

卓越法律实务人才培养丛书

劳动争议与工伤纠纷 实务指南

PRACTICE GUIDES
FOR LABOR DISPUTES
AND INDUSTRIAL INJURY DISPUTES

上海丰兆律师事务所◎编

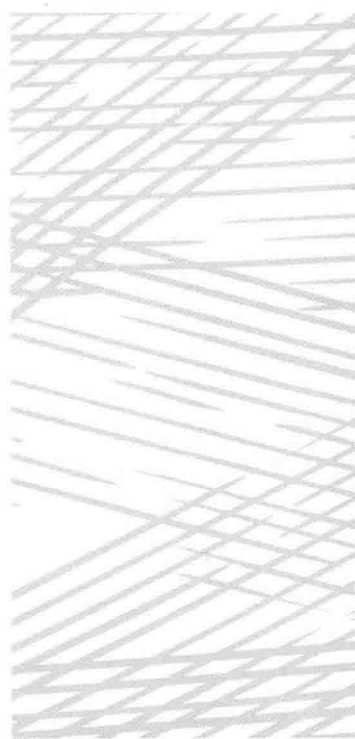
争议焦点·基本案情·裁判观点·律师评析
聚焦劳动争议热点、难点、疑点问题
详解劳动仲裁、诉讼处理技巧及风险防范



劳动争议与工伤纠纷 实务指南

PRACTICE GUIDES
FOR LABOR DISPUTES
AND INDUSTRIAL INJURY DISPUTES

上海丰兆律师事务所 ©编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

劳动争议与工伤纠纷实务指南 / 上海丰兆律师事务所编. —北京: 北京大学出版社, 2017. 5

(卓越法律实务人才培养丛书)

ISBN 978-7-301-28189-5

I. ①劳… II. ①上… III. ①劳动争议—中国—问题解答 ②工伤事故—民事纠纷—中国—问题解答 IV. ①D922.591.5 ②D922.545

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第052582号

书 名 劳动争议与工伤纠纷实务指南

Laodong Zhengyi yu Gongshang Jiufen Shiwu Zhinan

著作责任者 上海丰兆律师事务所 编

责任编辑 朱梅全 黄 蔚

标准书号 ISBN 978-7-301-28189-5

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.pup.cn>

电子信箱 sdyy_2005@126.com

新浪微博 @北京大学出版社

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印 刷 者 三河市博文印刷有限公司

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 17印张 260千字

2017年5月第1版 2017年7月第2次印刷

定 价 49.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

积极参与劳动关系调解 促进社会和谐稳定（代序一）

劳动关系是生产关系的重要组成部分，因此，要依法保障和维护劳动者的合法权益，规范和完善企业的用工管理制度，从而构建和谐劳动关系，促进我国经济发展和社会和谐。

当前，我国正处于经济社会转型时期，企业面临着转型升级的问题，越来越多的企业在调整自己的产业布局，有的将企业进行内迁或外迁，有的将企业进行合并、重组等。再加上用工成本的加大，劳动者自身需求的提高，企业和劳动者的矛盾越来越多。总体上看，中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》指出，“我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件居高不下，有的地方拖欠农民工工资等损害职工利益的现象仍较突出，集体停工和群体性事件时有发生，构建和谐劳动关系的任务艰巨繁重”。

因此，努力构建中国特色的和谐劳动关系，是加强和创新社会管理、保障和改善民生的重要内容，是建设社会主义和谐社会的重要基础，是经济持续健康发展的重要保证，是增强党的执政基础、巩固党的执政地位的必然要求。《关于构建和谐劳动关系的意见》特别指出，要“加快健全党委领导、政府负责、社会协同、企业和职工参与、法治保障的工作体制……有效预防和化解劳动关系矛盾，建立规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的劳动关系”。



