

HUMAN
RESOURCE
MANAGEMENT



LEGAL
PRACTICE
NOTES

人力资源管理 法务实战笔记

李亚峰 编著

规范化用工
操作指南

人力资源管理问题
解决措施

离职风险

工作手札

「误聘」赔偿

公积金继承

外籍雇佣

笔记体

工资赔付标准

合同期限哺乳时间

违纪处理扣发工资

劳动仲裁保密协议

工商保险违约金

管理细节



化学工业出版社

HUMAN
RESOURCE
MANAGEMENT



LEGAL
PRACTICE
NOTES

人力资源管理 法务实战笔记

李亚峰 编著



化学工业出版社

· 北 京 ·

本书讲解了人力资源管理者应注意的百余个法律问题，剖析了近两百个人力资源管理工作案例，分析的问题和选取的案例均是人力资源管理者经常遇到也极为关注的焦点。

本书涵盖了员工招聘与录用、劳动合同签订、员工日常管理、员工培训与保密、员工绩效薪酬、员工保险福利、劳动合同解除终止、集体合同与劳务派遣、劳动争议处理等9大人力资源管理中的重要内容。本书有助于人力资源管理者规避因不当操作带来的用工风险，降低用工成本，规避劳动争议的发生，实现用人单位用工的合法化、规范化、合理化。

本书适合企业中高层管理人员、人力资源管理人员、人事法务工作者、管理咨询人员、企业培训人员，以及高等院校相关专业的师生阅读、使用。

图书在版编目（CIP）数据

人力资源管理法务实战笔记/李亚峰编著. —北京：
化学工业出版社，2016.6

ISBN 978-7-122-26746-7

I. ①人… II. ①李… III. ①人力资源管理—
劳动法—基本知识—中国 IV. ①D922.505

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第072837号

责任编辑：罗 琨
责任校对：程晓彤

装帧设计：尹琳琳

出版发行：化学工业出版社（北京市东城区青年湖南街13号 邮政编码100011）
印 装：北京画中画印刷有限公司

710mm×1000mm 1/16 印张23¼ 字数378千字 2016年9月北京第1版第1次印刷

购书咨询：010-64518888（传真：010-64519686） 售后服务：010-64518899

网 址：<http://www.cip.com.cn>

凡购买本书，如有缺损质量问题，本社销售中心负责调换。

定 价：68.00元

版权所有 违者必究

前言

P R E F A C E

伴随着劳动争议案件的日趋增多及我国劳动关系相关法律法规不断健全，作为企业管理者及人力资源管理者，仅仅掌握招聘、绩效、培训、薪酬等人力资源管理的传统技术，已经不能适应新劳动关系的发展要求了。

《人力资源管理法务实战笔记》围绕《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《职工带薪年休假条例》《最低工资规定》等法律法规，详细分析、解读了人力资源管理中涉及的法律法规及政策，可快速帮助用人单位增强依法用工的意识，掌握人力资源管理中涉法事项的处理技巧，规避、化解劳资冲突，节约用工成本。

本书具有以下四大特点。

一、全面——全面解析人力资源管理最新法律法规

本书对人力资源管理主要涉及的最新全国性法律法规及重大城市地方性法律法规均进行了详细说明及重点条文引用解释，使读者能“一目了然”“一看就懂”，帮助人力资源管理工作向法制化发展，实现依法用工、规范用工。

二、全程——全程关注人力资源管理工作事项

本书按照人力资源管理工作开展的流程，将招聘、录用、劳动合同签订、工时安排、加班休假、劳动保护、培训、保密、绩效、薪酬、社会保险、集体合同、劳务派遣、劳动合同解除、劳动争议处理等内容及涉及的相关法律法规一一对应讲解，便于企业管理者和人力资源管理者开展工作。

三、实用——重点解决人力资源管理中的疑点难点

本书以人力资源管理中经常出现的疑点难点为出发点，对疑点难点涉及的法律问题及处理技巧进行有理有据的分析，解疑释惑，让读者能够“一学就会”“现查现用”，这样不但方便读者参照内容依法开展工作，而且便于读者查找、学习和使用相关法律法规，从这个意义上讲，本书是一本企业管理者和人力资源管理者的工具书和工作指导手册。

四、生动——通过典型案例强化法律法规内容

本书通过分析大量的人力资源工作中存在的典型案例，将人力资源管理中存在的风险及涉及的法律法规融入其中，增强了图书内容的趣味性和可读性，强化了法律法规条款内容及法律风险，让读者能够“融会贯通”“记忆犹新”“灵活应用”。

在本书编写的过程中，孙立宏、刘井学、程富建、孙宗坤负责资料的收集和整理，贾晶晶、邹霞、贾月负责图表的编排，程淑丽、付伟参与编写了本书的第1章，姚小风、韩斌参与编写了本书的第2章，阎晓霞、高春燕参与编写了本书的第3章，赵全梅、韩燕参与编写了本书的第4章，毕春月、金成哲参与编写了本书的第5章，陈里、权锡哲参与编写了本书的第6章，李作学、宋丽娜参与编写了本书的第7章，王琴、刘亚萍、王佳锐参与编写了本书的第8章，贾华、王晓春参与编写了本书的第9章，王海燕参与编写了本书的附录，全书由李亚峰统撰定稿。

1.1 招聘信息拟定与发布 / 002

1.1.1 “仅限男性”存歧视 / 002

1.1.2 虚假招聘信息有隐患 / 005

1.2 招聘行为管理 / 007

1.2.1 要上岗先交费合法吗 / 007

1.2.2 暂扣等级考试证合法吗 / 008

1.2.3 泄露个人信息需担责 / 009

1.2.4 以招聘为名非法牟利 / 011

1.3 背景调查 / 013

1.3.1 “误佣”童工罚千元 / 013

1.3.2 “误佣”限制期员工赔万元 / 015

1.3.3 “误佣”无证医师判赔万元 / 017

1.3.4 无犯罪记录证明必须开具吗 / 021

1.4 录用管理 / 024

1.4.1 录用Offer可随意发撤吗 / 024

1.4.2 录用条件如何使用 / 026

1.4.3 雇佣未离职员工赔万元 / 030

1.4.4 雇佣无证外籍人员罚万元 / 032

目录

C O N T E N T S

第2章

037

劳动合同签订中的法律问题

2.1 劳动合同拟定 / 038

- 2.1.1 试用期如何约定 / 038
- 2.1.2 转岗/升职能否再次约定试用期 / 040
- 2.1.3 离职员工再入职可再次约定试用期吗 / 042
- 2.1.4 为节约成本可约定较低的工资条款吗 / 043
- 2.1.5 劳动合同期限如何约定 / 044
- 2.1.6 中外文条款不一致以哪个为准呢 / 047
- 2.1.7 劳动合同中的生死条款有效吗 / 049

2.2 劳动合同签订 / 052

- 2.2.1 可以单独签订试用期合同吗 / 052
- 2.2.2 没签书面劳动合同, 口头协议有效吗 / 053
- 2.2.3 未在法定时间签订劳动合同需支付双倍工资吗 / 055
- 2.2.4 劳动者拒签或拖延不签劳动合同怎么办 / 057

第3章

061

员工日常管理中的法律问题

3.1 员工工作时间管理 / 062

- 3.1.1 标准工作时间制工时如何安排 / 062
- 3.1.2 计件工作时间制工时如何安排 / 063
- 3.1.3 计件工作时间制定额如何确定 / 065
- 3.1.4 单胞胎和双胞胎哺乳时间一样吗 / 067
- 3.1.5 单方实施特殊工时制有风险 / 069
- 3.1.6 综合计算工时工作制应用 / 071
- 3.1.7 不定时工时制应用 / 075

目 录

C O N T E N T S

3.2 员工加班休假管理 / 078

- 3.2.1 员工加班管理概述 / 078
- 3.2.2 员工恶意加班钻空子 / 081
- 3.2.3 节假日加班能安排调休吗 / 084
- 3.2.4 “泡事假”员工处理 / 085
- 3.2.5 “泡病假”员工处理 / 088
- 3.2.6 病假员工工资怎么算 / 091
- 3.2.7 早婚可以请婚假吗 / 093
- 3.2.8 婚假产假天数知多少 / 094
- 3.2.9 产前检查扣工资合法吗 / 094
- 3.2.10 爷爷公婆去世能请丧假吗 / 095
- 3.2.11 带薪年假天数的计算 / 096

3.3 员工劳动防护与健康检查 / 098

- 3.3.1 员工未经安全培训能上岗吗 / 098
- 3.3.2 特种作业人员持证上岗管理 / 100
- 3.3.3 未佩戴安全帽酿惨案 / 103
- 3.3.4 职业健康检查不可少 / 106

3.4 特殊群体劳动保护 / 109

- 3.4.1 女职工劳动保护 / 109
- 3.4.2 未成年工劳动保护 / 113

3.5 规章制度拟定与生效 / 117

- 3.5.1 规章制度法律效力 / 117
- 3.5.2 规章制度内容合法 / 120
- 3.5.3 规章制度民主程序 / 121
- 3.5.4 规章制度公示程序 / 124

3.6 违纪员工处理 / 126

- 3.6.1 在外兼职员工处理 / 126
- 3.6.2 经济损失赔偿处理 / 128

第4章

131

员工培训与保密管理中的法律问题

4.1 培训协议订立与履行 / 132

4.1.1 培训费用何人付 / 132

4.1.2 培训服务期如何定 / 134

4.1.3 违约赔偿金如何收 / 139

4.2 保密管理 / 141

4.2.1 商业秘密认定依据有哪些 / 141

4.2.2 商业秘密侵权行为如何处理 / 146

4.3 竞业限制管理 / 149

4.3.1 竞业限制对象为谁 / 149

4.3.2 竞业限制期定多长 / 151

4.3.3 竞业限制“两金”如何用 / 152

第5章

159

员工绩效考核管理中的法律问题

5.1 绩效考核结果应用 / 160

5.1.1 试用期员工考核不合格下的辞退 / 160

5.1.2 正式员工考核不合格下的辞退 / 161

5.1.3 绩效考核不合格下的调岗调薪 / 163

5.2 薪酬计算与发放 / 169

5.2.1 工资构成有哪些 / 169

5.2.2 工资支付方式有哪些 / 172

5.2.3 拖欠工资赔得多 / 174

5.2.4 克扣工资赔得多 / 176

5.2.5 最低工资的设置 / 179

5.2.6 试用期薪酬如何支付 / 182

5.2.7 加班工资如何支付 / 186

第6章

195

员工保险福利管理中的法律问题

6.1 社会保险申报缴纳 / 196

6.1.1 新员工不愿缴纳社保怎么办 / 196

6.1.2 试用期不缴纳社保合法吗 / 198

6.1.3 非全日制工是否缴纳社保 / 199

6.1.4 按最低基数缴纳社保合法吗 / 200

6.2 养老保险缴纳申领 / 202

6.2.1 养老保险缴费基数与比例 / 202

6.2.2 正常退休与养老金申领 / 203

6.2.3 提前退休如何处理 / 206

6.3 医疗保险缴纳报销 / 208

6.3.1 医疗保险缴费基数与比例 / 208

6.3.2 退休后能否享受医疗保险待遇 / 209

6.3.3 员工医疗费用如何报销 / 211

6.3.4 医疗保险金可以继承吗 / 213

6.4 生育保险缴纳报销 / 215

6.4.1 生育保险缴费基数与比例 / 215

6.4.2 生育保险费用如何报销 / 215

6.4.3 未缴纳生育保险费用的赔偿 / 220

6.4.4 配偶无工作可享生育保险吗 / 222

6.4.5 流产能享受生育保险待遇吗 / 222

6.5 工伤保险报销 / 224

6.5.1 工伤保险缴费基数与比例 / 224

6.5.2 工伤如何进行认定 / 225

6.5.3 交通意外受伤是否为工伤 / 228

6.5.4	醉酒后受伤是否为工伤	/ 230
6.5.5	劳动能力鉴定如何处理	/ 231
6.5.6	劳动能力鉴定异议如何处理	/ 234
6.5.7	工伤保险待遇的支付标准	/ 235
6.6	失业保险缴纳报销	/ 239
6.6.1	失业保险缴费基数与比例	/ 239
6.6.2	主动辞职能否领取失业保险金	/ 240
6.6.3	失业保险待遇如何确定	/ 242
6.7	住房公积金缴纳提取	/ 244
6.7.1	住房公积金缴纳基数及比例	/ 244
6.7.2	进城务工人员能提取住房公积金吗	/ 246
6.7.3	异地买房能申请住房公积金贷款吗	/ 248
6.7.4	住房公积金存额能够继承吗	/ 249

7.1	试用期解除劳动合同	/ 252
7.1.1	试用期员工随意离职	/ 252
7.1.2	随意辞退试用期员工	/ 254
7.2	员工解除劳动合同	/ 257
7.2.1	员工离职一定要待满30天吗	/ 257
7.2.2	提前30天通知期可用休假抵吗	/ 259
7.2.3	扣发工资迫使员工离职有风险	/ 261
7.2.4	不给员工办理离职手续存风险	/ 263
7.3	用人单位解除劳动合同	/ 265
7.3.1	用人单位如何合法解除合同	/ 265
7.3.2	解除长期请病假员工合同	/ 269
7.3.3	解除旷工员工劳动合同	/ 271

目 录

C O N T E N T S

7.3.4 解除严重违纪员工合同 / 273

7.3.5 解除不辞而别员工合同 / 275

7.4 劳动合同终止 / 278

7.4.1 如何合法终止劳动合同 / 278

7.4.2 终止劳动合同的补偿 / 281

7.4.3 合同到期不续签不终止风险 / 283

7.4.4 特殊情况延期终止劳动合同 / 284

7.4.5 接近退休年龄的处理 / 286

7.5 经济性裁员 / 289

7.5.1 经济性裁员如何实施 / 289

7.5.2 经济性裁员如何补偿 / 292

7.5.3 支付了经济补偿就能立即裁员吗 / 295

7.5.4 孕期员工经济性裁员如何处理 / 296

7.6 四金处理 / 297

7.6.1 违约金 / 297

7.6.2 经济补偿金 / 300

7.6.3 赔偿金 / 302

7.6.4 代通知金 / 304

第 8 章

307

集体合同与劳务派遣
中的法律问题

8.1 集体合同 / 308

8.1.1 集体合同与劳动合同等同吗 / 308

8.1.2 集体协商代表如何确定 / 309

8.1.3 集体合同一经签订就生效吗 / 313

8.1.4 没签集体合同可以不受约束吗 / 317

8.1.5 劳动合同与集体合同哪个为准 / 318

目 录

C O N T E N T S

8.2 劳务派遣 / 321

8.2.1 派遣单位选择不当有风险 / 321

8.2.2 派遣员工日常使用管理 / 324

8.2.3 正式员工转派遣工处理 / 327

8.2.4 劳务派遣工退回处理 / 329

第 9 章

333

劳动争议处理中的法律问题

9.1 劳动争议协商调解 / 334

9.1.1 劳动争议的法律界定 / 334

9.1.2 协商调解是必经程序吗 / 336

9.1.3 调解协议书具有法律效力吗 / 340

9.2 劳动争议仲裁 / 342

9.2.1 如何选择劳动争议仲裁地点 / 342

9.2.2 劳动争议仲裁时效是什么 / 343

9.2.3 谁承担劳动争议举证责任 / 347

9.3 劳动争议诉讼 / 351

9.3.1 劳动争议诉讼的适用情形有哪些 / 351

9.3.2 劳动争议诉讼时效是什么 / 353

附 录

355

人力资源常用 法律法规表



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务实战笔记

第 1 章 员工招聘与录用中的 法律问题



1.1

招聘信息拟定与发布

1.1.1 “仅限男性”存歧视

××技能培训学校拟招聘两名文案。人力资源部出于对岗位任职者需要长期陪同校长（男）出差以及学校出差费用报销规定的考虑，在招聘信息中添加“仅限男性”这一条件。

而应聘人员黄某（女）在连续三次应聘此岗位，并连续三次因其性别为由被拒后，以平等就业权和人格尊严权被侵犯为由，将招聘单位“××技能培训学校”告上法庭，要求该技能培训学校进行赔偿。

技能培训学校相关负责人对此感到十分“委屈”，故其在答辩中称：“学校并不存在歧视女性行为，相反，学校是充分尊重和照顾女性的。该次招聘的文案岗位具有特殊性，除日常的常态加班外，还需经常陪同校长去外地出差或应酬，而且出差周期长、应酬次数多。同时，学校出差管理制度规定，两人以上（双数）出差住宿的，必须同住一个标准间，否则超出部分不予报销。鉴于本校的校长均为男性，因此基于公序良俗及男女有别原则，并出于对女性的关爱和照顾，本校招聘男性求职者以适应繁重特殊的工作任务，这不仅不是歧视女性，反而是充分尊重和照顾女性。”

但法院未认同技能培训学校辩称的“合理”理由，原因是根据相关法律规定，劳动者享有平等就业的权利，除国家规定的不适合妇女的岗位外，用人单位不得因性别为由拒绝录用妇女或提高妇女的录用条件。在本案中，根据该技能培训学校发布的岗位招聘信息，女性应聘人员完全可以胜任该岗位，而技能培训学校辩称的只招聘男性的理由与法律规定不符，在此情况下，技能培训学校仅以黄某为女性而单位招录男性为由拒绝黄某的行为侵犯了黄某平等就业权利，其对黄某存在就业歧视，因此，法院判定该技能培训学校赔偿黄某精神损害抚慰金2000元。

上述案例中用人单位招聘信息中“仅限男性”这一条件尽管看似“合情”，但确不合法。用人单位虽为招聘信息中的“仅限男性”披上温情的外衣，但却

掩盖不了其对应聘人员实施了性别歧视的本质。

性别歧视属于就业歧视，我国法律法规明令禁止就业歧视，如《中华人民共和国劳动法》第十二条规定：“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”再如《中华人民共和国就业促进法》第二十六条规定：“用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。”上述法律规定都明确指出用人单位在员工招聘时需为求职者提供平等的就业环境，不得歧视求职者。

所谓就业歧视就是指用人单位因求职者的非个人特征（如性别、年龄、身高、相貌、躯体功能障碍、家庭背景、信仰、种族等），而排斥某类别求职者或给予某类别求职者优惠的一系列侵害求职者平等就业权的行为。根据用人单位歧视求职者的态度类别，就业歧视可分为如图1-1所示的两类行为。



图 1-1 就业歧视类别一览表

就业歧视均是违反平等权并侵害劳动者权利的违法行为。而在招聘信息拟定与发布管理阶段，就业歧视主要体现在招聘信息中的招聘条件或明确或隐含地显示出对求职者的歧视，如“仅限男性”“优先录用男性”“北京户口优先录用”等。

尽管我国法律明令禁止就业歧视，但是在用人单位实际招聘工作中，就业歧视问题依然存在，而且存在的歧视不仅仅是性别歧视，还包括年龄、身高、信仰、种族等方面的歧视。以下是招聘过程中几种常见的就业歧视及有关法律规定的。

（1）性别歧视

在招聘信息拟定与发布阶段，性别歧视主要体现在招聘信息中包含了拒绝招聘女性/男性求职者、女性/男性求职者录用标准不同等信息。用人单位在招聘信息中添加此类信息是侵犯男女求职者平等就业权的行为，是违反我国法律法规相关规定的行为。

《中华人民共和国劳动法》第十三条规定：“妇女享有与男子平等的就业权



利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”《中华人民共和国就业促进法》第二十七条规定：“国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”

对于不适合妇女的工种或者岗位，《劳动部关于女职工禁忌劳动范围的规定》第三条对其作出了规定，具体规定为：“女职工禁忌从事的劳动范围：

- ① 矿山井下作业；
- ② 森林业伐木、归楞及流放作业；
- ③ 《体力劳动强度分级》标准中第Ⅳ级体力劳动强度的作业；
- ④ 建筑业脚手架的组装和拆除作业以及电力、电信行业的高处架线作业；
- ⑤ 连续负重（指每小时负重次数在六次以上）每次负重超过二十公斤，间断负重每次负重超过二十五公斤的作业。”

（2）残疾人歧视

残疾人歧视是指除确实不适合残疾人任职的岗位外，用人单位在招聘过程中因求职者为残疾人而拒绝招聘或提高残疾人录用标准的行为。针对残疾人就业歧视这一问题，《中华人民共和国就业促进法》和《中华人民共和国残疾人保障法》分别作出了规定。其中《中华人民共和国就业促进法》第二十九条规定：“用人单位招用人员，不得歧视残疾人”。《中华人民共和国残疾人保障法》第三十八条规定：“在职工的招用、转正、晋级、职称评定、劳动报酬、生活福利、休息休假、社会保险等方面，不得歧视残疾人”。

上述条款表明，用人单位在招聘时，不得歧视身患残疾的求职者。因此，用人单位发布的相关岗位招聘信息中，不得含有歧视残疾人的信息。

（3）疾病原携带者歧视

疾病原携带者歧视指用人单位因求职者是病毒原携带者而直接拒绝录用求职者或提高求职者录用标准的行为。针对疾病原携带者的就业歧视问题，相关法律法规有以下规定。

《中华人民共和国传染病防治法》第十六条规定：“任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人，在治愈前或者在排除传染病嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作。”

《中华人民共和国就业促进法》第三十条规定：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”

上述条款表明，除法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作岗位（如表1-1所示）外，用人单位不得以求职者是疾病病原携带者为由，拒绝录用。

表 1-1 易使传染病扩散工作岗位类别说明表

岗位类别	法律名称	条款规定说明
接触直接入口食品岗位	《中华人民共和国食品安全法》第四十五条	规定患有国务院卫生行政部门规定的有碍食品安全疾病的人员，不得从事接触直接入口食品的工作
公共场所直接为顾客服务岗位	《公共场所卫生管理条例》第七条	对在本法第二条所列公共场所直接为顾客服务的岗位从业人员的健康情况进行了规定，明确要求患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎、活动期肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病以及其他有碍公共卫生的疾病的人员，在治愈前不得从事此类岗位的相关工作
	《公共场所卫生管理条例实施细则》第十条	规定患有痢疾、伤寒、甲型病毒性肝炎、戊型病毒性肝炎等消化道传染病的人员以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等疾病的人员，在治愈前不得从事直接为顾客服务的工作
整容、保育等岗位	《中华人民共和国传染病防治法实施办法》第十九条	规定从事饮水、饮食、整容、保育等易使传染病扩散工作的从业人员，必须按照国家有关规定取得健康合格证后方可上岗，由此可以看出经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前不得从事整容、保育等相关工作
直接从事化妆品生产的岗位	《化妆品卫生监督条例》第七条	规定凡患有手癣、指甲癣、手部湿疹、发生于手部的银屑病或者鳞屑、渗出性皮肤病以及患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎、活动性肺结核等传染病的人员，不得直接从事化妆品生产活动

1.1.2 虚假招聘信息有隐患

在招聘信息拟定与发布阶段，用人单位可能会出于吸引求职者的目的，而制订并发布虚假的招聘信息。在招聘实践中，虚假招聘信息较为常见的表现形



式主要有但不限于表1-2所示的三类。

表1-2 虚假招聘信息三大表现形式

虚假招聘信息表现形式	说明
未明确告知招聘岗位基本信息	用人单位未在招聘信息中明确地将招聘岗位的有关工作内容、工作条件、工作地点、安全作业情况、职业危害等相关内容呈现出来
未告知招聘岗位基本信息	为了隐瞒招聘岗位的某些不利条件,用人单位直接不提供招聘岗位必要的相关信息
提供假的招聘岗位相关信息	用人单位为了隐瞒招聘岗位的不利条件或是为了更最大限度地吸引求职者,而在招聘信息中故意提供与招聘岗位实际情况不符的假信息



案例回放

某公司拟招聘10名销售专员。公司销售专员的薪资结构是底薪加提成,其中,底薪为4500元,提成根据销售业绩提取,上不封顶。为了更好地吸引求职者应聘,招聘主管刘某在拟定招聘信息时,根据公司内部业绩较好的销售专员的平均工资情况,将职位月薪一项定为10000元/月,即在该公司发布招聘信息中,职位薪资一览中显示的信息为“职位月薪:10000元/月”。

在签订劳动合同前,应聘人员赵某询问薪资情况,刘某将销售专员岗位具体的薪酬情况告知赵某,赵某听后说:“怎么能够这样,你们公司招聘信息上清清楚楚写的是10000元/月,现在怎么成了4500+提成了呢,你们这不是骗人吗!”

刘某说:“只要你们业绩好,底薪+提成是可以达到10000元/月的,这和招聘信息中月薪10000元/月是一样的。”

赵某说:“贵公司在招聘信息中明明白白写的是月薪10000元/月,而且并未写出月薪10000元的获得条件,那么也就是说无论什么情况,此岗位任职者的工资就是10000元/月。但是像您刚才所说,我们每月要拿到10000元是有条件的,这明显和招聘信息中的内容不符,所以说贵公司招聘信息中的职位月薪这一条是虚假信息!”

刘某:“……”



上述案例中，用人单位为了吸引求职者应聘，故意未在招聘信息中对岗位薪酬的具体情况进一步明确说明，存在误导求职者、以高薪引诱求职者的嫌疑，因此该用人单位的行为属于发布虚假招聘信息的行为。

随着互联网的发展，网络招聘也越来越普及，鉴于各大招聘信息发布网站对招聘信息的审核一般不严，这就为用人单位发布虚假招聘信息提供了便利。尽管如此，用人单位必须明白发布虚假招聘信息属于违法行为，存在罚款、被责令赔偿等风险。

《就业服务与就业管理规定》第十二条规定：用人单位招用人员时，应当依法如实告知劳动者有关工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况。同时该规定的第十四条、第六十七条明确了用人单位招用人员不得存在提供虚假招聘信息、发布虚假招聘广告的行为，否则将由人力资源与社会保障行政部门责令改正，并可处以一千元以下的罚款；对当事人造成损害的，将承担赔偿责任。

1.2

招聘行为管理

1.2.1 要上岗先交费合法吗

在招聘过程中，一些用人单位会出现向应聘人员非法收取费用的行为，即“先交费，再上岗”。具体在招聘过程中，用人单位向应聘人员非法收取费用的行为表现主要有三种，如表1-3所示。

表 1-3 非法收取费用的主要行为表现

行为表现	行为表现说明
收取押金	◎ 直接或变相地要求应聘人员付押金，如直接让应聘人员交抵押金或让应聘人员交胸卡费，并承诺在工作一定时间内再报销相关费用
收取招聘服务费用	◎ 直接要求应聘人员支付招聘服务相关的费用，如招聘信息费、招聘资料费等
要求投资入股	◎ 强迫应聘人员或拟录用的人员投资入股



无论是哪种行为,用人单位在招聘过程中收取费用的行为都属于违法行为,其违法性的判定依据是《中华人民共和国劳动合同法》第九条规定,该条款规定用人单位招用劳动者,不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。



案例回放 ▶▶

某保险公司招聘行政专员时,招聘专员告知应聘人员小许每人需缴纳300元的招聘信息费及招聘资料费。小许看好多人已经交了此项费用,遂也交了300元。后小许被告知没有被录取,于是想要回自己交的300元,并称:“你们的资料几乎与面试题没有关系,我也没有损坏,你们把资料费的钱退给我吧。”该公司不同意,遂小许向有关部门举报该公司私自收取招聘费用。

经有关部门调查,小许举报事实存在,故对该公司进行了处罚,并责令退还小许300元。

上述案例中,保险公司的行为违反了《中华人民共和国劳动合同法》第九条的规定,属于违法行为。而对于此类违反行为,《中华人民共和国劳动合同法》第八十四条做出相应的处罚规定:“用人单位违反本法规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”

1.2.2 暂扣等级考试证合法吗

某化妆品公司通过校园招聘招了一批管培生,但此时招聘的管培生还未取得毕业证,化妆品公司为确保被录用人员的稳定性,统一暂扣此次招聘的管培生的等级考试证件,并约定在其取得毕业证并与公司签订正式劳动合同后,退还应聘者的等级考试证件。

本案例中,化妆品公司以确保未取得毕业证书的被录用人员的稳定性为由扣押被录用人员的等级考试证件的做法是违法的,这是因为我国相关法律法规已明确规定用人单位在员工招聘过程中,不得扣押被录用人员的证件。

用人单位扣押应聘人员的证件的行为主要指用人单位在确定录用相关应聘人员后,扣押被录用人员的身份证、学历证书或相关技能证书原件的行为。用人单位在扣押应聘人员的证件时,往往会以确保员工的稳定性作为理由,此理由看似合理,但确不合法。关于扣押证件属于违法行为,我国多部法律法规予以了明确,具体如表1-4所示。

表 1-4 法律法规对扣押证件违法性的规定

法律法规名称	条款规定内容
《中华人民共和国居民身份证法》	第十五条规定:任何组织或者个人不得扣押居民身份证。但是,公安机关依照《中华人民共和国刑事诉讼法》执行监视居住强制措施的情形除外
《中华人民共和国劳动合同法》	第九条规定:用人单位招用劳动者不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件
《就业服务与就业管理规定》	第十四条规定:用人单位招用人员不得有扣押被录用人员的居民身份证和其他证件的行为

同时,针对此类违法行为,《中华人民共和国劳动合同法》第八十四条规定:“用人单位违反本法规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。”

因此,用人单位在招聘时不得以任何理由扣押应聘人员的身份证、学历证书及相关技能证书原件。

1.2.3 泄露个人信息需担责

随着招聘渠道多样化的发展,用人单位可较为容易地获得大量的应聘人员个人信息。用人单位在招聘管理中,需加强对应聘人员个人信息的保管、保密工作,确保应聘人员个人信息安全无泄露。具体来说,用人单位在未经应聘人员同意的情况下,不得泄露应聘人员如图1-2所示的个人信息。

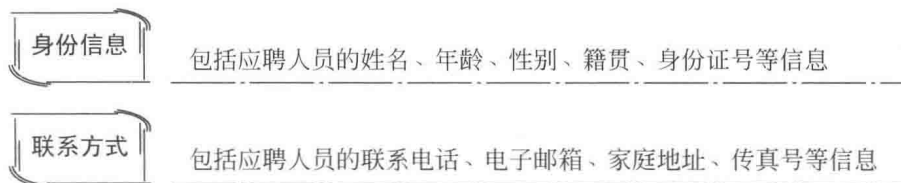
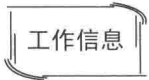
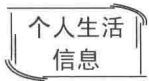


图 1-2

工作信息

包括应聘人员的工作经历及工作情况等信息

个人生活
信息

包括应聘人员的家庭情况信息

图 1-2 应聘人员个人信息示意图



案例回放 ▶▶▶

张某某天突然接到一个电话，电话里说：“我是××市人民医院的，张××是你姐姐吗？”

张某说：“是的。”

电话里说：“张××遭遇了严重的车祸，现正送往医院，但需要3万元手术费，从她通话记录中找到你，你赶紧付下手术费……”

由于张某和姐姐关系很好，张某听到姐姐车祸严重急需手术，就连忙把钱打到电话里所说账号里。等将钱打完，张某突然对此事有所怀疑，赶紧同姐姐打电话，姐姐告知其并未发生车祸。张某方知上当，就连忙报警。恰巧本市公安局对此电话诈骗团伙进行调查，故在接到张某的报案后，立即对诈骗电话号码及款项去向进行跟踪，加之前期调查，一举破获此案。

张某虽追回款项，但有一点不明白：犯罪嫌疑人是如何知道自己电话，并且知道张××是自己的姐姐。后经犯罪嫌疑人招认，原来是从本市的废品收购站中获得的张某简历。

张某百思不得其解，不知道自己的简历如何去了废品回收站。后来经过公安部门调查，原来是××公司的人力资源部处理公司在招聘会获得简历时，没有将简历进行粉碎处理，而是将其当废纸卖给了废品回收站，从而就给犯罪嫌疑人提供了犯罪的可乘之机。

遂张某将此情况反馈到××公司，要求其公开赔礼道歉，并赔偿 responsibility，否则将告到法院。



依法说案 ▶▶▶

在上述案例中，用人单位将应聘人员的简历当废纸卖给废品回收站的行为是泄露应聘人员个人信息的行为。《中华人民共和国居民身份证法》第十三条规定：“有关单位及其工作人员对履行职责或者提供服务过程中获得的居民身份证记载的公民个人信息，应当予以保密。”且该法第十九条对泄露应聘人员个人信息行为的处罚进行了规定，具体规定为：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员泄露在履行职责或者提供服务过程中获得的居民身份证记载的公民个人信息，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关处十日以上十五日以下拘留，并处五千元罚款，有违法所得的，没收违法所得。”

“单位有前款行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留，并处十万元以上五十万元以下罚款；有违法所得的，没收违法所得。”

“有前两款行为，对他人造成损害的，依法承担民事责任。”

同时，《就业服务与就业管理规定》第十三条也规定：“用人单位应当对劳动者的个人资料予以保密。公开劳动者的个人资料信息和使用劳动者的技术、智力成果，须经劳动者本人书面同意。”

而上述案例中，用人单位在未经应聘人员同意的情况下，甚至是在应聘人员不知情的情况下，将载有应聘人员个人信息的简历进行不妥处理，导致应聘人员个人信息泄露，并对应聘人员造成了损失，因此，属于违法行为，应承担民事责任。

1.2.4 以招聘为名非法牟利

以招聘为名谋取不正当利益是指用人单位或招聘人员以招聘员工为名，进行非法活动，以谋求非法利益的行为。根据牟利主体的不同，以招聘为名非法牟利的行为可分为两类，具体如表1-5所示。



表 1-5 非法牟利类别说明表

非法牟利类别	说明
用人单位非法牟利	用人单位通过组织招聘活动非法敛财或进行传销等违法活动，以获取不正当的利益
个人非法牟利	用人单位的招聘相关人员以为应聘人员安排工作为名，进行非法敛财的活动，以获取不正当的利益



案例回放▶▶▶

2013年8月，××市警方破获一起以招聘为名进行传销活动案件。2013年7月的一天，派出所民警在巡逻时遇到从传销窝点逃出的秦某。民警从秦某口中得知以下情况。

应届大学毕业生秦某通过网上投简历找工作应聘到××市一家大型建筑公司做项目营销助理。秦某来到××市后，公司领导以有事在忙为由未安排秦某面试，直至秦某的现金花完，公司领导才安排秦某面试。在面试过程中，公司领导说由于公司战略规划发生改变，现主要转向××工程直销业务，如果干得好，两年内能成为百万富翁，但是需要先培训10天。

秦某由于身无分文，别无选择，只得参加公司的培训。秦某说：在培训期间，白天在不同的地方听不同的人讲怎么赚钱的课程，晚上十几个人挤在一间屋里。期间，相关负责人还以安装手机软件为由，将手机、身份证、银行卡取走。后来秦某怀疑该公司可能是一个传销组织，于是就有意伪装使组织相关负责人对其有所放松，并最终趁看管人员不备从传销窝点逃出。

后秦某协助警方连续捣毁6个传销窝点，成功解救出身陷此组织其他人员，并抓获了相关负责人。该案已移交人民法院处理，相信相关违法人员必将受到法律制裁。



依法说案▶▶▶

在上述案例中，除用人单位组织进行传销活动这一行为违法外，



其以招聘为由，利用应届大学毕业生缺乏社会经验且求职心切的特征，将其骗至组织中进行传销活动，以获取不正当利益的行为亦是违法违规行为。这是因为根据《就业服务与就业管理规定》第十四条第六款规定：“用人单位招用人员不得以招用人员为名牟取不正当利益或进行其他违法活动。”

1.3

背景调查

1.3.1 “误佣”童工罚千元

2015年5月，劳动保障监察机构接到群众举报：某生产工厂雇佣一名童工。劳动保障监察机构根据举报线索找到了疑似童工的方某及工厂相关负责人。该负责人称方某是自己看到招聘启事来应聘的，且录用时方某保证自己已满16周岁，而当时工厂正是急需工人的时候，于是该工厂负责招聘的人员看了一眼方某的身份证后就让其工作了。

劳动保障监察机构随后核对了方某的身份证，虽然方某身份证上显示的出生日期为1999年3月20日，但是监察机构发现方某的身份证缺乏弹性，掰弯后难以回复原状，并且身份证上的文字字体较宽，且比较模糊。于是，劳动保障监察机构让方某背其身份证号，方某背不出，并最终承认：由于年纪小不能打工，就找人办了个假身份证。劳动保障监察机构遂与方某户籍所在地派出所联系。根据方某户籍所在地派出所开具的户籍证明，方某的出生日期为2001年3月20日，即方某未满16周岁，确属于童工。因此，劳动保障监察机构根据《禁止使用童工规定》的相关条款，对该工厂处以5000元的处罚，并责令该工厂在三日内将童工送交其父母。

在上述案例中，用人单位之所以发生“误佣”童工，并受到相关部门的处罚，是因为其未对应聘人员的身份证进行认真核查并准确判定身份证的真伪。为了有效避免因应聘人员身份问题而导致的“误佣”情况的发生，用人单位在应聘人员正式上岗前，需对有关应聘人员的身份证进行核查，确保其证件合法，



证件信息与本人相符。

身份证具体核查内容如表1-6所示。

表 1-6 身份证核查内容说明表

核查内容	核查内容说明
有无身份证件	有无二代身份证，防止招用无合法身份证件人员的情形发生
证件真伪	◎ 身份证平视时物理防伪膜是否无色透明，四周的压封是否平实、清透 ◎ 在性别项目的位置，是否有定向光变色的“长城”图案 ◎ 在相片下是否可观察到“中国CHINA”字样，字样周围是否有椭圆形图案 ◎ 反面“居、民、证”三字是否与电脑库中的字完全相同，真证“居、民”两字中的横笔右边不出头，身”字中间两横笔不与右侧竖笔相连 ◎ 反面国徽天安门下方的齿轮中心是否为圈状
证件信息相符性	◎ 图像是否清晰，且与本人实际相貌是否相近 ◎ 姓名是否与应聘人员户口本及其他证件上的姓名相符 ◎ 信息是否与从全国公民身份证号码查询服务中心（www.nciic.com.cn）查到的信息相符

用人单位在正式录用应聘人员前，对其身份证进行仔细核查，既可确保员工信息的完整性，规避不法分子的潜入，又可避免违法违规行为的产生，降低雇佣童工等风险事件的发生概率。具体来说，以下法律法规对用人单位查核应聘人员的身份证有指导意义。

《就业服务与就业管理规定》第十四条规定：用人单位不得有招用无合法身份证件的人员的行为。《中华人民共和国劳动合同法》第八条规定：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，劳动者应当如实说明。《中华人民共和国劳动法》第十五条规定：“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”

《禁止使用童工规定》第二条规定：“国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位或者个体工商户（以下统称用人单位）均不得招用不满16周岁的未成年人（招用不满16周岁的未成年人，以下统称使用童工）。”同时，该法第四条规定：“用人单位招用人员时，必须核查被招用人员的身份证；对不满



16周岁的未成年人，一律不得录用。用人单位录用人员的录用登记、核查材料应当妥善保管。”

上述法律法规条款都可说明用人单位查核应聘人员的身份证的必要性和合法性，因此用人单位必须重视应聘人员身份证的核查工作，避免因应聘人员身份证不合法、存在虚假身份信息等带来的风险。

1.3.2 “误佣”限制期员工赔万元

S公司拟招聘一名销售主管，现有一名各方面条件均比较符合的应聘人员邓某。招聘主管刘某在查看邓某的简历时，发现邓某上一份工作的工作单位是T公司，工作岗位是销售主管，离职时间是一年半前。考虑到T公司是本公司最大的竞争对手，而且其可能会同其核心销售人员签订竞业限制条款，刘某便问邓某：“T公司是否与您签了竞业限制协议？”

邓某说：“是的，不过当时约定的竞业限制期限应该是一年五个月，况且这个月T公司也没有给我打补偿金，所以说现在应该已经过了竞业限制期限。”

刘某说：“哦，这样啊。那离职证明、竞业限制协议您现在带了吗？”

邓某说：“是这样的，当时因为……所以这些都没有保存下来。贵公司如果需要，我可以写一份免责声明书。”

刘某考虑到邓某在面试中的表现确实优秀，而且也掌握着大量在T公司积累的客户资源，现在也“过了”竞业限制期限，加之其写了一份免责声明书，遂与公司其他领导协商，破格录用了邓某。

邓某入职后，凭借其出色的工作能力，并有效利用其积累的丰富的客户资源，使S公司当月的产品销售量得到了快速增长。

没想到两个月后，T公司以邓某违反竞业限制协议，同S公司一同侵犯该公司利益为由提起诉讼，要求邓某依照竞业限制协议的要求进行赔偿，且S公司需承担连带赔偿责任。原来邓某入职一个半月后，T公司就给其补打了两个月的补偿金，并说明未及时发放是因为系统故障，且T公司与其签订的竞业限制协议为两年。

后法院判定T公司和邓某签订的竞业限制协议合法，而邓某确实违反了竞业限制协议，在限制协议期内到竞争对手公司担任同样岗位，并给T公司造成了损失，故可按竞业协议内容进行赔偿。

而S公司明知邓某与T公司签订竞业限制协议，且在邓某是否度过竞业限



制期限不明确的情况下,没有对邓某进行相关背景调查,而同其签订劳动合同。在后续工作中,邓某确实利用其在T公司积累的客户源对T公司造成经济损失,故需承担连带赔偿责任,赔偿T公司损失20万元。虽然S公司与邓某签订了免责承诺书,但此承诺书不能作为S公司连带责任的免责依据。

在上述案例中,对用人单位S公司而言,其之所以承担连带赔偿责任,赔偿T公司20万元,主要是其在招聘过程中,未对应聘人员邓某竞业限制的相关内容进行深入、准确的调查,从而未能准确确定与原公司签有竞业限制协议的邓某是否已经度过竞业期限,“误聘”了依然处在限制期的邓某,并对邓某原单位造成了经济损失。

所谓竞业限制,是用人单位对负有保守用人单位商业秘密的员工,在劳动合同、竞业限制协议中约定的竞业限制条款。我国关于竞业限制的法律法规主要有以下一些内容,用人单位应依法执行。

(1) 竞业限制的适用范围

《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定:“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。”

上述法律条款确定了竞业限制的适用岗位,一般为高级管理人员或高级技术人员等。

(2) 违反竞业限制的行为及法律责任

《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条规定,经营者不得违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

同时,该法第二十条规定:“经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的,可以向人民法院提起诉讼。”

此处需特别指出的是,对于用人单位招用处于竞业限制期员工的行为,如存在故意招聘的情形(如明知应聘人员处于竞业限制期却依然录用应聘人员或恶意招聘处于竞业限制期的员工),用人单位除承担连带赔偿责任外,还可能会

受到监督检查部门的处罚，具体法律依据可参照《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十五条规定：“违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。”

（3）竞业限制期限

《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定：“在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。”

根据上述法律条款规定，对于签订竞业限制协议的应聘人员，用人单位应把握其是否以从原单位离职两年这个限度，一般来说离职两年后的招聘风险较低。

为了有效规避因雇佣处于竞业限制期人员所带来的风险，用人单位在进行应聘人员背景调查时，需对应聘人员竞业限制的相关信息进行深入、准确的调查，确定录用的应聘人员无竞业限制的约束。在进行竞业限制调查时，用人单位可根据自身的实际情况与需要，选择合适的调查方式展开调查工作。用人单位主要使用的竞业限制调查方式如图1-3所示。

方式	方式说明	适用范围
用人单位自行调查	◎用人单位需先询问应聘人员有关竞业限制的内容，并要求应聘人员提供相关证明资料 ◎用人单位需就相关内容同应聘人员前公司进行沟通，以判定信息准确性	与应聘人员原单位较容易进行直接沟通时
聘请外部机构调查	◎用人单位聘请外部专业的调查机构对相关应聘人员的竞业限制及其他相关信息进行调查	难以与应聘人员原单位进行直接沟通时

图1-3 竞业限制调查方式一览表

1.3.3 “误聘”无证医师判赔万元



案例回放

某市人民法院审结了一起医疗损害责任纠纷案。原告谭某在2014



年5月6日因右腿被砸伤，到××市医院骨科接受治疗，并于2014年5月20日再次入院治疗，期间均由骨科大夫臧某负责诊治。但是经过两次治疗，谭某依然感到腿疼难忍，遂到省医院接受治疗。在省医院治疗期间，院方告知谭某因延误治疗，导致腿部神经功能受损严重，即使经过治疗，以后的生活也可能受到影响。谭某在省医院治疗后，到相关鉴定机构进行伤残鉴定。经鉴定，谭某因外伤致神经功能障碍，属于十级伤残。后谭某得知，在××市医院一直为其诊治的大夫臧某是今年4月份刚被医院聘任的，且其没有医师执业证。于是谭某以××市医院雇佣未取得医师执业证的医生上岗为自己诊治，导致病情延误，致使伤残为由，向市人民法院提起诉讼，要求××市医院承担赔偿责任，同时谭某向当地医疗卫生管理部门进行了举报。

收到举报后，当地卫生局立即对谭某举报内容进行调查。在调查过程中，调查人员发现臧某确无医师执业证。此时，××市医院辩称，在面试时臧某已提供了执业医师资格证，并且臧某一再承诺会立即办理医师执业证。但后来调查人员发现臧某提供的执业医师资格证是假证，且查询不到有关臧某医师执业证办理的相关信息。此时，××市医院又称医院不知臧某提供的执业医师资格证为假证，且不知其未办理医师执业证，故臧某是以詐欺的手段“骗取”医院同其签订合同，谭某的赔偿责任需由臧某承担。

卫生局根据调查结果及××市医院的申辩内容，判定在招聘过程中，虽臧某提供虚假证件，但××市医院未尽核查臧某证件真实性的义务，导致了雇佣无证医师上岗诊治这一事实情况的发生，故罚款4000元，并责令其立刻停止臧某的违法执业活动。

同时，人民法院审理后认为，谭某到××市医院治疗，因该院聘任的无医师执业证、假执业医师资格证的臧某对其进行治疗，致其伤残，因此，判定××市医院存在过错，应对谭某的损失承担主要赔偿责任，故判决××市医院赔偿谭某经济损失8万余元，臧某因提供虚假证件，无证行医赔偿谭某经济损失2万余元。



依法说案 ▶▶▶

上述案例中，××市医院受到行政处罚，并承担了主要民事赔偿责任，是因为其存在雇佣无证医师进行治疗，并导致病人病情延误的过错。尽管在本案中，是谭某以詐欺手段与××市医院建立劳动关系，谭某的行为确实违法，但××市医院亦未尽核查应聘人员证件真伪的义务，其录用无证人员从事相关岗位工作的行为亦是违法行为。

根据《中华人民共和国执业医师法》规定，医师必须经考试合格，取得执业医师资格证书，之后必须经注册取得医师执业证书，方可从事相应的医疗诊疗活动。

《中华人民共和国劳动法》第六十九条规定：“国家确定职业分类，对规定的职业制定职业技能标准，实行职业资格证书制度，由经过政府批准的考核鉴定机构负责对劳动者实施职业技能考核鉴定。”

用人单位在招聘实行职业资格证书制度的岗位人员（如医师、律师、教师、特种作业人员等）时，必须要求应聘人员具有相应的职业资格，即取得职业资格证书，方可录用上岗，否则不可安排其上岗。

为确保应聘人员符合持证上岗的法律要求，用人单位在招聘时，需对应聘人员的相关职业资格进行认真核查，具体需对图1-4所示的内容进行核查。

应聘人员是否具有从业资格和执业资格，并获得相关从业证书和执业证书

应聘人员提供的职业资格证书是否是真的，且在有效期内

图1-4 执业资格审查内容一览表

具体来说，我国以下一些法律法规对需持证上岗的岗位进行了规定。

（1）医师持证上岗的法律规定

《中华人民共和国执业医师法》第十四条规定：“医师经注册后，可以在医疗、预防、保健机构中按照注册的执业地点、执业类别、执业范围执业，从事相应的医疗、预防、保健业务。

“未经医师注册取得执业证书，不得从事医师执业活动。”

《医疗机构管理条例》第二十八条规定：“医疗机构不得使用非卫生技术



人员从事医疗卫生技术工作。”同时该条例第四十八条规定：“违反本条例第二十八条规定，使用非卫生技术人员从事医疗卫生技术工作的，由县级以上人民政府卫生行政部门责令其限期改正，并可以处以5000元以下的罚款；情节严重的，吊销其《医疗机构执业许可证》。”

（2）教师持证上岗的法律规定

《中华人民共和国教师法》第十条规定国家实行教师资格制度。

《教师资格条例》第二条规定：“中国公民在各级各类学校和其他教育机构中专门从事教育教学工作，应当依法取得教师资格。”

（3）律师持证上岗的法律规定

《中华人民共和国律师法》第二条规定：“本法所称律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。”同时该法第十三条规定：“没有取得律师执业证书的人员，不得以律师名义从事法律服务业务；除法律另有规定外，不得从事诉讼代理或者辩护业务。”

（4）证券从业人员持证上岗的法律规定

《证券业从业人员资格管理办法》第十五条规定：“机构不得聘用未取得执业证书的人员对外开展证券业务。”同时该办法第二十三条规定：“机构聘用未取得执业证书的人员对外开展证券业务的，由协会责令改正；拒不改正的，给予纪律处分；情节严重的，由中国证监会单处或者并处警告、3万元以下罚款。”

《中华人民共和国证券法》第一百九十八条规定：“违反本法规定，聘任不具有任职资格、证券从业资格的人员的，由证券监督管理机构责令改正，给予警告，可以并处十万元以上三十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员给予警告，可以并处三万元以上十万元以下的罚款。”

（5）道路运输从业人员持证上岗的法律规定

《道路运输从业人员管理规定》第六条规定：国家对道路运输从业人员实行从业资格考试制度。从业资格是对道路运输从业人员所从事的特定岗位职业素质的基本评价。经营性道路客货运输驾驶员和道路危险货物运输从业人员必须取得相应从业资格，方可从事相应的道路运输活动。

（6）特种作业人员持证上岗的法律规定

《中华人民共和国劳动法》第五十五条规定：“从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。”



《中华人民共和国安全生产法》第二十七条规定：“生产经营单位的特种作业人员必须按照国家有关规定经专门的安全作业培训，取得相应资格，方可上岗作业。”

《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》第五条规定：“特种作业人员必须经专门的安全技术培训并考核合格，取得《中华人民共和国特种作业操作证》（以下简称特种作业操作证）后，方可上岗作业。”同时该法规第三十九条规定：“生产经营单位使用未取得特种作业操作证的特种作业人员上岗作业的，责令限期改正；可以处5万元以下的罚款；逾期未改正的，责令停产停业整顿，并处5万元以上10万元以下的罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处1万元以上2万元以下的罚款。

“煤矿企业使用未取得特种作业操作证的特种作业人员上岗作业的，依照《国务院关于预防煤矿生产安全事故的特别规定》的规定处罚。”

在确认具体某个岗位是否需要审核职业资格证书时，用人单位也应参照《国务院关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》（国发〔2014〕50号）、《国务院关于取消和调整一批行政审批项目等事项的决定》（国发〔2015〕11号）等中的相关内容。

1.3.4 无犯罪记录证明必须开具吗

赵某最近找到了一份比较合适的工作，但是又为一个证明发了愁，这是为什么呢？原来赵某到一个建筑工地应聘保安，其他方面都符合招聘要求，但用人单位以“建筑工地有很多材料、工具，需要招身家清白的人做保安”为由，要求赵某出具无犯罪记录证明，并明确说“无证明不录用”。但赵某到当地派出所申请开无犯罪记录证明时，派出所民警告知其不属于可开无犯罪记录证明的范围，所以不能为其开无犯罪记录证明。赵某可发了愁，并且很疑惑：到底能不能开无犯罪记录证明？没有无犯罪记录证明就不能从事保安工作了吗？

上述案例的情形在招聘时常常会遇到，用人单位一般根据国家相关规定或是出于安全的考虑，会要求应聘人员出具无犯罪记录证明，但是应聘人员向相关机构提出申请时，却往往因不属于无犯罪记录证明开立范围而被拒绝。此时，不管是应聘人员还是用人单位都将处于两难的境地。面对此问题，用人单位必须了解无犯罪记录证明开具的一些法律规定，从而判断无犯罪记录证明是否是该应聘人员必须提供的资料。



在我国，相关法律法规明确规定了一些特殊行业或特殊岗位是要求应聘人员必须提供无犯罪记录资料的，具体说明如下所示。

《湖北省公安派出所出具违法犯罪记录证明工作规范》第八条规定：“符合下列情形之一，公安派出所可以出具违法犯罪记录证明：

- （一）国家机关录用工作人员政审；
- （二）中国共产党组织吸收新党员政审；
- （三）公证机构依法办理公民有无违法犯罪记录公证事项；
- （四）公民从事法律、法规、规章规定必须以无相关违法犯罪记录为前提的职业；

（五）省辖市以上公安机关认为确需出具违法犯罪记录证明的其他情形。”

《中华人民共和国公务员法》第二十四条规定：“下列人员不得录用为公务员：

- （一）曾因犯罪受过刑事处罚的；
- （二）曾被开除公职的；
- （三）有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。”

《中华人民共和国律师法》第七条规定：

“申请人有下列情形之一的，不予颁发律师执业证书：

- （一）无民事行为能力或者限制民事行为能力的；
- （二）受过刑事处罚的，但过失犯罪的除外；
- （三）被开除公职或者被吊销律师执业证书的。”

《中华人民共和国证券法》第一百零八条规定：“有《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券交易所的负责人：

（一）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、高级管理人员，自被解除职务之日起未逾五年；

（二）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾五年。”

第一百零九条规定：“因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券



登记结算机构、证券服务机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员，不得招聘为证券交易所的从业人员。”

第一百三十一条规定：“证券公司的董事、监事、高级管理人员，应当正直诚实，品行良好，熟悉证券法律、行政法规，具有履行职责所需的经营管理能力，并在任职前取得国务院证券监督管理机构核准的任职资格。

有《中华人民共和国公司法》第一百四十七条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券公司的董事、监事、高级管理人员：

（一）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、高级管理人员，自被解除职务之日起未逾五年；

（二）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者投资咨询机构、财务顾问机构、资信评级机构、资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾五年。”

第一百三十二条规定：“因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券服务机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员，不得招聘为证券公司的从业人员。”

第一百九十八条规定：“违反本法规定，聘任不具有任职资格、证券从业资格的人员的，由证券监督管理机构责令改正，给予警告，可以并处十万元以上三十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员给予警告，可以并处三万元以上十万元以下的罚款。”

《中华人民共和国公司法》第一百四十六条规定因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

根据上述法律法规，在我国主要有如图1-5所示的特殊行业或特殊岗位是要求应聘人员必须提供无犯罪记录资料。

但是，除了图1-5所示的岗位及法律法规另有规定的，用人单位可不必要求应聘人员提供无犯罪记录证明，更不能以应聘人员没有提供无犯罪记录证明拒绝录用，以避免侵犯应聘人员的平等就业权。

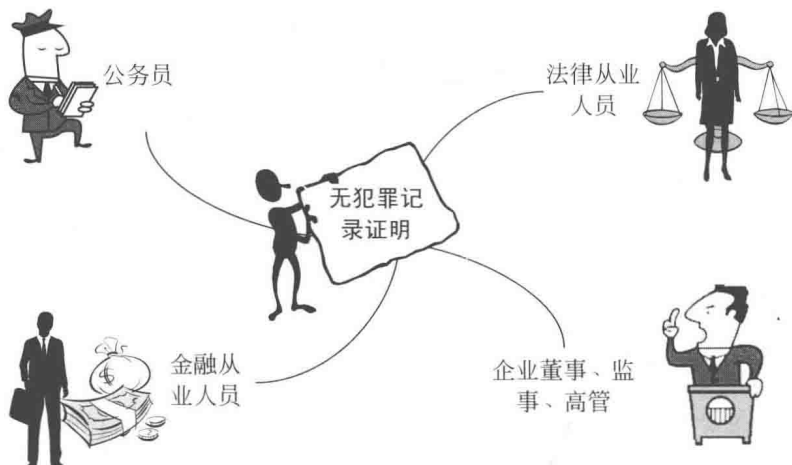


图 1-5 必须提供无犯罪记录证明的岗位示意图

所以，在本节最初的案例中，对于保安这一岗位，派出所因不属于可开无犯罪记录证明的范围，所以不开无犯罪记录证明的做法是符合相关法律法规规定的；而用人单位“无证明不录用”的行为则是缺乏法律支持的，为防范侵犯应聘人员平等就业权的风险，此时用人单位应放弃对无犯罪记录证明的索取要求，并可从其他角度调查应聘人员的各种背景，如调查其履历的完整性。

14

录用管理

1.4.1 录用Offer可随意发撤吗

录用Offer，即录用通知书，是用人单位向应聘人员发送的其已被录用，并希望签订劳动合同的要约。录用Offer对要约人（即用人单位）和被要约人双方，特别是要约人具有法律约束力，因此，用人单位不得随意发撤录用Offer。

关于录用Offer的法律效力，《中华人民共和国合同法》相关条款做出了以下规定。

第十四条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：

- （一）内容具体确定；



(二) 表明经受要约人承诺, 要约人即受该意思表示约束。”

第十六条规定: “要约到达受要约人时生效。

采用数据电文形式订立合同, 收件人指定特定系统接收数据电文的, 该数据电文进入该特定系统的时间, 视为到达时间; 未指定特定系统的, 该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间, 视为到达时间。”

第十七条规定: “要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。”

第十八条规定: “要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”

第十九条规定: “有下列情形之一的, 要约不得撤销:

(一) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;

(二) 受要约人有理由认为要约是不可撤销的, 并已经为履行合同作了准备工作。”

如用人单位随意发放或撤回录用 Offer, 就可能会导致缔约过失风险的发生, 从而致使本单位需承担相应的缔约过失责任。



案例回放

康某现正在 W 公司工作, 但准备换工作, 就参加了 Z 公司的招聘考试, 并在一个月后收到了 Z 公司的录用 Offer。Z 公司的录用 Offer 中明确写明为康某提供的岗位、薪酬、劳动合同签订的相关事宜、应聘人员应予承诺有效期、要约撤销事宜范围等内容, 并要求康某迅速办理相关手续到岗。康某接到 Z 公司的录用 Offer 后, 遂与原单位 W 公司解除了劳动关系, 并在 Z 公司录用 Offer 中约定的报到期限内到 Z 公司报到。

但是, 当康某报到时, Z 公司人力资源部通知其由于项目临时取消, 遂改变对康某的录用规定, 不再与其签订劳动合同。康某要 Z 公司赔偿其损失, 但 Z 公司人力资源部辩称: 未与其签订劳动合同, 虽发放了录用 Offer, 但可随时撤销, 所以公司没有责任。康某无奈只得另行寻找其他工作, 并同时向法院提起诉讼, 要求 Z 公司承担违约责任, 赔偿其在找工作期间的工资及保险等损失。



依法说案 ▶▶

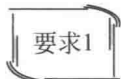
在上述案例中，用人单位Z公司随意撤销录用 Offer 的行为是违法的。因为其向应聘人员发放了录用 Offer，该录用 Offer 内容具体确定，已经构成了合同中的要约，并且康某按照要约内容与原单位解除劳动关系，并在要约规定时间内已对要约进行承诺，此时要约不可撤销。

因此，用人单位Z公司撤销录用 Offer，拒绝与康某建立劳动关系的行爲违反了《中华人民共和国合同法》第十九条相关规定，需要承担“缔约过失责任”，赔偿康某相应的损失。

“缔约过失责任”是指在合同订立过程中，一方因违背诚实信用原则而导致另一方信赖利益的损失时所应承担的损害赔偿责任。“缔约过失责任”的认定依据为《中华人民共和国合同法》第四十二条，该条款规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：

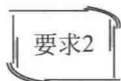
- （一）假借订立合同，恶意进行磋商；
- （二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- （三）有其他违背诚实信用原则的行为。”

以有效规避相关缔约过失风险，用人单位应慎重决定录用 Offer 的发放与撤回，具体要求如图 1-6 所示。



要求1

用人单位需在明确决定录用员工后，方可发放录用 Offer，并需在录用 Offer 中注明不录用情形及承诺期限



要求2

用人单位如若撤回或撤销录用 Offer，需按相关法律法规要求发放录用 Offer 撤回或撤销通知，不得随意撤回或撤销录用 Offer

图 1-6 录用 Offer 发放与撤回要求示意图

1.4.2 录用条件如何使用

录用条件是用人单位根据人员甄选及录用的相关规定，针对新录用的员工而事先确定的条件细则。录用条件主要用于衡量新员工是否达到岗位任职资格要求，从而确定是否录用新员工，同时也可确保试用期劳动合同解除合法合规。

具体录用条件的制定及使用要求如下所示：

（1）录用条件需明确

用人单位在招聘时，需制定明确的录用条件，以此作为判定是否录用应聘人员及试用期员工是否符合要求的依据；同时，用人单位在确定了录用条件后，还需将录用条件明确告知被录用人员。如用人单位未制定明确录用条件或未将录用条件明确告知被录用人员，不得以被录用人员不符合录用条件为由同被录用人员解除劳动合同。根据《中华人民共和国劳动法》第二十五条第一款和《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款，对在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以依法解除劳动合同。



案例回放

2012年5月，某公司聘请吴某担任该公司的销售经理，双方签订了三年期的劳动合同，约定试用期为6个月，每月工资为3万元，并约定吴某所带领团队在5月至12月的销售目标分别为15万元、35万元、65万元、95万元、100万元、115万元、145万元、120万元。

而吴某所带领团队在5月的销售额为10万元，6月份为30万元，7月份为50万元。公司人力资源部在8月3日书面通知吴某：鉴于双方已在劳动合同中约定了月业务目标，而吴某在5月、6月、7月连续三个月未达成业务目标，本公司根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款，决定自8月3日起解除与吴某的劳动合同。

吴某不服，遂在调解不成后向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司继续履行劳动合同，并补发相应的工资。而用人单位在庭审中称双方约定了试用期的业务目标，现吴某连续三个月未完成业务目标，不符合录用条件，遂根据相关法律条款解除劳动合同。

劳动争议仲裁委员会认为双方虽然约定了试用期以及5月至12月份的业务目标，但未约定试用期内完成多少业务目标是符合录用条件的；同时用人单位亦没有明确录用条件并将相关录用条件告知吴某，因此，劳动争议仲裁委员会对用人单位提出的以“不符合录用条件，解除劳动合同”的申辩不予采纳，遂裁决双方恢复劳动关系，且用人单位需补发相关工资。



（2）录用条件需合法合理

用人单位制定的录用条件需符合国家法律法规相关规定，并需遵守公序良俗原则，即用人单位制定的录用条件需合法、合理。如用人单位制定的录用条件存在不合法或是不合理的内容，则此类录用条件是无效的，不能作为判定被录用人员是否符合岗位要求及合法解除劳动关系的依据。



案例回放 ▶▶▶

某公司A录用邱某作为总裁秘书，并在录用条件中明确标明“未婚未育”。但邱某入职后两个月后告知公司其已怀孕一个月，公司遂以邱某不符合录用条件为由同其解除劳动合同。邱某向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司继续履行劳动合同。

A公司在庭审中称录用条件中明确注明“未婚未育”，而邱某不仅在应聘时隐瞒其已婚的事实，并且在试用期内怀孕，是不符合录用条件中“未婚未育”这一条件的，遂根据相关法律条款解除劳动合同。

劳动争议仲裁委员会认为用人单位录用条件中的“未婚未育”侵害了妇女的婚姻权和生育权，并且对已婚已育的妇女形成就业歧视，违反《中华人民共和国劳动法》关于劳动者公平就业规定，故此条件是无效条件，因此，用人单位不能以此条件作为判定邱某不符合岗位要求的依据；而且根据《中华人民共和国劳动合同法》有关用人单位不得在女职工孕期、产期、哺乳期解除劳动合同的规定，A公司亦不能解除同邱某的劳动关系，遂劳动争议仲裁委员会裁决双方恢复劳动关系，继续履行劳动合同。

（3）不符合录用条件由用人单位举证

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条规定：“发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。”因此，用人单位如根据《中华人民共和国劳动法》第二十五条第一款和《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款，运用“在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同”的规定，解除同试用期员工的劳动

合同,需承担举证责任,即提供员工在试用期不符合录用条件的证据,以证明试用期员工不符合录用条件,否则,用人单位需承担相关不利后果。



案例回放 ▶▶

某公司H现拟录用常某担任行政助理这一岗位。在签订合同时,双方约定了录用条件下的具体工作目标。在试用期结束的前一周,人力资源部通知常某:因不满足录用条件,遂解除与其的劳动关系。常某不服,要求人力资源部提供其不符合相关录用条件的证据,但公司人力资源部对常某的要求不予理睬,常某遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求继续履行原合同。

在庭审中,常某说在试用期期间,公司未对其进行任何考核,也未告知其相关考核结果,而且在其向公司申请其不符合录用条件的证据时,用人单位亦没有提供相关证据,遂要求公司撤销解除劳动合同的约定,继续履行原合同。而公司H主张,公司确实对常某在试用期的表现进行了考核,考核结果显示常某难以胜任岗位要求;但是由于公司系统突然出现崩溃,导致考核及结果等相关信息丢失,并未做相关备份,遂难以及时提供相关证据,但是经过考核,常某确实相关不符合录用条件,因此要求解除劳动关系。

劳动争议仲裁委员会认为H公司提出常某不符合录用条件,但却难以提供相关证据证明常某不符合录用条件,且未能及时将相关考核结果明确告知常某,因此,劳动争议仲裁委员会对H公司的主张不予支持,裁决H公司需恢复同常某的劳动关系,继续履行原劳动合同。

(4) 超过试用期后不可使用录用条件

根据《劳动部办公厅对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》:“对试用期内不符合录用条件的劳动者,企业可以解除劳动合同;若超过试用期,则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同”的规定,用人单位若以员工不符合录用条件为由解除劳动关系时,需保证员工处于试用期,即在试用期这一期限内,用人单位方可以员工不符合录用条件为由解除同员工的劳动关系,若超过试用期,用人单位则不可使用此



条件解除同员工的劳动关系。



案例回放

某工厂K与车工孙某签订劳动合同,约定合同期限为3年,试用期为3个月(自2月8日起至5月8日止),且试用期内工厂可对孙某的工作进行考核,如试用期内技术水平低于三级,则认定孙某不符合录用条件。

工厂在5月10日对孙某的工作情况进行考核,判定其加工零件精度不合格,其技术水平低于三级,故工厂在5月12日做出决定:由于孙某不具有三级车工的技术水平,不符合公司的录用条件,遂工厂根据相关法律,解除同孙某的劳动关系。

孙某对此决定不服,向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会认为虽然双方已约定明确的录用条件,但厂方未在试用期间对孙某进行考核并判定其不符合录用条件,而是在试用期结束后方对其进行考核并判定其不符合录用条件,根据《劳动部办公厅对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》中有关“若超过试用期,则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同”的规定,工厂不可在超过试用期后,以试用期内不符合录用条件为由解除同孙某的劳动关系,故劳动争议仲裁委员会裁决工厂撤销解除劳动关系的决定,恢复同孙某的劳动关系,继续履行原劳动合同。

1.4.3 雇佣未离职员工赔万元

某网络技术公司A拟招聘一名技术工程师,现通过面试拟录用张某。招聘主管胡某发现张某简历中工作经历一栏中的信息为“2014年1月至今 N公司”,便问张某现在是否已从N公司离职,张某回答说现在确实已从N公司离职,但是由于N公司不愿出具合同解除证明书,现无法提供合同解除证明书。考虑到张某确实是公司急需的人才,且由于N公司在异地,不便于进行相关背景调查,胡某向公司相关领导请示后,决定让张某写一份承诺书,承诺其与原



单位已解除劳动合同,如不属实,导致原单位追究责任的,由张某自行承担,与本单位无关。在张某写完承诺书后,A公司同张某签订了劳动合同。

在张某入职的两个多月后,公司收到了劳动仲裁的立案通知,方知N公司以“张某未与公司解除合同,却私自离开公司,给公司造成损失”为由,向劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请,要求张某承担赔偿责任及A公司承担连带赔偿责任。

劳动争议仲裁委员会认为A公司未尽核查应聘人员离职证明的义务,从而在未能确认张某与N公司是否解除合同关系的情况下便与张某签订了劳动合同,侵害了N公司的合法权益,并给N公司造成经济损失,根据我国相关法律法规的相关内容,其承担的连带赔偿责任不会因张某的免责承诺而解除,因此,判定A公司赔偿N公司2万元。

在上述案例中,正是因为用人单位在招聘员工时仅听应聘者的一方之言,而未对应聘者与原公司的劳动关系是否解除进行验证核查,致使雇佣了未离职人员,导致用人单位的雇佣行为违法,根据我国相关法律(如下所示),用人单位雇佣未离职人员,如对雇佣人员原单位造成损失的,需承担连带赔偿责任。

《中华人民共和国劳动法》第九十九条规定:“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,该用人单位应当承担连带赔偿责任。”

《中华人民共和国劳动合同法》第九十一条规定:“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,应当承担连带责任。”

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第六条规定:“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%。向原用人单位赔偿下列损失:

- (一)对生产、经营和工作造成的直接经济损失;
- (二)因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。

赔偿本条第(二)项规定的损失,按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。”

为了有效规避因雇佣未离职人员而带来的风险,用人单位在确定录用人员时,需对待录用人员与原单位劳动关系的解除情况进行核查,具体要求如图



1-7所示。

- 1 用人单位需确认待录用人员是否有离职证明，如确因特殊原因难以提供原单位开具的离职证明的，用人单位需同待录用人员的原单位进行联系，确定劳动关系解除情况
- 2 用人单位需认真核对待录用人员提供的离职证明的真假，并对离职证明内容的完整性与准确性进行核查
- 3 用人单位如发现待录用人员与原单位未解除劳动关系或存在相关工作任务尚未履行完毕时，不应立即与待录用人员建立劳动关系，待其能提供离职证明后再酌情予以录取

图 1-7 劳动关系解除情况核查要求示意图

1.4.4 雇佣无证外籍人员罚万元

某市××区公安局出入境管理部门接到举报，举报内容为本区××培训机构聘请多名外籍人员从事英语培训活动，但外籍人员身份较为可疑。警方根据举报线索对该培训机构进行调查，发现自今年5月份起，该培训机构先后雇佣了5名外籍人员从事学前儿童英语教学活动；但此5名外籍人员均不具备执教资质，且均没有外国人就业证和外国人居留证，属于非法就业，而培训机构私自雇佣未获得就业资格的外籍人员亦是违法行为。故警方根据前期掌握的证据并依据我国相关法律，对非法就业的外籍人员和培训机构做出以下处罚：对5名违法外籍人员每人处以5000元罚款，并责令其停止违法行为；对培训机构处以5万元的罚款，并责令其停止违法行为。

上述案例涉及了外籍人员的就业规范问题。外籍人员即不具有中国国籍的人员，针对外籍人员在中国境内企业就业的相关规范与要求，《外国人在中国就业管理规定》《中华人民共和国出境管理法》等法律法规做出了相关规定。

（1）就业许可规定

就业许可规定即允许用人单位录用外籍人员及外籍人员在我国境内用人单位就业的相关规定，具体如下所示：

① 就业许可证书与就业证办理规定；

《外国人在中国就业管理规定》中对外籍人员就业过程中用人单位所需进行相关工作要求及外籍人员所需具备的就业资格要求等内容进行了规定，具体如下所示。



该规定第五条规定：“用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可，经获准并取得《中华人民共和国外国人就业许可证书》（以下简称许可证书）后方可聘用。”

该规定第八条规定：“在中国就业的外国人应持职业签证入境（有互免签证协议的，按协议办理），入境后取得《外国人就业证》（以下简称就业证）和外国人居留证件，方可在中国境内就业。

未取得居留证件的外国人（即持F、L、C、G字签证者）、在中国留学、实习的外国人及持职业签证外国人的随行家属不得在中国就业。特殊情况，应由用人单位按本规定规定的审批程序申领许可证书，被聘用的外国人凭许可证书到公安机关改变身份，办理就业证、居留证后方可就业。

外国驻中国使、领馆和联合国系统、其他国际组织驻中国代表机构人员的配偶在中国就业，应按《中华人民共和国外交部关于外国驻中国使领馆和联合国系统组织驻中国代表机构人员的配偶在中国任职的规定》执行，并按本条第二款规定的审批程序办理有关手续。

许可证书和就业证由劳动部统一制作。”

② 免办就业许可证书和就业证的条件；

《外国人在中国就业管理规定》中对外籍人员就业过程中，用人单位免办就业许可证书、就业证的条件进行了规定，具体如下所示。

该规定第九条规定：“凡符合下列条件之一的外国人可免办就业许可和就业证：

（一）由我国政府直接出资聘请的外籍专业技术和管理人员，或由国家机关和事业单位出资聘请，具有本国或国际权威技术管理部门或行业协会确认的高级技术职称或特殊技能资格证书的外籍专业技术和管理人员，并持有外国专家局签发的《外国专家证》的外国人；

（二）持有《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》从事海上石油作业、不需登陆、有特殊技能的外籍劳务人员；

（三）经文化部批准持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人。”

③ 免办就业许可证书并可直接办理就业证的条件；

《外国人在中国就业管理规定》中对外籍人员就业过程中免办就业许可证书并可直接办理就业证的条件进行了规定，具体如下所示。



该规定第十条规定：“凡符合下列条件之一的外国人可免办许可证书，入境后凭职业签证及有关证明直接办理就业证：

（一）按照我国与外国政府间、国际组织间协议、协定，执行中外合作交流项目受聘来中国工作的外国人；

（二）外国企业常驻中国代表机构中的首席代表、代表。”

④ 未取得工作许可的法律规定；

《中华人民共和国出境管理法》对外国人在中国境内工作未取得工作许可的情形进行了规定，具体如下所示：

该法第四十一条规定：“外国人在中国境内工作，应当按照规定取得工作许可和工作类居留证件。任何单位和个人不得聘用未取得工作许可和工作类居留证件的外国人。”

该法第四十三条规定：“外国人有下列行为之一的，属于非法就业：

（一）未按照规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的；

（二）超出工作许可限定范围在中国境内工作的；

（三）外国留学生违反勤工助学管理规定，超出规定的岗位范围或者时限在中国境内工作的。”

（2）违规录用外籍人员处罚规定

违规录用外籍人员即用人单位未按照我国相关法律法规的规定录用不具有就业资格的外籍人员的行为。针对违规录用外籍人员的行为，《中华人民共和国出境管理法》做出了相关处罚规定，具体如下所示。

该管理法第八十条规定：“外国人非法就业的，处五千元以上二万元以下罚款；情节严重的，处五日以上十五日以下拘留，并处五千元以上二万元以下罚款。

介绍外国人非法就业的，对个人处每非法介绍一人五千元，总额不超过五万元的罚款；对单位处每非法介绍一人五千元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。

非法聘用外国人的，处每非法聘用一人一万元，总额不超过十万元的罚款；有违法所得的，没收违法所得。”

根据上述规定，可知案例中的5名外籍人员不具备在我国境内用人单位工作的就业资格，其进行的就业行为属于非法就业；而用人单位在招聘外籍人员时，既没有对外籍人员的就业资格进行审核，又没有为其录用的外籍人员向相关劳动部门申请就业许可，因此，其录用外籍人员属违法行为，公安机关对该



培训机构及非法就业的外籍人员所做的处罚是合规的。

为了有效规避外籍人员录用过程中的法律风险，用人单位在录用外籍人员时需注意图1-8所示的内容。

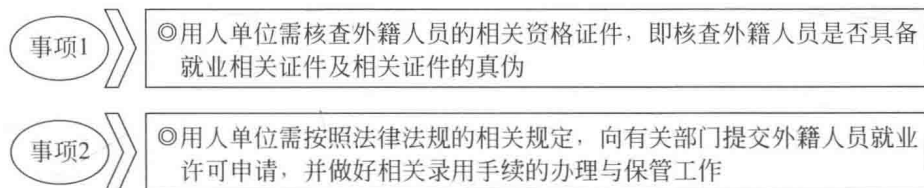


图1-8 录用外籍人员注意事项一览图



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务实战笔记

第 2 章 劳动合同签订中的 法律问题



2.1

劳动合同拟定

2.1.1 试用期如何约定

劳动合同中的试用期，一般是指在劳动合同期限内，用人单位与劳动者双方相互了解、相互考察、相互选择的一个时间段。《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定，劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。由此可见，试用期它不是劳动合同的必备条款，属于约定条款。

尽管试用期条款属于用人单位与劳动者双方约定的条款，但并不意味着双方可以自由约定。比如什么样的情形可以约定试用期，试用期的期限该约定多长时间，是一个月呢，还是三个月呢，甚至半年可以吗，这是许多用人单位与劳动者订立劳动合同时首先遇到的问题。

为解决上述问题，用人单位必须了解试用期约定的适用情形，认识到试用期不仅包含在劳动合同期限内，而且试用期期限也与劳动合同的期限存在对应关系。

（1）试用期约定的适用情形

用人单位与劳动者约定试用期时，应对其适用情形进行充分分析与掌握。《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定：“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。”具体劳动合同可以约定试用期和不可以约定试用期的情形如图2-1所示。

可约定试用期的情形	不可约定试用期的情形
◎用人单位初次录用员工，且签订的劳动合同期限超过三个月	◎劳动合同期限不满三个月 ◎以完成一定工作任务为期限的劳动合同 ◎非全日制用工

图2-1 试用期约定适用情形图

（2）试用期期限的约定要求

《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定：“劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。”具体试用期期限与劳动合同期限的对应关系如表2-1所示。

表2-1 试用期期限与劳动合同期限的对应关系表

劳动合同期限	试用期期限
三个月以上不满一年的	不得超过一个月
一年以上不满三年的	不得超过两个月
三年以上固定期限	不得超过六个月
无固定期限的	不得超过六个月



案例回放

刘某2011年3月入职北京某公司工作，双方签订了一份两年期的劳动合同，合同中明确约定了工作岗位、职责要求等基本录用条件，且约定了试用期为两个月。试用期满前公司对刘某进行了试用期考核，刘某的考核成绩不合格。鉴于刘某工作态度较好，公司想给刘某个机会，继续观察一下，遂提出将刘某的试用期延长一个月的方案，并征询刘某意见。

刘某为保住这份工作，同意了公司延长试用期的方案。于是，公司与刘某双方在劳动合同中注明“试用期延长一个月”的字样，并签名、盖章确认。

一个月后，刘某的考核成绩仍是不合格。于是，公司在刘某试用期满当天向其送达了一份解除双方劳动关系的书面通知。刘某对公司的处理感到非常不满，并以公司违法延长试用期为由向劳动争议委员会申请仲裁。



依法说案 ▶▶▶

本案的争议点是公司延长一个月的试用期是否合法。

试用期约定后能否延长，主要看首次约定的试用期加上延长的试用期是否合法。若首次约定的试用期期限已达到法定最高期限时，该试用期当然不可延长；若首次约定的试用期期限未超过法定最高期限时，一般来说可以在期满前通过协商一致的方式延长。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。试用期属于劳动合同内容之一，劳动合同签订双方经协商一致后可以变更劳动合同内容，即可延长试用期。

综上，此延长试用期本身并不违法，但具体操作时应注意四点：

- ① 首次约定试用期期限未超过法定最高期限；
- ② 合同双方应在首次试用期期满前延长；
- ③ 延长试用期应当由合同双方协商一致；
- ④ 延长后的试用期期限亦未超过法定最高期限。

本案中，公司与员工的劳动合同期限为两年，试用期法定最高期限为两个月，而公司与员工首次约定的试用期为两个月，即没有再延长的空间。公司后续延长了一个月的试用期，明显属于违法延长试用期的行为。

2.1.2 转岗/升职能否再次约定试用期

已经过了用人单位试用期的员工，如果进行转岗、换岗、升职或者续签、重签劳动合同，用人单位是否还可以再次约定试用期呢？如果双方同意再次约定试用期，那用人单位以在试用期间不符合录用条件为由解除劳动合同是否就合法了呢？

上述问题的答案究竟如何，目前有没有相关法律对其进行明文规定，下面就以一个小案例进行说明。



案例回放 ▶▶▶

小王与某销售公司签订了为期两年的劳动合同，约定的任职岗位为销售专员。工作一年来，小王勤奋努力，业绩不错。恰逢此时销售部的经理离职了，公司考虑再三，决定将小王晋升为销售部经理。于是，人力资源部通知小王变更劳动合同。按照公司的规章制度，新上任人员必须有半年的试用期。尽管如此，小王仍然非常高兴，并与公司变更了劳动合同，重新约定了任职岗位、合同期限及试用期，其中合同期限为三年，试用期为六个月。

半年过后，因缺乏管理经验，小王并没有通过公司的试用期转正考核。于是该公司要以小王在试用期间不符合录用条件为由与小王解除劳动合同关系。



依法说案 ▶▶▶

《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定：同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。分析上述案例及法律规定，我们可以得出，即使升职，也不能再次约定试用期。既然再次约定试用期是违法行为，那么就可以推断出以在试用期间不符合录用条件为由解除小王的劳动关系也是违法的，是无效的。根据上述情况，小王可以要求该公司撤销解除劳动合同的决定，也可以要求公司承担违法解除劳动合同的赔偿金。

上述案例中，如果该公司撤了解除劳动合同的决定，小王依然可依法要求用人单位给予赔偿。具体参照法律规定为《中华人民共和国劳动合同法》第八十三条：“用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。”



2.1.3 离职员工再入职可再次约定试用期吗

2012年3月,李某进入某公司工作,双方签订了劳动合同,约定试用期3个月。2013年6月,李某提出辞职,与该公司解除了劳动合同,并办理了离职手续。2013年8月,李某与该公司联系,表示愿意再次回到公司工作。于是双方重新签订了劳动合同,并约定试用期为3个月,工作内容与离职之前相同。在试用期即将到期的时候,公司以李某工作能力和业绩达不到要求,不符合录用条件为由,解除了与李某的劳动合同。随后,李某以“公司两次约定试用期违法”为由,要求公司承担赔偿责任。那么,李某的要求能够得到法律的支持吗?

