

劳动关系与劳动合同订立案例精选

1、劳动法律关系和劳务合同关系有什么区别？

【案情简介】小张原系某实业有限责任公司职工，具有护士资格，与单位签订的劳动期限从1993年10月1日至2013年10月1日止，因企业破产，劳动合同从2006年2月28日起终止，其基本养老保险和医疗保险等已按国有企业破产相关条件得到保障。2006年6月，某市疾病预防控制中心决定将预防门诊正常工作时间之外的工作以劳务形式交给非本单位职工。2006年6月9日，小张接受市疾病预防控制中心的条件到预防门诊承担该单位正式职工休息时间的工作量。次月，小张领取报酬1000元，在该单位财务中是以劳务费发票形式支出劳务费1000元。三个月后，小张领取的报酬数额增加到1200元。2006年8月起，原告的劳务费发票均由小张到税务机关开具，发票内容均为劳务费。2008年4月，因工作职责发生变化，市疾病预防控制中心不再需要小张提供其单位正式职工休息时间内的工作，并于4月25日告知小张。2008年4月28日，正式通知小张离开。

2008年6月26日，小张向市劳动争议仲裁委员会申诉，该会以双方之间是劳务关系为由不予受理其申诉。之后，小张向区人民法院提起诉讼，要求确认其与市疾病预防控制中心之间存在劳动关系。

原审法院认为，原、被告之间系劳务关系，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《中华人民共和国劳动法》第二条之规定，判决如下：驳回原告小张的诉讼请求。案件受理费10元，由原告小张承担。

小张不服一审判决，提出上诉称，上诉人与被上诉人之间是劳

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教授担任学校理事长。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.mh.jy.net>

【咨询邮箱】xchy007@163.com



【报名须知】

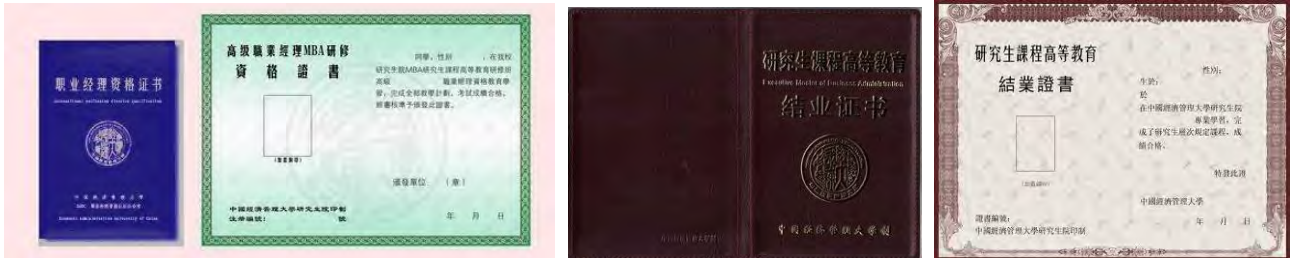
- 1、报名登记表格下载后详细填写并发送邮件至 xchy007@163.com (入学时不需要提交相片，毕业提交试卷同时邮寄4张2寸相片和一张身份证复印件即可)
- 2、交费后请及时电话通知招生办确认，以便于收费当日学校为你办理教材邮寄等入学手续。



【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。

劳动合同关系而非劳务关系。上诉人提供的《护士注册申请表》和工作服、门诊登记本、诊断证明书等证据足以证明上诉人的身份是被上诉人单位的医务人员，上诉人与被上诉人的关系符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》所规定的认定劳动关系的情形。且上诉人与被上诉人签订了劳动合同，由被上诉人保管。一审法院认定上诉人与被上诉人系劳务关系不当。请求撤销原判，改判支持上诉人一审的诉讼请求。并由被上诉人承担一、二审诉讼费用。

被上诉人市疾病预防控制中心答辩称，上诉人与被上诉人之间是劳务关系而不是劳动关系。上诉人在被上诉人处领取的报酬是劳务费，充分证明了双方之间为劳务关系。

二审法院认为，上诉人与被上诉人之间的关系，根据双方当时的意思表示及实际履行情况为劳务关系，上诉人主张与被上诉人系劳动关系，证据不足，理由不成立，不予支持。一审判决适用《中华人民共和国劳动法》不当，应适用《中华人民共和国合同法》第八条之规定。一审判决程序合法，处理正确，据此，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款(一)项之规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。二审案件受理费10元，由上诉人小张负担。本判决为终审判决。

【法理解析】劳动关系是指机关、企事业单位、社会团体和个体经济组织(统称用人单位)与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。在实际生活中，用人单位没有与劳动者签订劳动合同的现象相当普遍，但只要双方实际履行了上述权利义务，即形成事实上的劳动关

系。事实上的劳动关系与劳动关系相比，仅仅是欠缺了书面合同这一形实要件，但并不影响劳动关系的成立。劳动关系由《中华人民共和国劳动法》规范和调整，而且建立劳动关系必须签订书面劳动合同。

劳务关系是劳动者与用工者根据口头或书面约定，由劳动者向用工者提供一次性的或者是特定的劳动服务，用工者依约向劳动者支付劳务报酬的一种有偿服务的法律关系。劳务关系由《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，建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同，由当事人双方协商确定。

实践中事实上的劳动关系与劳务关系很容易发生混淆，因而产生很多纠纷，正确区分二者是正确适用法律解决纠纷的前提。二者主要的区别如下：

第一，主体资格不同

劳动关系中的一方应是符合法定条件的用人单位，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。

第二，隶属关系不同

隶属关系的含义是指劳动者成为用人单位中的一员，即劳动者成为该用人单位的职工或员工(以下统称职工)。存在着隶属关系是劳动关系的主要特征。而劳务关系中，不存在一方当事人是另一方当事人的职工这种隶属关系。如某一居民使用一名按小时计酬的家政服务员，家政服务员不可能是该户居民家的职工，与该居民也不可能存在劳动关系。

第三，当事人的义务不同

劳动关系中的用人单位必须按照法律法规和地方规章等为职工承担社会保险义务，且用人单位承担其职工的社会保险义务是法律的确定性规范；而劳务关系中的一方当事人不存在必须承担另一方当事人社会保险的义务。如居民不必为其雇用的家政服务员承担缴纳社会保险的义务。

第四，人事管理不同

用人单位具有对劳动者违章违纪进行处理的管理权。如对职工严重违反用人单位劳动纪律和规章制度、严重失职、营私舞弊等行为进行处理，有权依据其依法制定的规章制度解除当事人的劳动合同，或者对当事人给予警告、记过、记过失单、降职等处分；劳务关系中的一方对另一方的处理虽然也有不再使用的权利，或者要求当事人承担一定的经济责任，但不含当事人一方取消当事人另一方本单位职工“身份”这一形式，即不包括对其解除劳动合同或给予其他纪律处分形式。

第五，报酬不同

劳动关系中的用人单位对劳动者具有行使工资、奖金等方面的分配权利。分配关系通常包括表现为劳动报酬范畴的工资和奖金，以及由此派生的社会保险关系等。用人单位向劳动者支付的工资应遵循按劳分配、同工同酬的原则，必须遵守当地有关最低工资标准的规定；而在劳务关系中的一方当事人向另一方支付的报酬由完全由双方协商确定，当事人得到的是根据权利义务平等、公平等原则事先约定的报酬。

本案中，上诉人与被上诉人之间的关系同时具有劳动关系与劳务关系的特点。从主体资格、隶属关系、人事管理方面看，具有劳

动关系的特点：上诉人与被上诉人具有劳动关系的主体资格；上诉人提供的《护士注册申请表》和工作服、门诊登记本、诊断证明书等证据能够证明上诉人是以被上诉人的员工身份提供劳动的，二者之间存在隶属关系，被上诉人对上诉人实施人事管理。从被上诉人义务与上诉人的报酬方面看，具有劳务关系的特点：被上诉人对上诉人不承担缴纳社会保险的义务；被上诉人支付给上诉人的报酬的形式是劳务费不是工资和奖金。

根据上述五个不同点很难认定上诉人与被上诉人之间的关系。从本质上讲，劳动关系与劳务关系的根本区别在于劳动关系兼具人身与财产的双重属性，而劳务关系则不具有人身属性。人身属性的主要表现是用人单位要承担劳动者的社会保险义务，本案中，被上诉人对上诉人并不承担社会保险义务，因此二者的关系不具有人身属性，不是劳动关系。一审和二审的判据是正确的。

劳动关系与劳务关系是有本质区别的，劳动关系更有利于保护劳动者的利益。当事人签订合同的时候一定要明确将要订立的是哪种性质的合同，避免因混淆劳动合同与劳务合同而引起纠纷。

【法条链接】

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条的规定：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）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；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。这一规定对劳动关系做出了较为明确的界定。从上述规定看，劳动关系的构成要件包括三个要素：主体资格、从属关系、劳动性质。

2、承揽关系与劳动关系有什么区别？

【案情简介】2003年9月，某服装加工厂在当地招工，条件是：劳动地点在工厂车间，劳动者自带生产工具，由厂方分配生产任务，按加工合格的产品计件付给报酬。李某应聘后被工厂录用。双方没有签订劳动合同。在劳动过程中，该厂管理比较松散，没有规定上下班的时间，劳动者只要完成工厂交给的生产任务即可以离厂回家。劳动报酬的领取也是随机的，工厂资金比较充裕的时候，就按劳动者前一阶段加工的产品的数量付给报酬。2006年7月，李某在劳动过程中被切伤左手，住院期间共花销医疗费3000元，事后经鉴定被评定为7级伤残。李某认为自己是在工作中受伤，应当按照工伤对待。服装加工厂认为其与李某之间没有形成劳动关系而是一种加工承揽关系，李某不是该厂职工，不能享受工伤待遇。双方经多次协商未果，李某向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求确认其与该厂之间形成的是劳动关系，仲裁委员会作出裁决，认定双方之间形成事实劳动关系，某服装加工厂不服该裁决，诉至法院。

法院经审理认为，李某与某服装加工厂之间存在事实上的劳动关系。宣判后，某服装加工厂表示服判，判决发生法律效力。

【法理评析】《工伤保险条例》在有关工伤认定的条款中使用的是“职工”一词而不是劳动者。职工一词的含义是与用人单位存在劳动关系的劳动者。与企业没有劳动关系的劳动者，如从事加工承揽业务的劳动者，不认为是职工，其在劳动过程中受伤也不能认定为工伤。

所谓加工承揽合同是指承揽人按照定作人的要求完成一定的工作并交付工作成果，定作人接受承揽人工作成果并给付报酬的合同。承揽合同与劳动合同的共同点在于：两者都是具有一定的人身性质

的合同，都是建立在劳动者提供一定劳动的基础上的。两者的区别是：承揽合同以完成一定的工作为目的，合同的标的是承揽人完成的工作成果，而不是劳动过程本身，而劳动合同的标的则是劳动者和用人单位在劳动合同中的权利和义务；承揽合同中，承揽人以自己的设备、技术和劳力独立完成工作，与定作人之间没有隶属关系，两者的地位是平等的。而在劳动合同中，劳动者与用人单位之间存在隶属关系，用人单位是管理者，劳动者是被管理者。用人单位要为劳动者安排生产任务，指定工作时间、工作地点和工作要求，并以各种规章制度来约束劳动者。

本案在某服装加工厂招聘李某的过程中，未与其签订劳动合同，其目的是为了逃避自己应当对劳动者承担的劳动保护和工伤保险责任。同时其管理较为松散，既没有为劳动者提供必要的生产条件也没有规定劳动者的劳动时间和其他劳动要求，但这只是企业在管理上存在的问题，不能以此来否认两者之间存在劳动关系，否则就会为企业侵犯劳动者的权益大开方便之门。某服装加工厂在录用李某的时候，采取的是招工的形式，而不是将自己的生产任务以定做的方式交给张某，自己作为定做人，李某作为加工承揽人。所以当事人双方从一开始就不具备建立加工承揽关系的意思，而是希望建立劳动关系。在劳动过程中，工厂向李某安排生产任务，并明确指定生产任务要在工厂中完成。按照工厂的要求，李某自带生产工具，这是由于工厂的生产条件不完善造成的，不能以此来认定两者的关系是加工承揽关系。

本案究其原因，是由于一些企业管理混乱，用工制度不规范，加之企业的经营者有意逃避自己的责任和义务造成的。只有确认企业与劳动者之间业已存在的劳动关系，落实其应当对劳动者承担的

责任，才能有效地维护劳动者的合法权益，同时也督促企业完善用工制度，遵守劳动法律、法规建立良好的劳动管理秩序，促进企业和社会市场经济健康、有序的发展。

3、劳动关系与雇佣关系有何区别？

【案情简介】2006年9月厨师朱某与某饭店业主王某相识。王某对朱某说：“你来我这干吧，我不会亏待你的。”朱某即到该饭店厨房主灶。4个月过去了，王某分文未付朱某工资。在朱某向其索要时，双方又为月工资标准发生争执。朱某遂向法院起诉，要求李某按每月2500元标准支付其劳动报酬。

本案在审理过程中，对朱某与王某之间法律关系的性质产生分歧，并由此导致法院能否直接受理此案的争论，归纳起来，有三种意见：

第一种意见认为，本案中朱某与王某仅就劳动报酬发生争议，这种纠纷事实清楚权利义务关系明确，争议不大，无论按何种关系处理，其结果都是一样的，而且雇佣关系与劳动关系均是一方提供劳动力，另一方支付劳动报酬，区别二者并无实际意义，只要能解决争议双方之间的实体问题就行。实践中，这种类型纠纷一直是由法院直接受理，即使当事人到劳动仲裁机关申请仲裁，劳动仲裁机关也总以其是民事纠纷为由将其推到法院。为减轻当事人诉累，加快办案进程，切实保护劳动者的合法权益，当事人向法院起诉的，法院可以直接受理。

第二种意见认为，朱某与王某之间是因雇佣劳动而形成的雇佣关系。这种关系是具有民事权利义务内容的平等的社会关系，应由民法调整，人民法院有权直接受理。其理由如下：（1）朱某与王

某的法律地位平等，都具有独立的法律人格，不存在法律上的依附关系，彼此互不隶属、依从，其合法权益均受法律同等的保护。（2）朱某与王某都具有一定的意志自由，是否建立这种雇佣关系，以何种形式实现这种雇佣关系，他们都有选择的自由，不受他人非法干涉。该雇佣合同是二人平等协商，意思表示一致的产物。（3）朱某与王某因劳动报酬产生争议，体现出的是财产流转关系，这种财产关系是等价、有偿的，恰恰属于民法中债的范畴，二人之间具有特定的权利义务关系。朱某以其烹饪技术向王某提供劳务，有权获得相应的报偿。王某接受朱某的服务，则有义务向其支付劳动报酬。他们享有的权利和承担的义务是对等一致的，一方享有的权利正是用向对方承担相应的义务换取的。（4）《劳动法》第十六条规定：“……建立劳动关系应订立劳动合同”。即使高某与李某之间形成的是劳动关系，其劳动关系也因不具备劳动合同这一法定形式要件而归于无效。而且王某向朱某提出“你来我这干吧，我不会亏待你的”，其意思表示不明确肯定，缺乏《劳动法》规定的劳动合同期限、劳动报酬等必备条款，是一种无效要约。朱某未与王某充分协商即草率“承诺”。双方意思表示未能达成一致，劳动合同不成立，劳动关系亦不存在。故二者之间形成的只能是民事法律关系，该起劳动报酬纠纷只能由法院直接处理。

第三种意见认为，朱某与王某之间形成的是劳动关系，应受劳动法调整，法院无权直接受理此案。其理由如下：（1）这种关系发生在劳动者朱某与劳动用工者王某之间，符合《劳动法》关于劳动关系主体的规定。（2）这种关系以劳动为基础，以劳动的发生为其存在条件。本案中朱某向王某提供的是技术性劳动，没有其他特定的劳动，二者的劳动关系便无从谈起。（3）这种关系是在作为劳

