

# 培 训 资 料

- 一、劳动争议仲裁概论
- 二、劳动争议仲裁的证据规章
- 三、劳动合同的签订、履行过程中应留意的问题
- 四、对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）有关条文的讲解
- 五、当前劳动争议处理实务中的热点、疑难问题
- 六、用人单位如何避开发生劳动争议的对策

## 一、劳动争议仲裁概论

劳动争议仲裁是劳动争议仲裁委员会处理用人单位与劳动者之间争议的一种准司法行为，是用人单位与劳动者双方维护自身合法权益的一种法律救济方式，也是劳动争议进入法院诉讼程序的前置渠道。

**劳动争议仲裁具有如下特征：**

**1、它体现了“三方机制”。**劳动争议仲裁委员会是由劳动保障行政部门、工会部门以及政府指定的经济综合管理部门等三家部门的代表所组成的。“三方机制”可以说是劳动争议仲裁的核心和生命线。

**2、它是一种法律救济方式。**权利救济的方式分为私力救济和公力救济。而公力救济方式包括法律救济方式和非法律救济方式，例如企业劳动争议调解委员会、区域性调解组织都是非法律救济方式，而法律救济方式则能起到最终一道爱护屏障的作用，是解决争议的终极方式，劳动争议仲裁就是一种法律救济方式。

**3、它是一种准司法行为。**当事人对发生法律效力的仲裁调解书和仲裁裁决书，应当依照规定的期限履行自己的义务。如一方当事人不履行义务，另一方当事人可以直接到人民法院申请强

制执行。这说明生效的仲裁调解书和仲裁裁决书对于劳动争议的当事人具有法律的约束力。

**4、它是进入法院诉讼的前置渠道。**劳动争议欲进入司法程序，必需经过劳动争议仲裁部门的处理，这是我国劳动仲裁体制的一大特色。

### **劳动争议案件与一般民事案件存在以下几点区分：**

#### **（一）历经的程序不同。**

劳动争议案件实行仲裁前置，目前是“一裁两审”制，当事人对仲裁裁决不服的，可以在收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院起诉；而一般民事案件是“两审终审”制。由此可见劳动争议案件持续的时间较长，有些工伤争议往往持续一年多的时间。

#### **（二）所适用的法律法规不同。**

劳动争议案件所适用的法律、法规、规章以及各种规范性文件较多，而且政策文件的变化也较为频繁，因此造成目前很多用人单位对政策文件的内容不知晓、不生疏，这样的状况造成了目前很多用人单位不按时把握最新劳动政策的局面。

#### **（三）劳动争议案件体现了很强的人身性。**

一般民事案件的人身性不突出，往往可以由特殊授权的托付代理人直接参与庭审活动，无须当事人本人到庭；而劳动争议案件由于人身性比较强，托付代理人即使是经当事人特殊授权，但在客观上托付代理人对劳动关系存续期间用人单位与劳动者权利义务的发生并不清楚和了解，因此往往需要当事人本人直接到庭进行陈述，阐明状况，仲裁员方能查清案件的事实状况。

#### **（四）当事人在仲裁过程中的权利义务不对等。**

与一般民事案件不同，劳动争议案件当事人在生产经营中体现了管理者与被管理者关系，双方在劳动关系中的地位不公平，因此为了爱护劳动者弱势群体，在仲裁过程中体现出举证责任的不对等，使用人单位承载更多的举证责任，以爱护劳动者的合法权益。

### **（五）仲裁处理的周期短，往往以调解等其它方式结案。**

仲裁审理的期限一般是六十天，最长不超过九十天。而一般民事案件简易程序是三个月，一般程序则是六个月。尽管仲裁双方有时冲突比较尖锐，但经过仲裁员查明事实后通过充分协商，往往能以调解、撤诉等其他方式结案。

## **二、劳动争议仲裁的证据规章**

以前在劳动争议仲裁过程中，只有证据，而没有证据规章。2002年4月，江苏省劳动争议仲裁委员会下发了《关于印发〈江苏省劳动争议仲裁证据审核暂行规章〉的通知》，在劳动争议仲裁中确立了证据规章的概念。这是借鉴民事诉讼中证据规章的原理，发挥证据在仲裁审理过程中的最大效能和作用，合理运用证据规章安排双方当事人的举证责任，保证依法、公正处理劳动争议。

在证据规章中，用人单位要特殊留意的是：

1、依据证据规章，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、支付劳动酬劳、计算劳动者工作年限等打算而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。包括用人单位对于是否通知劳动者终止劳动合同或续订劳动合同也都涉及举证责任的问题。