本案的焦点在于,劳动者离职一段时间后重新回原单位工作,同一用人单位能否再次约定试用期,对于这一点目前有三种不同的理解。

(1) 第一种理解

为了防止用人单位滥用试用期,《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定:同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。根据该规定,如果劳动者还是原来的劳动者,用人单位是原来的用人单位,同一劳动者和同一用人单位不能够约定第二次试用期,即使是劳动者离职后再次入职也同样要遵守此规定。

(2) 第二种理解

对于“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”这一规定,不能机械理解,“只能约定一次试用期”,实际上有一个前提条件,那就是在“同一段劳动关系”中。也就是说,只能约定一次试用期是指同一劳动者与同一用人单位在劳动关系延续期间,不能再次约定试用期。离职后再次应聘的不在此限,可以重新约定试用期。这样的理解,实际上也符合设立试用期制度的初衷。因为试用期就是用人单位通过一定时间的试用,来检验劳动者是否符合本单位特定岗位工作要求的制度。离职后再次入职的劳动者,其身体状况、精神状态、工作能力以及再次入职的岗位要求等都有可能发生变化,因此其能否胜任工作需要重新考察。

(3) 第三种理解

根据劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发〔1996〕354号)第4条规定:“用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次”,劳动者岗位没有发生变化时,同一用人单位不可以再次约定试用期;



劳动者岗位发生变化时，同一用人单位可以再次约定试用期。

尽管在实践中，一些审判机构支持第二种理解，但是为了规避可能存在的风险，用人单位最好还是参照《中华人民共和国劳动合同法》第十九条的规定，即劳动合同解除后，劳动者离开用人单位一段时间后，用人单位又再次招用该劳动者的，不得再约定试用期。因为《中华人民共和国劳动合同法》第十九条其实很明确，并没有规定存在任何例外情况。再说即使对劳动合同法有不同理解的情况下，根据法理，也应当按照有利于劳动者的原则去解释，即按第一种理解才符合这一原则。而且从情理上讲，劳动者原来在同一用人单位工作过，该用人单位应该对其工作能力、工作表现很清楚，如不能胜任，该用人单位可以选择不录用，既然录用，那就不应再次约定试用期了。

2.1.4 为节约成本可约定较低的工资条款吗

根据《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定，劳动报酬是劳动合同的必备条款。具体在约定工资条款时，只要双方同意，用人单位是否可任意约定工资条款呢？

一般来说，工资条款约定较低，可一定程度上降低用人单位的用人成本及违约赔偿责任；但若约定太低，也可能存在违反《中华人民共和国劳动合同法》《最低工资规定》等有关法律法规的风险。具体工资条款约定过低的情形及法律法规如表2-2所示。

表2-2 工资条款约定过低的情形及法律法规

工资条款约定过低的情形	法律法规条款内容
试用期工资低于当地最低工资标准	《中华人民共和国劳动合同法》第二十条规定：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准
试用期工资低于劳动合同约定工资的80%	
试用期工资低于同岗位低档工资	
约定的工资低于当地最低工资标准	《最低工资规定》第十二条规定：在劳动者提供正常劳动的情况下，用人单位应支付给劳动者的工资在剔除下列各项以后，不得低于当地最低工资标准： （一）延长工作时间工资； （二）中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴； （三）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等



如北京市2015年的最低工资标准为1720元/月,如果北京的一家公司在劳动合同上与劳动者约定的试用期工资为1500元/月,那么该合同就存在违法风险。同样的,如果一家公司与劳动者约定的月工资为8000元,试用期两个月,试用期月工资为3000元,那么该公司的做法也属于违法了,因为试用期的工资不能低于劳动合同约定工资的80%,即本案中试用期月工资不能低于6400元。

这里用人单位需特别注意的,如果与劳动者约定的月工资为8000元,试用期两个月,试用期月工资为8000元,这种约定是合法的。劳动者如果以“试用期的工资不能低于劳动合同约定工资的80%”反推出过了试用期后的工资为10000元,这是不合理的,没有法律依据的。此时用人单位应予以详细解释,说明不低于即可以等于,也可以高于,维护自身合法权益。

如果出现低于当地最低工资标准支付劳动者工资的,用人单位应当根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定支付经济补偿及其差额部分;逾期不支付的,需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。具体经济补偿标准,用人单位可参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第四条规定,即标准为相当于低于部分百分之二十五。

在实践中,有的用人单位出于保护自身利益、减少薪酬支付、降低赔偿标准、预防主管部门稽查风险等原因,往往在劳动合同中就工资条款不予明确约定,只约定不低于当地最低工资标准的。其实,这种行为并不能真正预防风险,也不能实现降低用人成本的目的,这是因为《中华人民共和国劳动合同法》对工资条款约定不清的情形处理作出了明确规定。

《中华人民共和国劳动合同法》第十八条规定:“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,引发争议的,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。”

2.1.5 劳动合同期限如何约定

劳动合同期限,即劳动合同的有效期限,指双方当事人所订立的劳动合同的起止时间。劳动合同期限是劳动合同在法律上的时效概念,属于劳动合同的



必备条款,表明了劳动合同从何时生效,到何时结束。

劳动合同期限的类型

在约定劳动合同期限时,用人单位应掌握劳动合同期限的类型。根据《中华人民共和国劳动法》第二十条规定,劳动合同期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。

① 固定期限。

《中华人民共和国劳动合同法》第十三条规定:“固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致,可以订立固定期限劳动合同。”鉴于上述法律法规的规定,用人单位和劳动者可在协商的基础上,订立约定合同终止时间的劳动合同,劳动合同期限届满,劳动关系自动终止。

固定期限劳动合同适用范围广,即能保持劳动关系的相对问题,又具有一定的灵活应变性,是实践中运用较多的一种劳动合同。

我国法律目前并没有对固定期限劳动合同的期限加以限定,具体期限由双方当事人根据工作需要和实际情况而定,如有的约定的合同期限为五年,而有的约定的合同期限为一年,这都不违反法律的规定。但对于连续订立二次固定期限劳动合同的,《中华人民共和国劳动合同法》赋予了劳动者在符合一定条件的基础上可以签订无固定期限劳动合同的权利,此时用人单位与劳动者在约定劳动合同期限时应予以慎重处理。

除此之外,原劳动部(现合并为人力资源和社会保障部)1995年发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中规定:从事矿山井下以及其他有害身体健康的工种、岗位工作的农民工,实行定期轮换制度,合同期限最长不超过八年。该条款对特殊工种、岗位的劳动合同期限进行了最长时间的限制,用人单位在与劳动者约定合同期限时应以最长时间要求为界限,保护特殊劳动者的身体健康,避免或减少职业病的发生。

② 无固定期限。

《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定:无固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

关于无固定期限的劳动合同的应用,以下通过一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶▶

张某有签订无固定期限劳动合同的权利吗

张某是某公司一名生产技术人员，到2012年5月已在该公司连续工作10年了。2012年5月合同到期，该公司人力资源部通知张某要与其续签两年期的劳动合同。张某认为自己在该公司连续工作了10年，应该签订无固定期限劳动合同，公司予以拒绝。张某遂申请了劳动仲裁。



依法说案 ▶▶▶

分析上述案例，并结合《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，不难看出张某的要求是合法的。

《中华人民共和国劳动法》第二十条规定：劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意延续劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。这一规定规范了订立无固定期限劳动合同的三个条件，即一是劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上；二是当事人双方同意延续劳动合同；三是劳动者提出订立无固定期限劳动合同的要求。上述案例中，张某完全符合该三大条件，因此其要求应予以支持。

《中华人民共和国劳动合同法》对无固定期限劳动合同订立的情形进行了进一步的补充和规范，该法第十四条规定：

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

- (一) 劳动者在该用人单位连续工作满十年的；
- (二) 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；
- (三) 连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。



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。

上述条款不仅对无固定期限劳动合同订立的情形进行了扩充,而且也表明了只要劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同的,用人单位都应当与其订立无固定期限劳动合同。

鉴于上述法律法规,张某提出签订无固定期限劳动合同的要求是合法的,公司不应予以拒绝,否则必将造成违法,若被仲裁将会败诉。

在计算连续订立二次固定期限劳动合同的次数时,用人单位应参照《中华人民共和国劳动合同法》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。即固定期限劳动合同的次数应自2008年1月1日《中华人民共和国劳动合同法》实施后签订的固定期限劳动合同的次数起算,以前签订的次数不予计算。

③ 以完成一定的工作为期限。

《中华人民共和国劳动合同法》第十五条规定:“完成一定工作任务为期限的劳动合同,是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致,可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。”

以完成一定的工作为期限的劳动合同,是指不在合同中约定开始和终止日期,而是以某一项工作或任务的实际起始日期和终止日期来确定合同有效期的一种合同形式,约定任务完成后合同自行终止。

常见的以完成一定的工作为期限的劳动合同有工程建设期间签订的劳动合同、临时用工签订的劳动合同等。在实际应用以完成一定的工作为期限的劳动合同时,用人单位应参照《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定,不得约定试用期。

2.1.6 中外文条款不一致以哪个为准呢

随着经济的全球化,人才必然也在全球范围内流动,现如今就有很多外籍人士在中国求职、就业。而出于海外市场的拓展、优秀管理经验的学习等目的,很多用人单位也希望引进外籍人士,与外籍人士建立劳动关系,签订劳动合同。



同样的，一些跨国企业在中国境内开展业务，建立子公司，必然会招聘一些外籍人士及中国籍劳动者。于是，为了便于外籍人士、中国籍劳动者及用人单位各级管理者理解合同内容，用人单位往往与劳动者分别签订中、外文劳动合同各一份。

由于劳动合同存在中文、外文两种版本，如果两种版本之间的条款因本身内容或语言翻译存在不一致，那么以中文为主还是以外文为主，必然成为一大问题。面对这种中外文条款不一致导致的中文、外文劳动合同之间效力的确认问题，下面以一个案例进行说明。



案例回放▶▶

按中文合同OR英文合同发工资

外籍人士A先生被上海一家中外合资企业聘请为营销策划总监。在签订劳动合同时，该中外合资企业与A先生分别签订了一份中文劳动合同和英文劳动合同。在中文劳动合同中，双方约定A先生的工资按人民币支付，每月为人民币30000元；而在英文合同中，双方约定A先生的工资按美元支付，每月为5000美元。

A先生工作一个月后，该中外合资企业以人民币30000元为标准向A先生支付了当月工资。A先生领到工资后，认为应该按英文合同支付工资，即支付5000美元或者按照当时汇率（美元：人民币=1：6.35）折算成人民币31750元，随后A先生向企业就此提出了异议，并要求企业补足差额的1750元。

对于上述因劳动合同中英文条款不一致引发的争议，原劳动部办公厅《关于贯彻〈外商投资企业劳动管理规定〉有关问题的复函》（劳办发〔1995〕163号）对此作出了明确的规定：“企业与职工签订合同，须用中文书写，亦可同时用外文书写，但中外文本必须一致，中文合同文本为正本。合同鉴证机关只鉴证中文文本合同。”

我国一些地区的地方性法规对此也作了更加细化的规定，如《上海市劳动合同条例》第九条规定：“劳动合同应当用中文书写，也可以同时用外文书写，双方当事人另有约定的，从其约定。同时用中、外文书写的劳动合同文本，内



容不一致的，以中文劳动合同文本为准。”

根据上述法律规定，本案中A先生与外资企业之间关于工资因劳动合同条款不一致引发的争议，应以中文劳动合同为准，其要求企业补足差额的1750元的诉求不合法。同时企业应将有关法律向A先生予以说明，维护双方良好关系，重新取得对方的信任。

通过此案，用人单位应明确凡是劳动者劳动合同有中文和外文版本时，当两者发生冲突，要以中文版为正本。因此用人单位在拟定中文劳动合同时一定要慎之又慎；同时，用人单位在拟定中外文劳动合同时，应注意两份合同内容是否相符，尽量做到一致，以免造成损失。

2.1.7 劳动合同中的生死条款有效吗

一天早上，某建筑公司人力资源部员工小张正在如往常一般地工作，忽然，办公室门开了，一个二十多岁的小伙子气势汹汹地进来，说找公司经理。原来，这个小伙子的父亲李某是公司的员工，前天在公司干活时不小心从高空坠落，正在医院抢救。李某家庭本就困难，一时拿不出住院需要的钱，而李某也是在公司工作时受伤的，于是李某的家属要求公司支付部分费用。而公司以双方在劳动合同中已经约定“出现任何死亡、伤残、疾病等由员工自身负责，公司概不负责”为由，拒绝支付。这种情况下，公司拒绝支付的理由合法吗？李某能要求公司支付医疗费用吗？

首先，建筑公司必须认识到，为劳动者提供劳动保护、缴纳工伤保险是自身的义务。《工伤保险条例》第三十条规定：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。”同时该条例第六十二条规定：“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。”根据上述法律规定，如果该建筑公司为李某缴纳了工伤保险，那么该建筑公司应该积极为其申报工伤保险报销。如果该建筑公司没有给李某缴纳工伤保险，那么该建筑公司就应该按照相关标准支付费用。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的，劳动合同是无效的。因此，该建筑公司必须认识到该公司与李某约定的生死条款违反了上述法律规定，约定的“出现任何死亡、伤残、疾病等由员工自身负责，公司概不负责”条款是无效的。



所谓无效劳动合同，是指当事人违反法律规定订立的劳动合同，该劳动合同不具有法律效力。

（1）无效劳动合同的效力

根据无效程度，无效劳动合同分为部分无效和全部无效，具体这两种无效劳动合同的效力如图2-2所示。

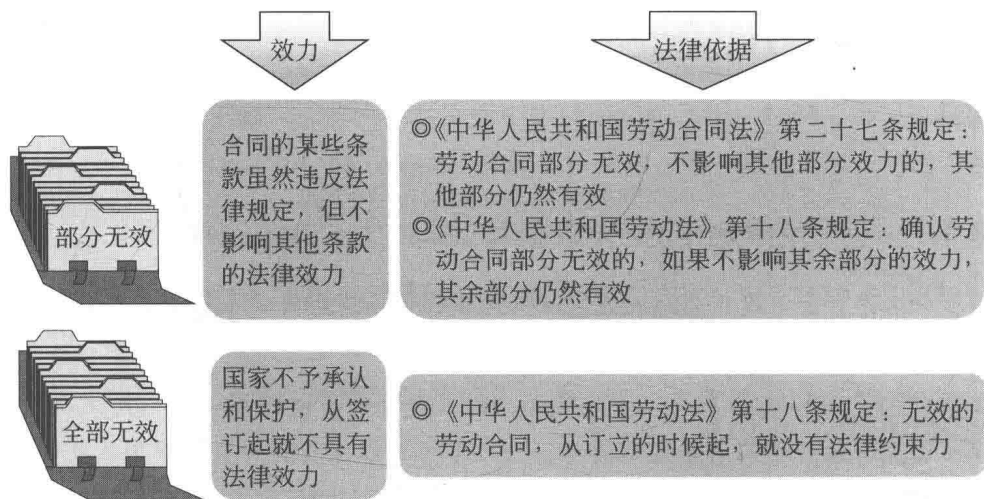


图2-2 部分无效和全部无效的效力对比图

（2）无效劳动合同的适用情形

对于无效劳动合同的适用情形，《中华人民共和国劳动法》第十八条规定：下列劳动合同无效：

- ① 违反法律、行政法规的劳动合同；
- ② 采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

而《中华人民共和国劳动合同法》扩大了劳动合同无效的情形，将《中华人民共和国劳动法》规定的两种情形扩大到三种，主要增加了用人单位免除责任、排除劳动者权益的情形。具体《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定：

下列劳动合同无效或者部分无效：

- ① 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- ② 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；
- ③ 违反法律、行政法规强制性规定的。

在实际工作中，导致劳动合同无效的常见原因主要有四个，具体如图2-3所示。

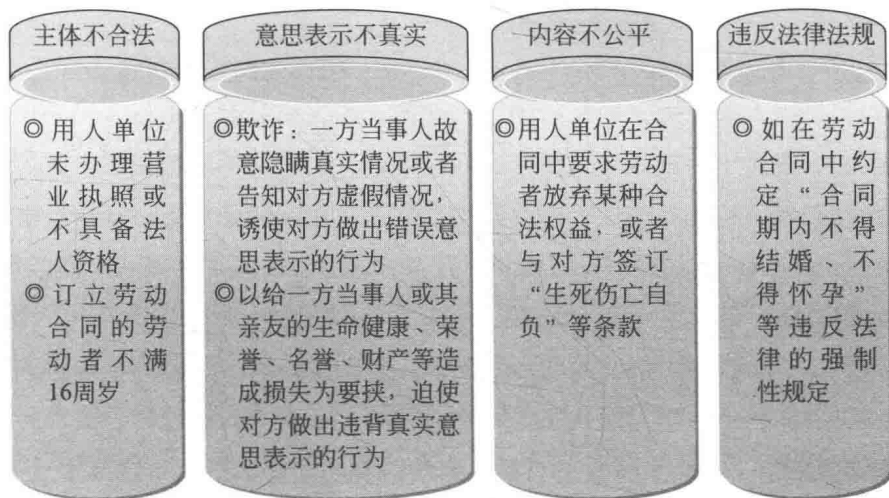


图2-3 劳动合同无效的常见原因

（3）无效劳动合同的确认机构

《中华人民共和国劳动法》第十八条规定：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。《中华人民共和国劳动合同法》规定：对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

由上述法律规定可知，劳动合同是否无效，是全部无效还是部分无效并不由用人单位说了算，而是由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认，即由劳动争议仲裁委员会和人民法院确认。按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定，劳动合同的无效，应首先由劳动争议仲裁委员会确认，在当事人不服确认结果而依法提起诉讼的情况下，才由人民法院确认。

（4）无效劳动合同的法律后果

无效劳动合同的法律后果主要包括支付劳动者工资及进行赔偿，具体如下所示：

① 支付劳动者工资。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十八条规定：“劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”由此可见，在劳动合同



被确认无效的情况下，劳动者付出劳动后，用人单位应参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬予以支付劳动报酬，即不能以劳动合同无效而拒付劳动报酬，也不再按照原来的约定支付报酬。

② 进行赔偿。

如果是用人单位原因造成劳动合同无效，用人单位有《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定的情形，即以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危造成劳动合同无效，劳动者按规定解除劳动合同的，应向劳动者支付经济补偿；给劳动者造成损失的，可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条规定，承担赔偿责任。

如果是劳动者原因造成劳动合同无效，劳动者给用人单位造成损害的，用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条规定，要求劳动者承担赔偿责任。

2.2

劳动合同签订

2.2.1 可以单独签订试用期合同吗

单独签订试用合同指的是用人单位在实际合同签订过程中，实行“试用期合同”及“劳动合同”两套合同，与新招用的劳动者只签订“试用期合同”。

在签订劳动合同过程中，大量用人单位为了避免与劳动者订立劳动合同，往往在招用劳动者时与劳动者签订一个单独的试用合同，该试用合同期限一般为三个月到六个月不等，在试用合同期满后决定是否正式聘用该劳动者。用人单位这样做的初衷是为了规避法律，在试用期使用廉价劳动力，同时方便解除劳动合同。但是根据《中华人民共和国劳动合同法》等法律法规的规定，试用期只有在正式合同中才能约定，没有正式合同就没有试用一说，因此所有的单独的试用合同都是违法的。

下面以一则案例对签单独试用合同的情形进行说明。



案例回放

可以单独签订试用期合同吗

某商贸公司通过面试、笔试后，决定录用崔某担任公司销售经理一职，双方约定的试用期为两个月，劳动合同期限为两年。入职当天，公司人力资源部拿出一份为期两个月的试用合同要崔某签字，并说：“按照公司规定，凡是新招用的员工必须先签订试用合同，试用期合格后即会签订正式的劳动合同。”崔某觉得不妥，但也没有提出异议。

两个月后，该公司以崔某考核不合格为由将其辞退，崔某不服，随后向劳动仲裁机构申请了劳动争议仲裁。

上述案例中，用人单位没有和劳动者签订正式劳动合同，貌似能规避后续解约风险，但是却存在重大隐患，必将受到法律的制裁。这是因为《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定，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，即用人单位只与劳动者签订试用期合同的，该试用合同即被认定为劳动合同，且有关试用期的约定无效，用人单位不能依据“在试用期间被证明不符合录用条件”这一条款无责任地解除劳动合同。

同时单独签订试用合同还浪费了一次固定期限合同，因为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，即相当于签订了一次劳动合同。而随后如果用人单位与劳动者签订固定期限劳动合同，则相当于签订了两份固定期限劳动合同，后续再续签时，则用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同。

2.2.2 没签书面劳动合同，口头协议有效吗

（1）签订书面劳动合同的法律规定

劳动合同是用人单位与劳动者确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。有的用人单位为了图省事，甚至为了逃避自己的责任，经常拒绝与劳动者签订劳动合同。事实上，伴随着《中华人民共和国劳动合同法》的颁布与实施，用人单位不与劳动者签订劳动合同，即不能使自己免于法律的约束，又不能维护自身合法权益，一旦发生劳动争议，将会使自身陷入被动，面临诸多风险。因



此，用人单位应按照有关法律法规规定，与劳动者签订劳动合同。

《中华人民共和国劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。这条法律法规不仅明确了用人单位应当订立劳动合同的责任，也明确了劳动合同的订立形式必须为书面的。”

《中华人民共和国劳动合同法》第十一条规定：“用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。”此条规定明确了即使用人单位与劳动者未签订劳动合同，也应参照集体合同或同工同酬的标准，向劳动者支付报酬，不能恶意减少工资支付。

（2）书面劳动合同与口头劳动合同的法律效力

签订书面劳动合同是指用人单位与劳动者建立劳动关系时，直接在用书面文字形式表达和记载当事人协商意见的协议上签字盖章的行为。签订书面劳动合同能最大限度地减少双方的歧义，提高双方的重视程度，甚至发生争议后能做到有据可查，便于主管部门和劳动行政部门进行监督检查。

与书面劳动合同对立的是口头劳动合同。《中华人民共和国劳动合同法》第六十九条规定：“非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。”尽管根据上述法律规定，非全日制用工可以采用口头劳动合同，但用人单位最好还是签一份书面劳动合同，说明是非全日制用工，即签订非全日制用工劳动合同。这是因为，口头劳动合同在举证上比较困难，一旦出现争议，将很难说清楚，如某非全日制用工下的劳动者要求用人单位缴纳社保，用人单位对其属于非全日制用工又说不清，一旦被仲裁或诉讼，将很有可能被要求补缴社保。

2010年4月份，陈某到S公司上班，双方没有签订书面劳动合同，只口头约定工资为2500元。工作三个月后，陈某发现同岗位员工的工资都是3500元。于是陈某向人力资源部反映，为什么自己的工资那么低。公司人力资源部经理说：“之所以你目前的薪酬比较低，是因为你的工作经验不足。”陈某说：“虽然我的工作经验不足，但是我和大家干一样的活，而且我的工作绩效不比别人差，不能仅凭经验少就和别人差那么多啊，我要求提工资。”公司人力资源部经理说：“你的工资我们不是早就谈好了吗，你这不是出尔反尔吗？”双方没有谈拢，陈某越想越气愤，遂申请劳动争议仲裁委员会仲裁，请求劳动仲裁委依法裁决S公司按每月3500元的标准补发工资，并支付双倍工资作为补偿。

仲裁当天, 陈某否认双方约定的工资为2500元, 而S公司也拿不出充分的证据证明此事。因此, 仲裁裁决S公司按同工同酬标准向陈某发放工资, 即每月3500元的标准发放工资, 并补齐工资合计3000元。同时因S公司未及时与陈某签订书面劳动合同, 仲裁裁决S公司从第二个月起支付双倍工资差额7000元。

上述案例充分说明口头约定的协议在法律上的效力不足, 劳动者如果不承认约定的内容, 用人单位往往拿不出有力的证据, 从而使自己受到损失。

2.2.3 未在法定时间签订劳动合同需支付双倍工资吗

根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》的有关规定, 用人单位应与劳动者在有效的时间内签订劳动合同。

(1) 劳动合同签订的时间要求

《中华人民共和国劳动合同法》第十条规定: “建立劳动关系, 应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系, 未同时订立书面劳动合同的, 应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的, 劳动关系自用工之日起建立。”

根据上述法律规定, 劳动合同的合法签订时间主要有三种情况, 具体如图2-4所示。



图2-4 劳动合同的合法签订时间

(2) 未在法定时间签订劳动合同的处理

① 自用工之日起超过一个月不满一年未签订的处理。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定: “用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的, 应当向劳动者每月支付二倍的工资。”



而且《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条对用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未签订书面劳动合同的处理进行了更详细的规定,具体规定为:“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,并与劳动者补签书面劳动合同;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,截止时间为补订书面劳动合同的前一日。”

关于用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同,用人单位可能需承担的责任,下面以一个案例进行说明。



案例回放

S公司主要生产PC板,其规模不大,内部管理尚不完善。2015年3月1日,该公司从外地招聘了3名工人(工资为每月2000元),当时声称过了试用期就签订劳动合同。5月试用期过后,这3名工人提出要与公司签订劳动合同,该公司一直拖延不办。同年10月1日,这3名工人向劳动仲裁机构提请仲裁,要求S公司与其签订书面劳动合同,并支付双倍工资作为赔偿。

本案中,这3名工人的要求是否合法?如果该公司10月1日即补签合同,则其需支付的赔偿是多少?



依法说案

根据法律规定,S公司应与上述3名工人在其入职后一个月内签订劳动合同,而S公司一直拖延未与其签订劳动合同,因而这3名工人有权依照相关法律规定要求其签订并给予一定赔偿。

S公司未与这3名工人签订书面劳动合同的赔偿标准应参照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条规定,从用工之日起满一个月的次日即4月1日算起,



每人赔偿标准=2000×2×6=24000（元）

此案中，若这3名工人不愿补签，S公司应向每人支付1个月工资2000元作为经济补偿。

② 自用工之日起满一年未签订书面劳动合同的处理。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定：“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。”同时《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定：“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。”由上述两条法律条款可知，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，视为双方已建立无固定期限劳动合同的法律关系，需自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

而且《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第七条对用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的处理进行了更详细的规定，具体规定为：“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。”即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，除在不足一年的违法期间向劳动者每月支付两倍的工资外，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。

2.2.4 劳动者拒签或拖延不签劳动合同怎么办

劳动者拒签或故意拖延不签劳动合同，导致用人单位与劳动者未签订劳动合同，这种情形按照《中华人民共和国劳动合同法》的规定，是否用人单位就必须得赔偿劳动者双倍工资呢？答案是不一定。

2015年9月，某地区中院对外公布一起因未签订书面劳动合同而引发的要求赔付双倍工资的劳动争议纠纷案，中院并未支持原告要求公司赔偿双倍工资的要求。



案例回放▶▶▶

2014年11月,齐某到一家公司工作,该公司为其办理了社保等,并于本月派人通知齐某签订劳动合同。齐某收到通知后,既未与公司签订劳动合同,也未明确表示拒签。次年3月底,齐某在结清工资后离开公司,并在之后提起诉讼,要求公司按照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定支付双倍工资共2.5万元,赔偿解除劳动合同的补偿金5000元。

一审法院认为,该公司已按照《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定通知齐某签订劳动合同,而未签订书面劳动合同的后果乃是齐某个人原因所致,用人单位对此并无过错。且齐某在庭审中也未提供证据证明被告公司与其解除劳动关系,应视为自动离职,因此依法驳回了齐某上述诉讼请求。

一审判决生效后,齐某不服,遂提起上诉。最终,二审法院终审维持了一审法院的判决。二审法院认为:用人单位并不存在恶意和过错,导致双方未签订书面劳动合同确系员工个人原因,因此终审判决维持基层法院的民事判决,驳回原告要求公司支付双倍工资共2.5万元及解除劳动合同的补偿金5000元的诉讼请求。



依法说案▶▶▶

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条关于用人单位拒签书面劳动合同应当赔付双倍工资的规定,旨在保护劳动者的合法权益,督促用人单位尽快与劳动者签订劳动合同。因此,适用双倍工资赔付责任必须满足两个条件,一是用工之日起超过一个月没有签订书面合同,二是没有签订书面合同应归咎于用人单位。

就本案而言,公司方提供的会议纪要、通知文件、证人证言等一系列证据能够证实,该公司积极主动与齐某签订书面合同,齐某知道公司想与其签订书面劳动合同,却一直未与公司签订。公司并不存在不签合同的主观故意,未订立书面劳动合同的责任在齐某,故其主张

未签订劳动合同就应支付双倍工资的诉求不应得到支持。

对于用人单位主动积极,而劳动者主观上不愿意,并以实际行动拒绝与用人单位签订劳动合同的,《中华人民共和国劳动合同法实施条例》赋予并提倡用人单位终止劳动关系的权利,以避免事后双方口说无凭而扯皮。这样一来,法律就可对一些认为只要不签合同一个月后就可以要求公司支付双倍工资的劳动者起到约束的作用,从而形成讲诚实、守信用、遵法规的良好劳动关系,减少恶意欺诈事件的发生。

拒签劳动合同即用人单位愿意与劳动者签订劳动合同,而劳动者直接拒绝签订劳动合同。拖延不签劳动合同,即用人单位愿意与劳动者签订劳动合同,而劳动者以种种不合理理由拖延签订劳动合同。

在实践工作中,劳动者拒签或拖延签订劳动合同的事件屡见不鲜。发生这种事件后,用人单位一定要认识到可能存在的法律风险,分析产生这种事件的原因,并有针对性地采取解决措施。

(1) 拒签或拖延不签劳动合同的原因

劳动者拒签或拖延不签劳动合同的原因主要有三个,具体如图2-5所示。

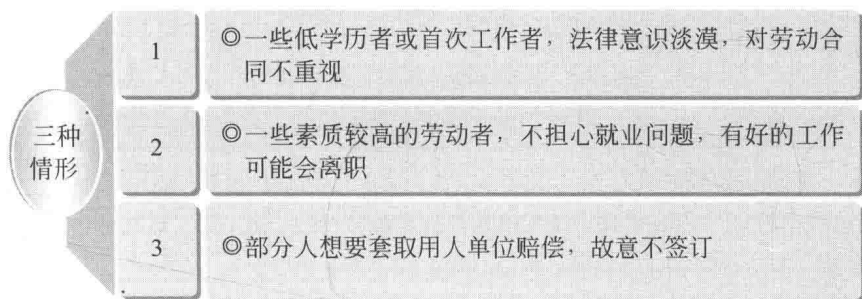


图2-5 拒签或拖延不签劳动合同的三大原因

(2) 拒签或拖延不签劳动合同的处理

虽然《中华人民共和国劳动合同法》对于拒签或拖延不签劳动合同的处理没有做出规定,但《中华人民共和国劳动合同法实施条例》对此情形做出了详细的规定。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第五条规定:“自用工之日起一个月内,经用人单位书面通知后,劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,无须向劳动者支付经济补偿,



但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。”

根据上述法律规定，劳动者拒签或拖延不签劳动合同时，用人单位应把握两大要点，即时间为自用工之日起一个月内，行为为书面通知劳动者，只有在上述两大条件都满足的情况下，用人单位才可以与劳动者终止劳动关系，并且不用向其支付经济补偿，也不用承担二倍的赔偿责任。

而对于超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条规定：“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。”由此可见，法律政策对在劳动合同签订过程中的过错进行了划分，当劳动者存在过错时，法律赋予用人单位保护自身权益的手段和途径就是及时终止双方的事实劳动关系。

发生拒签或拖延不签劳动合同事件时，用人单位要想维护自身的合法利益，合法合理终止事实劳动关系，甚至在仲裁或诉讼时获得支持，就应该做好证据的收集及保管工作，证明自己已经尽到了通知义务，未及时签订书面劳动合同的过错方是劳动者，而不是用人单位。具体来说，用人单位可在将制作、填写完毕的合同文本交予劳动者签字时，要求劳动者填写“书面劳动合同签订通知书”（如表2-3所示），以证明本单位已完成签订劳动合同中提供文本、要求签订、明确合同条款等应当承担的“通知”责任。

表2-3 书面劳动合同签订通知书

书面劳动合同签订通知书	
×××，身份证号（ ）	
本单位决定与您订立劳动合同，请您确认收到本公司于 年 月 日发出的《劳动合同》两份及《劳动合同签订通知书》两份，并在收到本通知后于 年 月 日前到人力资源部签订书面劳动合同。	
逾期不签订，本公司将与您终止劳动关系。	
××公司（盖章）	劳动者本人签字：
年 月 日	年 月 日
（此通知书一式两份，甲、乙双方各执一份）	



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 3 章

员工日常管理中的 法律问题



3.1

员工工作时间管理

3.1.1 标准工作时间制工时如何安排

标准工作时间制，是我国现行工时制度中应用范围非常广的一种工时制度，国家机关、企事业单位、社会团体等在通常情况下实行的就是这种工时制度。标准工作时间包括员工每日工作时间和员工每周工作时间两方面内容。

（1）标准工作时间制法律规定与解释

《中华人民共和国劳动法》第三十六条规定：“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”

《国务院关于职工工作时间的规定》第三条规定：“职工每日工作8小时、每周工作40小时。”

从上述两条法律规定可以看出，关于标准工作时间，《中华人民共和国劳动法》规定的明显比《国务院关于职工工作时间的规定》中的多四个小时。具体在实施标准工作时间制时，用人单位应该参照《国务院关于职工工作时间的规定》的要求，即每日工作8小时，每周工作40小时。这是因为《中华人民共和国劳动法》是在1994年制定，1995年1月1日起实施的，而《国务院关于职工工作时间的规定》是在1995年新制定的，1995年5月1日起实施的。由此可见，标准工作时间制度中的标准并不是一成不变的，随着社会的发展及进步，标准也在不断发展和提高。

（2）实施标准工作时间制度下的休息安排

下面以一个案例为例，对标准工作时间制度下，用人单位如何安排员工休息进行说明。



案例回放

某公司人力资源部经理陈××接到员工的申诉，申诉原因为员工认为本公司的工时制度违反有关法律规定。原来该公司规定每日工作

时间为5小时，但是没有休息日。

分析本案例中员工申诉是否合理，该公司应该如何改正。



依法说案 ▶▶▶

根据《国务院关于职工工作时间的规定》，该公司虽然每天工作时间不超过8小时，每周工作时间不超过40个小时，但是却违反了《中华人民共和国劳动法》关于休息的规定。

《中华人民共和国劳动法》第三十八条规定：“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日”。

因此，本案中的员工的申诉是合理的，该公司应调整工时制度，确保每位员工每周至少能休息一日。

由上可知，实施标准工作时间制度时，用人单位应做好工作时间的安排，确保其满足每日工作时间不超过8小时，每周工作时间不超过40小时，且每周至少休息1日的要求。

对于一些特殊行业，用人单位如果不宜实施标准工作时间制度，可根据有关部门的批准实施不定时工作制或综合计算工时工作制。

3.1.2 计件工作时间制工时如何安排

（1）计件工作时间制含义

计件工作时间制，是指以完成一定劳动定额为标准来确定劳动报酬的一种劳动形式。

《中华人民共和国劳动法》第三十七条规定：“对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。”根据该条规定，用人单位实行计件工作时间制度的，员工的劳动定额和工资报酬应当根据标准工时制度合理确定，即计件工资是以标准工时制度为计算基础，而不是实行不定时工作制。

（2）计件工作时间制下的工时安排及加班确认

根据1994年原劳动部（现合并为人力资源和社会保障部）颁布的《工资支



付暂行规定》第十三条规定：“用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；

（二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200%支付劳动者工资；

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。

实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。

经劳动行政部门批准实行综合计算工时工作制的，其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，应视为延长工作时间，并按本规定支付劳动者延长工作时间的工资。

实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。”

从以上规定来看，用人单位实行计件工作制的，应当按照标准工时制来安排员工的工作，向员工支付相应的薪酬。也就是说，用人单位应按照每日不超过8小时、每周不超过40小时安排员工的工作，安排员工在标准工时以外延长工作时间的（非员工自愿延长，且员工已完成计件定额任务），超过标准工时制度的延长工作时间，应当根据上述“不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。”的规定计算延时工作的加班工资。简而言之，即在计件工作制里，如果8小时之内没完成劳动定额的，超时工作的，不能算加班；而超过劳动定额之后又超时工作的，应该算加班。

下面以一个小案例来说明计件工作制的加班计算问题。



案例回放 ▶▶▶

某生产车间一线员工实施计件工作制，工作时间为每天8:30 ~ 12:30, 14:00 ~ 18:00，排班安排为上两天休一天，接着上三天休一天，



依次循环。假定该生产车间某班组员工的劳动定额为每天生产80个D产品。2015年5月16日下班前,该生产班组员工甲、乙生产了80个D产品,丙生产了65个D产品。下班后,甲回家了,乙和丙留下来继续工作,分别又生产了10个D产品。请问,本案中甲、乙、丙三人中谁可算加班。

(1) 首先,甲没有加班,直接回家了,故甲不算加班。

(2) 乙在标准工作时间以外延长了工作时间,且其在标准工作时间已经完成了劳动定额,所以乙算加班。

(3) 尽管丙也在标准工作时间以外延长了工作时间,但其在标准工作时间内未完成劳动定额,故丙不能算加班。

3.1.3 计件工作时间制定额如何确定



案例回放 ▶▶

A公司是一家实施计件工作时间的生产型企业。该公司确定的劳动定额为每人每天生产X产品200袋。而实际上员工每天最多能生产的量也不到150袋。为了达到定额,好多人都加班加点,可是公司从来没有支付给加班费。长此以往,生产现场怨声载道,好多熟练工都跳槽了,公司出现了招工难、离职率高等的问题。

请问A公司所确定的劳动定额是否合理呢?该公司的员工是否可以索要加班费?

在现实中,有的用人单位为了变相逃避支付加班费,单方制定过高的劳动定额,其实这是一种违法行为,存在很大法律风险。用人单位要想确保制定的劳动定额合理、合法,必须掌握劳动定额的合理确定程序及标准。

(1) 劳动定额的合理确定程序

《中华人民共和国劳动合同法》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。”

江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件的指导意见》第十八条规定：“用人单位在《劳动合同法》实施后制定、修改规章制度，经法定民主程序与工会或职工代表协商，但未达成一致意见，若该规章制度的内容不违反法律、行政法规的规定，不存在明显不合理的情形，且已向劳动者公示或者告知的，可以作为处理劳动争议的依据。”

深圳中级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》第七十九条规定：“《劳动合同法》第四条第二款规定的‘平等协商确定’主要是指程序上的要求，如果平等协商无法达成一致，最后决定权在用人单位。”

由上述法律条款可以得知，只要履行一定的程序，且保障所确定的劳动定额不违反法律、行政法规的规定，不存在明显不合理的情形，用人单位就可根据自身实际情况自主制定劳动定额，这是用人单位用工自主权的充分体现。

（2）劳动定额的合理确定标准

什么样的劳动定额是合理的呢？一般来说，用人单位九成以上员工在正常生产的情况下，在法定劳动时间或者劳动合同约定的时间内，经过一定的努力能够完成的工作量，即可定为劳动定额，这样确定的劳动定额基本可认为是科学合理的。如果用人单位制定的劳动定额大部分员工都无法完成而必须通过加班加点才能完成，如像上文案例中的A公司一样，那么这样的劳动定额可能会被认定为是偏高的，是不合理的，如若有加班用人单位可能会被要求支付加班费。

对于劳动定额是否合理的标准，我国部分地区制定了有关的法规规定。如《天津市企业工资集体协商条例》第二十四条规定：“协商双方协商确定的劳动定额标准，应当是百分之九十以上的职工在法定工作时间或者劳动合同约定的时间内能够完成的工作量。”《江苏省工资支付条例》第十一条规定：“实行计件

工资制的，用人单位确定、调整劳动定额或者计件报酬标准应当遵循科学合理的原则；确定、调整的劳动定额应当使本单位同岗位百分之九十以上劳动者在法定工作时间内能够完成。”《广东省工资支付条例》第二十一条规定：“确定的劳动定额原则上应当使本单位同岗位百分之七十以上的劳动者在法定劳动时间内能够完成。”

综上，如果本地区有关于劳动定额标准的法律规定，用人单位应遵循有关法律条款的规定；如果本地区没有关于劳动定额标准的法律规定，用人单位可参照其他地方的上限进行处理，如约定本公司的劳动定额最高为同岗位百分之九十以上员工能够在法定工作时间内完成的工作量，以此来规避因劳动定额制定不合理而员工要求支付加班费的风险。

3.1.4 单胞胎和双胞胎哺乳时间一样吗



案例回放 ▶▶

2016年3月份，休完产假的孙某回到公司上班。此时孙某正处于哺乳期，按照公司规定有1个小时的哺乳时间。孙某认为自己应该休两个小时，原因是自己生的是双胞胎。孙某的延长哺乳时间申请被直属领导退回了，直属领导说：“公司每个人的哺乳时间都一样，都是每天1个小时，你不能因为生了双胞胎就搞特殊呀。”

孙某认为其直属领导的说法不对，遂将此问题反映到人力资源部。如果你是人力资源部专门负责员工休假审批及考勤统计的人员，面对此问题，该如何处理呢？



依法说案 ▶▶

首先应确认孙某的要求是合理的，公司应予以支持。2012年实施的《女职工劳动保护特别规定》第九条规定：用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排1小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳1个婴儿每天增加1小时哺乳时间。由上述规定可知，孙某生的是双胞胎，可以在原有每天1小时哺乳时间的基础上增加1小



时，即每天两小时。

其实，出现此种问题，人力资源部相关人员应向员工及其管理者解释清楚，调节双方关系，并及时修改企业制度，防止员工投诉、举报事件发生。

依照《女职工劳动保护特别规定》第九条的规定，处于哺乳期的员工实际上实行的是7小时工作制，而生育多胞胎的员工实际上实行的是少于7小时的工作制，如上述案例中的孙某，因其生育的是双胞胎，所以其应执行的是6小时的工作制。

这种用人单位针对特殊情况员工实行的少于标准工作时间长度的工时形式，即每日工作时间少于8小时，平均每周工作时间少于40小时的工时制度，称为缩短工时制。

《国务院关于职工工作时间的规定》第四条规定：“在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行。”

原劳动部（现合并为人力资源和社会保障部）在《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答》（〔1995〕187号）中就缩短工作时间问题的解答：“在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要在每周工作40小时的基础上再适当缩短工作时间的，应在保证完成生产和工作任务的前提下，根据《中华人民共和国劳动法》第三十六条的规定，由企业根据实际情况决定。”

参照有关法律法规，适用于缩短工时制的情况主要有如表3-1所示的四种。

表3-1 缩短工时制的适用情况表

适用情况	缩短工时具体规定	依据法律法规
1. 哺乳未满1周岁婴儿的女职工	用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排1小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳1个婴儿每天增加1小时哺乳时间	《女职工劳动保护特别规定》
2. 特殊行业或岗位的职工	一般有毒有害作业工人，可以采用每日七小时工作制；严重有毒有害作业工人，可以采用每日六小时工作制	《关于在有毒有害作业工人中改革工时制度的意见》
	煤矿企业井下作业人员每周工作五天，推行四班六小时工作制。其他从事高山、有毒、有害，特别繁重和过度紧张的体力劳动职工，以及纺织、建筑冶炼、装卸搬运等行业或岗位的职工，依本行业或部门特点，实行各种形式的缩短工时制	《国务院关于促进煤炭工业健康发展的若干意见》《山西省煤炭企业办矿标准暂行规定》等



续表

适用情况	缩短工时具体规定	依据法律法规
3.夜 班（晚10点至次日早6点工作的劳动者）	夜班比较辛苦，属于特殊条件下从事劳动，工作时间可比白班减少1小时，发给夜班津贴。有些连续生产不容间断的工作必须安排夜班，如钢铁冶炼、发电等夜班工作时间可与白班相同，但要给夜班劳动者增发夜班津贴	《国务院关于职工工作时间的规定》
4.未成年工	对年满十六周岁未满十八周岁的未成年劳动者实行低于8小时工作日的工时制度	《中华人民共和国未成年人保护法》

3.1.5 单方实施特殊工时制有风险

《中华人民共和国劳动法》第三十九条规定：“企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。”

1995年1月1日起施行的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》（原劳部发〔1994〕503号）第三条规定：“企业因生产特点不能实行《中华人民共和国劳动法》第三十六条、第三十八条规定的，可以实行不定时工作制或综合计算工时工作制等其他工作和休息办法。”

根据上述法律规定，用人单位可根据自身的经营特点和需要，实施不同的工时制度。常见的特殊工时制有综合计算工时工作制及不定时工时制。具体来说，在实施特殊工时制时，用人单位必须注意只有合法的操作才能得到法律支持。



案例回放

某公司针对其销售人员经常加班和出差的现状，考虑到加班出差有业绩的可以拿到相应提成，再支付加班费对公司来说不太公平。随后，公司人力资源部在没有履行申报手续、获得批准的情况发布了一项规定，规定主要内容为本公司销售人员实施不定时工时制，其加班或出差公司不予支付加班费。

上述案例中，该公司实施不定时工时制合法吗？一旦有员工申请劳动仲裁，公司会败诉吗？



根据《中华人民共和国劳动法》第三十九条规定用人单位实行特殊工时制,必须按照规定向人力资源和社会保障行政部门申报审批,经人力资源和社会保障行政部门批准后方可实行。没有经过审批或过了批准周期的,一律按标准工时对待。由此规定可以看出,上述案例中的公司在没有获得人力资源和社会保障行政部门批准的情况下就单方面实施特殊工作制是不合法的,也得不到法律保护,一旦有加班员工借此提出仲裁,要求公司按照标准工时制支付加班费,公司必将败诉。

为更好地应用特殊工时制,降低用人成本,减少劳动纠纷,用人单位除掌握上述法律规定外,还应对特殊工时制的申报单位、申报程序及应用要求有所了解。

(1) 特殊工时制的申报单位

《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第七条对不定时工作制和综合计算工时工作制的审批单位进行了规范,具体规定为:“中央直属企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的,经国务院行业主管部门审核,报国务院劳动行政部门批准。

地方企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的审批办法,由各省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定,报国务院劳动行政部门备案。”

(2) 特殊工时制的申报程序

按照有关法律法规,用人单位申报特殊工时制一般需经过如图3-1所示步骤。

(3) 特殊工时制的应用要求

根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第六条的规定:“对于实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休息办法的员工,用人单位应根据《中华人民共和国劳动法》有关规定,在保障员工身体健康并充分听取职工意见的基础上,采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式,确保员工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。”

同时用人单位应注意,即使本单位有实行不定时工作制和综合计算工时工作制的批准文件,也不意味着本单位所有岗位、所有员工都执行不定时工作制和综合计算工时工作制。一般情况下,不定时工作制和综合计算工时工作制只是针对某些特殊需要的单位或岗位,不大可能一个单位所有员工全部适用。因此,用人单位在采用这两种特殊工时制时,应根据岗位的具体需求制定工时制度。

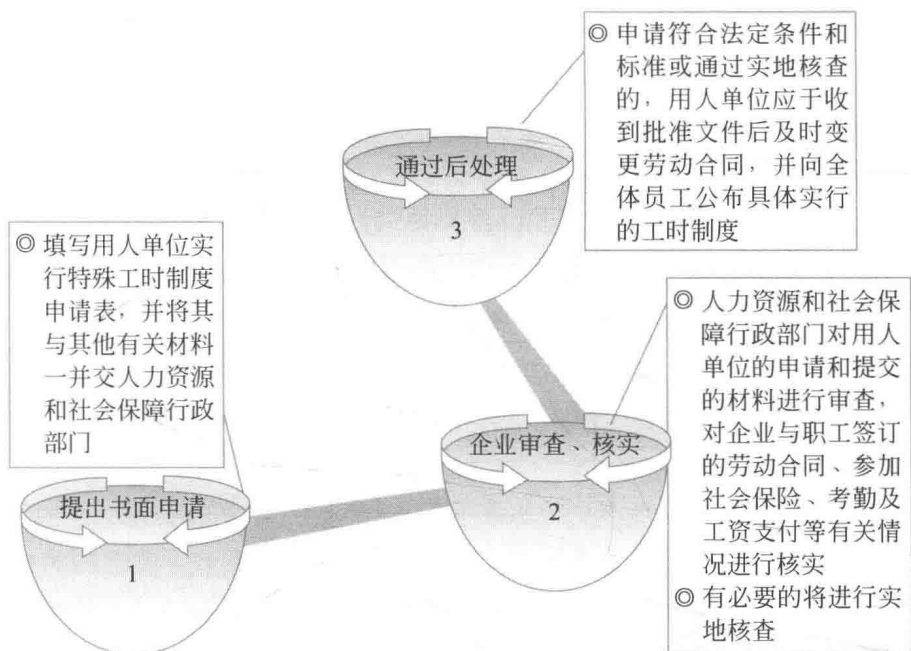


图 3-1 特殊工时制申报步骤

3.1.6 综合计算工时工作制应用

综合计算工时工作制，是指针对工作性质特殊、需要连续作业或受季节及自然条件限制的职工，用人单位以标准工作时间为基础，以周、月、季、年为周期，综合计算工作时间的工时制度。

（1）综合计算工时工作制的应用范围

《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第五条规定：“企业对符合下列条件之一的职工，可实行综合计算工时工作制，即分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

（一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；

（二）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；

（三）其他适合实行综合计算工时工作制的职工。”

上述条款明确了综合计算工时工作制的应用范围，用人单位在申请及实施



综合计算工时工作制时，应首先考虑自身的单位性质是否符合应用范围要求。

此外，有的地区人力资源和社会保障行政部门对综合计算工时工作制的适用范围进行了细化和补充，在该地区从事生产经营的用人单位可参照有关规定申报实施综合计算工时工作制度。

如《南京市企业实行特殊工时工作制审批管理办法》（宁人社规〔2011〕8号）第六条规定综合计算工时工作制适用范围：

“（一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需要连续作业的职工；

（二）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；

（三）受市场因素影响生产任务不均衡企业的职工；

（四）因工作地点较远需要集中安排工作、休息的职工；

（五）其他规定适合实行综合计算工时工作制的职工。”

再如《青岛市人力资源和社会保障局特殊工时审批管理试行办法》（青人社发〔2014〕6号）第十条规定：“用人单位可以申请在下列岗位实行综合计算工时工作制：

（一）交通、铁路、邮政、电信、航空、电力、石油、金融等行业中，部分中断作业可能会影响社会公共利益的岗位；

（二）地质及资源勘探开发、建筑、制盐、制糖、旅游、渔业、海运等行业中，部分受季节、资源、环境和自然条件限制需要集中作业的岗位；

（三）餐饮、住宿、批发、零售、家庭服务业等行业，因工作性质特殊需要实行综合计算工作时间的；

（四）生产经营受季节和自然条件限制，以及生产任务不均衡、呈现明显淡旺季的企业一线岗位；

（五）其他适合实行综合计算工时工作制的岗位。”

（2）综合计算工时工作制的工时安排

在实践中，对于符合条件实行综合计算工时工作制的岗位，原则上以周、月或季为周期综合计算工作时间。对于用人单位生产经营受季节或淡旺季影响较为明显的工作岗位，有的根据实际情况实行以半年或年为周期综合计算工作时间。

根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第五条规定，实行综合计算工时工作制的用人单位，其平均日工作时间和平均周



工作时间应与法定工作时间基本相同。

根据劳社部（现合并为人力资源和社会保障部）2008年发布的《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》、2014年《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》的规定，全体公民的节日假期为11天，用人单位员工年工作日、季工作日、月工作日、工作小时数的计算如下所示。

年工作日：365天-104天（休息日）-11天（法定节假日）= 250天

季工作日：250天÷4季= 62.5天/季

月工作日：250天÷12月= 20.83天/月

工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的8小时。

在综合计算工时的周期内，具体某一天、某一周、某一月等的工作时间可以超过8小时、40小时、166.64（20.83×8）小时等，但是总的工作时间不应超过按照标准工时换算的工作时间，超过部分若属用人单位安排员工工作的，应属加班。



案例回放▶▶▶

刘先生能要求加班费吗

刘先生是一家农产品加工公司工作一年多了，加班加点是常事，却从来没有领过加班费。刘先生认为公司违反了《中华人民共和国劳动法》等法律规定，遂向公司人力资源部提出疑问，公司人力资源部说：“我们执行的是综合计算工时制，工作时间和其他公司不一样，所以没有加班费。再说，闲的时候我们也给你们放假补休了啊。”

刘先生对此问题还是不大清楚，遂向当地劳动保障监察机构举报。当地劳动保障监察机构收到举报后，马上深入公司调查情况，经调查公司考勤、工资条等证据后得知，该公司每年5、6、7、8月为生产旺季，员工工作时间为每天工作9小时，每周休息1天，另外8个月的淡季，员工则每天工作6小时，每周休息两天。此外，该公司的半年期综合计算工时工作制已经通过了审批。

劳动保障监察机构及时对刘先生进行了相关法律法规的解释，并对刘先生的举报做出不予受理的决定。



依法说案 ▶▶▶

依据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第五条的规定,该公司经审批后实行的半年期综合计算工时工作制,只要员工半年总工作时间不高于半年法定总标准时间,则该公司的工时制度就不违法,不需要额外支付刘某加班费。

因此本案的重点是计算半年总工作时间与法定总标准时间。

(1) 半年法定总标准时间计算

半年度法定总标准时间 $=20.83 \times 8 \times 6=999.84$ 小时。

(2) 半年总工作时间计算

该公司的生产周期按半年计算,第一周期半年旺季共2个月(5、6月)、淡季4个月(1、2、3、4月)。

旺季工作时间 $\approx 9 \times 6 \times 9=486$ 小时(旺季2个月,约9周)

淡季工作时间 $=20.83 \times 6 \times 4=499.92$ 小时

半年总工作时间=旺季工作时间+淡季工作时间 $=486+499.92=985.92$ 小时

第一周期半年总工作时间小于法定总标准时间,所以不存在违法现行。

第二周期的算法与第一周期相同,也不存在违法现象。

因此,该公司不需要额外支付刘某加班费。

在将综合计算工时工作制度下的周期总工作时间与法定总标准时间进行对比时,有的地方性法律法规对法定总标准时间进行了明确的规定,如《南京市企业实行特殊工时工作制审批管理办法》第七条规定:“实行综合计算工时工作制的职工,在综合计算周期内的实际工作时间总数应不超过该周期的法定标准工作时间总数(40小时/周、166.64小时/月、500小时/季、1000小时/半年、2000小时/年),超过部分应视为延长工作时间,企业应按照《江苏省工资支付条例》第二十条和第二十二条的规定支付加班工资,超过部分不得多于法定加班工时的上限。综合计算周期与企业终止、解除职工劳动合同的时间不一致的,以终止、解除时间作为综合计算周期的结算时间。”

面对用人单位所属地区法律法规对法定总标准时间有规定的情形,用人单位应参照该规定执行。

3.1.7 不定时工时制应用



案例回放 ▶▶

小马于2015年3月份入职上海一家汽车销售公司，工作岗位为汽车销售，双方签订的劳动合同中约定执行不定时工时制。为了完成销售目标，小马经常在下班后与客户洽谈业务，到外地出差更是家常便饭。

今年小马的销售业绩一直不太理想，遂于5月份向公司提出辞职，并要求公司支付一年多的加班费。公司人力资源部称，公司已申请汽车销售人员实行不定时工作制并获得了批准，签合同双方也进行了约定，因此不计算加班时间，更谈不上加班费一说。

双方无法达成一致，小马遂向上海市劳动仲裁委员会申请劳动仲裁。



依法说案 ▶▶

根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第四条规定，销售人员属于可以实行不定时工作制的范围。上述案例中用人单位申请了汽车销售人员实行不定时工作制并获得批准，由此可见，小马执行不定时工作制是没有问题的。

根据《工资支付暂行规定》第十三条规定，实行不定时工时制度的员工不适用于延长工作时间发放加班费的规定。而根据《上海市企业工资支付办法》第十三条规定，经劳动保障行政部门批准实行不定时工时制的用人单位，在法定休假节日安排员工工作的，按照不低于员工本人日或小时工资标准的300%支付工资。因此，上述案例中，小马在工作日或休息日的延长工作时间的，不算加班；而其在节假日的加班应算加班费，支付标准为本人日或小时工资标准的300%。

鉴于本案例，用人单位应注意实施不定时工时制员工的休息安排，尤其是节假日的安排。



不定时工作制是指用人单位因生产特点、工作特殊需要或岗位职责范围的关系,无法实行标准工时,需机动作业而采取的不确定工作时间的工时制度。

(1) 不定时工作制的适用范围

《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第四条规定:“企业对符合下列条件之一的职工,可以实行不定时工作制。

(一) 企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工;

(二) 企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员,以及因工作性质特殊需机动作业的职工;

(三) 其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工。”

除上述条款对不定时工时制的适用范围进行明确约定外,我国部分地区人力资源和社会保障行政部门对不定时工时制的适用范围也进行了细化和补充。在该地区从事生产经营的用人单位可参照有关规定申报实施综合不定时工作制度。

如《南京市企业实行特殊工时工作制审批管理办法》第八条规定:“不定时工作制是指因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,不能按标准工作时间衡量或需要灵活机动作业,采取不确定工作时间的工作制度。不定时工作制适用范围:

(一) 国有企业中的高级管理人员(企业领导班子成员),非国有企业中事先约定实行年薪制的高级管理、高级技术人员(年薪超过当地社会平均工资三倍),上述人员的专职司乘服务人员;

(二) 无法按标准工作时间衡量的外勤人员;

(三) 实行工作量与工资挂钩不统计出勤的营销人员(驻店驻场营业人员除外)、长途运输人员、押运人员;

(四) 实行工作量与工资挂钩的铁路、港口、仓库的部分装卸人员;

(五) 实行承包经营出租车的驾驶员;

(六) 不能按照标准工作时间衡量的非生产性值班、维护、抢修人员;

(七) 其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制需机动作业的职工。”



再如《青岛市人力资源和社会保障局特殊工时审批管理暂行办法》第八条规定：“用人单位可以申请在下列岗位实行不定时工作制：

（一）对单位经营管理负有决策、指挥等领导职责的高级管理岗位，包括董事长、总经理、副总经理、董事、监事等；

（二）劳动者可以自主安排工作时间且无考勤要求的技术、研发、创作等岗位；

（三）需要机动作业、由劳动者根据工作需要安排工作时间的的外勤、推销、长途运输等岗位；

（四）其他适合实行不定时工作制的岗位。”

（2）不定时工作制的休息安排

《青岛市人力资源和社会保障局特殊工时审批管理暂行办法》第九条规定：“对于实行不定时工作制的劳动者，用人单位应当根据标准工时制度合理确定其劳动定额或考核标准，确保劳动者得到合理休息。其工资由用人单位按照本单位的工资制度和工资分配办法，根据劳动者的实际工作时间和完成劳动定额情况计发。”

《深圳市实行不定时工作制和综合计算工时工作制审批管理工作暂行办法》（深劳社规（2009）13号）第七条规定：“用人单位应当根据标准工时制度，合理确定实行不定时工作制员工的劳动定额，建立健全考勤制度，规范劳动用工，保障员工休息权。

用人单位安排实行不定时工作制的员工在法定休假日工作的，按《深圳市员工工资支付条例》规定支付工资报酬。”

参照上述法律规定，结合《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第六条规定，用人单位应明确实施不定时工时制不等同于无休息工作制，员工同样有休息的权利，因此在安排工作时首先要确保员工得到合理的休息。为规避用工风险，用人单位应根据生产经营情况，采用集中工作、集中休息、轮休、调休、弹性工作时间等适当方式，合理安排员工休息，保证员工每周至少休息一天；特别是法定节日，尽量安排员工休息，否则应按照地方规定执行（有的地方规定需支付加班费）。



3.2

员工加班休假管理

3.2.1 员工加班管理概述

加班管理是员工日常管理中的基本事项，也是最容易产生劳动纠纷的一个环节。所谓加班，一般指用人单位由于生产经营需要，经与工会和员工协商后，安排员工在法定工作时间以外继续工作的情形。

（1）员工加班的形式

员工加班一般包括三种形式，即在两个工作日之间的休息时间加班、在公休日加班及在法定节假日加班。

① 在两个工作日之间的休息时间加班。

两个工作日之间的休息时间是指员工在一个工作日结束后至下一个工作日开始的休息时间。如实行标准工时制的企业员工在下午下班后被公司安排继续工作的，可认定为是在两个工作日之间的休息时间加班。

② 在公休日加班。

公休日即周休息日，又称“工作周之间的休息日”，是指员工工作满一个工作周以后的休息时间。在现实中，用人单位安排员工在周六日加班的情况比较普遍，这种情况即为在公休日加班。

③ 在法定节假日加班。

法定节假日是国家法律统一规定的用于开展纪念、庆祝活动的休息时间。用人单位安排员工在法定节假日工作的应算加班。安排员工在非法定节日及纪念日工作的，不算加班。根据《中华人民共和国劳动法》《全国年节及纪念日放假办法》的规定，我国法定节假日的具体内容如表3-2所示。

（2）员工加班的限制条件

《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定：“用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。”由此可见，法律对用人单



表 3-2 我国法定节假日的具体内容

法定节假日的类型	法定节假日的安排
全体公民放假的节日	1. 新年, 放假1天(1月1日) 2. 春节, 放假3天(农历正月初一、初二、初三) 3. 清明节, 放假1天(农历清明当日) 4. 劳动节, 放假1天(5月1日) 5. 端午节, 放假1天(农历端午当日) 6. 中秋节, 放假1天(农历中秋当日) 7. 国庆节, 放假3天(10月1日、2日、3日)
部分公民放假的节日及纪念日	1. 妇女节(3月8日), 妇女放假半天 2. 青年节(5月4日), 14周岁以上的青年放假半天 3. 儿童节(6月1日), 不满14周岁的少年儿童放假1天 4. 中国人民解放军建军纪念日(8月1日), 现役军人放假半天
少数民族习惯的节日	由各少数民族聚居地区的地方人民政府, 按照各民族习惯, 规定放假日期
备注	1. 不放假的节日及纪念日: 二七纪念日、五卅纪念日、七七抗战纪念日、九三抗战胜利纪念日、九一八纪念日、教师节、护士节、记者节、植树节等其他节日、纪念日 2. 全体公民放假的假日, 如果适逢星期六、星期日, 应当在工作日补假。部分公民放假的假日, 如果适逢星期六、星期日, 则不补假

位安排员工加班有所限制, 具体如下所示:

① 程序限制。

根据《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定, 用人单位安排员工加班需要与工会和员工协商, 经劳动者同意后方可安排。

② 时间限制。

根据《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定, 用人单位延长工作时间, 一般每日不得超过1小时; 因特殊原因需要延长工作时间的, 每日不超过3小时, 但是每月不超过36小时。

有关法律也对一些特殊情况进行了规定, 这些特殊情况将不受程序及时间的限制。

如《中华人民共和国劳动法》第四十二条规定: “有下列情形之一的, 延长工作时间不受本法第四十一条的限制:

(一) 发生自然灾害、事故或者其他原因, 威胁劳动者生命健康和财产安



全,需要紧急处理的;

(二)生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障,影响生产和公众利益,必须及时抢修的;

(三)法律、行政法规规定的其他情形。”

《〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》(原劳部发(1995)143号)第七条规定:“有下列特殊情形和紧急任务之一的,延长工作时间不受本办法第六条规定的限制:

(一)发生自然灾害、事故或者其他原因,使人民的安全健康和国家资财遭到严重威胁,需要紧急处理的。

(二)生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障,影响生产和公众利益,必须及时抢修的。

(三)必须利用法定节日或公休假日的停产期间进行设备检修、保养的。

(四)为完成国防紧急任务,或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务,以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的。”

对于员工加班法律限制条件的理解,下面以两个具体的案例进行说明。



案例回放

案例1:小杨于2014年10月进入××有限公司,劳动合同中说明公司实行标准工时制度。一天,小杨领导让小杨周六加班,小杨身体有点不适,遂拒绝了加班。没想到公司因此给小杨记大过处分,还扣罚两个月效益奖。小杨不服,向当地劳动仲裁机构提出仲裁申请。

经仲裁委员会仲裁,该公司按平均效益奖标准补发小杨的效益奖。

案例2:刘某是某化工厂的技术工人。2015年6月的一天,刘某所在的车间发生设备故障,影响生产,急需抢修。车间主任再三打电话及发短信通知刘某抢修,刘某均以双休日为由拒绝加班。化工厂为防止意外事故发生,被迫停产两天,造成万余元的直接经济损失。于是,化工厂要求刘某赔偿损失,但刘某不服,认为化工厂擅自决定加班加点属于违法,自己可以不来加班,故不应对化工厂的损失负责。

经仲裁委主持调解,王某一次性赔偿化工厂经济损失3000元。



依法说案 ▶▶

案例1中,根据《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定,用人单位安排员工加班,应当及时通知员工并经员工同意。如果员工不同意,用人单位原则上不能强制员工加班。因此,该案例中员工可以拒绝加班,用人单位以此为由进行处罚是没有根据的,是违法的。

案例2中,根据《中华人民共和国劳动法》第四十二条规定,车间发生设备故障需抢修的,其延长工作时间不受劳动法第四十一条规定的限制。即发生此种情况,用人单位虽未与工会和员工本人协商一致,但可以要求员工立即加班,这并不违法。与之对应,刘某拒不按化工厂要求加班则已违反自身的法定义务,给化工厂的生产、经营造成了直接经济损失,用人单位可以结合规章制度的相关规定,对其做出相应的处罚。

③ 对象限制。

根据《中华人民共和国劳动法》第六十一条规定,用人单位对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。根据《中华人民共和国劳动法》第六十三条规定,用人单位不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间延长工作时间和夜班劳动。

3.2.2 员工恶意加班钻空子



案例回放 ▶▶

××公司是一家IT公司,该公司于2012招聘王某为公司的研发工程师。考虑到研发工作比较单调、枯燥、耗神,公司特开设了休闲区和健身区以供员工中午休息时间或下班后休闲娱乐。王某是单身且朋友不多,故经常下班后在公司娱乐,并在娱乐后打卡离开。

三年后,王某合同期满,公司未与他续签劳动合同。王某不满,就申请劳动仲裁,要求公司支付三年来的加班工资。虽然该公司主张王某在工作时间之外未离开公司是在公司休闲娱乐,但该公司对此并



无规章制度规定，也无证据证明。

最后，劳动争议仲裁委员会根据打卡记录支持了王某的请求，该公司支付了巨额加班费。



依法说案 ▶▶▶

加班费最低也是工资的1.5倍，所以容易产生恶意加班和管理者虚报的情况。一般情况下，除企业有相反证据证明外，只要能够证明员工在工作时间之外还留在用人单位，就能够证明员工在加班工作，这也是符合保护劳动者的立法精神。本案中，王某的打卡记录完全可以证明其在工作时间之外还留在公司的事实，而公司并没有证据证明员工在工作时间之外尽管还留在公司，但并没有提供实际劳动，因而劳动争议仲裁委员会仲裁该公司败诉是合法的。

关于加班费举证责任的规定，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条规定：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”该解释中，关于加班费的举证责任分配，基本原则是谁主张谁举证，员工主张加班，应当承担基本的或初步的举证责任证明加班事实存在。但如果员工有证据证明用人单位持有加班事实存在的证据（如加班记录、审批单等），再适用举证责任倒置的原则由用人单位向劳动仲裁委员会或法院提供加班的证据；用人单位如果不提供的，则由用人单位承担举证不利的法律后果，即用人单位承担支付加班费的风险。

从管理角度来说，上述案例中，××公司之所以败诉，归根结底有三大原因：

- ① 对打卡的运用在制度中没有进行明确的界定，考勤管理不严。
- ② 没有相应的加班制度。
- ③ 对员工加班风险没有采取相应的法律措施。



在实践中,用人单位的中高级管理者、领取业务提成的销售人员、高级研发人员等一般薪酬较高、福利较好,其加班行为的产生,大多数情况下是由员工自愿、自主产生的,如有的员工为了升职、有的员工为了奖金等。尽管这些人的加班是自愿、自主产生的,但不乏有些人在离职后或觉得有不公时,仍然恶意要求公司支付加班费。面对此种情况,用人单位应该总结经验教训,做好加班风险的预防与管理工作。

(1) 明确考勤方式,制定考勤制度

在实务中,考勤方式主要有签到表签到、指纹打卡机打卡、考勤软件打卡等。用人单位不管采用何种考勤方式,都应在考勤制度中予以明确并强调此种方式是本单位记录员工出勤的唯一方式,在非经本单位允许的情况下,排除员工以其他方式记录出勤的情况。同时用人单位也可以在考勤制度中约定下班后必须打卡签退,如将下班打卡时间约定在下班后半个小时以内,这样可督促员工按时打卡,防止上述案例中休闲娱乐后打卡的情形出现。

为确保手工签到的真实性、准确性,用人单位应要求员工以签名的方式记录本人的出勤情况。而对于采用电子打卡的用人单位,为防止员工秋后算账,弥补电子考勤档案的证据不足、宜被篡改的缺陷,用人单位可将员工出勤情况的打卡记录打印成书面资料,并以一个星期或一个月为周期要求员工签字确认。

用人单位必须明确再好的管理制度也需要有力的执行来给予支持。因此用人单位应严格执行考勤制度,不定期抽查考勤情况及考勤记录情况等,确保考勤完整、正确,具有法律认定效力。

(2) 建立并落实加班审批制度

为了防止员工恶意加班,减少不必要的加班费支出,用人单位应建立并落实严格加班审批制度。如用人单位可在加班审批制度中约定:“本公司提倡在标准工作时间内完成工作,不提倡加班;如因工作需要,确要加班的,员工须提前一日填写加班申请单,并按审批程序获得批准后或者由公司统一安排方可加班。未填写加班申请单或加班申请未经批准或公司未安排的延长工时工作,不视为加班。”

为确保加班审批制度的法律效力,用人单位在制定加班审批制度时应确保内容科学合理,不存在明显克扣员工加班费的条款,同时要确保加班审批制度事先在全员范围内公示,并经所有员工签收。



对员工申请加班的理由,有关领导应结合本单位工作安排情况严格审核,能在正常工作时间完成的加班申请,尽量不予批准;对工作量大确实无法在正常工作时间内完成的加班申请,方可根据其必要性、紧迫性给予批准。同时对于批准的加班,能调休的尽量安排调休,以降低用人单位人工成本。

(3) 实行特殊工时制度

用人单位可对符合条件的岗位申请综合计算工时工作制和不定工时制,从而绕开标准工时制对工作时间的严苛规定,有效控制加班成本。

(4) 约定加班工资计算基数

我国部分地区的地方性规定允许劳资双方约定加班工资的计算基数,如浙江省《关于全面实行劳动合同制度若干问题处理意见的通知》(浙劳政〔1995〕103号)第九条第一款规定:“单位安排职工加班加点的,应当以劳动合同规定的职工本人所在的岗位(职位)相对应的工资标准为加班加点工资的计发基数。”由此可见,在有地方性法规支持约定加班工资计算基数的情况下,用人单位可将加班工资计算基数设计得低一些,一般来说不低于最低工资标准即可,这样即使员工确实存有加班的话,总的加班费也可适量降低。

3.2.3 节假日加班能安排调休吗

胡某在一塑料加工厂工作,该公司实行“四班三倒”制,即员工分为四班,一班上早班,一班上中班,一班上晚班,一班休息,每班8小时,轮换上班的工作制度。

去年,公司和胡某解除了劳动合同,胡某要求公司支付以往的加班工资。公司认为他们实行的是轮班制度,每次下班以后要隔24小时才来上班,不应当再支付加班费。

因双方没有达成一致,胡某提请仲裁委员会仲裁。仲裁委员会经调查取证后认为实行轮班工作制的员工,工作日正好是周休息日的,属于正常工作;工作日正好是法定休假日的,应当视为加班。最后经仲裁委员会调解,公司同意支付胡某6000余元的加班费。

上述案例中,仲裁委员会之所以做出公司支付加班费的裁决,是有法律依据的。

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

(一) 安排劳动者延长工作时间的, 支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬;

(二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的, 支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;

(三) 法定休假日安排劳动者工作的, 支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”

《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》(穗劳函字〔1997〕127号)对“休息日或法定休假日加班, 用人单位可否不支付加班费而给予补休, 补休的标准如何确定”的回答为: “依据《劳动法》第四十四条规定, 休息日安排劳动者加班工作的, 应首先安排补休; 不能补休时, 则应支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。补休时间应等同于加班时间。法定休假日安排劳动者加班工作的, 应另外支付不低于工资的百分之三百的工资报酬, 一般不安排补休。”

