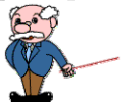
2012最新劳动法案例大全解析

管理者劳动法实务手册

人力资源总监必读手册　劳动者普法知识手册

劳动合同

全国Mini-MBA职业经理双证班



精品课程　权威双证　全国招生　请速充电

十五年品牌教育机构　教委批准正规办学单位（教证：0000154160 号）

美华管理人才学校携手中国经济管理大学面向全国举办迷你 MBA 职业经理双证书班，毕业颁发双证书。

招生专业及其颁发证书

认证项目	颁 发 双 证	学 费
全国《职业经理》MBA 高等教育双证书班	高级职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《人力资源总监》MBA 双证书班	高级人力资源总监职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修证书	1280 元
全国《生产经理》MBA 高等教育双证班	高级生产管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《品质经理》MBA 高等教育双证班	高级品质管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《营销经理》MBA 高等教育双证班	高级营销经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《物流经理》MBA 高等教育双证班	高级物流管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《项目经理》MBA 高等教育双证班	高级项目管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《市场总监》MBA 高等教育双证书班	高级市场总监职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《酒店经理》MBA 高等教育双证班	高级酒店管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《企业培训师》MBA 高等教育双证班	企业培训师高级资格认证毕业证书＋2 年制 MBA 高等教育研修证书	1280 元
全国《财务总监》MBA 高等教育双证班	高级财务总监职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《营销策划师》MBA 双证书班	高级营销策划师高级资格认证证书＋2 年制 MBA 高等教育研修证书	1280 元
全国《企业总经理》MBA 高等教育双证班	全国企业总经理高级资格证书＋2 年制 MBA 高等教育研修结业证书	1280 元
全国《行政总监》MBA 高等教育双证班	高级行政总监职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《采购经理》MBA 高等教育双证班	高级采购管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《医院管理》MBA 高等教育双证班	高级医院管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《IE 工业工程管理》MBA 双证班	高级 IE 工业工程师职业资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《企业管理咨询师》MBA 双证班	高级企业管理咨询师资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元
全国《工厂管理》MBA 高等教育双证班	高级工厂管理职业经理资格证书＋2 年制 MBA 高等教育结业证书	1280 元

【授课方式】 全国招生、函授学习、权威双证

我校采用国际通用3结合的先进教育方式授课：远程函授＋视频光盘+网络学院在线辅导（集中面授）

【颁发证书】学员毕业后可以获取权威双证书与全套学员学籍档案

1、毕业后可以获取相应专业钢印《高级职业经理资格证书》；

2、毕业后可以获取2年制的《MBA研究生课程高等教育研修结业证书》；

【证书说明】

1、证书加盖中国经济管理大学钢印和公章（学校官方网站电子注册查询、随证书带整套学籍档案）；

2、毕业获取的证书与面授学员完全一致，无“函授”字样，与面授学员享有同等待遇，证书是学员求职、提干、晋级的有效证明。

【学习期限】 3个月（允许有工作经验学员提前毕业，毕业获取证书后学校仍持续辅导2年）

【收费标准】 全部费用1280元（含教材光盘、认证辅导、注册证书、学籍注册等全部费用）

函授学习为你节省了大量的宝贵的学习时间以及昂贵的MBA导师的面授费用，是经理人首选的学习方式。

【招生对象】

1、对管理知识感兴趣，具有简单电脑操作能力（有2年以上相应工作经验者可以申请提前毕业）。

2、年龄在20－55岁之间的各界管理知识需求者均可报名学习。

【教程特点】

1、完全实战教材，注重企业实战管理方法与中国管理背景完美融合，关注学员实际执行能力的培养；

2、对学员采用1对1顾问式教学指导，确保学员顺利完成学业、胸有成竹的走向领导岗位；

3、互动学习：专家、顾问24小时接受在线教学辅导+每年度集中面授辅导

【考试说明】

1. 卷面考核：毕业试卷是一套完整的情景模拟试卷（与工作相关联的基础问卷）
2. 论文考核：毕业需要提交2000字的论文（学员不需要参加毕业论文答辩但论文中必修体现出5点独特的企业管理心得）
3. 综合心理测评等问卷。

【颁证单位】

中国经济管理大学经中华人民共和国香港特别行政区批准注册成立。目前中国经济管理大学课程涉及国际学位教育、国际职业教育等。学院教学方式灵活多样，注重人才的实际技能的培养，向学员传授先进的管理思想和实际工作技能，学院会永远遵循“科技兴国、严谨办学”的原则不断的向社会提供优秀的管理人才。

【主办单位】

美华管理人才学校是中国最早由教委批准成立的“工商管理MBA实战教育机构”之一，由资深MBA教育培训专家、教育协会常务理事徐传有老师担任学校理事长。迄今为止，已为社会培养各类“能力型”管理人才近10万余人，并为多家企业提供了整合策划和企业内训，连续13年被教委评选为《优秀成人教育学校》《甲级先进办学单位》。办学多年来，美华人独特的教学方法，先进的教学理念赢得了社会各界的高度赞誉和认可。

【咨询电话】13684609885 0451--88342620 **【咨询教师】**王海涛 郑毅

【学校网站】http://www.mhjy.net **【咨询邮箱】** xchy007@163.com

【报名须知】

1、报名登记表格下载后详细填写并发邮件至 xchy007@163.com (入学时不需要提交相片，毕业提交试卷同时邮寄4张2寸相片和一张身份证复印件即可)

2、交费后请及时电话通知招生办确认，以便于收费当日学校为你办理教材邮寄等入学手续。

【证书样本】（全国招生 函授学习 权威双证 请速充电）

（高级职业经理资格证书样本）

（两年制研究生课程高等教育结业证书样本）

【学费缴纳方式】（请携带本人身份证到银行办理交费手续，部分银行需要查验办理者身份证）

方式一	学校地址	邮寄地址：哈尔滨市道外区南马路 120 号职工大学 109 室 邮政编码：150020　　收件人：王海涛
方式二	学校帐号 （企业账户）	学校帐号：184080723702015　账号户名：哈尔滨市道外区美华管理人才学校 开户银行：哈尔滨银行中大支行　支付系统行号：313261018034
方式三	交通银行 （太平洋卡）	帐号：40551220360141505　　户名：王海涛 开户行：交通银行哈尔滨分行信用卡中心
方式四	邮政储蓄 （存折）	帐号：602610301201201234　　户名：王海涛 开户行：哈尔滨道外储蓄中心
方式五	中国工商银行 （存折）	帐号：3500016701101298023　户名：王海涛 开户行：哈尔滨市道外区靖宇支行
方式六	建设银行帐户 （存折）	中国人民建设银行帐户（存折）：　1141449980130106399 用户名：王海涛
方式七	农业银行帐户 （卡号）	农业银行帐户（卡号）：　6228480170232416918 用户名：王海涛 农行卡开户银行：中国农业银行黑龙江分行营业部道外支行景阳支行
方式八	招商银行 （卡号）	招商银行帐户（卡号）：　6225884517313071　　用户名：王海涛 招商银行卡开户银行：招商银行哈尔滨分行马迭尔支行

可以选择任意一种方式缴纳学费，收到学费当天，学校就会用邮政特快的方式为你邮寄教材、考试问卷以及收费票据。

本书由国务院法制办信任的劳动法专家领衔监制，权威品质保障！

编辑顾问委员会，部分成员：

姜俊禄　律师:金杜律师事务所合伙人，北京大学法学博士，中国律师协会劳动法专业委员会主任。长期从事劳动法的实务研究，曾受国务院法制办的委托，担任了国务院法制办《劳动合同法》课题组的负责人。

尹居全　律师:金杜律师事务所深圳分所主管劳动法和国内诉讼部合伙人，中国政法大学学士，在诉讼仲裁领域具有广泛的经验，在企业内部规章制度、劳动合同、员工安置方案以及工资福利、劳动争议纠纷处理等方面经验尤为丰富。

王霁虹　律师:万商天勤律师事务所合伙人，在劳动和社会保障法领域具有丰富经验，协助众多内外资客户制定劳动合同、员工手册、规章制度、劳务派遣协议等法律文件等，并代表客户处理劳动争议仲裁和诉讼案件等。

苏建伟　法律顾问:上海汽车工业（集团）总公司企业法律顾问，华东政法大学法学硕士，多年从事人力资源部，法律事务部领导工作。

编辑团队,还有十余名专业法律编辑与资深劳动法实务律师。

适合阅读人群：

公司、企事业单位人力资源总监及劳资负责人
公司、企事业单位高层管理者
专业律师事务所

20 劳动合同

用工形式的区分

20–010 劳动合同与劳动关系有什么联系
20–020 劳动关系、劳务关系怎么区分
20–030 事实劳动关系与劳务关系如何区分
20–035 “临时工”与用人单位有劳动关系吗
20–040 非全日制用工与劳务关系怎么区分
20–050 非全日制用工有哪些特别之处
20–060 可以要求所有员工订立非全日制劳动合同吗
20–070 在劳务派遣中，用人单位与用工单位是一回事吗
20–080 任何一种岗位都可以使用派遣员工吗
20–090 用工单位与派遣员工有劳动关系吗
20–100 用工单位要向派遣员工支付工资吗
20–110 用工单位要为派遣员工缴纳社会保险吗

20–120 用工单位要向派遣员工提供福利吗
20–130 劳务派遣机构（用人单位）可以向自己的关联企业派遣员工吗

劳动合同的订立、修订、补充
20–400 用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的后果有哪些
20–410 订立劳动合同要参考哪些企业文件
20–413 员工不愿意签劳动合同，企业怎么办
20–415 未签书面劳动合同二倍工资仲裁时效何时起算
20–417 企业自用工之日起，不签订书面劳动合同二倍工资最多支付几个月
20–420 企业修改了规章制度，员工合同要修改吗
20–430 企业可以单方面为员工办内退吗
20–440 可以约定由员工支付违约金的情况有哪些
20–450 什么劳动合同会无效
20–460 劳动合同的部分内容无效，怎么办
20–470 劳动合同不清楚、有遗漏，怎么办

企业合法解雇员工
20–600 合法解雇员工的基本条件是什么
20–610 法律允许用人单位单方解除劳动合同的情形有哪些
20–620 解雇试用期员工需要理由和证据吗
20–630 解雇“严重违规”的员工需要证据吗
20–640 员工严重失职，企业如何证明
20–650 严重失职的员工一定能解雇吗
20–660 员工营私舞弊，企业如何证明
20–670 营私舞弊的员工一定能解雇吗
20–680 什么损害属于给企业造成的“重大损害”
20–690 什么情况下可以解雇在外兼职的员工
20–700 员工“欺诈”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明
20–710 员工“胁迫”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明
20–720 员工“乘人之危”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明
20–730 员工诉企业“欺诈”签订、变更劳动合同，怎么办
20–740 员工诉企业“胁迫”签订、修改劳动合同，怎么办

20–750 员工诉企业“乘人之危”签订、修改劳动合同，怎么办
20–760 员工被刑事拘留、逮捕，可以解雇吗
20–770 员工被行政拘留、劳动教养或收容教育，可以解雇吗
20–780 员工因私伤病，长期不能上班，可以解雇吗
20–790 员工能力不足，能解雇吗
20–800 “订立合同时的客观情况发生重大变化”是什么意思
20–810 企业准备破产重组，可以裁员吗
20–820 企业经营形势不好，可以裁员吗
20–830 社会经济形势不好，可以进行经济性裁员吗
20–840 如何证明“生产经营发生严重困难”
20–850 什么叫企业转产
20–860 “经营方式调整”如何理解
20–870 公司有“重大技术革新”，如何理解

员工合法辞职	21–100 员工可以单方面解除劳动合同的情形有哪些 21–110 员工合法辞职的基本条件是什么 21–120 员工主动辞职，企业仍需支付补偿的情形有哪些
劳动合同期满	21–250 合同期满，合同一定能终止吗 21–260 何时能解除工伤员工的合同 21–270 退休前夕发生工伤，合同能终止吗 21–280 不及时为员工办理离职证明要赔偿损失吗 21–290 离职员工的合同文本要保存吗
集体合同	21–400 集体合同有几种 21–410 谁能订立企业集体合同 21–420 谁能订立行业集体合同 21–430 谁能订立区域集体合同 21–440 履行集体合同有争议怎么办

问：劳动合同与劳动关系有什么联系？

答：劳动合同是劳动关系建立、变更和终止的一种法律形式。劳动合同包括固定期限、无固定期限和以完成一定工作为期限三种形式。

用人单位须注意，根据法律规定：

1）用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。

2）建立劳动关系，应当同时订立书面劳动合同。

用人单位在劳动合同订立时应注意两个问题：

1）保证劳动者签收劳动合同。劳动合同签收制度并不是一项法定要求。《劳动合同法》第 8 条、第 81 条法律仅对用人单位明确告知劳动合同内容和将劳动合同交付劳动者有所规定。但是，在实践中往往存在用人单位将劳动合同发给劳动者签字，却缺乏记录和相关证据，甚至缺乏有效的督促程序，导致劳动者拖延签订劳动合同，但用人单位无法举证的情况。在这种情况下，企业反而将面临拖延不签订劳动合同的风险。因此，为避免不必要的赔偿，企业有必要对劳动合同的签收实行有效管理和记录，例如，要求员工在收到企业交付的劳动合同时填写劳动合同签收单。

此外，如劳动者拖延不签订劳动合同，用人单位应发出书面通知。《劳动合同法实施条例》第 5 条规定，自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，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，无须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。

2）企业也需对一些地方性法规关于用工前违约责任的规定予以关注。如《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第 17 条规定：“用人单位在与劳动者在用工前订立劳动合同，尚未用工，有 《中华人民共和国劳动合同法》第 40 条第 2 项，第 41 条第 1 款第 1、2、3、4 项规定情形之一的，用人单位可以提前通知劳动者解除劳动合同，不需支付经济补偿金，但应当支付劳动者为订立和准备履行劳动合同而支出的必要费用。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同，尚未用工，用人单位违法解除劳动合同，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无法履行的，用人单位应当支付劳动者相当于一个月工资标准的赔偿金和为订立、准备履行劳动合同而支出的必要费用。”

参考法规：

1.《劳动合同法》第2条、第3条、第7条、第8条、第10条、第14条、第17条、第81条；

2.《劳动合同法实施条例》第5条。

例：

2010年11月9日，钟某与某文具制品公司签订了为期2年的劳动合同，双方合同约定钟某职位为销售部主管，月工资为3,200元，同年12月1日开始上班。同年11月25日，钟某外出在回家路上，被小汽车撞倒，造成颅脑损伤，花去3万元的医疗费用。治疗出院后，钟某认为其是该文具公司的员工，要求享受工伤医疗保险待遇。某文具公司拒绝了钟某的要求。双方协商不成，钟某向劳动部门申请了仲裁，要求公司支付工伤医疗保险待遇。

解：

本例的法律要点是：

- 实际用工之日是劳动关系建立的确切时间；
- 劳动关系建立后，企业才有为劳动者缴纳社会保险等义务。

按照法律规定，用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建

立。即使用人单位与劳动者签订了劳动合同，若劳动者按照约定尚未报到入职的，用人单位与劳动者也不存在劳动关系。

本例中，虽然某文具制品公司和钟某签订了劳动合同，但是双方还没有正式用工，钟某未提供过任何劳动服务，因此与钟某不存在劳动关系。用人单位承担缴纳社会保险、医疗保险责任的前提是劳动者与用人单位存在劳动关系。因此，公司没有为钟某缴纳社会保险或医疗保险的的义务，公司完全可以不给予钟某任何赔偿，但其可以基于人道主义立场给予钟某一定的经济援助。至于钟某因车祸遭致的损失，其可以要求交通事故肇事人承担。

《劳动合同法》施行之后，劳动争议仲裁委员会受理劳动争议案件的依据，不是看双方有没有劳动合同，而是要看当事人双方是否存在劳动关系，所以，即使钟先生提起仲裁申请，也不会被受理，因为在事故发生时双方之间尚不存在劳动关系。当然，用人单位在与劳动者签订书面劳动合同时，应当注意写明劳动者开始工作的时间点，即何时到单位报到。如果没有明确约定报到的时间，则在约定的劳动合同期限内的时间，有可能被推定为用工已经开始，双方之间存在劳动关系。

操作提示：

1）法律明确规定建立劳动关系的唯一标准是实际提供劳动。只要劳动者实际提供劳动，用人单位实际用工，就建立了劳动关系。劳动者不论是否签订了书面劳动合同，都将受到同等的保护。

2）书面劳动合同签订在前、实际用工在后的，劳动关系自实际提供劳动之日起建立。劳动关系的建立晚于书面劳动合同的签订日，劳动关系建立之前，尽管已经签订劳动合同，但该劳动合同因约定起始时间未到，从而尚未生效。

3）实际用工在前，签订书面劳动合同在后的，劳动关系早于书面劳动合同建立，劳动关系的建立不受未签订书面劳动合同的影响。

4）劳动者在实际提供劳动的同时签订书面劳动合同的，劳动合同签订期、劳动关系建立期和实际提供劳动期三者是一致的。

5）由于劳动合同的订立与劳动关系的建立是不同的，所以用人单位在录用过程中，至迟应在一个月内与劳动者签订劳动合同，否则将导致相应的经济损失，即有义务就没有签订劳动合同的用工期间，向劳动者支付双倍工资。而且，用人单位自用工之日起满一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。

6）用人单位应当建立职工名册备查。《劳动合同法》要求用人单位建立职工名册的目的有两个：

- 有些劳动争议是有关劳动关系是否存在的争议，对此，劳动者自己很难举证，但可以请求让用人单位提供职工名册等文件加以证明。同样，用人单位也可以以职工名册来证明劳动关系是否存在；

- 便于劳动行政部门依法监督检查。劳动行政部门要依法履行监督检查的职责，必须要掌握企业实际用工等情况。

问：劳动关系、劳务关系怎么区分?

答：劳动关系，是指机关、企业、事业、社会团体、个体经济组织（统称用人单位）与劳动者之间，依照《劳动合同法》的规定，签订劳动合同，使劳动者成为用人单位的成员，接受用人单位的管理，从事用人单位指定的工作，并获取劳动报酬和劳动保护所产生的法律关系。

劳务关系是指提供劳务的一方为需要的一方以劳动形式提供劳动活动，而需要方支付约定的报酬的社会关系。

劳动关系和劳务关系的区分主要有以下几点：

1）主体不同

劳动关系中的一方应是符合法定条件的用人单位，包括国家机关、事业单位、企业、社会团体或个体经济组织，另一方只能是自然人，而且必须是符合劳动年龄条件，且具有与履行劳动合同义务相适应的劳动权利能力和劳动行为能力的自然人。劳务关系的主体类型较多，如可以是两个用人单位，也可以是两个自然人，也可以一方是用人单位、另一方是自然人。法律法规对劳务关系主体的要求，不如对劳动关系主体要求的那么严格。

2）双方当事人的关系不同

劳动关系当事人一方劳动者必须成为用人单位中的一员，成为用人单位的员工，遵守用人单位的规章制度（如考勤、考核等），双方

之间存在领导和被领导的隶属关系。用人单位可以对员工严重违反劳动纪律和规章制度、严重失职、营私舞弊等行为进行处理，有权依据其合法的规章制度解除劳动者的劳动合同，或者给予警告、记过、降职等处分。

劳务关系当事人一方劳务提供者不是用人单位的成员，不受用人单位规章制度的约束，双方之间不存在领导和被领导的隶属关系，双方是一种平等主体之间的关系。虽然劳务的需方有督促劳务提供者按约定劳动的权利，但这应属于对劳务质量的验收，而不是管理行为。

3）劳动支配权、劳动风险责任不同

劳动风险责任，如在劳务关系中居民不必为其雇用的家政服务人员承担缴纳社会保险的义务。如果劳务提供者在劳动过程中受到意外伤害，就不能按照工伤来处理，只能依据民事法律规范来解决。

4）劳动报酬的性质和支付方式不同

由劳动关系发生的劳动报酬称为工资，具有按劳分配的性质。工资支付方式为持续性的、定期的支付，一般是按月支付，有规律性。工资支付必须遵守当地有关最低工资标准的规定。属于劳动关系范畴的非全日制用工的工资计算和支付方式有特殊规定。

由劳务关系发生的劳动报酬称为劳务费。劳务费由双方协商确定，劳务关系多为一次性

的即时清结或按阶段按批次支付，没有一定的规律。

5）服务对象的要求不同

劳动关系中的劳动者除了《劳动合同法》中规定的非全日制用工外，服务对象只能是一家用人单位。

劳务关系中的劳务提供者服务对象法律没有限制，可以是一家，也可以是多家用人单位。

6）适用的法律和纠纷解决的途径不同

劳动关系中产生的纠纷是用人单位与劳动者之间的纠纷，由劳动法和劳动合同法来调整。基于劳动关系发生的纠纷属于劳动争议纠纷，由劳动争议仲裁委员会来处理。

劳务关系中产生的纠纷是平等主体的双方在履行合同中所产生的纠纷，由民法和合同法来调整。所发生的纠纷不属于劳动争议纠纷，当事人可以直接向人民法院起诉来解决。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 7 条；

2.《劳动合同法实施条例》第 8 条；

3.《侵权法》第 34 条第 2 款。

例：

付某某系被征地村民，土地被征后村民组成装卸队在某粮食转运站从事力所能及的装卸工作，如有杂活，经某粮食转运

站同意，被征地剩余劳动力方可来干。后某粮食转运站与新加坡合资成立B公司，付某某在B公司有装卸任务时从事装卸工作至今。

2008年前，付某某未与B公司签订书面的用工合同，其在B公司有装卸任务时从事货物装卸，工作报酬以“力资”形式按装卸量计算，每月的力资费经地税局代开发票后由B公司支付。二审庭审中双方均认可装卸力资有时由装卸工直接从B公司处领取，有时由领队领取后再逐一发放，付某某称平时其需在B公司处签到考勤，但未提供证据予以证明。

2008年1月1日，B公司同付某某签订了一份《非全日制劳动合同》，该劳动合同自2008年1月1日生效，至付某某达到法定退休年龄时终止，同年4月上诉人开始为付某某缴纳社会养老保险金。2009年8月8日双方又签订了一份《非全日制劳务合同》，自2009年8月8日起至2010年8月7日止，付某某仍在B公司从事货物装卸工作，B公司按照付某某完成的装卸工作量，于每月15日前付给付某某上月装卸力资。

2009年付某某要求B公司为其办理退休手续被拒，付某某申请某劳动争议仲裁

委员会仲裁。经某劳动争议仲裁委员会调查和协调，双方于2009年12月2日达成劳动仲裁调解协议书，主要约定：1、甲方（付某某）在乙方（B公司）从事装卸搬运工作，一直是劳务用工，甲乙双方不存在劳动合同关系，乙方不负有为甲方办理养老保险的法定义务；2、乙方已经全额支付甲方装卸搬运的劳务报酬，甲乙双方不存在劳务报酬的纠纷；3、基于甲方在乙方单位有多年的劳务服务，目前甲方年岁已高，家庭生活比较困难，为了帮助甲方解决生活问题，经劳动争议仲裁委员会的协调，乙方同意帮助甲方办理养老保险的缴费手续，有关甲方补缴养老保险的养老保险本金、利息及滞纳金等缴费资金全部由甲方自负，乙方只负责帮助甲方协调社保部门和提供有关资料，等等。

此后，付某某又申请仲裁，2010年12月某劳动争议仲裁委员会作出裁决驳回了原告的申请，付某某起诉至法院。

法院认定双方之间的关系为劳务关系。

解：

本案的法律要点是：

- 劳动者与用人单位有无人身依附关系、

劳动内容是否是用人单位生产和经营业务的组成部分、用人单位对劳动者的劳动进行管理等是正确理解和区分劳动关系与劳务关系的要件。

本案中有下列要点：

1）付某某和B公司之间的用工形式表现在B公司有装卸任务时才由付某某提供装卸服务，无装卸任务时付某某并不受B公司的管理与约束，故双方之间是一种松散的劳务服务关系，不符合劳动关系的法律特征。

2）双方于2009年8月8日签订的《非全日制劳务合同》中说明双方之间系劳务关系，2009年12月2日达成的劳动仲裁调解协议书也说明双方之间系劳务用工且B公司已全额支付付某某的劳务报酬，故B公司与付某某之间并不存在劳动关系，B公司并无为付某某缴纳养老保险金、办理退休手续的法定义务。

3）需要注意的是，本案中法院之所以认定双方之间不存在劳动关系，很大程度上是考虑了双方于2009年12月2日达成的劳动仲裁调解协议书。因争议双方也同意双方之间的关系，不是劳动关系，故法院没有进行过多干涉。但是，在我国目前的法律框架下，企业已经不可能避开劳动关系，而接受劳动者提供用工服务。也就是说，是否签订劳动合同并建立劳动关系，

已经不是企业可以自主选择的事项。企业与个人之间发生本案所说的劳务关系，仅仅在极为例外的情形才能存在，如某大学教授到企业进行讲课，某医生应邀到企业讲解健康知识，等等。而在大多数情况下，对于一个不隶属于任何一个其他机构的自然人而言，为一家企业提供劳动或劳务时，双方之间就已经存在劳动关系，要么为全日制劳动关系，要么为非全日制劳动关系。此时，企业一方无法单方决定二者之间不建立劳动关系。

操作提示：

用人单位与劳动者建立劳动关系时要注意以下几点：

1）一定要与劳动者签订劳动合同。有些用人单位不和劳动者签订劳动合同，但他们不知道用人单位即使在没有与劳动者签订劳动合同的情况下，如果形成了事实上的劳动关系，劳动者同样也享受劳动法律法规中规定的各项权利。劳动合同文本是劳动关系存在的最主要的证据，可以使双方的权利义务关系更加明确。

2）要建立花名册。用人单位应当建立职工名册备查。职工名册应当包括劳动者姓名、性别、公民身份号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起始时间、劳动合同期限等内容。

3）一定要制定一份符合企业实际情况的劳动合同，同时在劳动合同中对双方的权利义务作出明确的约定。现在很多用人单位往往自己找一些网上的规范的格式样

本合同，但这些合同实际上是根据劳动法所作的笼统的规定，而每个用人单位的实际情况是不一样的，所以用人单位在签定劳动合同时应该根据自己的实际情况制定符合自己要求的合同。非但如此，用人单位招收的劳动者工作性质不同，所签订的合同也应该不尽相同，比如掌握单位商业秘密的人和一般的工人的劳动合同就应该有很大的区别，所以应该针对不同的情况订立不同的合同，最好是找专业律师帮助起草或制定。

4）用人单位与劳动者建立劳务关系时须注意：

- 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任；
- 劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。

问：事实劳动关系与劳务关系如何区分?

答：区分事实劳动关系与劳务关系的最重要的一点就是事实劳动关系是劳动关系，受劳动法等法律的规范，而劳务关系不属于劳动关系的范畴，它只是一种普通的民事法律关系，受民事法律的调整和规范。

事实劳动关系是指，劳动者与用人单位未签订劳动合同，但实际上劳动者已成为该用人单位的成员，遵守其规章制度并接受其管理；用人单位向劳动者支付工资等劳动报酬而形成的一种社会关系。

劳务关系是指提供劳务的一方为需要的一方以劳动形式提供劳动活动，而需要方支付约定的报酬的社会关系。

1) 事实劳动关系与劳务关系的区别主要体现在以下方面：

- 事实劳动关系当事人之间的关系仍然较为稳定，反映的是一种持续性的生产要素结合关系，而劳务关系当事人之间体现的是一种即时清结的关系。
- 事实劳动关系的当事人之间存在从属关系，而劳务关系当事人之间不存在从属关系。事实劳动关系双方当事人有形成管理与被管理、支配与被支配的社会关系，而劳务关系中提供劳务的一方并不

是需要方的成员，而是按照双方约定的劳动内容从事劳动。虽然劳务的需方有督促劳务提供者按约定劳动的权利，但这应属于对劳务质量的验收，而不是管理行为。同样，劳务提供者也有督促被服务对象按约付酬的权利。

- 事实劳动关系中的主体一方必定是劳动者，另一方是用人单位，而劳务关系则可以双方都是单位或个人，或者一方是单位，另一方是个人。
- 事实劳动关系中，劳动者从事的劳动是用人单位业务或者法定职能的组成部分。而劳务关系则是劳务使用一方在业务和职能上有间接联系的事项上与提供劳务一方发生的利益关系，例如商场请人运送货物，宾馆请人装修，等等，这些都是劳务合同关系。
- 事实劳动关系中，用人单位一般向劳动者发放工作证、服务证、营业员证甚至执法证等证件，劳动者以用人单位名义工作，被视为该单位人员。劳务关系中劳务使用方一般不发放证件，劳务提供方以自己的名义工作，不视为对方的人员。
- 事实劳动关系中，用人单位以计时（按月）、计件、承包、多劳多得等形式付

给劳动者工资。劳务关系中一方通常以包工、点工、单项工作完成随时付酬方式付给报酬，不采用工资形式。

- 事实劳动关系中引发的纠纷适用《劳动合同法》调整，而劳务关系引发的纠纷则适用《民法通则》、《合同法》等民事法律来调整。

2) 实践中，事实劳动关系可分为两种：

- 一种是自始未订立书面劳动合同而形成的事实劳动关系，即在用工过程中用人单位与劳动者一直没有签订书面劳动合同；
- 一种是原来签订的劳动合同期满，用人单位和劳动者未以书面形式续订劳动合同，但是劳动者仍在原单位工作，从而形成事实劳动关系。

3) 劳务关系大致有以下几种情形：

- 用人单位向劳务输出公司提出所需人员的条件，由劳务输出公司向用人单位派出劳务人员，形成劳务关系。严格地讲，此时实际上只是劳务输出公司和用人单位发生平等的民事协议关系，劳务人员本身根本就不是关系一方；
- 已经办手续的离退休人员，又被用人单位聘用后，双方签订聘用合同。这种聘用关系类似于劳务关系。这种情况下，

因为劳动者已经退休，不再具备签订劳动合同的主体资格，双方之间的关系应当认为属于劳务关系；

- 家庭聘请学生做家教，或聘请保姆，或聘请个人装修房屋的行为。因家庭不具有用人单位的主体资格，因此双方之间不产生劳动关系。

4）企业须掌握如何确定事实劳动关系的存在，用人单位招用劳动者未订立劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：

- 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
- 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；
- 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

5）企业须掌握，如果未与劳动者签订劳动合同，那么认定双方存在劳动关系时仲裁机构或法院将参照下列凭证：

- 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；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；
- 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；

- 考勤记录；
- 其他劳动者的证言等。

参考法规：

1.《劳动合同法》第7条、第14条第3款、第23条、第24条、第82条；

2.劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》。

例：

马某某曾为D公司从事装卸工作，装卸费按照D公司制定的装卸费收费标准计算，其中2009年2月份的装卸费由马某某向税务机关开具劳务费发票后，向D公司支取。马某某在从事该装卸工作期间需要服从D公司的调度管理，并使用D公司提供的工具从事装卸，但马某某对自己所主张的在D公司处从事该工作的具体时间没有提供相应的证据。

一审法院审理认为，本案双方当事人争议的主要焦点是马某某为D公司所从事的装卸工作属劳务关系还是劳动关系：（1）首先从马某某自己所主张的从事装卸作业的时间、使用D公司提供的工具作业并且还要服从D公司的管理等理由分析，马某某为D公司从事的装卸业务并不是D公司

临时发生的，而是D公司经营行为所导致的经常发生的工作业务，从而使马某某与D公司之间的关系具有一定的稳定性，马某某也是以该工作获得的收入作为其主要的生活来源，同时马某某也与D公司的生产资料相结合从事工作，因此这些法律特征可以认定马某某与D公司之间在客观上存在着事实劳动关系，但马某某提供的证据除能证明其使用D公司提供的工具从事装卸工作及需要服从D公司的调度管理外，对其所主张的其余理由均没有提供相应的证据证实，且D公司也未予认可，因此在民事诉讼中负有举证责任的当事人应当承担举证不能的不利后果。（2）从D公司提供的劳务费税务发票来分析，马某某向D公司提供劳务发票进行结算，可以证明马某某为D公司提供的装卸业务是一种劳务关系，与马某某自己主张的事实理由不相符，因此马某某的诉讼请求无法予以支持，应予驳回。

一审判决作出后，马某某不服，提起上诉。二审查明事实与原审判决认定的事实一致，驳回上诉，维持原判。

解：

本案的争议焦点为：

- 马某某与D公司之间成立的是事实劳动

关系还是劳务关系。

1）从报酬支付的方式来看，劳动关系中用人单位应当根据国家有关规定或者劳动合同的约定，以货币形式直接支付相应的劳动报酬给劳动者。本案中，上诉人马某某虽然按月领取装卸费，但需向D公司提供由税务机关开具的劳务发票，经D公司审批后发放，而劳动关系中的劳动者领取工资无须提供任何形式的票据，从D公司提供的公司其他职工工资清单亦可佐证。正常情况下，自然人个人是无法向企业出具税务发票的，本案马某某以装修队名义向企业出具税务发票的行为，表明其不是以自然人身份在提供劳务，而是在以一个其他机构的名义来提供劳务（如该装修队已经注册为公司或个体工商户等）。

2）马某某在一审中还提供了电费收据，根据收据显示马所在的装卸队在工作期间需按约向D公司支付电费。在劳动关系中，劳动者使用用工企业的生产资料从事用工企业所安排的工作无须提供相应的对价，而马某某所在的装卸队需向D公司支付电费，可见双方之间成立的是平等的契约关系，付出劳务取得报酬，使用生产资料支付对价。故法院认定马某某与D公司之间成立劳务关系的理由是可以成立的。

操作提示：

1) 企业与劳动者建立劳动关系要依法合规：

- 与劳动者建立劳动关系必须要订立劳动合同，而且劳动合同必须是书面形式，不能是口头形式；
- 想通过不签订劳动合同来规避相关的法律责任，是有很高法律风险的。建立劳动关系后，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。否则应当向劳动者支付未签订书面劳动合同的双倍工资。如果公司自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为公司与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

2）企业需要特别注意，自然人个人以一种稳定的方式向企业提供劳务的，如该自然人并不隶属于其他的机构，则二者之间的关系很容易被认定为属于劳动关系。处理自然人个人与企业之间的劳务关系，应当慎之又慎。因为其与事实劳动关系之间的界限往往是很难辨析的。

问：“临时工”与用人单位有劳动关系吗?

答：有。在《中华人民共和国劳动法》颁布后，我国的劳动法律中已不再使用“临时工”这个词。《劳动合同法》中也只规定有全日制工和非全日制工，并且《劳动合同法》在规范用人单位与劳动者的劳动关系时，没有以临时工和正式工来加以划分和规范，而是规定双方都应签订有固定期限劳动、无固定期限和以完成一定工作任务为期限的劳动合同，以此来规范双方的劳动关系，明确双方的权利和义务。

自《劳动合同法》出台以后，原则上要求所有用单位都必须和员工签订一定期限的劳动合同，但是在我国目前的劳动实践中，许多单位仍然大量使用所谓的“临时工”。主要原因是某些单位为了“逃避”缴纳各项保险，承担某些责任和费用，往往不与员工签订劳动合同。这些用人单位往往错误地认为，不与劳动者签订劳动合同，一旦在劳动者身上出现问题或是出现伤害，给用人单位带来不好的形象或是损失，用人单位就可以轻松的一脚踢开。但是，这些用人单位“忽视”了：除了签订劳动合同之外还有另一项“存在事实劳动关系”。

例如，在工伤认定中，其中强调的一项就是“事实劳动关系”，也就是说，无论是否签订劳动合同，只要有足够的证据证明个人与用

人单位存在事实上的劳动关系，员工在工作时受到伤害就可以申请社保部门进行工伤认定。根据《工伤保险条例》第14条第1项规定，职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤。而事实劳动关系也是《工伤保险条例》所认可的。即临时工与企业的职工一样，符合法定情形的，均应认定为工伤或视同工伤。

因此，用人单位为节省成本，采用“临时工”的形式用工，不缴纳社保费用，其实是很不明智的。工作期间不出问题还好，万一发生工伤事故，就只能由用人单位来赔偿了。

参考法规：

1.《劳动合同法》第7条。

例：

原告某公路桥梁基建总公司依法取得了企业法人营业执照，其用工主体资格合法。被告梁某某于2009年12月11日到原告公司承建的巫奉高速公路A2合同段（范家河桥梁工程工地）做T型桥梁钢筋工，未签订劳动合同，也未参加工伤保险。同年12月23日早上7点30分左右，被告梁某某与工友卢某某、龙某某等10余人在施工T型桥梁钢模时，梁某某被钢筋扎伤右眼。庚即，原告某公路桥梁基建

总公司的工程队长刘瑜安排专车、专人将被告梁某某送往巫山县人民医院抢救治疗，该院诊断梁某某为右眼破裂伤，右眼失明。梁某某住院治疗至2010年1月25日出院，同年3月16日到重庆大坪医院进行义眼台植入术，现处于康复治疗中。被告梁某某在住院期间，原告某公路桥梁基建总公司找人护理了几天后由梁某某自己找人护理，医疗费、生活补助费已由原告支付。

原告某公路桥梁基建总公司诉称，2009年12月11日，被告梁某某自己找到原告单位下属施工队要求做临时工。原告下属施工队未具体安排被告具体从事什么职务，也未和被告签订书面的劳动合同。被告只是与原告下属施工队带班人员刘某达成了一个临时用工的口头协议，被告每天工作9小时算一个工作日，工资按每天55元计算，被告不来上班也不用请假，不受原告单位的规章制度管理，从而肯定被告与原告没有隶属关系。因此根据我国法律法规的相关规定：被告与原告不具有劳动关系。请求依法确认原告与被告之间的劳动关系不成立。

被告梁某某辩称，原告的诉讼请求不成立。原告具备用工资格，施工地点在骡坪。

被告在原告承建的巫奉高速公路上班，与用人单位的劳动关系成立。原告所说不受原告单位的规章制度管理不是事实。原、被告经劳动仲裁合法有效。请求驳回原告的诉讼请求，要求按仲裁裁决予以支持。

法院经审理认为，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。被告梁某某在原告某公路桥梁基建总公司承建的巫奉高速公路A2合同段（范家河桥梁工程工地）做工受伤，原告没有提供证据证实被告是在其他有用工主体资格的单位做工受伤，原告具有合法的用工主体资格，因此，被告与原告之间的劳动关系成立。根据《中华人民共和国劳动合同法》第七条、《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定，判决如下:

被告梁某某与原告某公路桥梁基建总公司劳动关系成立。

本案的法律要点是：

解：

- 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系；
- 只要用人单位用工主体资格合法，即使与劳动者没签书面劳动合同，只有临时用工的口头协议，一旦出现纠纷，法院一般会确认劳动关系成立。

本案中，某公路桥梁基建总公司以被告梁某某只是临时工，未与被告签订书面的劳动合同，不受公司规章制度管理为由，以达到否定他们之间具有劳动关系的目的，其请求确认劳动关系不成立的诉求被法院否决。

操作提示：

1）用人单位在实际用工之时，要严格执行劳动法的规定，在一个月内与劳动者签订书面劳动合同，不要以“临时工”的形式用工。

2）如果企业使用“临时工”将面临很大的法律风险，不但承担不签订书面劳动合同、违法解除劳动合同等法律风险，而且，如果“临时工”在工作中受伤，那么会被按照工伤处理，应当进行劳动能力鉴定，并按工伤保险条例的规定赔偿。

3）如果没有为“临时工”上工伤保险，那么用人单位将应依法承担工伤保险责任。

问：非全日制用工与劳务关系怎么区分?

答：区分非全日制用工与劳务关系的最重要的一点就是，前者属于劳动关系的范畴，受劳动法等法律的调整，而后者不属于劳动关系的范畴，它由《民法通则》等法律来调整。

非全日制用工是指，以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时的用工形式。它是劳动用工制度的一种重要形式。劳务关系是指，提供劳务的一方为需要的一方提供劳务服务，而需要方支付约定的报酬的社会关系。

那么如何区分非全日制用工和劳务关系?

