

纷争与和谐

陆敬波 主编

劳动争议 预防与处理实务精要

Practice Essentials
of the Prevention and
Settlement of Labor Disputes

L

中国劳动社会保障出版社



纷争与和谐

——劳动争议预防与处理实务精要

陆敬波 主编

阎付克 沈骏 屈晓蓉 副主编

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

纷争与和谐——劳动争议预防与处理实务精要/陆敬波主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2009

ISBN 978-7-5045-8056-6

I. 纷… II. 陆… III. ①劳动争议-预防-基本知识-中国 ②劳动争议-处理-基本知识-中国 IV. D922.591

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 180277 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出 版 人: 张梦欣

*

北京谊兴印刷有限公司印刷装订 新华书店经销

787 毫米×1092 毫米 16 开本 23.75 印张 411 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

定价: 48.00 元

读者服务部电话: 010-64929211

发行部电话: 010-64927085

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

前 言

当前有一种现象备受社会各界关注,即伴随着《劳动合同法》《劳动合同法实施条例》《劳动争议调解仲裁法》《职工带薪年休假条例》《企业职工带薪年休假实施办法》《劳动人事争议仲裁办案规则》等系列劳动立法的出台和实施,劳动争议案件呈“井喷”之势增长。全球金融和经济危机导致的不利经济形势对此更是火上浇油,某个地区劳动争议数量同比增长300%已不足为怪,个别地区甚至同比增长800%之多!许多地区的劳动争议处理机构因此“门庭若市”,承办人员业务繁重,苦不堪言。在有关劳动争议案件数量急剧增长的同时,处于“经济强势”地位的用人单位却凸显颓势,败诉率一直居高不下,远远高于劳动者。不仅如此,双倍工资、违法解雇赔偿、无固定期限劳动合同等新型劳动争议不断出现,因减薪、裁员、关厂、搬迁、并购等引起的群体劳动争议也有明显增加。于是数量增长快、单位败诉率高、新型案件增、群体争议多遂构成了当前劳动争议的四大最突出特点。

这四大特点不能不引起社会各界对当前劳动争议案件的足够重视和关注。宏观而言,劳动争议尤其是群体性劳动争议的大量增加,对整个社会的和谐稳定将产生不良影响;微观而言,某一具体用人单位的劳动争议往往本身事小但后续影响大,如果其发生率及败诉率显著上升,将使得该单位和谐劳动关系的构建面临严峻考验。

和谐抑或纷争?是一个必选题,但并不是一个两难选择,我们当然要和諧!但能否做到劳动关系的和谐?如何做?就成了摆在政府、用人单位、工会、劳动者及其他社会各界面前的一个现实而急迫的问题。这一问题必须予以解决,本书因此而生。

既然是为了解决实际问题,解决如何在实务层面进行具体操作才能构建和发展和谐劳动关系,那么本书就不应该是一本普通的教科书,只解决“面”的问题;也不应该是一本普通的案例汇编,只解决“点”的问题。本书是一本通过重点案例的点题和引申,以点带面地提出全面的、系统的实务操作建议和方

案的工具型书籍。因此本书主要章节的基本体例为“案例”+“评析”+“建议”+“问答”+“法规”，从而确立了本书典型性、系统性与实务性“三性”结合的特点。

解决劳动关系和谐问题，可以从正面谈，也可以从反面谈，两方面缺一不可。争议在某种程度上是对和谐的背离，本书从和谐的反方向即争议的角度切入，找出各种劳动争议的成因，然后对症下药，最终从正向有针对性地提出可操作性的方案和建议，进一步形成了本书的第二大特点：反向导入，正向解决。

如果要开展有关劳动争议方面的学术研究，本人或许会考虑将自己的一些观点和思考出一本个人专著，但本书并非搞学术，而是搞实务方案和建议，这就不是个人观点和思考的问题，而是大量的、有效的经验积累问题。对于经验积累，虽然本人专门从事劳动法实务和研究十数年，但仅凭一己之力，仍难免有所局限。故必须聚众人之力、博众家之长。所幸，我们江三角律师事务所恰巧就有这样一支非常专业的、可以说是当今国内最优秀、最具规模的劳动法律团队。这二十几位劳动法专业律师均长期在一线专门从事为用人单位、工会和劳动者提供劳动法律培训、顾问、咨询和代理等法律服务及相关工作，拥有丰富的实务经验，其中多位律师已经在国内业界享有很高的知名度。于是本人及事务所就组织了该团队中的一些代表，按各自的业务专长，分工合作，共同完成了本书。因此，本书实际上也是我们整个劳动法律团队的长期实务经验的归纳和总结，这是本书的第三大特点。

