

劳动用工管理

典型案例、经验教训与风险应对

邓益洲 著

来自审判一线的真实典型案例

资深劳动法官总结的教训经验

法官律师研习案例、业务提升

企事业单位用工管理借鉴参考

审判实践 典型案例 经验教训 法官忠告 风险防范

企业法律与管理实务操作系列 WIN

劳动用工管理

典型案例、经验教训与风险应对

邓益洲 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序 言

我很荣幸为邓益洲法官撰写的劳动法专著作序。

2008年7月北京市朝阳区法院民一庭副庭长约请我给民庭的法官讲授刚刚实施的《劳动合同法》。就是在这次会议上，邓法官结识了我。此后他又参加了北京市劳动和社会保障法学会主办的“劳动争议疑难案例研讨会”，但是由于参会人员众多，我们没有更深的交往。

网络为我们提供了交流的平台。由于长期从事劳动法的研究，我和全国各地的劳动仲裁员和法官保持着很好的联系。他们经常会把工作中遇到的问题通过邮件发给我，征询我的意见，我也很乐于将我对劳动法的认识坦率表达，共同切磋。邓法官就是其中的一个。

我非常在意仲裁员和法官对于具体问题的看法，因为他们工作在一线，对于具体案件的看法直接影响劳动法的实施。劳动者和用人单位是通过他们来感受劳动法的。

《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动争议调解仲裁法》等劳动法领域多部新法的颁布实施，曾经引起多方面的批判与质疑；其中，用人单位的抱怨与担忧尤甚。新法实施一段时间后，各种质疑声渐渐平息，该是检讨实际问题的时候了。

用人单位在适用上述新法过程中，出现了哪些法律适用方面的典型问题？如何去防范和解决这些风险和问题？这是广大用人单位和劳动法律实践者十分关注的问题。目前，市面上出现了一些教用人单位如何签订劳动合同、处理劳动关系，如何进行劳动合同管理全程操作之类的书籍，而本书的作者是具有丰富劳动争议案件办理经验的民事法官，其解析新法与写作本书的独特视角，使得本书内容和价值显著区别于前述书籍。

作者早在新法实施之前即长期从事劳动争议案件审理工作，新法实施之后

更是亲手处理大量鲜活的劳动争议案件，拥有第一手的最新案例资料。在平时处理案件时，作者作为一位有心人，精心挑选、总结、归纳亲手审理过的典型案例，最终汇集了足够的经典案源，这些案例都是新法实施以后才出现的最新类型案件，反映了用人单位适用新法过程中出现频率较高、争议较多、分歧较大和亟待澄清的法律问题。因此，本书从裁判者的独特视角出发，以犀利敏锐的眼力，反观和检视用人单位在新法实施后的种种作为，总结提炼出具有较高参考价值的风险应对建议，对于指导用人单位应对劳动用工法律风险的实践很有意义。总之，本书是一本值得用人单位、劳动者及劳动法律从业者及研习者阅读和借鉴的著作。

本书作者作为长期从事劳动争议案件审理的法官，在完成繁重案件审理任务的同时，以高度的社会责任感，将其审判实践经验升华为理论著作，进而反哺于社会实践，实属难得！鉴于此，欣然为序。

北京市劳动和社会保障法学会 会长

姜俊禄 博士

前言

一、本书的性质

这不是一部法学理论著述。剔除了旁征博引，也省却了学派争鸣，只归纳支撑现行劳动立法的最基本、最实用的法理知识。

这也不是一本普法性读物。她不讲“法条释义”，也不教“全程操作”，而是从一个独特的切入点剖析新法颁行后用人单位应对劳动法风险所得到的经验与教训。

本书以当代通行的劳动法学理论知识为根基，以现行法律规定为依托，以《劳动合同法》等新法实施以后所发生的真实典型劳动争议案例为平台，以作者作为一名法官的敏锐深邃视角为切入点，对新法实施以来各类用人单位在处理劳动关系实践中的种种典型的行为进行解剖、诊断和治疗，特别注重对实务操作中最容易出现偏差和失误问题的透析指导，力图归纳出具有参考价值的风险应对方案。

