



律师实务进阶培训教程

上海律师协会律师学院 / 组编



劳动争议进阶律师实务

The Lawyer's Practice in Labor and Employment Disputes
(Intermediate Level)

上海市律师协会律师学院 / 组编

上海市律师协会劳动与社会保障业务研究委员会 / 主编

陆敬波 / 执行主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

律师实务进阶培训教程

编 委 会

顾 问：倪正茂

主 任：季 诺

副主任：陈 东 潘 瑜 陈一沁

编 委：曹志龙 钱大治 马晨光

林东品 丁德应 陆敬波

编 辑：马殷华

劳动争议进阶律师实务

编 委 会

主 编：上海市律师协会劳动与社会保障业务研究委员会

执行主编：陆敬波

撰 稿 人：陆敬波 唐 毅 齐 斌 李华平 夏利群
董春岛 仇少明 蔡蕴华 朱 慧 钱明辉

序 言

执业律师的成长发展依赖于其专业能力和综合素质的不断提升。伴随着新科技革命浪潮,社会又进入一个嬗变期,律师的职业发展发生明显变化。这种变化一方面表现为法律服务新领域不断涌现,另一方面表现在既有法律服务领域的市场细分和随之而来对律师专业知识和能力内容不断提高的要求。就律师本身而言,这种变化还体现为律师执业成长周期的进一步缩短。

为应对这种变化,为青年律师的成长与发展提供有效的营养和有利的催化,上海市律师协会律师学院在2014年出版“律师实务初阶培训教程”的基础上,根据广大青年律师的需求,组织编写出版了“律师实务进阶培训教程”,以期满足广大青年律师成长发展的需要。

上海市律师协会律师学院是全国首家由律师自主筹建、律师协会自主管理,专门从事律师职业继续教育的培训机构,建院二十年以来,律师学院秉持为上海律师“提供服务,注重实务”的办学理念,面向全市律师,重点扶持青年,通过开设专题培训、专场培训、专业培训、专项培训及专门讲座等途径,并通过“线上线下”同步的教学手段,为上海律师的职业发展提供知识和技能两方面支持与保障,业已成为上海律师成长的阶梯、成才的舞台。面对新形势、新常态,律师学院在本届市律师协会领导下,坚定和提高政治站位;重点提升上海律师职业化、专业化、市场化、国际化服务水平;积极投身社会公益、践行社会责任;打响上海律师和上海法律服务品牌。与时俱进,拓宽平台,延伸服务,实现对律师继续教育由实在转向泛在变革,努力为上海市律师提供无时不在、无处不有、及时更新的培训服务,营造本市律师随时、随地、随意的学习氛围。“律师实务进阶培训教程”的编写无疑是这一变革的具体实践和举措之一。

“律师实务进阶培训教程”首批出版共7册,包括《刑事辩护进阶律师实务》《公司诉讼律师实务》《私募基金业务律师实务》《证券法律业务律师实务》

2 劳动争议进阶律师实务

《法律尽职调查律师实务》《国际商事仲裁律师实务》《劳动争议进阶律师实务》。每册均由上海市律师协会相关业务研究委员会主编、委员会主任担任执行主编。

强调实务操作是这套教材的根本特点。教材冠名“律师实务进阶教程”，就是开宗明义地告诉读者，本套教材向读者传授的是特定业务领域的律师执业技术，帮助读者掌握特定业务领域的律师业务技能。不仅如此，作为进阶教材，它不仅要使读者懂得“是什么”“怎么做”，而且还要帮助他们掌握“如何做得更好”的技能。

凸显实践性是这套教材的鲜明特点。贯穿教材逻辑结构是某一类特定领域律师业务办事程序，凸显了实践的逻辑性，而不是思辨的逻辑，衬托这种实践的逻辑结构的是案例直观，教材以案说事、以案析理，且在语言表述上，注重使用律师行业的规则和术语。

兼顾“快餐式学习”是这套教材的又一亮点。针对当前社会生活快节奏，律师工作高效率的特点，教材借鉴了“羊皮卷”特色，融教科书、参考书和办案指南为一体，不仅可供课堂教学、小组学习之用，也可供学员自学之用。

2019年上海市律师协会在大量调研的基础上，将34个业务研究委员会增加到52个，根据不同的专业领域来划分，承担着不同专业领域的业务研究职能，其研究活动包含编著专业法讯、举办研讨会、出版专业论文、发表研究成果、制定业务指引等各种方式。业务研究委员会可以说是上海市律师协会的研发部和知识库。由业务研究委员会和律师学院合作出版教材，其专业性、实用性得到了保障。由业务研究委员会作为主编、委员会主任担任执行主编，解决了委员会换届主任更替等带来的问题，更好地保持了教材的延续性。

