

企业法律与管理实务操作系列 WIN

超级实用版

HOT

《劳资先锋》杂志、劳资先锋网
HR俱乐部、人力资源管理研究中心 联合强力推荐



最新劳动争议 处理实务指引

常见问题 典型案例 实务操作 法规参考

詹德强 著

(劳动法与劳资关系管理专家、著名律师、培训师)

行政人事总监决策参考 人力资源经理必备工具
合规事务主管实务指南 员工关系专员操作依据

制度合法化 合同规范化 流程标准化 表单证据化



购买本书，免费分享电子版增值服务！（见封底）

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业法律与管理实务操作系列 WIN

超级实用版



HOT

《劳资先锋》杂志、劳资先锋网
HR俱乐部、人力资源管理研究中心

联合强力推荐

最新劳动争议 处理实务指引

常见问题 典型案例 实务操作 法规参考

詹德强 著

(劳动法与劳资关系管理专家、著名律师、培训师)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

最新劳动争议处理实务指引：常见问题、典型案例、实务操作、法规参考：超级实用版/詹德强著.

—北京：中国法制出版社，2011.11

(企业法律与管理实务操作系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3219 - 1

I. ①最… II. ①詹… III. ①劳动争议 - 处理 - 基本知识 - 中国 IV. ①D922.591

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 211468 号

策划编辑：刘峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑：郑文阳

封面设计：周黎明

最新劳动争议处理实务指引

ZUIXIN LAODONG ZHENGYI CHULI SHIWU ZHIYIN

著者/詹德强

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2012 年 3 月第 1 版

印张/18.25 字数/276 千

2012 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3219 - 1

定价：48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话：66017726

传真：66031119

编辑部电话：66034985

邮购部电话：66033288

前言

2005年12月全国人大常委会对《劳动合同法（草案）》的一审使劳动法重新成为全国关注的焦点，2006年3月20日该草案向社会征求意见后，在全国掀起了激烈的辩论，公众、学者、官员、企业家、律师等各方对该法进行思考、探索与争论。历经四次审议，全国人大终于在2007年6月29日通过《劳动合同法》，同时也将企业、员工等各方对劳动法律的关注推上了高点。继《劳动合同法》实施后，《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》及于2011年7月1日起实施的《社会保险法》相继出台，这些法律共同构筑起我国较为完善的劳动法体系，《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》（一、二、三）等司法文件的制订实施，对劳动法的司法实践也提供了有力的指导。目前，劳动法律事务在律师业务中已经成为一个独立的专业领域，是律师提供法律服务的一个重要内容。

我在2006年自法院转入律师行业后即开始专注于劳动法事务的处理，经历了企业及员工对劳动法律事务的需求从最初的“零散”到《劳动合同法》实施前后的“井喷”的过程。我参与了百余家国内外知名企业的人事规章制度的构建、革新和劳动法事务咨询，代理或同团队律师共同代理了数百起新法下的劳动争议案件，组织实施了四、五十起企业裁员员工安置项目，这些案例的实务积累，成为我劳动法服务水平提升的源泉。另一方面，我有幸受邀参加香港生产力促进局、香港人力资源协会、复旦大学管理学院、中国人民大学上海教学中心、宝钢教培中心等单位举办的论坛及讲座，并于上海、北京、广东等地多次为大型知名企业提供劳动关系解决方案的内训，在此过程中，与会人员睿智的提问与交流，为我更深刻地理解和体悟劳动法提供了滋养，成为我法律技能成长的一个重要支撑。2006年年底起我创办了“劳资先锋”（labourlaw.com.cn）专业劳动法网站，以期搭建一个能为更多人提供劳动法知识和技能的平台。上述经历及多年的实践，促使我一直打算在有机会时将这些实务心得整理成文字，以期能对企业或员工处理劳动关系时有所助益，这一想法成了写作本书的缘起。

对于企业管理人员或HR而言，常常面临的难题是如何将企业文化、企业人事管理人性化的“柔性”与法律规定的“刚性”有机结合，做到两者兼顾。而作为为企业提供劳动法服务的律师，在提供法律意见或方案解决劳动纠纷时应尽力解决这

