



LABOR CONTRACT DISPUTES
JUDICIAL OPINIONS AND APPLICATION RULES

劳动合同纠纷 裁判精要与规则适用

王林清 杨心忠 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LABOR CONTRACT DISPUTES
JUDICIAL OPINIONS AND APPLICATION RULES

劳动合同纠纷 裁判精要与规则适用

王林清 杨心忠 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同纠纷裁判精要与规则适用/王林清,杨心忠著. —北京:北京大学出版社,2014.10

(法官裁判智慧丛书)

ISBN 978-7-301-24845-4

I. ①劳… II. ①王… ②杨… III. ①劳动合同—合同纠纷—处理—中国

IV. ①D922.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第221396号

书 名: 劳动合同纠纷裁判精要与规则适用

著作责任者: 王林清 杨心忠 著

丛书策划: 陆建华

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978-7-301-24845-4/D·3676

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 31.75印张 622千字

2014年10月第1版 2014年10月第1次印刷

定 价: 85.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

出版说明

中国特色社会主义法律体系已经形成,这一体系中的各种法律规范对于确保公民权利义务的正确行使和国家机构正常运行起着不可替代的作用。中国特色的法律体系是以中国国情为出发点和落脚点的。中国共产党的领导和社会主义初级阶段这两大基本国情,决定了我国的法律体系在内容和作用上都不同于西方国家,不能用西方国家的法律体系来套中国的法律。我国的法律适用主要是以成文法为根据,但是成文法毕竟有其滞后性,不能适应经济社会需求的迅速变化。在法制发展的过程中,法官的自由裁量权愈加受到重视,案例的作用日益凸显,在实践中,法律规范条文与案例的互补得到了广泛认可。

由此,2010年,最高人民法院正式确立了案例指导制度,以达到总结审判经验、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正的目标。最高人民法院发布的案例是用以指导全国法院的审判、执行工作的,指导性案例发布后,各级人民法院审判类似案件时应当参照适用。而此前,各地已有运用典型案例指导当地审判工作的丰富实践与经验。

案例在审判实践中应当如何运用?最为重要的是使用何种逻辑思维方法才能得出合法的结论?我们认为,应以演绎推理为主,归纳法和演绎法相互补充,即在查明案件事实后,寻找法律之前,先要寻找有关指导案例或典

型案例,通过对这些案例的归纳,帮助法官理清思路,进而发现据以适用的法律。无论是最高人民法院发布的指导性案例抑或各地在实践中收集整理典型案例,都凝聚了法官的智慧和经验,而大量法官的集体智慧和经验,明显要比传统裁判方法所依据的法官个人智慧,更能确保法律适用的统一。

就人民法院的民商事裁判工作而言,我们所能做也应当做的,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。本书的选题策划也可以看做是对这种努力的一种实际回应,旨在为法院审理相应纠纷和当事人、律师进行诉讼提供基本指南,从大量的案件裁判中选择具有典型意义的,提炼分析其中的裁判精要和裁判规则,为法官在审理类似案件时提供更为简练明晰的参酌。这无疑是提高审判质量和效率的重要途径。

本书的特点如下:

第一,编排科学、合理。本书并不是依据纠纷对应的立法章目泛泛而谈,而是根据最高人民法院《民事案件案由规定》,以专题形式分类阐述。

第二,内容丰富、务实。本书以理论为经纬,以实践为脉络,通过对纷繁复杂的诉讼中的大量疑难问题进行高度凝练和归纳演绎,富有创意地剖析明理,富有新意地解惑释疑,从而清晰地展现理论框架,系统地刻画实践纹理,以达到实践丰富理论,理论指导实践的良性互动,提升司法应对现实的能力。

第三,重点突出、得当。本书由“裁判精要”“规则适用”构成基本框架。

“裁判精要”,通过对诉讼中大量疑难问题的收集、研究成果的归纳和解决方法的分析,总结和提炼了解决纠纷的裁判思路。

“规则适用”,是对各级法院典型案例中提炼的裁判规则的理解与适用,其以“规则”为题,并在“规则”下设【规则解读】【案件审理要览】【规则适用】三个栏目。

“规则”部分集中体现了案例的核心内容,有助于准确把握案例的要义。

【规则解读】是建立在提炼规则基础上的解读。裁判规则一般是非特定、非个体的,对法官在同类案件中认定事实、适用法律具有启发、引导、规范和参考作用。这些内容不能直接援引,但完全可以在裁判文书的说理中展现,作为法官裁判、当事人或律师法庭辩论的理由。

【案件审理要览】通过对代表性的案例进行加工整理,将裁判结果更清晰、准确、权威地展现。

【规则适用】结合【规则解读】进行深入分析,也是对前文“裁判精要”的呼应。

在写作过程中,我们参考和引用了司法实务界一些专家法官的著述内容,以及理论界专家学者的研究成果或评述,对此表示衷心感谢。需要说明的是,尽管作者们做出了很大努力,但囿于写作时间有限、作者水平所限,不完善和错误之处

在所难免,希望广大读者能够客观审慎地加以对待,不吝批评指正。若读者发现本书有错漏之处,请发信至 66xyz88@163.com,以待再版时及时修正。

北京大学出版社蒋浩先生、陆建华先生和责任编辑为本书的编排、设计、装帧、出版付出了辛勤劳动,特致谢忱。

作者

2014年9月

目 录

第一部分 劳动合同纠纷裁判精要

劳动关系确认编

第一章	劳动关系确认裁判精要	003
第二章	事实和双重劳动关系认定裁判精要	029

劳动合同履行编

第三章	劳动合同效力裁判精要	039
第四章	劳动合同期限裁判精要	056
第五章	无固定期限劳动合同裁判精要	066
第六章	劳动合同试用期裁判精要	080
第七章	劳动合同服务期裁判精要	095
第八章	非全日制用工裁判精要	103
第九章	集体合同裁判精要	108
第十章	劳务派遣裁判精要	116
第十一章	竞业限制裁判精要	126

