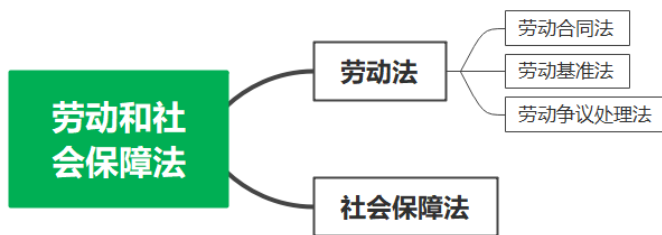


# 劳动和社会保障法

## 绪论

### 一、研究对象

劳动和社会保障法学是以劳动和社会保障法作为研究对象的一门学科。劳动和社会保障法是指调整有关劳动就业、社会保险等方面的法律规范总称。劳动和社会保障法是对资本主义制度下私法自治的反省，由传统民法独立出新的法律领域，既有私法内容也有公法内容。



## 第一章 劳动法基础理论

### 第一节 劳动法概述

#### 一、劳动法的概念和特点

##### （一）劳动法的概念

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。

狭义上的劳动法，一般指国家最高立法机构制定颁布的全国性、综合性的劳动法，即法典式的劳动法。1994年7月全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过了《中华人民共和国劳动法》。这部法律于1995年1月1日开始实施；广义上的劳动法，是指调整劳动关系以及劳动关系有密切联系的其他社会关系的所有法律规范。

##### （二）劳动法的特征

#### 1. 私法与公法相兼容

私法（自治）—公法（他治）—劳动法（共治）

合同订立: 平等自愿 ↔ 禁止就业歧视

合同履行: 按劳分配 ↔ 最低工资标准

2. 自愿约定与强制标准相结合: 合同订立——协商一致

3. 实体法与程序法相统一: 保障人权「劳动权、集体协商权」

#### 二、劳动法的调整对象

##### （一）劳动关系

●概念: 劳动关系是指劳动者与用人单位之间在实现社会化劳动过程中产生的社会关系。

劳动关系是适用劳动法的基点。

●**基本内容：**劳动者与用人单位之间的劳动时间、休息时间和劳动报酬、劳动安全卫生、规章制度、劳动保险和职业培训等。

【案例】A公司是某外卖平台的运营商，平台注册有很多的外卖骑手，李某就是其中的一员。进入A公司之后，李某按照公司的要求注册成为平台的骑手进行送餐，但不久，李某在一次送餐途中发生了交通事故，于是他要求确认与A公司之间存在劳动关系。那该案的争议焦点就在于，双方是否构成劳动关系。李某认为他是A公司的员工，双方当然构成劳动关系。A公司则不认可，认为双方只是一个劳务关系，应当如何去认定劳动关系呢？

1、劳动者年满16周岁（有招工许可证、主体资格要合法）

2、劳动者的劳动是用工单位业务的一部分

3、外卖平台与运营商存在行政隶属关系（从属性）

【分析】从从属性角度分析：（1）规章制度方面，李某未能举证证明A公司存在员工手册等规章制度，并对其产生约束力。（2）李某对其工作有很强的自主性，是否上线、何时上线他完全可以自行决定。另外，对于系统自动分配给他的订单他也可以予以拒绝。（3）考勤，李某并没有固定的上下班考勤时间，他可以随时上线接单也可以随时下线，同时其中有半个月时间并没有上线，也无需向A公司请假。（4）工资报酬，李某每完成一笔订单会有5至8元进入他的取现账户，没有接单也就没有报酬，一定程度上说李某是风险自担的。（5）生产工具，李某送餐所用到的这个电瓶车是他向公司租用的，而非A公司租用的，而非A公司直接提供给他。综上可知，不能认定李某对A公司形成了从属性，不能推定双方之间达成了建立劳动关系的合意，就不能认定双方之间构成劳动关系。

●**特点：**劳动关系建立在私法性合同之上，被允诺的劳动给付必须依指示来提供，是种非自主性劳动。

**(1)主体资格法定：**用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。劳动者已满16周岁。

**(2)产生于社会化生产过程中。**即劳动关系产生于劳动过程之中，劳动是这种关系的内容

**(3)具有财产与人身双重属性。**

**(4)平等性与从属性相互交织。**在维护各自经济利益过程中，主体双方法律地位平等。劳动关系的从属性包括经济从属性和人身从属性，前者是指劳动者对用人单位经济上依赖，后者是指劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分，用人单位指挥、控制和支配劳动者。

●**劳动关系的认定：**

**实质（核心标志）：**劳动力由他人使用→人身关系→劳动组织关系→组织从属性（经济、人身、组织从属性）

《关于确定劳动关系有关事项的通知》规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

（1）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格（法定资格：16周岁，文艺体育边工边学需要劳保局批准）

（2）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动。（经济从属性+人身从属性）

（3）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分（组织从属性）。

大陆法系——从属说：劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动。

英美法系——控制说：雇主不仅可以控制工作结果，而且可以控制工作过程。

**形式标志（认定证据）：**书面劳动合同、员工名册、工作证、工资支付、劳动者资格、用人单位的资格。

用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参下列凭证：

- (1) **工资证明**: 工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录；
- (2) **身份证明**: 用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；
- (3) **招用记录**: 劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”“报名表”等招用记录；
- (4) **考勤记录**；
- (5) **其他劳动者的证言等**。

其中，(1)(3)(4)项的有关凭证由用人单位负举证责任(全日制的劳动关系(15日以上发一次工资)对于非全日制的责任更大，需要买社保、工伤保险)

**【案例】**林某于2021年1月入职某教育咨询公司，月工资为6000元。2021年7月，林某因个人原因提出解除劳动合同。林某主张其工作期间每周工作6天，并提交了某打卡APP打卡记录(显示林某及某教育咨询公司均实名认证，林某每周一至周六打卡；每天打卡两次，第一次打卡时间为早9时左右，第二次打卡时间为下午6时左右；打卡地点均为某教育咨询公司所在位置，存在个别日期未打卡情形)、工资支付记录打印件(显示曾因事假扣发工资，扣发日期及天数与打卡记录一致，未显示加班费支付情况)。某教育咨询公司不认可上述证据的真实性，主张林某每周工作5天，但未提交考勤记录、工资支付记录。

**【分析】**《劳动争议调解仲裁法》第6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。”《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(一)》第42条规定：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”本案中，虽然林某提交的工资支付记录为打印件，但与实名认证的APP打卡记录互相印证，能够证明某教育咨询公司掌握加班事实存在的证据。某教育咨询公司虽然不认可上述证据的真实性，但未提交反证或者作出合理解释，应承担不利后果。故仲裁委员会依法裁决某教育咨询公司支付林某加班费10000元(裁决为终局裁决)。

●**劳动关系的建立**：用人单位自**用工之日起**即与劳动者建立劳动关系。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立，**通过劳动用工事实所确定的事实劳动关系和通过书面劳动合同所确定的劳动关系，是劳动关系建立的两种不同形式**，劳动者的权利都应当同等地受到有关劳动法律、法规的调整和保护。

**【案例】**某公司招聘一名2020年7月毕业的应届毕业生，公司与该生于2019年12月1日签订了劳动合同，合同中规定自2020年7月1日起劳动合同生效，公司与2020年7月前已经给这个学生办理了落户手续，但是2020年9月3日该生才来上班。

1.用工之日应该从何日开始计算 2.如果该生不来上班,双方于2019年12月1日签订了劳动合同的效力如何

**【分析】**问题一:本案例属于劳动合同的签定之日在用工之日之前:劳动合同法规定用工之日是指劳动者在用人单位接受管理提供劳动之日，所以案例的问题一，该大学生的用工之日应该为2020年9月3日。

问题二:一般合同在双方当事人**签字盖章**时生效，如果合同中有特别约定合同生效时间的从约定。本案例中双方当事人明确约定合同生效时间为2020年7月1日，即该劳动合同在2020年7月1日生效。因为该合同在双方的劳动关系建立之前生效，如果在此期间，该大学生毁约，不来上班的话，用人单位只能将该劳动合同作为普通的民事合同来追究因该生违约所造成损失的责任。

●**劳动关系与劳务关系的区别与判定**：

**提供劳动力的法律关系分为劳动合同关系(劳动法律关系)与个人之间的劳务合同关系。**

劳务关系：又称雇佣关系，是指当事人约定一方向另一方提供劳务并获得劳务报酬的关系。在民事合同的分类中，劳务合同是一种以劳务为标的合同类型，它包括承揽合同、基本建设

承包合同、运输合同、保管合同、技术服务合同、委托合同、信托合同和居间合同等。

在个人之间形成的劳务关系中，存在如下情形的，应认定为属于承揽关系，而非雇佣关系：

- (1)提供劳务一方的工作具有独立性，在完成工作过程中自行提供工具设备，拥有专业技术，不以接受劳务一方的设备、技术为依托而工作；
- (2)提供劳务一方未受接受劳务一方的指挥、管理，不存在身份上的支配和从属关系；
- (3)提供劳务一方在完成工作的过程中并非单纯地提供劳务，而是以完成一定的工作成果为最终目的。

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。**接受劳务一方承担侵权责任后，可以向**有故意或者重大过失**的提供劳务一方追偿。

提供劳务一方因劳务**受到损害**的，根据双方各自的**过错**承担相应的责任。提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。（接受劳务方向第三人的追偿权）。(《民法典》第 1192 条)

**帮工关系**是指代工人**无偿**为他人处理事务从而与他人形成的法律关系。无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人承担赔偿责任后向有故意或者重大过失的帮工人追偿的，人民法院应予支持(被帮工人向帮工人的追偿权)。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。无偿提供劳务的帮工人因帮工活动遭受人身损害的，根据帮工人和被帮工人各自的过错承担相应的责任；被帮工人明确拒绝帮工的，被帮工人不承担赔偿责任，但可以在受益范围内予以适当补偿。帮工人在帮工活动中因第三人的行为遭受人身损害的，有权请求第三人承担赔偿责任，也有权请求被帮工人予以适当补偿。被帮工人补偿后，可以向第三人追偿（被帮工人向第三人的追偿权）。(《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 4、5 条)

#### ●劳动关系与劳务关系的主要区别

(1) **主体不同**。劳动关系是一种平等性与从属性相互交织的关系，用人单位和劳动者之间是管理和被管理，支配和被支配的关系；劳务关系是平等主体之间的合同关系，不存在管理与被管理的情形。

(2) **内容不同**。在劳动关系中，用人单位除了按照约定向劳动者支付工资外，还需要为劳动者缴纳各种社会保险费用；在劳务关系中，劳动者仅可得到劳务报酬，但无权要求用人单位为其缴纳各种社会保险费用。

(3) **支付不同**。工资一般按月支付；劳务费通常一次性支付，即使按时计费的劳务，其劳务费极少以月为单位支付。

(4) **稳定性不同**。劳动关系当事人之间是一种较为稳定、长久的关系；劳务关系当事人之间体现的是一种即时清结的关系。

(5) **适用法律不同**。因劳动关系发生的纠纷适用《劳动合同法》等劳动法律；因劳务关系发生的纠纷适用《民法典》等民事法律。

上述理论上的区别在实践中对判别劳动关系与劳务关系的意义有时不够显著，往往需要结合劳动合同书、工作证、职工名单、工资条、工资存折等证据来认定。

**【案例】**2020 年 4 月 8 日，聂美兰与北京林氏兄弟文化有限公司(以下简称林氏兄弟公司)签订了《合作设立茶叶经营项目的协议》，内容为：“第一条：双方约定，甲方出资进行茶叶项目投资，聘任乙方为茶叶经

营项目经理，乙方负责公司的管理与经营。第二条：待项目启动后，双方相机共同设立公司，乙方可享有管理股份。第三条：利益分配：在公司设立之前，乙方按基本工资加业绩方式取酬。公司设立之后，按双方的持股比例进行分配。乙方负责管理和经营，取酬方式：基本工资+业绩、奖励+股份分红。第四条：双方在运营过程中，未尽事宜由双方友好协商解决。第五条：本合同正本一式两份，公司股东各执一份。”

协议签订后，聂美兰到该项目上工作，工作内容为负责《中国书画》艺术茶社的经营管理，主要负责接待、茶叶销售等工作。林氏兄弟公司的法定代表人林德汤按照每月基本工资 10000 元的标准，每月 15 日通过银行转账向聂美兰发放上一自然月工资。聂美兰请假需经林德汤批准，且实际出勤天数影响工资的实发数额。2021 年 5 月 6 日林氏兄弟公司通知聂美兰终止合作协议。聂美兰实际工作至 2021 年 5 月 8 日。聂美兰申请劳动仲裁，认为双方系劳动关系并要求林氏兄弟公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额，林氏兄弟公司主张双方系合作关系。请问法律应当支持谁？

【分析】对于合同性质的认定，应当根据合同内容所涉及的法律关系。双方签订的协议第一条明确约定聘任聂美兰为茶叶经营项目经理，“聘任”一词一般表明当事人有雇佣劳动者为其提供劳动之意；协议第三条约定了聂美兰的取酬方式，无论在双方设定的目标公司成立之前还是之后，聂美兰均可获得“基本工资”“业绩”等报酬，与合作经营中的收益分配明显不符。聂美兰接受林氏兄弟公司的管理，按月汇报员工的考勤、款项分配、开支、销售、工作计划、备用金的申请等情况，且所发工资与出勤天数密切相关。双方在履行合同过程中形成的关系，符合劳动合同中人格从属性和经济从属性的双重特征。故申请人与被申请人之间存在劳动关系。

【案例】王某是甲企业的技术员，由于其技术好，在当地同类型的企业中有一定的知名度。2020 年春节假期，当地的乙公司请其帮助维修机器设备。在劳动过程中，不慎从梯子上摔下，造成重伤。在治疗过程中，在王某是否应享受工伤待遇的问题上，王某与乙公司产生了分歧。王某认为，自己是为乙企业服务过程中出的事故，应当属于工伤，乙公司应按照国家工伤保险的有关规定，给予其工伤待遇；而乙公司认为，王某与其公司之间是劳务关系，而不是劳动关系，王某不应当享受工伤待遇。造成伤害的原因是由于其本人不慎造成，应当由其本人承担主要的责任。

【分析】（在自己单位的工作地点、工作时间、工作原因才构成工伤。可以提起侵权责任民事赔偿）

王某与某企业之间是劳务关系，而不是劳动关系，理由有以下几点：

- (1)从王某提供劳动的内容来看，王某为乙公司检修机器设备，是短期的、一次性的劳动服务行为，双方的关系不是具有稳定性的劳动关系；
- (2)从王某与乙公司的在劳动中的关系来看，王某在劳动过程中，不需要遵守乙公司的内部劳动纪律和规章制度，双方在劳动过程中是平等的协作；
- (3)王某的行为是属于技术人员业余时间在外兼职的行为，其实质是提供有偿的技术服务。王某没有成为乙公司员工中的一员，以乙公司员工的身份提供劳动。

【案例】：

①实习生是否适用劳动法？

劳动部在 1995 年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中曾规定，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。

实习生是一个受训练准备参加工作的人，在有经验的工作人员的指导下学习实际工作经验。实习生是为以后工作才到用人单位进行学习，而不是劳动。

实习生有无劳动报酬可由学校、实习者和实习单位三方进行约定。一般认为：实习生和用人单位没有形成劳动关系，同时也没有形成劳务关系，用人单位没有义务为实习生发工资。

②退休人员和内退人员再就业是否适用劳动法？

最高法院：享受养老保险待遇或领取退休金的，不按劳动关系处理。《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(三)》用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向

人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作受到事故伤害的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定处理。

**人社部：**用人单位缴纳工伤保险的，享受工伤保险待遇。《人力资源社会保障部关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见(二)》对退休超龄人员分两种情况予以明确规定：(1) 达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。(2) 用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。(《工伤保险适用主体》)

## (二) 与劳动关系具有密切联系的其他社会关系

与劳动关系密切联系的关系包括劳动行政部门与用人单位、劳动者在劳动就业、劳动争议和社会保险等方面的关系，工会与用人单位、职工之间因履行工会的职责和职权，代表和维护职工合法权益而发生的关系等。

第一，这些关系是劳动关系产生的前提；

第二，这些关系是劳动关系的必然结果；

第三，这些关系与劳动关系的产生、变更、消灭有一定的牵连。

## 三、劳动法的适用范围

劳动法的适用范围即劳动法的效力范围，是指劳动法发生作用的范围。也就是说，我国劳动法适用于什么人、什么地域和什么时间。

(一) 主体上的适用范围：指劳动法对哪些人发生效力，包括用人单位和劳动者。

**1、用人单位**，又称雇主，是指通过劳动合同，支配及领导劳动者工作，并向劳动者支付劳动报酬的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。

在我国，法定用人单位主要包括五类：(1)企业；(2) 个体经济组织；(3) 民办非企业单位；(4) 国家机关、事业单位、社会团体；(5)会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。

“个体经济组织”是指一般雇工在七人以下的个体工商户，是法律上拟制的自然人。

“民办非企业单位”是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。

(浙江省)根据《民法总则》规定，基层群众性自治组织法人为特别法人。因此，村民委员会、居民委员会等群众性自治组织可以作为用人单位，其与对外聘用人员发生的用工关系符合劳动关系特征的，按劳动关系处理。

**2、劳动者**，又称雇员，是指通过劳动合同，在用人单位的支配及领导下工作，并获得劳动报酬的自然人。

我国劳动合同法上的**劳动者不包括**：(1)退休人员：达到法定退休年龄、依法享受基本养老保险待遇或者按月领取退休金的人员；(2)公务员或参照公务员法管理的人员；(3)全日制在校学生；(4)现役军人；(5)农业劳动者和家庭服务人员(被用人单位依法招用的除外)。

(二)地域上的适用范围：地域上的适用范围即劳动法的空间范围。全国人民代表大会及其常委会颁布的法律适用于全国；国务院及其各部委颁发的行政法规、规章除有特别规定外，适用于全国；各地域、地方性法规只适用于各地区管辖范围内。民族自治地区的法规只适用于该民族自治区域内。

(三)时间上的适用范围：时间上的适用范围即劳动法的时间效力，是指劳动法的生效和失效时间。

- 1.劳动法生效时间有两种情况:(1)法律自通过或公布之日起生效;(2)法律通过或公布之日不立即生效,而另行规定生效时间。
- 2.法律失效时间有两种情况:(1)法律规范明文规定终止效力的时间或特定条件出现时失效;(2)同类法律新法生效,旧法即失效。

#### 四、劳动法的基本原则

劳动法的基本原则是指体现劳动法本质与精神,并在劳动立法、法律规范实施中发挥指导作用的基本准则。它是劳动法的核心和灵魂。它的法律渊源是宪法。

(一)确立劳动法基本原则的标准: 1.应具有一定的抽象性和概括性;2.必须具有相对的稳定性;3.必须具有全面的覆盖性和高度的权威性。

#### (二)劳动法基本原则内容

##### 1.劳动自由原则(基础)

劳动自由原则是指劳动者按照自己的意愿决定是否参加社会劳动,根据社会需要和自己的特长、兴趣爱好自由选择职业,以及禁止任何形式的强迫劳动。这个原则最初来源于民法中的契约自由原则。根据契约自由原则,劳动关系双方当事人可以自由选择缔约对象,并且自由决定是否订立劳动合同。合同自由在劳动领域中表现为两个方面:劳动使用者的用工自由和劳动者的劳动自由。劳动法中所讲的劳动自由原则,只是指劳动者的劳动自由,而不包括劳动使用者的用工自由。

**劳动自由原则具体包括以下方面:**

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

(2)**辞职的自由**:《劳动法》第三十一条规定,劳动者解除劳动合同,应当提前三十日以书面形式通知用人单位。

(3)**反对就业歧视**:《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。《就业促进法》第三条第二款规定,劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。其他因素包括国籍、社会出身、血统、肤色、性取向、年龄、婚姻状况、语言、政治或思想信仰、所属组织、文化程度或经济状况等。但因工作性质,或有关因素对提供的工作构成合理及决定性的要件,则基于前款因素而作出的行为不构成歧视。

(4)**禁止强迫劳动**:《劳动法》第三十二条规定,有下列情形之一的,劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同:(一)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的。

##### 2.劳动者权益保障原则(核心)

劳动者权益保障原则是指为了维护社会正义,劳动法对劳动者的合法权益予以特别保护或者倾斜保护。保障劳动者合法权益是劳动法最为重要的目的和宗旨。

劳动者权益保障原则的内容:(1)**立法上**:劳动立法应当采取倾斜立法的方法,权利义务的配置应当有利于劳动者一方。(2)**执法上**:在法律对劳动者权益和用人单位利益均没有明确作出规定的情况下,应重点保护劳动者的利益。

##### 3.劳动协调原则(目标)

劳动协调原则是指政府、工会组织、企业组织代表三方共同参与劳动关系的协调,以消除劳资分歧,实现社会团结。《劳动法》第八条规定,劳动者依照法律规定,通过职工大会、职工代表大会或者其他形式,参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。

## 第二节 劳动法律关系

### 一、劳动法律关系概述

●**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。劳动法律关系是劳动关系在法律上的表现,是当事人之间发生的符合劳动法律规范、具有权利义务内容的社会关系。

#### ●劳动法律关系与劳动关系的区别和联系

(1)联系的表现:劳动关系是劳动法律关系存在的基础。人们总是依据客观存在的劳动关系,制定劳动法律规范,从而形成劳动法律关系;实际生活中不存在的劳动关系,不可能制定法律规范,也不可能形成劳动法律关系。劳动关系发生了变化了,要求劳动法律规范作相应调整,于是劳动法律关系也会随之变化。

(2)区别的表现:

①**性质不同:**劳动关系属于经济基础范畴;劳动法律关系属于上层建筑范畴。

②**前提不同:**劳动关系的形成是以劳动为前提;劳动法律关系的形成则是以劳动法律规范的存在为前提。

③**内容不同:**劳动关系的内容是劳动;劳动法律关系的内容则是法定的权利义务。

【**案例**】原告罗倩诉称,原告的母亲吴玉荷是被告奥士达公司的职工。被告因外销业务紧张,一直雇佣临时人员从事产品包装工作。自 2011 年开始,原告就利用学校放寒、暑假时间在被告处从事包装工作。2014 年 8 月 11 日起,台风开始影响黄岩市。被告为了外贸合约能按时履行,无视台风过境的危险,在 8 月 12 日仍组织全公司职工上班。受台风的影响,当日下午 4 时许,原告所在的工棚在风雨中突然倒塌,原告和母亲吴玉荷、妹妹罗素素等人被压在钢架工棚下。该事故造成一人死亡、六人受伤的结果。原告因此次事故受伤后住院治疗 71 天,住院期间连续二人陪护。经台州市劳动鉴定委员会鉴定,原告的伤情构成八级伤残。

【**分析**】法院判决认为,原告罗倩的母亲吴玉荷系被告奥士达公司职工,该公司实行产品包装按件计酬制。原告及其妹妹罗素素利用寒、暑假及休息日到被告处和母亲吴玉荷一起从事产品包装工作,她们所完成的工作量均记录在吴玉荷的工账单上,被告按照工账单上记载的工作量发给吴玉荷报酬。罗倩以及罗素素的工作,在客观上提高了被告正式职工吴玉荷的工作量,在一定程度上增加了被告的利益,因此被告对于罗倩以及罗素素进厂帮助其母工作的行为,没有加以制止,而实际采取了默许的态度。但被告并不直接给罗倩及罗素素分配工作任务,也不直接给其发放报酬。罗倩及罗素素是在其母吴玉荷的指示下进行劳动的,其劳动成果的价值,是通过将其完成的工作量计入其母吴玉荷的工账单,算作吴玉荷完成的工作量,最终由被告给吴玉荷发放报酬而实现的。罗倩及罗素素并不受被告单位工作时间的约束,只是利用寒、暑假及休息日等时间临时到被告处工作,能够自由支配自己到被告处工作的时间。综上,虽然原告的工作在客观上增加了被告的利益,被告也默许了原告的行为,但是原、被告双方权利义务的内容也不符合劳动法律关系的特征,未形成劳动法律关系。

#### ●事实劳动关系

**狭义的事实劳动关系:**指用人单位与劳动者没有订立书面合同,但双方实际履行了劳动权利和义务而形成的劳动关系。

特征: (1) 劳动者为用人单位提供劳动;(2)接受用人单位的管理,遵守用人单位的劳动纪律;(3)获得用人单位支付的劳动报酬,受到用人单位的劳动保护等。

**广义的事实劳动关系,包括:**

(1)无书面劳动合同(狭义):无书面形式的劳动合同而形成的事实劳动关系;

(2)无效劳动合同:无效劳动合同而形成的事实劳动关系,《劳动法》第 18 条:①违反法律、

行政法规的劳动合同;②采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。(民法上是可撤销的合同)  
(3)双重劳动合同:双重劳动关系而形成的事实劳动关系。

事实劳动关系,是在劳动法调整范围内,但不符合法定模式的劳动关系。考虑到我国目前的劳动就业状况,我国劳动立法承认并保护事实劳动关系。

【案例】王某是某私营公司新招聘的一名女职工,岗位是行政助理,月薪 3500 元,公司想再考查几个月,一直未与王某签订书面的劳动合同,也未给她缴纳社保,2 个月过去了,一天王某在下班回家的路上发生了交通事故,一侧肋骨骨折两根。王某找到公司的老板要求认定工伤,老板称,对你的工作表现公司并不满意,你在这也没签合同,2 个多月也没干多少活,我多给你一个月的工资,你好好休息,以后就不用来了。王某看公司不给解决,于是向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,公司答辩称,我们没有与王某签订劳动合同,就不能说与他之间形成了劳动关系,所以不承担责任。那么公司的主张成立吗?

【分析】不成立,是事实劳动关系。本案中公司虽然没有与王某签订书面的劳动合同,但王某确实为公司提供了劳动,公司也为其支付了两个月的工资报酬,同时王某遵守公司的各项规章制度,服从公司的管理,因此,虽然没有签订书面的劳动合同,他们之间也形成了事实的劳动关系。既然该公司已经与王某形成了事实劳动关系,按照《劳动法》第七十二条(社会保险基金按照保险类型确定资金来源,逐步实行社会统筹。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)的规定,就有义务为王某缴纳社保,公司没有给王某缴纳工伤保险,不影响王某的工伤认定,其相应的工伤待遇不是由工伤保险基金支付,而是全部由该公司承担。

**★劳动法法律关系和事实劳动关系尽管都在劳动法调整范畴内,但二者具有不同的法律属性:**

**(1)构成不同:**劳动法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)产生不同:**劳动法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)效果不同:**劳动法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保护。

【案例】小董 2016 年大学毕业后与北京宏成公司签订了为期 3 年的劳动合同,工作岗位为财务经理,约定岗位工资 8000 元/月。2019 年 6 月 30 日合同到期后,双方均没有提出续订劳动合同,但是一直保持劳动关系至 2019 年 10 月。

2019 年 10 月 26 日,宏成公司准备缩减人员,发现小董的劳动合同到期后没有续签,就书面通知其双方的劳动关系将于 2019 年 10 月 31 日终止。小董经咨询劳动法专业人士后认为双方已经形成事实劳动关系,根据北京市的规定,双方至少还应签订为期一年的劳动合同;但宏成公司则认为双方当时没有劳动合同,可以随时终止劳动关系。

焦点:未及时续订或终止劳动合同,劳动关系能否随时终止?

• 对于事实劳动关系,用人单位一直存在一个误区:认为不签订劳动合同对自己有利,可以随意终止事实劳动关系。《劳动合同法》规定:用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资;用人单位自用工之日起满一年仍然未与劳动者订立书面劳动合同的,除按照以上规定支付二倍的工资外,还应当视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

## ●劳动法法律关系的特点

(1)主体之间的从属性

与用人单位对劳动力调配、组织、指挥等方面的权利相对应，劳动者负有服从的义务。

### （2）权利义务的强制性内容

体现了国家与当事人的双重意志劳动法发端于民法，又超越了民法，具有社会法的品格。劳动法的产生，就是通过国家干预来平衡劳资双方经济上的不平等。

### （3）客体的相对单一性

表现为兼有人身性与财产性关系的一定的劳动行为和财物。

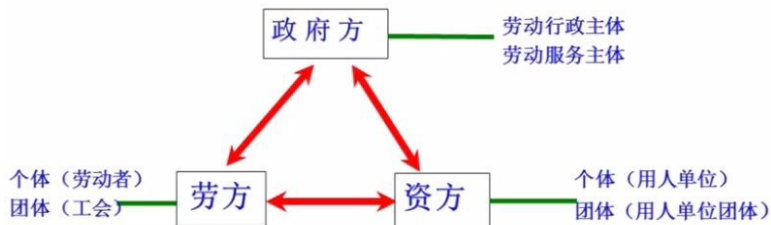
## 二、劳动法律关系的主体

劳动法律关系的主体是指劳动法调整的社会关系的各方当事人。

- 主体范围的广泛性
- 主体资格的双重性或多重性

如:一个学校可以同时具有用人单位、职业培训机构和劳动行政相对人三重资格

## 劳动法主体的体系



◎“三角”框架强调的是，政府方相对于劳方与资方是**居中协调者**而不是居高临下者，由劳、资、政三方共同参与劳、资双方利益的协调，以确保社会稳定，故称为社会稳定“三角”框架。

### （一）劳动者

1.法律含义：劳动法中的劳动者是指达到法定年龄、具有劳动能力，以从事某种社会劳动获取收入为主要生活来源的自然人。

• 职工(雇工、劳工、受雇人、雇员、员工)的概念一般包括四层含义:(1)职工是被录用(雇佣)的自然人;(2)职工是在用人单位(雇主)管理下从事劳动的自然人;(3)职工是以工资为劳动收入的自然人;(4)法定某种或某几种人员不属于职工，例如，国家公务人员、军事人员、农业工人、家庭佣人、企业经理等。

•《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(四)》第十四条 外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同，以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。

持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人，与中国境内的用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。

• 劳动法意义上的劳动者主要包括：

- （1）与我国境内的企业、个体经济组织等用人单位具有劳动关系的劳动者；
- （2）与国家机关、事业单位和社会团体建立劳动合同关系的劳动者。

学徒、乡镇企业职工（包括农民工）、进城务工的农民等都属于劳动法意义上的劳动者。

## 2. 劳动权利能力与劳动行为能力

**劳动权利能力**是指劳动者根据劳动法的规定，能够享有劳动权利和承担劳动义务资格。

- 劳动者的劳动权利能力应当具有**平等性**

● 制约劳动者劳动权利能力的因素：

(1) **户籍**：户籍性质、户籍区域的限制，比如有些地方要求优先招用本地户籍的劳动者。

(2) **职数**：允许自然人可以同时从事职业的数目。“一人一职”，即一个公民在同一期间只能成为一个用人单位的职工，亦即只允许参与一个劳动关系。

(3) **制裁**：因违法或违纪而受到的制裁中，有的含有限制劳动权利能力的内容或后果。例如，饮酒后或者醉酒驾驶机动车发生重大交通事故，构成犯罪的，依法追究刑事责任，并由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证，终生不得重新取得机动车驾驶证。

**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和承担劳动义务，从而使劳动法律关系产生、变更或消灭的能力。劳动行为能力既包括合法的行为能力，也包括违法的行为能力。《劳动法》对劳动行为能力作出规定的客观依据，是公民的劳动能力水平，以及国家利益和社会利益的要求。

依用人单位需求不同，劳动行为能力可分为**一般劳动行为能力**和**特殊劳动行为能力**。

- 一般劳动行为能力依年龄和智力状况可分为完全劳动行为能力、限制劳动行为能力和无劳动行为能力三种。

- 特殊劳动行为能力，是指劳动者所具有的满足用人单位特殊需求而享有劳动权利、承担劳动义务资格，如某资格认证书、某技能培训合格证书等。

● 制约劳动者劳动行为能力的因素：

### (1) 就业年龄

#### ① 劳动行为能力起始年龄

★ 《准予就业最低年龄公约》：不应低于 15 周岁

★ 我国：最低就业年龄规定为 16 周岁(除文艺、体育和特种工艺单位经县级以上劳动行政部门批准可招用未满 16 周岁的公民为文艺工作者、运动员和艺徒以外)

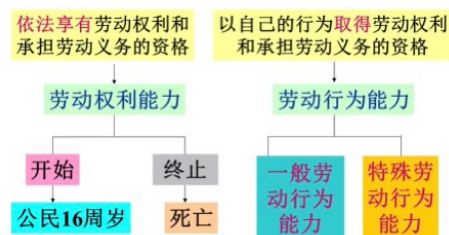
#### ② 完全劳动行为能力起始年龄

★ 《准予就业最低年龄公约》：不应低于 18 周岁

★ 我国劳动法规中明确规定：不得招用已满 16 周岁未满 18 周岁的公民从事**过重、有毒、有害**的劳动或者危险作业

#### ③ 退休年龄

达到退休年龄的公民，只应推定为限制劳动行为能力人，仍允许其从事不妨碍老年人身体健康的劳动



### (2) 健康

★ 要求劳动者必须具备自己所从事的职业所必需的健康条件，是基于对劳动行为能力被限制

者的保护

①疾病的限制 ②残疾的限制 ③妇女生理条件的限制

例如，妇女不得从事井下工作，不得从事繁重的体力劳动。《浙江省女职工劳动保护办法》规定，经医疗机构证明患有重度痛经或者经量过多的，经本人提出，用人单位应当给予 **1 至 2 天** 的带薪休息。

### (3)智力

①**精神健全**：这是对劳动行为能力的起码要求，因而，精神病患者被规定为无劳动行为能力人

②**文化水平**：许多国家要求，就业者必须完成国家义务教育。我国规定，禁止任何组织或个人招用应当接受义务教育的适龄儿童、少年就业；招工必须以具有**初中以上文化程度**的公民为对象。

③**技术水平**：某些特种作业需要劳动者经过特种职业培训并取得职业资格后才可以从事工作。

### (4)行为自由

在校学生也由于这种行为自由受到限制，一般不得成为招工对象，仅在暑假、寒假期间可被招为临时工。

在职职工能否参与第二职业劳动法律关系，也应以在保证全面履行本职劳动义务的同时是否还具备履行第二职业劳动义务所必需的行为自由为限。

## (二)用人单位

**1.法律含义**：指能够依法以自己的名义签订劳动合同，在劳动合同法律关系中享有用工权利、承担用工义务的主体。我国的用人单位主要包括在中国境内的以下五类主体：**(1)** 企业；**(2)** 个体经济组织；**(3)** 民办非企业单位；**(4)** 国家机关、事业单位、社会团体；**(5)** 会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。

### 2. 用人单位的劳动权利能力和劳动行为能力

用人单位的用人权利能力，是指法律赋予用人单位享有用人的资格。用人单位的行为能力，是指用人单位依法行使招收录用劳动者、变更和解除及终止劳动关系等行为的权利。

#### (1)单位行政超越代理权的行为

用人单位对作为其用人单位行政的管理机构或管理人员所实施的用人行为，即使超越该管理机构或管理人员的代表权限，**仍然要承受该用人行为的法律后果**。

**【案例】**2019 年 5 月，杨梅在人才招聘会上结识了某房地产公司工程部经理王某，王经理对杨梅比较满意。两天后，杨梅找到王经理所在公司，王经理安排了杨梅工作，施工现场的事务性工作。但没有对签订劳动合同一事对杨梅有所交待，杨梅为了这份工作没有深究。工作五个月后，杨梅找到公司人事部要求签订合同，但人事部说杨梅是王某个人雇佣的，与公司无关。而王某现已到另一家公司工作去了，公司不仅不与杨梅签订合同，还要求她离开公司。请问杨梅是谁的员工？杨梅有什么证据证明自己是在人才招聘会上被公司录用的？杨梅认为她与公司存在事实劳动关系，而公司却认为杨梅是被部门经理个人雇佣的，与公司无关。你对此如何看待？本案应如何处理？

#### (2)承包经营企业的行为

• 个人承包经营**违反本法规定**招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担**连带赔偿责任**。（《劳动合同法》第 94 条）

• 具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该不具备用工主体资格的组织或者自然人所招用的人员请求确认与承包单位存在劳动关系的，不予支持。但该人员在工作中发生伤亡，受害人请求承包单位参照工伤的有关规定进行赔偿的，人民法院应当予以支持。社会保险行政部门已认定该人员工伤的，按工伤保险规定处理。（《浙江省高级人民法院 浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发〈关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）〉的通知》第一条）

•实践中,个人承包经营者往往没有承担民事责任的足够财力。为了保护劳动者的权益,在劳动者遭受损失时,承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。这是有利于对劳动者提供周全保护的。从诉讼程序看,劳动者既可以单独起诉实际施工人,也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告。

【案例】雅鼎公司(总包)将其承包的太仓经济开发区香花桥社区服务中心装饰工程中的油漆作业分包给不具有用工主体资格的谢健民个人(二包),谢健民又转包给不具有用工主体资格的徐大润个人(三包),徐大润违法招用徐大云,徐大云在施工作业中从工地脚手架上坠落受伤,经苏州市劳动能力鉴定委员会鉴定伤残等级为九级,其因徐大润非法用工未参加工伤保险而丧失的工伤保险待遇损失,法院判令徐大润与雅鼎公司、谢健民承担连带赔偿责任。

### (3)拥有分支机构企业的行为

在拥有多层次分支机构,并且有的层次分支机构依法取得用人单位资格的企业,已取得用人单位资格的分支机构相对于该企业来说只具有限制用人行为能力,其用人行为的法律后果应当由该企业负连带责任;而未取得用人单位资格的分支机构则属于单位行政,其用人行为的法律后果就应当由其以上层次已取得用人单位资格的分支机构承受并最终由该企业负连带责任。

## 三、劳动者与用人单位的权利义务

劳动法律关系的内容,是指劳动法律关系双方依法享有的权利和承担的义务。它是劳动法律关系的基本要素,是劳动法律关系的核心和实质。

### (一)劳动者权利

劳动者权利,是指劳动者依据劳动法所享有的各项具体权利。按照权利主体是单个人还是多个人组成的集体不同,劳动者权利可分为个别劳动权和集体劳动权。前者包括就业权、劳动报酬权、休息休假权、劳动安全卫生权、职业培训权、社会保险权和福利权、提起劳动争议处理权,后者包括团结权、集体谈判权、集体行动权、民主参与权。

**1.个别劳动权:**指由劳动者个人享有和行使的与劳动有关的权利。

**(1)就业权:**又称工作权,是指劳动者能够获得有适当报酬的职业性劳动机会的权利。

①**择业自由权:**劳动者按照自己的意愿、特长和兴趣爱好自由选择职业的权利。

②**平等就业权:**劳动者享有的就业或职业上的机会均等或待遇平等的权利。

③**就业促进权(就业帮扶权):**劳动者有权获得国家提供的就业机会和享受国家规定的就业政策的权利。

④**职业保障权(失业救济权):**劳动者在失业时有权获得国家提供失业救济的权利。

### (2)劳动报酬权

劳动报酬权:指劳动者通过履行劳动义务,从用人单位获得相对公平合理的物质报酬的权利。

①**原则**是按劳分配,并在经济发展的基础上逐步提高。

②**依据**是劳动法,并不得低于法定最低工资标准。

③**形式**是法定货币支付,不得以实物及有价证券替代。

④**时间**是用人单位与劳动者约定的日期,如遇节假日或休息日,则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。

【案例】张某于2021年6月入职某科技公司,月工资20000元。某科技公司在与张某订立劳动合同时,要求其订立一份协议作为合同附件,协议内容包括“我自愿申请加入公司奋斗者计划,放弃加班费。”半年后,张某因个人原因提出解除劳动合同,并要求支付加班费。某科技公司认可张某加班事实,但以其自愿订立放弃加班费协议为由拒绝支付。张某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

【分析】《劳动合同法》第26条规定:“下列劳动合同无效或者部分无效:(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的”。《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(一)》第35条规定:“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达

