

劳动用工管理及劳动争议疑难 案件实务操作与运用

北京百朗教育发展有限公司

——中培在线

主讲人：李丹



第一部分 劳动关系的认定



- 什么是劳动关系？
- 劳动关系是指劳动者与用人单位（包括各类企业、个体工商户、事业单位等）在实现劳动过程中建立的社会经济关系。
- 劳动关系，是指用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。



- 从广义上讲，生活在城市和农村的任何劳动者与任何性质的用人单位之间因从事劳动而结成的社会关系都属于劳动关系的范畴。
- 从狭义上讲，现实经济生活中的劳动关系是指依照国家劳动法律法规 规范的劳动法律关系，即双方当事人是被一定的劳动法律规范所规定和确认的权利和义务联系在一起，其权利和义务的实现，是由国家强制力来保障的。



- 劳动法律关系的一方（劳动者）必须加入某一个用人单位，成为该单位的一员，并参加单位的生产劳动，遵守单位内部的劳动规则；而另一方（用人单位）则必须按照劳动者的劳动数量或质量给付其报酬，提供工作条件，并不断改进劳动者的物质文化生活。



• 认定劳动关系的重要性

- 劳动关系作为生产关系的重要组成部分，是在劳动过程中劳动者与劳动力使用者之间形成的一种社会关系。人是社会关系的总和，社会和谐首先是社会关系的和谐。而劳动关系作为一种最基本的社会关系，其状况成为社会是否和谐的晴雨表。和谐社会必定是劳动关系和谐稳定的社会，劳动关系不和谐也必然影响到全社会的和谐。从这个意义上说，和谐劳动关系是和谐社会的重要基础，而社会和谐又是劳动关系和谐的体现与保证。



- **认定劳动关系的重要性**

- 根据《工伤保险条例》的规定，申请工伤认定需要提交劳动关系证明。由此可见，发生事故伤害依工伤处理的前提是存在劳动关系，不能证明劳动关系就不能申请工伤认定，认定不了工伤，就无法走以后的法律程序，更无谈及工伤赔偿问题，因此确认劳动关系在工伤赔偿中非常重要。



1、劳动合同是唯一证明员工身份的凭证？

劳动合同，又称为劳动契约，是劳动者与用人单位确立劳动关系，明确双方权利和义务的协议，是劳动者与用人单位依据《劳动法》等相关法律法规，建立起来的劳动关系的书面法律凭证。劳动合同也是稳定劳动关系、用人单位强化劳动管理、劳动者保障自身权益、双方处理争议的重要依据。



- 以劳动合同作为确立劳动关系的基本形式，有利于改变过去劳动制度存在的弊端，对劳动者来说有利于保障其合法权益，相对于企业来说，有助于规避风险、减少成本的作用。主要体现在：
- 一是签订劳动合同可以强化用工单位和劳动者双方的守法意识。以劳动合同的形式明确劳动者与用人单位双方的权利和义务。双方之间就有了一个具有法律约束力的协议。在劳动过程中，用人单位依据劳动合同的约定来管理职工，行使权利和履行义务；职工也依据劳动合同了来维护自身的利益，履行相应的义务。



- 二是签订劳动合同可以有效的维护用人单位与劳动者双方的合法权益。劳动合同都要规定一定的期限，在合同期内，用人单位和劳动者都不能随意解除劳动合同。合同期满后，用人单位与劳动者就可以就是否续签合同等进行商议，这就保证了用人单位用人以及劳动者求职的灵活性。
- 三是签订劳动合同有利于妥善处理劳动争议，维护劳动者的合法权益。如果没有劳动合同，劳动者就可能在工资收入、工作时间、工作条件等方面用人单位发生争议时，由于没有证据而遭受损失。



- 通过案例思考，是不是劳动合同与谁签订的，谁就一定是劳动法律关系的相对方？



• 关联公司

- 通过分支机构的股权来控制一家公司和被一家公司控制的公司。所谓关联公司，是指相互之间存在关联关系的公司。关联关系，则是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。



事实劳动关系

- 事实劳动关系是指无书面合同或无有效书面合同形成的劳动雇佣关系以及口头协议达成的劳动雇佣关系。事实劳动关系的确认需存在雇佣劳动的事实存在。“事实劳动关系”合法地位，确认了劳动关系不依赖书面合同的存在而存在，扩大了劳动保护范围，对不签定劳动合同的雇主有了更大约束，更多的维护了劳动者的合法权益。