动用工方王某提供的劳动条件下实现的。朱某是作为劳动者在王某开办的饭店中工作，并成为该饭店全体员工中一员。（4）朱某参加到劳动组织当中后，必须遵守该饭店内部劳动规则，服从王某的行政领导。朱某与王某在形成劳动关系的基础上，因劳动报酬发生纠纷，属于劳动争议案件，应首先向劳动仲裁机关申请仲裁，对仲裁决定不服的，方可向人民法院起诉。

【法理评析】此案案情十分简单，但要正确处理，必须把握住劳动关系与雇佣关系的区别；否则，也很难作出正确结论。

表面上看，劳动关系和雇佣关系均是一方提供劳动，另一方支付劳动报酬，并在此基础上形成一定的权利义务关系。但二者内含有本质的区别，外延亦不尽相同，从本质上看，劳动关系和雇佣关系属于不同性质的两类法律关系。前者体现的是劳动者与劳动用工方在劳动过程中的权利义务关系，后者体现的是平等主体之间的权利义务关系，应分别由不同的法律规范加以调整。另外，作为劳动法主要调整对象的全民所有制企业和集体所有制企业因生产资料公有，劳动者是生产资料的主人，决定了它与劳动者所形成的劳动关系不具有雇佣性质。而作为劳动用工单位的私营企业、“三资企业”、个体经济组织因生产资料归私人所有，它们与劳动者之间的权利义务关系具有雇佣性质，这时的劳动关系与雇佣关系是等同的，因此，劳动关系与雇佣关系在外延上既有并列的地方，也有交叉的地方。但交叉之处的雇佣关系因受《劳动法》这一特定的法律规范加以调整，已不再是通常意义上的雇佣关系了，它已成为法律上的劳动关系。可见，区分劳动关系还是雇佣关系不仅是必要的，也是必须的。审判实践中，人民法院往往片面强调劳动关系与雇佣关系表面上的同一性，而忽略了二者本质上差别，统统按劳动报酬纠纷加以处理，

既适用了错误的实体法，又违背了法定程序，必然会导致错案的发生，因此，上述第一种意见首先是错误的。

那么劳动关系与雇佣关系到底如何区别呢？笔者认为，至少可以从以下四个方面进行综合分析判断：

（1）从主体范围来看，雇佣关系主体范围相当广泛，凡平等主体的公民之间、公民与法人之间均可形成雇佣关系，而劳动关系主体具有单一性，即一方只能是劳动者个人，另一方面只能是用工单位。我国不同时期的劳动法律规范对劳动关系主体的规定是不尽一致的。1987年7月国务院颁布了《国营企业劳动争议处理暂行规定》，劳动关系主体仅限于国营企业。1993年7月国务院又颁布了《企业劳动争议暂行条例》，主体范围由国营企业扩大到集体所有制企业，同时规定个体工商户与帮工学徒之间发生的劳动争议，参照该条例执行。1994年7月全国人大常委会通过了《中华人民共和国劳动法》，该法将劳动关系主体由企业扩大到用人单位，即境内企业和个体经济组织，它们均是以营利为目的的生产经营单位。业主王某在法律允许范围内，依法核准登记，从事饭店经营活动，成为个体工商户。个体工商户是我国目前个体经济的一种主要存在形式。王某的身份符合《劳动法》对劳动关系主体的规定，而社会上普遍存在的家庭雇佣保姆、农村承包经营户雇人抢收庄稼等雇佣劳动，因用工一方既不是企业，也不是个体经济组织，不属于劳动关系的主体范畴，应按雇佣关系对待。

（2）从主体地位来看，雇佣关系主体地位平等，而劳动关系的主体双方既具有法律地位的平等性，又具有实现这种关系的从属性。本案中，在劳动关系建立之前，朱某与王某具有很大的灵活性，均可按自己的标准选择对方，其法律地位是平等的。但一旦双向选择

达成一致，订立了劳动合同，朱某就必须加入到王某的饭店当中，成为饭店编制的一员，并遵守饭店的内部劳动规则，服从王某的行政领导。在劳动过程中，他们是一种管理与被管理的关系。而家庭教师在与学生家长形成的雇佣关系中，其地位是独立的，他并不成为学生家庭中的一员，不受学生家长的管理和约束，只要他按约定的时间完成约定的教学任务即可。这一点与劳动关系中劳动者的主体地位迥然不同。

（3）从生产资料的占有状况来看，雇佣关系中，雇工一般占有生产资料，而劳动关系中，用工一方是生产资料的代表者或所有者，劳动者本身不占有生产资料。以本案为例，作为厨师，朱某拥有熟练的烹饪技能，但他并不拥有发挥其烹饪技能的生产资料-饭店。因此，他必须加入到他人开办的饭店中，利用他人提供的生产条件进行劳动并在与他人生产资料结合过程中体现自身价值，获取相应的劳动报酬。相反地，如果朱某利用自己开办的饭店为王某饮食服务，作为生产资料所有者，他与王某建立的是等价有偿的关系，便不具有劳动关系的从属性了。劳动者不占有生产资料是劳动关系区别于雇佣关系的主要特征之一，它决定了劳动者必须加入到劳动组织当中，并接受用工单位的领导、管理，由此决定了劳动关系主体地位的从属性。

（4）从权利义务实现途径来看，雇佣关系强调成果之给付，而劳动关系则强调劳动者与生产资料相结合的劳动过程。本案中朱某受业主王某聘用，在厨师岗位上，发挥其烹饪技能，直接作用于劳动过程，使劳动对象价值发生变化，其劳动是饭店的业务组成部分。朱某完成了一定的工作任务，就可以按其劳动的数量和质量取得相应的报酬。与此同时，王某既承担了支付朱某劳动报酬的义务，

就应当享有要求朱某遵守劳动纪律、认真进行工作的权利。他们的权利和义务均体现在劳动过程中。而有些劳动，如木工受他人雇佣制作家具，菜贩按时向饭店供货等，虽然也与劳动相联系，但主体间的权利义务只决定于劳动的成果，并不涉及实现劳动过程问题，权利和义务的发生与劳动过程无关。

基于以上分析，可以看出第三种意见是正确的。朱某与王基本之间形成的是劳动法律关系，应由劳动法调整。他们之间的劳动争议未经劳动仲裁，人民法院不能直接受理，应裁定驳回高某的起诉

第二种意见还以劳动合同不成立为由否认劳动关系的存在，同样也是经不起推敲的。劳动合同是一种诺成性合同，朱某与王某虽未就合同主要条款达成一致，劳动合同并未成立，但这并不意味着劳动关系不存在。在朱某为王某提供劳动过程中，双方当事人之间即形成一种事实上的劳动关系。劳动合同是劳动关系的表现形式，它是为劳动关系这一内容服务的。形式的成立与否、有效与否并不能从根本上否定内容的存在。第二种意见的错误之处在于，它只看到了劳动法律关系平等性的一面，未看到实现这种关系从属性的一面；过分强调给付劳动报酬的结果，忽略了劳动者与生产资料相结合的劳动过程；对形式要件吹毛求疵，对实质内容视而不见。

4、未签订劳动合同如何认定存在劳动关系？

【案情简介】 张某于 2008 年 3 月 26 日到一空调销售公司从事空调安装的工作，双方未签订劳动合同，口头约定的工资标准为每月 3200 元。因空调销售公司未向李某支付 2008 年 3 月至 7 月的工资，李某向劳动争议仲裁委员会提出申诉。

庭审中，该空调销售公司辩称，我单位从来没有招聘过张某，

张某与我单位根本不存在劳动关系，故不同意张某的仲裁申请。经查，2008年3月该公司作为招工单位参加了一场大型的招聘会。张某主张就是在招聘会上被该公司录用的，招聘时该公司的负责人是李某，此后一直是在李某的管理下为公司工作。而该公司否认有张某这个人，依据张某的申请，法院调取了招聘会的参会登记表，在该登记表中加盖了暖气公司的公章，联系人正是李某，招聘的工种为空调安装。张某为证明其为空调公司工作，还向仲裁委员会提交了照片、胸卡等证据。照片是张某与同事的合影，张某的身着印有该公司名称字样的工作服；胸卡中印有该公司名称的字样，姓名为张某。劳动仲裁委员会经审理认为，张某的主张空调公司派遣李某对其进行招聘和日常管理，空调公司否认上述事实，根据招工登记表的内容，张某的主张与证据能够相互印证，综合照片、胸卡等证据，劳动仲裁委员会最终认定空调公司与张某存在事实劳动关系，支持了张某所要工资的仲裁申请。

【法理评析】劳动法和劳动合同法都规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。但实践中并非所有的用人单位与劳动者之间都依法签订了劳动合同。在劳动合同法生效之前有事实劳动关系一说，而劳动合同法明确规定，只要存在用工行为，就认定劳动关系的存在。所以，认定劳动关系存在只是认定标准和举证的问题。

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备以下情形的，劳动关系成立：

- （一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
- （二）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；

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）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；

（二）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；

（三）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；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

在本案中，根据招聘会上的用人单位登记表，可以证明空调销售公司于2008年3月委派其员工李某到招聘会筹办部门办理了招聘登记。该公司所招聘的工种包括了空调安装工，张某提出的其于2008年3月至7月间在空调公司从事空调安装工作，并出示了照片和工作卡。在照片和工作卡中都有该公司的字样。上述证据可以佐证张某提出的其与该公司建立了劳动关系的主张。通过对以上证据的分析认定，劳动仲裁委员会最终确认张某与该公司之间形成了事实劳动关系，并参照其他空调安装工人的工资裁定该公司向张某支付工资。

【法条链接】

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)第一条的规定用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(一)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;(二)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;(三)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;(四)考勤记录;(五)其他劳动者的证言等。其中,(一)、(三)、(四)项的有关凭证由用人单位负举证责任。

5、不具备合法经营资格的企业能与劳动者建立劳动关系吗?

【案情简介】小黄2008年9月张某一家家具厂工作。2009年4月,小黄在切割木条时,不慎被电动木锯切到左手拇指,造成左手拇指断裂,经治疗后康复出院。小黄向张某索取医疗费及工伤赔偿金,遭到拒绝。小黄遂到当地劳动争议仲裁委员会要求该张某承担给付医疗费和工伤赔偿金的責任。后小黄被告知该家具厂属无照经营,应向人民法院起诉。

【法理评析】无照经营的单位不属于《劳动合同法》第2条规定的用人单位,根据《劳动合同法》第26条的规定:“无营业执照经营的单位与劳动者订立的劳动合同因主体违反法律规定属于无效合同。”

但根据公平的原则,《劳动合同法》第28条规定,“劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额,参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”即无营照经营的单位被依法处理的,该单位的劳

动者已经付出劳动的，仍应获得相应的劳动报酬。《劳动合同法》第 93 条针对无营业执照经营单位被工商行政管理部门依法处理，特别是无照经营单位被依法取缔后，劳动者的劳动报酬无人支付问题，明确规定“对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

因此，即使无照经营的单位被依法取缔，其出资人仍应支付劳动者的劳动报酬。被依法取缔的单位不能因其被取缔，不存在为由，拒绝支付劳动者报酬。对被处理单位或者出资人拒绝支付的，劳动者可以其出资人为被告提起诉讼。无营业执照经营的单位被依法处理的，给劳动者造成损害的，应当由被处理的单位或者其出资人承担赔偿责任。无照经营单位被依法取缔后，劳动者的损害很难从被处理单位得到赔偿，要求出资人承担赔偿责任，有利于对劳动者权益的保护。

上述案例中，非法用工单位与劳动者发生的关系，按照劳动合同关系处理。张某以家具厂的名义从事生产经营活动，既没有营业执照，也没有到工商行政部门依法登记备案。但是，张某所开办的家具厂长期用工，具有一定规模，符合企业特征。

小黄在张某开办的家具厂内工作，按月领取劳动报酬，实际已形成事实劳动关系。根据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第 2 条规定：“本办法所称非法用工单位伤亡人员，是指在无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。前款所列单位必须按照本

办法的规定向伤残职工或死亡职工的直系亲属、伤残童工或者死亡童工的直系亲属给予一次性赔偿。”这印证了非法用工单位与劳动者之间是劳动关系，劳动者的待遇不应与合法用工单位劳动的劳动者有差别待遇。即：小黄有权获得工伤赔偿金及医疗费。如果甲还受到其他损害，张某作为出资人还应当承担相应赔偿责任。

劳动者在与用人单位订立劳动合同时，应保持警惕，查看用人单位营业执照等相关证件，以免出现劳动争议纠纷时才发现对方是非法用工单位。即便《劳动合同法》第93条规定了非法用工单位的法律责任，保障了劳动者的权益。但是，在实践中，与诉讼程序相关的证据收集或举证责任，仍会给劳动者带来一定的繁琐与麻烦。

【法条链接】

《劳动合同法》第二十八条规定：劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

《劳动合同法》第九十三条规定：对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

6、离退休人员被再次聘用用工关系如何认定？

【案情简介】职工江某2007年7月在甲单位办理退休手续，开始享受养老保险待遇，2008年2月应聘到乙单位工作，岗位为保安，月工资1500元，未签订劳动合同，2009年1月，乙单位通知不再留

用职工江某，江某申请仲裁，要求乙单位支付解除劳动关系的赔偿金 $1500 \text{ 元/月} \times 1 \text{ 月} \times 2 \text{ 倍} = 3000 \text{ 元}$ ，并支付 2008 年 3 月—2009 年 1 月期间（未签订劳动合同期间）的二倍工资，扣减已支付的一倍工资，还应当支付一倍的工资 $1500 \text{ 元} \times 11 \text{ 月} = 16500 \text{ 元}$ ，仲裁委员会驳回其仲裁请求。

【法理评析】原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第 13 条规定，已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳动待遇等权利和义务。原劳动部办公厅对《关于实行劳动合同制度若干问题的请示》的复函第 2 项规定：离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务，聘用协议约定提前解除书面协议的，应当按照双方约定办理，未约定的，应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第 28 条执行。离退休人员与用人单位发生争议，如果属于劳动争议仲裁委员会受案范围的，劳动争议仲裁委员会应予受理。《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。《劳动合同法实施条例》第 21 条规定：“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。”可见，已经享受基本养老保险待遇的退休人员不再是劳动法上合法的用工主体，其与用人单位签订的聘用合同不属于劳动合同，而是属于劳务合同。如果劳动者办了退休手续但没有享受养老保险待遇，即使劳动合同期限未满，也应终止劳动关系，不再发放经济补偿金，劳动者开始享有退休待遇。

因此，用人单位返聘退休人员，一般作为劳务关系处理，不会作为劳动关系看待。本案中，江某是已经享受养老保险待遇的人员，其被乙单位聘用，双方之间存在的不是劳动关系，而是劳务关系，

双方之间的权利义务不受《劳动合同法》的调整，而曾某要求的解除劳动关系的经济补偿金及不签订劳动合同的二倍工资，都是基于双方之间为劳动关系才存在的，故其请求不能得到支持。

【法条链接】。

原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第13条规定，已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳动待遇等权利和义务。原劳动部办公厅对《关于实行劳动合同制度若干问题的请示》的复函第2项规定：离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务，聘用协议约定提前解除书面协议的，应当按照双方约定办理，未约定的，应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第28条执行。离退休人员与用人单位发生争议，如果属于劳动争议仲裁委员会受案范围的，劳动争议仲裁委员会应予受理。《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。《劳动合同法实施条例》第21条规定：“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。”。

7、不签订书面劳动合同用人单位需支付双倍工资吗？

【案情简介】小刘于2007年7月12日在某酒店工作，工作岗位为后厨，月基本工资1600元，某酒店未支付小刘2008年2月1日至7月19日工资。小刘向某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，2008年9月9日某区劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决书，裁决：一、被申请人某酒店在裁决书生效之日一次性支付申请人小刘工资