成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。”约定放弃加班费的协议免除了用人单位的法定责任、排除了劳动者权利，显失公平，应认定无效。本案中，某科技公司利用在订立劳动合同时的主导地位，要求张某在其单方制定的格式条款上签字放弃加班费，既违反法律规定，也违背公平原则，侵害了张某工资报酬权益。故仲裁委员会依法裁决某科技公司支付张某加班费 2021 年 6 月至 12 月加班费 24000 元。

### **(3)休息权**

休息权，是劳动者在劳动中消耗一定的体力和脑力之后，依法享有的恢复体力、脑力以及用于娱乐和自己支配的必要时间的权利。

用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

### **(4)劳动安全卫生权**

劳动安全卫生权，是指劳动者享有的在劳动过程中保护其生命安全和身体健康的权利。劳动安全卫生权发展方向是强化对精神法益的保护。包括：

- ①**安全卫生环境条件获得权**:获得安全和卫生的生产环境的权利。
- ②**知情权**:劳动者有权知晓职业危害、安全生产状况:劳动者有权接受必要的职业培训，以具备工作环境、生产过程以及危险物质等方面的安全卫生知识的权利。（劳动者有权知晓面临的任何潜在危险等权利）
- ③**劳动保护用品获得权**。
- ④**定期健康检查权**。
- ⑤**拒绝危险工作权**。

### **(5)职业培训权**

职业培训权，是指劳动者依照法律规定和劳动合同的约定，要求用人单位在劳动用工过程中根据工作需要提供职业培训的权利。

- ①**培训机会获得权**:劳动者有权获得参加各种职业培训资格的权利。
- ②**培训时间保障权**:劳动者经用人单位同意参加职业培训的，用人单位应当给予劳动者相应的学习时间。
- ③**培训费用保障权**:劳动者经用人单位同意参加职业培训的，用人单位应当支付劳动者的培训费用。
- ④**特殊培训保障权**:对从事技术工种的劳动者，用人单位必须对其进行岗前培训。

### **(6)社会保险和福利权**

社会保险权，是指劳动者在遭遇失业、工伤、年老、疾病、生育等情事时，从国家获得保险给付的权利。社会福利权，是指劳动者有权从国家获得基于最低道德需求之上的社会福利或经济援助的权利。

- ①**待遇给付请求权**:劳动者有权获得社会保险和社会福利待遇给付。
- ②**待遇给付平等权**:劳动者有权平等享受和领取各项保险福利待遇。
- ③**福利设施请求权**:劳动者有权请求兴建公共福利设施，提供休息、休养和疗养条件的权利。

### **(7)提起劳动争议处理权**

提起劳动争议处理权，是指劳动者因劳动权益与用人单位发生争议时享有的请求有关部门进行处理的权利。

- ①**处理方式选择权**:劳动者可以依法选择争议处理方式的权利。
- ②**争议处理请求权**:劳动者有权要求处理机构受理争议的权利。
- ③**控告权**:劳动者有权向相关行政主体提出检举和控告的权利。

【案例】农民工李志强好似把自己卖给了工地，工头扣押着身份证，每天在工地上从6点干到22点，就图100元一天的工钱。本来“五一”劳动节带女儿外出逛逛，可工头不让休假，而且没有加班工资。5月底工程做完了，满以为可以拿到自己的血汗钱，给女儿交学费。可工资被一拖再拖，没了音信。他知道现在象他这样没文化技术的人找工作挺难的便依然在工地上讨生计。但由于长期得不到休息再加上工地安全措施不到位，6月的一天他在恍惚中从脚手架上跌了下来致残。别说社会保险和赔偿，就连拖欠了几个月的工资也一个子儿没拿到。为了讨回自己的劳动报酬和正当权益，李志强从7月到9月，先后向用工单位讨要、向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁不予受理后又到法院起诉。请问李志强的哪些权利受到侵犯？

【解析】受到侵犯的劳动权包括(1)自由择业权:工头扣押着身份证;(2)劳动报酬权:工资被一拖再拖;(3)休息权:每天在工地上从6点干到22点;(4)劳动安全卫生权:工地安全措施不到位;(5)职业培训权:安排不了学技术的时间;(6)社会保险权:别说社会保险和赔偿;(7)提起劳动争议处理权:仲裁不予受理后又到法院起诉。

**2.集体劳动权:**指劳动者依靠组织的力量维护自身利益的权利。

**(1)团结权(基础):**是劳动者为维持和改善劳动条件而参加和组织工会的权利。

**(2)集体谈判权(核心):**称集体协商权，是劳动者集体通过工会或其代表与用人单位就劳动就业条件进行集体协商谈判，并签订集体合同的权利。

**(3)集体行动权(保障):**劳动者为了实现自己的主张和要求，依法采取罢工等手段进行集体对抗的权利。

**(4)民主参与权(实现):**指劳动者通过其组织和代表依法参与用人单位的管理和利益分配的权利。分享经营管理权、分享利润、尊重人格是产业民主的三大原则。民主参与权的实现内容一般包括管理参与和利益分配的参与两大类。

## (二)劳动者义务

### 1.工作义务

工作义务，是指劳动者依照劳动合同约定，在用人单位的指挥下给付劳动的义务。

(1)劳动给付的债权人——不得任意转让（例外：借用）

(2)劳动给付的债务人——给付不能替代（亲自履行）

(3)劳动给付的内容——变更工种等问题

(4)劳动给付的时间——延长、缩短和分配时间

### 2.忠诚义务

忠诚义务，是指劳动者应尽注意义务提供劳动，并忠实维护用人单位的合法权益。

#### (1)作为义务

①通知报告的义务

在招工阶段和劳动关系存续期间，劳动者有报告与工作有关的个人情况的义务。如司机将驾照丢失的情况通知用人单位。

雇员吹哨行为:雇员向有可能采取有效行动的个人或机构揭发雇主控制下的不合法、不道德或不合规行为(包括不作为)。

②减少损失的义务:劳动者在工作范围内，有减少损失的义务。

#### (2)不作为义务

①保密义务:劳动者有义务保守用人单位的商业秘密。

②服从义务:劳动者有义务遵守用人单位的规章制度，特别是安全卫生制度。

## (三)用人单位权利

### 1.用工自主权

用工自主权，是指用人单位依法自主与劳动者订立、变更或者解除劳动合同的权利。

**(1)招工权:**用人单位自主决定招工条件、招工标准，以及是否需要招工，招收多少劳动者,在什么区域招收劳动者。

**(2)选录权:**用人单位有权依据招录标准，择优录取劳动者。

## 2.组织管理权

组织管理权，是指用人单位有权根据生产经营的需要对劳动者进行管理调配。

(1)**组织指挥权**:是指用人单位有权对劳动者进行指挥管理。

(2)**岗位调整权**:又称调职权，是指用人单位有权对劳动者进行正常（“报复性调整”）的岗位调整。

(3)**规章制度权**:是指用人单位有权制定规章制度，保障和维护正常的生产经营秩序。

## 3.奖惩权

奖惩权是指用人单位有权对遵纪守法的劳动者进行奖励，对违纪违法的劳动者进行惩处。

根据《关于废止部分行政法规的决定》(国务院令 第 516 号)规定,《劳动法》、《劳动合同法》替代《企业职工奖惩条例》，条例中企业有权对职工进行罚款的内容已经废止。

【案例】某公司为了杜绝迟到现象，严惩迟到者，公司考勤制度对迟到者做出了迟到一次罚款 200 元的规定。小林为了避免意外情况的发生，一向提前半个多小时到公司，从未迟到，但是某天路上发生交通事故，汽车寸步难行，小林不可避免地迟到了，小林认为公司的罚款过于严苛，但是又想不出法律依据，他的这种想法有法律支持吗？

【分析】小林的想法是有法律依据的，公司无权对员工做出罚款的规定，罚款是依法享有行政处罚权的主体依照法律、法规对相对人做出的一种行政处罚。一般来说，享有罚款权的主体是国家行政机关或者经过授权的其他社会组织，公司作为法人，是社会一般主体，法律法规并没有授权其有行政处罚的权力，因此公司作为罚款的主体是不合法的，公司无权对员工做出罚款的规定。

## (四)用人单位义务

### 1.报酬给付义务

报酬给付义务，是指用人单位依照约定和法律规定向劳动者支付劳动报酬的义务。这是与劳动者的工作义务相对。用人单位因归责于本身的理由，未能按时向劳动者给付报酬的，构成履行迟延。报酬须在劳动者的工作场所给付，但双方另有约定的除外。

### 2.保护照顾义务

保护照顾义务，是指用人单位采取措施保护劳动者的生命、健康、人格和财产的义务。这是与劳动者的忠诚义务相对。

#### (1)作为义务

①提供安全卫生环境：用人单位应当提供安全的工作场所、机器、工具等，妥善规划工作场所通道、消防等设施。

②提供良好膳食居所：在用人单位提供食宿时，应当提供足够的膳食和良好的居住场所。

#### (2)不作为义务

①保护人格免受侵犯

用人单位应尊重劳动者的人格权，包括生命、身体、健康等，不得获取及散布与劳动者家庭生活、感情生活、性生活、健康状况，以及政治和宗教信仰有关的信息。

②保护财产免受侵犯

用人单位应当保护劳动者的财产，为劳动者提供可期待的安全装置，如带锁的柜子。不过用人单位的财产保护义务以这些财产对工作为必要或对工作有益者为限。

## 四、劳动法律关系客体

劳动法律关系客体，是指劳动法律关系主体双方的权利义务共同指向的对象，即劳动行为和财物。

关于劳动法律关系客体的不同观点介绍

(1)劳动力客体说：劳动法律关系的客体是劳动力。

(2)基本客体与辅助客体说

•基本客体:劳动行为(即劳动者为完成用人单位安排的任务而支出劳动力的活动)

•辅助客体:劳动待遇和劳动条件(即劳动者因实施劳动行为而有权获得的、用人单位因支配劳动行为而有义务提供的各种待遇和条件)

## 五、劳动法律关系的产生、变更和消灭

能够引起法律关系产生、变更和消灭的根据称为法律事实。法律事实分为**行为**和**事件**。

### (一)劳动法律关系的发生

**1.行政方式:**即劳动者与用人单位按照有关行政机关的指令性具体行政行为的要求确立劳动法律关系。

**2.合同方式:**即劳动者与用人单位通过签订劳动合同确立劳动法律关系。

### (二)劳动法律关系的变更

劳动法律关系的变更是指在劳动法律关系存续过程中发生一定变化。一般是劳动者在本单位的**岗位、职务、工种、工资**等级的变动。既可能是当事人双方协议或单方决定变更,也可能是由行政决定、仲裁裁决或法院判决变更。

应当明确的是,这时的变更是内容的变更,而不是主体的变更。当事人任何一方的变更,一般不属于劳动法律关系的变更,而是原当事人劳动法律关系的消灭和新当事人劳动法律关系的发生。

### (三)劳动法律关系的消灭

1.因有效期限届满或目的实现而终止;

2.因主体消灭或丧失一定资格而终止;

3.因辞职、辞退或协议而终止;

4.因行政决定、仲裁裁决或法院判决而终止。

需要注意的是,劳动法律关系的消灭并不意味着双方当事人之间权利义务在劳动法律关系终止时必须立即全部消灭。出于保护劳动者及其供养亲属或用人单位合法权益的需要,劳动法律关系中特定的某项权利义务在劳动法律关系终止后仍存续一定期间才消灭。

## 第二章 劳动合同法律制度

### 第一节 劳动合同概述

#### 一、劳动合同的概念

•劳动合同:又称劳动契约、劳动协议,是劳动关系的核心,是劳动者与用人单位确立从属劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

•劳动合同的功能:(1)确定劳动关系;(2)确定双方权利义务。

#### 二、劳动合同的特点

##### (一)从属性合同

按照劳动合同的约定,劳动者在人身上、经济上、组织上从属于用人单位,遵照用人单位的要求,为用人单位劳动,完全纳入用人单位的经济组织和生产结构之内。

##### (二)继续性合同

劳动合同约定的权利和义务在劳动关系存续期间持续存在。在劳动合同无效、解除时,只能采用赔偿损失等方式,对劳动者已经付出的劳动不能要求返还财产、恢复原状。

##### (三)不完全合同

不完全合同,是指双方不能完全预见合同履行期内可能出现的各种情况,从而无法达成内容

完备、条款周详的合同。作为继续性合同，劳动合同属于不完全合同。

#### (四)关系性合同

关系性合同，是指个人关系起关键作用的合同。这种合同不对交易的所有内容条款进行具体详尽的规定，仅仅确定交易的基本目标和原则。

#### (五)附合合同

附合合同又称格式合同，是指内容为当事人一方预先拟定，并在订立合同时未与对方协商，对方只能根据内容参加合同关系的合同。

(1)**缔约附合性**:劳动者在订立合同时只能接受或不接受;

(2)**劳动条件附合性**:劳动者只能接受用人单位现有的劳动条件;

(3)**劳动规章制度附合性**:劳动者无权修改用人单位现有的规章制度。

#### 附合合同的法律规制

**1.缔约中的限制**:采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容（《民法典》第496条）

由此可见，格式条款提供者的责任:(1)遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务;(2)履行提示或者说明的义务。合理的方式是指在合同订立时采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的情形。违反提示和说明义务，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

#### 2.合同内容限制

有下列情形之一的，该条款无效:(1)具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形;(2)提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利;(3)提供格式条款一方排除对方主要权利。（《民法典》第497条）

#### 3.合同解释的限制

对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释（通常解释规则）。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释（不利解释规则）。（《民法典》第498条）

#### 4.条款采用的限制(非格式条款优先规则)

当格式条款与非格式条款不一致时，应当采用非格式条款。（《民法典》第498条）

### 三、基于期限对劳动合同的分类

按照法律对劳动合同有效期限的要求不同，将劳动合同划分为**固定期限劳动合同**、**无固定期限劳动合同**和**以完成一定工作任务为期限的劳动合同**，这是大多数国家劳动立法的通例。

#### (一)概念界定

**1.固定期限劳动合同**:指用人单位与劳动者约定**合同终止时间**的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

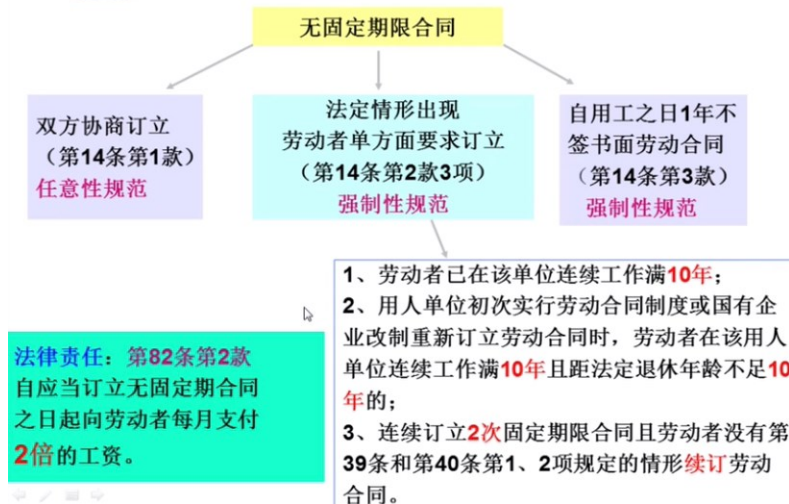
**2.无固定期限劳动合同**:指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同的**五种情形**: (1) 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。(2) 有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同:①劳动者在该用人单位**连续工作满十年**的;②用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的;③**连续订立二次固定期限劳动合同**，且劳动者没有违反法律强制性规定的情形，续订劳动合同的。用人单位自用工之日起**满一年不与劳动者订立书面劳动合同**的，视为用人单位与劳动者已

订立无固定期限劳动合同。



## 劳动合同法关于无固定期限合同的规定



【案例】无固定期限劳动合同=铁饭碗？

小张和老王是上海某化工厂的职工，2019年1月5日工厂安排小张和老王值夜班，小张和老王到车间转了一圈，认为没什么事，就回到值班室打牌，不巧，厂领导从此经过发现二人值班时间玩牌，按照厂里的规章制度，值班时间玩牌属严重违纪行为，完全可以解除劳动合同，第二天分别书面通知小张和老王解除劳动合同，老王不服，找单位理论，小张是固定期限合同可以解除，我是无固定期限劳动合同不可以解除，老王的理由成立吗？

【解析】老王的理由不成立。一方面，无固定期限的劳动合同不能再通过期限届满、终止劳动合同的理由来终止到期合同。另一方面，无固定期限劳动合同与固定期限劳动合同的解除条件是完全一致的，所以无固定期限劳动合同并不是铁饭碗。

### (1)期限计算

#### ①起算时间

根据《劳动合同法》，五种条件下可签订无固定期限劳动合同。对于“劳动者在该用人单位连续工作满十年的”，该条件的起算时间是从用工之日起，包括劳动合同法施行前的工作年限。而且，这个10年必须是“连续”的，如果员工离开过该用人单位，将不适用该条款。“用人单位与劳动者协商一致，双方可签订无固定期限合同”，该条件就没有时间限定。“连续订立二次固定期限劳动合同的”、“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”都可签订无固定期限合同，但这两种情况起算时间均为《劳动合同法》的施行时间，即2008年1月1日。

#### ②工作时间的医疗期

“同一用人单位连续工作时间”是指劳动者与同一用人单位保持劳动关系的时间。按照《劳动法》及有关配套规章的规定，劳动者患病或非因工负伤，依法享有医疗期，因此在计算“同一用人单位连续工作时间”时，不应扣除劳动者依法享有的医疗期时间。在计算医疗期、经济补偿时，“本单位工作年限”与“同一用人单位连续工作时间”为同一概念，也不应扣除劳动者此前依法享有的医疗期时间。

**【案例】**李某于 2010 年 1 月起在北京市某旅游公司工作，双方相继签订过几次劳动合同。2019 年 1 月 1 日，双方签订了至 2019 年 12 月 31 日止的劳动合同。2019 年 11 月 29 日，旅游公司向李某发出《不再续签劳动合同通知书》。2020 年 2 月，李某向所在区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，提交了医院出具的 2019 年 12 月 28 日至 2020 年 2 月 7 日的 6 份诊断证明书，医生诊断建议李某全休至 2020 年 2 月 27 日。李某认为劳动合同期限终止时，自己尚在医疗期内，因此，劳动合同应当在医疗期满后终止。而此时自己已经在旅游公司工作满十年，旅游公司应当与自己签订无固定期限劳动合同，并支付 1 月份病假工资及经济补偿金。旅游公司则认为，他们与李某的劳动合同于 2019 年 12 月 31 日终止，不同意签订无固定期限合同。请问：李某的请求能否得到法律支持？

**【分析】**委员会作出裁决，旅游公司与李某签订无固定期限劳动合同并支付 1 月份病假工资 1760 元。旅游公司不服，起诉到法院。法院经审理，维持仲裁裁决。

第一，劳动合同终止时劳动者尚在医疗期内，劳动合同期限顺延至医疗期满。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》(劳部发(1995) 309 号)第 34 条规定，除因劳动者有重大过错外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期满为止。《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部令[1994]479 号)第 3 条规定，职工实际工作年限十年以下五年以上的医疗期为 6 个月。本案中，李某根据医生诊断证明从 2019 年 12 月 28 日休息至 2020 年 2 月 27 日，未超过医疗期限，因此，李某的劳动合同期限自动延续至医疗期满。

第二，劳动者在用人单位连续工作满十年，除劳动者要求订立固定期限劳动合同外，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。本案中，李某 2010 年 1 月到某旅游公司工作，由于劳动合同期限自动顺延至医疗期满，即双方的劳动合同最早应当于 2020 年 2 月 27 日终止。此时，李某在该旅游公司的工作年限已经超过十年，按照《劳动合同法》第 14 条规定，旅游公司应当与李某签订无固定期限劳动合同。

第三，《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》59 条规定，在规定的医疗期内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%。

本案中，由于李某对自己的工资标准不能进行举证，他的病假工资按照上年度职工最低工资的 80% 支付，月工，资应为 1760 元(北京市 2019 年最低工资标准为 2200 元)。

### ③工作年限的合并

劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依据劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或者赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“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”：a. 劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；b. 用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；c. 因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；d. 用人单位及其关联企业或劳动者轮流订立劳动合同；e. 其他合理情形。

### (2)拒签责任

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。

**【案例】**白某是外企的高级职员，2010 年 2 月 1 日入职，到 2020 年 2 月 1 日已在该单位连续工作满 10 年，白某 2020.1.3 明确向公司提出要求签订无固定期限劳动合同，公司明确表示终止合同，白某问该怎么办？

**【解析】**第一，白某在该单位连续工作满 10 年，已符合签订无固定期限劳动合同的法定条件，单位别无选择应当与白某签订无固定期限劳动合同。第二，单位单方终止与白某的劳动合同是违法的，白某可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求签订无固定期限劳动合同，还可以要求单位自应当订立无固定期限劳动合同之日起每月支付二倍的工资。

### (3) 内容确定

除劳动者与用人单位协商一致的情形外，劳动者依照劳动合同法第十四条第二款的规定，提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。对劳动合同的内容，双方应当按照合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则**协商确定**；对协商不一致的内容，劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以**重新协商**；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。



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。可见，同工同酬必须具备三个条件：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。

### (4) 岗位“豁免”

地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门为安置就业困难人员提供的**给予岗位补贴和社会保险补贴**的公益性岗位，其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定。

公益性岗位，是指由政府出资扶持或社会筹集资金开发的符合公共利益的管理和服务类岗位。主要有三类：①社区管理岗位。②社区服务岗位。③社区内单位的后勤岗位。

### 3. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

理解：(1)以完成一定工作任务为期限的劳动合同实质上是固定期限的劳动合同，它以工作任务完成作为终止条件，工作任务完成的时间即为劳动合同的终止时间。(2)以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。(3)以完成一定工作任务为期限的劳动合同终止，用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。(4)以完成一定工作任务为期限的劳动合同终止，用人单位因生产经营等需要加班的，应当向劳动者支付加班费。

## 四、劳动规章制度

### (一) 劳动规章制度的界定

1. 劳动规章制度的界定：劳动规章制度，又称内部劳动规则，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。

- (1)它是用人单位的规章制度;
- (2)它是职工和用人单位在劳动过程中的行为准则;
- (3)它是用工自主权和职工民主管理权相结合的产物。

2.规章制度与劳动合同、集体合同的区别

**(1)集体合同的概念:** 指劳动者代表与用人单位代表依法通过集体协商缔结的关于劳动报酬、劳动条件等事项的书面协议。

- ①职工参与: 集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过;
- ②工会订立: 集体合同是由**工会**代表职工与用人单位订立;尚未建立工会的用人单位, 由**上级工会**指导劳动者推举的代表与用人单位订立;
- ③报送备案: 集体合同订立后, 应当报送劳动行政部门;劳动行政部门自收到集体合同文本之日起**十五日内**未提出异议的, 集体合同即行生效。

**(2)集体合同优先适用**

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

- ①“不一致”是指相对于集体合同或者劳动合同约定的内容, 用人单位的内部规章制度规定的内容对劳动者**不利**的情况。
- ②集体合同优先适用的启动是**基于“劳动者请求”**, 人民法院不得主动适用, 但可以告知劳动者此项权利。
- ③集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准;用人单位, 与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

**【案例】**某工厂工会代表全体职工与工厂签订了集体合同。合同规定:职工工作时间为每日 8 小时, 每周 40 小时, 每日安排工间操一次, 时间为 15 分钟, 职工工资报酬不低于每月 2650 元。该合同于订立之日起 2 个月后被劳动行政管理部门确认。半年后, 该工厂招聘王某为技术工人, 未签订劳动合同。仅仅口头约定: 工作时间为每日 8-10 小时, 每周 40-50 小时, 无工间操, 工资每月 3200 元。2 个月后, 王某向工厂负责人提出要有工间休息并且要求按照集体合同的规定缩短劳动时间。负责人认为, 王某的工资高于普通工人, 应当承担更多的劳动, 对王某的要求予以拒绝。请问该案如何处理?

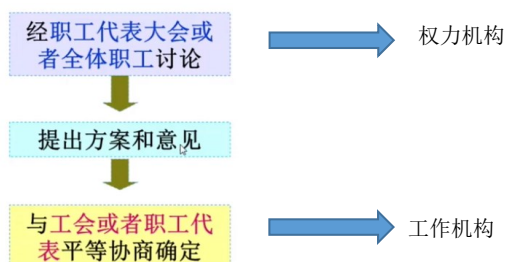
**【分析】**根据《劳动合同法》第 54 条第 2 款的规定, 依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。本案中的工厂作为用人单位, 其签订的集体合同对整个工厂和全体职工具有约束力。王某虽未与工厂签订劳动合同, 但其作为工厂劳动者的身份是确定的, 因此工厂签订的集体合同对王某同样有效。在本案中, 王某与工厂签订的劳动合同中关于工作时间、休息时间、无工间操的内容是无效的, 其劳动条件低于集体合同的约定。与王某约定的每日工作 8-10 小时, 每周最高达 50 小时, 超过了法定工作时间, 因此也是无效的。综上所述, 劳动争议仲裁机关应当支持王某的请求, 认定双方约定的工作时间条款无效。但劳动报酬每月 3200 元依然有效。

	规章制度	集体合同、劳动合同
法律性质	单方法律行为	双方法律行为
法律主体	全体或部分职工的权利义务	集体合同是团体协约, 劳动合同设计单个职工的权利义务
法律内容	劳动行为规则和用工行为规则	集体合同是本单位的最低劳动标准
法律程序	民主程序与公示（考试或者签名等以确保劳动者已知晓规章制度）程序	双方平等协商
法律效力	相对较低	相对较高

**(二)制定劳动规章制度的法定程序**

**1.职工参与(程序民主)**

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。



【案例】方某与某机械公司签订的《劳动合同》规定“劳动者一个月以内未按规定履行请假手续而缺勤二天或二天以上，单位有权解除劳动合同”。公司《员工违纪处罚办法》规定“连续三天以上旷工或一年累计旷工十天以上，单位有权解除劳动合同”，方某在此办法上签字确认。2022年2月1日春节放假，公司规定劳动者于2022年2月15日恢复上班，但方某直至2022年2月19日才回到公司，期间方某未办理请假手续。公司于2022年3月16日以方某违反厂规厂纪，经工会委员会及相关管理人员会议决议，解除与方某之间的劳动合同。方某认为公司违法解除劳动合同，要求支付经济赔偿金27600元。

【分析】法院认为，方某在未办理任何请假手续的情况下，自行停止工作离岗四天，不仅未履行劳动合同中劳动者的相关义务，也严重违反用人单位的规章制度。尽管公司没有有效证据证明该制度经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但该制度规定不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，且已向方某告知，由方某签字确认，故公司以方某严重违反用人单位规章制度为由作出与方某解除劳动合同决定与《劳动合同法》第三十九条第一款第三项“劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同”之规定相符合，方某要求公司支付解除劳动合同赔偿金的依据不足。

（浙江省）《劳动合同法》实施后，用人单位制定、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，未经过该法第四条第二款规定的民主程序的，一般不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据。但规章制度或者重大事项决定的内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，且劳动者没有异议的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据

## 2.报送备案（备案程序合法）

新开办用人单位应在正式开业后半年内将劳动规章制度报送当地劳动行政部门。

## 3.公示告知（公示程序明确）

公示应采用正规、公开、可以永久或较长时间持续的方式，我国劳动法律法规没有明确规定告知的方法和形式。公示和告知的方式有：(1)用人单位可以在职工入职时，要求职工签署申明或签收；(2)在劳动合同中约定；(3)在职工入职后，发放职工守则、职工手册；(4)通过一些告示牌告知；(5)开宣讲会议或培训班，就规章制度对职工进行培训教育；(6)采用考试的方法，要求劳动者书面签收并注明内容已知悉。

【案例】小郭是某公司的新入职员工，但是一直没有看见公司的规章制度，公司也没有对其进行新入职的员工培训，一个月后，公司以“员工一个月内迟到三次者扣除本月50%的绩效工资”为由，扣除了小郭本

月一半的绩效工资，小郭觉得很气愤，辛苦赚的钱就这样被扣掉了，更何况他根本不知道这一条规定。公司行政人员则辩称：“在小郭一入职的时候就将公司的规章制度发到了小郭的电子邮箱，小郭不可能没有收到”。而小郭确实没有收到公司的电子邮件，这种情况下，小郭能否以不知道为理由抗辩，公司的规章制度能否作为处理的依据？

【解析】根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条第三款规定，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。“公示”就是规章制度制定后，尽到告知职工的义务，如未尽告知义务，对劳动者没有效力。

目前，一些单位采用网上公示或发邮件的方式是不可取的，员工否认看过用人单位要承担举证责任，因网上内容易修改且具不确定性，所以司法实践中对于网上公示的效力一般不予认可。本案中公司应对已经告知小郭规章制度的行为承担举证责任，如果公司没有有效证据表明小郭已经收到并浏览过公司的电子邮件，那么公司按照规章制度的规定扣除小郭的绩效工资的处罚决定就会被撤销。

### （三）劳动规章制度的法律效力

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。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。

用人单位的规章制度要对劳动者有**约束力**，必须具备以下三个**构成要件**：

**1.主体合法：**即制定主体必须具备制定内部劳动规则的法律资格，也就是只能由**用人单位行政**管理机构制定。行政管理机构应当是指用人单位的最高首脑机关，而不是一个车间、班组。

**2.内容合法：**劳动规章制度的内容，不仅不得违反法律、法规的规定，而且**不得违反集体合同的规定**。（如不得结婚等）劳动规章制度的内容主要包括：劳动合同管理、工资管理、工时休假、劳动保护、社会保险福利待遇、职工奖惩，以及其他劳动管理规定。

### 3.程序合法

严格遵守法定必要程序。集体合同和既存的有效劳动规章制度对此程序有规定的，也应当遵循。未经民主程序的规章制度并非一律无效，但因此导致立法目的不能实现时，应判定为无效。（制定程序民主、备案程序合法、公示程序明确）

【案例】2020年1月张某在某私营翻译公司从事英语翻译工作，签订的合同期限为一年。几天后，公司又招了一批翻译，小王与小张一见钟情，情投意合，建立了恋爱关系，老板认为这样会影响工作，遂命令行政部门增加一条规章制度，规定公司内部不准谈恋爱，否则将一方或者双方辞退。公司不久就依这条规定将小王和小张双双辞退。这样的规定有法律效力吗？**小王和小张怎样保护自己的权益？**

【分析】首先，公司规章制度规定公司内部不准谈恋爱，这样的规定不合法，是无效的。谈恋爱是当事人双方自由的民事权利，公司无权干涉员工谈恋爱的自由。

其次，规章制度的制定程序违法，规章制度制定的民主程序应当符合《中华人民共和国劳动合同法》第四条的规定，即用人单位在制定、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。本案中行政部门只是根据老板的命令擅自修改公司规章制度，缺少制度制定过程中的民主程序，收有经过职工代表大会或者全体职工讨论，也没有给予职工提出意见的机会，企业和职工之间并没有平等协商。因此这一规定制定程序不符合民主程序的要求，程序违法。所以，公司解除小王和小张的行为是王休明的违法解除行为，小王和小张完全可以拿起法律的武器，维护自己的合法权益。

## 第二节 劳动合同的订立

### 一、劳动合同订立的程序

劳动合同的订立,是指劳动者和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利义务的法律行为。

劳动合同的订立涵盖订立过程和订立结果两方面。订立过程通常表现为当事人要约、承诺的过程;订立结果表现为由特定形式承载着特定内容的合同文本。

### (一) 招聘阶段

招聘阶段程序主要包括:(1)公布招聘简章;(2)自愿报名;(3)全面考核;(4)择优录用。大学生就业协议制度:就业协议书是普通高等学校毕业生和用人单位在正式确立劳动事关系前,经双向选择,在规定期限内就确立就业关系、明确双方权利和义务而达成的书面协议;是用人单位确认毕业生相关信息真实可靠以及接收毕业生的重要凭据;是高校进行毕业生就业管理、编制就业方案以及毕业生办理就业落户手续等有关事项的重要依据。**就业协议是预约合同,劳动合同是本约合同。**

预约合同,是指当事人之间约定将来订立一定合同的合同。最高人民法院《关于审理买卖合同外纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定:“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同,约定在将来一定期限内订立买卖合同,一方不履行订立买卖合同的义务,对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的,人民法院应予支持。

### (二)订立劳动合同阶段

订立劳动合同程序的主要环节:(1)提出劳动合同草案;(2)介绍劳动规章制度;商定劳动合同内容;(4)签名盖章。此外,用人单位有义务建立员工名册。

#### 1.要约

要约是劳动合同的一方当事人向另一方当事人提出的订立劳动合同的意思表示。要约人在要约期间不得随意变更或撤回要约,也不得拒绝受要约人的有效承诺。要约的内容应当包括:订立劳动合同的愿望,订立劳动合同的条件,以及要求对方考虑答复的期限等。

#### 2.承诺

承诺是指受要约人对劳动合同要约女人表示同意和接受。一般情况下,,要约一经承诺,书写成书面合同,经双方当事人签字盖章,合同即告成立。

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,属诺成生效**。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。如果用人单位没有将劳动合同文本交付劳动者,劳动者可以向劳动行政部门投诉,由劳动行政部门责令其改正。如果因此给劳动者造成损失的,用单位要承担赔偿责任。

【案例】唐某与施某是同学,毕业后一起找工作。一月后,两人都通过面试,毕业后起找工作,一同进入某机械厂工作。签订劳动合同当天,施某患重感冒在家休息。唐某一人去机械厂,签订好自己的劳动合同后,顺便代施某签订了合同。施某病好后到厂里上班,1月后领工资时,他发现工资比招聘面试时承诺的标准少了200元。厂长表示这是劳动合同约定的,合同是唐某代签的,已有了法律效力。那么,代签的劳动合同是否有效呢?

【分析】《劳动合同法》第16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盖章生效**。这一规定表明,劳动合同文本除了满足当事人适格主体资格和内容合法的条件外,还需经用人单位与劳动者协商一致,并在劳动合同文本上签字或盖章,才能成为生效的劳动合同。由于本条设有禁止代签劳动合同,对于得到劳动者委托权并在授权范围内代签的劳动合同,应当承认其效力;对于实践中存在的用人单位私下安排代签,违背劳动者真实意思的劳动合同,可以根据《劳动合同法》第26条的规定否定其效力。《最高人民法院关于印发(全国民事审判工作会议纪要)的通知》第55条用人单位或他人代替劳动者签订劳动合同,用人单位有充分证据证明代签劳动合同经劳动者本人同意,或者劳动者以实际行为表明接受所代签劳动合同的,不影响劳动合同效力。

### (三)缔约告知义务

缔约告知义务，是指在劳动合同订立过程中，尤其是招聘阶段，用人单位和劳动者依法承担的相互如实告知对方必要信息，以满足其信息需求的义务。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(主动告知义务)，以及劳动者要求了解的其他情况(被动告知义务)，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(被动告知义务)，劳动者应当如实说明。

与劳动合同密切相关的基本情况是指与拟任岗位的履职能力要求直接相关的各种情况，如学历、资格证书、工作经历、奖惩情况等。除此之外，劳动者不负有如实说明的义务。

如：(未成年人犯罪记录封存制度)对于单位查询，被查询对象有犯罪记录，但犯罪的时候不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，受理单位应当出具《查询告知函》，并载明查询对象无犯罪记录。法律另有规定的，从其规定。

#### (四) 劳动合同的续订

劳动合同的续订，是指合同当事人双方以原劳动合同为基础再次订立劳动合同，自原劳动合同期满时起延续劳动关系。双方可以自愿决定是否续订劳动合同。

特殊情形有：

(1)事实劳动合同:劳动合同期满后，因用人单位原因未办理终止或续订手续，劳动者仍然提供劳动的，视为双方同意续订劳动合同：

(2)工伤劳动合同:劳动者患职业病或者因工负伤并被确认达到规定的伤残等级，要求续订劳动合同的，用人单位应当续订：

(3)无固定期限劳动合同:员工满足无固定期限劳动合同条件的，用人单位应当续订。

## 二、劳动合同订立的形式

### (一) 用人单位订立书面劳动合同的义务

劳动合同订立一般有书面形式和口头形式。我国劳动法要求劳动合同必须采用书面形式。

《劳动法》第 19 条规定“劳动合同应当以书面形式订立”

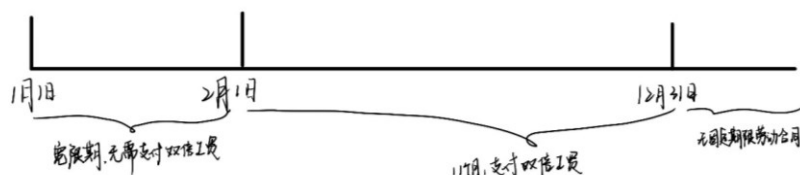
《劳动合同法》第 10 条规定“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同”

在司法实践中，具备劳动合同基本条款、能够确立双方存在劳动关系、明确双方权利义务的入职审批表可以视为劳动合同。

### (二) 未订立书面劳动合同的法律后果

1.用人单位原因未订立。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，并与劳动者补订书面劳动合同；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，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

2.劳动者原因未订立。劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第 47 条的规定支付经济补偿。



用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。

【案例】李某于 2016 年 7 月 3 日进入杭州某酒店担任保安工作，双方签订的最后一份劳动合同期限至 2018 年 7 月 2 日。2019 年 8 月 4 日，酒店发现李某的劳动合同早已在一年前到期，马上书面通知李某续签二年

期劳动合同，李某于 2019 年 8 月 5 日回复酒店要求签订无固定期限劳动合同。2019 年 8 月 25 日，酒店书面拒绝李某提出签订无固定期限劳动合同的请求，并告知李某若未及时与酒店签订二年期劳动合同，酒店将在一个月后解除劳动关系。2019 年 9 月 25 日，酒店单方面解除李某的劳动合同关系。李某不服，于 2019 年 11 月 1 日向劳动仲裁部门申请仲裁，要求恢复劳动关系、签订无固定期限劳动合同及支付 2019 年 7 月 3 日至裁决之日未签订劳动合同期间的双倍工资。请问该案如何处理？（劳动仲裁时效为一年）

【分析】仲裁庭对李某与酒店的劳动争议作出了如下裁决意见：1、恢复劳动关系；2、签订无固定期限劳动合同；3、支付 2018 年 11 月 2 日至 2019 年 7 月 2 日未签订劳动合同的双倍工资。对李某要求酒店支付 2018 年 7 月 3 日至 2018 年 11 月 1 日、2019 年 7 月 3 日至裁决之日未签订劳动合同期间的双倍工资，不予支持。

《浙江省劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》第 38 条前款标准工资难以确定的，按以下方式确定计算基数：（2）劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数；（3）岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴；难以区分工资、奖金、物贴等项目的，以职工上月实得工资的 70%为基数。上述计发基数低于当地最低工资标准的，按当地最低工资标准为计发基数。

【案例】曾某入职深圳市某印刷有限公司。印刷公司主张其与曾某签订有明确的书面劳动合同即《聘用合同书》，故无需支付曾某未签劳动合同的二倍工资差额。曾某主张该《聘用合同书》没有规定劳动报酬等必备条款，该印刷公司未签订书面劳动合同，遂申请仲裁，诉求某印刷公司支付未签订劳动合同期间的二倍工资差额。请问该案如何处理？

【分析】案件经深圳市中级人民法院裁判认定某印刷公司与曾某之间存在劳动关系，双方的权利义务应受法律保护。虽然双方签订有《聘用合同书》，但该《聘用合同书》的内容不具备《劳动合同法》第十七条规定的劳动合同应当具备的条款，且不具备劳动合同的形式要件，其实质为入职登记表。根据我国《劳动合同法》的有关规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。某印刷公司应当支付曾某未签劳动合同二倍工资差额。

依据《劳动合同法》第十四条第三款和《劳动合同法实施条例》第七条的规定，用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视为双方已订立无固定期限劳动合同。因此，未订立书面劳动合同情形下二倍工资的最长支付期限为 11 个月。劳动者依据《劳动合同法》第十四条的规定提出订立无固定期限劳动合同，用人单位违反规定未与劳动者订立无固定期限劳动合同的，二倍工资的最长支付期限为 11 个月。劳动者有关支付最长 11 个月二倍工资的诉请符合相关法律规定，且最后一个月的二倍工资请求未超过仲裁时效的，应予全额支持。（浙江省高级人民法院 浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》的通知第 6 条）