2、依据证据规章，因用人单位未依据劳动合同商定支付劳动酬劳或者供应劳动条件，劳动者提出解除劳动合同而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

3、依据《江苏省工资支付条例》的规定，用人单位应当建立劳动考勤制度，书面记录劳动者的出勤状况，每月与劳动者核对并由劳动者签字。因此用人单位对于劳动者的出勤状况也负有举证责任。

## **三、劳动合同的签订、履行过程中应留意的问题**

### **（一）劳动合同的签订**

## 1、签订劳动合同的必要性。

《江苏省劳动合同条例》(以下简称《合同条例》)第三条规定,劳动合同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。因此用人单位与劳动者建立正常的劳动关系,就应当与劳动者签订劳动合同。《合同条例》第九条明确了劳动合同的形式要件为书面形式。

省高院[2004]4号文即《关于审理劳动争议案件若干问题的意见》第19条对事实劳动关系的构成条件进行了具体阐述,即用人单位与劳动者虽然没有签订劳动合同,但是①劳动者向用人单位供应劳务②并接受其管理、指挥与监督,③用人单位向劳动者支付劳动酬劳的,应认定双方形成事实劳动关系。还要强调一点,就是劳动者和用人单位都应具备《合同条例》规定的主体资格。

《合同条例》对此种事实劳动关系的处理体现了对用人单位的惩处性。如:(1)劳动者可随时提出终止双方的劳动关系,而无需提前三十天书面通知用人单位。这一点就比法定的辞职条件宽松。(2)用人单位提出终止劳动关系的,一是需要提前三十天以书面形式向劳动者提出,二是需要支付劳动者经济补偿金,该经济补偿金不封顶。

## 2、签订合同的时间。

《合同条例》第九条规定,劳动合同应当在劳动者第一个工作日之前以书面形式订立。劳动者不愿签订劳动合同的,用人单位不得录用。

这一条表明两点内容,一是劳动合同的形式要件为书面,这在前面已经提到了。二是合同要在劳动者第一个工作日之前签订,这是强调合同签订的时间性,肯定要在劳动者实际履行劳务之前。在实践中用人单位将不签订劳动合同的责任推卸给劳动者,是没有道理的。

### 3、书面合同的交付状况。

《合同条例》第十条其中规定，用人单位应当自劳动合同签订或者鉴证之日起五个工作日内将文本交付劳动者本人，不得扣押。这一条强调了合同在签订或鉴证之后肯定要在法定期限内将合同文本交付给劳动者。实践中，我们遇到很多申请仲裁或到劳动监察部门举报投诉的情形，都是用人单位没有履行这一交付合同文本的义务，从而导致双方争议的发生。

### 4、关于服务期的规定。

《合同条例》第十五条是关于服务期的规定，这是一个创新，以前没有规定。很多用人单位尤其是外资企业在《合同条例》施行之前，已在实际操作中与劳动者签订了服务期协议或在劳动合同中商定了服务期的条款。

《合同条例》第十五条对于服务期商定的条件明确作了规定**出资招用、培训或者供应其他特殊待遇，可以商定服务期。**其实服务期的商定，**前提是看用人单位有无给劳动者供应特殊待遇，落脚点在“特殊”两字上。**例如出资招用、出资培训、供应住房、购买汽车等。用人单位可以直接在劳动合同的服务期条款或通过另行签订的服务期协议中明确劳动者违反服务期商定的违约责任，以便对劳动者有相应的制约。

### 5、商业隐秘的爱护。

《合同条例》将原劳动部《关于企业职工流淌若干问题的通知》（劳部发[1996]355号）规定的用人单位可以与知悉商业隐秘的劳动者签订保密协议或商定保密条款以及对于解除劳动合同的提前通知期和经济补偿写进了条文。

**用人单位应留意的是，劳动者所知悉的商业隐秘肯定要同时符合以下四个要件（《反不正值竞争法》第十条第三款加以规定）：**

A、不为公众所知悉；

B、能为权利人（即用人单位）带来经济利益；

C、具有有用性；

D、经权利人实行保密措施的技术信息和经营信息。

这里尤其要留意的是商业隐秘的第四个要件，即经用人单位实行保密措施的技术信息和经营信息。有些用人单位口头上重视技术信息和经营信息的保密工作，与员工签订保密协议或在劳动合同中订有保密条款来设置保密义务，而在生产经营中却根本没有实行应有的保密措施，使单位的一般员工都能接触到所谓的“技术信息和经营信息”，则这种“技术信息和经营信息”根本不能作为权利人的商业隐秘加以爱护。这种例子已有人民法院的判例为证。务必请用人单位留意。

