



兰台律师事务所 / 著



扫描二维码索取增值大礼包（含HR必备法规汇编、常用文书范本及本书案例全文）

劳动疑难问题 操作指引

兰台劳动律师执业手记

Guide to Disposal of Labor Disputes
the Practice Notes of Lantai Lawyers



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



兰台律师事务所 / 著

Guide to Disposal of Labor Disputes
the Practice Notes of Lantai Lawyers

劳动疑难问题 操作指引

兰台劳动律师执业手记

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动疑难问题操作指引: 兰台劳动律师执业手记 / 兰台律师事务所著.
—北京: 中国法制出版社, 2014.11
ISBN 978-7-5093-5830-6

I. ①劳… II. ①兰… III. ①劳动法—案例—中国 IV. ①D922.505

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 256450 号

策划编辑: 赵 宏 (health-happy@163.com)

封面设计: 蒋 怡

劳动疑难问题操作指引: 兰台劳动律师执业手记

LAODONG YINAN WENTI CAOZUO ZHIYIN: LANTAI LAODONG LÜSHI ZHIYE SHOUJI

著者 / 兰台律师事务所

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 787 × 1092 毫米 16

印张 / 20.25 字数 / 321 千

版次 / 2014 年 11 月第 1 版

2014 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5830-6

定价: 49.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66010483

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

致 HR 的一封信

亲爱的 HR 朋友们：

你们好！

我们完成这本书的写作时，北京已经进入金色的秋季，前言之前写的是“关于案例不得不说的话”，但几经大家讨论，总觉得此前的前言过于生硬了些，不足以向大家表达我们这本书的成书心路。所以，改成了现在的形式——通过写信的方式跟大家说说心里话，这里没有冷冰冰的法条，有的只是我们作为工作伙伴跟大家心与心的交流。

我们深刻理解 HR 夹在公司与员工之间的尴尬。

HR，首先也是一个普通的劳动者，但职责所在，你们必须时刻在公司与员工的利益之间做出平衡。一味地站在任何一方，你们都可能陷入“万劫不复”，内心何等的煎熬，又岂是外人可以理解的？

好在劳动法律为你们平衡公司与员工的利益设定了规则。我们不得不承认，公司与员工的矛盾客观存在，但共同利益是双方关系的主流。事实上，与公司及员工有效的沟通，往往可以避免双方矛盾的恶化。沟通过程中，作为 HR 的你们用恰当的方式告知公司规则的底线或许能有效减少自身的尴尬。

我们相信，凭借你们娴熟的设置员工激励的方法，以及用心的员工关怀，你们肯定可以为公司实现自己的“人才战略”做出贡献，而所谓尴尬



可能更多的是个案处理的问题。

我们深刻理解 HR 面对纷繁复杂的劳动法律时的迷茫。

HR，你们是人力资源管理的专家，但职责所在，你们必须了解现行的各类劳动法律。现在劳动法律的完善，以及员工法律意识的提高，让你们不得不了解法律。但你们本职的员工招聘、薪酬管理、员工关怀与培训等等已经让你们“应接不暇”，让你们了解连作为律师的我们都不敢妄言全部掌握的法律，你们内心的迷茫，又何以对外人道？

所以，我们这本书没有为你们罗列太多的法律规定，没有为你们讲述什么法律原则，我们只是基于我们过往的经验，总结出了 52 类常见的问题，并告知你们遇到这些问题时具体如何操作，我们希望这样的编排能尽量减少你们的工作压力。

我们相信，我们这本书罗列的 52 类问题，可能能帮你们解决日常工作中比较头疼的问题。

我们深刻理解 HR 在员工管理过程中的煎熬。

HR，作为人力资源管理专家，你们洞悉人力资管管理的工具，你们擅长薪酬制定、员工关怀等等，但毕竟每天面对的都是有思想的人，所以，遇到“难缠”的人和事，一点都不奇怪。

即便是我们已经处理过超过一万余件劳动纠纷，我们也很难总结出一套放之四海而皆准的管理规则。因为，管理更多的时候是艺术，并且，不是所有的问题都可以通过沟通的方式解决，通过管理的方式提前预防，所以，纠纷在所难免，你们完全没有必要因为个别纠纷的发生而内心有任何煎熬。