• 事实劳动关系包括以下几个概念：

- 1、没有书面合同形式，通过以口头协议代替书面劳动合同而形成的劳动关系；
- 2、应签而未签订的劳动合同。用人单位招用劳动者后不按规定订立劳动合同而形成的劳动关系；
- 3、用人单位与劳动者以前签订过劳动合同，但是劳动合同到期后用人单位同意劳动者继续在本单位工作却没有与其及时续订劳动合同而形成的事实延续的劳动关系；
- 4、以其他合同形式代替劳动合同，即在其它合同中规定了劳动者的权力、义务条款，比如在承包合同、租赁合同、兼并合同中规定了职工的使用、安置和待遇等问题，这就有了作为事实劳动关系存在的依据；
- 5、劳动合同构成要件或者相关条款缺乏或者违法，事实上成为无效合同，但是双方依照这一合同规定已经建立的劳动关系。



裁判依据或参考：

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。



- 第一，用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。劳动法等相关法律法规规定的用人单位主体资格是“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)”，劳动部《关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见》第一条、第二条、第三条对用人单位的主体资格给予了明确的规定，第一条规定了“‘个体经济组织’是指一般雇工在七人以下的个体工商户”，第二条规定：实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的国家机关、事业组织、社会团体，实行企业化管理的事业组织可以成为劳动法上的用工主体资格。



- 根据我国劳动法的规定，做为事实劳动者应为：
- 1、是从年满16周岁开始的。《劳动法》第十五条规定，禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。年满十六周岁的公民才具有的劳动权利能力和行为能力，才能行使自己的劳动权利和承担劳动义务。它晚于公民的民事权利能力，但早于公民的行为能力。
- 2、由本人依法行使。
- 3、某些工种如井下工作、繁重体力劳动等对未成年劳动者和妇女有所限制。



- 第二、用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理。当然，该规章制度必须是依法程序制定的，《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》第十九条规定“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据”。



- 从事用人单位安排的有报酬的劳动。劳动法上的劳动关系，是指用人单位向劳动者给付劳动报酬，而由劳动者提供职业性的劳动所形成的法律关系。劳动法律关系特点之一：主体双方的地位是平等性，劳动者为单位提供了劳动，用人单位必须支付工资报酬。否则就不构成劳动关系，如果发生纠纷，则属于民法调整的范围。



- 第三、劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。该点体现了用人单位与劳动者之间的长久合作关系，即劳动者在用人单位工作必须达到一定的期限，否则就是一般的雇佣关系。



二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。



- 上述能证明事实劳动关系的5项证据中，虽然都具备单独成立的条件，但是有些情况下，“孤证”的效力要打些折扣，所以，劳动者应当尽可能多地提供相关证据，使其成为“证据链”相互印证，那么它的效力就大大增加了。在上面的5项证据中，第一次把“其他劳动者的证言等”列为有效证据，这对劳动者来说，是非常有利的。比如你有了其他证据中的一项“孤证”，再加上同事的证言，那么就有力得多了。



【实务操作要点】

在认定用人单位与劳动者之间具有劳动关系时，可考虑下列因素：

- (1) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格
- (2) 用人单位依法制定的各项规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有酬的劳动
- (3) 劳动者提供的劳动是用人单位工作的组成部分。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定 之二 保险公司与保险代理人之间的 代理行为是否是劳动关系？



2、保险公司与保险代理人之间的代理行为是否是劳动关系？

什么是保险代理人？

保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人。保险人委托保险代理人代为办理保险业务的，应当与保险代理人签订委托代理协议，依法约定双方的权利和义务及其他代理事项。保险代理人根据保险人的授权代为办理保险业务的行为，由保险人承担责任。保险代理人为保险人代为办理保险业务，有超越代理权限行为，投保人有理由相信其有代理权，并已订立保险合同的，保险人应当承担保险责任；但是保险人可以依法追究越权的保险代理人的责任。个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。



- 通过案例思考
- 1、这类关系中的《保险代理人合同书》《财务辅助计划协议书》的性质是否构成劳动合同？
- 2、保险公司为保险代理人支付的财务辅助津贴是都是劳动报酬？
- 3、保险公司对于保险业务员的管理是否是劳动法意义下的管理？



- 代理关系与劳动关系两者在法律性质及地位上存在较大区别，主要表现在：
 1. 保险代理人以独立的主体身份充当保险公司与客户的中介，具有独立的民事法律地位；保险公司员工与保险公司存在雇佣与被雇佣的关系，法律上从属于保险公司，无独立法律地位。
 2. 收入方式上，保险代理人的收入是向保险公司收取的代理手续费，无固定工资，不享受职工福利待遇。
 3. 国家对保险代理人和公司职工的税收政策不同：对本企业雇员当期工资、薪金所得，只征收个人所得税。代理人，应先缴纳营业税，然后按应计个人劳动报酬所得征收个人所得税。



- 1、这类关系中的《保险代理人合同书》《财务辅助计划协议书》的性质是否构成劳动合同？
- 从合同订立的目的来看，约定的是保险代理合同，在任何时候不受雇主和雇员的关系，也载明了合同所依据的是《合同法》《民法通则》《保险法》《保险代理机构管理规定》



