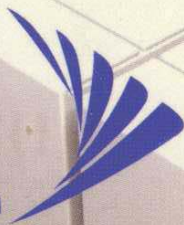




Labor
Disputes



最新

劳动争议

疑难问题 权威解读 典型案例 诉讼实务

北京市劳动和社会保障法学会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

最新

劳动争议

处理实务与诉讼指引

北京市劳动和社会保障法学会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

最新劳动争议处理实务与诉讼指引 / 北京市劳动和社会保障法学会编. —北京:法律出版社,2011.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1796 - 9

I. ①最… II. ①北… III. ①劳动争议—处理—基本知识—中国②劳动争议—民事诉讼—基本知识—中国
IV. ①D922.591

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 020487 号

最新劳动争议处理实务与诉讼指引
北京市劳动和社会保障法学会 编

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗 贺 兰
责任编辑 贺 兰
装帧设计 马 帅

© 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 A5

印张 14.75

字数 400千

版本 2011 年 3 月第 1 版

印次 2011 年 3 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 - 1796 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

北京市劳动法与社会保障法学会有一个优良的传统——极度关注案例的研究。呈现在读者面前的这本书就是法学会会员研究案例的心得体会。读后你会了解北京的劳动仲裁员、法官、律师、教授是怎样看待各类劳动争议案件及怎样处理劳动争议的。

虽然中国的司法者没有立法权,不能造法,然而法律实践却要求司法口径的统一,立法者不能够完全通过立法解决执法统一的现实导致司法者必须为司法口径的统一做出自己的贡献,于是创新了两种方法:地方司法解释和案例研究。

前者指的是省级及省级以下法院单独或者与其他部门联合发布的实施法律的意见,对此批评者甚重。地方法院不仅公开违反立法法,也违反了最高人民法院的有关规定。地方法院抱怨,在法律本身操作性很差而最高人民法院不出台相关操作性极强的司法解释的情况下,如果任由法官按照自己的理解进行司法,则可能造成司法结果五花八门。与其这样,不如制定地方司法解释,在一定管辖范围内实现司法的统一。

应该说地方法院的抱怨并非没有道理,然而工作需求层面的道理无论如何与法律权限层面的道理不能相提并论。其制定地方司法解释的越权行为的开始及普遍使司法机关的违法行为成为一个解决实际问题的理由,让人匪夷所思。

其实,案例研究的道路是值得特别称道的。

其理由在于仲裁员、法官、律师等法律工作者对于司法实践的总结和提升会以说理的方式在法律实践人群中达成共识,而此案对于

彼案的启发会让仲裁员和法官根据具体的案情做出既符合法律规定、又符合法律共识及案件具体情况的法律结果。

最高人民法院出版的《人民法院案例选》和刊登案例的公报以及台湾王泽鉴教授的《民法学说与判例研究》都是这方面的尝试。

劳动法学是实践性极强的学科,更需要仲裁员、法官、律师、教授、企业管理者和工会工作者关注案例研究,尽可能达成共识,促进司法实践的统一。

今年是北京市劳动法和社会保障法学会成立十周年。总结法学会成功办会的经验,极度关注案例研究是最重要的一条。每年秋天召开的疑难案例研讨会总能碰撞出思想的火花。

我们承诺,让社会分享这些法律实践的成果,共同为中国的法治发展继续努力。

姜俊禄 博士

北京市劳动法和社会保障法学会会长

二〇一一年三月

目 录

一、劳动关系的认定

劳动争议案件中的受案范围之一

——关于律师事务所与职员之间的争议 范怡倩(3)

内退职工为其他单位提供劳动能否认定为劳动

关系 矫 辰(8)

承揽合同关系与劳动关系的区别 郭水宽(12)

外国企业常驻代表机构是否可以成为用工主体 刘 艳(15)

焦某诉某大厦劳动争议案 龚勇超(18)

家政人员与家政公司是否构成劳动关系 陈 雷(26)

