

广东省佛山市中级人民法院

新编劳动争议 审判实务

XIN BIAN LAO DONG ZHENG YI
SHEN PAN SHI WU

胡充寒 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

广东省佛山市中级人民法院

新编劳动争议 审判实务



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

新编劳动争议审判实务 / 胡充寒主编. —北京:
法律出版社, 2010. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0974 - 2

I. ①新… II. ①胡… III. ①劳动争议—民事诉讼—
审判—中国 IV. ①D925. 118. 24

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 133954 号

新编劳动争议审判实务
胡充寒 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 孙 慧
责任编辑 孙 慧
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

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 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 29.25
字数 420千
版本 2010 年 9 月第 1 版
印次 2010 年 9 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)

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 - 0974 - 2

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写委员会

主 编 胡充寒

副主编 易新华 吴行政

委 员 奉 芳 刘建红 麦嘉潮 姚宏平 许暖安

卢伟斌 谭海华 卢 海 崔景诚 林义学

陈庆莉 孔庆民 侯 进 陈治艳 黄建晖

民商事裁判的挑战与回应(代序)

民商事裁判历来是人民法院司法裁判工作的重要组成部分,以 2008 年为例,全国法院受理案件数为 990 万件,其中,民商事案件有 597 万件,占 60% 强。近年来,人民法院受理的案件数量迅猛增长,案多人少成为不少发达地区法院面临的主要问题。民商事案件迅猛增长,除了我国诉讼收费制度改革,诉讼费用大幅降低以外,还有三个主要原因:一是新的法律不断出台,越来越多的民事权利得到了更加明确的立法确认,诉讼渠道作为法律明确规定的解决纠纷的形式之一,赋予了当事人提起诉讼的权利;二是社会法治观念的进步,人民群众、市场主体法治意识的提升,通过诉讼解决矛盾争议,成为当事人的重要选择;三是市场经济的蓬勃发展,市场交易活动日趋频繁,交易总量骤增,使得交易中产生摩擦的可能性同步递增,这些利益纷争,不少都转化为民商事诉讼案件进入人民法院。从这个意义上来说,民商事案件的迅猛增长不完全是坏事,因为它也是社会进步、经济发展的一种客观表现。但是,案件数量的骤增,确实成为人民法院民商事裁判必须应对的挑战之一。

自改革开放以来,我国一直处于经济制度的重要变革时期,作为上层建筑的法律,在这样的变革年代,也体现出“立、改、废”频繁的特征。尽管如此,立法仍然会滞后于日新月异的社会经济发展的实践,这是不争的事实,而且在改革年代显得尤为突出。三十年来,我国已经初步建立起了社会主义市场经济条件下民商事法律制度的基本框架,但从法官适用法律的角度来说,我国民商事法律制度的健全和完备可能还需要一定的时间和历史过程。但是,案件纠纷并不会等待法律完备以后才会呈现,而法官又“不能因为法律没有规定而拒绝对案件的裁判”(《法国民法典》第 4 条之法理),因此,如何依法妥善处理新类型案件、疑难复杂的民商事案件,就成为人民法院民商事法官不得不对应的又一挑战。对这些案件,法官难以从现行法律规定中找出明确的答案,学界可能还未及做深

入的理论研究,但是案件却不能无限期拖延,因此,我们的法官必须在现行法律规定的框架下,以足够的勇气、专业知识和审判实践经验,去寻求难题之解。

如何适应社会经济发展的司法需求,如何应对民商事裁判所面临的挑战?提高民商事法官的专业素质和司法能力是我们的不二选择。就人民法院的民商事裁判工作而言,我们所能做的,不是去寻求法律规定的瑕疵,寻找国外立法更为妥当的规定;也不是要去创设一种新的法学理论,在法学理论发展史上留名。我们所要追求的主要是在现行法律框架内,秉持公正之心,探询法律真义,循法律推理和法律适用的一般原则,妥当处理民商事案件。因此,就案件的裁判来说,它们既是法官的作品,也是司法经验的积累和源泉。从大量的民商事案件裁判中选择具有典型意义的案件,提炼分析其中的法律规则,为法官在审理类似案件时提供更为简练明晰的参酌,无疑是提高审判质量和效率的重要途径。本套丛书的选题策划也可以看作是对这种努力的一种实际回应。

丛书的作者主要是来自北京、上海、广东等地高中级法院的一线法官,他们本身都是法学名校的硕士、博士,具有良好的法学素养;又经历了多年司法实践的磨砺,具有较为丰富的审判实践经验;身处经济发达的沿海地区,他们自身就处理了不少新类型的疑难复杂案件,甚至吃过“第一个螃蟹”,为类似案件趟路,做出了有益的探索。这样的作者队伍为丛书的质量提供了保证。