不超过六个月的提前通知期是对劳动者提出解除劳动合同的一种特殊限制，《劳动法》第三十一条和《劳动合同法》第三十三条第一款都只规定劳动者辞职只需“提前三十日”书面通知用人单位。而由于劳动者负有保密义务后，用人单位就可与劳动者在保密协议或保密条款中商定不超过六个月的提前通知期。

用人单位可以在保密协议或保密条款中商定一旦劳动者提出解除劳动合同时，劳动合同中原来商定的工作岗位也作相应变更，劳动者可被用人单位调配到接触不到商业隐秘的岗位工作，使提前通知期能起到“脱密期”的功效。这也是用人单位应加以留意的，在签订保密协议或保密条款时肯定要考虑周密，这也是预防纠纷发生和对劳动者的制约。

另外商业隐秘进入公知状态后，保密条款、保密协议商定的内容自行失效。

## 6、竞业限制的规定。

《劳动合同法》第十七条是关于竞业限制的规定，也是以往劳

动法律、法规所没有规定的。原劳动部《关于企业职工流淌若干问题的通知》（劳部发[1996]355号）对此有所涉及，但不完整，作为一般政策其法律效力比较低。

**竞业限制的商定可以两种形式消灭：A、可在劳动合同中直接加以商定；B、可在保密协议中进行商定。**

设置竞业限制条款需做到权利义务的对应，在劳动者担当竞业限制义务的同时，用人单位应赐予劳动者肯定的经济补偿，标准是年经济补偿额不得低于劳动者离开用人单位前十二个月从用人单位获得的酬劳总额的三分之一（简称为前十二个月全部收入的三分之一）。

如只有竞业限制的商定，而没有经济补偿的商定，该竞业限制商定是不能对离职的劳动者产生约束力的。至于经济补偿如何支付，《合同条例》没有具体规定，我认为可以由双方在协议中自行协商商定。

而且在设置了竞业限制条款以后，就不得再给劳动者设置解除劳动合同的提前通知期，即竞业限制与提前通知期不能并用，只能选择其中的一种。

## **（二）劳动合同的履行**

### **1、合同效力的认定**

《合同条例》第十九条、其次十条是对劳动合同的无效、变更或撤销作出的相应规定。赐予了劳动争议仲裁委员会和人民法院有权确认劳动合同的效力及变更或者撤销劳动合同。

### **2、合同的中止履行问题。**

《合同条例》其次十六条是关于劳动合同中止履行事由的规定。劳动合同中止是指当事人在履行劳动合同过程中由于法定或者商定的情形消灭，在肯定时间内相互不担当合同商定的权利义

务的状态。共分为四种情形：

- (1) 经双方当事人协商全都；
- (2) 劳动者因涉嫌违法犯罪被限制人身自由的；
- (3) 发生不行抗力致使合同临时不能履行的；
- (4) 法律、法规规定或者合同商定的其他中止情形。

劳动合同中止期间，当事人之间的权利义务停止，用人单位可以办理社会保险帐户暂停结算（封存）手续，期间不应计算为劳动者在同一用人单位的工作年限。

**在中止情形消逝后，不需要再延长合同期限，只要在原合同期限中扣除中止的时间即可，特殊法有规定的，依据特殊法的规定执行。**

### 3、合同的变更。

《劳动合同条例》其次十七条是关于变更劳动合同程序的规定。该条明确变更劳动合同应当接受书面形式。**另一方当事人未在规定期限内作书面答复的，视为不同意变更劳动合同。**

合同变更的事由分为两类：一种是由主观方面的因素引起的，只要双方当事人协商全都，变更劳动合同无须任何条件。其次是由客观方面的因素引起的，即 A、发生不行抗力；B、订立劳动合同时所依据的法律、法规发生变化；C、订立劳动合同时所依据的客观状况发生重大变化。

### 4、合同的延长。

- A、妇女的“三期”；
- B、患病或负伤状况下的医疗期；
- C、职业病或工伤并丢失劳动力量的。

**1-6级工伤是要保留劳动关系的，谈不上合同的延长。但是**



**5-6级工伤，职工可以要求终止或解除合同。**

**《合同条例》第三十五条应留意的是** 《工会法》第十八条：基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间。非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长任期期满。但是，任职期间个人严峻过失或者法定退休年龄的除外。