二、本书的特色

（一）视角独到。法谚云：司法是解决社会矛盾的最后一道防线。一部法律，首先要经立法程序得以颁行，然后是贯彻执行，出现纷争即进入救济途径，通常是先经私力救济，私力救济失败后最终会诉诸公力救济即司法诉讼。本书即从司法裁判者角度审视和反观新法实施后用人单位处理劳动关系的种种实践，视角犀利，入木三分。

（二）案例经典。经过层层过滤，进入司法程序的纠纷必然是最激烈、最突出、最深层次的矛盾和问题。在经手近千件新法实施后发生的劳动争议案件审理后，笔者从中精心挑选最具代表性的经典案例，结合审判过程中获知的用人单位处理劳动关系的种种现状，提炼总结劳动用工法律风险应对之道。这些经典案例本身即具有较高的研究学习价值。

(三) 观点鲜明。笔者从亲手审理的典型案例出发，但又不囿于其中，而是引申开来，检视实践，提炼总结出具有较高参考价值的建言。虽然本书提出了不少可供参考的技术性建言，但本书之最终目的仍然是通过规范用人单位用工行为，促进对新法的正确贯彻执行，以实现立法的初衷。

(四) 论述通俗。笔者以平白的语言，适当运用有关理论知识，清晰引用有关现行法律规定，针对用人单位处理劳动关系的现实状况和可能出现的问题，深入浅出地阐释和论述观点，而不是停留于案例评析的层面。

三、本书的结构

本书逻辑构架由两部分构成，前部是理论铺垫，后部是实践解析。全书共分五章。第一章是劳动关系基本理论导读，在紧密结合现行法律规定和精神基础上，凝练地介绍劳动关系之最基本、最重要、最权威的概念与理论，揭示立法背后的理论支撑，以期为其后的案例析评及教训与经验之提炼提供铺垫和支持，并对司法实践中所发现的劳动关系风险及应对进行高度凝练的概括。第二章至第五章均是透过典型案例看用人单位处理劳动关系的教训与经验，各部分均采用统一结构，每个案例均由“案情概要”、“司法裁判”、“教训（经验）总结”、“述评解析”四个模块组成。都是以司法实践中的典型实例为平台，加以评析和抽象，结合用人单位处理劳动关系的种种实践，提炼出可资参考和借鉴的教训与经验。其中，“教训总结”和“经验总结”是全书的灵魂，是作者从审理的大量案件中发掘和提炼出来的珍贵建言。

四、本书的使用

本书定位于实践指导性读物，可供各类企事业单位、党政机关等用人单位的高层领导、人力资源管理者、法务人员作为参考书使用，也可供法官、律师、法律学者与学生等法律专业人士研习案例和业务之用。当然，本书对于广大劳动者亦有重要参考价值，尤其是其中的案例。

阅读本书，可以着重研习其中的经典案例，体味法官判案思路和逻辑；也可直奔法官提炼的建言，再回头研习案例和“述评解析”，进行消化和吸收，结合自己的实践加以体会，融会贯通。各人阅读习惯和目标不同，使用本书的具体方式自然各异。

因时间和水平有限，疏漏之处在所难免，欢迎读者批评指正。需要提醒的是，劳动法律法规不时受到政府政策和司法政策的影响，且政出多门，相关配套规定更新变化快，而本书的内容只是建言性质，还需读者正确理解和领悟，切不可生搬硬套。最后，我要真心感谢几十年来默默支持我的父母双亲，感谢多年来配合我工作的法院同事们！

邓益洲

目 录

Contents

第一章 劳动合同法基本理论导读

- 第一节 劳动关系概述 / 1
- 第二节 劳动合同概述 / 4
- 第三节 劳动合同的订立 / 6
- 第四节 劳动合同的履行与变更 / 11
- 第五节 劳动合同的终止与解除 / 15