一难题，达到兼顾两者的效果。我认为这也是判断一个劳动法律师水平的关键因素。在代理企业处理国内目前最高诉求的员工告单位侵权索赔40亿的案件中，我提出处理劳动争议的一些原则：一是**合法化**，即应按照现行劳动法之最新规定及司法实践，在法律框架下寻求解决；二是**人性化**，即处理应符合人性之要求，对员工应考虑到个体的实际情况，尽最大可能考虑到员工的利益诉求，同时应结合企业实际经营管理的现状，不能一味促使资方迁就；三是**和谐化**，即双方处理劳动争议应尽最大诚意，不激化情绪和矛盾，不采取激进的言行，和谐坦诚地面对双方产生争议的现实；四是**合理化**，即双方的诉求均应充分考虑，在尊重事实的前提下，理性地寻求双方解决争议可接受的共同点，实现劳资冲突的最终解决；五是**保密化**，对于处理中可能涉及的企业商业秘密或员工个人隐私等现实问题，双方均应当遵守最基本的保密义务及道德准则。对于这些原则，我认为对解决劳动争议仍具有指导意义。

本书根据现实中劳动争议发生或被关注的实际情况，分为十六章。介绍了劳动争议处理程序；劳动合同履行、续订、中止、终止、解除、无效等争议处理；商业秘密保护、竞业限制、培训服务期等争议处理；劳动报酬、经济补偿金、赔偿金、工伤与职业病、社会保险事务等争议处理；劳务派遣、集体协商等争议处理。对涉及的加班费、调岗调薪、女工保护、外国人就业、特殊劳动关系、劳务关系、工资及个人所得税处理、医疗期等较易产生的争议也做了相应介绍。另外，为了使这些知识更加易于阅读和掌握，在这些章节写作中加入了图表、案例及若干知识点小提示。

由于劳动人事法律涉及每个企业、每位劳动者个人的切身利益，因此，除了大量的法律法规和部门规章外，还有许多政策性的指导意见。这些政策不仅有中央或省级，更多的是落实到具体的地区、县、市，此外，很多规定又特别具体和琐细，因此，对于许多人员来说，面对劳动法事务常常感到无从下手。如何从这些成堆的文件、规定、政策中梳理、提炼出解决实务问题的方法是一名劳动法实务工作者必须面对的一个挑战。我在书中尽可能地满足这一要求，或进行问题的分类总结，或提供相应问题的解决思路或线索。

最后，衷心地期望本书能够帮助广大读者合法、合理、合情地处理好劳动争议。

目 录

第一章 劳动争议处理概述	1
第一节 劳动争议需掌握的基础知识	1
一、劳动争议的概念及特点	1
二、劳动争议范围	2
三、劳动争议与民事争议的区别	4
第二节 劳动争议处理需关注的基本问题	7
一、劳动争议处理的法律依据	7
二、劳动争议处理的基本原则	9
三、劳动争议的仲裁时效	10
四、劳动争议的管辖	14
五、劳动争议的举证	16
第三节 劳动争议处理的基本程序	18
一、劳动争议协商和解	19
二、劳动争议调解	19
三、劳动争议仲裁	21
四、劳动争议诉讼	23
案例：1-1 向肇事司机索赔，单位可否直接进行民事诉讼？	5
案例：1-2 签收邮件是否开始计算时效？	11
图表：1-1 仲裁时效图示	14
第二章 劳动关系争议	27
第一节 事实劳动关系	27
一、事实劳动关系的概念	27
二、事实劳动关系的认定	27
三、事实劳动关系产生的责任	31

四、避免事实劳动关系产生的措施	31
第二节 非典型劳动关系	33
一、劳动关系与雇佣关系	33
二、在校实习生与退休返聘人员	35
三、离退休返聘人员	37
四、外国人就业	38
案例：2-1 未签书面合同，事实劳动关系中劳动者的权益仍应 受法律保护	29
案例：2-2 在校学生实习受伤，用工单位应承担损害责任	36
案例：2-3 未办“就业证”即上岗，双方是否构成劳动关系？	42

