



北京律师业务指导丛书

劳动法疑难问题 与典型案例

北京市律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京律师业务指导丛书

劳动法疑难问题 与典型案例

北京市律师协会 / 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

劳动法疑难问题与典型案例/北京市律师协会编. —北京:北京大学出版社,2012.4
(北京律师业务指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20497 - 9

I. ①劳… II. ①北… III. ①劳动法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D922.505

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 066957 号

书 名: 劳动法疑难问题与典型案例

著作责任者: 北京市律师协会 编

策 划 编 辑: 曾 健

责 任 编 辑: 王建君

标 准 书 号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20497 - 9/D · 3098

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 20.25 印张 374 千字

2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

丛书总序

第八届北京市律师协会拥有61个专业委员会。在2009年4月至2012年4月的三年任期内,北京律师总人数达到了22300名,律师事务所达到了1600家,北京律师业务涵盖面越来越宽,作用力、影响力越来越大。同时,如何充分发挥专业委员会的业务指导作用,通过制定业务操作指引、撰写业务操作指南、推荐业务示范文本、出版业务指导文丛、提供典型案例分析,指导全行业律师业务,提升律师业务素质水平,增强律师业务能力,防范律师业务风险,保证律师服务质量,严守律师职业操守,均具有重要的现实意义和历史意义。

北京律协业务指导与继续教育委员会统率各专业委员会,在2010年11月27—28日成功举办第二届北京律师论坛并出版了六卷《北京律师论坛》文集之后,又征集了五百余万字的文稿,经过精选,形成了十二卷《北京律师业务指导丛书》,具体包括:

1. 《影视法律实务与操作指南》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
2. 《影视合同范本与风险防范》(传媒与新闻出版法律专业委员会);
3. 《反垄断与反不正当竞争法律实务精解》(竞争与反垄断法律专业委员会);
4. 《军事犯罪案件律师辩护指引》(军事法律事务专业委员会);
5. 《医疗纠纷典型案例选编》(医药卫生法律专业委员会);
6. 《民事诉讼典型案例选编》(民事诉讼法专业委员会);
7. 《涉农法律疑难问题与对策分析》(农村法律事务专业委员会);
8. 《婚姻家庭法律疑难问题与典型案例》(婚姻与家庭法律专业委员会);
9. 《刑事辩护疑难问题与典型案例》(刑法专业委员会);
10. 《著作权、专利权疑难问题与典型案例》(著作权法律专业委员会、专利法律专业委员会);
11. 《民事法律实务疑难问题探析》(物权法专业委员会、合同法专业委员会、侵权法专业委员会);
12. 《劳动法疑难问题与典型案例》(劳动与社会保障法律专业委员会)。

2 劳动法疑难问题与典型案例

《北京律师业务指导丛书》的统一出版,是北京律协业务指导工作的最新尝试。希望这套丛书在律师实务经验交流中,形成独特的品牌,发挥集聚的效应,继而持续做下去,不断总结提高,成为广大律师和其他法律工作者喜爱的法律图书。

北京市律师协会

《北京律师业务指导丛书》编委会

2012年4月6日

序 言

中国劳动法的发展进程波澜起伏,从1994年颁布的《中华人民共和国劳动法》到2007年颁布的《中华人民共和国劳动合同法》,每当劳动立法向劳动者有所倾向的时候,必然引起社会的轩然大波,反对声音连连。从这种杂音中我们常常会想到很多,比如法律是什么、劳动法应该保护谁、如何看待利益在立法中的作用等。而法律通过后,这种杂音仍然不绝于耳。

可是律师则不同,他们参与立法,提出自己的意见,而法律一旦通过,又成为护法者、监督者,发现问题后再提出修法。他们从来不坐而论道,而是身体力行,他们是国家法律的坚定支持者。

律师界似乎还没有注意,不知从什么时候,北京出现了一批劳动法铁杆律师,深深热爱着劳动法律的研究与实践。他们钻研业务、思考立法、关注司法、热心公益;舍得时间、舍得精力、舍得财力,为劳动法学的繁荣,工作起来无怨无悔。没有人讲价钱,没有人讲名利,他们多数是北京市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会(简称“劳委会”)的委员。这个成立于1994年的劳委会,工作起来有计划,更主要的是有监督、有检查、有总结。在劳委会领导下的北京市的劳动法律师是一支很有战斗力的队伍,是能打硬仗的队伍。一旦任务确定,各项工作井然有序,严格按照时间表进行。

