

NEW

ZUI XIN LAO DONG ZHENG YI YI NAN AN LI JIE XI

最新劳动争议

北京市劳动和社会保障法学会 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

NEW

ZUI XIN LAO DONG ZHENG YI YI NAN AN LI JIE XI

最新劳动争议 疑难案例解析

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

最新劳动争议疑难案例解析/北京市劳动和社会保障法学会编. —北京:中国法制出版社,2012. 2
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3459 - 1

I. ①最… II. ①北… III. ①劳动争议 - 劳动法
- 案例 - 分析 - 中国 IV. ①D922. 591. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 010463 号

策划编辑:陈晟

封面设计:周黎明

最新劳动争议疑难案例解析

ZUIXIN LAODONG ZHENGYI YINAN ANLI JIEXI

编者/北京市劳动和社会保障法学会

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

印张/12.5 字数/295 千

版次/2012 年 3 月第 1 版

2012 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3459 - 1

定价:35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66066620

市场营销部电话:66017726

邮购部电话:66033288

代 序

后面刊登的是北京市人大常委会的机关刊物《北京人大》2011年第九期刊登的一篇采访我的文章,采访的主题是社会主义法律体系基本完成。我很看重这次采访,并将我的一些想法进行了整理。社会主义法律体系的基本完成是中国立法机构自改革开放以来取得的最大成就,但这并不意味着立法的主要工作已经结束,恰恰相反,更加繁重的立法精细化工作以及法律实施摆在立法机构的面前,即解决前期立法的“粗”及法律实施的乱象问题,这需要更高的智慧。本次的案例集是基于前期的“粗法”而作的法律实施,它们来自于北京市劳动和社会保障法学会的会员,有的是仲裁员、法官,有的是律师、企业人力资源经理或者工会维权者,不论其理解法律的程度如何,他们是实实在在的具体法律实施者。我将采访录作为代序,冀希望中国的法律体系的完善要更加关注法律实施。

姜俊禄 博士

北京市劳动和社会保障法学会会长

2012. 1. 10

姜俊禄:唤醒“沉睡”的法律

薛睿杰

姜俊禄是市人大常委会法制顾问,也是劳动法和社会法领域顶级专家。不久前,笔者以访谈形式请他就新形势下如何提高法律实施效

果问题,为读者谈谈自己的认识和体会。初次见面,笔者看到他的名片上只印有一个身份:金杜律师事务所合伙人。但实际上,他还承担了很多职务和工作:国务院法制办委托的劳动合同法课题组组长,就业促进法、劳动争议调解仲裁法的论证专家,北京大学、清华大学、中国人民大学法学院兼职研究员,中国法学会社会法研究会副会长,北京市劳动和社会保障法学会会长等。他本人也是我国首批劳动法博士。笔者因此提出建议,请他结合劳动法和社会法,多谈谈法律对普通劳动者的影响。访谈在一问一答中展开。

社会保险法是法律体系的“收官之作”

笔者:中央宣布中国特色社会主义法律体系的基本形成是今年社会关注的热点。从劳动法和社会法的角度,您如何看待法律体系的形成?

姜俊禄:我想讲讲法律体系形成的“收官之作”。2007年,应该说是社会法大发展的时期,人们长期和热烈关注的劳动合同法、就业促进法、劳动争议调解仲裁法等法律都是在这一年通过的。当时我萌生了一个想法,在那些呼之欲出的法律中,谁会是法律体系形成的“收官之作”。我认为不是民法类,也不是其他法类,而是社会法领域的社会保险法,因为它牵扯到几亿劳动者的切身利益,这样重要的法律能够通过的话,可以成为法律体系形成的点睛之笔,成为中国特色社会主义法律体系基本形成的“收官之作”。2010年底,就在中央宣布法律体系形成前夕,社会保险法颁布,赢得了鲜花和掌声。

社会保险法的出台,完善了社会法体系。现在,社会法有两大基石,一个是调整劳动法律关系的劳动法、劳动合同法,另外一个就是社会保障立法的典型代表、具有里程碑意义的社会保险法。

但是,最值得关注的却是,立法难度极大的社会保险法为什么能够受到立法者的青睐而突出重围?我认为,这是由于近年来我们治国理政的理念的转变,尤其是以人为本理念成为立法的价值观。我也认为,这种思想上的转变,决定了今后法律体系完善的走向,也就是更加

重视民生与民权。

笔者:您的这个观点其实与北京市近两年来的立法价值取向是一致的,即“保证国家法律实施,促进首都科学发展,规范约束权力运行,保障公民合法权益,整合协调利益关系,促进社会公平正义”。那么,这种价值取向对于完善法律体系有什么意义?

