



农村**法律小帮手**系列

总主编 / 张延灿

执行主编 / 余文唐 潘 峰

务工问题

法律小帮手

潘峰 / 主编



本丛书以农村真实案例的介绍和分析为主，由专业学者和法官对农村常见问题进行解答。丛书语言通俗易懂，所选案例皆来源于农村真实生活，切实帮助农民朋友解决农村生活和新农村建设中遇到的实际法律问题。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



农村法律小帮手系列

务工问题法律小帮手

主 编 潘 峰

撰稿人 潘 峰

张建平

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

务工问题法律小帮手/潘峰主编. —厦门:厦门大学出版社, 2010. 5
(农村法律小帮手系列)

ISBN 978-7-5615-3545-5

I. 农… II. 潘… III. 农民-劳动就业-劳动法-基本知识-中国
IV. D922. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 073816 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

三明市华光印务有限公司印刷

2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷

开本:889×1194 1/32 印张:6.25

字数:165 千字 印数:1~5 000 册

定价:19.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

农村法律小帮手系列丛书编委会

顾 问 林光大

总 主 编 张延灿

副 总 主 编 吴玉腾 余文唐

执 行 主 编 余文唐 潘 峰

编委会成员

林光大 中共莆田市委副书记、市人大主任、市委政法委书记

张延灿 莆田市中级人民法院院长

郑祖杰 中共莆田市委宣传部副部长

陈兆文 中共莆田市委政法委常务副书记

陈鸿锁 莆田市人大内司委主任

吴玉腾 莆田市司法局局长

陈福郎 厦门大学出版社总编辑

蒋 月 厦门大学法学院教授

余文唐 莆田市中级人民法院研究室主任

潘 峰 厦门大学法学院教师



序

在厦门大学出版社的积极倡导和精心策划下,历时近半年,由厦门大学法学院和莆田市中级人民法院、莆田市司法局等法律实务部门联合编写的“农村法律小帮手系列”丛书终于付梓了。在这值得庆贺的日子里,受厦门大学出版社的盛情邀请,我欣然以丛书顾问名义为之作序。

“农村法律小帮手系列”是一套面向农民朋友的普法丛书。与这一特定的读者群相适应,本丛书具有鲜明的特色:一是实用性。从农村生活中实际可能遇到的法律问题出发,以农村常见法律纠纷和法律事务为主要内容。二是专业性。由专业学者、法官和其他从事司法实务的工作人员对农村常见问题进行法律释明。三是可读性。写作形式以农村真实案例的介绍和分析为主,贴近农民、贴近农村生活。四是简明性。摆脱教材式的说教写法和晦涩难懂的法律术语,以通俗易懂、简明扼要的语言介绍涉农法律常识。

本丛书以切实帮助农民朋友解决农村生活和新农村建设中遇到的实际法律问题为宗旨,力图使农民朋友在轻松愉快的阅读中了解法律基本知识,懂得如何运用法律维护自身权益、解决农村生活中的实际法律问题。本丛书将成为普及农村法律知识,帮助农民朋友学法、懂法、用法的良师益友。几年来,在农村法律知识普及方面,许多农家书屋内摆放的法律图书大多是内容较生涩的法学教材或法规汇编,大多数农民朋友阅读起来有一定困难。因此,本丛书的问世,将给农民朋友提供浅显易懂、简明实用的法律丛书,是对“农家书屋工程”的有益补充。

开展“法律进乡村”活动,加强农民法制宣传教育,着力提高农民法律素质,是被首次列入“五五普法”的重要任务,是保持农村改革、



农村法律小帮手系列

发展、稳定的重大举措,也是促进社会主义新农村建设的题中之义。今年是“五五普法”的总结验收年,紧接着就要启动“六五普法”活动了。我相信,“农村法律小帮手系列”的适时出版,不仅将为“五五普法”增添异彩,更将在“六五普法”活动中作出新的贡献!

是为序。

中共福建省莆田市市委副书记、
市人大常委会主任、市委政法委书记

林光大

2010年6月28日



前言

农村是我国经济社会稳定发展的重要基础。农村社会治安综合治理的成效如何、农民朋友的法律素质是否得以普遍提高,直接影响着我国经济社会的稳定与发展。因此,提高农民朋友的法律知识和法律意识,减少和化解农村纠纷,便成为社会主义新农村建设的题中之意。“五五普法”将开展“法律进乡村”活动列入其主要任务之一,这是保持农村改革发展稳定的重要举措,对于促进社会主义新农村建设意义重大。

