

劳动和社会保障法律资讯

第二期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一二年十一月十九日

本期目录

一、最新文件

深圳市劳动合同管理疑难问题研讨会会议纪要 2

二、案例参考

广东高院再审案例：罗德容诉中山市小榄镇九洲基富林制衣厂劳动
争议纠纷案 4

三、实务研讨

劳动合同订立及续订的法律风险分析与管理建议 8

深圳市劳动合同管理疑难问题 研讨会会议纪要

深人社专纪[2012]11 号

为应对劳动合同管理中出现的新情况、新问题，提高全市劳动合同管理水平，市人力资源和社会保障局于 2012 年 8 月组织召开了全市劳动合同管理疑难问题研讨会，纪要如下：

一、建筑企业与非法承包、转包、分包施工人所招用的劳动者的关系问题。依据《广东省高级人民法院广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》，建筑企业与非法承包、转包、分包施工人所招用的劳动者不存在劳动关系，但给劳动者造成损害的，建筑企业应承担连带责任。

二、餐饮企业与厨房大厨师所招用的劳动者的关系问题。若劳动者同时受企业管理，符合原劳动和社会保障部印发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》中劳动关系的确认条件，则餐饮企业与劳动者存在劳动关系；若劳动者未签订劳动合同，完全由厨房大厨管理，不符合原劳动和社会保障部印发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》中劳动关系的确认条件，则餐饮企业与劳动者不存在劳动关系，但给劳动者造成损害的，餐饮企业应承担连带责任。

三、桑拿按摩企业与只拿提成、小费劳动者的关系问题。若劳动者同时受企业管理，符合原劳动和社会保障部印发的《关于确立

劳动关系有关事项的通知》中劳动关系的确认条件，则桑拿按摩企业与劳动者存在劳动关系;若劳动者未签订劳动合同，且不符合原劳动和社会保障部印发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》中劳动关系的确认条件，则桑拿按摩企业与劳动者不存在劳动关系。

四、企业搬迁劳动关系处理问题。企业在深圳行政区域内搬迁的，双方应当继续履行劳动合同，员工提出解除劳动合同的不得要求经济补偿。企业搬迁至深圳行政区域外的，员工如果提出解除或者终止劳动合同，并要求支付经济补偿的，企业应当向员工支付经济补偿。

五、三来一补企业升级转型劳动中劳动关系处理问题。三来一补企业升级转型后，企业如果承接了原企业的权利义务的，则双方应当继续履行劳动合同;员工以企业升级转型为由提出解除劳动合同要求经济补偿的，不予支持。

六、劳务派遣劳动者无固定期限劳动合同适用问题。综合《中华人民共和国劳动合同法》第十四条和第五十八条的规定，劳务派遣机构与劳动者经协商可以签订无固定期限劳动合同。

七、女职工违法计划生育问题。女职工违法计划生育仍然适用《女职工劳动保护特别规定》的有关条款，用人单位不得以女职工违法计划生育为由解除劳动合同。劳动合同、集体合同、规章制度另有约定的除外。

罗德容诉中山市小榄镇九洲基富林制衣厂 劳动争议纠纷案

广东省高级人民法院 民事裁定书

(2012)粤高法民一申字第 1491 号

申请再审人(一审原告、二审上诉人):罗德容,曾用名罗忠明,男,汉族,1950年5月7日出生。住重庆市。

委托代理人:罗伟,男,汉族,1987年1月17日出生。住址同上。

被申请人(一审被告、二审被上诉人):中山市小榄镇九洲基富林制衣厂。住所地:广东省中山市。

投资人:吕宇群。

申请再审人罗德容因与被申请人中山市小榄镇九洲基富林制衣厂(以下简称富林制衣厂)劳动争议纠纷一案,不服广东省中山市中级人民法院(2011)中中法民六终字第 467 号民事判决,向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查,现已审查终结。

罗德容申请再审称:原审法院认定事实不清、适用法律不当,造成判决不公。原审判决仅依据无厂方盖章就否认出勤卡和工资条的真实性不公,且其出勤卡被申请人在仲裁庭的庭审中也是认可的。申请人的上班时间远超出国家规定的 8 个小时的时间,原审判决在未查清事实的情况下认定申请人的加班时间和加班费数额明显不

公。申请人已达退休年龄，原审法院不予处理其社会保险问题不当。为维护其合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条的规定，提出再审申请，请求撤销原生效判决，对本案进行再审改判被申请人支付加班费共计 152195.15 元及补缴 58 个月的社会保险。

富林制衣厂提交意见认为，罗德容的再审申请缺乏事实与法律依据，请求予以驳回。

本院经审查认为：本案系劳动争议纠纷。针对本案争议的焦点问题,分析如下：

一、关于罗德容的加班工资认定问题。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定，追索劳动报酬不受劳动争议申请仲裁一年时效期间的限制，罗德容的主张其请求加班费在诉讼时效之内符合上述法律规定。但根据《广东省工资支付条例》第十六条的规定，用人单位编制的工资支付台账应当至少保存二年，即用人单位对劳动者工资报酬负举证责任的期限为二年，超过二年的部分应由劳动者自行举证，因此，超过二年的部分，如果举证不能，则应由劳动者承担举证不能的后果。原审以富林制衣厂提供的工资台账为依据，采信罗德容亲笔签名确认的加班时间和已收取的加班工资，从双方当事人发生争议的 2010 年 7 月开始推算，确认富林制衣厂尚拖欠罗德容 2008 年 7 月至 2010 年 7 月加班工资 2231 元符合上述规定。至于 2008 年 7 月以前的加班工资问题，则应当由罗德容负举证责任，由于罗德容提供考勤卡及工资条均无富林制衣