丛书是在原《合同案件疑难新型问题深度解析丛书》的基础上补充、扩展、修订而成,保留了原有丛书的两个鲜明特色:一是内容新颖全面,既有对实体法适用问题的阐述解答,又有对案件审理方法和技能的探讨;二是密切联系审判实践,注重案例指导,既有对法学基本理论的引介和评述,又有对典型案例的深刻剖析。在此基础上,丛书更加注重了处理某类纠纷问题的系统性,力图使每一专题能够涵盖一类纠纷的重点、疑难、新型问题,并对该类纠纷所涉及的现行有效法律法规、司法解释等进行了归纳整理,实用性进一步增强。

丛书的出版是民商事法官在繁忙的工作之余辛勤劳动的成果,既凝结了他们的汗水,也凝结了他们的智慧。我希望,丛书能为全国的民商事法官

审理疑难复杂的民商事案件提供有益的帮助,为法学理论工作者提供一些素材和一种不同的研究思路,为推动人民法院民商事审判事业的发展和民商法学理论研究的进步贡献一份力量!

是为序。



2009 年 12 月

前 言

我国劳动争议审判制度恢复于 20 世纪 80 年代中后期,自 1995 年《劳动法》生效以来,劳动争议案件的司法审理数量呈逐年上升趋势。特别是随着市场经济的进一步发展、企业制度的改革、劳动者法律意识的提高,近年来劳动争议案件数量骤增,劳动争议案件已成为民事案件中又一热点问题。而且,对于劳动争议案件的审理,不仅世界各国没有像民刑事案件审判那样存在大致一致的规则,而且,就我国各地的劳动争议审判司法实践而言,由于劳动立法所具有的庞杂与冲突的特点,劳动争议审理中,很多问题存在较大争议,这又使劳动争议司法实践中出现了许多难点问题。

为了提高法院在劳动争议方面的审判效率和质量,我们于 2006 年编写出版了《劳动争议审判实务》一书,该书结合审判实践中所遇到的问题,根据有关法律法规和司法解释,在吸收同行的审判经验和广泛征求意见的基础上,集思广益而成,分为问答篇和法规篇。该书出版后,一度脱销,一些读者来信希望再度出版。

2007 年 6 月 29 日,十届全国人大常委会第二十八次会议经表决,高票通过了《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)。这部吸引了国内外极大注意力的法律,在通过向社会全文公布征求意见并经历了四次审议之后,终于“闪亮”出台。《劳动合同法》的出台,无疑是我国完善劳动法律制度的一个重大进步,但从人民法院审判的角度来看,其于 2008 年 1 月 1 日开始实施以来,也出现了很多新情况、新问题。很多问题,之前的《劳动争议审判实务》一书已经不能解决。一些新情况、新问题甚至成为了我们司法实践中的难点和困惑,若不加以解决,会影响我们劳动争议审判的效率和质量,这无疑应当引起我们的重视,并积极地研究、解决和予以回应。为此,我们组织专门人员,结合当前劳动争议审判实际,对《劳动合同法》实施以来劳动争议司法实践中出现的新情况、新问题进行收集、整理、研究,并在原先《劳动争议审判实务》一书的基础上,进行修改、删除、保留和增加,终于

形成了这本新的劳动争议的审判业务手册——《新编劳动争议审判实务》。

百密之下,难免一疏。尽管我们在许多问题的处理意见上,翻阅了大量的资料并反复斟酌、研究,但由于水平有限,瑕疵与错误在所难免,敬请各位读者多提宝贵意见。

目 录

问答篇

一、劳动法律的调整对象	3
1. 什么争议属于劳动争议?	3
2. 适用劳动法律调整的劳动者有哪些?	4
3. 不适用劳动法律调整的劳动者有哪些?	4
4. 适用劳动法律调整的用人单位有哪些?	5
5. 居民委员会、村民委员会等基层自治组织能否作为《劳动合同法》第二条规定的用人单位?	6
6. 劳动者要求用人单位缴纳社会保险费的请求是否属人民法院的受案范围?	6
7. 劳动者的工龄确认请求是否属人民法院的受案范围?	7
8. 劳动者要求用人单位购买住房公积金的请求是否属劳动争议案件?	7
9. 劳动者的就业权利保护的请求是否属人民法院的受案范围?	7
10. 事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议,是否属劳动争议案件?	7
11. 当事人对人事争议仲裁机构所作的人事争议仲裁裁决不服而起诉的,人民法院应否受理?	8
12. 商业银行与职工在履行劳动合同的过程中发生的争议是否属劳动争议案件?	8
13. 农民工与建筑企业因工资支付发生的争议是否属劳动争议案件?	8
14. 职工因从事第二职业与用人单位发生争议是否属劳动争议案件?	8
15. 未经工商登记的企业以企业的名义与劳动者因用工关系发生纠纷的,是否属劳动争议案件?	9
16. 履行企业内部承包责任合同的争议是否属劳动争议案件?	9

