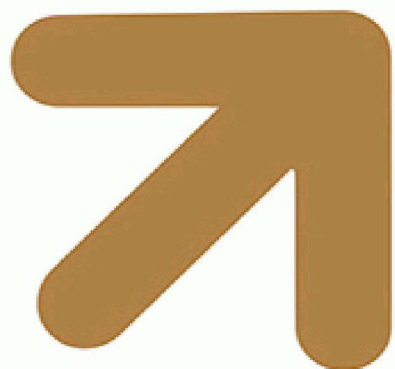


北京市兰台律师事务所 编著

劳动
争议



攻防
策略

请求权基础思维
分析与合规操作

一本书读懂劳动争议的方方面面

深度剖析请求权基础思维
聚焦多发热点问题，海量专业实操案例

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言 在向上生长的过程中构筑确定性的未来

2023年1月20日，某法律自媒体发布了一篇文章，大概意思是讲，有三个标志，表明律师行业告别了黄金时代，看了这篇文章，我们深以为然，因为这都是我们观察到的，却又不以为然。

我们不以为然，是基于两个原因：

第一，你观察到哪个行业还处于黄金时代？

第二，你会转身离开律师这个行业吗？

于兰台劳动团队的伙伴而言，答案是否定的。我们不会离开这个行业，也找不到另外一个处于黄金时代的行业。

如果大家的答案和我们是一样的，那么下面这两个问题，就非常关键：

一、为什么对于大多数法科生而言，律师职业不是第一选择？

去年某机关招聘，录用10人，报名1100多人。这里的原因比较多，比如官本位的原因、个人兴致的原因等，但有一个普遍的原因：稳定性。

稳定性，或者说确定性，是每一位从事律师职业的法律人，深深忧虑的问题，于律师而言，这份收入和职位是否稳定？于合伙人而言，今年有了创收，明年的饭在哪里呢？

稳定性（确定性）的问题，可以解决吗？

二、商业的本质是什么？律师行业适用商业的本质吗？

商业的本质是客户在寻找产品。

在所有的行业中，处在顶尖位置的产品提供者，都遵循了这个本质。每个行业的大部分从业者，都在苦苦地着急着、寻找着、挣扎着，也都在苦苦地生存着。都在想着，怎么找到一个客户，把自己的产品推销出去。

律师行业也遵循这个商业的本质。其实换位思考一下，如果你是一个法务

经理，就可以很清楚地想明白这个道理。

如果商业的本质，是客户在寻找产品，那么于产品提供者而言，重要的是怎么能够进入客户的视野并让客户相信你提供的是好产品。

客户会因为任何一个法律需求而寻找律师，大约会有以下几种类型：

1. 因为被客户的亲朋好友介绍而被客户看见、相信，进而委托；

2. 因为为客户提供过服务而被客户看见、相信，进而委托；

3. 因为进入客户的律师库而被看见，被客户列为选择的对象，在选择中因为方案和专业被看见而被相信，因为相信而委托；

4. 因为专业的传播而被社会客户看见，这种看见因为移动互联网这种传播工具而被不断地强化，客户的将信将疑，会因为我们坚持不懈的传播，而选择相信，我们会因为相信，而有了无限的可能。

这种无限可能会解决我提出的第一个问题：确定性。

这四种类型的客户，可以用7个字概括。前两种类型讲的是“只争朝夕”，后两种类型讲的是“慢慢来”。

今年是兰台劳动团队重组10周年。这本书，是兰台劳动团队的第4本专著。

兰台劳动团队，现在有22个人，只专注于劳动法律事务，这个数字，我们希望是100人。这个团队，每年办理超过4000件各种类型的涉及劳动诉讼和非诉的案件。“兰台劳动”公众号粉丝超过37000名，这一数字每天都在增长。