我们相信，每天与劳动者打交道的你们完全能够了解劳动者的不同诉求以及心理，而擅长职业规划的你们，完全可以通过自身努力让公司与劳动者的关系更为和谐。

有很多话要说，但篇幅所限，只能收尾了。我们知道，作为 HR 的你们，劳动法律可能只是你们工作很小的部分，但可能又是你们最需要外援和内心感到不安的部分，我们愿意与你们一道努力，一起构建和谐劳动关系。

劳资双方最终是通过“公司”这个最伟大的发明给整个社会带来更多的财富，使这个社会更文明、更进步，因为规则和文化的建立，每个参与其中的人信守契约、获得尊重和收获，努力工作并乐享其中。愿我们携手前行。

北京市兰台律师事务所劳动法律事务部

目 录

第一章 用人单位用工形式的选择	001
用人单位使用劳务派遣用工需要注意的法律风险 //	003
内部承包的法律风险 //	010
非全日制用工关系的确认 //	016
连续两次签订固定期限劳动合同后，无固定期限劳动合同的订立 //	020
第二章 用人单位工作时间的管理	027
不同工时制度的选择 //	029
加班费的支付标准 //	035
加班与值班的区别 //	040
加班事实的认定 //	047
第三章 用人单位规章制度的制定与适用	051
规章制度的民主制定程序 //	053
规章制度的公示和告知 //	059
规章制度的合法性和合理性 //	065
规章制度的适用 //	070
第四章 工资、福利与奖励	075
工资的拆分与其在劳动合同中的表述 //	077
股权激励 //	080
用人单位应依法为劳动者缴纳社会保险 //	090

防暑降温费的性质以及适用范围 // 094

第五章 用人单位对假期的审批权以及对旷工的管理..... 099

年休假的休假资格以及起算时间的认定 // 101

劳动者未休年假时，应当支付未休年假工资还是视为劳动者放弃？ // 105

劳动者没有按时上班，是否可以认定为旷工？ // 109

用人单位请假批准权的界限 // 117

第六章 特殊劳动者的管理 123

单位解散时，“三期”女职工的经济补偿金的支付 // 125

医疗期届满时劳动合同的解除 // 129

因工外出伤亡时的工伤认定 // 135

外国人与就业许可证 // 141

用人单位对精神病员工的管理 // 148

第七章 劳动合同的变更 155

用人单位什么情况下的调岗调薪属于其自主经营权 // 157

用人单位地点变化时，HR 应对措施 // 161

用人单位安排劳动者到关联公司上班时，应履行何种手续？ // 165

口头变更劳动合同的效力 // 170

第八章 劳动合同的解除 177

用人单位对劳动者自动离职的管理 // 179

合法合理运用试用期，谨防变成违法解除 // 183

用人单位以劳动者严重违反公司规章制度为由解除劳动合同的操作
方法 // 189

界定严重失职给用人单位造成重大损失的衡量要素 // 197

用人单位对不能胜任工作的劳动者的管理 // 204



第九章 用人单位应对经济性裁员和客观情况发生重大变化的技巧209

以客观情况发生重大变化为由解除劳动合同的操作技巧 // 211

经济性裁员的备案与个案的违法解除 // 216

待岗的相关问题 // 221

劳动合同已经不能再继续履行的界定要素 // 226

法院可以认定双方协商一致解除劳动关系 // 231

第十章 劳动合同的终止237

企业破产后,员工的安置 // 239

劳动合同终止以退休年龄为准还是以享受养老待遇为准 // 243

劳动合同续签时条件提高与降低的判断 // 250

劳动合同约定终止条件的效力 // 255

经济补偿金的计算和支付 // 259

第十一章 用人单位对劳动者离职后的管理265

劳动者离职未交接用人单位可否扣发工资 // 267

拒开离职证明用人单位责任的承担 // 271

竞业限制的启动 // 275

劳动者给用人单位造成损失的处理 // 280

第十二章 用人单位对劳动争议案件的管理287

劳动争议案件仲裁和诉讼流程 // 289

劳动争议中各类调解的效力 // 295

用人单位的举证责任 // 301

用人单位在什么情况下可以针对劳动者的申请提出反请求或申请 // 306

后 记312

第一章

用人单位用工形式的选择

根据现行法律，用人单位在经营过程中，可以选择劳务派遣的用工方式，亦可选择劳动合同的用工方式，而劳动合同的用工方式中，用人单位也可根据情况选择非全日制用工。用人单位在选择各类用工方式时，应注意哪些问题呢？这一章，我们将和读者分析关于用工形式的问题。