1）非全日制用工是一种特殊的用工形式，属于劳动关系的范畴。非全日制用工在用人单位和劳动者之间形成的是劳动关系，受《劳动合同法》等规范和调整；而劳务关系不属于劳动关系的范畴，它由《中华人民共和国民法通则》和《中华人民共和国合同法》进行规范和调整。

2）劳动关系中（非全日制用工）的一方应是符合法定条件的用人单位，包括国家机关、事业单位、企业、社会团体或个体经济组织，另一方只能是自然人，而且必须是符合劳动年龄条件，且具有与履行劳动合同义务相适应的劳动权利能力和劳动行为能力的自然人。劳务

关系的主体类型较多，如可以是两个用人单位，也可以是两个自然人，也可以一方是用人单位、另一方是自然人。法律法规对劳务关系主体的要求，不如对劳动关系主体要求的那么严格。

3）劳动关系（非全日制用工）当事人一方劳动者必须成为用人单位中的一员，成为用人单位的员工，遵守用人单位的规章制度（如考勤、考核等），双方之间存在领导和被领导的隶属关系。用人单位可以对员工严重违反劳动纪律和规章制度、严重失职、营私舞弊等行为进行处理，有权依据其合法的规章制度解除劳动者的劳动合同，或者给予警告、记过、降职等处分。

劳务关系当事人一方劳务提供者不是用人单位的成员，不受用人单位的规章制度的约束，双方之间不存在领导和被领导的隶属关系，双方是一种平等主体之间的关系。虽然劳务的需方有督促劳务提供者按约定劳动的权利，但这应属于对劳务质量的验收，而不是管理行为。

4）劳动关系（非全日制用工）当事人一方用人单位组织劳动，享有劳动支配权，因而有义务承担劳动风险责任。在劳动者与用人单位之间存在附随义务，如用人单位应当为员工缴纳工伤保险。劳务关系当事人一方劳务提供者自行安排劳动，一般不存在附随义务，由劳动者自己承担劳动风险责任，如果劳动者在劳动

过程中受到意外伤害，就不能按照工伤来处理，只能依据民事法律规范来解决。

5）非全日制用工的劳动报酬称为工资。工资支付方式为持续性的、定期的支付。法律规定，非全日制用工以小时计酬，结算支付周期最长不超过 15 日。工资支付必须遵守当地有关最低工资标准的规定。由劳务关系发生的劳动报酬称为劳务费。劳务费由双方协商确定。劳务关系多为一次性的即时清结或按阶段按批次支付，没有一定的规律。

6）根据法律规定，非全日制用工劳动者的服务对象，可以是一家，也可以是多家用人单位。这点与劳务关系相同。

7）非全日制用工的劳动者与用人单位无论是订立口头合同，还是书面合同，都属于劳动合同；而劳务关系所订立的合同为劳务合同，是一种民事合同。

参考法规：

1.《劳动合同法》第68条、第69条、第71条；

2.劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第12条；

3.《劳动合同法实施条例》第30条。

例：

杨某某2006年12月开始，为某网吧从事电脑、网络的维护事务。某网吧电脑、网络出现故障时，杨某某即进行维护，其余时间其自行支配。某网吧每月向杨发放工资800元。期间，杨某某仍为其他网吧进行维护。2008年5月上旬，杨某某因其他事务向某网吧请假未获同意，即提出辞职，不再对某网吧的电脑、网络进行维护。因某网吧未支付报酬，杨某某于2009年5月5日向郑州市某劳动仲裁委员会申诉，要求某网吧支付其2008年2月至2008年6月的工资7,500元，并返还扣押的贴纸机、打印机等设备。2009年7月6日，该仲裁委员会作出裁决，认定杨某某与某网吧之间为非全日制劳动关系，裁决某网吧于2009年7月20日前支付原告2008年5月份的工资1,000元，并驳回杨某某的其他请求。杨某某不服遂诉至法院。

一审法院认为，某网吧系个体经营，

具有用工主体资格，杨某某为某网吧进行电脑、网络维护事务，某网吧按月向杨支付报酬，虽具有所谓支付工资的形式，但杨某某在某网吧电脑出现故障时随叫随到、不受某网吧的经营时间约束，不符非全日制用工以小时计酬的用工形式，故劳动仲裁部门认定杨某某与某网吧之间为非全日制劳动关系不当，双方之间成立事实上的劳务合同关系。故即使某网吧电脑、网络不存在故障，某网吧也应当按月支付原告报酬。某网吧辩解与杨某某之间非劳动关系的意见，该院予以采信。

宣判后，杨某某不服一审判决提起上诉称，一审判决其与某网吧形成劳务关系错误，其受某网吧的管理支配，并且其提供的劳动是某网吧经营的一部分，按月从某网吧处领取固定劳动报酬，符合事实劳动关系的特征，双方之间形成事实劳动关系，等等。

某网吧答辩称，杨某某只是在某网吧出现非正常性技术故障时，采用电话通知方式提供有偿性服务，系兼职，故杨某某与某网吧之间系劳务纠纷。

二审法院查明事实，维持原判。

解：

本案的法律要点是：

- 双方是否存在从属关系以及报酬的支付方式等，是区分非全日制用工的劳动关系与劳务关系的重要方面。

从本案中可以看出：关于双方劳动关系性质的问题，杨某某主张与某网吧形成了事实上的劳动关系（非全日制）。但是根据杨某某在某网吧的工作形式及某网吧支付工资的形式，符合事实上的劳务合同关系的性质。杨某某称在某网吧中负责全面工作，按固定时间天天上下班，对此没有提供证据，故杨某某主张双方为事实上的劳动关系（非全日制）的上诉理由不能成立，法院不予支持。

操作提示：

1）企业要注意非全日制用工与劳务关系的区别，对非全日制用工的劳动者要严格按照《劳动合同法》等法律的规定来规范和管理。对劳务关系，要按照双方签订的劳务合同或协议，来行使双方的权利和义务。

2）企业对非全日制用工的管理需要特别注意以下几个方面：

- 非全日制用工可以订立口头协议；
- 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签订劳动合同，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；
- 非全日制用工不得约定试用期；

- 双方当事人任何一方均可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；
- 非全日制用工劳动报酬结算周期最长不得超过 15 日。

3）劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用。被派遣劳动者，即劳务派遣工，只能是劳务派遣单位的全日制劳动者。在劳务派遣单位与这样的劳务派遣工签订劳动合同时，双方只能签订全日制劳动合同。但是，劳务派遣工可以由劳务派遣单位将其派至两个或两个以上用工单位，从事非全日制劳动。

问：非全日制用工有哪些特别之处?

答：非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。它是劳动用工制度的一种重要形式。

非全日制用工的特别之处在于以下几个方面：

1）非全日制用工的工作时间一般为每天不超过 4 小时，每周工作时间不超过 24 小时。如果偶然超过 24 小时，应当按加班处理。

2）非全日制用工可以订立口头协议。但劳动者要求订立书面劳动合同的，用人单位应当与其订立。

3）非全日制用工的劳动关系可以随时终止且无须支付经济补偿金。

4）非全日制用工属于劳动关系范畴。

5）非全日制从业人员的工资按小时计算。小时工资由用人单位和劳动者协商制定，但不得低于本市规定的非全日制从业人员小时最低工资标准。工资至少 15 天结算一次。

6）除地方有特别的规定外，一般情况下，用人单位只需为劳动者缴纳工伤保险即可。从事非全日制工作的劳动者发生工伤，依法享受工伤保险待遇。

7）非全日制合同不得约定试用期。

8）非全日制用工人员可以与多家用工单位

发生劳动关系，即可以同时与两个以上用人单位订立劳动合同。但后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

与全日制用工相比，非全日制用工更为便捷、灵活，有利于用人单位灵活用工。但是在员工稳定性上却有了一定破坏，增强了人员的流动性，对企业稳定发展不利。

参考法规：

1.《劳动合同法》第68条、第69条、第71条；

2.劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第1条第5款、第12条。

例：

2008年8月，陈某与湘潭某学校（以下简称“学校”）通过协商达成口头协议，双方约定陈某从当月起担任湘潭某学校自考部的英语任课教师，按照陈某实际任课课时结算工资，结算标准为：每月64课时以内，按照25元/课时计算；超过64课时的部分，按照15元/课时计算。陈某平时只需按照学校安排的课时表准时到校为学生上课，其他时间不需坐班。经查，被告聘请的任课教师多为同时与两个以上单位存在劳动关系的兼职教师，均按任课课时领取工资。学校为陈某在学校内提供了宿舍，并从原告应领工资中每月扣除30元房租和实际水电费用。

2010年6月17日，学校与陈某谈话，告知陈某下学期学校不再招收自考生，陈某所任教课时将发生变化，陈某要求增加课时，但未获得学校批准。

2010年6月下旬，学校开始放暑假，并通知相关员工于2010年8月15日回校上班。2010年8月21日，陈某因未接到要求其回校上班的通知，主动来校与自考部院长李某协商。双方未能就继续履行劳动合同一事达成协议，陈某提出赔偿要求，遭到学校拒绝。

陈某向湘潭县劳动争议仲裁委员会申请仲裁，该委员会认为陈某的仲裁申请不属于该委员会受理范围，决定不予受理。原告陈某遂诉至法院。

一审法院认为：

(1) 原告陈某受被告湘潭某学校聘请，担任英语任课教师，为被告学校的学生提供英语教学。原告提供劳动，被告支付劳动报酬。根据双方约定，以工作小时计酬，符合《劳动合同法》规定的非全日制用工的构成要件，因此原、被告之间的劳动关系成立，劳动者的合法权益应受法律保护。

(2) 因法律规定非全日制用工的双方当事人可以订立口头协议，故陈某提出学校因拒绝签订劳动合同而须支付13个月双

倍工资20,800元的请求，不符合法律规定，不予支持。

(3)《劳动合同法》第71条规定：“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。”2010年8月21日，原、被告双方因履行合同发生争议，且协商无果。此后，原告未再来被告学校上班，被告亦未再安排原告上课，双方都以各自的行为向对方表达了终止劳动合同的意愿。被告作为用人单位，依法可不向原告支付经济补偿，因此，原告要求被告支付解除劳动关系补偿金3,200元、违约赔偿金6,400元的请求，没有法律依据，亦不予支持。

陈某对一审法院的判决不服，提起上诉，其上诉的主要理由是：一审判决认定陈某与学校属于“非全日制劳动用工”的劳动关系，是错误判决，原因是：（1）陈某每月1,600元基本工资的支付形式是按月领取，并同时领取加班课时工资；（2）学校每月扣除了陈某工会会费8元；（3）学校依法为陈某缴纳了部分强制劳动保险金，并多次承诺足额缴纳二年工作的全部劳动保险金；（4）2008-2010年之间，湘

潭市社会平均最低日工资标准为80元，学校未按法律规定支付非全日制的最低标准工资；（5）陈某在学校工作二年整，除放假外，其他时间全部在学校，学校每月在陈某的基本工资中扣除电费、水费、房租费就是最有力的证据；（6）陈某在湘潭某学校工作，发放了正式的工作牌证件，上下班还须刷考勤卡，迟到、早退是要被扣奖金和工资的，直至辞退；（7）陈某在学校工作，最长时间6节课时，工作时间达6小时之久，显然超过非全日制用工的形式和标准。

二审法院经审理查明，驳回了陈某的上诉，维持原判。

解：

本案双方当事人争议的法律要点是：

- 劳动者与用人单位的从属关系、劳动内容、工作时间及计酬的方式等是确定双方是否是非全日制用工的要件；
- 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议并可以随时通知对方终止用工。

在本案中：

1）陈某与学校之间形成的是劳动关系还是劳务关系。陈某受学校的聘请，担任该校自考部的英语任课教师，双方虽未签订书面的劳动合同，但符合劳动用工的主体资格，陈某受学

校的劳动管理，所提供的劳动是学校业务组成部分，学校向陈某发放了工作牌等，结合上述实际情况，可以认定陈某与湘潭某学校之间形成了事实上的劳动关系，而不是劳务关系。

2）陈某与湘潭某学校之间所形成的是全日制用工还是非全日制用工的劳动关系。

- 根据《劳动合同法》第 68 条的规定，非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时的用工形式。陈某在湘潭某学校领取报酬的形式系以工作小时计酬，根据其每月 64 课时计算，平均每周课时为 16 课时，按每课时 1 小时左右计算，陈某每周工作时间累计不超过 24 小时，故双方之间的用工形式符合《劳动合同法》关于非全日制用工的规定。
- 陈某提出湘潭某学校每月为其缴纳了社会保险和工会会费，扣除了房租、水电费，发放了工作牌，应当认定为全日制用工。但是，上述情形并不违反《劳动合同法》第 68 条的规定，不能否定非全日制用工性质本身。在非全日制用工下，用人单位并无义务为劳动者缴纳除了工伤保险以外的其他社会保险费，但是用人单位额外为劳动者缴纳医疗、养老等社会保

险险种的，并不影响双方之间构成非全日制劳动关系。

- 湘潭某学校按月发放劳动报酬，虽与陈某进行了协商，但与《劳动合同法》第72条第2款“非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日”的规定不符，应当予以改正，但不影响本案的非全日制用工的性质。

综上，双方之间形成的用工关系为非全日制用工关系。

3）根据《劳动合同法》第69条第1款“非全日制用工双方当事人可以订口头协议”的规定，陈某和湘潭某学校未签订书面协议不违反法律规定，湘潭某学校无需按照《劳动合同法》第82条的规定，向陈某支付2倍的工资。

4）根据《劳动合同法》第71条“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”的规定，陈某与湘潭某学校未能就继续履行劳动合同一事达成协议，陈某于2010年8月未再到湘潭某学校上班，湘潭某学校也未要求其上班，可以认定双方均同意终止劳动用工关系，学校可依法不予支付陈某经济补偿金和赔偿金。

操作提示：

企业在非全日制用工的管理方面应注意以下几点：

1) 企业要充分重视全日制用工与非全日制用工的区别，即在工作时间、劳动报酬、劳动合同的解除以及经济补偿金等方面存在显著差异。

2) 尽管非全日制用工可以口头订立协议，但是劳动者提出要订立书面劳动合同时，用人单位应当以书面形式与劳动者订立劳动合同。

3) 为防止出现全日制与非全日制用工纠纷，例如，因未签订劳动合同的双倍工资纠纷、未购买社保的纠纷等，企业最好采用书面形式，订立非全日制劳动合同，明确用工性质及劳资双方的权利义务。一旦双方发生争议，书面合同就成为证明劳动者与用工单位之间用工关系的最好证据。

4) 非全日制劳动合同的内容由双方协商确定，应当包括工作时间和期限、工作内容、劳动报酬、劳动保护和劳动条件五项必备条款，但不得约定试用期。

5) 企业在与员工签订非全日制用工合同时应谨慎行事，员工的实际工作时间超过了法定的非全日制工时的上限属于违法行为。企业应严格遵守法律规定，否则可能会被认为企业和劳动者形成了全日制用工的事实劳动关系。为避免劳动者每日工作超过 4 小时，每周累计不超过 24 小时，这对用人单位的考勤管理，提出了较高要求。

6) 由于从事非全日制用工的劳动者可以与一个以上的用人单位签订劳动合同，这就要求企业加强对非全日用工的管理，如在招聘时询问清楚劳动者同时做几份工，

时间安排情况等，以减少用工风险。

7) 岗位安排应和商业秘密保护相结合，如果企业认为必要，可以和劳动者签订保密协议。例如，非全日制员工与其他同行业（含类似及竞争性）单位建立劳动关系，企业应注意保密问题。

8) 做好每天的出工记录。可以采取每天打卡或签到、签离的方式进行考勤管理，并保存好出勤记录。这是发生纠纷时的证据，可以证明企业是否严格执行了非全日制用工劳动时间的法规规定。

9) 必须为非全日制劳动者办理工伤保险。基于法律的规定且企业用工过程中的工伤风险存在，故企业应当为非全日制员工办理工伤保险，依法规范用工，降低企业因万一出现的较大工伤事故带来的巨额经济损失。

10) 非全日制用工的所有资料，如非全日制用工合同、由本人签字的工作报酬的领取凭证、非全日制用工合同终止的书面资料等都要进行规范的整理、归档和保管。

11) 根据原劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第 1 条第 5 款，企业招用劳动者从事非全日制工作，应在录用后到当地劳动保障行政部门办理录用备案手续，接受主管部门的监督和管理。

问：可以要求所有员工订立非全日制劳动合同吗?

答：可以。非全日制用工突破了传统的全日制用工模式，适应了用人单位灵活用工和劳动者自主择业的需要，已成为促进就业的重要途径。法律上并没有禁止用人单位与全部员工订立非全日制劳动合同，但应当在实践中注意通过签订非全日制用工合同合理规范这一灵活用工的行为，以及劳资双方的权利与义务。

非全日制用工的特点有以下几个方面：

1) 可以口头订立非全日制用工劳动合同。

2) 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。

3) 没有试用期。

4) 任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不用向劳动者支付经济补偿。

5) 小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

6) 劳动报酬结算支付周期最长不得超过 15 日。劳动者可以自行向社保机构缴纳养老、医疗和失业保险费，而无须用人单位缴纳。

7) 用人单位必须为劳动者缴纳工伤保险。

8) 法定休息日、法定休假日的加班工资按照地方规定执行，各个地方略有不同。

上述非全日制用工内容有吸引企业之处：

双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工，且用人单位终止用工时不需向劳动者支付经济补偿等等。但是有一利必有一弊。非全日制用工形式也有其不利的地方：

1）不能约定试用期。法律明令禁止非全日制用工约定试用期，如此一来，企业就不能享有试用期用工的优势，如试用期的工资可以低至正式期工资的 80%。

2）非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过 15 日。全日制员工可以按月支付工资，但是非全日制用工的工作支付周期最长不得超过 15 日，这就使得用工单位一不小心，按月支付非全日制用工工资的，将会构成无故拖欠员工工资而需要承担相应的法律责任。

3）非全日制用工每天工作不得超过 4 小时，每周不得超过 24 小时。由于非全日制用工的工作时间比较短，客观来讲，它只能在个别岗位才能使用。否则，一旦在某一公司时间要求较长的岗位上使用非全日制用工，将违反后者工时不超过每天 4 小时、每周不超过 24 小时的法律规定，一旦有争议，用人单位会被要求按照全日制用工处理，企业就须承担社保、补足最低工资等一系列法律责任。

4）非全日制员工缺乏归属感，不利于企业凝聚力的形成。法律规定，非全日制员工可以同时和多家企业建立非全日制用工关系，这就使得

员工缺乏归属感，不利于企业的凝聚力。

5）非全日制员工流动性大，不稳定。由于非全日制员工可以随时终止用工，这就使得非全日制员工流动性大，不利于企业员工队伍的稳定。

参考法规：

1.《劳动合同法》第20条、第68条、第69条、第70条、第71条、第72条；

2.劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》。

例：

2007年3月，骆某通过招聘进入某县广播电视局工作，任广电节目主持人，负责节目的采编和播音等工作。试用期满后，骆某继续留在某县广播电视局工作，但某县广播电视局没有与骆某签订书面劳动合同，也没有为骆某办理各项社会保险。2009年3月，某县广播电视局将骆某辞退，双方终止劳动合同关系。

2009年9月8日，骆某向某县劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某县广播电视局支付2008年1月至2008年12月期间未签订书面劳动合同双倍工资9,600元；补缴2007年3月至2009年3月工作期间养老保险和医疗保险等请求。

2009年9月18日，某县劳动争议仲

裁委员会作出不予受理案件确认书。

2010年1月11日，骆某诉至法院。

法院查明，骆某试用期满后，其在某县广播电视局工作期间，工资总额由以下部分构成，即底薪300元、交通补助50元、每档节目提成款10元。也就是说，骆某的工资构成是底薪加提成的形式。

法院认为，非全日制用工形式应具备以下条件：第一、非全日制用工的工资支付形式为按小时计酬。第二、平均每日工作时间不超过四小时、每周工作时间累计不超过二十四小时。第三、非全日制用工不得约定试用期。第四、工资支付周期最长不得超过十五日。而本案中骆某在被告单位工作，其工资支付形式并非按小时计酬，而是采取底薪加提成的方式。双方口头约定了试用期。被告对骆某的工资支付周期为按月支付，超过了非全日制用工最长支付周期十五日。同时，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》，某县广播电视局主张与骆某的用工形式为非全日制用工，应对其主张承担举证责任，但从其提供的证据不能充分证明双方之间的用工形式为非全日制用工，应承担举证不能的法律后果。

综上，法院认为：1）某县广播电视局

对骆某的用工形式不符合非全日制用工的法定条件，应认定双方的用工形式并非非全日制用工。2）某县广播电视局通过招聘的方式将骆某召入其单位任主持人工作，并按月向骆某发放工资，虽然双方未签订书面劳动合同，但双方已经形成事实劳动合同关系。根据《劳动合同法》第八十二条的规定，某县广播电视局应向劳动者每月支付二倍的工资。3）根据有关规定，有关骆某主张要求补缴社会保险费的请求不属于人民法院受理范围，故法院对骆某的此项主张不予处理，其可以通过有关行政部门予以解决，等等，并作出判决。

某县广播电视局不服上述民事判决，提起上诉称:

1）原审法院对于非全日制用工形式的认定错误，《劳动合同法》第六十八条是对非全日制用工的明确定义，只要符合该条规定的用工形式，就是非全日制用工，而第六十九条至第七十二条是在确认非全日制用工的基础上，对用工方式包括协议、试用期、报酬支付周期等做出的进一步规定。判断是否是全日制用工，首先还应该看计酬方式、工作时间等最主要的用工形式是否符合第六十八条的规定。

2）本案中，某县广播电视局并不是采取底薪加提成的方式为骆某支付报酬，实际上骆某的计酬方式是以小时计酬，并给予适当补助的计酬方式。骆某在上诉人处只需每天为上诉人制作一档节目，每档节目时间1小时，上诉人按被上诉人工作的小时时间计算报酬，并予以适当的补助，并非底薪加提成。

3）骆某的工作时间为每天1小时，每周工作时间累计为7小时，远远低于法律规定每日工作时间不超过4小时、每周工作时间累计不超过24小时的规定，骆某做完节目后，上诉人未对其工作外的时间作出安排，其可以自由支配，从工作时间上，完全符合非全日制用工形式。

4）上诉人为被上诉人支付报酬的数额满足最低工资的规定。

5）根据工资发放记录显示，被上诉人的报酬是每半个月发放一次。综上，原审法院对于双方当事人之间的用工形式认定错误，上诉人与被上诉人之间是非全日制用工，故无须签订书面劳动合同，也无须支付未签订书面劳动合同的双倍工资，请求二审法院撤销原审判决，依法改判。

二审期间审理查明的事实与原审查明的事实一致，驳回上诉，维持原判。

解：

本案的法律要点是：

- 工作时间和计酬方式是判断用工形式的最重要的方面。

本案中，法院认为骆某的用工形式是全日制用工形式：

1）从工作时间上看：

- 骆某在单位工作不仅包括上机播音的时间，还包括为播音节目准备的时间、提前到单位的时间等均应作为被上诉人的工作时间；
- 根据单位的“电台编辑部 2009 年工作制度”，作为节目的主持人必须提前编辑好每档节目的文案，并提前报送责任编辑审阅，在审看同意后才能播出；同时要求主持人对选择的嘉宾要全面了解，严格把关，要与嘉宾就节目的内容事先相互交流，从上述制度可以看出，骆某的工作还包括为播音所作的文案选题、编辑、审核以及与嘉宾的事先沟通交流等，骆某为完成上述工作所付出的时间，应作为其工作时间；
- 某县广播电视局对于骆某每天工作时间不超过 4 小时的主张，所提供的证据也不足以证明其观点；故其仅仅认为上机播音的时间是工作时间，骆某每天的上

班时间不超过 4 小时的主张，与事实不符，法院对此不予支持。

2）从工资发放的周期上看，通过查明的事实是每月发放一次；从工资的发放形式上看，骆某的工资并非按小时计酬，而是底薪加提成的方式进行确定的。综合以上情况，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》认定双方当事人之间的用工形式为全日制用工，并无不当；某县广播电视局认为双方之间是非全日制用工，其所提供的证据不足以证明其主张，其应当承担举证不能的法律后果。

操作提示：

1）需要全日在公司上班的岗位不可以签订成非全日制劳动合同。

2）如果某些岗位不需要整天在公司工作，则存在签订非全日用工协议的可行性。

3）如果企业与员工签订非全日制用工合同，企业就应该严格按照非全日制用工的法律要求来管理员工。企业不应该希望通过签订非全日制用工劳动合同以规避若干法律规定，如让员工干全日制的活，却不给员工上医疗、养老保险等。

问：在劳务派遣中，用人单位与用工单位是一回事吗?

答：不是。劳务派遣是一种招聘人与使用人相分离的劳动力经营模式。劳务派遣有三方法律关系：

1）劳务派遣单位；

2）接受派遣单位，即用工单位；

3）被派遣员工。

《劳动合同法》第 58 条明确规定，劳务派遣单位是《劳动合同法》所称用人单位。用工单位是《劳动合同法》中所指的接受派遣单位。

对于用人单位，企业需掌握以下要点：

1）劳务派遣单位就是与被派遣员工签订劳动合同，建立劳动关系，承担《劳动法》上义务的用人单位。劳务派遣单位虽然没有实际指挥被派遣员工进行劳动，而只是将被派遣员工组织起来，统一管理，并根据用工单位的要求安排被派遣员工前往进行工作。但是，由于劳务派遣单位实际与被派遣员工签订了劳动合同，建立了劳动关系，在《劳动法》上，劳务派遣单位就是与被派遣员工相对的用人单位一方，并须依照《劳动法》和《劳动合同法》的规定对被派遣员工承担义务。

2）劳务派遣单位的义务有：

- 劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同；

- 劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者；
- 劳务派遣单位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；
- 劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

3）作为劳务派遣单位须注意：

- 用人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的，属于《劳动合同法》第 67 条规定的不得设立的劳务派遣单位；
- 劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者，但是，可以将招用的劳动者派遣至用工单位从事非全日制岗位工作；
- 劳务派遣单位或者被派遣劳动者依法解除、终止劳动合同的经济补偿，依照《劳动合同法》第 46 条、第 47 条的规定执行；
- 劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的，依照《劳动合同法》第 48 条的规定执行；
- 劳务派遣单位（用人单位）或用工单位对被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带责任。

对于用工单位，企业需掌握以下几个要点：

1）用工单位是《劳动合同法》中所指的接受派遣单位。用工单位通过与劳务派遣企业签订劳务派遣协议，从劳务派遣企业引进符合其要求的员工，在其安排的工作岗位上进行工作。虽然从表面上来看，被派遣员工是在用工单位的场所内，在其管理之下为其工作，但双方不存在劳动关系，用工单位无须承担劳动法和劳动合同上的义务，它与被派遣员工之间只是上的劳务关系，根据其双方之间的聘用合同或劳务合同享受权利和承担义务。

2）用工单位应当直接向劳动者履行下列义务：

- 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；
- 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；
- 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；
- 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；
- 连续用工的，实行正常的工资调整机制。

3）用工单位应当按照劳务派遣协议使用被派遣劳动者，不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。对于劳务派遣员工，应当实行和本企业员工一样同工同酬。

参考法规：

1.《劳动合同法》第58条、第59条、第60条、第61条、第62条、第67条、第92条；

2.《劳动合同法实施条例》第35条第2款；

3.《中华人民共和国民事诉讼法》第64条；

4.《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条。

例：

原告A公司（用工单位）与被告B公司（用人单位）于2009年10月27日签署劳务派遣服务合同，约定合同期限自2009年11月1日至2010年12月31日止；合同第十七条约定：甲（指B公司）乙（指原告A公司）双方应遵守《劳动合同法》中有关劳动报酬的规定，双方均不得拖欠员工的工资。

被告钱某于2009年11月17日与被告B公司签署劳动合同，约定由B公司派遣钱某至原告A公司的某店任店长，并约定：合同期限自2009年11月5日至2010年11月5日止；钱某的劳动报酬由服务单位（指原告A公司）实际承担发放，钱某月基本工资5,000元；用工单位（指原告A公司）根据钱某的岗位、表现、企业经营状况，调整钱某的工资；工资由基本工资、绩效工资或津贴构成；工资中包含法定应由服

务单位为员工提供的福利，即使甲方（指被告B公司）或服务单位（指原告A公司）未在工资中明确罗列该费用。

钱某入职后，于2010年4月6日担任某店店长。4月29日，原告的人事部工作人员某某向钱某发送主题为“提成”的邮件，内载：请查收附件“提成方法”，并附“月度提成、年终花红的薪酬计算表”，同时注明“此表为销售经理薪酬计算方式”，年终花红的薪酬计算表载明了具体的提成标准。

2010年11月3日，原告A公司通知钱某：公司决定2010年11月5日终止双方聘用关系，同时终止钱某与B公司的劳动关系……钱某签收该通知。

钱某（申请人）于2010年11月22日向上海某区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求B公司、A公司支付2010年4月至11月5日期间花红20,937元等请求。该委裁决：A公司支付钱某2010年4月至2010年10月花红20,937元，对钱某的其他请求事项不予支持。原告对裁决不服，诉至法院。

法院经审理，作出判决：

1）A公司于本判决生效之日起五日内

向钱某支付花红人民币 20,937 元;

2）B 公司对上述第一项确认 A 公司给付钱某人民币 20,937 元承担连带责任。

解：

本案的法律要点是：

- 薪酬的构成及效力（“花红”是否是钱某工资的一部分）；
- 当事人对自己提出的诉讼请求负有举证责任；
- 劳务派遣单位（用人单位）或用工单位对被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带责任。

本案中，法院认为：

1）当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

2）从原告 A 公司（用工单位）向钱某发送的邮件可以证实，原告 A 公司在钱某担任销售经理之后，明确告知钱某能够获得花红，并附上了“销售经理薪酬计算方式”之表。此表载明它是销售经理的薪酬，该表并未明确该薪酬获得与否的条件，即该薪酬在何种情形下能够

获得或在何种情形下不能获得。因此，原告向钱某发送此邮件，应当理解为只要钱某完成了相对的业绩量，就能获得该薪酬。钱某对原告的该邮件是认可的，因此，双方对该薪酬的约定是明确的。

3）原告 A 公司称，年终花红只有在公司赢利的情形下员工才能获得，如若原告所称成立，那么原告在 2009 年度已经处于亏损的情形下，何以又向钱某发送“销售经理薪酬”的邮件？何不明确支付的条件？原告称，年终花红是在公司赢利、年终时员工仍在职的前提下才能支付，如若原告此述成立，那么对于像钱某这样并非在 1 月 1 日入职、而是在年中入职的员工将永远不能获得年终奖项。而事实上，钱某并非仅仅工作数月即离任，而是工作了整整一年才离职。尽管该款项冠名为“年终花红”，但它实质应为销售经理的薪酬，只是原告将该薪酬规定在年终发放。因此，它是被告钱某作为销售经理的劳动所得，而不是年终奖励。无论到年终钱某是否在职，原告都应当向钱某支付该销售经理的薪酬。

4）原告 A 公司称，年终花红是在公司赢利、年终时员工仍在职的条件下发放，且钱某的业绩未能达到公司的目标。在此，原告并未提供证据证实钱某应当符合怎样的业绩目标，且根据钱某担任经理 7 个月期间所完成的业绩，已经符合邮件中所载的支付花红的标准。原告没有证据证实该花红须在公司盈利的前提下支付，也没有证据

证实支付该花红时员工必须在职，更没有证据证实钱某未完成业绩目标。原告 A 公司不同意支付钱某该薪酬的主张，本院不予支持。

5）B 公司系钱某的用人单位、系 A 公司的劳务派遣单位，其应当按约履行自己的义务。法律明确规定，劳务派遣单位（用人单位）或用工单位对被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带责任。B 公司与 A 公司的派遣合同明确约定双方均不得拖欠员工的工资；同时，B 公司与钱某的劳动合同也约定钱某的工资中包含 B 公司或 A 公司未在工资中明确罗列的费用。为此，B 公司同样应当为原告未向钱某足额支付劳动报酬承担连带责任。

操作提示：

1）劳务派遣中劳动者、派遣单位、用工单位之间是三种不同的法律关系，在这三种法律关系当中，三方的权利义务关系，一定要用书面的形式固定下来，不然一旦引发纠纷，都将受到牵连。

2）用工单位要意识到自己与劳动者只是劳务关系，不可以对劳动者行使劳动关系中的权利，例如，解除劳动合同、调整工作岗位等，这些行为要通过派遣单位来行使。具体的做法是，在劳务派遣中，用工单位不能直接开除和辞退被派遣员工，而是要明确将被派遣员工退回劳务派遣公司。同时，用工单位也不能接受被派遣员工辞职，即使该员工在退回派遣公司的同时与劳务派遣公司解除劳动合同，也应注意是从劳务派遣公司辞职，

而不是从用工单位辞职。

3）用工单位与用人单位（劳务派遣单位）签订劳务派遣合同时应注意：

- 明确规定派遣公司签订与劳动者签订书面劳动合同的义务，防止派遣公司不签、迟签劳动合同；如果未签订劳动合同，就无从证明劳动者与派遣单位的关系，司法实践中，一般会认定劳动者与实际用工单位形成事实劳动关系；
- 明确规定缴纳、实际支付社会保险（一般是派遣公司办理和缴纳）的双方在办理义务和没有依法缴纳应承担的法律责任，防止不缴、漏缴社会保险引发争议；
- 派遣公司如果拖欠克扣工资会导致员工难以安心工作，用工企业在派遣协议中应明确规定派遣公司发放工资的日期，并规定未经用工企业同意，派遣公司不得以任何名目直接扣除员工工资；
- 明确规定派遣公司承担工伤事故责任的义务、劳动纠纷的处理等，避免发生纠纷时难以区分法律责任；
- 要求劳务派遣单位派遣适格的劳动者，不能接受童工或未成年人；
- 双方可以约定派遣员工在哪些情形下可以退回劳务公司及员工退回方式；
- 双方应当明确约定违约责任，用工企业在派遣协议中应明确规定派遣公司违约应承担所有损失并且用工企业有权解约；

- 如因特定原因，用工单位需要将其自聘的部分员工转给派遣公司，应当征得这些员工的同意，并与其签订解除劳动合同协议，按其工龄支付相应的经济补偿金。

问：任何一种岗位都可以使用派遣员工吗?

答：并非如此。《劳动合同法》第 66 条规定，劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

《劳动合同法》限定了劳务派遣岗位的范围，但具体哪些岗位可认定为临时性、辅助性或者替代性的工作岗位，《劳动合同法》并没有列举。在实践中，很多不应实施劳务派遣的劳动者仍被实施劳务派遣，如用人单位对劳动者长期实行劳务派遣，长者达数年。对劳动者的权益保护仍然不足，需要进一步立法予以完善。

一般来讲：

1）临时性，主要是用工单位非经常性发生的或具有季节性、短期性、时效性很强的用工需求，例如应付突然增加的订单等而增加的工作岗位；本单位劳动者因病假、产假、工伤停工留薪期、服兵役、脱产培训、丧失人身自由等原因在一定时间内不能提供劳动的工作岗位，在该职工返岗之前，可利用劳务派遣由被派遣劳动者提供劳务。但这类工作岗位的存续时间一般不超过 6 个月，否则就不能称作“临时”。

2）辅助性，指为用工单位正常经营主营业务提供必不可少的保障和服务的业务工作岗位。

3）替代性，指与用工单位生产经营活动没

有直接关系的工作岗位。

目前，有些企业的保安、保洁、绿化养护等特殊岗位用人，属于在辅助性、替代性的工作岗位上进行用工。银行、保险公司因编制所限使用编外人员，一般由劳务公司派遣劳务人员，这种情形实际上不属于在临时性、辅助性和替代性工作岗位上实施派遣用工，因此不为《劳动合同法》所鼓励。

参考法规：

《劳动合同法》第58条、第59条、第60条、第66条。

例：

D公司系由A公司、B公司、韩国C公司于2008年11月17日投资成立的中外合资有限责任公司。A公司成立后，韩方C公司随即派出田某某等人到D公司任职。2009年1月1日，田某某与D公司签订了期限为2009年1月1日至同年12月31日止的劳动合同，约定田某某担任D公司生产部部长，月工资人民币8,000元（以下币种均为人民币）。同时，双方又签订了一份补充协议，约定田某某基本工资按照劳动合同规定的标准执行，另约定田某某岗位责任工资为每月1,000元、考核工资为每月1,000元，D公司有权根据田某某工作表现变动其工作岗位，若岗位有变动，则不再享有原岗位上岗位责任工资和考核

工资。此后，D公司按约每月向田某某支付了10,000元工资（含税）。2009年10月12日，D公司法定代表人签署了一份通知，通知田某某公司决定将其返还韩方，要求田某某在两天内办理手续、结算工资，否则10月13日后将禁止田某某进入公司。2009年10月13日，D公司法定代表人签署了一份通知，通知田某某至公司财务部领取结算好的工资，从2009年10月14日起，田某某不再是公司员工。田某某在D公司工作至2009年10月12日，D公司支付田某某工资至10月底。2009年10月21日，田某某向某市劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求D公司恢复劳动关系，按照每月15,000元的标准支付2009年10月26日起至恢复劳动关系期间的工资。2009年12月22日，仲裁委作出了对田某某请求事项不予支持的裁决。田某某不服该裁决，遂诉至法院，要求恢复与D公司间自2009年10月12日起至2009年12月31日的劳动关系，并要求D公司支付上述期间的工资20,000元。

一审中，D公司提出田某某系韩方派遣员工，与D公司不存在劳动关系。D公司提出劳动合同仅是为办理外国人就业证

所作而非真实意思表示以及提出田某某在韩国境内仍由C公司支付大额工资报酬的抗辩意见，但D公司并未就此提供证据加以证明，故对其上述抗辩意见法院不予采纳。由于双方之间的劳动合同关系合法有效，故D公司于2009年10月13日在解除通知中通知田某某次日起不再是D公司员工的行为明显不当，缺乏事实和法律依据，现田某某坚持要求恢复双方之间至合同到期日前的劳动合同关系，合法有据，予以支持。

D公司提出上诉，二审法院驳回其上诉，维持原判。

解：

本案的法律要点是：

- 在公司重要岗位上工作，有隶属（管理与被管理）关系，并按月支付工资，证明双方形成的是一种劳动关系，而非劳务派遣关系。

在本案中，法院认为：

1）劳务派遣一般是指具有劳动力派遣资质的用人单位将劳动者派遣至需要劳务的用工单位从事临时性、辅助性或者替代性的工作。本案中，田某某虽然是在D公司成立之初由韩方C公司派至D公司的，但其来沪后，一直在D公司担任生产部长，并与D公司签订了为期一

年的劳动合同，由D公司向其支付工资。因此，不论是从田某某与D公司签订了书面劳动合同的形式要件来看，还是从田某某为D公司提供重要劳动、受D公司管理、由D公司支付工资的实质要件来看，双方之间均完全符合我国《劳动法》对于劳动关系的各项阐述，故认定田某某与D公司之间的劳动合同关系合法有效。

2）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。即使D公司各股东之间存在关于员工工资承担方式的内部约定，亦不能否认系D公司在支付员工工资的事实，D公司以股东的内部约定，否认其与田某某间存在劳动合同关系，本院不予采信。

操作提示：

企事业单位用工，一般应以直接招聘录用员工为主，并签订劳动合同，建立正式劳动关系。劳务派遣作为一种特殊的用工形式和劳动关系，并不适合所有企事业用人单位，只适合一些特殊用人单位或特殊岗位。

问：用工单位与派遣员工有劳动关系吗?