劳动关系的和谐与劳动争议的预防和处理，有宏观层面问题，也有微观层面问题，后者是前者的基础。本书着力于解决后者，即具体用人单位劳动关系和谐与劳动争议预防和处理的实务操作问题，因此，希望本书能够成为用人单位的人力资源管理工作、法务工作者、工会工作者、其他高层管理者、劳动者以及律师和其他法律同仁的益友良伴，在其日常工作和学习中需要的时候起到一些启发、一些提示、一些参考，而真正有所裨益。当然，一本书不可能解决所有问题，我们尽可能通过本书“授人以鱼”的同时，更多地着重于“授人以渔”，以期读者能够鱼渔兼得。

陆敬波

2009年9月于上海

目 录

第一编 理论编

第一章 与时俱进的劳动争议 (3)

第一节 劳动争议的深化认识	3
一、劳动争议的概念	3
二、劳动争议的性质及特征	4
第二节 劳动争议的类型与发展	7
一、劳动争议的类型	7
二、劳动争议类型的发展	8
第三节 劳动争议中的当事人	10
一、劳动者	10
二、用人单位	12
第四节 劳动争议预防及处理依据	13
一、法律法规及行政规章	13
二、劳动合同、集体合同和用人单位规章	13
第五节 劳动争议与民事争议的关系	14

第二章 劳动争议的预防 (16)

第一节 预防的基本原则	16
一、强化防范意识	16
二、依法用工	16
三、建章立制	17
四、提高技能	17

五、与时俱进	18
第二节 规章制度	19
一、规章制度的功能	19
二、规章制度的性质	20
三、规章制度应当包括的内容	21
第三节 专业人士	22
一、何谓专业人士	22
二、专业人士的作用	23
三、成为专业人士	24
第四节 全面合作与有效释放	25
一、全面合作	25
二、有效释放	25

第三章 劳动争议的处理 (27)

第一节 劳动争议处理制度概述	27
一、劳动争议处理制度沿革	27
二、现行劳动争议处理制度结构	28
三、结合我国的劳动争议处理制度预防劳动争议	29
第二节 劳动争议处理的基本问题——时效、举证及管辖	31
一、时效	31
二、举证	33
三、管辖	35
第三节 调解	37
一、调解定义	37
二、调解阶段中的注意事项	38
三、调解的作用	39
第四节 劳动仲裁	39
一、劳动仲裁制度简介	39
二、仲裁程序简介	41
三、终局裁决制度	43

第五节 诉讼

44

一、劳动争议诉讼案件发生条件

44

二、人民法院直接受理的劳动争议诉讼

45

三、劳动诉讼与劳动仲裁

46

四、劳动争议诉讼事务处理

47

第二编 实务编**第一章****劳动合同订立争议 (51)****第一节 劳动关系建立的争议**

51

一、招聘中的争议

51

二、因录用信产生的争议

56

三、因担保等产生的争议

59

第二节 事实劳动关系的争议

62

第三节 无固定期限劳动合同订立的争议

67

第四节 劳动合同内容约定不明的争议

73

第五节 劳动合同无效的争议

78

第二章**劳动合同履行、变更争议 (84)****第一节 调岗调薪**

84

第二节 员工处分

90

第三节 试用期与实习期

94

第四节 劳动关系的认定

98

第五节 劳动合同履行和变更的其他问题

102

第三章**劳动合同终止争议 (108)****第一节 约定终止**

108

第二节 法定终止

111

第三节 劳动合同终止的经济补偿

115

第四节 劳动合同终止的限制

119

第四章 用人单位解除劳动合同争议 (123)

第一节 解除事由	123
一、过错性解除	123
二、无过错解除	128
三、用人单位试用期解除劳动合同	133
第二节 裁员	137
第三节 解除程序	141
第四节 解除的补偿	146
第五节 限制解除的问题	151

第五章 协商解除和劳动者解除劳动合同争议 (156)

