

桂维康 —— 著

劳动关系全流程 法律实务解析

企业管理者、HR、法务、劳动领域法律从业者、
大众劳动者的劳动法实务知识必备指南！

本书结合最新法律、法规、司法解释进行编写

如何了解各地规定、裁判口径，不再以偏概全？

如何准确计算劳动关系中的各种数字、金额？

如何解决劳动法和相关部门法交叉难题？

如何快速获得劳动法实操经验，成为劳动法专家？

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

劳动关系全流程 法律实务解析

桂维康 —— 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序 言

劳动法起源于民法，后从民法中分离出来成为独立的法律部门，它属于社会法范畴。欧洲工业革命后，劳动关系出现普遍化。起初，劳动关系由民法进行调整。由于资强劳弱，由民法来调整劳动关系逐渐变得十分困难。为了调整劳资地位的不平等，需要突破民法的束缚，寻求公权力的介入，这时劳动法律由此应运而生。1802年，英国颁布的《学徒的健康及道德法》被视为现代劳动法的开端。

经过几代人的努力，我国建立了以《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》和其他法律为主体，行政法规、部门规章、地方性法规和地方政府规章、司法解释和国际公约为辅的劳动法律制度，对保障劳动者的基本权利，维护稳定和谐的劳动关系起到了重要的作用。

社会发展迅速，劳动法在实务运用中难免出现不足。网络时代新业态不断涌现，劳动立法滞后性显现。劳动关系，从建立、履行、变更到解除、终止，涉及众多环节，每个环节中又存在很多细节问题，但是劳动法律、法规中的规定却大部分都是原则性的。针对同样的问题，不同地方性法规和规章可能有着不同的规定，甚至在同一地方，不同时期或者不同裁判机构还可能会出现不一样的观点。

我从事法律工作十余年，办理过企业的疑难、复杂劳动案件，也作为志愿者接待解答职工咨询，还对群体性劳动纠纷进行过调解，这些宝贵的经历丰富了我的法律实务经验和知识。除了本职工作之外，我还会为企业园区、律师协会讲授劳动法实务课程。这些课程得到了众多企业负责人、人力资源（HR）、法务、律师朋友们的肯定和称赞。这些肯定和称赞给了我进步的动力，也触发了我著书立作的想法，书籍可以使知识传播得更远、更久，让更多人受益。

劳动关系全流程法律实务解析

本书从劳动关系建立、履行、变更，劳动关系管理，一直到劳动关系解除、终止，对劳动关系全流程中的法律实务问题进行了列举、解析，还对如何判断劳动关系、竞业限制等问题进行了专章介绍。针对疑难、热点问题，在落笔前，除参考之前积累的经验、知识外，我检索了大量的地方规定、地方案例、地方裁判口径，并进行对比、归纳。我希望，本书对大家处理劳动法实务问题会有所裨益，成为大家的工具书。

因法律、法规、裁判口径快速更迭，书中部分内容因时间推移难免失去效用。由于我自身能力和认识有限，书中内容及文字难免出现错误，恳请读者指正，我将在再版时进行更新、修正。

谢谢朋友们对本书出版的关心，感谢亲爱的家人对我写作工作的支持。

桂维康

2022年5月9日写于上海

目 录

第一章 判断劳动关系

第一节 劳动关系和劳动法律	1
一、劳动关系的定义	1
二、劳动法（广义）的定义、属性、特征	1
三、判断劳动关系的重要性	3
四、如何判断劳动关系	3
第二节 劳动关系与劳务关系	4
一、劳务关系的定义	4
二、劳动关系和劳务关系的相似性	4
三、劳动关系和劳务关系的区别	4
第三节 已达退休年龄人员的劳动关系问题	6
一、国家层面规定	6
二、各地规定和裁判方式	7
三、最高人民法院的观点	9
第四节 大中专院校在校生的劳动关系问题	9
一、实践中，在校生在外工作的表现形式及劳动关系认定	9
二、大中专院校在校生在一定条件下，可以和用人单位建立 劳动关系	10
三、认定在校生与用人单位成立劳动关系的典型案例	12