由上述法律规定可知, 即使实施轮班制的用人单位, 若轮班时正好是法定节假日的, 同样应被视为加班, 需支付加班工资, 一般不得安排补休。

具体来说, 针对不同类型的加班, 用人单位在调休时应掌握如图3-2所示的要点。

加班类型	可否以调休代替加班费	加班费支付标准
两个工作日之间的休息时间加班	不可以, 法律没有规定可以调休	◎工资的1.5倍
公休日加班	可以, 法律有明确规定可以调休	◎工资的2倍
法定节假日加班	不可以, 法律有明确规定不可以安排调休	◎工资的3倍

图3-2 加班调休要点

3.2.4 “泡事假”员工处理

所谓事假, 指员工因私事即除身体、工作之外的原因, 需要停止工作的休



假。这里的事假应区别于员工依法享有的年休假、探亲假、婚假、丧假等，因为事假的条件、天数以及事假期间的工资待遇可由用人单位在自己的规章制度中规定；而员工依法享有的休假的条件、天数以及休假期间的工资待遇相关法律都有明确规定，用人单位不能碰触其底线。

在实践中，有的用人单位出于人性化考虑，不愿多扣员工工资，对于请事假的员工也一般象征性地扣取部分工资。这种做法可以提高员工的满意度，一定程度减少员工的流失率，但是凡事有利必有弊，这也在一定程度上助长了“泡事假”的产生，容易使工作团队形成懒散、任意妄为的作风。因此，对于事假的管理，看似简单，实属不易。



案例回放 ▶▶▶

某公司是一家从事网页设计的企业，李女士的职位为HR部门经理。李女士最近发现，该公司的员工经常以请事假为由不来公司，甚至有几个人偷偷在外做兼职。经过与员工谈话，李女士了解到之所以出现这种情况，原来是本公司的休假管理制度有问题。公司的休假管理制度规定：员工请事假3天以内的，报部门主管批准；请事假3天以上5天以内的报部门经理批准；请事假5天以上的，报总经理批准。另外，员工每个月有2天的带薪事假；请事假3~4天的，扣除事假期间基本工资的30%；请事假5~6天的，扣除事假期间基本工资的60%；请事假超过6天的，扣除事假期间全部基本工资。

上述案例中公司的休假管理制度有哪些不足？公司应如何改进呢？



依法说案 ▶▶▶

上述案例中，李女士所在公司的休假管理制度主要存在的不足有三点，如下所示。

（1）事假审批权限过宽

部门主管拥有3天以内的事假审批权，部门经理拥有5天以内的事假审批权，而部门主管、部门经理经常与员工在一起，不管是出于感情因素还是出于笼络下属考虑，都有可能造成部门主管、部门经理随



意批准事假的情况出现。

(2) 事假审批标准不明、审批程序不当

该公司对事假审批标准没有给予明确,审批人在行使审批权时无统一标准可以参考,直接导致只要是事假都批准的情形出现。

同时该公司的审批程序也有问题,公司的请假审批未经人力资源部,这样人力资源部就不能及时监控事假审批事项,从而造成任意批准事假的情形出现。

(3) 事假期间工资待遇过高

该公司事假期间工资待遇过高,这是导致员工“泡事假、做兼职”事件发生的最大原因。

鉴于以上不足,为了防范员工“泡事假”的继续发生,该公司可从以下三个方面来完善休假管理制度:

(1) 减少部门主管、部门经理的审批权限

将原来部门主管3天的审批权限,缩短为0.5天;将原来部门经理的审批权限缩短为3天;3天(不含)以上的由总经理审批。

(2) 明确事假审批条件,规范事假审批程序

明确事假审批的条件,如要求员工必须说明请假的具体原因,对以有事、有私事等理由请假的不予批准。员工请假理由涉及个人隐私的,公司应做好保密工作。

同时公司应规范事假审批程序,对于超过0.5天的事假,要求请假员工在提请上级领导批准后,报人力资源部经理批准。

(3) 降低员工事假期间的工资待遇

关于事假期间的工资,法律一般规定为事假期间用人单位可以不支付员工工资,因此该公司不突破法律的这项规定即可。同时为了防止员工“泡事假、做兼职”,公司可将相关指标列入绩效考核系统,以促使员工减少不必要的事假天数。当然,为了提高员工的满意度,防止员工对新制度的不适应,降低员工的流失率,该公司在发布新的休假管理制度同时,也可以通过提高其他福利待遇、增加绩效工资等方式弥补员工的损失。

对于事假期间的工资待遇,一些地方性的法规有具体规定,如深圳市2004



年12月1日起施行的《深圳市员工工资支付条例》第二十五条规定：“员工请事假的，用人单位可以不支付其事假期间的工资。”由此看来，事假期间员工并未向用人单位提供劳动，用人单位不支付事假期间的工资也是合情、合理、合法的。

同时，用人单位也应注意在处理事假期间的工资待遇问题上，除可以不支付劳动者事假期间的工资外，不能再扣除事假以外的工资。关于这个问题，有的地方性法规有明确规定，如2010年修正的《浙江省企业工资支付管理办法》第十六条第3款规定：“劳动者请事假的，企业可以不支付事假期间工资，但不得扣减事假以外的工资。”

3.2.5 “泡病假”员工处理



案例回放 ▶▶▶

某大型公司总部在上海，并在北京、广州、深圳等各大城市设有分部。2013年3月，广州分公司的员工张某从广州某医院开具了一张病假证明，要求请病假一个月。一个月后，张某又从同一医院开具了一张病假证明，要求再请病假一个月。人力资源部经调查，该员工并没有什么必须休息的病，而是在恶意“泡病假”。

面对此种情况，人力资源部该如何做呢？



依法说案 ▶▶▶

一般情况下，员工请病假都需要开具证明资料，但从现状上来看，员工要开具一张医院的虚假病假证明并不是太难，这就给员工“泡病假”提供了便利。

尽管《关于加强企业伤病长休职工管理工作的通知》（劳险字〔1992〕14号）中规定：“职工因伤病需要休假的，应凭企业医疗机构或指定医院开具的疾病诊断证明，并由企业审核批准。”但这一规定并未意味着法律赋予用人单位可以要求员工必须到指定医院开具证明，否则不算病假的权利，因此用人单位在管理“泡病假”员工时有一定



的难度。尽管如此,用人单位面对恶意“泡病假”的员工,也不能听之任之,而应采取一定的措施。

首先,用人单位应对员工病情的真伪进行鉴别。用人单位可以要求员工提交病历本、病假证明、医药费单据等,对病假的真实性进行审查。对于请病假超过一定期限的员工,用人单位有合理怀疑的,也可以要求其到指定医院进行复查,此时应注意指定复查的医院不存在违反公平性、合理性及便利性的情形,复查的费用最好由用人单位支付。

其次,对于医疗期届满的员工,用人单位也可以依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条的规定采取措施,即对员工患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,也不能从事由用人单位另行安排的工作的,用人单位可以在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,解除劳动合同。

所谓病假,是指员工因自然患病(非职业病)或非因工负伤,需要停止工作,接受治疗或休息疗养的假期。对于员工而言,病假属于有薪假期。要想防止员工“泡病假”,用人单位除了掌握上述措施外,还应掌握医疗期长短及累计病休周期的计算方法,从而合法推算出员工是否还可以享受医疗期。

(1) 医疗期长短计算

根据我国现行劳动法律、法规、政策性文件的相关规定,用人单位的员工因患病需要停止工作医疗时,用人单位应该根据员工本人实际参加工作年限和在本单位工作年限,给予一定的医疗期,在医疗期内,用人单位不得解除劳动合同。

根据原劳动部(现合并为人力资源和社会保障部)1994年发布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第三条规定,员工的医疗期的计算标准如表3-3所示。

需要指出的是,各地对于医疗期的期限及计算方法有具体的规定,需要按照当地的规定执行。如上海市修订后的《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》(沪府发〔2015〕40号)第二条中规定:“医疗期按照劳动者在本用人单位的工作年限设置。劳动者在本单位工作第1年,医疗期为3个月;以后工作每满1年,医疗期增加1个月,但不超过24个月。”



表 3-3 员工医疗期计算标准表

实际工作年限	在本单位工作年限	医疗期月数
10年以下	5年以下	3
	5年以上	6
10年以上	5年以下	6
	5～10年	9
	10～15年	12
	15～20年	18
	20年以上	24

（2）累计病休周期的计算

《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第四条规定：“医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。”

医疗期从员工病休之日起开始计算，在规定的时间内累计病休时间达到规定医疗期时限的视为医疗期满。连续病休的，其节假日按病休日计算。具体计算下面以一个案例来说明。



案例回放

员工S是否还能享受医疗期

某公司员工S去年10月因身体不适，请了3个月的病假（他有3个月的医疗期）。在此期间公司按照医疗期的待遇发放工资。今年2月份，该员工拿着医院开的证明，要求再休3个月的医疗期。请问，员工S的请假申请必须批准吗？

员工S去年10月休假，从其病休第一天开始计算病假天数，往后推6个月的最后一天即为医疗期周期的截止日，因此，医疗期的计算周期为去年10月到今年4月。在此周期内S病假累计满3个月，则其医疗期满，不能再次享受医疗期，故他的请假批准可以不批。员工S要想享受医疗期，只有等到下一个周期才可以。



3.2.6 病假员工工资怎么算

关于员工病假期间的工资，其计算的法律依据为1953年1月2日颁布的《中华人民共和国劳动保险条例》和同期颁布的《中华人民共和国劳动保险条例实施细则修正草案》。根据上述两大法律规定，员工疾病或非因工负伤停止工作连续医疗期间在6个月以内的，由用人单位按其在本用人单位连续工龄的长短发放病假工资，其标准为：连续工龄不满2年，为本人工资60%；满2年不满4年，为本人工资70%；满4年不满6年，为本人工资80%；满6年不满8年，为本人工资90%；满8年及8年以上，为本人工资100%。停止工作连续医疗期间超过6个月的，按月付给疾病或非因工负伤救济费，其标准如下：连续工龄不满1年者，为本人工资40%；满1年未及3年者，为本人工资50%；3年及3年以上，为本人工资60%。此项救济费付至能工作或确定为残废或死亡时止。

对于员工病假期间的工资发放标准，《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）第五十九条规定：“职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。”这相当于给用人单位支付员工病假期间工资设置了底线。

需要指出的是，关于病假期间的工资，若地方立法有相应规定的，用人单位需按照当地的规定执行。

如《北京市工资支付规定》第二十一条规定：“劳动者患病或者非因工负伤的，在病休期间，用人单位应当根据劳动合同或集体合同的约定支付病假工资。用人单位支付病假工资不得低于本市最低工资标准的80%。”

再如《深圳市员工工资支付条例》第二十三条规定：“员工患病或者非因工负伤停止工作进行医疗，在国家规定的医疗期内的，用人单位应当按照不低于本人正常工作时间工资的百分之六十支付员工病伤假期工资，但不得低于最低工资的百分之八十。”

而《上海市企业工资支付办法》（沪劳保综发〔2003〕2号）、《关于加强企业职工疾病休假管理保障职工疾病休假期间生活的通知》（沪劳保发〔1995〕83号）不仅对病假工资的最低标准进行了规定，也对计算基数、计算系数等进



行了规定。

(1) 计算基数

① 劳动合同有约定的,按不低于劳动合同约定的劳动者本人所在岗位(职位)相对应的工资标准确定。集体合同(工资集体协议)确定的标准高于劳动合同约定标准的,按集体合同(工资集体协议)标准确定。

② 劳动合同、集体合同均未约定的,可由用人单位与职工代表通过工会集体协商确定,协商结果应签订工资集体协议。

③ 用人单位与劳动者无任何约定的,假期工资的计算基数统一按劳动者本人所在岗位(职位)正常出勤的月工资的70%确定。

按以上原则计算的假期工资基数均不得低于本市规定的最低工资标准。法律、法规另有规定的,从其规定。

(2) 计算系数

员工疾病或非因工负伤连续休假工资的计算系数如表3-4所示。

表3-4 疾病或非因工负伤连续休假工资的计算系数表

休假时间	本单位连续工龄	计算系数
连续休假在6个月以内	不满2年	本人工资的60%
	满2年不满4年	本人工资70%
	满4年不满6年	本人工资的80%
	满6年不满8年	本人工资的90%
	满8年及以上	本人工资的100%
连续休假超过6个月	不满1年	本人工资的40%
	满1年不满3年	本人工资的50%
	满3年及以上	本人工资的60%

(3) 计算公式

根据《上海市企业工资支付办法》第十四条规定,在制度工作日内请病、事假等的日工资计算方法为按本办法第九条原则确定的计算基数,除以发生当月的计薪日。由此可以得出,病假工资的计算公式如下所示:

病假工资 = 计算基数 / 月计薪天数(21.75) × 计算系数 × 病假天数

(4) 计算举例

关于上海市病假工资的计算,下面以一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶

病假工资如何算

2015年6月,上海市某公司的员工A请病假两天,请问其病假的工资如何计算?已知A于2014年入职该公司,劳动合同约定的病假工资为3000元,上海市月最低工资标准2020元。

$A \text{ 病假工资} = 3000 \div 21.75 \times 60\% \times 2 = 166 \text{ (元)}$

3.2.7 早婚可以请婚假吗



案例回放 ▶▶

张小姐18岁时进入S公司工作,1年后(此时19岁)与本公司员工陈先生(27岁)相恋,并决定结婚。后张小姐、陈先生以要回老家办酒席为由,向公司提出休婚假的申请。



依法说案 ▶▶

《中华人民共和国婚姻法》第六条规定:“结婚年龄,男不得早于二十二周岁,女不得早于二十周岁。”同时,该法第八条规定:“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的,予以登记,发给结婚证。取得结婚证,即确立夫妻关系。未办理结婚登记的,应当补办登记。”

由上述两条法规可以得出,本案例中19岁的张小姐不符合结婚年龄要求,也没有进行结婚登记并取得结婚证。因此,本案中的公司可以拒绝张小姐与陈先生的婚假申请。

上述案例中的张小姐属于早婚。早婚指不符合我国婚姻法规定,男女双方没达到法定年龄(男22周岁,女20周岁)而结婚的现象。受我国传统习俗的影响,很多员工认为自己举行结婚仪式,亲朋好友认可了,就算结婚了,但这



不符合《中华人民共和国婚姻法》的规定，因此用人单位可以拒绝早婚婚假的申请。为避免早婚请婚假现象的出现，用人单位可以在制度中规定婚假的申请条件，如“请婚假员工需持结婚证及其复印件到人力资源部申请批准”。

3.2.8 婚假产假天数知多少

早婚不合法，可以拒绝其请婚假的申请，而对于合法的婚假，用人单位应如何审批呢？首先，用人单位必须在制度中明确，所谓婚假是指员工本人结婚依法享受的假期。其次，关于婚假的天数，用人单位应参照有关法律执行。

2015年12月21日，全国人民代表大会常务委员会第十八次会议审议通过了《中华人民共和国人口与计划生育法修正案（草案）》，该草案中删除了对晚婚晚育夫妻、独生子女父母进行奖励的规定。也就是说，自2016年1月1日起，晚婚晚育夫妻将不再有晚婚假、晚育假。

而关于婚假的天数，我国在法律层面没有规定，只在行政法规和规范性文件层面有涉及，如《关于国营企业职工请婚丧假和路程假问题的通知》（劳总薪字〔1980〕29号）规定，婚假1～3天，结婚双方不在一地工作的另外给予路程假，此文件当时针对的是国营企业。通常情况下，为规避风险，用人单位一般按最长3天婚假计算；个别地方也有准3天以上婚假的具体规定，用人单位应参照地方规定执行。

下面是几个地区不同婚假天数的规定，具体如下所示。

《山西省人口和计划生育条例》规定，依法办理结婚登记的夫妻可以享受婚假30日。而《福建省人口与计划生育条例》规定，依法办理结婚登记的夫妻享受婚假15日。《上海市人口与计划生育条例》第三十一条规定，符合法律规定结婚的公民，除享受国家规定的婚假外，另增加婚假七天。

3.2.9 产前检查扣工资合法吗



案例回放 ▶▶▶

李女士是一工厂的工人，怀孕后因产前检查的问题和公司人力资源部门起了冲突。人力资源部门声称劳动法中只有产假而无产检假规定，本公司请假制度中也没有产检假一说，故对李女士的产检假不予

批准。因此李女士被多次扣发工资及全勤奖。李女士对此不服，遂申请仲裁。

上述案例中，李女士的申请会被支持吗？人力资源部的做法合法吗？



依法说案 ▶▶

上述案例中，李女士的仲裁申请一般情况下会被支持。尽管《中华人民共和国劳动法》对产检假没有规定，但是国务院公布《女职工劳动保护特别规定》第六条第三款规定：怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间。由此可见，该工厂扣发李女士工资及全勤奖是不合法的，应予以纠正，并修改本工厂的相关制度，以确保其内容合法。

所谓产检假，就是怀孕的女员工在劳动时间内进行产前检查，算作劳动时间，不能按病假、事假、旷工等处理，也不能扣发工资。

关于产检假的次数和天数，国家并没有统一，在实践中，一般认为只要是遵照医嘱，属于正常必要的产假，都应计入劳动时间。为规范产检假的审批工作，用人单位可在制度中明确员工请产检假所需持有的证明，如产检预约单、产检记录、诊断证明等。

3.2.10 爷爷公婆去世能请丧假吗

案例1：张某就职于北京一家公司，前几天其家里人打电话通知他爷爷去世了，需要马上回家。知道丧假是不扣工资的，张某想请丧假，但是又不知道爷爷去世是否属于丧假请假范围，故张某不知如何是好。

案例2：李女士也就职于北京一家公司，其婆婆于日前过世，李女士需要料理后事，遂想向公司请丧假。李女士不知道婆婆去世是否属于丧假请假范围，故也不知如何是好。

员工休丧假的，用人单位可参考原国家劳动总局、财政部《关于国营企业职工请婚丧假和路程假问题的通知》的有关规定，具体如下：“



一、职工本人结婚或职工的直系亲属（父母、配偶和子女）死亡时，可以根据具体情况，由本单位行政领导批准，酌情给予一至三天的婚丧假。

二、职工结婚时双方不在一地工作的；职工在外地的直系亲属死亡时需要职工本人去外地料理丧事的，都可以根据路程远近，另给予路程假。

三、在批准的婚丧假和路程假期间，职工的工资照发。途中的车船费等，全部由职工自理。”

根据上述规定，父母、配偶和子女死亡的属于丧假的请假范围，但是在实际工作中往往会碰到员工爷爷、奶奶去世、岳父母去世、公公、婆婆去世也要求请丧假的情形，这就让用人单位左右为难，法律也没有规定必须批准，不批准似乎又不太合乎人情。

面对上述情形时，用人单位可在参照国家法律规定的基础上，依照本地区相关法律法规规定执行。比如北京市的用人单位可参照原北京市劳动局《关于国营企业职工请丧假范围有关问题的通知》（市劳险字〔1987〕66号）的内容，即“女职工的公婆死亡时和男职工的岳父母死亡时，经本单位领导批准，可酌情给予一至三天的丧假。”

根据国家及北京市相关法律法规规定，案例1中，张某爷爷去世法律并没有规定丧假，用人单位可以不批；不过考虑到我国的传统习惯，用人单位也可酌情给予一定丧假或事假。

同样根据国家及北京市相关法律法规规定，案例2中，李女士的婆婆去世符合丧假规定的范围，故用人单位应予以批准，酌情给予一至三天的丧假。

3.2.11 带薪年假天数的计算

根据《工资支付暂行规定》第十一条的规定，员工依法享受年休假，用人单位应按劳动合同规定的标准支付员工工资，由此可见员工依法享受的年休假属于带薪假。

2008年1月1日起施行《职工带薪年休假条例》第二条规定：“机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作1年以上的，享受带薪年假（以下简称年休假）。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。”该条例第三条规定：“职工累计工作已满1年不满10年的，年休假5天；已满

10年不满20年的，年休假10天；已满20年的，年休假15天。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。”此条例对带薪年假的休假条件及时间进行了规定。

2008年7月17日施行的《企业职工带薪年休假实施办法》对带薪年假的休假条件及时间也进行了规范，其中第三条规定：“职工连续工作满12个月以上的，享受带薪年假。”该实施办法第四条规定：“年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工在同一或者不同用人单位工作期间，以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间，应当计为累计工作时间。”该实施办法第五条规定：“职工新进用人单位且符合本办法第三条规定的，当年度年休假天数，按照在本单位剩余日历天数折算确定，折算后不足1整天的部分不享受年休假。

“前款规定的折算方法为：（当年度在本单位剩余日历天数÷365天）×职工本人全年应当享受的年休假天数。”

下面以一个案例来对带薪年假天数的计算进行说明。



案例回放

小张在A单位工作了2年3个月，在B单位工作了4年2个月，今年7月1日起到C单位工作。请问：小张在C单位能休几天的年假？

小张累计工作时间为6年5个月，其年休假天数为5天。小张本年度在C单位的剩余日历天数为自7月1日到12月31日的天数，总计184天。因此小张今年在C单位的带薪年假天数为： $(184/365) \times 5 \approx 2.5$ 天。根据《企业职工带薪年休假实施办法》规定的折算后不足1整天的部分不享受年休假，则小张今年在C单位的带薪年假天数为2天。

用人单位应注意员工享受带薪年假的条件是连续工作1年以上或满12个月以上的，法律并没有限制必须是同一用人单位。因此，为了降低新员工的年休假成本，用人单位可将其入职时间延迟一点，以使员工在本单位的工作时间与其上一单位的工作时间不再连续，此时员工若要享受年休假则需在本单位连续工作一年。



3.3

员工劳动防护与健康检查

3.3.1 员工未经安全培训能上岗吗



案例回放

某生产制造公司因生产需要招用了一大批工人。该公司在没有对这批工人进行安全教育培训的情况下，便让他们上岗，并为他们颁发了上岗证。后该公司遭举报，被有关部门责令限期整改，并被处以1万元罚款。



依法说案

上述生产制造公司之所以受到限期整改责罚，甚至被罚1万元，就是因为其没有安排新招用的工人进行安全生产教育和培训。《中华人民共和国安全生产法》规定未经安全生产教育和培训合格的从业人员，不得上岗作业。同时该法律也规定了生产经营单位未对从业人员进行安全教育和培训，有关部门可责令限期改正，还可以处五万元以下的罚款。

安全教育培训可以赋予员工安全生产风险知识和风险防范意识与技能，使其能胜任工作，从而减轻职业危害，防止各类事故的发生。为确保安全培训的贯彻，防止和减少生产安全事故，保障员工生命和财产安全，我国制定了多项涉及安全教育培训法律法规。下面就对《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国安全生产法》这两大主要法律的相关条款进行着重说明。

(1) 《中华人民共和国劳动法》关于安全培训的规定

《中华人民共和国劳动法》第五十二条规定：“用人单位必须建立、健全劳



动安全卫生制度,严格执行国家劳动安全卫生规程和标准,对劳动者进行劳动安全卫生教育,防止劳动过程中的事故,减少职业危害。”

《中华人民共和国劳动法》第六十八条规定:“用人单位应当建立职业培训制度,按照国家规定提取和使用职业培训经费,根据本单位实际,有计划地对劳动者进行职业培训。

从事技术工种的劳动者,上岗前必须经过培训。”

由上述法律规定可知,用人单位有对员工进行安全教育培训的义务,而且对于从事技术工种的员工,未经培训不得安排上岗。

(2)《中华人民共和国安全生产法》关于安全教育培训的规定

《中华人民共和国安全生产法》根据2014年8月31日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改〈中华人民共和国安全生产法〉的决定》第二次修正,修订后的《中华人民共和国安全生产法》关于安全教育培训的规定如下所示。

《中华人民共和国安全生产法》第六条规定:“生产经营单位的从业人员有依法获得安全生产保障的权利,并应当依法履行安全生产方面的义务。”

《中华人民共和国安全生产法》第二十五条规定:“生产经营单位应当对从业人员进行安全生产教育和培训,保证从业人员具备必要的安全生产知识,熟悉有关的安全生产规章制度和安全操作规程,掌握本岗位的安全操作技能,了解事故应急处理措施,知悉自身在安全生产方面的权利和义务。未经安全生产教育和培训合格的从业人员,不得上岗作业。

生产经营单位使用被派遣劳动者的,应当将被派遣劳动者纳入本单位从业人员统一管理,对被派遣劳动者进行岗位安全操作规程和安全操作技能的教育和培训。劳务派遣单位应当对被派遣劳动者进行必要的安全生产教育和培训。

生产经营单位接收中等职业学校、高等学校学生实习的,应当对实习学生进行相应的安全生产教育和培训,提供必要的劳动防护用品。学校应当协助生产经营单位对实习学生进行安全生产教育和培训。

生产经营单位应当建立安全生产教育和培训档案,如实记录安全生产教育和培训的时间、内容、参加人员以及考核结果等情况。”

《中华人民共和国安全生产法》第九十四条规定,生产经营单位有“未按照规定对从业人员、被派遣劳动者、实习学生进行安全生产教育和培训,或者未



按照规定如实告知有关的安全生产事项”或“未如实记录安全生产教育和培训情况”的行为，责令限期改正，可以处五万元以下的罚款；逾期未改正的，责令停产停业整顿，并处五万元以上十万元以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上二万元以下的罚款。

根据上述法律条款规定可知，用人单位必须对从业人员进行安全生产教育和培训，不得安排未经安全生产教育和培训合格的从业人员上岗，否则将会受到处罚。《中华人民共和国安全生产法》比《中华人民共和国劳动法》对从业人员上岗的要求更为严苛，《中华人民共和国劳动法》只要求经过培训，而《中华人民共和国安全生产法》要求必须经教育培训，且合格。用人单位在实际工作中，应按照《中华人民共和国安全生产法》的相关要求，即按照图3-3所示的步骤实施安全教育培训。

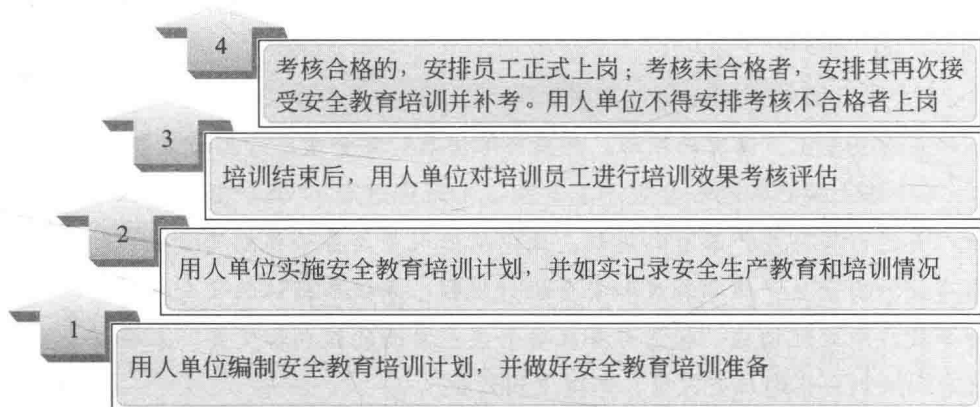


图3-3 安全教育培训实施步骤

3.3.2 特种作业人员持证上岗管理

特种作业，指容易发生事故，对操作者本人、他人的安全健康及设备、设施的安全可能造成重大危害的作业。凡是从事特种作业的人员称为特种作业人员。

《中华人民共和国安全生产法》第二十七条规定：“生产经营单位的特种作业人员必须按照国家有关规定经专门的安全作业培训，取得相应资格，方可上岗作业。

特种作业人员的范围由国务院安全生产监督管理部门会同国务院有关部门



确定。”

该法律条款明确规定，生产经营单位的特种作业人员必须持证上岗，特种作业人员的范围由国务院安全生产监督管理部门会同国务院有关部门确定。此外《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》对特种作业人员的范围、必须具备的条件、持证上岗要求等进行了规定。

（1）特种作业人员的范围

国家安全生产监督管理总局令第30号发布《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》中规定，特种作业人员是指直接从事特种作业的从业人员，而特种作业的范围由特种作业目录规定。根据《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》附件中的特种作业目录，结合该法律的相关规定，特种作业人员即从事以下11类特种作业的人员，具体如表3-5所示。

表3-5 特种作业的范围

1	电工作业	2	焊接与热切割作业	3	高处作业
4	制冷与空调作业	5	煤矿安全作业	6	金属非金属矿山安全作业
7	石油天然气安全作业	8	冶金（有色）生产安全作业	9	危险化学品安全作业
10	烟花爆竹安全作业	11	安全监管总局认定的其他作业		

（2）特种作业人员必须具备的条件

根据《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》，特种作业人员应当符合下列条件，不符合条件的员工用人单位不得安排其从事特种作业。

① 年满18周岁，且不超过国家法定退休年龄。

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

③ 具有初中及以上文化程度。

④ 具备必要的安全技术知识与技能。

⑤ 相应特种作业规定的其他条件。

危险化学品特种作业人员除符合前款第①项、第②项、第④项和第⑤项规定的条件外，应当具备高中或者相当于高中及以上文化程度。



(3) 特种作业人员持证上岗要求



案例回放▶▶

小姜是某加工企业的一名普通工人，由于公司业务扩展，焊接人员不够，公司便临时要求小姜担任焊接的部分工作。

小姜以前从没接触过焊接的工作，自己也从没接受过相关培训，并未取得相关作业证书，于是他担心自己在焊接工作中会造成事故，遂向公司说明不愿意从事焊接这项工作。

不曾想，公司却以小姜不接受公司安排为由，要与小姜解除劳动合同。



依法说案▶▶

根据《中华人民共和国安全生产法》《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》等法律法规规定，焊接属于特种作业，小姜必须取得特种作业操作证，公司方可安排其从事焊接工作。

由此可见，公司存在违章指挥、强令冒险作业的行为，根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十二条规定，小姜在不具备特种作业操作证的情况下拒绝焊接工作，不视为违反劳动合同。因此该公司与小姜解除劳动合同的行为是违法行为，将可能承担违法解除劳动合同的风险。

根据《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》，特种作业人员必须经专门的安全技术培训并考核合格，取得《中华人民共和国特种作业操作证》后，方可上岗作业。具体来说，特种作业人员应先参加相关培训，再申请考试，考试合格后，申领特种作业操作证，取证培训及考试的相关要求如下所示：

① 取证培训要求。

《中华人民共和国特种作业操作证》取证培训的要求如图3-4所示。

② 取证考试要求。

《中华人民共和国特种作业操作证》取证考试的要求如图3-5所示。

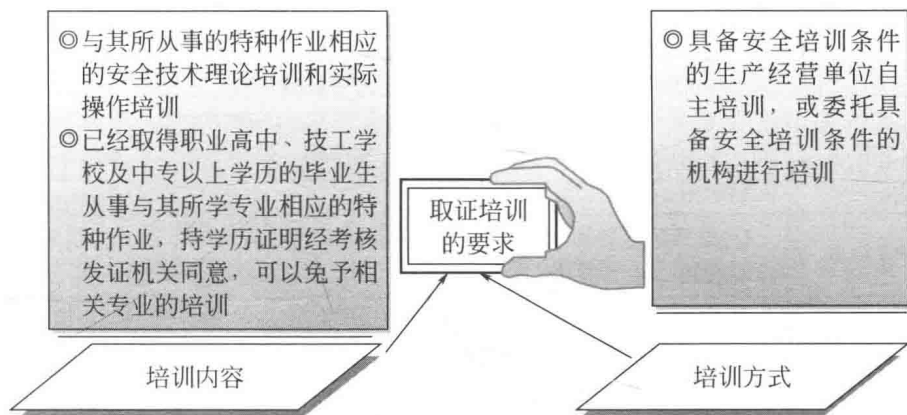


图3-4 取证培训的要求

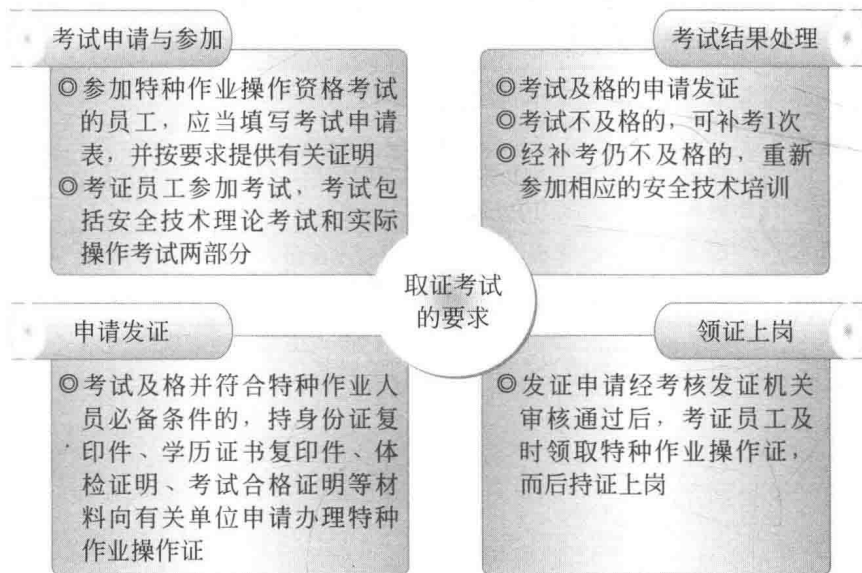


图3-5 取证考试的要求

3.3.3 未佩戴安全帽酿惨案

劳动防护用品，是指保护生产人员在生产过程中免受或减轻事故伤害和职业危害的一种防御性装备。用人单位应根据实际安全生产、防止职业性伤害的需要，按照不同工种、不同劳动条件，向员工发给劳动防护用品，并确保劳动防护用品的有效性及使用合规性。

劳动防护用品按照防护部位可分为九类，具体如表3-6所示。



表 3-6 劳动防护用品分类表

分类	说明
头部护具	◎ 是用于保护头部，防撞击、挤压伤害，防物料喷溅，防粉尘等的护具。主要防尘帽、防水帽、防寒帽、安全帽、防静电帽、防高温帽、防电磁辐射帽、防昆虫帽等
呼吸护具	◎ 是预防尘肺和职业病的重要护品，如活性炭口罩、动力呼吸保护器、防毒面具
眼防护具	◎ 用以保护作业人员的眼睛、面部，防止外来伤害。分为焊接用眼防护具、炉窑用眼护具、防冲击眼护具、微波防护具、激光防护镜，以及防X射线、防化学、防尘等眼护具
听力护具	◎ 有耳塞、耳罩和帽盔三类
防护鞋	◎ 用于保护足部免受伤害，如防尘鞋、防水鞋、防寒鞋、防冲击鞋、防静电鞋、防高温鞋、防酸碱鞋、防油鞋、防烫脚鞋、防滑鞋、防穿刺鞋、电绝缘鞋、防震鞋等
防护手套	◎ 用于手部保护，主要有耐酸碱手套、电工绝缘手套、电焊手套、防X射线手套、石棉手套等
防护服	◎ 用于保护职工免受劳动环境中的物理、化学因素的伤害，分为特殊防护服和一般作业服两类
防坠落护具	◎ 用于防止坠落事故发生，主要有安全带、安全绳和安全网
护肤用品	◎ 用于外露皮肤的保护，分为护肤膏和洗涤剂

下面以一个案例来说明劳动防护用品的重要性。



案例回放

3月6日11时左右，某机械公司施工人员张某和李某分别站在高约7米的彩钢棚两侧拆除旧彩钢板。忽然，张某听到彩钢板破裂声和一声惨叫，一回头已不见李某。张某迅速从彩钢棚上下来，发现李某躺在地上，一动不动，后脑勺不断有血液流出。

张某吓坏了，立即大声呼救。后经路人帮忙，拨打了120，并送至医院抢救。不幸的是，李某依然因伤势过重，经抢救无效，于当日死亡。

经事故原因调查，造成此惨案的原因主要有两个，一是彩钢棚建设时间早，部分构架已腐朽，无法支撑一个人的重量；另一个原因是施工人员施工时未系安全带、未佩戴安全帽。



关于劳动防护用品的配置与使用等,我国法律法规也有相关规定。

(1) 劳动防护用品的配置规定

《中华人民共和国劳动法》第五十四条规定:“用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。”

《中华人民共和国安全生产法》第二十五条规定:“生产经营单位接收中等职业学校、高等学校学生实习的,应当对实习学生进行相应的安全生产教育和培训,提供必要的劳动防护用品。学校应当协助生产经营单位对实习学生进行安全生产教育和培训。”同时该法第四十二条规定:“生产经营单位必须为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品。”

由上述法律规定可知,用人单位必须为从业人员提供必要的劳动防护用品。

(2) 劳动防护用品的佩戴、使用规定

《中华人民共和国安全生产法》第四十二条规定:“生产经营单位必须为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品,并监督、教育从业人员按照使用规则佩戴、使用。”

同时该法第四十四条规定:“生产经营单位应当安排用于配备劳动防护用品、进行安全生产培训的经费。”

《中华人民共和国安全生产法》不仅对用人单位监督、指导员工正确佩戴、使用劳动防护用品的义务进行了明确规定,也对从业人员在作业过程中正确佩戴和使用劳动防护用品提出了要求,如该法第五十四条规定:“从业人员在作业过程中,应当严格遵守本单位的安全生产规章制度和操作规程,服从管理,正确佩戴和使用劳动防护用品。”

(3) 未提供必要劳动防护用品的罚则

为确保用人单位能认真、及时、合规地向从业人员发放劳动防护用品,提高用人单位对劳动防护用品使用的重视程度,维护从业人员的生命财产安全,我国法律对用人单位未向从业人员提供必要劳动防护用品的行为制定了相关罚则,具体如下所示。

《中华人民共和国劳动法》第九十二条规定:“用人单位的劳动安全设施和劳动卫生条件不符合国家规定或者未向劳动者提供必要的劳动防护用品和劳动保护设施的,由劳动行政部门或者有关部门责令改正,可以处以罚款;情节严重的,提请县级以上人民政府决定责令停产整顿;对事故隐患不采取措施,



致使发生重大事故，造成劳动者生命和财产损失的，对责任人员比照刑法第一百八十七条的规定追究刑事责任。”

《中华人民共和国安全生产法》第九十六条规定：“生产经营单位有未为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品的行为的，责令限期改正，可以处五万元以下的罚款；逾期未改正的，处五万元以上二十万元以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上二万元以下的罚款；情节严重的，责令停产停业整顿；构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。”

3.3.4 职业健康检查不可少

为及时发现员工的职业禁忌和职业性健康损害，根据员工的职业接触史，对员工进行有针对性的定期或不定期的健康体检称为职业健康检查。

（1）必须进行职业健康检查的情形

《中华人民共和国劳动法》第五十四条规定：“用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。”同时该法第六十五条规定：“用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。”

《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定：“从事接触职业病危害作业的员工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，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。”

《中华人民共和国职业病防治法》第三十六条规定：“对从事接触职业病危害作业的劳动者，用人单位应当按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果书面告知劳动者。”

2015年5月1日起施行的《职业健康检查管理办法》第二条规定：“本办法所称职业健康检查是指医疗卫生机构按照国家有关规定，对从事接触职业病危害作业的劳动者进行的上岗前、在岗期间、离岗时的健康检查。”

2012年6月1日起施行的《用人单位职业健康监护监督管理办法》第三条规定：“本办法所称职业健康监护，是指劳动者上岗前、在岗期间、离岗时、应急的职业健康检查和职业健康监护档案管理。”

根据上述法律规定，结合《用人单位职业健康监护监督管理办法》第十一

条、第十三条、第十四条、第十五条、第二十一条的规定，在如表3-7所示的情形下，用人单位必须对从事有职业危害作业的员工进行职业健康检查。

表3-7 职业健康检查的情形

情形	检查对象
员工上岗前	1.拟从事接触职业病危害作业的新录用员工，包括转岗到该作业岗位的员工； 2.拟从事有特殊健康要求作业的员工
员工在岗期间	接触职业病危害因素的员工
员工离岗前	准备脱离所从事的职业病危害作业或者岗位的员工
用人单位发生应急情况时	1.接触职业病危害因素的员工在作业过程中出现与所接触职业病危害因素相关的不适症状的； 2.员工受到急性职业中毒危害或者出现职业中毒症状的
用人单位发生分立、合并、解散、破产等情形时	用人单位员工



案例回放

2015年1月，某工厂5名新员工联名要求工厂对其进行职业健康检查。该厂以“目前正处于扩建阶段，经费困难，以后再安排检查”为由拒绝了员工的要求，员工不服，再次集结15名新员工提出进行职业健康检查要求。该工厂对此要求依然置之不理，甚至以“扰乱公司正常秩序，属于违纪行为”为由，扣减其中两名员工李某、王某的绩效工资，并向一名员工张某发出解除劳动合同通知。

至此，矛盾更加激化。15名新员工集体向县卫生监督所举报该工厂拒绝为其安排职业健康检查的行为，并以非法解除劳动合同等向劳动争议委员会申请仲裁。

县卫生监督所接到举报后，经调查取证与合议后，向该厂发出卫生行政处罚事先告知书，要求立即改正违法行为，并对其罚款五万元。

劳动争议委员会经调查后，依照有关法律规定，裁定该工厂撤销对员工的处罚，即不得扣除李某、王某的绩效工资，继续履行与张某的劳动合同。



依法说案 ▶▶▶

本案县卫生监督所的处罚依据为《中华人民共和国职业病防治法》第七十二条规定，用人单位未按照规定组织职业健康检查、建立职业健康监护档案或者未将检查结果书面告知劳动者，由安全生产监督管理部门责令限期改正，给予警告，可以并处五万元以上十万元以下的罚款。

劳动争议委员会裁决的法律依据主要有两条，具体如下所示。

《中华人民共和国职业病防治法》第四十条规定：“劳动者享有下列职业卫生保护权利：……（二）获得职业健康检查、职业病诊疗、康复等职业病防治服务……（五）对违反职业病防治法律、法规以及危及生命健康的行为提出批评、检举和控告……用人单位应当保障劳动者行使前款所列权利。因劳动者依法行使正当权利而降低其工资、福利等待遇或者解除、终止与其订立的劳动合同的，其行为无效。”

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行。”

（2）职业健康检查的费用承担者

《中华人民共和国职业病防治法》第三十六条规定：“职业健康检查费用由用人单位承担。”

《职业健康检查管理办法》第十二条也规定了在职业健康检查中，用人单位应当承担检查费用。

《用人单位职业健康监护监督管理办法》第八条规定：“用人单位应当组织劳动者进行职业健康检查，并承担职业健康检查费用。劳动者接受职业健康检查应当视同正常出勤。”

由上述法律规定可知，职业健康检查的费用由用人单位承担，且员工接受职业健康检查的时间也视同正常出勤，用人单位不得擅自将其计入事假、病假等，不得借此扣减员工工资。

（3）职业健康检查的档案管理要求

《中华人民共和国职业病防治法》第三十七条规定：“用人单位应当为劳动者建立职业健康监护档案，并按照规定的期限妥善保存。”

职业健康监护档案应当包括劳动者的职业史、职业病危害接触史、职业健康检查结果和职业病诊疗等有关个人健康资料。

劳动者离开用人单位时，有权索取本人职业健康监护档案复印件，用人单位应当如实、无偿提供，并在所提供的复印件上签章。”

上述法律条款，对职业健康检查档案的保管、使用要求等进行了明确规定，用人单位应遵照执行。

(4) 职业健康检查结果的处理措施

根据《用人单位职业健康监护监督管理办法》第十七条规定，用人单位应当根据职业健康检查报告，采取下列措施，具体如图3-6所示。

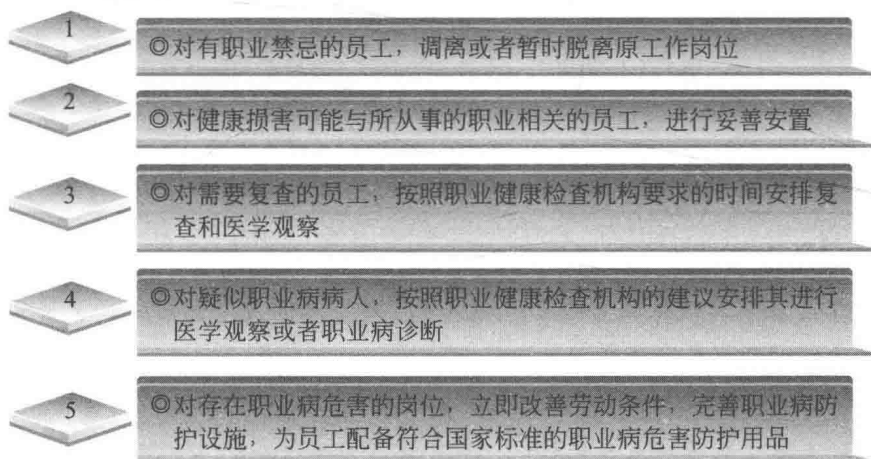


图3-6 职业健康检查结果的处理措施

3.4

特殊群体劳动保护

3.4.1 女职工劳动保护

为保护女职工的合法权益和身体健康，减少和解决女职工在劳动中因生理特点造成的特殊困难，创造积极、健康、和谐的社会经济环境，我国对女职工实行特殊劳动保护制度。实行女职工特殊保护的法律依据为《中华人民共和国



劳动法》第五十八条，该条款明确规定：“国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护。”

（1）女职工禁忌从事的劳动范围

《中华人民共和国劳动法》对女职工禁忌从事的劳动范围进行了如表3-8所示的规定。

表3-8 劳动法对女职工禁忌从事的劳动范围的规定

规定适用对象	法律条款
女职工	第五十九条规定：禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动
经期女职工	第六十条规定：不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动
孕期女职工	第六十一条规定：不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动
哺乳期女职工	第六十三条规定：不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动

《用人单位职业健康监护监督管理办法》第十二条规定：“用人单位不得安排未经上岗前职业健康检查的劳动者从事接触职业病危害的作业，不得安排有职业禁忌的劳动者从事其所禁忌的作业。

“用人单位不得安排未成年工从事接触职业病危害的作业，不得安排孕期、哺乳期的女职工从事对本人和胎儿、婴儿有危害的作业。”该条款也对用人单位不得安排有职业禁忌女职工从事其所禁忌的作业进行了规定。

依据法律规定，用人单位在安排女职工工作时，应当遵守女职工禁忌从事的劳动范围的规定，并应当将本单位属于女职工禁忌从事的劳动范围的岗位书面告知女职工。一般情况下，用人单位可根据《女职工劳动保护特别规定》附录中关于女职工禁忌从事的劳动范围的规定（如表3-9所示），合理安排女职工进行工作，防止违法及伤害女职工的事件发生。

表3-9 《女职工劳动保护特别规定》对女职工禁忌从事的劳动范围的规定

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

续表

情况	禁忌从事的劳动范围
女职工在经期	1. 冷水作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级冷水作业 2. 低温作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级低温作业 3. 体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业 4. 高处作业分级标准中规定的第三级、第四级高处作业
女职工在孕期	1. 作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯、己内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业 2. 从事抗癌药物、己烯雌酚生产，接触麻醉剂气体等的作业 3. 非密封源放射性物质的操作，核事故与放射事故的应急处置 4. 高处作业分级标准中规定的高处作业 5. 冷水作业分级标准中规定的冷水作业 6. 低温作业分级标准中规定的低温作业 7. 高温作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业 8. 噪声作业分级标准中规定的第三级、第四级的作业 9. 体力劳动强度分级标准中规定的第三级、第四级体力劳动强度的作业 10. 在密闭空间、高压室作业或者潜水作业，伴有强烈振动的作业，或者需要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业
女职工在哺乳期	1. 孕期禁忌从事的劳动范围的第一项、第三项、第九项 2. 作业场所空气中锰、氟、溴、甲醇、有机磷化合物、有机氯化物等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业



案例回放

小郝是某公司的一名一线员工，其工作主要是与各种机器打交道，且需要进行频繁的弯腰、下蹲作业。最近她有了身孕，怕频繁地弯腰、下蹲会对胎儿不利，故向公司请求暂换一个岗位。公司以暂时没有合适的岗位，且小郝的工作暂无人代替为由，拒绝了小郝的请求。

请问本案例中，小郝的请求合理吗？



依法说案 ▶▶

本案例中,根据国家法律对孕产妇的特别保护,小郝要求调换岗位的请求是合理的。

根据《中华人民共和国劳动法》及其他相关法律规定,用人单位不能安排女职工在怀孕期间从事孕期禁忌从事的劳动。

《女职工劳动保护特别规定》附录中第三条规定:“要频繁弯腰、攀高、下蹲的作业属于女职工在孕期禁忌从事的劳动范围。”同时该法第十三条规定:“用人单位违反本规定附录第三条、第四条规定的,由县级以上人民政府安全生产监督管理部门责令限期治理,处5万元以上30万元以下的罚款;情节严重的,责令停止有关作业,或者提请有关人民政府按照国务院规定的权限责令关闭。”

由此可见,小郝目前的工作在孕期是禁忌从事的,其调换岗位的请求是合理、合法的,用人单位若拒绝,将有可能面临安监部门的处罚。

(2) 女职工夜班特别规定

《中华人民共和国劳动法》第六十一条规定:“对怀孕七个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。”同时该法第六十三条规定:“不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间延长工作时间和夜班劳动。”

《女职工劳动保护特别规定》第六条规定:“对怀孕七个月以上的女职工,用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动,并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。”同时该法第九条规定:“对哺乳未满一周岁婴儿的女职工,用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动。”

由上述法律规定可知,用人单位不得安排怀孕七个月以上的女职工及哺乳未满一周岁婴儿的女职工延长工作时间和夜班劳动。



案例回放 ▶▶

赵某在上海市一家食品加工厂工作。2015年11月,赵某已怀孕七个月,在例行产检时,医院的妇产科医生建议赵某停止夜班劳动,并在工作时间内安排中间休息,以免影响胎儿健康。

从医院回来后,赵某持医院的检查证明,向厂里要求停止安排其夜班工作,并允许其在工作过程中离岗休息。该要求被工厂以工作任务繁重、人员安排不便为由当场拒绝。

赵某因此到当地的劳动保障监察机构投诉,请求制止工厂安排其夜班劳动的行为,并请求协调工厂每天在工作时间安排一小时的休息时间。



依法说案 ▶▶

(1) 关于夜班安排的规定

《中华人民共和国劳动法》第六十一条、《女职工劳动保护特别规定》第六条都明确规定:“怀孕七个月以上的女职工,用人单位不得安排其从事夜班劳动。”

根据上述法律规定,赵某关于制止安排夜班劳动的要求是合理的。

(2) 关于工作时间休息的规定

《女职工劳动保护特别规定》第六条规定:“女职工在孕期不能适应原劳动的,用人单位应当根据医疗机构的证明,予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。”

《上海市女职工劳动保护办法》第十二条规定:“女职工妊娠七个月以上(按二十八周计算),应给予每天工间休息一小时,不得安排夜班劳动。”

根据上述法律规定,赵某要求工作时间安排一小时休息时间的要求也是合理的。

3.4.2 未成年工劳动保护

未成年工是指年满十六周岁未满十八周岁的员工。根据《中华人民共和国劳动法》第五十八条规定,我国对未成年工实行特殊劳动保护。未成年工的身体发育尚未完全定型,过重的体力劳动、不良的工作体位、过度紧张的劳动、不适合的工具等都会对未成年工的正常发育产生不良影响,因此出于保护未成



年工的正常发育和安全健康的考虑,我国法律对未成年工在就业年龄、职业禁忌、健康检查、工作时间等方面给予了特殊保护。

(1) 就业年龄的限制

《中华人民共和国劳动法》第十五条规定:“禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。”

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人,必须依照国家有关规定,履行审批手续,并保障其接受义务教育的权利。”

同时该法第九十四条规定:“用人单位非法招用未满十六周岁的未成年人的,由劳动行政部门责令改正,处以罚款;情节严重的,由工商行政管理部门吊销营业执照。”

《中华人民共和国未成年人保护法》第三十八条规定:“任何组织和个人不得招用未满十六周岁的未成年人,国家另有规定的除外。”

青少年年龄越小,智力水平越低,自我保护意识越差。考虑到青少年的身体智力发展水平,保障他们在就业前有接受完整义务教育的时间,防止未成年上当受骗案件发生,我国确定用人单位招收未成年工的最低年龄为十六周岁。而文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人,必须保障其接受义务教育的权利。

(2) 职业禁忌

身体发育还未成熟的未成年工,不能适应特别繁重及危险的工作,他们对有毒有害作业的抵抗力也较弱,因此我国法律对未成年工的职业禁忌有特殊规定。用人单位应严格遵守以下法律法规中关于未成年工职业禁忌的规定,防止侵犯未成年工合法权益的事件发生。

《中华人民共和国劳动法》第六十四条规定:“不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。”

《未成年工特殊保护规定》(劳部发〔1994〕498号)第三条规定:“用人单位不得安排未成年工从事以下范围的劳动:

- (一)《生产性粉尘作业危害程度分级》国家标准中第一级以上的接尘作业;
- (二)《有毒作业分级》国家标准中第一级以上的有毒作业;
- (三)《高处作业分级》国家标准中第二级以上的高处作业;
- (四)《冷水作业分级》国家标准中第二级以上的冷水作业;
- (五)《高温作业分级》国家标准中第三级以上的高温作业;



- (六)《低温作业分级》国家标准中第三级以上的低温作业；
- (七)《体力劳动强度分级》国家标准中第四级体力劳动强度的作业；
- (八)矿山井下及矿山地面采石作业；
- (九)森林业中的伐木、流放及守林作业；
- (十)工作场所接触放射性物质的作业；
- (十一)有易燃易爆、化学性烧伤和热烧伤等危险性大的作业；
- (十二)地质勘探和资源勘探的野外作业；
- (十三)潜水、涵洞、涵道作业和海拔三千米以上的高原作业（不包括世居高原者）；
- (十四)连续负重每小时在六次以上并每次超过二十公斤，间断负重每次超过二十五公斤的作业；
- (十五)使用凿岩机、捣固机、气镐、气铲、铆钉机、电锤的作业；
- (十六)工作中需要长时间保持低头、弯腰、上举、下蹲等强迫体位和动作频率每分钟大于五十次的流水线作业；
- (十七)锅炉司炉。”

下面以一个案例来说明用人单位遵守未成年工职业禁忌规定的必要性。



案例回放

2015年8月，已满16周岁的小东被某宾馆录用（该宾馆在此之前已向所在地的劳动行政部门办理了用工登记）。宾馆与小东签订劳动合同前，对其安排了健康体检。体检合格后，宾馆与小东签订了为期两年的劳动合同，约定小东的工作岗位为锅炉房司炉。

上班后前几个月，小东发现工作比较清闲，于是对这份工作很满意。但到了11月，宾馆开始向房间供暖，小东的工作量大增，每天为烧锅炉需要自己一个人用推车推运十几车煤，工作一天下来感觉浑身酸疼，身体渐渐吃不消了。

于是，小东向宾馆有关领导要求增加人手或给自己调换工作岗位。而宾馆的有关负责人却以劳动合同中明确约定了小东的工作岗位为由拒绝了小东的要求。因此，双方产生了争议。



依法说案 ▶▶

1995年1月1日施行的《未成年工特殊保护规定》中明确规定，禁止未成年工从事锅炉司炉。因此，本案例中，该宾馆安排小东从事锅炉房司炉工作违反了法律法规关于未成年工禁忌劳动范围的规定。

《中华人民共和国劳动法》第九十五条规定：“用人单位违反本法对女职工和未成年工的保护规定，侵害其合法权益的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；对女职工或者未成年工造成损害的，应当承担赔偿责任。”

由此可见，本案例中宾馆应为小东调换岗位，否则若小东申请仲裁，宾馆可能面临责令改正、被罚款甚至承担赔偿责任的风险。

（3）健康检查要求

《中华人民共和国劳动法》第六十五条规定：“用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。”由此可见，对未成年工进行定期的健康检查是用人单位的一项法定义务，用人单位不得以任何借口加以取消。

根据《未成年工特殊保护规定》第六条规定，用人单位定期安排未成年工进行健康检查的时间要求如图3-7所示。



图3-7 未成年工定期健康检查的时间要求

同时，根据《未成年工特殊保护规定》第八条规定，如果发现疾病或身体发育中的异常情况，应根据医务部门的证明，予以减轻劳动量或安排其他劳动。



(4) 工作时间安排

《中华人民共和国未成年人保护法》第三十八条规定：“任何组织和个人依照国家有关规定招收已满十六周岁未满十八周岁的未成年人的，应当在工种、劳动时间、劳动强度和保护措施等方面执行国家有关规定，不得安排其从事过重、有毒、有害的劳动或者危险作业。”

尽管法律没有对未成年工的具体工作时间进行规定，但为了保障未成年工的正常发育和继续完成文化技术学习任务，用人单位一般应对未成年工实行缩短工作时间制度，并且不宜安排其从事加班加点和夜班工作。

3.5

规章制度拟定与生效

3.5.1 规章制度法律效力

用人单位规章制度指用人单位根据国家法律法规结合本单位自身特点制定的，明确劳动条件、调整劳动关系、规范用人单位及其员工行为的各种制度的总称。用人单位规章制度在实际中的叫法不同，如员工手册、制度、规定、操作规程、劳动纪律和奖惩办法等。用人单位规章制度是针对所有员工的，是具有普遍效力的内部法。

我国目前尚无专门关于用人单位规章制度的法律法规，有关规章制度的规定可参照《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国公司法》等法律条文。

《中华人民共和国劳动法》第四条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”由此法律规定可见，依法建立和完善规章制度是用人单位的权利，也是用人单位的义务。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条规定：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”

从上述解释可以看出，裁判机关裁判案件时，用人单位的规章制度也可以



作为裁判的依据，但必须保证该规章制度具备如图3-8所示的三大生效条件。



图3-8 规章制度三大生效条件

如果规章制度与劳动合同、集体合同规定的内容不一致时，那么三者的法律效力那个高呢？关于这点，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第十六条规定：“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”

上述规定确定了劳动合同和集体合同的优先使用效力，因此用人单位必须明确规章制度制定的基本思路，即自己具有“立法权”，但不得侵犯员工的合法权利。当然，如果规章制度与劳动合同、集体合同规定的内容不一致时，而用人单位的规章制度对员工比较有利，员工也有权要求用人单位按照规章制度的规定执行。

下面以两个典型案例来对规章制度与劳动合同、集体合同规定的内容不一致时的处理进行说明。



案例1回放▶▶▶

2014年，S公司与张女士签订了为期两年的劳动合同，合同中约定S公司实行年底双薪制度，年底多发一个月的工资。

2015年12月，S公司HR经理召集部分职工代表，经过充分协商、讨论，制定了新的薪酬制度，并通过公司的公告栏进行了公示。新制度对年底双薪制的享有条件进行了限制，规定为：自2016年1月1日起，只有当年工作时间满12个月，且至当年12月31日仍在职的员工，



才可以获得年底双薪。

2016年11月28日，公司通知张女士，公司不再与其续签合同，双方的劳动合同将于12月28日终止。张女士同意终止劳动合同，但要求公司12月支付她双薪。公司认为按照新的薪酬制度，张女士不能享受双薪。张女士则认为自己和S公司的劳动合同中约定只要到年底就可以享受双薪，12月28日应当属于年底。

双方争议不下，于是张女士将S公司告到劳动争议仲裁委员会。仲裁委经调研做出以下裁决：虽S公司以规章制度的方式对年终双薪制度进行了变更，并且变更程序合法有效，但由于该制度与劳动合同中关于年终双薪的约定相冲突，张女士请求适用劳动合同约定的，应予以支持。



案例2回放▶▶▶

2015年2月，李某与某软件公司签订了3年期劳动合同。劳动合同中约定李某的职位为区域销售经理，月薪为底薪5000元+销售提成10%。半年后，公司为了提高员工的工作积极性，召集职工代表、公司领导，经过几轮协商，制定了新的薪酬制度，并组织公司员工培训学习。新制度对区域销售经理的月薪规定底薪4000元+销售提成15%。

年终结算时，李某与公司就月薪标准发生了争议。李某的销售业绩非常好，要求公司按调整后的标准发放；公司则认为应按照劳动合同的标准执行。

双方协商不成，李某申请了劳动仲裁，仲裁裁决按调整后的标准发放。公司不服，诉至人民法院，人民法院驳回了其诉讼。



依法说案▶▶▶

上述两个案例都是因规章制度与劳动合同对同一问题约定不一致引起的，最终都以用人单位败诉告终。原因是当用人单位的规章制度与劳动合同发生冲突的时候，选择权在员工手中，若劳动合同规定对



员工比较有利,员工可以选择优先适用劳动合同;若规章制度对员工比较有利,员工可以选择适用规章制度。此情况可参照的法律条款为《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第十六条,该条规定:“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致,劳动者请求优先适用合同约定的,人民法院应予支持。”

为达到统一管理、减少风险的目的,用人单位可以通过协议变更劳动合同的方式,使劳动合同约定的内容与规章制度的一致。

3.5.2 规章制度内容合法



案例回放 ▶▶▶

制度违法被责令改正

某工厂在厂大门上贴出一张告示,告示中明确规定:“无任何特殊理由,生产车间一线操作人员工作时间不得上洗手间,违者一经发现每人每次罚款20元。”三天后,该工厂一位员工就新发布的规定向当地劳动保障监察部门投诉。最后,当地劳动保障监察部门认为该厂新发布的规定内容不合法,责令取消此违法制度。

用人单位有权根据自身实际情况制定规章制度,但是制定出来的规章制度内容必须符合法律法规的规定,不能与法律法规相抵触,更不能违法,甚至损害员工的合法权益。需要指出的是这里的“合法”指所有的法律、法规和规章,包括宪法、法律、行政法规、地方法规、行政规章等。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第十九条规定:“用人单位根据《劳动法》第四条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示的,可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”该条款可理解为若用人单位规章制度违反国家法律、行政法规及政策规定,将不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据,即该规章制度失去法律效力。

若用人单位的规章制度违反法律法规规定,用人单位将面临行政处罚、民事赔偿、员工依法解除劳动合同等风险,具体法律条款规定如下所示。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十条规定:“用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门责令改正,给予警告;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定:“用人单位的规章制度违反法律、法规的规定,损害员工权益的,员工可以解除劳动合同。”而根据该法第四十六条规定:“员工因用人单位的规章制度违反法律、法规的规定,损害自身权益而解除劳动合同的,用人单位应当支付经济补偿金。”

为确保规章制度符合法律法规规定,用人单位在制定规章制度内容时,可参照如图3-9所示的要求拟定相关条款。

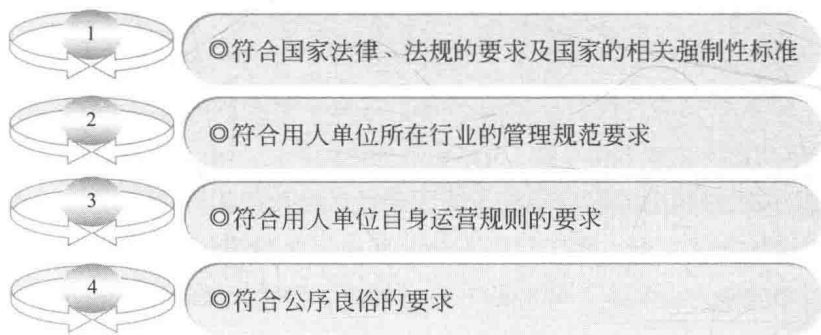


图3-9 规章制度制定要求

3.5.3 规章制度民主程序

在实践中,不乏用人单位滥用自己的“立法权”,制定违法或严重不合理的规章制度,侵害员工的合法权益。为了防止用人单位滥用权力,随意制定规章制度,侵害员工合法权益,《中华人民共和国劳动合同法》、司法解释等对用人单位规章制度的制定进行了严格规范,用人单位规章制度只有经过了法定程序,才具有法律效力。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第十九条规定:“用人单位根据《劳动法》第四条之规定,通过民主程序制定的规章制度,不违反国家法律、行政法规及政策规定,并已向劳动者公示的,可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”由此可见,用人单位规章制度若要保



证合法有效，必须通过民主程序制定。需要注意的是，这里所指的规章制度，是指有关劳动报酬、工作时间、休息休假、保险福利等直接涉及劳动者切身利益的制度，并非用人单位的所有制度，如用人单位的财务制度、合同管理制度等就不属于《中华人民共和国劳动合同法》第四条所指的制度，其是否需要经民主程序就另当别论了。

按照《中华人民共和国公司法》第十八条规定，所谓民主程序是指公司制定规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。

《中华人民共和国劳动合同法》将“听取职工的意见和建议”改为“讨论”“提出方案和意见”“协商确定”等，具体为该法第四条规定：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。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。”

《中华人民共和国劳动合同法》第四条规定细化了用人单位规章制度的制定程序，明显加大了工会、职工代表大会以及员工在规章制度制定过程中的权利，防止用人单位单方面制定、实施偏向自己权益、侵害员工合法权益的规章制度，增加规章制度的公平性、信服度。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条规定，为确保制定程序民主，用人单位应按照如图3-10所示的程序制定规章制度。

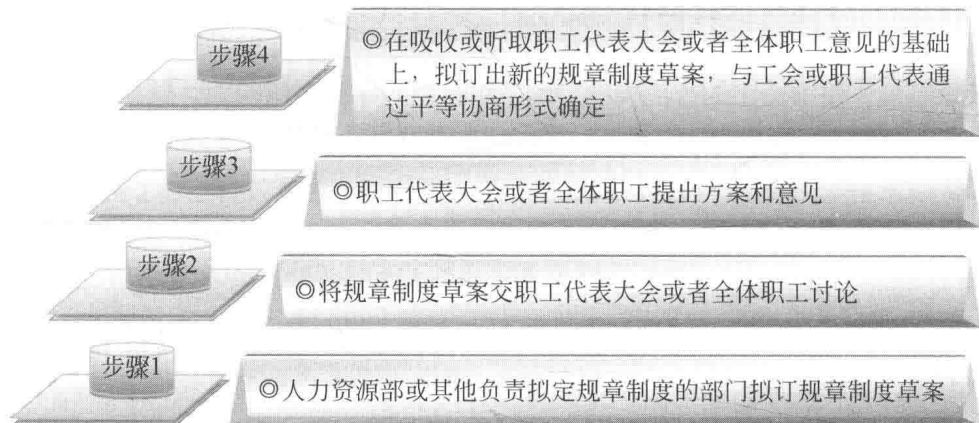


图3-10 规章制度制定程序

如果用人单位在制定规章制度过程中，没有履行民主程序，那么将会有何危害呢？下面以一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶

某公司员工小张在上班时间与同事发生口角争执，继而双方发生撕扯，致使工作秩序混乱。公司为严肃纪律，决定按照公司规章制度中“凡在职工，在公司内不得打架斗殴，如有打架斗殴行为，不分情节严重程度，一律解除劳动合同”的规定，解除与小张的劳动合同。

但公司万万没想到，小张以“公司的规定没有经过职工代表大会通过，不能作为解除劳动合同的依据”为由提请了劳动仲裁。

劳动仲裁委员会经审理，查明该公司制定的规章制度，仅是公司几位领导私下拟定后公布实施的，并没有经过职工代表大会讨论，也未与工会协商确定。于是劳动仲裁委员会裁决，公司的规章制度制定程序不合法，不可以作为解除劳动合同的依据。



依法说案 ▶▶

由本案例可看出规章制度民主程序的重要性，用人单位自己私下制定的规章制度，一旦员工不同意，将不能作为案件裁判的依据。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

同时，为了避免今后举证难的问题，用人单位应当保留与职工代表大会或全体职工讨论及与工会或者职工代表协商的书面证据，如带有与会者签名的会议纪要等。



3.5.4 规章制度公示程序



案例回放 ▶▶▶

秦某是某工业公司的一名操作工，2015年1月底由于公司宣布停工一段时间，秦某便在家休息。3月6日，公司通知秦某第二天回公司上班。3月7日，秦某回公司上班时和部门领导发生了矛盾，一气之下擅自离开了公司。在之后的几天里，秦某未曾在公司露面，公司也未和秦某有任何联系。3月25日，公司在公告栏内张贴公司解除与秦某劳动合同的通告，通知主要内容为：“员工秦某连续旷工15天以上（3月6日～3月25日），严重违反公司的规章制度，根据员工手册中的有关规定，公司可以与其解除劳动合同。经公司决定，从即日起解除与秦某的劳动合同。”

秦某不服，公司拿出写有“若连续旷工15天及以上，公司可以解除劳动合同”的员工手册让秦某看。秦某表示自己从来不知道有这个规定，而公司认为这个规定已经清清楚楚写在员工手册上了，秦某应该知道。

秦某仍然不服，遂向当地劳动仲裁委员会申请仲裁。经审理，劳动仲裁委员会裁决该公司不能依据没有经过公示的规章制度处理员工，应立即撤销与秦某解除劳动合同的决定。



依法说案 ▶▶▶

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条规定，用人单位应将制定的直接涉及员工切身利益的规章制度向员工公示，否则将不具备规章制度的法律效力。

公示程序是现代法律法规生效的一个要件，用人单位内部涉及员工切身利益的规章制度更需对其员工进行公示。未经公示的规章制度，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条规定，将

不可作为人民法院审理劳动争议案件的依据,因此对员工也不具有约束力。

规章制度公示程序不仅仅是法律的要求,从另一个角度来讲,用人单位的规章制度以全体员工为约束对象,就应以合法有效的方式公布,从而为全体员工所了解,以便其参照执行,否则员工只会无所适从。

在实践中,用人单位因缺乏公示程序而败诉的不胜枚举。如何履行公示程序,是用人单位需重点考虑的问题。

(1) 适宜采用的公示方法

为降低公示程序被员工否定的风险,用人单位可采取以下规章制度公示方法,具体如表3-10所示。

表3-10 规章制度公示方法

公示方法	方法说明
员工手册发放法	将规章制度编印成册,每个员工均发一本;需有每位员工的签领、阅读确认
内部培训法	召开全体员工大会或组织全体员工集中进行学习、培训,以签到、拍照、录像等方式记录备案
考试法	以规章制度内容作为考试大纲,挑选重要条款设计试题,组织员工进行开卷或闭卷考试
传阅法	将规章制度交员工传阅,并由员工在阅读后签字确认,适用于员工人数少的用人单位

(2) 不适宜采用的公示方法

以下方法也属于公示的方法,但由于取证难等问题,尽量避免使用。

① 网站公布法:公司网站或内部局域网公布,存在举证难问题。

② 电子邮件法:向员工发送电子邮件,通知员工阅读规章制度并回复确认。此方法也存在举证难问题。

③ 公告栏张贴法:在公共区域内将规章制度内容全文公告,并且将公告现场以拍照、录像等方式记录备案。此方法要证明公示的时间等,需要拍照、公证等,举证烦琐。

④ 将规章制度作为劳动合同附件:用人单位一旦采用“将规章制度作为劳动合同的附件”的方法来公示规章制度,将在其修改规章制度时面临风险。用人单位修改规章制度时,若有部分员工不签收修改后的规章制度,对于没有签订“将规章制度作为劳动合同的附件”的员工,修改后的规章制度只要公示,



符合法定程序，即生效；而对于签订“将规章制度作为劳动合同的附件”的员工，即使修改后的规章制度符合法定程序，也不一定适用于这些员工。这是因为：一旦规章制度作为劳动合同的附件，就失去了独立的法律效力，成为劳动合同条款的一部分。劳动合同条款要变更，用人单位必须与单个员工协商，若某个员工不同意，则用人单位必须按照原来的条款执行。而用人单位不将规章制度作为劳动合同附件，则规章制度是个独立的文件，其修改程序和要求大大低于劳动合同。因此，采用“将规章制度作为劳动合同的附件”的方法来公示规章制度也存在一定风险。

3.6

违纪员工处理

3.6.1 在外兼职员工处理



案例回放

苏某是某公司的财务经理，双方签订了为期3年的劳动合同。合同期限内，苏某又在其他公司找了一份兼职工作，每月都要请两天假去兼职单位工作。公司发现苏某的兼职行为后，立即向苏某发出一份书面通知，要求苏某自收到通知后10日内终止兼职工作，并向公司提交兼职单位出具的书面证明。10天后，苏某仍然继续做兼职，公司据此解除了与苏某的劳动合同。苏某认为自己兼职并没有对完成本职工作造成严重影响，因此公司无权与其解除劳动合同。

请问兼职在对完成本职工作无严重影响的情况下，公司有权与兼职员工解除劳动合同吗？



依法说案

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定：“员工同时



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，用人单位可以与其解除劳动合同。”

本案中苏某从事兼职工作的行为是事实存在、证据确凿的，虽然苏某的兼职并没有给公司造成严重影响，但是在公司提出限期改正的要求后，苏某仍然兼职，公司即可适用“经用人单位提出，拒不改正”的规定与苏某解除劳动合同。

用人单位员工如果在外做兼职，必然会多多少少影响本职工作，如果在竞争性单位做兼职，则有可能给本单位造成恶劣影响，因此用人单位一般对在外做兼职的员工不会坐视不理。发现员工兼职后，大部分用人单位首先会考虑规劝，如果经规劝仍不改正，那么用人单位可能就需采取强硬手段，此时可依据的法律规定为《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条。具体应用《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定合法、有效处理兼职员工时，用人单位应掌握以下内容：

（1）处理兼职员工的两大方式

① 应用“对完成本单位的工作任务造成严重影响”条款

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定，员工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的，用人单位可以单方面解除劳动合同。究竟什么样的程度才算严重呢？需要一个衡量标准。而在实际工作中确立一个能被员工及审判机构认可的衡量标准是十分困难的；同时，造成严重影响的证据的收集、取证也较困难。因此用人单位在应用“对完成本单位的工作任务造成严重影响”条款与兼职员工解除劳动合同，实施起来较困难，一般较少采用这种方式。

② 应用“经用人单位提出，拒不改正的”条款

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定，员工与其他用人单位建立劳动关系，经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以单方面解除劳动合同。应用“经用人单位提出，拒不改正的”条款与兼职员工合法解除劳动合同，实施起来比较容易，因此用人单位应尽量采用这种方式。

（2）处理兼职员工的四大要点

① 确定员工具有兼职行为。用人单位应当对员工的兼职行为进行核实，确



定员工具有兼职行为的事实，并留存相关的证据，否则不得利用《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定与其解除劳动合同。若兼职证据不足，员工否认兼职，用人单位将在仲裁或诉讼中处于不利地位。

关于员工兼职的证明，可以是员工自己承认兼职的书面证明，也可以是员工所兼职公司的证明，或其他可以证明员工兼职的证据等。

② 确定员工的兼职行为对完成本单位工作任务造成了严重的影响，此情况下需要用人单位举证，确保证据确凿、合理、合法。若证据不足，不可用“对完成本单位的工作任务造成严重影响”理由与员工解除劳动合同。

③ 提出改正要求。用人单位向员工发放书面的“禁止兼职通知”，并要求员工签字确认；同时用人单位可要求员工写书面的改正书、悔过书等，并要求有亲笔签字。上述签字后的文件必须保存完整。若员工后续出现继续兼职、拒不改正的情况，用人单位可利用以上证据，适用“经用人单位提出，拒不改正”的规定与其解除劳动合同。

④ 在劳动合同或规章制度中规定禁止员工兼职。用人单位在劳动合同或规章制度中规定，不允许员工兼职，兼职列为严重违反用人单位规章制度的情形，用人单位一旦发现员工兼职，有权直接解除劳动合同。这样兼职行为就被纳入严重违反规章制度的范畴内，那么员工一旦出现兼职行为，用人单位即可解除劳动合同。

3.6.2 经济损失赔偿处理

在处理违纪员工时，除了有行政处分、解除劳动合同等方式外，用人单位经常采取的方式还有责令违纪员工赔偿经济损失，这种方式对防止违纪行为的再次发生最具有立竿见影的效果。

（1）经济损失赔偿的法律依据

用人单位责令违纪员工赔偿经济损失是有法律依据的，具体如下所示。

《中华人民共和国劳动法》第一百零二条规定：“劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。”

《中华人民共和国劳动合同法》第九十条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造

成损失的,应当承担赔偿责任。”

《中华人民共和国合同法》第一百零七条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”

(2) 经济损失赔偿的法律限制

尽管我国法律对因员工违规对用人单位造成损失的,用人单位可以依法要求其承担赔偿责任进行了规定,但这并不代表用人单位可以随意拟订赔偿方案让员工赔偿。员工承担经济损失赔偿责任也是有一定的法律限制的。

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

根据上述法律规定,因员工违规对用人单位造成损失的,用人单位可以以扣除其本人工资的方式偿还赔偿金。但是在拟订员工具体赔偿方案时,用人单位应对每月工资扣除部分进行科学计算,防止违反相关规定。



案例回放

2016年5月,在一家机械公司负责机械操作的小袁违反工作规范离开机器,致使机器一个零部件被烧坏,给公司造成1万多元的损失。公司领导找到小袁谈话,表示根据公司的制度小袁应进行赔偿。双方协商一致,小袁同意从工资中扣除。(已知小袁月工资为4000元,当地月最低工资标准为1400元)

6月18日,小袁查询工资卡后发现当月工资全部扣除了,这下小袁着急了。小袁找到公司领导,恳请公司每月给他发放一部分工资,不能都扣除,这样他连生活费都没有了。

公司对小袁的请求一直没有答复,7月份小袁依然没有得到一分工资,万般无奈下,小袁申请了劳动仲裁,要求公司发放一部分工资。



依法说案 ▶▶▶

根据《工资支付暂行规定》第十六条规定，小袁因本人原因给机械公司造成经济损失是需赔偿的，损失赔偿可从工资中扣除，但每月扣除的部分不得超过小袁当月工资的20%，且扣除后的剩余工资部分不得低于当地月最低工资标准。

