



乔法官 说法 100题

QIAOFAGUAN
SHUOFA 100TI

LAODONG JIUFEN SHIWU WENDA

劳动纠纷 实务问答

王信芳 宋钟蓓 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



乔法官
说法
100题

QIAOFAGUAN
SHUOFA 100TI

LAODONG JIUFEN SHIWU WENDA

劳动纠纷
实务问答

王信芳 宋钟蓓 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

乔法官说法 100 题:劳动纠纷实务问答 / 王信芳,
宋钟蓓主编. —北京:法律出版社,2014.9
ISBN 978-7-5118-6736-0

I. ①乔… II. ①王…②宋… III. ①劳动争议—劳
动法—中国—问题解答 IV. ①D922.591.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 189838 号

乔法官说法 100 题·劳动纠纷实务问答
王信芳 宋钟蓓 主编

策划编辑 韦钦平
责任编辑 朱海波
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2014 年 8 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 永恒印刷有限公司

印张 10.625 字数 215 千
印次 2014 年 8 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6736-0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



乔法官简介



乔蓓华 女，1969年生，现任上海市第二中级人民法院民三庭（劳动争议审判庭）审判长、高级法官，先后于2010年、2012年荣立上海法院系统一等功，2010年被评为上海法院优秀法官、上海市政法系统优秀共产党员，2012年被评为上海市“三八红旗手”，2013年被最高人民法院评为“全国法院办案标兵”。

前 言

当前,我国正处在重要战略机遇期和社会矛盾凸显期,全面深化改革已触及到深层次问题和多方利益调整,在包括劳动就业领域在内的与经济民生息息相关的利益诉求越来越突出。从上海的情况来看,在按照创新驱动发展、经济转型升级的要求推进调结构、转方式的经济发展过程中,涉及劳动争议领域的法律纠纷呈现多发态势。劳动关系是社会化大生产中的基本经济关系,劳动关系的和谐有序对经济发展、社会稳定、民生保障起着基础性作用。劳动纠纷能否得到依法妥善处理,对于深化改革开放、推进法治建设有着重要影响。基于此,上海市第二中级人民法院与《劳动报》社于三年前合作开设了“乔法官说法”栏目,由上海二中院的劳动法审判专家乔蓓华法官主笔,定期在该栏目解答群众提出的有关劳动纠纷的法律问题。

乔蓓华法官现为上海二中院民三庭(劳动争议审判庭)的审判长,高级法官,曾荣膺全国法院办案标兵、上海市三八红旗手、上海法院一等功等多项荣誉,也是名副其实的劳动争议案件审判专家。2011年5月,在各方努力下,“乔法官说法”栏目在《劳动报》开设。三年多来,乔法官利用业余时间,针对劳动争议法律适用中的热点、难点问题,在该专栏中撰写了一百二十余篇,专门解答广大读者关心的劳动争议



法律问题。经过不懈努力和持续积累,目前“乔法官说法”栏目已经形成了二十多万的固定读者群,成为兼具专业性与通俗性的法制类专栏,也成为增加司法透明度、促进司法公正的重要法制宣传平台。

随着专栏影响力的扩大,我们越加感受到群众对劳动法律知识和法律服务的需求之迫切。从一份份的读者来信中,我们感到的是信任、期盼以及沉甸甸的责任。为此,我们在继续做好“乔法官说法”栏目的同时,将三年多来的来信问答予以整理精选、修订汇编,形成这本《乔法官说法 100 题——劳动纠纷实务问答》并公开出版。为便于阅读,本书将精选的 100 篇来信问答予以分门别类分成九个部分,并附录有关劳动争议的法律、法规、司法解释。同时,对一些涉及法律法规政策变化的内容做了更新修订,对一些专业术语和名词作了通俗化的解释和说明,力求全书在结构上更加清晰,内容上更加充实,语言上更加易懂,使普通读者都能阅读和理解。

“乔法官说法”栏目在《劳动报》开设以及本书出版,是人民法院与新闻媒体良性互动的又一次新的尝试,是践行司法群众路线、开展司法群众工作的具体实践。如何让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义,如何提升司法公信力,既需要法院依法公正妥善处理每一起纠纷案件,也需要法院加强司法宣传和法制教育工作,与媒体共同搭建与社会公众沟通交流的平台,普及法律知识,弘扬法治精神,增强全社会学法尊法守法用法的意识和氛围。“乔法官说法”的开设和本书的出版在这方面做了有益的探索和尝试,架起了人民法院密切联系群众的新桥梁。