从合同的条款来看：

《劳动合同法》第十七条 劳动合同应当具备以下条款：

- （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- （三）劳动合同期限；
- （四）工作内容和工作地点；
- （五）工作时间和休息休假；
- （六）劳动报酬；
- （七）社会保险；
- （八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- （九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。



裁判依据或参考：

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

- （一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
- （二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
- （三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。



二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。



- 无论是从形式还是内容上看，《保险代理人合同书》《财务辅助计划协议书》不具备劳动合同的性质，不应受《劳动法》调整



- 2、保险公司为保险代理人支付的财务辅助津贴是都是劳动报酬？
- 劳动关系下的劳动报酬依据的是国家法律法规和政策的规定以及用人单位的薪酬政策，一般按照基本工资、岗位工资、年度奖金、年底双薪等执行，且必须不得低于最低工资标准，每年根据公司的效益情况，用人单位会对工资作出调整。



- **3、保险公司对于保险业务员的管理是否是劳动法意义下的管理？**
- 首先，需要认定保险代理人和保险公司是否有身份隶属关系？
- （时间如何安排、如何发展业务、每月工作计划内容是否合理）



- 其次，保险公司依据《保险法》对保险代理人实施管理。
- 保险公司对保险代理人进行管理，不仅是保险公司的权利，也是应该履行的义务。
- 保险代理人的代理行为的后果是由保险公司承担的，所以保险公司为了激励保险代理人最大限度的发挥主观能动性以最大限度促进保险业的发展，为了最大限度地减少代理行为带来的法律风险，制定了《保险代理人基本管理办法》。其对保险代理人规定相应职责，确立相应的代理人级别体制和级别变更机制，以及不同级别代理人的薪酬等管理措施。



- 保险代理人不是保险公司员工,与保险公司签订的是代理合同不是劳动合同,双方的关系是代理合同关系,不属于《劳动合同法》规范范围。保险代理合同关系主要受《民法通则》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国合同法》、《保险营销员管理规定》等法规的约束。只有保险公司员工与其所在公司才是劳动关系,才适用《劳动合同法》。因此,新劳动法的实施对保险代理人制这种营销模式没有根本性的影响。

保险代理关系有别于劳动关系。我国《保险法》规定,保险代理人是根据保险人的委托,向保险人收取代理手续费,并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位或者个人。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之三 超过法定退休年龄人员与用人单位之间的争议如何界定



3、超过法定退休年龄人员与用人单位之间的争议如何界定

法定退休年龄是指1978年5月24日第五届全国人民代表大会常务委员会第二次会议原则批准，现在仍然有效的《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》（国发【1978】104号）文件所规定的退休年龄。2012年7月，人力资源和社会保障部社会保障研究所所长何平提出，我国应逐步延长退休年龄，建议到2045年不论男女，退休年龄均为65岁。



- 我国退休人员再就业的情形已经比较普遍，原因就是随着生活水平和医疗保健条件的不断增长，人民的平均寿命不断有所延长，且大多数退休人员身体状况良好，仍能发挥一技之长。
- 所以退休人员再就业就成为比较普遍的现象。



- 通过案例请思考：
- 1、聘用退休人员所签订的合同的性质是什么？
- 2、退休人员是否可以主张加班费？是否能主张最低工资标准等一系列劳动保障内容？
- 3、退休人员在工作过程中遭受到伤害，是否属于工伤？



法律依据或参考

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）

（法释〔2010〕12号）

第七条 用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

换言之，对于退休人员再就业的，相关规定已经明确，已享受养老保险待遇的，用人单位与其之间不再属于劳动关系，不受劳动法等相关法律调整，受到事故伤害的时候，不按照工伤标准进行赔付，但是双方形成了劳务关系，退休人员可以通过民事赔偿途径进行救济。



- 劳动关系是用人单位与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者服从用人单位的管理，接受用人单位的工作安排，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。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。



- 劳务关系是劳动者与用工者根据约定，由劳动者向用工者提供一次性的或者特定的劳动服务，用工者依约向劳动者支付劳务报酬的一种有偿服务的法律关系。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，没有管理和被管理、支配被支配的权利义务，劳动者提供劳务服务，用工者支付劳务报酬，各自独立、地位平等。



实务操作要点：

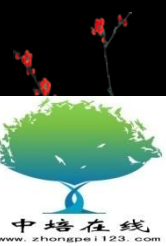
- 1、用人单位聘用已享受养老保险待遇的离退休人员，由于离退休人员年龄问题，工作中发生意外的概率更高，一定要为该离退休人员购买商业保险，以避免承担高额人身损害赔偿的风险
- 2、协议中约定的“安全责任自负”基本上归于无效的。可在协议中约定“因乙方违规、违纪、不服从安排、严重过失等行为造成人身伤害的，由乙方承担赔偿责任。”等类似内容。
- 3、离退休人员在工作过程中遭受事故伤害，不属于工伤认定范围，其合法权益可以通过生命权、身体权、健康权民事诉讼解决。