而本案中，机械公司将小袁的工资全部扣除赔偿经济损失则明显违反法律规定。因此，小袁的仲裁申请仲裁委会支持。

根据法律规定，公司每月至多可从小袁工资中扣除800元（ $4000 \times 20\%$ ）赔偿经济损失，1万元的经济损失赔偿可以800元/月的标准连续扣除12个月，第13个月扣除400元后了结。



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务实战笔记

第 4 章 员工培训与保密管理 中的法律问题



4.1

培训协议订立与履行

4.1.1 培训费用何人付

培训费用指因员工参加培训而产生的相关费用,包括住宿费、伙食费、培训场地费、讲课费、培训资料费、交通费、其他费用。由于培训的主要目的是为了增强员工与用人单位的契合度,或是为了提高员工技能水平,使其能更好地为本单位服务,因此,员工培训费用一般需由用人单位承担,对此我国相关法律法规也做出了规定。但是在特定情形下,根据培训类别的不同,部分受训员工亦需承担一些培训费用。具体培训费用的支付人如表4-1所示。

表4-1 培训费用支付人说明表

培训类别	培训目的	费用支付人	法律依据及说明
职业培训	提高员工与岗位工作的适应性,增强员工与用人单位的契合度	用人单位	《中华人民共和国劳动法》第六十八条明确规定:“用人单位应当建立职业培训制度,按照国家规定提取和使用职业培训经费,根据本单位实际,有计划地对劳动者进行职业培训。” 《中华人民共和国职业教育法》第二十八条也明确规定:“企业应当承担对本单位的职工和准备录用的人员进行职业教育的费用” 由上看出,用人单位为员工提供职业培训是其应尽的义务,而支付培训费用是用人单位履行义务的表现,因此,用人单位需承担职业培训相关费用,并且不得要求受训员工偿还相关费用
专业技术培训	提高员工技能水平	用人单位,但受训员工出现违约时,用人单位可要求受训员工偿还部分培训费用	《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定:“用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期。”由此可以看出,用人单位需为员工的专业技术培训提供专项培训费用 上述法律条款也规定:“劳动者违反服务期约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。”《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔



续表

培训类别	培训目的	费用支付人	法律依据及说明
专业技术培训	提高员工技能水平	用人单位, 但受训员工出现违约时, 用人单位可要求受训员工偿还部分培训费用	《劳动合同法》第四条规定: “员工违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同, 对用人单位造成损失的, 员工应赔偿用人单位为其支付的培训费用。” 由此即表明接受专业技术培训的员工如出现违反规定或相关合同约定时, 需向用人单位支付违约金, 即承担部分培训费用



案例再现

案例1: 尤某在一家维修中心当空调维修工, 双方签订了《培训服务协议》, 协议规定维修中心负责对尤某提供培训, 而尤某需在中心工作2年(从2015年10月31日至2017年10月30日), 否则需返还全部的培训费用。

在尤某工作期间, 维修中心先后5次安排其参加相关空调设备技术维修及安装调试的培训。但在2017年5月29日, 尤某要求与维修中心解除劳动合同。维修中心同意同尤某解除劳动合同, 但是要求其按照培训服务协议的约定返还其在职期间的培训费2万元, 否则不为其办理离职手续。尤某认为在职期间维修中心提供的培训属于空调维修工的基础职业培训, 是维修中心应该为自己提供的培训, 因此, 相关培训费用应该由培训中心出, 遂在维修中心不为其办理离职手续后, 自行离职。而维修中心以尤某违反服务期约定离职, 并且拒付违约金为由向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请, 要求尤某返还培训费2万元。

劳动争议仲裁委员会认为维修中心为尤某提供的培训确属于空调维修工的基础职业培训, 不属于专业技术培训, 而对于基础职业培训, 维修中心不可与尤某约定服务期, 并且根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条规定, 除员工有违反服务期约定和违反竞业限制约定的情形外, 用人单位不得与员工约定由员工承担违约金的规定, 故维修中心与尤某签订的《培训服务协议》中有关服务期和违约责任的条款属于无效条款。最后, 劳动争议仲裁委员会驳回了维修中心的请求。



案例2：施某到某机械制造公司K做车工学徒，后与公司签订了技术工种培训合同，合同约定公司负责为施某提供车工的专业技术培训，并约定服务期为三年（2015年5月6日至2018年5月5日），如施某在约定的时间前离开公司，需偿还相关培训费用。

施某接受培训后，在公司工作了两年半，便准备离开公司。公司同意其离职，但要求其赔付培训费2万元。施某拒不赔付，并自行离职。于是K公司向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，要求施某赔付培训费用。

劳动争议仲裁委员会认为K公司为施某提供了专业技术培训，支付了培训费用，并与其约定了服务期，而施某违反服务期约定提前离职，故用人单位可根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条的规定要求施某支付违约金。根据施某已履行的服务期限及K公司提供的培训费用凭证，经计算施某需赔付给K公司的违约金数额确为2万元，因此，劳动争议仲裁委员会裁决施某赔付K公司2万元的违约金。

从以上两个案例中可以看出，用人单位为员工提供职业培训的，应支付培训费用，并不得要求员工支付培训费用，即使有服务期约定的也将依法被认为无效；而用人单位为员工提供专业技术培训的，由用人单位支付培训费用，但如果员工违反约定的服务期，用人单位有权要求其赔偿培训费用。

4.1.2 培训服务期如何定

培训服务期是员工在参加用人单位提供的专业技术培训后，双方约定的需在用人单位服务的最短期限。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。”由以上法律条款可知，服务期约定是为员工提供专项培训费用及专业技术培训的用人单位的一项权利，用以平衡用人单位和员工双方在培训过程中的权益。

用人单位需根据培训专项费用的使用情况、相关专业技术培训的特点以及



相关工作岗位的工作特点等与员工共同协商确定服务期限。在服务期约定过程中,用人单位需注意服务期与试用期及劳动合同期之间的关系,以便约定合适的服务期。

(1) 服务期与试用期出现重合

试用期是用人单位和员工为了相互了解、相互选择而约定的不超过六个月的考察期。服务期与试用期重合,即在员工试用期间,用人单位为员工提供了专项培训费用及专业技术培训,并约定了服务期,使二者出现重合的部分。对服务期与试用期重合这一情形的分析,重点是接受用人单位专业技术培训的试用期员工在试用期期间离职时,用人单位办理离职手续时是以员工试用期离职规定为依据,还是以员工培训服务期离职规定为依据呢?下面以一个案例进行说明。



案例回放

Q公司招聘吕某担任设计主管,并签订为期3年的劳动合同,试用期为6个月。由于吕某的工作能力优秀,在其进入公司3个月后,公司安排其到国外参加为期1个月的专业技术培训。公司考虑到需承担的培训费用金额较大,且为了能够留住吕某这样的人才,在吕某培训前,同其签订了培训协议,约定吕某在培训回国后需在公司服务2年,否则需向支付公司5万元的违约金。

吕某结束培训后,在公司工作了三个星期后向公司提交了辞职申请。Q公司在挽留不成的情况下,要求吕某依照培训协议中的约定支付违约金,方同意其辞职。而吕某认为其处于试用期,根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条的规定,劳动者在试用期内提前三天通知用人单位即可解除劳动合同,不必支付违约金,故吕某拒绝支付违约金。Q公司认为其违反培训协议约定,需支付违约金,故在吕某没有支付违约金的情况下拒绝为其办理离职手续。吕某遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求Q公司为其办理离职手续。

在审理过程中,劳动争议仲裁委员会认为本案件属于服务期与试用期重合的情形,而在此情形中,法律明确规定了员工在试用期解除



合同的权利，而用人单位不得对此加以限制，所以，尽管在培训前，Q公司和吕某签订培训协议并约定服务期及违约赔偿的相关内容，但是由于吕某仍处于试用期，需优先适用法律对试用期的规定，因此，劳动争议仲裁委员会裁决用人单位不得要求吕某赔偿其培训费，并需立即为吕某办理离职手续。



依法说案 ▶▶

从上述案例可知，在培训服务期与试用期重合的情形下，用人单位在试用期员工违反服务期约定辞职时，需优先按照相关法律对于试用期员工解除劳动合同的规定进行处理，即无论用人单位是否与试用期员工约定培训服务期及相关违约赔偿事宜，如员工在试用期内提前三天提出解除劳动合同的要求，用人单位则需为其办理离职，并不得要求其赔偿培训服务期违约金。

关于试用期员工离职时，用人单位是否有权要求其支付培训服务，有关法律也有所规定。如《劳动部办公厅关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函（1995）》中对此进行了明确规定：“用人单位出资（指有支付货币凭证的情况）对职工进行各类技术培训，职工提出与单位解除劳动关系的，如果在试用期内，则用人单位不得要求劳动者支付该项培训费用；如果试用期满，在合同期内，则用人单位可以要求劳动者支付该项培训费用。”

因此，用人单位在确定培训服务期需注意服务期尽量不要与试用期重合，以免出现参训人员在试用期离职，而用人单位难以求偿的情形。如用人单位确实需要为试用期的员工提供相关专业技术培训，可提前为试用期员工办理转正，以确保双方约定培训服务期及违约赔偿的有效性。

（2）服务期长于劳动合同期

劳动合同期是劳动合同的有效时间，一般起始于劳动合同的生效时间，而终止于劳动合同的终止时间。服务期长于劳动合同期即劳动合同期已满，但服务期未届满的情形。对服务期长于劳动合同期这一情形的分析，主要集中在劳



劳动合同到期后,用人单位是否可以要求员工继续提供服务,下面以一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶

Y公司拟对技术经理蒋某提供为期三个月的技术培训,并在培训前与蒋某签订了培训协议,约定培训服务期为三年。蒋某依约接受培训后回到Y公司工作。蒋某在公司工作两年后,劳动合同到期。此时公司欲同蒋某续签劳动合同至服务期满,但蒋某以劳动合同到期终止服务期即终止为由,拒绝同公司续签合同。继而公司要求蒋某赔偿服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用,蒋某则认为劳动合同终止,双方可自愿决定是否续签合同,因此,其在合同到期后拒绝续签合同并不违法,故不用支付违约金。双方为此争执不休,遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为虽然劳动合同期满,但是Y公司与蒋某约定的服务期尚未到期,根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》的第十七条规定,劳动合同应顺延至服务期满;如双方另有约定,则按约定。在本案中,Y公司在蒋某劳动合同到期后,已明确提出续签劳动合同的要求,故双方应继续履行劳动合同至服务期结束。蒋某如坚持离职,则属于违约行为,需按照培训协议的相关约定赔偿Y公司违约金。因此,劳动争议仲裁委员会裁决蒋某与Y公司需继续履行劳动合同至服务期满;如蒋某执意离职,则其需根据培训协议的约定赔偿Y公司2万元违约金。



依法说案 ▶▶

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十七条规定:“劳动合同期满,但是用人单位与劳动者依照《劳动合同法》第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的,劳动合同应当顺延至服务期满;双方另有约定的,从其约定。”由此可见,服务期长于劳动合同期时,除双方另有约定外,用人单位可依法要求员工将劳动合同顺延至服务期满。



在服务期长于劳动合同期时，除双方约定外，用人单位和员工可根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十七条规定，即：“劳动合同期满，但用人单位与员工依照《劳动合同法》第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满。”此时，要求员工续延劳动合同已成为用人单位在依约完全履行自己的合同义务后所获得的权利。因此，如果用人单位继续提供工作岗位并要求员工继续服务至服务期满，则员工需继续履行劳动合同，否则，员工需依约赔付用人单位服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

但如果用人单位放弃对剩余服务期的要求时，用人单位可否要求员工承担剩余服务期的赔偿责任呢？下面以一个案例进行说明。



案例再现 ▶▶

G公司为公司丁产品设计部经理权某提供为期两个月的技术培训，并约定服务期为两年。权某接受培训并在公司工作了一年后，其劳动合同到期。在双方就是否续延劳动合同至服务期满进行协商时，权某向公司表示可以继续在公司工作至服务期满，也可以就此终止劳动合同；而公司表示，由于工作战略中心转移，公司决定战略性放弃丁产品，因此，难以继续为权某提供相应的岗位，所以不必续延合同至服务期。

于是，权某决定离开公司，但此时公司却以公司为权某提供技术培训，且服务期未届满为由，要求权某赔偿一定的培训费用。而权某认为其已明确表示可继续为公司服务至服务期满，而公司明确表示不必续延劳动合同，因此，其现在离开公司不属于违约行为，不应该支付违约金，所以权某拒绝公司提出的要求。而G公司则因权某拒绝支付违约金，拒绝为其出具劳动合同终止证明，无奈之下权某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会经过调查查明，此案确实属于用人单位主动放弃剩余服务期要求的情形，因此，用人单位不得向员工追索剩余服务期的赔偿责任，所以劳动争议仲裁委员会裁决权某无须向G公司支付违约金，且G公司需立即为权某出具劳动合同终止证明。

由此可见，如果用人单位放弃对剩余服务期的要求时，劳动合同可以终止，此时用人单位不得要求员工承担剩余服务期的赔偿责任。



4.1.3 违约赔偿金如何收

培训服务期违约赔偿金是指员工在违反培训服务期约定时,需按照与用人单位的事先约定支付给用人单位的违约金。收取违约赔偿金是用人单位在员工违反培训服务期约定时,对用人单位为员工提供专业技术培训相关费用,而员工在服务期离职的一种补偿措施,具体实施要求如下所示:

(1) 明确违约赔偿金核算范围

培训服务期违约赔偿金核算的范围是用人单位用于员工培训的直接费用,根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十六条规定:“具体包括用人单位为了对员工进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用,以及因培训产生的用于该员工的其他直接费用。”而对于其他超出违约赔偿金核算范围的费用,用人单位在核算时不得计入其内。



案例再现 ▶▶▶

冯某在一家网络技术公司W任职,工作两年后,公司出资安排其到国外参加为期3个月的相关技术培训,并签订了培训协议。在培训协议中,双方约定冯某回国后在公司的服务期为3年,如冯某提前离职需向公司支付相应的违约金。

冯某接受培训后,在公司工作了两年后提出离职,并同意支付相应的违约金。W公司批准了冯某的离职申请,但是在核算违约金时,双方发生争议。W公司认为在冯某接受的三个月的培训中,公司向其发放的工资共计3万元,此部分支出应当属于“因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用”,因此,在冯某3个月的培训期内,公司为其花去的培训费用共计12万元,故冯某需支付给公司4万元。而冯某认为工资是用人单位支付给员工的劳动报酬,无论员工是在公司内正常上班还是按照公司安排参加培训,用人单位均需向员工支付工资,因此,违约金不应包括工资,遂向劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为W公司将培训期的工资计入培训费作为违约金计算基数的行为是缺乏法律依据的,故对冯某的要求予以支持,裁决冯某支付给W公司3万元违约赔偿金。



在上述案例中,员工在培训期间的工资是由劳动合同约定而产生,不是直接由培训产生的,因此,员工在培训期间的工作是不属于培训服务期违约赔偿金的核算范围的,故用人单位在核算违约赔偿金时不得将培训期的工资并入一起进行核算。但是,如果用人单位和员工约定变更培训期间劳动合同相关内容,使员工在培训期的工资包括培训补助这一项目,则培训补助属于培训服务期违约赔偿金的核算范围,用人单位在核算时可将其算入。

(2) 确定违约赔偿金的数额

对于培训服务期违约赔偿金的数额,用人单位可同员工进行商议确定,但是其上限不得超过《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条中规定的数额,即:“违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求员工支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”具体违约赔偿金数额的确定可参照下面案例所示。



案例再现 ▶▶▶

韩某2015年到一家科技公司Z工作。在2016年6月,Z公司为韩某安排了为期两个月的专业技术培训,并与其约定了两年的服务期。在2017年8月,韩某以不适合公司的管理模式为由提出辞职申请,公司同意其辞职,但要求其支付培训服务期违约赔偿金6万元。韩某同意支付违约赔偿金,但是对赔偿数额存在异议,遂与公司进行协商。在协商不成后,韩某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

在调查过程中,Z公司就培训费用的支出向劳动争议仲裁委员会提交了共计15万元的票据凭证,但是经劳动争议仲裁委员会查明,该15万元的培训费是包括韩某在内3名培训员工的总花费。

劳动争议仲裁委员会认为韩某提前离职的行为违反了双方对两年服务期的约定,因此,韩某需按照约定赔偿公司培训费用。但是鉴于同时参加培训的共计3名员工,公司提供培训共花费15万元,根据韩某所占的份额,其培训费为5万元;而根据韩某与公司约定的服务期为两年且其已履行了一年,故劳动争议仲裁委员会裁决韩某最终需支付公司2.5万元的违约赔偿金。

用人单位向员工收取的培训服务期违约赔偿金的数额需以其向员工支付的培训费用为限，不得随意要价。需特别指出的是，用人单位和员工需在法律规定的违约赔偿金赔付上限的限制下，约定具体的赔偿金额和折算方式，具体要求如图4-1所示。

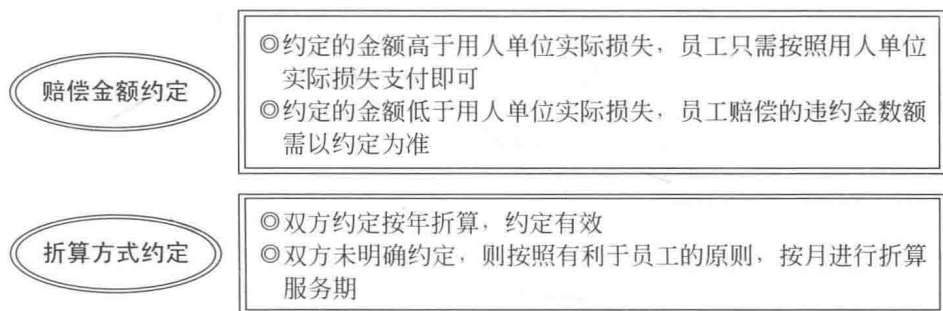


图4-1 违约赔偿约定金要求一览表

4.2

保密管理

4.2.1 商业秘密认定依据有哪些

商业秘密，又称商业机密，是用人单位获得竞争优势的关键。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条的规定，商业秘密被定义为不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。根据商业秘密的定义可知，用人单位商业秘密的认定依据有四个，具体如下所示。

（1）商业秘密需具有秘密性

秘密性是商业秘密的首要判断依据。商业秘密的秘密性主要体现商业秘密不为公众所知悉、商业秘密的内容新颖、商业秘密不易获取三个方面，具体说明如图4-2所示。

在判定商业秘密的秘密性时，用人单位需注意如下所示的关键事项：

① 商业秘密是否未被公开，或是否已进入了公有领域。

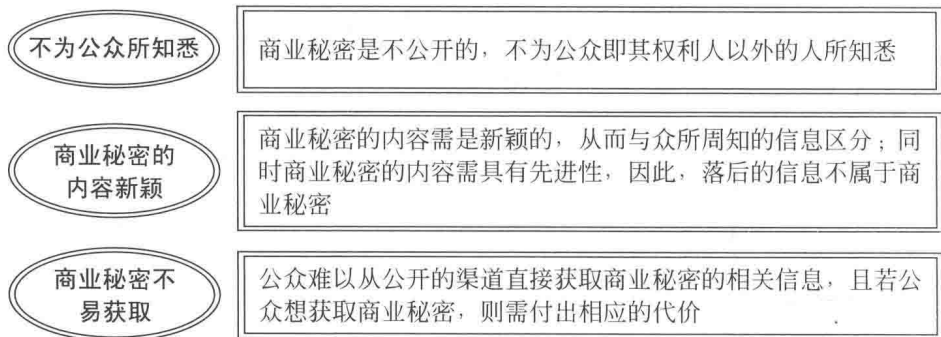


图4-2 商业秘密的秘密性表现内容说明图

② 商业秘密中如部分信息被公开，则公开的信息部分不再具有秘密性，因此不再属于商业秘密；但是未被公开的部分依然具有秘密性，依然属于商业秘密。



案例再现 ▶▶▶

宋某在G公司担任服装设计师，并与G公司签订了保密协议。从2015年开始，G公司为了有效占领市场，促进销售，改变经营方式，以每季召开产品订货会的形式，为经销商提供样品，供其订货。

在2016年8月，宋某设计了8款待上市服装，G公司在此8款服装的设计图纸上标记了“机密”字样，并选取了其中6款作为样品在10月初举办的产品订货会上向经销商展示。G公司在同经销商签订购销合同后，随即根据订单组织生产。但在2016年12月，G公司发现同行H公司推出了6款服装，其中有3款和本公司在10月订货会中展示的三款相同，因此，G公司对此展开调查。经过调查，G公司发现设计师宋某同H公司的法人代表祁某是同学关系，而且宋某在11月份曾将在订货会展示的6款服装的设计图纸复印件交给祁某，H公司根据宋某提供的设计方案生产出相同款式的3款服装，并先于本公司投入市场，从而给本公司造成重大经济损失。遂G公司以宋某、H公司侵犯其商业秘密为由向法院提起诉讼。

法院认为商业秘密的构成条件有四，即秘密性、价值性、实用性



以及权利人采取了保密措施。本案中,服装设计方案可用于服装生产,并可为公司带来经济利益,由此,此信息具有实用性和价值性。同时,G公司与设计师宋某签订了保密协议,并在设计图纸中标记了“机密”的字样,故公司为此信息采取了相应的保密措施。但是,本案所涉及的3款服装均已制作成样衣,且已在G公司10月份召开的订货会上向经销商展示,即表明此信息已通过会议的方式进行公开,所以此信息不再具有保密性,即此信息不属于G公司的商业秘密。因此,对于G公司主张涉案的服装款式为其商业秘密,法院没有予以支持。

(2) 商业秘密需具有价值性

商业秘密的价值性是指商业秘密可为其权利人带来经济利益或使其权利人在竞争中取得竞争优势,这是商业秘密的本质。因此,不能够为用人单位带来经济利益的技术信息或经济信息等,不属于商业秘密。商业秘密的价值性主要体现在图4-3所示的四个方面。



图4-3 商业秘密价值性表现内容示意图

在判定商业秘密的价值性时,用人单位可参考《河南省高级人民法院商业秘密侵权纠纷案件审理的若干指导意见(试行)》的规定,即商业秘密的经济价值和实用性,可以结合技术、经营信息与经营者经济利益的内在联系,考察信息是否有利用价值,丧失其秘密性对经营者有无影响,该信息能否为用人单位的生产经营活动提供直接的、间接的帮助等诸因素进行认定。此处需指出的是,对用人单位的技术或经营信息有无经济价值,如各方当事人对此没有争议,人民法院一般不就该问题主动进行审查。



（3）商业秘密需具有实用性

商业秘密的实用性指商业秘密能够运用于用人单位进行生产或经营活动，并能够产生积极的效果。商业秘密的实用性是商业秘密价值性的基础，其判定依据与商业秘密价值的判定依据相同，即可参考《河南省高级人民法院商业秘密侵权纠纷案件审理的若干指导意见（试行）》的相关规定。

此处需要特别指出的是，商业秘密的实用性并不意味商业秘密必须能够直接应用于生产或经营，对于能够为用人单位的生产经营活动提供间接帮助的信息，如阶段性的技术成果，仍然可认定为具有实用性。而对于既不能直接应用于生产经营，又不能为用人单位的生产经营活动提供间接帮助的信息，则可视其不具有实用性，即其不认定为商业秘密。



案例再现 ▶▶

严某在化工厂D担任工艺技术员，后离开化工厂D，到化工厂Z工作，依然担任技术员。随后化工厂Z进行工艺改造，而工厂D发现Z工厂改造后的生产线的部分设备布局与本工厂的生产线的相应设备布局相同。于是工厂D怀疑是严某将本工厂的设备布局透漏给Z工厂，并且展开调查。经过调查后，D工厂确定Z工厂领导确实是听取严某的建议进行了工艺改造。于是D工厂以严某和Z工厂侵犯其商业秘密为由向法院提出诉讼。

在案件审理过程中，被告辩护律师称D工厂主要生产的是高纯黄磷，而高纯黄磷的工艺制作技术并不是专利技术，任何工厂均可根据其实际情况，采用不同的工艺生产出高纯黄磷。而工厂D生产高纯黄磷的关键是一种特殊的溶液配方，并且由于这种溶液的特殊性，对于其他工厂而言，如没有溶液配方，即使对D工厂的生产线进行复制，也难以生产出高纯黄磷，因此，如果没有溶液配方的话，仅有设备布局或操作规程难以以工厂D的工艺规程生产出高纯黄磷，所以，对于工厂D而言，此特殊溶液的配方是其商业秘密，但是在没有特殊溶液配方的前提下，设备布局信息是不具有实用性的，故其不属于商业秘密。而严某在工厂D担任工艺技术员，主要负责工艺设备改造与更新，



并不知工厂D特殊溶液配方，因此，严某根据自身的工作经验，向工厂Z提出工艺改造的意见的行为，属于其正当行使建议权的行为，并不是侵犯工厂D商业秘密的行为。

法院在审理过程中，确定事实确如辩护律师的辩护内容所言，即在无溶液配方的情况下，设备布局信息对工厂D而言不具有实用性，因此，相关设备布局信息不满足商业秘密四大构成要件，即秘密性、价值性、实用性以及权利人采取了保密措施，故严某提供的相关设备布局信息不属于D工厂的商业秘密，所以，法院对D工厂将设备布局信息视为其商业秘密的主张不予支持。

（4）用人单位需采取保密措施

用人单位采取保密措施是商业秘密认定的必要条件之一，即商业秘密必是用人单位采取保密措施进行保护的信息，而如果用人单位未采取相关保密措施对某类信息进行保护，则说明用人单位在主观上不认可该类信息的价值，认为该信息是不值得受到保护的，由此可推导出此类信息不能被认定为法律意义上的商业秘密。

作为商业秘密认定的四大要件之一，国家法律规定保密措施的认定标准相对宽容——保密措施具有合理性即可，即用人单位只要采取了合理的、适当的措施对信息进行保护，确保其在合法的条件下不被泄露即可认为权利人对相关信息采取了保密措施，具体的法律法规规定如下所示。

《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第二条规定：本规定所称权利人采取保密措施，包括订立保密协议、建立保密制度及采取其他合理的保密措施。

《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复（1998）》规定：“权利人采取保密措施，包括口头或书面的保密协议、对商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人提出保密要求等合理措施。只要权利人提出了保密要求，商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人知道或应该知道存在商业秘密，即为权利人采取了合理的保密措施，职工或他人就对权利人承担保密义务。”

《河南省高级人民法院商业秘密侵权纠纷案件审理的若干指导意见（试行）》规定：“商业秘密应是权利人采取了合理的保密措施加以保护的技术信息和经营



信息。权利人是否采取了合理的保密措施,应从权利人所采取保密措施的形式、对象、范围等方面综合审查,一般可以同一行业中公认的对某一类信息应采取的保密措施作为保密措施是否合理的参考标准。

下列情况的保密措施可以认定是合理的:

(1) 权利人建立了保密制度,将有关信息明确列为保密事项。

(2) 权利人未制定保密制度,但明确要求对某项信息予以保密。

(3) 权利人建立了保密制度,虽未明确某一信息是商业秘密,但按照其保密制度的规定,属于保密范围的信息。

(4) 权利人向他人披露、提供某一信息时,在相关的合同或文件中明确要求对开发的技术进行保密。

(5) 权利人与他人合作开发或委托开发一项新技术,在合同中明确要求对开发的技术进行保密。

某些信息依其属性即可表明属于秘密状态的,权利人无须采取其他保密措施。如权利人在其开发的软件上进行加密,同时制作了解密软件。

经国家有关机关确定为国家秘密的信息,无论权利人是否采取保密措施,均不影响该信息构成商业秘密。”

《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定:“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。”

4.2.2 商业秘密侵权行为如何处理

商业秘密侵权行为是行为人侵犯权利人商业秘密权的行为,主要指负有保密义务的员工或实施侵权行为的第三人等相关行为人在未获得用人单位许可,以非法手段获取商业秘密并进行公开或使用的行为。相关行为人非法获得用人单位商业秘密的途径主要有直接侵权和间接侵权两种,具体如图4-4所示。

商业秘密侵权行为的表现形式有多种。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条和《中华人民共和国刑法(2015)》第二百一十九条的相关规定,宜发生于用人单位的商业秘密侵权行为的表现形式可概括为图4-5所示四类。

针对上述违法侵权行为,用人单位可根据维权需要采用以下措施对相关行为人进行追责赔偿处理。

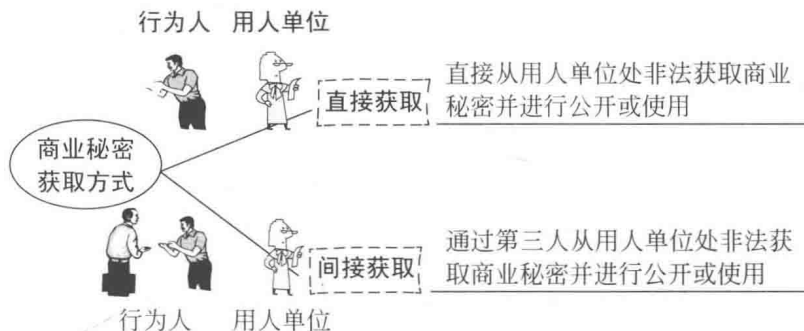


图4-4 商业秘密非法获取方式示意图

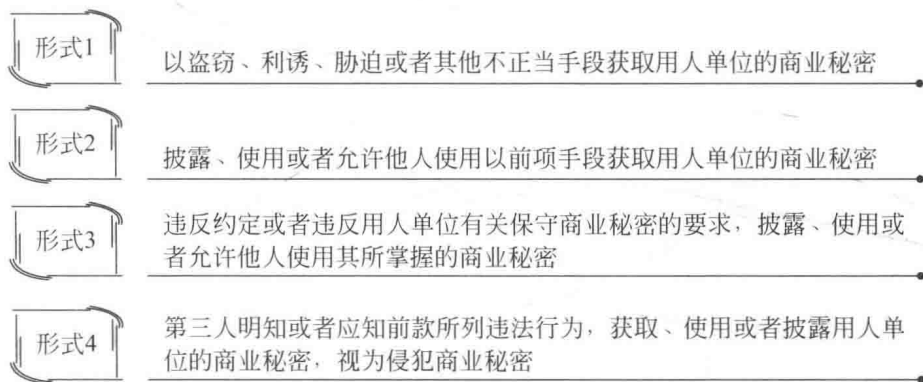


图4-5 商业秘密侵权行为表现形式一览表

（1）与侵权人协商

用人单位发现相关行为人侵犯商业秘密时，可根据事先签订的保密协议或根据相关法律法规的规定（如下所示）与相关行为人进行协商，确定停止侵权行为及相关赔偿事宜。

《中华人民共和国劳动法》第一百零二条规定：“劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。”

《中华人民共和国合同法》第四十三条规定：“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”

《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十条规定：“经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损



失难以计算的，赔偿额为侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。”

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第五条规定：“劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，按《反不正当竞争法》第二十条的规定支付用人单位赔偿费用。”

同时该法第六条规定：“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%。向原用人单位赔偿下列损失：

- （一）对生产、经营和工作造成的直接经济损失；
- （二）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。

赔偿本条第（二）项规定的损失，按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。”

（2）向工商行政部门投诉

用人单位发现商业秘密侵权行为，并与相关行为人协商不成后，用人单位可向工商行政部门投诉，申请工商行政部门对相关行为人的侵权行为进行查处。如经工商行政部门调查确定存在侵权行为时，用人单位可申请工商行政部门禁止侵权人的侵权行为，其法律依据为《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十五条之规定：“违反本法第十条规定侵犯商业秘密的，监督检查部门应当责令停止违法行为，可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款”；而对于损害赔偿问题，用人单位可依据《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》申请工商行政部门进行调解。

（3）申请仲裁

用人单位发现商业秘密侵权行为，并与相关行为人协商不成或调解不成后，用人单位可向当地劳动争议仲裁委员会提交仲裁申请，申请劳动争议仲裁委员会对相关行为人的侵权行为进行裁决。

（4）提起诉讼

如用人单位对仲裁裁决的结果不服时，用人单位应在接到仲裁结果后，在规定的时间内向人民法院提起诉讼。但当侵权行为严重、用人单位损失严重时，



用人单位可向人民法院提起诉讼，追究相关行为人的刑事责任；同时可附带提起民事诉讼，要求侵权人赔偿相应损失，其法律依据为《中华人民共和国刑法》第二百一十九条，具体规定为：“有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。”

4.3

竞业限制管理

4.3.1 竞业限制对象为谁

竞业限制是用人单位为了确保员工在离职后能够保守本单位的商业秘密，对员工离职后的择业进行限制的行为。根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定，竞业限制即用人单位根据商业秘密的保密需要，与员工约定其在与用人单位解除或终止劳动合同后，在一定期限内不得到“与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位”工作，或者不可“自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务”。

竞业限制是用人单位保护其商业秘密不受侵害的有效手段，但是在竞业限制实际的实施过程中，竞业限制具有其特有的适用对象，即用人单位仅可对符



合条件的员工进行竞业限制,而不可扩大竞业限制适用对象的范围,对适用对象外的员工实施竞业限制。根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条的规定,竞业限制的适用对象主要可概括为三类,具体如表4-2所示。

表4-2 竞业限制适用对象说明表

适用对象类别	适用对象说明
高级管理人员	主要包括董事、总经理、财务负责人、部门经理等
高级技术人员	主要为用人单位核心技术人员,如技术总监、总工程师等
其他负有保密义务的人员	主要是指用人单位除了上述两类人员外,其他因工作关系而知悉本单位商业秘密或知识产权等相关保密事项的人员



案例再现

杨某于2015年6月到H工厂做锅炉工。在2015年12月,大量一线工人离职,并到H工厂的竞争对手K工厂就业。鉴于此情况,为了保证工厂人员稳定,H工厂强制各车间的员工签订竞业限制协议,约定员工离开工厂后,在1年内不得到同H工厂生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他工厂工;一旦员工违约,员工需向工厂赔付违约金。

在2017年1月,H工厂根据年度战略,调整包括锅炉工在内的15个岗位的工资。杨某对调整后的工资不满,遂提出离职,并在2017年3月到K工厂担任锅炉工。H工厂发现后,认为杨某的行为是违反竞业限制协议约定的行为,因此,杨某需按照竞业限制的约定向本工厂支付违约金。而杨某认为其与工厂签订的竞业限制协议是在工厂强制的情况下签订的,不能准确反映其诉求,所以协议是无效的,杨某拒绝支付违约金。于是H工厂以杨某违反竞业限制约定,并拒付违约金为由向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求杨某按竞业限制协议的约定支付违约金。

劳动争议仲裁委员会认为,根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条的规定,用人单位内实施竞业限制人员仅限于高级管理人员、高级技术人员及其他负有保密义务的人员。而杨某在工厂担任锅



炉工的工作，不是工厂的高级管理人员和高级技术人员，也不属于其他负有保密义务的人员的范围，所以杨某不属于竞业限制的适用对象，用人单位不得同其签订竞业限制协议并约定竞业限制的相关内容。在此类情况下，即使用人单位与非竞业限制适用对象的员工签订了竞业限制协议，协议的约定内容也是无效的。

因此，在本案中，H工厂对锅炉工杨某签订进行竞业限制是侵犯杨某合法权益的行为，是违法行为，而且签订竞业限制协议亦是无效协议，所以，劳动争议仲裁委员会对H工厂提出的杨某因违反竞业限制协议而需支付违约金的主张不予支持。

4.3.2 竞业限制期定多长

竞业限制是用人单位保护其商业秘密不受侵害的重要手段，但是，用人单位对离职员工就业进行的限制不是无期限的，即用人单位仅可对员工离职后的某一段时间内的就业进行限制。根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条的规定，竞业限制期最长不得超过二年，即竞业限制起始于员工与用人单位解除或终止劳动合同之时，最长持续时间为二年。当员工离开原单位的时间长于竞业限制期时，其就业行为即不受竞业限制的约束。



案例回放 ▶▶▶

冯某2014年1月到某生产制造企业G公司担任甲技术工程师，主要负责甲技术的研发工作。在冯某入职时，G公司要求同其签订竞业限制协议。在签订协议时，冯某发现约定的竞业限制期为3年，遂向公司提出疑问。G公司的技术总监向其解释的原因是：甲技术是刚刚兴起的技术，市场需求很大，所以竞业限制期为3年，而且公司内其他工程师的竞业限制期均是3年。冯某无奈，最终同G公司签订了竞业限制协议。

两年后，冯某从G公司离职，并随即出国留学深造。两年半后，冯某学成归国，于2018年8月到G公司的主要竞争对手D公司就业，担任总工程师，主要负责甲技术的开发与优化。



G公司得知冯某到D公司后,要求冯某遵守竞业限制协议中竞业限制服务期的约定,离开D公司,并需按协议约定支付违约金。但冯某以G公司从2018年1月起便未向其支付补偿金为由,指出G公司违约,从而其同G公司签订的竞业限制协议失效,因此,其到D公司工作不属于违约,故拒绝支付违约金。但G公司却说2018年2月,公司向冯某提供的账户打补偿金时资金总是退回,而且当时难以联系到冯某,又加上公司进行改制,事情比较多,遂将给冯某打补偿金的工作押后,但现在公司可为冯某补齐补偿金。冯某称不需要G公司补齐补偿金,并坚持认为是由于G公司违反竞业限制约定,从而导致竞业限制协议已经失效,因此其进入D公司不属于违约行为,也不必从D公司离职,更不必向G公司支付违约金。G公司遂以冯某违反竞业限制约定及D公司侵犯商业秘密为由,向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为,根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定,竞业限制期最长不得超过二年,而本案中G公司同冯某签订的竞业限制期为三年,因此,G公司与冯某签订竞业限制内容与法律规定内容相悖。由上可以判定G公司与冯某签订竞业限制协议部分无效,即从冯某离职两年后竞业限制协议无效。所以,对于本案中,在冯某离职两年半后,G公司提出的因冯某违反竞业限制约定而需支付违约金,以及D公司因雇佣处于竞业限制期员工而需承担连带责任的主张,劳动争议仲裁委员会不予支持。

4.3.3 竞业限制“两金”如何用

竞业限制的“两金”是指竞业限制中的补偿金和违约金,其中,补偿金是用人单位为了补偿处于竞业限制期的离职员工因竞业限制而受到的损失,而在竞业限制期内向离职员工支付的经济补偿;而违约金,则是处于竞业限制期的离职员工因违反竞业限制约定而需按照约定向用人单位支付的经济赔偿。竞业限制的“两金”是竞业限制得以顺利实施的重要工具,其使用要点如下所示:



(1) 补偿金使用

补偿金是用人单位向被竞业限制约束的离职员工支付的经济补偿,根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条的规定,对负有保密义务的员工,用人单位可在解除或者终止劳动合同后,按照竞业限制约定,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。由此可以看出,补偿金支付是用人单位的法定义务,其使用要求如下所示。

① 用人单位在实施竞业限制时,必须向被限制的离职员工支付补偿金。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第八条规定:“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制约定的,人民法院应予支持。”由此可见,用人单位在实施竞业限制时,必须向被限制的离职员工支付补偿金,否则超过三个月未支付的,离职员工有权要求解除竞业限制。此处需特别指出的是,如用人单位按约支付补偿金,而离职员工拒绝领取补偿金,竞业限制约定依然有效。

② 补偿金的数额可由用人单位与员工共同商议约定,没有约定的也要有标准。

用人单位与员工共同商议约定补偿金数额的,从其约定;没有约定的,我国法律也对相关标准进行了规定,其最低标准可参考《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》中的第六条规定,即“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制,但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿,劳动者履行了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的,人民法院应予支持。”

前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付。”

③ 竞业限制期限内可解除竞业限制协议,但被要求额外支付经济补偿的应支付。

在竞业限制期限内,用人单位可解除竞业限制协议,但在解除竞业限制协议时,如离职员工请求用人单位额外支付竞业限制经济补偿的,用人单位可根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第九条的规定,即“在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议时,人民



法院应予支持。在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持”，额外支付离职员工三个月的竞业限制经济补偿。



案例再现 ▶▶▶

案例1：褚某在T公司担任市场总监。在其入职时，T公司同其签订了竞业限制协议，约定竞业限制期为一年半，补偿金每月10日发放至竞业限制结束。褚某于2016年1月离职，并按照竞业限制约定未到相关企业就业。但从2016年11月开始，T公司一直未能向褚某支付补偿金，褚某在多次同T公司联系未果的情况下，于2018年3月到T公司的主要竞争对手O公司担任市场总监。

T公司得知后，要求褚某遵守竞业限制约定从O公司离职，并按约支付T公司违约金。褚某认为T公司已连续5个月未支付补偿金，是T公司违约在先，从而其与T公司签订的竞业限制约定已失效。T公司遂称由于公司内部管理原因，未能及时向其支付补偿金，现可向其补发补偿金，但褚某拒绝T公司补发补偿金的提议，并拒绝从O公司离职及向T公司支付违约金。T公司遂以褚某违反竞业限制约定及O公司雇佣处于竞业限制期的员工为由向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为，T公司与褚某签订的竞业限制协议以明确约定补偿金的发放时间，而T公司从2016年12月开始未能按照约定向褚某发放违约金，此已构成违约，尽管T公司在与褚某发生劳动争议时提出了补发补偿金，但此建议不作为其违约行为得以取消的判定依据，因此，在T公司未能按约向褚某支付补偿金时，双方签订的竞业限制协议已经失效。故劳动争议仲裁委员会裁决对T公司提出的褚某违反竞业限制约定及O公司雇佣处于竞业限制期的员工的主张不予支持。

案例2：朱某在P公司担任技术副总，并与P公司签订了竞业限制协议，约定竞业限制期为2年，补偿金每月1日发放至竞业限制结束。朱某在2016年3月从P公司离职，P公司多次以口头或书面方式通知朱



某提交其个人银行账号以便公司发放补偿金或到公司财务部领取补偿金,但是朱某以各种理由进行回避而未提供其个人银行账号且未到公司领取现金,于是P公司派其公司法律顾问同朱某进行沟通,朱某明确表示不需要P公司支付补偿金。

在2016年底,P公司发现朱某在甲地成立公司G,其公司经营的产品与P公司生产产品相同。于是,P公司要求朱某根据竞业限制约定,停止经营G公司,并需按竞业限制约定向P公司支付违约金。但朱某辩称P公司未向其支付补偿金,竞业限制约定已失效,故其在甲地成立公司的行为不属于违约行为,因此,朱某拒绝关闭G公司,亦拒绝向P公司支付违约金。无奈,P公司向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为在劳动者拒绝领取违约金的情况下,用人单位不能按约向劳动者支付补偿金的行为是不违反竞业限制约定的行为,用人单位有权要求劳动者继续履行劳动竞业限制约定,且如果劳动出现了违约,用人单位有权要求劳动者按照约定进行赔偿。在本案中,P公司在朱某离职后本欲按约向其支付补偿金,但朱某拒绝提供银行账号且不到公司领取补偿金,导致补偿金未能如约到达朱某手中;同时,P公司亦主动派公司法律顾问同朱某进行沟通竞业限制的相关事宜,且根据P公司提供的有朱某签名的沟通记录可知,朱某已明确表示拒绝收取P公司支付的补偿金,且P公司要求继续履行竞业限制的约定,因此,P公司与朱某签订的竞业限制协议有效。所以本案中,朱某在劳动竞业限制期内自己开业经营同类产品的行为属于违约行为,故劳动争议仲裁委员会裁决朱某需按照竞业限制的约定停止经营G公司,并向P公司支付违约金。

由上述两个案例可知,尽管都是竞业限制补偿金未支付的情况,但在裁决竞业限制协议是否有效时,也因这种未支付的情况是由用人单位还是离职员工造成的而有所差别。故在实践中,用人单位要想确保竞业限制协议有效应按约支付补偿金,对于员工拒领补偿金的,用人单位应保留好证据。



（2）违约金使用

违约金是违约员工向用人单位支付的经济赔偿,《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条对处于竞业限制期的离职员工支付违约金的适用情形进行了明确规定,即“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”。竞业限制违约金的存在增加了员工违反竞业限制约定行为的成本,因此,可对员工的违约行为起到一定的限制作用。因此用人单位可使用竞业限制违约金对竞业限制期的员工进行约束,具体使用要求如图4-6所示。



要求1:用人单位和员工需按照公平合理的原则协商约定违约金数额,其制定依据有用人单位商业秘密被侵害而受到的实际损失、违约员工因违反约定所获得的收益及因员工违约造成该商业秘密完全公开时商业秘密的全部的价值等。



要求2:用人单位和员工如未事先协商约定竞业限制违约金数额,不影响竞业限制协议的有效性,如员工违约,用人单位可要求员工及其违约服务的经营者赔偿,具体法律依据如下。

◎《中华人民共和国劳动合同法》第九十条:“劳动者违反本法规定解除劳动合同,或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。”

◎《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十条:“经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权期间因侵权所获得的利润;并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。”



要求3:在离职员工违反竞业限制约定并向用人单位支付违约金后,用人单位可要求其按照约定继续履行竞业限制义务的。

图4-6 违约金使用要求一览表



案例再现 ▶▶▶

2015年5月,房某进入某汽车公司B担任销售总监。房某在同B公司签订劳动合同时也签订了竞业限制协议,约定竞业限制期两年,并约定在限制期间B公司向房某每月支付补偿金,其补偿金数额为离职前12个月平均月收入的30%。

2020年1月,房某从B公司离职,而后B公司通过快递形式将“竞业限制通知书”寄送给房某,通知书载明:“房某需从2020年1月8日至2022年1月7日期间履行竞业限制义务,B公司每月支付其6000



元竞业限制补偿金。若房某在竞业限制期出现违约行为，应承担违约责任，向B公司一次性支付违约金30万元。”此后B公司按约向房某支付竞业限制补偿金。

2021年3月，B公司发现房某到其竞争对手I公司工作，遂要求房某停止违约行为，继续履行竞业限制协议，并承担相应违约责任。但房某认为竞业限制协议未约定违约金，竞业限制协议属于无效协议，遂对B公司的要求不予理睬，仍在I公司工作。于是B公司向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求房某返还已支付的竞业限制补偿金84000元、支付违约金30万元，并需继续履行竞业限制义务。



依法说案 ▶▶▶

1.在本案中，虽然B公司和房某签订的竞业限制协议中未对违约金的相关内容进行明确约定，但是双方约定的竞业限制协议仍属有效协议。这是因为其对竞业限制期限、竞业限制补偿有明确规定，且相关内容为协议双方真实意思的表达；同时，约定内容不违反相关法律法规的强制性约定；而违约金相关内容属劳动者违约责任的约定，在竞业限制协议中属非强制性规定，其约定与否不影响竞业限制协议内容的效力。同时，在劳动合同解除后，B公司按约向房某支付就业限制补偿，属于履约行为，而房某在竞业限制期内到B公司竞争对手I公司工作的行为属于违约行为。员工违反竞业限制的，法律未明确规定用人单位可以将已付的竞业限制赔偿金追回，但规定了违约员工应按约定向用人单位支付违约金。因此，对B公司提出的要求房某返还已支付的竞业限制补偿金，劳动争议仲裁委员会一般不予支持。

2.《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定：“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。”由上述法律规定可知，违约员工承担的违约金，需以双方明确约定为前提，而在本案中，竞业限制协议中并未明确违约金的相关内容，且对于违约金，B公司只是在房某离职后以“竞业限制通知书”的形式告知房某违约责任，故违约金的相关内容不属于双方约定内容，对房某不具有约束



力，因此，B公司提出的要求房某支付违约金的主张缺乏依据。

但是需要指出的是，根据《中华人民共和国合同法》第九十条规定、《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十条规定，若本案中B公司能证明房某违反竞业限制约定给公司造成损失的，可向房某追究赔偿责任，也可向I公司追究赔偿责任。

3. 根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十条规定，即“劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持”，对B公司提出的要求房某继续履行竞业限制义务的主张，劳动争议仲裁委员会予以支持。



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 5 章

员工绩效薪酬管理 中的法律问题



5.1

绩效考核结果应用

5.1.1 试用期员工考核不合格下的辞退

沈某到G公司做销售代表，试用期为两个月。在试用期结束前的半个月，G公司人力资源部通知沈某：经过近一个半月的考核，本公司认定沈某不符合公司的录用条件，故公司会在一周内解除同沈某的劳动合同。在接到公司通知的两天后，沈某发现自己怀孕了，故找到其销售主管权某说自己在孕期，公司不可以将其辞退。但权某表示辞退沈某并不是因为沈某怀孕，而是因为沈某不适合现在的工作岗位，故公司可以辞退沈某。沈某对公司的解释不满意，遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求G公司撤销解除劳动合同的决定，继续履行劳动合同。

在案件审理期间，G公司向仲裁庭出具了员工录用手续记录、销售代表录用条件、试用期员工转正细则、试用期销售代表绩效考核方案、沈某的绩效考核记录以及绩效考核沟通记录等文件，证据充分，确认沈某不符合销售代表的录用条件，并且沈某对其不符合录用条件的结果也予以认可。因此，仲裁庭认定G公司解除同沈某的劳动关系合法，其法律依据为《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款，即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。

.....

而沈某提出的孕期不得解除劳动合同的主张的依据是《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条，但是其适用情形为第四十条和第四十一条，不适用于本案情形，故仲裁庭对沈某提出的主张不予支持。

上述案例中，用人单位之所以能够解除与处于孕期的试用期员工的劳动合同，一方面因为《中华人民共和国劳动合同法》就用人单位不得解除孕期员工劳动合同的规定不适用于本案的情形，但关键还是因为在本案中用人单位提供了充足的证据证明该试用期员工不符合公司相关岗位的录用条件。由此，用人

单位方可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款的规定辞退该名绩效不合格的试用期员工。

由上可以看出,用人单位在解除同绩效考核不合格试用期员工的劳动合同时,需在满足图5-1所示的前提条件下,方可依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款规定同其解除劳动合同;否则,用人单位不可依据该条款辞退绩效考核不合格的试用期员工。

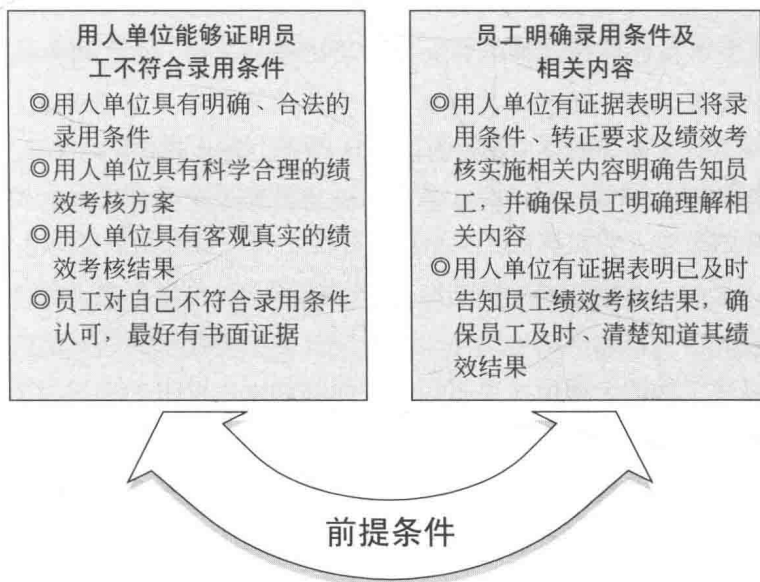


图5-1 与绩效不合格试用期员工解除劳动合同的前提条件

5.1.2 正式员工考核不合格下的辞退

梅某在一家保险公司L担任业务经理。2015年3月,L公司以梅某不能胜任业务部经理一职为由,向梅某发出解除劳动合同的通知。梅某对公司做出的决定存有异议,在多次同公司进行沟通无果的情况下,向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求L公司支付经济赔偿金。

在庭审中,L公司辩称梅某任职以来考核成绩不佳,在公司10个部门经理中,梅某的综合排名为第七,考核结果判定为“一般”,未达到“中等”水平;同时,梅某的纪律性较差,经常迟到,全年共迟到56次。综合上述原因,公司判定梅某不能胜任业务经理的岗位,故公司根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款解除同梅某的劳动关系是合法的。



仲裁庭认为L公司申辩的两个理由均不能作为梅某不胜任工作的依据,因为第一个理由,梅某在10个部门经理年度考核中位列第七名,考核结果为“一般”,即证明对于业务经理这一岗位而言,梅某虽不是优秀或中等,但却是称职的,故仅凭此不能判定梅某难以胜任工作;第二个理由,经查证梅某确实在2014年度全年迟到次数达56次,且根据公司规模规定全年迟到次数超过48次即为严重违纪,但是违纪与不胜任工作是两个不同的解除劳动合同的理由,故L公司不能以梅某存在严重违纪则判定其不能胜任岗位。综合上述分析,仲裁庭认为L公司以梅某不能胜任工作为由解除同梅某的劳动合同,但又难以提供证据证明梅某不能胜任工作,故判定其根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款解除同梅某的劳动合同的行为属违法行为,因此对梅某的主张予以支持,裁决L公司根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定向梅某支付赔偿金。

从上述案例中可知,对于绩效考核不合格的正式员工,用人单位可解除与其的劳动合同,但是需严格按照《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款的规定进行。如用人单位违反《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款的规定解除其与员工的劳动合同,则需按照《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定向员工支付赔偿金,即“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”。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款对用人单位辞退绩效不合格的正式员工的行为进行了规范,即在“劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作”时,用人单位在“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”,方可解除劳动合同,其具体说明如下所示:

(1) 合法辞退适用条件

用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款规定辞退绩效考核不合格的员工的**关键是明确本条款的适用条件——员工不能胜任工作。因此,用人单位需对员工的胜任力进行考核评估,判定员工是否能够胜任工作,进而确保其辞退员工的行为符合法律条款的规定。

用人单位考核评估正式员工的胜任力时,需遵守如下所示的要求,以确保其解除劳动关系行为的合法性与合理性。

① 用人单位既需对员工当前工作的胜任力进行评估,同时还需对其经过培训或调岗后的工作胜任力进行评估。如员工既不能胜任当前工作,又在经过培训或调岗后依然不能胜任工作,此时,用人单位可按照相关法律规定解除同其的劳动合同;但是,如果仅确定员工不能胜任当前工作,用人单位不可辞退该名员工。

② 用人单位需建立合理的绩效考核体系,将胜任力评估与绩效考核结果进行合理关联,使绩效考核结果能够有效反映员工的工作胜任力。

③ 用人单位需制订科学的绩效考核实施方案,确保绩效考核结果准确、客观。

④ 用人单位需与员工做好沟通,明确告知员工其绩效目标、绩效考核标准、绩效考核结果以及绩效考核结果的应用说明,确认员工准确了解相关内容。

⑤ 用人单位需搜集整理员工绩效考核相关的资料文件,如绩效考核制度与实施方案、员工沟通记录、员工述职报告、绩效考核报表等。

(2) 合法辞退操作要领

用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款规定辞退绩效考核不合格的正式员工时,需掌握以下操作要领,具体如图5-2所示,否则也将承担违约解除劳动合同的风险。

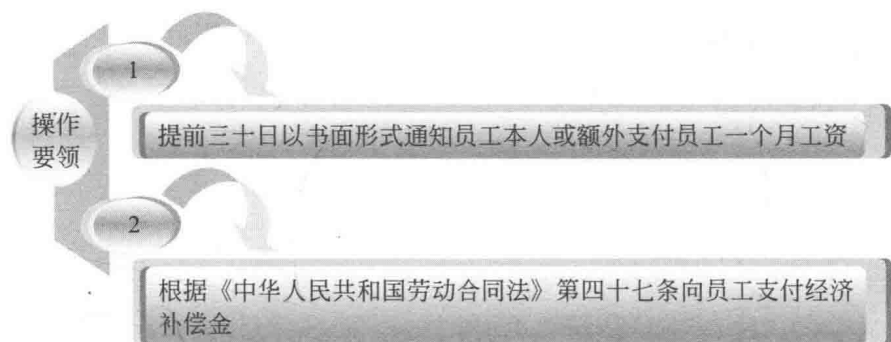


图5-2 合法辞退绩效不合格正式员工的操作要领

5.1.3 绩效考核不合格下的调岗调薪

对于绩效考核不合格的员工,用人单位可采用调岗或调薪的方式对其进行安置。调岗即调整员工的岗位,调薪即调整员工的薪酬。但是需要注意的是,无论是调岗还是调薪,均涉及劳动合同内容的变更。因此,用人单位需遵守



《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条的规定,即“用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采用书面形式”,进行调岗、调薪,以有效规避表5-1所示的风险。

表5-1 调岗调薪风险说明表

风险类别	风险说明	
	来源	后果
调薪或调岗调薪风险	员工可能以拖欠工资为由提起仲裁申请或诉讼,要求用人单位支付拖欠的工资,或同时以此为由要求解除劳动合同	◎ 用人单位支付拖欠的工资,或同时支付经济赔偿金 ◎ 用人单位按原劳动合同约定提供薪酬或岗位
调岗不调薪风险	员工可能以用人单位未按劳动合同约定,提供必要的劳动条件为由,提出仲裁申请或诉讼,要求用人单位提供约定的岗位或是要求解除劳动合同	◎ 用人单位支付经济赔偿金 ◎ 用人单位按原劳动合同约定提供岗位

针对上述风险,用人单位在对绩效考核不合格员工进行调岗或调薪时,需遵守以下要求。

(1) 制定合法并公示管理制度

用人单位需制定合法的调岗、调薪管理制度,以作为其进行调岗、调薪工作的实施依据,确保调岗、调薪工作的合法性。用人单位需在调岗、调薪管理制度中明确图5-3所示的内容,以确保制度的合法性、实用性。

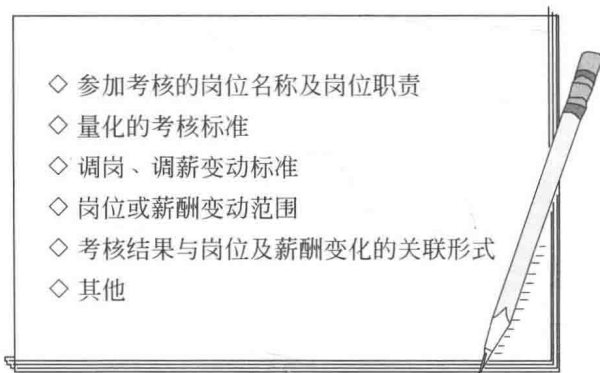


图5-3 调岗调薪管理制度内容说明图

用人单位在制定调岗、调薪管理制度后,需将制度进行公示,使员工尤其是相关岗位任职者了解并确认其绩效考核结果与岗位及薪酬调整之间的关联情



况。如员工对制度中的相关内容存有疑义，用人单位再与员工就相关内容进行协商，并达成一致。



案例回放▶▶

案例1：2014年初，吴某到某化妆品公司T担任市场总监，签订了为期三年的劳动合同，月薪为2万元/月。到2015年年初，经过一年的工作指导与培训，吴某的业绩一直未达到公司制定的绩效标准，公司判定其难以担任市场总监一职，因此与其协商调至市场经理一岗，薪酬保持不变，但是吴某不同意，并拒绝到新岗位上班。T公司遂以吴某旷工为由解除了与吴某的劳动合同。吴某不服，认为T公司的做法违反了法律规定，遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求T公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。

在庭审中，T公司辩称在与吴某签订劳动合同时便已明确了吴某的年度业绩目标及各季度、各月的业绩目标，而吴某在2014～2015年度中只有7月和8月达到业绩目标，其他各月均未达到目标，因此，吴某难以胜任市场总监一职，故公司与其协商调整至市场经理一岗，但其却未到新岗位上班，连续旷工多日，已严重违反公司规章制度，故公司根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款规定解除同吴某的劳动合同。吴某则称虽然在签订劳动合同时T公司与其约定了业绩目标，但是未向其说明业绩目标的完成情况与其岗位或薪酬的关联情况，而且公司内也没有相关管理制度对此以及任职者不胜任岗位工作的判断标准进行说明，故公司在其不同意调岗的情况下单方面调整其岗位的行为是违法的，其有权不到公司单方面变更的岗位上班。因此，本人不到新岗位上班不属于旷工，公司以其严重违反公司规章制度为由解除劳动合同是缺少法律依据的。

劳动争议仲裁委员会认为，T公司确实没有相关管理制度对绩效考核与调岗、调薪的关联情况以及员工不胜任岗位的判定标准进行说明，即未对业绩目标与岗位胜任力判断的关联性进行明确说明，因此



该公司仅凭吴某未达到业绩目标而做出其不胜任岗位要求的判定是缺乏依据的。而其在未经吴某同意的情况下单方面变更其工作岗位的行为已侵犯吴某的合法权益,属于违法行为;同时以不到新岗位上班属旷工为由解除劳动关系,亦不符合法律的相关规定,故裁决支持吴某的主张,T公司需向吴某支付赔偿金。

案例2:2015年1月,冯某与O淀粉厂签订为期3年的劳动合同。双方在劳动合同中约定冯某的岗位为仪表操作工,并明确工厂按照年度岗位绩效考核方案对员工的工作绩效进行考核,如出现与《O淀粉厂调岗调薪管理制度》中调岗或调薪适用情形一致的情况时,该厂根据制度内容进行调整或调薪。在签订劳动合同的同时,工厂将仪表操作工绩效考核方案及《O淀粉厂调岗调薪管理制度》发给冯某签收确认。

冯某在热车间主要负责仪表观察与维护,其在第一年的绩效考评中,考评结果为60分,低于公司制定的合格线80分。公司根据考核结果及公司规章制度,判定冯某难以胜任仪表操作工一职,遂在2016年伊始,公司向冯某发出员工转岗通知,将冯某调至酸钠生产车间担任离心机操作工,工资未变。但冯某对工厂的决定存有异议,在多次同工厂沟通无果的情况下,其拒不到酸钠车间工作。后O工厂以冯某长期旷工严重违纪为由解除与冯某的劳动关系。冯某就此与O工厂产生劳动争议,遂向劳动争议仲裁机构提出仲裁申请,要求O工厂支付赔偿金。

劳动争议仲裁委员会认为O工厂已在其规章制度中明示了绩效考核与调岗、调薪的关联性 & 岗位胜任力判定标准,并且冯某对相关内容也已明确。因此,O工厂根据冯某的考核结果及公司规章制度对冯某做出的调岗决定合法合理,而冯某无故拒绝到岗工作的行为确属旷工,且工厂规章制度中将旷工视为严重违纪行为,故工厂可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款的规定解除同冯某的劳动合同,并可不必支付赔偿金。由此,劳动争议仲裁委员会裁决O工厂无违法行为,遂驳回冯某的申请。

上述的两个案例均是由于“员工拒不到岗，用人单位解除劳动关系”引发的劳动争议，但是裁决结果却完全不同，究其原因案例2中的用人单位制定了合法的绩效考核与调岗调薪管理制度并进行了公示，从而确保了其依据绩效考核结果进行调岗或调薪的行为的合法性；而案例1中用人单位没有相关制度对绩效考核与调岗、调薪的关联性进行说明，从而使其根据考核结果进行调岗或调薪的行为缺少充分的依据，进而使据此做出的解除劳动合同的决定不具有合法性。由此可以看出，用人单位如依据考核结果进行调岗、调薪时，需制定合法合理的管理制度，明确考核结果与调岗、调薪的关联性，确保调岗或调薪的合理性与合法性。

（2）书面确定调整内容

用人单位在制定并公示了相关管理制度后，还需与员工就岗位或薪酬调整的相关内容签订书面文件，以作为其做出调岗或调薪决定以及向员工解释的重要依据。用人单位在根据员工绩效考核进行调岗或调薪时需对如图5-4所示的内容进行确认。

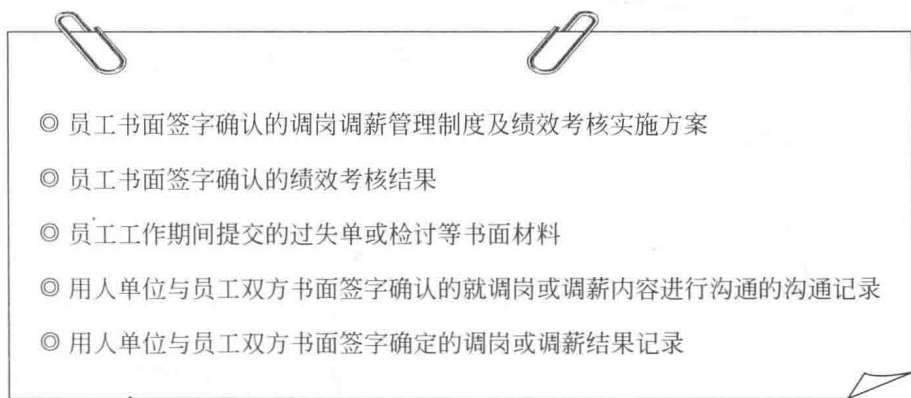


图5-4 确认内容示意图

此处需要注意的是，虽然用人单位在进行调整员工岗位或薪酬等变更劳动合同内容的行为时，需以书面形式与员工对调整内容进行确认，但是根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》中第十一条的规定，即“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政



策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”用人单位未采用书面形式与员工确认调整内容，员工需在一个月内提出异议或向相关部门提出调解申请、仲裁申请或诉讼申请，否则，视为同意用人单位的调整。

2015年12月韩某到某通信科技公司P担任市场总监，双方在劳动合同中约定公司按照年度岗位绩效考核方案对其工作绩效进行考核，如出现与《P公司调岗调薪管理制度》中调岗或调薪适用情形一致的情况时，则根据制度内容进行调岗或调薪工作。在签订劳动合同的同时，公司将市场总监绩效考核方案及《P公司调岗调薪管理制度》发给韩某签收确认。

在2016年年度考核中，韩某的年度考核结果未达到公司标准，而后公司综合考虑韩某在本年度业绩情况，并结合公司相关规章制度，判定韩某难以胜任市场总监一职，遂于2017年1月口头通知韩某将其岗位调整为市场部经理，工资由3万元/月降为2万元/月。

三个月后，韩某以公司未采用书面形式变更劳动合同为由，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，主张劳动合同变更无效，要求P公司补发工资。

韩某认为P公司未与其采用书面形式变更劳动合同，劳动合同变更无效，因此其调整岗位并降低薪酬属于违法行为，P公司理应按初始劳动合同的规定补发工资。而P公司认为，自己已将公司相关绩效考核与调岗调薪的管理制度及实施方案告知韩某，并已经实际履行三个月，公司认定韩某早已同意了该变更，故公司无须补发工资。

劳动争议仲裁委员会认为虽然韩某主张并未同P公司就调岗调薪的内容变更劳动合同，但P公司对韩某进行的调岗降薪不违反相关法律规定，且韩某已在P公司调整后的岗位工作，并领取了三个月的工资，这从法律上可以认定双方已在口头上就劳动合同相关内容的变更达成一致，故根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》中第十一条的规定，劳动争议仲裁委员会认可P公司的主张，驳回了韩某的请求。



5.2

薪酬计算与发放

5.2.1 工资构成有哪些



案例回放

孔某在某集团公司A担任行政部经理。在孔某的劳动合同中,“工资”一栏中显示其工资的数额为16000元。同时A公司与孔某签订了一份《办公费用报销管理协议》,该协议约定:根据行政部经理工作岗位的需要,公司特批准孔某每月需凭票据报销办公费用,上限为8000元,实报实销,且当月发生费用次月报销,逾期不报。孔某对协议内容无异议,在协议上签字确认。

孔某依据协议内容,每月提供办公费用支出凭证,并在财务办公费用支出凭单上签字、领取8000元办公费。一年后,A公司由于工作地点变更与孔某协商解除劳动合同。在协商过程中,A公司表示愿意支付孔某一个月的工资作为解除劳动合同的经济补偿金,金额为16000元,但孔某称其工资每月为24000元。由于双方要求差额较大,故双方未就经济补偿金的金额达成一致。孔某遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求A公司向其支付24000元经济赔偿金。

在庭审过程中,孔某称虽然办公费用是凭票据报销的,但办公费用是公司由于其岗位需要与其约定并发放的岗位福利,故应属于工资收入。A公司则称报销孔某在工作中产生的办公费用的原则是实报实销,没有产生办公费用则不予报销,因此孔某领取的办公费用的报销款不属于孔某的工资收入。

仲裁庭认为A公司与孔某签订的《办公费用报销管理协议》中已明确规定办公费用需凭票据报销,上限为8000元,实报实销,由此可



知当月若无费用产生,则公司不必支付报销款;即使产生费用,但无票据时,公司亦不为其报销;公司报销费用的数额以实际费用情况为准,但上限不超过8000元。同时,用人单位将办公费用报销款计入费用支出台账,孔某在领取报销款时,也是在费用支出凭单签字。因此,从给付性质上看,办公费用报销款是对员工因工作业务垫付费用而进行的财务结算,而非对员工劳动给予的补偿;从财务制度上看,办公费用报销款属于用人单位的费用支出,而非员工个人工资性收入,故孔某领取的报销款不属于工资范畴,不能作为经济补偿金的核算基数。因此,仲裁庭对A公司的主张予以认可,裁决驳回孔某的申请。



依法说案▶▶▶

上述案例中,用人单位与员工就经济补偿金核算基数难以达成一致而引发的争议的关键点在于员工工资范围的认定。这是因为用人单位向员工支付经济补偿金时,需以员工的工资为基数,确定补偿金数额。根据《关于工资总额组成的规定》,案例中员工主张被驳回的原因是办公费用的报销款不属于员工工资范畴,故在核算经济补偿金时不得将其纳入核算范围。

了解员工工资的范畴,首先需要了解员工的工资到底是什么。工资是用人单位根据国家相关规定或劳动合同约定,定期以货币的形式向员工支付的劳动报酬,是员工劳动收入的主要部分。

(1) 属于员工工资的收入

员工工资的范围可根据《关于工资总额组成的规定》第四条的规定进行确定,即工资总额是由计时工资、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六部分组成,具体各组成部分的内容可参照《关于工资总额组成的规定》有关条款的规定。

第五条 计时工资是指按计时工资标准(包括地区生活费补贴)和工作时间支付给个人的劳动报酬。包括:

(一) 对已做工作按计时工资标准支付的工资;



- (二) 实行结构工资制的单位支付给职工的基础工资和职务(岗位)工资;
- (三) 新参加工作职工的见习工资(学徒的生活费);
- (四) 运动员体育津贴。

第六条 计件工资是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。包括:

- (一) 实行超额累进计件、直接无限计件、限额计件、超定额计件等工资制,按劳动部门或主管部门批准的定额和计件单价支付给个人的工资;
- (二) 按工作任务包干方法支付给个人的工资;
- (三) 按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资。

第七条 奖金是指支付给职工的超额劳动报酬和增收节支的劳动报酬。包括:

- (一) 生产奖;
- (二) 节约奖;
- (三) 劳动竞赛奖;
- (四) 机关、事业单位的奖励工资;
- (五) 其他奖金。

第八条 津贴和补贴是指为了补偿职工特殊或额外的劳动消耗和因其他特殊原因支付给职工的津贴,以及为了保证职工工资水平不受物价影响支付给职工的物价补贴。

(一) 津贴。包括:补偿职工特殊或额外劳动消耗的津贴、保健性津贴、技术性津贴、年功性津贴及其他津贴。

(二) 物价补贴。包括:为保证职工工资水平不受物价上涨或变动影响而支付的各种补贴。

第九条 加班加点工资是指按规定支付的加班工资和加点工资。

第十条 特殊情况下支付的工资。包括:

(一) 根据国家法律、法规和政策规定,因病、工伤、产假、计划生育假、婚丧假、事假、探亲假、定期休假、停工学习、执行国家或社会义务等原因按计时工资标准或计时工资标准的一定比例支付的工资;

(二) 附加工资、保留工资。

(2) 不属于员工工资的收入

还需特别指出的是,用人单位不但需要明确工资总额的构成,还需明确不属于工资总额的劳动收入,以准确把握员工工资范围。对于不属于工资总额的员工收入,《关于工资总额构成的规定》第十一条做出了明确规定,具体如下所示。



第十一条 下列各项不列入工资总额的范围：

- (一) 根据国务院发布的有关规定颁发的发明创造奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金；
- (二) 有关劳动保险和职工福利方面的各项费用；
- (三) 有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出；
- (四) 劳动保护的各项支出；
- (五) 稿费、讲课费及其他专门工作报酬；
- (六) 出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费；
- (七) 对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用；
- (八) 实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入；
- (九) 对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息（包括股金分红）和利息；
- (十) 劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等；
- (十一) 因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费；
- (十二) 支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用；
- (十三) 支付给参加企业劳动的在校学生的补贴；
- (十四) 计划生育独生子女补贴。

除此之外，《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第53条也对不属于员工工资的收入进行了规定，具体内容为劳动者的以下劳动收入不属于工资范围：“（1）单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用，如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等；（2）劳动保护方面的费用，如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；（3）按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。”

5.2.2 工资支付方式有哪些

用人单位需按法律规定或劳动合同约定，定时向员工支付工资。对于员工工资支付，《工资支付暂行规定》第五条明确规定“工资应当以法定货币支付，不得以实物及有价证券替代货币支付”。用人单位常用的工资支付方式主要有三



种：现金支付、通过银行支付及现金支付与通过银行支付相结合，具体说明如表5-2所示。

表5-2 工资支付方式说明表

支付方式		支付方式说明
现金支付		◎ 用人单位将员工薪酬以现金的形式直接发给员工 ◎ 现金支付操作方便，有利于公司内控，但是涉及大量现金支付，可能会存在假币出现、现金丢失、现金被抢等风险
通过银行支付	银行转账	◎ 用人单位直接将员工工资从公司银行账户中划入员工的个人银行账户 ◎ 银行转账需要用人单位开通银行账户及网上银行，但工资支付较现金支付快捷便利，且安全系数较高
	银行代发	◎ 用人单位在银行开立代付业务账户，将工资总额转入银行代付账户，并定期提供工资盘，然后银行根据工资盘及相关数据在规定时间内统一发放员工工资 ◎ 银行代发由银行进行批量操作，统一发放员工工资，可节省用人单位相关成本，提高相关人员的工作效率，但是由于监管机制缺乏或银行业务管理机制不健全，可能会出现账户资金丢失或业务违约纠纷等问题
现金支付与通过银行支付相结合		◎ 用人单位将员工的部分工资以现金的方式支付，另一部分通过银行支付

用人单位应根据其实际需求选择合适的工资支付方式。但是，无论选择何种方式支付员工工资，用人单位需遵守图5-5所示的工作要求。

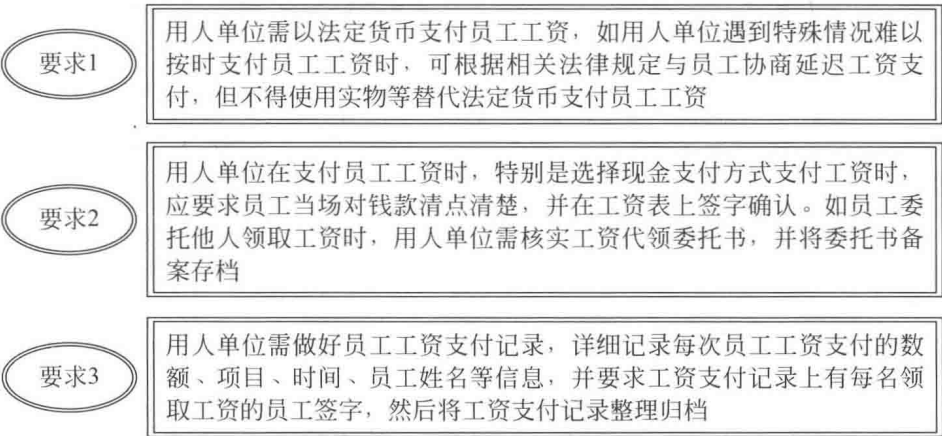


图5-5 工资支付要求示意图



5.2.3 拖欠工资赔得多

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十条规定：“用人单位应当按照劳动合同约定，向员工及时足额支付劳动报酬。”而劳动报酬包括工资、实物报酬、社会保险。因此，用人单位在向员工支付工资时，需保证两点——及时和足额，不得无故拖欠或克扣员工工资。

无故拖欠指用人单位在没有正当理由的情况下，超过法律规定或合同约定的付薪时间而未向员工支付工资的行为，根据《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》，此处的正当理由主要指两类理由，具体如图5-6所示。

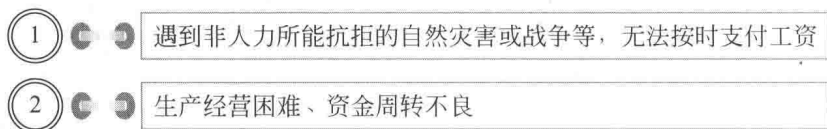


图5-6 拖欠工资正当理由示意图

用人单位因遇到图5-6所示的情形而未能及时支付员工工资的行为不属于无故拖欠，但是需要明确的是用人单位在因生产经营困难、资金周转不良而需要延迟支付员工工资时，需提前向员工说明理由，并在征得本单位工会同意后，方可暂时延期支付工资，且延期时间不得超过当地相关法规中规定的延期上限，否则，用人单位延期支付的行为依然属于无故拖欠。