第二章 用人单位处理劳动关系的教训

- 第一节 劳动合同订立中的教训 / 23
 - 1. 劳务合同可适用劳动法的规定
——某印刷公司诉陈某劳务合同纠纷案 / 23
 - 2. 仲裁或诉讼不构成用人单位不签劳动合同的理由
——某通信公司诉曹某双倍工资纠纷案 / 27
 - 3. 未毕业大学生可形成劳动关系
——陈某诉某空调公司继续履行合同纠纷案 / 30
 - 4. 集体合同不能取代签订劳动合同义务
——徐某诉某外语培训学校劳动争议案 / 34

5. 劳动合同工资页上因无劳动者签字不具有法律效力
——李某诉某环境工程公司欠薪纠纷案 / 39
6. 招聘过程法律风险应对
——吕某诉某保险公司返还教材费纠纷案 / 42
7. 企业高管签订劳动合同的特殊性
——某广告公司诉王某双倍工资纠纷案 / 46
8. 学历造假构成欺诈的法律要件
——某科技公司诉马某确认合同无效纠纷案 / 50
9. 签订劳动合同的证明责任在用人单位
——某体育用品公司诉高某双倍工资纠纷案 / 54
10. 员工拒签劳动合同后的风险应对
——某留学咨询公司诉钟某双倍工资纠纷案 / 58

第二节 劳动合同履行中的教训 / 62

1. 不定时工作制的风险及应对
——某不动产公司诉张某工资纠纷案 / 62
2. 降低工资因未经员工同意而无效
——某影视公司诉马某工资纠纷案 / 67
3. 未经合法程序制定的规章制度无效
——某传媒技术公司诉穆某赔偿工作损失纠纷案 / 70
4. 劳务派遣单位与用工单位对劳动者负连带责任
——刘某诉某管理公司、某服装公司工资纠纷案 / 74
5. 高级管理人员监管缺位致企业损失
——某环保公司诉史某工资纠纷案 / 78
6. 转让经营权的企业仍应承担用人单位义务
——某机票代理处诉胡某双倍工资纠纷案 / 81

第三节 劳动合同解除（终止）中的教训 / 85

1. 离职补偿协议因内容不够明确而节外生枝
——常某诉某外贸公司经济补偿金纠纷案 / 85

2. 试用期解除劳动合同也应具有法定理由
——某生物技术公司诉蒋某赔偿金纠纷案 / 89
3. 董事长解聘总经理的决定无效
——某艺术公司诉唐某恢复劳动关系纠纷案 / 94
4. “客观情况发生重大变化”的认定条件
——胡某诉某大酒店继续履行合同纠纷案 / 98
5. 因不同意加薪而解除劳动合同属违法
——某科技公司诉鹿某经济补偿纠纷案 / 103
6. 行使单方解除权应履行合法程序
——某汽修公司诉张某赔偿金纠纷案 / 107
7. 严重失职造成重大损失的认定标准
——某科技公司诉邓某赔偿损失纠纷案 / 110
8. 员工拒签合同后离职，单位应支付经济补偿
——某工程公司诉白某经济补偿纠纷案 / 115
9. 约定的赔偿条款因违法而无效
——某文化公司诉蔡某赔偿损失纠纷案 / 119
10. 员工被追究刑事责任起算时间的认定
——林某诉某机械总厂恢复劳动关系纠纷案 / 123
11. 未及时出具终止劳动关系证明应赔偿损失
——姚某诉某清洗科技公司损害赔偿纠纷案 / 127
12. 未及时转移离职员工档案应赔偿损失
——黄某诉某电器公司赔偿损失纠纷案 / 132