17. 劳动者要求用人单位办理退休手续的请求是否属劳动争议案件?	10
18. 退休职工向企业追索退休金争议是否属劳动争议案件?	10
19. 再次聘用的离退休人员与用人单位之间的争议是否属劳动争议案件?	11
20. 劳动合同签订后未实际履行,双方因此发生的争议是否属于劳动争议案件?	11
21. 在政府有关部门主导的国有企业改制过程中导致的职工下岗、整体拖欠工资、单方面降低工资待遇、作出待岗或离岗退养决定而引发的纠纷,人民法院应否受理?	11
22. 因劳动者违反保密协议或竞业禁止协议而引起的纠纷是否属劳动争议案件?	12
23. 因用人单位违反《劳动合同法》第五十条第一款的规定,未向劳动者出具解除劳动关系的书面证明而引起的纠纷是否属劳动争议纠纷?	12
24. 劳动合同双方因违反《劳动法》有关劳动合同规定的赔偿责任而引起的纠纷是否属劳动争议案件?	13
25. 职工流动档案被原单位扣留而引起的争议是否属劳动争议案件?	13
二、劳动关系	14
26. 什么是劳动关系?	14
27. 劳动者依劳动法律规定享有哪些基本权利?	14
28. 应当认定为雇佣关系而非《劳动法》调整的劳动关系的情形有哪些?	15
29. 在企业固定工转制过程中,如何处理用人单位与企业固定工的劳动关系?	16
30. 如何处理企业收取劳动者定金、保证金和抵押物(包括居民身份证)等的情况?	16
31. 职工应征入伍后能否与用人单位保持劳动关系?	17
32. 用人单位与职工解除劳动关系应出具什么证明?	17
33. 国有企业改制为非国有控股企业的职工是否需要解除劳动关系?	18
34. 国有大中型企业改制分流富余人员的劳动关系如何处理?	18
35. 实行劳动合同制度以后职工调动工作的如何处理?	19
36. 国有企业安排职工下岗应按什么程序进行?	19

37. 如何处理工作年限满三十年以上的国有企业下岗职工的劳动关系?	19
38. 国有企业下岗职工终止或解除劳动关系后,如何理顺原有的劳动关系?	20
39. 如何处理企业与下岗职工的劳动关系?	20
40. 在双方对是否存在劳动关系存在争议的确认劳动关系纠纷中,如何认定 是否存在劳动关系?	21
41. 如何区别劳动合同与雇佣合同?	21
42. 如何区别劳动合同和承揽合同?	22

三、劳动合同 24

(一) 劳动合同的订立 24

43. 劳动合同应以何种形式订立?	24
44. 劳动者使用虚假身份证明与用人单位建立劳动关系,应如何处理?	24

(二) 劳动合同的内容 25

45. 劳动合同一般应包括哪些内容?	25
46. 用人单位与劳动者订立的劳动合同是否应具备《劳动合同法》第十七条 第一款所规定的各项必备条款?	25
47. 如何确定劳动合同的生效时间和终止时间?	26
48. 如何约定劳动合同的期限条款?	27
49. 劳动者签订无固定期限劳动合同的条件是什么?	27
50. 符合签订无固定期限劳动合同的劳动者与单位签订固定期限劳动合同 后,能否再签订无固定期限劳动合同?	28
51. 什么是试用期? 哪些劳动合同可以约定试用期?	28
52. 如何约定劳动合同的试用期?	29
53. 如何区别试用期与见习期、学徒期?	29
54. 基层工会任职人员的劳动合同期限有何特别规定?	30
55. 合同期内用人单位是否可以禁止职工参加有关考试?	31
56. 用人单位与劳动者签订劳动合同时是否必须告知劳动者工作岗位的有 关职业病防护情况?	31
57. 如何约定劳动合同的保守商业秘密条款?	31

