

中国法学会邮件系统

用户名 密码

信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [经济法](#)本层分类: | [法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 经济法](#)

劳动争议案件审理中相关疑点问题探讨

阅读次数: 1138 2006-9-12 9:16:00

劳动争议案件审理中相关疑点问题探讨

皇志坚 涂远国 广东省珠海市中级人民法院

【原文出处】法律适用

【正文】

随着市场经济的充分发展,劳资矛盾日益尖锐,如何更好地处理好用人单位与劳动者之间的矛盾显得尤为重要。作为社会正义最后一道保障屏障的司法机关,对劳动争议案件的处理,很大程度上影响到这种矛盾的最后解决。本文旨在通过对现实审判中出现的有关劳动争议的疑点问题进行探讨,总结审判经验,以求对提高有关劳动争议纠纷案件的审判质量有所裨益。

一、劳动仲裁与劳动争议诉讼的关系问题

劳动仲裁作为劳动争议纠纷的一个前置程序,在其制度设计上完全不同于商事仲裁,其制度价值在于最短期限、最大限度维持劳资关系稳定,以保护处于弱势地位的劳动者。在审判实践中,经常遇到劳动仲裁与劳动争议诉讼之间的关系问题,主要表现为以下几个问题。

(一)有关仲裁请求的审查问题

基于劳动仲裁前置程序的制度设计,人民法院在审理劳动争议纠纷案件过程中有一个特殊点,即对仲裁请求的审查,其具体包括:对仲裁

请求范围的审查、对诉讼请求与仲裁请求一致性的审查以及对诉讼请求超过仲裁请求部分的独立性的审查。对于这些审查，目的是先裁后审的程序设计上的最终实施，故对于诉讼请求与仲裁请求的范围不一致时，人民法院须对于这些请求范围进行审查，对于仅在诉讼中提出的与仲裁请求范围无联系、而具有独立性的请求应驳回诉讼请求，并告知其先向仲裁部门申请就具有独立部分的请求进行仲裁。另外，需要注意的是，劳动争议案件审理过程中，人民法院对于被告在收到仲裁裁决书之日起15日后提出的诉讼请求，应不予受理。

(二)有关仲裁认定的事实的效力问题

当事人对于仲裁裁决不服向人民法院依法提起诉讼后，仲裁裁决不发生法律效力。故对于仲裁认定的事实不能作为证据使用，也不能以仲裁认定的事实直接来认定案件的事实。但对于仲裁委的开庭笔录中记载的为当事人自认的事实是否可以作为认定案件事实的依据，有待研究。我们认为，应赋予对方对其自认的事实的抗辩权，在无胁迫和其他证据足以推翻的情况下，可以确定自认的效力，因为事实本身具有客观性，在特定条件下对于于己不利的事实的承认，从某种程度上来说，具有较强的真实性。另外，对于一方提交的仲裁机关依职权调取的证据，一般情况下都应当予以承认其证明力，但这些证据基于劳动争议案件诉讼程序的独立性，必须由当事人将这些材料作为证据提交到法院才具有证据的效力。

(三)有关仲裁费问题

仲裁费从理论上来说应是由仲裁机构依据仲裁双方仲裁请求与仲裁机构支持的多少来由一方承担或双方分担的费用。我们认为，仲裁费作为仲裁裁决结果的内容之一，如果当事人对裁决不服提起了诉讼，仲裁费当然可以作为诉讼请求之一而诉请人民法院进行裁决。由此引发的问题是：人民法院在裁判时，仲裁费承担的判别标准是什么？是按仲裁结果来定，还是按诉讼结果来定？我们认为，应根据当事人胜败诉比例来定，因为仲裁裁决在当事人一方或双方提起诉讼后即不具有法律效力，故应根据诉讼结果对仲裁费重新计算。

(四)有关仲裁申诉期的性质及起始时间的认定问题

从劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第85条与《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3条规定来看，“知道或者应当知道自己的权利被侵害之日”是劳动争议仲裁申诉时效起始之日，仲裁申诉期与诉讼时效虽然制度设置不同，但也有许多相似之处，故对于确已超过仲裁申请期限，但有不可抗力或者其他法定的正当理由的，应依法按劳动争议案件处理。基于申诉期的诉讼时效的性质，故也应存在申诉期的中止与中断制度上的设计。在仲裁申请期间内，劳动者因不可抗力等其他客观原因无法申请仲裁的，申请仲裁期间中止；从中止的原因消灭之日起，申请仲裁期间连续计算。对于仲裁申请期间因劳动者向有关部门请求权利救济或用人单位同意履行义务而中断，从有关部门作出处理决定、明确表示不予以处理，或者用人单位明确拒绝履行义务时起，仲裁期间重新计算。

