# 考点5 土地和房地产法

五、房地产交易

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | 出让土地 | 划拨土地 |
| 转让 | 原理 | 买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人；房屋所有权与土地使用权一并转让 | |
| 条件 | （1）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；（2）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件 | 应报政府审批，并由受让方办理土地使用权出让手续、缴纳土地使用权出让金（转为出让地）。政府也可以决定不办理土地使用权出让手续，将该划拨土地使用权直接划拨给受让方使用，由转让方将所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理 |
| 年限 | 受让方土地使用权的使用年限为剩余年限（变更用途按后面用途期限减去已经使用的部分） | 办理出让手续的，由出让合同约定。不办出让手续的，无使用年限限制 |
| 抵押 | 原理 | 房屋所有权与土地使用权一并抵押；房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产 | |
| 范围 | 以出让方式取得的无地上建筑物的土地使用权，可以设定抵押权 | 以划拨方式取得的无地上建筑物的土地使用权，不得设定抵押权（不得单独抵押） |
| 条件 | 不必经政府批准 | 必须经政府批准 |
| 效力 | 抵押权人可就房屋和土地使用权价值优先受偿 | 应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿 |
| 租赁 | | 无特别限制 | 以营利为目的，将划拨土地上建成的房屋出租的，应当将租金中所含土地收益上缴国家 |
| 商品房预售 | | 应当符合下列条件：（1）已交付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；（2）持有建设工程规划许可证；（3）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；（4）向房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。无证预售的，预售合同无效，但起诉前取得预售许可证的，可以认定有效  禁止违反诚信原则主张合同无效 | |
| 商品房预售人应当将预售合同报房产管理部门和土地管理部门登记备案。未备案不影响合同效力 | |

### 五、城乡规划的制定

#### （一）制定和审批程序

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | 编制 | 审批 | 人大审议 |
| 总体规划  20年 | 城市 | 城市人民政府 | 直辖市由国务院审批，省会市和较大市由省级政府审查同意后报国务院审批，其他市由省级政府审批 | 在报上一级人民政府审批前，应当先经本级人大常委会审议 |
| 县府镇 | 县人民政府 | 报上一级人民政府审批 |
| 普通镇 | 镇人民政府 | 报上一级人民政府审批 | 应当先经镇人大审议 |
| 控规 | 城市 | 城乡规划主管部门组织编制，经本级政府批准后，报本级人大常委会和上一级政府备案。 | | |
| 县府镇 | 县政府城乡规划主管部门组织编制，经县政府批准后，报本级人大常委会和上一级政府备案。 | | |
| 普通镇 | 镇政府组织编制，报上一级政府审批。 | | |
| 乡村规划 | 乡、镇政府组织编制乡规划、村庄规划，报上一级政府审批。村庄规划在报送审批前，应当经村民会议或者村民代表会议讨论同意。 | | | |

