

劳动合同法 面面观 案例精解与评析

LAODONG HETONGFA MIANMIANGUAN ANLI JINGJIE YU PINGXI

● 主编 董保华 李国庆



中国劳动社会保障出版社

劳动合同法面面观

——案例精解与评析

主编 董保华 李国庆

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法面面观：案例精解与评析/董保华，李国庆主编. —北京：
中国劳动社会保障出版社，2009
ISBN 978-7-5045-7847-1

I. 劳… II. ①董…②李… III. 劳动合同法-案例分析-中国
IV. D922.525

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 065845 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码：100029)

出 版 人：张梦欣

*

煤炭工业出版社印刷厂印刷装订 新华书店经销
880 毫米×1230 毫米 32 开本 12.25 印张 310 千字
2009 年 5 月第 1 版 2009 年 5 月第 1 次印刷

定价：30.00 元

读者服务部电话：010-64929211

发行部电话：010-64927085

出版社网址：<http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话：010-64954652

前言

《红楼梦》是曹雪芹的一个梦。鲁迅关于红楼梦有一段论述：“《红楼梦》是中国许多人所知道，至少，是知道这名目的书。谁是作者和续者姑且勿论，单是命意，就因读者的眼光而有种种：经学家看见《易》，道学家看见淫，才子看见缠绵，革命家看见排满，流言家看见宫闱秘事……”劳动合同法在不同人的眼中恐怕也是形象各异。“真作假时假亦真，假作真时真亦假”。

关于劳动合同法，不同的人基于不同的视角，自然也会得出不同的感悟。这本劳动合同法的案例集带给读者的就是一个多维视角的解读。我们选取了法援工作者、人力资源管理者（HR）、律师、学者这四个角度，对《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》进行了全方位、多角度、立体式的观察。法援视角中，我们描述了法律援助工作者在对劳动者进行法律援助的过程中对劳动法律的全新认识，也感受了来自底层劳动者的些许辛酸与无奈；HR视角中，我们较多地诠释了劳动合同法带给人力资源管理的冲击与改变，也深刻地体会了劳动法律与人力资源管理和谐共存的重要意义；律师视角中，我们呈现给读者的是分别代表劳动者和用人单位的律师，从不同利益倾向出发进行辩论的模拟法庭；学者视角中，我们对一些典型的劳动合同案例进行了理论化的分析，希望以小见大，对劳动合同法中的有关问题进行制度上的改进。每一个案

例都是一个故事，每一个案例都有一些真实的感悟。尽管这些案例从某一角度来看可能都有一定缺陷，但是四个视角综合起来就构成了劳动合同法整体的写照。

《劳动合同法面面观——案例精解与评析》是在中国劳动社会保障出版社出版的《劳动法精选案例六重透视》一书的基础上改编而成的，在原书的基础上精选并增补案例进行了新的解析。这些案例大多发生在《劳动合同法》施行之前，我们运用新法对旧案重新进行审视，试图通过新旧法律的比较分析来让读者更深刻地了解劳动合同法的特点。希望这本案例集能够为大家提供一把打开劳动合同法的钥匙。从《劳动法精选案例六重透视》到《劳动合同法面面观——案例精解与评析》，可以折射出我国法律制度的变化。

在《劳动法精选案例六重透视》的前言、后记以及之前的一些文章、著作中，我们认为我国应当实行一种“低标准、广覆盖、严执法”的立法模式。很遗憾，由于各种原因，这一建议基本上未被现实立法所采纳。在2009年和2008年的全国“两会”期间，都有代表提出要对《劳动合同法》进行修改。对于国家最终做出的不修法的决定，^①只有从历史的角度才能看清其影响。

我们也注意到，事实上我国已经开始着手对劳动关系进行某种适当的调整。国家提出实施更加灵活的就业政策。^②各地开始实施“有条件的学校实行学士后、硕士后”“学校设立科研助理岗位、见习岗位”“发

