

《社会保障案例分析及释疑》系列丛书

劳动合同法案例分析及释疑

山西焦煤社会保障事务管理局

二〇一四年四月

前 言

《劳动合同法》是为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定的一部重要法律。

为更好地坚持以人为本，进一步强化《劳动合同法》在社会保障工作中的权益保护作用，推进规范管理，促进各级从业人员的政策理论水平和业务操作技能，社会保障事务管理局收集、整理、汇编了《劳动合同法案例分析及释疑》。分为总则、劳动合同的订立、劳动合同的履行和变更、劳动合同的解除和终止、特别规定、监督检查、法律责任和附则案例等八个部分，共 139 个具体案例分析。

《劳动合同法案例分析及释疑》作为业务培训教材和宣传资料，对社会保障各项工作必将起到指导和帮助作用。汇编中如有疏漏或不足之处，敬请指正。

目 录

第一部分	总则	1
第二部分	劳动合同的订立	7
第三部分	劳动合同的履行和变更	51
第四部分	劳动合同的解除和终止	93
第五部分	特别规定	151
第一节	集体合同	151
第二节	劳务派遣	159
第三节	非全日制用工	182
第六部分	监督检查	213
第七部分	法律责任	239
第八部分	附则	285

第一部分 总 则

【案例 1】

【基本案情】 北京某电器有限责任公司在通过北京市人才交流中心举办的招聘活动中，聘用了王某为该公司的销售经理，王某毕业于北京某财经大学市场营销专业，持有该校的本科毕业证书和毕业文凭。双方经过协商一致订立了劳动合同，约定劳动合同期限为 2 年，试用期 1 个月，试用期间工资为每月 3000 元，试用期结束后工资每月为 3500 元。按照公司的规定以销售金额享受提成奖金。王某就职以后，凭借其出色的业务能力，使公司的销售金额大幅上升。但是在合同履行了 3 个月后，公司发现王某的毕业证书和毕业文凭均系伪造，于是通知王某解除劳动合同。王某不服，向劳动争议仲裁委员会提出仲裁，认为公司违反合同的约定解除劳动合同，应当支付解除劳动合同的补偿金。庭审中，王某认为，公司根据其工作经历聘用了他，实际的工作业绩已经证明了其能胜任这一工作。虽然其毕业证书和文凭系伪造，但是，公司在招聘过程中负有核实责任和义务。公司没有尽到核实的义务，其过错在公司，这并不影响劳动合同的效力，劳动合同当然有效。公司认为，王某采用欺诈手段与公司签订了劳动合同，根据法律的规定属于当然无效，并不存在劳动合同解除支付补偿金的问题。劳动争议仲裁委员会经过审理后裁决：王某与该电器公司签订的劳动合同无效，王某要求公

司支付劳动合同解除补偿金的请求没有法律依据，不予支持。

【分析意见】 本案争议的焦点是：王某在签订劳动合同中是否采用欺诈手段，同电器公司签订的劳动合同是否有效？

1. 王某的行为构成欺诈

所谓欺诈，是指故意欺瞒他人，使其陷于错误判断，并基于此错误判断而为意思表示之行为。一个行为是否构成欺诈，必须符合以下四个要件：

(1) 欺诈人有欺诈的故意：欺诈的故意是指明知自己的陈述虚假的，并会导致对方陷入错误认识而希望或放纵这种结果的发生。欺诈的故意包括两方面：

- ①陈述虚假事实的故意；
- ②诱使他人陷入错误认识的故意。

(2) 欺诈人实施了欺诈行为：欺诈行为是指欺诈人故意陈述错误事实或故意隐瞒真实情况使他人陷入错误认识的行为。故意陈述错误事实和故意隐瞒真实情况是构成欺诈行为的两个方面。

(3) 被欺诈人因欺诈而陷入错误：所谓错误，是指对合同内容及其他重要情况的认识有缺陷。构成欺诈一般必须是被欺诈人的错误认识与欺诈人的欺诈行为之间具有因果关系。简言之，如果被欺诈人订立合同，那么必须是欺诈人提供的虚假情况与合同内容有密切关系，并且被欺诈人因欺诈人提供的虚假情况对合同内容发生了错误认识。