答：没有。只有派遣单位才与派遣员工有劳动关系，而用工单位与派遣员工之间不需要有直接的合同关系。当然，在实践中，部分用工单位选择与劳务派遣工签订一份《用工协议》，明确双方之间的权利义务关系，以期实现规范管理，也未尝不可。

长期以来，企业选择劳务派遣用工系基于下述考虑：

1）劳务派遣实行劳动力的使用和管理分离，从制度上切断了员工与用工单位的依附关系，使用工单位可以不必和员工签订劳动合同，为员工缴纳社会保险，这成为众多企业选择劳务派遣的重要原因。

2）一旦企业生产经营遇到严重困难需裁员，如果是正式职工，就要支付解除劳动合同的经济补偿，裁员成本大。如果是派遣工，由于没有直接签劳动合同，可以避免或减少经济补偿。

但是，在我国目前的劳动法律法规框架下，如果用工单位真能够按照《劳动合同法》的规定实行同工同酬，则劳务派遣的用工模式对于降低用工成本已经意义不大。除了工资成本外，用工单位不是用人单位，在将派遣员工退回给劳务派遣单位时，无须直接向员工支付经济补偿金。但是，实践中，如用工单位因缩减用工

成本的原因，将劳动者退回给劳务派遣单位，后者在无法为被退回的员工安排适当的工作岗位时，仍然需要解除与其劳动合同并支付经济补偿金。按照目前的商业惯例，劳务派遣单位自身不可能承担解除劳动合同经济补偿金等员工安置成本，而必须将员工安置成本通过劳务派遣协议转移至用工单位。如果不能实现这种转移，则在实践中，签署劳务派遣协议的谈判是很难成功的，除非劳务派遣单位做好亏本经营的准备，或者劳务派遣单位可以顺利将被退回的员工再次派遣至其他用工单位。

参考法规：

《劳动合同法》第47条、第50条、第66条。

例：

2004年8月，蔡某某到A公司工作。2005年12月1日，蔡某某与B劳务派遣公司签订劳动合同书，合同期限为一年，B劳务派遣公司将蔡某某派遣至A公司工作，担任电解工。2006年12月1日，A公司与C劳务派遣有限公司签订劳务派遣合同书，当日蔡某某与C劳务派遣有限公司签订一年期劳动合同书，蔡某某仍被派遣至A公司工作，担任精铝工。2007年12月1日，蔡某某与C劳务派遣有限公司再次签订劳动合同书，蔡某某继续被派遣至A公司工

作，工作至2008年11月30日劳动合同期满止。2009年4月28日，蔡某某向某自治区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求A公司补缴其社会保险费并支付经济补偿金等费用。该仲裁委员会作出裁决，驳回蔡某某的请求。蔡某某不服该仲裁裁决，向法院提起诉讼。

原审判决认为，蔡某某要求与A公司解除劳动关系，因蔡某某虽然曾经为A公司提供劳动，但是自2005年12月起蔡某某已与劳务派遣公司签订劳动合同，蔡某某是由劳务派遣公司派遣至A公司工作的，蔡某某与A公司之间已不存在劳动关系，现双方无须再行解除劳动关系。蔡某某要求A公司补缴2004年8月至2008年11月的社会保险金，其中2005年12月之后蔡某某的社会保险金，由于蔡某某2005年12月起已与劳务派遣公司建立劳动关系，故其应当向劳务派遣公司主张权利，要求补缴此期间的社会保险金，蔡某某要求A公司补缴属诉讼主体不当，不予支持。

宣判后，蔡某某不服原审判决上诉称，“2004年8月我开始在A公司工作，直至2008年11月底。期间，我一直认为我是A公司的员工，尽管A公司曾要求我在一些

文件上签字，但我并不知道我的劳动关系已经改变，并且签字的文件我也从未见过，对内容一无所知，A公司对这些文件也未做过任何解释或说明。我与A公司之间存在劳动关系，A公司应补缴我2004年8月至2008年11月的社会保险金”。

A公司答辩称，“我公司与蔡某某不存在劳动关系，一审判决正确，请求二审驳回上诉，维持原判”。

二审法院支持了一审法院对蔡某某与A公司之间是否存在劳动关系的认定。

解：

本案的法律要点是：

- 劳动关系的存在是用人单位承担法定义务及是否能解除劳动关系的前提。

本案中，2004年8月蔡某某到A公司工作，双方存在劳动关系。2005年12月蔡某某与B劳务派遣公司签订劳动合同，被派遣至A公司工作，此时A公司是用工单位，B劳务派遣公司是用人单位，蔡某某与B劳务派遣公司建立劳动关系，与A公司劳动关系终止，A公司不再承担作为用人单位应承担的责任。此后蔡某某又与C劳务派遣有限公司建立劳动关系，至2008年11月30日劳动合同到期。因此，蔡某某要求解除与A公司的劳动关系，并要求A公

司补缴劳动关系终止后的社会保险，法院不予支持。

操作提示：

1）劳务派遣中劳动者、派遣单位、用工单位之间是三种不同的法律关系，在这三种法律关系当中，三方的权利义务关系，一定要用书面的形式固定下来，不然一旦引发纠纷，都将受到牵连。

2）用工单位要意识到自己与劳动者只是劳务关系，不可以对劳动者行使劳动关系中的权利，如解除劳动合同、调整工作岗位等，这些行为要通过派遣单位来行使。具体的做法是，在劳务派遣中，实际用工单位不能直接开除和辞退被派遣员工，而是要明确将被派遣员工退回劳务派遣公司。同时，用工单位也不能接受被派遣员工辞职，即使该员工在退回派遣公司的同时与劳务派遣公司解除劳动合同，也应注意是从劳务派遣公司辞职，而不是从用工单位辞职。

3) 被派遣员工与派遣公司的劳动合同必须交一份至实际用工单位存档备查。用工单位在使用被派遣员工前，必须先确认被派遣员工与派遣公司是否签订有劳动合同，避免用工单位自身与被派遣员工形成事实劳动关系。

问：用工单位要向派遣员工支付工资吗?

答：不用。如果从劳动关系的角度讲，由于被派遣员工与劳务派遣企业之间建立了劳动关系，工资支付应当是劳务派遣企业的义务。

在劳务派遣的工资支付问题上，企业需注意以下几点：

1）由于被派遣员工是与劳务派遣企业建立劳动关系，因此工资支付是劳务派遣企业应承担的义务，劳务派遣企业不得因为用工单位拖欠服务费而拖欠被派遣员工的工资。用工单位没有支付工资的义务，只承担向派遣企业支付服务费的义务。用工单位与劳务派遣企业之间的服务费纠纷应依据双方的劳务派遣协议予以解决。

2）有些情况下，劳务派遣协议约定由用工单位向被派遣员工直接发放工资，这种约定不能认为用工单位承担了工资支付的义务。工资支付是劳动关系下用人单位的义务，用工单位向被派遣员工发放工资，只能看作是用工单位基于劳务派遣企业委托的代理行为。如果用工单位拖欠工资，被派遣员工可以向劳务派遣企业和用工单位主张工资支付。

3）但是由于在劳务派遣中，劳动者在用工单位（接受派遣单位）中工作，很多情况需要

用工单位确定，而由劳务派遣企业执行有一定难度，因此《劳动合同法》第62条规定，用工单位应当支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；连续用工的，实行正常的工资调整机制。

参考法规：

《劳动合同法》第29条、第60条、第62条、第92条。

例：

李某系某市外来从业人员，李某与某服务公司签订《派遣员工劳动合同书》，期限为2008年1月7日至2011年1月6日，约定派遣李某至某科技公司工作，工资为1,478元；某服务公司按照与某科技公司签订的劳务派遣合同为李某缴纳各项社会保险和提供其他福利待遇。李某实际月工资由某科技公司通过银行发放。2008年6月某科技公司因经营困难对大部分员工予以减薪，李某的月工资2,500元未作下调。2008年10月14日，某科技公司将包括李某在内的126名员工退回某服务公司，通知内容为：“因公司无法继续经营，自2008年10月14日以下派遣员工请做减员处理”。某服务公司据此与李某解除劳动合同，办理退工手续。

同年10月15日李某以某科技公司连续两个月未发放工资，通过挂号信向某服务公司发出解除劳动合同通知，并于10月22日向上海市某区劳动争议仲裁委员会申诉，要求某科技公司支付2008年8月1日至10月14日工资6,129元及拖欠工资的25%补偿金1,532元等，并要求某服务公司承担连带责任。

上海市某区劳动争议仲裁委员会作出某裁决书，要求某科技公司于裁决书生效之日起七日内支付李某2008年8月1日至10月14日实得工资计6,099.43元；某服务公司于裁决书生效之日起十五日内为李某缴纳2008年1月至2008年3月的综合保险费；某服务公司对其中工资额的4,105.43元承担连带责任，等等。某服务公司不服裁决，诉至法院。

法院经审理，作出判决：1）被告某科技公司应于判决生效之日起七日内支付被告李某2008年8月1日至10月14日实得工资人民币6,099.43元，原告某服务公司对其中工资额人民币3,635.54元承担连带责任；2）原告某服务公司应于判决生效之日起十五日内为被告李某缴纳2008年1月至2008年3月的综合保险费……

解：

本案的法律要点是：

- 劳务派遣单位应履行对劳动者的义务；
- 尽管《劳务派遣合同》规定被派遣员工的工资由用工单位发放，但用人单位（劳务派遣单位）负有连带责任。

本案中，法院认为：

1）劳务派遣单位是《劳动合同法》所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。某服务公司与李某签订劳动合同建立劳动关系，派遣李某至某科技公司工作，故李某与某服务公司的劳动关系及与某科技公司的劳务关系依法成立。作为劳务派遣单位，某服务公司应根据与被聘员工之间的劳动合同以及与某科技公司之间的劳务派遣合同承担相应的责任。

2）由于李某与某服务公司建立劳动关系期间，李某实际月工资由某科技公司发放，某科技公司拖欠李某2008年8月1日至10月14日工资，故某科技公司应按李某实得工资予以支付，合计6,099.43元并加付25%补偿金1,524.86元。而某服务公司则依照其与李某所签劳动合同约定的工资标准（每月1478元）对李某2008年8月1日至10月14日工资额中的3,635.54元部分承担连带责任。某服务公司以其并非实际用工单位为由请求法院判令原告不

就劳动合同约定的工资标准向李某承担连带责任的请求，缺乏事实和法律依据，本院难以支持。

3）依法为劳动者缴纳社会保险费是用人单位法定的责任和义务。故某服务公司应为李某补缴2008年1月至2008年3月的综合保险费。某科技公司未按劳务派遣合同的约定支付某服务公司被派遣员工的社保费用不能成为某服务公司不为李某缴纳综合保险费的理由。

操作提示：

1）在实务中，有的劳务派遣公司要求用工单位直接将劳动报酬支付给劳务派遣工，对此，企业应予拒绝。若必须采用该支付方式的，应在劳务派遣合同明确用工单位代派遣单位支付的委托代理关系。

2）在实务中，有的劳务派遣公司常常强调“代发工资”。为防范劳务派遣公司规避风险和推卸责任，应在劳务派遣合同中明确约定劳务派遣公司必须依法为派遣员工发放工资，不得无故克扣或调低员工工资；同时，约定用工单位对以上事项的检查权以及发现问题的处理机制和责任承担。

3）劳务派遣单位（用人单位）在劳动者的工资支付上应注意工资支付周期和工资支付标准的问题。

- 对于工资支付周期，《劳动合同法》第58条规定：劳务派遣单位应当按月支付劳动报酬。
- 对于工资支付标准应当注意：

同工同酬——被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。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报酬确定。

跨地区派遣——劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动条件和劳动报酬，应当按照用工单位所在地的标准执行。

无工作期间——被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

问：用工单位要为派遣员工缴纳社会保险吗?

答：不用。被派遣员工作为劳动者享受《劳动法》上规定的社会保险。《劳动合同法》第 58 条规定：劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。被派遣员工与劳务派遣企业建立劳动关系，劳务派遣企业应当依法为被派遣员工建立社会保险关系，开立社会保险账户，并缴纳企业应承担的社会保险费。也就是说，劳务派遣企业应承担劳动法上规定的缴纳社会保险的义务。

在劳务派遣员工的社会保险支付问题上，企业需注意以下几点：

1）劳务派遣企业所缴纳的社会保险费和住房公积金等费用，是由用工单位支出的，一般包含在向劳务派遣企业支付的服务费中，这些费用的支付在劳务派遣协议中约定。用工单位没有按照劳务派遣协议的约定支付保险费和住房公积金费用的，应由劳务派遣企业根据劳务派遣协议进行主张。劳务派遣单位，作为劳动者的用人单位，无论用工单位是否按照约定及时、足额支付社会保险费金额，都应当依法及时向社会保险经办机构缴纳社会保险费。用工单位违约的，劳务派遣单位可以要求其履行劳务派遣协议，并承担违约责任。但是，用工单位违约不向劳务派遣单位支付社会保险费所对

应的款项，绝不是劳务派遣单位不依法支付社会保险费的理由。

2）根据《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10条，“劳动者因履行劳动力派遣合同产生劳动争议而起诉，以派遣单位为被告；争议内容涉及接受单位的，以派遣单位和接受单位为共同被告。”如因用工单位违反劳务派遣协议，未向劳务派遣单位及时、足额支付社会保险费款项，导致劳务派遣单位未能依法向社会保险经办机构缴纳社会保险费的，劳动者可以本条为依据将用工单位和劳务派遣单位作为共同被申请人或被告向劳动仲裁机构或人民法院提出主张。当然，就补缴社会保险费这一特殊问题而言，在我国的许多地区，都被认为不属于劳动争议案件的受理范围，从而劳动争议仲裁委和人民法院对于劳动者的此类主张往往决定不予受理或驳回起诉（申请）。这一点，需要读者留意。

3）在用工实务领域，基于效率的考虑，派遣单位可能会与用工单位约定由用工单位直接为劳动者缴纳各项社会保险，避免了由用工单位向派遣单位支付用工费，派遣单位再为劳动者缴纳社会保险的复杂过程，但这种约定只是双方之间的合同义务（委托义务），并不改变派遣单位的法定义务性质，即法定的义务不能

通过合同来改变，但是实务中为了便于操作，可以通过合同来调整法定义务的履行方式。

参考法规：

1.《劳动合同法》第58条、第59条；

2.《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10条。

例：

2009年12月17日，某派遣公司与A公司签订了“派遣服务协议”，该协议第二条第（一）款约定“派遣员工在甲方（A公司）工作期间，由乙方（某派遣公司）与其建立劳动关系，签订正式劳动合同”；该协议第五条第（一）款约定“乙方根据相关规定为派遣员工办理并缴纳社会保险，单位应缴纳部分由甲方承担”；该协议第九条第（一）款约定“本协议有效期从2010年1月1日起，到2011年12月31日止”。某派遣公司与曾某签订了“劳动合同书”，该合同书第一条约定劳动合同期限自2010年1月1日起至2011年12月31日止；该合同书第六条第一款约定“甲乙双方（甲方即某派遣公司，乙方即曾某）和用工方必须执行国家有关社会保险和福利的规定”。

2010年1月1日，曾某开始到某派遣

公司工作，某派遣公司派遣曾某到A公司从事驾驶员（送货）工作，某派遣公司未给曾某办理社会保险（含职工医疗保险），每月以现金的形式发放给曾某社会保险费。2010年4月7日，曾某发生脑溢血到医院住院治疗，花费共计22,822.42元。

2010年5月31日，曾某向某县劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某派遣公司、A公司共同支付医疗费23,111元。2010年6月30日，某县劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决。某派遣公司对该仲裁裁决不服，诉至某县法院。某县人民法院判决该派遣公司支付给曾某未参加职工医疗保险不能报销的医疗费损失13,376.19元。派遣公司不服判决，向某市第一中级人民法院提起上诉，在二审中，经调解由某派遣公司支付给曾某不能报销的医疗费10,000元。

后某派遣公司认为，由于A公司未按照合同的约定为曾某缴纳社会保险费，对此给某派遣公司造成的损失应该由A公司承担。某派遣公司于是诉至法院，请求法院判决A公司支付某派遣公司损失10,000元。

A公司辩称：曾某系某派遣公司的员

工，为曾某办理社会保险是某派遣公司的义务，请求人民法院判决驳回某派遣公司的诉讼请求。

法院经过审理，判决驳回某劳务派遣公司的诉讼请求。

解：

本案的法律要点是：

- 缴纳社会保险是用人单位的法定义务。

本案中，法院认为：

1）根据《中华人民共和国劳动法》第 72 条规定：用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费；《社会保险费征缴暂行条例》第 7 条规定：缴费单位必须向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，参加社会保险；第 10 条规定：缴费单位必须按月向社会保险经办机构申报应缴纳的社会保险费数额，经社会保险经办机构核定后，在规定的期限内缴纳社会保险费。由此可见，缴费单位是否为职工向当地社会保险经办机构办理社会保险登记是职工能否报销相关费用的唯一条件。

2）本案中，曾某与原告某派遣公司建立了劳动关系，是该公司职工。该公司应当为曾某向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，对曾某因未参加职工医疗保险所造成不能报销医疗费的损失理应由某派遣公司承担。至于原

告某派遣公司与被告A公司约定曾某的社会保险费单位应缴纳部分由被告A公司承担属另一法律关系，本案不作处理。故原告某派遣公司要求被告A公司承担此损失的理由不能成立，本院不予支持。

操作提示：

1) 劳务派遣公司与派遣员工之间是劳动关系，向员工发放工资和缴纳社保是其法定义务。

2) 在实务中，有的劳务派遣公司常常强调“代缴社会保险金”。为防范劳务派遣公司规避风险和推卸责任，应在劳务派遣合同中明确约定劳务派遣公司必须依法为派遣员工缴纳社保；同时，约定用工单位对以上事项的检查权以及发现问题的处理机制和责任承担。

3) 如果由劳务派遣机构缴纳，用工单位应当按照派遣协议约定，及时足额将派遣员工社会保险费等费用支付给劳务派遣组织，确保派遣员工社会保险待遇等的落实。

问：用工单位要向派遣员工提供福利吗?

答：是的。由于在劳务派遣中，劳动者在用工单位（接受派遣单位）工作，很多情况需要用工单位确定，而由劳务派遣企业执行有一定难度，因此《劳动合同法》第 62 条规定，用工单位应当支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇。

企业职工福利费是指企业为职工提供的除职工工资、奖金、津贴、纳入工资总额管理的补贴、职工教育经费、社会保险费和补充养老保险费（年金）、补充医疗保险费及住房公积金以外的福利待遇支出，包括发放给职工或为职工支付的以下各项现金补贴和非货币性集体福利。

比较常见的福利待遇为：供暖费补贴、防暑降温费、节日津贴、按月发放的午餐费补贴、住房补贴、交通（车改）补贴、通信补贴、独生子女费、职工供养直系支属医疗补贴等。

职工福利可划分为职工集体福利和职工个人福利，在此所指的是职工个人福利，因而不涉及职工集体福利内容。

参考法规：

《劳动合同法》第 62 条。

例：

2001 年 10 月 30 日，A 公司设立登记，

2002年6月1日，李某某与A公司签订《劳务合同》一份，约定自2002年6月1日至2003年6月1日，李某某在A公司从事临时工驾驶员。合同到期后，双方均未续签。2007年12月25日，A公司与案外人B劳务公司签订《劳务派遣协议》一份，约定自2007年12月28日至2009年12月28日，B劳务公司根据A公司的要求，向其派遣劳务人员。2007年12月28日，李某某与B劳务公司签订《劳动合同书》一份，从事驾驶员工作，劳动合同期限自2007年12月28日至2009年12月27日。李某某在C公司某工区一直从事驾驶员工作。2010年1月15日，李某某自B劳务公司领取终止劳动合同经济补偿金2,709.82元。

2010年1月李某某以A公司、C公司某工区为被申请人提出劳动争议仲裁申请，2010年4月15日，某市劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决：驳回申请人的各项请求。

李某某不服仲裁裁决，认为其与A公司有书面合同关系，与C公司某工区有事实劳动关系，向法院提起诉讼要求：补发降温费4,680元、烤火费1,720元等。

A公司以李某某系B劳务公司的员工、与我公司无劳动关系为由进行答辩。

C公司某工区以李某某不是我们单位的职工、只是被派到我公司开车、与我公司无关为由进行答辩。

原审法院认为，劳动者享有取得劳动报酬、享受社会保险和福利的权利，这一权利的基础是劳动关系。从本案查明的事实可以认定，2007年6月1日，李某某与B劳务公司形成劳动关系，2010年1月15日，李某某也已经自B劳务公司领取了终止劳动合同经济补偿金。自2007年6月1日至2010年1月15日，李某某不可能与A公司、B劳务有限公司同时存在劳动合同。因此，根据劳务派遣协议，A公司只是李某某的用工单位，与其没有劳动关系。作为用工单位，A公司应当支付被派遣劳动者的加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇。但李某某现无证据证明A公司未给付降温费及烤火费，故李某某对A公司的诉讼，不予支持。

对于李某某诉请的C公司某工区，C公司某工区无独立法人资格，也不具备用工主体资格。因此，李某某对C公司某工区的诉讼，亦不予支持。李某的各项主张，可待证据充分后向与其存在劳动关系的单位主张。遂裁定：驳回李某某的起诉。

李某某不服上述民事裁定，向二审法院提起上诉。

A公司辩称，上诉人与我单位没有劳动关系，其与B劳务公司存在劳动关系，一审裁定认定事实清楚，适用法律正确，请求二审驳回上诉。

C公司某工区辩称，李某某是A公司安排过来的，不是我单位职工，故请求驳回上诉。

二审法院经审理，撤销了一审判决。

解：

本案的法律要点是：

- 劳动者的相关福利待遇应该由实际用工单位来支付。

二审法院认为，2007年12月25日，B劳务公司与A公司签订劳务派遣协议。2007年12月28日，李某某与B劳务公司签订劳动合同书，劳动合同期限为2007年12月28日至2009年12月27日。李某某一直在C公司某工区工作，但该单位并不具备用工主体资格，而A公司和B公司之间签订有劳务派遣协议。故应当认定李某某在上述期间与B劳务公司存在劳动合同关系，与A公司存在劳动用工关系，C公司某工区无非是李某某的一个具体工作地点。A公司作为用工单位应当支付上诉人加班费及相关福利待遇。

操作提示：

1)被派遣劳动者的待遇，如劳动报酬、社会保险费、绩效奖金，岗位福利等待遇，以及日常管理考核、技能培训、加入工会和工会经费提取等事项，主要由劳务派遣单位和用工单位在劳务派遣协议中约定。但这种约定不能是随意的，必须符合法律的规定。

2）用工单位在日常支付福利待遇时，假如处理不当则易引起纠纷。虽然劳务派遣员工不是用工单位的员工，但是由于《劳动合同法》第 62 条规定了用工单位应当直接向劳动者承担的若干义务，如支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇等，用工单位也应当针对派遣员工建立一套完整的工资福利制度，做到同工同酬、标准明确。

问：劳务派遣机构（用人单位）可以向自己的关联企业派遣员工吗?

答：不能。用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

《劳动合同法实施条例》第 28 条规定，用人单位或者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的，属于《劳动合同法》第 67 条规定的不得设立的劳务派遣单位。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 67 条、第 92 条；

2.《劳动合同法实施条例》第 28 条。

例：

A 集团公司成立于 1996 年 8 月 16 日，为私营有限责任公司，原名为广东某储运贸易有限公司，2003 年下半年更名为 A 集团公司。2000 年 8 月，汪某某获得原广东某储运贸易有限公司 20% 的股权，自此 A 集团公司股东为黄某某与汪某某。2001 年 3 月 13 日，A 集团公司出资 1,800 万元与汪某某共同组建 B 投资公司。

C 咨询公司营业开始日期为 2006 年 4 月 11 日，经营范围包括劳务输出、派遣服务等，由 A 集团公司通过 B 投资公司控股。2007 年 12 月 2 日，A 集团公司将所持有的

C 咨询公司的股权转让给汪某某，至此，汪某某占有 C 咨询公司的全部股权。

谭某某于 2001 年 9 月 27 日入职 A 集团公司，逐年签订劳动合同，最后一期劳动合同期限自 2006 年 9 月 27 日至 2007 年 9 月 26 日止。2007 年 3 月 1 日，C 咨询公司与 A 集团公司签订了为期一年的劳务派遣合同。同日，谭某某与 C 咨询公司签订了期限至 2008 年 3 月 1 日的劳动合同，约定 C 咨询公司将谭某某派遣至 A 集团公司从事驾驶员工作，约定工资为 700 元 / 月，执行每周工作六天、休息一天工时制。2007 年 4 月起，C 咨询公司通过银行转帐的形式向谭某某支付工资。谭某某离职前十二个月的平均工资为 2,920 元 / 月。

2008 年 1 月 15 日，C 咨询公司向谭某某发出《劳动合同到期通知书》，内容为：“您与公司签订的劳动合同将于 2008 年 3 月 1 日期满，经公司研究决定，在您劳动合同期满时，不再与您续签劳动合同。根据《中华人民共和国劳动法》相关规定，公司现提前三十日正式通知您，请您在合同期满前根据部门负责人安排的时间办理工作交接手续及离职手续。”

2008 年 5 月 14 日，谭某某向广东省

劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求确认谭某某与A集团公司从2001年9月27日至2008年2月12日期间存在劳动关系等。

广东省劳动争议仲裁委员会作出裁决：确认A集团公司与谭某某在2001年9月27日至2007年2月28日和2008年1月1日至2月7日期间存在劳动关系。

A集团有限公司和谭某某均不服该裁决，提起诉讼。

A集团公司一审诉称：1、《劳动合同法》第67条规定“用人单位不得设立劳务派遣单位向单位或者所属单位派遣劳动者”，包括出资、参股等形式。但本案中C咨询公司股东系独立自然人，并非我公司或者我集团公司或者其他相关联公司，不违反《劳动合同法》第67条规定。故我公司与谭某某自2007年2月28日后只是劳务使用关系，不是劳动合同关系。2、我公司于2007年度根据实际用工需要进行用工制度改革，按照集团安排劳务关系统一委托C咨询公司管理。员工与C咨询公司是劳动合同关系，与我公司是劳务使用关系。这一点谭某某非常清楚，并且与C咨询公司签订了劳动合同。

一审法院认为，谭某某于2001年9月

27日入职A集团公司，双方自即日起建立劳动关系。对于2007年3月1日C咨询公司与A集团公司签订的《劳务派遣合同》及谭某某与C咨询公司签订的《劳动合同》的效力问题，由于C咨询公司在2006年4月起具有劳务派遣的经营资质，而在《劳动合同法》实施前，相关法律法规并未就此作出禁止性规定，故前述劳动合同及劳务派遣行为有效，谭某某与B管理有限公司于2007年3月1日起建立劳动关系。

2008年1月1日《劳动合同法》颁布实施，该法第67条明确规定“用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者”。针对本案而言，虽然2007年12月2日后汪某某持有C咨询有限公司100%的股权，但汪某某同时持有A集团公司20%的股权，可以认定C咨询公司与A集团公司存在资产牵连关系，属关联企业。因此，自2008年1月1日后，A集团公司仍通过C管理咨询公司以劳务派遣形式对谭某某进行用工，其行为已违反了《劳动合同法》的上述规定，故谭某某与C咨询公司的劳动合同自该日起无效。2008年1月1日后，A集团公司作为谭某某的实际用人单位，双方存在事实劳动关

系，A集团有限公司应承担相应的用工责任。二审法院经审理，维持了原判。

解：

本案的法律要点是：

- 向关联公司派遣员工的用工形式不合法。

本案中，法院认为，在《劳动合同法》实施前，法律对劳务派遣没有禁止性规定，故谭某某与C咨询公司于2007年3月1日起建立劳动关系有效。2008年1月1日《劳动合同法》颁布实施后，由于C咨询公司与A集团公司存在资产牵连关系，属关联企业，A集团公司仍通过C咨询有限公司以劳务派遣形式对谭某某进行用工无效，A集团公司作为谭某某的实际用人单位，双方存在事实劳动关系，A集团公司应承担相应的用工责任。本案中的劳务派遣单位虽然不是由用人单位设立，但是汪某某是本案劳动派遣单位和用人单位共同的投资人，劳务派遣被用来规避签订劳动合同义务的目的十分明显。

操作提示：

1）企业要严格遵守法律规定，不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

2）企业要注意违反规定的法律责任：由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人1,000元以上5,000元以下的标准处以罚款，并由工

商行政管理部门吊销营业执照；给派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

3）企业也应避免下列事情的发生，即把原有正式职工，或以企业名义招工后再把劳动者挂靠到劳务派遣公司，再派回企业工作，进行虚假派遣、变相自我派遣。在目前的法律框架下，企业通过自身控制的劳务派遣企业，向自身派遣员工、试图规避签订劳动合同义务的做法，都是法律禁止的，无法实现切断劳动关系连续性的目的。

问：用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的后果有哪些?

答：根据《劳动合同法》的规定，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同，将产生以下几种后果：

1）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。

2）用人单位自用工之日起满一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。

3）用人单位违反本法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。

参考法规：

1.《中华人民共和国劳动合同法》第14条、第82条；

2.《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第6条、第7条。

例：

张小姐于2007年8月1日进入某外资企业管理咨询（上海）有限公司工作，担任咨询顾问，月薪为8,500元，但公司并没有与张小姐签订书面劳动合同。张小姐也没有异议。

2009年1月初，公司突然降低了张小

姐的工资。张小姐不同意。最终公司与张小姐协商解除了劳动关系，由公司支付张小姐两个月的工资作为经济补偿。

在办理工资结算时，公司要求张小姐补签一份劳动合同，劳动合同的期限为2007年8月1日至2009年1月31日。张小姐补签了合同，但特别注明了劳动合同补签的时间为2009年1月31日。

事后，张小姐申请了劳动仲裁，要求公司支付自2008年2月1日至2009年1月30日期间未签订劳动合同的双倍工资的差额。

公司主张，自己与张小姐已经补签了劳动合同，也就不存在再支付双倍工资的问题，而且张小姐是2007年8月1日就进入了公司工作的，自2007年8月1日开始公司就与其形成了事实的劳动关系，当时法律并没有规定没有签订劳动合同就得支付双倍工资。

劳动仲裁委员会经过审理后依法作出了支持了张小姐的申诉请求的裁决。

公司不服，又向法院提起了诉讼，后又上诉至中级法院。

最终二审法院作出了支持张小姐的请求的终审判决。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 用人单位未与劳动者订立书面合同的，将承担不利后果；
- 事后补签劳动合同，不能减轻用人单位未签劳动合同的责任；
- 劳动者未对用人单位不签书面劳动合同的行为提出异议，不能减轻用人单位未签书面劳动合同的责任。

本案中，管理咨询公司未与张小姐签订书面劳动合同，尽管张小姐未提异议，并且事后补签了书面劳动合同，但是未能减轻管理咨询公司的责任，被裁决支付二倍工资。

本案中，管理咨询公司辩称张小姐是《劳动合同法》生效之前入职的，而此前的法律并没有对未签书面劳动合同的惩罚性规定。这一点虽是事实，但是《劳动合同法》生效之后，管理咨询公司应当立即纠正未签书面劳动合同的错误，从应纠正而未纠正日起自然要依《劳动合同法》承担责任。劳动仲裁委员会的裁决是正确的。

操作提示：

1) 无论新招用的劳动者还是合同到期后用人单位仍打算继续留用的劳动者，都务必要签订劳动合同而且应当在一个月内签订。这对员工是保障，对用人单位而

言更加是保障。

2) 如果员工不愿意签订书面劳动合同，用人单位应书面通知劳动者签订劳动合同以及不签订书面劳动合同即为不同意建立劳动关系的意思表示，并保留通知的证据。劳动者仍不愿意签订的，公司应当及时书面通知劳动者终止劳动关系。否则，用人单位面临支付双倍工资的风险。

问：订立劳动合同要参考哪些企业文件?

答：用人单位订立劳动合同时，要参考以下企业文件：

- 用人单位规章制度、员工手册；
- 集体合同。

用人单位订立合同时，应当参考这些文件，避免因两者发生不适当的冲突而给企业带来风险。

用人单位是规章制度的制定者，根据法律规定以及按照“特殊优于一般”的法律效力原则，用人单位与劳动者在劳动合同中的特殊约定的法律效力高于规章制度的一般规定，当两者发生冲突时，员工可以选择适用对自己有利的解释。

另外，《劳动合同法》也规定，集体合同的效力高于劳动合同的效力，同时规定了劳动合同的保护水平不能低于集体合同的水平。

因此，当用人单位的规章制度、集体合同中的规定如果与劳动合同的规定相互冲突，将给用人单位造成相当大的法律风险，或者损害规章制度的严肃性。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 55 条；

2.《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 16 条。

例：

2007 年 5 月，小王与某公司签订劳动合同，约定工资方案按《2007 年版公司工资管理办法》执行，该办法作为劳动合同的附件；按照该办法规定，小王月薪为 5,000 元，公司将发放小王年终双薪，工作时间不足一年的按比例发放。

2008 年 9 月该公司依法修改了《2007 年版公司工资管理办法》并进行公示，名为《2008 年版公司工资管理办法》；新办法规定公司有权决定是否发放年终双薪及发放多少。2009 年 2 月，公司认为小王表现欠佳，仅发放年终双薪 3,000 元给小王。后小王申请仲裁，要求该公司补发 2,000 元及 25% 经济补偿金 500 元。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 当用人单位的规章制度与劳动合同不一致时，员工可以选择适用对自己有利的内容。

该案例体现了企业管理与法律的明显冲突。从企业管理角度出发，企业出台一份新的制度，都要求适用范围内的员工 100% 地遵守执行，但是，如果企业在实施过程中操作不当或疏忽了

一些细节问题，那么企业出台新制度的目的将落空，即个别、部分员工完全有正当理由不执行该内部制度。

根据《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16条的规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

案例中的小王的主张是成立的，即当规章制度与合同的内容不一致的，小王有主动选择的权利，小王当然会作出最利于自己的选择。这样，新的规章制度对小王就无法起到约束作用。

操作提示：

1）招聘过程中，候选人与用人单位会就很多问题进行磋商，其中可能会涉及到公司规章制度中的内容，比如劳动纪律、考勤制度、薪酬晋升等。用人单位在订立劳动合同之前，应当确认这些内容与规章制度保持一致，或者确认用人单位愿意接受这些（对员工更有利）冲突。

2）用人单位也可以与劳动者在劳动合同中约定，当劳动合同与规章制度不一致时，以规章制度为准。

问：员工不愿意签劳动合同，企业怎么办?

答：企业应当与不愿意签订劳动合同的员工终止劳动关系。

《劳动合同法》规定，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。在法律的严格约束下，现在用人单位都比较注意与员工签订书面劳动合同，但是在实务中，有的企业对于员工出于各种目的而不愿意签订劳动合同的情形不知如何处理。

不签订劳动合同对企业来说危害极大。所以，企业一旦用工，一定要与员工签订书面劳动合同。企业要严格遵循先签劳动合同再入职的原则，不签合同一律不予录用。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 82 条规定；

2.《劳动合同法实施条例》第 5 条、第 6 条。

例：

2007 年 1 月徐某到某杂志社从事记者工作，某杂志社未与徐某签订书面劳动合同。2009 年 3 月 25 日双方解除劳动关系。2011 年 3 月 15 日徐某向乌鲁木齐市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。2011 年 7 月 9 日乌鲁木齐市某区劳动争议仲裁委员会作出裁

决：某杂志社支付徐某未签订劳动合同二倍工资尚未支付部分22,825元（2,075元/月×11个月×1倍）。后案件起诉到法院。

原审法院认为，2008年1月1日起施行的《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定：“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”。徐某在某杂志社工作期间，杂志社未在法定期限内与徐某签订书面劳动合同，依法应当承担相应的法律责任。生效的法律文书已确认徐某2007年1月至2009年3月25日在杂志社工作、工资标准为2,075元/月，故某杂志社关于徐某不在其单位工作、工资标准为1,300元/月的诉称应不予采信，其要求不予支付徐某未签订劳动合同二倍工资的请求应不予支持。原审判决：新疆某杂志社支付徐某未签订劳动合同二倍工资尚未支付部分22,825元（2,075元/月×11个月×1倍）。

上诉人某杂志社不服一审判决，提起上诉称，我单位与徐某未签订劳动合同是因为徐某不愿与我单位签订劳动合同，且徐某未提供证据证明是我单位不愿与其签订劳动合同，故一审法院认定由我单位承担未签订劳

动合同的法律责任错误。徐某的工资标准应当以我单位和其他员工签订的劳动合同中约定的1,300/月元为准。故一审法院认定事实错误，请求二审法院撤销原判，依法改判。

二审法院维持了原判，认为：某杂志社未提供有效证据证明其主张，因此不采信其所称是徐某不愿意签订书面合同的观点，判决其应当支付因未签订劳动合同的二倍工资中未支付的部分工资。

解：

本案的法律要点是：

1）用人单位未与劳动者签订劳动合同，劳动者可主张二倍工资的赔偿；

2）用人单位认为未签劳动合同是劳动者的原因，应提供有效证据证明其主张。

本案中，某杂志社主张其未与劳动者徐某签订书面劳动合同，是由于徐某不愿意签订劳动合同，因此，不应由其承担未签劳动合同的法律责任。但是某杂志社不能提供有效的证据证明其主张，因此被法院判赔应当支付因未签订劳动合同的二倍工资中未支付的部分工资。

操作提示：

1）企业在实际用工之时即与劳动者建立了劳动关系，因此，应当在一个月之内与劳动者签订书面劳动合同。

2）如果遇到员工不愿意签合同的情况，企业应做好《劳动合同法》宣传工作，说明签订劳动合同对员工本人来说是最大的保障，争取员工的积极配合。

3）企业也可以通过制定企业规章制度，规定员工不愿意签订劳动合同的，属于严重违反公司规章制度，公司有权终止与该员工的劳动关系。

4）因用人单位以外的原因造成未订立书面劳动合同的，如劳动者拒绝订立等情形，法院一般会判断为不属于《劳动合同法实施条例》第六条所称的用人单位“未与劳动者订立书面劳动合同”的情形，用人单位不需要向劳动者支付双倍工资。 但用人单位应当对此承担举证责任。

5）如果员工不愿意与企业签订劳动合同，企业要保留好相关证据，如已经与员工磋商签订劳动合同事宜，并有劳动者不愿意签订劳动合同的书面声明；或者公司要求员工签订劳动合同要有书面通知，由员工签收，尽可能把员工不愿意签订劳动合同的意见记录在案。

6）当然，企业从根本上防范法律风险的方法是不雇佣不愿签订劳动合同的员工。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。

问：未签书面劳动合同二倍工资仲裁时效何时起算?

答：不同的地区对二倍工资的时效计算的起始时间有不同的规定和司法实践，因此，企业要根据所在地区的劳动法规及司法实践来确定二倍工资的时效问题。

各地之所以对二倍工资仲裁时效的起算时间有不同的理解，主要是对二倍工资的性质有不同的理解，即二倍工资是经济赔偿还是劳动报酬，以及是否或如何适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第 27 条。

就目前的劳动法实务来讲，对二倍工资仲裁时效的起算时间，主要有以下类型的规定和司法实践：

1）以深圳、上海为代表，严格按照《劳动争议调解仲裁法》27 条规定，逐月分别计算仲裁时效：

- 上海市高级人民法院关于劳动争议若干问题的解答（2010 年 12 月），其中就双倍工资的时效问题做了如下解答：“2、关于未签劳动合同双倍工资的仲裁时效问题 ..... 对双方约定的劳动报酬以外属于法定责任的部分，劳动者申请仲裁的时效应适用《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第 1 款至第 3 款的规定，即从未

签订书面劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效。”

- 另外，深圳《2011 年全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要》规定：“关于未订立劳动合同二倍工资的诉请，受仲裁时效期间的限制。仲裁时效的审查，逐月起算。”

  上述计算方法是严格按照仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算的法律规定得出。

2）以成都、海南、郑州等地为代表，仲裁时效自劳动关系终止之日起计算。

- 四川高院在 2011 年 12 月份发布了 6 个审判指导典型案例，其中一个劳动争议案例涉及到未签订劳动合同双倍工资时效起算点的问题，该案例中成都中院认为，二倍工资的规定目的是为了通过惩罚督促订立书面劳动合同，更好的保护劳动者合法权益，因此用人单位与劳动者未订立书面劳动合同，劳动者请求支付二倍工资的仲裁时效起算期间，应自劳动关系终止之日起计算。
- 郑州某区法院在一起劳动纠纷案例判决书中阐述到：“关于某某公司认为薛某

某要求偿付2010年2月11日前二倍工资款的请求超过仲裁时效的意见，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款对劳动报酬争议的仲裁时效作了特别规定，即‘劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制，但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出’，即薛某某追索劳动报酬申请仲裁的时效起算日应当确定为双方终止劳动关系之日2011年1月23日，薛某某在同年2月提出仲裁申请，不具有超出仲裁时效期间的情形……”

海南也有类似的案例。

3）以江苏、佛山、重庆为代表，二倍工资仲裁时效以违法行为结束之次日、或从建立劳动关系满一年的次日起开始计算、或以争议实际发生之日，即二倍工资差额确定之日开始计算：

- 江苏省高级人民法院、江苏省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》第一条规定，劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而主张用人单位每月支付二倍工

资的争议，劳动人事争议仲裁委员会及人民法院应依法受理。对二倍工资中属于用人单位法定赔偿金的部分，劳动者申请仲裁的时效适用《调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，即从用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年；如劳动者在用人单位工作已经满一年的，劳动者申请仲裁

- 的时效从一年届满之次日起计算一年。

佛山市中级人民法院、佛山市劳动争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》第六十四条规定，对于因未签订书面劳动合同而应支付二倍工资差额的仲裁申请期间的起算应分如下情形确定：（一）2008 年 1 月 1 日前建立劳动关系的，用人单位自 2008 年 1 月 1 日起满一年仍未签订书面劳动合同的，劳动争议仲裁时效从 2009 年 1 月 1 日起算；（二）2008 年 1 月 1 日前建立劳动关系的，用人单位自 2008 年 1 月 1 日起满一个月的次日至建立劳动关系后一年内签订劳动合同的，自签订劳动合同之日起，应视为劳动者知道或应当知道其权利被侵害，劳动争议仲裁申请期

间应自签订劳动合同之日起算；（三）2008 年 1 月 1 日后建立劳动关系的，用人单位自与劳动者建立劳动关系后一个月的次日起至建立劳动关系后一年内签订劳动合同的，自签订劳动合同之日起，应视为劳动者知道或应当知道其权利被侵害，劳动争议仲裁申请期间应自签订劳动合同之日起算；（四）2008 年 1 月 1 日后建立劳动关系的，用人单位与劳动者建立劳动关系后超过一年仍未签订劳动合同的，自双方建立劳动关系满一年的次日起开始计算。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 10 条、第 82 条；

2.《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第 27 条。

例：

员工谭某某于 2008 年 6 月进入被告某某公司上班，被告某某公司一直没有和原告签订书面劳动合同，原告称其多次找被告协商未果，特起诉来院，要求判令：被告支付原告 2008 年 7 月 1 日到 2009 年 5 月 31 日未签订书面劳动合同的二倍工资差额 44000 元。

被告某某公司辩称，未签订书面劳动合同的二倍工资差额不属于劳动报酬，而是对被告没有签订劳动合同的惩罚性经济赔偿，按照劳动争议仲裁时效的规定，原告的部分诉讼请求已经超过了诉讼时效，其诉讼请求不应当予以主张。工资报酬额度应当按照工资单载明的数额为准。

重庆某法院查明，2008 年 6 月，原被告建立劳动关系，截止原告起诉之日，双方尚未订立书面劳动合同。

2011 年 4 月 15 日，重庆市某区劳动争议仲裁委员会向法院发函，载明：本委于 2011 年 4 月 8 日收到申请人谭某某与某某公司因劳动报酬、社会保险劳动争议而提交的仲裁申请书，现本委正在审查是否符合立案条件。

被告在庭审中举示了会议记录，拟证明双方曾就签订劳动合同事宜召开会议进行协商，因原告自己不愿意签订劳动合同，故双方未能签订书面劳动合同。原告认为该会议记录上没有原告签字，故不认可该证据的真实性。

法院认为，原被告于 2008 年 6 月建立劳动关系，被告应当于 2008 年 7 月前与原告签订书面劳动合同，而截止原告向法院起

诉之日，被告尚未与原告订立书面劳动合同，故被告应当按照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定向原告支付未签订书面劳动合同的二倍工资的差额。

对于双方所争议的仲裁时效问题，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

但是，法院认为，未签订书面劳动合同二倍工资差额的实质是比照工资标准具有惩罚性的款项，劳动者请求支付该款项，应当以二倍工资差额总额确定之日作为争议实际发生之日，仲裁时效应从争议实际发生之日起计算一年。本案二倍工资差额于2009年5月确定，原告最迟应当于2010年5月向仲裁机构申请仲裁，而其直到2011年4月8日方向仲裁机构申请仲裁显已超过仲裁时效期间。被告有关仲裁时效的抗辩理由成立，对原告要求被告支付二倍工资差额的诉讼请求，本院不予支持。

法院驳回了谭某某的诉讼请求。

解：

本案的法律要点是：

- 用人单位与劳动者建立劳动关系的应当订立书面劳动合同；
- 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；
- 二倍工资的仲裁时效从争议实际发生之日起计算一年。二倍工资差额总额确定之日作为争议实际发生之日。

法院认为，未签订书面劳动合同二倍工资差额，是具有惩罚性的款项，劳动者请求支付该款项，应当以二倍工资差额总额确定之日作为争议实际发生之日，仲裁时效应从争议实际发生之日起计算一年。本案中，原告谭某某与 2008 年 6 月与被告某某公司建立劳动关系，双方未签订书面劳动合同。因此，二倍工资差额应于 2009 年 5 月确定，原告最迟应当于 2010 年 5 月向仲裁机构申请仲裁，而其直到 2011 年 4 月 8 日方向仲裁机构申请仲裁显已超过仲裁时效期间。所以，对原告谭某某的诉讼请求，法院未予支持。

操作提示：

1）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）对于二倍工资仲裁时效的计算，不同地区有不同的规定和司法实践，因此，企业要密切关注本地区的法律规定和司法判例；

3）目前各地区对二倍工资的性质有不同的理解，对于是否适用《劳动争议调解仲裁法》第 27 条的规定，以及如何适用有不同的规定和司法实践。企业在计算二倍工资仲裁时效时要充分掌握和注意本地区的具体规定，做到心中有数。

问：企业自用工之日起，不签订书面劳动合同二倍工资最多支付几个月?