第一节 解除事由	156
一、劳动者单方解除劳动合同	157
二、劳动者与用人单位协商解除劳动合同	168
第二节 解除程序	170
一、劳动者单方解除劳动合同	170
二、劳动者与用人单位协商解除合同	172
第三节 经济补偿金	173
一、劳动者单方解除劳动合同	174
二、劳动者与用人单位协商解除合同	175
三、经济补偿金的计算	175
第四节 限制解除的问题	178

第六章 保密、竞业限制及服务期争议 (180)

第一节 商业秘密保护	180
一、商业秘密的界定	181
二、商业秘密保护	185

三、商业秘密案件中的举证责任	188
第二节 竞业限制的履行	193
一、竞业限制范围	193
二、竞业限制人员	196
三、竞业限制协议	200
第三节 培训的认定及服务期约定问题	204
一、培训的界定	204
二、培训费的界定	208

第七章 工作时间、休息休假争议 (212)

第一节 工作时间	212
一、标准工作时间	212
二、特殊工作时间	215
第二节 加班及加班工资	221
第三节 假期	225
一、法定假期	225
二、其他假期	226
第三节 职工带薪年休假	237
一、休假条件	238
二、休假天数	238
三、休假排除	238
四、休假方式	239
五、休假补偿	239
六、法律责任	240

第八章 劳动报酬争议 (243)

第一节 劳动报酬的构成	243
第二节 最低工资	249
第三节 特殊情况下的工资发放	255
第四节 克扣工资与减发工资	267

第九章 社会保障事务争议 (274)

第一节 基本养老保险、基本医疗保险、失业保险	275
一、各项社会保险的强制性与适用范围	275
二、各项社会保险的缴费基数与缴费比例	277
三、社会保险违法纠错机制	279
第二节 住房公积金	281
一、住房公积金的义务性和强制性	281
二、住房公积金的缴存	284
三、住房公积金的登记、变更、注销与账户设立、转移、封存	285
四、住房公积金的提取和使用	287
第三节 生育保险	288
一、生育保险的适用范围	289
二、生育保险的缴费基数与缴费比例	290
三、生育保险待遇	291
第四节 工伤保险	292
一、工伤认定与劳动能力鉴定	293
二、工伤待遇与赔偿	296

第十章 女职工保护事务争议 (301)

第一节 女职工就业保护	301
第二节 经期、孕期、产期、哺乳期及更年期 (“五期”) 的特殊保护	305
第三节 女职工的其他特殊保护	312
第四节 孕期、产期、哺乳期 (“三期”) 内的劳动合同关系	314
一、“三期”内劳动合同不得解除或者终止的情形	314
二、“三期”内劳动合同可以解除或者终止的情形	317

第十一章 特殊用工争议 (322)

第一节 劳务派遣和劳务外包	322
第二节 非全日制用工	327
第三节 协保人员	330
第四节 退休人员	333
第五节 私人雇佣	336

第三编 法律服务编**第一章 专项法律服务 (341)**

第一节 劳动合同拟定及审核类	341
一、服务项目	341
二、劳动合同类文本拟定及审核的基本原则	342
第二节 规章制度设计及审核类	343
一、服务项目	343
二、常见劳动规章制度种类及设计、审核时的注意事项	344
第三节 裁员类	345
一、服务项目	345
二、关于裁员的简要介绍及注意事项	345
第四节 尽职调查类	347
第五节 公司法律服务类	347

第二章 企业法律培训 (348)

第一节 企业法律培训的动因及特点	348
一、企业法律培训的动因	348
二、企业法律培训的特点	348
第二节 企业法律培训的形式	349
一、内部培训	349
二、外部培训	350

第三章**劳动争议代理 (351)****第一节 劳动争议律师代理**

351

- 一、先期有效定性劳动争议性质，提高纠纷
解决的效率

351

- 二、合理、准确认定案件管辖

352

第二节 代理劳动争议仲裁实务

352

- 一、签订相关协议及文书

352

- 二、仲裁开庭前准备

353

第三节 代理劳动争议诉讼实务

355

- 一、签订相关协议及文书

355

- 二、起草起诉书或上诉状

356

- 三、庭前准备

356

第四章**企业法律顾问服务 (357)****第一节 企业法律顾问服务概述**

357

- 一、企业法律顾问服务的概念及分类

357

- 二、企业法律顾问服务的形式

358

第二节 企业法律顾问服务的优势及展望

361

- 一、企业法律顾问服务的优势

361

- 二、企业法律顾问的发展趋势

365

后 记

(366)