14118.87 元。二、驳回申请人的其他仲裁申请请求。某酒店不服仲裁裁决的第一项，向区法院提起诉讼。

原告某酒店诉称，2008 年 4 月 1 日原告与李某签订酒店经营权转租协议 1 份，李某为承包方。李某经营至 2008 年 7 月 20 日，不知何故突然停业。被告小刘自称系原告的员工，以原告欠其工资为由，向区劳动仲裁委员会提出仲裁申请，仲裁部门已作出裁决。原告与李某的转租协议明确约定，乙方自主经营、独立核算，在经营过程中产生的所有债权、债务由乙方全部承担，包括员工工资。原告从未与被告签订劳动合同，故不存在劳动关系。李某在经营过程中的工资发放问题，与原告无关，应由李某承担相应责任。为此，原告依法提起诉讼，请求判令原告不支付被告小刘工资 14118.87 元。

被告小刘在法定期限内未提交答辩状，庭审中口头辩称，原告与李某签订转租协议的情况，被告并不知情。被告只知道与原告存在劳动关系，工商登记也未变更，故被告不是与李某存在劳动关系，原告应承担责任。要求原告支付被告小刘工资 14118.87 元，其余仲裁申请请求予以放弃。

法院认为，被告小刘提交的证据能够证明被告在原告处工作，原告未提交考勤表和工资表，应承担举证不能的后果，以被告所述为依据，认定被告小刘于 2007 年 7 月 12 日至 2008 年 7 月 20 日在原告处工作，原告未支付被告 2008 年 2 月 1 日至 7 月 19 日工资。原告未提供劳动合同书，视为其未与被告签订书面劳动合同，应从 2008 年 2 月 1 日起支付被告小刘双倍工资，故其要求原告支付工资 14118.87 元的请求依法予以支持。原告诉称其将酒店转租经营，其不应承担责任的理由与法相悖，故其诉讼请求依法不予支持。本案经本院审判委员会研究决定，依照《中华人民共和国劳动法》第五

十条、《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第八十二条之规定，判决如下：一、驳回原告焦作市金龙源酒店的诉讼请求。二、原告某酒店于本判决生效之日起三日内支付被告小刘工资 14118.87 元。案件受理费 10 元由原告某酒店承担。

【法理评析】本案系用人单位不服劳动者向劳动争议仲裁委员会提请仲裁的结果而引起的劳资纠纷，法庭审理主要围绕着原告与被告是否存在劳动合同关系以及被告请求原告支付工资数额的事实依据和法律依据的判定而展开，因此在分析该案件时也需要从这几个方面来梳理线索：

首先，对于“原告与被告是否存在劳动合同关系”的判定，此处主要涉及劳动关系方面的内容。

所谓劳动关系是指劳动力所有者（劳动者）与劳动力使用者（用人单位）之间，为实现劳动过程而发生的一方有偿提供劳动力，由另一方用于同其生产资料相结合的社会关系。从法律上讲，劳动关系的双方当事人是被一定的劳动法律规范所规定和确认的权利义务联系在一起的，且这种联系是受法律保护 and 强制力保障的。劳动关系的确立共包括两种情形，一为订立书面劳动合同，二则为不存在书面劳动合同，但存在事实劳动关系的情形。对于后者需要由当事人提交相应的证据予以证明，这些证据包括工资支付凭证或记录，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，考勤记录及其他劳动者的证言等。

在本案中，被告小刘提交了自己向原告处工作的工资表和考勤表等证据，这些证据足以证明被告在原告处工作，虽然是复印件，

但是由于原告无法提交考勤表和工资表，为此其需承担举证不能的后果，故可以认定被告孙志强于 2007 年 7 月 12 日至 2008 年 7 月 20 日在原告处工作，二者存在着事实劳动关系。

其次，对于“被告请求原告支付工资数额的事实依据和法律依据”的认定，此处主要涉及工资计算方面的内容。

对于拖欠工资的计算方面，根据劳动合同法的相关规定可知，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。根据本案的事实可知，原告未支付被告 2008 年 2 月 1 日至 7 月 19 日工资，至此被告在原告处工作的期限已经达到法定的一年期限，仍未与劳动者签订书面的劳动合同，故其应当向被告支付双倍工资。故原告应当向被告支付自 2008 年 2 月 1 日起支付被告小刘双倍工资。

【法条链接】

《劳动合同法》第十条第一款规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”

第十条第二款规定：“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。”

第八十二条第一款规定：“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。”

8、不订立书面劳动合同，固定期限劳动合同变无固定期限劳动合同吗？

【案情简介】2008 年 2 月，王女士被一家房地产销售公司招用。

1 个月的试用期过后，由于业绩突出，公司决定正式录用她，双方约定了工资等待遇，由于觉得没有必要就没有签订书面劳动合同。1 年后该房地产销售公司业绩急速下滑，公司决定精简员工。2008 年 5 月人事经理告诉王女士下个星期不用来上班了，反正也没有签订书面合同，是公司的临时工，公司什么时候不想用她就可以不用她。王女士不同意，要求与公司签订无固定期限劳动合同。公司拒签，于是王女士向当地仲裁委员会申请仲裁。王女士的要求合理吗？企业超过 1 年不签书面合同，要承担什么法律责任？

【法理评析】这是一则关于用人单位超过 1 年不与劳动者签订书面劳动合同的劳动争议。《劳动合同法》第 14 条第 2 款规定：“用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”《劳动合同法实施条例》第 7 条规定：“用人单位自用工之日起满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满 1 个月的次日至满 1 年的前一日应当依照《劳动合同法》第 82 条的规定向劳动者每月支付 2 倍的工资，并视为自用工之日起满 1 年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。”这一规定明确了劳动者工作满 1 年，但用人单位不签书面劳动合同的法律责任：(1) 向劳动者每月支付 2 倍的工资。超过 1 年没有签订书面劳动合同，用人单位应当自用工之日起满 1 个月的次日至满 1 年的前一日依照《劳动合同法》第 82 条的规定向劳动者每月支付 2 倍的工资，即向劳动者支付 11 个月的 2 倍工资。(2) 视为已订立无固定期限劳动合同。用人单位超过 1 年未与劳动者签订书面劳动合同，视为双方已经订立无固定期限劳动合同，订立时间为用工之日起满 1 年的当日。(3) 立即补订书面劳动合同。强调签订书面劳动合同旨在

严格防止非法用工和不规范用工。要求劳动合同必须采用书面形式，有助于强化用人单位和劳动者的法律意识，也可避免用人单位不签订书面合同规避劳动法律适用的状况发生，避免在发生劳动争议时双方的权利、义务因无书面合同而难以确认的情形。

本案中，该公司未与王女士签订书面劳动合同属实，而且超过了 1 年。根据《劳动合同法实施条例》规定，这种情况要视为双方已签订无固定期限劳动合同，双方应当立即补签书面劳动合同，王女士的要求符合法律规定。同时，该公司要向王女士支付 11 个月的 2 倍工资。

现实中很多用人单位不愿意与员工签订劳动合同，不愿用合同约定自己。在他们看来，不签合同就可以不给员工上保险，可以随时调整员工工资岗位，可以随时让员工回家，即使员工去告，也会因缺乏证据而不了了之。其实，这些认识是错误的，不签订书面劳动合同，用人单位要付出高昂代价，超过一年不签书面合同，要支付 11 个月的双倍工资，并补订无固定期限劳动合同。用人单位应采取各种强化措施，严格内部签订劳动合同的纪律，禁止或防范出现员工不与单位签订劳动合同的现象，避免与员工形成事实劳动关系。

【法条链接】

《劳动合同法》第14条第2款规定：“用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。”

《劳动合同法实施条例》第7条规定：“用人单位自用工之日起满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满1个月的次日至满1年的前一日应当依照《劳动合同法》第82条的规定向劳动者每月支付2倍的工资，并视为自用工之日起满1年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。”

9、未与原用人单位解除劳动关系时，又与另一用人单位签订的劳动合同

【案情简介】老张原系一家制鞋厂的员工，2008年，因病办理了内部退养手续，病情好转后，同年，到了另一家玻璃制品公司任传达员，与该公司订立了为期3年的劳动合同。2009年5月，老王在工作期间旧病复发，住进医院治疗。7月份，老王康复出院，该玻璃制品公司却以老王系制衣厂的内退人员，与制衣厂之间还存在劳动关系为由，要求与其解除劳动合同。老王认为，双方既然订立了书面劳动合同，就应该全面履行，要求公司继续履行劳动合同。双方由引发生劳动争议。老王遂向当地劳动争议仲裁委员会提出申请仲裁，请求玻璃制品公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

某劳动争议仲裁委员会经审理后认为：本案的争议焦点是老王与建筑公司之间的劳动关系是否成立。《劳动合同法》第三十九条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同……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”。据此可知，该法并没有绝对禁止双重劳动关系，而是有条件地承认，即只有在劳动者存在“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”两种情形下，双重劳动关系才归于无效，用人单位才可以解除劳动合同。玻璃制品公司在缺乏证据证实老王具有上述两种禁止的情形下，单方解除劳动合同的行为显系违法解除。某劳动争议仲裁委员会遂裁决玻璃制品公司支付老王王违法解除劳动合同赔偿金 3000 余元。

【法理评析】从本案可见，所谓双重劳动关系，即劳动者与两个或者两个以上用人单位建立的劳动关系。改革开放以来，随着市场经济的不断发展，劳动体制的不断变革，劳动者者自谋职业和组织起来就业开始成为一种合法的就业形式，企业的用工形式也由此被激活，劳动者与一个以上的用人单位建立劳动关系逐渐成为用工机制中的重要形式，但是双重劳动关系自身产生和发展的社会动因，却是我国从计划经济体制向市场经济体制过渡的特殊历史条件。一旦社会主义市场经济体制逐步健全，双重劳动关系就会面临着被清理且消亡的历史要求。

目前，双重劳动关系有几种情形：一种是非全日制劳动者在两家用人单位工作，形成双重非全日制劳动关系；二种是劳动者在一家用人单位全日制工作，利用工作之余，到另一家用人单位兼职；三种是劳动者与一家用人单位保留劳动关系，并由该用人单位为其支付工资、缴纳社会保险费，但劳动者却不为该用人单位提供劳动，而为另一家单位提供劳动，并领取劳动报酬。

《劳动合同法》第三十九条规定，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，用人单位可以与其解除劳动合同。依据该条规定可以看出，该法承认双重劳动关系，但是并没有对双重劳动关系的待遇作出规定，即双重劳动关系解除或终止的经济补偿待遇以及社会保障待遇、住房公积金待遇是否可以享受双份。

法律不禁止双重或者多重劳动关系的前提是，劳动者如从事的是非全日制用工，而不是全日制用工，建立双重或者多重劳动关系时，要执行《劳动合同法》第六十九条第二款“后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行”的要求。对于用人单位是否必须和非全日制用工劳动者签订劳动合同，《劳动合同法》第六十九条第一款做出了规定，即“非全日制用工双方当事人可以订立口头协议”。也就是说，法律不强制用人单位与非全日制用工劳动者签订书面劳动合同，可以选择签订口头协议。而深究“可以”二字，表明法律对于订立口头协议也没有强制规定。所以，对于非全日制用工劳动者的兼职，用人单位不予以订立劳动合同也是不违法的。

如全职人员从事兼职的情形。我国法律法规并不鼓励全职人员进行兼职，但在经济体制改革中允许职工在完成8小时工作任务外，可以利用业余时间从事第二职业，前提是不影响本职工作。如果因为兼职而给原用人单位造成损失的，法律法规做出了赔偿规定。根据《劳动法》第九十九条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。同时，原国家劳动部《关于合同制工人因双重劳动关系给企业造成经济损失的处理意见》规定：用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，劳动者和用人单位都要承担赔偿责任。如未给原用人单位造成经济损失，劳动合同有约定或用人单位规章制度有规定且不与法律法规相抵触的，

按劳动合同的约定和用人单位的规章制度处理。原国家劳动和社会保障部《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（劳社部函[2004]256号）规定：职工在两个或两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤，由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任。

对于此类人员从事兼职，法律法规并没有强制规定用人单位要与之签订劳动合同，只是规定了兼职工作如果对原用人单位造成损害的，如何对损害进行赔偿。因此，对于全职人员从事兼职工作的，用人单位不与之签订劳动合同是不违反法律的。

现实生活中，法律虽然不禁止双重劳动关系，但它对劳动管理，活动存在干扰和影响，而且还潜伏着大量的劳动争议。譬如：第一，承认双重劳动关系的存在，对劳动者而言意味着要履行双份以上的劳动义务，但其权利根据劳动法的性质并不当然地对应获得双份或者更多。第二，劳动时间八小时工作制的限制可能被突破，劳动者在两个或两个以上用工单位履行劳动合同时，管理者根本无法在其中调控。第三，社会保险的待遇实行社会化管理后，由统一的社会保险机构进行管理，用人单位和劳动者根据劳动报酬的比例依法被强制缴纳社会保险费，为劳动者办理社会保险登记的只能是用人单位，保险待遇享受者唯一的身份和单一的保险号必然限制多个用人单位同时为一个劳动者办理社会保险手续，相反就可能出现均不为劳动者办理社会保险手续的情况。故也不提倡建立双重劳动关系，劳动者和用人单位都要尽量避免。

用人单位可以通过劳动者申明、劳动合同约定等形式避免双重劳动关系的产生；也可以通过法律规章制度、工作程序制定得更加具体，对法定解除条件做出量化、细化的规定。例如，用人单位可

以根据单位的规模、种类等在规章制度中明确对“严重影响”的界定，对其进行量化。在发现劳动者与其他用人单位建立劳动关系后，要根据用人单位的实际情况及时做好用工管理，积极主张“用人单位提出”及举证之权利，包括要求其解除与前单位的劳动关系或者解除现劳动关系。

而劳动者在从事双重劳动关系的过程中，不要对原先用人单位造成“严重影响”，在原“用人单位提出”召回时，也要积极的给予回应，否则，原用人单位不仅可以在不支付经济补偿的前提下解除现劳动关系，而且可以主张劳动者承担赔偿责任之责任。因此，劳动者要充分考虑劳动关系的稳定而不去订立双重劳动关系的劳动合同，免得在被用人单位发现后，损害到自身的合法权益。

【法条链接】

《劳动合同法》第三十九条规定，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，用人单位可以与其解除劳动合同。

《劳动法》第九十九条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

原国家劳动部《关于合同制工人因双重劳动关系给企业造成经济损失的处理意见》规定：用人单位招用尚未解除劳动关系的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，劳动者和用人单位都要承担赔偿责任。如未给原用人单位造成经济损失，劳动合同有约定或用人单位规章制度有规定且不与法律法规相抵触的，按劳动合同的约定和用人单位的规章制度处理。

10、机关事业单位与未签订劳动合同的劳动者之间是否存在劳动关系？

自2003年6月起，黄某即到市某管理办做驾驶员，该管理办系全额预算事业单位，双方未签订书面劳动合同。2008年5月30日，管理办以董某违反劳动纪律为由解除了其劳动关系，并出具了解除劳动关系证明，但管理办未提供证据，证明其将该决定送达给董某。管理办向董某支付工资至2008年5月。2008年1月至3月，董某月工资780元；2008年4月，董某工资为1241.2元；2008年5月，董某工资为860元。2008年12月12日，董某向区劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求管理办支付解除劳动关系经济补偿4760元。仲

裁委作出裁决后，董某不服，诉至区法院。法院只支持了其《劳动合同法》实施后的经济补偿，判决管理办支付董某经济补偿 444.12 元。

【法理评析】《劳动法》第 2 条规定：国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第 3 条中规定：国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员；实行企业化管理的事业组织的人员；其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者，适用劳动法。可见，除按规定应实行劳动合同制度的工勤人员（在编制的合同制职工）适用劳动法外，其他劳动者只有与国家机关、事业单位、社会团体建立劳动合同关系才适用劳动法。