三方证据不足,如何认定事实劳动关系

——王某与北京某啤酒厂、某搬运公司服务处劳动

争议案 黄乐平(32)

双重劳动关系如何确认 杜 军(37)

涉及隐蔽用工的纠纷,如何适用劳动合同法 寇学军(40)

保险代理人与保险公司是否存在劳动关系 盛国强(47)

劳动关系尚未解除的情况下用人单位要求职工与其

他单位签订的劳务派遣合同无效

——某酒店与单某劳动争议案 杨继良(52)

如何判定《劳动合同法》中的个人承包经营

——中国××协会与杨某劳动争议案 梁 枫(58)

在未订立书面劳动合同的情形下,如何区分劳动关系

与劳务关系

——王某与某林业工作站劳动争议案

..... 段连俊 董晶晶(62)

王某要求确认与企业具有劳动关系是否应该得到支持

——从一个劳动争议案例的视角说起 翟继满(66)

如何通过证据证明事实劳动关系 张 强(75)

用工主体责任之内涵与范围

——以《关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条

展开兼评《劳动合同法》第94条

..... 北京市兰台律师事务所(79)

二、劳动合同的履行

劳动合同履行过程中“协商一致”的认定 李亚男(91)

张某与航空公司调岗劳动争议案 刘义军(98)

劳务派遣协议中“用工单位有权随时将被派遣劳动

者退工”的约定有效吗

——王某与北京某劳务派遣公司、美国某公司驻北

京办事处劳务派遣争议案 沈斌侗(105)

金融危机背景下用人单位降薪,员工继续工作能否当

然推定为对降薪行为的认可

——胡某诉北京某科技公司劳动争议案 洪灶发(110)

用人单位单方调岗变薪的效力 金晓莲(116)

三、劳动关系的解除

企业重组后的劳动者工龄计算及权益保护

——白某诉北京某科技有限公司劳动争议案

..... 俞里江 赵艳群(125)

某担保公司与石某劳动争议案 龚勇超(133)

孙某与某工业协会劳动争议案 郝 韬(140)

监外执行人员就业产生问题研究	詹璐璐(148)
何种情况才能构成《劳动合同法》第48条项下的 “劳动合同已经不能继续履行” ——王某与北京A公司劳动争议案	梁燕玲 周 隽(154)
劳动者违反计划生育政策,用人单位能否以此为由拒 绝批准产假,并以旷工为由与劳动者解除劳动关系 ——任某与北京某电子公司劳动争议案	唐绍芬 张江洲(161)
未经签字的真实工资构成可以作为认定支付加班费的 依据吗	杨文起(165)
用人单位的工资赔偿责任应以其主观上是否存在过错 予以区分	俞里江(173)
武某诉某公司违法解除劳动关系案	黄彩相(179)
用人单位调岗降薪和单方解除合同的正当性判断 ——张某诉北京某集团公司劳动争议案	罗 熹(186)
本案劳动关系解除是否合法以及用人单位是否应支付 拖欠工资、奖金、提成、加班费 ——王某与北京某文化传播公司劳动争议案	方富贵(194)
劳动者能否以用人单位未足额支付加班费为由提出辞 职并要求按照实际工作年限计算解除劳动合同经济 补偿金	马国振(199)

四、劳动合同的终止和续订

栾某诉某图片社确认劳动关系案	朱 华(207)
女职工曲某与某票务公司劳动争议案	陈 雷(211)
对于长期“两不找”能否认定双方已事实解除劳动 关系	钱 炼(219)

五、劳动报酬

- 关于导购员加班问题的探讨 曹文祥(227)
- 某公司与张某劳务派遣合同报酬案 徐仲佳(236)
- 劳动关系中提成款问题的认定和保护 范怡倩(243)
- 加班与值班的区别 陈 云(248)
- 绩效工资应当如何计发
- 程某与北京某销售有限公司劳动争议案 郝云峰(253)
- 有效工时的认定及两年外加班工资是否支付举证责任
的划分 史 策 李 远(257)
- 劳动者持工资欠条起诉的应按普通民事案件计算诉讼
时效
- 曹某诉北京市某律师事务所劳动争议案 赵艳群(263)
- 用人单位的格式合同与劳动者权益的维护 田 龙(268)
- 劳动合同约定自动顺延条款有效问题探讨
..... 葛 磊 李 璠(274)