但这些，其实，并不重要。

重要的是，我们相信“相信”的力量。我们相信，因为相信，心中会有信仰；因为相信，行动会有力量；因为相信，虽一路坎坷，却绝不会放弃！

我们相信，付出的汗水，可以回报我们的青春。我们可以通过专业、专业的传播获得客户、获得客户的尊重。

因为相信，我们对每一个客户的服务，皆“只争朝夕”、竭尽全力；因为相信，在身心俱疲之时，却笔耕不辍，“慢慢来”。

我们相信，写字的过程，就是向上生长的过程。向上生长的同时，就是在构筑确定性的未来。

目录

CONTENTS

第一章 劳动争议请求权基础

第一节 请求权思维——劳动争议案件的“任督二脉” / 002

第二节 请求权思维在劳动争议案件中的应用 / 004

第二章 劳动争议的特点及代理思路

第一节 劳动人事争议案件的特点以及代理思路 / 008

一、处理程序——以仲裁前置、一裁两审为原则（一裁终局为例外） / 009

二、处理理念与原则——协商与调解在劳动人事争议解决中发挥更大作用 / 011

三、实体规则——社会法属性对于双方意思自治的限制以及诚信原则在劳动人事争议解决中的作用 / 015

第二节 劳动人事争议案件代理的基本流程和重点 / 017

一、从申请人角度看劳动争议案件代理的基本流程 / 018

二、劳动人事争议案件仲裁或诉讼案件代理中的“跟进”管理 / 027

三、劳动争议案件代理中“案例”之使用 / 031

第三章 招聘与录用

第一节 就业歧视纠纷 / 036

一、就业歧视纠纷问题解析 / 036

二、实战案例解析 / 041

三、合规操作方案 / 045

第二节 缔约过失纠纷 / 046

一、缔约过失纠纷问题解析 / 046

二、实战案例解析 / 047

三、合规操作方案 / 050

第三节 个人信息侵权纠纷 / 051

一、个人信息侵权纠纷问题解析 / 051

二、实战案例解析 / 055

三、合规操作方案 / 058

第四章 订立与续订劳动合同

第一节 未签书面劳动合同纠纷 / 062

一、未签书面劳动合同纠纷问题解析 / 062

二、实战案例解析 / 070

三、合规操作方案 / 071

第二节 违法约定试用期纠纷 / 072

一、违法约定试用期纠纷问题解析 / 072

二、实战案例解析 / 079

三、合规操作方案 / 080

第三节 电子劳动合同纠纷 / 081

一、电子劳动合同纠纷问题解析 / 081

二、实战案例解析 / 084

三、合规操作方案 / 086

第四节 续订劳动合同纠纷 / 087

一、续订劳动合同纠纷问题解析 / 087

二、实战案例解析 / 094

三、合规操作方案 / 096

第五章 劳动关系与用工方式

第一节 新就业形态用工与劳动关系 / 098

一、新就业形态用工与劳动关系问题解析 / 098

二、实战案例解析 / 100

三、合规操作方案 / 102

第二节 关联用工 / 104

一、关联用工常见劳动争议问题解析 / 104

二、实战案例解析 / 110

三、合规操作方案 / 111

第三节 劳务派遣与劳务外包 / 111

一、劳务派遣与劳务外包问题解析 / 111

二、实战案例解析 / 118

三、合规操作方案 / 121

第四节 非全日制用工 / 123

一、非全日制用工问题解析 / 123

二、实战案例解析 / 126

三、合规操作方案 / 129

第六章 休息休假、工伤与福利待遇

第一节 年休假争议 / 132

一、年休假争议问题解析 / 132

二、实战案例解析 / 137

三、合规操作方案 / 138

第二节 停工留薪期待遇 / 139

一、工伤停工留薪期纠纷问题解析 / 139

二、实战案例解析 / 145

三、合规操作方案 / 147

第三节 福利待遇争议 / 148

一、福利待遇争议问题解析 / 148

二、实战案例解析 / 150

三、合规操作方案 / 152

第七章 劳动报酬纠纷

第一节 年终奖纠纷 / 154

一、年终奖纠纷问题解析 / 154

二、实战案例解析 / 160

三、合规操作方案 / 161

第二节 金融行业递延绩效纠纷 / 162

一、金融行业递延绩效的依据 / 162

二、实战案例解析 / 169

三、合规操作方案 / 172

第三节 加班费纠纷 / 173

一、加班费纠纷问题解析 / 173

二、实战案例解析 / 181

三、合规操作方案 / 189

第八章 保密与竞业限制

第一节 脱密期与辞职提前通知期 / 192

一、脱密期与辞职提前通知期问题解析 / 192

二、实战案例解析 / 193

三、合规操作方案 / 197

第二节 竞业限制纠纷 / 198

一、竞业限制纠纷问题解析 / 198

二、实战案例解析 / 200

三、合规操作方案 / 205

第九章 董事、经理等高管人员多发争议

第一节 高管的聘任与劳动关系 / 208

一、高管的聘任与劳动关系问题解析 / 208

二、实战案例解析 / 212

三、合规操作方案 / 214

第二节 高管的解聘与劳动合同解除 / 214

一、高管的解聘与劳动合同解除问题解析 / 214

二、实战案例解析 / 217

三、合规操作方案 / 220

第三节 董监高的薪酬管理 / 220

一、高管薪酬问题解析 / 220

二、实战案例解析 / 222

三、合规操作方案 / 224

第四节 高管违反忠实勤勉义务产生的纠纷 / 225

一、高管违反忠实勤勉义务产生的纠纷问题解析 / 225

二、实战案例解析 / 229

三、合规操作方案 / 231

第十章 协商解除劳动合同与劳动者辞职

第一节 协商解除的情形 / 234

一、协商解除问题解析 / 234

二、实战案例解析 / 239

三、合规操作方案 / 244

第二节 劳动者辞职的情形 / 245

一、劳动者辞职相关问题解析 / 245

二、实战案例解析 / 251

三、合规操作方案 / 253

第三节 开具离职证明纠纷 / 254

- 一、开具离职证明纠纷问题解析 / 254
- 二、实战案例解析 / 257
- 三、合规操作方案 / 259

第十一章 用人单位单方解除劳动合同

第一节 试用期解除纠纷 / 262

- 一、试用期解除纠纷问题解析 / 262
- 二、实战案例解析 / 264
- 三、合规操作方案 / 267

第二节 严重违反规章制度解除纠纷 / 268

- 一、严重违反规章制度解除纠纷问题解析 / 268
- 二、实战案例解析 / 272
- 三、合规操作方案 / 275

第三节 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害解除纠纷 / 276

- 一、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害解除纠纷问题解析 / 276
- 二、实战案例解析 / 278
- 三、合规操作方案 / 283