为配合新闻出版总署推出的“农家书屋工程”建设,厦门大学出版社积极推出“农村法律小帮手系列”丛书。丛书共12册,分别为:务工问题法律小帮手、农村婚姻问题法律小帮手、农村继承问题法律小帮手、农村治安问题法律小帮手、农村纠纷解决法律小帮手、土地承包法律小帮手、村民自治法律小帮手、农村生产经营法律小帮手、农村债务问题法律小帮手、农村消费维权法律小帮手、农村房屋纠纷法律小帮手、农村刑事犯罪问题法律小帮手。

本丛书力图摆脱教材式的说教写法,少用晦涩难懂的法律术语,从农村生活中实际可能遇到的法律问题出发,以农村常见法律纠纷和法律事务为主要内容,通过具体、生动的案例和通俗易懂的表述,以生动活泼的形式向农民朋友详细介绍涉农法律常识,使农民朋友在轻松愉快的阅读中了解法律基本知识,懂得如何使用法律维护自身权利,切实帮助农民朋友解决农村生活和新农村建设中遇到的实际法律问题,是普及农村法律知识,帮助农民朋友学法、懂法、用法的有益工具。

本丛书由厦门大学法学院和莆田市中级人民法院、莆田市司法局等法律实务部门联合编写,由专业学者、法官和从事司法实务的工



作人员对农村常见问题进行解答。本丛书的出版,将给农民朋友提供浅显易懂、贴近农村生活的实用法律丛书,改变农村书屋中摆放的法律图书大多是内容较生涩的法学教材或法规汇编、而适合农民朋友阅读的图书种类却相对匮乏的状况,促进“农家书屋工程”建设的健康顺利进行。

本书的作者是:潘峰,厦门大学法学院;张建平,福建天象律师事务所。

张延灿 谨识

2010年6月10日



目 录

序 前言

一、劳动关系的认定

1. 劳动关系从什么时候开始建立? (1)
2. 学徒工是不是劳动者? (3)
3. 小保姆是劳动者吗? (6)
4. “临时工”受劳动法保护吗? (9)
5. 替别人上班受到事故伤害,是否受劳动法保护? (12)
6. 达到退休年龄能否与企业建立劳动关系? (14)
7. 劳务派遣工就该低人一等吗? (16)
8. 农民工和建筑企业之间是劳动关系吗? (18)
9. 企业能使用童工吗? (20)

二、劳动合同的订立和履行

10. 不签书面劳动合同,用人单位要承担什么后果? (24)
11. 农民工能不能要求签订无固定期限劳动合同? (27)
12. 别人代签的劳动合同有没有效? (30)
13. 用人单位可以扣押劳动者的身份证吗? (32)
14. 劳动合同全部由企业保管吗? (34)
15. “工伤概不负责”约定有效吗? (36)
16. 怎么约定试用期? (38)



- 17. 劳动合同中能不能约定违约金? (41)
- 18. 使用假学历证书找工作有什么后果? (44)
- 19. 集体合同有什么用? (46)
- 20. 劳动合同能由别人代为履行吗? (49)

三、劳动合同的变更和解除

- 21. 用人单位能任意调整劳动者的工作岗位吗? (52)
- 22. 经济不景气,老板能降低员工工资吗? (54)
- 23. 没有提前 30 天通知企业就擅自离职,是否要赔偿
损失? (56)
- 24. 企业不给办社会保险,员工能随时辞职吗? (58)
- 25. 不能胜任工作就要被解雇吗? (60)
- 26. 什么情况构成“严重违反规章制度”? (63)
- 27. 企业经营不善能随意裁员吗? (65)
- 28. 个人信息有误,企业能辞退劳动者吗? (68)
- 29. 用人单位能不能辞退怀孕的女职工? (70)
- 30. 劳动者没有进行离岗前职业健康检查,企业能解除
劳动合同吗? (73)
- 31. 劳动合同到期,不想离开企业可以吗? (75)
- 32. 经济补偿金怎么计算? (78)
- 33. 协商解除劳动合同还能要求经济补偿吗? (81)
- 34. 辞职要向公司赔偿培训费吗? (83)
- 35. 企业要为我开退工证明吗? (85)

四、工资、工时和休息休假

- 36. 自愿加班有加班工资吗? (88)
- 37. 上班睡觉能不能扣工资? (90)



38. 积压商品能作为工资吗？	(92)
39. 什么是最低工资？	(95)
40. 企业能随便更改工时制度吗？	(97)
41. 用人单位能强制劳动者加班吗？	(99)
42. 加班时间有没有限制？	(102)
43. 实行综合工时制，劳动者就没有加班费吗？	(104)
44. 补休能替代加班费吗？	(106)
45. 约定的工资是否包括加班费？	(109)
46. 什么是探亲假？	(112)
47. 农民工能不能享受带薪年假？	(114)