根据劳动合同法的规定，国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动合同关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。（1）国家机关。这里的国家机关包括国家权力机关、国家行政机关、司法机关、国家军事机关、政协等，其录用公务员和聘任制公务员，适用公务员法，不适用本法，国家机关招用工勤人员，需要签订劳动合同，就要适用劳动合同法。（2）事业单位。事业单位适用本法，可以分为三种情况：一种是具有管理公共事务职能的组织，如证券监督管理委员会、保险监督管理委员会、银行业监督管理委员会等，其录用工作人员是参照公务员法进行管理，不适用本法。一种是实行企业化管理的事业单位，这类事业单位与职工签订的是劳动合同，适用本条的规定。还有一种事业单位如医院、学校、科研机构等，有的劳动者与单位签订的是劳动合同，签订劳动合同的，就要按照本条的规定执行；有的劳动者

与单位签订的是聘用合同，签订聘用合同的，就要按照本法第九十六条的规定，即法律、行政法规和国务院规定另有规定的，就按照法律、行政法规和国务院的规定执行；法律、行政法规和国务院没有特别规定的，也要按照本法执行。（3）社会团体。按照《社会团体登记管理条例》的规定，社会团体是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体的情况也比较复杂，有的社会团体如党派团体，除工勤人员外，其工作人员是公务员，按照公务员法管理；有的社会团体如工会、共青团、妇联、工商联等人民团体和群众团体，文学艺术联合会、足球协会等文化艺术体育团体，法学会、医学会等学术研究团体，各种行业协会等社会经济团体。这些社会团体虽然公务员法没有明确规定参照，但实践中对列入国家编制序列的社会团体，除工勤人员外，其工作人员是比照公务员法进行管理的。除此以外的多数社会团体，如果作为用人单位与劳动者订立的是劳动合同，就按照本法进行调整。

本案管理办系全额预算事业单位，董某为管理办从事辅助性工作期间，双方未签订劳动合同。根据管理办的单位性质，2008年1月1日《劳动合同法》施行之前，董某应属通过签订劳动合同才能建立劳动关系的劳动者，双方没有通过签订劳动合同建立劳动关系，故不能确认2008年1月1日前双方存在劳动关系，双方应属雇佣关系。管理办未提供证据证明其已将解除劳动关系决定送达给董某，故应认定系由管理办提出与董某协商一致解除合同。双方于2008年1月1日建立劳动关系，2008年5月30日解除劳动关系，根据《劳动合同法》第46条第（2）项、第47条的规定，管理办应向董某支付半个月工资的经济补偿444.12元。

【法条链接】

《劳动合同法》第二条第二款规定，事业单位和与其建立劳动关系的劳动者订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用《劳动合同法》。

《劳动合同法》第九十六条规定，事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

11、设立中的公司与劳动者能否形成事实劳动关系？

【案情简介】某网络公司要在长武汉设立子公司，设立子公司的原则是，该网络公司派公司的一位副总前往武汉并拨给其一定的公司筹备经费。该副总到武汉之后，面临的主要问题就是“招兵买马”，因为筹备公司不能一个人独自设立。于是，该副总在武汉招了三名应届毕业生一起负责公司筹备工作。这三名毕业生于2008年7月毕业后就开始从事公司筹备工作。而该子公司也与2008年的10月份开始营业。公司成立之后，又开始大规模的招聘工作人员，并一一签订劳动合同。但是在与最初从事公司筹备工作的三名应届毕业生签订劳动合同时，对于劳动关系的开始时间，双方发生了争议。公司认为应当从公司成立之日起算，毕业生则认为应当从2008年7月份开始计算。

【法理评析】的确，有些公司在成立之前就招兵买马了。这些雇员当然是劳动者，按照劳动法的规定，应当与用人单位签订劳动

合同。但问题在于公司还没注册出来，劳动合同的用人单位一方应该谁呢？

我们知道，公司成立之前都要经过或长或短的筹备期。筹备中的公司往往很需要人才，他们会作出许多美好承诺，诱惑力不言而喻。一些规模较小的公司，筹备工作相对简单，几个发起人就能独立完成；但另有一些公司，尤其是规模较大或需要特别审批的，筹备工作往往很复杂。这意味着，一方面，单靠发起人的力量难以完成筹备工作，需要一些人员帮助；另一方面，筹备期可能很长。在这段或短或长的筹备时间，雇员与雇主的劳动关系应该得到确认吗？

筹备中的公司雇佣员工有两种形式：一种是利用母公司名义招用员工，员工与母公司签订劳动合同，其薪资福利也都由母公司发放。工作内容就是帮助母公司建立一个子公司，这当然没有问题。如果子公司成立后需要这名员工直接为子公司服务，也只要对劳动合同的主体作一下变更就可以了。另一种情况是没有母公司，主张建立新公司的就是几个发起人。如果发起人需要招用其他人协助其办理筹备事项，或者是为成立后的公司招募雇员，那么这些雇员与筹备中的公司能不能形成劳动关系呢？能签劳动合同吗？公司还没有公章，只有老板的签字行吗？

我们知道，筹备中的公司不是法律意义上的法人公司，不能独立承担法律责任，不是法人主体。《中华人民共和国劳动法》第二条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法”。《劳动合同法》第2条规定，中华人民共和国境内的企业，个体经济组织，民办非企业单位（以下简称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订

立、履行、变更、解除和终止劳动合同，适用本法。在这里，企业指的是从事生产、流通或服务性活动等实行独立经济核算的经济单位。筹备中的公司是独立核算的单位，但还没有开始从事实质性的经营活动，因此不是法人企业。个体经济组织指的是雇工在 7 人以下的个体工商户，显然筹备中的公司也不是个体经济组织。那么筹备中的公司就不是用人单位了吗？从这些规定可以看出，劳动关系的主体一方是劳动者，另一方是用人单位。而该用人单位应当具有法人资质的公司，或具有营业执照的个体经济组织以及民办非企业单位，只有在这样的前提下具有用工权。

对于公司筹备期间的劳动关系应当如何认定，因为公司筹备期间，公司没有成立，不具有法人资质，因此就构不成劳动关系上的用人单位的主体，因而也不能与另一主题劳动者形成劳动关系。那么对于公司筹备期间的关系应当如何规定呢？公司筹备期间筹备人如果是个体的话，那么应当与劳动者形成一种民事上的劳务关系。如果公司筹备人是公司的话，那么筹备期间的劳动关系应当认定为是筹备公司之间形成劳动关系。在本案例中，如果该公司的副总有公司的书面授权招用劳动者进行公司筹备工作的，那么筹备期间应当是与筹备公司形成劳动关系，如果没有授权，仅是该副总的个人行为，那么形成的是一种劳务关系。

【法条链接】

《劳动法》第二条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法”。

《劳动合同法》第二条规定，中华人民共和国境内的企业，个体经济组织，民办非企业单位（以下简称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除和终止劳动合同，适用本法。

12、包工头组织农民工施工，施工单位与农民工之间是否存在劳动关系？

【案情简介】2008年2月12日，某装饰公司与某酒店签订了一份《装饰施工合同》，由装饰公司对酒店进行整体装饰。合同签订后，装饰公司找到李某，要求李某组织人员进行施工，口头承诺给予一定的劳务费用。2008年5月23日，酒店装饰工程整体完工，但装饰公司却未足额向李某支付报酬。2008年7月，受雇于李某的张某，在向李某讨要工资未果后，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求仲裁委依法确认其与装饰公司存在劳动关系，并要求装饰公司支付拖欠的工资款3800余元。

仲裁委审理后认为，虽然张某所付出的劳动属于装饰公司业务的组成部分，但张某实际上受雇于李某，在工作中听从李某的管理和支配，7月份工资也是由李某发放，张某与装饰公司之间不存在用工关系。为此，仲裁委驳回了张某的仲裁请求。

张某不服，遂诉至法院。法院审理认为，虽然张某受雇于李某，但李某并无合法的用工主体资格，也无工程承包的资质，李某与装

装饰公司之间不属于承包关系。李某招工、管理的行为应当视为装饰公司的行为，其责任应当由装饰公司承担。为此，法院判决张某与装饰公司存在劳动关系，装饰公司应当向张某支付工资 3800 余元。

【法理评析】本案是建筑行业中较为典型的一种现象，实际施工人员与施工单位之间夹存着一个中间主体，即“包工头”，有的也称之为“工程代表”。各方之间约定的“权利义务”似乎比较明确，在顺利履行的情况下，各方都能够相安无事，并无纷争。但由于行业的特殊性，建筑工程或施工项目涉及的各种法律关系复杂，很多农民工甚至包工头也不清楚，自己在其中到底扮演什么样的角色，属于什么样的身份。正因为如此，一些农民工在遇到工资拖欠或遭受事故伤害后，不知道应该向包工头还是施工单位讨说法。就拿本案来讲，也就是张某与装饰公司、包工头李某之间是何种法律关系的问题，更为确切地讲，张某与装饰公司之间是存在劳动关系还是劳务关系抑或毫无法律关系。

本案中，李某是受装饰公司的委托，组织人员为酒店进行装饰施工。从一般法理理解，李某与装饰公司之间应当属于承包关系。但李某既不具备承包工程的资质，也不具备用工主体资格。

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 4 条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”法律如此规定，即是旨在规范建筑行业用工行为和保护劳动者，为了使劳动者的劳动权利受到侵害的时候，能够得到有效的救济。目前现实中，不具备用工主体资格的组织或自然人经济实力很弱，风险责任的承担能力很差，而且流动性较大，如果一旦劳动者发生工

伤事故或者群体欠薪时，非法承包者就可能溜之大吉，劳动者的合法权益将无法得到保障，因此，只有加大对非法发包行为的惩处力度，加重非法发包企业的法律责任，让非法发包者承担用工主体责任，才能保障劳动者的合法权益。其次，从实际来看，农民工直接受包工头管理，其工作内容和工作进度由包工头支配，其工资和劳动保护一般也直接由包工头负责，而包工头和施工单位之间存在的工程承揽合同关系，是平等的民事主体之间的法律关系，因此，农民工与施工单位不存在直接的联系，不存在管理与被管理的关系，故农民工只与包工头之间存在劳务雇佣关系，而不存在劳动关系。基于上述两个方面，农民工受雇于包工头，实际上是与包工头之间存在劳务雇佣关系，但从法律规定来看，也可以认定农民工与非法发包方——施工单位之间存在事实劳动关系。劳动法律制度是为了规范企业合法用工，保障劳动者合法权益的法律制度，劳动法律实行倾斜保护主义，即从倾斜保护劳动者的合法利益最大化来设计，因此在实务中，发生劳动纠纷时，也应实行倾斜保护劳动者的合法权益的原则。

因此，本案中张某虽然受雇于李某，但始终与装饰公司存在事实劳动关系，装饰公司应承担相应责任。法院最终判决装饰公司支付张某被拖欠的工资款也是理所当然的。

【法条链接】

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第4条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”

13、内部待岗职工能否与其他用人单位建立劳动关系？

【案情简介】小张在一家机械厂从事机械加工工作，2008年6月份，公司受金融危机影响，效益不好，单位贴出公告，要求员工待岗，发放待岗工资。小张的技术很好，在待岗期间，又到相同行业的另一家单位从事相同的工作。他在与原来单位保持劳动关系的基础上，又与这家公司建立了劳动关系。2009年1月份，小张原来的公司缓过气来，订单增多，而他在待岗期间工作的公司订单也很正常。原来的公司找他回单位上班，他都没有过去。2009年3月5日，原来的公司与他解除劳动合同。小张认为公司半年发一次工资，生活当然要靠打零工来维持，自己都是用业余时间到另外的公司工作的，并不影响本职工作。原单位对他从事两份工作是默许的，单位没有法定的解除条件却与自己解除合同，是违法解除合同，要求公司支付双倍赔偿金。公司认为小张在两家公司同时任职，给本单位的生产造成了严重影响，限期召回公司上班仍不悔改，公司在不得已的情况下只好与张兵解除合同，公司是依法解除，不用支付任何赔偿金。双方争执不休，小张提起劳动仲裁，劳动争议仲裁委作

出裁决，驳回小张要求公司支付双倍赔偿金的请求。

【法理评析】 目前我国的现行法律并没有对双重劳动关系进行禁止性的规定，但从目前的法律规定来看，双重劳动关系并不被提倡。

对小张来说，双重劳动关系虽然可能扩大收益，但本身存在一定的风险，因为法律赋予了用人单位对具有双重劳动关系的劳动者更大的主动权，既可以要求解除劳动合同而不支付经济补偿，又可以在一定条件下主张赔偿。他原先的用人单位就是据此解除合同，才导致了这起纠纷的发生。

劳动者存在双重劳动关系并不会必然导致用人单位解除劳动合同，劳动者在按法律法规的规定和劳动合同约定完成工作任务后，如还有时间和精力，可以依法与其他用人单位建立劳动关系。

用人单位要解除合同，必须具备以下条件：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的。这里对工作任务造成的影响必须达到“严重”的程度，轻微影响或者没有影响，用人单位无权以此为由解除劳动合同；或者劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，经用人单位提出，拒不改正的。用人单位不能直接解除劳动合同，必须先向劳动者提出，劳动者拒不改正方可解除。

就这起纠纷而言，小张是车间的班组长，技术、协调能力都不错，用人单位限期召回，他拒不改正，用人单位生产、管理中断，没能按照订单交货，造成了严重影响，小张双倍赔偿金请求是不会得到支持的。“严重影响”是一个很抽象的概念，很难量化，具体问题具体分析，在实践中遇到这种情况，用人单位可书面通知劳动者，要求其在指定期限内提供其他用人单位出具的已解除劳动合同

的证据。

法律虽然不禁止双重劳动关系，但它不仅不利于劳动管理，而且还潜伏着大量的劳动争议。双方都要尽量避免。用人单位可以通过劳动者申明、劳动合同约定等形式避免双重劳动关系的产生；也可通过将规章制度、工作程序制定得更加具体，对法定解除条件做出量化、细化的规定。例如用人单位可以根据单位的规模、种类等在规章制度中明确对“严重影响”的界定，对其进行量化。在发现劳动者的其他劳动关系后，要根据用人单位的实际情况及时做好用工管理，积极主张权利，包括要求其解除与前单位的劳动关系或者解除现劳动关系。

而劳动者在从事双重劳动的过程中，不要对原先用人单位造成严重影响，在原单位召回的时候也要积极的给予回应，否则，原单位不仅可以在不支付经济补偿金的前提下解除现劳动关系，而且可以主张赔偿责任。因此，劳动者要充分考虑劳动关系的稳定而不去签订双重劳动关系的劳动合同，免得在被用人单位发现后，损害到自身的合法权益。

《劳动合同法》第三十九条规定，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，用人单位可以与其解除劳动合同。

《劳动法》第九十九条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

原国家劳动部《关于合同制工人因双重劳动关系给企业造成经济损失的处理意见》规定：用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，劳动者和用人单位都要承担赔

14、用人单位招用劳动者时能否向劳动者收取风险抵押金？

【案情简介】与小何签订劳动合同的单位是当地一家效益很好的单位，所以劳动合同条款也比较苛刻，约定员工进门先要交 3000 元押金。小何跟单位签订了为期 6 年的劳动合同，也把入厂押金交齐了。可是过了一年，小何感到在这个企业工作自己不能有更好的发展，于是向企业提出了提前解除劳动合同的书面申请，企业同意了他的申请，但告知其 3000 元押金要没收。小何找到厂长问依据在哪里。厂长说道“我们是企业，有自己的规章制度，企业这么规定的，你作为企业职工，就该遵守，当初你跟公司签约，就等于是承认我们的规章，现在当然要受它的约束。更何况这个规定也写到了劳动合同里面，劳动合同可是你亲笔签署的哟。难道现在你提前解除合同，不是违约行为吗？受点罚也是应该的。”这样一来，小何工作了一年，总收入也就 1 万多元，这下却白白损失了 3000 元。再说，小何认为自己违约可以按劳动合同的约定赔偿企业损失，企业收取押金的行为不合法，没收押金更无道理，故上诉至劳动争议仲裁委员会，要求退回 2000 元押金。