第三章 用人单位处理劳动关系的经验

第一节 劳动合同订立中的经验 / 136

1. 劳动关系的建立以实际用工为准
——某科技公司与余某赔偿纠纷案 / 136

2. 妙用劳动法节省加班费开支

——某物业公司诉张某加班费纠纷案 / 143

3. 充分利用劳动合同附件的法律效力

——陈某诉某货运代理公司加班费纠纷案 / 148

4. 用人单位之间业务合作中的用工风险

——某广告公司诉吴某确认劳动关系纠纷案 / 152

5. 劳务派遣协议可约定对劳动者义务的分担条款

——意大利某律所诉苏某经济补偿金纠纷案 / 155

6. 劳务外包合同可取代劳务派遣合同

——石某诉某劳务派遣公司、某食品公司工资纠纷案 / 160

7. 劳务合同可降低用工成本

——肖某诉某律师事务所确认劳务合同无效纠纷案 / 165

第二节 劳动合同履行中的经验 / 170

1. 安排加班的正当程序

——王某诉某饮料公司加班工资纠纷案 / 170

2. 用人单位与职工长期“两不找”可视为劳动关系中止

——马某诉某宾馆劳动争议案 / 176

3. 用人单位规定的带薪年假可视为补休

——柴某诉北京某宾馆加班工资纠纷案 / 179

4. 单纯的保密协议不构成竞业限制条款

——海某诉某科技公司竞业限制补偿金纠纷案 / 181

5. 竞业限制之诉与商业秘密之诉竞合时的抉择

——肖某诉某电力公司竞业限制违约金纠纷案；

某医疗公司诉某科技公司、沈某、刘某侵犯商业秘密纠纷案 / 185

6. 加班争议举证责任的分配原则

——田某诉某食品公司加班工资纠纷案 / 193

第三节 劳动合同解除中的经验 / 198

1. 劳动者请辞后长期未上班属于劳动关系事实解除

- 某大学诉王某工资纠纷案 / 198
- 2. 员工严重失职造成重大损失可依法辞退
 - 董某诉某展览公司赔偿金纠纷案 / 204
- 3. 对员工严重失职应及时固定证据
 - 某汽车公司诉黄某解除合同补偿金纠纷案 / 209
- 4. 辞职申请载明辞职原因可预防员工反悔
 - 张某诉某物业公司经济补偿纠纷案 / 212
- 5. 不低于法定标准的离职补偿金条款有效
 - 马某诉某科技公司经济补偿金纠纷案 / 215

第四章 劳动争议仲裁与诉讼中的教训与经验

- 1. 全盘否认劳动关系将冒全盘皆输风险
 - 贾某诉某科技公司劳动争议案 / 220
- 2. 印章或登记事项变更应当及时备案
 - 某旅行社诉房某工资纠纷案 / 227
- 3. 劳动争议仲裁时效的起算点
 - 刘某诉某外企服务公司劳动争议案 / 231
- 4. 用人单位申请撤销仲裁裁决的方法
 - 某卫浴经销处申请撤销其与李某劳动争议仲裁裁决案 / 237
- 5. 未明确弃权内容的调解协议弃权条款无效
 - 马某诉某服装公司社会保险费纠纷案 / 241

第五章 各类典型企业处理劳动争议的教训和经验

第一节 外资企业 / 247

- 1. 外国企业非法解聘中国员工的动机及原因探究
 - 冯某诉某国航空公司、某外航公司经济补偿纠纷案 / 247

2. 直接与外国企业订立的劳动合同无效

——李某诉韩国某公司劳动争议案 / 252

第二节 事业单位 / 257

1. 事业单位无故解除聘用合同违法

——某技术研究所诉唐某恢复劳动关系纠纷案 / 257

2. 事业单位聘用关系的法律适用原则

——庞某诉某大学聘用合同纠纷案 / 262

第三节 金融企业 / 265

企业自主权的行使应受到法律约束

——某证券公司诉雷某奖金纠纷案 / 265

第四节 国有企业 / 271

国企经济补偿费可冲抵经济补偿

——张某诉某工程公司经济补偿纠纷案 / 271

第五节 民营企业 / 276

个人恩怨导致劳动合同非法解除由单位负责

——刘某诉某图书公司赔偿金纠纷案 / 276

第一章 劳动合同法基本 理论导读

第一节 劳动关系概述

劳动关系是人们耳熟能详的法律概念之一。通说认为，劳动关系是劳动法律关系的简称，是劳动者与用人单位之间，在实现劳动过程中依据劳动法律规范而形成的、以劳动权利与义务为内容的法律关系，是劳动用工关系受劳动法调整的结果。^①