**任期内的集体协商代表，劳动合同期满的，企业应当与其续签劳动合同至集体协商代表任期届满。**

### **(三) 劳动合同的解除**

#### **1、劳动者解除合同**

**(1) 按《劳动法》第三十二条或《合同条例》第三十三条其次款的规定：可以随时解除**

##### **A、在试用期内的；**

试用期是劳动合同双方当事人订立劳动合同时，协商确定的进行试用的期限。在试用期内，双方可以进一步考察双方的状况，用人单位发觉劳动者不符合公布的录用条件的，或者劳动者发觉用人单位的条件不符合事先介绍的状况，双方都可以提出解除劳动合同。

**口头商定试用期或签订试用期协议的做法不符合规定。**

在《合同条例》第十四条中，我们还应当留意到“劳动合同期满续签劳动合同的，不得商定试用期”。合同续签是对原合同中除合同期限以外的条款保留，对于合同期限的另行商定。用人单位不能以变更工作岗位为由，在续签劳动合同时与劳动者商定试用期。

**对于同一劳动合同期限内被用人单位转变工作岗位的劳动者，用人单位也不能重新规定试用期。**

以完成肯定的工作为期限的劳动合同，试用期不得超过十五日。试用期内患病或非因工负伤，可以享受医疗待遇，医疗期为三个月。

**B、用人单位以暴力、威逼或非法限制人身自由的手段强迫劳动的；**

**C、用人单位实行搜身、体罚、污辱等方式，严峻侵害劳动者人格尊严的（《劳动法》没有规定，《劳动合同法》增加的新规定）**

**D、用人单位未依据法律、法规规定或者劳动合同商定支付劳动酬劳或者供应劳动条件的；**

**E、用人单位拒不为劳动者缴纳社会保险费的（《劳动合同法》的新规定）**

“用人单位拒不为劳动者缴纳社会保险费”是指：用人单位不为劳动者缴纳社会保险费，经劳动保障行政部门责令限期改正后，仍不为劳动者缴纳社会保险费的情形。

消灭上述 B、C、D、E 项等用人单位违法行为的，劳动者还可以向用人单位主张经济补偿金，不封顶。

**（2）辞职：按《劳动法》第三十一条或《劳动合同法》第三十三条第一款的规定，有以下两个要件：**

A、以书面形式提出

B、提前三十日通知

省高院在《关于审理劳动争议案件若干问题的意见》第 23 条中明确：劳动者违反《劳动法》第三十一条关于“劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位”的规定，用人单位要求劳动者赔偿经济损失的，可依法予以支持。用人单位可按原劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿方法》（劳部发[1995]223 号）第四条、第五条的规定向劳动者追究赔偿责任。

## 2、双方协商解除

按《劳动法》其次十四条或《合同条例》其次十八条的规定

《合同条例》中的规定明确双方协商解除应当签订协议，这是对《劳动法》规定的完善，可以分清是用人单位提出解除劳动合同还是劳动者提出解除劳动合同。

(1) 用人单位提出：用人单位应向劳动者支付经济补偿金，不超过 12 个月

(2) 劳动者提出：用人单位无需支付经济补偿金

## 3、用人单位解除

### (1) 违纪解除

依据《劳动法》其次十五条第一款第(二)、(三)、(四)项或《合同条例》其次十九条第一款第(二)、(三)、(四)项的规定

A、严峻违反劳动纪律或者用人单位规章制度，依据用人单位规定或者劳动合同商定可以解除劳动合同的；

对用人单位的规章制度要进行审查：

- 1、是否违反国家法律、法规；
- 2、是否通过民主程序制定；
- 3、是否向全体职工进行公示。

举例说明：某机械公司开除职工一案（无事实依据）

B、严峻失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；

C、被依法追究刑事责任的。

“被依法追究刑事责任”具体是指：

- 1、被人民检察院打算不起诉；
- 2、被人民法院判处刑罚的；
- 3、被人民法院免于刑事处分的。

劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据劳动者被劳动教养的

事实与该劳动者解除劳动合同。

用人单位依据其次十九条的规定与劳动者解除劳动合同，应当自解除劳动合同之日起二个工作日内以书面形式告知劳动者理由和法律、法规依据，同时依据《合同条例》第三十六条第一款出具解除劳动合同证明。

### **(2) 因病解除**

依据《劳动法》其次十六条第一款第（一）项或《合同条例》第三十条第一款第（一）项的规定：劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行支配的适当工作的。

医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。医疗期满后，劳动者仍不能从事原工作也不能从事由用人单位另行支配的适当工作的，应当由劳动鉴定委员会对该劳动者进行劳动力量鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。