### 三、劳动合同的主要条款

劳动合同的内容是指劳动合同双方当事人经过协商达成的关于劳动权利、义务的规定，具体表现为劳动合同条款。劳动合同条款包括**必备条款**与**约定条款**两大部分。

#### （一）法定必备条款

法定必备条款，是依照法律规定劳动合同应当具备的条款。《劳动合同法》第 17 条第 1 款，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。

与《劳动法》相比，《劳动合同法》删除的法定必备条款：（1）**劳动纪律条款**。原因是劳动纪律属于用人单位规章制度，《劳动合同法》第四条已经对用人单位制定、修改劳动纪律等规章制度的程序作出了规定，没有必要在劳动合同中由用人单位与劳动者个别约定。（2）**劳动合同终止的条件条款**。原因是为了防止用人单位规避劳动合同期限约束，随意终止劳动合同，《劳动合同法》取消了《劳动法》中有关用人单位与劳动者可以约定终止劳动合同的规定，明确劳动合同终止是**法定行为**，只有符合法定情形的，劳动合同才能终止。（3）**违反劳**

**动合同的责任条款。**原因是为了防止用人单位滥用违约责任条款,《劳动合同法》规定只有在依法约定的培训服务期以及竞业限制条款中,用人单位才能与劳动者约定违约金。

#### **1.用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人**

用人单位是劳动合同的一方当事人,在合同中载明用人单位的具体事项有利于合同的履行和合同纠纷的解决。

(1) **名称:** 登记机关登记的称谓。

(2) **住所:** 主要办事机构所在地。在法律上具有重要意义,决定着劳动合同的履行、劳动纠纷的仲裁和诉讼等。

(3) **法定代表人:** 正职行政负责人。

(4) **主要负责人:** 非法人单位行使职权的人。

劳动合同法规定的用人单位设立的**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。

#### **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**

姓名是自然人区别于其他自然人的符号。劳动者的姓名以户籍登记,也即身份证上所载为准。劳动者的地址,以其户籍所在的居住地为住所,其经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。居民身份证号码,即居民身份证上记载的号码。考虑到有的劳动者是外国公民,没有我国的居民身份证,其他有效证件如护照也可以。

除法律另有规定或者权利人明确同意外,任何组织或者个人不得实施以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁等行为。(《民法典》第 1033 条)

#### **3.劳动合同期限**

劳动合同期限是双方当事人互相享有权利、履行义务的时间界限,即劳动合同的有效期限。劳动合同期限可分为固定期限、无固定期限和以完成一定工作任务为期限。合同期限不明确,则无法确定合同何时终止,如何给付劳动报酬、经济补偿等,引发争议。

#### **4.工作内容和工作地点**

(1) **工作内容:** 是指劳动者具体从事什么种类或者内容的劳动,包括劳动者从事劳动的**工作性质、工作岗位、工作范围**以及工作任务或职责等。

(2) **工作地点:** 是劳动合同的履行地,是劳动者从事劳动合同中所规定的工作内容的地点,通常情况下是在用人单位的住所所在地。在实践中,劳动者的工作地点可能与用人单位住所地不一致,有必要在订立劳动合同时予以明确。如用人单位为预防发生争议,可以在劳动合同中约定,“劳动者同意在杭州市(含跨行政区)范围的工作地点变动不属于劳动合同变更”

#### **5.工作时间和休息休假**

(1) **工作时间:** 是指劳动者在用人单位应从事劳动的时间,包括每日应工作的时数和每周应工作的天数。通说认为,工作时间是劳动者实际从事工作的时间,不包括备勤时间(如消防人员)、待命时间、候传时间(如急诊医生)和非工作时间。但用人单位指派劳动者进修、讲习、开会等,以及劳动者进入工作场所开始更衣、清扫、清点工具等应算为工作时间。

(2) **休息休假:** 是指劳动者在国家规定的法定工作时间外自行支配的时间,包括劳动者每天休息的时数、每周休息的天数、节假日、年休假、探亲假等。

#### **6.劳动报酬**

**劳动报酬:** 是指劳动者参加社会劳动,按约定标准,从用人单位取得的劳动收入,包括工资、奖金、津贴等。在劳动合同中应明确约定工资标准,支付日期、地点和方式,奖金、津贴的获得条件及标准。需要注意的是, **工资约定标准不得低于当地最低工资标准,也不得低于本单位集体合同中规定的最低工资标准。**

•劳动合同约定劳动标准不明确的处理: 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,

引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定，即劳动条件基准。

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。由此可见，同工同酬必须具备三个条件：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。

## 7.社会保险

**社会保险：**是指当劳动者因年老、患病、生育、伤残或患职业病、死亡等原因导致暂时、永久丧失劳动能力或失业时从国家和社会获得物质帮助的社会制度。

**种类：**医疗保险、养老保险、失业保险、工伤保险、生育保险（工伤和生育个人不需交，由单位承担）

依法参加社会保险和缴纳社会保险费，是用人单位和劳动者的法定义务，无论用人单位与劳动者是否约定、如何约定，均应依法参加社会保险和缴纳社会保险费。社会保险强调劳动者、用人单位以及国家三方共同筹资，体现了国家和社会对劳动者提供基本生活保障的责任。

**【案例】**用人单位必须为员工缴纳社会保险吗？某私营公司高薪聘请张某从事计算机软件开发工作，双方在谈到工资待遇时，公司 董事长说：“给你定的工资是月薪 12000 元，不过丑话说前面，公司就不负担其他费用了，社保你自己解决。” 张某想了想：“我刚 30 岁，养老的问题还早着呢？多挣点钱最实惠。” 双方在劳动合同中注明，张某同意公司不为其缴纳社保。这样的约定有法律效力吗？

**【分析】**这样的约定是无效的，用人单位必须为员工缴纳社会保险，这是法律上的强制义务，而且是双方的法定义务，劳动关系的双方对此不可协商变通。《劳动法》第七十二条 社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。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。

### •用人单位不缴纳社保存在的法律风险

- （1）员工可随时向劳动监察举报要求用人单位缴纳，处理结果往往是限期补缴
- （2）根据相关规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位还应当支付经济补偿金。
- （3）如果用人单位缴纳了医疗、工伤等社会保险费，员工在职期间一旦发生此类情况，相应的费用由社保基金负担。相反，如不缴纳社保，发生了此类情况，用人单位按照社保的标准自行负担。

## 8.劳动保护、劳动条件和职业病危害防护劳动保护

**劳动保护：**是指用人单位为了保障劳动者在劳动过程中的身体健康与生命安全，预防伤亡事故和职业病的发生，而采取的有效措施。

**劳动条件：**劳动者完成劳动任务的必要条件，包括劳动场所和劳动工具。

**职业危害防护：**是指用人单位在劳动者从业活动中，为防止其因接触职业性有害因素对身体造成危害而采取的措施。

**《职业病防治法》规定：**用人单位与劳动者订立劳动合同时，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。

**•劳动合同法定必备条款欠缺的法律后果：瑕疵劳动合同，实质条款不完备、内容有欠缺的劳动合同。**用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门**责令改正**；给劳动者造成损害的，应当**承担赔偿责任**。

### （二）约定条款

约定条款是指双方当事人在劳动合同中协商议定的条款。用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

**1、试用期：**是劳动者与用人单位为相互了解、选择而约定的考察期

**（1）试用期期限的限制**

劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上三年以下的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同试用期不得超过六个月。即试用期最长半年。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，或者非全日制用工，都不得约定试用期。**试用期包含在劳动合同期限内。**劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

	劳动法	劳动合同法
长短	试用期最长不得超过 6 个月	3 个月≤合同期限<1 年——1 个月； 1 年≤合同期限<3 年——2 个月； 合同期限≥3 年/无固定期限——6 个月
不得约定		合同期限<3 个月； 非全日制合同； 以完成一定工作任务为期限的合同
再次约定		同一劳动者在同一单位只能一次
辞职	随时	提前 3 天
工资		不低于本单位同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的 80%及最低工资

**【案例】**小王新入职某贸易公司，公司人事主管告诉小王，为了考察小王的工作能力，先签订一个三个月的试用合同，试用期间月薪 1500 元，三个月试用期满，再签订正式劳动合同，正式合同期工经为 2000 元。如果三个月试用期小王没有达到公司规定的业绩，公司将不正式聘用小王，公司的做是否合法？

**【分析】**违法。劳动合同法规定：试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。试用期应在书面劳动合同中约定。并且，试用期工资不得低于转正后的 80%，即 2000×80%=1600 元，月薪 1500 元显然低于法定标准。

**【案例】**张某于 2017 年 1 月份入职深圳某电子厂，该厂未与张某签订劳动合同，但张某入职时填写的入职登记表下面有一行备注：新入职员工试用期为三个月，另外电子厂的《员工手册》中也规定：凡是新入职的员工，试用期均为三个月。张某工作二个多月后，公司以张某试用期不合格为由将张某辞退，张某不服，提起劳动仲裁。请问能否得到仲裁支持？

**【分析】**劳动争议仲裁委员会认为，根据法律规定，试用期包括在劳动合同期限内，电子厂虽在入职登记表及员工手册中规定试用期，但并未与张某签订劳动合同，因此，该试用期不存在，双方为事实劳动关系，电子厂将张某辞退应当支付经济补偿金。

**（2）试用期工资的保护**

劳动者在试用期的工资不得低于**本单位同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十**，并不得低于用人单位**所在地的最低工资标准**。

《劳动合同法实施条例》第十五条：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的 80%或者不得低于劳动合同约定工资的 80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。→同岗位最低档工资的 80%与劳动合同工资的 80%不一致选择哪一个？（只符合一个就合法）

**本单位同岗位最低档工资：**指在同一用人单位内部与试用期内劳动者所在岗位相同的岗位上，试用期满劳动者的最低档工资标准。

**劳动合同约定工资：**指劳动合同约定的劳动者 在试用期满后的月工资标准。

**最低工资标准：**指劳动者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，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。正常劳动是指劳动者按依法签订的劳动合同约定，在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。劳动者依法享受带薪年休假、探亲假、婚丧假、生育（产）假、节育手术假等国家规定的假期间，以及法定工作时间内依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动。

**【案例】**2020年1月5日小沙应聘到某外资公司做前台，公司与小沙签订了一年的劳动合同，约定了三个月的试用期，试用期工资700元，转正后工资为1500元，合同签订后，小沙把合同拿回家给母亲看，母亲看了以后觉得试用期的工资太少了，于是小沙决定请教律师，这份合同的约定是否有违法之处？

**【解析】**劳动合同中试用期的期限是根据劳动合同期限的长短而确定。本案中关于试用期的期限和工资的约定都是违法的。首先，一年期限的劳动合同约定三个月试用期是违法的，按照《劳动合同法》第十九条规定，劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过两个月。也就是说，一年期限的劳动合同最多可以约定2个月的试用期。其次，试用期工资的约定也是违法的，按照《劳动合同法》第二十条规定，劳动者在试用期的工资不得低于劳动合同约定工资的百分之八十，并不低于用人单位所在地的最低工资标准。本案中劳动合同约定的工资为1500元，试用期的工资不应低于1200元，所以，试用期的工资700元低于法定标准。

浙江省人民政府文件浙政发〔2021〕43号 浙江省人民政府关于调整全省最低工资标准的通知：各市、县（市、区）人民政府，省政府直属各单位：为保障劳动者的基本生活和合法权益，根据《中华人民共和国劳动法》和《最低工资规定》（原劳动和社会保障部令第21号）的规定，结合我省实际，省政府决定：从2021年12月1日起，将我省最低月工资标准调整为2280元、1070元、1840元三档，非全日制工作的最低小时工资标准调整为22元、20元、18元三档。请各市根据所辖县（市、区）经济社会发展水平、居民生活水平和用人单位承受能力等实际情况，选择确定当地最低工资标准予以公布，并报省人社厅备案。浙江省人民政府2021年11月1日最低工资标准不包括下列内容：（1）延长工作时间工资（即加班加点的正资）；（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；（3）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。用人单位支付劳动者的月工资在剔除以上3条规定的项目后，不得低于最低工资标准。（《最低工资规定》）

**最低工资标准包含职工个人缴纳的社会保险费（包括养老、医疗、失业保险费）和住房公积金（浙江省）**  
**（3）试用期解雇的保护**

在试用期中，除劳动者有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第11条规定，用人单位对新招用的职工，在试用期内发现并经有关机构确认患有精神病的，可以解除劳动合同。

《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》第3条，用人单位出资（指有支付货币凭证的情况）对职工进行各类技术培训，职工提出与单位解除劳动合同关系的，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；双方对递减计算方式已有约定的，从其约定。如果合同期满，职工要求终止合同，则用人单位不得要求劳动者支付该项培训费用。如果是由用人单位出资招用的职工，职工在合同期内（包括试用期）解除与用人单位的劳动合同，则该用人单位可向职工索赔招收录用其所支付的费用。

**（4）用人单位违法约定试用期的法律责任**

用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试

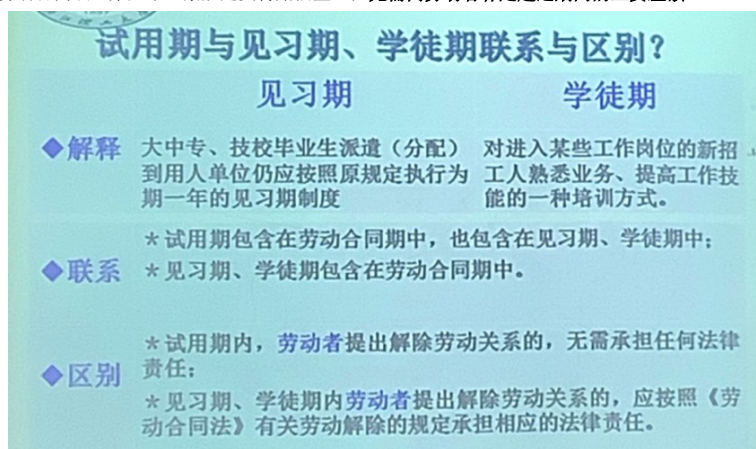
用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资（即转正后的工资）为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

【案例】小张与公司签订了二年期限的劳动合同，合同中约定试用期为六个月，试用期工资为 3000 元，试用期满后，工资为 3500 元。假如该试用期已经履行五个月，他该主张赔多少？

【解析】用人单位应当从第三个月开始每月按照 3500 元的标准支付小张赔偿金 10500 元（3500 元×3 个月），该赔偿金不包含用人单位已经支付的工资 15000 元（3000 元×5 个月）。

（浙江省）用人单位超过法律规定期限与劳动者约定试用期，已经实际履行的超过法定试用期的期间。用人单位除按照《劳动合同法》第八十三条规定支付赔偿金外，是否还应当补足超过期间的工资差额？

用人单位超过法律规定期限与劳动者约定试用期，对已经履行的超过法定试用期的期间，用人单位应当按照《劳动合同法》第八十三条规定支付赔偿金，但无需向劳动者补足超过期间的工资差额。



【案例】李小姐与一家合资公司签订了期限为 3 年的劳动合同，并在合同中约定试用期为 6 个月。但在合同签订 2 个月后，这家合资公司发现李小姐不适应工作，遂提出解除劳动合同，但此时，李小姐已怀孕 1 个多月。李小姐提出，女职工在孕期用人单位不得解除劳动合同。问：对试用期内怀孕的女工如果不符合录用条件能否解除劳动合同？

【解析】《劳动合同法》第 39 条规定，在试用期间被证明不符合录用条件的劳动者，用人单位可以与之解除劳动合同。对于怀孕的女职工，《劳动合同法》第 42 条规定，女职工在孕期、产期、哺乳期内，“用人单位不得依据本法第 40 条、第 41 条的规定解除劳动合同”。

## 2. 出资培训服务期

### (1) 服务期的概念

在培训合同中，用人单位通常会和劳动者约定服务期。培训合同是指用人单位和劳动者约定的，由用人单位对劳动者进行培训，使其适应劳动合同中约定条件的条款。服务期是指由于用人单位提供专项培训费用，对劳动者进行专业技术培训，而由用人单位与劳动者双方在劳动合同中或者在服务期协议里约定的劳动者必须为该用人单位提供劳动的期间。

《劳动法》没有关于服务期的约定，《劳动合同法》第一次在法律层面规定了服务期。

用人单位与劳动者约定服务期的前提是，用人单位为劳动者提供了特殊待遇，这里的特殊待遇主要是用人单位为劳动者提供了专业培训。在实践中，判断服务期约定的主要依据是看用人单位是否为劳动者先履行或承诺履行相应的金钱或实物给付义务。服役期的本质是限制劳动者的辞职权，一旦劳动者在服务期内辞职就构成违约。判断服务期限是否合理，可以考虑培训时间、培训成本、补偿措施、劳动者的可替代性等因素。

### (2) 服务期期限的界定

服务期与劳动合同期限的三种关系：一是终止时间相同；二是服务期短于劳动合同期限；三是服务期长于劳动合同期限。对于约定的服务期尚未到期的，而劳动合同已经到期的应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

支付违约金的前提条件是双方有服务期的约定，没有服务期的约定的，不承担支付违约金的责任。如果用人单位要求终止劳动合同并不再要求劳动者继续履行剩余的服务期，劳动合同终止，用人单位不得要求承担违约责任或赔偿责任。

### （3）专业技术培训的界定

《劳动合同法》对什么是专业技术培训并没有做进一步的明确界定，一般应理解为提高劳动者个人特定职业技能的培训，包括**专业知识和职业技能**，即专业技术培训是指企业为了提高生产效率，满足特殊岗位的需要，对员工进行专业的知识和专业技能的培训。比如从国外引进一条生产线、一个项目，必须有能够操作的人，为此，把劳动者送到国外去培训，回来以后干这个活，这个培训就是专业技术培训。专业技术培训的对象是特殊岗位、专门岗位的员工，内容是专业知识及专业技能，实践中表现为脱产或半脱产学习、实习，时间周期相对于职业培训来说要长。

用人单位对劳动者进行必要的岗前培训、职业培训，以及师傅带徒弟培训等，不应视为专业技术培训。职业培训是对准备就业和已经就业的人员，以开发其职业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。其种类有初中高级职业培训、劳动预备制度培训、再就业培训和企业职工培训。培训工作主要是由技工学校、就业训练中心、社会力量办学等各级各关职业培训机构承担。主要任务是“以培养有理想、有道德、有文化、有纪律、掌握职业技能的职工队伍为目标，促进企业职工队伍整体素质的提高”。

【案例】某会计师事务所会计师们平时工作很辛苦，老板决定带全体员工参加时下流行的拓展训练，一方面放松放松，另一方面加强团队精神。老板为此支出了1万元，根据《劳动合同法》，这笔钱能不能作为专业技术培训费和员工约定服务期呢？

【解析】为劳动者提供的培训必须是专业技术培训，用人单位提供的非专业技术培训或职业培训，不能成为用人单位要求劳动者约定服务期的理由，在本案中，所有员工均参加且与专业技能毫无关系，故不能作为专业技术培训费和员工约定服务期。

### （4）培训费用的组成部分

培训费用包括：①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**；②培训期间的**差旅费用**；③因培训产生的用于该劳动者的**其他直接费用**。

不包括培训期间向劳动者支付的工资。

### （5）服务期违约金及其限制

违反常规服务期约定，是指劳动者在服务期内解除劳动合同，不再履行劳动合同义务。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。

①违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。（**补偿性违约金**）

②违约金数额受剩余服务期与原约定服务期比例的制约。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。可见，**违约金约定数额的最高上限是用人单位实际付出的培训费用**。

【案例】申请人系民营医院，被申请人孙某于2016年3月到申请人处工作，双方未签订书面劳动合同。3月27日被申请人与申请人签订的医院进修学习合同约定了培训时间、培训费用及违约责任等内容，约定申请人送被申请人到外地进修，期间每月发放生活费600元，培训费用由申请人支付70%，期满后被申请人在申请人处服务不得少于三年。后申请人按合同约定送被申请人到外地学习，并支付了培训费用及生活费。2016年8月底被申请人进修结束并于同年9月9日回到申请人处开展工作。2017年2月13日，被申请人离职。申请人提出仲裁申请，请求被申请人返还培训费9488.1元，支付违约金28464.3元并赔偿损失10000元。仲裁委员会认可申请人提交的进修费发票、申请人为被申请人报销的车票及租房费用收费单据作为培

训费，共计 2476 元。请问该案如何处理？

【解析】本案被申请人与申请人签订的医院进修学习合同约定了培训时间、培训费用及违约责任等内容，申请人也按照约定向被申请人提供了专项培训，因此，三年服务期约定合法有效。被申请人因个人原因的离职行为，违反了双方对服务期的约定，应当依照约定支付违约金。劳动者违反服务期约定，用人单位可以要求劳动者支付违约金，但无权再要求劳动者返还公司为其支付的培训费用，且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。本案双方约定的违约金明显高于支出的培训费总额，故申请人要求按约定支付违约金无法律依据。本案中生活费是基于法律规定和劳动关系而产生的，不是基于专项培训产生的，将其计算在培训费用里面要求返还，缺乏法律依据。由于被申请人于培训结束后履行劳动合同 5 个月，按照相关法律规定，对服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用作为违约金 2132 元，仲裁委员会予以支持。申请人请求被申请人赔偿其违反服务期约定造成的经济损失，在法律规定时限内，未向仲裁庭提交相关证据，应承担举证不能的后果。

#### （6）约定服务期不得影响劳动者报酬的提高

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。劳动者就约定服务期负有的唯一义务是，劳动者在服务期内为用人单位服务。

#### （7）劳动者提前离职不属于违约的情形

用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，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。

【案例】某公司送货员小王赴海外培训了 2 个月，为此签订了 5 年的服务期协议并约定了违约责任。在服务期限内，该公司经常安排小王加班，但从未支付小王加班费，小王多次主张，但也没有任何结果。后来，小王以此为由提出辞职，可单位表示，辞职可以，服务期协议必须履行，即必须向公司支付未履行完服务期的违约金。请问：公司说法是否正确？不

#### （8）用人单位解除劳动合同劳动者需要支付违约金的情形

有下列情形之一的，用人单位与劳动者解除约定了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，使用人单位在违背真实意思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。

【案例】某精细化工公司在劳动合同履行期间送技术员徐某去国外培训 3 个月，为其花费了 6 万元的培训费用。双方为此签订了一份培训协议，约定了服务期为 6 年以及提前离职的违约金。徐某接受培训后回该公司继续工作，不久猎头公司联系上了他为其介绍了一家外资企业，公司待遇比现在公司要高。徐某对外资企业的待遇颇为心动，于是萌生了离职的念头，但考虑到与现在公司的违约金约定还是犹豫再三。有一天徐某终于想出个自认为两全其美的对策。徐某认为自己在服务期内主动提出辞职，属于违约，需要向公司支付违约金，如果徐某违纪遭单位辞退，这属于公司不要他，他离职则不属于违约。于是，徐某就开始迟到、早退、旷工，公司《员工手册》规定的违纪情形，他都积极尝试。请问，徐某的想法是否正确？否

### 3. 竞业限制

#### （1）竞业限制的概念和特点

劳动法上的竞业限制，是指用人单位在劳动合同或者保密协议中，与本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劳动者约定，在劳动合同解除或者终止后一定时期内，不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位任职，也不得自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。竞业限制的立法源于对商业秘密的保护，关键是平衡好劳动者的择业自由权与用人单位的商业秘密保护权。

【案例】2009 年 4 月，徐振华进入腾讯从事网络游戏开发运营工作。双方的劳动合同和《保密与不竞争承诺协议书》规定：“甲方(指腾讯上海公司)的报酬体系中的 200 元/月为乙方(指徐振华)离职后承担不竞争义

务的补偿费”“乙方特作出保密与不竞争承诺，作为甲方母公司一腾讯控股有限公司投于乙方股票期权或限制性股票的对价”2014年1月，徐振华设立了上海沐瞳科技有限公司。2014年5月28日，腾讯公司与徐振华解除劳动合同关系，要求徐振华承担违约责任。一审法院判决徐振华支付违约金约372.3万元，二审改判徐振华支付违约金约1940.3万元，称为“竞业限制第一案”

### 劳动法上竞业限制的特点

①**目的**：保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

德国、日本、美国等国家将“可保护利益”作为审查竞业限制协议效力的前提。

英国司法判例把劳动者掌握的知识区分成客观知识和主观知识：客观知识是在劳动过程中获得的生产、经营方面的信息，属于企业所有权范围；主观知识是劳动者具备的一般贸易或技术知识和个人能力，不属于企业的合法权益范畴，不当属于竞业限制的范围。我国司法实践中，如果是基于劳动者个人学历、阅历等方面获得的信息，就属于主观信息。即使是客观信息，如果已为公众所知悉或用人单位没有采取保密措施，就不应当属于竞业限制的范围。

②**性质：约定义务**。竞业限制分为法定竞业限制和约定竞业限制。《公司法》规定的董事、高级管理人员以及《合伙企业法》规定的合伙人承担的义务是法定竞业限制义务。《个人独资企业法》是任意性规定，允许当事人约定排除。

③**主体**：高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的劳动者。《公司法》中竞业限制原则限定为公司经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书等。《合伙企业法》限定为合伙人，《个人独资企业法》限定为管理人。

**竞业限制义务与忠实义务不同，前者仅适用于职工，后者适用于全体职工。**《公司法》第二百一十六条第（1）项规定，**高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。**判定劳动者负有保密义务，可以从用人单位存在商业秘密、劳动者知悉商业秘密，以及劳动者存在滥用用人单位商业秘密的可能等方面来看。由于劳动者达到法定退休年龄不等同于丧失劳动能力，所以劳动者退休不影响其享有竞业限制经济补偿的权利。

④**内容**：竞业限制范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。范围、地域方面，以能够与用人单位形成实际竞争关系为限；期限方面，**最长不得超过2年**。如果所约定的禁止竞业种类太过广泛、地域过大、年限过长或违约金过高过于苛刻时，法院可以予以调整。（注：一是仅凭经营范围重合不足以证明两个用人单位的实际经营业务存在直接或者间接竞争关系；二是《公司法》竞业禁止的期限为董事、高级管理人员的任职期限内。）

⑤**责任**：劳动者应履行竞业限制义务，用人单位负有支付经济补偿金的义务。劳动者违反竞业限制约定的，应依约向用人单位支付违约金；给用人单位造成损失的，还应当承担赔偿责任。违反《公司法》关于竞业禁止规定的，公司可行使归入权，将从事竞业行为所得收益收归公司所有。根据《公司法》第148条，董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务，所得的收入应当归公司所有。

#### （2）劳动合同与竞业限制协议的关系

①**目的不同**：劳动合同的目的是确立劳动关系和明确双方的权利义务，竞争限制协议的目的是保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

②**时间不同**：劳动合同在劳动关系存续期间发挥作用，竞业限制条款则是在劳动关系消灭之后发挥作用。

③**效力不同**：竞业限制协议具有一定的独立性，劳动合同的解除，并不必然导致竞业限制协议的解除。

### （3）竞业限制的经济补偿

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。

**1、支付时间：**竞业限制补偿必须在解除或终止劳动合同后，在竞业限制期内支付。（不支付、包含在工资中、保密费的形式均不符合劳动合同法的规定）

**2、支付周期：**竞业限制补偿的支付周期为**每月支付一次**（一次性支付、按季节支付均不合法）

**3、违约责任：**劳动者违反竞业限制约定，应当按照约定向用人单位支付违约金。

### （4）竞业限制条款的法律效力

**①未约定补偿已履行义务：**当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的**30%**按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。前款规定的月平均工资的**30%**低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

注：前十二个月平均工资的计算标准应指劳动者前**12**个月所有收入的平均值，包括基本工资、生活补贴、津贴、奖金、加班费等各项收入。

**【案例】**王某于2019年1月9日入职深圳市某软件公司，双方签订了劳动合同，合同约定了双方的劳动权利义务，该合同第15条约定，自王某离职日起24个月为竞业限制期限。竞业限制期限内，王某不得以（包括但不限于）合伙人、雇员等任何形式在境内外参与或服务于与王某在某软件公司任职期间所从事的业务域存在竞争关系的公司、经济组织、交易和业务竞争活动……后王某于2020年8月30日离职，因受双方之前所签订的劳动合同中竞业限制条款的约束，王某一直未再入职与某软件公司业务领域存在竞争关系的公司，某软件公司亦未向王某支付相对应的竞业限制经济补偿。王某遂向仲裁委提起仲裁请求，要求某软件公司按其离职前12个月平均工资的**50%**按月支付经济补偿请问该案如何处理？

**【解析】**该案经法院裁判认定，王某与某软件公司在劳动合同中约定了竞业限制条款，虽未约定解除或者终止劳动合同后给予王某经济补偿，但因王某在离职后已按约定履行了竞业限制义务，故某软件公司应向王某支付竞业限制经济补偿。同时，因《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第24条规定：竞业限制协议约定的补偿费，按月计算不得少于该员工离开企业前最后12个月月平均工资的**1/2**。约定补偿费少于上述标准或者没有约定补偿费的，补偿费按照该员工离开企业前最后12个月月平均工资的**1/2**计算，故对于王某的诉求依法予以支持。

**②已约定补偿已履行义务：**当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

**③劳动者支付违约金后还应继续履行：**劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

**④未约定未支付：**未约定经济补偿金，用人单位也未实际支付，劳动者履行了竞业限制义务，请求用人单位支付经济补偿金的，人民法院应当予以支持。用人单位明确表示拒绝的，劳动者有权解除竞业限制条款。用人单位未实际支付达到三个月，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

**⑤未约定已支付：**虽未约定经济补偿金，但用人单位实际上按照规定平均工资的**30%**或以上标准按月支付经济补偿金，如果用人单位请求劳动者履行竞业限制义务，或者请求劳动者承担违反竞业限制义务的违约责任的，人民法院应当予以支持。

**⑥双方违约：**未约定经济补偿金，用人单位也未实际支付，劳动者未解除竞业限制条款且违反了竞业限制义务，用人单位请求劳动者承担违约责任，人民法院应当予以支持。（可补救情形下）劳动者请求按照规定平均工资的**30%**标准或以上标准按月给付经济补偿金的，人

民法院也应当予以支持。同时，用人单位可请求劳动者继续履行竞业限制义务。

#### （5）竞业限制条款的解除

- 用人单位原因 3 个月未支付竞业限制补偿的，劳动者才有权单方解除竞业限制协议：当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

- 用人单位提前解除竞业限制协议需额外支付劳动者经济补偿：在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议的，人民法院应予支持。在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。

【案例】李某于 2018 年 1 月入职某公司任市场部经理，公司与李某签订了一份《保密和竞业限制协议》，协议约定李某应当保守公司商业秘密，且劳动合同解除后的 2 年内不得到有竞争关系的单位任职，否则承担违约金 100000 元。公司员工手册对工资构成做了如下规定：工资包括基本工资、加班工资、绩效工资、各项津贴和补贴，以及竞业限制补偿金。根据李某的工资表，李某的月工资为：基本工资 1500 元、竞业限制补偿金 500 元、加班工资 800 元和绩效工资 2000 元。2018 年 7 月份，李某与公司协商解除劳动合同，公司未再向李某支付竞业限制补偿金。9 月李某入职一家与某公司经营同类业务的公司，某公司申请劳动仲裁，认为公司每月支付了竞业限制补偿金 500 元，李某应当承担竞业限制义务，要求李某支付违约金 100000 元，并在二年内不得到有竞争关系的单位任职。请问李某入职另一公司是否合法？

【解析】劳动仲裁庭经审理认为：虽然某公司与李某签订有《保密和竞业限制协议》，而且在工资组成中包含每月 500 元的竞业限制补偿金。但是按照法律规定，竞业限制补偿金应该在员工离职后支付。离职前，包含在工资中的竞业限制补偿金，不具有法定的竞业限制补偿金的性质，应当被认定为工资。而公司因未支付李某竞业限制补偿金，竞业限制条款无效。李某无需向公司支付违约金，以不妨碍其到任何企业求职工作的权利。

批注 [31]: ??? 2 个月? 双方违约?

竞业限制补偿是对劳动者在劳动合同终止或解除以后不能就业或限制从业期间的补偿，系员工离职后方产生的补偿费用，其属于补偿金性质，其与劳动报酬二者性质完全不同，支付依据也不同，工资及福利待遇中显然不能包含一个离职后方产生的费用，竞业限制补偿金不能包含在工资中。用人单位违反经济补偿支付的常规，约定每月支付给劳动者的工资福利待遇中已经包含竞业限制补偿金，其操作方式基本上是将劳动者合法工资收入的一部分划为竞业限制补偿金，其目的显然是为了规避劳动合同解除或终止后支付竞业限制补偿金的义务，从保护劳动者合法权益的角度出发，应当认定该约定无法律效力。《劳动合同法》对此进行了规制，明确了竞业限制补偿金是在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月支付。

#### 4.补充保险

社会保险可由国家基本保险、用人单位补充保险和劳动者个人储蓄保险三个层次构成。补充保险是指用人单位在参加基本保险时足额缴纳基本保险费的基础上，根据自己的实际情况为劳动者建立的一种附加保险，包括补充医疗保险、补充养老保险等。

#### 5.福利待遇

福利待遇是用人单位在工资、社会保险之外，为劳动者提供的各项福利措施。一般包括：住房公积金、探亲费、旅游费、子女教育费、生活困难补助费、防暑降温费等。

#### 四、劳动合同的效力

##### （一）劳动合同成立与生效的关系

合同成立——取决于合同当事人是否达成协议。

合同生效——是指已经成立的民事行为是否符合法定要件，取得法律肯定的效力。

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。

例外：（1）附条件或附期限的劳动合同（2）须经审批的劳动合同；（3）无效劳动合同。

劳动合同生效的两种形式：（1）书面形式；（2）口头或推定形式。

## （二）劳动合同的有效要件

- 1.合同主体适格：双方当事人具备法定的主体资格；订立劳动合同的能力。
- 2.意思表示真实：意思与表示一致；意思表示自愿。
- 3.合同内容合法：不违反法律、行政法规的强制性规定；不损害社会公共利益；符合劳动条件基准、集体合同等的规定。
- 4.合同形式合法：一般应采用书面形式。（全职要求书面形式，非全职的可以采用口头形式）
- 5.订立程序合法：符合劳动法对订立合同程序的规定。

## （三）劳动合同无效的含义和事由

劳动合同无效，是指劳动合同由于缺少有效要件而全部或部分不具有法律效力。换句话说，无效劳动合同是指当事人违反法律、法规或者违背平等、自愿原则签订的不具有法律约束力的劳动合同。

劳动合同无效的事由：（1）合同当事人欠缺权利能力和行为能力的（2）违反法律、行政法规强行性的（3）采取欺诈、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变更劳动合同的（4）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。

### 1、合同当事人欠缺权利能力和行为能力

（1）用人单位在招聘时应当具备相应的权利能力和行为能力。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。

（2）劳动者应当具备相应的权利能力和行为能力。

### 2、意思表示不真实

意思表示不真实，是指行为人的外部行为表达的意思不符合其内心的真实意思。广义上分为意思表示不自由和意思表示不一致（狭义）。意思表示不自由是指行为人因受到欺诈、胁迫等外在原因导致其意思不自由。意思表示不一致是指行为人因单独虚伪表示（包括真意保留与戏谑行为）、通谋虚伪意思（如为了避税订立“黑白合同”）、重大误解（可撤销）导致其意思不真实。**真意保留：一般情况下具有法律效力；戏谑行为：一般情况下不具有法律效力。**

劳动法上的**意思表示不真实是指一方以欺诈、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情形。**

**欺诈：**是指一方故意制造虚假情况或隐瞒真实情况，使对方产生错误认识，作出错误意思表示，从而达到与之签订劳动合同的目的。

构成要件：（1）行为人实施了欺诈行为，主要表现为制造虚假情况或隐瞒真实情况；（2）行为人主观上是故意的，即希望或放任欺诈结果的发生；（3）受欺诈方因产生错误认识并与之签订劳动合同（特定目的）。

**【案例】**2005年7月18日，备受关注的“假北大博士”刘志刚诈骗高校案二审宣判，河南省郑州市中级人民法院驳回了被告人刘志刚的上诉，维持了一审法院的判决。2004年11月14日，郑州航空工业管理学院（简称郑州航院）参加国家人事部在北京中国建筑文化中心举办的“全国第六届高级人才洽谈会”，只具有高中文化程度的刘志刚来到该洽谈会，以刘育豪之名向郑州航院谎称自己是北京大学在读博士生，将于2005年7月毕业，并提交了他编造的工作经验、科研项目、发表论文、英语水平等个人简历。该学院信以为真，即与刘志刚商谈招聘事宜。为能让刘志刚毕业后到学院工作，郑州航院决定让他毕业前即可上班。

2004年12月份，刘志刚到郑州航院上班，该学院按博士生待遇支付给刘志刚4万元安家费，三个月工资6000元，并分配给他120平方米的住房一套。刘志刚上班后，多次以自己是北大博士为由，要求提高待遇，不断向学院提出需要配置电脑、打印机和科研启动资金等要求。郑州航院经向北京大学查询，发现刘志刚并未在北京大学攻读博。2005年2月2日，刘志刚再次向该学院要求上述待遇时，被该学院保卫处抓获并移送公安机关。郑州市二七区人民法院一审认定，被告人刘志刚构成诈骗罪，且诈骗数额巨大，判

处其有期徒刑三年零六个月，并处罚金 4000 元；责令退赔被害单位郑州航空工业管理学院经济损失 5370 元。一审宣判后，被告人刘志刚不服判决，向郑州市中级人民法院提出上诉。2005 年 7 月 18 日，郑州市中级人民法院驳回了被告人刘志刚的上诉，维持了一审法院的判决。

**胁迫：**是指以给劳动者及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给用人单位的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示，从而与之签订劳动合同。胁迫不仅造成相对人意思表示不自由，还可能侵犯相对人的人身权利，造成其人身不自由情形严重的，可能会构成“强迫劳动罪”。

**构成要件：**

- （1）行为人实施了胁迫行为(包括心理胁迫人身胁迫等);
- （2）行为人主观故意
- （3）相对人因受到胁迫而签订劳动合同注:确定是否构成胁迫行为，应当以特定的受害人是否感到恐惧为标准来加以判断。

**乘人之危：**是指一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，与之签订劳动合同，严重损害对方利益。

**构成要件：**

- （1）受害人处于危难处境或紧迫需要；危难处境：处于急欲避免或解除重大不利的危难状态，如身患重病、被人追债、生意应急等急需用钱的情形。紧迫需要：情况紧急、迫切需要对方提供金钱、财物、劳务等。
- （2）行为人主观故意；
- （3）行为人利用受害人危难状态，使受害人违背真实意思与之签订了劳动合同。
- （4）受害人蒙受重大不利。

•**可撤销劳动合同**

**重大误解：**指行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失。

**显失公平：**指一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则。在适用时应当注意审查双方权利义务是否明显不对等，而且这种不对等违反公平原则，超过了法律允许的限度，且不属于因欺诈、胁迫、乘人之危等无效原因所致。

当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起**一年内**、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起**九十日内**没有行使撤销权，撤销权消灭

**3.用人单位免除自己的法定责任排除劳动者权利的**

免除自己的法定责任：指用人单位在签订劳动合同时，与劳动者约定不承担有关法律规定应当承担的义务。（保障劳动者人身安全义务、为劳动者缴纳社会保险的义务等）

排除劳动者权利：是指在劳动合同中限制或者剥夺劳动者依法应当享有的权利。（休息休假、职业健康、社会保险）

**4、违反法律、行政法规强制性规定的**

强制性规定是指当事人必须遵守，不允许以合意的方式排除适用的法律和行政法规的强制性规定。

劳动法上的强制性规定主要有劳动保护规定、工作时间规定、劳动者基本权利规定、对妇女儿童特殊保护规定等。例如，一些用人单位在劳动合同中规定“工伤自理”、“工伤概不负责”、“伤残由个人负责”等所谓生死合同条款，或者规定女性劳动者在合同期内不得结婚或者生育等，都因违反《工伤保险条例》、《婚姻法》等法律、行政法规的强制性规定而无效。