指导企业建立健全劳动规章制度，提升企业劳动用工管理水平，需要积极发挥社会团体，尤其是企业工会、工商业联合会、律师事务所等组织的协同作用。我们之前比较重视企业工会和工商业联合会等组织的作用，对律师事务所这一社会组织在构建和谐劳动关系中的作用认识不足，没有充分发挥它们的专业作用。其实，积极发挥律师在构建和谐劳动关系中的作用，是依法治国的应有之义，也是律师积极履行社会责任的一个重要体现，更是发挥社会团体协同作用的一个重要方面。

上海市积极贯彻落实党中央、国务院的一系列政策，在构建和谐劳动关系方面作出了非常大的努力，各区也采取了很多措施去推进这项工作。上海市松江区发挥各方面的作用，积极推进一体化、窗口化的办公，集中政府各部门、社会团体、组织等在区行政服务中心集中办公，打造便民、高效、集中的服务体系。人力资源和社会保障部门、劳动监察部门、劳动仲裁部门、职工法律援助部门、区总工会、律师事务所等政府部门和社会团体、组织，为企业、劳动者提供解决纠纷的渠道，为劳动者提供法律援助。

上海丰兆律师事务所作为社会组织，积极参与和谐劳动关系的构建，指派律师在上海市松江区行政服务中心为用人单位和劳动者提供法律解答，指导他们通过合理渠道化解矛盾和纠纷，依法维护自己的合法权益，参与集体性劳动纠纷的解决，为松江区和谐劳动关系的形成作出了积极的贡献。积极参与服务的律师们也得到了锻炼，提升了处理劳动纠纷的业务水平，积累了丰富经验，也进一步认识到了自己工作的意义和价值。

在劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化的时代，律师们理当为社会作出更多的贡献，为和谐劳动关系的形成贡献一份力量。上海丰兆律师事务所的律师们在松江区行政服务中心积极参与法律服务，并用一年多的时间，撰写出这本优秀的实务指南，足以证明新时期的律师们能够创造出新的辉煌，能够承担起更多的社会责任。

上海市松江区政协副主席、科委主任

赵宏卫

2017年2月14日

律师积极参与构建和谐劳动关系（代序二）

劳动关系是生产关系的重要组成部分，是最基本、最重要的社会关系之一。劳动关系是否和谐，事关广大职工和企业的切身利益，事关经济发展与社会和谐。2015年3月21日，中共中央国务院颁布了《关于构建和谐劳动关系的意见》，高度肯定了和谐劳动关系的重要性，提出了构建和谐劳动关系的指导思想、工作原则和目标任务。

为积极响应国家号召，充分发挥律师在参与公共法律服务体系中的重要作用，化解现存的劳动纠纷，构建和谐劳动关系，促进社会的稳定良性发展，2012年，上海市松江区行政服务中心、松江区司法局采用政府采购服务的方式，与上海丰兆律师事务所签订法律服务协议书，由律师事务所指派2名专业律师在行政服务中心值班，提供免费的法律咨询服务。至今六年多的时间里，丰兆律所的律师们始终恪尽职守，积极履行律师的社会职责，累计接待50000余人，处理劳动案件3000余件，走出了自己的专业化、社会化的劳动法律服务路线。这是值得社会尊重和认可的。

数据是忠诚的，它见证着一项推动法治社会建设的伟大工程，也凝聚着一些人的辛苦劳累，代表着个案的摸索与共性的总结。因此，这是一本有着律师服务社会、推动社会法治进步美好情怀的书，亦是一本丰兆律师用实际行动让情怀落地生根、切实利民的书，它将理论和实践紧密结合，让高深的法学理论更经得起实践的考验，也让实践更精准地解读法学理论。本书把控了劳动纠纷的重点、难点案件类型，也体现了个案操作的具体经验，为预防、