这些律师在社会上非常活跃,处处有他们的身影。20多家律师事务所,400多名专业律师参与社会矛盾化解,成绩卓著!2010年全年,北京市各级劳动争议调解中心共承接劳动争议调解案件22839件,其中集体争议348件,涉及职工6717人,成功调解的案件有15350件,调解率高达74%。2011年上半年,北京市各级劳动争议调解中心共受理案件15758件,结案14191件,调解成功11098件,调解成功率达78.2%,调解金额达7327.86万元。上述案件中,绝大多数案件是律师调解成功的。这些经验对社会管理创新提供了活生生的例子。

2 劳动法疑难问题与典型案例

律师们积极参与法律实践,积累了丰富的实务经验,也对法律前沿问题做了深刻的思考。这些成果对于法律的普及、执法水平的提高以及促进立法颇有价值,非常值得呈现给社会。《劳动法疑难问题与典型案例》就是他们的成果。

北京市劳动和社会保障法学会会长

北京市律师协会副会长

姜俊禄

2012年3月

目录 CONTENTS

第一编 劳动法律实务疑难问题探析

3	关于工资集体协商中若干问题的研究/ 吴颖萍 张凤婷
10	股票期权争议中的法律问题探析/ 梁枫
17	关于加班费法律规定及实务问题的探讨/ 汤树荣 朱伟伟
21	集体协商中的诚信协商义务比较研究/ 梁燕玲 尹杰
30	交通事故造成司机工伤赔偿法律责任的探讨/ 秦根才
35	竞业限制约定与商业秘密保护措施应注意的几个问题/ 马照辉
40	我国劳务派遣连带责任分析/ 张凤婷
47	劳动者解除劳动合同的几个法律问题/ 袁卫国
53	浅谈企业因经济原因解除劳动合同/ 路琰
58	社会保险立法的使命、资源与期待/ 薛长礼
67	试析劳动定额的法律应用/ 马照辉
77	从规避法律现象探讨关于对劳动合同法律体系的补充与完善/ 铁军
82	劳动者主动离职的相关法律问题初探/ 胡洁
87	股票期权激励制度浅议/ 方富贵
93	关于医疗期满解除、终止劳动合同若干问题的探讨/ 丁丽萍
98	劳动合同中止履行的必要性、可行性研究及立法建议/ 原俊

- 105 浅谈事业单位聘用制改革/ 常虹瑛
- 115 关于劳动者辞职权的一些思考/ 宋东
- 121 浅谈如何建立健全企业的劳动用工管理制度/ 吴央勤
- 127 从《导游人员管理条例》修改谈对导游人员劳动权益的保护/ 李川

第二编 劳动法律实务典型案例解析

- 135 法院判决签订劳动合同,劳动者拒签,公司能否解除劳动关系? / 吴颖萍
- 140 个人承包经营情形下如何适用《劳动合同法》?
——北京某协会与杨某劳动争议案评析/ 梁枫
- 144 专职律师兼职能否认定劳动关系
——北京某律师事务所律师与北京某房地产公司劳动争议案
评析/ 苏文蔚
- 150 经济全球化背景下外籍用工的立法规范/ 黄乐平 王丽雯
- 156 杜某诉某银行违法解除劳动关系案/ 梁燕玲 张楠茜
- 163 如何认定附于劳动合同中的企业规章制度的法律效力/ 路珉
- 167 加班工资的法律问题
——宁某与北京某科技有限公司劳动报酬纠纷案评析/ 吴恕
- 174 不定时工时制认定及辞退决定被撤销后用人单位工资赔偿责任/ 徐阳
- 179 劳动合同期满后,用人单位继续使用劳动者但未与劳动者续签书面
劳动合同,是否应当支付双倍工资
——北京某公司与陈某劳动争议案评析/ 陶艳红
- 183 某酒店的行为是否构成违法解除劳动合同/ 王茹
- 188 社会保险赔偿纠纷是否应属于劳动争议仲裁委员会的受理范围? / 铁军
- 192 超市理货员与供货单位是否存在劳动关系/ 珊丹

