



HR

大律师

**劳动争议案件
常见疑难问题解析**



游本春 魏镇胜 / 主编



法律出版社 | LAW PRESS



HR

大律师

劳动争议案件
常见疑难问题解析



游本春 魏镇胜 / 主编



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

HR 大律师：劳动争议案件常见疑难问题解析 / 游本春, 魏镇胜主编. -- 北京：法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2065 - 0

I. ①H… II. ①游… ②魏… III. ①劳动争议—案例—中国 IV. ①D922.591.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 047328 号

HR 大律师：劳动争议案件常见疑难问题解析
HR DALÜSHI: LAODONG ZHENGYI ANJIAN
CHANGJIAN YINAN WENTI JIEXI

游本春 魏镇胜 主编

策划编辑 杨大康
责任编辑 杨大康
装帧设计 汪奇峰 鲁娟

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 中煤(北京)印务有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社
开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 28
字数 497 千
版本 2018 年 4 月第 1 版
印次 2018 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2065 - 0

定价:79.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 编：游本春 魏镇胜

副主编：秦 攀 尹谷良 洪斓珊

卓家鹏 陈俊岭 向 雅

王永生 王登举 李小军

编 委：陈秋羽 杜 明 罗桂勇

晏廷爱 段文周 尹雪晖

周 斌

作者简介

主 编

游本春 北京盈科(昆明)律师事务所股权高级合伙人、北京盈科(昆明)律师事务所劳动人事法律事务部主任,盈科律师事务所劳动与社会保障法律专业委员会副主任、昆明市人力资源和社会保障局信访接待员、昆明国家高新技术产业开发区劳动人事争议仲裁委员会仲裁员。主要研究方向:劳动争议、企业法律风险管理。

魏镇胜 硕士研究生导师,盈科律师学院院长,盈科全国企业法律风险管理专业委员会主任,北京盈科管理委员会副主任,北京盈科股权合伙人,中华全国律师协会巡回讲师团讲师,北京市公安交通管理局特聘专家咨询委员会委员。北京人民广播电台、交通台、新闻台特邀法律评论嘉宾。专注企业法律风险管理,法律培训,重大民商诉讼,疑难刑事辩护。

副主编

秦攀 山东佑秦律师事务所主任、秦兵律师团高管、i板和澳洲上市保荐律师,2015年影响中国百强大律师、中顾集团讲师团讲师。主要研究方向:劳动争议、股权设计、职务犯罪。

尹谷良 毕业于北京大学法学院,在法院工作20余年,曾任湖南省宁乡市人民法院庭长。现就职于湖南泓锐(宁乡)律师事务所。主要研究方向:企业法律顾问、劳动用工法律风险管理、劳动争议案件仲裁、合同法律风险防控。

洪澜珊 毕业于云南大学法学院,民商法学硕士,现任北京盈科(昆明)律师事务所劳动人事法律事务部副主任。主要研究方向:企业法律顾问、劳动用工专项法律服务、合同法律风险防控。

卓家鹏 毕业于云南民族大学法学院,现任北京盈科(昆明)律师事务所劳动人事部主任。主要研究方向:劳动争议案件仲裁、诉讼代理;企业法律顾问;劳动用工法律风险管理。

陈俊岭 河北十力律师事务所副主任,1999年执业。河北省律协金融和保险委员会委员,河北省破产管理人协会会员,民革河北省委社会与法制委员会委员,邯郸市政协委员,邯郸市仲裁委员会仲裁员。主要研究方向:企业法律风险防范,婚姻家庭事,破产清算及重整。

向雅 毕业于西北政法大学法学专业,三级律师职称,北京盈科(乌鲁木齐)律师事务所专职律师,名誉合伙人,执业15年。主要研究方向:公司治理、公司股权架构设计、股权投资、工程建设施工纠纷、不良资产处置、劳动争议。

王永生 现任山西瀛航律师事务所主任、山西省律师协会民商事专业委员会委员、山西省律师协会环境资源与能源法专业委员会委员、运城市政协委员、运城市仲裁委员会仲裁员。担任多家政府单位及大中型企业法律顾问。

王登举 河北章理桥律师事务所非诉业务中心主任，中国人民大学汉青经济与金融高级研究院“并购重组研究员”，高级合同风险管理师，萨班斯企业法务在线创始人。主要研究方向：劳动争议、企业法律风险管理与防范。

李小军 湖北匡济律师事务所创始人、运营主任(CEO)，资深新闻人，长江日报报业集团公益律师服务团顾问，武汉共享律所运营中心主任、企业法律事务部主任。主要研究方向：动态合伙股权设计、企业法律风险管理及劳动人事争议。

