

全国职工普法读物
QUANGUO ZHIGONG PUFA DUWU

刘
俊·主编

带你走出工作中的法律迷宫

帮你解决工作中的法律困扰

劳动法

以案说法

Juan shuofa LAODONG FA

 中国工人出版社



全国职工普法读物

QUANGUO ZHIGONG PUFADUWU

主 编：刘 俊

副主编：朱小平

编 写：张 琴 凌小薇 孙 进

劳动法

以案说法

Juan shuofa LAODONG FA

中国工人出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

举案说法——劳动法/刘俊主编. —北京: 中国工人出版社, 2010. 4

(全国职工普法读物)

ISBN 978 - 7 - 5008 - 4682 - 6

I. 举… II. 刘… III. 劳动法—案例—分析—中国
IV. D922. 505

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 046787 号

出版发行: 中国工人出版社

地 址: 北京东城区鼓楼外大街 45 号

邮 编: 100120

电 话: (010)62350006(总编室)

(010)62005047(编辑室)

发行热线: (010) 62045450 62005042 (传真)

网 址: <http://www.wp-china.com>

经 销: 新华书店

印 刷: 北京铭成印刷有限公司

版 次: 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

开 本: 700 毫米×1000 毫米 1/16

字 数: 210 千字

印 张: 13.25

定 价: 22.00 元

版权所有 侵权必究

印装错误可随时退换

目 录

CONTENTS

1. 承揽合同可以形成劳动关系吗? (1)
2. 家庭雇工受《劳动法》保护吗? (3)
3. 事业单位的工作人员可以成为劳动争议的主体吗? (5)
4. 民办高校与其教师的关系是劳动关系吗? (7)
5. 出租车司机与挂靠公司之间可以认定为劳动关系吗? (9)
6. 以提成作为薪酬来源的劳动者与用人单位之间存在劳动关系吗? (11)
7. 机关、事业单位临时工可以享受社会保险吗? (13)
8. 劳动者是与包工头,还是与发包方形成劳动关系? (15)
9. 事实劳动关系受《劳动法》保护吗? (17)
10. 非法用工可以参照《劳动法》处理吗? (19)
11. 非法使用童工造成伤害如何处理? (21)
12. 工会应该帮助我解决劳动争议问题吗? (24)
13. 没有公示的内部规章制度有效吗? (26)
14. 用人单位扣押劳动者的档案怎么办? (28)
15. 用人单位利用“劳务派遣”来规避责任,怎么办? (30)
16. 用人单位性别歧视,就业者可以起诉吗? (33)
17. 残疾人就业有特殊保护措施吗? (36)
18. 对传染病病原携带者,用人单位可以拒绝录用吗? (38)
19. 职业中介机构可以向劳动者收取押金吗? (40)
20. 试用期是劳动者的“无权期”或“廉价期”吗? (42)
21. 用人单位欺诈劳动者,该劳动合同还有效吗? (44)

22. 已过试用期,用人单位能否以不符合录用条件
为由解除劳动合同? (46)
23. 用人单位招用未解除劳动合同的劳动者要
承担连带赔偿责任吗? (48)
24. 对劳动者的竞业限制,可以约定违约金吗? (50)
25. 用人单位可以行使非过错解除权吗? (53)
26. 试用期内劳动者也能享受医疗期保护吗? (55)
27. 劳动合同期满终止时,可以要求支付经济补偿金吗? (57)
28. 劳动合同约定的工资低于集体合同时,怎么办? (59)
29. 调换工作岗位,用人单位需要与劳动者协商一致吗? (61)
30. 在同一用人单位连续工作满十年的,可以要求签订
无固定期限合同吗? (63)
31. 用人单位不为劳动者缴纳社保费可解除合同吗? (65)
32. 企业转产后,被裁员工的权利有保障吗? (67)
33. 劳动者可以解除无固定期限劳动合同吗? (69)
34. 因劳动者单方原因解除劳动合同,用人单位还用
支付经济补偿金吗? (71)
35. 合同中工伤概不负责的约定具有法律效力吗? (73)
36. 社会保险是劳动合同必备条款吗? (75)
37. 女职工存在重大过错但处于“三期”内,可以被辞退吗? (78)
38. 延长工时的约定有效吗? (80)
39. 休假期间工资全部照发吗? (82)
40. 用人单位能强迫员工加班吗? (84)
41. 法定节假日加班,加班工资该如何计算? (86)
42. 实行不定时工作制、综合工时制需要审批吗? (88)
43. 员工承担赔偿责任能扣全月工资吗? (90)
44. 如何确定加班费计算基数? (92)
45. 怎样理解同工同酬? (94)
46. 最低工资是净到手工资吗? (96)
47. 企业忽视劳动安全卫生造成严重后果,应该如何处理? (98)
48. 劳动者拒绝强令冒险作业有错吗? (100)