- 196 因“不胜任工作”引发的违法解除劳动合同案/ 景彤
- 200 未签订劳动合同,发生工伤事故,在停工留薪期间及停工治疗期间是否要
支付双倍工资赔偿/ 姜培镇
- 204 李某与超市劳动争议案/ 宋东
- 211 用人单位违法解除劳动合同竞业限制协议是否有效?
——北京××教育发展中心与谢某竞业限制纠纷案/ 常虹瑛
- 217 用人单位、员工分别提出解除劳动关系,谁的解除是合法的?
——周某与北京某汽车销售公司劳动争议纠纷案/ 方富贵
- 222 用人单位扣押档案应赔偿的有关问题/ 方富贵 栗晓勉
- 226 视为已订立无固定期限劳动合同后不补签书面合同是否应支付两倍工资?
——袁某与北京某中心劳动争议案评析/ 袁卫国
- 232 公司注销后,谁来承担劳动者在职期间发生工伤产生的费用
——张某、李某与王某劳动争议案评析/ 胡洁
- 237 北京A公司与张某解除劳动合同案/ 丁丽萍
- 241 员工未经公司审批加班,公司是否应支付加班费/ 盛国强
- 245 用人单位在试用期内需慎用解除权/ 吴央勤
- 249 从一起案例看不能胜任解除劳动合同的相关问题/ 原俊
- 253 “严重违反用人单位的规章制度”的慎重使用及自由裁量权的反思
——某公司与刘某违法解除劳动合同纠纷案/ 阎付克
- 261 A公司与刘某劳动争议案/ 汤树荣 朱伟伟
- 265 某公司解除与董某的劳动合同是否合法/ 潘丽丽
- 270 劳动合同的订立与效力认定/ 薛长礼
- 276 一起劳动合同解除时间不明牵连的争议/ 马照辉
- 281 未缴纳社会保险如何赔偿劳动者的损失
——李某与中国某机关服务中心劳动争议案评析/ 杨保全
- 287 事业单位的编外工勤人员与单位发生争议的法律适用
——殷某与北京某事业单位人事争议案评析/ 徐五领

- 291 加班工资基数如何确定/ 金晓莲
- 296 未签书面劳动合同的两倍工资差额的仲裁时效应当如何计算?
/ 葛磊 潘秀红
- 301 交通事故造成司机工伤赔偿的法律责任承担/ 秦根才
- 304 用人单位拒绝出具离职证明导致劳动者无法就业的损害赔偿责任/ 贾宝军
- 308 不能随意采用非全日制劳动用工形式
——某证券公司与劳动者之间是否适用非全日制劳动关系案/ 马国华



第一编

劳动法律实务疑难问题探析

关于工资集体协商中若干问题的研究

易和律师事务所 吴颖萍 张凤婷

内容摘要 随着我国改革开放的不断深入和市场经济体制的逐步建立,劳动力市场竞争日趋激烈,劳动关系呈现复杂多变、矛盾加剧的特征。如何维护稳定和谐的劳资关系,成为摆在企业和劳动者面前的重要问题。劳动报酬是劳资关系中最基本、最重要、最核心的内容:劳动者最关心劳动报酬;企业出于人工成本、利润和收益的考虑,同样也最关心劳动报酬。如何在企业发展和经济效益提高的基础上增加劳动者的收入,使劳动者能够合理分享企业的经济发展成果,有效地调节企业和劳动者的关系,使得企业和劳动者获得双赢,通过工资集体协商解决无疑是最好的方法,而如何协商才能取得实质性成效是需要解决的关键性问题。本文拟对如何协商作出若干探究。

关键词 工资 集体协商 同工同酬 加班工资基数 协商环境

工资集体协商机制在西方发达国家已有两百多年的发展历史。实践证明,它是适应市场经济发展、有效解决劳资矛盾、体现社会公平、促进社会和谐进步的一种有效的工资决定机制,如今已成为西方发达国家调整劳资关系的重要途径和有效手段,且已经形成一套比较完善的运行制度。