(五)有关一审认定承担责任主体与仲裁裁决承担主体不一致时如何处理的问题

对于不服仲裁裁决的一方或双方起诉后，出现责任主体认定不一致的情形时，法院的最终裁决可能出现如下结果：1. 驳回原告的诉讼请求。2. 变更诉讼主体包括追加当事人或第三人，从而作出裁决。对于第一种情形而言，存在原告对于自己的权利如何救济的问题。我们认为，应当依法可以直接起诉。因为这个劳动争议事实本身已经过了仲裁程序，仲裁主体认定的错误是法院应当纠正的，对于已经过仲裁的劳动争议纠纷，当然可以直接向法院起诉。

(六)关于劳动争议过程中双方达成的补偿、赔偿协议的效力问题

在劳动争议发生后，双方当事人当然可以达成一致的赔偿、补偿协议，法院应依法对于这个赔偿、补偿协议的合法性进行审查，当然对于违反劳动法的强制性规定的内容或有欺诈或胁迫存在的情形，法院应予以确认其无效。需要注意的是，对于赔偿、补偿协议只要涉及到劳动关系纠纷的争议仍应向劳动仲裁部门申请仲裁，但不涉及劳动关系纠纷的，人民法院可以直接受理。

(七)关于仲裁委员会作出准许撤回申诉或按撤回申诉处理的裁决的效力问题

仲裁委员会在处理劳动仲裁案时，往往会出现准许撤回申诉或按撤回申诉处理的裁决，对于这种裁决劳动争议委员会一般情形下准许劳动者或当事人一方可以依法在申诉期间内再向仲裁委员会就同一事实申请仲裁。故基于此，我们认为，当事人对劳动争议委员会作出准许撤回申诉或按撤回申诉处理的决定不服，依法向人民法院起诉的，裁定不予受理或者驳回起诉。其原因在于对于准许撤回申诉或按撤回申诉处理的情形应视为该案的劳动争议事实没有经过仲裁这个前置程序，故人民法院对于此种情形是不能直接受理的。

二、劳动关系的法律和事实上的认定问题

(一)劳动关系主体资格的认定

审理劳动争议案件是以劳动关系存在为前提。劳动关系认定上应注意四个方面：1. 劳动关系的主体资格；2. 劳动是劳动力与生产资料的结合的过程。3. 用人单位与劳动者之间存在着管理与被管理的关系，即内部上的隶属关系；4. 外部上，劳动者可以用人单位的名义进行一定职务活动，且这些活动的法律后果由用人单位承担。其中，对于劳动关系的特殊形态的认定在现实审判实践中存在争议。下面就劳动关系的特殊形态问题进行如下分析。

1. 非法用人单位的用工主体资格问题。非法用人单位是指无营业执照或未经依法登记、备案的单位或被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位。《劳动法》第2条明确地规定了5类用工主体。但当这5类主体出现了以上情形，是否仍然具备用工主体资格的问题，在学界一直存在重大分歧。我们认为，非法用人单位具备有劳动法意义上的用人单位的内涵，故仍应认为其有用工主体资格。《工伤保险条例》第63条也说明了这一点。(第63条规定：无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇……前款规定的伤残职工或者死亡职工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的……按照劳动争议的有关规定处理)。故我们在认定劳动关系时应以“单位”的内涵作扩大解释，对于非法用人单位仍赋予用工主体资格，基于此而发生的纠纷仍按劳动争议案件处理。

2. 承包关系下的劳动关系的认定问题。这种承包关系一般分为两种承包方式：一是工程承包。对于工程上的总包人、发包人、承包人谁是真正用工的主体，我们认为应看承包人是否具有用工资格来界定是否存在劳动关系。只要承包人具备有用工资格，其与劳动者之间就存在着劳动关系，否则就不存在劳动关系。另外，对于将建设工程非法转包、违法分包后，实际施工人是否具有用工资格，也是认定其与劳动者之间是否有劳动关系的条件。至于法律上规定分包人与承包人作为共同被告起诉(见劳动法的司法解释第12条的规定)，我们认为在这里劳动者只与一个单位存在着劳动关系，应由一个单位负责职工的保险、工资及其他的管理活动的。在认定劳动关系时应将其与责任分开来理解，有责任不一定就存在着劳动关系，而有劳动关系却一定有责任。故在建设工程承包关系中，我们可以通过找上线的方式，直到找到有用工资格的主体为止。二是企业内部承包问题。对于这种承包与工程上的分包有着本质上的区别。这种承包一般情况下不影响其与该企业的劳动关系，故因劳动争议纠纷处理时应将该企业作为当事人进行仲裁或诉讼。