第四节 欺诈胁迫致使劳动合同无效纠纷 / 283

- 一、欺诈胁迫致使劳动合同无效纠纷问题解析 / 283
- 二、实战案例解析 / 287
- 三、合规操作方案 / 289

第五节 被依法追究刑事责任解除纠纷 / 290

- 一、被依法追究刑事责任解除纠纷问题解析 / 290

二、实战案例解析 / 294

三、合规操作方案 / 295

第六节 医疗期满解除纠纷 / 296

一、医疗期满解除纠纷问题解析 / 296

二、实战案例解析 / 298

三、合规操作方案 / 299

第七节 不胜任工作解除纠纷 / 301

一、不胜任工作解除纠纷问题解析 / 301

二、实战案例解析 / 306

三、合规操作方案 / 309

第八节 客观情况发生重大变化劳动合同解除纠纷 / 310

一、客观情况发生重大变化劳动合同解除纠纷问题解析 / 310

二、实战案例解析 / 314

三、合规操作方案 / 315

第九节 经济性裁员劳动合同解除纠纷 / 317

一、经济性裁员劳动合同解除纠纷问题解析 / 317

二、实战案例解析 / 320

三、合规操作方案 / 322

第十节 征求工会意见问题 / 323

一、征求工会意见问题解析 / 323

二、实战案例解析 / 326

三、合规操作方案 / 328

第十一节 解除通知送达问题 / 329

一、解除通知送达问题解析 / 329

二、实战案例解析 / 332

三、合规操作方案 / 334

第十二章 劳动合同的终止

第一节 劳动合同到期终止 / 336

一、劳动合同到期终止问题解析 / 336

二、实战案例解析 / 339

三、合规操作方案 / 340

第二节 女职工退休年龄认定问题 / 341

一、女职工退休年龄认定问题解析 / 341

二、实战案例解析 / 345

三、合规操作方案 / 348

第三节 用人单位决定提前解散终止劳动合同 / 349

一、用人单位决定提前解散终止劳动合同问题解析 / 349

二、实战案例解析 / 363

三、合规操作方案 / 364

第十三章 经济补偿金、赔偿金与损失赔偿

第一节 经济补偿金、经济赔偿金计算年限争议 / 368

一、经济补偿金计算年限争议问题解析 / 368

二、实战案例解析 / 373

三、合规操作方案 / 376

第二节 工作交接纠纷 / 376

一、工作交接纠纷问题解析 / 376

二、实战案例解析 / 378

三、合规操作方案 / 380

第三节 损失赔偿纠纷 / 380

一、劳动者赔偿用人单位损失纠纷问题解析 / 380

二、实战案例解析 / 382

三、合规操作方案 / 384

第十四章 其他纠纷类型

第一节 名誉权纠纷 / 388

一、名誉权纠纷问题解析 / 388

二、实战案例解析 / 395

三、合规操作方案 / 398

第二节 职场性骚扰纠纷 / 399

一、职场性骚扰纠纷问题解析 / 399

二、实战案例解析 / 408

三、合规操作方案 / 414

第三节 境外用工纠纷 / 417

一、境外用工纠纷问题解析 / 417

二、实战案例解析 / 428

三、合规操作方案 / 431

第四节 职场冷暴力问题 / 432

一、职场冷暴力问题解析 / 432

二、实战案例解析 / 437

三、合规操作方案 / 442

第一章

劳动争议请求权基础

第一节 请求权思维——劳动争议案件的“任督二脉”