答：11 个月。《劳动合同法实施条例》明确规定二倍工资最多可支付 11 个月。用人单位向劳动者每月支付二倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订劳动合同的前一日。自用工之日起满一年仍未签订劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日都应支付二倍工资，满一年的当日就视同签订了无固定期限合同。

另外，企业须对二倍工资有正确的理解：

1）司法实践中不是所有未签订劳动合同的情况下，用人单位都适用“二倍工资”。尽管《劳动合同法》第 82 条规定未签劳动合同，用人单位支付二倍工资，但是在司法实务中，仲裁机构或法院也会考虑用人单位是否履行诚实磋商的义务以及是否存在劳动者拒绝签订等情况。如用人单位已尽到诚信义务，因不可抗力、意外情况或者劳动者拒绝签订等用人单位以外的原因，造成劳动合同未签订的，用人单位不需要承担“二倍工资”。

2）“二倍工资”不是从未签合同当月开始计算。“二倍工资”支付的时间是从用工之日起第二个月开始，因为法律给用人单位一个月的“缓冲期”与劳动者签订书面劳动合同。

这也是为什么不签书面劳动合同二倍工资赔偿最多 11 个月的原因。

3）有些情况下的用工形式，不存在“二倍工资”问题。例如，非全日制用工，法律明确规定可以不签订书面劳动合同，因此，也就不存在支付“二倍工资”的问题。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 10 条、第 82 条；

2.《劳动合同法实施条例》第 6 条、第 7 条。

例：

原告唐某某从 2009 年 6 月 2 日到被告重庆市某某区档案局工作，直至 2011 年 2 月 18 日按被告的通知而终止提供劳动，期间双方未订立书面劳动合同。

2011 年 3 月 7 日，被告发函解除与原告的劳动关系，被告未支付原告 2011 年 2 月的工资。原告在被告处工作期间，每月获得货币性工资收入 1350 元，同时被告给原告的饭卡每月充值 400 元作为伙食补助费。原告在被告处工作期间，被告未安排原告休带薪年休假。因被告未为原告建立社会保险关系并缴纳社会保险费，原告以个人名义参加养老保险，缴费至 2011 年 1 月，其中应由单位缴纳的养老保险金额为 5917.4 元。原告于 2011

年3月16日向重庆市某某区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告支付20个月未签订劳动合同的二倍工资35000元、2个月的经济补偿金3500元、8天的带薪年休假双倍工资1287元，2011年2月份的工资1750元，返还养老保险8000元，赔偿失业保险金1200元。该委于2011年4月11日作出仲裁裁决，原告不服该裁决，于15日内诉至法院。

审理中，被告同意支付原告2个月工资标准的经济补偿金2700元、2011年2月的工资、失业保险金1200元及应当由单位承担的个人养老保险金5917.4元。

对原、被告所争议的问题，法院评析如下：

一、关于原告在被告处工作期间的工资标准。

劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，是劳动者收入的主要组成部分。本案中被告每月给原告饭卡充值的400元不是以货币形式直接支付，该饭卡不能代替货币作为流通手段和支付手段在经济活动中所形成的连续不断的收支运动，不具有货币的流通功能。被告关于每月给原告饭卡充值400元不能认定为原告的工资的辩解意见成立，符合相关规

定，本院予以采纳。本院认为，原告在被告处工作期间的月均工资为1350元。

二、关于二倍工资赔偿的计算时间及时效。

用人单位自用工之日起满一年未与劳动者签订书面劳动合同，视为双方已订立无固定期限劳动合同。原告从2009年6月起与被告建立劳动关系，双方一直未签订劳动合同，依法从2010年6月起双方即被劳动合同法视为签订了无固定期限劳动合同。在原告未提供曾向被告主张订立无固定期限书面劳动合同，或者被告拒不补订的证据的情况下，原告要求被告支付2010年6月至解除劳动关系期间的二倍工资，于法无据，本院不予支持。

二倍工资中一倍的工资是劳动者正常劳动所得，另一倍的工资是惩罚性的赔偿金，本身不是劳动者的劳动报酬，而是法律对用人单位违法用工的一种惩罚性措施，用人单位的这种违法行为，并非是直接侵害了劳动者应当获得的劳动报酬，其本质反映的是赔偿金。劳动者请求支付未签订书面劳动合同的二倍工资，不属于企业拖欠劳动报酬引发的劳动争议，劳动者申请仲裁的时效期间，不适用劳动争议仲裁调解法第二十七条第四款的规定，其时效期间应当自二倍工资计算终了之日起算。本案中原告二倍工资计算终了的时间为2010年5月，原告于2011年3

月提起仲裁，未超过一年仲裁时效期间。被告关于11个月中只有三个月的双倍工资赔偿未超过仲裁时效，其余均已超过诉讼时效的辩解意见不成立，本院不予采纳。

综上，本院对原告请求被告支付2009年7月至2010年5月期间的二倍工资差额予以主张，依1350元/月X 11计算为14850元，对其余二倍工资请求不予支持。

三、关于带薪年休假时间的计算。

用人单位与职工解除劳动合同时，当年度未安排职工休满应休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休而未休的年休假天数，并支付未休年休假期间的工资报酬。被告应当支付原告工作满一年的5天带薪年休假工资及工作满一年后不足二年期间按工作时间折算的3天带薪年休假工资，按1350元/月的标准计算为993.1元。

四、关于工伤保险、医疗保险、住房公积金的赔偿。

原告唐某某在仲裁中未申请对上述费用进行仲裁而在诉讼中直接提出，不符合劳动争议仲裁前置的规定，本院不予审理。而且用人单位未为劳动者建立社会保险关系，劳动者要求用人单位支付工伤保险、医疗保险赔偿的，应当以劳动者存在实际的损失为前提。本案中，原告唐某某未举证证明其存在

因未享受相关工伤保险、医疗保险而产生的损失，其关于工伤保险、医疗保险赔偿的请求亦不能成立。

法院依法作出判决。

解：

本案的法律要点是：

- 工资是以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，应具有货币的流通功能；
- 劳动者请求支付未签订书面劳动合同的二倍工资，不属于企业拖欠劳动报酬引发的劳动争议，劳动者申请仲裁的时效期间，不适用劳动争议仲裁调解法第二十七条第四款的规定，其时效期间应当自二倍工资计算终了之日起算。
- 当年度未安排职工休满应休年休假的，用人单位与职工解除劳动合同时，应当按照职工当年已工作时间折算应休而未休的年休假天数，并支付未休年休假期间的工资报酬。
- 工伤、医疗保险等的赔偿要符合劳动争议仲裁前置，并以劳动者存在实际损失为前提。

本案中，原告唐某某要求把被告重庆市某某区档案局给其饭卡每月充值 400 元认定为工

资的一部分，法院不予认可。对于二倍工资的赔偿，法院认为原告从 2009 年 6 月起与被告建立劳动关系，双方一直未签订劳动合同，依法从 2010 年 6 月起双方即被《劳动合同法》视为签订了无固定期限劳动合同。因此，最多应支付员工 11 个月的二倍工资赔偿。

操作提示：

1）用人单位自用工之日起应当依法与劳动者签订书面劳动合同。

2）自用工之日起，超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同的，用人单位应当向劳动者每月支付二倍的工资。

3）由于用人单位自用工之日起满一年未与劳动者签订书面劳动合同，视为双方已订立无固定期限劳动合同。因此，在此情况下，二倍工资的赔偿最多是 11 个月。

4）目前各地区对二倍工资的性质有不同的理解，对于是否适用、及如何适用《劳动争议调解仲裁法》第 27 条的规定，有不同的规定和司法实践。企业在计算二倍工资仲裁时效时要充分掌握和注意本地区的具体规定，做到心中有数。

问：企业修改了规章制度，员工合同要修改吗?

答：如果修改后的“规章制度”与“劳动合同”有不一致的条款，建议企业同时和员工协商变更劳动合同相应条款。

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题（二）》第16条规定，用人单位指定的内部规章制度与劳动合同约定的内容不一致的，劳动者如请求优先适用合同约定，人民法院应予支持。这里劳动者有了一个选择的权利，如果规章制度的规定对劳动者更为有利，劳动者当然也可以主张按照规章制度执行。这样一来，用人单位就落到了相对被动的境地。

还有些用人单位把规章制度作为劳动合同的附件，这样一来，修改规章制度内容实际上就是变更劳动合同，需要经合同双方协商一致，给用人单位造成很多不必要的麻烦。

参考法规：

1.《劳动合同法》第4条；

2.《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题（二）》第16条；

3.《劳动合同法》第35条。

例：

王某自2008年起在一家公司工作，与公司签订的劳动合同期限到2010年2月，

约定了她的工资是5,000元。劳动合同同时写明“如果公司的工资制度发生变化或者员工的工作岗位变动，按照新的工资标准确定”。

2009年6月公司以规范管理薪酬体系为由，实施新的《绩效管理方案》，方案将员工的工资改为基本工资和绩效工资两部分，绩效工资由员工完成的工作数量和质量来折算。王某的月基本工资降为3,000元，经过三个月的运行，王某的工资逐月降低。王某非常不满，多次提出异议，但公司认为公司有权制定新的规章制度。于是王某提起了劳动仲裁，要求公司支付差额部分的工资以及解除劳动合同的经济补偿金。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 如果用人单位未与劳动者协商一致，用人单位不能通过修改规章制度的方式来排除劳动合同中约定的条款的适用。

根据《劳动合同法》第35条的规定，“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”用人单位未经劳动者同意，不能擅自降薪。按照《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16条的规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

因此，规章制度的修改如果与劳动合同不一致，且这种不一致对员工不利时，劳动者可以选择适用合同而不适用新的制度。

本例中，修改后的规章制度在实际上降低了王某的劳动报酬，因此王某有权要求适用合同的规定而不适用规章制度的规定。

操作提示：

1）在劳动者签收新制度时，让其书面确认：同意执行新的规章制度，新的规章制度与原规章制度或劳动合同不一致的，以新的规章制度为准。

2）建议用人单位在劳动合同中约定："当劳动合同与规章制度冲突时，适用规章制度的规定。"

问：企业可以单方面为员工办内退吗?

答：首先“内退”只适用于“国有企业”；其次，企业不可以单方面为员工办理“内退”。

国务院 1993 年《国有企业富余职工安置规定》第 9 条明确规定：“职工距退休年龄不到五年的，经本人申请，企业领导批准，可以退出工作岗位休养。”由此可以看出，企业不得强迫员工内退。企业安排员工内退必须符合如下条件：

- 企业有富余职工；
- 职工距退休年龄不到 5 年；
- 由本人写出书面申请；
- 经企业领导批准。

如果单位没有按照法定程序，强硬要求职工达到一定年龄必须要办理内退手续是违反国家政策，是违法的。

参考法规：

《国有企业富余职工安置规定》。

例：

安徽省某县公路运输公司在职工胡某未到法定退休年龄和其本人未提出申请的情况下，要求其内部退养，胡某认为公司剥夺了他的劳动权而与公司对簿公堂。2007 年 4 月 25 日，安徽省某县人民法院对该案作出一审判决：公司安排胡某到岗

上班，并补发停岗之日起的工资、奖金和福利待遇。

胡某于1976年退伍后被分配至某县公路运输公司工作。2006年8月1日，公司依据职代会通过的《某县公路运输公司职工内部退休的规定》和《关于职工内部退养的通知》之规定，通知年满55周岁的胡某于2006年9月1日起实行内部退养。为此，胡某向该县劳动争议仲裁委员会提起申诉，该委员会裁决公司安排胡某到岗上班。公司不服仲裁向法院提起诉讼，认为企业是依民主程序制定的规定对职工实行内部退养，请求确认对胡某实行内部退养合法有效。

诉讼过程中，胡某提起反诉，请求法院判令公司恢复其工作，并补发停岗之日起所欠发的工资、年终奖金和福利待遇。

法院经审理认为，《国有企业富余职工安置规定》第9条明确规定，“职工距离退休年龄不到五年的，经本人申请，企业领导批准，可以退出工作岗位休养”。某县公路运输公司在职工未达法定退休年龄和本人未提出申请的情况下，依据内部文件规定安排职工离岗，侵犯了职工的劳动权利，遂作出上述判决。

解：

本案提示了以下法律要点：

- “内退”适用主体为国有企业员工；
- “内退”只适合离退休年龄不到 5 年的员工；
- “员工提出申请”是企业决定“内退”的前提。

操作提示：

非公有制企业不能使用内退概念。如果非公有制企业没有适当的岗位，应当采取解除劳动合同等办法处理。

问：可以约定由员工支付违约金的情况有哪些?

答：劳动关系中的违约金在《劳动合同法》中受到了严格的限制，只有在以下两种情形下，用人单位才可与劳动者约定由劳动者承担违约金：

- 第一种情况是用人单位为劳动者提供专项培训费用，约定服务期的，如果劳动者提前辞职，可约定按照服务的剩余期限支付违约金。
- 第二种情况是有保密义务的劳动者或是接触到公司机密的高层人员，在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制条款后，如果劳动者违反竞业限制约定，应当按约定向用人单位支付违约金。

除此之外，用人单位不得在劳动合同中约定劳动者承担违约金，即使有约定，也会被认定为无效。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 22 条；
2.《劳动合同法》第 23 条；
3.《劳动合同法》第 25 条；
4.《劳动合同法实施条例》第 26 条。

例：

许某 2010 年大学毕业后，通过社会招聘进入本市一家私营企业从事产品设计工作。双方签订了为期 3 年的劳动合同，约

定在合同期间如果职工提出解除劳动关系的，要支付给企业违约金 5,000 元。合同约定许某每月工资 3,500 元，试用期工资每月打八折。

2011 年年初，许某找到了一份新工作，该企业无论是工资待遇、劳保福利还是办公条件均比现在的企业好。于是，许某经过慎重考虑提前 30 日向企业提出解除劳动合同。企业答复许某解除合同可以，但根据合同的约定必须支付企业违约金 5,000 元，否则不予同意。

许某没有同意支付违约金，几经交涉企业仍不为许某办理退工手续，于是许某向劳动仲裁委员会申请劳动仲裁，要求企业办理退工等手续。

劳动仲裁委员会经过审查后依法予以受理。

经过开庭审理后劳动仲裁委认为：

- 企业与许某在合同中任意约定违约金，约定只要职工提出解除劳动关系，即要其支付企业违约金的条款缺乏法律依据。

劳动仲裁委员会依法作出裁决，企业应该按规定为许某办理退工登记备案手续。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 用人单位与员工约定由员工支付违约金的范围严格限制在“服务期”和“竞业限制”范围内。

本案中，双方合同中约定的违约金是排除在“服务期”和“竞业限制”情形之外的，因此，用人单位不得与许某约定由其承担违约金。

操作提示：

1）企业不宜在不存在“服务期”、“竞业限制”的条件下与员工约定违约金，因为这种约定不能约束员工行为，反而可能造成合同部分无效。

2）企业在支付了培训费时，才能有权约定相应的服务期，而且对于违反服务期的员工违约金计算，要注意按服务期中未履行时段按比例计算。

3）对于竞业限制，企业只有支付了补偿金，才有权索要相应的违约金。

问：什么劳动合同会无效?

答：《劳动合同法》第 26 条规定，下列劳动合同无效或者部分无效：

1) 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；

2) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

3) 违反法律、行政法规强制性规定的。

参考法规：

《劳动合同法》第 26 条。

例：

2008 年 1 月 10 日，某服装公司聘请李某为该公司副总经理，负责服装设计和技术培训工作，年薪 6 万元，到任当日付 10,000 元，其余 50,000 元按月平均每月支付。

李某于当年 3 月入职，两个月后，某服装公司发现李某设计样板、技术工艺等不具备高级技师的应有技能，即向李某提出质疑，并停发其工资和其他一切待遇，双方为此发生争执。

李某不服，于 2008 年 6 月 5 日向劳动争议仲裁委员会申诉，称公司违反劳动合同约定，诉求裁决某服装公司支付所欠工

资 10,200 元，偿付违约金 27,800 元及 25% 的赔偿金等。

某服装公司答辩称，李某不具有高级技师资格，其签订劳动合同中有欺诈行为，给答辩人造成了巨大损失，双方所签合同应属无效，答辩人没有支付工资、违约金及赔偿金的法定义务。同时，某服装公司以受骗为由提出反诉，要求裁定该劳动合同无效，责令李某赔偿公司的经济损失。

当地劳动争议仲裁委受理后，委托某市技术监督局对李某亲手制作的两套西服进行质量鉴定，同时委托省职业技能鉴定中心对李某的证书进行鉴定。市技术监督局检测结论为："依据 GB/T2664-93 标准检测，所检样品外观质量及缝制不符合标准要求，属不合格产品。"证书鉴定过程中职业技能鉴定中心要求李某提供证书原件，被李某拒绝。

某劳动争议仲裁委审理后认为：

- 技工和技师是两个不同的技术职称；技工、技师证书均由劳动行政部门考评核发，任何单位无权核发；各类技工学校的毕（结）业生，凡属技术工种的均应经劳动行政部门职业技能鉴定机构考核鉴定后才能获

得相应的证书。

- 本案李某所持高级技术证书只盖有企业内部和企业内部技校的公章，没有劳动行政部门的考核章，因此，该证书不具有法律效力。退一步讲，如该证书是有效的也只能是技工等级，而不是技师等级证书。
- 我国《民法通则》规定："民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。"按照我国《劳动法》及《劳动合同法》的相关规定，采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同无效。而我国《民法通则》亦规定："下列民事行为，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销：（一）行为人对行为有重大误解的；（二）显失公平的。民事行为从行为开始起无效"；"民事行为被确认为无效或者撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。"
- 本案中，李某以没有法律效力的"高

级技术等级证书”为凭，使公司误认为李某具有真实“高级技师”职称而与李某签订“聘用高级技师合同”。这在民法理论上讲是重大误解的民事行为，公司有权申请撤销，劳动争议仲裁委也有权依法裁决予以撤销。

某劳动争议仲裁委员会最后作出如下裁决：

1）确认公司与李某签订的劳动合同无效；

2）李某返还从公司领取的酬金；

3）公司支付李某 4 ~ 7 月的社会平均工资；

4）双方当事人造成的经济损失由各自承担；

5）驳回李某和公司的其他申诉请求。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 《劳动合同》签约任何一方，有“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”，劳动合同无效。
- 劳动合同无效的，如果劳动者实际履行了合同，企业应当支付相应的劳动报酬。

本案中，李某使用“高级技术等级证书”误导用人单位，使用人单位误以为其拥有高级技师证书，以欺诈手段使用人单位订立了劳动合同。劳动合同终被劳动仲裁委员会确认为无效。

值得注意的是劳动仲裁委员会裁决用人单位支付李某劳动报酬的标准。根据法律规定，劳动合同无效的，如果劳动者确实从事了劳动，则用人单位应当参照本单位相同或相近岗位支付相应报酬。本案中，李某不具备高级技师资质，因此根本不适用其约定的岗位，当然不能根据该岗位相近的岗位付酬。劳动仲裁部门最后裁决按社会平均工资付酬，也是有道理的。

操作提示：

1）企业签订劳动合同时应当注意避免因企业过错造成合同无效。因为在这种情况下，劳动者取酬的标准往往会对劳动者有利。

2）企业同时要注意审查劳动者披露的信息是否真实，避免劳动合同无效给企业造成被动。

问：劳动合同的部分内容无效，怎么办?

答：劳动合同部分无效，如果不影响其他部分效力的，劳动合同其他有效的部分继续履行。

《劳动合同法》第 27 条规定：劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

企业应当注意，如果无效的部分对劳动关系十分紧要，企业应尽量与劳动者协商达成新的条款。如果协商不成，则按照集体合同的规定执行；如果没有集体合同，或者集体合同没有规定，则报酬按照同工同酬原则执行，其他方面按照相关法律规定执行。在实践中，有关劳动条件等方面的标准，也可以按照合法有效的企业规章制度执行。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 27 条；

2.《劳动合同法》第 28 条。

例：

叶某原是北京某服装公司会计，双方签订了三年期的劳动合同。在签订劳动合同时，叶某发现其中有一项条款规定合同期间不能怀孕生孩子，若违反，则意味着自动解除劳动合同，单位将不支付经济补偿金。叶某因新婚没有生孩子的打算，所

以没有多想便在合同上签了字。合同履行了 14 个月以后，叶某春节放假回来发现自己已怀孕，虽然属于意外怀孕，但是和老公商量后决定生下这个孩子。

公司得知实情后，将与叶某解除劳动合同的通告贴在了公司公告栏上。通告中载明：叶某违反劳动合同规定，在合同期间怀孕，故与之解除劳动合同。

叶某认为是否怀孕生孩子是自己的正当权利，公司无权干涉，并向当地劳动仲裁委员会申请仲裁，要求继续履行合同。

仲裁委员会认为：劳动合同中规定员工在合同期间不能怀孕的条款侵犯了员工的人身权利，属于无效条款；公司作出与叶某解除劳动合同的决定缺乏法律依据，是无效的，应予以撤销，并允许叶某在公司继续工作。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 如果劳动合同中部分条款有无效事由，且该部分内容与合同的其他部分具有可分性，该部分条款无效不影响其他部分履行的，则合同的无效部分不影响其他部分的效力。

本案中，服装公司与叶某的劳动合同中“不

得怀孕”的条款侵犯了人身权利，违背了法律规定，属于无效条款。但该部分条款无效不影响叶某和服装公司履行岗位、报酬等部分的约定，因此劳动仲裁委员会裁定该条款无效，依据该条款解除劳动合同的决定因此也无效，而劳动合同继续履行。

操作提示：

1）企业制定劳动合同时，一定要依据《劳动合同法》，要确保劳动合同不违反国家的法律法规，从而避免出现无效条款。

2）部分条款无效时，企业不能因此免除有效条款所规定的义务，只能删除或更改无效条款后继续履行劳动合同。

3）劳动合同出现部分无效时，如果无效的部分是有关劳动条件的，企业可以依法制定规章制度对此领域进行规定——根据相关法律，依法制定的规章制度可以成为审理劳动案件的依据。

问：劳动合同不清楚、有遗漏，怎么办?

答：根据《劳动合同法》的规定，劳动合同条款不明时，按照以下原则顺序处理：

- 第一，应由用人单位与劳动者重新协商达成补充协议；
- 第二，协商不成的，即不能达成补充协议的，适用企业的或者行业的集体合同规定的标准；
- 第三，没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。如果没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，用人单位应当对劳动者实行同工同酬。

值得注意的是，协商不成且没有集体合同的情形下，劳动报酬和其他问题的处理方法不同。根据《劳动合同法》的规定，如果合同没有约定报酬，用人单位与劳动者又无法重新协商达成一至，且没有集体合同可以适用，则适用“同工同酬”原则，即企业需要按照相同或相近岗位的报酬水平付酬，而在劳动条件等其他问题上，则适用国家相关规定。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 11 条；

2.《劳动合同法》第 18 条。

例：

刘某为浙江绍兴某某公司员工。2008年7月中旬，刘某进入某某公司工作，双方未签订书面劳动合同。2010年6月19日早上，刘某发生交通事故受伤，并由肇事方赔偿刘某2,900元。此后，刘某未再上班。另认定，某某公司未为刘某缴纳社会保险。

2010年7月，刘某申请劳动仲裁，但在法定期限内未被仲裁机构受理。刘某遂诉至浙江省绍兴县人民法院。

原审法院（浙江省绍兴县人民法院）认为：

对于双方建立劳动关系的时间，被告（某某公司）主张是2010年6月8日，由于其未提供职工名册等证据证明用工的起始时间，原审法院采信原告（刘某）的主张，即为2008年7月中旬。据此，原审法院确认双方于2008年7月中旬起建立劳动关系，2010年6月19日起原告因交通事故受伤未再上班。

原、被告在《劳动合同法》实施以后建立劳动关系，被告自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照《劳动合同法》第八十二条的规定向原告每月支付两倍的工资。据此，被告应支付原告

2008年8月中旬起至用工满一年的前一日计11个月的双倍工资差额。

由于原、被告均未能证明原告的工资收入标准。在此情形下，视为双方对原告的劳动报酬约定不明，按照我国《劳动合同法》第十一条的相关规定，按照上年度绍兴市职工平均工资标准执行，2007年绍兴市职工平均工资为29，956元/年，其双倍工资差额为27，460元。

关于原告要求补缴2008年7月至2010年6月期间的养老保险和医疗保险的问题。根据《劳动法》的规定，用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。被告为原告参保各项社会保险，系其法定义务。现被告未为原告缴纳社会保险的事实清楚，故对于原告的该项请求依法予以支持，但具体补缴险种、金额、补缴期限应依社保机构认定。

原审判决：一、A单位应支付刘某未签订书面劳动合同的双倍工资差额27，460元，款限于本判决生效后十日内付清；二、A单位为刘某补缴2008年7月至2010年6月期间的养老保险和医疗保险（具体补缴险种、金额及补缴期限以绍兴县社会保障事业管理局核定为准，个人应交部分由刘某自行承担），刘某自本判决生效之日起

五日内将参保资料和个人应缴部分交给A单位，A单位在收到上述资料和款项后的五日内为其办理好补缴保险的手续；三、驳回刘某的其他诉讼请求。

某某公司不服一审判决上诉，二审驳回上诉，维持原判。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动报酬标准约定不明确，引发争议时，若不能协商且没有集体合同可以适用的，按照同工同酬原则处理。

本案中，刘某与用人单位某某公司就未签书面合同发生的支付双倍工资的争议时，工资标准是计算赔偿标准的重要因素。但是刘某与用人单位均未能证明自己的工资标准，法院认定属于双方约定不明。因为双方就此有争议，某某公司又没有集体合同可适用，于是法院按同工同酬原则判决适用当地社会平均工资。

操作提示：

1) 企业在制定劳动合同时，对于必备条款，例如劳动报酬、劳动条件等一定要明确，以避免产生争议。

2) 对不明确的条款，企业要及时同员工协商，加以补充、明确。

3) 对于不能达成一致的补充条款，企业要清楚所依据的法律文件：集体合同优先适用。没有集体合

同可适用的，报酬适用同工同酬原则，其他参照国家有关规定。

问：合法解雇员工的基本条件是什么?

答：合法解雇员工的基本条件主要有三点：

- 有合法的理由；
- 有充分的证据；
- 有正当的程序。

1）什么是合法的理由呢？合法理由包括三种情形：

a）过错性解除；

b）无过错性解除；

c）经济性裁员。

具体来讲：

a）过错性解除

简单地说，过错性解除是指在劳动者有过错的情况下，用人单位可以随时单方解除劳动合同，且无须支付经济补偿金的制度。《劳动合同法》第 39 条规定了 6 种过错性解除的情形：

- 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- 严重违反用人单位的规章制度的；
- 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- 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；
- 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同而致使劳动合

同无效的；

- 被依法追究刑事责任的。

b）非过错性解除

简单地说，非过错性解除是指在劳动者无主观过错但基于某些客观原因，用人单位可以依法单方解除劳动合同的制度。用人单位行使非过错性解除权时，需提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资。《劳动合同法》第 40 条规定了 3 种非过错性解除的情形：

- 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；
- 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 ；
- 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。

c）经济性裁员

经济性裁员，是指用人单位在濒临破产进行法定整顿期间或生产经营状况发生严重困难等法定情况下，劳动合同在客观上已经无法履行，为改善生产经营状况而成批裁减人员的制度。《劳动合同法》第 41 条规定了 4 种可以进行经济性裁员的情形：

- 依照《企业破产法》规定进行重整的；
- 生产经营发生严重困难的；
- 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；
- 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。

用人单位按照经济性裁员程序裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- 与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- 家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

2）什么是充分的证据呢?

如果企业认为自身有合法的理由单方面解除劳动合同，企业需要收集充分的证据证明这些理由确实存在。比如，具有充分的证据证明员工确实存在过错，或者证明订立劳动合同时的客观情况已经发生重大变化，等等。在实践中，劳动案件的个案有着各自的不同特征，因此，很难用概括性的陈述指出哪些证据属于能够支持合法解除的充分证据。何为充分的证据，应当针对个案，具体问题具体分析。对此，在

法律层面，读者可以参见《中华人民共和国民事诉讼法》和《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》等法律法规及司法解释。

3）正当的程序指的是什么呢?

正当程序即用人单位单方解除劳动合同需要经过法定程序。

《劳动合同法》特别强调了工会对用人单位解除劳动合同的监督权，根据该法第 43 条之规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。这里，用人单位解除劳动合同不需要经过工会同意，但是应当将拟进行的解除事宜，提前通知工会（最好以书面形式），工会可以要求用人单位纠正违法情形。而工会就此给出意见的，用人单位应当在研究后以书面形式进行回复。

另外，对于经济性裁员，则需要经过更加严格的程序。用人单位提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告后才可以进行经济性裁员。

参考法规:

《劳动合同法》第 36 条、第 39 条、第 40 条、第 41 条、第 43 条、第 48 条。

例：

2009年5月，A公司聘任梁小姐担任销售员，工作年限为2年，月基本工资为4,500元。

2009年9月25日，梁小姐收到A公司发出的解聘通知书，以梁小姐违反了员工手册的规定，构成严重违反公司的规章制度行为以及梁小姐的工作表现未得到大家的认可为由，解除与梁小姐的劳动合同。

A公司解除劳动合同所依据的是一封电子邮件，该邮件显示是从梁小姐的工作信箱中发出的，邮件称梁小姐曾在家办公，公司据此认定梁小姐旷工并解除了劳动合同。

梁小姐申请劳动仲裁，请求：

（1）确认A公司解除与梁小姐的劳动关系属于违法解除，请求继续履行劳动合同。

（2）支付2009年9月25日至2010年3月24日期间的工资报酬人民币27,000元。

劳动争议仲裁委员会经过开庭审理，认为梁小姐虽然认可电子邮件是从梁小姐工作信箱中发出的，但梁小姐否认是其本人所发，主张A公司控制整个电子邮件系统，完全可以修改该系统中的电子邮件内

容，因此，邮件内容不具备民事诉讼证据应有的客观性。A公司未能举证该电子邮件就是梁小姐所发。A公司也无法提供其它证据证明梁小姐存在旷工行为。

仲裁委员会因此认为A公司解除梁小姐的劳动合同缺乏实体要件，最后裁决：

（1）确认A公司解除与梁小姐的劳动关系属于违法解除，梁小姐继续履行与A公司的劳动合同。

（2）A公司自本裁决生效之日起七日内，支付梁小姐2009年9月25日至2010年3月24日期间工资报酬27,000元。

解：

本例阐明了以下法律要点：

- 用人单位援引合法理由单方解除劳动合同时，需要有证据证明其理由的存在。

在本例中，

1）用人单位以梁小姐违反了员工手册的规定，构成严重违反公司的规章制度行为以及梁小姐的工作表现未得到大家的认可为由，提出解除劳动合同，理由似乎合法。

2）用人单位对解除劳动合同所依据的事实应承担举证责任。梁小姐的工作信箱是A公

司分配的，A 公司可以操控整个邮件系统，从该信箱发出的邮件并不一定是梁小姐本人所发。

3）根据 A 公司员工手册的规定，梁小姐适用不定时工作制且无须考勤，梁小姐的大部分时间都是在外会见客户等，因此即使梁小姐没有到公司报到，也不应认定为旷工。

4）A 公司以“旷工”为由解除与梁小姐的劳动合同，但没有旷工的充分证据，A 公司的解除劳动合同行为系违法解除。对于违法解除的情形，根据《劳动合同法》第 48 条，劳动者有权要求用人单位继续履行劳动合同。劳动争议仲裁委员会在本案中的裁决合理、合法。

操作提示：

1）解雇员工的理由要合法。这里所说的“合法解雇员工”，即“合法解除劳动关系”。用人单位可根据劳动者的不同情形来适用《劳动合同法》规定的合法理由来进行合法解除，做到适用法律正确。

2）事实证据要充分。支持合法解雇员工的理由必须是由相关证据得以证明的。所有的证据都应该用书面文件、物证、证人证言以及视听证据（录音、照片、录像）等法律规定的证据形式固定下来。

3）程序须正规。用人单位单方解除劳动合同，应事先将理由通知工会。如出现用人单位违反法律、法规或者劳动合同的约定时，工会有权要求用人单位予以纠正。用人单位应当征求工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

4）步骤要严谨。发出单方面解除劳动合同通知书的时候，必须在通知里面写明员工的哪些行为违反公司规章及法律的规定，根据法律的哪一条条款予以解除。发出书面的人事通知函时，如果对方不签字，可以通过面谈，用第三方见证人、录音来取得证据。同时将辞退通知公示，也有部分企业会考虑将辞退通知邮寄到员工家中。

问：法律允许用人单位单方解除劳动合同的情形有哪些?

答：法律允许用人单位单方解除劳动合同有以下几种情形：

1）劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；

2）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；

3）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

4）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；

5）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

6）劳动者被依法追究刑事责任的；

7）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；

8）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；

9）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；

10）用人单位依照《企业破产法》规定进行重整的；

11）用人单位生产经营发生严重困难的；

12）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；

13）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。

上述情形从内容上划分主要有三类：

1）《劳动合同法》第 39 条规定的过错性解除合同的 6 种情形；

2）《劳动合同法》第 40 条规定的非过错性解除合同的 4 种情形；

3)《劳动合同法》第41条规定的经济性裁员，具体又分 4 种情形。

参考法规：

《劳动合同法》第 39 条、第 40 条、第 41 条。

例：

王某与某公司签订 2 年的劳动合同，职位为设备维修员。刚开始由于设备的技术含量低，王某虽然技术能力较差，但还能勉强胜任设备维修工作。为了提高产品质量和生产效率，该公司投入大量资金，从国外购买了先进的设备。为了保证新设备使用过程中的维护、修理工作，根据与

设备供应商的协议，该公司还将包括王某在内的部分维修人员送到设备供应商所在国的工厂，接受过短期培训。

新的设备安装完成后，设备供应商派出的工程师又对该公司包括所有设备维修人员在内的相关人员作了培训。但是，新设备开始运行后，面对设备发生的故障，王某无所适从，不能胜任维修工作。

按照《劳动合同法》规定，劳动者不能胜任工作的，用人单位应当给予该劳动者接受培训或者调整工作岗位的机会，劳动者在此情况下仍然不能胜任工作的，用人单位方可解除劳动合同。于是用人单位就与王某协商给其调换工作岗位，但王某不想调岗，最后双方经协商解除了劳动合同。

解：

本例主要说明，如果企业以“劳动者不能胜任工作”作为解除员工的理由应注意几个法律要点：

1）用人单位需要证明劳动者符合“不胜任工作”的标准。

不胜任工作的证明，通常需要配合用人单位的规章制度或其他考核条件，此通称为工作标准，即按照用人单位预先设定的考核条件，

劳动者的工作技能无法达到用人单位的要求，不能按照用人单位的要求正常完成工作。根据《劳动合同法》的有关规定，劳动者因病或者受伤导致其在医疗期结束后无法从事原来工作的，也包括在不能胜任工作的范围内。

在这里特别提醒用人单位的是，目前实践中很多用人单位惯于使用制定绩效考核制度以实现“末位淘汰”的目的，但在这里我们要明确指出的是，“末位淘汰”制度与“不胜任工作”不属于同一法律概念。首先，绩效考核制度是否合理合法；其次，绩效考核制度是否科学客观；最后，“不胜任工作”具有普遍性和基础性特点，讲究的是一般标准。而“末位淘汰”仅仅适用于评比的对象之间，具有局限性和特殊性。因此，末位淘汰不能作为认定劳动者不胜任工作的法定标准。

2）在证明不胜任工作的基础上，用人单位也不能直接解除劳动关系，而必须履行培训或调岗的义务。

这里的培训，法律上没有做更多的解释和分析，可以理解为由用人单位出资对处于某岗位的劳动者的技能进行培训提高。说到调岗，这里的调岗无需经过双方协商一致，是用人单位可以单方行使的权利。用人单位调整的工作岗位一般是较原先的工作岗位来说难度较低一

些，或者工作内容能够发挥劳动者的其它技能特长。但是，相对应的，在工作岗位变化的情况下，薪资报酬是否可以随之降低，即我们通常所说的“调岗降薪”？这一点，在实践中是有争议的，法律亦未有明确规定。

3）被证明再次不能胜任工作的，用人单位可以解除劳动关系。

这里的“不能胜任工作”同样由用人单位承担举证责任，但适用的标准必须与新岗位相对应。

4）程序上用人单位可以选择提前 30 日书面通知劳动者解除劳动关系或者额外支付一个月“代通知金”直接书面通知劳动者解除劳动关系。

5）用人单位应当根据劳动者的工作年限支付经济补偿金。

操作提示：

1）企业在单方解雇员工时理由一定要合法。所谓合法的理由，即法律有明确规定的理由。《劳动合同法》规定了用人单位单方解除劳动合同的几种情形。用人单位可根据劳动者的不同情形来适用不同的类型进行合法解除，做到适用法律正确。

2）支持合法理由的证据都应该采用书面文件、照片、 录音、录相等形式固定下来。通常，企业提供的口头证词被采信的程度较低。

3）通知工会时，坚持采用书面形式。在对工会的询问进行回复时，也要坚持采用书面形式，以免信息失

真，造成法律风险。

4）步骤要严谨。企业应当将解雇的理由以书面形式通知员工，并要求员工签收通知。若员工不签收，则可以进行口头通知并录音并结合将解雇通知公示的方式进行。

5）如果企业采取邮寄的方式通知员工，要确认员工的收信地址是在企业档案中登记的地址，并保留邮寄凭证。

问：解雇试用期员工需要理由和证据吗?