• 《合同法》

- 第三十九条采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。



- 雇主责任保险是指被保险人所雇佣的员工在受雇的过程中从事与保险单所载明的业务有关的工作而遭受意外或患与业务有关的疾病，所致伤、残或死亡，被保险人根据《中华人民共和国劳动法》及劳动合同的约定应承担的医疗费用及经济赔偿的责任，包括应支付的诉讼费用，由保险人在规定的赔偿限额内负责赔偿的一种保险。
- 三资企业、私人企业、国内股份制公司，国有企业、事业单位、集体企业以及集体或个人承包的各类企业都可为其所聘用的员工投保雇主责任险。
- 随着《劳动法》的实施及我国劳动合同制的不断完善，雇主责任险将是企事业单位及个人转嫁上述风险的重要途径。



• 保险特点

- **（一）转嫁用工风险**——应由雇主承担的赔偿，保障范围内将风险转嫁给保险公司；
- **（二）人员可更换**——考虑人员存有流动性，可到保险公司做人员批增或批减
- **（三）赔款直接支付给公司帐户**——传统员工险作为员工福利，赔款支付给员工个人账上，即使赔付也转嫁不了用工风险
- **（四）提高员工福利**——保险健全，员工自然满意，凝聚力更强，吸引力更强
- **（五）保费可计入企业成本**
- **（六）赔偿项目包括死亡、残疾、医疗费、误工费**
- **（七）合理医疗费在保障范围之内，除去免赔100%赔付**——传统员工险打折赔付



	工伤保险	雇主责任保险	意外伤害保险
性质	强制性社会保险	自愿性商业保险	自愿性商业保险
开办机构	国家社会保险行政部门	商业性财产保险公司	商业性人身或财产保险公司
被保险人	雇主	雇主	雇员
工伤界定	根据工伤保险条例，无责任免除，比较宽	保险责任参照工伤保险条例，但有责任免除，包括被保险人故意、战争等，责任范围较工伤保险略窄	不局限于工作原因，所有的意外都予以赔偿，但也有与雇主责任险类似的责任免除
赔偿标准	统筹地区内的标准统一，没有限额	按照保险条款的约定，有赔偿限额	按照保险条款的约定，按保险金额或其比例赔偿
赔偿责任	工伤保险基金可以承担大部分的工伤保险待遇，但仍有部分工伤保险待遇需要用人单位自身承担	雇主责任险可以赔偿雇主对雇员依法应承担的经济赔偿责任，可以免除雇主后顾之忧	意外险的受益人只能是雇员或其法定继承人，团体意外险是雇主赠送给雇员的福利保障，不能免除雇主对雇员应承担的经济赔偿责任
索赔意愿	工伤保险待遇是由工伤保险基金中支付的，工伤保险基金由劳动和社会保障部门管理，用人单位申领工伤保险金的次数同时也反映该用人单位的劳动安全状况，可能会招致相应的行政处罚	雇主责任险赔偿与劳动安全记录无关。并且总体而言，保险公司比政府机关的办事效率高、服务态度好。	同雇主责任险

- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也

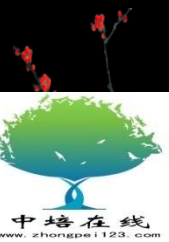


欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

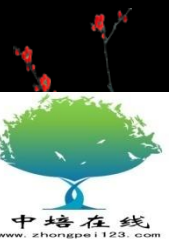
之四 派驻或是商调函是否应作为确定事实劳动关系的唯一凭证？



4、派驻或是商调函是否应作为确定事实劳动关系的唯一凭证？

根据案例请思考

- 1、介绍信、商调函和代管档案等的行为其性质如何认定？
- 2、被派驻人员和被商调人员的劳动关系应该如何确定？



- 出具介绍信和代管档案的性质
- 上级主管部门对下属部门的人事或程序上审批管理不具有《劳动法》意义的用工条件，上级主管单位为下属单位劳动者出具的介绍信和代管档案，是系统内部管理的一般手段，不能以此认定上级主管单位与劳动者之间存在劳动关系



法律依据或参考

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十条

劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。



《工伤保险条例》第四十三条

“。。。。职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。”



引申思考：如果人事档案丢失，档案保管机关是否赔偿？

人事档案的保管责任：

有关人事档案是证明个人客观经历的文件材料，是历史地、全面地考察职工的依据，也是全国档案的组成部分，档案保存时间相对职工来说是终身的，一切单位都有义务妥善保护。

- 档案丢失的赔偿责任：
- 最高人民法院《关于人事档案被原单位丢失后当事人起诉原用人单位补办人事档案并赔偿经济损失是否受理的复函》（2006年6月13日，【2004】民立他字第47号）
- ……存档档案的企事业单位，违反关于妥善保管存档档案的法律规定，丢失他人档案的，应当承担相应的民事责任。档案关系人起诉请求补办档案、赔偿损失的，人民法院应当作为民事案件受理。



