

劳动纠纷 15 大经典案例及法规解析

(劳动合同篇)

目 录

【变更劳动合同篇】

案例一：调整工作岗位的合同变更

案例二：语言沟通难奏效，书面通知勿忘掉

案例三：连签二次劳动合同，就必签无固定期限合同？

【解除劳动合同篇】

案例四：员工声明双方再无争议，还能再要求双倍工资吗？

案例五：员工提出辞职，就等于办结劳动关系了吗？

案例六：无固定期限合同，约定解除并非合法

案例七：规章制度的双重约束性

案例八：炒掉隐婚怀孕者 单位为何不违法

案例九：工厂搬迁员工辞职能否要补偿金？

案例十：规章制度想生效，前置沟通是良药

案例十一：同一母公司内调动，工作年限如何计算？

案例十二：解聘，慎用“客观情况发生重大变化”

案例十三：公告声明解除劳动合同

案例十四：事实劳动关系，后果越来越严重

案例十五：提前离职合法，忽视竞业限制受罚

【变更劳动合同篇】

案例一：调整工作岗位的合同变更

一、典型案例

张女士来到某贸易公司从事财务主管工作多年，期间工作表现良好。随后在续订劳动合同时用人单位与其订立了无固定期限劳动合同。2009年11月，张女士患病，因错过最佳治疗时间，转为慢性疾病，后来时常因其身体状况和病假问题影响工作。该公司领导经讨论认为，张女士目前的身体状况不符合财务主管工作岗位的要求，已经影响了公司的正常经营活动，决定将其由目前的工作岗位调到相对轻松的其他岗位，以方便治疗和休息，相关待遇按照新岗位标准执行。

张女士认为其在公司工作多年，表现良好，用人单位于情应为其保留工作岗位，待其痊愈后继续工作；于理在没有征求她本人意见的前提下，擅自调整她的工作岗位及待遇，属于擅自变更劳动合同的行为，因此拒不执行公司的安排。

在双方经过数次协商仍未达成一致意见的情况下，该公司以张女士不服从工作安排，属严重违纪为由，决定与其解除劳动关系，停发工资，停缴社会保险。张女士不服，将该公司告上劳动争议仲裁委员会，要求恢复劳动关系，继续从事原岗位工作。

仲裁结果：

劳动争议仲裁庭经调查认为，该公司相关规章制度明确规定，张女士的身体状况无法履行相应的岗位职责情况，视为不能胜任工作。因劳动者不能胜任工作

而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。因此驳回张女士的申请，裁定该贸易公司的解除决定合法、有效，双方解除劳动关系。

二、本案件适用相关法律条款

依据劳动部办公厅《关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》(下文简称《复函》)之规定：关于用人单位能否变更职工岗位问题，按照《劳动法》第十七条、第二十六条、第三十一条的规定精神，因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行而变更劳动合同，须经双方当事人协商一致，若不能达成协议，则可按法定程序解除劳动合同；因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。

三、案例点评

在用人单位的规章制度和日常管理工作中，哪些属于行使管理权，哪些应属于变更劳动合同行为，是许多 HR 管理者容易出现困惑的重点。这也是本案的焦点所在。

依据劳动部办公厅《关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》(下文简称《复函》)之规定：关于用人单位能否变更职工岗位问题，按照《劳动法》第十七条、第二十六条、第三十一条的规定精神，因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行而变更劳动合同，须经双方当事人协商一致，若不能达成协议，则可按法定程序解除劳动合同；因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。对于因劳动者岗位变更引起的争议应依据上述规定精神处理。

因此上述案例中用人单位的做法是没有问题的。因为该单位在规章制度中已将身体状况不符合岗位要求界定为不能胜任工作，依据《复函》的规定，用人单

位因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，属于用人单位的自主权。劳动者拒不服从用人单位工作安排的，用人单位在规章制度中明确将其界定为严重违纪的，可以解除劳动合同。

四、操作提示

通过上述案例，专家总结出一套工作办法，用来明确区分用人单位的管理自主权和变更劳动合同的行为：

1. 将岗位与薪酬待遇相挂钩，明确薪随岗变的薪酬管理原则。在劳动合同中以岗位协议的形式明确双方权利、义务。避免调整工作岗位或变更劳动合同后，因薪、岗有别的问题而引发劳动争议的情形出现。
2. 明确岗位职责，在劳动合同及规章制度中界定不胜任工作的标准。通过对劳动者进行考核的结果认定其胜任工作与否。
3. 劳动者身体状况、出勤天数等与工作完成情况息息相关的因素，应当按照用人单位客观情况写进岗位职责中，作为考核标准进行考核。
4. 经考核不合格的劳动者，被用人单位界定为不能胜任工作的，应将考核结果向劳动者进行告知、确认，做好沟通工作，及时缓解劳动者可能出现的对立情绪，避免劳动争议的发生。

除了以上几点之外，当劳动合同变更时，还要注意变更的条款及变更理由与程序都应合法。依据《劳动合同法》及相关法律规定，用人单位与劳动者变更劳动合同应当遵循以下步骤：

1. 核对是否已与劳动者依法订立了书面劳动合同，这是劳动合同变更的前提。
2. 确定变更事项，以书面形式向劳动者提出变更意向，并送达劳动者。

3. 坚持平等自愿、协商一致的原则与劳动者就劳动合同变更事宜进行协商。
4. 与劳动者达成一致，签订变更协议，办理变更手续。
5. 履行书面程序。已生效的变更书（变更后的劳动合同文本）一式两份，由用人单位和劳动者各执一份。

案例二：语言沟通难奏效，书面通知勿忘掉

一、典型案例

2009年6月，由于生产经营需要，北京某食品厂与某公司进行了战略性业务合并。在合并过程中，食品厂将部分员工的工作岗位、工作地点进行了相应的调整，并要求需要调整的员工自2009年8月起到新岗位、新工作地点工作。该食品厂检验员王某的工作地点也在调整之列，她多次找到公司，以离家远为由拒绝接受调整。对此，食品厂因员工不服从公司安排，视其为严重违纪，做出解除劳动合同的处理。

最终，王某以食品厂单方变更劳动合同为由，向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁，要求仲裁委裁定食品厂变更无效，与食品厂恢复劳动关系。

仲裁结果：

经查，食品厂未依法履行劳动合同变更程序，裁定变更无效，恢复与王某的劳动关系。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第三十五条规定，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。

《北京市劳动合同规定》第二十八条规定，订立劳动合同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，当事人一方要求变更其相关内容的，应当将变更要求以书面形式送交另一方，另一方应当在十五日内答复，逾期不答复的，视为不同意变更劳动合同

三、案例点评

通过本案，从法律的角度讲，根据《劳动合同法》第三十五条规定，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。食品厂在进行战略业务合并过程中，需要对部分员工的工作岗位、工作地点进行调整，此调整应当属于变更劳动合同。

根据《北京市劳动合同规定》第二十八条规定，订立劳动合同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，当事人一方要求变更其相关内容的，应当将变更要求以书面形式送交另一方，另一方应当在十五日内答复，逾期不答复的，视为不同意变更劳动合同。食品厂变更劳动合同，未按照上述法律程序执行，所以，其变更劳动合同的行为无效，劳动争议仲裁委员会裁决食品厂应当与王某恢复劳动关系。

四、操作提示

从沟通的角度讲，该食品厂在沟通过程中未能重视文字的沟通形式，是造成变更无效的主要原因之一。文字沟通也称书面沟通，是非语言沟通的一种。这是仅次于直面语言沟通方式、被企业管理所常用的沟通形式，它主要解决“员工拒绝沟通”、“无法直面沟通”、“直面沟通不畅”等问题，在企业管理中，通常体现为各类书面通知、公告决定、告诫等。

在此，专家提醒各企业，在劳动合同履行环节的管理中，企业更应注意加强和重视使用文字沟通形式。例如，在处理员工一般违纪行为时，企业除了进行口头批评教育外，还应以书面文字通知的形式做好记录、备案工作；在企业进行绩效考核时，对于考核结果的反馈及相应的奖惩，企业也应当落实到文字沟通，不可召开简单会议草草了事。

在实际沟通过程中，企业也不乏“说而不听”、“听而不说”的问题出现。“说而不听”常见于公司上级对下级的沟通，领导分配工作任务，而下级拒绝服从或不按上级的意图和处理意见执行。“听而不说”常见于下级对上级的沟通，下级对领导指派的工作任务不理解或持不同意见，但碍于领导的面子或其他原因，不能及时反馈给领导。对此，专家建议各企业可以通过明确沟通与服从的关系、充分把握隶属关系的沟通解决，减少误解，促进上下级沟通的顺畅，提高工作和管理效率。例如，企业执行面对问题、解决问题、换位思考的管理理念，鼓励倾听，要求反馈，支持对事不对人的管理行为等。

