

PUBLIC MANAGEMENT



全国高职高专公共管理类系列规划教材

劳动人事争议处理

王彩萍 主编

MANAGEMENT



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

全国高职高专公共管理类系列规划教材

劳动人事争议处理

主 编 王彩萍

副主编 马景红 贾丙海

程 卉



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

内 容 简 介

本书在高职人才培养目标的课程建设基础上,秉承项目导向、任务驱动、工学结合的理念,强调学习型工作任务过程中体现人才培养的职业化特点。在内容的选取上,遵循知识够用、能力过硬、注重实践的原则,以《劳动关系协调员国家职业标准(试行)》要求为基础,以《中华人民共和国劳动法》和常规劳动人事争议为载体,结合用人单位基本的岗位能力需求,力求浓缩精华,强调实用性和针对性,设置了劳动关系鉴别争议处理、劳动合同争议处理、民主管理与规章制度争议处理、工时休假争议处理、工资报酬争议处理、特殊保护争议处理、劳动保障争议处理、劳动人事争议处理途径等八大项目。每个项目以知识结构为点划分相应学习情境,每个学习情境均以若干具有代表性的典型案例所涉及的工作任务为驱动,按照调查事实、研究法规政策、决策处理方案的工作过程和思路来设计。

本书可作为高职高专公共管理类专业的教材使用,也可作为企事业单位人力资源管理者、行政管理者和普通劳动者的普及型读本。

图书在版编目(CIP)数据

劳动人事争议处理/王彩萍主编. —北京:北京大学出版社, 2011.9

(全国高职高专公共管理类系列规划教材)

ISBN 978-7-301-18909-2

I. ①劳… II. ①王… III. ①劳动争议—处理—中国—高等职业教育—教材 IV. ①D922.591

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 093039 号

书 名: 劳动人事争议处理

著作责任者: 王彩萍 主编

策划编辑: 傅 莉

责任编辑: 傅 莉 胡 雯

标准书号: ISBN 978-7-301-18909-2/G · 3132

出 版 者: 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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62754934 出版部 62754962

电子信箱: zyjy@pup.cn

印 刷 者: 北京富生印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 19.25 印张 480 千字

2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 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

前 言

1. 本书的适用群体

和谐是党的十六大以来一系列方针政策的精髓，构建和谐稳定的劳动关系是贯彻党的十六大精神、构建社会主义和谐社会的基础和前提。近年来，随着我国劳动法律、法规的逐步完善，社会各界越来越重视劳动关系的规范管理和劳动争议的规范处理。作为一线型、高素质、应用型人才培养基地的高等职业院校，劳动关系管理与劳动争议处理也愈来愈成为人力资源管理、劳动与社会保障、社会工作、社区服务等公共管理类专业人才核心能力的重要组成部分。如何培养“一线起步、经过一定岗位迁移、较快达到较高岗位目标”的可持续性职业发展高职人才，如何有效培养高职学生职业能力，成为各高职院校课程建设的重头戏。基于这个指导思想，我们采纳众家之长，编写了有别于普通高校学科型教育、侧重于高职人才职业能力培养的、具有较强实用性的《劳动人事争议处理》。同时，本书也是其他成人院校公共管理类专业以及企事业单位人力资源管理者或行政管理者与普通劳动者的普及型读本之一。

2. 本书的主要内容和体例设置

本书在高职人才培养目标的课程建设基础上，秉承项目导向、任务驱动、工学结合的理念，强调学习型工作任务过程中体现人才培养的职业化特点。在内容的选取上，遵循知识够用、能力过硬、注重实践的原则，以《劳动关系协调员国家职业标准》（试行）要求为基础，以《中华人民共和国劳动法》和常规劳动人事争议为载体，结合用人单位基本的岗位能力需求，力求浓缩精华，强调实用性和针对性，设置了劳动关系鉴别争议处理、劳动合同争议处理、民主管理与规章制度争议处理、工时休假争议处理、工资报酬争议处理、特殊保护争议处理、劳动保障争议处理、劳动人事争议处理途径八大项目。每个项目以知识结构划分相应学习情境，每个学习情境均以若干具有代表性的典型案例所涉及的工作任务为驱动，按照调查事实、研究法规政策、决策处理方案的工作过程和思路来设计。其中，所用案例并不直接给出标准答案，而是希望使学习者在了解、熟悉所需法规知识的基础上，能有自发思维的空间，从而掌握决策处理问题的职业能力。每个学习情境后列有相应能力拓展训练内容，旨在学习者能进一步巩固、强化相应模块的学习效果，最终为学习者可持续性职业发展奠定良好基础。