(4) 被欺诈人因错误认识而为意思表示：如果被欺诈

人的意思表示并不是因欺诈行为而作出的，则不构成欺诈。这表明被欺诈人的意思表示与欺诈行为之间具有因果联系。

根据以上的分析，王某的行为已经构成了欺诈，首先他有希望通过假文凭来欺骗该电器公司的故意；其次，他制作了假文凭并且向该电器公司出示了相应的文凭和毕业证书；再次，该电器公司相信了王某的假文凭；最后，该电器公司因错误认识而同王某签订了劳动合同，作出了错误的意思表示。

2. 劳动合同无效

《劳动合同法》第26条第1款第(1)项规定，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的劳动合同无效。

在本案中，王某的行为已经不仅仅是民事欺诈的问题，其办理假文凭的行为严重违背了诚实信用原则，已经构成了违法。根据《劳动合同法》第3条的规定，王某在订立劳动合同之时应当遵循诚实信用原则，王某违反了这一基本原则而欺诈用人单位订立劳动合同，因此，所签订的劳动合同必然无效，当然不能因此而获得解除劳动合同的补偿金。

【案例2】

【基本案情】肖某是上海一家中日合资企业的员工，因公司没有汽车和专职司机，为了工作方便与一家出租汽车公司签订了租赁合同，以租赁该汽车公司的车作为公用。但肖某偷偷配了一把公车钥匙。2002年7月，他乘司机不在，与同事开车出去，被领导发现，肖某与同事受到罚款处理。肖某不吸取教训，在同年8月，他又开着公车带女友兜风。

为了不让公司发觉，他将油箱里的汽油加满，又让人把计程器往回调，自以为做得天衣无缝。谁料，就在他偷偷送回单位时，恰巧碰上了一个日方管理人员。公司以肖某偷开公车，屡教不改、弄虚作假为由，与肖某解除了劳动合同。丢了工作的肖某，很不服气，于是以公司从未向他宣传过规章制度、处理过重为由，向劳动争议仲裁委员会提出申诉。公司对此解释说：公司有业务规定：入职培训时，就明确告诉了员工，非司机人员不得驾驶公车，但肖某却对此置若罔闻，屡屡违反。根据《劳动法》第25条第（2）项的规定，公司解除了与他的劳动合同。对此劳动和争议仲裁委员会应如何裁决呢？

【分析意见】 肖某私配公车钥匙，并私自开车外出，在任何单位都是不允许的，此行为违反了劳动纪律。但这种违纪行为是否就要受到解除劳动合同的惩罚呢？这需要公司就这种处罚行为有一个事先的告示，也就是要告诉职工这种行为可能带来的后果。

《劳动合同法》第4条第4款规定，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。另外，根据2001年3月22日公布的最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条之规定，用人单位根据《劳动法》第4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。可见，是否履行了公示程序，成了本案的争议焦点。

公司为了证明其履行了公示程序，找来了一位证人，他是公司的业务员，证明在来公司之初，人事经理曾告诉他，公车不允许非司机人员驾驶，否则将被公司解除合同，当时办公室里只有他和人事经理。此外，公司再没有其他证据证明曾向肖某明示私开公车将被解除劳动合同。

仲裁委员会在对该证人证言进行评议后认为：证人是公司职工，公司有可能对其施加压力从而影响他客观作证；即便是证人所陈述的是事实，也只能证明公司向证人本人宣讲过有关规定，而不能证明公司向其他员工宣讲过规定，更不能证明向肖某明示过有关规定。所以，公司证据不够充分。由于公司不能证明向肖某明示过有关规定，所以，公司以肖某违纪而与其解除劳动合同缺乏明示程序，违反了有关的司法解释，因此只能够裁决公司败诉。

【特别提示】 实践中证明履行过明示义务并不难，比如：将公司的规章制度作为劳动合同的附件，明确地写在劳动合同当中，或者在给职工送达规章制度时让职工签字，或者组织职工学习规章制度并写出学习心得留档等等，都可以证明向职工履行了明示的义务，所以用人单位应多加强这方面的学习。