代理劳动争议案件是评价劳动律师专业性的试金石，是一项硬指标。作为长期专门从事劳动法领域实践的律师，在代理劳动争议案件或者处理劳动法律问题咨询时，经常会发现一项事实行为，当事人可以主张的权利散落在不同的法律法规或规范性文件中。而对于同一法律条文的规定，不同地区在司法裁判实践活动中逐渐形成了具有本地区特点的司法裁判裁审衔接口径，而较少考虑其他地区的裁判观点。这些裁审衔接口径虽然不能在裁判中作为法律依据进行引用，但是在事实上形成了对法律法规的解释。这些解释通常是针对非标准形态的补充，即对一些复杂事实如何适用法律法规进行说明。但是这些口径或者解释有些情况下在不同地区能够形成共识，但有些情况下却又可能完全相悖。

劳动争议案件的复杂性还不仅仅体现在法律规范的庞杂和指导裁判的裁审衔接口径的千差万别，具体到个案中的法官自由裁量权也难以通过对法律规范的解释进行预测。这样的情况不仅不利于社会公众遵守劳动领域的法律法规，还可能破坏法律的严肃性和既定性，对从事劳动法专业的法律人提出挑战。而运用请求权基础思维则可以帮助我们应对这种复杂性，帮助我们更准确地进行法律分析——在提出某项请求权后，应当寻找相应的法律规范，包括基础规范、相对规范和辅助规范等，从这些规范中提炼请求权要件，对应事实进行分析进而得出结论。

例如，在劳动关系中普遍存在的工资争议，可能是劳动者请求用人单位支付拖欠的工资，也可能是用人单位主张应当扣除劳动者的工资。那么我们在进行法律分析的时候，首先应当找到准确的法律依据，这个找法的过程实质上就是在先确定请求权基础的过程。劳动者向用人单位主张一定金额的工资以及用人单位主张扣除劳动者一定金额的工资，这种主张的成立会不会有人认为是天

经地义的呢？在我们朴素的是非观中确实是，干活给钱就是天经地义。但也不尽然，劳动关系是一种典型的社会关系，其通常发生在陌生人之间，而不是像亲属关系那样发生在熟人之间。为了维持陌生人的关系有序发展，促进社会交换，就需要确立在劳动关系项下的工资与劳动这一对给付义务以及按劳取酬的基本法律原则。《劳动合同法》第二十九条规定，“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务”。第三十条第一款规定，“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬”。《劳动法》第四十六条第一款规定，“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬”。可见，劳动者之所以可以请求用人单位支付工资，是因为劳动合同法规定的用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定向劳动者及时足额支付劳动报酬，这便是劳动者请求支付劳动报酬的请求权基础。反之，用人单位主张扣除劳动者的工资亦应当以相应的法律依据作为请求权基础。请求权基础决定了裁判依据，使得裁判结果具有可预见性。

确定请求权基础在与劳动关系相关的另一些争议中会显得更为重要，否则将使一些具体法律问题变得观点模糊、摇摆不定。例如就业歧视的问题，《最高人民法院关于增加民事案件案由的通知》（法〔2018〕344号）第一条规定，在第一部分“人格权纠纷”的第三级案由“一般人格权纠纷”项下增加一类第四级案由“平等就业权纠纷”。这使很多用人单位开始将避免就业歧视作为劳动用工合规管理的一项内容。从《最高人民法院关于发布第32批指导性案例的通知》中的平等就业权纠纷案例^①的裁判要点来看，用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素，对劳动者进行无正当理由的差别对待构成就业歧视。典型的如因求职者的出生地的原因而不予录用，但该岗位与劳动者的出生地之间没有内在关联。