3. 本书的执笔人员

本书由上海工会管理职业学院王彩萍副教授担任主编，上海工会管理职业学院的马景红、贾丙海和程卉担任副主编。具体编写分工如下：贾丙海编写劳动关系鉴别争议处理，王彩萍编写劳动合同争议处理、工时休假争议处理、工资报酬争议处理、特殊保护争议处

理，马景红编写民主管理与规章制度争议处理，程卉与王彩萍共同编写劳动保障争议处理，程卉编写劳动人事争议处理途径。

4. 本书的设计团队

本书在编写中，得到了上海市劳动人事争议仲裁院周国良院长、上海市总工会法律部黄琦副部长等行业专家在专业上的大力帮助，受到了上海工会管理职业学院张炜副院长、马景红系主任、孙泽宇系副主任在指导思想上的有效指导和大力支持。在此对各位一并表示衷心的感谢！

由于时间仓促，水平有限，书中不足之处还请各方多多指点。相信我们会与时俱进，逐日改进我们的课程和作品。

王彩萍

2011年6月 于上海工会管理职业学院

附通信办法：

上海市奉贤区南亭公路 2080 号

上海工会管理职业学院行政楼 204 室，王彩萍

邮编：201415

手机：13524698930

电子信箱：wcp7797@hotmail.com

目 录

项目一 劳动关系鉴别争议处理.....	1
学习情境 1 劳动关系争议处理	1
学习情境 2 劳务关系与雇佣关系争议处理	8
学习情境 3 承揽关系争议处理	17
学习情境 4 劳务派遣争议处理	24
学习情境 5 人事关系争议处理	30
项目二 劳动合同争议处理.....	40
学习情境 1 劳动合同的订立	40
学习情境 2 劳动合同的履行与变更	63
学习情境 3 劳动合同的解除与终止	75
项目三 民主管理与规章制度争议处理.....	98
学习情境 1 企业民主管理争议处理	98
学习情境 2 企业规章制度争议处理	114
项目四 工时休假争议处理.....	121
学习情境 1 工作时间争议处理	121
学习情境 2 休息休假争议处理	134
项目五 工资报酬争议处理.....	143
学习情境 1 工资构成争议处理	143
学习情境 2 工资保障争议处理	152
项目六 特殊保护争议处理.....	164
学习情境 1 劳动保护与女职工特殊劳动保护	164
学习情境 2 未成年工劳动保护	174
项目七 劳动保障争议处理.....	180
学习情境 1 就业促进争议处理	180
学习情境 2 职业培训争议处理	189
学习情境 3 社会保险与工伤争议处理.....	196
项目八 劳动人事争议处理途径.....	216
学习情境 1 劳动人事争议的协商与调解.....	216
学习情境 2 劳动人事争议的法律救济.....	230
附录 1 中华人民共和国劳动合同法	251
附录 2 参考文书	262
附录 3 常用损害赔偿计算公式	299

项目一 劳动关系鉴别争议处理

学习情境1 劳动关系争议处理

教学目标

能力目标: 能够鉴别与劳动关系易混淆的其他用人关系, 能够掌握劳动者和用人单位的认定方法、劳动关系主体的权利和义务, 能够认定劳动关系标准。

知识目标: 了解劳动关系的特征、劳动关系的构成要素、劳动法律关系的特征。

知识与实践

一、劳动关系

典型案例 1-1 双方是否存在劳动关系

2008年5月27日至10月15日, 顾某通过上海工贸公司业务主管赵某借用了安齐公司中山北一路一张办公桌, 并以本人和其他公司的名义在此办公。2008年11月19日, 顾某向劳动争议仲裁委员会申诉, 要求上海工贸公司支付: (1) 未签订劳动合同的双倍工资11660元; (2) 2008年5月27日至10月15日的超时加班工资1071.36元; (3) 2008年5月27日至10月15日的奖金2000元; (4) 解除劳动合同的经济补偿金2500元; (5) 补缴2008年5月27日至10月15日的社会保险费。为证明上述仲裁请求, 顾某提供了自己代表上海工贸公司签收的提货单、商品出库单、增值税发票, 以及有其他业务来往的某公司提供的自己代表上海工贸公司业务员身份洽谈业务的证据。

上海工贸公司提出不同意见: (1) 提货单就是货物所有权的凭证, 顾某持有提货单就可以提货, 与顾某是何身份无关, 而且顾某也只是帮忙, 不能证明与上海工贸公司存在劳动关系; (2) 提货单存根联不是客户联, 因此怀疑系顾某后补, 即使有客户联也只是顾某帮忙, 不能证明与工贸公司存在劳动关系; (3) 出库单应该是出货单位保留, 一般不需要提货人签名, 现顾某为何留下姓名, 公司不清楚; 即便该证据真实, 顾某也只是帮忙, 不能证明与上海工贸公司之间存在劳动关系; (4) 顾某与有其他业务来往的某公司一直有生意往来, 关系友好, 所以该公司愿意看在顾某的面子和上海工贸公司的良好信誉给予业务、垫资, 从另一方面讲, 这也证明顾某本人与该公司经常有生意。

