

劳动争议经典案例 及非诉劳动问题深度解析

——劳动合同法背景下的用人单位对策

LAO DONG ZHENG YI JING DIAN AN LI
JI FEI SU LAO DONG WEN TI
SHEN DU JIE XI

LAO DONG HE TONG FA
BEI JING XIA DE
YONG REN DAN WEI DUI CE

齐斌 陈轶凡 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

劳动争议经典案例 及非诉劳动问题深度解析

——劳动合同法背景下的用人单位对策

LAO DONG ZHENG YI JING DIAN AN LI
JI FEI SU LAO DONG WEN TI
SHEN DU JIE XI

LAO DONG HE TONG FA
BEI JING XIA DE
YONG REN DAN WEI DUI CUI

齐斌 陈轶凡 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议经典案例及非诉劳动问题深度解析: 劳动合同法背景下的用人单位对策/齐斌, 陈轶凡著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0441 - 9

I. 劳… II. ①齐… ②陈… 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 159502 号

劳动争议经典案例及非诉劳动问题深度解析

LAODONG ZHENGYI JINGDIAN ANLI JI FEI SU LAODONG WENTI SHENDU JIEXI

著者/齐 斌 陈轶凡

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 12 月第 1 版

印张/11.5 字数/258 千

2008 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0441 - 9

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66066820

邮购部电话: 66033288

序

写书对我来说是一件久违之事。刚从北大法律系毕业，在劳动部工作时，除了杂七杂八的日常工作，包括协助领导做一些与起草《劳动法》相关的事、接替一位早我一年进部的师兄编写《劳动政策法规专刊》，其余大部分时间都用来编书（实在不好意思说“写”书），深知“爬格子”之苦——哪怕是“抄”书，你也要抄得别出心裁。

我当时初出茅庐，转正后正式的称谓是“办事员”。但我所在的政策法规司法规处肩负着起草《劳动法》的重任，为此，劳动部还特地引进了中国第一位立法学博士黎建飞（现为中国人民大学教授）并任命他为法规处副处长。1991年夏，我与法规处邢新民处长赴陕西、宁夏、甘肃、山东、辽宁五省（区）进行与起草《劳动法》相关的调研；1991年底或1992年初，我在一台“四通”电脑打字机里亲手打出了《劳动法（草案）》在劳动部的最后一稿，^①直接交部里打字室付印、又由部里报国务院法制局（现国务院法制办）。如此这般，说本人参与过《劳动法》起草，应该并非言过其实吧。

关于《劳动法》的起草，有一个与我有关的小插曲，本来不便公开，但因年代久远，而且实际上黎建飞博士已经在中国人民大学的课堂等场合替我公开了，在此不妨披露给亲爱的读者，供大家一笑。参与过《劳动法》起草的人都知道，最初的《劳动法（草

^① 我的职责是校对而不是打字。但部里打字室女打字员打出来的稿子，我要一字一句地审阅、修改，不胜其烦，索性自己动手打字了。另外，毋庸赘言，当时还没有真正的“电脑”。

案)》里,并未使用“用人单位”和“劳动者”这两个而今人们耳熟能详的概念,而是分别使用“企业行政”与“企业职工”二词。但《劳动法》也将适用于国家机关、事业单位和社会团体的“工勤人员”,^①因此,用“企业职工”指代作为《劳动法》适用对象的职工一方显然是不周延的。而“企业行政”含义模糊,不是一个严谨的法律概念。其实当时已有学者、官员指出这一问题,但不知何故,领导交到我手上的、劳动部的最后一稿《劳动法(草案)》,通篇仍然使用了“企业行政”与“企业职工”二词。当时不知是来不及请示领导还是我自认为不必请示,总之,我利用“四通”电脑打字机,胆大包天地把草案中的“企业行政”统统置换为“用人单位”,把“企业职工”统统置换为“劳动者”。草案就这样报给了国务院法制局,自此直到全国人大常委会于1994年7月5日通过并公布《劳动法》,都使用“用人单位”和“劳动者”两个概念。坦率地说,我对草案的上述修改超越了我可怜的“职权”范围,作为一个国家干部(如今称“公务员”)作出如此不谨慎的举动,理应追悔莫及。所幸此事未造成任何不良后果,而且事情已经过去了十六年左右,也就但说无妨了。当然,我相信,即使我未改动劳动部的草案,国务院法制局或全国人大常委会也会作出上述修改,最后面世的《劳动法》不至于还有“企业行政”这个过时的名词,也不会仅仅适用于“企业职工”。