第三章 劳动合同订立争议 44

第一节 招聘	44
一、招聘广告与录用条件	44
二、就业歧视	46
三、招聘中的告知	49
四、招聘中的担保禁止	51
五、未入职前的解约	51
第二节 无固定期限合同	52
一、无固定期限合同概念	52
二、无固定期限合同订立要件	53
三、无固定期限合同订立的实务操作	56
四、无固定期限合同的解除	57
第三节 合同续订	58
一、续订合同的法律特征	58
二、到期不续签的后果	59
三、续订合同的操作建议	59
案例：3-1 如何证明劳动者在试用期内不符合录用条件？	46
案例：3-2 反就业歧视案	48

第四章 劳动合同履行争议 61

第一节 劳动合同履行原则	61
一、劳动合同履行的原则	61
二、劳动合同主体变更时的履行原则	62

三、履行地与用人单位注册地不一致时的履行原则	63
第二节 试用期	64
一、试用期与见习期、实习期	64
二、试用期限	66
三、试用期工资	66
四、试用期考核与转正	67
第三节 调岗调薪	69
一、调岗事由	69
二、调薪与扣薪	70
第四节 兼职行为	72
一、兼职的概念及法律基础	72
二、兼职的限制	73
案例：4-1 报酬的计算	61
案例：4-2 工龄可否继承？	63
案例：4-3 如何证明试用期内员工不符合录用条件？	67
案例：4-4 不能胜任的员工拒绝调岗能否被解职？	71
图表：4-1 试用期、见习期和实习期的区别	65
图表：4-2 试用期期限设置	66
小贴士：4-1 底薪+提成的限制	67
小贴士：4-2 用人单位限制兼职措施	73
第五章 劳动合同解除争议	74
第一节 劳动合同解除概述	74
一、概述	74
二、劳动合同解除的类型	75
第二节 劳动合同的协商解除	76
一、协商解除	76
二、协商解除的经济补偿金	76
第三节 试用期内解除劳动合同	78
一、试用期解除的规定	78
二、劳动者试用期内解除劳动合同	78
三、用人单位试用期内解除劳动合同	79
第四节 用人单位单方解除劳动合同	80
一、过错性解除	80

二、非过错性解除	82
三、解除的程序	83
第五节 劳动合同的特殊解除——裁员	86
一、裁员的前提条件	86
二、裁员需履行的程序	87
三、裁员中对劳动者的保护	88
第六节 劳动者单方解除劳动合同	90
一、预告解除（辞职）	90
二、即时解除	91
第七节 解除劳动合同的限制	93
一、涉及职业病及工伤的限制	93
二、医疗期内的限制	94
三、女职工、老职工的限制	95
四、其他情形的限制	95
第八节 违法解除的法律责任	96
一、用人单位的法律责任	96
二、劳动者的法律责任	97
案例：5-1 协商解除是否需要支付经济补偿金？	77
案例：5-2 以严重违约解除员工应事先通知工会	84
图表：5-1 劳动合同的解除类型	75
图表：5-2 《劳动合同法》对试用期内解除合同的规定	78
图表：5-3 《劳动法》与《劳动合同法》对过错性解除劳动合同的规定	82
图表：5-4 劳动部的医疗期规定	94
图表：5-5 上海市关于医疗期的规定	94
小贴士：5-1 劳动合同解除与劳动合同终止的区别	74
小贴士：5-2 裁员后仍须办理后续手续	89
小贴士：5-3 女职工“三期内”严重违纪劳动合同可否解除？	95
第六章 劳动合同的中止、终止争议	98
第一节 劳动合同的中止	98
一、中止的理由	98
二、中止的法律后果	99