前文提到，在劳动合同变更环节中，企业应当做到沟通前置，将变更的合法性、操作性、相关的工作程序、给员工带来的影响等内容在实施变更前充分告知和说明。根据专家的经验看，在劳动合同变更中，沟通的软管理起到的积极作用往往大于企业硬管理发挥的作用，所以，在劳动合同变更的环节，企业尤其应加强沟通。

案例三：连签二次劳动合同，就必签无固定期限合同？

一、典型案例

王某自 2004 年 8 月来到大祥文化服务公司工作，双方签订了两年期限的劳动合同，2005 年、2007 年双方先后办理了二次续订同期限劳动合同的手续，合同至 2009 年 7 月止。2008 年 5 月，王某被提升为办公室主任，工资提高到 4500 元/月。2008 年 12 月公司进行年终考核，王某未能通过考核，被定为不能胜任工作。经过参加公司安排的培训，2009 年 2 月王某重新上岗。没过多久，王某在公司进行的半年度考核中再次被定为不能胜任工作，公司考虑到王某是老员工，且在工作期间未出现违纪行为，便没有做出解除劳动合同的决定。

2009 年 6 月底，该文化服务公司提前 30 天向王某发出了终止劳动合同告知书，通知王某与公司签订的劳动合同于 2009 年 7 月 31 日期满终止不再续订，并要求王某按期办理工作交接手续，领取两个月工资的经济补偿。

王某随即以连续二次续订为由提出续订无固定期限劳动合同，在遭到公司拒绝后，向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁，要求恢复劳动关系，签订无固定期限劳动合同。

仲裁结果：

经查，大祥文化服务公司终止劳动合同的行为符合法律规定，劳动争议仲裁委员会最终裁决，驳回了王某的请求。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第九十七条规定：“本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。”

三、案例点评

焦点一：准确认识“连续订立二次”的起算时间

根据《劳动合同法》第九十七条规定：“本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。”本案中的王某虽然在2005年、2007年连续二次办理了续订劳动合同手续，但并不符合《劳动合同法》中规定的计次时间，这也是劳动争议仲裁委员会驳回王某要求签订无固定期限劳动合同的原因所在。

虽然“连续订立二次固定期限劳动合同，就应签订无固定期限合同”早已是老生常谈的问题，目前大多数企业人力资源管理工作对“连续二次订立”的起算时间都有了深刻的认识，但由于劳动者维权意识的持续高涨，盲目提请劳动争议仲裁的事件仍然屡有发生，这也给企业带来了不少麻烦与困扰，不但大大增加了企业人力资源部的工作量，更提高了企业劳动争议的发生率，给企业声誉带来损失。所以，各企业在用工的同时，也应当注意对员工有选择性地加强劳动法律宣传与解读。

焦点二：符合法定起算时间，就必须签订无固定期限合同吗？

受《劳动合同法》效应影响，2009年年底将会有大量企业面临与员工签订无固定期限劳动合同的问题。2008年1月1日，大批员工重新订立了劳动合同，如果订立、续订劳动合同期限均为一年，那么这些员工将在2009年年底迎来第三次订立劳动合同，对此，很多企业都心存恐惧，多数企业认为：“只要员工提出或同意续订，企业就应当签订无固定期限的劳动合同。”

四、操作提示

专家认为，企业大可不必过于惧怕签订无固定期限劳动合同。根据《劳动合

同法》第十四条第三款规定，如果劳动者有本法第三十九、第四十条第一、第二项规定的情形的，即使已经是连续订立二次固定期限的劳动合同，也可以不签订无固定期限劳动合同。所以，在本案中，王某被文化服务公司考核评定为不能胜任工作，经过培训后，仍不能胜任工作的情况，也是不符合订立无固定期限劳动合同法 规定的。当然，企业也不能为了规避签订无固定期限劳动合同，就随意借用法律规定，无依据、无标准地以员工有上述情形为由，拒绝签订无固定期限劳动合同，否则反会引火上身。

同时，企业也应当认识到无固定期限的劳动合同并不是员工的“铁饭碗”，也是可以依法解除的劳动合同，企业与员工签订无固定期限合同也并非就是对自身的束缚，而且《劳动合同法》强调的核心是劳动关系相对的稳定，而非绝对的稳定。

因此，企业面对年底前的续签，首先应当摆正心态，正面理解无固定期限劳动合同；其次，还应当加强续订、终止劳动合同的工作程序管理，避免因程序违法而引发争议。

【解除劳动合同篇】

案例四：员工声明双方再无争议，还能再要求双倍工资吗？

一、典型案例

周某在某五金制品公司上班一年多，一直未签订劳动合同。2009 年 11 月，

双方协商解除劳动合同，签署了解除协议。协议只有简单几句话：“公司向周某支付五千元，包括工资、经济补偿金等所有费用，双方关系就此解除。除此之外，双方再无其它任何争议。”后面是公司盖章与周某签字，以及签订日期。

离职后，周某的一个朋友告诉他，没有签订劳动合同是要给双倍工资的，以周某原来的工资水平计算，双倍工资至少超过4万元。周某一听，便去找原公司索赔。原公司则认为双方的争议已经解决了，不同意给钱。周某便提起劳动争议仲裁。

开庭时，公司承认周某在公司上过班，而且没有签订劳动合同。同时，公司拿出了那份协议，认为已经给周某做出了赔偿，双方的所有争议都已经解决，包括没有签订劳动合同的争议。因此公司没有理由再对周某进行赔偿。

周某则认为自己在签订协议的时候，根本不知道没有签订劳动合同是要支付双倍工资的，而公司方面肯定知道，因此这是公司在欺诈自己。另外，未签订劳动合同的双倍工资超过4万元，而公司解除时只给五千元，其中还包括工资和解除劳动关系的经济补偿金，等于公司完全没有支付未签订劳动合同的赔偿，因此这个协议是显失公平的。

仲裁结果：

仲裁作出了裁决，认为解除协议有效，按协议有关条款，双方已经再无争议，即未签订劳动合同的争议也已经解决，故周某不得再向公司要求赔偿。

二、本案件适用相关法律条款

与劳动者签订劳动合同是用人单位的法定义务，劳动者不能通过放弃权利的形式免除用人单位的该项义务。但是，未签订劳动合同的赔偿（即双倍工资），劳动者却可以放弃。

三、案例点评

与劳动者签订劳动合同是用人单位的法定义务,劳动者不能通过放弃权利的形式免除用人单位的该项义务。但是,未签订劳动合同的赔偿(即双倍工资),劳动者却可以放弃。

虽然协议写的比较笼统,但基本上还是表明双方劳动关系解除、再无任何争议的意思,应解释为包括未签订劳动合同方面的争议。故该裁决是正确的。

四、操作提示

从用人单位的角度考虑,上述案例给了我们一种单位曾经存在未签订劳动合同的情形的处理办法,即双方仍可以协商解决。

从劳动者一方的角度考虑,则在签订协议时,应咨询有关专业人士,了解自己的权利,在这个基础上权衡是否签订协议。否则,一旦签字,则悔之晚矣。不了解法律规定,是不构成毁约的理由的。

案例五：员工提出辞职，就等于办结劳动关系了吗？

一、典型案例

单某(化名)是北京某大学的一名教师,1988年与学校签订了聘用合同,任教期间工作一直勤勤恳恳,也经常得到学生的好评。2007年7月,学校人事处突然接到单老师的书面辞职申请,经过多次挽留无效,在辞职手续也没来得及办完的情况下,单老师就已经毅然决然地离开了学校。转眼到了2009年2月,单老师的家人带着一叠厚厚的药费单据找到学校,告知学校单老师已在2008年

8 月被送进精神病医院治疗，经某精神病专科医院鉴定，单老师被诊断为“偏执型精神分裂症”，要求学校为单老师办理医疗费用报销手续，并支付单老师 2008 年 8 月以后的病假工资。学校认为：单老师已经于 2007 年 7 月向学校提出了辞职，双方早已解除了聘用关系，此后学校不再承担劳动法律义务，单老师发生的医疗费用和生病期间的待遇也不应当由校方承担，所以拒绝了单老师家人的要求。

