

目 录

项目一 劳动关系鉴别争议处理.....	1
学习情境1 劳动关系争议处理.....	1
学习情境2 劳务关系与雇佣关系争议处理.....	8
学习情境3 承揽关系争议处理.....	17
学习情境4 劳务派遣争议处理.....	23
学习情境5 人事关系争议处理.....	29
项目二 劳动合同争议处理.....	38
学习情景1 劳动合同的订立.....	38
学习情境2 劳动合同的履行与变更.....	57
学习情境3 劳动合同的解除与终止.....	69
项目三 民主管理与规章制度争议处理.....	90
学习情景1 企业民主管理争议处理.....	90
学习情境2 企业规章制度争议处理.....	105
项目四 工时休假争议处理.....	112
学习情景1 工作时间争议处理.....	112
学习情境2 休息休假争议处理.....	124
项目五 工资报酬争议处理.....	134
学习情景1 工资构成争议处理.....	134
学习情景2 工资保障争议处理.....	143
项目六 特殊保护争议处理.....	155
学习情景1 劳动保护与女职工特殊劳动保护.....	155
学习情境2 未成年工劳动保护.....	165
项目七 劳动保障争议处理.....	171
学习情景1 就业促进争议处理.....	171
学习情境2 职业培训争议处理.....	182
学习情境3 社会保险与工伤争议处理.....	189
项目八 劳动人事争议处理途径.....	207
学习情景1 劳动人事争议的协商与调解.....	208
学习情境2 劳动人事争议的法律救济.....	220
附.....	243
参考文献.....	254
常用损害赔偿计算公式	299

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

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。

项目一 劳动关系鉴别争议处理

学习情境1 劳动关系争议处理

教学目标

能力目标:能够鉴别与劳动关系易混淆的其他用人关系,能够掌握劳动者和用人单位的认定、掌握劳动关系主体的权利和义务,能够认定劳动关系标准。

知识目标:了解劳动关系的特征、劳动关系的构成要素、劳动法律关系的特征。

知识与实践

一、劳动关系

典型案例1 双方是否存在劳动关系?

2008年5月27日至10月15日,顾某通过上海工贸公司业务主管赵某借用了安齐公司中山北一路一张办公桌,并以本人和其他公司的名义在此办公。2008年11月19日,顾某向劳动争议仲裁委员会申诉,要求上海工贸公司支付:(1)未签订劳动合同的双倍工资11,660元;(2)2008年5月27日至10月15日的超时加班工资1,071.36元;(3)2008年5月27日至10月15日的奖金2,000元;(4)解除劳动合同的经济补偿金2,500元;(5)补缴2008年5月27日至10月15日的社会保险费。为证明上述仲裁请求,顾某提供了自己代表上海工贸公司签收的提货单、商品出库单、增值税发票,以及其他业务来往的某公司提供的自己代表上海工贸公司业务员身份洽谈业务的证据。

上海工贸公司提出不同意见:(1)提货单就是货物所有权的凭证,顾某持有提货单就可以提货,与顾某是何身份无关,而且顾某也只是帮忙,不能证明与上海工贸公司存在劳动关系;(2)提货单存根联不是客户联,因此怀疑系顾某后补,即使有客户联也只是顾某帮忙,不能证明与工贸公司存在劳动关系;(3)出库单应该是出货单位保留,一般不需要提货人签名,现顾某为何留下姓名,公司不清楚;即便该证据真实,顾某也只是帮忙,不能证明与上海工贸公司之间存在劳动关系;(4)顾某与其他业务来往的某公司一直有生意往来,关系友好,所以该公司愿意看在顾某的面子和上海工贸公司的良好信誉给予业务、垫资,从另一方面讲,这也证明顾某本人与该公司经常有生意。

上海工贸公司为自己的主张提供的证据有:(1)2008年5月至10月的工资单,有全体员工的签名,证明公司员工都在工资单上,而顾某不是;(2)税务网上下载的个调税税务报告表,证明此表与上述工资单相符;(3)劳动合同4份,证明凡公司的员工都签有劳动合同书;(4)顾某遗留在公司的、与其他业务来往的某公司的增值税发票,证明顾某与其他公司有其他业务关系。

工作任务

1. 熟悉本案案情,结合顾某陈述和上海工贸公司的意见,总结双方争议焦点是什么?

- 2、分析顾某的仲裁请求获得劳动争议仲裁委员会支持的前提条件是什么？
- 3、分析本案顾某与上海工贸公司之间是何种法律关系？并分析该种法律关系的构成要件有哪些？
- 4、请解读我国关于认定劳动关系的法律规定。

（一）劳动关系的含义

2008年1月1日施行的《中华人民共和国劳动合同法》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体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，依照本法执行”，本规定对劳动关系进行了法律界定。

由此可见，劳动关系首先体现为一种劳动者和用人单位之间建立的法律关系；其次，这种法律关系中的权利和义务是在劳动过程中实现的，即劳动者在劳动能力实现中体现出来的一种用人单位和劳动者之间的社会关系；最后还体现为用人单位向劳动者按所提供的劳动而支付劳动报酬的有偿关系。

因此，劳动关系是指用人单位和劳动者建立的在实现劳动的过程中体现的以劳动权利和劳动义务为内容的社会关系。

（二）劳动关系的特征

从我国《劳动合同法》所规范的劳动关系来看，劳动关系主要包括以下特征：

1、劳动关系是在现实劳动过程中所发生的社会关系，与劳动者有着直接的关系。劳动过程是人和物、劳动力和生产资料相结合的过程。只有劳动者与用人单位建立了劳动关系，接受用人单位的劳动安排，在劳动组织内与生产资料结合，使劳动对象发生形态的变化、位置的转移以及价值的增加，才会发生现实的劳动关系。当然，这里所说的劳动过程是指活劳动和物化劳动的交换过程，而不是指物与物交换的实现过程。活劳动和物化劳动的交换过程是劳动法所调整的，而物与物交换过程属于民法学调整的范畴。

2、劳动关系的主体是特定、固定的。即劳动力的所有者和支出者，称劳动者。另一方固定为生产资料占有者和劳动力使用者，称用人单位。要完成劳动过程，必须是劳动者的劳动力和用人单位提供的生产资料的结合，这是劳动关系产生的条件。如果在劳动过程中不是劳动者和用人单位之间发生的关系，而是劳动者之间发生的联系，或者用人单位之间的协作关系，这就不是劳动法中的劳动关系。同样，劳动者运用自己的劳动对象、劳动工具进行劳动，也不产生劳动法中的劳动关系。

3、劳动关系是具有人身关系属性和财产关系属性的社会关系。人身关系是指具有人身属性的社会关系，是与公民的人身密切联系的社会关系。劳动者首先表现为人体的一种生理机能，是人的脑、神经、肌肉感官等的耗费。劳动力存在于劳动者机体内不能须臾分离，劳动者向用人单位提供劳动力时，也将其人身在一定限度内交给了用人单位。劳动力的支付过程，也是劳动者劳动的实现过程。因此，劳动关系是一种人身关系。另一方面，由于劳动者是以让渡劳动力使用权来换取生活资料，用人单位要向劳动者支付工资等物质待遇，这是一种商品等价物交换的等量劳动交换。因此劳动关系也必然体现为劳动力的让渡与劳动报酬的交换关系。

4、劳动关系是兼有平等性和隶属性的社会关系。劳动者与用人单位之间通过相互选择和平等协商，以合同形式确立劳动关系，并可以通过协议来延续、变更、暂停、终止劳动关系，这表明劳动关系是一种平等关系，即横向关系。但劳动关系当事人双方在劳动力市场上处于实质不平等状态，即劳动者处于弱者地位。并且，劳动关系一经缔结，劳动者就成为用

人单位的职工，用人单位就成为劳动力的支配者和劳动者的管理者，这使得劳动关系又具有隶属性质，即成为一种隶属主体间的以指挥和服从为特征的管理关系。

（三）劳动关系认定的基本标准

1、从内容看，劳动关系以劳动给付为标的，这使得劳动关系区别于加工承揽等以劳动成果为给付内容的民事关系；

2、从当事人地位看，劳动关系强调当事人双方的从属关系，这使得劳动关系不同于当事人地位平等的传统雇佣关系；

3、从主体身份看，劳动关系乃雇员和雇主的关系，劳动关系的主体具有特定性。

二、劳动法律关系

典型案例 2 劳动法律关系与劳务关系有什么区别？

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内的工作量。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。

工作任务

- 1、请了解本案情，分析本争议双方当事人之间属于什么用人关系？
- 2、请解读我国关于劳务关系的法律规定，并明确劳务关系与劳动法律关系是否相同？
- 3、请总结本案给我们的启发。

（一）劳动法律关系的概念

劳动法律关系，是指劳动法律规范在调整劳动关系过程中形成的法律上的劳动权利和劳动义务关系，是劳动关系在法律上的表现，是劳动关系被劳动法律规范调整的结果。

劳动关系建立后，劳动者就有权利获得劳动报酬、休息休假、劳动卫生与安全保障以、劳动保险以及接受职业技能培训的权利等；同时也应遵守用人单位的劳动规章制度，完成劳动任务的义务。这种劳动者和用人单位之间建立的劳动关系受到劳动法律关系的调整，从这一层面上看，劳动关系与劳动法律关系具有十分密切的联系：

1、劳动关系是劳动法律关系产生的基础，劳动法律关系是劳动关系在法律上的表现形式。

2、劳动法律关系不仅反映劳动关系，而且当其形成后，便给具体劳动关系以积极的影响，即现实的劳动关系为有效的劳动法律关系的形式，其运行过程才有法律保障。

从另一个层面看，劳动关系与劳动法律关系也有一定的区别：

1、劳动关系是生产关系的组成部分，属于经济基础的范畴；劳动法律关系则是思想意志关系的组成部分，属于上层建筑的范畴。

2、劳动关系的形成以劳动为前提，发生在现实社会劳动过程之中；劳动法律关系的形成则是以劳动法律规范的存在为前提，发生在劳动法律规范调整劳动关系的范围之内。

3、劳动关系的内容是劳动，劳动者提供劳动力，用人单位使用劳动力，双方形成劳动力的支配与被支配关系。

（二）劳动法律关系与事实劳动关系的区别

1、劳动法律关系是符合法定模式的劳动关系；事实劳动关系则完全或部分不符合法定模式，尤其是缺乏劳动法律关系赖以确立的法律事实的有效要件，如未签订劳动合同或劳动合同无效等。

2、劳动法律关系的内容即权利义务，是双方当事人所预期和设定的；事实劳动关系的双方当事人之间虽然存在一定的权利义务，但这一般不是双方当事人所预期的，更不是由双方当事人所设定的。

3、劳动法律关系由法律保障其存续；事实劳动关系如果不能依法转化为劳动法律关系，就应当强制其终止，但事实劳动关系中的劳动者利益仍然受劳动法的保护。

（三）劳动法律关系的构成要素

典型案例 3 不具备合法经营资格的企业能否建立劳动关系？

小黄 2008 年 9 月张某一家具厂工作。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义务。后小黄被告知该家具厂属无照经营，应向人民法院起诉。

工作任务

1、分析本案家具厂无照经营是否能与劳动者建立劳动关系？案中的小黄的伤害权益应当如何给予法律保障？

2、请解读我国关于非法用工主体的法律措施规定。

（提示：注意考察劳动法规定和工伤保险条例中非法主体用工后果的有关规定）

劳动法律关系的构成要素，是指构成各种劳动法律关系不可缺少的组成部分，其构成要素为：劳动法律关系的主体、劳动法律关系的客体和劳动法律关系的内容。

1、劳动法律关系的主体。劳动法律关系的主体是指参与劳动法律关系，享有劳动权利和承担劳动义务的当事人。劳动法律关系的主体是权利的享有者和义务的承担者，因此具有特定性，包括劳动者和用人单位。

劳动者，指达到法定年龄，具有劳动能力，以从事某种社会劳动获得收入为主要生活来源，依据法律或合同的规定，在用人单位的管理下从事劳动并获取劳动报酬的自然人。劳动者包括具有劳动能力的我国公民、外国人和无国籍人，即不仅包括在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织中，还包括在国家机关、事业单位、社会团体的工勤人员以及实行企业化管理的事业单位的非工勤人员中的与用人单位建立劳动关系的劳动者；劳动者作为劳动法律关系的主体必须具备一定的资格，应具有劳动权利能力和劳动行为能力。劳动权利能力是指劳动者能够享有劳动权利并承担劳动义务的资格；劳动行为能力是指劳动者能够以自己的行为行使劳动权利并承担劳动义务的能力。劳动者的劳动权利能力和劳动行为能力在公民年满16周岁同时产生。

用人单位，指“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体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，依照本法执行”。“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。”用人单位为实现劳动过程，必然要使用劳动者的劳动力，为保障劳动者的人身权益，法律规定用人单位应当为劳动者提供必要的劳动条件并保障劳动者利益的实现。因此用人单位必须具备一定的条件：独立支配的生产资料，包括生产工具和设备、生产材料和劳动对象；健全的劳动组织；相应的技术条件。

2、劳动法律关系的内容。劳动法律关系的内容是指劳动法律关系主体依法享有的相互权利和义务。劳动法律关系主体的权利和义务，具有统一性和对应性。劳动法律关系主体的权利与义务是相辅相成、密切联系的，劳动者和用人单位之间的权利义务存在于同一劳动法律关系之中，是统一的、不可分割的主体。没有只享有权利不承担义务的主体，也没有只承担义务而没有权利的主体，劳动法律关系中，劳动者的权利对应的就是用人单位的义务，同时，劳动者的义务对应的就是用人单位的权利。

劳动者的权利：（1）劳动者有平等就业的权利，即指具有劳动能力的公民，有获得职业的权利。（2）劳动者有选择职业的权利，是指劳动者根据自己的意愿选择适合自己才能、爱好的职业。（3）劳动者有取得劳动报酬的权利，即劳动者对付出的劳动，有依照合同及国家有关法律取得报酬的权利。（4）劳动者有权获得劳动安全卫生保护的权利，这保证劳动者在劳动中生命安全和身体健康，是对享受劳动权利的主体切身利益最直接的保护。（5）劳动者享有休息的权利，国家依法规定职工的工作时间和休假制度。（6）劳动者享有社会保险和福利的权利，主要包括养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等。（7）劳动者有接受职业技能培训的权利。（8）劳动者有提请劳动争议处理的权利，即用人单位与劳动者发生劳动争议，劳动者可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼。

用人单位的权利：（1）自主选择劳动者及用工形式的权利，如用人单位可以根据自己的

生产和用工岗位特点，依法自主选择使用全日制用工、非全日制用工、劳务派遣、承揽用工、委托代理等用人方式，以避免不必要的风险。(2) 要求劳动者如实告知的权利，即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，劳动者应当如实说明。(3) 与劳动者协商订立劳动合同的权利，主要包括以下内容：用工形式、期限、薪酬、试用期、违约责任、集体合同。(4) 依法建立企业规章制度，对劳动者进行劳动管理的权利，即用人单位可以就劳动纪律、奖惩制度、绩效评定办法、保密及竞业限制制度、薪酬调整制度等依法建立企业规章制度，以明确双方权利义务，依法对劳动者进行劳动管理。(5) 劳动者违反法律规定或合同约定时要求赔偿的权利，如在劳动者违法解除劳动合同时，有权要求劳动者赔偿损失或支付违约金等，如涉及新的用人单位违法招用未解除劳动合同的劳动者或共同侵犯商业秘密时，还可要求其承担连带赔偿责任。(6) 依法解除或终止劳动关系的权利。(7) 要求劳动者履行后合同义务的权利，如要求劳动者办理工作交接的权利，并可在办结之前拒付经济补偿金。

3、劳动关系的客体。劳动法律关系的客体是指劳动法律关系主体双方的权利义务共同指向的对象，即劳动行为。它是劳动者和用人单位在实现劳动过程中所实施的行为，具体包括劳动者与生产资料结合直接从事生产活动的行为、职员完成单位所交付的工作任务的行为、以及用人单位对全部劳动过程实行劳动管理的行为等。

【思考与训练】

- 1、结合本项目内容总结我国关于劳动关系内涵的法律规定。
- 2、拓展训练

案情简介

是否可以认定工伤

上海某灯箱广告有限公司（以下简称“广告公司”），系张某和李某两个自然人依法投资并于2009年4月18日设立，工商营业执照业务范围为灯箱广告的设计、制作和安装。平时，投资人负责拉订单和设计灯箱，灯箱的制作委托一些从事铝合金加工的小作坊完成，悬挂灯箱由公司一位投资人的表弟赵某完成，安装工具由广告公司提供，按件计价，每月结算一次，赵某系无业人员，其妻子也无业，在安装难度较大时，其妻子也随赵某同去，帮忙扶梯子、递工具等。赵某无其他职业，其在广告公司安装所得基本能维持全家生活。一日，赵某在安装过程中，不慎从梯子上摔下来，造成重伤，对于是否可以认定为工伤的问题产生了争议。

法理分析

本案争议的焦点是赵某和广告公司之间的法律关系上，赵某是否是广告公司的员工？如果赵某不是广告公司内部成员，应按照一般民事关系对待；如果赵某是广告公司的员工，则应认定为劳动关系，应按照工伤处理。

结合本案事实可知：第一，赵某所从事的是广告公司的正常岗位劳动，从事的工作是广告公司业务范围的重要组成部分，双方工作关系稳定。第二，双方存在管理与被管理的关系。赵某应按照公司的指令和标准完成工作，只不过其实行的是计件劳动。至于赵某的妻子也跟随赵某帮忙扶梯子，递工具等情况，这是广告公司内部管理造成的问题，第三，赵某的工作实质是其个人劳动力和广告公司生产资料的结合。

法条链接

《工伤保险条例》第十八条：提出工伤认定申请应当提交下列材料：（一）工伤认定申请表；（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。

第六十三条：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、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇；用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院劳动保障行政部门规定。

前款规定的伤残职工或者死亡职工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的，以及前款规定的童工或者童工的直系亲属就赔偿数额与单位发生争议的，按照处理劳动争议的有关规定处理。

《社会保险法》第四十一条：职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。

从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以依照本法第六十三条的规定追偿。

学习情境2 劳务关系与雇佣关系争议处理

教学目标

能力目标：能够正确掌握雇佣关系的认定、能够区别劳动关系与劳务关系。

知识目标：劳务关系的概念和雇佣关系的概念、雇佣关系的特征。

知识与实践

一、劳务关系概述

典型案例1 杨林祥之死是劳务赔偿责任还是劳动合同责任？

2000年3月份，孙世荣出资买下某市庙子镇马岭杭村赵俊国石料厂，并办理了相关采矿手续。2001年4月，某市杨家庵村村民杨林祥与孙世荣之兄孙世华口头约定：杨林祥带自己的拖拉机（无车牌）到孙世荣开办的石料厂从事倒运石料工作，交替使用杨林祥或孙世华的拖拉机将石料厂石窝中的石料拉到石料厂粉碎机处；用杨林祥的拖拉机为0.95元/吨，用孙世华的拖拉机为0.30元/吨。孙世荣对上约定予以认可。杨林祥于4月26日开始到石料厂倒运石料。4月27日16时左右，杨林祥在用自己的拖拉机拉石料时发生事故，致颅脑损伤死亡。某市公安局交通警察大队经现场勘查和调查，认定该事件不属于道路交通事故。

杨林祥死后，杨林祥的父亲杨春荣、母亲李心菊，杨林祥未成年子女杨雯、杨灏向孙世荣要求赔偿：死亡补偿费170320元（2000年全省年度职工平均工资标准8516元×20年），

丧葬费 400 元,被抚养人杨雯的必要生活费 8580 元(143 元×12 个月×10 年/2),被抚养人杨灏的必要生活费 13728 元(143 元×12 个月×16 年/2),被抚养人杨春荣的必要生活费 5720 元(143 元×12 个月×10 年/3),以上共计 198348 元。

工作任务

- 1、分析案情,从主体、内容和客体分析本案的法律关系?
- 2、本案当事人双方是劳务关系还是劳动关系?劳务关系与劳动关系有何不同?

(一) 劳务关系概念

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,而需要方支付约定报酬的社会关系。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。

劳务关系是由两个或两个以上的平等主体,通过劳务合同建立的一种民事权利义务关系。劳务合同可以是书面形式,也可以是口头形式或其它形式。其适用的法律依据主要是《中华人民共和国合同法》。

(二) 劳动关系和劳务关系的区别

1、在主体上,劳动关系和劳务关系不同

劳动关系主体一方为劳动者,另一方为用人单位,其主体具有特定性。劳动者是指在法定的劳动年龄限度内,具有劳动权力和劳动行为能力的自然人;用人单位是指与劳动者建立起劳动关系的国家机关,事业单位,社会团体,企业或个体经济组织。而在劳务关系中,其主体不具有特定性,劳务的提供方既可以是自然人,也可以是法人或其他组织,劳务提供者的资格不受劳动法律法规的限制,而劳动关系中,劳动者的主体资格受劳动法律法规的限制,如年龄方面的限制等。

2、在主体之间地位上,劳动关系与劳务关系不同

劳动关系双方具有平等性和隶属性。在建立劳动关系之前,即在劳动力市场中,劳动者与用人单位是平等的主体,双方是否建立劳动关系,以及建立劳动关系的条件,由其按照平等、自愿、协商一致的原则依法确定。劳动关系建立后,劳动者是用人单位的职工,处于提供劳动力的被领导地位,双方形成领导与被领导的隶属关系。劳动者应当遵守用人单位的规章制度,接受用人单位的管理。而劳务关系的主体双方无论在合同签订前或者合同签订后,地位都是平等的。

3、在劳动内容上,劳动关系和劳务关系也有一定的区别

劳动关系要求劳动者提供的是过去的过程,劳务关系中,要求提供的一般具体是劳动成果,但这一区别不是绝对的,因此,在劳务关系中,劳务提供方提供物是物化或者非物化的劳动成果;而按照劳动合同的要求,劳动者只需为用人单位实施一定劳动行为即可。

4、在生产资料的使用上,劳动关系与劳务关系也存在着差别

在劳动关系中,是劳动者与用人单位生产资料相结合的前提下进行社会劳动,劳动者所使用的工具或者其他生产资料由用人单位提供;而在劳务关系中,劳动提供方须使用自己的

生产资料或者工具为其他人提供劳务。

5、在费用计算上，劳动关系的和劳务关系存在着一定的差别

在劳务关系中双方的权利义务是受民事法律规范的约束，其数额确定需遵循着商品定价规则，即成本（费用）加合法利润，其支付方式是一次或分次支付；而劳动者的工资分配原则适用的是按劳分配的原则，此外，为保障劳动者的合法权益，国家在最低工资制度，工分支付制度方面有一些的规范，即国家通过立法直接干预工资分配，但对于劳务费用，国家则不采取直接干预的办法，这也体现出劳动法是法律直接干预经济生活的产物的本质特征。

6、在适用法律上的区别

劳动法律关系是依据劳动法律规范产生的法律关系，受劳动法律法规调整；而劳务法律关系是依据民事法律规范产生的关系，受民法调整。在劳动关系中，在劳动者与用人单位之间存在附随义务，如用人单位应当为劳动者办理社会保险，劳动者应当遵守用人单位的内部规章制度等，劳务法律关系中，却不存在这些附随义务。在劳动关系中，劳动风险由用人单位承担，如果劳动者在劳动过程中受到了意外伤害或者患职业病，劳动者属于工伤事故，劳动风险完全由用人单位承担。而在劳务法律关系中，如果劳动者受到意外伤害，则不能属于工伤，不能依照劳动法律规范来解决，只能依照民事法律规范来解决。

（三）劳动关系的和劳务关系区分标准问题

典型案例 2 退休人员被再次聘用如何认定其用工关系？

职工江某 2008 年 7 月在甲单位办理退休手续，开始享受养老保险待遇，2009 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，2010 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 2009 年 3 月 - 2010 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。

工作任务

1、分析本案已经开始享受养老保险待遇的江某被单位聘用，其双方关系是否属于劳动关系？

2、请解读我国关于用人单位聘用已离退休人员法律关系的规定；

3、请你为本案江某做一合法的咨询解答。

1、关于劳动者是否是用人单位内部成员问题

劳动部在1995年8月4日《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》规定，中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为企业提供有偿劳动，适用劳动法，即可认为双方存在劳动关系。这一规定，实际上明确了劳动关系构成的两个条件：劳动者的成员身份和劳动的有偿性。劳动部这一解释也揭示了劳动关系两个方面的本质：第一，劳动关系下，劳动者通过自己的劳动力和用人单位的生产资料相结合进行劳动，在为用人单位创造利润的同时，也从用人单位获得收入，以作为自己生活的主要来源，其劳动是有偿的。第二，劳动关系下劳动者的劳动有从属性，劳动者成为用人单位的内部成员，要遵守用人单位的劳动规章和劳动纪律，在用人单位的管理下进行劳动。

实践中，劳动是否为有偿性比较容易判断，但是否以用人单位内部成员的身份进行劳动，有时难以判断，目前我们在理论上并未建立如何判断劳动者是否成为用人单位成员的标准。因此，尽管劳动部的解释揭示了劳动关系的本质特征，尽管劳动法理论书籍中较详尽地论述了劳动关系如劳务关系的区别。

2、关于用人单位从其他单位购买劳务，逃避社会保险责任问题

我国对劳动关系中的劳动者的保护较为全面，特别是赋予了用人单位在社会保险方面较重的缴费义务。个别用人单位为节约用工成本，采取各种形式规避社会保险责任，主要作法是把劳动关系转为劳务关系。有的单位采取从其他单位购买劳务的形式，将自己公司的常年性岗位劳动承包给其他单位；有的单位自己出资设立劳务公司，然后和新设立的公司签订劳务合同，将公司的工作交给劳务公司。承担劳务的单位往往规模较小，承担法律责任能力有限，用工管理也不规范，有的不与劳动者签订劳动合同，也不为劳动者缴纳社会保险费。这种做法，严重侵犯了劳动者的合法权益，也给社会带来很多隐患，必须加以制止。

3、用人单位聘用离退休人员法律关系问题。

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，而应属于劳务合同。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。

我们应当立足于实践,立足于劳动法保护劳动者和用人单位合法权益的立法宗旨,来确定劳动关系与劳务关系的区分标准,并不断针对实践出现的问题,及时地完善有关劳动法律法规,以保障劳动者和用人单位的合法权益,促进劳动关系和谐与稳定,促进我国的社会主义市场经济建设。

二、雇佣关系

典型案例3 雇员在雇佣活动中伤亡,雇主应担责

来自江苏农村的漆某,自2002年起在上海中心水产品批发市场从事踩黄鱼车及装卸水产品等工作,并于2002年5月申领了外省市来沪务工经商等在沪暂住证,有效期为两年。2005年1月23日下午,张某在上海中心水产品批发市场购买鱼制品时,临时雇佣了漆某等六人为其往卡车上装水产品,约好以每箱0.20元计算,共支付劳务费人民币130元,该款由漆某等六人均分。漆某在车上装货时不慎摔下,右肩部着地。当日,漆某即与家人前往医院骨科急诊,诊断为肩部落地外伤。次日凌晨,漆某在家人的陪同下又前往医院外科急诊,并作了脑CT检查,先后被诊断为两侧颞部及右额部挫裂伤伴右额颞部脑内血肿形成蛛血、右侧眼球内出血,重度颅脑外伤、多发脑挫裂伤、脑疝等,被要求入院并施行手术治疗,后经抢救无效死亡。同年4月,漆某的亲属要求张某赔偿。

工作任务

- 1、熟悉本案案情,分析案中各当事人之间的法律关系;
- 2、你认为本案该如何处理?

(一) 雇佣关系概念

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条规定:“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任”。

因此,雇佣关系,也即雇佣法律关系,是指受雇人利用雇佣人提供的条件,在雇佣人的指导和监督下,以自身的技能或劳力为雇佣人提供劳动,并由雇佣人支付劳动报酬的民事法律关系。其中,按照雇主指示或要求,利用雇主提供的条件,以自己的技能为雇主提供各种劳务的人,称为雇员或受雇人;接受劳务并按约支付劳动报酬的一方,称为雇主。

(二) 雇佣关系的特征

- 1、雇员的劳务义务不能转移,必须亲自履行,这是雇佣关系的一个显著特点。
- 2、雇主与雇员间存在着一定的人身依附关系。具体表现在,雇员没有自主工作的权利,雇主随时可以改变雇员的工作内容,修改工作计划;雇员的工作均处于雇主的监督之下,当雇员工作失误或违反雇主的工作纪律时,雇主还可以对雇员进行处分。
- 3、雇员的劳动力已商品化,雇主可以从雇员的劳务中获取利益。
- 4、雇员享有受劳动保护的权利。雇佣关系无论从理论上还是从实务中考察,与劳动关系的实质并无多大的区别,雇主对雇员实行劳动保护,这是基于法律对劳动者实行普遍保护的要求,最高人民法院关于雇工合同应当严格执行劳动保护法规问题的批复也从司法的角度

给予确认。但目前，雇员的劳动保护仅局限于工作过程中的人身权益保护，而未涉及非工伤劳动保护，包括失业、疾病等。

（三）确认雇佣关系的标准

1、雇主能否从雇员提供的劳务中获取利益，并通过提高产品或商品的价格，借劳动力的价格或保险的方法，将自己的风险分散给社会公众。雇佣的目的是为了获取利益，而雇佣则是获取利益的一种手段。在雇佣关系中，雇中可从劳力的价格上得到利益，还可从雇员创造的劳动成果上获得剩余价值。雇主在获取利益的基础上又可通过提高产品的价格或保险等方式，将自己的风险分散给社会公众，来保障自己获取的利益不受损失或少受损失。而其他的诸如帮工、雇保姆等形成的关系，则不具有这一独特方面。

2、雇员一般不承担履行雇佣合同约定义务所产生的风险。雇员在完成工作过程中所产生的损失一般均由雇主来承担。只要雇员对损失的产生没有故意或重大过错。在对外关系上，即使雇员的重大过错造成他人损害，雇员也不直接承担责任。如雇员在执行职务过程中致人损害的赔偿。

3、雇员所负的提供劳务的义务，不能转移，也不能请人帮助来履行。这是由劳动力与劳动者同为一体及雇佣关系的特点决定的。雇员因身体不适不能适应工作时，雇佣关系即发生暂时中断，适应工作时，一般又可恢复。

4、雇员与雇主均可随时解除雇佣关系，任何人包括司法机关均无法强制雇员雇主维持雇佣关系，履行雇佣合同，这与合同可继续履行刚好相反。

（四）劳动关系与雇佣关系的区别

典型案例4 劳动关系与雇佣关系有何区别？

2009年9月厨师钱某与某饭店业主赵某相识。赵某对钱某说：“你来我这干吧，我不会亏待你的。”钱某即到该饭店厨房主灶。4个月过去了，赵某分文未付钱某工资。在钱某向其索要时，双方又为月工资标准发生争执。钱某遂向法院起诉，要求赵某某按每月3000元标准支付其劳动报酬。

本案在审理过程中，对钱某与赵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，本案中钱某与赵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，钱某与赵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）钱某与赵某的法律地位平等，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）钱某与赵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）钱某与赵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。钱某以其烹饪技术向赵某提供劳务，有权获得相应的报偿。赵某接受钱某的服务，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。而且赵某向钱某提出“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。钱某未与赵某充分协商即草率“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，钱某与赵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钱某与劳动用工者赵某之间，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。本案中钱某向赵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赵某提供的劳动条件下实现的。钱某是作为劳动者在赵某开办的饭店中工作，并成为该饭店全体员工中一员。（4）钱某参加到劳动组织当中后，必须遵守该饭店内部劳动规则，服从赵某的行政领导。钱某与赵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，应首先向劳动争议机关申请仲裁，对仲裁决定不服的，方可向人民法院起诉。

工作任务

- 1、试分析劳动关系与雇佣关系的异同；
- 2、请解读我国关于雇佣关系的法律规定；
- 3、你支持本案中的那一种观点？

1、主体范围是否单一性。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。如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，所以应按雇佣关系对待。

2、用人单位和劳动者之间是否具有行政隶属性。劳动关系中用人单位与劳动者之间有行政隶属关系，有管理与被管理关系，劳动者的劳动必须在用人单位的管理下进行；在雇佣关系中，尽管劳动者在一定程度上也要接受用人单位的监督、管理和支配，但用人单位的各项规章制度对劳动者通常不具有约束力，且其人身依附程度也没有劳动关系那样强烈。如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，也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显然不同。

3、用人单位对劳动力是否享有支配权。劳动关系中用工单位享有劳动力支配权，劳动者在为用人单位服务的同时，一般不能再为其他单位服务，而雇佣关系中劳动者可身兼数职。

4、劳动者是否占有生产资料。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。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。

5、劳动人员是否连续稳定地从事工作。一般来说，劳动关系中劳动者有长期、持续、稳定在用工单位工作的主观意图；雇佣关系中劳务人员一般具有临时性。

6、强调劳动成果还是劳动过程。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。雇佣关系虽也与劳动相联系，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。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。

【思考与训练】

- 1、结合案例分析劳动关系与雇佣关系的区别。
- 2、拓展训练

案情简介

将建筑工程发包给未有建筑资质的,发包方难逃责

潘某从上海市奉贤区某废品收购站承包该废品收购站的门卫房,双方约定由潘某包工包料,如造成建筑工人受伤,一切责任由潘某承担。后潘某又把门卫房的施工转包给了宁某,潘某与宁某约定,如造成建筑工人受伤,一切责任由宁某承担。宁某找了吴某等十几人施工,吴某等十几人的劳动报酬为每人每天 80 元。在 2008 年 3 月 22 日下午,吴某在施工过程中不慎从脚手架上摔下来,右手着地,骨折。后经鉴定吴某受伤的伤残等级为十级,吴某受伤后,各当事人就赔偿事宜相互推脱,都不愿意承担吴某伤害赔偿责任,于是发生了纠纷。

问题:你认为本案该如何处理?

法理评析

案例中所体现的法律关系有:吴某与宁某是雇佣关系,宁某与潘某是承包关系,潘某和奉贤区某废品收购站是承包关系。潘某将承包来的废品收购站的门卫房转包给宁某,宁某为完成承包的建筑工程,找到吴某等十几人并按每天 80 元支付给吴某劳务费,吴某与宁某属于平等主体,吴某按照宁某的指示或要求,利用宁某提供的条件,以自己的技能为吴某提供劳务故吴某属于雇员;而宁某接受吴某劳务并按约支付给吴某 80 元/天劳动报酬故属于雇主。而吴某作为雇员在从事宁某安排的劳务中即在雇佣活动中不慎从脚手架上摔伤至人身损害,所以作为雇主的吴某应当承担赔偿责任。

潘某作为总承包人,将工程转包给吴某且吴某没有相应的资质,违反了《中华人民共和国合同法》第 272 条第三款“禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成”本案中潘某不但将工程转包给不具有相应资质的单位,而且还把工程主体结构进行转包,理应对吴某的人身损害与宁某承担连带赔偿责任。奉贤区某废品收购站在明知潘某没有相应建筑资质,仍将房屋建筑工程发包给潘某,根据《中华人民共和国建筑法》相关规定建筑工程应当将工程发包给相应资质的单位,发包人将工程承包给不具有相应资质的单位造成损害的发包人与承包人应承担连带责任,故奉贤废品收购站应与潘某、宁某承担连带责任。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款:“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或应当知道接受发包或分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。”而本案中,即使奉贤废品收购站与潘某、潘某与宁某约定“如造成建筑工人受伤,一切责任由潘某承担”“如造成建筑工人受伤,一切责任由宁某承担”因违反《中华人民共和国合同法》第 53 条“合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的”而无效。故宁某的人身损害应由宁某、潘某、奉贤废品收购站承担连带赔偿责任。

法条链接

《侵权责任法》第三十四条 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。

第三十五条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条：雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

前款所称从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为从事雇佣活动。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款：“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或应当知道接受发包或分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”

学习情境3 承揽关系争议处理

教学目标

能力目标：能够正确理解并掌握承揽关系的认定、能够鉴别与劳动关系易混淆的劳务关系、雇佣关系与承揽关系。

知识目标：了解承揽关系的概念、承揽关系的认定、承揽关系与雇佣关系的区别。

知识与实践

一、承揽关系的认定

典型案例1 承揽安装不幸摔伤谁负责？

某电器商行以经营空调销售业务为主，同时负责售后免费为客户进行安装调试。2008年1月1日，家住上海市闵行区剑川路的张某从某电器商行购买空调。在为客户张某家安装空调时，因公司人手不够，便临时请来专门从事家电安装服务的个体户赵某帮忙，说好了赵某自备安装工具，报酬为每台100元。天有不测风云，赵某在安装空调的过程中因保险绳脱落不慎坠楼摔成重伤。

事后，赵某就此次意外向某电器商行要求赔偿其医疗费、误工费、护理费、伤残赔偿金等各项损失共计3.5万元。

工作任务

1、请分析本案当事人双方属于什么关系？

- 2、请解读我国关于加工承揽的法律规定;
- 3、请为本案当事人争议指出一条合法的维权途径。

所谓承揽关系,是指承揽人按照定做人的要求完成一定的工作,交付工作成果,定做人接受工作成果并给付报酬而在双方当事人之间形成的法律关系,它是一种典型的完成工作的法律关系。承揽关系是基于承揽合同在履行过程中在定作人与承揽方之间产生的关系。承揽关系具体包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

承揽关系与雇佣关系、劳动关系最主要的区别在于承揽关系的双方是平等关系,不具有隶属性,在承揽合同中,用工方式、用工程度、操作规程和劳动过程全由承揽人自行确定,定作人接受承揽人物化的劳动成果,此成果是定作人付酬的直接对象。

(一) 承揽法律关系具有以下主要特征

1、承揽关系的标的是一定的工作成果。承揽关系是完成一定工作的法律关系,这种法律关系,以承揽合同的设立为前提,合同设立的目的是完成一定的工作,工作完成的标志是工作成果的产生。因此,承揽注重的是工作成果,而不是工作本身,承揽关系的标的是工作成果而不是工作过程。

2、承揽关系的标的具有特殊性。承揽关系的标的是一定的工作成果,但这个工作成果在合同订立时是不存在的,而是要通过承揽人的承揽行为来完成,承揽人如果将已经存在的物作为工作成果来交付,或是将不是承揽人行为而取得的物来交付,都不符合承揽关系的要求。

3、承揽关系是承揽人以自己的技术、设备和劳力独立完成工作,这是承揽关系的人身性表现。

(二) 承揽关系的确认

1、承揽方是按合同完成某项工作,承揽合同的标的,表现为物化的劳动成果,而不是承揽人劳动的本身。这种物化的劳动成果按承揽工作的类型不同,可分为劳动力的劳动成果,脑力劳动的成果,复合型劳动成果。如修复损坏的机械设备,该成果既有劳力劳动的成分,也有脑力劳动的成分。

2、承揽关系中,标的物具有特定性。标的物的特定性表现为,承揽方交付的劳动成果是合同约定的,能满足定作人特殊要求的物,又是承揽人独特的劳动,该物为劳动产物,为特定物,一般市场上难以买到。

3、承揽关系的报酬是确定或可以按约计算的,但是否能获利益是不确定的。承揽关系中,承揽方所得的报酬是事先约定的,至于承揽方在工作中投入了多少工时,其劳动报酬能否达到预期的数额,是否会亏损等,这往往与承揽人的技能及市场的原材料价格变动等相连,承揽方亏损的事例并不鲜见。

4、承揽关系的承揽方可以将承揽合同的部分工作交付第三人完成,也可以雇佣他人共同或与人合伙完成承揽工作。《合同法》第 253 条第 2 款、第 254 条规定,承揽人征得定作方的同意后,可以将其承揽的主要工作交由第三人完成,可以依自己的意思将其承揽的辅助工作交由第三人完成。实践中,承揽人还可雇佣他人完成承揽工作,与他人合伙完成承揽工作。如甲、乙签订一份建房合同,甲以包工包料形式将房屋交由乙方承建。在该承揽合同中,乙方既可以雇佣他人帮助建房,也可以与人合伙共同完成建房的工作。

5、承揽关系中的风险由承揽人自己承担,而且这种风险承揽方一般难以转嫁。在承揽关系中出现的风险有原材料的灭失风险,技术问题引出的质量风险,自身或其雇工受到损害的风险,亏损的风险等等,一般均由承揽人自己承担,而且这些风险一般难以提高商品的价格或保险等方面来转嫁。如承揽方若在承建房屋过程中,由于原材料价格的波动,或雇员受

伤等引起亏损的，只能自行承担亏损，与房主无关。

6、承揽关系中，定作方与承揽方自始至终的地位均平等，不存在有人身依附关系。

7、承揽关系中，定作人注重的是承揽方的技术、信誉或生产规模及生产设备。在承揽合同中，承揽方一般应具备必要的技能、信誉或一定生产规模和较好的生产设备为条件，才能与定作方发生承揽关系。

（三）雇佣关系与承揽关系的区别

典型案例 2 雇佣关系与承揽关系争议处理

2005 年 8 月份，吴某与刘某商量共同在两家相邻的地界打一口水井，由吴联系了同乡夏某、匡某，双方约定每见深一米 30 元，成井后付款，匡、夏二人约定工具自带、工钱平分，2005 年 8 月 25 日，匡某、夏某开始打井施工，匡负责在井上吊运砌井的砖头 and 水泥，夏负责在井下砌砖。吴、刘在地面上搬运砖块。在吊运砖块下井的过程中，由于匡检查不周，吊运的缆绳断裂，将在井下砌井的夏砸伤。夏与匡、吴、刘协商未果，起诉至法院。关于本案主要争议焦点在于匡与吴、刘之间是雇佣关系还是加工承揽关系，认定不同性质的法律关系对案件的处理将有不同的结果。

工作任务

1、分析本案当事人之间是雇佣关系还是加工承揽关系？

2、请解读关于承揽关系和雇佣关系的法律规定。

1、雇佣关系的雇主与雇员之间存在着一定的人身依附关系，雇员对于工作如何安排没有自主选择权，雇主可以随时干预雇员的工作；承揽关系的定作人与承揽人自始至终地位平等，承揽人对工作如何安排完全有自主决定权，定作方无权进行干预。

2、风险负担不同。雇佣关系中，雇员在完成工作过程中所产生的风险，如雇员受到伤害，致他人损害、工作物不符合质量要求等所造成的损失，均由雇主承担，除非是雇员的故意或重大过失所致；而承揽关系中，所造成的损害均由承揽方承担，而不涉及定作人。

3、报酬确定的基础不同。雇佣关系中，报酬的确定是根据市场劳动力的价格结合相应的行业标准确定的。而承揽关系的劳动报酬是基于自身的技能或生产规模，原材料的价格等确定的，劳动报酬有时与材料的价格相结。

4、合同义务可否转移不同。雇佣关系的雇员不能将自己应负的劳务义务转移给他人承担，必要亲自履行雇佣契约；承揽关系中，承揽方可以将承揽的工作部分交给第三人完成，也可以与人合伙完成工作，还可以请帮手共同完成工作。

5、成立契约的条件不同。雇佣关系中，雇主一般选任雇员时，是以雇员的劳动技能是否适合自己的要求，雇员则从劳动报酬是否达到自己的要求，而缔结雇佣契约的；而承揽关系中，定作方选任承揽方是以承揽方的技能、生产设备或生产规模、信誉等能否胜任工作为条件的，而承揽方则是以自己的技能或现有的条件能否完成工作，能否获得利益来缔结契约的。

6、能否享有处分权不同。雇佣关系的雇主对雇员的工作失误，虽然自己承担损失风险，但对雇员享有一定的处分权，如扣一定的奖金、工资、警告、训诫等，雇员受处分时，一般不能通过司法程序救济；而承揽关系的定作方对承揽方则不具处分权，如出现质量不合格、延期交货等，定作方只能根据合同的规定追究承揽方的违约责任，达不成协议时，可通过仲裁或诉讼解决。

四、承揽关系与劳动关系的区别

典型案例3 是劳动关系还是加工承揽关系？

2006年11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。张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。2009年1月，张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。张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张某之间没有形成劳动关系而是一种加工承揽关系，张某不是该厂职工，不能享受工伤待遇。双方经多次协商未果，张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。

工作任务

- 1、请分析本案当事人是承揽关系还是劳动关系？
- 2、请解读关于二者的法律区别。
- 3、你认为应该如何处理本案争议？

（一）两者的法律依据不同

承揽关系依据的是《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，建立和存在承揽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。而劳动关系由《中华人民共和国劳动法》规范和调整，建立劳动关系必须签订书面劳动合同。

（二）用人单位对当事人在管理方面不同

承揽关系用人单位或个人没有给予所用劳务者纪律处分等权利。而劳动关系用人单位具有对劳动者违章违纪进行处理的管理权。

（三）在支付报酬方面不同。

承揽关系的一方向另一方支付的报酬是当事人根据权利义务平等、公平等原则事先约定的报酬。而劳动关系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。

【思考与训练】

- 1、从法律关系的构成要素分析区别劳动关系与雇佣关系、承揽关系。
- 2、拓展训练

案情简介

雇佣关系、劳务关系、承揽关系之争

徐某经营一水磨石厂，不定期从外地购进水泥，徐某经常给赵某打电话，由赵某找一伙人为其卸水泥，赵某从中间不挣差价，装卸费用按人均分，水泥卸车费用官价每吨六元。2010年5月21日，徐某又购进一车水泥五十吨，徐某便给赵某打电话让其找人卸车，赵某就找到李某及其他六、七人一同前去卸车，徐某指定了卸货地点为仓库便去忙其它事情，李某等人开始卸水泥，不知哪位装卸工为方便卸车，拿被告厂子的木托盘将货车车厢支起，没卸几袋水泥，木托盘折后李某从车上摔下受伤。后李某要求徐某赔偿其受到的损失。

本案在处理过程中，存在一定的分歧：

第一种意见认为：李某和徐某之间是雇佣合同关系，李某等人受徐某雇佣为其卸水泥，提供劳务，徐某按李某等人卸水泥吨数支付报酬，双方属于临时雇佣关系。李某在从事雇佣活动过程中遭受人身损害，徐某应承担赔偿责任。李某对损害的发生也有过错，可以减轻被告的赔偿责任。

第二种意见认为：李某与徐某之间是加工承揽合同关系，李某按照徐某的要求为其卸车，李某自行支配卸水泥的过程，且卸车具有一定的技术含量，李某等人将水泥从车上卸到仓库属于交付劳动成果，徐某只要求原告交付卸货的劳动成果，按原告交付的劳动成果来给付报酬，是一种加工承揽关系。李某在加工承揽工作中造成自身损害的，徐某不负赔偿责任。

法理评析

雇佣合同关系、承揽合同关系的区别如下：

1、概念不同。雇佣关系是指受雇人在一定或不特定的期间内，从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动，雇用人接受受雇人提供的劳务并按约定给付报酬的权利义务关系。承揽关系是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的权利义务关系。

2、双方当事人之间的人身支配与服从管理关系不同。雇佣关系中雇主与雇员之间的地位是不平等的，双方之间具有支配与服从的关系，受雇人则需听从雇用人的安排，按其意志提供劳务，双方形成劳动力的支配与被支配关系；承揽合同关系中双方当事人的地位是平等的，不存在支配与服从的关系，在劳动中承揽人一般是自行决定自己的操作规程和劳动过程，不受定作人的组织指挥和监督管理，承揽人在完成工作中具有独立性。

3、提供劳动和支付报酬的内容、工作期限不同。雇佣关系中，雇主所付出的主要是劳

动力，当然也包含一定的技术成果，但通常其技术含量比较低，其报酬成分也比较单一，仅仅包括劳动力的价值。雇佣关系通常时间较长，为长期雇佣，但也有不定期、临时性雇佣。而在加工承揽关系中，承揽人所付出的主要是一定技术成果，其次才是一定的劳动力；承揽事项应具有特殊性，它一般需要具备相应的设备条件，蕴涵一定的技术成份，为此，合同法规定承揽事项包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等相类似的工作，且规定了承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作承揽。承揽关系中的报酬也不同于一般劳务关系中的报酬，其报酬不仅仅包含劳动力的价值，还应当含有技术成份的价值以及一定的利润成分，即定作人接受承揽人物化的劳动成果，该成果是定作人付酬的直接对象；承揽合同通常具有短暂性和临时性。

4、承担的法律責任及归責原則不同。雇佣关系中雇工在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇主承担的是无过错责任。加工承揽关系中承揽人在完成工作过程中造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。定做入承担的是过错责任。

本案例中，李某和徐某之间形成事实上、临时性劳务（雇佣）合同关系，李某等人之间构成共同合伙关系。徐某虽主张其只要求将水泥卸下车的劳动成果、对徐某卸货的过程未进行管理、李某等人自主支配卸货过程，但是徐某没有对李某行使管理职能，不改变雇佣关系的性质。

法条链接

《中华人民共和国合同法》第二百五十一条：承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。

承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

第二百五十三条：承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。

承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。

第二百五十四条：承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成。承揽人将其承揽的辅助工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条：承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

学习情境4 劳务派遣争议处理

教学目标

能力目标:能够正确理解并掌握劳务派遣关系的认定、能正确分析劳务派遣关系中所体现的法律关系。

知识目标:了解劳务派遣的概念、劳务派遣当事人的权利和义务、劳务派遣和劳动关系的区别。

知识与实践

一、劳务派遣的概念

典型案例1 “用工单位有权随时将被派遣劳动者退工”约定有效吗？

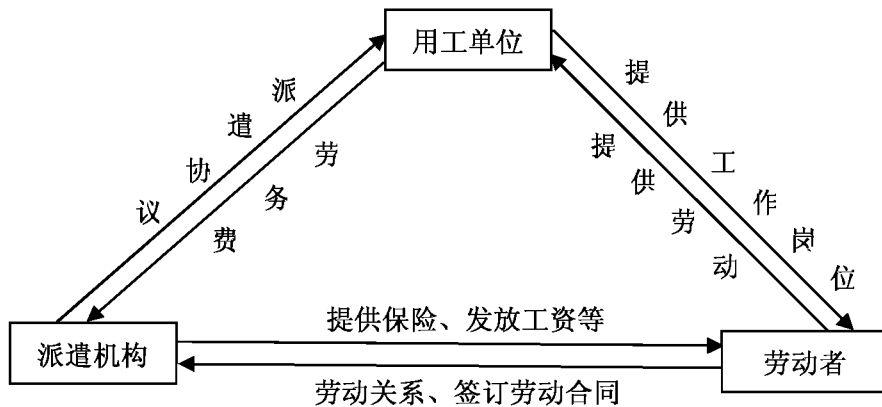
2004年2月17日，赵某与北京某劳务派遣公司（以下简称用人单位）建立劳动关系，同日被派遣至美国某公司驻北京办事处（以下简称用工单位）。2009年2月15日，用人单位与赵某再续签为期三年的劳动合同，劳动合同第二条的第三款约定：“乙方（劳动者）同意，用工单位或甲方（用人单位）根据其工作表现和能力或经营需要而对其工作内容、工作岗位、工作地点进行调整。”2009年7月8日，用工单位以赵某的工作岗位不复存在为由将赵某退回至用人单位，赵某认为用工单位单方退工违法，拒绝用人单位的待岗决定，争议由此发生。

工作任务

1. 请熟悉本案过程，分析劳务派遣中涉及的法律关系？
2. 劳务派遣中各主体的权利与义务？

劳务派遣，是指劳务派遣单位（即用人单位）与被派遣劳动者订立劳动合同后，由劳务派遣单位与接受劳务派遣用工的单位（即用工单位）通过签订劳务派遣协议，将被派遣劳动者派遣到用工单位工作，用工单位实际使用被派遣劳动者，用工单位向劳务派遣单位支付管理费而形成的关系。劳务派遣是典型的“有关系无劳动，有劳动无关系”，即劳务派遣单位与被派遣劳动者建立劳动关系，但被派遣劳动者却不为劳务派遣单位提供劳动，被派遣劳动者为用工单位提供劳动，但却没有劳动关系，造成了劳动力的雇用和劳动力的使用分离。

劳务派遣中的用人单位、用工单位和劳动者三者关系，如图：



由此可见，劳务派遣与其他劳务形式相比较，体现两大显著特点：

- 1、劳动者是劳务派遣单位的职工，与劳务派遣单位存在劳动合同关系，这与劳务中介、劳务代理不同；
- 2、劳务派遣单位只从事劳务派遣业务，不承包项目，这与劳务承包不同。

二、劳务派遣的主体

劳务派遣有三个主体：派遣单位（用人单位）、派遣员工（劳动者）和用工单位。

1、派遣单位。派遣单位按照用工单位的条件和要求招聘员工，并与之签订劳动合同，建立劳动关系。劳务派遣单位应依法注册登记并依照《劳动合同法》第 57 条的规定“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资金不得少于 50 万元。”

2、派遣员工。派遣员工同时接受派遣单位和用工单位对其岗位的双重管理，按照用工单位的要求数量和质量完成任务。

3、用工单位。用工单位只管使用派遣单位派来的员工，不与之签订劳动合同，不建立劳动关系。

三、劳务派遣主体的相互法律关系

典型案例 2 劳务派遣公司与劳动者签订一年劳动合同

陈某于 2008 年 3 月 24 日与一家劳务派遣公司签订了劳动合同，期限自 2008 年 3 月 24 日至 2009 年 3 月 31 日止。派遣公司安排陈某至一家房地产公司工作，担任销售助理。2009 年 3 月 31 日合同到期后，陈某被告知不需要再去房地产公司工作了。2009 年 4 月 23 日陈某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求派遣公司、房地产公司支付赔偿金 10500 元等请求，劳动争议仲裁委员会在审限期内未审结，陈某遂于 2009 年 7 月 16 日以相同理由诉至法院。

陈某认为，派遣公司对其用工模式是劳务派遣，根据相关法律规定，合同派遣期限是二年以上，所以涉讼合同到期后，派遣公司理应与其续签合同，但派遣公司却单方面解除了双方劳动关系，应承担相应的法律责任。派遣公司认为，公司与陈某签订的劳动合同期限是 2008 年 3 月 24 日至 2009 年 3 月 31 日，此系陈某签字认可的。如果陈某提出签订二年劳动合同的要求，其公司就不会录用陈某。公司根据合同期限届满后按正常程序与陈某解除劳动关系，不存在单方面解除劳动合同的情形，因此不应支付赔偿金 10500 元。请求二审依法改判。机械公司认为，作为用工单位，招聘人员用工岗位的期限是一年，陈某当时明知并自愿签约的，合同具有法律效力。派遣公司因合同期限届满，按正常程序与陈某解除劳动关系，并无违法之处。

一审法院审理后认为,根据相关法律规定,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。本案中,陈某与派遣公司签订了期限自2008年3月24日至2009年3月31日的劳动合同,该合同约定的期限未达到法律规定的最低标准,且合同到期后派遣公司未与陈某续订劳动合同,双方的劳动关系已终止,故派遣公司应支付陈某违法终止劳动合同的赔偿金,陈某要求派遣公司支付赔偿金的诉讼请求,于法有据,予以支持。原审法院判决后,派遣公司不服,向二审法院提起上诉。二审法院审理后认为,派遣公司作为劳务派遣单位,其与被派遣劳动者陈某建立劳动关系,双方订立、履行、变更、解除和终止劳动合同,应适用《中华人民共和国劳动合同法》。为了保护被派遣劳动者的利益,该法明确规定,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,按月支付劳动报酬;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。本案涉讼派遣劳动合同约定期限未及法定最低期限标准,而约定期限届满后,派遣公司未与劳动者陈某续签劳动合同,且在陈某无工作期间,亦未向陈某支付报酬,却单方面终止与陈某之间的劳动关系,显属违法,原审法院依法判令派遣公司支付陈某违法终止劳动合同的赔偿金,并无不妥。最后二审法院判决驳回了上诉,维持原判。

工作任务

- (1) 请分析本案劳动者的主张是否合法?
- (2) 请解读我国法律对劳务派遣用工方式的劳动合同期限有何规定?

1、劳务派遣单位与被派遣劳动者的关系。劳务派遣单位与被派遣的劳动者之间建立劳动关系。(1) 劳动合同条款,依照《劳动合同法》第五十八条规定:“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。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同,除应当载明本法第十七条规定的事项外,还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况”。(2) 劳动合同期限,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。(3) 报酬支付及保障,劳务派遣单位应按月支付劳动报酬;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。(4) 适用工作岗位,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。

2、劳务派遣单位与用工单位的关系。(1) 劳务派遣协议内容,依照《劳动合同法》第五十九条规定:“劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位(以下称用工单位)订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任”。(2) 劳务派遣期限,依照《劳动合同法》第五十九条规定:“用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限,不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议”。

四、劳务派遣三方权利和义务

典型案例3 用工单位破产,劳务派遣合同未到期

小张与某劳务派遣公司签订了三年的劳动合同,被派遣到一个服装厂工作。但因经营不善,服装厂负债累累,依法宣告破产,这样,小张一下就没工作了。她于是就来到与自己签订了劳动合同的劳务派遣公司询问,劳务派遣公司的人告诉她,用工单位破产了,劳动合同自然终止了。小张不服,就去申请了劳动仲裁,劳动仲裁委裁决,劳务派遣公司应与小张继续履行合同。

工作任务

- (1) 请分析本案劳动者的用人单位是谁？案中劳务派遣公司与服装厂属于什么关系？
- (2) 用工单位破产了，劳动合同自然终止吗？
- (3) 请解读我国关于劳务派遣劳动关系的法律规定。

1、劳务派遣单位的权利和义务。依照《劳动合同法》第六十条、第六十一条的规定总结如下：(1) 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。(2) 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。(3) 劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。(4) 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报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。

2、用工单位的权利和义务。(1) 退工权，依照《劳动合同法》第六十五条规定：被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。(2) 应履行下列义务：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；用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

3、被派遣劳动者的权利。(1) 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劳动报酬确定。(2) 被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。(3) 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

【思考与训练】

- 1、请你根据本项目主题，调查所在地劳务派遣用工情况并做简要分析。
- 2、拓展训练

案情简介 1

用工单位可否解除劳动关系？

某劳务派遣公司通过网络招聘了软件工程师李某，与其签订为期两年的劳动合同，并将其派遣至一家软件公司工作。一个月后，软件公司以李某试用期内不能胜任工作为由，将李某退回派遣公司。派遣公司在次日书面通知李某：解除与李某的劳动合同。李某很不服气，找到了软件公司，软件公司称与李某不存在劳动关系，要找就去找自己的真正“东家”劳务派遣公司。李某找到与自己签劳动合同的劳务派遣公司，劳务派遣公司称，自己没有任何过错，是软件公司将李某退回的，要说理就去找软件公司说理去。李某很恼火，自己像个皮球一样被人踢来踢去，李某想既然协商无法解决，那就走法律程序，可自己该向谁主张权利呢？

法理评析

《中华人民共和国劳动合同法》第五十八条规定，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。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十二条规定，劳务派遣单位或用工单位与劳动者发生劳动争议，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。根据《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》关于劳务派遣的特别规定，派遣公司（用人单位）与软件公司（用工单位）建立的是商业合作关系，李某与派遣公司建立的是劳动关系，而软件公司与李某却是劳务关系。在劳务派遣单位派遣过程中，如果给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赔偿责任。本案中，劳务派遣公司和软件公司的行为，给李某造成了损害，李某可以将劳务派遣公司和软件公司作为被申请人，这样就可防止双方互相推脱，最大限度维护劳动者合法权益。

本案解决的技巧：

第一，李某需要证明和劳务派遣公司存在劳动关系，并存在被派往软件公司工作的事实。李某和劳务派遣公司签订有劳动合同，软件公司还和李某签订了聘用协议。这样，李某就不需要再搜集其他证据证明劳动关系和派遣的事实了。

第二，证明劳务派遣公司和软件公司存在解除劳动关系的事实。李某可以提供软件公司向李某发出的退工通知，以及劳务派遣公司向李某发出的解除劳动合同通知。

仲裁结果

李某仲裁请求继续履行劳动合同，并支付解除劳动合同之日起至劳动关系恢复之日止的工资报酬，仲裁裁决支持了李某的仲裁请求。由于仲裁裁决生效时，软件公司已经没有适合李某的职位，在劳务派遣公司和软件公司给李某补齐了工资报酬之后，由劳务派遣公司将李某派遣至另外一家网络公司工作。

案情简介 2

劳务派遣中社会保险争议

2008 年，某劳务派遣公司将几名劳动者派遣到某学校从事后勤工作，工资及保险费由学校交劳务派遣公司支付和缴纳，同时，学校向劳务派遣公司支付每人每月 50 元的管理费。劳动合同与劳务派遣协议都是两年一签，且期限相同。2009 年 2 月，两个合同均到期。在此之前，学校曾表示无法明确是否续签及续签多久，但仍将继续用工一段时间，劳务派遣公司与劳动者均未提出异议。因此合同到期后，这几名劳动者仍在该校工作。直到今年 6 月，学校后勤表示将退工，并告知劳动者和劳务派遣公司，劳务公司开出了退工通知单。于是，几名劳动者要求支付经济补偿金，以及 3 月—6 月没有签订劳动合同的双倍工资，并将劳务派遣公司与学校一起列为被申请人，诉诸劳动争议仲裁。

法理评析

这是一起典型的因劳务派遣用工引起的劳动争议案件。在劳务派遣中，劳务派遣公司应当承担用人单位的权利义务，包括与派遣员工签订劳动合同，没有签订劳动合同的，应当支付双倍的工资。学校作为用工单位应当按照《劳动合同法》的规定或劳务派遣协议的约定方式履行退工手续，需要支付经济补偿的应当支付。本案中，因为学校的原因导致没能与派遣公司续订劳务派遣协议，而派遣公司以没有签订劳务派遣协议为由，没能与派遣员工签订劳动合同，从法律上讲，学校应当属于违约行为，而派遣公司则属于违法行为，违法行为理应承担法律责任。但是，由于派遣用工的特殊性，《劳动合同法》第 92 条规定，派遣单位违法，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。同样，《劳动合同法实施条例》第 35 条规定，因用工单位违法而给被派遣劳动者造成损失的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。因此，无论是派遣单位违法，还是用工单位违法，都应当对劳务派遣员工承担连带赔偿责任。这里的连带责任应当理解为完全连带责任，而非部分连带责任。完全连带责任指的是劳务派遣公司或用工单位都应当独立对派遣劳动者承担所有的赔偿责任，无论是由哪方违法导致劳动者受损害。即使被派遣劳动者只起诉一方，依据《最高人民法院关于审理劳动争议适用法律若干问题的解释（二）》第十条规定：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。

法条链接

《中华人民共和国劳动合同法》：

第五十八条：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。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

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，按月支付劳动报酬；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。

五十九条：劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

第六十二条：用工单位应当履行下列义务：

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

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

第六十三条：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劳动报酬确定。

第六十五条：被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

第六十七条：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。

学习情境 5 人事关系争议处理

教学目标

能力目标：能够鉴别劳动关系与人事关系，并能掌握两者法律适用的不同。

知识目标：了解人事关系的特征、人事争议与劳动争议的区别及联系。

知识与实践

一、人事争议的概念与分类

典型案例 1 称“迫于无奈签字”是否可撤销？

张某于 1981 年 4 月进入上海市某区某水闸管理所(下称水闸管理所)工作，为水闸管理所工人。2008 年 7 月，张某停薪留职。同年 9 月水闸管理所“张某因身体状况及住家较远而提出辞职”为由，向某区水务局申请批准张某辞职。水务局对此盖章予以确认。9 月 15 日，水务局将原告的人事档案转出，档案中“企业退工通知单”记载：张某自 1981 年 5 月 25 日以固定工形式进我单位工作，现因身体有病，不适应工作辞职，于 2008 年 9 月 10 日退工。嗣后，张某与水闸管理所就此发生争议。2008 年 11 月 11 日，张某自书承诺书，上载：“张某因家中特殊困难，在单位申请辞职。单位已经办妥手续，本人保证以后不在单位纠缠。以上是事实，我同意不到单位纠缠。”水闸管理所就此批示：张某辞职后家中发生特殊困难，经讨论，同意一次性补助 250 元。

2009 年 1 月，张某以“当时迫于无奈签字，违背本人意愿”为由，向水闸管理所提出解

决工作事宜,被告函复原告:……你反映的停薪留职至今,未提出辞职,要求解决工作的请求,事实依据不足,我局不予采纳……。双方协商未果,张某于2009年12月11日向某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁,并提供下列证据:

1、上海市事业单位工作人员调整职务津贴标准审批表,备注一栏写有“留职停薪”字样,证实与单位曾签署停薪留职协议。

2、转递人事档案材料通知单,档案由中共上海市某区水务局转出,而其并非党员,却盖上党工委的印章。证实水闸管理所弄虚作假。

3、水闸管理所的证明,证明上原载“申请辞退”,后被涂改为“申请辞职”。证实其并未申请辞职。

4、企业退工证明,水闸管理所为事业单位,不该开具企业退工证明,且其并未收到退工证明。

5、关于张某辞职情况说明,该说明证实其于1992年8月申请辞职,若正是如此,其又怎么可能在1993年8月停薪留职。

水闸管理所针对张某的证据,提供下列证据:

1、水闸管理所对张某的信访的答复,证实水闸管理所已明确向张某告知,后者已于1993年辞职。

2、书面承诺书(1993年11月11日),证实张某确认辞职,承诺不再纠缠单位。

3、水闸管理所的申请报告(同原告证据3),证实单位根据张某的申请,向水务局申报张某辞职。

4、关于张某辞职的情况说明,这是当时的经办人黄某、卞某所作的说明。证实张某当时以身体不适为由,提出停薪留职、后又以家境特殊为由,提出辞职。

工作任务

(1) 请分析本案是否属于劳动关系,如果不是劳动关系,其区别是什么?

(2) 请调查、解读我国时下人事制度的主要制度。

(一) 人事争议的概念

根据中组部、人事部、解放军总政治部联合印发了《人事争议处理规定》的第二条规定:“(一)实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照《中华人民共和国公务员法》管理的机关(单位)与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议。(二)事业单位与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。(三)社团组织与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。(四)军队聘用单位与文职人员之间因履行聘用合同发生的争议。(五)依照法律、法规规定可以仲裁的其他人事争议。”由此可见,所谓的人事争议是指国家机关、事业单位、社团组织、军用聘用单位的工作人员与所在单位在人事管理过程中因相互的权利和义务而引起的争议和纠纷。

(二) 人事争议的分类

从产生争议的双方,可以将我国人事争议分类如下:

- 1、非聘任制公务员与其单位之间的人事争议。
- 2、聘任制公务员与其聘任单位之间的人事争议。
- 3、事业单位工作人员与其工作单位之间的人事争议。
- 4、军队单位文职工作人员与其聘用军队单位之间的人事争议。
- 5、社会团体工作人员与其聘用社会团体之间的人事争议。

根据目前的相关法律法规，除了（1）类的人事争议，均可以向人事争议仲裁委员会提请仲裁，对仲裁裁决不服的，可以在法定期限内向人民法院起诉。

二、人事关系争议与劳动关系争议的异同

（一）人事争议与劳动争议的共同点

1、争议的主体特定。无论是人事关系争议还是劳动关系争议，必须是职工、用人单位因劳动（人事）权利义务发生的争议。启动的一方当事人（申诉主体），往往表现为仲裁申诉人均均为劳动者。争议当事人另一方（被申诉主体）为企业、单位，往往表现为仲裁被申请人。

2、所处的地位。一般情况下，相对于企业、单位以及政府职能部门，劳动者往往处于相对弱势的地位。

3、仲裁是诉讼的前置程序。仲裁是诉讼处理劳动（人事）争议的前置程序。当事人对劳动（人事）争议仲裁裁决不服的，方可向人民法院提起诉讼。

4、根据最高人民法院的司法解释，人民法院审理这两类争议案件均适用《劳动法》。并且均由人民法院的民事审判庭审理，基本上是由原审理劳动争议案件的法庭来审理人事争议案件。

5、仲裁机构具有行政司法性。劳动争议仲裁委员会、人事争议仲裁委员会分别设在劳动保障行政部门、人事行政部门，依法处理劳动（人事）争议，具有行政司法性质，属于国家仲裁。

6、两类合同凡是因履行合同发生的争议范围所包容的争议事项都是非常宽的，所能提出纠纷争议的事项，可形成诉讼的案件非常多。

（二）人事争议与劳动争议的区别

典型案例 2 人事争议还是劳动争议？

徐某 1975 年 8 月参加工作，1987 年 2 月调入保安公司工作。1999 年 7 月 21 日郑州市公安局金水分局以徐卫星在 1999 年任保安公司三大队指导员期间，利用职务之便，以任命副大队长为名，收受杨某 4000 元，索要康某现金 4500 元，涉嫌犯罪将其刑事拘留。1999 年 7 月 21 日金水区公安局以徐某涉嫌公司、企业人员受贿罪，提请金水区人民检察院批捕，金水区人民检察院以“徐卫星情节显著轻微，不构成犯罪”为由，不予批捕。1999 年 8 月 19 日，金水公安分局以“侵占公私财产”为由将徐某报请劳动教养两年，郑州市劳动教养委员会于 2000 年 1 月 14 日作出“不劳教，建议其它处理”的批复。金水公安分局于 2000 年 1 月 28 日决定对徐某取保候审，2004 年 5 月 10 日，金水公安分局以“情节轻微，不构成犯罪”为由，决定撤销案件。2000 年 5 月 14 日郑州市公安局给徐卫星出具了《辞退证明书》，称：依照《全民所有制事业单位辞退专业技术人员和管理人员暂行规定》第三条第五款及第九款的规定，决定辞退徐某，辞退从 2000 年 5 月 14 日算起。

工作任务

- （1）熟悉案情，分析案例，说明当事人之间的法律关系；
- （2）总结、整理争议焦点，你认为本案应当如何处理？

1、主体之间的不平等：企业、单位相对与劳动者之间存在着不同程序的权利不平等因素。

2、建立关系的合同的表现形式不同：人事争议与工作人员之间是聘用合同关系；劳动

争议之间是劳动合同关系。

3、范围不同：人事关系争议范围为（1）国家行政机关与工作人员之间因录用、调动、履行聘任合同发生的争议；（2）事业单位与工作人员之间因辞职、辞退以及履行聘任合同发生的争议；（3）企业单位与管理人员和专业技术人员之间因履行聘任合同或聘用合同发生争议；（4）依据法律、法规、规章规定可以仲裁的人才流动争议和其它人事争议。而劳动争议范围为（1）因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；（2）因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；（3）因履行劳动合同发生的争议；（4）法律、法规规定应当依照本条例处理的其它劳动争议。

4、国家实现管理职能的主体以及管理关系不同：人事关系是国家人事行政管理机关对国家机关、事业单位以及工作人员之间存在的是一种具有直接利害关系的行政法律关系。劳动关系是国家劳动行政管理机关监督各类企业执行国家劳动法律法规，从而实现以保护劳动者合法权益为主的一种非直接利害关系的监督关系。国家劳动行政管理机关与、各类企业、劳动者之间不具有直接的行政法律关系。

5、案件管辖不同：人事争议仲裁案件管辖，以级别管辖为主，以属地管辖为辅。国务院各部委、直属机构在京直属事业单位的人事争议，由中央国家行政机关在京直属事业单位人事争议仲裁委员会处理。跨省（自治区、直辖市）的人事争议，由被申请人所在地省、自治区、直辖市仲裁委员会处理。省（自治区、直辖市）、副省级市、地（市）、县（市、区）人事争议仲裁委员会，分别负责处理管辖范围内的劳动人事争议。而劳动争议案件管辖，以属地管辖为主，以级别管辖（或特殊管辖）为辅。县、市、市辖区劳动争议仲裁委员会负责本行政区域内发生的劳动争议案件。设区的市仲裁委员会和市辖区的仲裁委员会受理劳动争议案件的范围，由省、自治区人民政府规定（通常处理外商投资企业发生的劳动争议案件和在全省（市）有重大影响的劳动争议案件）。劳动争议双方当事人不在同一地区的由职工当事人工资关系所在地的劳动争议仲裁委员会处理。我国公民与国（境）外企业签订劳动（工作）合同，因履行而发生争议，若履行地我国领域内，由劳动（工作）合同履行地劳动争议仲裁委员会管辖，也可以在合同中约定。

6、适用法律程序不同：处理人事争议案件，除事业单位与其工作人员因辞职、辞退及履行聘任合同发生争议适用劳动法外，均适用人事法规及政策。处理劳动争议案件，则适用劳动法。

三、人事关系与劳动关系之间的关联

人事争议与劳动争议是人事关系与劳动关系的实质反映。劳动关系是由劳动法律法规调整的用人单位与劳动者通过劳动合同建立起来的关于劳动权利义务的社会关系。人事关系是事业单位通过国家人事行政机关依据人事政策文件规定建立起来的关于劳动权利义务以及非劳动权利义务的社会关系。最高人民法院的法函[2004]30号《最高人民法院关于事业单位人事争议案件适用法律等问题的答复》提到“涉及事业单位工作人员劳动权利的内容”，清楚表明了人事关系中包含了劳动权利与其他非劳动关系的权利，这些权利中的主要部分是劳动权利，这也表明人事关系与劳动关系之间存在着基于劳动权利为基础的必然关联。

四、人事争议诉讼案件与劳动争议诉讼案件在管辖与受理方面的关联

1、仲裁与诉讼的管辖：由于两类案件都设置了仲裁前置程序，要想诉讼就必须先仲裁，故这里需要先讨论仲裁的管辖与受理的情形。仲裁的管辖由于诸多原因形成了特有的属地条块加行政级别的模式，（1）属地管辖：一般情形下，以被申诉单位所在地的行政区划为界，由被申诉单位所在地的市区仲裁委受理；（2）、“条块”管辖：被申诉单位的行政主管部

门的仲裁委受理，如中央国家行政机关在京直属事业单位人事争议仲裁委员会；（3）、行政级别管辖：即按被诉单位的行政级别分别由省厅、市区局所属的仲裁委管辖。

2、仲裁与诉讼的受理：《劳动法》第八十三条规定“劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。”《劳动法》规定为只有对“仲裁裁决”不服的才可起诉到法院。《劳动法》规定的“仲裁裁决”应当指劳动争议仲裁委对仲裁案件作出的所有对申诉当事人存在直接利害关系的裁判与决定，它包括裁决、决定或通知三种承载形式。而在实践中“仲裁裁决”却往往被狭义的理解为仅指《仲裁裁决书》，如果人民法院的具体承办法官有了这样的认识观点，该案必然会被作“不予受理”或“驳回起诉”处理。

现实中也就是这样的经历过程，《劳动法》颁布后相当长的一段时间内，人民法院比照《仲裁法》的规定认为“仲裁裁决”应当是仲裁申诉的实体裁决，而仲裁委作出的实体裁决只能是一种，即仲裁委做出的《仲裁裁决书》，只有此人民法院才能受理，故对没有做出实体裁决的劳动案件，人民法院拒绝受理。此做法的结果是导致很多劳动争议案件被人民法院所拒绝。基于劳动者甚多反映，劳动争议仲裁因法定不适用《仲裁法》调整，行政性机构进行仲裁实存许多弊端，如果仲裁委不予受理，人民法院也不受理，必然直接损害申诉当事人的诉权，申诉人被迫于无司法救济路可走的现实，最高人民法院于2001年出台了《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》（法释[2001]14号）的司法解释，其中第二条明确规定：“劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当分别情况予以处理：

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，选择关于人事争议与劳动关系争议的典型案例，分析案情，总结争议焦点、争议原因和相应法律规定，并提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介 1

弟弟的协议,对哥哥是否有效?

