



HR

大律师

劳动争议仲裁诉讼实战



游本春 林 燕 卓家鹏 / 主编

劳动争议请求如何确定？劳动官司怎么打？仲裁诉讼如何衔接？

答案尽在其中，一本高效快捷办理劳动争议案件的超全实务用书

杨兴艺



李娜



董珈利



葛伟栋



陈锐



何志霞



吕善红



赵金



李长先



范红枫



刘祖雷



洪斓珊



法律出版社 | LAW PRESS



HR

大律师

劳动争议仲裁诉讼实战



游本春 林 燕 卓家鹏 / 主编



法律出版社 | LAW PRESS

北京

图书在版编目(CIP)数据

HR 大律师：劳动争议仲裁诉讼实战 / 游本春, 林燕,
卓家鹏主编. -- 北京: 法律出版社, 2022

ISBN 978 - 7 - 5197 - 6893 - 5

I. ①H… II. ①游… ②林… ③卓… III. ①劳动争
议—仲裁—中国②劳动争议—诉讼—中国 IV.

①D922.591

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2022)第 122955 号

HR 大律师:劳动争议仲裁诉讼实战
HR DALÜSHI: LAODONG ZHENGYI
ZHONGCAI SUSONG SHIZHAN

游本春 林 燕 卓家鹏 主编

责任编辑 冯雨春 张 颖
装帧设计 汪奇峰 鲍龙升

出版发行 法律出版社

编辑统筹 法律应用出版分社

责任校对 王晓萍

责任印制 刘晓伟

经 销 新华书店

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 20 字数 336 千

版本 2022 年 8 月第 1 版

印次 2022 年 8 月第 1 次印刷

印刷 天津嘉恒印务有限公司

地址: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

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349

客服电话:010-83938350

咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 6893 - 5

定价:79.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

编 委 会

主 编

游本春 林 燕 卓家鹏

副主编

杨兴艺 李 娜 董珈利 葛伟栋
陈 锐 何志霞 吕善红 赵 金
李长先 范红枫 刘祖雷 洪斓珊

编 委

朱 华 任宗林 柳洪强 刘 洋
方志新 嵇小函 李 群 李 光
叶赛霞 刘晓娟 余 扬

序 言

处理劳动争议案件简单吗？

实践中,申请劳动仲裁的一方一般是劳动者。有人认为,裁判者会倾斜保护劳动者,所以代理劳动者的案件是所有民事案件中最简单的。其实不然,或是对法律适用理解有误,或是不能完成举证责任,或是对仲裁、诉讼程序的不重视,劳动者败诉的案件比比皆是。

当然也有用人单位作为申请人的情形。比如主张劳动者赔偿损失、支付违反服务期约定的违约金、支付违反竞业限制义务的违约金等。

产生劳动纠纷以后,申请劳动仲裁一定是最好的选择吗?当然不是,如果通过申请劳动仲裁解决纠纷的成本高于收益,那么申请劳动仲裁是不经济的。所以,在申请劳动仲裁以前,全面评估仲裁、诉讼成本,案件风险与收益是很有必要的。

那仲裁、诉讼的成本有什么呢?首先,是支付给人民法院的案件受理费,一般是10元,甚至不收费,可以忽略不计。其次,是支付给律师的律师费。如果不委托律师代理,则要考虑自行参加仲裁、诉讼活动的成本,主要包括时间成本以及差旅成本。影响时间成本的因素包括仲裁、诉讼程序以及掌握专业知识的效率;影响差旅成本的因素主要是受理案件的仲裁院、法院,确定管辖仲裁院、法院后才能更准确地评估差旅成本。而有的案件中,有管辖权的仲裁院、法院不止一个,于是就出现了用人单位一方与劳动者一方“抢管辖”的情形。

如何评估案件风险与收益呢?