现在我已做了多年律师,虽然一直想另辟蹊径从事经济效益更高的业务,但鬼使神差或前世注定,我始终未能脱离劳动法领域,端赖我在劳动部工作过三年。劳动法本来是冷门,劳动人事管理、决策在资本运作以及企业经营中虽然必不可少,但并不太引人注目。不过,由于《劳动合同法》的缘故,现在的劳动法或劳动合同法专家如雨后春笋,各类讲座层出不穷;有时我真想说我不是劳动法专

^① 《劳动法》第二条第二款:“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。”

家，我做企业并购、经济诉讼、知识产权等等也可能是一把好手，可就怕别人不信。这就是命。

据说写书的律师都不是好律师，因为好律师一是没时间写书，他们日进万金，实在忙碌；二是不屑于写书，写书虽然有版税，但与名律师一小时几百美元的费率相比，实在不成比例。不过，既然中国法制出版社的编辑约稿，说明我尚未被社会承认为一个好律师、名律师，自然也就不必端好律师、名律师的架子了；稍事扭捏、踌躇之后，还是接下了这桩苦差事。还好，我多年的同事与合伙人、《劳动合同法》爱好者和专家、精通日语和涉日法律服务业务的陈轶凡律师有兴趣与我共同执笔，于是大家就见到了手中这本书。它并不完美，但它是我和陈轶凡律师以及中国法制出版社编辑心血的结晶。

一、本书的宗旨

自从有了互联网，我便很少看书。接下稿约，动笔之前总要做些相关的调查。一调查才发现，中国法制出版社已然出版了许多劳动法和劳动合同法方面的论著，其中不乏名家名作；这些北京、上海的名家，有些也是我相当熟悉的学者，其中包括我在劳动部的前同事、上司，以及我的硕士论文^①指导老师。于是我恍然大悟：出版社编辑可能是想让读者换换口味，除了著名学者的长篇大论，也要看看劳动法律师如何执业，以及对《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》等等有何感想。

因此，本书的宗旨便呼之欲出：这是一部侧重实务、以案例为主的书。本书的内容不求全，只求“实”——主要介绍作者亲自代理或应邀评论过的真实、典型案例，记录或再现作者的一些心得、体会、困惑与感悟；我们希望，律师同行会在本书中找到共鸣，企业界人士会从本书中得到启示，劳动者个人则在阅读本书之后，可以通过换位思考，更好地理解企业的管理举措和经营中的苦衷，甚

① 齐斌律师于2002年取得华东政法学院（现华东政法大学）法律硕士学位。

至可以学到一些维权的“妙招”。

至于参与过《劳动合同法》起草的学者、官员们，如果他们也能拨冗拿起本书一阅，或许可以理解这部法律为何争议多多，为何企业界人士在2008年元旦的钟声敲响之际普遍忧心忡忡。2007年最后一天上午我在绍兴，携妻儿第二次参观了鲁迅故居。鲁迅先生有语道：“说话说到有人厌恶，比起毫无动静来，还是一种幸福。”一本书不足以改变一部法律，但我们必须发出自己的声音——虽然许多律师认为，法律漏洞越多、缺陷越大，律师的执业空间和发挥余地就越广阔，但我也曾是热血沸腾的青年学生、中央部委工作人员、企业管理人员，我希望国家发达、社会进步；尤其是，作为法律工作者，我希望隐藏在每部新法背后的价值观都经得起历史考验、立法技术卓越、法治精神普照九州大地。

二、本书的内容和结构

本书主要包含以下两大“板块”：

- (一) 劳动争议仲裁、诉讼案例分析及对策（第一编）；
- (二) 非诉劳动问题（第二编）。

本书主要基于作者经办或应邀评论过的真实案例（包括仲裁、诉讼案件和非诉案件）而写，而一名律师，即使是劳动法专业律师，也难以在其执业生涯中办理涉及劳动法方方面面问题的、所有类型的案件。因此，我们也在书中穿插了某些社会热点案例，并加上我们的点评或解析；这些案例均来自于公共资源或业内人士推荐。

另一方面，我们也不断地、反复地代理一些重要类型的案件，比如与解除劳动合同相关的劳动报酬、经济补偿金案件。可以说，劳动合同的解除，是劳动争议的多发“地带”。以上海市为例，2007年上半年发生的劳动争议中，“80%以上为欠薪、欠保、欠金争议，工伤争议也大幅增长。”“经济性争议进一步增长，劳动报酬（‘欠薪’）、保险福利（‘欠保’）、经济补偿金（‘欠金’）争议合计占总量的82.1%。”“身份性争议进一步下降，要求恢复劳动关系、签订无固定期限劳动合同的争议仅占3%，同比下降52.9%。”