【案例 1-1】郭某诉江苏益某大药房连锁有限公司劳动争议 上诉案	12
【案例 1-2】广州某信息科技有限公司诉范某劳动争议案	13
四、在校生用工风险及降低风险措施	14
第五节 外国人、无国籍人的劳动关系问题	15
一、取得外国人来华工作许可是认定劳动关系的前提	15
二、取得外国人来华工作许可的外国人（及无国籍人）适用 劳动法情况各地不一	16
第六节 台港澳人员的劳动关系问题	17
一、台港澳人员在大陆（内地）就业不再需要办理《台港澳 人员就业证》	17
二、台港澳人员就业许可取消后对用人单位用工的影响	18
第七节 股东、董事的劳动关系问题	18
一、股东、董事可以和用人单位建立劳动关系	18
二、如何认定股东、董事与用人单位是否存在劳动关系	19
第八节 设立中的公司与劳动者的劳动关系问题	20
第九节 用人单位的分支机构与劳动者的劳动关系问题	20
一、取得营业执照或登记证书的用人单位分支机构可以独立 与劳动者建立劳动关系	20
二、用人单位分支机构被撤销时的法律适用问题	21
第十节 “长期两不找”期间用人单位与劳动者不存在劳动法上 的权利义务	21
第十一节 双重劳动关系问题	22
一、双重劳动关系的规则演变	22
二、双重劳动关系中的工伤保险风险	23
第十二节 企业违法转包，与受转包方聘用的职工之间、被挂靠 企业与挂靠人聘用的职工之间不存在劳动关系	23
第十三节 保险代理人与用人单位之间的劳动关系问题	25

第十四节 律师事务所、会计师事务所工作人员的劳动关系认定	26
第十五节 外国企业常驻代表机构的劳动关系问题	27
第十六节 船员劳务合同纠纷	28
一、船员劳务合同纠纷为三级案由	28
二、“船员劳务合同纠纷”的相关问题	28
第十七节 互联网平台用工模式下的劳动关系问题	31
一、互联网平台用工较传统用工相比所呈现的特点	31
二、从业者和互联网平台之间认定劳动关系的难点	32
三、认定互联网平台与从业者是否有劳动关系应考虑的因素	33

第二章 劳动关系建立、履行、变更

第一节 招聘管理	35
一、招聘流程	35
二、招聘环节就业歧视问题	36
三、背景调查	37
四、发出录用通知又取消的问题	41
第二节 试用期	46
一、试用期的概念	46
二、试用期的长度	46
三、不得约定试用期的情形	47
四、试用期次数	47
五、试用期延长	48
六、试用期中止	50
七、违法约定试用期的法律责任	50
八、劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立	51
九、试用期工资	51
十、试用期内解除劳动合同的情形	52

第三节 服务期	53
一、服务期的概念	53
二、用人单位设定服务期的条件	53
三、专项培训费用	54
四、专业技术培训的特征	54
五、劳动者支付违约金的情形	54
六、违约金数额	55
七、劳动者无须支付违约金的情形	55
八、特殊待遇服务期问题	56
九、飞行员离职及服务期问题	58
第四节 订立书面劳动合同	61
第五节 劳动合同的种类	62
一、固定期限劳动合同	62
二、无固定期限劳动合同	62
三、以完成一定工作任务为期限的劳动合同	62
第六节 无固定期限劳动合同应注意的问题	63
一、无固定期限劳动合同并非不能解除	63
二、连续工作满十年的起始时间	63
三、工作年限合并计算问题	63
四、因法定顺延事由超过十年问题	65
五、工作满十年、劳动者需提出或者同意续订、订立劳动 合同	66
六、两次固定期限劳动合同后，单位是否有选择权问题	66
七、可签无固定期限但签订了固定期限，劳动者可否反悔 问题	67
八、可签无固定期限但签订固定期限，固定期限劳动合同 到期后单位是否有终止权	68
第七节 劳动合同的制定	69