- 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)
- 第五条劳动者与用人单位解除或者终止劳动关系后，请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押物产生的争议，或者办理劳动者的人事档案、社会保险关系等移转手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。



实务操作要点

1、派驻到合资、参股单位工作的劳动者与原用人单位仍保持劳动关系，原用人单位与参股、合资单位对劳动者的工资、社会保险、福利等有明确约定，且劳动者未提出异议的，按照约定处理。

如果没有约定或者约定不明的，劳动者的相关待遇可由原用人单位和合资、参股单位共同负担。

2、两个用人单位之间通过借调或劳务协议，将劳动者从一个单位（原用人单位）借调到另一个单位（借调单位），如原用人单位未与劳动者协商变更合同的，一般以原用人单位为一方当事人，但借调单位与劳动者或原用人单位有特别约定的应分别情况确定一方当事人。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之五 如何处理“长期两不找”人员

及其档案滞留问题的处理



5、如何处理“长期两不找”人员及其档案滞留问题的处理

所谓“长期两不找”主要是指劳动者与用人单位之间几年、十几年甚至几十年未曾联系，而用人单位主张双方劳动关系已经解除但不能证明已经将解除劳动关系的书面通知送达给劳动者。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。



- “长期两不找”的成因
- 形成“长期两不找”的原因很多，主要包括：
 - （1）用人单位不景气，效益不好造成劳动者无工作岗位，劳动者停薪留职期满后，个人要求上班，单位不安排又未续签协议；
 - （2）用人单位因工作任务不饱满，给职工放长假又未签订协议；
 - （3）孕产期、医疗期（因工或非因工伤病）已满，单位不安排上岗等情况。



、“长期两不找”给用人单位带来一些潜在的问题

- (1) 由于“两不找”实际上是用人单位与劳动者保留劳动关系，所以用人单位应当承担劳动者的社会保险，不如停薪留职、协议自负；
- (2) 不能证明“两不找”人员有收入，用人单位将承担其生活费；
- (3) 劳动者在外面干不下去了，回来再找单位，要求上岗或要生活费，单位不能不给。

“



- 根据案例请思考
- 如何处理“长期两不找”人员？



• 司法审判思路规整:

- 劳动者与用人单位之间虽然多义来不存，因实
际提供劳务和支付报酬的劳动关
系并不符合我国劳动法的规定，
且解除劳动关系时，用人单位
应当履行法定义务，如支付经
济补偿金等。因此，在司法判
断中，应当依据《劳动合同法》
的相关规定，认定双方是否存
在劳动关系，并依法处理。



• “两不找”案件中，用人单位既没有与之解除劳动合同，并给予经济补偿，也没有为其缴纳社保，认定双方解除劳动合同不仅是免除了用人单位相应的法律责任，同时劳动者在达到退休年龄之时，因生活没有保障，极可能信访闹访，成为普遍而严重的社会问题。以此思路裁判之社会功能不仅未彰显，也不利于对劳动关系之规范，更不利于社会的稳定和谐；而如果认定双方之间劳动关系仍然存续，判令用人单位向劳动者支付“两不找”期间的生活费，并为劳动者缴纳社会保险，无疑是对用人单位以及单位其他劳动者利益的损害。

《北京高院关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》

14、劳动者长期未提供劳动，用人单位又未依法与其解除劳动关系，双方“长期两不找”，可以认定双方劳动关系处于中止履行状态，中止履行期间用人单位和劳动者不存在劳动法上的权利义务关系，也不计算为本单位工作年限。如此后一方当事人提出解除劳动关系，另一方因不同意解除而申请仲裁，劳动仲裁委或人民法院经审查后如认为上述解除符合法律有关规定的，应当确认解除。



上海市高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的解答

(十二)、劳动合同履行过程中，劳动者长期未提供正常劳动，用人单位又未依法解除劳动关系的，双方之间的关系如何认定？

答：劳动者长期不提供正常劳动，用人单位又未解除劳动关系的，可以认定双方劳动关系处于中止履行状态，中止履行期间用人单位和劳动者不存在劳动法上的权利义务关系。



- 实务操作要点
- 用人单位处理“长期两不找”现象的措施
- 由于“两不找”是不规范的劳动关系，因此，处理“两不找”现象时应当按照劳动法的有关规定使之规范化，以维护用人单位的自身利益。具体措施如下：
 - 1、迅速找到本人，协商变更劳动合同，或安排其上岗；
 - 2、企业无岗位安排的，可解除劳动合同，支付经济补偿金；
 - 3、本人自愿离开企业，协商解除劳动合同；
 - 4、对于无法联系到本人的，可以发布公告，通知其在规定期限内回单位报到，逾期不归的，按旷工处理，旷工达到一定工作日后，可以解除劳动合同。