缓和、化解劳动纠纷提供重要参考。

衷心祝愿我们早日完成建设社会主义法治国家的宏伟蓝图，在这一过程中，我们有充分理由期待律师们在参与依法治国中的重要作用。

是为序。

上海市松江区司法局局长

莫桂兴

2017年2月6日

劳动争议处理的道与术（代序三）

回望《劳动合同法》出台的2008年，劳动法专业法律服务市场有了井喷式的发展，大量优秀的劳动法专业律师涌现出来。转眼又来到了《劳动合同法》二次修订的时间关口，在“大众创业、万众创新”与“互联网+”指导下，商业模式已经发生了深刻的变革，“人”与“企业”的关系也随之发生了变化，劳动合同法修改方向应该增加“劳动力市场灵活性”还是延续“倾斜保护劳动者”的争论成为2016年劳动法学界的焦点问题。劳动力市场的冷暖更迭与现实问题，劳动法专业律师最为清楚。本书从专业律师的角度出发，用一个个真实的案例，把当前劳动法律、法规体系下，企业人力资源管理问题鲜活地展现出来，对于学术研究和实务操作都大有裨益。而对于劳动法专业律师来说，在处理劳动争议案件时，也应该遵循其道与术。

一、劳动争议处理之术

“术”的层面即劳动争议处理与企业人力资源相关知识和技能，也就是通常所说的专业能力，是律师的立身之本。正如一句法谚所云，“法律的生命在于经验”，所谓经验就是律师在每一次咨询、每一个案件中所积累沉淀下来的知识和技能。

（一）知识储备

成为一名优秀的劳动法律师，最基本的要求是能将《劳动法》《劳动合同法》《劳动争议调解仲裁法》等基本法律、法规及主要规范性文件烂熟于心，



能把握住我国劳动法大致框架体系。其次，平时不断学习人力资源和社会保障部相关复函、最高院司法解释以及各地劳动部门出台的规范性文件，把握各地劳动法规的差异。另外，要研习实战案例，增强实战经验。值得注意的是，在法律服务市场日趋专业化，分工十分细化的今天，仅有法律知识是远远不够的，还需要掌握人力资源管理、企业经营等相关知识。

企业中与劳动法律师打交道最多的部门应该是人力资源管理部门。近些年生产销售模式的改变，必然带来人员的调整变化，使人力资源管理出现许多新的现象与问题。例如，前两年资本市场大热与恢复 IPO 之后，股权激励反而起了“逆激励”作用，引发高管、核心员工纷纷离职套现；共享经济下，以网约车司机与平台公司关系为代表的，越来越趋于非标准化劳动关系。面对这些新问题，律师若仅知道法律、法规如何规定是远远不够的，因为这些领域存在大量的法律空白区，应学习运用最前沿的人力资源管理知识，设身处地地帮助 HR 解决好怎样找到人、留住人、用好人、培养人、组织人等问题。劳动法律师应把自己的角色定位为企业的人力资源问题“专家医生”，而不只是出了问题才出场的“救火队员”，帮助企业建立适合自己的人力资源管理体系，引导企业合法合规地用人用工，如此才能真正把劳动纠纷化解在萌芽状态。

（二）专业技能

1. 劳动争议诉讼能力

一位优秀的诉讼律师，首要的诉讼技能是有能力对劳动争议案件中最为核心的争议焦点有所把握。比如，在一个案件中应厘清劳动关系和雇佣关系的界限，若是劳动关系，究竟是全日制劳动关系还是非全日制劳动关系，这些概念的区别关键点又在何处等。有了初步的核心焦点分析之后，律师要能有的放矢地收集事实证据，经过认真的筛选，把大量没有必要和不相干的细节略去，把力量集中在案件的核心即根本上。其次，诉讼是一门艺术。无论是当事人、对方律师还是法官，他们都是听众，语言是律师唯一能用于征服这些听众的武器。流畅的演说及陈述，会对听众产生持久的影响，熟练地掌握语言表述能力有助于获得信任，并更易于达到自己的目的。优秀的律师能通过简洁而又直击重心的语言，为自己的当事人获得有利的诉讼地位。