**【案例】**某儿童玩具制造厂共招用 100 多名农民工，订立的劳动合同期为一年，职工都希望在合同期限内多挣些钱，因此，厂方便在合同里约定每天工作 12 小时，厂方按规定支付加班费，职工也都同意加班。半

年后，职工王某感到工时长，有些疲劳，提出了不再加班的请求。厂方以加班是职工自愿，并在劳动合同里作了规定，不加班就是违反合同，要承担违约赔偿责任为理由，不答应王某的请求。为此，双方发生争议，王某向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉。请问该案如何处理？

【解析】仲裁委员会受案后，裁决该厂与职工所签每日工作 12 小时的条款无效，必须执行每日 8 小时的工作制。本案的焦点是：法定工作时间标准与劳动合同约定的工作时间标准关系。根据劳动法的规定，只有按照法定工作时间标准安排劳动者劳动才是合法的、有效的。违反法定标准所订立的劳动合同以及虽经劳动者自愿的超时劳动，都是违法的，约定和自愿也是无效的。因为劳动法规定，违反法律、行政法规的劳动合同属无效劳动合同，无效劳动合同从订立的时候起，就没有法律约束力，而且无效的劳动合同是以法律规定为依据来确认，而不是依据劳动合同的当事人自愿或非自愿。工作时间制度是保护劳动者身体健康和劳动过程中安全生产的重要制度，法律一经规定，就具有强制性，不管是用人单位还是劳动者都必须严格遵照执行。

#### （四）劳动合同无效的后果

##### 1. 劳动合同无效的确认

无效劳动合同由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

按照无效的程度，劳动合同无效可分为**全部无效**和**部分无效**两种。无效内容足以影响合同整体效力的，为全部无效，如主体不合法、欺诈和胁迫手段签订的合同。

无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。

一般来说，该部分的内容与合同的其他内容相比较，应当是相对独立的，与合同的其他部分具有可分性。部分无效的劳动合同通常表现为：劳动者未经批准不得辞职，加班不给加班费，工作受伤自己负责等等。

劳动合同无效否定的是双方最初对权利义务的约定，并非必然否定双方之间建立劳动关系的合意，也不能拒绝劳动法律规范的强制性调整。劳动合同无效并非必然导致劳动关系无效。存在劳动关系，并不当然就有劳动合同，如事实劳动关系。

##### 2. 劳动合同无效的处理

无效劳动合同的处理，一般采用**撤销合同**、**修改合同**和**赔偿损失**

(1) 无过错方的选择权。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；劳动者过错导致劳动合同无效的，用人单位可以即时辞退劳动者

(2) 过错方的赔偿责任。劳动合同依法被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任，如造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者。劳动合同被确认为无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当按照劳动合同法的规定向劳动者支付劳动报酬和经济补偿。由于用人单位原因订立无效劳动合同，给劳动者造成损害的，用人单位应当赔偿劳动者因合同无效所造成的经济损失。

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。相同岗位，即劳动者从事工种相同，提供劳动相同；相似岗位，指劳动者从事工种不同，提供劳动性质不同，但是在本单位所处位置、发挥作用相同。

### 第三节 劳动合同的履行、中止、变更和承继

#### 一、劳动合同的履行

##### （一）劳动合同履行的概念

劳动合同的履行，是指劳动合同的双方当事人按照合同的约定，完成各自义务的行为。劳动合同履行的过程，是最显著地体现了劳动关系人身性和从属性（隶属性）特点的阶段。劳动关系当事人一旦经过平等自愿、协商一致签订劳动合同，就进入劳动合同履行过程，双方

之间就产生了命令与服从的关系。

## （二）劳动合同履行的原则

劳动合同**全面履行**原则，是指劳动合同的当事人按照合同规定和要求全面履行合同义务。当事人只有按照合同规定的时间、地点和要求履行全部义务，才能保证劳动合同产生的权利得以实现。劳动法上的全面履行原则包括实际履行、亲自履行和协作履行三个方面的内容。

**实际履行原则(标的)**：是指双方当事人按照劳动合同约定的工作岗位和工作任务开展劳动。

**亲自履行原则（主体）**：是指双方当事人亲自履行劳动合同约定的义务，不得由他人代为履行。

**协作履行原则（方式）**：是指双方当事人在履行劳动合同过程中相互配合、友好合作，并在遇到困难时相互理解和帮助。

【案例】柳某是某国有企业的职工，与该企业签订了无固定期限劳动合同。为严格劳动纪律，企业向所有职工发出通知，要求“每个职工必须按时上下班，如有违者，将按有关规定处理，绝不手软。”柳某接到通知后并不在乎，仍让有驾照的弟弟驾车替他为客户送货，有时在另外一家企业兼职，获得兼职收入。后来，企业发现了柳某请他人代自己上班的情况。经过调查，企业获得了柳某在一个月内在其弟替班送货 10 天的证据，按照该企业考勤制度的规定，作出了与柳某解除劳动合同的决定。柳某对企业的决定十分不满，两天后就向劳动争议仲裁委员会提出了仲裁申请。要求撤销企业以严重违纪为理由作出的解除劳动合同的决定，并支付解除劳动合同的经济补偿金 8000 元（相当于柳某四个月的工资），同时另支付违约金 10 万元。柳某的请求能够得到仲裁机构的支持吗？

【解析】不能。劳动合同是一种具有身份性质的合同，劳动者以外的其他人不能代劳动者完成劳动任务。劳动关系的人身性决定了劳动合同的专属性，即劳动者未经用人单位同意不得由第三人代为其向用人单位履行劳动义务。

在本案中，劳动合同的当事人是柳某和其所在的企业。劳动合同关系只能发生在柳某和其所在的企业之间。柳某无视其应遵守的劳动纪律和应亲自履行的劳动义务，擅自让自己的弟弟替自己完成送货的劳动义务，虽然每次当班都因请弟弟替班而未影响工作，但是，劳动关系是一种特定主体之间的关系，在实现劳动的过程中，相关的权利与义务只能由特定主体——劳动者本人亲自承担。柳某没有亲自履行劳动合同义务，违反了劳动合同的基本原则，属于违约行为。同时，柳某利用其弟代为工作期间到其他单位兼职从事第二职业，该行为也严重违反了其所在单位的规章制度。既然柳某的行为构成了该企业规章制度中所列明的严重违纪行为，那么，该企业完全可以依据上述《劳动法》第二十五条的规定，解除柳某的劳动合同。同时按照《劳动法》的有关规定，这种解除劳动合同是不需要向柳某支付任何经济补偿金的。另外，由于企业作出的与柳某解除劳动合同的决定完全是合法有效的，因此更谈不上支付柳某违约金的问题。

### •违反全面履行原则的救济

如果当事人违反全面履行原则，例如用人单位拖欠或者克扣劳动者的工资，就构成了劳动违法，依法应当承担法律责任。

劳动者可以：

- （1）依法向劳动保障行政部门的劳动保障监察机构进行**投诉**；
- （2）依法向劳动争议仲裁机构**申请仲裁**；
- （3）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，即人民法院经过书面审查即可督促用人单位限期履行义务。

【案例】梧江是某外企的白领，负责公司东北地区的营销工作，公司的薪酬制度规定，梧江的工资由基本工资、岗位工资和年终奖构成。2016 年度梧江有很好的业绩，按公司的薪酬制度规定梧江应得到 10 万元的年终奖。到了年底老板说，今年你是一支独秀，其他人都拿不到年终奖，照顾一下其他同事的感情年底先给你 2 万，等公司整体效益上去了再说。梧江很失望，我辛辛苦苦干了一年，就盼着年终奖，看来老板是不打算给我这 8 万元钱了，梧江咽不下这口气，请问根据《劳动合同法》的相关规定，梧江怎么办？

【解析】支付令在《民事诉讼法》第十七章督促程序中有明确的规定，是指人民法院根据债权人提出的要

求给付金钱或有价证券的申请，督促债务人限期履行义务的法律程序。《劳动合同法》首次引用支付令这一特殊的程序，目的是给劳动者提供一个更便捷的追索劳动报酬的途径，如果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。

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持。

本条规定的原条件，是指原劳动合同中除劳动合同期限以外的其他权利义务内容，包括劳动时间、工资报酬、奖金、福利待遇等，“以原条件继续履行”是指上述问题参照原劳动合同的约定执行。如果双方就继续履行的期限未协商或者协商不成，则应当根据劳动合同法等法律法规来认定

## 二、劳动合同的中止

### （一）劳动合同中止的界定

劳动合同的中止，是指在劳动合同履行过程中，因出现法定或约定事由，暂停履行劳动合同约定的主要义务，待该事由消除后恢复履行的情形。《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》没有引入劳动合同中止条款。

**狭义：**当事人暂停履行主要义务即劳动给付和劳动报酬的情形，例如参军服役期。

**广义：**当事人暂停履行劳动给付义务的情形，（1）不可抗力或意外事件（2）法定原因，例如孕期、产期、哺乳期、探亲假、年休假、医疗期、工伤停工留薪期等（3）约定原因，例如劳动者因私请假、停薪留职、被借调。

**【案例】**李某是某化工厂的工人，与所在单位签订有为期3年的劳动合同。2016年，正处于征兵年龄段中的李某，各项条件都符合有关规定，被当地征兵部门征召入伍。2017年1月，李某的家属收到了化工厂发来的信函，说由于李某已经应征入伍，将在几年之内不能正常履行劳动合同，考虑到双方签订合同时的情况已发生重大变化，所以单位决定与李某解除劳动合同，希望家属代理相关手续。李某家属将此事通知了李某，李某认为自己因履行国家兵役义务而无法正常履行劳动合同，应与其它不能履行劳动合同的情况相区别；而且自己愿意在服役期满后继续回单位履行劳动合同，单位在自己服役期未满时不应当解除劳动合同。于是委托家属与单位交涉，双方就此产生争议。请问该案如何处理？

**【解析】**本案的争议焦点是劳动者应征入伍期间用人单位是否可以解除劳动合同。应征入伍属于劳动合同履行期间发生特殊情况致使劳动合同无法正常履行，而特殊情况消失后双方仍有继续履行劳动合同的条件和可能的。对此《浙江省劳动合同办法》第30条第1款规定：“劳动者应征入伍或者履行其他法定义务的，劳动合同中止履行。劳动合同中止情形消失后，劳动合同继续履行，但法律、法规、规章另有规定的除外”。本案中，李某虽因应征入伍无法正常履行劳动合同，但其情况属于应当中止履行的情形，根据以上规定，化工厂不能以情况发生变化为由单方面解除劳动合同，双方应当中止现行劳动合同的履行，待李某服役期满后双方恢复履行原订劳动合同。

### （二）劳动合同中止的方式和事由

#### •劳动合同中止的方式

法定中止：出现法律规定的事由时，劳动合同中止

协议中止：出现当事人协商约定的事由时，劳动合同中止。

#### •劳动合同中止的事由

客观阻碍性：该事由客观上足以阻碍劳动合同的履行。

暂时性：该客观事由是暂时性、临时性的。

正当性：法律或当事人认可该事由。

**【案例】**张某为某物流公司员工，双方签订的劳动合同约定其从事跨省货品运送工作，月工资为5000元；物流公司于每月月底发送张某当月工资。受疫情影响，物流公司按照所在地区人民政府施行的防疫措施，自2020年2月3日起停工。2月底，张某发现公司未发工资，便询问公司人力资源部门，人力资源部门答复：因疫情属不可抗力，公司与你的劳动合同中止，2月停工你无需上班，公司也没有支付工资的义务。”张

某对此不理解，于3月初，通过互联网向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决物流公司支付2020年2月工资5000元。

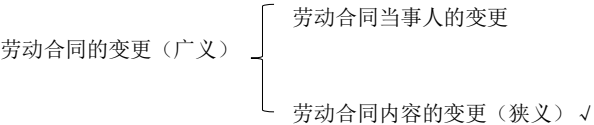
**【解析】**仲裁委员会裁决物流公司支付张某2020年2月工资5000元。物流公司不服仲裁裁决起诉，一审法院判决与仲裁裁决一致，物流公司未上诉，一审判决生效。本案的争议焦点是物流公司能否以不可抗力为由拒绝支付张某工资。劳动法未引入不可抗力免责条款，主要原因是劳动关系是一种从属性的不对等关系，不同于民事关系是两个平等主体之间的关系。最高人民法院《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》第二条规定：“人民法院审理涉疫情民事案件，要准确适用不可抗力的具体规定，严格把握适用条件。”人力资源社会保障部、最高人民法院等七部门《关于妥善处理涉疫情劳动关系有关问题的意见》(人社部发〔2020〕17号)第(一)条规定：“受疫情影响导致原劳动合同确实无法履行的，不得采取暂时停止履行劳动合同的做法，企业和劳动者协商一致，可依法变更劳动合同。”因此，**受疫情影响的民事合同主体可依法适用不可抗力条款，但劳动合同主体则不适用并不得因此中止履行劳动合同。**

**(三) 劳动合同中止的法律后果**

- 1、在劳动合同中止期间，双方暂停履行主要义务，仍然保留。
- 2、中止事由消失后，双方恢复履行主要义务。如果中止事由暂时性转化为长期性或永久性，如失踪者已被法院宣告失踪、宣告死亡的，劳动合同不能恢复履行，应依法解除或终止。

**三、劳动合同的变更**

劳动合同的变更，是指劳动合同双方当事人就已经订立的合同条款进行修改或者补充协议的法律行为。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**。(管理性规范)



劳动合同变更，从程序上可分为协议变更和单方变更；从内容上可分为实质性变更和非实质性变更；从引发事由上可分为情势变更和自然变更；从对劳动者的影响上，可分为有利变更和不利变更，不利变更如降薪、调岗、变换工作地点等。

**【案例】**朱某于2018年2月入职北京某餐饮公司任电梯工程师，税前工资6000元。公司因生产经营不善，在未同劳动者协商的情况下，于2018年5月将其工资降低至税前工资4800元，后该公司又以朱某不能胜任工作岗位为由，于2019年5月单方面决定将朱某由电梯工程师调为文员，仅书面通知朱某，双方没有进行劳动合同书面变更，并将工资由原先4800元降为3000元。朱某于2019年11月提出劳动仲裁，认为公司单方面变更劳动合同不符合法律，要求恢复原电梯工程师岗位。请问该案如何处理？

**【解析】**《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第43条规定了默示变更，即用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同，虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规且不违背公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。本条的适用前提是双方就变更劳动合同已经协商一致，如果仅是劳动者对降薪未持异议，实际上劳动者是对降薪保持消极沉默，用人单位没有证据证明其与劳动者就降薪进行协商的，这种沉默并不构成民法典第140条规定的意思表示，不能视为双方就变更劳动合同已经协商一致。

因此，应当从4个方面理解本条内容：一是用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同；二是协商一致可以是明示，也可以是默示；三是默示判断标准是变更的劳动合同已经实际履行超过一个月；四是变更后的劳动合同内容合法，不违反法律、行政法规以及公序良俗。在本案中，由于没有与朱某进行协商，所以朱某有权利要求恢复原电梯工程师岗位。

**《民法典》第140条** 行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

## （一）合同变更的原因

### 1. 当事人的原因

**用人单位：**生产转产，生产、工作任务变动劳动定额变动，生产设备及生产工艺更新，市场急剧变化引起严重亏损，或发生重大事故等。租赁经营（生产）、承包经营（生产）的企业，所有权并没有发生改变，法人名称未变，在与职工订立劳动合同时，该企业仍为用人单位一方。

**劳动者：**因学习掌握了新技术、新技能或因病部分丧失劳动能力要求调整工作岗位或职务，因家庭困难要求变换工作地点等。

《劳动法》、《劳动合同法》并非一概否定用人单位调岗的权利，如果工作岗位的调整确属生产经营所需要（**必要性**），没有通过调岗达到变相辞退劳动者的主观恶意（**正当性**），并且调岗前后工资待遇基本相当（**相称性**），应属于用人单位正当行使岗位调整权。《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的意见》第 42 条规定，用人单位调整劳动者工作岗位，一般应经劳动者同意，如没有变更劳动合同主要内容，或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需，且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的，劳动者有服从安排的义务。

【案例】2007 年 5 月，某公司资深策划杨华因怀孕而被公司调整为打扫厕所的清洁工，但月薪仍然保持 9000 元不变，此举令杨华极度气愤。但公司人事部门表示，这份机动职位工作应该说工作轻微，实际工作时间每天累计不到 3 小时，也便于杨华灵活请假，公司考虑到孕妇需要随时休息，劳动强度符合国家规定，更重要的是，公司给员工重新安排新岗位后并没有减少一分劳动报酬和福利。

### 2. 国家法律、法规修改

劳动合同中的部分条款与新颁布的法律、法规相抵触，如不修改就成为无效条款。如工时休假规定、劳动保护规定、最低工资标准规定、社会保险待遇标准规定等发生变化。

## （二）合同变更的对象

由于一定的主客观情况的变化，双方当事人可以根据有关法律、法规的规定，经过协商达成一致意见后，可以依法变更劳动合同，对原有劳动合同的部分条款和相关内容进行修改、补充。

### 1. 对原合同条款的修改调整

工作任务、劳动报酬、工作内容或工作期限的变更，如从以完成一定任务为期限变更为固定期限合同。

### 2. 增加原合同没有的新内容

如因工作岗位调整后新增加保守商业秘密条款等。

## （三）合同变更的条件

1. 医疗期变更：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，用人单位应当与劳动者协商后，另行安排适当的工作，并因此相应变更劳动合同的内容；

2. 不能胜任变更：劳动者不能胜任工作，用人单位应当对其进行培训或者调整其工作岗位，使劳动者 适应工作要求并相应变更劳动合同内容；

3. 情势变更：劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，用人单位 应当与劳动者协商，就变更劳动合同内容达成协议。

4. 转产变更：因企业转产、重大技术革新或者经营方式调整等企业内部经济情况发生变化的，用人单位应当与劳动者协商变更劳动合同。

## （四）合同变更的时限

劳动合同变更是在劳动合同已经依法生效，但尚未履行完毕期间发生的。如果合同期限届满双方就劳动合同的相关内容进行的协商，则属于劳动合同的续签问题。双方应当签订新的劳

动合同，不属于原劳动合同的变更。劳动合同经协商变更的内容自变更之日起生效，未变更的内容继续有效。

#### （五）合同变更的原则

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。

##### 1.平等自愿原则

当事人应当按照平等自愿的原则进行协商变更，任何一方不得将自己的意志凌驾于另一方。

##### 2.协商一致原则

在调整劳动者工作岗位、变更工作内容或其他合同事项时，应与劳动者协商一致。没有达成协议之前，不得单方面变更劳动合同内容。

【案例】张某与某服务公司建立劳动关系，并被公司安排至海淀区某餐厅担任厨师。后因与餐厅终止合作服务公司以岗位撤销为由将张某调入河北省某县工作，张某不同意调岗行为，未到新岗位上班，服务公司即以张某旷工为由与张某解除劳动合同，现张某起诉要求服务公司支付违法解除劳动合同赔偿金。请问该案如何处理？

【解析】用人单位如果因客观情况发生重大变化致使原合同无法履行，需要给劳动者调整工作岗位的，应综合考虑劳动者的个人意愿、交通便利度、工资待遇变化、社会评价等多种因素，尽量避免给劳动者带来较大的不利影响。法院经审理认为，服务公司在未与张某充分协商的情况下，将张某调至河北省，导致张某的工作地点发生重大变化，调岗行为欠妥。张某未到岗上班原因在于双方就调岗事项产生争议，不属于无故旷工，在此情形下，服务公司直接以旷工为由与张某解除劳动合同不符合法律规定，应当向张某支付违法解除劳动合同赔偿金

【案例】小王于2017年4月进入某网络科技有限公司工作，担任网络发展事业部品牌市场部策划一职，月薪3500元，本职工作基本都能完成。网络发展部部长觉得小王有点慢性子，什么事都得催着点，所以一直不欣赏小王，年底公司规定，各部门自行考核，部门主管认为工作不行的调整岗位直至辞退，部长考虑再三，对小王的评价是不能胜任工作，公司据此提出调整小王的工作岗位，降低了工资。小王不服，要求恢复岗位，补发工资。请问：公司的做法有道理吗？

【解析】双方在劳动合同对于岗位和工资都有明确的约定，双方应依约履行。如果调整一般经过双方书面协商一致才可以。用人单位单方调整必须具备不胜任工作或客观情况变化的前提，应该具备充分的证据佐证。在本案中该公司既没有相应的规章制度描述策划一职的具体职责，也没有相应的考评制度与标准，更没有调岗调薪程序性的规定，仅是部长一人的单一评价，据此认定不胜任工作缺乏公平合理性。在司法实践中，单一的领导对单一的下属的评价作为不胜任工作的依据是不被认可的。

##### •末位淘汰制的法律效力

用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金的，应予支持但劳动合同另有约定的除外。

用人单位的规章制度规定绩效考核等级，并规定考核末位淘汰的，用人单位不能据此单方解除与考核末位者的劳动关系。因为劳动者在用人单位绩效考核中居于末位等次，并不等同于“不能胜任工作”，不符合单方解除劳动合同的法定条件，用人单位不能据此单方解除劳动合同。

【案例】2017年年底，北京某食品销售公司董事长国外考察归来，为了实现产品销量增长的目标，更好的鼓励先进、鞭策后进，激发员工潜能，借鉴国外的某公司经验，欲在公司推行“末位淘汰制”，于是召开相关会议，并修改了相应的规章制度，主要内容是：从2018年开始，每季度按照销售量、服务质量等标准进行全体员工的考评、打分，然后按最终分数进行大排名，各部门排名最末尾的一名员工被辞退。“末位淘汰制”启动后，对于改善公司销售量确实起到了积极作用，各部门员工都积极紧张的各显其能。小杨一向销售业绩不错，但赶上本季度部门其他同事业绩更好，总排名还是被排在了最后。4月初小杨接到了单位的解除劳动合同关系通知书，感觉很委屈，但又觉得很无奈。请问：公司的做法有道理吗？

**【解析】**本案中，公司以小杨季度排名排在末尾为由解除劳动合同，是违法的，小杨有权通过合法途径要求公司撤销解除劳动合同。

劳动合同是用人单位与劳动者经过平等协商后签订的，一经签订即产生法律效力，无法定或约定原因单方是不能随意解除劳动合同的。即使对不能胜任工作的劳动者，用人单位也应在证明其不能胜任后，对劳动者进行培训或调整其岗位，仍不能胜任工作的才能依法解除劳动合同。因为排在末位的劳动者不一定是不能胜任工作的，所以不能将“末位淘汰制”与“不能胜任工作”混为一谈。“不能胜任工作”需要企业有量化的明确的标准，末位淘汰的标准显然不符合要求。由此可见，“末位淘汰制”虽然一定程度上有利于企业发展，但是不能作为不胜任工作的依据，以此方式淘汰员工在司法实践中是不被认可的。

#### 四、劳动合同的承继

劳动合同的承继，是指劳动者与原用人单位的劳动合同由与原用人单位有承继关系的新用人单位继续履行的情形。

如果用人单位变更名称、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。但是，如果用人单位发生合并或者分立等情况，则会发生用人单位主体资格改变的问题。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。（法定承继主义）

•用人单位的合并可分为：

- (1) 新设合并：原用人单位与其他法人或组织联合成为一个新的法人或其他组织；
- (2) 吸收合并：原用人单位被撤销后，其权利和义务转移给另一个法人或者其他组织。

•用人单位的分立可分为：

- (1) 新设分立：原用人单位分解为两个以上的用人单位，原用人单位随之终止；
- (2) 存续分立：原用人单位分出一部分财产设立新的用人单位，而原用人单位并未终止

**【案例】**潘江是某人力资源公司的业务主管，在该单位工作了9年，经验丰富，2005年底与公司签了五年期限的劳动合同，约定岗位为业务主管。2007年底公司原法定代表人去美国定居，公司法定代表人变更为陈强，陈强素与潘江不和，新领导陈强上任后不同意潘江继续担任业务主管的职务，因业务部是公司所有客户的服务中心，掌握公司的经济命脉，所以决定新设立一个拓展部，提出让潘江做拓展部主管，负责开拓新客户。潘江不同意称，我的合同还没到期呢，我要求按原劳动合同履行，继续担任业务主管职务。而新领导称，你的劳动合同是原法定代表人签订的，法定代表人变更后就没有法律效力了。双方产生争议，请问原劳动合同是否仍然有效？

**【解析】**根据《民法通则》的规定，法人是依法成立独立享有民事权利和承担民事义务的组织，法定代表人是代表法人行使职权的负责人，法定代表人的职务行为属于法人的行为，其一切法律后果由法人承担。

原劳动部1996年颁布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》中明确指出，企业法定代表人的变更，不影响劳动合同的履行，用人单位和劳动者不需因此重新签订劳动合同。《劳动合同法》第33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。

因此，只要用人单位的法人资格不变，无论法定代表人如何变更，用人单位必须履行原订立合同的全部义务。本案中潘江与人力资源公司原法定代表人签订的劳动合同仍然有效，应当继续履行，否则就属于违约行为，应承担相应的违约责任。

**【案例】**华某某自2015年11月起进入上海获特满饮料有限公司（简称获特满公司）工作。2020年12月，雀巢饮用水公司和获特满公司有关业务进行整合合并。两公司联合发出《劳动合同变更通知书》，要求劳动关系变更为雀巢饮用水公司。后华某某按约与雀巢饮用水公司签订了日期从2021年1月1日起的无固定期限的劳动合同。2020年12月30日，因获特满公司要求其签署的离职流程表等内容与之前的劳动合同变更通知书内容不一致，双方发生争议。2021年1月31日，雀巢饮用水公司发出解除劳动合同通知书，华某某认为该通知书内容与事实不符，并于2021年11月26日起诉至上海市浦东新区人民法院。请问该案如何处理？

**【解析】**一审法院认为，在2021年1月华某某因劳动关系变更的劳动合同效力等问题与雀巢饮用水公司发

生争议，雀巢饮用水公司对此未向华某某作出明确答复，又未明确要求华某某正常上班的情形下认定华某某 2021 年 1 月末至雀巢饮用水公司处出勤上班系旷工的严重违纪行为，过于严苛。判决上海雀巢饮用水有限公司于判决生效之日起十日内支付华某某违法解除劳动合同赔偿金人民币 37,732.31 元雀巢饮用水公司不服向上海市第一中级人民法院提起上诉。上海市第一中级人民法院二审认为，由于雀巢饮用水公司与华某某之间并未发生实际用工雀巢饮用水公司与华某某之间并未建立劳动关系判决驳回华某某要求上海雀巢饮用水有限公司支付违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求。

上海市人民检察院抗诉认为，首先，根据雀巢饮用水公司和获特满公司的《劳动合同变更通知书》，华某某原在获特满公司的权利义务均由雀巢饮用水公司承继。其次，华某某未至雀巢饮用水公司工作事出有因，雀巢饮用水公司以华某某严重违纪为由单方解除劳动合同，缺乏事实和法律依据。再审法院认为，首先，雀巢饮用水公司和获特满公司系关联企业，《劳动合同变更通知书》明确将获特满公司瓶装水部门员工转由雀巢饮用水公司雇佣。因此，华某某原在获特满公司劳动关系已由雀巢饮用水公司承继。其次雀巢饮用水公司在原一、二审过程中均未否认华某某系该公司员工的身份关系。判决一、撤销上海市第一中级人民法院民事判决;二、维持上海市浦东新区人民法院民事判决。

第四节、劳动合同的解除和终止

一、劳动合同解除和终止的概念

劳动合同解除，是指劳动合同签订后，尚未履行完毕之前，由于一定事由的出现，提前结束劳动合同的法律行为。劳动合同的解除，只对未履行的部分发挥效力，不涉及已履行的部分。

劳动合同终止，是指劳动合同因法定事由的出现而失去法律效力

**相同点：**劳动合同终止与解除的结果都是**劳动关系的结束**，双方当事人之间相对于该劳动合同而形成的责任、权利和义务应随之消灭。

**不同点：**（1）**性质不同：**解除是劳动合同关系的**提前结束**；终止则是劳动合同关系的自然结束。（2）**意思表示不同：**解除要求当事人有**提前消灭劳动关系的意思表示**；终止不需要当事人有结束劳动合同的意思表示。（3）**条件不同。**解除中约定条件是**协商一致**，法定条件主要是一些**违法违纪**等行为；终止中约定条件是合同期满，法定条件是劳动者和用人单位**主体资格的消灭**。

二、劳动合同的解除

（一）劳动合同解除的方式

按照解除方式不同，劳动合同解除可分为协议解除和单方解除。

协议解除：又称合意解除，是指用人单位与劳动者在完全自愿的情况下，互相协商提前终止劳动合同的效力。

单方解除：是指在具备法律规定的条件时，当事人一方通过行使解除权而解除劳动合同。劳动合同解除权属于形成权范畴。

劳动合同协议解除的条件：（1）存在依法订立的有效劳动合同（2）解除的劳动合同正在履行；（3）双方协商一致。用人单位提出解除劳动合同的，应依法向劳动者支付经济补偿金。

劳动合同解除的类型

双方协商解除劳动合同		【第三十六条】（合同自由）	
单方解除劳动合同	劳动者单方解除（辞职）	预告辞职【第三十七条】（基本人权）	
		即时辞职【第三十八条】（单位过错）	
	用人单位单方解除（辞退）	即时辞退【第三十九条】（员工过错）	
		预告辞退【第四十条】（企业发展权）	
		经济性裁员【第四十一条】（企业发展权）	

## （二）劳动者单方解除（辞职）

### 1. 预告辞职

预告辞职，也称为预告解除，是指劳动者不需要任何理由，只需要提前一定期限告知用人单位即可解除劳动合同。

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

（1）**预告期：**30 日、3 日（试用期）

（2）**通知形式：**书面形式、任何形式（试用期）

**解除成本：**单位无需支付经济补偿金

**【案例】**黄微是清华大学的高才生，为了能够留在北京，毕业时联系了一家能落户的国企，单位与黄微签订无固定期限的劳动合同，黄微在单位从事研发工作。黄微工作认真负责，领导也很认可，可就是国企给的待遇太低了。2018 年春节同学聚会，看见同学们两三年的光景都很小资，有买大房子的，有开着跑车来的，唯独自己还是一无所有，还是上学时一个拉杆箱几条牛仔裤的水平，黄微心里也很不是滋味。席间几个好友也纷纷说，当年你可是咱班的尖子生，跳槽吧，外面的世界很精彩，黄微说我很无奈，我和单位签的是固定期限的劳动合同，单位是不会放我走的，我的户口还在单位手里呢？请问，黄微辞职需要单位同意吗？

**【解析】**《劳动法》第三十一条和《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者解除劳动合同，应当提前三十天以书面形式通知用人单位。上述规定实际上赋予了劳动者无限辞职权，它意味着：任何一个劳动者，不需要举出任何法定理由，不以用人单位存在过错为前提，均可以辞职的形式单方面解除劳动合同。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 32 条更明确地规定：按照劳动法第 31 条的规定，劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。超过三十日，劳动者可以向用人单位提出办理解除劳动合同手续，用人单位予以办理。如果劳动者违法解除劳动合同给原用人单位造成经济损失，应当承担赔偿责任。据此，黄微只要提前 30 日以书面形式通知单位，30 天满就有权离开，要求单位办理解除劳动合同手续。

劳动者在解除劳动合同时，只有预先通知用人单位并遵守通知期限和形式的规定，才能保证解除劳动合同的合法性，保证劳动合同的正常、有效的解除，才会使劳动合同的解除受到法律的保护。

•**劳动者履行通知义务的证明：**书面通知用人单位劳动人事部门、办公室或董事长办公室；如果用人单位拒绝签收书面通知，劳动者可以用挂号信、邮政速递或其他快递等形式邮寄给用人单位，保留挂号信或快递回执；劳动者也可以采用证人证言的方式证明其已经将书面解除劳动合同的通知送达给了用人单位。

劳动者在解除劳动合同时，应预先通知用人单位并遵守通知期限和形式的规定。如果违反《劳动法》、《劳动合同法》解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

**赔偿的范围：**

(1) 用人单位招收录用其所支付的费用

(2) 用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理；

(3) 对生产、经营和工作造成的直接经济损失例如，飞行员未按法定要求突然辞职，导致航班取消、乘客退票，航空公司可以要求其承担赔偿责任

(4) 劳动合同约定的其他赔偿费用

(浙江省)劳动合同一方依法提前通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前其可否单方撤销解除通知？

答：劳动合同一方依法提前三十日书面通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前，提出解除的一方无权单方撤销解除通知。劳动者提前三十日书面提出解除劳动合同，但三十日到期后，劳动者继续在用人单位工作，用人单位未表示异议的，双方劳动关系状况如何认定？

答：劳动者提前三十日提出解除劳动合同，但三十日到期后，劳动者继续在用人单位工作，且用人单位未

表示异议的，一般可视同继续履行。

## 2.即时辞职

即时辞职，又称为被迫辞职、随时解除、推定解雇，是指当法律规定的情形出现时，一般是在用人单位存在过错的情况下，劳动者无须向用人单位预先告知就可以随时解除劳动合同。

### （1）劳动者的特别解除权

特别解除权是劳动者无条件单方解除劳动合同的权利。

- ①存在正式的劳动关系
- ②用人单位存在法律规定的过错
- ③劳动者行使解除权的时候可以不受提前通知的限制。

### 第三十八条用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- ①未提供劳动条件：未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的
  - ②未支付报酬：未及时足额支付劳动报酬的；
  - ③未缴纳社保：未依法为劳动者缴纳社会保险费的
  - ④规章制度违法：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无效合同：用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，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（随时通知辞职，以上六项皆是）
- 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。（无须通知辞职）

### ①未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的

劳动保护和劳动条件是指在劳动合同中约定的用人单位对劳动者所从事的劳动必须提供的生产、工作条件和劳动安全卫生保护措施。

### ②未及时足额支付劳动报酬的

如果未及时支付加班费的原因是因为双方对加班时间、计算标准存在争议，一时无法达成一致所致，不应认定为用人单位未及时足额支付加班费。

### ③未依法为劳动者缴纳社会保险费的

现实中，未依法缴纳社会保险费的原因比较复杂，除用人单位故意不缴纳外，也存在社保制度原因导致无法缴纳等情况，例如异地接续，不应一概而论。

### 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

用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

**【案例】**小金毕业后应聘到一家计算机软件公司，公司刚成立不久，规模也比较小，只有十几个人。公司的老板开会说，咱们公司就不办社保了，手续太繁琐，你们都年轻一时半会儿也用不上，2017年咱们努力多挣点钱，年底给大家分最实惠。就这样小金干了一年，到了年底老板没少挣，给大家的就那么一点点，小金决定2018年不干了，可是要是主动辞职连补偿金也没有，太亏了。请问如果你是律师能给他什么建议？

**【解析】**《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。社会保险，是国家通过立法建立的，对劳动者在其生、老、病、失业、工伤等发生困难时，给予物质帮助的制度，是法定的强制性义务，用人单位必须依法缴纳。根据社会保险相关法律规定，用人单位应为劳动者缴纳基本养老保险、基本医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险五项保险，不缴纳的，或缴纳不全的，劳动者可以随时解除劳动合同。《劳动合同法》第三十八条规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以随时解除劳动合同，无须承担任何责任。同时《劳动合同法》第四十六条规定，劳动者依照本法第三十八条解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。经济补偿按照劳动者在本单位实际工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付其中，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。本案中，小金可以因单位未缴纳社保提出被迫辞职，还可以要求单位支付补偿金。

（2）即时辞职的法律后果

- ①劳动者不需要承担违约责任和赔偿责任
- ②劳动者应当遵循诚实信用原则办理工作交接手续
- ③用人单位支付劳动者相应工资报酬，补缴拖欠社会保险费
- ④用人单位需履行后合同义务，为劳动者办理劳动合同的解除手续、社会保险的转移手续等
- ⑤ 用人单位向劳动者支付经济补偿金。

如果人民法院经审查不符合该情形的，因劳动者的解除行为属于事实行为，劳动关系自劳动者提出时解除。因劳动者违法解除，用人单位无须向劳动者支付经济补偿金。给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

（三）用人单位单方解除（辞退）

用人单位单方解除，又称辞退，是指用人单位由于某种原因与职工解除劳动合同的一种强制措施。

1.即时辞退

即时辞退，又称过失性解雇，是指在劳动者存在一定过失的条件下，用人单位无须预告或无须支付代预告金即可随时解除劳动合同。

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，致使劳动合同无效的
- ⑥被依法追究刑事责任的。

类型	解除条件分解	关键问题	程序	限制	成本
试用不合格	1、在试用期内 2、不符合录用条件	录用条件的明确			
严重违纪	1、存在规章制度 2、严重违反规章制度，按规定可以辞退	严重违纪的界定	1、通知本人		
严重失职	1、严重失职，营私舞弊 2、造成重大损害	重大损害的界定	2、通知工会（若无工会，则不需此程序）	无	不需要支付经济补偿金
兼职	对完成本单位的工作造成严重影响或单位提出，拒不改正的	严重影响或提出异议			
无效合同	欺诈、胁迫、乘人之危				
刑事责任	被追究刑事责任	刑事责任范围			

（1）劳动者过失性行为的认定

①适用不合格，即劳动者在试用期间被证明不符合录用条件

- 第一，用人单位招聘该劳动者时，有明确的文字记载的录用条件；
- 第二，劳动者各方面的表现与录用条件的要求不相符合；

第三，用人单位必须提供确凿的证据证明劳动者不符合录用条件。

## ②严重违纪，即劳动者有严重违反用人单位的规章制度的

第一，规章制度符合法律、法规规定；

第二，劳动者“严重”违反规章制度；

第三，用人单位根据法律和规章制度规定的程序处理。

【案例】某五星级大酒店的门童因自家拆迁而烦恼，昨天晚上家里刚被人砸碎了玻璃，第二天昏昏沉沉的到了酒店，不知是那根神经错乱，在五星级酒店的大门上用红笔画了一个若大的“拆”字。恰巧经理从此路过，非常气愤，认为严重影响了酒店的形象，交代人力资源管理部门一定要辞退该门童，酒店依据该门童的行为作出了解除劳动关系的决定。该门童不服申请劳动仲裁要求撤销该决定，在审理中，该门童承认其行为不当，但认为规章制度中并没有相关规定，所以，酒店解除合同的行为没有依据。在该酒店的规章制度中“乱图乱画”属于轻过失，并规定两次轻过失才可以解除。据此，仲裁委裁决撤销酒店的解除劳动关系的。

【解析】《劳动法》和《劳动合同法》均规定，严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。是否违纪，应当以劳动者本人有义务遵循的劳动纪律及用人单位规章制度为准，其范围既包括全体劳动者都有义务遵循者，也包括劳动者本人依其职务、岗位有义务遵循者。违纪是否严重，一般应当以劳动法规所规定的限度和用人单位内部劳动规则依此限度所规定的具体界限为准。法律法规不可能也无法详细作规定，因为各行各业各用人单位的情况均不同，所以如何界定“严重违纪”完全依据内部规章制度的规定。但如果根本就没有规章制度或者规章制度对该违纪情形未作规定，就无法对违纪职工进行处理。因员工严重违反劳动纪律或规章制度而解除劳动合同关系的，必须要有明确的、合法的规章制度作为解除的依据。需要说明的是，违反规章制度是否严重，由用人单位判断，但应符合本单位一般职工的判断。

## ③严重失职，即劳动者严重失职、营私舞弊，给用人单位造成重大损害的

这里包括两种情况：一是劳动者严重失职，给用人单位造成重大损害；二是劳动者营私舞弊，给用人单位造成重大损害。

“重大损害”的标准并没有全国性的统一解释，一般由用人单位的规章制度加以确定，并且要求规章制度的规定应当明确、合法。

【案例】一家大型中外合资企业一位流水线上的员工，因为要求增加过节补贴的问题和单位领导发生争议。由于一时情绪难以控制，该员工将流水线上的关键生产设备拆下并藏匿起来，致整条生产线停工一天，单位无法按时交货，不得不承担延迟交货的违约金5万元。企业当即决定解除与该名员工的劳动合同关系，员工不服，提起了劳动争议仲裁申请。仲裁过程中，单位提供了经员工签字认可的《员工手册》：在违纪行为这一章中，包括了破坏生产设备等情形。更关键的是，《员工手册》也同时明确规定了关于“严重”违反劳动纪律或规章制度的标准，即对公司造成直接经济损失达到3万元及以上者为“重大损失”。由此，案件就变得非常明朗了：企业为其解除劳动合同的行为提供了充分合法的依据，履行了完整的举证义务，员工的诉讼请求被劳动争议仲裁委员会依法驳回。

【解析】《劳动法》第二十五条和《劳动合同法》第三十九条规定，严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损失，用人单位可以解除劳动合同。如何衡量“重大损失”，因为各行各业各用人单位的情况均不同，所以完全依据内部规章制度的规定一般应当以劳动法规所规定的限度和用人单位内部劳动规则依此限度所规定的具体界限为准。法律赋予了用人单位自主权，即用人单位可以在规章制度中对重大损失作出界定。如果用人单位没有对什么是重大损失作出内部规定的话，就不能以造成重大损失为由解除劳动合同。在上述案例中，正是因为单位的规章制度对于何为“重大损失”作了界定，才使得用人单位能够拿出充分的依据来证明自己解除劳动合同关系的行为是合法有效的。

## ④兼职，即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

这里包含两种情况：一是劳动者兼职对完成本单位的工作任务造成严重影响；二是劳动者兼职经用人单位提出，拒不改正。

另外,如果用人单位和劳动者在劳动合同中约定或者依法制定的规章制度规定,劳动者从事兼职工作,属于严重违反用人单位的规章制度的行为,那么应当尊重当事人的意思,即劳动者兼职的,用人单位可以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同。

#### ⑤因劳动者原因导致劳动合同无效【无效合同】

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,致使劳动合同无效的。

【案例】A公司招用李某为总工程师并签有3年期劳动合同,从2014年3月1日至2017年3月1日。期间,李某又兼职与B公司建立了劳动关系。A公司了解这一情况后提出目前A公司的业务也很忙,你就不要到别的公司兼职了。事后李某仍偷偷地去B公司帮忙,而就在李某去帮忙的这几天,刚好A公司产品质量也发生了问题,A公司跟李某多次联系均联系不上,由此造成A公司产品大量报废和严重的经济损失。2016年1月10日A公司提出与李某提前解除劳动合同,并要求李某承担A公司的经济损失,同时要求B公司承担连带赔偿责任。李某对此不服。公司可以解除兼职人员的劳动合同吗?