- 用人单位对档案滞留问题的措施
- 1、对于劳动关系已经解除或者终止的，可通知劳动者及时办理转移手续；如其不来办理的，且单位已经为其依法缴纳失业保险的，可以将其档案转到其户口所在地的街道办事处。
- 2、对于已没有劳动关系的长期滞留档案人员，应当寻找到档案滞留人员，通知其来办理档案转移手续；如其不来办理的，应当在媒体上进行公告，通知档案滞留人员限期来办理档案转移手续，逾期的，可以免除公司的相关责任。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之六 董事及公司高级管理人员劳动
争议如何处理



6、董事及公司高级管理人员劳动争议如何处理

高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。



- 根据案例请思考
- 1、高管是只要签订劳动合同就一定是劳动关系？
- 2、高管是否享受劳动待遇？
- 3、高管的辞职程序？
- 4、高管在辞去职务后与企业是否还存在劳动关系？

法律依据或参考

《中华人民共和国公司法》第四十七条 董事会对股东会负责，行使下列职权：

（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；



《公司法》

第十一条 设立公司必须依法制定公司章程。
公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

第四十九条 董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。



最高人民法院《关于鱼俊智诉西安毛纺厂劳动争议申诉案的函》

陕西省高级人民法院：

你院〔1995〕陕高法经请字第1号关于鱼俊智诉西安毛纺厂劳动争议申诉案的请示收悉。经研究认为，西安毛纺厂与裕民工业有限公司签订的合同中有关约定符合有关法律、法规的规定，对合资双方具有约束力。在未经西安裕民毛纺有限公司董事会讨论决定的情况下，西安毛纺厂单方调整董事、撤换鱼俊智副总经理职务，违反了法律、法规及合同约定，因而是无效的。据此，同意你院多数人的意见，即终审判决适用法律不当，应予纠正。

最高人民法院



劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知

11. 根据劳动部《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答》（劳部发〔1995〕202号）的规定，经理由其上级部门聘任（委任）的，应与聘任（委任）部门签订劳动合同。实行公司制的经理和有关经营管理人员，应依据《中华人民共和国公司法》的规定与董事会签订劳动合同。

46. 关于在企业内录干、聘干问题，劳动法规定用人单位内的全体职工统称为劳动者，在同一用人单位内，各种不同的身分界限随之打破。应该按照劳动法的规定，通过签订劳动合同来明确劳动者的工作内容、岗位等。用人单位根据工作需要，调整劳动者的工作岗位时，可以与劳动者协商一致，变更劳动合同的相关内容。



劳动部关于印发《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答的通知

一、关于厂长、经理签订劳动合同的问题

按照劳动部劳部发〔1994〕360号文的规定，厂长、经理是由其上级部门聘任（委任）的，应与聘任（委任）部门签订劳动合同。实行公司制的企业厂长、经理和有关经营管理人员，应根据《中华人民共和国公司法》中有关经理和经营管理人员的规定与董事会签订劳动合同。



实务操作要点

(1) 聘任与签订劳动合同

根据公司法以及公司章程的规定，需要经过董事会聘任的高级管理人员，公司在与其签订劳动合同时，应该注意劳动合同期限与聘任期限相对应。如果劳动合同期限长于聘任的期限，在高级管理人员聘任期限届满后，其与公司的劳动关系尚在，此时，该员工的工作内容以及劳动报酬等事项，应该如何认定？如果公司在与高管人员的劳动合同中，没有对相关情况进行约定，就非常容易产生劳动争议。故，公司在与高级管理人员签订劳动合同时，应该注意劳动合同期限与董事会决定的聘任期限相对应，也可以在劳动合同中对高管人员任期届满或解聘后，劳动关系如何处理作出约定，特别是针对在任前后工作内容、劳动报酬、福利待遇等条款作出特别约定，以避免劳动争议的产生。



- (2) 解聘与解除劳动合同
- 公司董事会决定对高级管理人员解聘，并不等同于公司与高级管理人员劳动关系的解除。解聘是公司法上的程序性规定，不能代表劳动法领域中的劳动关系的解除。如果董事会对高级管理人员的解聘决定是基于其存在严重违反公司纪律或严重失职给公司造成重大损失，或其他劳动法律法规中规定的公司可以单方面解除劳动合同的情况，则该高级管理人员被公司董事会解聘后，公司可以依法与其解除劳动合同，否则，高级管理人员被董事会解聘后，公司并不能就此与其解除劳动合同，而是应该根据双方劳动合同的约定，继续履行劳动合同。



