

劳动合同的订立

劳动合同的解除

劳动合同

劳务派遣

工时制度

岗位禁止行为

工资、加班费

社会保险

特殊群体

职业病

工伤

劳动争议

大律师

专家律师说法系列

劳动律师

LAO DONG LU SHI YI AN SHUO FA

以案说法



庞标 著

中央电视台《法律讲堂》栏目

劳动维权系列 主讲律师

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

劳动律师

LAO DONG LU SHI YI AN SHUO FA

以案说法

庞标 著

中央电视台《法律讲堂》栏目

劳动维权系列 主讲律师

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动律师以案说法/庞标主编. —北京: 中国法制出版社, 2008. 2

(专家律师说法)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0419 - 8

I. 劳… II. 庞… 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 019063 号

劳动律师以案说法

LAODONG LUSHI YIAN SHUOFA

主编/庞标

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 3 月第 1 版

印张/11.25 字数/220 千

2008 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0419 - 8

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: 66010493

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

前 言

25年前，我在大学读法律系的时候，劳动法是在大学里很少专门讲授的课程。在当时，只有专门从事劳资管理的人才对劳动政策、规定略知一二。我的父亲就是一位从事了一辈子劳资管理的国企干部，但是和很多他的同行一样，直到退休也并不了解劳动法。劳动法在当时还不成体系，直到1995年1月1日《中华人民共和国劳动法》的实施，以及后来一系列相关政策、规定的出台，才使得对劳动法律理论和实务的研究日趋完善，劳动法律体系建设也日趋成熟。

1997年，南开大学法学系责成我编写非法学专业必修公共课《法律基础》教材，在设计《法律基础》这本教材体例时，我便利用主编特权，强行突破了教育部大纲要求，加上了劳动法一章共十节，这是我在理论上了解劳动法的开始。1998年一家大型中韩合资企业找到我，邀请我为他们担任劳动人事部法律顾问，这逼得我认真研习劳动法和与其相关的一些法律，更重要的是使我不得不去接触那些令人头痛的法规、政策，这使我在实务中真正了解了劳动法，也使得我与劳动法律实务结下了不解之缘。

2007年，我应邀到中央电视台十二频道《法律讲堂》栏目做主讲人，受命主讲的系列正是——《劳动维权录》，本书大部分内容是根据我在《法律讲堂》上讲解的案例整理的。但是《法律讲堂》讲的是以法说案，注重的是案例故事，而在本书中我力求的是以案说法，精简了故事情节，花了更多的篇章来阐述法律问题，汇集了我与同事们多年的办案经验。另外，此书还吸

收了一些律师同仁在工作中承办的案例。

2008年1月1日,《劳动合同法》、《就业促进法》正式实施前后,全国掀起了解除劳动合同、签订劳动合同的高潮。许多新的情况已经超出了立法者的想像。因此,全国总工会率先发表声明,呼吁保护劳动者的合法权益。全国人大、国务院、最高人民法院也都在抓紧制定各种补充规定、司法解释等。与此同时,《劳动争议调解仲裁法》也相继出台,2008年5月1日正式实施。劳动法必将成为2008年最热门的法律。

本书就是在这种背景下编写的。本书与其他讲解劳动法相关案例的不同之处在于,我们将案情分析分为三个部分:“以案说法”以法律逻辑来清晰地分析案件中颇具争议的焦点,希望能起到拨云见日的效果;“专家意见”中结合我国目前的立法现状,深刻剖析其立法本意;“策略提醒”则是这本书的点睛所在,它教授给劳动者和用人单位在面对这种问题时最简单与最直接的解决方式,免得又走了冤枉路。

在本书的编写过程中,得到了我律师所各位同仁的大力支持。确切地讲,这本书应该是我所全体律师和助理共同完成的。另外,广西大学法学院的毕业生冯敬之同学帮助我寻找了部分案例素材,南开大学滨海学院律师专业的冯时、李婷同学帮助我完成了文字校对工作,在此一并致谢。