【解析】劳动合同的特点之一是劳动合同必须由劳动合同当事人亲自履行,权利义务不得转让或授权第三方。一般情况下,在常年性工作岗位工作的劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,必然影响劳动合同的正常履行,因为人的时间和精力是有限的。根据《劳动合同法》第三十九条规定,劳动者同时与其它用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的,用人单位可以解除劳动合同。鉴于此,A公司作出与李某解除劳动合同的决定是符合《劳动合同法》规定的。A公司还可按照《劳动合同法》第九十一条规定,要求B公司承担连带赔偿责任。

#### ⑥刑事责任

即劳动者被依法追究刑事责任。“被依法追究刑事责任”是指:被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处有期徒刑的、被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处罚的。劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的,用人单位可以解除劳动合同。

免于起诉、(现已取消,纳入不起诉范畴)。人民检察院根据《刑事诉讼法》第一百七十七条第二款规定作出不起诉决定的,不属于《劳动法》第二十五条第(四)项规定的被依法追究刑事责任的情形。《刑法》第三十七条规定,对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚

(劳动者被采取刑事强制措施,不属于“被依法追究刑事责任”的情形)劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的,用人单位在劳动者被限制人身自由期间,可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的,暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失,可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。职工于《国家赔偿法》实施以前被判犯罪,后经司法机关改判无罪的,如企业仅因其被判刑而解除劳动关系的,企业应恢复与该职工的劳动关系,并按照有关规定,恢复其原工资待遇,并补发在押期间的工资。

#### (2)即时辞退的法律后果

- ①用人单位不需要向劳动者支付经济补偿金
- ②在符合法律规定的情况下,劳动者还要承担一定的赔偿责任
- ③在符合法律规定的情况下,劳动者还要承担一定的违约金。

#### 2.预告辞退

预告辞退,又称为无过失辞退、非过失性解雇,是指在劳动者没有主观过错的情况下,用人单位依法解除劳动合同的情形。

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。

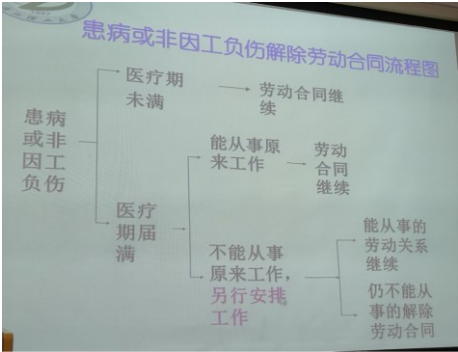
类型	解除条件	程序	限制	后果
医疗期满解除	1、医疗期满 2、不能从事原工作，也不能从事另行安排的工作	1、提前30日通知本人或支付1个月工资代通知金	第42条规定的6种人不能解除合同	需要支付经济补偿金
不能胜任解除	1、不能胜任工作 2、经过培训或者调岗仍不能胜任工作	2、通知工会		
情势变更解除	1、客观情况发生重大变化，使原合同无法履行 2、无法对变更合同达成协议			

（1）客观情况的认定

这里的客观情况既包括用人单位的客观情况，也包括劳动者自身的原因。

①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

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。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，给予三个月到二十四个月的医疗期。



总工作年限		医疗期	
10年以下	本单位工作年限	医疗期	计算周期
	5年以下	3个月	6个月
	5年以上	6个月	12个月
	5年以下	6个月	12个月
10年以上	5年以上10年以下	9个月	15个月
	10年以上15年以下	12个月	18个月
	15年以上20年以下	18个月	24个月
	20年以上	24个月	30个月

医疗期中“月”的天数：  
原劳动部的规定一月为30天，包括国家的法定节假日和休息日。

【案例】佟某于2010年9月到某物流有限公司工作。2021年9月1日，佟某因患病开始休病假，医疗期至2022年8月30日，医疗期满后用人单位多次通知佟某返岗上班，佟某因身体原因不能上班，并连续提供病休诊断至2022年11月，用人单位接收了病假条且未提出异议。2022年11月1日，用人单位向佟某邮寄解除劳动合同通知书，解除原因为佟某医疗期满，多次通知佟某返岗报到并沟通调岗事宜，但佟某一直未报到，用人单位依据单位员工手册以佟某旷工为由解除劳动合同且不予支付经济补偿。佟某于2022年11月3日到劳动人事争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁，要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金。请问医疗期满后劳动者继续休病假，用人单位以劳动者旷工为由解除劳动合同是否合理？

【解析】本案中，虽然2022年8月30日佟某医疗期已满，但其提供了病休诊断书，用人单位也收到病休诊断书且并未提出异议，可以视为佟某系病假，而用人单位明知佟某患病无法到岗的情况下，将其休病假行为视为旷工显然不合理，用人单位于2022年11月1日以佟某旷工为由的解除行为不符合法律规定。如用人单位想与佟某解除劳动合同，应依据劳动合同法第四十条的规定解除劳动合同，并根据佟某的工作年限支付佟某经济补偿金。综上所述，仲裁委对劳动者的仲裁请求予以支持。

【案例】张某于2011年8月应聘到四川内江A公司从事保安工作，签订了三年期劳动合同，期限为2011年8月1日至2014年7月31日。2014年1月，公司安排全部职工身体健康检查时，张某查出患有乙肝（小三阳），公司担心传染，便依法给予3个月医疗期并按月发放张某的基本工资（不低于当地最低工资的80%）到2014年4月30日医疗期满后，公司仍担心乙肝会在公司内传染，2014年5月1日，A公司以张某有乙肝传染病影响公司生产经营为由解除了与张某的劳动合同。同时，将解除劳动合同通知书送达张某。张某在解除劳动合同前月平均工资为1800元，A公司依法支付了张某经济补偿5400元。但张某领取经济补偿后，认为A公司以此理由解除劳动合同是歧视行为，且他的乙肝（小三阳）经治疗后有好转，无传染性，随即要求A公司恢复劳动关系。之后，张某与A公司反复协商无果，他发现单位与李某已签订劳动合同，顶替了他的工作岗位。在确认无法恢复劳动关系后，于2014年5月4日张某提请劳动仲裁，请求裁决A公司支付违法解除劳动合同双倍经济补偿即赔偿金10800元和解除劳动合同后的医疗补助费10800元。

【解析】仲裁委受理后，经查实A公司存在违法解除劳动合同的情形，也存在A公司已支付张某一倍经济补偿5400元的事实。仲裁委对双方当事人释明相关政策法规的基础上，进行了开庭前调解。最后，成功调解：即通过A公司补足另一倍经济补偿5400元以及支付10000元的医疗补助费给张某作为违法解除劳动合同的补偿而圆满结案。

本案涉及两个问题，一是医疗期的规定问题；二是患病职工劳动合同解除的问题。第一，在本案例中，职工患病，公司给予医疗期，这是正确的。依据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》，张某实际工作年限8年，在A公司工作5年以下，医疗期为3个月，A公司给予的医疗期是正确的。第二，医疗期满后，如果单位拟解除劳动合同，其依据是《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;”。如果不能再从事原工作或另行安排的其他工作,则单位可以解除与其的劳动合同,同时支付经济补偿及医疗补助费。在本案中,张某医疗期满后,A公司未依法安排张某从事原工作或另行安排其他工作,也未提前三十日以书面形式通知本人解除劳动合同,由于A公司存在违反《劳动合同法》第四十条的规定程序,故仲裁委通过调解,支持了张某的诉求。

## ②不能胜任工作,经过培训或者调整工作评位,仍不能胜任工作(两次不能胜任解雇)

“不能胜任工作”,是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。需要注意的是,用人单位不能随意调动劳动者工作岗位或者提高工作强度,借口劳动者不能胜任工作而解除劳动合同。这里的“不能胜任工作”仅限于可归责于客观原因造成劳动者不能胜任工作,既包括用人单位的原因,也包括劳动者自身的原因两个方面。用人单位的原因是指由于市场条件、国际竞争、技术革新等原因而采取更高的考核标准或者采取更高、更先进的技术导致劳动者不能胜任工作。劳动者的客观原因主要是劳动者因年龄导致身体健康状况不能适应用人单位的工作要求。

**末位淘汰制的法律效力:**用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由,请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金的,应予支持;但劳动合同另有约定的除外。

用人单位的规章制度规定绩效考核等级,并规定考核末位淘汰的,用人单位不能据此单方解除与考核末位者的劳动关系。因为劳动者在用人单位绩效考核中居于末位等次,并不等同于“不能胜任工作”,不符合单方解除劳动合同的法定条件,用人单位不能据此单方解除劳动合同。

## 引申问题:末位淘汰制可否用于调整岗位或工资待遇?

用人单位依据末位淘汰制对员工实行奖优惩劣,对排名靠后的员工采取调岗调薪等措施,是企业经营自主权的重要内容,只要该调岗调薪行为是基于企业生产经营管理的合理需要,且不违反法律规定和单位依法制定的规章制度,劳动者主张该调岗调薪行为违法的,人民法院不予支持。

**【案例】**2005年7月,被告王鹏进入原告中兴通讯(杭州)有限责任公司(以下简称中兴通讯)工作,劳动合同约定王鹏从事销售工作,基本工资每月3840元。该公司的《员工绩效管理办法》规定:员工半年、年度绩效考核分别为S、A、C1、C2四个等级,分别代表优秀、良好、价值观不符、业绩待改进;S、A、C(C1、C2)等级的比例分别为20%、70%、10%;不胜任工作原则上考核为C2。王鹏原在该公司分销科从事销售工作,2009年1月后因分销科解散等原因,转岗至华东区从事销售工作。2008年下半年、2009年上半年及2010年下半年,王鹏的考核结果均为C2。中兴通讯认为,王鹏不能胜任工作,经转岗后,仍不能胜任工作,故在支付了部分经济补偿金的情况下解除了劳动合同。2011年7月27日,王鹏提起劳动仲裁。同年10月8日,仲裁委作出裁决:中兴通讯支付王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额36596.28元。中兴通讯认为其不存在违法解除劳动合同的行为,故于同年11月1日诉至法院,请求判令不予支付解除劳动合同赔偿金余额。

**【解析】**法院生效裁判认为:《劳动法》《劳动合同法》对用人单位单方解除劳动合同的条件进行了明确限定。原告中兴通讯以被告王鹏不胜任工作,经转岗后仍不胜任工作为由,解除劳动合同,对此应负举证责任。根据《员工绩效管理办法》的规定,“C(C1、C2)考核等级的比例为10%,虽然王鹏曾经考核结果为C2,但是C2等级并不完全等同于“不能胜任工作”,中兴通讯仅凭该限定考核等级比例的考核结果,不能证明劳动者不能胜任工作,不符合据此单方解除劳动合同的法定条件。虽然2009年1月王鹏从分销科转岗,但是转岗前后均从事销售工作,并存在分销科解散导致王鹏转岗这一根本原因,故不能证明王鹏系因不能胜任工作而转岗。因此,中兴通讯主张王鹏不胜任工作,经转岗后仍然不胜任工作的依据不足,存在违法解除劳动合同的情形,应当依法向王鹏支付经济补偿标准二倍的赔偿金。浙江省杭州市滨江区人民法院于2011年12月6日作出(2011)杭滨民初字第885号民事判决:原告中兴通讯(杭州)有限责任公司于本

判决生效之日起十五日内一次性支付被告王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额 36596.28 元。

### ③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（解除员工的“万金油”条款）

**第一，客观情况发生重大变化。**本项规定是情势变更原则在劳动合同中的体现。这里的“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等使原劳动合同不能履行或不必要履行的情况。需要注意的是，企业的经济滑坡是不属于“客观情况发生重大变化”的，因为任何企业的经济效益都是在随时发生变化的，一般的经济增长或滑坡应属正常情况，不能被看做是“客观情况发生重大变化”。（解雇理由：客观性）

**情事变更，**又称情势变更，是指合同有效成立后、履行完毕前，因不可归责于双方当事人的事由发生重大变化而使合同的基础动摇或者丧失若继续维持合同会显失公平，因此允许变更合同内容或解除合同的原则。

合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。（《民法典》第 533 条）（三性：时间特定性、变化的不可预见性和基础事实的客观性）

**第二，用人单位应与劳动者协商。**如果用人单位没有履行协商变更程序，就构成违法解除，需要支付双倍法定经济补偿金或者接受员工回来工作。用人单位需要保留协商过程的证据，如协商变更通知书、与员工的沟通信函、新职位的职责描述、以及员工拒绝新职位的书面记录等。（解雇程序：协商性）

**【案例】**2018 年 6 月 1 日至 2019 年 6 月 1 日，吴某被某人力资源公司派到到铁路集团某分公司。2020 年 5 月 29 日，某人力资源公司召集包括吴某在内的部分员工开座，告知：1、公司目前经营出现严重困难；2、为妥善安置员工，公司决定从 2020 年 5 月 29 日起将部分员工调至泸州营业部。包括吴某在内的到会员工在签到表上签字，同时发放了《员工调岗通知》，载明：因铁路集团某分公司归连营业部业务量下滑，经公司研究决定，将吴某在内的部分员工调岗至泸州营业部，务必于 2020 年 6 月 1 日前报到，否则铁路集团某分公司认定为旷工。吴某在通知上签字但明确注明不同意。同日某人力资源公司出具并向吴某邮寄了《解除劳动合同通知书》日鉴于吴某不同意调岗，公司决定 2020 年 5 月 29 日解除劳动合同。

**【解析】**一、二审法院认为，某人力资源公司主张因生产经营不景气导致业务下滑，需要对吴某的岗位进行调整，但并未提供证据证明。即使某人力资源公司主张的事实客观存在，但在双方未能就变更劳动合同内容达成一致的情况下，某人力资源公司解除劳动关系应提前 30 日书面告知吴某或者额外支付一个月工资。某人力资源公司于 2020 年 5 月 29 日告知吴某调岗一事，未能协商一致，某人力资源公司于当日就解除与吴某的劳动关系，系违法解除，某人力资源公司应向吴某支付赔偿金。

#### （2）代通知金

代通知金又称预告金，是指用人单位在解除劳动合同时，如果没有依法提前一个月通知的，应当支付劳动者一个月工资作为替代。

##### ①代通知金的适用情形

用人单位未提前 30 日以书面形式通知劳动者本人的，需要支付 1 个月工资的代通知金。

##### ②代通知金的标准

用人单位依照劳动合同法第四十条的规定，选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的，其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。

### 3.经济性裁员

经济性裁员是用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，为改善生产经营状况而辞退成批人员。

经济性裁员的要件:

- (1) 符合法定的裁员情形（经济原因）；
  - (2) 因发生上述情形致使劳动合同无法履行；
  - (3) 一次性裁员人数必须达到法定标准（时间标准和人数标准）
  - (4) 征求工会或全体劳动者的意见，并向劳动行政部门报告（社会承受力标准）
- 有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人以上但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员的：
- ①破产重整：依照企业破产法规定进行重整（法院认定）
  - ②经营困难：生产经营发生严重困难的
  - ③转产调整：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兜底条款：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。

情形	程序	限制 (不能裁)	优先保留 (能不裁就不裁)	优先录用	后果
破产重整	1、提前 30 日向工会或全体职工说明情况 2、提出裁员方案 3、征求工会或全体职工的意见 4、向当地劳动保障部门报告裁员方案	第 42 条规定的 6 种人不能解除劳动合同	1、与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的; 2、订立无固定期限劳动合同的; 3、家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的。(O 就业家庭)	裁员后,用人单位在 6 个月内重新招用人员的,在同等条件,应当优先招用被裁减的人员。	需要支付经济补偿金
经营困难					
转产调整					
兜底条款					

(1) 经济性裁员的实体性条件

①依照企业破产法规定进行重整的

破产重整是指企业进入破产程序后，依债务人或者债权人的申请而由法院公告作出的一种调整事务、改善经营管理、恢复偿债能力的活动。企业依法进行重整的，可以裁减人员。破产重整的期限为“自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止为重整期间”，而重整开始的标志以法院公告为准。即只有在这个期间内才属于企业重整期间，也才符合经济性裁员的条件。

②生产经营发生严重困难

对生产经营发生严重困难的界定需要结合劳动部发布的《企业经济性裁减人员规定》第 2 条即“用人单位生产经营发生严重困难，达到当地政府规定的严重困难企业标准，确需裁减人员的可以裁员”。显然判定企业生产经营发生严重困难的主体是当地政府部门，其依据是当地政府部门所规定的困难企业标准。因此，采用此种事由进行经济性裁员，必须首先向当地政府申请，经确认为困难企业的，方可适用经济性裁员。

③企业转产、重大技术革新或经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的（客观经济情况）

企业转产、重大技术革新或经营方式调整本身属于企业自主行为，但因此引发员工劳动合同变更解除。对该项目操作应当按照“情势变更”原则构建，即因情况的重大变更，双方原劳动合同履行的基础已经丧失，需要双方协议变更劳动合同，如不能协议变更的，则适用经济

性裁员。从这个角度理解该条与《劳动合同法》第 41 条第 4 项、第 40 条第 3 项有重复之处，但因转产、重大技术革新、经营方式调整均属企业自主行为，其又与客观情势有所不同。即该条的适用需要企业举证证明其存在转产重大技术革新、经营方式调整的行为，并证明三种行为导致原劳动合同无法履行，且双方未能就劳动变更达成一致，如此才能适用经济性裁员，解除双方之间的劳动合同。

#### 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（其他客观情况）

“客观情况”是指发生了不以劳动合同双方当事人主观意志为转移的情况。“发生了重大变化”是指客观情况与订立合同时情况有所变化，而这种客观情况的变化已足使劳动合同无法履行的情况。

该操作应当和《劳动合同法》第 40 条第 3 项加以区分。比较两者的法定条件可以发现，前者为“客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”，而后者为“其他（除企业破产、经营困难、企业转型等）因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的”，如企业为防止污染而搬迁裁员，因此前者所规定“客观情况”应当是包含后者的“客观经济情况”的。

#### ●预告辞退与经济性裁员的差异

**A.履行程序不同。**前者的履行程序比较简单“协商变更——未达成一致——预告解除”，因此该条款的实质是通过协商变更合同未达成合意则用人单位可以采用预告解除的方式；后者则是“提前告知并听取意见——方案报备——解除合同”该条的重点在于向劳动行政部门报告。

**B.严格程度不同。**从立法目的来说，其目的都是附制用人单位任意解除劳动合同的行为。前者必须与劳动者协商，后者更强调向劳动行政部门报备因此当裁员人数达到经济性裁员的要求时，可以用经过报备程序替代与劳动者协商的程序，藉此降低协议成本，实现裁员目的。

#### （2）经济性裁员的程序性条件

①说明情况：用人单位在决定裁减人员时，应当提前 30 日向工会或全体职工进行说明，听取工会或全体职工的意见

②提出方案：提出裁减人员方案；

③听取意见：将裁减人员方案征求工会或全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；

④报告方案：向劳动行政部门报告（事后告知）

⑤公布方案：用人单位正式公布裁减人员方案。裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法。

#### （3）双优条款

社会福利原则：是指经济性裁员除了考虑用人单位的需求外，还应考虑社会因素，优先保护对用人单位贡献较大、再就业能力较差的劳动者。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

①与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；

②与本单位订立无固定期限劳动合同的；

③家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员并在同等条件下优先招用被裁减的人员。（优先就业权）

#### ●经济性裁员流程需要注意两个问题

•一是通知工会的法定性。《工会法》首次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。最高院《审理劳动

争议司法解释 (一)》第 47 条规定了单位单方解除的通知工会义务,未履行通知义务的视为违法解除。即建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条第四十条规定,但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的,人民法院应予支持,但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。该通知义务仅限于《劳动合同法》第 39 条、第 40 条的情形,不包括 41 条经济性裁员。

•二是备案义务的程序性。《劳动合同法》第 41 条规定了向劳动行政部门备案,这种备案仅仅是告知而不需要劳动行政部门审批。但如经济性裁员不符合法律规定,劳动行政部门有权予以制止和纠正。

【案例】小韩出现严重的违纪行为,按照他所在公司内部的规章制度,这种行为是要解除劳动合同的,于是该公司就同小韩解除了劳动合同。但是,小韩很不服气,就到仲裁厅申请仲裁。公司派了律师去应诉,律师出示了充分的证据,来证明小韩确实有严重的违纪行为,这个证据被仲裁委员采纳了。之后,公司又出示了规章制度,小韩的行为正好完全吻合制度中关于严重违纪的规定。按理说,公司应该胜券在握。没想到峰回路转,就在这个关键的时刻,小韩也请了律师,并出示了一个证据,这个证据非常简单,就是一张纸,上面有几行字,是一个谈话的笔录。小韩聘请了律师以后,在开庭之前,律师去了小韩的公司,问了工会主席两个问题。第一个问题:“请问您知道小韩被公司解除合同这件事吗?”工会主席回答说:“知道。”第二个问题:“请问您是在哪一天,什么情况下知道这个消息的?”工会主席想一想,说:“在某年某月某日的中午,我去食堂打饭时,看到食堂门口贴了一个布告,说小韩因违纪被公司解除劳动合同,于是我就知道了。”控方律师出示这份笔录就是想证明该公司在解除小韩的劳动合同前,没有将解除的理由告诉工会。而《劳动合同法》规定,用人单位单方解除劳动合同,应当事前将理由通知工会。没有事前通知的话,用人单位就违反了法律规定的解除程序。

#### 4.用人单位不得解除劳动合同的有关规定

**解雇保护制度:**指为了保护劳动者利益甚至社会利益,对解雇权予以限制或课以不利益。为了保证劳动者在特殊情况下的权益不受侵害,当劳动者具有法律规定的情形时,用人单位不得以预告解除(无过失性解雇)或者经济性裁员的方式与其解除劳动合同。劳动者有法律规定的情形,劳动合同届满的,用人单位不得与劳动者终止合同,应当将合同期限延续至这些情形消失为止。(“受特殊保护”劳动者)

**有下列情形之一的,用人单位不得依照本法预告解除、经济性裁员的规定解除劳动合同:**

①**离岗前未检查:**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**工伤丧失能力:**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**医疗期:**患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;

④**女性三期:**女职工在孕期、产期、哺乳期(从孩子出生到满一周岁)的;

用人单位不得因**结婚、怀孕、产假、哺乳**等情形,降低女职工的工资和福利待遇,限制女职工晋职、晋级、评聘专业技术职称和职务,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。女职工在怀孕以及依法享受产假期间,劳动(聘用)合同或者服务协议期满的,劳动(聘用)合同或者服务协议期限自动延续至产假结束。但是,用人单位依法解除、终止劳动(聘用)合同、服务协议,或者女职工依法要求解除、终止劳动(聘用)合同、服务协议的除外。(《妇女权益保障法》第 48 条)

⑤**老职工:**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。

【案例】2018 年 8 月某公司招工,女工王某经考核后被录用,双方签订为期 3 年的劳动合同,从事销售工作,试用期为 6 个月。2018 年 10 月王某怀孕,请病假 20 天。上班后,劳动纪律松懈,经常迟到早退,完不成销售任务。在此期间公司查出王某从客户那收了 5000 元货款,没有入公司帐,该售出产品已按赠品销

帐。按公司规章制度规定，私收货款给公司造成 1000 元以上损失的行为属于严重违纪行为，公司可以解除劳动合同。公司作出决定解除与王某的劳动合同。王某不服，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，认为自己怀孕期间，公司不得解除劳动合同，要求继续履行劳动合同。某公司是否有权单方解除劳动合同？

【解析】公司在王某严重违纪的情形下有权单方解除劳动合同。根据《劳动合同法》第四十二条规定，用人单位不得依据《劳动合同法》第四十条、第四十一条的规定解除与“三期”女职工的劳动关系，也就是说，在非因劳动者过错（包括医疗期满、不胜任工作、客观情况发生重大变化情形）及经济性裁员情况下对“三期”女职工有特别的保护，不日得解除劳动合同。但如果“三期”女职工出现严重违纪行为，违反了《劳动合同法》第三十九条的规定，公司完全可以据此解除与她的劳动合同。

•从司法实践来看，女职工与用人单位解除或终止劳动合同的情形至少有五种：

**第一，协商一致解除劳动合同后发现怀孕的。**

根据《劳动合同法》第 36 条，由于协商解除劳动合同是女职工真实意思的表达，女职工应当知道协商解除的法律后果，事后发现怀孕的，一般不能得到法律的支持。

**第二，劳动者主动提出辞职后发现怀孕的**

主动辞职是放弃权利的行为，且不可撤销，除非有确切证据证明受到欺诈、胁迫等原因，可以认定为非真实意愿表达外，否则女职工要求与用人单位恢复劳动关系，很难得到支持。

**第三，用人单位单方解除后发现怀孕的。**根据《劳动合同法》第 42 条，即便女职工已经办理离职手续，仍然可以要求用人单位恢复劳动关系。

**第四，因严重违纪被解除后发现怀孕的。**根据《劳动合同法》第 39 条，用人单位可以解除劳动合同。

**第五，劳动合同终止后发现怀孕的。**根据《劳动合同法》第 45 条，女职工怀孕是劳动合同续延的法定事由。此时，用人单位应与其恢复劳动关系，将劳动合同期限续延至孕期、产期、哺乳期期满为止。

注意：女职工在孕期、产期、哺乳期内，劳动合同期限已满，用人单位不能因此与其终止劳动合同，劳动合同应自动延续到孕期、产期、哺乳期满。

**①孕期**

不得安排女职工在怀孕期间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。对怀孕 7 个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动，在劳动时间内还应当安排一定的休息时间；怀孕的女职工在劳动时间内进行产前检查的，应当算作劳动时间。

**②产期**

a.女职工生育享受 98 天产假（包括节假日），其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。**产假期间，工资照发。**

b.如果因为特殊情况休假超过 98 天的，只要有医院证明就可以向单位请病假，但病假期间不能享受产假待遇。

c.符合法律、法规规定生育子女的夫妻，可以获得延长生育假的奖励或者其他福利待遇。

省份	产假	难产	多胞胎
北京	98天	增加15天	每多1个增加15天
天津	98天	增加15天	每多1个增加15天
河北	98天	增加15天	每多1个增加15天
山西	98天	增加15天	每多1个增加15天
内蒙古	98天	增加15天	每多1个增加15天
辽宁	98天	增加15天	每多1个增加15天
吉林	98天	增加15天	每多1个增加15天
黑龙江	98天	增加15天	每多1个增加15天
上海	98天	增加15天	每多1个增加15天
江苏	98天	增加15天	每多1个增加15天
浙江	98天	增加15天	每多1个增加15天
安徽	98天	增加15天	每多1个增加15天
江西	98天	增加15天	每多1个增加15天
山东	98天	增加15天	每多1个增加15天
河南	98天	增加15天	每多1个增加15天
湖北	98天	增加15天	每多1个增加15天
湖南	98天	增加15天	每多1个增加15天
广东	98天	增加15天	每多1个增加15天
广西	98天	增加15天	每多1个增加15天
四川	98天	增加15天	每多1个增加15天
重庆	98天	增加15天	每多1个增加15天
贵州	98天	增加15天	每多1个增加15天
云南	98天	增加15天	每多1个增加15天
陕西	98天	增加15天	每多1个增加15天
甘肃	98天	增加15天	每多1个增加15天
青海	98天	增加15天	每多1个增加15天
宁夏	98天	增加15天	每多1个增加15天
新疆	98天	增加15天	每多1个增加15天

（浙江省）符合法律、法规规定生育子女的夫妻可以获得下列福利待遇：(一)女方在享受国家规定产假的基础上，一孩延长产假六十天，二孩、三孩延长产假九十天自生育之日起按照自然日计算；不影响晋级、调整工资、计算工龄；用人单位根据具体情况，可以给予其他优惠待遇；(二)男方享受十五天护理假，护理假期间的工资、奖金和其他福利待遇由用人单位照发；(三)在子女三周岁内，夫妻双方每年各享受十天育儿假，育儿假期间的工资、奖金和其他福利待遇由用人单位照发。

③哺乳期

女职工在哺乳未满 1 周岁的婴儿期间，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哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。有不满 1 周岁婴儿的女职工，应当在劳动时间内给予其两次哺乳时间，每次三十分钟。多胞胎生育的，每多哺乳一个婴儿，每次哺乳时间增加 30 分钟。

三、劳动合同的终止

劳动合同终止，是指劳动合同因法定事由的出现而失去法律效力。

（一）劳动合同终止的事由

有下列情形之一的，劳动合同终止：

- ①劳动合同期满的（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）
- 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。

终止情形	适用范围	终止的成本
合同期满	固定期限合同，以完成一定任务为期限的合同	可能给经济补偿金
领取养老金	所有合同，尤其适用无固定期限合同	无需给经济补偿金
劳动者死亡	所有的劳动合同	无需给经济补偿金
单位破产解散		需给经济补偿金
其他情形		无需给经济补偿金

【案例】张俊于 2016 年 7 月 1 日至 2022 年 6 月 30 日在成都爱得瑞公司生产部担任领班职务，先后于 2016 年 7 月 1 日至 2019 年 6 月 30 日、2019 年 7 月 1 日至 2022 年 6 月 30 日分别与该企业签订二次固定期限劳动合同，平均工资为 5669.31 元。2022 年 6 月 12 日，用工单位突然向张俊送达《劳动合同续签通知》，告知劳动合同 2022 年 6 月 30 日期满后，不再与其续签劳动合同。张俊没有同意，2022 年 6 月 23 日，她向用工单位递交了订立无固定期限劳动合同申请书。当月 27 日，单位告知合同期满续签合同事宜。请问：在连续订立两次固定期限劳动合同后，用人单位是否应该与劳动者订立无固定期限的劳动合同？

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

【解析】新津县人民法院审理后认为，张俊先后于 2016 年 7 月 1 日至 2019 年 6 月 30 日、2019 年 7 月 1 日至 2022 年 6 月 30 日与该企业签订二次固定期限劳动合同，后于 2022 年 6 月 23 日提出了订立无固定期限劳动合同申请。因为爱得瑞公司在 2022 年 6 月 27 日通知张俊不续订劳动合同的同时要求张俊在 2022 年 6 月 30 日之前完成离职流程和相关离职手续，根据原劳动和社会保障部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》，劳动合同的终止时间，应当以劳动合同期限最后一日的二十四时为准。爱得瑞公司在未到 2022 年 6 月 30 日 24 时劳动合同届满前即要求张俊离职并完成了相应手续，属于违法解除劳动合同依法应以经济补偿标准的二倍(5669.31 元 X6 年 X2=68031.72 元)给予赔偿金。

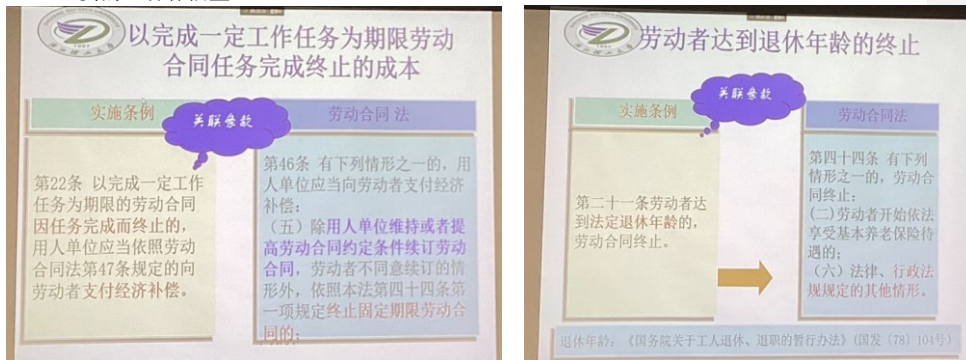
（浙江省）用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同，第二次劳动合同到期后，劳动者要求订立无固定期限劳动合同的，应否支持？

答：用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第二次固定期限劳动合同期满后，劳动者根据《劳动合同法》第十四条第二款第三项的规定提出续订劳动合同并要求订立无固定期限劳动合同的，应予支持。对劳动合同的内容，双方应当按照合法、公平、平等

自愿、协商一致、诚实信用的原则协商确定对协商不一致的内容，依照《劳动合同法》第十八条的规定执行。（强制缔约义务）

用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但构成劳动关系成立情形的，用人单位应当与劳动者补签劳动合同，劳动合同期限由双方协商确定。协商不一致的，任何一方均可提出终止劳动关系，但对符合签订无固定期限劳动合同条件的劳动者，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位**应当订立**。

用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月工资的经济补偿金。



最高人民法院认为，人民法院应当对该条规定适用情形作实质审查，对于达到法定退休年龄，但是**非因用人单位原因**不能享受基本养老保险待遇的，例如用人单位为劳动者缴纳了社会保险费，但是由于该劳动者累计缴费年限不满15年，因此不能享受按月支付的基本养老保险待遇；再如有的地方没有把农民工等人员纳入基本养老保险覆盖范围，这些劳动者可能根本没有参加基本养老保险，可以终止劳动关系；对于达到法定退休年龄，但是因为用人单位原因不能享受基本养老保险待遇的，不能随意终止劳动关系

•**内退**，又称“内部退养”或“内退内养”或“离岗退养”，是指劳动者与用人单位保留劳动关系，每月从用人单位**领取内退生活费**，用人单位继续为其缴纳社会保险，并在劳动者达到退休年龄时正式办理退休手续的情形。

•**病退**，是指对经劳动能力鉴定委员会鉴定、已经完全丧失劳动能力的劳动者，用人单位为其办理退休手续，劳动者可**按月领取养老金**的情形。

•**退职**，是指职工因病或者非因工负伤，**经过鉴定完全丧失劳动能力，但年龄又不够病退条件**，经社保部门批准，按月领取**退职生活费**，退出工作岗位的情形。

【案例】王小姐在2014年4月1日与单位签订了三年期的劳动合同，合同的截止日期为2017年4月1日。合同只有法定终止约定，如果王小姐所在的部门撤销，双方的劳动合同终止。双方在合同期间履行顺利。在2015年底，王小姐所在的部门汽车展厅整体出售给另外一家公司。王小姐的主管告诉王小姐，王小姐所在的部门已不存在了，她与公司之间的劳动合同约定终止条件出现，公司不再考虑与王小姐继续保持劳动合同关系，并于2016年1月3日向王小姐出具了公司制发的终止劳动合同通知书，此通知书中明确的终止时间也是2016年1月3日。请问劳动合同可以约定终止吗？

【解析】在2008年1月1日新《劳动合同法》实施前，劳动合同可以约定终止，《劳动法》规定，“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止”。也就是说，《劳动法》规定的劳动合同终止包括两类，一类是法定终止，即劳动合同因期满而终止另一类是约定终止，即劳动合同因当事人约定的终止条件出现而终止。在《劳动法》的实施中，一些用人单位随意与劳动者约定劳动合同终止条件，并据此终止劳动合同为了更好地维护劳动者合法权益，《劳动合同法》取消了劳动合同的约定终止，规定劳

劳动合同只能因法定情形出现而终止。也就是说，劳动合同当事人不得约定劳动合同终止条件：即使约定了，该约定也无效。在本案中公司于2016年1月3日向王小姐出具了公司制发的终止劳动合同通知书，此通知书中明确的终止时间也是2016年1月3日在《劳动合同法》实施后，该条款因违反法律的强制性规定而无效，所以王小姐完全可以要求撤销终止劳动合同通知书，要求公司继续履行劳动合同。

破产、解散是用人单位终止的主要情形。

•解散是指基于一定的合法事由使得用人单位消灭的法律行为，解散的原因通常可以分为强制解散和自愿解散。强制解散又称非自愿解散，是指用人单位非因自身意愿，被政府有关部门决定或法院裁判而解散。强制解散又可分为行政解散和司法解散。自愿解散，是指用人单位基于自身意愿而解散，如用人单位的权力机构决议解散、章程规定的存续期间届满、因合并或者分立需要解散等。

## （二）劳动合同的延续终止

劳动合同的延续终止，是指应当终止的劳动合同基于法定事由并不正常终止，而是继续生效，待延续终止的法定事由消失后，劳动合同才终止。劳动合同的延续终止是对劳动合同终止的一种限制性规定，或者说是劳动合同自然终止的例外情况。该规定在于充分保护处于弱势的劳动者。

**劳动合同延续终止的法定情形：**

（1）**离岗前未检查：**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）**医疗期：**患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的

（3）**女性三期：**女职工在孕期、产期、哺乳期的

（4）**老职工：**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

（5）法律、行政法规规定的其他情形

**【案例】**李某大学毕业，成为某国有电机厂合同制工人，2015年9月15日到该厂工作，双方签订了为期2年的劳动合同。2017年7月25日，李某身感不适，经医院检查患有黄疸性肝炎，正处于传染期，李某入院治疗二个月，出院后休息一个月。应李某要求，工厂为其报销了截止8月底的诊疗费、手术费、药费和住院费。同年8月底，李某要求工厂继续支付其医疗费用，并补发病假工资，电机厂未作答复。2017年9月14日，工厂劳资科以与李某签订合同已到期为由，通知李某终止双方的劳动关系，不再支付李某的医疗费用。请问工厂的做法是否合法？

**【解析】**依据《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》劳动者患病或非因工负伤需要停止工作医疗时，用人单位应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，根据该规定，李某的医疗期应为3个月，（实际工作2年）从2017年7月25日至2017年10月25日为医疗期，李某持有医院的诊断和病假证明，故电机厂应支付李某病假工资，2017年9月14日李某的劳动合同到期，此时李某正处于医疗期内，根据《劳动合同法》之规定，电机厂不得终止劳动合同，劳动合同的期限应延续至医疗期满为止用人单位依法终止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工伤职工的劳动合同的，除依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿外，还应当依照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金

## 四、劳动合同解除和终止的经济补偿

经济补偿是指在劳动者无过失的情况下，劳动合同解除、终止时，用人单位在法定条件下应当核 照法定标准向劳动者一次性支付的货币补偿。用人单位解除或者终止劳动合同所负的经济补偿包括劳动贡献资金补偿、失业补偿和其他特殊补偿、

**双重性质：**

（1）在不可归责于当事人双方的情况下解除劳动合同时，经济补偿是用人单位对劳动者过去的 服务所给予的补偿和奖励。

(2) 在用人单位对于解除劳动合同负有一定责任的情况下, 经济补偿具有民事违约的制裁的意义

(一) 经济补偿的事由

- 用人单位提出的协商解除劳动合同 (1)
- 劳动者即时辞职 (9)
- 单位预告辞退 (3)
- 单位经济性裁员 (4)
- 劳动合同终止 (5)
- 兜底性条款 (1)

#### **用人单位提出的协商解除劳动合同 (1)**

用人单位提出并与劳动者协商一致而解除的。

#### **劳动者即时辞职 (9)**

- (1) 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件, 劳动者解除劳动合同的;
- (2) 用人单位未及时足额支付劳动报酬, 劳动者解除劳动合同的
- (3) 用人单位低于当地最低工资标准支付劳动者工资, 劳动者解除劳动合同的;
- (4) 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费, 劳动者解除劳动合同的;

•问题: 用人单位在用人单位所在地或者劳动合同履行地之外的地区(异地)或通过其他单位为劳动者 购买社会保险, 劳动者能否以用人单位未依法缴纳社会保险为由要求解除劳动合同并主张经济补偿金?