49. 劳动保护、劳动条件和职业危害防护是劳动合同的
必备条款吗? (102)
50. 从事特种作业需取得特种作业资格吗? (104)
51. 试用期职工有权利要求企业提供劳动防护用品吗? (106)
52. 女职工流产能否享受产假? (108)
53. 产假期满后仍不能工作,可享受病假待遇吗? (109)
54. 能安排怀孕7个月以上的女职工加班加点和夜班劳动吗? (111)
55. 女职工在“三期”内劳动合同期满,劳动合同期限还能顺延吗? (113)
56. 未成年工能从事过重体力劳动吗? (115)
57. 用人单位应当对未成年工做定期健康检查吗? (117)
58. 女职工在经期不能从事哪些劳动? (119)
59. 用人单位可以将“怀孕”约定为解雇条件吗? (120)
60. 职业培训是用人单位的义务吗? (122)
61. 违反服务期约定要承担违约金责任吗? (124)
62. 职工在续签的合同期内毁约,企业能追索上一合同期
支付的培训费吗? (126)
63. 飞行员跳槽是否应当支付巨额的培训费和违约金? (128)
64. 劳动者辞职,安全知识培训费是否需要赔偿? (130)
65. “五险”中个人缴费比例分别是多少? (132)
66. 社会保险费不能以工资形式发给职工本人吗? (135)
67. 职工由机关事业单位进入企业养老保险待遇怎样接续? (136)
68. 自由职业者可以参加养老保险吗? (138)
69. 下岗后再就业养老保险怎样接续? (140)
70. 农民工养老保险可以跨地区转移吗? (142)
71. 交费15年达到了退休年龄能领养老金吗? (144)
72. 提前退休人员要减发养老金吗? (146)
73. 个体工商户是否参加失业保险? (148)
74. 领取失业保险金需要履行缴费义务1年吗? (149)
75. 获得经济补偿金后仍然能领取失业保险金吗? (151)
76. 生育保险待遇有哪些? (153)
77. 未婚生育不能享受生育保险待遇吗? (156)

78. 医疗保险个人账户不能跨统筹地区转移吗? (158)
79. 试用期内也应该参加医疗保险吗? (160)
80. 商业保险赔偿与医疗保险待遇可兼得吗? (162)
81. 退休职工不缴医疗保险费吗? (164)
82. 破产企业退休人员的医疗保险如何保障? (166)
83. 个体工商户也要参加工伤保险吗? (169)
84. 工伤保险费是由企业全部缴纳吗? (170)
85. 拖欠劳动报酬,劳动者有特别救济手段吗? (172)
86. 因发放社会保险金纠纷属于劳动争议吗? (174)
87. 仲裁申诉时效可以中断吗? (176)
88. 申请劳动争议仲裁之前必须要经过调解程序吗? (177)
89. “一裁终局”等如一锤定音吗? (179)
90. “劳动争议发生之日”该怎样确定? (181)
91. 申请劳动争议仲裁还受时效限制吗? (183)
92. 生效的裁决书、调解书有错误,可以申请不予执行或撤销吗? (185)
93. 劳动争议当事人为多人,仲裁裁决效力该如何确定? (187)
94. 在劳动争议诉讼中还可以提出新的诉讼请求吗? (189)
95. 对方不履行生效仲裁裁决,我可以向法院申请强制执行吗? (191)

附录 中华人民共和国劳动法 (193)

1. 承揽合同可以形成劳动关系吗？



职工在线

我是做装修的。2009年年初，一家从事食品加工的厂子找到我，让我为食品厂的门楼做装修。我答应后就马上召集同村的十个人准备一起来做，并与食品厂签订了一份关于食品厂门楼的装修合同，合同中约定：我为甲方，食品厂为乙方，由乙方出料，由甲方负责按照双方议定的施工图纸进行施工。此外，双方还对交工日期和报酬等有关事项达成了协议。几个月后，我们施工完成想要钱的时候，食品厂却一直拖欠不给。我们很着急，想问一下，我们与食品加工厂之间存在劳动关系吗，是否受《劳动法》保护呢？