2003年5月16日，北京某大学的前身北京某专科学校作为甲方与作为乙方的高帆之弟高阳签订了一份人才引进协议，双方就乙方在研究生毕业后到甲方工作的期限，以及甲方为乙方读博士提供的条件进行了约定，其中协议附件约定：“乙方博士毕业前，甲方为乙方的姐姐高群提供合适的工作岗位，享受校内相同人员的待遇；乙方博士毕业后，甲方正式聘用高帆；乙方离校由甲方安排的乙方的姐姐高群也应随同离校。”同年9月，高帆来到北京某大学。2005年9月9日，向高帆原工作单位衡阳市橡胶厂发出干部商调函，拟商调高帆到北京某大学安排工作。随后，高帆档案材料转入北京某大学，但未经过政府人事部门和机构编制部门办理调入调出及入编手续。2004年至2007年，高帆参加了北京某大学年度考核，评定结果均为合格或优秀，高帆还在北京某大学参加了工资套改、医疗及养老保险等。2008年1月10日，高帆被聘任为北京某大学人事处劳资科副科长，聘期至2009年1月10日止。另外，高帆之弟高阳虽在博士毕业后到北京某大学工作了一段时间，但其事实上在2006年3月博士毕业后，已经到另一大学工作，属另一大学的在编在职教师。2008年9月12日，高阳向北京某大学提交了辞职报告，并随后得到北京某大学同意。同年11月14日，北京某大学根据其与高阳签订的协议，向高帆发出通知，解除北京某大学与高帆的人事聘用关系。高帆不服，与北京某大学发生纠纷。

- 1、高帆与北京某大学之间存在何种法律关系？为什么？
- 2、高阳与北京某大学的协议是否对高帆有约束力？
- 3、北京某大学接触与高帆的合同是否合法？

法理评析

高帆自 2003 年进入北京某大学，并在北京某大学享受了相应的福利待遇。北京某大学于 2005 年 9 月 9 日向高帆原工作单位衡阳市橡胶厂发出干部商调函，告知衡阳市橡胶厂因工作需要拟商调高帆到其单位安排工作，要求衡阳市橡胶厂移交高帆的档案材料，该函的第三项内容为“经研究，同意该同志调入。如本人能服从分配，坚持正常工作，请办理调动手续”。其后，衡阳市橡胶厂向北京某大学移交了高帆的档案材料，高帆在此前即已到北京某大学报到上班，并享受了与编内职工同等待遇。2008 年 1 月 10 日，高帆还被聘任为北京某大学任期一年的人事处劳资科副科长，以上事实可以充分证明高帆与北京某大学之间存在人事关系。至于北京某大学关于双方间尚不存在“正式人事关系”，高帆的调动手续未能完备，这既非高帆个人原因，也非政策原因，而是北京某大学的原因。且调动手续的不完备并不能剥夺高帆作为北京某大学职工依照政策法律而享有的权利，并不影响人事关系当事人之间的权利和义务。高帆弟弟高阳与北京某大学签订的人才引进协议，虽有涉及高帆的内容，但就合同的相对性而言，只有合同当事人才能享有合同规定的权利，并承担该合同规定的义务，当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利，更不承担合同中规定的义务。而违约责任也只能在特定的合同关系当事人之间发生，合同关系以外的人不负违约责任。北京某大学在协议中关于其为高帆提供工作岗位，并在高阳博士毕业后正式聘用高帆，以及高阳在协议中关于其在离校后，高帆也应随同离校的承诺，只是高阳及北京某大学在协议中分别向对方就高帆到北京某大学工作的事情上单方面作出的意思表示，对高帆本人并无法律上的约束力。高阳在与北京某大学签订关于“乙方高阳离校由甲方安排的乙方的姐姐高群也应随同离校”的协议时，并未得到高帆的授权，亦无证据证明事后得到高帆的追认。高帆进入北京某大学工作，除北京某大学引进高阳而同意之外，还取决于高帆本人的意愿。高帆在北京某大学工作期间，无严重违反劳动纪律及违法犯罪情况，工作方面每年参加北京某大学的年度考核，考核结果均为合格或优秀，即亦无不胜任工作的情况，故北京某大学不具备单方面解除聘用的条件，其解除与高某之间的聘用关系显然违法，高帆和北京某大学之间即发生独立的人事法律关系，应受法律保护，非依法律的规定或双方的约定，北京某大学不能对高帆作出解除聘任的决定。因此，北京某大学现以高帆弟弟高阳与其签订的协议中有高阳离开北京某大学，高帆也应一同离开的约定为由，解除与高帆的人事聘用关系理由不当，其解聘决定应予撤销。

法条链接

《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》第一条规定，“事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议，适用《中华人民共和国劳动法》的规定处理。”

中组部、人事部、解放军总政治部联合印发了《人事争议处理规定》第二条：本规定适用于下列人事争议：（一）实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照《中华人民共和国公务员法》管理的机关(单位)与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议。（二）事业单位与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。（三）社团组织与工作人员之间因解除人事关系、履行聘用合同发生的争议。（四）军队聘用单位与文职人员之间因履行聘用合同发生的争议。（五）依照法律、法规规定可以仲裁的其他人事争议。

案情简介 2

事业单位与未签劳动合同的劳动者是否存在劳动关系？

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。

项目二 劳动合同争议处理

学习情景1 劳动合同的订立

教学目标

能力目标:通过学习,能够把握劳动合同的订立技巧;能够根据实际情况选择劳动合同期限种类、劳动合同主要条款与劳动合同期满续订与否的决策;能够明确无效劳动合同与不订立劳动合同书的法律责任;能够有效应用证据规则。

知识目标:了解法定劳动合同订立主体、订立形式与罚则规定以及订立劳动合同的告知、说明义务,熟悉劳动合同种类、劳动合同必备条款与选择条款、无效条件的规定。

知识与实践

一、劳动合同概要

(一) 劳动合同的概念

典型案例1 学校更换校长是否继续履行原有劳动合同争议

某民办大学与一名小车司机黄小姐签署一份三年期的劳动合同,岗位为该校校长专职司机。劳动合同履行两年后,该民办大学原校长卸任,另一位新校长上任,新校长因不愿意让原校长司机继续给自己开车,便授意学校人事部门或者给黄小姐换岗,或者解除黄小姐原劳动合同。黄小姐认为自己司机岗位做的好好的,没有任何过错,学校不应变更自己司机岗位,更不能无故提前解除自己的劳动合同。学校在与其协商变更不成后,便解除了黄小姐的

劳动合同。为此，黄小姐于2007年11月向当地劳动争议仲裁部门诉请恢复劳动关系。劳动争议仲裁部门因民办大学不属于《劳动法》规定的劳动合同当事人，也不是劳动争议仲裁部门受案范围，因而不受理。后黄小姐又向当地基层人民法院提请劳动争议诉讼。法院经审理、调解，双方达成一致协议，由该民办大学支付黄小姐一定量的经济补偿金后协商解除双方的劳动关系，结案。

工作任务

(1) 请分析本案争议焦点，明确本案当事人是否属于劳动合同当事人，并解读用人单位更换法定代表人是否影响原有劳动合同履行的有关法律规定；

(2) 作为企业人事管理人员，请分别设计与本案领导（校长）、员工（黄小姐）及司法人员沟通有关事宜的纲要内容；

(3) 请以调解人的身份，根据本案事实和法律规定，设计一套合理的处理方案。

合同是指双方当事人之间为实现一定的目的，根据法律规定，订立、变更或解除双方权利义务关系的协议。

劳动合同，亦称劳动契约，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。其中的用人单位包括企事业、国家机关、社会团体、民办非企业等单位。建立劳动关系应当订立劳动合同，通过订立劳动合同，在法律上确立劳动者与用人单位之间的劳动关系，使之特定化、具体化和法律化。根据劳动合同，劳动者成为用人单位的一员，有义务完成用人单位的生产任务、工作任务，并有义务遵守用人单位的劳动纪律和内部规章制度；而用人单位则有义务根据劳动合同的约定，按照劳动者的劳动数量和质量支付劳动报酬，提供劳动条件、劳动保护及社会保险、福利待遇。

(二) 劳动合同的特征

与一般合同相比较，劳动合同有其明显的法律特征：

1、劳动合同主体具有特定性。根据我国《劳动合同法》第二条的规定，劳动合同当事人包括“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体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，依照本法执行。”其中，（1）劳动合同主体必须是年满十六周岁以上的劳动者本人。《劳动法》第十五条明确规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。”“文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”（2）用人单位必须具有法定资格的合法主体，根据《劳动合同法》第九十三条的规定：“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。”另外，用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同（《劳动合同法实施条例》第四条）。

2、劳动合同双方当事人具有职责上的隶属性。遵守劳动纪律是我国宪法规定的公民义务。我国《劳动法》第三条规定：“劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。”我国《劳动合同法》第三条第二款规定：“依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。”劳动合同依法订立后，劳动者即成为用人单位的成员，产生人身从属性，须遵守用人单位的规章制度，

受用人单位的劳动管理支配，对内享受用人单位劳动者的权利并承担本单位劳动者的义务，对外以用人单位的名义从事生产经营活动。

3、劳动合同是双务有偿合同。在劳动合同中，劳动者必须为用人单位提供劳动义务，用人单位必须为劳动者支付劳动报酬，故为双务有偿合同。

4、劳动合同主要条款具有法定性。为了稳定社会秩序，和谐劳动关系，保护劳动者的合法权益，我国法律对劳动合同的必备条款，如工作岗位、工资报酬、工作地点、工时休假、劳动保护、社会保险、休息休假等都做出了明确规定。同时对试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他选择约定事项也作了明确限定，劳动合同当事人必须遵照执行。

5、劳动合同在一定条件下涉及第三人的物质利益。这一特征是由劳动力本身再生产特点决定的。劳动合同制度不限于当事人的权利义务规定，还涉及劳动者亲属在一定条件下享有的物质帮助权，如工伤、死亡时的家属物质帮助等。

（三）我国劳动法建设现状

典型案例 2 华为公司近万名员工“辞职门”

2007年9月，华为公司内部通过鼓励员工辞职的方案，至10月华为公司先后分批次与老员工私下沟通取得共识，10月开始至11月底实施，共计将有超过7000名在华为公司工作年限超过8年的老员工，需逐步完成“先辞职再竞聘”工作。按照华为公司的要求，工作满8年员工，由个人向公司提交一份辞职申请，在达成自愿辞职共识之后，再竞聘上岗，与公司签订新的劳动合同，工作岗位基本不变，薪酬略有上升。根据华为公司员工透露，包括华为公司总裁任正非、副总裁孙亚芳在内的一批华为公司创业元老，也进行了“先辞职再竞聘”。

实施“先辞职再竞聘”时，所有自愿离职的员工都获得了华为公司相应的补偿。补偿方案为“N+1”模式。N为在华为公司工作的年限，打个比方，如果某个华为公司员工的月工资是5000元，1年的奖金是60000元，平摊到每个月就是5000元的奖金，假如他在华为公司工作了8年，那么他得到的最终赔偿数额就是10000元（工资+年奖金平摊）乘以“8+1”，计90000元。而此次自愿辞职的老员工大致分为两类：自愿归隐的“功臣”和长期在普通岗位的老员工，工作年限均在8年以上。其中一些老员工已成为“公司的贵族”，坐拥丰厚的期权收益和收入，因而“缺少进取心”。

由于这些老员工的收入相对较高，华为公司为他们辞工支付的赔偿费，外界预测总计将超过10亿元。由此引发了近万名员工集体辞职的所谓“华为员工辞职门”事件，该事件随即成为2007年最受媒体关注的事件之一。

华为公司的此次操作，被外界普遍认为为了规避《劳动合同法》第14条关于无固定期限劳动合同的新规定。

（资料来源：21世纪经济报道，2007-10-28）

工作任务

（1）请了解本事件过程，分析此举是否是解决华为公司“工号文化”“期权”问题的最佳方案，是否是应对《劳动合同法》挑战的最佳措施；

（2）请解读我国关于无固定期限劳动合同和用人单位单方解除劳动合同与经济补偿的法律规定；

（3）作为用人单位人力资源管理工作人员，请你为用人单位设计一套打破“永久员工”“铁饭碗”的合法方案。

1994年7月出台的《中华人民共和国劳动法》是我国劳动法中的法典式法律，但这部法律基本上是一部纲要式立法，原则性很强，缺乏足够的可操作性。2007年6月制定、2008年1月1日施行的《中华人民共和国劳动合同法》则在坚持《劳动法》立法目的和基本精神的基础上，对劳动合同制度做了进一步完善，具有较强的可操作性，对于我国劳动法的发展，具有里程碑的意义。根据新法优于旧法的原则，此前的《劳动法》及其配套法规中与《劳动合同法》不相抵触的规定，继续有效适用。

同年出台、生效以及之后的《中华人民共和国就业促进法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《中华人民共和国社会保险法》等与《劳动法》、《劳动合同法》等法律、法规形成我国劳动法律体系的系列制度。标志着我国劳动法律体系的进一步完善和成熟。

二、劳动合同的效力及劳动者的就业权

（一）劳动合同的效力

典型案例3 公司高管学历造假，劳动合同被认定无效

几年前，徐女士持复旦大学双学士学历与一家高科技公司签订《劳动合同》，约定每月工资9000元，劳动合同履行中增加到13000元。2010年2月，公司因故提出解除劳动合同，与其签署了解除劳动合同协议，支付徐女士相当于4个月工资标准的经济补偿金和一个月代通金，共计65000元。2010年8月，徐女士提请劳动争议仲裁，要求公司支付竞业限制补偿金22万余元。同年9月，公司得知徐女士的学历纯属伪造，遂向劳动争议仲裁委提起反诉，诉称徐女士侵犯了用人单位的知情权，要求认定该劳动合同无效，徐女士向公司返还经济补偿金和多得的工资，并赔偿公司相应经济损失，合计7万余元。

工作任务

（1）请作社会调查，预测劳动合同中会有哪些可能造假的行为类型，并设计增强防范能力的措施；

（2）请分析并解读我国关于无效劳动合同的法定条件及无效后果的法律规定；

（3）作为用人单位人力资源管理工作人员，请根据本案案情和有关法律规定，起草一份《无效劳动合同认定书》，其中注意关于无效原因、是否解除劳动合同、劳动报酬、经济补偿金以及赔偿金的说明。

1、劳动合同的生效。《劳动合同法》第三条规定：“依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。”第十六条规定：“劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。”《劳动合同法》第七条、第十条又规定：用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系；建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

劳动合同的生效条件主要包括：（1）合同主体合法；（2）双方意思表示真实自愿；（3）合同内容合法；（4）合同形式合法；（5）合同订立程序合法。

劳动合同的成立与劳动合同的生效是两个不同的概念。劳动合同的成立，指双方当事人就劳动合同内容协商一致，表明劳动合同已经存在。劳动合同的生效，指劳动合同发生当事人所预期的法律效果，表明劳动合同对当事人具有法律约束力，双方当事人应当履行劳动合同约定的义务。一般情况下，依法成立且符合法定生效条件的劳动合同，成立时即生效。特殊情况下，劳动合同成立后，须在符合劳动合同所附条件或所附期限界至时才生效。

2、劳动合同的无效。无效劳动合同，是指所订立的劳动合同由于缺少有效条件而全部

或部分不能发生当事人预期的法律效力。《劳动合同法》第二十六条规定：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。

3、无效劳动合同的确认及其后果。根据《劳动合同法》第二十六的规定，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。也就是说，用人单位与劳动者对劳动合同的无效无争议时，可以自行确认无效，而无需通过劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。劳动合同的无效，从订立时起就没有法律约束力。劳动合同的部分无效如不影响其余部分效力的，其余部分仍然有效。用人单位应当支付劳动者已经付出劳动的劳动报酬。

劳动合同订立至劳动合同被确认无效期间的法律后果：（1）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》第二十八条）。（2）对因不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为而被确认无效的劳动合同，劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照《劳动合同法》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。

劳动合同被确认无效后的法律后果：（1）因用人单位过错导致劳动合同无效的，劳动者可以即时辞职，并获得经济补偿（《劳动合同法》第三十八条、四十六条）；（2）因劳动者过错导致用人单位意思表示不真实而使劳动合同无效的，用人单位可即时辞退（《劳动合同法》第三十九条）；（3）因前两项原因导致劳动合同无效，当事人又不辞职或不辞退的，原劳动关系将可存续，但必须变更原劳动合同或者依法重新订立劳动合同，以纠正原劳动合同的无效条款；（4）劳动合同被依法确认无效，给对方造成损害的，有过错一方应当承担赔偿责任。

三、劳动合同的订立

典型案例 4 未签订劳动合同如何认定劳动关系

张某于2008年3月26日到一家空调销售公司从事空调安装工作，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，仲裁庭调取了招聘会的参会登记表，在该登记表中加盖了空调销售公司的公章，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，支持了张某索要工资的仲裁申请。

工作任务

（1）分析用人单位与劳动者的劳动关系从什么时候开始建立？用人单位对已经建立的劳

劳动关系应当做些什么工作？哪些证据可以佐证已经建立的劳动关系？请说明本案建立劳动关系的法律依据；

（2）请分析并解读我国关于订立劳动合同的法律规定；

（3）作为用人单位人力资源管理工作人员，请根据本案案情和有关法律规定，起草一份《职工名册》和《固定期限劳动合同书》。

（一）劳动合同的订立与阶段性工作

劳动合同的订立，是指劳动者与用人单位经过相互选择和平等协商，就劳动合同条款达成协议，从而确立劳动关系和明确相互权力义务的法律行为。我国《劳动合同法》第三条第一款规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”

订立劳动合同阶段性工作主要包括：

1、确定劳动合同当事人的阶段。这个阶段的工作主要包括有：（1）公布招聘简章，说明录用条件、录用后的基本权力义务、报名办法、考核方式等；（2）应聘报名，提交本人身份、职业技术、学历、是否在职等基本情况证明文件；（3）应聘考核，用人单位依法对应聘人员进行考核，公布考核结果；（4）择优录用，用人单位对于考核合格的应聘人员，择优确定录用的人员，向其发出书面签约通知或公布录用名单；（5）签订劳动合同书；（6）建立职工名册，以起到备查和证据的作用。根据劳动合同法及其实施条例的规定，建立职工名册是用人单位与劳动者建立劳动关系的法定义务。职工名册一般包括劳动者姓名、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。

2、确定劳动合同内容的阶段。这个阶段的工作主要包括有：（1）提出劳动合同草案；（2）介绍用人单位的劳动规章制度；（3）商定劳动合同内容。劳动合同内容需要用人单位与劳动者在如实告知和平等协商的基础上依法而定。我国《劳动合同法》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；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，劳动者应当如实说明。”其实，劳动者频繁跳槽，损失最大的是用人单位。因为每个劳动者都是用人单位花费或高或低的招聘成本招进来的，用人单位需要经历一定的时间过程对其进行一定的专业岗位培训。如果劳动者跳槽，用人单位必须重新找人，重新花费一次招聘成本和培训过程。所以，用人单位在招聘录用人员的时候，应当依法把单位的真实情况充分地告诉求职者，让求职者谨慎作出选择。求职者在知情情况下依然愿意被录用，入职后一般会比较稳定，因为入职者已经有了足够的思想准备。因此，满足求职者的知情权，对用人单位将利大于弊。另外，用人单位在行使知情权时，注意不要侵犯求职者与工作无关的个人隐私权。否则，可能会产生一些不必要的民事纠纷。

3、劳动合同生效阶段。如前所述，用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章时起，劳动合同即产生法律效力。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

（二）劳动合同的内容

劳动合同的内容是劳动者与用人单位协商合意的结果，是劳动关系双方当事人权利和义务的固定化和具体化。劳动合同的条款是劳动合同内容的文字表述，一般可分为必备条款和选择条款。必备条款是指法律、法规规定必须协商约定的条款；选择条款是根据工种、岗位的不同特点，以及双方各自的具体情况，由双方选择协商约定的具体条款。选择条款应在法律、法规、政策的指导下商定。另外，除合同文本以外，有时还需要制定附件，附件中明确双方权利、义务的具体内容。如：通过附件中上岗合同明确具体的岗位责任，通过附件中的厂规厂纪明确用人单位的具体权利、职工的具体义务等等。

1、必备条款。必备条款由法律直接规定而不由当事人约定，《劳动合同法》第十七条第一款规定：劳动合同应当具备以下条款：（1）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（2）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（3）劳动合同期限；（4）工作内容和工作地点；（5）工作时间和休息休假；（6）劳动报酬；（7）社会保险；（8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

需注意的是：《劳动合同法》关于劳动合同必备条款的强制性规定是对《劳动法》劳动合同必备条款的替代。

此外，我国《职业病防治法》第三十条明确规定“用人单位与劳动者订立劳动合同（含聘用合同）时，应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者，并在劳动合同中写明，不得隐瞒或者欺骗。”也即把用人单位如实告知有关职业病事项的义务作为劳动合同的必备条款。我国《安全生产法》第四十四条规定：劳动合同应当载明有关保障劳动者劳动安全、防止职业危害的事项，以及依法为劳动者办理工伤保险的事项等。

2、选择条款。选择性条款是在法定必备条款之外按当事人双方或一方要求所必备的条款，是劳动合同个性的体现，是劳动合同当事人意思自治的表现，非所有劳动合同都具有。一般来讲，选择条款有试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等事项。选择条款的应用不得违反法律相关限制性规定。

3、招用劳动者严禁扣押证件。用人单位招用劳动者时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。用人单位违反《劳动合同法》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《劳动合同法》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。

（三）劳动合同的形式、罚则及应对策略

典型案例 5 人事总监事实劳动关系双倍工资纠纷

有一家公司于2010年6月24日聘请了一位人事行政总监，试用期为3个月，年薪15万。刚刚开始的时候，老板与新来的人事总监双方都互相欣赏，工作中彼此的合作也比较愉快。但是随着时间的发展，老板发现新来的人事总监比较理论派，实际调控和应变能力则比较差，工作中随意性比较大，有点夸夸其谈的感觉。同时，人事总监也感觉到了公司与自己的理想有一些落差，对于公司的企业文化有点不适应。2010年10月17日老板与新来的人事总监进行了一次谈话，新来的人事总监答应结算工资走人，之后也未留下任何离职申请和辞职报告等文字性东西。人事总监离开公司后，于2009年10月底向当地劳动争议仲裁机构提请劳动仲裁，称自己入职公司四个多月，公司一直未与其签订劳动合同，要求公司从7月24日开始支付其双倍工资，并支付解除劳动合同经济补偿金。公司经咨询法律顾问后，在仲裁答辩书中答辩到：人事总监本身就是全面负责公司人事方面的事务，申诉人作为公司人事总监，在入职后一个月内没有按照劳动合同法要求及时办理签署劳动合同书有关事宜，在入职第四个月时（试用期满）既不向公司提出转正申请，也未从公司的角度办理试用期满给予转正的手续，一系列事实本身就表明其人事总监工作不称职，且其在工作中存在重大失误，给公司造成了较大的风险和损失，按照劳动合同法规定，公司可以解除其劳动关系，且无需支付其经济补偿金。

工作任务

(1) 熟悉本案事实,分析本案争议焦点,明确用人单位解除试用期劳动关系是否需要支付经济补偿金;

(2) 作为本案当事人,请正确解读我国法律关于签署劳动合同书以及故意不签署劳动合同书的具体措施规定;

(3) 为防范故意不签署劳动合同书的法律风险,请从企业人事管理工作人员角度,设计一份关于新招录人员签署与解除劳动合同的流程方案;

(4) 请根据法律规定设计一份用人单位的职工名册,其中注意职工名册内容要素的构成。

1、劳动合同的形式。建立劳动关系应当订立劳动合同,劳动合同应采用书面形式,且由劳动合同当事人各持一份。劳动合同书是处理劳动争议的直接证据和认定事实的依据。我国《劳动合同法》明确规定“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”。用工之日指劳动者在本单位工作的第一天开始,双方劳动关系即已建立。未同时订立书面劳动合同,则指用人单位与劳动者双方通过口头形式约定了劳动关系并已经开始用工,也即事实劳动关系。

2、罚则规定。根据《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的有关规定,事实劳动关系行为属于违法行为,用人单位须承受相应的违法成本:(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,其追诉时效为一年;(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时,用人单位可支付其实际工作时间的劳动报酬后,在一个月书面通知劳动者终止劳动关系,且无需向劳动者支付经济补偿;(4)劳动者不与用人单位订立书面劳动合同,而用人单位在用工一个月后才书面通知劳动者解除劳动合同的,须依法支付劳动者相应经济补偿。上述时间与罚则规定须从2008年1月1日起开始计算。

3、应对策略。用人单位需正确对待劳动者不签订劳动合同的情况,依法把握证据规则,避免不必要的法律风险。实际运作中应注意:

第一,注意劳动合同的签订及时间的选择,可以在劳动者入职前一天、最晚在用工日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同,但一定要在合同中载明正式用工的起始日期;

第二,注意做好劳动合同台账管理,定期整理每月到期劳动合同名单,经与相关部门沟通续订与否意见后,须于劳动合同到期日前,书面通知劳动者是否续订劳动合同的意向,以免延期而导致不必要的法律风险;

第三,收集劳动者不签订劳动合同的有利证据,可以通过邮寄快递、在封面写明大概内容,以便有据可查;如果相关资料邮寄不到劳动者手中,可考虑劳动者提供的详细资料是否真实、是否如实说明有关重要信息,等等。

如上做法,用人单位就可以及时预防劳动者不签署劳动合同书或到期不及时续订劳动合同的法律风险。

(四) 如实告知与知情权

典型案例6 告知权与知情权的行使

小梅一直在学校里埋头苦读,可以说两耳不闻窗外事,对社会上的事了解不多。等到毕业找工作时,不知何去何从。有一天,她看到一家大型生产企业的产品广告做得非常漂亮,就梦想着去那家企业上班:“我能进入这个用人单位,那不就等于到天堂了吗?”小梅确定

以该用人单位为主要求职目标。功夫不负有心人,通过层层考试,小梅终于成为这家用人单位的劳动者。

上班第一天,小梅被安排在生产车间做技术岗位。一进生产车间,小梅顿时傻眼了,工作环境又脏又乱,还弥漫着呛人的气味,这哪里是天堂啊,连地狱还不如呢。小梅后悔在求职时没有仔细了解一下该用人单位的实际情况,看着眼前的一切,小梅一分钟都不想多待了。几天以后,她就离开了这家曾经梦寐以求的用人单位。

工作任务

(1) 了解本案事实,分析产生本案问题的主要原因以及用人单位做法是否违反了我国有关法律规定;

(2) 作为企业人事管理人员,请从法律角度分析类似问题的防范及补救办法;

(3) 根据上述案例,设计一份用人单位招聘、面试劳动者的问答卷,以实现彼此的“如实告知权”和“知情权”。

典型案例 7 假文凭与如实说明义务争议

某公司招聘,要求硕士以上学历,并阐明应聘者应该如实填写表格,如有欺骗和隐瞒,一经发现立即解除劳动合同。葛艳红和韩萍同时被录用,该公司与她们签订合同期限为 3 年,试用期六个月。葛韩两人在试用期工作都很认真,但工作三个月后,单位发现葛毕业证书是伪造的,于是解除她,但葛拿出医院证明自己已怀孕,单位并不理会,仍然解除了葛的劳动合同。同月,韩开始出现呕吐恶心和全身不适等症状,经医院诊断为“妊娠反应”八个月。韩持医院开具的病假证明到单位请假,单位认为韩在招聘时没有如实填写个人情况表,隐瞒了自己怀孕的事实,也解除了韩的劳动合同。葛、韩与单位交涉未果,遂以怀孕期间单位不能解除劳动合同为由申请仲裁。

工作任务

(1) 分析本案争议焦点,用人单位对两位女职工的处理是否合法;

(2) 请解读我国关于用人单位如实告知与劳动者如实说明的法律规定;

(3) 请你为本案两名女职工分别设计合理合法的处理方案。

我国《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;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,劳动者应当如实说明。”由此可见,用人单位录用劳动者时的询问与告知显得尤为重要。

1、用人单位的如实告知义务。用人单位在招用劳动者时,有义务如实告知劳动者关于工作内容、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。同时,用人单位也有了解劳动者的“知情权”,即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,劳动者应当如实说明。根据《劳动合同法》的有关规定:以欺诈手段使对方在违背真实意思的情况下订立的劳动合同无效或者部分无效;用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,用人单位应当承担连带赔偿责任。

2、劳动者的如实说明义务。用人单位在招用劳动者时,有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。如应聘者简历的真实度等与劳动合同中从事与本职工作直接相关的内容;或者由于劳动者提供给用人单位自己的具体住址等资料不详或者有误

而造成的后果应该由劳动者自己来承担。根据法律规定,用人单位未予问询的情况,劳动者也无义务主动如实说明。

（五）劳动合同的种类与应用

典型案例 8 短期劳动合同的忧虑

小杨所在的公司竞争很激烈,公司采用一年期限的劳动合同,也就是一年签订一次劳动合同。员工做得好就留下,做得不好就离开。而且公司每次都是到年底的时候才通知劳动者是否续签,那些得不到续签合同的人只好灰溜溜地离开,忙着找新的工作。小杨每次看到同事离开,心里都挺不是滋味,不知什么时候他们才能再找到合适的工作,也不知自己何时也会离职。

今年小杨的业绩不太好,刚到了九月,他就有点坐不住了,心里盘算着公司会不会与他续签劳动合同,如果不续签,自己该怎么办?心神不定中,只好早做打算,提前找好后路。所以,他经常趁着周末或平常外出的时候,绕道去人才市场看看有没有好的工作机会。就算工作时,他也心猿意马,总想到网上看看人才招聘信息。如果能找到一个好的单位,小杨决定立刻跳槽;如果找不到呢,他就决定等到年底,公司和他续签劳动合同,他就留下,不续签,过了年再慢慢找合适的工作。

工作任务

- (1) 请分析、解读我国法律关于劳动合同期限种类的有关规定;
- (2) 请总结我国法律关于签订无固定期限劳动合同的法定条件;
- (3) 作为企业人事管理工作人员,请分析短期劳动合同的利与弊;
- (4) 请根据本案,设计一份常规劳动合同书,其中注意法定必备条款的应用。

根据劳动合同期限为标准,可以将劳动合同划分为三个种类:即有固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

1、有固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者以书面形式约定合同终止时间的劳动合同。现实中,这类劳动合同比较普遍,但也因其短期行为而会导致诸多弊端:(1) 短期固定期限劳动合同造成劳动者不稳定,造成劳动者无法安心工作,以致用人单位原本想以此“激励”努力工作的效果化为乌有;(2) 短期固定期限劳动合同造成劳动者忠诚度低,跳槽频繁,短期劳动合同成为双方的一个心结。劳动者老想着寻求稳定工作而无法安心工作,因此业绩一般,结果不是劳动者另谋高就,就是用人单位辞退劳动者;(3) 确定合同期限后,用人单位就不愿意投入太多精力去培养劳动者。用人单位担心把劳动者培养成优秀人才后,合同到期,劳动者会跳槽寻找更好的工作,用人单位的辛苦培养也将付诸东流,如果劳动者跑到竞争对手那里与自己竞争,将更是得不偿失。

2、无固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者未以书面形式约定合同终止时间的劳动合同。根据《劳动合同法》第十四条的规定,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:(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用人单位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;(4) 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。

连续订立固定期限劳动合同的次数,指《劳动合同法》在 2008 年 1 月 1 日生效以后终

止劳动合同、用人单位要续订固定期限劳动合同的次数，该时间之前续订的次数不计算在内。《劳动合同法》对用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而不与劳动者签订无固定期限劳动合同的违法行为规定了高额的成本代价，即“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。”

《劳动合同法》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。”

3、以完成一定工作为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者以书面形式约定以某项工作的完成为合同终止条件的劳动合同。一般来说，有下列情形之一的，用人单位与劳动者可以签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同：（1）以完成单项工作任务为期限的劳动合同。比如说，用人单位要求劳动者完成一个单项工作的时候，就可以用这种方式与劳动者签订合同。（2）以项目承包方式完成承包任务的劳动合同。如果某个项目采用承包方式，要求劳动者完成承包任务的，用人单位也可以以完成一定工作任务为期限，与劳动者签订劳动合同。（3）因季节原因临时用工的劳动合同。有些用人单位受季节变化的影响比较大，如生产雪糕的用人单位，一到夏天就进入销售旺季，一到冬天就进入销售淡季。存在这种情况的用人单位，会在旺季的时候增加一些工人，以完成一定工作任务期限来订立合同，这是法律允许的。（4）其他双方约定的以完成一定工作任务为期限的劳动合同，只要双方当事人同意，就可以以完成一定工作任务为期限来作为劳动合同的期限。

4、劳动合同种类的应用。现代用人单位都强调“以人为本”，尽力给劳动者创造好的工作环境，提供好的福利待遇，力图培养劳动者的忠诚度，提高用人单位凝聚力。但现实中，有的用人单位只会要求劳动者忠诚，却总是习惯于与劳动者订立短期的固定期限合同。劳动者心里会想：“我可以对你忠诚，但是你只同我签一年的合同，合同到期你就不要我了，那我怎么办？对你忠诚我有什么好处？”现在劳动者之所以跳槽率很高，其实和固定期限合同有一定的关系。因为订立有固定期限劳动合同，这个期限就会成为双方当事人的一个心结。劳动者老想着寻求稳定的工作而无法安心工作，因此业绩一般，结果不是劳动者另谋高就，就是用人单位辞退劳动者。

其实，只要用人单位建立、健全合法的规章制度，实施规范、合理的企业管理，无固定期限劳动合同并不是洪水猛兽，长期劳动合同也并不可怕。我国法律增加的只是用人单位的违法成本，针对有些拿“铁饭碗”有恃无恐的人，用人单位一样可以用法律、用规章制度说话，一样可以维护企业的合法利益。

(六) 试用期的应用

典型案例 9 劳动合同约定的试用期超过法定期限

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。

工作任务

- (1) 了解本案用人单位做法是否违法？你认为应当怎么处理劳动者的试用期问题；
- (2) 请解读我国关于试用期的法律规定，分析如果用人单位违反试用期规定将承担什么法律责任；
- (3) 作为企业人力资源管理工作人员，请你为本案小林的试用期问题提出一个合理合法的处理方案；

试用期，是用人单位和劳动者建立劳动关系后为相互了解、相互选择而约定不超过六个月的考察期。试用期是整个劳动合同期限的组成部分，它有助于彼此防范劳动风险和用工风险，但这个期间双方也最易出现纠纷。根据《劳动合同法》规定，试用期是劳动合同的选择条款，非法定必备条款，用人单位和劳动者双方可以根据实际情况约定是否选择适用试用期条款。如果双方同意约定试用期，则应当根据不同的劳动合同期限约定不同的试用期。

劳动合同期与试用期限

劳 动 合 同	试用期期限
以完成一定工作任务为期限	不得约定
非全日制用工	不得约定
不满三个月	不得约定
三个月以上不满一年	不得超过一个月
一年以上不满三年	不得超过二个月
三年以上有固定期限及无固定期限	不得超过六个月

适用试用期的法律限制：

1、不得约定试用期的情形。《劳动合同法》规定，以完成一定工作任务为期限的劳动合同、劳动合同期限不满三个月的劳动合同、非全日制用工的劳动合同不得约定试用期。

2、不能重复约定试用期的情形。《劳动合同法》规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。即劳动者在同一用人单位工作，即使岗位发生变更，或者劳动合同期满后续签，或者劳动合同解除、终止后再次录用的，都不能再次约定试用期。同时，企业不得以劳动者在试用期内达不到企业要求而延长试用期。

3、用人单位不得随意解除试用期劳动合同。《劳动合同法》第二十一条规定，用人单位不得随意解除劳动合同，除非在劳动者试用期内被证明出现下列情形：（1）不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位规章制度的；（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）以欺诈、胁迫手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的；（7）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）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。

用人单位在没有相应证据支持的前提下，不能以上述理由解除试用期劳动合同。试用期满后，用人单位不得以劳动者在试用期内不符合录用条件为由解除或终止劳动合同。

4、举证责任。用人单位在试用期解除劳动合同的负有举证责任。举证不能时需承担对自己不利的法律后果，即或者应劳动者要求继续履行劳动合同，或者以违法解除劳动合同为由、以经济补偿金为基数双倍支付劳动者赔偿金（《劳动合同法》第八十七条）。因此，用人单位必须首先规范编制明确而具体的录用条件文件，在试用期解除劳动合同时，应当依法向劳动者说明不符合录用条件的理由（建议采用书面形式以保留证据），并制作《解除劳动合同通知书》送达劳动者，向劳动者出具解除或者终止劳动合同的证明，在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

5、用人单位违反试用期规定须承担法律责任。《劳动合同法》第八十三条规定“用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。”也即用人单位违法期间需支付相当于试用期劳动者双倍工资的赔偿金，可见这一违法成本之大。

（七）服务期与竞业限制的应用

典型案例 10 用人单位与劳动者在服务期条款中约定违约金

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确约定违约金是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。

工作任务

- (1) 请分析本案服务期与违约金约定是否符合法律规定；
- (2) 请分析并解读我国关于劳动合同服务期条件与违约金的法律规定；
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员，请根据本案事实和法律规定，编写一份重点描述服务期、违约金的劳动合同。

典型案例 11 保密协议仅约定竞业限制条款而未约定经济补偿争议

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。

工作任务

- (1) 请分析本案当事人关于竞业限制的约定是否能够依法生效；
- (2) 请分析并解读我国关于竞业限制与违约责任的法律规定；
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员，请你根据本案案情和有关法律的规定，起草一份《竞业限制协议书》。

《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。”《劳动合同法》第二十三条规定：“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》第二十五明确规定，劳动合同中，除服务期与竞业限制情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。也就是说，一方面，企业不能随意约定劳动者承担违约金责任，有利于对劳动者合法权益的保护；另一方面，《劳动合同法》将商业秘密保护纳入法制轨道，有利于保护企业的知识产权。

劳动合同中的服务期，是指劳动者因接受用人单位给予的特殊待遇而承诺必须为用人单位服务的期限。根据《劳动合同法》的规定，双方当事人约定服务期须掌握如下要点：(1) 培训内容应当限于专业技术培训，不包括面向一般劳动者的入门性或通用性知识和技能的培

训，如岗位适应性、上岗、转岗、劳动安全卫生培训等；（2）培训费用项目包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用；（3）培训费用来源应当为用人单位全部或部分提供的专项培训费用；（4）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，且违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用；（5）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（6）用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

需要注意的是，根据《劳动合同法实施条例》第二十六的规定，用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者因用人单位有下列情形之一而解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金：（1）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（2）未及时足额支付劳动报酬的；（3）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（4）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（5）因用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，致使劳动合同无效的；（6）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

同时，有下列情形之一，用人单位与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金：（1）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；（2）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（3）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（4）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用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；（5）劳动者被依法追究刑事责任的。

2、劳动合同中的竞业限制，是指用人单位对负有保守用人单位商业秘密的劳动者，在劳动合同、知识产权权利归属协议或技术保密协议中约定的竞业限制条款。即：劳动者在终止或解除劳动合同后的一定期限内不得在生产同类产品、经营同类业务或有其他竞争关系的用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务；用人单位须在竞业限制期内依约支付经济补偿，违约者应当依约承担约定的违约金责任。这里的商业秘密是指《中华人民共和国反不正当竞争法》中所指的商业秘密，也即“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。”

竞业限制的期限、地域、范围、经济补偿数额由当事人自行协商约定。根据《劳动合同法》的规定：（1）合同约定的竞业限制期限最长不得超过二年；（2）经济补偿的支付，只能约定在解除或终止劳动合同后由用人单位按月支付给守约的劳动者；（3）竞业限制的主体仅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；（4）违约者将须依法承担违约责任；（5）约定了竞业限制的不得再约定解除劳动合同的提前通知期（俗称脱密期）。

竞业限制条款在劳动合同中为延迟生效条款，也就是在双方劳动合同解除或终止以后，该条款才开始生效。

实践中，用人单位在与劳动者签订保密及竞业限制协议时，需明确保密协议与竞业限制协议之间的联系和区别，用人单位应当严格按照法律的规定，在协议中约定具体的竞业限制补偿金，千万不要把保密费错当成竞业限制补偿金。另外，用人单位与劳动者往往在一份协议中同时约定保守商业秘密和竞业限制义务，比如订立《保密及竞业限制协议》，常常导致人们一种模糊认识，认为保密协议和竞业限制协议没有什么区别，二者是一回事。实际上，保密协议和竞业限制协议是两个不同的法律概念。

（八）劳动合同的续订

典型案例 12 不及时处理续订与否的后患

完善合同、
规章制度

郑某与公司 1997 年 10 月 1 日起建立劳动关系, 数次续约, 最后合同约定至 2008 年 7 月 1 日终止, 月工资为 1454.99 元。2008 年 6 月 30 日公司决定不再与郑某续签合同, 但当日没有通知郑某。7 月 1、2 日是双休日, 7 月 3 日郑某照常上班, 下午 2 点公司通知郑某其劳动合同 7 月 1 日到期, 公司将不再续订, 要求其办理离职手续, 并通过银行划帐发了未提前 30 天通知的待通知金 1535.2 元及 6 月 26 日(本公司固定的薪资发放日)至 7 月 3 日上午的补发工资 392.51 元(总计 1927.71 元)。郑某认为, 劳动合同期满时, 单位并未表示终止劳动合同的意思。之后, 自己按时上班, 意味着劳动合同的延续, 现用人单位解除自己的劳动合同, 应当依法支付解除劳动合同的经济补偿金及相应赔偿金。为此, 郑某向当地劳动部门提请劳动争议申诉。

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情, 分析本案劳动合同原约定终止时间是否依然有效;
- (2) 请解读我国关于解除事实劳动关系的法律规定, 并分析在本案中的应用;
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员, 请你设计一份关于期满劳动合同的管理办法, 以及出现类似于本案失误情况时的处理意见。

劳动合同的续订, 指合同当事人双方依法达成协议, 使原订的即将到期的劳动合同延长其有效期限的法律行为。劳动合同的续订与劳动合同的订立的区别: (1) 劳动合同的续订是在当事人均已确定的前提下进行的, 无需再经过当事人的确定阶段; (2) 劳动合同的续订是原订劳动合同所确立的劳动关系的继续, 并非是原劳动合同解除或终止后再次确立劳动关系; (3) 劳动合同的续订以原订劳动合同为基础, 当事人继续享有和承担原有劳动合同的权利和义务, 不得再次实行试用期。

实践中, 为了规范管理劳动合同, 避免产生不必要的法律风险, 劳动合同到期前, 用人单位最好预先通知劳动者是否续订或终止劳动合同。因用人单位原因而逾期未通知的, 视为事实上续订了劳动合同, 双方应补签书面劳动合同。满一年未补签书面劳动合同的, 视为自动转为无固定期限劳动合同。所以, 用人单位需谨慎管理到期的劳动合同。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题, 调查当地用人单位订立劳动合同的情况, 并选择关于订立劳动合同的典型案例, 分析案情争议焦点和相应法律规定, 提出自己的处理意见, 并设计一份《新招录人员告知与说明书》。

2、拓展训练

案情简介

用人单位与劳动者建立劳动关系后, 可否收取风险抵押金

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。

法理分析

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。”所以，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；二是用人单位经营管理确实需要收取，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管理部门予以处理。

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）。

原劳动部办公厅《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，

学习情境2 劳动合同的履行与变更

教学目标

能力目标: 通过学习,能够把握劳动合同履行规则;能够应用支付令的应用;能够规范应用变更劳动合同的形式、条件与效力;能够有效应用证据规则。

知识目标: 了解劳动合同履行原则与支付令的法律规定;熟悉变更劳动合同的形式、法定条件与效力规定。

知识与实践

一、支付令的应用

典型案例1 首例劳动报酬支付令案,副总讨回欠薪20万元

周先生12年前进入一家房地产开发集团公司工作,并且一直担任主管行政的副总经理一职。孰料,随着房市持续波动,公司内部管理不善,经营举步维艰,公司一直处于入不敷出的状态。身为副总的周先生也未能幸免,由于公司不能正常支付工资,一年只发放二三千元生活费,导致周先生难以度日。2008年3月,已拖欠周先生工资2年有余的公司,在周先生的要求下写了一份承诺书,承诺在2008年4月4日前支付周先生2005年11月至2008年3月的工资共计20万元。可等了多日,周先生发现公司无意支付,眼看着自己打拼多年的心血要打水漂,他再也坐不住了。4月14日,周先生向徐汇区法院提出支付令申请。徐汇区法院在立案后第4天即发出首例支付令:公司自收到支付令之日起15日内,支付周先生2005年11月至2008年3月的工资共计20万元及相关诉讼费用。(案情来源:<http://news.qq.com>2008年04月24日,东方网,潘文婕、袁玮)

工作任务

- (1) 根据法律规定,请罗列申请支付令需要提供的证据材料,并分析本案申请劳动报酬支付令的证据材料是否成立;
- (2) 请解读《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》中关于支付令的法律规定;
- (3) 作为劳动者,请根据本案案情编写一份劳动报酬支付令申请书;
- (4) 作为用人单位人力资源管理工作人员,请尝试与本案周先生沟通协商有关事宜。

支付令是人民法院依照民事诉讼法规定的督促程序,根据债权人的申请,向债务人发出的限期履行给付金钱或有价证券的法律文书。债权人对拒不履行义务的债务人,可以直接向有管辖权的基层人民法院申请发布支付令,通知债务人履行债务。债务人在收到支付令之日起十五日内不提出异议又不履行支付令的,债权人可直接申请人民法院强制执行。

《劳动合同法》将民事诉讼中的支付令制度引入劳动争议,其中第三十条规定:“用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令,人民法院应当依法发出支付令。”支付令制度是人民法院根据劳动者的申请,通过向欠薪的用人单位发出支付令的方式,催促用人单位限期清偿所欠劳动报酬的法律制度。据此劳动者在用人单

位拖欠劳动报酬证据确凿无疑的前提下，无需经过劳动争议仲裁前置程序，即可直接向法院申请支付令，可以在较快的时间内得到权利保障。

二、劳动合同的履行

典型案例 2 合同履行中拒绝用人单位加班要求而被辞退

某服装厂于6月取得一批订货合同。为了尽快完成合同约定的任务，厂领导单方决定，全体职工平时每天加班3小时，每周六全天上班。对此，该厂职工李某等人十分不满，坚持上了半个多月班，多次向厂领导提出意见，均被驳回。李某等人一气之下，自行决定按照厂内规章规定的工作时间，到了下班时间自行离厂。为此，厂领导在几次严厉批评李某等人无效后，以违反厂规厂纪为由，作出了对李某等人予以辞退的决定。李某等人有服，向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉。请求该厂撤销辞退他们的决定，维护其合法权利。仲裁委员会受理此案后，裁决该厂撤销辞退决定。

工作任务

- (1) 根据法律规定，劳动合同的履行应当遵守什么原则？
- (2) 劳动合同履行中可以突破法定原则的有哪些情形？

劳动合同的履行，是指劳动合同双方当事人完成劳动合同所规定的各自义务，实现劳动过程和各自合法权益的行为。《劳动合同法》第二十九条规定：“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”

劳动合同履行的一般原则

1、全面履行原则。指的是劳动合同双方当事人在任何时候，均应当履行劳动合同约定的全部义务。《劳动合同法》第二十九条规定：“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”

2、合法原则。指的是劳动合同双方当事人履行劳动合同过程中，必须遵守法律法规的规定，不得有违法行为。《劳动合同法》重点规定了三个方面的内容：(1) 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，及时足额支付劳动者的劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。(2) 用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。(3) 劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的行为有权拒绝，且不视为违反劳动合同；对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

（二）劳动合同履行的特殊规则

1、规定不明确的履行规则。（1）劳动合同内容约定不明确的，依照集体合同规定履行；（2）集体合同规定不明确的，按照有关劳动法规和政策的规定履行；（3）劳动法规和政策未作明确规定的，按照通行习惯履行；（4）没有可供遵循之习惯，就由当事人双方协商确定。

2、地方劳动条件基准选择规则。（1）劳动合同履行地与用人单位注册地不一致，且两地关于劳动者的最低工资标准、劳动安全卫生、本地区上年度职工月平均工资标准等劳动条件事项的规定有差异的，一般应当按照劳动合同履行地的有关规定执行；（2）用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的标准的，当事人双方可以协商约定按照用人单位注册地的有关标准执行。

3、劳动合同中止的规则。具备应征入伍、被依法限制人身自由、失踪但尚未被法院宣告失踪、宣告死亡等法定中止事由的，用人单位可以中止或部分中止履行劳动合同。双方中止劳动合同期间，除劳动者应征入伍而中止外，中止期间不计算劳动者在用人单位的工作年限。当引起中止的法定或约定情形消失时，劳动合同除已经无法履行的外，应当恢复劳动合同的履行。

（三）按时足额支付工资

典型案例3 企业以单位效益不好为由停发职工工资

刘某等8人是某商场五金交电组的职工。该商场对除五金交电组以外的班组全部实行了承包经营，只有五金交电组仍由商场直接经营管理。由于经营和市场等因素的影响，该组一直处于亏损状态。为此，商场以该组无经济效益、一直亏损为由，停发了刘某等8名职工工资。刘某等职工多次向商场领导交涉都无济于事，于是便向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉，请求该商场补发应得工资并赔偿经济损失。仲裁委员会受理后，经调查刘某申诉的情况属实，经调解双方达成协议，商场按规定给刘某等8名职工支付了工资和经济补偿金。

工作任务

（1）分析本案用人单位因经济效益不好而停发工资的合法性；

（2）解读我国关于用人单位按时足额支付工资的法律规定；

（3）作为企业人力资源管理工作人员，请设计一个企业因经营困难而暂时停发或拖欠工资的合法方案，注意理由与程序的合法性。

《劳动法》第五十条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者工资。”所谓“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下，用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。所谓“无故拖欠”是指用人单位无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资。

《劳动合同法》第三十条规定：“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。”这里更是明确了用人单位除了法律、法规有明确规定可以代扣代缴工资项目外，只要形成拖欠或未及时足额支付劳动报酬的行为，劳动者均可以直接向人民法院申请支付令。也就是说，劳动者对此类违法行为可以不经劳动仲裁前置程序就可以直接向人民法院申请支付令。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工

资的,以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的,除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外,还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。

根据劳动部 1995 年 5 月 12 日《关于印发对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定的通知》(劳部发[1995]226 号)第 4 条关于“用人单位确因生产经营困难,资金周转受到影响,在征得本单位工会同意后,可暂时延期支付劳动者工资,延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。其他情况下拖欠工资均属无故拖欠。”

(四) 劳动定额的确定

典型案例 4 企业随意提高劳动定额是变相克扣劳动者工资

陈某是某饮料公司包装车间员工,与公司签订有 5 年期的劳动合同,合同中约定“员工完不成劳动定额的,按实际未完成数和单位定额工资含量从当月工资中扣发,甲方(指公司)可低于最低工资标准支付乙方(指员工)工资。”包装车间人数为 25 人(包括车间行政管理人员 2 名,叉车司机 2 名,库管员 1 名)。公司对包装车间打包工(陈某等 20 人)实行计件工资,即 8 小时内完成 58 箱饮料包装发基本工资,每超额一件加发 2 元工资。7 月份,陈某等 20 人平均包装 62 箱,基本能超额完成定额。8 月份公司劳资部将定额提高到:日包装 65 箱,每超额一件加发 5 元工资,陈某等 17 人完成定额,另外 3 人因没完成定额基数,少包装一件扣 5 元。9 月份,公司将定额基数调整为 70 箱,打包工们加班加点,每日工作 10 小时,仍有陈某等 15 人未完成日定额,被扣发当月工资 150 元至 180 元不等。陈某等 15 人派代表到公司劳资部交涉,劳资部负责人答复:“少发的工资不能补发,劳动合同中有规定,你们愿到哪告就到哪去告。公司就是这么定的。”陈某等人认为公司连续调整劳动定额不合理,不但迫使工人加班加点,延长了劳动时间,还变相克扣了工人工资,侵犯了工人的合法权益,双方为此发生争议。

工作任务

(1) 请熟悉本案案情,分析本案争议焦点;

(2) 请分析、解读我国关于用人单位对劳动定额与加班加点的法律规定,并明确劳动者正常工作时间内完不成劳动定额与最低工资标准的关系;

(3) 作为劳动争议仲裁工作人员,请你为本案设计一套合理的处理方案,并说明理由。

劳动定额,是指在一定的生产和技术条件下,生产合格的单位产品或工作量应该消耗的劳动量(一般用劳动或工作时间来表示)标准或在单位时间内生产产品或完成工作量的标准。它是计算完成单位合格产品或单位工程量所需人工的依据。确定劳动定额,须清楚以下三点:

第一,合理确定劳动定额。《中华人民共和国劳动法》第三十七条规定:“对实行计件工作的劳动者,用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。”首先,劳动定额应根据法定工作时间和具体工种通过科学测算而制定,且要合理可行,只有经过大多数员工的努力,在法定工作时间内(每天 8 小时每周 40 小时)能够完成的,才是科学合理的劳动定额。其次,劳动定额应当相对稳定,不能盲目、随意、频繁变动,只有在工作条件得到改善、劳动生产率较快增长的前提下,劳动定额才能相应地提高。

第二,违法约定无效。实行计件工作制的用人单位应当根据法定工时制度和最低工资制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题》第五十六条规定:“在劳动合同中,双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下,用人单位要低于最低工资标准支付劳动者工资条款不具有法律效力。”

第三,透过现象看本质。我国劳动法明确规定劳动者每日工作时间不得超过 8 小时、平均每周工作时间不得超过 40 小时的工时制度。延长工作时间必须与工会和劳动者协商后方

可进行,而且应支付相应比例的加班工资报酬。用人单位不得通过采用计件工资制,不断提高劳动定额的方法迫使工人加班加点,变相延长劳动时间克扣工资,以规避法律规定实现其降低用工成本、赚取超额利润的目的。

（五）赔偿责任

典型案例 5 因劳动者过错导致用人单位经济损失赔偿责任

2008年3月,刘某到某供销公司担任购销业务员。2008年8月与某公司签订合同时,收取对方提供的一套家庭影院提货单;2009年3月,在与某公司业务往来中,主动要求对方给予回扣5000元,对方拒绝后,生意未做成,造成公司可得利润损失近50万元。公司依据单位奖惩办法规定,决定提前解除与刘某的劳动合同。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情,分析用人单位是否应当承担因劳动者过错责任导致的损失风险责任;
- (2) 解读我国关于劳动者过错导致用人单位经济损失赔偿责任的法律规定;
- (3) 作为用人单位人力资源管理人员,请根据法律规定设计本案刘某赔偿责任的具体办法。

典型案例 6 中国首例员工封杀令——游戏公司向离职员工索赔百万

2006年8月30日,某电脑报及部分网站上刊登游戏米果网络科技(上海)有限公司对6位前雇员的“封杀令”,大致意思是该6名员工与公司存在竞业禁止协议,希望同行业企业不要雇佣此6人,以免引起纠纷(连带责任),并公布了这6名离职员工的姓名、照片、身份证号码。继“真人封杀令”之后,游戏米果网络科技(上海)有限公司针对2006年离职的游戏开发团队的主要员工,索赔金额达600万元人民币。2007年5月22日下午,这一系列纠纷中的一案在上海市卢湾区法院开庭审理。此案的被告童某、赵某等5位,都曾为游戏米果网络科技(上海)有限公司的网络核心开发人员,离职前,他们正在开发、完善两款网络游戏《真封神》和《如来神掌》。2006年7-8月份,游戏开发团队的领军人物赖某,突然被公司开除,引发争议,童某等人随后提出辞职。游戏公司米果公司2006年年底在卢湾区法院诉称,童某等5人提出离职后,未经公司许可,便拒绝到公司上班,也不肯向公司指定的工作人员交接工作。公司与马来西亚公司签约的升级游戏项目被迫中断,公司前期投入的开发费用也付诸东流,所以,向每个被告索赔提前离职造成的经济损失200万元人民币,并请求判令5人履行交接手续。

2007年3月,游戏米果公司再次在卢湾区法院提起诉讼,要求5名被告共同赔偿因未依法办理离职交接手续给原告造成损失共计人民币574.4万元和5万元美元。该劳务争议案已被受理。法庭上,游戏米果公司改变诉求,只依据员工服务期协议向5名被告索取16万到30万元人民币不等的违约金,共计112万元人民币,离职赔偿金并入3月份起诉的案件里。原告代理人表示,5名被告作为公司核心开发人员,都与公司签订了员工服务期协议,他们提前离职20个月,按规定,要支付给公司月薪乘以20的违约金,这样算下来5人的违约金分别为16万~30万元人民币不等。5被告表示,2006年7月17日,他们提出离职后,并没有离开公司,而是等待公司办理相关手续,但后来由于人身安全受到威胁,他们从2007年8月5日起,不再到公司去上班。另外,被告代理人律师表示,原告并没有按照员工服务期协议给几位被告特殊待遇,所以,这些条款只是单方面约束员工,显失公平,是无效的。此前,劳动仲裁也认为双方所签订的不是服务期协议。游戏米果公司与离职员工之间的诉讼案件已经达到了43起之多,其中13起为员工起诉公司,30起为公司起诉员工。员工起诉

公司的 13 起中, 已经有 7 起结案, 全部为员工胜诉: 公司起诉员工的 30 起案件中, 已撤诉一起, 判决一起, 判决的为员工胜诉。

(资料来源: 2007 年 10 大争议劳动案件: 中国首例员工封杀令——游戏公司向员工索赔百万, 法制日报, 2008-01-20)

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情, 分析双方当事人所作所为的是与非及其法律依据;
- (2) 解读我国关于服务期、竞业限制、保密约定、违约赔偿金的法律规定;
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员, 请你为本案设计一份服务期或者竞业限制协议书。

劳动合同履行中, 因劳动者过错导致用人单位损失的赔偿责任。《工资支付暂行规定》第十六条规定: “因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的, 用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿, 可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准, 则按最低工资标准支付。”

劳动合同履行中, 因用人单位过错导致劳动者损失的, 用人单位应当依法承担赔偿责任。

常见劳动关系赔偿责任见下表

序 号	赔偿金	权利行使主体	劳动争议范围	法条
1	事实劳动关系	劳动者	是	82; 6、7
2	延长使用期赔偿金	劳动者	是	83
3	合同无效	过错方	是	86
4	违法解除双倍赔偿	劳动者	是	87; 25
5	未开离职证明书致损	用人单位	是	89
6	劳动者违法解除	用人单位	是	90
7	加付 50—100%	劳动行政部门	否	85
8	违法收取押金导致损失	劳动行政部门	否	84
9	因公未休年休假 300%	劳动行政部门	否	年休假 7
10	其他			其他

注: 法条指《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《职工带薪年休假条例》条文

三、劳动合同的变更

典型案例 7 拒绝变更工作岗位争议处理

卢小姐于 2007 年 7 月进入一家外资公司任职办公室经理, 2008 年 10 月双方补签劳动合同书, 明确卢小姐岗位为办公室经理, 月工资 6000 元。公司规章制度中规定, 公司有权根据工作情况调整员工的工作岗位。2009 年 4 月, 公司由于工作需要将其调整到销售部任销售主管, 工资待遇不变。同年 8 月公司以销售业绩低为由将其降职降薪, 职位由销售主管降至销售代表, 工资由 6000 元降至 2000 元。卢小姐对降职降薪结果不接受, 要求公司恢复原职, 与公司领导发生争执, 公司以卢小姐“顶撞领导、销售业绩差考核不合格”为由将其辞退。卢小姐提出要求公司给予 3 个月的经济补偿金, 公司予以拒绝。卢小姐便于 2009 年 9 月提请劳动争议仲裁申请, 诉请公司承担违法解除劳动合同双倍赔偿金责任。仲裁裁决:

公司与卢小姐解除劳动合同成立，同时支付卢小姐三个月的最低生活补助。

卢小姐不服劳动仲裁裁决，向法院提起诉讼，诉请法院依法裁判公司支付3个月经济补偿金的双倍赔偿金。法院在调查审理中，公司未能提供关于公司有权根据工作情况调整劳动者工作岗位的规章制度的有关公示、告知证据，同时公司的员工手册“顶撞领导”条款无法明确认定，故裁决公司解除卢小姐的劳动合同不成立，鉴于卢小姐已经不再适合返回公司继续工作，判决公司以两个半月的经济补偿金为基数，支付卢小姐双倍赔偿金。

工作任务

(1) 请熟悉本案案情，分析其中用人单位有权根据工作情况调整员工工作岗位的规章制度是否合法、合理；

(2) 请解读我国关于变更劳动合同的法定条件与法定程序的法律规定；

(3) 作为企业人力资源管理工作人员，请为本案设计一套合理合法的工作流程和处理方案；

(4) 试以本案为素材，从用人单位角度编写一份《变更劳动合同协议书》。

劳动合同的变更，是指当事人双方或单方依法修改或补充劳动合同内容的法律行为。劳动合同的变更发生于劳动合同生效或成立后尚未履行或尚未完全履行期间，是对劳动合同所约定的权利和义务的完善和发展，是确保劳动合同全面履行和劳动过程顺利实现的重要手段。

劳动合同变更的一般类型指协议变更，即当事人双方协商一致即可变更。例如《劳动合同法》第四十条第一款第三项规定：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的，应当优先选择协商变更劳动合同，未能就变更劳动合同内容达成协议的才可预告辞退。

劳动合同变更的特殊类型，指在一定条件下劳动合同的单方变更，或者无效劳动合同的变更。例如，用人单位与掌握商业秘密的职工在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或该职工提出解除劳动合同后的一定时间内（不超过6个月的脱密期），调整其工作岗位，变更劳动合同中的相关内容；因劳动者违纪违章，用人单位可采用撤职、降级、降薪等纪律处分形式。再如，依据《劳动合同法》第三十八条、三十九条，对导致劳动合同无效无过错的一方当事人可选择劳动合同解除或存续。

变更劳动合同的程序，一般包括有：(1) 预告变更要求，说明变更的理由、条款、条件、答复期限；(2) 按期作出答复；(3) 签署变更协议书；(4) 各持一份变更文本或新修订的劳动合同书。

(一) 劳动合同变更的法律规定与变更情形

典型案例8 企业合并是否会影响劳动合同的履行

陈某与某煤气公司签订三年劳动合同。期间，煤气公司与天然气公司合并，成立燃气公司。公司合并后，陈某的工作岗位没有变化，新公司以原劳动合同方主体已发生变化，原劳动合同无法继续履行为由，要求员工重新签订劳动合同，否则，将以不愿意签订劳动合同为由解除劳动关系。陈某认为自己仍在原来岗位工作，原公司的所有权利义务应由合并后的燃气公司承继，不存在无法履行的事由，依据《劳动合同法》规定，合并后的公司应该履行原劳动合同为由，拒绝签订新的劳动合同。燃气公司认为自己是由两家公司合并后新成立的公司，公司名称、实质都发生了变更，原劳动合同已无法履行。随即，燃气公司做出了解除与陈某原来的劳动合同。陈某申请劳动仲裁，仲裁裁决：燃气公司不得与陈某解除劳动关系，并继续履行原劳动合同。

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情, 了解用人单位的分立与合并的基本知识;
- (2) 请分析、解读我国关于用人单位分立与合并对劳动合同权利义务履行后果的法律规定;
- (3) 作为用人单位的人力资源管理工作人员, 请设计一套用人单位发生分立或合并后劳动者劳动合同后继问题的处理意见书。

劳动合同变更的法律规定:

1、劳动合同变更的一般规定。劳动合同的变更应当采用书面形式。《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。变更劳动合同, 应当采用书面形式。”变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

2、劳动合同变更的特殊规定。《劳动合同法实施条例》第十条规定:“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的, 劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的, 新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时, 不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。”

《劳动合同法》第三十三条规定: 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项, 不影响劳动合同的履行。《劳动合同法》第三十四条规定, 用人单位发生合并或者分立等情况, 原劳动合同继续有效, 劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

《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37条规定: 根据《民法通则》第四十四条第二款“企业法人分立、合并, 它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”的规定, 用人单位发生分立或合并后, 分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。在此种情况下的重新签订劳动合同视为原劳动合同的变更。

用人单位变更的情形主要有:

1、用人单位的消灭。如破产、解散、关闭、被撤销、拍卖等。(1) 愿意被其他用人单位接受的劳动者, 须由原用人单位、接受单位、劳动者三方签署接受协议, 接受单位可以依据接受协议与劳动者重新订立劳动合同, 并对劳动者在原用人单位的工龄做出处理, 约定不再计算劳动者原有工龄的, 原用人单位应当依法支付经济补偿金;(2) 不愿意或未被其他用人单位接受的劳动者, 原用人单位可以与其解除劳动合同, 并按规定发给经济补偿金。

2、用人单位的合并。(1) 吸收合并, 即一个或一个以上的用人单位并入另一个用人单位, 并入方消灭, 接纳方存续;(2) 新设合并, 即两个或两个以上的用人单位合并为一个新用人单位。公司合并时, 合并各方债权债务应当由合并后存续的公司或新设立的公司承继。

3、用人单位的分立。(1) 存续分立, 即原用人单位将其一部分财产依照议分立出去, 成立一个或一个以上新用人单位, 原用人单位依然存在;(2) 解散分立, 即原用人单位将其全部财产依约分割后分别成立两个或两个以上的新用人单位。公司分立前的债权债务由分立后的公司承担连带责任。

(二) 劳动争议当事人的确定

《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》(法释〔2001〕14号)第十条规定: 用人单位与其他单位合并的, 合并前发生的劳动争议, 由合并后的单位为当事人; 用人单位分立为若干单位的, 其分立前发生的劳动争议, 由分立后的实际用人单位为当事人。用人单位分立为若干单位后, 对承受劳动权利义务的单位不明确的, 分立后的单位均为当事人。

(一) 变更劳动合同在实践中的应用问题

典型案例 9 未经协商而变更劳动合同争议处理

2008年9月1日,王女士被某国际知名企业录用。当日,王女士与该公司签订了无固定期限劳动合同。合同约定,每月最后一天发薪;每年年底支付与税前月基本工资等额的第13个月薪金。2009年1月,该公司将劳动合同的部分条款进行了变更,并向王女士送达了一封信函,其中载明劳动合同中的部分内容调整为:“次年度税前基本工资包括‘第13个月奖金’;自2009年起第13个月奖金将改为次年春节支付;新的整体薪酬将代替现存劳动合同中相应条款。”王女士收到该信函后未表达意见。2009年12月7日,王女士提出辞职,并于2010年1月7日正式离职。同时,王女士向公司提出,按照劳动合同的约定支付第13个月的薪金。但公司明确表示拒付第13个月薪金。2010年3月,王女士将该公司起诉至所在区人民法院,要求公司支付2009年度第13个月薪金1.4万元。

公司认为,原合同对于第13个月薪金发放的相关规定已经改变并且已经通知了刘女士,已经说明了它将代替现存劳动合同中的相应条款。王女士接到通知函后,未表示异议,应视为已默认公司变更劳动合同的行为。一审法院支持了王女士的请求,判决公司应向王女士支付第13个月的薪金。公司对该判决不服,上诉到二审法院。二审法院经审理认为,公司变更劳动合同主要内容,属合同重大事项变更,应取得王女士同意。根据案件实际情况,考虑到用人单位与劳动者之间的关系不同于一般意义的合同中双方当事人的关系,同时从充分、切实保护劳动者合法权益出发,维持原判。

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情,分析双方当事人争议焦点;
- (2) 请解读我国关于劳动合同变更形式、程序的法律规定;
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员,请根据本案设计与劳动者协商变更劳动合同的工作流程与变更文书。

与劳动者预约用人单位有权根据工作情况变更劳动合同的法律效力问题。正如上述典型案例所示,实践中,一些用人单位为了避免日后可能产生的争议,在订立劳动合同时便与劳动者在合同中约定、或者在企业规章制度中明确规定,用人单位有权根据工作需要随时调整劳动者的工作内容或岗位,而在实际调整岗位时,劳动者往往觉得这种约定显失公平。对此,比较合理的做法是:既然双方当事人在劳动合同中已经作出了此类约定,那就应当认可用人单位依合同享有的用工权,但为了防止单位滥用用工权,当双方为此发生争议时,应由用人单位举证证明其调整劳动者岗位的充分合理性,否则双方仍应按原劳动合同执行。

这里需要注意三大核心问题:第一,用人单位有权变更劳动合同的预约规定是否合法合理;第二,关于用人单位有权变更劳动合同的规则制度是否向劳动者公示或告知;第三,变更劳动合同是否经双方协商一致。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》中第十九条规定:“用人单位根据《劳动法》第四条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示的,可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”《劳动合同法》第四条也对此做了明确规定。规章制度须符合三点:第一,规章制度必须通过民主程序制订;第二,规章制度不能违反国家法律、行政法规及政策规定;第三,规章制度必须向劳动者公示。

【思考与训练】

- 1、请你根据本项目主题,调查当地用人单位履行与变更劳动合同情况,选择分析其中

典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见，并编写一份《劳动合同变更协议书》，其中注意变更形式与程序的合法性。

2、拓展训练

案情简介

绩效考核与末位淘汰的顾虑

某应用软件公司，现有员工 200 多人，是本行业有影响力的公司之一。公司最近从一家美国著名的电气公司挖来一位人力资源副总监艾先生，担任本公司的人力资源总监。艾先生来公司后，提出了一系列公司管理上的改革方案，其中有一项力度较大的措施是：实施末位淘汰法，将年终评估中最差的 10%解雇。

对此办法，公司陶老板拿不定主意，不知道该不该采用。陶老板觉得公司的员工普遍表现都很努力了，实在很难从中评出最差的 10%出来。如果强制划分 10%出来，陶老板也觉得他们不应该被淘汰。但是，艾先生的人力资源管理方案中，末位淘汰法是一个核心内容，并且此方法在艾先生原来所在公司被运用得非常有效。陶老板不知如何是好？

法理分析

如果真的要去做这个末位淘汰，那需要看看以前有没有建立绩效管理体系。

1、分析和建立各岗位的核心胜任能力，在分析和建立的过程中需要具备前瞻性。

2、初步的分析和整理出目前具备基本的核心胜任能力的人有哪些？针对那些现在还不具备核心胜任能力的人，建立一套完整的培训管理机制并马上执行，让那些没有具备的人员能迅速的成长起来。

3、你考核的依据是什么？绩效管理中我们应该遵循的规则是：能量化的尽量要量化；不能量化的要细化；不能细化的要尽量流程化、标准化。

4、在进行绩效管理前，先将基础制度和能量化的数据做出来。

5、在做末位淘汰前，需要考虑公司绩效管理体系是否完善？可操作性如何？对企业、员工的帮助又如何？

6、最后考虑绩效考核、末位淘汰是否违反劳动法的规定？

“末位淘汰制”是指用人单位根据本单位的总体规划和具体目标，结合各个岗位的实际情况，设定一定的考核指标体系，以此指标体系为标准，对一段时期内员工的工作绩效进行考核，根据考核的结果将淘汰百分比之内的员工从本岗位上予以淘汰的一种人力资源管理制度。

用人单位采用“末位淘汰”解除员工劳动关系的做法不仅没有法律根据，而且违背法律。众所周知，订立、变更、解除劳动合同是劳动者和用人单位双方的法律行为，用人单位不可以单方随便决定。员工考核成绩排名末位，有两种可能性：其一，不胜任工作而处在末位；其二，胜任工作而处在末位。如果劳动者确因“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”，用人单位可以提前三十日以书面形式通知本人，然后解除与劳动者的劳动合同。而如果劳动者完成了用人单位规定的劳动定额，虽然他的成绩排在末位，但并不属于“不胜任工作”，也不属于《劳动合同法》规定的用人单位可以解除劳动合同的几种情况。因此，公司不能以劳动者的工作业绩排在末位为由，解除未到期的劳动合同。

我国《劳动法》、《劳动合同法》对用人单位调整工作岗位的权利和解除劳动合同的权利有严格定义。所谓淘汰，即是解除劳动关系或者调整工作岗位。“末位”不是员工违纪，只不过与《劳动法》中的“不胜任”很像，绝不能将二者划等号。换句话说，即使员工不胜任，企业获得的也只是调整工作岗位的权利，并没有获得解除劳动合同的权利。所以，以“末位”

为由解除劳动合同没有法律依据，法律不应当支持。更何况“末位淘汰”是以“末位”排序代替考核，规避法律关于不胜任的规定，违背《劳动法》保护劳动者的精神。

另外，用人单位想把“在业绩考核成绩中排列末位”约定为劳动合同终止的条件，也是不行的。《劳动合同法》第44条规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位被依法宣告破产的；（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。《劳动合同法实施条例》第13条再次明确规定：“用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。”因此，劳动者及用人单位不得自行约定终止劳动合同的条件。

法条链接

《劳动合同法实施条例》第十三条：用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。

学习情境3 劳动合同的解除与终止

教学目标

能力目标: 通过学习,能够依法认定劳动合同的解除条件与终止条件;能够依法核定解除与终止劳动合同经济补偿金;能够规范编制协商解除劳动合同合同书;能够规范办理离职手续;能够规范应用证据技巧。