针对用人单位无故拖欠员工工资的行为，《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《工资支付暂行规定》做出了表5-3所示的处罚规定，以规范用人单位薪酬管理工作，维护员工合法权益，确保用人单位按时支付工资。

表5-3 拖欠工资处罚条款说明表

法律法规名称	条款内容
《中华人民共和国劳动法》	第五十条 工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。
	第九十一条 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；



续表

法律法规名称	条款内容
《中华人民共和国劳动合同法》	第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿： （一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的； 第八十五条 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；
《工资支付暂行规定》	第十八条 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；



案例回放▶▶▶

2015年5月，冷某进入北京一家公司T担任行政专员。冷某与T公司签订的劳动合同中明确约定每月5日发上一个自然月的工资，但是从2015年8月开始，T公司均在每月20~25日之间发工资，并且从2016年2月开始，T公司已经连续两个月未开工资。冷某向公司多次讨要无果后，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求T公司补齐拖欠工资，并要求公司支付经济补偿金。

在庭审过程中，冷某称T公司在未说明原因的情况下，连续6个月晚发工资，并从2016年2月开始连续2个月未发工资，T公司的行为属于无故拖欠工资的行为，因此要求T公司补发工资，并支付经济补偿金。T公司申辩称晚发工资是由于公司经营困难，账上资金周转不良，一旦公司账上资金足够时会立刻向员工发放工资。因此，公司迟发工资不属于无故拖欠。



仲裁庭认为，T公司因经营困难延迟发放员工工资，但却未提供相关证据证明，且根据《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》等的相关规定，即使用人单位因经营困难、资金周转不良需要迟发员工工资时，也需将迟发原因告知员工，征得本单位工会同意，且迟发期限不得超过用人单位当地相关规定。而在本案中，T公司既未将迟发原因告知员工，征得本单位工会同意，且迟发天数已超过30日（《北京市工资支付规定》第二十六条规定用人单位因生产经营困难暂时无法按时支付工资的，应当向劳动者说明情况，并经与工会或者职工代表协商一致后，可以延期支付工资，但最长不得超过30日）。因此，T公司的行为已构成无故拖欠，故仲裁庭对冷某提出的主张予以支持。

5.2.4 克扣工资赔得多

张某是北京某公司员工，劳动合同期限为2015～2017年。2016年，因该公司经营不景气，领导计划裁员，但又不愿意支付经济补偿金，就采取了以不发放绩效工资的方式，扣减了张某每月2000多元的工资，一直扣了三个多月，打算用这种方式逼张某自动离职。

张某在找律师咨询后，以公司少发劳动报酬为由，提交了辞职信。后张某委托律师向劳动仲裁委员会提出了仲裁请求，要求公司补发少发的工资，按法律规定支付经济补偿金。由于相关证据充足，劳动仲裁委员会建议人力资源部跟张某和解。经双方协商，张某顺利地拿到了扣减的工资和经济补偿金两万多元，撤回了仲裁申请。

克扣员工工资指在员工已按照法律规定或合同约定提供正常劳动的情况下，用人单位无正当理由而未能足额支付员工工资的行为。对于用人单位克扣员工工资的行为，我国相关法律法规做出的处罚规定可参考上文表5-3的无故拖欠员工工资的处罚规定。

（1）不得扣减员工工资的特殊情形

克扣员工工资行为认定的前提是员工提供了正常劳动，但是在图5-7所示的三种情形下，即使员工未提供正常劳动，用人单位亦不可扣发员工工资，否则视为克扣工资。

☆ 员工依法参加社会活动

《工资支付暂行规定》第十条规定：劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间，用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资。社会活动包括：依法行使选举权或被选举权；当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联合会等组织召开的会议；出任人民法庭证明人；出席劳动模范、先进工作者大会；《中华人民共和国工会法》规定的脱产工会基层委员会委员因工作活动占用的生产或工作时间；其他依法参加的社会活动。



☆ 员工处于法定假期

《工资支付暂行规定》第十一条规定：劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

☆ 非员工原因造成用人单位停工、停产

《工资支付暂行规定》第十二条规定：非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

图 5-7 不得扣减员工工资的特殊情形

（2）合法扣减员工工资的情形

一般来说，在员工提供正常劳动的情况下，用人单位不得克扣员工工资。但是当出现图5-8所示的情形时，用人单位可扣减员工的工资，其扣减员工工资行为是合法行为，不属于克扣员工工资，不需承担违法风险。

☆ 国家法律法规规定的代扣代缴

《工资支付暂行规定》第十五条规定：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。



图 5-8



☆ 员工因过失给用人单位造成经济损失而扣减工资

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

☆ 其他可扣减工资情形

《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》三项规定“克扣”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。此情形劳动合同中涉及扣减工资的情况主要有两种，一是食宿费等相关费用扣除，二是违约金或赔偿损失的扣除。
- 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。

图 5-8 可合法扣减工资情形一览表

关于个人所得税的代扣代缴，以下通过一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶▶

楚某每月工资为 8000 元，其中养老保险 640 元，失业保险 16 元，医疗保险 165 元，公积金 960 元，个人所得税减除标准 3500 元/月。请计算楚某应纳个人所得税额。



依法说案 ▶▶▶

（1）计算应纳税所得额

《中华人民共和国个人所得税法》第六条规定，工资、薪金所得，以每月收入额减除费用 3500 元后的余额，为应纳税所得额。《中华人民共和国个人所得税法实施条例》第二十五条规定：按照国家规定，单位为个人缴付和个人缴付的基本养老保险费、基本医疗保险费、失



业保险费、住房公积金，从纳税义务人的应纳税所得额中扣除。由此可见，本案中养老保险640元、失业保险16元、医疗保险165元、公积金960元可以在税前扣除。

因此，楚某应纳税所得额的计算公式如下：

$$\begin{aligned}\text{应纳税所得额} &= \text{工资应发金额} - \text{“三险一金”} - \text{个人所得税减除标准} \\ &= 8000 - 640 - 16 - 165 - 960 - 3500 \\ &= 2719 \text{ (元)}\end{aligned}$$

(2) 计算应纳税所得额

根据《中华人民共和国个人所得税法》，个人所得税税率如下表所示：

个人所得税税率表（工资、薪金所得适用）

级数	全月应纳税所得额	税率（%）	速算扣除数
1	不超过1500元的	3	0
2	超过1500元至4500元的部分	10	105
3	超过4500元至9000元的部分	20	555
4	超过9000元至35000元的部分	25	1005
5	超过35000元至55000元的部分	30	2755
6	超过55000元至80000元的部分	35	5505
7	超过80000元的部分	45	13505

应纳税所得额2719元属于“超过1500元至4500元的部分”范围，对应税率10%，速算扣除额105元。楚某应纳个人所得税的计算过程为：应纳税额=应纳税所得额×税率-速算扣除数=2719×10%-105=166.9（元）。

5.2.5 最低工资的设置

最低工资是指在员工提供正常劳动的前提下，各级政府部门根据当地实际情况制定的用人单位支付给员工的最低劳动报酬。最低工资限定了用人单位支付工资的最低额，从而保障员工的基本生活水平。

最低工资限定了员工工资的下限，即用人单位支付的工资不得低于最低工



资，其适用具有充分法律依据，如《中华人民共和国劳动法》第四十八条规定：“国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准”，《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十六条亦明确指出：“在劳动合同中，双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力”。以上条款均为最低工资的适用提供了法律保障。但是用人单位在确定最低工资时需注意两点，即最低工资的组成和最低工资的适用前提，具体说明如下所示：

（1）最低工资的组成

最低工资亦是用人单位支付给员工的薪酬，但是根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十四条的规定，最低工资不包括图5-9所示的四项内容。

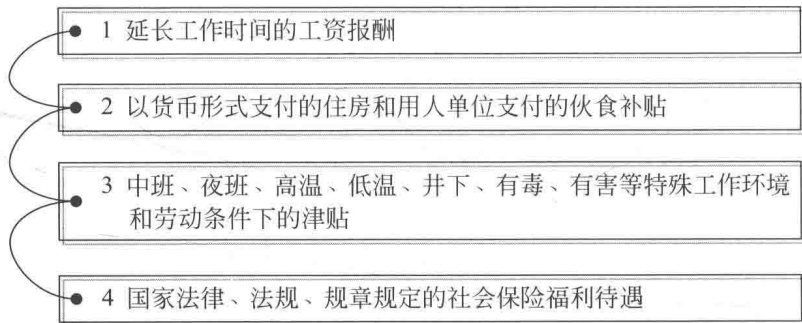


图5-9 最低工资剔除项示意图

（2）最低工资的适用前提

根据《最低工资规定》第三条规定，最低工资的适用前提是员工已提供了正常劳动，即当员工提供了正常劳动时，最低工资对员工工资的约束性才适用，否则，员工的工资不适用最低工资的限制。同样根据《最低工资规定》第三条规定，员工提供的正常劳动，即员工按依法签订的劳动合同约定，在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。员工依法享受带薪年假、探亲假、婚丧假、生育（产）假、节育手术假等国家规定的假期间，以及法定工作时间内依法参加社会活动期间，视为提供了正常劳动。



案例回放

案例1：贾某在某保险公司Y担任程序员。在2014年体检中，贾某被检查出患有乙型肝炎，根据医嘱，贾某立即入院进行治疗，治疗期为4个月。

住院期间，贾某的丈夫每月从Y公司领取1250元的病假工资。贾某出院得知此事非常不满，她认为国家规定的最低工资标准为1560元，而公司只支付其1250元的病假工资低于最低工资的标准，是违法行为，遂要求公司补发工资。公司则认为贾某在休假时期未向公司提供正常的劳动，公司支付其1250元/月的病假工资是遵守相关法律法规的行为。而贾某认为其之所以4个月未上班，是因为生病而并非自己偷懒不上班，因此公司应该起码按照最低工资标准支付工资。于是，贾某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求Y公司补发工资1240元。

劳动争议仲裁委员会认为贾某非因工生病而住院，其在住院期间未能向公司提供正常的劳动，不满足最低工资限制的适用条件，因此，在贾某生病期间，用人单位需向其支付的病假工资不适用于《中华人民共和国劳动法》第四十八条有关用人单位向劳动者支付的工资不得低于当地最低工资标准的规定，即用人单位在此时可向劳动者支付低于最低工资标准的工资。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十九条“职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%”的规定，用人单位支付的病假工资不可低于当地最低工资的80%。本案中Y公司支付的病假高于当地最低工资的80%，故劳动争议仲裁庭对贾某的主张不予支持，驳回了贾某的申请。

案例2：马某在某饭店当服务员，月工资为1900元，当地规定的最低工资标准为1560元。一次由于马某的疏忽，导致碗柜倒塌，致使碗柜内的盘、碗破碎。饭店要求马某就摔碎的碗碟进行赔偿，拟每月



从其工资中扣除500元。马某同意进行赔偿,但是认为每月扣除的数额太多,使其工资已低于最低工资,于是提出了每月扣340元的要求。饭店认为虽然扣除赔款后马某的工资低于最低工资,但是确实因为马某工作过失给饭店造成了损失,而饭店出于成本控制需要,制定了每月500元的赔偿已是很合理了,因此拒绝了马某的要求。马某无奈向劳动争议仲裁委员会提出了仲裁申请。

劳动争议仲裁委员会认为,根据《工资支付暂行规定》的相关规定,由员工本人原因给用人单位造成经济损失的,用人单位可每月扣除员工部分工资,以弥补员工给用人单位造成的损失,但是每月扣除工资的数额不得超过每月工资的20%,且如果扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准,则按最低工资标准支付。而在本案中,马某的工资为1900元/月,公司要求每月扣除500元,显然超过马某工资的20%,且扣除后的工资为1400元,低于当地最低工资1560元/月,因此,劳动争议仲裁委员会支持马某的主张。

5.2.6 试用期薪酬如何支付

试用期薪酬是用人单位支付给试用期员工的工作薪酬。用人单位向试用期员工支付薪酬,需注意以下问题。

(1) 合理确定试用期薪酬构成

试用期是用人单位和员工双方为了相互了解、互相适应而约定的考察期。在试用期内,员工的薪酬构成需与正式员工的薪酬构成基本保持一致,即试用期员工的薪酬需包括计时工资、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、社会保险等。

此处需要特别指出的是,对于试用期员工薪酬中的法定部分,如五险一金等,试用期员工需与正式员工一致。这是因为试用期的劳动关系虽不如员工转正后的劳动关系稳定,但是试用期属于劳动合同期限的一部分,因此在试用期内用人单位与员工建立的劳动关系亦是受到法律保护的,因而,试用期员工的合法权益需与正式员工无异,特别是对于用人单位的法定义务。



案例回放 ▶▶▶

2013年6月中旬,禹某到某物流公司C应聘送货员,而后与C公司签订了为期2年的劳动合同,并约定试用期为1个月。C公司考虑到公司送货员的流动性很大,遂未给禹某在试用期内办理社会保险。不料,7月初禹某在一次送货途中遭遇车祸受伤,并被送到医院治疗。

出院后,禹某向公司提出申报工伤的要求,C公司以其不是正式员工为由拒绝禹某的要求。无奈禹某自行向当地劳动保障部门申报,被认定为工伤,伤残等级为8级。禹某持鉴定结果找C公司相关负责人协商受伤期间的医疗费用问题。C公司则称禹某不是公司的正式工,不属于公司规定的缴纳社会保险的范围,且禹某自己亦未缴纳工伤保险费,故应由禹某自己承担工伤医疗费用。无奈,禹某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求C公司支付工伤医疗费用18000元。

劳动争议仲裁委员会认为,用人单位自用工之日起即与劳动者建立了劳动关系,本案中禹某虽处于试用期,但却与C公司建立了劳动关系,而为员工缴纳社保保险费用是用人单位的法定义务,故用人单位需为试用期员工缴纳社保保险,本案中C公司未为试用期员工缴纳社会保险的行为是违法的。同时根据《工伤保险条例》第十条“用人单位应当按时缴纳工伤保险费,职工个人不缴纳工伤保险费”的规定,工伤保险应由用人单位缴纳。且根据《工伤保险条例》第六十二条“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用”的规定,故劳动争议仲裁委员会对禹某提出的主张予以支持。

(2) 合理约定试用期薪酬数额

用人单位和员工可根据实际需求,协商约定试用期员工的数额,但是双方约定的数额需满足《中华人民共和国劳动合同法》第二十条有关对试用期薪酬最低限额的要求,即“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十,并不得低于用人单位所在地的最低



工资标准”，具体要求如图5-10所示。

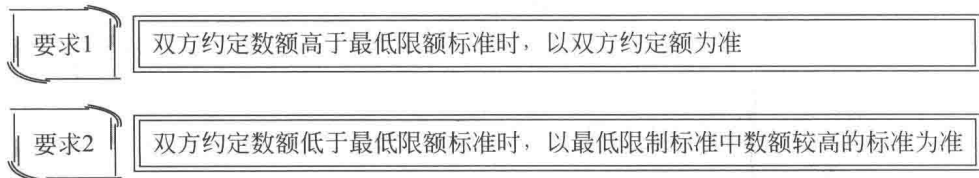


图5-10 试用期薪酬数额确定要求示意图



案例回放

案例1：赵某在K公司担任财务专员，与K公司签订了劳动合同，约定劳动合同期限为1年，试用期为2个月，试用期工资为3000元，转正后的工资为根据工作表现确定最终正式工资。在试用期将近结束前，赵某决定从K公司离职，并要求公司补发其试用期工资。赵某称公司财务专员工资为5000元，根据《劳动合同法》规定，公司需在试用期支付其4000元的工资，因此，要求K公司补发其试用期工资差额2000元。而K公司则说根据公司制度规定，公司专员级岗位的工资统一为3000元/月，因此拒绝赵某的要求。赵某遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求K公司补发工资差额2000元。

劳动争议仲裁委员会认为，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十条“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十”的规定，K公司应支付给赵某的试用期工资需不得低于合同约定工资或本公司相同岗位最低档工资的百分之八十。而在本案中，双方未约定明确转正后工资数额，故需以K公司财务专员岗位的最低档工资为核算基准。经查证，K公司财务专用岗位的最低档工资为4500元，故K公司需补发赵某试用期的工资，补发数额为 $(4500 \times 80\% - 3000) \times 2 = 1200$ 元。

案例2：2015年，邓某到北京某物业公司H做保安，约定试用期为2个月，试用期工资为1600元/月，转正后工资为2000元/月。5个月，邓某由于H公司连续无故拖欠2个月工资未发决定离职，并要



求公司补发拖欠的工资、试用期少发工资以及支付因拖欠工资而导致的补偿金共计5240元。但H公司称延迟发放工资是因为经营困难、资金周转不良,且已告知员工延迟发放的原因,因此,其延迟发放工资的行为不属于无故拖欠,故不必支付赔偿金;而对于试用期工资,公司支付给邓某的试用期工资为1600元/月,没有低于其转正后工资的百分之八十,因此不用补发试用期工资,故公司仅同意向邓某支付延迟发放的工资4000元。邓某对H公司的决定感到不满意,遂向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求H公司补发工资5240元。

劳动争议委员会经过调查审理,对邓某的主张予以支持,裁决H公司需向邓某补发4240元的工资及支付1000元的经济补偿金,具体原因如下。

1. 用人单位经营存在困难时,虽然可以延迟发放工资,但工资发放延迟天数不得超过相关法律法规规定的延迟天数上限。根据《北京市工资支付规定》第二十六条“用人单位因生产经营困难暂时无法按时支付工资的,应当向劳动者说明情况,并经与工会或者职工代表协商一致后,可以延期支付工资,但最长不得超过30日”的规定,用人单位工资延迟发放天数不得超过30日。而本案中H公司拖欠员工工资2个月,已超过法定的工资延迟发放天数上限,因此H公司的行为属无故拖欠工资,邓某因此解除劳动合同可以要求经济补偿。故H公司需支付拖欠的工资4000元,同时还需支付经济补偿金1000元。

2. H公司支付给邓某的试用期工资虽未低于其转正工资的百分之八十,却低于最低工资标准(北京当年最低工资标准1720元),而根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十条“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准”的规定,在试用期工资低于最低限额标准时采取就高不就低的原则,H公司支付邓某试用期工资的最低限额需以当地最低工资为准,故H公司需补发试用期工资差额240元。



5.2.7 加班工资如何支付

加班工资是员工根据用人单位生产经营需要,在规定的工作时间之外继续劳动时,用人单位支付给员工的劳动报酬。《中华人民共和国劳动合同法》第三十一条规定:用人单位安排加班的,应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。但是需要明确的是加班工资支付的前提是员工提供了额外劳动——员工根据用人单位的实际生产经营需要,在标准工作时间以外劳动,即员工未提供额外劳动或员工未经用人单位同意自行提供额外劳动时,用人单位则不必支付加班工资。用人单位向员工支付加班工资,需明确以下内容。

(1) 加班工资计算基数

用人单位在确定员工加班工资数额时,需首先确定加班工资的计算基数。在实际操作中,用人单位具体要把握以下几点。

① 如果劳动合同有明确约定工资数额的,应当以劳动合同约定的工资作为加班工资计算基数。此时应注意,如果劳动合同的工资项目分为基本工资、岗位工资、职务工资等,应当以各项工资的总和作为基数计发加班工资,不能以基本工资、岗位工资或职务工资单独一项作为计算基数。

② 如果劳动合同没有明确约定工资数额,或者合同约定不明确时,应当以实际工资作为计算基数。凡是用人单位直接支付给员工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际工资,具体包括国家统计局《关于工资总额组成的规定若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。但是应当注意一点,在以实际工资都可作为加班工资计算基数时,加班费、伙食补助和劳动保护补贴等应当扣除,不列入计算范围。

③ 实行计件工资的,应当以法定时间内的计件单价为加班工资的计算基数。

④ 加班工资的计算基数低于当地当年的最低工资标准的,应当以日、时最低工资标准为基数。

目前,各地关于工资支付的地方性法规或地方政府规章对于加班工资的计算基数规定各不相同。下面以北京市相关规定为例进行说明。

情形1:用人单位与员工在劳动合同中约定了明确的工资数额,此时根据《北京市工资支付规定》第四十四条第一款规定,用人单位需“按照劳动合同约定的劳动者本人工资标准”作为加班工资的计算基数。此时双方约定的工资数额需满足图5-11所示的要求,以确保计算基数的有效性,否则不得按照劳动约

定的基数进行加班工资的核算。

要求1

双方约定的工资数额需与员工实际发放的工资数额一致或相近，如双方约定的数额低于员工实际工资额，则约定额无效，加班工资以员工实际工资额为计算基数

要求2

双方合同约定的工资数额不得低于当地最低工资标准，如双方合同约定的工资数额低于当地最低工资标准，需以当地最低工资标准为加班工资的计算基数

图 5-11 合同约定的工资数额要求示意图

情形2：用人单位与员工未在劳动合同中约定明确的工资数额，根据《北京市工资支付规定》第四十四条第二款规定，用人单位需“按照集体合同约定的加班工资基数以及休假期间工资标准”作为加班工资的计算基数。

情形3：用人单位与员工未在劳动合同、集体合同中约定明确的工资数额，根据《北京市工资支付规定》第四十四条第三款规定，用人单位需以“劳动者本人正常劳动应得的工资”作为加班工资的计算基数。此处需要明确的是，以员工实际劳动应得工资作为加班工资基数时，员工工资中的上月的加班费、非周期性奖金、伙食补助、劳动保护补贴等项目需扣除。

**案例回放**

丁某和程某同时进入北京市一家网络公司E上班。二者在E公司的岗位和工资待遇均相同，其中，二者的工资均是基本工资4000元，岗位津贴、补贴等1000元，共计5000元。但是，程某同E公司签订的劳动合同中明确了其岗位工资标准为4000元/月，而丁某的劳动合同中未明确约定其岗位工资标准，只是约定其月工资不得少于北京市最低工作标准。

在工作中，E公司经常安排两人加班，且不按时、足额支付加班费，遂两人在与E公司协商不成的情况下，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求E公司补发加班费。

在庭审中，丁某和程某均称E公司经常会安排两人在休息日加班，且由于E公司业务项目任务较重，难以为其安排补休，于是E公司以支付加班工资的形式对两人进行补偿，其加班工资的计算基数为4000



元,而非二者实际所得的5000元。遂丁某和程某要求E公司以5000元/月的基数计算二人的加班工资。

仲裁庭认为,对于程某而言,其与用人单位已在劳动合同中约定了明确的工资标准为4000元,而其也未提交有效证据证明其实际工资为5000元,故根据《北京市工资支付规定》第四十四条第一款“按照劳动合同约定的劳动者本人工资标准确定”的规定,用人单位可将其与员工在劳动合同约定的工资额4000元/月作为程某的加班工资的计算基数。而对于丁某,由于用人单位和其在劳动合同中未约定明确的工资数额,故按照《北京市工资支付规定》第四十四条第三款的规定“劳动合同、集体合同均未约定的,按照劳动者本人正常劳动应得的工资确定”的规定,E公司需以员工实际正常劳动应得工资即5000元/月作为丁某的加班工资的计算基数。故劳动争议仲裁委员会对丁某的主张予以支持,而对程某的主张不予支持,驳回程某要求E公司补发加班工资的要求。

(2) 加班工资计算方法

用人单位在选择加班工资计算方法时,需根据员工的工时制度进行确定。

① 标准工时制度下的员工加班工资计算。

标准工时制度是国家立法确定一昼夜中的工作时间长度及一周中的工作天数,并要求用人单位及员工严格执行的工时制度。标准工时制度是其他工时制度的基础,根据《国务院关于职工工作时间的规定》第三条的规定,员工工作的标准工时为“每日工作8小时、每周工作40小时”。在实行标准工时制的用人单位中,当员工根据用人单位的要求工作时间超过标准工时的时长时,用人单位即需向员工支付加班工资。

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

(一) 安排劳动者延长工作时间的,支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬;

(二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;

(三) 法定休假日安排劳动者工作的, 支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”

根据上述法律条款规定, 标准工时制下的员工加班工资的具体计算方法如图5-12所示。

$$\text{全年休息日天数} = 52 \times 2 = 104$$

$$\text{全年法定节假日天数} = 11$$

$$\text{全年工作时间} = 365 - 104 - 11 = 250$$

$$\text{月工作时间} = \frac{365 - 104 - 11}{12} = 20.83$$

$$\text{月计薪天数} = \frac{365 - 104}{12} = 21.75$$

$$\text{日工资} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75}$$

$$\text{小时工资} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75 \times 8}$$

$$\text{正常工作日加班工资} = \text{小时工资} \times 150\% \times \text{加班小时数} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75 \times 8} \times 150\% \times \text{加班小时数}$$

$$\text{公休日加班的工资} = \text{日工资} \times 200\% \times \text{加班天数} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 200\% \times \text{加班天数}$$

$$\text{法定节假日加班的工资} = \text{日工资} \times 300\% \times \text{加班天数} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 300\% \times \text{加班天数}$$

图5-12 标准工时制度下的员工加班工资计算说明



案例回放

某公司K根据生产需要, 安排B车间的员工在国庆假期加班。故K公司需向B车间的员工支付加班工资, 具体的计算公式如下所示:

$$3 \text{ 天法定节假日加班的工资} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 300\% \times 3$$

$$4 \text{ 天公休日加班的工资} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 200\% \times 4$$

$$7 \text{ 天国庆假加班的工资} = 3 \text{ 天法定节假日加班的工资} + 4 \text{ 天公休日加班的工资} = \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 300\% \times 3 + \frac{\text{月收入工资}}{21.75} \times 200\% \times 4$$



② 综合工时制度下的员工加班工资计算。

综合工时制度是以周、月、季或年为周期，综合计算工作时间，且平均日工作时间和平均周工作时间与法定标准工作时间基本相同的工时制度。当综合计时周期内的总的实际工作时间超过总法定标准工作时间时，用人单位需向员工支付加班工资。综合工时制度下的员工加班工资的具体计算方法可参照原劳动部《关于职工工作时间有关问题的复函》第五条的规定，具体计算方法如图5-13所示。

在综合计算周期内，某一具体日（或周）的实际工作时间可以超过8小时（或40小时），但综合计算周期内的总实际工作时间不应超过总法定标准工作时间，超过部分应视为延长工作时间，并按《劳动法》第四十四条第一款的规定支付工资报酬，其中法定休假日安排劳动者工作的，按《劳动法》第四十四条第三款的规定支付工资报酬。而且，延长工作时间的小时数平均每月不得超过36小时。

图5-13 综合工时制度下的员工加班工资计算说明

③ 不定时工时制度下的员工加班工资计算。

不定时工时制度是因工作性质或工作职责的限制，员工劳动时间不受固定工时数限制，而直接确定员工工作量的工时制度。《工资支付暂行规定》第十三条明确规定“实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定”，即对于实行不定时工作制度的劳动者而言，其工作时间延长不受《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第一款和第二款规定的约束，但是需要特别指出的是，用人单位在法定节假日安排员工工作的，是否需要支付加班工资，需根据当地相关规定进行处理。

《北京市工资支付规定》第十七条规定：“用人单位经批准实行不定时工作制度的，不适用本规定第十四条的规定。”

该规定第十四条规定：“用人单位依法安排劳动者在标准工作时间以外工作的，应当按照下列标准支付劳动者加班工资：

（一）在日标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于小时工资基数的150%支付加班工资；

（二）在休息日工作的，应当安排其同等时间的补休，不能安排补休的，按



照不低于日或者小时工资基数的200%支付加班工资；

（三）在法定休假日工作的，应当按照不低于日或者小时工资基数的300%支付加班工资。”

《广东省工资支付条例》第二十三条规定：“经劳动保障部门批准实行不定时工作制的，不适用本条例第二十条的规定。”

而该条例第二十条规定：“用人单位安排劳动者加班或者延长工作时间，应当按照下列标准支付劳动者加班或者延长工作时间的工资报酬：（一）工作日安排劳动者延长工作时间的，支付不低于劳动者本人日或者小时正常工作时间工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于劳动者本人日或者小时正常工作时间工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于劳动者本人日或者小时正常工作时间工资的百分之三百的工资报酬。”

《上海市企业工资支付办法》第十三条规定：“用人单位根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动者本人小时工资标准的150%支付工资；

（二）安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的200%支付工资；

（三）安排劳动者在法定休假日工作的，按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的300%支付工资。

.....

经劳动保障行政部门批准实行不定时工时制的用人单位，在法定休假日安排劳动者工作的，按本条第（三）项的规定支付工资。”

《天津市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制行政许可规定》第十六条规定：“经劳动保障行政部门批准实行综合计算工时工作制的用人单位，应保证其职工每天休息时间不少于10小时，同时其综合计算周期内的总实际工作时间不应超过标准工作时间，超过部分应当视为延长工作时间，不能安排补休的要按照《劳动法》第四十四条第（一）项的规定支付劳动者延长工作时间的工资；用人单位在法定休假日安排劳动者工作的，按照《劳动法》第四十四条第（三）项的规定支付工资。经劳动保障部门批准实行不定时工时制的用人单位，在法定休假日安排劳动者工作的，按照《劳动法》第四十四条第（三）项的规定



支付工资。对从事第三级以上（含三级）体力劳动强度工作岗位的，劳动者每日工作时间不得超过11小时，而且每周至少有一个连续24小时的休息时间。”

④ 计件工资制度下员工加班工资计算。

计件工资制是指用人单位根据员工生产合格品数量或工作量与预先规定的计件单价，计算员工报酬的工资制度。在员工完成劳动定额后，用人单位根据需要安排员工延时工作时，需向员工支付加班工资。计件工资制度下员工加班工资的计算方法可参照《工资支付暂行规定》第十三条规定，具体如图5-14所示。

用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；

（二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200%支付劳动者工资；

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。

实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。

图5-14 计件工资制度下的员工加班工资计算说明



案例回放

某成衣制作车间员工工资实行计件工资制，具体规定是每名员工每人工作量为15件，每件的单价是3元。如员工在完成工作定额后，用人单位根据需要安排加班的，其加班工资计算如下所示。

正常工作日加班工资 = (实际工作量 - 15) × 3 × 150%

公休日加班的工资 = 实际工作量 × 3 × 200%

法定节假日加班的工资 = 实际工作量 × 3 × 300%



用人单位在明确加班工资的支付要求后,还需在实际工作中依法向员工按时、足额支付加班工资。对于用人单位未能依法向员工按时、足额支付加班工资的行为,《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》分别做出以下规定。

《中华人民共和国劳动法》第九十一条规定:“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。”

《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定:“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。”



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 6 章 员工保险福利管理 中的法律问题



6.1

社会保险申报缴纳

6.1.1 新员工不愿缴纳社保怎么办

根据人力资源和社会保障部门发布的《社会保险费申报缴纳管理规定》，员工入职一月内用人单位就必须为其缴纳社保，为员工依法缴纳各项社会保险是用人单位的法定义务。

但是在实践过程中，用人单位总会遇到部分新员工因不了解社保的重要性，不愿意扣减个人工资等原因而出现不配合缴纳社保的情况。出现这样的情况，用人单位该怎么处理呢？下面列举一个案例，供读者参考。



案例回放

农民工小刘考虑到缴纳社保需扣减自己一部分工资，因此其应聘到某公司时拒绝参保，不让公司给其缴纳社保费。公司答应了他的要求，与其签订了一份劳动合同，期限为两年。同时为了规避风险，公司又与其签订了一份《员工自愿不缴纳社保协议书》。《员工自愿不缴纳社保协议书》中约定：考虑到自身情况，本人刘××自愿不缴纳各项社会保险费用。因此本人刘××在离开该公司后，不能以任何理由要求公司为自己补缴社会保险。

刘某在该公司的合同到期后，公司告知刘某不再与其续签劳动合同，刘某也同意离开公司，但提出公司应补缴两年社会保险，该要求遭公司拒绝。刘某将公司告至劳动仲裁部门，要求公司为其补缴社会保险。

在劳动仲裁部门开庭审理时，公司出示了与刘某签订的《员工自愿不缴纳社保协议书》，并辩称刘某自愿不让公司为其缴纳社会保险，协议是双方自愿协商达成的，对双方具有约束力，请求仲裁部门驳回刘某的仲裁请求。但仲裁部门认定刘某与公司签订的《员工自愿不缴纳社保协议书》无效，支持刘某的仲裁请求。



依法说案 ▶▶▶

《中华人民共和国劳动法》第七十二条明确规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”第一百条规定：“用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳，逾期不缴的，可以加收滞纳金。”

由此可知，用人单位与员工签订的免缴社保费的协议因违反法律强制性规定而无效，因此公司应补缴刘某两年的社保费用。

面对不愿缴纳社保的员工，在实际工作中用人单位多让员工写“免责声明”或签一份“协议”，表明是员工不愿意缴纳，将来后果自负。但是对于这种“免责声明”或“协议”，虽然在内部管理中有一定作用，但在法律上因为与社保强制性缴纳规定相抵触，却是无效的，因此用人单位采用此种方法存在很大的风险。

面对不愿缴纳社保的员工，为规避风险，用人单位可采取以下两大措施。

(1) 入职前与员工确认

为了避免员工不愿缴纳社保给用人单位带来风险，在新员工入职前，用人单位就可与其提前确认是否愿意缴纳社保，并在劳动合同中予以约定，如不缴纳社保的处理办法。常见的约定方式包括如图6-1所示的两种。

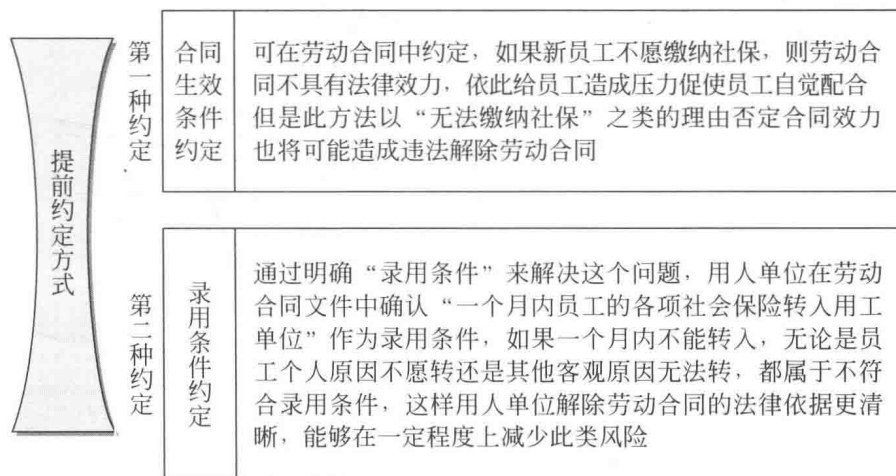


图6-1 提前约定方式



（2）协商解除劳动关系

对于已经入职的员工，在员工不愿缴纳社保时，用人单位为了规避将来的法律风险，则可考虑与员工协商解除劳动关系，以免将来出现大的问题。

6.1.2 试用期不缴纳社保合法吗

在目前毕业生就业形势严峻的情况下，很多用人单位出现了招工不签订劳动合同、不交社保或是约定以后补交社保的情况，试用期满后，又以各种理由辞退试用员工，达到减少成本开支的目的。那么试用期不缴纳社保合法吗？下面通过一个案例进行说明。



案例回放▶▶

北京一家公司与李某签订了三年期的劳动合同，公司招聘主管与其口头约定：试用期为3个月，试用期内不缴社会保险，等到试用期过后再补缴，当时李某同意了。

在李某工作3个月后，该公司以李某在试用期内不胜任工作为由单方解除劳动合同。李某不服，要求补缴试用期社保，而公司以李某在试用期为由拒绝为其缴纳社保。那么请问公司不为处于试用期的李某缴纳社保合法吗？

缴纳社会保险是用人单位必须履行的法定义务，不应因双方任何私下约定而改变，只要建立了劳动关系，就应当自劳动关系建立时起即依法缴纳。

《中华人民共和国劳动合同法》第十九条第四款规定：“试用期包含在劳动合同期限内。”根据该规定，试用期是合同期的一个组成部分，它不是隔离在合同期之外的，试用期的开始即意味着劳动关系的开始，因此用人单位就应当为试用期内员工办理社会保险。

如果用人单位拒绝为试用期员工办理社会保险的，可能会受到投诉举报，造成员工损失的，可能需承担赔偿责任。

同时按照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六条的规定，用人单位未依法为员工缴纳社会保险费的，员工可以单方解除劳动合同，用人单位还需要向员工支付经济补偿。



6.1.3 非全日制工是否缴纳社保

根据《中华人民共和国劳动合同法》相关规定,非全日制工作是指以小时计酬为主、劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不超过4小时、累计每周工作时间不超过24小时的工作形式。

根据《中华人民共和国社会保险法》第六十条规定:“无雇工的个体工商户、未在用人单位参加社会保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员,可以直接向社会保险费征收机构缴纳社会保险费。”

《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第九条规定:“职工(包括非全日制从业人员)在两个或者两个以上用人单位同时就业的,各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤,由职工受到伤害时工作的单位依法承担工伤保险责任。”

原劳动和社会保障部(现人力资源和社会保障部)在《关于非全日制用工若干问题的意见》(劳社部发〔2003〕12号)中对社保缴纳进行了规定,根据该规定,用人单位在处理非全日制用工社保问题上应掌握以下三大要点。

① 用人单位在向非全日制职工支付的工资中,应当包含应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费比例之和。

② 从事非全日制工作的劳动者应当参加基本养老保险,原则上参照个体工商户的参保办法执行。

③ 用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。从事非全日制工作的劳动者发生工伤,依法享受工伤保险待遇。

由上可见,用人单位在向非全日制员工支付的工资中,没有包括工伤保险费。因此对于非全日制用工,用人单位可以为其缴纳基本养老保险费和基本医疗保险费;也可以在工资中列入基本养老保险费和基本医疗保险费后由非全日制工自己缴纳;此外,用人单位必须按照国家有关规定为非全日制员工缴纳工伤保险。

关于无固定期限的劳动合同的应用,以下通过一个案例进行说明。



案例回放

2015年8月,钱某与上海市某公司签订了非全日制劳动合同后,成为了该公司的非全日制员工。其劳动合同约定,钱某每天的工作时



间是3小时，公司按每小时18元向钱某支付工资，该工资中包含了钱某的社会保险费。但钱某在领到工资时并没有委托当地的职业介绍机构为自己代理缴纳社会保险费。

一个月后，钱某在工作中发生工伤事故，造成右臂多处骨折，并失去部分功能。经有关部门鉴定后，评为伤残6级，符合部分丧失劳动能力的条件，应该享受工伤保险待遇。但因公司和钱某本人均未参加社会保险，所以钱某的工伤得不到工伤保险经办机构提供的工伤待遇。无奈，钱某只得找公司交涉。但公司认为，公司按照国家规定向钱某支付的工资中，包含了钱某应缴纳的社会保险费，是因为钱某擅自没有缴纳社会保险，才导致其无法享受工伤待遇的后果，责任在钱某，与公司无关，所以公司不应承担任何工伤赔偿。

钱某向公司提出享受工伤待遇的要求遭到了拒绝，便向当地的劳动仲裁委员会提出了仲裁申请，要求公司给予其医疗费用报销、工伤津贴和一次性伤残补助金等相关的工伤待遇。



依法说案 ▶▶▶

本案例中的公司违反了《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》和《关于非全日制用工若干问题的意见》的规定，未给钱某缴纳工伤保险费，致使钱某的工伤得不到社会保险经办机构给予的工伤待遇。根据《中华人民共和国社会保险法》第四十一条规定，职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。

因此，本案中公司应该比照工伤保险的有关规定，承担钱某的工伤待遇，即付给其医疗费用报销、工伤津贴和一次性伤残补助金等相关工伤待遇。

6.1.4 按最低基数缴纳社保合法吗

社保基数是指员工在一个社保年度的社会保险缴费基数，它是按照员工上一年度1月至12月的所有工资性收入所得的月平均额来进行确定的，包括：计



时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资和特殊情况下支付的工资。新进本单位的员工以员工本人起薪当月的足月工资收入作为缴费基数。社保基数每年确定一次，且一旦确定以后，一年内不再变动。用人单位在为员工申报社保缴费基数时需按员工实际工资申报，如果工资低于当地最低缴费基数，需按最低缴费基数缴纳。

而在实际工作中，为节省人工成本，很多用人单位以低于员工实际的工资数额申报社保缴纳基数，从而将最低缴费基数作为本单位员工社保缴费基数。根据《社会保险费申报缴纳管理规定》的规定，这种做法显然是不合理也不合法的。《社会保险费申报缴纳管理规定》第七条规定：“用人单位应当向社会保险经办机构如实申报本规定第四条、第五条所列申报事项。用人单位申报材料齐全、缴费基数和费率符合规定、填报数量关系一致的，社会保险经办机构核准后出具缴费通知单；用人单位申报材料不符合规定的，退用人单位补正。社会保险经办机构在开展社会保险稽核工作过程中，发现用人单位未如实申报造成漏缴、少缴社会保险费的，按照社会保险法第八十六条的规定处理。”

如果用人单位未如实申报社保基数，造成漏缴、少缴社会保险费的，需补交社保并且将可能被处以罚款，具体可根据《中华人民共和国社会保险法》第八十六条规定处理。《中华人民共和国社会保险法》第八十六条规定为：“用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。”

下面列举一个按最低基数缴纳社保的案例，供参考。



案例回放 ▶▶

2013年张某大学毕业后进入北京某公司工作。两年后，张某升任该公司行政部经理，月工资提升至每月8000元。升职后，张某却发现他与单位新签订的劳动合同中，关于社保和福利待遇的条款竟然约定张某的养老保险按区社会保险局规定最低参保基数2585元/月参保，医疗保险按区社会保险局规定最低参保基数3878元/月投保（社会保险缴纳基数每年随政策调整而调整）。



张某的工资明明是8000元，为何在缴纳社保时公司却按照最低参保基数缴纳？原来，这是该公司的“潜规则”，所有员工无论工资高低，一律按照最低参保基数缴纳社会保险。对于这样的“霸王条款”，其他员工忍气吞声，但张某不愿意。2015年，张某向法院提起诉讼，要求与公司解除劳动合同，并要求公司补缴社会保险。



依法说案▶▶▶

张某与某公司在劳动合同中关于社保缴纳标准的约定违反《社会保险费申报缴纳管理规定》，是无效条款，没有法律效力。该公司未按张某的实际工资水平缴纳社保费用，属于未依法为劳动者缴纳社会保险费的情形，根据《中华人民共和国社会保险法》第八十六条规定，应当进行补缴。

6.2

养老保险缴纳申领

6.2.1 养老保险缴费基数与比例

基本养老保险，是国家根据法律、法规的规定，强制建立和实施的一种社会保险制度。在这一制度下，用人单位和员工必须依法缴纳养老保险，在员工达到国家规定的退休年龄或因其他原因而退出劳动岗位后，社会保险经办机构依法向其支付养老金等待遇，从而保障其基本生活。

（1）养老保险缴费基数

根据《关于规范社会保险缴费基数有关问题的通知》，基本养老保险一般是以员工上一年度本人月平均工资为基础，缴费基数最高为员工所在地区上年在岗职工月平均工资的300%，最低为员工所在地区上年在岗职工月平均工资的60%（对于个别地区最低缴费基数会有所不同，如北京为40%）。各地区每年在相对固定的时间会公布上年在岗职工月平均工资，以使用用人单位将其作为社保



缴纳和工资发放的参考或依据。

下面列举几个城市的平均缴费基数和最高、最低缴费基数。

在北京市《关于统一2015年度各项社会保险缴费工资基数和缴费金额的通知》(京社保发〔2015〕23号)中公布了2014年度北京市职工年平均工资为77560元,月平均工资为6463元,因此北京市2015年平均缴费基数为6463元,由于其基本养老保险缴费基数下限是按照本市上一年职工月平均工资的40%确定的,因此其最低缴费基数为2585元,最高缴费基数为19389元。

《上海市人力资源和社会保障局关于本市2014年职工平均工资有关事宜的通知》(沪人社综发〔2015〕15号)中规定了上海市2014年本市职工月平均工资为5451元,因此其平均缴费基数5451元,由于其基本养老保险缴费基数下限是按照本市上一年职工月平均工资的60%确定的,因此其最低缴费基数为3271元,最高缴费基数16353元。

(2) 养老保险缴费比例

各地区的养老保险缴费比例都不尽相同,下面以具体地区的缴费比例进行说明。

北京市,根据《北京市基本养老保险规定》第十二条规定:城镇职工以本人上一年度月平均工资为缴费工资基数,按照8%的比例缴纳基本养老保险费,全额计入个人账户。该规定第十三条规定:“企业以全部城镇职工缴费工资基数之和作为企业缴费工资基数,按照20%的比例缴纳基本养老保险费。企业缴纳的基本养老保险费在税前列支。”因此北京市的养老保险缴费比例为用人单位缴纳20%,员工缴纳8%。

上海市,根据《上海市人民政府关于调整本市城镇职工养老保险办法部分内容的通知》(沪府发〔1998〕12号)和《市政府关于调整本市城镇职工社会保险缴费比例的通知》(沪府发〔2013〕62号)可知,上海市机关、事业单位、企业、社会团体等用人单位养老保险缴费比例为21%,员工缴费比例为8%。

6.2.2 正常退休与养老金申领

根据《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》规定可知,目前我国男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁,可按照规定办理正常退休手续。用人单位在给员工办理正常退休手续、辅助员工申领养老金时需要按照以下的



规定办法。

（1）明确退休的条件

用人单位在给员工办理正常退休前，须明确员工退休手续办理的条件。根据《中华人民共和国社会保险法》第十六条规定，参加基本养老保险的员工，达到法定退休年龄时养老保险累计缴费年限须满十五年，则有资格按月领取基本养老金；对于达到法定退休年龄时累计缴费不足十五年的，可以缴费至满十五年，按月领取基本养老金；也可以转入新型农村社会养老保险或者城镇居民社会养老保险，按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。

（2）确认退休的日期

用人单位在给员工办理正常退休前，须要确认员工的退休日期，以便提前为其办理退休手续。根据《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》规定，员工的退休日期以其出生日期为准，对职工出生时间的认定，实行居民身份证与职工档案相结合的办法。当员工本人身份证与档案记载的出生时间不一致时，以员工本人档案最先记载的出生时间为准。

（3）申领养老金

员工在满足退休条件退休时，可申领基本养老金，其计算方法在《国务院关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》（国发〔2005〕38号）、《国务院关于机关事业单位工作人员养老保险制度改革的决定》（国发〔2015〕2号）进行了规定，基本养老金的具体计算方法如图6-2所示。

养老金的计算方法

☞ 基本养老金由基础养老金和个人账户养老金组成，具体计算公式如下：

基本养老金=基础养老金+个人账户养老金

◎基础养老金月标准以当地上年度在岗职工月平均工资和本人指数化月平均缴费工资的平均值为基数，缴费每满1年发给1%，具体计算公式如下：

基础养老金=（全省上年度在岗职工月平均工资+本人指数化月平均缴费工资）÷2×缴费年限（含视同缴费年限）×1%。

本人指数化月平均缴费工资=全省上年度在岗职工月平均工资×本人月平均缴费工资指数

◎个人账户养老金月标准为个人账户储存额除以计发月数，计发月数根据职工退休时城镇人口平均预期寿命、退休年龄、利息等因素确定，具体计算公式如下：

个人账户养老金=个人账户储存额÷个人账户养老金计发月数（50岁为195、55岁为170、60岁为139）

图6-2 基本养老金的计算方法

对于退休员工领取的基本养老金金额,因为每个人缴存的基数、时间都不一样,所以每个人的领取金额都不相同。退休员工在办理退休手续时,社保工作人员可将退休员工的各个信息录入电脑,由电脑自动计算退休金额。关于基本养老金的计算过程,下面列举一个案例,供读者参考。



案例回放 ▶▶▶

小陈刚刚应聘到北京市某公司做社保工作。公司员工张某向自己就以下问题进行了咨询,他说:我1995年参加工作,2030年退休(60岁),目前月收入为8000元,每月从工资中扣除养老保险640元。如果其他因素不变的话,等我退休时,大概每月能拿到多少养老金呢?

如果你是小陈,该如何回答呢?



依法说案 ▶▶▶

影响养老金的因素主要有工作开始时间、工作年限、退休前的工资和个人账户余额。根据北京市人力资源和社会保障局的规定,一般来说,个人和单位缴纳的比例都是固定的,分别为8%和20%。

对于上述案例中关于养老金的计算问题,小陈可以将有关数据输入电脑,由电脑自动生成相关数据,这是最简单最快捷的方法。当然,如果张某想了解具体的计算过程,小陈可以按照下述内容进行解答。

按北京市2015年平均工资6463元算,工作30年,若所有其他标准不变,退休时,其个人缴纳的总费用为: $8000 \times 8\% \times 12 \times 30 = 230400$ 元

本人月平均缴费工资指数 = $(8000/6463 \times 30) / 30 = 1.24$

本人指数化月平均缴费工资 = $6463 \times 1.24 = 8014$

基础养老金 = $(6463 + 8014) \div 2 \times 30 \times 1\% = 2171.55$

个人账户养老金 = $230400 / 139 = 1657.55$

基本养老金 = $2171.55 + 1657.55 = 3829.1$ (元)



6.2.3 提前退休如何办理

提前退休是指员工在没有达到国家规定的“男年满60周岁，女工人年满50周岁，女干部年满55周岁”就退休的情况。根据《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》和《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》可知，员工能够办理提前退休只有两种情况，具体情况如图6-3所示。

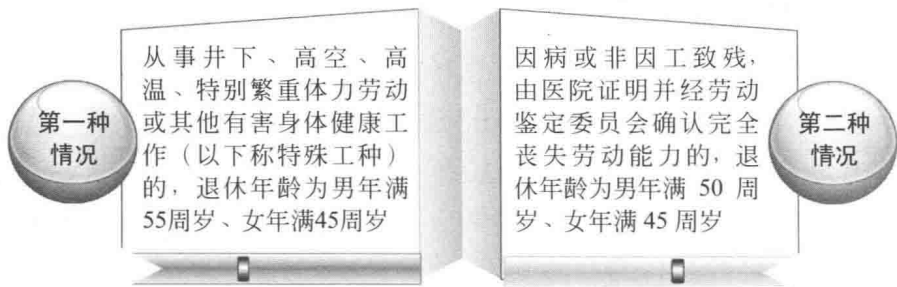


图6-3 办理提前退休的两种情况

（1）第一种情况——特殊工种员工

第一种情况的特殊工种的范围由各行业主管部门或人力资源和社会保障部门确定。根据《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》，从事特殊工种员工可提前退休的条件如下所示。

- ① 达到特殊工种提前退休年龄：男年满55周岁，女年满45周岁。
- ② 达到特殊工种工作年限，具体的年限规定如图6-4所示。

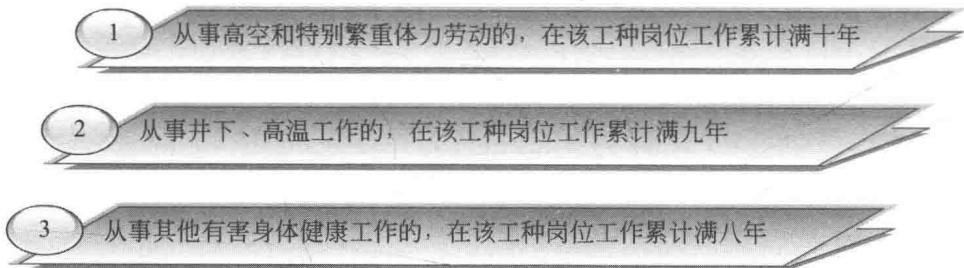


图6-4 达到特殊工种工作年限

根据规定，设有特殊工种的用人单位，每年要向地市级人力资源和社会保障部门报送特殊工种名录、实际用工人数及在特殊工种岗位工作的人员名册及

其从事特殊工种的时间,以作为员工以特殊工种身份办理提前退休的依据。

(2) 第二种情况——职工因病或非因工致残

因病或非因工致残提前退休的要求,《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》有所规定,具体规定为:“职工因病或非因工致残完全丧失劳动能力,统一由地市级劳动保障部门指定的县级以上医院负责医疗诊断,并出具证明。非指定医院出具的证明一律无效。地市级劳动鉴定委员会负责定期审核指定医院开具的诊断证明,作出鉴定结论。职工因病或非因工致残完全丧失劳动能力的鉴定标准,暂按《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准(CB/T 16180—1996)(1—4)级》执行,省级劳动保障部门可根据本地区实际情况,做出补充规定。”

下面列举一个因患病后完全丧失劳动能力办理提前退休的案例。



案例回放 ▶▶

某化工厂职工杨某(男,50岁),生于1957年,2007年在工作过程中突发疾病晕倒,经医院抢救后脱离危险,医院的诊断证明是脑溢血。杨某在这次突发疾病后下肢瘫痪,经劳动能力鉴定委员会鉴定为2级伤残。杨某向厂方提出办理提前退休手续,厂方的人力资源部工作人员不知杨某的情况是否符合办理提前退休的条件。



依法说案 ▶▶

《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第七条规定:“企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病,医疗期满,应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的,应当退出劳动岗位,解除劳动关系,并办理退休、退职手续,享受退休、退职待遇。”

《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条规定:“全民所有制企业、事业单位和国家机关、人民团体的工人,符合下列条件之一的,应该退休:

(一)男年满六十周岁,女年满五十周岁,连续工龄满十年的。



(二)从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作,男年满五十五周岁、女年满四十五周岁,连续工龄满十年的。

本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部。

(三)男年满五十周岁,女年满四十五周岁,连续工龄满十年,由医院证明,并经劳动鉴定委员会确认,完全丧失劳动能力的。

(四)因工致残,由医院证明,并经劳动鉴定委员会确认,“完全丧失劳动能力的。”

根据上述规定,结合本案例,杨某虽然不符合办理正常退休的条件,但因患病和非因公负伤,医疗期满后,经劳动能力鉴定委员会鉴定其完全丧失劳动能力,是可以办理提前退休的。因此杨某享有提前退休的权利,该化工厂人力资源部工作人员应依法为杨某办理提前退休手续。

6.3

医疗保险缴纳报销

6.3.1 医疗保险缴费基数与比例

我国法律要求用人单位按照规定按时足额地为员工办理、缴纳基本医疗保险。关于现行的基本医疗保险政策,下面进行详细介绍。

(1) 医保缴费基数

现行我国医疗保险缴费基数一般以本人工资确定,在职员工本人月工资总额超过本市上年度在岗职工月平均工资300%的,按本市上年度在岗职工月平均工资的300%缴费;月工资总额低于本市上年度在岗职工月平均工资60%的,按本市上年度在岗职工月平均工资的60%缴费。

因各地区实际情况不同,因此具体缴存基数根据本地实际情况确定。缴费基数一旦确定,一年内不能改变。

(2) 医保缴费比例

我国法律要求用人单位必须按照规定为员工办理、缴纳医疗保险,但并未



对医疗保险缴费比例进行统一规定,各省市可以根据本地医疗保险规定执行。但一般都是由用人单位与员工本人共同缴纳。下面以北京和上海的医保缴费比例为例进行说明。

根据《上海市职工基本医疗保险办法》可知,在职职工个人应当按照其缴费基数2%的比例,缴纳基本医疗保险费,退休人员个人不缴纳基本医疗保险费。用人单位应当按照其缴费基数10%的比例,缴纳基本医疗保险费,并按照其缴费基数2%的比例,缴纳地方附加医疗保险费。因此用人单位医保缴纳比例为11%,员工个人缴纳比例为2%。

根据《北京市基本医疗保险规定》可知,职工医保费用包括基本医保和大额医保费用,职工按本人上一年月平均工资2%缴纳基本医疗保险费,用人单位按全部职工缴费工资基数之和9%缴纳基本医疗保险费。大额医疗费用互助资金由用人单位和个人共同缴纳。用人单位按全部职工缴费工资基数之和的1%缴纳,职工和退休人员个人按每月3元缴纳。

6.3.2 退休后能否享受医疗保险待遇

《中华人民共和国社会保险法》第二十七条规定:“参加职工基本医疗保险的个人,达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的,退休后不再缴纳基本医疗保险费,按照国家规定享受基本医疗保险待遇;未达到国家规定年限的,可以缴费至国家规定年限。”根据上述规定,员工退休后能否享受医疗保险需要根据员工医疗保险累计缴费年限进行确定。如果员工退休前的医疗保险累计缴费年限达到或超过规定的最低年限,可在退休后继续享受医疗保险待遇。

退休后能享受医疗保险的最低缴费年限,各地区的规定有所区别。下面以“北上广”为例进行说明。

(1) 北京医疗保险最低缴费年限

《北京市医疗保险规定》第十一条规定:“本规定施行前已退休的人员不缴纳基本医疗保险费。”

本规定施行后参加工作,累计缴纳基本医疗保险费男满25年、女满20年的,按照国家规定办理了退休手续,按月领取基本养老金或者退休费的人员,享受退休人员的基本医疗保险待遇,不再缴纳基本医疗保险费。

本规定施行前参加工作施行后退休,缴纳基本医疗保险费不满前款规定年



限的，由本人一次性补足应当由用人单位和个人缴纳的基本医疗保险费后，享受退休人员的基本医疗保险待遇，不再缴纳基本医疗保险费。经劳动保障行政部门认定，职工的连续工龄或者工作年限符合国家规定的，视同基本医疗保险缴费年限。”

（2）上海医疗保险最低缴费年限

《上海市职工基本医疗保险办法》第二十三条规定：“用人单位及其职工缴纳医疗保险费的年限（含视作缴费年限）累计超过15年的，职工退休后可以享受基本医疗保险待遇。视作缴费年限的计算，由市人力资源社会保障局另行规定。”本办法施行前已按照有关规定享受基本医疗保险待遇的退休人员，不受本条规定的限制。

（3）广州医疗保险最低缴费年限

2015年7月1日实施的《广州市社会医疗保险办法》对广州医疗保险最低缴费年限进行了规定，具体的规定如下所示。

《广州市社会医疗保险办法》第十六条规定：“参保人员在2014年1月1日后首次办理本市职工社会医疗保险参保登记手续并缴费的，以及2013年12月31日前已办理本市职工社会医疗保险参保登记手续但未在2014年1月31日前缴费的，其职工社会医疗保险缴费年限按15年执行。

参保人员在2013年12月31日前已办理本市职工社会医疗保险参保登记手续且在2014年1月31日前缴费的，其职工社会医疗保险缴费年限仍按10年执行。

原参加本市城镇灵活就业人员基本医疗保险的缴费年限计算为职工社会医疗保险的缴费年限。

转业或退伍安置在本市的参保人员，符合国家和省有关规定条件的，其军龄视同本市职工社会医疗保险缴费年限。”



案例回放

李某于1996年被广州某公司聘用，从事保洁工作。该公司于2009年开始参加广州市社会医疗统筹，为包括李某在内的所有员工办理了社会医疗保险。2014年8月李某退休后，其社保关系转入社保所。李某因脚伤到医院就诊，被告知不能享受医保。李某为什么退休后不能享受医疗保险待遇？什么情况下可以享受医疗保险呢？



依法说案▶▶▶

根据《中华人民共和国社会保险法》第二十七条规定：“参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。”同时根据《广州市社会医疗保险办法》第十六条和第十七条规定可知，广州市的医疗保险最低缴费年限为10年或者15年，而李某的最低缴费年限为10年，由于其缴费年限不足，必须补缴5年的医保费用后才能享受医保待遇。

6.3.3 员工医疗费用如何报销

（1）医疗费用报销范围

根据《中华人民共和国社会保险法》第二十八条规定，符合基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准以及急诊、抢救的医疗费用，可按照国家规定进行报销。同时根据该法第三十条规定，以下项目不列入报销范围，具体如图6-5所示。

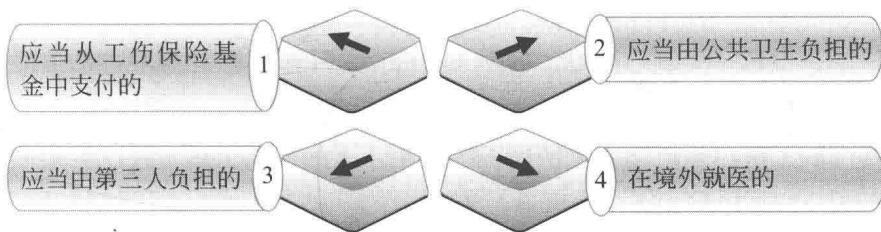


图6-5 不列入报销范围的项目

本地区关于不得列入医疗费用报销的项目有特殊规定的，应参照本地的相关法律法规条款规定。

（2）医疗费用报销办法

医疗费用报销办法大致相同，员工在定点医院就医时，向定点医院出示医保卡证明参保身份后挂号，该医保报销的部分由医保和医院结算，员工不需要先支付再报销，而对于员工自付的部分，在结账的时候由员工支付。员工在申请报



保险项目	报销材料	
门急诊医疗费报销	◆ 门诊医疗费专用收据/急诊医疗费专用收据 ◆ 相关病史资料及复印件 ◆ 门急诊就医记录册急诊附页及复印件 ◆ 如医保卡报损，还需提供医疗保险卡损坏告知单	◆ 参保人有效身份证件 ◆ 参保人医保卡或社保卡 ◆ 上海银行医保认同卡或具有银联标志的银行借记卡 ◆ 医保经办机构要求提供的其他相关资料 ◆ 若委托他人办理，还需提供被委托人有效身份证件
住院及急诊观察室留院观察费用报销	◆ 医疗费专用收据 ◆ 住院期间的医疗费用清单（急诊观察室留院观察医疗费清单）及复印件 ◆ 出院（观）小结及复印件	
门诊大病医疗费零星报销	◆ 门诊医疗费专用收据 ◆ 疾病诊断证明书及复印件 ◆ 相关检查报告及复印件	

不同地区具体情况有所不同,因此医疗保险报销比例也有所差异,上海市社保机构为了保证医保报销制度的可持续发展,规定必须达到一定的起付金额才能进行报销,同时还根据参保人员就医情况及性质不同,对相应的起付金额及报销比例也做了详细的规定。根据《上海市职工基本医疗保险办法》《〈关于外来从业人员参加本市城镇职工基本医疗保险若干问题的通知〉的实施细则》对上海市职工医疗保险报销比例情况的规定,上海市职工基本医疗保险报销的起付金额及报销比例如表6-2所示。

类别	年龄段	门诊急诊报销比例				住院、急诊观察室医疗报销比例			门诊大病和家庭病床		
		起付标准 (元)	超起付标准报销比例			起付标准 (元)	最高支付限额 (元)	统筹报销比例	最高支付限额 (元)	报销比例	
			一级	二级	三级					门诊大病	家庭病床
在职职工	44岁以下	1500	65%	60%	50%	1500	34万	85%	34万	85%	80%
	45岁以上		75%	70%	60%						

续表

类别	年龄段	门诊急诊报销比例				住院、急诊观察室医疗报销比例			门诊大病和家庭病床		
		起付标准 (元)	超起付标准报销比例			起付标准 (元)	最高支付限额 (元)	统筹报销比例	最高支付限额 (元)	报销比例	
			一级	二级	三级					门诊大病	家庭病床
退休人员	69岁以下	700	80%	75%	70%	1200	34万	92%	34万	92%	80%
	70岁以上		85%	80%	75%						
	原退休老人	300	90%	85%	80%	700	34万	92%	34万	92%	80%
中人一档	在职	1500	75%	70%	70%	1500	34万	85%	34万	85%	80%
	退休	700	85%	80%	75%	1200	34万	92%	34万	92%	80%
外来从业人员		个人账户用完为止，超出账户费用暂不可报销				1500	34万	85%	暂不享受		

备注：

1. 中人一档：1955年12月31日前出生、2000年12月31日前参加工作的
2. 原退休老人：2000年12月31日前办理退休手续的人员
3. 最高支付限额以上的医疗费由地方附加医疗保险附加基金支付80%，个人承担20%
4. 医疗费在起付标准内的由患者当年账户资金支付，不足部分由个人支付，超起付标准部分由医保和患者双方按报销比例共同支付

6.3.4 医疗保险金可以继承吗

现在很多人都存在这样一个误区，认为人一旦死了其缴纳的医疗保险金就归国家了，但是实际是只要此人存在合法的继承人，其本人缴纳部分的医疗保险金是可以由继承人继承的。下面列举一个继承医疗保险金的案例进行说明。



案例回放

何某是上海某外资企业的员工，退休后基本医疗保险的个人账户有7000元的余额。2015年4月何某因脑溢血突然死亡，其儿子不知道其父亲的基本医疗保险账户中的7000元是否可以继承，如何继承。



依法说案 ▶▶▶

本案的焦点就是医疗保险金是否可以继承的问题,根据《上海市职工基本医疗保险办法》第十五条规定:“个人医疗账户资金归个人所有,可以跨年度结转使用和依法继承。”因此何某儿子可以依法继承何某个人账户中的医疗保险金。

何某儿子在继承何某医疗保险金时,需要办理的手续为:何某儿子应当在何某去世后,注销何某的个人账户,如继承人何某参保的,医疗保险金余额将自动转入继承人何某个人账户;如继承人何某未参保,由医保部门通过银行转账的方式支付。通过转账方式继承时,何某儿子需要携带参保人何某的身份证、医保卡、死亡证明,同时应提供本人的身份证和银行卡号等到医保中心去办理转账手续。

(1) 如果没有继承人,医疗保险金如何处理?

按目前政策,一般来说职工、退休人员死亡,个人账户予以注销,账户储存额划入其合法继承人的个人账户;继承人未参加基本医疗保险的,可一次性退还给继承人;没有继承人的,转入基本医疗保险。例如《北京市基本医疗保险规定》第二十三条规定:“个人账户的本金和利息为个人所有,只能用于基本医疗保险,但可以结转使用和继承。职工和退休人员死亡时,其个人账户存储额划入其继承人的个人账户;继承人未参加基本医疗保险的,个人账户存储额可一次性支付给继承人;没有继承人的,个人账户存储额纳入基本医疗保险统筹基金。”

(2) 除了医疗保险金,养老金可以继承吗?