第二节 劳动合同的终止	99
一、法定终止情形	100
二、法定终止的补偿	102
三、终止的特殊保护	105
案例：6-1 员工被宣告失踪，怎么终止劳动合同？	100
案例：6-2 劳动合同期满后终止，用人单位是否要给经济补偿？	102
案例：6-3 处于孕期、产期以及哺乳期的员工违法或者违约的，企业是否可以解除劳动合同？	106
图表：6-1 经济补偿金基本计算公式	104
小贴士：6-1 劳动合同法对特定劳动群体劳动合同终止的规定	106
第七章 劳动合同无效争议	107
第一节 无效的类型	107
一、法定的无效	107
二、约定的无效	109
第二节 无效的认定	112
一、全部无效	112
二、部分无效	112
第三节 无效的后果	113
一、解除劳动合同	113
二、改正履行	114
三、赔偿	114
图表：7-1 《劳动法》和《劳动合同法》规定的劳动合同无效的情形	107
案例：7-1 “无工资上岗”是否合法？	110
案例：7-2 签了合同就得自认倒霉？	111
案例：7-3 劳动合同无效是否必然导致劳动关系无效？	113
第八章 经济补偿金与赔偿金争议	116
第一节 经济补偿金	116
一、经济补偿金的特征	116
二、经济补偿金的类型	117
三、经济补偿金的支付范围	118
四、经济补偿金支付标准	123

五、经济补偿金支付时间	128
第二节 赔偿金	128
一、单位支付的赔偿金	128
二、劳动者支付的赔偿金	130
图表：8-1 经济补偿金、赔偿金、违约金对比	117
图表：8-2 不需要支付经济补偿金的情形	123
小贴士：8-1 支付经济补偿金时仅依据劳动者工资项目中的 基本工资是否合法？	124
小贴士：8-2 经济补偿金是否应交税？	125

第九章 其他类型劳动合同争议 131

第一节 以完成一定任务为期限的合同	131
一、以完成一定工作任务为期限的劳动合同与固定期限劳动 合同不同之处	131
二、以完成一定工作任务为期限的劳动合同的经济补偿	132
三、对以完成一定任务为期限用工的限制	132
第二节 非全日制劳动合同	132

第十章 劳动报酬争议 135

第一节 工资的构成与税务处理	135
一、工资的构成	135
二、不纳入工资构成	136
三、工资与个人所得税	136
四、年终奖与经济补偿金的个人所得税处理	138
第二节 最低工资	141
一、最低工资的作用	141
二、不纳入最低工资的费用	142
三、月最低工资与小时最低工资	142
四、违反最低工资的责任	143
第三节 工资支付	143
一、工资支付形式	143
二、工资支付时间	144
三、假期工资的支付	144
四、特殊情况下的工资支付	144

五、加班工资支付及管理建议	145
六、克扣与减发工资	148
第三节 五省市工资支付制度比较	148
一、工资组成	148
二、支付形式和记录保存要求	149
三、支付周期	150
四、特殊情况下的支付	152
五、加班工资	155
六、假期工资支付及工资基数	157
七、工资扣减的规定	159
案例：10-1 年终奖纳税实例讲解	139
案例：10-2 经济补偿金纳税实例讲解	140
案例：10-3 计件工资是否存在最低工资问题？	141
案例：10-4 用人单位安排加班，员工同意的，是否还存在法律风险？	147
图表：10-1 个人所得税税率对比表	137
小贴士：10-1 津贴和补贴的简易区别	136
小贴士：10-2 工资可否按最低工资支付？	143
小贴士：10-3 用人单位拖欠工资，劳动者可以申请支付令	148
第十一章 培训服务期争议	161
第一节 培训服务期	161
一、培训概念的界定	161
二、服务期期限	163
第二节 违反服务期的责任	165
一、培训费用的确定	165
二、违约金的计算	167
案例：11-1 出国受训后跳槽，违约金该不该赔？	162
案例：11-2 服务期与劳动合同期限不一致，违约责任如何处理？	164
案例：11-3 没有支付凭证的培训费难获赔偿	166
图表：11-1 服务期和劳动合同期限的关系	164
小贴士：11-1 服务期内留住劳动者的其他途径	162
小贴士：11-2 单位降低工资致使服务期未能履行，劳动者是否承担违约金？	168