前 言

希望本书的出版有助于宣传普及劳动法律知识,依法化解劳动纠纷,促进构建和谐劳动关系,助推上海经济社会健康发展。

编 者

2014 年 7 月

目 录

前言 / 1

一、劳动关系的确认及劳动合同签订 / 1

1. 我到底属于哪家单位? / 1
2. 同意录用就有劳动关系了吗? / 3
3. 饭店被承包, 责任谁来担? / 5
4. 公司股东索要劳动报酬该怎么办? / 7
5. 未重新办理就业证就不能享受待遇吗? / 10
6. 代缴社保费行为合法吗? / 12
7. 我们是不是已经建立了劳动关系? / 14
8. 单位要求倒签合同我该怎么办? / 16
9. 签合同前该不该交劳动手册? / 18
10. 先试用再签合同公司这样做可以吗? / 20
11. 这样延长试用期可以吗? / 22
12. 临时性用工该怎么签订劳动合同? / 25
13. 单位不与我签订无固定期限劳动合同怎么办? / 27
14. 劳动合同签订次数对合同期限有影响吗? / 29
15. 董事会能剥夺我的合法权利吗? / 31



二、劳动合同的履行 / 34

(一) 规章制度 / 34

- 16. 这样的规章制度我们一定要接受吗? / 34
- 17. 不同意公司通过的重大决议该怎么办? / 36

(二) 劳动报酬 / 39

- 18. 老板欠钱又赖账我们应该怎么办? / 39
- 19. 公司关门了, 欠薪找谁要? / 41
- 20. 这是个人债务还是公司债务? / 43
- 21. 扣公司货物讨薪不行吗? / 45
- 22. 工资约定不明该怎么办? / 47
- 23. 销售人员能否主张加班费? / 49
- 24. 年休假工资该如何折算? / 52
- 25. 这样的承诺对我们有影响吗? / 54
- 26. 生产次品就扣工资可以吗? / 56

(三) 其他 / 58

- 27. 用人单位收取风险押金违法吗? / 58
- 28. 我可以要求单位支付这些罚单吗? / 61

三、劳动者待遇保障 / 64

(一) 病假待遇 / 64

- 29. 无固定期限合同医疗期没上限? / 64
- 30. 这样的病假我们可以不批准吗? / 66

(二) 女职工权益保障 / 68

- 31. 我的产假待遇该怎么享受? / 68
- 32. 生产后请哺乳假能不批吗? / 70
- 33. 女职工在外地生育如何享受生育保险待遇? / 72
- 34. 哺乳期的女职工就一定不能解除合同吗? / 75

(三) 工伤待遇 / 77

- 35. 受伤后单位否认劳动关系怎么办? / 77
- 36. 对工伤认定有异议怎么办? / 79
- 37. 职工不配合鉴定怎么办? / 82
- 38. 缴了工伤保险为何还要报销医药费? / 84
- 39. 协商不缴社保工伤后果谁担? / 86
- 40. 上班时发病死亡的能算工伤吗? / 88
- 41. 服役时的旧伤复发还能享受工伤待遇吗? / 90
- 42. 实习生能享受工伤待遇吗? / 92
- 43. 工伤赔偿与侵权赔偿只能“两选一”? / 95

(四) 其他 / 97

- 44. 职业病患者有哪些权利? / 97
- 45. 农民工可以不交社会保险吗? / 99

四、劳动合同的变更、终止、解除 / 103

(一) 劳动合同的变更 / 103

- 46. 变更合同一定要书面吗? / 103
- 47. 协商不一致还能调岗吗? / 105
- 48. 体检时发现职业病隐患能安排调岗吗? / 107

(二) 劳动合同的终止 / 110

- 49. 合同到期终止该不该提前通知? / 110
- 50. 我满 60 岁单位就能终止劳动合同吗? / 112
- 51. 单位经营期满我的权益如何保障? / 114
- 52. 劳动合同到期都可终止吗? / 117
- 53. 工会委员的劳动合同到期怎么办? / 118