“这反映出劳动者已不再执着于维持‘已破裂的劳动关系’，比较接受‘补偿走人’的方式，体现了劳动者对劳动关系的理性化认识以及市场化就业观念的建立。”“劳动者在申请仲裁时已经与单位结束劳动关系的，占84.3%。这说明用人单位和劳动者之间沟通协调、纠错机制的缺乏和抗衡力量不平衡，双方发生矛盾不能在内部及时沟通，迅速简便地解决，‘走人再算账’的特点极其明显。”^①

2008年以来，劳动争议呈持续上升态势。据统计，2008年一季度上海全市劳动争议仲裁委员会受理劳动争议案件11904件，较之去年同期增长了105%；1至4月份全市法院受理劳动争议案件5655件，同比上升近两成；群体性劳动争议也时有发生。^②2008年1至8月，广州市劳动争议仲裁案件数量为35512宗，其中因薪酬（包括加班费）引发的争议占四成，达14263宗。^③全国其他地区的情况大概也相差无几。

三、本书的读法

从某种意义上说，在网络时代还花钱买书看的，都是真正爱书之人。爱书之人自然不需要我们教导如何读书。但本书既然是我们写的，我们就有义务把自己认为最好的读法提示给读者，仅供参考。

众所周知，《劳动合同法》于2008年1月1日起施行。仍以上海市为例，2007年上半年劳动争议仲裁的平均办案时间是45天，^④依此推算，大约2008年2月中旬开始会有适用《劳动合同法》的

① 上海市劳动保障局劳动争议仲裁处：《2007年上半年全市劳动争议仲裁案件情况分析》第三条、第六条第三段，上海劳动保障服务网，http://www.12333.gov.cn/zxxz/fwzq/hrsl/zxxz/200707/120070720_1027351.shtml

② 陈豪：《在（上海）市总工会机关系统传达学习市委九届四次全会精神会议上的讲话》，“上海市科技教育工会”网，http://www.shkjgh.org.cn/zc_detail.asp?ArticleID=2695&classid=55，2008年10月10日。

③ 崔朝阳、林翠翠：《〈劳动合同法〉实施9个多月仍存在不少问题》，《羊城晚报》，<http://www.chinalawinfo.com/fldt/xwnr.asp?jd=22620>，2008年10月10日。

④ 上海市劳动保障局劳动争议仲裁处：《2007年上半年全市劳动争议仲裁案件情况分析》第二条第二段，上海劳动保障服务网，http://www.12333.gov.cn/zxxz/fwzq/hrsl/zxxz/200707/120070720_1027351.shtml，2008年1月1日。

案件作出裁决。除非作者亲自办理的案件，在本书交稿之前，我们可能难以看到上述案件的裁决结果。根据经验，经裁决的仲裁案件，往往双方矛盾不可调和（否则均会以调解或和解方式结案），总有一方会起诉至人民法院。而法院处理一审劳动争议案件通常需要两、三个月甚至更长时间；许多案件一审之后还有二审。因此，“盖棺论定”、适用《劳动合同法》的劳动争议案件终审判决书，通常要到2008年下半年之后才会陆续面世；而适用《劳动合同法实施条例》（2008年9月18日公布施行）的劳动争议案件判决书（无论初审还是终审）至本书截稿之日基本上还不可能产生。

因此，我们在本书中所提供的案例，绝大多数是《劳动法》背景下的案例，而非适用《劳动合同法》及其《实施条例》的案例。但法律的一个重要作用就是指引和预测，根据《劳动合同法》及其《实施条例》，我们不难对上述案例作出合理合法的分析，并预测同样的案情如果适用《劳动合同法》及其《实施条例》，将会出现怎样的裁决或判决结果。

可见，读本书时，宜“虚”不宜“实”。即，读者不必过于关注案件的实际结果，而应着眼于作者的分析、论述、预测；一定要看细节的话，建议大家留意案件处理过程中的各种花絮，尤其是证据的搜集和运用。因为在一定意义上，打官司就是打证据，劳动争议案件也概莫能外。法律真实与客观真实是截然不同的概念，一些常人容易忽视的细节，往往可以决定案件的成败。无论劳动争议仲裁委员会还是人民法院，对案件作出裁决或判决时，只能依据“法律真实”即由当事人证据证明的“真实”（哪怕只是具有微弱优势的“真实”）而不是“客观真实”，因为“客观真实”往往只有“上帝”才知道，而仲裁员和法官都是人而不是神。