六、工伤与社会保险

- 工伤职工享受一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助
金的条件和数额 杨晓娥(287)
- 《聘用合同》及《劳动管理办法》规定的“社会保险费由
劳动者自行承担”违法无效
- 某律师事务所与成某某劳动保险纠纷案 吴 恕(292)
- 的士司机的月工资是多少
- 张某与北京某汽车出租公司劳动争议案 徐玉领(301)
- 因用人单位未缴纳社会保险费,劳动者自劳动关系终
止之日起一年内向用人单位提出赔偿社会保险金损
失的,不受仲裁时效期间的限制 王 忠 何 锐(309)

七、保密与竞业限制

- 冯某与某学校竞业限制劳动争议案 刘义军(319)
- 企业与员工约定竞业禁止条款的,双方劳动合同解除后,
企业是否必须支付竞业禁止补偿金
- 某科技开发公司与吴某劳动争议案 张立德(328)
- 张某与某风电技术公司履行竞业禁止协议争议案
..... 苏 育(332)
- 用人单位是否可以单方解除竞业限制协议 钱 炼(336)
- 用人单位未按约定支付竞业限制补偿金,竞业限制条
款的效力认定
- 唐某与北京市某调研有限公司劳动争议案
..... 吴晶晶(343)

八、未签书面合同争议

- 未签订劳动合同两倍工资的计算基数 杨海燕(351)
- 劳动合同期满后一年内未及时签订书面劳动合同的
后果 孙铭溪(357)
- 未签订书面劳动合同双倍工资法律适用问题探析 邱 琳(362)
- 劳动关系认定及双倍工资争议案 徐 阳(379)
- 王某诉某科技公司支付未签订劳动合同的双倍工资及
科技公司反诉王某赔偿损失案 汪凌艳(384)

九、其他劳动争议

- 劳动争议案件的特殊处理机制即“一裁终局” 杨晓娥(393)
- 迟延转档的经济赔偿 孙铭溪(398)
- 退休人员要求原单位在社会保险以外给予其他待遇,
能否纳入劳动争议案件范围 马照辉(403)
- 仲裁委员会逾期未作出裁决当事人可以就争议事项向

法院起诉

——袁某与北京某文化交流中心劳动争议案

..... 裘卫国(407)

对于人事争议仲裁机构作出的实体裁决,人民法院认

为不属于人事争议案件的受理范围,应如何处理

——关某与某大学人事争议案 马千里(411)

劳动者在缔约过程中的如实说明义务

——北京某公司诉赵某劳动争议案 俞里江 赵艳群(418)

某信息公司诉钦某提供虚假证明签订劳动合同案 刘 芳(426)

用人单位的知情权与劳动者的隐私权之间的权利平衡

问题研究

——章某诉北京 A 公司劳动争议案 胡高崇(431)

用人单位能否以解决进京户口为由约定基于服务期的

违约金条款并在劳动者辞职后拒绝办理档案、社保

关系转移手续

——李某与北京某医药公司劳动争议互诉案

..... 唐绍芬 张江洲(437)

运用不矛盾律对证据进行综合判断 王 忠(442)

劳动者依据欠条主张工资返还请求权能否适用2年的

诉讼时效期 朱 华(451)

仲裁机构按撤回申请处理的案件,当事人起诉后人民

法院能否受理 朱 华(455)

