

如何依法解除劳动合同

- 第一节：用人单位解除劳动合同应当支付赔偿金、经济补偿金的情形及各自标准？2
- 第二节：不具备合法经营资格的用人单位应承担的法律责任7
- 第三节：经济补偿的计算基数.....10
- 第四节：经济补偿的计算年限.....11
- 第五节：经济补偿的分段计算.....14
- 第六节：代通知金的计算.....18
- 第七节：计算经济补偿金的正确方法.....20
- 第八节：劳动争议处理的基本程序.....22
- 第九节：解除劳动合同典型案例分析.....24
- 第十节：经济补偿金的计算基数是否包含加班费？27
- 第十一节：拖欠工资经济补偿金是如何计算的.....29
- 第十二节：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资怎么办？31
- 第十三节：解除劳动合同方式有哪些.....38
- 第十四节：什么情况公司不能解除劳动合同.....39
- 第十五节：劳动合同终止的情形有哪些？40
- 第十六节：劳动合同期满，什么情况应续延？42
- 第十七节：无效劳动合同如何处理？45
- 第十八节：竞业限制与竞业禁止的区别及违反后果48

第一节：用人单位解除劳动合同应当支付赔偿金、经济补偿金的情形及各自标准？

第一段落：用人单位解除劳动合同应当支付赔偿金的情形

摘要：劳动者提起劳动争议人事争议仲裁时，在列仲裁请求时通常会将经济补偿金和赔偿金并列列入，要求用人单位对两项请求全部予以支持，其实每个劳动者及劳动者的代理律师都非常明白，兼得两项赔偿是不可能的，没有事实和法律依据。其实这样列请求是非常危险的，在没有搞清楚用人单位是否违法解除的情形下并列选择经济补偿金和赔偿金是错误的，有时候代理人还会让劳动争议仲裁委员会或法院来选择应当支持哪一项，就支持哪一项，把“皮球”踢给裁决部门，这是非常危险的情形，如果用“或”来要求，法院通常会认为你的请求不明，予以驳回。王律师建议，经济补偿金和赔偿金只能得其一，当然赔偿金的数额比经济补偿金的数额高，但不是越高就越好，选择正确主张才是关键，关键的前提是要搞明白什么情形下应当要求用人单位支付赔偿金，当然用人单位也应当搞明白什么情形下应当支付赔偿金，从而避免违法解除的情形出现，规避法律风险。

归纳起来，用人单位违法解除劳动合同可以分为如下三种情况：

一、法律规定不得解除劳动合同但用人单位强行解除

根据《劳动合同法》第42条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第40条、第41条的规定解除劳动合同：

- 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。

二、用人单位在法律规定的条件未满足时解除劳动合同

根据《劳动合同法》的规定，在相关条件满足的情况下，用人单位可以分别协议解除劳动合同、单方即时解除劳动合同和单方预告解除劳动合同。

协议解除劳动合同的条件：根据《劳动合同法》第 36 条，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。如果用人单位打算协议解除劳动合同却没能与劳动者达成一致，则协议解除的条件不存在。如果此时用人单位强行解除劳动合同，用人单位应当承担相应的法律责任。

用人单位单方即时解除劳动合同的条件：根据《劳动合同法》第 39 条，在存在如下情况时用人单位可以单方即时解除劳动合同：

- 1、在使用期间被证明不符合录用条件的；
- 2、严重违反用人单位的规章制度的；
- 3、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- 4、劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- 5、因本法第 26 条第 1 款第 1 项规定的情形致使劳动合同无效的；

用人单位单方预告解除劳动合同的条件：根据《劳动合同法》第 40 条和第 41 条，只有符合如下条件时，用人单位才可以单方预告解除劳动合同的条件：

- 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；
- 4、依照企业破产法规定进行重整的；
- 5、生产经营发生严重困难的；
- 6、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；
- 7、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。

三、用人单位解除劳动合同的程序不符合法律规定

为了保护劳动者的合法权益，防止用人单位滥用解除劳动合同的权利，用人单位在解除劳动合同时应当遵循法律规定的程序。如果用人单位在解除劳动合同时不遵循法律规定的程序，其行为同样构成《劳动合同法》第 48 条规定的违法解除劳动合同，并因此承担相应的法律责任。

用人单位依据《劳动合同法》第 40 条解除劳动合同的程序：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 1 个月工资，同时用人单位应当事先将理由通知工会。应当注意的是，如果用人单位选择额外支付劳动者 1 个月工资，则用人单位无须提前 30 日书面通知劳动者本人即可解除劳动合同。

用人单位《劳动合同法》第 41 条解除劳动合同的程序：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，裁减人员方案向劳动行政部门报告。

结语：用人单位的 HR 应当避免上述违法解除情形的出现，避免给单位造成大的损失。在用人单位没有违法解除的情形时，劳动者应当在仲裁或诉讼请求时予以选择。

第二段落：用人单位应当向劳动者支付经济补偿金的 21 种情形及支付标准。

一、用人单位应当支付经济补偿金的 21 种情形

（一）劳动者解除劳动合同，用人单位应当支付经济补偿金的 9 种情形：

- 1、用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件，劳动者解除劳动合同的；
- 2、用人单位未及时足额支付劳动报酬，劳动者解除劳动合同的；
- 3、用人单位低于当地最低工资标准支付劳动者工资，劳动者解除劳动合同的；
- 4、用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费，劳动者解除劳动合同的；
- 5、用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益，劳动者解除劳动合同的；
- 6、用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，劳动者解除劳动合同的；
- 7、用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动，劳动者解除劳动合同的；
- 8、用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全，劳动者解除劳动合同的；
- 9、法律、行政法规规定的其他情形。

（二）用人单位解除或终止劳动合同，应当向劳动者支付经济补偿金的 12 情形：

- 10、用人单位提出协商解除劳动合同，并与劳动者协商一致而解除劳动合同的；
- 11、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，用人单位提前 30 日通知劳动者或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同的；

12、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，用人单位提前 30 日通知劳动者或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同的；

13、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，用人单位提前 30 日通知劳动者或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同的；

14、用人单位依照企业破产法规定进行重整，依法裁减人员的；

15、用人单位生产经营发生严重困难，依法裁减人员的；

16、企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员，用人单位依法定程序裁减人员的；

17、其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，用人单位依法定程序裁减人员的。

18、劳动合同期满，劳动者同意续订劳动合同而用人单位不同意续订劳动合同，由用人单位终止固定期限劳动合同的；

19、因用人单位被依法宣告破产而终止劳动合同的；

20、因用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而终止劳动合同的；

21、法律、行政法规规定的其他情形

第三段落：用人单位支付经济补偿金、赔偿金的标准

一、经济补偿金的标准：

（一）、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。

（二）、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。（注：若劳动者收入没有高于本条规定的三倍，则补偿年限不受最高 12 年的限制）

（三）、以上所称月工资，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。

二、赔偿金的标准

《劳动合同法》第八十七条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

第四段落：用人单位支付经济补偿金、赔偿金的时间

解除或者终止劳动合同，用人单位依法应向劳动者支付经济补偿金或赔偿金的，应当在劳动者按照约定与用人单位办结工作交接时支付。

第二节：不具备合法经营资格的用人单位应承担的法律责任

一、案情

原告邹桂花于 2007 年 8 月 12 日进入被告翁卫国的拉床厂，从事拉床工作。被告翁卫国未办理营业执照。原、被告双方没有签订劳动合同。2011 年 1 月 29 日，被告翁卫国不让原告邹桂花在其拉床厂继续工作了。原告邹桂花向余姚市劳动仲裁委员会申请仲裁，仲裁委以翁卫国系无工商营业执照的个体经营者，该案不属于劳动争议仲裁范围为由做出了不予受理案件通知书。后邹桂花向法院提起诉讼，请求判令翁卫国：一、赔偿自 2007 年 8 月 12 日至 2011 年 1 月 25 日双倍工资的另一倍 82000 元；二、支付加班工资 6825 元；三、补交社会保险费 8200 元；四、支付尚欠的工资 933 元。

二、审理

不具备合法经营资格的经济组织，主要包括未办理营业执照、营业执照被吊销、营业执照期限届满后仍继续经营的经济组织，此类主体与其雇用人员形成的关系是否属于劳动关系。案件审理过程中针对此问题主要有正反两种观点：

（一）、一种观点认为该类用工关系应属劳动关系。首先，无营业执照进行经营的非法用工主体虽然形式上不属于《劳动法》所称的“用人单位”，但其实质上已构成个体工商户或企业的各项要件。其次，非法用工主体违反工商登记的规定应受到行政处罚，但行政违法行为不应影响到其民事行为的效力。再次，劳动者作为非法用工关系中的相对方并不存在任何过错，不应因非法用工主体的违法行为而导致他们不受《劳动法》、《劳动合同法》等调整劳动关系的法律的保护。

（二）、另一种观点认为该类用工关系不属劳动关系。首先，不具备合法经营资格的用人单位不属于《劳动合同法》第二条规定的合法的用人单位，根据《劳动合同法》第二十六条的规定，不具备合法经营资格的用人单位与劳动者订立的劳动合同因主体违反法律规定属于无效合同。其次，有关行政法规和规章已明确将其界定为“非法用工”。《工伤保险条例》

（2011 修订版）第六十六条规定：“无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇；用人单位不得使用童工，用人单位使用童工造成童工伤残、死亡的，由该单位向童工或者童工的近亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。具体

办法由国务院社会保险行政部门规定。”劳动和社会保障部颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》对此更进一步明确界定了“非法用工”。既然非法用工不能构成用人单位，其与所雇佣人员之间的用工关系由部门规章调整而不由劳动法律关系调整，自然也就不属于劳动关系。再次，根据现行法律规定，无工商登记的个体工商户或企业发生的民事行为应由其出资人直接承担法律责任，即其行为只能视为出资人的行为。由于非法用工主体的出资人一般是自然人，自然人与自然人之间的用工关系当然不属于劳动关系。

三、评析

未办理营业执照、营业执照被吊销、营业执照期限届满后仍继续经营的经济组织等不具备合法经营资格的用工主体与其雇用人员形成的关系是否属于劳动关系的认定，直接影响到此案的案由确定和法律适用问题。笔者同意该类用工关系不属于劳动关系的观点，其应属于劳务雇佣关系，但该类用工关系并非完全不适用劳动法律调整。以下将在综合参考上述正反两种观点所持理由的基础上，试对此类型案件的处理意见进行整理。

从理论上讲，不具备合法经营资格的用人单位与劳动者订立的劳动合同是无效合同，理由正如观点（二）述及的此类用工主体违反了《劳动合同法》及有关法律关于订立主体的强制性规定。无效合同对应的法律后果为返还财产、折价补偿以及损失赔偿，对于无效劳动合同劳动者已经付出劳动履行的部分，不同于民事合同适用无效合同返还财产、恢复原状的处理方式，而是应由非法用工主体参照工资标准支付劳动报酬。同时，由于用人单位不具备合法经营资格，存在过错，还要承担赔偿责任。

从法律上讲，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定：“劳动合同被确认为无效后，用人单位对劳动者付出的劳动，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。根据《劳动法》第九十七条之规定，由于用人单位的原因订立的无效合同，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。”《劳动合同法》第九十三条规定：“对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

就审判程序而言，劳动者向不具备合法经营资格的用工主体主张劳动报酬、经济补偿、赔偿金的案件不属于劳动争议案件，劳动仲裁不是法院受理案件的前置程序。即使申请劳动仲裁，仲裁部门对此类案件也只能以不属于劳动争议仲裁范围为由做出不予受理案件通知书，

而不能进行实体审理。不论劳动者直接向法院起诉，还是以仲裁部门的不予受理案件通知书要求法院立案，法院都应将此类案件的案由确定为劳务合同纠纷[2008年原案由为劳务（雇佣）合同纠纷]，而非劳动争议。

就主体资格而言，最高人民法院《民诉法意见》第四十九条规定：“法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动，或者法人或者其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任人为当事人。” 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）》进一步明确了“劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。” 由于用人单位不具备合法经营资格，其招用劳动者的行为本身是错误的，而该行为主要是由用人单位的出资人决定的，劳动者可以用用人单位的出资人为当事人请求权利救济。一般只有在劳动者与营业执照被吊销仍继续经营的用人单位发生争议时，应当将用人单位列为当事人，因为企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。

审判实践中，劳动者若作为非法用工的相对方，其并不存在过错，且已履行实际劳动，不能因为其于不具备合法经营资格的用人单位形成无效劳动合同关系而使用人单位免责。现实中非法用工问题比较突出，法院不能不切实际地要求劳动者尽到注意义务，对于未对用人单位的营业执照进行核实的劳动者，法院不宜以劳动者存在过错为由减轻用人单位给付劳动报酬、经济补偿、赔偿金的义务。劳动者主张加班工资的，应就加班事实的存在及其已领取的每月工资仅是标准工时下的工资报酬承担举证责任，能够证明成立的加班工资作为劳动者合理的劳动报酬应予支持。劳动者主张双倍工资及社保的，因《劳动合同法》仅规定劳动雇佣关系依照该法规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金，并未有未签订书面劳动合同的双倍工资及缴交社保的规定，法院不予支持。

第三节：经济补偿的计算基数

《劳动合同法》第四十七条第三款规定，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。

实践中很多用人单位在计算经济补偿时，以劳动者的最低工资或基本工资作为计算基数，损害了劳动者的合法权益。这就必须理解“工资”的含义。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）第53条规定，《中华人民共和国劳动法》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。实践中劳动者的工资一般有基本工资、应发工资、实发工资之分。基本工资通常是指用人单位给劳动者设定的底薪，一般未包括加班工资、津贴、补贴、福利待遇等。

应发工资，也称应得工资，是指劳动者提供正常劳动按照法律规定应当获得的全部工资，包括了基本工资、加班工资、奖金、津贴等。

实发工资是指劳动者每月实际拿到的工资，通常会被扣减一些费用，比如，代扣代缴社会保险费、所得税，扣伙食费、房租费，劳动者实际到手的金额通常会比应发工资少。经济补偿金的计算应当以劳动者的应发工资作为基数，而不是以基本工资、实发工资为基数。基本工资仅仅是劳动者工资的一部分，显然不能作为经济补偿的计算基数，而实发工资并不能真实体现劳动者的工资水平，比如，用人单位不按规定支付加班费、克扣工资等违法行为都可导致实发工资低于劳动者实际的工资，显然也不能作为经济补偿的计算基数。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条规定，劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

第四节：经济补偿的计算年限

劳动法于 1994 年 7 月 5 日颁布，在第 28 条中规定，用人单位依据本法第 24 条、第 26 条、第 27 条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。为了让大家知道怎么依照国家有关规定支付经济补偿，原劳动部在 1994 年 12 月 3 日颁布了一份文件，叫《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》，该办法中规定了 5 种情况下解除劳动合同，用人单位需支付经济补偿金，但特别规定了其中 2 种解除的经济补偿金最多不超过 12 个月，即：1) 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的；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被解除劳动合同。其它 3 种解除劳动合同情形经济补偿金并未规定不超过 12 个月，即医疗期满后的解除、客观情况发生重大变化的解除、裁员的解除都没有 12 个月限制。

参见：《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》

第五条 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。

第六条 劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。.....

第七条 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位工作的年限，工作时间每满一年，发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过十二个月。

第八条 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，由用人单位解除劳动合同的，用人单位按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。

第九条 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，必须裁减人员的，用人单位按被裁减人员在本单位工作的年限支付经济补偿金。在本单位工作的时间每满一年，发给相当于一个月工资的经济补偿金。

大家只记得对这个补偿办法不停的点赞，但是点赞之后就变得稀里糊涂了，多数人只记住了经济补偿金不超过 12 个月这个特别规定，并没有留意不超过 12 个月的情形只有 2 种，

加上媒体的误导，便形成了所有解除行为导致的经济补偿金都不超过 12 个月这个根深蒂固的认识。

2008 年 1 月 1 日劳动合同法施行后，改变了一直以来计算经济补偿金的规则，在第 47 条中规定了经济补偿金分两种计算方法：1) 普通算法，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。这里没有限定 12 个月，也即无上限。2) 特别算法：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。

参见：《劳动合同法》

第四十七条 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。

从劳动合同法规定可以看出，法律已不再限定只有特定的 2 种解除情形经济补偿金有 12 个月限制，而是统一以劳动者的月工资额作为是否受 12 个月限制的标准，只有劳动者月工资高于当地上年度社平工资 3 倍的，经济补偿才最多算 12 个月工资，如果劳动者月工资低于当地上年度社平工资 3 倍的，按照普通算法处理，不受 12 个月限制。

但是，大家在疯狂点赞后，又稀里糊涂了，于是又只记住了不超过 12 年这几个字，根本没有注意它的适用前提是“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”，于是便认为，法律对经济补偿金一直都规定了不超过 12 个月。

如果你还半信半疑，认为经济补偿金不可能超过 12 个月，那么给你看个最高人民法院的劳动争议案例，最高法院在《艾某与北京齿轮总厂劳动争议纠纷申请再审民事裁定书》中这样认为：关于因北京齿轮总厂应给予艾某经济补偿的标准问题。2011 年 10 月 25 日二中院作出（2011）二中民破字第 19863-2 号民事裁定，宣告北京齿轮总厂破产。《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第六项规定，依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳

动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿；该法第四十七条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。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”。艾国栋在一、二审中陈述其于 1976 年 6 月参加工作，至北京齿轮总厂破产之日共计 36 年零 4 个月，依照前述法律第四十七条之规定，该经济补偿应支付 36.5 个月的工资。

但大家需注意，如果劳动者工作年限跨越了 2008 年 1 月 1 日前后，经济补偿的年限如何计算？这涉及到一个分段计算的问题，具体怎么分段，各地司法实践存在差异，可参见下面的内容。

第五节：经济补偿的分段计算

劳动合同法规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。这就是经济补偿分段计算法的依据，但经济补偿如何分段计算，实践中各地理解不一，下面以北、上、广及其它几个地区为例，归纳各地经济补偿的分段计算法。

1 北京地区经济补偿分段计算法

按照北京高院的意见，《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同，在《劳动合同法》施行后解除或者终止，依照《劳动合同法》第四十六的规定应当支付经济补偿的，2007年12月31日前的经济补偿依照《劳动法》及其配套规定计算，2008年1月1日后的经济补偿依照《劳动合同法》的规定计算。

经济补偿金的基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再分段计算。

《劳动合同法》第八十七条规定的赔偿金的计算方法为：以按上述规定计算出的经济补偿金为基础，再乘以2计算出赔偿金。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

2 上海地区经济补偿分段计算法

根据上海高院意见，根据《劳动合同法》第九十七条的规定，《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同，在《劳动合同法》施行后解除或终止的，其经济补偿金的具体计算方法如下：

（一）《劳动合同法》与2008年1月1日之前施行的相关法律法规的规定（以下简称“以前规定”）均规定应当支付经济补偿金的情况，且劳动者的月平均工资不高于上年度本市职工月平均工资三倍的，经济补偿金的计算基数按劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的月平均工资确定。

（二）《劳动合同法》规定应当支付经济补偿金的情形，且不属于以前规定中“经济补偿金总额不超过劳动者十二个月的工资收入”情形的，经济补偿年限自用工之日起计算。《劳动合同法》规定应当支付经济补偿金的情形，但属于以前规定中“经济补偿金总额不超过劳动者十二个月的工资收入”情形的，劳动者在《劳动合同法》施行前的经济补偿年限按照以前规定计算；劳动者在《劳动合同法》施行后的工作年限在计算经济补偿年限时并入计算。

（三）符合《劳动合同法》规定三倍封顶的情形，实施封顶计算经济补偿年限自《劳动合同法》施行之日起计算，《劳动合同法》施行之前的工作年限仍按以前规定的标准计算经济补偿金。

（四）根据《劳动合同法实施条例》第二十五条的规定，用人单位违反《劳动合同法》的规定解除或终止劳动合同，依法支付劳动者赔偿金，赔偿金的计算年限自用工之日起计算。如劳动者在劳动合同被违法解除或终止前十二个月的月平均工资高于上年度本市职工月平均工资三倍的，根据《劳动合同法》第八十七条规定，应当按照第四十七条第二款规定的经济补偿标准计算。

3 广东地区经济补偿分段计算法

广东高院认为，用人单位支付劳动者解除或终止劳动合同经济补偿或赔偿金时，经济补偿或赔偿金的基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿或赔偿金的基数按用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍计算。

劳动关系建立于《劳动合同法》实施以前，但在《劳动合同法》实施后解除或终止的，经济补偿按以下方式计算：

（一）按《劳动合同法》实施以前的有关规定，用人单位无需支付经济补偿的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算。

（二）按《劳动合同法》实施前后的有关规定，用人单位均需支付经济补偿的，劳动者的工作年限自用工之日起计算。用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同或因劳动者不能胜任工作、经培训及调整岗位仍不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限最多不超过 12 年。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍，非因协商一致或劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限自用工之日起计算，不受最多不超过 12 年的限制。

4 安徽地区经济补偿分段计算法

安徽高院认为，《劳动合同法》施行之日前签订的劳动合同，在《劳动合同法》施行后解除或终止的，劳动者主张经济补偿金的，人民法院应视以下情形确定：

（一）《劳动合同法》与 2008 年 1 月 1 日之前施行的相关法律法规均有应当支付经济补偿金的规定，且劳动者解除或终止劳动合同前 12 个月的月平均工资不高于上年度本市（设

区的市)职工月平均工资三倍,经济补偿金的计算基数为劳动合同解除或终止前12个月的月平均工资。劳动者解除或终止劳动合同前12个月的月平均工资高于上年度本市(设区的市)职工月平均工资三倍,《劳动合同法》施行之前的年限按该劳动者解除或终止劳动合同前12个月的月平均工资确定经济补偿金的计算基数;《劳动合同法》施行之后的年限按照三倍封顶数额确定经济补偿金的计算基数。

(二)《劳动合同法》规定应当支付经济补偿金的,既不属于以前规定中“经济补偿金总额不超过劳动者12个月的工资收入”情形的,也不属于《劳动合同法》规定的封顶情形的,经济补偿年限自用工之日起计算。《劳动合同法》规定应当支付经济补偿金的,但属于以前规定中“经济补偿金总额不超过劳动者12个月的工资收入”情形的,劳动者在《劳动合同法》施行前的经济补偿年限按照以前的规定计算;劳动者在《劳动合同法》施行后的工作年限在计算经济补偿年限时并入计算。

(三)符合《劳动合同法》规定的封顶情形的,实施封顶计算经济补偿的年限自《劳动合同法》施行之日起计算,《劳动合同法》施行之前的工作年限仍按以前规定的标准计算经济补偿金。

5 江苏地区经济补偿分段计算法

江苏高院在关于审理劳动争议案件的指导意见中认为,劳动合同在《劳动合同法》施行后解除或者终止,劳动者请求用人单位支付经济补偿的,应以该法实施之日即2008年1月1日为界,对经济补偿的适用条件和计发年限予以分段审查计算。

《江苏省劳动合同法条例》第三十三条规定,根据《中华人民共和国劳动合同法》的规定和该法施行前的有关规定,终止劳动合同或者用人单位解除劳动合同应当支付经济补偿的,按照《中华人民共和国劳动合同法》施行前后的适用条件分段计算支付经济补偿的年限。计发经济补偿的月工资标准为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的月平均工资,月平均工资低于当地最低工资标准的,按照最低工资标准确定。

6 山东地区经济补偿分段计算法

山东高院认为,劳动合同法施行之日存续的劳动合同,在劳动合同法施行后解除或终止,依照劳动合同法第四十六条规定应当支付经济补偿的,2007年12月31日前的经济补偿依照劳动法及有关政策规定计算;2008年1月1日后的经济补偿依照劳动合同法的规定计算。

经济补偿金的基数,即为劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资。

7 湖北地区经济补偿分段计算法

湖北省人力资源和社会保障厅关于审理劳动争议案件若干问题处理意见中对此问题的意见：劳动合同在《劳动合同法》施行之后到期终止的，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，属用人单位终止劳动合同的，用人单位应当支付终止劳动合同的经济补偿金，经济补偿金应分段计算：①《劳动合同法》施行之后的工作年限，按照劳动者终止劳动合同前 12 个月平均工资计算经济补偿金；②国有企业职工 2001 年 10 月 6 日至 2007 年 12 月 31 日止期间，用人单位可以不支付经济补偿金；2001 年 10 月之前的本单位工作年限，无论劳动者提出还是用人单位提出终止劳动合同，用人单位均应按照每满一年支付一个月标准工资的生活补助费，最多不超过 12 个月，工作年限不满一年的按一年计算；③非国有企业的劳动者在《劳动合同法》施行之前的本单位工作年限，不计发经济补偿金。

第六节：代通知金的计算

很多 HR 及劳动者由于受到媒体关于解除劳动合同“n+1”的经济补偿模式误导，认为只要是被用人单位解雇，用人单位均应当在支付经济补偿金外再加一个月的“代通知金”，结果导致了一些不必要的劳动争议发生。

什么是“代通知金”？最初我国劳动法中并无“代通知金”的相应规定。所谓的“代通知金”源自于香港雇佣条例，意思是雇主或雇员只要给予对方通知期内雇员本应计算的工资额，就可无需给予通知而随时终止合约。后来深圳将该制度引进，在 1994 年颁布的《深圳经济特区劳动合同条例》第十九条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知员工本人：（一）员工患病或者非因工负伤，医疗期满后不能在原单位工作的；（二）员工不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。用人单位按前款规定解除劳动合同，未提前三十日通知员工的，应当支付该员工当年一个月月平均工资的补偿金。由于“代通知金”在深圳的适用，逐渐也影响了其他省市，司法实践中也逐渐适用了起来。2007 年，《劳动合同法》颁布，在法律中确立了“代通知金”的制度。

《劳动合同法》中“代通知金”可以简单的理解为“代替通知期的金额”，因此，有些媒体把“代通知金”写成“待通知金”是不对的。《劳动合同法》中对于解除劳动合同的规定共有六条，即第三十六条关于协商解除劳动合同的规定，第三十七条关于劳动者提前通知解除劳动合同的规定，第三十八条关于劳动者即时解除劳动合同的规定，第三十九条关于过错性解雇的规定，第四十条关于非过错性解雇的规定，第四十一条关于裁员的规定。法律并未规定每种解除合同行为均适用“代通知金”的规定。《劳动合同法》只在第四十条中对“代通知金”进行规定。《劳动合同法》第四十条规定，有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，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。因此，“代通知金”仅在用人单位以上述三种理由解除合同且未提前 30 日书面通知时才能够适用，如果用人单位解

除合同不是上述三个理由的，劳动者要求用人单位支付“代通知金”是无法得到法律的支持的。

有人认为，《劳动合同法》第四十一条关于裁员有“用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况”的规定，如果用人单位未提前三十日向工会或者全体职工说明情况，是不是应当向劳动者支付“代通知金”？笔者认为，《劳动合同法》规定可用一个月工资代替通知期的仅限于劳动合同法第四十条规定的三种情形，用人单位依据第四十一条规定裁员但未提前三十日向工会或者全体职工说明情况的，属于违法解除劳动合同行为，用人单位应当承担违法解除劳动合同的法律后果，劳动者要求支付“代通知金”无法律依据。

那么，“代通知金”的标准如何确定呢？《劳动合同法》规定额外支付劳动者一个月工资，这里的“工资”是指劳动者被解除劳动合同前12个月的平均工资吗？对此《劳动合同法实施条例》进行了明确。《劳动合同法实施条例》第二十条规定，用人单位依照劳动合同法第四十条的规定，选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的，其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。

第七节：计算经济补偿金的正确方法

法条链接：

经济补偿是按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资标准向劳动者支付。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。

《劳动合同法》第四十七条

风险影响：

经济补偿金的正确计算，关系到企业解除或终止劳动合同的经济成本，大意不得。

应对策略：

1. 年限计算标准

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。

工作年限，应从劳动者向该用人单位提供劳动之日起计算。没有及时签订劳动合同的，不影响工作年限的计算，应该从形成事实劳动关系算起。续签过几份劳动合同的，工作年限应从第一份劳动合同的起始时间开始算起，即自劳动者提供劳动之日起连续计算。此外，根据规定，对于因分立、合并、合资人、单位改变性质、法人改变名称等原因而改变工作单位的，其改制前的工作时间可以计算为“在本单位的工作时间”。

还有，《劳动合同法》规定经济补偿近“本单位工作的年限”，而不是“本单位连续工作年限”。

去掉连续两个字就变成累积，不再是连续了。这一变化说时《劳动合同法》在计算工作年限时已经不再局限于“连续工作年限”了，即使劳动关系有中断，也可合并计算工作年限。因此，企业在招聘的时候最好要详细审查求职者是否曾在本企业工作过。

此外，还要注意，在我国法律中，“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，一般包括本数；因此，工作时间刚好六个月的，经济补偿按照一年工资计算。

2. 计算工资基数

劳动合同法简化了工资的计算标准,规定工资是指劳动进在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

必须注意,这里的工资是指劳动者的应得工资,一般包括:计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资。具体规定可参照《工资总额组成规定》。有些企业以劳动者的所谓“最低工资”或者“基本工资”作为工资计算基数,这是不对的。

3. 针对高工资收入者的计算封顶

《劳动合同法》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,其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

注意,《劳动合同法》只是对高改者的经济补偿作了补偿年限和补偿基数的限制,对于普通劳动者是有限制的。只要劳动者月工资不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的三倍,就不存在“三倍”和“十二年”的计算封顶。

4. 个人所得税

根据规定,个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入,其收入在当地上年职工平均工资3倍数额以内的部分,免征个人所得税。

5. 与经济补偿金有关的过渡期规定

《劳动合同法》第九十七条规定,本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止,依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的,经济补偿年限自本法施行之日起计算;本法施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。

也就是说,2008年1月1日前签订的劳动合同,在2008年1月1日解除或终止的,经济补偿金应分段计算;2008年1月1日后的工作年限,按《劳动合同法》的规定计算;2008年1月1日前的工作年限,按当时的有关规定计算。

第八节：劳动争议处理的基本程序

导读：中国目前处理劳动争议的机构为：劳动争议调解委员会、地方劳动争议仲裁委员会和地方人民法院。在处理劳动争议的时候，劳动关系当事人可以按照劳动争议处理程序进行申诉，依靠法律途径得到解决。

申请劳动争议调解程序

- 1、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；
- 2、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；
- 3、当事人一方也可以不经调解直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；
- 4、对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

申请劳动争议仲裁程序

劳动争议仲裁也称公断，仲裁作为企业劳动争议的处理办法之一，是指劳动争议仲裁机构依法对争议双方当事人的争议案件进行居中公断的执法行为。

仲裁一般要经历这样几个阶段：

(1) 案件受理阶段。这一阶段包括两项工作：一是当事人在规定的时效内向劳动争议仲裁委员会提交请求仲裁的书面申请；二是案件受理。仲裁委员会在收到仲裁申请后一段时间内要做出受理或不受理的决定。

(2) 调查取证阶段。调查取证的目的是收集有关证据和材料，查明争议实施，为下一步的调解或裁决做好准备工作。调查取证工作包括撰写调查提纲，根据调查提纲进行有针对性的调查取证，核实调查结果和有关证据等。

(3) 调解阶段。仲裁庭在查明事实的基础上，首先要做调解工作，努力促使双方当事人自愿达成协议。对达成协议的仲裁庭还需制作仲裁调解书。

(4) 裁决阶段。经仲裁庭调解无效或仲裁调解书送达前当事人反悔，调解失败的，劳动争议的处理便进入裁决阶段。仲裁庭的裁决要通过召开仲裁会议的形式做出。一般要经过庭审调查、双方辩论和陈述等过程，最后由仲裁员对争议事实进行充分协商，按照少数服从多数的原则做出裁决。仲裁庭做出裁决后应制作调解裁决书。当事人对裁决不服的，可在规定时间内向法院起诉。

(5) 调解或裁决的执行阶段。仲裁调解书自送达当事人之日起生效；仲裁裁决书在法定起诉期满后生效。生效后的调解或裁决，当事双方都应该自觉执行。

申请劳动争议诉讼程序

劳动争议诉讼是人民法院按照民事诉讼法规的程序，以劳动法规为依据，按照劳动争议案件进行审理的活动。

1、依照现行法律规定，劳动者主要的法定维权渠道有：劳动争议处理程序、劳动保障监察程序。

2、目前两个程序都存在各自的不足：

(1)按照劳动争议处理程序解决的，劳动者需出庭举证、办理比较繁琐的仲裁诉讼手续，劳动者常常由于应诉能力不强导致权益得不到应有的保障。

(2)按照劳动监察程序举报投诉，可以免去出庭应诉之累，成本低，但是由于劳动监察处理该类案件时缺乏司法体系的有力支持，劳动保障监察处理难、执行难现象十分突出。

提醒：当事人从知道或应当知道其权利被侵害之日起 60 日内，以书面形式向仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会应当自收到申请书之日起七日内作出受理或者不予受理的决定。仲裁庭处理劳动争议应当自组成仲裁庭之日起 60 日内结束。案情复杂需要延期的，经报仲裁委员会批准，可以适当延期，但是延长的期限不得超过 30 日。

第九节：解除劳动合同典型案例分析

案例 1：董某是一家保险公司的业务员，跟公司签有为期 1 年的劳动合同，合同中约定董某每个季度必须完成一定数额的销售任务，个人收入则主要是销售提成。尽管董某对保险推销工作满怀热情，不辞辛苦，但头一个季度下来，所签保险单寥寥无几，远远没有完成公司的销售定额。公司销售主管提醒董某说，若第二季度仍完不成任务，他就将面临被解聘的可能。为了保住工作，董某更加努力，甚至发动了所有的亲戚朋友，第二季度的销售业绩比头一季度有所提高，但比公司的定额还是差了不少，于是他担心的事情出现了：公司销售主管口头通知他说，鉴于他连续半年都不能完成公司的任务，公司认为他不能胜任保险销售工作，因此决定解除与他的劳动合同，请他在 3 天内办好离职手续。董某万般请求，希望公司能再给他一次机会，被拒绝后，董某又提出自己的劳动合同期限是 1 年，公司提前解除劳动合同，应该支付经济补偿金。但公司销售主管以解除合同是因为董某自己不能胜任工作，且事先又提醒过他为由，拒绝了董某支付经济补偿金的要求，双方遂发生争议。



案例 2：化工专业的杨小姐大学毕业后应聘到一家事业单位工作，与其签订了一份为期 3 年的劳动合同，其中约定试用期为 3 个月。为了防止职工随意跳槽，在合同中该单位还特意与杨小姐等新员工约定了关于违约的赔偿内容，即：若职工提前辞职，每提前 1 年，需要支付违约金 1 万元；赔付各种教育培训费；赔偿给单位的生产经营造成的经济损失费。3 个月试用期满后，杨小姐觉得在这家事业单位条件不理想，没有大的发展前途，同时另一家化工研究机构表示愿意接受她，杨小姐经过思考后就向单位提出了辞职。单位同意了杨小姐的辞职，但要求她按照合同约定支付违约金 2.7 万元，1 万元上岗培训费，并赔偿给单位生产带来的经济损失 5 万元。杨小姐则认为单位的要求不合理，她认为自己是在试用期刚刚结束时辞职，不应支付违约金，单位的上岗培训只是简单的作业指导，没有什么成本，而她不过刚

刚参加工作，并非业务骨干，她的离开根本不会给单位生产造成损失，因此，拒绝赔偿公司要求的以上费用。

律师解答：

根据《劳动法》第 25 条之规定，劳动者在试用期内被证明不符合录用条件的，严重违反企业规章制度的，给单位造成重大损害的，以及被追究刑事责任的，用人单位可以行使单方辞退员工的权利；劳动者不胜任工作的，医疗期满的，客观情况发生重大变化的，用人单位在履行一定的程序后，可以提前 30 日书面通知劳动者解除劳动合同。

案例 1 中，单位解除董某的劳动合同存在以下几个问题：

- 一是没有对董某进行调岗或培训；
- 二是解除合同没有提前 30 日以书面形式进行通知；
- 三是没有依法支付经济补偿金。

用人单位根据《劳动法》第 24、26、27 条之规定，与劳动者解除劳动合同，应当支付经济补偿金，根据第 25 条之规定解除劳动合同，无须支付经济补偿金。案例 1 中，用人单位是以劳动者不胜任工作为由而解除劳动合同的，应当依法向劳动者支付经济补偿金。如果是劳动者主动提出辞职，一般没有经济补偿金，但是，如果劳动者是因为用人单位存在《劳动法》第 32 条第 2、3 款的情形而被迫辞职的，用人单位应当向其支付经济补偿金。经济补偿金是根据劳动者在本单位的工作年限来确定的，不胜任工作被解除劳动合同的，最多不超过本人的 12 个月工资。

案例 2 中，杨小姐由于个人原因辞职应当向单位支付违约金，但是单位要求其支付培训损失和给单位生产带来的经济损失 5 万元，显然证据不足。如果杨小姐是在试用期内辞职，就无须承担上述费用。此外，用人单位不按约定支付劳动报酬或提供劳动条件的，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者的，劳动者因此而辞职也不需要支付违约金和赔偿经济损失。

相关知识：

有固定期限的劳动合同期满后，用人单位与劳动者终止劳动合同的，不需要支付经济补偿金，但是对符合条件的国有单位职工和农民工，用人单位应当支付生活补助费。关于伤残职工的合同问题，如果是因工负伤，1 至 6 级的不得单方终止，7 到 10 级的可以终止。如果是非因工负伤 5 到 10 级的，都可以依法终止。

无固定期限劳动合同是没有约定终止日期的劳动合同，但是并不等于终身合同。在出现《劳动法》第 24、25、26、27 条的情形时，也可以依法终止。

劳动合同到期以后，单位既没有通知职工履行终止劳动合同的手续，也没有与其续签合同，形成劳动关系事实上的延续，若此时用人单位再解聘职工或职工主动辞职，应认定为劳动关系的解除。

关于妇女特殊时期劳动合同的问题。妇女在孕期、产期、哺乳期，用人单位不得单方解除或者终止其劳动合同，应当将劳动合同期限延长至孕期、产期、哺乳期期满。如果该女工有《劳动法》第 24、25 条的情形，用人单位可以解除其劳动合同。

至于农民工，农民工也属于劳动者，用人单位与其解除劳动合同或劳动关系，同样应当支付经济补偿金。

第十节：经济补偿金的计算基数是否包含加班费？

一、经济补偿金的计算

《劳动合同法》第 47 条“经济补偿按劳动者在本单位的工作年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。。。。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或终止前 12 个月的平均工资。”

可见，经济补偿金的计算基数是按劳动者应得工资计算。

二、经济补偿金计算基数是否包含加班费？

以前经济补偿金计算基数认为是包含加班工资的，但是在 2008 年 9 月 18 日《劳动合同法实施条例》施行后，对于经济补偿金计算基数是否包含加班工资，实务中出现的不同意见。

2014 年 1 月 3 日在《新闻晨报》看到一则新闻，说有关部门就经济补偿金计算基数不包含加班费做出明确答复，问题是我一直没有找到这个有关部门是哪个部门，也没找到这个答复的全文内容。

所以，找了些相关法律条文，对于站在不同立场的当事双方，可以作为参考（既然法院有判例“经济补偿金不包含加班费的，那么律师向劳动者讲解时，最好持客观中立态度，不要给予他们太高的期望。期望越大，失望也越大）

（一）关于经济补偿金是包含加班费的法律依据

国家统计局《关于工资组成部分的规定》第四条：“工资总额由下列六个部分组成（1）计时工资；（2）计件工资；（3）奖金；（4）津贴和补贴；（5）加班加点工资；（6）特殊情况下支付的工资。

如果按照这个规定，经济补偿金是包含加班工资的，因为加班工资也属于月工资的一部分。但是这个规定是国家统计局 1990 年 1 号令，老掉牙了。

（二）关于经济补偿金不包含加班费的法律依据

《劳动合同法实施条例》第 27 条 “劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满 12 个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。”

这条规定，虽说是对于月工资做了规定，但对比国家统计局的《规定》第四条，只是没

有罗列加班费，至于“等货币性收入”的收入范围，没有看到进一步解释，但有法院做出的判例，没有将加班费列入经济补偿金计算基数。

三、其他

（一）、单位代扣代缴的社保、住房公积金——是否应包含在经济补偿金计算基数中？

根据法律规定，社保、住房公积金是由用人单位与劳动者按一定比例缴纳。用人单位每月代劳动者代扣代缴的个人部分，最后仍进入劳动者个人社保或公积金账户，是个人的货币性收入，属于工资的组成部分，是劳动者应得的工资。所以个人代扣代缴部分应包含在经济补偿金计算基数中。

（二）合同“年终十三薪”是否计算在“前 12 个月工资”之中？——有条件的计算在内

如果合同中关于年终十三薪是附条件的，比如工作满一年或考核合格可拿十三薪的，那么第十三薪并不是必然的应得工资，如果劳动合同中约定年终统一发放十三薪（不附带兑现条件），那么十三薪属于年终工资收入，应计算在“前 12 个月工资”之中

（三）是税前工资还是税后工资？——税前工资

法律虽然没有明确规定经济补偿金计算基数——前 12 个月工资是否是扣除个人所得税后的工资，但是《劳动合同法实施条例》规定经济补偿金的计算基数是按劳动者应得工资计算。应得工资通常指税前工资

关于经济补偿金是否缴税，也有明文规定。《国家税务总局关于国有企业职工因解除劳动合同取得一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》国税发[2000]77 号、《财政部、国家税务总局关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》财税[2001]157 号关于辞退职工经济补偿的个人所得税的征收都有规定。对劳动者取得的经济补偿金，只有在高过一定总额之后再通过法定计算方式缴税。如果劳动者取得的一次性经济补偿金在当地上年度职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税。因此，公司要以税后工资作为经济补偿金计算基数是没有法律依据的。

第十一节：拖欠工资经济补偿金是如何计算的

对于一个劳动者来说最重要的就是每个月领取的工资，这个大部分劳动者每个月生活的来源保障，如果遇到拖欠工资的情况，用人单位是要进行补偿的，下面大家就跟小编一起来看看拖欠工资经济补偿金是如何计算的吧。

一、拖欠工资怎么补偿

1、用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬 25% 的经济补偿金。

2、用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者解除、终止劳动合同的经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加付赔偿金：

- (1) 未依照劳动合同的约定或者未依照本法规定支付劳动者劳动报酬的；
- (2) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；
- (3) 安排加班不支付加班费的；
- (4) 解除、终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

3、用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，人民法院应当依法发出支付令。

二、用人单位拖欠工资怎么办

在用人单位拖欠工资的情况下，农民工要先和用人单位协商，如果协商无法解决，则可以通过以下法律途径来解决：

- (1) 向当地劳动保障监察机构投诉举报；
- (2) 向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，需要注意的是，要在劳动争议发生之日起 60 日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请；
- (3) 通过诉讼途径解决。这又分三种情况：一是针对劳动纠纷案件，经劳动仲裁后任何一方不服的，可以向法院提起诉讼；二是经仲裁后都服从，劳动仲裁裁决生效后，用人单位不执行的，农民工可申请法院强制执行；三是属于劳务欠款类的可直接向法院提起民事诉讼。

需要特别指出的是，在碰到拖欠工资等权益受到侵害的情况时，千万不能采取爬楼、堵路等过激行为和暴力等手段，一定要依靠法律途径来解决问题。否则，一时冲动不但于事无补，还有可能因触犯刑律被追究责任。

用人单位拖欠工资的赔偿金是要分情况计算的。如果单位在规定时间内不支付工资，则要加发工资报酬 25%的赔偿金;如果单位在劳动行政部门限期内仍不支付工资，则要按金额 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。

第十二节：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资怎么办？

赵某到如东县政务中心，向司法首席代表刘勇明律师咨询：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资怎么办？

《劳动合同法》等就用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资都有规定，具体如下：

一、2009 年《劳动法》

第 91 条规定：用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：

- （一）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；
- （二）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；
- （三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；
- （四）解除劳动合同后，未依照本法规定给予劳动者经济补偿的。

二、2013 年《劳动合同法》

第 85 条规定：用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

- （一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；
- （二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的
- （三）安排加班不支付加班费的；
- （四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

三、2001 年《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 15 条规定：用人单位有下列情形之一，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：

- （一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；
- （二）未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；
- （三）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；
- （四）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；
- （五）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

四、1995 年《工资支付暂行规定》

第 15 条规定：用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：

- (一) 用人单位代扣代缴的个人所得税；
- (二) 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；
- (三) 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- (四) 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

第 18 条规定：各级劳动行政部门有权监察用人单位工资支付的情况。用人单位有下列侵害劳动者合法权益行为的，由劳动行政部门责令其支付劳动者工资和经济补偿，并可责令其支付赔偿金：

- (一) 克扣或者无故拖欠劳动者工资的；
- (二) 拒不支付劳动者延长工作时间工资的；
- (三) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

经济补偿和赔偿金的标准，按国家有关规定执行。

五、1995 年《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》

第 2 条规定：对劳动者的经济补偿金，由用人单位一次性发给。

第 3 条规定：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬百分之二十五的经济补偿金。

第 4 条规定：用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。

六、对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定

第 3 条、规定：《规定》第十五条中所称“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。

不包括以下减发工资的情况：

- (1) 国家的法律、法规中有明确规定的；
- (2) 依法签订的劳动合同中有明确规定的；
- (3) 用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；

(4) 企业工资总额与经济效益相联系, 经济效益下浮时, 工资必须下浮的(但支付给劳动者工资不得低于当地的最低工资标准);

(5) 因劳动者请事假等相应减发工资等。

第 4 条规定:《规定》第十八条所称“无故拖欠”系指用人单位无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资。不包括:

(1) 用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因, 无法按时支付工资;

(2) 用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响, 在征得本单位工会同意后, 可暂时延期支付劳动者工资, 延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。其他情况下拖欠工资均属无故拖欠。

七、2010 年《江苏省工资支付条例》

第 36 条规定: 用人单位未按时足额支付劳动者工资的, 应当自拖欠发生之日起五日内向县级人力资源社会保障行政部门书面报告, 并提出处理方案。

第 37 条规定: 用人单位按照劳动合同约定或者经与劳动者协商一致指派劳动者到其他单位(以下称实际用人单位)工作, 实际用人单位克扣、无故拖欠劳动者工资的, 由用人单位承担对劳动者的义务, 实际用人单位承担连带责任。

第 38 条规定: 合伙企业克扣、无故拖欠劳动者工资的, 合伙人承担连带责任。企业无力支付或者合伙人逃匿的, 其他合伙人应当支付劳动者的工资。

第 39 条规定: 建设工程项目发包人可以采取督促承包人将工资支付给劳动者本人。

建设工程项目发包人或者总承包人未按合同约定支付工程款, 承包人克扣、无故拖欠劳动者工资的, 当地人力资源社会保障行政部门或者建设行政部门可以决定由发包人或者总承包人先行垫付劳动者工资, 先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。

第 40 条规定: 由于不可抗力原因, 导致延期支付劳动者工资的, 应当在不可抗力原因消除后三十日内支付劳动者工资。

用人单位确因生产经营困难, 资金周转受到严重影响无法在约定的工资支付周期内支付劳动者工资的, 应当以书面形式向劳动者说明情况, 在征得工会或者职工代表大会(职工大会)的同意后, 可以延期支付工资, 但最长不得超过三十日。

第 41 条规定: 县级以上地方人民政府根据本行政区域内工资支付的实际情况, 建立欠薪预警制度。对连续拖欠劳动者工资二个月以上或者累计拖欠达三个月以上的用人单位, 人力资源社会保障行政部门视其欠薪情况, 可以实施工资支付重点监察, 并可以向社会公布。

纳入工资支付重点监察的用人单位,必须按照政府欠薪预警制度的规定提交由金融机构出具的保函或者预交工资支付保证金。工资支付保证金专户储存,专款专用,用于保障该单位劳动者的工资支付。

纳入工资支付重点监察的用人单位付清原拖欠的劳动者工资,且在六个月期限内未再发生新的拖欠的,人力资源社会保障行政部门应当解除其重点监察。纳入工资支付重点监察时向社会公布的,应当在原公布范围内公示解除重点监察。

第 42 条规定:国有资金投资或者国家融资的建设项目、服务项目以及政府采购项目的招标人,应当限制已实施工资支付重点监察,且经人力资源社会保障行政部门认定属于恶意拖欠劳动者工资的用人单位投标。

前款所列项目招标人应当向人力资源社会保障行政部门征询有关投标人的工资支付信用情况,人力资源社会保障行政部门应当及时出具意见。

第 43 条规定:用人单位破产、撤销或者解散的,经依法清算后的财产应当优先安排偿还所欠的劳动者的工资、应当缴纳的社会保险费、经济补偿金。

第 44 条规定:人力资源社会保障行政部门应当建立健全对用人单位工资支付行为的监督检查制度,规范监督检查程序,依法对用人单位工资支付情况进行监察,对违法行为进行处理。

人力资源社会保障行政部门依法对用人单位工资支付情况进行执法检查时,用人单位应当如实报告情况,提供用人情况、工资支付记录、考勤记录、财务账册、财务报表、开户银行账号等必要资料和证明,不得弄虚作假、阻碍、拒绝。

第 45 条规定:人力资源社会保障行政部门应当建立健全对工资支付违法行为的举报制度,设立举报信箱,公布举报电话,为劳动者举报提供便利条件,并为举报人保密。

人力资源社会保障行政部门接到举报后,应当在七个工作日决定是否立案并告知举报人;立案后对违法行为的查处,应当自立案之日起三十日内办结;情况复杂确需延长时间的,应当人力资源社会保障行政部门负责人批准,但延长时间最长不得超过三十日。

第 46 条规定:人力资源社会保障行政部门应当建立健全包括工资支付情况在内的用人单位劳动守法诚信档案,推行劳动守法诚信评价制度;对克扣、无故拖欠劳动者工资情况严重的用人单位,可以通过传播媒体或者在职业介绍场所、用人单位工作场所等地点予以公布,并将有关情况告知工商行政管理、公安、税务、人民银行等有关部门。

第 47 条规定：县级以上地方人民政府应当加强对人力资源社会保障行政部门工资支付执法情况的监督检查。上级人力资源社会保障行政部门应当加强对下级人力资源社会保障行政部门工资支付执法情况的监督检查，发现下级人力资源社会保障行政部门对用人单位工资支付的违法行为不作为或者作出的行政处理决定违法、不当的，应当责令其限期改正。

第 48 条规定：工会组织依法对用人单位遵守有关工资支付的法律、法规、规章的情况进行监督，发现违法违规行爲，有权要求其改正。用人单位拒不改正的，工会可以向本级人力资源社会保障行政部门提出处理建议；人力资源社会保障行政部门在接到工会的建议后，应当依照本条例第四十五条第二款的规定依法作出处理，并将处理结果告知工会。

劳动者申请劳动仲裁或者提起诉讼的，工会应当依法予以支持和帮助。

第 49 条规定：因用人单位克扣、无故拖欠劳动者工资引发停工、怠工事件的，工会应当代表职工与用人单位进行交涉。用人单位应当及时采取措施，按照规定支付劳动者工资。工会应当协助用人单位恢复生产、工作秩序。

第 50 条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者有权举报，也可以依法申请调解、仲裁，或者依法提起诉讼：

- (一)未按照约定支付劳动者工资的；
- (二)违反最低工资保障规定的；
- (三)克扣、无故拖欠劳动者工资的；
- (四)不按照规定支付劳动者加班加点工资的；
- (五)未按照劳动合同、集体合同的约定增加劳动者工资的；
- (六)其他侵害劳动者劳动报酬等合法权益的行为。

第 51 条规定：用人单位对工资支付承担举证责任。用人单位拒绝提供或者在规定时间内不能提供有关工资支付凭证等证据材料的，人力资源社会保障行政部门、劳动争议仲裁委员会和人民法院可以按照劳动者提供的工资数额及其他有关证据直接作出认定。

用人单位和劳动者都不能对工资数额举证的，由人力资源社会保障行政部门、劳动争议仲裁委员会和人民法院参照本单位同岗位的平均工资或者当地在岗职工平均工资水平，按照有利于劳动者的原则计算确定。

第 52 条规定：劳动争议仲裁委员会和人民法院审理劳动争议案件时，对不及时支付工资可能造成劳动者生活困难的，可以部分裁决先予支付劳动者部分工资。

第 53 条规定：用人单位与劳动者之间因工资支付发生劳动争议的，劳动争议发生之日应当从用人单位明示拒绝支付工资之日起算；用人单位未明示拒绝支付工资的，应当从劳动者实际追偿之日起算。

第 54 条规定：用人单位有下列行为之一的，由人力资源社会保障行政部门责令其在规定时间内支付劳动者应得的工资，并可以责令其按照劳动者应得工资的一倍以上三倍以下支付赔偿金；情节严重的或者被实施工资支付重点监察二个月以上并且尚未解除的，可以责令其按照劳动者应得工资的三倍以上五倍以下支付赔偿金：

- （一）克扣、无故拖欠劳动者工资的；
- （二）拒不支付劳动者加班加点工资的；
- （三）违反最低工资规定支付劳动者工资的。

第 56 条规定：违反本条例第十二条第二款第（五）项规定，用人单位降低劳动者工资标准未与本单位工会或者职工代表协商一致，给劳动者造成工资损失的，由人力资源社会保障行政部门责令限期改正；逾期不改正的，可以责令给予劳动者工资损失的一倍以上二倍以下的赔偿。

第 60 条规定：人力资源社会保障行政部门及其工作人员违反本条例规定，有下列行为之一的，由其上级行政机关或者监察机关责令改正；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：

- （一）未如实向社会公布用人单位克扣、无故拖欠工资等有关情况的；
- （二）未建立用人单位工资支付违法行为举报制度的；
- （三）未为举报人保密的；
- （四）未依法及时处理劳动者举报或者工会组织处理建议的。

第 63 条规定：本条例所称正常劳动是指劳动者按照依法签订的劳动合同，在法定工作时间或者劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。

克扣工资是指用人单位违反本条例规定扣减劳动者工资的行为。

无故拖欠工资是指用人单位除本条例第四十条规定外，延期末支付或者未足额支付劳动者工资的行为。

最后，克扣或者无故拖欠工资构成犯罪的，刑法修正案（八）第四十一条、《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕3 号，

2013 年 1 月 16 日) 和江苏省高级人民法院关于我省执行拒不支付劳动报酬罪数额标准的意见就“拒不支付劳动报酬罪”都有规定。

第十三节：解除劳动合同方式有哪些

解除劳动合同方式有哪些：

(一)双方协商解除劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

协商解除劳动合同没有规定实体、程序上的限定条件，只要双方达成一致，内容、形式、程序不违反法律禁止性、强制性规定即可。

若是用人单位提出解除劳动合同的，用人单位应向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。

(二)劳动者单方解除劳动合同

即具备法律规定的条件时，劳动者享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见，也无须征得用人单位的同意。具体又可以分为预告解除和即时解除。

1、预告解除

概念：即劳动者履行预告程序后单方解除劳动合同。

两种情形：(1)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。(2)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。

2、即时解除：

即劳动合同法第 38 条规定的情形。对于第一款规定的几种情形劳动者可以单方解除劳动合同。

注意：用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。这种属于即时解除中可以立即解除且不用事先告知用人单位的情形。

注意：对于劳动者可即时解除劳动合同的上述情形，劳动者无须支付违约金，用人单位应当支付经济补偿。

(三)用人单位单方解除劳动合同

具备法律规定的条件时，用人单位享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见。主要包括过错性辞退、非过错性辞退、经济性裁员三种情形。

第十四节：什么情况公司不能解除劳动合同

关于不能解除劳动合同的条件，劳动合同法中有明确规定。即劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

(一)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；

(二)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；

(三)患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

(四)女职工在孕期、产期、哺乳期的；

(五)在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

(六)法律、行政法规规定的其他情形。

相关知识延伸阅读：劳动合同的解除

劳动合同的解除，是指当事人双方提前终止劳动合同的法律效力，解除双方的权利义务关系。**劳动合同的变更**：是指当事人双方对依法成立、尚未履行的劳动合同条款所作的修改或增减。

1. 双方协商解除劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。协商解除劳动合同没有规定实体、程序上的限定条件，只要双方达成一致，内容、形式、程序不违反法律禁止性、强制性规定即可。若是用人单位提出解除劳动合同的，用人单位应向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。

2. 劳动者单方解除劳动合同

即具备法律规定的条件时，劳动者享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见，也无须征得用人单位的同意。具体又可以分为预告解除和即时解除。预告解除，即劳动者履行预告程序后单方解除劳动合同。即时解除，即劳动合同法第38条规定的情形。对于第一款规定的几种情形劳动者可以单方解除合同。

3. 用人单位单方解除劳动合同

即具备法律规定的条件时，用人单位享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见。主要包括过错性辞退、非过错性辞退、经济性裁员三种情形。

第十五节：劳动合同终止的情形有哪些？

劳动合同的终止是指劳动合同期满或当事人双方约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。

根据《劳动合同法》规定，劳动合同终止的法定情形包括以下几种：

1、劳动合同期满

劳动合同期满是劳动合同终止的最主要形式，适用于固定期限的劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。一旦约定的期限届满或工作任务完成，劳动合同通常都自然终止。

2、劳动者开始依法享受基本养老保险待遇

由于退出劳动力市场的劳动者的基本生活已经通过养老保险制度得到保障，劳动者不再具备劳动合同意义上的主体资格，因此劳动合同自然终止。只要劳动者依法享受了基本养老保险待遇，劳动合同即行终止。

3、劳动者死亡、被人民法院宣告死亡或者宣告失踪

死亡，意味着劳动者作为自然人从主体上的消灭。宣告死亡，是公民下落不明达到法定期限，经利害关系人申请，由人民法院宣告该公民死亡的民事法律制度。宣告失踪，是公民下落不明满法定期限，经利害关系人申请，由法院宣告其失踪并对其财产实行代管的法律制度。当劳动者死亡、因下落不明被人民法院宣告失踪或者宣告死亡后，最为民事主体和劳动关系当事人，无法再享受权利和承担义务，自然也不能继续履行劳动合同，劳动合同当然终止。

4、用人单位被依法宣告破产、被吊销营业执照、责令关闭、撤销破产，指当债务人的全部资产不足以清偿到期债务时，债权人通过一定程序将债务人的全部资产供其平均受偿，从而使债务人免除不能清偿的其他债务，并由人民法院宣告破产解散。吊销营业执照是登记主管机关依照法律法规的规定，对企业法人违反规定实施的一行

政处罚，对企业法人而言，吊销营业执照就意味着其法人资格被强行剥夺，法人资格也就随之消亡。用人单位被责令关闭，是指合法建立的公司或企业在存续过程中，未能一贯严格遵守有关法律法规，被有关政府部门依法查处。用人单位被撤销是指企业未经合法程序成立、或者形式合法但不符合相关法律法规的实体规定，被政府部门发现后受到查处。按照《民法通则》、《公司法》以及《企业破产法》的规定，在劳动合同履行过程中，企业被依法宣

告破产、被吊销营业执照、责令关闭或被撤销，意味着企业的法人资格已被剥夺，表明此时企业已无法按照劳动合同履行其权利合义务，只能终止劳动合同。

5、用人单位决定提前解散

根据《公司法》规定，因公司章程规定的解散事由出现、股东会或者股东大会决议等原因，用人单位提前解散的，其法人资格便不复存在，必须终止一切经营和与经营有关活动，原有的债权债务包括与劳动者的劳动合同关系，也随主体资格的消亡而消灭。

6、法律、行政法规规定的其他情形终止

法律规定不可能包含现实生活中出现的所有现象，因此，《劳动合同法》将这一规定作为兜底条款。

为保护处于困难情况下的劳动者不致因失业而丧失生活来源，法律对终止劳动合同的某些情形作出了限制性规定。根据《劳动合同法》规定，劳动合同期满，如果劳动者未严重违反用人单位规章制度，也无严重失职、营私舞弊，对用人单位规章制度，也无严重失职、营私舞弊，对用人单位造成重大伤害，也没有被依法追究形式责任，有下列情形之一的，劳动合同期限顺延至下列情形消失时终止：

(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) 本单位患职业病或者因工负伤被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

(3) 患病或负伤，在规定的医疗期内的；

(4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；

(5) 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

(6) 法律、行政法规规定的其他情形，如《工会法》规定，基层工会专职主席、副主席、或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间。

第十六节：劳动合同期满，什么情况应续延？

劳动合同期满，什么情况应续延？苏州律师李旭劳动法课堂

你在一个单位工作了 10 年或以上，把自己的青春年华都奉献给了单位，突然有一天单位说，劳动合同到期了，不再跟你续签合同，你是否会有一种“卸磨杀驴”的痛楚？关键是以后的日子怎么办？你认为自己在单位兢兢业业，技术过的去，没什么大错，单位效益还不错，单位没理由这么不近人情不给我续签呀！那么，相关的法律规定如何？单位有权不与我续签吗？

【案例一】袁小姐 1999 年 3 月应聘到一家快递公司做会计工作，该公司没有和她签订劳动合同，也未给她缴纳社会保险。2004 年 12 月 31 日，快递公司与袁小姐终止了劳动关系。3 月 9 日，袁小姐到医院检查时发现自己的劳动关系终止前就已经怀孕 5 个月，她经朋友提醒以及查阅相关法律得知，女职工在怀孕期间如果劳动合同期限届满，用人单位不得终止劳动合同或劳动关系，而应当将期限自动延续到孕产和哺乳期满为止。袁小姐遂向快递公司提出续延劳动关系至哺乳期满并补缴相关的社会保险的要求，遭到公司拒绝。袁小姐只得向劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求快递公司继续保持劳动关系，并由该公司赔偿其相应损失。

【案例二】谢尚友 2006 年 4 月 1 日四川省国程劳务有限公司签订一份一年的劳动合同。2006 年 5 月 22 日下午 4 点左右在位于朝阳区十八里店乡吕家营村从中国新兴保信总公司二分公司分包的劳务工程中，在钢筋库做调制钢筋活时，不慎砸伤左掌。后被送到北京燕竹医院治疗，经该医院诊断为：左手第 2、3、4 掌骨骨折，尺神经功能损伤。7 月 3 日谢尚友向丰台区工伤认定委员会提出工伤认定申请，丰台区劳动局工伤认定委员会于 7 月 18 日工伤认定，2007 年 1 月 8 日作出劳动能力鉴定，确认工伤 8 级。3 月 27 日上午和谢尚友到四川国程劳务公司要求领取工伤期间的工资待遇和工伤证时，被公司经理当面告知 4 月 1 日合同到期，公司不再和他续签劳动合同。但是相关的工伤待遇并没有支付。后谢尚友向朝阳区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求确认双方自 2007 年开庭前一直存在劳动关系并要支付相关的工伤保险待遇。【案例来源：《劳动合同法 —— 劳动者的保护神 —— 工作中你必须了解的 60 个问题 王义 时福茂 王学志著 法律出版社》】

【法条链接】

《劳动合同法》

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）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；

（二）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；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

34. 除劳动法第二十五条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限满时，用人单位不得终止劳动合同，劳动合

同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。

《工伤保险条例》2011 年新标准

第三十六条 职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为 18 个月的本人工资，六级伤残为 16 个月的本人工资；

（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的 70%，六级伤残为本人工资的 60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

【律师提示】

按照一般情况劳动合同期满，双方的劳动关系终止。单位为了保护特定人群的合法的劳动权益，维护社会公平，对处于特定时期或特定情形下的劳动关系终止设定了条件，劳动合同关系要延续到特定情形消失为止，以保护比如工伤、疑似职业病或职业病或处于孕产哺乳期、以及大龄劳动者的合法权益。但延续是有条件，条件一旦消失，劳动合同关系自然终止。

案例一中快递公司不得与处于孕期的袁小姐解除劳动关系，必须要延续到哺乳期结束；并且没有为袁小姐办理社会保险，导致袁小姐无法享受到生育等社会保险待遇，应赔偿袁小姐的损失。

案例二谢尚友因公受伤并已经认定为工伤并进行了劳动能力鉴定，单位不可以单方终止与谢尚友的劳动关系，除非谢尚友本人提出解除劳动关系并就工伤赔偿达成一致时，才可以终止劳动关系。

第十七节：无效劳动合同如何处理？

导读：由于劳动者用以交换的劳动力的特殊性，对于无效劳动合同，不可能采用返还及追缴等办法处理，所以，根据无效劳动合同的特点可以采取相应的处理措施，包括撤销合同、重新订立合同、修改合同和赔偿损失三种。

1. 撤销无效的劳动合同

撤销合同的处理方式，适用于被确认全部无效的劳动合同。全部无效的劳动合同是国家不予以承认和保护，应通过撤销合同来消灭依据该合同而产生的劳动关系，即劳动合同整体被确认无效。如正在履行的合同，要停止履行。

对于已履行的部分，对劳动者付出了劳动的，用人单位应当到相应向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的支付，参照本单位相同或相似岗位劳动者的劳动报酬，按照同工同酬的原则确定。劳动合同全部无效而用人单位对此有过错的，如果当事人双方都具备主体资格，劳动者要求订立劳动合同的，在撤销无效的劳动合同的同时，用人单位应当与劳动者依法订立劳动合同。

2. 修改合同

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。修改合同的处理，适用于被确认部分无效的劳动合同及程序不合法而无效的劳动合同。劳动合同中的某项条款被确认无效，该项条款不得执行；应依法予以修改。修改后的合法条款应具有溯及力，溯及到该合同生效之时。

3. 赔偿损失

无效劳动合同所引起的赔偿责任主体是用人单位，不是劳动者。这一点在《劳动法》第九十七条有规定：“由于用人单位的原因订立的无效合同，对劳动者造成损害的，应承担赔偿责任。”

无效的劳动合同，从订立时起就没有法律约束力，任何一方当事人不得根据无效的劳动合同要求另一方履行或承担违约责任。

【处理无效合同的规则】

对无效劳动合同的处理，既包括以返还财产方式将双方当事人的财产关系回复到合同订立前的状态，也包括追究当事人的缔约责任，重点是追究当事人的缔约责任，缔约责任是根据双方当事人原缔约过错来确定的。只要存在缔约过错，无论是用人单位还是劳动者，均应

对自己的的缔约过错承担相应责任，对用人单位一方承担缔约责任比较好掌握，这在《劳动法》第九十七条中有明文规定。

根据劳动法第十八条第三款规定：“无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效”。第九十七条规定：“由于用人单位原因订立的无效劳动合同，对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任”。

一、对劳动合同部分无效的处理对于部分无效的劳动合同，因不影响劳动合同的整体效力，处理时应根据劳动法和集体合同的规定对该无效部分条款作出调整。

一方面，无效部分之外按劳动合同的约定确定权利义务；另一方面，对无效部分，应按照法律、行政法规的规定确定当事人之间的权利义务。除此之外，因用人单位的原因导致合同无效的，用人单位还应按照劳动法的有关规定承担赔偿责任。

二、对劳动合同全部无效的处理对于全部无效的劳动合同，劳动者在劳动关系存续期间提供劳动力的，用人单位应当支付相应的劳动报酬，并应按照国家有关规定为劳动者缴纳社会保险等费用。

劳动合同与劳动关系并不相同。只要用人单位对劳动者用工之日起就存在了劳动关系。劳动关系是一种既成的社会事实，劳动关系的特殊性在于劳动者向用人单位交付劳动后，无法收回。因此，民事合同无效中，自始无效，双方归于合同签订前的状态，在劳动合同中无法实现。劳动者已经完成的劳动是无法返还的。

因此，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十四条作了明确规定：“劳动合同被确认为无效后，用人单位对劳动者付出的劳动，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。”

《劳动合同法》第二十八条明确规定：“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。”

最高人民法院还规定，因用人单位原因订立无效合同，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，其中包括用人单位所应支付的经济补偿金。

三、劳动合同无效的后果劳动合同过失方应当承担缔约过失责任。

《劳动法》只规定由于用人单位原因订立劳动合同，对劳动者造成损失的，用人单位要承担损害赔偿责任。但根据《劳动合同法》第八十六条规定，无论劳动者还是用人单位，只要有过错，都要承担赔偿责任。

承担这个责任须具备以下三点：

- 1、是劳动合同被劳动仲裁或法院确认无效或部分无效；
- 2、是用人单位或劳动者对导致劳动合同无效或部分无效有过错，即违反劳动合同的先合同义务；
- 3、是因劳动合同被确认无效或部分无效而给无过错的当事人造成损害。

在审判实践中，对无效劳动合同的认定和处理相对其他类型的劳动争议案件的处理难度更大，反映出的新情况新问题更复杂。还需要更加深入的的研究和探讨。

知识总结：劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。也就是说，劳动者自始至终都无须履行无效劳动合同。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。

第十八节：竞业限制与竞业禁止的区别及违反后果

导读：现在，许多企业为了更好的与商业对手搞竞争，纷纷使用起了竞业限制与竞业禁止这一招法律功夫。但是，竞业限制与竞业禁止存在着很大的不同。用不好的话，会给企业带来很大的风险和引起不必要的法律纠纷。本文将主要为您介绍竞业限制与竞业禁止的区别及违反后果，希望对您能有所帮助！

在整个经济体系中，各行各业的竞争可谓是相当激烈。对此，许多企业为了更好的与商业对手搞竞争，纷纷使用起了**竞业限制与竞业禁止**，那么竞业限制与竞业禁止的区别和违反后果是什么呢？我们来看下面的文章。



一、竞业限制与竞业禁止的定义

竞业禁止，又称为竞业回避、竞业避让，是用人单位对员工采取的以保护其商业秘密为目的的一种法律措施，是根据法律规定或双方约定，在劳动关系存续期间或劳动关系结束后的一定时期内，限制并禁止员工在本单位任职期间同时兼职于业务竞争单位。

限制并禁止员工在离职后从事与本单位竞争的业务，包括不得在生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系或其他利害关系的其他业务单位任职；不得到生产同类产品或经营同类业务且具有竞争关系的其他用人单位兼职或任职；不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。

竞业限制，是用人单位对负有保守用人单位商业秘密的劳动者，在劳动合同、知识产权权利归属协议或技术保密协议中约定的竞业限制条款，即劳动者在终止或解除劳动合同后的一定期限内不得再生产同类产品、经营同类业务或有其他竞争关系的用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。限制时间由当事人事先约定，但

不得超过二年。竞业限制条款在劳动合同中为延迟生效条款，也就是劳动合同的其他条款法律约束力终结后，该条款开始生效。

二、竞业限制与竞业禁止的区别

1、竞业禁止是法定义务，不能约定解除；而竞业限制是约定义务，企业违反竞业协议承诺未支付补偿，劳动者经催告后仍不付补偿，此时劳动者可以行使对竞业限制协议的合同解除权，免除相应的竞业限制义务。单位提前 1 个月通知可以放弃竞业限制。

2、竞业禁止针对的是公司董事、高级管理人员；而竞业限制针对的是负有保密义务的劳动者，可以包括董事、高级管理人员。

3、竞业禁止针对的是在职人员；而竞业限制针对的是离职人员。

4、竞业禁止针对的在职人员只要未离职，就一直适用；而竞业限制针对员工的限制为离职 2 年以内。

5、单位对竞业禁止人员不需要支付补偿；而单位对竞业限制人员在离职后必须补偿，而不是在职期间支付保密费。

6、竞业禁止的生效是依据法律（只要成为公司董事、高级管理人员）；而竞业限制以单位支付补偿金为生效条件，补偿金不明的，双方可协商，协商不成的，用人单位应按照劳动者此前正常工资的 20%—50%支付补偿金。

三、违反的后果

1、违反竞业禁止，根据《公司法》第 149 条的规定，董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

2、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。违约金的数额由双方约定，约定的违约金数额畸高的，当事人可以要求适当减少。

3、根据《上海市劳动合同条例》及相关规定，劳动合同当事人约定违约金的，违约金数额、承担责任和支付办法应由双方当事人按照公平、合理的原则在劳动合同中约定。双方当事人约定的违约金数额高于因劳动者违约给用人单位造成实际损失的，劳动者应当按双方约定承担违约金；约定的违约金数额低于实际损失，用人单位请求赔偿的，劳动者应按实际损失赔偿。

因此，违约金约定过高或过低的，仲裁及审判机构可以根据公平合理原则，参照给企业造成损失的大小进行相应调整。