编委

陈秋羽 毕业于云南大学法学院，法学硕士，云南上乐律师事务所合伙人。主要研究方向：企业法律顾问、劳动用工专项法律服务、合同法律风险防控、公司治理。

杜明 四川万卷律师事务所高级合伙人，四川万卷律师事务所劳动人事法律事务部主任。主要研究方向：劳动争议、企业法律风险管理、股权激励。

罗桂勇 云南凌云(玉溪)律师事务所律师，公司治理法律事务部主任，云南省律师协会刑事与公司法业务研究委员会委员。主要研究方向：公司治理、合同纠纷法律事务、劳动争议、企业刑事法律风险防控。

晏廷爱 云南权仲律师事务所主任、创始人，曲靖市政协常委，律臻法商之家发起人，麒麟区人民政府法律专家库成员，建筑与房地产专业委员会委员。业务方向：合伙股权设计、股权激励、股权投融资、投资与并购、劳动法律风险管理、公司治理以及企业法律风险管理等。

段文周 云南同邦律师事务所高级合伙人，中国民主同盟盟员。主要研究方向：劳动争议、股权动态激励、不良资产处理、婚姻家庭等实务。

尹雪晖 北京盈科(昆明)律师事务所高级合伙人、北京盈科(昆明)律师事务所劳动人事法律事务部副主任，昆明市律师协会刑事专业委员会成员、昆明市人力资源和社会保障局劳动人事争议仲裁委员会仲裁员。主要研究方向：企业法律风险管理、劳动争议、税务法律事务和公司治理。

周斌 毕业于浙江大学，浙江五正律师事务所高级合伙人、衢州公益律师、法立方连锁咨询机构创始人。主要研究方向：婚姻家庭、劳动争议、刑事辩护、企业法律风险管理。

前 言

实践中,由于我国各地经济发展不平衡,不同地域的司法机关对同一个劳动争议案件作出裁判的标准也不同。比如,劳动者请求用人单位支付二倍工资差额的仲裁时效的计算,在实践中就至少存在三种不同的观点。又比如,二倍工资差额的计算基数、计算加班费的基数、经济补偿金的计算等问题在全国也存在多种不同的标准。本书由全国不同地域多位劳动法律师共同编写,根据各地法院的判决以及各地司法机关针对审理劳动争议案件的一些会议纪要,总结、分析了审理劳动争议案件同一问题在不同地域的不同观点,以供读者学习和比较。

全书共有 11 篇,57 章,涵盖了劳动关系、劳务派遣、二倍工资、服务期、竞业限制、加班费、年休假、经济补偿金、赔偿金、社会保险、一裁终局等内容。内容结构上,本书分为疑点部分和难点部分。从仲裁、诉讼实务的角度,针对劳动争议案件中一些不易理解、易出错和有争议的知识点,通过梳理基础的知识结构并结合真实案例进行了详细的阐述。

编写本书的目的在于,给从事劳动争议案件的相关工作的朋友以更清晰、更全面的思路,让更多的劳动争议案件得到正确处理。通过阅读本书,读者除了可以掌握劳动争议案件的相关法律知识,还可以了解某一具体问题在全国各地存在的不同观点或标准,这有助于劳动法律师与 HR 从业人员制定更合理的仲裁策略与诉讼策略,如仲裁前证据的收集和固定、仲裁诉讼过程中的抗辩思

▲ HR 大律师:劳动争议案件常见疑难问题解析

路等。同时,也有助于劳动法律师与 HR 从业人员更合理地选择管辖仲裁机构、法院,在选择仲裁院、法院时,我们不但要考虑诉讼成本,还要预测仲裁院、法院对具体案件可能的处理结果,评估仲裁、诉讼风险。

希望每一位阅读本书的朋友有所收获,本书编者观点不尽完美之处,诚挚欢迎广大读者批评指正,提出宝贵意见!

目 录

第一篇

确立劳动关系

- | | | |
|-------|--|----|
| 第 1 章 | 如何认定劳动关系 | 3 |
| 第 2 章 | 劳动者与未办理营业执照、营业期限届满仍继续经营的
用人单位之间形成用工关系产生争议如何处理 | 8 |
| 第 3 章 | 达到法定退休年龄的人员是否具有劳动关系的主体资格
..... | 12 |
| 第 4 章 | 在校大学生与用人单位之间形成用工关系是否属于劳动
关系 | 19 |
| 第 5 章 | 双重劳动关系 | 25 |
| 第 6 章 | 挂靠关系中劳动关系的认定 | 30 |
| 第 7 章 | 实际施工人招用的劳动者与承包人之间是否应认定为
存在劳动关系 | 42 |
| 第 8 章 | 非全日制用工的认定 | 55 |