姜俊禄:法律体系的完善,不是看制定了多少法律,而是要看能不能解决问题。我们的立法要真正解决利益分配公平正义等实际问题,才是真正得到完善。

我倒是觉得,与其说是法律体系自身需要完善,不如说是治国理念的转变和以人为本的价值观带来的法律变革。我们国家现在更多考虑民生,比如财政收入去向更多要看是不是能够保障老百姓生活有很大改善,特别是年老、失业、生病、生育、发生工伤的时候,公民怎样得到保障。这种变化的直接反映就是保障公民合法权益的立法越来越多,对公民权利关注不够的“老法”就会显得“过时”,将被新法取代。

以劳动法为例,尽管带有“劳动”两个字,但是总的来看,这部法律更多重视企业权利。比如说企业在制定规章制度的时候,很容易出现侵犯员工隐私的情况,如不允许同事之间谈恋爱、结婚。但是劳动法对此却“视而不见”,这就与以人为本的要求相差太远。劳动合同法的出台弥补了这个权利空白,它要求企业只能了解与履行劳动合同有关的事项,同时要求内部规章制度的制定必须走法定的民主程序。

笔者:法律体系的完善,立法理念之注重以人为本,对我们的社会特别是普通人会有哪些影响?

姜俊禄:一言蔽之就是法律塑造社会。我们知道,香港劳动法在全世界对老板最友好,称为“老板友好型”,老板可以随时解雇员工,像“炒鱿鱼”、“打工仔”这些称呼都是香港人的发明。在香港,打工仔都想当老板。相反,在“员工友好型”的德国,做一个加油站工人就能衣食无忧,很少有人想当老板。所以说,劳动法塑造不同的人。在立法精神上,我国劳动法处于中间,偏向德国。

随着法律体系的完善或将促成公民权利重大发展。比如说近年来,我国在企业民主管理方面的新法,让我们对公司的概念有了新的认识。公司是谁的?过去说是股东的。我们看到的是,企业利润由股东按照出资比例获得,劳动合同的内容也是股东和管理方决定。但是新公司法、劳动合同法等法律出台后,职工代表大会、工会以及职工在公司治理的某些重大事项上有了发言权。而现在集体合同的签订,企业也要与职代会,工会或者职工代表协商。经济民主是社会民主的基础,经济权利的发展为社会民主提供了动力。

探究法律实施效果问题

笔者:尽管人们普遍感觉到法律的数量越来越多,对社会生活的影响也越来越大,但也能感觉到有一些法律没有想象中管用,法律的实施效果还不尽如人意。这与有关国家机关制定法律、实施法律都有关系。您有哪些认识和体会?

姜俊禄:首先我们要明确什么样的法律才是高质量的法律。法律实务界有一个共识,那就是立法者、执法者和律师,拿起法律来看,只能看到一种意思,得出一种理解,那么这就是高质量的法律。也就是说,法律必须要明确、要清晰。在我参与法律起草过程中,感触最深的一点,就是我们立法的语言更像一种政策,用来解决人的思想认识问题,在最需要法律规定清楚的操作层面反倒含糊了、模糊了。为什么会这样?我们知道,立法的过程是一个折衷的过程,考虑和吸收了很多方面的意见。在这种情况下,如果本质问题没有弄清楚,越折衷法律就越模糊。这样出来的法律规定自然没法适用,甚至干脆就变成“休眠条款”。这就导致“有法难依”的问题很突出。

在实践中,立法可以模糊,但用法却必须清楚。法律没有明确的含义给司法解释提供了空间,立法机关法律解释的空缺又导致司法解释大行其道。对于一个法治社会来说,这不能说是一种好的现象。我深有体会的是,作为律师,花大量的时间和精力不是去研究法律,而是要研究司法解释。司法解释的重要性甚至超过了法律本身。更令人

担忧的是,在某些领域的诉讼活动中,唱主角的变成地方法院出台的“司法解释”。

一般认为,司法解释作为法律和法律解释的补充,是无可厚非的。但是必须把握一个法律底线,就是不应该成为法院审判的主要依据。为什么这么说?从立法要求上看,立法讲求的是民主、科学、公开、透明,而司法解释只是小范围探讨形成的结果,没有经过民主科学的立法程序。从法律渊源的效力上看,司法解释不能挤占全国人大立法权的空间。作为法律人,律师其实更愿意用法律,而不是司法解释。至于地方法院自己制定“司法解释”,这种行为没有法律依据,本质上是违法行为。这对司法公正是一种来自内部的伤害。

笔者:前面提到法律中有“休眠条款”,请从劳动法中试举一例,怎样激活这些条款?