① 崔丽，信春鹰：劳动合同法不会因金融危机修改。中国青年报，2009-03-10

② 参见2009年3月5日温家宝总理在第十一届全国人民代表大会第二次会议上作的《政府工作报告》，http://news.xinhuanet.com/misc/2009-03/14/content_11010350_5.htm。

展灵活就业形式”等措施,以应对就业压力,其实质是通过延长学籍,使一部分大学生暂不纳入劳动法调整。《劳动合同法实施条例》还规定一部分公益性岗位的就业群体只能部分地适用劳动法,一些地方已经设立了专门的机构来认定这部分公益性岗位。^①我国的劳动法对就业人群呈现出了“全覆盖”“半覆盖”“不覆盖”的新格局。如果分析各地的劳动争议案件,从2008年上半年和下半年的情况来看,执法尺度不一的情况已经开始显现,为了解决这一问题,目前各个地区陆续制定地方性规定进行释法,柔性地去解决劳动关系中出现的诸多问题。从一种学术概括上看,多少可以看到我国已经开始慢慢地转向“高标准、窄覆盖、宽执法”的立法模式。

《劳动合同研究》^②一书中曾经分析过制度设计与现实生活的相互关系,面对刚性的立法与严峻的就业形势,当前发生的一些变化是一种极其务实的政策选择和制度安排。然而,这一制度安排本身会带来许多值得研究的问题,面对不同人群、不同地区的政策差异,制度性歧视会使未来的争议案例更加复杂化,这是我国在相当长的一个时期可能会面对的现实。成文法在实施过程中与现实生活之间的碰撞,必然透过一个个典型的劳动争议案例呈现出来。劳动合同的案例研究正是要发现劳动法律问题的症结,使我们能够看到制定法在劳动关系适用中的真实面貌。从这一意义上来说,劳动法案例的介绍与研究将取得越来越重要的地位。这也正是本书重编的意义所在。

① 依据《劳动合同法实施条例》第十二条,政府为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗位,其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

② 董保华. 劳动合同研究. 北京: 中国劳动社会保障出版社, 2005

全书由董保华、李国庆任主编并负责统稿。各章节参编人员如下:

第一编 李国庆 艾海燕 翟旭丹

第二编 董保华 瞿逸 胡亚男 李璐

第三编 董保华 李国庆 黄俊

第四编 董保华 李国庆 贾婷婷 陈劭卓

编者

2009年4月

目 录

Contents

第一编 员工视角——法援手记

一、我还是“主人”吗.....	(3)
二、协管员脚下的“路”	(10)
三、她们终于“等”进了劳动法的保护范围.....	(17)
四、捡个“照相机”，丢份“好工作”	(24)
五、一个“本国是柑，异国是枳”的故事.....	(31)
六、一幅难以描绘的生活之画.....	(39)
七、“一只鞋”引发的下岗风波	(46)
八、“劳动合同”真能保护劳动者吗	(52)
九、用“三天”赔“四万”的启示.....	(61)
十、“一字千金”的教训	(68)
十一、别让时光把权利带走.....	(73)

第二编 单位视角——HR 论坛

一、“试用期”考验单位管理	(81)
二、执行“制度”一定要更彻底.....	(87)

三、留住“商业秘密”	(93)
四、培训协议与劳动合同的关系	(99)
五、请保留好“培训费单据”	(103)
六、如何利用“特殊福利”	(108)
七、解除劳动关系需要“关注细节”	(113)
八、劳动合同到底是“终止”还是“解除”	(118)
九、解聘员工要区分“辞退”和“辞职”	(124)
十、劳动合同解除必须找准法律依据	(130)
十一、“客观情况重大变化”应从全方位理解	(135)
十二、单方调低员工工资时的换位思考	(140)
十三、谨防“劳务关系”成为“劳动关系”	(145)
十四、自愿离职计划的法律风险	(151)
十五、销售经理加班工资支付应双重考虑	(157)