答：是的。用人单位在试用期内辞退员工，除应具备法定辞退劳动者的情形外，还应当向劳动者说明辞退理由，并有证据证明。

根据我国《劳动合同法》规定，在试用期内，只有劳动者发生以下情况之一时，才可以按照法律规定的程序与劳动者解除劳动关系：

1）劳动者被证明不符合录用条件的；

2）严重违反用人单位的规章制度的；

3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

4）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；

5）因劳动者采用欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下与之订立或劳动合同致使劳动合同无效的；

6）被依法追究刑事责任的；

7）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；

8）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。

企业需要注意的是：

1）从上述解除的 8 种情况可以看出，试用

期解除并非仅有不符合录用条件这一条路径。在试用期内，如果存在严重违反用人单位的规章制度等情形时，企业也可以依据相关法律规定与劳动者解除劳动合同。

2）在上述第1）种情况至第6）种情况下，用人单位可以随时与劳动者解除劳动关系；而在第7）种、第8）种情况下，用人单位则应提前30天以书面形式通知劳动者本人或额外支付劳动者一个月工资，才能与劳动者解除劳动关系。

参考法规：

1.《劳动合同法》第21条、第39条、第40条；
2.《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（一）》第13条；
3.《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第6条。

例：

2009年5月，李小姐应聘到A公司，任A公司行政经理的助理，合同为期3年，试用期5个月。试用期间，A公司认为李小姐表现时有差错，单位门禁系统显示李小姐常有迟到早退现象，李小姐的直接上司也对其表现不满意，A公司遂在试用期即将届满时，认定李小姐“不符合录用条件”而解除劳动合同。李小姐认为其在试用期表现虽不完美，但整体尚属良好，对

A公司“不符合录用条件”的说法表示不服，遂申请仲裁，要求恢复履行劳动合同。

鉴于A公司证据不足，仲裁阶段A公司败诉。之后，A公司同意支付李小姐一定金额的补偿，双方和解。

解：

本例的主要法律要点是：

- 用人单位对其单方解除劳动合同的行为负有举证责任。

现有司法解释明确规定“因用人单位作出的开除、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”。李小姐作为劳动者，在本案中不需要针对“自己符合录用条件”进行任何的举证。简而言之，在此类案件中劳动者不需要证明自己“如何好”，但用人单位需要举证证明劳动者“如何不好”。故本案中A公司首先需要举证界定李小姐担任职位的“录用条件”，其次需要证明“李小姐不符合该录用条件”。

操作提示：

1）解雇理由要合法。试用期内，企业不可用以下两种禁止解除情形作为解雇理由：

- 不能依据“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致劳动合同无法履行，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”条款解雇试用期员工；
- 不可依据《劳动合同法》第 41 条解除试用期员工，即经济裁员的情形来解雇试用期员工。

2）企业解除通知书应当在试用期内做出。试用期间的确定应当以劳动合同的约定为准；若劳动合同约定的试用期超出法定最长时间，则以法定最长时间为准；若试用期满后仍未办理劳动者转正手续，则不能认为还处在试用期间，用人单位不能以试用期不符合录用条件为由与其解除劳动合同。

3）用人单位录用条件的设计要明确、合理、可操作。确定录用条件的方法有很多，一般有招聘广告、岗位说明、岗位说明或描述、入职登记表、劳动合同、规章制度、专门约定等。用人单位在制定《职务说明书》或类似文件时，要厘清员工的具体责任、工作任务、能力要求，并要求员工入职时签署签收。

4）用人单位应建立健全试用期考核体系，科学而合理的对劳动者进行试用期考察，定期进行考核评定，并可要求员工签署确认书，以便及时固定证据，以免日后发生纷争时空口无凭。

5）举证要充分，用人单位对不符合录用条件的结论和理由负有举证责任。因此，用人单位对试用期内的劳动者要根据录用标准和其表现进行评估，并有书面证据。

6）解雇程序要正确。解除通知书要说明理由并在试用期内交由员工签收。

问：解雇“严重违规”的员工需要证据吗?

答：是的。企业在员工严重违反用人单位规章制度的情况下，企业可以与该员工解除劳动关系，但需要有员工违纪事实的相应证据。

《劳动合同法》第 39 条第 2 项规定，劳动者严重违反用人单位规章制度，用人单位可以解除劳动合同。适用这一项规定要符合以下三个条件：

1）规章制度的内容必须是符合法律、法规的规定，而且是通过民主程序公之于众。

2）劳动者的行为客观存在，并且是属于“严重”违反用人单位的规章制度。何为“严重”，一般应根据劳动法规所规定的限度和用人单位内部的规章制度所规定的具体界限为准。如违反操作规程，损坏生产、经营设备造成经济损失的，不服从用人单位正常工作调动，不服从用人单位的劳动人事管理，无理取闹，打架斗殴，散布谣言损害企业声誉等，给用人单位的正常生产经营秩序和管理秩序带来损害。

3）用人单位对劳动者的处理是按照本单位规章制度规定的程序办理的，并符合相关法律法规规定。

参考法规：

《劳动合同法》第 4 条、第 39 条、第 40 条、第 43 条。

例：

小刘是某企业机床车间的一名职工，他在工作期间曾多次因一些口角与其他同事发生过争执，有过打人的行为。2010年11月底，小刘在工作期间接到朋友的电话，朋友在电话中称因停车发生剐蹭，与对方起了摩擦，让小刘火速前来“支援”。小刘挂断电话后，找车间相关负责人请假，在没有得到批复的情况下擅自离岗，并在“支援”朋友时将对方打至轻伤，被派出所拘留。

公司以小刘严重违反规章制度为由将其辞退，小刘不服，认为公司在劳动合同没有到期的情况下将他辞退，应该支付经济补偿金。对此，公司表示，公司明文规定员工之间不许打架斗殴，小刘不但多次违反规定，还因为打架被拘留，已经严重违反了公司的规章制度。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 建立完备的规章制度；
- 劳动者“严重违反规章制度”而依法解除劳动合同的，属于过失性辞退，无须支付经济补偿金。

本例中，小刘所在单位的规章制度中明确规定“禁止员工之间打架斗殴”，小刘不但屡次违反，而且还因参与社会斗殴被拘留，应该属于严重违反公司规章制度。因此公司解除与小刘的劳动合同无须支付经济补偿金。

操作提示：

1）解雇员工必须有正确的步骤，不能因为员工偶然的犯错就解雇员工。如发现员工严重违反公司纪律，要保存好证据。因为用人单位对员工严重违反规章制度负有举证责任，即必须提供证据，证明劳动者严重违反单位的规章制度。因此用人单位必须做好其员工违规的事实调查、固定证据的工作。

2）要建立完备的规章制度。合法有效的企业规章制度可以作为处理劳动争议的依据。企业须注意，制定规章制度的时候，一定要履行民主程序。其中，职工代表产生的记录、证据必须齐全，要确保职工代表的产生合法、合规。防止因职工代表产生无效而导致规章制度无效。

3）要通知工会。如果用人单位未设立工会，如何实施“通知工会程序”？相关法律并未给出答案，司法裁判口径也不尽一致。有观点认为，用人单位未建立工会，可以通过告知并听取职工代表或当地总工会意见的方式履行该法定程序。

4）实施解除行为是要向员工出具书面文书，告知解除决定和理由，并让其签字确认收到。如果员工拒绝签收，企业可以邮寄送达，并保留邮寄凭证。

5）劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以即时解除劳动合同而且无需支付经济补偿金。

问：员工严重失职，企业如何证明?

答：企业要证明员工严重失职，应当从以下几个方面证明：

1）员工有失职行为，且达到了严重的程度；

2）有经济损失；

3）员工的失职行为与用人单位的经济损失有直接的因果关系。

严重失职一般是指劳动者在履行劳动合同期间，没有按照岗位职责履行自己的义务，违反其忠于职守、维护和增进用人单位利益的义务，有未尽职责的严重过失行为。根据《劳动合同法》第 39 条的规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：…… （3）严重失职、营私舞弊，给用人单位造成重大损害的。”其中什么是“严重失职”和“重大损害”法律并没有作出明确规定，司法实践中也没有统一的标准。

员工的行为是否是“严重失职”，首先由用人单位来判断并做出处理决定，但并不是完全由用人单位说了算，如果劳动者对用人单位做出的判断和决定不服的，可以依法申请劳动争议仲裁、向人民法院起诉。此时，就应由劳动争议仲裁委员会或者人民法院来对此进行判断和认定。如果用人单位的规章制度中，有关于何为“严重失职”、“营私舞弊”、“重大

损害”的规定，则裁判机构在评价员工的行为时，很自然地会参考这些规定。因此，用人单位规章制度的规定十分重要。

参考法规：

《劳动合同法》第 39 条第 3 项。

例：

王某为某电器公司的大区销售经理，已经在该公司工作了 4 年。2009 年以来因公司总经理一职变动频繁，内部管理比较混乱。2010 年 10 月接连发生了三起因王某作为大区销售经理领导不善而导致的客户投诉累及公司赔款的事件，公司为此蒙受了 8,000 元的经济损失。为此，公司现任总经理十分恼火，要求人力资源部对王某按照“严重失职、给公司造成严重经济损失”进行处理。人力资源部经理按照总经理的批示，向王某下达了公司与其解除劳动合同的通知，且未向王某支付任何经济补偿金。

王某接到要求其离职的通知后，认为自己不存在失职行为，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，与公司多次交涉未果，遂申诉至劳动争议仲裁委员会，称公司对其作为大区销售经理的职位没有明确具体的岗位职责要求，其既管理市场销

售，也负责进货、检验等工作，工作繁杂疲于应付，且公司多头领导，管理混乱，不能认定2010年10月的三起事件是因自己“严重失职”而给公司造成严重经济损失的，要求该公司支付其违法解除劳动合同的赔偿金。经审理，劳动争议仲裁委员会支持王某的仲裁请求，裁决该公司向王某支付违法解除劳动合同的赔偿金。

解：

本案的法律要点是——如果企业以“严重失职”来解除员工的劳动合同，必须能够证明：

- 员工存在失职的行为，且达到了严重的程度；
- 用人单位必须证明员工的失职行为直接导致了损失发生。

如果不能证明，就要面临支付违法解除劳动合同赔偿金的法律风险。

就本案来看，公司难以证明王某工作期间有故意懈怠工作，或者工作粗心大意的情况，相反，王某却证明其身兼数职，工作繁杂忙碌。赔偿客户8,000元的损失，公司不能证明完全是大区销售经理的责任，即使销售经理失职，也不是导致损失的必然原因。对于什么是“严重失职”、“重大损害”，公司的规章制度并

未进行明确规定。就一个大区销售经理而言，8,000 元的损失是否属于重大损害，也不无争议。因此公司的解除行为违法，被仲裁委员会裁定需付赔偿金。

操作提示：

1）对于“严重失职”，首先要通过用人单位规章制度做出具体的规定，这样可以预防在“严重失职”方面产生争议。因为企业千差万别、规模大小、技术装备水平等因素，所以不可能适应各个用人单位的情况。不同的企业，所适用的“严重失职”标准并不相同，企业还是应该通过规章制度制定一个自己相应的标准。

2）对“重大损害”判断的基本原则是：对企业的生存或日常运营造成重大的损害。对与损害程度要个案分析，主要从经济损失、客户关系及影响、企业形象等方面来具体分析。

3）可以计量的损害情形，企业规章应制定一个损害金额的数量标准，比如“损失 10,000 元以上”。对于难以计量的损害，如商誉、客户关系等的破坏，企业应从破坏程度、范围、持续时间等角度制定计量标准，如“客户投诉5次以上”，可以作为客户关系损害的标准。

4）在员工出现“严重失职，给公司造成重大损害”事件发生时，应该采取措施固定证据，比如让员工出具一份签字的损害事件说明书、事件回顾报告等。

5）将解雇理由通知工会并征求工会意见。

6）向员工发出解除劳动合同书。

问：严重失职的员工一定能解雇吗?

答：不一定。根据《劳动合同法》第 39 条第 3 项的规定，要想解雇严重失职的员工需要符合两个必备条件：

1）员工有严重失职行为；

2）该行为给用人单位造成重大损害。

两者缺一不可。如果有严重失职行为但没有给用人单位造成重大损害的，就不能运用此条款来解除劳动合同。

参考法规：

《劳动合同法》第 39 条第 3 项。

例：

王先生于 2008 年 12 月入职某公司品检部担任产品检验员职务，公司与王先生签订了劳动合同，合同中约定工资为 4,000 元 / 月。2009 年 5 月，公司以王先生工作严重失职（一个月中本应抽检 60 件产品，但王先生在 3 月份只抽检 56 件产品）导致公司重大损害为由解除与王先生的劳动合同。

王先生辩称，虽然少抽检了部分产品，但产品在使用过程中并没有质量问题，公司以工作严重失职为由将他辞退不符合法律规定。

公司认为，他们辞退王先生是因为王

先生工作的严重失误导致了公司重大损害。根据公司《质检员工作守则》的规定，一个月中漏检1件属于工作失职，漏检3件以上（含3件）属于严重失职。现在王先生在其2009年3月份的工作中，少抽检4件产品，属于严重失职，按照《劳动合同法》第39条的规定解除劳动合同合理合法。

仲裁庭认为，公司以王先生严重失职导致公司重大损害为由提出解除劳动合同，但未能提出相关证据证明公司存在重大损害。因此，公司单方面解除与王先生的劳动合同的理由不成立，应当支付解除劳动合同的赔偿金。

解：

本案的法律要点：

- 严重失职，只有给用人单位造成重大损害的，用人单位才可以解除劳动合同；
- 用人单位对员工的解除行为负有举证责任；
- 单位违法解除要支付员工赔偿金。

案例中，王先生在工作中虽有失误，漏检验了部分产品，但该行为并未造成公司重大损害，公司也没有举证证明其实际经济损失的数额或程度是多少。因此，公司以王先生工作严

重失职、造成公司重大损害为由单方面解除劳动合同不符合法律规定，应当向王先生支付解除劳动合同的赔偿金。

操作提示：

1）以员工严重失职造成重大损害为依据解除劳动合同，用人单位须证明员工已严重失职，且已有“重大损害”。

2）通常，企业可以在规章中，将严重失职行为列为严重违规行为的一种。此时企业可以以员工严重违反单位规章制度为由来解除合同，就不需要证明“重大损害”的发生及数额。但是，是否严重违反规章制度，需要证明员工属于故意违反用人单位的规章制度；违反的情形是否严重，在审理过程中最终要由法官或仲裁员进行考量后予以决定。

问：员工营私舞弊，企业如何证明?

答：企业要证明员工营私舞弊，应当拥有下列证据：

1）员工有营私舞弊的行为；

2）有重大损害；

3）员工的营私舞弊的行为与用人单位的经济损失有直接的因果关系。

企业须注意：

1）员工营私舞弊，用人单位可以立即解除劳动合同，但要对员工营私舞弊的事实负有举证责任，并且要证明员工的营私舞弊行为给其造成了重大损害。

2）对于什么是“营私舞弊”，企业必须制定相关的规章制度，明确责任，厘定标准。

3）界定“营私舞弊”可参照刑法的规定。其原则有两点：

- 主观上是“故意”，即故意为谋私利，不遵守或不履行自己的职责；
- 目的是图私利。即利用职务之便谋取私利，使用人单位有形财产、无形财产遭受重大损害。

对“重大损害”的认定，企业须注意：

1）对“重大损害”的认定权，法律首先给了企业，企业可以在规章制度中就何为“重大损害”作出规定。

2）发生争议时，可以通过劳动争议仲裁委

员会对规章规定的重大损害进行认定。

3）对“最大损害”判断的基本原则是：对企业的生存或日常运营造成重大的损害。对于损害程度要个案分析，主要从经济损失、客户关系及影响、企业形象等方面来具体分析。

参考法规：

《劳动合同法》第4条、第39条第3项。

例：

A公司员工甲系公司销售人员，在A公司工作期间，甲用其妻子的名义注册了一个公司，与A公司经营同类业务，并利用自己经常接触客户的机会，将本应属于A公司的业务揽至其妻子公司经营，致使A公司损失40万元。A公司在掌握充分证据的情况下，以甲违反公司制度，违反《劳动合同法》第39条第3项“严重失职，营私舞弊，给公司造成严重损害”的规定为由解除与甲的劳动合同，并要求其赔偿经济损失40万元。甲不服，提出劳动仲裁，后双方达成和解，甲与A公司的劳动合同解除，甲赔偿A公司26万元。

解：

本案的法律要点：

- 公司对员工的“营私舞弊”的行为负有

举证责任；

- 公司要证明员工的营私舞弊行为给其造成了重大损害。

本案中，A 公司有明确的规章制度，不允许员工利用公司资源，从事与公司相同的业务。甲的行为性质属营私舞弊，给 A 公司造成重大损害，因此必须承担赔偿责任；公司有权解除其劳动合同，并且不需支付经济补偿金或赔偿金。

操作提示：

以员工营私舞弊作为解除合同的理由，应注意以下几点：

1）应以规章制度作为依据。用人单位在员工手册或者规章制度中对何种行为属于“营私舞弊”行为一定要作明确定义并作具体列举，这种定义及列举同时还必须符合法律法规规定、符合人之常情。

2）规章制度制定完毕后，要使其发生法律效力，必须走民主程序，即必须按照法律规定的程序让员工参与讨论、与工会或者员工代表协商、向员工公示等。

3）要保有证明员工严重违纪的证据。法官裁判案件，有一个基本的审判原则，即以事实为根据，以法律为准绳。这里的“事实”是法律事实，即指法律能够认可的事实，通常是有证据证明的事实。在实践中，企业负责人通常对犯错员工进行口头批评和处罚，而没有留下员工本人提供的证据，而这些处罚证据在仲裁或法院庭审中，是有瑕疵的证据，很显然，劳动者可以主张那是单

位单方面临时制作的证据。因此，我们建议，一旦发生劳动者“犯错”的事实以后，一定要让劳动者写下书面说明，并说明此举给公司造成的损害和对应的处罚措施，并由劳动者本人签字确认。

问：营私舞弊的员工一定能解雇吗?

答：不一定。根据《劳动合同法》第 39 条第 3 项的规定，要想解雇营私舞弊的员工需要符合两个必备条件：一是员工有营私舞弊的行为和事实，二是该行为和事实给用人单位造成重大损害。两者缺一不可。如果员工的营私舞弊行为没有给用人单位造成重大损害的，就不要运用此条款来解除劳动合同。

参考法规：

《劳动合同法》第 4 条、第 39 条第 3 项。

例：

刘某在某外企任分公司总经理，今年 3 月，几位下属联名向公司检举其营私舞弊，称刘某利用职权为自己和亲属、亲友谋取利益，并且在业务交往中，利用职权和工作之便索取和收受利益。

公司接到举报信后，先是令刘某立即停职，随后一周经公司相关部门核查，在取得相关证据的情况下，决定给予刘某解除劳动合同处罚。理由是营私舞弊，给用人单位造成重大损害。刘某不服，认为即便为亲属牟利、收受回扣属实，也没有给公司造成重大损失，且公司《员工手册》也无明确的相关处理规定，遂提起仲裁。

解：

本例的法律要点是：

- 职工营私舞弊，给用人单位造成重大损害，用人单位可以解除劳动合同，且无须提前 30 日通知；
- 用人单位对解除行为负举证责任；
- 企业必须对“重大损害”予以证明。

本例中，单位以“营私舞弊”来解除劳动合同，但以此条法规解聘员工的前提是单位在内部规章中应有具体的对营私和舞弊行为的处理规定，而且这些相关处理规章必须经得起仲裁机关的审查和认定。刘某所在单位的规章制度并没有“失职、营私舞弊”有关的规定以及相应的处罚，且解除劳动合同之前也并未取得相关“营私舞弊”、“造成损害”的证据。仅凭员工举报即解除劳动合同是不恰当的，属于解雇所依据的证据不足的情形。

操作提示：

1）一个企业内部规章制度的制定是企业的责任和义务，单位应当用员工手册等规章制度进行规范管理。如果单位在内部规章中对何为“营私舞弊”没有相关规定或规定不明确，则对于员工在劳动过程中所产生的过失，将无法实施有效的惩戒和管理措施，包括解除劳动合同、给予员工警告、记过等。

2）以《劳动合同法》第 39 条第 3 项“营私舞弊”为依据解除劳动合同，用人单位须对“重大损害”负有举证责任。

3）除非用人单位拥有证据证明员工有营私舞弊的事实并给单位造成了重大损害，否则不要使用此条款来作为解除依据。如果公司有健全合法的规章制度，建议依据《劳动合同法》第 39 条第 2 项严重违反单位规章制度为由来解除合同，就不需要证明“重大损害”，以预防违法解除。

问：什么损害属于给企业造成的“重大损害”？

答：“重大损害”的标准由企业规章根据公平原则来制定。换句话说，什么是“重大损害”，可以由企业的规章制度进行细化规定。当然，企业规章的有关规定，应当合理（符合该企业实现规范管理、正常经营的一般需要）、合法（不违反劳动法律法规中的强制性规定）。

企业类型各有不同，对“重大损害”的界定也千差万别，故法律不便对“重大损害”作统一的解释和规定。“重大损害”应由企业内部规章来规定。若由此发生劳动争议，可以通过劳动争议仲裁委员会根据该企业的类型、规模和损害程度等情况，对企业规章中规定的“重大损害”进行认定。如果企业对何谓“重大损害”事先没有界定，与当事人发生争议时，仲裁机构与法院有权对此做出界定。这里主要有三点：

1)“重大损害”的界定权可以由企业的规章制度予以规定；

2) 如果企业对“重大损害”的界定标准显失公平，仲裁委员会、法院将不予认可，并重新界定；

3) 如果企业没有界定，仲裁机构与法院有权行使自由裁量权，作出解答。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 4 条、第 39 条第 3 项；

2.《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第25条第3项。

例：

北京某法院审理了一起因工作失误给公司造成损失被解除劳动关系的劳动争议诉讼案件。

原告李先生自2008年起任北京一工程公司项目副经理，负责工程现场管理工作，其中包括雇工人数的安排等。2009年6月，在李先生负责管理的一个项目中，公司共支付工人工资等人工费200余万元，大大超过了预算。工程结束后，公司请工程造价咨询事务所对李先生负责管理的项目人工费进行鉴定，结论为人工费为130余万元，实际超支70万元。2010年7月8日，工程公司经过经理办公会、职工代表大会及工会，并征得工会同意，决定解除与李先生的劳动关系。

李先生离开单位后起诉至法院，请求法院确认公司解除劳动关系决定无效。

案件审理中，法院查明李先生曾于2010年3月5日在自我认责书中承认，由于其管理不当和不负责任，造成了人员工资超支，给公司造成较大损失。此外法院还查明，工程公司解除与李先生的劳动关

系，通知了经理办公会、职工代表大会及工会，并得到了工会同意。

法院审理后认为，按法律规定，劳动者严重失职，给用人单位造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同。本案中，李先生因工作失误给单位造成 70 万元损失，已属严重失职，且公司解除与之的劳动关系的过程符合法定程序，合理合法，据此判决双方劳动关系于 2010 年 7 月 8 日解除。

解：

本案的法律要点是：

- 员工造成“重大损害”的，企业可以单方面解除劳动合同。
- 企业以造成“重大损害”为理由单方面解除劳动合同的，解除行为应当符合法定程序。

本案中：

1) 李先生有严重失职行为，并因此给单位造成 70 万元的经济损失；

2) 工程公司做好了证据的固定和整理工作，即拥有李先生的自我认责书；

3) 工程公司的解除程序符合法定程序。

企业单方面解除合同的行为合法有效，得到法院的支持。

操作提示：

企业解雇员工时援引员工行为造成“重大损害”为解雇理由的，企业应注意以下几点：

1) 用人单位在员工手册或者规章制度中对严重失职及重大损害一定要制定明确的标准。

2) 可以计量的损失情形，企业规章应制定一个损失金额的数量标准，比如“损失 10000 元以上”。对于难以计量的损失，如商誉、客户关系等的破坏，企业应从破坏程度、范围、持续时间等角度制订计量标准，比如“客户投诉 5 次以上”，可以作为客户关系损害的标准。

3) 规章制度制定完毕后，要使其发生法律效力，必须走民主程序使其生效，即必须按照法律规定的程序让员工参与讨论、与工会或者员工代表协商、向员工公示等，否则会被仲裁员或法官认定为无效。

4) 要保有证明员工“犯错”的证据。一旦发生劳动者“犯错”的事实以后，一定要让劳动者写下书面说明，并说明此举给公司造成的损失，和对应的处罚措施，并由劳动者本人签字确认。如果在双方已经处于严重冲突的情况下，不能取得本人对自身过失的陈述书，则用人单位需要通过其它举证方法，来证明员工的严重失职或营私舞弊的事实，其他员工的证言、客户的投诉信、员工造成损失的实物（如损坏的机器设备）、因员工失职导致第三方索赔成功或不当获利的证据，等等。

5) 要通知工会。如果用人单位未设立工会，如何实施“通知工会程序”，相关法律并未给出答案，司法裁判口径也不尽一致。有观点认为，用人单位未建立工

会，可以通过告知并听取职工代表或当地总工会意见的方式履行该法定程序。

6) 要注意通知员工本人的程序，即用人单位要以书面形式告知员工解除决定和理由，并让其签字确认收到。

问：什么情况下可以解雇在外兼职的员工?

答：在下列情况下可以解除在外兼职的员工：

1) 存在员工在其他单位兼职的事实；

2) 用人单位能够证明任何下列情形之一：

- 员工兼职对完成本单位的工作任务造成严重影响；
- 经用人单位对员工的兼职行为提出批评指正，拒不改正的。

我国有关劳动方面的法律、法规虽然没有对“兼职”作禁止性的规定，但作为劳动者而言，完成本职工作，是其应尽的义务。从事兼职工作，在时间上、精力上必然会影响本职工作。作为用人单位来讲，对一个不能全心全意为本单位工作并严重影响工作任务完成的人员，或经批评指正仍不改正的人员，有权与其解除劳动合同。

企业需要注意的是：

1) 对员工兼职的事实，用人单位负有举证责任。

2) “严重影响”强调了只有对本职工作的影响必须达到“严重”的程度，用人单位才可以解雇兼职员工。

3) “拒不改正”强调了程序，即用人单位必须先提出改正建议，如果劳动者仍不改正，用人单位可以行使解雇权。

参考法规：

《劳动合同法》第4条、第39条第4项。

例：

2009年9月，原告刘某与A县某私立中学签订了为期5年的劳动合同。合同约定刘某任该校英语教师。2010年2月，刘某又在A县一家培训机构有偿兼职英语教学工作，每周周末两天去兼职单位工作。刘某兼职一事很快被其所在的私立学校知道了，该私立学校认为：学校对刘某委以重任，并支付其高额劳动报酬，他应当尽心尽力为学校工作。刘某每周周末两天为其他单位提供兼职工作，必定会分散其完成本职工作的时间和精力。所在的私立中学遂向刘某发出一份通知，要求刘某自收到通知一个月内终止兼职工作，并向学校提交兼职单位出具的书面证明。一个月后，刘某没有向所在的私立学校提供相应证明，据此，2010年6月15日刘某所在的私立学校在取得该校工会同意的情况下，解除了与刘某之间的劳动合同。刘某不服，在协商未果的情况下，起诉到A县人民法院，要求被告某私立学校继续履行原劳动合同。

法院审理查明，判决驳回了刘某的诉讼请求。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业可以禁止员工在外兼职；
- 企业已经通知员工停止兼职行为，而员工拒不改正的，企业可以解除劳动合同。

本案中：

1) 刘某从事兼职行为是明确的；

2) 某私立学校对刘某的兼职行为提出书面改正通知，并要求原告改正；

3) 刘某拒不改正；

4) 某私立学校通知工会，解除与刘某的劳动合同理由合法、程序正当，刘某要求某私立学校继续履行劳动合同没有法律依据。

因此学校解除劳动合同的行为受到了法院的支持。

操作提示：

1) 用人单位可以根据自己的需要与员工约定不得兼职，或者在员工手册等规章制度中明确这一规定。需要指出的是，必须有事先的约定或规定，单位才可以禁止员工兼职。

2) 解除兼职员工的举证责任在用人单位，因此用人单位一定要做好收集和固定证据的工作。例如，对于“拒不改正”的解除，要防止用人单位仅进行口头指正的行为。要收集兼职员工收取其他单位劳动报酬的证据，及其他单位向兼职者发放的“工作证”等能够证明身份

等证据。对“造成严重影响”的解除，用人单位一定要拥有可以证明兼职员工的兼职行为对其完成本职工作造成了“严重影响”的有力证据，并且两者之间有因果关联。

3) 由于对什么是“严重影响”的界定易引起争议，除非对“对完成本单位的工作任务造成严重影响”有十分的把握，否则不要轻易使用该条款。在实际操作中建议企业采用“拒不改正”的条款予以解除。

4) 用人单位还可使用“严重违反用人单位的规章制度”予以解除。后者只需要证明劳动者兼职行为的存在，并严重违反了用人单位所规定的规章制度就可以行使解除权。

5) 为降低违法解除劳动合同的风险，企业也可以适当采取变通措施，尽可能采取协商解除，劝说员工辞职等方式与员工结束劳动关系。

问：员工“欺诈”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明?

答：企业平时要做好保存、整理、分析证据的工作，为将来确认劳动合同无效做好准备。

员工“欺诈”是指以使用人单位发生错误认识为目的的，从而达到与之签订或修改合同的故意行为。如果双方因此发生劳动争议，公司需要承担举证责任。

1) 要能够证明因为员工的该欺诈行为直接导致用人单位产生误解而录用该员工。

2) 要有明确录用条件，并将录用条件告知劳动者，要求其签字确认。一旦劳动者存在欺诈单位的情况，企业就可以依据录用条件来主张合同无效。

3) 要求员工将入职时的资历陈述全部签署确认，并保留好新员工入职提交的相关材料。如日后发现有疑问，要仔细考察核实。

4) 发现员工提供信息确有较大出入，足以影响录用决定的，即可构成欺诈，可以解除合同。

5) 如果企业事先知道或者应当知道上述证明是假的仍与员工签订或变更劳动合同，则不能据此单方解除劳动合同。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 3 条、第 8 条、第 26 条第 1 项、第 28 条、第 39 条第 5 项、第 46 条；

2.《劳动合同法实施条例》第 19 条。

例：

1999年8月，原告上海某建材有限公司通过市职业介绍中心举办的招聘活动，聘得持有上海财经大学（工商行政管理专业）文凭的被告叶某为公司销售经理，双方于同年8月12日签订聘用合同，合同约定销售经理的月薪为2,000元，合同期限至2001年8月11日止。2000年2月29日，上海某建材有限公司查实叶某所持文凭系伪造，遂通知叶某自2000年3月1日起解除合同，随后，叶伟领取上海某建材有限公司支付的2000年2月的工资1,000元。

2000年3月8日，叶某向卢湾区劳动争议仲裁委员会申诉，要求上海某建材有限公司支付部分工资及解除劳动合同补偿金，仲裁委裁决：上海聚和建材有限公司应支付叶某2月份工资1,000元，并支付补偿金及替代通知期工资人民币4,000元。上海某建材有限公司不服，于同年5月11日诉至法院。

另查，上海某建材有限公司人员结构图载明：公司销售经理月薪为2,000元，销售员C级月薪为650元。

原告上海某建材有限公司诉称：被告叶某以欺诈的手段，使原告与其签订了聘

用合同，要求确认原、被告订立的劳动合同无效；被告在2000年2月被查实所持文凭系伪造后，应领取销售员而非销售经理的工资，即650元，故被告还应退回原告已发放的工资350元；不同意支付被告经济补偿金。

被告叶某辩称：原告据其经历招聘其为销售经理，其有能力担任此职。虽然其没有大学文凭，但原告在招聘时对此已经了解，双方约定月薪为2,000元。现同意与原告解除合同，但原告在2000年2月仅支付其工资1,000元，故原告应补付工资1,000元；并支付提前解除合同的经济补偿金2,000元及替代通知期工资2,000元。

一审法院经审理认为，叶某持伪造的文凭致使上海某建材有限公司与其订立聘用合同，这种采取欺骗手段所订立的劳动合同是无效合同。因此，双方所签订的聘用合同自订立之日起即为无效。叶某称上海某建材有限公司明知其无文凭而聘用，缺乏事实依据，法院不予采信。虽然双方所订立的合同无效，但叶某在上海聚和建材有限公司作为销售经理，已经付出了劳动，上海某建材有限公司理应支付叶某劳动报酬，上海某建材有限公司任意调整叶

某的工资，没有法律依据，法院不予准许。上海某建材有限公司已支付叶某2000年2月工资1,000元，故尚应补付叶某工资1,000元。由于双方所订立的是无效劳动合同，因此叶某要求获得提前解除合同的补偿金及替代期工资的请求，法院不予支持。遂判决：

一、上海某建材有限公司与叶某于1999年8月12日签订的期限为1999年8月12日至2001年8月11日的聘用合同无效。

二、上海某建材有限公司于判决生效后五日内支付叶某2000年2月部分工资1,000元。

一审判决后，被告叶某不服，提起上诉。

二审法院经审理，驳回上诉，维持原判。

解：

本案提示了以下法律重点：

- 员工虚报文凭、毕业院校，属于欺诈行为；
- 因员工欺诈而致劳动合同无效的，对于员工已付出的劳动，企业应支付报酬。

本案中：

1) 叶某在与公司签订劳动合同时，故意隐瞒自身的真实情况，虚报自己的真实文凭及毕业院校，使用人单位产生错误的认识，作出错

误的意思表示，叶某的行为属于欺诈。根据法律规定，叶某与公司所签订的劳动合同应属无效。叶某要求公司支付补偿金及替代通知期的工资，没有法律依据。

2) 叶某作为销售经理在公司上班确已付出了劳动，因此，用人单位应当全额支付叶某2000年2月的工资。

操作提示：

1) 单位录用员工，很大程度建立在劳动者单方提供的个人履历基础上，多数情况下，单位无法逐一核实员工信息的真假。法律规定用人单位和劳动者均有如实告知的义务，在招聘时用人单位要利用知情权，尽量了解劳动者与订立劳动关系有关的信息。

2) 对管理层岗位如何防止劳动者简历造假的最好途径就是进行入职人员的背景调查，调查的内容包括学历、职业经历等等与岗位相关的内容。事先最好取得被调查者的同意，否则应注意不要侵犯劳动者本人的个人隐私。

3) 建立完善的规章制度和入职流程。用人单位可在入职登记表或劳动合同中要求劳动者签字进行声明：保证提供的相关资料真实可靠，如有弄虚作假，公司可依法解除劳动合同。同时，在规章制度中对劳动者提供虚假资料的行为进行规范，以便于实务中的操作。

4) 保存好新员工入职提交的相关材料。发现员工入职材料虚假，要保留相关虚假入职证据。

5) 将解除理由通知工会，并征求工会意见。

6) 如果员工弄虚作假，提供虚假资料，企业可以直接依法单方解除劳动合同，不需要提前通知劳动者，不用支付经济补偿金，也不受不得解除合同条款的限制。

7) 对员工要履行书面通知义务，并且要明确解除理由。

问：员工“胁迫”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明?

答：企业平时要做好保存、整理、分析证据的工作，为将来确认劳动合同无效做好准备。

所谓员工胁迫，是员工向用人单位表示施加危害，如对用人单位的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背意愿而签订或修改劳动合同的行为。胁迫是影响合同效力的原因之一。如果双方因此发生劳动争议，公司需要承担举证责任。

参考法规：

1.《劳动合同法》第3条、第8条、第26条第1项、第28条、第39条第5项、第46条；

2.《劳动合同法实施条例》第19条；

3.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第68条。

例：

马某于2006年被某外贸公司聘用，担任销售经理的职务，双方签订了三年的劳动合同，月工资为8,000元。2009年劳动合同期满前一个月，公司通知其劳动合同期满不续订，将终止劳动合同。马某收到通知后即向公司人事部门提出续订的要求，并称如果公司不同意续订劳动合同，其将通知手头的客户取消即将签订的150万元的买卖合同。公司无奈，与马某续签了三年的劳

动合同。后，公司向仲裁委员会申请仲裁，要求确认双方签订的劳动合同无效。

劳动争议仲裁委员会经审理支持了某外贸公司的请求。

解：

本案提示了这样一个法律重点：

- 企业因受员工胁迫而签订的劳动合同无效。

本案中，马某为达到续订劳动合同的目的，以取消即将签订的买卖合同为要挟，迫使对方与其续订劳动合同。马某的行为违反了《劳动合同法》等法律的规定，其与企业续订的劳动合同从续订之日起就不具法律效力，应属无效合同。因此劳动仲裁委员会支持了企业的主张。

操作提示：

1）企业因受员工胁迫而签订的劳动合同，可以在员工胁迫的能力消失之后，请求确认无效。

2）无效的法律合同自订立时起就没有法律效力，但是，劳动合同是否有效应当由劳动争议处理机制或者人民法院来确认，特别是企业和员工就合同的法律效力有发生争议的时候。

3）按照我国的劳动争议处理机制，对劳动合同的法律效力的争议，首先要经过劳动争议机构仲裁，由劳动争议仲裁机构确认。

4）经劳动争议仲裁机构仲裁后，当事人不服又向

人民法院起诉的，由人民法院确认。

5）要证明劳动者以胁迫手段使用人单位在违背真实意思的情况下订立或变更劳动合同，用人单位有举证责任。因此，企业要做好保持、整理、分析证据的工作。

6）企业要注意解除程序的合法性。在对劳动合同的无效或部分无效没有争议时，最好由员工与用人单位双方签字，对劳动合同的效力加以确认。如果有争议，就由劳动争议仲裁机构或人民法院确认。

7）经过调查取证，查证属实后，要整理证据，以确定证据是否能成为因合同无效而成为解除劳动合同的法律依据，即能否被仲裁机构或法院接受。如认为各方面均符合法律规定，企业就可以做出解除劳动合同的决定，而无需提前通知。

8）用人单位应当事先把解除理由通知工会。

9）对用人单位的解除行为，工会如果认为不适当，或认为用人单位违反法律、行政法规以及劳动合同约定的，可以要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

问：员工“乘人之危”签订、修改劳动合同的事实，企业如何证明?

答：企业平时要做好保存、整理、分析证据的工作，为将来确认劳动合同无效做好准备。

员工“乘人之危”是指员工乘用人单位处于危难之中，为牟取不正当利益，迫使对方做出违背其真实意思，与其签订或变更劳动合同的行为。此举严重损害了用人单位的利益。

参考法规：

1.《劳动合同法》第3条、第8条、第26条第1项、第28条、第39条第5项、第46条；

2.《劳动合同法实施条例》第19条；

3.最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第69条。

例：

陈某于2007年7月与一家金饰品生产厂签订了为期1年的劳动合同，在该厂从事销售工作。2008年7月合同期限届满。合同期满前一个月，厂方由于经营困难，资金短缺，决定裁减人员，对合同期满人员不再续订劳动合同。于是通知陈某，因销售人员富余，准备与其终止劳动合同。陈某当即坚决要求续订劳动合同，并声称，如果厂方执意要求终止合同，他将通知购货单位取消其经手的即将签订的100万元的购销合同。此时该厂正处于资金紧缺时

期。迫于无奈，只好与之续订了为期2年的劳动合同。事后，该金饰品厂向劳动争议仲裁委员会提出申诉，请求确认劳动合同无效，并终止履行。

解：

本案提示以下法律要点：

- 员工以乘人之危的方式迫使企业签订的劳动合同，企业可以在危急情况过去之后，请求确认合同无效。

在本案中：

1）陈某有胁迫、乘人之危的故意并实施了胁迫行为，而某外贸公司正处于“危难”之中，受到胁迫后无奈变更了合同。

2）陈某为达到续订劳动合同的目的，以取消即将签订的买卖合同为要挟，迫使对方与其续订劳动合同，陈某的行为违反了《劳动合同法》等法律的规定，其与企业续订的劳动合同从续订之日起就不具法律效力，应属无效合同。

操作提示：

1）无效的劳动合同自订立时起就没有法律效力。

2）按照我国的劳动争议处理机制，对劳动合同的法律效力的争议，首先要经过劳动争议机构仲裁，由劳动争议仲裁机构确认。

3）经劳动争议仲裁机构仲裁后，当事人不服又向

人民法院起诉的，由人民法院确认。

4）用人单位想要主张劳动者以“乘人之危”的手段使用人单位在违背真实意思的情况下订立或变更劳动合同，用人单位要举证。因此，企业平时要做好保存、整理、分析证据的工作。

5）在对劳动合同的无效或部分无效没有争议时，最好由员工与用人单位双方签字，对劳动合同的效力加以确认。如果有争议，就由劳动争议仲裁机构或人民法院确认。

6）经过调查取证，查证属实后，要整理证据，以确定证据是否能成为因合同无效而成为解除劳动合同的法律依据，即能否被仲裁机构或法院接受。如认为各个方面均符合法律规定，企业就可以作出解除劳动合同的决定，而无需提前通知。

7）用人单位应当事先把解除理由通知工会。如果用人单位未设立工会，如何实施“通知工会程序”，相关法律并未给出答案，司法裁判口径也不尽一致。有观点认为，用人单位未建立工会，可以通过告知并听取职工代表或当地总工会意见的方式履行该法定程序。

8）对用人单位的解除行为，工会如果认为不适当，或认为用人单位违反法律、行政法规以及劳动合同约定的，可以要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

问：员工诉企业“欺诈”签订、变更劳动合同，怎么办?