【法理评析】目前，一些企业在招用劳动者时要求交纳保证金、风险抵押金等现金或实物，尤其对接触贵重物品或现金的工作岗位，企业更认为收取员工保证金或抵押金是很有必要的。原因是，企业主往往对新招用的陌生员工有不信任感，担心万一遇到有劣迹的或不守法员工，会给企业带来不可挽回的损失，向新员工收取保证金或风险抵押金，可以起到担保的作用，降低企业的用工风险。

我国《劳动法》中，对是否允许企业向员工收取保证金或风险抵押金的问题没有做具体规定，但劳动部、公安部、全国总工会在《关于加强外商投资企业和私营企业劳动管理切实保障职工合法权益的通知》（劳部发(1994) 118 号）中规定“企业不得向职工收取货币、实物等作为‘入厂押金’，也不得扣留或者抵押职工的居民身份证、暂住证和其他证明个人身份的证件。对擅自扣留、抵押职工居民身份证等证件和收取抵押金(品)的，公安部门、劳动监察机构应责令企业立即退还职工本人。”

《劳动法》出台后，国家劳动部又在《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发(1995)309 号)第 24 条规定“用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金(物)或抵押金(物)。对违反以上规定的，应按照劳动部、公安部、全国总工会《关于加强外商投资企业和私营企业劳动管理切实保障职工合法权益的通知》（劳部发（1994）118 号)和劳动部办公厅《对‘关于国有企业和集体所有制企业能否参照执行劳部发(1994) 118 号文件中的有关规定的请示’的复函》（劳办发(1994)256 号)的规定，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本人。”《劳动合同法》第 9 条规定“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求

劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物”这一规定，更明确了我国劳动立法就是要禁止用人单位向劳动者收取保证金或风险抵押金的行为。

面对上述规定，一些企业管理者不理解，为什么要禁止用人单位收取风险抵押、保证金呢？从一般合同来看，似乎并没有禁止的必要，因此只能从劳动合同的特殊性入手寻找原因。众所周知，劳动合同的订立双方并不是平等的，劳动者始终处于弱势的一方，因此劳动立法的主要目的就是为劳动者提供保护。从劳动合同的订立来看，处于优势地位的用人单位当然希望在合同中订立对自己最有利的条件，给自己提供最佳保障，而处于劣势地位的劳动者显然只有两种选择：要么接受，要么走人。为了改变这种实质上的不平等，就需要劳动立法出面进行干预。用人单位收取押金、保证金就是这样一个不平等条款，其效力应当予以否定。另外，从社会政策角度来看，押金、保证金条款的危害也是巨大的。我国是一个劳动力大国，目前我国的失业率居高不下，国家也在千方百计地增加就业率。而如果法律对押金、保证金不加以限制的话，那么用人单位必然群起效仿，这样就会造成相当一部分劳动者因无钱或不愿缴纳而失去就业机会。再者，有人提到了订立押金、保证金条款的担保作用，对此也不能迷信。因为从实际效果来看，也许治疗比疾病本身更糟，比如现实生活中常见的单位负责人收取押金、保证金后携款逃跑或者合同解除时拒不返还等。即使该条款能够起到一定的担保作用，那么劳动者享有的权利要靠什么来担保呢？这些说明，对劳动者的担保，需要寻求其他更好的办法，收取押金、保证金绝非最佳选择。

通过以上分析可以看出，案例中的企业向小何收取风险抵押金的行为是违法的，双方签订的劳动合同虽然是双方当事人自愿的意

思表示结果，但根据《劳动合同法》的规定，违反法律、行政法规强制性规定的，是无效劳动合同；无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。也就是说方当事人关于风险抵押金的合同条款正是因为违反法律、行政法规而导致的无效劳动合同条款。而该条款的无效不影响合同其他条款的效力，因此整个劳动合同是有效的，企业应当将因该合同无效部分取得的风险抵押金 3000 元返还给小何。同时，劳动行政部门还可以根据《劳动合同法》第 84 条的规定，对该企业实施行政处罚，给劳动者造成损害的，还应当承担赔偿责任。

【法条链接】

《劳动合同法》第九条规定，用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

《劳动合同法》第八十四条规定，用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

15、用人单位与劳动者建立劳动关系后，可否根据经营管理需

要收取风险抵押金？

【案情简介】 陈某 2002 年入厂与某制药厂签订了为期十年的劳动合同。2008 年 4 月，制药厂主管单位某市医药保健品进出口公司做出《关于增强全体员工风险意识，充分调动员工工作积极性，确保完成年度进出口任务的决定》。制药厂根据这一规定，制定了《关于实行风险抵押有关问题的实施细则》，规定制药厂每名职工必须向厂方缴纳 2000 元风险抵押金，风险抵押金不还本不付息，职工正常工作，完成任务指标，厂方以奖金形式返还给职工。陈某与其爱人同在制药厂工作，按照规定应缴纳 4000 元风险抵押金，陈某的老母亲亲身患癌症，孩子正在读小学，家庭生活比较困难，一时难以凑足 4000 元风险抵押金，只好先让其爱人缴纳了 2000 元风险抵押金。2008 年 5 月 3 日，厂方规定的最后缴纳风险抵押金期限已到，2008 年 5 月 10 日，该制药厂厂长办公室决定：对陈某等五名不按时缴纳风险抵押金的从 5 月 11 日起停止工作，在家待岗，停发工资，什么时候交上风险抵押金什么时候安排工作。2008 年 6 月 2 日该制药厂以“陈某拒不缴纳风险抵押金，严重违反厂方规定”为由，从 2008 年 6 月 2 日起予以除名，并扣发其爱人两个月奖金。陈某对此不服，于 2008 年 6 月 23 日向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求补发工资，恢复劳动权利。劳动争议仲裁委员会经审理后作出裁决：撤销该制药厂《关于对陈某予以除名的决定》，恢复陈某公职并安排适当工作；补发陈某自停发工资之日起至 2008 年 6 月底的工资 2560 元，并于 2008 年 6 月 29 日前一次性支付给申诉人陈某。此案审结后，仲裁委员会向当地劳动行政部门的监察机构发出《建议书》，建议劳动监察部门对收抵押金问题进行调查，并依法处理。

【法理评析】 用人单位违法向劳动者收取风险抵押金的情况主

要有两种，一种是建立劳动关系时收取风险抵押金等项费用，对于不交者不与其建立劳动关系，对交者在建立劳动关系后又与其解除劳动关系且不退还风险抵押金等项费用；另一种是建立劳动关系后全员收取风险抵押金等项费用，对不交者予以解除劳动合同或者下岗。

那么是不是所有的用人单位向劳动者收取风险抵押金都是违法的呢？答案是否定的，有例外情形。

劳动部办公厅、国家经贸委办公厅对“关于用人单位要求在职职工缴纳抵押性钱款或股金的做法应否制止的请示”复函中规定，至于一些用人单位与职工建立劳动关系后，根据本单位经营管理的实际需要，按照职工本人自愿原则向职工收取“风险抵押金”及要求职工全员入股等企业生产经营管理行为，不属于上述规定的调整范围。但是，用人单位不能以解除劳动关系为由强制职工缴纳风险抵押金要求职工入股（实行内部经营承包的企业经营管理人员、实行公司制企业的董事会成员除外）。劳动部办公厅《关于处理劳动争议案件若干政策性问题的复函》（劳办发〔1994〕322号）第四条规定：“企业强制性要求职工缴纳风险金、股金等做法不符合国家有关规定和国际通行的入股惯例。国有企业和集体所有制企业对职工予以除名和辞退处理，必须严格执行《企业职工奖惩条例》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》。除名和辞退是企业对职工违反企业劳动纪律等而采取的行政处理形式，职工不缴纳风险金或股金不属于违反劳动纪律等行为，因此，不能采用辞退和除名的处理方式。”因此，用人单位与职工建立劳动关系后，根据本单位的经营管理实际需要，按照职工本人自愿原则向职工收取风险抵押金并不违反法律的强制性规定。但适用该规定时，需要把握以下原则：一是收取风

险抵押金的时间必须是建立劳动关系后；二是用人单位经理管理确实需要收取，如掌握大量现金的财务人员、掌握公司车辆的司机；三是必须按照劳动者本人自愿原则收取，劳动者不愿意的，不得以解除劳动关系等为由胁迫劳动者缴纳。否则，由此引发的劳动争议，按照《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》规定处理，如企业强行要求职工缴纳，则职工可提请劳动行政部门予以处理。

本案中该制药厂以解除劳动关系为由强制职工缴纳风险抵押金的做法显然违反了上述规定。

【法条链接】

原劳动部《对〈关于用人单位要求在职职工缴纳抵押性钱款或股金的做法应否制止的请示〉的复函》（劳办发〔1995〕150号）指出：一些用人单位与职工建立劳动关系后，根据本单位经营管理实际需要，按照职工本人自愿原则向职工收取“风险抵押金”及要求职工全员入股等企业生产经营管理行为，不属于国家禁止的在建立劳动关系时向劳动者收取风险抵押金的范围。但是，用人单位不能以解除劳动关系等为由强制职工缴纳风险抵押金及要求职工入股（实行内部经营承包的企业经营管理人员、实行公司制企业的董事会成员除外）。

劳动部办公厅《关于处理劳动争议案件若干政策性问题的复函》（劳办发〔1994〕322号）第四条规定：企业强制性要求职工缴纳风险金、股金等做法不符合国家有关规定和国际通行的入股惯例。国有企业和集体所有制企业对职工予以除名和辞退处理，必须严格执行《企业职工奖惩条例》、《国营企业辞退违纪职工暂行规定》。除名和辞退是企业对职工违反企业劳动纪律等而采取的行政处理形式，职工不缴纳风险金或股金不属于违反劳动纪律等行为，因此，不能采用辞退和除名的处理方式。

16、用人单位能否扣押劳动者的居民身份证和其他证件？

【案情简介】小刘是广州某贸易有限公司于2008年7月份招聘的应届大学毕业生，2009年1月21日小刘提出辞职得到了公司同意，后小刘以公司扣押其大学毕业证书和学位证书且造成其不能在其他单位就业为由提起劳动仲裁，要求公司返还其学历和学位证书并赔偿扣押证书造成的损失。仲裁裁决支持了小刘的请求，公司不服起诉至法院。

小刘为证明自己的主张，向法院提交了公司收取学历和学位证书的收条，以及自己跟公司经理就归还上述证书的谈话录音，录音中经理明确表示自己不会销毁证书。小刘同时提供了与新用人单位的劳动合同（试用期工资为 1500 元/月）和辞退通知书，证明因为自己没有学历和学位证书，被新用人单位辞退并造成每月 1500 元工资损失的事实。

公司辩称：公司从未收取过小刘的学历和学位证书，小刘提交给法院的学历和学位证书的收条是小张自己手写后私自加盖了公司的公章；且小刘与经理谈话过程中经理正在做其他事情，对小刘讲的话未加留意，因此，不能根据该两份证据认定公司收取了小刘的学历和学位证书。

法院认为：小刘提供的收条和录音资料足以证明公司扣押了小刘的学历证书和学位证书，公司虽然予以否认，但其未提供相反证据予以反驳，其解释又前后矛盾，不符常理，故对公司主张，法院不予采信，遂判决公司于判决生效后 10 日内归还小刘学历证书和学位证书原件，并按 1500 元/月的标准赔偿小张因被扣押学历和学位证书造成的损失。

【法理评析】类似小刘这样遭遇的毕业生不在少数，很多用人单位在录用毕业生时担心其跳槽，遂要求将身份证或学历学位等证书原件交由单位保管，还有的单位甚至要求毕业生缴纳押金。一旦毕业生跳槽，单位则拒不归还证书，或没收押金作为违约金。那单位的这些做法是否违法呢？

《劳动合同法》第九条规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”该法第八十四条规定：“用人单

位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

由此可见，《劳动合同法》明确禁止用人单位扣押身份证、学历学位证书等财物。用人单位的上述做法无疑是违法的。

【法条链接】

《劳动合同法》第九条规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”

《劳动合同法》第八十四条规定：“用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

17、用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自何时开始建立？

【案情简介】小张到兰州某公司应聘管理岗位，经面试，符合用人单位的要求。三天后，用人单位就把录用通知书寄给了小张。小张拿着通知书去公司报道时，公司人事经理与她签订了劳动合同，并告诉她：“一个星期后开始工作，所以现在签合同，是想把人

定下来”。小王对此表示同意，就在家等着。

第二天，小张一位同学告诉她有一个银行正在招聘管理人员，建议她去试试。小张想反正闲着也是闲着，而且薪水比公司给的要高很多，就投了简历，并马上接到了银行的面试通知。在去公司上班前一天到银行进行了面试。

上班一个星期后，小张就接到了银行的录用通知。经过再三考虑，小张向公司递交了辞职信，并要求公司支付她订立劳动合同以后的工资。公司坚持虽然在上班之前双方订立了劳动合同，但是从订合同到上班之前这一星期没有到公司劳动，也就没有劳动关系，这一周不应该支付劳动报酬，仅能支付上班这一周的报酬。小张不同意，认为从订立合同那时起双方就已经存在劳动关系，因此坚持要求公司支付两周的劳动报酬，由此双方产生了争议。

【法理评析】这是一个在用工之前订立劳动合同，劳动关系从何时起成立的案例。《劳动合同法》第十条第三款规定：“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。”本案中，小张虽然与用人单位在用工之前一个星期订立了劳动合同，但是双方劳动关系仍然是从用工之日算起，即小张正式上班那天起建立的，而不是在订立劳动合同时建立的劳动关系。所以合同订立后到上班前这一周小张没有为企业提供劳动，就没有劳动报酬。

【法条链接】

《劳动合同法》第十条规定：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。

18、劳动合同期满后，用人单位与劳动者未终止劳动合同

【案情简介】小黄于2006年8月受聘于某公司，双方签订劳动合同，合同期限为2年，即2006年8月22日起至2008年8月21日止。2008年8月，劳动合同到期，由于公司业务繁忙，忽视了续签劳动合同的问题，小黄继续在原工作岗位工作，双方既未续签劳动合同也未终止劳动合同。2009年5月，公司决定与小黄终止劳动关系，遂向小黄下发《终止劳动关系通知书》。小黄认为公司应自2008年8月22日至2009年5月向其每月支付2倍的工资，公司不同意，小黄遂向当地劳动争议仲裁委员会申请了劳动争议仲裁。

【法理评析】《劳动合同法》明确规定建立劳动关系，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1个月内订立书面劳动合同。《劳动合同法》第10条规定，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1个月内订立书面劳动合同。劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作的，用人单位也应当按照劳动合同法的要求在前一劳动合同终止之日后劳动者提供劳动的第一天起1个月内订立书面劳动合同，否则，超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付2倍的工资。超过1年不与劳动者订立书面劳动合同的，

视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

本案中，小黄与公司劳动合同期满后未办理终止劳动关系的相关手续，并且超过 9 个月未与小黄订立书面劳动合同，按照《劳动合同法》的规定，应当向劳动者每月支付 2 倍的工资。

【法条链接】

《劳动合同法》第 10 条规定，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 1 个月内订立书面劳动合同。劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作的，用人单位也应当按照劳动合同法的要求在前一劳动合同终止之日后劳动者提供劳动的第一天起 1 个月内订立书面劳动合同，否则，超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付 2 倍的工资。超过 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