第三编 律师视角——模拟法庭

一、机长辞职索赔 800 万	(163)
二、劳动合同担保人的苦恼	(171)
三、“护工”与“职工”之争	(179)
四、篮球运动员马健劳动纠纷案	(187)
五、“合伙人”签劳动合同的法律空白	(194)
六、法律不允许未孕承诺	(200)
七、当“假合同”遇上“真关系”	(207)
八、“营业所”被转让之后	(214)
九、“期满退工”还是“提前解聘”	(221)
十、这样约定违约金合法吗	(227)

十一、谁动了她的退休权·····	(234)
十二、边“上班”边“开公司”可以吗·····	(241)
十三、“聘用合同”带来的麻烦·····	(248)
十四、口头解除还是擅自离职·····	(255)

第四编 学者视角——以案说法

一、用人单位 87%败诉率的背后·····	(265)
二、“竞业限制”的法槌该如何落下·····	(272)
三、劳务派遣的法律规制之路·····	(278)
四、别让无固定期限劳动合同可望而不可即·····	(286)
五、“惩罚性赔偿”该不该支持·····	(293)
六、总经理的劳动合同有效吗·····	(300)
七、丧钟为谁而鸣——“过劳死”折射法律盲区·····	(309)
八、解雇保护制度的天平应如何倾斜·····	(316)
九、当劳动合同遇上规章制度·····	(327)
十、约定、决定、法定，到底怎么定·····	(336)
十一、工会的职能应该如何定位·····	(344)
十二、劳动关系的用人主体可否进行变更·····	(351)
十三、无固定期限劳动合同解除第一案·····	(358)
十四、SA8000 社会责任标准离我们还有多远·····	(367)
后记：那些值得关注的数字背后·····	(374)

3-32

是书“《法律援助实务》是一本好书，此书对法律援助”

第一编

员工视角——法援手记

为实践法律援助实务，本书共分三编。第一编为“员工视角”，第二编为“法律援助实务”，第三编为“法律援助实务”。本书共分三编。第一编为“员工视角”，第二编为“法律援助实务”，第三编为“法律援助实务”。本书共分三编。第一编为“员工视角”，第二编为“法律援助实务”，第三编为“法律援助实务”。

题记：

“生活是本教科书，并且是一本耐人寻味的教科书。”这是“法援手记”的作者，华东政法大学劳动法律服务中心的志愿者们们的真实感言。在积极从事公益法律援助的社会实践中，我们深切体验到学校教科书和生活教科书的落差。正如“法援手记”的开篇“我还是主人吗”所讲述的那样，学校教科书曾经告诉我们，工人阶级当家做了“主人”，但是生活教科书却告诉我们，“主人”这顶帽子，对于劳动者来说，取下和戴上都是那么的辛酸和无奈。正是这种“落差”教会了我们一个道理：生活才是一本真正的教科书。

法援手记，是对我们日常工作的记录。它记录下了一个个普通劳动者的真实故事，它记录下了我们和劳动者一起走过的维权经历。同时，它也记录下了我们在法律援助时的真实感言。所以，它见证的不仅是“法援中心”的成长，更是每个法援人的成长。下面，我们挑选出一些精彩案例奉献给大家。尽管我们中心的胜诉率非常高，但是我们仍倾向于多选些援助失败的案例，因为这些案例带给我们的触动更大，而且意义也更深远。

一、我还是“主人”吗

“主人”一词大家都不会陌生，它曾经是我国经济体制改革的主要特征之一。从小我们的思想中就形成了这样的观念：工人阶级当家做主人，广大劳动者要以主人翁的姿态投入到社会主义建设中来。但是，在市场经济的浪潮下，越来越多的“主人”们逐渐被还原为真实的劳动者，成为需要倾斜保护的社会弱者。但是，就是做“劳动者”，他们仍然摆脱不了“主人”所带给他们的无奈和辛酸。