庞 标

2008年2月

● 作者简介 ●

庞标，男，1963年10月出生。北京庞标律师事务所主任。高级律师、法学教授、政协委员。

1981年入南开大学法学系，毕业后留校任教。1986年开始在律师事务所实习，1988年通过全国首届律师资格考试。从此一边在高等学府任教，一边做兼职律师，办理了大量刑事、民事案件。1998年辞职，创办合作制律师事务所——天津长缨律师事务所。2004年，转入北京执业。

多次被评为优秀律师、文明律师、人民满意律师。2001年被司法部、全国律协、中央电视台联合评为全国首届荣誉律师。2005年荣登中国律师风云榜。2006年，《3·15年度报告》中被评为“2005年度全国十大最令人感动的维权人物”。2007年初被《新世纪周刊》评选为“2006年度人物”。

目 录

第一篇 劳动合同

一、劳动合同的订立

1. 26 年的临时工——拥有事实劳动关系的员工的待遇 … (3)
2. 打工族的老板梦——无固定期限劳动合同的订立 …… (11)
3. 反悔的录用通知——录用通知单的效力 …………… (19)
4. 另投“明主”——雇用非法跳槽员工的连带责任 … (28)
5. 骗子合同——欺诈合同自始无效 …………… (34)
6. 二次试用引发的争议——续签劳动合同所引发
的问题 …………… (42)
7. 筷子恩怨——什么是竞业限制 …………… (48)

二、劳动合同的解除

8. 冲动的代价——受到刑事处罚而解除劳动合同 …… (55)
9. 苦命鸳鸯——单位在什么条件下可以单方面解除
劳动合同 …………… (63)
10. 裁员变奏曲——经济性裁员的方法 …………… (71)

第二篇 特别规定

一、集体合同

11. 同一岗位的不同待遇——集体合同的规定 …… (83)

二、劳务派遣

12. 变了味的劳务派遣——劳务派遣的相关问题 (93)

三、工时制度

13. 失业的人事经理——不定时工时制度岗位
如何认定 (100)
14. 保洁员的权益——非全日制用工中的种种
法律问题 (109)

四、单位禁止行为

15. 办假证的真博士——单位无权扣留员工学位证 (117)
16. 档案能值多少钱——单位解除劳动合同后义务 (124)

第三篇 福利待遇

一、工资、加班费

17. 巧索欠条——督促程序中的支付令 (133)
18. 50万奖励该不该给——老板的允诺是否可以收回 ... (142)
19. 退休后的烦恼——单位扣除员工工资的规定 (152)

二、退休金

20. 失踪的杨老汉——退休人员失踪后养老金的发放 ... (161)

三、医疗期

21. 医疗期里的铁饭碗——医疗期内劳动合同到期如
何处理 (170)

第四篇 劳动保护

一、特殊群体

22. 断臂少年——“童工工伤”如何认定 (181)
23. 偷着生的孩子——孕期女工的特殊保护 (191)

二、职业病

24. 我得了职业病——职业病病人的权利…………… (200)

第五篇 工伤

25. 到底怎么赔偿我——雇佣关系与劳动关系的区别 … (211)
26. 绕路回家惹的祸——绕路回家路上出车祸是否
 认定为工伤…………… (220)
27. 得不到赔偿的工伤事故——工伤的认定…………… (230)
28. 飞来横祸——工伤纠纷的仲裁与诉讼程序…………… (239)

第六篇 劳动争议

29. 法律不管，单位规章管——规章制度能否成为劳动
 纠纷的处理依据…………… (247)
30. 失业的仓库管理员——劳动法上请求权与民法上请
 求权之程序竞合的选择…………… (257)
31. 集体离婚的女工们——劳动纠纷中的举证责任…………… (268)

第七篇 其他

32. 劳动关系与公房——解除劳动关系后，优惠购买的
 公房是否要还给单位…………… (279)
33. 内退的打折待遇——内退和退休的区别…………… (286)
34. 雇员撞车雇主赔——雇主责任及雇主向雇员的求
 偿权…………… (292)
35. 涉外劳动纠纷谁来管——我国劳动法的调整范围 … (301)

附录

中华人民共和国劳动法	(313)
(1994 年 7 月 5 日)	
中华人民共和国劳动合同法	(326)
(2007 年 6 月 29 日)	
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	(343)
(2007 年 12 月 29 日)	