根据《中华人民共和国社会保险法》和各地的地方养老保险规定可知,养老金也是可以继承的。具体的继承规定如下所示。

《中华人民共和国社会保险法》第十四条规定:“个人账户不得提前支取,记账利率不得低于银行定期存款利率,免征利息税。个人死亡的,个人账户余额可以继承。”

《北京市基本养老保险规定》第十九条规定:“个人账户储存额只能用于被保险人养老,不得提前支取。被保险人死亡后,个人账户储存额或者余额中个人缴纳的基本养老保险费及其利息可以依法继承,其余部分并入基本养老保险基金。”



《上海市城镇职工养老保险办法》第二十五条规定：“在职人员、退休人员死亡后，其个人养老保险账户储存额中属于个人缴纳部分的余额，可以一次性发给其经法定程序认定的继承人。”

6.4

生育保险缴纳报销

6.4.1 生育保险缴费基数与比例

我国法律规定用人单位必须按照规定按时足额地为员工缴纳生育保险。生育保险缴费比例与缴费基数是多少？如何规定的？下面对其进行说明。

（1）生育保险缴费基数

我国并未对生育保险缴费基数进行统一规定，但是各地区基本都是按照上限为上年度职工平均工资的3倍，下限为上年度职工平均工资的60%执行。

（2）生育保险缴费比例

生育保险缴费的比例一般因用人单位所在城市而定。例如有的地方用人单位按照职工缴费基数的0.80%缴纳生育保险费，而有的地方用人单位是按照0.85%缴纳生育保险费。

① 个人缴费比例：根据《中华人民共和国社会保险法》第五十三条规定：“职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费”，可见员工个人不缴纳生育保险费。

② 用人单位缴费比例。根据《企业职工生育保险试行办法》第四条规定可知，用人单位生育保险费缴费比例由当地人民政府根据计划内生育人数和生育津贴、生育医疗费等项费用确定，并可根据费用支出情况适时调整，但最高不得超过工资总额的1%。表6-3列举了几个主要城市的用人单位的生育保险缴费比例。

6.4.2 生育保险费用如何报销

全国各地生育保险费用报销的相关规定都不尽相同。下面以北京的生育保险费用报销为例进行说明。



表6-3 用人单位生育保险缴费比例示例表

城市	用人单位缴费比例	具体条例规定
广州市	缴费比例为0.85%	《广州市职工生育保险实施办法》第七条规定：用人单位应当按本单位上月全部在职职工工资总额0.85%的比例，按月缴纳生育保险费
北京市	缴费比例为0.8%	《北京市企业职工生育保险规定》第七条规定：企业按照其缴费总基数的0.8%缴纳生育保险费。企业缴费总基数为本企业符合条件的职工缴费基数之和
上海市	缴费比例为0.5%	《上海市城镇生育保险办法（2009年修正）》第六条规定：用人单位每月按缴费基数0.5%的比例缴纳城镇生育保险费
深圳市	缴费比例为1%	深圳市人力资源和社会保障局印发的《关于实施〈广东省职工生育保险规定〉有关事项的通知》规定：用人单位按本单位上月职工工资总额的1%按月缴纳生育保险费，费用由用人单位支付

（1）生育保险报销范围

根据《北京市企业职工生育保险规定》第十二条规定，生育保险费用报销范围如下所示。

- ① 生育津贴：生育津贴为女职工产假期间的工资。
- ② 生育医疗费用：生育医疗费用包括女职工因怀孕、生育发生的医疗检查费、接生费、手术费、住院费和药品费。
- ③ 计划生育手术医疗费用：计划生育手术医疗费用包括职工因计划生育实施放置（取出）宫内节育器、流产术、引产术、绝育及复通手术所发生的医疗费用。
- ④ 国家和本市规定的其他费用。

（2）生育保险报销条件

北京市生育保险报销的条件主要有两个，具体如下所示。

- ① 符合国家或者本市计划生育规定。
- ② 分娩前连续缴费满9个月。

对于连续缴费不满9个月的，《关于调整本市职工生育保险政策有关问题的通知》（京人社医发〔2011〕334号）第四条规定：“按照本通知规定，新纳入参保范围的女职工，自本通知执行之日起9个月内分娩的，可即时申领享受相应的生育津贴待遇；自本通知执行之日起9个月后分娩的，如连续缴费不足9个月，其生育津贴由用人单位支付。”同时该通知第五条规定：“参保职工分娩前连续缴费不足9个月，分娩之月后连续缴费满12个月的，职工的生育津贴由生

育保险基金予以补支。补支标准为申报领取津贴之月，用人单位职工月缴费平均工资除以30天再乘以产假天数。”

（3）生育保险报销材料

北京市生育保险费用报销主要分为四部分：门诊产检费、住院生育费、生育津贴和晚育津贴。其中住院生育费为定点医疗机构与个人直接结算，也可与门诊产检费和生育津贴、晚育津贴一起通过单位向社保中心手工报销。门诊产检费用、住院生育费、生育津贴、晚育津贴报销时需要提交的材料如表6-4所示。

表6-4 生育保险报销材料一览表

资料名称 \ 费用项目	门诊 产检费	住院生产费		计划生育 手术医疗 费用	生育津贴 和晚育 津贴
		直接 结算	未直接 结算		
《结婚证》					√
男女双方二代身份证					√
北京市社会保障卡	√	√	√		
《北京市生育服务证》或《北京市外地来京人员生育服务联系单》	√	√	√		√
《婴儿出生证》	√		√		√
《医学诊断证明》	√		√	√	√
原始收费凭证、医疗费用明细单、处方	√		√	√	
医院全额结账证明			√		
单位情况证明（未在医院结算的原因）			√		
单位开具符合计划生育政策证明				√	
《北京市生育保险医疗费用手工报销申请表》				√	
《生育保险费用手工报销审批表》	√		√		
《北京市生育保险手工报销医疗费用申报结算汇总表》	√		√	√	
《北京市申领生育津贴人员信息登记表》					√
《北京市参保职工生育津贴支付月报表（生表二）》					√

注：1.北京市本地户口人员提供《北京市生育服务证》

2.外地户口人员提供《北京市外地来京人员生育服务联系单》

3.直接结算：指员工在住院时提交相关材料，出院结算时定点医疗机构与员工个人直接结算住院生育费



(4) 生育保险报销材料流程

生育保险报销流程：员工收集好所有材料，填写《生育保险费用手工报销审批表》《北京市生育保险手工报销医疗费用申报结算汇总表》等相关表单，并于产后3个月内报用人单位人力资源部。用人单位人力资源部相关负责人员将所有票据按发票附处方明细样子粘贴在表单后，每月1～20日到社保报销，社保将报销款打入单位账户，到账后单位将报销费用发放到员工个人。

(5) 生育保险费用报销标准

北京市的职工生育保险费用报销标准，可根据《北京市生育保险医疗费用支付范围及标准》（京劳社医保发〔2005〕63号）、《关于企业职工生育保险有关问题处理办法的通知》（京劳社医发〔2006〕178号）和《关于调整本市职工生育保险政策有关问题的通知》（京人社医发〔2011〕334号）文件确定，生育保险费用具体的报销标准如表6-5所示。

表6-5 生育保险费用报销标准

项目		报销方法	报销标准			
生育 医疗 费用	产前 检查	限额 报销	妊娠第1～12周末前	520元		
			妊娠第1～27周末前	850元		
			妊娠第13～27周末前	330元		
			妊娠第13周至分娩前	880元		
			妊娠第28周至分娩前	550元		
			妊娠至分娩前	1400元		
	住院 医疗 费用	定额 报销	—	三级医院	二级医院	一级医院
			自然分娩	3000元	2900元	2700元
			人工干预分娩	3300元	3200元	3000元
			剖宫产及剖宫产伴其他手术的	4400元	4200元	3800元
			每增加一胎，费用在该分娩支付标准基础上加收10%			
		按项目 报销	住院分娩出现严重并发症的医疗费用按项目付费			



续表

项目		报销方法	报销标准			
计划生育手术医疗费用	门诊	限额报销	—	三级医院	二级医院	一级医院
			人工流产手术	270 元	260 元	250 元
			药物流产手术	360 元	350 元	340 元
			(取+放) 置术 宫内节育器	522 元	511 元	509 元
			人工流产手术+ (取+放) 置术	555 元	541 元	534 元
			高危人工流产手术+ (取+放) 置术	588 元	571 元	559 元
			输卵管药物粘堵术	1420 元	1410 元	1400 元
			输精管结扎术	1440 元	1430 元	1420 元
			输精管药物粘堵术	1390 元	1390 元	1380 元
			宫内节育器放置术	510 元	500 元	500 元
			宫内节育器取出术	360 元	360 元	350 元
	住院	定额报销	人工流产手术	970 元	950 元	920 元
			符合计划生育规定因母婴原因中期引产术	2800 元	2700 元	2500 元
			人工流产手术+ (取+放) 置术	1143 元	1121 元	1087 元
			高危人工流产手术+ (取+放) 置术	1176 元	1162 元	1121 元
			输卵管结扎术	1700 元	1600 元	1500 元
			人工流产手术+输卵管 结扎术	1191 元	1803 元	1686 元
			高危人工流产术+ 输卵管结扎术	1194 元	1833 元	1711 元



（6）生育津贴、晚育津贴的申领标准

生育津贴：即为产假工资，相当于女员工在生育期间的工资，是由生育保险基金支付的。根据《北京市企业职工生育保险规定》第十五条规定，生育津贴高于本人产假工资标准的，用人单位不得克扣；生育津贴低于本人产假工资标准的，差额部分由用人单位补足。北京生育津贴计算公式为：职工所在用人单位月缴费平均工资/30×产假天数。

晚育津贴：根据《北京市人口与计划生育条例》规定，北京市已婚妇女年满二十四周岁初育的为晚育，晚育的女职工，除享受国家规定的产假外，增加奖励假30天，奖励假也可以由男方享受。



案例回放 ▶▶

北京一家公司的员工王某（26岁），从2010年1月起就在此公司工作，其在职职工月均工资为4000元。王某与该公司每年都续签劳动合同，2014年7月王某怀孕，从开始怀孕检查，一直到自然分娩，王某花去的各项医疗费用达7000多元，其中王某是在北京当地的一家三级医院分娩的。那么，王某能够报销多少钱？



依法说案 ▶▶

以本案所指，王某采取自然分娩的方式生产，并且其在北京当地的一家三级医院分娩的，根据北京市的规定，其可以报销住院生育费用3000元，报销产前检查费用1400元，总计可以报销生育医疗费用4400元。同时由于王某26岁生育属于晚育，其可以申领生育津贴和晚育津贴，可领取98天生育津贴和30天晚育津贴，共17067元。

6.4.3 未缴纳生育保险费用的赔偿

2012年2月4日，夏某到北京某公司工作，双方订立了为期5年的劳动合同，公司未依法为其缴纳社会保险费。自2014年2月3日起，因处于孕期夏某开始休假。同年4月14日至20日，因生孩子夏某住院6天（属难产），花销医疗



费7359元。2014年度该公司在职职工月平均缴费基数为3629元。

因某公司未缴纳生育保险费,导致夏某不能从社保经办机构领取生育津贴、报销生育医疗费,且公司拒绝支付。在此情形下,夏某向当地劳动争议仲裁委员会提出申请,要求公司支付生育津贴和晚育津贴,并报销生育医疗费。

以案例可知,本案的焦点是公司未给员工缴纳生育保险费用,是否需要承担生育医疗费用和生育津贴。下面对其具体的处理规定进行说明。

《女职工劳动保护特别规定》第七条规定:“女职工生育享受98天产假,其中产前可以休假15天;难产的,增加产假15天;生育多胞胎的,每多生育1个婴儿,增加产假15天。”

而且该特别规定第八条规定:“女职工产假期间的生育津贴,对已经参加生育保险的,按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付;对未参加生育保险的,按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。”

女职工生育或者流产的医疗费用,按照生育保险规定的项目和标准,对已经参加生育保险的,由生育保险基金支付;对未参加生育保险的,由用人单位支付。”

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第一条规定:“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续,且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由,要求用人单位赔偿损失而发生争议的,人民法院应予受理。”

由上述规定可知,案例中公司未给夏某缴纳生育保险导致夏某不能享受生育保险待遇,夏某有权要求公司给予赔偿。

晚婚晚育假根据各地的人口与计划生育条例确定,由于夏某为北京就业员工,因此晚婚晚育假根据《北京市人口与计划生育条例》第二十条规定确定可享受晚婚晚育假30天。具体的规定为:“机关、社会团体、企业事业组织的职工晚婚的,除享受国家规定的婚假外,增加奖励假7天。晚育的女职工,除享受国家规定的产假外,增加奖励假30天,奖励假也可以由男方享受,休假期间不得降低其基本工资或者解除劳动合同;不休奖励假的,按照女方一个月基本工资的标准给予奖励。”

夏某系晚婚晚育人员且属难产,依法应享受生育津贴和晚育津贴共143天,夏某所在公司应按照2014年度单位在职职工月平均缴费基数,向夏某支付生育津贴和晚育津贴共17298.2元,同时报销定额生育医疗费。



6.4.4 配偶无工作可享生育保险吗

李某是山东某公司员工，妻子无工作，在家当全职太太。李某2010年10月结婚后按照规定办理了准生证，2011年8月孩子出生，随后李某要求公司给予报销生育医疗费用。该公司以“男职工没有生育保险”为由拒绝。那么李某这样的情况能享受生育保险待遇吗？

根据《中华人民共和国社会保险法》五十四条规定：“用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付”，可知员工未就业配偶可按照国家规定享受生育医疗费用。

根据《山东省企业职工生育保险规定》第十五条的规定：“参加生育保险男职工的配偶无工作单位，其生育符合计划生育政策规定的，按照当地规定的生育医疗费用标准的50%享受生育补助金。”因此，上述案例中，只要李某在公司参加了生育保险，并且连续足额缴纳费用1年以上，李某就可报销其妻子50%的生育补助金。

广东省也对配偶无工作可享生育保险进行了规定，《广东省职工生育保险规定》第十二条规定：“用人单位已经按时足额缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。”同时该保险规定第二十条规定：“职工未就业配偶已享受城乡居民基本医疗保险、城镇居民基本医疗保险、新型农村合作医疗的生育待遇或者本规定第十八条规定的待遇的，不再享受生育医疗费用待遇。”

6.4.5 流产能享受生育保险待遇吗

根据《女职工劳动保护特别规定》，女职工生育享受98天的产假。然而，生育有时不是一帆风顺，怀孕期间，由于种种原因都可能导致流产。那么在这种情况下，女职工是否还有权享受产假及生育保险呢？

《企业职工生育保险试行办法》第七条规定：“女职工生育或流产后，由本人或所在企业持当地计划生育部门签发的计划生育证明，婴儿出生、死亡或流产证明，到当地社会保险经办机构办理手续，领取生育津贴和报销生育医疗费。”参照该规定，女员工符合计划生育政策并且流产医院给其开具了流产证明，就可以到当地社会保险经办机构办理手续，领取生育津贴和报销生育医

疗费。

《女职工劳动保护特别规定》第七条的规定：“女职工怀孕未满4个月流产的，享受15天产假；怀孕满4个月流产的，享受42天产假。”因此女员工怀孕流产的，其所在单位应当根据医务部门的证明，给予一定时间的产假，并为其报销生育医疗费。

从上述规定可知，流产与正常生育除了产假时间长短不同外，其他待遇与正常生产时完全相同，用人单位仍应为流产员工报销生育医疗费，领取生育津贴。



案例回放

2012年4月陈某入职某公司，并且双方签订了期限为4年的劳动合同。2014年10月陈某结婚，在结婚后两个月去医院检查时发现怀孕。2015年3月，陈某的朋友邀请陈某和其丈夫去家中吃饭。在吃饭的过程中，陈某丈夫喝了一点儿酒。

吃完饭后，陈某丈夫骑自行车带陈某回家的过程中，不小心摔倒。陈某感到下腹不适被紧急送往医院，医院发现陈某有流产症状，于是为陈某做了引产手术，并且该医院为陈某出具了流产证明。陈某丈夫拿着该医院的流产证明去公司为陈某请假，并请求公司为其报销生育医疗费，申领生育津贴。但是该公司的负责人称陈某是流产不是正常生产，不能报销生育医疗费，申领生育津贴。

公司的说法正确吗？



依法说案

本案中，陈某怀孕不到四个月的时间意外流产，按照法律规定可以享受15天的产假。根据《企业职工生育保险试行办法》第七条规定，陈某可以依法领取生育津贴，报销生育医疗费。公司以“陈某是流产不是正常生产”为由，不予报销生育医疗费，申领生育津贴，是违法的。



6.5

工伤保险报销

6.5.1 工伤保险缴费基数与比例



案例回放 ▶▶▶

刚毕业的大学生刘某自己创业，在2015年9月成立公司，成立公司之后办理社保登记时发现其公司的工伤保险的缴费比例比别人的要高，请问为什么？工伤保险的缴费比例是怎么确定的呢？



依法说案 ▶▶▶

根据《工伤保险条例》第八条和《关于调整工伤保险费率政策的通知》的规定，工伤保险实行的是差别费率，根据不同行业的工伤风险程度，确定行业的缴费比例。由于刘某所在行业的风险程度较高，所以刘某公司的工伤保险的缴费比例比别人的要高。

下面对工伤保险的缴费基数和缴费比例的相关规定进行详细说明。

（1）工伤保险缴费基数

《中华人民共和国社会保险法》第三十五条规定：“用人单位应当按照本单位职工工资总额，根据社会保险经办机构确定的费率缴纳工伤保险费。”由此可知工伤保险的缴费基数为本单位职工工资总额。

（2）工伤保险缴费比例

《中华人民共和国社会保险法》第三十三条规定：“职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。”因此用人单位需要按照规定缴费比例缴纳工伤保险费；职工个人不需要缴纳工伤保险费，即其缴费比例为0。

《工伤保险条例》第八条规定：“工伤保险费根据以支定收、收支平衡的原则，确定费率。国家根据不同行业的工伤风险程度确定行业的差别费率，并根据工伤保险费使用、工伤发生率等情况在每个行业内确定若干费率档次。行业差别费率及行业内费率档次由国务院社会保险行政部门制定，报国务院批准后公布施行。各统筹地区经办机构根据用人单位工伤保险费使用、工伤发生率等情况，适用所属行业内相应的费率档次确定单位缴费费率。”由此可知不同行业的工伤保险缴费比例是不相同的。各地区在确定本地区的工伤保险缴费比例时也可根据本地区的情况，在行业内相应的费率档次内确定工伤保险缴费比例。

《关于调整工伤保险费率政策的通知》（人社部发〔2015〕71号）中对行业的差别费率及行业内费率档次进行了进一步的规定，具体规定如表6-6所示。

表6-6 行业的差别费率及行业内费率档次规定

项目	具体规定
行业工伤风险分类	◎ 按照《国民经济行业分类》（GB/T 4754—2011）对行业的划分，根据不同行业的工伤风险程度，由低到高，依次将行业工伤风险类别划分为一类至八类
行业的差别费率	◎ 各行业工伤风险类别对应的全国工伤保险行业基准费率为：一类至八类分别控制在该行业用人单位职工工资总额的0.2%、0.4%、0.7%、0.9%、1.1%、1.3%、1.6%、1.9%左右
行业内费率档次	◎ 通过费率浮动的办法确定每个行业内的费率档次 ◎ 一类行业分为三个档次，即在基准费率的基础上，可向上浮动至120%、150% ◎ 二类至八类行业分为五个档次，即在基准费率的基础上，可分别向上浮动至120%、150%或向下浮动至80%、50%

备注：统筹地区工伤保险最低费率不低于本地区一类风险行业基准费率。

6.5.2 工伤如何进行认定



案例回放

2011年3月，张某（男，48岁）在工作中突发脑溢血，被急送附近医院进行抢救治疗。张某住院45天后出院，脱离了生命危险，但留



下了言语不清、半身瘫痪的后遗症。出院后，经鉴定，张某残疾的等级为4级，且丧失了劳动能力。由于张某失去了劳动能力，遂主动解除了与公司的劳动关系。

事发后，张某的家属认为，张某是在工作期间突发疾病的，故要求张某所在公司为张某申请认定张某在工作中突发疾病为工伤，并且要求按照《工伤保险条例》的规定，享受工伤保险待遇，如治疗疾病期间工资、生活护理费、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金等。而该公司认为，张某虽然是在工作期间突发疾病，但是突发疾病的原因与工作内容无关，所以不同意张某家属的要求。

那么，张某在工作中突发疾病是否属于工伤的范畴呢？



依法说案▶▶

员工在工作中突发疾病是否应被认定为工伤，不能一概而论，关键要看突发疾病后引发的后果。根据《工伤保险条例》第十五条规定：“职工有下列情形之一的，视同工伤：（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的。”

由此规定可以看出，员工在工作过程中突发疾病，如果当即死亡或突发疾病后在48小时之内抢救无效死亡的，则视同工伤，依法享受工伤待遇。否则，不应当按照工伤对待。

就本案而言，张某虽然是在工作的过程中突发疾病，但张某在突发疾病后经过抢救，现在已经没有生命危险。所以张某突发疾病的后果不符合《工伤保险条例》第十五条第一项所规定的“突发疾病死亡的”或者“在48小时之内经抢救无效死亡的”两种情形中的任何一种，故张某在工作中突发疾病依法不应被认定为工伤，从而也不能享受工伤保险待遇。

无论是工伤认定的范围、工伤认定的流程都在《工伤保险条例》中有具体规定，下面对其进行总结和归纳。

(1) 工伤认定的范围

根据《工伤保险条例》第十四条和第十五条的规定,可将下面的情况认定为工伤或视同工伤(即视为工伤对待),如图6-6所示。

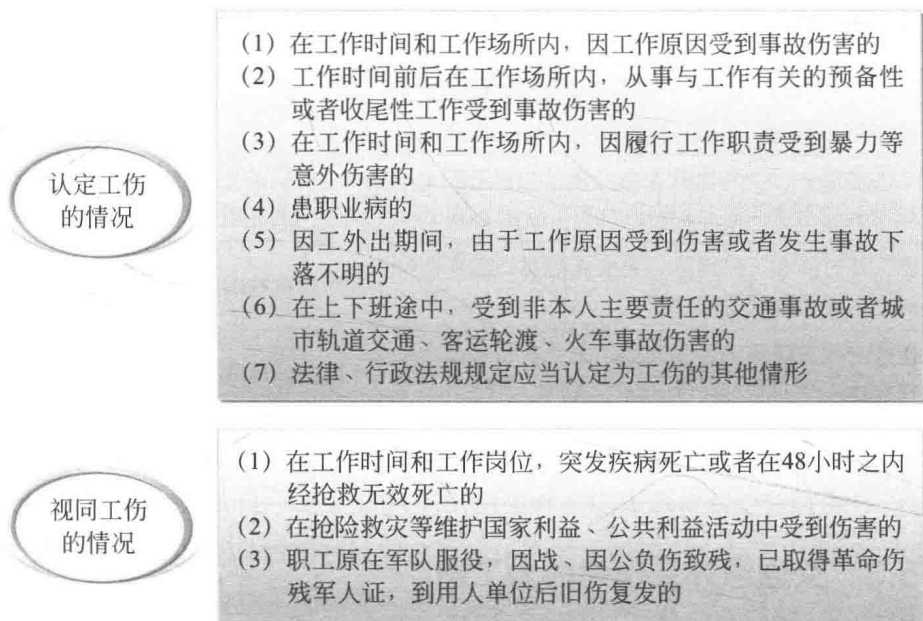


图6-6 工伤认定的范围

(2) 工伤认定的申请

根据《工伤保险条例》第十七条规定,员工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病,用人单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内,向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况,经报社会保险行政部门同意,申请时限可以适当延长。

根据《工伤保险条例》第十八条规定,用人单位提出工伤认定申请应当提交下列材料:

- ① 工伤认定申请表。
- ② 与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)的证明材料。
- ③ 医疗诊断证明或者职业病诊断证明书(或者职业病诊断鉴定书)。

除了上述有工伤认定申请材料之外,在实际工作中,有如表6-7所示的情形之一的,还应当分别提交相应证据。



表 6-7 工伤或视同工伤相应情况提供的证明

工伤或视同工伤情况	提供的证明
职工死亡的	死亡证明
工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的	公安部门证明或者其他相关证明
因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的	公安部门证明或者相关部门证明
上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的	公安机关交通管理部门或者其他相关部门的证明
在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的	医疗机构的抢救证明
在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的	民政部门或者其他相关部门证明
属于因战、因公负伤致残的转业、复员军人，旧伤复发的	《革命伤残军人证》及劳动能力鉴定机构对旧伤复发的确认证明

6.5.3 交通意外受伤是否为工伤

交通意外导致的受伤事故是否为工伤的判定一直是工伤保险报销管理工作中的难点、热点，下面对其具体的判定方法进行说明。

（1）认定为工伤的条件

根据《工伤保险条例》第十四条第六项规定，职工“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的”，应当认定为工伤。由此可见交通意外受伤认定为工伤需要满足以下三个条件。

① 时间条件为上下班时间。上下班时间指员工往返于休息场所和单位的时间。

② 路线条件为上下班路线。上下班路线则指员工往返于休息场所和单位之间的必经路线。

③ 事故责任的认定为非本人主要责任。

（2）上下班途中范围的确定

根据最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条的规定，下列路线上发生的交通事故都属于合理的上下班途中，具体如图6-7所示。

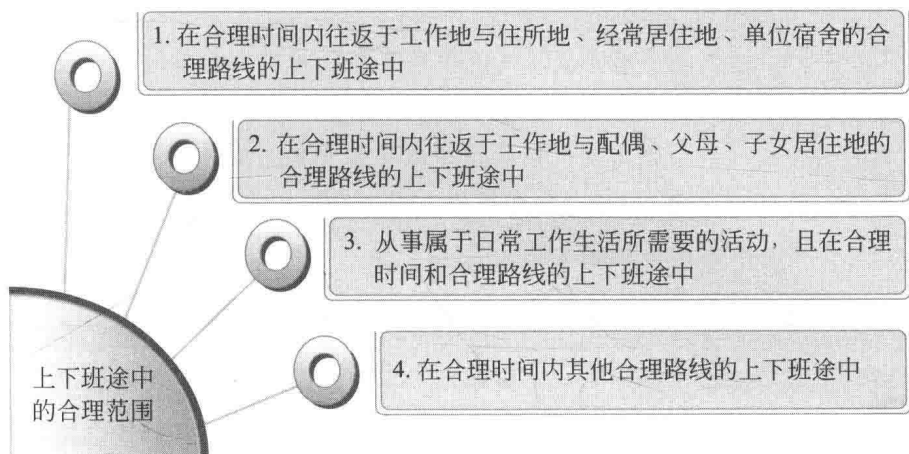


图6-7 上下班途中的合理范围

（3）交通事故责任认定

交通事故责任认定是上下班途中确认工伤的关键因素，而员工在交通事故中属于“非本人主要责任”是认定为工伤的条件，用人单位对该责任的认定主要依据交管部门的交通事故责任认定书或者法院的生效裁判文书予以确定。“非本人主要责任”主要包括三种情况，具体如图6-8所示。

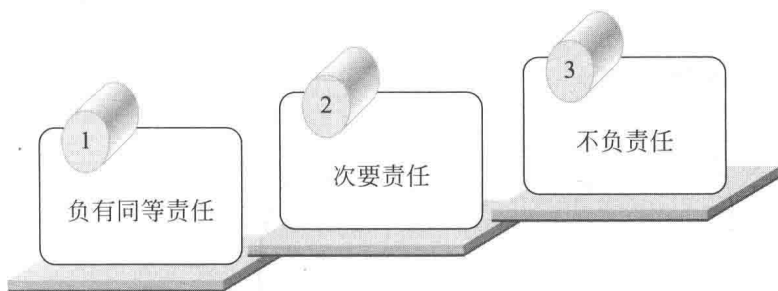


图6-8 “非本人主要责任”主要包括三种情况



案例回放

吴某是某公司员工，实行的是综合工时制。某公司的规章制度明确规定员工在上班期间外出离开必须得到主管签名批准。公司的排班表显示，2014年4月19日，吴某的上班时间为当日20时至次日早上8



时。2014年4月20日凌晨4时许，吴某在未向公司主管请假及未取得主管领导批示放行条的情况下离开公司。当日凌晨4时2分左右，吴某骑自行车通过人行横道时发生交通事故导致受伤。后吴某被送到医院医治，诊断结果为：“重度颅脑损伤，闭合性胸部损伤。”经交警部门认定，吴某承担此事故的次要责任。

那么，吴某发生的交通事故受伤是否属于工伤呢？



依法说案 ▶▶▶

本案中，吴某对此次交通事故负次要责任，事故发生的地点也是在回家的必经之路上。因此，本案的关键点在于吴某发生交通事故是否在合理的上下班时间范围内。根据法院查明的事实可知，吴某实行的是综合工时制，事发当日的上下班时间为19日晚8点到20日早8点，20日早4点，吴某在距离公司规定的下班时间还有4小时的情况下离开公司，并且未向主管请假，违反了公司的规章制度，擅自早退，由此可见，崔某离开公司的时间显然不属于合理的下班时间。因此，吴某在本次交通事故中所受伤害不能认定为工伤。

6.5.4 醉酒后受伤是否为工伤

2015年9月23日，某公司的操作工卢某违反公司的规章制度，喝酒后擅自回到生产车间工作，导致自己的手指受伤，后卢某以在工作岗位上干活时受伤申请工伤。但是公司提出异议，认为该员工干活前喝酒，根据相关的规定不应认定为“工伤”，并且公司一再强调生产安全，且做到了各种安全提示，从未发生过此类事故。卢某来上班不到一个月，就违反公司规定醉酒工作，卢某能以在工作岗位上干活时受伤申请工伤吗？

本案的焦点为卢某是否为醉酒后受伤，因为喝酒不等于“醉酒”，对于醉酒的标准和认定依据，法律上有明确的规定，醉酒标准按照《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》执行，其中，关于醉酒驾车，车辆驾驶人员血液酒精含量临界值为80mg/100mL。公安机关交通管理部门、医疗机构等有关单位



依法出具的检测结论、诊断证明等材料,可以作为认定醉酒的依据。

同时《工伤保险条例》第十九条规定:“职工或者其近亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由用人单位承担举证责任。”因此对于本案例中的工伤认定实行举证倒置原则。本案中,公司没有提供有关单位出具的检测结论、诊断证明等证据证明醉酒,因此卢某可以以在工作岗位上干活时受伤申请工伤。

如果公司能够提供有关单位出具的检测结论、诊断证明等证据证明卢某醉酒,那么根据《工伤保险条例》第十六条规定,卢某就不可以以在工作岗位上干活时受伤申请工伤,而应该认定为醉酒后受伤。

《工伤保险条例》第十六条具体规定为:“职工符合本条例第十四条、第十五条的规定,但是有下列情形之一的,不得认定为工伤或者视同工伤:(一)故意犯罪的;(二)醉酒或者吸毒的;(三)自残或者自杀的。”从此条例可知,故意犯罪的、自残或者自杀的也不得认定为工伤或者视同工伤。

6.5.5 劳动能力鉴定如何办理



案例回放▶▶▶

2013年4月,小张应聘入职当地一家公司,签订了劳动合同,但未办理社会保险。2015年2月的一天,小张在工作中遭受事故,重伤住院,公司为小张支付了住院期间的医药费并做了工伤认定。出院后,小张要求公司支付工伤保险待遇和每月生活护理费。

公司认为小张应先进行劳动能力鉴定,之后再由公司根据鉴定结果支付相应的工伤待遇。双方多次协商,但小张认为单位在刁难自己,一直拒绝接受劳动能力鉴定,并向当地劳动争议仲裁委提起仲裁,要求公司向其支付工伤保险待遇。

仲裁庭经过审理,查明事实后,依法组织双方调解,最终双方一致同意:小张先配合公司做劳动能力鉴定,然后公司根据鉴定等级支付其各项工伤待遇。



依法说案▶▶▶

《工伤保险条例》第六十二条规定：“依照本条例规定，应当参加工伤保险而未参加的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。”但是《社会保险法》第四十三条规定：“工伤职工拒不接受劳动能力鉴定的，停止享受工伤保险待遇。”本案中，公司没有为小张参加工伤保险，应当向小张支付工伤保险待遇；但小张拒不接受劳动能力鉴定，享受工伤保险待遇缺少相应依据和标准，根据相关法律规定，公司可以停止向小张支付工伤保险待遇。因此小张在工伤发生后应当积极配合单位以及相关部门进行工伤鉴定，尽早确定伤残等级，只有这样才能尽快确定和享受工伤待遇。

为降低用工风险，用人单位应按照法律规定为员工缴纳社会保险。本案中，用人单位可参照《工伤保险条例》第六十二条规定，即“参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用”，为小张补缴工伤保险，从而转嫁自己的费用支出。

员工因工受伤后，进行工伤认定和劳动能力鉴定是法定的程序，工伤认定是对受伤的事实进行定性，确定其是否为工伤。劳动能力鉴定是对伤情等级进行评定，从而据以确定不同的工伤待遇。

员工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的情况下，可进行劳动能力鉴定，以获得相应的补偿。劳动能力鉴定必须严格按照《工伤职工劳动能力鉴定管理办法》规定，具体的办理要点如下所示。

（1）劳动能力鉴定申请材料

用人单位或员工本人申请劳动能力鉴定应当填写劳动能力鉴定申请表，并提交相应材料，以使用用人单位或员工所在的省、自治区、直辖市和设区的市级（含直辖市的市辖区、县）劳动鉴定委员会进行审核办理。具体需要提交的材料如图6-9所示。

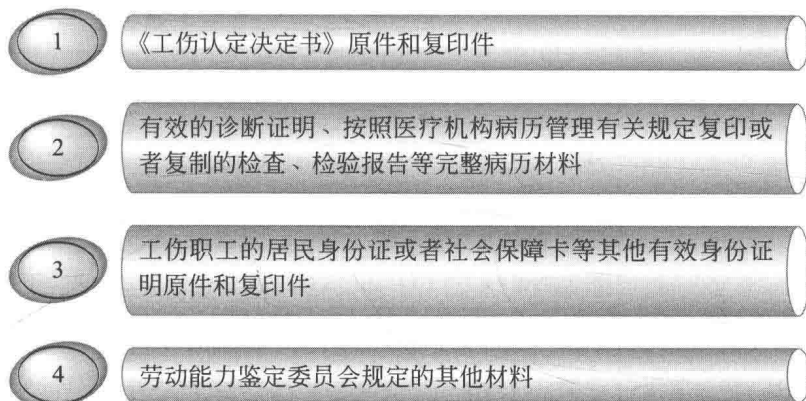


图6-9 劳动能力鉴定申请材料

(2) 劳动能力鉴定程序

劳动能力鉴定必须严格按照《工伤职工劳动能力鉴定管理办法》规定的程序办理。用人单位应掌握劳动能力鉴定程序，具体的鉴定程序如表6-8所示。

表6-8 劳动能力鉴定程序

序号	程序	具体说明
1	提交鉴定材料	◎ 工伤职工或者其用人单位应当及时向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出劳动能力鉴定申请，申请劳动能力鉴定应当填写劳动能力鉴定申请表，并提交相应材料
2	鉴定材料审核	◎ 劳动能力鉴定委员会收到劳动能力鉴定申请后，应当及时对申请人提交的材料进行审核
3	审核结果反馈	◎ 申请人提供材料不完整的，劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起5个工作日内一次性书面告知申请人需要补正的全部材料
4	通知鉴定	◎ 申请人提供材料完整的，劳动能力鉴定委员会应当提前通知工伤职工进行鉴定的时间、地点以及应当携带的材料
5	劳动能力鉴定	◎ 工伤职工应当按照通知的时间、地点参加现场鉴定 ◎ 劳动能力鉴定委员会应当视伤情程度等从医疗卫生专家库中随机抽取3名或者5名与工伤职工伤情相关科别的专家组成专家组进行鉴定



续表

序号	程序	具体说明
6	作出鉴定结论	◎ 专家组根据工伤职工伤情, 结合医疗诊断情况, 依据《劳动能力鉴定职工工伤与职业病致残等级》国家标准提出鉴定意见, 应签署意见并签名 ◎ 劳动能力鉴定委员会根据专家组的鉴定意见作出劳动能力鉴定结论
7	鉴定结论送达	◎ 劳动能力鉴定委员会应当自作出鉴定结论之日起20日内将劳动能力鉴定结论及时送达工伤职工及其用人单位, 并抄送社会保险经办机构

6.5.6 劳动能力鉴定异议如何处理

吴某系某公司的员工。2009年4月, 由于公司组织的活动发生事故, 吴某在此过程中受伤, 经当地劳动保障行政部门认定为工伤。2009年5月, 经当地劳动能力鉴定委员会鉴定为7级伤残。2010年8月, 吴某提出与公司解除劳动关系, 并要求公司按照伤残标准支付相关待遇, 遭到该公司的拒绝, 双方为此发生纠纷。

该公司认为, 由于吴某上次劳动能力鉴定已经有一年的时间, 吴某的伤情有所变化, 应当作复查鉴定, 根据复查鉴定的伤残等级予以支付相关待遇。而吴某则认为不应当再作复查鉴定。那么劳动能力鉴定结论作出后, 单位可以申请复查鉴定吗?

劳动能力鉴定是给予受工伤员工保险待遇的基础和前提条件。因此伤残等级将直接决定工伤员工所能享受的待遇问题。本案主要涉及的是工伤劳动能力存在异议并复查鉴定的问题。

《工伤保险条例》第二十六条规定: “申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的, 可以在收到该鉴定结论之日起15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。”

《工伤保险条例》第二十八条规定: “自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后, 工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的,

可以申请劳动能力复查鉴定。”

根据上述规定,用人单位或者员工个人对初次鉴定结论不服的,可以在15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。而且劳动鉴定结束后,工伤职工的伤情有所变化,有可能影响伤残等级的,在劳动能力鉴定做出1年后,用人单位可以提出劳动能力复查的鉴定。

一般而言,工伤职工经复查鉴定后伤残等级、生活自理障碍等级发生变化的,自作出劳动能力鉴定结论次月起,其伤残津贴、生活护理费做相应调整。

本案中,员工吴某自伤残鉴定起已有1年,而且其伤情已发生变化,该公司根据以上规定向劳动能力鉴定委员会提请复查鉴定,具备法规明文规定的条件,劳动能力鉴定委员会应当受理。

6.5.7 工伤保险待遇的支付标准

工伤保险待遇主要包括工伤医疗待遇、伤残待遇、工伤死亡待遇,用人单位需要按照《工伤保险条例》和各地方工伤保险规定的标准报销和支付。

(1) 工伤医疗待遇支付标准

工伤医疗待遇包括医疗费用、辅助器具费、停工留薪期待遇,各项待遇的具体支付标准如表6-9所示。

表6-9 工伤医疗待遇支付标准

待遇	具体的支付标准
医疗费用	◎ 治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的,从工伤保险基金支付 ◎ 工伤职工治疗非工伤引起的疾病,不享受医疗待遇,按照基本医疗保险办法处理 ◎ 住院治疗工伤的饮食补助费,以及经医疗机构出具证明,报经办机构同意,工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金中支付 ◎ 工伤职工到签订服务协议医疗机构进行工伤康复的费用,符合规定的从工伤保险基金支付
辅助器具费	◎ 必须安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅等辅助器具的,经劳动能力鉴定委员会确认,所需费用按照国家规定标准从工伤保险基金按月支付



续表

待遇	具体的支付标准
停工留薪期待遇	◎ 停工留薪期：一般不超过12个月，伤情严重或者情况特殊，经劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过12个月
	◎ 停工留薪期待遇：工伤职工在停工留薪期内，原工资待遇不变，由所在单位按月支付。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按规定享受伤残待遇
	◎ 工伤职工在停工留薪期后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇
	◎ 生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责

(2) 伤残待遇支付标准

伤残待遇支付标准根据员工伤残的等级其支付的待遇及标准有所相同，表6-10对其待遇支付项目和标准进行了说明。

表6-10 伤残待遇支付标准

生活护理费	生活自理障碍程度		完全不能自理		大部分不能自理		部分不能自理				以统筹地区上年度职工月平均工资为基数
	标准		50%		40%		30%				
伤残等级	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	—
一次性伤残补助金	27	25	23	21	18	16	13	11	9	7	以本人工资为基数
伤残津贴	90%	85%	80%	75%	70%	60%					
一次性工伤医疗补助金											具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定
一次性伤残就业补助金											

注：

1. 伤残津贴

◎ 1～4级伤残津贴：由工伤保险基金支付

◎ 5～6级伤残津贴：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

◎ 工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后，停发伤残津贴，按照国家有关规定享受基本养老保险待遇

2. 一次性工伤医疗和伤残就业补助金：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

(3) 工伤死亡待遇支付标准

员工因工死亡的,其直系亲属可根据《工伤保险条例》第三十九条的规定享受相应待遇,具体的待遇支付标准如表6-11所示。

表6-11 工伤死亡待遇支付标准

工伤死亡待遇	支付标准
丧葬补助金	◎ 6个月的统筹地区上年度职工月平均工资
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
一次性工亡补助金	◎ 上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍

注:1.伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的,其近亲属享受丧葬补助金

2.1~4级伤残职工在停工留薪期满后死亡的,其直系亲属可享受丧葬补助金和供养亲属抚恤金

3.职工因公外出期间发生事故或者在抢险救灾中下落不明的,从事故发生当月起3个月内照发工资,从第4个月起停发工资,由工伤保险基金向其供养亲属按月支付供养亲属抚恤金;生活有困难的,可以预支一次性工亡补助金的50%。职工被人民法院宣告死亡的,按因工死亡的规定处理。



案例回放

2014年5月23日,刘某在广东某公司车间工作时被从上面掉下来的物料砸伤身体多处,送医院治疗并住院26天。诊断为:右股骨中段骨折;右侧肋骨骨折并胸腔积液;右肺下叶肺挫裂伤;右侧眼眶内侧壁骨折;胸11-腰1椎体轻度压缩性骨折。经当地人力资源和社会保障局认定为工伤,经劳动能力鉴定委员会鉴定为伤残等级五级,停工留薪期为4个月,公司未为刘某购买社保,刘某的工资每月3800元。

事故发生后,公司为刘某支付了医疗费,未继续支付刘某的其他费用损失。停工留薪期后3个月刘某将公司诉至劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁,要求公司赔偿其住院伙食费、停工留薪工资、伤残津贴、一次性伤残补助金、一次性医疗补助金、一次性伤残就业补助金。



那么，工伤五级应该怎样计算赔偿数额？伤残津贴是否应该赔偿？如何赔偿？未购买社保的工伤事故如何赔偿？



依法说案 ▶▶▶

《广东省工伤保险条例》第二十五条规定：“职工住院治疗工伤、康复的伙食补助费由工伤保险基金按照不低于统筹地区因公出差伙食补助费标准的百分之七十支付。经批准转统筹地区以外门诊治疗、康复及住院治疗、康复的，其在城市间往返一次的交通费用及在转入地所需的市内交通、食宿费用，由工伤保险基金按照统筹地区人民政府规定的标准支付。”

根据《省直党政机关和事业单位差旅费管理办法》，广东省因公出差期间伙食补助费标准为每人每天100元。

《广东省工伤保险条例》第三十二条规定：“职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

（一）一次性伤残补助金。由工伤保险基金支付，标准为：五级伤残为十八个月的本人工资，六级伤残为十六个月的本人工资。

（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百分之七十，六级伤残为本人工资的百分之六十，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。”

《广东省工伤保险条例》第三十三条规定：“五级、六级伤残职工本人提出与用人单位解除或者终止劳动关系的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金，终结工伤保险关系：（一）一次性工伤医疗补助金。标准为：五级伤残为十个月的本人工资，六级伤残为八个月的本人工资。（二）一次性伤残就业补助金。标准为：五级伤残为五十个月的本人工资，六级伤残为四十个月的本人工资。”

因此根据上述规定，可以计算出以下的相关补贴金额：



1. 住院伙食费： $100 \text{ 元/天} \times 26 \text{ 天} \times 70\% = 1820 \text{ 元}$ 。
 2. 停工留薪期工资： $3800 \text{ 元/月} \times 4 \text{ 个月} = 15200 \text{ 元}$ 。
 3. 一次性伤残补助金： $3800 \text{ 元/月} \times 18 \text{ 个月} = 68400 \text{ 元}$ 。
 4. 伤残津贴： $3800 \text{ 元/月} \times 3 \text{ 个月} \times 70\% = 7980 \text{ 元}$ 。
 5. 一次性工伤医疗补助金： $3800 \text{ 元/月} \times 10 \text{ 个月} = 38000 \text{ 元}$ 。
 6. 一次性伤残就业补助金： $3800 \text{ 元/月} \times 50 \text{ 个月} = 190000 \text{ 元}$ 。
- 合计：321400 元

上述的工伤五级伤残应赔偿伤残津贴，赔偿期限是从停工留薪期到期之日到劳动关系解除之时，一般申请仲裁之日即是劳动关系解除之时，赔偿金额为本人工资的70%。

同时，由于用人单位未给刘某购买社保，因此由用人单位全额赔偿伤者的工伤保险待遇。由此案例也可见用人单位依法缴纳工伤保险的重要性。

6.6

失业保险缴纳报销

6.6.1 失业保险缴费基数与比例

失业保险是五项社会保险之一，由用人单位跟员工共同缴纳。各地的缴费比例都不尽相同，下面列举几个城市的比例。

(1) 国务院规定的失业保险缴费基数与比例

《失业保险条例》第六条规定：“城镇企业事业单位按照本单位工资总额的百分之二缴纳失业保险费。城镇企业事业单位职工按照本人工资的百分之一缴纳失业保险费。城镇企业事业单位招用的农民合同制工人本人不缴纳失业保险费。”

2015年，《关于调整失业保险费率有关问题的通知》对失业保险缴费比例进行了调整，具体规定为：“对从2015年3月1日起，失业保险费率暂由现行条例规定的3%降至2%，单位和个人缴费的具体比例由各省、自治区、直辖市人民



政府确定。在省、自治区、直辖市行政区域内，单位及职工的费率应当统一。”

由此可知，用人单位失业保险缴费基数为本单位工资总额，员工失业保险缴纳基数为本人工资，用人单位和职工个人总计的缴费比例为2%，各地区根据情况进行确定，农民工不缴纳失业保险费。

（2）北京市失业保险缴费基数与比例

《北京市失业保险规定》第七条规定：“失业保险费缴纳标准：

（一）国有企业、城镇集体企业、股份制企业及各类联营企业、私营企业和事业单位，按本单位上年职工月平均工资总额的1.5%缴纳失业保险费；

（二）外商投资企业和港、澳、台商投资企业按本单位中方职工上年月平均工资总额的1.5%缴纳失业保险费；

（三）职工个人按本人上年月平均工资的0.5%缴纳失业保险费。职工本人月平均工资高于上一年本市职工月平均工资300%以上的部分，不作为缴纳失业保险费的基数；

（四）用人单位招用的农民合同制工人本人不缴纳失业保险费。”

根据《关于调整本市部分社会保险缴费问题的通知》（京劳社保发〔2008〕237号）第一条规定可知，用人单位缴纳失业保险费的缴费费率由1.5%调整为1%；个人缴纳失业保险费的缴费费率由0.5%调整为0.2%。由此可知北京市失业保险缴费比例为：用人单位缴纳1%，职工个人缴纳0.2%，农民工不缴纳失业保险费。

（3）上海市失业保险缴费基数与比例

《市政府关于调整本市城镇职工社会保险缴费比例的通知》（沪府发〔2013〕62号）规定，本市失业保险缴费比例，由原来的2.7%调整为2%。其中，单位缴费比例由原来的1.7%调整为1.5%，个人缴费比例由原来的1%调整为0.5%。

6.6.2 主动辞职能否领取失业保险金

《失业保险条例》第十四条明确了失业保险金领取的条件，具体规定为：

“具备下列条件的失业人员，可以领取失业保险金：

（一）按照规定参加失业保险，所在单位和本人已按照规定履行缴费义务满1年的；

（二）非因本人意愿中断就业的；

（三）已办理失业登记，并有求职要求的。”

其中,非因本人意愿中断就业是领取失业金必不可少的一个条件。也就是说,除非是被开除、原单位解散、劳动合同期满终止等非本人意愿中断就业才可以领取失业保险金,如果是本人主动提出离职,就不符合失业金领取条件。

非本人意愿中断就业的情形如图6-10所示。

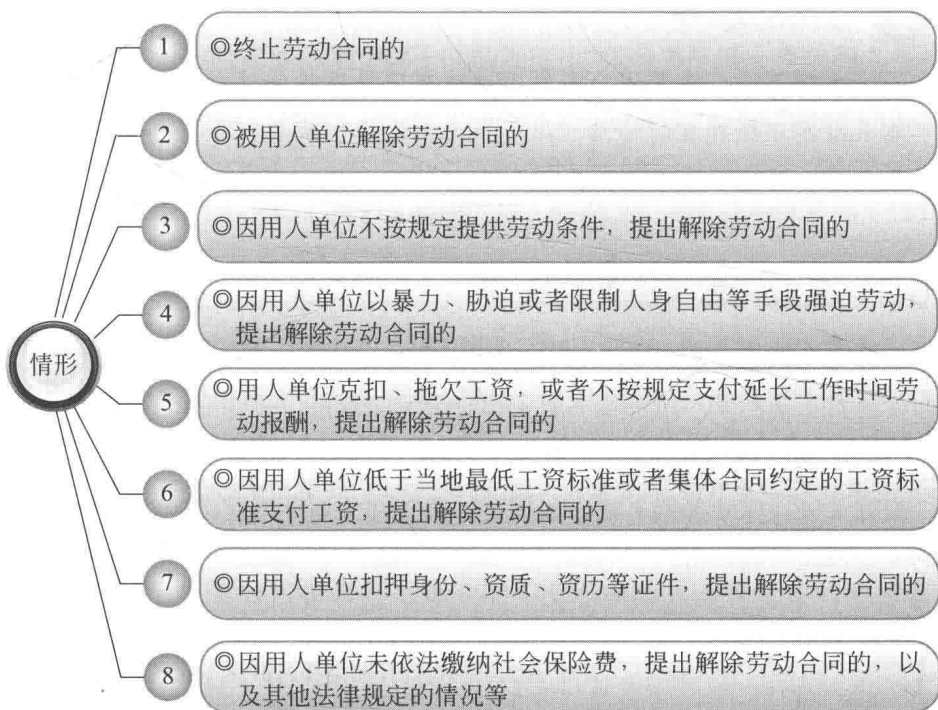


图6-10 非本人意愿中断就业的情形



案例回放

李某在2003年12月30日就到某物流贸易有限责任公司上班,并每年都续签了书面劳动合同。双方签订最近期限为2012年1月1日至2014年1月1日。

2013年2月24日,李某向该公司提交离职报告,称由于个人原因申请离职,该公司于同年2月28日同意其离职。后来,李某听说老家有一个朋友因为被公司辞退,在家待业找不到工作,但是享受到了失



业保险待遇，于是他也想申请失业保险待遇。

离职满一个月后，李某要求公司为其办理失业保险的相关手续，该公司能够为其办理吗？



依法说案 ▶▶▶

本案例中，李某因个人原因申请离职并解除劳动合同，不属于非本人意愿中断就业的情形，属于员工主动提出离职，不符合失业金领取条件，因此不能申领失业金。

6.6.3 失业保险待遇如何确定

失业保险待遇是指参加失业保险的员工因失业而暂时中断生活来源时，由失业保险基金提供的、以现金为基本形式的各种帮助。

（1）失业保险待遇项目

根据《失业保险条例》第十条规定，员工在失业期限可以申领如图6-11所示的失业保险待遇项目。

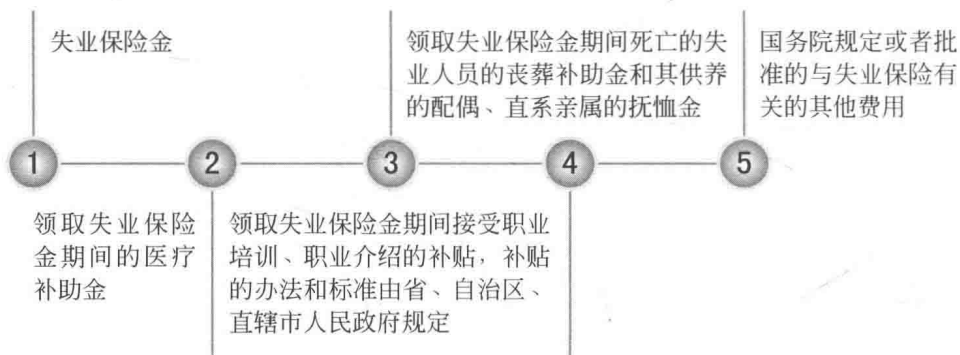


图6-11 失业保险待遇项目

（2）申领失业保险金的期限

《失业保险条例》第十七条规定：“失业人员失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间满1年不足5年的，领取失业保险金的期限最长为12个月；累计缴费时间满5年不足10年的，领取失业保险金的期限最长为18个月；累计缴

费时间10年以上的,领取失业保险金的期限最长为24个月。重新就业后,再次失业的,缴费时间重新计算,领取失业保险金的期限可以与前次失业应领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算,但是最长不得超过24个月。”

尽管《失业保险条例》规定了各累计缴费年限时间段下可申领的失业保险金的期限,但是各地区在各累计缴费具体年限下申领失业保险金的期限不尽相同。

《上海市失业保险实施细则》第十二条规定:“缴费年限满一年不满二年的,领取失业保险金期限为两个月;以后缴费年限每增加一年,期限增加两个月,依此类推,但一次核定领取的期限最长不超过24个月。”

《北京市失业保险规定》第十七条规定:“失业人员领取失业保险金的期限,根据失业人员失业前累计缴费时间确定:

- (一) 累计缴费时间1年以上不满2年的,可以领取3个月失业保险金;
- (二) 累计缴费时间2年以上不满3年的,可以领取6个月失业保险金;
- (三) 累计缴费时间3年以上不满4年的,可以领取9个月失业保险金;
- (四) 累计缴费时间4年以上不满5年的,可以领取12个月失业保险金;
- (五) 累计缴费时间5年以上的,按每满一年增发一个月失业保险金的办法计算,确定增发的月数。领取失业保险金的期限最长不得超过24个月。

失业保险费缴费时间按用人单位和职工个人缴纳失业保险费的时间累计计算。”



案例回放

王某2008年5月入职北京某公司,2014年5月因严重违反公司制度,给公司造成很大的经济损失,被单位解除劳动合同,单位已开具有关的证明。王某在解除劳动合同一个月后,到社会保险经办机构办理了失业登记,并申领失业保险金。本案中,王某能不能领取失业保险金?他可以领取几个月的失业保险金呢?

根据《北京市失业保险规定》可知,王某属于非意愿离职,符合工伤保险金申领的条件,可以领取13个月的失业保险金。



6.7

住房公积金缴纳提取

6.7.1 住房公积金缴纳基数及比例

住房公积金,即用人单位及其在职职工缴存的长期住房储金。公积金应该由用人单位和员工个人共同缴付,实行专户存储,归员工个人所有。

(1) 住房公积金缴纳基数

《住房公积金管理条例》第十六条规定:“职工住房公积金的月缴存额为职工本人上一年度月平均工资乘以职工住房公积金缴存比例。单位为职工缴存的住房公积金的月缴存额为职工本人上一年度月平均工资乘以单位住房公积金缴存比例。”由此可知员工和用人单位住房公积金的缴纳基数都为员工的上一年度月平均工资。

《住房公积金管理条例》第十七条规定:“新参加工作的职工从参加工作的第二个月开始缴存住房公积金,月缴存额为职工本人当月工资乘以职工住房公积金缴存比例。”

单位新调入的职工从调入单位发放工资之日起缴存住房公积金,月缴存额为职工本人当月工资乘以职工住房公积金缴存比例。”由此可知,新参加工作和新调入的员工以员工本人当月工资总额为缴费基数。

(2) 住房公积金缴纳比例

《住房公积金管理条例》第十八条规定:“职工和单位住房公积金的缴存比例均不得低于职工上一年度月平均工资的5%;有条件的城市,可以适当提高缴存比例。具体缴存比例由住房公积金管理委员会拟订,经本级人民政府审核后,报省、自治区、直辖市人民政府批准。”

由于各地住房公积金缴纳比例都不尽相同,本书根据各地住房公积金管理中心公布的政策,统计整理了8个城市的住房公积金缴存比例,其中,北京单位和职工的缴存比例均为12%,而广州单位和职工的缴存比例在5%~20%之间自行选择。各地住房公积金的具体缴纳比例如表6-12所示。

表6-12 各城市住房公积金缴存比例一览表

城市	个人缴存比例	单位缴存比例	具体规定
北京	12%	12%	《关于2015年住房公积金年度住房公积金缴存有关问题的通知》(京房公积金管委会〔2015〕3号)规定:2015住房公积金年度(2015年7月1日至2016年6月30日)住房公积金缴存比例为12%。单位申请降低住房公积金缴存比例的下限原则上不低于8%
天津	11%	11%	《关于调整2015年住房公积金缴存额的通知》(津公积金委〔2015〕6号)规定:全市单位和职工住房公积金统一缴存比例保持不变,仍为各11%。缴存比例最高为单位和职工各15%,单位和职工最低不得低于各5%
上海	7%	7%	《关于2015年度上海市调整住房公积金缴存基数和月缴存额上下限的通知》(沪公积金管委会〔2015〕5号)规定:住房公积金缴存比例仍为各7%;补充住房公积金缴存比例仍为各1%至8%,具体比例由各单位根据实际情况确定
广州	5%~20%	5%~20%	《关于做好2015年度住房公积金缴存调整工作的通知》(穗公积金中心〔2015〕37号)规定:单位及个人的住房公积金缴存比例各为5%~20%,具体缴存比例由单位和个人自行选择
深圳	5%~20%	5%~20%	《深圳市住房公积金管理暂行办法》第十八条规定:单位为职工缴纳和职工个人缴纳的住房公积金的缴存比例均不得低于缴存基数的5%,均不得高于缴存基数的20%
乌鲁木齐	5%~12%	5%~12%	《关于2015年度乌鲁木齐调整住房公积金缴存基数的通知》规定:2015年度职工和单位住房公积金缴存比例,分别不低于5%,不超过12%
重庆	12%	12%	《重庆市人民政府关于调整机关事业单位住房公积金缴存比例的通知》(渝府发〔2011〕112号)规定:将我市机关事业单位住房公积金缴存比例由7%统一调整到12%,其他单位参照执行
杭州	12%	12%	《关于开展2015年住房公积金年度调整工作的通知》(杭公积金〔2015〕25号)规定:住房公积金缴存比例仍为12%,即单位和个人各12%
备注	2015年11月,住房城乡建设部起草《住房公积金管理条例(修订送审稿)》,报请国务院审议。《条例》拟规定,员工和用人单位住房公积金的缴存比例均不得低于5%,不得高于12%		



6.7.2 进城务工人员能提取住房公积金吗

进城务工人员，指从村镇进城市打工的人员。关于进城务工人员是否可以提取住房公积金，下面以一个案例进行说明。



案例回放 ▶▶

李某是河北人，一直在北京工作，单位给她缴纳了住房公积金。李某的丈夫也在北京工作，两人工作六七年后，自己攒了一些钱，家里父母也给了些，勉强够支付首付了，他们就想回老家买套住房。听说缴纳的住房公积金可以提取，李某就想把住房公积金提取出来。那么，李某可以提取住房公积金吗？



依法说案 ▶▶

《北京住房公积金提取管理办法》第四条第九项规定：“进城务工人员，与单位解除劳动关系的，可以提取住房公积金账户内的存储余额。”

《北京住房公积金提取管理办法》第二十四条规定：“进城务工人员与单位解除劳动关系提取的，应提供户口证明和解除劳动关系的证明。”

从上述规定可知，进城务工人员与单位解除劳动关系的，可以提取住房公积金。如李某要提取住房公积金，就需要提供户口证明和解除劳动关系的证明。

根据《住房公积金管理条例》第二十四条规定，有如图6-12所示的情形之一，可以提取职工住房公积金账户内的存储余额。

北京市在《北京住房公积金提取管理办法》第四条中，对住房公积金的提取增加了几种情形，增加的情形中包括进城务工人员提取住房公积金的规定，具体情形如下所示。

- ① 生活困难，正在领取城镇最低生活保障金的。
- ② 遇到突发事件，造成家庭生活严重困难的。



图6-12 提取住房公积金的情形

③ 进城务工人员，与单位解除劳动关系的。

④ 在职期间判处死刑、判处无期徒刑或有期徒刑刑期期满时达到国家法定退休年龄的。

⑤ 北京住房公积金管理委员会规定的其他情形。

青岛市住房公积金管理中心在《关于进城务工人员缴存提取住房公积金有关事项的通知》（青住金发〔2015〕5号）中规定，进城务工人员按照《青岛市住房公积金提取管理办法》（青住金发〔2014〕3号）的有关规定提取住房公积金。《青岛市住房公积金提取管理办法》第七条第九项规定：“农村进城务工人员与单位解除劳动关系的，可以提取本人住房公积金账户内的存储余额。”同时该办法第十一条规定：“进城务工人员提取住房公积金，应提供提取人的身份证复印件、青岛市住房公积金提取凭证、与单位解除劳动关系证明原件、户口簿原件及复印件。”

由于各地规定的可以提取住房公积金的情形都不尽相同，各用人单位在办理住房公积金提取手续时需要根据本地区住房公积金的相关规定并结合员工的具体情况进行办理。



6.7.3 异地买房能申请住房公积金贷款吗

《住房公积金管理条例》第二十六条规定：“缴存住房公积金的职工，在购买、建造、翻建、大修自住住房时，可以向住房公积金管理中心申请住房公积金贷款。”根据该规定，缴存住房公积金的员工可以在满足一定条件下，申请住房公积金贷款。相对于商业住房贷款，住房公积金贷款具有利率较低，还款方式灵活，首付比例低等优点，因此很多员工买房希望能申请公积金贷款。在现实中员工公积金缴纳地和房产所在地有时并不统一，那么基于此就产生一个问题，异地买房的能申请住房公积金贷款吗？

根据《关于住房公积金异地个人住房贷款有关操作问题的通知》（建金〔2015〕135号）的内容，可知异地买房能用住房公积金贷款，具体的贷款操作流程在第二条予以规定，规定如下所示：“二、办理流程

（一）贷款城市公积金中心接受职工的异地贷款业务咨询，并一次性告知贷款所需审核材料。

（二）职工本人或其委托人向缴存城市公积金中心提出申请，缴存城市公积金中心根据职工申请，核实职工缴存贷款情况，对未使用过住房公积金个人住房贷款或首次住房公积金个人住房贷款已经结清的缴存职工，出具《异地贷款职工住房公积金缴存使用证明》。

（三）贷款城市公积金中心受理职工异地贷款申请后，向缴存城市公积金中心核实《异地贷款职工住房公积金缴存使用证明》信息真实性和完整性。核实无误的，应按规定时限履行贷款审核审批手续，并将结果反馈缴存城市公积金中心。缴存城市公积金中心对职工异地贷款情况进行标识，并建立职工异地贷款情况明细台账。

（四）缴存职工在异地贷款还贷期间，如住房公积金个人账户转移，原缴存城市公积金中心应及时告知贷款城市公积金中心和转入城市公积金中心。转入城市公积金中心应在接收职工住房公积金账户后，及时对异地贷款情况重新标识和记录。

（五）异地贷款出现逾期时，缴存城市公积金中心应配合贷款城市公积金中心开展贷款催收等工作，根据贷款合同可扣划贷款职工公积金账户余额用于归还贷款。”



案例回放 ▶▶▶

赵某在河北省保定市（户籍地）工作，但由于他所在的公司总部在北京，按照规定，他的住房公积金在北京缴存，这给赵某使用住房公积金贷款在保定买房带来了麻烦。

2015年12月中旬，赵某打听到住房公积金可以异地贷款买房的消息，他很高兴，据他计算，如果使用公积金贷款买房，可以比商业贷款少花10万元，这相当于他一年半的工资。

那么，赵某可以使用住房公积金贷款买房吗？



依法说案 ▶▶▶

根据《关于住房公积金异地个人住房贷款有关操作问题的通知》及北京市政策，赵某未使用过住房公积金个人住房贷款或在首次住房公积金个人住房贷款已经结清的情况下，只要办理相关的手续就可以申请住房公积金贷款买房。赵某只需先办理无房证明，然后再拿着保定市住房公积金管理中心下发的《异地贷款职工住房公积金缴存使用证明》到北京住房公积金管理中心填写信息并加盖公章，然后交回到保定市住房公积金管理中心审批后即可贷款。

6.7.4 住房公积金存额能够继承吗

《住房公积金管理条例》第三条规定：“职工个人缴存的住房公积金和职工所在单位为职工缴存的住房公积金，属于职工个人所有。”同时该条例第二十四条规定：“职工死亡或者被宣告死亡的，职工的继承人、受遗赠人可以提取职工住房公积金账户内的存储余额；无继承人也无受遗赠人的，职工住房公积金账户内的存储余额纳入住房公积金的增值收益。”由此可见，住房公积金存额能够继承。



案例回放 ▶▶

冯某是北京市某机械制造厂的员工，其住房公积金账户中的余额6000元。2004年5月12日突发脑溢血死亡，其妻子向厂方咨询冯某住房公积金账户中的余额是否可以继承。



依法说案 ▶▶

《住房公积金管理条例》规定，住房公积金属职工个人所有且可以继承。《北京住房公积金提取管理办法》第十二条规定：“职工死亡或者被宣告死亡的，职工的继承人、受遗赠人可以提取该职工住房公积金账户内的全部存储余额，同时注销其个人住房公积金账户。无继承人也无受遗赠人的，该职工住房公积金账户内的存储余额纳入住房公积金的增值收益。”因此冯某住房公积金及账户中余额6000元，可由其继承人继承。

除北京市很多地方都对住房公积金的继承予以规定，如《天津市住房公积金提取管理办法》第二十三条规定：“职工死亡或被宣告死亡的，其继承人或受遗赠人提供职工死亡证明及复印件、公证部门对该继承权或受遗赠权出具的公证书及复印件。对该继承权或受遗赠权发生争议的，提供人民法院作出的判决书、裁定书或调解书。”



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 7 章 劳动合同解除终止管理 中的法律问题



7.1

试用期解除劳动合同

7.1.1 试用期员工随意离职

在实际人力资源管理工作中,试用期间员工的离职比例非常高,其中大部分为员工主动离职。员工在试用期内,随时撂挑子不干的行为,极易给用人单位的正常工作安排、日常管理等带来不利的影响。那么对于试用期员工随意离职的现象,法律是如何规定的呢?

(1) 试用期员工离职通知

很多员工都认为在试用期即表明还未正式开始工作,如果想要离职只需要跟用人单位打个招呼即可,其实不然。《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定:“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位,可以解除劳动合同。”也就是说员工拟在试用期与用人单位解除劳动合同,需要提前3天呈交书面辞职通知书才可以依法辞职,不算违约,同时也可以依法拿到属于自己的一切应得的报酬。为减少试用期员工随意离职,用人单位在做入职培训时应就离职的程序进行详细说明,同时要求试用期员工的各级主管及时了解员工动态,辅助其做好离职手续办理工作。

(2) 试用期员工离职赔偿

试用期员工随意离职,即不提前书面通知用人单位而直接离职,用人单位若因此有损失的,可以向试用期员工索赔。索赔依据的具体法律法规规定如下所示。

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第四条规定:“劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同,对用人单位造成损失的,劳动者应赔偿用人单位下列损失:

- (一) 用人单位招收录用其所支付的费用;
- (二) 用人单位为其支付的培训费用,双方另有约定的按约定办理;
- (三) 对生产、经营和工作造成的直接经济损失;

（四）劳动合同约定的其他赔偿费用。”

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

依据上述法律法规规定，具体试用期员工离职赔偿的金额，用人单位可根据试用期员工离职给其造成的具体损失情况来确定。下面列举一个试用期员工离职的案例，供参考。



案例回放

2015年1月，D公司招聘一名技术经理，王某应聘成功，并与该公司签订了为期5年的劳动合同，约定试用期为6个月。

合同中约定：“试用期6个月，若乙方（劳动者）被甲方（用人单位）送外学习培训必须安心在甲方工作，擅自违约应赔偿培训费，并不得出卖、转让甲方技术资料。”在试用期的第二个月，D公司因生产需要花钱安排王某参加某培训机构的专业技术培训。合同履行5个月后，王某受某市同行厂家高薪诱惑，不辞而别，还带走了很多技术资料。D公司与王某取得联系后要求王某回公司上班，否则应赔偿培训费及给公司造成的经济损失，并退还技术资料。王某却声称，自己在试用期内有权解除劳动合同，学习培训获得的技术资料是自己劳动所得，不应退回。D公司经多方努力无效，遂申请劳动争议仲裁委员会仲裁。

根据《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》等法律规定，劳动争议仲裁委员会做出裁决：王某赔偿D公司培训费及经济损失共计5万元，把技术资料退还给D公司，双方解除合同。



依法说案

由于王某未提前3天通知用人单位就随意离职，属于典型的违反



规定或劳动合同的约定解除劳动合同的行为,此行为给用人单位造成损失的,用人单位可以向劳动者索赔。

《中华人民共和国劳动法》第十九条规定:当事人可以协商约定其他内容。这就是说,双方在劳动合同中约定的内容,如果未与法律法规相抵触,就应作为双方行为的规范。王某与D公司在合同中就学习和不得出卖转让技术资料作了约定,是有效条款,王某擅自违反,应承担赔偿责任。同时,技术资料不是王某的发明创造,是通过D公司出资在培训中获得,王某声称是自己劳动所得是错误的。因此本案裁决王某赔偿D公司培训费及经济损失,把技术资料退还给D公司,双方解除合同。

从上述案例可知,试用期不是员工的“保护伞”,用人单位可以对试用期员工的离职程序进行合法约束,要求其不得随意离职,需依法解除劳动合同,否则有权要求其赔偿损失。

7.1.2 随意辞退试用期员工

许多用人单位都认为在试用期内可以随时、随意解除与员工的劳动关系,实际上这是一个认识上的误区。用人单位滥用关于试用期的单方解除权,常常会出现很多问题,因此,用人单位必须掌握以下知识,合法与试用期员工解除劳动合同,最大限度地降低用工风险。

(1) 与试用期员工解除劳动合同的条件

《中华人民共和国劳动合同法》第二十一条规定:“在试用期中,除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。”结合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定,用人单位与试用期员工解除劳动合同时经常用的条件是“劳动者在试用期间被证明不符合录用条件”。

因此,合法与试用期员工解除劳动合同的重点是如何证明其不符合录用条件。具体来说,用人单位证明劳动者在试用期间不符合录用条件的要求如图7-1所示。

要有明确的录用条件

- ① 这个“录用条件”必须是用人单位已经告知给员工的，不能“暗箱操作”“内部控制”，否则，员工可以以不了解该规定为由而否定用人单位的解除理由
- ② 如果用人单位未特别告知劳动者录用条件，则可以将招聘广告的内容作为录用条件

要确认是否符合录用条件

- ① 要向员工明示考核依据和考核办法，并对员工在试用期的工作进行考核，以此确认是否符合用人单位的录用条件，而不是任意决定员工试用期是否符合录用条件
- ② 要满足这一要求，用人单位必须规范自身的用工行为，健全自身的规章制度，否则，将面临很大的用工风险

要有严格的时间限制

- ① 以“不符合录用条件”解除劳动合同必须在试用期内进行
- ② 过了试用期，即使员工在试用期间的工作考核不合格，用人单位也不能以此为与员工解除劳动合同，而只能以“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作”等解除劳动合同，一般情况下还要提前30日通知并支付经济补偿金

图 7-1 与试用期员工解除劳动合同的要求

（2）辞退试用期员工经济补偿的判定

《中华人民共和国劳动合同法》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。”

由上述法律规定可见，用人单位如果违法解除试用期员工，将面临支付经济补偿的风险。因此，用人单位应做好录用条件的确认工作，从而运用“劳动者在试用期间被证明不符合录用条件”合法、低成本低地解除劳动合同。

下面以一个案例来对用人单位随意解除劳动合同的法律风险进行说明。



案例回放 ▶▶▶

公司随意解除试用期员工劳动合同

吴某于2014年2月24日起进入上海某机械有限公司工作,同日双方签订了期限自2014年2月24日起至2016年2月23日止的劳动合同,其中约定试用期自2014年2月24日起至4月23日止,月基本工资为人民币1280元,其他补贴另行计算。2014年5月16日,该公司书面通知吴某,自16日起与其解除劳动合同,解除理由为吴某自入职后未达到所在岗位要求,不符合录用条件。吴某要该公司提供不符合录用条件的证据,该公司因没有具体证据而一再推脱。

本案例中,上海某机械有限公司与吴某解除劳动合同的做法是否合法?说明理由。



依法说案 ▶▶▶

本案中,上海某机械有限公司与吴某解除劳动合同的做法是不合法的,其主要存在两大问题,具体如下所示。

1. 没有不符合录用条件的证据

本案中,上海某机械有限公司没有专门制定录用条件,招聘广告中公布的招聘条件也比较简单笼统,且后续也没有实行对应的考核,所以在试用期与劳动者解除合同的过程中,难以提交劳动者不符合录用条件的证据,不能以“试用期不符合录用条件”为由解除劳动合同。

2. 解除劳动合同时间有误

即使该公司有足够的证据证明吴某在试用期不符合录用条件,该公司在试用期过后以“在试用期不符合录用条件”为由解除劳动合同也是不合法的。

鉴于该公司的不合法做法,如果吴某申请仲裁,那么该公司需依照经济补偿标准的两倍向吴某支付赔偿金。

7.2

员工解除劳动合同

7.2.1 员工离职一定要待满30天吗

法律条款

《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定：“劳动者提前30日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同”

根据上述规定，员工提前30天提出书面离职申请，经审批通过后，由用人单位按照规定流程办理离职手续后即可离职。那么员工提前30天提出离职申请后，一定要在用人单位待满30天吗？针对这个问题用人单位可根据其实际情况灵活处理。

（1）单位同意离职，员工要求做满30天



案例回放

某公司近期有一位员工提出离职，公司在接到他的离职申请后，与部门领导沟通了一下，觉得他没有特别重要的工作需要交接，只需简单的办理一个离职手续就可以走了，所以人力资源部门就与其协商，问他是否愿意当天办理离职手续后，办理后就不用来上班了。但该员工声称他是根据劳动合同法规定提前30天提出离职的，所以一定要待满30天才离开。

我们很清楚他想混这30天的工资，请问面对这种员工，用人单位应该如何处理？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定，这个30天是个缓冲期，方便用人单位招聘补充人员，以及办理员工工作交接及后续手续。30天是



一个时间规定点，并不意味着员工一定要待满30天才可离职。

但是面对坚持要待满30天的员工，用人单位也不得强行要求其提前离开。这是因为《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”一般来说，面对此类员工，如果用人单位经过充分考虑认为其留在公司弊大于利，那么用人单位可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条规定与其协商解除劳动合同，也可根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定，主动出击，摆出证据，在额外支付其一个月工资的基础上，与其解除劳动合同。

（2）单位同意离职，员工不愿做满30天

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定，员工提前30天向用人单位提交书面离职通知，告知单位自己要辞职，已经是法律对员工离职的最低要求。

关于员工提前通知用人单位的时间，《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第十八条也有所规定，具体规定为：“职工解除劳动合同，应当严格按照《中华人民共和国劳动法》的规定，提前三十日以书面形式向用人单位提出。职工自动离职属于违法解除劳动合同，应当按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》承担赔偿责任。”

根据上述规定，员工提出离职后也应继续工作满30天才能离开用人单位，停止工作。但是在实际工作中，会有不少员工希望提出离职后可立马办理离职手续，不愿再工作30天。对于同意员工离职，但员工不愿坐满30天的情形，用人单位可按如图7-2所示的办法处理。

用人单位应注意，员工在书面提出离职申请并工作满30天后，用人单位必须按离职流程审批同意、进行工作交接、开具离职证明，在办理好离职手续后结清员工薪酬，此过程不得故意拖拉，否则有可能存在侵权风险，因为依据《中华人民共和国劳动合同法》的规定，用人单位没有权利要求员工离职通知期超过30天。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定：“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

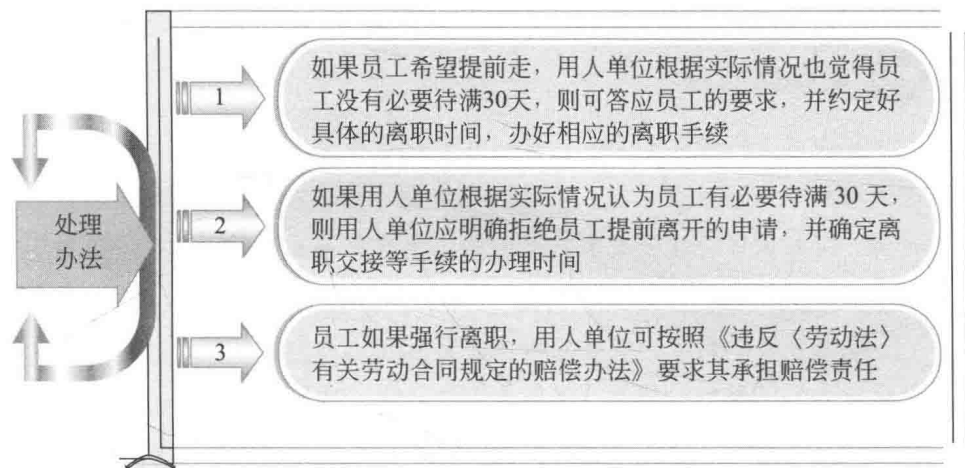


图 7-2 员工不愿做满 30 天的处理办法

- (一) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- (二) 未及时足额支付劳动报酬的；
- (三) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- (四) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- (五) 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。”

根据上述规定，用人单位有该法律规定的情形之一时，员工不用待满 30 天即可即时与用人单位解除劳动合同，此时用人单位不应强行干预，要求其必须待满 30 天。

7.2.2 提前30天通知期可用休假抵吗

员工提出与用人单位结束劳动关系时，双方易在很多问题上发生摩擦、引发争议，特别是员工要求提前 30 天通知期用休假抵扣这一问题。出现这种情况，用人单位该如何处理呢？首先我们看一个员工要求提前 30 天通知期用休假抵的案例。



案例回放 ▶▶▶

2014年3月李某向所在公司提出了辞职申请,半月后适逢李某还有两周的年休假没有休完,因此李某向公司提出用年休假抵后面两周时间,同时承诺会在此之前将手头的工作移交清楚。然而,李某的请求却被其公司拒绝。

根据劳动法规定,李某辞职只需提前30天通知公司即可,李某的此项义务已经履行;然而,李某作为劳动者,还有休假的权利,公司也无权予以剥夺。那么,李某要求用休假抵提前30天通知期的要求合理吗?



依法说案 ▶▶▶

上述案例中,李某用年休假抵扣提前30天通知期是没有法律依据的,公司可以拒绝。

根据法律规定,员工既有解除合同前的通知义务,同时也有享受年休假的权利,但两者之间并不存在直接的联系。员工在履行了提前通知的义务后,并不表示其在最后的30天内能够随意安排自身的工作计划,作为员工,依然需要接受用人单位的行政管理和工作调度。如果说在一般的聘用期间,用人单位可以依据具体的工作情况核准员工的休假申请,那么在最后的30天聘用期内,用人单位的这一权利也依然存在并没有被剥夺。对于由于特殊需求而未享受休假的员工,用人单位可以和员工约定采取其他方式予以补偿。因此本案例中,公司不被批准李某用休假抵提前30天通知期的要求是合法的,对于其剩下的年休假,该公司可采取其他方式予以补偿。

根据《职工带薪年休假条例》第五条的规定,年休假的支付标准为日工资收入的300%,即除了正常工资中已支付的100%,用人单位还需再另行支付200%,因此在确定是否同意员工用休假抵提前30天通知期时,应多方考虑,做出对本单位较有利的决定。

由上述分析可知,是否同意员工用休假抵提前30天通知期的主动权在用人单位手中。为了避免年休假纠纷,用人单位也可以通过放假等方式安排即将离职的员工休满当年度应休年假。

7.2.3 扣发工资迫使员工离职有风险

鉴于劳动力市场供大于求的趋势不变,用人单位往往利用其强势地位刁难员工或安排不合理的工作等手段来迫使员工主动提出解除劳动合同,以逃避支付员工经济补偿的责任。此种情况被称为迫使员工离职,员工在此情况下提出解除劳动合同的行为,即为被迫离职。

用人单位以扣发工资等迫使员工主动提出解除劳动合同的行为需承担违约责任,下面以一个案例来进行说明。



案例回放 ▶▶▶

2014年5月,某公司聘用王某为行政部主管,月工资6000元,双方签订了为期三年的劳动合同,其中,试用期3个月。

从2015年8月起公司因经营不善,每月经发放王某工资2000元。2015年10月初,王某以公司长期拖欠工资为由要求公司主动解除劳动合同,并要求支付赔偿金,双方为此产生争议。而且,从这一天起,公司停发了王某工资、奖金和社会保险等一切待遇。王某在一怒之下,愤然辞职,并提起了劳动仲裁,要求公司补发工资,并要求经济补偿,但是公司以王某主动辞职为由拒绝支付。



依法说案 ▶▶▶

本案例中,王某提出辞职是用人单位的种种行为引起,不得已而提出,属于被迫离职。根据《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》中第十五条规定,用人单位需承担违约责任。因此上述案例中的公司应按照劳动合同的约定补发王某的工资,并且向王某支付经济补偿。



（1）被迫离职情况的界定

员工自愿辞职还是被迫辞职，其法律后果却迥然不同：如果是前者，则用人单位可以不支付经济补偿；如果是后者，显然是用人单位过错在先，则应向员工支付经济补偿。

根据《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》中第十五条规定，员工被迫辞职的情况如图7-3所示。

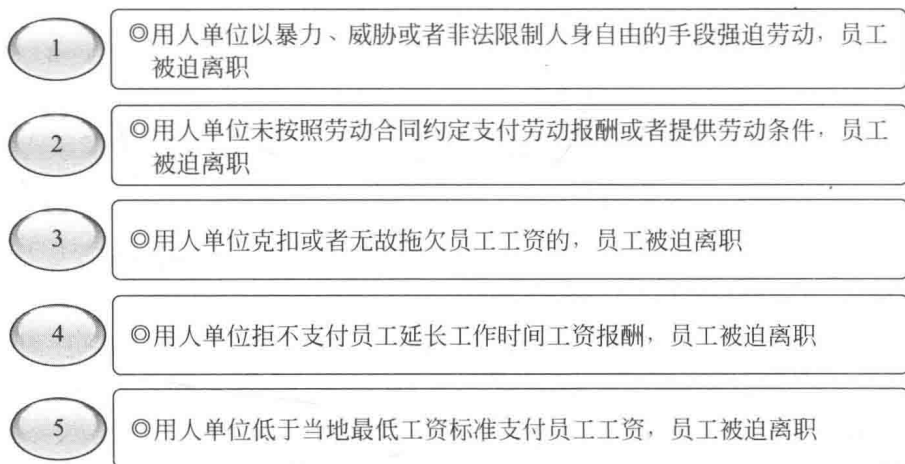


图7-3 员工被迫离职的情况

（2）被迫离职的法律风险

根据《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十五条规定可知，用人单位未经协商，擅自变更劳动合同主要内容，强迫劳动，停发、拖欠、克扣工资，停缴社会保险以及未按约定提供劳动条件等原因，致使劳动合同无法履行，迫使员工提出解除劳动关系意向的，用人单位应该承担违约责任，应补发拖欠员工工资，给付经济补偿金并可支付赔偿金。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定：“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。”

根据上述法律规定，也可确定用人单位“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”，应支付劳动报酬、经济补偿；逾期不支付的，应加付赔偿金。

7.2.4 不给员工办理离职手续存风险

在实际工作中，用人单位不给员工办理离职手续的有很多种情况，但不管哪种情况，此做法都是错误的。常见的用人单位不给员工办理离职手续的情况有如图7-4所示的四种。

第一种	◎用人单位不想让员工离职，试图用不办理离职手续来留住人才
第二种	◎用人单位采取不合理的手段，故意刁难员工，不为其办理离职手续
第三种	◎员工离职未履行相应的工作交接义务，用人单位不为其办理离职手续
第四种	◎员工违约离职不支付违约金，用人单位不为其办理离职手续

图7-4 不给员工办理离职手续情况

《中华人民共和国劳动合同法》第五十条的规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。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向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。”

同时该法第八十九条规定：“用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

上述的四种情况，无论出现哪种情况，用人单位必须都在规定时间内办理员工的离职手续，如未按规定给员工办理离职手续给员工造成损害的，还应当承担赔偿责任。



但如果员工在离职时拖延与用人单位的工作交接,给用人单位造成损失的,用人单位可向仲裁委员会提起申诉或向法院起诉要求员工承担损失。同时若员工未及时完成交接工作,用人单位可以暂时不支付其经济补偿金,在其完成工作交接时支付。

下面我们通过具体案例来了解一下。



案例回放▶▶▶

员工不办理工作交接

2015年7月1日,某有限公司与黄某签订了为期一年的劳动合同,约定黄某任仓储主管,月薪5000元;并且该公司与黄某约定为其配备一部价值约3000元的工作手机,黄某于离职时须依公司规定办理工作交接并将手机交还公司。

2016年7月1日,公司无意与黄某续约,故书面通知黄某合同期满不再续约。黄某由此心生不满,在不交还公司当初为其配备的工作手机、也不办理工作交接的情况下,要求公司开具离职证明,并要求公司支付一个月的经济补偿金。该公司以黄某拒不返还工作手机、拒不办理工作移交为由,不给黄某开具离职证明,也不支付经济补偿金。

那么,黄某和其用人单位的做法是否正确?