【案情回放】

故事的主人公名叫李某，他原是某国企的职工。1988年，上海成立了第一家由集体创办，员工自筹资金、自主经营、自负盈亏的股份合作制企业。有趣的是，这家企业被冠名为“主人”。与名字相匹配的是，企业宣称自己企业的员工既是主人（企业的股东），又是劳动者。冲着“主人”的定位，李某不顾家人的反对，毅然扔掉手中的铁饭碗，辞职进入这家“主人”企业，当上了一名计划调度员，并投资入股成了一名小股东。那个时候，企业还答应李某，他除了每月有稳定的工资收入外，每年还享有投资股金的利息和红利回报。企业的承诺，在刚开始的一两年内，还能够兑现，李某当时还特别自豪自己的选择是对的，甚至还劝他朋友也加入到这个“主人”的大家庭，享受一把做主人的乐趣。因此，在李某合同到期，企业商量和他续签合同的时候，他没有半点犹

豫。在2001年3月,李某与企业续签了为期五年的劳动合同。

就在李某和企业续签了劳动合同以后,企业的行为开始变得有些人不明白。2002年1月,正当企业发展如日中天之际,董事长突然召开股东大会决定企业作价整体转让给A企业,同时将历年积累的350万元资金进行债权债务清理。面对大股东的决策,包括李某在内的小股东们都莫名惊诧,不知其所以然,企业这一做法对于他们来说,太突兀了,事先没有任何迹象。但企业2/3的股权都由企业的董事长和其家族朋友控股,小股东只有签名权,没有决策权。

就是在这种不和谐的气氛里,很多人由失望到绝望,再到麻木,最后大家都稀里糊涂地签字了。也就是在那个瞬间,包括李某在内的很多职工终于看清了自己的地位:假主人。从此,再也没有人提过那个让他们恶心一辈子的两个字——主人。

然而事情并没有就此结束,在2月份李某生病住院期间,先是得知企业已卖给股东们毫不知晓的B企业,后面接踵而来的是企业单方面解除劳动合同的退工单和企业清退的股本金、利息、红利,同时工资银行卡上也分类打进了工资。这一切使李某反复自问:我还是企业的主人吗?如果不是,难道我连做员工的资格也要剥夺吗?

李某想不明白,一种被愚弄的感觉深深地刺痛着李某,这促使他来到了我们华东政法大学劳动法律服务中心求助,希望我们帮助他向企业要一个说法。

中心的法律工作人员仔细地研究了案情以后,针对企业的一系列做法,认为李某只是形式上的股东,实际上是一名劳动者,既然是劳动者就该要回属于劳动者的一切。李某在中心的指导下,一纸申诉状将企业送上劳动争议仲裁庭,要求企业支付没有提前一个月通知解除劳动合同的替代补偿金和13个月经济补偿金。仲裁裁决确认了李某的劳动者身份,支持了李某经济补偿金的请求。企业不服仲裁的裁决,上诉至一审人民法院。

就在审判的过程中，让所有人惊讶的是，工作多年中从未给予李某股东身份的企业，在这个时候，竟然想起了李某本来也是具有“主人”身份的，硬是把他推上了“主人”的地位。而且企业毫不知耻地认为，企业与李某之间不是劳动者与用人单位的劳动关系。李某是收取股本金和利息的股东，无权主张经济补偿金。

而更具有讽刺意味的是，原告当庭出示的一系列股东大会决议书上签名的证据，本来是想证明李某具有企业所谓的“主人”身份，没想到，被告签名和不签名的证据都证实了被告始终处于从属地位，并不像企业所说的那样。

中心始终据理力争，最后，企业方在自己不能充分证明被告是“主人”的情况下，无奈地向法院申请撤诉。撤诉意味着仲裁裁决的生效。李某终于得到了本该属于“劳动者”应有的权利。此时，李某调侃道：“还是不做主人好呀！”