知识目标: 了解劳动合同解除与终止的不同内涵;熟悉劳动合同的解除与终止的法定条件;掌握解除、终止劳动合同经济补偿金的核算规律;熟悉离职手续的法律规定等。

知识与实践

一、劳动合同解除与终止概要

典型案例1 如何正确行使辞职权

2008年8月,方某进入某通用机械厂,约定劳动合同期为5年。2010年6月3日,厂方以方某一季度劳动纪律松弛、经常迟到早退的行为,符合工厂关于迟到早退扣发奖金的规定,行文扣发其一季度奖金1600元。方某随即向厂提出异议,没有结果后拒不上班。6月15日,方某以工厂扣发奖金工资为由,书面申请辞职,并要求工厂支付相应经济补偿金。工厂则以方某无故旷工十天、严重违反工厂劳动纪律为由,决定解除其劳动合同,并不支付其解除劳动合同经济补偿金。方某不服,向当地劳动争议仲裁委员会申诉。

知识与实践

- (1) 请分析本案当事人辞职申请与辞退决定的合法性;
- (2) 请解读我国关于劳动者单方解除劳动合同的法律规定;
- (3) 作为劳动者,请根据本案,依法编写一份辞职申请书;
- (4) 作为用人单位人力资源管理工作人员,请针对本案的违纪行为和解除劳动关系编写一套合理合法的处理方案,注意每一步过程的合法性。

劳动合同解除和终止,是劳动合同效力和劳动合同关系消灭的两种形式。

劳动合同解除,是指劳动合同当事人提前消灭劳动合同关系的法律行为。通过解除行为,使已经生效或成立的劳动合同在劳动合同期限届满之前或当事人丧失主体资格之前终止,从而实现当事人特定的目的。劳动合同终止,是指劳动合同所确立的劳动关系因劳动合同解除以外的法律事实而消灭。

二者的区别在于:(1)解除是劳动合同的提前消灭。对于固定期限劳动合同而言,是在合同目的完全实现之前,并且合同当事人双方仍具备法律资格时终止。终止则是劳动合同因期满、合同目的实现或当事人资格丧失而终止。(2)解除须经当事人双方协商一致或一方当事人依法行使解除权。终止则在一定法律事实出现后无需当事人双方合意和任何一方专门作出终止劳动合同的意思表示,只需当事人在具备终止的法定事由时无延续劳动关系的意思表示即可。

（一）劳动合同解除的类别与法律干预

典型案例2 因用人单位克扣或拖欠工资而解除劳动合同

叶某于2003年6月8日进入某公司从事设计工作。2008年2月22日，叶某以单位经常拖欠支付其工资为由与公司解除劳动合同，公司将叶某工资支付至当日。2008年4月7日，经单位领导签字确认，叶某正式离职。叶某认为，单位经常拖欠其工资，应按法律规定向其支付经济补偿金。公司认为，叶某是在个人提出离职的情况下与单位解除劳动合同的，根据《劳动合同法》规定，劳动者提出动议协商解除劳动合同的，单位不应当支付经济补偿金。叶某遂诉至当地劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会经审理作出裁决，单位须向叶某支付解除劳动合同经济补偿金。单位不服裁决，诉至法院。一审法院判决公司给付叶某解除劳动合同的经济补偿金22865元。公司不服一审判提起上诉，后二审法院维持了原判。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情，分析劳动者解除劳动合同的合法性；
- (2) 请解读我国关于劳动者因用人单位违法过错而单方解除劳动合同的法律规定；
- (3) 作为劳动关系协调人员，请为本案叶某设计解除劳动合同经济补偿金的法律依据和经济补偿金的核算方案。

典型案例3 劳动者拒绝用人单位违章指挥、强令冒险作业被开除

向某在某建筑公司的一个建筑工地担任班长。最近，向某所在的班组因起重设备不足，没能按期完成工作任务，耽误了该工程的整体进度，公司依据《工程进度考核奖惩办法》，扣减了林某和其所在班组的奖金。

向某对自己和本班组被扣奖金一事感到冤枉，向公司经理反映：“延误工期不是我们工人的错，而是设备不够用造成的。如果公司不给我们增加设备，下一阶段的工期还会延误，我现在丑话说在前面，到时候别又扣我们的奖金。”“缺设备好办，我给你们解决。”经理不光回答的干脆，行动也很麻利，当天下午就从另外一家建筑公司租来了一台起重机，“给你们增加这台起重机后，如果还延误工期，我看你们还有什么话说？”

第二天，向某发现公司租来的起重机是一台常年停用的老设备，许多地方出现锈蚀，钢丝绳也有轻微损伤，于是就请求公司经理安排专业人士对这台起重机进行检查。“你是不是有意就想让工程进度延误呀？”公司经理生气地对他说“你说设备不够用，我马上给你增加，可你又要检查设备，你什么意思？如果想跟我作对，你就明说好了！”

向某也是个脾气很倔的人，抱定了“起重机不检查，我们坚决不用”的态度，任凭经理怎么吼、怎么着急，他也不启用那台租来的起重机。

眼看进度提不起来，而交工日期越来越近，公司领导情急之下，以向某违反劳动合同约定的义务为理由，依据公司的规章制度，决定给予向某开除处分，解除其劳动合同。

向某不服，向当地的劳动争议仲裁委员会提请仲裁，请求裁决撤销开除决定。劳动争议仲裁委员会经过立案、审理，作出裁决，撤销公司对向某作出的开除决定，恢复双方的劳动关系，双方应继续履行劳动合同。

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情，分析本案争议焦点；
- (2) 请解读我国关于用人单位违章指挥与劳动者劳动合同履行权利的法律规定；

(3) 作为劳动者, 请为本案向某编写一份劳动争议仲裁申诉书。

从不同角度可以将劳动合同的解除分类为:

1、协议解除与单方解除。(1) 协议解除, 即劳动合同经当事人双方协商一致而解除。《劳动合同法》第三十六条规定: “用人单位与劳动者协商一致, 可以解除劳动合同。”(2) 单方解除, 即享有单方解除权的当事人以单方意思表示解除劳动合同, 也即当事人依法享有的, 无需对方当事人同意而单方决定解除劳动合同的权利(《劳动合同法》第三十七条、三十八条、三十九条、四十条、四十一条、四十二条规定)。

劳动者单方解除劳动合同的法定事由。《劳动合同法》第三十七条规定: “劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位, 可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位, 可以解除劳动合同。”《劳动合同法》第三十八条规定: “用人单位有下列情形之一的, 劳动者可以解除劳动合同: (一) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的; (二) 未及时足额支付劳动报酬的; (三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的; (四) 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; (五) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的; (六) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的, 或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的, 劳动者可以立即解除劳动合同, 不需事先告知用人单位。”

典型案例 4 劳动者因不满待遇召集部分职工罢工被用人单位辞退

阿花是某鞋业公司的一名女工, 在该公司工作了 6 年多。由于之前对自己的薪水不满, 2008 年 11 月 26 日, 当阿花得知公司近日加薪人员中没有自己的名字时, 她就喊上公司其他 20 名未纳入增薪名单的工人, 于中午时间聚集到公司门口, 要求公司老板对调薪之事给个说法。

当地劳动保障部门工作人员闻讯后迅速赶至现场, 要求双方协商解决, 阿花等人充耳不闻继续聚集吵嚷。临近下午上班时, 公司相关负责人出面劝说阿花和工人们先回工作岗位上班, 调薪之事待与公司协商解决, 但阿花等人不从, 坚持要求公司老板现场给出说法, 并先承诺加工资, 否则就不上班。

当天下午, 这 21 名工人一直采取打卡却不上班的方式与公司“叫板”。

次日, 公司出具《奖惩公告》, 公告中认为阿花等 21 名工人不听规劝, 采取罢工等极端方式向公司提出异议, 情节严重, 严重影响了公司的正常生产秩序, 违反了公司劳动纪律, 给公司造成了经济损失, 公司依《劳动法》相关规定将他们辞退。

阿花等人虽不情愿, 但也于当日结清工资离开了公司。2009 年 1 月, 阿花申请劳动仲裁, 要求公司支付经济补偿金、额外经济补偿金等近 2 万元, 市劳动争议仲裁委员会裁决驳回请求。

阿花不服, 同年 3 月, 她向市人民法院提起诉讼。最后, 法院判决驳回阿莉的诉讼请求。

工作任务

- (1) 请熟悉本案请, 分析本案争议焦点及劳动者集合人员罢工行为是否合法;
- (2) 请解读我国关于用人单位单方解除劳动合同的法律规定;
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员, 请为本案用人单位设计一套处理严重违纪行为与解除劳动合同的方案。

典型案例 5 东航飞行员“集体返航”事件

2008年3月31日,东航云南分公司从昆明飞往大理、丽江、西双版纳、芒市、思茅和临沧六地的18个航班在飞到目的地上空后,乘客被告知无法降落,航班又全部飞回昆明,这导致昆明机场更多航班延误。虽然东航官方解释是“天气原因”,但同一天飞往上述地区的其他航空公司航班则正常降落。之后,东航迫于压力,称集体返航事件有“人为原因”。集体折返的原因,据传是飞行员因为待遇低下而集体“罢飞”。无独有偶,3月份以来,民航业已经发生多起类似事件:2008年3月14日下午,同样由于认为受到了不公正的待遇,上海航空公司40余名机长同时报请病假;3月28日,东星航空公司11名机长因与公司发生劳资等纠纷,集体“告假”,导致武汉多数始发的航班停飞。

追根溯源,飞行员“罢飞”事件源于快速放开的民航投资闸门。2004年民营资本可以进入民航业筹建航空公司,但当时各航空公司飞行员总数仅一万多人,刚好能满足当时国内700多架飞机的配备需要。据民航总局预测,到2010年,我国航空运输机将达1250架,需补充6500名飞行员,而我国每年培养飞行员的总数只有600名至800名。由于民用航空公司的快速发展,需要大量的飞行员,而自己培养飞行员时间不允许,培训费又很高,最简便的方法就是去国有航空公司高薪挖人,而国有航空公司则坚决抵制,各种诉讼不断,索赔天价也挡不住飞行员跳槽。国有航空公司为了留住飞行员,与飞行员签署的都是长期合同,有的甚至是长达99年的终身合同。民航总局联合5部委发文要求“飞行员辞职必须征得原单位的同意”,要赔偿原单位70万~210万元不等的“培训费”等,甚至飞行员支付了相关费用,跳槽也不容易。据说东航飞行员集体罢飞就是因为一些飞行员按规定支付了赔偿,但因原航空公司不放档案而难以到民营航空公司工作,在飞行员跳槽遇阻力,企业内部又没有有效沟通渠道时,无奈之下,一些飞行员选择了集体罢飞这种极端手段。

“返航”事件是飞行员和航空公司之间劳资矛盾的一次“井喷”,折射出企业与员工之间的矛盾和冲突。目前,全国各大、小航空公司的飞行员“辞职门”事件都呈现愈演愈烈的态势。越来越多的飞行员因不满自己的劳动权益受侵犯以及自己的正当权利得不到保障,而选择以提出辞职的形式来维护自己的合法权益。从强行辞职到对簿公堂,再到罢飞事件,一系列的辞职案例也都告诉我们,在市场经济体制下如何协调企业与员工的利益,建立劳动者正常、有效的利益诉求渠道,避免采用极端手段来表达不满和诉求,已成为管理者、政府和劳动者需要共同面对的问题。

工作任务

- (1) 了解本案事件情形,分析其中“罢飞”、“返航”深层次原因与劳动关系的冲突问题;
- (2) 解读我国关于培训费、服务期、违约金、赔偿金以及辞职、离职手续档案等的法律规定;
- (3) 市场经济下,劳资双方由于各自利益和目标的不同常会产生分歧、纠纷,本案飞行员因不满奖金分配、征税比例等问题而与航空公司发生冲突,请你尝试为本案用人单位和劳动者设计一套积极、有效的沟通协商方案。

用人单位单方解除劳动合同的法定事由。根据《劳动合同法》第三十九条的规定:劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(1)在试用期间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)因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;(6)被依法追究刑事责任的。”《劳动合同法》第四十条规定: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:(1)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事

原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；(2)劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；(3)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。”

典型案例6 用人单位因劳动者“不能胜任工作”而解除劳动合同

2008年8月，小张进入某广告设计公司从事广告宣传策划工作，双方签订了一份为期三年的劳动合同，并约定试用期为三个月。顺利通过试用期后，小张的工作也慢慢步入了正轨，并且日渐佳境，短短的半年时间里，他便为公司创造了上百万元的业务量。

在工作能力得到认可后，2009年2月，广告公司分配给小张一个颇具难度的广告宣传计划，并要求由其独立负责完成，与此同时，他还需要协助其上级主管完成公司里其他的工作业务。然而，小张毕竟只是一个从学校里刚刚毕业没多久的学生，再加上平时的工作任务也十分繁重，由他负责的广告宣传计划最终因漏洞百出、想法不切实际而最终流产。广告公司对小张的表现十分不满。2009年7月7日，小张收到了由广告公司发出的解除劳动合同通知书，要求小张自接到通知后立即到相关部门办理离职交接手续，公司愿意支付一个月的工资作为代通金，解聘理由为不能胜任工作。对于广告公司的做法小张无法理解，他认为自己平时工作十分出色，现在仅仅只是一次工作任务未完成而已，怎么就变成了不胜任工作？公司怎能因此就将其解雇了呢？小张遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求确认广告公司解除劳动合同违法并支付相应的经济赔偿金。

开庭审理过程中，小张向劳动仲裁委提交了其岗位职责、平时工作任务分配、完成情况等书面材料，以及一张由广告公司签字确认、评价小张在试用期期间工作表现为“优秀”的考核表；而广告公司则提交了小张设计的广告计划、以及未能完成这次工作任务的证明材料，进而证明小张不能胜任工作。最终，劳动争议仲裁委员会认为广告公司解除劳动合同的行为缺乏法律依据，因此裁决支持了小张的仲裁请求。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情，分析双方当事人争议焦点；
- (2) 请解读我国关于用人单位解除不胜任工作岗位劳动合同的法律规定，并明确用人单位支付经济补偿金的核定办法；
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员，请你为本案小张的工作岗位设计一份“岗位说明书”，以证明岗位人员胜任工作与否的认定标准。

2、法定解除与约定解除。(1)法定解除，即劳动者或用人单位在符合劳动法规定条件的情况下，单方解除劳动合同。(2)约定解除，即劳动者或用人单位在符合集体合同或劳动合同依法约定的条件情况下，单方解除劳动合同，其中不得违反我国法律的禁止性或限制性规定。

3、有过错解除与无过错解除。(1)有过错解除，即由于对方当事人的过错行为而导致劳动合同解除，其中有过错解除条件由法律规定（见《劳动合同法》第三十八条、三十九条规定）。(2)无过错解除，即在对方当事人无过错行为或其过错行为轻微情况下单方解除的劳动合同（见《劳动合同法》第三十六条、三十七条、四十条、四十一条规定）。

4、劳动者单方解除。(1)预告辞职，即以劳动者向用人单位预告为辞职的程序性条件《劳动合同法》第三十七条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”(2)即时辞职，指劳动者无需向用人单位预告就可随时辞职。《劳动合同法》第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：(1)未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳

动条件的；(2) 未及时足额支付劳动报酬的；(3) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；(4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；(5) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；(6) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。之外，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

5、用人单位单方解除劳动合同。(1) 即时辞退，指用人单位无需向劳动者预告或额外支付劳动者工资就可随时通知辞退（《劳动合同法》第三十九条）。(2) 预告辞退，指用人单位经向劳动者预告后辞退劳动者（《劳动合同法》第四十条）。

6、裁员。裁员指用人单位一次性预告辞退部分劳动者，以此作为改善生产经营状况的一种手段。裁员是预告辞退和无过错辞退的一种特殊形式。根据《劳动合同法》第四十一条的规定，裁员制度仅限于规模裁员，即一次性裁减 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上的。

裁员的许可性条件包括：(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。

裁员的法定程序包括：(1) 提前 30 日向工会或全体职工说明情况；(2) 提出裁减方案；(3) 征求工会或全体职工意见；(4) 向当地劳动行政部门报告；(5) 公布裁减方案，办理解除劳动合同手续等。

典型案例 7 百度“闪电裁人”，4 小时裁 40 多人

2007 年 7 月 10 日，百度在 4 小时内完成了对该公司企业软件事业部（ES）40 多名员工的裁员活动，而这个决定的宣布仅用了几分钟，在事件发生之前，被裁掉的员工表示并不知情，这也是百度成立以来的首次裁员行动。

此次裁员毫无征兆，员工被要求在 4 小时内离开。“2006 年 7 月 10 日，我们突然接到邮件通知，要求下午 2 点全体部门员工召开重要会议。出人意料的是 COO（运营总监）朱某与人力资源总监鲁某此时出现在会议室。”昨天下午，一位在此事件中被裁掉的前百度员工向记者讲述了事件的经过。

“一直以来，大家都做得很努力，不过 ES 这块业务的成长性不够好，公司已经决定撤销 ES 部门。”朱某的话令所有员工惊讶，可令人吃惊的还在后面。

“给各位 4 小时的时间来办理交接手续，将笔记本、门卡等物品交还给公司，并离开公司，18:00 之前公司将关闭相关 ERP 账户和邮件系统。”鲁某说这句话的时候已经是下午 2 点 30 分，距被要求离开公司的时限不足 3 小时。据该员工回忆，ES 中仅有运营总监幸免，目前他也被调到客户端软件部。

人走茶凉。“人走茶凉，心寒啊！”这是一名被裁员工 MSN 上最新签名，他在接受记者采访时表示，如果企业遇到困难需要辞退部分员工，至少应该提前通知，就这样来个“突然袭击”让人心寒，他说部分被裁员工最近有起诉百度的打算。

被裁掉的员工们猜测，此次裁员的原因可能是“ES 部门不大可能赚钱”。在百度的财报上看到，百度主要的收入来源来自广告、竞价排名和企业软件三个方面，其中竞价排名的收入占到总收入的 90% 以上。

据了解，百度曾获得“2005 年 CCTV 中国年度最佳雇主”称号，也获得 2006 年最佳雇主新上榜企业奖，但被裁员工很难觉得它现在是最佳雇主。被裁员工透露，他们的补偿金并非按照 HP、IBM 等国际公司“N+6”或“N+7”的赔偿方案（其中 N 为员工在该企业的工作年头），甚至还低于联想的“N+3”，是采取了“N+1”的赔偿方式。“我们当初来百度就

是因为有期权。”期权成为被裁员工心中最大的“痛”，百度在裁撤ES部门后，收回了对员工发放的剩余期权。而该部门拥有期权的人数占了总期权的20%，这部分期权金额超过千万元。

裁员是正常的战略收缩。对此次裁员，百度方面有关负责人的解释是，这是正常的战略收缩。百度公司华南区公关经理张某表示：软件事业部是在公司诞生之初盈利模式还不清楚的情况下成立的，负责研发和经营企业信息管理解决方案类软件部门，现在已经与百度主要提供的搜索引擎服务不相吻合。张经理同时透露：虽然最终裁员的决定本周才对外发布，但此项战略意图却在半年前就已在公司内部有所暗示，该部门员工早已基本了解公司的这一意图。他明确表明：裁员的相关人员已按《劳动法》的有关条款和劳务服务协议规定的内容妥善安置，其中一部分转到其他部门工作，另有十几人已被提前解除劳务合同，后者已领到了相应的补偿金。

（资料来源：中国劳动社会保障出版社2009年6月版《劳动争议案例》）

工作任务

（1）了解本案案情，分析其中是否存在违法情形，并分析公司人力资源管理在该裁员风波中是否会造成公司形象不可估量的损失；

（2）解读我国关于用人单位“裁员”的法定条件与法定程序的规定；

（3）假设你是百度公司人力资源管理工作人员，请你为本案裁员决策提供一套合法的裁员计划方案；

（4）假设你是本案中的劳动者，请你根据本案案情草拟一份劳动争议仲裁申请书。

7、禁止性规定。预告辞退和裁员的禁止性规定。《劳动合同法》第四十二条明确规定不得根据第四十条、四十一条规定解除劳动合同的情形包括：（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（5）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。

8、工会对用人单位单方解除的干预。《劳动合同法》、《劳动法》《工会法》均明确规定：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。

9、“代通金”与额外支付一个月工资。具备《劳动合同法》第四十条情形之一的，用人单位可以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。其中的“代通金”，指解除劳动合同通知后三十天内用人单位应当支付的工资，可以按当月实际工资水平支付。额外支付一个月的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。

根据《劳动合同法》的规定，劳动合同解除制度的主要内容，可概括如下图：

劳动合同解除制度概要图示

劳动 合同 的 解 除	协议解除(第 36 条)	无条件解除				补偿或 不补偿
	单方解除	辞职	预告 辞职	一般预告辞职(第 37 条)	无条件解除	不补偿
				试用期内预告辞职(第 37 条)		
			即时 辞职	随时通知辞职	许可性条件(第 38 条)	补偿
				无需通知辞职	许可性条件(第 38 条)	
		辞退	即时 辞退	随时通知辞职	许可性条件(第 39 条)	不补偿
				一般预告辞退	许可性条件(第 40 条)	补偿
			预告 辞退	禁止性条件(第 42 条)	许可性条件(第 41 条)	
				裁员	禁止性条件(第 42 条)	

(上图改编于王全兴著《劳动法》法律出版社 2008 年 7 月第 3 版 P173)

(一) 劳动合同的终止

典型案例 8 医疗期与劳动合同的终止

1998 年,余某被劳务派遣至一家世界五百强企业工作。2004 年 12 月,余某与该企业签订劳动合同,劳动合同期限为 2005 年 1 月 1 日至 2006 年 12 月 31 日止,工作岗位为上海区域销售经理,每月工资为 10875 元。

2006 年 11 月 23 日,余某因病进入某医院治疗,后经诊断为“焦虑抑郁症”,之后余某一直请病假休医疗期,公司每月按上海市最低工资的 80%向余某支付工资。2007 年 7 月,该公司书面通知余某的医疗期为 9 个月,并将于 2007 年 8 月 23 日届满,双方劳动关系也将于该日到期终止。

余某认为,首先,根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》,实际工作年限为 10 年以上,在本单位工作年限 5 年以上 10 年以下的医疗期为 9 个月,同时,《关于贯彻<企业职工患病或非因工负伤医疗期规定>的通知》规定,对某些患特殊疾病(如癌症、精神病、瘫痪等)的职工,在 24 个月内尚不能痊愈的,经企业和劳动主管部门批准,可以适当延长医疗期。其次,根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条“劳动者患病或者非因工负伤,经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的,用人单位应按其在本单位的工作年限,每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金,同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费,患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十,患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百”的规定,以及《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第二十二规定“劳动者患病或者非因工负伤,合同期满终止劳动合同的,用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费;对患重病或绝症的,还应适当增加医疗补助费”。最后,根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十一条“本办法中经济补偿金的工资计算标准是指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。用人单位依据本办法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时,劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的,按企业月平均工资的标准支付”的规定。

余某收到公司的医疗期终止通知书后多次与公司协商延长医疗期事宜,双方未能达成一致。随后,余某向劳动争议仲裁委员会提起仲裁,要求撤销公司对余某做出的医疗期终止决定,顺延劳动合同至2008年11月23日,支付余某未休年假的工资,同时,提出如“撤销公司对余某做出的医疗期终止决定,顺延劳动合同至2008年11月23日”的申诉请求不被支持的话,就判令公司向余某支付六个月工资的医疗补助费65000余元。

工作任务

- (1) 请根据本案案情,明确余某患抑郁症应休的医疗期为9个月还是24个月的理由;
- (2) 请根据法律规定,咨询解答关于在医疗期内劳动合同期限届满,依法顺延至医疗期满的情形下,用人单位是否需要向合同终止的职工支付6个月工资的医疗补助费,并讲明其中理由;
- (3) 请解读国家有关规定,分析医疗补助费的支付标准是按职工患病期间的月平均工资还是原来工资标准支付,并明确其中理由。
- (4) 假设你是用人单位的人力资源管理工作人员,请你为本案设计一套合理合法的处理方案。

劳动合同终止,是指劳动合同所确立的劳动关系因劳动合同期满、目的实现或当事人资格丧失等法律事实而消灭。

1、劳动合同终止的法定事由。《劳动合同法》第四十条规定的终止情形包括:(1)劳动合同期满的;(2)劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的;(3)劳动者死亡,或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的;(4)用人单位被依法宣告破产的;(5)用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的;(6)法律、行政法规规定的其他情形。

另外,《劳动合同法实施条例》补充规定,下列情形下,用人单位可以终止劳动关系:(1)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;(2)劳动者达到法定退休年龄的;(3)以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成的;(4)用人单位依法终止工伤职工的劳动合同,且依法支付经济补偿、一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金的。

2、劳动合同的延期终止。劳动合同期满时,因存在法定特殊情形,劳动合同应当延续至相应法定情形消失时终止,它是劳动合同期满终止的例外规定。根据《劳动合同法》第四十五条的规定,劳动合同延期终止事由包括:(1)从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查,或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的;(2)在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;(3)患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;(4)女职工在孕期、产期、哺乳期的;(5)在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄不足五年的;(6)法律、行政法规规定的其他情形。例如,《工会法》第十八条规定:“基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起,其劳动合同期限自动延长,延长期限相当于其任职期间;非专职主席、副主席或者委员自任职之日起,其尚未履行的劳动合同期限短于任期的,劳动合同期限自动延长至任期期满。但是,任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。”

根据《劳动合同法》的规定,劳动合同终止制度的主要内容,可概括如下图:

劳动合同终止制度概要图示

终止种类	终止事由		是否补偿(第46条)
一般终止 (第44条)	劳动合同期满		一般补偿,法定例外不补偿
	劳动者	开始依法享受基本养老保险待遇	

	死亡，或被宣告死亡，或失踪	
	用人单位被宣告破产，被吊销营业执照、责令关闭、撤销或用人单位决定提前解散	有补偿
延期终止 (第45条)	具备《劳动合同法》第42条规定的禁止辞退的情形之一	不补偿，但因工丧失劳动能力者可享受工伤保险待遇

二、劳动合同解除与终止的经济补偿

典型案例9 随意解除劳动合同与经济补偿争议处理

刘某，生于1960年，1995年入职于某水泥厂从事厂区卫生清洁工作。刘某在职期间，该单位并未为其办理过社会保险，也一直没有签订过劳动合同。在2007年12月25日，也即《劳动合同法》生效实施前五日，该单位突然书面通知刘某办理离职手续，理由为年纪较大，不宜承担重体力工作。同时，要求刘某在当天签署离职协议书、领取当月工资、代通知金、相当于12个月工资的经济补偿金。面对工厂的强硬手段，刘某只能被迫离开。

离开单位一个月后，刘某向该单位所在地的劳动争议委员会提出了劳动争议申请。刘某认为工厂违法解除劳动关系，应当按照自己的工作年限、经济补偿金的两倍承担赔偿责任，并补交多年欠缴的社会保险费，同时做职业病鉴定。而厂方认为，双方是协商一致终止劳动关系，符合《中华人民共和国劳动法》第二十四条规定，不存在违法解除劳动关系的情况，同时认为刘某从事的清洁工作不属于职业病鉴定范围。

工作任务

(1) 分析本案工厂辞退刘某是否属于违法解除劳动合同，刘某可否要求用人单位补交以往欠缴的社会保险费，清洁工作可否做职业病鉴定；

(2) 请解读我国关于解除劳动合同经济补偿金的法律规定，并请依法核定本案用人单位应当支付给刘某的经济补偿金额；

(3) 本案发生在《劳动合同法》即将实施的前一周，作为人力资源管理工作人员，面对刘某和工厂的争议，你会站在哪一方，并阐述你的理由。

(一) 支付经济补偿的法定事由

根据《劳动法》第二十八条、《劳动合同法》第四十六条，以及《劳动合同法实施条例》的有关规定，用人单位支付劳动者经济补偿的法定事由包括：

- 1、用人单位依法与劳动者协商解除劳动合同的。
- 2、劳动者因用人单位具有《劳动合同法》第三十八条违反法律规定情形之一而即时辞职的。
- 3、用人单位因劳动者具有《劳动合同法》第四十条规定的健康、劳动能力情形之一，或用人单位客观情势发生重大变化导致原劳动合同不能继续履行、经协商变更不成而预告辞退劳动者的。
- 4、用人单位具有企业破产重整、生产经营发生严重困难等客观情势重大变化导致原劳动合同无法履行而实行裁员的。
- 5、用人单位根据劳动合同期满而终止到期劳动合同的。
- 6、用人单位因被依法宣告破产，或被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。

7、以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的。

8、用人单位自用工之日起超过一个月因劳动者不与其订立书面劳动合同而书面通知劳动者终止劳动关系的。

解除与终止劳动合同经济补偿情形

序 号	经济补偿情形	补偿量
1	单位与劳动者协商而解除	不超过 12 个月
2	劳动者因单位过错而解除	劳动者实有工龄
3	医疗期满不能工作而解除	劳动者实有工龄
4	劳动者两次不能胜任工作而解除	不超过 12 个月
5	客观情势重大变化而解除	劳动者实有工龄
6	依法定条件裁员而解除	劳动者实有工龄
7	合同到期终止单位不续订	2008 年后起算工龄
8	单位破产、关、销、散、吊而终止	劳动者实有工龄
9	事实劳动关系满月后而解除	2008 年后起算工龄
10	终止以完成一定工作任务而合同	2008 年后起算工龄

（二）经济补偿的标准

1、经济补偿一般标准。按照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；六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。其中的月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的规定，经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者的月平均工资。

2、经济补偿计算基数。劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满 12 个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

3、经济补偿特殊标准。劳动者月工资高于所在地上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按不超过职工月平均工资三倍的数额支付，支付经济补偿的工龄年限最高不超过十二年；劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付（《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十一条）。

4、工作年限的特殊计算规则。（1）军队退伍、复员、转业军人的军龄计算为接受安置单位的连续工龄（《关于复转军人军龄及有关人员工龄是否作为计算职工经济补偿金年限的答复意见》、《兵役法》、《军队转业干部安置暂行办法》、《关于退伍义务兵安置工作随用人单位改革实行劳动合同制度的意见》）；（2）组织调动、企业分立、合并后经济补偿金年限的计算，劳动者因企业合并、合资、名称变更等原因而改变工作单位的，其改变前的工作年限可以计算为本单位工作年限，企业改制改组中已经向劳动者支付经济补偿金又被重新录用的，其改制前的工作年限可以不计算入改制后单位的工作年限。

（三）《劳动法》和《劳动合同法》解除与终止的经济补偿比较

《劳动合同法》第九十七条第三款规定：《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同在《劳动合同法》施行后解除或者终止，依照《劳动合同法》规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自《劳动合同法》施行之日起计算；《劳动合同法》施行前按照当时有关规定，用人单

位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。

旧法与新法关于经济补偿规定的比较

补偿条件或标准	旧 法	新 法
协议解除	有补偿	用人单位提出协商解除的才补偿
预告辞退	有补偿	有补偿
即时辞职、裁员	有补偿	有补偿（试用期内辞职的除外）
终止合同	无补偿	非劳动者本人原因而终止的才补偿
补偿标准	按本单位工作年限，每满一年支付一个月工资；本人月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付；用人单位协商解除或劳动者不胜任工作被解除的经济补偿年限最多不超过十二个年	按本单位工作年限，每满一年支付一个月工资；月工资高于当地上年度月均工资三倍的，按职工月均工资三倍的数额支付，补偿年限最高不超过十二年
规定依据	《劳动法》第 28 条、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》	《劳动合同法》第 46 条、47 条

（四）劳动合同解除与终止的医疗补助费

1、劳动合同解除的医疗补助费事由。根据原劳动部 1994 年发布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定，劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位支付经济补偿金同时，还应发给不低于六个月工资的医疗补助费，患重病或绝症的还应当分别增加不低于 50% 或 100% 的数额。

2、劳动合同终止的医疗补助费事由。根据原劳动部 1996 年发布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》规定和有关解释，劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，医疗期满或医疗终结被鉴定为 5-10 级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费；对患重病或绝症的，还应适当增加医疗补助费。

（五）员工离职程序与手续

劳动合同当事人结束劳动关系时，应当依法履行一定的离职手续。

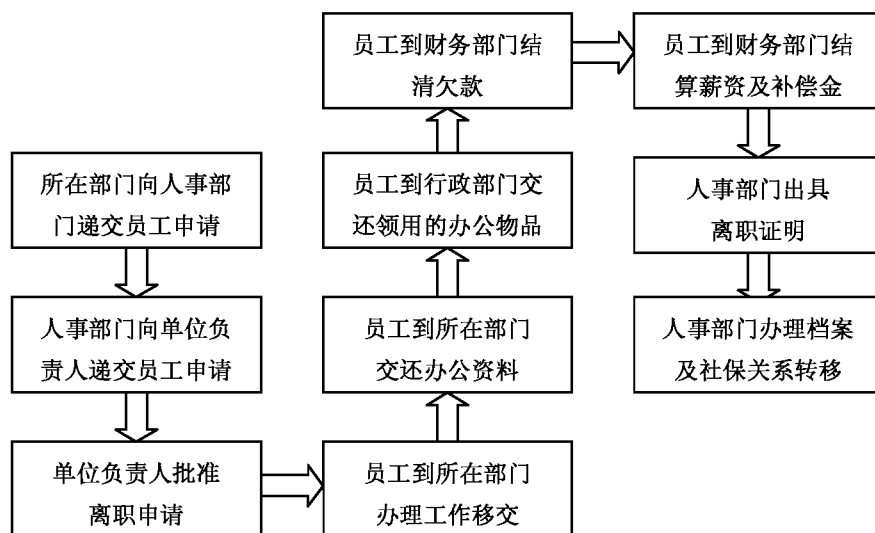
劳动者应当按照双方的约定，办理工作交接手续。用人单位依照《劳动合同法》有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。也即，劳动者未依规定办理工作交接手续的，用人单位可依法暂不支付相应经济补偿金。

根据《劳动合同法》第五十条的规定，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。

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。

根据《劳动合同法》第八十四的规定，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，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。

员工离职程序图



三、解除与终止劳动合同的后果

(一) 劳动合同解除与终止后的法定义务

劳动合同解除或终止后,基于诚实信用原则,当事人负有善后阶段所承担的履行通知、协助、保密等多项义务。

1、用人单位方的善后法定义务:(1)出具解除或终止劳动合同的证明,证明中应写明劳动合同期限、解除或终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限,其中一般不得记载劳动合同终止或解除的事由,也不得记载对劳动者评价之事项;(2)提供加盖公章的职业健康监护档案复印件(《职业病防治法》第三十三条);(3)在30天内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续;(4)应当支付经济补偿金的须在办结工作交接手续时支付;(5)劳动合同文本须保存二年以上时间;(6)对于劳动者的个人材料负有保密义务;(7)不得扣押劳动者档案或其他物品(《劳动合同法》第八十四条)。

2、劳动者的善后法定义务:(1)办理工作交接,妥善处理自己在合同解除或终止前经手的事物;(2)返还、归还因工作需要而使用、占用用人单位电脑、汽车、图纸、设计方案、企划方案等财产、资料的义务;(3)保守用人单位的商业秘密和与知识产权有关的秘密事项。

(二) 违法解除与终止劳动合同的后果

典型案例 10 西门子违法解除劳动合同,135万元赔偿创出天价

谢先生1995年6月进入上海西门子移动通信有限公司担任销售工作。2003年10月,被调入西门子(中国)有限公司担任公司安徽省总经理。截止到2008年解除合同前,谢先生的月工资是5万元,在用人单位工作年限总共十三年,2008年4月18日,公司单方无理由将其解雇。谢先生6月向浦东劳动争议仲裁院申诉,要求恢复劳动关系。公司方坚持不肯恢复劳动关系,谢先生遂提出300万元的补偿要求。后经双方自愿调解达成协议,方最终就补偿135万元达成一致。

工作任务

- (1)熟悉本案案情,分析双方争议焦点;
- (2)请分析解读我国关于用人单位或劳动者违法解除劳动合同的罚则规定;
- (3)作为劳动争议仲裁工作人员,请你为本案设计一个合法的处理方案,其中注意经济补偿金与赔偿金的核定。

典型案例 11 企业如何追偿职工造成的损失

张某2006年12月应聘到一家生产服装的企业做销售工作,与企业签订了为期两年的劳动合同,合同中约定张某从事的工作为销售,月工资为保底工资1300元加上按销售额一定比例的提成。企业规章制度关于销售人员的管理中规定到:经办代销的服装,如果在3个月之内既没有返回货款,也不能将代销的服装完整收回,则销售员本人要承担这些代销服装无法收回的损失等。

2009年11月,张某按照企业规定的批准程序,为他人从仓库提走价值为2万元的服装去代销,之后,张某一直未能把代销货款返回企业。2010年3月,由于张某已经无法找到当时的代销人,企业作出了由张某赔偿代销服装2万元的决定,并开始从张某工资中每月扣除500元。张某不服企业的处理决定,认为企业在劳动合同以外的企业规章制度不具有法律

约束力；本人保底工资为每月 1300 元，如果从工资中每月扣除 500 元，自己月工资所得将低于当地最低工资 1120 元的标准，无法保证其基本生活，要求企业如数发放工资。

工作任务

(1) 请分析本案争议焦点，明确企业规章制度是否有效，其是否可以依据关于销售人员管理的规章制度要求张某承担赔偿责任的责任，企业应如何执行因劳动者过错造成的损失赔偿责任。

(2) 解读我国关于因劳动者原因导致企业损失的赔偿责任规定。

(3) 作为企业方管理人员，请你设计一套处理这一损失的工作方案。假设张某一旦辞职走人，企业方可通过什么渠道保护自身合法权益。

1、优先强制继续履行。《劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行”。但强制继续履行合同须符合三个条件：(1) 用人单位已实施违法解除或终止劳动合同的行为；(2) 劳动者有继续履行劳动合同的要求；(3) 用人单位有继续履行劳动合同的现实条件。

2、赔偿责任。(1) 用人单位违法解除赔偿责任。《劳动合同法》第四十八条和八十七条规定：用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。《劳动合同法实施条例》第二十五条规定：用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。(2) 劳动者违法解除赔偿责任。《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。

四、事业单位聘用合同管理

事业单位与职工按照国家有关法律、政策的要求，在平等自愿、协商一致的基础上，通过签订聘用合同，明确聘用单位和受聘人员与工作有关的权利和义务。人员聘用制度主要包括公开招聘、签订聘用合同、定期考核、解聘辞聘等制度。通过实行人员聘用制度，转换事业单位用人机制，实现事业单位人事管理由身份管理向岗位管理转变，由行政任用关系向平等协商的聘用关系转变，建立符合社会主义市场经济体制要求的事业单位人事管理制度。

事业单位凡出现空缺岗位，除涉密岗位确需使用其他方法选拔人员的以外，都试行公开招聘。聘用单位成立与人员聘用工作相适应的聘用工作组织，严格人员聘用程序。聘用工作组织由本单位人事部门负责人、纪律检查部门负责人和工会代表组成，根据需要也可以聘用有关专家参加。人员的聘用、考核、续聘、解聘等事项由聘用工作组织提出意见，报本单位负责人员集体决定。

人员聘用的基本程序是：(1) 公布空缺岗位及其职责、聘用条件、工资待遇等事项；(2) 应聘人员申请应聘；(3) 聘用工作组织对应聘人员的资格、条件进行初审；(4) 聘用工作组织对通过初审的应聘人员进行考试或考核，根据结果择优提出拟聘人员名单；(5) 聘用单位负责人员集体讨论决定受聘人员；(6) 聘用单位法定代表人或者其委托的人与受聘人员签订聘用合同。聘用合同期满，岗位需要、本人愿意、考核合格的，可以续签聘用合同。

聘用合同由聘用单位的法定代表人或者其委托的人与受聘人员以书面形式订立。聘用合同必须具备下列条款：(1) 聘用合同期限；(2) 岗位及其职责要求；(3) 岗位纪律；(4) 岗

位工作条件；（5）工资待遇；（6）聘用合同变更和终止的条件；（7）违反聘用合同的责任。经双方当事人协商一致，可以在聘用合同中约定试用期、培训和继续教育、知识产权保护、解聘提前通知时限等条款。

（一）聘用合同的解除

1、聘用单位随时单方解除。根据《国务院办公厅转发人事部关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》规定，聘用单位、受聘人员双方经协商一致，可以解除聘用合同。受聘人员有下列情形之一的，聘用单位可以随时单方面解除聘用合同：（1）连续旷工超过 10 个工作日或者 1 年内累计旷工超过 20 个工作日的；（2）未经聘用单位同意，擅自出国或者出国逾期不归的；（3）违反工作规定或者操作规程，发生责任事故，或者失职、渎职，造成严重后果的；（4）严重扰乱工作秩序，致使聘用单位、其他单位工作不能正常进行的；（5）被判处有期徒刑以上刑罚收监执行的，或者被劳动教养的。

对在试用期内被证明不符合本岗位要求又不同意单位调整其工作岗位的，聘用单位也可以随时单方面解除聘用合同。

2、聘用单位预告性解除。受聘人员有下列情形之一的，聘用单位可以单方面解除聘用合同，但是应当提前 30 日以书面形式通知拟被解聘的受聘人员：（1）受聘人员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聘用单位安排的其他工作的；（2）受聘人员年度考核或者聘期考核不合格，又不同意聘用单位调整其工作岗位的，或者虽同意调整工作岗位，但到新岗位后考核仍不合格的。

3、受聘人随时解除。有下列情形之一的，受聘人员可以随时单方面解除聘用合同：（1）在试用期内的；（2）考入普通高等院校的；（3）被录用或者选调到国家机关工作的；（4）依法服兵役的。

4、受聘人延续解除。受聘人员提出解除聘用合同未能与聘用单位协商一致的，受聘人员应当坚持正常工作，继续履行聘用合同；6 个月后再次提出解除聘用合同仍未能与聘用单位协商一致的，即可单方面解除聘用合同。

（二）禁止解除聘用合同的情形

受聘人员有下列情形之一的，聘用单位不得解除聘用合同：（1）受聘人员患病或者负伤，在规定的医疗期内的；（2）女职工在孕期、产期和哺乳期内的；（3）因工负伤，治疗终结后经劳动能力鉴定机构鉴定为1至4级丧失劳动能力的；（4）患职业病以及现有医疗条件下难以治愈的严重疾病或者精神病的；（5）受聘人员正在接受纪律审查尚未作出结论的；（6）属于国家规定的不得解除聘用合同的其他情形的。

（三）解除与终止事业单位聘用合同经济补偿

1、支付经济补偿的情形。根据2002年《国务院办公厅转发人事部关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》，有下列解除聘用合同情形之一的，聘用单位应当根据被解聘人员在本单位的实际工作年限向其支付经济补偿：（1）聘用单位提出解除聘用合同，受聘人员同意解除的；（2）受聘人员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聘用单位安排的其他工作，聘用单位单方面解除聘用合同的；（3）受聘人员年度考核不合格或者聘期考核不合格，又不同意聘用单位调整其工作岗位的，或者虽同意调整工作岗位，但到新岗位后考核仍不合格，聘用单位单方面解除聘用合同的。

2、经济补偿标准。经济补偿以被解聘人员在该聘用单位每工作一年，支付其本人1个月的上年月平均工资为标准；月平均工资高于当地月平均工资3倍以上，按当地月平均工资的3倍计算。聘用单位分立、合并、撤销的，应当妥善安置人员；不能安置受聘人员到相应单位就业而解除聘用合同的，应当按照上述规定给予经济补偿。

（四）法律责任

受聘人员与所在聘用单位的聘用关系解除后，聘用单位要按照国家有关规定及时为职工办理社会保险关系调转手续，做好各项社会保险的衔接工作。

受聘人员经聘用单位出资培训后解除聘用合同，对培训费用的补偿在聘用合同中有约定的，按照合同的约定补偿。受聘人员解除聘用合同后违反规定使用或者允许他人使用原所在聘用单位的知识产权、技术秘密的，依法承担法律责任。涉密岗位受聘人员的解聘或者工作调动，应当遵守国家有关涉密管理的规定。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查当地解除或终止劳动合同情况，选择并分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见，并编写一份《劳动合同终止证明书》，其中注意合同期限、工作年限、终止原因、终止时间、是否支付经济补偿等因素。

2、拓展训练

案情简介 1

如何解除不胜任岗位员工的劳动合同

汪某是某工厂的车工，与工厂签有五年期的劳动合同。刚开始，汪某对自己每天八小时都要在车床前站立工作很不适应。下班时，往往是两腿酸软，疲惫不堪。半年以后，他才渐渐地适应了这份站立式的工作。

没想到，一次体检时，汪某被检查出右腿骨头里长有肿瘤。根据医生的建议，汪某做了肿瘤切除手术。为此，汪某连续休病假三个月，休满了他应享受的医疗期。病愈回厂上班时，工厂继续安排他做车工工作。但汪某认为，自己的身体已不能从事车工工作了，并出示了医院开具的诊断证明，证明自己因切除腿部肿瘤时，已将大腿骨的一部分一并切除，不能够长时间站立。同时，汪某提出了要求厂领导把他调换到仓库当管理员或其他不需要长时间站立

的工作岗位的请求。

对于汪某的请求，厂领导表示不同意，并与汪某商量，如其不能从事车工工作，是否愿意与工厂解除劳动合同。汪某表示不同意解除劳动合同，也不可能再干车工工作了。双方因没有找到一个好的解决方案而僵持起来。

几天后，工厂人事部经理对厂长说：“其实，按照法律规定，汪某既然已经享受完了医疗期，我们工厂就可以决定和他解除劳动合同了，没有必要非得征求他的同意，工厂只需要提前三十日通知他就可以了。”听了人事经理这番话后，工厂作出了企业单方与汪某解除劳动合同的决定，并提前三十日通知了汪某。

如果你是该企业的 HR，如何操作才能顺利的与汪某解除劳动合同而不必承担法律上的风险？

如果你是劳动仲裁员，面对这样的案件您会如何处理？提出您的结论依据。

法理评析 1

工厂人事部经理的说话是有失偏颇的。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 35 条规定：“请长病假的职工在医疗期满后，能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。”《劳动合同法》第四十条第（一）款“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”。所以工厂不能轻易与汪某解除劳动合同。

作为 HR，不能盲目听从部门经理或主管作出辞退人员的要求，凡事应从多个角度考虑。

本案例中，HR 经理不应该简单地提出解除劳动合同的解决方法。在正式处理前，首先要调查汪某在过去的工作态度是否符合公司文化；其次，要考虑公司是否有合适的职位空缺；然后再从法律角度寻找出路。具体决策方案可以有以下几种：

1、如果汪某过去一直是一名好员工，非常勤恳，公司不妨为其安排到合适的空缺职位，这样可以所有员工看到公司人性化管理的一面，增强员工的归宿感。

2、如果汪某一直表现不好或一般，或确实没有空缺职位可以另行安排，可以使用劝辞的方法，给被解雇者最体面的主动辞职机会，让他自己辞职，但公司同时还按照辞退方式给予补偿，达到双方互相理解、和谐解决的目的。对汪某做一个合适的评价，也可以是以感谢为主，因为这些不是为被解雇这看的，而是为还在继续工作的人看的。当然，这要求 HR 具有很好的谈判技巧。

3、可以依法解除汪某劳动关系。先由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度标准进行劳动能力鉴定，被鉴定为五级至十级的，按程序与其解除劳动合同，并按《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》给予支付经济补偿金和医疗补助费。

4、如果证据、手续齐全，可以从以下几个方面考虑辞退汪某：（1）将汪某安排在需要有一定时间站立的工作岗位；（2）以岗位调整为由降低其工资标准；（3）及时收集其工作表现方面不合适的证据；（4）及时与工会沟通单方解除劳动关系事宜。

法条链接 1

《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：……（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。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第七条：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，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位工作的年限，工作时间每满一年，发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。

案情简介 2

正当终止合同时，遭遇病假

2009年12月4日，劳动合同终止前，人事部顾经理找到吕琴芯，正式向其提出终止劳动合同的意向，同时，将一份《终止劳动合同意向通知书》交给了吕琴芯，吕琴芯当场收到通知书后未表示任何反对意见。12月10日，吕琴芯在通知书的回执上签了字，并去财务部结算了2009年12月31日以前的工资。正当，在吕琴芯同公司办理终止劳动关系手续的同时，吕琴芯因神经疼、支气管哮喘等病卧床不起，12月23日上午，吕琴芯将病假条送至公司人事部申请病假，人事部经理看了吕琴芯送交的病假条后，当即表示“吕琴芯已在《终止劳动合同意向通知书》上签字，此时送交请假条，并且没有任何任何三级甲等医院证明（公司规章制度中要求），所以申请病假已无意义”。

对于公司的上述作法，吕琴芯感到非常不解，2009年12月28日愤然向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求公司将双吕琴的劳动合同延续至医疗期满。

吕琴芯认为：自己与公司签订的合同到12月31日才到期，职工在合同有效期间患病应当享受医疗期，而在医疗期期间，企业是不能与职工终止劳动合同的。于是，吕琴芯请求公司将合同延续至医疗期满。而公司认为：劳动合同期内直至办理终止劳动合同手续时，申诉人从未请过病假，也没向被上诉人交过任何诊断证明，公司与其终止劳动合同根本不涉及医疗期的问题。因此，对吕琴芯的请求，公司将未予理睬。

法理评析 2

本案涉及的主要问题是关于职工社会保险方面的法律、法规规定。关键性问题是：

劳动者处在医疗期内，用人单位是否可以依据以前签订的劳动合同的规定，终止双方的劳动合同关系。

《劳动合同法》第四十条规定：“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：（一）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；”《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人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：……（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的”。从上述两条法律规定的內容中可以清楚看出：在医疗期内，用人单位不得解除与其聘用职工的劳动合同，只有医疗期满后，用人单位才可以解除劳动合同，并且必须提前30日以书面形式通知劳动者。为了进一步明确医疗期的概念及医疗期的期限等问题，1994年12月1日，原劳动部颁布了《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》。该规定第2条规定：“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。”该规定第3条规定：“企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，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个月的医疗费：……（二）实

际工作年限 10 年以上的,在本单位工作年限 5 年以下的为 6 个月”。劳动法律、法规之所以对医疗期作出规定,究其原因,主要是为劳动者在患病时提供物质保障,解决劳动者的后顾之忧,消除社会不安定因素,提高劳动生产率。

本案中,公司于 2009 年 12 月 7 日通过其人事部经理向吕琴芯送达《终止劳动合同意向通知书》,随后,吕琴芯在该通知书回执上签字,此签字是否可以认作双方协商解除劳动合同的行为呢?当然回答是否定。申诉人在“意向通知书”回执上的签字表示收到了用人单位的书面通知,并且签字中也没明确表示提前终止劳动合同的内容。此外,用人单位单方面解除劳动合同的,必须提前 30 日通知劳动者,如果把吕琴芯在回执上的签字的行为视作解除劳动合同的行为,不仅与事实不符,同时也与法律规定相悖。

因此,公司与吕琴芯的劳动合同在医疗期满后才能终止。

法条链接 2

《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:(一)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。

第四十二条: 劳动者有下列情形之一的,用人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:……(三)患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条 劳动者患病或者非因工负伤,经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的,用人单位应按其在本单位的工作年限,每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金,同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费,患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十,患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。

项目三 民主管理与规章制度争议处理

学习情景 1 企业民主管理争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够依法组织职工代表大会会议工作;能够进行工会对劳动关系的干预工作;能够草拟并实施企业规章制度;能够依法应用证据规则和技巧。

知识目标: 通过学习,应当了解职工代表大会与企业工会组织在劳动关系管理中的取权和作用,掌握依法制定企业规章制度的内容、程序和生效条件。

知识与实践

一、职工代表大会制度

典型案例 1 大连日企罢工事件与企业民主管理

2005年7月27日企东芝大连有限公司500多名员工发起了大连日资企业罢工风潮。罢工起因是大连劳动监察部门发现该公司有员工加班超过36小时的现象,于是给东芝公司下达了“整改通知”。但东芝公司为了不降低产能,提高了生产线的速度,将每个工作流程由20秒压缩到14秒。这样劳动时间缩短了,劳动强度却增大了。原来需要加班才能干完的活,现在压缩在正常工作时间内,员工们无法按时完成,而且“取消”加班后,员工薪水降低。一些生产线很快出现产品积压情况,日方科长对此表示不满。于是,有员工表示,他们将以罢工抗议。

7月27日,东芝公司一个生产电动机的流水线停工,该车间数百名员工罢工,提出要涨工资。闻讯赶来的日本管理人员宣称,将解雇参与者,重新招人。双方形成对峙。3小时后,全厂停工。

罢工惊动当地政府,大连市开发区管委会与总工会开始介入,协调双方被激化的矛盾。最后,日方妥协,同意每月增加150元工资,厂庆时每位员工奖励1000元,工人复工。

东芝员工罢工加薪的成功先例,给了大连市开发区其他企业员工启发。9月初,罢工涨薪情绪波及佳能大连有限公司。

9月9日,佳能公司厂庆,早晨8时,1600多名工人聚集到公司的体育馆前举行罢工。佳能的罢工者向厂方提出涨200元工资,废除女工23岁被解雇的规定以及追加取暖费补助等12条意见。双方僵持不下时,佳能公司的中方管理层与工会主席站出来,他们答应了员工提出的一些条件,包括涨工资。但9日下午3时,情势直转而下,开发区管委会与总工会介入,表示不能答应涨薪要求,并称按法律规定,罢工非法。罢工者群情激奋,表示绝不答应复工。

10日赶上周末,佳能公司做出决定,将罢工态度坚决的B班员工放假。剩下一波A班员工则由相关部门、工会及公司中方管理层进行劝说工作。据员工们反映,劝说者挨个进宿舍要求员工签字答应复工,并声称不工作就开除,甚至大连所有单位都不录用。

11日傍晚,数千名拒绝签字的员工纷纷走出宿舍,聚集在紧靠宿舍区的东北大街上,抗议政府强行复工。他们人越积越多,坐满整个街道,在马路上露宿到天明。

佳能公司员工罢工加薪的热情和坚持,引发了其他日企企业工人的强烈同情。12日,日本电产大连有限公司员工首先声援罢工,9000多人参加。一周内,罢工波及三菱、东芝、日新工机和旭染织毛巾等十几家日资企业,罢工人达3万余人。

(资料来源:改编自:凤凰周刊,2005,34)

工作任务

- (1) 通过本案,分析集体协商制度和职工代表大会或职工大会制度的必要性;
- (2) 解读我国关于集体协商、职工代表大会制度的法律规定;
- (3) 请为本案用人单位设计关于劳动定额、工作时间、休息休假时间规章制度的职代会工作方案;
- (4) 试调查、分析我国关于罢工行为性质的法律规定及其利弊。

(一) 基本概念

职工代表大会(或者职工大会,下同),是企事业单位实行民主管理的基本形式,是协调劳动关系的重要制度,是经由职工民主选举所产生的职工代表组成的、代表全体职工行使

民主管理权力的机构。企事业单位的工会是职工代表大会的日常工作机构。工会依照法律规定通过职工代表大会或者其他形式,组织职工参与本企业的民主决策、民主管理和民主监督。

职工代表大会(简称职代会)制度,是企业实行民主管理的基本形式,是职工通过民主选举,组成职工代表大会,在企业内部行使民主管理权力,实现劳动者与用人单位平等协商的一种制度。

职工代表大会制度的主要任务是:贯彻执行党和国家的方针、政策,正确处理国家、企业、职工三者的利益关系,在法律范围内行使职权,调动职工积极性,保障劳动者和用人单位双方的合法权益和地位。

企事业单位应当保障职工代表大会依法行使职权,保障职工依法享有知情权、参与权、表达权和监督权。

(二) 职工代表大会的作用

1、职工代表大会有利于统一员工思想。一般来讲,每届职工代表大会上行政领导都要作行政工作报告,全面总结以往的工作,并安排新年度的工作计划。这一过程,对于各领导、各部门、各员工来讲,是总结成绩、寻找差距、提出目标的过程,新年度将有什么新的思路和举措,都可以通过职工代表大会或职工大会向职工代表宣传,职工代表再向职工宣传。

2、职工代表大会有利于增强民主管理。职工代表大会在每次会议前都应收集提案,在开会时组织职工代表讨论。这一过程,其实就是采集群众意见的过程,也是收集合理化建议的过程。对于企业领导决策、改进工作方法,创新工作思路,无疑会起到十分重要的作用。

3、职工代表大会有利于加强领导班子建设。一个企业的工作搞的如何,领导班子的素质和工作业绩非常重要。领导班子建设除了成员自身的业务素质、自身的工作能力、自身的工作方法之外,群众的监督至关重要。在职工代表大会上,职工代表对领导班子进行民主评议,这无疑对领导团队能起到鞭策和激励的作用。

4、职工代表大会有利于加快企业依法管理的进程。企业文化建设很重要的一个内容就是规章制度健全与否、企业领导是否在依法管理。而一个企业规章制度的健全是一个不断完善和改进的过程。任何一项制度的出台,都应依法通过职工代表大会或职工大会的表决通过 and 一定方式的公示程序方能生效。

5、职工代表大会有利于企业财务管理规范化。职工代表大会除了党政领导的行政报告、重要讲话和出台规章制度之外,财务预决算报告也是必不可少的一个重要项目。由分管财务的负责人向职工代表大会公布财务收支、业务招待费使用情况等,无疑能增强财务管理人员规范管理财务的自觉性。

(三) 法律依据

我国《劳动合同法》第四条明确规定:用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,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。

在规章制度和重大事项决定实施过程中,工会或者职工认为不适当的,有权向用人单位提出,通过协商予以修改完善。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。

(四) 三方机制与集体协商

县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表,建立健全协调劳动关系三方机制,共同研究解决有关劳动关系的重大问题。

工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同,并与用人单位建立集

体协商机制，维护劳动者的合法权益。

（五）职工代表大会工作程序

典型案例2 南航海南公司解除900名临时工劳动关系与职代会

近期，中国南方航空海南公司出台重大举措，将与该公司约900名临时性合同工（临时工）解除劳动关系，转为劳动派遣用工（劳务工）。

“南航海南公司将解除临时工劳动关系”的消息一经传出，该公司部分临时工开始向海南省总工会等有关部门反映情况。2007年11月14日至15日，南航海南公司数名临时工代表在海口接受了记者采访。他们认为，南航此举是企业为了规避即将于2008年实施的新《劳动合同法》。根据这部法律，劳动者在用人单位工作连续满10年的，应当订立无固定期限劳动合同。虽然有关部门解释说无固定期限劳动合同并不等同于计划经济体制下的“铁饭碗”，只要符合法律规定的情形，用人单位仍可以终止劳动关系。但一些企业，包括南航海南公司，还是担心这项规定不利于公司长远发展，因而在新法律正式实施前“突击行动”，先解除这900名临时工的劳动关系，再以劳务工的方式对这些临时工重新雇用。

“听到这个消息，我心里是非常难受，我到海南为南航工作了那么多年，最终却以这样的方式结束劳动关系。”一位在南航海南公司工作了12年的临时工无奈地说道。他同时表示，用人单位应该主动承担责任，而不应逃避责任。毕竟，企业不仅仅只是追求自身利益最大化的经济主体，也同样应该是主动承担社会责任的载体。和上面这位临时工一样，目前在南航海南公司工作10年以上的临时工有约170人。他们之中有很多人认为，公司在《劳动合同法》实施前夕作出这一举措，不排除有降低人力成本的考虑。

据了解，南航海南公司解除900名临时工的劳动关系以后，将与海南省安泰保劳务服务中心签订劳动事务代理协议。被解除劳动关系的临时工将统一转为劳务工，即临时工将与海南省安泰保劳务服务中心签订劳务合同，转为劳务工之后，由该中心派遣到南航海南公司工作，而劳务工与南航海南公司再没有直接的劳动关系。

南航海南公司党委工作部部长张争鸣接受记者采访时称：“为保障劳务工的根本利益，南航还将于劳务工签订上岗合同。由临时工转为劳务工，只是转变了隶属关系而已，南航保证劳务工原来的待遇不变，工作岗位不变。”张争鸣告诉记者，公司与临时工解除劳动关系后，将严格按照有关法律法规，对转为劳务工的临时工进行经济补偿，并缴齐或者补缴各项社会保险。此外，临时工转为劳务工以后，劳务公司要对劳务工的就业情况负责，即使以后有些劳务工离开南航，但也可以通过劳务公司在社会上寻求新的工作岗位。

据介绍，目前已有部分临时工跟南航海南公司签订了解除劳务关系协议书，而此项工作将在近段时间内完成。

（资料来源：人民网海南视窗，2007-11-16）

工作任务

- （1）了解本案情况，分析南航海南公司的行为是否违法，是否存在有意规避法律的因素；
- （2）解读我国《劳动合同法》溯及力的具体规定内涵；
- （3）假设你是企业工会干部，请根据法律规定，明确工会组织与职工代表大会在本事件中可以有的一些积极作为，并请设计一套针对此类行为进行干预的工作方案，以预防群体恶性事件的发生和扩大。

职工代表大会的工作程序一般包括以下几个步骤：

- 1、大会执行主席核实出席大会的职工代表人数。到会职工代表超过代表总数的三分之

二，即可宣布开会。开幕词应简要讲清本次大会的目的、意义、中心议题和主要任务。此后宣布大会议程。应当注意会前正式通知职工代表，企业行政方面应安排好各项工作，保证代表的出席率。职工代表有特殊情况不能出席会议的，应向代表团（组）请假。

2、企业领导人做工作报告。报告主要内容应包括企业以往工作情况、存在的问题及改进措施，企业发展计划、基本建设、重大技术改造方案、有关改善职工生活福利的情况等。如工作报告已事先发给代表进行充分讨论，可针对职工代表提出的意见，作出说明。

3、企业行政有关负责人做专题议案报告。凡应提交职工代表大会审查或审议的方案，均应由行政有关负责人向大会报告，说明制定的依据、目的和具体实施办法，也可针对职工代表对议案的意见作出说明。

4、工会主席做工作报告。工会主席及职工代表大会专门小组负责人就上次职工代表大会决议落实情况、职工代表提案处理情况、集体合同执行情况等向大会作出报告。工会主席还要就职工代表大会闭会期间，职工代表团（组）长和专门小组负责人联席会议处理的重大事项，向大会作出说明，提请大会确认。

5、职工代表分组讨论。以职工代表团（组）为单位，就以上报告、议案分组进行讨论。同时对大会的各项决议草案和需经大会选举的候选人进行酝酿。大会主席团成员分别参加本代表团（组）的讨论。各代表团（组）应指定专人认真记录职工代表的讨论发言，整理归纳后，将讨论意见向主席团汇报。

6、大会发言。安排时间让代表在大会上发言，可由各代表团（组）推选代表，在大会上陈述本团（组）讨论审议的意见和建议，也可让职工代表自由发言。

7、选举。根据有关决定和实际需要，选举参加董事会、监事会、劳动争议调解委员会的职工代表，参加工资协商的职工代表和企业领导人等；根据大会主席团的提名，表决通过职工代表大会专门小组的人选；表决通过其他需经职工代表大会选举的人员。

8、表决。对有关的各项方案和大会决议、决定草案进行表决。

9、致闭幕词。宣布大会结束。

（六）职工代表大会相关制度

职工代表大会的工作制度，是职工代表大会进行活动的规范性规定，也是企业制订职工代表大会实施细则的内容。职工代表大会的工作制度具有相对的独立性，一般主要指以下两个制度：

1、民主管理联席会议制度。（1）民主管理联席会每季召开一次，由企业工会主席主持，由企业工会委员、各专门委员会负责人、各代表组长（车间工会主席）参加。（2）根据会议内容及需要，可邀请党政负责人或其它有关人员参加，协商处理，并向下一次职工代表大会报告予以确认。

2、职工代表提案（意见）处理制度。（1）征集提案，每半年征集一次，应结合职工代表大会工作进行。（2）征集的提案，由工会负责分类整理，并建立提案卡，交有关领导或部门认真研究处理和解答。（3）领导对提案解答处理期限，从接到提案之日起，不得超过三十天，处理意见要通过会议或提案卡反馈形式与职工代表见面后归档。

二、工会组织

典型案例3 沃尔玛组建工会了

1976年创立至今,一直保持着在美国国内绝不雇佣工会成员的记录。自1996年在华设立分店以来,沃尔玛在我国101个城市设立了近189个商场,有职工5万多人,继续其不组建工会的惯例。中华全国总工会与其进行了长达10年的博弈。2006年7月29日,沃尔玛深国投百货有限公司晋江店工会正式成立,这是全球最大连锁零售商沃尔玛在中国的首个工会组织。29日,在泉州市总工会8楼会议室,25名来自沃尔玛深国投百货有限公司晋江店的工会会员按照中国工会章程,投票选举出了第一届工会委员的7名委员。29岁的柯云龙当选为这个新成立工会的主席。从7月29日起的七天内,沃尔玛在中国的4家门店成功组建工会,在曾有“拒建堡垒”之称的沃尔玛,工会的组建一个接一个。随后的10余天里,又陆续组建了5家工会。8月10日沃尔玛发出一纸声明:正在采取具体步骤,协助中华全国总工会在沃尔玛所有中国商场内组建基层工会组织。随后,中国各地沃尔玛分店工会在短时间内如雨后春笋般地发展到了19家,涉及晋江、深圳、南京、福州、济南、沈阳、大连、南昌、青岛、武汉、太原11个城市。沃尔玛各地分店工会与管理层经过会谈约定:沃尔玛各分店行政依法行使经营管理权,动员和组织职工完成经营任务,并承诺与分店行政平等合作,相互支持,共谋企业和谐发展。

工作任务

- (1) 了解沃尔玛在中国商场组建工会的好处,明确工会组织在企业中的作用;
- (2) 请解读我国关于工会组织及其工作的法律规定;
- (3) 假设你是企业工会干部,请你设计一套向企业、劳动者宣传《劳动合同法》的方案。

(一) 基本概念

工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。工会组织代表职工的利益,依法维护职工的合法权益。推动《劳动合同法》的贯彻实施是工会履行职能的重要体现。按照工会法的规定,工会是职工代表大会的日常工作机构,维护职工合法权益是工会的基本职责,工会应当做好组织召开职工代表大会的工作,依法保障一线职工代表在职工代表大会中的比例,协助具有参与能力和参与热情的职工被选举为职工代表,对选举结果进行公示,最后对职工代表做一定的培训,以保证其有参政、议政的意识和能力。这一制度保障了企业在制定规章制度时,不止有工会代表,还有能参政议政的职工代表。

典型案例4 普华永道怠工事件

2004年6月、7月,普华永道——这个全球最大的会计师事务所遭遇了它在中国近17年经营史中少有的麻烦:6月份始发北京办事处并不断波及上海、广州等区域的“集体怠工”事件,使其大中华区管理层焦头烂额。他们不得不面对这样的无奈现实:相关业务势必延期、接单数量将受影响……

最先举事的是位于北京光华路嘉里中心北京普华永道员工,导火索是因大量员工不满6月底开始的工资调整计划。6月底,普华永道公布的每年例行薪金调整安排遭遇到了相当一批员工的反对!他们普遍认为薪资调整幅度太小,平均薪金只上调了10%~20%左右,尤其是级别低的员工上调幅度更小,与其余三大会计师事务所普遍上调30%以上甚至最高几乎增加40%~50%相比,他们感到极度失落。而与薪金调整幅度形成鲜明对比的是,2004年

普华永道中国区业务量大幅增加，连获诸如中国银行高达数千万美元的审计大单，猛增的业务量让加班成了普华永道审计师们的家常便饭，他们经常通宵达旦地工作，但巨大的工作量并没有让多数员工感到实惠，事实证明他们的付出与收益不成正比。因此，他们质问资方为什么普华在中国的业务最多、规模最大，而工资待遇却是最低？但普华员工得不到任何资方高层的答复。

7月1日，上百名员工在嘉里中心18层与中国区合伙人展开第一场对话。员工要求，至少将目前的薪酬提高到同业水平；改变长期无休止的加班现象，如果加班，必须支付相应的加班费；改变不近人情的惯例方式，增强员工的归属感。他们还强烈要求成立工会组织，使权益保障长期化，但结果是毫无作用，资方显然毫不示弱。随后，资方再次错过工方代表设定的给予答复的最后期限——7月8日。但参与怠工运动的员工并未放弃，他们开始选择继续怠工或集体辞职，表现出不屈不挠的姿态。参加怠工人数统计仅仅北京直接出面的就有200多人，且波及范围迅速扩大，从最初的北京迅速蔓延到上海、深圳等事务所，很多员工以电子邮件和网上评论等不同方式声援。7月16日（星期五）是普华永道高级审计员约定的“起事”日期：如果资方还不直接支付加班费（OT pay），则将采取“No OT pay, No OT”对策。即如果没有加班工资，那就不加班；到了5点半，全都提包走人。

就在“起事”的前一天，7月15日下午，为确保能在约定时限之前完成进行中的审计项目按时向“客户”交货，公司高层决定做出两项“让步”。欧化永道大中华区管理合伙人Silas Yang对大陆和香港的所有员工通报了决定。两项针对加班工资的措施是：每月加班时间的头36小时将被相应支付工资，超出36小时之外的加班时间将不被直接支付工资，转作休息时间。第二，原本于8月发放的04年年终分红提前下发，高级审计员得到的数额在3万到4万之间。

怠工情绪已相当缓解。但是，众多高级员工认为并没有解决实际问题，这两项应急措施虽能暂缓众怒，但没有全面彻底地用计划来消除员工的工作负担和压力。他们认为原因有二，首先，因为员工的实际加班时间远远多于36小时，支付头36小时的工资只是补偿了一小部分工作量，而对36小时之外的时间转作休假处理并不现实，项目一个接着一个，根本没有时间休假；其次，此次相当一部分高级员工是因为薪资低于初级员工而举事，但由于普华永道薪资结构设计上的弊端，使这一部分员工并没如愿，经理层和高级员工都感到不满。

因此，有业内人士认为，普华永道资方为解决眼下危机施以的两个方案可能收到的效果十分有限，其具有绝对话语权的高级员工一定会选择继续与资方谈判。更有业内人士分析：“普华永道管理层要想避免持续的震荡，应该研究普华永道在人力资源体系和薪资结构设计上的管理漏洞，对症下药求改，方可高枕无忧。”

（资料来源：改编自：程苓峰，普华永道罢工事件追踪，天极网，<http://www.chinabyte.com>）

工作任务

- （1）通过本案反映的怠工事件，分析企业设立工会组织的积极意义；
- （2）试总结我国关于工会组织都有哪些法律规定，具体有哪些内容；
- （3）假设普华永道公司将建立工会组织的话，请你为其起草一套工会组织的工作程序与工作内容方案，并设计一套类似本案劳资风波的协调工作方案。

（二）工会的作用

1、工会组织帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同。现阶段，很多劳动者的知识文化水平有限，尤其是大量进城务工人员，在签订劳动合同时，往往不能很好地保护自己的利益，迫切需要工会帮助、指导、教育签订劳动合同的重要性，如何签订劳动合

同，违反劳动合同需要承担什么样的责任，发生劳动争议应当怎么办等等问题，以避免或减少劳动争议的发生。

2、与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。企业工会或者职工代表与企业方代表围绕有关调整劳动关系事宜和集体合同的订立展开商谈活动的集体协商机制，是集体合同制度的重要组成部分。集体协商是订立集体合同的必经程序。依法订立的集体合同对企业和企业全体职工具有法律约束力，是对劳动者的“兜底性”保护。职工个人与企业订立劳动合同中的劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。

3、与企业协商制定规章制度。实践中，有些用人单位的规章制度不违法，但不合理、不适当。比如，有的企业规章制度规定只有几分钟的吃饭时间；一天只能上几次厕所，一次只能几分钟等等。这些规定虽然不违反法律、法规的规定，但不合理。因此，《劳动合同法》规定在规章制度实施过程中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，用人单位对此意见应该听取，并通过与工会或者职工进行协商后对规章制度进行修改完善。

4、监督用人单位履行劳动合同、集体合同的情况。《劳动合同法》第七十八条规定：“工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有权提出意见或者要求纠正；劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。”《工会法》规定，工会通过职工代表大会或其他形式实施民主监督，对企事业单位违反职工代表大会制度和其他民主管理制度，工会有权要求纠正，保障职工依法行使民主管理的权利。对企业违反劳动法律、法规的行为，应当代表职工与用人单位交涉，要求单位采取措施予以改正。工会应当帮助、支持职工依法申请仲裁和提起诉讼。

5、参与劳动关系三方机制。《劳动合同法》第五条规定：“县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决有关劳动关系的重大问题。”其中，与劳动者和用人单位利益有直接的、重要影响的、关乎全局劳动关系的重大问题，如劳动就业、劳动报酬、社会保险、职业培训、劳动争议、劳动安全卫生、工作时间和休息休假、集体合同和劳动合同等，必须由政府劳动行政部门、同级工会和企业方面代表组成的三方机制组织共同研究解决，以建立规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定的社会主义新型劳动关系。

（三）企业工会在劳动规章制度的制定和劳动合同解除中的作为

1、规章制度中的作为。《劳动合同法》特别规定：用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

根据法律规定，制定或决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或重大事项有四个重要环节：第一，用人单位具有提议权；第二，职工大会或职工代表大会具有提出方案和意见的讨论权；第三，用人单位与工会协商确定权；第四，最后的公示。四个环节缺一不可，其中第三项即为工会特殊作用所在。

2、劳动争议调处中的作为。中华全国总工会《关于进一步加强企业工会工作充分发挥企业工会作用的决定》总工发〔2010〕39号（2010年7月26日中华全国总工会第十五届执行委员会第四次全体会议通过）特别强调了企业工会组织在劳动争议调处和纠纷化解工作中的重要作用。

三、集体合同制度

典型案例 5 集体合同的生效程序

内蒙古某汽车修理公司是一家大型汽修企业，主要从事汽车修理等业务。企业拥有职工几百人，企业的职工代表大会有 20 来人。由于公司领导人经营决策正确，管理有方，职工积极性高涨，公司承揽了大量汽车修理业务，效益较好。应单位职工的要求，公司准备与职工代表签订集体合同。