劳动合同变更、解除与终止编

第十二章	劳动合同变更裁判精要	149
------	------------------	-----

002 劳动合同纠纷裁判精要与规则适用

第十三章 劳动合同解除裁判精要	163
第十四章 劳动合同终止裁判精要	186

劳动合同报酬与补偿编

第十五章 劳动合同报酬裁判精要	193
第十六章 经济补偿金裁判精要	225

工伤事故赔偿与劳动争议处理编

第十七章 工伤事故赔偿裁判精要	243
第十八章 劳动争议处理裁判精要	277

第二部分 劳动合同纠纷裁判规则适用

第十九章 劳动关系确认相关纠纷的裁判规则适用	301
第二十章 劳动合同履行相关纠纷的裁判规则适用	328
第二十一章 劳动合同变更、解除与终止相关纠纷的裁判规则适用	348
第二十二章 劳动合同报酬与补偿相关纠纷的裁判规则适用	368
第二十三章 工伤与劳动争议处理相关纠纷的裁判规则适用	385

第三部分 劳动合同纠纷常用规范性法律文件

中华人民共和国劳动合同法	437
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	452
中华人民共和国劳动合同法实施条例	460
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释	466
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)	470
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)	473
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)	476

详 目

第一部分 劳动合同纠纷裁判精要

劳动关系确认编

第一章 劳动关系确认裁判精要	003
一、劳动关系与雇佣关系的区别	003
二、劳动关系与劳务关系的区别	004
三、自然人是否可以作为用人单位	005
四、农民工是否适用《劳动合同法》	006
五、用人单位的分支机构是否属于《劳动合同法》中所称的用人单位	007
六、外派劳务企业与劳务人员发生的争议,是否属于劳动争议	008
七、出租汽车司机和出租汽车公司之间的纠纷是否属于劳动争议	009
八、已经依法享受社会保险待遇或领取退休金的人员,能否与其他 用人单位建立劳动关系	010
九、对已达退休年龄但未依法享有基本养老保险待遇或领取退休金 的人员,与用人单位的用人关系应如何认定	011
十、劳动合同期满后临近退休年龄的劳动者可否再订立劳动合同	012
十一、外国人、中国台湾、香港和澳门地区居民在中国内地就业的劳动 关系应当如何认定;外国企业常驻代表机构、港澳台地区企业 未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员,应当如何处理	013
十二、如果外国专家男性达到 60 岁、女性达到 50 岁或者已在所在国 领取养老金,与用人单位建立用工关系是否还按劳动关系	

进行处理	013
十三、目前建筑行业中存在大量的个人承包施工队直接雇用人员的情况,应如何认定双方之间的关系;发包组织、总承包者是否应与个人承包经营者与招用的劳动者承担连带赔偿责任	014
十四、不具备合法经营资格的用人单位与其受雇人员之间的关系如何认定	015
十五、董事与公司之间的关系是否是劳动关系	018
十六、破产清算组与其聘用人员是否形成劳动关系	019
十七、“长期两不找”的劳动关系是否应当解除	021
十八、人事档案纠纷是否属于劳动争议	021
十九、因设立中的公司用工行为发生的争议是不是劳动争议	023
二十、设立中的公司聘用劳动者,公司成立后能否自动形成劳动关系?	025
二十一、如何认定关联公司中的劳动关系	027
二十二、复转军人与安置单位之间就安置问题发生的纠纷是否属于劳动争议	028
第二章 事实和双重劳动关系认定裁判精要	029
一、事实劳动关系的界定	029
二、双重劳动关系的界定	030
三、劳动人事争议仲裁委员会是否应当受理事实劳动关系争议	030
四、司法实践中如何认定事实劳动关系的存在?	031
五、如何理解双重劳动关系而形成的事实劳动关系	032
六、企业停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员等,因与新的用人单位发生用工争议,如何确定用工关系	033
七、挂名劳动者能否与用人单位成立事实劳动关系	035
八、事实劳动关系是解除还是终止	035
九、事实劳动关系终止,是否支付经济补偿金	037
劳动合同履行编	
第三章 劳动合同效力裁判精要	039
一、瑕疵劳动合同的效力认定	039
二、劳动合同约定用人单位在劳动合同履行过程中从劳动者工资中提取风险抵押金是否有效	042

三、代签劳动合同的效力认定	043
四、用人单位与未成年人签订劳动合同的效力认定	045
五、用人单位与大四学生签订劳动合同的效力认定	046
六、劳动者持虚假文凭应聘是否必然导致劳动合同无效	047
七、劳动招聘广告是否具有法律约束力	049
八、《高校毕业生就业协议书》是否具有劳动合同的效力	049
九、劳动者在应聘过程中未履行如实说明义务是否必然构成欺诈	050
十、“停薪留职”期间约定由职工自行缴纳社会保险是否有效	053
第四章 劳动合同期限裁判精要	056
一、当事人在劳动合同中没有约定合同期限的应如何处理	056
二、对劳动者与用人单位续签了固定期限劳动合同后,劳动者 要求变更为无固定期限劳动合同的,应当如何处理	057
三、因劳动者的原因未与用人单位签订劳动合同的,用人 单位应否支付双倍工资	058
四、补签劳动合同是否应支付双倍工资	058
五、人力资源经理未签订书面劳动合同是否适用双倍工资 罚则	059
六、劳动合同期满后继续工作而未续签劳动合同的法律后果	060
七、劳动合同法定顺延是否需要续签,劳动者能否主张 双倍工资	063
八、用人单位延长劳动合同期限能否视为提高劳动合同 约定条件	064
第五章 无固定期限劳动合同裁判精要	066
一、劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的,可以订立 无固定期限合同中“连续”的认定	066
二、劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的,可以订立 无固定期限合同中“该用人单位”的认定	067
三、劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的,可以订立 无固定期限合同中“满 10 年”的认定	067
四、外商投资企业的职工、临时工、农民工在续签劳动 合同时,是否有权要求签订无固定期限劳动合同	068
五、符合条件的劳动者提出与用人单位签订无固定期限劳动合同, 用人单位不予签订,劳动者向法院起诉请求判令其与 用人单位签订无固定期限劳动合同的,法院能否	