第一编 理论编

第一章

与时俱进的劳动争议

第一节 劳动争议的深化认识

一、劳动争议的概念

关于劳动争议，有学者将其区分为广义上的劳动争议与狭义上的劳动争议。^① 广义上的劳动争议与劳动纠纷同义，是指劳动关系双方当事人因劳动问题引起的纠纷。从这个意义上讲，劳动者与用人单位之间、劳动者之间、用人单位之间，因为劳动问题所引起的争议，都可以叫做劳动争议。狭义上的劳动争议则是指，劳动者与用人单位之间，在劳动法的范围内，因适用国家法律法规订立、履行、变更、终止劳动合同以及其他与劳动关系直接相联系的问题而引起的纠纷。

对于前述定义，笔者认为，所谓的广义上的劳动争议的定义于实务操作并无实益（具体可参加下文论述），且劳动者之间的或用人单位之间的纠纷多由民法或经济法解决^②，故不如将有关重点直接集中于“狭义”的劳动争议。

前述“狭义”劳动争议的定义把握到了劳动合同相关争议为劳动争议之最主要类型（尤其是在《劳动合同法》生效之后）的特点，但却过于关注劳动合同所产生的相关纠纷了。以至于基本忽略了其他争议类型而简单地以“其他与劳动关系直接相联系的问题”一笔带过。例如，因违反劳动条件相关法律法规

^① 黎建飞. 劳动与社会保障法教程. 北京：中国人民大学出版社，2007. 339～340

^② 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者所引起的纠纷为例外，这种纠纷直接导致原用人单位对招用劳动者的用人单位产生了诉权。但除了这种纠纷以外，在劳动法领域基本不发生用人单位之间的争议。

所产生的关于工资、工作时间等方面的争议；因违反劳动保护法所产生的工伤、职业病及女职工保护争议；还有因违反社会保险法所产生的社会保险争议及因违反就业促进法所产生就业歧视争议等。这些争议类型在劳动争议类型体系中也享有相当重要的地位。

为明晰前述劳动争议的类型问题，在此笔者还不得不提及《劳动合同法》在劳动法领域的地位问题。《劳动合同法》仅仅是劳动法的特别法，或者说仅是劳动与社会保障法律部门中的一部法律。本身主要用于解决劳动合同的签订、变更、解除及终止问题，不可能用于替代劳动法，故社会上某些对《劳动合同法》所谓“新劳动法”的称呼实在有失妥当。关于双方当事人劳动关系中的具体权利义务，虽可通过合同做适当约定，但决不可逾越国家在工作时间、劳动报酬等方面所规定的强制标准。故，除当事人在超出国家规定标准之上（或者说用人单位给予劳动者超出法律规定的基准利益以上）所作的相关约定外，劳动合同中的某些权利与义务实际上是法定的。故，平时我们所见所闻的劳动合同争议有相当部分实质为劳动合同履行所导致的劳动报酬争议、工作时间争议及社会保险争议等，只有因劳动合同签订、变更、解除或终止所导致的关于劳动合同本身的纠纷才是真正的劳动合同纠纷。经过这样分析，劳动合同争议实无我们所认为的那样繁多。

由此，既然考虑采用对类型进行抽象的方式对劳动争议进行定义，倒不如彻底一点，如此规定：所谓劳动争议是指，劳动者与用人单位之间，基于劳动关系，因劳动法权利与义务上的冲突而产生的争议。

二、劳动争议的性质及特征

在国外或某些地区，劳动者与用人单位之间的关系是“劳资关系”，而不是我国所称的劳动关系。“劳资关系”这样的定义明显具有对立意味，因为劳方与资方的界限分明，其所展开的关系自然包含一致性与冲突性在内；而劳动关系则是以劳动为中心展开，着重在劳动力，劳动者为本位的思考。^①《劳动法》第一条即开宗明义指出：为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。《劳动合同法》第一条也明确规定：为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。故，我国劳动立法的实质主要是为了保护劳动者的合法权益。进一步，劳动法律制度中的劳动争议处理制度，相当程度上

^① 黄越钦，劳动法新论，北京：中国政法大学出版社，2003，19