系隶属性的本质特点，也比较容易把握和理解。而业务关系比较抽象，是否属于单位的业务组成部分有时难于判断，例如在一个生产电视机的企业中，直接投入到电视机生产、销售环节中的劳动者与企业形成劳动关系并不难判断，但企业中可能还会有清洁卫生人员、食堂的厨师、安全保卫人员，这些人员的工作与企业业务的关联性较为松散，从业务关系上认定劳动关系就变得较为困难了。在司法实践中认定劳动关系还应达到准确性和便于操作的要求，准确性要求认定劳动关系的标准能够集中体现劳动关系的特点，使劳动关系与其他关系相区别；便于操作则要求该标准不应是抽象的，而应具体明确，便于掌握。

笔者认为认定劳动关系的基本标准应为用人单位与劳动者之间实际存在着管理与被管理、指挥与被指挥、监督与被监督的关系。