

从问法到答案

爱问 法律百科

劳动法必知150问

您的困惑和烦恼，都用法律来解决！

申闻良编著

中国法制出版社

目 录

版权信息

第一章 劳动合同法基础知识

- 1.《劳动合同法》的适用范围是什么？
- 2.自然人能否成为用人单位？
- 3.劳动者是否有权参与用人单位规章制度的制定？
- 4.用人单位能否依据合法制定的规章制度单方面变更劳动合同约定的内容？
- 5.劳动者需满足哪些条件？
- 6.农民工是否受到《劳动合同法》的保护？
- 7.解除高级管理人员职务是依据《公司法》还是《劳动合同法》？

第二章 劳动合同的订立

第一节 劳动关系

- 8.劳动关系与劳务关系有什么区别？
- 9.什么是雇佣关系？
- 10.什么是事实劳动关系？
- 11.用人单位与劳动者未订立劳动合同时，如何认定双方存在劳动关系？
- 12.劳动关系的建立从何时起算？
- 13.冒名劳动者能否与用人单位成立劳动关系？
- 14.退休人员能否再与其他用人单位建立劳务关系？
- 15.企业停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员等，因与新的用人单位发生用工争议，如何确定用工关系？

第二节 劳动合同的签订与效力

- 16.用人单位与未毕业大学生签订的劳动合同的效力如何认定？
- 17.《高校毕业生就业协议书》是否具有劳动合同的效力？
- 18.补签或倒签劳动合同，用人单位是否支付二倍工资？
- 19.因劳动者自身原因未与用人单位签订劳动合同，是否应当支付双倍工资？
- 20.用人单位招用劳动者时扣押劳动者的身份证件等是合法的吗？
- 21.用人单位招用劳动者时向劳动者收取押金是合法的吗？
- 22.用人单位招用劳动者时可以向劳动者收取培训费等费用吗？
- 23.用人单位拒绝将劳动合同交给劳动者将承担什么责任？
- 24.用人单位或劳动者在订立劳动合同时有虚假表述的，劳动合同的效力如何认定？
- 25.哪些情况会导致劳动合同无效？

26.用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同有效吗？

27.用人单位与劳动者未及时签订书面劳动合同有何后果？

28.劳动合同中约定的劳动报酬不明确时，如何解决？

第三节 试用期

29.用人单位可以任意规定试用期的长短吗？

30.用人单位可以与劳动者约定多次试用期吗？

31.用人单位能否先和劳动者签订试用期合同，期满后再决定是否签订正式劳动合同？

32.用人单位可以随意规定试用期的工资吗？

33.用人单位可以在试用期内随意解除劳动合同吗？

34.用人单位是否可以与劳动者口头约定试用期？

35.试用期满后，用人单位能否以“试用期内不符合录用条件”为由解除劳动合同？

36.“试用期间不符合录用条件”如何认定？

37.劳动者试用期不合格是否可以延长试用期？

38.续签劳动合同时，劳动者岗位发生变化的，是否可以约定试用期？

39.用人单位在试用期内解除劳动合同时需要向劳动者支付经济补偿吗？

40.用人单位进行经济性裁员是否可以解除试用期劳动者的劳动合同？

41.劳动者在试用期辞职是否应当赔偿用人单位培训费？

第四节 服务期与合同期限

42.用人单位与劳动者约定服务期的前提条件是什么？

43.劳动者违反服务期约定的，将承担怎样的责任？

44.无固定期限劳动合同是永久性的劳动合同吗？

45.什么情况下，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同？

46.在用人单位连续工作满十年的，可以订立无固定期限劳动合同，对“连续”应如何理解？

47.本应订立无固定期限劳动合同而订立了固定期限劳动合同的，该固定期限劳动合同的效力如何认定？

48.与用人单位续签了固定期限劳动合同后又要求变更为无固定期限劳动合同的，应当如何处理？

49.与劳动者订立两次固定期限劳动合同后，用人单位是否有权拒绝与劳动者签订无固定期限劳动合同？

第三章 劳动合同的履行和变更

第一节 工资

50.我国的工资分配原则是什么？

51.确立和调整最低工资标准应当综合参考哪些因素？

- 52.支付工资可以不发钱而以实物替代吗？
- 53.工资包括哪些收入？
- 54.劳动合同被认定无效后，劳动报酬应当如何支付？
- 55.劳动者出庭作证，用人单位能否扣发工资？
- 56.提前离职的，用人单位该不该支付年终奖？
- 57.法定休假日或者婚丧假期间以及公出可以不支付工资吗？

第二节 休息与休假

- 58.用人单位可以自行设置不定时工作制吗？
- 59.法律规定应当安排休假的节日有哪些？
- 60.法定的产假是多久？
- 61.享受带薪年假的条件是什么？
- 62.哪些情况下用人单位可以安排劳动者加班？
- 63.用人单位可以强迫或者变相强迫劳动者加班吗？
- 64.用人单位安排劳动者加班，应按照什么标准支付加班费？
- 65.职工自愿加班能够索要加班费吗？
- 66.双休日安排员工加班，用人单位可以安排补休而不支付加班费吗？

第三节 集体合同与劳务派遣

- 67.集体合同可以替代个人劳动合同吗？
- 68.劳务派遣适用于哪几种情况？
- 69.劳务派遣中，劳务派遣单位、实际用工单位、劳动者之间是什么关系？
- 70.异地劳务派遣的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件标准应当以何地标准执行？
- 71.被派遣劳动者与用工单位自身的劳动者在薪酬待遇等方面有差别吗？

第四节 非全日制用工

- 72.非全日制用工（小时工）能否与多家用人单位建立劳动关系？
- 73.非全日制用工可以约定试用期吗？
- 74.非全日制用工的劳动报酬如何认定？
- 75.非全日制用工的劳动者是否享受婚假、产假、医疗期待遇？
- 76.非全日制劳动者转为全日制劳动者，工龄是否可以连续计算？

第五节 竞业限制

- 77.竞业限制期限最长可以约定多久？
- 78.竞业限制经济补偿金的计算标准是什么？
- 79.与用人单位约定竞业限制条款的劳动者若违反竞业限制条款，将承担怎样的责任？
- 80.违反竞业限制约定，劳动者所在的新的用人单位是否应当承担责任？

81.竞业限制协议如何解除？

第六节 安全生产和特殊保护

82.从事特种作业的基本要求是什么？

83.用人单位违章指挥、强令冒险劳动，劳动者可以拒绝吗？

84.法律禁止女职工从事哪些劳动？

85.孕期、产期、哺乳期女职工不胜任工作，用人单位可否解除劳动合同？

86.未成年人不得从事哪些劳动？

第七节 劳动合同的变更

87.用人单位变更名称，是否影响劳动合同的履行？

88.用人单位发生合并或者分立等情况，劳动合同是否继续有效？

89.用人单位是否可以单方变更劳动合同约定的内容？

90.用人单位能否将劳动合同转让给其他单位？

91.民主测评结果能否作为调整劳动者工作岗位的评估标准？

92.如果未采用书面形式变更劳动合同的约定，效力如何认定？

第四章 工伤保险与其他社会保险

第一节 工伤认定

93.工伤认定的情形有哪些？

94.劳动者在上班途中发生交通事故是否可以认定为工伤？

95.劳动者下班后因工应酬导致醉酒后受伤是否属于工伤？

96.劳动者发生伤害事故后，如何申请工伤认定？

97.如何理解工伤认定中的无过错责任原则？

98.用人单位未与劳动者签订劳动合同是否影响工伤认定？

第二节 工伤保险待遇

99.什么是工伤保险？

100.劳动合同中约定工伤概不负责是否有效？

101.员工自愿放弃社会保险，用人单位是否承担责任？

102.工伤保险的作用是什么？

103.如何确定和缴纳工伤保险费用？

104.用人单位要求劳动者自行负担工伤保险费是否合法？

105.劳动者在工作期间遭受他人人身侵害的，能否同时获得工伤保险赔偿和人身侵权赔偿？

106.劳动者因工死亡，其亲属能享受哪些待遇？

107.职工因工外出期间发生事故下落不明，其亲属能享受哪些待遇？

108.用人单位分立、合并、转让的，工伤保险责任如何分担？

第三节 其他社会保险

- 109.劳动者未婚生育可以享受产假和生育保险待遇吗？
- 110.已经获得一次性工伤医疗补助和伤残就业补助，能否同时请求经济补偿？
- 111.劳动者失业后都能领取失业保险金吗？
- 112.劳动者失业后能够一直领取失业保险金吗？
- 113.领取了失业保险金还能要求用人单位支付经济补偿吗？

第五章 劳动合同的解除和终止

第一节 劳动合同的解除

- 114.用人单位和劳动者在解除劳动合同时应当履行什么义务？
- 115.用人单位与劳动者在合同中约定“末位淘汰”，并以此解除劳动合同是否有效？
- 116.用人单位可以通过买断员工工龄来解除劳动合同吗？
- 117.违反劳动合同约定的服务期，应当承担违约责任吗？
- 118.劳动者在工作中出错，用人单位可以单方解除劳动合同吗？
- 119.劳动者严重违反用人单位规章制度，用人单位是否可以解除劳动合同？
- 120.劳动者在其他单位兼职的，用人单位是否可以单方解除劳动合同？
- 121.劳动者长期休病假，用人单位是否可以单方解除劳动合同？
- 122.劳动者工作能力差，用人单位是否可以单方解除劳动合同？
- 123.用人单位能否以劳动者拒绝调动工作为由解除劳动合同？
- 124.女职工在孕期、产期、哺乳期违反纪律，用人单位是否可以解除劳动合同？
- 125.在哪些情形下，用人单位可以辞退劳动者？
- 126.用人单位能否与患有精神病的劳动者解除劳动合同？
- 127.劳动者被判刑的，用人单位是否可以解除劳动合同？
- 128.用人单位能以效益不好为由裁减人员吗？
- 129.用人单位在经济性裁员时，是否可以随意裁减劳动者？
- 130.用人单位单方解除劳动合同有哪些限制？
- 131.女职工在协议解除劳动合同后发现劳动合同解除前已经怀孕，能否要求恢复履行劳动合同？
- 132.劳动者被改判无罪后，可否要求用人单位与其恢复劳动关系？
- 133.劳动者单方请求解除劳动合同，需要履行哪些程序？
- 134.用人单位拖欠劳动报酬的，劳动者可以单方解除劳动合同吗？
- 135.用人单位没有为劳动者缴纳社会保险费，劳动者可以单方解除劳动合同吗？
- 136.用人单位的规章制度有违法规定且损害劳动者权益，劳动者是否可以解除劳动合同？
- 137.哪些情况下，劳动者可以不提前通知用人单位，直接解除劳动合同？

138.女职工在孕期、产期、哺乳期的，女职工本人是否可以单方解除劳动合同？

第二节 劳动合同的终止

139.用人单位宣告破产，劳动合同是否自然终止？

140.用人单位是否可以与劳动者约定劳动合同终止的条件？

141.劳动合同期限届满的时间能否因法定休息日而顺延？

142.劳动合同期满时，女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位应如何处理？

143.用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者怎样维护自己的合法权益？

144.“长期两不找”的劳动关系如何认定？

145.劳动者开始享受社会基本养老保险待遇的，劳动合同是否应当终止？

146.哪些情况下，用人单位需要向劳动者支付经济补偿？

147.经济补偿的计算标准是怎样的？

第六章 劳动争议解决

148.人事档案纠纷是否属于劳动争议？

149.因设立中的公司用工行为发生的争议是劳动争议吗？

150.劳动者与用人单位发生劳动争议，解决的途径有哪些？

151.劳动者与用人单位发生劳动争议的处理流程是怎样的？

152.劳动者可以向哪些调解组织申请调解？

153.企业劳动争议调解委员会如何组成？

154.劳动争议仲裁委员会如何组成？

155.劳动争议发生后，应当在何时提出仲裁申请？

156.如何拟定劳动争议仲裁申请书？

157.仲裁期间，双方当事人达成和解可否撤回仲裁申请？

158.申请仲裁裁决先予执行的条件有哪些？

159.劳动争议可以不经仲裁而直接向人民法院起诉吗？

160.劳动争议案件中举证责任是如何分配的？

版权信息

书名：爱问法律百科：劳动合同必知160问

作者：严威 申屠良瑜

出版社：中国法制出版社

ISBN：9787509399729

.

第一章

劳动合同法基础知识

1.《劳动合同法》的适用范围是什么？

《劳动合同法》的适用范围具体可分为时间范围、空间范围和适用劳动关系的范围。

（1）时间范围。《劳动合同法》适用的时间范围具体可见《劳动合同法》第97条、第98条，体现为法不溯及既往。《劳动合同法》于2008年1月1日起施行，2012年12月28日修正，在2008年1月1日前签订且存续的劳动合同及因劳动合同产生的争议适用原有的规定；自2008年1月1日起签订的劳动合同及因劳动合同产生的争议适用《劳动合同法》。而对于贯穿2008年1月1日这一时点的三类特殊情况，《劳动合同法》也作了明确规定：①连续订立固定期限劳动合同的次数，自《劳动合同法》施行后续订固定期限劳动合同时开始计算；②《劳动合同法》施行前已建立劳动关系，尚未订立书面劳动合同的，应当自2008年1月1日起一个月内订立；③2008年1月1日存续的劳动合同在《劳动合同法》施行后解除或者终止，应当支付经济补偿的，经济补偿年限自2008年1月1日起计算；《劳动合同法》施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。

（2）空间范围。《劳动合同法》第2条第1款规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”根据该条规定，只要是中华人民共和国境内的用人单位，与劳动者建立劳动合同关系，无论劳动合同关系履行地在境内还是境外，均应受到《劳动合同法》的管辖。如我国公民某甲与我国境内某公司A在国内签订劳动合同，之后被派遣到某境外国家常驻工作，某甲与A公司之间的劳动合同争议，应受我国《劳动合同法》管辖。同时，境外的用人单位在我国境内招用劳动者并在境内履行劳动合同的，同样受《劳动合同法》管辖。如美国某企业B为在我国开展业务，在我国境内雇用了我国公民某乙，双方签订的劳动合同适用我国《劳动合同法》。

（3）适用劳动关系的范围。并非所有的劳动关系均适用《劳动合同法》。在日常适用中，我们需格外注意以下七种劳动关系不适用《劳动合同法》：①国家机关与公务员之间形成的劳动关系；②按照公务员制度执行的事业单位和社会团体与其工作人员之间形成的关系；③未实行聘任制的事业单位与其在编人员之间形成的关系；④军队与现役军人之间形成的关系；⑤农村集体经济组织与农业劳动者之间形成的关系；⑥雇主与家庭保姆之间形成的雇佣关系；⑦法律、法规规定的其他雇佣关系。

2.自然人能否成为用人单位？

根据《劳动合同法》第2条的规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”从该条的规定来看，劳动法意义上的用人单位仅指企业、个体经济组织等团体性的组织，而不包括自然人。因此，自然人并不属于劳动法意义上的用人单位，自然人与其雇佣的劳动者之间应为劳务关系，而非劳动合同关系，应适用民法通则、合同法等民事法律规范，而不适用劳动法、劳动合同法等劳动法律规范。

3.劳动者是否有权参与用人单位规章制度的制定？

劳动者参与用人单位规章制度的制定，是劳动者参与对用人单位民主管理，就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商的最直接体现，是劳动者主人翁地位的体现。根据《劳动合同法》第4条及其他相关规范，劳动者参与用人单位规章制度的制定，主要有3种方式：

（1）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。需要注意的是，并不是用人单位所有的规章制度都需要提交职工代表大会或者全体职工讨论，只有那些直接涉及劳动者切身利益的规章制度才需要。同时，在形式上，可以提交职工代表大会讨论，也可以直接交全体职工讨论。

（2）在规章制度和重大事项决定实施的过程中，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。与第一点不同的是，参与的主体由职工代表大会和全体职工变成了工会与职工，原因在于：职工代表大会并非常设机构，仅定时召开，不便于对规章制度的日常实施进行监督并参与协商完善；工会作为代表职工利益、依法维护职工合法权益的群众组织，根据《工会法》第19条至第27条的规定，工会有权代表职工对用人单位制定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项决定实施进行监督，并对不适当的地方向用人单位提出修改、完善意见。

（3）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。保障劳动者对涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定的知情权是劳动者参与制定、修改规章制度的必要前提。为了保障劳动者的知情权，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告知劳动者，告知的方式多种多样：可以在用人单位的实体告示栏或者网络办公系统告示栏张贴公告，可以把规章制度作为劳动合同的附件发给劳动者，也可以作为《员工手册》《员工须知》的一部分发放给劳动者。

总体而言，规章制度作为规范用人单位用工行为、保护劳动者合法权益的重要工具，用人单位在制定过程中应特别注意以下几点：（1）规章制度的内容要符合法律规定，并随着法律规定的修正及时更新；（2）规章制度的规定要具有公平合理性，不得过分加重劳动者义务，减轻用人单位责任；（3）规章制度的制定过程要符合法定程序，尤其要符合民主程序和公示程序。

4.用人单位能否依据合法制定的规章制度单方面变更劳动合同约定的内容？

《劳动合同法》第4条规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。《劳动合同法》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。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

劳动合同有准身份合同的性质，劳动者通过与用人单位依法订立劳动合同，确立双方劳动关系后即加入用人单位内部，成为其中的一员，服从用人单位指挥、安排与监督，即双方存在一定意义上的附属性，劳动者不仅负有劳动义务，而且还承担法定义务，如服从义务、保密义务等义务。所以，用人单位制定的规章制度只要不违反法律法规的规定，劳动者就应当负有遵循义务。在法律上，用人单位制定的劳动规章制度应视为劳动合同的附件，因此该规章制度不能变更劳动合同已明文规定的内容。需要变更劳动合同的，用人单位应当与劳动者协商一致，采用书面方式变更劳动合同。

5.劳动者需满足哪些条件？

首先是年龄条件。《劳动法》第15条、第94条规定，用人单位不得招用未满16周岁的未成年人，否则将承担相应的法律责任。一般情况下，公民的最低就业年龄是16周岁，不满16周岁者不能就业，不能与用人单位发生劳动法律关系。根据1973年国际劳工组织发布的《准予就业最低年龄公约》第3条第1款，对于按其性质或其工作环境很可能有害年轻人健康、安全或道德的任何职业或工作类别，其最低年龄不得小于18岁。此外，《劳动法》第64条还禁止用人单位雇佣不满18周岁的劳动者从事过重、有毒有害、矿山井下等劳动或者危险作业。

除了年龄条件以外，合格劳动者还应具备劳动能力条件，劳动者进行劳动只能由劳动者亲自进行，因此要求劳动者必须具有劳动能力。此外，对于一些特定的行业，劳动者的劳动能力还必须满足该行业的特殊要求，如患有传染病的人不能从事餐饮业。在更广泛的意义上，劳动者的劳动能力还应当包括劳动者必须具备的行动自由。因为有劳动能力的公民还需要具有行动自由，才能以自己的行动去参加劳动。所以，被依法剥夺人身自由的公民，如被判处有期徒刑的人不能与用人单位建立劳动关系。

6.农民工是否受到《劳动合同法》的保护？

《劳动法》和《劳动合同法》均没有明确指出农民工是否属于该法规定的劳动者范畴。但一些规范性文件对农民工劳动纠纷的问题作出了专门规定，比如原劳动和社会保障部办公厅《关于农民工适用劳动法律有关问题的复函》指出，凡与用人单位建立劳动关系的农民工（包括农民轮换工），应当适用《劳动法》。既然依照此复函，农民工属于《劳动法》范畴的劳动者，那么其当然也适用《劳动合同法》。

但是，在社会保险领域，对农民工往往采取特殊的处理方法，主要是基于其亦工亦农两重身份的考虑。毕竟城镇劳动者与农民工拥有的土地和生产资料有区别，若是规定两者的法律地位和待遇完全一样，会产生新的不平等。故对于享受社会保险待遇的范围，允许农民工与城镇职工有所差别。目前，农民工享有工伤、医疗保险以及失业补助，而不享受养老保险、失业保险和住房公积金。不过我国目前正在建立农民养老保险制度，在不久的将来，农民工也能够一定程度上享受养老保险待遇。

7.解除高级管理人员职务是依据《公司法》还是《劳动合同法》？

《公司法》第216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。

公司高级管理人员和普通劳动者一样均接受公司管理，从事有报酬的劳动，但高级管理人员又区别于普通劳动者。高级管理人员具有“管理他人”的职能特点。由于高级管理人员的薪酬待遇与公司经营状况联系十分紧密，因此高级管理人员往往还拥有公司股权，可参与决策和分红。《劳动法》

《劳动合同法》对高级管理人员和普通劳动者未作明显区分。根据《公司法》第46条的规定，“董事会对股东会负责，行使下列职权：……（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项”。由此可见，高级管理人员不同于通过选举而产生的与公司存在经营委托合同关系和监督合同关系的董事会、监事会成员，高级管理人员是通过聘任产生，与公司之间是聘用性质的劳动关系。

根据《劳动合同法》及《公司法》的规定，解聘公司高级管理人员不能仅仅依据某一部法律。高级管理人员不仅是劳动者，更是承担着公司高级管理职能的管理者，是集二者身份为一身的特殊主体。所以在解除劳动合同时，就解除劳动者与公司的劳动关系而言，适用《劳动合同法》，而在解除高级管理人员具体职务时，则应适用《公司法》，按照《公司法》的相关规定及法律流程予以解除。

第二章

劳动合同的订立

第一节 劳动关系

8.劳动关系与劳务关系有什么区别？

劳动关系与劳务关系的共同之处是一方提供的都是劳动行为，其不同之处主要有如下几点：

（1）法律依据不同。劳动关系由《劳动合同法》进行规范和调整，而且建立劳动关系应签订书面劳动合同。劳务关系则由《民法总则》《民法通则》和《合同法》进行规范和调整，建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同，由当事人双方协商确定。

（2）主体不同。劳动关系中的一方主体应是符合法定条件的用人单位，另一方主体只能是自然人，而且必须是符合劳动年龄条件，且具有与履行劳动合同义务相适应的劳动能力的自然人；劳务关系的主体类型较多，可以是两个用人单位，也可以是两个自然人。

（3）当事人之间的隶属关系不同。处于劳动关系中的用人单位与当事人之间的隶属关系即劳动关系。而在劳务关系中，不存在一方当事人是另一方当事人的职工这种隶属关系。

（4）当事人之间承担的义务不同。劳动关系中的用人单位必须按照法律法规和地方规章等为职工承担社会保险义务，且用人单位承担其职工的社会保险义务是法律的强制性规范；而劳务关系中的一方当事人不存在必须为另一方当事人缴纳社会保险的义务。

（5）用人单位对当事人的管理不同。用人单位具有对劳动者的违章违纪行为进行处理的管理权。劳务关系中的一方对另一方虽然也有不再雇用的权利，或者要求当事人承担一定的经济责任，但不包含一方取消另一方的职工“身份”这一形式，即不包括对其解除劳动合同或给予其他纪律处分。

（6）支付报酬方面不同。劳动关系中的用人单位对劳动者具有行使工资、奖金等方面的分配权利。而在劳务关系中的一方当事人向另一方支付的报酬完全由双方协商确定，当事人得到的是根据权利义务平等、公平等原则事先约定的报酬。但其本质的区别在于：劳务关系中提供劳动的一方不是单位的成员，不是以单位职工的身份参加劳动，也无须遵守单位的内部劳动规章。

第一节 劳动关系

8.劳动关系与劳务关系有什么区别？

劳动关系与劳务关系的共同之处是一方提供的都是劳动行为，其不同之处主要有如下几点：

（1）法律依据不同。劳动关系由《劳动合同法》进行规范和调整，而且建立劳动关系应签订书面劳动合同。劳务关系则由《民法总则》《民法通则》和《合同法》进行规范和调整，建立和存在劳务关系的当事人之间是否签订书面劳务合同，由当事人双方协商确定。

（2）主体不同。劳动关系中的一方主体应是符合法定条件的用人单位，另一方主体只能是自然人，而且必须是符合劳动年龄条件，且具有与履行劳动合同义务相适应的劳动能力的自然人；劳务关系的主体类型较多，可以是两个用人单位，也可以是两个自然人。

（3）当事人之间的隶属关系不同。处于劳动关系中的用人单位与当事人之间的隶属关系即劳动关系。而在劳务关系中，不存在一方当事人是另一方当事人的职工这种隶属关系。

（4）当事人之间承担的义务不同。劳动关系中的用人单位必须按照法律法规和地方规章等为职工承担社会保险义务，且用人单位承担其职工的社会保险义务是法律的强制性规范；而劳务关系中的一方当事人不存在必须为另一方当事人缴纳社会保险的义务。

（5）用人单位对当事人的管理不同。用人单位具有对劳动者的违章违纪行为进行处理的管理权。劳务关系中的一方对另一方虽然也有不再雇用的权利，或者要求当事人承担一定的经济责任，但不包含一方取消另一方的职工“身份”这一形式，即不包括对其解除劳动合同或给予其他纪律处分。

（6）支付报酬方面不同。劳动关系中的用人单位对劳动者具有行使工资、奖金等方面的分配权利。而在劳务关系中的一方当事人向另一方支付的报酬完全由双方协商确定，当事人得到的是根据权利义务平等、公平等原则事先约定的报酬。但其本质的区别在于：劳务关系中提供劳动的一方不是单位的成员，不是以单位职工的身份参加劳动，也无须遵守单位的内部劳动规章。

9.什么是雇佣关系？

雇佣关系是雇佣法律关系的简称，是以生产资料和劳动力私有为基础而形成的一种法律关系，是指受雇人利用雇佣人提供的条件，在雇佣人的指导、监督下，以自身的技能为雇佣人提供劳动，并由雇佣人支付劳动报酬。雇佣人又称为雇主，受雇人又称为雇员。判断雇佣关系是否存在，应从形式要件和实质要件两方面考虑：从形式要件上，看双方是否订立雇佣合同或口头雇佣协议。从实质要件上，首先，要看双方的权利义务是否为一方提供劳务，另一方支付报酬。其次，要看雇员是否受雇主控制、指挥和监督，即是否存在隶属关系。雇员受雇主控制是雇佣关系存在的基础。在雇佣法律关系中，雇员仅是雇主雇佣来完成某项工作的人，雇员在工作时应听命于雇主，服从雇主的监督指导。最后，看雇员是否由雇主或其委托的人所选任。只要具备上述形式要件和实质要件，即可认定为雇佣关系。

10.什么是事实劳动关系？

事实劳动关系是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义务而形成的劳动关系。事实劳动关系主要有以下几种形式：（1）应签订而未签订劳动合同；（2）以口头约定代替书面合同；（3）以其他合同代替劳动合同，如在租赁合同、承包合同、兼并合同中规定职工的安置条件和待遇问题；（4）劳动合同期满后，未终止或未签订手续而形成的劳动关系；（5）劳动合同必备条款欠缺或部分内容违法，导致合同无效而形成的劳动关系。

关于事实劳动关系的认定，根据原劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但具备下列情形的，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；（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；（3）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（1）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）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）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。用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格，用人单位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。

认定事实劳动关系成立之后，劳动者为用人单位提供劳动，接受用人单位的管理，遵守用人单位的劳动纪律，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。

11.用人单位与劳动者未订立劳动合同时，如何认定双方存在劳动关系？

情景再现

某甲自2012年4月10日起在A公司从事电器组装工作，A公司未与某甲订立书面劳动合同。在工作期间，A公司未给某甲缴纳社会保险费，每月3000元工资以现金形式发放。2013年1月26日傍晚，某甲在下班途中发生交通事故，被立即送往医院治疗。伤愈后，某甲欲申请工伤赔偿，但其与A公司未签订劳动合同，如何认定双方间存在劳动关系。

法律分析

用人单位与劳动者之间存在劳动关系的唯一标准是劳动者实际为用人单位提供劳动。劳动合同仅是双方间存在劳动关系的证明。在双方未订立劳动合同的情况下，根据《劳动合同法》与原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》，当同时具备下列情形时，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；（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；（3）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

上述规定过于笼统抽象，在具体实践中，认定双方存在劳动关系多是参照一些凭证，如：（1）用人单位的职工名册；（2）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；（3）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；（4）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；（5）考勤记录；（6）其他劳动者的证言等。此外，还有一些材料也能够间接证明劳动者与用人单位之间存在劳动关系，如：（1）记载有劳动者名字的用人单位文件，如各种通知、工作任务单、任命通知书、介绍信、签到表等；（2）用人单位与其他单位签订的有劳动者签名的相关文件；（3）劳动者在用人单位工作的录音、录像、照片记录等。一般情况下，上述凭证中单独的某项可能难以证明劳动者与用人单位间存在劳动关系，但组合起来能够提供证明力。

12.劳动关系的建立从何时起算？

《劳动合同法》第7条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。因此，判断双方是否存在或建立劳动关系，应当以是否用工为标准，而不是以是否签订劳动合同为标准。用人单位招用劳动者从事工作之日起，劳动关系即确立。双方就可以按照约定享受权利和履行义务，并受劳动法律、法规的约束。建立劳动关系的时间起算，在《劳动合同法》第10条中又可以分为3种情况：（1）签订劳动合同在前，实际工作在后，即签订合同后过了一段时间才工作。（2）签订劳动合同在后，实际工作在前，即先工作后补签劳动合同。（3）签订劳动合同与实际工作同时进行，此时是最理想的状态，也是实际生活中较为普遍的情形。综上，确定的劳动关系起算点的唯一标准是“用工之日”。

13.冒名劳动者能否与用人单位成立劳动关系？

劳动者冒用他人名义与用人单位订立劳动合同的情况经常存在，对其如何处理需要谨慎。具体如何处理，应当区分不同的情况。《民法总则》第18条规定，成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。如果劳动者年满16周岁，符合法律、法规规定的劳动者条件，应按实际劳动关系确定劳动关系的主体，实际劳动者与用人单位形成事实劳动关系。

如果工作岗位对于劳动者的条件有特别要求，而实际劳动者并不符合这一要求，则劳动合同无效。如果是不满16周岁的未成年人冒用他人名义与用人单位订立劳动合同或形成事实劳动关系的，劳动合同无效。但劳动合同确认无效后，用人单位仍应按合同约定支付报酬。

14.退休人员能否再与其他用人单位建立劳务关系？

《劳动合同法》第44条规定了劳动合同终止的几种情形：劳动合同期满的；劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；用人单位被依法宣告破产的；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；法律、行政法规规定的其他情形。已经依法退休的人员没有明确规定在该条内容中。但《劳动合同法实施条例》第21条规定：劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

《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7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，人民法院应当按劳务关系处理。由此条可以看出，未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员可以再与其他单位建立劳务关系。虽然我国有法定退休制度，但并未明确禁止超过法定退休年龄人员与用人单位建立劳务关系，因此，已达退休年龄人员具备与用人单位建立劳务关系之资格。只要同时符合条件（用人单位符合法律、法规规定的主体资格，已依法退休人员未依法享受养老保险待遇或领取退休金的），可以依法认定已依法退休人员与用人单位之间系劳务关系。

15.企业停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员等，因与新的用人单位发生用工争议，如何确定用工关系？

《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8条明确规定，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，人民法院应按劳动关系处理。

司法解释将上述人员与新用人单位之间的用工关系定性为劳动关系，实际上是对双重劳动关系的认可，以便更好地保护上述人员的合法权益。因此，从现实基础、立法目的、技术解决的可能性等角度考虑，司法解释将上述人员与新用人单位之间的用工关系定性为劳动关系是合情合理的。

第二节

劳动合同的签订与效力

16.用人单位与未毕业大学生签订的劳动合同的效力如何认定？

原劳动部印发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第4条规定：公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。这一部门规章并未将未毕业的大学生包括在内。因此，即将毕业的大学生具备与用工单位建立劳动关系的行为能力和责任能力。作为高等院校的大学生，虽尚未从学校毕业，但他们也可以成为劳动力市场的自由劳动者，学生身份并不限制他们作为普通劳动者加入劳动力团体。只有当教育管理部门及高校本身为履行教育管理职责，督促学生圆满完成学业，明确禁止大学生在学习的同时与用人单位建立劳动关系的情况下，大学生才不得与用人单位订立劳动合同，建立劳动关系。在教育管理部门及高校对学生不作此要求时，大学生参与劳动关系应不受限制。大学生在已基本完成学业，并持有学校为促进学生就业而发给的“毕业生双向选择就业推荐表”的情况下，与用人单位签订劳动合同，应受到管理部门与高校的鼓励，是适格的劳动合同主体。

用人单位在与大学生签订劳动合同时应当对大学生的身份作全面了解，知晓其已完成学业，可以正常上班工作，但尚未毕业等情形，双方当事人在订立劳动合同过程中意思表示真实、明确、无欺诈、威胁等情形，且劳动合同约定的工作任务、劳动报酬等权利义务内容不违反法律法规，亦不存在显失公平的情形。因此，比照我国劳动法律的相关规定，此种情形下的劳动合同不存在无效情形，依法应为有效合同。

第二节

劳动合同的签订与效力

16.用人单位与未毕业大学生签订的劳动合同的效力如何认定？

原劳动部印发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第4条规定：公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法。这一部门规章并未将未毕业的大学生包括在内。因此，即将毕业的大学生具备与用工单位建立劳动关系的行为能力和责任能力。作为高等院校的大学生，虽尚未从学校毕业，但他们也可以成为劳动力市场的自由劳动者，学生身份并不限制他们作为普通劳动者加入劳动力团体。只有当教育管理部门及高校本身为履行教育管理职责，督促学生圆满完成学业，明确禁止大学生在学习的同时与用人单位建立劳动关系的情况下，大学生才不得与用人单位订立劳动合同，建立劳动关系。在教育管理部门及高校对学生不作此要求时，大学生参与劳动关系应不受限制。大学生在已基本完成学业，并持有学校为促进学生就业而发给的“毕业生双向选择就业推荐表”的情况下，与用人单位签订劳动合同，应受到管理部门与高校的鼓励，是适格的劳动合同主体。

用人单位在与大学生签订劳动合同时应当对大学生的身份作全面了解，知晓其已完成学业，可以正常上班工作，但尚未毕业等情形，双方当事人在订立劳动合同过程中意思表示真实、明确、无欺诈、威胁等情形，且劳动合同约定的工作任务、劳动报酬等权利义务内容不违反法律法规，亦不存在显失公平的情形。因此，比照我国劳动法律的相关规定，此种情形下的劳动合同不存在无效情形，依法应为有效合同。

17.《高校毕业生就业协议书》是否具有劳动合同的效力？

就业协议与劳动合同的不同，主要体现在三个方面：

（1）主体不同。就业协议的主体为应届毕业生、用人单位、学校三方，学校是就业协议的签订方之一，就业协议对用人单位的性质没有规定，适用于任何单位；而劳动合同只适用于劳动者与用人单位之间，与学校无关。

（2）内容不同。就业协议的内容主要是毕业生如实介绍自身情况，并表示愿意到用人单位就业；用人单位表示同意接收该毕业生；学校同意推荐该毕业生，列入就业方案并纳入就业情况统计，它只表明一种就业意向，不涉及毕业生在单位报到后所享有的权利义务。而劳动合同涉及劳动报酬、劳动保护、工作内容、劳动纪律等，劳动合同权利义务关系明确。

（3）签订时间不同。一般而言，就业协议签订在先，劳动合同往往在毕业生到用人单位报到后才签订。

（4）法律依据不同。就业协议发生争议，除根据协议本身的内容之外主要依据现有的毕业生就业政策和法律对合同的一般规定来处理，尚没有一部专门的法律对毕业生就业协议加以调整。而劳动合同发生争议，应依据《劳动合同法》来处理。

综上，《高校毕业生就业协议书》与劳动合同不同，不具有劳动合同效力。

18.补签或倒签劳动合同，用人单位是否支付二倍工资？

补签劳动合同，是指劳动者与用人单位事后签订劳动合同，把合同期限往前移，签订日期为补签合同的时间。倒签劳动合同，也是劳动者与用人单位事后补签劳动合同，将合同期限往前移，同时将签订日期写成劳动关系建立之初的时间，即签订日期造假，签订日期并非签合同当天的日期，而是劳动合同中约定的合同开始的日期。倒签与补签之间最大的区别就在于签订合同的时间是写在真正签订合同之时，还是写在劳动关系建立之初。

根据《劳动合同法》第82条的规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。关于补签或者倒签劳动合同是否应向劳动者支付二倍工资的问题，应分别对待。补签劳动合同能证明签订劳动合同的真正日期，有利于劳动者更好地维护自己的权益，根据《民法总则》第143条的规定，如果补签行为是在平等自愿、协商一致的基础上达成的共识，只要不违反法律法规的强制性规定，符合民法关于当事人意思自治的原则，就是有效的，补签劳动合同不应支付双倍工资。而倒签劳动合同与《劳动合同法》的立法本意相悖，不利于保护劳动者权益，是用人单位规避二倍工资的借口，故倒签劳动合同，符合《劳动合同法》第82条规定的，应支付二倍工资。

19.因劳动者自身原因未与用人单位签订劳动合同，是否应当支付双倍工资？

《劳动合同法》第82条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。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。”如果是因劳动者的原因或过错未签订书面劳动合同的，用人单位是否也要支付双倍工资，《劳动合同法》对此没有具体规定，《劳动合同法实施条例》第5条规定，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。由本条规定可知，因劳动者自身原因不与用人单位签订劳动合同的，用人单位应当终止劳动关系，即在劳动者拒签劳动合同的情况下，用人单位应当主动与劳动者终止劳动关系。

用人单位应严格按照法律规定，自用工之日起1个月内与劳动者签订书面劳动合同。如员工对签订书面劳动合同表示迟疑或者以种种理由拖延的，用人单位应当警惕，特别是对于某些恶意拒签劳动合同的劳动者，更应积极应对。首先，通知劳动者签订劳动合同或交付劳动合同文本的，应当注意保留通知及交付（劳动者签收）的证据。其次，要明确限定劳动者在接到通知后一定期限内完成签字，逾期视为劳动者放弃签订劳动合同，用人单位可解除劳动关系。期限届满，劳动者仍未签订劳动合同的，应当及时书面告知解除。

20.用人单位招用劳动者时扣押劳动者的身份证件等是合法的吗？

情景再现



张珍珍临近大学毕业时通过校园招聘会找到了一份称心的工作，毕业后要签署劳动合同的时候，用人单位提出劳动合同期限为5年，试用期为6个月，但是在试用期内，用人单位需要扣留员工身份证件、出国证件等。但是扣押了身份证件，生活将会非常不方便，于是张珍珍找到专业人士询问，了解法律是否赋予了用人单位扣押身份证件的权利。

法律分析

根据我国《劳动合同法》第9条的规定，用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件。该法第84条规定，用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。因此，用人单位要求在试用期扣押张珍珍的身份证、出国证件等是违反了法律规定的，这样的约定是无效的，如果已经扣押了相关证件，应当予以退还。

为防止劳动者跳槽或在工作中任意离职，给用人单位造成损失，部分用人单位在招用劳动者时要求劳动者提供身份证或学历证书、资格证书给用人单位“保管”，这是不合法的。根据法律规定，用人单位扣押劳动者的身份证件、出国证件的，因为违反法律规定要退还，如果是作出扣押证件的约定，那么该约定因为违反法律规定而无效。

21.用人单位招用劳动者时向劳动者收取押金是合法的吗？

情景再现

李义山大学毕业后找工作，通过多番笔试、面试等双向选择，终于选定一家称心如意的公司，在与用人单位签署劳动合同的时候，双方约定劳动合同期限为5年，试用期为6个月，但是用人单位要收取1万元的押金，在试用期结束，签订劳动合同后予以退还。但是1万元的押金对李义山的经济状况无疑是雪上加霜，于是他拨打法律服务中心热线电话，了解法律是否允许用人单位收取押金。

法律分析

根据我国《劳动合同法》第9条的规定，用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。该法第84条规定，用人单位违反《劳动合同法》规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。因此，用人单位收取1万元押金违反了法律规定，这样的约定是无效的，如果已经收取了押金，应当予以退还，并且还应受到劳动行政部门的处罚，造成损害的应承担赔偿责任。

为防止劳动者跳槽或在工作中任意离职，给用人单位造成损失，部分用人单位在招用劳动者时要求劳动者缴纳一定数额的押金，这是一种不合法的行为。用人单位向劳动者收取押金，因为违反法律规定应当退还，并应受到处罚，造成损害的还要赔偿损失，如果是作出收取押金的约定，那么该约定因为违反法律规定而无效。

22.用人单位招用劳动者时可以向劳动者收取培训费等费用吗？

用人单位在招用劳动者后，为了让劳动者尽快符合岗位要求，具备上岗能力，往往会为劳动者组织培训。但是，用人单位以此为由向劳动者收取培训费与收取押金的性质是一样的，同样属于违法行为。

根据《劳动合同法》第9条的规定，用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。押金作为担保的一种形式，当然是违法的，而收取培训费则可理解为“以其他名义向劳动者收取财物”，同样是违法的。用人单位为劳动者提供的培训，一般包括两种，一种是岗前培训，另一种是专项培训（专业技术培训）。用人单位对劳动者进行必要的岗前培训，让劳动者了解岗位职责、熟悉业务流程、掌握用人单位的规章制度，是用人单位顺利开展生产经营工作的需要，是用人单位的义务，用人单位不得以此为由收取费用。专项培训不同于岗前培训，并非基础性的，而是为了提升劳动者的专项工作技能，让劳动者能够更好地开展工作；同时，用人单位为了更好地进行专项培训，往往会聘请外部专业人员为劳动者做培训。用人单位可以因此向劳动者收取专项培训费用吗？答案是否定的。根据《劳动合同法》第22条的规定，用人单位为劳动者提供专业技术培训的，应当由用人单位支付专项培训费用。考虑到用人单位与劳动者之间权利义务平衡，第22条同时规定了用人单位可以与劳动者签订服务期协议，与劳动者约定服务期，劳动者违反服务期约定的，应当以培训费用为限向用人单位支付违约金。在这种情况下，用人单位已经通过服务期限制与违约金条款维护了自身的权益，无须再向劳动者收取培训费。

综上，无论是岗前培训还是专项培训，用人单位在招用劳动者时都无权向劳动者收取培训费用。与此类似，用人单位在招用劳动者时也不能向劳动者收取服装费——用人单位要求劳动者统一着装是为了用人单位的经营需要，服装费应该由用人单位承担。

23.用人单位拒绝将劳动合同交给劳动者将承担什么责任？

情景再现

某甲于2017年8月15日入职某公司从事文员工作，并在当日和该公司签订了书面劳动合同，约定劳动合同期限为3年，自2017年8月15日至2020年8月14日。劳动合同一式两份，但均由公司留存。某甲认为劳动合同应当双方各自留存一份，向公司人力资源部经理索要，但经理表示劳动合同两份都由公司留存是公司的惯常做法，不愿给某甲一份。某甲向当地劳动行政部门投诉，请求劳动行政部门责令该公司交给自己一份劳动合同。当地劳动部门调查后，发现该公司确实存在与某甲签订劳动合同但未依法交给某甲一份的事实，向该公司下达了整改通知书，要求该公司立即返还某甲一份劳动合同。

法律分析

劳动合同作为用人单位与劳动者协商一致的产物，是双方达成用工合意的标志与凭证。为了在劳动合同关系存续期间双方能够切实履行义务、行使权利，劳动合同理应由双方各执一份。基于此，《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者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”当劳动者向用人单位索要劳动合同而用人单位拒不提供时，根据《劳动合同法》第81条的规定，劳动者可以像某甲一样，向当地的劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令用人单位改正。同时，如果用人单位拒不提供劳动合同的行为对劳动者造成了损害，比如实际发放的工资低于劳动合同约定的工资，用人单位提供的劳动安全保障水平低于劳动合同约定的水平，劳动者可以向用人单位索赔。

24.用人单位或劳动者在订立劳动合同时有虚假表述的，劳动合同的效力如何认定？

情景再现

2007年3月，A公司公开招聘留学归国人才，要求应聘人员具有国外知名高校学历，唐某应聘成功进入A公司从事管理工作。入职时，唐某向A公司提交了他于2005年毕业于美国某知名高校的学历证明复印件，并签署《任职承诺函》，承诺本人提供给公司的个人资料均是真实有效的，不存在虚假表述。A公司与唐某签订了期限为2007年3月15日至2010年3月15日的三年期固定期限劳动合同。唐某在工作期间表现优异，工作符合劳动要求，获得领导及同事的一致认可。但在2008年5月，A公司突然通知唐某解除劳动关系，原因在于有人举报唐某并未获得过美国某知名高校的学历，A公司核实后发现唐某确实提供了虚假的学历，其仅是国内某高校的本科毕业生。劳动者提供虚假学历证明或其他虚假信息的，劳动合同的效力应如何认定？

法律分析

劳动合同作为合同的一种，是双方合意的产物，在签订的过程中必须坚持诚信原则，用人单位和劳动者应当基于善意作出真实的意思表示。这也是劳动合同得以存续并持续履行的基础。《劳动合同法》第8条要求用人单位在招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要了解的其他情况；而劳动者在与用人单位签订劳动合同时，也要如实告知用人单位与劳动合同直接相关的基本情况。而当用人单位或劳动者没有如实陈述，故意伪造虚假信息或者隐瞒事实真相，欺骗对方，诱使对方形成错误的认识并与之订立劳动合同时，根据《劳动合同法》第26条的规定，这种以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下订立的劳动合同是无效的。在上述案例中，用人单位在招聘时对应聘者学历有明确要求——具有国外知名高校学历，而应聘者唐某提供虚假学历证明的行为已经构成了以欺诈手段订立劳动合同，应属无效。除上述提供虚假学历信息的情况外，又如某些需要经过专门培训并取得相应资格证书的工种，若应聘者伪造相关证书的，也属于以欺诈手段订立劳动合同，应属无效的情形。

应当注意的是，劳动合同是否无效，不能由劳动者或者用人单位决定。根据《劳动合同法》第26条的规定，劳动合同是否无效，可以由劳动争议仲裁委员会认定；如果经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人不服又提起诉讼的，由人民法院认定。但是，在用人单位或劳动者一方因认为对方存在欺诈情形，向对方提出解除劳动合同，而对方没有异议的情况下，并不需要走上述的认定程序。只有在双方存在争议的情况下，才须由劳动争议仲裁委员会或人民法院认定。

25.哪些情况会导致劳动合同无效？

劳动合同的生效要件包括如下几点：（1）双方意思表示真实，采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同，违背一方的真实意愿，会导致劳动合同无效。（2）用人单位不得在劳动合同中约定免除自己的法定责任、排除劳动者权利。（3）合同内容不得违反法律、行政法规强制性规定，即劳动合同不得有悖法律、法规及善良风俗，或是损害国家及社会的公共利益。（4）根据《劳动法》第19条的规定，劳动合同应当以书面形式订立，并具备以下条款：①劳动合同期限；②工作内容；③劳动保护和劳动条件；④劳动报酬；⑤劳动纪律；⑥劳动合同终止的条件；⑦违反劳动合同的责任。⑧除上述规定的必备条款外，当事人可以协商约定其他内容。

不符合上述生效要件的，会导致劳动合同无效。我国《劳动法》第18条、《劳动合同法》第26条对此作了相应的规定，下列劳动合同无效或者部分无效：（1）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（2）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（3）违反法律、行政法规强制性规定的。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

26.用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同有效吗？

情景再现

李果儿通过校园招聘在大学毕业时找到了工作。用人单位与她签署了劳动合同，劳动合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，用人单位将双方签订的劳动合同返还一份给李果儿，后来她发现，用人单位提供的劳动合同中，有很多条款免除了自己的法定责任，比如工伤责任由单位承担60%，劳动者自行承担40%等约定，为此她找到人社局相关部门寻求帮助。

法律分析

根据我国《劳动合同法》第26条规定，下列劳动合同无效或者部分无效：（1）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（2）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；（3）违反法律、行政法规强制性规定的。据此可知，用人单位提供的劳动合同中，涉及免除单位法定责任的条款属于无效条款。工伤责任应当由单位全部承担，李果儿完全可以就劳动合同中的无效条款要求与单位重新签订劳动合同。

在签订劳动合同，确定劳动关系的过程中，用人单位往往处于强势地位，因此在劳动合同中约定免除或减轻自己法定责任的情况时有发生，这样的条款依照法律规定是无效的。根据《劳动合同法》第27条规定，劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。因此，此类条款无效并不会必然导致其他部分也无效，如果不涉及整体无效的情形，那么用人单位与劳动者的劳动关系依然可以成立，只是无效条款不发生效力。

27.用人单位与劳动者未及时签订书面劳动合同有何后果？

根据《劳动合同法》第10条的规定，用人单位与劳动者建立劳动关系，应当订立书面劳动合同；若已建立劳动关系但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。若用人单位与劳动者之间未及时签订劳动合同，会有什么后果？

书面劳动合同是用人单位与劳动者之间存在劳动关系的重要依据，但未签订书面劳动合同对于劳动关系的存在没有实质影响，只要用人单位与劳动者之间存在事实上的用工情况即可。用人单位与劳动者未及时签订书面劳动合同，具体分为以下两种情况：

（1）因用人单位导致未及时签订书面劳动合同。根据《劳动合同法》第82条的规定，用人单位因故意或过失超过一个月未与劳动者签订书面劳动合同，但之后在一年内与劳动者补签了劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付自用工之日起满一个月的次日到补签劳动合同的前一天期间的二倍工资。而当用人单位超过一年未与劳动者订立书面劳动合同的，根据《劳动合同法》第14条第3款和《劳动合同法实施条例》第7条的规定，这种情况下视为用人单位与劳动者已经订立了无固定期限劳动合同，无固定期限劳动合同的订立之日为用工之日起满一年的当日，而用人单位另外还需支付劳动者自用工之日起满一个月后到满一年间（即11个月）的二倍工资，一年届满后不用再支付二倍工资。

（2）因劳动者导致未及时签订书面劳动合同。有些劳动者故意不与用人单位签订书面劳动合同，然后以双方没有签订书面劳动合同为由向用人单位索取二倍工资或要求与用人单位签订无固定期限劳动合同。在这种情况下，只要用人单位能够证明双方未及时签订书面劳动合同不可归责于它，用人单位就不需要承担责任。

另外，用人单位与劳动者未及时订立书面劳动合同，除上述新立劳动关系外，还包括劳动合同期满后续签劳动合同的情况。劳动合同期满后，劳动者继续在用人单位工作，用人单位超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付二倍工资。用人单位超过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。而用人单位应与劳动者订立无固定期限劳动合同但又订立固定期限劳动合同的，视为双方已订立无固定期限劳动合同。

28.劳动合同中约定的劳动报酬不明确时，如何解决？

情景再现

某甲系某高校2017年应届毕业生，在校园招聘会上被某创业公司录用。某甲毕业后与该公司签订劳动合同。但在协商确定劳动报酬时，该公司表示现阶段公司仍处于创业期，经济效益不稳定，因此工资只能确定发放时间，但无法确定具体数额；待公司经过多轮融资走上正规化后，将大幅度提高某甲的工资水平。某甲认可公司的发展前景，认为应当与公司共同渡过创业期，对公司的说法予以认可。随后，某甲与公司签订了3年的劳动合同，并约定某甲的工资视公司效益而定。

2017年10月，某甲顺利通过试用期成为该公司正式员工，工作相当努力。但自2017年10月至2018年3月，公司均以效益不好为由每月仅发放2000元工资，远低于同行业同岗位工资。某甲向公司申请涨工资，公司均以劳动合同约定其工资视公司效益而定，而根据现阶段公司效益仅能发放2000元为由驳回申请。某甲于2018年4月向劳动仲裁委申请仲裁。

法律分析

《劳动合同法》第18条规定：“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。”该条确定了因劳动合同对劳动报酬、劳动条件等标准约定不明确而引发争议时的4种处理方法：（1）重新协商；（2）协商不成的，适用集体合同规定；（3）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；（4）没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家的有关规定。

上述案例中，某甲与公司先行协商不成向劳动仲裁委申请仲裁，劳动仲裁委可要求该公司适用同工种集体合同的劳动报酬规定给付某甲工资；若该工种无集体合同，则可要求对某甲实行同工同酬。须注意的是，同工同酬作为一项原则性规定，是相对的，而非绝对的，即便是同一工种的劳动者，其也有资历、工作年限、工作能力等方面的差异，劳动报酬可以有一定差别，只要大致相同即可。

第三节 试用期

29.用人单位可以任意规定试用期的长短吗？

情景再现

林江波从高中起就对医学非常感兴趣，后来通过高考进入所在省份的一所医科大学学习临床医学专业，毕业后进入一家私立医院工作，虽然与自己立志要进入三甲医院工作的理想有差距，但是工作难找，他想先在私立医院打好基础。在签订劳动合同时，该医院提供的格式合同约定试用期是一年，虽然林江波重视此次工作机会，但是觉得一年的试用期太长，于是求助法学院毕业已经从事律师行业的女友小果帮忙答疑解惑。

法律分析

我国《劳动法》对试用期的最长期限作了规定，根据《劳动法》第21条，劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过6个月。据此可知，法律是允许约定试用期的，但是对于期限，法律规定了最长不能超过6个月。对于试用期的具体约定方式，《劳动法》未具体说明，但是《劳动合同法》作出了规定，根据该法第19条的规定，劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3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。由此可知，不管情况如何，本案中林江波的录用单位约定试用期为一年违反了法律规定。

法律允许试用期的工资适当低于正式员工的工资，《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。因此很多用人单位为了压缩用人成本，于是想方设法将试用期约定得尽可能地长，但是法律对于试用期如何确定有明确规定，如果违反了法律规定，用人单位的试用期约定应属无效。

第三节 试用期

29.用人单位可以任意规定试用期的长短吗？

情景再现

林江波从高中起就对医学非常感兴趣，后来通过高考进入所在省份的一所医科大学学习临床医学专业，毕业后进入一家私立医院工作，虽然与自己立志要进入三甲医院工作的理想有差距，但是工作难找，他想先在私立医院打好基础。在签订劳动合同时，该医院提供的格式合同约定试用期是一年，虽然林江波重视此次工作机会，但是觉得一年的试用期太长，于是求助法学院毕业已经从事律师行业的女友小果帮忙答疑解惑。

法律分析

我国《劳动法》对试用期的最长期限作了规定，根据《劳动法》第21条，劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过6个月。据此可知，法律是允许约定试用期的，但是对于期限，法律规定了最长不能超过6个月。对于试用期的具体约定方式，《劳动法》未具体说明，但是《劳动合同法》作出了规定，根据该法第19条的规定，劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3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。由此可知，不管情况如何，本案中林江波的录用单位约定试用期为一年违反了法律规定。

法律允许试用期的工资适当低于正式员工的工资，《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。因此很多用人单位为了压缩用人成本，于是想方设法将试用期约定得尽可能地长，但是法律对于试用期如何确定有明确规定，如果违反了法律规定，用人单位的试用期约定应属无效。

30.用人单位可以与劳动者约定多次试用期吗？

情景再现

小宋大学毕业后，被一家私营企业录用。在小宋与用人单位签署劳动合同的时候，对方提出劳动合同期限为5年，试用期是6个月，但是如果第一次试用期结束以后，用人单位根据工作实际表现可以决定是否再次决定试用期，小宋觉得虽然工作难找，但是用人单位对试用期的规定太任意性，于是他求助法学专业的同学，了解法律对于试用期的次数具体如何规定。

法律分析

我国《劳动法》对试用期的最长期限作了规定，根据《劳动法》第21条，劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过6个月。据此可知，法律是允许约定试用期的，但是法律规定其期限最长不能超过6个月。对于试用期的具体约定方式，《劳动法》未具体说明，但是《劳动合同法》作出了规定，根据该法第19条规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。由此可知，不管情况如何，本案中小宋的录用单位约定试用期只能是一次，而且最长时限只能是6个月，约定两次试用期明显违反了法律规定。

31.用人单位能否先和劳动者签订试用期合同，期满后再决定是否签订正式劳动合同？

情景再现

某甲系某高校2017年应届毕业生，在校园招聘会上被某房屋中介公司录用。某甲毕业后到该房屋中介公司工作，但公司并未和某甲直接签订劳动合同，而是以考察某甲的业务能力为由，与他签订了为期三个月的试用期合同：试用期满，如果某甲的业务能力经考察合格，公司将和他签订正式劳动合同；如果某甲的业务能力经考察不合格，公司将不会正式录用他。某甲考虑到求职季已过，再另行找工作十分困难，便和该房屋中介公司签订了试用期合同。待三个月试用期满后，虽然某甲业绩优异，排名员工前列，但公司仍以他业务能力不合格为由拒绝和他签订正式劳动合同。

法律分析

用人单位与劳动者先行订立试用期合同，期满后再决定是否签订正式劳动合同的做法是违法的。

根据《劳动合同法》第19条第4款规定，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。也就是说，如果用人单位先和劳动者签订了一份试用期合同，期满后再决定是否签订正式劳动合同，那么前一份试用期合同实际上可视为第一份正式劳动合同，该份合同的订立、履行、变更、解除和终止等均需按照《劳动合同法》及相关法律规范对正式劳动合同的规定，用人单位不得随意变更、解除和终止该份合同。在上述案例中，某房屋中介公司在试用期合同期满后单方解除与某甲的劳动合同将受到《劳动合同法》第39条、第40条关于用人单位单方解除劳动合同的规定的约束，不得仅以某甲业务能力不合格为由解除劳动合同。根据《劳动合同法》第39条规定，在劳动者严重违反用人单位的规章制度，严重失职、徇私舞弊给用人单位造成重大损害等情况下，用人单位才可以随时解除劳动合同。根据《劳动合同法》第40条规定，在劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作等情况下，用人单位可以提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资的前提下解除劳动合同。

若用人单位在试用期合同期满后与劳动者订立劳动合同，该劳动合同应当被视为第二个固定期限劳动合同。当该劳动合同期满后，根据《劳动合同法》第14条第2款的规定，用人单位与劳动者续签的劳动合同将是无固定期限劳动合同。

32.用人单位可以随意规定试用期的工资吗？

情景再现

春江在大学毕业后，被一家私营企业录用。在他与该企业签署劳动合同的时候，劳动合同中约定劳动合同期限为3年，试用期为6个月，且试用期的工资根据其入职后的实际表现由用人单位具体确定。春江出生于农村，在大城市扎根是他自小的梦想，他很珍惜这个就业机会，但是约定试用期工资由用人单位根据实际工作情况来确定，这样会有很多不确定性，于是春江向法律援助咨询中心发出求助信，了解法律对试用期工资的具体规定。

法律分析

根据我国《劳动法》第21条规定，劳动合同可以约定试用期，并且对试用期的最长期限作了规定，试用期最长不得超过6个月。法律允许试用期的工资适当低于正式员工的工资，《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。本案中，用人单位与春江约定试用期工资由用人单位根据实际工作情况来确定，如果实际确定的工资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%，又或者用人单位所在地最低工资标准的，这种约定应属无效。

33.用人单位可以在试用期内随意解除劳动合同吗？

根据《劳动合同法》第21条规定，在试用期中，除劳动者有《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同，并且用人单位在试用期解除劳动合同的时候，应当向劳动者说明理由。试用期内，用人单位在说明理由后，可以解除劳动合同的情形有：

（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因以欺诈、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，致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的；（7）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（8）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

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，证明其不符合录用条件。劳动争议解决部门在处理此类纠纷时，用人单位可以解除劳动合同的条件是其必须举证证明劳动者在试用期间不符合录用条件，这实际上是限制用人单位随意解除劳动合同，如果用人单位没有证据证明劳动者在试用期间不符合录用条件，用人单位就不能解除劳动合同，否则，应承担因违法解除劳动合同所带来的一切法律后果。这就要求用人单位在试用期解除劳动合同的理由必须合法、合理。

34.用人单位是否可以与劳动者口头约定试用期？

《劳动合同法》第10条规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。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。《劳动合同法》第19条规定，试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。试用期因含在劳动合同期限之内，当然应当以书面形式订立。

实践中，很多用人单位根据劳动合同的期限长短和工作性质，与劳动者口头约定1个月到6个月不等的试用期，但不签订书面的劳动合同，或者在书面的劳动合同中不签订试用期条款。这种以口头形式约定的试用期期满后，用人单位再以该劳动者试用是否合格来决定是否与其签订正式劳动合同。用人单位的这种做法是违反法律规定的。根据《劳动合同法》第17条规定，试用期不属于劳动合同的必备条款，而是属于约定条款，缺少试用期的约定并不影响劳动合同的效力。但是当劳动者与用人单位就试用期发生纠纷时，主张存在试用期的一方应当负有举证责任来证明试用期的存在。因此口头约定试用期的做法不符合法律规定，用人单位提出口头约定了试用期的，应当视为没有约定试用期，双方从正式用工之日起即建立正式劳动合同关系。

35.试用期满后，用人单位能否以“试用期内不符合录用条件”为由解除劳动合同？

根据《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。对于试用期满后用人单位能否以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同，法律没有具体明确规定。根据原劳动部办公厅《对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》，“对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同，若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同”，由此可知，用人单位依照《劳动合同法》第39条规定，以劳动者在试用期间被证明不符合录用条件为由解除劳动合同的行为，必须在试用期届满前完成。试用期一旦届满，视为劳动者已经通过试用期考核，即使是在试用期内完成了考核，且考核不合格，但只要用人单位未在试用期届满前解除劳动合同，用人单位在试用期满后就不能再以此为由解除劳动合同。

36.“试用期间不符合录用条件”如何认定？

《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。用人单位依据该条款解雇劳动者时，不能仅口头说劳动者不符合录用条件，一定要有确实、充分的证据证明劳动者不符合哪些具体的录用条件。劳动纠纷处理实践中，通常要看是否有证据证明用人单位和劳动者之间约定了具体的录用条件；是否有证据证明劳动者在试用期间的表现情况；是否有证据证明劳动者在试用期间的表现不符合约定的录用条件。但是，现实中，不少用人单位在招录劳动者时，并没有与劳动者约定具体的录用条件，或者约定了录用条件，但没有明确告知劳动者，而在解除劳动合同时，又以这个条款为借口，这种情况下，用人单位很难证明或根本无法证明劳动者的工作表现不符合录用条件，从而被判定为违法解除劳动合同。

良好的试用期制度既能保障劳动者的自主择业权，也能帮助用人单位招用到合适的员工。用人单位可以制定《职务岗位说明书》或类似文件，明确员工的具体责任、工作任务、能力要求，并要求员工入职时签署、签收。此外，用人单位还应建立、健全试用期考核体系，科学合理地对劳动者进行试用期考察，定期进行考核评定，并要求员工签署确认书，以便及时固定证据，以免日后发生纷争时空口无凭。

37.劳动者试用期不合格是否可以延长试用期？

《劳动合同法》第19条规定了试用期的上限，即劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3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。如果劳动者在试用期内达不到用人单位的要求，用人单位可根据《劳动合同法》第39条之规定以劳动者在试用期间被证明不符合录用条件为由解除劳动合同，但不得延长试用期。

如果用人单位不能证明劳动者在试用期期间不符合录用条件又不解除劳动合同，却要求延长试用期，实际上属于再次约定试用期的情形，违反了《劳动合同法》第19条第2款关于“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定。用人单位想继续留用该员工的，只能按照原先约定的期限对该员工予以转正。否则，违法再次约定试用期的，劳动者有权到劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令用人单位改正，违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者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支付工资差额，且用人单位不能在试用期届满后以劳动者在试用期间不符合录用条件为由解除劳动合同。

38.续签劳动合同时，劳动者岗位发生变化的，是否可以约定试用期？

《劳动合同法》第19条第2款规定：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”《劳动法》第21条规定：“劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。”由于《劳动法》并未对试用期作出更为具体的规定，为了切实保护劳动者利益，防止企业滥用试用期条款，1996年原劳动部在《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》中指出：“用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次。”亦即，试用期适用于初次就业或再次就业后改变岗位或工种的劳动者，用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者不得在续签劳动合同时再次约定试用期。

试用期的作用在于让用人单位和劳动者互相熟悉、考察。对用人单位而言，是为了考察劳动者能否胜任岗位，如果续订劳动合同时，新任岗位与之前的岗位有实质性变更的，则应允许再次约定试用期。因此，如果没有相关地方性法规、规章的规定，在劳动者的工作岗位发生变化的情况下，用人单位重新约定试用期并不受限制。续订劳动合同时，劳动者改变工种的，可以重新约定试用期，不改变工种的，不得再约定试用期。

39.用人单位在试用期内解除劳动合同时需要向劳动者支付经济补偿吗？

情景再现

范雪在大学毕业后入职一家外资企业，这也是她学生时代一直向往的职业。用人单位与她签订的劳动合同约定合同期限为5年，试用期为3个月，但是试用期还没有满，用人单位便提出对范雪不予录用，也没有任何理由说明，范雪的工作机会瞬间没有了，伤心愤懑不已，于是找到相关行政主管部门，要求维护自身合法权益。

法律分析

根据《劳动合同法》第21条的规定，在试用期中，除非有特殊情况，用人单位是不能解除劳动合同的。再则，法律规定，即使用用人单位在试用期解除劳动合同符合法律规定，也应当向劳动者说明理由。在试用期内，用人单位可以解除劳动合同的情形规定在《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项中，这些情况包括：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因以欺诈、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，致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。这六种情况下用人单位可以直接解除劳动合同。另外，试用期还有两种情况用人单位可以解除劳动合同，但是用人单位需要提前30日以书面形式通知劳动者本人或者在额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同：（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。

本案中，范雪所在的外资企业并没有证明范雪在试用期出现了上述法律规定的情形，因此擅自解除劳动合同是违法的。如果该企业证明了范雪存在《劳动合同法》第39条规定的过失事由，那么可以解除劳动合同且无须支付经济补偿；如果企业证明范雪存在《劳动合同法》第40条第1项、第2项的情形，那么可以解除劳动合同但必须支付经济补偿。

40.用人单位进行经济性裁员是否可以解除试用期劳动者的劳动合同？

经济性裁员，是指由于企业经营状况不善，进行结构调整或整体功能优化等经济性原因，为改善和适应生产经营状况的需要而按法定程序成批辞退职工，是用人单位单方解除劳动合同的形式之一，属于法定的有因解除劳动合同。

经济性裁员规定在《劳动合同法》第41条中，有下列情形之一，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（1）依照企业破产法规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

同时，《劳动合同法》第21条规定，在试用期中，除非劳动者有该法第39条和第40条第1项、第2项规定的情形，即劳动者（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）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）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劳动合同的；（6）被依法追究刑事责任的；（7）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（8）不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。该条明确规定了在试用期内用人单位可以解除劳动合同的情形，但是经济性裁员并不包括在第39条和第40条第1项、第2项中，因此，经济性裁员不在试用期用人单位可以解除劳动合同的情形之列。

41.劳动者在试用期辞职是否应当赔偿用人单位培训费？

《劳动合同法》第22条第1款、第2款规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”《劳动合同法实施条例》第16条规定：“《劳动合同法》第22条第2款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的前述规定，并没有将试用期内的员工排除在外。也就是说，在试用期内的员工，只要服务期协议是双方真实意思表示，没有违反法律法规规定，是合法有效的，对双方均有约束力。劳动者在试用期内提出辞职，此前又针对接受单位的专项培训与单位签订了服务期限协议的，符合法律规定的情形，需要依照双方约定赔偿用人单位相应的培训费用。

第四节

服务期与合同期限

42.用人单位与劳动者约定服务期的前提条件是什么？

服务期是指劳动者与用人单位约定的劳动者必须为用人单位提供服务的期限。也就是说，劳动者在一定期限内，必须为特定的某一个用人单位提供劳动服务，不得为其他用人单位提供服务。服务期制度有其合理性，它是随着现代产业的发展而诞生的。

许多用人单位为劳动者提供专业技术培训，以使其成为符合本单位生产和经营需求的专业技术人员或业务骨干。但是，这些经过专业技术培训、拥有专业技术能力的劳动者也成了其他同行业用人单位青睐的招聘对象。为了公平起见，法律对这些付出专门培训成本的用人单位给予适当保护，《劳动合同法》规定了服务期制度。根据《劳动合同法》第22条的规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金；违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。根据上述条款与说明，用人单位与劳动者约定服务期的前提条件是用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训。

须注意的是，并非只要用人单位为劳动者提供了培训便可以与其约定服务期，用人单位提供的培训应当是专业技术培训，应具有专业性，目的是为了提升劳动者的专项工作技能，让劳动者能够更好地开展工作；同时，用人单位为了更好地进行专项培训，往往会聘请外部专业人员为劳动者做培训。实践中需要结合具体情况加以判断。

第四节

服务期与合同期限

42.用人单位与劳动者约定服务期的前提条件是什么？

服务期是指劳动者与用人单位约定的劳动者必须为用人单位提供服务的期限。也就是说，劳动者在一定期限内，必须为特定的某一个用人单位提供劳动服务，不得为其他用人单位提供服务。服务期制度有其合理性，它是随着现代产业的发展而诞生的。

许多用人单位为劳动者提供专业技术培训，以使其成为符合本单位生产和经营需求的专业技术人员或业务骨干。但是，这些经过专业技术培训、拥有专业技术能力的劳动者也成了其他同行业用人单位青睐的招聘对象。为了公平起见，法律对这些付出专门培训成本的用人单位给予适当保护，《劳动合同法》规定了服务期制度。根据《劳动合同法》第22条的规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金；违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。根据上述条款与说明，用人单位与劳动者约定服务期的前提条件是用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训。

须注意的是，并非只要用人单位为劳动者提供了培训便可以与其约定服务期，用人单位提供的培训应当是专业技术培训，应具有专业性，目的是为了提升劳动者的专项工作技能，让劳动者能够更好地开展工作；同时，用人单位为了更好地进行专项培训，往往会聘请外部专业人员为劳动者做培训。实践中需要结合具体情况加以判断。

43.劳动者违反服务期约定的，将承担怎样的责任？

情景再现

张穗穗曾在香港某知名大学学习精算专业，毕业后回内地工作，与用人单位签订的劳动合同期限为5年，试用期为6个月。试用期结束后，单位选派她去国外进行精算师培训，为期3个月，共花费12万元，双方约定了服务期为5年，并约定违约金12万元。但是在张穗穗工作的第二年，因为其他公司给予的待遇更好，她便提出辞职，现在的用人单位要求其承担违约金，数额为培训费12万元。为此张穗穗找到律师寻求帮助。

法律分析

根据我国《劳动合同法》第22条的规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。据此可知，本案中，用人单位对张穗穗进行了专业技术培训，与其签订服务期协议并约定违约金，是符合法律规定的。张穗穗因为自己的原因违反了服务期的约定，应当依照约定支付违约金。

用人单位在对劳动者进行专业技术培训后，为防止劳动者跳槽或在工作中任意离职给用人单位造成损失，通常会与劳动者约定服务期和违约金等，这样的做法是符合法律规定的，劳动者如果违反服务期约定，应当依照约定承担相应的法律责任。

44.无固定期限劳动合同是永久性的劳动合同吗？

无固定期限劳动合同并非“铁饭碗”。根据《劳动合同法》第14条的规定，无固定期限劳动合同是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。因此，无固定期限劳动合同并非永久性的劳动合同，而只是劳动合同中没有确定的终止时间。因为没有明确的到期日，无固定期限劳动合同的解除或终止只有两种情形：

第一，如果不存在法定或约定的劳动合同解除的情形，无固定期限劳动合同在下列情形发生后终止：（1）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇，即劳动者退休；（2）劳动者自然死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪；（3）用人单位被依法宣告破产；（4）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；（5）法律、行政法规规定的其他情形。

第二，出现法定或约定的劳动合同解除的情形的，无固定期限劳动合同解除。法定情形主要包括以下几类：（1）用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同；（2）劳动者提前30日以书面形式通知用人单位解除劳动合同；（3）当用人单位出现未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬等情形时，劳动者直接解除劳动合同；（4）劳动者出现严重违反用人单位的规章制度，严重失职、营私舞弊给用人单位造成重大损害等情形时，用人单位直接解除劳动合同；（5）劳动者出现不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作等情形时，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同；

（6）用人单位进行经济性裁员，确需裁减与单位订立无固定期限劳动合同的劳动者。当然，当劳动者出现患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内，或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等情况时，用人单位不能依照上述第5、6项与劳动者解除劳动合同。

45.什么情况下，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同？

根据《劳动合同法》第14条、《劳动合同法实施条例》第11条规定，具有下列情形之一的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同：

（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）有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

①劳动者已在该用人单位连续工作满十年的，即劳动者已经在同一用人单位连续工作不间断达到十年或十年以上，只要劳动者提出订立无固定期限的劳动合同或者用人单位提出续订劳动合同，劳动者同意时，就应当订立无固定期限劳动合同。需要注意的是，劳动者如果不是在同一单位，而是在两个或者三个用人单位工作累计满十年以上，则不符合这一条件，劳动者也无权要求订立无固定期限的劳动合同。此外，劳动者患病或非因工负伤，依法享有医疗期，在计算连续工作时间时，应把劳动者在同一用人单位依法享有的医疗期时间计算在内。

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。这一情形是专门针对国有企业改制和初次实行劳动合同制度的单位所作的规定，即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，只要劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄十年以内的，用人单位就应当与劳动者订立无固定期限的劳动合同。这里在计算连续工作满十年时，如果劳动者享有法定的医疗期，同样应当把医疗期的时间计算在内。

③连续订立两次固定期限劳动合同且劳动者没有《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项规定的情形续订劳动合同的。即用人单位和劳动者已经连续订立了两次劳动合同，即使是连续订立的是两个一年期的短期劳动合同，如果没有《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项规定的情形，用人单位与劳动者续订劳动合同时，应当订立无固定期限的劳动合同。

（3）用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同，应当立即补办手续。

46.在用人单位连续工作满十年的，可以订立无固定期限劳动合同，对“连续”应如何理解？

《劳动合同法》第14条规定，劳动者在该用人单位连续工作满十年的，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。劳动者的连续工作年限是指劳动者与用人单位不间断地订立劳动合同和维持劳动关系的时间期限。上述订立无固定期限劳动合同的条件是必须连续工作，在时间上是必须达到或者超过十年。在这十年中，劳动者与用人单位的劳动关系是不间断的，如果劳动者在同一用人单位工作期间，因为自己的原因，需要与用人单位中断劳动关系，中断履行劳动合同一定时间，那么他再次在该用人单位工作时的连续工作时间需要从再次开始工作时起重新计算。但是，劳动者因患病或非因工负伤，在合理医疗期间中断劳动的，不算与用人单位中断劳动关系。

47.本应订立无固定期限劳动合同而订立了固定期限劳动合同的，该固定期限劳动合同的效力如何认定？

根据《劳动合同法》第14条规定，无固定期限劳动合同的订立可分为三类：协商订立、应当订立和视为订立。从《劳动合同法》第14条第2款条文来看，在符合三种应当订立无固定期限劳动合同的情况下，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，则用人单位应当订立无固定期限劳动合同；如果劳动者提出订立固定期限劳动合同，则用人单位应当订立固定期限劳动合同。显然，究竟是订立固定期限劳动合同还是无固定期限劳动合同，选择权在劳动者一方。用人单位则根据劳动者的选择权，负有强制缔约的义务。

如果劳动者符合订立无固定期限劳动合同，而用人单位却与之订立固定期限劳动合同，由于劳动合同不存在效力待定或可撤销情形，不同于普通民事合同，故对劳动合同效力的判断主要应当依据《劳动合同法》本身的规定。但《劳动合同法》第14条对于无固定期限劳动合同的订立过程并未作出具体限定，劳动者行使其选择权，既可以采取明示的方式，也可以采取默认的方式。劳动合同自双方签字、盖章时生效是合同法的基本原理。劳动者在固定期限劳动合同上签字的行为应视为其对订立何种劳动合同作出了选择，应认为其选择了订立固定期限劳动合同。只要签名是其真实意思的表示，那么该选择也是其真实意思的表示。

48.与用人单位续签了固定期限劳动合同后又要求变更为无固定期限劳动合同的，应当如何处理？

当劳动者符合《劳动合同法》第14条规定的可签订无固定期限劳动合同条件时，用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同是用人单位的义务，但若劳动者仍选择与用人单位订立固定期限劳动合同，则意味着劳动者已经放弃了与用人单位签订无固定期限劳动合同的权利，这也是劳动者自由处分劳动权利的体现。因此，在固定期限劳动合同存续期间，劳动者要求将原来签订的固定期限劳动合同变更为无固定期限劳动合同的，一般不予支持。劳动者可在固定期限劳动合同期满后，再要求与用人单位签订无固定期限劳动合同。

49.与劳动者订立两次固定期限劳动合同后，用人单位是否有权拒绝与劳动者签订无固定期限劳动合同？

《劳动法》第20条第2款规定，“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。”《劳动合同法》第14条大大丰富了应当签订无固定期限劳动合同的法定情形，而且去掉了“当事人双方同意续延”这一表述，明确规定在具备法定情形的情况下，劳动者“提出或同意续订、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”。也就是说，在具备法定情形的情况下，劳动者有选择是否签订无固定期限劳动合同的权利，用人单位则需要承担相应的法定义务。因此，这种情况下只要劳动者提出续订，用人单位便有应当签订无固定期限劳动合同的法定义务。

第三章

劳动合同的履行和变更

第一节 工资

50.我国的工资分配原则是什么？

工资是职工因参加企业劳动，作为劳动报酬领取，并由企业定期支付一定数额的货币。用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。为了实现国家对用人单位工资总量的宏观控制，《劳动法》规定了工资分配应遵守的基本原则。根据《劳动法》第46条的规定，工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。近年来，我国各地区的工资水平在经济发展的基础上逐步提高，同时国家对工资总量实行宏观调控。《劳动法》第47条规定，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

工资分配应遵守的基本原则包括如下三点：（1）按劳分配原则。按劳分配是指按照劳动者提供的劳动数量和劳动质量支付相应的工资。等量劳动取得等量报酬，多劳多得，少劳少得。实行按劳分配原则，要体现奖勤罚懒，奖优罚劣，多劳多得，少劳少得。（2）同工同酬原则。同工同酬是指提供的劳动数量和劳动质量相同，领取相等的报酬。实行同工同酬，要求对所有劳动者不分性别、年龄、种族、民族，只要付出同等劳动，就付给同等的劳动报酬。（3）工资水平适应经济发展原则。工资水平是指一定区域和一定时间内劳动者平均收入的高低程度。生产决定分配，只有经济发展才能提供更多的可分配的社会产品，因此工资水平必须与经济发展水平相适应。

社会主义市场经济条件下的企业工资分配制度是按照按劳分配的原则，充分体现职工工资分配与企业经济效益、劳动生产率相联系，体现效率优先、兼顾公平的原则，由企业自主制定的劳动报酬制度。

第一节 工资

50.我国的工资分配原则是什么？

工资是职工因参加企业劳动，作为劳动报酬领取，并由企业定期支付一定数额的货币。用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。为了实现国家对用人单位工资总量的宏观控制，《劳动法》规定了工资分配应遵守的基本原则。根据《劳动法》第46条的规定，工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。近年来，我国各地区的工资水平在经济发展的基础上逐步提高，同时国家对工资总量实行宏观调控。《劳动法》第47条规定，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

工资分配应遵守的基本原则包括如下三点：（1）按劳分配原则。按劳分配是指按照劳动者提供的劳动数量和劳动质量支付相应的工资。等量劳动取得等量报酬，多劳多得，少劳少得。实行按劳分配原则，要体现奖勤罚懒，奖优罚劣，多劳多得，少劳少得。（2）同工同酬原则。同工同酬是指提供的劳动数量和劳动质量相同，领取相等的报酬。实行同工同酬，要求对所有劳动者不分性别、年龄、种族、民族，只要付出同等劳动，就付给同等的劳动报酬。（3）工资水平适应经济发展原则。工资水平是指一定区域和一定时间内劳动者平均收入的高低程度。生产决定分配，只有经济发展才能提供更多的可分配的社会产品，因此工资水平必须与经济发展水平相适应。

社会主义市场经济条件下的企业工资分配制度是按照按劳分配的原则，充分体现职工工资分配与企业经济效益、劳动生产率相联系，体现效率优先、兼顾公平的原则，由企业自主制定的劳动报酬制度。

51.确立和调整最低工资标准应当综合参考哪些因素？

最低工资是指国家以一定的立法程序规定的，劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动的前提下，其所在企业应支付的最低劳动报酬。其中，所谓的正常劳动是劳动者按照依法签订的劳动合同的约定，在法定的工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。《劳动法》第48条规定，国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。该法第49条规定，确定和调整最低工资标准应当综合参考下列因素：（1）劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用；（2）社会平均工资水平；（3）劳动生产率；（4）就业状况；（5）地区之间经济发展水平的差异。

最低工资的确定实行政府、工会、企业三方代表民主协商的原则，主要根据本地区低收入职工收支状况、物价水平、职工赡养系数、平均工资、劳动力供求状况、劳动生产率、地区综合经济效益等因素确定，另外，还要考虑对外开放的国际竞争需要以及企业的人工成本承受能力等。当上述因素发生变化时，应当适时调整最低工资标准，每年最多调整一次。最低工资不包括加班加点工资，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，以及国家法律法规、政策规定的劳动者保险、福利待遇和企业通过贴补伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入等。

最低工资保障制度的实施，对促进劳动力市场的发育，促进工资管理和工资支付的法制化，加强企业工资收入的宏观调控，制止部分企业过分压低职工工资，保护劳动者合法权益，发挥了积极作用。

52.支付工资可以不发钱而以实物替代吗？

《劳动法》第50条规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。《工资支付暂行规定》第5条明确规定，工资应当以法定货币支付，不得以实物及有价证券替代货币支付。用人单位确因生产经营困难，资金周转受到影响，可以延期支付劳动者工资，但前提是必须征得本单位工会同意，而且延期的时间应按当地劳动行政部门的规定执行，否则仍属无故拖欠。

工资是劳动者付出劳动的报酬，是劳动者生活的基本保障，法律规定要以货币形式支付劳动者的工资，不仅是由于货币是市场商品的流通手段和支付手段，而且是为了保证劳动者真正实现按劳分配，而实物则无法实现货币的职能和作用。在实际工作中，一些企业可能会遇到这样或那样的困难，但是，不管遇到什么情况，都必须按照法律规定，以货币形式支付劳动者工资。只有如此，才能让劳动者的工资报酬权得到充分的保障。

53.工资包括哪些收入？

《劳动法》《劳动合同法》均没有对“工资”的范围进行具体界定。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第53条规定，劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。“工资”是劳动者劳动收入的主要组成部分。劳动者的以下劳动收入不属于工资范围：（1）单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用，如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等；（2）劳动保护方面的费用，如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；（3）按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。

54.劳动合同被认定无效后，劳动报酬应当如何支付？

劳动合同无效的法律后果，通常分为两种情形：一是由于用人单位的过错致使劳动合同无效，用人单位应当承担不利的法律后果，劳动者有权解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金。二是由于劳动者的过错致使劳动合同无效，劳动者应当承担不利的法律后果，用人单位有权解除劳动合同并不支付经济补偿金。

《劳动合同法》第28条规定，劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。劳动合同被确认无效，劳动合同的效力随之终止。但是，劳动者在被确认无效的劳动合同履行期间是付出了劳动的，对劳动者已经付出的劳动，《劳动合同法》作了应当支付劳动报酬的规定。这是由于劳动合同被确认无效，劳动合同中原有的有关劳动报酬的规定也就失去了效力，这时在计算劳动者应得的劳动报酬时，应当按照与劳动者相同或者相近岗位的其他劳动者的劳动报酬确定，一般可参照本单位同期、同工种、同岗位的工资标准支付劳动报酬。此外，由于用人单位的原因订立的无效劳动合同，给劳动者造成损害的，应当比照违反和解除劳动合同经济补偿金的支付标准，赔偿劳动者因合同无效所造成的经济损失。

55.劳动者出庭作证，用人单位能否扣发工资？

《民事诉讼法》第72条第1款规定：“凡是知道案件情况的单位和个人，都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。”可见，依法出庭作证是公民应尽的义务，同时也是公民参加社会活动的一项重要内容。《劳动法》第51条规定：“劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。”《工资支付暂行规定》第10条规定：“劳动者在法定工作时间依法参加社会活动期间，用人单位应视同其在法定工作时间提供了正常劳动而支付工资。”这里面所指的社会活动包括：依法行使选举权或被选举权；当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、共青团、妇女联合会等组织召开的会议；出任人民法庭证明人；出席劳动模范、先进工作者大会。依法出庭作证并不违反劳动法规以及其他规定，是依法参加社会活动，履行法定义务的行为，应视为参加了正常劳动，单位不得扣除其工资。

56.提前离职的，用人单位该不该支付年终奖？

年终奖是用人单位根据全年经济效益和对员工全年工作业绩的综合考核情况而发放的一次性奖金，属于合法劳动报酬的范畴，而不只是用人单位激励员工、留住人才的手段，用人单位不得无故拖欠或克扣。但是关于年终奖的规则，法律并没有明确规定。（1）如果劳动关系双方在劳动合同或集体合同中未作约定，企业规章制度中也没有相关规定，则企业可根据本年度的综合经营状况以及劳动者个人年度工作表现决定是否发放年终奖；（2）如果劳动合同或企业规章制度、员工手册中有此类明确规定，企业就必须按约定或制度规定发放年终奖，否则就要承担随意减少员工劳动报酬的法律责任，员工可以要求补发并主张法定经济赔偿金。

因为年终奖属于用人单位的自主管理范畴，用人单位有权自主决定年终奖的发放条件、数额、时间等具体事项。如果劳动合同或用人单位的规章制度中有明确规定，则用人单位必须按照约定或规章制度发放。当用人单位的规章制度与劳动合同的约定相抵触时，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第16条规定：“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”由此可知，当企业规章制度与劳动合同约定的年终奖内容相抵触时，仲裁机关或法院一般按照约定优先的原则处理。

如果劳动合同或用人单位的规章制度中有确定的年终奖数额，那么离职劳动者也应得到相应的年终奖。如果劳动合同和用人单位的规章制度都未规定年终奖，但事实上已发年终奖，用人单位也必须向离职劳动者发放。从司法实践上看，劳动争议仲裁机构或法院同样会支持此类离职劳动者按照在岗时间得到一定比例的年终奖。

57.法定节假日或者婚丧假期间以及公出可以不支付工资吗？

《劳动法》第51条规定，劳动者在法定节假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。《工资支付暂行规定》第10条规定，劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间，用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。社会活动包括：依法行使选举权或被选举权；当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联合会等组织召开的会议；出任人民法院证明人；出席劳动模范、先进工作者大会；《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工会活动占用的生产或工作时间；其他依法参加的社会活动。《工资支付暂行规定》第11条规定，劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。由此可知，用人单位不能因为法定节假日或者婚丧假期间以及公出为由不支付劳动者工资。

第二节 休息与休假

58.用人单位可以自行设置不定时工作制吗？

不定时工作制是指针对因生产经营特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间衡量或者需要机动作业的职工所采用的一种灵活形式的工时制度。目前我国，能够实行不定时工作制的企业和人员非常有限，除了明文规定的企业和人员以外，均不能实行不定时工作制，而应当严格执行《劳动法》《劳动合同法》关于工作时间的规定。根据原劳动部发布的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第4条的规定，企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制：（1）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；（2）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（3）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。如果所在公司岗位不符合这三个条件之一的，不能实行不定时工作制。

不定时工作制的实行条件应当严格依照有关规定来执行。在我国法律、法规、规章中，只有《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》对不定时工作制的企业和人员作了规定，不符合规定的都不能实行不定时工作制，如果用人单位擅自实行不定制工作制，劳动者有权拒绝。

第二节 休息与休假

58.用人单位可以自行设置不定时工作制吗？

不定时工作制是指针对因生产经营特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间衡量或者需要机动作业的职工所采用的一种灵活形式的工时制度。目前我国，能够实行不定时工作制的企业和人员非常有限，除了明文规定的企业和人员以外，均不能实行不定时工作制，而应当严格执行《劳动法》《劳动合同法》关于工作时间的规定。根据原劳动部发布的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第4条的规定，企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制：（1）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；（2）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（3）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。如果所在公司岗位不符合这三个条件之一的，不能实行不定时工作制。

不定时工作制的实行条件应当严格依照有关规定来执行。在我国法律、法规、规章中，只有《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》对不定时工作制的企业和人员作了规定，不符合规定的都不能实行不定时工作制，如果用人单位擅自实行不定制工作制，劳动者有权拒绝。

59.法律规定应当安排休假的节日有哪些？

《劳动法》第40条规定，用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假：元旦；春节；国际劳动节；国庆节；法律、法规规定的其他节假日。

《全国年节及纪念日放假办法》第2条规定，全体公民放假的节日为：新年，放假1天（1月1日）；春节，放假3天（农历正月初一、初二、初三）；清明节，放假1天（农历清明当日）；劳动节，放假1天（5月1日）；端午节，放假1天（农历端午当日）；中秋节，放假1天（农历中秋当日）；国庆节，放假3天（10月1日、2日、3日）。

关于法定节日加班工资的支付，《劳动法》第44条规定，用人单位在法定休假日安排劳动者工作的，应当支付不低于工资的300%的工资报酬。《工资支付暂行规定》第13条规定，用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，应当按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。

60.法定的产假是多久？

《女职工劳动保护特别规定》第7条规定，女职工生育享受98天产假，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。

该法第8条还规定了女职工产假期间的津贴及医疗费用问题，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。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。

按国家规定正常生产的女职工有权利享受产假、哺乳假，应视为正常出勤，任何单位个人不得克扣其工资、福利、补贴以及考勤奖金，不影响晋级、调工资、计算工龄，反之则违反国家劳动法，侵害了女职工的合法权益，可向相关部门举报并申请劳动仲裁。

61. 享受带薪年假的条件是什么？

《劳动法》第45条规定，国家实行带薪年假制度。劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年假。具体办法由国务院规定。该条文对带薪年假作了原则性规定，但没有规定带薪年假的休假时间及具体操作办法，而是指定由国务院制定相应的具体办法。

《职工带薪年休假条例》第2条规定，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（以下简称年休假）。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。该条例第3条规定，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。该条例第4条规定，职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：（1）职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；（2）职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的；（3）累计工作满1年不满10年的职工，请病假累计2个月以上的；（4）累计工作满10年不满20年的职工，请病假累计3个月以上的；（5）累计工作满20年以上的职工，请病假累计4个月以上的。

综上，劳动者连续工作一年以上并且没有《职工带薪年休假条例》第4条规定的情况的，就可以享受一定时间的带薪年假。

62.哪些情况下用人单位可以安排劳动者加班？

情景再现

张海和宋丽是大学同班同学，后发展为恋人关系。大学毕业后，两人均找到了不错的工作，张海进入事业单位工作，宋丽则被一家私人企业录用。用人单位与宋丽签署了劳动合同，劳动合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，宋丽按期转正，两人于是决定结婚，可是婚后，宋丽经常加班，张海觉得很奇怪，宋丽也不堪重负。张海问起加班的原因，宋丽就说，领导要求加班的，不敢不加。

法律分析

根据我国《劳动法》第41条规定，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3小时，但是每月不得超过36小时。该法第42条规定，有下列情形之一的，延长工作时间不受该法第41条的限制：（1）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）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。该法第43条规定，用人单位不得违反该法规定延长劳动者的工作时间。由此可知，用人单位要求加班只能是两种情况，第一种是由于生产经营需要，第二种是因为特殊原因，但是法律对每一种情况最长的加班时间也作了规定，超过此限度的加班，劳动者可以拒绝，用人单位不得强迫加班。

针对本案中，宋丽频繁加班的问题，如果不符合法定情形，宋丽应当及时向单位反映情况并说明法律规定，如果领导仍超过法定限度要求加班，宋丽可以拒绝，用人单位也不能据此开除宋丽或者克扣宋丽的工资。

63.用人单位可以强迫或者变相强迫劳动者加班吗？

情景再现

张冬梅毕业于某政法大学法学院，并顺利通过司法考试拿到了法律职业资格证书。毕业后入职某律所，一开始还是信心满满、勤勤恳恳地工作，认为频繁加班是律师工作的常态，要锻炼自己的能力。可是后来体力有点透支，去看医生，医生认为她是劳累过度，休息不够所致。但是因为律所工作非常忙，上司很频繁地要求加班。张冬梅担心影响日后的前程发展，不敢请假，不知道该怎么办。

法律分析

根据《劳动合同法》第31条规定，用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。《劳动法》第43条规定，用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。因此，用人单位不得强迫劳动者加班。但是法律也并非对加班绝对禁止，在前文提到的《劳动法》第41条、第42条规定的特殊情况下，用人单位也可以要求劳动者加班，但是应当按照法律及国家有关规定支付劳动者加班工资。因此，本案中张冬梅被单位安排加班，可以要求单位按照法律规定支付加班工资。如果单位安排的加班时长超过了《劳动法》第41条、第42条的规定，那么张冬梅有权拒绝。

64.用人单位安排劳动者加班，应按照什么标准支付加班费？

情景再现

邓小丽大学期间学习金融专业，毕业后找一份银行工作一直是她的期待。大学毕业时，她通过校园招聘进入某外资银行工作。试用期满后，邓小丽按期转正，但是单位经常加班，她一直不知道加班工资是按照什么标准支付的，也不清楚自己的加班工资具体是多少，于是请教做律师的朋友，想了解法律对于加班劳动报酬的具体规定。

法律分析

用人单位应当严格按照《劳动法》《劳动合同法》的规定执行工作时间的制度，如果确有必要安排加班，加班时间也应当符合法律规定，并且应当依照法律规定的标准支付相应的报酬。根据《劳动法》第44条和《劳动合同法》第31条的规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（1）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的150%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200%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300%的工资报酬。本案中，如果邓小丽的加班确实是必需的也是符合法律规定的，那么用人单位应当按照上述标准支付加班工资。邓小丽可以向单位人事和财务部门咨询自己的加班报酬，如果没有报酬或者报酬少于法律规定的标准，应当要求用人单位补足报酬。

劳动者提供劳动后依法得到报酬的权利，是宪法规定的基本权利。法律规定用人单位应当严格执行法律规定的工作时间制度，如果是符合法律规定的加班，用人单位应当依法按照法律规定的标准支付相应的标准计算的报酬。如果用人单位拒不支付或者不足额支付，那么劳动者可以向劳动监察部门反映问题，或者向人民法院起诉以主张自己的合法权利。

65.职工自愿加班能够索要加班费吗？

《劳动合同法》第31条规定，用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。

用人单位支付加班工资的前提是“用人单位根据实际需要安排员工在法定标准工作时间以外工作”，即由用人单位安排加班的，用人单位才应支付加班工资。如果员工的工作既不是用人单位的要求、决定，也没有用人单位认可的加班记录，而只是自愿加班的情况，则不属于加班，用人单位无须支付加班费。但是，如果用人单位对员工的加班予以追认的话，就是单位安排的加班，应当支付相应的加班工资。变相延长员工的工作时间，属于加班。但前提是员工必须有证据证明，确属因用人单位安排了过多的工作任务，而使员工不得不在正常的工作时间以外加班。劳动者如果认为自己的工作需要加班，可以要求单位进行安排，这样才可以依法得到加班工资。

66.双休日安排员工加班，用人单位可以安排补休而不支付加班费吗？

情景再现

李松大学毕业后通过校园宣讲会进入一家私立企业上班，公司是做网络营销的，李松的岗位是网络服务器维护。由于双休日是公司业务最为繁忙的时候，因此网络服务器也是在双休日最为繁忙，出现故障的概率较高，因此单位要求李松双休日也要上班，但是不支付加班费，同时安排周一到周五某个连续两天给李松补休。李松不知道公司的规定是否侵犯了自己的合法权益，于是向律师朋友求助。

法律分析

用人单位应当按照《劳动法》《劳动合同法》严格执行工作时间的规定。如果确有加班的必要，符合法律规定的可以加班，但是应当按照《劳动法》第44条规定支付报酬或安排补休，（1）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的150%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200%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300%的工资报酬。可见，法律规定，如果是休息日安排加班，首先应当考虑补休。因此李松单位要求周末加班并安排补休是符合法律规定的。

第三节

集体合同与劳务派遣

67.集体合同可以替代个人劳动合同吗？

集体合同是指企业职工一方与用人单位通过平等协商，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立的书面协议。根据《劳动合同法》第54条的规定，依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。那么是否可以用集体合同替代个人劳动合同呢？答案是否定的。两者虽然存在相似之处，但在主体、内容、效力等方面都有所不同。

（1）签订主体不同。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；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。而个人劳动合同是劳动者个人与用人单位签订的。

（2）内容不同。集体合同与个人劳动合同虽然都是对劳动报酬、工作时间等作出的规定，但集体合同的约定往往是通用性、兜底性的，如本用人单位岗位的最低工资标准，适用于用人单位全体劳动者的福利待遇、休息休假时间等。而个人劳动合同则更具有针对性，是针对个别的劳动者的，结合劳动者本人的学位学历、专业技能、工作经历等确定劳动报酬、福利待遇等。

（3）效力不同。用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议的，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁或者直接向人民法院提起诉讼。而用人单位违反劳动合同，侵犯劳动者权益的，劳动者可以向劳动监察部门投诉，确实需要诉讼的，必须按照一裁两审的程序进行。

集体合同虽然不能替代个人劳动合同，但它具有补充劳动合同内容的功能。在集体合同有规定而劳动合同无规定或者劳动合同的规定无效的情况下，集体合同的内容可以作为劳动合同的补充。当集体合同与劳动合同的内容出现冲突时，应本着“就高不就低”的原则，以最大限度保护劳动者利益为出发点并考虑合同订立时间的先后顺序来确认相关条款的效力。但绝不意味着，用人单位签订了集体合同就可以不签订劳动合同。

第三节

集体合同与劳务派遣

67.集体合同可以替代个人劳动合同吗？

集体合同是指企业职工一方与用人单位通过平等协商，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立的书面协议。根据《劳动合同法》第54条的规定，依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。那么是否可以用集体合同替代个人劳动合同呢？答案是否定的。两者虽然存在相似之处，但在主体、内容、效力等方面都有所不同。

（1）签订主体不同。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；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。而个人劳动合同是劳动者个人与用人单位签订的。

（2）内容不同。集体合同与个人劳动合同虽然都是对劳动报酬、工作时间等作出的规定，但集体合同的约定往往是通用性、兜底性的，如本用人单位岗位的最低工资标准，适用于用人单位全体劳动者的福利待遇、休息休假时间等。而个人劳动合同则更具有针对性，是针对个别的劳动者的，结合劳动者本人的学位学历、专业技能、工作经历等确定劳动报酬、福利待遇等。

（3）效力不同。用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议的，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁或者直接向人民法院提起诉讼。而用人单位违反劳动合同，侵犯劳动者权益的，劳动者可以向劳动监察部门投诉，确实需要诉讼的，必须按照一裁两审的程序进行。

集体合同虽然不能替代个人劳动合同，但它具有补充劳动合同内容的功能。在集体合同有规定而劳动合同无规定或者劳动合同的规定无效的情况下，集体合同的内容可以作为劳动合同的补充。当集体合同与劳动合同的内容出现冲突时，应本着“就高不就低”的原则，以最大限度保护劳动者利益为出发点并考虑合同订立时间的先后顺序来确认相关条款的效力。但绝不意味着，用人单位签订了集体合同就可以不签订劳动合同。

68. 劳务派遣适用于哪几种情况？

劳务派遣又称人力派遣、人才租赁、劳动派遣、劳动力租赁等，是指依法设立的劳务派遣单位与劳动者签订劳动合同，但并不直接用工，而是将劳动者派遣到其他用工单位，由用工单位向劳务派遣单位支付服务费，向劳动者支付报酬（劳动报酬既可由用工单位直接支付，也可由劳务派遣单位间接支付）的一种用工方式。劳务派遣这种用工方式的特点可概括为“招人不用人，用人不招人”。

根据我国《劳动合同法》第66条的规定，劳动合同用工是我国的企业基本用工形式，而劳务派遣用工是补充形式。因此，劳务派遣并不是适用于所有的用人单位用工情形，作为一种补充形式，它只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。（1）临时性工作岗位是指存续时间不超过6个月的岗位，具体指用工单位非常设的，具有季节性、短期性的用工需求，如富士康等企业为应付临时增加的订单而增加的工作岗位。（2）辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位，如许多地方的政务服务中心大厅的引导人员，作为辅助性工作岗位，相关工作人员即劳务派遣人员。（3）替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一段时间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。实践中，劳务派遣多用于临时性、辅助性用工，替代性用工使用较少。

用工单位不得滥用劳务派遣用工，根据《劳务派遣暂行规定》第4条，劳务派遣用工数量不得超过其用工总量的10%。

69. 劳务派遣中，劳务派遣单位、实际用工单位、劳动者之间是什么关系？

在劳务派遣中，劳务派遣单位是劳动合同法上的用人单位，其负责招聘录用劳动者，并与劳动者签订劳动合同，履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位和劳动者签订的劳动合同不同于一般的劳动合同，《劳动合同法》对此有特别规定：（1）劳务派遣单位和被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明一般劳动合同所需事项外，还应载明被派遣劳动者的实际用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况；（2）劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同应当是2年以上的固定期限劳动合同，并应按月支付劳动报酬；（3）为保护劳动者权益，劳务派遣单位还要受到其他限制，如被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬；（4）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等。

实际用工单位虽然没有和劳动者订立劳动合同，但作为实际使用劳动者的单位，实际用工单位仍要承担法律规定的用工义务，具体包括：（1）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；（2）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；（3）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；（4）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；（5）连续用工的，实行正常的工资调整机制。此外，实际用工单位还须做到以下几点：（1）不得向被派遣劳动者收取费用；（2）不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位；（3）被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利；（4）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。

劳务派遣单位与实际用工单位之间则存在着派遣用工与接受派遣用工的合同关系。双方之间订立劳务派遣协议，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等内容。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。不过，当被派遣劳动者存在《劳动合同法》第39条、第40条第1项、第2项规定情形时，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照《劳动合同法》有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

70.异地劳务派遣的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件标准应当以何地标准执行？

在劳务派遣的实践中，大量存在着劳务派遣单位与实际用工单位不在同一个地方，甚至跨省的情况。劳动者的劳动报酬和劳动条件标准是根据各地的地方标准确定的，而我国各地经济社会发展状况很不均衡，各地的生活成本不同，劳动报酬及劳动条件标准等也有较大差别。在这种情况下，如何确定异地劳务派遣中劳动者的劳动报酬和劳动条件标准，对于被派遣劳动者合法权益的保护至关重要。我国《劳动合同法》第61条对此作出了如下规定，“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”。

《劳动合同法》的上述规定是立足于我国劳务派遣的实践现状作出的。许多劳务派遣单位选择在经济较落后但劳动力相对过剩的地区招录劳动者，然后将他们派遣到经济较为发达而劳动力相对短缺的地区的用工单位。因此，用工单位所在地的生活成本高于劳动者来源地，相应地，用工单位所在地的劳动报酬和劳动条件标准也高于劳动者来源地。劳动者实际在用工单位所在地工作，承担着较高的生活成本，如果还按照他们来源地的劳动报酬和劳动条件标准，将不足以支撑其生活，不符合社会主义按劳分配原则的内涵。与此同时，给予劳动者实际用工地的劳动报酬和劳动条件标准，也可鼓励劳动者从劳动力相对过剩的地区向劳动力相对短缺的地区流动，促进生产要素的合理分配。

根据《劳动合同法》等相关法律法规，被派遣劳动者的劳动报酬由实际用工单位支付，既可由用工单位直接支付给劳动者，也可由用工单位先行支付给劳务派遣单位随后再由劳务派遣单位支付给劳动者。异地劳务派遣中，在由劳务派遣单位间接支付劳动报酬的情形下，部分劳务派遣单位利用两地劳动报酬差异克扣劳动者报酬。针对此种情形，可适用《劳动合同法》第60条，“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”。同时，随着用工单位给付劳动者劳动报酬的提高，劳务派遣单位也应相应足额发放。

71.被派遣劳动者与用工单位自身的劳动者在薪酬待遇等方面有差别吗？

被派遣劳动者虽然与劳务派遣单位签订劳动合同，随后被派遣到实际用工单位从事劳动，但他们和直接与用工单位签订劳动合同并用工的劳动者在劳动付出方面并无不同。虽然劳务派遣仅适用于那些临时性、辅助性、替代性的岗位，但他们与用工单位的劳动者之间仅是劳动岗位不同，其付出劳动的本质是相同的。因此，被派遣劳动者与用工单位自身的劳动者在薪酬待遇等方面不应有差别。《劳动合同法》第63条据此规定了被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。当用工单位中有与被派遣劳动者同类岗位的劳动者的，特别是那些辅助性、替代性的岗位，用工单位应当按照同工同酬的原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位如果没有同类岗位劳动者的，特别是那些临时性的岗位，用工单位应当参照当地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

同工同酬是指用人单位对于从事相同工作的劳动者，当他们付出了等量的劳动并取得了相同的劳动成果时，应当支付相同的劳动报酬。同工同酬能够确保社会主义按劳分配的原则得以实现，确保劳动公平。应当注意的是，这里的劳动报酬应当是劳动者全部的工资收入，包括基本工资、奖金、绩效等。但是依照劳动者的学历水平、工龄、职级等在其他收入上有所差异，并不违反同工同酬的原则。同时，基于我国各地区经济发展水平的差异，各地的劳动收入标准有所差异，不同行业中同类岗位的薪酬水平也不同，即便是同一行业内的不同用人单位的同类岗位的薪酬水平也存在差异。这样的事实表明，同工同酬并不要求全社会同类岗位的同工同酬。只要当用人单位有同类岗位，同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配方法；当用人单位无同类岗位，参照用人单位所在地相同或者相近岗位的劳动者的劳动报酬确定同工同酬即可。

第四节

非全日制用工

72.非全日制用工（小时工）能否与多家用人单位建立劳动关系？

非全日制用工，是指以小时计取劳动报酬为主，劳动者在同一用人单位平均每天的工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时的一种用工形式。非全日制用工作为一种特殊的用工形式，它最大的特点就是，劳动者可以与一个或者一个以上的用人单位签订劳动合同，劳动合同也不一定必须是书面的，口头协议也可以。《劳动合同法》允许非全日制用工中的劳动者与多家用人单位建立劳动合同，这是《劳动合同法》对现实中普遍存在的非全日制用工的肯定。比如家政服务业，劳动者在某一家用人单位工作的时间往往每天不到8小时，绝大多数仅有2~4小时。这种情况下，如果限制劳动者仅能与一家用人单位签订合同，那么他每天仅工作几小时，能够取得的劳动报酬很少，会造成劳动力的巨大浪费。

基于非全日制用工形式的特殊性，非全日制用工的劳动者与全日制用工的劳动者相比，也有一些特殊性规定。首先，用人单位招用劳动者从事非全日制用工，不适用《劳动合同法》第91条及《劳动法》第99条的规定，即使非全日制用工的劳动者与一家用人单位还没有解除劳动合同，另一家用人单位也可以和他订立非全日制用工的劳动合同，无须承担法律责任。其次，非全日制劳动者虽然可以与多家用人单位建立劳动关系，但所有的劳动关系都应当是非全日制用工关系，劳动者不能在从事非全日制用工的同时兼职全日制工作。最后，纵使劳动者从事的多重劳动都是非全日制用工，也不是没有限制的，根据《劳动合同法》第69条的规定，劳动者从事非全日制用工，后订立的劳动合同不能影响先订立的劳动合同。

第四节

非全日制用工

72.非全日制用工（小时工）能否与多家用人单位建立劳动关系？

非全日制用工，是指以小时计取劳动报酬为主，劳动者在同一用人单位平均每天的工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时的一种用工形式。非全日制用工作为一种特殊的用工形式，它最大的特点就是，劳动者可以与一个或者一个以上的用人单位签订劳动合同，劳动合同也不一定必须是书面的，口头协议也可以。《劳动合同法》允许非全日制用工中的劳动者与多家用人单位建立劳动合同，这是《劳动合同法》对现实中普遍存在的非全日制用工的肯定。比如家政服务业，劳动者在某一家用人单位工作的时间往往每天不到8小时，绝大多数仅有2~4小时。这种情况下，如果限制劳动者仅能与一家用人单位签订合同，那么他每天仅工作几小时，能够取得的劳动报酬很少，会造成劳动力的巨大浪费。

基于非全日制用工形式的特殊性，非全日制用工的劳动者与全日制用工的劳动者相比，也有一些特殊性规定。首先，用人单位招用劳动者从事非全日制用工，不适用《劳动合同法》第91条及《劳动法》第99条的规定，即使非全日制用工的劳动者与一家用人单位还没有解除劳动合同，另一家用人单位也可以和他订立非全日制用工的劳动合同，无须承担法律责任。其次，非全日制劳动者虽然可以与多家用人单位建立劳动关系，但所有的劳动关系都应当是非全日制用工关系，劳动者不能在从事非全日制用工的同时兼职全日制工作。最后，纵使劳动者从事的多重劳动都是非全日制用工，也不是没有限制的，根据《劳动合同法》第69条的规定，劳动者从事非全日制用工，后订立的劳动合同不能影响先订立的劳动合同。

73.非全日制用工可以约定试用期吗？

《劳动合同法》第68条规定：“非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。”这是进行“非全日制用工关系”认定的前提。用人单位在清洁工、保洁工、做饭工等岗位上，往往与劳动者采用非全日制用工的方式，因非全日制用工方式成本低、解除灵活。《劳动合同法》第19条规定，劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。关于非全日制用工能否约定试用期的问题，本条没有明确的具体规定。

但是，原劳动和社会保障部颁发的《关于非全日制用工若干问题的意见》第3条规定，非全日制劳动合同的内容由双方协商确定，应当包括工作时间和期限、工作内容、劳动报酬、劳动保护和劳动条件五项必备条款，但不得约定试用期。《劳动合同法》第70条也作出了同样的规定，非全日制用工不得约定试用期。这是以法律形式明确提出非全日制劳动不得约定试用期，在非全日制用工的试用期问题上最大限度地维护了劳动者的权益。非全日制用工双方当事人虽不能约定试用期，但双方当事人任何一方却都可以随时通知对方终止用工，是否约定试用期对非全日制用工没有意义。

74.非全日制用工的劳动报酬如何认定？

《劳动合同法》第72条规定，非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。

原劳动和社会保障部颁发的《关于非全日制用工若干问题的意见》第8条规定，非全日制用工的小时最低工资标准由省、自治区、直辖市规定，并报劳动保障部备案。确定和调整小时最低工资标准应当综合参考以下因素：当地政府颁布的月最低工资标准；单位应缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险（当地政府颁布的月最低工资标准未包含个人缴纳社会保险费因素的，还应考虑个人应缴纳的社会保险费）；非全日制劳动者在工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面与全日制就业人员之间的差异。小时最低工资标准的测算方法为：小时最低工资标准=[（月最低工资标准÷20.92÷8）×（1+单位应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险比例之和）]×（1+浮动系数）。该文件第9条规定，非全日制用工的工资支付可以按小时、日、周或月为单位结算。

综上，在非全日制用工的情况下，小时工资标准是用人单位按双方约定的工资标准支付给非全日制劳动者的工资，但不得低于当地政府颁布的小时最低工资标准。需要注意的是，当地政府颁布的小时最低工资标准，含用人单位为其缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费。且支付工资周期最长不得超过15日，非全日制用工的工资支付可以按小时、日、周或月为单位结算。

75.非全日制用工的劳动者是否享受婚假、产假、医疗期待遇？

《劳动合同法》第5章第3节特别规定了非全日制用工形式，由于非全日制用工形式得到法律的认可，因此，非全日制用工形式的劳动关系是合法的劳动关系，从事非全日制工作的劳动者具有合法的地位，依法享有劳动权益，包括取得不低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准的工资、结算工资的周期，以及劳动保护等。婚假、产假、医疗期是劳动者的法定权益，非全日制用工形式下的劳动者也应当享有。但非全日制用工形式具有极强的灵活性，可以订立口头协议，也可以随时终止。

现实中，非全日制劳动者在工作中需要休婚假、产假时，用人单位有权随时终止劳动关系，所以劳动者实际上是享受不到这类假期的。此外，非全日制用工的工期较短，工作任务往往是阶段性的，如果在这期间劳动者长时间休假，会中断工作，可能会影响工作的进度，给用人单位带来一定的损失。在法律并未强制规定非全日制用工可以享有上述待遇的情况下，用人单位出于自身的利益考量也很难让劳动者享有上述假期待遇。

76.非全日制劳动者转为全日制劳动者，工龄是否可以连续计算？

工龄，也叫工作年限，指职工以工资收入为生活资料的全部或主要来源的工作时间。工龄的长短标志着职工参加工作时间的长短，也反映了职工对社会和企业的贡献大小和知识、经验、技术熟练程度的高低。

全日制员工在计算工龄时，依据《人力资源和社会保障部办公厅关于〈企业职工带薪年休假实施办法〉有关问题的复函》，工龄主要包括职工在机关、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从事全日制工作期间，以及依法服兵役和其他按照国家法律、行政法规和国务院规定可以计算为工龄的期间。职工的累计工作时间可以根据档案记载、单位缴纳社保费记录、劳动合同或者其他具有法律效力的证明材料确定。确定职工的工龄后，全日制员工可以据此享受相关的福利待遇，包括与职工工龄联系密切的经济补偿金、年休假、医疗期和退休养老待遇。

但是我国目前和员工工龄相关的待遇，如医疗期、带薪年假、经济补偿金、社会保险等，主要针对全日制员工。由于非全日制员工工作时间的特殊性，在原则上，非全日制员工不能享受全日制员工的相关待遇，用人单位和劳动者可以对相关待遇进行书面约定。综上，非全日制用工不存在工龄计算问题，因此，非全日制劳动者转为全日制劳动者时，不连续计算工龄，也不以小时折算，应重新计算工龄。

第五节 竞业限制

77.竞业限制期限最长可以约定多久？

《劳动合同法》第23条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。该法第24条规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

由此可知，用人单位与劳动者在订立竞业限制协议时，注意应当将竞业限制的期限限定在劳动者与用人单位解除或者终止劳动合同后二年以内，否则，超出法定期限的限制期限对劳动者没有约束力。

第五节 竞业限制

77.竞业限制期限最长可以约定多久？

《劳动合同法》第23条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。该法第24条规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

由此可知，用人单位与劳动者在订立竞业限制协议时，注意应当将竞业限制的期限限定在劳动者与用人单位解除或者终止劳动合同后二年以内，否则，超出法定期限的限制期限对劳动者没有约束力。

78.竞业限制经济补偿金的计算标准是什么？

《劳动合同法》第23条、第24条对竞业限制的概念、适用范围和期限作出了规定，对于竞业限制的经济补偿金数额，法律法规并没有强制规定，一般尊重双方的约定。如果双方没有约定，而劳动者又履行了竞业限制义务，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释

（四）》第6条规定：“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。”在出现违约金过高或者过低时，当事人可以要求增加或者减少违约金的数额，仲裁和法院可以根据公平合理原则，参照给企业造成实际损失的大小进行相应调整。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，用人单位应当支付。

79.与用人单位约定竞业限制条款的劳动者若违反竞业限制条款，将承担怎样的责任？

情景再现

谭鑫在大学期间主修金融管理专业，毕业后进入一家银行工作。通过努力，没过几年就成为部门经理，其间单位派送他赴国外培训，考取专业资格证书。后另外一家银行猎头联系谭鑫，希望他能到公司任职，并给出了更优厚的待遇。谭鑫跳槽后，新东家为其支付了违约金。但是谭鑫在新东家从事的工作违反了原用人单位关于竞业限制条款的约定，原用人单位便起诉到法院要求谭鑫承担相应责任。

法律分析

根据我国《劳动合同法》第23条规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。据此可知，在本案中，用人单位对谭鑫进行了专业技术培训，与其签订服务期合同并约定违约金，还签订了竞业限制条款，均符合法律规定。谭鑫因为自己的原因违反了竞业限制条款的规定，应当依照约定支付违约金。

80.违反竞业限制约定，劳动者所在的新的用人单位是否应当承担责任？

《劳动合同法》第90条规定，劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。该法第91条规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

竞业限制条款主要是通过约束对用人单位负有保密义务的劳动者来保护用人单位的商业秘密。在竞业限制期限内，用人单位按月给予劳动者经济补偿，劳动者则不得到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作，否则，应当承担违约责任，向用人单位支付违约金。由此可见，我国法律对违反竞业限制义务人员的法律责任是有明确规定的，但对于聘用负有“竞业限制义务”人员的用人单位是否应承担法律责任，应如何承担责任并无明确规定。

劳动者离职之后违反竞业限制协议，新用人单位的责任分为以下几种情况：（1）劳动者仅违反竞业限制约定，新用人单位如果不知道劳动者与原单位签订有竞业限制协议的，新用人单位因无过错不应承担竞业限制责任。（2）用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。（3）新用人单位若应知或明知劳动者与原用人单位签有竞业限制协议而仍然与劳动者建立劳动关系的，新用人单位应当承担有关竞业限制的连带责任。（4）劳动者违反竞业限制约定，侵犯原用人单位商业秘密，这种情况下，新用人单位不论是否知道劳动者违反了与原单位的竞业限制约定，都已经构成了侵权，新用人单位和劳动者应连带承担包括竞业限制责任在内的侵权责任。

81.竞业限制协议如何解除？

关于竞业限制协议的解除，主要有以下几种方式：（1）协商解除，用人单位和劳动者协商一致可以解除竞业限制协议。（2）用人单位解除，在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议的，可以解除。但是劳动者有权要求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿金。

（3）劳动者要求解除，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。另外，如果用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。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。

第六节

安全生产和特殊保护

82.从事特种作业的基本要求是什么？

特种作业，是指容易发生事故，对操作者本人、他人的安全健康及设备、设施的安全可能造成重大危害的作业。特种作业的范围由特种作业目录规定。《劳动法》第55条规定，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》第4条、第5条规定，特种作业人员应当符合下列条件：（1）年满18周岁，且不超过国家法定退休年龄；

（2）经社区或者县级以上医疗机构体检健康合格，并无妨碍从事相应特种作业的器质性心脏病、癫痫病、美尼尔氏症、眩晕症、癔病、震颤麻痹症、精神病、痴呆症以及其他疾病和生理缺陷；

（3）具有初中及以上文化程度；（4）具备必要的安全技术知识与技能；（5）相应特种作业规定的其他条件；（6）危险化学品特种作业人员除符合上述第1、2、4、5项规定的条件外，还应当具备高中或者相当于高中及以上文化程度；（7）特种作业人员必须经专门的安全技术培训并考核合格，取得《中华人民共和国特种作业操作证》后，方可上岗作业。此外，因为特种作业有不同的危险因素，容易损害操作人员的安全和健康，所以特种作业需要必要的安全保护措施，包括技术措施、保健措施和组织措施。

第六节

安全生产和特殊保护

82.从事特种作业的基本要求是什么？

特种作业，是指容易发生事故，对操作者本人、他人的安全健康及设备、设施的安全可能造成重大危害的作业。特种作业的范围由特种作业目录规定。《劳动法》第55条规定，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》第4条、第5条规定，特种作业人员应当符合下列条件：（1）年满18周岁，且不超过国家法定退休年龄；

（2）经社区或者县级以上医疗机构体检健康合格，并无妨碍从事相应特种作业的器质性心脏病、癫痫病、美尼尔氏症、眩晕症、癔病、震颤麻痹症、精神病、痴呆症以及其他疾病和生理缺陷；

（3）具有初中及以上文化程度；（4）具备必要的安全技术知识与技能；（5）相应特种作业规定的其他条件；（6）危险化学品特种作业人员除符合上述第1、2、4、5项规定的条件外，还应当具备高中或者相当于高中及以上文化程度；（7）特种作业人员必须经专门的安全技术培训并考核合格，取得《中华人民共和国特种作业操作证》后，方可上岗作业。此外，因为特种作业有不同的危险因素，容易损害操作人员的安全和健康，所以特种作业需要必要的安全保护措施，包括技术措施、保健措施和组织措施。

83.用人单位违章指挥、强令冒险劳动，劳动者可以拒绝吗？

用人单位强令劳动者违章冒险作业，指用人单位的管理人员明知违反国家安全卫生规程，对劳动者生命安全或者身体健康具有危险性，仍然违章指挥，强令劳动者违反有关操作规程冒险作业。在劳动过程中，劳动权仍属于劳动者自己，仍由劳动者自己支配，不是把劳动权完全交给用人单位，所以在用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业时，劳动者可以不服从其指挥或者命令，有权拒绝执行。

《劳动法》第56条规定，劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程。劳动者对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业，有权拒绝执行；对危害生命安全和身体健康的行为，有权提出批评、检举和控告。《劳动合同法》第32条规定，劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

《工会法》第24条明确规定了工会发现用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业，或者生产过程中发现明显重大事故隐患和职业危害，有权提出解决的建议，企业应当及时研究答复；发现危及职工生命安全的情况时，工会有权向企业建议组织职工撤离危险现场，企业必须及时作出处理。这是在劳动安全卫生权利受到侵害、生命健康权受到威胁时，法律赋予劳动者的紧急处置权。

84.法律禁止女职工从事哪些劳动？

《劳动法》第58条、第59条、第60条、第61条、第63条规定了国家对女职工实行特殊劳动保护及禁止从事的劳动范围：禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动；不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动；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；对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动；不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间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。

此外，《女职工劳动保护特别规定》详细规定了女职工禁忌从事的劳动范围。

（1）女职工禁忌从事的劳动范围：①矿山井下作业；②体力劳动强度分级标准中规定的第四级体力劳动强度的作业；③每小时负重6次以上、每次负重超过20公斤的作业，或者间断负重、每次负重超过25公斤的作业。

（2）女职工在经期禁忌从事的劳动范围：①冷水作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级冷水作业；②低温作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级低温作业；③体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业；④高处作业分级标准中规定的第三级、第四级高处作业。

（3）女职工在孕期禁忌从事的劳动范围：①作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯、己内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业；②从事抗癌药物、己烯雌酚生产，接触麻醉剂气体等的作业；③非密封源放射性物质的操作，核事故与放射事故的应急处置；④高处作业分级标准中规定的高处作业；⑤冷水作业分级标准中规定的冷水作业；⑥低温作业分级标准中规定的低温作业；⑦高温作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业；⑧噪声作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业；⑨体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业；⑩在密闭空间、高压室作业或者潜水作业，伴有强烈振动的作业，或者需要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业。

（4）女职工在哺乳期禁忌从事的劳动范围：①孕期禁忌从事的劳动范围的第1项、第3项、第9项；②作业场所空气中锰、氟、溴、甲醇、有机磷化合物、有机氯化物等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业。

85.孕期、产期、哺乳期女职工不胜任工作，用人单位可否解除劳动合同？

《劳动法》第29条规定：女职工在孕期、产期、哺乳期内，用人单位不得依《劳动法》第26条、第27条的规定解除劳动合同。也就是说，在孕期、产期、哺乳期内的女职工患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作；或者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作；或者劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议；或者用人单位存在经营困难确需裁减人员的法定情况，只要女职工是在孕期、产期、哺乳期，用人单位均不得单方面提出解除劳动合同，否则用人单位的行为将构成违法行为。

86. 未成年人不得从事哪些劳动？

《劳动法》第58条规定，国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护。未成年工是指年满16周岁未满18周岁的劳动者。该法第64条规定，不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。该法第65条规定，用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。

此外，《未成年工特殊保护规定》指出，未成年工的特殊保护是针对未成年工处于生长发育期的特点，以及接受义务教育的需要，采取的特殊劳动保护措施，并详细规定了未成年人不得从事的劳动范围：（1）《生产性粉尘作业危害程度分级》国家标准中第一级以上的接尘作业；（2）《有毒作业分级》国家标准中第一级以上的有毒作业；（3）《高处作业分级》国家标准中第二级以上的高处作业；（4）《冷水作业分级》国家标准中第二级以上的冷水作业；（5）《高温作业分级》国家标准中第三级以上的高温作业；（6）《低温作业分级》国家标准中第三级以上的低温作业；（7）《体力劳动强度分级》国家标准中第四级体力劳动强度作业；（8）矿山井下及矿山地面采石作业；（9）森林业中的伐木、流放及守林作业；（10）工作场所中接触放射性物质的作业；（11）有易燃易爆、化学性烧伤和热烧伤等危险性大的作业；（12）地质勘探和资源勘探的野外作业；（13）潜水、涵洞、涵道作业和海拔三千米以上的高原作业（不包括世居高原者）；（14）连续负重每小时在六次以上并每次超过二十公斤，间断负重每次超过二十五公斤的作业；（15）使用凿岩机、捣固机、气镐、气铲、铆钉机、电锤的作业；（16）工作中需要长时间保持低头、弯腰、上举、下蹲等强迫体位和动作频率每分钟大于五十次的流水作业；（17）锅炉司炉。

未成年工患有某种疾病或具有某些生理缺陷（非残疾型）时，用人单位不得安排其从事以下范围的劳动：（1）《高处作业分级》国家标准中第一级以上的高处作业；（2）《低温作业分级》国家标准中第二级以上的低温作业；（3）《高温作业分级》国家标准中第二级以上的高温作业；（4）《体力劳动强度分级》国家标准中第三级以上体力劳动强度的作业；（5）接触铅、苯、汞、甲醛、二硫化碳等易引起过敏反应的作业。

第七节

劳动合同的变更

87.用人单位变更名称，是否影响劳动合同的履行？

情景再现

张强大学毕业后在一家国企工作，但是由于该国企产能过剩，效益不好，工资待遇不高，张强便跳槽到了省会一家私企工作。试用期过后，张强按期转正，工作上很得心应手，待遇也不错。后来张强所在的公司变更了名称，张强也在原岗位继续工作。但是因为劳动合同上的单位名称没有更换，也没有重新签订劳动合同，张强担心这份劳动合同是否仍然有效。

法律分析

根据《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。因此张强无须担心劳动合同的效力，用人单位和张强都应当按照劳动合同继续履行合同。

实践中，有的用人单位因变更了名称或者法定代表人、主要负责人而拒绝履行劳动合同，甚至有的用人单位借口投资主体发生了变化而拒绝履行劳动合同，损害劳动者的合法权益，这是违反法律规定的。用人单位发生上述变化，劳动合同继续有效。

第七节

劳动合同的变更

87.用人单位变更名称，是否影响劳动合同的履行？

情景再现

张强大学毕业后在一家国企工作，但是由于该国企产能过剩，效益不好，工资待遇不高，张强便跳槽到了省会一家私企工作。试用期过后，张强按期转正，工作上很得心应手，待遇也不错。后来张强所在的公司变更了名称，张强也在原岗位继续工作。但是因为劳动合同上的单位名称没有更换，也没有重新签订劳动合同，张强担心这份劳动合同是否仍然有效。

法律分析

根据《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。因此张强无须担心劳动合同的效力，用人单位和张强都应当按照劳动合同继续履行合同。

实践中，有的用人单位因变更了名称或者法定代表人、主要负责人而拒绝履行劳动合同，甚至有的用人单位借口投资主体发生了变化而拒绝履行劳动合同，损害劳动者的合法权益，这是违反法律规定的。用人单位发生上述变化，劳动合同继续有效。

88.用人单位发生合并或者分立等情况，劳动合同是否继续有效？

情景再现

宋可可上大学期间主修会计专业，毕业后就业形势严峻，工作不好找，她就暂时在一家国企做文秘工作。后来在招聘网站看到一家私营企业招聘财会人员，由于宋可可一直很想从事与所学专业相关的工作，在和家人商议之后，她辞去文秘工作，入职该私营企业。过了一年多，这家私营企业被另一家大公司兼并。完成兼并之后，人事部门发出通知说被兼并的员工与原单位签订的劳动合同失效。宋可可不知道这份通知所说是否符合法律规定，担心自己丢掉工作，于是找到律师寻求帮助。

法律分析

根据《劳动合同法》第34条规定，用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。因此本案中，新的用人单位认为此前签订的劳动合同无效的做法是违反法律规定的，按照《劳动合同法》的规定，合并后的单位承继了原单位的权利和义务，因此原劳动合同是有效的，不能任意认定为无效。

实践中，有些用人单位因经营需要发生合并或者分立等情况，此种情况下，新合并或者分立后承继原单位资产、业务等的用人单位，应当继续履行与劳动者签订的劳动合同，任意认定无效或者解除都会损害劳动者的合法权益，是违反法律规定的。

89.用人单位是否可以单方变更劳动合同约定的内容？

情景再现

林童曾在上海某重点大学学习公共管理专业，毕业后回到家乡某银行工作。用人单位与林童签订了劳动合同，合同期限为5年，试用期3个月。试用期满后，林童按期转正，工作一年后，公司人事部门发出通知，所有在职员工的劳动合同期限的在原来的基础上缩短2年，于是林童的合同期限由5年变成了3年。林童觉得不妥，找到做律师的朋友寻求帮助。

法律分析

根据《劳动合同法》第35条之规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。因此本案中，用人单位采用通知的方式单方面决定变更合同约定的期限，没有与劳动者进行协商，是违反法律规定的。此种变更无效。

用人单位在与劳动者签订劳动合同的时候，必须双方协商一致而且是双方真实意思表示的情况下，按照法律规定的要件来签署，劳动合同才有效。如果劳动合同签订后需要变更约定的内容，那么根据法律的规定也需要协商一致并且通过书面方式才可以变更，用人单位单方面的变更是违反法律规定的。

90.用人单位能否将劳动合同转让给其他单位？

实践中，有的用人单位根据经营需要，将某些员工的劳动合同直接转让给第三方企业。例如，某些用人单位在为客户提供服务的过程中，客户企业出于保密和长期稳定的需要，让用人单位将其提供服务的员工直接转让给客户。常见的做法是用人单位与客户之间签订转让协议，约定将劳动合同直接进行转让。虽然《合同法》第88条规定合同可以概括转让，即“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人”。但是由于劳动合同具有很强的人身属性，一般无法进行这种概括转让，并且《劳动法》《劳动合同法》及相关司法解释都没有明确的规定。员工签订劳动合同时依据的情况与第三方企业的情况可能有诸多差别，不论工作地点、劳动条件还是劳动纪律、休假福利，都可能发生冲突。即使员工最初同意这种转让，其后也可能因为第三方企业与原企业的种种不同情况提出异议。

转让劳动合同实为变更劳动合同主体，需要经双方协商一致。劳动合同虽不能转让，但可以采取变通方式来实现“转让”目的。必须注意的是，无论采用何种方式都必须取得员工的同意。第一种方式是：员工辞职然后与第三方企业签订新的劳动合同。第三方企业在发给员工的要约中必须明确确定，只有员工向原企业提出辞职，要约才能生效。第二种方式是：用人单位与员工协商终止劳动合同，同时用人单位可以约定由第三方企业负担向员工支付的经济补偿金。第三种方式是：三方协商转让，约定由第三方企业承继原用人单位在劳动合同项下的权利义务，但第三方企业可以与员工进行协商变更。这种方式应当约定员工的工龄连续计算，并且原合同约定的权利应当得到保障。总而言之，要确保员工的合法权益不受到任何损害。

91.民主测评结果能否作为调整劳动者工作岗位的评估标准？

根据《劳动合同法》第40条的规定，当劳动者不能胜任工作岗位时，用人单位有权对劳动者进行培训或调岗。这涉及不能胜任工作岗位的认定，民主测评能否作为评估标准，具体分析如下。

对员工进行考核是用工自主权的一种体现，为了激励员工的工作积极性，可以根据当时的情况对员工进行考核。若用人单位的员工认可这种“民主测评”的考核方式，并进行打分互评，该考核方式并不违反相关法律规定。但是，民主测评本身带有一定的主观判断因素，若无法证明民主测评的判断依据具有客观事实的支撑，那么民主测评的结果只能反映其他员工对被考核者的评价，而不能全面地反映劳动者在完成工作任务或其他工作表现方面的客观情况。因此，民主测评的结果不能等同于全面考核的结果，且具有一定的片面性和不合理性，民主测评不合格不能简单等同于不胜任工作。

《劳动合同法》第4条规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。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的实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。根据此条规定，若用人单位拟采用民主评议的方式对劳动者进行工作胜任能力的考核，应当做到以下几点：（1）将相关民主测评的方式、程序和评判标准事先告知劳动者。这能使劳动者预见自己的工作可能让周围同事产生怎样的评价，从而选择更妥当的工作方式。（2）在劳动合同或规章制度中明确民主测评结果将作为调岗依据。由于用人单位的调岗权属于用人单位行使自主用工权的一种方式，但法律也不允许用人单位任意扩大这种权利，因此需采用民主测评的，也要明确告知“民主测评结果”与“调动工作岗位”之间的合理关系。（3）在真正进行测评时，应当严格按照事先告知的方式、程序和评判标准。

对于劳动者的工作胜任能力评价也不能局限于民主测评，而要通过其他方式综合评定。在民主测评过程中，还应当做好评判标准的设计，尤其要注重评判项目分类的客观性，对测评所依赖的客观事实依据应进行准确采集。这样才能使“民主测评的程序和后果事先告知”“民主测评的评判标准客观合理”“民主测评评判结果具有事实依据”等综合因素形成有效的“证据链”，以此证明被考核劳动者是否胜任工作岗位会显得更加具有说服力。

92.如果未采用书面形式变更劳动合同的约定，效力如何认定？

《劳动合同法》第35条第1款规定：“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。”《劳动合同法》对劳动合同的变更作出了“协商一致”和“以书面形式进行”的要求。然而，在现实生活中，随着劳动合同的持续履行，双方很可能会出现实际变更劳动合同的约定条件，如增减工资、变换岗位等，但没有进行相应的书面变更。

《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11条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，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。”此条表明，即使双方“协商一致”变更劳动合同没有采取“书面形式”，但只要“实际履行”变更后的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，法律对此种变更劳动合同的形式予以认可，效力等同于双方“协商一致”后“书面形式”变更劳动合同。

因此，用人单位于劳动者在进行劳动合同变更时，应注意以下几个方面：（1）变更劳动合同必须在劳动合同依法订立之后，在合同没有履行或者未履行完毕之前的有效时间内进行。（2）变更劳动合同必须坚持平等自愿、协商一致的原则，即劳动合同变更必须经用人单位和劳动者双方当事人的同意。（3）变更后的劳动合同必须合法，不得违反法律、法规的强制性规定。（4）变更劳动合同原则上应当采用书面形式。（5）变更后的劳动合同文本应交付劳动者一份。

第四章

工伤保险与其他社会保险

第一节 工伤认定

93. 工伤认定的情形有哪些？

《工伤保险条例》第14条对发生工伤的情形作了一般性规定，以下几种情况应当认定为工伤：

（1）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（2）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（3）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（4）患职业病的；（5）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（6）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（7）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

除却以上基本情形外，《工伤保险条例》第15条特别规定了在以下任一情况下也可以被认作工伤：

（1）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；（2）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；（3）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

需要注意的是，《工伤保险条例》第16条还对以下几种情形作了排除性规定，即便受伤职工在其他方面完全符合工伤认定的情形，只要有以下任一情况，都不得享受工伤保险待遇：（1）故意犯罪的；（2）醉酒或者吸毒的；（3）自残或者自杀的。

第一节 工伤认定

93.工伤认定的情形有哪些？

《工伤保险条例》第14条对发生工伤的情形作了一般性规定，以下几种情况应当认定为工伤：

（1）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（2）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（3）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（4）患职业病的；（5）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（6）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（7）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

除却以上基本情形外，《工伤保险条例》第15条特别规定了在以下任一情况下也可以被认作工伤：

（1）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；（2）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；（3）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

需要注意的是，《工伤保险条例》第16条还对以下几种情形作了排除性规定，即便受伤职工在其他方面完全符合工伤认定的情形，只要有以下任一情况，都不得享受工伤保险待遇：（1）故意犯罪的；（2）醉酒或者吸毒的；（3）自残或者自杀的。

94.劳动者在上班途中发生交通事故是否可以认定为工伤？

情景再现

李建来自西北农村地区，后来考上了上海市某重点大学，从考上大学的那一刻起，他就立志一定要在大城市扎根，也一直为此努力奋斗。大学毕业后，他被一家知名的大型公司录用。由于刚参加工作，工资不高，为了节省开支，他只能在郊区租住，每天乘坐公共交通工具上下班，一天在上班途中因为突发交通事故而受伤。但是公司认为上班途中不属于工作中，因此其间所受的损伤不属于工伤，拒绝按工伤处理。

法律分析

李建是在上班途中突发交通事故受伤的，符合《工伤保险条例》第14条第6项规定的情形，“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”，因此应当认定为工伤，用人单位不得拒绝按照工伤处理。所谓“上下班”，按照通常的理解，上班即劳动者已经离开家但是未到达单位的这段时间，下班即劳动者离开单位但是未到达家中的这段时间。在这些时间内发生非由劳动者本人主要负责的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，依法应当认定为工伤。

总之，《工伤保险条例》第14条、第15条列举了认定为工伤以及视同工伤的多种情形，用人单位应当关爱、体恤员工，积极遵照执行法律规定，符合法定情形的要按工伤予以处理。

95.劳动者下班后因工应酬导致醉酒后受伤是否属于工伤？

情景再现

某甲是某公司的业务员，为拓展业务，常在下班后宴请客户，争取合作机会。某日，某甲在宴请客户后步行回家，因醉酒神志不清不慎跌入家门口的水沟，导致手臂骨折。某甲申请工伤认定，但被告知这不属于工伤。那么，劳动者因公应酬导致醉酒后受伤是否属于工伤？

法律分析

许多劳动者为了拓展人脉、发展业务，下班后也应酬不断，因工应酬喝酒过多导致受伤的事件时有发生。劳动者因工应酬导致醉酒后受伤是否可以认定为工伤，可结合工伤认定的工作时间、工作场合和工作原因这三个基本要素加以确定。首先，就工作时间而言，应酬喝酒通常发生在劳动者下班后，并非工作时间，不符合工伤认定的时间要素。其次，就工作场合而言，应酬喝酒通常在酒店、餐厅，并非工作单位，不符合地点要素。最后，就工作原因而言，劳动者因工应酬喝酒乃至醉酒难以认定为履行工作职责，因为应酬喝酒并非工作的必然要求，醉酒与否也可由饮酒者自己掌控，醉酒致伤显然不属于职业危险。工伤认定所指“工作”应当限定为劳动者运用自己的体力和脑力完成工作成果，而不能无限地扩张“工作职责”的范围。结合上述三个要素，劳动者下班后因工应酬导致醉酒后受伤一般不能认定为工伤。

同时，《工伤保险条例》第16条明确规定，醉酒导致伤亡的不能认定为工伤或视同工伤。工伤保险制度主要是为了保障因工受伤或者患职业病的员工获得医疗救治和经济补偿。同时也要求用人单位和劳动者遵守有关安全生产的规程，预防工伤事故发生，降低工伤事故的危险，而醉酒显然会增加事故的危险系数。如果把醉酒导致的伤害纳入工伤保险范畴，就相当于承认因工醉酒的合理性和正当性，而这与工伤保险制度的目的背道而驰。

96.劳动者发生伤害事故后，如何申请工伤认定？

情景再现

张立新曾在一所名牌大学主修建筑工程专业，大学毕业后进入某国有建筑工程公司工作。因为工作需要，他经常到工地查看实际情况。在一次实地勘查的过程中，不慎因高空坠物而受伤。因为张立新是工作导致受伤，在申请工伤赔付的时候，相关部门要求先进行工伤认定才可办理赔付手续，于是张立新的家人找到相关部门咨询工伤认定的申请程序。

法律分析

关于工伤认定的申请和处理程序，《工伤保险条例》第17条至第20条作出如下几点规定：

（1）提起工伤认定的主体。工伤认定一般由用人单位提出，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、工会组织可以直接向用人单位所在地的统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

（2）提起工伤认定的时间。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。用人单位未按此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的统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

（3）需要提交的材料。①工伤认定申请表（包括事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况）；②与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；③医疗诊断证明或职业病诊断证明书（或职业病诊断鉴定书）。

（4）申请受理部门及处理时限。社会保险行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。职工或者其近亲属认为是工伤，而用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

（5）主管部门处理的时限。社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定的决定，并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。社会保险行政部门对受理的事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请，应当在15日内作出工伤认定的决定。

97.如何理解工伤认定中的无过错责任原则？

按照法律规定，只要符合《工伤保险条例》第14条、第15条关于认定工伤、视同工伤且不具备第16条规定的禁止认定工伤情形的受伤职工，都可以提起工伤认定，当事人主观上是否具有过错并不影响最后的认定结果，即便劳动者本人对事故的发生负有相当大的责任，雇主仍应当依法向劳动者支付因伤而承受的直接经济损失。这标志着我国在工伤认定上适用的是无过错责任原则，无过错责任原则是指在法律有特别规定的情况下，以已经发生的损害结果为价值判断标准，与该损害结果有因果关系的行为人，不问其有无过错，都要承担侵权赔偿责任的归责原则。

与无过错责任原则相对的是过错责任原则，这指的是以过错作为价值判断标准，判断行为人对其造成的损害应否承担侵权责任的归责原则。不同于无过错责任原则，在过错责任原则下，行为人的主观心态不仅会影响到责任构成，还会影响到责任范围。在一般情况下，只要行为人有过错，就构成侵权责任。但在某些特殊情形下，仅仅有一般的过错还不足以构成名誉侵权责任，如只有故意侵害他人名誉权才构成名誉侵权责任。此外，行为人可能由于故意或者重大过失而加重责任，也可能由于没有过错或者过错轻微而减轻责任，这表现在交通事故中的责任认定，不同责任人要按不同比例承担赔偿责任。

98.用人单位未与劳动者签订劳动合同是否影响工伤认定？

情景再现

2015年3月6日，某甲与某公司达成合意，某甲到该公司从事仓储、搬运、装卸工作，但双方未签订书面劳动合同。2016年5月3日，某甲在一次卸货时坠落受伤。之后，某甲申请工伤认定。公司认为与某甲之间不存在劳动关系，不能认定工伤。当地劳动行政部门经调查核实，认为某甲受到的事故伤害，符合《工伤保险条例》第14条第1项的规定，属于工伤认定范围，予以认定为工伤。该公司不服，向法院提起行政诉讼，要求撤销《工伤认定决定书》。法院一审认为，该公司与某甲虽未签订书面劳动合同，但双方具有事实上的劳动合同关系，当地劳动行政部门作出的工伤认定没有问题，依法驳回了该公司的诉讼请求。

法律分析

根据《工伤保险条例》第18条的规定，提出工伤认定申请应当提交与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料。书面劳动合同虽然是认定劳动者与用人单位之间存在劳动关系的重要证明材料，但只要有其他证明材料能够证明双方存在劳动关系，没有书面劳动合同也不影响工伤认定。根据《劳动合同法》与原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》，当同时具备下列情形时，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；（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；（3）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

第二节 工伤保险待遇

99.什么是工伤保险？

工伤保险指的是劳动者在规定的或者特殊情况下因遭受意外事故或累积性职业病而造成劳动能力丧失或死亡时，劳动者或其遗属从国家和社会获得一定物质帮助的制度，它是社会保障制度的重要环节之一。不同于一般意义上的保险，工伤保险是一种法律强制险，用人单位必须为职工缴纳，但只有职工才是受益者。工伤保险立法具有突出的社会法属性及人道主义倾向，它的出现是为了应对潜藏于现代社会下的高风险，工伤保险制度一方面可以及时为受伤的职工提供医疗救治、经济补偿，使职工个人及家庭生活不至于因伤病问题而陷入彻底崩溃的局面，为日后劳动能力恢复提供一定保障，另一方面也分散了用人单位的风险。

一般说来，工伤保险制度具有如下特征：（1）覆盖范围广。这首先表现在覆盖主体上，工伤保险的对象范围涵盖绝大多数生产过程中的劳动者，大部分因工负伤或罹患职业病的劳动者都可以获得工伤保险待遇。在具体的保障内容上，工伤保险制度也呈现出范围广泛的特征，既包括意外伤害，也包括职业病及意外猝死。（2）工伤保险适用无过错责任原则。无论在具体事故的发生责任上应归咎于用人单位、职工本人或第三者都不会影响工伤认定，仅凭事故存在这一事实行为便可以引发工伤待遇的落实。（3）不同于其他险种，劳动者不需要缴纳工伤保险费，缴费责任全部由用人单位承担。（4）具体的工伤待遇标准因事故本身的差异而呈现出多种样态。（5）工伤保险遵守补偿与预防、康复相结合的原则。

第二节 工伤保险待遇

99.什么是工伤保险？

工伤保险指的是劳动者在规定的或者特殊情况下因遭受意外事故或累积性职业病而造成劳动能力丧失或死亡时，劳动者或其遗属从国家和社会获得一定物质帮助的制度，它是社会保障制度的重要环节之一。不同于一般意义上的保险，工伤保险是一种法律强制险，用人单位必须为职工缴纳，但只有职工才是受益者。工伤保险立法具有突出的社会法属性及人道主义倾向，它的出现是为了应对潜藏于现代社会下的高风险，工伤保险制度一方面可以及时为受伤的职工提供医疗救治、经济补偿，使职工个人及家庭生活不至于因伤病问题而陷入彻底崩溃的局面，为日后劳动能力恢复提供一定保障，另一方面也分散了用人单位的风险。

一般说来，工伤保险制度具有如下特征：（1）覆盖范围广。这首先表现在覆盖主体上，工伤保险的对象范围涵盖绝大多数生产过程中的劳动者，大部分因工负伤或罹患职业病的劳动者都可以获得工伤保险待遇。在具体的保障内容上，工伤保险制度也呈现出范围广泛的特征，既包括意外伤害，也包括职业病及意外猝死。（2）工伤保险适用无过错责任原则。无论在具体事故的发生责任上应归咎于用人单位、职工本人或第三者都不会影响工伤认定，仅凭事故存在这一事实行为便可以引发工伤待遇的落实。（3）不同于其他险种，劳动者不需要缴纳工伤保险费，缴费责任全部由用人单位承担。（4）具体的工伤待遇标准因事故本身的差异而呈现出多种样态。（5）工伤保险遵守补偿与预防、康复相结合的原则。

100. 劳动合同中约定工伤概不负责是否有效？

《工伤保险条例》第2条规定，中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。《劳动合同法》第26条规定，违反法律、行政法规强制性规定的劳动合同无效或者部分无效。该法第27条规定，劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。工伤保险制度的设立不仅在客观上有助于保障员工的劳动权益，同时也分散了用人单位的风险。为职工购买工伤保险是每个用人单位应尽的义务，工伤保险费用全部由用人单位缴纳，但实践中，部分企业为了降低用工成本而在劳动合同中与员工约定“工伤概不负责”，这样的约定是不具备法律效力的，即便劳动者在标有类似条款的劳动合同上签字，也不能免除用人单位缴纳工伤保险的义务。其他条款若无法律规定的无效事由，仍继续有效。

101.员工自愿放弃社会保险，用人单位是否承担责任？

实践中，许多劳动者为了多得工资，往往与用人单位协商，不要求用人单位为其缴纳社保，用人单位也同意，并将相关内容写入劳动合同。后来劳动者又以用人单位不为其缴纳社保，违反劳动合同法的规定为由，解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金，用人单位则以劳动者自愿放弃缴纳社保为由进行抗辩。

《劳动法》第72条规定，用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。《劳动合同法》第38条规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除合同。该法第46条规定，劳动者依照《劳动合同法》第38条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。社会保险是国家强制实行的社会保障制度，具有法定性。《劳动法》《社会保险法》《社会保险费征缴暂行条例》等法律、法规明确规定，参加社会保险、缴纳社会保险费是法律对用人单位和劳动者设置的强制性条款，是用人单位和劳动者必须同时履行的法定义务。因此，即使是员工因为自身原因提出放弃社会保险，只要双方是劳动合同关系，那么用人单位都应当为其缴纳社会保险相关费用。

此外，若用人单位不为劳动者缴纳社会保险相关费用，会带来诸多法律风险：（1）劳动者投诉的风险。劳动者事后有权要求用人单位补缴社会保险，补缴起始日从劳动者与用人单位建立劳动关系之日起算。如劳动者有确切证据证明当初放弃社会保险是因单位胁迫，依据《劳动合同法》第38条、第46条，劳动者有权随时提出辞职，并要求用人单位支付经济补偿金。（2）工伤、医疗费承担的风险。依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第1条规定，不管劳动者是否自愿放弃社会保险，用人单位仍不能豁免工伤、医疗费等赔偿责任。（3）被劳动保障行政部门查处的风险。依据《社会保险法》第84条、第86条等法律规定，即使劳动者保证不追究用人单位的责任，但用人单位仍然面临劳动保障行政部门强制征缴以及行政处罚的法律风险。逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上三倍以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处500元以上3000元以下的罚款。

102.工伤保险的作用是什么？

工伤保险是国家对职工承担社会责任的体现，其作用主要包括以下几个方面：

（1）工伤保险作为社会保险制度的一个组成部分，是保障工伤职工获得及时救治和赔偿、维护劳动者合法权益的必要措施。

（2）工伤保险保障了职工本人及其供养亲属的基本生活需要，在一定程度上解除了职工及其家属的后顾之忧。同时，工伤保险体现国家和社会对职工奉献精神的尊重，有利于提高他们的工作积极性。

（3）工伤保险有利于促进安全生产。工伤保险与生产单位改善劳动条件、防病防伤宣传、安全教育、医疗康复等工作密切相关，可以提高用人单位和职工的安全生产意识，改善职工的工作环境，减少生产事故的发生。

（4）工伤保险有利于妥善处理事故和恢复生产，维护正常的生产、生活秩序，维护社会安定，有效防止部分职工及其家属因为工伤而陷于贫困，减少劳动争议的发生，促进企业的生产经营。

（5）工伤保险有利于用人单位分散工伤风险。工伤保险由社会统筹，具有互助互济的特点，对经济能力不强的用人单位来说是一个分散工伤风险的重要工具。当用人单位发生重大生产事故或需要支付的工伤补偿数额较大时，由社会保险机构在社会范围内调配工伤保险基金进行给付，弥补企业资金的不足。这不仅保障了工伤职工的合法权益，还有利于保障企业的正常生产经营。

103.如何确定和缴纳工伤保险费用？

工伤保险费率的确定主要根据“以支定收，收支平衡原则”以及“行业差别费率制”。“以支定收，收支平衡原则”是指工伤保险基金必须保障工伤保险待遇，满足劳动能力鉴定、工伤预防的宣传、培训等费用的支出，以及法律、法规规定的用于工伤保险的其他费用的支付，并以此为标准确定工伤保险的费率。“行业差别费率制”是指国家根据不同行业的工伤风险程度确定不同行业的工伤保险费率，并根据工伤保险费使用、工伤发生率等情况在每个行业内再确定若干费率档次。这一制度起到了经济杠杆的作用，将工伤保险费率和工伤风险挂钩，使工伤保险缴费更加公平。行业差别费率及行业内费率档次由国务院劳动保障行政部门会同国务院财政部门、卫生行政部门、安全生产监督管理部门制定，并报国务院批准后施行，具体可参照《人力资源社会保障部、财政部关于调整工伤保险费率政策的通知》，确定工伤保险费率后，根据《工伤保险条例》第10条第1款和第2款的规定：“用人单位应当按时缴纳工伤保险费。职工个人不缴纳工伤保险费。用人单位缴纳工伤保险费的数额为本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。”这一规定明确了工伤保险费的缴纳主体是用人单位，工伤保险缴费的基数是本单位职工工资总额。对于难以直接按照工资总额计算缴纳工伤保险费的建筑施工企业、小型服务企业、小型矿山等企业的缴费核定，按照参保地所在省、自治区、直辖市的社会保险行政部门制定的建筑施工企业、小型服务企业、小型矿山等企业工伤保险费缴费办法、标准，分别核定应缴金额。

如果用人单位对社会保险经办机构确定的单位缴费费率不服，可以依法申请行政复议，对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

104.用人单位要求劳动者自行承担工伤保险费是否合法？

情景再现

宋秋秋大学毕业后，几经周折终于被一家民营企业录用。双方签订了劳动合同，约定劳动合同期限为5年，试用期为3个月。试用期满后，宋秋秋如期转正，而且从事的也是与自己所学专业相关的工作，正当她觉得自己已经工作入门的时候，单位要求宋秋秋与其签署补充合同，约定工伤保险费用由宋秋秋自行承担，宋秋秋觉得不妥，遂找到劳动行政主管部门以求讨得公道。

法律分析

根据《劳动法》第72条规定，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。根据《劳动合同法》第38条第1款第3项规定，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。另外，根据《社会保险法》第33条规定，职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。可知，缴纳工伤保险等社会保险费用属于用人单位的法定义务，用人单位要求劳动者个人承担该笔费用的做法违反了法律规定，此种约定无效。

根据法律规定，工伤保险应当由用人单位负责缴纳，劳动者不缴纳。如果用人单位没有缴纳工伤保险，劳动者可以解除合同，若继续履行劳动合同，用人单位应当及时补缴，根据《社会保险法》第86条之规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

105.劳动者在工作期间遭受他人人身侵害的，能否同时获得工伤保险赔偿和人身侵权赔偿？

劳动者在工作期间遭受他人人身侵害，构成工伤的，该劳动者既是工伤事故中的受伤职工，又是侵权行为的受害人，有权同时获得工伤保险赔偿和人身侵权赔偿；用人单位和侵权人均应当依法承担各自所负赔偿责任，即使该劳动者已从其中一方先行获得赔偿，亦不能免除或者减轻另一方的赔偿责任。

《工伤保险条例》第14条明确了应当认定为工伤的法定情形，只要符合这些法定情形，职工所受伤害无论是否由第三人侵权引起，都应当认定为工伤。换言之，是否存在第三人侵权不影响工伤的认定。而第三人侵权造成他人身体伤害的，应当承担赔偿责任，被侵害人依法享有获得赔偿的权利。

《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12条第1款也明确规定：“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。”该条第2款规定：“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。”根据该规定，劳动者因工伤事故受到人身损害，有权向用人单位主张工伤保险赔偿，如果所受人身损害系因用人单位以外的第三人侵权所致，劳动者同时还有权向第三人主张人身损害赔偿。

二者虽然基于同一损害事实，但存在于两个不同的法律关系之中，互不排斥。第一，基于工伤事故的发生，劳动者与用人单位之间形成工伤保险赔偿关系，无须考查工伤事故发生的原因，即使工伤事故系因用人单位以外的第三人侵权所致，或者是由于受伤职工本人的过失所致，都不影响受伤职工向用人单位主张工伤保险赔偿。第二，基于侵权事实的存在，受伤职工作为被侵权人，与侵权人之间形成侵权之债的法律关系，有权向侵权人主张人身损害赔偿。侵权之债成立与否，与被侵权人是否获得工伤保险赔偿无关，即使用人单位已经向受伤职工履行了工伤保险赔偿，也不能免除侵权人的赔偿责任。

综上，因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，构成工伤的，劳动者具有双重主体身份——工伤事故中的受伤职工和人身侵权的受害人。基于双重主体身份，劳动者有权向用人单位主张工伤保险赔偿，同时有权向侵权人主张人身损害赔偿，即有权获得双重赔偿。在这种情形下，用人单位和侵权人均应当依法承担各自所负的赔偿责任，不因受伤职工（受害人）先行获得一方赔偿、实际损失已得到全部或部分补偿而免除或减轻另一方的责任。

106.劳动者因工死亡，其亲属能享受哪些待遇？

情景再现

李海大学期间学习桥梁工程设计专业，成为一名桥梁设计工程师是他一直以来的梦想。大学毕业后，他如愿以偿进入某国有桥梁建设工程公司工作。平时李海需要经常前往工地，在一次工地实地考察过程中，不幸遭遇意外，与世长辞，单位积极处理此事。那么李海的爸爸妈妈能够享受哪些待遇呢？

法律分析

按照《工伤保险条例》第39条之规定，职工因工死亡，其近亲属可以依照相关规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金，具体标准如下：（1）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。（2）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。其中，配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定。（3）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

按照法律法规的规定，职工因工死亡，其近亲属可以从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。其中，丧葬补助金和一次性工亡补助金只要是近亲属就可以领取，但是供养亲属抚恤金一般只有在国务院社会保险行政部门规定范围内的近亲属才能领取。

107.职工因工外出期间发生事故下落不明，其亲属能享受哪些待遇？

情景再现

张春波大学毕业后，通过校园招聘被一家物流公司录用。双方签订了劳动合同，约定合同期限为5年，试用期为6个月。张春波工作一直很努力，试用期满后按期转正，但是好景不长，在一次出差过程中遭遇意外事故，下落不明，张春波的父母四处奔走寻求解决方法。

法律分析

按照《工伤保险条例》第41条之规定，职工因工外出期间发生事故或者在抢险救灾中下落不明的，从事故发生当月起3个月内照发工资，从第4个月起停发工资，由工伤保险基金向其供养亲属按月支付供养亲属抚恤金。生活有困难的，可以预支一次性工亡补助金的50%。职工被人民法院宣告死亡的，按照该条例第39条职工因工死亡的规定处理。《工伤保险条例》第39条规定，职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

（1）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。（2）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定。（3）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受该条第1款规定的待遇。一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第1款第1项、第2项规定的待遇。

因此，张春波下落不明的前3个月工资会照常发放，从第4个月起，如有供养亲属，则由工伤保险基金支付供养亲属抚恤金。如果最后张春波被依法宣告死亡，可以依照《工伤保险条例》第39条规定领取相应的补偿金。

108.用人单位分立、合并、转让的，工伤保险责任如何分担？

情景再现

刘熹在大学期间主修对外贸易专业，毕业后进入外资企业工作是她一直努力的方向，除了修习专业课，她课后也积极地学习外语，并获得了相关的资格证书。大学毕业后，她如愿以偿进入一家外资企业工作，但是在她工作后不久，公司被另外一间大型跨国企业收购。刘熹在公司被收购后发生事故并经过法定程序认定为工伤，但是用人单位表示不知道如何处理。

法律分析

按照《工伤保险条例》第43条之规定，用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任；原用人单位已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记；用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担；职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法；企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇费用。因此，对于刘熹的工伤保险，应当由收购其原单位的现单位进行变更登记，并承担相应的缴纳和办理义务。

第三节 其他社会保险

109.劳动者未婚生育可以享受产假和生育保险待遇吗？

根据《劳动法》第62条规定：“女职工生育享受不少于九十天的产假。”《女职工劳动保护特别规定》第7条规定，女职工生育享受98天产假，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。所以女职工的产假是法定的，不管其生育是否在婚内，是否符合计划生育政策，员工提出要求休产假，企业都应当无条件批准。这样规定的目的是保障产妇恢复身体健康，享受产假不以是否符合计划生育政策为前提条件，只要有生育的事实，就应享受98天的产假。

生育保险是通过国家立法规定，在劳动者因生育子女而导致劳动力暂时中断时，由国家和社会及时给予物质帮助的一项社会保险制度。我国生育保险待遇主要包括生育津贴和生育医疗待遇两项，其宗旨在于通过向职业妇女提供生育津贴、医疗服务和产假，帮助她们恢复劳动能力，重返工作岗位。根据《企业职工生育保险试行办法》第7条规定，女职工生育或流产后，由本人或所在企业持当地计划生育部门签发的计划生育证明，婴儿出生、死亡或流产证明，到当地社会保险经办机构办理手续，领取生育津贴和报销生育医疗费。由此可知，生育保险待遇的享受对象必须符合国家的计划生育政策，需要拿到当地计划生育部门签发的计划生育证明，故未婚生育因不符合国家的计划生育政策，不可以享受生育保险待遇。

第三节 其他社会保险

109.劳动者未婚生育可以享受产假和生育保险待遇吗？

根据《劳动法》第62条规定：“女职工生育享受不少于九十天的产假。”《女职工劳动保护特别规定》第7条规定，女职工生育享受98天产假，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。所以女职工的产假是法定的，不管其生育是否在婚内，是否符合计划生育政策，员工提出要求休产假，企业都应当无条件批准。这样规定的目的是保障产妇恢复身体健康，享受产假不以是否符合计划生育政策为前提条件，只要有生育的事实，就应享受98天的产假。

生育保险是通过国家立法规定，在劳动者因生育子女而导致劳动力暂时中断时，由国家和社会及时给予物质帮助的一项社会保险制度。我国生育保险待遇主要包括生育津贴和生育医疗待遇两项，其宗旨在于通过向职业妇女提供生育津贴、医疗服务和产假，帮助她们恢复劳动能力，重返工作岗位。根据《企业职工生育保险试行办法》第7条规定，女职工生育或流产后，由本人或所在企业持当地计划生育部门签发的计划生育证明，婴儿出生、死亡或流产证明，到当地社会保险经办机构办理手续，领取生育津贴和报销生育医疗费。由此可知，生育保险待遇的享受对象必须符合国家的计划生育政策，需要拿到当地计划生育部门签发的计划生育证明，故未婚生育因不符合国家的计划生育政策，不可以享受生育保险待遇。

110.已经获得一次性工伤医疗补助和伤残就业补助，能否同时请求经济补偿？

一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金，是工伤保险待遇项目之一，是对因工致残的劳动者给予的一次性职业伤害补偿。根据我国《工伤保险条例》第36条、第37条的规定，职工因工致残被鉴定为五级至十级伤残的，若职工本人提出解除劳动合同，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。

解除或终止劳动合同的经济补偿，是用人单位解除或终止劳动合同时，对符合法律规定情形，按照法定标准或约定标准向劳动者支付的费用。经济补偿是劳动法上特有的和独立的解约经济补偿形式，是对因用人单位解除合同而遭受损失的劳动者进行的补偿。只要符合支付经济补偿金的法定情形，用人单位就应当在劳动合同解除或终止时支付相应的经济补偿。法律并未限定获取经济补偿的劳动者的范围，无论劳动者是否为工伤职工，都有权按照法律规定获取经济补偿。经济补偿是为了保护相对弱势的劳动者，尽可能维持现有的劳动关系，防止用人单位滥用权利，随意解除与企业员工的劳动关系，侵犯劳动者的合法权益。

工伤保险待遇和解除劳动合同的经济补偿是不同的法律关系，不存在重叠关系。虽然一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金的支付时间为劳动合同解除或终止时，但两项补助金的支付原因是工伤事故，而不是劳动合同的解除或终止。工伤职工按照《工伤保险条例》享受工伤待遇后，仍有权按照《劳动法》《劳动合同法》享受一般员工应有的劳动权益。

111.劳动者失业后都能领取失业保险金吗？

失业保险是指国家通过立法强制实行的，由社会集中建立基金，对因失业而暂时中断生活来源的劳动者提供物质帮助进而保障失业人员在失业期间的基本生活，促进其再就业的制度。但是并非所有的失业者都可以领取失业保险金，需要具备一定的条件：（1）按照规定参加失业保险，劳动者失业前所在用人单位和劳动者本人已经按照规定履行失业保险缴费义务满1年。（2）劳动者非因本人意愿中断就业，即与用人单位解除或终止劳动合同并非出于劳动者本人原因，而是因为劳动者被用人单位开除、除名、辞退，或是因为用人单位未及时足额发放劳动报酬等导致劳动者向用人单位提出解除劳动合同。（3）已办理失业登记手续。劳动者在失业后应当持原单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的社会保险经办机构办理失业登记。劳动者必须同时满足上述3个条件，才能向社会保险经办机构申请领取失业保险金。

考虑到我国拥有数量庞大的农民工群体，而农民工群体的就业、失业具有特殊性，他们难以满足上述三个条件，特别是很多用人单位并不会为农民工缴纳失业保险费，我国《失业保险条例》第21条对失业农民工领取失业保险金作出了特别规定：用人单位招用的农民合同制工人连续工作满1年，用人单位已缴纳过失业保险费，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同的，社会保险经办机构应当根据农民工的工作时间长短，对其支付一次性生活补助。一次性生活补助的发放办法和标准由各省级人民政府根据地方实际情况规定。

112.劳动者失业后能够一直领取失业保险金吗？

劳动者失业后并不能一直领取失业保险金。究其原因，一方面，国家确立失业保险制度，是为了保障失业人员在失业期间的基本生活，促进其再就业，若一直给予他失业保险金，失业人员可能安于现状，没有再就业的动力；另一方面，失业保险基金是有限的，若持续给付失业保险金，失业保险基金将难以维系，将给国家财政带来巨大压力。劳动者失业后领取失业保险金的时间限制主要体现在以下两个方面。

首先，劳动者失业后领取失业保险金的时间受限于失业前所在单位和本人缴纳失业保险费的时间。根据《失业保险条例》第17条的规定，劳动者失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间满1年不足5年的，领取失业保险金的期限最长为12个月；累计缴费时间满5年不足10年的，领取失业保险金的期限最长为18个月；累计缴费时间10年以上的，领取失业保险金的期限最长为24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可以与前次失业应领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，但是最长不得超过24个月。

其次，当劳动者在领取失业保险金期间有下列情形之一的，也将被停止发放失业保险金：（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。在上述情形下，劳动者或是实现了再就业，或是可以由其他国家、其他保险制度保障其基本生活，或是无法实现再就业目的，总之，失业保险金的设立目的已经实现或者无法实现，因此劳动者无须或无法领取失业保险金。

113. 领取了失业保险金还能要求用人单位支付经济补偿吗？

失业保险金属于社会保险，是由失业保险经办机构在劳动者失业后按照《失业保险条例》发放的失业保险待遇中的部分费用，主要目的是保障失业人员在失业期间的基本生活，促进其再就业。

如前所述，解除或终止劳动合同的经济补偿是用人单位解除或终止劳动合同时，对符合法律规定情形，按照法定标准或约定标准向劳动者支付的费用。经济补偿是劳动法上特有的和独立的解约经济补偿形式，是对因用人单位解除合同而遭受损失的劳动者进行的补偿。只要符合法定支付经济补偿的情形，用人单位就应当在劳动合同解除或终止时支付相应的经济补偿。法律并未限定获取经济补偿的劳动者的范围，无论劳动者是否符合领取失业保险金的条件，都有权按照法律规定获取经济补偿。经济补偿是为了保护相对弱势的劳动者，尽可能维持现有的劳动关系，防止用人单位滥用权利，随意解除与企业员工的劳动关系，侵犯劳动者的合法权益。

经济补偿与失业保险金的来源、发放条件、标准、功能均不同。前者由用人单位发放，将劳动者在该单位的工作年限、贡献大小、该单位的经济效益等因素考虑进来；后者由社会统筹统管，具有社会性、统一性。因此，经济补偿和失业保险金不能混同。

所以，劳动合同解除时，用人单位对符合法律规定的劳动者应当支付经济补偿，不能因劳动者领取了失业保险金而拒付或扣减经济补偿。失业保险经办机构也不能因劳动者领取了经济补偿而停发或者少发失业保险金。

第五章

劳动合同的解除和终止

第一节 劳动合同的解除

114.用人单位和劳动者在解除劳动合同时应当履行什么义务？

《劳动合同法》第50条规定，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在15日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照《劳动合同法》有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。由此可知，双方解除劳动合同的，用人单位和劳动者都需要履行相应的义务。

需要特别说明的是，该条第3款规定了用人单位应当保存劳动合同文本的义务。劳动合同文本的保存一直是劳动行政部门关注的问题之一。因为劳动合同是记载劳动合同双方当事人权利义务的法律文书，双方的权利义务在合同文本上得到了明确。一般情况下，劳动合同文本随着劳动合同的解除和终止也就失去了效力，成为一张废纸。但在劳动合同双方当事人发生劳动争议时，在劳动行政部门对用人单位执行法律法规的情况进行监督检查时，劳动合同文本就是重要的依据，是评价用人单位执行劳动法律法规好坏的凭证。实践中，用人单位往往在解除或终止劳动合同后不久，就将劳动合同文本废弃或销毁，致使在发生劳动争议或劳动行政部门进行执法检查时无据可查。《劳动合同法》明确规定，已经解除或终止的劳动合同文本，用人单位应当至少保存二年备查，对劳动合同制度的进一步规范化起到了明显的促进作用。

第一节 劳动合同的解除

114.用人单位和劳动者在解除劳动合同时应当履行什么义务？

《劳动合同法》第50条规定，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在15日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照《劳动合同法》有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。由此可知，双方解除劳动合同的，用人单位和劳动者都需要履行相应的义务。

需要特别说明的是，该条第3款规定了用人单位应当保存劳动合同文本的义务。劳动合同文本的保存一直是劳动行政部门关注的问题之一。因为劳动合同是记载劳动合同双方当事人权利义务的法律文书，双方的权利义务在合同文本上得到了明确。一般情况下，劳动合同文本随着劳动合同的解除和终止也就失去了效力，成为一张废纸。但在劳动合同双方当事人发生劳动争议时，在劳动行政部门对用人单位执行法律法规的情况进行监督检查时，劳动合同文本就是重要的依据，是评价用人单位执行劳动法律法规好坏的凭证。实践中，用人单位往往在解除或终止劳动合同后不久，就将劳动合同文本废弃或销毁，致使在发生劳动争议或劳动行政部门进行执法检查时无据可查。《劳动合同法》明确规定，已经解除或终止的劳动合同文本，用人单位应当至少保存二年备查，对劳动合同制度的进一步规范化起到了明显的促进作用。

115.用人单位与劳动者在合同中约定“末位淘汰”，并以此解除劳动合同是否有效？

所谓“末位淘汰”，顾名思义是“将工作业绩靠后的员工淘汰掉”，是企业为了满足市场竞争的需要，在对企业员工的工作表现作出科学的评价后，进行分类或排序，并在一定范围内或按照一定的比例标准，实行奖优罚劣，将排名相对靠后（即末几位）的员工予以调岗、降职、降薪或下岗、辞退的行为。企业促进内部职工竞争，在考核中实行“末位淘汰”，是企业加强内部员工管理、提高工作效率的措施。但末位淘汰不能简单理解为解除劳动合同。用人单位解除劳动合同必须符合《劳动合同法》第39条、第40条的规定。从上述规定来看，我国法律并未允许用人单位与劳动者在劳动合同中约定以“末位淘汰”为由解除劳动合同。可见，考核中的末位员工被解除劳动合同是没有法律依据的。如果直接以“末位淘汰”为由解除劳动合同，不但解除劳动合同的做法无效，而且用人单位也要承担相应的法律责任。《劳动合同法》第87条规定，“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金”。当然，并不是说“末位淘汰”本身是违法的，关键要看用人单位是否以“末位淘汰”为由解除劳动合同。现实中，部分用人单位将处于末位的或竞争下岗的劳动者调离原岗位，或者经过培训后仍然处于末位的，则在劳动合同到期后不再续签，这种形式的“末位淘汰”就不是违反法律规定的。

另外，《劳动合同法》第40条第2项规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。有些用人单位认为，以“末位淘汰”为由解除劳动合同符合该条规定。实际上，其混淆了“末位淘汰”与“不能胜任”两个概念。“末位”仅是用人单位考核排名的一种方式，而不能胜任则是因劳动者的技能不能满足岗位要求而导致工作无法正常完成，两者是完全不同的情况。

需要注意的是，用人单位不能随意调动劳动者工作岗位或提高工作强度，借口劳动者不能胜任工作而解除劳动合同。所谓“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。但用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。劳动者没有具备从事某项工作的能力，不能完成某一岗位的工作任务，这时用人单位可以对其进行职业培训，提高其职业技能，也可以把其调换到能够胜任的工作岗位上，这是用人单位负有的协助劳动者适应岗位的义务。如果用人单位尽到了这些义务，劳动者仍然不能胜任工作，说明劳动者不具备在该用人单位的职业能力，用人单位可以在提前30日书面通知或额外支付一个月工资的前提下，解除与该劳动者的劳动合同。

116.用人单位可以通过买断员工工龄来解除劳动合同吗？

“买断工龄”是改革开放初期我国部分国有企业在改革过程中安置富余人员的一种办法，即参照员工在企业的工作年限、工资水平、工作岗位等条件，结合企业的实际情况，经企业与员工双方协商，报有关部门批准，由企业一次性支付给员工一定数额的货币，从而解除企业和富余员工之间的劳动关系，把员工推向社会。“买断工龄”简单来说是用用人单位为了与劳动者解除劳动合同关系，向劳动者支付一定经济补偿的行为。买断工龄并不是劳动法上的法律概念，而是近年来各地企业与职工解除劳动合同的实际做法，国家法律没有明文规定。

1999年原劳动和社会保障部发布的《关于贯彻两个条例扩大社会保险覆盖范围加强基金征缴工作的通知》指出：“任何单位都不能以‘买断工龄’等形式终止职工的社会保险关系。”1999年原国家经济贸易委员会、财政部、中国人民银行发布的《关于出售国有小型企业中若干问题意见的通知》也强调：“确保职工合法权益不受侵犯，出售方应在申请出售前征求职工对出售方案和职工安置的意见，任何部门和单位不得在企业出售中终止职工社会保险关系，不得借出售之机，违反国家有关规定对职工‘买断工龄’或为职工办理提前退休，把职工推向社会。”在我国没有任何法律和政策承认和保护这种所谓的“买断工龄”。也从来没有出台过“买断工龄”的政策和文件，而是一直强调有能力的企业不能把员工不负责任地推向社会。

用人单位与劳动者解除劳动合同必须符合《劳动合同法》第39条、第40条的规定。《劳动合同法》第87条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第47条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。《劳动合同法》第47条规定，“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。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。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。本条所称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”。如果用人单位以“买断工龄”的方式与劳动者解除劳动合同，属于违反法律规定解除劳动合同的行为，根据《劳动合同法》第48条、第87条的规定，劳动者可以要求继续履行劳动合同或要求用人单位按照《劳动合同法》第47条规定的标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

117.违反劳动合同约定的服务期，应当承担违约责任吗？

《劳动合同法》第22条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

服务期是劳动者因接受用人单位给予的特殊待遇而承诺必须为用人单位服务的期限。单位的现行做法通常是以一定的特殊待遇作为对价，要求员工为其服务一定的年限，并将服务期作为劳动合同或其他相关合同的内容予以确定。作为对价的特殊待遇包括：住房资助、员工发展培训、出资招用、大额个人费用报销、商业保险、旅游度假资助等。用人单位作出这些投入的目的是挽留员工，但若员工未履行服务期义务，这些投入就被视为实际损失。由于特殊待遇和服务期约定往往会对员工的职业发展带来较大的影响，员工在作出是否接受特殊待遇并受服务期约束的选择时，应慎重考虑。一旦员工接受了用人单位提供的特殊待遇后违反服务期义务，提前解约，则用人单位可以依法要求其支付违约金或进行赔偿。

118.劳动者在工作中出错，用人单位可以单方解除劳动合同吗？

情景再现

林江波大学期间学习保险专业，大学毕业后，如愿以偿被一家位居世界500强的保险公司录用。双方签订了劳动合同，约定劳动合同期限为5年，试用期为5个月。试用期满后，林江波按期转正，上级也交代了更为重要的业务给他，没过多久，他发生了一次严重的失误，导致客户投诉，但是没有给客户造成实际损失。而用人单位想以此为由解除与林江波的劳动合同。

法律分析

劳动合同一经签订，若没有出现法定事由，一般用人单位和劳动者都不能单方解除。根据《劳动合同法》第39条之规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。由于林江波并没有出现《劳动合同法》第39条规定的情形，仅是小小的失误引起客户投诉却并没有造成实际损失，用人单位肆意解除劳动合同是违反法律规定的。

119.劳动者严重违反用人单位规章制度，用人单位是否可以解除劳动合同？

情景再现

张鑫曾就读于国内一所化工专业名校，毕业后，他很顺利地进入一家企业从事产品研发工作。由于公司属于特殊行业，很多化学品都有严格的规章制度。而张鑫一向自信，经常有违反规定使用化学品的情况，但也没有发生什么事故。可是，有一天他又违规使用化学品的时候，突发大火，实验室损失严重，他自己也受伤。为此，用人单位提出解除与张鑫的劳动合同。

法律分析

根据《劳动合同法》第39条，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。

张鑫的行为已经违反了用人单位的规章制度，并且实际造成了严重的后果，属于该条法律规定的劳动者“严重违反用人单位的规章制度的”情形，用人单位有权依照法律规定，解除与张鑫的劳动合同。

120.劳动者在其他单位兼职的，用人单位是否可以单方解除劳动合同？

情景再现

张丽大学毕业后，工作一直不稳定，换了好几家公司，主要原因都是她认为工资太低。后来张丽被一家国企录用，双方签订了劳动合同，约定劳动合同期限为5年，试用期为6个月，试用期满后，张丽按期转正。转正没有多久，张丽还是觉得工资不能满足自己的生活开支，于是她又与另外一家公司签订了劳动合同，做起了兼职。公司领导发现张丽上班时经常精神不好，时常发生失误，导致客户大量投诉，还给公司造成了一定的损失。公司得知张丽兼职的情况后，提出解除与张丽的劳动合同。

法律分析

根据《劳动合同法》第39条之规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。张丽的兼职行为导致其精力不支发生了很多失误，引发客户大量投诉，还造成了损失，依照法律规定，用人单位可以解除与张丽的劳动合同关系。

121.劳动者长期休病假，用人单位是否可以单方解除劳动合同？

情景再现

洪波大学毕业后，如愿以偿被一家世界500强的企业录用。双方签订了劳动合同，约定劳动合同期限为5年，试用期为3个月。试用期满后，洪波按期转正，工作上也得心应手。可是工作不到一年，洪波被查出患有疾病，需要长期请假治疗，并且病情一直不稳定，于是单位提出解除与洪波的劳动合同。

法律分析

根据《劳动合同法》第40条规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，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。

洪波的情形属于第一种，依照法律规定，用人单位可以解除与洪波的劳动合同关系，但是必须提前30天以书面形式通知洪波，或者直接支付洪波一个月的工资后才可以解除。

122.劳动者工作能力差，用人单位是否可以单方解除劳动合同？

情景再现

郑丽在大学期间主修市场营销，毕业后，被一家医药用品销售公司录用。双方签订了劳动合同，约定合同期限为5年，考虑到郑丽是名牌大学毕业，单位与其约定试用期1个月。试用期满后，郑丽按期转正并定岗，定岗后，由于要接触大量的实际工作，并且营销岗位需要频繁与客户接触，而郑丽本身性格就比较内向，加之试用期较短，工作未能完全上手。郑丽频繁失误，导致大量客户投诉，于是单位提出解除与郑丽的劳动合同。

法律分析

根据《劳动合同法》第40条规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，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。郑丽可能符合上述第二种情形，如果经过培训或者调整工作岗位，郑丽还是不能胜任工作，依照法律规定，用人单位可以解除与郑丽的劳动合同关系，但是必须提前30天以书面形式通知郑丽，或者直接支付郑丽一个月的工资后才可以解除。

123.用人单位能否以劳动者拒绝调动工作为由解除劳动合同？

《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。劳动法律法规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需要，且调岗具有合理性，没有以调岗为由变相辞退劳动者的主观恶意，调岗前后工资待遇亦基本相当，劳动者有服从的义务。但对于涉及劳动者的劳动条件、劳动报酬、工作岗位等重大利益事项，用人单位无权进行肆意调整，应当与劳动者协商一致或者通过法定程序进行调整。

用人单位如果未经协商就单方变更劳动者的工作地点、工作内容等，则违反了劳动合同的约定和法律规定，劳动者有权拒绝。劳动者拒绝变更劳动合同后，用人单位无权因此解除劳动合同。《劳动合同法》第87条规定，“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金”。《劳动合同法》第47条规定，“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。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。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。本条所称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”。如果用人单位没有经过合法程序就变更劳动者的工作岗位，劳动者拒绝变更后，用人单位以此为由与劳动者解除劳动合同的，属于违反法律规定解除劳动合同的行为，根据《劳动合同法》第48条、第87条的规定，劳动者可以要求继续履行劳动合同或者要求用人单位按照《劳动合同法》第47条规定的标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

124.女职工在孕期、产期、哺乳期违反纪律，用人单位是否可以解除劳动合同？

《劳动合同法》第42条规定，用人单位在女职工的孕期、产期、哺乳期内不得依照《劳动合同法》第40条、第41条的规定解除劳动合同，并不包含第39条。而《劳动合同法》第39条规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。因此，如果女职工有《劳动合同法》第39条规定的严重违纪等情形，单位在该女职工的孕期、产期、哺乳期也可以解除劳动合同。

对于孕期、产期、哺乳期内的女职工，考虑到女职工特殊的身体情况，法律已经从工作时间、劳动强度上作出了保护性规定。同时，从劳动者的角度来说，在享受法律所给予的特殊保护时，劳动者也应自觉遵守和执行公司的考勤制度、管理制度的相关制度。否则，即使是孕期、产期、哺乳期内的女职工，用人单位也可依据《劳动合同法》第39条的规定，解除双方劳动关系。

125.在哪些情形下，用人单位可以辞退劳动者？

辞退是用人单位解雇职工的一种行为，是指用人单位由于某种原因与职工解除劳动关系的一种强制措施。根据《劳动法》第25条、《劳动合同法》第39条的规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。

根据《劳动合同法》第40条的规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，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。

根据《劳动合同法》第41条的规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，向劳动行政部门报告裁减人员方案后，可以进行经济性裁员：（1）依照企业破产法规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

126.用人单位能否与患有精神病的劳动者解除劳动合同？

依据原劳动部发布的《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》，法定医疗期最长为24个月，对于患精神病的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。《劳动合同法》第40条第1项规定，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，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资。《劳动合同法实施条例》第19条第8项规定，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，用人单位依照劳动合同法规定的条件、程序，可以与劳动者解除劳动合同。

根据以上规定，职工患精神病在法定医疗期满后可以向有关部门申请适当延长医疗期，期满后仍不能从事原工作也不能从事用人单位另行安排的工作的，用人单位依照《劳动合同法》规定的条件和程序，提前30天以书面形式通知劳动者本人，并按照《劳动合同法》规定给予经济补偿后，可以和劳动者解除合同。但是，根据上述法律规定，在医疗期间，用人单位不能因劳动者患病而解除劳动合同。

127.劳动者被判刑的，用人单位是否可以解除劳动合同？

情景再现

宋勇来自西部偏远农村，一直以来学习都很刻苦，后来考入一所211大学。大学毕业后，由于专业所限，宋勇能够选择的就业领域不是很广，几经周折进入一家私营企业工作。但是收入与他的内心期待相去甚远。急于成功的他听信朋友传言，误入了诈骗集团，后被公安机关抓获，被法院依法判处有期徒刑3年，宋勇的公司提出解除与他的劳动合同关系。

法律分析

根据《劳动合同法》第39条之规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。宋勇因为违法犯罪行为，被法院判处有期徒刑，属于上述法律规定的用人单位可以解除劳动合同的情形，因此，用人单位可以解除与宋勇的劳动合同关系。

128.用人单位能以效益不好为由裁减人员吗？

情景再现

何晨大学毕业后一直没有找到工作，后通过招聘网站发布的信息，被一家民营企业录用。双方签订了劳动合同并约定合同期限为3年，试用期为1个月。试用期满后，何晨按期转正，并在人事部任职。一段时间后，单位以效益不好为由作出裁员决定，而何晨也在被裁之列，眼看又要丢掉工作，何晨找到律师朋友寻求帮助。

法律分析

根据《劳动合同法》第41条规定，有下列情形之一，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的，用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（1）依照企业破产法规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

可见，企业进行经济性裁员必须符合法律规定，并且向劳动行政主管部门报告，向职工说明情况并听取职工的意见之后才能作出裁员决定。在本案中，何晨所在的公司作出裁员决定时仅仅以单位效益不好为由，不符合法律规定的可以裁员的条件，并且作出裁员决定时没有依照法律规定的程序向行政主管部门报告、向职工说明情况听取职工的意见，这种做法是违法的。

129.用人单位在经济性裁员时，是否可以随意裁减劳动者？

用人单位在经济性裁员时，不仅裁员的原因是法律规定的，仅限于依照企业破产法规定进行重整的、生产经营发生严重困难的等几种特定情形，裁员的程序和对象都是有严格限制的。

在裁员的程序上，基于保护劳动者合法权益的考虑，《劳动合同法》等法律法规要求工会及劳动行政部门对用人单位加以监督。用人单位因特定原因需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的，应当履行下列程序：（1）提前30天向工会或者全体职工说明情况，并提供有关生产经营状况的资料，说明裁员的原因；（2）提出裁减人员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和劳动合同约定的被裁减人员经济补偿办法；

（3）将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，并对方案进行修改和完善；（4）向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见，并听取劳动行政部门的意见；（5）由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿，出具裁减人员证明书。

此外，用人单位在裁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。根据《劳动合同法》第42条的规定，当劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内，用人单位也不得与他们解除劳动合同。而当用人单位裁员的原因消失，如生产经营状况好转时，用人单位再在6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；若超过6个月重新招用人员，则不受此限制。

130.用人单位单方解除劳动合同有哪些限制？

当具备《劳动合同法》第39条、第40条、第41条规定的法定情形时，用人单位可以依法单方解除劳动合同，但是用人单位单方解除劳动合同仍有其他限制。

根据《劳动合同法》第42条的规定，用人单位不能依据《劳动合同法》第40条、第41条的规定单方解除劳动合同的具体情形包括以下6种：（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的。职业病指某些特定行业、特定岗位的劳动者在工作中，会接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素，因这些有毒、有害因素而引起的疾病，如尘肺病、黑变病、铀中毒等，职业病的类型由法律法规明确规定。（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的。（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的。须注意，若劳动者非因工负伤，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，不受此限，用人单位可以依据《劳动合同法》第40条的规定单方解除劳动合同。（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的。孕期，指妇女怀孕期间；产期，指妇女生育期间；哺乳期，指从婴儿出生到一周岁之间的期间。（5）在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的。在这种情况下，劳动者已经为用人单位作出了较大的贡献，且不易再就业，将其纳入限制解除劳动合同范围既维护了这部分劳动者的权益，也有助于减少社会压力，形成良好的劳动关系。（6）法律、行政法规规定的其他情形。

但是，满足上述情形的劳动者也并不是绝对不能被用人单位单方解除劳动合同，当他们出现《劳动合同法》第39条规定的情形时，如严重失职、营私舞弊给用人单位造成重大损害，被依法追究刑事责任的，用人单位仍然可以单方解除劳动合同，而且无须提前30天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。

131.女职工在协议解除劳动合同后发现劳动合同解除前已经怀孕，能否要求恢复履行劳动合同？

《劳动合同法》第36条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。另外，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第10条规定，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同等达成的协议，存在重大误解或显失公平情形，当事人请求撤销的，法院应予支持。

如果女职工与用人单位协商一致后解除了劳动合同，如果不存在显失公平的情形且该女职工对该解除劳动合同本身的性质、后果等没有误解，只是疏忽了自己怀孕的事实的话，就不属于重大误解。因此双方解除劳动合同是合法有效的，不能够要求用人单位恢复履行劳动合同。

由于女性肩负着人类自然繁衍的重任，国家对于女职工怀孕、生育及哺乳规定了特殊的保护制度。根据《劳动合同法》第42条规定，女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不能依据《劳动合同法》第40条、第41条的规定单方解除劳动合同，但“双方协商一致解除劳动合同”不在此限制之内。

132.劳动者被改判无罪后，可否要求用人单位与其恢复劳动关系？

根据《劳动合同法》第39条规定，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。但问题是，司法机关在追究劳动者刑事责任的过程中，可能受到多种因素的制约，导致劳动者被错误追究刑事责任，后经过二审或再审程序被认定为无罪。此时，劳动者能否要求用人单位恢复劳动关系，《劳动合同法》并没有具体规定。

如果用人单位以劳动者“被追究刑事责任”为由解除劳动合同，根据原劳动部办公厅《关于企业职工被错判宣告无罪释放后，是否应恢复与企业劳动关系等有关问题的复函》：“关于企业职工被错判，宣告无罪释放后，企业是否应与其恢复劳动关系，补发工资问题。我们认为，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合同的，企业应恢复与该职工的劳动关系，并按照原劳动人事部《关于受处分人员的工资待遇问题给天津市劳动局的复文》的规定，恢复其原工资待遇，并补发在押期间的工资。”据此，在《国家赔偿法》实施以前，劳动者被错判，宣告无罪释放后，如果用人单位仅因劳动者被判刑而解除劳动合同的，不但应与其恢复劳动关系，而且要恢复其原工资待遇，并补发劳动者在押期间的工资。但自1995年《国家赔偿法》实施后，被错判的劳动者可获得国家赔偿，劳动者与企业之间的劳动关系无须恢复。

如果用人单位以劳动者“严重违反用人单位的规章制度”等为由解除劳动合同的，即在劳动者被司法机关追究刑事责任的同时，劳动者的行为也恰恰符合严重违反用人单位的规章制度的情形，此时用人单位以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同，即使劳动者属于被错判而宣告无罪释放，其也不能因此而要求用人单位与其恢复劳动关系。因为用人单位以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同符合《劳动合同法》第39条的规定，是合法有效的，劳动者不能要求恢复劳动关系，除非其有证据证明并未严重违反用人单位的规章制度。

133.劳动者单方请求解除劳动合同，需要履行哪些程序？

劳动者享有选择职业的权利与自由。当劳动者不愿在用人单位继续工作时，即便劳动者与用人单位之间的劳动合同期限尚未届满，劳动者仍然可以请求解除劳动合同。但是，劳动者的整体劳动构成了用人单位的生产经营活动，劳动者的离职势必对用人单位的生产经营活动产生不利影响，且离职的劳动者的劳动对于用人单位来说越重要、越核心，这个影响就会越大。因此，为了保证用人单位的生产经营活动正常有效开展，《劳动法》《劳动合同法》等法律、法规规定了劳动者单方请求解除劳动合同必须履行相应的程序。

劳动者在转正前，即试用期内，对用人单位的生产经营活动介入不深，他的离职对用人单位的不利影响较小。根据《劳动合同法》第37条的规定，劳动者在试用期内提前3天以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。虽然《劳动法》第32条规定，在试用期内劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同，但根据新法优于旧法的原则，《劳动合同法》的相关规定已经取代了《劳动法》的相应规定，劳动者应当提前3天告知用人单位。

在劳动者转正后，即正式用工期内，劳动者的工作得到了用人单位的认可，劳动者对用人单位的生产经营活动的介入随着工作时间的增长不断加深，他的离职对用人单位的不利影响也越来越大。为了让用人单位在劳动者离职后能够找到合适的替代人员，实现相关工作的有序交接，《劳动合同法》第37条规定了劳动者提前30天以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

须注意的是，劳动者选择职业的权利是他们的法定权利，任何单位或者个人不能加以限制甚至予以剥夺。除因专业技能培训而设置服务期或约定了竞业禁止条款等外，用人单位不能肆意限制劳动者的“跳槽”行为。有的用人单位通过在劳动合同中规定劳动者应当向用人单位缴纳押金或者在一定年限内离职需要支付巨额的赔偿金，来限制劳动者的离职，这样的行为都是违法的。只有当劳动者解除劳动合同的行为违反了《劳动合同法》及其他相关法律、法规的规定，给用人单位造成了经济损失时，用人单位才能向劳动者主张赔偿。

134.用人单位拖欠劳动报酬的，劳动者可以单方解除劳动合同吗？

情景再现

宁彤大学毕业后，通过招聘网站找到一家民营企业的产品营销工作。用人单位与其签订了劳动合同，期限为3年，试用期为1个月。试用期满后，没过多久，宁彤就当上了销售主管。但是，公司以整体销售业绩不好为由拖欠她的工资。因此，宁彤想要重新找一份工作，但是该公司一直不肯解除劳动合同。宁彤没有办法，只好寻求法律服务热线的帮助。

法律分析

现实生活中，用人单位常常因为各种原因迟迟不与劳动者解除劳动合同，而相对于用人单位，劳动者往往是弱势方。根据《劳动合同法》第38条规定，在6种情况下，劳动者可以解除劳动合同，本案中，用人单位不能及时足额支付宁彤的工资，属于该条规定的第2项“未及时足额支付劳动报酬”的情况，宁彤有权解除劳动合同，用人单位不得拒绝。

用人单位在与劳动者签订劳动合同时，必须双方协商一致而且是双方真实意思表示的情况下，按照法律规定的要件签署，劳动合同才有效。劳动合同一经签订，没有法定事由出现，一般用人单位和劳动者都不能单方解除，但是出现了法律规定的情形的，可单方解除劳动合同。

135.用人单位没有为劳动者缴纳社会保险费，劳动者可以单方解除劳动合同吗？

情景再现

孙佳佳大学毕业后，被一家民营企业录用。用人单位与孙佳佳签订了为期5年的劳动合同，试用期满后，她按期转正。在工作一年之后，孙佳佳生了一场重病，于是用自己的社保卡支付，但是被告知用人单位一直没有为孙佳佳缴纳社会保险费。无奈之下，她自行负担了费用，单位答应予以报销。但是又过了一段时间，单位迟迟未缴纳相关的社会保险，于是孙佳佳提出解除劳动合同。

法律分析

《劳动法》《劳动合同法》的立法意旨之一就是充分保障劳动者在劳动关系中的各种合法权益，其中一项最重要的权益就是依法获得劳动报酬与相关福利的权利，这是劳动者提供劳动的最根本的目的之一。本案中，孙佳佳的单位未为她缴纳社会保险费用，根据《劳动合同法》第38条第3项的规定，孙佳佳有权解除与用人单位的劳动合同，无须提前通知，用人单位也不得拒绝。

136.用人单位的规章制度有违法规定且损害劳动者权益，劳动者是否可以解除劳动合同？

情景再现

李春波大学毕业后，通过校园招聘被一家民营企业录用，劳动合同约定期限为5年，试用期为6个月。试用期满后按时转正，工作一段时间后，单位出台一项制度，规定每个员工每个月必须义务加班12小时，以提高公司效益。李春波觉得这个制度不符合法律规定，向单位提出，单位认为此规定是出于效益需要，希望员工支持，李春波遂提出解除劳动合同，但是单位拒绝。

法律分析

《劳动法》《劳动合同法》关于劳动时间的规定属于强行性规定，用人单位必须严格遵照法定标准执行，由于生产经营需要，有必要延长工作时间的，也必须与工会或劳动者协商达成一致，且应当支付加班工资。本案中，用人单位单方决定员工每月义务加班12小时的要求不属于法律规定可以安排加班的情形，根据《劳动合同法》第38条第4项规定，单位违法要求义务加班，属于“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”的情形，李春波有权解除劳动合同，用人单位不得拒绝。

137.哪些情况下，劳动者可以不提前通知用人单位，直接解除劳动合同？

通常情况下，劳动者解除劳动合同应当提前30日以书面形式通知用人单位，确保用人单位的生产经营活动能够正常延续。但是，在某些特定的情况下，用人单位的行为侵犯了劳动者的合法权益，甚至威胁到劳动者的人身安全，劳动者可以不提前通知用人单位，直接解除劳动合同。根据《劳动合同法》第38条的规定，劳动者可以不提前通知用人单位，直接解除劳动合同的情形可以具体分为两类：（1）用人单位对劳动者合法权益的侵害相对较小，劳动者无须提前通知，可直接告知用人单位解除劳动合同；（2）用人单位对劳动者合法权益的侵害相对较大，劳动者可以不通知用人单位而立即解除劳动合同。

前一类情形主要包括以下6种具体情况：（1）用人单位没有按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件，如劳动者在从事高温高空或有毒工作时，用人单位没有提供相应的防护用具；（2）用人单位没有及时足额支付劳动报酬；（3）用人单位没有依法为劳动者缴纳社会保险费，如养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险和生育保险；（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，如限制劳动者休息休假的权利、限制劳动者参加工会；（5）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签订劳动合同，如用人单位在招聘时许以高薪酬但实际薪酬远远低于承诺薪酬；（6）法律、行政法规规定的劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

后一类情形主要是用人单位存在严重违法行为，劳动者的人身权益受到严重威胁。（1）用人单位使用捆绑、殴打等直接暴力行为，或者以可能施加暴力行为或伤害劳动者家人等进行威胁以及非法限制劳动者人身自由的行为强迫劳动者劳动，如某些黑煤矿扣押劳动者身份证及通信工具、拘禁劳动者，强迫他们下到没有安全设施的煤矿中挖煤的行为。（2）用人单位违章指挥，强令冒险作业危及劳动者的人身安全，如某些建筑单位在大风天仍要求劳动者在缺乏保护设施的情况下从事户外高空作业。

138.女职工在孕期、产期、哺乳期的，女职工本人是否可以单方解除劳动合同？

情景再现

林江波与李果儿是大学同学，后来发展成恋人关系。大学毕业后，两人都留在了同一城市工作。林江波选择自主创业，开了一间咖啡馆。李果儿通过校园招聘进入一家外资企业工作。工作稳定后，两人结婚，很快李果儿有了身孕。林江波的咖啡馆生意兴隆，收入不错，商议后，李果儿决定辞掉工作。可是在李果儿递交辞职报告之后，用人单位迟迟不办理离职手续，法学院毕业的李果儿认为，解除劳动合同是自己的合法权利，单位迟迟不办理离职手续显然侵害了自己的合法权益。

法律分析

本案是劳动者因自身需要而提出解除合同，根据《劳动合同法》第37条的规定，劳动者提前30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3日通知用人单位，可以解除劳动合同。因此，李果儿只要提前30日向公司提交书面辞职材料，就符合解除合同的法律规定，用人单位没有特殊情况不得拒绝为其办理离职手续。

劳动合同一经签订，没有法定事由出现，一般用人单位和劳动者都不能单方解除，但是出现了法律规定的情形的，可单方解除劳动合同。法律对于劳动者单方解除劳动合同的条件设置相对要宽松一些，一般情况下只需要提前30日以书面形式通知单位即可解除劳动合同。

第二节

劳动合同的终止

139.用人单位宣告破产，劳动合同是否自然终止？

情景再现

章丽大学毕业后，通过校园招聘被一家私营企业录用。双方签订了劳动合同，约定合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，章丽按期转正，就在转正后不久，该公司出现严重的经营困难，后经债权人申请，公司进入破产清算程序，单位随即宣告所有的劳动合同自然终止。

法律分析

根据《劳动合同法》第44条之规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：（1）劳动合同期满的；（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（3）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（4）用人单位被依法宣告破产的；（5）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。根据法律规定，章丽的公司被依法宣告破产，那么她与公司的劳动合同随即终止。

用人单位在与劳动者签订劳动合同时，必须双方协商一致而且是在双方真实意思表示的情况下，按照法律规定的要件签署，劳动合同才有效。当出现了法定事由，比如用人单位被依法宣告破产等情形，用人单位与劳动者的劳动合同随即终止。

第二节

劳动合同的终止

139.用人单位宣告破产，劳动合同是否自然终止？

情景再现

章丽大学毕业后，通过校园招聘被一家私营企业录用。双方签订了劳动合同，约定合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，章丽按期转正，就在转正后不久，该公司出现严重的经营困难，后经债权人申请，公司进入破产清算程序，单位随即宣告所有的劳动合同自然终止。

法律分析

根据《劳动合同法》第44条之规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：（1）劳动合同期满的；（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（3）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（4）用人单位被依法宣告破产的；（5）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。根据法律规定，章丽的公司被依法宣告破产，那么她与公司的劳动合同随即终止。

用人单位在与劳动者签订劳动合同时，必须双方协商一致而且是在双方真实意思表示的情况下，按照法律规定的要件签署，劳动合同才有效。当出现了法定事由，比如用人单位被依法宣告破产等情形，用人单位与劳动者的劳动合同随即终止。

140.用人单位是否可以与劳动者约定劳动合同终止的条件？

情景再现

杨红在大学期间主修会计专业，在大学毕业前就拿到了注册会计师证书。毕业时她过五关斩六将，被一家国际著名的会计师事务所录用。随即双方签订了劳动合同，约定合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，公司又和杨红签订了一个补充合同，双方协商确定了劳动合同终止的一些条件，如果条件具备，双方劳动合同即终止。

法律分析

虽然《劳动法》第23条规定，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。但是，在《劳动合同法》实行以后，只有在法定情形下劳动合同才能终止，用人单位与劳动者不能自由约定劳动合同的终止条件。即便双方对终止条件的约定系各自真实的意思表示，也因违反了《劳动合同法》对于合同终止条件的规定而归于无效。

根据《劳动合同法》第44条之规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：（1）劳动合同期满的；（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（3）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（4）用人单位被依法宣告破产的；（5）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。法律对劳动合同的终止情况作了列举性的规定，法律赋予了用人单位和劳动者在一定情形下可以解除劳动合同的权利，但是劳动合同终止的事由只能是法定的，而不能由用人单位与劳动者进行约定，因此杨红与用人单位的补充约定是无效的。

141.劳动合同期限届满的时间能否因法定休息日而顺延？

劳动合同中的期限届满有具体的日期，该日期是双方协商后确定的，是劳动合同的一项重要内容，属于当事人意思自治的内容，而不是法律强制性的规定。原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第5条第2款规定：“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。”因此，劳动合同期限届满日应当是劳动合同约定期限的最后一日的24时，不存在因法定休息日而顺延的问题。

142.劳动合同期满时，女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位应如何处理？

情景再现

张江丽大学毕业后如愿以偿被一家很有名气的民营企业录用，双方签订了劳动合同，并约定劳动合同期限为5年，试用期为6个月。试用期满后，张江丽按期转正。工作稳定下来，她也遇到了意中人，办理了结婚登记。后张江丽怀孕，但在怀孕期间，张江丽与单位的劳动合同期限届满，但是单位认为劳动合同期限届满，双方的劳动合同就自然终止了。

法律分析

根据《劳动合同法》第45条的规定，劳动合同期满，有《劳动合同法》第42条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。也就是说，通常情况下，劳动合同期限届满，如果用人单位与劳动者没有续签或者新签订劳动合同，双方的劳动合同关系就自然解除。但是如果出现《劳动合同法》第42条规定的6种情形，则劳动合同应当延续到这些情形消失时候才终止：（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（5）在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。本案中，张江丽在怀孕期间劳动合同期限届满，她与用人单位的劳动合同关系依法应当延续到她孕期、产期、哺乳期结束时才真正终止。

劳动合同约定的期限是劳动者与用人单位劳动合同关系存续的期限，在这个期限内双方依照合同约定履行义务、享有权利。劳动合同期限届满，通常情况下，双方的劳动合同关系随之终止。但是法律规定在特殊情况下，即使劳动合同期限届满也不能当然视为劳动合同关系终止，主要是为出现这些特殊情况的劳动者提供一定的保障。

143.用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者怎样维护自己的合法权益？

情景再现

李江江和张春春在同一个公司上班，两人发展成为恋人关系，不久后登记结婚。后张春春怀孕，需要请假，领导认为张春春孕假较长，遂以单位效益不好为由，解除了与张春春的劳动合同关系。张春春觉得不妥，找到单位上级领导，上级领导不予理会，于是张春春找到劳动行政主管部门以求讨得公道。

法律分析

本案中，单位属于违法解除与张春春的劳动合同关系。张春春可以要求继续履行劳动合同，也就是双方的劳动合同继续有效。张春春也可以提出不用继续履行双方的劳动合同，要求用人单位依照《劳动合同法》第87条的规定支付赔偿金。《劳动合同法》第80条规定，用人单位违反《劳动合同法》规定解除或者终止劳动合同的，应当依照《劳动合同法》第47条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。《劳动合同法》第47条规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。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。

144.“长期两不找”的劳动关系如何认定？

“长期两不找”主要指劳动者与用人单位之间长时间不发生实际往来的情况。劳动者与用人单位之间多年来不存在相互的权利义务关系，双方继续履行劳动关系已经失去了存在的基础。但尽管如此，也不能简单认定双方的劳动关系在事实上已经解除。《劳动合同法》规定，用人单位如果要解除劳动合同，必须用书面方式告知劳动者，单方解除劳动合同的理由应当告知工会，经济性裁员还应征得工会同意，并且解除合同还需要满足法律规定的条件。如果用人单位没有履行法定程序，则很难认定用人单位已经履行了解除劳动合同所必需的形式要件。如果用人单位解除合同不符合形式要件的要求，此时以“长期两不找”作为认定双方事实上解除劳动合同的客观依据虽在情理上说得过去，但没有明确的法律依据。因此，在这种情况下，应当认定双方之间的劳动关系处于中止状态。由于劳动者在该期间并未付出劳动力，自然也无权要求用人单位支付相应的对价，无权要求支付相应的工资。

145.劳动者开始享受社会基本养老保险待遇的，劳动合同是否应当终止？

社会基本养老保险，是指国家和社会根据相关的法律法规，为解决劳动者在达到国家规定的劳动年龄界限，或者因年老丧失劳动能力退出工作岗位后的基本生活而建立的一种社会保险制度。社会基本养老保险同基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育险和公积金共同组成了我们常说的“五险一金”。根据《社会保险法》第16条的规定，参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满15年的，可以按月领取基本养老金。那么，当劳动者开始享受社会基本养老保险待遇时，他与用人单位签订的劳动合同是否当然终止呢？

根据《劳动合同法》第44条的规定，有下列情形之一的，劳动合同终止：（1）劳动合同期满的；（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（3）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（4）用人单位被依法宣告破产的；（5）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。因此，当劳动者开始依法享受基本养老保险待遇时，其与用人单位的劳动合同自动终止，无须某一方提出解除劳动合同。

但是，有两点需要注意。第一，劳动者到达退休年龄并不意味着他开始依法享受基本养老保险待遇。根据《社会保险法》第16条的规定，劳动者参加基本养老保险，在达到法定退休年龄时如果累计缴纳基本养老保险费不满15年，无法享受基本养老保险待遇，此时，他与用人单位的劳动合同并不会终止。待劳动者达到法定退休年龄且缴费满15年，开始按月领取基本养老金，他与用人单位的劳动合同才会终止。第二，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇，并与用人单位的劳动合同终止后，劳动者并非不能再继续从事现有工作。我国的法律法规作出上述规定，是为了促进劳动力的更新，给青壮年劳动者更多的机会，同时也有尊老养老的考虑。劳动者与用人单位若仍想继续工作关系，可以签订退休返聘协议，只是此时劳动者与用人单位之间是雇佣关系或劳务关系，而非劳动关系，不再适用《劳动法》和《劳动合同法》等劳动相关的法律进行调整。

146.哪些情况下，用人单位需要向劳动者支付经济补偿？

经济补偿是指在某些特定情形下，用人单位与劳动者解除或终止劳动合同时，用人单位以法定标准一次性支付给劳动者的经济上的补助。因此，并不是用人单位与劳动者解除或终止劳动合同的所有情形下，用人单位都需要向劳动者支付经济补偿。根据《劳动合同法》的规定，用人单位需要向劳动者支付经济补偿的情形限于以下几种：（1）因用人单位未及时足额支付劳动报酬、未依法给劳动者缴纳社会保险费等原因，劳动者依照《劳动合同法》第38条解除劳动合同。（2）用人单位依照《劳动合同法》第36条的规定向劳动者提出解除劳动合同，随后与劳动者协商一致解除劳动合同。须注意的是，若由劳动者依照《劳动合同法》第36条的规定提出解除劳动合同，则用人单位无须支付经济补偿。（3）因劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作等原因，用人单位依据《劳动合同法》第40条提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后与其解除劳动合同。（4）用人单位依据《劳动合同法》第41条第1款规定作出经济性裁员，与劳动者解除劳动合同。（5）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，用人单位与劳动者因劳动合同期满终止劳动合同。（6）用人单位因被依法宣告破产，或者被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的，用人单位与劳动者终止劳动合同的。（7）法律、行政法规规定的其他情形。

在上述情形下，用人单位与劳动者解除或终止劳动合同需要向劳动者支付经济补偿。而在下列情形下，用人单位可以不向劳动者支付经济补偿：（1）劳动者主动提出解除劳动合同，或者用人单位提高劳动合同工资待遇但劳动者不愿意续签的，用人单位可以不支付经济补偿；（2）劳动者在劳动合同期限内，由于主管部门调动或转移工作单位而被解除劳动合同，未造成失业的，用人单位可以不支付经济补偿；（3）当劳动者出现严重违反用人单位的规章制度，严重失职、营私舞弊给用人单位造成重大损害等情形时，用人单位依据《劳动合同法》第39条规定解除劳动合同的，用人单位可以不支付经济补偿。

147.经济补偿的计算标准是怎样的？

情景再现

某甲在2015年7月14日与某公司签订了劳动合同，约定某甲在该公司从事法务工作，合同期限为2015年7月14日至2020年7月14日。2017年7月15日，因公司持续拖欠工资达5个月，某甲向公司提出解除劳动合同。该公司同意与某甲解除劳动合同，并向其多支付了1个月工资作为经济补偿，某甲认为公司支付的经济补偿低于国家标准，要求公司支付原先2个月的工资作为经济补偿，公司认为劳动合同明确约定了离职经济补偿为1个月工资，不同意某甲的要求。某甲遂向当地劳动仲裁委员会提起仲裁。

法律分析

经济补偿作为用人单位在特定情况下支付给劳动者的经济上的补助，为避免用人单位随意约定经济补偿金的数额，侵犯劳动者的合法权益，我国法律采用法定主义，即经济补偿的计算标准由《劳动合同法》直接规定，用人单位不得擅自作出不同于法定标准的其他约定。根据《劳动合同法》第47条的规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满一年的，按一年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。同时，为避免经济补偿过高，给企业带来不必要的负担，该条还规定，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3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。因此，经济补偿的最高数额为用人单位所在地区上年度职工月平均工资的36倍。

计算经济补偿金的关键是确定劳动者的月工资。根据《劳动合同法》第47条的规定，用于计算经济补偿金的月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资。根据《劳动合同法实施条例》第27条的规定，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。而劳动者的以下劳动收入不列入用于计算经济补偿金的月工资范围：

（1）劳动保护费用，如工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；（2）按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

第六章 劳动争议解决

148.人事档案纠纷是否属于劳动争议？

实践中，人事档案纠纷主要指劳动者要求用人单位转移档案，而用人单位拒绝或者拖延办理转移档案手续而引起的纠纷或者因用人单位将劳动者档案损坏或丢失，劳动者要求用人单位补办档案、赔偿损失引起的纠纷等。

《最高人民法院关于人事档案被原单位丢失后当事人起诉原用人单位补办人事档案并赔偿经济损失是否受理的复函》明确规定，案件关系人起诉请求补办档案、赔偿损失的，人民法院应当作为民事案件受理。《最高人民法院关于审理劳动争议适用法律若干问题的解释（二）》第5条对上述复函进行了更为明确的限制，该条规定将人事档案纠纷直接规定为劳动争议，即劳动者与用人单位解除或终止劳动关系后，请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押产物产生的争议，或者办理劳动者的人事档案、社会保险关系等转移手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。《劳动合同法》第50条第1款规定，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在15日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。依据上述规定，对于劳动者要求用人单位办理转移档案或者因用人单位丢失、损害档案要求赔偿损失的，属于用人单位在劳动合同的履行过程中应当承担的法定义务，与劳动合同本身具有密不可分的联系。故人事档案纠纷，属劳动争议范畴。

149.因设立中的公司用工行为发生的争议是劳动争议吗？

尽管设立中的公司不是《劳动法》《劳动合同法》规定的用人单位，但不能因此否认设立中的公司和劳动者之间的用工行为，不论其效力如何，其与劳动者之间的关系应当认定为劳动关系。根据《劳动合同法》第7条的规定，劳动关系的建立在于用人单位和劳动者是否存在用工行为，同时，劳动关系的确认由人民法院或者劳动仲裁机构认定。劳动者和设立中的公司之间发生的争议一般为劳动报酬纠纷和社会保险纠纷。设立中的公司的用工行为是一种非正常用工，而且因设立中的公司不具备劳动法上用人单位的主体资格而使双方之间的劳动关系处于不确定状态，但是由于劳动关系的特殊性以及保障劳动者劳动权实现的需要，应当将设立中的公司与劳动者因设立中的公司的用工行为发生的争议纳入劳动争议范围，除非有证据证明双方之间的关系系劳务关系。

判定设立中的公司是否与劳动者形成事实劳动关系，可以从以下三方面进行考察：（1）是否支付劳动报酬。（2）是否具有隶属关系。（3）是否提供劳动条件和生产资料。2006年7月5日，原劳动和社会保障部办公厅《关于用人单位筹备组与职工发生劳动争议有关问题意见的函》指出：“用人单位在组建过程中，其筹备组与职工发生劳动争议的，筹备组和发起人（法人）共同作为劳动争议主体，承担连带责任。”可见，为切实保护劳动者权益，防止相关单位以主体不适格为由逃避责任，在认定劳动关系时对“用人单位”的内涵作了扩大解释。筹备组与发起人都具备用工主体的法律地位，不同的是，在筹备组未履行劳动合同的情况下，发起人作为劳动合同的用人单位也应承担相应的责任。

150.劳动者与用人单位发生劳动争议，解决的途径有哪些？

《劳动法》第77条规定，用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。该法第79条规定，劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。该法第83条规定，劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。《劳动合同法》第77条规定，劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。

综上所述，劳动者与用人单位发生劳动争议，可以采取以下途径处理：（1）协商。劳动者与用人单位在平等、公平、自愿、合法的前提下，可以自行协商处理；（2）申请调解。劳动者可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；（3）仲裁。如果没有达成调解协议或者拒绝调解而要求仲裁的，可以申请仲裁。如果劳动者不愿意由劳动争议调解委员会调解，或者本单位没有劳动争议调解委员会的，劳动者可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；（4）起诉。如果劳动者对劳动争议仲裁委员会的裁决不服，可以向人民法院提起诉讼。

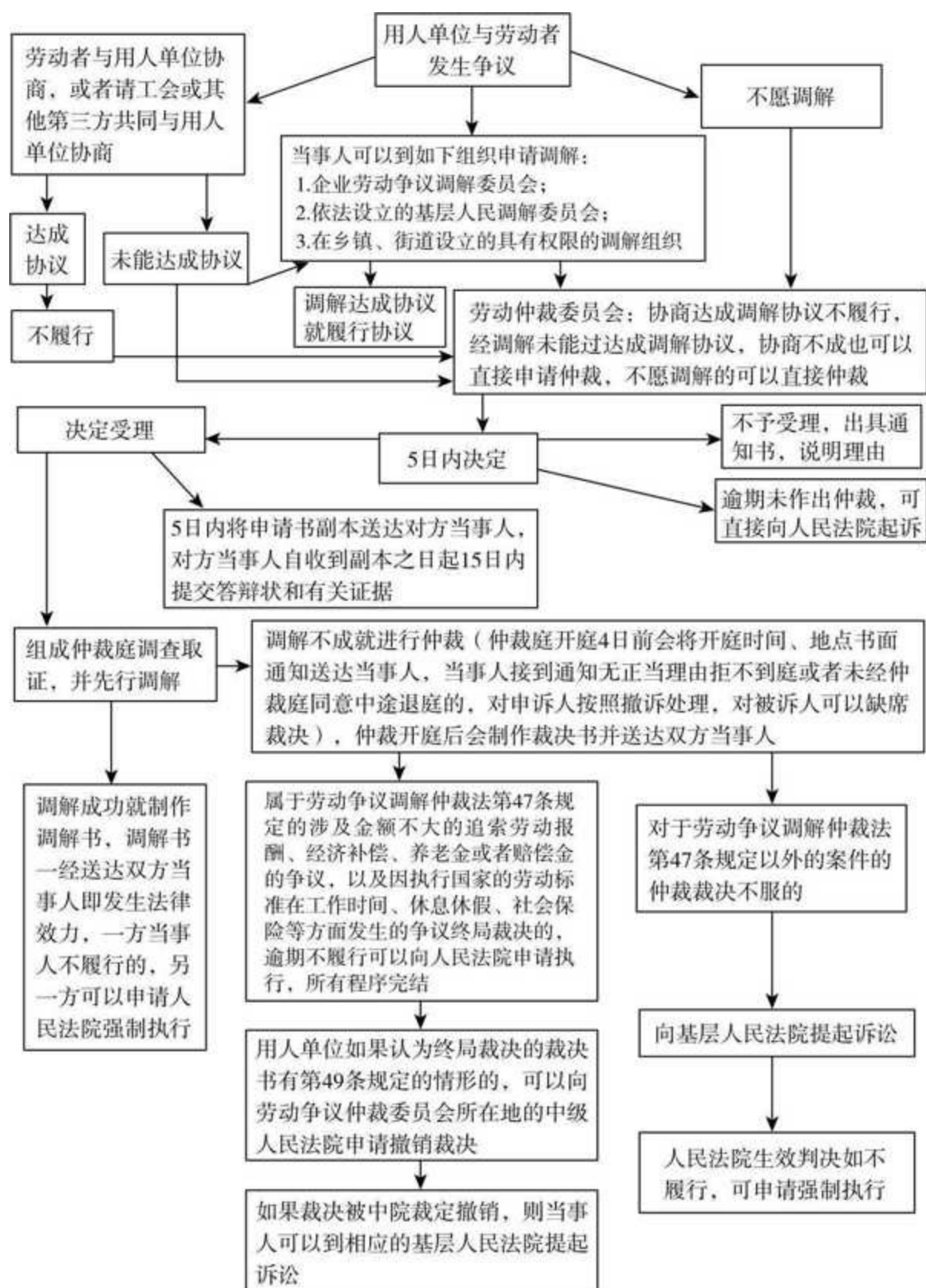
需要说明的是，劳动争议调解委员会的调解不是劳动争议处理的必经程序，当事人一方可以直接申请仲裁，但申请仲裁是提起诉讼的前置程序，只有在当事人对仲裁裁决不服时，人民法院才受理诉讼请求。

151.劳动者与用人单位发生劳动争议的处理流程是怎样的？

我国目前的劳动争议处理制度在学界和实务界通常概括为“一调一裁两审”。发生劳动争议后，当事人除进行协商外，可以申请调解，调解不成或者不愿意调解，可以申请仲裁，对仲裁裁决不服，可以向人民法院提起诉讼，诉讼程序按照民事诉讼程序进行，实行两审终审制。其中，仲裁是诉讼的前置程序，也就是说劳动争议必须先申请仲裁，经由仲裁机关处理后，才能向人民法院提起诉讼。另外，对于一些特殊纠纷，如涉及金额不大的追索劳动报酬、经济补偿、养老金或者赔偿金的争议，以及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实行“一裁终局”，也就是说这些案件经由仲裁机关仲裁后的裁决就是终局裁决，可以依据仲裁裁决申请人民法院强制执行。

在以上程序中，最快速的解决方式是协商解决，最经济的解决方式是申请调解，最常见的解决方式是申请仲裁，最后的解决方式是向法院提起诉讼。这些程序有一定的独立性，由当事人自愿选择或者依法适用，但是提起诉讼之前必须先申请仲裁，经由仲裁机关处理过后并符合法律规定的条件，人民法院才会依法受理。

劳动争议的具体处理流程可以参照下图：



152.劳动者可以向哪些调解组织申请调解？

《劳动争议调解仲裁法》第10条规定，发生劳动争议，当事人可以到下列调解组织申请调解：

（1）企业劳动争议调解委员会；（2）依法设立的基层人民调解组织；（3）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

另外，《劳动法》第79条规定，劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。由此条可知，劳动者与用人单位发生争议的，在争议解决的全过程中都可以向相应机关申请调解，进入仲裁程序的，可以向劳动争议仲裁委员会申请调解，进入诉讼程序后，也可以向人民法院申请调解，因为在这些劳动争议解决程序过程中，处理机关都应当以调解为原则。

153.企业劳动争议调解委员会如何组成？

企业劳动争议调解委员会，是在职工代表大会领导下，负责调解本企业内的劳动争议，协调劳动关系的群众性组织。劳动争议调解委员会由职工代表、企业行政代表和企业工会代表组成。职工代表由职代会选举产生，行政方由企业方指定，工会代表由企业工会指定。劳动争议调解委员会的办事机构一般设在企业工会。

《劳动争议调解仲裁法》第10条第2款规定，企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。《劳动争议调解仲裁法》第11条规定，劳动争议调解组织的调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，并具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任。

154.劳动争议仲裁委员会如何组成？

劳动争议仲裁委员会负责处理国有企业、国家机关、事业单位、社会团体因履行劳动合同发生的劳动争议，保护国家行政和职工的合法权益，维护正常的生产秩序和社会秩序，促进社会主义建设。

《劳动争议调解仲裁法》第19条规定，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。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

劳动仲裁委员会是劳动争议的法定前置程序受理和处理机构，由同级劳动行政机关代表、总工会代表、与争议事项有关的企业主管部门的代表或者企业主管部门委托的有关部门的代表组成。三方代表人数相等，但委员人数必须为单数。经仲裁委员会协商并一致同意，可以约请有关单位的代表列席仲裁会。仲裁委员会的主任由同级劳动行政机关代表担任。劳动行政机关的劳动争议处理机构为仲裁委员会的办事机构，可以根据需要确定仲裁工作人员若干人。

155.劳动争议发生后，应当在何时提出仲裁申请？

《劳动争议调解仲裁法》第27条规定，“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效，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。因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条第一款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”。

由此可知，在劳动争议发生后，劳动者或者用人单位需要提出仲裁申请的，通常情况下必须在争议发生之后1年内提出。

156.如何拟定劳动争议仲裁申请书？

《劳动争议调解仲裁法》第28条规定，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。

157.仲裁期间，双方当事人达成和解可否撤回仲裁申请？

《劳动争议调解仲裁法》第41条规定，当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。《劳动人事争议仲裁办案规则》第35条规定，仲裁处理结果作出前，申请人可以自行撤回仲裁申请。申请人再次申请仲裁的，仲裁委员会应当受理。由此可知，一般情况下，申请劳动争议仲裁之后，劳动者与用人单位在私下达成和解的，可以由劳动争议仲裁申请人撤回仲裁申请。

需要特别指出的是，撤回仲裁申请后，双方私下签署的和解协议本身不具备法律效力和强制执行力，和解协议的履行全凭双方的诚实守信，在一方违反协议不履行的情况下，对方不能申请强制执行。而请求仲裁庭根据和解协议制作调解书则是比较稳妥的做法，即用调解书将双方和解协议的内容固定下来，调解书经过双方当事人签收后是具有法律效力的，如果一方拒绝执行调解书内容时，另一方可以申请强制执行。

158. 申请仲裁裁决先予执行的条件有哪些？

《劳动争议调解仲裁法》第44条规定，仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：（1）当事人之间权利义务关系明确；（2）不先予执行将严重影响申请人的生活。劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

由此可知，当事人如果是针对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件提出先予执行的申请，并且案件所涉当事人之间的权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活，仲裁庭可以裁决先予执行，但是需要注意的是，仲裁庭只有裁决权，没有执行权。仲裁庭裁决先予执行后，应当移送人民法院予以执行。

159.劳动争议可以不经仲裁而直接向人民法院起诉吗？

《劳动法》79条规定，劳动争议发生后，当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。由此可知，在劳动者与用人单位发生劳动争议时，可以通过协商、调解、仲裁、诉讼等途径来解决，其中协商、调解不是劳动争议处理的必经程序，但劳动争议仲裁委员会的仲裁是处理劳动争议的必经程序，也是处理劳动争议最重要的程序。只有经过仲裁，当事人才可以向人民法院起诉。

另外，根据《劳动争议调解仲裁法》第43条规定，仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起45日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过15日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。也就是说，如果当事人将劳动争议提交劳动争议仲裁委员会仲裁之后，仲裁委员会逾期未作出裁决的，当事人可以将劳动争议提交人民法院进行诉讼。

160.劳动争议案件中举证责任是如何分配的？

司法实践中，举证责任的承担直接关系到当事人诉讼权利的实现，按照法律规定，主张权利的一方负有举证责任，即“谁主张谁举证”，这也是举证责任分配的一般原则。然而，由于社会关系的复杂性，在很多情况下这一原则不能给当事人的权利提供充分救济。因此，举证责任倒置作为一般举证原则的例外，在劳动争议案件中越来越多地被适用。所谓举证责任倒置，是指基于法律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人就某种事由不负担举证责任，而他方当事人就某种事实存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此举证证明，则推定原告的事实主张成立的一种举证责任分配制度。

劳动争议案件中，虽然劳动者与用人单位在法律上是平等的主体，但劳动者对用人单位有一定的人身依附属性，从而用人单位处于强势地位，劳动者处于弱势地位。为了平衡劳动者和用人单位之间的利益，我国劳动立法倾向于保护劳动者，以抵消这种实质上的不平等。特别是在举证责任分配中，由于很多证据由用人单位掌握，劳动者很难获得或者根本无法获得这些证据材料。因此，在审理劳动争议案件时，应根据《劳动合同法》的立法精神和《民事诉讼法》的公平原则，按照劳动争议的性质、当事人对证据的控制情况、收集证据能力的强弱等因素，来合理分配举证责任。举证责任倒置原则就是为了实现举证责任上的“平等”，以提高诉讼效率，合理保护劳动者的利益。

相关规定具体如下。《劳动争议调解仲裁法》第6条：“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。”该法第39条：“当事人提供的证据经查证属实的，仲裁庭应当将其作为认定事实的根据。劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期内不提供的，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若干问题的解释》第13条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第6条规定，在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

《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9条：“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。”