以法答疑

本案中，双方形成的并不是《劳动法》上的劳动关系，而是《民法》上的承揽关系。你们与食品厂签订的是承揽合同，不属于《劳动法》调整的范畴，尽管你们向食品厂提供劳动，符合我们平常所说“劳动”一词的含义，但不是《劳动法》所说的劳动关系，不能按照劳动法律制度中工资救济制度来处理；只能按照《合同法》承揽合同和违约救济的规定来处理。你们可以直接向食品厂所在地的人民法院提起民事诉讼，诉请人民



法院支持你们向食品厂索要债务的权利。

在此我们可知，劳动关系是指劳动者与用人单位在劳动过程中结成的一种社会关系，劳动过程是指劳动者与生产资料相结合，人们利用劳动资料，改造劳动对象，达到预期的结果所形成的关系；而承揽关系是指当事人双方约定一方为他方完成一定的工作成果，他方待工作成果交付后给付报酬的合同关系。



法条链接

1. 《劳动法》

第二条 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

第十六条 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。

2. 《劳动合同法》

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

第九十六条 事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

3. 《合同法》

第二百五十一条 承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。



特别提示

劳动关系是由《劳动法》调整，而承揽关系是由《民法》来调整。承揽关系不同于劳动关系，在争议处理的程序上存在较大区别。区分劳动关系与

承揽关系，主要从以下几点来看：一是看双方当事人是否有隶属关系，劳动关系具有从属性，而承揽关系具有独立性；二是看劳动者一方所从事的工作是否属于另一方作为某一组织生存所必需的业务，在劳动关系中，劳动者的劳动是企业生存所必需的，而在承揽关系中则不然；三是看劳动者一方从事工作所使用的生产工具的归属，承揽人一般以自己的设备、技术和劳力完成工作，他有权根据自己的经验、知识和技能，选择他认为完成工作的最好方法；四是报酬因素，如报酬是按月或按周等支付给劳动者，往往是劳动关系；并且，还可以从工时、休假、福利等方面来看，在劳动关系中，这些内容在合同中都有明确的约定，而承揽关系中则不存在这些约定。

2. 家庭雇工受《劳动法》保护吗？



职工在线

我是西部地区一名高中毕业生，毕业后在上海打工，后来经人介绍，给一个小老板做家庭保姆，负责煮饭和照料老板的小孩，老板每个月给我 1500 元，还包吃住，平时一般没有休息日，请假的话要扣工资。一日，我擦玻璃窗时不慎摔伤，住院治疗花了医疗费 8 万元，老板不愿意支付这笔费用。我的权益能得到《劳动法》的保护吗？



以法答疑

你和那位小老板之间的关系属于家庭雇佣关系。家庭雇佣关系不属于《劳动法》所调整的用人单位和劳动者之间的关系。《劳动法》第二条和《劳动合同法》第二条规定的用人单位，



只包括企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织，以及国家机关、事业单位和社会团体。《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定，个体经济组织是指一般雇工在七人以下的个体工商户。因此，个人、家庭与个人之间不能形成劳动关系，只能形成雇佣关系。《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（二）》第七条规定，家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷不属于劳动争议。因此，你与雇主之间的关系不是劳动关系，不应向劳动部门申诉，而应该向社区申请调解或向人民法院起诉。



法条链接

《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

第四条 公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用《劳动法》。



特别提示

现在，北京、上海等地的保险公司已经推出“保姆服务保险”，也就是我们所说的保姆的“第三者责任险”，如果因疏忽、过失或恶意行为造成被保险人人身伤害或者财产损失，依法应由被保险人承担的经济赔偿责任，由保险公司承担。

3. 事业单位的工作人员可以成为劳动争议的主体吗？



职工在线

我在一家事业单位当会计，属于工人编制。十年来我一直兢兢业业，2002年10月单位领导要求我提前退岗休养，但是未出示任何书面文件，我拒绝了，并且坚持每天上班。随后不久，单位以我不服从组织安排为由将我辞退。请问我该怎么办？是向人事部门申诉，还是向劳动部门申请仲裁？