由于公司处于发展阶段，人手比较紧张，大家经常加班加点。最重要的是每到逢年过节时，员工们还要倒休，大家对此颇有怨言，都期待着这次订立集体合同会对休息休假制度进行完善。谁知，签订集体合同时，公司领导请职工代表吃了顿饭就把集体合同中有关休假的规定删掉了，只写了一条根据实际工作情况倒休。

然后，公司一边把集体合同送去审批登记，一边在公司内部公布了集体合同书。

员工们有人看过关于休息休假的宣传文件，知道公司的休假制度不合理。于是，员工们把意见反映到公司，要求合理安排休息时间。公司领导答复说，今年的集体合同已经签订完了，等明年签订集体合同时再考虑这个问题吧。再说，公司近来工作紧、任务重，大家就辛苦一下吧。而且这也是跟职工代表大会协商过后才做出的协议，大家要遵守嘛，克服一下吧！

员工们说是这样说，可回头想想集体合同已经签了，实在是没有办法了，也就算了。吧。

没想到，过了一个星期，来了一个通知，说集体合同没有通过，还得再做修改。而且，没有通过的原因就是休息休假那部分，工人们很高兴，说差点就让公司给蒙了。

工作任务

- (1) 明确集体合同的法律概念,了解本案情况,分析本案中有什么违法因素;
- (2) 解读我国关于集体合同生效条件的法律规定;
- (3) 假设你是用人单位的工会工作人员,请你为本案用人单位起草一份订立集体合同的工作流程方案,其中注意公示或告知方式的应用。

(一) 集体合同含义

集体合同,是指工会与用人单位或其团体为规范劳动关系而订立的,以全体劳动者的共同利益为中心内容的协议。集体合同与劳动合同相比较,有如下主要区别:

- 1、当事人不同。劳动合同当事人为单个劳动者和用人单位;集体合同当事人为劳动者团体(工会)和用人单位或其团体。
- 2、目的不同。订立劳动合同的主要目的,是确立劳动关系;订立集体合同的主要目的,是为确立劳动关系设定具体标准。
- 3、劳动合同以单个劳动者的权利和义务为内容,一般包括劳动关系的各个方面;集体合同以集体劳动关系中全体劳动者的共同权利和义务为内容,可能涉及劳动关系的各个方面,也可能只涉及劳动关系的某个方面。
- 4、效力不同。劳动合同对单个的用人单位和劳动者有法律效力;集体合同对签订合同的单个用人单位或用人单位团体所代表的全体用人单位,以及工会所代表的全体劳动者,都有法律效力,集体合同的效力一般高于劳动合同的效力。

(二) 我国集体合同的立法概况

在1983年的《中国工会章程》、1986年的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》和1992年制定、2001年修改的《工会法》中,都规定工会可以代表职工与企事业单位行政方签订集体合同;在《劳动法》中,将集体合同置于劳动合同并列的地位,并对集体合同的内容、订立和效力做了原则性规定;1994年劳动部制定、2004年劳动和社会保障部重新颁布修改的《集体合同规定》,就集体合同的签订、审查和争议处理做了较具体的规定;1995年全国总工会制定的《工会参加平等协商和签订集体合同试行办法》,就工会对集体合同运行各环节的参与,规定了较具体的规则;1996年劳动部、全国总工会、国家经贸委和中国企业家协会专门发出《关于逐步实行集体协商和集体合同制度的通知》,提出“集体协商和集体合同制度是市场经济条件下协调劳动关系的有效机制。当前重点应在非国有企业和实行现代企业制度试点的企业进行”;2000年劳动和社会保障部专门颁布了《工资集体协商试行办法》;2006年劳动和社会保障部、中华全国总工会和中国企业联合会发布《关于开展区域性行业性集体协商工作的意见》;2007年制定的《劳动合同法》中,设专门一节对集体合同制度的基本问题做了规定。

总之,集体合同不止可以弥补劳动立法的不足,还可以弥补劳动合同的不足。在保护劳动者利益和协调劳动关系方面,集体合同具有劳动法规和劳动合同所无法取代的功能。

（三）集体合同的分类

1、基层集体合同和区域性、行业性集体合同。根据《劳动合同法》第五十三条和《关于开展区域性、行业性集体协商工作的意见》（劳社部发[2006]32号）的规定，行业性、区域性集体合同的适用范围为：县级及其以下区域的小型企业或同行业企业比较集中的乡镇、街道、社区和工业园区；行业以建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业为主；主要适用于非公有制企业，这些企业大多规模较小，职工流动性较大，工会力量薄弱，职工合法权益受侵害现象时有发生，劳动关系矛盾较为突出。

2、专项集体合同和综合性集体合同。综合性集体合同的内容较为广泛，涉及劳动条件、劳动保护、劳动关系、争议处理等诸多问题。专项集体合同，是指用人单位与企业职工一方，就劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等劳动关系的某项内容，通过集体协商签订的转向书面协议。

（四）集体合同的形式和期限

1、集体合同的形式。我国《集体合同规定》明确要求集体合同应当采用书面形式，口头形式的集体合同不具有法律效力。

集体合同的形式还有主件和附件之分。主件即指综合性集体合同，其内容一般涉及劳动关系的各个方面。附件即专项集体合同，是就劳动关系的某个方面的事项签订的专项协议，如工资协议。

2、集体合同的期限。我国《集体合同规定》规定，集体合同的期限为1~3年，在集体合同约定期限内，双方代表可对集体合同履行情况进行检查，每年可对集体合同进行修订。

（五）集体合同订立的主体及原则

典型案例6 集体谈判双方代表的资格

2007年初，某化工企业的400多名职工要求与企业签订一份集体合同。由于企业刚成立，尚未组建工会，部分职工就委托本企业的5名职工和当地商会的李某作为代表，向企业提出就业工资标准、工资支付方法、工时制度、劳动定额标准、休息休假、劳动条件、安全技术措施及各项保险、福利等内容进行集体协商的要求。企业经过考虑，对员工的要求表示同意。双方约定在2月25日，由各方的代表在企业的会议室里就集体合同的具体约定进行协商。当日，商会的李某和5名职工作为职工方的代表参加了集体协商会议，企业总经理（兼法定代表人）并未到场，而是由企业的一位副总理、人事部门经理和律师3人代表企业参加协商会议。经过认真热烈的讨论，双方就协商内容基本达成一致，李某作为职工方的首席代表在集体合同草案上签了字，副总经理作为企业方的首席代表也签字认可。随后，李某等职工代表将集体合同草案向全体职工作了公布，但一些职工对合同协商内容及李某的代表资格却表示不满，发生了争议。

工作任务

- （1）了解集体谈判的有关知识；
- （2）解读我国关于集体谈判代表的法律规定；
- （3）试收集当地集体谈判资料，并就本案素材草拟一份谈判工作方案。

1、集体合同订立的主体，也即集体合同签约人，包括劳动者方和用人单位方。

劳动者方签约人：我国《集体合同规定》、《工会法》等法律法规只赋予基层工会委员会以集体合同签约人资格，没有建立工会组织的企业，允许由职工推举的代表充当集体合同签约人。

用人单位方签约人：根据我国现行立法规定，与工会相对的集体合同当事人只限于用人

单位，也即单位行政（法定代表人）才是集体合同签约人。

适用范围：根据《集体合同规定》和《劳动合同法》的规定，我国集体合同制度适用于中华人民共和国境内的各类企业，以及实行企业化管理的事业单位。

区域性和行业性集体合同的签约人和当事人：从劳动者一方而言，当事人为区域性工会组织或行业工会组织，签约人为区域性工会组织或行业工会组织选派的代表，首席代表由工会主席担任。企业方的当事人为区域内的企业联合会/企业家协会或其他企业组织，签约人由区域内的企业联合会/企业家协会或其他企业组织、行业协会选派，也可以由上级企业联合会/企业家协会组织区域内的企业主经民主推选或授权委托等方式产生，首席代表由企业方代表民主推选产生。

代表人数：集体协商双方的代表人数应当对等，一般每方 3~10 人。双方首席代表可以书面委托专家、学者、律师等专业人员作为本方的协商代表，但委托人数不得超过本方代表的 1/3。首席代表不得由非本单位人员代理。用人单位代表不得与职工代表相互兼任。职工方代表由本单位工会选派，未建立工会的由本单位职工民主推举，并经本单位半数以上职工同意。用人单位方代表由用人单位法定代表人指派，首席代表由单位法定代表人担任或由其书面委托的其他管理人员担任。

代表职责：（1）参加集体协商；（2）接受本方人员质询，及时向本方人员公布协商情况并征求意见；（3）提供与集体协商有关的情况和资料；（4）代表本方参加集体协商争议的处理；（5）监督集体合同的履行；（6）法律、法规和规章规定的其他职责。

2、订立集体合同遵循的原则。包括有：（1）合法原则；（2）平等合作原则；（3）协商一致原则；（4）兼顾国家、企业和职工利益原则；（5）维护公共秩序原则。

（六）集体合同的订立阶段

典型案例 7 劳动合同的标准不得低于集体合同标准

一年前，陈师傅经朋友介绍到某高科技企业从事市场研发工作，同时与企业签订了为期 3 年的劳动合同。合同中规定：陈师傅工资每月计发一次。在合同履行期间，工会与企业通过平等协商签订了集体合同。合同规定：凡企业员工每年年终可额外享受第 13 个月的工资。于是，陈师傅向企业提出补发其第 13 个月工资的要求。但企业领导表示，陈师傅的劳动合同已明确约定了工资支付的次数，双方应当严格按照合同的约定履行，不同意再支付其第 13 个月的工资，双方为此产生争议。陈师傅认为：双方虽然在劳动合同中约定了劳动报酬的支付次数，但此后集体合同规定了员工每年增发第 13 个月的工资，作为企业员工，自己有权享受集体合同中规定的待遇。企业则认为：劳动合同是企业与每个劳动者签订的协议，集体合同是企业与工会签订的有关劳动条件和劳动标准的综合性协议，不适合于单个的劳动者，不同意给陈师傅补发第 13 个月的工资。

工作任务

(1) 明确集体合同订立程序与生效条件,了解本案情况,分析单位方对劳动者的所为所言是否符合法律规定;

(2) 解读我国关于集体合同与劳动合同效力层级的法律规定;

(3) 假设你是本案用人单位的工会工作人员,请你设计一份提请企业行政方纠正本案劳资问题的工作方案。

集体合同订立阶段分为签约阶段、政府确认阶段和公布阶段。

1、签约阶段。按照合意过程是否有集体谈判可分为谈判型和非谈判型两种模式。

谈判型签约:也即集体谈判,又称集体协商,是签约双方代表签订集体合同进行商谈的法律行为。主要工作环节有:(1) 谈判准备,如确定谈判代表,拟定谈判方案,预约谈判内容、日期和地点,指定谈判记录员,等等;(2) 谈判举行,就合同内容达成协议后,制作集体合同书,由双方首席代表签字,加盖签约人公章。

非谈判型签约:主要工作环节有:(1) 起草,由单位行政方和工会各派代表若干人组成起草小组,拟定集体合同草案;(2) 讨论,由工会组织全体职工讨论集体合同草案,将讨论中的意见集中给起草小组;(3) 审议,起草小组根据职工讨论提出的意见对集体合同草案进行修改后,提交职代会或职工大会审议通过;(4) 签字,工会主席和用人单位法定代表人在经审议通过的集体合同文本中签字。

集体协商:根据《劳动合同法》和《集体合同规定》等的规定,用人单位与本单位职工签订集体合同,应当采取集体协商的方式。其中主要工作环节有:(1) 确定集体协商代表;(2) 集体协商准备工作,如熟悉有关法律、法规、规章制度,收集双方协商意向意见,拟定协商议题,确定协商时间、地点等事项,共同确定一名非代表协商记录员;(3) 集体合同草案经职代会讨论半数通过,并由双方首席代表签字。

2、政府确认和公布阶段。(1) 审查机构,县级以上劳动行政部门的劳动合同管理机构负责对集体合同进行审查。(2) 报送期限和材料,集体合同签订并自双方首席代表签字之日起 10 日内将集体合同文本一式三份及说明材料报送劳动行政部门,其中说明材料包括企业所有制性质、职工人数、企业法人营业执照复印件、工会社团法人证明材料,双方首席代表、谈判代表或委托人身份证件复印件、授权委托书,职工方谈判代表的劳动合同书复印件,谈判情况及集体合同条款征求职工意见的记录,职代会审议通过集体合同草案的决议,集体合同条款说明。(3) 审核内容和程序,主要对资格、程序、内容的合法性进行审核。(4) 审查期限和生效日期,劳动行政部门在收到集体合同后 15 日内将审核意见书送达当事人,如在 15 天内未提出异议的,第 16 日起集体合同自行生效。(5) 公布生效,经政府确认生效或依法自行生效的集体合同,签约双方应及时以适当方式向各自代表的全体成员公布。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题,调查当地劳动者参加用人单位工会组织及工会对劳动者保护、支持力度的情况,试分析其中原因。

2、拓展训练

案情简介

飞行员辞职索赔与三方机制

2006年，江苏某航空公司8名飞行员因跳槽遭天价索赔的消息被报道后，记者昨天从有关方面熟悉，6月27日，江宁区人民法院做出一审宣判，判决8名飞行员赔偿该公司总共1245万元。其中最高186万元，最低107万元，这也创下了江苏省因跳槽引发的赔偿最高纪录。

据介绍，这8名飞行员在去年11月提出辞职申请，由于双方不能协商解决，最终航空公司将8名飞行员起诉到江宁区人民法院，请求判决不解除双方劳动关系，并要求各赔偿210万元。而法院在6月27日做出一审宣判中则判决双方解除劳动合同，8名飞行员则向航空公司做出107万元到186万元不等的赔偿。

对于这样的判决结果，记者电话联系其中的一名飞行员孟某，他被判决赔偿160万元。他表示，由于自己是8人之中一员，所以不好代表其他人，“就我个人而言，我认为160万元的赔偿还是高了，而且我也不清楚这个160万元是怎么计算出来的。”至于接下来是否上诉，他表示会和律师进一步磋商，再决定是否上诉。而航空公司方面代理律师严国亚表示，他们当时提出的是各赔偿210万元，现在这样的结果应该说是低于当初的诉讼请求。至于公司能否接受，他表示，他们已经把判决结果送到总公司那里去了，自己也在等待进一步的消息。

根据去年6月民航局等部门出台的有关文件，飞行员提出解除劳动合同申请的，最高可以赔偿公司210万元。为什么最终法院没有完全支持航空公司的请求呢？同样代理另外一起飞行员跳槽官司的钟山明镜律师事务所崔武认为，根据劳动法，单位在要求员工赔偿的时候，应该考虑到员工所作出的贡献。所以，最终法院在判决的时候，对赔偿数目并非“一视同仁”，而是根据8名飞行员的具体情况做出不同的判决。

（资料来源：法律网，2007-05-01）

2006年6月15日，由于欲办离职手续未获公司批准，东航青岛分公司6名飞行员在东航上海总部开始为期5天的“绝食”抗议。

绝食的飞行员称，“之前提出离职，被公司按有关规定追索600万元巨额转会费”。而东航方面也传出“一直以来，我们都没有把他们当做外人”的首度回应。飞行员选择绝食方式抗议东航，东航与这几位飞行员的矛盾看起来是他们内部的事情。这则飞行员绝食的消息之所以牵动人心，引发人们不安的则是飞行安全问题。

众所周知，飞机是靠飞行员驾驶的。飞行员精神状态如何，技术程度如何决定着一架飞机的安危，决定着飞机上乘客的安危。尽管6名飞行员的绝食抗议是在上海总部办公室，而并非在飞机上；尽管媒体也传出东航总部对6名飞行员进行禁飞的消息，但人们也会产生联想，由于这6名飞行员心情不佳，会影响飞行的安全。假若由一个精神不振、情绪失控的飞行员驾驶飞机，无疑就是危险的预兆。而一旦坐上精神不振的飞行员驾驶的飞机，谁都会提心吊胆。

也许6位飞行员选择绝食是逼于无奈的，也许他们与东航抗争是不无道理的，也许在管理飞行员方面东航可能会有某些过失，有需要引起注意并加以克服纠正之处，但飞行员选择绝食方式无论从哪个角度而言，对于国人来说都是难以理解的。与飞行员对航空公司内部矛盾摩擦相比，飞行员绝食造成负面影响则是首位的。

（资料来源：广州日报，2006-06-21；羊城晚报，2006-06-21）

法理评析

有关飞行员因跳槽引发的官司频频被报道，但是真正能和平解决的少之又少，有的飞行

员甚至采取了绝食的极端手段。而法院的判决应该说既考虑到飞行员自由就业的权利，也考虑到航空公司所付出的费用。有业内人士表示，对于飞行员的跳槽，我们不应该采取禁止的态度，这也不符合法律的要求，关键是如何进一步完善飞行员管理制度，就像他们在天上行驶飞机一样，要自由而有序地飞行。

飞行员跳槽引发的巨额索赔案件在近几年很是引人注目，此类案件折射出如下问题：

第一，劳动者有选择职业的权利自由。劳动自由原则是《劳动合同法》的一项基本原则。《劳动法》第三条规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利。劳动者依照法律原则行使辞职权是不受约束的，企业是不得阻拦的。那么，作为劳动者的飞行员自然也具有选择职业和单位的权利，有提出辞职的权利。

第二，人才流动应合法有序。这应当从劳动者和用人单位两方面来规范。劳动者解除劳动合同，应当提前30日以书面形式通知用人单位。超过30日，劳动者即可以向用人单位提出办理解除劳动合同手续，用人单位应该予以办理。如果劳动者违法解除劳动合同给原单位造成经济损失，原用人代为有权要求赔偿，劳动者应当承担赔偿责任。现实中，有的航空公司已经停发了飞行员的工资，但一直不给办理解除劳动合同手续，这是不符合法律规定的。上诉案例中的航空公司在飞行员已经提出辞职的情况下，还要求劳动仲裁委员会裁决不解除劳动合同关系，这也是不合法的。

第三，规范特殊人才的流动造成的高额违约金。飞行员不是普通劳动者，在劳动力市场中不具有很大的代替性，这种特殊人才在跳槽时经常会因为高额违约金而产生劳动纠纷。究其根源是因为我国的现行法律中对这些问题未做出明确的规定。对于飞行员这样培训费用高昂、培训周期漫长的特殊人才，需要对用人单位与劳动者之间的培训劳动合同条款在培训费、违约金、赔偿金等方面做出细化规定，从而平衡劳资双方的利益。

解决因飞行员跳槽造成的飞行员与航空公司“两败俱伤”的问题，可以参考日本的做法，日本的飞行员同样由国家出钱培养，但培训费被折算成一定的服务年限，航空公司和飞行员签5~10年的劳动合同，服务期满后，飞行员就是自由之身；或者由国家和飞行员各自承担一定的费用，双方签订一定的服务年限。或者借鉴运动员的转会制度、驾驶执照的注册制度。这样既能提高飞行员培训的积极性，完成人才储备，也形成自由流动的市场，避免“转会”纠纷的产生和“天价”转会费的出现。

目前，不仅航空公司面临飞行员频繁辞职这一危机，随着国外企业以及民营资本陆续介入航空、海运、体育运动等领域，特殊人才的广泛流动已成为一种趋势，而且还将愈演愈烈，特殊人才的劳动纠纷也是接连不断。特殊人才的劳动纠纷通常是由于一些特殊条款，比如涉及商业机密、培训费赔偿标准、竞业限制的条款，没有约定或约定不明而引发的。特殊人才与单位避免纠纷的最好方式是完善劳动合同。建议特殊人才在签订劳动合同时，将容易发生纠纷的地方明确写出，比如在签订劳动合同时写明“跳槽费”，会减少一些不必要的麻烦。

法条链接

《劳动合同法》第二十二条：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。

第三十七条：劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

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。

第九十条 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。

《劳动合同法实施条例》第十六条：劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

学习情境2 企业规章制度争议处理

教学目标

能力目标：通过学习，能够熟练应用制定企业规章制度工作流程；能够制定合法有效的劳动规章制度；能够有效应用证据规则。

知识目标：通过学习，应当掌握制定企业规章制度的工作程序；熟悉合法的劳动规章制度生效规定。

知识与实践

一、企业规章制度概要

典型案例1 规章制度对工作时间与加班时间的误解

宋某2008年7月与某私立医院签订为期两年的劳动合同。医院《员工手册》明确规定：员工实行每周6天工作制，工作时间为上午8:00—12:00，下午13:00—17:00。2010年7月合同到期后，宋某离开医院，同时他要求医院支付工作两年期间每周六的加班工资近6万元。该医院认为，医院虽然在《员工手册》上规定了周六工作，但事实上医院并非每周六都安排员工工作，而且即使安排了周六加班工作，加班工资都已在平时工资中支付，不同意再行支付加班费。双方经协商达不成一致意思，宋某即提起劳动仲裁。仲裁审理中，宋某提供了医院的《员工手册》作为医院安排自己每周六加班的证据，在医院没有提供有力证据支持自己主张的情况下，仲裁委最终裁决支持了宋某加班工资的诉讼请求。

工作任务

(1) 分析本案医院的规章制度是否合法，宋某提请加班费的证据是否充足，并分析用人

单位建立健全规章制度的必要性;

(2)请解读我国关于工作时间、休息休假时间以及加班制度与企业规章制度自主权的法律规定;

(3)假设你是用人单位人力资源管理工作人员,请你为该医院的工作时间和加班时间起草一个合理合法、可操作的制度。

早在 1995 年的《劳动法》中第四条就规定:“用人单位应当依法建立和完善规章制度,保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”2008 年生效的《劳动合同法》进一步明确了企业规章制度的内容和程序的生效条件。迄今为止,各企事业单位为迎接劳动法规系列规定的挑战,争相调整、规范与劳动者利益相关的各种规章制度。用人单位在劳动关系管理运作及招录劳动者入职时,及时制定并依法告知与劳动者利益相关的企业规章制度成为人力资源管理部门重要的工作内容之一。而企业规章制度的制定是个系统工程,不仅需要制度的内容具有合法性,还需要制度的制定程序具有合法性,更需要规章制度具有可操作性,否则,依法生效的企业规章制度即为废纸一张。

(一) 企业规章制度的含义与特征

企业规章制度,是指由企业有权部门制定的、以书面形式表达的、并以一定方式公示的、针对整体事务进行处理的规范总称。其特征有:

- 1、规章制度必须出自企业有权部门,或经其审查批准。
- 2、规章制度必须按照规定的程序制作。
- 3、规章制度必须向劳动者公示。
- 4、规章制度是有关权利义务的设定。
- 5、规章制度是针对用人单位全体劳动者的规范。

(二) 企业规章制度类型

企业规章制度从内容上分类,一般包括:财务管理制度、合同管理制度(总则、签订、应注意的问题、合同的审查批准、合同纠纷的处理、合同的履行、变更解除、合同的管理)、工程发包制度、工程材料设备采购管理制度、考勤及请销假制度、廉政建设管理制度、档案管理制度、保密制度、卫生管理制度、差旅费管理制度、会议室管理制度、安全保卫制度、车辆管理制度、办公室管理制度、文印管理制度、办公用品购置领用管理制度、人事管理制度等等。

二、劳动规章制度概要

典型案例2 公司根据事假制度解除自动离职者劳动合同

刘某在上海一家灯具公司任电气工程师。某日,在一次报销车费时,因报销单据不符合财务要求而发生争执。之后,刘某向公司递交了一个月的事假单,随后就离开了公司。三天后,公司未见刘某上班,即与其联系,但刘某手机关机。公司依照企业规章制度中“请假需经领导批准,无故旷工三天以上的,公司将视为自动离职,并不支付其经济补偿金”规定,因此解除了刘某的劳动关系。刘某得知后,将公司告上仲裁庭,要求公司支付一个月的经济补偿金。

工作任务

(1) 请分析本案的争议焦点,公司以刘某自动离职为由而解除劳动合同是否合法,其处理依据是什么?

(2) 请解读我国关于用人单位规章制度与解除劳动合同条件的法律规定;

(3) 请你为用人单位制定一套请假制度及罚则规定,并使之能够依法产生法律效力。

(一) 劳动规章制度的含义与特征

劳动规章制度是企业规章制度中的一类,是指用人单位依法制定并在本单位实施的组织劳动和进行劳动管理的规则。《劳动合同法》第四条第一款规定:“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度,保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。”劳动规章制度具有协调劳动关系的功能。其特征有:

- 1、劳动规章制度是由用人单位为制定主体、只在本单位范围内适用的规章制度。
- 2、劳动规章制度是职工和用人单位在劳动过程中的行为规则。
- 3、劳动规章制度是企业用工自主权和职工民主管理权相结合的产物。

劳动规章制度和劳动合同、集体合同都是确定劳动关系当事人双方权力和义务的重要依据,都是协调劳动关系的重要手段,但互相仍有区别:

1、制定主体不同。劳动规章制度的制定是用人单位的单方行为,制定程序中虽有职工参与环节,但还是由单位行政最后决定和公布,职工并非制定主体;而劳动合同和集体合同的订立,都是劳动关系当事人或其团体双方的法律行为。

2、适用范围不同。劳动规章制度所规定的是全体职工的共同权力和义务;而劳动合同所规定的只是单个职工的权利和义务。

3、侧重内容不同。劳动规章制度与集体合同在内容上虽有交叉,但各有侧重。前者侧重于在劳动过程的组织和管理中职工和单位行政双方的职责,后者则侧重于规定本单位范围内的最低劳动标准。

(二) 劳动规章制度的制定与生效

典型案例3 规章制度生效须合理合法

张先生与其女友都是某公司的业务骨干,当他们准备登记结婚时,却发现公司一项内部制度规定:单位同事之间不允许结婚,已经结婚的有一人要辞职。因为两人都在同一公司工作,按照此项规定,如果结为夫妻,其中一人必须与公司解除劳动关系。结果执着爱情的张先生选择了结婚。该公司认为,企业内部规章制度的制定权是法律赋予企业用人权的重要组成部分,《宪法》规定,遵守劳动纪律是公民的一项义务。于是公司严格执行了规章制度而解除了张先生的劳动合同。张先生认为,每个人都有婚姻的自由,而且结婚并不会影响劳动关系的建立,对企业的发展没有什么影响。于是,张先生将该公司告至劳动争议仲裁委员会。

仲裁机构经过审理认为：该公司的此项规定不合法，判令张先生胜诉，恢复劳动关系，并赔偿张先生 5000 元。

工作任务

- 1、分析本案例中用人单位制定单位同事之间不准结婚的规章制度是否合法，有无法律依据；
- 2、请解读我国关于用人单位制定规章制度内容合法性的法律规定；
- 3、请你为本案张先生编写一份劳动争议仲裁申诉书。

典型案例 4 规章制度公示方式

小明 2007 年 3 月入职深圳一电子公司，双方签订了一份为期 3 年的劳动合同，合同中特别约定：如违反公司规章制度，情节严重，公司有权提前解除劳动合同，且无须支付经济补偿金。2009 年 6 月 10 日，小明接到公司的一份解雇通知，解雇理由是小明上班时间经常上网聊天，根据公司规章制度，三次以上在上班时上网聊天的视为严重违纪，公司可解除劳动合同。小明辩解，他一直不知道公司有该规定，公司从未将规章制度的内容向其公示，公司称规章制度已向其公示，但无法举证规章制度公示的事实。

工作任务

- 1、请分析本案用人单位关于工作时间不准上网聊天的规章制度是否具有法律效力；
- 2、请解读我国关于企业规章制度生效程序的法律规定；
- 3、假设你是用人单位的人力资源管理工作人员，请你为用人单位规章制度设计一套可行、有效的公示或告知方式方案。

1、企业的法定责任。制定劳动规章制度既是用人单位的权利，也是用人单位的法定义务。《劳动合同法》明确，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。如其不履行该义务，其法律后果将是：既不能依据《劳动合同法》第三十九条辞退“严重违反用人单位的规章制度”的劳动者，也不能限制劳动者根据《劳动合同法》第三十八条规定的即时辞职权，更要受到劳动行政部门依据《劳动合同法》第八十条责令改正、给予警告、赔偿劳动者损失的处罚。

2、劳动规章制度的内容。劳动规章制度的内容相当广泛，涉及劳动关系内容的各个方面和劳动关系运行的各个主要环节。其中，除对某些重要事项由国家直接规定外，企业可以规定的劳动规章制度内容依法限定为“有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益”（《劳动合同法》第四条第二款）的事项。

3、制定劳动规章制度的程序与效力。用人单位在制定、修改或决定“直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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”（《劳动合同法》第四条）。由此得知，劳动规章制度的制定程序和生效条件为：（1）单位行政方提出议案；（2）将议案交由职工代表大会讨论；（3）工会代表职工与单位行政方协商；（4）单位将规章制度予以公示或告知劳动者。

4、劳动规章制度的生效要件。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》（2001 年）第 19 条将劳动规章制度的有效要件规定为：（1）通过民主程序制定；（2）符合国家法律、行政法规及政策规定；（3）已向劳动者公示。

5、公示或告知的方式。依法制定的劳动规章制度，必须经过企业方最后的公示或告知劳动者方能产生法律效力。常用的公示、告知方法可以有以下几种：（1）员工手册发放，即将公司规章制度编印成册，每个员工均发放一本；（2）会议宣传、培训，即由公司人力资源管理部门组织公司全体员工进行公司规章制度的培训，集中学习；（3）规章制度考试：挑选重要条款设计试题，组织员工进行开卷或闭卷考试，加深员工对公司规章制度的理解，并将考试成绩结果放入员工个人档案中；（4）劳动合同约定，即在劳动合同中作为附件作为合同的组成部分；（5）传阅并签名、职工入职声明、快递等，如公司员工不多时，可将规章制度交由员工传阅并签名；（6）快递规章制度，即将公司规章制度以快递、回执方式给员工。以上方法证据效力较强，有利于用人单位合法权益的保护。

此外，公示或告知的方式也可以是：网站公布，在公司网站或内部局域网发布进行公示；电子邮件通知，向员工发送电子邮件，通知员工阅读规章制度并回复确认；公告栏张贴，在公司内部设置的公告栏、白板上张贴供员工阅读。但是这几种方式的证据风险较大。

6、劳动规章制度的效力表现。劳动规章制度在本单位范围内对全体职工和单位行政各个部分都具有法律约束力。职工与用人单位因执行劳动规章制度发生争议，应当依法定的劳动争议处理程序予以处理。

（三）劳动纪律

典型案例 5 劳动者违反劳动纪律而被解除劳动合同

小叶是某供销公司的业务员，在与某土产公司业务往来中，主动要求对方给予回扣 5000 元，对方拒绝后，生意未做成，造成供销公司可得利益损失近 25 万元。该供销公司关于业务员奖惩办法规定：因业务员原因造成公司直接或间接重大经济损失 2 万元以上者，公司可提前解除劳动合同。因此，公司根据规定，决定提前解除小叶的劳动合同，且不支付其经济补偿金。小叶不服，提请劳动仲裁。仲裁审理中，小叶认为公司界定的重大损失不合理，处罚过于严重，要求公司继续履行劳动合同。公司则认为，公司是根据《劳动部办公厅关于〈劳动法〉若干条文的说明》25 条 2 款“‘重大损失’由企业内部规章来规定”而自行界定损失额度的，具有法律效力，公司依法制定的规章制度可以作为处理劳动争议的合法依据。劳动仲裁最终维持了公司的决定意见。

工作任务

- （1）请分析本案小叶败诉的原因，分析建立健全劳动纪律企业规章制度的必要性；
- （2）请解读我国关于企业规章制度内容要求的法律规定；
- （3）请为本案用人单位编写一份仲裁应诉书。

劳动纪律，是指用人单位依法制定的，全体职工在劳动过程中必须遵守的行为规则，以完成正常的生产、工作秩序。

劳动纪律的内容，一般包括：（1）时间纪律，即职工在作秀时间、考勤、请假方面的规则。（2）组织纪律，即职工在服从人事调配、听从指挥、保守秘密、接受监督方面的规则。（3）岗位纪律，即职工在完成劳动任务、履行岗位职责、遵循操作规程、遵守职业道德方面的规则。（4）职场纪律，即职工在工作场所遵守公共秩序、协作配合方面的规则。（5）安全卫生纪律，即职工在劳动安全卫生、环境保护方面的规则。（6）品行纪律，即职工在廉洁奉公、爱护财产、厉行节约、善良风化、关心集体方面的规则。（7）其他纪律。

【思考与训练】

- 1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位民主管理与劳动规章制度情况，选择分析

其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

员工拒绝调岗降薪公司能否解除劳动合同

张小姐于 2007 年 7 月进入一家法国公司任职配餐部经理，2008 年 10 月双方补签劳动合同约定职位配餐部经理，月工资 3000 元。2009 年 4 月由于工作需要将其调整到销售部任销售主管，工资待遇不变，同年 8 月企业以销售业绩低为由将其降职降薪，职位由销售主管降至销售代表，工资由 3000 元降至 750 元。张小姐对降职降薪结果不接受，要求企业恢复原职，与企业领导发生争执，企业以张小姐“顶撞领导、销售业绩差考核不合格”为由将其辞退。张小姐经与单位协商提出要求企业给予 3 个月的经济补偿金，企业予以拒绝，后提劳动仲裁申诉，被裁决：企业与张小姐解除劳动合同成立，同时支付张小姐三个月的最低生活补助。

张小姐不服仲裁裁决，向法院提出起诉，请求法院依法裁决企业支付 3 个月经济补偿金，经法院调查企业未提供相关的培训证据，同时企业的员工手册“顶撞领导”条款不能明确认定，故裁决企业解除张小姐的劳动合同不成立，鉴于张小姐已经不再适合返回企业继续工作，判决企业支付张小姐 3 个月的经济补偿金。

企业不服法院判决，认为企业对员工的考核不合格予以解除劳动合同的做法是正确的、合理的，向上级法院提起上诉。后经过高级人民法院调查审理，认为企业规章制度不健全，未与员工进行明示，终审判决维持二审院原判。

法理评析

本纠纷有三大焦点：第一，企业制度是否合法合理；第二，是否向劳动者公示；第三，劳动合同变更是否双方协商一致。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》中第十九条：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”规章制度须符合三点：第一，规章制度必须通过民主程序制订；第二，规章制度不能违反国家法律、行政法规及政策规定；第三，规章制度必须向劳动者公示。

案例中公司的员工手册虽然有发放给张女士，但是企业却不能举证有相应的培训记录；在转岗做销售主管，企业有主张对其进行了销售知识和技巧等培训，但是却无法拿出相关的培训档案及培训记录，所以导致了公司的相关制度不能作为公示的有效证明。因此，只制定了相应的制度却没有给员工培训，或者进行了培训却没有相关的培训记录同样会影响对企业的保护。

变更劳动合同须满足两项法定条件：第一，双方当事人协商一致，协商不成的，原劳动合同继续有效；第二，书面形式变更。本案张女士所在单位单方面强行变更其工作岗位的做法不符合劳动合同变更的法定程序，因而得不到法院的支持。

另外，很多用人单位为了避免日后可能产生的争议，在订立劳动合同时便与劳动者在合同中约定，用人单位有权根据生产经营需要随时调整劳动者的工作内容或岗位，而在实际调整岗位时，劳动者往往觉得这种约定显失公平。对此，现行司法实践的做法是：应当认可用人单位依合同享有的用工权，既然双方当事人在劳动合同中已经作出了此类约定，但为了防止单位滥用用工权，当双方为此发生争议时，应由用人单位举证证明其调整劳动者岗位的充分合理性，否则双方仍应按原劳动合同执行。

法条链接

《劳动合同法》第四条：用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。

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：（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。

第四十六条：有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的。

《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》第十九条：用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

项目四 工时休假争议处理

学习情景 1 工作时间争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够把握和处理标准工作时间、综合工作时间、不定时工作时间;能够处理加班流程和加班时间;能够规范应用证据规则。

知识目标: 通过学习,应当熟悉我国法定工作时间制度;了解不同工作时间的区别;掌握法定工作时间与加班制度。

知识与实践

一、工作时间

典型案例 1 标准工作时间争议处理

某橡胶厂对劳动者实行的是标准工时制和计时工资制。该厂规定,车间早班工人在每个工作日上午 8:00 正式开始工作至当天下午 5:00 下班。期间,午餐及午休时间为 1 小时。另外,还规定为做好工作前的准备,要求早班工人每天须在 7:45 到岗,在预热机器的同时更换服装、听车间领导布置当天工作。管理过程中,橡胶厂发现部分工人在工作时常常以上厕所为名,缩短实际工作时间。于是,限定早班工人每人每天有半小时入厕时间,自由支配。同时,将下班时间调整为下午 5:30。该新规定执行一个月之后的发薪日,部分早班工人提出异议,认为他们的实际工作时间已超过 8 小时,橡胶厂应当支付他们相应的加班工资。遭到厂方拒绝后,他们向当地劳动仲裁机构申诉,要求橡胶厂补发他们相应的加班工资。

工作任务

- (1) 请了解本案案情,分析橡胶厂重新核定的工作时间有无法律风险;
- (2) 请解读我国关于标准工作时间的法律规定;
- (3) 假设你是本案中的劳动者,请你编写一份劳动争议仲裁申请书。

(一) 工作时间的含义

工作时间,又称法定工作时间或标准工作时间,是由立法确定一昼夜中工作时间长度、一周中工作日天数,并要求各用人单位和一般职工普遍实行的基本工时制度。标准工时制是工作时间的标准和基础,是其它特殊工时制度的计算依据和参照标准。工作时间的长度由法律直接规定,或者由集体合同和劳动合同依法约定。工作时间的范围,不仅包括作业时间,还包括准备工作时间、结束工作时间以及法定非劳动消耗时间。法定非劳动消耗时间主要指劳动者生理需要中断时间、工艺需要中断时间、停工待活时间、女职工哺乳婴儿时间等等。

(二) 最高工时标准

最高工时标准,是指法律规定的在一日或一周内工作时间的最长限度。根据我国现行法律规定,劳动者每日工作时间不得超过 8 小时;劳动者平均每周工作时间不得超过 40 小时。

任何单位和个人都不得擅自延长职工的工作时间。

最高工时标准的法律效力：(1) 在全国范围内普遍执行最高工时标准，除法定特殊情形外，用人单位不得突破法定最长工时限制。(2) 对实行计件工资的劳动者，用人单位应当根据日或周最长工时，合理确定劳动者的劳动定额和劳动报酬。(3) 企业因生产特点不能按照法定最长工时要求实行作息办法而采用其他工时形式的，必须符合法定条件，履行法定审批程序。(4) 实行综合计时工作制的，其平均日工时或周工时应当与法定日最长工时或周最长工时基本相同。(5) 用人单位不遵守最高工时标准，违法延长工时的，应当追究法律责任。

(三) 工时形式

典型案例 2 综合计时制与加班制度争议处理

2009 年 5 月份，薛某应聘至某食品公司制冰车间工作，工作两个月后，薛某认为公司超时加班，违反了《劳动法》相关规定，于是向当地劳动保障监察机构举报。劳动保障监察机构马上深入公司调查情况，经调取公司考勤等证据后得知，该公司制冰车间每年在 5、6、7、8 月为生产旺季，工作时间为每天工作 10 小时，每周休息 1 天，另外 8 个月的淡季，制冰车间员工则每天工作 5 小时，有正常双休日。此外，该公司已经劳动行政部门审批，实行了半年期综合计算工时工作制。因此，该公司制冰车间的工时制度并未违法，劳动保障监察机构及时向薛某进行解释，对薛某的举报做出不予受理的决定。

工作任务

- (1) 请根据本案分析实行综合计算工时制度的用人单位是否可以不执行加班制度；
- (2) 请解读我国关于综合计算工时制度及相应的加班制度规定；
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员，请你为本单位劳动者的类似疑问作一合理合法的咨询解答。

我国劳动法规定的工时制度有三种，即标准工时制、综合工时制和不定时工时制。

1、标准工时制，也称法定工时制，是指法律规定的我国境内的一切国家机关、企业事业单位、社会团体和有雇工的个体工商户等在通常情况下实行的工作时间。标准工时制是我国现行工时制度的一种基本形式。标准工作时间包括劳动者每日工作时间和劳动者每周工作时间两方面内容。根据国务院《关于职工工作时间的规定》第三条规定：“职工每日工作 8 小时，每周工作 40 小时。”也就是说，我国现在实行的是每日工作不超过 8 小时、每周工作不超过 40 小时的工时制度。

在对劳动者实行计时工资前提下，用人单位超出法定工作时间安排劳动者劳动的，应当依照《劳动法》第四十四条的规定，支付劳动者高于正常工作时间工资报酬标准的延长工作时间劳动报酬，即：加班加点工资。

2、综合计算工时制，是指因工作性质特殊或者受季节及自然条件限制，需要在一段时间内连续作业，采取以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的一种工时制度。综合计算工时制是工时制度的特殊情形，其平均工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

用人单位实行综合计算工时制的岗位，应当报经当地区县劳动保障局批准，且不能任意扩大其范围适用范围。对于实行综合计算工时的员工，企业应当根据《劳动法》的有关规定，经与工会或职工代表大会协商，采取集中工作、集中休息、轮休调休等方式，以确保职工的身体生产和生产、工作任务的完成。

根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》的通知（劳部发

[1994]503 号)规定,可以实行综合计算工时制的职工有三种:(1)交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊,需连续作业的职工;(2)地质及资源勘探、建筑、制盐、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工;(3)其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

其中第五条规定,综合计算工时工作制采用的是以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间,但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。也就是说,在综合计算周期内,某一具体日(或周)的实际工作时间可以超过8小时(或40小时),但综合计算周期内的总实际工作时间不应超过总法定标准工作时间,超过部分应视为延长工作时间并按《劳动法》第四十四条第一款的规定支付150%工资报酬,其中,在法定休假日安排劳动者工作的,按《劳动法》第四十四条第三款的规定支付300%工资报酬,在公休日安排劳动者工作的,无需按照《劳动法》第四十四条第(二)的款规定支付200%加班工资。而且,延长工作时间的的小时数平均每月不得超过36小时。

用人单位在执行综合计算工时制时,须注意:(1)执行综合工时制必须经过当地劳动行政部门审批。(2)企业实行综合工时制以及在实行综合工时工作中采取何种工作方式,一定要与工会和劳动者协商。(3)对于第三级以上(含第三级)体力劳动强度的工作岗位,劳动者每日连续工作时间不得超过11小时,而且每周至少休息一天。

3、不定时工时制,是指企业因生产特点、工作性质和工作职责的限制,不能实行标准工时制,经劳动行政部门审批,对某些劳动者实行的每日没有固定工作时数限制,直接确定其劳动量的工时制度。对于实行不定时工作制的劳动者,用人单位应按劳动法的规定,参照标准工时制核定工作量并采用弹性工作时间等适当方式,确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。对于符合带薪年假条件的劳动者,企业可安排其享受带薪年假(劳部发[1997]271号《关于职工工作时间有关问题的复函》第八条)。

根据原劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》规定,可以实行不定时工作制的劳动者主要有以下三种:(1)企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工。(2)企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊,需机动作业的职工。(3)其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系适合实行不定时工作制的职工。

用人单位在执行不定时工时制度时,须注意:(1)执行不定时工时制必须经过当地劳动行政部门审批。(2)企业必须与执行不定时工时制的劳动者明确约定。(3)经依法审批执行不定时工时制的劳动者,可以不适用加班时间限制的规定,也不适用加班工资的相关规定。根据《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67条“经批准实行不定时工作制的职工,不受劳动法第四十一条规定的日延长时间和月延长时间的限制”,以及《工资支付暂行规定》第十三条第四款“不定时工时制度的劳动者,不执行上述规定”的规定。

用人单位根据不同岗位的情况,经过劳动保障部门审批后实行综合计算或不定时工作时间制度,是《劳动法》授予企业的工作时间管理权限。尤其是公司的管理层,因为具有明显的工作机动性强、无法确切衡量工作时间等特点,根据实际需要,在履行向劳动保障部门审批的程序后,可以实行不定时工作制,即不需要进行正常工作时间的安排和考勤,而以其工作任务完成情况来考核工作量。不定时工作制的特点之一就是工作时间上不再存在休息日,一律由员工根据需要自行安排。因此,如果对某个岗位实行不定时工作制,不能再以标准工时的管理制度要求员工打卡、考勤,更不能以公司员工不记考勤、旷工而作出违纪处理。

(四)用工形式

典型案例3 非全日制用工与全日制用工争议

刘某，外地农业户口，自2007年4月到某公司从事工程监理工作，双方未签订书面劳动合同。2011年1月10日，某公司与刘某签订“终止协议”，约定：“双方同意自2011年1月11日起终止事实劳动关系。2011年1月11日前双方义务均已履行完毕，不存在未履行义务。”该协议经过某律师事务所见证。后刘某根据《劳动合同法》等相关法律的规定，向劳动仲裁委员会提出申诉，要求某公司支付解除劳动合同的经济补偿金6956元及该数额50%的额外经济补偿金3478元。

在仲裁期间，某公司称，不同意刘某的申诉请求，理由如下：

(1) 刘某为工程监理人员，每日工作时间不固定，很多情况下每日工作时间没有超过4小时，所以是该单位非全日制用工人员。依相关规定，非全日制用工人员终止不需要支付经济补偿。对此，单位出示了单位职工黄某的证人证言，该证言内容为，2007年4月，刘某进入北京某公司工作，公司当时决定按临时工聘用。

(2) 我们双方是“终止劳动关系”而非刘某所述的“解除劳动关系”。依据非全日制用工相关法律规定，“终止劳动关系”不需支付经济补偿金。而且，在双方签署的“终止协议”中，已明确“不存在未履行义务”。

(3) 《劳动合同法》自2008年1月1日实施，我们双方的劳动关系发生在该法实施之前，因而不适用该法。

是否应当支付加班工资

2010年3月11日，小王进入上海某A宾馆担任前台工作，工作时间为晚上21点至早晨7点，每月工资为1100元。工作至2011年4月10日，小王从朋友处得知，2010年上海市月最低工资是1120元，从2011年4月1日起，上海市月最低工资标准从1120元调整到1280元，而自己工资还不足最低工资，遂向单位提出要求补发工资差额，同时他认为自己每天工作10个小时，超过了标准工作时间8小时，属于超时加班，所以还要求单位补发2014年3月至今的加班费。A宾馆则称，小王是在晚上上班，是非全日制员工，其工资不适用最低工资标准，同时也不存在加班。

是否支付事实劳动关系双倍工资

2009年2月5日，孔某进入上海某S公司从事媒体宣传工作，双方口头约定孔某每天只工作3小时，劳动报酬为60元/小时。工作至2010年10月20日，孔某向S公司提出其未与自己签订书面劳动合同，按照《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的有关规定，用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者签订书面劳动合同的，应当每月向劳动者支付双倍工资，并签订无固定期限劳动合同。S公司表示拒绝，孔某遂诉诸劳动仲裁。

约定的试用期是否有效

2009年4月10日，孙某应聘上海某W传媒公司，并签订了为期3年的劳动合同，双方约定孙某的用工方式为非全日制，W公司按照每小时70元的标准给孙某支付劳动报酬，但是，作为新入职的孙某需要经过3个月的试用期方能成为W公司的正式员工，在试用期间其工资调整为60元/小时，后双方发生争议，孙某要求W公司按照正常工资标准补足自己在试用期间的工资差额。

同时两个以上劳动关系是否违法

张某于2009年8月以非全日员工身份进入上海某X公司工作，双方口头约定张某的工作时间为上午8点至11点30分。工作至2010年1月15日，张某发现自己完全可以在规

定的时间内完成工作任务，而且仍有余力，所以又到 Y 公司处应聘了一份工作，上班时间为每天下午 2 点至 5 点。2011 年 4 月 7 日，X 公司发现张某在 Y 公司上班，遂要求张某辞去 Y 公司工作。张某则认为自己在 X 公司每天只工作半天，且所有的工作任务都已经及时完成，甚至 Y 公司工作并未影响到 X 公司，所以拒绝辞职。

提前解约是否违法

2010 年 9 月，王某与上海某 K 餐饮服务有限公司签订了一份为期一年的非全日用工劳动合同。工作期间，王某工作一直很努力，但是由于公司业绩下滑，2011 年 4 月，K 公司决定提前终止双方的劳动合同。王某提出当初公司承诺为其提供一年的岗位，现在期限还没有到，并且自己的工作没有任何问题，所以不同意提前解约。

是否应当支付解约经济补偿金

高某是上海某 M 公司的非全日制员工, 由于公司战略结构调整, 要整体搬迁至外地, 经协商后, 公司与高某在内的十几名员工就劳动合同的变更无法达成一致, M 公司遂提出解除与高某等人的劳动合同, 其中全日制员工按照其工龄每满一年拿一个月的经济补偿金, 但是像高某这样的非全日制员工则没有任何经济补偿金。高某向公司提出尽管自己是非全日制员工, 但同样为公司作出了很大的贡献, 应当和全日制员工一样享受经济补偿金。双方发生争议, 诉至劳动仲裁。

工作任务

(1) 请了解上述案例群, 分析各当事人主张是否合法, 其主张是否有法律依据。

(2) 请解读我国关于全日制用与非全日制用工的法律规定, 分析全日制用工与非全日制用工的区别和联系。

(3) 假设你是人力资源管理工作人员, 请你针对本组典型案例分别设计合法的处理方案, 并说明法律依据。

全日制用工与非全日制用工作为被法律认可的两种用工模式, 非全日制用工作为一种比较灵活的用工形式, 与全日制用工相互配合, 长期以来在很多用人单位采用, 对日益紧张的劳动力市场起到了很好的缓冲作用, 在一定程度上弥补了全日制用工的不足。

1、全日制用工。是劳动者在同一用人单位每日工作 8 小时, 每周工作 5 天, 每周工作时间不超过 40 小时的用工形式。全日制用工是适用标准工时制的、最常见、最常规的用工方式。我国法律、法规非特指的, 一般都指这种用工方式。其他用工方式有特别规定的执行特别规定, 无特别规定的, 按照全日制用工方式执行相关规定。

2、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四小时, 同时为一个以上用人单位提供非全日制工作的, 每周累计工作时间不超过二十四小时的用工形式。

用工合同形式及兼职规定: 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。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。

试用期规定: 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

劳动合同解除及补偿: 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。

工资标准及支付周期: 非全日制用工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。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。

社会保险: (1) 从事非全日制工作的劳动者应当参加基本养老保险, 原则上参照个体工商户的参保办法执行。对于已参加过基本养老保险和建立个人账户的人员, 前后缴费年限合并计算, 跨统筹地区转移的, 应办理基本养老保险关系和个人账户的转移、接续手续。符合退休条件时, 按国家规定计发基本养老金。(2) 从事非全日制工作的劳动者可以以个人身份参加基本医疗保险, 并按照待遇水平与缴费水平相挂钩的原则, 享受相应的基本医疗保险待遇。参加基本医疗保险的具体办法由各地劳动保障部门研究制定。(3) 用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。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; 被鉴定为伤残 5—10 级的, 经劳动者与用人单位协商一致, 可以一次性结算伤残待遇及有关费用。

3、全日制用工与非全日制用工的区别

全日制用工与非全日制用工关系的区别

分 类	全日制用工关系	非全日制用工关系
劳动合同形式	书面形式	口头形式或书面形式
劳动合同数量	标准劳动合同只有一个	一个或一个以上，后订立合同不得影响先订立合同的履行
试用期	可以约定	不得约定
终止合同是否支付经济补偿	依法支付	无需支付
工作时间	标准工时、不定时、综合工时	一般平均每日不超过 4 小时，每周累计不超过 24 小时
工资支付周期	工资应以货币方式按月支付	工资支付周期不得超过 15 日
最低工资标准	用人单位所在地政府规定	用人单位所在地政府规定

二、延长工作时间

典型案例 4 “富士康”操作工经常一天工作十二小时合法吗

2010 年，富士康公司在短时间内接连不断出现的“十三跳”自杀惊人事件，引起了全社会的关注。有关部门和人士前往调查事件情况时，发现大多数一线操作工不止是长时间单调、重复动作工作的郁闷，平日里每天延长工作时间在十二小时的情况极为频繁，也非常普遍。由于超长的劳动强度，很多操作工工作之余，再没有精力体验公司内部条件优良的休闲文化活动，更无心情娱乐、社交，回到集体宿舍倒头睡大觉便是最好的一种放松方式。许多同一宿舍里面的工友居然互不认识，不知姓名。久而久之，内心的孤独、空虚、惆怅、郁闷、悲观的情绪油然而生。

工作任务

- (1) 请了解富士康“十三跳”事件，分析平日延长工作时间有无法律限制；
- (2) 请解读我国关于平日延长工作时间的法律规定；
- (3) 假设你是工会工作人员，请你为富士康加班事宜提供一份法律意见书。

(一) 延长工作时间的含义

延长工作时间，又称加班加点，是指工作时间超出法定正常界限在休息时间范围内延伸，也即劳动者在正常工作时间以外应当休息的时间内进行工作。其中，加班指劳动者在法定节假日或公休日进行工作，加点指劳动者在标准工作日以外延长时间进行工作，即提前上班或推迟下班。

正常工作日的时间长度和上下班时间虽然同生产、工作的常规需要相适应，却难以满足生产、工作的特殊需要，加班加点正是因为能够弥补这种不足而有存在的必要。但无论加班还是加点，都是劳动者超出正常工作时间，在原本应该休息的时间内进行的工作，是工作时间在休息时间中的延伸，挤占了劳动者的休息时间。所以，为了保护劳动者的休息权，国家对加班加点既允许又严格限制，既规定了延长工时的程序和上限，又明确规定了补偿的标准，以防止加班加点的滥用。

(二) 延长工作时间的限制

典型案例 5 月加班时间最高限制

某制衣厂一直实行标准工资时间制度。2010年4月,厂方接到一大制衣订单,要求相关员工在两个月内、每天正常工作时间之外延长两小时工作时间,工厂将按法律规定以员工本人平日小时工资为标准,支付每日两小时延长工作时间150%的劳动报酬。员工感觉偶尔延长两小时工作时间,还能多拿一点劳动报酬,自然乐得其所。但长时间的每日延长两小时工作时间有点吃不消,会扰乱自己生活,于是与厂方商量能否减少一点加班时间。但厂方答复说,为了赶制订单任务,只能如此加班,希望大家都辛苦点,否则,如果不能按时交付订单产品,企业将要承担违约金责任,这个损失对企业、对员工都将不利。

工作任务

- (1) 请了解本案案情,分析某制衣厂做法是否有不规范之处;
- (2) 请解读我国法律关于标准工时制加班时间最高上限的具体规定;
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理人员,请你为单位类似紧急情况设计一个合理合法的处理方案。

典型案例6 超时加班,自愿也不允许吗

焦龙是某外资公司的职员,与公司签订有一年期的劳动合同,具体从事办公室行政文劳动者作。公司确定焦龙的工作时间为每日8小时、每周40小时的法定标准工作时间,公司也按标准工时制度支付焦龙的工资待遇。工作期间,焦龙努力工作,当日工作任务在8小时内未完成的,焦龙就在下班后自动加班完成当日工作任务。

一年以后,焦龙对公司的工作安排难以承受,就在合同期限届满时表示不再续签劳动合同,但要求公司支付其一年内延长工作时间的加班工资,并出示了一年内的延长工作时间的考勤记录。焦龙认为自己在履行合同期间经常超时工作,具体超时工作时间有据可查,按照《劳动法》的有关规定,超时工作应计发加班费,现在双方劳动合同已终止,公司应当结算一年内的加班工资。公司则对焦龙不愿续签劳动合同表示遗憾,认为公司实行的是计工资制度,根据公司有关配套的加班制度,只有经公司同意并办理必要手续的加班才能支付加班工资;焦龙虽然有延时加班的考勤记录,但公司并未安排焦龙延时加班,是焦龙个人自愿延长工作时间,并且没有办理过相关审批手续,因此焦龙要求支付加班工资不符合公司的加班制度规定,公司不能另行支付加班工资。双方因此发生争议。

工作任务

- (1) 了解本案案情,分析用人单位对焦龙努力工作、自愿延长工作时间行为的观点是否正确;
- (2) 请解读我国法律关于用人单位安排劳动者加班的条件与程序规定;
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员,请你为用人单位设计一套加班流程制度,并对本案焦龙的言行做一合理解释。

1、延长工作时间的人员范围限制。根据我国《劳动法》、《女职工劳动保护规定》、《未成年人保护法》的规定,禁止安排未成年工、怀孕7个月以上的女工和哺乳未满周岁婴儿的女职工加班加点。

2、延长工作时间的条件、程序和程度限制。用人单位不得违反《劳动法》规定延长劳动者的工作时间。(1) 延长工作时间的条件,根据《劳动法》的规定,用人单位只有在“生产经营需要”的条件下才能安排劳动者加班加点。实践中,可以由集体合同约定,或者由用人单位与工会协议“生产经营需要”的具体范围。(2) 延长工时的程序,根据《劳动法》的

规定，用人单位由于生产经营需要而安排劳动者延长工时的，应当事先就加班加点的理由、工作量和所需职工人数与工会和劳动者说明和协商。（3）延长工时的长度，根据《劳动法》第四十一条的规定，由于生产经营需要而延长工作时间的，一般每日不得超过1小时，特殊原因需要的、在保证劳动身体健康条件下每日不超过3小时，但每月不得超过36小时的最高上限。

3、延长工作时间不受程序、长度限制的特殊情形。《劳动法》第四十二条和《国务院关于职工工作时间的规定》及其《实施办法》中，明确规定有下列情形之一的，延长工作时间不受《劳动法》第四十一条规定的程序、时长的限制：（1）发生自然灾害、事故或者其他原因，使人民的安全健康和国有资产遭到严重威胁、需要紧急处理的；（2）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；（3）必须利用法定节日或公休日的停产期间进行设备检修、保养的；（4）国家机关、事业单位为完成国家紧急任务或完成上级安排的其他紧急任务，以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的；（5）为完成国防紧急任务，或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务的；（6）法律、行政法规规定的其他特殊情形。

（三）延长工时的补偿

典型案例7 休息日加班应首先安排补休吗

9月10日星期五，正值秋高气爽，某裁缝厂职工李师傅，早上一上班，心情特别好，因为明天是她女儿5岁生日，恰逢又是厂里的公休日，平常工作忙的没时间陪孩子，明天女儿过生日，她盘算着明天上午带女儿去游乐场，下午去公园，再给孩子买点好吃的。这时，厂长突然到车间宣布：“有件事情跟大家商量，厂里刚接下一批急活，须5天内做完，所以厂里希望大家明、后天都能来加班两天，以确保这批急活按时完成。”工友们一致表示同意加班。李师傅本想告诉厂长明天公休要陪女儿过生日，可转念又觉得大家都来加班，唯有自己不来加班不太合适，再说，按照厂里的惯例，每次公休日加班都按工资的200%发加班费，如果自己不来，到时候别人都拿加班费，唯有自己拿不到，也没面子。于是，李师傅也向厂长表示，公休日能来加班。

11日、12日，李师傅和大家一起紧张地加了两天班，提前干完那批急活。厂长非常高兴，当即向大家表示感谢，并通知“这次厂里将以补休的方式来补偿这两天的加班，下周全厂统一休息，作为对这两天加班的补休。”可李师傅不高兴了，向厂长表示：自己牺牲了给女儿过生日的时间来加班，不是为了要两天的补休，为的是能挣点加班费，现在厂里为了不给加班费，而决定补休一天，自己明确表示不同意。并声称：根据劳动法的規定，单位应当按工资的200%支付加班费，自己不要加班补休。

工作任务

- （1）了解本案案情，分析双休日加班费与补休之间的选择，注意孰先孰后；
- （2）请解读我国关于用人单位安排劳动者双休日工作支付劳动报酬的法律规定；
- （3）假设你是用人单位行政领导，请你设计向李师傅疑问进行解释的说法。

典型案例8 法定节假日加班费能不能以补休来代替

双休日及法定节假日留人值班，这在网站工作人员来讲，都是很正常的事情。2009年“中秋节”那天，某网站安排徐某等人值班。新来的财务经理向CEO指出，这种情况要支付给徐某等人300%的工资作为加班费。CEO得意地笑着说：“你以为我不懂劳动法？他们在休息时间来上班，我给他们安排个补休，不就万事大吉了？支付什么加班工资，免了！”果

然徐某等人在节后，被安排多休息了一天，他们觉得 CEO 还真体贴，关心他们，结果到了月末领工资的时候，他们发现工资里并没有他们原先预想的中秋节假日 300% 的加班工资，当时，还以为会分开发，但过了几天也不见动静，遂一齐前往财务部询问原因，财务经理便把 CEO 早已吩咐的话说了一遍：“由于事后给你们安排了补休，这一天的加班工资就不能再发给你们了。”徐某等人还将信将疑，财务经理继续说道：“不信的话，你们自己回去看看劳动法，上面白纸黑字写着安排补休的，不再支付加班工资！”这下徐某等人哑口无言，既然这是有法律依据的，还有什么好说呢？休息日也没比别人少一天，就这么算了吧。虽然大家心里还是有点不舒服，但苦于无理可申，各人都悻悻地回家了，财务经理深有感触地说了一句：“还是法管用啊！”

工作任务

- (1) 了解本案，法定节假日能否用补休来取代 300% 加班工资；
- (2) 解读我国关于法定假日工作与劳动报酬的法律规定；
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员，请你对案例中的做法编写一份法律建议书。

《劳动法》第四十四条规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

- 1、安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；
- 2、休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；
- 3、法定节假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 70 条规定：“休息日安排劳动者工作的，应先按同等时间安排其补休，不能安排补休的应按劳动法第四十四条第（二）项的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。”也即，对于公休日安排劳动者延长工作时间的，应当优先采用补休形式，不能安排补休的，才选择支付 200% 工资。

劳动部《工资支付暂行办法》第十三条第二款规定：实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的 150%、200%、300% 支付其工资。

(四) 特别规定

典型案例 9 加班费与加班证据争议处理

周某于 2008 年 6 月 1 日进入某集团股份有限公司上海分公司工作，和公司签订了为期 2 年的劳动合同，约定工作岗位为物流计划员，月工资为 3000 元。

由于公司业务特别繁忙而且人手又少，周某经常需要加班。平日周某需要每天加班 4 小时，周六也需要上班 8 个小时，在繁重的工作压力和精神压力下，周某觉得身心疲惫，于是决定辞职，并向公司提出要求支付上班一年多来的加班工资，可是公司却一口拒绝了周某的要求，理由是周某并不能提供加班的证据。在与公司多次协商未果的情况下，周某向公司所在地的劳动仲裁委员会申请了劳动仲裁，并提出了以下申诉请求：要求单位支付 2008 年 6 月 1 日至 2009 年 5 月 31 日期间延迟工作时间的加班工资及 25% 的经济补偿金；要求单位支付双休日的加班工资及 25% 的经济补偿金；要求单位支付解除劳动关系经济补偿金。

仲裁庭经过审理认为：周某未能提供充分有效的证据证明加班，也未能提供证据证明辞职的原因是单位的过错在先，因此周某要求单位支付加班工资及经济补偿金的要求证据不足，于是根据相关法律法规作出了对周某申诉请求不予支持裁决。

工作任务

- (1) 了解本案案情,分析仲裁委不予支持周某加班费的原因理由;
- (2) 解读我国关于加班程序条件的法律规定;
- (3) 假设你是劳动仲裁工作人员,你认为本案加班证据应当如何举证,并请你对本案争议提出自己的处理意见。

1、标准工时制的加班制度。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第68条规定:“实行标准工时制的企业,延长工作时间应严格按劳动法第四十一条的规定执行,不能按季、年综合计算延长工作时间。”第70条规定:“休息日安排劳动者工作的,应先按同等时间安排其补休,不能安排补休的应按劳动法第四十四条第(二)项的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。”

2、综合工时制的加班制度。根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第62条的规定:实行综合计算工时工作制的企业职工,工作日正好是周休息日的,属于正常工作;工作日正好是法定节假日的,要依照劳动法第四十四条第(三)项的规定支付职工300%工资报酬。”

3、不定时工时制的加班制度。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第67条规定:“经批准实行不定时工作制的职工,不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制,但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式,确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。”根据《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定,不定时工时制法定节假日工作的,可以不按照300%的比例支付工资。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题,调查当地用人单位工作时间与相应工作量情况,选择分析其中典型案例,解读所需法规、政策规定内涵,提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

不定时工时制加班工资争议处理

某公司2007年4月经当地劳动部门审批对公司发货员等岗位执行不定时工时制。2007年8月,王某到某公司任发货员。双方劳动合同约定王某执行不定时工时制,月工资1500元。2008年5月23日,王某提出辞职,但以公司经常安排其加班加点、却未向其支付加班工资为由要求某公司支付加班工资20412.16元;支付解除劳动合同经济补偿金1500元;额外经济补偿金750元。公司则认为:公司发货员岗位是经当地劳动部门审批执行不定时工时制的岗位,公司与王某在劳动合同中亦明确约定王某执行不定时工时制。因此,公司无需支付王某加班工资。王某因个人原因辞职公司亦无需支付经济补偿金及额外经济补偿金。

不定时工时制应否支付加班工资呢?