一、劳动关系的法律特征

（一）劳动关系主体之间具有平等性与隶属性共存的特性。劳动关系主体一方是用人单位，另一方是劳动者。在劳动关系建立时，签订劳动合同时，双方是平等主体的关系，行使契约自由权，进行双向选择。而劳动关系建立后，一旦双方正式履行劳动关系，其隶属性的特点便表现出来：劳动者的劳动归用人单位支配，劳动者归用人单位管理，劳动者处于服从和隶属的地位。同时，在劳动合同履行中，如果双方要变更合同，则需协商一致，其身份关系又回到平等性。可见，劳动关系中的平等性与隶属性特征是相互交融，共同存在的。劳动关系的这种特征，是其与民事法律关系主体之间具有平等性特征的最大区别。因此，我认为，无论是在劳动关系的实务操作，还是在劳动争议处理的司法实践中，都要格外注意劳动关系的这一特征，不能将其与民事关系或民事纠纷相

^① 郭捷主编：《劳动法学》，中国政法大学出版社2007年版，第55页。

混淆。目前，有的法院已经开始设立专门的劳动争议审判庭，将其从原民事审判庭剥离出来，这一做法符合劳动关系的特性，值得推广。

（二）劳动关系的内容体现了当事人与国家的双重意志性。劳动关系首先表现为当事人之间在平等、自愿、公平、等价有偿、诚实信用基础上缔结的契约关系，体现的是当事人的意志和契约自由原则。但劳动合同的契约自由受到较之于普通民事合同要严厉得多的国家干预，比如国家对工时休假制度、最低工资标准、社会保险待遇的要求。因此，当事人在签订劳动合同时，不得违背劳动法律所体现的国家对劳动关系内容的刚性要求，即不得违背国家意志。双方只能在国家许可和授权范围内确定劳动合同内容。劳动合同的国家意志性来源于劳动关系本身的人身从属性与劳动关系双方地位固有的不对等性特征。由于劳动者对用人单位具有从属性，受其支配和管理，如果任由双方自由缔结合同，则极有可能导致用人单位利用其支配地位排除自己的责任，剥夺劳动者的权利；由于劳资双方地位不对等，用人单位在经济实力、法律技巧、谈判条件与能力等诸多方面明显强于劳动者，如果国家不介入劳动合同的订立过程，则容易导致用人单位滥用其强势地位，结果是劳动者合法权益受损，不利于社会关系长期和谐稳定。

（三）劳动关系的客体具有人身性与财产性兼容的特征，是其与民事法律关系、行政法律关系相区别的显著特点之一。劳动关系的建立与履行，核心是劳动者对其拥有的劳动力的使用与让渡。劳动者提供劳动，获得报酬和社会保险等福利待遇，体现劳动关系的财产属性；劳动者自身受到用人单位规章制度的约束，行动受到用人单位领导的支配和管理，不能单凭自己的意志行事，体现了劳动关系的人身属性。

二、劳动关系的主体、内容与客体

（一）劳动关系的主体，即劳动者与用人单位。1. 劳动者。劳动者是指达到法定年龄、低于法定退休年龄，具有劳动能力，以从事社会劳动为主要收入来源的自然人。因此，劳动者首先必须是自然人，不可能是单位；其次，劳动者是达到法定劳动年龄，又小于退休年龄的自然人。在我国，法定最低劳动年龄