2009 年 3 月，单老师的家人向北京市人事争议仲裁委员会提请仲裁，要求确认单老师与学校的聘用合同尚未解除、校方支付单老师病假工资 9 万余元并报销医疗费用。

仲裁结果：

2009 年 4 月，经调解无效，北京市人事争议仲裁委员会裁决：由于校方未提供充分证据证明已按照《劳动合同法》规定，为单老师出具解除聘用合同证明并办理相关的档案、社会保险转移手续，裁定校方解除聘用关系的处理无效。

学校不服，向朝阳区人民法院提起诉讼，出具了带有校方人事处长签字批准的单老师的书面辞职申请作为证据，要求法院确认校方与单老师的聘用关系已于 2007 年 7 月解除，无需支付病假工资，无需办理医疗费报销手续。

一审判决结果：

2009 年 9 月，朝阳法院一审判决：校方自判决生效后 7 日内，按北京市最低工资标准支付单老师自 2008 年 8 月 25 日住院以后的病假工资；为单老师办理医疗费报销手续；由于

校方未履行法定解除程序，学校与单老师双方的聘用关系并未解除。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第五十条规定：“依法出具解除证明，办理档案、社会保险转移手续”。

三、案例点评

焦点一：事业单位实行聘用制也要受《劳动合同法》调整吗？

所谓事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。根据《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。

本案中，学校作为事业单位，聘用单某到学校任教，与实行聘用制的单老师于1988年签订聘用合同，在法律、行政法规或者国务院对解除或者终止合同程序无具体规定的情况下，应当依照《劳动合同法》有关规定执行。

焦点二：单老师的辞职信，因何不能证明双方关系已解除？

在本案的调查和审理过程中，专家注意到，单老师的辞职信能否证明双方关系已解除的问题也是双方争议的焦点，具体体现在以下两个方面：

第一，单老师提交辞职申请时，精神是否正常？

单老师家人提出：单老师自2007年2月起，行为就开始有些古怪，经专科医院诊断，精神分裂症有两年的潜伏期，所以，单老师在2007年7月向学校提交书面辞职申请时，已患有精神疾病，属于无行为能力的人，其提出辞职的行为应当无效。而校方认为：单老师在年度教师考评中考核合格，是精神和行为能力正常的自然人，对其行为产生的法律后果能够有所预见，其辞职行为应当成立。

双方就此问题的争论,由于目前司法鉴定的技术暂无法从医学上鉴定单老师的发病时间,最终未能有明确的定论。

第二,学校人事处长的签字批准,能否代表学校?

在本案庭审时,学校拿出了带有校方人事处长签字批准的单老师的书面辞职申请作为证据,要求法院确认双方的聘用关系已于2007年7月解除。而单老师家人提出了“光有人事处长的签字批准,不能代表学校”的意见,要求法院不予支持。

专家认为,人事处长的签字批准能否代表学校的批准,应当通过校方的有关规章制度、工作程序、部门职责和权限来判定。**校方能否提供证据说明人事部门就是代表学校处理人事事件的职能机构,是决定单老师的辞职能否证明关系解除的关键之一。**所以,本案当中,校方只提供带有人事处长签字批准的辞职申请,是不能够充分证明双方关系已经解除的。

焦点三:解除劳动关系,履行法定程序是必须的

通过以上分析可见,显然学校并未按照《劳动合同法》第五十条规定:“依法出具解除证明,办理档案、社会保险转移手续”,属于违反法定解除程序,所以双方聘用关系尚未办结,聘用关系仍然存续。

既然聘用关系存续,学校就应当依法承担相应的劳动法律义务,所以应当按北京市最低工资标准支付单老师2008年8月后的病假工资,并为其办理医疗费报销手续。

专家认为,**用人单位是否做到严格履行法定解除程序,直接决定着双方关系是否办结,它是用人单位对离职劳动者结束履行劳动法律义务的关键。**即使是劳动者主动提出解除或者终止劳动合同,用人单位也决不能掉以轻心。劳动者提出

解除或者终止劳动合同有两种主要形式：口头辞职和书面辞职，用人单位要注意区别对待和处理。同时，用人单位还应当注意完善自身关于劳动关系解除的管理制度及工作程序，明确各部门的职责和权限，学会使用《劳动合同法》维护用人单位的合法权益，不再因忽视了办理手续而感到委屈。同时，用人单位在管理过程中，还应加强对员工工作、生活情况的关怀，及时了解员工的身体、精神状况，以便采取适当的管理措施，降低劳动争议风险。

此外，专家还认为，劳动者主动提出辞职后，不配合用人单位办理解除或者终止劳动合同手续，未办结劳动关系，对于为此提起的劳动争议的处理，用人单位应当依法承担劳动者享受失业保险待遇等有限的责任。而从某些角度看来，要用人单位承担未办结劳动关系的全部责任，让用人单位“收回”劳动者的做法确有些显失公平。

四、操作提示

根据《北京市劳动合同规定》第三十七条的规定，**劳动者违反提前 30 日或者约定的提前通知期要求与用人单位解除劳动合同的，用人单位可以不予办理解除劳动合同手续。**

根据《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。**劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

通过上述法律规定，我们可以理解为，如果劳动者依法提前 30 日或者按照约定的提前通知期要求提出与用人单位解除劳动合同，用人单位应当批准并为劳

劳动者办理解除劳动合同手续，出具解除或者终止劳动合同的证明，办理档案和社会保险关系转移手续，依法应当向劳动者支付经济补偿的，在劳动者办结工作交接时支付。

而实践当中，按照上述办理解除或者终止劳动合同手续的程序办结劳动关系的规定，却常常被用人单位和劳动者所忽视。自从《劳动合同法》颁布、施行以来，用人单位主动提出与劳动者解除或者终止劳动合同的原因以及程序的合法性，就一直是用人单位与劳动者共同关注的焦点，而对于劳动者主动提出解除或者终止劳动合同的情形，用人单位和劳动者却忽略了相应的法定程序。

劳动者出于个人职业道路的长远发展，为了实现更高的自我价值，对名誉、利益和职业地位的不断追求，经常会根据自身的发展阶段和实际的工作情况，选择或者更换所合作、服务的用人单位。虽然根据《劳动合同法》的相关规定，劳动者离开用人单位，不再向用人单位提供劳动，应当同建立劳动关系时与用人单位签订书面劳动合同一样，向用人单位提出书面申请，办理解除或者终止劳动关系的手续。但由于相关劳动法律对劳动者提出解除或者终止劳动合同的行为约束和惩戒力度有限，以及劳动者急于到新用人单位入职等客观原因，实际上大多数劳动者也只做到了提出书面申请。同时，他们还普遍认为自己写了书面的解除或者终止劳动合同申请，就等于与用人单位办结了劳动关系，办理解除或者终止劳动合同手续也只是个多余而徒劳的环节，办与不办在短时间内对劳动者并无利处，这也是劳动者不愿或不去用人单位办理解除或者终止劳动合同手续的主观原因。

用人单位在接到劳动者提交的书面解除或者终止劳动合同申请后，关注的重点通常会落在劳动者是否办理工作交接、是否要赔偿用人单位造成经济损失、是

否需要支付违约金等焦点上，如果不涉及以上问题，用人单位就会认定为双方已经办结了劳动关系，从而忽视了《劳动合同法》中对用人单位应当出具解除或者终止劳动合同证明、办理劳动者档案和社会保险关系转移手续的规定。

从专家多年的实践经验来看，虽然用人单位的此种做法在一般情况下不会引发劳动争议，但是，当劳动者的劳动能力降低、权益受到损失时，就会找到未依法定程序办理解除或者终止劳动关系手续的用人单位，要求用人单位继续履行劳动关系存续的劳动法律义务或支付大额的经济补偿。

专家曾代理过这样一个案例：某企业在 2000 年在处理一名严重违纪的员工时，未将其档案和社会保险关系及时转出，2003 年该员工达到法定退休年龄，由于其档案及社保关系一直滞留在该企业，导致该员工无法及时享受社会保险待遇，最终员工向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁，企业为此也付出了较大的人力成本和法律成本。可见，用人单位忽视办结劳动关系法定程序的做法，无疑是在为将来劳动争议的爆发埋下隐患。

案例六：无固定期限合同，约定解除并非合法

违约金，是指在法律许可的范围内由劳动合同当事人约定，在一方不履行劳动合同时向另一方支付的一定金额的货币；经济补偿金，是基于劳动法律的相关规定，由用人单位在法定情形下支付给劳动者的补偿款项。已经实施的《劳动合同法》规定，除专项培训和竞业禁止外，用人单位不得再与劳动者约定违约金，而且经济补偿金的适用范围也被扩大到七大类型二十多种情形，这些都增大了用