法理评析

不定时工时制是针对因生产特点、工作性质特殊需要或职责范围的关系,无法适用标准工作时间或需要机动作业的职工而采用的一种工作时间制度,是为了满足企业的工作需要。但是,企业在执行不定时工时制度时,必须注意:执行不定时工时制必须经过当地劳动部门审批;企业必须与执行不定时工时制的劳动者明确约定;虽然不定时工时制不受加班时间限

制,但企业仍在安排工作时仍必须按照《劳动法》的相关规定保证劳动者的休息权和身心健康。

首先,不定时工作制是我国基本工作时间制度之一。按照《劳动法》及其他相关规定,企业因生产特点不能实行每日工作8小时、每周工作40小时工时制度的,经劳动行政部门批准,可以实行其他工作和休息办法。原劳动部、人事部颁发的《国务院关于职工工作时间的规定的实施办法》第六条“由于工作性质和职责的限制,不宜采用定时工作制的职工,经国务院劳动、人事等有关部门批准,可以实行不定时工作制。”的规定,用人单位因工作性质不宜采用定时工作制的,经批准可以实行不定时工作制。而不定时工时制,是针对因生产特点、工作性质特殊需要或职责范围的关系,需要连续上班或难以按时上下班,无法适用标准工作时间或需要机动作业的职工而采用的一种工作时间制度,是我国现行的基本工作时间制度之一。

其次,依法审批工作实行不定时工作制的职工不适用加班规定。如前所述,执行不定时工时制需要经过有关行政机关审批。按照劳部发[1995]309号《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第67条“经批准实行不定时工作制的职工,不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制”,以及《工资支付暂行规定》第十三条第四款“不定时工时制度的劳动者,不执行上述规定”的规定。因此,经依法审批执行不定时工时制的职工,可以不适用加班时间限制的规定,也不适用加班工资的相关规定。

综上所述,本案王某的仲裁请求不能得到法律支持。用人单位某公司按照相关规定,向劳动部门提出了综合计算工时工作制和不定时工作制的申请,并得到审批通过。在公司与王某的劳动合同中双方亦明确约定王某执行不定时工时制,故王某的工作岗位实行不定时工作制,并不适用加班的相关规定,公司没有向其支付加班工作的义务。而王某并非因法定原因被迫辞职,亦不能要求所在公司支付经济补偿金和额外经济补偿金。

法条链接

《国务院关于职工工作时间的规定的实施办法》第六条:由于工作性质和职责的限制,不宜采用定时工作制的职工,经国务院劳动、人事等有关部门批准,可以实行不定时工作制。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第67条:经批准实行不定时工作制的职工,不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制,但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式,确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

学习情境2 休息休假争议处理

教学目标

能力目标:通过学习,能够规范运用平时休息及法定节假日休息时间制度;能够正确应用年休假、探亲假、婚丧假、产假等休假制度。

知识目标:通过学习,熟悉我国休息休假种类与内容;了解休息休假待遇制度。

知识与实践

一、休息休假含义

典型案例1 劳动者休息权争议处理

某企业是以生产出口产品为主的公司。2008年,因受亚洲金融危机的影响,产品出口量大大降低。公司因此不得不压缩生产,经常让劳动者们放假回家。2009年春节后,公司突然接到国外的一份定单,要求公司尽快供货。公司方有业务订单自然是十分高兴,但考虑到要求交货的期限十分紧张,于是,公司宣布:“由于公司刚刚接到的这批活儿,时间紧、数量大。为了确保按时交货,公司决定,从今天开始的三个月内,全公司每天加班两小时,周六、周日一律不休息。等到完成这批活儿后,公司将比照国家综合计算工时制度的标准,给全体人员放假,让大家集中休息一段时间。”并通知:谁若在星期天擅自休息,不来上班,公司将对其按旷工处理,并扣发当月奖金。

经过一个多月没有休息日的连续工作后,一些劳动者因连续工作感到疲劳或因家中有事需要处理,而主张星期天休息,但遭到公司方的拒绝。有些人对公司的此种做法十分有意见,便来到公司工会进行反映。工会干部向大家解释到:“此次公司因生产任务的需要,安排劳动者连续加班,曾经与工会商量过。咱们的工会主席同时还是公司的副总经理,也要从生产考虑,并且,他也要受总经理的领导,所以他当时同意了公司的决定。”并说“其实,大家的利益也没受到什么侵害,因为工会认为,这批活儿完成后,全公司放假,大家一起集中休息,跟平常分别休息也没什么实质区别。”员工们听到工会这样的解释,非常失望。无奈之中,大家一起申诉至当地劳动争议仲裁委员会,希望仲裁委员会依法保护他们的休息权。

工作任务

- (1) 了解本案情,分析用人单位变通劳动者的休息时间做法是否违法;
- (2) 请解读我国关于劳动者休息时间的系列法律规定;
- (3) 假设你是本用人单位人力资源管理工作人员,面对紧急订单与劳动者的休息权情况,将如何解决法律规定与生产经营的冲突问题。

休息时间,又称法定休息时间,是指法定的劳动者免于履行劳动义务而自行支配的时间,是恢复和增强劳动力的必要时间。用人单位不得非法占用劳动者的休息时间,如需占用,应当给予特别补偿。休息时间的范围,包括日常休息时间和休假。

典型案例2 每日工作5.5小时,没有休息日,合法吗

林梅是某宾馆服务员,该宾馆规定服务员每天工作5.5小时,没有休息日。林梅因为丈夫长期卧病在床,要求每周安排一天休息,在家处理家务。宾馆经研究后未予以批准,理由是:林梅每天工作仅5.5小时,即使不安排休息日,每周工作也不足40小时,没有违反国家有关劳动法律法规规定,林梅可以利用每天下班后的时间来处理家务。林梅认为宾馆这样做侵犯了自己的休息权,要求宾馆给予享受每周休息日的待遇。双方因此形成纠纷。

工作任务

- (1) 分析本案例中宾馆的答复理由是否合法;
- (2) 请解读我国关于劳动者休息日的法律规定;
- (3) 假设你是宾馆的工会工作人员,请你指导宾馆让劳动者连续工作而不安排休息天的做法是否正确,请帮助林梅可以通过什么渠道实现维权。

典型案例3 不定时工时制的法定节假日能不能随意取消

李明在上海一家贸易公司工作,担任销售部经理,双方在劳动合同中明确约定,部门经理岗位实行不定时工作制度。2010年9月22日,休息在家的李明突然接到老板打来的电话,称有一紧急业务需要她处理,于是李明马上赶到公司上班。快放国庆假了,李明本计划利用黄金假日外地旅游,可是,公司又安排了她10月2日的值班。之后李明向单位提出,9月22日和10月2日都是法定假日,单位应该支付她加班工资,而单位却以实行不定时工作制度为由拒绝了李明。李明不知道单位这样的做法是否合理。

工作任务

- (1) 通过本案,了解我国法定节假日的具体规定;
- (2) 请解读我国关于不定时工作时间制度与加班制度的法律规定;
- (3) 根据本案与国家有关规定,请你分析用人单位是否可以取消劳动者的法定节假日。

日常休息时间,指工作日内不计入工作时间的间歇时间和计入工作时间的间歇时间(即法定非劳动消耗时间),以及相邻两个工作日之间的休息时间和相邻两个工作周之间的休息时间(周休日)。《劳动法》第三十八条规定:“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。”也即,用人单位必须保证劳动者每周至少有一次24小时不间断的休息。

休假,指劳动者依法享受的各种假日,也即劳动者带薪休息,是法定的劳动者免于上班劳动并且有工资保障的休息时间。休假是休息时间的重要组成部分,一般包括法定节假日、年休假、探亲假、婚丧假、产假等。

根据原劳动部《工资支付暂行规定》第十三条的规定:用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后,根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的,应分别按照不低于劳动者本人工资的150%、200%、300%支付劳动者工资。实行计件工资的劳动者,在完成计件定额任务后,由用人单位安排延长工作时间的,应分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。经劳动行政部门批准实行综合计算工时工作制的,其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分,应视为延长工作时间,并按本规定支付劳动者延长工作时间的工资。但是,“实行不定时工时制度的劳动者,不执行上述规定。”

因此,依法实行不定时工时制的劳动者在双休日、法定假日工作的,可以不支付相应比例的加班工资。

二、休假种类

(一) 法定节假日

典型案例4 妇女节等少数人节假日加班工资争议处理

叶某系外来务工人员,2005年3月18日进入上海某服饰有限公司工作,任裁剪辅助工岗位,2006年及2007年由于“三八”妇女节均在工作日,叶某正常上班。2008年9月2日双方因故发生争议。叶某根据考勤记录记载,自己在2006年、2007年的“三八”妇女节均上班,要求补偿2006年、2007年“三八”妇女节的加班工资60元以及25%的补偿金15元。公司答复:“三八”妇女节公司放假半天,叶某即使上班也不应支付加班工资。

工作任务

- (1) 分析本案是否应当支付“三八”妇女节工作的加班费;
- (2) 请解读我国关于全体公民放假与部分公民放假及其工资报酬的法律规定;
- (3) 请为本案提供一个合法的处理意见。

法定节假日,是指根据国家、民族的传统习俗而由法律规定的在节日实行的休假。根据国务院 2007 年新修订的《全国年节及纪念日放假办法》规定,用人单位在法定应当放假的节日和纪念日,应当安排劳动者休假。其中各种节假日包括:

1、全体公民放假的节日:(1) 新年,放假 1 天(1 月 1 日);(2) 春节,放假 3 天(农历除夕、正月初一、初二);(3) 清明节,放假 1 天(农历清明当日);(4) 劳动节,放假 1 天(5 月 1 日);(5) 端午节,放假 1 天(农历端午当日);(6) 中秋节,放假 1 天(农历中秋当日);(7) 国庆节,放假 3 天(10 月 1 日、2 日、3 日)。全体公民放假的假日,如果适逢星期六、星期日,应当在工作日补假。

2、部分公民放假的节日及纪念日:(1) 妇女节(3 月 8 日),妇女放假半天;(2) 青年节(5 月 4 日),14 周岁以上的青年放假半天;(3) 儿童节(6 月 1 日),不满 14 周岁的少年儿童放假 1 天;(4) 中国人民解放军建军纪念日(8 月 1 日),现役军人放假半天。部分公民放假的假日,如果适逢星期六、星期日,不补假。

3、少数民族习惯的节日,由各少数民族聚居地区的地方人民政府,按照各该民族习惯,规定放假日期。

4、二七纪念日、五卅纪念日、七七抗战纪念日、九三抗战胜利纪念日、九一八纪念日、教师节、护士节、记者节、植树节等其他节日、纪念日,均不放假。

(二) 年休假

典型案例 5 应休未休年休假争议处理

某市某钢丝绳厂对职工年休假问题从没有作过具体时间公布,只是在会议上表示以发放加班工资形式取而代之,但没有实施年休假制度。盘某等 74 人 2004 年之前知道法律规定他们享有这一休假权利,却没有向钢丝绳厂主张安排休假的权益。直至 2004 年 7 月,盘某等 74 人因厂方没有实行住房货币分配政策发生争议,才向法院诉请年休假及补偿未休年休假损失的主张。法庭最后裁定:盘某等职工享有带薪年假的权利,钢丝绳厂应当承担 2004 年以后实施职工年休假制度的责任,但由于盘某等 74 人之前没有向钢丝绳厂提出主张安排休假,自己应当承担相应法律责任,所以对其请求补偿前期没休假损失金不予支持。

工作任务

- (1) 请了解本案案情,分析钢丝绳厂 74 人年休假主张不能成功的法律理由;
- (2) 请解读我国关于年休假及应休未休年休假的具体规定;
- (3) 假设你是用人单位人力资源工作人员,请你为本案劳动者年休假的请求设计一个合理的解答意见。

年休假,是指劳动者每年享有保留原职和工资的连续休假。《劳动法》第四十五条规定:国家实行带薪年休假制度,劳动者连续工作一年以上的,享受带薪年假,具体办法由国务院规定。根据 2008 年 1 月 1 日实施的国务院《职工带薪年休假条例》规定,单位应当保证职工享受年休假,职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。

1、年休假适用范围和享受条件。机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作 1 年以上的,享受带薪年假。职工累计工作已满 1 年不满 10 年的,年休假 5 天;已满 10 年不满 20 年的,年休假 10 天;已满 20 年的,年

休假 15 天。

职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：(1)职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；(2)职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；(3)累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；(4)累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；(5)累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

2、年休假的安排。单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排。

3、年休假工资待遇及未休补偿办法。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。用人单位安排职工休年休假，但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。

4、计入或不计入年休假的情形。职工依法享受的探亲假、婚丧假、产假等国家规定的假期以及因工伤停工留薪期间不计入年休假假期。但是，职工享受寒暑假天数多于其年休假天数的，不享受当年的年休假。

5、工资支付办法。计算未休年休假工资报酬的日工资收入按照职工本人的月工资除以月计薪天数（21.75 天）进行折算。其中的月工资是指职工在用人单位支付其未休年休假工资报酬前 12 个月剔除加班工资后的月平均工资。在本用人单位工作时间不满 12 个月的，按实际月份计算月平均工资。

用人单位与职工解除或者终止劳动合同时，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未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬，但折算后不足 1 整天的部分不支付未休年休假工资报酬。折算方法为：（当年度在本单位已过日历天数 ÷ 365 天）× 职工本人全年应当享受的年休假天数 - 当年度已安排年休假天数。

6、罚则规定。单位不安排职工休年休假又不依照本条例规定给予年休假工资报酬的，由县级以上地方人民政府人事部门或者劳动保障部门依据职权责令限期改正；对逾期不改正的，除责令该单位支付年休假工资报酬外，单位还应当按照年休假工资报酬的数额向职工加付赔偿金；对拒不支付年休假工资报酬、赔偿金的，属于公务员和参照公务员法管理的人员所在单位的，对直接负责的主管人员以及其他直接责任人员依法给予处分；属于其他单位的，由劳动保障部门、人事部门或者职工申请人民法院强制执行。需要注意的是，其中的加付赔偿金数量为正常工资的 300%，且须监督、监察机构依职权责令赔偿，而非劳动者主张赔偿。

（三）探亲假

典型案例 6 探亲假待遇

吕老师是江南某学校的专业教师，其父母远在千里之外的青海省。按照常规，学校每年有两个多月的寒暑假。2010 年 9 月 18 日学校开学不久，吕老师突然接到母亲病重住院治疗的消息，便向学校请假回家探望母亲，并说明自己进入学校工作后，一直没有使用过探亲假，请求学校按探亲假给予自己假期。但校方说，学校每年两个多月的寒暑假已经相当于探亲假，不能再给吕老师探亲假，只能按事假处理。

工作任务

- (1) 请分析本案学校的说法是否正确；
- (2) 请解读我国关于探亲假的有关规定

（3）请说出你的观点。

探亲假，是指法定的、给予家属分居两地的职工，在一定时期内与父母或配偶团聚的假期。探亲假期均包括公休假日和法定节日在内。

1、享受探亲假的条件。凡工作满1年的职工，与父母或配偶不在一起居住，又不能在公休假日团聚的，可以享受探望父母或配偶的待遇。但是，职工与父亲或母亲一方能够在公休假日团聚的，不能享受探望父母的待遇。

2、探亲假的假期。（1）职工探望配偶的，每年给予一方探亲假一次，假期为30天。（2）未婚职工探望父母，原则上每年给假一次，假期为20天；如因工作需要，单位当年不能给予假期，或者职工自愿两年探亲一次的，可以两年给假一次，假期为45天。（3）已婚职工探望父母的，每四年给假一次，假期为20天。（4）凡实行周期性集中休假制度的职工（例如学校的教职工），应该在休假期间探亲；如休假期较短，可由本单位适当安排，补足其探亲假的天数。

（四）婚丧假

典型案例7 婚假待遇

沈亮是上海某民营公司的职员。2010年10月，沈亮想利用国庆黄金假日结婚，为了能多休息几天时间，沈亮向公司请休10月8日开始的三天婚假，因其现年29岁，并申请增加七天晚婚假。公司老板考虑其十天婚假中肯定会有公休假日，但对婚假中是否包含公休假日而感到迷惑。

工作任务

- （1）请分析沈亮十天婚假中是否包含遇到的公休假日；
- （2）请解读我国关于婚丧假日及鼓励晚婚晚育的法律规定；
- （3）请你为本家公司老板依法出谋划策。

婚丧假，是指劳动者本人结婚以及劳动者的直系亲属死亡时依法享受的假期。婚丧是每个劳动者都会遇到的情况，劳动者婚丧期间，给予一定的假期，并由用人单位如数支付工资，使劳动者有空余时间处理相关事务，这是对劳动者的精神抚慰，体现了政府和用人单位对劳动者的福利政策，也是对其权益的保护，对于调动劳动者的积极性具有重要意义。

1、享有婚丧假的条件。我国《婚姻法》规定，结婚年龄，男不得早于22周岁，女不得早于20周岁。晚婚晚育应予鼓励。因此，职工享受婚假的前提是，达到上述法律规定的结婚年龄，且与配偶正式办理了结婚登记手续。丧假享有的条件是，职工的直系亲属死亡。所谓直系亲属，是指职工的父母、配偶、子女。此外，对请丧假范围的划定，有的地方规定除直系亲属死亡时可给丧假外，岳父母和公婆死亡时也可给予丧假。

2、婚丧假的期限。根据1980年2月20日国家劳动总局、财政部发布的《关于国营企业职工请婚丧假和路程假等问题的通知》规定，职工本人结婚或职工的直系亲属（父母、配偶、子女）死亡时，可以根据具体情况，由本单位行政领导批准，酌情给予1—3天的婚丧假；职工在外地的直系亲属死亡时需要本人去外地料理丧事的，可以根据路程远近，另给予路程假，但是途中的车船费等，全部由职工自理。我国《人口与计划生育法》第二十五条规定：“公民晚婚晚育，可以获得延长婚假、生育假的奖励或者其他福利待遇。”为了鼓励计划生育，各地对大龄晚婚青年的婚假均有奖励假期的规定，即除了国家规定的3天假期外，一般另给7天左右的有薪假期。如《上海市人口与计划生育条例》规定，职工除了享受的3天婚假外，符合晚婚年龄（男职工年满25周岁、女职工年满23周岁）的初婚者增加婚假七天。

3、婚丧假期间的待遇。《劳动法》第五十一条规定：“劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。”《工资支付暂行规定》第十一条规定：“劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。”根据《关于国营企业职工请婚丧假和路程假问题的通知》规定：婚丧假在3个工作日以内的，工资照发；职工结婚时双方不在一地工作的、职工在外地的直系亲属死亡时需要职工本人去外地料理丧事的，都可以根据路程远近，另外给予路程假；在单位行政领导批准的婚丧假和路程假期间，职工的工资照发；途中的车船费等，全部由职工自理。

（五）产假

典型案例 8 产假待遇

2007年3月8日，正是刘青25周岁生日。这天，刘青欣喜进入北京某公司任职技术员。2008年5月，刘青与男朋友喜结良缘。2010年1月刘青怀孕后，身体一直感觉比较虚弱。11月住院生育检查时，发现胎儿处于“臀位”之状，妇产科医生告知刘青家属，如果不实行剖腹产手术，恐有生命危险。在医生和刘青家人商量后，医生给刘青实行了剖腹产手术，并产下一漂亮女儿。刘青在与公司沟通产假时间时，因为到底是休四个月产假还是四个半月产假发生了歧义。

刘青可以享受多长时间的产假呢？

工作任务

- (1) 请分析本案刘青可以享受有多长时间的产假，其是否可以享有晚育及难产假期；
- (2) 请解读我国关于婚丧假日及鼓励晚婚晚育措施的法律规定。
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员，请你根据我国有关规定，试解答女职工计划生育产假、晚育假、难产假、多胞胎假等待遇制度。

产假，是指女职工产期前后的休假待遇，女职工生育享受不少于九十天的产假，一般从分娩前半个月至产后两个半月，晚育者的产假可延长至四个月。

1、产假期限。《劳动法》第六十二条和国务院发布的《女职工劳动保护规定》明确：女职工生育享受不少于90天的产假。其中，产前休假15天，系指预产期前15天的休假，产前假一般不得放到产后使用；产后假75天，系指生育后的75天休假。休产假不能提前或推后。若孕妇提前生产，可将不足的天数和产后假合并使用；若孕妇推迟生产，可将超出的天数按病假处理。产假期间，工资照发。

特殊原因产假规定：根据国务院《女职工劳动保护规定》，难产，增加产假15天；多胞胎生育的，每多生育一个婴儿，增加产假15天；女职工怀孕流产的，所在单位应当根据医务部门的证明，给予一定时间的产假；女职工怀孕不满4个月流产的，给予15天至30天的产假；怀孕满4个月以上流产者，给予42天产假。但是，女职工违反国家有关计划生育规定的，其劳动保护应当按照国家有关计划生育规定办理，不适用《女职工劳动保护规定》的产假待遇。

部分属于地方法规规定必须给假的情况，单位应批准其休假。如《上海市女职工劳动保护办法》规定：(1) 产前假，怀孕7个月以上，如工作许可，经本人申请，单位批准，可请产前假两个半月，享受80%工资。(2) 哺乳假，女职工生育后，若有困难且工作许可，由本人提出申请，经单位批准，可请哺乳假六个半月，享受80%工资。(3) 保胎假，经医院开具证明，可以按病假待遇处理。(4) 晚育假，女职工24周岁以上生育的，鼓励计划生育晚育假30天，并给予配偶3天陪产假，工资待遇等同于产假待遇。

2、产假期间的工资待遇。我国《妇女权益保障法》规定：任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资。国务院《女职工劳动保护规定》规定：不得在女职工怀孕期、产期、哺乳期降低其基本工资。怀孕的女职工，在劳动时间内进行产前检查，应当算作劳动时间。

根据 2011 年 7 月 1 日生效的《中华人民共和国社会保险法》的规定：职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费。用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。

生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴（具体内容详见本书项目七“社会保险与工伤争议处理”）。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位关于劳动者休息休假的情况，选择分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

八小时以外搞培训违法吗

胡珏是某公司职员，平时工作室做五休二。公司为普及某项业务技术，要胡珏利用休息天参加公司组织的培训，并不能耽误上班时间。无奈，胡珏只好和同事换班后，参加了连续两天的培训。这样，上班加上培训，胡珏等于要连续 7 天不能休息。而且根据公司规定，培训没有任何加班费和补贴。培训时，由于太疲惫了，胡珏不由打起瞌睡，结果公司要扣罚胡珏的工资。胡珏不知道公司这样做是否合法。

用人单位在劳动者工作时间外安排培训且不支付加班费对吗？

法理评析

用人单位组织职工培训是企业的法定义务，参加企业组织的培训也是劳动者的义务。但是任何用人单位的规章制度都只有在不违背法律法规的前提下才有效。我国劳动法明确规定，用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。所以，劳动者有依法在休息天休息的权利，如用人单位根据工作需要确实需要安排劳动者加班的，须经劳动者协商同意，并根据劳动法“休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬”的规定，在不能安排劳动者补休的情况下支付劳动者平日工资的 200% 的工资报酬，或者另行安排劳动者补休可以不支付 200% 加班报酬。

因此，本案中，公司安排胡珏在休息日参加培训而不给加班费或补休是违反法律规定的行为。

至于胡珏在培训时打瞌睡，只能说是胡珏违法了公司的劳动纪律，公司有权在不违背法律的前提下根据公司职工代表大会讨论通过的企业规章制度的具体内容进行处理。公司根据企业规章制度对违纪职工适当的处罚是合法的，但其前提必需是在计算了加班费或另行安排了补休的情况下才合法，否则胡珏可以拒绝或不参加该类培训。

法条链接

《劳动法》第四十四条: (二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的, 支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。

《劳动合同法》第四条: 用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时, 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。

项目五 工资报酬争议处理

学习情景 1 工资构成争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习, 能够把握法定工资构成因素; 能够依法核定加班工资; 能够依法核定社会保险缴费基数、解除或终止劳动合同经济补偿金计算基数。

知识目标: 通过学习, 应当熟悉我国法定工资构成制度; 掌握法定加班工资制度; 了解社会保险缴费基数以及解除或终止劳动合同经济补偿金基数规定。

知识与实践

一、工资的含义与特征

典型案例 1 差旅费是否属于工资

赵某自 2009 年 1 月 1 日起与某制衣公司建立劳动关系, 任销售职务, 工作地点为上海, 月工资为基本工资 1700 元+补贴工资 2600 元+销售提成, 离职前 12 个月平均工资为 9134.33 元。2010 年 3 月 29 日, 某制衣公司通知赵某将其岗位调至江苏, 赵某表示不同意。4 月 21 日, 某制衣公司则以赵某未到新岗位报到工作, 也未向直线经理请假为由通知赵某解除劳动关系。在计算经济补偿金时, 公司认为, 赵某每月凭票据享受 2500 元的差旅费报销和 100 元通讯费报销是差旅报销费用, 不是工资, 不应计入赵某工资性收入中作为经济补偿金基数之一。赵某则认为该项费用每月随工资一并打入其账户, 是固定的补贴工资, 应当计入经济补偿金基数中。双方为此争执不下, 因此形成争议。

工作任务

(1) 熟悉本案案情, 分析案中赵某每月固定的、凭票据报销享受的差旅费用 2500 元和 100 元通讯费补贴是否属于工资;

(2) 解读我国法规、政策中关于工资组成项目的规定;

(3) 作为企业人力资源管理工作人员,你认为销售提成是否可以计入工资中?销售提成是否可以计入经济补偿金的计算基数中?

(提示:1、每月固定的、不管是否发生实际费用皆用凭证报销的货币性收入属于企业规避税收的行为;2、根据实际支付的、不固定的类似于招待费用等凭证报销的货币性支付是否属于工资范畴?)

(一) 工资的含义

工资,又称薪金,或者叫劳动报酬,是指劳动关系中,用人单位根据国家法规、集体合同、劳动合同的预先规定,以法定货币形式,直接支付给劳动者的物质补偿。《劳动法》第四十七条规定:“用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。”本规定为用人单位享有工资分配自主权提供了法律依据。

(二) 工资的特征

工资较之其他劳动收入(如农民工劳动报酬、个体劳动收入、劳务报酬等等),具有如下一些特征:

1、工资是基于劳动关系所获得的劳动报酬。

2、工资是用人单位对职工履行劳动义务的物质补偿,支付工资是用人单位必须履行的基本义务。

3、工资额的确定必须以劳动法规、劳动政策、集体合同和劳动合同的规定为依据。

4、工资必须以法定货币定期支付。

(三) 关于工资的规范性文件

关于工资的规定,散见于《劳动法》、1993年《企业最低工资规定》、1994年《工资支付暂行规定》、1994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》、2000年《工资集体协商试行办法》、2003年《最低工资规定》等规范性文件中。

我国目前尚无统一的工资法,但已基本形成了工资分配制度确立方式多样化和混合化的格局,即:国家机关的工资分配制度由立法确定;事业单位的工资分配制度,部分由立法确定、部分由单位方自主确定;企业的工资分配制度统一由工资集体协商确定(2000年11月8日劳动和社会保障部令第9号《工资集体协商试行办法》)。工资的核定不止是劳动者平时利益的体现,也是用人单位支付加班工资、支付解除或终止劳动关系经济补偿金的重要参考指标。

二、工资构成与非工资范围

典型案例2 销售提成工资争议处理

田某自2004年2月进入某公司工作,双方没有签订劳动合同,主要从事业务销售工作,计酬方式为基本工资加提成、奖金。2008年度,某公司每月向田某支付工资1733元,由于提成及奖金不定期发放,故田某每月收到的报酬一般都会超过1733元,即1月份1733元、2月份1733元、3月份21576元(其中工资收入1733元,提成及奖励19843元)、4月份15739元(其中工资收入3239元,提成及奖励12500元)、5月份9437(其中工资收入3437元,提成及奖励6000元)、6月份5068元(其中工资收入2000元,提成及奖励3068元)、7月份18274元(其中工资收入4274元,提成及奖励14000元)、8月份3679元、9月份3809元、10月份2441元、11月份2706元、12月份2219元。也就是说,田某2008年度在某公

司收取的报酬是由两部分构成的，一部分是工资收入，包括基本工资、补助等，另一部分是提成及奖励。2009年1月10日，某公司以“不能适应公司高速发展要求，与公司发展步调不一致”为由，向田某支付7500元经济补偿金，辞退了田某。田某以销售提成应作为计算经济补偿基数部分，向劳动争议仲裁委员会提起申诉。该案经过仲裁、法院一审、二审，最终认定：劳动者的劳动收入包括工资和其他劳动报酬及收入，本案中劳动者收取的提成及奖励是与劳动者工作业绩挂钩的，并非企业支付给劳动者的工资，因此提成及奖励应属其他劳动报酬的范畴，不应列入劳动者的工资范畴，故在计算经济补偿金的月平均工资标准时应将提成及奖励部分排除在外。双方均确认田某的报酬是基本工资加提成、奖金，提成及奖金包含奖励成份，其与员工的业绩挂钩，并非企业支付给员工的基本工资，故计算经济补偿金的月平均工资应以某公司每月支付给田某的基本工资为准。（案例来源：中国劳动人事网）

销售提成究竟是不是劳动者所得工资组成部分？

工作任务

（1）了解案情，分析支付给劳动者的销售提成是否属于工资项目。

（2）解读我国《关于工资总额组成的规定》、《工资支付办法》、《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中关于奖金及计件工资的法律规定。

（3）本案解除劳动合同经济补偿金核算是否应当将销售提成计入月平均工资中？

（提示：1、考虑我国关于工资构成中的计件工资、奖金的有关规定与本案的联系；2、销售人员销售提成，属于企业所得利润一部分，企业以货币形式直接支付给劳动者的收入是否属于工资？3、考虑销售提成是否属于劳动者的劳动收入？）

（一）工资构成

工资因受制于劳动力的质量结构、支出状况和使用效果等多种因素而由若干个部分所组成。我国实践中的工资，一般由基本工资和辅助工资两部分组成。

基本工资，是指劳动者在法定或约定的工作时间内提供正常劳动所得的报酬，是劳动者所得工资额的基本组成部分。国家机关的基本工资制度，由法规和政策规定；企业的基本工资制度由企业内部劳动规则和集体合同规定；事业单位的基本工资制度，部分由法规和政策规定，部分由本单位自主规定。

辅助工资，即基本工资以外的、在工资构成中处于辅助地位的工资组成部分，通常是用用人单位对劳动者付出的、超出正常劳动之外的劳动消耗所支付的报酬。常见的有奖金、津贴补贴、加班加点等工资。

原劳动部《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53条规定：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，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。

（二）工资总额

典型案例3 社会保险缴费基数与工资总额争议处理

章女士是某公司的员工，该公司对员工的工资分配实行结构工资形式，即将工资分解成基本工资、奖金、津贴、补贴等几部分，根据具体考核计算每月工资。由于公司生产经营受市场不断变化的影响，章女士的每月工资收入也随之变化频繁。为了确定社会保险费的缴费基数，公司与章女士约定：以基本工资作为缴纳社会保险费的基数。章女士为了能够在公司长期工作下去，虽然对此有异议，但最终还是不得已同意了公司的做法。于是，公司就按双方约定的数额为章女士缴纳社会保险费。

数年后，公司通知章女士劳动合同到期不再续订，章女士对此感到很遗憾。在办理离职手续时，章女士提出自己在公司工作多年，保险费缴费基数与自己实际工资收入一直不相符，公司没有按自己的实得收入为其缴纳社会保险费，违反了国家的有关规定，要求公司补缴未足额缴纳社会保险费的差额部分，希望公司予以解决。

但公司认为，由于公司的生产经营状况受市场影响较大，员工每月工资水平也因此而频繁变化，所以与员工约定社会保险缴费基数，而章女士的社保缴费基数已经双方协商确定，公司是严格按照约定的缴费基数缴纳社保费的，因此不同意章女士的要求。双方由此发生争议。

工作任务

- （1）分析本案劳动合同当事人是否可以自行约定社会保险费的缴费基数；
- （2）请解读我国关于工资总额与社会保险费缴费基数的法律规定；
- （3）请你为本案章女士确定社会保险费的缴费基数。

工资总额是企业一定时期内直接支付给本企业劳动者的全部劳动报酬总额。工资总额的计算应以直接支付给劳动者的全部劳动报酬为根据。各用人单位支付给劳动者的劳动报酬以及有关规定支付的工资，不论是计入成本的还是不计入成本的，只要是以货币形式直接支付给劳动者的劳动报酬，均应列入工资总额的计算范围。

根据1990年国家统计局发布的《关于工资总额组成的规定》，工资总额由下列六个部分组成：

1、计时工资

计时工资是按照计时工资标准（包括地区生活费补贴）和工作时间支付给劳动者个人的劳动报酬。包括：（1）对已做工作按计时工资标准支付的工资；（2）实行结构工资制的单位支付给劳动者的基础工资和职务（岗位）工资；（3）新参加工作职工的见习工资（学徒的生活费）；（4）运动员体育津贴。

计时工资一般分为月工资标准、日工资标准、小时工资标准。日工资标准是月工资标准除以月计薪天数（21.75）所得之商，小时工资标准是日工资标准除以日法定工作时数（8小时）所得之商。职工全勤，按月工资标准计发工资；职工缺勤或加班加点，按日工资标准或小时工资标准扣发或加发工资。标准工资是指在实行计时工资的条件下，职工完成法定工作时间和劳动定额后，按本人的工资等级和工资标准领取的工资数额。标准工资可作为计算工资的其他组成部分、计件工资的计件单价以及某些项目的社会保险待遇的基础或依据。

根据《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》（劳社部发[2008]3号）规定，制度工作时间的计算为：

全年工作日：365天-104天（休息日）-11天（法定节假日）=250天

月均工作日：250天÷12月=20.83天/月

根据《劳动法》第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，所以折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的11天法定节假日。也即日工资、小时工资的折算为：

月计薪天数=（365天-104天）÷12月=21.75天

日工资：月工资收入÷月计薪天数

小时工资：月工资收入÷（月计薪天数×8小时）

2、计件工资

典型案例4 企业随意提高劳动定额是变相克扣劳动者工资

陈某是某饮料公司包装车间员工，与公司签订有5年期的劳动合同，合同中约定“员工完不成定额的，按实际未完成数和单位定额工资含量从当月工资中扣发，甲方（指公司）可低于最低工资标准支付乙方（指员工）工资。”包装车间人数为25人，其中包括车间行政管理人员2名，叉车司机2名，库管员1名等。公司对包装车间陈某等20人打包工实行计件工资，即8小时内完成58箱饮料包装支付基本工资，每超额一件加发2元工资。7月份，陈某等20人平均包装62箱，基本能超额完成劳动定额。8月份公司劳资部将定额提高到“日包装65箱、每超额一件加发5元工资”。陈某等17人完成定额，另外3人因没有完成定额基数，少包装一件扣5元。9月份，公司将定额基数又调整为70箱。打包工们加班加点，每日工作10小时，仍有陈某等15人未完成日定额，被扣发当月工资150元至180元不等。陈某等15人选派代表到公司劳资部交涉，劳资部负责人答复：“少发的工资不能补发，劳动合同中有规定，你们愿到哪告就到哪去告。公司就是这么定的。”陈某等人认为公司连续调整劳动定额不合理，不但迫使工人加班加点，延长了劳动时间，还变相克扣了工人工资，侵犯了工人的合法权益，双方为此发生争议。

工作任务

（1）了解本案案情，分析劳动者正常工作时间内完不成劳动定额是否可以低于最低工资标准支付工资；

（2）请解读我国关于正常工作时间、劳动定额及其工资支付的法律规定

（3）假设你是用人单位人力资源工作人员，请你为用人单位设计一个合理合法的劳动定额方案，其中注意对完不成劳动定额和超额完成劳动定额工资支付办法的设定要合法合理。

计件工资，是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。包括：（1）实行超额累进计件、直接无限计件、限额计件、超定额计件等工资制，按劳动部门或主管部门批准的定额和计件单价支付给个人的工资；（2）按工作任务包干方法支付给个人的工资；（3）按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资。

计件工资作为用人单位在一定计算条件下，根据职工完成的合格产品数量或工作量，按计件单价支付的劳动报酬，其计件单价是生产某一单位产品或完成某一单位工作的应得工资额。即计件单价=单位时间的标准工资/单位时间的劳动定额。

计件工资一般只适用于劳动工序相对独立、产品量或工作量能精确计算、产品质量有明确标准并能科学测定、生产过程能正常进行、管理制度比较健全的企业。

3、奖金

典型案例5 留人高招，年终奖分期付

2006年8月,齐先生被南京某软件技术有限公司聘用,从事软件开发业务,合同期为3年。齐先生在合同期尚有半年的情况下决定离职。于2009年12月13日,该公司作出同意解除与齐先生劳动合同的决定,该决定确定双方解除劳动合同的生效日期为2009年12月23日。并于2010年1月9日支付齐先生2009年12月的工资。2010年2月6日,齐先生通过电子邮件的方式与该软件公司相关负责人联系,询问在职期间的奖金问题,该负责人在2010年2月7日回邮明确拒绝了他的要求,理由是他已经离职。按照公司《员工手册》第三章第五款规定,“员工当年的年终奖分4年兑现,若员工离职,未兑现完的年终奖将不再兑现。”因此,齐先生到该公司工作至辞职,第一年的年终奖尚未能全部领取,其中2006年至2008年度累计留存在公司的奖金为8000余元,2009年度未领取的年终奖为6000余元。

齐先生认为,年终奖是对自己当年工作的考核,属于考核年度的工资组成部分,考核年度之后自己辞职、终止劳动合同行为并不导致考核年度自己劳动的减少,不影响自己考核年度的工作业绩,公司据此扣发自己年终奖行为与劳动法同工同酬以及不得克扣劳动报酬的规定相违背,所以公司根据工资规则规定拒绝支付自己年终奖的做法是违法的。于是,齐先生于2010年4月4日向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,但该仲裁委认定齐先生的申诉超过仲裁时效,故决定不予受理此案。齐先生不服,诉至法院,要求兑现拖欠的1.4万余元奖金。

工作任务

(1) 分析本案劳动仲裁委员会的“申诉超过仲裁时效”的决定,是否有法律依据,齐先生的诉请能否得到法院的支持;

(2) 请解读我国关于工资结构中奖金的法律规定;

(3) 实践中,诸多用人单位通过年终奖分期兑现的方式以期能留住人才,假设你是人力资源管理工作人员,你认为这样的方式是否合法?

(4) 请你分析本案当事人齐先生最终能否成功得到1.4万元奖金,并说出你的理由和法律依据。

奖金,奖金是指支付给劳动者的超额劳动报酬和增收节支的劳动报酬。包括:(1)生产奖;(2)节约奖;(3)劳动竞赛奖;(4)机关、事业单位的奖励工资;(5)其他奖金。

奖金可分为月度奖金、季度奖金和年度奖金;经常性奖金和一次性奖金;集体奖金和个人奖金;综合奖金和单项奖金(如超产奖、安全奖、节约奖、新产品试制奖)等。除规范性文件明确规定不属于工资项目的奖金,均应当属于工资范围。

4、津贴和补贴

津贴和补贴是指为了补偿劳动者特殊或额外的劳动消耗和因其他特殊原因支付给劳动者的津贴,以及为了保证劳动者工资水平不受物价影响支付给劳动者的物价补贴。其中,(1)津贴包括:补偿劳动者特殊或额外劳动消耗的津贴,保健性津贴,技术性津贴,年功性津贴及其他津贴,如高空、高温、夜班津贴,有毒有害岗位津贴,外勤工作、铁路乘务津贴等;(2)物价补贴包括:为保证劳动者工资水平不受物价上涨或变动影响而支付的各种补贴,如副食品价格补贴。

劳动者的劳动消耗和生活费用往往因客观条件不同而存在一定差别,而基本工资不能反映这种状况,所以需要津贴和补贴来补充。

5、加班加点工资

典型案例6 能否以补休替代法定节假日加班工资

双休日及法定节假日留人值班,这在网站工作人员来讲,都是很正常的事情。2009年

“中秋节”那天，某网站安排徐某等人值班。新来的财务经理向 CEO 指出，这种情况要支付给徐某等人 300% 的工资作为加班费。CEO 得意地笑着说：“你以为我不懂劳动法？他们在休息时间来上班，我给他们安排个补休，不就万事大吉了？支付什么加班工资，免了！”果然徐某等人在节后，被安排多休息了一天，他们觉得 CEO 还身体贴，关心他们，结果到了月末领工资的时候，他们发现工资里并没有他们原先预想的中秋节假日 300% 的加班工资，当时，还以为会分开发，但过了几天也不见动静，遂一齐前往财务部询问原因，财务经理便把 CEO 早已吩咐的话说了一遍：“由于事后给你们安排了补休，这一天的加班工资就不能再发给你们了。”徐某等人还将信将疑，财务经理继续说道：“不信的话，你们自己回去看看劳动法，上面白纸黑字写着安排补休的，不再支付加班工资！”这下徐某等人哑口无言，既然这是有法律依据的，还有什么好说呢？休息日也没比别人少一天，就这么算了吧。虽然大家心里还是有点不舒服，但苦于无理可申，各人都悻悻地回家了，财务经理深有感触地说了一句：“还是法律管用啊！”

工作任务

- (1) 了解本案案情，分析法定休假日能否用补休来取代 300% 加班工资；
- (2) 请解读我国关于支付加班费的具体法律规定；
- (3) 作为劳动者，请根据法律规定说明自己的合法权益。

加班加点，是在企业执行的标准工时制基础上延长工作时间。凡在法定节假日和公休日进行工作的叫做加班，凡在正常工作日延长工作时间的叫做加点。

《劳动法》第四十四条规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：(1) 安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；(2) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；(3) 法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 70 条规定：“休息日安排劳动者工作的，应先按同等时间安排其补休，不能安排补休的应按劳动法第四十四条第(二)项的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬。”也即，对于公休日安排延长工作时间的，应当优先采用补休形式，不能安排补休的，才选择支付 200% 工资。

6. 特殊情况下支付的工资

特殊情况下支付的工资，主要包括：(1) 根据国家法律、法规和政策规定，因病、工伤、产假、计划生育假、婚丧假、事假、探亲假、定期休假（年休假、教师寒暑假）、停工学习、执行国家或社会义务等原因按计时工资标准或计时工资标准的一定比例支付的工资；(2) 附加工资、保留工资。

(三) 非工资范围规定

典型案例 7 哪些收入不属于工资范围

张某 2002 年 3 月 12 日入职于某机械制造公司，任质检部工程师，约定月工资 2980 元。合同之外，公司每月另行支付张某 500 元的食宿补贴。2007 年 10 月，公司因工作需要将张某调至异地工作，并支付张某 15000 元的搬家费。2008 年 9 月，双方因故发生矛盾，公司就与张某签订了一份《解除劳动关系及相关事项协议书》，约定由公司支付张某 2008 年 9 月 1 日至 17 日的出勤工资和食宿津贴 1874.20 元，一个月底薪代通知金 2980 元及相当于 7

个月底薪的经济补偿金 20860 元,扣除 149 元的社会养老保险费后,实付金额为 25590 元。但是张某认为公司计算经济补偿基数有误,公司每月支付的 500 元食宿补贴是自己工资总数的一部分;自己的实际月工资应是 3480 元,而非合同约定工资 2980 元;解除合同前 12 个月平均工资应包括公司曾支付的 15000 元搬家费。双方为此争执不下。

工作任务

(1) 了解本案案情,分析用人单位支付给劳动者的搬家费是否属于工资的组成部分,用人单位按月支付给劳动者的食宿补贴是不是工资?

(2) 请解读我国关于不属于工资范围项目的规定;

(3) 假设你是用人单位人力资源工作人员,请你为单位设计一份解除劳动合同通知书,其中注意“代通金”、解除劳动合同经济补偿金的核定基数。

劳动者的劳动收入并非都是工资。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的规定,劳动者的以下收入不属于工资范围:(1) 单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用,如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等;(2) 劳动保护方面的费用,如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等;(3) 按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入,如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等,以及稿费、讲课费、翻译费等。

根据《关于工资总额组成的规定》的规定,下列各项不列入工资总额的范围:

1、根据国务院发布的有关规定颁发的发明创造奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金。

2、有关劳动保险和职工福利方面的各项费用。

3、有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出。

4、劳动保护的各项支出。

5、稿费、讲课费及其他专门工作报酬。

6、出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费。

7、对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用。

8、实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入。

9、对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息(包括股金分红)和利息。

10、劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等。

11、因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费。

12、支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用。

13、支付给参加企业劳动的在校学生的补贴。

14、计划生育独生子女补贴。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题,调查当地用人单位工资支付保障和最低工资保障情况,选择分析其中典型案例,解读所需法规、政策规定内涵,提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

用人单位支付工资应同工同酬

小刘原为某市一家水产品加工厂的分料工人。结婚后，小刘跟随丈夫来到邻市一家私营水产品加工厂从事同样工作。进厂后小刘很快适应了新的工作环境，并与新厂的同事们建立了良好的关系。同时，小刘的技术水平得到新厂职工的广泛认可。但她在领工资时发现自己的工资比同车间的男性员工的工资低。小刘便向劳资科的工作人员询问原因，得到的答复是：这是厂里的普遍情况，女性在体力上毕竟不如男性。所以工资要比男性员工少。

小刘认为，女性在体力上与男性确实存在差异，但小刘所从事的这一岗位是男女均可干的。小刘凭借自身的技术优势，不比其他男性工人产量少，甚至还超过了某些男性工人的产量。小刘认为厂方所持的理由不能成立。

在同厂方协商无果后，小刘向当地的劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，请求责令该水产品厂支付与其男性员工相同的报酬，保护女职工的合法权益。

劳动争议仲裁委员会经过调查，认为小刘所述属实，该水产品加工厂据以支付少于男性工人的工资的理由不成立。劳动争议仲裁委员会对厂方进行了法制宣传教育，在仲裁委员会主持下双方达成如下协议：

该水产品加工厂按与男性制造工同等的工资标准，向小刘支付工资，因已支付一部分，现补足差额部分，并保证今后在支付工资时，同工同酬。

法理评析

这是一起因为性别原因造成同工不同酬的典型案例。在现实生活中，同工不同酬的现象比比皆是。同工不同酬造成对部分劳动者的歧视，侵犯了他们平等获得劳动报酬的权益，使劳动者产生了不公平感，不利于和谐劳动关系的建立和维护。

关于同工同酬，我国《宪法》《劳动法》都对此作出了规定。我国《宪法》第四十八条规定：国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬。根据劳办发【1994】289号《关于劳动法若干条文的说明》的解释，同工同酬是指用人单位对于从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳动业绩的劳动者，支付同等的劳动报酬。因此，同工同酬应具备三个条件：一是劳动者的工作岗位、工作内容相同；二是在相同的工作岗位上付出了与别人同样的劳动工作量；三是同样的工作量取得了相同的工作业绩。在同时具备这三个条件的情况下，劳动者应获得同等的劳动报酬，不能因为性别、年龄、种族、身份而有所差别。

在本案例中，小刘虽然是新来的女性员工，但是她完全具备了同工同酬的条件，水产加工场的做法是违法的。小刘通过法律武器，保护了自己的合法权益。

法条链接

《宪法》第四十八条 中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第四十六条“同工同酬”是指用人单位对于从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳绩的劳动者，应支付同等的劳动报酬。

学习情景2 工资保障争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够依法把握最低工资支付标准;能够掌握特殊情况下的工资支付办法;能够在劳动合同履行中严格应用最低工资标准;能够依法核定不属于最低工资标准的项目。

知识目标: 通过学习,应当熟悉最低工资标准制度,了解我国工资支付保障制度;了解特殊情况下的工资支付制度。

知识与实践

一、最低工资保障

典型案例 1 最低工资标准争议处理

2010年5月,小元应聘进一家私营企业工作,企业和他签订了3年期的劳动合同,6个月的试用期,每月工资900元、车贴150元、伙食补贴200元。几个月后,小元通过报纸得知,目前上海的最低工资标准是1120元,虽然自己还在试用期,但同样也受最低工资规定的保护,企业每月只支付自己900元工资远没有达到本市规定的最低标准。于是,小元提出要求提高试用期期间的劳动报酬至1120元。但企业表示,小元收入中另外还有车贴、伙食补贴、有时还有中班津贴等,小元实际工资收入已经高于本市最低工资标准,企业这种做法是符合国家有关规定的,因此坚决不同意小元提出的要求。在多次交涉无果的情况下,小元向企业所在区的劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求企业按最低工资标准补足他工作这几个月的工资差额。

知识与实践

- (1) 分析本案试用期工资与地方最低工资标准规定的关系;
- (2) 解读国家关于最低工资标准组成项目与例外的规定;
- (3) 作为人力资源管理人员,请为本案劳动者设计一份试用期工资构成的方案。

(一) 最低工资标准的含义和构成

1、最低工资标准含义。最低工资标准,是指国家依法规定的,当职工在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下,用人单位在最低限度内应当支付的足以维持职工及其平均供养人口基本生活需要的劳动报酬,也即工资的法定最低限额。

其中,法定工作时间是指每天工作8小时、每周工作40小时。法定或约定工作时间之外的劳动报酬不应纳入最低工资范围,如加班加点工资。提供了正常劳动是相对于特殊劳动而言,中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊情况下的津贴不能作为最低工资组成部分。劳动者依法享受的带薪年假、探亲假、婚丧假、计划生育假等国家规定的假期期间,以及法定工作时间内依法参加社会活动期间,均视为提供了正常劳动。

典型案例 2 肯德基、麦当劳、必胜客小时最低工资报酬争议

2007年1月1日,广东省劳动和社会保障厅发布并实施了非全日制职工小时最低工资标准为7.5元工资。2007年04月,金羊网-新快报揭露和报道了麦当劳、肯德基和必胜客三家国际快餐企业违法、违规用工的情况。中国劳动法律网也设立了“违反《劳动法》投诉举报中心”,特别开辟了针对麦当劳、肯德基和必胜客这样的外资企业中的中国员工的投诉和举报的分中心。针对引起广泛关注的广东麦当劳、肯德基等企业涉嫌不执行当地小时工资标

准等用工行为,全国各地工会也相继对当地麦当劳、肯德基涉嫌违法用工事件做出反应,以维护劳动者合法权益。一时间,三家“洋快餐”打工者收入成为热议的焦点话题。据有关方面统计,肯德基、麦当劳、必胜客在中国开设的餐厅共达3000余家,聘用的中国劳工达20余万人,其中大多是非全日制工人(钟点工)。据业内人士估计,该三家快餐企业所聘用的劳动者中,大约有80%约160000人是非全日制工。很多店里用工大部分是周边的大学或专科学校的在校学生,而大部分学生是为赚取学费而来。试算一笔账,假如非全日制工每人每小时少发1元钱,按每人天天工作5小时,每月工作21天计算,一年下来,三家餐厅企业每年至少少发中国劳动者约2亿元之巨,假如以每小时少发2元钱计,则为4亿余元,而这三家企业全年向中国交的税还多。

(资料改编于食品产业网 2007-3-28)

工作任务

- (1) 了解本案例情况,明确小时工资有无最低标准规定;
- (2) 请解读我国关于最低工资标准的法律规定;
- (3) 假设你是工会工作人员,请为本案非全日制劳动者工资收入权益找个说法。

最低工资标准一般采取月最低工资标准和小时最低工资标准的两种形式。月最低工资标准适用于全日制就业劳动者,小时最低工资标准适用于非全日制就业劳动者。

用人单位应在最低工资标准发布后10日内将最低工资标准向本单位全体劳动者公示。

2004年,劳动和社会保障部颁布的《最低工资规定》对最低工资标准的制度要素作了较为完整、具体的规定。《劳动法》第四十八条规定:“最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定,报国务院备案。”

- 2、不包括在最低工资标准范围的项目。

典型案例3 “包吃包住”福利项目能否计算在最低工资内

小李到某鞋厂做操作工,入职时鞋厂规定,包食包住,工资1000元,包括个人缴纳的社会保险费和住房公积金。近日,小李在和朋友闲谈时得知当地最低工资标准为已经调至1120元/月,小李随找到鞋厂人事部门表示,自己的工资也该增加了,要求鞋厂至少要按照1120元的工资标准支付自己月工资。鞋厂人事部门工作人员则答复:不包你的吃住,你自己在外租房至少每月要400元,吃饭至少要300元,再加上企业发给你的工资,早就不止1120元的收入了。并说将“包吃包住”折算为货币计入工资中,只要折算部分和所发的工资加起来不低于最低工资标准,就不算违法了。因此拒绝增加工资。

工作任务

- (1) 分析本案用人单位支付该劳动者的最低工资中是否可以包括“包吃包住”费用;
- (2) 请解读我国关于最低工资不包括哪些项目的规定。
- (3) 请为本案劳动者编写一份劳动争议仲裁申请书,其中注意诉讼请求事项的合法性。

典型案例 4 加班加点工资不应包括在最低工资之内

李某是某企业职工，2010 年的 4、5 月份，该企业由于赶定单任务，经常安排职工加班，其中有两个休息日都不能休息。李某的月工资是 1200 元，扣除加班费后，实领工资只有 1000 元，低于当地当时的最低工资标准 1120 元。李某听说当地新公布的月最低工资标准是 1120 元，他认为，企业发给他的月工资低于当地最低工资标准，要求企业支付其不低于最低工资标准的工资报酬。

工作任务

- (1) 分析本案最低工资中包括劳动者加班加点工资的合法性；
- (2) 分析我国对用人单位实施最低工资标准的限制规定。
- (3) 试为本案李某编写一份符合法律规定的权利请求书，其中注意《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中 25% 经济补偿金罚则的应用。

以下工资不包括在最低工资中：(1) 加班加点工资不能作为最低工资的组成部分；(2) 中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境条件下的津贴不能作为最低工资的组成部分；(3) 劳动者在法定或约定工作时间内未能提供正常劳动的，不适用于最低工资的有关规定；(4) 职工病假、事假、待工期间的工资待遇，企业因生产经营发生困难，按有关规定经政府批准或有关部门裁定关闭、整顿、进入破产程序的，不适用最低工资的规定；(5) 法律、法规、政策规定的劳动者保险、福利待遇不能作为最低工资的组成部分。

最低工资标准作为一项保障制度，具有强制性特点。如果企业因此违反了最低工资标准规定，劳动行政部门可责令其支付劳动者的差额工资报酬、经济补偿、甚至赔偿金。

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481 号) 第四条规定：用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。

(二) 最低工资标准的效力

典型案例 5 被退回劳务派遣单位的“三期”女职工可否拿最低工资

上海某科技公司每年第一季度对所有的在职员工进行考核，考核结果为优秀的予以升职、加薪，考核结果为不及格的予以降职、降薪，对劳务派遣员工考核不合格的退回劳务派遣公司。销售部一名派遣女工在考核中不合格。这名女工正处于哺乳期，她的约定工资为 5000 元，本人也同意回劳务公司，但要求在无工作期间，劳务派遣公司继续支付原约定工资。而劳务派遣公司只同意支付最低工资。

工作任务

- (1) 请分析被退回劳务派遣单位的“三期”女职工可否拿最低工资？
- (2) 请解读我国关于劳务派遣中被用工单位退回劳务派遣公司的劳动者工资支付法律规定；
- (3) 试讨论怀孕女职工因不胜任工作与因客观原因无法履行劳动合同而被用工单位退回劳务派遣公司的区别。

根据《劳动法》的规定：“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。”依法制定的最低工资标准有如下法律效力：

- 1、用人单位应当在当地政府最低工资标准发布后 10 日内将该标准向本单位全体劳动者

公布。

2、集体合同和劳动合同中所规定的工资标准，不得低于当地最低工资标准。

3、劳动者只要在法定工作时间内提供了正常劳动，用人单位支付给劳动者的工资就不得低于当地最低工资标准。

4、劳动者因探亲、婚丧按规定休假期间，以及依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动，用人单位支付给劳动者的工资不得低于最低工资标准。

5、非劳动者原因造成劳动者在法定工作时间内未提供正常劳动，用人单位应当按照不低于最低工资标准的要求向劳动者支付工资。

6、实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位，必须进行合理折算，其相应的折算额不得低于按时、日、周、月确定的最低工资标准。

7、县级以上地方劳动行政部门负责对最低工资标准执行情况进行监督检查，对违反最低工资标准的用人单位及其责任人员依法追究法律责任。

8、各级工会有权对最低工资标准执行情况进行监督，发现用人单位有违反最低工资标准的，有权要求当地劳动行政部门处理。

（三）最低工资标准限制

典型案例 6 实行承包的劳动者工资不得低于最低工资标准

周华是一家企业的技术能手，年纪不大却带了一帮徒弟。2009年初，老板为提高效益，决定在厂里实行承包制，他有意让周华带个头，对这个有良好技能又老实和善的小青年，同车间的大部分职工都说信得过。周华决定乘此机会也锻炼锻炼自己，于是承包了自己所在的车间，并和企业签订了承包合同。承包合同中明确规定，超出任务按超额情况多拿奖金，完不成承包任务则视情况扣发工资，上不封顶，下不保底。周华核算过，尽管有几个人技术不够过硬，但大家齐心协力，平均一下，肯定能够完成任务。周华以身作则，在大家共同努力下，承包后的几个月果然都取得相当不错的绩效。可好景不长，春节前，几个骨干陆续跳槽，新招来的都是新手，车间生产速度一下子大大减缓，人心不稳，生产更受影响，生产任务完成情况越来越差。超产奖没有了，工资也被扣发，3月份，周华只拿到700元工资（2009年当地最低工资720元，2010年4月1日起调整为850元），周华去人事部门交涉，得到的回答是，承包合同有约定，完不成生产任务就要扣减工资且“下不保底”，700元工资已属照顾，再这样下去可能会更少。听此答复，周华也没话好说了。

工作任务

（1）了解本案情，分析“下不保底”、“完不成承包任务则视情况扣发工资”约定本身合法与否。

（2）请解读我国关于劳动合同约定完不成劳动定额或承包任务可以低于最低工资标准支付劳动者工资合法与否的规定。

（3）假设你是用人单位人力资源工作人员，请你对承包的劳动者因客观原因没有完成承包任务、企业能否低于最低工资标准支付劳动者工资的疑问进行答疑解惑。

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》和《工资支付暂行规定》，用人单位在执行最低工资标准时受如下一些限制：

1、在劳动合同中，双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力。

2、劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动，其所在的用人单位应当支付不低于最低工资标准的工资。

3、企业下岗待工人员，由企业依据当地政府的有关规定支付其生活费，生活费可以低于最低工资标准，下岗待工人员重新就业的，企业应停发其生活费。女职工因生育、哺乳请长假而下岗的，在其享受法定产假期间，依法领取生育津贴；没有参加生育保险的企业，由企业照发原工资。

4、职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。

5、因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

二、工资支付保障

工资支付保障，是对职工获得全部应得工资及其所得工资支配权的保障。我国《劳动法》、《工资支付暂行规定》及其《补充规定》和《劳动合同法》等法律法规都有工资支付保障的具体规定。

（一）工资支付一般规则

典型案例7 工资是否以货币性收入为准？

赵某自2008年1月1日起与某制衣公司建立劳动关系，任销售职务，工作地点为上海，月工资为基本工资1700元+补贴工资2600元+销售提成，离职前12个月平均工资为9134.33元。2009年3月29日，某制衣公司通知赵某将其岗位调至江苏，赵某表示不同意。4月21日，某制衣公司则以赵某未到新岗位报到工作，也未向直线经理请假为由通知赵某解除劳动关系。在计算经济补偿金时，公司认为，赵某每月凭票据享受2500元的差旅费报销和100元通讯费报销是差旅报销费用，不是工资，不应计入赵某工资性收入中作为经济补偿金基数之一。赵某则认为该项费用每月随工资一并打入其账户，是固定的补贴工资，应当计入经济补偿金基数中。双方为此争执不下，因此形成争议。

赵某每月2600元是否属于工资？能否将该收入计入经济补偿金计算基数？

工作任务

（1）根据本案案情，请分析其中每月固定的差旅费、通讯费报销是否属于货币性工资收入范围？

（2）请解读我国关于工资的规定，明确货币性收入范围的界定。

（3）假设你是用人单位人力资源工作人员，请你对本案的具体情况，起草一个针对类似问题的、可以通用的处理方案。

1、货币支付。工资应当以法定货币支付，不得以实物和有价证券代替货币支付。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第53条明确规定：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，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。

2、直接支付。用人单位应当将工资支付给职工本人，但职工本人因故不能领取工资时可由其亲属或委托他人带领；用人单位可委托银行代发工资，但应当将工资存入劳动者本人

账户。被派遣劳动者的工资可以由派遣单位直接支付,也可以由派遣单位委托用工单位支付。建筑施工、矿山的用人单位将工程或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人的,承包人所雇佣劳动者的工资由发包人承担支付义务。用人单位应当书面记录支付工资的数额、时间、领取者姓名及其签字,并保存2年以上备查。

3、足额支付。法定和约定应当支付给职工的工资项目和工资额,必须全部支付,不得克扣。用人单位在支付工资时应当向职工提供一份个人工资清单。

4、定期支付。工资必须在用人单位与职工约定的日期支付。如遇节假日或休息日,应提前在最近的工作日支付;工资至少每月支付一次,实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资,但非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日;完成一次性临时劳动或某项具体工作的职工,用人单位应按协议在完成劳动任务后即行支付;劳动关系依法终止的,用人单位应在终止劳动关系时一次性付清工资;凡拖欠工资的,应当按拖欠日期和拖欠工资额向职工赔偿损失。

5、优先支付。企业破产或依法清算时,职工应得工资必须作为优先受偿的债权。

6、紧急支付。在职工遇有紧急情况以致不能维持生活时,用人单位应当向该职工预支其可得工资的部分工资。

(二) 特殊情况下的工资支付

典型案例8 不定时工时制是否存在加班工资

某公司2007年4月经当地劳动部门审批对公司发货员等岗位执行不定时工时制。2007年8月,王某到某公司任发货员。双方劳动合同约定王某执行不定时工时制,月工资1500元。2008年5月23日,王某提出辞职,但以公司经常安排其加班加点、却未向其支付加班工资为由要求某公司支付加班工资20412.16元;支付解除劳动合同经济补偿金1500元;额外经济补偿金750元。公司则认为:公司发货员岗位是经当地劳动部门审批执行不定时工时制的岗位,公司与王某在劳动合同中亦明确约定王某的岗位执行不定时工时制。因此,公司无需支付王某加班工资。而且,王某因个人原因辞职公司亦无需支付经济补偿金及额外经济补偿金。

工作任务

- (1) 了解本案,分析不定时工时制应否支付加班工资;
- (2) 请解读我国关于不定时工时制加班的具体规定;
- (3) 假设你是用人单位的人力资源管理工作人员,请你为本案不定时工时制岗位及其超时工作工资支付办法制定一套工作方案。

典型案例9 企业经营效益不好而停工停产该如何支付劳动者工资

2008年11月,广东某中外合资公司因金融危机的影响,经营效益不好,计划让生产车间的全体员工暂时回家休假三个月,等到形势好转、业务恢复正常、公司订单多了,再让员工回来上班。并公告通知休假后的第一个月支付员工860元(当地最低工资标准),第二个月起不再支付工资。

公司员工看到公告后,一片哗然。部分员工认为:公司的上述决定侵犯了员工的利益,认为待岗生活费应该协商一致,不能由公司单方说了算。也有员工认为:公司不应只在第一个月发放860元,而应该在休假期间每个月都要发放860元。更有员工要求:干脆公司与其解除劳动合同、支付经济补偿金后走人。

员工的强烈反应和种种要求,令公司人力资源部门十分头疼,无论怎么给员工做解释,

都做不通大家的工作。在僵持不下的情况下,有五十二名员工集体申请劳动仲裁。

(案情来源:广州市劳动保障学会网)

工作任务

(1) 分析本案用人单位停工放假并停发工资的做法是否违法;

(2) 解读劳动部《工资支付暂行规定》中非因劳动者原因用人单位停工阶段工资支付的有关规定;

(3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员,请你为单位非因劳动者原因停工放假并停发工资情况设计一个合法合理的处理方案。

我国法定应当支付工资的特殊情况主要有:

1、职工在法定工作时间内依法参加社会活动,用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。社会活动包括:依法行使选举权或被选举权;当选代表出席乡(镇)、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联合会等组织召开的会议;出任人民法院证明人、陪审员;出席劳动模范、先进工作者的大会;《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工会活动占用生产时间;其他依法参加的社会活动。

2、职工在法定休息日和年休假、探亲假、婚丧假期间,用人单位应按规定标准支付工资。

3、非劳动者原因造成的停工、停产在一个工资支付周期内的工资支付,根据原劳动部1995年发布的《工资支付暂行规定》第十二条规定:“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的,用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的,若劳动者提供了正常劳动,则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准;若劳动者没有提供正常劳动,应按国家有关规定办理。”

4、职工在调动工作期间、脱产学习期间、被错误羁押期间、错判服刑期间,用人单位应当按国家规定或劳动合同规定的标准支付工资。

5、职工被公派在国(境)外工作、学习期间,其国内工资按国家规定的标准支付。

6、职工加班加点,应当依照法定标准支付加班加点工资。

(三) 代扣代缴的工资

典型案例 10 用人单位什么情况下可以代扣劳动者工资

某制衣厂员工范某向本厂同事刘某借了2000元,后来因两人在其他问题上发生矛盾,范某一直不将所借的2000元还给刘某。刘某多次为此找厂领导要求解决问题。厂领导做工作让范某把钱还给刘某,但范某一直不予理睬。刘某提出从范某工资中扣除,厂领导经协商表示同意,让财务部门把范某一个月的工资由刘某领走,以顶替偿还其所借2000元。范某认为制衣厂私自将自己的工资支付给他人违反了有关工资支付的法律规定,侵犯了自己的工资全,主张制衣厂赔偿自己2000元工资和500元克扣工资的经济补偿金。

工作任务

(1) 了解本案,分析用人单位是否可以用劳动者工资偿还个人债务;

(2) 解读我国关于用人单位可以依法代扣代缴工资的相关规定;

(3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员,请你为单位代扣代缴工资做一制度规定。

根据原劳动部颁布的《工资支付暂行规定》规定,用人单位不得克扣劳动者工资。有下

列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：（1）应由职工缴纳的个人所得税；（2）应由职工负担的各项社会保险费用和住房公积金；（3）法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、扶养费、赡养费；（4）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

另外，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

（四）支付令保障措施

（典型案例 见项目二 学习情境 2 典型案例 1 “首例劳动报酬支付令案，副总讨回欠薪 20 万元”）

支付令，是指法院责令债务人在规定期限履行债务的法律文书。时民事诉讼中的督促程序，是起诉之前的一种快捷和低成本的法律救济方式。

《劳动合同法》第三十条规定：“用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。”《劳动争议调解仲裁法》第十六条规定：“因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。”

（五）农民工工资保障措施

典型案例 11 农民工讨薪引起的劳动纠纷

2005 年 12 月 29 日上午，气愤至极的数十名农民工扣住了中国轻工建设工程的一位部门负责人，几十人“押送”着这名部门负责人沿街一直来到政府有关部门，讨要工钱。这些农民工分别来自四川、安徽、河南、云南、陕西等地，一共有 300 多人。2005 年 8 月份，这些农民工陆续来到唐山市南堡经济技术开发区，参与建设了由中国轻工建设工程总公司承建的冀东监狱 5 支队的工程。

他们一共承担了冀东监狱准备为犯人使用的 3 栋 3 层宿舍楼、1 栋 3 层教学楼和一栋伙房，这 5 栋楼一共盖了 4 个月，到今年 11 月份已经全部完工。他们没有与公司签订劳动合同。中国轻工建设工程总公司已拿到工程款多时，但农民工一直没有拿到钱。

在一个月的讨薪过程中，300 多名农民工曾屡次找到工程承建方，到 12 月 24 日已经是 3 次确定欠款数额，并签字、按手印，承建方多次承诺的工钱还是没有拿到。12 月 29 日上午，被逼急了的几十名民工将赶来解决问题的中国轻工建设工程总公司的一名王姓部长扣住，几十个人“押”着这名王部长沿北新道一直到位于西山道的有关部门解决问题。这些农民工承认，他们弄来一个方便面盒子，在上面写了“中轻公司，我是骗子”，随后，给王部长挂上牌子，就带着王部长沿着街道一直来到市政府。

北京的中国轻工建设工程总公司总部综合办公室一位姓陈的工作人员承认，冀东监狱的工程确实是他们公司承建的，他们公司是总包方，在承建过程中，具体的工程又分包给若干个包工头，中国轻工建设工程总公司在工程完工后已经将工程款交给了各个小包工头，但这些小的包工头没有按时将工程款交给农民。陈先生表示，对于小包工头没有按时给付农民工工资一事，他们也感到很无奈。

（资料来源：改编自：四川等地农民工讨薪不成，扣住工程负责人刮挂牌游街。劳动新闻网，2005-12-30）

工作任务

- (1) 通过本案, 分析企业工会组织对类似问题可以有何作为;
- (2) 解读我国关于工会组织对用人单位侵犯农民工利益依法进行干预的法律规定。

根据《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》（劳动和社会保障部、建设部劳社部发[2004]22号发布）规定，对农民工工资采取如下保障措施：

- 1、工程总承包企业应对劳务分包企业工资支付进行监督，督促其依法支付农民工工资。
- 2、业主或工程总承包企业未按合同约定与建设工程承包企业结清工程款，致使建设工程承包企业拖欠农民工工资的，由业主或工程总承包企业先行垫付农民工被拖欠的工资，先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。
- 3、企业因被拖欠工程款导致拖欠农民工工资的，企业追回的被拖欠工程款，应优先用于支付拖欠的农民工工资。
- 4、工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人，否则应承担清偿拖欠工资连带责任。
- 5、企业违反国家工资支付规定拖欠或克扣农民工工资的，计入信用档案，并通报有关部门。
- 6、企业应按有关规定缴纳工资保证金，存入当地政府指定的专户，用于垫付拖欠的农民工工资。

【思考与训练】

- 1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位工资支付保障和最低工资保障情况，选择分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见。
- 2、拓展训练

案情简介

病假工资不属于最低工资的使用范围

赵某是某机械加工厂的员工。2006年8月的一天，赵某某因患胆结石住院治疗。其妻将此事通知了该机械加工厂，并代赵某请了假。厂领导来到医院看望赵某，并让他安心养病，不要着急，等身体完全康复再来上班。

1个月后，赵某的妻子来厂为赵某代领工资。财务人员赶忙问厂长：“该给赵某多少工资？”厂长说：“他生病住院后就没有工作过，不应该发给工资，你按生活费标准发好了。”

财务人员给赵某的妻子发了306元生活费。赵某见妻子从厂里回来，只问了句：“工资发了吗？”妻子答道：“发了。”赵某就没再细问。第二个月财务同样只给了306元生活费，但这次赵某问到了数目，知道自己每月只得306元生活费。

赵某办完出院手续，马上来到厂里，向财务人员质问：“我又不是下岗，为什么只给我生活费？”财务人员将厂长的原话告诉他：“你没有工作，就不该领工资。”赵某不禁怒道：“你们以为我们工人好糊弄？你以为我不知道，我这种情况，应该领病假工资。我们市最低工资还422元呢，你们至少得每月再补发我116元。”

财务人员将厂长叫来，询问他的意见，结果厂长坚持不工作就只能领取生活费，而赵某却坚持要求每月发给不低于工资标准的病假工资。双方为此争执不下，且都称自己的主张是符合劳动法规的。

赵某和厂长的说法都对吗？如果不对的话，病假工资应该如何发放呢？最低工资标准适用于病假工资吗？

法理评析

这是一起因为对病假工资的发放标准看法不一致引发的劳动争议。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》(劳部发[1995]309号),最低工资指劳动者在法定工作时间内履行了正常劳动义务的前提下,由其所在单位支付的最低劳动报酬。可见,获得最低工资需同时符合两个条件:一是法定工作时间内正常工作;二是履行了劳动义务。在本案中,赵某由于病患住院,显然不可能在法定工作时间内履行正常劳动义务,因而企业可以不按最低工资标准的规定支付劳动报酬,这是符合法律规定的。因此,案例中赵某的说法是不正确的。

病假工资可以用生活费来代替吗?答案是否定的,我国对病假工资的支付有明确的规定。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》,职工患病或非因工负伤治疗期间,在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费,病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但不能低于最低工资标准的80%。该案例中,由于现在市政府规定的最低工资标准为每月422元,周某的病假工资至少应为 $422 \times 80\% = 337.60$ 元。而该厂支付赵某的病假工资仅为306元,未能达到规定标准。

医疗期如何确定呢?根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》,企业职工因患病或非因工负伤,需要停止工作医疗时,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:(1)实际工作年限10年以下的,在本单位工作年限5年以下的为3个月;5年以上的为6个月;5年以上10年以下的为9个月;10年以上15年以下的为12个月;15年以上20年以下的为18个月;20年以上的为24个月。医疗期3个月的按6个月内累计病休时间计算;12个月的按18个月内累计病休时间计算;18个月的按24个月内累计病休时间计算;24个月的按30个月内累计病休时间计算。

通过上面的规定,我们可以明确案例中赵某和厂长的说法都不正确。对于最低工资标准和病假工资的支付,国家相关法律法规都有明确的规定。用人单位和劳动者应该了解相关的规定。如果只知其一,不知其二,就像案例中情况一样,带来不必要的争议。

法条链接

《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:职工患病或非因工负伤治疗期间,在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费,病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但不能低于最低工资标准的80%。

项目六 特殊保护争议处理

学习情景1 劳动保护与女职工特殊劳动保护

教学目标

能力目标: 通过学习,能够把握对女职工禁忌劳动的认定;能够规范应用女职工“三期”假期;能够规范应用女职工“三期”假期待遇。

知识目标: 通过本部分的学习,了解我国女职工特殊劳动保护的禁忌规定;掌握女职工劳动合同制度;熟悉女职工“三期”假期及待遇规定。

知识与实践

一、劳动保护概述

典型案例1 山西“黑砖窑”事件

2007年5月27日,山西省洪洞县广胜寺镇派出所的民警到曹生村排查非法民爆物品,突然发现一名披头散发、浑身污垢的男子,大夏天还穿着棉袄。经了解,这人竟是当地和砖窑的工人!民警怀疑该窑有虐待民工的行为。当天下午,洪洞县公安局便采取行动,出动30多名警力包围黑砖窑,解救出31名工人。

工人们常年不能刷牙、洗澡和理发,被解救出来时个个长发披肩、胡子污秽、绝大部分人手脚、身上均有大面积的烧伤,有些更伤至无力行走,需由警方用担架抬出。31人中,9人已经神志不清,初步判定为弱智。“只知道自已叫什么,爹妈的名字和老家在哪都不知道。”警方审问打手,并询问工人后初步判定,这31名受害人均受到胁迫、诱骗而来。31名工人原籍分布12个省区。

洪洞县曹生村“黑砖窑”虐工事件被披露后,引起社会广泛关注,全国总工会高度重视。6月13日,中华全国总工会书记处书记、纪检组组长张鸣起一行在山西省总工会领导的陪同下抵达洪洞县,专程对洪洞“黑砖窑”一案进行调查。据悉,洪洞县已经抽调人大、纪检、监察等部门人员,组成专门调查组,对相关单位及人员进行责任调查,近期内将针对失职、渎职或其他行为,分别作出处理、严厉追究责任。

(资料来源:人民日报,2007-06-15)

另外,山西省城市政府6月21日发布消息称,截止6月20日,晋城市初步摸清该市共小砖厂480个,其中有营业执照的153个,办理土地手续的306个。晋城市委书记李雁红向山西省政府督察组汇报时表示,在“打击非法用工,解救被拐民工”行动中,目前晋城市人又2/3的小砖窑无营业执照。晋城、临汾、运城三个地级市是重点整治“黑砖窑”地区。

(资料来源:东方早报,2007-06-22)

山西“黑砖窑”不仅存在严重非法用工问题,而且存在罪恶势力拐骗限制人身自由、强迫劳动、雇佣童工、故意伤害等严重违法犯罪行为。面对令人发指的事实,那些人性泯灭的黑窑主,包工头固然可恨,而当地有关部门工作人员的麻木不仁、失职渎职乃至腐败,同样令人震惊。

(资料来源:新华网,2007-06-21)

在山西永济一家叫屯里(音)的“黑砖窑”干苦力的陈某事后接受记者采访时说,他们有十五六人,每天从凌晨3时干到晚12时,有3个山西永济人当监工,谁要是不听话想逃跑就往死里打。他们吃饭时间是3分钟,吃的是馒头、咸菜和白菜汤。如果3分钟没有吃完,监工也不许吃了,继续干活,半个月前,他实在干不动了,当时干活有些慢,监工顺手拿起一个铁锹就往他头上砸,他用手一挡,结果铁锹把手腕砍了,肌腱当时断了,血流满地。老板怕出事将他送到永济市一家医院治疗。谁知道刚治疗一半,媒体和政府曝光“黑砖场”风暴来了,老板不但没给工资和身份证,还强行让他出院回家,只给了100元和一张到西安的汽车票。

(资料来源:西安晚报,2007-06-27)

工作任务

- (1) 请了解本案情况,分析其中有哪些非法情形(如强迫劳动、非法用工、雇佣童工、拖欠克扣工资、条件恶劣、扣押身份证件、劳动监察力度等);
- (2) 请解读我国关于合法用工、劳动安全、劳动条件的法律规定;
- (3) 试列明工会组织、劳动监察机构对劳动用工干预的法定情形,分析本案非法用人单位应承担的法律责任。

劳动保护是国家和单位为了保护劳动者在劳动过程中的安全与健康所采取的立法、组织和技术措施的总称。国家对劳动者在劳动过程中实施劳动安全卫生和健康保护。劳动保护的 task 是在职业伤害发生之前积极采取组织管理措施和工程技术措施,尽可能地消除职业伤害所赖以发生的条件,从而有效保护劳动者的安全与健康,不致发生职业伤害。我国《安全生产法》要求劳动保护工作必须坚持“安全第一、预防为主”的方针,当生产与安全发生矛盾时,应当优先满足安全的需要,即安全重于生产,而不允许以生产压安全。

劳动保护的基本内容:(1) 劳动保护的立法和监察。主要包括两大方面的内容,一是属于生产行政管理的制度,如安全生产责任制度、加班加点审批制度、卫生保健制度、劳保用品发放制度及特殊保护制度;二是属于生产技术管理的制度,如设备维修制度、安全操作规程等。(2) 劳动保护的管理与宣传。企业劳动保护工作由安全技术部门负责组织、实施。(3) 安全技术。为了消除生产中引起伤亡事故的潜在因素,保证工人在生产中的安全,在技术上采取的各种措施,主要解决防止和消除突然事故对于职工安全的威胁问题。(4) 工业卫生。为了改善劳动条件,避免有毒有害物质危害职工健康,防止职业中毒和职业病,在生产中所采取的技术组织措施的总和。它主要解决威胁职工健康的问题,实现文明生产。(5) 工作时间与休假制度。(6) 女职工与未成年工的特殊保护。我国劳动保护不包括劳动权利和劳动报酬等方面内容。

用人单位的劳动保护义务:(1) 向劳动者提供符合劳动安全卫生标准的劳动条件;(2) 对劳动者进行劳动保护教育和劳动保护技术培训;(3) 建立和实施劳动保护管理制度;(4) 保障职工休息权的实现;(5) 为女职工和未成年工提供特殊劳动保护;(6) 接受政府有关部门、工会组织和职工群众的监督。

劳动者的劳动保护权利:(1) 有权获得符合标准的劳动安全卫生条件;(2) 有权获得法定的休息休假待遇;(3) 有权获得本岗位安全卫生知识、技术的学习和培训;(4) 有权拒绝单位行政提出的违章操作要求,在劳动条件恶劣、隐患严重的情况下,有权拒绝作业和主动撤离工作现场;(5) 有权对单位行政执行劳动保护法的情况进行监督并提出建议。

劳动者负有学习和掌握劳动保护知识和技术、严格遵守操作技术规程的义务。

二、劳动安全卫生技术规程

(一) 劳动安全技术规程

劳动安全技术规程,是指以防止和消除劳动过程中伤亡事故的技术规则为基本内容,旨在保护劳动者安全的法律规范。法规主要有:《安全生产法》、《工厂安全卫生规程》、《建筑安装工程安全技术规程》、《矿山安全条例》、《矿山安全法》及《矿山安全法实施条例》等。我国各行各业需要共同遵守的劳动安全技术规程,主要有:

1、工厂安全技术规程。(1) 厂方、建筑物和通道安全要求;(2) 工作场所安全要求;(3) 生产设备安全要求;(4) 个人防护用品安全要求。

2、建筑安装工程安全技术规程。(1) 施工现场安全要求;(2) 脚手架安全要求;(3) 土石方工程和拆除工程安全要求;(4) 高处作业安全要求;(5) 防护用品等安全要求。

3、矿山安全技术规程。(1) 矿山建设安全要求；(2) 矿上开采安全要求。

(二) 劳动卫生技术规程

劳动卫生技术规程,是指以防止和消除职业病急性中毒等慢性职业伤害的技术规则为基本内容,旨在保护劳动者健康的法规。法规主要有:《工厂安全卫生规程》、《工业企业噪声标准》、《关于加强防毒工作的决定》、《尘肺病防止条例》、《放射性同位素与射线装置放射防护条例》等。其关于劳动卫生基本要求主要有:(1) 防止有毒有害物质危害;(2) 防止粉尘危害;(3) 防止噪声和强光危害;(4) 防止电磁辐射危害;(5) 防暑降温、防冻取暖和防潮湿;(6) 通风和照明;(7) 卫生保健。

二、女职工特殊劳动保护

典型案例 2 未婚先孕产假争议

北京某公司的蔡小姐被单位派往南京,担任公司驻南京办事处的副主任。在外地工作期间,蔡小姐感到孤单、寂寞,不久便开始同南京的一位小伙子恋爱并且同居,两个月后,怀了孕。父母得知此事后,强烈反对她在外地谈恋爱,希望她与那个小伙子断绝来往,尽快到当地医院做人工流产手术。但蔡小姐对父母的意见置之不理,继续与那位小伙子同居。8个月后,就在地即将临产时,小伙子突然抛弃了她。蔡小姐怀着悔恨的心情回到北京,生下了这个不该出生的孩子。在家休息了两个多月后,蔡小姐来到了公司,向经理提出希望能将她调回北京工作、希望给予她产假待遇,支付她产假期间的工资。经理当即表示,同意将她调回北京工作,但是不同意向她支付产假工资。理由是非婚生育、不能享受产假。并将其休的两个多月假,按事假处理。蔡小姐认为:“非婚生育是不对,国家可以按有关规定处罚,但公司不能因此剥夺产假权利,根据劳动法和女工劳动保护的规定,我应该享受 90 天的产假,这期间,公司须发给我产假工资。”

工作任务

(1) 分析本案女职工行为是否违法我国婚姻法的规定,女职工非婚生育时,能否按照劳动保险条例的规定享受生育产假待遇,其需要休养的时间应否发给工资;

(2) 请解读我国《婚姻法》、《劳动法》及《女职工劳动保护规定》的有关规定;

(3) 假设你是用人单位人力资源工作人员,请你依法设计与本案蔡小姐的沟通方案。

女职工劳动保护是劳动保护工作的一项重要内容,也是工会维护职工合法权益的重要方面。女职工特殊劳动保护制度,是针对女职工的生理特点和抚育后代的需要,对女职工在劳动过程中的安全和健康依法加以特种保护。主要法律依据有《劳动法》、《女职工劳动保护规定》、《妇女权益保障法》、《女职工禁忌劳动范围的规定》等。对女职工的特种保护内容主要有:

(一) 禁止安排女职工从事有害妇女健康的劳动

典型案例 3 如何处理怀孕期女职工岗位问题

小霞与北京某化工销售公司于 2007 年 3 月签订劳动合同,公司在小霞入职后的一周里对其进行了公司的规章制度、岗位培训,经过培训学习小霞通过了相关的考试,并在员工手册上签字确认。2007 年 11 月,小霞发现自己已经怀孕三个月,由于身体问题,小霞时常感觉不适,在一个月內,连续请病假超过 10 日(该病假均得到部门领导同意),由于请假天数

过多，公司人力资源部根据员工手册第八章第三条：“病假超过10日的，公司有权根据情况调整其工作岗位”之规定，对小霞做出了调整其工作岗位为清洁工的决定，小霞收到调岗通知书后，认为清洁工不利于胎儿的和自身的健康，故不接受调岗通知，并与领导沟通，在与领导沟通未果时，小霞一气之下，连续请假10天（口头请假无任何书面手续）。

2008年2月，公司人力资源部根据员工手册第十二章第九条：“员工无故旷工3天，公司可以解除劳动合同，且不给经济补偿”之规定，对小霞做出解除劳动合同，并不支付经济补偿金的决定。小霞收到决定书后不服，申请劳动仲裁，要求单位解除决定书，恢复劳动合同关系，并按正常工作时的工资计发其休假工资。

工作任务

(1) 分析本案争议焦点,公司是否可以根据情况对小霞进行岗位调整?清洁工作是否属于有害妇女健康的劳动?