案例分析▶▶▶

黄某做法分析:员工离职办理工作移交,是员工的法定义务,黄某离职时应当依法办理工作移交,并将工作手机交还公司,现黄某未依约办理工作移交、未将工作手机交还公司,违反《中华人民共和国劳动合同法》第五十条有关规定,其行为属于违法行为。

公司做法分析:根据《中华人民共和国劳动合同法》第五十条规定,如果员工拒不依法进行工作交接,公司就有权以此为由拒不支付任何经济补偿金,但是并未说员工不办理工作交接公司可以不出具离职证明,因此该公司不按时为黄某办理离职手续的做法是不合法的。同时请注意:公司拒绝支付经济补偿金只是暂时的,如果员工事后及



时补办了工作移交,则公司仍应当在员工办妥工作移交之后,及时支付其应得的经济补偿金。

7.3

用人单位解除劳动合同



7.3.1 用人单位如何合法解除合同

除了用人单位与员工协商解除劳动合同外,按照《中华人民共和国劳动合同法》的规定,用人单位依法单方解除劳动合同主要包括过失性解除劳动合同和非过失性解除劳动合同。

(1) 过失性解除劳动合同

过失性解除劳动合同,是指用人单位在员工存在一定过失的情况下,可随时通知员工解除劳动合同的行为。由于过失性解除不用提前一个月通知,且用人单位不支付员工经济补偿金,对员工的影响极大,因此,法律对过失性解除的规定也十分严格。

① 过失性解除劳动合同的条件

《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定:“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) 严重违反用人单位的规章制度的;
- (三) 严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;
- (四) 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;
- (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;
- (六) 被依法追究刑事责任的。”

② 过失性解除劳动合同的程序

用人单位解除劳动合同时,不仅要符合法定的条件,而且还要履行相应的程序,否则程序不合法,也会导致败诉,增加辞退员工的成本。下面法律规定



都对用人单位解除劳动合同的程序进行了规定。

《中华人民共和国劳动法》第三十条规定：“用人单位解除劳动合同，工会认为不适当的，有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同，工会有权要求重新处理；劳动者申请仲裁或者提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。”

《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条规定：“用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。”

（2）非过失性解除劳动合同

非过失性解除劳动合同，是指员工本身没有主观过失，但是由于员工自身的客观原因或外部环境发生变化，用人单位在履行法定程序、付出相应的成本后，可以单方面解除劳动合同的情况。用人单位在员工非过失的情况下解除劳动合同，必须符合法律规定的条件，否则就是违法解除劳动合同。非过失性解除劳动合同的法律规定如下所示。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条条规定：“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。”

从上述法律条款可知，非过失性解除劳动合同也有相应的条件，并且受到法律的限制，下面对非过失性解除劳动合同的三个情况进行详细说明。

① 第一个情况：员工劳动能力欠缺。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款的情况可概括为因劳动能力欠缺而解除劳动合同。用人单位利用劳动能力欠缺解除劳动合同，需要同时具备以下两个条件：

条件1：医疗期届满。这里所说的医疗期，不是员工病伤治愈实际需要的医疗期，而是员工根据其工龄等条件，依法可以享受的停工医疗并发给病假工



资的期间。

医疗期的起算从病休日开始算，并根据在相应周期之内的累计病休时间是否达到规定的病休天数来判定医疗期是否届满。

条件2：医疗期满后，员工不能从事原来的工作的，用人单位仍不能解除其劳动合同，只有给员工另行安排工作后，员工仍不能胜任时，才可以与其解除劳动合同。

② 第二个情况：员工工作能力欠缺。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第二款的情况可概括为因员工工作能力欠缺解除劳动合同，这也是用人单位最常用的解除劳动合同的理由。用人单位按这一规定解除劳动合同需同时具备如表7-1所示的三个条件。

表 7-1 运用员工工作能力欠缺解除劳动合同的条件

条件		具体解释说明
条件1	不能胜任工作	◎ 不能胜任工作，是指有证据表明，员工因工作能力欠缺，不能按要求完成劳动合同中约定的工作任务或者同工种同岗位人员的工作量 ◎ 用人单位在与员工签订劳动合同时，要明确员工的工作内容，特定行业的，还需要明确工作量；签订劳动合同时没有明确工作量的，只能参照同工种、同岗位人员的工作量来确定，一般来讲，应参照平均的同工种、同岗位人员的工作量，不能参照最高标准
条件2	经培训或调岗	◎ 员工因工作能力欠缺被证明不能胜任原工作的，用人单位也不能立即与其解除劳动合同，而是要对其进行培训或调岗 ◎ 法律规定了工作能力欠缺解除劳动合同员工需经过培训或调岗两个方面的程序，而这两个方面程序选择其一即可，而且选择权在用人单位一方 ◎ 为防止解除劳动合同时举证不足的风险，用人单位需在调岗或培训时保留相应的证据材料，如调岗的书面协议、培训的记录等，此材料应有员工的签字
条件3	仍不能胜任工作	◎ 经过培训或调岗后的员工，仍不能胜任工作的，用人单位才可以与其解除劳动合同。简言之，用人单位需要第二次证明员工不能胜任工作，才可以与其解除劳动合同

③ 第三个情况：情势变更。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三款的情况可概括为因情势变更



解除劳动合同，属于合同法上的“情势变更原则”在劳动法领域的应用。用人单位适用这一规定解除劳动合同需要同时具备以下两个条件：

条件1：客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行。此条件具体说明如图7-5所示。

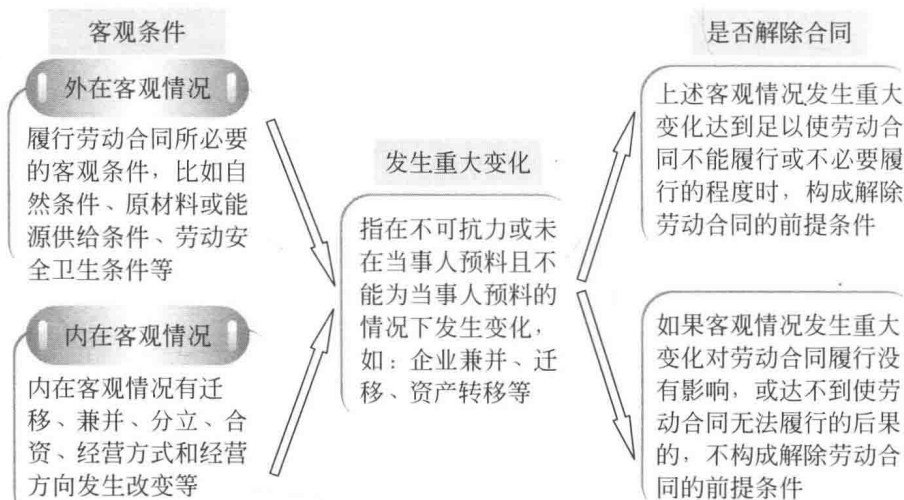


图7-5 情势变更下解除劳动合同条件之一的说明图

如果用人单位和员工就某一种情形出现是否属于“客观情况发生重大变化”认识不一致时，则应由劳动仲裁委员会或法院裁定。

条件2：未能就变更劳动合同内容达成协议。因客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，用人单位并不能立即解除劳动合同，还需走一个协商变更劳动合同的程序，当事人对变更劳动合同无法达成一致意见时，用人单位才可以解除劳动合同。因此，用人单位确因客观情况发生重大变化，需要解除劳动合同时，一定要注意与员工的沟通和协商。



案例回放

蔡某于2008年9月1日进入某货运代理公司，从事船务出口操作工作，每月工资5000元。劳动合同期限是自2008年9月1日起，至2012年8月30日止。货运代理公司主营业务因受世界经济低迷影响，于2011年9月20日终止代理权。



在货运代理公司经营模式发生了重大改变的情况下,蔡某原有的劳动合同已无法继续履行。于是货运代理公司解除了与谢某的劳动合同,并且按照法定标准向蔡某支付了经济补偿金和代通知金。但是,蔡某对此赔偿并不认可,向劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁,要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金30000元。



依法说案▶▶

货运代理公司因经营业务发生变化,致使蔡某劳动合同无法继续履行,该货运代理公司理应先与蔡某协商变更劳动合同内容,若双方无法达成一致意见时,才可以解除劳动合同。本案例中,该货运代理公司并未经过协商程序,而是单方面与蔡某解除了劳动合同,确属违法解除。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定,货运代理公司应当以经济补偿标准的二倍向蔡某支付赔偿金,故蔡某要求货运代理公司支付赔偿金的诉请,应予支持。由于货运代理公司已经向蔡某支付了经济补偿金和代通知金,根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十五条“支付了赔偿金的,不再支付经济补偿”的规定,最后劳动争议仲裁委员裁决货运代理公司支付赔偿金差额15000元。

该案例的用人单位败诉的原因就在于当发生了致使原劳动合同无法履行的客观情况后,用人单位没有履行法定的协商变更劳动合同程序,如协商变更劳动合同约定的工作地点、工作岗位等。如果双方可以就变更劳动合同达成一致意见,则双方按照新的约定履行变更后的劳动合同即可;如果无法就变更劳动合同未达成一致意见,用人单位方可解除劳动合同。如果用人单位不经过该协商程序而直接解除劳动合同,就构成了违法解除劳动合同,需要承担违法解除劳动合同的法律后果。

7.3.2 解除长期请病假员工合同

某公司为大型制造企业,其业务部销售人员赵某经常去医院开病假单回来



请假,大部分都是精神不振、头晕、头疼等难以确诊的病因,有时候一请就是一周的病假。由于赵某经常请病假造成工作任务无法完成,以致业务部经理对他很有意见。同时公司人力资源部通过调查了解到,最近赵某在外面自己做生意,赵某想让客户主动辞退他,以获得一笔经济补偿。

公司人力资源部也想与其解除劳动合同,但是赵某有10年的工龄,解除劳动合同的经济补偿就需10个月的工资,公司将支出一大笔现金;同时一旦赵某这种举动都能获得经济补偿,将可能造成示范作用,致使公司其他员工效仿,这对公司管理非常不利。

鉴于此,公司人力资源部应该如何操作,才能以较低的代价同赵某解除劳动合同关系?

首先公司不得无故与员工解除劳动合同,如仅仅以员工请病假为由解除劳动合同的做法是违法的。结合本案例及法律规定,如果赵某构成严重违反用人单位规章制度,用人单位根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款是可以解除劳动合同的;如果赵某在外从事私人业务证据确凿,用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第四款的规定可以解除劳动合同;如果赵某长期请病假,其病假属实的,用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一款规定解除劳动合同。

具体来说,面对长期借故请病假的员工,用人单位想要解除劳动合同,应做好下列工作事项。

(1) 证明长期借故请病假严重违反规章制度

用人单位应首先基本确定员工请病假的真实性,如果病假真实,则可按长期请病假处理;如果不真实,则可确定其是否构成严重违纪;如果构成严重违纪,则可与其解除劳动合同。

在判定员工请病假的真实性时,用人单位可采取以下方法,具体如图7-6所示。

(2) 证明员工从事私人业务,对本单位工作造成严重影响

如果员工在外从事私人业务,用人单位要想解除劳动合同就需要调查并获取证明材料,具体的调查办法如下。

- ① 通过各种渠道排查清楚其是否私自在外从事与公司相关业务的经营。
- ② 实地探访,侧面了解老板的情况及生意涉及业务。

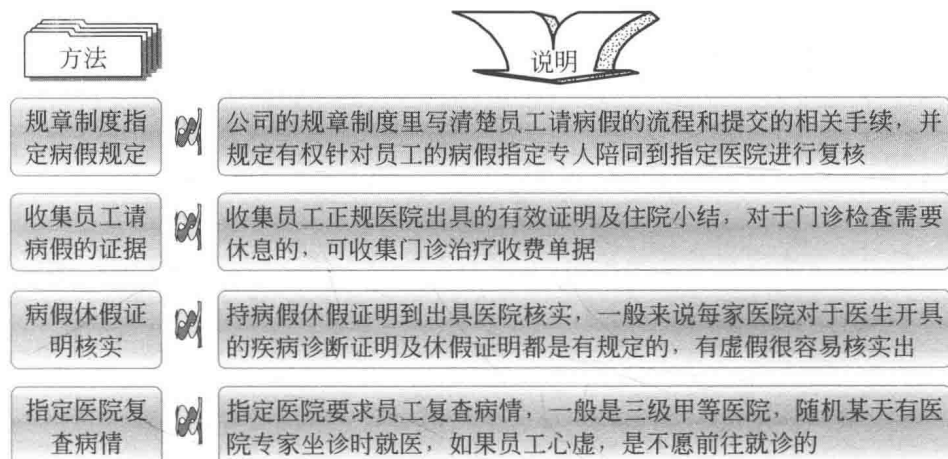


图 7-6 病假真实性的断定方法

③ 到工商局查询有没有用其名字注册过公司，如果员工私自注册公司的，公司的法人、理事、股东等都会在工商局备案，可以查找到。

（3）证明员工因病不能从事原工作及另行安排的工作

对于长期请病假的，用人单位可根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定，即劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位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。

同时，用人单位也可根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第三十五条规定进行处理，该条款规定：“请长病假的职工在医疗期满后，能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。”

7.3.3 解除旷工员工劳动合同

员工长期旷工，这样的行为属于什么性质？在用人单位看来，员工是自动解除劳动合同，因此也就无须作经济上的补偿，但这个看似有理的观点并不符



合法律规定。



案例回放 ▶▶▶

张某2012年到C公司从事保安工作。2014年张某因私自将C公司的原材料等带回家而受到了处罚，因此他心生不满，经常迟到早退，最后长期旷工。C公司据此认定张某自动与本公司解除了劳动合同，办理解除劳动合同手续，停发了张某工资、社保等。

2014年10月，张某向当地劳动仲裁机构提出劳动仲裁申请，要求C公司支付解除劳动合同的经济补偿金。劳动仲裁机构仲裁后认为，C公司所称张某的行为属于员工单方面解除劳动合同在法律上不成立，应按照相应的工资标准支付其经济补偿金6750元。



依法说案 ▶▶▶

本案中，C公司与张某的劳动纠纷，是由张某违反正常的劳动纪律引起的。在C公司看来，张某无故长期旷工，双方之间的劳动合同关系等于是自动解除了。但实际上，张某从未通知C公司自己要辞职，因此，不能将张某的旷工行为理解为双方之间劳动合同关系的自动结束。

用人单位与员工解除劳动合同是件需慎重处理的事情，应依据现行国家法律相关规定进行。对于旷工员工，用人单位可根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定，即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，而且不用支付经济补偿金。

具体来说，用人单位与旷工员工解除劳动合同应掌握以下要点

(1) 解除旷工员工劳动合同的要求

用人单位要通过认定旷工员工达到严重违反规章制度的方式解除劳动合同，需要确保满足如图7-7所示的五点要求。

(2) 解除旷工员工劳动合同的流程

与旷工员工解除劳动合同时，用人单位可按照以下的流程进行处理。

① 确认相关制度。

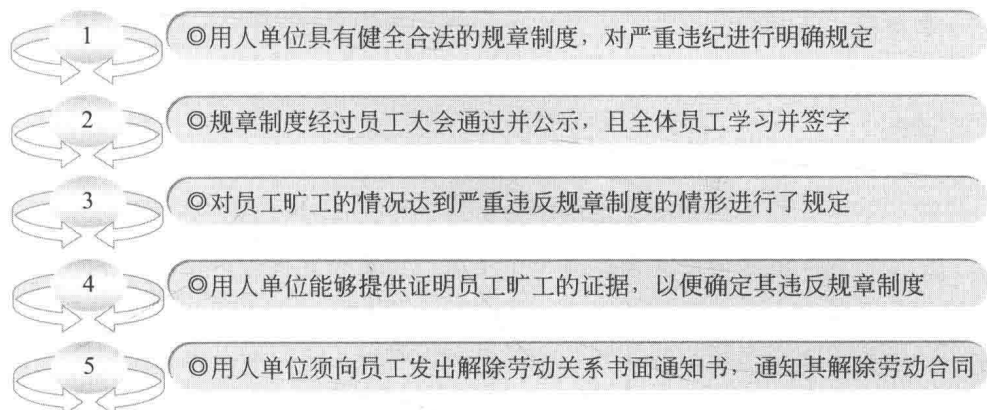


图 7-7 解除旷工员工劳动合同的工作要点

用人单位需要对本单位规章制度的完善情况，员工对规章制度的知晓、签字情况，以及该规章制度是否经工会同意进行确认，只有基于有效规章制度的情况下作出的解除劳动合同行为才能被仲裁机构认可。同时用人单位还需要确认规章制度中明确了什么样的旷工符合严重违纪情况，如规章制度中明确规定连续旷工三天或者当月旷工达3天即视为严重违纪。

② 搜集证据。

根据劳动法的有关规定，用人单位与员工解除劳动合同发生劳动争议时，用人单位负举证责任。因此，用人单位需要搜集证据，对旷工员工没有到本单位上班的事实加以证明。证明员工旷工事实存在最直接的办法是查看考勤记录，通过考勤记录足以证明员工未经其上级领导批准，无正当理由拒绝为本单位提供劳动，即旷工。

③ 发出相关通知。

当员工发生旷工，符合严重违纪条件时，用人单位也不宜立即与其解除劳动合同。此时，用人单位可在第一时间向员工发出“返岗通知书”，要求员工在规定的时间内回单位上班，并提供相应请假的证明。如果员工接到“返岗通知书”后仍不按时到岗，用人单位这时再给其发出“解除劳动合同通知书”，这样用人单位便占据了主动权，即使员工再找借口想返岗或提起仲裁，最终能被认可的可能性也会变得微乎其微。

7.3.4 解除严重违纪员工合同

员工严重违纪的，用人单位可依据《中华人民共和国劳动合同法》第



三十九条第二款的规定与员工解除劳动合同。



案例回放 ▶▶

周先生因上班期间玩儿游戏被公司发现，公司遂以周先生严重违纪为由与其解除劳动合同。周先生不服，将该争议提交劳动争议仲裁委员会仲裁。

劳动争议仲裁委员会受理后，经调查发现，该公司的规章制度中规定，上班期间玩儿游戏属于禁止的行为，但是这种禁止的行为是否属于严重违纪行为，单位的规章制度中并没有说明。最后，劳动争议仲裁委员会裁决该公司解除劳动合同不当，应予以纠正。

上述案例中，该公司之所以败诉，原因就是其规章制度存在漏洞，只规定禁止的行为，并没有明确何为重大违纪行为，因为公司的举证不力，才会在仲裁中处于被动地位。

对此，用人单位人力资源管理人员要以员工严重违纪解除劳动合同的，需要注意三点：一是要建立健全劳动纪律和规章制度；二是要在劳动纪律、规章制度中对“严重违纪”作出明确的界定，即在劳动纪律、规章制度中事先明确哪些行为是“严重违纪”，而且最好明确哪些行为属于“严重违纪”且可随时被辞退的情形；三是做好日常管理、取证工作，因为违纪辞退员工的举证责任在于用人单位。

（1）必须有合法有效的规章制度

用人单位要运用严重违纪这一条款与员工解除劳动合同，必须首先确保单位的规章制度合法有效。合法有效的规章制度，至少需要满足制度内容合法、制度程序合法等要求。

（2）对严重违纪作出明确界定

用人单位不仅要有合法有效的规章制度，而且还必须在规章制度中对严重违纪作出明确的界定，否则用人单位也无法利用有关条款解除劳动合同。

用人单位在规则制度中界定严重违纪时，要把握有度，必须符合正常人的—般性评判标准。—般来说，对于偶尔迟到或擅自离岗不应视为严重违纪；但是对于长期消极怠工，或者屡教不改，则属于严重违纪。



虽然对于严重违纪的界定需要符合合理性的要求,但是对于大错没有、小错不断的行为,用人单位可以通过严密的逻辑结构让一系列行为的过程程序不断升级,达到一定程度同样可以界定为严重违纪,然后解除合同。如三次轻微违纪为一次中度违纪,三次中度违纪为一次严重违纪。这样如果员工小错犯多了,在一定的周期内达到事先设定的标准,用人单位也可依法与其解除劳动合同。

(3) 做好日常管理取证

按照上述两个步骤,制定好规章制度,明确界定“严重违纪”后,用人单位要以严重违纪为由与员工解除劳动合同的,需要做好日常管理取证工作,即用人单位要拿出证据证明员工严重违纪的事实。否则,用人单位若在证据不足的情况仍然以严重违纪为由与员工解除劳动合同,一旦发生争议,用人单位将极有可能面临败诉的风险。

7.3.5 解除不辞而别员工合同

不辞而别,是指员工在未请假、未与用人单位协商或未提前一个月通知用人单位解除劳动合同的情况下,不到工作岗位上工作的情形。该行为性质使劳动关系处于一种不确定状态:可能是旷工,也可能是单方解除劳动合同,而本质则是尚未与用人单位解除劳动关系。

对于用人单位,不辞而别的员工不能放任,应及时依法处理;否则,在劳动关系存续的情况下,用人单位将可能面临巨大的用工风险。那么用人单位该如何与“不辞而别”解除劳动合同呢?除此之外还可以采取其他措施吗?

(1) 与不辞而别员工解除劳动合同

当发现员工未履行请假手续又没有按时到岗工作时,用人单位应当立即进行处理,否则将损害本单位利益,甚至可能给本单位造成风险。面对不辞而别员工,用人单位最常采取的措施是与其解除劳动合同。鉴于此时员工一般不在工作岗位,用人单位可按照以下程序与其解除劳动合同。

① 联系员工本人。

用人单位应立刻联系员工本人,询问相关情况,掌握其不辞而别的真正原因。如果用人单位无法与不辞而别员工正常取得联系,用人单位应会同工会组织委派专人到员工入职时提供的居住地登门了解情况。根据了解的情况,用人单位可分别做如下处理。

如果员工却有不得已的苦衷,用人单位应要求其立即来单位补假,否则将



按旷工多次严重违纪处理。

如果该员工有离职打算，用人单位可与其协商，尽量让其递交一份书面解除劳动合同申请。此时，用人单位可以为该员工提供解除劳动合同申请样本，写明“本人因个人原因，向用人单位提出于×年×月×日解除劳动合同”，然后让其签字确认，这样就能免除用人单位在法律上的潜在风险。

如果该员工既不打算离职，也对回单位工作的时间含糊不清，此时用人单位可通知其在限定日期内到岗上班履行劳动合同，否则将按多次旷工，严重违纪处理。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款规定，若旷工达到用人单位规章制度规定的严重违纪程度，用人单位可给予解除劳动合同处理。

② 送达处理文件。

用人单位未联系到员工本人，或到员工居住地探访仍未找到员工，此时用人单位也不能束手无策，最佳办法是要立刻通过特快专递方式寄送“催告函”。对于拒绝签收或者无人签收而被退回的特快专递，用人单位应该完整保存，不得拆封，作为证据留存。

而后用人单位同样以特快专递方式寄送“解除劳动合同通知书”，对于拒绝签收或者无人签收而被退回的，仍需保留好相关证据。同时用人单位可公告送达“解除劳动合同通知书”，公告送达方式包括通过当地较有影响力的新闻报纸通知，以及在宣传栏张贴公告，公告送达后用人单位应该保存该报纸及宣传栏公告。公告自发出之日起，经过30日，即视为送达。经过此程序后，用人单位应当及时按照劳动规章制度办理解除劳动合同手续。

此外，为了有效预防处理文件无法有效送达给用人单位带来的法律风险，用人单位在与员工签订劳动合同时，应在劳动合同中增加“送达”条款。“送达”条款的具体说明如图7-8所示。

此条款的目的在于，在员工不辞而别的情况下，用人单位向员工填写的法定通知地址邮寄解除劳动合同证明等法律文书，就视为向其本人的送达，可避免在员工不辞而别的情况下，用人单位的劳动合同解除通知无人签收而导致员工不承认已送达的情况。增加这一条款，劳动合同就具有了一定的操作性，在劳动者不辞而别时，用人单位就能够进行有效的应对，依据考勤确定旷工情形的存在，再依据旷工达到一定天数的情节，对其做出解除劳动合同等处理，然后再将处理决定邮寄到条款中的地址，即可完全解决双方之间送达不能的问题。

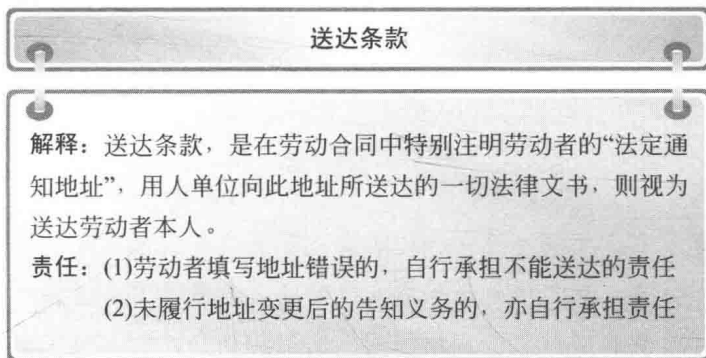


图 7-8 “送达”条款的说明

(2) 不辞而别员工其他情况的处理

对于不辞而别员工给用人单位造成损失，或者与用人单位签订特殊协议的，用人单位向员工主张赔偿，具体的处理办法如图 7-9 所示。

1. 给用人单位造成损失

◎如果员工的不辞而别给用人单位造成了损失，用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十九条的规定要求员工承担赔偿责任

2. 签订“服务期协议”

◎员工在不辞而别前曾与用人单位签订“服务期协议”，但未履行服务期约定，用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条的规定，要求员工支付违约金

3. 签订“竞业限制协议”

◎员工在不辞而别前曾与用人单位签订“竞业限制协议”的，并不因员工不辞而别而免除，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条的规定，违反约定的，用人单位可要求其支付违约金

◎用人单位拟放弃竞业限制义务的，应向员工履行告知程序

图 7-9 不辞而别员工的其他处理办法



案例回放 ▶▶▶

张某于2013年9月到某公司任职，双方签订了为期三年的劳动合同。张某在该公司工作一年多后，突然“人间蒸发”，既没有履行请假手续，也没有递交解除劳动合同申请，甚至没有领取劳动报酬，还更改了联系方式。在无法与张某本人取得联系的情况下，该公司觉得此情况就算张某自动离职了，遂停缴了张某的社会保险。半年后张某找到用人单位，要求继续履行劳动合同，支付劳动报酬，补缴社会保险。

本案例中，张某的要求能受到法律支持吗？面对“不辞而别”员工用人单位该如何处理？



依法说案 ▶▶▶

根据上述描述可知，虽然张某“不辞而别”离开用人单位，但没有提出书面的解除劳动合同申请，因此，用人单位不能在不采取任何措施的情况下就认定是张某单方解除劳动合同。既然这种认定没有法律依据，那么张某的请求很可能会受到法律的支持。

面对“不辞而别”的员工，用人单位可在其“不辞而别”后数日，按照规章制度将其作为旷工并严重违反用人单位劳动纪律处理，随后就可按照规定寄送“催告函”和送达《解除劳动合同通知书》并公告的程序解除劳动合同，不需要支付一个月的经济补偿金。

7.4

劳动合同终止

7.4.1 如何合法终止劳动合同

劳动合同终止是指劳动合同的法律效力依法被消灭，即劳动关系由于一定法律事实的出现而终结，用人单位与员工之间原有的权利义务不再存在。



（1）劳动合同终止的法定情形

劳动合同终止条件不能任意约定，只有在法定的情形才可以约定终止。对于劳动合同终止的情况，用人单位应该引起足够重视。用人单位如果在劳动合同中任意约定合同终止的条件，可能会面临劳动合同无效所带来的法律风险。

归纳起来，劳动合同终止的法定情形主要包括两个方面：一是劳动合同期满；二是劳动合同双方当事人任何一方的决定资格消失（员工开始依法享受基本养老保险待遇、员工死亡或被宣告死亡或被宣告失踪；用人单位破产、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）。对劳动合同终止法定情形进行规定的法律条文如下所示。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，劳动合同终止：

- （一）劳动合同期满的；
- （二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- （三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- （四）用人单位被依法宣告破产的；
- （五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解除的；
- （六）法律、行政法规规定的其他情形。”

（2）不得终止劳动合同的情形

对劳动合同期满，终止劳动合同的情形，《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条有一些特殊情况的规定，规定为：“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，按照有关工伤保险的规定执行。”

根据上述规定并结合《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定，用人单位与员工终止劳动合同时，需依法对一些特殊情况作出以下处理：

① 延至相应的情形消失。劳动合同期满，出现如《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条第（一）、第（三）、第（四）、第（五）、第（六）所示的情形之一的，劳动合同应延至相应的情形消失时，用人单位方可与员工终止劳动合同。

② 按照有关工伤保险的规定执行。员工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，用人单位应按照有关工伤保险的规定执行。



（3）劳动合同终止的注意事项

在与员工终止劳动合同时，用人单位还需要注意以下事项的处理，避免法律风险产生。

① 劳动合同期满后，是否续订劳动合同不宜等到劳动合同期限正好届满的时候处理，无论员工愿意续订或拒绝续订，都宜在期限届满前一个月履行完订立或终止确认手续。

如果劳动合同期满后，员工仍在用人单位工作，用人单位未表示异议，也未办理终止或者续订劳动合同的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。

② 终止劳动合同依然需要采取书面形式，用人单位需要书面确认劳动合同到期后员工的续签意向，并注明不降低其薪资待遇。若员工依然拒签，则要求其签署确认文书，否则用人单位将可能承担支付经济补偿金的责任。尽管《中华人民共和国劳动合同法》没有对用人单位终止劳动合同需要采取书面形式作出规定，但是依据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》的第一条第二款规定，为了预防法律风险的产生，用人单位应当注意两点：一是终止劳动合同通知必须是书面的，二是终止劳动合同通知必须送达员工。

③ 员工即将达到退休年龄前，可以适当提前办理退休手续，以确保“劳动者达到法定退休年龄”和“劳动者已开始依法享受基本养老保险待遇”的时间上的一致性。



案例回放

王某自1998年2月1日起到苏州某机械公司从事管理岗位工作。2008年2月1日，双方订立了期限自2008年2月1日起至2010年1月31日止的劳动合同，该合同期满后双方又续订了期限自2010年2月1日起至2012年1月31日止的劳动合同。

2012年2月1日，该机械公司以劳动合同到期为由，向王某提出终止劳动合同关系，并同意支付其终止劳动合同经济补偿金2万元。王某不同意该机械公司的做法，认为其连续两次与自己订立了固定期限劳动合同，按照《中华人民共和国劳动合同法》第十四条的规定，



已符合订立无固定期限劳动合同的条件，现公司单方终止劳动合同，属违法终止，要求按违法终止劳动合同支付其赔偿金4万元。双方各执一词，协商不成，王某于2012年2月20日申请劳动仲裁。



依法说案 ▶▶

按《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款规定，王某系已与某机械公司连续订立两次固定期限劳动合同，且用人单位无法举证其存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，同时王某事先未对该机械公司有过提出或接受终止劳动合同的意思表达和实际行为，此时该机械公司不能根据《中华人民共和国劳动合同法》四十四条规定，简单地对王某作出劳动合同期满终止劳动合同的决定，其强行发出终止劳动合同通知书，应视为违法终止劳动合同行为。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金”。本案中，王某已经不要求继续履行劳动合同，故该机械公司需支付王某赔偿金，赔偿金标准为经济补偿金的二倍。

7.4.2 终止劳动合同的补偿

终止劳动合同需要补偿的情形主要有五种，各种情形下的具体补偿规定如下所示。

(1) 合同期限已满

定期的劳动合同在合同约定的期限届满后，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定，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，员工不同意续订的情形外，因劳动合同期满终止固定期限劳动合同的，用人单位应当向员工支付经济补偿。经济补偿的具体支付标准按照《中华人民



《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条的标准支付。下面是一个合同期满，某公司不续签劳动合同支付经济补偿的案例。



案例回放▶▶▶

张某是深圳市某物流公司的快递员，2012年10月31日，张某与物流公司的劳动合同到期。由于物流公司不愿与张某续签劳动合同，于是张某要求公司支付合同终止的经济补偿金。张某是2009年1月1日到物流公司工作的，按照《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，劳动合同终止补偿金理应从2009年1月1日起算，按照自己每个月3000元的工资标准，遂提出了4个月共计12000元的补偿金要求。物流公司表示，终止合同不需要补偿，张某的要求遭到拒绝。



依法说案▶▶▶

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定：“劳动合同期满时，用人单位同意续订劳动合同，且维持或者提高劳动合同约定条件，员工不同意续订的，劳动合同终止，用人单位不需支付经济补偿；如果用人单位同意续订劳动合同，但降低劳动合同约定条件，员工不同意续订的，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿；如果用人单位不同意续订，无论员工是否同意续订，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿。劳动合同终止的经济补偿金按员工在该单位工作的年限计算。”

张某2009年1月1日入职，2012年10月31日合同期满终止，故其经济补偿金的计算年限应该是3年10个月。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定的补偿标准，某物流公司应该向张某支付4年的经济补偿，总计12000元。

(2) 合同目的已经实现

根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十二条规定：“以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照《中华

《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条的规定向员工支付经济补偿。”

（3）违规终止劳动合同

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、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，员工要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；员工不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当以经济补偿标准的二倍向员工支付赔偿金。

（4）终止工伤职工的劳动合同

根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十三条规定：“用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的，除依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿外，还应当依照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。”

7.4.3 合同到期不续签不终止风险

劳动合同到期不续签不终止是指员工劳动合同到期，用人单位既未与其续签劳动合同，也未通知其终止劳动合同，而员工仍然继续工作的情形。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十六条规定：“劳动合同期满后，员工仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。”

上述规定的含义是劳动合同到期员工继续在用人单位工作，用人单位未表示异议，但也未续签或终止合同，则视同双方同意以原条件继续履行劳动合同。对于用人单位与员工超过一个月未续签合同，根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条、第七条的规定，用人单位将面临向员工每月支付二倍工资风险。



案例回放 ▶▶▶

2009年3月2日，某公司与王某签订了两年期劳动合同。2011年3月劳动合同到期后，双方没有再续订书面劳动合同，但是王某仍一直按部就班工作，公司也正常支付工资。2011年5月，公司向王某发出



一份终止劳动合同通知书,通知王某双方劳动合同早已到期,现予以终止,并承诺支付一个月的工资作为经济补偿金。王某则认为原合同到期之后,双方并没有约定合同期限,公司终止的处理违法,随即提请了劳动争议仲裁,要求公司向他表示违法解除劳动合同的赔偿金。

公司认为根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》的规定,本公司可以终止劳动合同。



依法说案 ▶▶▶

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第十六条规定,2011年3月王某劳动合同到期后,双方在未对权利义务进行明确变更且未办理续签或终止劳动合同的情况下,视为双方按照原条件继续履行劳动合同。“原条件”包括工作内容、工资报酬、劳动纪律、劳动条件等内容,但不包括原劳动合同期限。同时根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》规定,此种情况下,劳动合同逾期的,双方之间视为事实劳动关系。但是,任何一方都可以随时提出终止双方之间的劳动关系。

但是用人单位在王某劳动合同到期后未续签,王某可根据劳动合同法第八十二条规定,要求用人单位自应当续订劳动合同起到通知终止劳动合同止按月支付二倍的工资。

由此可见,员工劳动合同到期后,用人单位必须及时作出续签或者终止的决定,否则将面临赔偿二倍工资的风险。

7.4.4 特殊情况延期终止劳动合同

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条规定,劳动合同期满,有本法第四十二条规定情形之一的,劳动合同应当延至相应的情形消失时终止,未延至相应情形消失终止劳动合同,则属于违法终止劳动合同。具体需要延期终止劳动合同的情况如图7-10所示。

关于用人单位违法终止劳动合同的行为,《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法》等对其处理方式进行了详细规定,具体如下所示。

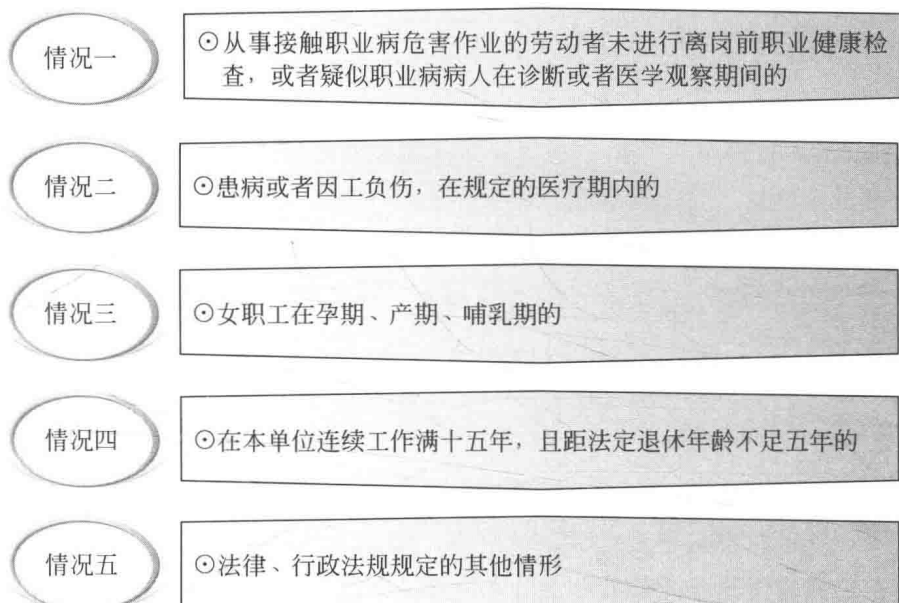


图 7-10 延期终止劳动合同的情形

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”

《中华人民共和国劳动合同法》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。”



案例回放

2008年10月，吴某进入杭州一家4S店从事销售工作，双方签订劳动合同，约定服务期限为2008年10月16日至2011年10月15日。其间，吴某职务多次调整，从销售代表至销售部经理，其工资待遇也相应进行了调整。

2011年9月8日，吴某到医院检查确诊已怀孕13周，于是向4S店报告了这一情况。4S店张某在知道吴某怀孕后，以各种方式表达辞退



的意见。不久,吴某收到了4S店出具的《劳动合同终止通知书》,载明双方的劳动合同于2011年10月16日期满,4S店将于同年10月17日起终止与吴某的劳动合同,并要求吴某于同年10月16日来店办理离职手续等内容,否则上个月工资不予发放。吴某迫于压力,与10月16日办理了离职手续。

2012年3月,吴某生下孩子。事后,吴某将4S店告上法庭;要求对方支付赔偿金、医疗补偿金、产假期工资、年休假工资等共计11万余元。

请问吴某要求的赔偿是否合理? 4S店的做法是否合理?



依法说案 ▶▶

根据《中华人民共和国劳动合同法》规定,劳动合同期满,但女职工在孕期、产期、哺乳期的,劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。女职工怀孕情况下,劳动合同的自动延期,是基于法律的强制性规定,也与保护怀孕女职工合法权益的精神相符。因此本案中,吴某确诊怀孕尚处于双方劳动合同期间,双方届满的劳动合同发生自动延期,应延续至吴某孕期、产期、哺乳期结束时终止。

因此,吴某要求赔偿是合理的,4S店将面临违法终止劳动合同的风险,需根据吴某的要求赔偿相应的工资和补偿金。

7.4.5 接近退休年龄的处理

根据《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》(原劳社部发〔1999〕8号)规定,国家法定的职工退休年龄是:男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁。从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或其他有害身体健康工作(以下称特殊工种)的,退休年龄为男年满55周岁、女年满45周岁;因病或非因工致残,由医院证明并经劳动鉴定委员会确认完全丧失劳动能力的,退休年龄为男年满50周岁、女年满45周岁。

接近退休年龄是距离国家法定的职工退休年龄五年以内的年龄。对于与接近退休年龄员工终止劳动合同的,用人单位需要妥善处理,避免纠纷。



案例回放

56岁的张先生在M公司已经任职17年。他的合同于2012年1月31日到期。由于他年龄较大，M公司不愿意再与他续签劳动合同了。于是M公司在2012年1月1日正式通知他合同到期后，终止双方之间的劳动合同。张先生认为自己已经在M公司工作17年了，而且马上就快退休，现在M公司提出终止，自己又要去哪里找工作呢？

后张先生咨询了律师，并以“M公司无权与接近退休年龄的自己终止合同”为由，申请了劳动仲裁。

（1）接近退休年龄不得终止劳动合同的规定

一般情况下，在劳动合同到期时，用人单位和员工都是有权单方终止合同关系的。但是针对工龄比较长且将要达到法定退休年龄的老员工，我过法律做了特别的规定，具体如下。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条规定：“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。”同时该法第四十二条规定，劳动者有在本单位连续工作满15年，且距法定退休年龄不足5年的情形，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。这些规定都是《中华人民共和国劳动合同法》对于老员工做出的特殊保护。

上述案例中，张先生在M公司已经工作了17年，而且他现在已经56岁，距法定退休年龄不足5年，所以M公司无权终止与他的劳动合同。

（2）接近退休年龄可以终止劳动合同的规定

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条、第四十二条规定，对于员工距法定退休年龄不足5年，但是在本单位连续工作未满15年，用人单位是可以与其终止劳动合同的。

除了终止劳动关系，法律法规也对其他处理方法进行了规定。

根据《劳动部办公厅对〈关于对劳部发〔1995〕309号文件第四十二条如何执行的请示〉的复函》（劳办发〔1996〕131号）中规定，劳动者与用人单位签订的劳动合同期满后，如果劳动者已接近退休年龄，双方仍可以在平等自愿、



协商一致的基础上续签劳动合同,但合同期限不应超过法定退休年龄。但如果双方达不成一致意见,不再续签劳动合同的,则按照劳部发〔1995〕309号文件第四十二条的规定,在终止劳动合同后按规定领取失业救济金。享受失业救济金的期限届满后仍未就业,符合社会救济条件的,可以按规定领取社会救济金。达到退休年龄时,符合退休条件的,办理退休手续。如果不具备退休条件,由医院证明,并经劳动鉴定委员会确认,完全丧失劳动能力的,则按照有关规定,办理退职手续。

《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)第四十二条规定:“职工在接近退休年龄(按有关规定一般为五年以内)时因劳动合同到期终止劳动合同的,如果符合退休、退职条件,可以办理退休、退职手续;不符合退休、退职条件的,在终止劳动合同后按规定领取失业救济金。享受失业救济金的期限届满后仍未就业,符合社会救济条件的,可以按规定领取社会救济金,达到退休年龄时办理退休手续,领取养老保险金。”

(3) 已达退休年龄的劳动合同终止规定

2008年1月1日起施行的《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二款规定,员工开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。而2008年9月18日颁布施行的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条第二款规定:“劳动者达到法定退休年龄的,劳动合同终止。”

对于劳动合同终止的条件,《中华人民共和国劳动合同法》与《中华人民共和国劳动合同法实施条例》做出了不同的规定,依据实施条例,劳动合同应在员工达到法定退休年龄终止,即以年龄为标准;而依据《中华人民共和国劳动合同法》,劳动合同应在员工开始享受养老保险待遇时终止,即以享受养老待遇为标准。那么,对于已达退休年龄却不能享受基本养老保险待遇的员工,判断劳动合同是否终止应当采取哪一个标准呢?

根据当前我国养老保险制度建立的实际情况为基础,综合来看,还是应当按照《中华人民共和国劳动合同法》相关规定,只要达到法定退休年龄,即便不能享受基本养老保险待遇,劳动合同应当终止,超过法定退休年龄后继续工作与用人单位建立的关系属劳务关系,受民法调整。

7.5

经济性裁员

7.5.1 经济性裁员如何实施

在金融危机之下，用人单位集体裁员屡见不鲜。《中华人民共和国劳动法》第二十七条规定：“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，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。”这一规定所称的情形即为经济性裁员。

所谓经济性裁员，就是用人单位一次性单方与部分员工解除劳动合同，以此改善自己的经营状况，暂渡难关，保护自身生存能力的一种手段。

（1）经济性裁员的许可条件

经济性裁员的许可条件是法律明确规定的可以裁员的情形，用人单位需要在劳动合同法许可的经济性裁员的条件下才能实施裁员。《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条具体对经济性裁员的许可条件进行了规定，其情形如图7-11所示。

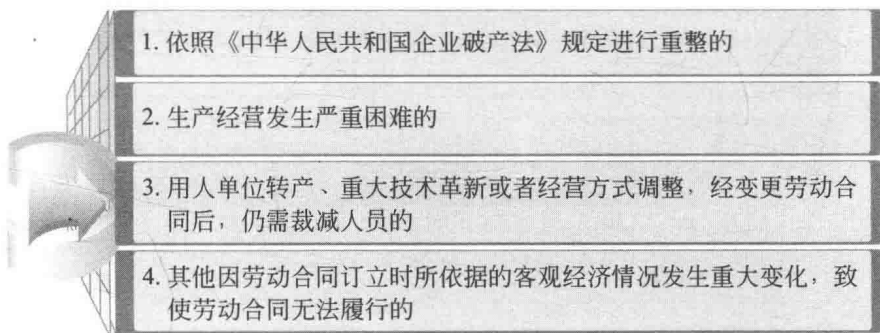


图7-11 经济性裁员的许可条件

（2）经济性裁员的限制条件

考虑到一些本身存在生活困难的员工的特殊情况，如果将其裁掉，则必将雪上加霜。因此《中华人民共和国劳动合同法》在第四十一条中还规定了一定



的限制性条件。其限制性条件主要包括优先留用和优先招用两个方面，具体条件的说明如表7-2所示。

表7-2 经济性裁员的限制条件

限制条件	具体说明
优先留用	◎ 优先留用制度是劳动合同法新规定的一项制度，即用人单位需要对两类人员特别照顾，优先留用 ◎ 一类是合同期限较长的人员，指与用人单位订立较长固定期限劳动合同和订立无固定期限劳动合同的劳动者 ◎ 另一类是家庭经济困难人员，这类人员的具体界定标准是家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人，这主要是考虑到该类人员的经济负担往往比较重
优先招用	◎ 优先招用制度也是劳动合同法规定里的一项制度，它沿用了劳动法规定的优先招用制度 ◎ 劳动合同法规定，用人单位在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员

（3）经济性裁员的禁止条件

为了加大对劳动群体中处于明显弱势地位的员工的保护，《中华人民共和国劳动合同法》明确规定六类情形不得列为经济性裁员范围，具体如图7-12所示。

- 1 ◎从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的
- 2 ◎在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的
- 3 ◎患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的
- 4 ◎女职工在孕期、产期、哺乳期的
- 5 ◎在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的
- 6 ◎法律、行政法规规定的其他情形

图7-12 经济性裁员的禁止条件

(4) 经济性裁员的程序

《中华人民共和国劳动合同法》规定有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员。

依据劳动合同法第四十一条规定、劳动法第二十七条和《企业经济性裁减人员规定》（劳部发〔1994〕447号）第四条的规定，用人单位确需裁减人员，应按如图7-13所示的程序进行。

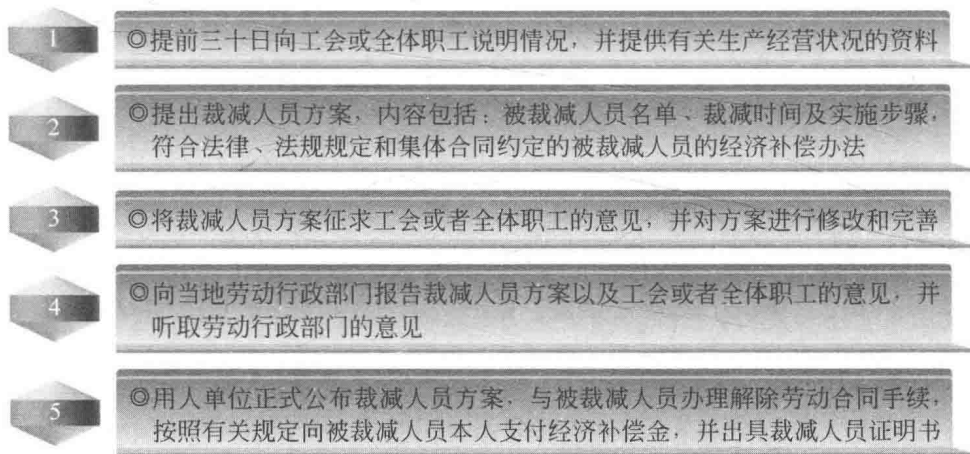


图7-13 经济性裁员的程序



案例回放

上海某外资公司为了提高利润，计划将亏损的汽车玻璃生产部门的业务出售给上海A汽车制造公司，但是A汽车制造公司并不需要该部门的30多名员工。为了迅速解决与30多名员工之间存在的劳动关系问题，该外资公司进行了闪电式裁员。30多名员工刚上班就收到人力资源部发出的提前解除劳动合同的通知书，并要求在当天办结离职手续，离开公司。30多名员工对公司的这种做法极其不满，遂申请仲裁，要求公司给予赔偿。



依法说案 ▶▶▶

本案中外资公司出售了汽车玻璃生产部门的业务，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条规定，用人单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁员的方可以裁减人员。因此该公司应首先与该部门的员工充分协商，变更劳动合同的内容，如果达成一致，则双方按照新的约定履行劳动合同；如果协商不成，此时才可以进行经济性裁员。

同时，该公司在作出裁员决定的同时便立即让被裁员工离开公司，没有经过“提前说明”“听取意见”“向劳动部门报告”这三大项程序，未做到与员工平等协商，充分交流，因此可认定该公司属于非法裁员，需按照经济补偿标准的二倍向这30多名员工支付赔偿金。

经济性裁员作为用人单位单方解除劳动合同的行为，涉及员工众多，裁员期内员工的情绪往往极不稳定。此时，用人单位应当严格按照法律规定的条件和程序，处理好与被裁员工的关系，积极主动沟通，避免冲突。同时用人单位也应积极改善自身经营，早日摆脱经济困境，当经营得到改善后，通过重新招用等方式回报被裁员工的牺牲。

7.5.2 经济性裁员如何补偿

对于经营确实发生严重困难，需要通过经济性裁员来减轻负担的用人单位，法律承认并允许其享有经济性裁员权。由于经济性裁员往往涉及员工人数众多，对被裁减员工的权益造成重大影响，因此，法律对经济性裁员作出了严格的规定，对经济性裁员的适用条件、适用程序以及限制条件都作出了明确的规定，用人单位一旦违规裁员，即便是因为经济性原因也照赔不误。

根据《中华人民共和国劳动合同法》等有关规定，自2008年1月1日起，用人单位向被裁减人员支付的经济补偿，应当分段计算：

第一部分：从用工之日起至2007年12月31日止期间的经济补偿

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）的有关规定，即：经济补偿按被裁减人员在本单位工作的年限计算，



每满一年支付一个月工资的标准向被裁减人员支付。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。经济补偿的月工资计算标准是指用人单位正常生产情况下被裁减人员解除合同前十二个月的月平均工资。被裁减人员的月平均工资低于用人单位月平均工资的,按用人单位月平均工资的标准支付。

第二部分:从2008年1月1日至解除劳动合同之日止期间的经济补偿

根据《中华人民共和国劳动合同法》的有关规定,经济补偿按被裁减人员在本单位工作的年限计算,每满一年支付一个月工资的标准向被裁减人员支付。六个月以上不满一年的,按一年计算;不满六个月的,向被裁减人员支付半个月工资的经济补偿。经济补偿的月工资按照被裁减人员应得工资计算,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。被裁减人员在劳动合同解除或者终止前十二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。被裁减人员工作不满十二个月的,按照实际工作的月数计算平均工资。

需要注意的是,对于被裁减人员因解除劳动合同而取得的一次性经济补偿收入,应按《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〕57号)的规定计征个人所得税,即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(包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用),其收入在当地上年职工平均工资3倍数以内的部分,免征个人所得税;超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》(国税发〔1999〕178号)的有关规定,计算征收个人所得税。

对一次性经济补偿收入征收的个人所得税,由支付单位在支付时一次性代扣。对于被裁减人员取得的一次性经济补偿收入,可视为一次取得数月的工资、薪金收入,允许在一定期限内进行平均。具体平均办法为:以被裁减人员取得的一次性经济补偿收入,除以被裁减人员在本企业的工作年限数,以其商数作为被裁减人员的月工资、薪金收入,按照税法规定计算缴纳个人所得税。被裁减人员在本单位的工作年限数按实际工作年限数计算,超过12年的按12年计算。



案例回放▶▶

李某是广东某公司市场营销人员,于2002年12月入职,公司每年均与其签订劳动合同,最近一次签订劳动合同的时间为2008年12月份,合同期限三年,即合同期限至2011年12月止,合同中约定月工资为4500元。

2009年7月,由于用工成本的提升,加上原材料涨价等因素影响,李某所在公司生产经营发生了严重困难需进行裁员。经过了内部审批程序、提前30日向工会说明情况、工会的审核及向劳动行政部门报告等程序,2009年8月31日该公司电话通知包含李某在内的20名营销人员前来领取离职通知单,并告知他们自9月30日后无须再来公司上班,9月工资照发,并支付一个月的补偿金。

李某接到公司电话通知后拒绝前来领取离职通知单,也不接受公司的补偿协议,而是通过电子邮件的形式提出了更高的补偿要求,公司未同意其要求。10月份,李某提起了劳动仲裁,要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金63000元(4500元×7个月×2倍),支付裁员的经济补偿金31500元,支付未提前一个月通知的代通知金4500元。

李某要求的裁员经济性补偿是否合理?他的经济性裁员补偿应该如何计算?



依法说案▶▶

从此案例可知,李某所在公司由于生产经营发生了严重困难需进行裁员,经过了内部审批程序和工会的审核,裁员人数达20名,符合经济性裁员的条件,不属于违法解除劳动合同,因此公司不需要支付违法解除劳动合同的赔偿金63000元。

本案中的公司提前30日向工会说明了情况,所以也无须支付代通知金。

但该公司按最近期的劳动合同支付一个月的补偿金确实不合理。



李某由于在2008年以前已就职于该公司,并定期签订了劳动合同,因此2008年前的年限也需要计算经济补偿金,共应支付裁员的经济补偿金31500元。

7.5.3 支付了经济补偿就能立即裁员吗

东莞F公司陆续裁员,并给予高额补偿,据称最高的一人拿到80万元补偿金。从2012年11月24日至11月28日,共有2000名员工离开,其中包括40多名大陆经理,130多名非大陆籍职员(主要是香港籍),10多名高级经理。

工程师李某像往常一样,早早去上班,在实验室安静地做完实验,出来却被告知被裁员了。该工程师平均月工资为5000多元,此次获得补偿8万多元(工龄每年补偿1个月工资、未提前1个月通知的补偿金4000多元、额外补偿金近4000元的总和)。李某承认对补偿金没有意见,但他在F公司工作了12年,这突然的变故让他无法接受,遂联合了十几名被裁减员工一起申请劳动仲裁。

本案例中,F公司只要支付了经济补偿,就能毫无风险地立即实施裁员吗?

由于“经济性裁员”不是因员工不称职或有重大过失造成的,所以用人单位要对被裁员工进行经济补偿,但这并不意味着用人单位只要按照法律规定支付了经济补偿就可裁员。

经济性裁员的法定条件由《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条规定,包括实体性要件和程序性要件,只有同时具备了实体性要件之一和全部的程序性要件,才是合法有效的经济性裁员。

实体性要件仅限于四种:①依照企业破产法规定进行重整的;②生产经营发生严重困难的;③企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的;④其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行的。

程序性条件规定包括:需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的,用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,可以裁减人员。

需指出的是,尽管《中华人民共和国劳动合同法》规定了用人单位提前30日以书面形式通知劳动者解除劳动合同的替代方式,即可以额外支付劳动者一个月工资,然后解除劳动合同,但这种替代方式仅限于《中华人民共和国劳动



合同法》第四十条规定的三种法定情形，并不包括经济性裁员。

据此，F公司虽然支付了未提前30日以书面形式通知员工解除劳动合同的代通知金，但从案例的给定材料不难发现，F公司的行为不符合法律规定的实质性要件和程序性要件，若仲裁中F公司不能证明裁员符合法律规定的話，劳动仲裁委势必会裁决F公司的裁员违法。

7.5.4 孕期员工经济性裁员如何处理

用人单位在实施裁员的过程中，总会遇到三期内的女员工，那么用人单位在遇到这样的情况时，可以按照经济性裁员程序和规定裁员吗？下面以一个案例进行说明。



案例回放

李某2013年9月6日开始在北京一家私营公司上班，并与2013年9月6日与该公司签订了为期2年的劳动合同，合同期限为2013年9月6日到2015年9月，合同上写明实际工资是1900元。2013年10月其所在公司到当地劳动部门申请经济性裁员后，就让她放假在家。

2013年12月，李某收到公司的经济性裁员通知书，但当时她已经有孕在身，预产期为2014年7月份，李某还拿出所有相关的资料和证件到公司说明情况，故公司第一次裁员未果。2014年3月，李某第二次收到公司的经济性裁员通知书，公司人力资源部说，公司已经濒临破产，要李某再次过去协商处理此事。

在上述情况下，公司进行经济性裁员的处理是否妥当？

根据《中华人民共和国劳动法》第二十九条规定，女职工在孕期、产假、哺乳期内，用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同；

而该法第二十七条正是有关经济性裁员的规定：“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，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。”



同时《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第三十四条规定：“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，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。”

对于上述案例中李某已怀孕的情况，该公司是不能裁减的。没有确凿的证据证明该女员工具有《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条规定的情形，用人单位不应将其列入裁员对象，否则必将面临赔偿风险。

7.6

四金处理



7.6.1 违约金

《中华人民共和国劳动合同法》明确规定只允许用人单位与员工约定两种情况下的违约金，一是违反服务期约定情况下的违约金，二是违反竞业限制约定情况下的违约金。《中华人民共和国劳动合同法》对违约金的约定做了严格的限制，除了以上两种违约情况下员工承担违约金外，用人单位不得与员工约定由员工承担其他的违约金，否则约定也无效。

（1）违反服务期约定

① 约定服务期的情形。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。”注意这里专项培训费用与用人单位提供的正常职业培训是有区别的。按照国家有关规定，用人单位必须按照本单位工资总额的一定比例提取培训费用，用于对员工的职业培训，这部分培训费用的使用不能作为与员工约定服务期的条件。以约定服务期为条件的专项培训费用，必须是用人单位针对特定员工的专业技术培训提供的专项培训费用。

② 服务期的年限。

《中华人民共和国劳动合同法》未对员工的服务期年限做出具体规定。服务期的长短可以由劳动合同双方当事人协议确定，但是，用人单位在与员工协议



确定服务期年限时要遵守两点：

第一，要体现公平合理的原则，不得滥用权力。比如，用人单位为员工提供了2000元进行专业技术培训，但约定劳动者需为用人单位服务10年，这种约定显然有失公平。

第二，用人单位与员工约定的服务期较长的，用人单位应当按照工资调整机制提高员工在服务期间的劳动报酬。

③ 员工违反服务期约定的违约金数额。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定：“劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”

法律规定员工违反服务期约定的，承担违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用，由此可知培训费的数额多少直接决定违约金的数额。因此，用人单位必须保留支付培训费用的相关票据，否则一旦发生纠纷，如不能举证证明支付的专项培训费用的数额，将可能人财两空。

④ 特殊情况违约金约定。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十六条规定：“用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。”

有下列情形之一的，用人单位与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金：

- （一）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；
- （二）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （三）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；
- （四）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- （五）劳动者被依法追究刑事责任的。”

由该法律规定可知，当员工存在上述情形的，即使用人单位提出与员工解除劳动合同，也可要求员工支付违约金。



案例回放

陈先生大学毕业后到一家软件公司工作，双方在培训协议中约定，陈先生必须为公司服务5年，如果陈先生提前终止服务，应一次性赔偿公司违约金2万元。陈先生工作3年后，向公司提出辞职。

公司批准了他的辞职要求，但要求他按照合同的约定支付违约金2万元；陈先生认为公司提供的培训总共才1万元，而自己开发的软件为公司赚取了巨额利润，因此不同意支付违约金。

法院审理认为，双方签订的培训协议合法有效。陈先生应按培训协议约定支付违约金，但鉴于陈先生已在公司工作3年，按照法律规定违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用，最后法院判决陈先生支付违约金4000元。

(2) 违反竞业限制约定

竞业限制约定是指用人单位对负有保守用人单位商业秘密的员工，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。

《中华人民共和国劳动合同法》对竞业限制约定的适用情况、经济补偿、适用对象、竞业限制期限和违反竞业限制约定的违约金等内容进行了规定，具体如下表7-3所示。

表7-3 竞业限制约定详细说明

约定项目	法律规定具体说明
竞业限制约定的适用情况	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款 ◎ 根据以上条款可知，竞业限制约定的使用情况为在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项
竞业限制约定的经济补偿	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定：约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿 ◎ 向员工支付相应的经济补偿是竞业限制约定生效的前提条件，如不支付或无正当理由拖欠的，则大部分情况下会认定约定无效



续表

约定项目	法律规定具体说明
竞业限制约定的违约金	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定：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 ◎违约金的数额法律没有规定其范围，具体数额由用人单位和员工在公平、合理的范围内自行约定
竞业限制约定的适用对象	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定：竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员 ◎此法律对竞业限制约定的适用范围进行规定，防止用人单位无限扩大范围
竞业限制约定的竞业限制期限	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定：在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。 ◎用人单位应注意竞业限制期限最多不得超过二年
竞业限制的其他约定	◎《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定：竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定 ◎根据上述法律规定，尽管竞业限制约定具有一定的灵活性，但必须保证不违反法律法规规定，否则有可能造成约定无效

7.6.2 经济补偿金

经济补偿金是指用人单位与员工解除劳动合同时，给予员工的经济补偿。近几年，劳动合同解除过程中涉及经济补偿金的问题越来越多，下面将经济补偿金的相关问题进行归纳。

（1）需要支付经济补偿金的法定情形

《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条对用人单位需要向员工支付经济补偿金的情况进行了规定，具体的情形如图7-14所示。

（2）可以不支付经济补偿金的情况

按照法律规定，在某些情况下，用人单位可以不支付经济补偿金。具体的情况说明如下所示。

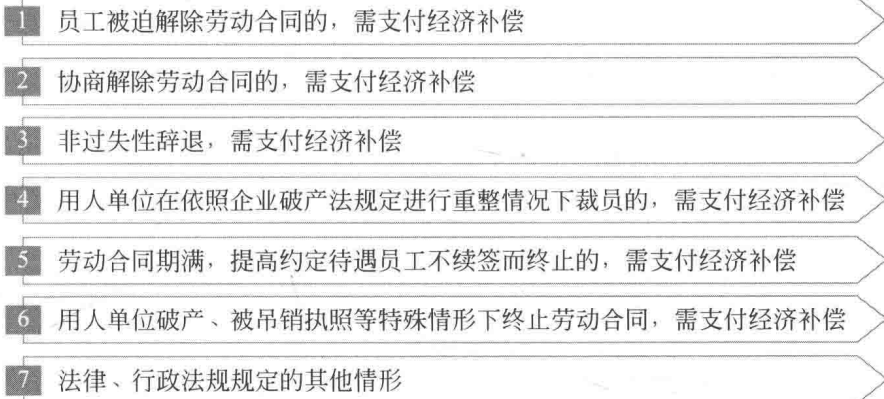
- 
- 1 员工被迫解除劳动合同的，需支付经济补偿
 - 2 协商解除劳动合同的，需支付经济补偿
 - 3 非过失性辞退，需支付经济补偿
 - 4 用人单位在依照企业破产法规定进行重整情况下载员的，需支付经济补偿
 - 5 劳动合同期满，提高约定待遇员工不续签而终止的，需支付经济补偿
 - 6 用人单位破产、被吊销执照等特殊情形下终止劳动合同，需支付经济补偿
 - 7 法律、行政法规规定的其他情形

图 7-14 需要支付经济补偿金的法定情形

① 协商解除劳动合同时，由员工主动提出，双方协商一致解除劳动合同的，用人单位可以不支付经济赔偿金。

② 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向员工支付经济补偿。

③ 根据原劳动部（现合并为人力资源和社会保障部）《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第三十七条规定，企业法人分立、合并时，经与员工协商一致重新签订劳动合同的，不需要支付经济补偿金。

④ 根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第三十九条规定，员工因自身的过失，致使用人单位与其解除劳动合同的，用人单位不需要支付经济补偿金。

⑤ 根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第四十条规定，试用期内员工主动解除劳动合同的，用人单位可以不支付经济补偿金，但应按照劳动者的实际工作天数支付工资。

（3）经济补偿金的补偿办法

① 经济补偿金计算标准：根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定，经济补偿金计算按员工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，向员工支付半个月工资的经济补偿。

② 经济补偿金基数实行封顶：根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定，员工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。此处所称月工资是指员工在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

③ 经济补偿金计算基数：经济补偿金中的月平均工资是指员工在解除劳动合同前十二个月的月实际平均工资，而不仅仅是劳动合同中约定的基本工资。根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的规定，“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员工的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、资金、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。

④ 经济补偿金计算年限：根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十条规定，员工非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，员工在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向员工支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算员工在原用人单位的工作年限。

⑤ 经济补偿金分段计算：在《中华人民共和国劳动合同法》施行前签订、试行后解除的劳动合同，依照劳动合同法规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自2008年1月1日起计算，劳动合同法施行前按照当时有关规定执行。

7.6.3 赔偿金

赔偿金是指用人单位或者员工因违反合同约定或因自己的故意或过失，给对方造成实际损失即构成侵权行为时，承担给付对方一定数量的金钱的一种责任形式。它是违反劳动合同法行为所要付出的代价，其目的是惩罚性的。经济赔偿金主要包括两个方面的赔偿金：一是用人单位给员工的赔偿金，另一个是员工给用人单位的赔偿金。本书将有关法律规定中的赔偿责任条款也划归到赔偿金的范畴进行说明。

（1）用人单位给员工的赔偿金

用人单位需要向员工支付赔偿金最常见的情况就是违规解除或者终止劳动合同，我国法律对这种情况的赔偿办法进行了规定，具体规定如下所示。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用

人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”《中华人民共和国劳动合同法》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。”正是因为经济赔偿金是惩罚性的，所要在这里要二倍给付，这也提高了用人单位的违法成本。国务院出台的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》对支付赔偿金后是否还需要支付经济补偿金进行了明确规定。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十五条规定：“用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。”

此外，《中华人民共和国劳动合同法》第八十九条规定：“用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”

（2）员工给用人单位的赔偿金

《中华人民共和国劳动合同法》第九十条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”根据上述规定，员工承担违反劳动合同的赔偿责任通常应满足三个条件，具体条件如图7-15所示。

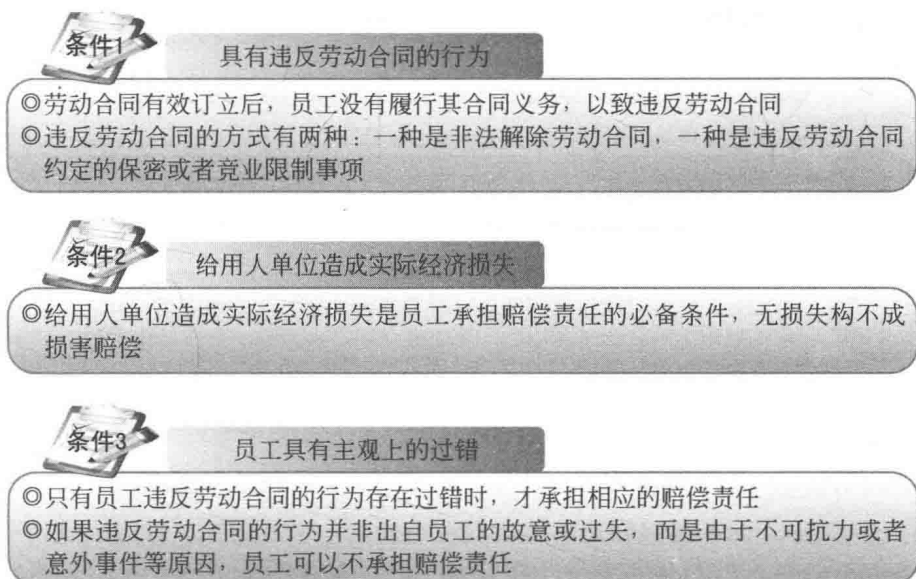


图7-15 劳动者承担违反劳动合同赔偿责任的条件



根据《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的规定,员工违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同,对用人单位造成损失的,员工应承担赔偿责任的范围主要包括四项:

- ① 用人单位招收、录用其所支付的费用;
- ② 用人单位为其支付的培训费用,双方另有约定的按约定办理;
- ③ 对生产、经营和工作造成的直接经济损失;
- ④ 劳动合同约定的其他赔偿费用。

7.6.4 代通知金

代通知金即代替通知金,是指用人单位在提出解除劳动合同或终止劳动合同时应该提前一个月通知的情况下,如果用人单位没有依法提前一个月通知的,而以给付一个月工资作为代替需要支付给员工的金额。

(1) 支付代通知金的情形

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条的规定,有如图7-16所示情形之一的,用人单位提前三十日以书面形式通知员工本人或者额外支付员工一个月工资后,可以解除劳动合同。

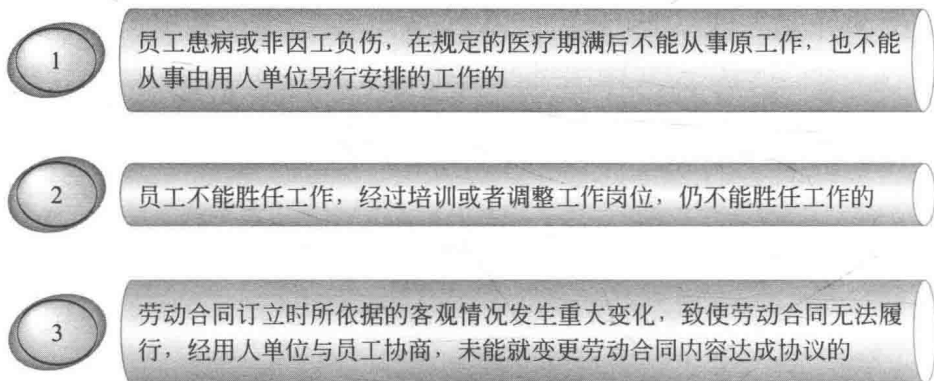


图 7-16 支付代通知金的三种情形

由此可知,法律明确规定,适用代通金的情形只有劳动合同法第四十条特定的三种情形,而不是只要是解除合同没有提前一个月通知,就应当支付一个月的代通知金。



案例回放 ▶▶

赵某在某公司担任财务主管，月薪1万元，因种种原因，该公司提出通过协商的方式解除劳动合同，并按法定标准支付2个半月经济补偿金（共计2.5万元整），该公司人力资源经理在协商解除劳动关系合同上签署“甲方于某日支付乙方（赵某）代通知金1万元及经济赔偿金1.5万元，双方此后再无任何争议”。数月后，该员工诉至仲裁部门，提出要求该公司支付法定经济补偿金2.5万元的余款1万元。



案例分析 ▶▶▶

根据上述案例的描述可知，本案情形不满足应支付代通知金的三种情形，企业协商解除劳动关系合同书中所述的1万元代通知金属于公司自愿行为。该案例中的公司因操作失当和措辞签署不当，而致使本应支付的经济赔偿金未能足额支付，故应支付经济补偿金1万元整。

（2）代通知金的支付标准

《中华人民共和国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。”

用人单位支付代通知金一般情况下是按照员工上个月的工资标准进行支付的。但要是员工上月工资标准过高或过低的，既有可能对用人单位不利，也有可能对员工不利，因此有些地方法规进行了详细规定，如上海市高级人民法院印发的《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》规定员工上月工资标准过高或过低的，可按照解除劳动合同之前员工12个月的平均工资标准进行支付。

（3）代通知金是否扣税

代通知金是用人单位在某些特殊情况下支付给员工的补偿，作为员工收入的一部分，那么代通知金是否需要扣税呢？

《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》第一条规定：“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（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），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；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕178号）的有关规定，计算征收个人所得税。”

代通知金属于规定的经济补偿金的一种，所以如果员工获得的代通知金数额在当地上年度职工平均工资3倍数额以内的，那么就不纳个人所得税；如果是超过3倍数额的，那么超过部分就要依据相关法规缴纳个人所得税。



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 8 章

集体合同与劳务派遣 中的法律问题



8.1

集体合同

8.1.1 集体合同与劳动合同等同吗

2009年赵玟和××工厂签订了三年的劳动合同。赵玟踏实肯干，工作表现突出，2012该工厂又与赵玟续签了为期三年的劳动合同。2013年，工会又通知赵玟，厂工会代表包括他在内的全体员工与工厂签订了新的集体合同。

赵玟对此比较费解，她想这集体合同和他去年签订的劳动合同一样吗？有区别吗？能互相替代吗？

（1）集体合同的定义

集体合同也称集体协议或团体协议，是用人单位与工会组织代表签订的以劳动条件（如劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项）为中心内容的书面集体协议。关于集体合同的定义，《集体合同规定》第三条解释为：“本规定所称集体合同，是指用人单位与本单位职工根据法律、法规、规章的规定，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、职业培训、保险福利等事项，通过集体协商签订的书面协议；所称专项集体合同，是指用人单位与本单位职工根据法律、法规、规章的规定，就集体协商的某项内容签订的专项书面协议。”

（2）集体合同与劳动合同的联系

《中华人民共和国劳动法》第十六条规定：“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。建立劳动关系应当订立劳动合同。”同时该法第三十三条规定：“企业职工一方与企业就可以劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项，签订集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。”由上述法律可知，集体合同与劳动合同为《中华人民共和国劳动法》规定的两种合同形式，存在一定联系。集体合同与劳动合同都具有保障员工合法权益的功能，而且集体合同是在劳动合同基础上产生和发展的，只有存在劳动合同，才能有集



体合同。

（3）集体合同与劳动合同的区别

尽管集体合同与劳动合同都是调整劳动关系的重要形式，也在订立目的、内容等方面有共同之处，但集体合同与劳动合同又有着明显的区别，两者不能等同，更不能相互代替。集体合同与劳动合同主要在签订目的、签订主体、合同内容、法律效力、责任承担、合同期限这六方面存在区别，具体如表8-1所示。

表8-1 集体合同与劳动合同主要区别一览表

类型 区别	集体合同	劳动合同
签订目的	维护劳动者整体的合法权益，调整和改善劳动关系，促进用人单位和劳动者的共同发展	利用合同制度实现和保护用人单位与劳动者个体双方当事人的权利和义务
签订主体	一方是用人单位，另一方是工会组织或劳动者按照合法程序推举的代表	用人单位和劳动者个体
合同内容	是关于用人单位一般劳动条件标准的约定，涉及劳动关系的各个方面，内容具有广泛性（专项集体合同仅涉及某个方面）、整体性，以全体劳动者共同权利和义务为内容	只涉及单个劳动者与用人单位的权利和义务
法律效力	集体合同规定用人单位的最低劳动标准，劳动合同约定的标准低于集体合同标准的一律无效，故集体合同的法律效力高于劳动合同	劳动合同标准不得违反集体合同规定
责任承担	用人单位违反集体合同的规定，侵害了工会和全体职工的合法权益并造成损失时，应承担赔偿责任；工会一方不履行集体合同的规定，一般由上级工会给予批评教育，纠正错误做法	违约可能导致一方解除劳动合同，过错方需向另一方承担相应的经济损失赔偿
合同期限	期限一般为1至3年	有三种期限，即有固定期限的、没有固定期限的和以完成一定工作任务为期限的

8.1.2 集体协商代表如何确定

集体合同的签订是建立在平等协商基础上的。所谓平等协商是指用人单位指定的协商代表与工会选派的协商代表（没有建立工会的，由职工民主推荐协



商代表)为签订集体合同进行商议的行为。

根据《集体合同规定》第十九条规定,集体协商代表(以下统称协商代表),是指按照法定程序产生并有权代表本方利益进行集体协商的人员。协商代表在集体协商中承担以下重要职责,因此合法、有效确定协商代表对集体合同的拟定及履行至关重要。

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

下面以一个案例来说明集体协商代表合法确定的重要性。



案例回放

某计算机配件生产厂总共有员工200名左右。该工厂是由一个小作坊发展而成的,管理水平一直比较低,员工文化水平普遍较低,维权意识也不强,所以该工厂一直没有成立工会。

2012年,为降低管理成本,该工厂人力资源部指定生产部、采购部、行政部的3名员工为协商代表,代表员工与工厂协商并签订了集体合同。新签订的集体合同中约定生产一线员工劳动定额为100件/天。集体合同一经公布后,员工纷纷表示不满,并找到人力资源部,说100件/天的劳动定额根本达不到,要求降低劳动定额。

人力资源部:随着公司新技术的引进及应用,这个定额以后是可以达到的。

员工:现在是现在,以后是以后。再说签订集体合同的人是你们自己选定的,根本就没有经过我们同意,所以这个集体合同我们不承认。

人力资源部:集体合同已经签订并生效,不能改变。

于是,双方就这么争吵起来。

员工和工厂的矛盾越来越激化,最后100多名员工以罢工来抗争。



为了平息这场罢工，人力资源部不得不发通知声明集体合同作废。

结合相关法律法规，分析该工厂人力资源部指定员工为协商代表签订集体合同的做法是否有误。



依法说案 ▶▶▶

《集体合同规定》第二十条规定：职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。

根据上述规定，结合本案例中工厂未成立工会的情况，该工厂协商集体合同时职工一方的协商代表应由职工民主推荐，并经本厂半数以上职工同意。因此可以看出，该工厂人力资源部指定协商代表签订集体合同的做法是有误的，在此情况下签订的集体合同是无效的。

为提高集体合同的签订效率，根据《中华人民共和国工会法》相关规定，该工厂也可以成立工会，这样该工厂就可以和工会选派的协商代表签订集体合同。

为确保集体合同协商及签订过程合法，从而确保集体合同有效，用人单位应对集体协商代表确定的要点有所了解及掌握，具体如下所示。

（1）集体协商代表的人数

根据《集体合同规定》第十九条规定，集体协商双方的代表人数应当对等，每方至少3人，并各确定1名首席代表。

（2）职工一方协商代表的确定

《集体合同规定》第二十条规定：“职工一方的协商代表由本单位工会选派。未建立工会的，由本单位职工民主推荐，并经本单位半数以上职工同意。

职工一方的首席代表由本单位工会主席担任。工会主席可以书面委托其他协商代表代理首席代表。工会主席空缺的，首席代表由工会主要负责人担任。未建立工会的，职工一方的首席代表从协商代表中民主推举产生。”

该法第二十三条规定：“集体协商双方首席代表可以书面委托本单位以外的专业人员作为本方协商代表。委托人数不得超过本方代表的1/3。首席代表不得



由非本单位人员代理。”

该法第二十四条规定：“用人单位协商代表与职工协商代表不得相互兼任。”

根据上述法律法规规定，职工一方协商代表的确定要求如图8-1所示。

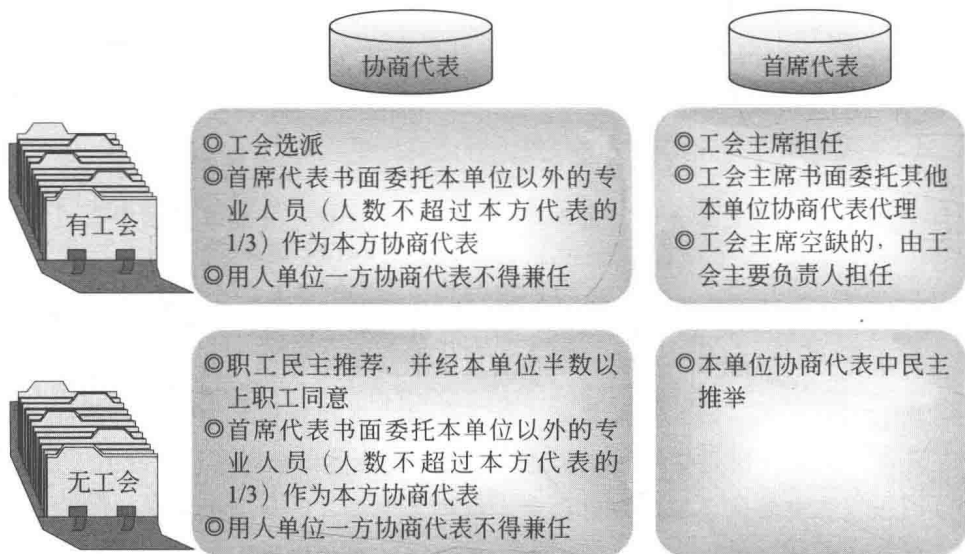


图8-1 职工一方协商代表的确定要求

（3）用人单位一方协商代表的确定

《集体合同规定》第二十一条规定：“用人单位一方的协商代表，由用人单位法定代表人指派，首席代表由单位法定代表人担任或由其书面委托的其他管理人员担任。”

根据上述条款规定，结合《集体合同规定》第二十三条、第二十四条规定，用人单位一方协商代表的确定要求如图8-2所示。

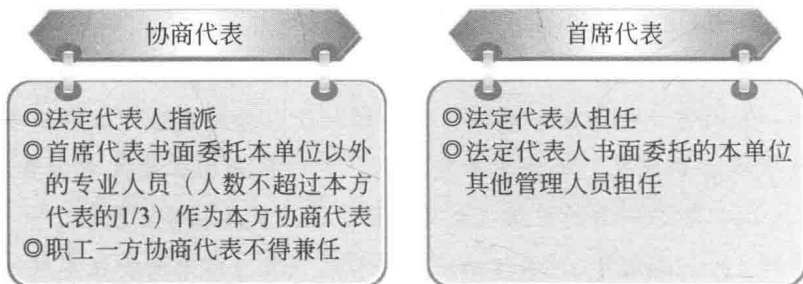


图8-2 用人单位一方协商代表的确定要求



（4）职工一方协商代表的更换

根据《集体合同规定》第三十条规定，工会可以更换职工一方协商代表；未建立工会的，经本单位半数以上职工同意可以更换职工一方协商代表。

（5）用人单位一方协商代表的更换

根据《集体合同规定》第三十条规定，用人单位法定代表人可以更换用人单位一方的协商代表。

同时参照《集体合同规定》第三十一条规定“协商代表因更换、辞任或遇有不可抗力等情形造成空缺的，应在空缺之日起15日内按照本规定产生新的代表”，不论是职工一方协商代表的更换，还是用人单位一方协商代表的更换，必须在产生空缺之日起15日内按照合法的程序及要求产生新的代表。

8.1.3 集体合同一经签订就生效吗



案例回放 ▶▶▶

某化工厂是一个有着500名职工的工厂。2016年12月，该厂领导正忙着与工会协商代表协商、签订集体合同。当地政府对劳动安全管理抓得很严，要求该化工厂改善劳动保护措施。改善劳动保护措施必然需花费大量的资金，考虑到目前经营艰难，再支出一笔大额现金必然会给工厂带来重大经济压力，于是该化工厂领导通过各种手段收买了协商代表，而后将有关劳动保护的内容在集体合同中删除了。随后，该化工厂把集体合同送劳动保障行政部门审查登记，同时也在厂里公布了。

职工们在看过了有关劳动保护的文件后，知道厂里目前未采取合理的劳动保护措施，对身体非常有害，且容易发生工伤事故。于是职工们纷纷将此情况反映到厂里，要求改善劳动保护措施。厂领导给出的答复是：今年的集体合同已经订立完毕，其中没有涉及改善劳动保护措施这一项，等明年签订集体合同时再考虑吧。再说，厂里现在经营有困难，一时拿不出改善劳动保护措施所需的经费，这也是和协商代表协商后才达成一致的，大家还是暂时忍耐一下吧。



依法说案 ▶▶▶

1. 该集体合同还未生效。根据《中华人民共和国劳动法》《集体合同规定》等法律法规规定,集体合同订立后,应当报送劳动保障行政部门;劳动保障行政部门自收到集体合同文本之日起15日内未提出异议的,集体合同即行生效。由本案例可知,集体合同虽报送劳动保障行政部门审查,但并没有等过15日后未收到异议通知后公布,而是选择立即公布,因此,该集体合同尚未生效。

2. 协商代表应当维护本单位正常的生产、工作秩序,不得采取威胁、收买、欺骗等手段。厂领导采用收买协商代表的方式,也会影响集体合同的完整性和合法性。

3. 根据《中华人民共和国劳动合同法》规定,因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

用人单位必须掌握集体合同的签订程序及要求,否则少一环都可能导致集体合同无效。

(1) 提出协商

《集体合同规定》第三十二条规定:“集体协商任何一方均可就签订集体合同或专项集体合同以及相关事宜,以书面形式向对方提出进行集体协商的要求。

一方提出进行集体协商要求的,另一方应当在收到集体协商要求之日起20日内以书面形式给予回应,无正当理由不得拒绝进行集体协商。”

根据上述法律规定,用人单位和职工方任何一方均可向对方提出协商签订集体合同或专项集体合同等的要求。协商要求应以书面形式提出,一方提出集体协商要求,另一方应在收到集体协商要求之日起20日内以书面形式给予回应,无正当理由不得拒绝。

(2) 确定协商代表

用人单位和职工方双方确定协商后,如果是首次协商或原有协商代表履行职责的期限已到期,则双方应确定相应的协商代表。

(3) 拟订集体合同草案

根据《集体合同规定》第三十四条、第三十五条、第三十六条的规定,协商代表拟订集体合同草案的步骤如图8-3所示。

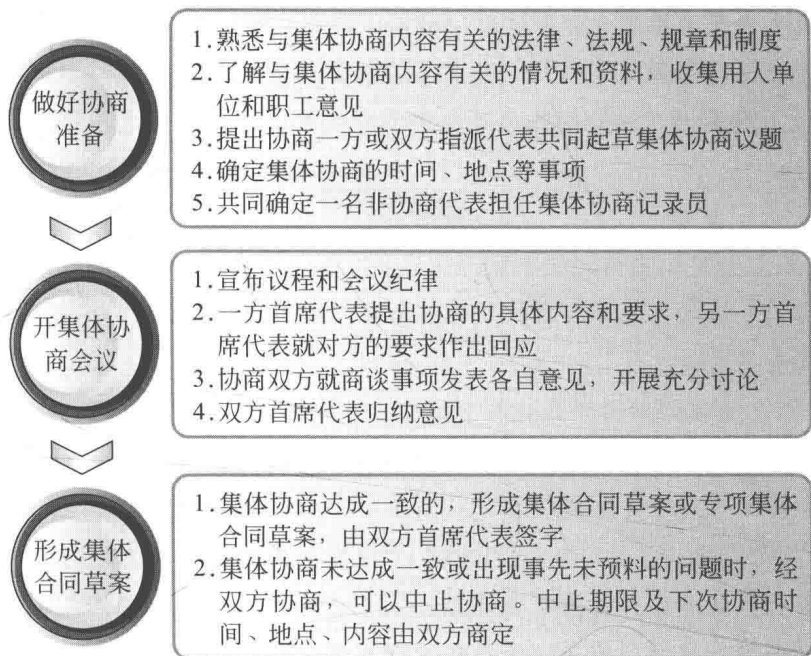


图8-3 拟订集体合同草案的步骤

（4）职代会或全体职工审议

《中华人民共和国劳动法》第三十三条规定：“集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。”

《集体合同规定》第三十六条规定：“经双方协商代表协商一致的集体合同草案或专项集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论。”

职工代表大会或者全体职工讨论集体合同草案或专项集体合同草案，应当有2/3以上职工代表或者职工出席，且须经全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意，集体合同草案或专项集体合同草案方获通过。”

根据上述法律条款规定可知，经双方协商代表协商一致形成的集体合同草案或专项集体合同草案应当提交职工代表大会或全体职工讨论。这是集体合同签订法定程序，未经审议，集体合同无效。同时集体合同草案或专项集体合同草案讨论时必须要有2/3以上职工代表或者职工出席，且草案须经全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意，方可通过。

（5）签字

《集体合同规定》第三十七条规定：“集体合同草案或专项集体合同草案经



职工代表大会或者职工大会通过后，由集体协商双方首席代表签字。”

由上述法律条款规定可知，协商双方首席代表应在经半数以上或者全体职工半数以上同意通过后的集体合同草案或专项集体合同草案上签字，这也是必经程序。

（6）登记备案

《中华人民共和国劳动法》第三十四条规定：“集体合同签订后应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。”

《中华人民共和国劳动合同法》第五十四条规定：“集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。”

《集体合同规定》第四十二条规定：“集体合同或专项集体合同签订或变更后，应当自双方首席代表签字之日起10日内，由用人单位一方将文本一式三份报送劳动保障行政部门审查。劳动保障行政部门对报送的集体合同或专项集体合同应当办理登记手续。”

《集体合同规定》第四十五条规定：“劳动保障行政部门对集体合同或专项集体合同有异议的，应当自收到文本之日起15日内将《审查意见书》送达双方协商代表。”

《集体合同规定》第四十七条规定：“劳动保障行政部门自收到文本之日起15日内未提出异议的，集体合同或专项集体合同即行生效。”

根据上述法律法规规定，集体合同或专项集体合同签订10日内，用人单位需将集体合同或专项集体合同文本一式三份报送劳动保障行政部门审查。集体合同或专项集体合同自送审15日内未收到异议通知的，集体合同或专项集体合同即生效；集体合同或专项集体合同自送审15日内收到《审查意见书》的，用人单位与本单位职工应就劳动保障行政部门提出异议的事项经集体协商重新签订集体合同或专项集体合同，然后再报审，报审通过方可生效。

（7）公布

根据《集体合同规定》第四十八条规定：“生效的集体合同或专项集体合同，应当自其生效之日起由协商代表及时以适当的形式向本方全体人员公布。”

由上述法律条款规定可知，集体合同或专项集体合同一经生效，用人单位应及时以适当的形式向全体职工公布。经印发、公布的集体合同或专项集体合

同,用人单位、工会组织和职工个人均应切实履行。

8.1.4 没签集体合同可以不受约束吗



案例回放

某超市的集体合同中有这样一条规定:在周末及节假日的超市经营活动中,员工需要延长一个小时的工作时间,超市按法律规定标准向员工支付加班费。

超市员工李某以自己没有签订集体合同为由,拒绝在周末与节假日延长一个小时的工作时间。

请问本案中,超市员工李某没有签订集体合同就可以不受集体合同约束吗?