首先是收益。要评估收益,就需要我们根据案件具体情况,确定己方可以提出哪些权利主张,以及这些权利体现为赔偿或补偿时,金额如何计算。劳动争议案件不同于其他民事案件,其他民事案件事实尽管复杂,但一个案件中,法律关系一般比较明显,权利义务关系相对简单,诉讼请求数量不多,不容易被遗漏。而在劳动争议案件中,权利义务关系内容比较多,如订立书面劳动合同、试用期、劳动报酬、社会保险、休息休假、劳动合同的解除与终止等,劳动者可以提出的请求自然也多,且不同请求之间的关联性不大,故处理劳动争议案件容易遗漏请求。

▲ HR 大律师:劳动争议仲裁诉讼实战

其次是风险。确定请求时,我们要考虑法律依据、事实依据,检索风险点以及对对方可能提出的抗辩。抗辩分为没有法律依据的抗辩,没有事实依据的抗辩,仲裁时效期间经过的抗辩以及其他抗辩。这些都是仲裁或诉讼的风险。

此外,劳动争议案件在司法实务中争议点多,地域性强;同一案件事实,不同的观点会得出不同的结论。比如,因劳动者拒绝订立书面劳动合同导致双方未订立书面劳动合同,用人单位是否应当按照《劳动合同法》第八十二条第一款的规定支付二倍工资?又如,人事经理等负责代表用人单位的劳动者未与用人单位订立书面劳动合同,用人单位是否应当按照《劳动合同法》第八十二条第一款的规定支付二倍工资?只有掌握司法实务中对适用法律的不同观点,才不至于遗漏案件风险点。

“打官司就是打证据”,举证不能是所有案件都不能忽略的风险点。一方请求所依据的案件事实能不能有证据加以证明,举证责任如何分配,证据是否具有证据能力,证据的证明力大小都是影响案件结果的因素。

编写本书的初衷是帮助读者更好地处理劳动争议案件。劳动争议案件的程序,劳动争议案件中的请求,请求的计算,针对请求的抗辩以及举证等问题都在本书中有详细的介绍。从案件评估到申请劳动仲裁,再到诉讼;从请求到抗辩,一步一步教你处理劳动争议案件。

本书分为程序篇和实体篇两个部分。程序篇介绍处理劳动争议案件的程序问题,内容包括申请劳动仲裁前的准备工作、仲裁立案、仲裁管辖、仲裁处理程序、仲裁结果、诉讼程序以及仲裁与诉讼之间的衔接。实体篇介绍处理劳动争议案件的实体问题,又分为总论和分论:总论对处理实体问题的逻辑结构进行介绍;分论针对具体的请求,按照总论的逻辑结构,对请求的构成要件、计算、抗辩以及举证等分别进行介绍。

另外,本书还有案例部分。针对每个请求,作者通过裁判文书网寻找了至少一个密切相关的案例供读者参考,并在案例后做了案例分析。

相信读者通过阅读本书,可以学习到处理劳动争议案件的思路和方法,对如何处理劳动争议案件也会有一个系统的认识。

目 录

程序篇

第一章 劳动争议的处理方式	3
一、自行和解	3
二、第三方调解	3
三、劳动保障监察	3
四、劳动仲裁	4
第二章 劳动仲裁	5
一、申请劳动仲裁前的准备工作	5
二、申请劳动仲裁	8
三、劳动仲裁程序	12
四、仲裁处理	16
五、回避	18
六、送达	18
七、仲裁审理期限	19
第三章 诉讼	20
一、要不要起诉	20
二、诉讼立案	21
三、关于终局裁决	29

总 论

第四章 劳动争议案件的处理	37
一、仲裁、诉讼案件的处理思路	37
二、事实认定与适用法律	37
第五章 请求与抗辩	40
一、请求	40
二、抗辩	41
第六章 劳动争议案件中的举证	43
一、待证事实	43
二、举证责任分配	43
三、举证要求	44

分 论

第七章 确认劳动关系	46
一、认定存在劳动关系的构成要件	46
二、对确认劳动关系请求的抗辩	47
三、请求确认存在劳动关系的举证	70
第八章 工资报酬	72
一、劳动报酬	72
二、加班费	78
三、年休假工资报酬	98
第九章 赔偿金	110
一、加付赔偿金	110
二、因未订立书面劳动合同的二倍工资差额	113
三、因未订立无固定期限劳动合同的二倍工资差额	137
四、因违法约定试用期的赔偿金	144
第十章 解除(终止)劳动合同的责任	154
一、因解除(终止)劳动合同的经济补偿	154
二、代通知金	172
三、因违法解除(终止)劳动合同的赔偿金	175
四、以劳动者在试用期间被证明不符合录用条件为由解除劳动	