(2) 小霞不接受调岗通知,连续 10 天不上班,公司是否可以解除其劳动关系?

(3) 请解读我国关于女职工在“三期”严重违反企业规章制度与用人单位解除劳动合同的法律规定;

(4) 假设你是用人单位人力资源工作人员,请你依法设计解除劳动合同通知的送达流程及相关证据的收集工作;

(5) 假设你是劳动仲裁工作人员,你认为本案小霞在仲裁申请中提及的“按正常工作时的工资计发其休假期工资”之要求是否可以成立,理由是什么?

禁止女职工从事以下劳动:

- 1、矿山井下、重体力人工装卸冷藏、强烈振动作业。
- 2、森林业伐木、归楞及流放作业。
- 3、《体力劳动强度分级》中规定的第四级体力劳动强度的作业。
- 4、建筑业脚手架的组装和拆除,电力、电信等行业中的高处架线作业。
- 5、连续负重(每小时负重次数在 6 次以上)每次超过 20 公斤的作业,间断负重每次超过 25 公斤的作业。

(二) 对女职工的“四期”保护

典型案例 4 女职工“三期”争议处理

陆女士 1999 年 4 月进入某美资公司做行政管理工作。2006 年 11 月,岗位调整为总经理助理,年薪提升为 15 万。经过数次续签劳动合同,最后一次合同期限至 2010 年 5 月。2008 年 2 月,陆女士开始生育休产假,因其晚育、难产,其产假休至 2008 年 6 月中旬结束。产假休毕,陆女士称产后身体虚弱,且天气将热,婴儿体质也不是很强,请求公司将法定哺乳期内每天上午半小时、下午半小时的哺乳时间合并为一个月全脱产的哺乳时间来使用。公司答复说从来没有过这种假期,不予批准。之后,陆女士开始连续不断请休病假,并断断续续按公司要求电子邮件和 EMS 特快邮寄病历卡及医生诊断内容复印件。

病假期间,公司人力资源部门与陆女士召开电子会议(电子邮件为证),协议变更陆女士岗位,陆女士不予同意。之后,公司认为陆女士提供的医生病假建议书中有“本病假建议谨供参考,是否批准,由用人单位决定”的内容,对此病假单能否给予批准持有异议,且陆女士有五天时间没有履行病假手续,于 2008 年 9 月 8 日电子邮件方式通知陆女士:“由于你连续五日旷工,严重违反了公司劳动纪律,故此解除你的劳动合同关系”。双方由此发生争议,陆女士便于 9 月 24 日向劳动仲裁委提请劳动仲裁,诉请公司承担违法解除劳动合同双倍赔偿金。

工作任务

- (1) 请熟悉本案案情,分析本案争议焦点,判断案中处于“三期”中的陆女士是否构成旷工,用人单位能否依法解除其劳动关系;
- (2) 请分析、解读处理本争议所需要掌握的女职工孕期、产期、哺乳期法律、政策规定;
- (3) 请你为本案劳动者书写一份劳动争议仲裁申诉书;
- (4) 假设你是企业人力资源管理工作人员,请根据本案事实和法律规定,设计一套合理、合法的处理方案。

1、女职工经期保护:

典型案例 5 女职工经期禁止从事哪些工作

某肉联厂女工较多,肉类加工需要在零下的低温中进行。长期以来,不少女职工都觉得身体不适,向厂领导提出是否在月经期间调换工作岗位。厂长觉得莫名其妙,说“厂里女职工这么多,你临时说怎么怎么了,让我去哪里调人?”以厂里工作无法安排为由,拒绝了女职工们的要求。

女职工要求调换工作,厂长能拒绝吗?

工作任务

- (1) 请分析本案例厂长做法是否符合法律规定;
- (2) 请解读我国关于女职工禁忌从事劳动的项目规定。

在女职工经期,所在单位不得安排其从事高处(5米以上)、低温(5度以下)、冷水(12度以下)作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。

2、在女职工孕期,不得安排从事以下劳动:(1) 作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化合物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯乙内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛等有毒物质浓度超过国家卫生标准的作业;(2) 制药行业中从事抗癌药物及己烯雌酚生产的作业;(3) 作业场所放射性物质超过《放射性防护规定》中规定剂量的作业;(4) 人力进行的土方和石方的作业;(5) 伴有全身强烈振动的作业,如风钻、捣固机、锻造等作业,以及拖拉机驾驶等;(6) 工作中需要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业,如焊接作业;(7) 高处作业;(8) 国家规定的第三级体力劳动强度的作业。

3、已婚待孕保护:已婚待孕女职工禁忌从事铅、汞、苯、镉等作业场所属于《有毒作业分级》标准中三、四级的作业。

4、产假保护:在女职工产假期,女职工依法享受:(1) 正常生育者给予产假九十天,其中包括产前休假十五天、产后休假七十五天。产假期包括星期日和法定节假日。(2) 难产女职工增加产假十五天;多胞胎生育的,每多生育一个婴儿,增加产假十五天。(3) 实行晚育的女职工,按照有关计划生育法规的规定增加鼓励产假天数。女职工在产假期,工资不低于原工资性收入,不影响其福利待遇和参加晋级、评奖。《人口与计划生育法》第二十五条规定“公民晚婚晚育,可以获得延长婚假、生育假的奖励或者其他福利待遇。”在第二十六条又规定:“妇女怀孕、生育和哺乳期间,按照国家有关规定享受特殊劳动保护并可以获得帮助和补偿。”

5、女职工怀孕流产假期保护:

典型案例 6 流产假待遇

陈女士是上海某大学里的女教师,平时讲课总是热情洋溢,很受学生们欢迎。陈女士家里有一个7岁大的宝贝女儿,也是活泼、聪明、可爱,一家三口小日子过的其乐融融。两年前,陈女士突然感觉身体不适,到医院检查,发现自己意外怀孕,便选择最佳时间在医院做了人工流产。学校为此给了她15天的流产假,流产假期间工资按平时工资水平支付。2010年8月底开学时候,学校组织为期一周的业务培训,并请了教育行业的资深专家作重要演讲,要求全校教师务必参加,任何请假将按日倒扣100元。陈女士自然也很珍惜这次难得的业务学习机会,便前来认真听讲。可是培训的第二天,陈女士突然腹部剧痛,晕倒在地。同事将其紧急送往医院检查,方知陈女士是意外宫外孕。经手术处理后,陈女士在家休息半月,身体基本复原。但在拿到的工资条上,陈女士发现自己的工资被扣了一千多元。陈女士认为自己是在执行计划生育政策才休了流产假,按国家规定,自己可以享受流产假待遇,学校不能这样扣减自己的工资。人事工作人员答复说:陈女士两年前已经休过一次流产假了,自己又未采取节育措施,现在又第二次人工流产,所以不能再给予计划生育手术的流产假,只能按一般病假或事假处理。陈女士想不通,为此伤心流泪,学校怎么可以这样做事呢!

工作任务

(1)请查阅国家和当地有关政策规定,陈燕是否可以享受第二次的人工流产手术假期待遇;

(2)假设你是用人单位人力资源工作人员,请你为本案陈女士作一合理合法的疑惑解答。

女职工怀孕流产的,根据医务部门的证明,应给予产假。怀孕不满四个月流产的,给予十五至三十天的产假;怀孕四个月以上流产的,给予四十二天产假。

6、女职工哺乳期保护:

典型案例7 哺乳期不得降低女职工的工资

2004年5月13日王小姐应聘进入北京“欧莱雅”(中国)有限公司担任主管,双方签订了期限至2005年6月24日的劳动合同,约定每月税前工资为3986元。2005年年初,王小姐工资调整为税前4142元。2005年1月7日,王小姐在医院生育,同年3月22日,王小姐修完产假回公司上班,4月份被借调至销售部担任美容顾问主管,双方续订劳动合同至2005年12月23日。同年5月间,“欧莱雅”公司按美容顾问岗位工资标准向王小姐发放工资。可拿到工资后,王小姐发现自己的月工资比原来标准减少了,便向“欧莱雅”公司提出异议,在没有得到满意答复后,王小姐提出劳动仲裁申请,但未获支持。2005年12月26日,王小姐起诉至法院,要求公司补足原工资水平。原告认为,“欧莱雅”公司在原告哺乳期内擅自降低工资的行为,违反了相关法律法规的规定。法院认为,王小姐在2006年1月7日之前正处于哺乳期阶段,依据《女职工劳动保护规定》,用人单位不得不在女职工哺乳期降低女职工的基本工资,判决王小姐胜诉。

(资料来源:改编自:黎建飞.劳动法案例评析.北京:中国人民大学出版社,2007.215-216)

工作任务

(1)请分析本案例“欧莱雅”公司败诉的原因;

(2)请解读我国关于女职工哺乳期内用人单位支付工资的法律规定;

(3)请为本案王小姐编写一份劳动争议仲裁申诉书。

女职工在哺乳期间，即哺乳未满一周岁婴儿期间，不得安排从事以下劳动：（1）国家规定的第三级体力劳动强度的作业；（2）作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯乙内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛、锰、氟、溴、甲醇、有机氯化物等有毒物质浓度超过国家卫生标准的作业；（3）延长劳动时间和夜班劳动。

7、女职工劳动合同及其待遇保护：

典型案例 8 月薪 9000 元的女清洁工

2007 年 8 月份，一则“史上最贵的清洁工”消息热议于网络、报刊、电视等新闻媒体。原来，杨小姐于 2006 年 1 月与上海某外资贸易公司签署了无固定期限劳动合同，任职岗位是栏目资深策划。2007 年 4 月，杨小姐休了一个月长假到国外探望丈夫。同年 5 月 21 日回到公司上班时，杨小姐意外得知她负责的一个项目宣布解散，包括自己在内共有 10 余名员工被解除劳动关系。5 月 29 日，杨小姐发现自己怀孕，便向公司说明情况。公司考虑到中国法律有关规定，即让杨小姐重新上班，但安排其做清洁工作，主要“负责清扫公司男、女厕所，负责地面、纸篓、马桶和洗手面盆等的清洁、消毒和卫生工作。”工资依然保持原有每月 9000 元水平，即“变岗不变薪”。杨小姐对此很是想不通，气愤之余，便将此事贴于网络，消息就这样一路热议起来。

公司方认为，公司安排杨小姐这份机动职位工作量很轻微，每天只需打扫 20 余人的卫生间、洗洗杯子，每周浇一次花，实际工作时间每天累计不到 3 小时，考虑到孕妇需要随时休息，部分稍重体力的清洁工作还是由原清洁工作人员来完成，如擦玻璃、拖地、擦桌子、提纯净水、整理仓库等。公司方表示，给杨小姐安排的工作从劳动强度来说，符合国家规定，没有攀高、入水等国家禁止的一些劳动；杨小姐新岗位月薪保持 9000 元不变；从法律上来讲，公司这样做并不违法。杨小姐不肯接受这份工作是轻视清洁工工种。

公司对“孕期”女职工“变岗不变薪”的做法合法吗？

工作任务

- (1) 了解本事件情况,分析用人单位在女职工孕期变岗不变薪的做法是否违法;
- (2) 请解读我国关于女职工在孕期、产期、哺乳期的工作岗位与工资报酬的法律规定;
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员,请你针对杨小姐新工作岗位是否是侮辱、歧视的观点与本案例杨小姐进行良性沟通。

《劳动法》、《劳动合同法》均规定不得在女职工孕期、产期、哺乳期违法解除劳动合同。女职工在孕期、产期、哺乳期劳动合同期满的,劳动合同必须延续至孕期、产期、哺乳期消失时方可依法终止劳动合同。我国《妇女权益保障法》规定:“任何单位均应根据妇女的特点,依法保护妇女在工作和劳动时的安全和健康,不得安排不适合妇女从事的工作和劳动。妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护。”同时明确:“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。但是,女职工要求终止劳动(聘用)合同或者服务协议的除外。”因此,对于怀孕的女职工,用人单位应该予以特殊保护,不能单方变更工作岗位或降低工作待遇。《劳动法》第六十一条规定:“不得安排其延长工作时间和夜班劳动。国务院《女职工劳动保护规定》中明确规定:不得在女职工怀孕期、产期、哺乳期降低其基本工资,或者解除劳动合同。女职工在怀孕期间,所在单位不得安排其从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动,不得在正常劳动日以外延长劳动时间;对不能胜任原劳动的,应当根据医务部门的证明,予以减轻劳动量或者安排其他劳动。”

8、计划生育手术保护:计划生育手术,一般是指安放、摘取宫内节育器,结扎输精管、输卵管,人工终止妊娠术,输精管、输卵管复通术等手术。《人口与计划生育法》第二十条规定:“育龄夫妻应当自觉落实计划生育避孕节育措施,接受计划生育技术服务指导。预防和减少非意愿妊娠。”在第二十六条又规定:“公民实行计划生育手术,享受国家规定的休假;地方人民政府可以给予奖励。”原劳动部《关于印发《女职工劳动保护规定问题解答》的通知》中关于女职工流产应休息多长时间的问答中解释到:女职工流产休假按劳险字(1988)2号《关于女职工生育待遇若干问题的通知》执行,即“女职工怀孕不满4个月流产时,应当根据医务部门的意见,给予15~30天的产假;怀孕满4个月以上流产者,给予42天产假,产假期间,工资照发”。关于自然流产的产假待遇,《上海市女职工劳动保护办法》规定:妊娠三个月内自然流产或宫外孕者,给予产假三十天;妊娠三个月以上,七个月以下自然流产者,给予产假四十五天。但这一办法只适用于孕后自然流产,而不适用于人工流产的情况。而且这里的“自然流产”非指人工流产。关于人工流产的产假待遇,《上海市计划生育奖励与补助若干规定》第十二条规定:第一次人工流产及因放置宫内节育器、绝育、皮下埋植术后失败的再次人工流产,孕期小于13周且行吸宫术及药物流产的,休息14天;孕期小于13周且行钳刮术的,休息21天;孕期大于13周的,休息30天,假期期间的工资按照本人正常出勤应得的工资发给。同时又做了例外规定:实行计划生育手术的公民有以下情形之一且经医生同意需要休息的,其假期按病假处理:第一次人工流产后及因放置宫内节育器、绝育、皮下埋植术后失败而再次人工流产后,已休满规定假期;未采取绝育、放置宫内节育器或皮下埋植术而再次人工流产。

(三) 女职工维权保护

女职工劳动保护的权益受到侵害时,有权向所在单位主管部门或当地劳动部门提出申

诉。受理申诉的部门应当自收到申诉书之日起 30 天内作出处理决定；女职工对处理决定不服的，可以在收到处理决定书之日起 15 天内向人民法院起诉。劳动监察机构应当依法对用人单位的特殊劳动保护及其相关规定进行监督和检查。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位女职工特殊劳动保护情况，选择分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

被退回劳务派遣单位的“三期”女职工可否拿最低工资

顾女士被上海某人才派遣公司派遣至上海某科技公司作项目主管，某科技公司支付顾女士月工资为 8500 元。2009 年，4 月份，正值顾女士怀孕六个月时，某科技公司业务受金融危机的影响，决定取消顾女士负责的项目。之后，科技公司因无其他合适岗位安排顾女士，经与顾女士协商，将其退回某人才派遣公司，本人也同意回某人才派遣公司，但要求在无工作期间，人才派遣公司继续支付其原约定工资。而人才派遣公司只同意按当地最低工资标准支付顾女士最低工资。

用人单位因客观情势发生重大变化，导致原劳动合同无法履行，而被退回劳务派遣单位的“三期”女职工可否拿最低工资？

法理分析

《劳动合同法》规定，被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应按所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

但国家对处于“三期”期间的女职工实施特殊保护。国务院令第 9 号《女职工劳动保护规定》第四条规定：不得在女职工怀孕期、产期、哺乳期降低其基本工资，或者解除劳动合同。

据此，本案中处于“三期”期间的女职工因用人单位客观情势发生重大变化，导致原有劳动岗位被取消，而被用工单位退回劳务派遣单位后，劳务派遣单位应当按照不低于原约定的工资标准向女职工支付工资。

法条链接

《劳动合同法》第四十二条：劳动者有下列情形之一的，用人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：……（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的。

五十八条：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。

《女职工劳动保护规定》第四条：不得在女职工怀孕期、产期、哺乳期降低其基本工资，或者解除劳动合同。

学习情境2 未成年工劳动保护

教学目标

能力目标：通过学习，能够把握未成年工法定年龄段；能够规范未成年工身体保护；能够认定未成年工禁忌从事的劳动项目。

知识目标：通过学习，熟悉未成年工特殊保护制度；掌握未成年工劳动合同制度；了解未成年工禁忌从事的劳动项目规定。

知识与实践

一、未成年工特殊劳动保护

典型案例1 未达到法定工作年龄的未成年人劳动合同

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，到处寻找招聘信息。其中一则招聘服务员广告，引起她的注意，因为上面的待遇实在诱人。不但给予高薪，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？

工作任务

- （1）熟悉本案案情，了解未成年工与非法使用童工的区别；
- （2）解读我国关于未成年人就业的法律规定，明确合法未成年工的年龄范围；
- （3）小王辞职是否需要提交违约金？请你为案中的小王提供维权帮助。

所谓未成年工，是指年满16周岁，未满18周岁的劳动者。未成年工的特殊保护是针对未成年人处于生长发育期的特点，以及接受义务教育的需要，依法采取的特殊劳动保护措施。由于未成年工的身体还没有完全发育成熟，从事某些工作会危害生长发育和身体健康。

因此，国家对未成年人就业做出了一些保护性的规定，对未成年工特殊保护的立法主要有：《未成年人保护法》、《劳动法》、《未成年工特殊保护规定》。

《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。

二、未成年工禁忌劳动范围

典型案例 2 违法雇用童工将受到严惩

2009年6月，劳动保障监察机构接到群众举报：某高校后勤集团食堂正在使用一名童工。劳动保障监察机构根据举报提供的线索找到1名疑似童工的员工张某。单位负责人解释说张某是其在本单位食堂担任厨师的舅舅介绍来打工的，刚工作了20多天，录用他时其舅舅保证他已年满16周岁。但是，单位不能提供该员工的身份证件以及其他录用登记证明材料。劳动保障监察机构立即与张某户籍所在地派出所联系，查明张某出生于1994年7月15日，年龄未满16周岁，确实是童工。劳动保障监察机构根据《禁止使用童工规定》（国务院令364号）第6条和第8条规定对该单位处以15000元罚款，并责令单位在3日内将该童工遣送回家。

工作任务

- (1) 请了解未成年工禁忌劳动范围规定，说明本案用人单位被处罚的法律原因；
- (2) 解读我国关于非法使用未成年工的罚则规定；
- (3) 假设你是用人单位人力资源管理工作人员，你将如何规范使用未成年工法律手续。

根据《劳动法》和《未成年工特殊保护规定》，用人单位不得安排未成年工从事以下劳动：

- 1、用人单位不得安排未成年工从事矿山井下及有毒有害的工作。
- 2、不得安排未成年工从事国家规定的第四级劳动强度的重体力劳动。
- 3、不得安排未成年工从事其他禁忌从事的劳动，包括森林业中的伐木、流放及守林作业，第一级以上的接粉作业，第二级以上的高空作业冷水作业，第三级以上的高温作业、低温作业、放射性物质超标的作业以及其他会影响生长发育的作业。
- 4、要对未成年工定期进行健康检查。一般说来，这些未成年人虽然已经可以参加工作，但生理上和心理上还不成熟，家长最好不要让他们过早参加工作。如果能让他们在就业之前参加一两年的职业技术培训，掌握一些实用技术，在外出以后就能发挥自己的优势。工作场所接触放射线物质的作业；有易燃易爆等危险性的作业；地质、资源勘探的野外作业；潜水、涵道、涵洞作业以及海拔3000米以上的高原作业；连续负重每小时超过在6次以上并每次超过20公斤，间断负重每次超过25公斤的作业；使用凿岩机、捣固机、汽镐、电锤等作业；工作需长时间保持低头等强迫体位和动作频率每分钟高于50次流水线作业；锅炉司炉等共17种作业。另外，还规定：未成年工患有某种疾病或具有某些生理缺陷（非残疾型）时，用人单位不得安排其从事国家标准中第一级以上高处作业；第二级以上高温作业；第三级体力劳动强度的作业以及接触铅、苯、汞、甲醛、二硫化碳等易引起过敏反应的作业。

国家还规定，禁止安排未成年工延长工作时间和进行夜班作业。

三、未成年工定期健康检查制度

典型案例 3 应对未成年工定期进行健康检查

小强今年 16 岁，学习成绩优异，迫于家庭的压力辍学打工。王某是当地某化工企业的老板，听说小强的事情后，主动与小强联系，答应为其安排工作。小强上岗前，王某安排其进行了体检，安排了合适其身体状况的工作，并提醒用人单位定期安排小强进行体检。除此之外，王某在生活上对小强非常照顾，经常鼓励他不要放弃学习，争取以后能够出人头地。小强非常感动，工作非常认真，并利用课余时间积极学习，以此来报答王某。

工作任务

- (1) 分析案中王某做法的合法性；
- (2) 解读我国关于使用未成年工条件的法律规定。

《劳动法》规定，用人单位应当对未成年工定期健康检查。根据劳动部具体规定，用人单位应当在未成年工安排工作岗位之前、工作满 1 年时、年满 18 周岁距前一次体检时间已超过半年进行健康检查。未成年工的健康检查应按《未成年工特殊保护规定》所附《未成年工健康检查》所列项目进行。用人单位应根据未成年工的健康检查结果安排其从事适当的劳动，对不能胜任原劳动岗位的，应根据医务部门的证明，予以减轻劳动量或安排其他劳动。

四、未成年工使用和特殊保护登记

典型案例 4 未满 16 岁未成年工因公受伤赔偿责任

田某，1994 年 4 月 28 日出生，2009 年 5 月 28 日到某建筑工地工作。2009 年 10 月 5 日，田某工作中被工地的模板砸伤，经劳动能力鉴定委员会鉴定，田某为工伤四级伤残。田某看病支出医疗费、交通费等费用，单位拒绝赔偿，田某申请劳动仲裁，要求公司赔偿其医疗费、护理费、住院伙食补助费、一次性赔偿费、精神损害抚慰金共计 40 余万元。本案处理中出现如下两种观点：

观点一：使用童工是严重违法行为。按《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》11 条规定，单位承担赔偿责任，童工可获得精神损害赔偿。因未成年人不是劳动法中规定的劳动者，不具备劳动者主体资格，与单位不是劳动关系，不受劳动法调整，应适用民法通则有关雇主责任的规定，由非法用工单位对童工或其直系亲属进行赔偿，也可按民法规定要求精神损害抚慰金。

观点二：《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条规定：依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。《工伤保险条例》63 条对非法适用童工造成人身伤害问题有专门规定：单位使用童工造成童工伤的，由该单位给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于工伤保险规定的工伤保险待遇。故不应按民法通则赔偿。

工作任务

- (1) 请了解我国合法使用未成年工的规定，分析本案事实和意见分歧，说出你支持其中观点的理由；

(2) 请解读处理本争议所需要的法律、政策规定;

(3) 假设你是劳动仲裁工作人员, 请根据本案事实和法律规定, 设计出你的处理方案。

我国《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。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人, 必须依照国家有关规定, 履行审批手续, 并保障其接受义务教育的权利。”

用人单位招收使用未成年工, 除符合一般的用工要求外, 须依法向所在地县级以上劳动行政部门办理登记。劳动行政部门根据《未成年工健康检查表》、《未成年工登记表》以及劳动部的有关规定, 审核体检情况和拟定安排的劳动范围, 核发国务院劳动行政部门统一印制的《未成年工登记证》。未成年工须持《未成年工登记证》上岗。未成年工体检和登记, 由用人单位统一办理并承担所需费用。

【思考与训练】

1、请你调查当地用人单位使用未成年工情况, 选择分析用人单位违法使用未成年工典型案例, 解读所需法规、政策规定的知识, 提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

用人单位 聘用未成年学生做暑期工的法律风险

金某是浙江信息工程学校的在册学生, 由该学校组织, 不满 18 周岁的金某到湖州大厦酒店有限公司实习。按照多年的惯例, 校方仅是与湖州大厦口头说一下, 即让学生到湖州大厦实习了, 双方对学生实习期间及管理及权利义务未作明确的界定。某日, 金某在湖州大厦点心房独自一个人上班, 这时其他人员还未到岗。金某在加工面粉过程中, 因操作不慎, 右前臂被机器缠绞轧伤, 经法医学鉴定, 金某前臂之损伤属 5 级伤残。

金某将浙江信息工程学校和湖州大厦告上法庭。湖州市吴兴区人民法院认为, 金某应遵守学校有关实习的规定, 亦应遵守实习单位有关安全操作的规程。她所受的损害是由于自己在实习操作中的失误所引起, 应由其监护人承担相应的责任。浙江信息工程学校与湖州大厦在金某的损害事故中存在疏于管理的责任, 未能妥善落实对她在实习期间的管理, 任由未满 18 岁的金某独自一个人操作, 而发生事故, 也应担负起相应的责任, 法院为此判决浙江信息工程学校和湖州大厦各赔偿金某 31105 元。

法理评析

每逢暑期, 都有大量未成年学生以勤工俭学的名义进入企业实习, 由于实习学生工资较低、工期短、不易发生劳动争议等原因, 部分企业对聘用未成年学生做暑期工持欢迎态度。但是, 聘用未成年学生会给企业埋下一个重大法律隐患, 即, 万一实习期间学生的人身受到损害 (不仅仅是工伤), 企业有可能承担较重的赔偿责任。

一、由于实习学生与企业未建立劳动关系, 企业无法通过社保转移工伤的风险。实习学生的特点是有干劲但缺乏经验, 这样的特点使实习学生在工作中很容易发生意外。无可否认, 实习学生是潜在的工伤高发人群。对于员工的工伤风险, 企业通常以购买社保的方式将其转移给社会保险机构, 但对于实习学生, 企业却无法转移工伤风险。根据劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第 12 条的规定, 在校生利用业余时间勤工助学, 不视为就业, 未建立劳动关系, 因此, 企业如果为实习学生购买工伤保险, 社保机构有权不受理, 即使受理也有权拒绝赔付。

既然社保不为实习学生的工伤进行赔付, 那么最终的责任承担人就只能是企业。本案之

所以判决由企业和学校共同承担责任,是由于学生的实习是由企业与学校共同协商确定,所以企业与学校共同为学生实习承担风险。假如企业未与学校协商,只根据学生本人的实习申请就接纳其进行勤工俭学,则企业不能要求学校分担责任。

二、如果实习学生的人身被第三人侵害,企业可能被追究监护不力的责任。由于社会环境的原因,实习学生的人身伤害远不止工伤一种原因,可能发生交通意外、被坏人伤害,实践中甚至发生被拐卖的情况。通常情况下,企业与员工之间只有劳动关系,没有人身保护关系,企业是雇主而不是保姆,因此无须为工伤之外的员工人身损害承担责任(对员工的抚恤除外)。但当实习学生是未成年人时,情况就复杂了。

根据民法通则的规定,未成年人应受到监护人的监护,监护人有义务保护未成年人的身体和财产安全。通常情况下,未成年人的监护人是其父母,在某些情况下,监护人可以把监护义务临时转移给其他人。监护义务转移的最典型例子就是学校对学生人身安全的保护义务,对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害,或者未成年人致他人人身损害的,应当承担与其过错相应的赔偿责任。在校未成年学生进入企业勤工俭学,其人身已脱离了家长和学校的监护,处于监护缺失状态。虽然法律并未明确要求企业此时承担监护义务,但出于保护未成年人的考虑,法律不可能放任未成年人处于监护缺失状态,此时最有能力履行监护义务的就是企业,于是出了意外最有可能被追究责任的也就是企业。

当然,企业即便承担责任,也要以“未尽职责范围内的相关义务”为前提,并非只要出问题就由企业承担责任。举例来说,前述案例中企业的过错就是没有合理安排实习学生的工作,法院因此才追究了企业的赔偿责任。遗憾的是,企业的“职责范围内的相关义务”具体是什么并无明确规定,即使企业全力防范,一旦学生出现人身伤害,其家长仍会找企业要求赔偿——这也很自然,肇事者不是逃脱了就是没经济能力,作为家长也只有找企业了。

(文章来源: 互联网发布日期: 2008-07-07)

法条链接

《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第12条: 在校生利用业余时间勤工俭学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同。

项目七 劳动保障争议处理

学习情景1 就业促进争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够提升劳动就业质量,强调企业的社会责任,促进和谐社会、和谐劳动关系的建设和发展,避免就业歧视行为的发生。

知识目标: 通过学习,了解我国就业促进的法律制度,熟悉就业歧视的法律认定标准。

面对我国就业人口庞大、就业压力紧张的态势,我国于2007年8月30日通过了《中华人民共和国就业促进法》(以下简称《就业促进法》),用以指导和规范就业工作,实现促进经济发展与扩大就业份额相协调,促进社会和谐稳定。

典型案例1 残疾歧视

曾利雄不妥协:

“尽管我已经习惯被拒绝,有形无形的就业歧视甚至让我喘不过气,但越是受挫,我越想与它‘较劲’!”天生左手残缺的长沙妹子曾利雄近几年屡屡遭遇就业歧视,却从未放弃。

1997年,通过考试的她被广州市残疾者英语培训中心录取,最终拿到大学英语六级证书。

她“像健全人一样”去人才市场应聘求职。一家港资服装企业的老板在招聘现场测试了她的英语水平后决定录用,第二天,偶然间知悉了她左手残缺的老板娘坚决不肯聘用她了。

终于有一家物流公司决定接受她,但到公司后仅一个月,在同事的歧视与排挤下又只得黯然离职,2002年底,曾利雄黯然回到长沙。“在遭拒的理由中,听到最多的是‘安排(你)就业可能影响公司形象’。”曾利雄说。经长沙市残联引荐,曾利雄进了一家电视机厂,但在轻视与排挤之下,两个月后她悄然退出。作为一个残疾人,曾利雄最大的渴望是能拥有与健全人平等的机遇。“我不知道,求职路何时是尽头。”

相貌歧视:

张静无奈整容。求职千次均告失败的张静,今年完成了眼睛的整容手术,表示会用社会捐助在天津卖报做点小生意。2003年9月她在天津市一家医院接受首次面部整容手术。此后,张静陆续接受了几次免费整容手术,包括改善眉毛、除皱、鼻尖整形、鼻唇沟延长等。

张静,天津市南开区人,1993年初中未毕业出来谋生。因相貌较丑,10年求职上千次无一成功。全家四口人有四个残疾证。除去每月400元左右医药费,全家只能靠几百元维持生活,每天只吃一餐中饭,尚有1万元债务无法还清。2003年7月张静求助媒体,希望得到一份工作以养家糊口。随后,天津市一家养老院接收她为编外人员。此事经媒体披露后引起极大反响,不少人表示:张静整容是对社会歧视的让步。

身高歧视:

樊四平的身高0.005米。2003年在湖南益阳市公务员考试中,25岁的男青年樊四平考试总成绩第一名却被淘汰。樊四平1977年出生于益阳市赫山区樊家庙乡一个农民家庭,2000年7月从湖南农业大学毕业。本以为公务员考试可以改变命运,不料2003年8月9日的体检中,各方面合格的他身高被测出一个“精确”到小数点后第三位的数据——1.595米,离1.60米的标准差0.005米。仅仅因为这0.005米,樊四平最终被淘汰出局。樊四平在益阳日报发表文章《是公正还是压制》,表示不服。

益阳市人事局在接受媒体采访时表示,公务员身高标准是湖南省人事厅、卫生厅联合制定的,差5毫米也不能破格!媒体报道后,公众议论纷纷:公务员选拔是选人才还是选身材?这是否有悖于“惟才是举”原则?

(资料改编于《人民日报》2005年06月15日 第十五版)

工作任务

- (1) 了解以上就业歧视案例,分析我国现有立法的缺失;
- (2) 解读我国《劳动法》、《就业促进法》中关于就业歧视的法律规定;

(3) 请调查当地就业歧视现象和应对办法。

一、就业促进政策支持

(一) 国家支持

《就业促进法》体现了国家在促进就业上的政策支持：

1、国家鼓励各类企业在法律、法规规定的范围内，通过兴办产业或者拓展经营，增加就业岗位。国家鼓励发展劳动密集型产业、服务业，扶持中小企业，多渠道、多方式增加就业岗位。国家鼓励、支持、引导非公有制经济发展，扩大就业，增加就业岗位。

2、国家发展国内外贸易和国际经济合作，拓宽就业渠道。

3、国家实行有利于促进就业的财政政策，加大资金投入，改善就业环境，扩大就业。

4、国家建立健全失业保险制度，依法确保失业人员的基本生活，并促进其实现就业。

5、国家鼓励企业增加就业岗位，扶持失业人员和残疾人就业，对下列企业、人员依法给予税收优惠：(1) 吸纳符合国家规定条件的失业人员达到规定要求的企业；(2) 失业人员办的中小企业；(3) 安置残疾人员达到规定比例或者集中使用残疾人的企业；(4) 从事个体经营的符合国家规定条件的失业人员；(5) 从事个体经营的残疾人；(6) 国务院规定给予税收优惠的其他企业、人员。

（二）地方政府支持

《就业促进法》体现了地方政府在促进就业上的政策支持：

- 1、县级以上人民政府应当把扩大就业作为重要职责，统筹协调产业政策与就业政策。
- 2、县级以上人民政府在安排政府投资和确定重大建设项目时，应当发挥投资和重大建设项目带动就业的作用，增加就业岗位。

二、就业服务

就业服务，主要指县级以上人民政府鼓励社会各方面依法开展就业服务活动，加强对公共就业服务和职业中介服务的指导和监督，规范发展就业服务机构，逐步完善就业服务体系。《就业促进法》第三十二条规定：“县级以上人民政府培育和完善统一开放、竞争有序的人力资源市场，为劳动者就业提供服务。”

（一）公共就业服务

公共就业服务制度是指由各级劳动保障部门提供的公益性就业服务，包括职业介绍、职业指导、就业训练、社区就业岗位开发服务和其他服务内容。公共就业服务职能主要由公共职业介绍机构承担。公共职业介绍机构是提供劳动力市场信息的主要渠道，负责具体落实政府就业政策，对就业困难人员实现就业提供基本的就业服务。

《就业促进法》规定，政府设立的就业服务机构，不得从事经营性活动，应当为劳动者免费提供下列公共就业服务：（1）政策法规咨询；（2）职业供求信息、市场工资指导价位信息和职业培训信息服务；（3）职业指导和职业介绍服务；（4）对就业困难人员实施就业援助服务；（5）办理就业登记、失业登记。解除劳动关系备案等事务；（6）其他就业服务。

（二）职业中介服务

职业中介机构，是指由法人、其他组织和公民个人举办，为用人单位招用人员和劳动者求职提供中介服务以及其他相关服务的经营性组织。由于职业中介机构是营利性组织，所以《就业促进法》给予了更多的关注。其中，第二十六条规定：“用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。”

职业中介机构不得有下列行为：（1）提供虚假就业信息；（2）为无合法证照的用人单位提供职业中介服务；（3）伪造、涂改、转让职业中介许可证；（4）扣押劳动者的居民身份证和其他证件，或者向劳动者收取押金；（5）其他违反法律、法规规定的行为。

三、平等就业权的保护

（一）劳动者的平等就业权

典型案例 2 《就业促进法》实施后的乙肝歧视第一案

高先生曾是上海一家单位的助理工程师，最初比德创展公司找到他，希望他能去工作。经过慎重考虑，高先生表示同意。此后，高先生还完成了由比德创展公司经理发来的一份测试卷，该经理在看过测试卷后称可以接收其任职。不久，高先生按照公司的要求进行了体检，体检结果显示其为乙肝“小三阳”。当高先生拿着体检结果及相关材料到比德创展公司报到时，公司拒绝与其签订劳动合同。因此，高先生将比德创展公司告上了法庭。要求单位书面赔礼道歉，赔偿经济损失，并要求比德创展公司支付精神损害抚慰金。

高先生认为，原劳动和社会保障部于2007年5月18日发布的《关于维护乙肝表面抗原携带者就业权利的意见》规定，除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外，用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为理由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗

原携带者。2008年1月1日起施行的《就业服务与就业管理规定》第十九条也做了相同规定。而比德创展公司的行为违背了“用人单位招用人员，不得以乙肝‘小三阳’为由拒绝录用”的原则，属于就业歧视。

被告比德创展公司始终辩称，高先生并不是因为乙肝体检结果被拒绝录用的，而是因为培训不合格以及其他综合因素，不符合上岗要求。

工作任务

- (1) 了解本案单位作为是否属于法律所禁止的“就业歧视”；
- (2) 解读我国关于平等就业、禁止就业歧视的法律规定；
- (3) 请为本案当事人明确法律救济的维权渠道。

典型案例3 诺基亚乙肝歧视案

2007年1月18日，李胜（化名）在网上向东莞诺基亚移动电话有限公司投递了应聘测试技术员岗位的简历。之后，李胜顺利通过笔试和面试。该公司人力资源部通知李胜被录用，和他谈了薪水等待遇，并要求他到指定的医院参加入职体检，如果体检合格他就可以到公司上班了。1月27日，李胜到东莞同济医院进行入职前体检。

“我以为像诺基亚这样的大公司不会有乙肝歧视，在体检结果还没有出来时就主动告诉人力资源部负责人自己是乙肝病毒携带者。该负责人称，情况不太严重不会影响录取。”李胜告诉记者，1月30日他又一次到东莞同济医院进行测试检验结果显示其病毒不具有传染性。但是，诺基亚依然拒绝了李胜。李胜说，公司对他的回复是“公司所有人都在同一个食堂吃饭，同一个工作环境，担心他会传染给公司其他人，建议他换一份轻松点的工作。这是分公司的规定，也是和总公司领导商量过后决定的”。

李胜因此将东莞诺基亚移动电话有限公司及其在中国的总部告上了法庭。在起诉书中，李胜写到：根据我国宪法及相关法律规定，公民有平等就业的权利，任何单位和个人不能侵犯公民的平等就业权。我国《劳动法》规定，劳动者享有平等就业的权利，劳动者就业不应受到歧视。原告作为乙肝携带者，《病毒性肝炎防治方案》规定，乙肝病毒携带者除了不能献血或从事直接接触入口食品和保育工作外，不能视为现症肝炎病人处理。原告是乙肝携带者，身体符合从事测试技术员的条件。但被告根据体检结果拒绝录用原告的平等就业权利，是原告精神上受到极大打击。李胜在起诉书中要求请求法院依法确认被告诺基亚移动电话有限公司赔偿精神损害抚慰金50万元。东莞市人民法院根据李胜的民事起诉书，在5月8日立案。8月15日下午，李胜起诉诺基亚移动电话有限公司乙肝歧视案在东莞市人民法院正式开庭审理。在审理过程中，诺基亚移动电话有限公司的代理人坚称，拒录理由是李胜“色盲”，而非李胜携带乙肝病毒。为证明自己被拒绝录用是由于企业“歧视乙肝病毒携带者”，原告李胜出具了自己与音频公司人力资源部工作人员对话录音。根据录音材料内容显示，企业在回绝原告时，提到他“携带乙肝病毒携带者”的体检结果。而诺基亚移动电话有限公司的代理人则直接推翻录音材料的证明效力，坚称企业并不存在录音资料中回答李胜提问的工作人员。法院对该案进行了2个小时左右的审理之后，宣布择日将再次开庭或宣判。

（资料来源：2007年十大劳动争议案件：诺基亚乙肝歧视案，法制日报，2008-01-20）

工作任务

- (1) 请了解本案事实，分析产生本案争议问题的主要原因；
- (2) 请解读我国有关就业平等权的法律规定；
- (3) 你认为本案是劳动纠纷还是民事纠纷，应当通过什么渠道维护权益；

(4) 作为企业招聘工作人员,请设计一份某一岗位的招聘录用条件说明书,注意与以后可能发生的解除试用期不符合录用条件劳动合同的证据相匹配。

典型案例 4 中国首例艾滋病病毒感染者就业歧视案

安徽安庆应届毕业生小吴的理想是做一名教师,经过了笔试面试,却在体检时因为“艾滋病检测呈阳性”被挡在安徽安庆教育局教师招录的门外。

中央台记者车丽拨通了小吴的电话。

小吴说:平时休闲时会上网、唱歌,看电影,就是普通青年中平常的一个,聚会就和平常人一摸一样。我爱看大片,也知道《费城故事》,就是激励人去为权利而战斗。

可是,就连小吴自己都没有想到,这部 1993 年风靡美国的电影会如此真实地映照他今天的生活。虽然同样是艾滋病患者为争取自己的就业权利而进行着抗争。但是,与《费城故事》不同的是,电影的主人公安德鲁走上法庭时,已经得到了家人的支持。而小吴却是孤身作战。

记者:父母知道吗?

小吴:不知道,怕他们担心。

记者:有兄弟姐妹们?

小吴:有,但是他们也不知道。

记者:有女朋友吗?

小吴:没有。

记者:现在单位的人知道吗?

小吴:他们都不知道。被拒绝录用后,经过向公益机构咨询,知道处于潜伏期的艾滋病病毒感染者在工作能力上与非感染者并无任何不同。

小吴认为,安庆市教育局的做法是对艾滋病病毒感染者的就业歧视。万般无奈的小吴最后一纸诉状将安庆教育局告上了法庭。这也成为《中华人民共和国就业促进法》实施后,中国首例艾滋病病毒感染者就业歧视诉讼案。

(资料改编来源:法律教育网 2010-10-21 16:15)

工作任务

(1) 本案中的教育部门拒绝招录处于潜伏期的艾滋病病毒感染者做教师的做法是否属于《就业促进法》就业歧视的行为?

(2) 请解读我国关于潜伏期的艾滋病病毒感染者在就业行业及岗位的禁止性规定。

平等就业权,指劳动者平等地获得就业机会的权利,即在就业机会的获得方面,劳动者不因性别、年龄、种族等人的自然差别而受歧视,就业机会面前人人平等。平等就业权既是一项基本人权,也是一项基本劳动权。《劳动法》第十二条规定:“劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”由于各种因素的影响,我国在社会出身、学历、身高和户籍等方面,还存在一些就业歧视现象。要实现平等就业,就需要消除就业歧视。这需要国家、用人单位和工会的共同努力。

我国《就业促进法》第三十条和《就业服务与就业管理规定》第十九条都规定:用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

《就业服务与就业管理规定》还规定:“用人单位招用人员,除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外,不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。”

而根据《病毒性肝炎防治方案》的规定,乙肝病毒携带者除了不能献血或从事直接接触入口食品和保育工作外,不能视为现症肝炎病人处理。

(二) 用人单位的义务

典型案例5 限制结婚约定与没收抵押金争议

1998年2月,张某经某宾馆考核合格招为服务员,并与宾馆签订了为期3年的劳动合同。合同约定:“鉴于宾馆服务行业本身的特殊要求,凡是在宾馆工作的女性服务员,合同期内不得结婚。否则,企业有权解除劳动合同。”张某当时对这一规定没有太注意,就签了字。1999年3月,张某与其男友结了婚,不久怀孕。宾馆得知后,以张某违反合同为由,于1999年8月解除了与张某的劳动合同,并没收了张某签订合同时交纳的抵押金3000元,张某不服,向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。企业不得向职工收取货币、实物等作为“入厂押金”或“风险金”。某宾馆以张某违反合同为由没收其抵押金,也侵犯了张某的合法权益。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情,分析案中劳动合同约定的合法性问题;
- (2) 解读我国《就业促进法》关于平等就业的法律规定;
- (3) 作为劳动关系协调人员,请你对本案问题提出自己的处理意见。

《就业促进法》对就业歧视这一现象明确禁止,这使得劳动者在谋求职业的时候能够有所遵循,也使用人单位明确了自己所应承担的义务。凡是法律上没有明确限制或者禁止的,用人单位不应当对劳动者做出各种各样的职业限制规定。体现在以下三个方面:

- 1、不得在劳动者提供就业机会或招工简章中,有关于民族、种族、性别、宗教信仰等方面的限制。
- 2、不得在所从事的职业范围方面有关于民族、种族、宗教信仰等方面的限制。如不能因劳动者信仰宗教而限制其从事某种工作。
- 3、不得在劳动者所从事的专业范围,包括就业前在专业培训和中等专业以上学校学习时,有关于民族、种族、宗教信仰等方面的限制。

(三) 工会的保护

工会是工人阶级群众组织,理应保护劳动者的平等就业权。但是,由于我国的基层工会组织都是建立在企业、事业、机关和其他社会组织内部的,所以工会对于尚未找到工作的待业劳动者是很难提供充分的保护,而对于已经缔结劳动关系的工会会员却是有义不容辞的保护、支援义务。按照目前的做法,下岗的工会会员的会籍继续保留,但是免交会费,失业人员的会籍转到街道,这种规定对工会发挥保护功能提供了法律依据。工会应当对遭受歧视的会员提供支持,包括进行协商、法律咨询、证据提供等。

四、特殊群体就业保障

特殊群体的就业保障指国家对妇女、未成年人、残疾人、少数民族、退役军人等特殊群体的就业的特别保障措施。

(一) 妇女就业保障

妇女就业保障的核心问题是保障妇女享有与男性平等的就业权,即消除就业上的性别歧视。我国在《劳动法》、《就业促进法》、《妇女权益保障法》等法律中都明文规定了妇女的平

等就业保障。如《就业促进法》第二十七条：“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。”按照以上规定，可以归纳出：

1、用人单位在招聘员工的时候，除非国家明确规定的不适合妇女从事的工作（具体规定在劳动部颁布的《女职工禁忌劳动范围的规定》），都不能够以性别为理由拒绝妇女或者通过变相提高录用标准来排斥女性求职者，甚至提高女性求职者的入职门槛，即不得私自设定对女性的标准。

2、用人单位在录用女性员工时，应当依法与其签订劳动（聘用）合同或服务协议，劳动（聘用）合同或服务协议中不得规定女职工结婚、生育的内容。

3、实行男女同工同酬。

4、在晋职、晋级、评定专业技术职务等方面，应当坚持男女平等原则，不得歧视妇女。

5、妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护。

6、用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或服务。但是，女职工要求终止的除外。

7、用人单位在执行国家退休制度时，不得以性别为由歧视妇女。

（二）未成年人就业保障

在我国，未成年人是指不满十八周岁的自然人。但是，由于我国公民的最低就业年龄标准为十六周岁，所以我国《宪法》《劳动法》《未成年人保护法》《禁止使用童工规定》等均明确规定了：禁止用人单位使用童工（未满十六周岁），形成了对未成年人的就业保障体系：

1、禁止使用童工

首先，从招聘主体来看，包括国家政府机关、社会团体、企事业单位、民办非企业单位、个体工商户在内的用人单位，均不得使用未满十六周岁的未成年人（童工）从事生产劳动。各种职业介绍机构也不得为未满十六周岁的未成年人介绍工作。

其次，用人单位招用人员时，必须认真核查被招用人员的身份证；对不满十六周岁的未成年人，一律不得录用。如果童工患病或者受伤，用人单位应当负责送到医疗机构治疗，并负担治疗期间的全部医疗和生活费用。

最后，县级以上各级人民政府劳动保障行政部门负责《禁止使用童工规定》执行情况的监督检查。各级工商行政管理部门不得为未满十六周岁的未成年人核发个体营业执照。

2、禁止使用的例外

《劳动法》第十五条规定：“文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”可以看到，某些特殊行业必须招用少年儿童，从小开始训练，如体操、武术、舞蹈、杂技等。这些都是对禁止使用童工这一原则的例外规定。当然，这些特殊单位在招用前，都必须履行一定的手续：

首先，必须先递交材料，经批准后招用，不得先招用后报批。单位应到其所在地区、县劳动保障行政部门审批，并出具下列证明材料：（1）单位招用人员申请表；（2）单位介绍信；（3）经办人员身份证；（4）招聘合同书。经劳动保障部门批准后，办理相关招用手续。

其次，单位招用审批手续不得收取费用。

最后，被批准招用的少年、儿童，用人单位应当切实保护其身心健康，促使其在德、智、体诸方面健康成长，并负责创造条件，保证少年、儿童依法接受国家规定年限的义务教育。

（三）残疾人就业保障

《就业促进法》第二十九条规定：“国家保障残疾人的劳动权利。各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划，为残疾人创造就业条件。用人单位招用人员，不得歧视残疾人。”此外，我国1991年颁布的《残疾人保障法》也出台过大量规定。可以归纳为：

1、保障残疾人就业权利。在职工的招用、聘用、转正、晋级、职称评定、劳动报酬、生活福利和劳动保险等方面，不得歧视残疾人。对于国家分配的高等学校、中等专业学校、技工学校的残疾毕业生，有关单位不得因其残疾而拒绝接收；如拒绝接收的，当事人可以要求有关部门处理，有关部门应当责令该单位接收。

2、依法全面推行按比例安排残疾人就业。依照《残疾人保障法》的规定，应当按一定比例安排就业。这就需要国家推动各单位吸收残疾人就业，各级人民政府和有关部门应当做好组织、指导工作。按比例安排残疾人就业，是解决残疾人就业的战略性举措，要依法全面推行。

3、继续扶持和稳定集中就业。福利企业、工疗机构和按摩医疗机构是以集中安排残疾人就业为目的而设立具有社会福利性质的特殊企业，为促进残疾人就业发挥了重要作用。

4、大力扶持残疾人个体就业和自愿组织起来就业。工商行政管理、税务等有关部门要根据残疾人保障法和有关税收法律法规，完善扶持残疾人个体就业和自愿组织起来的优惠政策，在核发营业、办理有关手续、减免税费和落实经营场地等方面给予优先照顾。

5、开展职业培训，提高残疾人职业技能。残疾职工所在单位应当对残疾职工进行岗位技术培训，提高其劳动技能和技术水平。

（四）少数民族就业保障

《就业促进法》第二十八条规定：“各民族劳动者享有平等的劳动权利。用人单位招用人员，应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾。”对少数民族就业者就业，我国扶持和帮助的特殊政策，主要有：

1、用人单位在招聘工作中，对不同民族的求职者，要给予平等的就业权，除特殊工种外，不得有民族上的限制；在聘用条件上，不能因民族不同有差别。

2、优先招用少数民族人员。民族自治地方的企业、事业单位依照国家规定招收人员时，优先招收少数民族人员。

（五）退役军人就业保障

退役军人分为退出现役的士兵和军官，其中士兵又分为义务兵和志愿兵。国家在《劳动法》《兵役法》《现役军官法》《退伍义务兵安置条例》《军人抚恤优待条例》等法律法规中均对退役军人的就业安置作了规定：

1、义务兵退出现役后，按照从哪里来，回哪里去的原则，由原征集的县、自治县、市、市辖区的人中政府安排生产或工作。

2、志愿兵退出现役后，原则上转业回原籍，由县（市）人民政府安置工作。

3、军官退出现役后，可以分为：一种是离职休养和退休，另一种是复员转业。前一种不存在就业问题，而后一种一般是参照工作需要和有的还所担任的职务，分配适当的工作。

【思考与训练】

请了解下文，调查当地就业歧视现象，并结合我国现有法律法规规定，编写一份关于就业歧视的社会调查报告。

就业歧视，孰是孰非

今年6月就要毕业离校了，一直忙着找工作的小何依然一无所获。她一脸沮丧地告诉记者：“通常从联系单位到最后签订劳动合同要经过多次面试、笔试，层层筛选，而我至今连一次初试的机会都没有。”小何是北京某高校的大四女生，从去年10月以来，她就一直奔波于各类人才招聘会，经历了求职过程中的种种艰辛。“很多单位明确说只要男生”，小何愤愤地说，“我不明白许多单位招文员为什么也不考虑女生，一些机关单位居然也公开宣称招录公务员只限男性。”

事实上，更多单位不把性别要求摆在明面上，但在淘汰竞争者的过程中首先推女生出局。广州某高校的范同学递交简历无数，但全都是泥牛入海。“我一般先看招聘启事，只有自己的学历、专业、年龄等都符合对方要求时，才会寄出简历。”开始她不明白自己的“短处”何在，就向一些单位打电话追问被拒的缘由，一家主管宣传的地方政府部门答复称：“我们这里的女同志太多了，今年想招一个男生”；另外一家大型企业招销售业务人员，他们认为女生不方便经常出差，无法胜任。看到其他一些单位的理由也大同小异，范同学才明白是“性别惹的祸”。

男生有性别优势，但情况也不容乐观。北京一位外地生源的研究生说，没有北京市户口想要留京真是太难了。他参加了“北京市2004年机关及事业单位人才招聘会”，结果发现大多数区级机关都有户口要求，一些市级机关虽然没有严格限制户口，但也表示优先考虑北京生源“北京的学生考大学分数就要比外地低很多，为什么就业政策还要向他们倾斜呢？”这已经成为很多求职者共同的疑问。

问题还不止这些。四川大学法学院一位男生曾将中国人民银行成都分行告上法庭，原因是该银行在招录公务员的时候要求“男性身高1.68米以上，女性身高1.55米以上”，该学生身高只有1.65米，因而遭到了“身高歧视”；上海市一家外企竟以血型不好为由，将符合其他条件的应聘者拒之门外，还有近来浙江招考公务员淘汰乙肝病毒携带者引发纠纷，湖南招考公务员要求检查双乳而招致非议，等等。可见，形形色色的“就业歧视”现象已成蔓延之势。全国政协委员陈万志就此指出：“就业歧视主要表现在以下几个方面：性别歧视、年龄歧视、户籍歧视、身材相貌歧视、经验歧视、学历歧视和血型歧视。”随着毕业生数量大幅增加，大学生就业难的问题也日益突出，而就业歧视使就业难更趋复杂化，加剧了求职者的不满，很容易引发一系列社会问题。

就在求职者声讨各类“门槛”构成歧视的同时，用人单位也觉得十分无奈。关于“男性优先”这一标准，一家私企人力资源部的经理是这样解释的：“对我们这些小企业来说，招个女职员过不了两三年，她就得怀孕歇产假，到时候解聘吧，违反劳动法；养着吧，对企业来说也是不小的负担。所以现在，我们干脆不招女的。”

户口限制是政策引导的结果。“不是我们歧视非北京生源的学生，而是北京市人事局限定了指标”，某事业单位人事处负责人无奈地说。按照北京市人事局文件，“用人单位和毕业生达成协议后应向人事局申报；人事局批准后，向有关高校出具接收函，用人单位方可与毕业生签订就业协议”。事实上，人事局出于城市发展的长远考虑，对进京指标的审批是严格而慎重的。用人单位需要人才，在进京指标有限的情况下，不得不优先考虑不占指标的本地学生。

就企业而言，经营的宗旨在于营利，通过核算各种成本和产出来实现利润最大化。招用工女和为外地生源的学生申办户口都增加了企业的经营成本。最为关键的是，目前人才市场供大于求，用人单位的要求虽然苛刻，但依然应者云集，这就为用人单位淘汰各类弱势者提供了现实的基础。“我们宁肯要平庸的男职工，也不太愿意要优秀的女职工，更何况求职者这么多，挑一个优秀的男职工一点不难”。这种心态表明，企业并不认为自己“歧视”了谁，他们觉得这只是市场竞争中的正常“选择”。

保障就业，实现双赢

目前，我国就业平等权的保障状况还有一些不足。全国政协常委陈万志指出，《劳动法》只规定了民族、种族、性别和宗教信仰方面的歧视，对其他歧视均无认定，这使人们在观念上产生混乱，认为除此以外的差别待遇都不属于就业歧视。全国人大代表杨云女士则认为，我国法律虽然原则上规定了就业平等，但缺乏相应的配套法律予以支持，对侵犯就业平等的情况也未规定明确的法律责任，因而目前关于就业平等权的法律缺乏可操作性；一些地方虽然出台过相关行政法规，如广东省的《广东人才市场管理条例》，操作性也不够强。“法律的缺失，造成劳动监察部门也无法强有力地干预此事”，她不无焦虑地指出，“正因为如此，就业歧视的事态才会越来越严重。”蔡定剑教授认为，除了我国目前立法方面不够完善以外，更重要的是我们的一些司法机关对此缺少认识。他倡导法官将司法为民落到实处，在反歧视诉讼中主动担负起应有的责任。

“我国已经明确了促进就业的积极政策取向，而且走过了单纯追求经济增长的时代，就业已经成为民生之本”，全国人大常委会委员、中国人民大学劳动人事学院郑功成教授评价说，“在这样的背景之下，就业歧视现象严重扭曲了人力资本投资的正常行为，损害了劳动者的平等就业权益，破坏了市场的公平竞争环境，造成了人力资本的巨大浪费。”他认为有必要就反就业歧视进行立法，在原则的基础上进一步细化规定：明确列出可以有年龄、性别、学历等特殊要求的行业或单位或岗位，此外则属于严格禁止范围；规范用人单位的招聘广告；明确用人单位违反法律规定应承担的后果；明确政府职能部门对就业市场歧视性行为的监管职责；明确规定受歧视者的诉讼权利和程序。

在立法的同时，政府也可以通过行政手段来保障平等就业，设立专门的政府机构来负责相关事务。有关专家提出可以借鉴美国的经验，设立公平就业委员会，由其负责对用人单位的管理层进行就业平等的教育培训、向求职者普及相关法律知识，甚至作为受歧视者的代理人出庭起诉。

保障就业平等，归根结底还是有赖于求职者自身权利意识的觉醒。许多人在求职过程中，没有主动维护自身权益，而是相信并接受了歧视性的用人标准，自动放弃了追求平等的机会。我国目前已经出现了关于就业歧视的诉讼，但相对于普遍存在的类似事件，进入司法程序的数量可谓微乎其微。权利意识的薄弱使社会的弱者失去了自我救济的能力，而维权机制无法在维权意识缺席的情况下自动发挥作用。因此，要从根本上改变目前就业歧视的问题，还是要立足于公民“认真对待权利”。

就是在这样的形势背景之下，《就业促进法》产生了。

学习情境2 职业培训争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够应用我国职业培训方面的法律法规制度;能够组织参与职业技能鉴定;能够处理职业培训管理中的纠纷。

知识目标: 通过学习,使学生掌握我国在职业培训方面的法律法规,学会利用职业培训法律知识,处理劳动保障管理中的职业培训管理,提高学生从事劳动关系管理的能力。

知识与实践

一、职业培训概念

典型案例1 航空公司飞行员培训费争议

2007年5月,在中国东方航空公司云南分公司工作的飞行员郑志宏提出辞职后,被航空公司起诉到法院,索赔1257余万元,并要求其3年内不得从事航空运输飞行工作。昆明市官渡区人民法院审理后作出一审判决:由郑志宏赔偿航空公司130万元违约金并退还7万多元工资;航空公司在判决生效3个月内为他办理技术档案、飞行执照等手续。

其中赔偿金额涉及的“培训费”成为争议焦点。航空公司认为,1999年8月郑志宏由副驾驶成为机长,此前有1529.38个小时的“带飞”时间,应视作培训时间,按飞行成本平均值计算,共产生培训费用约527万元。郑志宏则认为,按规定培训必须在航空模拟器或空载飞机上进行,实际只有300多个小时的培训时间;1529.38个小时自己是在副驾驶的岗位上工作,执行航班飞行任务,公司也给自己发放了工资,应看作工作时间而非培训时间。另外,关于复训费用和转机型费用都不应计入培训费。因为,作为行政力量强制飞行员每年进行的两次复训,是飞行员在职期间为了完成工作必须要进行的训练,不应记入索赔的培训费。并且,由于大部分转机型,都并非出自飞行员本人意愿,而是航空公司根据自己的商业计划强制要求的,也不应计入索赔的培训费中。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情,明确飞行员培训费标准及计算方法;
- (2) 解读我国关于用人单位对劳动者职业培训法定责任的法律规定;
- (3) 分析不同形式的培训在违约赔偿上的不同作法;
- (4) 作为用人单位人力资源管理工作人员,请你依法计算培训费用的赔偿标准。

所谓职业培训,也叫职业技能培训,是指对准备就业和已经就业的人员以开发其技能为目的而进行的技术业务知识和实际操作能力的教育和训练。

职业的对象是指依据劳动法规的有关规定,接受职业培训教育和训练的人,即劳动法意义上的劳动者。应当注意的是,这里的劳动者是广义上的概念,既包括即将成为劳动者的人(求职者),也包括已经成为劳动关系一方当事人的劳动者。

二、职业培训的形式

（一）岗前培训

1、学徒培训。学徒培训是就业前培训的重要形式之一，是我国长期以来培训新技术工人的传统制度和主要方式。这种培训制度是由用人单位招收青年当学徒，在师傅的教导下，通过实际生产劳动使其掌握生产技术的一种培训制度。

2、职业学校的职业培训。（1）技工学校培训。技工学校是培养中等技术和中等文化程度的技术工人的职业技术学校。它属于就业前培训中的正规教育机构。技工学校通过理论和实践结合、学习和生产结合的方式来进行教育。因此，技工学校的毕业生，技术理论比较系统，操作技能比较全面，能够较快地顶班生产，独立操作。（2）职业高中培训。职业高中属高中阶段的职业教育，是普通教育与职业教育相结合的培训形式。职业高中作为一种灵活的就业前培训形式，在我国为培养较高素质的劳动者发挥了巨大的作用。职业高中学校的学生自愿选择较新的专业课程，自己缴纳学费，毕业后不包分配，由学校推荐就业。与技工学校相比，职业高中在课程设置、学生就业方面较为灵活，能够适应迅速变化的社会对劳动力的需求。（3）中高等专科学校培训。专科教育是我国普通教育系统中的中、高级教育形式，是直接培养国家较为急需的专业技术劳动力的一种就业前培训形式。中高等专科学校在理论和实践方面的教学活动基本是并重的，它们比较重视专业实践与文化基础课教育、综合素养和思想品德课教育，所开设的专业一般也比较固定，技术难度也较大。

3、就业培训中心的职业培训。就业培训中心是一种职业培训的组织形式，也是就业前培训的重要组成部分。其在培训对象、专业设置、学习期限、培训内容和培训方法上，都有较大的灵活性和适应性，主要是以社会实际需要为出发点来确定的。就业培训中心的培训对象主要是城镇待业青年。培训内容包括职业道德、文化和技术理论、实际操作、安全教育等，并以操作训练为主，开设相应的课程，编写或选用合适的教材。它与社会上的各种培训班相比，无论是教学设备、师资力量、教学内容等都较为稳定和完备，培训质量也有保证。

（二）在岗培训

典型案例 2 哪些证据可以证明培训费用

2003 年 4 月，上海某日资电子公司（以下简称电子公司）招聘了六位技术人员，李先生也是其中一员，双方签订了无固定期限劳动合同。入职后两个月，电子公司决定送新招聘的六名技术人员到日本总公司培训，以提高其技术能力，希望以后成为公司的技术骨干。电子公司与六名技术人员签订了《培训协议》，约定电子公司派其前往日本公司参加为期一年的培训，培训期间将在各个不同岗位上轮训，在培训结束后，李先生等六名技术人员应为电子公司服务三年，在服务期未满前，如提前辞职应根据未满服务期按比例返还培训费。2006 年 3 月，李先生突然提出辞职申请，电子公司认为其违反了《培训协议》的约定，应当按照约定返还 15 万元的培训费。而李先生却认为公司送其去日本培训只是为了工作上的需要，整个培训过程也是工作过程，其实公司才是真正的获益者。

双方在这为期一年的日本之行到底是培训还是工作上无法达成一致，最后诉至劳动争议仲裁委员会。法院经审理认为，培训也应当包括实践中的能力培训，电子公司与李先生签订的《培训协议》真实有效。从培训协议、公司出具的出资培训单据、学杂费发票和往返交通费单据，培训记录、李先生的培训小结等证据看，李先生确实接受了培训，应当依照双方约定按比例返还培训费。所以，在有关于培训费而产生的纠纷中，证据的收集和提供对案件的处理结果起着至关重要的作用。

工作任务

- (1) 熟悉本案案情，分析双方当事人争议焦点；
- (2) 解读我国关于专业技术培训及培训费用的法律规定；
- (3) 作为用人单位人力资源管理工作人员，请根据本案案情和法律规定，为当事人设计一份《培训协议书》，其中注意培训地点、培训内容、培训费用、服务期、违约责任等的约定。

在岗培训，即职工培训，通常是指对职工进行学历教育之外的一切教育和训练活动，其目的是不断提高职工的本职工作能力，以适应生产、工作的需要。

职工培训的基本内容包括三个方面：一是政治思想教育，教育职工树立主人翁责任感，加强劳动纪律；二是文化科学知识教育；三是生产技能培训。其中，技能培训是最重要的。技能培训可以分为三种基本形式，即等级培训、岗位培训和转业培训。

等级培训，是指按照行业归口部门制定的工人技术等级标准，进行系统的技术知识和操作技能的培训；岗位培训，是指按照岗位规范的要求进行的培训。转业培训，是指帮助已经就业的而需要转业的职工创造新的就业条件，以便其获得新的工作岗位的培训方式。其对象一般是那些受客观形势所迫，在推动或者可能失去原有职业的情况下，不得不从事新职业的职工。等级培训强调系统性，岗位培训具有针对性，转业培训则具有适应性、短期性、灵活性的特点。

三、职业技能鉴定

(一) 职业技能鉴定概念

职业技能鉴定是一项基于职业技能水平的考核活动，属于标准参照型考试。它是由考试考核机构对劳动者从事某种职业所应掌握的技术理论知识和实际操作能力做出客观的评价和认定，经考核鉴定合格发给相应的证书。职业技能鉴定是国家职业资格证书制度的重要组成部分。

（二）职业技能鉴定的对象

下列人员应按规定参加职业技能鉴定：

- 1、国家规定的从事技术复杂以及涉及到国家财产、人民生命安全和消费者利益的职业（工种）的人员。
- 2、职业学校和职业培训机构属于技术工种（专业）的毕（结）业生。
- 3、学徒培训期满的学徒工。
- 4、晋升职业资格等级的人员。

（三）职业技能鉴定的主要内容

国家实施职业技能鉴定的主要内容包括：职业知识、操作技能和职业道德三个方面。这些内容是依据国家职业（技能）标准、职业技能鉴定规范（即考试大纲）和相应教材来确定的，并通过编制试卷来进行鉴定考核。

职业技能鉴定分为知识要求考试和操作技能考核两部分。内容是依据国家职业（技能）标准、职业技能鉴定规范（即考试大纲）和相应教材来确定的，并通过编制试卷来进行鉴定考核。

（四）职业技能鉴定的流程

由于我国各地方都有自己的职业技能鉴定操作办法，流程各不相同，但是大体可归纳为以下四步：

- 第一步：填写《职业技能鉴定申报表》；
- 第二步：办理缴费手续；
- 第四步：到定点培训机构参加专业技术培训；
- 第五步：参加职业技能理论考试和实际操作考评；
- 第六步：鉴定合格后颁发技能鉴定等级证书。

四、职业培训中的注意事项

典型案例 3 培训费应该包括哪些项目

程某在某企业工作。企业把他派到国外接受培训，培训前与企业约定了五年的服务期。程某培训回来后，企业让他履行服务期，结果他干了几个月就要辞职。企业说：“辞职行啊，赔偿培训费吧，这是你的违约金。”程某说：“行，我赔。”企业就计算了一下，对程某说：“把你送到国外培训了一年，一共花了 16 万元人民币，这 16 万包括往返的机票、国际旅费，以及在国外给你租房子的费用，给你在国外的补贴，给培训机构交的学费，等等。”程某不同意，说：“我可以赔偿培训费，只有你们向培训机构交的学费才叫培训费，其他的我一律不认。”于是双方产生了纠纷。

那么培训费到底应该包括什么费用？《劳动合同法实施条例》第十六条这样规定：“劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。”其中只有“用于该劳动者的其他直接费用”没有指明包括什么，因为这一部分缺乏法律依据，到了仲裁机构或者法院，就变成了仲裁员或者法官的自由裁量权。所以，为了避免这种情况的出现，建议企业这样做：在培训协议里与员工首先约定，什么叫培训费，也就是说，可以设定一个条款，说清楚本协议中所称的培训费具体包括哪些项目，在合法的前提下把想包括的费用都放在里面，如食宿费等，最后与员工签署的这个协议，也就变成了双方当事人的约定。在国家没有法律、法规规定的情况下，双方当事人的约定，当然就不会违法，就没有问题，最后产生的是合同效力。

工作任务

请熟悉本案案情，作为用人单位人力资源管理工作人员，请你根据法律规定为本案当事人起草一份《专业培训协议书》，其中注意服务期与违约责任的处理。

（一）单位对职业培训所承担的义务

《劳动法》在总则中第三条规定：“劳动者享有……获得劳动安全卫生保护的权利，接受职业培训技能的权利……。”第六十八条规定：“用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训费，根据本单位实际情况，有计划地对劳动者进行职业培训。从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。”根据上述规定，用人单位对职工进行的安全卫生培训、技术工种的上岗前培训以及提高职工岗位素质培训等“入门培训”是用人单位应尽的义务，这部分培训应当是免费提供的。如果出现纠纷，不应以培训费用为理由，要求职工赔偿。

（二）劳动者对职业培训承担的义务

《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。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

按照以上规定，劳动者在享受了用人单位提供的培训后，也必须承担相应的义务，也即：

第一，企业给员工设违约金，员工在服务期间提前离开企业，那么员工就要支付给企业违约金。对于违约金的数目，企业和劳动者可以约定。但是违约金的约定数额，最高上限不能超过企业实际付出的培训费用。

第二，如果员工在工作过程中，履行了一段时期的服务期后，提前解除劳动合同，或者是在服务期内离开企业，企业要让他支付违约金，应该把这个员工已经履行的部分所应分摊的违约金扣除，余下的部分企业才可以要求他支付。

（三）职业培训与服务期的公平合理

典型案例4 未约定服务期，单位能否向劳动者索要培训费

黄某是北京某光电技术公司技术研究部员工，双方于2008年2月签订了无固定期限劳动合同。同年3月，公司决定出资5万元让黄某出国参加为期两个月的专业技术培训。但公司认为双方既然已经签订了无固定期限劳动合同，就没有必要再约定服务期，服务期限就是劳动合同履行的期限。2008年9月，黄某向公司提交了辞职申请书，双方就黄某是否应当赔偿公司培训费引发争议。公司认为自己已经花费5万元对黄某进行了专业技术培训，那么黄某就要为公司服务，否则应如数赔偿培训费。黄某认为，公司虽然出资对自己进行过专业培训，但是双方并未约定服务期限，公司主张服务期限就是劳动合同的履行期限显失公平，双方签订的是无固定期限劳动合同，为期两个月的培训不可能让自己受益终身，因此自己无需向公司支付培训费。

该案双方的争议焦点之一，即未明确约定服务期的情况下，劳动者主动辞职是否应承担以及承担怎样的法律责任。本案中，公司虽未与黄某签订培训期协议，也未约定具体服务期，但黄某仍应当向公司赔偿相应的培训费。根据《劳动部办公厅关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》（劳办发[1995]264号）的规定，用人单位出资对职工进行各类技术培训，职工提出与单位解除劳动关系，如果在试用期内，则用人单位不得要求劳动者支付该项培训费用；如果试用期满，在合同期内，则用人单位可以要求劳动者支付该项培训费用。具

体支付方法是：约定服务期的，按服务期等分出资金额，以职工已履行的服务期限递减支付；没约定服务期的，按劳动合同期等分出资金额，以职工已履行的合同期限递减支付；没有约定合同期的，按5年服务期等分出资金额，以职工已履行的服务期限递减支付。本案中黄某与公司之间签订的是无固定期限劳动合同，双方既未明确约定服务期，也未约定具体的劳动合同期，公司应当按照5年期限来计算黄某的服务期限，然后以黄某已经履行的合同期限递减赔偿培训费。用人单位对劳动者进行专业技术培训，通常需要投入巨大的资金和物力。根据上述劳办发[1995]264号文的规定，用人单位虽然可以得到一定金额的违约金，但为了避免约定不清给自己带来不必要的损失，用人单位在出资对劳动者进行专业培训前，还是应当与劳动者签订培训协议，明确约定劳动者接受培训后应当为企业服务的期限及违反服务期约定劳动者应当承担的违约责任。

工作任务

熟悉本案案情，并做法理分析，假设你是用人单位人力资源管理工作人员，请你为本案设计一份《专业培训与服务期协议书》，其中注意服务期与劳动合同期的处理。

企业出资培训员工，与员工约定服务期，这对企业和员工来讲，都是公平的。如果企业不出资培训员工，却要求员工支付服务期的违约金，则是不公平的。员工在工作期间，因为工作提高了技能，但是在提高技能的同时，受益的还是企业，给企业创造了利润，创造的利润远远超过了员工的收益。

但是如果在工作当中，企业专门出一笔钱，10万、20万，或者几十万，派员工到一个特定的环境里接受培训，员工在很短的时间内，迅速提高了自己的劳动价值。这种提高就是由企业的投资造成的，投资以后员工回到企业就不能马上离职。企业投资很大，却没有任何回报，对企业来说就是不公平。所以，凡是企业出资培训的员工，回来以后，就要有服务期，这是企业投资应得到的回报。如果在服务期内，员工提前解除合同，企业就可以要求他支付违约金。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位职业培训情况，选择并分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，并提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

劳动合同期与服务期不一致该怎么办

员工冯某接受培训回来以后，企业按照培训协议的要求，让他提供一个五年的服务期。但是服务期刚履行了一年，冯某的劳动合同就到期了。然后企业对冯某说：“我们要续订劳动合同。”冯某说：“对不起，我不想续订了，我要终止合同。”企业说：“终止合同？那肯定不行啊，你五年的服务期还没到呢。终止合同也行，你得赔偿我们所付的培训费。”冯某说：“劳动合同到期终止，与你们不续订合同是我的权利，我又没有违约，为什么要赔你们培训费？”企业说：“那不行，你有五年服务期。”冯某说：“我要履行五年服务期，但是劳动合同到期，你要跟我续订，我可以不续订啊，法律规定续不续订合同是双方自愿的行为，你们不能强迫我。”于是双方发生了争议。

法理评析

冯某该不该付培训费啊？有人说应该支付，有人说不应该支付，到底该不该支付？这是工作中容易出现的第二个问题。这种情况比较麻烦，现在司法界也有两种意见。一种意见认为劳动合同是主合同，培训协议是从合同，那么民商有一个主从合同的概念，说劳动合同如果是主合同，培训协议是从合同的话，那就是主合同存在，从合同存在，主合同不存在，从合同也不需要履行了。如果是这种逻辑的话，企业就败诉了。另一种意见认为劳动合同是劳动合同，培训协议是劳动合同的补充协议。如果是这种逻辑的话，企业就胜诉了。但是谁也不知道，自己将来要仲裁的案子，或者是诉讼的案子，会赶上持哪一种逻辑思路的法官或者仲裁员，这里就存在着很多不确定的因素。所以，最好的办法就是企业自己解决，怎么解决呢？企业既然要求员工至少为企业服务五年，那么就在培训协议里加上一个条款，即规定培训协议签订以后，如果员工的劳动合同终止日期早于他的服务期届满日期，那么双方自动将劳动合同终止日期顺延到服务期的届满日期。企业要做劳动合同期限变更，在培训协议里顺手就做了。即使是劳动合同到了原来约定的日期，企业也不需要与员工续订了，因为通过培训协议的方式已经续订了。

法条链接

学习情境3 社会保险与工伤争议处理

教学目标

能力目标: 通过学习,能够把握各项社会保险的种类及申报;能够依法认定与申报工伤或职业病条件;能够处理工伤或职业病劳动关系待遇。

知识目标: 通过学习,应当了解我国法定社会保险种类及缴费比例;熟悉工伤或职业病认定标准制度;掌握工伤待遇制度。

知识与实践

典型案例1 企业应依法为劳动者缴纳社会保险费

赵某从某名牌高校计算机专业获得博士学位后,被北京市一家专门从事软件开发的外商独资企业聘用,担任副总经理的职位。洽谈过程中基本很顺利,公司董事长在和赵某谈到工资待遇时说:“董事会决定,你的月薪为12000元。不过丑话说在前头,我们是一家外资公司,之所以工资定这么高,是因为除了工资以外,再没有其他福利待遇了。像什么医药费报销、养老等问题都得自己解决,公司概不负责。”听了董事长的话,赵某心想:这个公司给我的工资确实是挺高的,可就是万一将来得了什么大病,或是老了怎么办呢?但他转念又一想:我刚30岁,一般也不会有什么大病,至于养老的问题,现在考虑还为时过早。倒不如趁年轻时多挣些钱实惠些。

参加工作后,赵某为了解除自己的后顾之忧,每月从工资中拿出1000元,向保险公司投了一份养老保险和一份医疗保险,这样一来,他在这家公司上班,也觉得踏实多了。

这样干了半年,一直没有什么问题。可后来由于赵某和董事长在经营理念、发展策略等重大问题上发生了严重分歧,被董事长炒了鱿鱼。赵某不服,双方为此诉至当地劳动争议仲裁委员会。

在劳动争议仲裁委员会,赵某提出公司未给他交纳社会保险的问题,他认为,这是公司侵害他权益的行为。但公司董事长争辩道:“不为你交纳社会保险,是事先跟你讲好的。你要是不同意,当时可以提出来嘛!你既然同意了,那就不要反回头来倒打一耙。再说,你不是自己已经向保险公司投了保险了吗?”