六、城乡规划的实施

|  |  |
| --- | --- |
| 近期建设规划 | （1）城市、县、镇政府应当根据城市总体规划、镇总体规划、土地利用总体规划和年度计划以及国民经济和社会发展规划，制定近期建设规划，报总体规划审批机关备案  （2）近期建设规划应当以重要基础设施、公共服务设施和中低收入居民住房建设以及生态环境保护为重点内容  （3）近期建设规划的规划期限为5年 |
| 建设用地规划许可 | 划拨地：  ①选址意见书：以划拨方式提供国有土地使用权的，建设单位在报送有关部门批准或者核准前，应当向城乡规划主管部门申请核发选址意见书。其他的建设项目不需要申请选址意见书  ②建设用地规划许可：在城市、镇规划区内以划拨方式提供国有土地使用权的建设项目，经有关部门批准、核准、备案后，建设单位应当向城乡规划主管部门提出建设用地规划许可申请核发建设用地规划许可证  ③划拨土地：建设单位在取得建设用地规划许可证后，方可向县级以上地方人民政府土地主管部门申请用地，经县级以上人民政府审批后，由土地主管部门划拨土地 |
| 出让地：  ①出让前规划部门确定规划条件。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的，该国有土地使用权出让合同无效  ②签订国有土地使用权出让合同后，向规划部门领取建设用地规划许可证 |
| 建设工程规划许可 | 在城市、镇规划区内进行工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县规划部门或者省级政府确定的镇政府申请办理建设工程规划许可证 |
| 违法行为，由城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处罚款 |
| 乡村建设规划许可 | 在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的，建设单位或者个人应当向乡、镇政府提出申请，由乡、镇政府报城市、县规划部门核发乡村建设规划许可证。乡村建设规划违法行为，也主要由乡、镇政府处理 |
| 确需占用农用地的，先行办理农用地转用手续，后由城市、县规划部门核发乡村建设规划许可证 |
| 建设单位或者个人在取得乡村建设规划许可证后，方可办理用地审批手续 |
| 建设规划变更 | 城乡规划主管部门不得在城乡规划确定的建设用地范围以外作出规划许可。  （1）建设单位应当按照规划条件进行建设；确需变更的，必须向城市、县乡规划部门提出申请  （2）变更内容不符合控制性详细规划的，规划部门不得批准  （3）城市、县规划部门应当及时将依法变更后的规划条件通报同级土地部门并公示。建设单位应当及时将依法变更后的规划条件报有关土地部门备案 |
| 临时建设规划管理 | （1）在城市、镇规划区内进行临时建设的，应当经城市、县规划部门批准  （2）临时建设影响近期建设规划或者控制性详细规划的实施以及交通、市容、安全等的，不得批准  （3）临时建设应当在批准的使用期限内自行拆除  （4）临时建设规划违法，城乡规划主管部门责令限期拆除，可以并处罚款 |

# 考点6 劳动法

一、劳动合同的种类、订立、效力

|  |  |
| --- | --- |
| 种类 | 固定期限：期满时，若双方无续订的意思表示，劳动合同即终止；协商订立 |
| 以完成一定工作任务为期限：该项工作任务完成后，劳动合同即终止；协商订立 |
| 无固定期限：若未出现法定或约定的解除、终止情形，劳动合同持续至劳动者达法定退休年龄，不会因为期满而终止 |
| 书面形式 | 建立劳动关系，应当同时或者自用工之日起1个月内订立书面劳动合同  用工之日就建立劳动关系 |
| 劳动者不愿订立书面合同：自用工之日起1个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬；超过1个月，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依法支付经济补偿 |

|  |  |
| --- | --- |
| 书面形式 | 用人单位不愿订立书面合同：用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当自满1个月的次日起至订立书面劳动合同前1日向劳动者每月支付2倍的工资，并补订书面劳动合同；自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为已订立无固定期限劳动合同  劳动者个人原因不签不能要双倍工资 |
| 劳动关系自用工之日起建立 |
| 规章制度 | 用人单位的内部规章制度与集体合同或劳动合同不一致的，劳动者有权要求优先适用合同约定 |
| 重大规章制度，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。还需要公示，或者告知劳动者 |
| 用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任 |
| 效力 | 生效：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经双方在劳动合同文本上签字或者盖章生效 |
| 无效：以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；违反法律、行政法规强制性规定的（劳动者假学历等也属于欺诈） |
| 无效后果：（1）停止履行；（2）支付劳动报酬。劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定；（3）部分无效的，不影响其他部分的效力；（4）赔偿损失。劳动合同依法被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任；（5）对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或法院确认 |