人单位的用工成本。针对这些变化，用人单位该如何应对呢？

一、典型案例

李某于 2006 年 1 月受聘于上海某外资公司任销售部经理，双方签订了无固定期限劳动合同，约定月基本工资 5000 元，销售浮动工资 2000 ~ 10000 元，浮动工资具体数额视上月销售数额而定。劳动合同还约定任何一方均可提前一个月书面通知对方解除劳动合同。另外，在劳动合同第 12 条中又约定了竞业禁止条款：双方终止劳动关系的 6 个月内，李某不得利用他在公司建立的销售网络和信息从事相同或相近的销售工作。因公司经营亏损，2007 年 7 月 1 日，该外资公司以李某未完成销售任务不能胜任工作为由，发函通知李某自 2007 年 8 月 1 日起双方解除劳动合同。李某于 8 月 1 日前进行了有关工作交接，外资公司按李某前 12 个月的平均工资支付了其 7 月份的工资计 11044 元。

离职后，李某觉得委屈，于 8 月 12 日要求该外资公司支付提前解除劳动合同的经济补偿金但遭到拒绝，便向当地劳动仲裁委员会申请仲裁。其申诉请求为：

（1）公司因提前解除劳动合同而向本人支付 6 个月工资的经济补偿金；（2）撤销原劳动合同中关于本人在终止劳动关系后 6 个月内不得从事相同或相近销售工作的竞业禁止条款。

（二）仲裁结果

2007 年 9 月 15 日当地劳动仲裁委经审理后裁定：

（1）因提前解除劳动合同，外资公司须向李某支付 2 个月工资的经济补偿金 22088 元和额外经济补偿金 11044 元；

（2）撤销双方订立的劳动合同中关于限制李某就业的条款。

二、本案件适用相关法律条款

按照我国劳动法的相关规定，无固定期限劳动合同作为合同形态的一种，可以通过协商解除、法定解除和约定解除这三种方式予以解除。无固定期限劳动合同可由当事人事先约定合同解除的条件，当条件成熟时，一方或双方当事人就可以解除合同。但是这种约定不得违反法律的规定，也不得将法定解除条件约定为终止条件，以规避解除无固定期限劳动合同时，用人单位应承担支付给劳动者经济补偿金的义务。这一限制，早已在 1995 年劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 20 条中作了明确规定。

原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481 号）第七条的规定，须按劳动者的工作年限，每满一年支付其一个月工资的经济补偿金。本办法中经济补偿金的工资基数计算标准是企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。**该办法第十条还规定：用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。**

三、案例点评

焦点一：外资公司提前一个月书面通知李某解除劳动合同是约定终止还是提前解除？

本案，在无固定期限劳动合同中“约定任何一方均可提前一个月书面通知对方解除劳动合同”的条款是违反法律规定的，所以是无效的。由于无效约定导致合同的解除是非法的，所以外资公司应支付李某经济补偿金。

根据原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481 号）第七条的规定，须按劳动者的工作年限，每满一年支付其一个月工资的经济

补偿金。本办法中经济补偿金的工资基数计算标准是企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。该办法第十条还规定：用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。所以，该外资公司除支付李某相当于 2 个月工资的经济补偿金外，还应支付其相当于 1 个月工资的额外经济补偿金。

如果此案发生在 2008 年 1 月 1 日以后，根据《劳动合同法》第 87 条“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金”的规定，用人单位非法解除劳动合同还会承担更高的违法成本。

焦点二：双方劳动关系解除后的竞业限制条款是否有效？

本案的另一个焦点是关于双方约定李某在离开公司后 6 个月内不能从事他所熟知的销售领域工作的条款是否有效的问题。根据《上海市劳动合同条例》第 16 条规定：对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，劳动合同当事人可以在劳动合同或者保密协议中约定竞业限制条款，并约定在终止或者解除劳动合同后，给予劳动者经济补偿。因此，外资公司在合同里与李某约定在终止劳动关系若干时限内（不超过 3 年）不得从事同类业务工作是法律允许的，但外资公司应因此给予李某一定数额的经济补偿。在双方签订的劳动合同第 12 条中，只限制了李某就业，却没能给予专项经济补偿，因而双方约定的该条款应视为无效，予以撤销。

四、操作提示

对于与用人单位签订无固定期限劳动合同的劳动者,用人单位不得随意与其解除劳动合同,合同中某些具体条款的约定也不能规避法律的强制规定。HR在与员工解除劳动合同时,除订立的劳动合同内容合法外,整个操作流程也不能违法,同时还应注意需要准备和保存相关的法律文本,如劳动纪律规章制度文本签收单、严重违纪行为记录表、绩效管理(考核)制度、业绩评估报告、失职行为记录表、不能胜任调岗通知书、不能胜任工作培训报告、解除劳动合同理由通知书等。否则,在与劳动者解除或终止劳动合同时,就会面临高额经济补偿金的风险。

案例七：规章制度的双重约束性

一、典型案例

宋某是一家中日合资公司财务部的会计。一天上班时,她擅自溜出公司,到自由市场去买水果。被公司财务部经理发现,口头对其进行了批评警告。

一周后的一天,宋某又在上班时,偷偷跑到外面去逛商场,不幸被公司副总经理遇见,当场抓了个现行。

针对宋某这两次违反劳动纪律的行为,公司根据企业内部的《员工守则》:“上班时间内逛商店(场)、买东西的行为,属于乙类过失.....对犯乙类过失者,第一次书面警告后,第二次再犯立即解除劳动合同”的规定,做出了与宋某解除劳动合同的决定。宋某不服,认为:公司并没给过她书面警告,所以,不能直接解除劳动合同。

公司则认为：宋某两次违纪的事实清楚，证据确凿。虽然，公司对她的第一次乙类过失，没有书面警告，而是口头警告，那也只是公司处理程序上的小问题，并不能影响对她两次违纪行为的认定和给予她解除劳动合同的处理。

二、本案件适用相关法律条款

分析：劳动者与用人单位在履行劳动合同的过程中，双方当事人不仅要受劳动法律法规和劳动合同的调整，而且还要共同遵守企业内部的规章制度(包括《员工守则》)；如果，这种规章制度不违背劳动法律法规的义务性规范和劳动合同的约定条款，那么，它对双方当事人都具有约束力。

三、案例点评

本案中的《员工守则》是企业规章制度的一部分，是对职工行为准则的规范，也是对企业处理职工时的程序规定。因为目前法律法规对职工的违纪行为，不可能一一列举，劳动合同中一般也不具体规定何种行为为违纪行为，以及违纪行为达到何种程度，企业有权与职工解除劳动合同的条款。所以，企业的《员工守则》或规章制度就对法律法规和劳动合同的这一空白，进行了补充规定。

四、操作提示

企业在对职工的违纪行为进行处理时，必须适用《员工守则》或规章制度的实体性规定和程序性规定。宋某的两次违纪行为，均属于《员工守则》中规定的乙类过失，但公司对职工的乙类过失应“第一次书面警告”，然后，第二次再犯才能“立即解除劳动合同”。即公司以乙类过失为由，解除与职工的劳动合同时，必须经过书面警告的程序。

程序规定和实体规定密不可分，程序不合法的处理决定本身也是不合法的。本案由于公司对宋某的第一次违纪行为未给予书面警告，第二次违纪行为就不能

直接产生解除劳动合同的法律后果。即公司作出的，与宋某解除劳动合同的决定因处理程序不合法，而应予撤销。

案例八：炒掉隐婚怀孕者 单位为何不违法

一、典型案例

现年 30 岁的苗美玉是某重点大学日语专业的优秀毕业生。在换了几份工作后，她在某国际货运公司苏州分公司谋了一份职业，2008 年 6 月初，她从报纸上看到位于苏州工业园区的一家科技公司招聘日语翻译，遂积极准备应聘。经过几轮角逐，她从众多的应聘者中脱颖而出，被科技公司正式录用。

2008 年 6 月 16 日，苗美玉与科技公司签订了劳动合同，约定苗美玉进入科技公司从事营业兼日语翻译工作，公司《就业规定》载明：“员工提交的资料，经核实如果与真实情况不符的，按公司规定惩处。”合同签订后，苗美玉正式进入科技公司工作。