工作任务

- (1) 分析本案争议焦点,劳动合同双方当事人是否可以自愿协商免除缴纳社会保险费?
- (2) 请解读我国关于劳动合同当事人依法办理社会保险的法律规定;
- (3) 假设你是劳动争议仲裁工作人员,请你为本案提供处理意见书。

典型案例 2 单位不缴纳社保费强制划拨案

“我已坐火车走了。不要找我，对不起。”放在屋里小桌上的这张纸条，是丈夫临走前留给妻子的，旁边还附有丈夫的存折和密码。

2010年10月11日，43岁的伍昭前得知自己患癌后，担忧高昂的治疗费用拖累家人，悄然离家。

伍昭前在广东打工多年，老乡和朋友也大多从事环卫工作，而且多数人未与清洁公司签劳动合同，除每月千元出头的工资，毫无其它保障。万品清洁服务公司何经理承认，公司与伍昭前确实没有签订劳动合同，但给工人购买了意外保险。

目前伍昭前已回家。他表示：“当时头脑一片空白，根本不想和任何人接触。第一反应就是不能让家里人知道。离家后，我也不知该往哪走，只想跑远点，就算死也别死在家里。”

工作任务

- (1) 本案中的用人单位不缴纳医疗保险费，劳动者就不能依法享受医疗保险待遇了吗？
- (2) 请解读我国《社会保险法》关于用人单位不缴纳社会保险费的处理措施；
- (3) 假设本案医疗费应当由第三人负担，而第三人不支付医疗费时，依照《社会保险法》的规定，当事人能有什么办法来处理该医疗费？

常言道：“天有不测风云，人有旦夕祸福”，社会保险的设立就是为了使劳动者在衰老、失业、工伤、医疗、生育等因丧失或者暂时丧失劳动能力而失去劳动报酬的情况下，能够从社会获得物质帮助和经济补偿。《劳动法》七十三条还规定劳动者在下列情况下获得帮助和补偿：（一）退休；（二）患病、负伤；（三）因工负伤残或患职业病；（四）失业；（五）生育。劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴。这就形成了我国社会保险体系。

用人单位常常认为不为劳动者办理社会保险，缴不缴纳社会保险费是件小事，不会承担任何法律责任；实则相反，《劳动法》第七十二条规定：“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。”这说明，社会保险是一种强制性保险，单位必须按时足额缴纳其应缴份额，否则将会承担相关的法律责任。2011年7月1日生效的《中华人民共和国社会保险法》规定：职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。

一、社会保险种类

（一）养老保险

典型案例 3 养老保险缴费不满十五年最终得以妥善解决

高级工程师蒋乃群自1962年开始在大型国有企业南京汽车厂工作，1989年以“停薪留职”方式离开南汽，成了淘金深圳的新移民。几经辗转，他于1995年应聘到深圳一家民营企业，直到2002年4月7日正式退休。但没想到的是，深圳和南京两地社保局都拒绝向他支付养老金。

深圳市社保局表示：根据深圳市有关规定，非深圳户籍员工必须实际缴费年限累计满15年，才能享受按月领取养老金的待遇。而蒋乃群在深圳的实际缴费年限只有7年。

南京市社保局的理由是：按国务院有关规定，蒋乃群应在深圳领取养老金。因为蒋乃群辞职多年，南京已没有他的社保账号，而且已过退休年龄，无法办理退休手续。

蒋乃群无法理解：“我在国企干了30年，一直缴纳社保金，又在民企按规定缴纳7年社保。一辈子缴社保费用，合起来总共缴了37年，怎么临退休了反倒没有了退休金？”

蒋乃群走上7年上访和诉讼之路，打官司都以败诉告终。

2008年11月，国家人力资源和社会保障部派人找到蒋乃群，作为特事特办，从2009年1月1日开始，蒋乃群终于可以每月从南京社保局领取1500元养老保险，并享受医保待遇。

（案例改编于：233考试大 企业法律顾问网）

工作任务

- （1）请了解本案例情况，是比较新养老保险制度惠及劳动者的重大进步；
- （2）请解读我国《社会保险法》中关于养老保险制度的规定。

典型案例4 养老金以劳动者退休时的工资为计算基数争议

张某，女，1995年3月与某中外合资经营企业签订劳动合同，担任副总经理职务。2005年10月3日，张某年满55周岁，双方均未提及张某退休之事，张某继续担任公司副总经理的职务至2006年2月，张某的工资由原来的5896元增加至7679元。2006年2月2日，张某递交了书面退休报告，公司为张某办理了退休手续，并以张某每月7679元工资标准为张某申办养老保险金。因该公司无法按要求提供张某延迟退休的批文而被撤回申请，而后又以张某年满55周岁时的5896元工资标准申办养老保险金手续。张某知情后向当地劳动争议仲裁委员会申诉，要求该公司按实际退休时的工资7679元作为计算养老金的标准。2006年8月，劳动争议仲裁委裁决，以实际退休时的工资标准计算养老保险金。

张某认为，2005年10月年满55周岁，曾口头向该公司申请退休，但该公司要求张某继续担任副总经理。2006年2月，张某向该公司递交书面退休报告后，公司为张某召开退休欢送会，并办了退休手续。因此，领取养老保险金的标准应以2006年2月实际退休时的工资7679元为标准。该公司认为根据有关政策，张某延迟退休未经该公司上级主管部门批准，所以延迟退休的时间不能记作连续工龄，公司按张某55周岁时的工资标准办理养老保险金是正确的。无奈之下，张某将公司告上法庭。

法院经审理认为：张某年满55周岁按有关规定应予退休，由于该公司未及时为张某办理退休手续并让张某继续工作，却未按规定报经上级主管部门批准，故张某年满55周岁后的工作不应计算为连续工龄，张某要求按实际退休日期的工资标准计算养老保险金，依据不足，故张某之诉，不予支持。法院据此判决如下：张某要求该公司重办养老保险手续之诉不予支持。

工作任务

- (1) 分析本案张某诉请以实际退休时工资收入为缴费基数的败诉原因;
- (2) 请解读我国关于各种社会保险费的缴费基数及缴费比例规定;
- (3) 分析本案养老金缴费基数应当以劳动者工作的哪个阶段工资收入为基数。

养老保险是国家和社会一定的法律和法规,为保障劳动者退休之后或因丧失劳动能力而不能工作后的基本生活,而建立一种社会保险,养老保险是社会保险五大险种中最重要的险种。办理基本养老保险是企业负有的强制性法定义务,不办是不行的。企业办理基本养老保险应当掌握如下内容:

1、养老保险的缴费基数。根据我国有关法规规定,养老保险的缴费工资基数一般以职工本人上年度平均工资为准。在计算职工上年度月平均工资时,列入工资总额的项目应包括工资、奖金、津贴、补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资。考虑到各地职工工资有过低或过高的情况,我国又规定,在确定养老保险缴费基数时,职工本人月平均工资低于当地职工平均工资 60%,以当地职工平均工资的 60%作为缴费基数;超过当地职工平均工资 300%的,按当地职工平均工资的 300%缴费,超过部分不列入工资基数,也不计入计发养老金的基数。

2、享受养老保险待遇的条件。(1) 达到退休年龄或工龄条件;(2) 履行缴费义务;单位和本人按规定缴纳养老保险费;(3) 满足缴费年限。

3、养老保险缴费比例。用人单位方缴费比例为个人缴费基数的 22%;职工个人缴费比例为个人缴费基数的 8%。

(二) 医疗保险

医疗保险是社会保险中的重要险种之一,它是在人们生病或者受到伤害的时候,由国家或社会向病人或者受害人提供医疗服务、经济补偿的一种社会保险。它包括基本医疗保险、企业补充医疗保险和个人补充医疗保险三个层次。对企业来说,为劳动者办理基本医疗保险是法定义务,不能因为缴纳基本医疗费会增加企业开支而不为职工办理基本医疗保险手续。

医疗保险缴费比例。用人单位方缴费比例为个人缴费基数的 12%;职工个人缴费比例为个人缴费基数的 2%。

(三) 失业保险

典型案例 5 失业人员医保待遇不再打折

家住广州市的小梅自幼体弱多病,6岁时为增强体质,注射当时流行的进口丙种球蛋白,却染上乙肝病毒。

成年后,小梅在某私企工作仅两年,父亲因中风突然去世,她也因操劳过度而肝病发作,从此开始在家休养。但她还得挑起家庭重担,努力做一份份的兼职来赚钱养家。因患精神分裂症多年自闭在家的姐姐,曾患癌症又有严重慢性心脏衰竭、风烛残年的老母亲,一家母女苦命相依,靠着老母固定的退休金收入和小梅微薄的兼职收入,艰难维持着每月六七千元药费及日常开销。

祸不单行。姐姐近日突然离家,被民警送回时,全身发紫,被紧急送医。医院随即通知小梅,发现她姐姐有多项并发症且危及性命,须立刻送入专门的监护病房救治。短短 9 天的住院治疗,开销已达 1 万多元。短期急救及后续的康复治疗等费用,着实难倒一家人。

工作任务

- (1) 请了解本案,结合现行《社会保险法》的规定,分析小梅能否享受失业保险待遇;
- (2) 请解读我国《社会保险法》关于失业保险的法律规定。

1、失业保险的含义。失业保险,是对在劳动年龄内,由于非本人原因而失去工作,无法获得维持生活的经济来源情况下,由国家和社会为其提供基本生活保障的一种社会保险,属于强制性保险。有的单位常常认为失业和下岗是一回事儿,其实失业和下岗不同,下岗的劳动者离开所在单位的具体工作岗位,但与所在单位未解除或终止劳动关系;而失业则是劳动者与用人单位已解除或终止劳动关系,而没有新的就业岗位。

2、失业保险费的缴纳。2011年7月1日生效的《社会保险法》加强了对失业人员的保护力度。其中第四十八条规定,失业人员在领取失业保险金期间,参加职工基本医疗保险,享受基本医疗保险待遇。失业人员应缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付,个人不缴纳基本医疗保险费。用人单位方缴费比例为个缴费基数2%;职工个人缴费比例为个人缴费基数的1%。

3、享受失业保险金的条件。失业人员符合下列条件的,从失业保险基金中领取失业保险金:(1)失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年的;(2)非因本人意愿中断就业的;(3)已经进行失业登记,并有求职要求的。

4、享受失业保险金的期限。为了鼓励失业人员再就业,法律对失业人员享受失业保险金的时间做了一定限制。《社会保险法》第四十六条规定:失业人员失业前用人单位和本人累计缴费满一年不足五年的,领取失业保险金的期限最长为十二个月;累计缴费满五年不足十年的,领取失业保险金的期限最长为十八个月;累计缴费十年以上的,领取失业保险金的期限最长为二十四个月。重新就业后,再次失业的,缴费时间重新计算,领取失业保险金的期限与前次失业应当领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算,最长不超过二十四个月。失业保险金的标准,不得低于城市居民最低生活保障标准。

5、失业保险金期间的医疗保险与遗属补助。(1)失业人员在领取失业保险金期间,参加职工基本医疗保险,享受基本医疗保险待遇。失业人员应当缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付,个人不缴纳基本医疗保险费。(2)失业人员在领取失业保险金期间死亡的,参照当地对在职职工死亡的规定,向其遗属发给一次性丧葬补助金和抚恤金。所需资金从失业保险基金中支付。需注意的是,个人死亡同时符合领取基本养老保险丧葬补助金、工伤保险丧葬补助金和失业保险丧葬补助金条件的,其遗属只能选择领取其中的一项。

6、失业证明与办理手续。(1)用人单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明,并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起十五日内告知社会保险经办机构。(2)失业人员应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明,及时到指定的公共就业服务机构办理失业登记。(3)失业人员凭失业登记证明和个人身份证明,到社会保险经办机构办理领取失业保险金的手续。失业保险金领取期限自办理失业登记之日起计算。

7、停止享受失业保险待遇的情形。失业人员在领取失业保险金期间有下列情形之一的,停止领取失业保险金,并同时停止享受其他失业保险待遇:(1)重新就业的;(2)应征服兵役的;(3)移居境外的;(4)享受基本养老保险待遇的;(5)无正当理由,拒不接受当地人民政府指定部门或者机构介绍的适当工作或者提供的培训的。

(四) 工伤保险

典型案例 6 解除劳动关系后,职工原工伤复发,原用人单位是否赔偿

吕某于2003年8月29日到某汽车俱乐部,双方没有签订劳动合同。吕某的工作岗位是

汽车修理工，月工资为 1000 元。2003 年 9 月 25 日，吕某在工作中铁屑溅入左眼，左眼受伤，吕某经医院诊断为，“左眼外伤性白内障、左眼内异物、左眼膜裂伤”。2004 年 6 月 15 日，吕某经区劳动鉴定委员会鉴定为工伤十级伤残。2004 年 9 月 17 日吕某因工伤赔偿问题向区劳动争议仲裁委员会提起申诉，吕某的请求为：（1）由某汽车俱乐部赔偿吕某一次性伤残补助 6000 元；（2）由某汽车俱乐部赔偿吕某一次性医疗补助费和伤残就业补助费 5000 元；（3）由某汽车俱乐部赔偿吕某认定工伤各种费用 15000 元；（4）由某汽车俱乐部赔偿吕某所扣的两个半月的工资 2500 元；（5）由某汽车俱乐部赔偿吕某仲裁费用。2004 年 10 月 13 日，双方经区劳动争议仲裁委员会调解达成了协议，协议为：“（1）俱乐部自本调解书生效之日起七日内，支付吕某一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金等共计人民币 9000 元；（2）吕某自愿放弃其他申诉请求”。2004 年 10 月 16 日，某汽车俱乐部向吕某支付了 9000 元，吕某将工伤证交回，双方解除了劳动关系。2006 年 4 月 15 日，吕某左眼视力突然下降。吕某于 2006 年 5 月 15 日至 2006 年 5 月 26 日在医院住院治疗，出院诊断为左眼视网膜脱离、左人工晶体眼。2006 年 4 月 25 日，吕某因赔偿问题向区劳动争议仲裁委员会提出申诉。2006 年 6 月 16 日，劳动争议仲裁委员会作出了裁决书。2006 年 6 月，吕某不服裁决书向法院提起诉讼。2006 年 7 月 19 日以先到区劳动鉴定委员会鉴定为由申请撤诉。吕某撤诉后多次到区劳动鉴定委员会申请重新鉴定工伤伤残程度，但遭到拒绝。2006 年 8 月 1 日，吕某再次诉至法院。本案在审理过程中，根据吕某的申请，经双方当事人一致同意，委托某科学技术鉴定研究所对吕某的伤情进行了鉴定，结论为：（1）被鉴定人吕某左眼视网膜脱离与其 2003 年外伤有直接因果关系；（2）被鉴定人吕某的伤残制度为七级。吕某支付鉴定费 1600 元。2006 年 4 月 15 日至 2006 年 9 月间，吕某到医院花费检查费、住院费、医疗费共计 9945.31 元，交通费 650 元。在审理过程中，某汽车俱乐部没有提供吕某离开某汽车俱乐部后再次受伤的证据。另查，2003 年当地在岗职工年平均工资 25312 元。

工作任务

1、2004年10月6日,吕某与某汽车俱乐部之间就吕某工伤待遇问题达成了赔偿协议,双方解除了劳动关系,该赔偿协议的性质如何界定?

2、2006年4月15日,吕某左眼视力突然下降,被诊断为左视网膜脱离,该病情与吕某2003年9月25日在工作中受伤是否有关?某科学技术鉴定研究所的鉴定结论是否有效?

3、吕某已经与某汽车俱乐部于2004年10月16日解除了劳动关系,吕某工伤复发后是否还能够得到赔偿?其法律依据如何?

1、工伤保险含义。工伤保险是关于劳动者在工作中遭受事故伤害或患职业病后受伤、患病、致残或死亡时,依照国家有关规定,可以获得医疗救治、经济补偿和职业康复权利,以促进工伤预防和职业康复,分散用人单位的工伤风险的一种社会保险。

2、工伤保险适用主体。(1)在我国境内的所有企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户均应当参加工伤保险,应当为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费;(2)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、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的,由该单位向伤残职工或者死亡职工的近亲属给予一次性赔偿,赔偿标准不得低于《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇;(3)用人单位不得使用童工,用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的,由该单位向童工或者童工的近亲属给予一次性赔偿,赔偿标准不得低于《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇。具体办法由国务院社会保险行政部门规定;(4)公务员和参照公务员法管理的事业单位、社会团体的工作人员因工作遭受事故伤害或者患职业病的,由所在单位支付费用。具体办法由国务院社会保险行政部门会同国务院财政部门规定。

3、工伤保险缴费基数。(1)工资总额,《工伤保险条例》所称工资总额,是指用人单位直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额;(2)本人工资,《工伤保险条例》所称本人工资,是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前12个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资300%的,按照统筹地区职工平均工资的300%计算;本人工资低于统筹地区职工平均工资60%的,按照统筹地区职工平均工资的60%计算。

3、工伤保险缴费比例。根据国务院2011年1月1日修订生效的《工伤保险条例》规定,国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率,并根据工伤保险费使用、工伤发生率等情况在每个行业内确定若干费率档次。行业差别费率及行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定,报国务院批准后公布施行。目前,一般用人单位方缴费比例为个人缴费基数的0.5%;职工个人不缴工伤保险费。

(工伤保险内容详见下面“二、三、四、五、六”)

(五)生育保险

典型案例7 未就业职工配偶享受生育医疗费用待遇

2008年央视春晚的小品《公交协奏曲》里,农民工出身的王宝强身着蓝色民工服、头戴安全帽、脚踩雨靴,一身建筑工人打扮,本色表演极具舞台效果。

当冯巩问他为什么不舍得从兜中取出一元钱买公交车票,他答:“大哥,俺捂的不是钱,是命!这是兄弟们捐的救命钱啊!”“俺有个工友,他老婆生孩子,难产大出血,这钱交了押金,还欠1000多呢!”

工作任务

- (1) 用人单位是否需要为男职工缴纳生育保险费？生育保险费应当由谁来缴纳？
- (2) 用人单位男职工未就业的配偶未缴纳生育保险费，能否享受生育保险待遇？
- (3) 请解读《社会保险法》中有关规定，分析戏中的王宝强和冯巩还有必要为工友为难吗？

生育保险是社会保险的一种，它针对的是怀孕、分娩的女职工，包括有生育津贴、医疗服务和产假等待遇，使其不至于因生育而基本生活需求没有保障，以帮助这些女职工恢复劳动能力，重返工作岗位的社会保险项目。

1、享受生育保险的条件。符合以下条件的职工可以享受生育保险：(1) 用人单位为符合生育保险条件的职工办理了生育保险参保手续；(2) 参保人由于合法的婚姻关系，发生了计划生育政策生育的事实；(3) 有婴儿出生、死亡或流产证明；(4) 办理了符合程序的生育保险金申领手续。

2、生育保险待遇。《社会保险法》第五十四条规定：用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。

生育医疗费用包括：(1) 生育的医疗费用；(2) 计划生育的医疗费用；(3) 法律、法规规定的其他项目费用。

生育津贴：按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：(1) 女职工生育享受产假；(2) 享受计划生育手术休假；(3) 法律、法规规定的其他情形。

3、生育保险缴费比例。根据我国《社会保险法》第五十三条的规定：“职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。”用人单位缴费比例为缴费基数的 0.5%。

二、工伤保险认定

工伤保险事故表现形式为职业伤害，包括两部分内容：工伤和职业病。

(一) 工伤认定标准

典型案例 8 工伤认定标准争议

在工作时间和工作岗位突发疾病是否可以认定工伤？2006 年 9 月 5 日 22 时左右，县某公司职工徐某在上班时感到头痛，到 23 时左右公司领导和其他同事一同将徐某送往县人民医院急诊，拍片发现其脑血管破裂出血，当晚又转省人民医院就诊，2006 年 9 月 6 日经省人民医院诊断为：“自发性脑室内出血、枕骨大孔疝（晚期）。”徐某于 2007 年 7 月 27 日向县劳动和社会保障局提出工伤认定申请，2007 年 9 月 24 日县劳动和社会保障局对申请人所提出的工伤认定申请作出了不予认定工伤决定。

工作时间从事非本职工作而受伤的能否算工伤？李波是某家具厂员工，其工作岗位是在拉网机上测量网片。操作整平机不是李波的本职工作，厂方口头规定员工不得操作非本职工岗位上的机器，但该规定没有严格执行。李波工作较为勤快，遇有需要时，常帮助其他员工临时看管机器。某日，李波上夜班，晚上 12 时许，班长因故临时离开生产线，李波操作整平机整平网片时，右手不慎被整平机压伤。发生事故前，李波因工作的需要也曾多次操作过整平机。市劳动局确认李波上晚班时受伤为工伤。家具厂不服，向法院提起行政诉讼，请求撤销劳动局作出的企业职工伤亡认定书。

工作任务

- (1) 了解以上案例,分析职工徐某和李波是否能够认定为工伤?
- (2) 请解读我国工伤认定情形和视为工伤的情形规定;
- (3) 假设你是用人单位工作人员,请你为工伤职工申报工伤申请准备相关材料。

工伤认定是受伤职工是否享受工伤保险待遇的基础,根据国务院 2011 年 1 月 1 日生效的《工伤保险条例》,明确规定了 7 种认定工伤、3 种视同工伤以及 3 种不能认定为工伤的主要情形。

1、工伤认定的原则。我国工伤保险实行的是无过错赔偿原则,该原则的主要含义在于:无论职业责任属于用人单位、其他人或者劳动者自己,受害者都应按照规定的标准享受工伤保险待遇。待遇的给付与责任的追究分开,不能因为事故责任的追究与归属,影响待遇给付的时间及额度(本人犯罪或故意行为除外)。

2、工伤认定的情形。《工伤保险条例》第十四条规定:职工有下列情形之一的,应当认定为工伤:(1) 在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害的;(2) 工作时间前后在工作场所内,从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的;(3) 在工作时间和工作场所内,因履行工作职责受到暴力等意外伤害的;(4) 患职业病的;(5) 因工外出期间,由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的;(6) 在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的;(7) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。”

3、视同工伤的情形:《工伤保险条例》第十五条规定:职工有下列情形之一的,视同工伤:(1) 在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的;(2) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的;(3) 职工原在军队服役,因战、因公负伤致残,已取得革命伤残军人证,到用人单位后旧伤复发的。职工有前述第(1)项、第(2)项情形的,按照《工伤保险条例》有关规定享受工伤保险待遇;职工有前述第(3)项情形的,按照《工伤保险条例》有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。”

典型案例9 上班时间自杀，是否算工伤

王晶是某公司的仓库保管员，1991年被确诊患有精神分裂症。此后，其曾三次住院治疗，1998年企图自杀被人发现后获救。2004年9月，王晶又因病发去医院就诊，医院为其出具了7天的病假证明。病假结束后，王晶回单位正常上班。10月，王晶被发现死于其工作场所仓库内。经公安部门鉴定，王晶是服用该公司保存在仓库中的杀虫剂死亡的，而该杀虫剂含有“甲胺磷”成分。

当地劳保局作出了工伤认定书，认定王晶为因工死亡。该公司不服，提起行政复议，省劳动和社会保障厅作出维持工伤认定结论的决定。该公司仍然不服，提起了行政诉讼，将当地劳保局告上了法院。

该公司称，王晶是自杀身亡，对此公安机关已经得出结论。并且，王晶死亡当天及之前工作生活一切正常，不存在无意识服食农药或者误食农药的情况，因此被告认定王晶因工死亡缺乏事实依据。

当地劳保局辩称，根据公安机关的鉴定结论，可以证实王晶死于工作时间和工作场所内；王晶确实有精神病史，并且在事发前不久又因病发到医院就诊，医生还出具了病假证明。因此，王晶在工作时间喝杀虫剂的行为当属精神病发作期间的无意识行为。并且该公司也没有按照国家有关规定妥善保管甲胺磷，因此对王晶的死亡应承担相应的责任。所以，他们作出的工伤认定书是完全正确的。

法院经审理认为，公司明知王晶属于有自杀倾向的精神病职工，对其应负有更为严格的劳动安全卫生保护义务。甲胺磷系危险化学品，公司在未经培训和考核的情况下，安排一名精神病人从事储存危险化学品的工作，显然未尽到劳动安全卫生保护的义务，使得王晶的工作场所存在不安全因素，并直接导致她的死亡。可见，王晶的死亡与其工作环境存在不安全因素有关，据此可以认定，王晶系因工作原因死亡。

工伤保险条例第十六条规定，自杀不得认定为工伤。公司仅能证明王晶在白天的精神状态正常，不能证明王晶喝甲胺磷时精神状态正常。结合王晶的精神病史，可以推定王晶是在精神病发作、无意识的状况下喝甲胺磷的。所以不能认定王晶主观上有结束自己生命的故意。

综上，王晶是在工作时间和工作场所内，因工作原因死亡的，不属于不应当认定工伤的情形。因此，当地劳保局作出的工伤认定是正确的，依法应予维持。

工作任务

- 1、请熟悉本案案情，分析本案争议焦点及当地劳保局工伤认定的合法性；
- 2、请解读我国关于视为工伤认定标准的法律规定；
- 3、作为人力资源管理工作人员，你认为王晶的自杀行为是否属于工伤，请说出你的分析依据。

不属于工伤的情形：《社会保险法》第三十七条及《工伤保险条例》第十六条均规定：职工因下列情形之一导致本人在工作中伤亡的，不认定为工伤：（1）故意犯罪；（2）醉酒或者吸毒；（3）自残或者自杀；（4）法律、行政法规规定的其他情形。

（二）职业病认定

典型案例 10 张海超开胸验肺事件

张海超，河南省新密市刘寨镇老寨村村民，2004年8月至2007年10月在郑州振东耐磨有限公司打工，做过杂工、破碎工，其间接触到大量粉尘。2007年8月开始咳嗽，当感冒久治未愈，医院做了胸片检查，发现双肺有阴影，诊断为尘肺病，并被多家医院证实，但职业病法定机构郑州市职业病防治所下的诊断却属于“无尘肺0+期（医学观察）合并肺结核”，即有尘肺表现。在多方求助无门后，被逼无奈的海海超不顾医生劝阻，执著地要求“开胸验肺”，以此证明自己确实患上了“尘肺病”。

河南省新密市刘寨镇农民工张海超“开胸验肺”事件引起社会各界的广泛关注。张海超在2009年9月16日向媒体证实其已获得郑州振东耐磨材料有限公司签订了赔偿协议：赔偿包括包括医疗费、护理费、住院期间伙食补偿费、停工留薪期工资、一次性伤残补助金、一次性伤残津贴及各项工伤保险待遇共计615000元，他自己也与郑州振东耐磨材料有限公司终止了劳动关系。

工作任务

- （1）请熟悉本案案情，分析发生本案事件的深层次原因；
- （2）请解读我国关于职业病认定的法律规定及工伤待遇规定；
- （3）作为人力资源管理工作人员，你认为张海超肺病是否属于工伤，其劳动关系应当如何处理，请说出你的分析理由。

法律上的职业病一般指劳动者在劳动过程中接触职业性有害因素而导致的疾病。职业病作为一种慢性伤害，在实践中比工伤更难认定。只有被列入法律法规和法定部门所规定的职业病名单的疾病，才是法律上承认的职业病。我国现行的法定职业病的范围，以《职业病范围和职业病患者处理的规定》中所规定的《职业病名单》列明的病种确定。

（三）工伤认定的举证责任

职工或者其直系亲属认为是工伤、用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

三、申请工伤认定和申领流程

（一）提出工伤认定申请

根据《工伤保险条例》和《社会保险法》的规定，工伤认定的申请，应当自工伤事故发生之日起或者被诊断、鉴定为职业病日期起提起：

1、用人单位：30天。职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报劳动保障行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。

2、职工及其直系亲属或工会：1年内。用人单位未按规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。

3、递交材料。（1）工伤认定申请表，工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况。（2）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的

证明材料。(3) 医疗诊断证明或者职业病诊断证明书(或者职业病诊断鉴定书)。

工伤认定申请人提供材料不完整的,劳动保障行政部门应当一次性书面告知工伤认定申请人需要补正的全部材料。申请人按照书面告知要求补正材料后,劳动保障行政部门应当受理。

4、调查核实。工伤认定申请人提供的申请材料完整,属于劳动保障行政部门管辖范围且在受理时效内的,劳动保障行政部门应当受理。劳动保障行政部门受理或者不予受理的,应当书面告知申请人并说明理由。劳动保障行政部门受理工伤认定申请后,根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实,用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。

(二) 作出工伤认定决定

1、认定期限。社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起 60 日内作出工伤认定的决定,并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。社会保险行政部门对受理的事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请,应当在 15 日内作出工伤认定的决定。

2、认定中止。作出工伤认定决定需要以司法机关或者有关行政主管部门的结论为依据的,在司法机关或者有关行政主管部门尚未作出结论期间,作出工伤认定决定的时限中止。

3、认定回避。社会保险行政部门工作人员与工伤认定申请人有利害关系的,应当回避。

(三) 申领工伤保险待遇

如果劳动保障行政部门认定为工伤以后,用人单位或职工就可以申领工伤保险待遇了。

在申领时提供以下资料:(1)《工伤认定书》复印件;(2)《鉴定结论书》复印件;(3)工伤医疗费用凭证;(4)工伤人员的身份证及复印件、本人实名制银行结算账户卡(折)原件及复印件、工伤人员或家属如选择邮汇支付方式,需提供正确的邮汇地址、邮汇编码等基本信息;(5)劳动能力鉴定费支付凭证原件;(6)由单位、本人填写的《工伤保险待遇申请表》,承担工伤责任的用人单位需加盖公章;(7)根据工伤人员的不同情况出具的其他材料。

四、劳动能力鉴定

(一) 劳动能力鉴定标准

1、劳动能力鉴定含义。劳动能力鉴定,也称为伤残程度的鉴定,是指劳动能力鉴定机构根据法定的鉴定标准,对因工伤或职业病致使劳动者丧失劳动能力的程度和依赖护理的程度,进行的一种技术性的法律证明。职工因工作原因受到事故伤害或者患职业病,且经工伤认定的,享受工伤保险待遇;其中,经劳动能力鉴定丧失劳动能力的,享受伤残待遇。

2、劳动能力鉴定等级。劳动能力鉴定包括劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定。劳动功能障碍分为十个伤残等级,最重的为一级,最轻的为十级。生活自理障碍分为三个等级:生活完全不能自理、生活大部分不能自理和生活部分不能自理。

具体标准划分如下:(1)完全丧失劳动能力,生活不能自理或部分不能自理或能够自理的,视情况分别划入到 1-4 级;(2)大部分丧失劳动能力的,视伤残情况分别划入到 5-6 级;(3)部分丧失劳动能力的,视伤残情况划入到 7-10 级。

(二) 劳动能力鉴定程序

1、申请人。劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其近亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请,并提供工伤认定决定和职工工伤医疗的有关资料。自劳动能力鉴定结论作出之日起 1 年后,工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变

化的,可以申请劳动能力复查鉴定。

申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的,可以在收到该鉴定结论之日起 15 日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。

2、提出申请。工伤职工在停工留薪期内治愈或伤病处于相对稳定状态,停工留薪期满或伤情造成残疾并影响劳动能力的应当进行劳动能力鉴定。

3、鉴定机构。设区的市级劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起 60 日内作出劳动能力鉴定结论,必要时,作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长 30 日。劳动能力鉴定结论应当及时送达申请鉴定的单位和个人。鉴定工作:(1)审核、受理材料并对受理材料进行分类、登记;(2)根据需要从专家库中随机抽取 3 名或者 5 名相关专家组成专家组;(3)确定鉴定时间和场所;(4)通知被鉴定人和用人单位有关人员到场;(5)由专家组依据《劳动能力鉴定职工工伤与职业病致残等级》(GB/T16180-2006)提出鉴定意见,必要时可委托具备资格的医疗机构协助进行有关的诊断;(6)劳动能力鉴定委员会根据专家组的鉴定意见作出工伤职工劳动能力鉴定结论;(7)劳动能力鉴定结论应及时送达申请鉴定的单位和个人。

五、工伤保险待遇

典型案例 11 一起工伤能否两份赔偿

张某于 2007 年 11 月从广西到重庆务工,在一家运输公司工作,虽然公司同张某签有劳动合同,但公司一直都没有为张某缴纳工伤保险。2008 年 3 月,张某随公司货车到江西送货,到达目的地后,案外人崔某无证驾驶该货车倒车卸货时不慎将张某撞死。

2008 年 4 月,张某的妻子和儿子以交通事故损害赔偿为由,向事故发生地法院提起诉讼,将案外人崔某、该车驾驶员、该车实际所有权人、被挂靠单位及保险公司告上法院,要求五名被告共同承担其各类损失 50 万余元。

2008 年 5 月,法院作出判决:(1)由保险公司支付张某的妻子、儿子赔偿款 20 万元;(2)案外人崔某支付其余损失 30 万余元;其他被告对赔偿责任承担连带责任。同时,张某的妻子又以工伤赔偿为由,向重庆某区劳动争议仲裁委员会申诉,要求运输公司支付丧葬补助金、因工死亡补助金和供养亲属抚恤金等 20.33 万元。

2008 年 5 月,仲裁委员会裁决运输公司应支付丧葬补助金、因工死亡补助金和供养亲属抚恤金等共计 14.16 万余元。运输公司不服裁决,认为这起事故只造成了张某死亡这一个伤害结果,而死者家属却要求获得两次赔偿,即交通事故赔偿和工伤赔偿,该请求缺乏法律依据,因此请求法院判令不支付张某妻子、儿子有关工伤赔偿的请求。

工作任务

(1)在劳动过程中被第三人伤害,张某的妻儿是否能同时获得工伤保险赔偿和民事损害赔偿。

(2)请解读我国《社会保险法》中关于第三人导致工伤赔偿主体的法律规定;

(3)解读我国关于工伤认定的法律条件标准;

(4)请分析并讨论:企业不缴纳工伤保险,发生工伤后由谁来承担责任。

工伤保险待遇就是对于工伤职工及其亲属给予一定的经济补偿和医疗救治费用等。

职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。从工伤保险基金中先行支付的工伤

保险待遇应当由用人单位偿还。

由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。

（一）工伤医疗期待遇

1、工伤医疗待遇。工伤医疗待遇，是指职工因工负伤或者患职业病停止工作进行治疗所享受的待遇，如挂号费、治疗费、医药费、住院费等。这些费用中，符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。

职工治疗工伤应当在签订服务协议的医疗机构就医，情况紧急时可以先到就近的医疗机构急救。工伤职工到签订服务协议的医疗机构进行工伤康复的费用，符合规定的，从工伤保险基金支付。

职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。

工伤职工治疗非工伤引发的疾病，不享受工伤医疗待遇，按照基本医疗保险办法处理。

2、停工留薪期待遇。职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。

停工留薪期一般不超过 12 个月。伤情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过 12 个月。

工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照《工伤保险条例》中工伤保险待遇的有关规定享受伤残待遇。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。

3、生活护理待遇。工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。

生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理 3 个不同等级支付，其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的 50%、40%或者 30%。

（二）劳动关系待遇

根据国务院新修订的《工伤保险条例》的规定，工伤职工的劳动关系受到法律的保护。

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，享受以下待遇：（1）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：一级伤残为 27 个月的本人工资，二级伤残为 25 个月的本人工资，三级伤残为 23 个月的本人工资，四级伤残为 21 个月的本人工资；（2）从工伤保险基金按月支付伤残津贴，标准为：一级伤残为本人工资的 90%，二级伤残为本人工资的 85%，三级伤残为本人工资的 80%，四级伤残为本人工资的 75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由工伤保险基金补足差额；（3）工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的，由工伤保险基金补足差额。

职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，由用人单位和职工个人以伤残津贴为基数，缴纳基本医疗保险费。

2、职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（1）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为 18 个月的本人工资，六级伤残为 16 个月的本人工资；（2）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，标准为：五级伤残为本人工资的 70%，六级伤残为本人工资的 60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

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。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

3、职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：（1）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为 13 个月的本人工资，八级伤残为 11 个月的本人工资，九级伤残为 9 个月的本人工资，十级伤残为 7 个月的本人工资；（2）劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动合同、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。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

（三）因工死亡待遇

典型案例 12 直系亲属可以享受工伤死亡待遇

周小亮今年 18 岁，是家里的老大，下面还有一个弟弟，一个妹妹，都在上学。母亲在生育小妹妹时去世，父亲由于患病常年卧床不起，全家的重担都落在小亮身上。去年，小亮被某建筑公司录用，双方签订了为期 2 年的劳动合同。为了赚钱，小亮总是抢着加班加点，干赚钱多的体力活。某日，小亮在从事高空作业时，不慎跌下，摔伤致死。建筑公司为了逃避法律责任，希望能够私了，与其父亲协商给予 2 万元作为补偿。小亮的历史使得全家失去了生活的希望，父亲要求公司支付 30 万元的生活保障费。双方争执不下，来到劳动仲裁委员会。

工作任务

- （1）请分析本案用人单位因工伤亡待遇处理是否规范；
- （2）请解读我国关于劳动者因公伤亡赔付标准的法律规定。

根据《工伤保险条例》第三十九条的规定：职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

- 1、丧葬补助金为 6 个月的统筹地区上年度职工月平均工资。
- 2、供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月 40%，其他亲属每人每月 30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加 10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定。
- 3、一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。
- 4、特别规定。职工因工外出期间发生事故或者在抢险救灾中下落不明的，从事故发生当月起 3 个月内照发工资，从第 4 个月起停发工资，由工伤保险基金向其供养亲属按月支付供养亲属抚恤金。生活有困难的，可以预支一次性工亡补助金的 50%。职工被人民法院宣告死亡的，按照《工伤保险条例》中有关职工因工死亡的规定处理。

伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受上述第 1 项的待遇。

一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受上述第 1、2 项的待遇。

六、工伤待遇的停止与承继

1、工伤待遇的停止。工伤职工有下列情形之一的，停止享受工伤保险待遇：（1）丧失享受待遇条件的；（2）拒不接受劳动能力鉴定的；（3）拒绝治疗的。

2、工伤待遇的承继。工伤职工所在的用人单位发生特殊变化的，按下列标准由承继单位承担相应责任：（1）用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任；原用人单位已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记；（2）用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担；（3）职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法；（4）企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇费用。

【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查当地用人单位社会保险办理情况，选择分析其中典型案例，解读所需法规、政策规定内涵，提出自己的处理意见。

2、拓展训练

案情简介

工伤保险医疗费用由基金先行垫付

张祥是北京某建筑工地的吊车工。2006年10月的一天，由于司机操作失误，吊车上的钢筋捆撞倒张祥，造成他踝骨骨折。“当时老板把我送医院后只是草草处理一下。没过多久我感觉伤处越来越厉害，最后右脚疼得连路都走不了。这时再去找老板，老板已不愿掏钱治病了。听说因为老板没给我上工伤保险，按规定钱全得由他出，他想把这个钱赖掉。”直到2007年3月，张祥听人说北京有个免费为农民工打官司的地方，找到了北京市农民工法律援助工作站。没想到这官司打了近两年时间。

考虑到手术费太高，张祥忍着病痛，想等拿到赔偿后再做手术。没想到由于拖得太久，又引发创伤性关节炎等并发症，伤情越来越严重。等劳动能力鉴定下来已是2007年7月，他被鉴定为八级伤残。该月中旬，张祥去石景山区劳动仲裁委申请仲裁，两个多月后裁决书下来，支持张祥赔偿7万多元的请求。

2007年11月，老板起诉到法院。12月，一审判决老板付给张祥69000元。老板又上诉到北京市第一中级人民法院。2008年5月，张祥收到二审维持原判的判决书。

但事情还未结束，法院强制执行时又遇麻烦，虽然原公司还在，但公司法定代表人和账号都变了，新法定代表人因回老家联系不上。经法院辗转协调，直到2008年底才为张祥要到25000元的赔偿金。

法理评析

根据现行《工伤保险条例》，用人单位未为农民工上工伤保险，受伤农民工包括医疗费在内的全部保险待遇都由用人单位承担。表面看，这是对用人单位不为劳动者上工伤保险的一种制度性惩罚，但实际上这种制度设计使得农民工发生工伤事故后，救治费用和相关补偿均要依赖用人单位。结果是政府不管、用人单位推托，往往种种不利后果都落到受伤农民工身上。

《社会保险法》明确：“用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇；用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付，随后再由用人单位偿还；另外，由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，也由工伤保险基金先行支付，随后再向第三人追偿。”

工伤保险医疗费先行垫付制度，从制度设计上真正实现工伤保险制度本应具有的统筹资金、共担风险的功能，这是现代国家实行工伤保险制度的根本意义所在，使工伤职工尤其是农民工能真正得到工伤保险基金的保障。即使用人单位未参加工伤保险，农民工发生工伤后同样可向社保基金申请工伤治疗费，其工伤也能得到及时治疗。

如果《社会保险法》的这些条款能早日施行，张祥这样的劳动者就不会因受工伤没钱治而落下终身残疾。

（资料来源《法制日报》2009年1月10日）

法条链接

项目八 劳动人事争议处理途径

学习情景1 劳动人事争议的协商与调解

教学目标

能力目标: 通过学习,能够规范解读法律、法规、政策,与服务对象进行良性沟通;能够参与劳动争议仲裁与诉讼,并规范应用证据规则;能够参与劳动争议的协商与调解,及时化解劳资矛盾,促进企业和谐劳动关系的建设。

知识目标: 通过学习,把握劳动争议调解方法与技巧;掌握劳动争议仲裁与诉讼程序规定;了解证据规则;

知识与实践

一、劳动争议概述

典型案例1 劳动争议的解决途径

刘黎经人介绍来到北京餐厅工地做油漆工。该餐厅工程项目由北京某装饰公司承包,承包后,又将工程转包给张某,刘黎和其他工人都是由张某直接管理的。

餐厅工程完工后,承包人张某拖欠工人工资,玩起了“失踪”,对上门讨薪的工人避而不见。刘黎和工人们找到将工程转包给张某的北京市某装饰公司,要求公司支付他们被拖欠的薪资。公司以不存在劳动关系为由拒绝了他们的要求。为维护自己的利益,刘黎和工友们决定通过法律途径讨薪。刘黎等人到北京某区劳动争议仲裁委员会,申请确认与北京某装饰公司之间的劳动关系。结果,由于证据不足,仲裁委员会驳回了工人們的仲裁要求。

工人们无法接受这一裁决,在律师的帮助下,他们一方面继续搜集证据,另一方面向法院提起诉讼,继续要求认定与装饰公司之间的劳动关系。法院经过调查审理,支持了刘黎等人关于双方存在劳动关系的主张,装饰公司应向工人支付被拖欠的工资。

判决发出后,装饰公司对一审法院的判决不服,于10日后提起了上诉,要求撤销一审法院的判决或者改判。该公司认为,装饰公司承包了餐厅工程后,把该工程转包给了张某,刘黎等人是张某招用的工人,因此他们与公司之间并不存在任何关系。二审法院在充分审查双方证据的基础上,做出判决:支持了一审法院的裁决,对装饰公司的请求不予支持。

工作任务

- (1) 请明确劳动争议发生后可以寻求解决争议的途径;
- (2) 请解读我国关于劳动争议协商、调解、仲裁、诉讼的法律规定;
- (3) 假设你是工会工作人员, 请你分析发包、承包中涉及的劳动关系权利义务承受人的法律规定;
- (4) 是分析本案劳动者是否可以申请支付令, 如果支付令不成功, 劳动者可以通过什么途径来救济。

劳动人事争议, 又称劳动纠纷, 劳动纠纷也称劳动人事争议, 是指劳动关系双方当事人即劳动者和用人单位, 在执行劳动法律、法规或履行劳动合同过程中, 就劳动权利和劳动义务关系所产生的争议。劳动人事争议是现实中较为常见的纠纷。劳动人事争议的发生, 不仅使正常的劳动关系得不到维护, 还会使劳动者的合法利益受到损害, 不利于社会的稳定。因此, 应当正确把握劳动纠纷的特点, 积极预防劳动纠纷的发生。

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四条的规定: 一般情况下, 劳动争议发生后, 当事人可以协商解决, 协商不成的可以申请调解, 也可以不经过调解, 直接申请仲裁, 对仲裁结果不服的, 在法定期间内提起诉讼。协商、调解、仲裁和诉讼是解决劳动人事争议的程序。其中, 仲裁是诉讼的必经程序, 劳动争议如果未经仲裁不得向人民法院提起诉讼。

《劳动争议调解仲裁法》第五十二条规定: “事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的, 依照本法执行; 法律、行政法规或者国务院另有规定的, 依照其规定。”

根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第二条的规定: 本规则适用下列争议的仲裁: (一) 企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者之间, 以及机关、事业单位、社会团体与其建立劳动关系的劳动者之间, 因确认劳动关系, 订立、履行、变更、解除和终止劳动合同, 工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护, 劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议; (二) 实施公务员法的机关与聘任制公务员之间、参照公务员法管理的机关(单位)与聘任工作人员之间因履行聘任合同发生的争议; (三) 事业单位与工作人员之间因除名、辞退、辞职、离职等解除人事关系以及履行聘用合同发生的争议; (四) 社会团体与工作人员之间因除名、辞退、辞职、离职等解除人事关系以及履行聘用合同发生的争议; (五) 军队文职人员聘用单位与文职人员之间因履行聘用合同发生的争议; (六) 法律、法规规定由仲裁委员会处理的其他争议。

《劳动人事争议仲裁办案规则》第五十六条规定: “本规则未作规定的人事争议仲裁涉及事项, 依照《人事争议处理规定》有关规定执行。”

据此, 本书将劳动争议与人事争议一并为劳动人事争议。

(一) 劳动人事争议的特征

劳动人事争议在一定意义上就是劳动者与用人单位之间的利益矛盾, 具有如下特征:

- 1、劳动人事争议的当事人, 一方为劳动者或其团体, 另一方为用人单位或其团体。
- 2、劳动人事争议的内容涉及劳动权利和劳动义务, 劳动权利和劳动义务依据劳动法、集体合同和劳动合同而确定。
- 3、劳动人事争议的形式, 表现为当事人双方向国家机关、劳动人事争议处理机构和有关团体提出给予保护和处理争议的主张或要求。

(二) 劳动人事争议的分类

- 1、个别争议、集体争议和团体争议

个别争议，是指单个劳动者与用人单位之间的劳动人事争议，是关于单个劳动关系的争议。个别争议的劳动者当事人仅限于一人或二人，争议处理活动必需由劳动者当事人本人参加，而不得由他人代表参加。劳动者当事人为二人时，其中任何一人不得作为另一人的代表。

集体争议，又称群体性争议，是指多个或部分劳动者当事人基于共同理由与用人单位发生的劳动人事争议。集体争议是关于同一类劳动关系的争议，其中当事人一方为达到三人以上的特定部分劳动者，当事人具有与用人单位发生劳动人事争议的共同理由，劳动者当事人应当推举代表参加争议处理程序，劳动者代表在争议处理过程中的行为只代表部分劳动者的利益和意志，对争议以外的劳动者不具有法律意义。

团体争议，又称集体合同争议，是指工会与用人单位或其团体之间因集体合同而发生的争议。团体争议是关于集体合同的争议，其中当事人一方为工会，另一方为用人单位或其他团体。团体争议以全体劳动者的整体利益为争议标的，工会所代表的全体劳动者利益，对全体劳动者具有法律意义。

2、权利争议和利益争议

权利争议，又称既定权利的争议，是指因实现劳动法、集体合同和劳动合同所规定的权利和义务而发生的争议。当事人一方如果不按规定行使合同约定的权利义务，侵犯另一方既定的合法权益，或者当事人双方对如何行使权利和义务存在理解上的分歧，劳动人事争议就会发生。

利益争议，又称确定权利的争议，是指因主张有待确定的权利和义务所发生的争议。在当事人的权利和义务尚未确定的情况下，如果双方对权利和义务有不同的主张，就会发生争议。利益争议一般不是通过调节、仲裁、诉讼程序解决，而是在政府干预下由双方协商解决。

3、国内劳动争议和涉外劳动争议

国内劳动争议，是指具有中国国籍的劳动者与用人单位之间的劳动争议，包括我国在国外设立的机构与我国派往该机构工作的人员、外商投资企业与中国劳动者之间所发生的劳动争议。

涉外劳动争议，是指当事人一方或双方具有外国国籍或无国籍的劳动争议，包括中国用人单位与外籍劳动者之间、外籍雇主与中国劳动者之间、在华外籍雇主与外籍劳动者之间的劳动争议。涉外劳动争议的处理，应当按照国际惯例，适用雇主所在地法。凡用人单位在我国境内的涉外劳动争议，都应当适用我国法律进行处理。

（三）劳动人事争议的处理机构

根据法律、法规规定，我国目前处理劳动争议的机构为三种：企业劳动争议调解委员会、地方劳动人事争议仲裁委员会和地方人民法院。

1、企业劳动争议调解委员会，是在职工代表大会领导下，负责调解本企业内劳动争议的群众组织。调解委员会由职工代表、企业行政代表和企业工会委员会代表组成。职工代表由职工代表大会或者职工大会推举产生，企业行政代表由企业行政方面指定，工会代表由企业工会委员会指定。调解委员会主任由调解委员会在其成员中选举产生。其办事机构设在企业工会委员会。没有建立工会组织的企业，调解委员会的设立及其组成，由职工代表和企业代表协商决定。调解委员会处理劳动争议不是必经程序。

2、劳动人事争议仲裁委员会，是指县、市、市辖区设立的裁处企业与职工之间发生的劳动人事争议的组织机构。劳动人事争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。劳动人事争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动人事争议仲裁委员会组成人员应当是单数。劳动人事争议仲裁委员会依法履行职责：聘任、解聘专职或者兼职仲裁员、受理劳动人事争议案件、讨论重大或者疑难的劳动人事争议案件、对仲裁活动进行监

督。

3、劳动人事争议诉讼法院，人民法院在劳动人事争议双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决劳动人事争议案件。劳动人事争议诉讼是劳动仲裁后的重新处理方式，是解决劳动人事争议的最后阶段。在我国，劳动诉讼是法院以民事诉讼的方式来审理和解决劳动争议案件，实体上适用劳动法，程序上使用民事诉讼法。

（四）劳动人事争议的风险与处理方法

实践中，劳动人事争议的风险主要体现在以下几方面：违法行为的风险；时效超过的风险；管辖不当的风险；请求不当的风险；代理不当的风险；举证不能的风险；开庭未到的风险；送达不到的风险；执行不到的风险。

处理劳动人事争议应把握如下一些基本方法：

1、确定当事人权利义务的实体依据，主要包括有：（1）劳动法律法规的规定；（2）用人单位的规章制度、集体合同；（3）当事人的劳动合同、权利义务约定。

2、确定当事人争议事实的依据，主要表现为：（1）争议事实的各种证据；（2）确定举证责任。

3、确定处理劳动人事争议的程序依据，主要有《劳动人事争议调解仲裁法》、《民事诉讼法》等。

4、把握调处劳动人事争议的相关技巧。

二、劳动人事争议的范围

典型案例 2 研究所人事聘用合同争议处理

张某自 1996 年起就职于某研究所，2000 年晋升为副研究员。双方于 2000 年 5 月 22 日签订《聘用合同书》，约定聘用期限四年，自 2000 年 5 月 22 日起至 2004 年 5 月 22 日止；同日签订《岗位聘任合同》，约定该研究所聘任张某在科研岗位担任副研究员职务，期限自 2000 年 5 月 22 日起至 2004 年 5 月 21 日止。合同约定，聘用合同依法签订，任何一方违反合同规定都要承担违约责任，支付违约金。违约金的计算方式为：按合同未届满的月数与张某上月应发基本工资之乘积计算。2004 年 4 月 5 日，研究所在内部局域网发布《关于做好续订聘用合同工作的通知》（以下简称《续订通知》）。主要内容为，为进一步完善实行聘用合同制的工作，加强聘用合同的管理，根据研究所聘任合同制实施办法及国家相关法律、法规和政策的规定，对续订聘用合同通知如下：（1）续订聘用合同的范围为 2000 年 5 月与研究所签订《聘用合同》和《岗位聘任合同》且合同期限即将届满的人员；已经办理转岗待退、内退或提前退休手续的人员，不再续订聘用合同。（2）各课题组提出续订意见，有所务会决定受聘用人员聘用合同的续订或终止；对研究决定终止聘用合同的受聘人员，人事处将于 2004 年 4 月 20 日前送达《终止聘用合同意向书》；受聘人员主动终止聘用合同，应向人事处提交书面报告。此次续订聘用合同的生效时间为原聘用合同终止之日的第二天，聘用期为四年。研究所未向张某送达《终止聘用合同意向书》，张某也没有主动书面要求终止聘用合同。

2005 年 3 月起，研究所将张某的实发工资降低为基本工资。2005 年 9 月 19 日送达书面《通知》，通知张某，自 2005 年 3 月 1 日起，研究所不再继续聘用张某，决定自 2006 年 3 月 1 日起终止聘用关系。2006 年 3 月，研究所停发张某工资，双方产生争议。

2006 年 4 月 26 日，张某向中央国家机关在京直属事业单位人事争议仲裁委员会提起申诉，要求研究所支付提前解除聘用合同的违约金 28107 元，支付违约解除聘用合同的经济补偿金 38628 元，额外经济补偿金 19314 元。该委员会于 2006 年 5 月 16 日作出人事裁定，以申请日期超过规定期限为由，决定不予受理。

之后, 张某又向北京市海淀区人民法院提起诉讼。认为研究所在聘用合同期限内提前解除聘用合同, 违反了合同约定和相关法律规定, 侵害了自己的合法权益, 应当支付违约金、解除聘用合同经济补偿金以及额外经济补偿金。而研究所辩称, 双方之间的聘用合同起止日期为 2000 年 5 月 22 日至 2004 年 5 月 22 日, 该合同期满后双方未继续签订新的聘用合同, 也没有延期, 已经履行完毕。张某所称双方劳动合同到 2008 年 5 月 22 日终止没有事实及法律依据。

教学目标

(1) 研究所在其内部网站上发布《续订通知》是否具有续订聘用合同的法律效力? 张某默认用人单位的《续订通知》, 能否认定双方续签了劳动合同?

(2) 能否以张某待岗期间的工资作为经济补偿金的技术基数?

(3) 张某与研究所的争议能否使用劳动法规定? 张某可否得到额外经济补偿金?

(4) 如何确定本案发生争议的时间?

(一)《劳动争议调解仲裁法》以前的立法规定

1、1993 年的《企业劳动争议处理条例》规定, 劳动争议范围为: (1) 因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议; (2) 因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议; (3) 因履行劳动合同发生的争议; (4) 法律、法规规定应当依照本条例处理的其他劳动争议。同时规定: 国家机关、事业单位、社会团体与本单位工人之间、个体工商户与帮工、学徒之间, 发生的劳动争议参照本条例执行。

可见, 该规定界定的劳动争议范围显得过窄, 将劳动争议当事人只限于作为劳动关系当事人的用人单位和职工, 其中不包括劳动关系缔结前的争议, 二者争议标的仅限于所列举的事项, 列举事项之外的劳动权利义务所发生的争议不在劳动争议范围之内。

2、1994 年的《劳动法》规定, 将劳动争议界定为: “用人单位与劳动者发生的争议”。原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 82 条规定: “用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否订立劳动合同, 只要存在事实劳动关系, 并符合劳动法的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围, 劳动人事争议仲裁委员会均应受理。”

可见, 以上规定劳动争议当事人范围更宽, 明确把事实劳动关系当事人包括在内。

3、2003 年的《集体合同规定》规定, 因履行集体合同发生的争议, 当事人协商不成的, 可以依法向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

4、司法解释的规定

《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》(法释〔2001〕14 号) 将法院受案范围界定为: (1) 劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷; (2) 劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同, 但已形成劳动关系后发生的纠纷; (3) 劳动者退休后, 与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》(法释〔2003〕13 号) 将人事争议界定为 “事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议”, 并规定其适用《劳动法》的规定处理。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(二)》(法释〔2006〕6 号) 用排除式规定对劳动争议做出界定, 即下列纠纷不属于劳动争议: (1) 劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷; (2) 劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转

让纠纷；(3) 劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结果或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷；(4) 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；(5) 个体工匠与公共、学徒之间的纠纷；(6) 农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。

(二)《劳动争议调解仲裁法》的规定

根据我国 2008 年 5 月 1 日生效的《劳动争议调解仲裁法》规定，我国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

1、因确认劳动关系发生的争议。如对劳动关系与劳务关系混淆不清时可以作为劳动争议处理。

2、因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议。如大学生与用人单位因履行就业协议发生的纠纷、用人单位在招工招聘时的就业歧视等有关就业权的争议可以作为劳动争议处理。

3、因除名、辞退和辞职、离职发生的争议。

4、因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议。

5、因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议。

6、法律、法规规定的其他劳动争议。

《劳动争议调解仲裁法》基于《劳动合同法》将事业单位聘用制劳动关系纳入其适用范围的规定，受案范围中包含了以往所称的“人事争议”。

三、劳动争议协商

典型案例 3 中央电视台劳务派遣用工形式风波

改革开放尤其是 20 世纪 90 年代以来，中国电视事业和电视产业获得了空前发展，作为全国电视行业龙头的中央电视台更是如此。但在计划经济体制下，中央电视台是事业单位，在用人上受事业发展的需要调整人力资源结构的和数量。在中央电视台事业发展最为迅猛的 15 年间，事业编制仅仅增加了 470 人，就连《焦点访谈》等品牌栏目，也是在没有人员编制、没有经费的情况条件下开办的。事业发展需要人，而编制又无法解决，怎么办？在当时的历史条件下，为了解决人力资源供求之间的矛盾，一些栏目、部门开始以编制外用工的方式从同行业其他单位或社会上引进人才。截止到 2003 年 5 月，在台内公工作的各类编外人员总数达到了 7142 人，是编制内人员的 2.85 倍。编制外用工是为了适应电视事业迅猛发展的需要而采取的一种权宜之计，这种工作方式在一种程度上解决了制约中央电视台发展的燃眉之急。但这种工作方式也给人员管理工作带来了一系列的问题和隐患，如进入随意性较大、用工不规范，编制人员游离于国家劳动政策法规之外，无法与事业体制的电视台确立劳动关系，而且对于编制体制外的临时人员，其报酬也无法通过这一渠道支付，导致编制外人员报酬发放不规范、不透明。编外人员也不能按照编制内人员的待遇享受退休、医疗、养老保险、事业保险等福利，其党（团）关系既不能转入电视台，又不能长期搁置在原工作单位。

为了解决长期困扰电视事业发展的重大阻碍，规范人员管理，中央电视台决定引进一种新的工作形式——劳务派遣制度，即由劳务派遣机构与被派遣员工签订劳动合同，之后再讲与员工派往用工单位提供劳务。劳务派遣机构与用人单位签订劳务派遣协议，派遣员工与派遣机构形成劳务关系，派遣员工与实际用工单位则构成劳务关系。2003 年底，中央电视台确定以公司化管理为基本方式，以劳务派遣制度为主渠道，进行编外人员管理改革。从 2003 年 12 月 25 日到 2004 年 10 月，全台 15 个中心（室）所使用的 5684 名编外人员与北京中视汇才文化发展有限公司（属于中央电视台下属公司）签订了劳动合同书，成为北京中视汇才文化发展有限公司的签约员工，再由公司以劳务派遣的方式委派到中央电视台工作，他们在台内被称为“派遣人员”或“起聘人员”，中央电视台由此而成为目前国内使用劳务派遣人

员规模最大、人员种类最多的组织。推行劳务派遣制度，基本上改变了困扰中央电视台十几年的用工制度上的无序、混乱状态，有效地整合了电视台的人力资源，提升了人力资源管理水平，实现了保障权益、理顺关系、调整结构的改革目标，除了企业聘用的人员以外，一些栏目由于工作需要，也自行聘用了不同数量的人员，到2007年7月已达到1800人之多。这样在中央电视台形成了台聘事业单位编制人员、企业聘用的劳务派遣人员以及一些栏目自行聘用的临时人员。截止到2007年，全国企业、事业、机关单位的劳务派遣员工达到2500万人，包括电力、电信、石油石化、银行、航空等多数行业都存在大量劳务派遣用工形式。因劳务派遣而引发的员工关系问题，引起了社会的广泛关注。用人单位如何实施劳务派遣用工模式，如何规范用工形式，这些问题成为人力资源管理实践中的核心问题。

（资料来源：光明日报，2006-01-26）

教学目标

（1）请熟悉本案过程，分析中央电视台大规模裁减千余名编外人员是否属于规范用工行为，并明确劳务派遣用工发生的争议是否属于劳动争议，其维权渠道有哪些途径？

（2）请解读我国关于劳务派遣用工方式的法律规定，并分析本案劳务派遣用工有无不规范之处；

（3）假设你是本案用人单位的人力资源管理工作人员，请你设计一套规范处理派遣员工关系的方案，其中注意依法规范劳务派遣员工关系、依法处理与派遣单位的关系以及依法退回被派遣劳动者的处理。

劳动人事争议协商，是指发生劳动人事争议的当事人在尊重事实、明辨是非，依据法律并充分考虑对方利益的情况下，通过谈判、磋商，在双方达成共识的基础上解决纠纷的形式。协商的前提是双方自愿，协商的基础是取得一致。对协商后达成的一致协议，没有强制执行力，争议双方可以执行，也可以不执行。协商解决的特点在于省时、便利、节省费用，又能及时解决争议，防止损失的扩大。

（一）劳动争议协商的特征

1、自愿性。自愿性表现在是否通过协商解决劳动人事争议，必须使双方自愿；经协商达成的协议必须是双方意志的体现，一方不能强迫另一方接受其不愿意的条件；协议是否履行必须是双方自觉自愿的履行，一方不能强迫另一方履行。

2、灵活性。协商与劳动人事争议其他解决方式比较，具有灵活、简便和快捷的特点。

3、可选择性。协商不是处理劳动人事争议的法定必经程序，劳动人事争议发生了，当事人可以选择也可以不选择协商这种劳动人事争议解决的方式。

（二）劳动人事争议协商的方法

对于在劳动关系中处于弱势地位的劳动者一方说来，协商往往是劳动者解决劳动人事争议程序中的首选。在采用协商处理劳动人事争议时，要根据劳动人事争议问题所涉及的范围或参与协商的主体，选择不同的协商方法。

1、根据协商的范围，选择个别协商或集体协商。（1）个别协商。凡涉及范围比较小，属于企业经营者与个别劳动者之间产生的劳动人事争议，主持协商的第三方应分别了解劳动人事争议双方当事人引发劳动人事争议问题的原因，找出其中的重点和难点；切准双方当事人对处理劳动人事争议问题的迫切“需要”，围绕着“需要”进行面对面的协商、调解，达成一致性处理意见。（2）集体协商。凡涉及范围大，与大多数职工切身利益有关的劳动人事争议，应把握先由企业劳动关系主体的双方代表组织（企业行政和企业工会）通过协商谈判，形成双方共同认可的协商调解工作程序。按照协商调解工作程序，召开有劳动人事争议代表

参加的集体协商调解会议，对劳动人事争议中的问题进行充分协商调解，形成双方共同接受的和解协议，然后双方在协议上签字认可。

2、根据协商的主体，选择自行协商或三方协商。（1）自行协商。针对劳动人事争议的焦点问题，劳动者与用人单位双方自己进行协商。自行协商和解成功后，当事人双方应当签订和解协议。这里必须明确的是，这一程序，完全是建立在双方平等自愿的基础上，任何一方都不得强迫另一方当事人进行协商。（2）三方协商。考虑到劳动者与用人单位相比，通常处于弱势地位，如果仅仅由劳动者与用人单位进行协商和解，双方存在地位上的不平等，通常很难达成和解协议，因此《劳动争议调解仲裁法》增加了劳动者可以请工会或者第三方帮助共同与用人单位进行协商的规定，目的是通过工会和第三方的加入，促成用人单位与劳动者能够平等自愿坐下来协商，进而达成和解协议，充分发挥“协商”这一方式在处理劳动争议方面的作用。这里“第三方”可以是本单位的人员，也可以是本单位以外的，双方都信任的人员。

（三）劳动争议协商的优点

在实践中，通过协商解决劳动人事争议，有利于使劳动人事争议在比较平和的气氛中得到解决，防止矛盾激化，促进劳动关系和谐稳定；有利于矛盾及时解决又不伤和气，同时可以避免走司法程序时可能出现的“打赢了官司保不住饭碗”的结局。其优点具体表现为：

- 1、简单。协商程序简单，没有复杂的手续和程序，便于及时解决争议。
- 2、成本低。与选择劳动人事争议调解、仲裁、诉讼等其他解决争议的方式相比，协商做到了“四省”：省时、省力、省钱、省心。
- 3、有利于和谐。达成的和解协议易于履行，因为协商是双方自愿进行的，和解协议也是自愿达成的。

四、劳动争议基层调解

劳动争议基层调解，是指劳动争议调解组织对当事人双方自愿申请调解的劳动争议，在查明事实、分清是非的前提下，依据法律、法规、政策的规定和集体合同、劳动合同的约定，通过说服、劝导和教育，促使当事人双方在平等协商、互谅互让的基础上自愿达成解决劳动争议的协议。

（一）劳动争议基层调解的特点

- 1、其调解机构是社会组织，而不是国家机关。
- 2、其调解活动具有任意性，基本上不受固定程序和形式的约束，也可以将道德规范、社会习惯作为调解的依据。
- 3、调解书仅具有合同性质，不具有强制执行的效力。

劳动争议调解，是指企业调解委员会对企业单位与劳动者发生的劳动争议，根据相关劳动法律、法规进行调解，使双方事人达成协议，清除纷争。调解制度也是妥善处理劳动争议的一种有效途径，它和劳动争议仲裁制度、司法裁判制度相配合，积极、及时、稳妥地处理了大量的劳动争议，为稳定劳动关系，化解劳动矛盾，构筑和谐的劳动关系发挥了积极的作用。

（二）劳动争议调解的原则

根据《劳动争议调解仲裁法》规定，劳动争议调解的基本原则包括：

- 1、自愿原则。劳动争议调解组织应依照法律，遵循双方当事人自愿原则进行调解，经调解达成协议的，制作调解协议书，双方当事人应当自觉履行。这一原则有三层含义：一是

双方当事人应自行决定是否向调解组织申请调解；二是在调解过程中，始终贯彻自愿协商的原则；三是调解协议的执行是自愿的，调解协议没有强制执行的法律效力。

2、耐心疏导、民主说服原则。劳动争议调解组织即不是国家行政机关，也不是国家审判机关，它并没有司法审判权，也没有行政命令权和仲裁权。在调解劳动争议时，劳动争议调解组织要充分听取双方当事人对事实和理由的陈述，耐心疏导，运用民主协商的方法，不断地开展说服教育，在双方认识一致的前提下，动员其自愿协商一致后达成协议。

3、公正原则。公正是合理解决劳动人事争议的基本前提。它要求劳动人事争议调解组织在调解劳动人事争议时，要坚持秉公执法，不徇私情，保证劳动人事争议双方当事人处于平等的地位，具有平等的权利和义务。调解协议也应合法、合情与合理，切实可行。

4、及时调解原则。劳动人事争议与其他争议的重要区别就是，劳动人事争议与劳动者的生活、企业生产密切相关，一旦发生争议，不仅影响生产、工作的正常进行，而且直接影响劳动者及其家人的生活稳定。因此，对劳动人事争议必须及时处理，及时保护权利受侵害一方的合法权益，以协调劳动关系，维护社会和生产的正常秩序。

（三）劳动争议调解组织

为了充分利用现有的劳动争议调解组织的资源，更好的发挥其效能和作用，《劳动争议调解仲裁法》第十条规定：发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请劳动调解：

1、企业劳动争议调解委员会。依据《企业劳动争议处理条例》规定，企业可以设立劳动争议调解委员会。调解委员会负责调解本企业发生的劳动争议。所以，企业劳动争议调解委员会是法定的企业劳动争议调解机构。但其设立不是必须的，根据该条规定，劳动争议调解委员会的设置以企业为单位，实行自觉自愿的原则，企业有权根据自己的情况做出灵活安排。

《劳动争议调解仲裁法》第十条第二款规定，企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推荐产生，企业代表由企业负责人指定，其人数不得超过企业调解委员会成员人数的 1/3。女职工较多的单位，调解委员会中应当有女职工代表。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推荐的人员担任。实务中，企业调解委员会的办事机构通常设在企业工会。没有建立工会组织的企业，企业劳动争议调解委员会的设立及其组成由职工代表和企业代表协商决定。一般情况下，调解委员会是不脱产的，兼职的，企业也可以根据自身需要设立脱产的、专职的调解委员会。

以上这些规定都是强制性的，企业在组织劳动争议调解委员会时，必须遵守这些标准，以保证调解委员会组织的合法性。

2、基层人民调解组织。基层人民调解组织是指人民调解委员会，它是村民委员会和居民委员会下设的调解民间争议的群众性组织，在基层人民政府和基层人民法院指导下进行工作。国务院发布的《人民调解委员会组织条例》规定：人民调解委员会是村民委员会和居民委员会下设的调解民间纠纷的群众性组织。人民调解制度属于我国人民司法制度的组成部分，司法行政机关对人民调解委员会的工作要进行相应地指导和管理。同时，基层人民法院对人民调解委员会的工作要进行指导和监督。司法行政机关和基层人民法院对人民调解委员会的指导、管理和监督，保证了调解工作的依法进行。当然，在性质上，人民调解属于基层民间调解，不是解决的程序。

《人民调解委员会组织条例》规定，基层人民政府及其派出机关指导人民调解委员会的日常工作由司法助理员负责。人民调解委员会由委员 3-9 人组成，设主任 1 人，必要时可以设副主任。人民调解委员会委员除由村民委员会成员或者居民委员会成员兼任的以外，由群众选举产生，每 3 年改选 1 次，可以连选连任。人民调解委员会委员不能任职时，由原选举单位补选。人民调解委员会委员严重失职或者违法乱纪的，由原选举单位撤换。

3、乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。近年来，一些区域性、行业性劳

劳动争议调解组织和有的地方在乡镇、街道设立劳动争议调解中心等具有劳动争议调解职能的组织，在劳动争议解决方面发挥了重要作用。但是由于其与企业劳动争议调解委员会和人民调解委员会相比，后两者之前都有明确的法律依据，也有比较丰富的社会实践，而对于前者，目前还缺乏相应的法律和行政法规进行规范，因此，《劳动争议调解仲裁法》既没有拒绝这一具有巨大潜力的调解组织形式，也没有作出更多的细致规定。

（四）劳动争议调解程序

1、申请调解。根据《劳动争议调解仲裁法》第12条规定：当事人可以以口头或书面形式向劳动争议调解委员会申请调解，并填写《劳动争议调解申请书》；口头申请的，调解组织应当当场记录申请人的基本情况、申请调解的争议事项、理由和时间。

《劳动争议调解仲裁法》对申请期限没有规定。《企业劳动争议调解委员会组织及工作规则》的规定：当事人申请调解，应当自知道或应当知道其权利被侵害之日起30日内。如果发生劳动争议的职工一方在10人以上，并有共同请求的，应当推举代表参加调解、仲裁和诉讼活动。

2、申请的受理。调解委员会接到调解申请后，首先要审查劳动争议案件是否属于其受理范围及是否符合受理条件：（1）审查当事人双方发生的争议是否属于劳动争议，是否属于调解委员会受理范围；（2）审查提出调解的一方是否是该劳动争议的当事人；（3）审查申请人填写的《劳动争议调解申请书》及有关材料是否齐备并符合要求。其次，调解委员会应征询对方当事人的意见，对方当事人不愿意调解的，应做好记录，在3日内以书面形式通知申请人。只有双方当事人同意调解，才能受理。最后，要注意受理的时间限制。调解委员会应在4日内作出受理或不受理申请的决定。如果同意受理，应填写《受理决定通知书》，告知调解的时间、地点等事项，以便双方当事人作好调解准备；对不受理的，应填写《不受理决定意见书》，向申请人说明理由，并告知其解决劳动争议的方法和途径。对调解委员会无法决定是否受理的案件，由调解委员会主任决定是否受理。

3、调解。调解委员会按下列程序进行调解：（1）及时指派调解委员对争议事项进行全面调查核实，调查应作笔录，并由调查人签名或盖章。调查内容包括：劳动争议的起因、焦点、双方当事人的意见和要求，争议所涉及的有关人员、部门以及他们对劳动争议的看法等。（2）调解委员会主任主持召开有争议双方当事人参加的调解会议，有关单位和个人可以参加调解会议协助调解，简单的争议，可由调解委员会指定1—2名调解委员进行调解。一般而言，劳动争议应当以3名调解委员组成为宜。（3）调解委员会应听取双方当事人对争议事实和理由的陈述，在查明事实、分清是非的基础上，依照有关劳动法律、法规，以及依照法律、法规制定的企业规章和劳动合同，公正调解，并做好调解笔录。（4）经调解达成协议的，制作调解协议书，双方当事人应自觉履行，协议书应写明争议双方当事人的姓名（单位、法定代表人）、职务、争议事项、调解结果及其他应说明的事项，由调解委员会主任（简单争议由调解委员会）以及双方当事人签名或盖章，并加盖调解委员会印章，调解协议书一式三份（争议双方当事人、调解委员会各一份）。（5）双方达不成一致意见，调解无效或调解经15日不成的，应作记录，并在调解意见书上说明情况，由调解委员会主任签名、盖章，并加盖调解委员会印章，调解意见书一式三份（争议双方当事人、调解委员会各一份）。

调解委员会调解劳动争议，应当自当事人申请调解之日起15日内结束，到期未结束的，视为调解不成。

劳动争议调解申请书

申请人：_____（姓名、性别、年龄、职务、工作单位、地址、邮政编码，如申请人是法人单位的，应写明单位全称、法定代表人姓名和职务、地址、邮政编码）

被申请人：_____（姓名、性别、年龄、职务、工作单位、地址、邮政编码，如申请

人是法人单位的，应写明单位全称、法定代表人姓名和职务、地址、邮政编码)

申请人与被申请人因_____纠纷，现申请人申请劳动调解委员会进行调解，申请调解的事实、理由和请求如下：

一、事实和理由_____

二、调解请求_____

此致

_____调解委员会

申请人：_____

_____年____月____日

(五) 调解协议书内容要素

调解协议书一般包括以下内容：争议双方当事人的姓名（单位、法定代表人）、职务、争议事项；调解结果；其他应说明的事项；由调解委员会主任（简单争议由调解委员）以及双方当事人签名或盖章；加盖调解委员会印章；调解协议书一式三份（争议双方当事人、调解委员会各一份）。

劳动争议调解协议书

() 字第 号

申请人：名称（姓名）_____性别_____职务（岗位）_____

法定代表人：_____

委托代理人：_____

被申请人：名称（姓名）_____性别_____职务（岗位）_____

法定代表人：_____

委托代理人：_____

上列双方因_____引起争议，申请人_____于_____年____月____日向本调解委员会提出调解请求，经本会主持调解，双方协商，自愿达成协议如下：

1、_____

2、_____

.....