第二篇

劳务派遣

- | | | |
|--------|-----------------|----|
| 第 9 章 | 劳务派遣概述 | 65 |
| 第 10 章 | 劳务派遣与劳务外包 | 77 |

第三篇 二倍工资

第 11 章	二倍工资概述	85
第 12 章	二倍工资仲裁时效	90
第 13 章	二倍工资计算基数	96
第 14 章	劳动者恶意拒签劳动合同是否支持双倍工资	101
第 15 章	未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位未与劳动者签订书面劳动合同是否支持二倍工资	108
第 16 章	劳动合同到期未续签书面劳动合同是否支持双倍工资	116
第 17 章	人事经理等负责与劳动者签订书面劳动合同的人员能否要求用人单位支付二倍工资	123
第 18 章	补签劳动合同是否能免除用人单位支付二倍工资的法律 责任	128
第 19 章	给劳动者颁发聘书能否认定为已经签订书面劳动合同	134

第四篇 服务期

第 20 章	服务期概述	141
第 21 章	用人单位为劳动者办理本地户口可否约定服务期	150

第五篇 竞业限制

第 22 章	竞业限制协议概述	161
第 23 章	劳动者违反保密义务是否需要支付违约金	171
第 24 章	劳动者在职期间违反竞业限制协议是否需要支付违约金	176
第 25 章	用人单位在解除劳动合同时通知劳动者不再履行竞业限制协议是否需要支付竞业限制经济补偿	181
第 26 章	用人单位主张发放的劳动报酬中已经包含竞业限制经济补偿能否得到支持	187

第六篇

加班费

- 第 27 章 标准工时工作制加班费如何计算 193
- 第 28 章 加班费请求举证责任如何分配 200
- 第 29 章 工资打包支付的约定是否有效 206
- 第 30 章 实行计件工资的劳动者加班费如何计算 210
- 第 31 章 不定时工作制 217
- 第 32 章 综合计算工时工作制 223
- 第 33 章 未经审批是否可以实行特殊工时制度 228
- 第 34 章 值班是否需要支付加班费 239

第七篇

年休假

- 第 35 章 年休假 247
- 第 36 章 应休未休年休假报酬 251

第八篇

经济补偿金

- 第 37 章 经济补偿金 261
- 第 38 章 经济补偿金如何计算 272

第九篇

赔偿金

- 第 39 章 赔偿金概述 287
- 第 40 章 程序违法是否构成违法解除劳动合同 292
- 第 41 章 调整工作岗位的方式 297
- 第 42 章 用人单位调整工作岗位后劳动者拒不执行的法律后果 305
- 第 43 章 末位淘汰制度 312
- 第 44 章 严重违反用人单位规章制度的认定 317
- 第 45 章 用人单位能否以劳动者严重违反劳动纪律为由解除
劳动合同 328

第 46 章	劳动者涉嫌犯罪的处理	335
第 47 章	试用期	339
第 48 章	医疗期	357
第 49 章	经济性裁员	370

第十篇

社会保险

第 50 章	社会保险制度	383
第 51 章	劳动者承诺自愿放弃参加社会保险的法律后果	385
第 52 章	用人单位未足额缴纳社会保险费是否需要支付经济补偿金	390
第 53 章	应当认定为工伤的情形	393
第 54 章	职工因第三人原因受到伤害同时构成工伤是否支持双赔	408
第 55 章	用人单位为劳动者购买商业保险能否抵扣工伤保险责任	413
第 56 章	用人单位使用童工发生伤亡的如何处理	418

第十一篇

一裁终局

第 57 章	一裁终局法律制度	429
--------	----------	-----

第一篇

确立劳动关系

1

PART

第1章

如何认定劳动关系

问题提出

《劳动法》《劳动合同法》等法律法规调整的对象是劳动关系,存在劳动关系是其适用的前提,除法律另有规定外,只有当事人之间存在劳动关系才能适用《劳动法》《劳动合同法》等法律、法规的规定。因此,当事人之间是否存在劳动关系是能否适用上述法律最为关键的因素。那么如何认定双方之间是否存在劳动关系呢?