第一章



NOTE

第二章 工用立单入用

凡在本校任教之教师，均须遵守本校之各项规章制度，如有违反者，将视情节轻重，给予相应之处罚。本规定自发布之日起施行。

用人单位使用劳务派遣用工需要注意的法律风险

劳务派遣用工是用人单位间接雇佣劳动者的一种形式,劳务派遣与企业直接雇佣劳动者在法律关系上是两种不同的用工方式,企业承担的权利义务也不尽相同。实践中,很多单位不能严格按照法律规定进行用工管理,或者是与不具备劳务派遣资质的企业订立劳务派遣协议,从而造成劳动关系的混同,最终承担了劳动关系下的各种赔偿义务。



第一部分:操作要旨

一、劳务派遣用工只能在“临时性、辅助性、替代性”的工作岗位上使用

劳务派遣作为一种特殊的用工方式,只能在特定的岗位上使用,而不能成为企业的用工常态。根据《劳动合同法》与《劳务派遣暂行规定》(“暂行规定”)的规定,劳动合同用工是我国企业的基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

(1) 临时性工作岗位,是指存续时间不超过6个月的岗位。

(2) 辅助性工作岗位,是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位。

(3) 替代性工作岗位,是指单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。

“辅助性”岗位,用人单位需要经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商后确定,并在用工单位内公示。

如果企业违反“辅助性”岗位确定程序使用派遣用工的,人力资源社会保障行政部门将责令其改正,并给予警告;若因此给被派遣劳动者造成损害的,将承担赔偿责任。

二、劳务派遣用工数量不得超过企业用工总量的 10%，《暂行规定》为雇用派遣用工超过此比例的单位制定了整改宽限期

《暂行规定》第 4 条明确了用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，用工单位使用的被派遣劳动者数量不得超过用工总量的 10%。其中，用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与用工单位使用的被派遣劳动者人数之和。

同时，《暂行规定》对用人单位整改设定了一个宽限期，用人单位可在 2016 年 3 月 1 日前将比例调整至规定比例，在此期间，用工单位应当制定调整用工方案报当地人力资源社会保障行政部门备案。但是，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议期限届满日期在本规定施行之日起 2 年后的，可依法继续履行至期限届满。

用工单位未将本规定施行前使用的被派遣劳动者数量降至符合规定比例之前，不得新用被派遣劳动者。

三、被派遣劳动者享有与用工单位劳动者同工同酬的权利

《劳动合同法》第 63 条明确了劳务派遣工享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。同工同酬主要是从岗位性质、劳动量以及业绩考核等角度进行评判，核心在于企业不得对劳动者基于身份实行差别待遇和歧视。

所以，用人单位在确定被派遣劳动者报酬时，应分情况对待，对使用劳务派遣的岗位应当实行相同的报酬分配办法；对无同类岗位实行劳务派遣的，参照所在地相同或相近的劳动者的报酬确定。

四、用工单位应当依法退回被派遣劳动者，而不能自行解除或终止劳动关系

对于劳务派遣方式用工的劳动者，应当根据情况将劳动者退回，解除或终止劳动关系应当由劳务派遣单位做出。

用工单位在劳动者存在《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定情形的，可以将劳动者退回，而劳务派遣单位也可以依法与劳动者解除劳动合同。

根据《劳动合同法》第 40 条第 3 项、第 41 条的规定，用工单位被依法

宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的，劳务派遣协议期满终止的，用工单位也可以依法退回劳动者。

被派遣劳动者退回后在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。如果被派遣劳动者有《劳动合同法》第42条规定情形的，派遣期限届满前，用工单位不得将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。