判决用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同	069
六、符合条件的劳动者向人民法院提起与用人单位存在无固定期限 劳动合同关系的确认之诉,但未诉求用人单位支付两倍 的月工资,法院能否直接判决用人单位每月支付两倍工资	070
七、司法实践中向劳动者每月支付两倍工资的起算点应当如何计算	071
八、如果双方已经订立了两次固定期限合同,第二次合同到期后, 用人单位是否还有终止合同的权利?	072
九、劳动者在同一系统内由某一地区被调至另一地区工作,劳动者 在要求签订无固定期限劳动合同时,在前一单位的工作时间是否应 计算为连续工作时间	073
十、如何理解《劳动合同法》第14条第2款第(一)项和第(二)项中 关于订立无固定期限劳动合同条件的关系	074
十一、劳务派遣关系中,是否可以签订无固定期限劳动合同	075
十二、用人单位发生合并或分立、改制时支付解除劳动关系经济补偿金 与否是否影响“连续工作时间”的判断	075
十三、事实劳动关系是否均需要满1年才能被推定为无固定期限劳动 合同	076
十四、劳动者符合订立无固定期限劳动合同的条件,用人单位与劳动者 只是续订固定期限劳动合同,劳动者事后反悔,能否要求用人单位 支付两倍工资	076
十五、法定顺延事由,致劳动者工作时间超过10年,劳动者能否要求签订 无固定期限劳动合同	077
十六、如何认识和理解未签订劳动合同应支付两倍工资问题	078
第六章 劳动合同试用期裁判精要	080
一、同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的认定	080
二、用人单位与劳动者口头约定试用期的效力认定	080
三、试用期条款无效情形的认定	081
四、试用期是否一定要安排在劳动合同期之首	082
五、劳动者在试用期间同时进入医疗期如何处理	083
六、未达到试用期法定最高限,是否可以延长试用期	084
七、试用期约定的服务期合同是否有效	084
八、实践中如何明确“试用期间不符合录用条件”	085
九、试用期怀孕能否解除劳动合同	086
十、续订劳动合同时,劳动者岗位发生变化是否可以约定试用期?	086

十一、劳动者在试用期内出现《劳动合同法》第 40 条第(一)项、第(二)项规定的法定情形时,用人单位解除劳动合同,是否还需要履行第 40 条规定的法定程序	088
十二、用人单位在员工试用期内解除劳动合同是否还需要向劳动者支付经济补偿	089
十三、用人单位进行经济性裁员时能否解除试用期劳动者的劳动合同	090
十四、试用期内发现职工患有精神病,单位可否解除劳动合同	091
十五、劳动者在试用期辞职应否赔偿用人单位培训费用	091
十六、试用期内用人单位是否需缴纳社会保险费	092
十七、试用期内劳动者解除劳动合同是否需要赔偿用人单位的招录费用	092
十八、劳动者试用期不合格能否延长试用期	093
十九、试用期满后,用人单位能否以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同	093
第七章 劳动合同服务期裁判精要	095
一、用人单位能否对享有住房、户口、专车等特殊待遇的劳动者约定服务期	095
二、培训合同约定的服务期限和劳动合同约定的服务期限不一致时以何者为准	097
三、实践中,对于劳动合同服务期培训费用及其违约责任应当如何确定	099
四、如何理解劳动合同服务期内用人单位提供的专项培训费用	100
五、用人单位放弃服务期能否要求劳动者赔偿	101
六、未明确约定服务期,劳动者主动辞职是否应当承担违约责任	101
第八章 非全日制用工裁判精要	103
一、非全日制用工的劳动者发生工伤与全日制用工的劳动者发生工伤是否有区别	103
二、非全日制用工的试用期如何认定	104
三、非全日制用工劳动报酬的认定	105
四、非全日制用工形式是否适用于劳务派遣	106
五、非全日制用工的劳动者是否享有婚假、产假、医疗期待遇	107
六、非全日制用工的劳动者转为全日制用工的劳动者,计算工龄时是否连续计算	107

第九章 集体合同裁判精要	108
一、集体合同与个人劳动合同部分条款内容发生冲突如何适用	108
二、用人单位制定规章制度和集体合同签订的差异	109
三、职工违反集体合同的处理和责任承担	110
四、集体合同签订后录用的新员工是否享有集体劳动合同的权利	111
五、工会起诉权的认定	112
六、个人劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准低于集体合同 标准时的效力认定	113
第十章 劳务派遣裁判精要	116
一、劳务派遣单位和用工单位各自承担的责任如何分配	116
二、被派遣劳动者与劳务派遣单位能否签订无固定期限劳动合同	117
三、被派遣劳动者同工同酬权的认定	119
四、竞业限制和服务期在劳务派遣中的适用	119
五、劳务派遣中劳动报酬支付主体的认定	120
六、被派遣劳动者能否自由辞职	122
七、被派遣劳动者擅自离职给用工单位造成损失,派遣单位是否 承担连带责任	123
八、在劳务派遣中,用工单位是否能够与被派遣劳动者约定 试用期	124
九、用工单位因经济性裁员,将派遣员工退回,劳务派遣单位能否 与员工解除劳动合同	124
第十一章 竞业限制裁判精要	126
一、竞业限制义务是否适用于在职期间的普通劳动者	126
二、未约定经济补偿金的竞业限制纠纷的具体处理	127
三、竞业限制期限约定超过两年的效力应如何认定	129
四、竞业限制补偿协议中如未约定经济补偿金和违约金,劳动者是否仍 需要履行竞业限制义务?如未约定经济补偿金,却约定了违约金, 劳动者未履行竞业限制义务或违反了竞业限制义务,用人单位主张 劳动者按约定支付违约金,是否支持	130
五、竞业限制经济补偿金的计算标准	131
六、劳动合同的解除对竞业限制条款效力的影响	133
七、劳动合同终止与竞业限制协议的效力关系	134
八、劳动合同解除后,竞业限制协议不因一方违约而无效	135

九、在劳动合同解决或者终止后,劳动者在因用人单位原因未取得竞业限制的对价经济补偿情形下,如何处理竞业限制约定条款	136
十、双方当事人对劳动者解除竞业限制约定的条件作出与《劳动争议司法解释(四)》第8条不同的规定时,应如何处理	137
十一、劳动者依据《劳动争议司法解释(四)》第8条解除竞业限制约定后,是否还可以请求用人单位支付拖欠的经济补偿	137
十二、竞业限制约定中没有约定经济补偿,但劳动者已经履行了竞业限制约定达到3个月以上但用人单位没有支付经济补偿,劳动者能否请求解除竞业限制约定	138
十三、在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议及在解除竞业限制协议时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者3个月的竞业限制经济补偿的,仲裁是否受理	138
十四、用人单位对竞业限制解除的效力认定	139
十五、劳动者违反竞业限制约定并支付违约金后,用人单位向人民法院起诉,要求劳动者继续履行竞业限制义务时,应如何处理	140
十六、在竞业限制纠纷中,原用人单位能否要求裁决新用人单位解除与劳动者的劳动关系	144
十七、竞业限制违约责任与侵权损害赔偿责任竞合时应如何处理	145
十八、如何正确区分用人单位的商业秘密和劳动者本人所具有的信息与能力?	145
十九、在竞业限制纠纷中,劳动者所在的新的用人单位是否应当承担责任?	146
二十、用人单位与劳动者能否在竞业限制协议中约定争议处理的程序?	147