参与进阶教程编写的执行主编，都是目前上海律师界的精英。《刑事辩护进阶律师实务》的执行主编林东品律师是本市优秀刑事辩护律师、第四届“东方大律师”、十届上海市律师协会刑事业务研究委员会主任；《公司诉讼律师实务》的执行主编曹志龙律师曾担任十届上海市律师协会公司与商事业务研究委员会主任，先后荣膺“第四届上海市优秀青年律师”、2015年“上海市优秀律师”、2016年“中华全国优秀律师”、“第四届东方大律师”等殊荣；《私募基金业务律师实务》的执行主编马晨光律师荣膺“上海市第五届优秀青年”荣誉称号、第四届“东方大律师”，现任十一届上海市律师协会基金业务研究委员会主任；《证券法律业务律师实务》的执行主编丁德应律师荣膺“上海市青年五四奖章”殊荣，曾担任十届上海市律师协会证券业务研究委员会主任，还兼任华东政法

大学、上海对外经贸大学等著名高等学府的兼职教授和硕士研究生导师;《法律尽职调查律师实务》的执行主编钱大治律师也是“上海市第五届优秀青年”荣誉称号的获得者、十届上海市律师协会并购重组业务研究委员会主任;《劳动争议进阶律师实务》的执行主编陆敬波律师是“上海市优秀律师”称号获得者,第六届司法部、全国总工会、全国律师协会“全国维护职工权益杰出律师”,司法部全国千名涉外法律人才、上海市政协第十三届常委,现任十一届劳动与社会保障业务研究委员会主任。

上述执行主编和参与教材编写的各位律师都是上海律师界的精英,他们放弃从事业务的宝贵时间,将自己成功的执业经验和心得,提炼成教材,供大家学习、借鉴和分享,没有高度的行业责任感是不可能做到的。为此,上海市律师协会代表全体上海律师向他们表示敬意和谢意。同时,律师学院希望有更多本市律师界的成功人士将自己的成功经验编成教材,与大家分享学习。

组织编写“律师实务进阶培训教程”,是律师学院为律师的职业继续教育开启“泛在”之门的一项举措,我们由衷地希望这套教材能够成为广大青年律师职业旅途中的“羊皮卷”,同时,律师学院还将根据律师的要求,编写更多满足律师执业需要的羊皮卷——实务教材。



目 录

宏观篇:劳动争议的源头治理与多元化解	(1)
微观篇:处理劳动争议的方法论	(9)
第一章 确认劳动关系争议	(22)
第一节 劳动关系的概念与特征	(22)
第二节 劳动关系的认定标准	(24)
第三节 劳动关系认定的举证责任	(28)
第四节 劳动关系认定典型问题分析	(29)
第二章 订立劳动合同争议	(41)
第一节 订立劳动合同与建立劳动关系	(41)
第二节 招聘录用过程中的法律实务	(43)
第三节 订立劳动合同时的法律实务	(48)
第四节 劳动合同书面化与双倍工资	(51)
第五节 无固定期限劳动合同	(56)
第三章 劳动合同履行变更争议	(62)
第一节 劳动合同履行变更的界定及其依据	(62)
第二节 劳动合同履行的主体变更	(66)
第三节 劳动合同履行内容变更	(68)
第四节 劳动合同履行变更的举证责任	(85)
第五节 违法变更劳动合同的法律救济	(91)

2 劳动争议进阶律师实务

第四章 工资福利争议	(96)
第一节 工资概述	(96)
第二节 工资支付	(97)
第三节 延长工作时间工资	(100)
第四节 特殊情形下的工资	(106)
第五节 工资调整	(115)
第六节 工资扣除	(124)
第七节 福利	(129)
第五章 工作时间和休息休假争议	(136)
第一节 工时制度	(136)
第二节 休假	(140)
第三节 延长工作时间	(148)
第六章 工伤职业病争议	(154)
第一节 工伤保险	(154)
第二节 工伤认定	(158)
第三节 劳动能力鉴定	(167)
第四节 工伤待遇	(168)
第五节 职业病防治和诊断鉴定	(178)
第七章 女职工保护与特殊员工争议	(183)
第一节 女职工保护	(183)
第二节 劳务派遣	(189)
第三节 高级管理人员	(193)
第四节 培训服务期人员	(196)
第五节 非全日制用工	(198)
第六节 涉密人员及竞业限制	(199)

第八章 劳动合同的解除与终止	(205)
第一节 劳动合同的解除与终止制度概述	(205)
第二节 用人单位单方解除劳动合同的情形	(207)
第二节 劳动者单方解除劳动合同的情形	(222)
第三节 协商解除	(224)
第四节 劳动合同解除中的程序问题	(225)
第五节 劳动合同解除中的规章制度的运用	(226)
第六节 劳动合同解除中的举证责任	(228)
第七节 劳动合同的终止	(230)
第八节 劳动合同解除或终止情况下的经济补偿金制度	(231)
第九节 劳动合同违法解除或终止的救济	(233)
第九章 集体劳动争议	(238)
第一节 集体协商制度	(238)
第二节 集体合同制度	(244)
第三节 群体性劳动争议	(248)
第十章 涉外劳动争议	(257)
第一节 涉外劳动争议概论	(257)
第二节 涉外劳动争议法律适用	(259)
第三节 涉外劳动争议实务	(262)
第四节 涉外劳动管理及策略建议	(279)
附录 案例讨论一览表	(281)
后 记	(285)