一、劳动合同必备条款	69
二、缺乏必备条款、不提供劳动合同文本的法律责任	72
三、劳动合同的约定条款	72
第八节 非全日制用工	72
一、非全日制用工的概念	72
二、非全日制用工中用人单位的社会保险责任	72
三、非全日制用工仍然是劳动关系	73
四、非全日制用工与全日制用工的区别	73
五、用人单位在非全日制用工中面临的风险	73
第九节 规章制度的制定	74
一、规章制度的概念	74
二、规章制度具有效力需具备的要素	74
三、规章制度制定需经过民主程序	75
四、规章制度需向劳动者公示或告知	75
五、规章制度需合法、合理	76
六、实践中，规章制度制定未经过民主程序的处理	76
第十节 劳动合同的变更	80
一、工作地点变更	80
二、宽泛约定工作地点的效力	81
三、特殊岗位工作地点问题	82
四、工作岗位变更	82
五、工作时间变更	85
【案例 2-1】李某与上海 F 食品有限公司劳动合同纠纷案	85
六、用人单位情况变更	87
七、劳动者非因本人原因从原单位被安排到新单位	88
【案例 2-2】张某与上海 B 贸易有限公司劳动合同纠纷案	88
八、劳动合同变更的形式要件	89
第十一节 劳动合同示范文本	90

一、《劳动合同（通用）》示范文本	91
二、《劳动合同（劳务派遣）》示范文本	99

第三章 工作时间、工资管理、休息休假

第一节 工作时间	107
一、工作时间制度种类	107
二、标准工时工作制	107
三、不定时工作制	107
四、综合计算工时工作制	109
第二节 加班工资	110
一、计算加班工资的公式	110
二、加班工资计算基数	111
三、折算日工资或小时工资	113
四、加班工资计算系数	113
五、法定节假日加班工资倍数之争	114
六、计件工资制下的加班工资	114
第三节 医疗期	115
一、医疗期的概念	115
二、医疗期的长度及医疗期的计算周期	115
三、特殊疾病的医疗期问题	117
四、劳动合同未到期，但医疗期已届满的处理	118
五、劳动合同期满，但医疗期未届满的处理	120
第四节 病假工资	121
一、病假工资全国性规定	121
二、病假工资地方性规定	121
第五节 双倍工资	125
一、支付双倍工资的法定情形	125

二、未依法签订书面劳动合同需支付双倍工资	125
三、特殊情况下未签订劳动合同的处理	126
四、“书面劳动合同”不应字面机械理解.....	128
五、缺乏必备条款的劳动合同效力	129
六、双倍工资的时效	130
七、倒签劳动合同问题	133
八、双倍工资计算基数	133
九、应当订立却未订立无固定期限劳动合同需支付双倍工资 ...	136
第六节 代通金	138
一、代通金的由来	138
二、代通金的规定	139
三、代通金理解和运用	139
四、提前三十日通知与额外支付一个月工资（代通金）的 方式选择	140
五、代通金的基数	141
六、特殊情况下，代通金的基数确定	141
第七节 带薪年休假	142
一、享受带薪年休假的条件	142
二、带薪年休假天数	143
三、年休假天数计算	143
四、劳动者不享受年休假的情形	144
五、未休年休假工资报酬	144
六、未休年休假工资的性质、仲裁时效	145
七、用人单位未支付未休年休假工资（200%法定补偿部分）， 劳动者能否解除劳动合同要求经济补偿金	147
八、福利性年休假	147
九、劳动关系解除原因对劳动者在劳动合同解除当年度是否 享受年休假的影响	148

第八节 年终奖	149
一、用人单位是否有义务发放年终奖	149
二、年终奖计算个人所得税问题	150

第四章 涉女职工问题

第一节 女职工权益保护	155
一、女职工禁忌从事的劳动范围	155
二、女职工特殊保护	156
三、性骚扰问题的法律规定和单位责任	157
四、“三期”女职工特殊保护	161
第二节 女职工“三期”假期	163
一、产假、陪产假	163
二、保胎假、产前假、哺乳假	163
第三节 “三期”女职工合规管理	166
一、“三期”女职工的解除问题	166
二、产前检查问题	166
三、女职工入职时隐瞒怀孕情况的处理	167
四、怀孕的开始时间	167
五、劳动合同终止后才知道怀孕的撤销问题	168
六、劳动合同到期前协商一致解除劳动合同，后女职工发现怀孕的撤销问题	169
七、关于撤销权的规定	170