难点展开

无固定期限合同的订立

1．用人单位与劳动者协商一致可以订立。

2．有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（1）劳动者在该用人单位连续工作满10年的；

（2）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的；

（3）连续订立2次固定期限劳动合同，且劳动者没有劳动合同法第39条规定的过错性辞退和第40条第1、2项规定的非过错性辞退情形，续订劳动合同的。

3．用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

二、劳动合同的内容

|  |  |
| --- | --- |
| 试用期 | 期限限制：  （1）非全日制用工、以完成一定工作任务为期限的劳动合同、劳动合同期限不满3个月的，不得约定试用期（约定无效）  （2）1年>劳动合同期限≥3个月，试用期不得超过1个月；3年>劳动合同期限≥1年，试用期不得超过2个月；劳动合同期限≥3年，或无固定期限合同，试用期不得超过6个月  （3）同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限 |
| 报酬保护：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准 |
| 解雇权限制：在试用期内，除劳动者有劳动合同法第39条规定的过错性辞退和第40条第1、2项规定的非过错性辞退情形外，用人单位不得解除劳动合同 |
| 法律责任：用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金 |
| 违约金 | 除劳动者违反服务期约定和竞业限制条款外，劳动合同不得约定由劳动者承担违约金  单位负违约金没有限制 |
| 服务期 | 与劳动合同期限的关系：劳动合同期长的，顺其自然（剩余部分没有服务期了）。劳动合同短的，除另有约定外，自动顺延至服务期满  服务期约束劳动者的 |
| 约定服务期的条件：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期（不满足不能约定） |
| 违反服务期的认定：由于劳动者的过错导致用人单位在服务期内提前解除劳动合同，或者劳动者无条件解除劳动合同的，属于劳动者违反服务期约定，应当按照约定向用人单位支付违约金 |
| 违约金的数额：约定的违约金数额不得超过用人单位提供的培训费用，用人单位要求劳动者支付的违约金数额不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用 |
| 竞业限制 | 适用对象：高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员  其余人员不能约定 |
| 期限：最长为劳动合同解除或者终止后2年 |
| 内容：竞业限制期内，劳动者不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务；用人单位应当按照约定在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿  配偶也不能开竞争性公司 |
| 后果：劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金 |
| 形式：用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款 |

三、劳动合同的解除、终止和经济补偿

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 条件 | 程序 | 是否有经济补偿 | 解除限制 |
| 协商解除 | 无条件 | 协商 | 单位提出解除有补偿，劳动者提出解除无补偿 | 无“特别限制” |
| 劳动者  单方解除 | 无条件 | 提前30日书面通知  试用期内提前3天通知 | 无 |
| 单位过错 | 通知解除或立即解除（人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。） | 有 |
| 用人单位  单方解除（重点） | 劳动者在试用期被证明不符合录用条件 | 事先通知工会，通知解除 | 无 |
| 劳动者过错 |
| 客观原因 | 事先通知工会，并且提前30天书面通知劳动者或额外支付1个月工资（N+1） 只有这种加1 其余不加1 N | 有 | 有“特别限制” |
| 经济性裁员（规模的） | 提前30天向工会或全体职工说明情况，听取意见，并报劳动部门备案 |
| 合同终止 | 劳动合同期满 | | 劳动者不同意续订的无补偿 | 终止时遇有“特别限制”情形，劳动合同延续至“特别限制”消失时终止，但发生工伤的按照工伤保险规定处理 |
| 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇或者达到法定退休年龄；劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪 | | 无 |
| 用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散 | | 有 |

难点展开

1．导致劳动者有权单方解除劳动合同的“单位过错”包括：（1）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（2）未及时足额支付劳动报酬的；（3）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（4）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（5）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（6）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。此外，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

2．导致用人单位有权单方解除劳动合同的“劳动者过错”包括：（1）严重违反用人单位的规章制度的；（2）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（3）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；（4）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（5）被依法追究刑事责任的。

3．导致用人单位有权单方解除劳动合同的“客观原因”包括：（1）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（2）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（3）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

4．关于经济性裁员。首先，经济性裁员不是一对一的解除劳动合同，而是成规模的解除劳动合同，即裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上。其次，经济性裁员的原因包括：（1）依照[企业破产法](javascript:SLC(3066,0))规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。再次，裁减人员时，应当优先留用下列人员：（1）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（2）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（3）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。最后，用人单位裁减人员，在6个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

5．“特别限制”包括：（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（5）在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。需要注意的是，除上表中注明的以外，劳动合同的解除或者终止不适用“特别限制”。例如，如果劳动者严重违反规章制度，即使在规定的医疗期内，用人单位依然有权解除合同。

6．违法解除合同的后果。（1）用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照经济补偿标准的2倍向劳动者支付赔偿金，但不再支付补偿金。用人单位单方解除劳动合同，未事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。（2）劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。（3）用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

7．经济补偿。（1）经济补偿的适用范围已如上表所示，概括起来说，若非因劳动者的原因造成劳动合同解除或终止，用人单位需要支付经济补偿。（2）经济补偿按劳动者在本单位工作的年限（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，原用人单位未支付经济补偿的，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），每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入，且最低按当地最低工资标准计算。劳动者月工资高于用人单位所在地区上年度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年（最多12倍）。（3）在办理工作交接时一次性支付。