是十六岁，特殊行业除外；法定退休年龄为：男六十岁、女五十岁、女干部五十五岁。2. 用人单位，是指依法招用和支配劳动者，并按法律或合同约定向劳动者提供劳动条件、劳动保护，支付劳动报酬，提供社会保险福利待遇的组织。因此，用人单位首先必须是“组织体”，不能是单纯的自然人，最小的组织体是个体工商户，最大的组织体是国家机关与国际组织。其次，用人单位作为劳动关系主体，也必须具有劳动权利能力与行为能力，即具备法律所要求的用人资质。如果用人单位被依法吊销营业执照，或被宣布破产等，则丧失了生产经营资格，也就不具有使用劳动力的法定资质，丧失了劳动权利能力与行为能力，不能参加劳动关系。根据《劳动法》、《劳动合同法》等法律的相关规定，用人单位概念的具体外延是指我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织；根据《劳动合同法实施条例》第三条的规定，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，其性质是“民办非企业单位”。特别值得注意的是，由于外国企业或组织不是依照我国法律，在我国境内经我国主管行政部门批准注册成立的组织，而是依据外国法律由外国政府批准设立的组织，因此其在我国境内不具备用人单位的资质，外国企业在华代表处或办事处一般应通过我国的外事服务机构或劳务派遣机构，以劳务派遣的形式实现劳动用工。

（二）劳动关系的内容，是指劳动关系主体享有的劳动权利和承担的劳动义务。其中，劳动者享有的权利包括平等就业权与择业权、取得报酬权、获得劳动保护权、职业培训与生活保障权、参与工会和集体协商权等；用人单位则享有用工自主权、组织调配权、劳动报酬合理分配权、劳动管理权等。一方的权利同时即是对方应履行的义务。

（三）劳动关系的客体，是指劳动关系主体的权利与义务共同指向的对象，即劳动行为和财产。劳动行为，既包括劳动者提供劳动的行为，也包括用人单位为管理、支配劳动者进行的行为，其实质都是对劳动者具有的劳动力的消费过程。劳动关系的客体在劳动关系实务操作和司法实践中意义不大，在此不再赘述。

第二节 劳动合同概述

前文概述了劳动关系的概念。劳动关系与劳动合同是两个不同的法律概念。劳动关系是一种法律关系，劳动合同是一种法律事实。劳动合同是引起劳动关系产生的事由之一。除了劳动合同外，事实用工关系也可以引起劳动关系的产生。但随着我国《劳动合同法》及相关法律深入贯彻实施，劳动合同成为最主要的劳动关系产生事由及表现形式。因此，下文特别论述有关劳动合同的基本理论及法律规定。

一、劳动合同的概念与法律性质。根据《劳动法》第十六条第一款的定义，劳动合同是“劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议”。建立劳动关系，应当订立劳动合同。关于劳动合同的法律性质，学界有多种观点。笔者同意“社会法说”，该派学说基于劳动关系兼具财产性与人身性、平等性与隶属性的固有特征，强调劳动合同的社会属性。根据此派观点，劳动法属于社会法范畴；在现代化大生产条件下，劳动关系当事人在劳动基准法和集体合同所限定的范围内，有权处置自己的权益。因此，劳动合同不是一种完全意义上的契约，而是一种以契约自由为根基，渗透了国家意志干预，并以社会利益为原点的契约形式。

二、劳动合同的特征。与普通民事合同相比，劳动合同具有以下特征：（一）主体特定，即其一方当事人必须是作为社会组织体的用人单位，另一方必须是作为自然人的劳动者。据此，各种社会组织体之间，自然人与自然人之间，以及以劳务消费为主要内容的合同，均不构成劳动合同。（二）劳动合同的权利与义务内容具有人身从属性特点。劳动者通过与用人单位缔结劳动合同，成为用人单位的一员，在履行劳动合同过程中受到用人单位规章制度的约束，行为受到用人单位的领导和支配，这与民事合同主体之间具有平等性特征显著不同。（三）劳动合同具有社会性，劳动者的配偶、子女等亲属及其他需要劳动者扶养的人，虽然不是劳动合同的主体，但劳动合同中的劳动报酬、福利待遇等内容却与他们具有密切关系，他们的生活可能依赖于劳动者所获得的收入来