在我国,早在1931年,《中华苏维埃共和国劳动法》中就确立了苏区企业中的集体合同制度。1995年1月1日实施的《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)第33条第1款规定:“企业职工一方与企业可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项,签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。”对集体合同的内容以及成立的程序都作出了具体规定。但是,《劳动法》颁布后几年内,从全国情况看,企业集体协商工作开展的并不多。2000年原劳动和社会保障部颁布了《工资集体协商试行办法》,对

集体合同中的工资专项集体合同规定了协商内容:(1) 工资协议的期限;(2) 工资分配制度、工资标准和工资分配形式;(3) 职工年度平均工资水平及其调整幅度;(4) 奖金、津贴、补贴等分配办法;(5) 工资支付办法;(6) 变更、解除工资协议的程序;(7) 工资协议的终止条件;(8) 工资协议的违约责任;(9) 双方认为应当协商约定的其他事项。该办法对工资集体协商作了比较详细、全面的规范,成为工资协商的纲领性文件,在指导企业与工会进行工资协商方面发挥了重要作用。

近些年来,关于工资集体协商的程序、期限、争议解决方式等一般性条款,学界研究较多,在此不再赘述。而对于工资集体协商的具体实质内容,研究深度颇显不足。目前实践中进行的工资集体协商,内容往往仅仅围绕法律表面层次的规定,至多对职工工资水平的调整幅度协商有结果,而对工资的详细内容进行深层次挖掘的缺失导致工资集体协商流于形式化、表面化。本文拟在深化工资协商内容方面做些探索。

一、工资集体协商中的工资应是“广义的工资”

讨论工资集体协商的“工资”,首先应当明确这里所说的工资的含义。笔者认为,应当从狭义和广义两个方面定义“工资”。狭义方面,国家统计局 1990 年第 1 号令《关于工资总额组成的规定》第 4 条对“工资总额”所下的定义为:工资总额由六个部分组成,包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资和特殊情况下支付的工资。随着经济的发展、人性化理念的逐步建立以及激励机制的建立,工资的范畴已经呈现出比上述内容更加丰富、更加多样化的趋势,不妨可以称之为广义的工资。目前各种规范性文件对广义的工资的含义尚未提及,学界也鲜有研究。笔者认为,凡是能够给劳动者带来正价值和收益(无论是现实收益还是可期待收益)或凡是可纳入企业人工成本计算范围的内容均可纳入广义工资的范畴。因此,广义上的工资,不仅包含上述狭义工资所含范围,还应当包括传统意义上的福利,如商业保险、企业年金、培训、旅游、员工礼金、为员工购房、购车或提供无息贷款等以及股权激励都应当纳入其中。而广义的工资,应当是工资集体协商中不可或缺的内容,协商的原则应当充分体现分配公平、多劳多得、吸引人才、留住人才,使公司获得持久的发展力。比如,关于企业年金,它是一种补充养老保险,关系到劳动者退休后生活水平的高低。关于企业年金应重点协商以下内容:

- (1) 明确企业年金的缴费模式;
- (2) 明确企业和员工的缴费水平;
- (3) 明确资金分配办法;
- (4) 明确资金管理方式。

杜绝企业暗箱操作,只对少数管理者建立企业年金,其他员工享受不到。

二、加班工资基数是工资集体协商不可或缺的内容

如何确定加班工资基数是企业 and 劳动者都非常重视的内容,其直接关系到企业的用工成本和劳动者的工资水平。

关于加班工资基数的计算,法律没有明确规定。各地法规、规章对此规定不尽相同。比如,《北京市工资支付规定》第44条规定:“……计算加班工资的日或者小时工资基数……应当按照下列原则确定:(一)按照劳动合同约定的劳动者本人工资标准确定;(二)劳动合同没有约定的,按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准确定;(三)劳动合同、集体合同均未约定的,按照劳动者本人正常劳动应得的工资确定。”《广东省工资支付条例》规定,加班工资基数以正常工作时间工资为标准,并规定:“正常工作时间工资,是指劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动,用人单位依法应当支付的劳动报酬。正常工作时间工资不包括下列各项:1. 延长工作时间工资……”《上海市企业工资支付办法》规定,加班工资基数是劳动者“日或小时工资标准”。从地方立法中可以看出,加班工资的基数并不完全等同于工资总额的计算口径,可以低于劳动者月实得工资,因此工资集体协商在此是有谈判空间的。