此外，在本书撰写过程中或付印之后，人力资源和社会保障部可能制订一些配套规章，各地也将制订或修订一些地方性法规、规章、规范性文件；最高人民法院和各省、直辖市、自治区高级人民法院还可能起草一些关于适用《劳动合同法》的司法解释或审判指

南、会议纪要。凡此种种，无论公开还是非公开的，都可能对劳动争议个案的结果产生决定性的影响。

另需说明，由于劳动争议仲裁委员会与人民法院在审理劳动争议案件时，考量、参照的因素甚至适用的法律（这里所说的“法律”是广义的）并不完全相同，同样的案件，同样的当事人，在仲裁委员会和人民法院往往得到截然不同的结果。比如，对一些法律法规没有明确规定的问题，劳动争议仲裁委员会仲裁员一般倾向于适用劳动和社会保障部门的规章、规范性文件，而法官则更倾向于到最高人民法院以及当地高级人民法院甚至个别中级人民法院的司法解释、审判指南、会议纪要中寻找答案。遗憾的是，除了最高人民法院的司法解释，地方法院的司法解释尤其是审判指南、会议纪要往往是不公开的。我曾遇到过，某网站以500元一份的价格出卖一份当地高级人民法院关于审理劳动争议案件的会议纪要。我出得起这样的价格，但无法接受这样的方式。最后我借同学名义从那家高级人民法院一位陌生法官手中得到了那份会议纪要。执业律师接近法律资源（如果“会议纪要”也算法律资源的话）尚且如此困难，何况普通民众。希望所有可以影响案件结果的文件，都向全社会公开。这是法治社会的基本要求。

当然，本书也收录了个别调解成功的案例；我们试图用这些案例说明，必要情况下的让步，甚至高于法定标准的、经济上的“牺牲”，往往是企业迅速解决争议的利器。作为执业律师，在法律允许的情况下最大限度地维护当事人利益是我们的天职。如果调解更有利于当事人，我们无疑应该选择调解。但调解最大的问题是“是非不清”（当然，这只是相对而言；众所周知，“调解书”是不必说理的）——在内心深处，我希望自己代理的每一个案子都能得到一份裁决书或判决书，希望了解仲裁员和法官对每一个案子的真实想法和观点。如果案件通过调解方式解决，坦白地说，恐怕连仲裁员和法官都不知道（万一案子调解不成）他（她）会怎样写裁决书或判决书。

综上所述，希望读者们从理论上、于细节中玩味每一个案例，而不必拘泥于案件的结果。实际上，很少有两个案件是完全相同的；而中国在理论上也不实行判例法。况且，即使同样的案件，不同的仲裁员或法官也很可能作出迥异的裁决或判决——撇开非正常因素不谈，客观上，许多案子确实都有“自由心证”或“自由裁量”的空间。正因为如此，请体谅你们的律师——如果日后你们与律师打交道的話；好律师可以许诺尽最大的努力为案件争取最好的结果，但请记住，案件成败最终取决于仲裁员和法官，取决于法律，取决于当事人自己（证据是否充分）。特别说明的是，本书总论及第一编由齐斌主笔，第二编除第二十二章由齐斌主笔外，均由陈軼凡主笔。所援引的案例（“华为”事件除外）中，当事人姓名或名均做了技术处理。

2008年10月10日于上海

齐斌

目 录

CONTENTS

总 论

第一章 《劳动合同法》及其《实施条例》综述 (3)

第一节 《劳动合同法》：一部意义深远但尚存缺憾的新法 (3)

第二节 《劳动合同法》的主要问题点 (4)

第三节 《劳动合同法实施条例》重要条款探究 (9)

第四节 法律规避：现实与反思——《劳动合同法》相关社会热点事件评析 (13)

第二章 《劳动争议调解仲裁法》重要条款点评 (18)

第一编 劳动争议仲裁、诉讼案例分析及对策

第一章 协商解除劳动合同 (29)

〔案例1〕 某控股公司与工会主席杨某协商解除劳动合同 (29)

第二章 用人单位因劳动者过失解除固定期限劳动合同 (41)

第一节 因电子邮件引发的解除劳动合同及经济补偿 (41)