小贴士：11-3 培训费的追偿原则

169

第十二章 保密及竞业禁止争议

170

第一节 商业保密

170

一、商业秘密认定

170

二、保密对象

172

三、违反保密义务的责任

174

第二节 竞业禁止

176

一、竞业禁止的对象

176

二、竞业禁止的期限

177

三、竞业禁止的补偿

177

四、违反竞业禁止的责任

179

第三节 企业对员工的管理措施

181

一、制定保密制度

181

二、签订保密协议

182

三、主动对离职员工采取脱密措施

182

四、签订竞业限制协议

183

案例：12-1 保密费等同于竞业限制补偿金吗？

175

案例：12-2 违反竞业限制如何承担责任？

180

图表：12-1 商业秘密劳动争议的特点

171

图表：12-2 保密义务：《公司法》VS《劳动合同法》

174

图表：12-3 保密协议与竞业限制协议的比较

179

小贴士：12-1 商业秘密保护常见措施

172

第十三章 工伤及职业病争议

185

第一节 工伤概述

185

一、工伤基础

185

二、工伤保险的交纳

186

三、工伤保险与商业保险

187

第二节 工伤的认定

188

一、工伤认定的范围

188

二、工伤认定的程序

190

三、伤残等级的认定

192

第三节 工伤待遇	193
一、工伤保险待遇	193
二、非法用工的工伤待遇	196
第四节 职业病争议	197
一、职业病认定	197
二、职业病享受的待遇	201
案例：13-1 在工作场所被打伤是否算工伤？	189
案例：13-2 下班途中绕道，交通事故受伤是否算工伤？	190
案例：13-3 工伤认定申请起算时间如何确定？	196
案例：13-4 享受工伤待遇是否必须先进行工伤认定？	201
图表：13-1 工伤认定流程图	191
图表：13-2 劳动能力鉴定的基本流程图	193
图表：13-3 工伤待遇一览	194
图表：13-4 非法用工伤亡赔偿	196
图表：13-5 职业病鉴定程序	200
小贴士：13-1 工伤赔偿的无过错责任原则	186
小贴士：13-2 “工伤概不负责”条款的效力	186
小贴士：13-3 用人单位不缴纳工伤保险仍按工伤责任标准 负担劳动者工伤待遇	187
小贴士：13-4 醉酒的认定	189
第十四章 社会保险事务争议	203
第一节 社会保险概述	203
一、社会保险制度综述	203
二、社会保险类型及征缴范围	205
三、《社会保险法》亮点及对企业的的影响	209
第二节 养老保险争议	214
一、养老保险概述	214
二、退休退职	217
三、跨地区就业时养老保险的转移接续	219
四、养老保险争议处理	220
第三节 医疗保险争议	223
一、医疗保险概述	223
二、医疗保险的缴纳及支付	224

三、医疗保险争议处理	227
第四节 失业保险	227
一、失业保险概述	227
二、失业保险的领取	228
第五节 生育保险	230
一、生育保险概述	230
二、生育保险待遇的申领	231
案例：14-1 职工医疗费用支付实例	226
图表：14-1 中国社会保险体系构成	205
图表：14-2 特殊情况下的员工缴费基数计算原则	208
图表：14-3 部分城市职工基本养老保险、基本医疗保险、失业保险、生育保险缴费比例一览表	209
图表：14-4 部分城市生育保险缴费基数及缴费比例一览表	209
图表：14-5 个人账户养老金计发月数表	216
小贴士：14-1 用人单位可否在劳动合同中与劳动者约定不为其缴纳社会保险费？	204
小贴士：14-2 劳动者可否要求用人单位将应缴纳的社会保险费变现支付给自己？	205
小贴士：14-3 用人单位招收在校实习生和退休返聘人员是否需为其缴纳社会保险费？	206
小贴士：14-4 试用期员工是否可以不缴纳社会保险费？	206
小贴士：14-5 对企业富余人员、长期请（病）假、外借人员和带薪培训（上学）人员，是否应缴纳社会保险费？	207
小贴士：14-6 缴费月平均工资的确定	208
小贴士：14-7 养老保险争议仲裁裁决的效力	223
小贴士：14-8 未就业配偶仍可享受生育保险待遇？	231
第十五章 劳务派遣争议	233
第一节 劳务派遣概述	233
一、劳务派遣的法律关系	233
二、劳务派遣与相关概念的区分	236
三、劳务派遣的适用岗位	238
第二节 劳务派遣的法定保护	239
一、用工单位的法定义务	239