2. 劳动争议调解能力

劳动争议处理除了通过诉讼之外，主要通过调解解决，特别是企业搬迁、破产引发的大规模集体争议，这种案件难以通过诉讼的途径来解决，而只能通过大规模劳动争议调解，在多方谈判协商努力下才能平息矛盾。而从事调解工作，与从事代理工作十分不同。案件代理只要考虑当事人的利益，一门心思为当事人打赢官司；从事调解工作时却要兼顾各方，扮演好居间的第三人角色，并在法律允许的范围内，权衡双方的利益。这些都十分考验律师的沟通交流能力、谈判的手段技巧。

二、劳动争议处理之道

道的层面即劳动律师的智慧与担当，正如法学界泰斗江平教授所说，“律师兴，则中国兴”，劳动律师人数增加了，专业水平提高了，则我国的劳动法治环境才会变得更好。《劳动合同法》出台之后的近十年来，随着经济放缓以及员工维护自身合法权益的意识增强，可以明显地感受到劳动纠纷已变得十分普遍，而且劳动纠纷容易演化为群体性事件，诸如公司并购、破产过程中处理不当，极易引发集体争议。

（一）卓越智慧

智慧不同于可以量化的知识，并不是知识越多的人，就越有智慧，也不仅仅等同于“聪明才智”，律师的智慧在于能够“拨云见日”，经历案件又超越案件本身，揭开外表，洞彻实质。

劳动律师当仁不让地成为化解劳资矛盾，维护社会稳定的重要力量。在我们耳熟能详的常德沃尔玛关门事件、裕元工业罢工事件中，除了有劳动者、工会、资方、政府多方力量的参与之外，办案律师的作用也不可被忽视。这样的案件通常又十分棘手，双方当事人一般都多达几十人到数百人，且情况复杂，矛盾积累的时间较长，稍有闪失，就可能导致群情激愤，从而引发罢工游行，对企业的未来发展和社会稳定影响极大。在这类案件中，无论是劳方还是资方的律师，往往都肩负着极大的责任和压力。毫无疑问，作为一名劳动律师，要有统筹全局的考虑和谋略，更需要聪明、悟性和智慧，从纵横交错的法律关系中，找出核心关键，把纷繁复杂的问题变得清晰简单。



（二）责任担当

一位出色的律师，特别是劳动法律师，必须具有高度的责任与担当。劳动争议案件最鲜明的特点是“小而烦”，劳动争议案件的标的金额通常较小，甚至于没有，但由于一般劳动者与单位的法律意识较为缺乏，其事实证据往往欠完备，在律师介入之后，需要补充调查大量证据。劳动法律、法规依据繁杂多变，各地执行标准和尺度各不相同，甚至有时同一个地区的法院与劳动仲裁部门的规定也会出现“打架”的情况，较难把握。另外，劳动争议案件要经过先裁后诉，审理程序烦琐冗长不说，用人单位和劳动者进入诉讼一般意味着已经“撕破脸”，这使得一些用人单位与劳动者不管是否有法律依据，即使明知自己必败无疑，也抱着“陪玩到底”的心态，执意走完三道程序。

劳动争议案件虽“小”，但其律师代理成本却不因其“小”而降低，相反因其“烦”而使得律师代理成本并不比其他一些可以收取较高律师费的案件低。由于劳动争议当事人尤其是劳动者一方支付能力较弱，因此律师做劳动争议案件，收入相对较少不说，还要投入大量的时间和精力。在劳动争议案件的“性价比”相对较低的情况下，当一位律师把劳动争议案件作为其立命之本时，即意味着已经作好了过“人不堪其忧，而不改其乐”生活的思想准备。倘若一位劳动法律师缺少那份责任与担当，只认真对待企业委托的案件，而对劳动者委托的案件随意处置，那么劳动者的合法权益就无法得到保障，劳资双方天然的失衡状态就会加剧，社会整体的劳资矛盾就会更加强烈。劳动法律师们面对的是各个层次的劳动者，其中高级管理人员的数量较少，普通员工占据了劳动争议的绝对多数。也就是说，律师们肩负着这样的责任：让法治的信念深入到普通老百姓心中，培养他们的法治意识，让他们相信法律，明白用法律武器维护自身权益才是最有效的，逐渐走出“大闹大解决，小闹小解决，不闹不解决”的思维误区，改变用暴力和罢工来维护自身权益的惯常做法，把劳动纠纷引入法治的轨道上来。长此以往，社会才能真正实现稳定和谐。