姜俊禄:我们把从来没用过的条款称为“休眠条款”。劳动法的第26条第2款比较典型。这项规定说的是:企业如果看一个员工不胜任,经过两次培训和调岗仍然不胜任的,企业可以解除劳动合同。这个条款从1994年到2008年,在14年的时间里我没用过。为什么用不到?劳动合同分为固定期限和无固定期限两种。前者是指劳动合同附有期限,到期就会解除。后者类似于“终身合同”。企业本能地签固定期限合同,而且一般只签1年合同。我们看到,1年期合同都是到期解除或协商解除,差几个月把工资补全。有关法律根本用不到。那在什么情况下,这个条款才有用?

2007年劳动合同法出台后,只要签订两次固定期限合同后,就要签订无固定期限合同。也就是说,我们今后面对的大多数是无固定期限合同。这种情况下,企业不能随意解除合同,而要依据法律规定的去做了。劳动合同法第40条,表述和劳动法第26条第2款完全相同,但是被激活了。这部法律出台后,企业纷纷建立自己的考核标准。

劳动法第26条的遭遇给我们的启示就是,是让“休眠条款”继续沉睡下去,还是主动唤醒他们,其实取决于立法者最终选择哪种价值观念来指导立法。当以人为本成为立法首选价值的时候,有关公民合法

权益条款的激活就是时间问题。在明确立法价值取向的前提下,将法律制定得更加明确、清楚,有可操作性,这是立法智慧与立法技术的问题。

笔者:法律实施效果问题是多因一果。在立法之初有哪些良方?

姜俊禄:我认为,有法可依的法律首先要“像”法律,也就是说要明确,要细致,有可操作性。一个可行的方法就是通过立法编纂,来把这个领域内已有的法律进行整合与细化。法律冲突的整合问题也可以在立法环节解决,这实际上还是立法编纂的问题。一个是违宪审查。中央和地方制定的文件,不管是不是叫法律,只要是规范性文件,都要审查。还有一个是对违反上位法的情况要审查。违宪审查和法律冲突的审查要做好,法律的权威性和严肃性才能体现出来。

思考:用《试点法》解决创新与法律矛盾

法律的“沉睡”不止表现为“休眠条款”,以及对各类规范性文件违反上位法的无视,还突出表现为对有法不依现象的纵容。在谈到创新与法律的平衡问题时,姜俊禄认为,法律应当是可信赖的、可预期的。任何违反法律的行为都会伤害法律权威。

什么是创新?有人认为创新就是在法律外进行创新。姜俊禄认为这是极其荒谬的观点,“如果我们需要创新,我们就制定一部法律或者法规,而不是试图去寻找法外特权。”他举了一个例子。“比如中关村要创新,技术当作出资可以占40%的股份,但公司法并没有这种规定。怎么办?”这就可以制定《试点法》来明确。为什么要用法的形式?法律是公开的,别人跟企业交往的时候,就能知道企业特殊情况,而不是出现纠纷后,才发现不同的企业有不同的特殊政策。为什么要突出试点?如果不突出试点,就会混淆法律原来的规定和创新后的规定。试点法是对一般性地方立法的补充,专门针对与上位法不冲突、不矛盾,但又作出显著的制度机制创新的问题。

笔者:谢谢您的精彩分析与讲述。我们今天的谈话是从对法律体系形成的认识开始的,您提出法律体系形成和完善的背后还有一个重

大变化,那就是治国理政理念的变化,以人为本的科学发展观成为国家发展的指导思想。这个变化也引起了法律体系深层次的变革,不仅引导了今后的立法方向,也引起了现有法律自我更新与完善。我们注意到,与公民权利有关的“休眠条款”在这场变革中苏醒。这也提醒我们,法律的实效可能隐藏在立法者本身,既包括立法者对立法价值取向的选择,也包括其立法智慧与立法技术。当然,法律不仅不能“沉睡”,也不能“装睡”。既不能对各类规范性文件违反上位法的现象熟视无睹,也不能对违反法律的“创新”活动无动于衷。