答：企业应当积极应诉，并提前准备好自证清白的各种相关证据资料。

企业“欺诈”签订、变更劳动合同是指企业故意告知劳动者虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使劳动者陷入错误认识而与之签订或变更劳动合同。

在以下情形下构成受欺诈而订立、变更的劳动合同：

1）欺诈一方必须是故意，即明知可能引起对方陷入错误而希望这种结果发生以达到与之签约的目的。如招工方在招工广告中对自身情况作不真实或夸大宣传，明知会引起应招人员对其产生错误认识，仍这样去做即构成故意。

2）欺诈一方有欺诈行为，如歪曲真实情况做不实陈述，对基本劳动条件等隐而不谈等。

3）受欺诈一方陷入错误而与之订立劳动合同。所谓错误，是指劳动者一方对劳动合同对方当事人及有关重要情况的认识存在缺陷，如认为招工方福利待遇好、工资多、劳动条件优越等。

如果用人单位以欺诈的手段，与劳动者签订、变更劳动合同，并且该劳动合同的内容系违背了劳动者的本意，那么劳动者有权随时与用人单位解除劳动合同。

参考法规：

1.《劳动合同法》第3条、第8条、第26条第1项、第28条、第39条第5项、第46条；

2.《劳动合同法实施条例》第19条；

3.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第68条；

4.《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条。

例：

2008年1月1日，A公司与袁某签订了为期三年的劳动合同。2009年7月2日，袁某向乌鲁木齐市头屯河区劳动争议仲裁委员会提出申诉，该仲裁委员会做出仲裁裁决，袁某不服，在期限内向法院提起诉讼。另查，袁某与A公司劳动合同书中劳动者签名处为袁某本人签名。A公司自2008年1月起的工资表及考勤表均有袁某姓名。A公司领取了企业法人营业执照，经营范围中有装卸、搬运（人工）。A公司与众力公司系装卸业务承包关系。

法院认为：

- 袁某、A公司签订的劳动合同中载明了用人单位系A，劳动者为袁某，且签名系袁某本人所签；
- 袁某未向法庭提交劳动合同系A公司以欺诈、胁迫的手段或乘人之危

的情形下签订的证据，亦未提交劳动合同中存在用人单位免除自己法定责任、排除劳动者权利及违反法律、行政法规强制性规定的条款的证据；

- 袁某从事的工作为A公司的业务组成部分，其从事工作场所系A公司承包搬运业务的场所，A公司按月发放了袁某的劳动报酬；
- 袁某与A公司签订的劳动合同合法有效，袁某要求确认与A公司之间的劳动合同无效的诉讼请求，不予支持。

故判决：驳回袁某的诉讼请求。

袁某上诉称，自2004年开始，其一直是新疆某物流公司和其下属装卸队叉车班的操作人员。2007年6月该公司所属装卸作业工种被众力公司接管，袁某也被众力公司乌北分公司录用。2008年1月1日众力公司与其订立了劳动合同，但众力公司没有给袁某合同，也没有给袁某缴纳社会保险。2009年4月26日，袁某以众力公司没有缴纳社保为由向头屯河区劳动监察大队投诉，才得知与其签订劳动合同的是A公司，而不是众力公司乌北分公司，订

立劳动合同时是众力公司乌北分公司乌东队副队长蔡某和叉车主管董某，且合同文本上甲方名称是空白，订立合同时以及以后众力公司从来没有人告知其装卸工种承包或转包给了A公司，袁某认为众力公司的行为违反了《劳动合同法》第四条的规定，况且A公司和其从没有工作和非工作的接触。其也不认识A公司及其单位的任何人员。袁某投诉后，众力公司为其所属叉车队的非农业户籍的人员缴纳了社会保险，袁某及其他农业户口的未缴纳。为维护其合法权益不受侵犯，2009年7月2日，袁向头屯河区劳动争议仲裁委员会申请仲裁与A公司的劳动合同是无效合同，该仲裁委驳回了其申诉请求。袁某又诉至原审法院，结果也被驳回。袁某认为，按其当时和众力公司签订合同的情况及最后易人的事实，完全符合《劳动法》、《劳动合同法》关于无效合同条款规定，请求二审法院撤销原判，依法判令其与A公司的劳动合同无效。

A公司答辩称，A公司与袁某的劳动合同有袁某自己的签字，还有2008年到现在的工资表、考勤表，故劳动合同是有效的。袁某投诉至头屯河区劳动监察大队时，A公

司承诺2007年6月以后的社会保险给袁某补缴。袁某的上诉请求无事实及法律依据。原审判决认定事实清楚，适用法律正确。请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审法院经审理查明的事实与原审法院相同，驳回了袁某的上诉，维持原判。

解：

本案提示了以下法律重点：

- 员工起诉企业欺诈签订劳动合同，员工首先负有举证责任。

本案中，袁某未能提交相关的证据证明企业存在欺诈事实，同时企业有劳动合同书、装卸作业承包合同、工资表、考勤表、企业法人营业执照、劳动仲裁裁决书及当事人陈述等证据证明企业的清白，因此员工的主张没有受到法院支持。

操作提示：

1）企业日常应注意保存企业清白的证据，在签订劳动合同前，及时、全面告知劳动者与其履行劳动合同直接相关的事实，确保在签订劳动合同时，企业遵循了诚实信用原则。

2）用人单位在与员工磋商签订合同时切忌误导员工，更不能故意以虚假事实来隐瞒事实情况，使劳动者在存在重大误解的情况选择订立或修改劳动合同。因为

此种行为属于法律规定的“欺诈”范畴，会给企业留下法律隐患。在签订劳动合同时，如企业构成欺诈，则劳动者有权依据《劳动合同法》第38条要求立即解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿金。

3）如果某些信息属于秘密，企业不能对外披露，则应当明确告知员工不能提供这方面的信息，要求员工根据其他信息作出是否签订、修改合同的判断。

问：员工诉企业“胁迫”签订、修改劳动合同，怎么办?

答：企业应当积极应诉，并提前准备好自证清白的各种相关证据资料。

企业威胁员工订立或修改劳动合同是指企业以某种现实或将来的危害使劳动者陷入恐惧而签订或变更劳动合同的行为。实践中，这种情形很少发生。这种威胁表现为某种身体或精神强制。

具体表现是：

1）威胁人实施某种威胁行为，即威胁人实施威胁行为必须是对受威胁人可能造成现实或将来的人身或精神危害，如以强力相威胁，或以揭露某人隐私为要挟等。

2）威胁人是故意，即明知会使他人产生恐惧而积极追求这种后果发生以达到签订劳动合同的目的，如以杀害某企业负责人子女相威胁而迫使该负责人同意录用等行为。

3）受威胁人陷入恐惧系因他人威胁行为所致，即他人签订劳动合同与受威胁之间存在因果关系，如有的单位以不同意为他人子女办理入学手续等相要挟，强迫劳动者与其订立长期劳动合同。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 3 条、第 8 条、第 26 条第 1 项、第 28 条、第 39 条第 5 项、第 46 条；

2.《劳动合同法实施条例》第19条、第24条；
3.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第69条。

例：

李某某是河南省登封市某公司的一名合同制工人，1982年1月，李某某到登封市某公司上班后，与该公司签订劳动合同期限至1994年12月底。1993年，登封市某公司以烟叶面积下滑、企业内部要进行改革为由，出台了相关裁员方案。该公司采取每月为李某某发放50元生活费，让李交纳5,000元风险抵押金的方式，迫使李某于1993年7月提出辞职，并承诺公司形势好转时，再通知李某某回公司上班等。之后，李某某从登封市某公司领取了安家费1,000元、纪念品100元、工资补助1,368元、养老金1,006元。双方当时没有办理解除劳动合同手续，登封市某公司也没有给李某出具解除劳动合同证明书，没有按规定将档案移交有关部门。李某离开公司后，没有再就业。

2005年，当李某某听说登封市某公司形势好转的消息后，便要求到公司上班，但登封市某公司却以双方已解除劳动合同关系为由予以拒绝。李某某于2005年9月

26日申请劳动仲裁，提出恢复工作，补发1993年至2005年的基本生活费等请求。

2006年1月10日，登封市劳动争议仲裁委员会作出裁决：支持李某的主张。登封市某公司不服裁决，将李某某诉至登封市人民法院，请求：确认原、被告之间不存在事实劳动关系；原告无义务为被告发放基本生活费；原告无义务为被告缴纳养老、医疗、失业保险金；原告不必为被告办理退休、离休手续等。

登封市人民法院审理经审理作出了李某某与登封市某公司之间存在着劳动合同关系，后者应继续履行其与李某某所签订的劳动合同等事项的判决。判后双方均不服，提起上诉。

郑州市中级人民法院经审理，于2007年9月3日作出判决，驳回上诉，维持原判。

解：

本案提示：

- 以胁迫的方式签订、变更、解除劳动合同的，签订、变更或解除行为无效。

本案中，李某某的辞职行为与登封市某公司采取的缴纳高额风险抵押金以及每月只发给50元生活费，并承诺待公司经济形势好转时再让其回公司上班等措施有关联，法院据此认定

公司行为具有胁迫、欺诈性质并导致辞职行为无效。鉴于当事人双方仍然存在着劳动关系，因此，李某某下岗期间公司有义务发放下岗期间的生活费。

操作提示：

1）企业在签订或修改劳动合同时要遵循平等、自愿、协商一致的原则。平等自愿是指劳动合同双方地位平等，应以平等身份签订或修改劳动合同。自愿是指签订或修改劳动合同完全是出于本人的意愿，不得采取强加于人和欺诈、威胁等手段签订或变更劳动合同。协商一致是指劳动合同的条款必须由双方协商达成一致意见后才能签订或变更劳动合同。

2）采取胁迫手段订立、变更的劳动合同无效，无效的劳动合同，从订立的时候起就没有法律约束力。

3）用人单位切忌为了自身利益，以扣押劳动者资历证明、不办理转档或是社会保险转户或缴纳风险抵押金等为要挟，迫使劳动者签订或修改劳动合同。

4）企业解除劳动合同要采用书面方式通知劳动者，并要有解除理由和日期。要按期办理有关终结劳动关系的退工手续，即要办理社会保险、公积金、档案转移、退工登记备案等手续，并开具解除、终止劳动关系的证明。

问：员工诉企业“乘人之危”签订、修改劳动合同，怎么办?

答：企业应当积极应诉，并提前准备好自证清白的各种相关证据资料。

企业“乘人之危”与劳动者签订、变更劳动合同是指，企业为牟取不正当利益，利用劳动者的急迫需要或者是危难处境迫使对方违背其真实的意思表示而订立或变更劳动合同的情形。例如明知对方经济异常紧张，故意压低工资与劳动者订立劳动合同。实践中，这种情形很少发生。

参考法规：

1.《劳动合同法》第3条、第8条、第26条第1项、第28条、第39条第5项、第46条；

2.《劳动合同法实施条例》第19条；

3.《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》 第70条。

例：

卓某某于1991年进入某厂工作，1992年8月25日卓某某与某厂订立一份无固定期限的劳动合同。1997年某厂改制为上海某公司。1998年12月15日，卓某某在上班途中发生交通事故，伤愈后正常工作至2004年11月，2004年12月起待岗在家，每月领取生活费人民币600元，2005年2月起生活费调整为850元。

2007年3月31日，卓某某与上海某

公司就“企业内部托养”事宜订立协议书。协议签订后，双方履行至今。

卓某某于2008年11月7日经当地劳动能力鉴定委员会鉴定为因工致残程度九级。2008年11月18日，卓某某向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

2009年3月26日，劳动争议仲裁委员会做出裁决，对卓某某要求解除与上海某公司于2007年3月31日签订的协议书、要求补偿工资差额48,000元的请求不予支持。卓某某不服，于2009年4月诉至原审法院，请求确认2009年3月31日签订的协议书无效，并判令上海某公司补足2005年1月至2009年2月卓某某领取的生活费1,000元与上海某公司处平均工资2,000元的差额计48,000元。

原审法院经审理后认为，卓某某与上海某公司于2007年3月31日订立的协议书，系双方在平等自愿的基础上协商一致达成对原有劳动法律关系的有关内容进行变更的协议。现卓某某认为根据有关工伤待遇的政策，上海某公司应为其安排适当的工作岗位，双方订立的协议与政策法规相违背，应认定为无效。对此法院认为，我国的有关法律、政策只对工伤人员在工

伤医疗期间企业能否解除合同有明确规定，且本案双方所立协议与卓某某的工伤无涉，故卓某某要求确认该协议无效，并主张上海某公司补足工资等的请求，理由不足，不予支持。

原审判决后，卓某某不服，提起上诉称：其于1998年发生交通事故后，上海某公司乘人之危，欺诈胁迫卓某某签订各种协议书，以达到与卓某某解除劳动关系的目的，卓某某迫于无奈才与其签订协议书，根据《上海市劳动合同条例》第五条、第二十条的规定，应认定2009年3月31日签订的协议书无效。故上诉请求撤销原判，依法改判支持其一审诉讼请求。

上海某公司辩称：双方自愿签订协议，卓某某上诉所称遭受胁迫没有依据，请求维持原判。

上海某中院经审理查明，原审法院查明事实属实，中院予以确认，并作出驳回上诉，维持原判的判决。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 对原有劳动法律关系的有关内容进行变更的协议，应当是在平等自愿的基础上

协商一致达成；

- 员工起诉企业乘人之危的，员工首先负有提供证据的责任。

本案中，卓某某在一、二审中均认为其因受到上海某公司的欺诈、胁迫才签订了协议书，但卓某某对其主张未能提供证据加以证明，故法院难以采信。

操作提示：

1）尽管在员工起诉企业乘人之危时，提供证据的责任在员工自己，但是企业能够证明自己清白的证据，仍然对企业保护自己的利益十分重要。因此企业日常应当注意保存能够自证清白的相关证据。

2）用人单位切忌出于私利，乘人之危，让劳动者基于自身利益，不得不违心地选择订立或修改劳动合同，因为此种行为属于法律规定的“乘人之危”范畴。劳动合同被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方还应当承担赔偿责任。

问：员工被刑事拘留、逮捕，可以解雇吗?

答：不可以。《劳动合同法》明确规定“被依法追究刑事责任的”，用人单位可以解除劳动合同。但是刑事拘留和逮捕，仅仅是一种强制措施，是在一定时期内剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由并予以羁押的强制方法。至于是否构成犯罪并被追究刑事责任要经过司法机关的认定。也就是说，被刑事拘留、逮捕的人员不一定最终都会被追究刑事责任，所以，在其被依法追究刑事责任前不必然适用该条款。

企业应该注意：

1) 要区别拘留的种类。根据我国现行法律规定的拘留共三种：刑事拘留、行政拘留和司法拘留。作为限制人身自由的强制措施，刑事拘留与后两种拘留之间有着严格的区别。只有刑事拘留才有“被依法追究刑事责任的”可能，也才有可能适用《劳动合同法》第 39 条第 6 项的规定。

2) 在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求向有关部门赔偿。具体做法是，在劳动合同中设计劳动中止条款，

待有关机关对其审查终结后，企业再依据相关法律规定继续履行劳动合同或按其他规定解除劳动合同。

参考法规：

1.《劳动合同法》第39条第6项、第43条、89条；
2.《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第27条；
3.《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第29条；
4.《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1条；
5.《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。

例：

原告贾某某原系辉县市某乡合同制人员，1999年被分流到该乡砂石管理中心工作，2002年8月因殴打他人被批捕，2003年12月被判处有期徒刑四年六个月，2006年12月底刑满释放；原告工资发放至2002年底；2005年辉县市某乡人民政府合并到辉县市某镇人民政府，撤去该乡；2006年年底原告刑满释放后即要求被告接收并安排工作被拒；2009年8月10日辉县市劳动仲裁委员会受理原告要求确认原被告双方存在劳动合同关系并支付劳动报酬的申诉，该仲裁委以原告申诉事项超过仲裁时

效为由，于9月14日作出驳回原告申诉请求的裁决书，并于10月26日送达。

法院认为：《中华人民共和国劳动合同法》第39条规定，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定，提起劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。本案原告贾某某虽系被告合并前单位辉县市某乡人民政府的合同制人员，但其因2002年8月殴打他人致伤而被追究刑事责任，某乡政府自2002年年底即停发其工资，2006年年底原告要求被告接受其并为其提供工作时又遭拒绝，证实被告已明确表示与其解除劳动合同；按照最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第一条的规定：因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。本案被告虽不能提供已书面通知原告解除劳动合同的证据，但原告自称2006年年底刑满释放后即与被告交涉，要求被告接受并提供工作，说明此时其已经开始主张权利，双方劳动争议已经发生，其于2009年8月10日才

提起仲裁诉讼，又未能提供有因不可抗力或者有其他正当理由，故其不超过仲裁时效的诉称，法院不予支持；据此，贾某某要求补发18,000元工资的请求也无事实依据，法院不予支持。据此法院驳回原告贾某某的诉讼请求。

解：

本案法律要点是：

- 用人单位是否可以解雇被依法追究刑事责任的员工；
- 在什么情况下没有书面通知证据，解除行为仍然有效。

本案中，原、被告的劳动关系是否可以解除，答案是肯定的。原告贾某某殴打他人，被依法追究刑事责任，被告有权解除与他的劳动合同。

另外，对于原、被告劳动关系的解除是否有效的问题，原告贾某某以未收到被告方解除劳动合同的书面通知为由，要求法院确认原被告之间仍存在劳动关系，并立即补发原告相应的劳动工资报酬18,000元。但是根据法律规定，提起劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。本案被告虽不能提供已书面通知原告解除劳动合同的证据，但原告贾某某自称2006年年底刑满释放后即与被告交涉，要求被告接受并提供工

作，说明此时其已经开始主张权利，双方劳动争议已经发生。2009 年原告提出仲裁，时效已过。因此，即使被告不能提供书面通知的证据，由于原告的仲裁时效已过，解除行为已经发生法律效力。

操作提示：

在员工被刑事拘留、逮捕的情形下，用人单位正确解除劳动关系的步骤是：

1）知道并确认员工被限制人身自由；

2）尽量了解和掌握是否属于法律规定的追究刑事责任的情形，只有当劳动者确定地被追究刑事责任后，用人单位才可以解除劳动合同；

3）取得并保留被追究刑事责任的证明；

4）通知工会。如果用人单位未设立工会，对于如何实施“通知工会程序”问题，相关法律并未给出答案，司法裁判口径也不尽一致；有观点认为，用人单位未建立工会，可以通过告知并听取职工代表或当地总工会意见的方式履行该法定程序；

5）实施解除行为。向员工出具书面解除劳动合同文书，告知解除决定及解除理由，并由员工签收；向劳动者出具解除劳动合同的书面证明是用人单位的法律责任，违反规定，给劳动者造成损害的，要承担赔偿责任。

问：员工被行政拘留、劳动教养或收容教育，可以解雇吗?

答：可以，条件是依据合法，方法正确。

行政拘留是一种重要的也是常见的行政处罚的种类。行政拘留是指法定的行政机关（专指公安机关）依法对违反行政法律规范的人，在短期内限制人身自由的一种行政处罚。行政拘留是最严厉的一种行政处罚，通常适用于严重违反治安管理但不构成犯罪；而警告、罚款处罚不足以惩戒的情况，由县级以上公安机关作出，最长是 15 日。

劳动教养是对有轻微违法犯罪行为，不够刑事处分的人实行强制性教育改造的行政处罚。劳动教养由劳动教养管理委员会审批。劳动教养的期限是 1 ～ 3 年，必要时可延长 1 年。

收容教育是指根据中华人民共和国国务院《卖淫嫖娼人员收容教育办法》（1993 年 9 月 4 日国务院令第 127 号发布）第 2 条指对卖淫嫖娼人员集中进行法律教育和道德教育、组织参加生产劳动以及进行性病检查、治疗的行政强制措施。

企业须注意：

1) 在实际操作中，行政处罚是不符合《劳动合同法》中规定的被依法追究刑事责任的范围的，企业是不能够依据行政拘留给予职工解除劳动合同的。但是，对于被采取过行政处罚

的职工，如果企业想要解除劳动合同的，那就需要企业采取一种变通的方式进行处理。比如，单位可以在员工手册或者规章制度中明确约定，违反行政管理处罚条例，被采取行政拘留的，视为严重违反企业规章制度，单位有权单方面解除劳动合同。当然，将员工受到行政处罚的行为，规定为严重违反用人单位规章制度，是否合理，在实践中仍有一定争议。读者需留意这一点。

2) 对于被劳动教养员工，根据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第31条的规定，劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动合同。企业最好将此条款细化到规章制度中去。

3) 根据劳动部办公厅对《关于职工被公安机关“收容教育”企业能否与之解除劳动合同的请示》的复函，企业员工因卖淫、嫖娼等违法犯罪活动被公安机关执行收容教育的，企业可以根据《劳动法》第25条第2款的规定，解除与该职工的劳动合同。企业最好将此条款细化到规章制度中去。

参考法规：

1. 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第31条；
2. 劳动部办公厅对《关于职工被公安机关“收容教育”企业能否与之解除劳动合同的请示》的复函。

例：

2003年1月5日，冯某到石家庄某水泥厂任出纳工作，双方签订了为期5年的劳动合同。

2005年12月9日，冯某因涉嫌一起团伙盗窃案件被公安局刑事拘留。因情节轻微，公安机关对冯某作出劳动教养一年的决定，并书面通知冯某所在单位。某水泥厂收到劳教决定后，立即作出辞退冯某的决定，将辞退决定书交由冯某家人签字。后来到劳动教养所在地，委托劳动教养机关将辞退决定书交与冯某书面签收。

2006年年底，冯某劳动教养结束获得自由。出来以后由于工作难找，冯某想回水泥厂工作。某水泥厂不同意继续聘用冯某，人事部门告知冯某称，单位已于一年前对其作出正式辞退决定，双方不存在劳动关系，冯某不能回原单位工作。

冯某不服，向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉，认为其只是受劳动教养，不同于刑事处罚，双方签订的劳动合同以及单位的各项规章制度上都没有员工被劳动教养单位可以解除劳动合同的规定，因此单位不能就此解除双方的劳动合同，要求单位撤销辞退决定，恢复双方劳动关系。

某水泥厂提交了冯某接受辞退决定书的回执，同时答辩称，虽然合同及规章制度中没有劳动教养单位可以解除合同的规定，但根据相关法律规定完全可以解除，对冯某的辞退决定并已通过劳动教养机关转交，且冯某原岗位已安排了其他人员，无法满足冯某的要求。

劳动争议仲裁委审理后认为，我国相关法律明确规定劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据劳教事实解除劳动合同。本案中冯某承认其被劳动教养事实。作为用人单位，被申诉人某水泥厂作出辞退决定后依法转送与冯某，已履行了法定送达义务，其辞退决定合法，本委予以支持。据此，仲裁委员会驳回了冯某的申诉请求。

解：

本案的法律要点是：

- 劳动教养可以作为解除劳动合同的合法理由。

本案中，尽管冯某的劳动教养不是刑事处罚，但是根据相关法律法规，企业可以解除与被劳动教养员工的劳动合同。即使该劳动合同及企业的规章制度中没有劳动教养单位可以解除合同的规定，企业根据法律、法规的规定，也可以行使解除权。

操作提示：

1）对被行政拘留、收容教育和劳动教养的员工行使解除行为时，切忌使用《劳动合同法》第 39 条第 6 项劳动者被“依法追究刑事责任”作为解除劳动合同的法律依据并以此制作解除劳动合同通知书。它们不属于所谓“追究刑事责任”范围的问题，将会被视为违法解除劳动合同。

2）一旦员工出现被行政拘留、劳动教养或收容教育，严重违反企业规章制度时，企业即可依法对该员工作出解除劳动合同的决定，而无须提前通知。

3）企业应将解除理由通知工会并征求意见，有关文件要存档。

4）企业向该员工发出解除劳动合同书，并让其签字确认收到。

问：员工因私伤病，长期不能上班，可以解雇吗？

答：可以，但要符合一定的条件。

根据法律规定，要解雇因私伤病，长期不能上班的员工的条件是：

1）员工要享有医疗期；

2）医疗期满后，劳动者如不能从事原工作，同时也不能从事用人单位另行安排的工作的，用人单位可以解除合同。

企业需要注意的是：

1）这里的医疗期，是法定医疗期而非医学上的医疗期。法定医疗期是指劳动者因患病或非因工负伤，停止工作治病休息，用人单位不得解除劳动合同的时限。

2）劳动者因患病或非因工负伤，需要停止工作治病休息的，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予 3 个月到 24 个月的医疗期。

3）对于某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在 24 个月内尚不能痊愈的，经企业和当地劳动部门批准，可适当延长医疗期。

企业还需注意 6 种禁止解除的情形，即如果存在以下 6 种情形时，不可依据“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”而解除劳动合同：

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。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 40 条第 1 项 、第 42 条、第 43 条；

2.《中华人民共和国劳动法》第 26 条；

3.《企业职工患病或非因公负伤医疗期的规定》第 2 条、第 4 条；

4. 劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因公负伤医疗期的规定〉的通知》第 3 条。

例：

原告丁某于 2008 年 11 月 20 日入职被告处，任职压铸管理员，双方签订的劳动合同期限自 2008 年 12 月 1 日至 2011 年 11 月 30 日止，试用期为 3 个月，实行标准工作制（即每天工作 8 小时，每周工作 40 小时），试用期工资为 900 元 / 月。根

据原告确认的2009年4月至2010年6月期间的工资表计算，原告离职前十二个月的月平均工资为8100元（含住房补贴费100元/月）。2010年6月21日，原告工作时在办公室突然发生身体半身麻痹不能行动，被工友送进医院救治，经确诊原告患脑梗塞、高胆固醇等症状。2010年6月25日，被告发出《公告》，以原告连续旷工三天当自动离职处理，并于公告当天终止了与原告的劳动关系。2010年7月19日，原告向深圳市劳动争议仲裁委员会提出劳动仲裁申请，请求裁令被告继续履行与原告签订的劳动合同，并支付原告加班工资、经济补偿金等各种费用。深圳市劳动争议仲裁委员会于2010年9月7日做出仲裁裁决书，裁令：被告支付原告2009年、2010年期间的年休假工资4,050元，驳回原告的其他申诉请求。原告不服该结果，遂诉法院。

法院认为，原、被告双方之间存在劳动关系，应受到劳动法及相关法律的调整。经查证，作出如下判决：

1）被告应于本判决生效之日支付原告丁某非法解除劳动合同经济赔偿金32,400元；

2）被告于本判决生效之日支付原告丁某2009年、2010年的年休假工资4,050元；

3）驳回原告的其他诉讼请求。

法院作出上述判决主要根据以下理由：

1）原、被告双方之间存在劳动关系，应受到《劳动合同法》及相关法律的调整。

2）关于继续履行劳动合同、支付解除劳动关系赔偿问题，被告作为用人单位应当对具有合法理由解雇原告承担举证责任。

3）由于原告被被告解除劳动关系时正处于患病并在规定的医疗期内，因此被告解除劳动关系违法。

4）对被告违法解除行为，原告有权选择要求被告继续履行劳动合同或者支付解除劳动关系赔偿款。

5）综合考虑双方矛盾纠纷发生的实际过程、原告身体状况以及继续履行劳动关系的可能性等问题，法院认为要求被告支付解除劳动关系赔偿更有利于原告利益，因此支持原告关于要求被告支付解除劳动关系赔偿金的请求，即被告应支付原告解除劳动关系赔偿金。

解：

本案的主要法律要点是：

- 用人单位应当对员工“因私伤病”、“长期不能上班”、“已享有医疗期”、“不能从事原工作也不能从事单位另行安排的工作”的行为承担举证责任；
- 对正处于患病并在规定的医疗期内的员工，解除劳动关系属违法解除行为；
- 用人单位对违法解除行为应付赔偿金。

本案中，原告丁某与被告有合法的劳动关系，生病期间正值劳动关系存续期间。在员工医疗期中，被告就以旷工为由对其当自动离职处理，并于公告当天终止了与原告的劳动关系。被告的行为违法了《劳动合同法》的规定，系违法解除。

操作提示：

1) 劳动者患病或非因工负伤的，用人单位应注意医疗期的计算问题。计算医疗期时需要确定劳动者实际工作年限的确定，可让劳动者提供相关材料证明，如入职表、劳动合同或社保缴费证明及法律规定对医疗期的计算方法等。

2) 劳动者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，用人单位在提前三十日通知或支付一个月工资后与其解除劳动合同，应注意经济补偿金和医疗补助费的支付问题。

问：员工能力不足，能解雇吗?

答：能，但前提是企业要严格遵守《劳动合同法》第 40 条第 2 项的规定，即劳动者不能胜任工作，必须要经过培训或者调整工作岗位，且仍不能胜任工作的，企业才可以行使解除权。

如果用人单位以劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同，必须注意以下问题：

1）用人单位要有绩效考核制度，且该制度在劳动关系存续期间有效实施。

2）用人单位必须在合法有效的规章制度中明确设定“不能胜任工作”的标准，并依据该标准事先对劳动者进行了考核，能够有充分的证据证明劳动者不能够胜任工作。该标准应合理、具体、量化。

3）要告知员工胜任与不胜任的标准。

4）用人单位一定要给劳动者一个再次尝试的机会，也就是用人单位要对劳动者进行培训或者为其调整工作岗位。这是必经的法定程序。

5）如果劳动者在用人单位给以再一次尝试的机会仍然不能胜任工作，用人单位可以依法提前 30 日以书面形式通知或支付代通知金的方式来解除劳动合同。

6）用人单位以劳动者不能胜任工作为由合法地解除劳动合同时，如果用人单位选择额外支付劳动者一个月的工资，该工资应当按照劳

动者上一个月的工资标准确定。

7）用人单位如果要以劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同，该用人单位应就劳动者不能胜任工作的事实负举证义务。

企业还需注意6种禁止解除的情形，即如果存在以下6种情形时，不可因员工不能胜任工作而解除劳动合同：

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。

参考法规：

《劳动合同法》第40条第2项、第42条、第43条、第87条。

例：

王某于2009年10月27日进入上海A公司工作。同日，A公司、王某签订期限至2012年10月26日的《劳动合同书》，约

定试用期至2010年1月27日止。2010年7月8日，A公司出具《解除（终止）劳动关系通知书》，以“不能胜任工作”为由决定与王某解除劳动合同。2010年7月15日，王某向上海市某某区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

仲裁裁决做出后，A公司不服，诉至原审法院，要求判令不恢复劳动关系、不继续履行劳动合同等诉求。A公司诉称：王某对于其从事的工作岗位缺乏必要的电脑操作技能，不懂SAP系统操作，多次出现工作失误，难以胜任公司工作。而王某辩称：A公司并无证据证明其不胜任工作。其不同意A公司的上诉请求。

原审法院认为，A公司、王某之间劳动合同是由作为用人单位的A公司做出决定而解除的，根据法律规定，A公司应对其所主张的解除理由承担举证责任。A公司主张王某不能胜任工作，A公司应举证王某存在不能胜任工作的事实，且A公司已对其经过培训或者调整工作岗位，但王某仍不能胜任工作。A公司就其主张提交《关于将王某退回人力资源部的报告》为证，王某对此不予认可。因该证据的制作方为A公司，而A公司既未能就该证据的

真实性进一步举证证明，又未能提供其他证据以印证该证据所述内容，故对该证据，原审法院不予确认。A公司凭其主观猜测主张劳动合同已无法继续履行，但未能举证证明合同存在客观上已无法履行的情形，故对A公司该主张，原审法院不予采纳。A公司未能就其解除劳动合同的合法性举证证明，故王某主张A公司的解除行为违法，并要求恢复劳动关系，符合法律规定，原审法院予以支持。

原审判决后，A公司不服，上诉至二审法院。A公司向二审法院提供公司ERP学习资料（A公司称ERP为SAP系统的一部分），旨在证明公司曾就该学习资料对王某进行过培训。王某对该证据有异议，称其从未见过。因仅凭学习资料不能证明A公司曾对王某进行过培训，A公司又无其他证据可证明其主张，故对该证据的证明力二审法院不予认定

二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

解：

本案主要有以下法律要点：

- 企业因员工不能胜任工作的原因解除劳动合同的，必须要有完整的“考核—经

过培训或调岗—考核”的程序；

- 用人单位对解除行为所依据的事实负举证责任。

本案中：

1）A 公司以王某不能胜任工作，经过培训后或者调整工作岗位以后仍不胜任工作为由解除与其劳动合同，A 公司对其主张应负举证责任。A 公司就其主张提交《关于将王某退回人力资源部的报告》为证，但是，该证据的制作方为 A 公司，而 A 公司既未能就该证据的真实性进一步举证证明，又未能提供其他证据以印证该证据所述内容，故对该证据，法院不予确认。

2）当劳动者的工作能力不能满足所从事的岗位时，用人单位并不能直接解除劳动合同，而是要经过一个法定的前置程序，即对其进行培训或者调岗。A 公司向二审法院提供公司 ERP 学习资料，旨在证明公司曾就该学习资料对王某进行过培训。但仅凭学习资料不能证明 A 公司曾对王某进行过培训，A 公司又无其他证据可证明其主张的事实，故对该证据的证明力二审法院不予认定。

3）A 公司提交的证据存在瑕疵，未能提供有效证据证明其单方解除劳动合同的行为符合《中华人民共和国劳动合同法》第 40 条第 2 项规定，A 公司应当承担举证不能的不利后果，其行为构成违法解除劳动合同。

操作提示：

企业合法解除能力不足、不能胜任工作的员工，必须保留以下证据材料：

1）劳动者不能胜任工作的相关证据，比如岗位考核制度、考核任务书、考核结果，或者经劳动者确认的没有完成工作任务的相关材料；

2）对劳动者进行培训的培训记录，如培训登记表、培训费用原始凭证、培训总结、培训考试试卷以及记录劳动者培训过程的照片或者录像等；

3）劳动者经过培训后或者调整工作岗位后，再次被用人单位确认不能胜任工作的相关证据；

4）用人单位提前三十日书面通知劳动者，或者向劳动者额外支付一个月工资的相关证据；

5）通知工会的证据，包括工会签知、收到的签字文档；

6）用人单位将书面解除劳动合同的通知送达劳动者的相关证据。

问：“订立合同时的客观情况发生重大变化”是什么意思?

答：对何谓客观情况发生重大变化，《劳动法》和《劳动合同法》均未作具体规定。一般而言，客观情况变化程度必须非常重大，导致劳动合同无法履行。劳动部规范性文件认为“客观情况”包括发生不可抗力或企业迁移、被兼并、企业资产转移等。为减少劳资争议，企业可在劳动合同或在企业规章制度中以列举形式提前予以约定。

企业用《劳动合同法》第 40 条第 3 项“订立合同时的客观情况发生重大变化”来解除劳动合同时：

1) 必须是客观情况发生了重大变化；

2) 客观情况发生重大变化必须导致原合同无法履行，比如单位转产，原来的专业性员工的劳动合同就可能无法履行；

3) 未能就变更劳动合同内容达成协议，如果在没有与员工就合同变更事宜进行协商的情况下单方解除合同，则是违法的，属于违法解除。

企业还需注意，有以下 7 种情形的，企业不能以“客观情况发生重大变化”来解除与劳动者的劳动合同：

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）员工在试用期的；

7）法律、行政法规规定的其他情形。

参考法规：

1.《劳动合同法》第 40 条第 3 项、第 21 条、第 42 条、第 43 条；

2.《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第 26 条第 4 款。

例：

杨某某 2004 年 6 月与加宁公司签订 5 年期劳动合同，2008 年 12 月 20 日，双方重新签订劳动合同，期限变更为无固定期限劳动合同。2009 年 2 月，青铝集团收购了某控股有限公司在加宁公司的全部股份，拥有加宁公司 80% 的股权，2009 年 5 月，加宁公司变更为铝电公司。后来又发生了一系列的收购事件。

2009 年 2 月，青铝集团发出通知：因本公司收购了原加宁公司股权后，客观情

况发生了变化，加之本企业生产经营状况进行调整等原因，现根据《劳动合同法》依法进行变更，若员工同意变更，届时将使用青铝集团劳动合同文本，其在原加宁公司工作时间将连续计算，工资依据青铝集团工资体系进行对接，岗位按照管理经营需要进行调整，并退还与青铝集团解除劳动合同时领取的经济补偿金。

通知发出后，大部分员工与铝电公司重新签订了劳动合同，杨某某未与铝电公司签订劳动合同。2009 年 3 月起，杨某某工作岗位未变，继续在铝电公司处工作。2009 年 10 月 30 日，铝电公司向杨某某发出通知，要求杨某某于 2009 年 11 月 3 日前就是否同意变更劳动合同做出书面答复，如同意变更，公司将履行劳动合同变更手续，如不同意变更或逾期不答复，公司将解除劳动合同并给予经济补偿金。后因双方就退还经济补偿金未能达成协议，双方未签订劳动合同。

2009 年 12 月 4 日，铝电公司向杨某某发出劳动合同解除通知书，通知解除与原告的劳动合同并给予经济补偿金，于 12 月 8 日前到人力资源部办理解除劳动合同

手续。自12月5日起，杨某某未到铝电公司处上班，未办理解除劳动合同手续。2010年6月2日，杨某某向青铜峡市劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求被告支付少发工资，支付违法解除劳动合同赔偿金，经济补偿金等。仲裁裁决后，杨某某不服，上诉至法院。

原审法院查明：杨某某与加宁公司签订的劳动合同第一章（4）中约定："客观情况"系指本合同订立时所依据的所有客观情况，包括但不限于公司经营情况、办公地点及公司结构等内容。"客观情况"发生重大变化包括但不限于公司合并、分立、并购、业务剥离、业务或经营地点发生变化、生产或经营模式发生变化、技术的重大革新、生产经营发生严重困难、企业根据破产法重整以及业务整合等。

原审法院认为：

（1）加宁公司变更为铝电公司后，企业名称、性质、经营模式及生产经营状况确属发生重大变化，属于合同约定的客观情况发生重大变化的情形；

（2）铝电公司与杨某某经多次协商变更合同未果后，解除与杨某某劳动关系，

符合合同约定和法律规定，不存在违法解除劳动合同的情形;

（3）杨某某要求铝电公司支付违法解除劳动合同赔偿金的请求，无事实依据，不予支持;

（4）加宁公司变更为铝电公司后，有权根据自己的生产经营特点和经济效益确定工资水平，杨某某要求按加宁公司的工资水平支付本人工资，不符合客观实际及法律规定，其要求补发工资及支付赔偿金、利息损失的请求，本院不予支持;

（5）铝电公司解除与杨某某的劳动合同，应依法向杨某某支付经济补偿金。上诉人杨某某请求以在加宁公司工作期间的平均工资支付经济补偿金并不符合实际，本院不予支持。

审理后，杨某某不服，上诉到二审法院。经二审审理查明的事实与一审一致。双方当事人在二审中均未提供新证据。二审法院驳回上诉，维持原判。

解：

本案争议的法律要点：

- “客观情况”变化是否属于重大变化的情形；

- 解除劳动合同前是否经过了协商程序。

本案中：

1）法院根据法律规定以及双方劳动合同的约定，本案仲裁委和法院确认加宁公司变更为铝电公司后，企业的生产经营状况确属发生重大变化。在本案中，加宁公司变更为铝电公司后，不仅仅企业名称、性质和股权归属发生了变化，其生产经营状况和主营业务也同时发生了变化，人民法院认为足以导致原劳动合同不能履行，属于合同约定的客观情况发生重大变化的情形。

2）铝电公司与杨某多次协商，不能达成协议。在此基础上做出的解除劳动合同的决定符合法律规定，不应认定为违法解除。

3）铝电公司依法给予杨某经济补偿。

因此，本案中铝电公司的行为是合法的，得到了法院支持。

操作提示：

1) 确认客观情势发生重大变化，用人单位对此负有举证责任。

2) 因为并购，导致用人单位变更名称、主要负责人或投资人等事项，不影响劳动合同的继续履行，不属于法律规定的“客观情况发生重大变化”。

3) 要确认发生劳动合同无法履行。劳动合同是否已经无法继续履行，应当实事求是地进行判断，主要看劳动者的原来的工作条件是否还存在。仅仅是企业名称或投资人发生变化，并不必然导致劳动合同不能

继续履行。

4) 与劳动者进行必要的协商变更程序。也就是说，如果双方当事人经过协商能够就变更劳动合同达成协议，用人单位不能解除劳动合同；用人单位对此负举证责任。

5) 将劳动合同解除理由通知工会并听取工会意见。

6) 提前 30 日向员工发出解除劳动合同书，并让其签收。

7) 按劳动者在本单位工作年限，每满 1 年给予劳动者本人 1 个月工资收入的经济补偿金，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金。

问：企业准备破产重组，可以裁员吗?