该种状况下，用人单位支付经济补偿金不封顶。医疗补助费不低于六个月的工资。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。要留意的是，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。

### **(3) 不能胜任工作的解除**

依据《劳动法》其次十六条第一款第（二）项或《合同条例》第三十条第一款第（二）项的规定：劳动者不能胜任劳动合同商定的工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

**经济补偿金最多不超过 12 个月。**

#### **(4) 因客观状况变化解除**

依据《劳动法》其次十六条第一款第（三）项或《合同条例》第三十条第一款第（三）项的规定：劳动合同订立时所依据的客观状况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

**“客观状况”是指发生不行抗力或者消灭致使劳动合同全部或者部分条款无法履行的其他状况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移达到不能相对控股等。**

**经济补偿金不封顶。劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。**

#### **(5) 濒临破产进行法定整顿期间或生产经营发生严峻困难裁减员工**

依据《劳动法》其次十七条或《合同条例》第三十一条的规定

A、提前三十日向工会或者全体职工说明

B、向劳动保障行政部门报告

C、在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员

**经济补偿金不封顶。劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。**

#### **(6) 试用期内不符合录用条件的解除**

依据《劳动法》其次十五条第一款第（一）项或《合同条例》其次十九条第一款第（一）项的规定

**留意：《合同条例》第四十条规定，经济补偿金和医疗补助费的标准依据解除或者终止劳动合同前十二个月劳动者的月平均工作计算，实际履行的劳动合同期限不满十二个月的，依据实际履行期间的月平均工资计算，不得低于当地最低工资标准。而原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿方法》（劳部发[1994]481号）第十一条规定，本方法中经济补偿金的工资计算**

标准是指企业正常生产状况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。用人单位依据本方法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。目前劳部发[1994]481号文件未撤销，且《合同条例》对劳动者月平均工资低于企业月平均工资问题也未作强制性规定，因此有关经济补偿金和医疗补助费的支付标准应连续执行劳部发[1994]481号文件的规定。

#### **（四）劳动合同的终止**

##### **1、事实劳动关系的终止**

《合同条例》第九条规定：劳动合同应当在劳动者第一个工作日之前以书面形式订立。劳动者不愿签订劳动合同的，用人单位不得录用。

该条明确了不签订劳动合同的责任问题，责任在用人单位。与用人单位建立事实劳动关系的劳动者同样受《劳动法》和《合同条例》的爱护。

##### **（1）应签而未签合同**

A、劳动者可随时提出终止，无需支付经济补偿金。

B、用人单位提出。

a.提前三十天以书面形式提出

b.支付经济补偿金（不封顶）

##### **（2）合同期满未续签合同而连续保持劳动关系**

A、劳动者可随时提出终止，无需支付经济补偿金。

B、用人单位提出。

a.提前三十日以书面形式提出

《合同条例》第 37 条规定，用人单位在劳动合同期限届满前应

当提前三十日将终止或者续订劳动合同的意向以书面形式通知劳动者，到期办理终止或者续订劳动合同手续。可见提前三十日通知是终止劳动合同的法定程序。如用人单位在劳动合同终止前未履行提前30日通知义务而终止劳动合同的，依据江苏省劳动和社会保障厅《关于合同条例若干条文的说明》其次十一条规定，不影响劳动合同期满终止的法律效力，应以终止劳动关系前劳动者前十二个月日平均工资为标准，依据每延迟通知一日，支付劳动者一日工资的赔偿金。

b.支付经济补偿金（不封顶）

**注：低于最低工资标准的，按最低工资标准计算**

工伤职工在与用人单位存在事实劳动关系时，用人单位不得终止事实劳动关系（《劳动合同法》第三十二条规定）。

## 2、正常终止劳动合同的经济补偿金或生活补助费支付问题

国有企业和外商投资企业终止劳动合同时，应连续依据劳动保障部办公厅《关于〈国营企业实行劳动合同制度暂行规定〉废止后有关终止劳动合同支付生活补助费问题的复函》和江苏省人大法工委《关于〈江苏省外商投资企业劳动管理方法〉废止后有关终止劳动合同支付经济补偿金问题的答复》的规定执行。

## 四、对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）有关条文的讲解

### 1、关于“劳动争议发生之日”的理解

解释（二）第一条对劳动法第八十二条规定的“劳动争议发生之日”特地作了解释。

（一）在劳动关系存续期间产生的支付工资争议，用人单位能够证明已经书面通知劳动者拒付工资的，书面通知送达之日为劳动争议发生之日。用人单位不能证明的，劳动者主张权利之日

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/225010323110011132>