一、劳动关系的认定

- ◎ 劳动争议案件中的受案范围之一
——关于律师事务所与职员之间的争议
- ◎ 内退职工为其他单位提供劳动能否认定为劳动关系
- ◎ 承揽合同关系与劳动关系的区别
- ◎ 外国企业常驻代表机构是否可以成为用工主体
- ◎ 焦某诉某大厦劳动争议案
- ◎ 家政人员与家政公司是否构成劳动关系
- ◎ 三方证据不足,如何认定事实劳动关系
——王某与北京某啤酒厂、某搬运公司服务处劳动争议案
- ◎ 双重劳动关系如何确认
- ◎ 涉及隐蔽用工的纠纷,如何适用劳动合同法
- ◎ 保险代理人与保险公司是否存在劳动关系
- ◎ 劳动关系尚未解除的情况下用人单位要求职工与其他单位签订的劳务派遣合同无效
——某酒店与单某劳动争议案
- ◎ 如何判定《劳动合同法》中的个人承包经营
——中国××协会与杨某劳动争议案

◎ 在未订立书面劳动合同的情形下,如何区分
劳动关系与劳务关系

——王某与某林业工作站劳动争议案

◎ 王某要求确认与企业具有劳动关系是否应该
得到支持

——从一个劳动争议案例的视角说起

◎ 如何通过证据证明事实劳动关系

◎ 用工主体责任之内涵与范围

——以《关于确立劳动关系有关事项的通知》
第4条展开兼评《劳动合同法》第94条

劳动争议案件中的受案范围之一

——关于律师事务所与职员之间的争议

[争议焦点]

律师事务所是不是劳动关系中的用人单位？律师事务所与职员发生的劳动纠纷是否适用劳动法、劳动合同法的相关规定？

[关键词] 用人单位；劳动法；劳动合同法

原告：杜某

被告：北京市某律师事务所

一、基本案情

2005年11月2日，杜某应聘到北京市某律师事务所工作，担任市场扩展部部长一职，双方未签订书面劳动合同，律所按月发放杜某工资并给付数额不等的饭补。杜某称律所未能支付其2006年4月至2006年7月期间工资及饭补共计14,923元，故其从2006年8月初就不再去上班，一直在家待岗。经催要上述欠款未果，杜某诉至法院，要求判令：解除双方之间的劳动关系，律所支付2006年4月至2006年7月期间的工资及饭补共计14,923元，给付拖欠劳动报酬25%的经济补偿金4615元。律所称原告实际工作到2006年7月31日，并告知我所主任不再来上班。律所认为双方劳动关系已经解除，杜某迟于法定期限于2007年9月才提起劳动仲裁，已经超过了申诉时效，且未经仲裁直接起诉，不符合法定程序，请求法院驳回。另外，

杜某主张的饭补我所已经发放。

2007年9月12日,杜某申诉至劳动争议仲裁委员会,要求解除原被告之间的劳动关系,律所支付拖欠工资及饭补经济补偿金。仲裁委员会作出京朝劳裁不字(2007)第1469号不予受理通知书,对杜某的申请不予受理,杜某不服,于2007年9月20日诉至原审法院。法院于2007年12月作出民事裁定书,以律所不属于《劳动法》规定的用人单位,故双方不存在劳动关系为由驳回起诉。后来该案被中级人民法院发回重审,重审诉讼中杜某提交了律所于2006年8月1日制作的《应付杜某工资明细表》,其上载明律所应向杜某支付的工资及饭补。对此,被告不予认可,并对杜某的诉讼请求提出超过申诉时效等抗辩。庭审中,杜某自述其于律所上班期间曾向律所索要拖欠工资,但是被告直至2006年7月底仍拒付。杜某亦曾就此向律所主任提出如果不为其发放工资,将不再去律所上班。经查,杜某实际在律所处工作至2006年7月底。此后,杜某未再到律所上班,律所亦未向其发放工资。