• (3) 加班费问题

- 经理、副经理、财务负责人等高级管理人员，其工作性质有别于普通的劳动者，其工作时间也很难同其他员工等同看待，在实务中经常发生公司的高级管理人员在离职后，向公司主张加班费的案件，这类案件的产生，值得公司的关注。一般来讲，公司高级管理人员的工作时间比较弹性，存在大量加班的情况，但是公司在给其劳动报酬中已经考虑这方面的因素，因此，很多公司会在规章制度中有“部门主管以上的员工加班，不支付加班费”之类的规定，这样的规定显然是不符合法律规定的。公司要避免高级管理人员加班费的产生，要采取相应的措施。比较常见的是针对高级管理人员申请不定时工作制度。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之七 业余兼职产生的纠纷如何解决



7、业余兼职产生的纠纷符如何解决

兼职：区别于全职，是指职工在本职工作之外兼任其他工作职务。兼职者除了可以领取本职工作的工资外，还可以按标准领取所兼任工作职务的其他工资，指非主要工作外的工作，如果只做一种工作则叫专职。



- 最近在调研一些人才网上的职位时发现，兼职的职位一直维持着增长的趋势，而且职位被浏览的次数也在不断增加，然而对于是否成立劳动关系的问题还是没能有太明确的界定，所以非常容易产生争议和纠纷



- 兼职可以分为三类：
- 一类为劳动者向用人单位提供不定时的技术或信息咨询服务，即顾问式服务；第二类为劳动者定时向用人单位提供非正常全日制劳动；
- 第三类为劳动者向用人单位提供全日制的劳动。



- 第一类在实践中主要体现在一些用人单位需要一些技术、信息的专家式或专业类的服务，这类服务可以是现场技术指导的，也可以是通过电话或邮件的咨询服务。例如：公司外聘的销售顾问、法律顾问、技术顾问、游戏测试顾问等。这种顾问式兼职的主要特点在于：双方系平等的民事合作，双方按照签订的顾问合同来履行相关的权利与义务，工作时间与工作地点具有随机性，用人单位在这里购买的不是劳动力而是服务。



- 第二类主要是指劳动者与一家用人单位存在全日制劳动关系的同时，利用业余时间为第二家用人单位提供每天不超过8小时的非正常全日制劳动，或者利用周末时间为第二家用人单位提供两天非全日制或全日制的劳动。第二类兼职建立在一个基本的事实上，即劳动者每天能够提供劳动的时间是有限的。



- 第三类主要指一些特殊情形下的兼职，即劳动者因为特殊情形的出现，与原单位保留劳动关系，但是不再提供劳动，因此，有时间和精力为第三方用人单位提供全日制的劳动。这些特殊情形主要包括：待岗、内退、病退、停薪留职、原单位停产、减产放假期间。



- 通过案例请思考
- 是否允许兼职？



法律依据或参考

国务院办公厅《转发国家科委关于科技人员业余
兼职若干问题意见的通知》

。。。。。。单位和个人之间在业余兼职问
题上发生的争议，由有关科委或主管机关处理、或者
依法通过仲裁、通过诉讼解决。



劳动部办公厅《关于职工从事业余兼职劳动发生劳动争议如何处理的复函》

按照我部劳办发〔1994〕248号文件规定精神，职工因业余兼职与用人单位发生劳动争议，劳动争议仲裁委员会可依据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第二条规定予以受理，并依据上述文件规定和聘用合同予以处理。

在处理这类劳动争议过程中，如果职工不属于规定允许业余兼职的人员范围，仲裁委员会应要求其停止兼职劳动，同时根据职工兼职劳动的具体情况，要求用人单位依法支付其兼职劳动期间劳动报酬等，并终止兼职劳动关系。



劳动部办公厅《关于因企业职工流动等问题发生劳动争议是否受理的复函》

二、因职工从事第二职业发生的劳动争议，根据国务院科技干部局颁发的《聘请科学技术人员兼职的暂行办法》（〔82〕国科干一字003号）和《国务院办公厅转发国家科委关于科技人员业余兼职若干问题意见的通知》（国办发〔1988〕4号）等文件的精神，企业的科技人员在完成本职工作的前提下，可以在其他单位业余兼职（即从事第二职业），并签订聘用合同。因此，职工因从事第二职业与用人单位发生劳动争议，劳动争议仲裁委员会可依据《中华人民共和国企业劳动争议处理条件》第二条规定予以受理，并依据上述文件规定和聘用合同予以处理。



国务院科技干部局《聘请科学技术人员兼职的暂行办法》

第一条 科学研究、教学、医疗、工农生产等单位，根据科学技术工作的需要，可以临时聘请中、高级科学技术人员担任顾问（学术技术指导）或承担讲课、讲学、科研、设计等兼职任务。