19、劳动者订立劳动合同时用人单位未尽如实告知义务

【案情简介】某企业登出了一则招聘广告，其中写道：“本单位录用的员工将送到国外培训半年至一年”。小王看到该企业的招聘广告后，便欣然来该企业应聘，并顺利地进了该企业。加入该企业的小王对工作充满希望，想通过积极的工作以得到重视，得到出国的机会。但是 1 年过去了，出国培训的事情依然没有动静，也没有听说哪位同事出国培训了。小王找到单位负责人理论，单位应当履行在招聘广告中的承诺。单位负责人当面答应小王一定会考虑。几天过去后，单位还是没有动静，小王便以用人单位存在欺诈为由提出解除劳动合同，并要求用人单位支付劳动合同解除的经济补偿金。

【法理评析】用人单位为吸引应聘者，在招聘时对劳动者作不实承诺的现象也不在少数。很多用人单位认为招聘时承诺又不写进劳动合同，不会存在任何风险。其实，这种认识是错误的，撇开此类事情对用人单位的声誉影响，仅就法律来说，用人单位的这类行为已经违法了。因为《劳动合同法》第 8 条明确规定，用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况。如果用人单位不尽这项告知义务或者不进行如实告知，会导致欺诈行为的发生。按照《劳动合同法》第 26 条的规定，用人单位以欺诈手段与劳动者订立的劳动合同属于无效的劳动合同，同时根据《劳动合同法》第 38 条和第 46 条的规定，对于因用人单位的欺诈导致劳动合同无效的，劳动者可以随时提出解除劳动合同，并且可以要求用人单位支付劳动合同解除的经济补偿金。

本案中的用人单位在招聘时未履行如实告知义务，明显违反了《劳动合同法》第 8 条的规定，需要支付劳动合同解除的经济补偿金。

用人单位在招聘时，需要遵守《劳动合同法》规定的先合同义务，即招用劳动者如实告知劳动者相关信息，预防和避免虚假承诺现象的发生。另外，用人单位在招聘过程中已尽告知义务的，也需要注意招聘管理的书面化工作，保留好相应的证据。对此，用人单位可以事先设计好书面的“用人单位基本信息告知函”，让员工签字，事先固定用人单位尽告知义务的书面证据，防止纠纷的发生。

【法条链接】

《劳动合同法》第八条规定：用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况。

20、劳动关系建立时劳动报酬等约定不明确

【案情简介】李某在人才市场双向选择中，被某公司录用，双方协商签订劳动合同。在协商过程中，企业一方表示：由于本企业最近一年不太景气，经济效益不稳定，因此工资可以确定发放日期，但无法确定数额。李某认为企业有困难职工应当分担，因此对企业的说法并无异议。于是，双方签订劳动合同，并在合同中约定：曹某工资根据企业效益而定。

合同签订后，2009年7月10日，李某开始上班，工作相当努力。但连续两个月，企业以效益不好为由每月只发其900元工资。曹某找企业理论，企业认为工资的具体数额无法约定，这事先已经讲明，而且合同中已经约定：工资根据企业效益而定，所以企业并无违法之处。于是李某向仲裁委提起了申诉。

【法理评析】本案争议的焦点在于：劳动报酬条款约定不明时该如何处理。劳动报酬、劳动条件等条款属于劳动合同的法定必备条款，用人单位与劳动者虽然订立了劳动合同，但其中关于劳动报酬和劳动条件的标准约定的不明确，会引发争议。

劳动报酬条款应明确劳动报酬的种类、金额、支付方式、支付时间以及拖欠劳动报酬的法律后果等相关内容。劳动条件条款要求用人单位必须按照国家安全、卫生法规的标准为劳动者提供必

要的劳动保护和工作条件，从而使劳动者能够顺利完成劳动合同约定的工作任务。根据《劳动合同法》第十八条的规定：在劳动报酬与劳动条件等标准约定不明确从而引发争议的情况下，用人单位与劳动者可以就这些不明确的事项重新进行协商，通过变更劳动合同，重新加以明确。如果用人单位与劳动者无法达成一致，不能重新确定劳动报酬和劳动条件等标准，劳动合同中约定不明的事项，适用集体合同中约定的标准。没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；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。

21、劳动者采取欺诈方式签订劳动合同

【法条链接】

《劳动合同法》第十八条规定：劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；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。

【案情简介】赵某到某公司工作，双方签定有效期自 2008 年 1 月 1 日至 2009 年 12 月 31 日止的劳动合同。赵某的职务为人事经理，月工资标准为 5000 元。双方在劳动合同中约定《员工守则》为合同增加的内容。《员工守则》中规定：聘用员工如被本公司发现提供虚假证明者，一经本公司发现，公司与其的劳动关系即行终止。2008 年 6 月，公司发现赵某学历造假，并与同日向赵某发出解除劳动合同的通知。随后，赵某向仲裁委员会提出申诉，要求公司支付解除

劳动关系经济补偿金。该委裁决驳回赵某的申诉请求。赵某不服，向法院提起诉讼。

在本案审理过程中，该公司主张赵某在应聘时提供了的学历证明系伪造，赵某的行为违反了《员工守则》的规定，公司有权解除与赵某的劳动关系，且无需支付赵某经济补偿。赵某认可其入职时提供的学历证明系虚假证明，但主张学历证明并非其担任职务所必须，其行为并不构成欺诈行为，公司提前解除劳动合同应该支付经济补偿。

法院经审理认为，案中赵某作为劳动者，在与公司协商签订劳动合同过程中，提供了伪造的学历。即使学历证明并非担任职务所必须，但根据赵某认可遵守的《员工守则》的规定，赵某提供伪造学历，双方劳动合同即告终止。并且根据《劳动合同法》的规定，因欺诈而订立的劳动合同是无效合同，据此赵某主张公司支付解除劳动关系经济补偿金的诉讼请求于法无据，法院不予支持。

最后，法院判决驳回了赵某要求公司支付解除劳动关系经济补偿金的诉讼请求。

【法理评析】《劳动合同法》第二十六条规定：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，劳动合同无效或者部分无效。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

劳动合同作为合同的一种，在订立过程中要遵循诚实信用原则。在合同订立过程中，一方当事人没有履行依据诚实信用原则所应负的义务，有故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况的欺诈行为，而导致另一方当事人遭受一定的损失，在这种情况下，前者要承担相应的民事责任。当劳动者实施欺诈的情形下，用人单

位可以直接发出解除劳动合同通知，如果劳动者有争议的，则由劳动者去申请劳动仲裁以确认劳动合同效力；如果劳动者自知理亏，没有争议，那么用人单位发出解除通知之日即为双方劳动关系终止之日，用人单位仅需支付该日以前的劳动报酬即可，而无需支付劳动者经济补偿。

本案中赵某在订立劳动合同过程中伪造学历证明，属于通过欺诈方式订立劳动合同，经劳动争议仲裁机构和法院确认合同无效，因此公司无需支付赵某经济补偿。

需要注意的是，对劳动合同因欺诈而导致无效或者部分无效有争议的，劳动者或者用人单位应该向仲裁机构或者法院提出确认劳动合同效力的请求。如果劳动合同被确认为无效合同的，劳动者已经提供劳动的，用人单位应该按照同岗位员工的工资水平支付劳动报酬。如果因劳动者的欺诈行为而导致用人单位利益受损的，劳动者还应承担赔偿责任。

【法条链接】

《劳动合同法》第二十六条规定：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，劳动合同无效或者部分无效。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

《劳动合同法》第二十八条规定：劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

22、用人单位招聘时是否可以要求劳动者提供担保？

【案情简介】2008年10月18日小彭受聘于某贸易有限公司作为销售员，作为小彭被聘用条件之一，小张向该公司出具了经济担保书，担保书的内容为“本人愿意做小彭同志的经济担保人，该同志在聘用期间如有：①贪污盗窃、挪用公款、人为的给单位造成经济损失，拖欠聘用单位财物；②泄露公司商业机密；③离开公司不能及时交接、交清工作等行为。本担保人愿意承担全部经济赔偿责任”。2009年6月3日小彭因销售该公司产品未及时向公司交清货款，并向公司出具欠条2张，合计金额为9281元。后小彭未办理交接手续离开公司，该公司起诉要求小张作为连带保证人清偿债务。

法院经审理认为：被告小张出具的经济担保书是小彭被原告单位聘用的条件之一，从其内容上看，该担保具有人事担保性质，违反我国劳动法律关于劳动者有平等就业和选择职业的权利的规定，应是无效担保。被告小张出具担保书时，原告与小彭之间并无债权债务关系，主合同不存在，从合同也失去存在基础，根据担保法第五条规定也是无效的。判决驳回全部诉讼请求。

【法理评析】根据《中华人民共和国担保法》第二条规定：“在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定议定担保。”但是就业是为了谋求基本生活资料，和一般经济活动有所区别。由于用工双方具有从属关系，而非平等主体之间签订的协议，不属于《担保法》的适用范畴，就业担保书亦无法律效应。

同时，根据《中华人民共和国劳动合同法》第九条规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”故本

案该用人单位与小彭之间的担保合同应为无效担保。

【法条链接】

《劳动合同法》第九条规定：“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。”

23、劳动者在用人单位工作满 10 年因该单位拒不签订无固定期限劳动合同

【案情简介】杨某是汽车配件厂的老工人，20 岁进厂工作，工作一直十分努力。他肯于学习钻研，在工作上多次取得技术性突破，为汽车配件厂攻克了不少难题。杨某一辈子死心塌地跟着汽车配件厂走，是一位典型的老工人，多次被评为劳动模范。后来他赶上合同改制，与汽车配件厂签了四年的劳动合同。到 2008 年 3 月，他的合同眼看就要到期了，掐着手指一算，这已是他在汽车配件厂工作的第 13 个年头了。2008 年 3 月底，劳动合同到期。汽车配件厂认为，杨某一辈子为单位作了不少贡献，是一位难得的老资格技术工人，现在厂里更新换代，年轻一辈太浮，得让杨某这样的老工人指导栽培，因此提出与杨某续订 3 年的合同。杨某心想，自己眼看一大把年纪了，跟着厂子风风雨雨那么多年，厂里能不能让我一直干到退休呢，于是就跟领导说明了自己的意思。领导表示，厂里规定签合同的最高年限是 3 年，不能签那么久，再说现在年轻人都来上岗，要是杨某签到退休，那其他的老工人也要签，到时候让年轻人都往哪儿去啊。厂里愿意留杨某，但不能留所有老工人呀。杨某没办法，有时跟街坊谈起来禁不住叹气。一日，张先生听说此事后，告诉他

汽车配件厂的规定是不合理的，让他向劳动争议仲裁委员会提起申诉。

劳动争议仲裁委员会认为：汽车配件厂最长只能与杨某签 3 年劳动合同的规定违反了相关法律规定，裁决汽车配件厂应与杨某签订无固定期限的劳动合同。

【法理评析】劳动合同的期限一般讲分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限几种。劳动者在同一用人单位连续工作满 10 年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，双方应当订立无固定期限的劳动合同。签订无固定期限劳动合同的法定条件是“劳动者在同一用人单位’连续工作满10 年以上”。所谓“连续工作满10 年以上”是指劳动者与用人单位签订的劳动合同的期限连续无间断。 本案中，杨某 20 岁进厂工作后，一直未离开其工作岗位，13 个年头兢兢业业，为汽车配件厂作出了极大的贡献。杨某符合“连续工作满十年以上”的前提条件，是可以提出与单位签订无固定期限的劳动合同的，汽车配件厂做出在任何情况下最长只能与职工签 3 年的劳动合同的规定，违反了《劳动法》第 20 条和《劳动合同法》第 14 条的规定，缺乏法律支持。

订立无固定期限劳动合同还需双方同意，即应以双方愿意续订劳动合同为基础。如果用人单位坚持不愿意续签，若原劳动合同已到期，双方应按原劳动合同的约定终止劳动关系。员工也不得强行要求，劳动者与用人单位签订无固定期限劳动合同还要以双方合意为前提。《劳动合同法》就无固定期限劳动合同的签订，扩大了适用范围，扩展了劳动者的权利。就适用范围而言，除了“劳动者在该用人单位连续工作满十年”这一情形外，还有三种情况，分别是：

①用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；②连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第39条和第40条第1、2项规定的情形，续订劳动合同的；③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。就劳动者签订无固定期限劳动合同的权利而言，只要劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同，用人单位就应当与之订立无固定期限劳动合同，不再是“当事人双方同意延续劳动合同”。

本案中，汽车配件厂是愿意将杨某一直留在技术岗位上的，其并不反对让杨某一直在汽车配件厂工作直到退休。既然双方合意，杨某的工龄也符合法定条件，汽车配件厂应当与其签订无固定期限的劳动合同。必须清楚的一点是，“工作满十年以上”必须连续，即不得间断，如果劳动合同的期限有间断，即使累计达到了十年，也不能认为是在同一单位连续工作满十年，不具备签订无固定期限劳动合同的法定条件。另外，所谓“无固定期限的劳动合同”是指劳动合同中没有明确约定合同期限，并且用人单位不得随时解除合同关系的劳动合同。无固定期限的劳动合同的期限自签订之日起至劳动者达到法定退休条件之日止。

无固定期限劳动合同是一种只明确合同的起始日期，而没有明确终止日期的劳动合同。对那些为单位贡献了黄金年龄的老职工来说，用人单位应当依法签订无固定期限劳动合同，给予合理的保障。但是，用人单位可以依法解除无固定期限劳动合同。它不是劳动者的“护身符”，也不是用人单位的“终身包袱”，在履行过程中，如果约定的终止条件出现，当事人双方有权终止合同。

【法条链接】

《劳动法》第 20 条规定：劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。

《劳动合同法》第 14 条规定：无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：①劳动者在该用人单位连续工作满十年的；②用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；③连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

《劳动合同法实施条例》第 9 条规定：劳动合同法第十四条第二款规定的连续工作满 10 年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括劳动合同法施行前的工作年限。

24、连续签订两次劳动合同，用人单位拒绝签订无固定期限劳动合同

【案情简介】小苗在某玻璃制品有限公司连续工作了 3 年，前后两次签订劳动合同。第二个合同 2010 年 7 月到期，小苗很喜欢现

在的工作，在岗位上一一直勤恳工作，多次受到公司的表彰，业务上有很大的起色，他很想与公司续订劳动合同，于是向主管部门提出续订无固定期限劳动合同的意向，得到的人事部经理的回复是，可以续订，但是只能签订最多 2 年的合同，并且解释说，劳动合同有个明确的、固定的期限是为了保障小苗的利益，无固定期限合同如果要解除很麻烦。小苗认为无固定期限劳动合同才能更好地保障自己的权益。双方发生意见分歧。

【法理评析】小苗与音像制品公司已经连续签订两次劳动合同，可以要求签订无固定期限劳动合同，单位必须同意。根据《劳动合同法》的规定，劳动者在该用人单位连续订立二次固定期限劳动合同，不存在用人单位即时解除劳动合同的法定情形，和因劳动者原因预告解除劳动合同的情形，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当订立无固定期限劳动合同。

因此，订立无固定期限劳动合同的主动权在劳动者手中，除非劳动者主动要求订立固定期限的合同，用人单位都要与其订立无固定期限的劳动合同，两种合同相比较，无固定期限的劳动合同能够更好地保障劳动者的利益。现实中广泛存在劳动合同短期化的现象，用人单位往往要求劳动者反复签订短期的劳动合同。无固定期限劳动合同法定情形设定正是为了避免这种现象发生。但是无固定期限劳动合同并不是“铁饭碗”，当出现《劳动法》和《劳动合同法》规定的法定情形，或者是经双方协商一致可以变更和解除。该公司人事部经理的说法是错误的。

【法条链接】

《劳动合同法》第14条规定：连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同

25、什么情形下视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同？

【案情简介】吴先生于2008年1月5日前往某设计公司应聘，老板当即以2000元月薪录用，但双方一直未订立劳动合同。2009年5月4日，吴先生申请劳动争议仲裁，要求公司支付未签订劳动合同期间的双倍工资30000元。