以法答疑

你应该向人事部门申诉，虽然你已经被列入“工人”编制，只要你属于事业单位人事编制，就应由人事制度调整，原则上不适用《劳动法》调整。一般的，事业单位仅人事代理人员和临时工适用《劳动法》调整。

2007年人事部颁布的《人事争议处理规定》规定，事业单位与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议，属于人事争议。此处的“工作人员”指的是纳入人事编制的人员。同时还规定，人事争议发生后，当事人可以协商解决；不愿协商或者协商不成的，可以向主管部门申请调解；不愿调解或调解不成的，可以向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人也可



以直接向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

根据 2003 年《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》，事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《劳动法》的规定处理。此处的“工作人员”是指聘用合同管理的人员。《劳动合同法》第九十六条规定，事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未做规定的，依照本法有关规定执行。

在本案中，无论你是“干部”编制还是“工人”编制，只要你被纳入了事业单位编制之中，那你就应当适用《人事争议处理规定》。你可以向人事部门申诉，如果对人事争议仲裁裁决不服，可以自收到仲裁裁决之日起 15 日内向人民法院提起诉讼，逾期不起诉的，裁决书即发生法律效力。



法条链接

1. 《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》

第一条 事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《中华人民共和国劳动法》的规定处理。

2. 《人事争议处理规定》

第二条 本规定适用于下列人事争议：

（一）实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照《中华人民共和国公务员法》管理的机关（单位）与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议。

（二）事业单位与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。

（三）社团组织与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。

（四）军队聘用单位与文职人员之间因履行聘用合同发生的争议。

（五）依照法律、法规规定可以仲裁的其他人事争议。

第三条 人事争议发生后，当事人可以协商解决；不愿协商或者协商不成的，可以向主管部门申请调解，其中军队聘用单位与文职人员的人事争议，

可以向聘用单位的上一级单位申请调解；不愿调解或调解不成的，可以向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人也可以直接向人事争议仲裁委员会申请仲裁。当事人对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。



特别提示

按照现行制度，人事制度和劳动制度双轨运行，有着各自的调整范围。《劳动合同法》规定，国家机关、事业单位、社会团体仅是与其建立劳动关系的劳动者才适用劳动制度，目前是指没有编制的人员，主要是临时工。《劳动合同法》还规定，事业单位与实行聘用制的工作人员之间原则上执行劳动法调整，由于事业单位早已推行了聘用制改革，因此，该规定实际上明确了事业单位原则上执行劳动制度。但到目前为止，事业单位人事制度与劳动制度的衔接工作还处于试点阶段，现在事业单位与有编制人员仍然适用人事制度。当然，随着事业单位人事制度改革的进程，特别是人力资源和社会保障部的设立，劳动制度与事业单位人事制度之间的界限将会越来越模糊，甚至可能会统一调整。

4. 民办高校与其教师的关系是劳动关系吗？



职工在线

我是某民办高校的一名英语教师，单位同我签有劳动合同，合同约定2009年12月31日到期。2008年11月3日，我在去学校上课的途中，遭遇车祸，接下来住院十天，无法去学校上课。学校知道后，以我连续旷课构成重大教学事故为由，通知我不用再去上班了。我向学校表示，这样的做法是违背劳动法的，要求和学校领导当面交涉，可是学校领导相互推诿，无奈我只有拿起法律武器来维护自己的权益。但是我所在的单位是民办高校，无法将其纳入到劳动法所规定的用人单位之中，因此我很迷惘，不知道我能否受到《劳动法》的保护？



以法答疑

你的情况是可以得到《劳动法》保护的。用人单位的做法是违法的，你可以要求学校继续履行合同，或解除与学校的劳动合同，要求其支付经济补偿金并赔偿相应损失。

根据《劳动法》第二条的有关规定，与企业、个体经济组织形成劳动关系的劳动者，以及与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动合同关系的劳动者，都在劳动法的调整范围之内。但对民办非企业单位是否受劳动法的调整



整未做明确的规定。不过，《劳动合同法》明确规定了将民办非企业单位纳入劳动合同法调整范围，即民办学校等民办非企业单位实行劳动制度，受雇于这些单位的人员受劳动法保护。当然，《劳动合同法》生效前，各地做法不一，有的地方规定民办非企业单位适用人事制度，而有的地方规定民办非企业单位适用劳动制度。