合同	199
五、以劳动者严重违反用人单位的规章制度为由解除劳动合同	205
六、以劳动者严重失职、营私舞弊,给用人单位造成重大损害为由解除劳动合同	213
七、以劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正为由解除劳动合同	217
八、以劳动合同无效为由解除劳动合同	220
九、以劳动者被依法追究刑事责任为由解除劳动合同	223
十、以劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作为由解除劳动合同	228
十一、以劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作为由解除劳动合同	233
十二、以劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议为由解除劳动合同	237
十三、经济性裁员	242
十四、因劳动者违法解除劳动合同造成的损失	250
第十一章 保密与竞业限制	261
一、因违反保密义务的法律責任	261
二、竞业限制经济补偿	268
三、因解除竞业限制约定的经济补偿	276
四、因违反竞业限制义务的违约金	281
第十二章 服务期与社会保险待遇	294
一、因违反服务期约定的违约金	294
二、社会保险待遇损失	303



程序篇

第一章 劳动争议的处理方式

发生劳动争议以后,解决劳动争议的方式主要包括自行和解、第三方调解、劳动保障监察以及劳动仲裁四种。

一、自行和解

《劳动争议调解仲裁法》第四条规定,发生劳动争议,劳动者可以与用人单位协商,也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商,达成和解协议。和解是指用人单位与劳动者双方在平等、自愿的基础上就解决双方之间的纠纷达成一致意见,自行解决争议的一种方式。相较其他处理办法,和解更加和谐,成本也更低。

二、第三方调解

《劳动争议调解仲裁法》第五条规定,发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解。调解是指在第三方的主持下,双方当事人通过自愿协商,达成协议以解决争议的一种方式。调解与和解均需要当事人双方自愿达成一致意见,如不能达成一致意见,则争议只能通过其他方式解决。

三、劳动保障监察

《劳动保障监察条例》第九条规定,任何组织或者个人对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为,有权向劳动保障行政部门举报。劳动者认为用人单位侵犯其劳动保障合法权益的,有权向劳动保障行政部门投诉。劳动保障监察是劳动保障行政机关依法对有劳动关系的用人单位、劳动者或其他社会组织遵守劳动保障法律法规的情况进行监督检查,发现和纠正违法行为,并对违法行为依法进行行政处罚或行政处分的行政执法活动。劳动保障监察属于行政执法活动,对用人单位存在的违法行为依法进行处罚,一般不处理用人单位与劳动者之间的纠纷。但劳动者可以通过向劳动保障行政部门举报、投诉的方式,促使用人与劳动者达成和

解或者帮助劳动者收集、固定对劳动者有利的证据。需要注意的是,劳动者的一些权利主张有必要先向劳动保障行政部门举报、投诉,如劳动者主张用人单位支付加付赔偿金的,前提条件是劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿;又如,劳动者主张用人单位赔偿社会保险待遇损失的,需要提供证据证明社会保险经办机构不能补办相关的社会保险手续。

四、劳动仲裁

《劳动争议调解仲裁法》第五条规定,发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除《劳动争议调解仲裁法》另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。劳动仲裁是劳动人事争议仲裁院依用人单位或劳动者的申请,对双方的劳动争议依法进行调解、裁决的活动。劳动仲裁与自行和解、第三方调解不同,劳动仲裁是司法活动,申请劳动仲裁以后,双方当事人如不能就解决争议达成一致意见的,劳动人事争议仲裁院必须依法对相关事项进行裁决,但通过申请劳动仲裁解决争议的成本更高。

本书主要讲解当事人不能就解决争议达成一致意见的情形,故之后的内容不再对自行和解、第三方调解以及劳动保障监察进行讲解。

作者简介



游本春

硕士研究生导师,盈科全国劳动与社会保障专业委员会副主任,北京盈科(昆明)律师事务所高级合伙人、劳动人事部主任,风控猫劳动用工法律体检平台、风控狮劳动用工法律管控平台、正胜法律讲堂、法叮律师智慧办案平台创始人。专业领域:劳动争议、劳动用工法律风险与合规管理专项。

第二章 劳动仲裁

本书所称“劳动争议案件”是指发生劳动纠纷以后,用人单位与劳动者不能协商一致解决纠纷,一方提起仲裁或诉讼的情形。

一、申请劳动仲裁前的准备工作

申请劳动仲裁前的工作主要包括两个方面的内容:一方面,确定是否要申请劳动仲裁;另一方面,确定申请劳动仲裁以后,提前收集、固定证据。

(一)确定是否要申请劳动仲裁

确定是否要申请劳动仲裁主要看劳动仲裁的结果:一是通过仲裁、诉讼程序能够获得的收益;二是仲裁、诉讼的成本。当然,也可能存在其他的考量因素,如有的用人单位或者是劳动者仅仅是要讨个说法。