3. 关联公司中的劳动关系认定问题。所谓关联公司是指具有独立民事主体资格的公司与另一个由其控股或由其出资成立的机构之间的在经营或管理上存在或多或少的联系的两个公司或两个以上的公司。审判实践中此类常见的情形有：母子公司、总分公司、公司及其分支机构等等。在理论上有两种观点：一种观点认为关联公司间存在两层劳动关系。关联公司都是合法的用工主体，故都是劳动法律关系的主体。另一种观点认为关联公司间只存在一层劳动关系，只有实际的用人单位才与劳动者之间存在劳动法意义上的劳动关系。我们比较赞成第二种观点即在关联公司中只存在一种劳动关系。主要理由如下：一是对劳动法规定的用工主体之一的经济组织作扩大解释即只要这个组织在进行一定的经济活动，劳动者的劳动力与这个经济组织的生产资料有效的结合，即可以认定为劳动关系存在。二是总公司或母公司对于其分公司或子公司的人事档案或程序上的审批管理，不具有劳动法意义上的“用工”的条件，只是其作为内部管理的一种手段而已，不是劳动法意义上的对于公司员工的管理。从上述分析可以看出，对于有营业执照的分支机构或分公司其本质上已具有独立的用工主体资格，依法独立地与劳动者成立劳动关系，故在仲裁或起诉时可以以有营业执照的分支机构或分公司为当事人进行。至于他们是否有独立的民事主体资格或是否能独立承担责任，这完全可以在诉讼中通过当事人申请追加、法院依职权追加或依民事诉讼的执行程序在执行过程中解决。

4. 农民工、护工与打散工的问题。对于这些劳动者的问题，审判实践中一直存在着困惑。对于涉及这类劳动者的案件，我们一般认为应从以下几方面进行审查。(1)严格按照劳务关系、承揽关系、或雇佣关系、劳动关系的法律特征去考量。(2)注意这些劳动者是否具有人格的重合性这一一般标准，即其是否能以用人单位的名义进行劳动或进行其他的活动。如具有这一人格的重合性，我们倾向认定为存在劳动关系。(3)以人格的重合性为一般标准来认定是否具有劳动关系的基础上可以经济重合性作为辅助手段进一步来考量。即劳动者的劳动是否为这个经济组织在创造财富，劳动者的收入是否在与这个经济组织的经济效益挂钩。

5. 单位使用退休人员的法律关系的认定问题。单位的退休人员与单位之间本身应还存在着劳动关系，而另一用人单位使用该单位退休人员的现象时常存在，对于后一用人单位一般不必缴纳社保，故有学者将此种劳动关系称为特殊劳动关系。但一般都认为此种情形下两种劳动关系并存，后一种劳动关系同样受劳动法的调整，在劳动过程中发生的工伤保险，由后一用人单位参照给予工伤保险。

(二)公司《员工手册》的性质及其条款的效力

在劳动法中，有一部分关于劳动报酬和劳动条件最低标准的法律规范，这部分规范通常称为劳动基准法。对于这部分的规范在劳动法中一般是禁止性规范，具有很强的法定性。这部分规范主要体现在：最高工时和休假、最低工资、劳动安全卫生、女工及未成年人保护等等。其次，劳动合同中还有一些强制性规定如：医疗期、经济补偿、无固定期限合同、不得解除同等的规定。另外，劳动法作为社会保障法的一个部门法，其对于社会保障部分的命令性规范，同样具有法定性与强制性。故在劳动法中遵循法定优先原则，集体合同、劳动合同、劳动规则确定的标准未达到国家规定的劳动基准的，均应是无效的。基于此，公司《员工手册》作为劳动规则的表现形式之一，不得违反上述强制性规范的规定，否则无效。《员工手册》本身是经济组织的自治性规范，故可以作为处理劳动争议案件的依据。对于《员工手册》中劳动纪律(或规章制度)部分的条款，依照法律的规定，需经过民主程序制定，且应当公示。另外在审判实践中公司的劳动纪律或规章制度中经常规定有用人单位对于职工的罚款的内容，对此罚款的性质，应如何认定？我们认为，

罚款作为公司自治的一种手段，应对劳动者具有拘束力，但必须在数额和适用条件上加以限制，故在审判实践中，对于这部分的事实审查，应注意对劳动者的违纪的严重程度进行审查和罚款的数额与公司因劳动者过错程度、劳动者的工资收入等因素联系起来进行审查，一般不应超过每月工资的20%。