目 录

代 序	(1)
-----------	-----

一、劳动合同的签订

用人单位能否以双方签订“简易合同”为由拒付未签

劳动合同二倍工资差额

——李某与北京某餐饮公司劳动争议案	张江洲 (2)
-------------------------	---------

用人单位有充分证据证明未签订劳动合同原因在劳动

者一方的,是否支持劳动者要求双倍工资的请求	刘 艳 (6)
-----------------------------	---------

劳动者如实说明义务、平等就业权与企业知情权、用

工自由权	史 震 程立武 (10)
------------	--------------

录用通知不等于书面劳动合同

——某公司与柴某劳动争议案	李 栋 李海波 (17)
---------------------	--------------

瓮某与某科技有限公司劳动争议纠纷案	聂 冉 (21)
-------------------------	----------

法人的分支机构是否可以成为用工主体从而确定与劳

动者权利义务关系

——王某与北京某餐饮公司分店劳动争议案	刘 刚 (25)
---------------------------	----------

劳动合同格式条款约定相悖引发的争议

——姜某与 A 公司劳动争议案	詹璐璐 (28)
-----------------------	----------

二、劳动关系的认定

刘某与某水产公司经营四部劳动争议纠纷案	唐绍芬 (33)
---------------------------	----------

劳动合同生效与劳动关系建立之间的关系	彭 宇 (37)
--------------------------	----------

王某诉浙江某科工贸股份有限公司北京分公司劳动争议案

- 宋 堃 (43)
- 欠缺法定必备条款的劳动合同是否有效 王 一 (47)
- “三角关系”中, 劳动关系的确立标准: 用工与书面
合同之冲突与抉择
- 李某诉 A 公司确立劳动关系案 张立鹏 (50)
- 郭某诉北京某饲料科技有限公司确认劳动关系案 刘 青 (56)
- 某大学与张某工资争议案 吴博文 (59)
- 北京市某厨房设备有限公司与杜某确认劳动关系案 ... 徐钟佳 (63)
- 房某诉北京某餐饮有限责任公司劳务合同纠纷案 于 涛 (67)
- 刘某诉北京某小吃店劳动关系案 张嘉炜 (71)
- 涉及多个用人单位主体的劳动关系认定及责任承担问题
- 刘某与某物业公司、某劳务派遣公司、某保洁公司
劳动争议案 马千里 (77)
- 吴某诉某铁路公司劳动争议案 贾冬梅 (85)
- 员工假怀孕导致劳动合同顺延, 公司能要回损失吗
..... 周 虎 韩天竺 (91)

三、劳动合同的解除

- 是单方解除还是双方协商一致解除 刘 琨 杨海燕 (100)
- 董某诉北京某人力资源有限责任公司劳动争议案 李 倩 (106)
- 劳务派遣单位发生变化, 劳动者工龄如何计算 龚勇超 (110)
- 劳动关系解除原因如何认定
- 某公司诉罗某劳动争议案 高海鹏 (115)
- 用人单位能否要求劳动者与其他用人单位继续履行服
务期协议 史 震 肖华林 (121)
- 用人单位单方解除劳动合同未通知工会的法律后果
- 刘某与某物业公司劳动争议案 李 栋 李海波 (127)
- 从劳动者与用人单位权利义务平衡角度看劳动争议

纠纷案件审理中的证据规则适用	田 古 (133)
解除劳动关系经济补偿金的分段计算	
——史某诉北京某公司劳动争议案	董晶晶 (141)
员工拨打 110 能否作为解除劳动关系的事由	李双庆 (145)
用人单位未及时足额支付劳动报酬, 致使劳动者解	
除劳动合同的经济补偿金如何计算	刘 艳 (151)
经济补偿金的性质	
——北京某广告有限公司诉秦某某劳动争议案	徐钟佳 (155)
解除劳动合同通知的解除日期不明, 如何认定解除时间	
.....	马照辉 (160)
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 (164)
“严重违反用人单位规章制度”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 (170)
女白领为何被公司以“骚扰同事”为由解除劳动合同	
——朱某与某酒店劳动争议案	梁 枫 (177)
夏某与 B 公司劳动争议仲裁案	汤树荣 朱伟伟 唐芳芳 (182)
劳动者以个人原因离职再主张“被迫离职”应审慎认定	
.....	芦玉杰 (187)
邸某诉北京某规划顾问有限公司劳动争议案	郑 壹 (191)

四、劳动合同终止与续订

穆某诉北京某数据科技有限公司劳动争议案	张晓蓓 (198)
《劳动合同法》的一个漏洞	
——单位经营期限届满时的劳动关系终止问题	
.....	何 力 王欣欣 (206)
黄某某与某科技发展公司劳动争议纠纷案	聂 冉 (209)