第一篇 劳动合同

劳动合同的订立是劳动关系中永远的主旋律,“难订立”、“订难立”是主要的问题。用人单位往往以各种借口不与劳动者签订劳动合同,或者即使签订了也难以执行。我国新实行的《劳动合同法》就在很大程度上保障了劳动者的权利,它对于劳动合同订立的规定更加规范和严谨。

劳动合同的解除过程是劳动者的正当权益最容易受侵犯的时候,因此我们使用了几十个案例将单位可以无条件解除劳动合同和有条件解除劳动合同的情况细化,让大家可以更明了。另外,《劳动合同法》相较于《劳动法》在经济性裁员的问题上做了更多的说明,因此,我们也使用了一个案例来分析在经济性裁员中出现的问题。



一、劳动合同的订立

I

26 年的临时工—— 拥有事实劳动关系的员工的待遇

【律师说案】

赵师傅今年 52 岁了，年轻的时候到一家电力公司干了临时工，电力公司派他到档案室管理档案，没想到这一干竟是整整 26 年。劳动体制改革的时候，赵师傅也想过转正，也曾经找领导努力过。可是，因为赵师傅的学历不高，加上又是辅助性岗位，不那么重要。领导告诉他，能留着他就不错了，别再想转成正式工。赵师傅一听这话，知道自己没戏了，也就没再去找。赵师傅也想过换一份工作，可是他为人真诚，工作认真，和周围领导同事关系处得也好，再加上年纪渐渐大了，再找别的工作也不容易。所以，一晃 26 年，赵师傅就这么干下来了。

可是，突然这天，电力公司发布公告辞退年满 50 岁的临时工。赵师傅已经 52 岁了，于是，理所当然被公司辞退了。公司只是一次性发给赵师傅 2000 元补偿。更让赵师傅不能接受的是，因为公司一直将赵师傅作为临时工对待，没有为赵师傅办理养老保险，赵师傅被公司辞退后，连退休金也领不到，这就意味着年

过半百的赵师傅后半辈子没有任何生活来源。

赵师傅找到当地劳动局，可是劳动局告诉赵师傅，因为单位没有为他办理养老账户，况且赵师傅也已经超过了参保年龄，无法再为赵师傅补办养老保险和医疗保险手续。

无奈之下，赵师傅向劳动仲裁部门提交了劳动仲裁申请书，要求用人单位补办养老保险。经过审理，劳动仲裁庭认为，因为单位过去没有为赵师傅办理养老保险，现在赵师傅已经超过了参保年龄，无法再为其办理养老保险和医疗保险手续，因此最终驳回了赵师傅的申请。

赵师傅继续向法院起诉，但是法院认为由于养老保险有年龄限制，赵某已经超过了养老保险的参保年龄，即使做出要求用人单位为赵师傅补办养老保险的判决，单位也无法实际履行。最终，法院做出了与劳动仲裁委员会类似的判决。

律师认为，可以按照民事侵权损害赔偿的思路打官司。于是，赵师傅又向法院提起民事诉讼。赵师傅认为，用人单位应当为员工办理养老保险，因为单位的过错，没有为原告办理养老保险，致使原告在退休以后无法享受合法养老权的法律后果，故要求法院判决被告每月支付原告生活费 500 元。法庭经审理后认为，用人单位有给职工办理养老保险的义务，本案中被告没有为原告办理养老保险手续，被告具有过错，应当承担一定的民事责任，而原告在工作期间未能及时督促厂方为其办理参保手续，也具有一定过错，据此法院不支持每月 500 元的退休生活费，但判被告与原告解除劳动合同之日起，每月按该市当年最低城市居民生活保障标准支付原告生活费 485 元。

【关键词】

事实劳动关系 经济补偿金 养老保险

【以案说法】

一、在本案中，我们首先要确定老赵与单位是否存在劳动关系。老赵没有和单位签订任何劳动合同，却为单位工作了26年，这种关系在实务中被认定为事实劳动关系。劳动保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）中第一条规定：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。因此，即使单位没有和老赵签订过合同，那么单位与老赵之间的劳动关系成立也是毋庸置疑的。