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**。劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的, 有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资示准等事项, 按照劳动合同履行地的有关规定执行; 用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准, 且用人单位与劳动者约定 按照用人单位注册地的有关规定执行的, 从其约定。

- (5) 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, 劳动者解除劳动合同的;
- (6) 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动 合同, 致使劳动合同无效, 劳动者解除劳动合同的
- (7) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利, 致使劳动合同无效, 劳动者解除劳动合同的;
- (8) 用人单位造成劳动合同因违反法律、行政法规强制性规定而无效, 劳动者解除劳动合同的;
- (9) 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, 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, 劳动者解除劳动合同的

#### **单位预告辞退 (3)**

- (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而解除的;
- (2) 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作而解除的;
- (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而解除的。

劳动合同终止	劳动合同期满的	用人单位不同意续订的	需支付
		用人单位降低劳动条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的	需支付
		用人单位维持或者提高劳动条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的	无需支付
	劳动者开始享受基本养老保险待遇的		无需支付
	劳动者死亡、或被法院宣告死亡或失踪的		无需支付
	单位被宣告破产		需支付
	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		需支付
	法律、行政法规规定的其他情形		无需支付
不得解除或需逾期终止的情形	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		
	患职业病或者因工负伤被确认丧失或者部分丧失劳动能力的		
	患病或者负伤，在规定的医疗期内的		
	女职工在孕期、产期、哺乳期内的		
	在单位连续工作满 15 年，且距法定退休年龄不足 5 年		
	法律、行政法规规定的其他情形		

#### 单位经济性裁员（4）

- （1）用人单位依照企业破产法规定进行重整，依法裁减人员而解除的；
- （2）用人单位生产经营发生严重困难，依法裁减人员而解除的；
- （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，用人单位依法定程序裁减人员而解除的；
- （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，用人单位依法定程序裁减人员而解除的。

#### 劳动合同终止（5）

- （1）劳动合同期限届满，**劳动者同意续订劳动合同而用人单位不同意续订劳动合同**，由用人单位终止固定期限劳动合同的
- （2）因用人单位被依法宣告破产而终止劳动合同的；
- （3）因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而终止劳动合同的；
- （4）自用工之日起超过一个月不满一年的，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，用人单位依法与劳动者终止劳动关系的（《劳动合同法实施条例》第六条）；
- （5）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（《劳动合同法实施条例》第二十二條）

#### （二）经济补偿的标准

##### 1.一般标准

**经济补偿总额=工作年限×12 个月月均工资**

经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。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。经济补偿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**。这里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。

**经济补偿金：工资；奖金；津贴；补贴；加班费；个人社保、公积；个人所得税**

## 2.特殊标准

（1）**高薪劳动者的特别高限**。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区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本地区上年度职工月平均工资 三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。（限高）

（2）**低薪劳动者的特别低限**。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。（保低）

【案例】劳动者张某，2008 年之前在某企业工作了六年，2008 年以后，工作了两年。然后企业与他解除了劳动合同。由于张某没有任何过错，所以企业要支付给张某经济补偿金。张某的月薪是 1.5 万元（当地上年度职工月平均工资为 4000 元），企业应该支付给张某多少经济补偿金呢？

【解析】因为张某 1.5 万元的月薪已经超过了当地社会平均工资的三倍，所以，在 2008 年 1 月 1 日之前，按照 2008 年 1 月 1 日之前的规定，超过社会平均工资的三倍也不封顶，张某 2008 年之前的补偿金，年限是六年，那么 2008 年之前张某应该得到的补偿年限的补偿金为  $1.5 \times 6 = 9$  万。而 2008 年之后，因为张某 1.5 万元的月薪高过了社会平均工资三倍，所以 2008 年之后的两年的补偿金就是社会平均工资的三倍乘以 2，即  $0.4 \times 3 \times 2 = 2.4$  万。2.4 万元加上 9 万元，得出来的总数 11.4 万元就是张某应得的解除劳动合同的经济补偿金。

【案例】劳动者王某，在武汉某电器公司工作了 4 年，在 2008 年以前工作了三年，在 2008 年后工作了一年。此时，该电器公司实施经济性裁员，与王某解除了劳动合同，根据《劳动合同法》，该公司应当支付给王某经济补偿金，如果王某离职前平均的月薪是 1 万元，那么该电器公司应当支付王某多少经济补偿金呢？

（注：武汉职工 2008 年月平均工资为 2267.7 元）

【解析】对于这种情况，看起来似乎有些复杂，其实不然，我们可以分段来计算。根据 2008 年以前《劳动法》的相关规定，对于经济补偿金没有上限的限制，即超过当地社会平均工资的三倍也不封顶，而员工王某在 2008 年以前的工作年限是三年，此三年王某应得的经济补偿金为 3 万元。自 2008 年 1 月 1 日开始，根据《劳动合同法》第四十七条第二款的规定，劳动者的月薪高于当地上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿金的标准最高不超过该地区职工上年度月平均工资的三倍。因此，王某在 2008 年后工作的一年所能获得的经济补偿金最高不超过当地职工上年度月平均工资的三倍。所以，王某在电器公司的 4 年里所能获得的经济补偿金为 3 万元+当地职工上年度月平均工资的三倍。

**经济补偿金的“分段计算”包括两部分内容，一是计算基数分段，二是计算年限分段。**

（1）新法（2008 年生效，即《劳动合同法》）针对工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资（简称社会月平均工资）3 倍的劳动者，经济补偿的工资基数有社会月平均工资 3 倍的上限，而旧法（《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》）无该上限；

（2）新法对工资高于社会月平均工资 3 倍的劳动者，规定经济补偿金最多 12 个月，工资低的劳动者并无 12 个月限制。而旧法规定协商一致解除或劳动者不能胜任工作被解除时，经济补偿金最多不超过 12 个月，如不是这两个原因解除的，则无 12 个月限制。

【案例】李明于 1995 年 1 月 1 日入职金桥公司，月薪 3 万元。2008 年 1 月 1 日至今月薪 5 万元，2019 年 7 月 14 日用人单位因客观情况发生重大变化解除劳动合同（假定实体上、程序上都没问题），解除劳动合同时当地社会月平均工资标准为 5000 元，经济补偿金如何计算？

【解析】对 1995 年 1 月 1 日—2007 年 12 月 31 日这段工作年限的经济补偿，不管是新法还是旧法，都规定 计算基数是解除前的 12 个月平均工资，所以计算基数是 5 万。对客观情况发生重大变化解除，按照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》，无最多 12 个月限制，所以经济补偿是  $5 \text{ 万} \times 13 = 65$  万。对 2008 年 1 月 1 日—2019 年 7 月 14 日这段工作年限的经济补偿，计算基数是社会月平均工资标准的 3 倍，即 1.5 万元，工作年限为 11 年 6 个月 14 天，支付 12 个月工资的经济补偿，则经济补偿金  $= 1.5 \text{ 万元} \times 12 = 18$  万元。

所以金桥公司应向李明支付经济补偿共计 65+18=83 万元。

### （三）经济补偿的支付

**1.支付时间：**用人单位需在**办结**工作交接时支付时向劳动者支付经济补偿。

**2.到期不支付经济补偿金的法律后果：**未依法给予劳动者经济补偿的，应由劳动行政部门责令其限期支付经济补偿；若逾期不支付经济补偿金，责令用人单位按应支付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。【（行政）加付赔偿金】

【案例】张某于 2008 年 2 月 5 日应聘至某电脑网络公司，合同期限为 1 年的固定期限劳动合同。张某在 2008 年 11 月 5 日的假期期间外出旅游，但不幸遇到交通事故，头部受伤。在经过两个月的治疗后，张某出院。张某医疗期满后由于头部受伤张某已经无法从事以前的电脑编程工作，同时也不能从事单位为其另行安排的工作。在这种情况下，用人单位提前 30 日通知单方解除了与张某的劳动合同。但用人单位拒绝支付应给予张某的经济补偿金，在此情况下，双方发生了争议。此时，张某应当通过什么法律途径来维护自己的权益？

【解析】依据《劳动合同法》第 40 条第（一）项之规定，劳动者患病或非因工负伤，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，用人单位可以解除劳动合同。在本案中，该公司依据该法定情形解除劳动合同，根据《劳动合同法》第 46 条之规定应当向张某支付经济补偿金。根据《劳动合同法》第 50 条第 2 款的规定：用人单位依法应当向劳动者支付经济补偿的，应在办结工作交接时支付。同时，《劳动合同法》第 85 条的规定：用人单位解除劳动合同后，未依法给予劳动者经济补偿的，应由劳动行政部门责令其限期支付经济补偿；若逾期不支付经济补偿金，责令用人单位按应支付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。因此，本案中张某既可以向当地劳动行政部门举报，要求该公司支付经济补偿金，也可以在申请仲裁时效内向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付经济补偿金并按该经济补偿金数额的 50% 支付额外经济补偿金。

【案例】张某于 2021 年 8 月 1 日到某假日酒店工作，双方签订了书面劳动合同，劳动合同约定张某月工资 2800 元。但实际用工中，该酒店向张某支付的月工资数额仅相当于当地月最低工资标准，只有 2280 元。张某多次找酒店负责人，要求按劳动合同补齐合同约定工资与实际发放的工资之间的差额，都被拒绝。2022 年 6 月 30 日，张某向劳动人事争议仲裁委员会提起了劳动争议仲裁，请求仲裁委裁决该酒店支付欠发的工资差额，并加付赔偿金。

【解析】支持张某关于要求酒店支付工资差额的主张，驳回关于加付赔偿金的仲裁请求。对于加付赔偿金问题的理解应当是：对于用人单位拖欠劳动者劳动报酬、加班费或者经济补偿的，劳动者可以通过司法途径主张权益，同时也可以主张加付赔偿金。但要主张加付赔偿金，必须有一个前提，即劳动者必须就用人单位拖欠其劳动报酬、加班费或者经济补偿的违法行为先向劳动保障监察部门投诉。在劳动保障监察部门责令用人单位限期支付但用人单位仍未支付的情况下，才存在加付赔偿金的可能性。如果未经过这一前提程序，劳动者直接进入司法程序主张加付赔偿金，是不能得到支持的。

●劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。

前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

## 五、用人单位违法解除或终止劳动合同的后果

用人单位违法解除或终止劳动合同是指用人单位违反劳动法律、法规，在不能解除或者终止劳动合同的情形下解除、终止劳动合同，或者违反法定程序解除、终止劳动合同的行为。违法解除、终止劳动合同包括**实体违法**和**程序违法**两种。

### （一）违法解除、终止的事实

**1.违法解除的实体事实主要包括三种情形：**①未与劳动者协商一致而解除；②未出现用人单位单方随时通知解除、预告解除、经济性裁员情形而解除；③劳动者具有限制解除情形而解

除。

**2.违法终止的实体事实主要包括：**①劳动合同期满应当续订而终止，主要指连续工龄满十年；②应当 延缓终止而终止，即延缓终止的六种情形。

**3.违法解除的程序事实主要包括：**①预告解除应书面通知而未书面通知；②单方解除应通知工会及征求意见而未征求工会意见；③劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，但用人单位不履行另行安排工作而解除的；④劳动者不能胜任工作，未经过培训或者调整工作岗位的；⑤ 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，未经用人单位与劳动者协商变更合同的；⑥经济性裁员未按规定程序的；⑦双方对无效合同有争议，未经确认的。

## （二）违法解除、终止的后果

**1.优先继续履行（复职）。用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行。是否继续履行由劳动者决定，用人单位无权强迫继续履行。**

（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条件。

**2.支付赔偿金（二倍补偿金）。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，用人单位必须以二倍经济补偿的标准向劳动者支付赔偿金。（双倍罚则）**

### ●（司法）支付赔偿金与二倍赔偿金的区别

（支付赔偿金）用人单位有下列情形之一的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：(1) 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；(2) 未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；(3) 克扣或者无故拖欠劳动者工资的；(4) 拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；(5) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。（《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（一）》第45条）

**前者是劳动者被迫提出解除劳动合同，符合有关条件时，应当支付的赔偿金。在上述5种情形下劳动者解除劳动合同属于合法解除，不承担责任。后者是用人单位违反劳动合同法等法律规定解除或者终止劳动合同，应当依照经济补偿标准的2倍支付的赔偿金。用人单位支付了赔偿金的，不再支付经济补偿**

**【案例】**2013年9月2日，王某到A公司工作，并与A公司签订了一份固定期限劳动合同，合同期限为2013年9月2日起至2016年9月1日止2015年5月5日早上8:30，王某写了5天的假条，即申请从2015年5月6日到2015年5月12日（5个工作日）的假期，并上交人事主管，随后在没有得到公司回复的前提下自行休假，A公司以王某旷工5日，严重违反企业规章制度为由，与王某解除劳动合同。为此，王某申请仲裁，要求确认2015年5月6日到2015年5月12日的5个工作日成功履行请假手续且有效，A公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，A公司认为，王某于2013年到A公司工作，已经是公司的老职工，王某对公司的规章制度应该是熟知的，他的旷工行为是故意违反公司的规章制度，公司依据规章制度对其作出解除劳动合同的决定合法有效，故王某要求公司支付赔偿金是不合理也不合法的，不应支持，但公司并未举证王某知晓规章制度及公司制度制定程序的合法性。请问A公司是否需要支付赔偿金？

**【解析】**劳动人事争议仲裁委员会依法裁决A公司向王某支付违法解除劳动合同的赔偿金19668元。本案有两个焦点。其一，职工王某向公司递交假条后，请假是否有效？请假是否成立，包括两个要件：**第一，职工提出请假申请；第二，用人单位批复。**本案中，王某只是向公司人事主管部门递交请假条，但未得到公司的批复。因此，王某未履行完整的请假手续，假期不能成立。在假期未生效的情况下，王某擅自离岗5天。事实上王某的行为已构成旷工。而且，**请假手续的制定及履行、审批，属企业内部管理行为，企业有权利与义务依法制定规章制度对企业及员工进行管理。**因此，王某要求确认2015年5月6日到2015年5月12日的5个工作日履行请假手续且有效的仲裁请求，不属劳动人事争议仲裁委员会受案范围。其二，

既然王某旷工成立，公司为何还需支付赔偿金？本案中，公司认为，王某是老职工，应该对公司的规章制度知晓，为此向仲裁庭出示了公司职工考勤管理制度，其中第 27 条明确规定：“职工连续旷工达 5 日（包括 5 日）以上的，与其解除劳动合同。”因此，A 公司认为，依据该规章制度，与王某解除劳动合同是合法的。但《劳动合同法》第 4 条规定，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。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进行公示，或者告知劳动者。因此，**用人单位的规章制度要想生效，以下条件缺一不可：第一，内容必须合法；第二，必须经过民主程序制定；第三，必须公示或告知每位劳动者。**本案中，公司认为王某知晓其规章制度，却未向仲裁庭出示企业规章制度制定程序及向劳动者公示或告知的相关证据，因此，用人单位依据该尚未生效的规章制度单方解除与王某的劳动关系，已构成违法解除劳动合同，需承担不利后果。

### （三）赔偿金与经济补偿金的关系

**《劳动合同法实施条例》第二十五条** 用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同的，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。

**总结：** 1、违法辞退的成本是 2 倍的经济补偿金 2、赔偿金按照实际用工的年限计算

**【案例】** 王先生自 2006 年 9 月进入某公司，最后一次劳动合同签订时间到 2021 年 9 月，2020 年 9 月，该公司以王先生连续旷工 3 天（严重违纪）为由与王先生解除劳动合同。王先生不服，申诉至劳动争议仲裁委员会，王先生称其从未看到过公司的规章制度，公司的规章制度不符合法律规定，不能作为解除劳动合同的依据，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，公司辩称，公司的规章制度放在内部网站上，员工可以随时查阅，规章制度符合法律规定的程序，公司解除王先生劳动合同的做法，符合法律的规定，不同意支付赔偿金，经劳动争议仲裁委员会调查，公司并未提供其规章制度经过合法有效的方式向劳动者公示或告知过，因此裁决公司解除劳动合同的行为属于违法解除，应支付王先生赔偿金，但是在赔偿金的计算方面双方也存在争议，王先生认为应该自其进入公司之时开始计算工作年限，公司却认为违法解除劳动合同支付双倍的经济补偿金作为赔偿金，属于《劳动合同法》新规定的内容，应该自 2008 年 1 月 1 日开始计算工作年限，请问计算赔偿金的工作年限应以何时开始计算？

**【解析】** 裁决结果，判令公司支付 14 个月工资的经济补偿金（自 2006 年 9 月起计算至 2020 年 9 月止共十四个月），赔偿金是经济补偿金的两倍（28 个月）。

### ●补偿金的“分段计算”和赔偿金的“不分段计算”

《劳动合同法》第 97 条第 3 款规定：本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本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。《劳动合同法实施条例》第 25 条规定，**赔偿金的计算年限自用工之日起计算。**

**【案例】** 小王于 2000 年 7 月 1 日入职某公司，劳动合同每年一签，2007 年 7 月 1 日，公司与小王又签订了一年期限的劳动合同，2008 年 6 月 30 日，劳动合同期满，公司决定不再续订劳动合同。

问题：1.2008 年 6 月 30 日合同终止，公司如何支付经济补偿？ 2.假设小王月平均工资为 2000 元，如果 2008 年 5 月 30 日公司强行解除劳动合同，该如何支付赔偿金？

### 【解析】

1.固定期限劳动合同终止需支付经济补偿是劳动合同法的最新规定，根据法不溯及既往原则，2008 年 1 月 1 日之前的工作年限不适用该规定，按照之前的规定，合同终止用人单位可不支付经济补偿金，因此，小王 2000 年 7 月 1 日至 2007 年 12 月 31 日之间的工作年限用人单位不予支付经济补偿金。小王的劳动合同于 2008 年 6 月 30 日期满终止，年限正好 6 个月，因此根据劳动合同法的规定，用人单位需支付一个月工资标准的经济补偿。补偿基数按照小王 2007 年 7 月 1 日至 2008 年 6 月 30 日 12 个月的月平均工资计算。

2.公司解除劳动合同的，按照新法和旧法都应当支付经济补偿。但对违法解除劳动合同的，《劳动合同法》规定如果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，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金，即依照经济补偿标准的两倍向劳动者支付赔偿金，注意这里是赔偿金而非经济补偿金。所以，本案中如果小王不要求继续履行劳动合同的，公司应当支付赔偿金为  $2000 \times 8 \times 2 = 32000$  元。

2008.01.01 以前		2008.01.01 以后
按照当时有关规定，即《劳动法》、 《经济补偿办法》		按照《劳动合同法》规定
协商一致解除	最多不超过 十二个月	劳动者月工资高于用人单位所在本地区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职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。
劳动者患病或者 非因工负伤，医疗 期满，不能工作	自用工之日起算	
劳动者不胜任工 作，经培训或者调 岗，仍不胜任工作	最多不超过 十二个月	
客观情况发生重大 变化	自用工之日起算	
经济性裁员	自用工之日起算	

第五节 劳动合同特殊制度

批注 [32]: 2023 年 2 月 12 日

一、劳务派遣  
(一) 劳务派遣的界定

劳务派遣，有时也称为人力派遣（租赁）、劳动租赁，是指由劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，并支付报酬，把劳动者派向其他用工单位，再由该用工单位向劳务派遣单位支付服务费用的一种用工形式。逆向劳务派遣，又称反向劳务派遣，是指劳动者已经在用人单位工作，但用人单位不与劳动者签订劳动合同，而是找一家劳务派遣单位签订劳务派遣合同，劳动者以派遣员工的名义从事劳动。劳务派遣本质是典型的弹性用工模式。



### 案例

原告徐延格原在被告（北京肯德基有限公司）处从事搬运工作。2004年5月20日，被告与北京时代桥劳动事务咨询服务有限公司（以下简称时代桥公司）签订《劳动服务合同》，约定：时代桥公司为其派出的劳务人员建立劳动关系，签订劳动合同，并负责劳务人员的人事档案、参加各项社会保险、意外保险、组织关系等事务的管理负责为其派出的劳务人员办理各项社会保险手续等内容。2004年5月31日，原告与时代桥公司签订有固定期限的劳动合同，合同约定：时代桥公司派遣原告到被告处工作，合同生效期为2004年6月1日至2005年5月31日终止，时代桥公司为原告发放工资，缴纳社会保险。2005年10月12日，因原告先后两次违反公司的操作流程，造成了经济损失，被告将其退回时代桥公司。原告于2005年11月28日向北京市劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求被告支付2005年10月的工资及经济补偿金等费用。该仲裁委于2006年1月20日以主体不适格为由裁定驳回原告的申诉。徐延格不服仲裁，以与被告存在事实劳动关系为由起诉，要求被告给付2005年10月的工资718元，解除合同的经济补偿金20130元及额外经济补偿金。被告否认与原告存在劳动关系，不同意原告的诉讼请求。请问该案如何处理？

### 解析

一审法院认为，根据查明事实，原告与时代桥公司签订有劳动合同，该劳动合同确立了原告与时代桥公司之间的劳动关系。后原告作为时代桥公司的职员被派遣到被告处工作，故原告虽曾在被告处工作，但双方未形成事实劳动关系。现原告以与被告存在事实劳动关系为由向被告主张权利，于法无据，法院不能予以认定。原告称其与时代桥公司所签订的劳动合同是受被告胁迫签订的，属无效合同，应另案解决。原告的诉讼请求缺乏依据，不予支持。判决驳回原告徐延格的诉讼请求。在二审上诉期间，双方和解。

肯德基宣布：北京肯德基公司与徐延格达成和解协议，最大限度保障员工权益。原配销中心的被派遣劳动者将转为北京肯德基公司直接聘用的员工，并认可他们以前的工龄。肯德基公司宣布从即日起，除特殊情况外，在全国范围内停止使用劳务派遣的用工形式，新录用的员工将直接与肯德基公司建立劳动关系。

### （二）劳务派遣单位的设立

经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

- （1）注册资本不得少于人民币二百万元；
- （2）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施
- （3）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度

(4) 法律、行政法规规定的其他条件。

经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请**行政许可**：经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

### (三) 劳务派遣关系的内容

#### 1. 被派遣劳动者的权利

(1) **同工同酬的权利**。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。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) **参加或组织工会的权利**。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。

问题：劳务派遣期间劳动者怀孕，用工单位可否将其退回派遣单位？

被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形的，在**派遣期限届满前**，用工单位不得依据本规定第十二条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；**派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回**。

#### 2、劳务派遣单位的义务

(1) **缔约义务**。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（常雇派遣合同）**，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（报酬给付义务）**。劳务派遣单位派遣劳动者应当与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。劳务派遣单位应按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法为被派遣劳动者缴纳社会保险费，并办理社会保险相关手续。（**社会保险义务**）

#### 案例

B 公司为派遣公司，向 A 公司派遣一批员工，这批员工在 A 公司工作期间，突然有一天，一个叫李逵的员工发生了工伤。面对这种情况，A 公司该怎么办呢？A 公司是实际用工单位，而和李形成劳动合同关系的是 B 劳务派遣公司，李逵的社会保险也是以 B 劳务派遣公司的名义来缴纳的，所以李逵受伤事件发生以后，A 公司要通知 B 劳务派遣公司，要 B 劳务派遣公司去给李逵申报工伤，做工伤认定和劳动能力鉴定，鉴定下来伤残等级以后，B 劳务派遣公司就可以通过社保中心，或者社保经办机构，把李逵因工伤而影响的收入从社保基金中领回来，转交给他。但是，在这个事件中，还有一个问题没有解决，即李逵因工伤而停工期间的工资由谁来发放。李发生工伤以后，他要治疗，要请病假，在治疗和病假期间，是 A 公司支付他的工资呢，还是 B 劳务派遣公司支付他的工资呢？

#### 解析

在仲裁审理的时候，仲裁庭发现，如果员工出现工伤这种情况，到底应该由谁来支付停工期间的工资，A 公司和 B 劳务派遣公司在派遣协议里没有约定如果仲裁裁决按照《劳动合同法》的规定，那么应该裁决 B 劳务派遣公司为李逵支付停工工资因为《劳动合同法》第五十八条，劳务派遣单位是本法所称的用人单位，也就是说，劳务派遣单位应当对劳动者承担全部的法定义务，换句话说，劳务派遣单位是对劳动者承担法定义务的第一责任人。

(2) **告知义务**，劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者，劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

(3) **全日制用工义务**，劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。（《劳动

《劳动合同法实施条例》第 30 条)

**(4) 连带赔偿责任。**用工单位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。

**注意：**

**①被派遣劳动者受到损害的。**劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元到一万元的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位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

**②被派遣劳动者给他人造成损害的。**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（《侵权责任法》第 34 条）

#### 案例

王某于 2017 年 8 月 1 日被某劳务派遣公司派遣到某机械公司工作，由该劳务派遣公司为其缴纳社会保险费。2018 年 11 月，因王某严重违反机械公司的规章制度，并造成了较坏影响，机械公司将王某退回了劳务派遣公司，同时告知劳务派遣公司在年底劳务派遣协议到期时不再续签。劳务派遣公司依据劳动合同法规定，以王某严重违反用人单位规章制度为由，解除了与王某的劳动合同，但拒绝为王某出具解除劳动合同证明，也不协助王某办理失业保险金申领手续王某多次要求劳务派遣公司和机械公司为其出具解除劳动合同证明并办理失业保险金申领手续，但遭劳务派遣公司和机械公司拒绝，王某遂申请仲裁，要求劳务派遣公司赔偿其失业金损失，并要求机械公司承担连带赔偿责任。请问王某的仲裁请求能否得到支持？

#### 解析

用人单位以劳动者严重违纪为由解除劳动者劳动合同，属于非因本人意愿中断就业的情形。如果非因本人意愿中断就业的劳动者缴纳失业保险费满一年，进行了失业登记，并有求职要求，可以从失业保险基金中领取失业保险金。由于劳务派遣公司不向王某出具解除劳动合同的证明，也不为王某在失业保险经办机构办理失业登记手续，导致王某无法享受失业保险金待遇，依据人社部《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第十九条的规定，劳务派遣公司应当承担赔偿责任。那么机械公司是否应当承担连带赔偿责任呢？根据《劳动合同法》第九十二条，如果用工单位没有违反规定，没有给被派遣劳动者造成损害，要求用工单位承担连带赔偿责任没有法律依据。因此，仲裁委员会裁决劳务派遣公司赔偿王某 3 个月失业金损失，驳回了王某要求机械公司承担赔偿责任的仲裁请求。

### 3.用工单位的义务

**(1) 报酬给付义务。**用上单位支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇。连续用工的，实行正常的工资调整机制

**(2) 保护照顾义务。**执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护。

**(3) 告知义务。**告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬

**(4) 培训义务。**对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训

#### (四) 用工单位的行为限制

**(1) 禁止分割用工期限。**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

**(2) 禁止转包。**用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位

**(3) 禁止自派。**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。用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者

的，属于用人单位设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者的情形。

（4）**禁止违法使用派遣工**。劳动合同是企业的基本用工形式，劳务派遣用工是补充形式。

①**实质性限制**（岗位的限制），劳务派遣用工只能在**临时性、辅助性或者替代性的工作岗位**实施，临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的主营业务岗位；替代性工作岗位是指用王单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作

②**程序性限制**，用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，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，并在用工单位内公示。

③**总量控制（用工比例的限制）**。用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的 10%，用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。

## 二、非全日制用工

### （一）非全日制用工的界定

非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

非全日制用工的特点有：

（1）**用人单位用工**：劳动者为用人单位提供有偿劳动，而不是为家庭或个人提供有偿劳动；

（2）**小时计酬为主**：劳动者的劳动报酬是以小时计酬为主，最长不超过 15 日给付劳动报酬；

（3）劳动者在同一个用人单位平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时。

### 案例

王某于 2012 年 6 月 5 日进入 A 公司工作，担任行政兼出纳，由于王某需要照顾家庭，双方口头约定王某每天工作时间固定为 9 时至 14 时 30 分，午休 1 小时，每周做五休二，月工资人民币 2000 元。2012 年 9 月 4 日，A 公司要求变更工作时间，王某无法接受，遂产生劳动争议申请劳动仲裁，要求 A 公司支付王某 2012 年 7 月 5 日至 2012 年 9 月 4 日期间未签订劳动合同的二倍工资差额 3600 元。仲裁裁决未予支持王某的请求，王某不服，遂于法定期限内诉至法院。

### 解析

非全日制用工与全日制用工最本质的区别就是工作时间，由《劳动合同法》第 68 条的规定可知，判定是否成立非全日劳动关系，应同时满足平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时，否则一旦突破上述工作时间的任一限制，司法实践中便极有可能被认定为全日制用工，法院结合案情，最终认为：“王某平均每日工作时间为四个半小时，超出了非全日制用工中的四小时规定，故 A 公司主张王某为非全日制小时工的用工形式，依据不足，本院认定双方系全日制用工形式”，并据此判决支持了王某的诉讼请求。

**全日制用工灵活性的特点**，主要表现为两个方面：一方面，劳动者工作时间短，且可以建立多重劳动关系。另一方面，劳动当事人双方可以随时终止劳动关系。《劳动合同法》规定的非全日制用工属于劳动关系，**仅限于用人单位用工**、不包括个人用工形式。

德国的《非全日制和附期限法》将非全日制用工分为三种，分别是正常的非全日制用工、基于召唤从事劳动及职位分享。其中，正常的非全日制用工是工作时间“短于同企业具有可比性的全日制劳动者”的用工形式。基于召唤从事劳动是指雇员按需提供劳动给付，职位分享是指劳动者在同一职位上分配工作时间。

## （二）非全日制用工的特殊运行规则

### 1、劳动合同的订立

- （1）订立非全日制劳动合同可以采用口头形式。
- （2）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。
- （3）非全日制劳动合同不得约定试用期

### 2、劳动合同的履行

- （1）非全日制用工，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，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。
- （2）全日制用工小时计图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。

#### 问题：非全日制用工的劳动者发生工伤如何处理？

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，从 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。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、劳动合同的终止

- （1）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。
- （2）终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

#### 全日制用工与非全日制用工的区别

- （1）**劳动关系不同**。全日制用工，一般是单一劳动关系：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。（劳动关系的非排他性）
- （2）**合同形式不同**。全日制用工，用人单位与劳动者应当订立书面劳动合同；非全日制用工，双方当事人可以订立口头协议。
- （3）**工作时间不同**。全日制用工实行每日工作不超过八小时，每周不超过四十小时的标准工时制度；非全日制用工的工作时间一般为每日四小时，每周工作时间不超过二十四小时。
- （4）**试用约定不同**。全日制用工，除以完成一定工作任务为期限的劳动合同和三个月以下 固定期限劳动合同外，其他劳动合同可以依法约定试用期；而非全日制用工双方当事人不得约定试用期。
- （5）**社会保险不同**。全日制用工，用人单位必须为劳动者缴纳所有社会保险；非全日制用工，用人单位应当为劳动者缴纳工伤保险。
- （6）**支付周期不同**。全日制用工，应当按月向劳动者支付工资；非全日制用工，每半月至少支付一次
- （7）**解除终止不同**。全日制用工，劳动合同解除或者终止的，除一些特别情况外，用人单位须向劳动者支付经济补偿金；而终止非全日制用工的，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

区别	全日制用工	非全日制用工
劳动关系	一般是单一劳动关系	可建立多个劳动关系
合同形式	应当订立书面劳动合同	可订立口头协议
工作时间	一般每日工作不超过八小时，每周不超过四十小时的标准工时	一般每日四小时，每周工作时间不超过二十四小时
试用期	劳动合同期限三个月以上的，可以约定试用期	不得约定试用期
社会保险	必须为劳动者缴纳各种社会保险	应当为劳动者缴纳工伤保险
支付周期	应当按月以货币形式向劳动者支付工资结算	支付周期最长不得超过15日
解除终止	除特殊情况外，须向劳动者支付经济补偿金	可随时终止劳动关系，不需要支付经济补偿金

## 第七章 社会保障法

批注 [33]: 11.25

### 第一节 社会保险法概述

#### 一、社会保险的概念

社会保障是指由国家立法强制规定，并以国家作为给付义务主体，对公民在**年老、疾病、伤残、失业、生育、遭遇灾害、面临生活困难时**给予物质或服务帮助，旨在保障公民基本生活需要并提高生活水平、实现社会公平和社会正义的制度。

社会保险是指国家通过立法实施，对遭遇年老、疾病、失业、生育、因工伤残或者患职业病等社会风险的社会成员或职业劳动者，提供一定物质补偿和帮助的社会保障法律制度。

含义：（1）法律性质：兼有补偿性质和物质帮助性质，并由国家通过立法强制实施的社会保障制度（2）对象范围：从事职业劳动的劳动者（3）内容范围：劳动风险中的各险种；（4）支付依据：基于客观原因导致的暂时或永久丧失劳动能力或失去工作岗位。2010年10月28日，第十一届全国人大常委会第十七次会议通过《社会保险法》。



#### 二、养老保险

养老保险又称为年金保险，是指劳动者因年老或病残丧失劳动能力而退出劳动岗位后，从国

家和社会获得物质补偿和帮助的一种社会保险制度。养老保险是最传统最广泛的社会保险类型。截至 2019 年底，中国 60 岁及以上老年人口达 2.54 亿；预计到 2053 年，中国老年人口将达 4.87 亿，占总人口的 34.9%。

#### (一)我国现行养老保险体系

**1.基本养老保险:**亦称国家基本养老保险，是按照国家政策规定强制实施的为保障广大离退休人员基本生活需要的一种养老保险制度。

亦称企业年金，是指由企业

**2.企业补充养老保险:**亦称企业年金，是指由企业根据自身经济实力，在国家规定的实施政策和实施条件下为本企业职工建立的一种辅助性的养老保险。

**3.个人储蓄性养老保险:**是由职工自愿参加、自愿选择经办机构的一种补充保险形式。

#### (二)养老保险基金筹集

国家财政补贴、用人单位(或雇主)和劳动者缴纳保险费。还有按规定收取的滞纳金、基金存储的利息和按规定进行投资的收益等。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。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。企业缴纳一般不得超过企业工资总额的 20%；个人缴的不得低于本人缴费工资的 8%；按本人缴费工资 11%的数额为职工建立基本养老保险个人账户，个人缴费全部记入个人账户，其余部分从企业缴费中划入。职工或退休人员死亡，个人账户中的个人缴费部分可以继承。

退休人员被判处拘役、有期徒刑及以上刑罚或被劳动教养的，服刑或劳动教养期间停发基本养老金，服刑或劳动教养期满后可以按服刑或劳动教养前的标准继续发给基本养老金，并参加以后的基本养老金调整。退休人员在服刑或劳动教养期间死亡的，其个人账户储存额中的个人缴费部分本息可以继承，但遗属不享受相应待遇。退休人员被判处管制、有期徒刑宣告缓刑和监外执行的，可以继续发给基本养老金但不参与基本养老金调整。退休人员因涉嫌犯罪被通缉或在押未定罪期间，其基本养老金暂停发放。如果法院判其无罪，被通缉或羁押期间的基本养老金予以补发。

### 三、医疗保险

医疗保险，是指国家和社会对因病或非因工负伤的劳动者提供必要的医疗服务和物质帮助的一种社会保险制度。我国基本医疗保险体系由城镇职工基本医疗保险、城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗三大制度构成。

#### (一)覆盖范围和缴费方法

城镇所有用人单位，乡镇企业、个体经济组织参加基本医疗保险，由各省、自治区、直辖市人民政府决定。用人单位缴费率应控制在职工工资总额的 6%，职工缴费率一般为本人收入的 2%。

#### (二)医保基金先行支付制度

《社会保险法》规定，下列医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围：

- (1)应当从工伤保险金中支付的；
- (2)应当由第三人负担的；
- (3)应当由公共卫生负担的；
- (4)在境外就医的。

医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。可见，如在境外生育，生育的医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围。

#### 案例

郭女士参加了单位的基本医疗保险，在次午后休息时，郭女士因为与一位同事意见不和

产生口角，被该同事打伤。郭女士住进了医院，郭女士本来就家境贫寒，而打她的那位同事也家境贫寒，没有钱支付医疗费。而由于不属于工伤，单位也不同意垫付费用。郭女士非常着急，没有钱支付将耽误治疗。请问：郭女士如何办？医疗基金先支付。

## 第二节 工伤保险

### 一、工伤保险的概念和特点

工伤保险，又称职业伤害保险或职业病损害赔偿保险，是指依法为在生产、工作中遭受意外伤害或患职业性疾病的劳动者及其亲属提供医疗救治、生活保障、经济补偿、医疗和职业康复等物质帮助的一种社会保险制度。

工伤保险的特点：(1) **责任性质的无过错性**。尽管工伤保险责任具有赔偿性，但工伤保险实行无过错责任原则。工伤保险不同于养老保险等险种，劳动者不缴纳保险费，全部费用由用人单位负担；(2) **覆盖主体的特定性**；对象范围是在生产劳动过程中的劳动者。(3) **补偿内容的有限性**。工伤保险待遇相对优厚，标准较高，但因工伤事故伤残等级不同而又有所差别。

### 案例

自 2012 年起老刘一直在杭州某保安服务公司(以下简称“保安公司”)从事安保工作。2018 年 6 月 1 日，老刘满 60 周岁，达到了法定退休年龄，便与保安公司签订一份《退休人员返聘协议书》，约定老刘继续在保安公司从事安保工作，返聘期限自 2018 年 6 月 1 日至 2019 年 5 月 31 日，工作时间实行做 1 天休一天，单位不为老刘缴纳社会保险(包括工伤保险)。2019 年 4 月 14 日是个周日，正值老刘值班。傍晚 6 点半，快递员小张来送货时，发现老刘趴在传达室门口；地上还有血迹，小米及上接警共现打了 120。当天，老刘经医院抢救无效死。2020 年 8 月 17 日，老刘的家属将保安公司诉至法院，问：老刘本案如何处理

分析：《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（三）》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按照劳务关系处理。《侵权责任法》第三十五条规定，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。经查明，老刘事发时已经享受养老保险待遇并领取退休金，事发当天曾饮酒。本案中，老刘达到了法定退休年龄；已经在享受养老保险待遇并领取退休金，根据上述法律规定，他与保安公司之间按劳务关系处理。保安公司作为接受劳务的一方，只有在存在过错的情况下，才应当承担相应的赔偿责任。法院驳回诉讼请求。

案例某工厂铆工皮某，为赶进度违章使用三角皮带超载起吊钢材，致使皮带断裂，钢材下落导致左大腿粉碎性骨折。问：皮某违章作业导致伤害，能否被认定为工伤？

### 解析

皮某应被认定为工伤。因为皮某是在工作时间，工作区域内，因工作原因受到事故伤害，符合工伤认定的第一个规定，故应认定为工伤。至于其违章作业。根据工伤保险实施的无责任赔偿原则，并不影响其享受工伤保险的待遇。

### 二、工伤的认定

工伤是指劳动者在劳动过程中因执行职务（业务）而遭受事故伤害。工伤认定是指劳动保障行政部门依据法定的标准和程序，确认劳动者的伤害或者疾病是否属于工伤保险事故的活动。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。

#### (一)工伤认定标准

职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- (1)**工作事故伤害**：在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（原则性规定）
- (2)**工作前后伤害**：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)**暴力意外伤害**：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)**职业病**：患职业病的；
- (5)**外出期间伤害**：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)**交通事故伤害**：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。

#### 1. 工作事故伤害

在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的。三公原则：“工作原因”是认定工伤的核心要件，“工作时间”和“工作场所”是辅助要件，具有补强“工作原因”的功能。

(1)**工作原因**。“工作原因”的范围除了劳动者的本职工作之外，还包括其他与职务相关的活动，或者由单位指派、认定的其他业务活动，以及其他对用人单位有益的活动。职工在参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动中受到事故伤害的，应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。(2) **工作时间**。“工作时间”既包括执行职务前后从事预备性和收尾性活动的时间，也包括上下班途中。(3) **工作场所**。“工作场所”是履行工作职责应当经过或可能经过的区域。包括常规执行职务的场所，以及受单位指派或者认可的其他活动场所。

#### 案例

小王受 A 公司指派到 B 公司食堂工作，小王与公司之间签订有劳动合同关系，由 A 公司负责支付小王的公司并为其缴纳社会保险。后小王在 B 食堂工作时，因晾晒拖布摔倒受伤，A 公司为小王垫付了医疗费，后小王认为自己是因为在工作时间因为工作原因遭受伤害，属于工伤，理应享受工伤待遇。但是 A 公司和 B 公司辩称，小王晾晒拖布地方不是 B 公司指派给小王的工作区域，在工作区域外受伤不构成工伤，请问小王是否构成工伤？如果构成工伤的话，谁应承担工伤赔偿责任？

#### 分析

市中院二审认为，小张是小区的保安，秩序维护是日常的主要工作，除此之外的其他工作特别是单位领导临时指派的工作也应当属于《工伤保险条例》中所述的“工作”。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释〔2014〕9号）第四条规定：“社会保险行政部门认定下列情形为工伤的，人民法院应予支持：（一）职工在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的；（二）职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的；（三）在工作时间内，职工来往于多个与其工作职责相关的工作场所之间的合理区域因工受到伤害的；（四）其他与履行工作职责相关，在工作时间及合理区域内受到伤害的。”小张受单位领导临时指派参与摘芒果，属于该条第四项规定，认定属于与履行工作职责有关，在工作时间及合理区域内受到伤害。

#### 案例

某企业职工小王在上班期间因内急上厕所，摔了一跤而受伤，当地劳动保障部门认为上

班入厕属于私事，与工作无关，不属于工作原因，不认定为工伤，请问是否正确？

#### 解析

当地社会保障部门的认定是错误的。理由是：该职工与用人单位已经建立了劳动关系发生的伤害属于工作时间、工作场所；上厕所是生理需要，我国没有任何法律禁止上班时间内上厕所，故上厕所受到伤害应当被认定为工伤。《浙江省工伤保险条例》第十八条规定，职工在连续工作过程中和工作场所内，因就餐、工间休息、如厕等必要的生活、生理活动时所受的伤害，视为《工伤保险条例》规定的因工作原因所受的伤害

## 2.工作前后伤害

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。预备性或收尾性工作是指职工在上班前、下班后的一段合理时间内，从事的搬运、清扫、清洗、准备、整理、维修、堆放或收拾其工具和工作服等辅助性或延续性工作。

案例：某矿业集团职工下班后前往职工浴室洗澡，洗澡时因澡堂地面打滑摔倒，造成右髌骨

粉碎性骨折，请问能否认定为工伤？

分析：按照《工伤保险条例》第十四条第二项规定，可以认定为工伤。该案例中的矿工从事比较脏的工作，"下班后洗澡和工作有密切联系，可以说是必要的，因此可以认定为工伤。

## 3、暴力意外伤害

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。因履行工作职责受到暴力伤害是指受到的暴力伤害与履行工作职责有因果关系。

（1）工作期间因纠纷受到他人伤害，如果纠纷是因为工作引起，可以认定为工伤如果并非因工作引起，则不属于工伤。

（2）受管理者恶意殴打导致伤害，或者受到外来人员的人身伤害，如果是因工作受到伤害，可以认定为工伤，如果伤害并非由履行工作职责所引起，则不能认定为工伤。

（3）在工作期间，受到不可预见的意外伤害，如是工作原因、工作需要或身体生理需要（如吃饭、上厕所等），可以认定为工伤。如果是因个人恩怨引发，但不能认定为工伤。

#### 案例

两个月前，部门主管华某将其饲养的一条藏獒带至公司，关在办公室内，未曾锁门便前去厕所。当作为公司文员的饶女士，因向华某送达文件而进入办公室后，由于猝不及防而被藏獒咬伤，不仅花去4万余元医疗费用，还落下10级伤残。可面对饶女的赔偿请求，公司认为饶女的伤害完全是华某的个人行为所致，与公司没有任何关联，即使公司存在没有为饶女办理工伤保险的过错，也因饶女不在工伤之列，而无需担责。华某则认为，饶女士未经其许可贸然进入其办公室，且未尽到注意义务，只能自食其果。请问：饶女士究应该向谁索要赔偿？

#### 解析

饶女士有权同时要求公司和华某赔偿损失。

首先，饶女士的情形当属工伤。《工伤保险条例》第十四条第（三）项规定：“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”，应当认定为工伤。虽然藏獒系华某私自带入，但这并不能否定饶女士的伤害完全符合上述构成要件：饶女士是在上班时间内，因履行作为文员的工作职责，而进入公司工作人员的办公室，且事先就办公室关着藏獒一无所知，对受到来自藏獒的伤害纯属猝不及防。在公司没有为饶女士办理工伤保险的情况下，公司自然必须依照条例第六十二条第二款之规定承担责任：“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定

的工伤保险待遇项目和标准支付费用。”

其次，华某的行为当属侵权。《侵权责任法》第八十条规定：“禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。”即鉴于藏獒属于国家禁止饲养的烈性犬，也就意味着无论饶女士是否具有过错，只要存在伤害的事实，华某便难辞其咎。更不用说，华某将藏獒放置在办公室这一公司的公众场所，且未作任何警示，也未采取锁门等阻止他人进入的措施，明显是对可能出现的损害听之任之。同时，办公室并非华某的私人空间，饶女士为了工作，未经华某许可进入也非过错。

再者，饶女士有权分别要求公司和华某赔偿。相关司法解释规定，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。因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。即饶女士有权同时获得双重赔偿：基于工伤，要求公司担责；基于侵权，向华某索赔。

职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法院不予支持。职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门已经作出工伤认定，职工或者其近亲属未对第三人提起民事诉讼或者尚未获得民事赔偿，起诉要求社会保险经办机构支付工伤保险待遇的，人民法院应予支持。职工因第三人的原因导致工伤，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外。职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。

因生产安全事故受到损害的从业人员，除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利的，有权向本单位提出赔偿要求。劳动者除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律的规定，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。

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。因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持

（浙江省）在遭遇交通事故或其他事故伤害的情形下，职工因劳动关系以外的第三人侵权造成人身损害，同时构成工伤的，依法享受工伤保险待遇如职工获得侵权赔偿，其享受待遇的相对应项目中应当扣除第三人支付的下列五项费用：医疗费，残疾辅助器具费，工伤职工在停工留薪期间发生的护理费、交通费、住院伙食补助费。

#### 4.职业病

职业病，是指企业、事业单位和个体经济组织等用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。

职业病的构成要件：（1）必须是法定范围的劳动者；（2）所患疾病必须属于国家规定范围的职业疾病；（3）该疾病应当是因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起（4）必须经过法定的医疗卫生机构诊断、鉴定为职业病

#### 5.外出期间伤害

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。“因公外出”指职工由于

工作需要到本单位以外，从事与本职工作有关的工作。包括两种情况：一是到本单位以外，但是还在本地范围内；二是到本地区以外或者境外。认定“因公外出”，应当根据外出是否因工作，或者用人单位的正当利益等方面综合考虑。“由于工作原因受到伤害”是指由于工作原因直接或间接造成的事故伤害、暴力伤害和其他伤害。既包括与工作直接有关而形成的伤害，也包括开展工作过程中所发生的伤害，如外出途中产生的伤害，因住宿、餐饮等场所存在的不安全因素产生的伤害。“发生事故下落不明的”是因遭受安全事故、意外事故或者自然灾害等形式的事因而失去任何音讯的情形。

### 案例

时某是珠海某公司生产部操作员，2019年5月6日参加公司组织到深圳的员工旅游。在拍照时，时某悬空跳起，左脚先着地后没有站稳向后摔倒，被医院诊断为左膝半月板损伤、左膝关节多发韧带损伤。该公司向珠海市香洲区人力资源和社会保障局提交了对时某的工伤认定申请。香洲区人社局认定其为非工伤。时某不服，向珠海市人力资源和社会保障局申请行政复议。珠海市人力资源和社会保障局作出相关行政复议决定，维持了香洲区人社局的决定。时某仍然不服，向香洲法院提起行政诉讼，请求撤销香洲区人社局作出的工伤认定决定。请问旅游受伤是否工伤？

### 解析

经审理，香洲法院认为，时某参加的旅游活动是由公司组织并承担经费的企业文化活动，公司将员工参加旅游活动视为正常出勤，并计算工资，这说明公司组织旅游与工作有本质联系，是职工工作的延续。时某在公司鼓励下参加活动应属工作范畴，因旅游拍照而受伤构成工伤认定的正当工作原因。法院一审判决香洲区人社局撤销作出的工伤认定并于判决生效之日起60日内重新作出工伤认定。香洲区人社局不服，上诉至珠海市中院。珠海市中院二审维持了原判。香洲区人社局已在规定期限重新作出工伤认定，认定时某受伤属于工伤。

社会保险行政部门认定下列情形为“因工外出期间”的，人民法院应予支持：

- （1）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；
- （2）职工受用人单位指派外出学习或者开会期间；
- （3）职工因工作需要的其他外出活动期间。职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持。

（浙江省）职工有下列情形之一的，视为《工伤保险条例》规定的因工作原因所受的伤害，但职工因故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀所受的伤害除外：（1）在工作时间和驾驶公共交通工具等特殊工作岗位，突发疾病后因岗位特殊导致救治延误病情加重，经抢救无效死亡或者抢救后完全丧失劳动能力的；（2）在连续工作过程中和工作场所内，因就餐、工间休息、如厕等必要的生活、生理活动时所受的伤害；（3）因参加用人单位统一组织或者安排的学习教育、培训、文体活动所受的伤害；（4）因参加各级工会或者县级以上组织人事部门按照规定统一组织的疗休养所受的伤害，但单位承担费用由职工自行安排的疗休养除外。

## 6.交通事故伤害

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。

(1) 上下班途中。三个要素：目的要素，即是否以上下班为目的；时间要素，即上下班时间是否合理；空间要素，即往返于工作地和居住地的路线是否合理。这里“上下班途中”既包括职工正常工作的上下班途中，也包括职工加班加点的上下班途中。“途中”可分为两种情况：一是直线路线，即上下班必定路线；二是上下班的合理路线，如遇必定路线戒严或发生重大事故，故而改道而行的路线。

对社会保险行政部门认定下列情形为“上下班途中”的，人民法院应予支持：①在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中；②在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中；③从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中；④在合理时间内其他合理路线的上下班途中

(2) 非本人主要责任。对上下班途中本人承担主要责任的交通事故，如无证驾驶、酒后驾车等行为造成本人伤亡的，不纳入工伤的范围。“非本人主要责任”的认定，应当以有关机关出具的法律文书或者人民法院的生效裁决为依据。

(3) 交通事故。“交通事故”，是指车辆在道路上因过错或者意外造成的人身伤亡或者财产损失的事件。

“车辆”，是指机动车和非机动车。非机动车是指以人力或者畜力驱动，上道路行驶的交通工具，以及虽有动力装置驱动但设计最高时速、空车质量、外形尺寸符合有关国家规定的残疾人机动轮椅车、电动自行车等交通工具。可见，被自行车撞伤属于交通事故。

“道路”，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。

### 案例

王某系南通某机械科技公司的员工，平时居住于公司提供的职工宿舍，每个月公司都会集中安排休息3至5天，他就借此回100多公里外的老家与家人团聚。2015年11月14日是其休息日，次日上午8点上班。为了第二天能按时上班，14日下午4时55分许，王某从老家坐客车回公司，后继续乘坐其同事驾驶的电动自行车回职工宿舍，途中与江某驾驶的二轮摩托车发生碰撞致其受伤，后经抢救无效于11月29日死亡。2016年1月6日，公安交警部门作出王某不负事故责任的道路交通事故认定书。同年8月22日，启东市人力资源和社会保障局认定王某受到的事故伤害为工伤。机械公司不服，向海门市人民法院提起行政诉讼，请求撤销启东市人社局所作认定工伤决定。

### 解析

法院经审理认为，事发当日虽是王某休息日，但因两地相距较远、路途转车等客观原因，

为了次日能正常上班，其提前从老家回宿舍的路线，是往返于工作地与家人居住地的必经路线，具有一定的特殊性，其行为具有正当性和合理性，根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条“对社会保险行政部门认定下列情形为‘上下班途中的，人民法院应予支持：（二）在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中的规定，应当认定交通事故发生在上班的合理时间和合理路线内，启东市人社局据此认定王某属于工伤并无不当，遂驳回机械公司的诉讼请求。机械公司不服，向二审法院提起上诉。南通中院经审理维持原判。

### 视为工伤的情形

职工有下列情形之一的，视同工伤：

（1）**突发疾病死亡**：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。“突发疾病”包括各类疾病，并不要求与工作有关联。“48小时”的起算时间，以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。

注意：职工虽然是在工作时间和工作岗位突发疾病，经过48小时抢救之后才死亡的，不属于视同工伤的情形。

#### 案例

2020年4月3日，某保安公司员工甘某在一座大厦值夜班。次日7时许，甘某被发现倒在大厦大门外的台阶上不省人事，经医护人员确认已死亡。4月27日，司法鉴定机构出具鉴定意见，认定甘某的死亡符合冠心病猝死。派遣员工甘某死在岗位外是否算工伤？

分析：6月份，市劳动和社会保障局认为甘某突发疾病死亡，属于工亡。保安公司不服，诉至法院。保安公司认为，甘某的工作岗位在大厦内，不负责单位大门外的保安工作，其死亡地点在大门外，不属于原定的工作场所及合理延伸，不符合《工伤保险条例》视同工伤死亡规定的条件。市中院二审认为，根据保安公司与甘某签订的《聘用合同》，甘某除了对进出执勤岗的车辆、物品、人员进行查验、登记外，还要对服务区域，进行巡逻检查。因此，大厦门外的台阶应是甘某工作岗位的合理延伸。市中院终审维持了市劳动和社会保障局关于甘某视同工伤的决定。

本案中，保安公司作为指派单位，承担工伤保险责任没有异议。但保安公司认为甘某不属于“工作岗位上”突发疾病，保安公司将《工伤保险条例》第十五条第一款“突发疾病在工作岗位死亡”，理解为即使突发疾病也不能离开工作岗位，死也要死在工作岗位上，否则就不能认定为因工死亡，这显然是错误的。

（2）**公共利益伤害**：在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的。

本项仅列举了抢险救灾这种情形，但凡是与抢险救灾性质类似的行为，都应当认定为属于维护国家利益和维护公共利益的行为。维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的，无需符合

工作原因、工作时间、工作场所等因素。

(3) **因公负伤致残：**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。

已取得革命伤残军人证的职工在用人单位旧伤复发，一次性伤残补助金不再享受，但其它工伤保险待遇均可享受。

### 不认定工伤的情形

职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

(1) **故意犯罪的：**明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。“故意犯罪”的认定，应当以司法机关的生效法律文书或者结论性意见为依据。过失犯罪不影响工伤认定，比如交通肇事罪、重大责任事故罪。

案例：王某在一家建筑公司担任施工负责人，因为公司施工对周围居民产生扰乱，同时该工程一旦建成，将影响周围居民的采光。于是周围居民自发聚集起来，要求停止施工。王某一气之下与带头的几人打起来了，王某将其中一人眼睛打瞎，同时在混乱中，王某也被打伤。后王某因为故意伤害他人被判处有期徒刑2年。王某自己看病也花了不少费用，王某的家人向单位要求报销。但单位认为，王某在工作过程中因为犯罪行为而受伤，因此不算工伤，不能报销郭某的费用 问：王某在工作过程中因有犯罪行为而受伤，能被认定为工伤吗？不能。

(2) **醉酒或者吸毒的：**对于醉酒标准，可以参照《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》国家标准（GB19522—2030）。这一标准规定：驾驶人员血液中的酒精含量大于（等于）20 毫克 / 100 毫升、小于 80 毫克 / 100 毫升的行为属于饮酒驾车，含量大于

（等于）80 毫克 / 100 毫升的行为属于醉酒驾车。公安机关交通管理部门、医疗机构等有关单位依法出具的检测结论、诊断证明等材料，可以作为认定醉酒的依据。

(3) **自残或者自杀的。**“自残”是指通过各种手段和方式伤害自己的身体，并造成伤害结果的行为，“自杀”是指通过各种手段和方式结束自己生命的行为。自残或者自杀与工作没有必然联系，因此，不能认定工伤。实务中如何证明职工是自残或者自杀，由用人单位承担举证责任。

### 案例

李春花系永晖超市员工，双方签订了《劳动合同书》：劳动合同期限为自2015年9月2日起平，李春花岗位为营业员，负责生鲜部干货的上货、摆放陈列、捡除坏的干货商品。2017年2月26日14时40分左右，李春花在超市上班期间，因在超市女厕所内喝下放置在厕所内的洁厕剂而受伤，受伤后在某医科大学附属第一医院治疗，诊断为急性上消化道出血，急性胃粘膜损伤；头皮血肿，眉空肠吻合术后，洁厕剂中毒。2018年2月6日，永晖超市向人社局申请工伤认定。

请问（1）李春花是否构成、工伤？为什么？

（2）永晖超市对于人社局关于李春花构成工伤的认定是否可以提起诉讼？

（3）李春花自称其是在极度疲劳的情况下头昏眼花误把洁厕剂当饮料喝导致受伤，对此如何评价。

### 分析

(1) 李春花不构成工伤。受伤虽然发生在工作时间和工作地点，但受伤属自伤自残身体

的行为，不属于因工作原因受到的伤害。

(2)可以。申请工伤认定的职工或者其近亲属、该职工所在单位对工伤认定结论有限的，可以依法申请行政复议，也可以依法向人民法院提起行政诉讼。

(3)李春花自称其是在极度病劳的有下生晕眼花误把洁厕剂当饮料喝导致受伤明显有违生活常理，把德院应当结合相关证据及查明的事实依法予以审查。

## （二）工伤认定程序

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，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、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社会保险行政部门提出工伤认定申请。

### 3.停工留薪期

停工留薪期，是指职工因工作遭受事故伤害或者患职业病后，需要暂停工作接受工伤医疗，继续享受原工资福利待遇的期限。

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。

### 工伤认定的受理

社会保险行政部门收到工伤认定申请后，应当在 **15 日**内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定；材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在 **15 日**内作出受理或者不予受理的决定。（形式审查）

社会保险行政部门决定受理的，应当出具《工伤认定申请受理决定书》；决定不予受理的，应当出具《工伤认定申请不予受理决定书》。

### 工伤认定的审核

社保行政部门受理工伤认定申请后，根据需要可以对事故伤害进行调查核实。

### 不需调查核实的情形

依法取得职业病诊断证明书或职业病诊断鉴定书的。

### 对是否构成工伤有争议——举证责任倒置

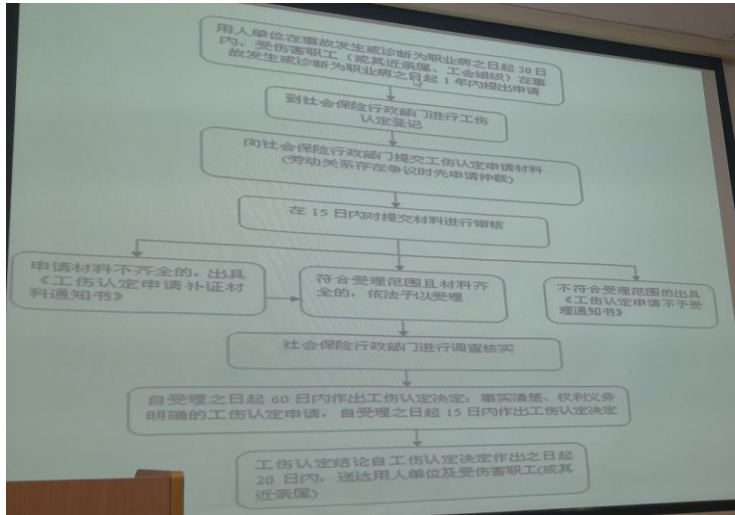
职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

### 工伤认定的时限

**原则上：**受理之日起 **60 日**内作出决定，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。

事实清楚、权利义务明确的申请， **15 日**内作出决定。

对工伤认定结果不服：可以选择行政复议或行政诉讼。



### （三）劳动能力鉴定

劳动能力鉴定，是指劳动鉴定机构根据法定的鉴定标准，对遭受工伤事故或者罹患职业病的劳动者的劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度进行的等级鉴定。

#### 1.申请

职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾影响劳动能力的，应当进行劳动能力鉴定。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。

#### 2.鉴定

设区的市级劳动能力鉴定委员会收到劳动能力鉴定申请后，应当从其建立的医疗卫生专家库中随机抽取3名或者5名相关专家组成专家组，由专家组提出鉴定意见。设区的市级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；必要时，可以委托具备资格的医疗机构协助进行有关的诊断。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。

（1）**劳动功能障碍**（十个伤残等级）：最重的为一级，最轻的为十级。

（2）**生活自理障碍**（三个等级）：生活完全不能自理；生活大部分不能自理；生活部分不能自理。

**劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论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不属于劳动争议。**（最高院）

劳动者被认定患职业病或因工负伤后，对劳动鉴定委员会作出的伤残等级和护理依赖程度鉴定结论不服，可依法提起行政复议或行政诉讼。对劳动能力鉴定结论所依据的医学检查、诊断结果有异议的，可以要求复查诊断，复查诊断按各省、自治区和直辖市劳动鉴定委员会规定的程序进行。（原劳动部）

#### 3.再次鉴定

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。

问题：再次鉴定结论尚未下达（作出），用人单位能否以劳动合同期满为由终止劳动合同？  
（不能）

#### 4.复查鉴定

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。

时间条件：劳动能力鉴定结论作出之日起1年

主体条件：工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构

实质条件：伤残情况发生变化

问题：复查鉴定结论比初次鉴定、再次鉴定结论更重，工伤职工能否要求恢复劳动关系？

#### （四）工伤保险待遇

工伤保险待遇，是工伤职工依法享有的、因工受伤、致残或者死亡而获得的补偿

##### 1.工伤保险基金支付的费用

因工伤发生的下列费用，按照国家规定从工伤保险基金中支付：（1）医疗费和康复费：治疗工伤的医疗费用和康复费用；（2）住院伙食补助费；（3）住宿费：到统筹地区以外就医的交通食宿费；（4）辅助器具费：安装配置伤残辅助器具所需费用；（5）护理费：生活不能自理的，经劳动能力鉴定委员会确认的生活护理费；（6）伤残补助金和伤残津贴：一次性伤残补助金和一至四级伤残职工按月领取的伤残津贴；（7）医疗补助金：终止或者解除劳动合同时，应当享受的一次性医疗补助金；（8）工亡待遇因工死亡的，其遗属领取的丧葬补助金、供养亲属抚恤金和因工死亡补助金；（9）劳动能力鉴定费。

#### 案例

被告史某英自2008年2月在原告安徽某食品有限公司工作，双方约定月工资1000元，但未签订劳动合同。2009年8月24日晚9时许，被告史某英在清理停止工作的机器时，机器突然运转至被告左手被机器绞伤，随后被告入住界首市人民医院住院治疗。经诊断，被告的伤情为左手背皮肤缺损，伴肌腱、血管、神经损伤。2010年4月15日经界首市劳动争议委员裁定双方存在事实劳动关系。被告史某英提出工伤认定申请，2010年5月31日界首市劳动和社会保障局认定为工伤，2010年12月6日阜阳市劳动能力鉴定委员会认定伤残六级，原告对阜阳市劳动能力鉴定委员会出具的职工因工劳动能力鉴定结论通知书不服，提出重新鉴定，后经安徽省劳动能力鉴定委员会于2011年8月30日作出最终裁定仍为六级伤残。被告受伤前，原告尚欠被告2个月工资。请问史某英可以享受哪些工伤保险待遇？

#### 解析

2011年12月10日，界首市劳动仲裁委员会做出了界劳仲裁字[2011]013号仲裁裁决书，裁决原告自收到裁定书之日起十日内支付给被告（1）一次性工伤医疗补助金1679元/月×15个月=25455元，（2）一次性伤残就业补助金1679元/月×30个月=50910元，（3）医疗费5600元，（4）住院伙食补助费7元/天×99天=693元，（5）鉴定费、交通食宿费1587元整，（6）工资26个月×1000元/月=26000元，（7）未签订劳动合同双倍工资11个月×1000元/月=11000元。原告不服仲裁裁决书中第（6）项，为此向界首市法院提起诉讼。法院审理认为，原告的诉讼请求不应予以支持，原告应于判决书生效后十日内支付被告史某英上述费用。宣判后，原告不服，提起上诉。安徽省阜阳市中级人民法院判决：驳回上诉，维持原判。

**一次性伤残补助金**,是指职工在受到工伤时根据相应的工伤等级享受的由工伤保险基金支付的伤残待遇。

#### 一次性伤残补助金待遇(工伤保险基金支付)

继续保持劳动关系的 1—10级的一次性伤残补助金标准为  
本人工资:

一级: 27个月    二级: 25个月    三级: 23个月  
四级: 21个月    五级: 18个月    六级: 16个月  
七级: 13个月    八级: 11个月    九级: 9个月  
十级: 7个月

**伤残津贴**,是指工伤职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残,与用人单位保留劳动关系,退出工作岗位,由工伤保险基金按月支付的津贴,以及工伤职工因工致残被鉴定为五、六级伤残,保留与用人单位的劳动关系,本应由用人单位安排适当工作,但难以安排,由用人单位按月支付的津贴。

**伤残津贴(工伤保险基金支付)伤残津贴标准为本人工资:** 一级 90%, 二级 85%, 三级 80%, 四级 75%

**一次性工伤医疗补助金**,是工伤职工因工致残被鉴定为五至十级伤残,经工伤职工本人提出,与用人单位解除或者终止劳动关系的,以及工伤职工因工致残被鉴定为七至十级伤残,劳动合同期满终止,或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的,由工伤保险基金一次性支付的医疗保障费用。(对可能发生工伤复发的治疗补助)

一次性工伤医疗补助金(浙江省工伤保险基金支付) 一次性工伤医疗补助金为本人工资:  
5级:30个月, 6级:25个月, 7级 10个月, 8级 7个月, 9级:4个月, 10级:2个月

#### 工亡待遇

(1) **丧葬费**: 丧葬补助费为 6 个月的统筹地区上年度职工月平均工资。例如: 按 2018 年的标准, 浙江省的丧葬补助金标准为:  $66432 \text{ 元} \div 12 \times 6 = 33216 \text{ 元}$

(2) **抚恤金**: 供养亲属抚恤金按工资比例发放, 配偶 40%, 其他亲属 30%, 孤寡老人或孤儿增加 10%之和不得高于工资。

注意: 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 个月的平均缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资 300%的,按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的 60%计算。

(3) **工亡金**: 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。  
案例: 老徐在一个食品企业做工人, 2019 年 1 月, 在单位私自搞地下仓库的过程中, 出现塌方而被压身亡。但是单位并没有缴纳工伤保险。

问: 2020 年, 一次性工亡补助金和以前比有什么变化?

解析: 按旧条例: 为统筹地区 48—60 个月社会平均工资; 按新条例: 为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。 2019 年某市城镇居民人均可支配收入 59261 元, 按旧条例: 一次性工亡补助金为  $59261 / 12 \text{ 月} \times 60 \text{ 月} = 296305 \text{ 元}$ ; 按新条例: 2020 年度一次性工亡补助金标准为  $42359 \text{ 元} \times 20 = 847180 \text{ 元}$ 。

工伤保险待遇	人身损害赔偿
<p><b>丧葬补助金：</b>6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。</p> <p><b>供养亲属抚恤金：</b>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。</p> <p><b>一次性工亡补助金：</b>标准为上一年度城镇居民人均可支配收入的20倍。</p>	<p><b>丧葬费：</b>按受诉法院所在地上一年度职工月平均工资标准，以6个月总额计算。</p> <p><b>被抚养人生活费：</b>根据被抚养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均消费支出和农村居民人均年生活消费支出标准计算。被抚养人为未成年人的，计算至18周岁；被抚养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算20年。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。</p> <p><b>死亡赔偿金：</b>按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均纯收入标准，按20年计算。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。</p> <p><b>精神损害抚慰金：</b>根据侵权人的过错程度、侵权行为所造成的后果、侵害的手段场合等因素确定。</p>

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，按照职工因工死亡的规定处理

### 2.用人单位支付的费用

因工伤发生的下列费用，按照国家规定由用人单位支付：

- （1）**工资福利：**治疗工伤期间的工资 福利；
- （2）**伤残津贴：**五级、六级伤残职工按月领取的伤残津贴；
- （3）**伤残就业补助金：**是工伤职工因工致残被鉴定为五至六级伤残，经工伤职工本人提出，与用人单位解除或者终止劳动关系的，以及工伤职工因工致残被鉴定为七至十级伤残，劳动合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由用人单位一次性支付的就业保障费用。

<b>伤残津贴(用人单位支付)</b>	
伤残津贴标准为本人工资：	
<b>5级： 70%</b>	<b>6级： 60%</b>
<b>一次性伤残就业补助金：(浙江用人单位支付)</b>	
一次性伤残就业补助金标准为本人工资：	
<b>5级： 30个月</b>	<b>6级： 25个月</b>
<b>7级： 10个月</b>	<b>8级： 7个月</b>
<b>9级： 4个月</b>	<b>10级： 2个月</b>

伤残等级	劳动关系
1-4级	保留劳动关系，退出工作岗位
5-6级	保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。
7-10级	劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

### 3. 工伤保险待遇的停止

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。

（浙江省）已经依法参加基本养老保险的工伤职工距按月享受基本养老金年龄不足5年的，一次性工伤医疗补助金全额支付，一次性伤残就业补助金每满一周年递减20%；工伤职工办理退休手续且按月享受基本养老金的，不享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

## 第三节 失业保险和生育保险

### 一、失业保险

#### （一）失业保险的概念

失业保险，是指劳动者因失业而暂时中断生活来源的情况下，在法定期间内从国家和社会获得物质帮助的一种社会保险制度。

失业保险的对象范围是失业劳动者。《社会保险法》则将其扩展到所有依法缴纳失业保险的所有劳动者。职工应当参加失业保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳失业保险费。

#### （二）失业保险待遇的支付条件

- ◆ 累计缴费1年到5年的，领取失业金最长12个月
- ◆ 累计缴费5年到10年的，最长为18个月
- ◆ 累计缴费10年的，最长为24个月
- ◆ 再次失业的，缴费时间重新计算

缴费时间与领取失业金期限对照表

缴费时间	领取失业金期(最长期限)
1年以下	0
满1年不足5年	12个月
满5年不足10年	18个月
10年以上	24个月

#### 1. 失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年的

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。

案例：小吴已经领取了24个月的失业保险金，重新就业后再次失业，能否继续领取失业保

险金？

解析：连续领取不能超过 24 个月（最高支付月份），领完了 24 个月以后，再次就业的，缴费年限重新算起。只要连续缴费满 1 年以上，再度失业的，就可以重新领取失业保险金。也就是说，断断续续领取不受 24 个月的总月数限制，比如工作 1 年，领取 3 个月；再工作 1 年，再领取 3 个月；可以这样无限循环下去，直至退休。

## 2.非因本人意愿中断就业的

法院认定“因劳动者本人意愿中断就业”，须查明同时符合两个条件：即“因劳动者本人原因”和“由劳动者本人提出解除劳动合同”

“非因本人意愿中断就业的”是指下列人员：①终止劳动合同的；②被用人单位解除劳动合同的③ 被用人单位开除、除名和辞退的；④用人单位存在过错，劳动者与其解除劳动合同的；⑤法律、行政法规另有规定的。

## 3.已经进行失业登记并有求职要求的

办理失业登记是失业人员领取失业保险金的必经程序。失业人员应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动合同的证明，及时到指定的公共就业服务机构办理失业登记。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。

### （三）失业保险待遇的内容和标准

#### 1.失业保险金

失业保险金是社会保险经办机构依法支付给符合法定条件的失业人员的基本生活费用，是最主要的失业保险待遇。失业保险金的标准，由省、自治区、直辖市人民政府确定，不得低于城市居民最低生活保障标准。失业保险金应按月发放，由经办机构开具单证，失业人员凭单证到指定银行领取。对领取失业保险金期限即将届满的失业人员，经办机构应提前一个月告知本人。

#### 2.医疗待遇

领取失业保险金人员应按规定参加其失业前失业保险参保地的职工医保，由参保地失业保险经办机构统一办理职工医保参保缴费手续。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。领取失业保险金人员参加职工医保的缴费率原则上按照统筹地区的缴费率确定。缴费基数可参照统筹地区上年度职工平均工资的一定比例确定，最低比例不低于 60%。失业保险经办机构为领取失业保险金人员缴纳基本医疗保险费的期限与领取失业保险金期限相一致

#### 3.丧葬补助金和抚恤金

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。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。

#### 4.职业培训、职业介绍补贴

职业介绍补贴是指按规定支付给失业人员提供免费职业介绍服务的职业中介机构的补贴。职业培训补贴是指为参加职业培训劳动者提供的专项补贴。（浙江省）职工取得初级（五级）职业资格证书或职业技能等级证书的，补贴标准一般不超过 1000 元；职工取得中级（四级）职业资格证书或职业技能等级证书的，补贴标准一般不超过 1500 元；职工取得高级（三级）职业资格证书或职业技能等级证书的，补贴标准一般不超过 2000 元。职业培训补贴原则上每人每年可享受不超过 3 次。

（四）失业保险待遇的终止

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）被判刑收监执行或者被劳动教养的；（6）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定的部门或者机构介绍的工作的；（7）有法律、行政法规规定的其他情形的。

二、生育保险

（一）生育保险的概念

生育保险是指女职工因怀孕、分娩而暂时中断劳动时，从国家和社会获得物质帮助的一种社会保险制度。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。

生育保险的目的，是为了保证生育状态劳动妇女的身体健康，减轻其因繁衍后代而产生的经济困难，同时也是为了保证劳动力再生产顺利进行，是对妇女生育社会价值的尊重与保护。

（二）生育保险待遇的支付

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。

1.生育医疗费用

女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。生育医疗费用包括下列各项：（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。

2.生育津贴

生育津贴，是指国家法律、法规规定对职业妇女因生育而离开工作岗位期间，给予的生活费用。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。

女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

生育津贴的领取金额=生育时职工所在单位上年度职工月平均工资÷30天×产假天数

第五章 劳动基准法律制度

第一节 劳动基准的基本原理

一、劳动基准的概念和特点

劳动基准，也称劳动标准或劳工标准，是指国家法律规定的劳动者享有劳动条件与劳动待遇的最低标准。劳动基准具有以下特点：

（1）底线性：为双方当事人提供订立劳动合同的底线和基础，突破劳动基准规定，损害劳动者利益的约定都是无效的。

（2）法定性：劳动基准由国家法律、法规或规章直接规定。

（3）强制性：劳动基准具有法律上的强制效力，违反劳动基准，侵害劳动者权益的行为，都应受到法的追究。

二、工时制度

我国的工时制度，包括标准工时制度、非标准工时制度以及延长工作时间的制度。

批注 [34]: 11.25

### （一）标准工时制

**标准工时制度**，也称为标准工作制度，是由立法确定的一昼夜工作时数，一周工作日天数，以及每个工作周连续休息时间标准，并要求各用人单位和劳动者普遍实行的基本工作时间制度。标准工时制度分为标准工作日和标准工作周

**我国标准工时制度是：**（1）职工每日工作 8 小时；（2）每周工作 40 小时（《劳动法》44 小时）；（3）每周至少休息一天

### （二）非标准工时制

非标准工作时间是指在特殊情形下适用的不同于标准工作时间的工时。根据劳动法的规定，企业因生产特点不能实行标准工作时间的，经劳动行政部门批准，可以实行。

#### 1. 缩短工作时间

缩短工作时间是指法定特殊条件或特殊情况下少于标准工作时间长度的工作时间。目前我国缩短工作时间的劳动主要有：（1）从事矿山、井下、高山，高温、低温、有毒有害、特别繁重或过度紧张的劳动的职工；（2）从事夜班工作的劳动者；（3）在哺乳期工作的职工；（4）未成年工和怀孕女工；（5）其他依法可以缩短工时的情况

#### 2. 不定时工时制

**不定时工作制**，又称不定时工作时间，指每一工作日没有固定的上下班时间限制的工作时间制度。因工作性质和工作职责所限，劳动者的工作时间不受固定时数限制的工作时间制度。这种工时制适用于因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按照标准工作时间衡量或需要机动作业的劳动者。

经劳动保障部门批准实行不定时工作制的用人单位，在实行不定时工作制岗位上工作的劳动者，可不执行加班工资的有关规定。

**特点：**（1）经批准实行不定时工时制的职工，不受《劳动法》第 41 条规定的日延长工作人员时间和月延长工作时间标准的限制；（2）实行不定时工时制，除法定节假日常工作外，其他时间不算加班费；（3）实行不定时工时制的职工，用人单位应采取适当的方式，确保职工的休息休假的权利。（浙江省）经依法批准实行不定时工作制的职工，不适用未休年休假需支付 3 倍工资的规定，但用人单位应当根据职工的工作量和工作业绩科学合理地确定职工的劳动报酬。实行年薪制的人员可以由用人单位依法申请实行不定时工作制

#### 案例

汪某于 2017 年入职某饮品公司，入职当日公司拿出一份《关于实行不定时工作制确认书》要求汪某签字，这份确认书上写明，饮品公司对包括区域总经理、副总经理、营销经理等岗位实行不定时工作制，公司已经征求了本人意见，本人自愿同意实行。2018 年，汪某辞职，后来向仲裁委提出仲裁申请，要求饮品公司支付工作期间的延时及休息日加班费。庭审中，饮品公司认为，汪某在《关于实行不定时工作制确认书》上签字确认，且实行不定时工作制经过人社保行政部门审批，所以不同意向汪某支付加班费。饮品公司主张汪某即为营销经理岗位，但汪某认为自己的岗位是工程造价师，并提交了年休假审批表予以证明。请问汪某能否要求饮品公司支付加班费？

**解析**仲裁委审理后认为，汪某提交的年休假审批表佐证其岗位为工程造价师，该岗位并未经过人社保行政部门审批实行不定时工作制，即使汪某签字确认，亦不能使饮品公司“移花接木”的行为产生法律效力，结合汪某对加班的举证情况，仲裁委裁决支持了汪某的仲裁请求。

浙江省的各级法院以往对未经审批的不定时工时工作制的效力认定，未有明确的地方性规定，除高管这一特殊人群外，倾向于综合考虑劳动者工作岗位等因素计算劳动者加班费。

但近几年的 浙江各级法院对此争议有了不同的认定。浙江省高院在徐永样与宁波市公安局海曙分局劳动争议再审 复查与审判监督民事裁定书（（2015）浙民申字第 3002 号）中明确表述：“虽然《中华人民共和国劳动法》第三十九条规定实行不定时工时制需经劳动行政部门批准，但是此种审批仅是劳动行政部门的一种行政管理手段，未经审批并不影响劳动合同效力，不属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条第（三）项规定的违反法律、行政法规强制性规定的情形”；此外浙江高院在（2017）浙 01 民终 6669 号也做了相同认定。其他省市部分法院的判例也不乏此类有效论的支持者，比如（2017）川民申 2375 号、（2016）辽 02 民终 4450 号、（2016）渝 01 民终 8001 号和（2015）银民终字第 1940 号判决书均有此类相似认定。

**主要适用于：**

①**无法按标准工时衡量的职工：**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无法按标准工作时间衡量的职工

②**需机动作业的职工：**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，适合的职工。

### 3.综合计算工时制

综合计算工时制也称综合计算工作时间，指因工作性质特殊、需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的部分职工，分别以周、月、季或年为周期，以标准工时制为基础综合计算的工作制度。

**可实行综合计算工时工作制：**

①**需连续作业的职工：**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**受自然条件限制的职工：**地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、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

**综合计算工时工作制：**

（1）采用的是以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间。

（2）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）。

（3）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工资报酬，其中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工资报酬。而且，延长工作时间的小时数平均每月不得超过 36 小时。

#### 案例

2018 年 10 月，甲公司接到大批产品订单且交货时间短暂，甲公司决定，从即日起的三个月内，每天加班三小时，休息日也不休息，等到交货后甲公司按照国家综合计算工时制度的标准，给员工放假，让大家集中休息，经过两个月的赶工，甲公司按时交货了。然后，甲公司给员工集中放假一个月。但部分员工认为，甲公司应该支付加班费，甲公司却认为，公司已经宣布实行三个月的综合工时制度，而且也给员工放假了，因此不用支付加班费，那么在本案例中，甲公司是否需要向员工支付加班费，为什么？

#### 分析

本案中，甲公司需要支付加班费的。综合计算工时工作制是指单位以标准工作时间为基础，以一定的期限为周期，综合计算工作时间的工时制度、用人单位在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采用集中工作、集中休息、轮休轮调等适当方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。在本案中，虽然甲公司存在特殊情况需要员工加班，但甲公司实行综合计算工时工作制是未经劳动行政部门批准通过的，故甲公司是无权实行综合工时制的，应当按照标准工时工作制计算工作和休息时间，在无其他约定的情况下，本案中甲公司有权安排员工将休息日加班以调休方式处理，但需要支付员工工作日及 10.1—10.3 期间的法定节假日加班的加班工资，即使实行了综合计算工 时制度，每个季度总工时应为 8 时×20.83 天×3=500 时 / 季，员工实际总工时为 11 时×61 天=671 时 / 季，其延长工作时间为 171 小时，单位需要支付加班费。

(1) 制度工作时间的计算

年工作日： 365 天-104 天（休息日）-11 天（法定节假日）=250 天

季工作日： 250 天÷4 季=62.5 天 / 季

月工作日： 250 天÷12 月=20.83 天 / 月

工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的 8 小时。

(2) 日工资、小时工资的折算

按照《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，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的 11 天法定节假日。据此，日工资、小时工资的折算为：

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）

月计薪天数=（365 天-104 天）÷ 12 月=21.75 天

标准工时制：加班工资支付标准

平时——150% ； 休息日——调休或 200% ； 法定节假日——300%

不定时工时制：对于实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。

综合计算工时制：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。

工时与加班的关系一览表			
种类	标准工时制	不定时工时制	综合计算工时制
区别			
范围	一般劳动者	特定的三类人员	特定的三类人员
内容	8小时/天 40小时/周	无固定时间要求	一个周期内平均8 小时/天、40小时/ 周
加班	工作时超过时 间就是加班； 休息日、节假 日安排劳动也 是加班	不定时工时制不 存在加班问题	一个周期超过标准 时间属于加班；节 假日安排工作也是 加班。
备注	无需审批	需要劳动保障部 门审批	需要劳动保障部门 审批

#### 4.计件工时制

计件工时制,是指以工人完成一定数量的合格产品或一定的作业量来确定劳动报酬的一种劳动形式

实行计件工资形式的用人单位,要通过平等协商合理确定劳动定额和计件单价,保证劳动者在法定工作时间内提供正常劳动的前提下,应得工资不低于当地的最低工资标准;劳动者在完成计件定额任务后,由用人单位安排在日法定工作时间以外、休息日和法定休假日工作的,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%支付工资

##### (三) 延长工作时间的限制

延长工作时间指根据法律的规定,在标准工作时间之外延长劳动者的工作时间。延长工作时间一般可以分为加班和加点两种情形。加班是指劳动者根据用人单位的要求在休息日和节假日进行工作;加点是指劳动者根据用人单位的要求在一个标准工作日之外延长工作时间。

##### 1.延长工作时间的法律限制

(1) **范围限制** (对象限制): 对怀孕 7 个月以上和哺乳未满 1 周岁的婴儿期间的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。禁止安排未成年工延长工作时间。

(2) **时长限制** (时数限制): 用人单位由于生产经营需要,经与工会和劳动者协商后,一般每日不得超过 1 小时;因特殊原因需要延长工作时间的在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过 3 小时,但是每月不得超过 36 小时。

(3) **条件限制** (程序限制): (1) 用人单位由于生产经营需要; (2) 与工会和劳动者协商后可以延长。如果用人单位违反了上述规定,劳动者有权拒绝加班,用人单位不能强迫劳动者加班。

##### 2.特殊情况下延长工作时间的规定

延长工作时间不受法律规定限制的强制性加班情况:

(1) **需要紧急处理**: 发生自然灾害、事故或者因其他原因,威胁劳动者生命健康和财产安全,需要紧急处理的

(2) **必须及时抢修**: 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) 法律、行政法规规定的其他情形 (a.在法定节假日和公休假日内工作不能间断的; b.必须利用法定节日或公休假日的停工期间进行设备检修、保养的; c.为了完成国防紧急任务; d 完成国家下达的其他紧急生产任务。)

##### 3.延长工作时间的劳动报酬

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。

正常工作日工资: 100%, 正常工作日延时工资 150%, 休息日加班工资 200%, 节假日加班工资 300%。

## 第二节 休息时间制度

休息时间制度包括休息制度与休假制度,是劳动者依照法律规定享有的由自己支配,免于履行劳动义务的时间。

### 一、工作日内的休息时间

工作日内的休息时间是指一个工作日内的、不包括工作时间的间歇时间,主要给予工作过程中的劳动者必要的休息时间和用餐时间。

一般来说，连续工作 4 小时休息一次，用饭不少于半小时，不计入工作。

## 二、工作日之内的间隔时间

工作日之内的间隔时间是指劳动者在上个工作日结束后至下一个工作日开始前所享有的休息时间。在一天 24 小时内，除了最多 8 小时工作外，其余 16 小时均属于劳动者的休息时间，由劳动者个人进行支配。（连续工作日之间休息时间不得少于 16 小时）

## 三、周休息时间

周休息时间又称休息日、公休假日，是指劳动者在完成整个一个工作周以后所享有的连续休息时间。

用人单位应当保证劳动者**每周至少休息 1 天**。我国职工的休息时间标准为工作 5 天、休息 2 天。国家机关、事业单位实行统一的工作时间，星期六和星期日为周休息日；企业和不能实行国家规定的统一工作时间的事业单位，可以根据实际情况灵活安排周休息日

## 四、法定节假日

法定节假日是指国家根据本国的民族风俗习惯或重要纪念活动的需要，由法律统一规定的用以进行庆祝及度假的休息时间。

法定节假日分为政治性、宗教性、传统习惯的节日。全民放假的适逢双休，应补假。

### 法定节假日

根据根据 2013 年 12 月 11 日《国务院关于修改全年节及纪念日放假办法》的决定》的规定，全体公民放假的节日有：

- （一）新年，放假 1 天（1 月 1 日）
- （二）春节，放假 3 天（农历正月初一、初二、初三）
- （三）清明节，放假 1 天（农历清明当日）
- （四）劳动节，放假 1 天（5 月 1 日）；
- （五）端午节，放假 1 天（农历端午当日）；
- （六）中秋节，放假 1 天（农历中秋当日）
- （七）国庆节，放假 3 天（10 月 1 日、2 日、3 日）。

### 部分公民放假的节日及纪念日

- （一）妇女节（3 月 8 日），妇女放假半天
- （二）青年节（5 月 4 日），14 周岁以上的青年放假半天
- （三）儿童节（6 月 1 日），不满 14 周岁的少年儿童放假 1 天
- （四）中国人民解放军建军纪念日（8 月 1 日），现役军人放假半天。

**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。部分公民放假的假日，如果适逢星期六、星期日，则不补假。**

~~部分公民放假的节日期间，用人单位安排职工工作，按照国务院《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》（国务院令第 644 号）中关于妇女节、青年节等部分公民放假的规定，在部分公民放假的节日期间，对参加社会单位组织庆祝活动和照常工作的职工，单位应支付工资报酬，但不支付加班工资。如果该节日恰逢星期六、星期日，单位安排职工加班工作，则应当依法支付休息日的加班工资。~~

## 五、带薪年假

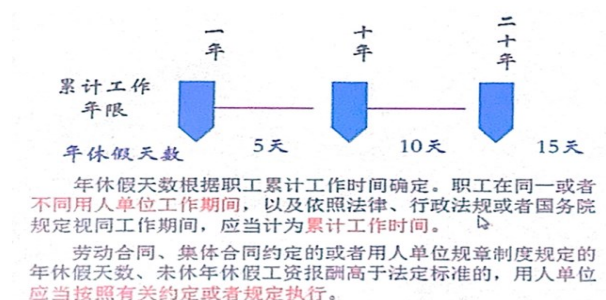
带薪年假是指劳动者工作满一定年限后，每年享有的带薪连续休息的假期

### （一）适用范围

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。【不是必须要在一个单位，参加工作开始即起算】

## （二）享受条件及例外

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。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工在同一或者不同用人单位工作期间，以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间，应当计为累计工作时间。



### 特殊情况下的年休假计算：

#### 1、符合休假条件的新进员工

计算方法：（当年度在本单位剩余日历天数÷365天）×职工本人全年应当享受的年休假天数。

#### 2、离职员工年休假天数

计算方法：（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。

#### 注意：

1、折算后不足1整天的部分不享受年休假

2、对于高职工，单位当年已安排职工年假的，多于折算应休年休假的天数不再扣回。

**案例** 肖某于2013年2月16日至同年12月30日在甲公司任销售部经理，双方签订了自2013年2月16日起至2016年2月17日止的劳动合同。2013年12月30日，肖某以家庭原因需要休息时间为由提出解除劳动关系。肖某的社保查询记录显示其参加工作日期为1992年11月，截止2012年末其养老保险累计缴费年限14年11个月。2014年4月24日，肖某申诉至仲裁委员会，要求甲公司支付其未休年休假工资3768元。当事人双方均不服仲裁裁决，起诉至法院。请问：在新单位工作不满一年能否享受年休假？

#### 解析

法院经审理后认为，没有证据显示肖某在甲公司期间已休带薪年假。根据肖某的累计工龄，其在甲公司工作期间应按照每年10天的标准享有带薪年假。根据《企业职工带薪年休假实施办法》的规定，折算后，肖某在甲公司应享有带薪年假8天，根据其工资标准，肖某诉请的未休带薪年假工资不高于法定标准，法院予以支持。肖某在甲公司共计工作时间为319天，其应享有带薪年假天数折算为 $(319 \div 365) \times 10 = 8.73$ 天，其中尾数0.73不足1天不予计算未休年休假工资，即肖某应按照带薪年假8天计算未休年休假工资。

### 年休假与其他假期的关系

#### 1、不可以替代的假期

（1）休息日、法定节假日

（2）探亲假：①职工探望配偶的，每年给予一方探亲假一次，假期为三十天。②未婚职工探望父母，原则上每年给假一次，假期为二十天。如果因为工作需要，本单位当年不能给予

假期，或者职工自愿两年探亲一次的，可以两年给假一次，假期为四十五天。③已婚职工探望父母的，每四年给假一次，假期为二十天。

(3) 婚丧假：一至三天

(4) 产假

(5) 因工伤停工留薪期

## 2、可以替代的假期

(1) 寒暑假：寒暑假天数多于年休假

(2) 带薪事假：事假累计 20 天以上且单位不扣工资的。

(3) 病假：累计工作满 1 年不满 10 年，病假累计 2 个月以上；累计工作满 10 年不满 20 年，病假累计 3 个月以上的；累计工作满 20 年以上，病假累计 4 个月以上的。职工已享受当年的年休假，年度内又出现可以替代的事假、病假的，不享受下一年度的年休假。

~~职工不享受带薪年休假的情形职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：(1) 寒暑假。职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；(2) 带薪事假。职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；(3) 病假。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。职工确因工作需要，享受的寒暑假天数少于其年休假天数的，用人单位应当安排补足年休假天数。~~

## 特殊年休假

~~船员除享有国家法定节假日的假期外，还享有在船舶上每工作 2 个月不少于 5 日的年休假。船员用人单位应当在船员年休假期间，向其支付不低于该船员在船工作期间平均工资的报酬。劳务派遣单位的职工符合规定条件的，享受年休假。被派遣职工在劳动合同期限内无工作期间由劳务派遣单位依法支付劳动报酬的天数多于其全年应当享受的年休假天数的，不享受当年的年休假；少于其全年应当享受的年休假天数的，劳务派遣单位、用工单位应当协商安排补足被派遣职工年休假天数。~~

## (三) 年休假安排及补偿

~~职工带薪年休假的休假安排。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。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，可以不安排职工休年休假。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。用人单位安排职工年休假，但是职工因本人原因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。~~

## (四) 责任承担

### 1. 员工自愿不休的

可视为自愿放弃处理，单位可以不给额外补偿。

### 2. 单位不安排员工休的

单位应按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。不安排休假又不按规定给予年休假工资报酬的，由劳动保障部门责令限期改正；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，即按照日工资收入的 600% 支付年休假工资报酬。

### 带薪年假工资补偿折算

休假期间的工资以及未休期间的工资补偿

$\text{日工资} = \text{月工资} \div 21.75 \text{ 天}$

月工资是指职工在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。工作时间不满 12 个月的，按实际月份计算月平均工资。

计算年休假工资中的前十二个月平均工资和计算经济补偿金的前十二个月平均工资略有不同，前者不包括加班费，后者包括加班费。

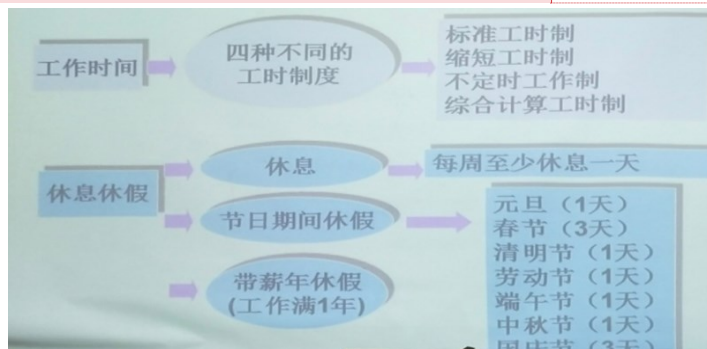
计件工资制、提成工资制、绩效工资制下的年休假的工资补偿同样按上述方法执行。

**案例** 小董 2018 年 1 月 1 日参加工作，2022 年 10 月 8 日（本年度在本单位已过日历天 281 天）与公司终止劳动合同，终止劳动合同前已经享受 1 天年休假。其前十二个月平均应得工资为 2000 元，其中加班工资为 200 元。该职工在终止劳动合同时可领取的未休年休假工资是多少？

**解析** 该职工未享受年休假天数计算公式为： $(281 \text{ 天} \div 365 \text{ 天}) \times 5 \text{ 天} - 1 \text{ 天}$  具体计算下来，其享受年休假的时间为 2.85 天。由于年休假时间是按整数计算，不足 1 天部分不享受年休假，其实际未休年休假的时间为 2 天

该职工未休年休假工资计算公式为： $(2000 \text{ 元} - 200 \text{ 元}) \div 21.75 \text{ 天} \times 2 \text{ 天} \times 300\%$  具体计算下来，其享受年休假工资为 496.6 元，其中 165.5 元（2 天工资）已在日常工资中支付，该职工在终止劳动合同时可领取的未休年休假工资实际为 331 元。

批注 [35]: 11.25



## 第八章 劳动争议调解仲裁法

（什么是一裁终局的案件，个人单位怎么提起诉讼）

### 第一节 劳动争议处理基本问题

#### 一、劳动争议的概念（知道）

劳动争议又称劳动纠纷，是指劳动关系双方当事人之间因实现劳动权利和履行劳动义务而发

生的纠纷和争议。

**劳动争议的特点：**

- (1) **基础：**劳动争议的产生是建立在劳动法律关系的基础之上的。
- (2) **主体：**劳动争议的主体是特定的，双方当事人一方为用人单位，一方为劳动者或者代表劳动者利益的工会组织。
- (3) **标的：**劳动争议的标的是劳动权利和劳动义务。

**案例**

牛某 2016 年 7 月 2 日入职某科技公司，签订的劳动合同的期限至 2019 年 7 月 1 日，双方约定试用期至 2017 年 7 月 1 日。劳动合同还约定试用期月工资 3000 元，试用期满月工资 4500 元。牛某于 2019 年 4 月 10 日提出仲裁申请，要求科技公司支付违法延长的试用期间（2017 年 1 月 2 日至 2017 年 7 月 1 日）期间工资差额 18000 元；支付违法约定试用期的赔偿金 27000 元。请问该案如何处理？

**解析**

仲裁委作出裁决：科技公司支付牛某 2017 年 1 月 2 日至 2017 年 7 月 1 日工资差额 3600 元；驳回牛某其他仲裁申请。（不告不理原则）

首先，用人单位违反了《劳动合同法》第 19 条关于试用期期限的规定。《劳动合同法》第 19 条规定，三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过 6 个月。本案用人单位与劳动者签订 3 年固定期限的劳动合同，却约定了一年的试用期，且已经履行，违反了上述规定。本案中，科技公司本应支付超过法定试用期间（2017 年 1 月 2 日至 2017 年 7 月 1 日）赔偿金。但牛某根据上述法条要求科技公司支付，应适用《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第 1 款“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算”的规定。

本案中，由于双方在劳动合同中已经明确约定了合同期限和试用期，自公司违法履行试用期的行为发生之日起至违法行为终止之日，都应视为劳动者应当知道其权利被侵害之日，劳动者至少应当在 2018 年 7 月 1 日前提出仲裁申请。牛某于 2019 年 4 月 10 日提出仲裁申请，已经超过了时效，故仲裁庭主动适用申请仲裁时效的规定，没有支持其请求。

其次，本案用人单位还违反了试用期工资标准的相关规定。《劳动合同法》第 20 条规定，劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的 80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。科技公司与牛某约定的试用期工资低于试用期满工资的 80%，显然是违法的。

本案中，牛某要求支付试用期工资差额的仲裁申请，适用《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第 4 款“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制”之规定。牛某提出该项仲裁申请时，并未与科技公司解除或者终止劳动关系，因此不受一年劳动争议仲裁时效期间的限制。依据上述规定，仲裁委支持了已经履行的试用期（2017 年 1 月 2 日至 2017 年 7 月 1 日）工资差额 3600 元。由于牛某没有提出要求该科技公司支付试用期 2016 年 7 月 2 日至 2017 年 1 月 1 日工资差额的仲裁申请，这部分劳动权益没有得到维护。

用人单位	劳动者	适用《劳动争议调解仲裁法》
各种类型企业	劳动者	√
民办非企业单位	劳动者	√
个体经济组织	劳动者	√
国家机关	公务员	×
	工勤人员	√
社会团体	公务员	×
	参（依）照公务员管理人员	×
事业单位	工勤人员	√
	实行聘用制劳动合同的	另有规定的 × 无特殊规定的 √
其他组织	建立劳动关系的劳动者	√
家庭或者个人	家政服务人员	×
个体工匠	帮工、学徒	×
农村承包经营户	受雇人	×

## 二、劳动争议的分类（稍微了解）

### 1.以劳动争议标的性质的不同，可划分为：权利争议和利益争议

权利争议，又称既定争议，是指因为执行劳动法律法规和劳动合同、集体合同规定的劳动条件而发生的争议。

利益争议，又称待定争议，是指因为确定或变更劳动条件而发生的争议。争议的目的在于使一方或双方的某种利益得到合同或法律确认，从而上升为权利。

### 2.以劳动争议一方劳动者人数的多少，可划分为：个人争议、集体争议和团体争议

个人争议，是指发生在单个劳动者与用人单位之间的劳动争议。

集体争议，是指劳动者一方的人数达到法定人数以上并且基于共同理由与用人单位发生的劳动争议。发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。因此，集体争议应理解为作为争议一方的劳动者人数在 10 人以上并有共同请求的劳动争议。

团体争议，是指代表和维护全体职工共同利益的工会与用人单位因签订或履行集体合同而发生的争议。

### 3.以争议发生的法律依据，可划分为合同争议和法律争议

合同争议是因约定权利而产生的争议，即因解释和履行集体合同、劳动合同而发生的争议。

法律争议是因法定权利而产生的，即在执行国家关于工资、工时、劳动保护、社会保险、奖励、惩罚、辞退的规定时发生的争议。

## 三、劳动争议的受案范围（先仲裁 法院才会受理）

根据《劳动争议调解仲裁法》第 2 条规定，中华人民共和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；（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

诉讼时效适用于给付之诉，确认劳动关系属于确认之诉，不受仲裁时效的限制。给付之诉，是指原告请求法院判令被告向其履行某种特定给付义务的诉讼。确认之诉，是指当事人要求人民法院确认某种法律关系存在或不存在的诉讼。

### 案例

小李于 2019 年 10 月 2 日与某软件公司签订劳动合同一份,双方约定如下:合同期限为 3 年,试用期 9 个月,试用期工资为 3000 元人民币(转正后 4000),小李于 2019 年 11 月 2 日到公司上班。下列说法错误的是( C )

- A.小李与公司之间于 2013 年 11 月 2 日正式建立劳动关系
- B.小李与公司试用期期限和工资的约定不合法
- C.公司提前 30 天通知劳动者才可解除劳动合同(即时辞退)
- D.公司在合同期间无权单方面对小李的工作岗位作出调整

### 分析

《劳动合同法》第 10 条规定,用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。A 项正确。《劳动合同法》第 19 条规定,三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过六个月。本法第 20 条规定,劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。因此本题中小李的试用期最长不能超过 6 个月,试用期工资不能低于 3200 元。B 项正确。《劳动合同法》第 37 条规定,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。因此小李不能随时解除劳动合同。《劳动合同法》第 39 条规定,劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的,用人单位可以解除劳动合同。因此公司不需要提前 30 天通知就可以解除劳动合同。C 项错误。《劳动合同法》第 35 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。工作岗位属于劳动合同的内容,用人单位要变更劳动者的工作岗位,必须与劳动者协商一致,并且变更劳动合同。用人单位无权单方面变更劳动者的工作岗位。D 项正确。故答案为 C。

## 第三节 劳动争议仲裁

### 一、劳动争议仲裁机构和管辖

#### 1.劳动争议仲裁机构

劳动争议仲裁委员会是经国家授权、依法独立处理劳动争议案件的专门机构。劳动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。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立;直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。劳动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(“三方原则”)劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

#### 2、劳动争议仲裁的管辖

##### “合同履行地优先”规则

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的,由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。劳动合同履行地不明确的,由用人单位所在地的仲裁委员会管辖。

劳动合同履行地为劳动者实际工作场所地,用人单位所在地为用人单位注册、登记地或者主要办事机构所在地、用人单位未经注册、登记的,其出资人、开办单位或者主管部门所在地为用人单位所在地。有多个劳动合同履行地的,由最先受理的仲裁委员会管辖。

起诉到人民法院的劳动争议案件必须首先经过劳动仲裁,劳动仲裁是劳动争议的必经程序。(“仲裁前置”规则)



	劳动争议仲裁	劳动监察
处理机构	劳动争议仲裁委员会	劳动监察机关
适用法律	劳动争议调解仲裁法	劳动保障监察条例
处理程序	不告不理	行政执法程序
证据收集	谁主张谁举证	可主动依职权收集
法律后果	可提起民事诉讼	可提起行政诉讼或行政复议
受理时限	1年	2年
两者只能选择其一		

## 二、劳动争议仲裁程序

### 1、劳动争议仲裁的申请

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。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。

【普通仲裁时效】根据《民法总则》第一百九十八条，法律对仲裁时效有规定的，依照其规定；没有规定的，适用诉讼时效的规定。劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

#### （1）仲裁时效的中断

仲裁时效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。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

#### 案例

王小姐于2015年4月1日入职某公司从事出纳工作，公司一直未与王小姐签订劳动合同，王小姐因担心自己提出签订合同会让公司不快，可能影响与公司的关系，因此也保持沉默。王小姐月薪约4000元。王小姐在公司的工作量比较大，且与公司经理之间因为工作原因产生了一些矛盾，公司经理有时候也在工作上刁难王小姐，王小姐也逐渐萌生退意。

2016年7月，王小姐以不能胜任公司工作为由向公司书面提出辞职。王小姐于2016年8月1日向劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求公司支付2015年5月1日至2016年7月31日期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额60000元。请问能否得到支持？

#### 解析

劳动争议仲裁委于2016年11月作出裁决，支持王小姐2015年8月1日至2016年3月31日期间的双倍工资差额32000元。

《劳动合同法》第82条规定，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。同时，《劳动合同法实施条例》第7条规定，用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付

两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。由此可见，双倍工资的起算是从入职第2个月开始。对于未签订书面劳动合同的，在劳动者入职满1年时，已经视为双方签订了书面劳动合同，双方只需要办理一个补订合同的手续而已。因此，未签订书面劳动合同的双倍工资最多支持11个月。

劳动争议的诉讼时效为1年，从知道或者应当知道权利被侵害之日起计算；对于拖欠劳动报酬的，适用特殊时效，即该1年起算点是从劳动者离职之日起计算。理论上说，未签劳动合同双倍工资差额是因违反法律的一种惩罚，不属于劳动报酬。所以双倍工资请求的诉讼时效应从入职第2个月开始计算（2008年之前入职的，从2008年2月计算）。本案中，王小姐双倍工资的请求从2015年5月1日开始计算，到2016年8月1日王小姐提起仲裁时，2015年、5月、6月和7月双倍工资的仲裁请求已经超过了时效，因而没有得到仲裁委员会的支持。

## （2）仲裁时效的中止

因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

《劳动人事争议仲裁办案规则》第二十八条规定，因不可抗力，或者有无民事行为能力或者限制民事行为能力劳动者的法定代理人未确定等其他正当理由，当事人不能在规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

## （3）仲裁时效的不受限制

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。【特殊仲裁】

劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

## 案例

李某于2012年3月16日到某网络公司工作，双方签订有无固定期限的劳动合同，2019年5月9日，李某辞职。李某由于在该公司未休过年假，李某主张公司向其支付自2012年3月16日至2019年5月9日期间共37天带薪未休年假工资，某网络公司同意向李某支付2018年未休年假工资，并认为李某请求2017年之前的年假工资已超过仲裁时效，李某属于自己辞职，不同意向李某支付2019年未休年假工资。李某于2019年5月12日向仲裁委申请劳动仲裁。请问该案如何处理？

## 解析

经庭审查明，李某于2006年10月首次参加工作，2012年2月15日之前在某科技公司工作。最终，仲裁委做出裁决支持了李某2017年1月1日至2019年5月9日期间未休年假工资的仲裁请求，驳回了李某2016年12月31日之前未休年假工资的仲裁请求。根据《调解仲裁法》第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。第四款规定，劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。《企业职工带薪年休假实施办法》第十条规定，用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。

《企业职工带薪年休假实施办法》中年假“工资报酬”并不是真正意义上与劳动者提供的正常劳动相挂钩的工资报酬，而实际上是一种由于用人单位的原因未安排年休假致使劳动

者未享受法定福利假日，用人单位而应当承担的一种法定责任，是在用人单位向劳动者支付正常工作期间的工资（劳动报酬）之后，按日工资的标准再向劳动者支付另外 2 倍的工资，而是对于未休年假的一种福利性补偿，不属于劳动报酬。因此，年休假工资的争议也不属于劳动报酬争议，而属于一般劳动争议的范围，应当适用《调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定，申请仲裁一年的时效，而不应当适用该条第四款的特殊仲裁时效规定。

同时根据《职工带薪年休假条例》第五条第二款：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 个年度安排的规定，结合本案，用人单位未安排李某 2017 年休年假的可以在 2018 年度进行安排，2018 年度用人单位未安排李某休年假也未支付另外 2 倍工资的，那么从 2017 年的 1 月 1 日起既为劳动争议发生之日。据此推理，李某主张要求 2016 年度未休年假的 2 倍工资的，应当在 2018 年 12 月 31 日前提出仲裁申请，李某于 2019 年 5 月向仲裁委员会申请仲裁，故李某 2016 年 12 月 31 日之前的未休年假的年假工资已超过仲裁时效，均不受法律保护，故仲裁委支持了李某 2017 年至 2018 年 20 天、2019 年 4 天的未休年假工资。

### 三、劳动争议仲裁的效力

仲裁一裁终局制度，是指仲裁裁决一经作出即发生法律效力，当事人没有权利再次提起裁决的制度。当然，这并不排除原仲裁机构发现自己作出的裁决有错误进行重新裁决的情况。劳动争议仲裁委员会发现自己作出的仲裁决定书有错误而进行重新仲裁，符合实事求是的原则，不违背一裁终局制度，不应视为违反法定程序。因此对当事人申请执行劳动争议仲裁委员会复议仲裁决定的，应予立案执行。如被执行人提出申辩称该复议仲裁决定书有其他应不予执行的情形，应按照民事诉讼法的规定，认真审查，慎重处理。

#### （1）一裁终局案件的种类

下列劳动争议，除《劳动争议调解仲裁法》另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

①小额仲裁案件：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十二个月金额的争议；

②标准明确的仲裁案件：因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

问题：“当地月最低工资标准”是以仲裁裁决为准，还是以劳动者申请的数额为准？是以数项之和还是分项计算数额为判断依据？

#### 案例

在去表哥的公司上班前，陶茹燕一直在艺通公司工作。因为公司时有拖欠工资的情况发生，2018 年 9 月陶茹燕跳槽到表哥的公司。2018 年 9 月 20 日陶茹燕书面通知艺通公司，自己将于 2018 年 10 月 20 日离职，请艺通公司及时为其结算应发工资并办理交接手续。可是艺通公司收到辞职信后并没有积极办理交接手续和工资结算事宜，到陶茹燕离开艺通公司时，艺通公司仍拖欠陶茹燕四个月工资共计 16000 元未发放。到表哥的公司上班后的两个月里，陶茹燕一直向艺通公司提出核发工资的要求都不被理睬。有人建议陶茹燕申请劳动仲裁，但她觉得公司会想各种各样的办法拖延。请问陶茹燕如何维护自己合法权益？

#### 解析

本案中陶茹燕追索报酬案即属于典型的一裁终局案例，她向艺通公司追索 6000 元工资，该争议 不超过长沙市月最低工资标准（2018 年长沙市最低工资标准为 1580 元）12 个月金额的争议，也就是说 在长沙市只要争议金额低于 18960 元（1580×12）即属于劳动争议仲裁委员会一裁终局的案件。

当劳动者依据《劳动争议调解仲裁法》第 47 条追索劳动报酬、经济补偿、工伤医疗费或者赔偿金，申请仲裁的数额与仲裁裁决的数额不一致的，应当以仲裁裁决的数额为准。如果仲裁裁决涉及数项，每项确定的数额均不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，应当按照终局裁决处理。

劳动人事争议仲裁委员会作出的同一仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项，当事人不服该仲裁裁决向人民法院提起诉讼的，应当按照非终局裁决处理。

## （2）对一裁终局案件裁决不服的处理

①**劳动者不服：**劳动者对仲裁终局的裁决不服的，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。

②**用人单位不服：**用人单位有证据证明仲裁终局裁决有法定情形的，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。

### （3）一裁终局裁决的撤销

用人单位有证据证明仲裁终局裁决有下列情形之一，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：①适用法律、法规确有错误的；②劳动争议仲裁委员会无管辖权的；③违反法定程序的；④裁决所根据的证据是伪造的；⑤对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；⑥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。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

劳动者依据调解仲裁法第四十八条规定向基层人民法院提起诉讼，用人单位依据调解仲裁法第四十九条规定向劳动争议仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，中级人民法院应当不予受理；已经受理的，应当裁定驳回申请。

被人民法院驳回起诉或者劳动者撤诉的，用人单位可以自收到裁定书之日起三十日内，向劳动争议仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

劳动争议仲裁机构作出终局裁决，劳动者向人民法院申请执行，用人单位向劳动争议仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销的，人民法院应当裁定中止执行。

用人单位撤回撤销终局裁决申请或者其申请被驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。仲裁裁决被撤销的，人民法院应当裁定终结执行。

用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

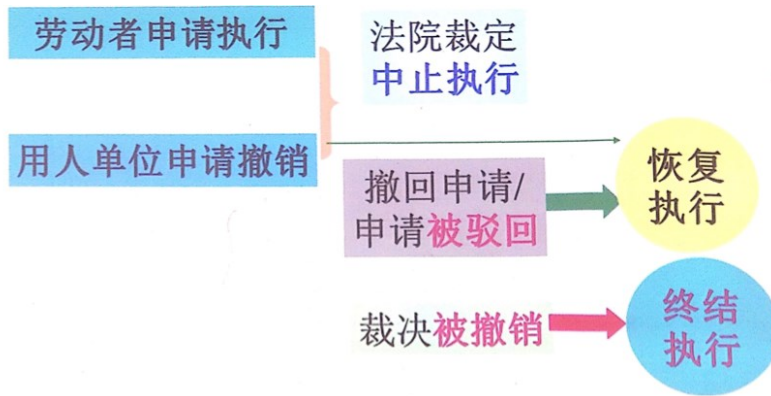
### 用人单位的救济途径：

（1）在劳动者申请执行仲裁裁决时，用人单位可在收到人民法院执行通知书后 立即申请对仲裁裁决不予执行。当事人申请人民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，人民法院可以根据《民事诉讼法》的规定，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仲裁员仲裁该案时，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。

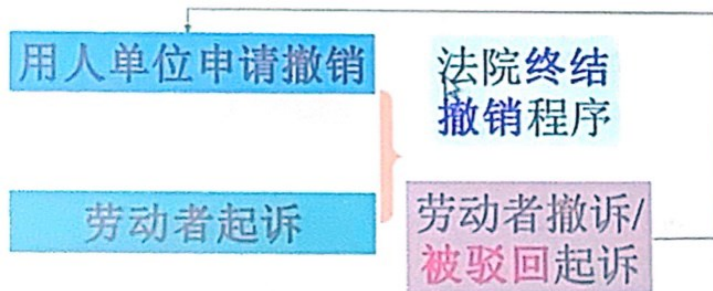
人民法院在不予执行的裁定书中，应当告知当事人在收到裁定书之次日起三十日内，可以就：该劳动争议事项向人民法院起诉。注意：当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。

(2) 用人单位有证据证明仲裁裁决确有错误的，可向劳动人事争议仲裁委员会提出重新裁决的申请，由劳动人事争议仲裁委员会自己就错误裁决作出纠正。



裁终局案件经劳动仲裁裁决后，劳动者向基层人民法院起诉，同时用人单位向中级人民法院申请撤销裁决的，中级人民法院应终结撤销程序。劳动者因超过起诉期间被驳回起诉或者劳动者撤诉的，用人单位自收到人民法院裁定书之日起30日内可以向劳动人事争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

中级人民法院审理用人单位申请撤销终局裁决的案件，应当组成合议庭开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。中级人民法院可以组织双方当事人调解。达成调解协议的，可以制作调解书。一方当事人逾期不履行调解协议的，另一方可以申请人民法院强制执行。



#### 第四节 劳动争议诉讼

1. 必须是因为不服仲裁委员会的仲裁而向法院起诉，未经仲裁的案件不得直接起诉;
2. 必须向管辖权的法院提出:用人单位所在地或劳动合同履行地的基层法院。

3.起诉不得超过法定的时效期限:用人单位申请撤销具有终局效力的仲裁裁决的,应在收到仲裁裁决书之日起 30 日内提出;其他情况下,当事人必须在收到仲裁决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

1.劳动者与用人单位之间发生的纠纷如果属于劳动争议的范围,当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理。

2.用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议,向人民法院提起诉讼的,人民法院应当按劳务关系处理。

3.企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员,因与新的用人单位发生用工争议,依法向人民法院提起诉讼的,人民法院应当按劳动关系处理。

4.对仲裁委员会作出的不予受理的书面裁决、决定或通知,当事人不服,依法向人民法院起诉的,应分情况予以处理:①仲裁委员会以当事人申请事项不属于劳动争议为由而不予受理的,如果属于劳动争议,人民法院应当受理;虽不属于劳动争议,但属于人民法院主管的其他案件,人民法院也应依法受理。②劳动争议仲裁委员会以当事人仲裁申请超过 1 年期限为由而不予受理的,人民法院应当受理;对确已超过仲裁申请期限,又无不可抗力或其他正当事由的,依法驳回其诉讼请求。③劳动争议仲裁委员会以申请仲裁的主体不适格为由而不予受理的,经审查确属主体不适格的,裁定不予受理或者驳回起诉。

5.劳动争议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,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理。

6.当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的预先支付劳动者部分工资或者医疗费用的裁决,向人民法院起诉的,人民法院不予受理。用人单位不履行上述裁决中的给付义务,劳动者依法向人民法院申请强制执行的,人民法院应予受理。

7.劳动争议仲裁委员会仲裁的事项不属于人民法院受理的案件范围,当事人不服,依法向人民法院起诉的,裁定不予受理或者驳回起诉。

8.劳动人事争议仲裁委员会作出的调解书已经发生法律效力,一方当事人反悔提起诉讼的,人民法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。

9.劳动人事争议仲裁委员会逾期未作出受理决定或仲裁裁决,当事人直接提起诉讼的,人民法院应予受理,但申请仲裁的案件存在下列事由的除外:移送管辖的;正在送达或送达延误的;等待另案诉讼结果、评残结论的;正在等待劳动人事争议仲裁委员会开庭的;启动鉴定程序或者委托其他部门调查取证的;其他正当事由。

10.劳动者向人民法院申请支付令,符合《民事诉讼法》督促程序规定的,人民法院应予受理。依据《劳动合同法》第 30 条第 2 款规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后,劳动者就劳动争议事项直接向人民法院起诉的,人民法院应当告知其先向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。依据《劳动争议调解仲裁法》第 16 条规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后,劳动者依据调解协议直接向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。

#### 1 诉讼当事人的确立

(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;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。

(2)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。原用人单位以新的用人单位侵权为由向人民法院起诉的,可以列劳动者为第三人。原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的,新

的用人单位和劳动者列为共同被告。

(3)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，依法向人民法院起诉的，应当将承包方和发包方作为当事人

(4)劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。

(5)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。

(6)劳动者和用人单位均不服劳动争议仲裁委员会的同一裁决，向同一人民法院起诉的，人民法院，应当并案审理，双方当事人互为原告和被告。在诉讼过程中，一方当事人撤诉的，人民法院应当根据另一方当事人的诉讼请求继续审理。

(7)劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人