第二部分：案例解析

1. 用工单位设立其他企业向本单位“逆向派遣”劳动者的，用工单位与劳动者之间存在事实劳动关系

案号：(2013)青民一终字第2566号

案件事实：

刘某，1974年出生，系孙某之妻；孙某某，1993年出生，系孙某之女。

2010年11月4日，孙某到某路公司工作从事操作岗位，双方于2010年11月4日订立了自2010年11月4日起至2012年11月3日止的劳动合同。期间，由某路公司发放工资并代扣个人所得税，没有缴纳社会保险。

2012年1月18日，某路公司与某人力公司订立了期限至2013年1月31日止的《劳务派遣协议》，2012年2月1日，某路公司与孙某签署了《解除劳动合同书》：双方一致同意于2012年2月1日解除《劳动合同》，劳动关系随之终止，双方互不承担任何责任。某路公司未给予孙某解除劳动合同补偿。

2012年2月1日，孙某与某人力公司订立了合同期限自2012年2月1日起至2015年2月1日止的劳动合同，该合同订立时是某路公司工作人员持合同让孙某签名。订立合同后，孙某一直在某路公司工作。

2012年2月25日，某路公司出具的收入证明上载明：“刘某、孙某为我公司蓝村HT事业部员工，2012年收入明细如下：……。”该收入证明的尾部加盖了“青岛某路公司”公章。

2013年2月8日14时35分许,孙某在即墨市蓝村二里村七色光幼儿园西侧交叉路口发生交通事故,事故发生后到即墨市中医医院进行抢救,经抢救无效于2013年2月17日死亡。

2013年2月27日,双方签订了《协议》:“孙某系劳务派遣公司派遣至甲方(某路公司,下同)公司员工,2013年春节放假期间因车祸身亡,甲方给与出具收入证明和在甲方公司出工证明。甲方不承担任何因出具以上两项证明所产生的任何责任。乙方(刘某和孙某其他家属)承诺不因上述证明而对甲方进行任何形式的法律要求,并愿承担因上述证明给甲方带来的一切损失。”

刘某、孙某某提交孙某的工作证上载明:“孙某青岛某路公司 12.10.27-15.10.27”。

2013年4月7日,刘某、孙某某向仲裁委员会提起仲裁申请,请求某路支付申请人丧葬费1,000元、一次性救济金31,165.8元。2013年4月7日,仲裁委员会做出裁决决定书,对刘某、孙某某的申请不予受理。刘某、孙某某不服该仲裁决定提起诉讼。

法院判决:

一审法院:

争议的焦点问题:孙某生前是与某路公司还是某人力公司存在劳动关系;某路公司、某人力公司是否应当承担连带赔偿责任。

孙某生前于2010年11月4日与某路公司签订了期限自2010年11月4日起至2012年11月3日止的劳动合同。孙某生前工作期间,某路公司于2012年2月1日与孙某签署了《解除劳动合同书》,同日,某路公司工作人员持劳动合同让孙某在与某人力公司的劳动合同上签名,该劳动合同期限为2012年2月1日起至2015年2月1日止。孙某自2010年11月4日起至死亡时一直在某路公司工作。虽然某路公司于2012年1月18日与某人力公司签订了期限至2013年1月31日止的劳动派遣协议,孙某也与某人力公司订立了劳动合同,但孙某与某人力公司之间的劳动合同是某路公司工作人员从中操作的。刘某、孙某某提交的证据也证实了孙某是某路公司的职工。综上,法院认定孙某与某路公司存在劳动关系。孙某在与某路公司劳动关系存续期间因交通事故死亡,系非因工死亡。

二审法院:

孙某 2010 年 11 月 4 日至 2012 年 1 月期间一直在某路公司工作。2012 年 2 月 1 日,孙某与某路公司以双方协商一致同意解除劳动合同为由签订解除劳动合同报告书,但某路公司并未按照法律规定支付孙某经济补偿金。后,孙某与某人力公司签订派遣合同,但根据某人力公司的陈述,在与孙某签订派遣合同时某人力公司并未参与,而是由某路公司的工作人员持合同交给孙某签字。另根据某路公司与某人力公司签订的劳务派遣协议的约定,应由某人力公司为孙某支付工资,但实际上是某路公司为孙某发放工资,孙某的工作岗位也一直没有变动。某路公司主张与某人力公司之间有约定,由某路公司代发,某人力公司未予认可,某路公司也未提交相应证据予以证明。而某路公司与某人力公司之间签订的劳务派遣协议已于 2013 年 1 月 31 日到期,双方未再签订新的劳务派遣协议,之后孙某在某路公司工作至 2013 年 2 月 8 日发生交通事故死亡。综上所述,某路公司在与孙某签订劳动合同并已实际履行的情况下,又解除与孙某的劳动合同,安排劳务公司某人力公司与孙某签订劳动合同,而工作岗位、工资发放等均没有变化,某路公司的上述行为属于劳动合同法所禁止的逆向派遣行为,应当认定为无效。因此,一审认定某路公司与孙某之间存在劳动关系并无不当,本院予以确认。



兰台解析

用工单位设立派遣公司与本单位员工解除劳动关系,然后要求劳动者与派遣公司签订劳动合同后再派回到用工单位的“逆向派遣”属于违法派遣,用工单位应当承担与劳动者存在事实劳动关系的法律责任。

2. 用工单位与劳务派遣公司的派遣协议因派遣公司无劳务派遣资质被认定无效,劳动者与用工单位存在事实劳动关系

案号:(2013)沧民终字第 1840 号

案件事实:

2008 年 7 月 3 日,姚某以个人名义申请注册了“任丘市某服务部”,经营范围及方式为“信息咨询服务”。同年 10 月 16 日,江某(系姚某之夫)以“任丘市某服务部”的名义与某歌厅签订了一份停车场保安承包合同书。

合同签订后,江某将以刘某为队长的八名保安介绍至某歌厅处从事保安工作。期间,江某于2008年12月6日、2009年1月4日、2月5日、5月5日、6月5日、7月5日在某歌厅签字领取了2008年11月至2009年6月份的保安工资及管理费。之后,2009年7月至2010年8月份的保安工资及管理费除3月、4月两个月的由保安员李某支取外,其余全部由刘某支取。

2010年8月31日,某歌厅工作人员李某欣等人因用免费单在歌厅的吧台兑换现金,被歌厅得知后,对李某欣等人作出扣发部分工资等处罚。李某欣怀疑是歌厅工作人员卢某举报。同年9月5日晚10时许,李某欣在饭店与于某威、许某、赵某志一起吃饭时,将扣发工资的事告知于某威等,想让其教训卢某,并索要被扣的700余元工资,于某威等人表示同意。9日凌晨2时许,几个人便到歌厅寻找卢某,恰遇歌厅的经理孙某,孙某将于某威等人劝走,后发现于某威等人在歌厅北不远处的十字路口等候,便电话告诉保安队长刘某等人保护好卢某。凌晨2时30分左右,刘某开车拉载卢某、左某等人回宿舍的途中路经歌厅北十字路口时,被于某威等人用车逼停。于某威用砍刀将刘某所驾驶的车辆前挡风玻璃砸坏后,与许某、赵某志持刀棍对刘某进行伤害,致刘某左腿动、静脉断裂,后因失血性休克死亡。

2011年5月27日,死者刘某之妻左某向仲裁委员会申请仲裁,请求确认死者刘某与某歌厅存在劳动关系。

法院判决:

一审判决:

劳务派遣单位应当依法登记取得劳务派遣资质,而本案无论是被告江某还是任丘市某服务部均没有劳务派遣的资质,且从江某以任丘某服务部的名义与某歌厅签订的“停车场保安承包合同”的内容看,原告对此也是明知的。即使“承包合同”有劳务派遣的性质,该派遣行为也不符合法律规定,依法不予保护。受害人刘某在某歌厅处工作期间,受原告管理人员的指派,从事“承包合同”之外的工作过程中受害,因此应认定原告与受害人刘某之间存在劳动关系。

二审判决:

本案争议焦点:第一,2008年10月16日江某以某服务部的名义与上诉人某歌厅签订的“停车场保安承包合同”,其性质是劳务外包合同还是劳务