58. 违反劳动合同保守商业秘密条款应承担何种责任?	32
59. 如何签订竞业限制协议?	33
60. 如何约定服务协议违约金及其违约责任?	33
61. 培训合同约定的服务期长于劳动合同的期限时,劳动者在劳动合同期满时提出解除劳动合同是否属违约?	34
(三) 劳动合同的效力	35
62. 劳动合同的鉴证、备案是否劳动合同生效的必要条件?	35
63. 什么是无效劳动合同? 无效劳动合同的情形有哪些?	35
64. 无效劳动合同的法律后果有哪些?	36
65. 劳动者与用人单位发生劳动争议后,双方协商一致就纠纷处理达成的协议,其效力应如何审查?	36
66. 低于最低工资标准支付劳动者工资的条款是否有效?	37
67. 劳动者与用人单位约定劳动报酬的计算方法为计件工资或提成工资,但未约定保底工资水平,该约定是否有效?	38
68. 未完成劳动定额或承包任务可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款是否有效?	38
69. 排除或限制劳动者劳动合同解除权的条款是否有效?	38
70. 用人单位与劳动者约定,用人单位不与劳动者建立社保关系,一切责任由劳动者承担,该约定是否有效?	39
71. 劳动者主动放弃用人单位为其建立社会保险关系后,又以用人单位没有依法为其建立社会保险关系或没有依法缴纳社会保险费为由行使单方解除权,要求用人单位支付经济补偿金,其请求是否应予支持?	39
72. 用人单位与劳动者约定,将用人单位应缴纳的社保费用支付给劳动者,由劳动者自行支配,该约定是否有效?	39
73. 劳动合同终止或解除后的竞业限制条款未约定经济补偿费或用人单位拒绝给付劳动者经济补偿费的,该条款对劳动者是否有效?	40
74. 纯粹为了限制劳动者的自主择业权利的竞业限制协议是否有效?	40
75. 用人单位违法解除劳动关系或迫使劳动者解除劳动关系的,竞业限制	

条款对劳动者有无效力?	41
76. 如何认定双方约定的解除劳动合同违约金条款的效力?	41
77. 《劳动合同法》实施前约定的违约金条款,在《劳动合同法》实施后未及时 进行变更,对其效力如何认定?	42
78. 劳动合同约定的违约金应如何调整?	42
(四) 未签订书面劳动合同的法律责任	43
79. 用人单位是否必须与其职工签订劳动合同?	43
80. 能否只签订试用期协议而不签订劳动合同?	43
81. 用人单位不与劳动者订立劳动合同应承担什么法律责任?	44
82. 劳动者符合什么条件可以签订无固定期限合同?	45
83. 如何理解《劳动合同法》第十四条第二款第(一)项规定的“在同一用人 单位连续工作满十年以上”?	45
84. 二倍工资差额的支付期间应如何计算?	46
85. 未签订书面劳动合同的二倍工资差额应包括劳动者的哪些收入项目?	47
86. 劳动者不愿与用人单位签订书面劳动合同,用人单位应如何处理?	48
87. 用人单位自用工之日起超过一年仍未与劳动者签订书面劳动合同,是否 仍需支付二倍工资差额?	49
88. 用人单位未在双方建立劳动关系之日起一个月内通知劳动者签订书面 劳动合同,但在补订的劳动合同中,双方约定劳动合同的期限自双方建 立劳动关系之日开始的,用人单位是否仍需承担支付二倍工资差额的 责任?	49
89. 劳动者以用人单位提出的劳动合同条款不合法、不合理为由,拒绝签订 书面劳动合同,造成劳资双方未能签订书面劳动合同的,劳动者能否向 用人单位主张支付二倍工资差额?	50
90. 劳动者符合签订无固定期限劳动合同条件的,但双方仅签订固定期限 劳动合同,劳动者能否据此要求用人单位支付未签订无固定期限劳动 合同的二倍工资差额?	51

(五) 劳动合同的履行与变更	51
91. 企业在实施股份制和股份合作制改造过程中,如何履行劳动合同?	51
92. 劳动者在限制人身自由期间,用人单位可否暂时停止履行劳动合同?	52
93. 什么是劳动合同的变更?	52
94. 引起劳动合同变更的原因有哪些?	53
95. 用人单位能否单方变更劳动者工作岗位?	53
96. 女职工怀孕期间或产后复工尚处哺乳期内,用人单位能否依照其身体情况单方调整女性职工的工作岗位?	54
97. 劳动者工伤后康复复工,用人单位能否依照其身体情况单方调整工伤职工的工作岗位?	54
98. 企业分立、合并后如何变更劳动合同?	54
99. 女职工生育待遇有何规定?	55
100. 女职工生育待遇的规定适用于哪些企业?	55
101. 女职工非婚生育能否享受生育待遇?	56
(六) 劳动合同的终止与解除	56
102. 什么是劳动合同的终止?	56
103. 劳动合同在什么条件下即告终止?	56
104. 职工医疗期、孕期、产期和哺乳期内劳动合同期满,用人单位可否终止劳动合同?	57
105. 什么是劳动合同的解除?	57
106. 用人单位在什么情况下可以单方解除劳动合同?	57
107. 劳动者被劳动教养,用人单位是否有权单方解除劳动合同?	58
108. 如何理解《劳动合同法》第四十条第(三)项规定的“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”?	59
109. 如何理解《劳动合同法》第三十九条第(六)项规定的“被依法追究刑事责任”?	59
110. 用人单位因劳动者严重违反劳动纪律或用人单位规章制度而解除劳动合同应适用什么程序?	60