关于加班工资计算如何协商?笔者认为,基于维护劳动者合法权益和保持企业经济效益稳定增长的考虑,加班费以劳动者月应得的工资扣除加班工资后剩余部分的70%左右的比例,但不低于劳动合同中约定的工资标准,以此确定加班工资基数较为合理。因为如以劳动者月应得工资的100%为标准,则可能导致企业人工成本过高,不利于企业的发展;同时也会助长部分劳动者宁可牺牲休息时间,也愿意加班的心理;如以劳动者劳动合同约定的月工资标准计算加班费,又由于大多数企业劳动者实得工资与劳动合同中约定的月工资标准有较大的差距而对劳动者有失公平。笔者希望国家尽快颁布“工资支付条例”,在明确加班工资计算基数的同时,建议在工资集体协商时双方可以充分考虑企业经营发展的状况、在市场竞争中的位置以及行业间的差异,共同寻找一个适合企业自身经营特征、兼顾企业与劳动者利益,并充分考虑劳动者获取报酬权的加班工资计算方法。这不单单是企业或者工会组织一方的目标,而应当是双方共同努力、协商后取得双赢的目标。

三、同工同酬是工资集体协商的必有内容

1. 协商同工同酬的必要性

《劳动法》第46条规定:“工资分配应当遵循按劳分配原则,实行同工同酬。”

工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。”这是在劳动法律中首次出现同工同酬的表述。

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)中有3个条款明确提出同工同酬,但是从法律层面上,还没有明确界定同工同酬的概念。目前,社会上大量存在同工不同酬的现象,比如同一单位正式工和所谓的临时工之间、单位自己聘用的员工与劳务派遣工之间、外地工与本地工之间,等等。事实上,因为受行业、地域、经济发展、企业的需求等因素的影响,由立法部门制定出全国可行的同工同酬标准,并非易事。笔者认为,通过工资集体协商,在企业内部相对实现同工同酬是完全可能的,也是非常现实的。同时,工资集体协商中对同工同酬协商的大量社会实践的积累,也会推动立法的进行。

2. 同工同酬的含义和特征

厘清同工同酬的概念和特征对进行集体协商是必要的。根据原劳动部的规定,同工同酬是指用人单位对于从事相同工作岗位、付出相同劳动、取得相同工作业绩的劳动者,支付大体相同的劳动报酬。因此,同工同酬必须具备三个条件:一是劳动者的工作岗位、工作内容相同;二是在相同的工作岗位上付出了与别人同样的劳动;三是同样的工作量取得了相同的工作业绩。

3. 实现企业内部同工同酬的方法

笔者认为,要实现企业内部的同工同酬,至少要做到以下五点:

(1) 在同一单位同一岗位上为企业提供劳动的劳动者要适用同一的薪酬政策,不能在同一岗位上因性别、正式工、长期工、在编工、临时工、劳务派遣工等所谓身份的不同而执行不同的薪酬政策。换言之,企业可以对不同的工作岗位制定不同的薪酬政策,比如对于销售岗位可以制定不同于其他岗位的提成政策、对于售后服务岗位也可以制定不同于其他岗位的薪酬政策。但任何劳动者只要确定了工作岗位,就要适用这个岗位的薪酬政策,要彻底打破同一单位存在因人而设置的多种薪酬政策的局面。这是打破同工不同酬的重要一步。

(2) 对同一岗位实行同一的晋升标准。虽然企业为了提高劳动者的工作积极性,尽可能发挥其潜能,可以采取工资激励方式,在同一岗位薪酬政策里可以设立若干工资档次,但是当劳动者的技能和业绩等指标满足薪酬政策所规定的一定晋升条件时,无论是什么身份,无论是否为正式工,均可以享受相应工资档次的晋升。

(3) 对同一岗位或同一产品的推销实行同一的提成政策。管理者可以享受管理奖励,但是在设定提成政策时,不能因劳动者职务或身份的不同,而提成的比例或依据有所不同。

(4) 对同一岗位实行同一的奖励政策。奖励标准要客观,尽量减少人为因素。