二、劳务派遣工的工资保护	241
三、劳务派遣工的工会参加权	241
四、侵害劳务派遣工的责任承担	242
案例：15-1 外服公司需承担用人单位责任	233
案例：15-2 派遣员工受伤，找谁维权？	243
图表：15-1 劳务派遣中用人单位、用工单位、劳动者三方关系示意图	235
小贴士：15-1 劳务派遣公司的资质要求	235
小贴士：15-2 用工单位是否需要与被派遣劳动者签订书面协议？	236
小贴士：15-3 用工单位如何维护自身权益？	243

第十六章 集体合同争议 246

第一节 集体合同的概念及特征	246
一、集体合同的概念及特征	246
二、集体合同与劳动合同	247
第二节 集体合同的协商与订立	248
一、集体合同平等协商原则	248
二、集体合同协商代表	249
三、集体合同内容	252
四、集体合同签订程序	253
第三节 集体合同的变更、解除和终止	255
一、集体合同的变更	255
二、集体合同的解除	255
三、集体合同的终止	256
第四节 集体合同争议处理	257
一、集体合同协商签订过程中的争议处理	257
二、集体合同履行中的争议处理	257
图表：16-1 集体合同与劳动合同比较	247
图表：16-2 集体合同变更、解除或终止通常事由	256

附 录 259

劳动人事法律法规参考	259
------------	-----

第一章 劳动争议处理概述

2008年1月1日实施的《中华人民共和国劳动合同法》及2008年5月1日起实施的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》掀开了劳资博弈的新篇，中国劳动争议数量大增，并呈现以下特点：1. 员工主动维权的劳动争议案件数量大幅上升。两法本身的制度设计得到极其广泛的宣传，劳动者维权意识增强，导致维权案件数量大幅增长。2. 劳动争议中员工维权诉求以利益型诉求为主。工资、加班工资、经济补偿金、工伤保险等利益型争议占劳动争议总数的70%以上，劳动者把关注焦点集中在与个人利益密切相关的经济利益上，成为当前及今后劳动者维权的新特点。3. 争议结果，员工维权成功的机率较高。企业用工的不规范及用工观念尚未调整到位，使用人单位败诉率、员工维权成功率居高不下成为不争的事实。4. 劳动争议中，员工维权形式及维权诉求内容日趋多样化和复杂化。一方面，员工通过劳动监察部门、工会、劳动争议仲裁委员会、法院，甚至信访途径进行自身维权。另一方面，维权诉求内容法律关系相互交叉，法律与政策相互交叉，使员工维权日趋多样化和复杂化。

鉴于此，如何避免和减少可能败诉的劳动争议，是当前用人单位必须面对需要解决的课题，掌握妥善处理劳动争议有关的实务技能是公司管理者、HR和内部法务人员工作的必须课程，对劳动者而言，掌握劳动争议处理的有关知识，亦是帮助自己维权的手段。

第一节 劳动争议需掌握的基础知识

一、劳动争议的概念及特点

劳动争议，有时也称之为“劳动纠纷”、“劳资纠纷”、“劳资争议”，在我国最早因20世纪30年代南京国民政府颁布《劳动争议处理法》而得名沿用至今，它主要是指用人单位和劳动者在执行劳动方面的法律、法规和劳动合同、集体合同的过程中，就劳动权利义务发生分歧而引起的争议。

劳动争议具有如下特点：

1. 劳动争议的主体一方是用人单位，另一方是劳动者。用人单位包括企业、事业单位、国家机关、社会团体、个体经济组织、民办非企业单位等组织；
2. 劳动争议主体之间必须存在劳动关系，在实践中是否签订劳动合同并不是判断