2008 年 6 月 25 日，苗美玉按公司的要求填写员工基本情况登记表时，却对其中“婚姻状况”一栏如何填写犯难了。原来，苗美玉已于 2007 年 8 月 28 日登记结婚。她担心：如果如实填写婚姻状况，公司会不会解雇自己呢？苗美玉有过几年工作经验，知道隐婚已成为时下职场“潜规则”。为了保住来之不易的工作，经过慎重考虑，苗美玉决定将自己已婚的事实“隐”瞒下来，于是，便在“婚姻状况”一栏中填了“否”；婚姻状况都隐了，为了再给自己增加工作经验值，在“个人经历”一栏中，苗美玉也作了“变通”，填了“2006 年 3 月至 2008

年6月期间，工作单位为某日资物流中心”。

2008年10月下旬，苗美玉突然发现自己怀孕了。此时，苗美玉年龄达29岁，已属高龄孕妇了。可是，她来科技公司工作仅有四个月，而且对单位又声称是未婚，此时提出生育孩子不妥，这让苗美玉十分为难。

苗美玉怀孕了，有了妊娠反应，却又不敢明说，只得对自己放松了工作要求，这或多或少影响了工作，让公司十分不满。公司因苗美玉的不佳表现接连向她发出了六份警告处分决定书。但苗美玉工作表现并无起色，公司便着手调查，终于发现她结婚并怀孕的事实，公司遂以苗美玉在进入公司工作时虚假填写婚姻状况及个人履历，并多次严重违反单位规章制度拒不改正为由决定解雇苗美玉。苗美玉不服，一纸诉状将公司推上了被告席。要求公司继续履行劳动合同并享受孕期的相关待遇。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第三条之规定，在遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则下，用人单位与劳动者就劳动合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬等必备条款可以进行约定，如果劳动合同一方存在欺诈，可以视为无效合同。

三、案例点评

2009年10月14日，苏州市工业园区法院审理后认为，苗美玉首先存在虚假陈述工作经历及婚姻状况的情形，其后严重违反公司规章制度拒不改正，科技公司据此解除与苗美玉的劳动合同，并无不当。虽然劳动合同法第四十二条规定，女职工怀孕期间，单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。但该法第三十九条同时也规定，劳动者有严重违反用人单位的规章制度的，用人

单位可以解除劳动合同。因此，苗美玉的情况属于违纪，不在劳动合同法第四十二条所规定的情形之中，单位解除合同的做法是合理的。一审判决后，苗美玉不服，提出上诉。2010年5月3日，苏州市中级法院作出了“驳回上诉，维持原判”的终审判决。

因为怀孕被解雇，为何能得到法院支持呢？法官指出，关键在于职场隐婚构成劳动合同欺诈。本案中，苗美玉应聘，甚至在签订劳动合同时，科技公司都未声明已婚即不录用，因此，科技公司并不存在就业歧视。签订合同后，科技公司要求苗美玉填写职工基本情况登记表，这是法律赋予科技公司对职工基本信息了解的权利，苗美玉应该如实填写。苗美玉自行隐婚，并且杜撰工作经历，显然构成欺诈。

四、操作提示

一方面，用人单位如果以是否结婚来作为招人标准，便涉嫌就业歧视，将会面临两种后果。如果就业歧视是在招聘时针对不特定人群提出的，那么劳动行政部门可对该用人单位进行处罚。如果用人单位在进行一对一的招聘时，以含有就业歧视的理由拒绝应聘者，那么该应聘者可以向法院提起诉讼，要求获得平等就业的机会。所以，用人单位以婚姻状况作为招人标准，不仅对劳动者来说是不公平的，对用人单位来说也会带来不利的后果。但是，如果用人单位并没有以婚姻状况作为录用标准，而是要求职工提供婚姻等基本个人信息，则不构成就业歧视。因为根据劳动合同法规定，用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者对于涉及到签订劳动合同的自身基本情况、就业经历，甚至是否受过刑事处罚等，具有如实说明的义务。而且，用人单位只有了解职工的基本情况，才可以根据工作岗位的特点及个人的基本信息，合理安排工作人员。如有的工作

不适合怀孕妇女，有的工作需要较长的连续性，这些工作岗位就不宜安排有生育计划的女性工作。如果职工不如实提供基本信息，很可能就会打乱用人单位的工作安排，甚至会影响用人单位的生产经营。因此，员工应当如实提供与劳动合同直接相关的基本情况。

另一方面，职工如果以欺诈手段与用人单位签订劳动合同，用人单位不仅可以此为由解除劳动合同，甚至还可能会以此申请劳动争议仲裁委员会认定该合同基于劳动合同欺诈而无效。且在这种情况下，职工也无法获得经济补偿。

案例九：工厂搬迁员工辞职能否要补偿金？

一、典型案例

上诉人（原审原告）：深圳某运动用品厂

被上诉人（原审被告）：任某

2004年9月27日，任某受聘于深圳某运动用品厂，任职工模制作，双方签订了劳动合同。2007年9月，深圳某运动用品厂将经营地址搬迁至广东省惠州市。其后，任某以“工厂搬迁”为由提出辞职，该厂在2007年9月30日结算了任某的工资，双方解除了劳动合同。2007年10月17日，任某向劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，请求深圳某运动用品厂给付解除劳动合同经济补偿金。2007年11月15日，仲裁委作出仲裁裁决：1、深圳某运动用品厂支付任某解除劳动合同经济补偿金5626元。2、驳回任某的其他申诉请求。

裁决后，原审原告不服仲裁裁决，认为原告进行工厂搬迁是法律允许范围内的正常事项，原告将搬迁事宜告知了被告，被告并未提出异议。由于被告以家中

有事为由提出辞工，在原告同意后，领取工资离厂。原告不应支付被告解除劳动合同经济补偿金，故诉请法院判令：1、原告不向被告支付经济补偿金 5626 元；2、由被告承担本案诉讼费。

结果：单位支付经济补偿金 5626 元

龙岗区人民法院适用简易程序审理了此案，判决：深圳某运动用品厂支付任某解除劳动合同的经济补偿金 5626 元，限判决发生法律效力之日起三日内付清。案件受理费由深圳某运动用品厂负担。

一审宣判后，深圳某运动用品厂不服，向深圳市中级人民法院提起上诉，深圳市中级人民法院经审理，依法判决：驳回上诉，维持原判。

二、本案件适用相关法律条款

《中华人民共和国劳动法》第二十六条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，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；（二）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；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

三、案例点评

法官评析：客观情况发生重大变化，解约应补偿

一审法院经审理认为，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，经当事人协商不能就变更劳动合同达成一致的，双方可以解除劳动合同，用人单位并应依法支付劳动者相应的经济补偿。深圳某运动用品厂陈述任某以“家中有事”为由提出辞职，并未依法举证证实，法院对此陈述不

予采信。双方就搬迁后的劳动关系是否存续无法达成一致，且深圳某运动用品厂对搬迁后的企业性质等情况也未如实告知劳动者，符合劳动合同订立所依据的客观情况发生重大变化的情形，深圳某运动用品厂理当支付任某解除劳动合同的经济补偿金。

二审法院经审理认为，上诉人深圳某运动用品厂与被上诉人任某之间的事实劳动关系明确，双方当事人的权利义务均受劳动法律法规的调整和约束。上诉人深圳某运动用品厂将厂址搬迁到惠州市，致使双方劳动合同订立时所依据的客观情况发生了重大变化，被上诉人任某据此提出辞职，并请求上诉人深圳某运动用品厂支付解除劳动关系经济补偿金，于法有据，法院予以支持。

本案中，深圳某运动用品厂将经营地址搬迁到广东省惠州市，属于《中华人民共和国劳动法》第二十六条第一款第三项劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的情况，应当依照国家有关规定给予经济补偿。

四、操作提示

- 1、劳动合同中工作地址的表述清晰明确
- 2、因公司业务变动，员工主动提出辞职应适当保留证据，例如《离职面谈记录表》等，完成依法举证相关行为。

案例十：规章制度想生效，前置沟通是良药

一、典型案例

小李是某公司办公室职员，2008 年 10 月与公司签订了一年期限的劳动合

同，约定工资为每月 1800 元。2009 年 4 月，小李在工作中因文件交接失误，导致文件丢失。情急之下，她与公司文件接收人小赵发生口角，给公司正常的工作环境造成了严重影响。三日后，公司人力资源部向小李发出了书面通知，以小李严重违纪为由，做出了与其解除劳动合同的决定。通知要求小李在五日之前到公司人力资源部办理解除劳动合同的手续。小李接到通知后立即找到人力资源部，以公司制度未告知、公司违法解除为由，要求公司向其支付违法解除劳动合同的赔偿金。