确定通过仲裁、诉讼程序能够获得的收益,需要对案件进行评估。案件评估即根据具体案件的实际情况,确定用人单位或者劳动者申请劳动仲裁可以提出的仲裁请求,并对具体仲裁请求所能主张的金额以及该仲裁请求是否能够得到仲裁机构、法院的支持等进行评估。

若用人单位未与劳动者订立书面劳动合同,劳动者欲申请劳动仲裁,对该案件进行评估应注意以下几点:

首先,根据用人单位未与劳动者订立书面劳动合同这一案件事实初步确定劳动者可以请求用人单位支付因未订立书面劳动合同的二倍工资差额。

其次,对可以主张的二倍工资差额的金额进行计算。那就需要确定用人单位应当支付二倍工资的时间段以及计算二倍工资差额的工资基数。

最后,对二倍工资的请求是否能够得到支持或者是否能够得到完全支持进行风险评估,主要从两个方面进行评估。一方面,是否有证据证明满足用人单位应当支付二倍工资的构成要件;另一方面,用人单位是否能够进行有效抗辩,抗辩主要包括没有法律依据的抗辩、没有事实依据的抗辩、仲裁时效期间经过的抗辩以及主

张金额计算错误的抗辩等。

关于仲裁、诉讼的成本,一个是时间、精力成本,另一个是经济成本。时间、精力成本难以评估,故本书主要讨论如何对经济成本进行评估。经济成本主要包括案件受理费、律师费、差旅费以及其他费用等。

1. 案件受理费,劳动仲裁不收取案件受理费。诉讼阶段,一审、二审按件收取案件受理费,标准为人民币 10 元,有的法院甚至不收取案件受理费。因此,案件受理费成本可以忽略不计。

2. 律师费,委托律师作为代理人申请劳动仲裁、参加诉讼,可以节约很多时间、精力成本,但需要支付律师费,律师费由双方协商确定。需要注意的是,律师费的收费标准与案件的难易程度以及代理程序的多少有关,一般是按阶段收费,劳动仲裁、一审、二审分别收取律师费。在对律师费成本进行评估时,结合案件请求,评估案件是否属于一裁终局的情形,仲裁裁决有三种可能性:(1)全部属于终局裁决;(2)全部属于非终局裁决;(3)部分属于终局裁决,部分属于非终局裁决。

关于终局裁决的内容见本书的第三章。

3. 差旅费,在确定差旅费时着重考虑管辖的问题。劳动争议案件可能涉及仲裁和诉讼两个阶段,仲裁有关于仲裁管辖的规定,诉讼有关于诉讼管辖的规定,二者都要考虑。

关于仲裁管辖,根据《劳动争议调解仲裁法》第二十一条的规定,劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的,由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。但《劳动人事争议仲裁办案规则》对此进行了不同的规定,即双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的仲裁委员会申请仲裁的,由劳动合同履行地的仲裁委员会管辖。有多个劳动合同履行地的,由最先受理的仲裁委员会管辖。劳动合同履行地不明确的,由用人单位所在地的仲裁委员会管辖。另外,有的地方的仲裁院还有级别管辖。如昆明市劳动人事争议仲裁院管辖十人以上的集体仲裁案件;云南省劳动人事争议仲裁院管辖以下案件:(1)中直、省直驻昆实施公务员法的机关与聘任制公务员、参照公务员法管理的机关(单位)与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议,以及与劳动者之间发生的劳动争议;(2)中央、省直驻昆的事业单位、社会团体与劳动者(工作人员)之间发生的劳动人事争议;(3)军队驻滇军级以上聘用单位与文职人员之间发生的人事争议;(4)中央驻昆的企业与劳动者之间发生的劳动争议;(5)在云南省工商行政管理局登记注册且注册资本在 1000 万元人民币(或 200 万美元)及以上的驻昆企

业等组织与劳动者之间发生的劳动争议;(6)在云南省民政厅登记注册的驻昆社会组织(社会团体、民办非企业单位和基金会)与劳动者之间发生的劳动争议;(7)外省企业等组织在昆与劳动者之间发生的劳动争议;(8)省人力资源和社会保障厅认为应当受理的其他相关案件。