五、劳动保护

48. 用人单位要为劳动者提供劳动保护吗？	(117)
49. 劳动者对职业危害有没有知情权？	(120)
50. 管理人员违章指挥，劳动者有权拒绝执行吗？	(122)
51. 劳动者患病时，医疗期有多长？	(124)
52. 劳动者患职业病后，用人单位不给调整工作岗位 怎么办？	(126)
53. 法律对女职工的产假是怎么规定的？	(129)
54. 女职工在哺乳期有特殊保护吗？	(131)

六、社会保险

55. 用人单位可以不为劳动者办理社会保险吗？	(134)
56. 试用期内也要参加社会保险吗？	(136)
57. 企业能否强迫我参加商业保险？	(138)
58. 企业不为劳动者办理医疗保险怎么办？	(140)
59. 没倒在工作现场也算工伤吗？	(143)



- 60. 违规操作能不能算工伤? (145)
- 61. 上班途中因违章造成交通事故属于工伤吗? (147)
- 62. 申请工伤认定有没有时间限制? (149)
- 63. 劳动者也要缴纳生育保险费吗? (151)
- 64. 农民工能不能参加失业保险? (153)
- 65. 离开打工地后,养老保险怎么转移? (155)

七、劳动争议解决

- 66. 解决劳动争议的途径主要有哪些? (159)
- 67. 工会能帮农民工维权吗? (162)
- 68. 超过时效,申请仲裁还能得到保护吗? (164)
- 69. 老板拖欠工资,我能直接上法院告状吗? (167)
- 70. 没有书面合同怎么证明劳动关系? (169)
- 71. 工资表由谁举证? (171)
- 72. 公司不承认解雇事实怎么办? (174)
- 73. 调解协议能不能反悔? (176)
- 74. 什么是“一裁终局”? (179)
- 75. 企业不执行仲裁裁决怎么办? (181)



一、劳动关系的认定

1.

劳动关系从什么时候开始建立？



核心提示

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，应依法保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。



案情介绍

2008年6月3日，小王经老乡介绍到某制冷设备公司工作，负责角磨机打磨。领导对他说：“你明天开始上班，先干一段时间，合适的话我们再签劳动合同。”小王觉得自己文化水平低，找一份工作很不容易，就没有跟公司理论。

2008年7月的一天上午，小王在工地上班时，师傅临时有事离开，他就自己试着操作角磨机打磨砂轮，结果发生爆裂，致使右眼严重受伤。小王向公司多次交涉赔偿事宜，领导却说：“你还没跟公司签合同呢，不算我们公司的员工，出了事故该自己负责。”小王只好自己向当地劳动保障部门提出工伤认定申请。工作人员说，若小王能提供与用人单位之间的劳动合同，可直接做工伤认定。若小王不能提供，那他想获得工伤赔偿，就先要确认他与用人单位是否存在劳动关系。为了认定工伤，2008年12月，小王向当地劳动争议仲裁委员



会提出仲裁申请,要求确认自己和制冷设备公司之间存在劳动关系。仲裁委裁决小王和制冷设备公司双方存在劳动关系。制冷设备公司对此仲裁决定不服,向法院起诉,要求处理。法院认为,小王于2008年6月4日到原告的工地,开始从事角磨机打磨工作并已实际付出劳动,判决制冷设备公司与小王之间存在劳动关系。



答疑解惑

劳动法律是调整劳动关系以及与劳动关系有关的其他社会关系的法律规范体系。因此,劳动关系的建立在劳动法律体系中处于关键位置,决定着劳动者是否能够享受劳动法律规定的各项权利。根据《劳动法》的规定,劳动关系的建立以订立劳动合同为主要标志。但是,在实践中出现了很多用人单位用工却不与劳动者订立劳动合同的现象。《劳动合同法》调整了《劳动法》的有关规定,规定“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系”,“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同”,“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”。也就是说,引起劳动关系产生的基本法律事实是用工,而不是订立劳动合同。订立劳动合同是建立劳动关系的用人单位与劳动者的义务,也是证明劳动关系的重要证据之一。即使用人单位没有与劳动者订立劳动合同,只要存在用工行为,该用人单位与劳动者之间的劳动关系即建立,与用人单位存在事实劳动关系的劳动者即享有劳动法律规定的权利。

就本案的情况来看,从2008年6月4日起,小王已经开始在某制冷设备公司工作,付出了实际劳动,从这一天起小王就和制冷设备公司建立了劳动关系。至于双方没有签订劳动合同,以致双方对相关的劳动权利及义务约定不明,其责任显然在于制冷设备公司,不能以此为由否定劳动关系的存在。所以仲裁委员会和法院的认定是完全正确的。

还应指出的是,《劳动合同法》规定引起劳动关系产生的法律事实是用工,其目的是保护事实劳动关系中劳动者的权益,并不是肯定



用人单位不与劳动者订立劳动合同的行为。制冷设备公司没有依法和小王订立书面劳动合同,还应按照《劳动合同法》的相关规定承担其他法律责任。



法律链接

《中华人民共和国劳动合同法》

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

2.