答：不能。只有在法院根据《破产法》对企业破产重组的申请批准后，才可以按照《劳动合同法》规定的程序予以裁员。

如果企业以《劳动合同法》第 41 条第 1 款第（1）项“依照破产法规定进行重整的”为由，减裁人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，企业必须拥有人民法院出具的关于重整的裁定书，并提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取其意见，向劳动行政部门报告裁减人员方案后，可以进行裁员。企业只是在“准备”破产时，并不能进行裁员。

企业须注意：

1) 按照《劳动合同法》第 41 条规定，用人单位裁员需具备法定条件。裁员条件举证责任由用人单位承担，用人单位必须有充分证据举证证明达到法律所规定的可以裁员的条件方可裁员，不能举证的将会被认定为违法裁员。

2) 实践中用人单位依照《企业破产法》规定进行重整的裁员条件举证相对容易，提供人民法院出具的关于重整的裁定书即可，无法院出具的重整的裁定，不能以此为由裁员。

3) 在裁员过程中的各个阶段，企业能够进行细致入微的规划和布置将是非常必要的。实

践中，为了妥善解决矛盾，无论是企业工会、各级工会还是政府部门作为员工和企业之间的沟通桥梁如果能够起到协调、化解的作用，加上一些专业法律人员、心理辅导人员、就业帮助人员的专业帮助都有助于将裁员事件的影响降到最低。

4）关于裁员的补偿方案，为了有利于在协商阶段就协商解除，单位提出的协商解除补偿方案最好要高于法律规定的底线以及最终裁员的方案，才能促进员工通过协商方式解除，否则员工既然早签没有什么好处，就会处于观望状态，导致最终裁员解除的人数较多，增加裁员工作的难度。

企业需还注意，有下列 7 种情形的，企业不能以重整的名义裁员：

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）员工在试用期的；

7）法律、行政法规规定的其他情形。

企业还需注意，根据法律规定，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。

此外，如企业在6个月内重新招用人员，应通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减人员。

参考法规：

1.《劳动合同法》第41条、第42条、第43条；

2.《企业经济性裁减人员规定》第4条。

例：

李某从1988年7月起入职拥有780员工的某冷机公司工作，双方建立劳动关系。2007年3月该冷机公司经营出现严重问题，资不抵债，向法院申请破产。后在法院等各方的努力下，法院裁定冷机公司进行破产重整。其中一项重要的工作就是根据重组计划裁员230人。根据法律规定，冷机公司做了详细的裁员方案，并向企业工会说明裁减人员情况并听取工会的意见，同时向劳动行政部门报告。李某等人与冷机

公司签订了《解除劳动合同协议书》，协商解除了劳动合同关系，亦按协议书的约定领取了冷机公司发放的经济补偿金。同时，对于用工单位与劳动者在解除劳动关系时遗留的诸如企业平均工资计算标准、补发加班费、补齐不够最低工资780元/月部分等有关补偿问题，冷机公司作为用工单位已通过多次召开职工协商会的形式与李某等劳动者进行协商讨论。公司还请各级工会、政府部门有关人员做公司与所裁员工的沟通工作，并请法律专家、心理辅导人员来进行辅导帮助。

李某等与冷机公司在协商一致的基础上签订了《协议书》，该《协议书》签订的目的是解决在双方解除劳动关系后遗留的所有补偿问题，并约定由冷机公司在已发放经济补偿金的基础上，再一次性支付给李某等一定数额的款项作为对解除劳动关系后所有遗留问题的补偿，更明确此后双方互不追究。李某等收取了《协议书》所确定的补偿款。至此，李某等因破产重组裁员而解除劳动关系后所产生的争议已全部解决。

解：

本案的法律要点是：

- 用人单位以“资产重整”为由裁员，需拥有法院的重整裁定；
- 裁员过程应符合法定的程序。

本案中，冷机公司由于经营出现严重问题，资不抵债，向法院申请破产并拥有法院裁定进行破产重整文件，因此具备裁员的法定条件。在裁员程序方面，冷机公司作为用工单位已通过多次召开职工协商会的形式与李某等劳动者进行协商讨论。公司还请各级工会、政府部门有关人员做公司与所裁员工的沟通工作，并请法律专家、心理辅导人员来进行辅导帮助。冷机公司的裁员行为合法。

操作提示：

企业在拥有人民法院出具的关于重整的裁定书后，应当做到：

1）提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料。

2）提出裁减人员方案，内容包括被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。

3）将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；没有建立工会的用人单位进行经济性裁员，只有向全体职工说明情况，听取职工的意见。听取职工意见可以有多种形式，如座谈会、设置意见箱、部门负责人收集意见等，这些用人单位都要保留充分的证据，发生纠纷才能举证。

4）裁减人员方案应向劳动行政部门报告，听取其意见和建议。

5）由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

问：企业经营形势不好，可以裁员吗?

答：可以，但是企业经营形势不好必须达到一定程度，才可以裁员。

企业生产经营状况不好，确需裁减人员的，必须符合法定情形，而不是企业可以随口编造的，并且必须履行法定的程序。法律规定，企业生产经营状况不好需要裁员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，必须达到《劳动合同法》第 41 条第 1 款第（2）项“生产经营发生严重困难的”标准，并提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取其意见，向劳动行政部门报告裁减人员方案后，可以进行裁员。

对“严重困难”的标准，企业需注意以下几点：

1) 我国目前没有对困难企业的认定标准与程序的统一规定，但各地方政府在对经济性裁员的规定中对企业生产经营发生严重困难的情形做了一些规定。困难企业的认定以企业财务资料为主要依据，一般应符合以下条件：

a) 企业经营发生严重困难并已出现亏损，长期停产或半停产；

b) 确因企业困难已经连续多月降低或欠发职工工资（一般为 6 个月）；

c) 确因企业困难有拖欠职工社会保险现象；

d) 采取停止招工、停止加班加点等补救性措施且生产经营状况无明显好转等。

2) 从司法实践来看，法院确认企业经营困难的主要依据是企业提供的财务报表。

3) 鉴于我国有些地方已作出明确规定，为防止由此产生的法律风险，企业人力资源管理部门应未雨绸缪，向当地劳动和社会保障部门咨询获取相关文件，如有必要应及时向主管部门提出认定请求。

4) 如果企业所在地没有制定认定经营严重困难企业的标准或程序，用人单位要慎用本项规定进行经济性裁员。除提供完整的财务报表和职工意见作为支撑外，实施前以取得当地劳动和社会保障部门的书面同意为最佳选择。

企业需注意，有下列 7 种情形的，不能适用裁员情形而解除劳动合同：

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）员工在试用期的；

7）法律、行政法规规定的其他情形。

另外，企业还需注意，根据法律规定，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。

此外，如企业在6个月内重新招用人员，应通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减人员。

参考法规：

1.《劳动合同法》第41条第1款第2项；

2.《企业经济性裁减人员规定》第4条。

例：

上海某电器有限公司（以下简称“电器公司”）经工商登记注册成立于1994年1月11日，系中外合作经营企业。李某、电器公司于2008年签订无固定期限劳动合同。自2006年起，电器公司出现严重亏损，经营发生困难。经上海某会计师事务所进行审计，电器公司2006年度亏损人民币（以下币种均为人民币）19,639,328.72元，2007年度亏损17,021,308.85元，2008年

度亏损22,596,086.91元。2008年8月，电器公司与部分员工通过协商解除了劳动合同，之后经营状况仍未好转。

2009年6月10日，电器公司制订了裁员日程表。同年7月10日，电器公司召开工会会议，由电器公司总经理代表公司向工会就公司因经营发生严重困难而进行经济性裁员的方案（包括裁员人数、名单、经济补偿、时间安排）等进行说明，并听取工会意见。7月15日，电器公司再次召开工会会议，就企业经济性裁员再次听取工会意见。另外，电器公司向职工公布裁员方案，并发放了职工意见征询表，要求职工在2009年7月23日之前向工会提交意见。同时，电器公司安排被裁减人员进行职业性健康检查，并对需复查对象安排复查。

2009年7月24日，电器公司工会制作了企业裁减人员情况报告表，汇总意见如下:

1、要求电器公司严格遵守经济性裁员的法律规定，对法律规定不能裁减的人员从裁员名单中删除;

2、电器公司应当按照法律规定全额支付被裁减人员的赔偿金;

3、考虑到大部分被裁员工为公司服务了十多年，大都是无固定期限劳动合同，且年龄较大，再就业能力较弱的客观情况，希望电器有限公司在法定经济补偿金之外，再考虑多支付额外的经济补偿，电器公司工会在上述报告表上盖章，工会委员张某某、郭某某、沈某某、俞某某在上述报告表上签字。

2009年8月10日，上海市某区人力资源和社会保障局收到电器有限公司送交的裁员报备材料。同年8月25日，电器公司解除了与李某之间的无固定期限劳动合同，并按照李某的工作年限和工资标准支付了经济补偿金。2009年10月23日，包括李某在内的124人向上海某区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求确认电器有限公司解除劳动合同违法、恢复劳动关系等。

仲裁委裁决书对李某等124人的仲裁申请做出了请求事项不予支持的裁决。李某不服该裁决，遂诉至一审法院。

李某称，电器公司并没有达到当地政府规定的企业经营困难的标准，故不能以此为由进行裁员。电器公司提供的审计报告是不真实的，实际上其已经转移机器、

停止生产，故公司应该进入清算程序，而非经济性裁员。电器公司是以经济性裁员为幌子，转移生产，同时逃避对员工的补偿。而且，李某对工会委员在报告表上的签字存有异议，故不能认定电器公司已经提前30日通知劳动者或工会，故被电器公司裁员程序违法。

李某对上述陈述并未提供有效反证，也未在法院指定的举证期限内申请财务审计。

一审法院认为，根据我国《劳动合同法》等法律规定，企业依法享有经营自主权，在生产经营发生严重困难时，企业可以依法进行经济性裁员，以达到扭转亏损或者减少负债的目的。但上述经济性裁员必须严格遵守我国《劳动合同法》规定的实体性和程序性条件，必须在企业的生产经营确已达到严重困难的程度时，由用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况、听取工会或者职工的意见，并将裁减人员方案向劳动行政部门报告后，才可以裁减人员。电器公司提供的2006年度和2008年度的审计报告表明，电器公司的亏损情况，应当属于生产经营严重困难的情形，电器公司据此决定进行经济性裁员，

其行为并无不当。此后，电器公司依照法律规定提前三十日向工会说明情况并听取了工会意见后，将裁员方案向劳动行政部门报告，然后进行裁员，其裁员程序符合法律规定。因此判决驳回李某的起诉。李某不服向上级法院提起上诉。

二审法院经审理驳回李某上诉，维持原判。

解：

本案的法律要点是：

- 经营困难的严重程度必须达到规定的标准才能成为裁员的理由；
- 裁员的程序是否合法。

本案中，法院认为，根据相关法律规定，企业在生产经营发生严重困难时，可以依法进行经济性裁员。根据电器公司提供的审计报告，被上诉人连续三年亏损情况严重，符合生产经营严重困难的情形，据此决定进行经济性裁员，与法无悖。

有关程序方面，法院根据案件查明的事实，认为电器公司已经提前三十日向工会说明情况并听取了工会意见，也将裁员方案向劳动行政部门报告，故其裁员程序符合法律规定。虽然李某在审理中对工会委员签字的真实性一直存

有异议，但由于工会成员本人已确认签字，故上诉人的异议不能成立。鉴于用人单位享有一定的经营自主权，一般来说，其在进行经济性裁员时，可以根据企业的实际需要及劳动者的不同情况决定所裁减的人员。

操作提示：

1) 援引“经营严重困难”为由进行裁员，需要有严格的条件，比如经营困难的标准等。如果企业无法满足这些条件，则建议企业采用其他方式与员工解除合同，比如援引“客观情况发生重大变化，致使原合同无法履行”为由。

2) 若企业倾向于援引“经营严重困难”作为裁员的理由，建议企业事先与政府相关部门及工会进行沟通，取得对“经营严重困难”这一事实的认同。

问：社会经济形势不好，可以进行经济性裁员吗?

答：不可以。社会经济形势不好不是企业经济性裁员的法定理由。

企业裁员的法定理由主要有以下 4 项：

1）依照企业破产法规定进行重整的；

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。

如果社会经济形势不好，影响到了企业的经营状况，并且使企业的生产经营发生严重困难的，企业可以以“生产经营发生严重困难”为由，按照法律规定的程序进行裁员。

参考法规：

《劳动合同法》第 41 条第 1 款第 2 项、第 42 条、第 43 条。

例：

某公司 2008 年下半年，因金融危机导致资金周转严重困难。2008 年 8 月 5 日，公司召开股东大会，通过决议，将在 9 月 1 日起开始裁员，目标是裁减 40% 的员工。2008 年 8 月 20 日，公司人力资源部将公司经营困难状况和裁员方案在职工公告栏内进行公布，同日召开职工大会对有关情

况进行说明。2008 年 9 月 1 日，公司人力资源部门将上述公布的情况说明和裁员方案上报当地劳动行政部门。同日，即要求被列入裁员名单的员工前往人力资源部办理解除劳动合同的手续并领取相应的经济补偿金。

解：

本例的法律要点是：

- 裁员必须具备法定理由；
- 裁员的程序要合法。

本例中，某公司以因金融危机导致资金周转严重困难为由，表面上符合“生产经营发生严重困难”为由进行裁员的法定理由。但是，公司对此负有举证责任。证据包括公司财务数据等。

在程序方面，法律要求必须提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。在本例中，2008 年 8 月 20 日，公司人力资源部将公司经营困难状况和裁员方案在职工公告栏内进行公布，同日召开职工大会对有关情况进行说明。公司只是将方案公布，并未听取任何意见，也未采取任何的形式进行讨论。且公司在公布通告后的 10 天内就办理了解除劳动合同的通知，不符合法律规定。企业

为此将承担支付赔偿金的责任，而不仅仅是经济补偿金。

操作提示：

企业在进行经济性裁员时应注意下列具体操作指南：

1）裁减人员人数要符合法律要求，即裁减人员 20 人以上或者裁减不足 20 人以上但占企业员工总数 10% 以上。

2) 须遵循以下程序——

- 提前 30 日向工会或者全体职工说明情况；
- 提出裁减人员方案并听取工会或者职工的意见；
- 向当地劳动行政部门报告；
- 向全体职工公布最终的裁减人员方案。

以上各个环节，企业必须严格遵循，若程序不合法，则企业裁员的决定很难得到劳动行政部门或劳动仲裁机构、法院的支持。

3）根据《劳动合同法》第 42 条的规定，企业进行经济性裁员，与非过失性辞退一样，均受到不得解除劳动合同条款的限制，对具有《劳动合同法》第 42 条规定六种情况的员工，企业不得辞退。

4）根据《劳动合同法》第 41 条第 2 款的规定，企业裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

5）根据《劳动合同法》第 41 条第 3 款的规定：“用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新

招用人员的，应当通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减人员。”

6）企业进行经济性裁员，同样需要支付经济性补偿，因而，企业对此应慎之又慎。

问：如何证明“生产经营发生严重困难”？

答：一般来讲，企业要证明自己“生产经营发生严重困难”需掌握下列证据：

1）财务报表，如年度、季度连续亏损表。这些财务报表，最好是经过外部审计师进行了审计的报表；

2）职工意见；

3）当地劳动和社保部门的书面认定意见等。

企业“生产经营发生严重困难”是企业裁员的法定理由之一。但企业对此需负举证责任。

要证明企业发生经营严重困难，首先要对“严重困难”的标准予以界定。企业需注意以下几点：

1）我国目前没有对困难企业的认定标准与程序的统一规定，但各地方政府在对经济性裁员的规定中对企业生产经营发生严重困难的情形做了一些规定。困难企业的认定以企业财务资料为主要依据，一般应符合以下条件：

a) 企业经营发生严重困难并已出现亏损，长期停产或半停产；

b) 确因企业因难已经连续多月降低或欠发职工工资（一般为 6 个月）；

c) 确因企业困难有拖欠职工社会保险现象；

d) 采取停止招工、停止加班加点等补救性措施且生产经营状况无明显好转等。

2）从司法实践来看，法院确认企业经营困难的主要依据是企业提供的财务报表。

3）鉴于我国有些地方已作出明确规定，为防止由此产生的法律风险，企业人力资源管理部门应未雨绸缪，向当地劳动和社会保障部门咨询获取相关文件，如有必要应及时向主管部门提出认定请求。

4）如果企业所在地没有制定认定经营严重困难企业的标准或程序，用人单位要慎用本项规定进行经济性裁员。除提供完整的财务报表和职工意见作为支撑外，实施前以取得当地劳动和社会保障部门的书面同意为最佳选择。

参考法规：

《劳动合同法》第 4 条、第 41 条、第 43 条。

例：

郑某系 B 公司职工，2007 年 1 月 1 日郑某与 B 公司签订了有固定期限的劳动合同，劳动合同期限为 2007 年 1 月 1 日至 2010 年 12 月 31 日。2008 年 1 月，B 公司口头通知郑某待岗。2008 年 3 月 26 日，B 公司向郑某送达解除劳动合同通知书，通知因公司经营结构发生变化与其解除劳动合同。2008 年 4 月 24 日，B 公司向郑某送达了《关于与郑某解除劳动合同关系的通知》，正式与郑某解除劳动合同。

因双方就解除劳动合同发生争议，郑某向某市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求裁决B公司单方解除劳动合同违反《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定等请求。裁定做出后郑某不服该仲裁裁决，提起民事诉讼。

一审法院认为，用人单位与劳动者解除劳动合同应当严格按照《中华人民共和国劳动合同法》规定的解除劳动合同的法定情形并按照法定程序才能予以解除。本案中，B公司因公司经营结构发生变化，即于2008年1月口头通知郑某待岗，后于2008年3月26日向郑某下发解除劳动合同通知，并于次月24日下达《关于与郑某解除劳动合同关系的通知》，两通知的下达时间相隔不足30天，因此，B公司解除与郑某的劳动关系既不符合《中华人民共和国劳动合同法》规定的关于解除劳动合同的法定事由，也没有遵守相关的程序性规定。故，B公司与郑某解除劳动关系系违法解除。

上诉到二审法院后，双方当事人均未提交新证据。

二审法院认为，关于B公司单方面解除劳动合同的行为是否合法的问题，B公司给郑某出具的解除劳动合同通知书表述

因经营结构发生变化致原劳动合同无法履行，在庭审过程中又陈述解除劳动合同的原因是经营困难，但B公司未提供充分证据证明经营结构发生变化致原劳动合同无法履行，其因为经营困难即单方解除劳动合同亦无法律依据。根据《劳动法》的规定，用人单位生产经营状况发生严重困难确需裁减人员的，应当提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后可以裁减人员。故B公司关于其解除劳动合同行为不违反法律规定的主张，本院不予支持。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业的经营是否发生严重困难，并不以企业主观判断为准；
- 即使企业经营“严重困难”符合标准，裁员过程也必须符合法定程序。

从上述案例可以看出两点问题：

1）B公司对其解除劳动合同的理由无论是因经营结构发生变化还是经营困难都没有给予证据支持。因此其解除劳动合同的理由不成立。

2）B公司裁减人员程序违法。B公司必须走这样的程序：需提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，

裁减人员方案经向劳动行政部门报告，方可裁减人员。

操作提示：

1) 经济性裁员过程中，企业经营困难、结构调整等往往同时存在，但企业与员工解除合同的前后理由必须一致，前后不一致便易造成解雇行为违法。

2) 裁减人员需达到二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上才可启动裁员程序。实践中用人单位的风险在于裁减人员未达到二十人或者人数少的企业未达到职工总数百分之十也启动裁员程序。用人单位如果裁减人员人数不足法定标准，不能启动裁员程序成批解除劳动合同，只能按照《劳动合同法》第 36 条、第 39 条、第 40 条的规定单个解除劳动合同，否则裁员行为违法，应当承担违法解雇的法律风险。建议用人单位以协商解除方式操作更容易避免风险。

3) 提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料。

4) 提出裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。

5) 将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；没有建立工会的用人单位进行经济性裁员，只有向全体职工说明情况，听取职工的意见。听取职工意见可以有多种形式，如座谈会、设置意见箱、部门负责人收集意见等，这些用人单位都要保留充分的证据，发生纠纷才能举证。

6) 裁减人员方案应向劳动行政部门报告，听取其

意见和建议。

7) 由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

问：什么叫企业转产?

答：企业转产是指原企业的产品性能落后，科技含量低，已不适应企业的发展。企业重组改革，开发新的以适应市场的高科技产品，以更快的速度来促进企业获得新的生命力。

《劳动合同法》第41条第1款第（3）项规定的裁员理由之一“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”，其中，对何为“企业转产”，到目前为止，还没有具有法律效力的文件对此予以明确。实践中，应当理解为：企业的主营业务发生变化，导致全部或一部分劳动者成为冗员的情况。如一家制衣厂因服装行业市场形势不好，转产成为一家房地产公司，则原有的服装设计师在新的房地产领域无法发挥所长，无法具备房地产行业所需要的工作技能。

企业须注意，为了更好地保护劳动者合法权益，同时引导用人单位尽量不使用经济性裁员，《劳动合同法》要求：企业转产，只有在变更劳动合同后，仍需要裁减人员，才可进行经济性裁员。对于何为“经变更劳动合同后”，法律没有具体规定，也无法明确是单方变更，还是双方变更。一般来讲，应当理解为：对原劳动合同约定的工作内容，由用人单位单方进行变更，因为前提是“企业转产、重大技术革新、

经营方式调整”。至于工作地点和劳动报酬的变更，似仍应当协商确定。

参考法规：

《劳动合同法》第41条第1款第3项、第43条。

例：

某有限公司从事塑料生产，先后招用了385名员工。该公司因运输费用、市场销路等原因，决定今年1月起转产，主要从事电子仪器的加工和装配，为某电器厂提供加工服务。经测算，加工和装配电子仪器，仅需180名左右的员工，其余员工则需要被解除劳动合同。

去年11月30日，该公司变更了180名留用员工的劳动合同后，未经任何说明便通知205名被裁减员工自12月30日起解除劳动合同。被裁员工向当地劳动争议仲裁委员会申诉，要求撤销裁员决定，继续履行劳动合同。

解：

本案有两个法律要点：

- 公司的裁员要具备法律规定裁员的法定情形；
- 裁员的程序要正当。

本案中：

1）企业转产是《劳动合同法》第41条规

定的法定裁员的理由之一，因此，该公司具备裁员的法定情形；

2）但该公司裁员的程序违法。该公司按照《劳动合同法》第41条第1款第（3）项的规定，在实行裁员之前变更部分员工劳动合同，但后来没有按照法律规定的程序进行裁员，即提前30日向工会或者全体职工说明情况；听取工会或职工意见；将裁减方案和工会或职工意见向当地劳动行政部门报告并听取意见，因此裁员行为是无效的。

操作提示：

1）企业以转产为由裁员，应当注意时间点：企业只有在能有事实依据证明自己确实在进行转产，并符合“经变更劳动合同，仍需裁减人员的”这一法律要求之后才能适用这一理由裁员，否则可能会欲速而不达。企业关闭原业务、为新业务组建团队、配备资源、与部分员工变更了劳动合同等应当可以作为事实依据。

2）裁员的方案应当与转产的方案有内在联系，企业并应当就此向工会、职工代表大会等机构做出说明，取得认同。比如，裁减的岗位应是转产以后不再适用的岗位等。

3）裁员方案的理由若能取得工会、职工代表大会或者职工大会的认同，对企业会十分有利。若不能取得完全认同，企业也应当履行听取工会、职工大会意见的程序，并对此保留证据。

问：“经营方式调整”如何理解?

答：经营方式是经济单位经营的具体形式，如制造、批发、零售、咨询、租赁、代理等。

对何为“经营方式调整”，到目前为止，还没有具有法律效力的文件对此予以明确。实践中，应当理解为：企业的商业模式、组织架构、客户网络、管理方法等发生实质性的变化，导致在新条件下，部分劳动者原有劳动合同所依赖的条件不复存在，劳动合同客观上已经无法继续履行的情形。

企业须注意：《劳动合同法》要求，企业有经营方式调整时，只有在变更劳动合同后，仍需要裁减人员，才可进行经济性裁员。对于何为“经变更劳动合同后”，法律没有具体规定，也无法明确是单方变更，还是双方变更。一般来讲，应当理解为：对原劳动合同约定的工作内容，由用人单位单方进行变更，因为前提是“企业转产、重大技术革新、经营方式调整”。至于工作地点和劳动报酬的变更，似仍应当协商确定。

企业需注意，有下列 7 种情形的，企业不能以经营方式调整的名义裁员：

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）员工在试用期的；

7）法律、行政法规规定的其他情形。

企业还需注意，根据法律规定，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。

此外，如企业在 6 个月内重新招用人员，应通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减人员。

参考法规：

《劳动合同法》第 41 条第 1 款第 3 项、第 43 条。

例：

甲公司是一家化工企业，共有员工 100 人。2008 年年初，公司经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减一定数量的

销售人员。从2008年9月开始，甲公司上海总部、广州办事处开始裁员计划，其中上海总部裁撤市场销售人员5人，只留一位市场总监；广州办事处裁撤市场销售人员裁员4人。所有被裁减人员，公司按“在本单位工作每满一年，发给相当于一个月工资补偿”的标准支付经济补偿金。小王是其中一位被裁减人员，2008年9月9日，小王上午尚在参加公司的例会，下午就被通知“公司裁员，不用再来”。虽然公司给予了经济补偿金，但小王认为公司的行为不合法，因而提起仲裁，要求恢复与甲公司的劳动关系。

解：

本例的法律要点是：

- 即使“经营方式调整”的事实确实存在，但裁员的程序不完善，也会引起法律风险。

在本例中，经营方式的调整是企业裁员的法定情形之一。甲公司的裁员理由合法。在程序方面，甲公司在经变更劳动合同后，仍需裁减一定数量的销售人员。这是正确的步骤，但后来没有按照法律规定的程序进行裁员，即提前30日向工会或者全体职工说明情况；听取工会或职工意见；将裁减方案和工会或职工意见向当地劳动行政部门报告并听取意见。因此裁员程序违法。

操作提示：

1）由于法律对“经营方式调整”未作出明确定义，所以企业在规章制度中做出定义，或者通过职工代表大会对企业发生经营方式调整的事实做出确认，可能有助于防范风险。

2) 即使裁员的法定情形，如“经营方式的调整”确实存在，并符合法律对经济性裁员人数的要求，及符合“经变更劳动合同，仍需裁减人员的”这一法律要求，企业裁员还需注意程序的合法性，即：

- 提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料；
- 提出裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法；
- 将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；没有建立工会的用人单位进行经济性裁员，只有向全体职工说明情况，听取职工的意见。听取职工意见可以有多种形式，如座谈会、设置意见箱、部门负责人收集意见等，这些用人单位都要保留充分的证据，发生纠纷才能举证；
- 裁减人员方案应向劳动行政部门报告，听取其意见和建议；
- 由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

问：公司有“重大技术革新”，如何理解?

答：技术革新是指生产技术上的改进，如工艺、流程等的改进。

重大技术革新是《劳动合同法》41 条规定的裁员理由之一。但法律对何为“重大技术革新”，并没有明确规定。

实践中，应理解为：企业主营业务所依赖的核心技术发生升级或改变，导致原来的部分劳动者因工作技能落后、教育程度低下或学习新知识能力不足等，无法适应新技术下的工作环境，劳动合同客观上无法继续履行。

应当注意的是，一般性技术革新并不能成为裁员的理由。只有发生“重大”技术革新，企业才能以此为由裁减人员。

当企业有重大技术革新时，并不因此当然的符合经济性裁员的许可条件，此时用人单位不能直接裁员，应当先与劳动者变更劳动合同，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的，才可以裁员。对于何为“经变更劳动合同后”，法律没有具体规定，也未明确是单方变更，还是双方变更。一般来讲，应当理解为：对原劳动合同约定的工作内容，由用人单位单方进行变更，因为前提是“企业转产、重大技术革新、经营方式调整”。至于工作地点和劳动报酬的变更，似仍应当协商确定。

企业需注意，有下列 7 种情形的，企业不能以“重大技术革新”的名义裁员：

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）员工在试用期的；

7）法律、行政法规规定的其他情形。

企业还需注意，根据法律规定，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。

此外，如企业在 6 个月内重新招用人员，应通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减人员。

参考法规：

《劳动合同法》第 41 条第 1 款第 3 项、第 43 条。

例：

袁某某于2004年12月1日进入广州C食品饮料有限公司（以下简称C食品公司）处工作，任职锅炉工。双方于2004年签订无固定期限劳动合同，约定袁某某月收入2,640元。2008年11月21日，袁某某收到C食品公司发出的《解除劳动合同通知书》，其内容为：公司决定与你解除劳动合同，你的最后工作日是2008年11月21日，工资会发放至11月21日。

袁某某向广州市某区劳动争议仲裁委员会（下称仲裁委）提出仲裁申请。后双方均不服裁决，分别于2009年4月20日、2009年4月27日向一审法院提起诉讼。

袁某某向一审法院起诉和答辩称，C食品公司未与袁某某协商，于2008年11月21日单方解除劳动合同。在办理离职事项签收劳动合同通知书时，C食品公司出具一份《员工离场审批表》给我，该《审批表》中没有工会的签署意见，说明C食品公司解除劳动合同前并未征得工会同意。C食品公司提交的《员工离场审批表》是为应付仲裁加上工会意见的，且工会告知函中也没有具体时间。

C食品公司为证明其公司将拟解除劳

动合同的理由告知工会及工会同意解除劳动合同的事实，提交《工会告知函》和《员工离场审批表》作为证据。其中，《告知函》记载内容主要为：2008 年 10 月份公司对锅炉烟囱进行升级改造，现该工程已完成。锅炉经改造后，自动化程度和安全性都大大提高。因此，司炉工岗位和值班电工岗位仅需要原有人数的一半；加之 2008 年 9 月以来经济环境等客观经济情况发生重大变化，经济严重不景气，公司的经营也面临困难……在此情况下经部门研究并经过管理层批准：决定解除三名司炉工（具体人员分别是曾某、袁某某、徐某某）劳动合同，同时按照法律规定给予上述三位员工经济补偿金。现特此知会工会，希望给予支持和配合。该《工会告知函》下方记载：工会已收到此工会知会函，同意公司该决定。签收人梁某某（工会主席），并加盖工会印章。

解：

本案的法律要点是：

- 重大技术革新并不一定指的是整个企业的革新，涉及某类岗位的重大革新也可以成为裁减该类岗位的合法理由。
- 工会对重大技术革新需要裁员的事实和

理由的认同，对企业合法裁员十分有利。

本案中：

1）C 食品公司裁员具备法定理由。C 食品公司由于对锅炉烟囱进行升级改造，之后其自动化程度和安全性都大大提高，对人员需求有变化。于是根据《中华人民共和国劳动合同法》第 41 条第 1 款第 3 项的规定，以用人单位因重大技术革新的理由解除了与袁某的劳动关系，C 食品有限公司具备裁员的法定理由。

2）但是对于 C 食品公司裁员之前是否进行了法律规定的与劳动者“经变更劳动合同后，仍需裁减人员的”这一法定要求，案件中并没有给出明确描述。

3）那么 C 食品公司裁员是否履行了法定程序？ C 食品公司提交《工会告知函》证实事先将解除袁某某劳动合同的理由通知工会，工会已收到此《工会知会函》，并同意公司决定，该证据已充分证实 C 食品公司作为用人单位单方解除劳动合同时已按照法律规定的程序履行，其后的《员工离场审批表》中“工会意见”亦印证工会明确知道解除合同的事由并给予同意。故法院认定 C 食品公司已按照法律规定事前通知工会。袁某某提出 C 食品公司提交的证据是事后补编，但没有提供相应的反证，不予采纳。

操作提示：

1）因为法律对“重大技术革新”没有明确定义，企业就这一裁员理由和裁员方案取得工会、职工代表大会或职工大会的认同是十分必要的。

2）企业裁减岗位的方案与技术革新方案之间应当有必然联系。

3）企业应注意把握好裁减岗位的时间与技术革新方案实施的时间联系，并符合“经变更劳动合同，仍需裁减人员的”这一法律要求。

4）企业经济性裁员还必须符合法定的人数。即裁减人员需达到二十人以上或者不足二十人但占企业职工总数百分之十以上才可启动裁员程序。

问：员工可以单方面解除劳动合同的情形有哪些?

答：员工可以单方面解除劳动合同的情形总的来说包括三类：

- 提前通知；
- 因用人单位有过错；
- 因用人单位有重大过错。

第一类提前通知辞职情形，即用人单位没有任何过错，员工因个人原因提出辞职的，需符合以下通知条件：

- 劳动者提前 30 日、以书面形式通知用人单位；
- 如果在试用期内，则劳动者提前 3 日通知用人单位。

第二类因用人单位有过错的情形，即员工因用人单位有过错而辞职，此时员工仍需履行通知义务，但不需要提前 30 天。此类过错情形是法定的，具体包括：

- 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- 用人单位未及时足额支付劳动报酬的；
- 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- 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；
- 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人

之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

- 用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；
- 用人单位违反法律、行政法规强制性规定的。

第三类因用人单位有重大过错的情形，即为员工因用人单位威胁到其人身自由或人身安全而辞职的，可以立即辞职，无须通知。用人单位威胁人身自由或人身安全是指：

- 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；
- 用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

参考法规：

《劳动合同法》第 36 条、第 37 条、第 38 条。

例：

毛某应聘某大型超市店长岗位。店方同意录取，但要培训期一年。而是否能进入店长岗位工作，必须通过相关考核，如被证明不符合店长岗位要求的，超市可重新安排毛小姐岗位。双方签订劳动合同，期限自 2008 年 8 月 4 日至 2014 年 8 月 3 日。双方还签订了培训协议书，内容包括：“最短须在公司服务 6 年；如因个人原因提前

离职，必须按月赔偿超市违约金。”

毛某因未通过考核，一年半后还没当上店长，于是选择“跳槽”。超市要求毛某按培训协议书赔偿违约金17,673元，否则就不给办理退职手续。无奈之下，毛小姐申请了劳动仲裁，仲裁委员会做出裁决：超市为申请人办理退工退档手续。超市对此不服，于是将毛小姐告上法庭。

法院审理认为：

毛小姐停止工作并辞职，超市亦停止支付工资，并主张毛小姐支付违约金，说明其对解除劳动关系无异议，故可认定双方对解除劳动关系达成一致。

用人单位应在劳动关系解除后15日内为劳动者办理退工退档手续。

虽双方约定了违约金支付的条件与方式，超市并无证据证实实际发生的培训费用数额；其以被告培训期间的工资标准索要培训费用与法无据，不予支持。

其以支付违约金为前提拒绝办理转档、转移社会保险关系违反法律规定。

法院驳回了超市的起诉。

解：

本案的法律要点是：

- 员工辞职应当履行通知等法定义务；
- 虽由员工主动提出辞职，但企业以实际

行动接受的，可能会被认定为协商一致；

- 企业阻挠员工合法辞职，要承担责任；
- 劳动者存在尚未履行的义务的，用人单位可以通过正常的法律途径寻求解决，但不能阻扰员工离职。

本案中，毛某因为培训考核未过，入职一年半还没当上店长，选择提前解除合同。毛小姐停止工作并辞职，超市亦停止支付工资，并主张毛小姐支付违约金，说明其对解除劳动关系无异议。所以毛某的辞职是合法有效的。超市应当为其办理转档等手续。

本案中超市对毛某辞职无异议，但认为其应当支付违约金。但超市未能向法院证明真实发生了培训费用，未受法院支持。

操作提示：

1) 员工主动辞职，除非存在企业威胁员工人身自由、人身安全的情形，员工有义务通知企业并留出交接工作的时间。

2) 员工辞职，但若企业不同意，最好以书面方式明确表明拒绝的态度，并表示尊重员工的合法权利。

3) 若辞职员工不配合交接工作，往往给企业造成被动。而企业在这种情形下救济的方式很少。所以企业应在规章制度或劳动合同中规定员工离职手续，将员工办理工作交接、清理遗留债务等作为员工的义务，如果不履行，造成损失的，员工应该赔偿。

问：员工合法辞职的基本条件是什么?

答：除非用人单位有威胁员工人身自由或人身安全的情形，员工合法辞职的基本条件包括：

- 与用人单位协商一致并按协商一致的方式离职；或者
- 履行事先通知用人单位的义务；并且
- 无论属于上述哪种情形，员工应配合用人单位交接工作、办理离职手续。

员工辞职的权利与员工的就业选择权和发展权是联系在一起的，因此法律只为员工辞职规定了非常简单易行的义务，即协商一致或提前通知。劳动者提前通知的时限依具体情况不同而不同。

但是，在员工的人身自由或人身安全受到企业威胁时，法律豁免了员工的事先通知义务。

法律并未明确规定员工离职应当配合企业交接工作、办理离职手续，但这是《劳动法》与《劳动合同法》平等、公平、诚实信用等原则默认的义务。另外，企业的规章制度中通常都会规定离职程序，而遵守劳动纪律也是员工的义务。

参考法规：

1. 《劳动法》第 3 条；
2. 《劳动合同法》第 36 条、第 37 条、第 38 条。

例：

蔡某于 2010 年 2 月进入浙江某公司工

作，签订一年期劳动合同。合同约定基本工资为当地最低保障工资，其他工资按公司制度执行。

合同还约定：员工解除合同必须提前30天通知企业，否则员工按合同未履行期限一年赔偿公司一个月工资的赔偿金。

2010年5月25日，蔡某领取4月份工资时，觉得太低，要求立即解除合同，同意公司扣除部分工资。公司不同意，要求再工作一个月后离职，否则扣发5月份工资。

蔡某遂以工时太长、公司未缴社保等为由，于5月30日通过特快专递向公司送达解除合同通知书，通知公司于5月31日解除劳动合同，要求及时支付5月份工资。

6月1日蔡某离开公司，后公司拒绝支付蔡某5月份工资。

蔡某于7月份向某市劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，认为己方已履行书面通知义务，解除合同程序合法，请求支付5月份工资、解除合同补偿金、补缴社保费等；并主张公司拖欠5月份工资，需支付25%补偿金。

某公司辩称：

- 劳动合同明确约定，乙方辞职必须

提前 30 天通知公司，5 月 31 日，申请人和其他几位老乡未提前通知即离开公司，给公司造成 8 万余元的订单损失，应当由几位员工共同承担赔偿责任，5 月份工资不足赔偿公司损失。且申请人在职只有 3 个月时间，公司补缴了 5 个月的社保费，另外两个月社保费应当由申请人全部承担。扣除社保费后还倒欠公司 200 余元，故公司不存在拖欠工资行为；

- 因申请人申请仲裁前，公司已经补缴了社保，申请人据此解除合同的依据也归于消灭；
- 公司未收到解除合同通知书；
- 公司有时加班，加班费已支付。

仲裁委裁决由某公司支付给蔡某 2010 年 5 月份工资 1,171.5 元，社会保险个人缴纳部分予以扣除。驳回申请人其他仲裁请求。理由是：

- 申请人要求被申请人支付 2010 年 5 月份工资的仲裁请求，本委予以支持（但计算有误，仲裁委对数字进行了调整）；
- 申请人要求支付 25% 补偿金的仲裁请求没有事实依据；

- 申请人要求支付加班工资及补偿金没有事实依据，且被申请人已经支付了加班工资，故该项请求本委不予支持;
- 因为申请人自己提出解除合同，且被申请人已在申请人提起劳动仲裁前为申请人缴纳了社会保险，故申请人要求被申请人支付解除合同补偿金的仲裁请求本委不予支持。

蔡某不服仲裁裁决，向人民法院起诉。

一审法院审理后认为:

- 根据蔡某手机短信中显示的解除合同通知书快递到达通知，可以认定某公司已于2010年5月30日收到解除合同通知书;
- 某公司虽补缴了社保，但不能改变其违法的事实;
- 蔡某主张支付工资及拖欠工资补偿金符合法律规定;
- 蔡某主张解除合同补偿金符合法律规定。

一审法院判决:

1. 支付蔡某2010年5月份工资1,171.5元及25%补偿金292元，扣除个

人承担社保费 871 元，尚应支付 592 元；

2. 支付解除合同补偿金 950 元。

一审判决后，某公司不服，向绍兴市中级人民法院提起上诉，后因某公司未在规定期限预交案件受理费，二审法院裁定上诉人自动撤回上诉。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 履行通知义务是员工合法辞职的前提；公司有过错时，员工通知仍为必须，但时限并不需要 30 天；
- 员工辞职若不合法，企业无须给付解除合同补偿金；
- 员工合法辞职，企业已支付的对应员工未履行劳动时间的报酬，可以与未支付的工资相抵扣。

本案中，因为用人单位有未足额缴纳保险费的事实在先，使得员工可以不遵守其劳动合同及法律规定的“提前 30 日通知”的义务，只需提前通知便可以解除合同。

但是，虽然企业有过失，但员工仍需提前通知。所以，在劳动仲裁阶段，在仲裁委不采信蔡某手机短信作为解除合同通知已送达企业的证据的前提下，认定员工属于非法辞职，企

业无须支付补偿金。

相对应的是，一审法院认定蔡某手机短信可以证明其已履行通知义务，所以属于合法辞职。企业因此需要支付解除合同的补偿金；而且企业有扣发 5 月份工资的行为，法院并依当时法律判决加付 25% 补偿金。

另外，法律规定用人单位不得扣减工资。但是如果员工对用人单位有债务，则可以与工资抵扣。本案中因为某公司补缴的社保费中有一部分是对应 5 月份以后的，因此可以从应发的 5 月份工资中抵扣。

操作提示：

企业对员工辞职是否合法有异议时，要慎重使用以扣减工资的方式维权，否则一旦认定员工辞职合法，企业可能要承担赔偿金的责任。

问：员工主动辞职，企业仍需支付补偿的情形有哪些?