值得欣慰的是，活跃在劳动争议案件处理第一线的以上海丰兆律师事务所为代表的律师群体，在处理劳动争议案件时充满着责任与担当，集数年实

务之精华，终成本书，令人称道。正因为有了这些不仅仅着眼于解决委托人现实的纠纷，还把社会的和谐稳定作为己任的律师的无私奉献，法治中国这一天下的“大道”才有实现的可能。

古人论述“道”与“术”的关系时，曾告诫我们：精于术而以道为本，守于道而以术御事。有道无术，术尚可求也，有术无道，止于术。劳动争议处理要从“术”入“道”，不但需要掌握行之有效的“术”，更要有肩挑天下的“道”，才能让劳资双赢，创造更为和谐稳定的劳动法治环境。

华东政法大学副教授
李凌云

2017年2月28日

前言



在新的经济形势下，尤其是在国家进行供给侧结构性改革的大环境下，企业在人力资源管理方面面临着突出的问题和矛盾。传统的管理模式和思路都需要转变，尤其是要转变对人的管理，实现依法、有效的管理。同时，由于劳动者素质的提高，他们越来越关注自己的合法权益是否被侵犯，越来越多地通过法律途径维护自己的权益，同时，一定程度上劳资纠纷和矛盾也在加大。这一方面要求制定相应的法律规范，另一方面则需要正确理解和适用法律，以解决实际问题，化解纠纷和矛盾。

一部成文法被制定出来后，最重要的是运用。我国自1995年1月1日起开始实施《劳动法》，2008年1月1日起开始实施《劳动合同法》，加之相关法律、法规的实施，可以说在劳动法领域基本做到了有法可依。但是在法律的具体适用过程中，还有不同的理解和认识，进而导致司法裁判的不统一。这就需要统一司法裁判标准，而这也是国家推行案例指导制度的初衷。

法律的生命在于经验而非逻辑，而案例就是鲜活的法律。每一个劳动争议案例都是一次对法律条文的具体运用，都是裁判者结合具体的案情给出的一个相对合理的答案，并用来说服双方当事人，希望求得相对公正的结果。因此，在推进法治化的进程中，案例的作用日益凸显，在实践中法律条文和案例的互补也得到了广泛的认可。

律师是法律的具体实践者之一，对具体的案例会更敏感。律师们在操作案件之前，往往通过检索相关的案例和裁判规则来预测未来的裁判结果，从



而便于当事人作最佳的选择。参与本书编撰工作的律师们有在上海市松江区行政服务中心长达六年的值班经验，解答了数以万计的劳动纠纷和企业管理方面的问题，代理了上千件劳动纠纷案件，在实务操作方面经验非常丰富。

实践中，劳动纠纷的案例不计其数，劳动争议的相关问题也非常烦琐。本书并不追求面面俱到地解决所有问题，而只选择问题较多、争议较大、实践中经常发生的案例进行讨论。具体来说，本书有以下几个突出的特点：

第一，选择讨论的问题具有典型性和疑难性。本书并不是对法条的简单堆砌或阐释，也不回避劳动争议中的疑难和复杂问题，而是选择在裁判实践中经常产生的、具有一定疑难性的问题进行探讨。

第二，案例的范围和来源广泛。本书在案例的选择上具有严格的标准，优先选择最高人民法院公布的案件，其次选择高院或中院的案件。此外，选择裁判和说理非常充分的案件，以利于了解法官的裁判思路，分析其裁判观点。

第三，案例具有真实性。本书主要选择裁判文书网上公布的真实案例进行讨论，除非特殊情况，一般不改编案例。其中有些经典案例就是参与本书编撰工作的律师们亲自操作的，他们对这些案例的分析更透彻、更详细、更深入。