争议	(41)
[案例2] 某外资企业因电脑部员工高某偷阅副经理电子邮件解除其劳动合同	(41)
[案例3] 某外资企业因员工郝某群发投诉总经理的电子邮件解除其劳动合同	(62)
第二节 因打人引发的解除劳动合同及服务期违约金	(73)
[案例4] 某中外合资企业因员工薛某打人解除其劳动合同并追索服务期违约金	(73)
第三节 因劳动者维权方式不当引发的解除劳动合同及经济补偿等争议	(82)
[案例5] 王某等11名员工对绩效考核方式不满拒绝服从管理被解除劳动合同	(82)
[案例6] 韩某因对公司职务称谓不满无故旷工被解除劳动合同	(87)
第三章 无固定期限劳动合同相关案例	(92)
第一节 用人单位拒绝签订无固定期限劳动合同	(92)
[案例7] 邓某与上海某实业公司无固定期限劳动合同争议案	(92)
第二节 用人单位因劳动者过失解除无固定期限劳动合同	(99)
[案例8] 某公司以万某旷工为由解除其无固定期限劳动合同	(99)
第四章 劳动者欺诈导致劳动合同无效或解除	(104)
[案例9] 潘某伪造学历被公司辞退	(104)
[案例10] 许某假冒学位被某公司追索经济补偿金	(108)
第五章 用人单位向劳动者索赔经济损失	(111)
[案例11] 公司对前员工郭某提起的财产损害赔偿	

诉讼	(111)
[案例 12] 公司向副总经理马某索赔及马某反诉公司拖欠劳动报酬	(114)
第六章 用人单位未成立工会的情况下劳动合同解除程序	(118)
[案例 13] 某软件开发公司与李某解除劳动合同纠纷	(118)
第七章 劳动者解除劳动合同	(131)
[案例 14] 翁某以公司未签劳动合同为由要求“二倍”工资赔偿	(131)
[案例 15] 周某辞职后被原公司在网上重新“招聘”引起的退工与赔偿纠纷	(136)
第八章 劳动合同的变更	(141)
[案例 16] 某公司调整李女士工作岗位导致的劳动争议	(141)
第九章 延长工作时间工资报酬	(145)
[案例 17] 甘某等八名员工与公司加班工资争议	(145)
第十章 带薪年假	(150)
[案例 18] 薛某被解除劳动合同要求年休假折薪	(150)
第十一章 社会保险与企业年金	(157)
[案例 19] 外来从业人员吴某与公司综合保险争议	(157)
[案例 20] 侯某辞职后要求公司转出其个人账户内的补充养老保险金	(161)
第十二章 特殊劳动关系	(165)
[案例 21] 退休人员康某受聘期间因工死亡赔偿纠纷	(165)
[案例 22] 文工团演员汪某“停薪留职”争议	(169)

第十三章 外籍雇员劳动关系 (174)

- [案例 23] 外籍雇员 Leonardo 与某外资企业终止劳动合同纠纷 (174)

第十四章 普通民事合同关系与劳动关系的竞合 (183)

- [案例 24] 某公司解除“带车求职”司机耿某租车合同连带聘用关系纠纷 (183)

第十五章 涉外劳务中介 (197)

- [案例 25] 应某要求涉外劳务中介机构缴纳社会保险费和住房公积金 (197)

- [案例 26] 涉外劳务中介机构要求孙某支付解除研修合同违约金 (201)

第二编 非诉劳动问题

提 要

- 非诉劳动问题概述以及影响人力资源管理的各方参与者 ... (207)

- 一、非诉劳动问题概述 (207)

- 二、影响人力资源管理的各方参与者 (208)

第十六章 并购中的劳动问题 (213)

- 第一节 资产并购中的劳动问题 (213)

- 第二节 股权并购/合并中的劳动问题 (219)

第十七章 清算、破产中的劳动问题 (225)

- 第一节 清算中的劳动问题 (225)

- 第二节 破产中的劳动问题 (231)

第十八章	经济性裁员	(238)
第十九章	工资集体协商	(246)
第一节	工资调整机制专项集体合同	(246)
第二节	行业性集体合同	(255)
第三节	集体合同的生效	(260)
第二十章	劳务派遣	(268)
第一节	劳务派遣雇佣模式的导入	(268)
第二节	被派遣劳动者的权利	(276)
第二十一章	劳资危机	(285)
第一节	集体跳槽	(286)
第二节	罢工	(293)
第三节	集体怠工	(299)
第四节	骚乱	(304)
第五节	引发劳资危机的直接原因和社会背景	(309)
第六节	劳资危机的应对和预防	(315)
第二十二章	劳动法和劳动合同法热点与前沿问题探讨	(323)
第一节	华为公司“辞职门”事件与无固定期限劳动合同	(323)
第二节	“特殊劳动关系”相关法律问题及案例	(331)
第三节	用人单位可否就其应向劳动者支付的经济补偿金投保	(343)
后记		(351)

总 论