劳动合同变更、解除与终止编

第十二章 劳动合同变更裁判精要	149
一、未采用书面形式变更劳动合同的效力认定	149
二、企业被租赁或者承包后签订劳动合同的用人单位的确定	150
三、在审判实践中如何把握合理尺度,处理合同变更纠纷,特别是工作岗位和工作地点的变更	150
四、企业变更后新设立企业未与劳动者签订劳动合同的情况下发生劳动争议的,是由原用人单位还是由新设立企业对劳动者承担“用人单位”的权利义务	152

五、企业变更后原劳动者的工龄是否延续,经济补偿金是否给付, 是否未给付职工经济补偿金,工龄就应该连续计算	153
六、用人单位能否依据合法制定的规章制度单方变更劳动 合同约定的内容	154
七、用人单位能否以劳动者拒绝调动工作为由解除劳动合同	154
八、用人单位能否转让劳动合同给其他企业	155
九、职务任免属于企业的自主权还是属于岗位调整	156
十、企业是否有权调整工资?	157
十一、公司解除高级管理人员职务是依据《公司法》还是《劳动 合同法》	157
十二、劳动者能否请人代为履行劳动合同	159
十三、劳动者不服工作地点调整,用人单位可否以违纪为由解除 劳动合同	159
十四、“孕期、产期、哺乳期”女工不胜任工作,用人单位可否 调整工作岗位	160
十五、民主测评结果能否作为评估标准调整劳动者工作岗位	161
第十三章 劳动合同解除裁判精要	163
一、劳动者履行提前 30 日解除劳动合同的通知义务	163
二、劳动者行使辞职权给用人单位造成损失的认定	163
三、用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费或者未及时足额支付 加班费的处理	164
四、劳动者解除劳动合同时是否都必须提前 30 日以书面形式通知 用人单位	165
五、用人单位单方解除劳动合同的尺度把握	165
六、用人单位可以解除劳动合同事由之“不能胜任工作”的认定	166
七、金融危机情形下劳动合同解除的适用	167
八、用人单位未依法定期预告解除劳动合同的效力认定	168
九、用人单位单方解除劳动合同应当事先征求工会意见的认定	169
十、用人单位解除劳动合同未通知工会的补正	170
十一、劳动者涉嫌刑事犯罪、被追究刑事责任、取保候审期间等 情形下解除劳动合同的认定	171
十二、用人单位不履行裁减人员优先权的责任认定	173
十三、用人单位对职工“除名”通知的送达认定	173
十四、劳动者被判无罪释放后,可否要求用人单位与其恢复劳动 关系?	174

十五、用人单位能否以劳动者“兼职”为由解除劳动合同	175
十六、女职工在劳动合同解除后发现合同解除前已经怀孕,能否 要求用人单位继续履行劳动合同?	175
十七、用人单位能否与患精神病的劳动者解除劳动合同	176
十八、企业买断员工工龄解除劳动合同的认定	177
十九、“末位淘汰”解除劳动合同的效力认定	178
二十、违法解除劳动合同的通知可否撤销	179
二十一、女职工在“孕期、产期、哺乳期”期间违纪能否 解除劳动合同	180
二十二、用人单位以公告形式解除劳动合同是否有效	181
二十三、用人单位单方解除劳动合同而未征求工会意见,劳动者 能否主张赔偿金	182
二十四、劳动者解除劳动合同理由不一致的后果认定	183
二十五、用人单位拒发高温津贴,劳动者能否解除劳动合同	184
第十四章 劳动合同终止裁判精要	186
一、用人单位与劳动者可否约定劳动合同的终止条件	186
二、达到退休年龄但无法享受基本养老保险待遇的劳动者 是否可以终止劳动合同	187
三、用人单位被吊销营业执照后与劳动者的劳动关系是否终止	187
四、因用人单位经营期限届满不再继续经营,导致劳动合同 不能继续履行,劳动者是按解除还是按终止劳动合同请求用人 单位支付经济补偿	188
五、劳动关系终止证明书能否对劳动者的职业能力、品行 等情况进行描述	189
六、达到法定退休年龄的劳动合同终止是否需要支付经济补偿	190
七、劳动合同期限届满的时间能否因法定休息日而顺延	191
八、“内退”在《劳动合同法》实施后是否应当予以取消	191

劳动合同报酬与补偿编

第十五章 劳动合同报酬裁判精要	193
一、不属于劳动报酬的劳动收入	193
二、对《劳动合同法》中关于劳动报酬规定的理解	195
三、提成式报酬的效力认定	197

四、劳动合同无效后劳动报酬应当如何支付	199
五、劳动者未完成规定的劳动任务时,用人单位可否向其 支付低于最低工资标准的工资	200
六、“加班”判断标准的认定	200
七、加班工资基数应当如何确定	201
八、加班事实的举证责任应当如何分担	202
九、计件工资制职工的加班费认定	204
十、公司经理等高级管理人员是否可以主张加班费	205
十一、用人单位拖欠工资,劳动者是否可以作为普通债务直接 向人民法院提起诉讼	206
十二、公司保安等特殊岗位的值班人员是否可以主张加班费	207
十三、用人单位安排劳动者休息日加班后又安排补休,劳动者 拒绝补休的,用人单位能否免除支付加班费的义务	207
十四、劳动报酬高于最低工资标准是否合法	208
十五、劳动者出庭作证,用人单位能否扣发工资	209
十六、产假工资如何发放	209
十七、职工死亡后,其亲属可否向用人单位追偿未签订劳动 合同的双倍工资差额	210
十八、未婚先育能否享受产假和生育保险待遇?	211
十九、劳动者双休日出差,用人单位应否支付两倍工资	212
二十、劳动者造成单位损失,用人单位能否直接扣发工资	213
二十一、用人单位参加了基本医疗保险是否可以不支付患病 职工的病假工资	213
二十二、计件工资制是否存在加班费	213
二十三、提前离职企业该不该支付年终奖	215
二十四、用人单位与患病员工解除合同应否给予医疗补助	216
二十五、月薪制是否还存在加班费	216
二十六、综合计时工作制下是否存在加班工资	218
二十七、职工自愿加班能否索要加班费	218
二十八、违法解除劳动合同决定被撤销后,劳动者主张违法解除 劳动合同期间的工资如何处理	219
二十九、未续订劳动合同支付两倍工资起止时间点的认定	220
三十、视为无固定期限劳动合同期间是否还需支付两倍工资	222
三十一、节假日“三倍工资”是否包含正常工资	223