2009 年 5 月，小李在遭到公司多次拒绝后向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁。

仲裁结果：

由于该公司未能出据规章制度已公示告知并依法生效的材料证明，最终劳动争议仲裁委员会裁决，该公司与小李解除劳动合同属于违法解除，应当向小李支付两个月工资的赔偿金 3600 元。

二、本案件适用相关法律条款

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动者切身利益的规章制度或者重大事项决定时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。**用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。**

三、案例点评

通过上述案例，很多用人单位的人力资源管理者也都可以看出“规章制度是否依法生效”是本案的关键。

从法律的角度看，《劳动合同法》第四条对规章制度的生效程序进行了明确

规定。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动者切身利益的规章制度或者重大事项决定时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。**用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。**所以，本案中公司的规章制度未经公示、告知，未能依法生效，就不能作为公司管理员工的合法工具，必然不能得到法律的支持。

从沟通的角度看，该公司就是没能做好员工入职的沟通工作，没有摆正沟通在劳动合同订立环节的位置。专家认为，**企业在员工入职时签订劳动合同的环节中，应当将沟通前置，沟通可以体现在公示告知和培训上。**通常，企业向员工公示告知的内容主要体现在公司的

四、操作提示

各项规章制度管理规定、岗位标准、岗位职责、劳动合同条款等方面，很多企业也都将相应的公示告知事项编成员工手册，采用员工培训的方式与员工进行沟通。同时，企业在劳动合同履行、变更、解除和终止环节中，公示告知和培训也常有体现。然而，在企业公示告知和培训的沟通实践中，还存在很多问题。例如，企业采取了沟通的行动，却忽略了相关材料的留存和备案，可能会导致企业承担举证不利的后果；企业为了沟通而沟通，使沟通流于形式，不落实沟通的结果，为企业将来的管理不畅埋下隐患等。因此，专家建议各企业在沟通的过程中，**应当加强沟通与法律的结合，适当采用必要的合法手段和备案措施，重视沟通的目的性，达到真正公示告知和培训的效果。**

企业要想运用好沟通的软管理，首先应当明确沟通在劳动合同管理四大关键环节中的位置。在劳动合同订立环节，企业应当做到沟通前置，目的是使员工明

确企业需要告知、培训的相关内容，引导员工认同企业文化和管理模式；在劳动合同履行环节，企业应当做到沟通后置，目的是在管理行为和问题处理后，第一时间与员工进行沟通，达到正向激励、缓解和化解可能产生的矛盾与对立情绪的目的；在劳动合同变更环节，企业应当做到沟通前置，将变更的合法性、操作性、相关的工作程序、给员工带来的影响等内容在实施变更前充分告知和说明，确保变更的顺利进行；在劳动合同终止、解除环节中，沟通最为重要，企业也应当做好沟通前置工作，目的是直接降低企业的法律成本，规避法律风险，减少劳动争议的发生。

案例十一：同一母公司内部调动，工作年限如何计算？

一、典型案例

郑某与某测控公司于 2002 年 4 月 3 日签订了 3 年期限劳动合同，担任新软件测评工作。2005 年 4 月 2 日劳动合同到期，又续订了 5 年期限的劳动合同，至 2010 年 4 月 2 日到期。由于郑某工作认真负责，曾多次获得单位的先进工作者称号，2007 年 5 月，测控公司决定将其派往下属的软件开发公司，担任开发部项目经理。2008 年 3 月，软件开发公司因项目研发方向发生变化，与郑某协商一致，解除劳动合同，并支付经济补偿。

当郑某办结工作交接，领取支付经济补偿时，发现工作年限的起算时间是 2007 年 5 月，遂向软件开发公司提出异议，要求工作年限应自 2002 年 4 月起开始计算。软件开发公司不同意，郑某遂提请仲裁。

（二）仲裁结果

测控公司作为软件开发公司的上级单位，与郑某签订了劳动合同，与郑某存在劳动关系，郑某被派往下属单位工作属于工作调动，2008 年 3 月双方协商一致，解除劳动合同，支付的经济补偿，应当按照在测控公司的工作年限计算，即起算时间为 2002 年 4 月。

二、本案件适用相关法律条款

根据《劳动合同法》第四十七条规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。

三、案例点评

焦点一：经济补偿，按什么年限计算？

根据《劳动合同法》第四十七条规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。所谓本单位工作年限，是指劳动者在同一个用人单位的工作时间。

本案中，测控公司及其下属单位软件开发公司主张按照郑某在不同公司工作的时间分开计算其工作年限是不合法的。首先，测控公司与郑某于 2002 年 4 月订立 3 年期限劳动合同后，又续订了 5 年期限劳动合同，作为劳动合同的甲方用人单位，测控公司在劳动合同终止（2010 年 4 月）前，与郑某仍然存在劳动关系；第二，2007 年 5 月，测控公司派郑某到软件公司工作，属单位间的工作调动；第三，测控公司与软件公司是上下级单位关系，在法律上无论郑某在哪个公司工作，其用人单位都是上级单位测控公司。因此，作为软件公司是无权与郑某解除劳动合同的。但经协商，郑某同意解除劳动关系，领取经济补偿。所以仲裁委裁决将软件公司的工作年限认定为同一用人单位即测控公司的工作年限。

合并计算是合法的。

随着企业自身经营业务的持续增长，其经营范围不断扩大，经营模式、管理体制多元化发展，也在不断地进行并购、分立。在此种形势下，如何正确界定企业与职工的法律关系、如何规范用工管理一直是企业人力资源管理者十分头疼的问题。专家认为，用人单位首先应当判定与劳动者的劳动关系或劳务关系，并自用工之日起一个月内订立劳动合同或劳务协议，依法建立法律关系；第二，用人单位安排职工工作调动，无论是单位间的调动，还是单位内部岗位的调动，都应依照法律规定的变更程序，及时办理劳动合同变更或岗位协议变更手续。

焦点二：本单位工作年限与连续工作年限的区分和应用

上文提到，“本单位工作年限”在劳动法律规定中，一般用于经济补偿的计算。据专家对此类劳动争议的调查分析，提醒用人单位还应注意以下应视同本单位工作年限的情形：

（1）劳动者依法享受医疗期待遇时，未与用人单位解除劳动合同，医疗期间应视同本单位工作年限。

（2）因行政命令、业务划转等非劳动者方面的原因，劳动者转到新用人单位工作并重新订立劳动合同，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。

（3）劳动者应征入伍期间，虽与用人单位中止了劳动合同，但应视为本单位工作年限。

（4）复退军人、转业干部入伍前的工龄、军龄和待分配时间，应合并计算为本单位工作年限。

（5）因企业合并、被兼并、合资、企业改变性质等原因改变工作单位而未

支付经济补偿金的，其在原单位的工作年限应计算为本单位工作年限。

“连续工作年限”在劳动法律规定中，主要有以下用途：

（1）作为确定是否签订无固定期限的标准。依据《劳动合同法》第四十条规定，劳动者在本用人单位连续工作满十年；用人单位初次实行劳动合同制度或国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在本单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的，应当签订不固定期限劳动合同。

（2）作为确定年休假的时间标准。依据《职工带薪年休假条例》第二条规定，劳动者连续工作年限满1年的，可以享受带薪年假。

（3）作为不得解除劳动合同的条件。依据《劳动合同法》第四十二条规定，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，用人单位不得依本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。

四、操作提示

当劳动合同终止条件出现，有些用人单位故意间隔一段时间后，再与劳动者签订劳动合同，用以断开连续工作时间的计算，此种做法是规避用人单位义务的做法，劳动合同终止条件出现，无论用人单位与劳动者是否办理终止劳动合同手续，只要劳动者仍与用人单位保持劳动关系，其在重新签订劳动合同以前的工作时间，包括两个劳动合同之间的间隔时间，均应视为职工同一单位的连续工作时间。

案例十二：解聘，慎用“客观情况发生重大变化”

一、典型案例

小娟于 2007 年 12 月应聘到北京一家外企公司工作，并签订了 1 年期限的劳动合同，负责与公司另一位同事小丽一起在前台接听电话并接待来访者，月工资为 1800 元。由于小娟经常在工作时间翻阅前台收到的免费杂志，以至于公司的电话、接待工作几乎都落在了小丽肩上。2008 年 2 月，公司对全体员工进行了工作考核，对小娟的不良工作态度进行了批评，小娟依照公司规章制度认真写了检查。2008 年 3 月，公司对所有岗位人员重新优化配置，决定前台接待岗位配置 1 名员工，遂以客观情况发生了变化，原劳动合同无法再继续履行为由，与小娟解除了劳动合同，并下发了办理解除手续的通知，要求小娟在 15 日内办结工作交接，不支付经济补偿。