二、审理结果

一审法院认为,劳动者与用人单位发生劳动争议,应在法定期限内申请仲裁。本案中,杜某与律所之间并未签订书面劳动合同,但是自2005年11月杜某就在律所工作,律所向其发放劳动报酬,故双方已经建立起事实劳动关系。2006年8月,杜某因为律所拖欠工资未再到律所工作,律所亦未向其发放工资,故至此双方之间劳动关系已经解除。诉讼中,杜某认为其与律所之间劳动关系始终存续并基于此要求判决解除劳动关系,于法无据,法院不予支持。杜某迟延于2007年9月方提起仲裁,且未能提供期间存在不可抗力或者其他正当理由等情况的证据,故对杜某现要求律所补发工资及饭补并支付拖欠劳动报酬25%的经济补偿金、解除劳动合同经济补偿金等诉讼请求,不予支持。律所有关原告申诉超过时效的抗辩意见,法院予以采信。据此,依据《劳动争议调解仲裁法》第27条、《民事诉讼法》第64条及

最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第2条规定,判决驳回杜某的诉讼请求。

一审宣判后,双方均未上诉,一审判决生效。

三、评析意见

(一) 劳动法的相关规定

1995年1月1日实施的《劳动法》第2条规定,在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。可见,《劳动法》只规定了在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体为劳动法意义上的用人单位,与劳动者建立劳动关系适用劳动法。

(二) 劳动合同法的相关规定

《劳动合同法》于2008年1月1日正式实施。该法第2条规定,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。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照本法执行。虽然《劳动法》和《劳动合同法》的第2条都是对适用范围的规定,但比较而言,《劳动合同法》在《劳动法》的基础上扩大了适用范围,即增加了民办非企业单位等组织作为用人单位,并且将事业单位聘用制工作人员也纳入劳动合同法调整范围。民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的,从事非营利性社会服务活动的组织,如民办学校、民办医院、民办图书馆、民办博物馆、民办科技馆等。《劳动合同法》第3条第1款采取列举式加概括的方式明确了用人单位的范围,除了列举的“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”这三类用人单位外,还规定了“等组织”。这三类组织之外的组织包括会计师事务所、律

师事务所、基金会等。

2008年9月18日实施的《劳动合同法实施条例》第3条规定,依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会,属于劳动合同法规定的用人单位。更加明确地确定了律师事务所作为用人单位的地位。

本案的争议焦点为律师事务所是不是劳动关系中的用人单位,律师事务所与职员发生的劳动争议是否适用《劳动法》、《劳动合同法》的相关规定。这中间就有个时间差,在2008年劳动合同法实施之前,根据劳动法的规定,律师事务所是不是属于用人单位是比较模糊的,但是从本案来看,法院是有倾向性的。

在本案中,原审法院认为,律师事务所是人民政府司法行政部门审核批准设立的组织,其既非企业和个体经济组织,又非国家机关、事业组织和社会团体,故不属于《劳动法》规定的用人单位范畴,律所与杜某之间并非劳动关系,所以杜某以其属于《劳动法》规定的劳动者范畴为由提起劳动争议诉讼,于法无据。据此驳回杜某的起诉。裁定后,杜某不服上诉至中级人民法院,以其与律师事务所之间系劳动关系为由要求撤销原审裁定。二审法院认为本案律师事务所系合伙制律师事务所,属民办非企业单位,具有用人单位的主体资格。杜某经劳动争议仲裁程序后,向律师事务所提起劳动争议诉讼,符合法律规定的受理条件,原审法院应对本案进行实体审理。二审法院的裁定倾向于认为律所具有用人单位的主体资格。随后的《劳动合同法》将民办非企业单位纳入用人单位的范畴,这是因为虽然民办非企业单位定位在公益单位上,但是在我国,该类单位经费国家不负担,且允许其一定盈利(但规定只能用于单位发展)以保证正常运行,“企业化”实质在今后相当长时期内仍会存在。《劳动合同法实施细则》将律师事务所、会计师事务所、基金会明确纳入劳动合同法规定的用人单位中来,至此,律所作为用人单位与其职员的劳动争议案件有了明确规定。本案例非常典型,将法院在审理此类