第十六章 经济补偿金裁判精要	225
一、以完成一定工作任务为期限的劳动合同,用人单位解除时, 应按照什么标准支付补偿金	225
二、计算经济补偿时工作年限的确定	226
三、劳动者是否可以通过民事诉讼的途径向用人单位索要加付 赔偿金	227
四、用人单位与劳动者能否在劳动合同中约定具有违约责任 性质的经济补偿金	230
五、劳动合同期满终止,用人单位需要向劳动者支付经济 补偿的认定	231
六、离开公益岗位能否享受经济补偿	232
七、解除劳动合同约定的经济补偿金标准低于法定标准的 效力认定	232
八、用人单位与劳动者就一次性补偿所欠劳动者的工资、 加班费、经济补偿等签订补偿协议后,劳动者 又就超出补偿范围进行仲裁诉讼的如何处理	232
九、用人单位违法解除劳动合同的,劳动者能否同时主张违约金 和赔偿金	234
十、用人单位未及时足额支付加班费,劳动者因此辞职, 能否要求经济补偿	234
十一、用人单位的工会主席任期届满未换届,期间被解除劳动 合同,能否同时获得赔偿金和经济补偿金	235
十二、劳动者达到退休年龄而劳动合同终止,用人单位是否 需要支付经济补偿	237
十三、劳动者工作年限跨越2008年1月1日前后,用人单位和 劳动者不再续订劳动合同的,经济补偿如何计算	238
十四、一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金是否能与 经济补偿金兼得	239
十五、员工自愿放弃社会保险,劳动合同解除后能否再主张 经济补偿	239
十六、失业保险金能否折抵解除劳动合同的经济补偿金?	241
十七、劳动者在国外工作期间,由外国公司支付的劳动报酬 是否应作为计算经济补偿金的基数	241

工伤事故赔偿与劳动争议处理编

第十七章 工伤事故赔偿裁判精要	243
一、工伤认定机构在工伤认定活动中是否具有认定事实劳动关系的附属职权	243
二、工伤赔偿请求权与民事侵权请求权重叠时如何处理	244
三、在解除劳动合同一段时间后,用人单位第一次申请为原单位工伤职工工作伤残等级鉴定,用人单位应否支付一次性伤残就业补助金和医疗补助金?若支付,按终止或解除劳动合同前的工资标准还是按评残前的上年度社会平均工资计算	246
四、劳动者未进行工伤认定即向法院起诉要求用人单位支付工伤待遇的处理	247
五、劳动者以一般人身损害赔偿提起诉讼,用人单位以工伤为由进行抗辩的案件如何处理	248
六、工伤争议案件中的护理费、伙食补助费标准如何确定	248
七、工伤私了协议的效力认定	249
八、追索工伤医疗费裁决先予执行是否需要先经过工伤认定	252
九、计发两个一次性工伤待遇(工伤医疗补助金和伤残就业补助金)的时间点如何确定	253
十、劳动能力复查鉴定与劳动关系是否存在有无关系	254
十一、企业内部承包后职工发生工伤的责任主体认定	256
十二、用人单位与劳动者约定“因劳动者过失造成的工伤责任自负”是否有效	256
十三、工伤认定中的举证责任如何分配	257
十四、上下班途中受机动车伤害的能否认定为工伤	258
十五、2010年工伤应否适用新的工伤赔偿标准	259
十六、离退休人员在现工作单位工作时间内受伤是否适用《工伤保险条例》	260
十七、第三人侵权与工伤竞合,基金先行支付后追偿范围如何确定	261
十八、劳动者“串岗”受伤能否认定为工伤	262
十九、工伤认定是否是劳动争议诉讼案件的立案条件	263
二十、工伤职工严重违纪能否解除劳动合同以及能否获得“两金”	264
二十一、人民法院能否在案件审理中直接确认工伤	266
二十二、用人单位能否以商业保险来免除其承担的工伤保险补充赔偿责任	268

二十三、企业招工考核时发生伤亡事故的是否适用工伤保险法规处理	269
二十四、伤残鉴定和后续治疗费鉴定能否同时申请	269
二十五、下班搭载同事车辆回家发生交通事故,能否认定为工伤	271
二十六、职工下班途中驾驶摩托车自己摔倒是否属工伤	271
二十七、下班途中因工作原因遭遇暴力伤害应否认定为工伤	272
二十八、中止审理的工伤案件能否适用部分裁决	273
二十九、工伤后用人单位是否有权调岗降薪	274
三十、停工留薪期间如何确定	275
第十八章 劳动争议处理裁判精要	277
一、劳动争议案件仲裁请求与诉讼请求不一致如何处理	277
二、当事人双方不服劳动人事争议仲裁委员会作出的同一仲裁裁决,均向同一人民法院起诉的,双方当事人的诉讼地位如何确定	278
三、如何理解仲裁时效与诉讼时效的衔接	279
四、劳动人事争议仲裁委员会以无管辖权为由对劳动争议案件不予受理,当事人向人民法院提起诉讼的应如何处理	280
五、用人单位不服未载明仲裁裁决类型的裁决书向基层人民法院起诉的,应如何处理	281
六、用人单位认为仲裁裁决为终局裁决直接向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销该仲裁裁决的应如何处理	283
七、对劳动争议仲裁双方均不服提起诉讼后,一方又撤诉的,所撤诉的请求是否发生法律效力,可否申请执行	284
八、当事人对中级人民法院作出的撤销仲裁裁决或者驳回申请裁定不服,是否可以上诉或再审	285
九、一裁终局案件经劳动仲裁裁决后,劳动者向基层人民法院起诉,同时用人单位也向中级人民法院申请撤销裁决的,应当如何处理	288
十、先予执行后,被执行的一方当事人在仲裁中获得支持的如何处理	289
十一、对于用人单位请求撤销劳动争议仲裁裁决的申请,人民法院应当依照怎样的程序进行审查	289
十二、当事人在劳动争议仲裁程序中自行达成和解协议撤回仲裁申请后,由于一方未履行协议或者反悔,对方当事人能否就同一纠纷再次申请仲裁	290
十三、人民法院裁定不予执行仲裁调解书或者裁决书,当事人再次向劳动人事争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁的应如何处理	291