上海工贸公司为自己的主张提供的证据有: (1) 2008年5月至10月的工资单, 有

全体员工的签名,证明公司员工都在工资单上,而顾某不是;(2)税务网上下载的个调税税务报告表,证明此表与上述工资单相符;(3)劳动合同4份,证明凡公司的员工都签有劳动合同书;(4)顾某遗留在公司的、有其他业务往来的某公司的增值税发票,证明顾某与其他公司有其他业务关系。

★ 工作任务

- (1) 熟悉本案案情,结合顾某陈述和上海工贸公司的意见,总结双方争议焦点是什么。
- (2) 分析顾某的仲裁请求获得劳动争议仲裁委员会支持的前提条件是什么。
- (3) 分析本案顾某与上海工贸公司之间是何种法律关系,并分析该种法律关系的构成要件有哪些。
- (4) 请解读我国关于认定劳动关系的法律规定。

(一) 劳动关系的含义

2008年1月1日施行的《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第二条规定:“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。”本规定对劳动关系进行了法律界定。

由此可见,劳动关系首先体现为一种劳动者和用人单位之间建立的法律关系;其次,这种法律关系中的权利和义务是在劳动过程中实现的,即劳动者在劳动能力实现中体现出来的一种用人单位和劳动者之间的社会关系;最后,还体现为用人单位向劳动者按所提供的劳动而支付劳动报酬的有偿关系。

因此,劳动关系是指用人单位和劳动者建立的,在实现劳动的过程中体现的,以劳动权利和劳动义务为内容的社会关系。

(二) 劳动关系的特征

从我国《劳动合同法》所规范的劳动关系来看,劳动关系主要包括以下特征。

(1) 劳动关系是在现实劳动过程中所发生的社会关系,与劳动者有着直接的联系。劳动过程是人和物、劳动力和生产资料相结合的过程。只有劳动者与用人单位建立了劳动关系,接受用人单位的劳动安排,在劳动组织内与生产资料结合,使劳动对象发生形态的变化、位置的转移以及价值的增加,才会发生现实的劳动关系。当然,这里所说的劳动过程是指活劳动和物化劳动的交换过程,而不是指物与物交换的实现过程。活劳动和物化劳动的交换过程是劳动法所调整的,而物与物的交换过程属于民法学调整的范畴。

(2) 劳动关系的主体是特定、固定的,即劳动力的所有者和支出者,称劳动者。另一方固定为生产资料占有者和劳动力使用者,称用人单位。要完成劳动过程,必须是劳动者的劳动力和用人单位提供的生产资料结合,这是劳动关系产生的条件。如果在劳动过程中不是劳动者和用人单位之间发生的关系,而是劳动者之间发生的联系,或者用人单位之间的协作关系,这就不是劳动法中的劳动关系。同样,劳动者运用自己的劳动对象、劳动工具进行劳动,也不产生劳动法中的劳动关系。

(3) 劳动关系是具有人身关系属性和财产关系属性的社会关系。人身关系是指具有人身属性的社会关系,是与公民的人身密切联系的社会关系。劳动首先表现为人体的一种生理机能,是人的脑、神经、肌肉感官等的耗费。劳动力存在于劳动者机体内不能须臾分离,劳动者向用人单位提供劳动力时,也将其人身在一定限度内交给了用人单位。劳动力的支付过程,也是劳动者劳动的实现过程。因此,劳动关系是一种人身关系。另一方面,由于劳动者是以让渡劳动力使用权来换取生活资料,用人单位要向劳动者支付工资等物资待遇,这是一种商品等价物交换的等量劳动交换。因此劳动关系也必然体现为劳动力的让渡与劳动报酬的交换关系。

(4) 劳动关系是兼有平等性和隶属性的社会关系。劳动者与用人单位之间通过相互选择和平等协商,以合同形式确立劳动关系,并可以通过协议来延续、变更、暂停、终止劳动关系,这表明劳动关系是一种平等关系,即横向关系。但劳动关系当事人双方在劳动力市场上处于实质不平等状态,即劳动者处于弱者地位;并且,劳动关系一经缔结,劳动者就成为用人单位的职工,用人单位就成为劳动力的支配者和劳动者的管理者,这使得劳动关系又具有隶属性质,即成为一种隶属主体间的以指挥和服从为特征的管理关系。

(三) 劳动关系认定的基本标准

(1) 从内容看,劳动关系以劳动给付为标的,这使得劳动关系区别于加工承揽等以劳动成果为给付内容的民事关系。

(2) 从当事人地位看,劳动关系强调当事人双方的从属关系,这使得劳动关系不同于当事人地位平等的传统雇佣关系。

(3) 从主体身份看,劳动关系乃雇员和雇主的关系,劳动关系的主体具有特定性。

二、劳动法律关系

典型案例 1-2 劳动法律关系与劳务关系有什么区别

小张原系某实业有限责任公司职工,具有护士资格,与单位签订的劳动期限从1993年10月1日至2013年10月1日止,因企业破产,劳动合同从2006年2月28日起终止,其基本养老保险和医疗保险等已按国有企业破产相关条件得到保障。2006年6月,某市疾病预防控制中心决定将预防门诊正常工作时间之外的工作以劳务形式交给非本单位职工。2006年6月9日,小张接受市疾病预防控制中心的条件到预防门诊承担该单位正式职工休息时间内的工作量。次月,小张领取报酬1000元,在该单位财务中是以劳务费发票形式支出劳务费1000元。三个月后,小张领取的报酬数额增加到1200元。2006年8月起,原告的劳务费发票均由小张到税务机关开具,发票内容均为劳务费。2008年4月,因工作职责发生变化,市疾病预防控制中心不再需要小张提供其单位正式职工休息时间内的工作,并于4月25日告知小张。2008年4月28日,正式通知小张离开。

2008年6月26日,小张向市劳动争议仲裁委员会申诉,该会以双方之间是劳务关系为由不予受理其申诉。之后,小张向区人民法院提起诉讼,要求确认其与市疾病预防

控制中心之间存在劳动关系。

原审法院认为，原、被告之间系劳务关系，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《中华人民共和国劳动法》第二条之规定，判决如下：驳回原告小张的诉讼请求。案件受理费10元，由原告小张承担。

小张不服一审判决，提出上诉称，上诉人与被上诉人之间是劳动合同关系而非劳务关系。上诉人提供的《护士注册申请表》和工作服、门诊登记本、诊断证明书等证据足以证明上诉人的身份是被上诉人单位的医务人员，上诉人与被上诉人的关系符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》所规定的认定劳动关系的情形。且上诉人与被上诉人签订了劳动合同，由被上诉人保管。一审法院认定上诉人与被上诉人系劳务关系不当。请求撤销原判，改判支持上诉人一审的诉讼请求。并由被上诉人承担一、二审诉讼费用。

被上诉人市疾病预防控制中心答辩称，上诉人与被上诉人之间是劳务关系而不是劳动关系。上诉人在被上诉人处领取的报酬是劳务费，充分证明了双方之间为劳务关系。

二审法院认为，上诉人与被上诉人之间的关系，根据双方当时的意思表示及实际履行情况为劳务关系，上诉人主张与被上诉人系劳动关系，证据不足，理由不成立，不予支持。一审判决适用《中华人民共和国劳动法》不当，应适用《中华人民共和国合同法》第八条之规定。一审判决程序合法，处理正确，据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款（一）项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费10元，由上诉人小张负担。本判决为终审判决。

★ 工作任务

- (1) 请了解本案情，分析本案争议双方当事人之间属于什么用人关系。
- (2) 请解读我国关于劳务关系的法律规定，并明确劳务关系与劳动法律关系是否相同。
- (3) 请总结本案给我们的启发。

(一) 劳动法律关系的概念

劳动法律关系，是指劳动法律规范在调整劳动关系过程中形成的法律上的劳动权利和劳动义务关系，是劳动关系在法律上的表现，是劳动关系被劳动法律规范调整的结果。

劳动关系建立后，劳动者就有权利获得劳动报酬、休息休假、劳动卫生与安全保障、劳动保险以及接受职业技能培训等；同时也应遵守用人单位的劳动规章制度，完成劳动任务的义务。这种劳动者和用人单位之间建立的劳动关系受到劳动法律关系的调整，从这一层面上看，劳动关系与劳动法律关系具有十分密切的联系。