答：员工主动辞职，企业仍需支付补偿的情形主要是员工主动辞职的原因是企业存在过错或重大过错的情形。

这样的情形具体包括：

（1）用人单位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）用人单位以欺诈、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）用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（7）用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；

（8）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；

（9）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

参考法规：

1.《劳动合同法》第37条、第38条；

2.《劳动合同法实施条例》第18条；

3.《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》。

例：

刘某为某厂员工，月平均工资为1,500余元，双方未签订书面劳动合同。

2009年6月30日，刘某以工资偏低为由，向该厂递交辞呈，声明工作到2009年7月31日前离厂。

厂方同意了刘某的要求，并与刘某结清了工资等相关费用。

但是，刘某随后申请劳动争议仲裁，要求该厂支付：

1、未签订劳动合同的二倍工资差额9,000元；

2、解除劳动关系经济补偿金18,000元。

仲裁委员会裁决：1、工厂支付刘某双倍工资差额9,000元（2009年2月1日至2009年7月31日期间）；2、驳回刘某其他诉讼请求。

厂方对裁决无异议，但刘某不服仲裁裁决。

双方争议的焦点在于刘某辞职、厂方同意的过程，是否属于协商的过程？

刘某认为厂方已经表示同意，因此属

于己方提出并与厂方协商一致；但厂方认为这是刘某单方面辞职。

刘某遂起诉至法院，要求判令工厂支付经济补偿金。

法院判决驳回刘某的起诉，支持了劳动争议仲裁委员会的观点。

解：

本案主要提示了以下法律要点：

- 员工主动辞职，但如果与用人单位协商一致的，用人单位仍需要支付补偿金；
- 如果用人单位不存在法定的过错情形，员工单方面辞职的，用人单位无需支付经济补偿金；
- 用人单位对员工单方面辞职的行为表示同意的行为，不一定能够认定为与员工协商一致的过程。

本案中，刘某辞职的原因是厂方工资偏低；但工资偏低并不是法定过错。刘某提前 30 天通知厂方辞职，虽属于合法辞职，但企业没有过错，无须支付解除合同的补偿金。

案中引起争议的是厂方对刘某辞职的行为表示了同意。本案中刘某并未提出与厂方协商，厂方也没有提出与刘某协商，双方也没有协商的行为，仲裁与司法机构均认定厂方的同意行为只是承认刘某提前30天通知辞职的合法权利，

而非协商一致。

但企业需要注意的是，在另一些司法判决中，企业一方表示同意或与辞职员工结算的行为，却被认定为协商同意的行为，被判需要支付补偿金。

操作提示：

1) 实践中，劳动者提前 30 日通知解除劳动合同的，用人单位应当以书面形式答复并确认系由劳动者单方面解除合同，用人单位并不同意但尊重劳动者权利，即可避免造成被认定为“协商一致”的后果，也可避免造成“阻挠”的结果。

2) 在劳动者提出与单位协商辞职的情况下，如果单位既无意挽留员工，也无意支付补偿金的，应当告知员工书面提出申请，并书面答复员工明确单位同意其辞职的条件是不支付补偿金。

3) 员工口头提出辞职时，用人单位不宜主动向员工提供格式“辞职申请书”。在很多情况下，用人单位提供辞职申请书让员工填写的行为被认定为企业首先提出了解除劳动合同的意向。

问：合同期满，合同一定能终止吗?

答：合同期满，合同不一定能终止。

一般情况下，劳动合同期满，劳动合同终止。但是，劳动者有下列情况，用人单位要终止劳动合同时，劳动合同应当续延至相应的情形消失：

- 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；
- 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；
- 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- 在本单位连续工作满 15 年，且距法定退休年龄不足 5 年的；
- 法律、行政法规规定的其他情形。

参考法规：

1.《中华人民共和国劳动合同法》第 42 条、第 44 条、第 45 条；
2.《劳动合同法实施条例》第 13 条、第 17 条、第 21 条；
3.《工伤保险条例》；
4. 劳动和社会保障部《关于妥善处理劳动关系有关问题的通知》(2003 年 5 月 14 日劳社部发〔2003〕257 号) 第 3 条；
5. 劳动部《关于印发〈关于贯彻执行劳动法若干问题的意见〉的通知》(1995 年 8 月 4 日劳部发〔1995〕309 号) 第 34 条。

例：

A公司系于1986年经国家工商行政管理总局审核登记注册的合资经营企业：孟某于1965年参加工作，1993年4月到北京B出租汽车公司工作，双方未签订劳动合同。1999年6月北京B出租汽车公司并入A公司。同年7月，A公司安排孟某到修理厂工作，双方签订了劳动合同，该合同期限自2000年1月1日起至2000年12月31日止。该劳动合同履行期满后，双方又签订了一份劳动合同，该劳动合同期限自2001年1月1日起至2001年12月31日止。签订合同时A公司收取孟某2000元保证金。2001年4月15日至2001年8月9日，孟某因患肾积水、结石住院治疗。同年11月8日，孟某因患糖尿病及右眼外伤后浑浊到海军总医院治疗，于同年12月14日出院，出院小结为："目前患者一般状况良好，血糖控制理想。患者要求角膜手术治疗，请眼科会诊同意手术，但须角膜移植，目前无角膜。根据目前情况，建议患者出院，待有角膜后再入院治疗，患者同意，故出院。建议全休两周。监测血糖，定期复查。"孟某出院后一直病休，未再上班。2001年12月28日，A公司作出与孟某终止劳动合

同的处理决定，并于当月31日制作《终止孟某劳动合同的通知》，该通知于2002年1月22日送达给孟某。A公司将孟宪忠的工资支付至2001年12月，月工资为500元。A公司为孟某缴纳失业保险至2002年1月，缴纳养老保险至2001年12月，缴纳基本医疗保险至2002年2月，缴纳住房公积金至2002年1月。

孟某因不同意终止劳动合同，于2002年3月12日向北京市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，该仲裁委员会裁决：一、A公司一次性支付孟某2002年1月至8月病假工资3,540元；二、A公司一次性退还孟某保证金2,000元；三、A公司一次性支付孟某医药费5,011.83元；四、驳回孟某的其他申诉请求。

一审法院审理后认为，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。实际工作年限10年以上的，在本单位工作年限5年以上10年以下的为9个月，根据本案事实，孟某于1965年参加工作，1993年由外地到京后，在原告处工作，孟某的医疗期应为9个月，孟某自2001年4月15日起间断休病假，可按15个月内累计，孟某病休

的时间段为第一次病休时间自2001年4月15日至同年8月9日，第二次病休时间自2001年11月8日开始，此后未到单位上班，由此可以认定医疗期满的时间为2002年4月12日。A公司于2001年12月31日作出到期终止劳动合同的决定不当，应予撤销。孟某与A公司的劳动关系至今仍然存续，故A公司请求法院认定《终止孟某劳动合同的通知》符合法律规定及要求孟某办理终止劳动手续的请求，均不予支持。

职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业支付其病假工资或疾病救济费，病假工资可以低于当地最低工资标准支付。由于A公司未按规定时间终止劳动合同，致使孟某不能享受病假工资，A公司应支付2002年1月至2002年4月12日的病假工资，病假工资的具体数额本院酌情判定以每月500元为准。由于孟某与A公司的劳动关系并未解除，因此，A公司应立支付自2002年4月12日的工资，具体数额应以本市最低工资标准支付，根据有关规定还应加发上述两笔费用25%的经济补偿金。

A公司应按有关规定为孟某支付医药费用。

综上所述．根据《中华人民共和国劳动法》第二十条第二款、第八十二条、《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》第五十九条之规定，判决如下:

一、撤销A公司作出的《终止孟某劳动合同的通知》。

二、A公司于本判决生效之日起10日内，退还孟某保证金2,000元。

三、A公司于本判决生效之日起10日内支付孟某2002年1月起至2002年4月12日止的病假工资1,739元，支付孟某2002年4月13日至2003年10月止的工资8,559．52元。2002年4月13日以上两项共计支付孟某10,298．52元。

四、A出租汽车有限公司于本判决生效之日起十日内支付孟某经济补偿金2,574．63元。

五、A出租汽车有限公司于本判决生效之日起十日内按规定支付孟某2001年7月至2002年8月医药费5011．83元。

六、A出租汽车有限公司于本判决生效之日起十日内为孟某补缴自2002年2月至2003年10月的失业保险；为孟某补缴

自2002年1月至2003年10月的养老保险;为孟某补缴自2002年3月至2003年10月的医疗保险，以上各项具体数额由社保机构核准，其中由个人负担部分由个人负担。A出租汽车有限公司于本判决生效之日起十日内为孟某缴纳2002年2月至2003年10月的住房公积金，具体数额由公积余管理机关核准，其中由个人负担部分由个人负担。

七、驳回双方其他诉讼请求。

二审法院经审理后认为，双方当事人签订的劳动合同系双方当事人真实意思表示，且该劳动合同不违反国家相关法律法规的禁止性规定，应确认为有效合同：劳动合同履行期限届满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。A公司与孟某签订的劳动合同履行期限虽然至2001年12月31日届满，但孟某尚处在病休期间，故应当确认孟某的医疗期。劳动合同的期限应当顺延至孟某的医疗期期满方能终止。A公司决定于2001年12月31日与孟某终止劳动合同，系违反《北京市劳动合同规定》第四十四条的相关规定，应予撤销。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动者在医疗期内，其与用人单位的劳动合同履行期限届满的，用人单位不得终止合同，劳动合同的期限应自动延续至医疗期满为止。

就本案而言，孟某与A公司签订的劳动合同虽然原定在2001年12月31日期满，但因孟某处于病休，应考虑和确认其医疗期。孟某自1965年参加工作，实际工作年限在10年以上，在A公司工作9年，其医疗期应为9个月，并自2001年4月15日开始住院治疗之日起在15个月内（即至2002年7月15日）累计计算。孟某第一次住院自2001年4月15日至2001年8月9日，第二次住院自同年11月8日至12月14日，此后遵医嘱未上班而定期复查、治疗和休养。由此，孟某9个月的医疗期应至2002年4月届满，孟某与A公司的劳动合同也应顺延至医疗期满方能终止。A公司决定于2001年12月31日与孟某终止劳动合同．属于提前终止合同，缺乏法律依据。一审法院认定A公司做出的上述决定不当，应予撤销是正确的。

操作提示：

1）劳动合同到期，用人单位应当审核劳动者有无

特殊情形，使劳动合同延续至特殊情形消失时终止。

2）劳动合同到期，用人单位要终止劳动合同时，出现以下特殊情形，劳动合同应当延续至该情形消失时终止：

- 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；
- 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；
- 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

3）劳动合同到期，劳动者要终止合同时，出现用人单位与劳动者依照《劳动合同法》第 22 条的规定约定服务期尚未到期的，劳动合同应当延续至服务期满。

问：何时能解除工伤员工的合同?

答：首先，劳动者因工负伤但未被确认丧失或者部分丧失劳动能力的，享受工伤医疗待遇，并享受 12 个月的停工留薪期。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。如工伤员工在劳动合同期限届满前，工伤康复，用人单位可以依法或依据约定与工伤员工终止合同。如工伤员工在劳动合同期限届满前，工伤未康复，劳动合同应延续至工伤员工康复。

其次，劳动者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的，分情况处理：

- 职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受相应工伤医疗待遇，直至工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，享受养老保险待遇，合同终止。
- 职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。
- 职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残

的劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

最后，如果工伤员工在试用期间被证明不符合录用条件的或者严重违反用人单位的规章制度、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；或者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、或者被依法追究刑事责任的，用人单位可以依法与其解除劳动合同。

参考法规：

1.《中华人民共和国劳动合同法》第39条、第42条、第44条、第45条；

2.《工伤保险条例》第33条、第35条、第36条、第37条。

例：

2007年12月2日，原告洪小姐与被告江苏某酒店签订劳动合同，合同期限自2007年12月2日至2008年3 月1日止。合同期满后双方未续订，被告继续安排原告在原工作岗位上班。

2009年4月10日上午，原告洪小姐在被告酒店工作时不慎摔倒受伤，先后在镇江、句容、南京进行治疗，诊断为左胫

腓骨骨折，共用了5,000余元。

2009年7月29日，江苏省句容市劳动和社会保障局认定洪小姐为工伤，句容市劳动鉴定委员会鉴定洪小姐为七级伤残，洪小姐对此鉴定不服，向镇江市劳动鉴定委员会申请重新鉴定，2010年2月17日，镇江市劳动鉴定委员会经鉴定认为，洪小姐为八级伤残。洪小姐对此鉴定仍不服，又向江苏省劳动鉴定委员会申请重新鉴定，2010年8月5日，江苏省劳动鉴定委员会经鉴定认为，洪小姐为七级伤残。洪小姐受伤后，要求酒店支付工伤待遇，并保持与酒店的劳动关系，江苏某酒店认为劳动合同已期满，不同意保持与洪小姐的劳动关系。

2010年4月10日，江苏某酒店向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，句容市劳动争议仲裁委员会于同年9月16日作出裁决：江苏某酒店给付洪小姐医疗费、住院伙食补助费、工伤津贴、一次性伤残补助金、伤残回乡安置费等费用4万余元。洪小姐对此裁决不服，遂向句容市法院起诉，要求酒店给付医疗费、伤残补助金、工伤津贴等费用51,612.20元，并保留与酒店的劳动关系。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 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报酬的劳动；

3）劳动者提供的劳动是用人单位工作的组成部分。

- 用人单位与劳动者虽然没有签订书面劳动合同，但是劳动者向用人单位提供劳动并接受其管理，指挥与监督，用人单位向劳动者支付劳动报酬的，应当认定为事实劳动关系。
- 劳动关系的解除既涉及劳动者的就业机会和生存权利，也影响到用人单位的生产经营，因此须慎重对待。特别是对用人单位单方面解除劳动关系的情形，我国劳动法律法规都作了严格的限制，即必须具备法定的情形，否则用人单位不得单方行使解除权。

本案原告洪小姐在工作中受伤，属七级伤残，依法被认定为工伤，根据我国相关劳动法

律法规规定，劳动者因工伤残或患职业病，依法应享受社会保险待遇，伤残程度被评为七至十级的，原则上由用人单位安排适当工作，如职工本人提出解除劳动合同或者劳动合同期满终止后本人另行择业的，可发给一次性伤残就业补助金，具体标准由省级劳动行政部门根据实际情况确定。由于原告洪小姐不愿意自谋职业，要求与单位继续保持劳动关系，因此，被告酒店应当给原告洪小姐安排适当的工作，而不得因其工伤而解除劳动关系。

操作提示：

1）员工发生工伤，用人单位应当保障员工依法享受工伤医疗待遇。

2）员工因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的，用人单位应根据劳动者的伤残等级，采取适当的行为，维护工伤员工的合法权益，否则会承担法律责任。

问：退休前夕发生工伤，合同能终止吗?

答：用人单位与工伤员工终止劳动合同，应该符合我国法律规定。用人单位与退休前夕发生工伤的员工终止合同，也应该依法进行。

《劳动合同法》第 44 条规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。因此，劳动者退休前夕发生工伤，劳动合同应在劳动者达到法定退休年龄，开始依法享受基本养老保险待遇时终止。用人单位不得在此之前与劳动者解除合同。如退休前夕发生工伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的，分情况处理：

1）职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，享受相应工伤医疗待遇，直至工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，享受养老保险待遇，合同终止。

2）职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系。

3）职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

参考法规：

1.《中华人民共和国劳动合同法》第39条、第42条、第44条、第45条；

2.《工伤保险条例》第33条、第35条、条36条、第37条；

3.《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第21条。

例：

沈某经人介绍到江苏省兴化市某制衣公司（以下称公司）上班，月工资1,100元。公司为其缴纳了养老、医疗、工伤等社会保险费。2008年6月26日上午，正在上班的沈某左手不慎被机器绞伤。后被公司送到医院救治，住院91天，其治疗费用均由公司给付，经医院诊断为左手食、中、环小指绞压伤。2009年3月2日沈某被认定为工伤，同年8月21日被鉴定为伤残7级。公司对鉴定结论不服，又申请再鉴定，2009年11月26日江苏省劳动能力鉴定委员会鉴定沈某的伤残程度仍为7级。

沈某伤愈后没有再到公司上班。在治疗及出院休息期间，公司如数发给沈某工资。2009年2月，因沈某已达到法定退休年龄，公司及时为其办理了退休手续，当年3月份，沈某开始按月到银行领取养老金。2010年4月12日，沈某要求公司给予工伤待遇一次性赔偿，双方未能达成一

致意见，沈某向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决公司支付：(1) 一次性伤残补助金 13,200 元；(2) 一次性工伤医疗补助金 44,418 元；(3) 一次性伤残就业补助金 15,264 元。

仲裁委经审理后认为，沈某所要求的一次性伤残补助金应由工伤保险经办机构发放；仲裁委受理此案时，沈某已享受养老金，与公司之间的关系已不是劳动关系，且沈某退休后不存在再就业的问题，因而其不应享受一次性伤残就业补助金。至于一次性工伤医疗补助金，由于沈某已参加医疗保险，其退休后继续享受医疗保险待遇，且其工伤保险待遇在退休后便转成从医疗保险基金中支付相关费用。所以，沈某要求的一次性工伤医疗补助金不应得到支持。在调解无果的情况下，仲裁委裁决驳回沈某的仲裁请求。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动者退休前夕发生工伤，劳动合同应在劳动者达到法定退休年龄，开始依法享受基本养老保险待遇时终止；
- 参加了工伤保险后，一次性伤残补助金

由工伤保险经办机构支付，支付义务人是工伤保险经办机构，权利人则是工伤职工；

- 退休人员在政策上不存在再就业问题，其生活已获得保障，且在此情形下用人单位与其终止劳动合同关系，不符合《工伤保险条例》第37条关于“劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金”的规定，工伤人员不能享受此项待遇。

本案中，根据《工伤保险条例》第37条的规定，一次性工伤医疗补助金是在“劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的”的情形下发生的，因退休而终止劳动合同的人员不能主张该项待遇。

操作提示：

1）退休前夕发生工伤的劳动者，在达到法定退休年龄、享受养老保险待遇之前，合同不得终止，依法享受工伤医疗待遇。

2）到达法定退休年龄、享受养老保险待遇后，劳动合同终止。

问：不及时为员工办理离职证明要赔偿损失吗?

答：不及时为员工办理离职证明需要赔偿损失。我国《劳动合同法》第 50 条明确规定：用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。并在第 89 条规定：用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

参考法规：

《劳动合同法》第 50 条、第 89 条。

例：

A 公司（上诉人）与李某（被上诉人）劳动争议纠纷上诉案:

被上诉人原是上诉人的销售副经理，双方劳动合同期于 2009 年 6 月 30 日届满，劳动合同期满双方无续订，被上诉人从合同期满后没有上班。劳动合同终止后，被上诉人一直未与上诉人办理离职的手续。至本案庭审期间的 2010 年 3 月 18 日，上诉人当庭将被上诉人的离职证明、档案材料、劳动手册交给了被上诉人。

原审法院认为：依照《中华人民共和国劳动合同法》第五十条规定，用人单位

应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。第八十九条规定，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终于劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。本案被上诉人的劳动关系于2009年6月30日已经终止，但上诉人于本案庭审时才将离职手续等资料交付给被上诉人，被上诉人主张是上诉人因不满其向上级公司反映存在问题而故意拖办离职手续，上诉人对此抗辩认为是被上诉人不回公司领取，从双方对此争议所做的陈述及提供相关的证据分析，作为劳动者在原单位的劳动关系终止后，为再就业的考虑及早向原单位提出办理相关离职手续是符合情理的，且上述法律已明确规定用人单位应在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。因此，上诉人认为是被上诉人不回单位办理之说必须有充分的证据以作证实，上诉人对此申请了现职的两名员工出庭作证，鉴于他们均是上诉人的在职员工，与

上诉人存在利害关系，在上诉人没有其他更有力证据相佐证的情况下，该院对以上证人证言不予采信。被上诉人的主张有其发给上诉人两负责人函件及B公司的《员工录用通知书》、《通知书》等相引证，故被上诉人主张上诉人拖着不办离职证明之说更符合当时的情况，该院对此予以确认。关于被上诉人主张的赔偿问题，其提供的B公司的《员工录用通知书》、《通知书》能证实被上诉人离职后曾在该单位工作了一个月，是因无法提供在原单位的离职等证明才未能继续工作下去，上诉人对此没有提供相反证据予以反驳，该院对此予以采信。因上诉人的拖延行为造成被上诉人无法正常再就业，对被上诉人直接造成的损害，上诉人依法应承担赔偿责任。被上诉人对其损失以B公司的相关月薪证明为依据，经审查符合被上诉人当时的受损情况，其要求上诉人赔偿六个月无法就业的经济损失66,000元的请求，该院予以支持。但其另要求的66,000元赔偿金则没有法律依据，该院不予支持。

二审维持原判。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

本案中，上诉人公司未及时为被上诉人办理离职证明，导致被上诉人无法正常就业，给被上诉人造成了经济损失。同时，被上诉人就其经济损失提供的证据证明，有理有据，得到了两审法院的支持。

操作提示：

1）用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

2）用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

问：离职员工的合同文本要保存吗?

答：我国《劳动合同法》规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。因此，离职员工的合同文本需要保存。

参考法规：

《中华人民共和国劳动合同法》第50条。

例：

马某系外来从业人员，2009年3月9日进某建筑设计咨询有限公司（以下简称某公司）工作，担任行政人事、财务、办公室管理工作。某公司为马某缴纳了2009年4月至7月期间的外来从业人员综合保险费。2009年6月29日，某公司开会期间，总经理与马某发生争执，经协商后，马某办理了离职交接手续，当日离职。出纳陈某将某公司的人民币（以下币种均为人民币）30万元划入冯某个人账户作为马某与其他五位离职员工的工资及补偿款。2009年7月7日某公司就30万元款项被划向警方报案，目前大部分钱款退还后由警方保管。马某于同年8月28日向上海市黄浦区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某公司：1、支付2009年4月1日至6月29日期间工资23,724元；2、支付加班工资25,105元（平时加班186.5小时

12,869元、休息日加班98.5小时9,062元、国定假日加班23小时3,174元）；3、支付工资及加班工资25%补偿金12,207元；4、支付津贴补助20,510元；5、支付违法解除劳动合同赔偿金4,000元；6、支付未签劳动合同的二倍工资差额21,520元；7、补缴2009年3月9日至6月29日的综合保险费；8、支付报销费用132,891元。仲裁裁决如下：一、某公司于本裁决书生效之日起十五日内支付马某2009年4月1日至6月29日的工资23,724元。二、某公司于本裁决书生效之日起十五日内支付马某2009年3月9日至6月29日的加班工资14,498.86元。三、某公司于本裁决书生效之日起十五日内支付马某津贴补助20,373.28元。四、某公司于本裁决书生效之日起十五日内支付马某解除劳动关系的经济补偿金4,000元。五、不支持马某的其他仲裁请求。某公司、马某均不服裁决，诉至法院。

一审法院审理后认为，劳资双方建立劳动关系应当订立书面劳动合同。某公司认为合同约定马某月薪4,000元，但某公司未按规定提供应由其保管的劳动合同，也未提供已支付马某2009年4月工资的

签收单或付款凭证，现双方对工资金额及是否支付2009年4月份工资陈述不一，根据举证责任分配原则，某公司应当承担不利后果。故采纳马某所述月薪为8,000元。某公司应按此标准支付马某2009年4月1日至6月29日的工资税前23,724元。

二审维持了原判。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同；
- 员工离职后，用人单位应该保存离职员工的劳动合同。

本案中，某公司未保存与马某签订的劳动合同，也未提供有力证据证明双方之间关于工资的约定，因此承担了举证不力的后果。

操作提示：

1）用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。

2）用人单位不仅应当依法保存已经离职的劳动者的合同文本，还应保存离职劳动者提出离职的书面文件或与劳动者解除劳动合同达成的协议等文件。

问：集体合同有几种?

答：集体合同有以下三种：

- 企业集体合同，指职工一方与企业订立的集体合同，包括通用集体合同和专项集体合同，适用于企业范围；
- 行业集体合同，指县级以下区域内的行业内，由工会与企业代表订立的集体合同，适用于该区域业的行业范围；
- 区域集体合同，指县级以下区域内的工会与企业代表订立的集体合同，适用于该区域。

参考法规:

1.《劳动合同法》第51条、第52条、第53条；

2.《劳动法》第33条、第34条、第35条；

3.《集体合同规定》第3条、第4条。

例：

姚某自1994年起至A出租公司担任出租车驾驶员工作，2004年12月31日因A出租公司改制，双方协商解除劳动合同，后又于2005年1月重新建立劳动关系。双方签订了期限为2006年7月7日至2010年7月6日的《营运车驾驶员劳动合同》及期限为2007年1月1日至2010年7月5日的《上海市出租车汽车行业小客车承包经营合同》。姚某工作至2010年6月20日，

A出租公司为姚某办理了2010年7月6日的退工手续，于2010年7月7日向姚某开具了2010年7月6日合同终止的《上海市退工证明》，姚某于2010年7月9日领取了退工证明和劳动手册。A出租公司为姚某缴纳社会保险费至2010年7月。

姚某于2010年7月1日向上海市普陀区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求A出租公司支付终止劳动合同经济补偿金33,000元，支付提前终止劳动合同的违约金5,000元，支付代通知金5,500元，支付2008年至2010年未休年休假折算工资差额1,144元。仲裁委于2010年8月13日裁决如下：A出租公司应支付姚某终止劳动合同的经济补偿金10,698元，支付2009年至2010年年休假工资1,144元，对姚某的其它请求不予支持。

A出租公司不服，遂起诉至原审法院，要求不同意支付姚某经济补偿金10,698元，但表示同意年休假工资按仲裁裁决处理。

A出租公司不同意按仲裁裁决支付姚某经济补偿金，系因对姚某的月平均工资标准持有异议。

A出租公司认为，姚某系出租车驾驶

员，A出租公司、姚某之间是承包关系，A出租公司平时收取姚某管理费，姚某的营运收入需扣除管理费、成本费后才是收入，收入不是固定的。根据“上海市出租汽车暨汽车租赁行业协会”、“上海市城市交通出租汽车暨汽车租赁行业工会”《关于印发2009年集体合同的通知》（通知文号为沪租车协[2009]1号）、《上海市出租汽车行业集体合同》规定，可按2009年本市职工月平均工资3,566元的60%，计算出姚某月平均工资为2,139.60元。A出租公司以开会的形式布置了集体合同事宜。

但姚某表示不清楚A出租公司所述的规定，双方未签订过集体劳动合同，不能以该规定确定姚某的月平均工资。

A出租公司提供的通知主要内容是：行业协会与行业工会根据现行法律、法规，对原集体合同进行修订，发至各出租汽车会员单位及工会组织，要求以适当形式向全体人员公布，并做好宣传工作，有效期至2011年12月31日。

集体合同的主要内容如下：第二条、本合同结合本市出租车汽车行业公司化管理，个人承包经营模式的特性，确定从业主体劳动者驾驶员的劳动报酬、工作时间、

保险福利待遇等；第六条、驾驶员劳动报酬是按营业收入扣除承包费用和汽油消耗、车辆修理、事故等由个人承担的费用后多劳多得。劳动报酬中含基本工资（全市最低工资标准）和承包经营收入两部分；第十三条第二款、一般情况下驾驶员社会保险费缴纳基数按上一年本市职工月平均工资的60%执行。如要超额缴纳，企业和驾驶员应进行协商，双方达成一致后方可执行；第十九条、企业定向招收的出租汽车运营驾驶员，在劳动合同约定车辆经营承包形式的，应同时签订承包合同。经济补偿金标准按驾驶员当年缴纳社会保险费的基数执行。

原审法院上海市普陀区人民法院认为:

- A出租公司、姚某对仲裁裁决年休假等内容没有异议的，按照双方的意见处理;
- 姚某在A出租公司从事出租车驾驶员工作，采用承包性质，姚某未有相关证据证明自己的每月收入;
- 从上述通知和集体合同内容，可以知道出租汽车驾驶员的实际承包情况，每月收入是不稳定的，行业协会及工会的通知和集体合同，已下

发至各出租汽车会员单位及工会组织，A出租公司亦作了布置工作，故涉及处理姚某的经济补偿金月平均工资标准时，可按该内容标准执行，故采纳A出租公司的计算方法。

原审法院判决：

一、上海A出租汽车有限公司应于本判决生效之日起十日内支付姚某终止劳动合同的经济补偿金人民币6,418.80元；二、上海A出租汽车有限公司应于本判决生效之日起十日内支付姚某2009年至2010年年休假工资人民币1,144元。

判决后，姚某不服，上诉于上海二中院。

二审法院认为：

- 出租车驾驶员是一个带有一定特殊性质的行业，其与出租车公司既是承包合同关系，又存在劳动合同关系。
- 出租车驾驶员的劳动报酬是按月营业收入扣除承包费用和汽油消耗、车辆修理、事故等应由个人承担的费用后多劳多得，营运收入不能反映驾驶员的实际收入，故驾驶员每月收入是不稳定的。
- 上海市出租汽车行业与行业工会为了维护企业和职工的合法权益，促

使企业发展和保障职工利益，经协商制订了行业集体合同，并经上海市人力资源和社会保障局审查通过，该集体合同是合法有效的。

- 根据该集体合同第十九条约定，经济补偿金标准按驾驶员当年缴纳社会保险费的基数执行。A出租公司为执行上述集体合同通过驾驶员学习、会议记录形式传达了集体合同，并予以张贴，姚某亦在签到记录上予以签名，且其在之后亦未对集体合同提出异议。A出租公司已履行告知义务，并提供了相应证据予以证明。
- 该集体合同对是否需要签字确认并无明确规定，故姚某以自己未签字认可，作为不认可集体合同效力的意见，本院不予采纳。
- 姚某与A出租公司于2006年7月签订的劳动合同中约定对终止劳动合同的经济补偿范围和标准按本市有关规定执行，对经济补偿金具体标准亦无明确约定。
- 鉴于姚某每月工资收入的不稳定性，原审法院按出租汽车行业集体合同标准确定姚某终止劳动合同经济补

偿金并无不妥。姚某要求经济补偿金按仲裁裁决履行，本院不予支持。二审判决如下：驳回上诉，维持原判。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 集体合同对适用范围内的员工及用人单位有约束力。

本案中，《上海市出租汽车行业集体合同》是适用于上海出租汽车行业的行业集体合同，对上海出租汽车行业内的所有员工有约束力。该集体合同对出租汽车司机的经济补偿金标准作了约定，即按驾驶员当年缴纳社会保险费的基数执行也就是社会平均工资的60%计算。同时，姚某本人的劳动合同中又没有另外的规定，因此一审、二审法院均判决支持A公司的主张，适用集体合同的补偿标准。

操作提示：

1) 通常集体合同主要约定一些基础标准，用人单位需要注意本地域或行业有无集体合同，避免企业集体合同、个人劳动合同内容与之冲突，造成其部分或全部无效的结果。

2) 由于集体合同主要约定基础标准，所以其中对员工利益的保护水平通常也较行业或地域平均水平低，所以企业也要学会使用集体合同保护自己的合法利益。

问：谁能订立企业集体合同?

答：企业集体合同订立一方是企业，另一方是工会；尚未建立工会的用人单位，则是由上级工会指导推举的员工代表。

《劳动合同法》第51条和《集体合同规定》第20条对企业集体合同的订立主体作了明确规定。根据这些规定，集体合同由企业与“职工”这个集体订立，但职工一方的权利通过代表制行使。在有工会的企业，职工一方的代表是工会；没有工会的企业，职工一方的代表是由上级工会指导下按照民主程序推选的员工代表。

《劳动合同法》还规定企业集体合同应当报送劳动行政部门。劳动行政部门接到企业集体合同后15日内未表示异议的，集体合同即行生效。

参考法规：

1.《劳动合同法》第51条；

2.《劳动法》第33条；

3.《集体合同规定》第20条。

例：

2005年12月1日，某中外合资企业与该中外合资企业的工会组织签订了集体合同。该集体合同为期限为2006年1月1日至2008年12月31日。

集体合同就职工的劳动报酬、工作时间、

休息休假、各种福利待遇等事项作了约定。其中约定职工月工资不低于1,500元。

2005年12月25日，双方将集体合同提交当地劳动与社会保障部门审查。但数月未接到劳动与社会保障部门答复。

企业认为，这是劳动与社会保障部门未批准集体合同。于是，开始与员工一一签订个人劳动合同。个人劳动合同中约定的职工的月工资为1,200元至1,400元不等。

劳动行政部门接到申诉后，与企业沟通，告知劳动部门未提异议，集体合同已经生效。企业改正，补发工资。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 企业与企业工会是订立企业集体合同的合格当事人；
- 企业集体合同报送到劳动行政部门后15日内，劳动行政部门未表示异议的，企业集体合同生效。

本例中企业及工会报送合同后未接到劳动行政部门的答复，这表示劳动行政部门没有异议，集体合同已经生效，对企业及员工均有约束力。但企业后来与员工签订的个人合同低于集体合同的工资标准，违反了集体合同。

操作提示：

1) 企业希望订立集体合同的，要注意另一方当事人的合格性。与不合格的对象订立的集体合同无效。

2) 劳动行政部门对集体合同没有批准权，但有异议权。劳动行政部门未提异议，集体合同便生效了。

问：谁能订立行业集体合同?

答：有资格订立行业集体合同的当事人是企业代表和工会。

《劳动合同法》规定行业集体合同订立一方是工会，另一方是企业方面的代表。这里所谓的企业方面的代表并不是指某一个企业的代表，而是代表“企业”这个群体的代表。工会代表职工一方的权利来自于《工会法》的授权。企业方代表的代表权应当根源于民主推选程序。

对于企业代表如何推选，《劳动合同法》没有规定，但有一些地方法规做了规定，用人单位应当留意当地法规的具体规定。比如上海市的集体合同条例要求行业性集体合同草案应当取得本行业企业法定代表人的认可。

参考法规：

1.《劳动合同法》第53条；

2.《工会法》。

例：

2011年6月3日，海南省酒店餐饮企业方的代表海南省酒店与餐饮行业协会，与职工方的代表海南省酒店与餐饮行业工会联合会，签订了行业工资专项集体合同《海南省酒店餐饮行业工资专项集体合同》。三亚、儋州、文昌三市的行业协会、工会也参照该专项集体合同文本，签署了区域

行业工资集体协商专项合同。

该集体合同报送劳动行政部门后，劳动行政部门未有异议。

行业集体合同签订后，有部分企业的工会主席给海南省酒店与餐饮行业协会打电话反映：企业经营者认为，《合同》规定的最低工资标准可以做到，但员工延长工作时间、休息日、法定节假日增补工资很难落实，同时女员工产假拿薪执行难。

为此，海南省酒店与餐饮行业协会请法律专家书面整理了有关法律、法规，复印发给企业，并深入基层，指导监督执行。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 行业集体合同的订立方是企业代表和工会。

本例中，海南省酒店与餐饮行业协会代表了行业内的企业一方，而海南省酒店与餐饮行业工会联合会代表了行业内的职工一方。

工会代表职工一方的权利是由《劳动合同法》和《工会法》授权的，而海南省酒店与餐饮行业协会代表行业内企业的权利是基于《海南省集体合同条例》第 38 条的授权。

不过，本例中，有一点需要讨论：《劳动

合同法》规定县级以下区域的行业可以订立行业或区域集体合同，省级的行业集体合同是否有效?

操作提示：

用人单位与员工就行业集体合同发生争议时，可以从以下几个方面审查集体合同的效力：

1）订立合同的企业代表是否合格，即是否有代表性? 比如，以行业协会代表企业的，地方法规或行业协会章程是否授权行业协会代表企业签订合同?

2）合同中的内容是否与法律法规冲突?

问：谁能订立区域集体合同?

答：有资格订立区域性集体合同的是县级以下区域中的工会与该区域内企业方代表。

《劳动合同法》规定区域集体合同订立一方是工会，另一方是企业方面的代表。这里所谓的企业方面的代表并不是指某一个企业的代表，而是代表“企业”这个群体的代表。

对于企业的代表如何推选，《劳动合同法》没有规定，但有一些地方法规做了规定。比如上海市的集体合同条例要求区域性集体合同草案应当取得本区域企业法定代表人的认可。

参考法规:

1.《劳动合同法》第53条；

2.《工会法》。

例：

2009年11月底，北京亚运村街道工会组织开展亚运村区域性集体合同培训与协商工作，开始推进集体合同制度。但发现由于民营企业个小量大，工会服务站跑了不少时间却收获不大，同时发现私企的工会负责人受雇于老板，难以代表职工与老板签约。于是由街道工会代表各企业职工，与各企业法人签订区域性集体合同。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 区域集体合同的订立一方是工会，代表职工一方，另一方是区域内的企业或企业代表。

本例中，亚运村街道工会代表辖区内的职工一方。企业一方则是由辖区内企业各自代表本企业。其实质相当于由街道工会代表企业职工与企业签订的企业集体合同。

操作提示：

用人单位与员工就行业集体合同发生争议时，可以从以下几个方面审查集体合同的效力：

1) 代表企业一方订立合同的企业代表是否合格，即是否有代表性？比如，以区域内企业协会代表企业的，地方法规或行业协会章程是否授权企业协会代表企业签订合同？

2) 合同中的内容是否与法律法规冲突？

问：履行集体合同有争议怎么办?

答：因履行集体合同发生争议的，工会应代表职工与企业协商，协商不成的，工会可以依法申请仲裁、起诉。

《劳动合同法》第56条规定因履行集体合同发生的争议，协商不成的，工会可以申请仲裁、提起诉讼。因为《工会法》规定工会代表职工利益，这意味着如果用人单位违反集体合同，与用人单位争议的一方是工会，而不是某一个员工个人。

《劳动合同法》未授予企业或单个员工提起集体合同争议。

参考法规：

1.《劳动合同法》第56条；

2.《工会法》。

例：

王某是某市一电子企业的员工。该企业于2005年10月与该企业工会签订了集体合同，并经过劳动行政部门审查。

该集体合同规定：公司根据国家有关规定，为员工办理社会统筹保险，并按时足额缴纳养老、工伤、生育、失业等保险费。工会有权监督，并向职工定期公开。

该企业每月从职工工资中按规定扣缴了个人应缴的社会保险费，这部分钱与企

业应缴的社保费，企业都没有及时上缴。截至2008年2月底，该企业累计欠缴社会保险费数百万元。

王某希望向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，但不予立案，且被告知应由工会申请。

解：

本例提示了以下法律要点：

- 就集体合同发生的劳动争议，由工会代表职工申请仲裁、提起诉讼，而不是单个职工。

本例中王某认为企业违反了集体合同，希望通过法律途径解决，但其本人不是适当的主体。因此仲裁委员会不予立案是正确的。

操作提示：

1) 企业与员工因履行集体合同发生争议时，企业应注意审查：代表员工一方争议的必须是工会；

2) 如果员工一方违反集体合同，企业应当提起个人劳动合同争议，而不是集体合同争议。根据法律规定，个人劳动合同未明确规定或与集体合同冲突的，适用集体合同。因此提起个人劳动合同争议也有同样效果。如果企业对集体合同本身有异议，可以在个人劳动合同争议中要求仲裁委员会或法院审查集体合同的合法性。

全国迷你型MBA职业经理双证班

- 学习方式：**全国招生　函授学习　权威双证　国际互认**
- 认证项目：注册职业经理、人力资源总监、品质经理、生产经理、营销策划师、物流经理、项目经理、企业管理咨询师、企业总经理、营销经理、财务总监、酒店经理、企业培训师、
- 采购经理、IE工业工程师、医院管理、行政总监、市场总监等高级资格认证。
- 颁发双证：高级注册　经理资格证+MBA研修证+人才测评证+全套学籍档案
- 收费标准　：仅收取1280元　　招生网址：www.mhjy.net

报名电话：13684609885　0451—88342620

咨询邮箱：xchy007@163.com　咨询教师: 王海涛

-
- 学校地址：哈尔滨市道外区南马路120号职工大学（美华教育）

美华论坛
www.mhjy.net

- 颁证单位：中国经济管理大学
- 主办单位：美华管理人才学校

- 近千本**MBA**职业经理教程免费下载
- **-----**请速登陆：**www.mhjy.net**