



C2012053222

LAODONGZHENGYISUSONGJIQIAOYUZHIYIN

劳动争议诉讼技巧与指引

法大法律援助在行动

中国政法大学
研究生法律援助中心 编著

- ★ 典型案例 ★
- ★ 以案说法 ★
- ★ 维权技巧 ★
- ★ 专家点评 ★
- ★ 理论分析 ★

1.4

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

LAODONGZHENGYISUSONGJIQIAOYUZHIYIN

劳动争议诉讼技巧与指引

法大法律援助在行动

中国政法大学研究生法律援助中心 编著

主 任 冯世勇

副主任 王明宇 秦东瑞 葛磊

委 员 刘白宇 刘征峰 杨文明 周 静
夏新宇 徐 浩 殷洪源 戚 萌 魏成优



C2012053222

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议诉讼技巧与指引：法大法援在行动/中国政法大学研究生法律援助中心编著. —北京：中国法制出版社，2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3673 - 1

I. ①劳… II. ①中… III. ①劳动争议 - 诉讼程序 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 591. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 072353 号

策划编辑：陈 晟 (legalcc@126.com)

封面设计：杨泽江

劳动争议诉讼技巧与指引——法大法援在行动

LAODONG ZHENGYI SUSONG JIQIAO YU ZHIYIN

——FADA FAYUAN ZAI XINGDONG

编著/中国政法大学研究生法律援助中心

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2012 年 5 月第 1 版

印张/6.5 字数/183 千

2012 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3673 - 1

定价：20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66066620

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

序

烟花三月，春意暖人。很高兴我校研究生法律援助中心编写的《劳动争议诉讼技巧与指引》即将与读者见面了。本书由法律援助中心历经近一年的精心策划，结合学生法律援助实践经验，力求促进法学理论与法律援助实践相结合，同时也展示了高校研究生创作成果。

当前我国社会处于转型期，“经济体制深刻变革，社会结构深刻变动，利益格局深刻调整，思想观念深刻变化。”劳动争议案件数量不断攀升，劳资矛盾也日益复杂化。由于我国劳动法制尚未健全以及劳动者法律意识的缺乏，企业违法用工的情况还比较突出，侵犯了劳动者合法权益。如何深入贯彻劳动法律法规，更好地维护劳动者权益，构建和谐劳动关系，成为重要且紧迫的议题。在2012年的“两会”中，农民工欠薪、安全生产制度、职业病保护、女职工权益等问题再次成为人们关注的焦点。在将来的一段时期内，按照完善中国特色社会主义法律体系的总体要求，促进劳动争议纠纷妥善解决，健全劳动法制建设，构建和谐劳动关系，仍然是一项重要任务。

对于法学学科的大学生而言，研读法学理论，砥砺思想品质，坚持学用结合，深入社会实践，宣传法治理念，是他们成长成才的基础和对国家法制建设的最好贡献。中国政法大学研究生法律援助中心就是由这些优秀的青年学生为了实现法治理想而自愿组成的学生组织，他们以“立足法制、匡扶正义、学以致用、服务社会”为宗旨，开展法律援助，帮助弱势群体，弘扬法治精神，在锻炼自己的同时回报社会。

本书正是他们在法律援助实践中作出的总结与思考，也体现了他们作为法律援助志愿者的热情及爱心。相比该书本身的价值而言，我更看重这些青年才俊体现出的对法治事业的忠诚与热爱。我们有理由相信，在不远的将来中国的法治将更加繁荣昌盛。

是为序。

冯世勇

目 录

Contents

上篇 实务篇

即将毕业的在校大学生签订的劳动合同是否有效?	3
事实劳动关系的存在与否如何证明?	9
如何认定和保护事实劳动关系?	14
如何确认劳动关系?	19
单位是否能单方解除工伤的“临时工”的劳动合同 并不上保险?	25
用人单位能否以末位淘汰为由解雇员工?	29
劳动者无故被辞退,如何维护合法权益?	35
面对企业经济性裁员,劳动者该如何维护自己的合 法权益?	41
用人单位合并、分立的,劳动合同可以不再履行吗?	49
企业有权开除违纪职工吗?	54
旷工该如何认定?	60
试用期发生工伤能否享受工伤保险待遇?	64
用人单位能否以高薪替代职工基本养老保险?	69
服务协议未达目标劳动者能否申请辞职离岗?	75
工伤超期未认定,诉讼中如何救济?	80
下班后在工作场所受伤是否构成工伤?	85

获高额侵权赔偿后能否同时享受工伤保险待遇?	90
劳动报酬低于最低工资标准如何证明?	95
劳务派遣中劳动者应向谁索要加班工资?	100
工资支付和事实劳动关系争议中当事人要证明哪些事实?	105
他人致工伤,单位是否赔偿?	110
用人单位侵害劳动者权益致使劳动者辞职,需要支付经济 补偿金吗?	114
未签订书面劳动合同如何讨要双倍工资及补偿金?	119
计件工资制度下能否主张加班工资?	124
试用期满不胜任,解聘要给补偿吗?	128
面对“历史工伤”,劳动者如何追偿?	132
用人单位破产,劳动者应该如何讨要工资?	137

下篇 理论篇

我国劳动争议诉讼与劳动争议仲裁关系改革探讨	143
完善工会参与劳动争议调解问题的探讨	154
浅议退休人员的劳动法律关系主体资格	163
对于意思瑕疵劳动合同处理机制的探讨 ——无效、可撤销、解除制度的选择	175
对我国劳动合同违约金制度之探讨	192

上
篇



实务篇

即将毕业的在校大学生签订 的劳动合同是否有效？

典型案例

郭某，19 周岁，是某大学 2008 届毕业生，于 2008 年 7 月毕业。2007 年 10 月郭某到当地一家公司进行求职登记，并在该公司的求职人员登记表中登记其为某大学 2008 届毕业生。2007 年 10 月郭某与该公司签订了一份劳动合同书，期限三年，从 2007 年 10 月 30 日起至 2010 年 12 月 30 日止。其中试用期 60 天，从 2007 年 10 月 30 日起至 2007 年 12 月 30 日止。合同还约定，原告从事营业员工作；试用期满后月工资收入不少于 900 元，试用期工资标准不低于同工种同岗位职工工资的 80% 等。2008 年 7 月，该公司向本市某区劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，请求确认其与郭某之间的劳动关系不成立。该劳动争议仲裁委员会经审查，依据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》作出仲裁决定，以郭某系在校学生，不符合就业条件，不具有建立劳动关系的主体资格，在校学生勤工助学或实习与用人单位之间的关系不属于《劳动法》的调整范围，故该公司与郭某之间的争议，不属劳动争议处理范围为由，决定终结了该公司诉郭某的仲裁活动，并送达了仲裁决定书。郭某对此不服，认为其与该公司之间存在劳动关系，双方签订的劳动合同真实、合法、有效，于是郭某向法院提起诉讼，请求法院判决确认劳动合同有效。

本案主要涉及以下三个问题：一是在校大学生是否具备建立劳动关系的主体资格，劳动关系何时建立？二是在校大学生以就业为目的签订劳动合同的行为属于勤工助学、实习还是就业？三是在校大学生签订的劳动合同是否有效？

（一）即将毕业的在校大学生具备建立劳动关系的主体资格，劳动关系自用工之日起建立

劳动者是指具有劳动权利能力和劳动行为能力，依据《劳动合同法》的规定能够参加劳动关系，向用人单位给付劳动并获取劳动报酬的自然人。

《劳动法》第15条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”而原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）第4条仅规定了“公务员和比照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。”据此，年满16周岁的在校大学生并没有被排除出“劳动者”的范畴。

《意见》第12条虽规定了“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”但这也仅仅是对在校大学生勤工助学时取得“劳动者”身份的一种限制，并不能因此而否定所有在校大学生的劳动权利能力和劳动行为能力，应该说，适龄在校大学生依法当然可以获得“劳动者”的主体资格。而本案中的郭某显然并不属于该条所说的“利用业余时间勤工助学的”在校大学生，相反，年满19周岁的郭某与该公司已经签订了正式的劳动合同，且郭某已到该公司工作，受其管理，可见，本案中郭某已经取得了劳

劳动法上劳动者的主体资格。

另外，用人单位与劳动者之间的劳动关系自用工之日起建立，司法实践中，用工之日就是指劳动者到用人单位报到入职之日。《劳动合同法》第7条规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用工单位应当建立职工名册备查。”《劳动合同法》第10条规定：“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”参照劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定，劳动关系是否建立的判断标准可以概括为：第一，用人单位与劳动者符合法律、法规规定的主体资格；第二，用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；第三，劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

本案中，郭某在向该公司求职时，符合法律、法规规定的建立劳动关系主体资格条件，且与该公司签订了以就业为目的的书面劳动合同，并到该公司进行了入职登记，受公司管理，公司为其劳动提供相应的报酬。这完全符合《劳动法》、《劳动合同法》及相关规章与司法解释的规定，因此，郭某与该公司之间已经建立了劳动法上的劳动关系。

（二）在校大学生以就业为目的签订劳动合同的行为不属于勤工助学或实习，而应认定为就业

《意见》第12条规定“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”该规定针对的是在校大学生利用学习之外的空闲时间打工补贴学费、生活费的行为，其并不是以就业为目的，而是为了通过参加短期或者不定期的劳务工作以获取一定劳务报酬。

在司法实践中，实习是指以学习为目的，到相关单位参加社会实践，巩固、补充课堂知识，没有工资，甚至还要由学校或者个人向实习单位交纳实习费用，更不存在由实习生与单位签订劳动合同、明确

岗位、报酬、福利待遇等情形。

然而，上述两种情形都与本案截然不同。本案中，郭某就业目的明确，客观上向该公司表达了建立劳动关系的意思表示，并进行了求职登记。2007年10月郭某与该公司自愿签订了劳动合同，其所为的法律行为与大学生未完成学业时的勤工助学行为或实习行为显然非同一性质。该公司对郭某的情况完全知情，双方在此基础上就应聘、录用达成一致意见，签订了劳动合同，而且明确了岗位、报酬。由此，可以认定郭某的行为并不属于勤工助学或实习，而应认定为就业。

（三）在校大学生签订的劳动合同合法有效

劳动合同是指劳动者和用人单位之间关于确立、变更和终止劳动权利与义务的协议。劳动合同是否有效，应看已成立的劳动合同是否符合法律的评价，从而能够在双方当事人之间产生法律约束力。

《劳动合同法》第26条规定：“下列劳动合同无效或者部分无效：（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（三）违反法律、行政法规强制性规定的……。”

本案中，关于劳动合同是否有效的争议主要集中在《劳动合同法》第26条第1款和第3款的规定上。《劳动合同法》第26条第1款规定的“欺诈”应作与民法上相同的解释，根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第68条的解释，欺诈是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的行为。

对《劳动合同法》第26条第3款规定的“违反法律、行政法规强制性规定”的理解，应注意以下两点：首先，该款规定的违反对象仅限于法律和行政法规，违反地方法规或者行政规章的并不能作为认定劳动合同无效的依据。其次，违反法律、行政法规强制性规定的法律后果是，劳动合同自始无效。

本案中，郭某在求职时，明确告知公司其虽可以正常上班，但尚未毕业。该公司对郭某的情形完全知晓，双方在此基础上就应聘、录用达成一致意见，签订了劳动合同，并不存在《劳动合同法》第26条第1款规定的“欺诈”，且并没有违反法律、行政法规的强制性规定。退一步讲，该公司主张劳动合同无效时郭某已取得毕业证书，因此，郭某与该公司签订的劳动合同合法有效。

另外，根据《劳动合同法》第8条规定：“……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。”该条款是订立劳动合同过程中“诚实信用原则”、“协商一致原则”、“平等自愿原则”以及“公平原则”的具体体现，本案中，郭某也已经履行了其如实说明义务，据此，郭某与该公司签订的劳动合同并不存在瑕疵，该劳动合同合法有效。