仲裁委认为，劳动合同应以书面方式订立。根据《劳动合同法》有关规定，设计公司应在2008年2月5日前与吴先生签订书面劳动合同，而设计公司无法举证证明是吴先生故意拖延时间不愿签订劳动合同，因此，对于2月5日后应当订立劳动合同而没有订立的状态，设计公司应依法承担支付吴先生双倍工资的责任。但自2009年1月5日起，双方已视为无固定期限劳动合同期间，这段时间不再支付双倍工资。

【法理评析】《劳动合同法》第十四条规定，“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。”第八十二条规定，“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。”据此，从未签合同的第十三个月开始，即已视为订立无固定期限劳动

合同。

《劳动合同法实施条例》规定，用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

本案中，该设计公司应在 2008 年 2 月 5 日前与王先生签订书面劳动合同，但该公司一直未与吴先生签订书面劳动合同，因此，自 2009 年 1 月 5 日起，双方已视为无固定期限劳动合同，但应与用人单位补订书面劳动合同。

《劳动合同法》为了解决用人单位不订立书面劳动合同这个顽疾，规定用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。既然“视为”已订立无固定期限劳动合同，双方是否还需签订书面无固定期限劳动合同呢？根据《劳动合同法》第 10 条的规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。这里应当订立书面劳动合同的情形适用于固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限的劳动合同、无固定期限劳动合同。订立书面劳动合同是《劳动合同法》的强制性要求，用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，虽然视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同，但并不代表用人单位已经与劳动者签订了劳动合同，双方权利义务并不明确。用人单位仍需根据《劳动合同法》的要求与劳动者订立书面劳动合同，以明确双方的权利义务。《劳动合同法实施条例》对此也作出了明确，条例第七条规定，用人单位自用工之日起满一年未与劳动

者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

【法条链接】

《劳动合同法》第十四条第三款规定：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。

《劳动合同法实施条例》第七条规定：用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

26、劳动合同仅约定试用期而未约定劳动合同期限

【案情简介】小曾应聘到一家贸易公司，公司与他签订了一份“试用期合同”，约定试用期为三个月，月工资为2000元；试用合格转正后再签订正式劳动合同，月工资为3000元，并缴纳社会保险费；在试用期间，双方都可随时解除劳动关系，对方不得提出异议。两个月以后，公司以小曾试用期间不符合录用条件为由，提出解除劳动关系。

【法理评析】《大量用人单位为了避免与劳动者订立劳动合同，往往在招用劳动者时与劳动者签订一个单独的试用合同，期限一般

为3个月到6个月不等，在试用期合同期满后决定是否正式聘用该劳动者。用人单位这样做的目的往往是规避法律，在试用期使用廉价劳动力，方便解除劳动合同，这种做法是违反《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定的。为了制止用人单位滥用试用期损害劳动者的权益，《劳动合同法》规定劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

按照《劳动合同法》的规定，本案中小曾这种情况，仅与公司签订了三个月的试用期合同，他的试用期合同就应视作期限为三个月的劳动合同。

此外，单位与小曾在试用期合同中约定：试用期满转正签订劳动合同后再为小曾办理社会保险，缴纳社会保险费，这也是错误的。按《劳动合同法》的规定，劳动关系自用工之日起建立，建立了劳动关系，劳动者就享受社会保险权利。因此，对于用人单位而言，试用期不是“逃保”期，更不是劳动者的“白干期”，用人单位必须依法为劳动者缴纳社会保险费并支付劳动者工资。

针对某些用人单位一味压低劳动者试用期工资的现象，《劳动合同法》做了明确的规定：试用期工资，由双方协商确定，但也不得违反法律的规定。按《劳动合同法》的规定：劳动者在试用期内的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

约定单独的试用期合同不仅仅需承担违法约定试用期的风险，还白白“浪费”了一次固定期限合同，劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。而连续两次订立固定期限劳动合同的，需订立无固定期限劳动合同，用人单位单独签订试用期合同太不值得了。

【法条链接】

《劳动合同法》第十九条规定：试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

《劳动合同法》第二十条规定：劳动者在试用期内的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

27、劳动合同约定的试用期超过法定期限

【案情简介】小林被某软件开发公司录用，签订了为期 1 年的劳动合同，其中约定试用期 3 个月。试用期工资是 3000 元，试用结束后的工资为 5000 元。当时，经理还口头向小林许诺，如果在试用期表现出色也可以提前转正。

劳动合同签订后，小林被分配到由李副总经理主管的销售部工作。经过一段时间的考察，李副总认为：“小林在试用期间，工作表现良好，符合岗位要求。”于是，在小林工作满两个月之际，经请示总经理张某同意，准备给小林办理提前转正手续。可是，还没等小林的转正手续办好，李副总就被调离了公司。李副总在离职交接时，又遗漏了小林提前转正之事。就这样，小林转正一事被拖了下来，直到试用期满时也没解决。

一天公司人力资源部主管找到小林，告知他公司决定将他的试用期延长 1 个月，原因是“与客户交流经验欠佳”。公司就这件事征求小林意见时，问小林是否同意延长试用期，如不同意，公司就立即解除双方的劳动合同。于是，双方发生争议。

【法理评析】《劳动合同法》第十九条规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

所谓试用期，是指用人单位和劳动者建立劳动关系后为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期。试用期是劳动合同中的约定条款。在劳动合同中规定试用期，一方面可以维护用人单位的利益，给企业考察劳动者是否与录用要求相一致的时间，避免用人单位遭受不必要的损失。另一方面，可以维护新招收职工的利益，使被录用的职工有时间考察了解用人单位的工作内容、劳动条件、劳动报酬等是否符合劳动合同的规定。在劳动合同中规定试用期，既是订立劳动合同双方当事人的权利与义务，同时也为劳动合同其他条款的履行提供了保障。在试用期内，劳动者发现用人单位的条件不符合事先介绍的情况或者不适应其工作环境；用人单位发现劳动者不符合招用的条件，双方都可以提出解除劳动合同。在《劳动合同法》第19条中，对于试用期的长短，约定次数以及特殊约定作了详细的规定。

本案例中的公司与小林在订立劳动合同时，是可以约定试用期的，但这并不是说，公司与小林约定的劳动合同试用期就没有问题。恰恰相反，本案例中，企业在试用期的问题上已经违反了法定期限。

劳动合同中试用期的期限依据劳动合同期限的长短而确定。根据《劳动合同法》第19条的规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上三年以下的，试用期不得超过两个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合

同试用期不得超过六个月。这些规定与劳动法中关于试用期最长不超过六个月的规定是一致的。对试用期的期限作出规定，是为保护劳动者的劳动权益、避免劳动者因用人单位恶意延长试用期而侵害其合法权益。本案例中，为期1年的劳动合同，约定试用期3个月，违反了“劳动合同期限一年以上三年以下的，试用期不得超过两个月”的规定。

【法条链接】

《劳动合同法》第十九条规定：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

28、用人单位单方延长试用期，违反试用期限制

【案情简介】2008年7月，某国有企业响应国家号召大量招录应届毕业生，对于新毕业的大学生，首次签订劳动合同时，合同期限统一均为3年，且试用期也统一均为3个月。同时，企业根据试用期内这些新员工的具体表现，决定是否维持、延长或缩短其具体的试用期长短。2个月后，公司人事部面临了几例特别的试用期问题。一个是研发部的小王，公司认为小王表现不太理想，决定延长其试用期2个月，也即总共5个月的试用期；二是市场部的小李，公司认为小李在2个月期间请了长达1个半月的病假，公司无法完成对其正常考察，决定也延长其试用期2个月，使有效考察期恢复到整3个月。但是，企业的决定遭到了两位当事员工的反对。小王认为，其在公司的工作表现有目共睹，公司延长试用期是因为他口直心快

的性格让某些部门领导不满意，故意为难他，且延长试用期应与其本人商量；小李认为，自己请病假也是迫不得已，并且病假期间他也按时完成了企业布置的相应工作，不能简单地以其患病而故意延长其试用期。

【法理评析】试用期条款是劳动合同的条款之一，合同条款的修改变更必须经合同主体协商一致。试用期是劳动关系双方进行互相考核、增进了解的特殊阶段，这种考核与了解的权利对于劳动者和用人单位是对等的，因此试用期一经约定，非经合同双方协商一致，不能由任何一方随意延长。

试用期过后，用人单位不得延长或增加试用期限。根据《劳动法》规定，劳动合同可以约定试用期。在此期间，劳动者可以随时与用人单位解除劳动合同；而用人单位只要证明劳动者不符合录用条件，也可以单方与劳动者解除劳动合同。如果试用期结束时，用人单位认为劳动者不符合录用条件，用人单位可以依法解除劳动合同。但是如果用人单位作出延长试用期的决定，实际上是增加了一次试用期，按照《劳动合同法》第19条的规定，用人单位与同一个劳动者只能约定1次试用期，因此用人单位延长试用期的行为是违法的、无效的。用人单位不能在试用期过后，再次延长劳动者的试用期。如果试用期内劳动者的表现符合用人单位的岗位要求，用人单位就需继续履行与其的劳动合同；如果劳动者不符合用人单位的录用要求，企业有证据证明其不符合的话，可以与劳动者解除劳动合同。但企业不能以调岗、劳动者能力尚待提高等理由重新约定试用期，这种做法侵害了劳动者的合法权益。

在本案中，小王和小李的情况虽然不完全一样，但也都属于单位单方面延长试用期的情形。特别是小李，即使是因为其请病假没

有按时上班，但只要劳动合同中没有试用期患病等相应情况的后延处理约定，员工也可以主张按期转正。在员工同意的情形下，企业才可以变更试用期期限。

29、用人单位再次约定试用期

【案情简介】某制造公司生产部小吴头脑聪明，做事灵活，技术业务也掌握得比较好，深得生产部经理的赏识。某日，公司负责生产的副总经理与生产部经理交谈时，向生产部经理表示了最近其专职秘书调到关联公司任职，需要新招用一名年轻人作其专职秘书。生产部经理出于公心，马上向副总经理推荐了小吴，副总经理听取了生产部经理对小吴的介绍后，随即同意从生产部一线调小吴到副总经理办公室任专职秘书。几日后，公司人事部通知小吴到人事部办理手续并变更劳动合同。小吴看到合同变更协议书上写明，工作岗位从制造工程师变为副总经理秘书，薪资相应向上调整一级，但是重新约定试用期 3 个月。小吴觉得此种安排不合理，认为自己刚进公司的时候，公司设置过一次试用期，此时变更工作岗位不应当再次设置。人事部经理答复说，调整新工作岗位均需重新约定试用期，公司历来惯例如此。并且，不同工作岗位有着不同的工作要求，设置试用期也是情理之中。

【法理评析】试用期是公司用来考核员工是否符合工作要求的重要依据，尽管试用期条款并非劳动合同的必备条款，但大部分企业都会选择在劳动合同中与劳动者约定试用期条款。在试用期适用实务中，也伴随出现了一些新问题：比如，员工被调整工作岗位能否重新约定试用期，员工离职后又回到原公司工作能否再行约定试用期，等等。

通常认为，劳动者在同一岗位上只能约定一次试用期。至于劳动者在不同岗位上调动，能否重新约定试用期，没有特别明确的法律规定。《劳动合同法》明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。这其中有两层意思：一是同一用人单位与同一劳动者可以约定一次试用期；二是同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。这种要求意味着在具体企业和具体员工个体之间，无论劳动关系建立或存续期间工作岗位调动，甚至是离开原企业后又重新回来工作的，企业也只能约定一次试用期。实践中，企业往往习惯在员工调任新岗位的时候和员工约定试用期，这在法律上讲，是一种错误的做法。本案例中用人单位以调岗为由与同一劳动者重复约定试用期的做法显然是错误的。

【法条链接】

《劳动合同法》第十九条规定：同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

30、用人单位与劳动者在服务期条款中约定违约金

【案情简介】朱某是一家星级酒店的厨师。2008年9月进入该酒店时，朱某与酒店签订了3年的劳动合同。2009年7月，酒店经过市场调查后发现港式口味的菜肴市场前景很好，于是酒店派遣朱某到香港一家厨艺学校进行为期三个月的培训。

酒店与朱某签订了一份培训协议，约定朱某培训结束后必须为酒店工作两年。如果朱某违约，则应向酒店支付违约金8000元人民币。

培训期间，酒店照常发放给朱某工资，同时为朱某在香港

的培训共计支付了培训费用 12000 余元。没料到，朱某培训完毕一返沪，立即向酒店书面提出辞职申请，酒店与朱某经过多次协商，仍无结果。

最终，酒店表示朱某赔偿酒店为其支付的培训费用 12000 元后，双方劳动合同解除。而朱某表示，双方签订的培训协议上明明约定违约金是 8000 元，所以只同意照此赔偿。协商无果，酒店遂申请仲裁，要求林某赔偿培训费损失 12000 元。

仲裁审理过程中，酒店提供了劳动合同、培训协议、培训机构开具的收费凭证、差旅费凭证等。经仲裁委员会调解，酒店同意由林某按照约定支付酒店 8000 元的违约金，双方劳动合同解除。

【法理评析】本案实质是劳动者提前解除劳动合同而产生的劳动纠纷问题。特殊之处在于朱某接受了公司的培训，双方约定了服务期以及违约金条款，公司要求朱某承担约定的违约金并支付相应的培训费用，那么公司的仲裁请求能否得到支持呢？

实际上本案的争议在现实生活中较具典型性，用人单位支付了培训费培训职工后，职工却不愿继续为用人单位工作。由此，用人单位不仅损失了培训费用，而且往往还会为竞争对手培养了人才。所以，面对此情况，用人单位往往会很不甘心，无法解决时就会诉诸法律。

本案中，朱某在约定的服务期内辞职，酒店依法是否可以追究朱某的违约责任？如果可以，在约定违约金和实际支付的培训费用这两个数额中，酒店应该按照哪一个标准获得赔偿呢？我们来做以下分析：

首先，界定培训的性质。培训有两种：一种是用人单位对劳动者进行必要的职业培训，这是一般层次的职业技能培训，其目

的是使员工能适应企业的生产要求比如上岗前必经的培训。另一种是职业发展培训。在员工已经基本满足企业生产要求的前提下，企业为提高员工职业技能而出资进行的专项技术培训。对于第一种培训，因为其是企业自身的法律义务，一般不能以此为理由与员工约定服务期。而第二种专项技术培训是企业为了提高自身的竞争力而进行的一种投资行为，企业可以与员工约定服务期。在本案中，酒店对朱某的培训即是一种专项技术培训。

其次，界定违约金条款的效力。根据《劳动合同法》第 22 条的规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。酒店出资对林某进行了专项技术培训，可以就此约定服务期及违约金。

最后，本案的特殊性在于，双方约定的违约金与单位实际支付的培训费用数额不一致，在此情况下，劳动者应该按照何种标准赔偿？

根据《劳动合同法》第 22 条的规定：服务期违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。也就是说，服务期违约金赔偿数额最高也就是用人单位实际支付的培训费用数额，如果劳动者已经履行了部分服务期，实际赔偿时还必须得将此部分应分摊的培训费用减去。如果双方服务期协议中约定的违约金低于用人单位实际支付的培训费用，该约定有效，则有约定从约定。本案中，酒店与朱先生约定违约金为 8000 元，而培训结束后朱先生没有为酒店工作，因此应该按照约定全额支付违约金。而用人单位不能违背服务期协议中的约定承诺，要求朱先生按照培训费实际支