厂盖章确认，也无其他辅助证据佐证其真实性，故此，对于 2008 年 7 月以前的加班工资，因罗德容举证不能从而其应承担不利后果，原审法院对罗德容的该部分诉讼请求不予支持并无不当。

二、关于补缴社会保险问题。根据《社会保险费征缴暂行条例》第十三条“缴费单位未按规定缴纳和代扣代缴社会保险费的，由劳动保障行政部门或者税务机关责令限期缴纳；逾期仍不缴纳的，除补缴欠缴数额外，从欠缴之日起，按日加收千分之二滞纳金。滞纳金并入社会保险基金”及《广东省社会养老保险条例》第三十六条“单位拒不参加社会养老保险，由社会保险部门责令其限期参加，并追缴其应参加社会养老保险之日起的社会养老保险费及按日加收应缴额千分之一的滞纳金。逾期仍不执行者，可由工商行政管理部门暂扣单位营业执照，或者由社会保险部门申请人民法院强制执行，并可对单位法定代表人处以二千元至五千元罚款”的规定，应由社保部门、劳动部门或者税务机关通过行政行为去追缴欠缴的社会保险。据此，罗德容的该请求不属于法院受理的劳动争议案件范围，原审法院不予支持亦无不当。罗德容申请再审的理由不成立，本院不予采纳。

综上，申请再审人罗德容的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条规定的再审情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十一条第一款的规定，裁定如下：

驳回罗德容的再审申请。

审 判 长 孙桂宏

审 判 员 杨雪清

代理审判员 陈康秀

二〇一二年五月二十三日

本件与原本核对无异

书 记 员 黎云香

劳动合同订立及续订的法律风险分析与管理建议

2008年1月1日，《中华人民共和国劳动合同法》正式施行。

对《劳动合同法》略知一二的人都清楚，该法对劳动合同的订立有如下两项极其重要的规定：

1、劳动合同的订立是必须的、强制性的。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

2、未与员工订立书面劳动合同，用人单位要承受双倍工资的苛刻罚则。用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。用人单位违反劳动合同法的规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

未订立书面劳动合同，对企业来说法律风险十分巨大，然而，该风险又极易化解和防范：订立即可！

【二倍工资争议特点】

超乎我们想象的是，未签订劳动合同而引发的劳动争议案件数量呈逐年增长之趋势。从2008年至今的劳动法律服务实践来看，“不签订劳动合同、索赔双倍工资”的劳动争议案件主要呈现如下特点：

1、案件数量急骤增多。未订立书面劳动合同现象，既存在于管理不规范的小企业，也开始在疏于管理、淡化责任的大公司显现。随着劳动合同法宣传热度的降低，管理层渐渐宽松了劳动合同管理力度，此类案件数量越来越多。

2、争议金额较大。双倍工资的赔偿基数即为相应期间用人单位依法应当支付员工的工资总额，我们处理的案件中少则数千元、多则数万甚至数十万元。

3、员工主体呈现多元化。未签订劳动合同现象，不仅发生在普通员工，而且呈现向中层、高层员工蔓延之趋势，部门负责人、人力资源总监、分支机构负责人、总经理等员工亦时常出现。

【未签订劳动合同的原因】

对于未订立或续订书面劳动合同的原因，我们在实践中遇到的情形主要有：

- 1、员工以各种理由拖延时间，劳动合同迟迟未能订立或者续签。
- 2、劳动合同中员工姓名系别人代签。
- 3、用人单位找不到与员工签订的书面劳动合同，如搬迁时不慎遗失、被员工恶意取走等。
- 4、用人单位将员工在关联企业或合作企业间调动，未对劳动合同的订立、调整或变更进行特别处理。
- 5、员工在异国、异地、异单位派驻工作期间，存在续签劳动合同的地域障碍。

6、员工处于特别假期中，不能回公司续订劳动合同，如参加学习培训、休病假、产假期间。

7、用人单位与员工就劳动合同的内容进行多次沟通、谈判，久拖不决，未能及时订立或续订劳动合同。

8、劳动合同管理责任人变更时，未能就员工劳动合同事宜做好交接、衔接。

9、劳务派遣公司与用工单位都忽视了派遣员工的劳动合同签订。

10、其他用人单位劳动合同管理意识淡薄的情形。

对于上述原因进行分析之后，用人单位应该都能找到对应之策。在此，我们提供以不变应万变之原则：不签合同不用工，用工之前必须先签合同。

【二倍工资的防范策略】

针对劳动合同管理不规范的现状，在此提供如下五点建议供参考：

1、《劳动合同书》、《劳动合同签收公示表》等文件，必须要求员工本人亲笔签名，严防代签。

2、制作《在职员工劳动合同管理备案登记表》。如有必要，最好分部门、分用工类别制作，确定责任人，签写责任书。如果是通过劳务派遣、人力派遣、人事外包、供应商售后服务等形式使用的员工，用人单位还要特别注意合作单位与员工之间签订劳动合同的

监督管理。

3、劳动合同到期、解除、终止、续延等问题，应当提前给予特别的关注和处理。

4、有关劳动合同订立、续签的相关文书送交，要求员工本人在《签收回执单》亲笔签名。

5、有关劳动合同订立、续签的相关文书，用人单位应当妥善保管，并在劳动合同解除（终止）后至少保存二年。

在我们为用人单位提供订立、续订劳动合同的服务中，常用的文书如下：

- 1、在职员工劳动合同管理备案登记表
- 2、劳动合同书
- 3、劳动合同签收备案表
- 4、续订劳动合同通知书
- 5、续签劳动合同意向书
- 6、延续劳动合同协议书
- 7、文书签收回执

（本文作者：市律协劳动和社会保障法律业务委员会委员 曾凡新律师）