第五章 劳动合同解除和终止

第一节 劳动合同解除的种类	175
第二节 协商一致解除	175

一、劳动者提出解除劳动合同并与用人单位协商一致	175
二、用人单位提出解除劳动合同并与劳动者协商一致	176
三、协商一致协议的效力	176
四、协商解除协议范本	177
第三节 劳动者预告解除	179
一、劳动者预告解除需提前通知用人单位	179
二、劳动者预告解除未提前通知用人单位的责任	179
三、事先约定劳动者未提前通知赔偿金额或计算方式的效力	179
第四节 劳动者即时解除	180
一、未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的	181
【案例 5-1】 关闭系统导致劳动者无法正常工作，且对劳动者收入造成影响的，视为未提供劳动条件，判决用人单位支付经济补偿金	181
【案例 5-2】 出租车报废后，出租车公司未再向劳动者提供出租车，视为未提供劳动条件，判决用人单位支付经济补偿金	182
二、未及时足额支付劳动报酬的	182
三、未依法为劳动者缴纳社会保险费的	183
四、用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的	187
五、因《劳动合同法》第 26 条第 1 款规定的情形致使劳动合同无效的	187
六、法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形	187
七、用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的	187
第五节 用人单位即时解除	188

一、在试用期间被证明不符合录用条件的	188
二、严重违反用人单位规章制度的	188
三、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的	189
四、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，拒不改正的	189
五、劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的	190
六、被依法追究刑事责任的	191
第六节 用人单位预告解除	193
一、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的	193
二、劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的	194
三、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，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的	194
四、未提前三十日通知或者未额外支付一个月工资的问题	196
第七节 用人单位单方解除劳动合同的程序要件	196
一、程序要件规定和理解	196
二、程序要件的补正	198
第八节 裁员	200
一、裁员的法定情形和人数要求	200
二、裁员的步骤要求	201
三、裁员时需优先留用的人员	201
四、“优先留用”的理解	201
五、“优先留用”的举证问题	202
第九节 用人单位不得预告解除和裁员的情况	203

第十节 劳动合同的终止	204
一、劳动合同期满的	204
【案例 5-3】夏某诉上海 Y 进修学院劳动合同纠纷案	206
二、劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的	209
三、劳动者死亡, 或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的 ...	209
四、用人单位被依法宣告破产的	210
五、用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人 单位决定提前解散的	210
六、法律、行政法规规定的其他情形	210
第十一节 解除、终止后劳动关系双方的法定义务	211
一、解除、终止后用人单位的法定义务	211
二、解除、终止后劳动者的法定义务	212

第六章 经济补偿金、赔偿金、继续履行

第一节 经济补偿金制度	214
第二节 用人单位应当支付经济补偿金情形的立法沿革	215
一、1995 年 1 月 1 日起施行的《劳动法》及《违反和解除 劳动合同的经济补偿办法》	215
二、2001 年 4 月 16 日起施行的《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》	216
三、2008 年 1 月 1 日起施行的《劳动合同法》	217
四、《劳动合同法》施行前的地方规定	218
第三节 经济补偿金的计算问题	218
一、经济补偿金的计算方式	218
二、计算要素之劳动者在本单位工作的年限	219
三、计算要素之劳动者在本单位的月工资	220
四、各地关于月工资(计算基数)的规定	220

第四节 经济补偿金分段计算问题	224
一、分段计算的情形和时间	224
二、分段计算的年限折算	225
三、分段计算的年限封顶	225
四、分段计算的月工资（计算基数）	226
五、分段计算的地方规定	227
第五节 赔偿金	230
一、赔偿金的概念和计算方式	230
二、赔偿金分段计算问题	230
第六节 一次性补偿收入、赔偿金涉税问题	231
一、一次性补偿收入如何计算个人所得税	231
二、当地上年职工平均工资3倍数额中“上年”的理解	233
三、执行阶段的代扣代缴问题	233
四、劳动法上的“经济补偿金”不完全等同于税法上的 “一次性补偿收入”	234
五、赔偿金如何计算个人所得税	236
第七节 继续履行	237
一、继续履行的概念和介绍	237
【案例6-1】刘某与上海A公司劳动合同纠纷案	239
二、“劳动合同已经不能继续履行”的表现情形	241
三、裁决、判决继续履行，仲裁、诉讼期间的工资问题	242
四、诉求变更问题	243

第七章 竞业限制

第一节 竞业限制的概念	245
第二节 竞业限制的主体	245
一、竞业限制的劳动者主体限定	245