(三)劳动关系的认定

在劳动法中，事实劳动关系同样受劳动法的调整。如何判断构成事实劳动关系，我们认为可以从以下三个方面进行考查：一用人单位是否支付了比较确定的与工资相类似的劳动报酬；二是劳动者付出的劳动是否是用人单位业务组成部分或者劳动者是否已实际接受用人单位的管理约束。三是用人单位是否以发放工作证、登记表、报名表等类似的或其他方式允许以用人单位的名义工作。另外，在审判实践中，对于已建立了劳动关系但未签订劳动合同或劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，双方未及时续签合同的，形成事实劳动关系。事实劳动关系可视为无期限的劳动关系，故事实劳动关系可以单方终结。对于终结事实劳动关系是否需要经济补偿的问题，现行的司法解释并未有明确规定。我们认为，用人单位对于这种劳动关系的终结同样要给付经济补偿金，其计算年限是劳动者在本单位的实际工作年限。

三、劳动合同解除、终止中的法律问题

(一)协商解除合法性审查问题

依《劳动法》第24条之规定，劳动合同在实际履行过程中，劳动者或用人单位任何一方都可以随时向另一方提出提前解除合同的意思表示，这个意思表示并不立即导致合同的解除，必须在双方达成合意的情况下才能导致合同的解除。故在审判实践中对于协商解除应从以下几方面进行审查：1. 双方是否已协商一致达成协议；2. 协商解除的时间是否是在合同到期之前；3. 经济补偿的标准是否低于法定标准。一般认为在协商解除中，双方必须已达成协议，企业提出解除合同的必须支付经济补偿金，且这个补偿金额不低于法定标准。

(二)试用期解除合法性审查问题

试用期的期限依《劳动法》第21条《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第3条的规定，试用期的期限因合同期的不同而不同，但最长不超过60日。故在对试用期解除的合法性审查时，首先应注意试用期约定是否合法有效；其次，注意解除时间应在试用期内；最后，员工是否符合录用条件。依《劳动法》第25、32条的规定，企业试用期解除与员工试用期解除时间上和方式上是相同的，即都在试用期内，随时通知即可，但企业试用期解除多一个条件，即企业在能够证明劳动者不符合录用条件时才能行使这个试用期的解除权。

(三)严重违纪解除劳动合同的合法性审查问题

以违纪解除劳动合同的，首先要审查单位劳动纪律的有效性，单位的劳动纪律不合法的不能作为违纪解除的理由；其次，要认定员工的违纪行为的严重性，这个严重性是指情节的严重。这种严重性须足以解除劳动合同；再次，对于违纪本身来说，员工的主观上应存在故意。最后，从证据的角度上看，员工违纪的事实必须清楚，证据确凿，用人单位在违纪的事实上承担举证责任。

(四)严重失职解除劳动合同的合法性审查问题

以失职解除劳动合同的，在审判实践中，对其合法性的审查，一般应审查以下几方面：首先，在主观上，对员工存在过失的审查；其次，对员工的过失行为的定性审查即要审查员工行为是否不符合其应尽职责和基本要求；再次，员工行为对单位造成损失，这种损失足够重大；最后，从证据的角度看，员工的失职事实清楚、证据确凿。

(五)医疗期满解除的合法性审查问题

依《劳动法》第26、29条的规定来看，医疗期实质上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。依劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期》第3、4条的规定来看，对于非工伤或职业病的患病职工医疗期期限的确定是需要审查该职工的实际工作年限和本单位工作年限的。医疗期内劳动合同一般不得解除，在医疗期内合同到期，该合同期应顺延至医疗期满。对于医疗期满的解除一般应审查如下几项内容：首先，职工患病或非因工负伤和职业病的审查；其次，医疗期是否已满的审查；最后，是否有不能从事原工作也不

能从事另行安排的工作的事实的审查。只有上三个要件同时具备时，用人单位才可以行使医疗期满解除权。对于医疗期满解除的法律后果之一是用人单位应给予经济补偿金，依其在本单位的工作年限，每满1年的给1个月的补偿，无最高额限制，对于未治愈的应给予医疗补助金，一般不少于6个月，重病依法应予以增发。但对于劳动合同顺延至医疗期满终止的，不需要支付经济补偿金，但需要支付医疗补助费。

(六)不能胜任解除劳动合同的合法性审查问题

不能胜任解除劳动合同属于劳动者无过失的解除，在审判实践中，对于用人单位以不能胜任为理由解除劳动合同的，必须严格进行审查。不能胜任解除的条件应包括：首先，不能胜任原工作；其次，用人单位有对其进行培训或调整工作岗位的行为；最后，对于培训后或新的工作岗位仍不能胜任。可见，对于不能胜任的解除，劳动者必须出现两次不能胜任的情形。