(1) 劳动关系是劳动法律关系产生的基础，劳动法律关系是劳动关系在法律上的表现形式；

(2) 劳动法律关系不仅反映劳动关系，而且当其形成后，便给具体劳动关系以积极的影响，即现实的劳动关系为有效的劳动法律关系的形式，其运行过程才有法律保障。

从另一个层面看，劳动关系与劳动法律关系也有一定的区别：

(1) 劳动关系是生产关系的组成部分，属于经济基础的范畴，劳动法律关系则是思想

意志关系的组成部分，属于上层建筑的范畴；

(2) 劳动关系的形成以劳动为前提，发生在现实社会劳动过程之中，劳动法律关系的形成则是以劳动法律规范的存在为前提，发生在劳动法律规范调整劳动关系的范围之内；

(3) 劳动关系的内容是劳动，劳动者提供劳动力，用人单位使用劳动力，双方形成劳动力的支配与被支配关系。

(二) 劳动法律关系与事实劳动关系的区别

(1) 劳动法律关系是符合法定模式的劳动关系；事实劳动关系则完全或部分不符合法定模式，尤其是缺乏劳动法律关系赖以确立的法律事实的有效要件，如未签订劳动合同或劳动合同无效等。

(2) 劳动法律关系的内容即权利义务，是双方当事人所预期和设定的；事实劳动关系的双方当事人之间虽然存在一定的权利义务，但这一般不是双方当事人所预期的，更不是由双方当事人所设定的。

(3) 劳动法律关系由法律保障其存续；事实劳动关系如果不能依法转化为劳动法律关系，就应当强制其终止，但事实劳动关系中的劳动者利益仍然受《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)的保护。

(三) 劳动法律关系的构成要素

典型案例 1-3 不具备合法经营资格的企业能否建立劳动关系

小黄 2008 年 9 月在张某的家具厂工作。2009 年 4 月，小黄在切割木条时，不慎被电动木锯切到左手拇指，造成左手拇指断裂，经治疗后康复出院。小黄向张某索取医疗费及工伤赔偿金，遭到拒绝。小黄遂到当地劳动争议仲裁委员会要求张某承担给付医疗费和工伤赔偿金的义务。后小黄被告知该家具厂属无照经营，应向人民法院起诉。

★ 工作任务

(1) 分析本案家具厂无照经营是否能与劳动者建立劳动关系？案中小黄的伤害权益应当如何给予法律保护？

(2) 请解读我国关于非法用工主体的法律措施规定。

(提示：注意考察《劳动法》规定和《中华人民共和国工伤保险条例》(以下简称《工伤保险条例》)中非法主体用工后果的有关规定)

劳动法律关系的构成要素，是指构成各种劳动法律关系不可缺少的组成部分，其构成要素为：劳动法律关系的主体、劳动法律关系的客体和劳动法律关系的内容。

1. 劳动法律关系的主体

劳动法律关系的主体是指参与劳动法律关系，享有劳动权利和承担劳动义务的当事人。劳动法律关系的主体是权利的享有者和义务的承担者，因此具有特定性，包括劳动者和用人单位。

劳动者，是指达到法定年龄，具有劳动能力，以从事某种社会劳动获得收入为主要生活

来源，依据法律或合同的规定，在用人单位的管理下从事劳动并获取劳动报酬的自然人。劳动者包括具有劳动能力的我国公民、外国人和无国籍人，即不仅包括在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，还包括在国家机关、事业单位、社会团体的工勤人员以及实行企业化管理的事业单位的非工勤人员中的与用人单位建立劳动关系的劳动者；劳动者作为劳动法律关系的主体必须具备一定的资格，应具有劳动权利能力和劳动行为能力。劳动权利能力是指劳动者能够享有劳动权利并承担劳动义务的资格；劳动行为能力是指劳动者能够以自己的行为行使劳动权利并承担劳动义务的能力。劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力在公民年满 16 周岁时同时产生。

用人单位，指“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”。用人单位为实现劳动过程，必然要使用劳动者的劳动力，为保障劳动者的人身权益，法律规定用人单位应当为劳动者提供必要的劳动条件并保障劳动者利益的实现。因此用人单位必须具备一定的条件：独立支配的生产资料，包括生产工具和设备、生产材料和劳动对象；健全的劳动组织；相应的技术条件。

2. 劳动法律关系的内容

劳动法律关系的内容是指劳动法律关系主体依法享有的相互权利和义务。劳动法律关系主体的权利和义务，具有统一性和对应性。劳动法律关系主体的权利与义务是相辅相成、密切联系的，劳动者和用人单位之间的权利义务存在于同一劳动法律关系之中，是统一的、不可分割的主体。没有只享有权利不承担义务的主体，也没有只承担义务而没有权利的主体，劳动法律关系中，劳动者的权利对应的就是用人单位的义务，同时，劳动者的义务对应的就是用人单位的权利。