认定法律关系要依据相关法律的规定进行,将具体案件事实涵摄到法律规范中,从而得出具体案件当事人之间是否存在某种法律关系。就劳动关系的认定而言,依据的法律规范主要是《劳动法》第2条、《劳动合同法》第2条以及劳社部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条。综合以上规定,认定劳动关系应当满足三个条件:主体具有建立劳动关系的资格;从属性要件;双方具有建立劳动关系的合意。

一、建立劳动关系的主体资格

建立劳动关系一方主体为用人单位,另一方主体为劳动者。

关于用人单位的主体资格,根据《劳动法》及《劳动合同法》的相关规定,具有用人单位主体资格的有以下几个:

1. 中华人民共和国境内的企业,包括国企和私企,如公司,合伙企业,个人独资企业等;
2. 个体经济组织,主要是个体工商户;
3. 民办非企业单位;

4. 国家机关、事业单位、社会团体。

关于劳动者的主体资格,根据《劳动法》第15条的规定,用人单位不得招用未满16周岁的未成年人。未满16周岁不能参加社会保险,劳动合同的部分内容实际不能履行,因此,用人单位招用未满16周岁的未成年人的,双方不能建立劳动关系。

尽管适用《劳动合同法》的规定对提供劳动的一方来说更加有利,但是如不符合劳动者的主体资格,也不能因此强行认定双方之间存在劳动关系。对于用人单位来讲,并不意味着不适用《劳动合同法》就会有利。实际上,用人单位招用不满16周岁的未成年人的,不仅要承担相应的民事责任还要承担一定的行政责任。

二、从属性要件

劳动关系中不仅体现平等主体之间的财产利益属性,还体现了一定的人身隶属性。劳动者提供劳动,用人单位支付劳动报酬的同时,劳动者还要接受用人单位管理。《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。以用工作为劳动关系认定的条件之一;所谓“用工”,实际上就是财产利益属性和人身隶属性的集中体现,用人单位对劳动者进行管理,接受劳动者提供的劳动,支付劳动报酬。用人单位实际享受了劳动关系中由其享有的权利。

劳动关系中用人单位与劳动者双方的权利义务有哪些呢?双方建立了劳动关系即形成了较为复杂的权利义务关系内容,包括劳动条件、劳动保护、社会保险、劳动内容、劳动报酬、劳动管理等各个方面。就认定劳动关系而言,从以下两个内容进行把握:

1. 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;

2. 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

应当注意的是,有报酬的劳动是指用人单位负有支付劳动报酬的义务,并不是其已经实际支付了劳动报酬,即便没有证据证明其已经实际支付了劳动报酬,只要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,且劳动者提供了劳动的,就可以认定为满足上述第1点。

关于上述第2点,需要注意的是用人单位业务的组成部分不能简单地根据用人单位的经营范围确定,还要包括用人单位为开展主要业务的准备性、辅助性的工作,如后勤、安保人员等。根据《劳动合同法》第93条的规定,对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为,依法追究法律责任;劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿

金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。也就是说,尽管用人单位没有合法经营资格,也并不影响劳动关系的认定。

三、建立劳动关系的合意

劳动关系虽不完全等同于劳动合同关系,但劳动关系中一定存在着劳动合同关系,而合同本质上是当事人之间的一种合意,劳动合同亦不例外,双方意思表示达成一致,劳动合同即成立。当然,因为劳动关系中双方主体的特殊关系,劳动合同的内容较之一般合同受更多法律强制性规定的调整,《劳动合同法》等对双方可约定的内容进行了较多的限制。事实劳动关系中双方未签订书面劳动合同,但并不等于双方之间不存在劳动合同关系,双方亦应就建立劳动关系达成基本的合意,经过要约和承诺阶段,并贯彻自愿、平等、诚实信用等原则。当然这种合意可以以口头甚至默示的方式表示,因此在认定双方之间是否存在建立劳动关系的合意时应当特别注意。实际上,只要双方符合从属性构成要件的,通常双方之间都存在建立劳动关系的合意。

案 例

刘某与东菊公司劳动争议纠纷案

〔(2014)昆民二终字第1409号〕

刘某1995年9月至2002年8月期间系昆明市官渡区城建置业有限公司(原官渡区房地产经营开发总公司)的职工,其工资由该公司发放,五险一金由该公司缴纳。2008年刘某挂靠在东菊公司,办理了二级临时建造师证及项目负责人证,二级临时建造师证的发证日期为2008年3月31日,两证截止日期分别为2011年3月31日和2014年7月1日。刘某实际从未在东菊公司工作过。2014年5月刘某向昆明市官渡区劳动人事争议仲裁院提起仲裁,请求:1.解除刘某与东菊公司的劳动关系;……仲裁院经审查认为请求事项已过仲裁时效,作出不予受理案件通知书。刘某不服该处理结果,向法院提起诉讼。

【法院判决】

一审法院认为,刘某不受东菊公司的劳动管理,也不受东菊公司的工作纪律、规章制度约束,其劳务报酬也非由东菊公司发放。同时,东菊公司举证证实了刘某