小娟不服，以外企公司违法解除为由，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求支付经济补偿及赔偿金。

仲裁结果：客观情况发生变化时，该外企公司未与劳动者小娟协商，未履行变更劳动合同内容程序，属于违法解除，应当支付双倍经济补偿的赔偿金 1800 元。此外，还应支付因未提前三十日通知解除而应发的一个月工资 1800 元，共计 3600 元。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第十七条：劳动合同应当具备以下条款：（四）工作内容和工作地点；

《劳动合同法》第四十条：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式

通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：(三) 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。

《劳动合同法》第五十条：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。

三、案例点评

焦点一：企业优化人员配置，员工被裁属于客观情况发生重大变化吗？

所谓客观情况发生重大变化，是指发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的情况。

在小娟与外企公司签订劳动合同时，双方约定的工作内容是负责在前台接听电话、接待来访者。2008年2月，外企公司通过考核，对企业人员配置进行优化，并根据前台接待岗位的工作任务将人员配置减至1人。小娟失去工作岗位，属于客观情况发生了重大变化，没有岗位的小娟无法再继续按照劳动合同约定的工作内容工作，致使公司与小娟订立的劳动合同无法履行。

在此类劳动争议案件中，用人单位与劳动者发生劳动争议，通常表现在对“客观情况发生重大变化”认定不清的问题上。实际上，很多用人单位以此原因与劳动者解除劳动关系，却苦于没有直接有力的证据、规定作为法律支持，与劳动者无法就“客观情况发生重大变化”问题达成一致，最终走上了仲裁路。在此，专家建议，用人单位在劳动合同或者其他生效的规章制度中，**应当注意明确“客观情况发生重大变化”的含义，罗列“客观情况发生重大变化”的情况，使用用人单位与劳动者就此达成一致，避免争议的发生。**

焦点二：只要客观情况发生重大变化，就可以无偿解除劳动合同吗？

自《劳动合同法》颁布施行以来，用人单位一直将“客观情况发生重大变化”当成是随意解除劳动合同的一把金钥匙，认为这是《劳动合同法》对用人单位诸多约束条件的释放。

事实上，《劳动合同法》明确的劳动者和用人单位的权利和义务是相对的，该法所营造的劳动关系和用工环境是相对稳定、和谐的。在保护劳动者合法权益的同时，也兼顾了用人单位的利益。可以说，“客观情况发生重大变化”就是该法在一定程度上对用人单位利益的维护。用人单位可以依法对这一点予以明确界定，使其能够具有法律效力，并作为用人单位解除劳动合同的合法依据。

但是，为了避免某些用人单位借此机会随意解除劳动合同，扰乱劳动关系的和谐稳定，《劳动合同法》也作出了程序约束。该法第四十条规定，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，用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者或者额外支付一个月工资后，可以解除劳动合同。

本案中，外企公司要适用此款解除劳动合同，除满足客观情况发生变化致使合同无法履行条件外，还应先与小娟沟通协商变更劳动合同，只有经协商未能就变更劳动合同达成一致时，公司才可以与小娟解除劳动合同，并按小娟在本单位的工作年限，不满六个月的支付半个月工资（900元）的经济补偿。

由于外企公司未能依上述法律程序，最终违法与小娟解除劳动合同，应当承担法律规定的罚责——除支付双倍经济补偿的赔偿1800元外，还应支付一个月工资的代通知金1800元。

四、操作提示

用人单位在劳动合同或者其他生效的规章制度中，**应当注意明确“客观情况发生重大变化”的含义，罗列“客观情况发生重大变化”的情况，使用用人单位与劳动者就此达成一致，避免争议的发生。**

用人单位在与劳动者办理解除劳动关系手续时，应当依据《劳动合同法》第五十条的规定，注意以下几点操作：第一，出具解除劳动合同证明书，劳动者签收；第二，在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续；第三，当劳动者办结工作交接时，支付经济补偿。

案例十三：公告声明解除劳动合同

一、典型案例

公司以职工违纪为由，在报纸上刊登与职工解除劳动合同声明。职工认为单位侵犯了自己的申辩权，于是与公司打起了官司。近日，河南省南阳市中级人民法院终审判决单位败诉。

今年 49 岁的南阳市民侯克成于 1999 年 7 月起受聘于南阳市公共汽车公司当驾驶员。2003 年 7 月 1 日，双方签订了无固定期限的劳动合同，该合同约定了双方的权利义务，以及解除劳动合同的条件。

2004 年 7 月 9 日，南阳市公共汽车公司以“2004 年 3 月 23 日上午 10 时 44 分，侯克成驾驶本公司 6 路公交车运营至南阳市北京大道时，违反劳动纪律，强行超车，事后拒不接受批评教育”为由，在《南阳晚报》上刊登声明，认为侯克成严重违反了公司职工奖惩管理规定，即日起解除劳动合同。侯克成不服，向

南阳市劳动仲裁委员会提出申诉。

2004 年 9 月 4 日，南阳市劳动争议仲裁委员会仲裁决定：撤销公共汽车公司在《南阳晚报》刊登的与侯克成解除劳动合同的声明，双方继续履行劳动合同；裁决生效之日起十日内公共汽车公司支付侯克成 2004 年 4 月至恢复工作之日生活费每月 240 元，退还收取侯克成的 1000 元发展基金；裁定生效之日起 20 日内公共汽车公司向社保部门足额缴纳侯克成的养老保险金、失业保险金。公共汽车公司不服，接到裁决后即向南阳市宛城区人民法院提起诉讼。

公司认为侯克成违反劳动纪律，连续旷工 30 日以上，经多次通知未回到单位，所以在报上公告声明解除劳动合同。

侯克成认为单位认定自己违反劳动纪律事实不清，又不给自己任何申辩的机会和时间，且通过媒介发表声明的形式属程序违法。

一审法院认为，公共汽车公司主张侯克成违反劳动纪律、应解除劳动关系，举证不力，且处理程序不合法。南阳市劳动仲裁委员会作出的仲裁裁决无不当之处，判决驳回其诉讼请求。公共汽车公司不服，向南阳市中级人民法院提起上诉。中院认为公共汽车公司 2004 年 4 月即停发了侯克成的工资，不让他继续开车，侯实际上已无法继续工作。公司解除劳动合同，没有向侯克成依法直接送达决定书，而是在报纸上公告声明，不给被上诉人申辩机会，程序明显不当。原判认定事实清楚，适用法律正确，遂在春节前判决驳回上诉，维持原判。

二、本案件适用相关法律条款

劳动合同的解除分为法定解除和约定解除两种。法定解除是指出现国家法律法规或合同约定可以解除劳动合同的情况时，合同就自然失去效力或单方可提出提前解除。协商解除是指当事人双方因某种原因，在完全自愿的情况下，通过协

商，一致同意提前解除劳动合同。本案是一起用人单位单方面提出提前解除劳动合同案例。

劳动法第二十五条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：(一)在试用期间被证明不符合录用条件的；(二)严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；(三)严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；(四)被依法追究刑事责任的。”这时，用人单位可以随时解除劳动合同，而且可以不给予劳动者经济补偿。这是《劳动法》对于有过错的劳动者作出的解除劳动合同的规定。

《企业职工奖惩条例》第十八条规定精神，企业对有旷工行为的职工做除名处理，必须符合规定的条件并履行相应的程序。因此，企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单位报到或办理有关手续，应遵循对职工负责的原则，以书面形式直接送达职工本人；本人不在的，交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。在此基础上，企业方可对旷工和违反规定的职工按上述法规做除名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效。

三、案例点评

由于程序不合法造成企业败诉很值得企业深思。

四、操作提示

企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单位报到或办理有关手续，应遵循对职工负责的原则，以书面形式直接送达职工本人；本人不在的，

交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。**只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。**在此基础上，企业方可对旷工和违反规定的职工按上述法规做除名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效。”

案例十四：事实劳动关系，后果越来越严重

一、典型案例

小王 2004 年大学毕业后与北京宏成公司签订了为期 3 年的劳动合同，工作岗位为财务经理，约定岗位工资 4000 元/月。2007 年 6 月 30 日合同到期后，双方均没有提出续订劳动合同，但是一直保持劳动关系至 2007 年 10 月。2007 年 10 月 26 日，宏成公司准备缩减人员，发现小王的劳动合同到期后没有续签，就书面通知其双方的劳动关系将于 2007 年 10 月 31 日终止。小王经咨询劳动法专业人士后认为双方已经形成事实劳动关系，根据北京市的规定，双方至少还应签订为期一年的劳动合同；但宏成公司则认为双方当时没有劳动合同，可以随时终止劳动关系。双方对此无法达成一致意见。但后来宏成公司转变想法，愿意与小王续订一年的劳动合同，但以小王平时工作不努力为由，将其岗位调整为副经理，薪水降低 1000 元。小王不服，于 2007 年 11 月 13 日提起劳动争议仲裁，要求续订一年的劳动合同，岗位和薪水维持原水平不变。