劳动者拥有以下权利：

- (1) 劳动者有平等就业的权利，即具有劳动能力的公民，有获得职业的权利；
- (2) 劳动者有选择职业的权利，是指劳动者根据自己的意愿选择适合自己才能、爱好的职业；
- (3) 劳动者有取得劳动报酬的权利，即劳动者对付出的劳动，有依照合同及国家有关法律取得报酬的权利；
- (4) 劳动者有权获得劳动安全卫生保护的权利，这保证劳动者在劳动中的生命安全和身体健康，是对享受劳动权利的主体切身利益最直接的保护；
- (5) 劳动者享有休息的权利，国家依法规定职工的工作时间和休假制度；
- (6) 劳动者享有社会保险和福利的权利，主要包括养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等；
- (7) 劳动者有接受职业技能培训的权利；
- (8) 劳动者有提请劳动争议处理的权利，即用人单位与劳动者发生劳动争议，劳动者可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼。

用人单位的权利如下：

- (1) 自主选择劳动者及用工形式的权利，如用人单位可以根据自己的生产和用工岗位特点，依法自主选择使用全日制用工、非全日制用工、劳务派遣、承揽用工、委托代理等用人方式，以避免不必要的风险；

(2) 要求劳动者如实告知的权利, 即用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况, 劳动者应当如实说明;

(3) 与劳动者协商订立劳动合同的权利, 主要包括以下内容: 用工形式、期限、薪酬、试用期、违约责任、集体合同;

(4) 依法建立企业规章制度, 对劳动者进行劳动管理的权利, 即用人单位可以就劳动纪律、奖惩制度、绩效评定办法、保密及竞业限制制度、薪酬调整制度、劳动定额制度等依法建立企业规章制度, 以明确双方权利义务, 依法对劳动者进行劳动管理;

(5) 劳动者违反法律规定或合同约定时要求赔偿的权利, 如在劳动者违法解除劳动合同时, 有权要求劳动者赔偿损失或支付违约金等, 如涉及新的用人单位违法招用未解除劳动合同的劳动者或共同侵犯商业秘密时, 还可要求其承担连带赔偿责任;

(6) 依法解除或终止劳动关系的权利;

(7) 要求劳动者履行后合同义务的权利, 如要求劳动者办理工作交接的权利, 并可在办结之前拒付经济补偿金。

3. 劳动关系的客体

劳动法律关系的客体是指劳动法律关系主体双方的权利义务共同指向的对象, 即劳动行为, 它是劳动者和用人单位在实现劳动过程中所实施的行为, 具体包括劳动者与生产资料结合直接从事生产活动的行为, 职员完成单位所交付的工作任务的行为, 以及用人单位对全部劳动过程实行劳动管理的行为等。

思考与训练

1. 结合本项目内容, 总结我国关于劳动关系内涵的法律规定。
2. 拓展训练。

► 案情简介

是否可以认定工伤

上海某灯箱广告有限公司(以下简称“广告公司”), 系张某和李某两个自然人依法投资并于2009年4月18日设立, 工商营业执照业务范围为灯箱广告的设计、制作和安装。平时, 投资人负责拉订单和设计灯箱, 灯箱的制作委托一些从事铝合金加工的小作坊完成, 悬挂灯箱由公司一位投资人的表弟赵某完成, 安装工具由广告公司提供, 按件计价, 每月结算一次, 赵某系无业人员, 其妻子也无业, 在安装难度较大时, 其妻子也随赵某同去, 帮忙扶梯子、递工具等。赵某无其他职业, 其在广告公司安装所得基本能维持全家生活。一日, 赵某在安装过程中, 不慎从梯子上摔下来, 造成重伤, 对于是否可以认定为工伤的问题产生了争议。

► 法理评析

本案争议的焦点是赵某和广告公司之间的法律关系上, 赵某是否是广告公司的员工?

如果赵某不是广告公司内部成员,应按照一般民事关系对待;如果赵某是广告公司的员工,则应认定为劳动关系,应按照工伤处理。

结合本案事实可知:第一,赵某所从事的是广告公司的正常岗位劳动,从事的工作是广告公司业务范围的重要组成部分,双方工作关系稳定;第二,双方存在管理与被管理的关系,赵某应按照公司的指令和标准完成工作,只不过其实行的是计件劳动,至于赵某的妻子也跟随赵某帮忙扶梯子,递工具等情况,这是广告公司内部管理造成的问题;第三,赵某的工作实质是其个人劳动力和广告公司生产资料的结合。

► 法条链接

《工伤保险条例》第十八条: 提出工伤认定申请应当提交下列材料:(一)工伤认定申请表;(二)与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)的证明材料;(三)医疗诊断证明或者职业病诊断证明书(或者职业病诊断鉴定书)。

第六十三条: 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的,由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿,赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇;用人单位不得使用童工,用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的,由该单位向童工或者童工的直系亲属给予一次性赔偿,赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院劳动保障行政部门规定。

前款规定的伤残职工或者死亡职工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的,以及前款规定的童工或者童工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的,按照处理劳动争议的有关规定处理。