如果上述举例中的情形还较为容易让人感知“无正当理由”的话，那么在另外一些情况下则更加不那么直观。2020年11月20日，教育部发布了《关于做好2021届全国普通高校毕业生就业创业工作的通知》，这一通知重点提及不得将毕业院校、国（境）外学习经历、学习方式（全日制和非全日制）作为

^① 指导案例185号 闫某某诉某公司平等就业权纠纷案。

限制性条件，那么，如果用人单位发布的招聘广告中将重点院校毕业作为招聘条件，是否构成就业歧视呢？如果说就业歧视的主要特征是用人单位设定了与工作无内在关联的招聘条件，对求职者进行无正当理由的差别对待的话，那么将重点院校毕业作为录用条件是否与工作存在内在关联呢？是否构成对求职者无正当理由的差别对待呢？如果有正当理由，那么理由又是什么呢？如果从这个层面去分析判断，很可能把法律分析写成见仁见智的个人感觉。

如果认识到平等就业权纠纷是一般人格权纠纷下的案由，那么应当认识到就业歧视侵害的客体是自然人的一般人格权，《民法典》第一百零九条规定，“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”。如果将此作为就业者主张用人单位招聘广告存在就业歧视的请求权基础，则会使判断是否构成侵权变得清晰。就业歧视的核心特征虽然是无正当理由的差别对待，但是仅存在差别对待还不足以侵害平等就业权，在一般人格权这个请求权基础前提下，这种差别对待还应当达到使人感受到人格尊严受损的程度。否则，尽管用人单位提出了与工作岗位要求没有直接关联的招聘条件，对求职者形成差别对待，但不足以让人感受到人格尊严受损，也不宜认定为侵犯了一般人格权项下的平等就业权，不构成就业歧视。从这一请求权前提的角度再看将毕业院校作为限制性条件的问题就可以比较清晰地作出法律分析，是否重点院校毕业这个条件并不会损害不同学校毕业的求职者的人格尊严。可见，在主张某项权利或义务时，找到准确的请求权基础会使法律分析和法律适用具有确定性、可预见性，避免法律问题沦为感受问题。

第二节 请求权思维在劳动争议案件中的应用

虽然探讨劳动争议具体问题的研究文章很多，但是以劳动争议、请求权为关键词检索出的文献材料却很少，可见从请求权角度对劳动争议问题的理论和实务研究尚未引起人们足够的注意。虽然在一些实践案例中会看到一些关于请求权的提法，如各地法院裁判文书中也会使用“违法解除劳动合同赔偿金请求

权”“劳动报酬请求权”等概念，但是在劳动争议司法实践中请求权还是较少被提及，在劳动法理论教材中也未将请求权作为体系进行梳理，而往往是按照劳动合同的“订立—效力—履行—变更—终止—解除”等顺序予以体系化^①。

在这样的背景下，经过实践积累，我们希望写一本关于劳动争议案件处理的书，以劳动争议请求权为基础，即以基础法律规范为基础，对劳动者或者用人单位产生或取得某项权利的法律规范进行分析，再通过案例的方式对某项请求权要件进行分析，最后梳理出代理不同类型不同请求事项的劳动争议案件的方法论。以年休假的问题为例，假设用人单位通过规章制度为员工提供了优于法定年休假标准的休假天数，但是对于优于法定年休假标准的休假天数与法定年休假之间使用顺序、未休是否予以工资补偿等未作出规定，如果员工主张用人单位应当按照用人单位规定的年休假天数按照额外给予 200% 的标准支付未休年休假工资补偿，是否应当支持。

在分析这一问题时，应当先找到劳动者因未休年休假而取得 200% 工资补偿权利的基础规范。根据《职工带薪年休假条例》第三条第一款规定，职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。第五条第三款规定，单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第一款规定，用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。根据上述基础规范，员工根据工作年限的不同每年享有的年休假天数不同，这一休假天数由法律规范赋予，称为法定年休假，对于未能享受法定年休假的，由法律规范赋予劳动者获得未休年休假工资报酬的权利，未休年休假按照日工资标准额外支付 200% 的工资报酬。

可见，如用人单位规定了劳动者可以享有高于法定年休假的休息天数，对于超出法定年休假之外的休假天数要求支付 200% 的未休年休假工资报酬显然不

^① 袁中华：《劳动法上请求权体系之建构》，载《环球法律评论》2020 年第 6 期。