十四、劳动者申请执行与用人单位申请撤销仲裁裁决冲突的应如何处理	291
十五、劳动者申请执行仲裁裁决在先,用人单位不申请撤销仲裁裁决而是向法院直接申请不予执行的应如何处理	292
十六、用人单位申请撤销仲裁裁决被驳回后,能否再以相同理由申请不予执行	292
十七、诉讼程序中能否直接追加仲裁遗漏的当事人	293
十八、劳动仲裁认定事实的效力认定	294
十九、当事人能否在劳动合同中约定管辖	294
二十、劳动争议仲裁委员会按照劳动关系裁决的案件,法院认为不属于劳动关系的,应裁定不予受理(驳回起诉)还是判决驳回诉讼请求	296
二十一、不服仲裁裁决向法院起诉后又撤诉的,仲裁裁决是否有效	296
二十二、劳动争议委员会《不予受理通知书》中法律救济时间如何表述	297

第二部分 劳动合同纠纷裁判规则适用

第十九章 劳动关系确认相关纠纷的裁判规则适用	301
• 规则1 【劳动关系支配性】劳动给付行为受用人单位支配是劳动关系的实质要件。	301
• 规则2 【劳动关系隶属性】隶属性为劳动关系的本质属性,为确认劳动关系案件的审查重点。	303
• 规则3 【劳动关系唯一性】同一时期内,劳动者具有唯一劳动关系。	304
• 规则4 【挂靠劳动关系】挂靠车辆承包给他人的,实际驾驶员与被挂靠单位之间不构成劳动关系。	306
• 规则5 【准毕业生劳动关系】尚未获得学校颁发的毕业证书的准毕业生,以就业为目的与用人单位进行协商,并在双方平等自愿的基础上签订劳动合同,应当认定双方形成了劳动关系。	308
• 规则6 【借用实习协议】用人单位借用实习协议招工,如果实习生的身份不属于在校学生,不隶属于学校管理,与用人单位之间符合劳动关系的本质特征,应认定为劳动关系。	311

• 规则 7 【空壳劳动合同】只有上级主管部门批准书的“空壳劳动合同”不能认定劳动关系存在。·····	313
• 规则 8 【两不找劳动关系】在“长期两不找”劳动争议案件中,判断双方劳动关系是否成立的关键,是考察双方是否互相履行劳动权利义务·····	315
• 规则 9 【合同工与合同制工】合同工是临时工的别称,而合同制工人是在国家计划招工指标内实行劳动合同制的工人,二者不同。·····	317
• 规则 10 【保险代理与劳动关系】借用他人保险资格证从事保险业务的不能确认劳动关系。·····	319
• 规则 11 【包工头招用劳动者劳动关系】建筑施工企业与包工头招用的劳动者之间不存在劳动关系。·····	322
• 规则 12 【合伙与劳动关系】有限责任公司的合伙人不是劳动法意义上的劳动者,不受劳动类法律法规调整。·····	325
第二十章 劳动合同履行相关纠纷的裁判规则适用·····	328
• 规则 13 【教师资格与劳动合同】未取得教师资格的劳动合同无效。·····	328
• 规则 14 【劳动合同解释】对于当事人约定的无固定期限劳动合同条款存在争议时,应当通过合同解释的手段,获得体现当事人意思与法律价值判断、立法目的和利益衡量相统一的解释结论。·····	330
• 规则 15 【风险抵押金】向劳动者收取风险抵押金的行为无效。·····	334
• 规则 16 【法定事由顺延】因法定事由顺延劳动合同,使得劳动者在同一用人单位连续工作时间已满 10 年,如果劳动者提出订立劳动合同的,应当订立无固定期限劳动合同。·····	335
• 规则 17 【外派劳务】外派劳务只是一种外贸中介,经营公司和劳务人员之间并不直接形成劳动关系;而在劳务派遣关系中,派遣单位和劳动者之间形成劳动关系。·····	337
• 规则 18 【商业秘密】签订竞业限制协议应以劳动者知晓商业秘密为前提。·····	339
• 规则 19 【竞业禁止协议效力】竞业禁止协议是否合理有效,除审查是否为当事人的真实意思表示外,还必须综合考量是否存在特别保护之利益、是否会导致劳动者的生活陷入过度困境等各种因素。·····	341
• 规则 20 【经济补偿金与竞业限制】用人单位支付经济补偿金是竞业限制条款生效的条件。·····	344

第二十一章 劳动合同变更、解除与终止相关纠纷的裁判规则适用	348
• 规则 21 【工作调动】在调动工作地点时,不仅要考虑其合同基础,亦要考虑调动对劳动者工作条件、生活环境等影响,以衡量调动工作地点是否有效。	348
• 规则 22 【单方解除的撤销】依法单方解除劳动合同的通知到达劳动合同相对方后,不得撤销。	350
• 规则 23 【不辞而别】劳动者不辞而别,应推定其单方解除了与用人单位的劳动合同关系,且属于违法解除,给公司造成损失的,用人单位可以要求劳动者承担赔偿责任。	351
• 规则 24 【重大误解】当事人基于对劳动法律关系的错误认识所为民事行为的效果,应当结合产生错误认识的原因、所作意思表示的客观内容及意思表示产生的实际后果进行认定。	353
• 规则 25 【提前通知解除】劳动合同中提前两个月通知的约定有效。	356
• 规则 26 【等级考核与解除合同】劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次,不等同于“不能胜任工作”,不符合单方解除劳动合同的法定条件,用人单位不能据此单方解除劳动合同。	358
• 规则 27 【预告解除撤销】预告期内劳动者不得撤销辞职。	359
• 规则 28 【解除预告期的确定】《劳动合同法》第 37 条规定的预告期仅为解除权行使的程序,而非条件,提前通知未满 30 日仍产生解除效力。	361
• 规则 29 【原岗原薪】用人单位降低原劳动合同约定条件与劳动者签订无固定期限劳动合同,劳动者拒绝签订的,用人单位因此与劳动者终止劳动关系的行为违法。	364
第二十二章 劳动合同报酬与补偿相关纠纷的裁判规则适用	368
• 规则 30 【双倍工资】订立书面劳动合同是双方的法定责任和义务,劳动合同期满后,用人单位未与劳动者续订劳动合同的,应当支付双倍的工资。	368
• 规则 31 【两倍工资起算】《劳动合同法》实施前已建立劳动关系,判定用人单位支付两倍工资的起算时间,应自用工之日起满 1 个月的次日始。	370
• 规则 32 【扣发工资】用人单位无权以违反计生义务为由扣发工资。	372