《社会保险法》第四十一条: 职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。

从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的,社会保险经办机构可以依照本法第六十三条的规定追偿。

学习情境2 劳务关系与雇佣关系争议处理

教学目标

能力目标: 能够正确掌握雇佣关系的认定、能够区别劳动关系与劳务关系。

知识目标: 劳务关系的概念和雇佣关系的概念、雇佣关系的特征。

知识与实践

一、劳务关系

典型案例 1-4 杨林祥之死是劳务赔偿责任还是劳动合同责任

2000年3月,孙世荣出资买下某市庙子镇马岭杭村赵俊国石料厂,并办理了相关采矿手续。2001年4月,某市杨家庵村村民杨林祥与孙世荣之兄孙世华口头约定:杨林祥带自己的拖拉机(无车牌)到孙世荣开办的石料厂从事倒运石料工作,交替使用杨林祥或孙世华的拖拉机将石料厂石窝中的石料拉到石料厂粉碎机处;用杨林祥的拖拉机为0.95元/吨,用孙世华的拖拉机为0.30元/吨。孙世荣对上约定予以认可。杨林祥于4月26日开始到石料厂倒运石料。4月27日16时左右,杨林祥在用自己的拖拉机拉石料时发生事故,致颅脑损伤死亡。某市公安局交通警察大队经现场勘查和调查,认定该事件不属于道路交通事故。

杨林祥死后,杨林祥的父亲杨春荣、母亲李心菊,杨林祥未成年子女杨雯、杨灏向孙世荣要求赔偿:死亡补偿费170320元(2000年全省年度职工平均工资标准8516元×20年),丧葬费400元,被抚养人杨雯的必要生活费8580元(143元×12个月×10年/2),被抚养人杨灏的必要生活费13728元(143元×12个月×16年/2),被抚养人杨春荣的必要生活费5720元(143元×12个月×10年/3),以上共计198348元。

(注:资料来源于天涯法律网,法律E族,雇员受害赔偿实务研究,戴伟民)

★ 工作任务

- (1) 分析案情,从主体、内容和客体分析本案的法律关系。
- (2) 本案当事人双方是劳务关系还是劳动关系?劳务关系与劳动关系有何不同?

(一) 劳务关系的含义

劳务关系,是指提供劳务的一方为需要的一方以劳动形式提供劳动活动,而需要方支付约定报酬的社会关系。劳务关系由《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合同法》进行规范和调整,建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同,由当事人双方协商确定。

劳务关系是由两个或两个以上的平等主体,通过劳务合同建立的一种民事权利义务关系。劳务合同可以是书面形式,也可以是口头形式或其他形式,其适用的法律依据主要是《中华人民共和国合同法》。

(二) 劳动关系和劳务关系的区别

1. 在主体上,劳动关系和劳务关系不同

劳动关系主体一方为劳动者,另一方为用人单位,其主体具有特定性。劳动者是指在

法定的劳动年龄限度内，具有劳动能力和劳动行为能力的自然人；用人单位是指与劳动者建立起劳动关系的国家机关，事业单位，社会团体，企业或个体经济组织。在劳务关系中，其主体不具有特定性，劳务的提供方既可以是自然人，也可以是法人或其他组织，劳务提供者的资格不受劳动法律法规的限制，而劳动关系中，劳动者的主体资格受劳动法律法规的限制，如年龄方面的限制等。

2. 在主体之间地位上，劳动关系与劳务关系不同

劳动关系双方具有平等性和隶属性。在建立劳动关系之前，即在劳动力市场中，劳动者与用人单位是平等的主体，双方是否建立劳动关系，以及建立劳动关系的条件，由其按照平等、自愿、协商一致的原则依法确定。劳动关系建立后，劳动者是用人单位的职工，处于提供劳动力的被领导地位，双方形成领导与被领导的隶属关系。劳动者应当遵守用人单位的规章制度，接受用人单位的管理。劳务关系的主体双方无论在合同签订前或者合同签订后，地位都是平等的。

3. 在劳动内容上，劳动关系和劳务关系也有一定的区别

劳动关系要求劳动者提供的是过去的过程，劳务关系中，要求提供的一般具体是劳动成果，但这一区别不是绝对的，因此，在劳务关系中，劳务提供方提供的是物化或者非物化的劳动成果；而按照劳动合同的要求，劳动者只需为用人单位实施一定劳动行为即可。

4. 在生产资料的使用上，劳动关系与劳务关系也存在着差别

在劳动关系中，是劳动者与用人单位生产资料相结合的前提下进行社会劳动，劳动者所使用的工具或者其他生产资料由用人单位提供；而在劳务关系中，劳动提供方须使用自己的生产资料或者工具为其他人提供劳务。