我国《劳动法》第十六条明确规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议；第十九条规定，劳动合同应当以书面形式订立。因此，我国法律以立法的形式明文规定了劳动合同在劳动关系中的重要地位。劳动合同是建立劳动关系的法律形式，书面形式是劳动合同的法定形式。但是在如今的劳动关系市场中，劳动合同并不规范，随之也就出现了许许多多像老赵这样的情况。因此，在2008年1月1日起实施的新《劳动合同法》对我国的劳动合同做出了更加全面、细致的规定。其中第十条规定建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。第十四条中规定“无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。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。”因此，在新劳动合同法实施

后，单位如果在招收“临时工”并且一年以后都没用订立合同的。那么视为单位与其订立了无固定期限合同。新《劳动合同法》第九十七条规定：在本法施行前已建立劳动关系，尚未订立书面劳动合同的，应当自本法施行之日起一个月内订立。

二、既然老赵与单位存在事实劳动关系，单位单方面无原因地与老赵解除劳动关系则应该给老赵一定的经济补偿金。

劳动保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）中第三条规定：用人单位招用劳动者符合第一条规定的情形的，用人单位应当与劳动者补签劳动合同，劳动合同期限由双方协商确定。协商不一致的，任何一方均可提出终止劳动关系，但对符合签订无固定期限劳动合同条件的劳动者，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位应当订立。用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月工资的经济补偿金。虽然在本案中，老赵并没有向劳动仲裁委员会与法院要求过更多的经济补偿金，但是根据法律的规定，单位单方面解除与老赵的劳动关系，应当赔偿给其26个月的工资作为补偿金，远远不止2000元。

三、关于本案中单位认为老赵是临时工，所以没有为其上养老保险的问题。我们认为，老赵是临时工说法不成立。本案中，老赵都已工作了26年，把他说成是临时工既没有法律依据，也不符合事实。即使是临时工，在《劳动法》施行后，所有用人单位与职工全面实行劳动合同制度，各类职工在用人单位享有的权利是平等的。因此，过去意义上相对于正式工而言的临时工名称已经不复存在。用人单位如在临时性岗位上用工，应当与劳动者签订劳动合同并依法为其建立各种社会保险，使其享有有关的福利待遇，但在劳动合同期限上可以有所区别。这些强调了用人单位如在临时性岗位上用工应当与劳动者签订劳动合同并依法为其建立各种社会保险，使其享受有关的福利待遇，从而使临时工

享受社会保险待遇有了依据。在本案中，单位应该为老赵上保险，老赵也应该享受和与合同工同样的福利和待遇。

四、《国务院关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》（国发〔1997〕26号）中规定到达退休年龄但缴费年限累计不满15年的人员，不发给基础养老金；个人账户储存额一次性支付给本人，终止基本养老保险关系。按照我国社会保险的规定男年满60周岁、女年满55周岁时，累计缴费年限满15年的，可按规定领取基本养老金。累计缴费年限不满15年的，其个人账户储存额一次性支付给本人，同时终止养老保险关系；不得以事后追补缴费的方式增加缴费年限。老赵今年已经52岁，按规定退休年龄已经不满15年。因此，即使老赵补办了养老保险也无法像其他人那样在退休后每月获得一份稳定的收入；他所补缴的养老保险会在他年满60岁时一次性发给他，因此社保机构一般不会为其补办养老保险。因此由于单位的过错导致老赵无法获得养老保险，单位的过错已经侵犯了老赵的合法权益。老赵可以要求单位承担赔偿责任。《劳动法》第九十八条规定：“用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

【专家意见】

一、事实劳动关系，就是用人单位与劳动者虽然没有订立书面劳动合同，但双方实际履行了劳动法所规定的劳动权利义务而形成的劳动关系。事实上的劳动关系与其他劳动关系相比，仅仅是欠缺了书面合同这一形式要件，但并不影响劳动关系的成立。

事实劳动关系是我国劳动法规定的劳动关系的一个方面。合同的形式是指当事人意思表示一致的外在表现方式；有口头形式和书面形式之分。在事实劳动关系中，就事实劳动关系双方当事