• 规则 33 【试用期工资】劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的 80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。·····	374
• 规则 34 【双休日工作】综合计算工时工作制中双休日的工作不属于加班，不再另行支付职工在双休日工作的加班工资。·····	376
• 规则 35 【带薪年休假】某些特殊地区从本区域社会经济实际情况出发，制定相关规定，限制享受年休假的条件“连续工作一定时间”必须在同一用人单位也是适宜的。·····	378
• 规则 36 【高管经济赔偿金】破产企业高管人员的经济赔偿金，应适用《企业破产法》关于高管人员工资计算的规定，并以此作为经济赔偿金的计算依据。·····	379
• 规则 37 【社会保险赔偿】社会保险赔偿纠纷中，可以将用人单位不履行法定义务而获得的利益间接确定为劳动者的损失，依此为依据确定社会保险损失赔偿的标准。·····	381
第二十三章 工伤与劳动争议处理相关纠纷的裁判规则适用 ·····	385
• 规则 38 【工伤认定因果关系】职工受伤与履职行为有因果关系，是认定工伤的关键。·····	385
• 规则 39 【实习工伤】在校学生实习期间受伤不算工伤。·····	388
• 规则 40 【旧伤复发】转业军人旧伤复发应认定为工伤。·····	390
• 规则 41 【退休工伤】退休人员再就业受伤不视为工伤。·····	391
• 规则 42 【超龄工伤】超过法定退休年龄的人员在工作中受伤应认定为工伤。·····	392
• 规则 43 【上班途中工伤】职工上班途中遭受交通事故伤害，应当以是否前往工作单位方向及是否以上班为目的等因素综合分析判断并认定是否构成工伤。·····	393
• 规则 44 【提前下班工伤】在提前下班途中，受到非本人主要责任的交通事故伤害的，应当认定为工伤。·····	395
• 规则 45 【旅游工伤】职工参加单位组织的旅游活动意外受伤应认定为工伤。·····	396
• 规则 46 【工作范围工伤】为了公司的利益，超出工作范围受伤应认定为工伤。·····	398
• 规则 47 【下落不明工伤】职工下落不明申请工伤，应以宣告死亡为起算点。·····	399

- **规则 48 【侵权与工伤】**属于《工伤保险条例》调整的劳动关系的工伤保险范围的,适用《工伤保险条例》的规定处理。尽管公司未参加工伤保险,但原告可要求公司按照《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用,承担责任。…………… 403
- **规则 49 【追究刑事责任与工伤】**工伤申请期限与追究加害人刑事责任无关。…………… 404
- **规则 50 【工伤申请期限性质】**工伤申请期限的法律性质既不是除斥期间,也不是诉讼时效,而是一种时限。对于因不可归责于当事人的原因而超过申请期限的,该期间应予扣除,以保护当事人的合法权益。…… 405
- **规则 51 【工伤协议撤销】**用人单位利用劳动者的窘迫或缺乏经验,订立的明显有利己方、不利对方的工伤赔付协议,属显失公平的协议,可予以撤销。…………… 407
- **规则 52 【工伤保险】**法院不宜参照商业保险中的退保时间,对工伤保险协议效力进行判断,而应以成病时间与参保时间的一致性为标准。职工因企业关闭而退保,但退保后短期内发现已经罹患职业病的,社保部门仍应按照工伤保险的规定支付相关费用。…………… 409
- **规则 53 【赔偿差额】**工伤保险后予报销,工伤赔偿金大于人身损害赔偿额,用工者应支付差额。…………… 411
- **规则 54 【用工责任】**承包人雇员受伤发包人应当承担用工责任。…… 412
- **规则 55 【用工不明损害赔偿】**用工者不明情形下,劳动者作业受损管理者或受益者负赔偿责任。…………… 414
- **规则 56 【约定管辖】**当事人的约定管辖,限制了劳动者依法享有的选择仲裁机构和人民法院的权利,是无效的。…………… 418
- **规则 57 【仲裁时效】**劳动争议案件仲裁时效在特定情况下可以中止、中断。…………… 421
- **规则 58 【举证责任】**人民法院应针对劳动争议双方地位不平等的特点,结合案情,合理分配举证责任。…………… 423
- **规则 59 【证明责任】**因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。…………… 425
- **规则 60 【补缴保险举证责任】**补缴社会保险和签订劳动合同的举证责任在用人单位。…………… 427

- **规则 61 【确认之诉】**劳动者死亡后,不仅应当赋予死者近亲属参加劳动关系确认之诉的权利,还应当赋予其代为主张劳动者生前财产性权利的诉讼权利。…………… 429
- **规则 62 【全面审理】**用人单位不服劳动仲裁提起诉讼未获支持的,法院判决时不能机械地适用“不告不理”原则判决驳回原告的诉讼请求,而应对劳动争议事实进行全面审理。…………… 431

第三部分 劳动合同纠纷常用规范性法律文件

- 中华人民共和国劳动合同法 …………… 437
- 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 …………… 452
- 中华人民共和国劳动合同法实施条例 …………… 460
- 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释 …………… 466
- 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二) …………… 470
- 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三) …………… 473
- 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四) …………… 476



劳动合同纠纷裁判精要

第一章 劳动关系确认裁判精要

随着我国市场经济的建立和发展,劳动用工情况多样化,劳动关系发生了巨大变化,出现了一些新型的劳动关系,如非全日制用工、劳务派遣工、家庭用工、个人用工等。劳动者与用人单位既可以建立劳动关系,也可以建立劳务关系,甚至可以建立雇佣关系。劳动关系一经认定,就会在劳动者和用人单位之间产生相应的劳动法上的权利义务,因此,认定劳动关系,对当事人而言具有极其重要的意义。

一、劳动关系与雇佣关系的区别

雇佣关系是指受雇人与雇用人约定,由受雇人在一定或者不特定的期间内,从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者劳务活动,雇用人支付报酬而发生的社会关系。

对于劳动关系与雇佣关系之间的关系的探讨,总结起来,主要是雇佣关系究竟是属于劳动关系还是属于民事关系范围的讨论。有的学者认为,劳动关系和雇佣关系在本质上一致,都具有从属性,即劳动者处于从属地位。有的学者认为劳动关系与雇佣关系本为同一概念,只是由于时代不同导致法律调整方法在劳动法原理之运用与民法原理之运用上的差异所致。