宏观篇：劳动争议的源头治理与多元化解

千丈之堤，以蝼蚁之穴溃；百尺之室，以突隙之烟焚。

——《韩非子·喻老》

我国正处于经济社会转型时期，劳动关系的主体及其利益诉求越来越多元化，劳动关系矛盾已进入凸显期和多发期，劳动争议案件居高不下，有的地方拖欠农民工工资等损害职工利益的现象仍较突出，集体停工和群体性事件时有发生，构建和谐劳动关系的任务艰巨繁重。

——中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》（2015年4月）

2014年，十八届四中全会通过中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，其中谈道：“推进多层次多领域依法治理。坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，提高社会治理法治化水平。深入开展多层次多形式法治创建活动，深化基层组织和部门、行业依法治理，支持各类社会主体自我约束、自我管理。”2015年，中共中央、国务院提出《关于构建和谐劳动关系的意见》，将“加强调整劳动关系的法律、体制、制度、机制和能力建设，加快健全党委领导、政府负责、社会协同、企业和职工参与、法治保障的工作体制，加快形成源头治理、动态管理、应急处置相结合的工作机制”作为目标任务。在此基础上，2016年，最高人民法院出台《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》，提出在劳动争议领域加强“一站式”纠纷解决平台，同时支持工会、妇联、共青团参与解决劳动争议。2017年，人力资源社会保障部、中央综治办、最高人民法院等七部门共同发布《关于进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制的意见》，要求根据中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制，并从“健全劳动人事争议预防协商解决机制”“完善专业性劳动人事争议调解机制”“创新劳动人事争议仲裁机制”“完善调解、仲裁、诉讼衔接机制”“强化基础保障机制”“加强组织领导”等六个方面展开顶层设计。

劳动争议的源头治理与多元化解，符合依法治国的内在要求，是社会主义市场经济改革进一步深化的必然结果，亦是构建和谐劳动关系的必由之路。但在这一路途中，如何充分发挥现有体制并打破企业、工会及政府各部门间的壁垒，同时将

源头治理与多元化解落实到企业端实处、走好“最后一公里”，成为当前中国劳动法和实务界亟待解决的问题。在此过程中，律师作为重要的社会力量，应如何抓住机遇，在发挥自身价值的同时尽到社会责任，也值得每一名律师思考。十届上海律协劳动与社会保障业务研究委员会自成立之日起即关注这一问题，这本著作的章节体系即系根据劳动者入职、在职和离职的时间顺序，综合可能发生的不同争议编排，其目的也是让律师在劳动法律服务中更早、更好地为用人单位和劳动者提示风险，以防止争议的发生。但在正式展开探讨前，律师有必要对劳动争议发生的源头、当前源头治理的主要困境以及律师可能发挥的作用进行了解，以全面地掌握劳动法律服务提供的背景、目的和价值。

为什么劳动争议需要源头治理和多元化解？

首先，劳动关系是生产关系的重要组成部分，是最基本、最重要的社会关系之一。

为什么说是“最基本、最重要的社会关系”？人类社会的各类关系的基础，归纳起来无外乎是“人生产生产”，或者“人生产人”，至少在人工智能技术尚未成熟前是这样。所以，中华人民共和国第一部法即关于“人生产人”的《婚姻法》，第二部法即关于“人生产生产”的《工会法》。只要社会资源有限，人在生产“生产”的过程中就必然产生矛盾。

目前各国劳动法专家的普遍观点是，劳动关系产生于工业革命时期——农民被驱出土地成为无产者，为谋生存只得将自己的劳动力出卖给资本家。尔后，他们对劳动条件、工时、工资、童工试用等方面的诉求日益增加。以英国为例，英国于1802年出台《学徒健康与道德法》，规定18岁以下的学徒日劳动时间不得超过12小时，禁止纺织工厂使用9岁以下学徒，禁止学徒在晚9时至次日凌晨5时之间从事夜间工作。这部法律被认为是劳动法的开端。

反观各国的劳动立法与国际劳工标准的建立，无外乎是在给定生产条件的背景下，劳动者与资本家斗争、资本家最终妥协的结果，而这一斗争/妥协的结果却远远不仅限于法律制度，其直接影响到一国的经济、政治、文化和军事，更随着资本全球化影响到国际关系甚至他国（或地区）立法——英国为缓和殖民地的劳资矛盾，在印度制定了《产业雇佣（雇主规则）法》（1946年）及《产业争议法》（1947年），在马来西亚制定了《雇佣法》（1955年），在中国香港地区制定了《雇佣条例》（1968年），这些立法在殖民地去殖民化后也一直持续适用至今。

随着第二次世界大战后各国劳动立法的天平逐步向劳动者倾斜，雇主的义务责任与政府的整体调控亦有增而无减，劳动关系越发受到各国政府及全球性企业的重视。今天的世界，看各国劳动法改革背后，政党斗争及其对经济社会形势的研判是重要推动力；就业与社会保障，从来都是每个国家顶层设计的一大考虑因素；劳动关系与工会管理问题，亦成为全球性企业属地化经营的主要风险。纵览古今，