五、劳动报酬

- 未休年假工资的相关问题……………李倩(215)
- 童某诉北京某印刷技术有限公司劳动争议纠纷案……………何锐(219)
- 社团法人法定代表人或负责人越权承诺员工行为的
效力认定
- 刘某等五人诉北京某协会福利待遇纠纷案……………王志刚(224)
- 如何认定逾期一年未签书面劳动合同双倍工资的支付期限
- 吴某诉北京某公司支付未签书面劳动合同双倍工资
问题分析……………董晶晶 冯新(229)
- 公益性就业组织加班工资争议如何解决……………徐海威(235)
- 双倍工资受时效限制 加班工资是劳动报酬……………杜军(239)
- 以基本工资加提成形式支付劳动报酬的不应当再支付
加班工资
- ……………张玉娜(243)
- 是否应当支付百分之二十五的经济补偿金……………柴黎平(247)
- 离职后不再发放在职期间佣金的约定是否显失公平
- 以李某诉某科技公司为例……………何力 郑敏(250)
- 加班工资计算基数应如何确定……………范战江 林稼茵(253)
- 用人单位是否有权变更工作地点及劳动者工资的认定标准
- ……………刘玲(258)

六、社会保险

- 劳动者要求社会保险待遇损失的应适用仲裁时效
制度的规定……………邹昕武(265)
- 用人单位未为劳动者依法缴纳社会保险,劳动者无法
享受退休待遇的责任认定与处理……………袁艳玲(269)
- 工伤案件中法律适用的抉择
- 贺某与某建筑装饰公司工伤保险案……………张立鹏(274)

劳动者垫付用人单位应负担的社会保险费后诉至法院 该如何处理

——评北京某会计有限公司诉冯某一案 陈栋梁 (280)

新《工伤保险条例》中“视同工伤”情形的认定

——贺某不服北京市某县人力资源和社会保障局工伤

行政认定案法律问题研究 陈旭云 (284)

张某与某公司社会保险损失赔偿争议案 张英周 (290)

农民工主张未缴纳养老保险损失赔偿之请求权是否

适用一年的仲裁时效 马国振 (298)

对一起因公死亡案件几个问题的探讨 廖志国 (303)

七、竞业限制

北京某资产管理有限公司诉穆某劳动争议纠纷案 赵 霞 (309)

某药物技术开发有限公司诉康某劳动争议纠纷案 王 磊 (315)

法院能否判决解除违反竞业限制约定的劳动者与新

用人单位之间的劳动关系

——某软件公司诉顾某、某贸易公司竞业限制争议案

..... 张 弓 (319)

用人单位违法解除劳动合同后竞业禁止协议对劳动者

是否依然有拘束力探析

——北京某科技公司诉刘某劳动争议案 李盛荣 (326)

用人单位公平竞争权与劳动者自由择业权之平衡保护

问题研究

——北京 A 公司诉邓某劳动争议案 胡高崇 (333)

北京某教育发展中心与谢某竞业限制纠纷案 常虹瑛 (340)

八、人事争议

一次性死亡抚恤金应参考遗产继承范围及亲属实际

状况确定发放对象及分割比例 高 雅 (348)

九、其他

- 用人单位未按调解协议履行，劳动者申请仲裁或起诉
后，应当如何裁判 肖华林 (355)
- 已死亡劳动者的继承人是否属于劳动争议案件的适格
当事人
- 张乙、张丙诉丁公司劳动争议案 李 笑 (361)
- 单位缺失档案原始材料是否应当承担赔偿责任 马颖秋 (365)
- 人事争议案件主体资格的要求，人事关系与劳动关系
的区分 王 强 李 颖 (369)
- 胡某诉北京某建筑工程有限公司、某集团有限责任公司
工伤保险待遇案
- “先调解、先给付、后判决”审判模式在
劳动争议诉讼程序中的运用 孙闻欣 (373)
- 企业是否应支付职工自采暖补贴及补贴标准 李 颖 (380)

一、劳动合同的签订

用人单位能否以双方签订“简易合同”为由拒付未签劳动合同二倍工资差额

——李某与北京某餐饮公司劳动争议案

用人单位有充分证据证明未签订劳动合同原因在劳动者一方的,是否支持劳动者要求双倍工资的请求

劳动者如实说明义务、平等就业权与企业知情权、用工自由权

录用通知不等于书面劳动合同

——某公司与柴某劳动争议案

瓮某与某科技有限公司劳动争议纠纷案

法人的分支机构是否可以成为用工主体从而确定与劳动者权利义务关系

——王某与北京某餐饮公司分店劳动争议案

劳动合同格式条款约定相悖引发的争议

——姜某与A公司劳动争议案