（二）仲裁结果

劳动争议仲裁委员会认为：小王的申诉请求事实清楚，证据确凿、充分，且符合法律规定，裁决支持小王的申诉请求。

二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》作了重要规定：**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；用人单位自用工之日起满一年仍然未与劳动者订立书面劳动合同的，除按照以上规定支付二倍的工资外，还应当视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。**

三、案例点评

焦点一：未及时续订或终止劳动合同，劳动关系能否随时终止？

本案是一个典型的在劳动合同期满以后，因没有及时续签而形成事实劳动关系的案例。对于事实劳动关系的终止，《劳动法》并没有明确的规定，此类案件只能根据地方立法的规定处理。在北京地区，企业对于这类事实劳动关系不具有绝对终止的权利。《北京市劳动合同规定》第四十五条规定：“劳动合同期限届满，因用人单位的原因未办理终止劳动合同手续，劳动者与用人单位仍存在劳动关系的，视为续延劳动合同，用人单位应当与劳动者续订劳动合同。当事人就劳动合同期限协商不一致的，其续订的劳动合同期限从签字之日起不得少于1年。”在本案中，宏成公司认为双方当时没有续订劳动合同，可以随时终止双方的劳动关系，显然和法律相冲突。依据上述法律规定，宏成公司应当和小王签订至少为期一年的劳动合同。

焦点二：员工不能胜任工作，单位就可随意解雇吗？

根据单位的抗辩，本案还涉及到一个因员工不能胜任工作而解除劳动合同的

问题。首先，单位对于员工不能胜任工作的抗辩没有提供任何合法有效的证据，所以要依法承担举证不能的后果。即使是单位提供了员工不能胜任工作的证据，也不能随便解雇员工，因为《北京市劳动合同规定》第三十一条规定“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”，用人单位才可以提前 30 日通知劳动者解除劳动合同并支付经济补偿金。所以员工因不能胜任工作而被解雇的前提是必须对员工进行培训或者调整工作岗位后仍然不能胜任，而不是任意解雇。

四、操作提示

对于事实劳动关系，用人单位一直存在一个误区，认为不签订劳动合同对自己有利，可以随意终止事实劳动关系。其实不然，这样做的主动权反而掌握在员工手中，员工既可以选择签订不少于一年期的劳动合同，又可以选择终止事实劳动关系，要求支付经济补偿金。

此案如果发生在今年，根据《劳动合同法》的规定，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。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。其中当然包括劳动合同期满后没有及时签订劳动合同，从而产生的事实劳动关系存续超过一个月或一年的情况。所以用人单位建立劳动合同到期预警机制非常必要，可以有效地避免支付双倍工资和签订无固定期限劳动合同的风险。

案例十五：提前离职合法，忽视竞业限制受罚

一、典型案例

高女士与北京某信息技术公司在 2005 年 1 月 1 日签订了为期五年的劳动合同，担任高级产品经理，从事电信运营商市场的售前支持工作，月基本工资为 5200 元。双方约定任何一方提前解除劳动合同，都应支付对方违约金 60000 元。劳动合同还附带了《竞业限制协议》，约定高女士在离开公司后一年内，不得组建、参与组建、参股或受雇于从事电信运营业务支撑系统及增值业务应用系统生产或经营的企业及与其密切关联的企业。协议中规定，高女士在离职后应按时向信息技术公司提交实际、有效的从业证明；公司每年需向高女士支付离职前一年实际获得工资总额二分之一的补偿金。协议还约定，如果高女士在竞业限制期限内违反竞业限制义务条款，除应返还公司已经支付的补偿金外，还应向公司支付竞业限制违约金 50000 元。

2007 年 3 月由于公司经营调整和资金回笼不利等原因导致资金周转困难，公司决定中高层管理人员的工资暂发一半，剩余部分到年终结清并加付同期银行利息。高女士于 2007 年 5 月 5 日以公司拖欠工资为由向公司递交了辞职书，公司经协商未果后同意。5 月 14 日，公司为高女士办理离职手续并结清剩余工资，但同时也要求其交纳离职违约金 60000 元（高女士当时未交）。6 月 20 日，公司已按约定向高女士支付了第一期竞业限制补偿费 5000 元。后经信息技术公司调查证实高女士离职后实际是到某微电子科技公司任职，该公司属于同行业有竞争关系的单位。

2007 年 7 月 12 日信息技术公司以违反竞业禁止义务为由将高女士和某微

电子科技有限公司告上法庭。诉讼请求：(1)高女士赔偿公司约定的解除劳动合同违约金 60000 元；(2)要求高女士返还公司已支付的竞业限制补偿费 5000 元，赔偿公司竞业限制违约金 50000 元，并由微电子科技有限公司承担连带责任；(3)判令高女士继续履行其与原单位之间签订的《竞业限制协议》。

(二) 判决结果

2007 年 9 月 27 日北京市某中级人民法院作出终审判决。对于公司请求高女士赔偿公司约定的解除劳动合同违约金 60000 元不予支持；判高女士返还信息技术公司补偿费 5000 元和竞业限制违约金 50000 元；同时还判高女士应继续履行其与信息技术公司之间签订的《竞业限制协议》。

二、本案件适用相关法律条款

《北京市劳动合同规定》第 19 条规定：“订立劳动合同可以约定劳动者提前解除劳动合同的违约责任，劳动者向用人单位支付的违约金最多不得超过本人解除劳动合同前 12 个月的工资总额。但劳动者与用人单位协商一致解除劳动合同的除外。”

《北京市劳动合同规定》第 35 条规定：“用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同，用人单位应当支付劳动者相应的劳动报酬并依法缴纳社会保险费。”

根据《劳动合同法》第二十五条规定：除本法第二十二条和第二十三条规定（提供专项培训和签订竞业限制协议）的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

三、案例点评

焦点一：高女士是否应当支付单方解除劳动合同的违约金？

《北京市劳动合同规定》第 19 条规定：“订立劳动合同可以约定劳动者提前解除劳动合同的违约责任，劳动者向用人单位支付的违约金最多不得超过本人解除劳动合同前 12 个月的工资总额。但劳动者与用人单位协商一致解除劳动合同的除外。”据此，信息技术公司与高女士在劳动合同中约定“任何一方提前解除，应支付对方违约金 60000 元是合法的。但是，《北京市劳动合同规定》第 35 条规定：“用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同，用人单位应当支付劳动者相应的劳动报酬并依法缴纳社会保险费。”2007 年 3 月以后，公司没有及时按合同约定发放工资，高女士提前解除劳动合同是符合法律规定的。高女士在公司首先违约（未及时发放工资）的前提下，依法解除劳动合同不承担解除劳动合同的违约责任。故公司要求高女士赔偿公司约定的解除劳动合同违约金 60000 元不能得到法律的支持。

焦点二：高女士是否应当承担竞业限制的违约责任？

高女士离职后在竞业限制服务期内到某微电子科技有限公司工作，因该公司与信息技术公司属于同行业有竞争关系的单位，因此高女士的行为违反了双方《竞业限制协议》的约定，属于违约行为。高女士应向信息技术公司返还第一期补偿费 5000 元并按约定偿付竞业限制违约金 50000 元，而且在返还补偿费并偿付违约金后，仍应继续履行竞业限制义务。但信息技术公司要求某微电子科技有限公司承担竞业限制违约金的连带赔偿责任是不合法的。因为高女士到某微电科技公司工作是在解除劳动关系之后，故后者与信息技术公司之间不存在竞业限制违约责任。

四、操作提示

从本案可以看出，员工主动离职也并非一定要承担违约责任，关键是企业的

行为首先不要违反法律规定。根据《劳动合同法》第二十五条规定：除本法第二十二条和第二十三条规定（提供专项培训和签订竞业限制协议）的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。因此，2008年1月1日后，双方在合同中再约定解除劳动合同的违约金本身就是违法的。

另外，用人单位在招用“跳槽”的劳动者时，要了解劳动者与用人单位是否真正解除了劳动关系，是否有竞业限制协议的约定，否则可能会带来较大风险。按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第六条规定，若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，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位也应承担连带责任，其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失额的70%。