第二条 凡中、高级科学技术人员，在完成本职工作任务的前提下，经所在单位的同意，可以接受外单位的临时聘请，也可以凭自己的科技专长到有关单位申请兼职，经聘请单位考核聘请，原单位应予以支持。

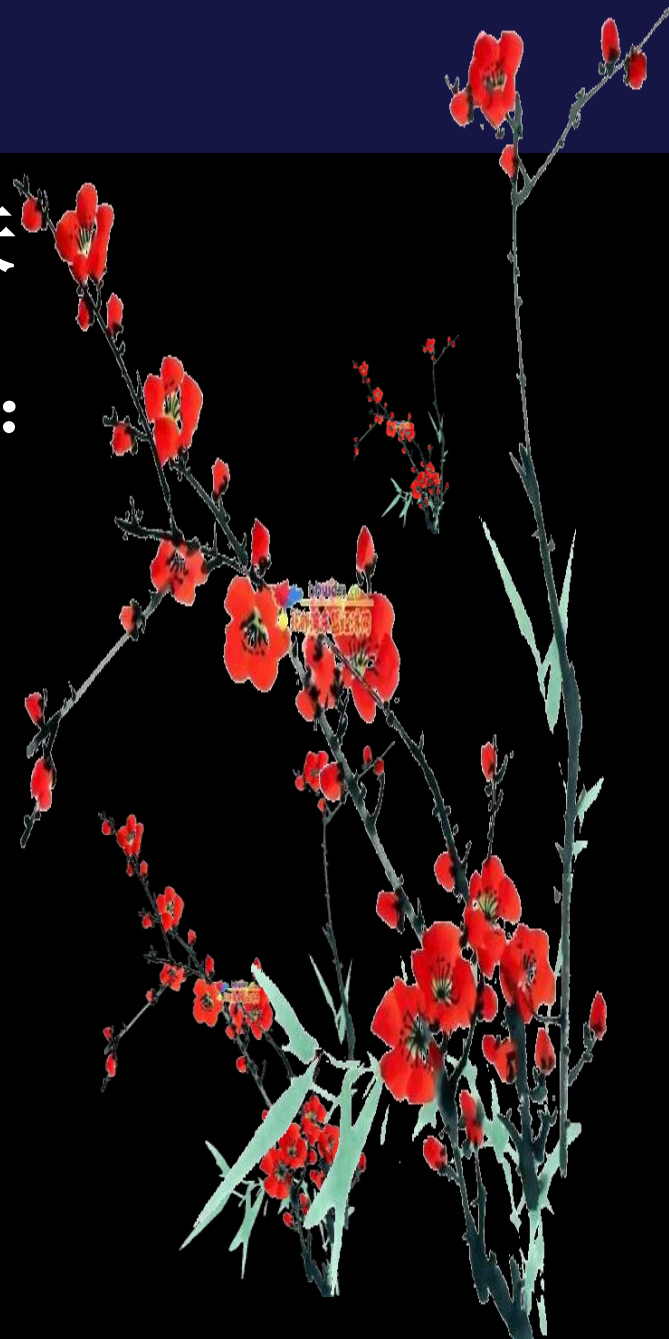
第五条 对科学技术人员兼职，在精神鼓励的同时，还应当给予一定的物质报酬。聘请单位可根据兼职人员的工作量和工作成绩，给予适当的职务（技术）津贴。



法律是否允许兼职？



- 2008年1月1日实施的《劳动合同法》对劳动关系是否具有唯一性，作出了明确的条文规定。在劳动合同立即解除情形下，第39条明确规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（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；”该条是对劳动者外出兼职关系的法律明确规定性，劳动者可以外出兼职与其他用人单位建立劳动关系，只要原单位的工作没有造成影响即可。即劳动关系不具有唯一性。



- 《劳动合同法》允许多重劳动关系。该法第69条规定：“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”即非全日制用工的，劳动者可以订立多份劳动合同，而基于劳动合同是劳动关系建立与否的关键凭证，也可以看出劳动者可以建立多重劳动关系。



- 在司法实践过程中，大家对劳动关系性质的认识，对劳动关系履行的认识，还停留在传统的用工形式框架内，因此，也经常出现一些判决，以劳动关系的具有唯一性为由不支持兼职员工兼职期间的劳动权益，这本身与法律的规定是相悖的。
- 但是，在多重劳动关系的被法律认可的情形下，我国目前的社保政策的特点仍然是社保系统的一缴的政策，这导致兼职的员工无法在第三方缴纳社会保险费。



实务操作要点

一般情况下，员工不应该在同一时期与两个单位建立劳动关系，但是《劳动合同法》并没有强制性禁止双重用工。

所以，如果业余兼职行为不构成对本职工作的影响，也不违反本职工作单位的规章制度，同时不侵犯用人单位的权益，用人单位不得以兼职为由解除与劳动者的劳动合同。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
 - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也