根据劳动部 1994 年《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的规定，企业职工患病或非因工负伤，根据本人实际参加工作的年限和本企业工作年限长短，享受 3 个月到 24 个月的医疗期。根据《劳动法》第二十九条和《劳动合同法》第四十二条的规定，劳动者在患病或者非因公负伤的医疗期内，用人单位不得解除与劳动者的劳动关系。



法条链接

《劳动法》

第二十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同：

- (一) 患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- (二) 患病或者负伤，在规定的医疗期内的；
- (三) 女职工在孕期、产期、哺乳期内的；
- (四) 法律、行政法规规定的其他情形。



特别提示

民办非企业单位主要涉及教育、卫生、文化、科技、体育、劳动、民政、社会中介服务业、法律服务业等其他行业，如各类民办学校、医院、文艺团体、科研院所、体育场馆、职业培训中心、福利院、人才交流中心等，在这些单位中，只要与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除、终止劳动合同，都应受《劳动法》与《劳动合同法》的调整。

5. 出租车司机与挂靠公司之间可以认定为劳动关系吗？



职工在线

我是一名挂靠出租车司机。在营运过程中，被人抢劫，幸得保命，但受了重伤，花去很多医疗费，至今劫匪音信全无，无法要求他赔偿我所受到的损失。偶然一次机会我听到同事谈论，说有的地方司法实践中认定出租车司机与出租车营运公司形成劳动关系，在工作时间因工而遭受的伤害可以认定为工伤，公司应当对出租车司机工伤进行赔偿。因此，我想知道我与公司之间属于劳动关系么，我是否可以享受工伤保险待遇呢？

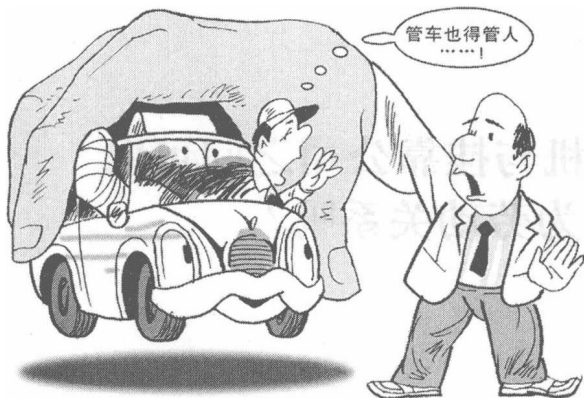


以法答疑

本案中，如果你接受营运公司的统一调配、管理及安全教育、证照办理等，在你与营运公司之间形成了事实上的隶属、管理关系，那么就可以据此判定公司与出租车司机之间建立了劳动关系，受《劳动合同法》调整，你工作中受伤，当然可以享受工伤保险待遇。

实践中，出租车行业主要存在三种经营模式，对于这三种模式下出租车

营运公司与司机的法律关系的判定应当区别对待。首先，公司制经营模式。即出租车的经营权和所有权属于出租车公司，出租车营运公司是按照《公司法》运作的实体化公司，出租车司机通过缴纳承包费获得对出租车的占有权、使用权和收益权，司机与公司之间签订劳动合同，约定劳动权利义务，显然，在这种营运体制下，司机与出租车营运公司之间的关系是劳动关系。其次，挂靠制经营模式。由于我国对出租车营运进行了资格限制，从事营运必须具备相应的营运资格，否则违法，因此，有些地方规定了出租车司机必须挂靠在有经营资质单位的名下。挂靠制又有两种情况，一是挂靠司机对出租车不



仅有所有权，还有经营权，司机仅需每月向公司缴纳一定的管理费。二是挂靠司机对出租车仅有所有权，没有经营权，司机不仅需要每月向公司缴纳一定的管理费，还要缴纳一定的租赁金、风险抵押金等来获得一定年限的出租车经营权。再次，个体独立经

营模式。由于出租车管理部门限制或禁止个体从事出租车营运，这种情况在实践中已经基本不存在，因此，我们没有必要进行探讨。但是，无论在哪一种挂靠模式下，如果挂靠司机接受营运公司的统一调配、管理及安全教育、证照办理等，在营运公司与出租车司机之间形成了事实上的隶属、管理关系，则应该认为挂靠司机是劳动者。否则，如果营运公司只起中介作用，司机与公司之间并无实质上的管理与隶属的关系，司机不应该被认定为劳动者。



法条链接

《劳动合同法》

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。