维权技巧

即将毕业，但尚未领取毕业证的在校大学生是合格的劳动关系主体，其与用人单位签订的劳动合同依法应认定为合法有效。即将毕业的在校大学生与用人单位签订书面劳动合同后，应及时到用人单位入职报到，接受用人单位的管理和指挥，不能误以为签订了书面劳动合同就等于建立了劳动关系。另外，即将毕业的在校大学生在签订劳动合同过程中，首先要对勤工助学、实习和就业三种不同情形有正确的认识，其次应做到诚实守信，遵守法律法规，履行如实说明义务。只有这样，在发生劳动纠纷时，在校大学生才可以据理维护自己的合法权益。



专家点评

在我国《劳动法》的框架下，即将毕业的在校大学生可以同时具有“学生”身份和“劳动者”身份，二者并不冲突。在司法实践中，近年来大量的司法判决，也支持“即将毕业的在校大学生依法签订的

劳动合同有效”的观点，因此，可以确定即将毕业的在校大学生是合格的劳动关系主体，其以就业为目的与用人单位签订的劳动合同应当合法有效。

中国政法大学 陈亚辉

事实劳动关系的存在与否如何证明？

典型案例

原告涟源市古塘乡塘边煤矿诉被告吴某某确认劳动关系纠纷案

原告称其自 2003 年经工商部门登记成立以来，在经营期间，从未聘用过被告。被告自述 2010 年 9 月份经疾控预防部门诊断为二期煤工尘肺，并以此疾病系在原告处所患为由，向劳动争议仲裁部门申请确认劳动关系仲裁。2011 年 2 月，涟源市劳动争议仲裁委员会作出涟劳仲案字〔2011〕140 号仲裁裁决，认定原、被告之间劳动关系成立。原告认为，该裁决与事实严重不符，系完全听信被告自身陈述所作的片面、错误的裁决。为维护自身利益，特向法院起诉，请求判决确认原、被告之间不存在劳动关系。

以案说法

本案是典型的因劳动关系确权纠纷而引起的诉讼。撇开原告与被告之间是否存在劳动关系不论，如果被告欲通过法律途径维护自己的合法权利，亦即希望自己所受之伤害被确认为工伤，从而通过工伤的有关规定获得相应的救济，其关键在于证明自身与原告即雇方之间存在劳动关系。因为根据有关规定，只有劳动者在从事职业活动或者与职业活动有关的活动时所遭受的不良因素的伤害和职业病伤害，才能依据相关程序被认定为工伤，故而，在本案中，如果被告欲通过工伤认定的途径维权，势必要先证明劳动关系的存在。这便涉及到两个问题：第一、劳动关系存在的证明责任由谁承担？第二、如何证明？

（一）证明责任由谁承担

一般情况下，“谁主张谁举证”，即根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（下称“证据规定”）第2条的规定，“当事人对自己的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”；但是，在劳动纠纷中亦存在举证责任倒置的情况，如《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》第13条规定：“因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任”；同时，在上述的《证据规定》中的第6条对此也有相同之规定，在此不赘。但是就本案而言，笔者认为不存在举证责任倒置的问题。因为此案涉及的事项并不在法律规定的特殊举证范围之内。所以，依据“谁主张谁举证”的一般原则来分配举证责任即可。详言之，原告主张其与被告之间不存在劳动关系，则需举出相关之证据，否则，根据《证据规定》第2条第2款的规定“没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果”，即原告需承担败诉的后果；同理，被告若对原告的主张予以反驳，其也需举出相关证据证明自己的主张，当其无法证明或者证据不足时，需承担由此而引起的不利后果。具体到本案，塘边煤矿需对其与吴某某不存在劳动关系的主张，提供证据加以证明；而吴某某如果对此反驳，其也负有证明自己主张的责任。因此，本案的证明责任的承担分配应该说是比较明确的了。

（二）如何证明

本案所涉纠纷关键在于，原、被告双方之间没有签订正式的书面劳动合同，因而使得本案的事实劳动关系证明起来较为困难。因为书面合同是劳动关系存在的最有力的证明，缺少之，劳动关系的存在与否证明的难度可想而知。但是，这也并非意味着事实劳动关系的存续无法证明，关键还是在于举出有力的证据，形成有效的“证据链”。