上述案例中,虽然超市员工李某没有签订集体合同,但依然受集体合同的约束。因此该案例中,李某的主张是错误的。

(1) 集体合同的法律约束力

这是因为集体合同一旦签订,对于全体职工都具有约束力。集体合同的法律约束力即指集体合同的法律效力,按照法律规定集体合同签订并审查通过后即具有法律效力。除此之外,《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《集体合同规定》等对集体合同的法律约束力进行了明确规定,具体如下所示:

《中华人民共和国劳动法》第三十五条规定:依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十四条规定:“依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。”

《集体合同规定》第六条规定:“符合本规定的集体合同或专项集体合同,对用人单位和本单位的全体职工具有法律约束力。”

根据上述法律法规规定,依法签订的集体合同,对用人单位和用人单位的全体职工具有法律约束力。集体合同双方当事人必须全面履行集体合同规定的



义务,在集体合同生效期间(即合同成立之日至合同期限届满之日或双方约定的终止条件出现之时),任何一方不得擅自变更或解除集体合同。

(2) 违反集体合同规定的处理

《中华人民共和国劳动法》第八十四条规定:“因签订集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。

因履行集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

由上述法律规定可知,案例中李某作为集体合同当事人违反集体合同规定,用人单位可与其协商,要求其改过或承担相应的法律责任;协商不成,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。

当然,如果用人单位违法集体合同,侵犯职工劳动权益时,法律也赋予了工会、职工保护自己合法权益的权利。具体来说,工会可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第五十六条、第七十八条规定依法要求用人单位承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁、提起诉讼;职工申请仲裁、提起诉讼的,工会应依法给予支持和帮助。具体法律条款内容如下所示。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十六条规定:“用人单位违反集体合同,侵犯职工劳动权益的,工会可以依法要求用人单位承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。”

该法第七十八条规定:“工会依法维护劳动者的合法权益,对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的,工会有权提出意见或者要求纠正;劳动者申请仲裁、提起诉讼的,工会依法给予支持和帮助。”

8.1.5 劳动合同与集体合同哪个为准

在实践工作中,往往由于种种原因,存在劳动合同与集体合同约定不一致的情况,如劳动合同待遇低于集体合同,又或者是劳动合同待遇高于集体合同。发生这种不一致后,该以劳动合同为准还是以集体合同为准呢?这让很多用人单位产生困惑。

(1) 劳动合同待遇低于集体合同的处理



案例回放▶▶

王某2012年6月入职北京A公司，与A公司签订了为期3年的劳动合同，合同约定王某从事销售助理工作，月工资标准为2000元，并约定王某若一年内被顾客投诉三次，即构成严重违反公司的规章制度，公司可以与其解除劳动关系。

2013年5月，A公司工会代表职工与A公司签订了集体合同，集体合同中约定，公司员工的劳动报酬每月不得低于2500元。该公司的集体合同获得职代会通过，并经当地劳动保障行政部门审核后开始实施。

王某于2013年8月连续被顾客投诉三次，A公司据此与其解除劳动关系。王某同意解除劳动关系，但是提出了自己的要求，他说：自己与A公司签订了集体合同，工资标准不得低于2500元，但是公司每月仅发放2000元，公司应补足相应的差额。



依法说案▶▶

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条规定：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”因此，本案中，王某被投诉三次，属于严重违反公司规章制度的行为，符合解除劳动合同的条件，A公司据此与其解除劳动合同是符合法律规定的。

同时，依据《中华人民共和国劳动合同法》《集体合同规定》，用人单位与员工订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同。当集体合同规定了用人单位的最低劳动标准，劳动合同规定的各项劳动标准不得低于集体合同的规定，否则无效，无效部分以集体合同规定的标准代替。因此，本案中王某的工资标准不得低于2500元，A公司应补齐差额。具体来说，从集体合同生效之日到劳动



合同解除之日，王某在A公司的工作时间为3个月，因此A公司应按照 $(2500-2000) \times 3 = 1500$ 元的差额补齐工资。

《中华人民共和国劳动法》第三十五条规定：“职工个人与企业订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。”

《中华人民共和国劳动合同法》第十一条规定：“用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。”

该法第十八条规定：“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。”

同时该法第五十五条规定：“集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。”

《集体合同规定》第六条规定：“用人单位与职工个人签订的劳动合同约定的劳动条件和劳动报酬等标准，不得低于集体合同或专项集体合同的规定。”

根据上述法律法规规定，对于签订了集体合同的用人单位来说，集体合同对于本单位全部劳动合同都具有约束力，或者称为基准作用。这主要表现在如图8-4所示的两大方面。

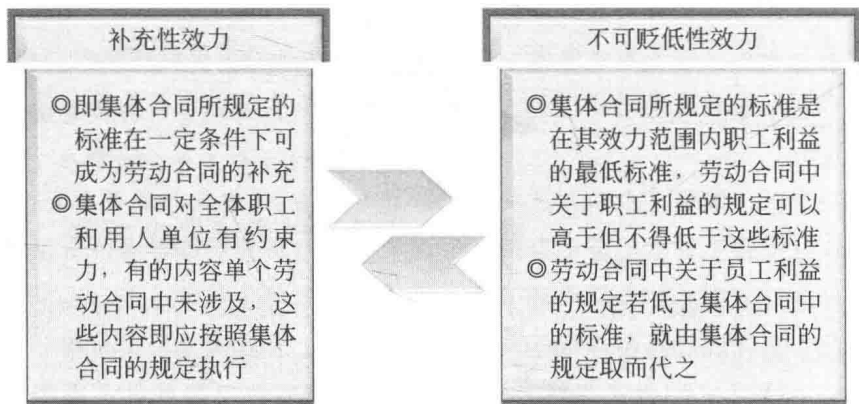


图8-4 集体合同基准作用的两大表现方面

（2）劳动合同待遇高于集体合同的处理

2013年6月，王某与S公司签订了为期两年的劳动合同，劳动合同中约定月工资为3000元，试用期2400元。发工资时，王某发现工资为2000元。因为新来公司工作，王某怕公司对自己的印象不好，所以就一直没有提出异议。后来两个月，王某收到的工资依次为2000元、2500元。王某找到公司人力资源部，说：劳动合同不是约定转正工资3000元吗，怎么是2500元呢？人力资源部说：咱们公司有集体合同，集体合同约定的工资是2500元，咱们是按照集体合同发的。

王某不服，遂找到工会。经工会要求，S公司改正了自己的错误，并为王某补发了工资。

劳动合同待遇与集体合同不一致时，尽管原则上以集体合同为准，但当劳动合同约定的劳动条件和劳动报酬等标准高于集体合同的，一般以劳动合同为准。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第十六条规定：“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”也就是说，当职工个人与用人单位签订劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准高于用人单位与协商代表签订的集体合同规定时，职工要求按劳动合同中的标准执行的，应当得到支持。

根据上述内容，可以得出一个基本结论，即当劳动合同、集体合同所规定的劳动条件、劳动报酬不一致时，为防范风险，用人单位应当按有利于维护职工权益的原则去执行。

8.2

劳务派遣

8.2.1 派遣单位选择不当有风险

劳务派遣又称人力派遣、人才租赁、劳动派遣、劳动力租赁、雇员租赁，是指用工单位与劳务派遣单位签订劳务派遣协议，劳务派遣单位与派遣劳动者订立劳动合同并支付报酬，而后劳务派遣单位将劳动者派遣至用工单位工作，再由用工单位向劳务派遣单位支付一笔服务费用的一种用工形式。劳务派遣可



简化管理程序,降低风险及成本,实现自主灵活用工。

尽管《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣行政许可实施办法》等对劳务派遣单位设置了较高的门槛,但是毕竟还是有些劳务派遣单位在相关资质、员工管理、经营水平等方面存在各种问题,所以用人单位应当加以认真甄别和细致遴选,避免因劳务派遣单位的违法行为导致自己承担连带责任。

我国对从事劳务派遣业务的企业或组织实施“行政许可”制度,具体法律规定如下。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十七条规定:“经营劳务派遣业务应当具备下列条件:

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

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

2013年7月1日起施行的《劳务派遣行政许可实施办法》第六条规定:“经营劳务派遣业务,应当向所在地有许可管辖权的人力资源社会保障行政部门(以下称许可机关)依法申请行政许可。未经许可,任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。”

该办法第七条规定:“申请经营劳务派遣业务应当具备下列条件:

- (一) 注册资本不得少于人民币200万元;
- (二) 有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施;
- (三) 有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度;
- (四) 法律、行政法规规定的其他条件。”

同时该办法第十三条规定:“申请人的申请符合法定条件的,许可机关应当依法作出准予行政许可的书面决定,并自作出决定之日起5个工作日内通知申请人领取《劳务派遣经营许可证》。”



案例回放 ▶▶▶

张某2011年与北京某劳务服务中心(无劳务派遣资质)签有一份



自2011年6月1日至2012年5月31日的劳务协议书,约定由劳务服务中心派遣张某至北京一家公司从事货物配送工作。进入北京某公司后,该公司一直没有给张某办理社会保险。

2012年3月1日,北京某公司通知张某以后不用来上班了,原因是张某分别在2012年2月27日和3月6日配送货物时未按照单据要求执行,遗漏了物品,影响了本公司的正常经营,根据公司相关制度规定,公司有权退工。

张某认为这两次配送出错,并非完全是自己的错误,该公司的商品派送工作共有五个步骤,每一步骤都有负责人,而自己只负责最后装箱的工作,故不能把所有错误都算在自己身上。

后张某到律师事务所进行了咨询,参考律师的建议,张某向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求北京某公司承担以下责任:

1. 因未签订劳动合同支付2011年6月1日至2012年3月1日的双倍工资差额18000元;
2. 补缴2011年6月1日至2012年3月1日的社会保险费;
3. 支付解除劳动合同的赔偿金2000元。

劳动争议仲裁委员作出裁决:对张某的全部申诉请求予以支持。



依法说案 ▶▶▶

根据《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣行政许可实施办法》规定,劳务派遣应通过具有劳务派遣资质的单位进行,否则视为劳动者与用工单位之间建立劳动关系。本案中,北京某劳务服务中心不具备劳务派遣资质,因此其与张某的劳动合同无效;而张某与北京某公司之间实际履行劳动权利义务,故双方应为劳动关系。根据劳动合同法规定,北京某公司应履行相关义务,即与张某签订劳动合同,为张某缴纳社会保险,违法解除劳动合同需支付赔偿金等。

《中华人民共和国劳动合同法》第九十二条规定:“劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的,由劳动行政部门责令限期改正;逾期不改正的,以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款,



对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”由此可见，违法使用派遣员工，给被派遣员工造成损害的，用工单位承担连带赔偿责任。

在实际工作中，用工单位在选择派遣单位时，应首先审查对方是否“五证”齐全，即工商营业执照、组织机构代码证、税务登记证、社保登记证、劳务派遣经营许可证；若不齐全，应拒绝与其合作。

其次，用工单位应选择与那些经营管理规范、品牌信誉好、资本实力雄厚的大中型优秀派遣单位合作，这样可以降低小派遣单位管理不规范或跑路等导致风险转移的概率。

最后，当劳务派遣单位派遣劳动者时，用工单位应查询派遣给本单位的劳动者的劳动合同、纳税证明、社保缴纳证明等，以减小本单位承担连带责任的风险。

8.2.2 派遣员工日常使用管理

《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳务派遣暂行规定》等对派遣员工的日常管理提出了要求。为确保能合理、合法使用派遣员工，防止违法行为的产生，用工单位在对派遣员工日常管理中应掌握以下七大要点。

（1）劳务派遣用工范围

《中华人民共和国劳动合同法》第六十六条、《劳务派遣暂行规定》第三条均对劳务派遣用工的范围进行了明确规定，根据规定用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者，具体劳务派遣用工范围如图8-5所示。

（2）劳务派遣用工比例

《中华人民共和国劳动合同法》第六十六条规定：“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。”

《劳务派遣暂行规定》第四条对劳务派遣用工的比例进行了明确规定，具体规定为：“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。”

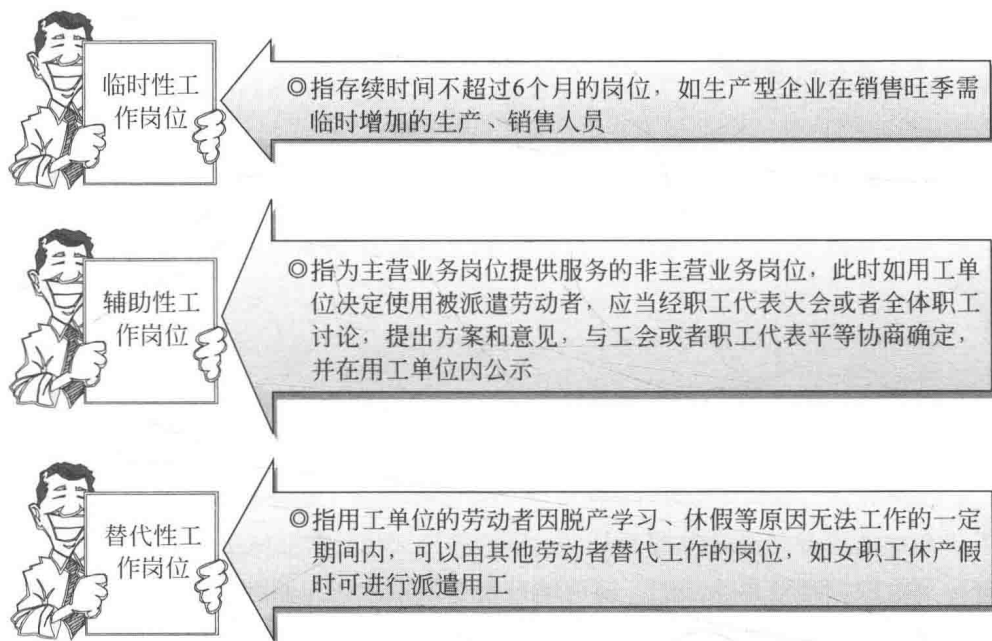


图8-5 劳务派遣用工范围

前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。”

(3) 劳务派遣用工形式

根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第三十条规定，劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。

(4) 劳务派遣期限

《中华人民共和国劳动合同法》第五十九条规定：“劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。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。”

根据上述法律条款规定，用工单位应与劳务派遣单位订立劳务派遣协议，并在劳务派遣协议中约定劳务派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短



期劳务派遣协议。

(5) 不得收取费用



案例回放

2013年3月,孙某与广东某劳务公司签订了劳动合同,随后该劳务公司派遣孙某到M公司工作。上岗第一天,M公司要求孙某向该公司支付100元/月的管理费。孙某觉得不合理,于是反映到劳务公司,并向有关专家进行了咨询。

《中华人民共和国劳动合同法》第六十条规定:“劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。”上述案例中,用工单位M公司向被派遣劳动者孙某收取管理费是违法的,将可能被责令限期改正;逾期不改正时将可能受到罚款,若给被派遣劳动者造成损害的,将可能承担连带赔偿责任。

(6) 同工同酬

《中华人民共和国劳动合同法》第六十三条规定:“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则,对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的,参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议,载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

《劳务派遣暂行规定》第七条也明确指出,劳务派遣协议内容包括“按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式”。

由上述法律法规规定可知,用人单位在分配劳动报酬时,应按照同工同酬的原则向被派遣劳动者分配。



案例回放

小刘与某劳务派遣公司签订了两年的劳动合同,继而被派往某公司担任客服代表一职。小刘在该公司发现,做同样的客服代表工作,

自己的工资要比公司正式员工少 1000 元。

小刘要求公司增加工资并批准自己加入公司工会，但公司认为小刘是派遣员工而均未批准。



依法说案 ▶▶▶

上述案例中，公司的做法存在违法行为。

《中华人民共和国劳动合同法》第六十三条规定，被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。而该公司在给小刘发放工资时明显比同类岗位员工的工资少，所以存在违法。

《中华人民共和国劳动合同法》第六十四条：“被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。”该公司拒绝小刘加入公司工会也存在违法。

（7）不得再派遣及自派遣

《中华人民共和国劳动合同法》第六十二条规定：用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。同时该法第六十七条规定：“用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。”

根据以上法律条款规定，用工单位不能将派遣到本单位的员工再派遣到其他用人单位，本条款也与从事派遣业务的单位必须具有派遣资质的要求相符合。除此之外，用人单位也不能自设劳务派遣单位向本单位派遣劳动者。

8.2.3 正式员工转派遣工处理



案例回放 ▶▶▶

小林在上海一家银行客服部上班，与银行签有 5 年的劳动合同且合同未到期。日前，客服部经理通知客服部全体人员与某劳务派遣公



司签订劳务派遣合同，并说“这是单位的安排，不签就得走人”。

小林等人认为自己已经在这家银行工作三四年了，现在却要和一个从来没听说过、也不知道在哪里的劳务派遣公司签订劳动合同，太没保障了，因此拒绝签订劳务派遣合同。

该银行在支付了小林等人当月工资后，就让他们回家待岗，也没有再通知其回银行上班，实际上就是将小林等人解雇了。

两个月后，小林等人依旧没收到公司的复岗通知，于是一起找到银行要说法。银行却拿出了离职通知书要求小林等人签订，且没有承诺任何补偿。

小林等人气不过，遂向当地劳动仲裁委员会申请仲裁，要求银行支付解除劳动合同补偿金。



依法说案 ▶▶

本案中用人单位的做法是违法的。根据法律规定，在劳务派遣用工中，被派遣劳动者不与用工单位签订劳动合同，只与派遣单位建立劳动关系。如果用工单位直接将其员工中途转为劳务派遣工，实际上是与这些员工解除了劳动关系。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。根据上述法律规定，如果员工不愿意转为劳务派遣工，要求继续履行原劳动合同，用人单位应继续履行。如果员工不要求继续履行原劳动合同或原劳动合同不能继续履行，用人单位应依法向员工支付赔偿金。赔偿金按经济补偿标准的两倍支付。

如果用人单位将转为劳务派遣工的情况及法律后果明确告知员工，与员工协商一致，员工同意解除劳动合同，则用人单位只需依法支付经济补偿金。经济补偿依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条的相关规定执行：“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。”

用人单位在处理正式员工转派遣工时，应掌握如图8-6所示的五大要点。

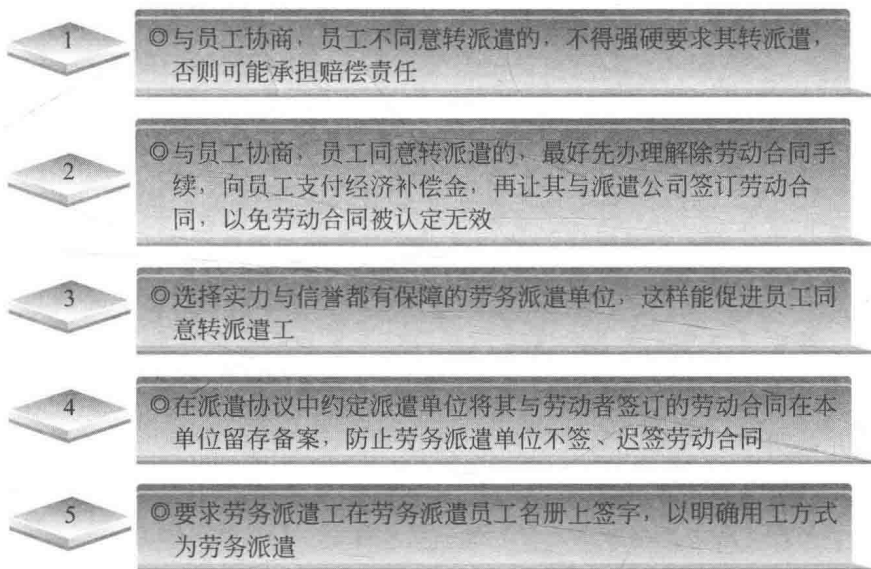


图8-6 正式员工转派遣工五大处理要点

8.2.4 劳务派遣工退回处理



案例回放

案例1：某证券公司与某保安公司签订了劳务派遣协议。该保安公司与刘某等签订了劳动合同，后派遣刘某等前往证券公司从事保安工作。在工作期间，刘某与证券公司的一客户张某发生争吵，继而殴打张某，导致张某脸部受轻微伤。后张某向有关部门进行投诉，要求刘某及证券公司赔礼道歉，这不仅影响了证券公司正常的办公秩序，也给证券公司带来了极其不良的社会影响。证券公司以“上班打架斗殴影响恶劣”为由，将刘某退回了保安公司。

案例2：2013年，刘女士被一家劳务派遣公司A派遣到B公司从



事销售工作。2013年9月,张女士发现自己怀孕,并将此情况报告给B公司及A公司。而B公司获知消息后,以张女士怀孕不适合从事现在工作为由将张女士退回A公司。A公司以张女士在B公司工作期间怀孕为由,拒绝了B公司退回刘女士的申请。



依法说案 ▶▶

《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣暂行规定》均对用工单位的退工做出了明确限定,以加强对被派遣劳动者的保护,形成良好、有序、规范的劳务派遣市场。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第六十五条规定,被派遣劳动者严重违反用人单位的规章制度的,用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位。因此,案例1中,证券公司在证据充足、确凿的情况下,可以将刘某退回保安公司。

根据《劳务派遣暂行规定》第十三条规定,被派遣女劳动者在孕期、产期、哺乳期的,在派遣期限届满前,用工单位不得依据本规定第十二条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位;派遣期限届满的,应当延续至相应情形消失时方可退回。因此,案例2中,B公司不得将怀孕的刘女士以“怀孕不适合从事现在工作”为由退回派遣单位。

根据《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣暂行规定》等法律法规规定,用工单位应对可依法办理退工的情形及不得办理退工的情形有所了解及掌握,防止用工风险。

(1) 可依法办理退工的情形

《中华人民共和国劳动合同法》第六十五条规定:“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。”

《劳务派遣暂行规定》第十二条规定:“有下列情形之一的,用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位:

(一) 用工单位有劳动合同法第四十条第三项、第四十一条规定情形的;

(二) 用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；

(三) 劳务派遣协议期满终止的。

被派遣劳动者退回后在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。”

由上述法律法规规定可知，在下列情形且证据充足的情况下，用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位。

- ① 被派遣劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；
- ② 被派遣劳动者严重违反用工单位的规章制度的；
- ③ 被派遣劳动者严重失职，营私舞弊，给用工单位造成重大损害的；
- ④ 被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成用工单位的工作任务造成严重影响，或者经用工单位提出，拒不改正的；
- ⑤ 被派遣劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；
- ⑥ 被派遣劳动者被依法追究刑事责任的；
- ⑦ 被派遣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，也不能从事由用工单位另行安排的工作的；
- ⑧ 被派遣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；
- ⑨ 劳务派遣协议订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳务派遣协议无法履行，经用工单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳务派遣协议内容达成协议的；
- ⑩ 依照企业破产法规定进行重整，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的；
- ⑪ 生产经营发生严重困难，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的；
- ⑫ 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；
- ⑬ 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，需要裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的；



⑭ 用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；

⑮ 劳务派遣协议期满终止的。

（2）不得办理退工的情形

《劳务派遣暂行规定》第十三条规定：“被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得依据本规定第十二条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。”

《劳务派遣暂行规定》第十二条第一款第一项规定为用工单位有劳动合同法第四十条第三项、第四十一条规定情形的，用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位。

根据上述法律法规规定，被派遣劳动者有如图8-7所示的情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得以“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”及依法裁员为由，将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。

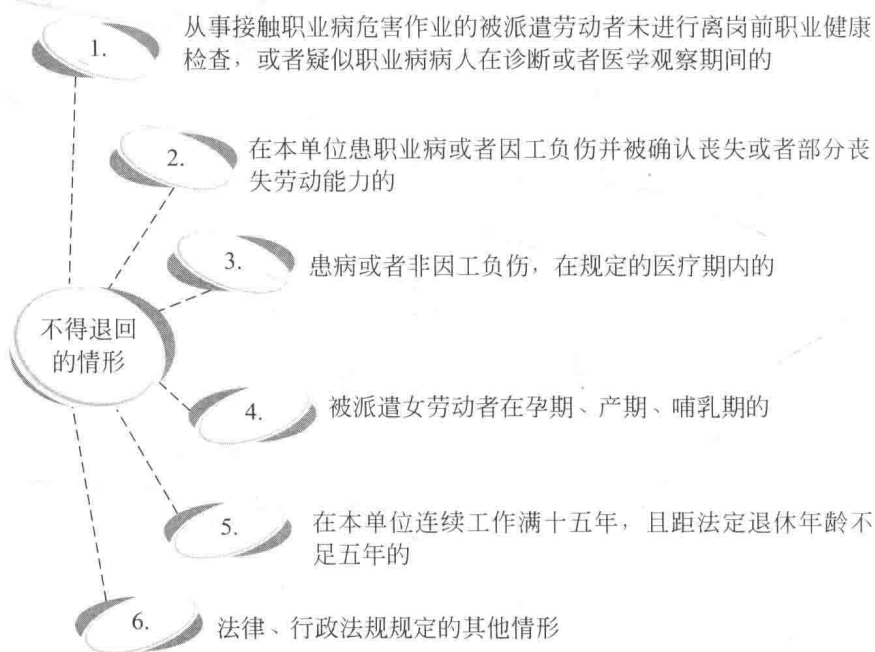


图8-7 被派遣劳动者不得退回的情形



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

第 9 章

劳动争议处理中的 法律问题



9.1

劳动争议协商调解

9.1.1 劳动争议的法律界定

用人单位与员工之间经常会因种种原因而产生矛盾、争议等。在处理这些争议之前,用人单位首先需判断这些争议是否属于劳动争议,属于劳动争议的方可依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》进行处理,不属于的应区分其性质参照其他法律法规进行处理。

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》等有关法律法规规定,劳动争议法律界定情况如表9-1所示。

表9-1 劳动争议法律界定情况表

法律界定		法律依据
属于劳动争议的情形	◎ 因确认劳动关系发生的争议; ◎ 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议; ◎ 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议; ◎ 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议; ◎ 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议; ◎ 法律、法规规定的其他劳动争议	《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条
不属于劳动争议的情形	◎ 劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷; ◎ 劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷; ◎ 劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷; ◎ 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷; ◎ 个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷; ◎ 农村承包经营户与受雇人之间的纠纷	《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第七条

此外,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释

(二)》第三条规定,劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉,诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的,视为拖欠劳动报酬争议,按照普通民事纠纷受理。

在确定用人单位与员工之间的争议是否属于劳动争议外,除可参照国家法律法规规定,用人单位也可参照当地主管部门制定的涉及劳动争议界定的法律法规条款。

下面以一个社会保险缴费纠纷案例来进行说明。



案例回放

乔某是广州市W公司的一名保安,于2009年7月进入该公司工作,公司一直没有为其缴纳过社会保险费。2012年3月,W公司以经济性裁员为由,与乔某解除劳动合同,并依法支付了足额的经济补偿金。乔某要求W公司为其补缴工作期间的各项社会保险费,W公司却不予理睬。

乔某无奈,遂向公司劳动争议调解委员会申请调解,但劳动争议调解委员会却认为社会保险争议不属于劳动争议的范畴,对乔某的调解申请不予受理。乔某只好向当地劳动仲裁委员会申请仲裁。



依法说案

本案中,劳动争议调解委员会认为社会保险争议不属于劳动争议的范畴,是错误的,其法律依据如下。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条规定,中华人民共和国境内的用人单位与劳动者因社会保险发生的争议,适用本法,即属于劳动争议调解仲裁的范围。

此外,《广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见综述》第二条规定:社会保险费纠纷属于《劳动法》调整范围。劳动者因用人单位不缴或少缴社会保险费不服仲裁,提起诉讼的,人民法院应予受理。



9.1.2 协商调解是必经程序吗



案例回放 ▶▶▶

许某于2012年7月18日入职某工厂，担任生产一线人员，签订的劳动合同期限为2012年7月18日至2014年7月17日。2014年6月17日，某工厂通知许某，2014年7月17日合同到期后将与其终止劳动合同，不再续签，请许某于2014年7月16日办理离职手续。

许某提出其入职至今没有获得任何加班补贴，认为某工厂违反劳动法，于是与某工厂协商，要求其满足以下条件，方同意办理离职手续。

1. 某工厂支付其2012年至2014年加班费累计14368元（延长工作时间、休息日、法定休假日）。
2. 某工厂支付其经济补偿金，补偿金为 $2500 \times 2 = 5000$ （元）。

某工厂称：自2012年7月开始，本工厂对生产一线员工进行了薪酬制度改革，实行计件工资制度，在制定工时标准和工时定额时已考虑加班费、住房补贴等因素在内。为配合实行计件工资制度，生产一线人员的工作时间实行不定时工作制。因此不存在加班费支付问题。

双方协商未果，许某想申请仲裁，此时却有人告诉他应先申请调解。许某对此比较困惑，不知自己该怎么做。



依法说案 ▶▶▶

1. 协商调解不是劳动争议处理的必经程序。

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四条、第五条规定，劳动争议发生后，用人单位及员工双方当事人可以就争议事项进行协商，找出解决争议的方法。当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解。

同时根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第五条规定，发生劳动争议后，当事人不愿协商或者协商不成、不愿调解或调解不成的都可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。由此可知，协商调解并

不是劳动争议解决的必经程序。

2. 本案若进行调解, 某工厂可参考下述调解技巧。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定, 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, 员工不同意续订的情形外, 因劳动合同期满终止固定期限劳动合同的, 用人单位应当向员工支付经济补偿。根据上述规定, 徐某要求某工厂支付经济补偿金及补偿金额度是合法的、毋庸置疑的。

因此, 本案的焦点在于某工厂不定时工作制的执行问题。在发生劳动争议时, 双方当事人订立的劳动合同的部分文本条款是否合理、合法, 便成为判断某工厂和许某之间过错责任的关键所在。

具体来说, 某工厂可参考下述调解顺序及技巧。

① 人力资源部立即着手成立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会成员由某工厂的员工关系部专员、人力资源部经理、许某所属部门的主管、职工代表组成。

② 劳动争议调解委员会与某工厂沟通, 了解争议经过及相关事实情况。调解员介入后收集相关文件资料, 首先确定某工厂与许某订立劳动合同的时候, 合同文本上是否列明了实行不定时工作制; 其次要明确某工厂是否持有经当地人力资源和社会保障部门批准实施不定时工作制的批文。经核实, 某工厂并没有申请到不定时工作制的批文。根据《中华人民共和国劳动合同法》中关于劳动合同效力的条款说明, 可以判定即使“劳动合同条款中双方约定执行不定时工作制度”, 该劳动合同条款也是无效的。随后, 劳动争议调解委员将不定时工作制不合法的原因及利害向某工厂讲明。

③ 劳动争议调解委员会与许某进行面谈, 表明作为第三方中立的立场, 愿意其与某工厂进行正当利益的沟通, 同时告知其利弊得失、客观地分析事实情况。

④ 在劳动争议调解委员会的主持下, 员工与用人单位达成调解, 并签署调解协议: 由用人单位依法支付许某2012年至2014年加班费, 并支付经济补偿。



劳动争议协商,指劳动争议发生后,当事人就争议事项进行协商,在自愿、互谅的基础上达成和解协议,快速、简洁地解决争议的方法。而劳动争议调解,是指劳动争议调解委员会对发生的劳动争议,在查明事实、分清是非、明确责任的基础上,依照国家劳动法律、法规,以及依法制定的企业规章和劳动合同,通过民主协商的方式,推动双方互谅互让,达成协议,消除争议的一种活动。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四条规定:“发生劳动争议,劳动者可以与用人单位协商,也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商,达成和解协议。”

同时该法第五条规定:“发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除本法另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。”

根据上述法律规定可知,协商解决并不是劳动争议解决的必经程序,不愿协商或者协商不成的,不愿调解或调解不成的,当事人有权申请仲裁直至诉讼程序。

调解虽然不是劳动争议处理的必经程序,但却是劳动争议处理中的“第一道防线”,是我国劳动争议处理的重要组成部分。在现实中,出于缓和与员工之间的矛盾、维护良好形象、避免对簿公堂、快速妥善解决争议等原因,在发生劳动争议后,大多用人单位还是优选协商调解这一方式。为确保协商调解劳动争议顺利进行,用人单位应掌握以下内容。

(1) 劳动争议的处理程序

发生劳动争议后,用人单位或员工当事人可选择如图9-1所示的程序进行处理。

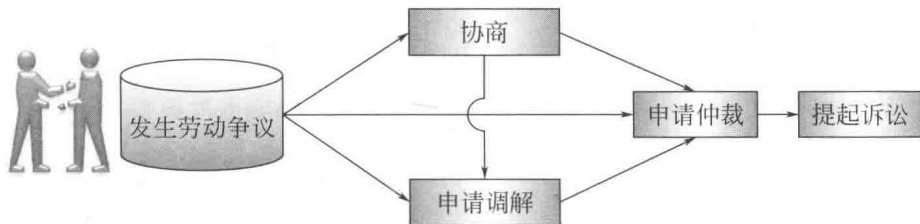


图9-1 劳动争议的处理程序

（2）劳动争议的协商调解原则

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第三条规定：“解决劳动争议，应当根据事实，遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，依法保护当事人的合法权益。”

具体来说，用人单位必须把握如图9-2所示的四大原则，做好劳动争议协商调解工作。

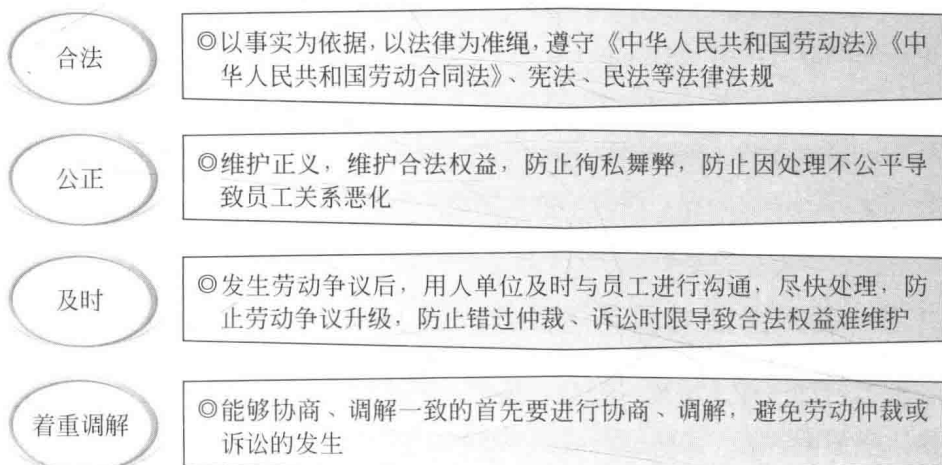


图9-2 劳动争议协商调解四大原则

（3）劳动争议调解组织

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十条规定，可以进行劳动争议调解的组织有三种，具体如下所示。

① 企业劳动争议调解委员会。企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

② 依法设立的基层人民调解组织。

③ 在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

（4）劳动争议的调解程序

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十二条、第十三条、第十四条及第十五条规定，劳动争议的调解程序如下所示。

① 劳动争议一方当事人以书面申请或口头申请的方式向劳动争议调解组织申请调解。



② 劳动争议调解组织收到劳动争议调解申请后,应及时指派调解员对劳动争议进行全面调查,听取双方当事人对事实和理由的陈述,做好笔录并签名或盖章。

③ 劳动争议调解组织在查明事实、分清是非的基础上,依照有关劳动法律、法规、用人单位规章制度和劳动合同等,耐心疏导,公正调解,帮助其达成协议。

④ 经调解达成协议的,劳动争议调解组织制作一式三份的调解协议书,协议书应写明双方当事人的姓名(单位、法定代表人)、职务、争议事项、调解结果及其他需说明的事项,并由双方当事人签名或盖章,经调解员签名并加盖调解组织印章后生效。调解协议书签订后,对双方当事人具有约束力,双方当事人应自觉履行协议内容。自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的,当事人可以依法申请仲裁。

9.1.3 调解协议书具有法律效力吗

根据劳动法律、法规、规章的规定,用人单位和员工之间发生劳动争议,当事人申请调解的,调解组织根据当事人的协商结果制作的调解协议书仅具有合同约束力,并不具备法律强制执行效力,一方不履行调解协议,另一方不能申请人民法院强制执行。只有国家授权的劳动争议仲裁委员会在仲裁过程中及人民法院在诉讼过程中,根据当事人的协商结果制作的调解书才具有法律效力,一方不履行的,另一方才可申请人民法院强制执行。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十五条规定:“达成调解协议后,一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的,另一方当事人可以依法申请仲裁。”因此,法律并没有赋予调解协议书具有强制执行效力。

但是《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十六条又规定:“因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议,用人单位在协议约定期限内不履行的,劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。”这就使因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成的调解协议书,具有依法向人民法院申请支付令的权利。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十六条规定,债务人在收到支付令之日起十五日内不提出异议又不履行支付令的,债权人可以向人民法院申请执行。



案例回放 ▶▶

小马于2011年10月进入H公司工作。2013年9月劳动合同到期，公司与小马协商调换其工作岗位，并续订了3年期的劳动合同。小马到新岗位后，长时间不适应工作，经常出现错误，公司对其培训后仍然无法胜任工作。随后，公司决定将小马辞退，但不愿意支付经济补偿金。

小马向企业劳动争议调解委员会提起调解申请，经过调解后，H公司同意在一个月内向小马支付经济补偿金，双方当事人和协调员均在调解协议书上签字确认。

一个月过后，小马仍未收到H公司的经济补偿金。为了维护自己的合法权益，小马想申请劳动争议仲裁，但又觉得程序烦琐，不知能不能持调解协议书直接向法院起诉。



依法说案 ▶▶

经过企业劳动争议调解委员会调解达成的调解协议书对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十六条规定，此案中，H公司与小马就经济补偿事项达成调解协议，H公司在协议约定期限内不履行的，小马可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令，无须走劳动仲裁和诉讼的程序。

鉴于调解协议书不具备强制执行力的特点，用人单位与员工达成调解协议后，可以立即向依法设立的仲裁机构申请仲裁立案，将双方书面调解协议书转换为具有强制执行力的仲裁调解书。若一方当事人不履行仲裁调解书，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请强制执行。



9.2

劳动争议仲裁

9.2.1 如何选择劳动争议仲裁地点

某猎头公司K总部设在甲地，并分别在乙地、丙地设立了分公司。2010年8月，家住乙地的童某接受K公司乙地分公司的聘请做猎头顾问，并签订了为期两年的劳动合同。在2012年8月童某的劳动合同期满时，由于其工作出色，K公司总部表示愿意安排其到丙地分公司做副经理，并提供80万元的安家费。童某对总部提出的建议表示同意，于是同总部续签了为期两年的劳动合同。在2013年1月，由于公司战略调整，童某与总公司产生纠纷，并经过多次协商后未达成一致，于是，2013年3月童某回到乙地，并向乙地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

乙地劳动争议仲裁委员会认为根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定，对于此案，其不具管辖权，故将本案移送丙地劳动争议仲裁委员会。

K公司总部得知后，对丙地劳动争议仲裁委员会提出异议。K公司表示童某与公司签订的劳动合同已注明一旦发生劳动争议，由甲地的劳动争议仲裁机构提出仲裁申请，因此，丙地的劳动争议仲裁机构没有管辖权。而童某则表示丙地是劳动合同的履行地，因此，应该由丙地劳动争议仲裁委员会管辖。

上述案例涉及甲地、乙地和丙地三地，其中，甲地是用人单位总部的所在地，乙地是员工户籍所在地以及初次签订劳动合同后的合同履行地，而丙地是双方续签劳动合同后的合同履行地。那么在员工与用人单位发生劳动争议后，且双方对劳动争议仲裁机构的管辖权主张不一致时，应该如何选择仲裁地点呢？

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十一条规定：“劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。”

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。”

此法律条款明确回答了用人单位选择仲裁地点需考虑的三个问题，具体如

图9-3所示。

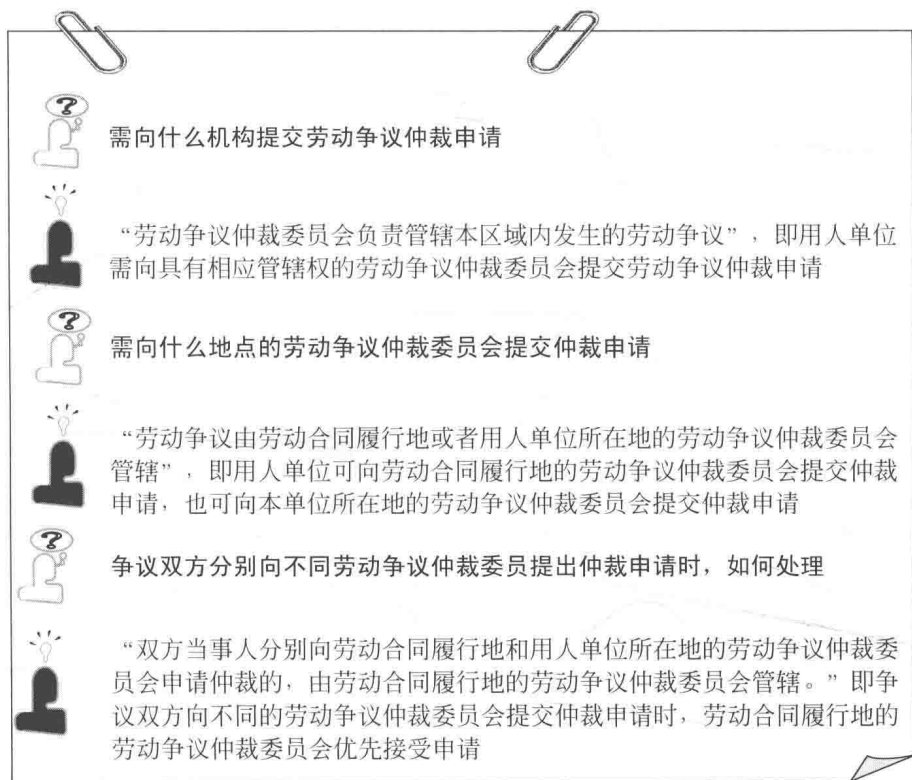


图9-3 劳动争议仲裁地点选择问题解答说明图

由此可以看出，上述案例中乙地劳动争议仲裁委员会将案件移送给丙地劳动争议仲裁委员会的做法是合法可行的。但是需要明确的是，乙地劳动争议仲裁委员会移送案件的依据是《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》对于仲裁地点选择的规定，而非K公司与童某签订劳动合同中的约定内容。这是因为劳动争议仲裁地点的选择是法定的，而不是由争议双方协商确定的。

在上述案例中，如果童某不是向乙地的劳动争议仲裁委员会提交仲裁申请，而是向丙地劳动争议仲裁委员会提交仲裁申请，那么丙地劳动争议仲裁委员会应该受理；当然若童某向甲地劳动争议仲裁委员会提交仲裁申请，甲地劳动争议仲裁委员会也应该受理。

9.2.2 劳动争议仲裁时效是什么

劳动争议仲裁时效指是劳动争议权利人在法定期间内不行使权利的事实持



续至法定期间届满，便丧失胜裁权的制度，即劳动争议权利人需在法定的期限内向劳动争议仲裁机构提出仲裁申请，以获得劳动争议仲裁机构对其合法权益的保护；当相关权利人超过法定期限提出仲裁申请，劳动争议仲裁机构对其合法权益不予保护。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条指出“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年”，即劳动争议当事人需在一年的一年法定期限内向劳动争议仲裁机构提出仲裁申请，否则，其胜裁权丧失。

用人单位采用仲裁手段维护合法权益及应对仲裁案件时，需注意劳动争议仲裁时效的限制，具体来说需明确以下内容。

（1）仲裁时效期间起始时间确定

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定：“仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”此条款即表明劳动争议仲裁时效期限的起始时间可概括为两类，即当事人知道其权利被侵害之日和当事人应当知道其权利被侵害之日，具体说明如图9-4所示。

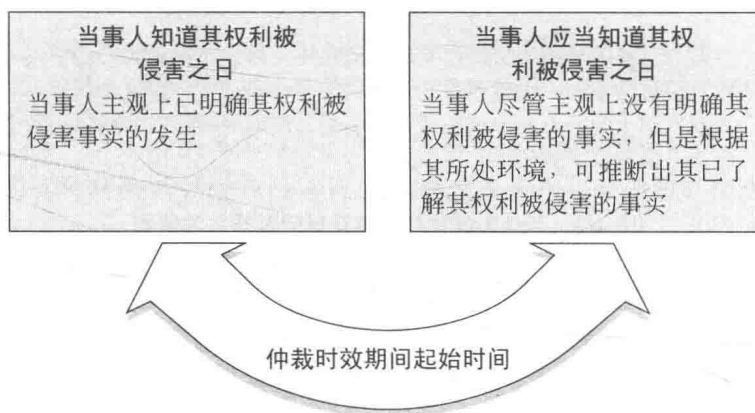


图9-4 仲裁时效期间起始时间说明图

但是需要指出的是，对于劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，员工提出仲裁申请的不受《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条管理仲裁时效期间起始时间的限制，即此情形下的仲裁时效期间起始时间不以“当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日”为准，但是在劳动关系终止后，以劳动关系终止之日算起。

（2）仲裁时效中断处理

仲裁时效中断是指在劳动争议仲裁时效进行过程中，因相关法定事由出现

而使得已经履行的仲裁时效无效，而在时效中断事由消除后，重新计算仲裁时效的情形。对于仲裁时效中断事由的认定及仲裁时效中断后的处理，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条做出以下规定，即“前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算”。具体仲裁时效中断事由的说明如表9-2所示。

表9-2 仲裁时效中断事由说明表

仲裁时效中断事由类别	事由说明	示例
当事人一方向对方当事人主张权利	当事人对对方当事人做出的相关处理有异议而明确要求对方履行相关义务以维护个人合法权益	员工对用人单位做出的罚款决定不认同，向用人单位提出申诉
当事人一方向有关部门请求权利救济	当事人就劳动争议向相关部门请求权利救济，以维护个人合法权益	员工就薪酬争议向用人单位所在区域的劳动保障部门反映情况，要求相关部门解决争议
对方当事人同意履行义务	对方当事人同意履行相关义务或同意提出的相关要求	用人单位向员工承诺在一个星期内补发所欠的加班工资



案例回放

2009年1月，田某到K公司担任销售主管，负责甲产品的销售工作。双方在劳动合同中约定田某的薪酬组成为基本工资+提成奖金，且提成奖金的核算与发放标准以公司的《销售提成方案》为依据。2010年3月，田某与Z公司签订了标的为50万的销售合同，但是在4月份，田某由于个人原因从K公司离职，公司未付其提成奖金。遂田某在5月份向K公司提出支付提成奖金的要求。而K公司则称由于该项业务的货款Z公司未完全支付，根据公司《销售提成方案》的规定，客户货款到位后公司才会支付提成奖金，因此，K公司向田某承诺，一旦Z公司的货款到位，即刻按《销售提成方案》支付其2万元的提成奖金。田某同意公司的要求，并就提成奖金的支付签订协议。

在2011年6月，Z公司向K公司支付了全部的货款，田某得知这一情况后，要求K公司按照协议支付提成奖金，但K公司以田某已离



职，且货款由其他人员收回为由拒绝支付奖金。田某与K公司多次协商无果，遂于2011年7月向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求K公司按照协议支付提成奖金。

劳动争议仲裁委员会受理了田某的申请，但K公司却提出田某提出仲裁申请的时间已超过法律规定的仲裁时效，故劳动争议仲裁委员会需以田某胜裁权丧失为基准审理此案。劳动争议仲裁委员会对K公司的主张进行明确回复：田某在劳动争议仲裁时效内提出仲裁申请，故劳动争议仲裁委员会对K公司的主张不予支持，原因如下所示。

田某在2010年4月离职，发现公司未支付提成奖金，遂在5月向K公司提出支付提成奖金的要求，即满足“当事人一方向对方当事人主张权利”这一仲裁时效中断事由；同时双方签订协议，且在协议中K公司已承诺会在全部货款支付完毕后支付提成奖金，即满足“对方当事人同意履行义务”这一仲裁时效中断事由，因此，在2010年5月劳动争议仲裁时效中断。在2011年6月田某向K公司再次提出支付提成奖金而遭到K公司拒绝时，法定的劳动争议仲裁时效中断事由消失，即从2011年6月开始，重新计算劳动争议仲裁时效。因此，田某在2011年7月提出仲裁申请属于劳动争议仲裁时效范围内，故劳动争议仲裁委员会对田某的合同权益予以保护，而对K公司的主张不予支持。

劳动争议仲裁委员会经过审理，裁决K公司需按照其与田某签订的协议支付销售提成2万元。

（3）仲裁时效中止处理

仲裁时效中止是在劳动争议仲裁时效进行过程中，因法定事由的出现而导致仲裁时效计算停止，并在时效中止事由消除后，继续计算仲裁时效的情形。对于仲裁时效中止法定事由的认定及仲裁时效中止后的相关处理，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条进行了明确规定，即“因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算”。具体仲裁时效中止事由的说明如表9-3所示。

表 9-3 仲裁时效中止事由说明表

仲裁时效中断事由类别	事由说明
不可抗力	◎《中华人民共和国民法通则》第一百五十三条将不可抗力规定为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”，如发生地震、洪水等
其他正当理由	◎ 无民事行为能力或者限制民事行为能力劳动者的法定代理人未确定，该事由依据《劳动人事争议仲裁办案规则》第十一条规定 ◎ 劳动争议当事人向企业劳动争议调解委员会提出调解申请，该事由依据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第八十九条 ◎ 劳动争议仲裁委员会的办事机构对未予受理的仲裁申请逐件向仲裁委员会报告并说明情况，仲裁委员会受理审查期间，该事由依据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第九十条 ◎ 法定代理人死亡、丧失代理权 ◎ 劳动争议当事人因患重大疾病而影响权利行使等

9.2.3 谁承担劳动争议举证责任

劳动争议举证责任是劳动争议当事人对其提出的主张负有收集或提供证据的义务，并承担运用该证据证明其主张的案件事实成立的责任。在劳动争议仲裁过程中，劳动争议当事人一般按照“谁主张谁举证”的原则承担举证责任，但是对于一些特殊的案件，其举证责任由用人单位承担。

对于劳动争议举证责任的承担者及其举证要求，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》和《劳动人事争议仲裁办案规则》分别作出了明确规定，具体说明如图 9-5 所示。

具体劳动关系争议、薪酬发放争议、劳动者违纪违规争议举证责任的划分如下所示。

(1) 劳动关系争议的举证责任

劳动关系争议主要涉及劳动关系的建立争议与劳动关系的解除争议，其举证责任说明如图 9-6 所示。

(2) 薪酬发放争议的举证责任

薪酬发放争议主要涉及工资数额争议、工资发放时间争议、加班工资支付争议、福利支付争议等，具体说明如下所示。



劳动争议举证责任法律法规条款

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条规定：发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果

《劳动人事争议仲裁办案规则》第十七条规定：当事人对自己提出的主张有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果

第十八条规定：在法律没有具体规定，依本规则第十七条规定无法确定举证责任承担时，仲裁庭可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担

第十九条规定：承担举证责任的当事人应当在仲裁委员会指定的期限内提供有关证据。当事人在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。

第二十条规定：当事人因客观原因不能自行收集的证据，仲裁委员会可以根据当事人的申请，参照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定予以收集；仲裁委员会认为有必要的，也可以决定参照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定予以收集

图 9-5 劳动争议举证责任法律法规条款示意图

劳动关系建立争议举证责任

- ☆实行“谁主张谁举证”的举证原则，即主张劳动关系成立的一方对劳动关系成立负责举证责任，如主张方可通过提供劳动合同、工资发放/领取凭证、社保缴纳凭证等证明劳动关系的建立
- ☆当劳动者已证明其为用人单位提供劳动，即证明与用人单位已建立劳动关系，如用人单位对劳动者的主张不予认同，主张劳动关系不成立的，其必须提交反驳证据
- ☆劳动者与用人单位未签订劳动合同，主张方主张建立劳动合同时，可提供工资支付/领取凭证、社保缴纳凭证、用人单位向劳动者发放的工作证等身份证明证件、劳动者填写的登记表、考勤记录等作为证据，根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》，其中工资支付凭证或记录、社保缴纳记录、劳动者填写的“登记表”“报名表”等招用记录、考勤记录由用人单位提供

劳动关系解除争议举证责任

- ☆对于劳动者主张解除劳动关系的，劳动者需提供证据证明其辞职原因属实，但与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供
- ☆对于用人单位主张解除或终止劳动关系，用人单位需提供证据证明其解除或终止劳动关系行为的合法性

图 9-6 劳动关系争议举证责任说明表

① 工资数额争议的举证责任

工资数额争议主要涉及两种情形，一种是劳动者主张的工资标准高于实际发放或约定的数额，另一种是用人单位减少劳动者工资发放数额。对于第一种情形，劳动者需提供证据证明其主张的合法性、合理性；对于第二种情形，用人单位需提供劳动者近年来工资发放情况以及减发工资数额的依据与减发依据成立的事实证明等证据。

② 工资发放时间争议的举证责任

工资发放时间争议主要涉及发放时间认定不统一和用人单位无故拖欠两种情况。争议当事人对工资发放时间认定不一致的情况，主张方需提供证据证明自己的主张；对于用人单位无故拖欠工资的情况，用人单位需提供证据证明其未延发工资，如合法的薪酬管理制度、工资发放记录等，或是提供证据证明延发工资原因合法属实，并与劳动者协商一致，如用人单位近期经营情况报表、与员工签订的延发工资的协议等。

③ 加班工资发放争议的举证责任

加班工资发放争议主要涉及两大类型，即双方对是否存在加班事实主张不同、双方对加班时间主张不同，其举证责任说明如表9-4所示。

表9-4 加班工资争议举证责任说明表

争议类型	举证责任说明
双方对是否存在加班事实主张不同	劳动者主张存在加班，用人单位否认存在加班，此时劳动者对加班事实负有举证责任，但当劳动者有证据证明用人单位掌握相关证据时，可由用人单位提供考勤记录、工资表等相关证据；如用人单位主张其采用不定时工作制或综合计算工时工作时，因此不认定加班事实存在的，用人单位需提供证据对其所采取的工时制的合法性及相应工作时间的合法性进行证明
双方对加班时间主张不同	加班事实一旦成立，用人单位承担加班时间举证责任；如用人单位难以对具体时间进行举证的，采信劳动者主张的时间

④ 福利支付争议的举证责任

福利支付争议主要根据福利性质分为法定福利争议和补充福利争议两种情形，其举证责任说明如表9-5所示。



表9-5 福利争议举证责任说明表

争议类型	举证责任说明
法定福利争议	◎ 对于工伤待遇、“三期”待遇等争议,劳动者需提供相关证据证明情况属实,如工伤认定结果、伤残认定结果、工伤治疗时间、工伤治疗费用、“三期”起止时间、“三期”内花费费用凭证等。如用人单位否认工伤或主张劳动者违反“三期”规定,其需进行举证证明 ◎ 对于涉及高温补贴等工作条件补偿的争议,用人单位负有举证责任,以证明劳动者工作的实际情况是否满足相关补偿发放标准 ◎ 对于年休假的争议,劳动者一方对于入职前的工作年限要承担相应的举证责任。在对待劳动者要求的未休年休假争议时,用人单位应负举证责任,举证证明劳动者年休假的情况及已休情况
补充福利争议	◎ 一般由劳动者负有举证责任,证明存在相关福利的事实 ◎ 用人单位的相关制度或劳动合同明确不支付相关福利的,用人单位承担举证责任,证明不支付相关福利的原因

(3) 劳动者违纪违规争议的举证责任

当用人单位主张劳动者存在严重违纪违规行为时,用人单位负有举证责任,即用人单位需提供合法合理的单位相关规章制度、规章制度公示记录、劳动者违规违纪事实认定记录等证据,证明劳动者严重违纪违规的事实。



案例回放▶▶▶

2011年4月,凤某到某房产中介公司L做人事专员,其与L公司签订为期2年的劳动合同,约定工资3500元/月。2012年5月,凤某因工作中的问题与老板单某发生争吵,此后单某经常指责凤某工作不认真,并在2012年7月以“凤某工作不认真,工作能力差”为由将其工资降为3000元/月。凤某认为公司的理由过于牵强,遂找单某理论,要求其提供证据证明自己“工作不认真,工作能力差”,否则,恢复其原有工资。但单某却称凤某“自己心里明白工作是不是认真、工作是不是有能力”,因此,“不需要公司提供证据”,并且拒绝凤某提出的恢复原有工资的要求。凤某无奈,向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求L公司恢复其原有工资水平。

在庭审过程中,仲裁庭要求L公司提供证据,证明凤某“工作不

认真，工作能力差”，但L公司称“理应由凤某自己证明其认真工作，且工作能力达到公司要求”，并且难以提供相关证据。因此，仲裁庭根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十三条的规定，即“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任”，认定本案中L公司未承担其相应的举证责任，不能证明其降低凤某工资事由属实，故根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第十七条“承担举证责任的当事人应当在仲裁委员会指定的期限内提供有关证据。当事人在指定期限内不提供的，应当承担不利后果”的规定，裁决对凤某“要求L公司恢复其原有工资水平”的主张予以支持。

9.3

劳动争议诉讼

9.3.1 劳动争议诉讼的适用情形有哪些

劳动争议诉讼是劳动争议当事人对劳动争议裁决结果不满意，而在规定时间内向人民法院起诉的行为。在我国现行的法律体系中，劳动争议实行先裁后审制度，即劳动争议仲裁是劳动争议诉讼的前置程序，对于未经过仲裁的劳动争议申诉案件，人民法院不予受理。

先裁后审主要包括两种情形，即确实经过仲裁前置程序的情形和视为经过仲裁前置程序的情形，具体说明如下所示。

（1）确实经过仲裁前置程序的情形

确实经过仲裁前置程序的情形即劳动争议当事人向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，而劳动争议仲裁委员会对劳动争议当事人申请的案件作出裁决。在此情形下，当劳动争议当事人对裁决结果不满意时，可向人民法院提出诉讼，具体说明如表9-6所示。



表 9-6 劳动争议诉讼提起情形说明表

情形	情形说明	备注
劳动争议当事人对终局裁决结果不满	◎ 劳动者对裁决结果不满意时，即可根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十八条的规定在收到仲裁裁决书后的一定时间内向人民法院提起诉讼 ◎ 用人单位有证据证明终局裁决结果存在下述问题时，可根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十九条的规定，在收到仲裁裁决书后的一定时间内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决 （一）适用法律、法规确有错误的； （二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的； （三）违反法定程序的； （四）裁决所根据的证据是伪造的； （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的； （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的 仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。	终局裁决主要指《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十七条所规定的情形，即“下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力： （一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议； （二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。”
劳动争议当事人对非终局裁决结果不满	劳动争议当事人对于非终局裁决的劳动争议案件的仲裁裁决不服时，可在收到仲裁裁决书后的一定时间内向人民法院提起诉讼	《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第五十条

（2）视为经过仲裁前置程序的情形

视为经过仲裁前置程序的情形是指劳动争议当事人向劳动争议仲裁机构提出仲裁申请，但劳动争议仲裁机构对相关案件不予受理或未在规定时间内作出裁决的情形。在此情形下，劳动争议当事人可依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十九条、第四十四条的相关规定向人民法院提起诉讼。

第二十九条规定：“劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。”

第四十四条规定：“仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会

受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的,经劳动争议仲裁委员会主任批准,可以延期并书面通知当事人,但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的,当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行裁决。”

9.3.2 劳动争议诉讼时效是什么

劳动争议诉讼时效是指相关权利人在法定期间内不行使权利的事实至法定期间届满即丧失胜诉权的制度,即权利人未在法定时限内提前上诉的,法律对其合法权益不予保护。对于劳动争议诉讼时效,《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》作出了明确的规定,具体说明如下所示。

第四十八条规定:“劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

第四十九条规定:“用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一的,可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决:

- (一)适用法律、法规确有错误的;
- (二)劳动争议仲裁委员会无管辖权的;
- (三)违反法定程序的;
- (四)裁决所根据的证据是伪造的;
- (五)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;
- (六)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的,应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的,当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。”

第五十条规定:“当事人对本法第四十七条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼;期满不起诉的,裁决书发生法律效力。”



HUMAN RESOURCE
MANAGEMENT

LEGAL PRACTICE NOTES



人力资源管理法务 实战笔记

附录 人力资源常用法律 法规表



人力资源日常工作中经常用的法律法规如下表所示：

人力资源常用法律法规表

规范事项	法律法规名称	颁布单位	施行日期
招聘录用	《中华人民共和国就业促进法》	全国人大常委会	2008年1月1日
	《就业服务与就业管理规定》	原劳动和社会保障部	2008年1月1日
	《人才市场管理规定》（修正）	人力资源和社会保障部	2015年4月30日
	《中华人民共和国居民身份证法》（修正）	全国人大常委会	2012年1月1日
	《外国人在中国就业管理规定》（修正）	原劳动部、公安部、外交部、外经贸部	2010年11月12日
	《中华人民共和国出境入境管理法》	全国人大常委会	2013年7月1日
	《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》	国务院	2013年9月1日
劳动合同	《中华人民共和国劳动法》	全国人大常委会	1995年1月1日
	《中华人民共和国劳动合同法》	全国人大常委会	2008年1月1日
	《中华人民共和国劳动合同法实施条例》	国务院	2008年9月18日
	《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》	原劳动部	1995年1月1日
	《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》	原劳动部	1995年8月4日
	《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》	原劳动部	1995年5月10日
	《集体合同规定》	原劳动和社会保障部	2004年5月1日
	《关于确立劳动关系有关事项的通知》	原劳动和社会保障部	2005年5月25日
	《劳动部办公厅关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》	原劳动部办公厅	1995年10月10日
	《对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》	原劳动部办公厅	1995年1月19日
	《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》	原劳动部	1996年10月31日

续表

规范事项	法律法规名称	颁布单位	施行日期
劳动合同	《企业经济性裁减人员规定》	原劳动部	1995年1月1日
	《中华人民共和国合同法》	全国人民代表大会	1999年10月1日
	《中华人民共和国工会法》(修正)	全国人民代表大会	2001年10月27日
	《劳务派遣行政许可实施办法》	人力资源和社会保障部	2013年7月1日
	《劳务派遣暂行规定》	人力资源和社会保障部	2014年3月1日
劳动标准	《关于职工工作时间有关问题的复函》	原劳动部	1997年9月10日
	《国务院关于职工工作时间的规定》	国务院	1995年5月1日
	《〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》	原劳动部	1995年5月1日
	《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答》	原劳动部	1995年4月22日
	《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》	原劳动部	1995年1月1日
	《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》	原劳动和社会保障部	2008年1月3日
	《全国年节及纪念日放假办法》(修正)	国务院	2014年1月1日
	《职工带薪年休假条例》	国务院	2008年1月1日
	《企业职工带薪年休假实施办法》	人力资源和社会保障部	2008年9月18日
	《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》	原劳动部	1995年1月1日
	《中华人民共和国职业教育法》	全国人大常委会	1996年9月1日
培训保密	《特种作业人员安全技术培训考核管理规定》	安全生产监督管理总局	2010年7月1日
	《中华人民共和国反不正当竞争法》	全国人大常委会	1993年12月1日
	《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复》	国家工商行政管理局	1998年6月12日
	《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(修正)	国家工商行政管理局	1998年12月3日



续表

规范事项	法律法规名称	颁布单位	施行日期
薪酬绩效	《最低工资规定》	原劳动和社会保障部	2004年3月1日
	《关于工资总额组成的规定》	国家统计局	1990年1月1日
	《工资支付暂行规定》	原劳动部	1995年1月1日
	《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》	原劳动部	1995年5月12日
	《中华人民共和国个人所得税法》(修正)	全国人大常委会	2011年9月1日
	《中华人民共和国个人所得税法实施条例》(修正)	国务院	2011年9月1日
	《关于个人与用人单位解除劳动合同关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》	财政部国家税务总局	2001年10月1日
劳动保护	《女职工劳动保护特别规定》	国务院	2012年4月28日
	《劳动部关于女职工禁忌劳动范围的规定》	原劳动部	1990年1月18日
	《中华人民共和国残疾人保障法》(修正)	全国人大常委会	2008年7月1日
	《中华人民共和国传染病防治法》	全国人大常委会	2013年6月29日
	《中华人民共和国传染病防治法实施办法》	卫生部	1991年12月6日
	《公共场所卫生管理条例实施细则》	卫生部	2011年5月1日
	《公共场所卫生管理条例》	国务院	1987年4月1日
	《禁止使用童工规定》	国务院	2002年12月1日
	《中华人民共和国未成年人保护法》	全国人大常委会	1992年1月1日
	《未成年工特殊保护规定》	原劳动部	1995年1月1日
	《中华人民共和国职业病防治法》(修正)	全国人大常委会	2011年12月31日
	《职业健康检查管理办法》	卫生计生委	2015年5月1日
	《用人单位职业健康监护监督管理办法》	安全生产监督管理总局	2012年6月1日
	《中华人民共和国安全生产法》(修正)	全国人大常委会	2014年12月1日



续表

规范事项	法律法规名称	颁布单位	施行日期
社会保险	《中华人民共和国社会保险法》	全国人大常委会	2011年7月1日
	《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》	人力资源和社会保障部	2011年7月1日
	《社会保险费申报缴纳管理规定》	人力资源和社会保障部	2013年11月1日
	《社会保险费征缴暂行条例》	国务院	1999年1月22日
	《社会保险登记管理暂行办法》	原劳动和社会保障部	1999年3月19日
	《工伤保险条例》(修正)	国务院	2010年12月20日
	《失业保险条例》	国务院	1999年1月22日
	《国务院关于完善企业职工基本养老保险制度的决定》	国务院	2005年12月3日
	《企业职工生育保险试行办法》	原劳动部	1995年1月1日
劳动争议	《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》	全国人大常委会	2008年5月1日
	《劳动人事争议仲裁办案规则》	人力资源和社会保障部	2009年1月1日
	《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》	最高人民法院	2001年4月30日
	《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》	最高人民法院	2006年10月1日
	《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)》	最高人民法院	2010年9月14日
	《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》	最高人民法院	2013年2月1日
	《中华人民共和国民事诉讼法》(修正)	全国人大常委会	2013年1月1日
备注	◎ 1998年在原劳动部基础上组建了劳动和社会保障部 ◎ 2008年,在原人事部与原劳动和社会保障部的基础上组建了人力资源和社会保障部		

- ✓ 单胞胎和双胞胎哺乳时间一样吗?
- ✓ 单位是否有义务帮助外地户口员工异地使用公积金购房?
- ✓ 已故员工的住房公积金是否可继承?
- ✓ 试用期员工是否可以随意离职?
- ✓ 长达30天的离职通知期可用年假抵吗?
- ✓ 扣发工资迫使员工离职有多少风险?
- ✓ 支付了经济补偿就能立即裁员?
- ✓ 孕期遇经济性裁员如何处理?
- ✓ 一方拖延执行调节协议书怎么办?
- ✓ 如何选择劳动争议仲裁地点?
- ✓ 劳动争议仲裁时效是多久?

公司解决人力资源纠纷 员工捍卫自己合法权益

- ✓ 全新的人力资源管理法律法规
- ✓ 有理有据的规范化用工操作指南
- ✓ 超实用人力资源管理问题解决措施

销售分类建议: 人力资源管理

ISBN 978-7-122-26746-7



定价: 68.00元