第四，可操作性强。本书的编委会成员拥有具体操作劳动纠纷案件的经历，积累了大量宝贵经验，确保本书具有很强的实践指导作用。

在本书写作过程中，我们参考了大量资料，尤其是一些法官的经典判决书，给了我们非常多的启发。另外，本书的出版得到了北京大学出版社的大力支持，在此一并表示感谢！

事非经过不知难。虽然我们时时保持一种饱满的热情，以认真、积极的态度写作，并进行了多次的集体讨论和修改，但本书仍然难免存在疏漏，希望广大读者朋友不吝赐教。

潘 峰 郭合普

2017年2月21日

C 目 录

CONTENTS

第一章 劳动合同的订立	1
第一节 劳动合同订立的形式及法律后果 / 1	
第二节 录用条件的规范设计和解除限制 / 7	
第三节 无固定期限劳动合同及理解 / 12	
第二章 劳动合同的履行	17
第一节 加班工资和计算基数 / 17	
第二节 用人单位变更工作地点和补偿问题 / 23	
第三节 从调岗问题谈用人单位用工自主权的界限 / 28	
第三章 劳动合同的解除	34
第一节 对劳动者单方面解除劳动合同关系的理解和限制 / 34	
第二节 对劳动者严重违反用人单位规章制度的理解和运用 / 38	
第三节 对双重劳动关系的认定和解除限制 / 43	
第四节 对“劳动者被依法追究刑事责任”这一条款的理解 / 47	



第五节	对“不能胜任工作解除劳动合同”的认定和解除限制 / 50
第六节	经济性裁员的操作 / 55
第七节	解除试用期员工的条件和限制 / 60
第四章	经济补偿金和赔偿金 65
第一节	用人单位依规章制度解除劳动关系的责任承担 / 65
第二节	在关联企业中变更劳动关系的经济补偿金的计算 / 69
第三节	赔偿金和违约金能否同时主张 / 75
第五章	劳务派遣 81
第一节	被派遣员工发生工伤时的赔偿责任承担 / 81
第二节	劳务派遣中的同工同酬 / 87
第三节	劳务派遣与劳务外包 / 91
第四节	逆向派遣 / 98
第六章	特殊用工主体的保护问题 104
第一节	女职工“三期”的特殊保护 / 104
第二节	防止办公室性骚扰 / 110
第三节	非全日制用工问题 / 114
第四节	涉外劳动关系 / 119
第五节	未成年人用工问题 / 123
第六节	退休人员用工问题 / 127
第七章	规章制度 133
第一节	用人单位如何制定违纪处理制度 / 133
第二节	用人单位如何完善考勤制度 / 145
第三节	用人单位如何完善病假管理制度 / 154

第八章 竞业限制和服务期问题	161
第一节 竞业限制是否应当有约在先 / 161	
第二节 竞业限制补偿金的标准 / 163	
第三节 支付违约金是否能免除竞业限制义务 / 164	
第四节 竞业限制的解除权 / 166	
第五节 保密义务是否应当有约在先 / 168	
第六节 哪些培训可以约定服务期 / 171	
第七节 违反服务期的违约金计算基数 / 173	
第九章 工资、工时和假期	176
第一节 工资及其管理 / 176	
第二节 工时制度 / 180	
第三节 带薪年假 / 186	
第十章 工伤纠纷中的疑难问题	191
第一节 工伤认定申请的期间问题 / 191	
第二节 工伤赔偿与侵权赔偿竞合的处理原则 / 197	
第三节 工伤私了协议的效力 / 203	
第四节 达到退休年龄劳动者工伤的认定 / 208	
第五节 “上下班途中”认定的疑难问题 / 214	
第六节 建筑工人的工伤问题 / 219	
第七节 非法用工导致人员伤亡的赔偿问题 / 224	
第十一章 劳动争议处理中的相关问题	230
第一节 劳动争议与社保 / 230	
第二节 劳动争议中的时效 / 234	
第三节 证据与举证责任 / 238	