5. 在费用计算上，劳动关系和劳务关系存在着一定的差别

在劳务关系中，双方的权利义务是受民事法律规范的约束，其数额确定需遵循着商品定价规则，即成本（费用）加合法利润，其支付方式是一次或分次支付；而劳动者的工资分配原则适用的是按劳分配的原则。此外，为保障劳动者的合法权益，国家在最低工资制度、工分支付制度方面有一定的规范，即国家通过立法直接干预工资分配；但对于劳务费用，国家则不采取直接干预的办法，这也体现出劳动法是法律直接干预经济生活的产物的本质特征。

6. 在适用法律上的区别

劳动法律关系是依据劳动法律规范产生的法律关系，受劳动法律法规调整；而劳务法律关系是依据民事法律规范产生的关系，受民法调整。在劳动关系中，在劳动者与用人单位之间存在附随义务，如用人单位应当为劳动者办理社会保险，劳动者应当遵守用人单位的内部规章制度等，劳务法律关系中，却不存在这些附随义务。在劳动关系中，劳动风险由用人单位承担，如果劳动者在劳动过程中受到了意外伤害或者患职业病，劳动者属于工伤事故，劳动风险完全由用人单位承担。而在劳务法律关系中，如果劳动者受到意外伤害，则不能属于工伤，不能依照劳动法律规范来解决，只能依照民事法律规范来解决。

(三) 劳动关系和劳务关系区分标准问题

典型案例 1-5 退休人员被再次聘用如何认定其用工关系

职工江某 2008 年 7 月在甲单位办理退休手续, 开始享受养老保险待遇, 2009 年 2 月应聘到乙单位工作, 岗位为保安, 月工资 1 500 元, 未签订劳动合同, 2010 年 1 月, 乙单位通知不再留用职工江某, 江某申请仲裁, 要求乙单位支付解除劳动关系的赔偿金 $1\,500\text{元/月} \times 1\text{月} \times 2\text{倍} = 3\,000\text{元}$, 并支付 2009 年 3 月—2010 年 1 月期间 (未签订劳动合同期间) 的二倍工资, 扣减已支付的一倍工资, 还应当支付一倍的工资 $1\,500\text{元} \times 11\text{月} = 16\,500\text{元}$, 仲裁委员会驳回其仲裁请求。

★ 工作任务

(1) 分析本案已经开始享受养老保险待遇的江某被单位聘用, 其双方关系是否属于劳动关系。

(2) 请解读我国关于用人单位聘用已离退休人员法律关系的规定。

(3) 请你为本案江某做一合法的咨询解答。

1. 关于劳动者是否是用人单位内部成员问题

原劳动部在 1995 年 8 月 4 日《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: “中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间, 只要形成劳动关系, 即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员, 并为企业提供有偿劳动, 适用劳动法, 即可认为双方存在劳动关系。”这一规定, 实际上明确了劳动关系构成的两个条件: 劳动者的成员身份和劳动的有偿性。原劳动部这一解释也揭示了劳动关系两个方面的本质: 第一, 劳动关系下, 劳动者通过自己的劳动力和用人单位的生产资料相结合进行劳动, 在为用人单位创造利润的同时, 也从用人单位获得收入, 以作为自己生活的主要来源, 其劳动是有偿的; 第二, 劳动关系下劳动者的劳动有从属性, 劳动者成为用人单位的内部成员, 要遵守用人单位的劳动规章和劳动纪律, 在用人单位的管理下进行劳动。

实践中, 劳动是否为有偿性比较容易判断, 但是否以用人单位内部成员的身份进行劳动, 有时难以判断, 目前我们在理论上并未建立如何判断劳动者是否成为用人单位成员的标准。因此, 原劳动部的解释揭示了劳动关系的本质特征, 劳动法理论书籍中较详尽地论述了劳动关系与劳务关系的区别。

2. 关于用人单位从其他单位购买劳务, 逃避社会保险责任问题

我国对劳动关系中的劳动者的保护较为全面, 特别是赋予了用人单位在社会保险方面较重的缴费义务。个别用人单位为节约用工成本, 采取各种形式规避社会保险责任, 主要做法是把劳动关系转为劳务关系。有的单位采取从其他单位购买劳务的形式, 将自己公司的常年性岗位劳动承包给其他单位; 有的单位自己出资设立劳务公司, 然后和新设立的公司签订劳务合同, 将公司的工作交给劳务公司。承担劳务的单位往往规模较小, 承担法律责任能力有限, 用工管理也不规范, 有的不与劳动者签订劳动合同, 也不为劳动者缴纳社会保险费。这种做法, 严重侵犯了劳动者的合法权益, 也给社会带来很多隐患, 必须加以制止。