111. 用人单位在什么情形下不得单方解除劳动合同?	60
112. 用人单位在什么情形下不得终止劳动合同?	62
113. 如何处理劳动者被错判宣告无罪释放后原已解除的劳动关系?	63
114. 劳动者在试用期内患病,用人单位可否单方解除劳动合同?	64
115. 劳动者在病休期间从事第二职业,用人单位是否有权单方解除劳动 合同?	64
116. 一般情况下劳动者行使劳动合同解除权应履行什么手续?	65
117. 用人单位以经济性裁员解除劳动合同应按什么程序进行?	65
118. 用人单位经济性裁员不得裁减哪些人员?	66
119. 劳动者随时可以解除劳动合同的情形有哪些?	66
120. 如何理解《劳动合同法》第三十八条第二款规定的“威胁”和“非法限制 人身自由”的手段?	67
121. 劳动合同期限届满或约定的终止条件出现而终止劳动合同是否应提前 三十日通知对方?	67
122. 用人单位单方解除劳动合同无需履行提前三十日通知劳动者的情形 有哪些?	68
123. 劳动者被人民检察院作出不起诉决定,用人单位能否据此解除劳动 合同?	68
124. 用人单位能否以劳动者在取保候审期间为由而予以辞退?	68
125. 如何认定《劳动合同法》第三十九条第(三)项的“对用人单位造成重大 损害”?	69
126. 劳动者既存在《劳动合同法》第四十二条规定的不得解除劳动关系的 情形,也存在《劳动合同法》第三十九条规定的用人单位可以解除劳动 关系的情形的,用人单位能否解除与劳动者间的劳动关系?	69
127. 用人单位能否与试用期内的精神病患者解除劳动合同?	69
128. 用人单位能否与合同期内的精神病患者解除劳动合同?	70
129. 无固定期限的劳动合同能否解除?	70
130. 用人单位违法解除劳动合同应当承担什么法律责任?	70

131. 劳动者违法解除劳动合同或违反合同约定的保密事项应否承担赔偿责任?	71
132. 如何认定《劳动合同法》第四十一条第一款第(二)项规定的“生产经营发生重大困难”?	71
133. 劳动合同解除后,用人单位扣留或拒绝转递劳动者的个人档案合法吗?	71
四、工资支付	73
134. 什么是工资,劳动者的哪些收入不属于工资的组成部分?	73
135. 对正常情况下应付工资的确定有什么规定?	74
136. 工资应以何种方式支付?	74
137. 工资的支付对象?	74
138. 工资应当在什么时候支付?	75
139. 如何理解《劳动法》第四十四条中的“劳动者正常工作时间工资”?	75
140. 在劳动者与用人单位约定不明的情况下,如何确定劳动者正常工作时间内的工资水平?	76
141. 如何理解《劳动法》第四十八条中的“最低工资”?	77
142. 最低工资制适用于哪些范围?	77
143. 实行计件工资或提成工资的企业如何确定最低工资标准?	78
144. 用人单位支付给劳动者的最低工资中是否应包括劳动者个人应缴纳的社会保险费?	78
145. 如何理解劳动者提供的“正常劳动”?	79
146. 劳动者在正常工作时间内依法参加的哪些社会活动,用人单位应当支付正常工作时间工资?	79
147. 如何确定特殊情况下应付工资的标准?	79
148. 用人单位解除或终止劳动合同的决定被撤销后,如何补发职工工资?	80
149. 劳动者因事假未提供劳动期间,用人单位应否支付工资?	81
150. 劳动者待工期间的工资如何确定?	81
151. 企业下岗待工人员的生活费可否低于最低工资标准支付?	81
152. 停工停产期间的工资如何确定?	81
153. 被判刑的劳动者为用人单位提供正常劳动的,用人单位应否支付工资?	82