学徒工是不是劳动者?



核心提示

个体工匠与其帮工、学徒之间不构成劳动关系,仅是民事雇佣关系。而具有用工资格的个体工商户与其帮工、学徒之间则属于劳动关系。



案情介绍

小王于2009年3月23日经人介绍到鸿发汽车修理店做学徒,负责给师傅打下手。鸿发汽车修理店承诺对小王管吃管住,保证他能学到技术,但一直未给小王发放工资。2009年7月26日,小王在观看他人修理轮胎时,被飞出的异物击伤了右眼。小王受伤后,鸿发汽车修理店为其支付了8000元左右的医疗费用。后来,小王回家修养,未再上班。为了认定工伤,小王申请仲裁,请求确认鸿发汽车修理店与他之间存在劳动关系。区劳动争议仲裁委员会支持了他的请



求。鸿发汽车修理店不服诉至法院。汽车修理店认为,小王是来学习的,他和修理店之间没有签订劳动合同,修理店没有为小王安排工作,只负责小王的食宿,也没有给小王发放劳动报酬,故小王不是鸿发汽车修理店的工作人员,请求法院依法确认修理店与小王之间不存在劳动关系。法院认为,鸿发汽车修理店接收小王,在师傅的带领下从事汽车修理工作。由于鸿发汽车修理店不是培训机构,因此对鸿发汽车修理店认为小王只是学习,未给其安排工作,不属本店员工的说法,未提供相关证据,不予采信。根据小王在鸿发汽车修理店工作的事实,应认定他们之间存在劳动关系。



答疑解惑

本案的焦点在于,小王与汽车修理店之间是劳动关系还是民事雇佣关系。劳动关系是作为当事人一方的劳动者参加到当事人另一方即用人单位的活动中,成为该单位的成员,受命执行一定种类的工作或承担一定的劳动任务,并且遵守单位有关规章制度。只有被纳入他人劳动组织之中,接受他人指示而给付劳动力的人,才受劳动法调整。而民事雇佣关系则是受雇人与雇佣人约定,由受雇人为雇佣人提供劳务,雇佣人支付报酬而发生的社会关系。民事雇佣关系不受劳动法调整,只能适用《民法通则》和《合同法》的有关规定。民事雇佣关系和劳动关系之间存在着相似性,在实践中有时难以区分。进城务工的劳动者为了提升自身职业技能,以学徒的身份被个体工匠或个体工商户雇佣,就存在着判断劳动关系是否存在的问题。

在个体工匠与学徒工之间,由于个体工匠属于自然人,不具有用工主体资格,其与劳动者之间不属于劳动关系,而是民法上的雇佣关系。《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(二)》第7条明确规定,个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷不属于劳动争议。

而在个体经济组织与学徒工之间,由于个体经济组织具有用工主体资格,如果学徒工被其雇佣,从事有报酬的职业劳动,就可能形





成劳动关系。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的解释,个体经济组织是指一般雇工在7人以下的个体工商户。从主体角度来看,鸿发汽车修理店有固定的经营场所,有一定的物资、人员、技术条件,具有用工主体资格。从具体关系来看,小王在鸿发汽车修理店工作期间,鸿发汽车修理店安排师傅对小王进行指导,并且解决了小王的吃住等生活问题,小王为鸿发汽车修理店提供了劳动,接受修理店的指挥、管理和监督。双方虽未签订劳动合同,但形成了事实上的劳动关系。至于鸿发汽车修理店未与小王签订书面劳动合同,未向其支付工资,只是修理店存在违反劳动法规定的行为,不能作为不存在劳动关系的证明。法院在分析劳动关系特征的基础上,认真核实本案事实,依法驳回汽车修理店的请求,确认双方当事人之间存在劳动关系是完全正确的,维护了劳动者的合法权益。



法律链接

《劳动合同法》

第二条 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。

《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(二)》

第七条 下列纠纷不属于劳动争议:

- (一)劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷;
- (二)劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷;
- (三)劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷;
- (四)家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷;
- (五)个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷;
- (六)农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。