双方当事人（签名）

调解委员会负责人：（签名）

劳动争议调解委员会（公章）

_____年____月____日

调解意见书

申请人：名称（姓名）_____性别_____职务（岗位）_____

法定代表人：_____

委托代理人：_____

被申请人：名称（姓名）_____性别_____职务（岗位）_____

法定代表人：_____

委托代理人：_____

上列双方因_____引起争议,申诉人于____年____月____日向本调解委员会申请调解,经本会主持调解,双方未能达成协议(或逾期未得调解)。现对此案提出如下意见。

_____劳动争议调解委员会
____年____月____日

(六) 劳动争议调解的效力

调解的效力,是指调解协议是否具有法律上的强制执行效力。根据《劳动争议调解仲裁法》的规定:

1、协议履行。劳动争议经调解达成协议的,应当制作调解协议书,由双方当事人和调解员签名或者盖章,加盖调解组织印章后生效,当事人应当履行。15 日内未达成调解协议的,视为调解不成。

2、申请仲裁。劳动争议达成调解协议后,当事人反悔或者在 15 日内不履行调解协议的,可以依法申请仲裁。

3、申请支付令。因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议,用人单位在协议约定期限届满不履行的,当事人可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

《劳动争议调解仲裁法》只是规定劳动争议双方应当履行达成的调解协议,但没有规定必须履行的义务,也没有赋予劳动争议调解协议以强制执行力。

(七) 企业工会在劳动争议调解中的作用

企业工会通过其在劳动争议调解委员会中的代表进行劳动争议调解工作。工会组织在劳动争议调解中,既要维护劳动者的合法权益,又要依法维护用人单位的合法权益;工会组织要在以事实为根据、以法律为准绳的原则下进行劳动争议调解工作。

需要注意的是:企业工会不能替代劳动争议调解委员会的工作,对劳动争议事项的具体调解工作应当由劳动争议调解委员会进行。

【思考与训练】

请你根据本项目主题,调查企业劳动争议调解委员会对劳动者保护、支持力度的情况;企业劳动争议调解委员会调解工作效率的情况;试分析其中原因,并根据实际情况编写一份调查报告。

学习情境2 劳动人事争议的法律救济

教学目标

能力目标: 通过学习,能够及时决策劳动争议处理途径;能够规范编写劳动争议仲裁与诉讼文书;能够规范应用证据规则;能够参与劳动争议仲裁、诉讼程序。

知识目标: 通过学习,了解我国劳动争议仲裁、诉讼程序制度;熟悉劳动争议仲裁与诉讼的受案范围;掌握证据规则制度。

知识与实践

一、劳动人事争议仲裁概要

典型案例 1 员工分期付款，是劳动争议还是借贷纠纷

2004年1月24日，王某与在外国注册的某公司签订劳动合同，受聘于该公司的中国办事处工作。2005年6月20日，双方达成劳动合同补充协议：鉴于王某系公司的高级雇员，为鼓励王某全身心投入工作，公司为王某提供848000元人民币的住房资金，王某购房后每月向公司支付住房资金的1/240（即人民币3535元），公司期望并经王某本人同意合同至少履行10年。劳动合同及其补充协议还特别约定合同的有效性及争议的解决应依照我国法律。

2009年7月17日，公司决定解除与王某的劳动合同，王某对此不能接受。在双方交涉沟通不成之后，公司向法院起诉，要求王某偿还全部住房资金。王某以本案属于劳动争议，未经劳动仲裁不应直接向法院起诉为由提出管辖异议。随后，王某于2010年9月5日提起劳动仲裁。劳动仲裁委员会立案后经审理认为，公司系在外国注册成立，不具备我国企业法人的主体资格，于是以该劳动争议不适用劳动法调整为由驳回王某的仲裁请求。

工作任务

（1）王某未在发生劳动争议之日起一年内提出劳动仲裁，双方的劳动关系已经解除，本案属于借款纠纷还是劳动纠纷？

（2）本案没有经过劳动仲裁委员会的仲裁，法院能否受理本案？

（3）王某是否应当返还公司的全部购房款及银行同期利息？

（一）劳动人事争议含义和特点

劳动人事争议仲裁，是指劳动人事争议仲裁机构对当事人请求解决的劳动人事争议，依法居中公断的执法行为，包括对劳动人事争议依法审理并进行调解、裁决的一系列活动。劳动人事争议仲裁是劳动人事争议诉讼前的法定必经程序，是处理劳动人事争议的一种主要方式。

与劳动争议调解相比，劳动争议仲裁具有如下特点：（1）仲裁机构是一种依法定原则所组成的半官方机构，而非民间组织；（2）仲裁申请可以由任何一方当事人提起，无需双方当事人合意；（3）仲裁机构在调解不成的情况下可作出裁决，仲裁调解和裁决依法生效后具有强制执行的效力。

与劳动争议诉讼相比，劳动争议仲裁特点表现为：（1）仲裁机构不属于司法机构，在处理劳动争议的过程中无权采取强制措施；（2）仲裁程序较为简便，不如诉讼程序严密和复杂；（3）仲裁调解和裁决除法定终局裁决外，均不具有最终解决争议的效力，也不能由仲裁机构自行强制执行。

劳动人事争议仲裁是一种兼有行政性和准司法性的执法行为。其行政性表现为：劳动行政部门的代表在仲裁机构组成中居于首席地位，仲裁机构的办事机构设在劳动行政部门，仲裁行为中含有行政仲裁的某些因素。其准司法性表现为：仲裁机构的设立、职责、权限、组织活动原则和方式具有与司法机关特别是审判机关共同或类似的特点。例如，劳动争议仲裁机构是国家依法设立的处理劳动争议的专门机构，具有依法独立行使仲裁权，不受行政机关、团体和个人干涉的法律地位，审理案件须实行仲裁庭、时效、回避等制度，采取调查取证、辩论、调解、裁决等方式。

二、劳动人事争议仲裁的机构和参加人

（一）劳动人事争议仲裁委员会

劳动人事争议仲裁委员会是依法设立的，经国家授权依法独立仲裁处理劳动人事争议案件的专门机构。

劳动人事争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立，不按行政区划设立。各级仲裁委员会相互间不存在行政隶属关系，各自独立仲裁本行政区域内发生的劳动人事争议案件，各自向同级政府负责并报告工作。省级劳动行政部门对本行政区域的劳动人事争议仲裁工作进行指导。

劳动人事争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。其组成人员应当是单数，且三方代表人数相等。主任由劳动行政部门负责人担任；副主任由仲裁委员会委员协商产生。至于每方代表的具体人数，则由三方协商确定，其组成不符合规定的由同级政府予以调整，其委员的确认或者更换，需报同级政府批准。

劳动人事争议仲裁委员会依法履行下列职责：（1）聘任、解聘专职或者兼职仲裁员；（2）受理劳动人事争议案件；（3）讨论重大或者疑难的劳动人事争议案件；（4）对仲裁活动进行监督。劳动人事争议仲裁委员会实行集体领导，在召开会议决定有关事项时应由 2/3 以上的委员参加，并且应当按照少数服从多数的原则作出决定。

（二）劳动人事争议仲裁委员会的办事机构

劳动人事争议仲裁委员会作为是处理案件的议事机构，其下设有劳动人事争议仲裁院的实体化机构。劳动人事仲裁院（有的为仲裁办公室）是仲裁委员会的办事机构，也是劳动行政部门的职能机构，在劳动人事争议仲裁委员会的领导下，处理劳动人事争议案件的日常工作，是劳动人事争议调解、仲裁业务管理机构，根据劳动人事争议仲裁委员会的授权负责管理仲裁员，组成具体办理案件的仲裁庭、管理仲裁委员会的文书、档案、印鉴，负责劳动人事争议及其处理方面的法律、法规和政策咨询，向劳动人事争议仲裁委员会汇报、请示工作，办理劳动人事争议仲裁委员会授权或交办的其他事项。

（三）劳动争议仲裁庭

仲裁庭是劳动人事争议仲裁委员会处理劳动争议案件的基本形式。仲裁庭的组织形式可分为独任制和合议制两种。独任制，即由仲裁委员会指定一名仲裁员独任审理仲裁，适用于事实清楚、案情简单、法律适用明确的劳动争议案件。合议制，是由劳动人事争议仲裁委员会指定三名或三名以上单数仲裁员共同审理争议仲裁。除简单劳动争议案件外，均应组成合议仲裁庭。仲裁庭由一名首席仲裁员和两名仲裁员组成，首席仲裁员由仲裁委员会负责人或授权其办事机构负责人指定，另两名仲裁员由仲裁委员会授权其办事机构负责人指定或者由当事人双方各选一名。

仲裁庭在劳动人事争议仲裁委员会领导下依法处理劳动争议。仲裁庭对重大或疑难案件，可以提交劳动人事争议仲裁委员会讨论决定，劳动人事争议仲裁委员会的决定，仲裁庭必须执行。仲裁庭处理劳动争议结案时，应报劳动人事争议仲裁委员会主任审批，劳动人事争议仲裁委员会主任，认为有必要，也可提交劳动人事争议仲裁委员会审批。仲裁庭制作的调解书或裁决书，由仲裁员署名，加盖劳动人事争议仲裁委员会印章，以劳动人事争议仲裁委员会名义送达双方当事人。

（四）劳动人事争议仲裁员

仲裁员，是指由劳动人事争议仲裁委员会依法聘任的，可以成为仲裁庭组成人员而从事劳动争议处理工作的职员。仲裁员有专职仲裁员和兼职仲裁员两种。专职仲裁员由仲裁委员会从劳动行政部门内专门从事劳动争议处理工作，并具有仲裁员资格的人员中聘任。兼职仲裁员由仲裁委员会从具有仲裁员资格的劳动行政部门或其他行政部门工作人员或工会工作人员、专家、学者、律师中聘任。劳动人事争议仲裁委员会成员也可以由仲裁委员会聘为专职或兼职仲裁员。兼职仲裁员与专职仲裁员在执行公务时，享有同等权利，但兼职仲裁员从事仲裁活动应当征得所在单位同意，所在单位应当给予支持。

仲裁员应当公道正派并符合下列条件之一：（1）曾任审判员的；（2）从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；（3）具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满五年的；（4）法律职业满三年的。经省级以上劳动行政部门考核认定，具备上述条件的，才赋予仲裁员资格。

仲裁员的法定职责主要有：（1）接受仲裁委员会办事机构交办的劳动争议案件，参加仲裁庭；（2）进行调查取证，有权以调阅文件或档案、询问证人、现场勘查、技术鉴定等方式向当事人及有关单位、人员进行调查；（3）根据有关法规和政策提出处理方案；（4）对争议当事人双方进行调解工作，促使其达成调解协议；（5）审查申诉人的撤诉申请；（6）参加仲裁庭合议，对案件提出裁决意见；（7）案件处理终结时，填报《结案审批表》；（8）及时做好调解、仲裁的文书工作及案卷的整理归档工作；（9）宣传劳动法规政策；（10）对案件涉及的秘密和个人隐私应当保密。

仲裁员私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的，或者有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，应当依法承担法律责任，仲裁委员会应当将其解聘。

（五）劳动争议仲裁的参加人

劳动争议仲裁的参加人包括：（1）劳动争议当事人。劳动争议当事人指发生劳动争议的劳动者和用人单位。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。（2）代表人。用人单位由其法定代表人或主要负责人参加仲裁活动；职工方当事人在十人以上并有共同理由的，应当推举代表参加仲裁活动，代表人数由仲裁委员会确定。（3）代理人。当事人可以委托代理人参加仲裁活动。委托他人参加仲裁活动，应当向仲裁委员会提交有委托人签名或者盖章的委托书，委托书应当载明委托事项和权限。丧失或者部分丧失民事行为能力的劳动者，由其法定代理人代为参加仲裁活动；无法定代理人的，由仲裁委员会为其制定代理人。劳动者死亡的，由其近亲属或者代理人参加仲裁活动。（4）第三人。与劳动争议案件的处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加仲裁活动或者由仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

三、劳动争议仲裁管辖

劳动争议仲裁管辖，是指各级仲裁委员会之间、同级仲裁委员会之间，受理劳动争议案件的分工和权限。它向当事人表明，劳动争议发生后，应当向哪一级和哪一个仲裁委员会申请仲裁。

（一）地域管辖

地域管辖，即同级仲裁委员会之间依行政区域确定的仲裁管辖。（1）一般地域管辖。仲裁委员会负责管辖本区内发生的劳动争议案件。（2）特殊地域管辖。劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的仲裁委员会管辖；双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的仲裁委员会管辖；发生劳动争议的用人单位与劳动者不在同一个仲裁委员会管辖地域内的，由劳动者工资所在地的仲裁委员会管辖。

（二）级别管辖

级别管辖，即各级仲裁委员会受理劳动争议案件的特定范围，它主要根据案件的性质、影响范围和繁简程度确定。通常规定，省级仲裁委员会和设区的市仲裁委员会，负责处理外商投资企业发生的劳动争议案件和在全省、全市有重大影响的劳动争议案件。

（三）移送管辖

移送管辖，即仲裁委员会将已受理的自己无权管辖或不便管辖的劳动争议案件，依法移送给有管辖权和便于审理此案件的仲裁委员会受理。在实践中，也可以将疑难案件移送有管辖权的仲裁委员会处理。受移送的仲裁委员会对接受的移送案件不得自行再移送；如果认为自己对接受的移送案件确无管辖权，可以报告劳动行政部门决定是否由它管辖。

（四）指定管辖

指定管辖，即仲裁委员会之间因管辖权发生争议，由双方协商解决，协商不成时，由共同的上级劳动行政部门指定管辖。

四、劳动争议仲裁时效

典型案例 2 仲裁时效期限延长至 1 年

吴某大学毕业后，被某鞋业公司聘用为技术员，并与公司签订了 3 年的劳动合同。刚进入公司时，正值公司的产品试销对路，又恰逢市场需求旺季，所以吴某的奖金很高，工作也比较忙，吴某对工作非常满意。到了第三年的二月份，因该公司准备不足、抢占市场失力、以及错误地估计了当年的流行趋势，导致设计的凉鞋滞销。该公司因资金周转困难，奖金已停发 2 个月，工资发放也成问题，吴某也整日无事可做。于是公司与吴某协商，希望能够提前解除劳动合同，以免耽误吴某的大好前程。吴某自己盘算着：公司说得也对，自己刚刚大学毕业，有的是机会，在这里呆着也是耗时间，没什么发展。于是吴某同意与公司解除合同，但他提出：根据法律规定，公司应该支付经济补偿金。公司回复说：“我们都是讲道理的人。咱们是协商一致解除劳动合同，且解除合同的原因是客观、正当的，公司没有必要给你补偿。再说目前公司的情况，你又不是不清楚，公司也没钱给你啊！”吴某虽然知道自己应得到经济补偿金，但是想到公司现在的困境也就没有继续纠缠。

半年后，吴某与原公司同事张某一起喝酒，提起此事，得知公司支付了其余几个同事的

经济补偿。王某越想越气：“这不是明摆着欺负我吗？明天我就找公司说理去！”第二天，吴某来到鞋业公司，要求补发经济补偿，被公司拒绝。吴某很是气愤，为了讨回公道，打算向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，可是吴某心中也有些疑问：“事情都过去半年多了，我还能申请仲裁吗？”

工作任务

- (1) 用人单位与劳动者协商解除劳动合同是否应当支付经济补偿？
- (2) 请解读我国关于诉请劳动争议仲裁法定时效的法律规定；
- (3) 请你为吴某编写一份劳动争议仲裁申诉书，其中注意仲裁时效的说明和证据的罗列。

劳动争议仲裁时效（简称仲裁时效），是指劳动者和用人单位在法定期限内不向劳动争议仲裁机构申请仲裁，而丧失请求劳动争议仲裁机构保护其权益实现之权利的制度。

（一）仲裁时效的起点和期间

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，为期一年。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此时效期间的限制。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。

（二）仲裁时效的中断、中止

典型案例 3 什么情形下仲裁时效中断

宋先生在深圳某食品有限公司工作，与公司签有 5 年期的劳动合同。工作到第三年，宋先生由于工作能力突出，被公司安排到北京一所著名高校攻读 EMBA，以进一步提升其管理水平。对于这部分学习的费用公司承担 70% 共计 15 万元，公司与宋先生签订培训协议，学费先由宋先生垫付，待学成后公司将学费再支付给宋先生。1 年后宋先生完成了 EMBA 的学习，可这时正赶上企业改制，随后公司与宋先生解除了劳动关系。宋先生拿到了经济补偿，但是对于其已经垫付的学费，公司一直没有提及。于是宋先生向公司发了一份书面的材料，要求按培训协议的约定支付其已垫付的学习费用。但这之后，公司一直没有回应此事。宋先生多次找到公司领导讨要，但公司总以资金困难为由延拖支付。很快 1 年就过去了，1 年的追讨没有任何结果，宋先生仍没有得到公司应支付的学习费用。看到公司根本没有支付的意思，宋先生很气愤，最后非常无奈地向公司领导发出最后通牒：要是公司不再支付学习费用，将向劳动争议仲裁委员会提起申诉。谁知公司领导回复道：宋先生申请仲裁的时效已超过 1 年，仲裁委员会不会受理其申请，公司也决定不再支付其学习的费用。

难道宋先生向公司要求支付垫付的学费真的已经超过时效了吗。其权利还能得到保护么？权利还能得到保护么？

工作任务

- (1) 本案宋先生是否可以主张解除劳动合同经济补偿金？劳动合同解除一年以后，宋先生是否还有主张当初劳动合同权利的法律救济机会？
- (2) 请解读《劳动争议调解仲裁法》关于仲裁时效中断的法律规定；
- (3) 请根据法律规定和本案事实经过，为宋先生编写依法延迟劳动争议仲裁时效的申诉书，并注意相关证据的举证。

仲裁时效的中断，指在仲裁时效进行期间，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者

向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断时效期间。待时效中断的事由消除后，仲裁时效期间重新计算。

典型案例 4 什么情况下仲裁时效中止

王女士和其丈夫张某都在武汉市某中外合资企业工作。王女士是公司人事部的培训主管，张某是销售部经理。两个人工作认真负责，公司对两个人的工作都非常满意。尤其是张某工作业绩非常好，经常有单位“挖墙脚”。经朋友介绍，某知名国企希望张某到公司工作，并且承诺提供非常好的待遇。经过王女士和张某的再三商量，张某决定跳槽到国企工作。

张某向原外资企业提出 30 天后解除合同，并提交了《解除劳动合同通知书》。公司一直努力争取张某能够留下来，但是都没有成功。张某离职后，公司随即给王女士下发了停发工资的通知单，决定从其丈夫离职那天起，停发王女士的工资。王女士认为公司的行为非常无理，多次与公司协商，要求及时足额支付工资，均遭到公司拒绝。公司认为：当初与王女士续签劳动合同，是为了能够留住其丈夫，现在张某“不仁”，公司也就“不义”了。此后王女士继续工作的 3 个月，公司果然没有发放工资，王女士很气愤，向公司提出了辞职，很快在另外一家外企找到了一份满意的工作。

来到外企工作 6 个月后，王女士想起了原单位克扣工资的事，于是打算向劳动仲裁委员会申请仲裁。可是第二天王女士就因急性肺炎住进了医院，没来得及申请仲裁。经过 2 个月的治疗，王女士出院。但由于身体状况还没有完全恢复，丈夫张某希望王女士能辞掉工作，安心在家休养。王女士听从了丈夫的建议，辞掉了工作。在家休养期间，王女士想起了申请仲裁的事，可是一算时间，从与原外资企业解除劳动合同到现在，时间已经整整过了 1 年，已经超过了仲裁时效。王女士很沮丧，后悔自己没有及时维护自己的合法权益。晚上吃饭时，王女士向丈夫提及此事。丈夫听后赶紧安慰王女士：“你先别急，按照《劳动争议调解仲裁法》的规定，你患病住院无法申请仲裁属于仲裁时效中止的情形，住院治疗的 2 个月不算在仲裁时效期间内，因此现在还没有超过 1 年的仲裁时效，今天晚上我帮你一起起草一份仲裁申请书，明天就交到仲裁委员会去。”

工作任务

(1) 分析本案外资企业停付王女士工资行为的法律性质,王女士单方解除劳动合同是否可以主张经济补偿金?

(2) 请解读我国《劳动争议调解仲裁法》关于仲裁时效中止的法律规定;

(3) 劳动合同解除一年后,王女士是否还能通过仲裁获得法律救济机会?

仲裁时效的中止,指在仲裁时效进行期间,因不可抗力或者有其他正当理由,当事人不能在仲裁时效期间申请仲裁的,仲裁依法暂时停止进行,并在法定事由消失之日起继续进行的情况。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。

实际时效的中断和中止起到了时效的延长效果。

(三) 仲裁时效完成的法律后果

仲裁时效完成,是指仲裁时效期间已经届满而当事人仍未向仲裁委员会提出要求仲裁的书面请求。具体表现情形有两种:(1) 自当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起经过一年又不存在引起仲裁时效中断、中止和延长的法定事由,当事人仍不申请仲裁;(2) 仲裁时效期间在依法中断、中止和延长后届满,当事人仍不申请仲裁。

对于超过仲裁时效的仲裁申请,仲裁委员会可以作出不予受理的书面决定,当事人不服而依法向法院起诉的,法院应当受理;对确已超过仲裁时效期间的,依法驳回其诉讼请求。

(四) 仲裁时效的法律属性

仲裁时效消灭的法律后果表明,仲裁时效在整体上属于消灭时效,即因时效结束而消灭当事人实体意义上的诉权(胜诉权),但在仲裁和诉讼阶段的法律属性则有所差异。在仲裁阶段,因时效消灭而仲裁不予受理,其消灭的是程序意义上的诉权(仲裁申请权)。由于仲裁申请权的消灭,也同时意味着仲裁阶段胜诉权的消灭。所以,这是一种特殊意义的消灭时效。如此规定的优越性在于,既未减少当事人获得法律救济的机会,又便于当事人尽快向法院起诉。而在诉讼阶段,因时效结束而消灭的只是当事人实体意义上的诉权,这属于一般意义的消灭时效。

五、劳动争议仲裁程序

典型案例 5 部分劳动争议案件可先予执行

28岁的王明是某建筑公司的员工。妻子现在正怀着孩子。工作虽然比较辛苦,但是王明很满意。某日工程队施工时,王明不慎从施工建筑上摔下来摔成重伤,妻子取出家里仅有的积蓄为王明支付了抢救费。王明度过危险期后,因家中无力再继续支付治疗费,医院停止了对王明的手术治疗。由于王明右腿是粉碎性骨折,如果不及时手术,很容易留下后遗症。情急之下,王明的妻子来到公司寻求帮助,希望建筑公司尽快提供医疗费,但是遭到公司的拒绝。

王明得知情况后,委托其妻子到当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求建筑公司支付医疗费、生活费,以及工作期间的加班费、奖金等。在仲裁审理过程中,医院发出通知:如果王明不能及时支付医疗费,医院将停止治疗。这样会导致王明因错过治疗时机而终生残废。王明的妻子赶紧来到仲裁委员会,出示医院的通知单,希望仲裁委员会能够裁定公司先行支付医药费用。仲裁委员会认为,本案属于追索工伤医疗费案件的性质,当事人王明与建筑公司之间的权利义务关系明确,不先予执行将严重威胁到当事人的生活。由此,在王明医疗期

未满足的情况下,仲裁庭对王明的医疗费问题作出先予执行的裁决,要求建筑公司先行支付王明的医疗费,并移送人民法院执行,待王明的医疗期满后,再依法定程序进行伤残等级鉴定的劳动争议处理。

工作任务

- (1) 请分析本案是否符合先予执行的法定条件;
- (2) 请解读我国劳动争议仲裁程序中关于劳动争议先予执行的法律规定;
- (3) 试为本案王明编写一份先予执行申请书。

(一) 申请

劳动争议发生后,不愿自行协商解决或协商不成的,不愿申请调解或调解不成的,当事人均可在仲裁时效期间内,向有管辖权的仲裁委员会提出解决劳动争议的书面申请。申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请,并按照被申请人人数提交副本。委托他人代理参加仲裁的,还需要提交授权委托书。

仲裁申请书应当载明下列事项:(1) 劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所,用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;(2) 仲裁请求和所根据的事实、理由;(3) 证据和证据来源、证人姓名和住所。书写仲裁申请确有困难的,可以口头申请,由劳动争议仲裁委员会记入笔录,并告知对方当事人。

(二) 受理

仲裁委员会办事机构接到仲裁申请后应依法进行审查。审查内容包括:申诉人是否与本案有直接利害关系,申请仲裁的争议是否属于劳动争议,是否属于仲裁委员会受理内容,是否属于本仲裁委员会管辖,申请书及有关材料是否齐备并符合要求,申诉时间是否符合仲裁时效规定。对申诉材料不齐备和有关情况不明确的,应指导申请人补齐;主要证据不齐,要求申诉人补齐。

仲裁委员会办事机构收到仲裁申请之日起5日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知申请人;认为不符合受理条件的,应当书面通知申请人不予受理,并说明理由。对仲裁委员会不予受理或者逾期未做出决定的,申请人可以就该劳动争议事项向法院提起诉讼。

仲裁委员会受理仲裁申请后,应当在5日内将仲裁申请书副本送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后,应当在10日内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后,应当在5日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的,不影响仲裁程序的进行。

(三) 仲裁准备

仲裁委员会对决定受理的案件,应当在受理仲裁申请之日起5日内依法组成仲裁庭,并将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

仲裁员有下列情形之一的,应当回避,当事人也有权口头或者书面方式提出回避申请:(1) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的;(2) 与本案有利害关系的;(3) 与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正裁决的;(4) 私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。仲裁委员会对回避申请应当及时作出决定,并以口头或者书面方式通知当事人。仲裁委员会主任的回避由仲裁委员会决定,其他人员的回避由仲裁委员会主任决定。

仲裁庭成员应认真审阅申诉、答辩材料,调查、收集证据,查明争议事实,拟定处理方

案。仲裁庭应当在开庭 5 日前，将开庭日期、地点书面通知当事人。当事人有正当理由的，可以在开庭 3 日前请求延期开庭。是否延期，由仲裁委员会决定。

（四）开庭

开庭要点有：（1）开庭的形式。劳动争议仲裁公开进行，但当事人协议不公开进行或者涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外。（2）专门性问题鉴定。仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定机构鉴定；当事人没有约定或者无法达成约定的，由仲裁庭指定的鉴定机构鉴定，根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定机构应当派鉴定人参加出席。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。（3）质证和辩论。当事人在仲裁过程中有权利进行质证和辩论，终结时首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。（4）证据的意义。当事人提供的证据经查证属实的，仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。（5）用人单位的举证责任。劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。（6）开庭结论。仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。当事人和其他仲裁参加人认为对自己陈述的记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当记录该申请。笔录由仲裁员、记录员、当事人和其他仲裁参加人签名或者盖章。

（五）和解和调解

当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。

仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解，即在查明事实的基础上促使双方当事人自愿达成协议。经调解达成协议的，仲裁庭应当根据协议内容制作仲裁调解书。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果，由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。

（六）裁决规则

裁决要点有：（1）前提。双方当事人经调解达不成协议，调解书送前当事人反悔，或者当事人拒绝接收调解书，均为调解不成，应及时裁决。（2）开庭裁决。仲裁庭开庭裁决，可根据案情选择查明仲裁参加人是否到庭，宣布仲裁纪律、开庭和案由及仲裁庭成员名单，告知当事人权利义务并询问是否申请回避，庭审调查，听取辩论和当事人最后陈述，开庭再行调解，休庭合议，复庭宣布裁决或延期裁决等项程序。当事人接到开庭的通知书无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，对申请人按撤诉处理，对被申请人可缺席裁决。仲裁庭就裁决进行合议时，裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见应当记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。对管辖区域内有重大影响的案件，以及经仲裁庭合议难做结论的疑难案件，仲裁庭可在查明事实后提交仲裁委员会决定。作出裁决前申诉人申请撤诉，仲裁庭须在 7 日内进行审查并决定撤诉是否成立。（3）裁决内容。仲裁庭作出裁决时，对涉及经济赔偿和补偿的争议标的可作变更裁决，对其他争议标的可在作出肯定或否定裁决的同时，另向当事人提出书面仲裁建议。仲裁庭对案件中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，当事人之间权利义务关系明确且不先予执行将严重影响申请人的生活的，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。（4）制作并送达裁决书。仲裁庭作出裁决后应制作裁决书。裁决书应当载明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果和裁决日期、裁决书由仲裁员签名，加盖劳动人事争议仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。当庭裁决的应在七日内发送裁决书，定期另外开庭裁决的当庭发给裁决书。

（七）结案

仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自仲裁委员会受理仲裁申请之日起 45 内结案。案情复杂需要延期审理的，经仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过 15 日。逾期未作出裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向法院提起诉讼。结案时，仲裁庭应填写《仲裁结案审批表》报仲裁委员会主任审批；仲裁委员会主任认为有必要的，也可以提交仲裁委员会审批。

（八）裁决效力

1、终局裁决。终局裁决的适用范围仅限于：（1）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准 12 个月金额的争议；（2）因执行国家的劳动标准在工作时间、休假休息、社会保险等方面发生的争议。

终局裁决生效的条件。劳动者未因不服裁决而依法起诉，且用人单位未依法申请撤销裁决的，裁决书自作出之日起发生法律效力。

终局裁决的司法监督。其形式有两种：（1）劳动者对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向法院提起诉讼。（2）用人单位有证据证明仲裁裁决适用法律、法规确有错误；或者仲裁委员会无管辖的；或者违反规定程序的；或者据以裁决的证据是伪造的；或者对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；或者仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的，可以自收到仲裁裁决书之日起 30 日内向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。法院经组成合议庭审查核实后应当裁定撤销。仲裁裁决被法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起 15 日内就该劳动争议事项向法院提起诉讼。

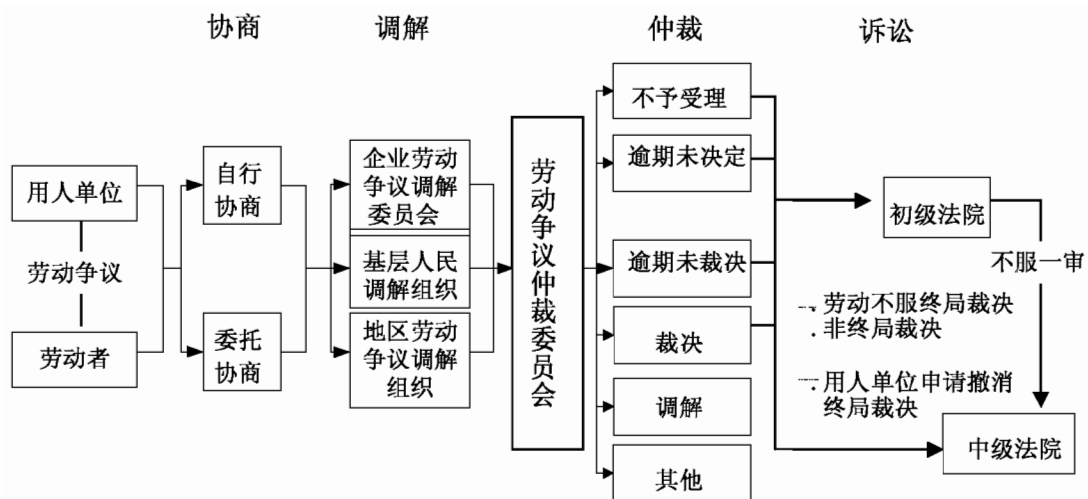
2、其他裁决。当事人对拖欠争议、执行劳动标准争议以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

仲裁调解书自送达当事人之日起生效；仲裁裁决书在法定起诉期满后生效，即自当事人收到裁决书之日起 15 日内，当事人若不向法院起诉，裁决书即生效。生效的调解书和裁决书，当事人必须执行；一方当事人若不执行，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

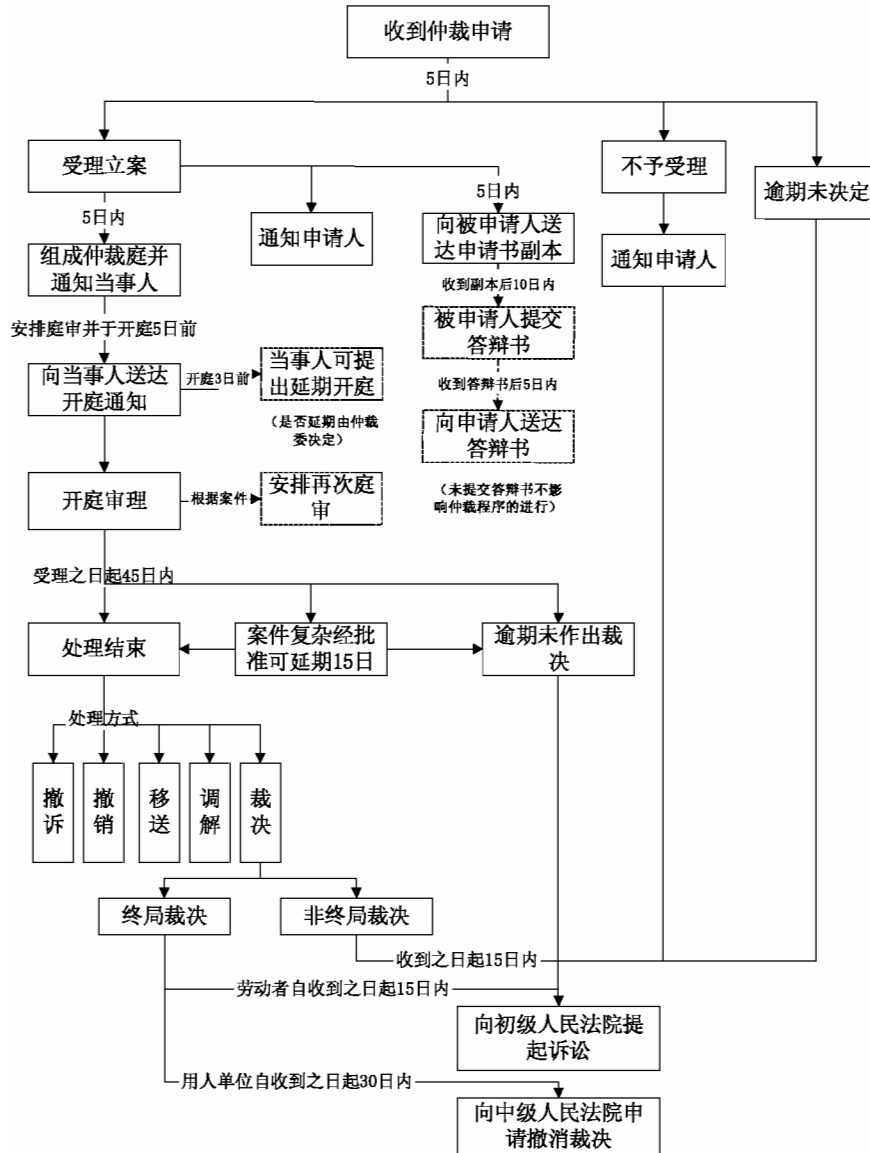
（九）强制执行

当事人对发生法律效力的调解书、裁决书，应当依照规定的期限履行。一方当事人逾期不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定申请执行。受理申请的法院应当依法执行。

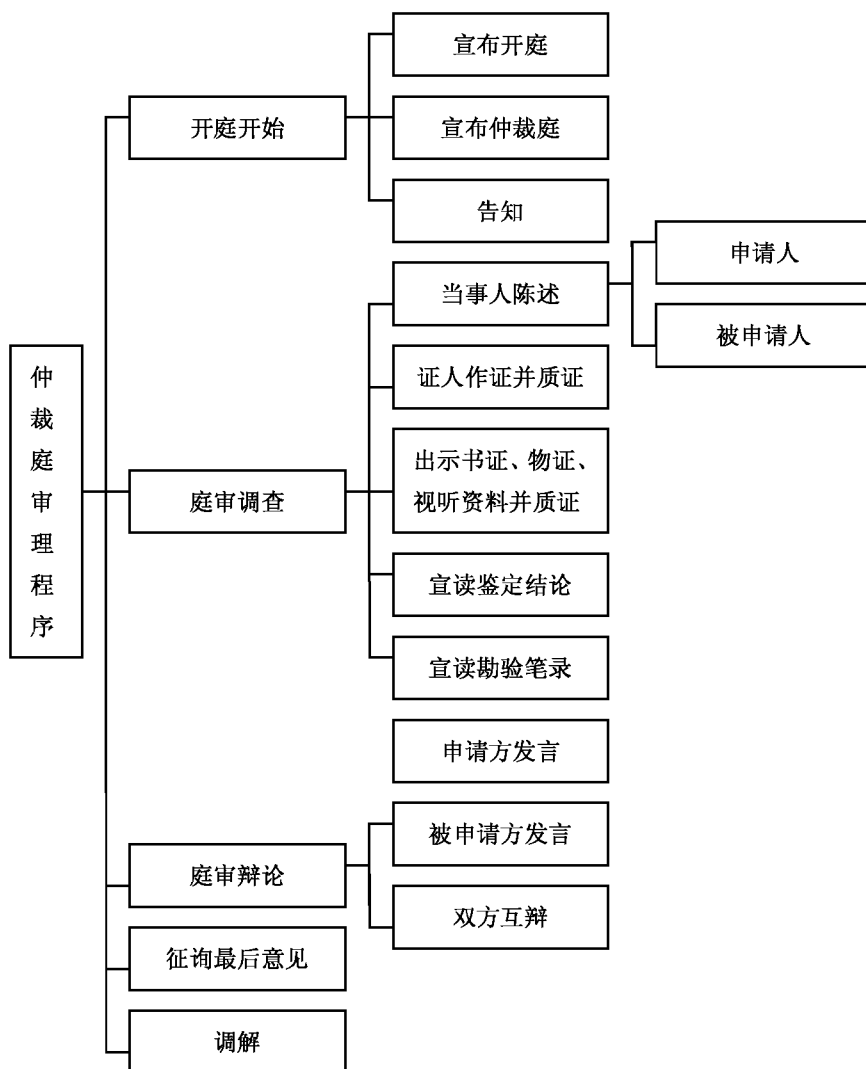
劳动争议处理途径简图



劳动争议仲裁工作过程简图



仲裁庭开庭审理程序简图



六、劳动诉讼

劳动诉讼，是指法院在劳动争议双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决劳动争议案件的活动。在劳动争议处理过程中，它作为解决劳动争议的最后阶段，与仲裁的关系可概括为：仲裁是诉讼前的必经处理方式，诉讼是仲裁后的重新处理方式，二者既相互联系又彼此独立。在我国，劳动诉讼是法院以民事诉讼的方式来审理和解决劳动争议案件，实体上使用劳动法，程序上适用民事诉讼法。

（一）仲裁结局与起诉

- 1、仲裁以当事人撤回申诉或达成调解协议而结案的，当事人无权起诉。
- 2、仲裁以裁决结案的，当事人不服裁决，有权在收到裁决书之日起 15 日内起诉。
- 3、仲裁机构以超过仲裁时效等为理由决定不予受理的，当事人有权在收到不予受理的书面通知或决定之日起 15 日内起诉。
- 4、仲裁委员会作出仲裁裁决后，当事人对裁决中的部分事项不服，依法向法院起诉的，仲裁裁决不发生法律效力。
- 5、仲裁委员会对多个劳动者的劳动争议作出仲裁裁决后，部分劳动者对仲裁裁决不服，

依法向法院起诉的，仲裁裁决对提出起诉的劳动者不发生法律效力；对未提出起诉的部分劳动者，发生法律效力。

（二）受案范围

1、法院受理劳动争议案件的一般范围。劳动者与用人单位之间发生的《劳动争议调解仲裁法》第2条规定的劳动争议，当事人不服仲裁委员会作出的裁决，依法向法院起诉的，法院应当受理。即：（1）因确认劳动关系发生的争议；（2）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；（3）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；（4）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（5）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；（6）法律、法规规定的其他劳动争议。

2、法院受理劳动争议案件的特殊情形。主要有：（1）仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向法院起诉的，属于劳动争议案件，应当受理；虽不属于劳动争议案件，但属于法院主管的其他案件的，应当依法受理。（2）仲裁委员会根据《劳动争议调解仲裁法》第27条规定，以当事人的仲裁申请超过一年仲裁时效期间为由，作出不予受理的书面裁定，当事人不服，依法向法院起诉的，法院应当受理。（3）仲裁委员会以申请仲裁的主体不适格为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向法院起诉的，经审查，确属主体不适格的，裁定不予受理或者驳回起诉。（4）仲裁委员会为纠正原仲裁裁决错误重新作出裁决，当事人不服，依法向法院起诉的，法院应当受理。（5）仲裁委员会仲裁的事项不属于法院受理的案件范围，当事人不服，依法向法院起诉的，裁定不予受理或者驳回起诉。

（三）审理范围

仲裁审理范围既取决于仲裁请求，也取决于劳动争议性质，且限于仲裁当事人请求的劳动权利义务的事项。虽然与争议的劳动权利义务事项相联系，但不具有劳动权利义务性质的事项，仲裁机构则无权处理。当事人的诉讼请求中如果包括有与劳动权利义务事项相联系的民事权利义务事项，法院则应当将其与劳动权利义务事项一并审理，只不过适用的实体法有所不同而已。

当事人在诉讼请求中如果提出了超出仲裁请求事项并且与仲裁请求事项不可分的劳动权利义务事项，从方便当事人和节约争议处理成本的原则考虑，法院也应当将其列入审理范围。当事人的诉讼请求事项如果少于仲裁裁决的事项，法院只需将诉讼请求事项列入审理范围即可。

法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向仲裁委员会申请仲裁。

（四）诉讼管辖

仲裁管辖和诉讼管辖各有其规则。当事人不服仲裁裁决而起诉时，一般应当由当地基层法院管辖，除非该案符合法定的高级法院、中级法院管辖的标准。

劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层法院管辖。劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的基层法院管辖。当事人双方就同一仲裁裁决分别向有管辖权的法院起诉的，由先受理的法院管辖，后受理的法院应当将案件移送给先受理的法院。

（五）诉讼主体

1、一般主体。仲裁当事人（申诉人与被诉人）和诉讼当事人（原告人与被告人）都只限于劳动者和用人单位，不服仲裁裁决的劳动者或用人单位，只能以仲裁阶段的对方当事人

为被告人向法院起诉，而不能以仲裁机构为被告人。当事人双方不服仲裁委员会作出的同一仲裁裁决，均向同一法院起诉的，先起诉的一方当事人为原告，但对双方的诉讼请求，法院应当一并作出裁决。

2、特殊主体。(1)用人单位与其他单位合并的，合并前发生的劳动争议，由合并后的单位为当事人；(2)用人单位分立为若干单位的，其分立前发生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人；(3)用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人；(4)用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，原用人单位与劳动者发生的劳动争议，可以列新的用人单位为第三人；(5)原用人单位以新的用人单位侵权为由向法院起诉的，可以列劳动者为第三人；(6)原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向法院起诉的，新的用人单位和劳动者列为共同被告；(7)劳动者在用人单位与其他平等主体之间的承包经营期间，与发包方和承包方双方或者一方发生劳动争议，依法向法院起诉的，应当将承包方和发包方作为当事人。

(六) 诉讼结局

当事人不服仲裁裁决而在法定期限内向法院起诉，仲裁裁决就处于尚未生效状态。如果以当事人撤诉结案，仲裁裁决在法定期限届满后生效；如果以调解或判决结案，仲裁裁决就不生效。

用人单位对劳动者作出的开除、除名、辞退等处理，或者因其他原因解除劳动合同确有错误的，法院可以依法判决予以撤销。对于追索劳动报酬、养老金、医疗费以及工伤保险待遇、经济补偿金、培训费及其他相关费用等案件，给付数额不当的，法院可以予以变更。

(七) 强制执行仲裁裁决和调解书

当事人申请法院执行劳动争议仲裁机构作出的发生法律效力的裁决书、调解书，被申请人提出证据证明劳动争议仲裁裁决书、调解书有下列情形之一，并经审查核实的，法院可以根据《民事诉讼法》第217条之规定，裁定不予执行：(1)裁决的事项不属于劳动争议仲裁范围，或者劳动争议仲裁机构无权仲裁的；(2)适用法律确有错误的；(3)仲裁员仲裁案件时，有徇私舞弊、枉法裁决行为的；(4)人民法院认定执行该劳动争议仲裁裁决违背社会公共利益的。法院在不予执行的裁定书中，应当告知当事人在收到裁定书之次日起三十日内，可以就该劳动争议事项向人民法院起诉。

(八) 劳动争议发生日的确定

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)》第一条的规定：人民法院审理劳动争议案件，下列情形，视为“劳动争议发生之日”：

1、在劳动关系存续期间产生的支付工资争议，用人单位能够证明已经书面通知劳动者拒付工资的，书面通知送达之日为劳动争议发生之日。用人单位不能证明的，劳动者主张权利之日为劳动争议发生之日。

2、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。

3、劳动关系解除或者终止后产生的支付工资、经济补偿金、福利待遇等争议，劳动者能够证明用人单位承诺支付的时间为解除或者终止劳动关系后的具体日期的，用人单位承诺支付之日为劳动争议发生之日。劳动者不能证明的，解除或者终止劳动关系之日为劳动争议发生之日。

七、举证责任

典型案例 6 劳动争议谁取证

小黄大学毕业后进入某信息咨询公司成为一名信息搜集员。公司与她签订了为期 3 年的劳动合同，合同中约定，小黄月工资 1800 元，公司另外给小黄提供住宿。小黄对这一待遇感到基本满意。

小黄与老板因为工作问题发生了争吵，这以后，老板经常无故指责她工作不认真，对客户不热情。小黄感到非常委屈，也产生了辞职的念头，但考虑到现在找工作非常困难，不得不忍气吞声地继续干下去。令她料想不到的是，公司在未与她协商的情况下，以工作不认真为由，将她的工资降到了 1200 元。此后，小黄多次找公司经理协商，要求恢复原有工资，但都没有结果。无奈之下，小黄向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司恢复自己原有的工资待遇。

小黄积极搜集证据，准备开庭。然而，在搜集证据的过程中，小黄遇到了一个难题：怎样才能证明自己认真工作了呢？自己上班的考勤记录、客户投诉记录、绩效考核结果等可以用来证明自己工作状况的资料，全都掌握在公司的手中，自己根本无法拿到。如果她拿不到这些证明自己认真工作的证据，她是不是就输定了？小黄陷入了困惑……

工作任务

(1) 分析本案用人单位解除小黄劳动关系的法定理由是否充足，小黄提请仲裁可以提供什么证据；

(2) 请解读我国劳动仲裁程序中的举证责任规则规定；

(3) 请你为小黄编写一份劳动争议仲裁申诉书，其中注意举证责任的说明和证据的罗列。

举证责任，是指当事人对自己提出的主张有收集或提供证据的义务，并有运用该证据证明主张的案件事实成立或有利于自己的主张的责任，否则将承担其主张不能成立的危险。2001 年最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条规定：“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。”该条规定了两种意义的举证责任，前者指当事人的行为责任，后者指在事实真伪不明时，主张该事实的当事人承担不利后果的责任，即结果责任。

(一) 举证责任的原则和例外

在一般证据规则中，“谁主张谁举证”是举证责任分配的一般原则，而举证责任的倒置则是这一原则的例外。所谓举证责任倒置，是指提出主张的一方当事人对自己所提出的主张不负举证责任，法定由对方当事人负举证责任的证据制度。

1、一般原则。我国现行立法关于劳动争议处理中责任分配的规定，以“谁主张，谁举证”为原则。《劳动争议调解仲裁法》第六条规定：“发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。”

2、专属用人单位举证的情形。(1) 司法解释的规定。《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》(法释〔2001〕14 号)第十三条规定：“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。”(2) 实体法的规定。《工伤保险条例》第十六条规定：“职

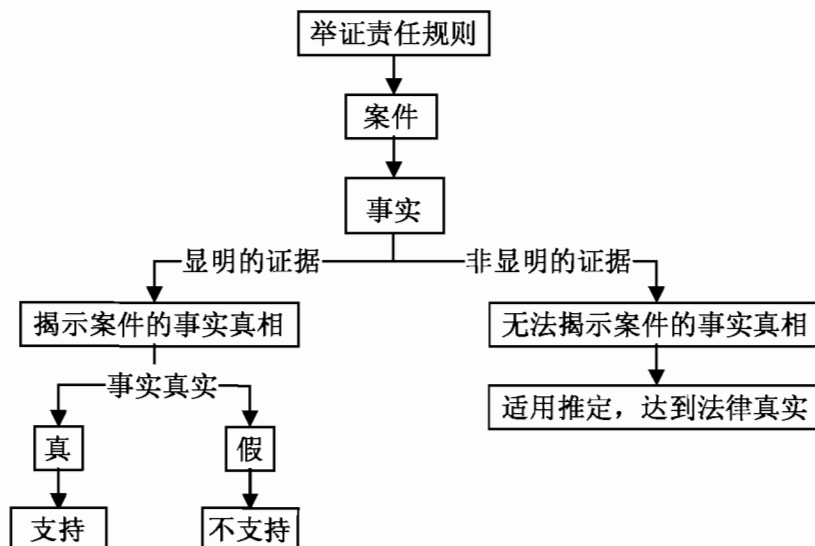
工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。”用人单位拒不举证的，劳动保障部门可以根据受伤职工提供的证据依法作出工伤认定结论。《职业病防治法》第四十二条第二款规定：“没有证据否定职业病危害因素与病人临床表现之间的必然联系的，在排除其他致病因素后，应当诊断为职业病。”第五十三条规定：“劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤社会保险的，其医疗和生活保障由最后的用人单位承担；最后的用人单位有证据证明该职业病是先前用人单位的职业病危害造成的，由先前的用人单位承担。”《工资支付暂行规定》第六条第三款规定：“用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。”这表明，在工资拖欠案件中，劳动者只需要举证证明其已经履行劳动义务即可，而对用人单位未支付工资的事实不应当负举证责任。《劳动争议调解仲裁法》第六条和第三十九条规定：与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位不提供的，应当承担不利后果。这表明，用人单位负举证责任的要件包括有：必须是与争议事项有关的证据；必须是属于用人单位掌握管理的证据；与劳动者的请求事项有关的证据，必须是劳动者无法提供的。

（二）举证规则

需要举证的事实：（1）对方当事人违约的事实（侵权行为）；（2）自身受到损害的事实（侵权结果）；（3）受到的损害与违约之间存在因果关系（侵权行为和侵权结果之间因果关系）；（4）违约行为人主观有过错。

无需举证的事实：（1）司法认知的事实，主要有法律规定、规律定理、生效法律文书；（2）当事人认可的事实；（3）法律上作有利于受害人的推定的事实。

举证责任规则图



【思考与训练】

1、请你根据本项目主题，调查劳动仲裁案件用人单位与劳动者胜诉率情况，分析其中原因，并根据实际情况编写一份调查报告。

2、拓展训练

请了解下面判决书的案情，再简明扼要概括本案案情过程和法理分析。

民事判决书

上诉人(原审原告)陶**，女，*年*月*日生，汉族，住上海市**路**弄*号*室。

委托代理人陈*，男，*年*月*日生，汉族，住同上。

被上诉人(原审被告)**外企人力资源服务上海有限公司，住上海市*路*号**室。

法定代表人郭**，董事。

委托代理人俞*，该公司工作人员。

被上诉人(原审被告)俊华国际货运(上海)有限公司，住所地上海市**路*号*号楼 212B室，经营地上海市**路 79 弄 6 号 821 室。

法定代表人樊**，执行董事。

委托代理人胡*，该公司工作人员。

上诉人陶**因劳动合同纠纷一案，不服上海市黄浦区人民法院(2008)黄民一(民)初字第2**号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

原审法院经审理查明：陶**于 2005 年 6 月 8 日进入俊华国际货运(上海)有限公司(以下简称俊华公司)工作，2005 年 9 月陶**与中国发达国际经济技术合作公司上海分公司(以下简称发达公司)签订了 2005 年 9 月 1 日至 2006 年 8 月 31 日的劳动合同，合同约定，发达公司

派遣陶**至俊华公司工作，如合同期满后，发达公司、俊华公司与陶**均无异议，且陶**继续在俊华公司正常工作，则视为劳动合同自行延长，每次延长一年，延长次数不限。陶**的劳动报酬以俊华公司的支付凭证为准。发达公司为陶**缴纳社会保险费。陶**在俊华公司先后担任总经理秘书、总经理助理，自2007年1月起陶**的工资调整至每月人民币(以下币种均为人民币)10,000元。2007年11月1日起俊华公司终止与发达公司的劳务派遣关系，委托北京外企人力资源服务上海有限公司(以下简称北京外企上海公司)进行劳务派遣。陶**与北京外企上海公司及俊华公司均未签订合同。2008年1月俊华公司以陶**总经理助理的工作量少，决定撤销陶**的职务，与陶**协商变更岗位及报酬，陶**未接受。俊华公司于2008年2月13日以公司客观情况发生变化，作出与陶**解除合同的决定。同年2月21日俊华公司提出协商协议，主要内容为：陶**接受解除合约，俊华公司给予陶**3个月工资的赔偿金及一个月工资的替代金，公司为陶**办妥退工手续，双方均放弃向对方追究经济赔偿金及相关的法律责任的权利。陶**未签署协议，在协议上提出要求俊华公司支付2007年双薪、补交养老金，超时加班工资、年假补偿，未签合同双倍赔付。

2008年4月9日陶**向上海市长宁区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求俊华公司、发达公司：1、支付未提前30日通知解除劳动合同补偿金10,000元和50%赔偿金5,000元；2、支付经济补偿金30,000元和50%赔偿金15,000元；3、支付2008年2月1日至2008年6月30日工资40,000元；4、支付2005年6月9日至2006年7月27日延时加班工资22,499.64元；5、支付2005年10月22日至2007年3月10日休息日加班工资4,462.82元；6、支付2007年年年终奖10,000元和25%补偿金2,500元；7、支付2007年年休假折现工资4,780.11元和25%补偿金1,195.02元。上海市长宁区劳动争议仲裁委员会于2008年7月1日开庭，经调解双方就争议事项自愿达成协议如下：一、俊华公司同意自收到调解书之日起七日内支付陶**补偿金42,000元；二、陶**同意放弃本案其他请求；三、仲裁费300元陶**同意承担。本案当事人无其他争议，本调解书自送达之日起即具有法律效力。当日俊华公司向陶**送达了2005年7月1日至2007年10月31日发达公司出具的退工证明及2007年11月1日至2008年2月13日北京外企上海公司出具的退工证明、劳动手册。陶**、俊华公司等签收调解书后，俊华公司于2008年7月14日将42,000元补偿金打入陶**帐户。

另，2008年4月9日陶**向上海市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求俊华公司为其缴纳2005年6月社保费和缴纳2005年7月至2008年1月少缴的社保费差额。仲裁裁决后陶**诉至上海市长宁区人民法院，上海市长宁区人民法院于2008年12月8日作出判决：一、俊华公司于本判决生效之日起十五日内向上海市静安区社会保险事业管理中心为陶**缴纳2005年6月社保费和2005年7月至2008年1月社保费差额43,728.70元(其中包括代扣代缴陶**个人应缴社保费10,024.20元)；二、陶**于本判决生效之日起十日内将个人应缴社保费10,024.20元交于俊华公司。

2008年7月25日陶**向上海市黄浦区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求北京外企上海公司、俊华公司：1、支付替代金10,000元；2、支付半个月工资的经济补偿金5,000元；3、支付2008年2月半个月工资5,000元；4、支付2008年2月份半个月工资的双倍5,000元；5、支付2007年度年终奖10,000元；6、支付2007年年假10天工资计4,780元；7、承担2008年2月13日以来未开具退工单而延误退工损失10,000元。仲裁委以陶**的劳动关系已于2008年3月19日结束，陶**申请的请求系2008年5月1日前发生的劳动争议，陶**的请求事项已超过仲裁申请时效，作出不予受理的决定。陶**不服决定诉至法院。陶**诉称：陶**于2005年6月8日进入俊华公司工作。2005年9月1日陶**与发达公司签订一年期劳动合同，以劳务派遣形式至俊华公司工作。合同约定，合同期满后，陶**、发达公司及俊华公司均无异议，且陶**继续在俊华公司正常工作，视为合同自动延长一年，延长次数不限。陶**自2007年1月起月薪10,000元。然而2008年2月13日，俊华公司突然单方

提前与陶**解除劳动关系。陶**与发达公司及俊华公司的劳动合同纠纷于2008年7月1日在上海市市长宁区劳动仲裁委员会得以调解，陶**当庭收到劳动手册及退工证明时才发觉从2007年11月1日起，陶**已作为北京外企上海公司的员工，以劳务派遣至俊华公司工作，陶**在不知情，也未与北京外企上海公司签订劳动合同的情况下被北京外企上海公司、俊华公司擅自主张将劳动关系变更。北京外企上海公司、俊华公司至今拖欠陶**2008年2月1日至13日工资及2007年度年终奖，并未及时给陶**办理退工手续。故陶**依照劳动合同法规定，要求判令北京外企上海公司、俊华公司支付陶**1、替代金10,000元，2、半个月工资的经济补偿金5,000元，3、2008年2月1日至13日工资5,000元，4、2008年2月1日至13日未签订劳动合同的两倍工资5,000元，5、2007年年终奖10,000元，6、2007年度年休假折价款9,560元，7、2008年2月13日后未开具退工证明的延迟退工损失10,000元。

北京外企上海公司辩称，北京外企上海公司自2007年11月1日起接受俊华公司的劳务派遣委托，由于陶**不愿与北京外企上海公司、俊华公司签订三方协议，俊华公司于2008年2月13日与陶**解除合同，退工证明于当日交给陶**，陶**不同意签收，后在2008年7月1日仲裁庭由俊华公司交给陶**。陶**的诉请在上海市市长宁区劳动争议仲裁委员会已经调解解决，根据一事不再理的原则，要求驳回对陶**的诉请，且陶**的诉请已超仲裁时效。

俊华公司辩称，陶**2005年7月通过发达公司派遣至俊华公司工作，先后担任总经理秘书、总经理助理。由于总经理助理的工作量不大，公司于2008年1月决定解除陶**的职务，与陶**协商另行安排工作，陶**不接受，故公司于2008年2月13日决定与陶**解除劳动合同。自2007年11月起由北京外企上海公司按月发放陶**工资，故陶**对更换劳务派遣单位是知情的，并非2008年7月1日看到退工证明才知。陶**、俊华公司之间的纠纷于2008年7月1日经上海市市长宁区劳动争议仲裁委员会调解，以俊华公司支付陶**42,000元补偿金了结，陶**放弃其他请求，双方无其他争议，陶**不得重复诉讼，且陶**的请求已超仲裁时效，不同意陶**的诉请。

原审审理中，陶**提供2008年3月18日、3月28日上海汇虹工程项目策划服务中心的入职通知书及解除合约通知书，以证明陶**2008年3月24日被该公司录用，月薪为税前10,000元，因陶**无法提供劳动手册、退工证明而被解约。经庭审质证，北京外企上海公司、俊华公司对陶**提供的上述证据的真实性不予确认，认为明显是先盖好公章再将文字打印上去的。陶**、北京外企上海公司、俊华公司均认可俊华公司于2008年2月13日与陶**解除劳动关系。

原审法院认为：一、陶**与发达公司签订劳动合同后被派遣至俊华公司工作，双方的劳动合同按约定顺延至2008年8月31日。2007年11月1日起俊华公司终止与发达公司的劳务派遣关系，委托北京外企上海公司进行劳务派遣，由于发达公司并未通知陶**解除劳动合同，也未将退工证明送达给陶**，俊华公司与发达公司终止劳务派遣的行为对陶**没有约束力，故陶**要求北京外企上海公司、俊华公司支付2008年2月1日至13日未签订劳动合同的两倍工资的诉请，不予支持。陶**与北京外企上海公司未签订过劳动合同，双方不存在劳动合同关系。陶**要求北京外企上海公司承担劳动法、劳动合同法的义务，不予支持。陶**要求俊华公司支付替代金、经济补偿金、2008年2月半个月工资、2007年度年终奖、2007年年休假折现款的诉请已经上海市市长宁区劳动争议仲裁委员会调解解决并已实际履行，陶**不得就同一诉请重复起诉。二、用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或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。劳动者可以凭有效证明办理失业登记手续。陶**、俊华公司的劳动关系于2008年2月13日解除，但俊华公司未按规定向陶**出具解除劳动关系的退工证明及劳动手册，也未提供有效证据证明系陶**拒绝领取退工证明，俊华公司直至2008年7月1日向陶**送达退工证明，影响陶**办理失业、求职登记手续，应承担相应赔偿责任。陶**提供的入职通知书、解约通知书明显为先盖章，后将打印文字，且未提供其他证据相印证，综合本案实际情况，平衡双方利益，判令俊

华公司按失业保险金标准赔偿陶**延迟退工的损失每月 550 元(2008 年 2 月 14 日至 6 月 30 日)。为此,依照《中华人民共和国劳动合同法》第五十条、第八十九条之规定,判决如下:一、俊华国际货运(上海)有限公司应自本判决生效之日起七日内支付陶**延迟退工损失人民币 2,475 元。二、陶**的其他诉讼请求,不予支持。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费人民币 10 元,由陶**、俊华国际货运(上海)有限公司各半负担。

判决后,陶**不服,上诉于本院。

陶**上诉称,陶**与北京外企上海公司未签订过劳动合同不是本人的错误,但北京外企上海公司从 2007 年 11 月起发放陶**工资,为陶**缴纳社保费,2008 年 2 月 15 日陶**的退工单亦是北京外企上海公司出具,北京外企上海公司与陶**存在劳动关系,北京外企上海公司应支付陶**2008 年 2 月半个月工资 5,000 元及该半个月的双倍工资 5,000 元。陶**提供的上海汇虹工程项目策划服务中心入职通知书、解约通知书原审法院认定是先盖章,后打印文字没有依据,俊华公司应承担延误退工损失 10,000 元,要求撤销原判,坚持原审时诉请。

俊华公司辩称,2008 年 7 月在上海市长宁区劳动争议仲裁委员会仲裁时,陶**已明确知道自己的劳动关系在哪个公司,仲裁时双方已达成调解协议,俊华公司已履行协议内容。陶**是自愿调解,现陶**提出的诉请属重复诉讼,不应支持,要求维持原判。

北京外企上海公司坚持原审时辩称意见。

经本院审理查明,原审法院认定事实属实。

本院认为,2005 年 9 月陶**与发达公司签订了 2005 年 9 月 1 日至 2006 年 8 月 31 日的劳动合同,双方在劳动合同中约定,发达公司派遣陶**至俊华公司工作,如合同期满后,三方均无异议,则视为劳动合同自行延长,每次延长一年,延长次数不限,故发达公司与陶**的劳动合同顺延至 2008 年 8 月 31 日。2007 年 11 月俊华公司与发达公司终止了劳务派遣关系,委托北京外企上海公司进行劳务派遣,因陶**与北京外企上海公司从未签订过劳动合同,发达公司、俊华公司亦无证据证明变更劳动关系已告知陶**,故俊华公司与发达公司终止劳务派遣行为系俊华公司单方行为,不能改变原有的劳动关系。北京外企上海公司虽在陶**的劳动手册盖章等,因该劳动关系转移未告知陶**,系北京外企上海公司单方行为,对陶**无约束力,故北京外企上海公司与陶**不存在劳动关系,陶**要求北京外企上海公司承担劳动法规定的义务,本院不予支持。陶**要求俊华公司支付替代金、2008 年 2 月半个月工资等诉请,已在上海市长宁区劳动仲裁时提起,经仲裁委调解,双方已达成调解协议,并履行完毕,原审法院以陶**的诉请属重复诉讼不予支持并无不当。陶**主张未及时退工的损失,虽提供了上海汇虹工程项目策划服务中心的入职通知书及解除劳动合同通知书,然北京外企上海公司、俊华公司以先盖章再打印文字,对证据的真实性不予确认。因入职通知书等并非正式合同文本,在无其他证据佐证的情况下,陶**根据入职通知书上约定的工资主张退工损失 10,000 元,本院不予支持。原审法院鉴于未及时退工确影响陶**办理失业、求职登记手续,按失业保险金标准判令俊华公司赔偿陶**2008 年 2 月 14 日至同年 6 月 30 日退工损失合理,本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。上诉案件受理费人民币 10 元,由陶**负担。本判决系终审判决。

常用损害赔偿计算公式

解除劳动合同损害赔偿计算公式

1、协商解除劳动合同的经济赔偿金的计算公式：

经济补偿金=工作年限×月工资（工作年限超过 12 年的，按 12 年计算）

2、因病或者非因工负伤解除劳动合同的经济赔偿金的计算方式

经济补偿金=工作年限×月工资+医疗补助费（医疗补助费不低于 6 个月的工资）

注：患重病和绝症的应当增加医疗补助费。患重病的增加部分不低于医疗补助费的 50%，患绝症的增加部分不低于 100%。

3、劳动者不能胜任工作被解除劳动合同的经济赔偿金的计算公式：

经济补偿金=工作年限×月工资（工作年限超过 12 年的，按 12 年计算）

4、因客观情况发生重大变化解除劳动合同的经济赔偿金的计算公式：

经济补偿金=工作年限×月工资

5、因经济性裁员解除劳动合同的经济赔偿金的计算公式：

经济补偿金=工作年限×月工资

6、用人单位逾期给付经济补偿金的经济赔偿金的计算公式：

经济补偿金=原经济补偿金+额外经济补偿金（额外经济补偿金=原经济补偿金×50%）

人身损害赔偿计算公式

1、医疗费赔偿金额的计算公式：

医疗费=诊疗费+医药费+住院费

2、误工费赔偿金额的计算公式：、

误工费赔偿金额=受害人工资（元/天）×误工时间（天）

3、护理费赔偿金额的计算公式：

护理费赔偿金额=护理标准（元/天）×护理期限（天）

4、交通费赔偿金额的计算公式：

交通费赔偿金额=就医、转院实际发生的交通费用

5、住宿费赔偿金额的计算公式：

住宿费赔偿金额=国家机关一般工作人员出差住宿标准×住宿时间

6、住院伙食补助费的计算公式：

住院伙食补助费=当地国家机关一般工作人员出差伙食补助标准（元/天）×住院天数

7、营养费赔偿金的计算公式：

营养费=实际发生的必要营养费用

8、残疾赔偿金赔偿额的计算公式：

残疾赔偿金=受诉法院所在地上年度城镇居民（农村居民）人均可支配收入×伤残等级系数×赔偿年限

9、残疾辅助器费赔偿额的计算公式：

残疾辅助器费=普通适用器具的合理费用

10、丧葬费赔偿额的计算公式：

丧葬费赔偿额=受诉法院所在地上一年度职工月平均工资（元/天）×6 个月

11、被扶养人生活费赔偿额的计算公式;

(1) 被扶养人没有其他扶养人的, 扶养费用当然由赔偿义务人承担, 在计算时应确定赔偿标准和赔偿年限。未成年人计算至少十八周岁, 其他无劳动能力又无其他生活来源的计算二十年。

被扶养人生活费赔偿额=受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费性支出(农村居民人均年生活消费支出)×伤残系数×赔偿年限

(2) 被扶养人还有其他扶养人的, 则赔偿义务人只赔偿受害人依法应当负担的部分, 其计算公式为:

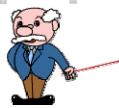
被扶养人生活费用赔偿额=受害人依法应承担的扶养费用

12、死亡赔偿金的计算公式:

死亡赔偿金=受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入(农村居民人均纯收入)×20 年

(注: 以上两套公式改编于法律出版社 2010 年 1 月第 2 版《劳动法小全书》P641)

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】

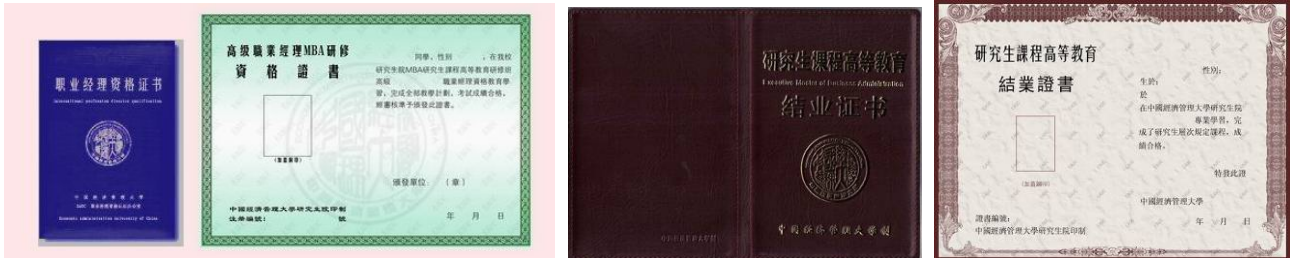
- 1、报名登记表格下载后详细填写并发送邮件至 xchy007@163.com (入学时不需要提交相片，毕业提交试卷同时邮寄4张2寸相片和一张身份证复印件即可)
- 2、交费后请及时电话通知招生办确认，以便于收费当日学校为你办理教材邮寄等入学手续。



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

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。