付数额赔偿。

【法条链接】

《劳动合同法》第二十二条规定：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

31、保密事项约定不明确和竞业限制条款约定不规范

【案情简介】卓先生从上海某外资配餐公司离职后自行开设公司，配餐公司诉至法院，要求判令卓先生停止一切相互竞争的业务并赔偿 45 万元。

配餐公司称，卓原系公司员工，于 2008 年 1 月起任区域总经理，熟悉公司经营管理体系并接触公司大量核心客户。2010 年 3 月，卓在沈阳设立公司，拥有 60% 股权并曾任法人；4 月，卓以其妻名义设立大连公司。二家公司主营业务均为公共集体供餐服务，经营范围与配餐公司相同。卓非法使用配餐公司经营管理体系，在配餐公司经营活动所涉及的一些核心城市从事相互竞争的业务，并非法将配餐公司的一些重要客户转为自己的客户。

配餐公司认为，《公司法》规定公司高级管理人员的忠实义务和勤勉义务。配餐公司与卓先生的劳动合同亦约定员工的保密义务。但卓在任职期间及竞业限制期间经营与配餐公司业务和模式相同的公司，并利用在配餐公司任职时接触到的商业秘密牟利，严重违反

法定的对公司忠诚、保密和竞业限制义务，给配餐公司造成经济损失。

卓先生辩称，自己不构成配餐公司高级管理人员，不具忠实义务责任，故不同意诉讼请求。

某区人民法院一审判决，驳回配餐公司诉讼请求。

【法理评析】竞业禁止分为法定禁止和约定禁止。法定竞业禁止是法律直接对企业董事和高级管理人员在职期间竞业禁止行为进行强制性规范，主要受《公司法》调整。约定竞业禁止（即狭义的竞业限制）是公司与其特定从业人员以合同方式对竞业禁止行为进行约定，法律并不进行强行规范，主要受《劳动法》和《劳动合同法》调整。

《劳动合同法》第二十三、二十四条对竞业限制有严格规定：竞业限制的对象限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员，竞业限制的期限不得超过两年。竞业限制的违约金和经济补偿金数额可由双方约定，但给予劳动者的经济补偿应当在竞业限制期限内“按月”支付，“违约金数额应当遵循公平、合理的原则约定”。可见，用人单位权利行使存在诸多限制，约定的对象、范围、期限要“准确”，违约金数额要“明确”，支付经济补偿要“准时”。

本案的争议焦点，在于卓先生是否负有竞业限制义务。卓先生的职位仅是区域经理，配餐公司的章程并未列明区域经理属公司高级管理人员范围。同时，配餐公司未与卓先生签订竞业限制协议。因此，法院认为卓先生不属竞业限制对象。

现实生活中，有些单位的做法恰恰相反，在所有员工的劳动合同中约定竞业限制义务，导致离职员工在竞业限制期限满后向公司

要求经济补偿。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可在劳动合同或保密协议中约定竞业限制条款，并约定在解除或终止劳动合同后的一定时期内，负有保密义务的劳动者不得到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作，不得自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务。劳动者违反约定的保密义务或竞业限制，应按约定向用人单位支付违约金，给用人单位造成损失的，应承担赔偿责任。

竞业限制旨在保护用人单位商业秘密、经营利益和竞争地位，但很大程度限制劳动者自由择业权，使其不能在熟悉和擅长的领域运用专业知识技术、管理经验及经营信息工作，影响到劳动者的生存与发展。由此，从公平原则出发，《劳动合同法》对竞业限制的适用对象限制在单位高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员范围，竞业限制期限最长不超过两年，且规定单位必须付给劳动者经济补偿，以适当弥补劳动者不能从事合同约定工作造成的损失。

本案中，卓先生并未约定竞业限制业务，故不存在约定竞业禁止。配餐公司认为卓先生严重违反法定的对公司的忠诚、保密和竞业限制义务，属法定竞业禁止范围。卓先生的工作职位不属于《公司法》规定的董事和高级管理人员，不负法定竞业禁止义务。既无法定又未约定竞业禁止义务，卓先生当然无需赔偿。

关于竞业限制的内容，用人单位与劳动者可以在劳动合同中予以约定，也可以单独以合同方式加以约定，但在约定时应注意以下几个问题：①应遵循平等、自愿、诚实信用原则。《劳动法》第十七条规定：订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的

原则。合同法中也有公平、自愿、诚实信用原则的规定，无论签订劳动合同或订立竞业限制条款都必须遵循这个基本原则，违背了这个原则，所订立的条款或合同无效。②要遵循目的合法原则。用人单位商业秘密受法律保护，订立同业竞业限制条款或合同的目的正是为了保护用人单位的商业秘密。若是出于限制竞争，限制人才自由流动目的而订立，则无效。③要有明确的商业秘密保护范围。商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性，并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。用人单位应首先制订有关保护商业秘密的规章制度，明确保护范围、保密措施。④要有明确的适用对象。应该明确适用对象仅为掌握用人单位重要商业秘密的员工，这些人员的流动将会给用人单位造成巨大损失。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条将竞业限制的人员明确限于“用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。”高级管理人员，一般是指公司法规定的公司经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。要有明确的竞业限制的对象企业，最好要列出与本公司有竞争性的企业，便于操作。⑤要有期限的约定。竞业限制期限的约定可根据商业秘密的价值，竞争优势的持续时间以及员工掌握秘密的程度协商确定，但应注意最长期限不得超过二年。⑥要有确定的经济补偿数额。如果用人单位与劳动者签订了竞业限制的合同，用人单位则要支付相应的补偿费用，并应明确支付方式等。对补偿数额的确定，法律没有明确规定，双方可协商约定，支付方式应是按月支付。⑦要有明确的违约责任。用人单位依约支付了经济补偿金后，劳动者违约了，则必须承担相应的违约责任，违约责任应事先约定。若因违约行为侵犯了用人单位的商业秘密造成了损害，违约者还应

承担相应的赔偿责任。在违约金不足弥补实际损失时，违约者还应支付相应的赔偿金。

【法条链接】

《劳动法》第二十二条规定：劳动合同的当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

《劳动法》第一百零二条规定：劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。

《劳动合同法》第二十三条规定：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

《劳动合同法》第二十四条规定：竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

《劳动合同法》第九十条规定：劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

32、保密协议中因仅约定竞业限制条款而未对经济补偿作出约定

【案情简介】李先生是某软件开发公司的一名高级程序员，属于公司的高级技术人员。李先生在2008年3月进入软件公司时，双方在劳动合同中约定了竞业限制条款，具体约定为：李先生与软件公司的劳动合同无论因何原因解除或终止之后的一年内，李先生均不得到与软件公司相竞争的任何单位任职或自营与软件公司相竞争的业务，软件公司需向李先生支付竞业限制的经济补偿，标准为月平均工资的30%/月，如果李先生违约，则需向软件公司支付违约金10万元，李先生的月平均工资为20000元。

2009年8月，李先生因个人原因提出辞职，与软件公司解除劳动合同。双方在劳动合同解除时，没有对竞业限制另行进行补充约定。李先生辞职后一年内一直在国外生活，没有到与软件公司竞争的单位工作，也没有自营与软件公司相竞争的业务。软件公司在李先生离职后的一年内既没有向李先生支付经济补偿，也没有通知李先生解除竞业限制约定。

李先生认为他严格按照双方劳动合同的约定遵守了竞业限制的约定，软件公司应当按照约定支付其经济补偿72000元（ $20000 \times 30\% \times 12$ ），故李先生在2010年6月向劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求软件公司支付竞业限制的经济补偿72000元。

劳动争议仲裁委员会支持了李先生的申诉请求。

【法理评析】劳动合同到期后的竞业禁止，由用人单位和劳动者双方约定。其中最重要的内容是经济补偿，竞业限制补偿金是用人单位对劳动者履行竞业限制义务的补偿，用人单位与劳动者有竞业限制约定的，应当同时与劳动者约定在劳动合同终止或者解除时

向劳动者支付竞业限制经济补偿。竞业限制经济补偿金不能包含在工资中，只能在劳动关系结束后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。补偿金的数额由双方约定。用人单位未按照约定在劳动合同终止或者解除时向劳动者支付竞业限制经济补偿的，竞业限制条款失效。这是竞业限制生效的条件和劳动者遵守竞业限制义务的前提。

本案中，李先生属于软件公司的高级技术人员，接触公司的商业秘密，主体符合法律规定；双方约定的竞业限制期限为一年，并没有超过法律规定的二年；合同中对于经济补偿以及违约金均也做出了约定。故李先生与软件公司在劳动合同中约定的竞业限制条款符合法律的规定，是合法有效的，双方均应该遵守。

李先生已经按约履行了竞业限制的义务，理应得到相应的对价，因此，软件公司应当向其支付经济补偿。

【法条链接】

《劳动合同法》第二十三条规定：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

33、未达到法定工作年龄的未成年人订立的劳动合同

【案情简介】小王只有十五岁，但因为家庭环境恶劣，她带着少量的现金离开了家，踏上南下的列车到了广东某市。她走街

串巷的撕小广告，从那里寻找招聘信息。其中一则招聘服务员的广告，引起她的注意，因为上面的待遇实在诱人。不但予以高薪，还提供住宿。她惴惴不安的找到这家洗浴中心。本来还担心，老板会嫌她年龄小，谁知对方看到她满脸笑意，说了一大堆体己的话，又哄着她签下一份合同。以为自己时来运转，小王乐呵了许久。可笑容犹在脸上，笑意却在其后的一系列事件后，消失无踪。她的这份工作，和她想象的实在差得太多。她以为服务员无外乎端茶倒水，而她的主要工作内容却是给人洗脚。她跟老板提出辞呈，可对方挂着一脸笑，将两人当初签的那份合同往桌子上一摔，要求她承担违约责任。还恐吓她说，如果不付违约金，就要到警察那里告她。听了这话，王小姐傻了。她想早日离开这里，却不知道还能做什么。难道她真的只能选择隐忍，直到合同期满吗？

【法理评析】 本案中，王女士尚未成年，其属于限制民事行为能力的人，她与其老板签订的劳动合同应属于无效劳动合同。

根据《未成年人保护法》的规定，任何组织或者个人不得招用未满十六周岁的未成年人，国家另有规定的除外。劳动法也已明确规定禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人，本案中小王签订合同时实际年龄未满十六岁，不具备签订劳动合同的主体资格，《劳动合同法》规定，违反法律、行政法规强制性规定的，劳动合同无效。因此，其与洗浴中心签订的劳动合同应认定为无效。

其次，小王的监护人可以向人民法院提起诉讼，要求对方按照规定支付王女士相应的赔偿并承担精神损害赔偿，具体金额视情况而定。根据《未成年人保护法》的规定，未成年人的合法权益受到侵害，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法及时审理，并适应未成年人生理、心理特点和健康成长的需要，保障未成年人

的合法权益。

根据《未成年人保护法》的规定，非法招用未满十六周岁的未成年人，或者招用已满十六周岁的未成年人从事过重、有毒、有害等危害未成年人的身心健康的劳动或者危险作业的，由劳动保障部门责令改正，处以罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照。、《劳动法》第九十四条规定：用人单位非法招用未满 16 周岁的未成年人的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照。

【法条链接】

《未成年人保护法》第三十八条规定：任何组织或者个人不得招用未满十六周岁的未成年人，国家另有规定的除外。

《劳动法》第十五条规定：禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

《劳动合同法》第二十六条规定：违反法律、行政法规强制性规定的劳动合同无效或者部分无效。

34、采取欺诈、胁迫的手段或者乘人之危订立劳动合同

【案情简介】刘某与若干名工人在南方某公司打工，签订了为期 1 年的劳动合同。由于该公司的劳动保护措施较差，劳动强度大，工资又很低，刘某等人都不满意，在刘某带领下商定在合同到期之后不再与该公司续签合同。在合同即将到期时，该公司收到一份很大的订单，为了留住工人干活，公司老板雇了几个人将刘某拉到一个地方殴打了一顿，并警告刘某，若不续订合同，必然要吃更大的苦头。刘某惧怕，与该公司续签了合同。其他人看张刘某签了合同，

也都签了合同。后来刘某因工资与该公司发生争议，认为所订合同无效，向劳动仲裁部门申请仲裁。

【法理评析】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》(劳部发[1995]309号)第16条规定：“用人单位与劳动者签订劳动合同时，劳动合同可以由用人单位拟定，也可以由双方当事人共同拟定，但劳动合同必须经双方当事人协商一致后才能签订，职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。”

《劳动合同法》规定，以胁迫的手段，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，劳动合同无效或部分无效。

胁迫指劳动合同的当事人一方因受他人的现实的危害行为的逼迫或预告将要实施危害的胁迫而陷于恐惧，从而无法自主决定是否订立劳动合同，导致意思表示不真实。胁迫的构成要件为：①一方当事人有胁迫故意，且实施了胁迫的行为；②受胁迫人因受胁迫而陷于恐惧，且因此作出了迎合胁迫人意思的不自由意思表示。

该案是典型的胁迫签订劳动合同的情形，即公司通过殴打等危害劳动者人身自由的方式，强迫刘某等人续订劳动合同，而由于受到胁迫刘某等并没有订立合同与否的自由，因此，采取胁迫的方式订立劳动合同的，对方当事人的意思表示不自由。

【法条链接】

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》(劳部发[1995]309号)第16条规定：用人单位与劳动者签订劳动合同时，劳动合同可以由用人单位拟定，也可以由双方当事人共同拟定，但劳动合同必须经双方当事人协商一致后才能签订，职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。

《劳动合同法》第二十六条规定：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，劳动合同无效或者部分无效。

35、劳动合同违反法律、行政法规禁止性规定

【案情简介】某化工厂于2002年3月21日与陈某签订了为期6年劳动合同。2008年3月21日合同期满后，陈某向厂里提出办理终止劳动合同关系手续时，该厂领导说，厂里已决定与其续订合同两年，拒绝为陈某办理终止劳动合同的有关手续。经陈某一再坚持，该厂以临时没有合适的人选来接替陈某的工作，如果此时解除与陈某的劳动合同，会为厂里的生产带来损失为由，提出至少续订劳动合同一年，否则，不予办理任何手续，如果陈某刻意不从，就按自动离职处理。陈某为此向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉。请求该厂为其办理解除劳动合同的手续，维护其合法权利。仲裁委员会受理此案后，经调查，陈某与该化工厂所签6年劳动合同已于2008年3月21日到期，裁决该厂及时为陈某办理终止劳动合同的手续。

【法理评析】这是一起因未与职工协商一致，企业就单方续订劳动合同，拒绝为职工办理终止劳动合同关系的有关手续而引发的劳动争议案件。在这起案件中，企业的做法明显违反了《劳动法》

和《劳动合同法》关于订立和终止劳动合同的有关规定。

本案中的企业违反了订立劳动合同的法律原则。《劳动法》第十七条规定，订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿，协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。劳动合同期满后，双方如果同意续订合同，应当平等自愿进行协商。一方不愿续订劳动合同的，另一方不得强迫与其续订劳动合同。《劳动合同法》规定，违反法律、行政法规强制性规定的，劳动合同无效或部分无效。

本案中，陈某与该化工厂所签 6 年劳动合同期满后，陈某已明确表示不再续订合同，而且提出办理终止劳动合同的手续，而该化工厂不予办理，称厂里已决定与陈某续订两年的劳动合同，很明显，该化工厂与陈某续订两年的劳动合同是在没有征得陈某同意的情况，即没有经自愿协商一致的情况下，单方签订的，因此属于违反法律法规的劳动合同，而违反法律、法规的劳动合同是无效的。另外，《劳动法》第十八条还规定，无效的劳动合同从订立的时候起，就不具有法律约束力。因此，它对陈某来说是不起作用的，陈某可以拒绝履行劳动合同规定的义务。该化工厂单方与陈某续订的劳动合同无效，必须依法办理与陈某终止原劳动合同的手续。因此，仲裁委员会作出如上裁决是正确的。

【法条链接】

《劳动法》第十七条规定，订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿，协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

《劳动合同法》第二十六条规定：违反法律、行政法规强制性规定的，劳动合同无效或部分无效。