四、劳动合同中的违约金的性质及与补偿金、赔偿责任的区别

在审判实践中经常出现在劳动合同中约定违约金的问题，对于劳动合同中约定的违约金的性质，我们认为违约金同样是劳动合同双方在签订合同时约定的一方不履行合同中约定的义务，而应给予另一方的金额。是承担违约责任的一种方式。一般认为违约金具有一定的惩罚性质，双方在合同中自愿的基础上确定的违约金对于双方具有拘束力。关于是否在劳动合同中可以约定违约金的问题，学者有两种意见：一种意见认为，可以任意约定违约金；第二种意见认为，只能限制约定违约金。我们认为，劳动合同不同于一般的民事合同，在劳动合同条款上，其内容不得与劳动法中的强制性的、基准性的规范相冲突，针对这些条款，劳动合同是不能任意约定违约金的。我们认为应限制约定违约金，即可以约定违约金的条款主要体现在：违反服务期的约定、违反商业秘密、违反竞业禁止等等。这种观点已体现在《上海市劳动合同条例》和《江苏省劳动合同条例》等规定中。

另外，对于适用违约金的情况下，一般本着公平合理的原则，对于违约金低于实际损失时，按实际损失赔偿，违约金高于实际损失的，按约定赔偿违约金赔偿。对于违约金畸高的，另一方一般可以请求仲裁机构或人民法院予以减少。经济补偿金在劳动法中具有其本身的法定性与

数额的确定性，故对于约定违约金的情况下，除考查其是否有效之外，一般可以与经济补偿金一并适用，即对于同一事实不能重复适用经济补偿金和违约金。

五、工伤保险中的法律问题

(一) 工伤认定的法律问题

工伤是指因工作遭受事故伤害或者患职业病。工伤认定的前提是劳动者与用人单位之间存在着劳动关系，这里的劳动关系包括事实劳动关系。没有劳动关系也就不存在工伤认定，故在劳务关系与雇佣关系中就不存在工伤认定的问题，只存在着人身侵权损害赔偿问题。对于工伤的审查，一般从三个要件来进行：工作时间、工作场所、工作原因。对于因履行工作职责受暴力伤害，一般认为是属于工伤的范围，依法应按工伤处理。

(二) 劳动能力鉴定的法律问题

劳动能力一般由鉴定委员会根据专家组的鉴定意见作出鉴定结论，对于劳动能力鉴定不服的，当事人可以申请再次鉴定。由于再次鉴定为最终结论，故对于劳动能力鉴定不服的，当事人是不可以提起行政诉讼的，这一点与工伤的认定程序是不同的。

(三) 留薪期满后，员工仍然需要停工医疗的法律问题

员工发生工伤后，员工应依法享有停工留薪期，停工留薪期待遇依《工伤保险条例》第29、30、31条的规定有以下几项：治疗工伤所需费用，住院伙食补助费，异地就医交通，住宿等费用，辅助器具费用，护理费，原工资福利待遇等等。但这个期限依法不超过12个月，经市级劳动能力鉴定委员会确认，再延长也不得超过12个月。停工留薪期满后，对于员工已进行伤残评定的，员工依法享受伤残待遇；对于未进行伤残评定的，需要继续治疗的，享受工伤医疗待遇。

(四) 劳动者发生工伤，享受了工伤待遇的，是否可以再主张精神损害赔偿的问题

我们认为，将工伤损害赔偿作为劳动争议案件处理，原因是其在处理该案件的程序、审查的内容、责任认定、归责原则、赔偿范围等各方面均与民法上的侵权损害赔偿案件有很大的差异。从工伤损害赔偿的赔偿范围上可以看出其没有包括精神损害赔偿的部分，故我们认为员工对于因工伤造成损害的，基于用人单位有过错或第三人有过错的情形下，可以依法向用人单位或第三人提起精神损害赔偿之诉。基于此，工伤争议案件中如果涉及到第三人侵权时，劳动者可以选择第三人或用人单位其中之一来维护自己的权益。一般选择用人单位的就按劳动争议案件处理。

[【返回】](#)

欢迎光临**中国法学会**官方网站

Thank you for visiting www.chinalawsociety.org.cn

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 [联系方式](#)
(浏览中国法学会网，建议将显示器的分辨率设为1024*768) 网站制作与维护：北京长城宏业网络信息科技有限公司