【法援感言】

官司是打赢了，可是官司带给我们的思考远远大于官司本身。

股东是对企业出资从而享有股东权益的人，股东与企业之间存在的出资关系，因为出资而享有股权；劳动者是向企业提供劳动力从而获取工资报酬的人，劳动者与企业之间存在的是人身上的隶属关系，享有劳动法规定的各种权利。股东与劳动者两者的身份并不存在冲突，但为什么股东权利可以被企业任意地践踏，劳动者的权益可由企业肆意地剥夺？恐怕更多的还在于小股东和大股东、员工和企业之间的强弱力量对比的悬殊。

本案的背后也深刻地反映出在我国企业转制过程中，由于相关立法的缺位以及用人单位的不规范操作，劳动者的合法利益被严重侵害了。李某本来是想能兼具劳动者和主人的双重身份，然而企业却无情地剥夺

了李某的主人身份，违背了当初所做的承诺。没有经营决策权的他，只是一名靠工薪收入为主要收入来源的劳动者。可是，企业竟然连他那仅剩的劳动者的身份都要剥夺。当李某依法以劳动者的身份向企业请求经济补偿金时，企业却以李某是“主人”来反驳，企业强词夺理的说法无非是要规避经济补偿金。在整个过程中，对于“劳动者”与“主人”这两顶帽子，企业可谓是“机智灵活”，该出手时就出手，一点都没有考虑到应该遵循的那些起码的规则和秩序。但庆幸的是，法院终究还了劳动者一个公道。

这些思索无时无刻地不在鞭策着我们法律工作人员，我们深深地觉得，如何将企业职工所具有的“劳动者”身份和“主人”身份从“名不副实”到“名副其实”，才是我们立法者、执法者和劳动关系当事人应该努力的方向。和谐劳动关系的建立，迫切需要劳动法律对劳动者的倾斜保护。



【旧案新议】

本案中，最核心的是李某的身份认定问题，是股东还是劳动者？

企业之所以在解雇时认为李某是普通劳动者，而在要求补偿时却认为他是股东，原因在于股东和劳动者拥有不同的权利。股东是向公司出资并对公司享有权利和承担义务的人。股东向公司出资，享有股东权利。股东资格的取得分为原始取得和继受取得，取得股东资格后，股东便享有一系列的权力，如重大事项表决权、知情权、提案权、建议和质询权、要求分配股利权等。从这里可以看出，李某根本没有任何股东的权利可言，他只是一个靠自己劳动获得报酬的普通劳动者，所谓的主人只不过是一个美好的幌子。当企业成功地将李某逐出主人之外的時候，又面临另外一个问题，即单方解雇劳动者是需要支付经济补偿金的。为了规避支付经济补偿金，才出现了法庭上出尔反尔的一幕。根据《劳动

合同法》的最新规定，用人单位违法单方解雇劳动者，需要支付数额更高的赔偿金，企业此举将面临更大的法律责任。这也说明新法对劳动者的解雇保护力度在进一步提高。

《劳动合同法》规定，劳动合同的解除分为三类，除了与劳动者协商解除劳动合同之外（用人单位提出动议的需支付经济补偿金），还有用人单位单方解除和劳动者单方解除。相比之下，用人单位单方解除条件更加严格，在适用过失性解除（《劳动合同法》第三十九条）和非过失性解除（《劳动合同法》第四十条）的时候，都必须符合法定的解除条件。适用非过失性解除，用人单位还需提前三十天书面通知或者额外支付劳动者一个月工资，并满足禁止解除的反向限制（《劳动合同法》第四十二条）、支付经济补偿金（《劳动合同法》第四十六条）等一系列条件。

本案中，用人单位单方解除与李某劳动合同的做法明显不符合过失性和非过失性解除的法定条件，应属违法解除劳动合同。在《劳动合同法》的环境下，针对用人单位单方违法解除与自己劳动合同的行为，李某可以依照法律选择要求继续履行劳动合同，或者要求用人单位向自己支付赔偿金。《劳动合同法》对于用人单位违法解除劳动合同时所支付的赔偿金标准为经济补偿金的两倍，这大大加重了用人单位违法解除的法律责任，从而使得劳动者的权利能得到更充分的保护。



【法条链接】

《中华人民共和国劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；