笔者认为,二者的区别主要在以下几个方面:

1. 主体的范围及法律地位不同。劳动关系主体具有单一性,即一方只能是劳动者个人,另一方只能是《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)规定的用人单位,即在中国境内的企业、国家机关、事业组织、社会团体和个体经济组织,其双方具有从属性。雇佣关系主体则无特殊规定,凡平等主体公民之间、公民与法人之间均可形成,其双方具有平等性。

2. 受国家干预的程度不同。劳动关系受劳动法律规范的制约,劳动法规规定了劳动合同的订立、变更、解除、终止,规定了劳动者的工资报酬、社会保险、劳动安全卫生标准等。雇佣关系一般不受国家的干预,雇工一般没有社会保险、福利待遇,也不受最低工资保护,雇员的劳务行为是雇主意志的体现等。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



3. 适用的法律法规不同。劳动关系的调整适用《劳动法》及其相关法律法规,雇佣关系的调整适用《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民法通则》)和《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)。正是因为二者适用的法律不同,所以其取得报酬的原则和保护的标准、纠纷处理的方式、时效期间的规定、占有生产资料的程度、主体间的地位和法律责任均有不同。

二、劳动关系与劳务关系的区别

劳动关系与劳务关系相近,两者很容易混淆。实践中,通常将提供劳动服务的过程称之为劳务,劳务合同是指一切与提供劳动服务(劳务)有关的协议。劳务合同主要遵循传统的民法原理,受民法调整。大部分劳务合同都为有名合同,双方的具体权利义务在合同中都有明确的规定,如行纪、居间、保管、运输、承揽、出版、委托、仓储、建筑工程承包合同,等等。

劳动关系和劳务关系有很大的相似性。从表面上看都是一方提供劳动力,另一方支付劳动报酬;从目的上看,两者都在于劳动者(劳务提供者)依约定向用人单位提供劳务的行为,而不在于实现雇用人的预期利益;从时间上看,作为给付劳务的合同,受雇人给付劳务不可能是一次性的,必须在合同存续期内持续地实施给付行为。然而,从整体上看,劳动关系与劳务关系还是有较大区别的,主要表现在以下一些方面:

1. 主体范围不同。劳动合同的主体一方是法人或者其他组织,即用人单位,另一方则必须是劳动者个人,劳动合同的主体不能同时都是自然人。而劳务合同的主体双方当事人可以同时都是法人、组织、公民,也可以单方是公民与法人、组织。

2. 主体性质及其关系不同。劳动合同的双方主体间不仅存在财产关系即经济关系,还存在人身关系,即行政隶属关系。劳动者除提供劳动之外,还要接受用人单位的管理,服从其安排,遵守其规章制度等,成为用人单位的成员。但劳务合同的双方主体之间只存在财产关系,即经济关系,彼此之间无从属性,不存在行政隶属关系,劳动者提供劳务服务,用人单位支付劳务报酬,各自独立,地位平等。在判断劳动者是否为用人单位的成员时,可以考虑以下因素:(1)劳动者所从事的劳动是用人单位临时发生的劳务,还是单位性质决定的正常岗位劳动;(2)劳动者与用人单位的关系是否具有一定的稳定性;(3)双方是否存在管理与被管理的关系;(4)劳动者为用人单位劳动所取得的收入是否是其劳动收入的主要来源。如果劳动者所从事的是正常岗位劳动,与用人单位关系稳定,其劳动是按照用人单位的指令和标准完成工作,其从用人单位中获得的收入成为其生活来源,就应当确认双方是劳动关系。^①

^① 参见曾礼庆:《劳动关系与劳务关系的差异性分析及认定》,载《法制与社会》2007年第7期。

3. 客体不同。劳动关系的客体是劳动力,而劳务关系的客体是劳务,劳动力作为一种生产要素而存在,劳务作为一种“产品”而存在,将劳动力与其他生产要素相结合则生产出劳务。^①

4. 主体的待遇不同。劳动关系中的劳动者除获得工资报酬外,还有保险、福利待遇等;而劳务关系中的自然人一般只获得劳动报酬。

5. 确定报酬的原则不同。在劳动合同中,用人单位按照劳动的数量和质量及国家的有关规定给付劳动报酬,体现了按劳分配的原则;而劳务合同中的劳务价格是按市场原则支付,完全由双方当事人协商确定。

6. 雇主的义务不同。劳动合同的履行贯穿着国家的干预,为了保护劳动者,劳动法、法规给用人单位强制性地规定了许多义务,如必须为劳动者缴纳养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险,用人单位支付劳动者的工资不得低于政府规定的当地最低工资标准等,这些必须履行的法定义务,不得协商变更。劳务合同的雇主一般没有上述义务,当然双方可以约定上述内容,也可以不约定上述内容。

7. 合同内容的任意性和受国家干预程度不同。劳动合同的许多重要条款由法律明确规定,不能由当事人协商,如用人单位要为劳动者提供符合国家规定的劳动条件和劳动保护用品等,国家干预程度强。而劳务合同的内容是由合同双方当事人在不违背强行法规定情况下自由协商的,主要取决于双方当事人的意思自治,任意性很强,受国家干预程度低。

8. 法律调整不同。劳务合同主要由民法、合同法或经济法调整;而劳动合同则由社会法中的《劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)来规范调整。

9. 合同的法律后果不同。劳动合同不履行、非法履行所产生的责任不仅有民事上的责任,而且还有行政上的责任,如用人单位支付劳动者的工资低于当地的最低工资标准,劳动行政部门限期用人单位补足低于标准部分的工资,拒绝支付的,劳动行政部门同时还可以给予用人单位处罚,或对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分。劳务合同所产生的责任只有民事责任中的违约责任和侵权责任,不存在行政责任。

10. 纠纷的处理方式不同。劳动合同纠纷发生后,一般应先到劳动机关的劳动仲裁委员会仲裁,对仲裁裁决不服的,在法定期间内才可以到人民法院起诉,劳动仲裁是提起诉讼的前置程序。但劳务合同纠纷出现后,可以通过诉讼方式,也可以经双方当事人协商解决。

三、自然人是否可以作为用人单位

关于自然人用工(含家庭雇佣保姆)是否纳入《劳动合同法》调整的范围,是一

^① 参见王林清编著:《劳动法典型案例评析》,中国民主法制出版社2008年版,第142页。