(三) 劳动合同的解除 / 121

- 54. 考核不合格就能直接解雇吗? / 121



55. 未如实填写婚姻状况就可以解除劳动合同吗? / 123

56. 股东发生变化能单方辞退员工吗? / 125

57. 客观情况发生重大变化单位解除合同有何限制? / 127

58. 交了辞职信就没劳动关系了吗? / 130

59. 公司让我辞职我该如何维护权益? / 132

60. 我该不该写辞职报告? / 134

五、经济补偿与赔偿 / 137

(一) 经济补偿 / 137

61. 员工不续签合同单位可以不给补偿吗? / 137

62. 这种情况下,我能主张经济补偿金吗? / 139

63. 单位搬迁非得给补偿吗? / 141

64. 员工离职时不办移交能不付经济补偿金吗? / 143

65. 小时工解除关系有补偿吗? / 145

66. 单位安排调动的工龄能连续计算吗? / 147

67. 解除劳动合同经济补偿如何分段算? / 150

(二) 违法解除与赔偿 / 152

68. 不同意加班就能开除我吗? / 152

69. 经济补偿金和赔偿金不能同时主张吗? / 155

70. 公司直接解雇员工工会怎么办? / 157

71. 未提前通知解除算违法解除吗? / 159

72. 违法解除劳动合同的赔偿金该如何计算? / 161

73. 物业撤换引争议赔偿责任该谁担? / 163

74. 公司不给我劳动手册和退工单怎么办? / 165

六、竞业限制与违约金 / 168

75. 单位违法解雇我还需遵守竞业限制约定吗? / 168

76. 不拿补偿就能违反竞业限制协议吗? / 170

77. 我能要求用人单位支付我竞业限制补偿金吗? / 173

78. 没有提供培训还需支付违约金吗? / 175

79. 这笔房屋补偿款, 我该不该付? / 177

七、劳务派遣 / 180

80. 怎样的劳务派遣才是合法的? / 180

81. 异地派遣的待遇该怎么确定? / 182

82. 被派遣公司辞退怎么讨说法? / 184

83. 约定的补偿金超标派遣公司应否支付? / 187

八、仲裁前置与诉权行使 / 190

84. 为啥我不能提起反诉? / 190

85. 劳动争议撤诉后还能再起诉吗? / 192

86. 双方均不服一方起诉我能要求一并审理吗? / 194

87. 过了 15 天法院为何还受理? / 197

88. 人民调解委员会主持的调解有法律效力吗? / 199

89. 我可以起诉要求撤销仲裁时的调解协议吗? / 201

90. 我必须向合同约定的仲裁委申请仲裁吗? / 203

91. 我的提成还能要回来吗? / 205

92. 职工无行为能力权益如何保障? / 207

93. 我委托的代理人为何不能参加诉讼呢? / 210

九、举证责任与证据认定 / 213

94. 我提供的证人证言为何法院不采纳? / 213

95. 加班工资争议谁举证? / 215

96. 单位拒绝提供证据怎么办? / 217

97. 不上班的理由该由谁举证? / 219

98. 没公章的对账单有效力吗? / 221



99. 这样的证据会对我们不利吗? / 223

100. 电子证据的效力如何认定? / 225

附录

中华人民共和国劳动法 / 228

中华人民共和国劳动合同法 / 245

中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 / 266

中华人民共和国劳动合同法实施条例 / 276

工伤保险条例 / 284

女职工劳动保护特别规定 / 301

劳务派遣暂行规定 / 306

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 / 313

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) / 318

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(三) / 322

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(四) / 326

后记 / 330

一、劳动关系的确认及劳动合同签订



001

QUESTION

我到底属于哪家单位？

乔法官：

我是一名食品推销员，朋友介绍我去上海的一家贸易公司做销售，主要推销广东某厂家生产的特制食品。我和这家上海公司没签过劳动合同，但我对外销售的合同都是以上海公司名义签的，客户货款也是进上海公司的账户，平时请假也是向上海公司的主管提出。上个月，公司主管突然对我说，不要我做了。我提出要求经济补偿金、代通金以及未结算的年假工资，但公司不同意支付。仲裁时公司突然说，上海公司是为广东公司代销的，出借公章及账号是因为广东公司在上海没有销售点，我们这些销售员劳动关系都在广东公司，他们只是代为管理，并拿出了广东公司出具的证明及代销合同等。这些东西我从来没有看到过，我也没和广东公司签过劳动合同，更不清楚两家公司之间是什么关系。我不知道我的官司会不会输。

读者 小陈



乔法官说法

小陈:

你的问题实际涉及劳动关系确定的标准。在许多未签订劳动合同引发的争议中,是否存在劳动关系,劳动者到底是与哪一方存在劳动关系,相关的权利义务到底应该由谁承担一直是争议的焦点问题。其实这个问题,不难解答。虽然《劳动法》及《劳动合同法》均要求建立劳动关系的用人单位与劳动者应当签订书面劳动合同,然而此规定并不意味着未签订书面劳动合同,但已实际履行了劳动权利义务的用人单位与劳动者之间就不存在劳动关系,劳动者的劳动权益就不能得到保障。在司法实践中,当双方当事人建立劳动关系的形式要件有瑕疵,即缺乏书面劳动合同的情况下,仲裁委员会及法院会根据双方劳动权利义务的履行情况,结合劳动关系的构成要件加以判断。对于判断双方当事人是否存在劳动关系,我们通常掌握如下几个标准:(1)用人单位向劳动者支付劳动报酬;(2)劳动者付出劳动是用人单位业务的组成部分或劳动者实际接受用人单位的管理、约束;(3)用人单位向劳动者发放“工作证”或“服务证”等身份证件,或填写“登记表”、“报名表”,允许劳动者以用人单位员工名义工作或不提出反对意见的。上述几项标准通常是劳动关系存在的外在表现形式,需要综合起来考量。而劳动者与用人单位存在人身隶属关系,即存在管理与被管理的关系则是劳动关系的本质特点。

如你所述,你虽未与上海公司签订过劳动合同,但实际上以上海公司职工的名义进行工作,同时在工作中也受到了上

海公司的管理监督。因此,从你们双方履行劳动权利义务的情况看,你与上海公司之间已经建立了事实劳动关系。上海公司应当承担劳动法上用人单位应当承担的法律责任。至于上海公司抗辩其系代销商,系根据广东公司的要求出借公章、账户并代为管理销售人员,因广东公司与你从未签订过相关协议,亦未实际对你进行过管理,而这两家公司之间又存在一定的利益关系,故广东公司证词的真实性也是存疑的。上海公司以此为由否定与你之间的劳动关系依据是不足的。因此,你要求上海公司承担用人单位的责任是能获得支持的,对此不用担心。且即使公司方所述属实,上海公司系出借公章及账户,根据《民事诉讼法》的相关规定,其亦难逃相应责任。



002
QUESTION

同意录用就有劳动关系了吗?

乔法官:

我是一家餐饮公司的主管,上个月我们碰到过一件怪事。我们是一家连锁经营的公司,因为生意不错,年初开了几家分店,一时间人手紧张,忙不过来。我们就对外进行了招聘,主要招收一些服务员、保洁工。当时来应聘的人还不少,我们要求他们填写了求职申请表,并对应聘的人员进行了面试。在面试后的一个星期,店里来了一位不速之客,他自称是我们店里员工陈某的丈夫,并说他妻子在去上班途中被机动车撞死了,要求我们给予享受工伤待遇。我们在职职工中并无陈某这样一个人。来人就拿出了他妻子的求职申



请表以及我们公司开具的工作服押金的发票。我们经核对发现,陈某就是那天前来应聘的人员之一,经过面试我们觉得她还不错就决定录用她,所以让她交了工作服押金,并要求其第二天来报到上班。但之后她一直没有来,单位也联系不到她。我们还以为她找到更好的工作跳槽了,所以也没太在意。现在,她丈夫找来,坚持认为我们已经录用陈某,她与我们公司已经建立劳动关系。陈某在我们这儿一天都没有干过,难道同意录用就意味着我们有劳动关系了吗?我们该怎么办呢?

读者 单女士



乔法官说法

单女士:

在劳动争议案件中许多权利义务之争大多缘于是否存在劳动关系及劳动关系何时建立。因为只有存在了劳动关系,劳动者和用人单位才能受劳动法的约束,双方的权利义务才能用劳动法来调整。陈某的丈夫要求按照《工伤保险条例》规定享受工伤保险待遇的前提是陈某与你们公司有劳动关系。在司法实践中,人们常常将劳动合同签订之日、实际提供劳动之日及劳动关系成立之日混为一谈。对于陈某至你公司应聘,你公司亦同意录用的事实,你们双方都是认可的,现你们公司与陈某丈夫之间争议的焦点也就是劳动关系何时建立。其实对劳动关系建立的标志问题《劳动合同法》第7条有明确的规定,即用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。上述表述意味着没有签订书面劳动合同并不等同于没有劳动关系,而签订了书面劳动合同,但没有实