关于诉讼管辖,《民事诉讼法》及相关的司法解释没有明确劳动争议案件的地域管辖,但最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释〔2020〕26号)对此进行了规定,即劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。另外,《2015年全国民事审判工作会议纪要》第五十六条还对劳动争议案件的管辖问题进行了补充说明,即劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位或者用工单位所在地的基层人民法院管辖。劳动人事仲裁机构作出裁决后,当事人双方分别向劳动合同履行地和用人单位或者用工单位所在地基层人民法院起诉,一同受理立案的,由劳动合同履行地的基层人民法院管辖,先后分别受理立案的,由后受理立案的基层人民法院将案件移送到先受理立案的基层人民法院。

关于诉讼管辖的问题,当劳动合同履行地与用人单位所在地不一致时,一定要注意以下几个问题:

(1)欲在劳动合同履行地仲裁、诉讼的,是否有证据证明劳动合同履行地在某一个县、区。实践中常出现的情形是仲裁以后到法院立案时,因不能证明劳动合同履行地在某一个具体的县、区,导致法院以不属于本院管辖为由不予受理。

(2)无论仲裁结果是否理想,一定要第一时间到法院立案。如果对仲裁裁决结果满意,且对方未在法定期限内起诉,再撤回起诉。劳动合同履行地与用人单位所在地不一致时,享有管辖权的法院不止一个,申请人和被申请人都会选择向对自己有利的法院起诉。如考虑到诉讼成本,法院对争议问题的处理观点不同等。这就要求当事人事先做好准备,包括起诉的材料、起诉的理由等。起诉的材料如仲裁裁决书的送达回证等要第一时间准备好;起诉的理由是对仲裁结果不服,因此得有不服的理由。若申请人的所有请求都得到了支持,再去起诉难免尴尬,申请仲裁时不妨将仲裁请求中主张的金额定高一些。

4. 其他费用,如调查取证费等费用主要是公证费等。

(二)收集、固定证据

打官司主要是打证据,收集、固定证据需要注意一定的时机。在确定要申请劳动仲裁之前要对申请人能够提供的证据进行评估,证据充分的,组织证据;证据不

充分的,及时收集、固定证据补强。可以采取录音、录像、公证、书面通知、向劳动监察投诉等方式。

例如,用人单位存在《劳动合同法》第三十八条规定的行为,劳动者欲主张因解除劳动合同的经济补偿。用人单位支付经济补偿的前提是劳动合同已经解除,因此在申请劳动仲裁之前,劳动者应当向用人单位作出解除劳动合同的意思表示。

二、申请劳动仲裁

(一)准备仲裁申请书

根据《劳动争议调解仲裁法》第二十八条的规定,申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请,并按照被申请人人数提交副本。仲裁申请书应当载明下列事项:第一,劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所,用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;第二,仲裁请求和所根据的事实、理由;第三,证据和证据来源、证人姓名和住所。实际上,仲裁申请书中只要列明申请人、被申请人的身份信息,仲裁请求以及事实与理由即可,证据和证据来源、证人姓名和住所,可单独制作证据清单。仲裁院受理案件以后会将仲裁申请书副本送达被申请人,在仲裁申请书中列明证据和证据来源、证人姓名和住所的,可能对申请人不利。另外,《劳动人事争议仲裁办案规则》第二十九条规定,书写仲裁申请确有困难的,可以口头申请,由仲裁委员会记入笔录,经申请人签名、盖章或者捺印确认。

1. 关于当事人信息,除了一定要填写准确以外,还要注意的问题是选择“谁”作为当事人。

用人单位作为申请人申请仲裁时,一般情况下将劳动者作为被申请人即可,如存在其他单位共同侵权的情形的,可以将其他单位作为共同被申请人。如《劳动合同法》第九十一条规定的情形,用人单位发现劳动者被其他单位招用,给本单位造成损失的,可以将劳动者和招用该劳动者的用人单位作为共同的被申请人,要求承担连带赔偿责任。

劳动者作为被申请人时,如不存在用人单位或者存在多家用人单位,就要特别注意选择被申请人了。

(1)不存在用人单位的情形。《劳动人事争议仲裁办案规则》第六条规定,发生争议的用人单位未办理营业执照、被吊销营业执照、营业执照到期继续经营、被责令关闭、被撤销以及用人单位解散、歇业,不能承担相关责任的,应当将用人单位和其出资人、开办单位或者主管部门作为共同当事人。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第二十九条也规定,劳动者与未办理营业执