### 四、特殊劳动合同

#### （一）劳务派遣

为了降低成本

用工中介不是劳务派遣，中介只是媒介

|  |  |
| --- | --- |
| 适用范围 | 劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施 |
| 派遣单位 | 性质：是用人单位，与劳动者之间建立劳动关系，应当履行用人单位对劳动者的义务。如发生工伤，劳务派遣单位承担工伤保险责任，但可以与用工单位约定补偿办法 |
| 对劳动者的义务：  （1）应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同（还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况），按月支付劳动报酬  （2）在被派遣劳动者无工作期间，应当按照所在地最低工资标准向其按月支付报酬  （3）不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬  （4）不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者  （5）应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者 |
| 禁止用人单位或其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者（自招自派禁止） |

|  |  |
| --- | --- |
| 用工单位 | 不是用人单位，与劳动者之间不存在劳动关系 |
| 用工单位应当履行下列义务：（1）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；（2）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；（3）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；（4）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；（5）连续用工的，实行正常的工资调整机制；（6）用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位；（7）用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议；（8）用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定  用工单位不是用人单位 |
| 被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行 |

#### （二）集体合同

|  |  |
| --- | --- |
| 订立 | 集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过 |
| 集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立 |
| 集体合同订立后，应当报送劳动部门；劳动部门自收到集体合同文本之日起15日内未提出异议的，集体合同即行生效 |

|  |  |
| --- | --- |
| 效力 | 效力范围：依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力，行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力 |
| 底线：集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于[集体合同规定](javascript:SLC(51461,0))的标准（单个合同不得低于集体合同） |
| 补充：（1）劳动合同约定不明时，适用集体合同；（2）未订立书面劳动的，适用集体合同 |
| 争议解决 | 用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼 |

#### （三）非全日制用工

|  |  |
| --- | --- |
| 适用范围 | 以小时计酬为主，劳动者在同一单位平均每日工作不超过4小时，每周累计不超过24小时 |
| 合同形式 | 可以订立口头协议 |
| 多重关系 | 劳动者可以与一个以上用人单位订立劳动合同；但是后订立的不得影响先订立的劳动合同的履行 |
| 试用期 | 非全日制用工双方当事人不得约定试用期 |
| 终止用工 | 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。  终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿 |
| 劳动报酬 | 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地政府规定的最低小时工资标准。  非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日 |

### 五、劳动争议

|  |  |
| --- | --- |
| 劳动争议解决方式及其关系 | 协商—调解—仲裁—诉讼 |
| 协商和调解均非必经程序，亦非终局程序 |
| 申请仲裁是起诉的必经程序，仲裁裁决原则上是非终局的，但有例外 |
| 调解程序 | 调解组织：  （1）企业劳动争议调解委员会  （2）依法设立的基层人民调解组织  （3）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织 |
| 调解的效力：达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁（不能直接起诉） |
| 支付令：因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令（支付令异议后可以直接起诉） |
| 仲裁程序 | 管辖：劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖 |
| 当事人：发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。劳动者一方在10人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动 |
| 时效：1年，从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算，可以中止、中断。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，不受上述时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起1年内提出 |
| 申请：申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人 |
| 举证责任：发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。因用人单位做出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任 |
| 调解和裁决：仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力 |
| 先予执行：仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：  （1）当事人之间权利义务关系明确  （2）不先予执行将严重影响申请人的生活。劳动者申请先予执行的，可以不提供担保 |

|  |  |
| --- | --- |
| 仲裁与诉讼的关系 | 下列情况可以起诉：  （1）劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的劳动争议事项；（2）劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决劳动争议；（3）对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼，但是“相对一裁终局”案件除外 |
| “相对一裁终局”案件：  （1）包括：①劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准12个月金额的争议；②因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议（用人单位不可以起诉，劳动者可以起诉）  （2）劳动者对该仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼  （3）用人单位对该裁决不服的，不得直接起诉。但是有证据证明该仲裁裁决严重违法的，可以自收到仲裁裁决书之日起30日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起15日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼 |