目录

招聘篇 4

招聘广告中的风险防范 4

对应聘人员审查时的风险防范 5

录用篇 7

录用通知的法律风险知多少 7

入职篇 10

未签订劳动合同，谁之过？ 10

劳动合同，签还是不签 12

只有三句话的协议也叫劳动合同吗？ 12

劳务协议还是劳动合同 15

试用期要制定并公示考核标准 17

试用期不合格怀孕可被辞 19

随意设置试用期　双倍补偿没商议 19

试用期满不胜任，解聘不用给补偿？ 20

入职培训很迫切，制度告知莫忽略 23

变更劳动合同篇 24

调整工作岗位的合同变更 24

语言沟通难奏效，书面通知勿忘掉 25

连签二次劳动合同，就必签无固定期合同？ 26

解除劳动合同篇 28

员工声明双方再无争议，还能再要求双倍工资吗？ 28

员工提出辞职，就等于办结劳动关系了吗？ 28

无固定期合同，约定解除并非合法 31

规章制度的双重约束性 33

炒掉隐婚怀孕者　单位为何不违法 34

工厂搬迁员工辞职能否要补偿金？ 35

规章制度想生效，前置沟通是良药 36

同一母公司内调动，工作年限如何计算？ 37

解聘，慎用“客观情况发生重大变化” 39

公告声明解除劳动合同 40

事实劳动关系，后果越来越严重 42

提前离职合法，忽视竞业限制受罚 43

工伤篇 44

拾荒者为工厂清理垃圾摔伤，怎么办？ 45

瞒报工伤，得不偿失 47

究竟多少工伤补偿才合适 49

工伤后自杀定为因公死亡 51

下班途中的交通事故认定工伤 52

返聘人员上班路遇车祸，算工伤吗？ 53

谁为包工队员工伤亡担责？ 54

休假期间与他人调班引发的工伤纠纷如何判决 56

保险篇 57

企业和员工是否可以“协商”不缴纳社会保险金？ 57

劳务派遣篇 58

劳务派遣与事实劳动关系 58

劳务派遣公司造成的事实劳动关系 59

劳务派遣员工的培训协议 60

退回和解雇被派遣劳动者的条件与限制 62

# 招聘篇

时下正值用人单位招聘新员工的高峰时期，而招聘又是HR的一项重要工作职责。在一般人眼里招聘中不存在什么法律风险，只有在签订合同时或者劳动用工管理中才存在法律风险。其实不然，任何事情包括劳动争议，都是有前因后果的，劳动合同签订后产生的劳动争议，相当一部分是由于招聘时埋下的“祸根”所致。因此，预防劳动争议，就要将关口前移，从防范招聘时的风险做起。

## 招聘广告中的风险防范

**（来源：中国人力资源管理，2007年第4期）**

### **一、典型案例**

某公司招聘李先生为中国某大区的营销总监，并与其签订了为期3年的合同，约定试用期为4个月。3个月后，公司单方面提出解除合同，原因是李先生没有达到公司的季度营销目标。为此，李先生向劳动仲裁委员会提出了申诉，仲裁的结果是公司败诉。原因是公司在招聘广告中并没有列明录用条件，而且劳动合同签订后，公司也没有明确具体的职务说明书，也没有书面告知小李该职务的工作内容以及岗位要求。因此当被质询时，公司无法出具当初双方认可的职务要求，既然没有约定要求，公司又怎么能证明其不符合录用条件呢？当然败诉也是在预料之中的。

### **二、本案件适用相关法律条款**

《劳动合同法》第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（一）在试用期被证明不符合录用条件的；

### 三、案例点评

或许您会认为，招聘广告只是招聘人员的一种宣传手段而已，会有什么法律风险吗？其实，风险可能会在这不经意间产生，如果招聘广告撰写的不好，就有可能暗藏“杀机”。因为，在试用期内，企业享有一项权利：如果发现劳动者不符合录用条件，可以随时解除劳动合同。但这项权利的行使是有条件的，即用人单位要证明劳动者不符合录用条件。具体到不符合哪一条录用条件，举证责任在于单位。而最有力的证据之一就是招聘广告。所以在招聘广告中，单位一定要明确自己的招聘条件，并注意将此广告存档备查，并保留刊登的原件。这样，一旦在试用期解雇员工而产生纠纷时，就可使单位处于主动地位，防止出现举证不能而败诉的风险。

本案中，如果公司在招聘广告中就明确录用的条件，或者在招聘广告中先笼统说明录用的条件，然后再在劳动合同或入职登记表上具体列明录用条件，那么败诉的就不是公司了。

### 四、操作提示

在试用期中提出解聘，是许多公司在解聘员工中经常使用的杀手锏，在公司管理层的概念中，公司并没有承诺员工什么，想让你离开就可以让你离开。其实并不然。在我国的劳动法以及地方的法规中，对试用期解聘都作了明确的限定：在试用期被证明不符合录用条件的，其中最容易被忽视的关键点就在于“被证明”以及“录用条件”，而这正是容易被对方抓住把柄的软肋。

此外，招聘广告中不应当包含形形色色的歧视性条款，如性别歧视、身高歧视、对“乙肝携带者”的歧视等等。否则，轻则会影响企业的社会形象，重则会引来官司缠身。

**※※※※重点总结：**

1. 招聘广告中，单位一定要明确自己的招聘条件，并注意将此广告存档备查，并保留刊登的原件；
2. 在招聘广告中先笼统说明录用的条件，然后再在劳动合同或入职登记表上具体列明录用条件。

## **对应聘人员审查时的风险防范**

### **一、典型案例**

刘某是某软件公司的软件开发工程师，与公司签订了期限为2年的劳动合同。由于刘某的出色表现，软件公司便出资6万元送刘某到国外进行为期6个月的专业技术培训，并与刘某签订了3年的服务期协议，即培训结束后刘某应再为公司服务3年，否则应承担违约责任。培训结束回国后的第一年，刘某就要求提高职位和薪水，与公司协商无果后，遂向公司提出解除劳动合同的要求，公司明确表示不同意其提前解约。刘某便不辞而别，跳槽到了一家动漫设计公司，并与该公司签订了劳动合同。软件公司发现刘某跳到一家动漫设计公司后，遂向劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，要求刘某和动漫设计公司对软件公司的损失承担连带赔偿责任。

###  **二、本案件适用相关法律条款**

《劳动法》第99条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。原劳动部发布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第6条规定：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的70%，向原用单位赔偿下列损失：（1）对生产、经济和工作造成的直接经济损失；（2）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。”《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11条第3款规定：“原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的，新的用人单位和劳动者列为共同被告。”

《劳动法》第29条的规定，劳动者患病或者负伤，在规定的医疗期限内的，用人单位不得解除劳动合同。即便医疗期届满，用人单位也不能轻松解除劳动合同，《劳动法》第26条规定，劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的。

原劳动部在1996年就出台了一个《关于实行劳动合同制若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号），通知规定：“用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明，以及其他能证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证，方可与其签订劳动合同”。

### 三、案例点评：

本案是一起典型的案例，动漫设计公司在招聘刘某时，没有对刘某是否与原单位解除劳动合同关系作初步审查，就招用尚未解除劳动合同的刘某，结果导致自己连带赔偿责任。这个案例再次提醒HR在招聘人员时，应验明拟聘用的人员与其他企业是否存在劳动关系，拟聘用的人员没有与原单位解除劳动合同的，不应与其签订劳动合同。否则，将给公司带来“灾难”。

### 四、操作提示

企业招聘员工是需要成本的，招聘成本除包括招聘广告或人才市场摊位费、招聘人员工资、误餐、交通费等直接费用外，还包括失败成本，如招入人员不合格的试用工资、重新招人的各项费用等。更为重要的是，如果在招聘时疏忽，可能会给公司带来“杀身之祸”——赔偿别人损失。因此，做好招聘工作，提高招聘成功率可直接大幅度减少人力资源管理成本并减少各种法律风险。而要做好招聘工作，审查环节十分重要。
 **1、身份、学历、资格、工作经历等信息是否真实。**

《劳动法》、《劳动合同法（草案）》等法律都规定，用人单位在与劳动者签订劳动合同时，有权了解劳动者与订立和履行劳动合同直接相关的年龄、身体状况、工作经历、知识技能以及就业现状等情况。如果在招聘时，对应聘人员的身份、学历、资格、工作经历等审查不严格，而应聘人员的这些信息有弄虚作假的情形的，会导致其无法胜任公司的工作，那么公司只有提前与其解除劳动合同，这就会增加招聘失败的成本。
 **2、是否潜在疾病、残疾等。这是用人单位降低法律风险的有效保障。**

《劳动法》第29条的规定，劳动者患病或者负伤，在规定的医疗期限内的，用人单位不得解除劳动合同。即便医疗期届满，用人单位也不能轻松解除劳动合同，《劳动法》第26条规定，劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的。由此可见，医疗期届满解除劳动合同的条件有两个，一是劳动者不能从事原来的工作，二是用人单位需要另行为该员工安排工作，如果另行安排的工作还不能胜任的，用人单位才可以解除劳动合同。因此，如果在招聘时不严格审查应聘者的健康状况而导致体格不健康的员工进入公司，那么用人单位事后将要付出很大的成本。
 **3、年龄是否达到16周岁。**

禁止使用童工是国际社会的普遍做法，我国也明确规定禁止使用童工。童工是指未满16周岁的劳动者。《劳动法》第94条和《禁止使用童工规定》的有关规定，单位擅自使用童工属于违法行为，需要承担如下法律责任：用人单位使用童工的，由劳动保障行政部门按照每使用一名童工每月以5000元的标准给予处罚；在使用有毒物品的作业场所使用童工的，按照国务院制订的《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》规定的罚款幅度，或者按照每使用一名童工每月处5000元罚款的标准，从重处罚。劳动保障行政部门并应当责令用人单位限期将童工送回原居住地交其父母或者其他监护人，所需交通和食宿费用全部由用人单位承担。童工患病或者受伤的，用人单位应当负责送到医疗机构治疗，并负担治疗期间的全部医疗和生活费用。童工伤残或者死亡的，用人单位由工商行政管理部门吊销营业执照或者由民政部门撤销民办非企业单位登记；用人单位还应当一次性地对伤残的童工、死亡童工的直系亲属给予赔偿，赔偿金额按照国家工伤保险的有关规定计算。
 **4、是否与其他企业签订有未到期劳动合同。**

我国《劳动法》第99条规定，用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。原劳动部发布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第6条规定：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的70%，向原用单位赔偿下列损失：（1）对生产、经济和工作造成的直接经济损失；（2）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。”《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11条第3款规定：“原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的，新的用人单位和劳动者列为共同被告。”

其实，为规范企业的招聘行为，原劳动部在1996年就出台了一个《关于实行劳动合同制若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号），通知规定：“用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明，以及其他能证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证，方可与其签订劳动合同”。用人单位只有严格按照这一规定执行，才能有效地避免招用未解除劳动关系的劳动者和因此而承担连带责任的情况。

**※※※※重点总结：**

1. 员工登记表尽量全面完整，如有必要，尽可能核实真实性
2. 体检报告
3. 离职证明

# 录用篇

## 录用通知的法律风险知多少

（选自中国人力资源开发，2008年10月，唐付强）

在企业招聘实务中很多企业尤其是跨国公司在经过面试进行层层筛选之后，会向决定录用的候选人发出一份录用通知。发出录用通知往往是用人单位与新聘员工签订劳动合同的一个前置阶段，甚至成为一些企业招聘过程中的一个必经程序。然而在实务操作中亦有一些企业对于录用通知的性质认识不清，误以为只要没有签订劳动合同便不受法律的束缚。一些企业在发出录用通知后反悔，殊不知此中蕴藏着巨大的法律风险，在该类案件中企业的败诉率居高不下。

### **一、典型案例**

（一）案件主要事实
　　据中国法院网报道， 2004年11月，马来西亚航空公司（以下简称马航）委托北京外航服务公司（以下简称外航服务公司）在外航服务公司发布了马航在中国招聘中国籍空乘的招聘广告。8位女性于2004年12月至2005年2月参加并通过了初试、复试和体检，并被确认录用。2005年2月至6月间，这8位女性应马航和外航服务公司的要求办理了相关政审手续，并将政审材料和办理马来西亚工作准证所需的材料寄给了外航服务公司。后8位准空姐多次询问马航和外航服务公司，两公司均称正在办理手续，要求8位准空姐在家耐心等待。直到2006年9月8日，在北京建国饭店，马航和外航服务公司告知这8位准空姐，马来西亚航空公司放弃对其的聘用，同时要求她们在其拟好的内容为"我自愿放弃马航的聘用，自愿放弃向马航索赔的权利"的中英文"放弃书"上签字，而且声称如果原告签署了"放弃书"，便可拿到11000元人民币的"礼物"，否则便无法获得该"礼物".因"放弃书"显失公平，8名准空姐毅然拒绝签署。
　　2007年9月，8名准空姐将马来西亚航空公司和北京外航服务公司告上法庭，要求二被告继续聘用，并连带赔偿经济损失42900元-93200元不等。
　　庭审中，被告马航认为，该公司与8名准空姐之间尚未形成合同关系，因此该公司对8名准空姐也不承担任何合同义务。同时，马航表示，作为马来西亚注册企业，其在华办事处不能自行招聘中国员工，而只能接受中国特许的外事服务机构派遣的劳务人员。中国雇员与外事服务单位之间存在劳动合同关系，外事服务单位则与外企在华代表机构之间存在合同关系，因此，在这种情况下，即使8名原告已经由外事服务单位派遣到该公司工作，马航与8名原告之间仍然不存在任何合同关系。   外航服务公司则表示，该公司作为有相关资质的劳务派遣机构，于2004年9月与马航建立了劳务派遣合作关系。基于此，应马航的要求该公司在网站上发布了此次招聘广告，并组织人员到马航安排的场所应聘。在招聘过程中，该公司未向马航和应聘者收取任何费用，并全面履行了与马航之间的合作协议和委托的相关义务，并为应聘者提供了准确的招聘信息和应聘服务，因此该公司不应承担赔偿责任。
　　（二）法院判决
　　2008年6月下旬法院判决法院经审理认为，招聘者与应聘者在合同的订立过程之中，均享有订约自由。但是，磋商过程中双方应遵从诚实信用原则。如果在订约过程中，招聘单位以其行为导致应聘者形成合理信赖，应聘者依据该合理信赖从事相应行为导致损失的，招聘单位应对该损失承担损害赔偿责任。外航公司受马航要求为其招聘空乘，与马航之间系劳务派遣关系。因此，马航对外航公司在按其要求进行招聘活动中对应聘者应承担的民事责任应承担连带责任。鉴于除法定情形外，不应强制招聘单位与应聘者建立劳动关系，因此原告要求二被告继续聘用的请求未获支持。
(webpage)

### **二、本案件适用相关法律条款**

（一）《劳动合同法》相关条款：《中华人民共和国劳动合同法》第七条规定 "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。

（二）《合同法》

### **三、案例点评**

本案的关键在于企业的反悔，在法律的定性上是解除一个民事合同还是一段劳动关系。如果解除的是一个民事合同则适用《合同法》及相关规定；而如果解除的是一段劳动关系，则适用的是《劳动合同法》及相关规定。此外，如果解除的是一个民事合同，则不可强制双方履行；如果解除的是一段劳动关系，则候选人可以要求继续履行，也即可以强制执行。
　　（一）录用通知的性质界定
　　录用通知，英文翻译为"offer letter"，在实务中也有企业称之为"聘用通知""聘用意向书""录取通知""聘用要约"等。录用通知书实际上用人单位向决定录用的员工单方发出的愿意与其建立劳动关系的一种意思表示。从合同法的基本原理考查，录用通知就属于要约，是用人单位向应聘人员发出的关于建立劳动关系的一种要约。
　　根据合同法的一般原理，一份合同的成立要经过要约和承诺两个程序。所谓"要约"，是指希望和他人订立合同的意思表示，所谓"承诺"，是指受要约人作出的同意要约以成立合同的意思表示，它应当由受要约人以通知的方式向要约人作出。承诺通知到达要约人时生效，合同成立，对双方均产生约束力。按照这样的一般原理，当企业向决定录用的候选人发出录用通知（也即要约）而候选人表示接受该录用通知（也即承诺）后，则在企业与该员工之间存在着一种合同关系，这种合同关系的具体内容通过录用通知来体现。换言之，录用通知从一个企业单方发出的要约变成了企业和候选人双方达成合意的一纸合同。《中华人民共和国劳动合同法》第七条规定 "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。"也就是说《劳动合同法》从实际用工之日起开始对劳资双方进行调整，而候选人表示接受录用但实际用工之前，双方之间并非《劳动合同法》的调整，而是受《合同法》的规范。因此，此合同在法律上应当界定为普通的民事合同并非劳动合同。
　　（二）企业撤销录用通知的法律风险
　　录用通知是否对企业具有约束力，关键在于是否被候选人接受。如果候选人接受则对企业产生约束力，否则，如果候选人不接受或者虽然接受但是对录用通知上的条件作出了实质性变更的话，则本录用通知对企业不具约束力。候选者接受录用通知，而企业撤销，则企业的这一行为，法律上应当界定为预期违约（违约行为发生于合同履行期届至之前）。
　　尽管企业违约，但是追究企业的违约责任不能通过不能强制企业和候选人履行的方式，因为民事合同具有不可强制性，而只能追究财产上的损失。由于候选人已经对企业形成了一种合理信赖，那么如果候选人能够证明其因为企业的违约行为遭受损失，则企业应该对该等损失承担赔偿责任。
　　具体在本案中，不能强制马航、外航服务公司和8位准空姐三方主体之间建立派遣关系，但8名准空姐对于外航公司将与其订立劳动合同并派遣至马航已形成合理信赖，且8位准空姐证明了其遭受的损失，因此，8名准空姐因基于合理信赖而与原单位解除合同导致的损失，招聘单位应当适当予以赔偿。

### **四、操作提示**

录用通知可以吸引人才，但是稍有不慎，它也可以困住企业的脚，从现代企业人力资源管理理念的角度出发，招聘实务中关于录用通知的使用，应当追求法律的严谨，更大限度地减小对企业的风险。
　　（一）发出录用通知与候选人体检的顺序安排
　　关于发出录用通知与候选人体检的顺序安排，在实务中一般有两种操作模式，第一种模式是先让候选人进行体检，候选人体检合格后再发出录用通知，第二种模式是先发出录用通知后再让候选人体检。如果企业的招工条件允许的话，建议在操作中采取第一种模式。
　　第二种模式主要存在以下两个方面的法律风险：（1）在拒绝理由上不易选定。如果在在先发出录用通知后体检，而在体检中发现候选人有某种疾病的话，则企业在不易找出拒绝理由，否则非常容易被视为就业歧视。特别实在2008年1月1日《就业促进法》实施以后，企业实施就业歧视的，候选人可以向法院提起诉讼，企业成为被提起就业歧视诉讼的概率加大。（2）加大解雇成本。如果在先发出录用通知后体检，而在体检中发现候选人有某种疾病仍让其顺利入职的话，则可能会在用工期间产生病假、医疗期等一系列后续问题，同事丧失了巨大的招聘的机会成本，而且加大了企业的解雇成本。
　　（二）录用通知书的失效
　　在实务中，会出现这样的情形：企业向候选人发出录用通知后，数月后候选人才回复公司表示接受，则此时公司已经找到了其他候选人，并且该候选人已经入职工作月余。为了规避此种情形带来的法律风险，专家倾向于建议在录用通知上设立一个回复期限，如果在期限内不回复，则录用通知自动失效。
　　另外，在实务中也会出现另外一种情形，候选人答复接受并且承诺在具体的时间入职报到，但是报到时间已到而该候选人则杳无音讯，可能该候选人已经另栖它枝而再无踪迹，也可能过了一段时间又重新出现来公司报道，那么在这种情况下企业是否还要受录用通知的约束，如何规避这种情况的法律风险？对此，专家建议可以在录用通知上设定，如果候选人不能在承诺的时间入职报到时间，则需事先得到企业的同意才能后延，而且后延时间不能超过企业设定的期限，否则录用通知自动失效。
　　（三）录用通知书与劳动合同之间关系的处理
　　关于录用通知书与劳动合同之间关系的处理，在实务中一般有以下三种操作模式，第一种模式是明确劳动合同签订后，录用通知自动失效；第二种模式是明确劳动合同签订后，某些合同的某些内容特别是劳动报酬内容条款按照录用通知上的相关条款执行；第三种模式是对录用通知与劳动合同之间的关系的处理未作任何设定。专家更倾向于建议采取第一种模式，这样可以最大限度的减少后患。
　　首先，第三种模式是我们应该坚决摒弃的，它对二者之间的关系未作任何设定，而录用通知和劳动合同上往往会出现一些条款相互矛盾甚至是待遇条款一高一低的情况，与此伴随的则是内在的法律风险，实践中企业因此而败诉的案例也时常见诸报端。第二种模式虽然明确了劳动报酬按照录用通知上的执行，但是在其他方面的内容上仍然不能彻底摆脱第三种模式类似的风险。如果采用这种模式，至少应当明确，当二者内容不一致时，以双方劳动合同为准。

以上是用人单位在入职环节中容易出现的问题及应对方法。如果H R从业人员在日常工作中对入职环节给予足够的重视，就可以避免工作失误的发生，避免劳动争议的发生，为用人单位的平稳运营提供保障。

下面将通过对几个典型案例的分析，找出用人单位入职环节中存在的误区。

# 入职篇

## 未签订劳动合同，谁之过？

（来源：ＨＲ经理人，２００９年第１０期，张驰）

### 一、典型案例

韩某在北京某公司工程部当水暖工，劳动合同期限为2007年4月3日至2008年4月2日。劳动合同到期后，韩某仍在该公司工作，双方未办理劳动合同续签手续。2008年12

月22日，韩某提出辞职，双方的劳动关系解除。此后，韩某向北京市东城区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求该公司向其支付解除劳动合同经济补偿金2300元，未签书面劳动合同的二倍工资差额及2008年9月份的工资。

**仲裁结果：**

2009年6月8日，北京市东城区劳动争议仲裁委员会作出裁决，该公司向韩某支付2008年9月的工资1104.51元，以及2008年5月3日至2008年12月22日未签订书面劳动合同

的两倍工资差额9067.43元。

该公司不服，认为双方没有办理劳动合同续签手续的主要原因是韩某拒绝签订，故不同意支付未签订劳动合同的两倍工资差额9067.43元，但同意支付2008年9月的工资1104.51元。于是该公司向东城区人民法院提起了诉讼。

**一审判决：**

在案件审理过程中，该公司申请证人刘某、宋某出庭作证。刘某、宋某证明在2008年六七月间曾经接到过公司人事部的电话，通知韩某去签合同，宋某将此通知转达给了韩某。但对于韩某不与公司续签的情况，该公司缺乏证据说明，法院认为该公司仍应负有提示韩某续签的义务，且直至韩某提出辞职时，公司也未采取任何措施履行此义务。所以，北京市东城区人民法院一审判决该公司向劳动者韩某支付10171.94元。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第三条规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则；

《劳动合同法实施条例》第六条规定，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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

### 三、案例点评

焦点一：未续签劳动合同应由谁负责？

根据《劳动合同法》第三条规定，订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。实践中，在用人单位与劳动者续订劳动合同时，也应当充分体

现双方协商的过程，所以，专家认为续签劳动合同应当是用人单位与劳动者双方的责任，未签订劳动合同应当由形成未签订事实的过错一方来承担不利后果。

根据《劳动合同法实施条例》第六条规定，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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截至时间为补订书面劳动合同的前一日。

上述法律规定分别对未依法签订劳动合同的两种情形做出了具体的约束和规范，为用人单位提供了处理依据和办法。对于用人单位过错，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，应当依法向劳动者支付双倍工资，并与劳动者补订书面劳动合同。对于劳动者过错，在用人单位通知其签订书面劳动合同的情况下，拒绝与用人单位办理签订手续的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依法支付经济补偿。

本案中，公司在电话通知韩某办理劳动合同续签手续未果的情形下，应当立即书面通知韩某终止劳动关系，不应再继续使用韩某，使事实劳动关系存续。但该公司未能提供充分证据证明公司主动通知韩某办理劳动合同续签手续，无法举证韩某不与公司续订的情况，所以，应当承担用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的法律责任，依法支付2008年5月3日至2008年12月22日未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

焦点二：如何规避未签劳动合同的争议风险？

通过前面的分析，专家提醒各用人单位，若存在未与劳动者在用工之日起一个月内签订书面劳动合同的行为，还可能导致用人单位追着劳动者签订，而劳动者却不与用人单位签订的情形，这就破坏了用人单位和劳动者在签订劳动合同环节上的平等关系。实践中，一些用人单位疏于管理，未在法定时间办理劳动合同签订或续订手续，当用人单位发现并采取补签措施时，确有个别劳动者为了索要双倍工资，以出差、工作忙、生病为名故意拖延时间，拒绝办理签订或续订手续，双方拖得时间越长，用人单位为此付出的违法成本就越高，最终用人单位也只得走向被动。所以，用人单位要加强员工劳动合同管理，从根本上杜绝事实劳动关系的形成。对于劳动者不予签订书面劳动合同的，用人单位更要依法及时做出处理，规避争议风险。

另外，用人单位依法处理劳动者不予签订劳动合同的情形，向劳动者发出的通知也是容易引发争议的关键。有些用人单位经常把“终止”和“解除”两个法律概念相混淆，在出具的各种通知中随意使用，常常导致用人单位本来合法的行为因为用错了词而变成违法行为的情况发生。本案中，劳动者拒绝用人单位签订劳动合同，用人单位应当向劳动者发出“终止”劳动关系的通知，如果错发为“解除”劳动关系的通知，就会被定为用人单位违法解除，用人单位还要为此支付高额的违法成本。

### 四、操作提示

对于用人单位如何规避未签劳动合同的争议风险，专家根据多年的实战经验，提醒用人单位特别注意依法处理好以下两个问题：

第一，严格按照法定时间，控制签订劳动合同的周期。初次签订书面劳动合同的时间，一定要控制在用工之日起三十日内；续签劳动合同，也不能超过原劳动合同届满的次日起三十日。

用人单位人力资源部通过对劳动合同的管理，控制签订劳动合同的周期，在劳动合同到期届满前三十日，向劳动者征求续签意向或发出终止劳动合同的通知，做到提早准备，避免形成事实劳动关系。如果用人单位未提前三十日通知劳动者劳动合同到期终止，用人单位应当按照《北京市劳动合同规定》第四十七条规定，每延迟一日支付一日工资的赔偿金。

第二，准确判定关系，避免合同延迟签订。用人单位要提高人力资源管理工作者的专业知识水平，做到准确判定用人单位与劳动者之间的法律关系（劳动关系、劳务关系），依法签订相应的劳动合同或劳务协议，避免因关系判定不清而延误签订劳动合同的时间。

## 劳动合同，签还是不签

（来源：人力资源管理 2010年7月）

### 一、典型案例

北京崇文区某家具制造公司，有员工数十人，一直未签订劳动合同。2008年后由于《劳动合同法》宣传的不断深入，公司逐渐认识到签订劳动合同的重要性，于是要求员工与公司签订书面的劳动合同。但洪某拒绝签订劳动合同。他认为劳动合同是对自己的束缚，因此不愿意签。公司方面无奈，让洪某写了一个声明，声明上写道：“本人不愿意签订劳动合同，特此声明。”后面是洪某的亲笔签名。于是公司方面也就未再要求洪某签订劳动合同。
    一年后，洪某因为加班费的问题，向北京崇文区劳动争议仲裁委员会提出了仲裁请求，要求公司支付加班费2万余元，同时要求支付未签订劳动合同的双倍工资3万余元。就未签订劳动合同的问题，公司方拿出了洪某签名的声明，认为未签订劳动合同完全是由于洪某的原因，公司不应该再对其支付赔偿。洪某承认声明的真实性，但认为不签订劳动合同的原因是由于公司拿出的劳动合同条款不公平。因此未签订劳动合同的实质原因还在于公司这一边。

**仲裁结果：**
    仲裁委经审理后作出了裁决，就双倍工资问题，认定公司属于违法未签订劳动合同，应依法向洪某支付双倍工资近3万元。后公司向法院提出起诉，法院仍然维持了该项裁决。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法实施条例》第六条规定，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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同。

《劳动合同法实施条例》第五条、第六条则规定，员工如果拒绝签订劳动合同，用人单位“应当”书面通知劳动者终止劳动关系。

### 三、案例点评

这个裁决恐怕会让很多人感觉意外。然而其法律依据却是充分的。如果说《劳动合同法》还没有对员工拒签劳动合同的处理作出规定的话，《劳动合同法实施条例》第五条、第六条则规定，员工如果拒绝签订劳动合同，用人单位“应当”书面通知劳动者终止劳动关系。也就是说，如果员工拒签劳动合同，用人单位只能终止劳动关系而不能继续留用该员工，否则就要支付双倍工资。法律在这里没有考虑员工拒绝签订劳动合同的动机，而直接规定用人单位不得留用不签订劳动合同的员工。

所以，本案中，不论洪某说的“公司拿出的劳动合同条款不公平”的说法是否属实，都不会影响本案的判决。

### 四、操作提示

员工如果拒绝签订劳动合同，用人单位“应当”书面通知劳动者终止劳动关系。也就是说，如果员工拒签劳动合同，用人单位只能终止劳动关系而不能继续留用该员工，否则就要支付双倍工资。

## **只有三句话的协议也叫劳动合同吗？**

### 一、典型案例

黄某在湖北武汉某商贸公司工作了一年后离职。离职一个月后向武汉某区劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求公司支付未签订劳动合同的双倍工资共计4万余元。
    开庭时，公司拿出一份协议，该协议写在一张A5大小的纸上。协议内容是：“名称：岗位协议，甲方：某商贸公司，乙方：黄某。正文：1.黄某担任业务员；2.月工资2500元加提成；3.本协议自双方签订后生效。”协议下方有黄某的签名、公司的盖章和签订日期。签订日期是在黄某入职后几天。
    黄某看到这份协议非常生气，声称自己根本没有签过这样的协议。但他承认上面的签名是真的，但那是从自己留在公司的一个笔记本上撕下来的，自己当时在上面签名只是表明所有权，根本就不是签署什么协议。协议的内容是后来公司自己加上去的。
    公司则声称该协议是双方协商签订的。协议的内容虽然公司一方的人写的，但是双方协商好的，因此黄某才会在协议下面签字。协议虽然比较简单，但从协议的内容来看，仍然是一份劳动合同。

**仲裁结果：**
    武汉某区劳动争议仲裁委员会最后作出裁决，认为该协议是关于双方劳动关系的约定，虽然缺乏必备条款，但仍然是一份劳动合同。黄某主张这份协议是公司自己伪造的，但没有提供相应证据，又认可其签字的真实性，故其主张不予采信。既然双方已经签订劳动合同，那么公司无需支付未签订劳动合同的双倍工资。
    黄某不服裁决，又向法院提起诉讼，法院一审、二审均维持了该裁决。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第十七条明确规定劳动合同应当具备九项条款。

### 三、案例点评

 通过这个案子，我们来了解一些劳动合同签约的知识。
    1.打官司打的是证据，证据未必完全符合客观事实。
    例如本案中，不排除用人单位提交的劳动合同确有伪造之可能，但由于黄某无法证明这一点，仲裁委只能认定合同真实。
 2.是否是劳动合同，是由合同（即协议）的内容以及双方关系的实质来决定的，而不取决于协议的名称。
   如果双方是劳动关系，协议的内容是双方关于劳动关系履行中的权利义务的约定，如工资、工作内容等，那么这就是一份劳动合同，即使协议的名称叫“劳务协议”、“聘用协议”、“雇佣协议”、“岗位协议”或者其它名称。反过来讲，如果双方不是劳动关系，例如已达退休年龄的员工与用人单位签订一份正式的劳动合同，双方的关系仍然只能是雇佣关系而非劳动关系。
    3.不完全具备《劳动合同法》第十七条规定的劳动合同必备条款，并不必然导致劳动合同无效。
    《劳动合同法》第十七条明确规定劳动合同应当具备九项条款，但如果合同中不具备全部九项内容，合同并非就因此无效。所缺乏的内容，双方可以根据法律法规的规定履行或填补。例如工作时间和休息休假，国家有相应的法规规定。
     4．能够确定合同双方身份、工作岗位和工资的合同就可以算是是一份有效的劳动合同。
    目前实务中，要求还是比较宽松的。实务中司法人员的态度是，签订劳动合同虽然是《劳动合同法》的强制要求，但未签订劳动合同本身对劳动者的权益并没有实质的损害，因此如果因为劳动合同条款有缺陷就判定为未签订劳动合同应支付双倍工资，对企业太过苛刻。如在本案中，岗位与工资是劳动关系中最重要的内容，对这两项有约定，即认定为签订了劳动合同。但如果这两项关系内容都没有，如应届毕业生找工作签订的三方协议，仅仅表明同意接收，则很难被当作劳动合同。另外，合同双方的信息要达到能够确认当事人的程度。
    5.未在合同正文条款后签字的劳动合同无效。
    根据通常人们的签约习惯，合同都是条款在前，最后签字和书写日期，最后的签字代表当事人愿意受以上条款约束。曾经有一个案例，劳动者在合同第一页前面的乙方信息处亲笔填写了自己的姓名、住址等信息，但合同最后却没有签名。后来打起官司，法院判决为未签订劳动合同。合同前面填写信息，顶多只能说明劳动者看过这个合同，但绝不能代表劳动者已签字同意按该劳动合同履行义务。另外一个类似的案例是，用人单位拿出一份合同，劳动者在合同尾部有签字，但在签字之后又增加了一些用人单位一方人员手写的关于工资的几个条款。同样的，在劳动者签字之后的条款，如果劳动者不予认可，应该不发生法律效力。这些签约规则不仅适用于劳动合同，也适用于其它普通民事合同。如果没有这些签约规则，我们将毫无交易安全可言。
    6.录用通知书不是劳动合同。
    录用通知书（即所谓的“OFFER”）是用人单位一方单方面发出的通知，并非双方认可的合同。即使劳动者有签收，那也只能代表劳动者已经知道了通知的内容，而不代表劳动者同意受通知书上的条款约束。这就好象劳动者接到了单位解除劳动合同的通知，不代表劳动者就同意解除劳动关系一样。

### 四、操作提示

未签订劳动合同的双倍工资，用人单位会怎么抗辩？
    所谓仲裁与诉讼，通常是按照所谓“等腰三角形”的格局进行，即原被告（仲裁阶段是申请人与被申请人两方）各自主张，仲裁员或法官兼听各方意见，居中裁判。那么，对于未签劳动合同的双倍工资，用人单位可以提出什么样的抗辩理由呢？而针对用人单位的抗辩，劳动者又该如何应对？

    **用人单位策略一：否认劳动关系。**    既然双方不存在劳动关系，自然也就不存在应当签订劳动合同的问题。这其中又有下面三种情况：1.完全否认劳动者一方提供劳动；2.承认提供劳动或劳务，但否认双方是劳动关系；3.承认劳动关系，但认为双方属于非全日制用工。
 劳动者对策，搜集能够证明存在劳动关系的一切证据。

    **用人单位策略二：主张双方已签订劳动合同。**
    这其中又可能有几种情况：1．用人单位拿出劳动合同。包括极简单的劳动合同；如前面所引的案例——只有三句话的协议也叫劳动合同吗？一般只要约定了岗位与工资的协议就会被当作劳动合同。2．签订了劳动合同，但只有一份，或者没有给劳动者一份，都算是签订了劳动合同。3．如果用人单位拿出了劳动合同，但劳动者发现劳动合同上的签名是伪造的，那么劳动者可以申请鉴定。如果劳动者只是声称签名系伪造，但不申请鉴定，则仲裁或法院会认定签名真实，从而认定已经签订了劳动合同。4．用人单位拿出劳动者的其它声明，或者签收的文件，说明双方已经签订了劳动合同。如果该证明有劳动者认可或签字，而且其内容表明双方确实签订了劳动合同，则用人单位主张双方已经签订了劳动合同是能够得到支持的，即使仲裁及诉讼时用人单位确实拿不出劳动合同。

    **用人单位策略三：缩短用工时间。**    双倍工资计算的最常见的期间，是从入职后到签订劳动合同之前。如果将入职时间尽量往后推，则双倍工资的计算期间就可缩短直至于无。所以用人单位会尽量将入职时间往后推迟。入职时间是要由用人单位举证的。如果用人单位主张劳动者的入职时间比劳动者一方所主张的更靠后，那么用人单位应该拿出证据来，否则就应该按照劳动者所主张的时间来认定。

    **用人单位策略四：降低双倍工资的计算基数。**    这里涉及到几个小问题：双倍工资计算期间内的加班费是否要计入双倍工资之内？《劳动合同法》条文是说“应当向劳动者每月支付二倍的工资”，但所谓“工资”，按理说是包括加班工资的。但目前的做法是：如果加班费已经发放，计算双倍工资时也不再剔除。如果加班工资有拖欠，未发放，也不会支持劳动者主张将拖欠的加班费再计算双倍。这无疑显得有些矛盾，但实务中就是如此。
 不管怎样，加班费是否计入双倍工资还是有争议的。从用人单位的角度，可以主张将原来发的工资里面所包含的加班费剔除。而从劳动者一方的角度，则可不同意这种做法，如果有拖欠加班费，还可以主张加班费也属于工资，也应该双倍计算。两方面的主张都有一定道理。

**用人单位策略五：时效抗辩。**    时效是指权利得到法律救济的期限。《劳动争议调解仲裁法》规定，时效自知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。因而用人单位以仲裁时效期间已过为由抗辩，在北京的某些城区是可能得到支持的。
    此时，劳动者应尽量找出时效期间中止、中断的证据以抗辩。

## 劳务协议还是劳动合同

### 一、典型案例

2009年3月，为名公司招收录用了张某，但因张某在入职时尚处于申请并享受自谋职业社会保险补贴阶段，于是为名公司以张某当时正在享受社保补贴，已经缴纳了社会保险，无法与其签订劳动合同为由，只与其签订了劳务协议，没有承担用人单位应缴纳社会保险的义务。

三个月后，张某在上班途中发生机动车道路交通事故，为名公司人事部门得知后即通知张某解除劳务协议。张某认为企业应当为自己申报工伤，而企业则认为双方签订的是劳务协议，无需承担劳动法律责任。在与企业协商无果后，张某个人申请了工伤认定，并被认定为工伤，经劳动能力鉴定伤残等级为8级。

后来，由于为名公司拒绝支付工伤保险待遇，张某将该公司告上仲裁庭，要求确认劳动关系，并支付工伤保险待遇。

**仲裁结果：**

仲裁庭经调查认为，企业与张某已建立了事实劳动关系，应当签订书面劳动合同，承担劳动法律责任。依据《劳动合同法》第十条，《工伤保险条例》第六十条之规定，裁定企业与张某存有劳动关系，应当签订劳动合同，并支付工伤保险待遇。

### 二、本案件适用相关法律条款

签订劳动合同的双方当事人应具备签订合同的主体资格。依据《劳动合同法》第二条之规定，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。

国家有关法规及《劳动合同法》的相关规定，用人单位在招收录用失业人员时，应当为其办理合法的用工手续，并建立劳动关系。

《工伤保险条例》第六十条规定：用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由劳动保障行政部门责令改正：未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

### 三、案例点评

该案例的焦点在于：应当签订劳动合同还是劳务协议。

劳动合同是依据《劳动法》和《劳动合同法》由用人单位与劳动者双方确立权利和义务的法律文书。一经确立，用人单位与劳动者之间就建立了劳动法律关系，受《劳动法》和《劳动合同法》的调整。而劳务协议与劳动合同有本质上的区别，不受《劳动法》和《劳动合同法》的调整，是另一法律范畴的问题。

本案中的用人单位和劳动者，具备签订劳动合同的主体资格，但用人单位试图规避缴纳社会保险的义务，而与劳动者签订了劳务协议。劳动者享受社保补贴证明其处于失业阶段，依据国家有关法规及《劳动合同法》的相关规定，用人单位在招收录用失业人员时，应当为其办理合法的用工手续，并建立劳动关系。但用人单位既没有依法为劳动者办理招工备案手续，也没有自用工之日起依法与劳动者订立书面劳动合同，违反了《劳动合同法》相关规定，因此要承担相应的法律责任。

同时，《工伤保险条例》第六十条规定：用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由劳动保障行政部门责令改正：未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。该企业没有按照《工伤保险条例》依法为张某缴纳工伤保险，因此工伤保险基金支付项目的工伤保险待遇由用人单位承担。

### 四、操作提示

现实中，的确有些用人单位存在不注重入职工作，盲目混淆劳动关系、劳动法律关系的现象，要么以带有经济属性的协议代替劳动合同，要么为控制用工成本，滥用非全日制用工形式，签订的是非全日制劳动合同，实行的却是全日制用工的各项规定。从长远考虑，错误的做法不仅侵害了劳动者的合法权益，更不利于用人单位的健康发展。

为了解决上述问题，我们认为还是应当建立一套完善的用工管理制度，把握劳动关系与事实劳动关系的区别，明确用人单位与不同劳动者的法律关系——劳动关系或劳务关系；根据业态或岗位需求，依法使用全日制、非全日制或劳务派遣用工形式，避免出现因片面控制用工成本而盲目选择用工形式，以致不断引发劳动争议的现象。

**入职环节对症施治的六个解决方案**

针对以上问题，用人单位应当建立一套行之有效的入职管理制度和工作程序，在明确具体内容后将其制度化，确保用人单位在入职管理工作中“有法可依”。入职管理环节应做好的基本工作，应包含以下几个方面：

1. 入职材料的收取、甄别、管理

用人单位应要求劳动者提供与劳动合同直接相关的信息及材料，如社会保险参保情况相关材料、身份证、学历证明、本人从业资格证明等必备的材料以及用人单位认为应当了解或收取的信息材料，并对此类材料进行甄别，建立个人劳动档案备查、备用。

2. 背景调查工作

一般情况下用人单位应细致了解劳动者的工作履历、婚育状况、身体健康程度等情况。例如是否从事过特殊单位的特殊岗位。除此以外，对劳动者的社会关系以及是否有不良记录等情况也应进行了解。HR从业人员通过背景调查，能够对入职员工的内在因素（例如个人

性格、职业态度等）有较为深入的了解，便于在日后当用人单位与劳动者出现需要解决的问题时，能够抓住主要矛盾，从一开始就为用人单位构建和谐用工环境和工作氛围打下良好的基础。

3. 入职培训、申明

做好入职培训工作，除进行业务培训外，还应安排劳动者进行用人单位规章制度、劳动安全卫生、保守用人单位商业秘密和与知识产权等的相关培训。除了相应的培训之外，用人单位还需要通过签订入职申明书（作为劳动合同的附件）的形式，依法履行涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示、告知程序。这一举措一方面可使用人单位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、规章制度以及劳动者要求了解的其他情况，另一方面也使劳动者如实告知用人单位与劳动合同直接相关的基本情况。

4. 入职体检

用人单位安排劳动者进行体检，便于了解其现实身体状况及家族遗传病史等情况。能够使用人单位按照自身需要安排劳动者从事适当的工作岗位，既能满足用人单位的用工需要，也能顾及劳动者的身体健康状况，避免因工作安排不当对劳动者身体造成损害导致劳动争议的产生。特别是国家对女职工的健康及婚育实行更为宽泛的劳动保护，因此了解女职工入职时的健康及婚育状况，能够起到保护用人单位和劳动者双方合法权益的作用。如果劳动者可能从事接触职业病危害的工作岗位，用人单位更应依法在其入职前进行专项入职体检。

5. 订立书面劳动合同手续

依据《劳动合同法》第三条之规定，在遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则下，用人单位与劳动者就劳动合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬等必备条款可以进行约定，同时也可对试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他可约定事项进行约定。签订后的文本由用人单位和劳动者各执一份，同时H R应做好劳动合同文本发放的记录工作，备用备查。

特别需要注意的是：用人单位自用工之日起即要与劳动者建立劳动关系，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。

6. 试用期管理

《劳动合同法》规定：同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期；以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期；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。

试用期间，用人单位应对劳动者的综合表现进行考核，试用期期满前考核合格者，双方对岗位及薪酬待遇有明确约定的，应按照约定执行；劳动者被证明不符合录用条件的，用人单位向劳动者说明理由后可以解除劳动合同；劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

**同时制定用工管理制度时应考虑的因素**包括：

1. 将劳动者可能具有的人员类别在制度条款中予以列举：如下岗再就业人员、失业人员、实习学生、应届毕业生等；

2．区分和判定劳动法律关系，做到劳动关系实际状态与表现形式相统一，在制度条款中明确用人单位与不同类型的劳动者建立的是哪一种法律关系。比如下岗再就业人员可以与新用人单位签订劳务协议；失业人员和应届毕业生与用人单位签订劳动合同；实习学生与用人单位签订实习协议，双方不存在雇佣关系。关于下岗再就业人员，其定义为“两个没有，一个有”，就是说没有与原单位终止或解除劳动关系，没有工作岗位，但有就业的能力和要求，所以下岗员工与新用人单位，就可以签订劳务协议。因其与原单位还存有形式上的劳动关系，所以原单位承担缴纳社会保险的义务，签订劳务协议的用人单位按照相关规定，只需缴纳兼职工伤保险即可。

3. 在确定应建立的法律关系后，用人单位应依法并按照相应的工作程序与劳动者订立相应的书面合同，明确当事人双方的权利和义务。

## 试用期要制定并公示考核标准

（来源：HR经理人，2010年第3期，张驰）

### 一、典型案例

2009年3月，江某应聘到北京一家服装厂工作，双方签订了三年期限的劳动合同，工资标准为1200元/月，并约定了5个月的试用期，试用期工资为960元/月。2009年7月底，在江某试用期期满前一天，该服装厂人力资源部找到江某，告知其试用期内绩效考核不合格，以试用期内被证明不符合录用条件为由，要与其解除劳动合同，并要求江某当日即办理合同解除手续。而江某表示，自己在应聘服装厂工作时，从未看到有关录用条件的说明，在签订劳动合同及此后的工作中，服装厂也未曾告知自己相关的绩效考核规定，况且自己也一直严格遵守工作时间和工厂的相关规章制度，于是她要求服装厂向其支付经济补偿。后来，在遭到服装厂的拒绝后，江某向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁，要求裁定服装厂违法解除劳动合同，支付其双倍经济补偿的赔偿金。

**仲裁结果：**

审理中，服装厂提供了绩效考核制度规定，但由于其未能出具该制度已公示告知以及江某试用期内不符合录用条件的证明材料，最终，劳动争议仲裁委员会裁决，服装厂与江某解除劳动合同属于违法解除，应当依法向江某支付一个月工资的赔偿金。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》规定，用人单位依法与劳动者在试用期内解除劳动合同，主要有以下几种情形：

1. 劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；

2. 劳动者严重违反用人单位的规章制度的；

3. 劳动者严重失职，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》第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

6. 劳动者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。

### 三、案例点评

上述案例中，服装厂在试用期内与江某解除劳动关系，应当根据《劳动合同法》第二十一条和第三十九条的规定，证明江某试用期内不符合录用条件，并向劳动者说明情况。但服装厂却无法提供有效的证据材料而未得到支持，向江某支付了双倍经济补偿的赔偿金。根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定，公示或者告知劳动者。服装厂败诉的关键原因就在于其绩效考核制度未做到向所有员工公示告知，这使得服装厂的管理依据不符合法律规定，致使管理无效。

### 四、操作提示

实践中，上述第一种情形是较为常见的。而绩效考核结果是用人单位证明劳动者试用期内不符合录用条件最直接和最有效的说明。

从绩效考核的种类上看，通常可以分为三种：日常考核、年度考核和专项考核。

日常考核是用人单位的各级直属主管对于所管辖人员就平时工作、能力、品德、知识、敬业精神等做出的考核，是对员工日常工作表现的客观评价，也是年度考核或专项考核的重要参考资料。年度考核是用人单位根据自身的经营情况，以财年或自然年为周期，安排的参考员工日常考核、专项考核结果的考核总评。专项考核是在考核年度内，当员工具有特别优秀或特别恶劣的行为时、当员工处于特定的时期时、当用人单位准备做出重大决定时，用人单位安排的专项考核，并根据绩效考核结果进行相应的调整与处理。

试用期绩效考核，就属于用人单位针对处于试用期内的员工的专项考核，试用期考核的结果直接决定着员工是否符合录用条件，是否能够继续与用人单位存续劳动关系。当然，这也是试用期内最容易引发劳动争议的关键点。

从绩效考核制度本身来看，它是用人单位的内部规定，是用人单位实施管理行为的重要依据，更是规范和约束用人单位、劳动者双方行为的规定。但在本案中，服装厂没有对江某所在岗位的录用条件进行具体明确，也无法提供江某绩效考核结果不合格及相应绩效考核标准评价等有力的证据材料，所以不能充分证明江某试用期内不符合录用条件，这也是服装厂没有细化绩效考核制度相关内容所导致的结果。

因此，用人单位要通过建立制度来，规避绩效考核引发的劳动争议，除了确保绩效考核管理制度的全面、完备、依法生效外，还应当加强对绩效考核指标的量化和工作程序的规范化，提高指标及程序的可操作性，确保指标制定的合理性和客观性。同时，用人单位还应当加强对绩效考核管理过程中相关书面材料的备案工作，以便发生争议时举证有利。

## 试用期不合格怀孕可被辞

### 一、典型案例

案例：小张5月初到一家公司应聘，当时双方商定试用期为一个月。5月中旬，公司人事部通知小张，说小张不适合现在的工作岗位，并说给小张两周左右的时间，等小张有了新的工作意向，公司将辞退我。可是还没到两周，5月25日，小张发现自己怀孕了。小张找到公司经理说，小张在孕期不可以被辞退。公司经理表示，辞退小张并不是因为小张怀孕，而是因为小张不适合现在的工作岗位，因此可以辞退。

### 二、本案件适用相关法律条款

《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，用人单位可以与劳动者解除劳动合同。”

### 三、案例点评

在本案例中，如果用人单位通过考核能够证明小张在试用期内不符合录用条件，就可以与你解除劳动合同。

### 四、操作提示

试用期绩效考核，就属于用人单位针对处于试用期内的员工的专项考核，试用期考核的结果直接决定着员工是否符合录用条件，是否能够继续与用人单位存续劳动关系。

## 随意设置试用期　双倍补偿没商议

### 一、典型案例

某高新技术企业需招用一批拥有机械加工专长的劳动者，后经招聘程序，王某被录用，并于2008年1月办理了入职手续。该企业在办理入职手续时提出王某的试用期为两个月，支付试用期工资，试用期满经业绩考核合格后再签订书面劳动合同。王某在该企业工作两个月后，人力资源部又通知其将再延长两个月的试用期，并将延长试用期的通知发到王某手中。2008年5月，该企业与王某订立了两年的书面劳动合同。在签订合同时，王某要求企业为其补缴1—4月的社会保险，人力资源部以劳动合同签订之日为建立劳动关系之日为由，拒绝为其补缴。

为此，王某将这家企业告上劳动争议仲裁委员会，请求确认2008年1月至4月双方存在劳动关系，并由企业支付未签订书面合同的双倍工资。

**仲裁结果：**

仲裁庭经调查认定，该企业在录用王某之后，在签订书面劳动合同前约定并延长试用期，违反了《劳动合同法》的相关规定，没有依法订立书面劳动合同长达4个月，双方已经形成事实劳动关系。裁定该企业与王某订立的书面劳动合同，期限应自2008年1月起计算，并支付未签订书面劳动合同期间的双倍工资。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第七、第九、第十九条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同；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；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。

### 三、案例点评

本案的焦点在于：用人单位将试用期与劳动合同期限分离，有意将签订劳动合同的时间与建立劳动关系的时间画等号，混淆用工之日的概念。在所谓的试用期满后才订立书面劳动合同，违反了《劳动合同法》关于试用期的规定。

依据《劳动合同法》第七、第九、第十九条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同；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；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。

用人单位片面地以签订书面劳动合同的时间来确定建立劳动关系的时间也是明显有违法律规定的。另外，用人单位将试用期脱离劳动合同期限，甚至延长试用期，更是违背了法律规定。这种将试用期与劳动合同期限分离的行为，不仅不能起到考察劳动者的作用，而且必然引发劳动争议，直接加大用人单位的用工法律成本。

### 四、操作提示

为了解决上述问题，专家建议用人单位考虑与员工签订无固定期限劳动合同，在入职和劳动合同履行环节，无固定期限劳动合同有以下几点优势：

1. 能够与劳动者约定6个月的试用期，使用人单位有充分的时间对新入职劳动者进行考察，如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，用人单位向劳动者说明理由后可与其解除劳动关系。

2. 用人单位可将与劳动者订立无固定期限劳动合同作为一种激励手段，通过这种方法在一定程度上能够使劳动者得到认同感，使其在工作中充分发挥主观能动性。

3. 由于没有终止期限，这减少了用人单位为劳动者办理终止、续订劳动合同手续时的工作量，降低了从事繁杂事务性工作出现失误的几率，降低特殊环节、时点产生劳动争议的风险。

另外，本案虽然没有出现劳动者试用期期满后，用人单位却未按照劳动合同所约定的条款支付劳动报酬的情形，但在实际工作中，的确存在因HR从业人员不熟悉法律法规，在与劳动者约定试用期工资标准时或试用期期满后支付工资时经常出现问题的情况，例如新入职劳动者试用期的工资低于本单位相同岗位最低档工资的问题、试用期工资标准低于劳动合同约定工资标准80%的问题、试用期期间与期满后的工资标准相差过大的问题等。所以，请大家牢记《劳动合同法》第二十条之规定，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。

## 试用期满不胜任，解聘不用给补偿？

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年8月，张驰）

### 一、典型案例

王女士于2007年9月到北京某报社广告部从事制作、核版工作，并签订了2年固定期限劳动合同。2008年3月10日，报社与一家钟表公司签订了20万元的广告合作协议，客户要求在其报刊上刊登半版的钟表广告。王女士在对这项业务进行核版时，发现广告的版面设计大小与订单不符，遂要求制作人员进行修改，直至报刊开始印刷时，王女士发现广告版面的尺寸仍未修改过来。广告刊出后，钟表公司马上与报社进行交涉，报社只好将20万广告费退回并赔礼道歉。4月21日，报社经调查、研究，以王女士不能胜任工作为由，决定与她解除劳动合同，且不支付经济补偿。

　　王女士认为，自己已经尽职，也指出了制作人员的工作错误，最终失误应与本人无关，且报社也没有具体的考核标准，不能认定自己为不胜任工作，不应对自己解除劳动合同。遂向劳动争议仲裁委员会提出了仲裁申请，要求报社继续履行与其签订的劳动合同。

　　（二）仲裁结果

　　据调查，王女士在此次广告错刊事故中，确实指出了广告制作人员的错误，而且报社也未能提供关于不胜任工作的考核标准，所以，报社以王女士不胜任工作为由作出解除劳动合同、不支付经济补偿的决定是不合法的。经调解，报社在向王女士支付3个月工资的经济补偿后与其解除了劳动合同。

### 二、本案件适用相关法律条款

　　依据《劳动合同法》第三十六条、三十九条、四十条、四十一条第一款的规定，用人单位可以与劳动者解除劳动合同。劳动者有下列情形之一者，用人单位解除或者终止劳动合同，不需支付经济补偿：（1）因劳动者过错解除劳动合同的；（2）劳动者主动提出解除劳动合同的；（3）劳动者依法享受退休待遇的；（4）劳动合同到期终止，劳动者提出不再续订劳动合同的。

其中，因劳动者过错解除劳动合同的情形主要有：在试用期被证明不符合录用条件；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的；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；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；被依法追究刑事责任的。

《劳动合同法》第四十条第二款规定，劳动者在试用期被证明不能胜任工作，可视为劳动者不符合录用条件；劳动者试用期满后，不能胜任劳动合同所约定的工作，用人单位应当对劳动者进行培训或者调整其工作岗位。如果劳动者经过一定时间的培训仍不能胜任原约定的工作，或者对重新安排的工作也不能胜任，说明劳动者缺乏履行劳动合同的能力，用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者或者额外支付一个月工资后，可以解除劳动合同。

### 三、案例点评

焦点一：什么情况下用人单位解除劳动合同，不用支付经济补偿？

　　经济补偿，是指在劳动合同解除或者终止后，用人单位依法一次性支付给劳动者的经济补助。

　　很多用人单位在劳动者确有过错的情况下，却不能很好地运用法律来保护自身的合法权益。由于用人单位在管理、制度上存在的某些缺陷，反而成为了劳动者打赢劳动争议诉讼的关键。用人单位的主要缺陷体现在：（1）管理制度违反法律法规规定；（2）管理制度不依法履行公示告知生效程序；（3）管理制度、工作程序编制有悖常理，缺乏可操作性。

　　在本案中，如果报社有关于严重违反规章制度情形的具体规范，有对造成重大经济损失标准的量化界定等生效的规章制度，作为法律证据支持，是可以依法与他们解除劳动合同的，也不需支付经济补偿。

　　焦点二：怎样理解不能胜任工作？如何判定？

　　劳动者不能胜任工作，是指劳动者不能按照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。用人单位不得故意提高劳动定额的标准，使劳动者无法完成劳动任务或者要求的工作量。

　　专家认为，劳动者是否胜任工作，可以通过以下步骤进行判定：

　　（1）以劳动合同中约定的工作任务、工作量为考核标准，进行初步的考核。合同中关于工作任务、工作量的条款应尽可能量化，形成等级、标准，以便于考核的实际操作。

　　（2）重点参考劳动者所在岗位的岗位说明书要求，判定是否胜任。需注意，企业应在岗位说明书中对岗位职责、任职要求进行具体、详细的描述。

　　（3）依靠完善的绩效考核制度，考核的方式方法要明确，考核结果要客观、公正，还要将结果告知劳动者。

　　本案中，报社未能提供王女士核版工作的职位说明书，且没有任何考核标准对其进行判定，因此，报社称王女士不胜任工作的说法不能得到法律的支持。

　　焦点三：因劳动者不能胜任工作而解除劳动合同，应履行怎样的程序？

　　用人单位以劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同，是指在劳动者没有过错或者只有轻微过错情况下，用人单位履行了特定的程序后，有权不经过劳动者同意就解除劳动合同，这属于非因劳动者过错解除劳动合同。

　　依据《劳动合同法》第四十条第二款规定，劳动者在试用期被证明不能胜任工作，可视为劳动者不符合录用条件；劳动者试用期满后，不能胜任劳动合同所约定的工作，用人单位应当对劳动者进行培训或者调整其工作岗位。如果劳动者经过一定时间的培训仍不能胜任原约定的工作，或者对重新安排的工作也不能胜任，说明劳动者缺乏履行劳动合同的能力，用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者或者额外支付一个月工资后，可以解除劳动合同。

　　因此，在上述案件中，即使报社提供了证据证明王女士不能胜任工作，也不能直接与其解除劳动合同。报社还应当履行特定程序，例如，报社发现王女士不能胜任工作，应当先对其进行培训或调整岗位，待仍不能胜任工作时，报社提前30日通知王女士解除劳动合同，或者额外支付一个月的工资，使其做好准备寻找新工作。如不履行此程序，则属于违法解除劳动合同，依据《劳动合同法》第八十七条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，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。

　　本案经过调解，报社依据上述规定，向王女士支付了违法解除劳动合同，相当于双倍经济补偿的赔偿金和应当提前30日通知而未通知所支付的一个月工资，即三个月的工资。

### 四、操作提示

用人单位的主要缺陷体现在：（1）管理制度违反法律法规规定；（2）管理制度不依法履行公示告知生效程序；（3）管理制度、工作程序编制有悖常理，缺乏可操作性。

　　在本案中，如果报社有关于严重违反规章制度情形的具体规范，有对造成重大经济损失标准的量化界定等生效的规章制度，作为法律证据支持，是可以依法与他们解除劳动合同的，也不需支付经济补偿。

劳动者是否胜任工作，可以通过以下步骤进行判定：

　　（1）以劳动合同中约定的工作任务、工作量为考核标准，进行初步的考核。合同中关于工作任务、工作量的条款应尽可能量化，形成等级、标准，以便于考核的实际操作。

　　（2）重点参考劳动者所在岗位的岗位说明书要求，判定是否胜任。需注意，企业应在岗位说明书中对岗位职责、任职要求进行具体、详细的描述。

（3）依靠完善的绩效考核制度，考核的方式方法要明确，考核结果要客观、公正，还要将结果告知劳动者。

依法解除应依据特定程序：

1、证明劳动者不能胜任劳动合同所约定的工作

2、用人单位应当对劳动者进行培训或者调整其工作岗位。

3、如果劳动者经过一定时间的培训仍不能胜任原约定的工作，或者对重新安排的工作也不能胜任，说明劳动者缺乏履行劳动合同的能力。

4、用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者或者额外支付一个月工资后，可以解除劳动合同。

## 入职培训很迫切，制度告知莫忽略

### 一、典型案例

2009年1月，赵某加盟某投资公司从事项目管理工作，双方签订了为期三年的劳动合同。

公司业务繁忙，经常出现超时工作。有一次，赵某忍不住在公司上网与朋友评论此事，被公司人力资源部门发现。2009年11月，公司突然通知赵某不用上班了，公司将与其解除劳动合同，原因是赵某在上班时间上网聊天，严重违反了公司的规章制度。

但赵某从未见过公司有此类规定，极为不满之下，向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁，请求恢复劳动关系。

**仲裁结果：**

仲裁庭经审理查明，该用人单位没有证据证明已向劳动者履行过规章制度内容的告知程序，认为该制度对劳动者不存在法律约束力，用人单位根据该制度规定以严重违纪为由与劳动者解除劳动合同，缺乏法律依据。裁定用人单位与劳动者恢复劳动关系，从事原工作。

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第四条规定，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。

用人单位的规章制度所具有的法律效力，是通过依法履行公示、告知程序而得来的。

### 三、案例点评

本案的焦点在于：在劳动者违反了用人单位的规章制度后，用人单位再出示并告知规章制度内容是否具有法律效力。

依据《劳动合同法》第四条规定，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；对于制度生效后新入职的劳动者，公司则有义务在其入职时通过培训等方式予以告知。

从仲裁结论看，正是因为该用人单位为劳动者办理入职手续时，忽视了入职培训工作的重要性，没有做好入职培训工作，没有依法履行规章制度的告知程序。所以，单位在发现赵某上网与朋友聊天的行为后，按照规章制度规定，以劳动者严重违纪为由与赵某解除劳动关系，就导致了缺乏《劳动合同法》相关规定依据，不被法律支持的后果。

### 四、操作提示

规章制度的制定是法律赋予用人单位的权利，用人单位制定的规章制度，其内容只要不违背国家相关法律法规，不有悖常理，就可以在本单位执行，其所具有的法律效力，是通过依法履行公示、告知程序而得来的。所以，对于用人单位而言，通过对劳动者的入职培训，将公司的规章制度进行告知是非常必要的，只有这样，才能使公司的规章制度合法合理的执行，具有约束力。

还有一些入职培训也应该引起重视，例如应当进行劳动保护、商业秘密的相关培训。通过这些培训，能够为劳动者树立行为规范，这既是用人单位应尽的义务，又可以为日常管理带来巨大的帮助。

# 变更劳动合同篇

## 调整工作岗位的合同变更

（来源：HR经理人，2010年第6期，张驰）

### 一、典型案例

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

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

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

仲裁结果：

劳动争议仲裁庭经调查认为，该公司相关规章制度明确规定，张女士的身体状况无法履行相应的岗位职责情况，视为不能胜任工作。因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。因此驳回张女士的申请，裁定该贸易公司的解除决定合法、有效，双方解除劳动关系。

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

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

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

因此上述案例中用人单位的做法是没有问题的。因为该单位在规章制度中已将身体状况不符合岗位要求界定为不能胜任工作，依据《复函》的规定，用人单位因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，属于用人单位的自主权。劳动者拒不服从用人单位工作安排的，用人单位在规章制度中明确将其界定为严重违纪的，可以解除劳动合同。

### 四、操作提示

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

1．将岗位与薪酬待遇相挂钩，明确薪随岗变的薪酬管理原则。在劳动合同中以岗位协议的形式明确双方权利、义务。避免调整工作岗位或变更劳动合同后，因薪、岗有别的问题而引发劳动争议的情形出现。

2．明确岗位职责，在劳动合同及规章制度中界定不胜任工作的标准。通过对劳动者进行考核的结果认定其胜任工作与否。

3．劳动者身体状况、出勤天数等与工作完成情况息息相关的因素，应当按照用人单位客观情况写进岗位职责中，作为考核标准进行考核。

4．经考核不合格的劳动者，被用人单位界定为不能胜任工作的，应将考核结果向劳动者进行告知、确认，做好沟通工作，及时缓解劳动者可能出现的对立情绪，避免劳动争议的发生。

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

1. 核对是否已与劳动者依法订立了书面劳动合同，这是劳动合同变更的前提。

2．确定变更事项，以书面形式向劳动者提出变更意向，并送达劳动者。

3 . 坚持平等自愿、协商一致的原则与劳动者就劳动合同变更事宜进行协商。

4. 与劳动者达成一致，签订变更协议，办理变更手续。

5. 履行书面程序。已生效的变更书（变更后的劳动合同文本）一式两份，由用人单位和劳动者各执一份。

## 语言沟通难奏效，书面通知勿忘掉

### 一、典型案例

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

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

**仲裁结果：**

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

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第三十五条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。

《北京市劳动合同规定》第二十八条规定，订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，当事人一方要求变更其相关内容的，应当将变更要求以书面形式送交另一方，另一方应当在十五日内答复，逾期不答复的，视为不同意变更劳动合同

### 三、案例点评

通过本案，从法律的角度讲，根据《劳动合同法》第三十五条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。食品厂在进行战略业务合并过程中，需要对部分员工的工作岗位、工作地点进行调整，此调整应当属于变更劳动合同。

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

### 四、操作提示

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

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

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

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

## 连签二次劳动合同，就必签无固定期合同？

### 一、典型案例

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

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

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

**仲裁结果：**

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

焦点一：准确认识“连读订立二次”的起算时间

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

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

焦点二：符合法定起算时间，就必须签订无固定期合同吗？

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

### 四、操作提示

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

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

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

# 解除劳动合同篇

## ****员工声明双方再无争议，还能再要求双倍工资吗**？**

### 一、典型案例

周某在某五金制品公司上班一年多，一直未签订劳动合同。2009年11月，双方协商解除劳动合同，签署了解除协议。协议只有简单几句话：“公司向周某支付五千元，包括工资、经济补偿金等所有费用，双方关系就此解除。除此之外，双方再无其它任何争议。”后面是公司盖章与周某签字，以及签订日期。
    离职后，周某的一个朋友告诉他，没有签订劳动合同是要给双倍工资的，以周某原来的工资水平计算，双倍工资至少超过4万元。周某一听，便去找原公司索赔。原公司则认为双方的争议已经解决了，不同意给钱。周某便提起劳动争议仲裁。
    开庭时，公司承认周某在公司上过班，而且没有签订劳动合同。同时，公司拿出了那份协议，认为已经给周某做出了赔偿，双方的所有争议都已经解决，包括没有签订劳动合同的争议。因此公司没有理由再对周某进行赔偿。
    周某则认为自己在签订协议的时候，根本不知道没有签订劳动合同是要支付双倍工资的，而公司方面肯定知道，因此这是公司在欺诈自己。另外，未签订劳动合同的双倍工资超过4万元，而公司解除时只给五千元，其中还包括工资和解除劳动关系的经济补偿金，等于公司完全没有支付未签订劳动合同的赔偿，因此这个协议是显失公平的。
**仲裁结果：**    仲裁作出了裁决，认为解除协议有效，按协议有关条款，双方已经再无争议，即未签订劳动合同的争议也已经解决，故周某不得再向公司要求赔偿。

### 二、本案件适用相关法律条款

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

###  三、案例点评

与劳动者签订劳动合同是用人单位的法定义务，劳动者不能通过放弃权利的形式免除用人单位的该项义务。但是，未签订劳动合同的赔偿（即双倍工资），劳动者却可以放弃。
虽然协议写的比较笼统，但基本上还是表明双方劳动关系解除、再无任何争议的意思，应解释为包括未签订劳动合同方面的争议。故该裁决是正确的。

### 四、操作提示

从用人单位的角度考虑，上述案例给了我们一种单位曾经存在未签订劳动合同的情形的处理办法，即双方仍可以协商解决。
    从劳动者一方的角度考虑，则在签订协议时，应咨询有关专业人士，了解自己的权利，在这个基础上权衡是否签订协议。否则，一旦签字，则悔之晚矣。不了解法律规定，是不构成毁约的理由的。

## 员工提出辞职，就等于办结劳动关系了吗？

（来源：HR经理人，2009年第10期，张驰）

### 一、典型案例

单某（化名）是北京某大学的一名教师，1988年与学校签订了聘用合同，任教期间工作一直勤勤恳恳，也经常得到学生的好评。2007年7月，学校人事处突然接到单老师的书面辞职申请，经过多次挽留无效，在辞职手续也没来得及办完的情况下，单老师就已经毅然决然地离开了学校。转眼到了2009年2月，单老师的家人带着一叠厚厚的药费单据找到学校，告知学校单老师已在2008年8月被送进精神病医院治疗，经某精神病专科医院鉴定，单老师被诊断为“偏执型精神分裂症”，要求学校为单老师办理医疗费用报销手续，并支付单老师2008年8月以后的病假工资。学校认为：单老师已经于2007年7月向学校提出了辞职，双方早已解除了聘用关系，此后学校不再承担劳动法律义务，单老师发生的医疗费用和生病期间的待遇也不应当由校方承担，所以拒绝了单老师家人的要求。

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

**仲裁结果：**

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

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

**一审判决结果：**

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

校方未履行法定解除程序，学校与单老师双方的聘用关系并未解除。

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

焦点一：事业单位实行聘用制也要受《劳动合同法》调整吗？

所谓事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。根据《劳动合同法》第九十六条规定，事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

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

焦点二：单老师的辞职信，因何不能证明双方关系已解除？

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

第一，单老师提交辞职申请时，精神是否正常？

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

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

第二，学校人事处长的签字批准，能否代表学校？

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

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

焦点三：解除劳动关系，履行法定程序是必须的

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

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

专家认为，用人单位是否做到严格履行法定解除程序，直接决定着双方关系是否办结，它是用人单位对离职劳动者结束履行劳动法律义务的关键。即使是劳动者主动提出解除或者终止劳动合同，用人单位也决不能掉以轻心。劳动者提出解除或者终止劳动合同有两种主要形式：口头辞职和书面辞职，用人单位要注意区别对待和处理。同时，用人单位还应当注意完善自身关于劳动关系解除的管理制度及工作程序，明确各部门的职责和权限，学会使用《劳动合同法》维护用人单位的合法权益，不再因忽视了办理手续而感到委屈。同时，用人单位在管理过程中，还应加强对员工工作、生活情况的关怀，及时了解员工的身体、精神状况，以便采取适当的管理措施，降低劳动争议风险。

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

### 四、操作提示

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

根据《劳动合同法》第五十条规定，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

通过上述法律规定，我们可以理解为，如果劳动者依法提前30日或者按照约定的提前通知期要求提出与用人单位解除劳动合同，用人单位应当批准并为劳动者办理解除劳动合同手续，出具解除或者终止劳动合同的证明，办理档案和社会保险关系转移手续，依法应当向劳动者支付经济补偿的，在劳动者办结工作交接时支付。

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

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

用人单位在接到劳动者提交的书面解除或者终止劳动合同申请后，关注的重点通常会落在劳动者是否办理工作交接、是否要赔偿用人单位造成经济损失、是否需要支付违约金等焦点上，如果不涉及以上问题，用人单位就会认定为双方已经办结了劳动关系，从而忽视了《劳动合同法》中对用人单位应当出具解除或者终止劳动合同证明、办理劳动者档案和社会保险关系转移手续的规定。

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

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

## 无固定期合同，约定解除并非合法

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年1月，毕振洲 ）

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

### 一、典型案例

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

　　离职后，李某觉得委屈，于8月12日要求该外资公司支付提前解除劳动合同的经济补偿金但遭到拒绝，便向当地劳动仲裁委员会申请仲裁。其申诉请求为：（1）公司因提前解除劳动合同而向本人支付6个月工资的经济补偿金；（2）撤销原劳动合同中关于本人在终止劳动关系后6个月内不得从事相同或相近销售工作的竞业禁止条款。

　　（二）仲裁结果

　　2007年9月15日当地劳动仲裁委经审理后裁定：

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

　　（2）撤销双方订立的劳动合同中关于限制李某就业的条款。

### 二、本案件适用相关法律条款

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

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

### 三、案例点评

　　焦点一：外资公司提前一个月书面通知李某解除劳动合同是约定终止还是提前解除？

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

　　根据原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481号）第七条的规定，须按劳动者的工作年限，每满一年支付其一个月工资的经济补偿金。本办法中经济补偿金的工资基数计算标准是企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。该办法第十条还规定：用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。所以，该外资公司除支付李某相当于2个月工资的经济补偿金外，还应支付其相当于1个月工资的额外经济补偿金。

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

　　焦点二：双方劳动关系解除后的竞业限制条款是否有效？

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

### 四、操作提示

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

## 规章制度的双重约束性

### 一、典型案例

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

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

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

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

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

### 四、操作提示

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

程序规定和实体规定密不可分，程序不合法的处理决定本身也是不合法的。本案由于公司对宋某的第一次违纪行为未给予书面警告，第二次违纪行为就不能直接产生解除劳动合同的法律后果。即公司作出的，与宋某解除劳动合同的决定因处理程序不合法，而应予撤销。

##

## 炒掉隐婚怀孕者　单位为何不违法

### 一、典型案例

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

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

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

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

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

2009年10月14日，苏州市工业园区法院审理后认为，苗美玉首先存在虚假陈述工作经历及婚姻状况的情形，其后严重违反公司规章制度拒不改正，科技公司据此解除与苗美玉的劳动合同，并无不当。虽然劳动合同法第四十二条规定，女职工怀孕期间，单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。但该法第三十九条同时也规定，劳动者有严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。因此，苗美玉的情况属于违纪，不在劳动合同法第四十二条所规定的情形之中，单位解除合同的做法是合理的。一审判决后，苗美玉不服，提出上诉。2010年5月3日，苏州市中级法院作出了“驳回上诉，维持原判”的终审判决。

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

### 四、操作提示

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

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

## 工厂搬迁员工辞职能否要补偿金？

### 一、典型案例

上诉人（原审原告）：深圳某运动用品厂

被上诉人（原审被告）：任某

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

裁决后，原审原告不服仲裁裁决，认为原告进行工厂搬迁是法律允许范围内的正常事项，原告将搬迁事宜告知了被告，被告并未提出异议。由于被告以家中有事为由提出辞工，在原告同意后，领取工资离厂。原告不应支付被告解除劳动合同经济补偿金，故诉请法院判令：1、原告不向被告支付经济补偿金5626元；2、由被告承担本案诉讼费。

结果：单位支付经济补偿金5626元

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

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

### 二、本案件适用相关法律条款

《中华人民共和国劳动法》第二十六条规定，有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。

### 三、案例点评

法官评析：客观情况发生重大变化，解约应补偿

一审法院经审理认为，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成一致的，双方可以解除劳动合同，用人单位并应依法支付劳动者相应的经济补偿。深圳某运动用品厂陈述任某以“家中有事”为由提出辞职，并未依法举证证实，法院对此陈述不予采信。双方就搬迁后的劳动关系是否存续无法达成一致，且深圳某运动用品厂对搬迁后的企业性质等情况也未如实告知劳动者，符合劳动合同订立所依据的客观情况发生重大变化的情形，深圳某运动用品厂理当支付任某解除劳动合同的经济补偿金。

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

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

### 四、操作提示

1、劳动合同中工作地址的表述清晰明确

2、因公司业务变动，员工主动提出辞职应适当保留证据，例如《离职面谈记录表》等，完成依法举证相关行为。

## 规章制度想生效，前置沟通是良药

### 一、典型案例

小李是某公司办公室职员，2008年10月与公司签订了一年期限的劳动合同，约定工资为每月1800元。2009年4月，小李在工作中因文件交接失误，导致文件丢失。情急之下，她与公司文件接收人小赵发生口角，给公司正常的工作环境造成了严重影响。三日后，公司人力资源部向小李发出了书面通知，以小李严重违纪为由，做出了与其解除劳动合同的决定。通知要求小李在五日之内到公司人力资源部办理解除劳动合同的手续。小李接到通知后立即找到人力资源部，以公司制度未告知、公司违法解除为由，要求公司向其支付违法解除劳动合同的赔偿金。

2009年5月，小李在遭到公司多次拒绝后向劳动争议仲裁委员会提请了仲裁。、

**仲裁结果：**

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

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

从法律的角度看，《劳动合同法》第四条对规章制度的生效程序进行了明确规定。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动者切身利益的规章制度或者重大事项决定时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。所以，本案中公司的规章制度未经公示、告知，未能依法生效，就不能作为公司管理员工的合法工具，必然不能得到法律的支持。

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

### 四、操作提示

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

企业要想运用好沟通的软管理，首先应当明确沟通在劳动合同管理四大关键环节中的位置。在劳动合同订立环节，企业应当做到沟通前置，目的是使员工明确企业需要告知、培训的相关内容，引导员工认同企业文化和管理模式；在劳动合同履行环节，企业应当做到沟通后置，目的是在管理行为和问题处理后，第一时间与员工进行沟通，达到正向激励、缓解和化解可能产生的矛盾与对立情绪的目的；在劳动合同变更环节，企业应当做到沟通前置，将变更的合法性、操作性、相关的工作程序、给员工带来的影响等内容在实施变更前充分告知和说明，确保变更的顺利进行；在劳动合同终止、解除环节中，沟通最为重要，企业也应当做好沟通前置工作，目的是直接降低企业的法律成本，规避法律风险，减少劳动争议的发生。

## 同一母公司内调动，工作年限如何计算？

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年8月，张驰）

### 一、典型案例

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

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

　　（二）仲裁结果

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

### 三、案例点评

　　焦点一：经济补偿，按什么年限计算？

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

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

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

　　焦点二：本单位工作年限与连续工作年限的区分和应用

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

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

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

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

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

　　（5）因企业合并、被兼并、合资、企业改变性质等原因改变工作单位而未支付经济补偿金的，其在原单位的工作年限应计算为本单位工作年限。

　　“连续工作年限”在劳动法律规定中，主要有以下用途：

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

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

　　（3）作为不得解除劳动合同的条件。依据《劳动合同法》第四十二条规定，在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的，用人单位不得依本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。

### 四、操作提示

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

## 解聘，慎用“客观情况发生重大变化”

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年8月，张驰）

### 一、典型案例

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

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

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

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》第十七条：劳动合同应当具备以下条款：（四）工作内容和工作地点；
《劳动合同法》第四十条：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

《劳动合同法》**第五十条：**用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

### 三、案例点评

　　焦点一：企业优化人员配置，员工被裁属于客观情况发生重大变化吗？

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

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

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

　　焦点二：只要客观情况发生重大变化，就可以无偿解除劳动合同吗？

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

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

　　但是，为了避免某些用人单位借此机会随意解除劳动合同，扰乱劳动关系的和谐稳定，《劳动合同法》也作出了程序约束。该法第四十条规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者或者额外支付一个月工资后，可以解除劳动合同。

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

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

### 四、操作提示

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

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

## 公告声明解除劳动合同

### 一、典型案例

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

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

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

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

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

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

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

### 二、本案件适用相关法律条款

　　劳动合同的解除分为法定解除和约定解除两种。法定解除是指出现国家法律法规或合同约定可以解除劳动合同的情况时，合同就自然失去效力或单方可提出提前解除。协商解除是指当事人双方因某种原因，在完全自愿的情况下，通过协商，一致同意提前解除劳动合同。本案是一起用人单位单方面提出提前解除劳动合同案例。

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

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

### 三、案例点评

由于程序不合法造成企业败诉很值得企业深思。

### 四、操作提示

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

## 事实劳动关系，后果越来越严重

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年3月，阎付克）

### 一、典型案例

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

　　（二）仲裁结果

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

### 二、本案件适用相关法律条款

《劳动合同法》作了重要规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资；用人单位自用工之日起满一年仍然未与劳动者订立书面劳动合同的，除按照以上规定支付二倍的工资外，还应当视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

### 三、案例点评

焦点一：未及时续订或终止劳动合同，劳动关系能否随时终止？

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

焦点二：员工不能胜任工作，单位就可随意解雇吗？

根据单位的抗辩，本案还涉及到一个因员工不能胜任工作而解除劳动合同的问题。首先，单位对于员工不能胜任工作的抗辩没有提供任何合法有效的证据，所以要依法承担举证不能的后果。即使是单位提供了员工不能胜任工作的证据，也不能随便解雇员工，因为《北京市劳动合同规定》第三十一条规定“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的”，用人单位才可以提前30日通知劳动者解除劳动合同并支付经济补偿金。所以员工因不能胜任工作而被解雇的前提是必须对员工进行培训或者调整工作岗位后仍然不能胜任，而不是任意解雇。

### 四、操作提示

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

此案如果发生在今年，根据《劳动合同法》的规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。其中当然包括劳动合同期满后没有及时签订劳动合同，从而产生的事实劳动关系存续超过一个月或一年的情况。所以用人单位建立劳动合同到期预警机制非常必要，可以有效地避免支付双倍工资和签订无固定期劳动合同的风险。

## 提前离职合法，忽视竞业限制受罚

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年1月，毕振洲）

### 一、典型案例

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

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

　　2007年7月12日信息技术公司以违反竞业禁止义务为由将高女士和某微电子科技公司告上法庭。诉讼请求：（1）高女士赔偿公司约定的解除劳动合同违约金60000元；（2）要求高女士返还公司已支付的竞业限制补偿费5000元，赔偿公司竞业限制违约金50000元，并由微电子科技公司承担连带责任；（3）判令高女士继续履行其与原单位之间签订的《竞业限制协议》。

　　（二）判决结果

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

### 二、本案件适用相关法律条款

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

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

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

### 三、案例点评

　　焦点一：高女士是否应当支付单方解除劳动合同的违约金？

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

　　焦点二：高女士是否应当承担竞业限制的违约责任 ？

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

### 四、操作提示

　　从本案可以看出，员工主动离职也并非一定要承担违约责任，关键是企业的行为首先不要违反法律规定。根据《劳动合同法》第二十五条规定：除本法第二十二条和第二十三条规定（提供专项培训和签订竞业限制协议）的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。因此，2008年1月1日后，双方在合同中再约定解除劳动合同的违约金本身就是违法的。

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

# 工伤篇

## 拾荒者为工厂清理垃圾摔伤，怎么办？

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”。2008年11月，张驰）

### 一、典型案例

2007年5月，北京某小型铁架加工厂与拾荒者赵、秦二人口头约定了垃圾清理协议。协议约定赵、秦二人负责清理加工厂车间门口堆放的垃圾（包括生活垃圾、尾料等），每日两次，加工厂既不向二人收取任何费用，也不为其支付工资；同时，要求二人必须遵守加工厂的纪律，不得随意乱走乱逛、偷拿原料。2008年6月，小赵在清理时，不慎从尾料堆上跌落，加工厂领导得知消息后，立即将其送至医院治疗，并全额支付了医疗费用。医院诊断小赵伤及腰椎，日后只能依靠轮椅行走。出院后，小赵被送回了老家。

　　两个月后，小赵家乡进行普法宣传教育，在志愿者的帮助下，小赵得到了免费的法律援助，向加工厂所在地的劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求做工伤认定和伤残等级认定，并支付其工伤待遇。

　　加工厂认为；小赵与加工厂不存在劳动关系，加工厂不向小赵收取清理垃圾所卖的尾料钱，也不给小赵发放工资，双方没有任何经济往来，所以小赵不算加工厂员工；加工厂没有指挥小赵在尾料堆上工作，对其受伤一事也就没有任何责任，所以不应认定工伤，也不应支付任何工伤待遇。

　　（二）仲裁结果

　　本案双方仍在不断提供新的补充证据，仲裁委尚未做出仲裁决定。

### 二、本案件适用相关法律条款

根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

　　（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。

　　（二）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。

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

《工伤保险条例》(国务院令第375号)对工伤认定做出了详细规定，明确了应认定为工伤的七种情形、视同工伤的三种情形和不得认定或者视同为工伤的三种情形。

### 三、案例点评

　　焦点一：小赵与加工厂存在劳动关系吗？

　　根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

　　（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。

　　本案中，加工厂作为独立的法人单位，小赵作为具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民，显然双方都具有符合法律、法规规定的主体资格。

　　（二）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。

　　此条件是判定是否存在劳动关系的关键。专家认为，加工厂与小赵签订的垃圾清理协议中，明确约定了小赵除每日清理两次指定地点堆放的垃圾外，还应遵守“不得到处闲逛，不得偷拿原料”的劳动纪律，这说明了加工厂的规章制度已对小赵进行了约束，小赵遵守约定也就是接受了加工厂的劳动管理。

　　那么小赵是否从事的是加工厂安排的有报酬的劳动呢？本案中加工厂持否定态度的理由貌似非常充分（因为加工厂不向小赵收取清理垃圾所卖的尾料钱，也不给小赵发放工资，双方没有任何经济往来），但事实上，加工厂所谓的双方没有经济往来，确切地说应该是双方没有现金、货币的直接往来。通过清理垃圾，小赵从加工厂获得有价值的实物（尾料），经过变卖，从回收站直接获得基本等于，甚至可能高于该厂卫生清扫人员工资的货币收入，实际上这就是一种以实物（尾料）替代劳动报酬的形式。因此，小赵清理垃圾，属于从事加工厂安排的有报酬的劳动。

　　（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

　　加工厂以铁架加工为主营业务，其原料和尾料的管理、处理同样是该厂业务的组成部分。小赵通过清扫生活垃圾、处理尾料堆，保持了加工厂环境的卫生、整洁，其提供的劳动应属于加工厂业务的组成部分。

　　综上所述，加工厂与小赵是存在劳动关系的。另外，上述通知还规定，用人单位未与劳动者签订劳动合同的，可参照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、“工作证”、“服务证”、招聘“登记表”、“报名表”、考勤记录等凭证，认定双方存在劳动关系。

　　许多加工厂、物业公司都乐于采用类似案例的用工形式，并且一致认为这种用工形式不但减少了人力资源管理的工作量，还能达到双赢的效果。而实际上，这是一种不规范的用工管理模式，潜藏着大量的劳动争议和法律风险。用人单位可以通过依法与拾荒者建立劳动关系，签订劳动合同，为其缴纳社会保险或者采用劳务派遣用工等两种方式来规范用工，以减少法律成本支出。

　　焦点二：如何认定工伤？

　　正如各人力资源管理工作者所熟知的，《工伤保险条例》(国务院令第375号)对工伤认定做出了详细规定，明确了应认定为工伤的七种情形、视同工伤的三种情形和不得认定或者视同为工伤的三种情形，

　　案例中，小赵与加工厂存在劳动关系，应当适用并接受《工伤保险条例》等劳动法律调整，由于小赵符合该法第十四条第一款“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的情形”，应当认定为工伤。加工厂在及时将小赵送至医院救治后，应当在30日内向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请和伤残等级鉴定申请，依法落实工伤待遇。

### 四、操作提示

　　以下列举了部分常会出现的工伤认定的特殊情形，帮助各用人单位人力资源管理工作者准确判定工伤，及时申报工伤。

　　1. 虽未签订劳动合同，但存在事实劳动关系，劳动者也适用《工伤保险条例》。

　　2. 上下班途中，是指工作地到居住地的直接空间距离。如职工下班后去朋友家吃饭，再从朋友家回自己家途中发生交通事故受伤，不属于工伤。另外，《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》劳社部函［2004］256号文件中还提到，“上下班途中”既包括职工正常工作的上下班途中，也包括职工加班加点的上下班途中。还有，上下班途中受到机动车事故伤害，但交管部门出具的《交通事故责任认定书》或其他信息能有效证明职工属于酒后驾驶，以及无照驾驶、驾驶无牌照车辆发生伤亡的，均不予认定工伤。

　　3. 工作时间前后在工作场所从事与工作有关的预备性或者收尾性工作，应当指法律规定的或者单位要求的开始工作时间之前，或结束工作时间之后，职工在工作场所从事与本职工作或者领导指派的其他工作有关的工作。例如：甲作为钳工，到单位后，在从事清洗机床的准备工作中受伤，就应认定为工伤。

　　4. 代表单位参加比赛受伤，应当认定为工伤。职工参加本单位(本单位部门之间组织的除外)利用工作时间组织的运动会及体育比赛，或者代表本单位参加上级单位举办的运动会及体育比赛中受伤可认定为工伤。

## 瞒报工伤，得不偿失

（“中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”。2008年11月，张驰）

### 一、典型案例

　　吕某是某化学制品生产企业的原料注入工，2007年11月22日，在其加注原料时，右手被机器带入混合池，造成严重烧伤。该化工厂为了保住自己“安全生产模范企业”的称号，也为了不超出国家安全生产监督管理局对工伤事故发生率的指标规定，避免罚款，向上级部门隐瞒了吕某的工伤事故。2007年12月17日，该厂在支付了吕某2万元补偿费后，与其协商一致，解除了劳动合同。

　　2008年3月，吕某反悔，认为化工厂应当为其申报工伤，并使其享受工伤待遇，不能解除劳动合同，遂向仲裁委员会提出了仲裁申请。

　　化工厂认为，双方已通过协商达成一致，解除了劳动合同，且根据约定支付了吕某的经济补偿，不应再申报工伤。

　　（二）仲裁结果

　　吕某自己进行过工伤认定后，其伤残等级为7级，因吕某未主动提出解除劳动合同，化工厂的解除决定无效。应当按照《工伤保险条例》规定，继续履行劳动合同。吕某依法享受工伤保险待遇。

### 二、本案件适用相关法律条款

1. 根据《工伤保险条例》第四条规定，职工发生工伤时，用人单位应当采取措施使受伤职工得到及时救治。用人单位应保存好救治医院开具的各项急救费用、诊断单据，以备工伤认定及工伤费用报销之用。另外，应当将工伤职工送至属于定点医疗机构的医院救治，以避免非定点医疗机构产生的住院及治疗费用无法报销。

2. 根据《工伤保险条例》第十七条规定，职工发生事故伤害，所在单位应当自事故伤害发生之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。申请材料按用人单位所在统筹地区的具体规定各有不同，但均应包括：工伤认定申请表（事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况）、与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料、医疗诊断证明等。

3. 劳动保障行政部门认定工伤后，用人单位应当及时将仍需治疗的职工转入指定的工伤治疗机构救治。

4. 职工伤情相对稳定，停工留薪期满，用人单位应当积极为职工申请劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定，即劳动能力鉴定。

5. 根据劳动能力鉴定结果——职工伤残等级，用人单位应当为工伤职工申领工伤待遇，并严格按照《工伤保险条例》规定，向工伤职工支付补偿

### 三、案例点评

　　焦点一：职工发生工伤，用人单位该如何处理？

　　从职工发生工伤的第一时间起，用人单位就担负起了法律赋予的责任，必须按照法律规定的程序履行义务。为了使各用人单位能够迅速、合法地应对“职工发生工伤”这一突发状况，避免用人单位违反法律程序而承担赔偿责任，维护劳动者的合法权益，在用人单位依法为劳动者缴纳了工伤保险的前提下，应注意做到以下五步：

　　1. 根据《工伤保险条例》第四条规定，职工发生工伤时，用人单位应当采取措施使受伤职工得到及时救治。用人单位应保存好救治医院开具的各项急救费用、诊断单据，以备工伤认定及工伤费用报销之用。另外，应当将工伤职工送至属于定点医疗机构的医院救治，以避免非定点医疗机构产生的住院及治疗费用无法报销。

　　2. 根据《工伤保险条例》第十七条规定，职工发生事故伤害，所在单位应当自事故伤害发生之日起30日内，向统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。申请材料按用人单位所在统筹地区的具体规定各有不同，但均应包括：工伤认定申请表（事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况）、与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料、医疗诊断证明等。

　　本案中，吕某发生事故，虽然化工厂及时将其送至医院救治，但未在30日内向劳动保障行政部门如实申报工伤。根据《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》的规定，用人单位未按规定时限（30日）内提交工伤认定申请，在事故伤害发生日到劳动保障行政部门受理工伤认定申请日期间，发生的符合工伤待遇的有关费用由用人单位承担。因此，吕某的住院治疗费用只能由该化工厂全额承担，即使参加了工伤保险，也无法得到报销。

　　根据《工伤保险条例》第十七条第二款的规定，化工厂未按规定时限提出工伤认定申请，吕某或者吕某的直系亲属、工会组织在事故伤害发生之日起１年内，是可以直接向化工厂所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请的。

　　3. 劳动保障行政部门认定工伤后，用人单位应当及时将仍需治疗的职工转入指定的工伤治疗机构救治。

　　需要注意的是，认定工伤后，用人单位应当立即根据医院出具的诊断证明材料，对照当地工伤停工留薪期管理办法，确定停工留薪的期限，并按月支付工伤职工停工留薪期待遇；如职工未能认定工伤，那么用人单位应当按医疗期处理。

　　4. 职工伤情相对稳定，停工留薪期满，用人单位应当积极为职工申请劳动功能障碍程度和生活自理障碍程度的等级鉴定，即劳动能力鉴定。

　　5. 根据劳动能力鉴定结果——职工伤残等级，用人单位应当为工伤职工申领工伤待遇，并严格按照《工伤保险条例》规定，向工伤职工支付补偿。

　　焦点二：工伤职工应享受哪些工伤保险待遇？

　　本案最终的仲裁结果之一是吕某依法享受工伤保险待遇，这些待遇主要包括：

　　1. 对工伤进行治疗，享受工伤医疗待遇；

　　2. 职工工伤需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付；

　　3. 工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金里按月支付生活护理费；

　　4. 职工因工致残，被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，按伤残等级从工伤保险基金支付一次性伤残补助金，并按月支付伤残津贴，职工办理退休手续后，停发伤残津贴；

　　5. 职工因工致残，被鉴定为五级、六级伤残的，按伤残等级从工伤保险基金支付一次性伤残补助金，保留劳动关系，由用人单位安排适当工作；难以安排工作的，用人单位按月发给伤残津贴；职工本人提出解除或者终止劳动关系的，用人单位需支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金；

　　6. 职工因工致残，被鉴定为七级至十级伤残的，按伤残等级从工伤保险基金支付一次性伤残补助金，劳动合同期满终止，或者职工提出解除劳动合同的，由用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。案中吕某经过工伤认定、劳动能力等级鉴定后，其伤残等级属于7级，按照规定，在其本人未主动提出解除劳动合同的情况下，化工厂是不能作出解除决定的。因此，双方的劳动合同应继续履行。当劳动合同期满终止时，化工厂应当根据新颁布的《劳动合同法实施条例》第二十三条规定，除按照法律规定支付吕某一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金外，还应当支付终止劳动合同的经济补偿。

　　7. 职工因工死亡的，其直系亲属可以按照有关规定，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。

### 四、操作提示

从职工发生工伤的第一时间起，用人单位就担负起了法律赋予的责任，必须按照法律规定的程序履行救助----申报----转院----劳动能力鉴定----支付补偿义务。

## 究竟多少工伤补偿才合适

（选自人力资源管理，2007年01期，王丽华、李亚）

### 一、典型案例

A女为山东省B公司的办公室职员。2005年9月A女与B公司另一名职工C女发生争执，C女持美工刀将A女左下颌划伤，经当地劳动部门认定，构成工伤。再经当地劳动能力鉴定委员会鉴定，该划伤造成A女部分劳动能力丧失，A女应当享受八级伤残待遇。
　　由于A女伤及面部，情况比较特殊，B公司允许A女长期外出治疗，全额报效治疗费和美容费，并按病假标准向A女发放工资。2006年9月，B公司要求A女回公司工作时，A女提出辞职，并要求B公司进行工伤补偿。补偿要求为：（1）B公司在其病假期间只是按照其合同工资的70%发放工资，不符合法律规定，应当按照其受伤前的实际工资收入（包括加班费和服装费等）补足其在病假期间的工资约2万元；（2）B公司没有按照其受伤前的实际工资收入为其缴纳工伤保险，而是按照合同工资缴纳工伤保险，致使其从工伤保险基金所领受的一次性伤残补助金金额不足，B公司对其差额约1万元应当补足；（3）B公司应当另外支付其离职后的后续医疗费不少于25万元人民币。
　 经证实，A女病假期间B公司实发A女的工资确为A女合同工资的70%，为A女投保的工伤保险基数确为其合同工资，而非实际收入。

**二、本案件适用法律条款：**

根据《工伤保险条例》等法律法规的规定，单位职工在遭受工伤后将享有两大类待遇，即停工留薪期待遇和伤残待遇。

所谓停工留薪期待遇是指职工遭受工伤后暂停工作接受工伤医疗期间内的待遇。

所谓伤残待遇是指工伤职工在工伤医疗期满或者评定伤残登记后可以享受的待遇。

### 三、案例点评

A女请求所涉及的正是这两大类待遇的补偿标准问题，即停工留薪期内的工资福利待遇标准以及一次性伤残补助金支取标准。此外，A女的第三项请求还涉及到了另外一个重要的问题，即工伤职工离职后的后续治疗是否应当由单位继续承担。
　　（一）停工留薪期的工资福利待遇标准
　　《工伤保险条例》第31条规定：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。”根据该条规定，B公司在A女病假期间按其合同工资的70%向A女发放工资是明显不合适的，因为“原工资福利待遇不变。”但问题是，该“原工资福利待遇”是由哪些部分组成的？是否应当包括加班工资、奖金以及服装费等？如果该“原工资福利待遇”不包括这些费用，那么B公司直接向A女补足30%的合同工资差额即可；如果包括这些费用，那么除补足上述差额外，B公司还需将这些费用的平均值按月补偿给A女。
　　根据《关于工资总额组成的规定》第4条的规定，工资总额由六部分组成：即计时工资、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，因此A女在遭受工伤前的工资福利待遇中应当包括奖金、加班费等内容，B公司应当依法予以补足。

不论A女的收入表现为何种形式，只要最终为A女所得，均应构成其遭受工伤前的工资福利待遇。

上述分析解决了工伤停工留薪期内的工资福利待遇标准问题，但这里仍有另外一个重要问题需要解决，即工伤职工可以在多长的时间内享受这种工资福利待遇，亦即停工留薪期的期限为多少？

停工留薪期是指职工遭受工伤后，需要暂停工作接受工伤医疗，继续享受原工资福利待遇的期限。为确定该期限，工伤职工应及时将工伤医疗服务机构出具的诊断证明报送给所在单位，申请停工留薪。用人单位应当根据协议医疗机构出具的诊断证明，确定其停工留薪期限，并书面通知工伤职工本人。工伤职工停工留薪期满，伤情尚未稳定或未痊愈，不能恢复工作仍需治疗的，应在期满前5个工作日内向本单位提出延长停工留薪期的书面申请，并提交协议医疗机构出具的休假证明。用人单位同意后，可以延长停工留薪期。但停工留薪期一般不超过12个月，伤情严重或者情况特殊的，经市劳动能力鉴定委员会确认后可以适当延长，但延长期限不得超过12个月。
　　以此确定A女的停工留薪期，得出的结论是，A女的停工留薪期应当在1个月左右，因为A女的伤口经治疗后1个月内完全可以愈合，并开始工作。另A女并未就其停工留薪期的延期问题向B公司提出过任何书面申请，因此其1个月左右的停工留薪期也不存在延长的问题。因此，虽然B公司负有义务补足A女1个月左右的停工留薪期的差额，但没有义务补足其一年病假期的差额，因为其所享有的一年病假是B公司对其进行的特殊人道待遇，B公司完全有理由按照病假待遇向其支付工资。
　　（二）一次性伤残补助金支取标准
　　根据《工伤保险条例》第35条的规定，伤残补助金由工伤保险基金在职工离职时一次性支付，其中八级伤残职工所享受的伤残补助金为10个月的本人工资。此处的本人工资是指职工遭受工伤前单位为职工缴纳工伤保险时所登记的12个月工资的平均数。如果某职工在单位工作不足一年，则该全部工资性收入为其在该单位工作的第一个月的月工资收入；如果该职工第二年为该单位工作，则该全部工资性收入为其上一年度的月平均工资收入；所谓的月（平均）工资收入与上述对工资福利待遇的解释相同。
　　由此可见，A女关于一次性伤残补助金的请求并不合理，因为其在2005年9月份遭受工伤时才刚刚在B公司工作了三个月，B公司应当按照其第一个月的实际工资收入为其缴纳工伤保险，而不是按照其遭受工伤前的实际工资收入为其缴纳工伤保险。两者数额相差不大，但有本质区别。另外，虽然B公司可以在A女工作满一年时，按照A女的上一年度月平均工资收入为其调整工伤保险基金的缴纳基数，但由于A女遭受工伤是在工伤基金缴费基数调整以前，因此也只能按照遭受工伤前登记的工伤保险缴费基数领取一次性伤残补助金，而不是按照A女工作满一年后的调整缴费基数领取。
　　（三）后续治疗是否应当由单位继续承担
　　《工伤保险条例》对此没有任何明确规定，当地劳动部门对此也没有确切答案，并坦言尚未先例。根据对《工伤保险条例》的理解，A女唯一可能引用的条款是该条例的第36条，即工伤职工工伤复发，确认需要治疗的，继续享受工伤停工留薪期的工伤待遇。那么A女的工伤有无复发的可能呢？我们认为，不存在复发的可能，因为A女已治疗完毕，且在一年的时间内并未复发；另外，虽然A女需要对面部伤疤进行美容处理，但这并不属于工伤复发的范围，它只是工伤的治疗完毕后所留的后果；再次，按照《工伤保险条例》的规定，A女在离职时还可以从B公司领取一次性工伤医疗补助金（双方对该补助金金额均无疑义），而该补助金本身就已经暗含了补偿后续治疗费用的意思，因此B公司无需就A女离职后的后续治疗费用另外作出补偿。

**解决意见：**

根据上述分析，提出法律意见和解决方案:

（1）A女关于病假期间工伤待遇标准的请求符合法律规定，B公司依法应当予以补足，但B公司按照工伤待遇标准进行补差的期间应当为停工留薪期，而非A女所主张的病假期间；为确定A女的具体停工留薪期期限，B公司应当要求A女提供所有的诊断证明，特别是关于医生建议A女休息的时间的材料。

（2）B公司应当按照A女第一个月的实际工资收入与其合同工资之间的差额向A女作出10个月补偿，以补偿A女在领取一次性伤残补助金的损失。

（3）B公司在法律上没有义务承担A女离职后的后续治疗费用，但仍可在支付一次性工伤医疗补助金的基础上，提供其他相应人道帮助。

（4）鉴于上述费用的计算较为复杂，建议B公司要求A女对上述费用作出精确计算并列明依据，然后交B公司查证。

　　本案是一件典型的工伤补偿案件。虽然其中的法律关系并不复杂，但由于它涉及到各种费用标准及金额的计算，也会让企业费神费力。

### 四、操作提示

企业应当充分遵守国家和地方关于工伤的法律法规，向职工足额支付工伤停工留薪期的工资福利待遇，并足额缴纳工伤保险，以免在发生工伤后面临不必要的争执甚至讼累；另外，企业在发生工伤纠纷后，应当及时听取律师的建议，在充分考虑法律因素的基础上，充分考虑工伤职工的处境，在维护企业自身权益的同时，尽量避免矛盾激化，为企业逐步积累良好的信誉。

## 工伤后自杀定为因公死亡

（选自：人力资源开发与管理 2009年第10期 魏浩征 李伟）

### 一、典型案例

2007年5月10日，北京铁路局职工杨某参加单位组织的施工时，被一根10多公斤重的铁棍击中头部，造成头部3厘米的皮裂伤。单位将杨某送到卫生站，为其简单包扎，打了一针破伤风疫苗，没有进行影像学检查。此后，回到家中休养的杨某时常感到头晕、恶心、头痛、失眠。
    2007年5月15日凌晨，杨某从厨房拿来菜刀，挥刀砍伤熟睡中的妻儿，然后割腕身亡。警方委托精神疾病司法鉴定中心对这起案件进行司法精神医学鉴定，结论为杨某作案时存在严重的抑郁情绪，在抑郁情绪影响下发生扩大性自杀。
    杨妻认为，丈夫是在单位施工中头部受伤后造成的外伤性精神病，并最终导致自杀，因此于2007年5月25日向海淀区劳动保障局提出申请，要求将杨某的死亡认定为因公死亡。海淀区劳动保障局以《工伤保险条例》中规定“自残或自杀不得认定为工伤”为由，于2007年6月28日裁决认定杨某自杀不属于因公死亡。
    杨妻不服，提起行政复议和行政诉讼均败诉。于是杨妻对行政诉讼一审判决提起上诉，法院审理认为，既无证据证明杨某在头部受伤后还受过其他伤害，也无证据证明杨某受伤前有精神疾病，应认定杨某自杀时的精神状态是由于头部受伤引起的。在该精神状态下，杨某的自杀行为与工作中受到的头部伤害存在因果关系，应认定为工伤。
    因此，法院在2008年1月3日作出终审判决，杨某自杀被认定属于因公死亡，要求海淀区劳动保障局重新做出处理。

### 二、本案件适用法律条款

《工伤保险条例》规定，除因醉酒导致伤亡的、违反治安管理伤亡的、犯罪的、自残或自杀的五种情形外，其余受伤均应认定为工伤。

### 三、案例点评

一个工伤认定的问题，即哪些情况下可以认定为工伤，哪些情况下不应当认定为工伤。众所周知，《工伤保险条例》将“员工自残或者自杀”列为不得认定为工伤的情形之一，既有立法依据又有明确的立法指向。但是本案，作为极其特殊的个案而言，将因工伤造成受害者精神疾患而导致自杀认定为工伤，这对于“习惯性司法”而言，确实是一个很大的冲击。本案的法律启示在于：若抱住某个法条就固执地认定根据法律规定只能如此，那只能成为司法适用中的“盲人摸象”。所以，二审法院正是基于对《工伤保险条例》的灵活运用，才做出了自杀认定为工伤的判决。这个判决在我们看来，并不是对《工伤保险条例》的悖反，而恰恰是对条例的正确适用。就像对故意杀人行为的定性，我们不能因为法院认定了一个精神病人的杀人行为不构成故意杀人罪，就把这样的个案视为推翻了对故意杀人罪的通常认定。

### 四、操作提示

不能抱住某个法条就固执地认定根据法律规定只能如此，那只能成为司法适用中的“盲人摸象”。

## 下班途中的交通事故认定工伤

### 一、典型案例

    吴某系江苏省通州市某纺织有限公司工人。2007年3月15日，吴某在下班途中与单某驾驶的机动车发生碰撞受伤。为赔偿问题，吴某将单某及其投保的保险公司告上法庭，要求两被告赔偿。经法院审理，双方达成了调解协议，由保险公司赔偿医药费、护理费、误工费等损失37000元，单某赔偿1500元。
    事故发生后，吴某同时向通州市劳动和社会保障局申请工伤认定，经通州市劳动和社会保障局认定，吴某因交通事故受伤构成工伤。吴某受伤情况经南通市劳动能力鉴定委员会鉴定为九级伤残。
    由于通州市某纺织有限公司未为吴某交纳工伤保险金，吴某遂申请劳动仲裁，要求用人单位通州市某纺织有限公司承担工伤保险责任，并终止劳动关系。通州市劳动争议仲裁委员会作出裁决后，通州市某纺织有限公司不服，认为仲裁裁决未扣除吴某在交通事故赔偿案件中已获赔的医疗费等费用，遂向通州市人民法院提起诉讼。
    近日，江苏省通州市人民法院一判决对此作出肯定的回答，用人单位被判决承担医疗费、护理费、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、一次性伤残补助金等合计68000元。

### 二、本案件适用法律条款

《工伤保险条例》规定，除因醉酒导致伤亡的、违反治安管理伤亡的、犯罪的、自残或自杀的五种情形外，其余受伤均应认定为工伤。

### 三、案例点评

通州市人民法院经审理认为，用人单位以外的第三人侵权造成劳动者损害的，侵权人已对劳动者（受害人）进行了赔偿，并不影响受害人享受工伤待遇，因此对通州市某纺织有限公司提出吴某享受工伤待遇时应扣除交通事故侵权人已赔部分的主张本院依法不予支持。因通州市某纺织有限公司没有为吴某缴纳工伤保险费，故吴某享受的工伤待遇应当由通州市某纺织有限公司直接支付。

### 四、操作提示

是一个工伤保险待遇享受的问题。认定为工伤了，那么该如何享受有关的工伤保险待遇呢？这在法律日益规范的今天，似乎是一个多余的问题。然而，由于现实情况的复杂性，同一个事件往往可能同时涉及两个或者两个以上法律关系的处理，此时如何来处理这些不同法律关系之间的冲突，就需要有相关的法律依据。工伤事故，尤其是上下班途中的机动车事故，往往会涉及除用人单位与劳动者之外的第三方，那么一个工伤法律关系，一个民事侵权法律关系，工伤保险待遇和侵权赔偿的冲突到底如何解决，2004年之前我们尚且有法可依，可惜2004年的《工伤保险条例》并未对此问题有所涉及，从而给我们留下了一个不小的立法空白。于是公说公有理，婆说婆有理，劳动争议在所难免。

## 返聘人员上班路遇车祸，算工伤吗？

（ “中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”。2008年11月，张驰）

### 一、典型案例

某单位有一名返聘的退休技术人员，在上班途中发生了车祸，单位根据制度规定并考虑到该同志曾为单位做出过突出贡献，同意他在家修养两个月，并按月支付80%的工资。当他回单位销假上班时，却拿着此次事故发生的医疗费用单据找到人力资源部，要求单位按工伤为其报销。该员工能算工伤吗？单位没有为其参加工伤保险，一定要支付他的工伤费用吗？

### 二、本案件适用相关法律条款

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条规定：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。”

### 三、案例点评

 首先，该公司返聘的这位同志，在上班路上发生交通事故受伤，不属于工伤。因为该技术人员办理退休手续后，不再具有劳动法律调整的劳动者主体资格，其与单位签订的是劳务（聘用）协议，不是劳动合同，其与单位存在劳务关系，而非劳动关系，不在《劳动合同法》、《工伤保险条例》等劳动法律规定的调整范围内，不能依照《工伤保险条例》的认定条件来认定工伤。如该单位与该同志签订的 “返聘协议”合法有效，那么双方所形成的民事法律关系为雇佣关系，双方发生异议应适用于民事法律。

　　关于该同志此次事故的费用是否应当由单位报销的问题，依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条规定：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。”

　　因此，该同志在上班途中发生交通事故受伤，应认定为从事雇佣工作中受到第三者人身伤害，雇佣单位对该同志从事雇佣活动中受到的人身伤害，应当承担民事赔偿责任。

### 四、操作提示

　　受行业特点、高新技术产业发展要求、市场竞争激烈等影响，用人单位通常会选择聘用兼职、退休人员从事产品研发、技术支持、咨询顾问、财务等此类“越老越值钱”的工作岗位，并以此来增强企业核心竞争力，确保企业的快速发展。然而，很多用人单位却忽视了此类人员发生工伤应负的法律责任，反而大大增加了用工成本和法律风险。因此，各用人单位应当积极为兼职人员缴纳工伤保险，为退休人员缴纳雇主责任险或者意外伤害险，以减少用人单位用工成本支出，避免法律风险。

## 谁为包工队员工伤亡担责？

（“中华英才网《人力资源》（HR经理人版）”，2008年11月，张驰）

### 一、典型案例

某装饰公司于2007年10月在北京市承接了新楼装修项目，根据需要，该公司将该项目的部分工作委托给一包工队完成，并于2007 年12月与包工队队长王某签订了项目承包协议，协议明确约定了项目内容、质量保证、完工日期、协议总额等相关事项。

　　2008年1月15日，该包工队按协议进程规定，进行5号楼的楼层粉刷工作。工作期间，一名粉刷工出于好奇，将头探入该楼未封闭的电梯运行观察口向下观望，不幸被正在下行的电梯挫伤头部，包工队队长及几名工友立即将其送至附近医院抢救，终因抢救无效死亡。

　　事后死者家属要求包工队队长连同装饰公司赔偿死者抢救医疗费、丧葬费及家属精神损失费共计60万元。

　　包工队队长表示：包工队是由民工自由组织而成的，是“有活聚，没活散”的临时务工队，并不是具有法人资质的经济组织，不能算是用人单位。此事故是死者自己原因造成的，包工队不应承担赔偿责任。

　　装饰公司表示：装饰公司与包工队队长王某签订了承包协议，一切劳务费用款项直接支付给王某。死者是王某找来的，不是装饰公司员工，且未与公司订立书面劳动合同，工资也由王某支付，只是在施工地发生伤亡事故，与装饰公司毫无关系，公司不应承担任何赔偿责任。

　　（二）仲裁结果

　　装饰公司一次性支付死者直系亲属赔偿金17余万元，并且此后按月向死者父母支付供养亲属抚恤金。

### 二、本案件适用相关法律条款

依据《劳动合同法》第九十四条规定：个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

　　劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。”

《中华人民共和国工伤保险条例》第六十三条第一款规定：无营业执照或者未经依法登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。

### 三、案例点评

　　焦点一：包工队员工因工伤亡，赔偿责任到底该由谁承担？

　　专家认为要判定本案死者的赔偿责任该由谁承担，应从分析死者、包工队队长和装饰公司三者的相关法律关系入手。

　　本案中，装饰公司与包工队队长于2007年12月签订了楼道粉刷承包协议，该协议的签订，使装饰公司与包工队队长建立了发包方与承包方的关系。

　　该包工队队员均是队长王某为完成该项目专门招来的粉刷工，他们的工资由王某按月支付，粉刷工作完成，雇佣关系随即结束。由此，我们判定死者作为包工队中的一员，与包工队队长王某是被雇佣者和雇佣者的关系（临时雇佣关系）。

本案的队长王某作为承包方，属不具备用工主体资格的自然人，死者作为王某临时招用的粉刷工，在工程期内和工程地点，如发生伤亡事故，应由具备用工主体资格的发包方装饰公司承担用工主体责任，承担赔偿责任。这里的用工主体责任包括：签订合同、依法支付工资、工伤保险责任、其他社会保险责任等。

　　焦点二：死者家属能获得哪些赔偿金？

　　根据《中华人民共和国工伤保险条例》第六十三条第一款规定：无营业执照或者未经依法登记、备案的单位的职工受到事故伤害或者患职业病的，由该单位向伤残职工或者死亡职工的直系亲属给予一次性赔偿，赔偿标准不得低于本条例规定的工伤保险待遇。

　　本案中，由于装饰公司未给死者缴纳相关社会保险费用，死者不能享受劳动社会保障部门给予的工伤待遇，其应享受的法定工伤待遇应由装饰公司承担。

　　依据《工伤保险条例》第三十七条规定的职工因工死亡，直系亲属领取补助金的计算方法，装饰公司应支付下列赔偿：

　　1. 丧葬补助金：丧葬补助金为6个月的用人单位所在统筹地区上年度职工月平均工资。

　　2. 供养亲属抚恤金：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劳动保障行政部门规定。本案中，死者父母属于法定供养亲属且符合享受条件，应享受供养亲属抚恤金。

　　3. 一次性工亡补助金：一次性工亡补助金标准为48个月至60个月的用人单位所在统筹地区上年度职工月平均工资。

　　另外，事故当天，死者被送至医院抢救所发生的相关医疗费用，也应由装饰公司一并承担。

　　最终，装饰公司应一次支付死者直系亲属赔偿金17余万元，并且此后每月向死者父母支付供养亲属抚恤金。

### 四、操作提示

　　据相关政府劳动行政部门统计，从事房地产、建筑、家装等行业的劳动者工伤事故的发生率明显高于其他行业。这与此类行业的岗位特征、作业环境及劳动者的基本素质存在直接关系。房地产、建筑、家装这类行业都属于高危行业，其工作内容和作业环境的危险系数相对较高，再加上从业人员的文化素质水平较低，安全防范意识严重缺乏，导致了工伤事故的频繁发生。这对于多数未依法缴纳社会保险的用人单位来说，无时无刻都在面临着高额赔偿。

　　同时，纵观整个房地产、建筑、家装行业的用工管理现状，会发现很多问题。例如：企业与员工未订立书面劳动合同，劳动关系混乱；用人单位不为劳动者缴纳社会保险，劳动者的权益无法保障；工伤事故频繁发生，多数用人单位面临高额赔偿；人员流动率高，企业难于管理；劳动争议多发，潜在集体争议隐患等等。

　　因此，用人单位应着重做到这样两点：第一，理顺与劳动者的劳动法律关系，依法订立书面劳动合同。正如案例所述，目前此类行业的工程项目、业务模式大多采用发包和承包的方式，那么作为发包方就应当明确与包工队的关系，理顺与包工队员工的关系。特别是在包工队无用工主体资格的情况下，发包方应当注意与包工队员工依法确立劳动关系。第二，依法为劳动者缴纳社会保险，承担法律义务。用人单位只有依法承担为劳动者缴纳社会保险的法律义务，才能合理地降低自己的法律成本和用工成本。本文案例对此问题就是一个很好的说明。

　　另外，用人单位还可以选择采用多种用工形式（如劳务派遣、非全日制用工）；加强劳动者的安全教育，积极为劳动者创造安全工作环境；提高用人单位人力资源管理者的专业管理水平等措施，构建行业内部和谐的劳动关系。

## 休假期间与他人调班引发的工伤纠纷如何判决

### 一、典型案例

江苏常州市中院就一起职工休息期间与他人调班工作期间死亡的工伤纠纷案作出判决。

 2009年6月27日，常州某保洁公司职工朱俊才休息，但同事因家中有事，请求与他调班，朱骏才在未告知公司的情况下答应了。同日，朱骏才在道路清扫作业时被车辆撞伤死亡。事后，有关部门认定朱俊才为工伤。

 2010年3月，保洁公司因不服工伤认定，向常州市新北区人民法院提起行政诉讼：根据保洁公司的考勤记录，2009年6月27日，朱俊才休假，其在未告知保洁公司并获得同意的情况下，私自与同事调班发生车祸死亡，朱俊才不属在工作时间因工死亡，有关部门的工伤认定错误。

### 二、本案件适用相关法律条款

《工伤保险条例》规定，除因醉酒导致伤亡的、违反治安管理伤亡的、犯罪的、自残或自杀的五种情形外，其余受伤均应认定为工伤。

《工伤保险条例》第14条、第16条之规定，凡排除了第16条规定的五种法定不予认定的情况，不考虑受伤人的主观是否有过错，一律认定为工伤。

原劳动部《工伤认定办法》第14条规定：职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，劳动保障行政部门可以根据受伤害职工提供的证据依法作出工伤认定结论。

### 三、案例点评

朱俊才与他人调班，故上述因醉酒导致伤亡的、犯罪的、自残或自杀的情形皆被排除。结合。根据朱俊才病历、死亡证明、交通事故认定书，证明保洁公司与朱俊才存在劳动合同关系，朱俊才是在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，依法应当认定为工伤。

 保洁公司再次不服，上诉至常州市中级人民法院。

 日前，二审法院终审判决：驳回上诉，维持原判。

 说法

 现实生活中发生的案例形形色色，这起工伤认定行政诉讼案的特殊性是企业认为发生于职工休假期间与他人私自调班，其死亡不应认定为工伤。

 一审法院认为，依照《工伤保险条例》规定，除因醉酒导致伤亡的、违反治安管理伤亡的、犯罪的、自残或自杀的五种情形外，其余受伤均应认定为工伤。保洁公司所称朱俊才擅自调班，故上述因醉酒导致伤亡的、犯罪的、自残或自杀的情形皆被排除。

 本案二审审理认定的理由，不仅在法律认定的实体适用上进行了说理分析，即朱俊才确属上班时间在工作场所，从事清扫道路工作职责时发生交通事故受伤死亡，劳动部门认定其是在工作时间发生事故受伤并无不当。

 同时，判决还着重在程序上进行了说理分析，原劳动部《工伤认定办法》第14条规定：职工或者其直系亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的，劳动保障行政部门可以根据受伤害职工提供的证据依法作出工伤认定结论。

本案中，死者亲属向有关工伤认定部门申请工伤认定后，人事劳动保障局就朱俊才发生交通事故死亡等事宜向保洁公司法定代表人进行了调查。二审庭审中，保洁公司明确知道朱俊才家属申请工伤认定事宜，但保洁公司在行政程序和原审审理过程中均未提供证据证明其主张，即朱俊才事故发生当日系休假及私自调班，朱俊才不属工作时间发生交通事故受伤死亡的证据。因此，保洁公司依法应承担不利的法律后果。

### 四、操作提示

从职工发生工伤的第一时间起，用人单位就担负起了法律赋予的责任，必须按照法律规定的程序履行救助----申报----转院----劳动能力鉴定----支付补偿义务。

# 保险篇

## 企业和员工是否可以“协商”不缴纳社会保险金？

### 一、典型案例

王某于2007年春节过后，和同村老乡一起进城务工，经老乡介绍进入一家餐饮行业的企业A公司从事服务员工作，双方约定基本薪酬为1500元。因王某系农村户口，A公司要求王某提供相关身份证明，由公司为其在本城缴纳综合社会保险。王某的老乡告诉王某，若由企业为其缴纳综合社会保险，会每个月从王某应得工资中扣除八十元左右，这对于急于通过打工补贴家用的王某来说无疑是不愿意的。

　　次日，王某向A公司提出，自愿放弃综合社会保险的缴纳，并愿意与企业签订协议书，说明是自己自动放弃综合社会保险。A公司考虑到若不为王某缴纳综合社会保险同样可以节约企业的人力成本支出，遂同意与之订立双方协议。协议约定，王某自愿放弃公司为其办理综合社会保险，企业为保证王某诸项社会保险的相关权益，为其购买含生育、医疗、意外在内的商业保险，每月由公司代为缴纳商业保险费。

　　2008年5月，在市劳动监察大队对实际用工情况的监察审核中发现A公司未为王某缴纳综合社会保险，故依法作出处罚决定。

　　那么监察大队的处罚决定是否正确？A公司与王某基于“自愿”和“友好协商”下签订的双方协议是否有效？能否依据该协议免除社会保险缴纳义务？商业保险能否替代社会保险？

### 二、本案件适用相关法律条款

《中华人民共和国劳动法》第七十二条规定，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。

　　《社会保险费征缴暂行条例》第四条规定，缴费单位、缴费个人应当按时足额缴纳社会保险费。征缴的社会保险费纳入社会保险基金，专款专用，任何单位和个人不得挪用。第十三条 缴费单位未按规定缴纳和代扣代缴社会保险费的，由劳动保险行政部门或者税务机关责令限期缴纳；逾期仍不缴纳的，除补缴欠缴数额外，从欠缴之日起，按日加收千分之二的滞纳金。滞纳金并入社会保险基金。

商业保险从其性质、保障范围、资金用途各方面来看均与社会保险有所不同，不能替代社会保险对员工的保障。

《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效。

### 三、案例点评

既然社会保险费的缴纳属于单位和个人共同承担的强制义务，那么王某与A公司所签订协议的效力又如何界定呢？《中华人民共和国合同法》第五十二条第五项规定，违反法律、行政法规的强制性规定的，合同无效。也就是说无论王某与A公司如何详尽地约定了双方在不缴纳社会保险一事上的权利义务，皆自始归于无效。

### 四、操作提示

以商业保险和“协商”放弃社会保险的形式规避社会保险缴纳义务，在面临员工举报或申请仲裁时，不仅不能免除企业应承担的社会保险缴纳义务，反而还可能因此承担更多的滞纳金和行政处罚。

企业应注意：为员工购买社会保险是企业和员工的法定义务，不因双方的协议而免除。

# 劳务派遣篇

## 劳务派遣与事实劳动关系

（来源：人力资源管理，2009年11月）

**一、典型案例**
   小李经杨浦职业介绍所五角场职介分所介绍到某大学城物业管理有限公司处任保安，2005年1月24日小李持介绍信到该公司面试上岗，双方未签订书面合同。

2007年1月31日该公司通知小李不用再来上班。

2007年2月13日，小李向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求支付解除劳动关系经济补偿金人民币2200元，并确立劳动关系、补办2005年1月至2007年1月31日的招、退工手续，支付2005年1月至2006年4月的夜班津贴人民币457.60元，返还2006年12月季度奖人民币230元，返还年货人民币130元。
    该劳动争议仲裁委员会于同年4月19日裁决某某大学城物业管理有限公司为小李补办2005年1月24日至2007年1月31日的招、退工手续，支付解除劳动关系经济补偿金人民币2200元，支付2005年1月至2006年4月夜班津贴人民币457.60元。
    某大学城物业管理有限公司不服，遂诉至法院，诉请不同意支付小李解除劳动关系的经济补偿金人民币2，200元，不同意为小李办理招、退工手续。
    在法院审理过程中，某大学城物业管理有限公司为证明其与小李无劳动关系，提供了下列证据：1、某大学城公司与某服务社签订的公益性劳动项目合作协议书；2、某服务社于2007年5月24日出具的证明，证明内容主要为小李系该服务社派遣至某大学城公司处从事保安工作，由该社负责发放工资、缴纳社会保险费；3、2005年2月至3月某服务社发放小李工资的工资签收单，该工资单为打印件，上方注明“某服务社劳务费”；4、2006年由某服务社通过银行发放小李工资的部分划款记录。

小李表示对某服务社不清楚，与该社无关系，对工资签收单无异议，但称其签收时并无“某服务社”的名称。
    法院经审理后认为：根据庭审中调查、质证，小李系与某服务社建立劳动关系，并由某服务社等非正规就业组织为小李缴纳社会保险费。且小李曾在印有“某服务社劳务费”字样的工资单上签领工资，据此可推断小李对其与某服务社的劳动关系是明知的，小李所述其不知晓某服务社、与该社无任何关系的辩称，本院难以采信。综上，某大学城物业管理有限公司与小李间无劳动关系，小李要求某大学城物业管理有限公司办理招、退工手续及支付解除劳动关系的经济补偿金无依据，不予支持。
    小李不服法院判决，遂上诉至上海市二中院，二中院经审理后驳回其上诉、维持原判。

### 二、本案件适用法律条款

《劳动合同法》的相关规定，用工单位应当履行下列义务：（1）用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议；（2）用工单位应履行执行国家劳动标准，为派遣员工提供劳动条件和劳动保护；（3）用工单位应支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；（4）用工单位对派遣员工实行正常的工资调整机制等义务。

### 三、案例点评

争议的焦点在于劳动者和公司的关系是不是事实劳动关系，这就涉及到劳务派遣的界定问题。本案中小李与某大学城物业管理有限公司并未签订劳动合同，小李虽持有杨浦职业介绍所五角场职介分所介绍信至该公司面试上岗，但其劳动报酬由某服务社发放，社会保险费亦由某服务社等非正规就业组织为其缴纳，且某大学城物业管理有限公司与某服务社之间所签订的公益性劳动项目合作协议书，均可确定小李系由某服务社录用后被派至某大学城物业管理有限公司处工作的，所以小李和某大学城物业管理有限公司既无法律上的劳动关系，也不构成事实劳动关系。二者之间的关系符合劳务派遣的特征。

### 四、操作提示

法院的最终判决也支持了这一点，通过本案值得用工单位注意的是要注意保存好相关的证据，本案最终用工单位能够胜诉的关键在于用工单位提供了其与劳务派遣服务机构的协议以及工资签收单等证明材料。

## 劳务派遣公司造成的事实劳动关系

**一、典型案例**
    2007年，某劳务派遣公司将几名劳动者派遣到某学校从事后勤工作，工资及保险费由学校交劳务派遣公司支付和缴纳，同时，学校向劳务派遣公司支付每人每月50元的管理费。劳动合同与劳务派遣协议都是两年一签，且期限相同。2009年2月，两个合同均到期。在此之前，学校曾表示无法明确是否续签及续签多久，但仍将继续用工一段时间，劳务派遣公司与劳动者均未提出异议。因此合同到期后，这几名劳动者仍在该校工作。直到2009年6月，学校后勤表示将退工，并告知劳动者和劳务派遣公司，劳务公司开出了退工通知单。
    于是，几名劳动者要求支付经济补偿金，以及3月—6月没有签订劳动合同的双倍工资，并将劳务派遣公司与学校一起列为被申诉人，诉诸劳动争议仲裁。
    学校方表示愿意承担经济补偿金责任，但没有签订劳动合同是由劳务派遣公司造成的，因此，双倍工资应当由派遣公司来承担。劳务派遣公司则认为自己只是按照学校的要求来管理，没有续签劳动合同也是由于学校责任所导致，因此，应当由学校来承担全部责任。三方就责任的承担引起了争议。
    劳动争议仲裁委员会最终裁定两被申诉人向派遣员工支付经济补偿和双倍工资。

### 二、本案件适用法律条款

《劳动合同法实施条例》第六条规定，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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。 《劳动合同法》第92条规定，派遣单位违法，给派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。同样，《劳动合同法实施条例》第35条规定，因用工单位违法而给被派遣劳动者造成损失的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。

### 三、案例点评

这是一起典型的因劳务派遣用工引起的劳动争议案件。在劳务派遣中，劳务派遣公司应当承担用人单位的权利义务，包括与派遣员工签订劳动合同，没有签订劳动合同的，应当支付双倍的工资。学校作为用工单位应当按照《劳动合同法》的规定或劳务派遣协议的约定方式履行退工手续，需要支付经济补偿的应当支付。
 本案中，因为学校的原因导致没能与派遣公司续订劳务派遣协议，而派遣公司以没有签订劳务派遣协议为由，没能与派遣员工签订劳动合同，从法律上讲，学校应当属于违约行为，而派遣公司则属于违法行为，违法行为理应承担法律责任。但是，由于派遣用工的特殊性，《劳动合同法》第92条规定，派遣单位违法，给派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。同样，《劳动合同法实施条例》第35条规定，因用工单位违法而给被派遣劳动者造成损失的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。因此无论是派遣单位违法，还是用工单位违法，都应当对劳务派遣员工承担连带赔偿责任。
    通过本案可以看出，用工单位在使用劳务派遣这一用工模式时，切不可忽视对派遣员工的管理，注意合同的及时续签，以避免与派遣员工的法律关系发生变化。否则我们不难想象这一局面的发生：用工单位以为与某员工的关系乃劳务派遣，而事实上因为没有及时续签派遣协议而变成了事实劳动关系。更有甚者，如若在解雇该员工时未发现，则用工单位将承担高昂的解约成本。

### 四、操作提示

用人单位必须重视对派遣员工的管理，选择专业化的劳务派遣服务机构。在管理劳务派遣公司时出现失误，劳务派遣公司未能及时履行管理者义务，派遣协议中责任的认定非常重要。

具体如下：

1、派遣协议中明确各项权力义务；

2、完成告知的书面通知；

3、定期检查复核。

##  劳务派遣员工的培训协议

1. **典型案例**

    被诉人彭某2005年7月6日与某知名劳务派遣公司南京分公司签约，为期两年，外派到该跨国企业北京和上海的分公司；同年7月11日，也与该跨国企业签订培训协议。2007年6月30日，彭某与派遣公司劳动关系终止后，不愿意再与该跨国企业签订劳动合同。该跨国企业于8月19日发出退工单和劳动手册，并于8月20日发出通知，要求彭嘉支付违约金30余万元。
    9月6日，该跨国企业申请仲裁委仲裁。仲裁委认为，由于彭某是劳务派遣用工，用人单位不是该跨国企业，彭某与该跨国企业没有劳动关系，该跨国企业不能对彭某设立违约金的资格，对其的请求不予支持。

### 二、本案件适用法律条款

根据《劳动合同法》的相关规定，企业为员工提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，才能够和其签订培训协议约定服务期、违约金。

### 三、案例点评

涉及的是劳务派遣中培训协议的签订问题，这也是让许多HR很头疼的问题。与签订培训协议的主体是用工单位和派遣员工，还是劳务派遣服务机构和派遣员工呢?由于这方面法律规范的空白，导致培训协议如何签订成为劳务派遣中比较棘手的问题。
    从法律的角度来分析，根据《劳动合同法》的相关规定，企业为员工提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，才能够和其签订培训协议约定服务期、违约金。劳务派遣机构无权与派遣员工签订培训协议约定服务期。那么是不是说用工单位就有权与派遣员工签订培训协议了呢？答案是否定的，因为订立培训协议的前提是双方当事人之间存在劳动关系，显然用工单位和派遣员工之间不存在劳动关系，自然无权订立培训协议了。本案的最终结果也证明了这一点。用工单位为了公司的利益、促进公司发展故而经常对员工进行培训也是理所应当的，这里培训的正常需求与服务期的无权约定之间的矛盾是急需化解的。

比如上文中的案例，该跨国企业公司虽然与派遣员工签订了培训协议，约定了服务期，但当该派遣员工反悔拒绝履行义务时，该跨国企业公司申请仲裁，却得不到仲裁的支持。这是由于该跨国企业公司只是实际用工单位，而非法律上的用人单位，故无权与派遣员工约定服务期。
    如果案例中，该跨国企业公司与劳务派遣单位在《派遣协议》中约定彭某（派遣员工）的服务期，是否可行呢？这就涉及到了合同的相对性的问题。因为协议的当事人该跨国企业公司与某知名劳务派遣公司南京分公司约定合同条款，却给合同的第三人－－彭某设定了义务。根据合同的相对性原则，显然此条款对于彭某来说是没有任何拘束力的。

### 四、操作提示

劳务派遣一定程度上缓解了企业灵活用工的需求与我国严格的解雇保护制度的之间的矛盾。劳务派遣可以在企业需要用工时及时提供大量劳动力，当企业不需要时，企业也可以退回派遣企业，不必继续雇佣，大大提高了企业的用工灵活性。那么劳务派遣到底存在哪些法律风险呢？
    关于这一点可以从当前由劳务派遣引发的劳动争议案件的类型初见端倪，第一类，是由于劳务派遣服务机构不具有资质而产生的纠纷；第二类是因执行国家有关工资、社会保险规定发生的争议，目前劳务派遣企业不依法支付派遣员工的工资、缴纳社会保险引发的争议具有一定的数量；第三类是因实际用工单位要求派遣员工遵守本单位规章制度引起的争议；第四类是因劳务派遣服务机构缺乏支付能力产生的争议。

一、选择劳务派遣服务机构时的法律风险
    根据《劳动合同法》第92条的规定，给派遣员工造成损害的，用工单位与劳务派遣单位承担连带责任。所以，用工单位选择劳务派遣单位的同时，也就是选择了劳动关系风险与责任的连带承担盟友。但这个盟友是否可以起到积极的作用，就要看用工企业的选择是否适当了。用工企业选择劳务派遣单位时，如若没有注意审查资质、经营能力等要件，那么一旦产生劳动纠纷，因为劳务派遣单位没有能力承担其应负的责任，就会依据“连带责任”的法定标准，将责任转移到用工企业身上。这样，用工企业非但没有实现减少用工风险的目的，反而给自己带来了更大的不可控风险，要给劳务派遣单位买单。
    在实际接触的案件中经常会有用工单位的HR诉苦，用工单位明明按照法律的规定与劳务派遣单位签订劳务派遣协议，在实际执行过程也及时将派遣员工的工资等支付给劳务派遣单位，可在发生劳动争议时往往坐在被告席上，且居然会被仲裁委或法院认定为与员工存在劳动关系。明明是劳务派遣关系怎么就成了劳动关系了呢？究其根本，乃劳务派遣单位不具备用工资质。在劳务派遣中，如果劳务派遣单位不具有用工雇主主体的资质，会产生派遣员工与实际用工单位之间存在何种法律关系的争议，但就目前司法实践来看，在大多数的情形下，劳动仲裁委或法院会认定派遣员工与实际用工单位存在劳动关系。由此可见选择劳务派遣服务机构的重要性。

  二、招聘员工时的法律风险
    由于是“招人的不用人，用人的不招人”，因此很多实际用工单位都不太放心让派遣服务机构去招聘人员。于是，在实务中，就普遍出现了这样的一种操作模式：由实际用工单位招工，招到合适人员以后，再由派遣服务机构与该员工签订劳动合同，建立劳动关系。在招聘的过程中，派遣公司告知应聘者其是根据实际用工单位的需求代替实际用工单位招聘某岗位以及招聘多少人的情形时有发生，或实际用工单位派人直接参与派遣公司的招聘过程，甚至不经派遣公司直接招聘派遣人员，殊不知这些操作模式带来的是招聘主体的不明确，进而带来的是劳动关系主体的混乱，造成派遣员工的认识错误。因为招聘一般是建立劳动法律关系的前提，用工单位参与了招聘就会使劳动者产生错误认识，认为与之建立劳动关系的就是用工企业，再加之其是在用工企业工作、甚至领薪的，所以就更会加重其错误认识，而在发生劳动纠纷时直接向用工企业要求权利。

    三、工资支付时的法律风险
    在我们碰到的案件中，部分实际用工单位在采用派遣用工时，出于种种考虑，未采取一定的技术措施自己直接向派遣员工发放工资。殊不知，工资的发放形式往往是认定事实劳动关系的最重要因素。一旦被认定事实劳动关系，就要承担雇主责任。那么，实际用人单位出于避免雇主责任而采取的劳务派遣用工形式就白白浪费了。
    工资支付中，另外一个比较大的法律风险就是，部分实际用工单位在与劳务派遣服务机构的协议中约定，派遣服务机构向员工支付工资，以实际用工单位向劳务派遣服务机构支付服务费用为前提。这很明显，是劳务派遣服务机构转嫁法律风险的一个条款。
    其实，这个条款应该是无效条款，因为这个条款已经违法了。根据我国劳动合同法和相关行政法规的规定，支付工资是法定的雇主责任，任何人不能以法定理由以外的情形为理由拒绝支付劳动者工资。
    虽然这是一个无效条款，但是一旦形成纠纷，若劳务派遣服务机构确实无法承担支付劳动者工资的责任，那么，作为实际用人单位，将很可能需要承担这一部分的劳动者工资。因为劳动者作为弱势群体，毕竟已经向实际用工单位提供了劳动力服务，实际用工单位也就有义务在劳务派遣机构无法支付工资的情况下向劳动者支付其应得的劳动报酬。
      四、劳务派遣单位不与派遣员工签订劳动合同的风险
     在这种情况下，因为派遣员工直接在用工企业工作，所以将会被视为用工企业与劳动者成就事实劳动关系，根据《劳动合同法》的规定，用工企业还将承担支付双倍工资以及超过一年与劳动者成就无固定期限劳动合同关系的风险。如案例二中的情形。

    五、规章制度冲突的法律风险
    根据《劳动合同法》的相关规定，企业必须重视起规章制度在调整企业与员工关系之间中的作用，在企业解雇员工、对员工日常管理等方面都见到了规章制度的身影。规章制度已经成为劳动纠纷解决的依据之一。在劳务派遣中实际用工单位要求派遣员工遵守其规章制度是其进行生产经营的必须要求，但是实际用工单位与劳务派遣服务机构的规章制度不可能完全一致，总会存在或多或少的冲突。

    六、出资培训与服务期约定的风险

    当用工单位需要出资培训派遣劳动者时，往往不清楚该与谁签订协议。与劳务派遣单位签订，因涉及第三方（派遣员工）的服务期义务，所以该约定对派遣员工并不具有约束力；与派遣员工签订，因其并不是用工企业的雇员，所以也不符合法律上关于服务期协议主体应当是雇主与雇员关系的前提。

## 退回和解雇被派遣劳动者的条件与限制

### 　一、典型案例

2008年4月，冯某与s律所上海代表处签订聘用合同，约定冯某在该代表处担任法律顾问。2008年6月，冯某与w公司签订无固定期限劳动合同及派遣协议书，协议书中约定w公司派遣冯某至s律所上海代表处工作。2009年3月，s律所上海代表处告知冯某因受金融危机的影响、客观情况发生重大变化，不得已减少员工以维持经营，通知冯某聘用关系将于一个月后终止。2009年4月，s律所上海代表处告知w公司已将冯某退回，w公司遂为冯某开具退工证明，解除双方间的劳动合同。

 后冯某诉至法院，要求s律所上海代表处恢复用工关系、w公司继续履行劳动合同，要求s律所上海代表处支付自终止聘用关系次日起至恢复工作岗位期间的全额工资及赔偿金并缴纳该期间的社会保险，并由w公司承担连带责任。

 诉争焦点

 本案的主要争议焦点有二：其一，用工单位(s律所上海代表处)可否以客观情况发生重大变化为由将被派遣劳动者退回劳务派遣单位(w公司)？其二，劳务派遣单位可否以用工单位的客观情况发生重大变化为由解除与被退回劳动者之间的劳动关系？

 法院判决

 一审判决：冯某与w公司签订的劳动合同继续履行至劳动合同解除或终止时止；w公司按照上海市同期最低工资标准支付冯某自终止聘用关系次日起至劳动合同解除或终止日止的工资；w公司按照本市最低工资标准的相应缴费基数为冯某缴纳自2009年4月起至劳动合同解除或终止之月期间的社会保险费；驳回冯某的其余诉讼请求。二审判决：驳回上诉，维持原判。

### 二、本案件适用法律条款

 对劳务派遣中用工单位的退回权和劳务派遣单位的解除权，劳动合同法第65条第二款作了规定：“被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。”

###  三、案例点评

对于本案的争议焦点之一，即用工单位可否以客观情况发生重大变化为由将被派遣劳动者退回劳务派遣单位这一问题，仅就第65条的字面含义来看，无法得出劳务派遣中的用工单位是否可以像标准劳动关系中的用人单位一样以客观情况发生重大变化(第40条第三项)或者经济性裁员(第41条)为理由终止对劳动者的使用。对该问题的理解存在着两种截然相反的观点：第一种观点认为，用工单位无权以第39条和第40条第一、二项之外的理由将劳动者退回派遣单位；第二种观点认为，用工单位退回被派遣劳动者并不受到第39条和第40条第一、二项规定的约束。

 本案中，一审和二审法院均持第二种观点，即劳动者有劳动合同法第39条或第40条第一、二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照劳动合同法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同；除上述情形外，用工单位将劳动者退回劳务派遣单位的，劳务派遣单位不可以与劳动者解除劳动合同。换言之，第65条中涉及的第39条和第40条第一、二项的规定是对劳务派遣单位解除劳动关系的限制，而并非对用工单位退回劳动者的限制。其理由有二：首先，从劳务派遣中三方关系的本质来看，劳务派遣单位是劳动合同法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务，劳动合同也是由派遣单位与劳动者订立。劳务派遣单位和劳动者之间是劳动法意义上的劳动关系；而用工单位与劳动者之间是使用关系，其本质是民事关系。劳务派遣三方关系的本质决定了用工单位在结束劳动力的使用方面所受到的限制不应当高于标准劳动关系中用人单位所受到的限制；其次，从劳务派遣这一用工方式的目的来看，劳务派遣的重要意义之一即在于其满足了劳动力市场灵活性的需求，若在用工权上对用工单位课以较之劳务派遣单位更为严格的限制，无疑是与劳务派遣这一制度设置的初衷相悖。

 对于本案的争议焦点之二，即劳务派遣单位可否以用工单位的客观情况发生重大变化为由解除与被退回劳动者之间的劳动关系这一问题，如前所述，除了第39条或第40条第一、二项规定的情形外，劳务派遣单位不得解除与被退回劳动者的劳动关系。与标准劳动关系相比，劳务派遣的最显著特征即劳动力的使用与雇佣处于相分离的状态。正是由于劳务派遣单位并非劳动力的实际使用单位，故劳务派遣单位无法如标准劳动关系中的用人单位一般以客观情况发生重大变化为由解除与被退回劳动者之间的劳动关系。

 本案中，w公司与冯某所签订的系无固定期限劳动合同，故一审法院判决双方劳动合同恢复履行至劳动合同解除或终止时止，而并未写明具体的合同终止日期。同时，根据劳动合同法第58条的规定，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。故一审法院判令w公司按照上海市同期最低工资标准支付冯某自终止聘用关系次日起至劳动合同解除或终止日止的工资。

### 四、操作提示

用人单位必须重视对派遣员工的管理，选择专业化的劳务派遣服务机构。在管理劳务派遣公司时出现失误，劳务派遣公司未能及时履行管理者义务，派遣协议中责任的认定非常重要。

具体如下：

1、派遣协议中明确各项权力义务；

2、完成告知的书面通知；

3、定期检查复核。

 2017-09-30