【案例3】

【基本案情】 某高校应届毕业生刘某，在参加某合资企业面试时，被问及其“三围”、有无男友、是否赞成婚外性生活、是否愿意满足客户提出的性要求等问题。刘某以隐私权受到侵犯为由，向劳动行政部门进行了举报。

【分析意见】 本案争议的焦点是：该合资企业是否有

权知悉刘某的“三围”等个人信息，这些信息是否在用人单位知情权的范围之内。

用人单位有自主用人的权利，也可以按照本单位的需要订立招聘标准，无需经过行政部门审批。但该标准应当在法律许可的范围之内，即限定在用人单位知情权范围之内，超过这个范围就构成了对劳动者隐私权的侵犯。

在特殊行业中，用人单位可以获得一些通常被认为是隐私的信息，例如，招聘模特可以测量其“三围”，这是因为该数据对劳动者是否适合该职业有直接关系。如非此类情况，用人单位了解劳动者隐私就可能构成侵权。本案中该合资企业不属于特殊行业，其对劳动者的知情权应当限定在工作需要的范围内，对于刘某的个人信息，该企业无权询问。

第二部分 劳动合同的订立

【案例 4】

【基本案情】 张某被招聘为某国有大型企业业务员，该企业与张某签订劳动合同时，要求其先交纳 1000 元押金，否则不予签订合同，张某无奈之下交纳了 1000 元押金后与该企业签订了为期 3 年的劳动合同。后听人说企业收取押金的作法违背了《劳动法》的有关规定，便要求企业返回其所交纳的押金，遭到拒绝。企业负责人还威胁说，若要返回押金，就解除劳动合同。于是，张某向当地劳动仲裁机构提出申诉请求。劳动仲裁机构裁决该企业在签订劳动合同中的做法违法，应返还张某的 1000 元押金。

【分析意见】 《劳动合同法》第 9 条明确规定，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，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。劳动部、公安部、全国总工会在 1994 年 3 月 4 日《关于加强外商投资企业和私营企业劳动管理，切实保障职工合法权益的通知》中明确规定：企业不得向职工收取货币、实物作为“入厂押金”，也不得扣留或者抵押职工的居民身份证、暂住证和其他个人身份证件。劳动部办公厅在《对〈关于国有企业和集体所有制企业能否参照执行劳部发 1994 年 118 号文件的有关规定的请示〉的复函》中规定，国有企业和集体所有制企业应当参照执行上述规定。

根据 1995 年劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（以下简称劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》）第 24 条规定，用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金（物）或抵押金（物）。

根据《劳动法》第 17 条第 1 款的规定，订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则。用人单位不得借助当前我国劳动力市场供大于求的现实，利用自身的经济优势，在订立劳动合同时对劳动者提出不平等的附加条件。本案中，该企业在与张某订立劳动合同中，擅自要求张某交纳 1000 元押金，不仅不符合平等自愿的原则，还违背了有关法律、法规和规章的禁止性规定。该企业以解除劳动合同为要挟，拒绝退还押金，更是直接与《劳动法》第 17 条第 2 款相抵触的。同时，案件中也没有解除劳动合同的法定事由出现，用人单位不得随意解除劳动合同。依照法律、法规和规章的规定，该企业应当返还张某的 1000 元押金。对于用人单位在订立劳动合同中违法收取劳动者押金、定金或保证金等的行为，劳动者可以向劳动行政部门申诉，依照《劳动合同法》第 84 条第 2 款的规定，由劳动行政部门责令用人单位限期退还劳动者本人，并以每人 500 元以上 2000 元以下的标准对用人单位处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【案例 5】

【基本案情】 郭某经人介绍到某公司当驾驶员。双方没有签订劳动合同，公司没有为郭某办理劳动用工手续。9

个月后，郭某在为公司运送货物的途中，遭遇山体滑坡，发生交通事故身受重伤。交通事故处理结束后，郭某要求公司为其支付医疗费并给予工伤待遇，公司以郭某不是公司正式职工为由拒绝了郭某的请求。郭某不服，向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

【分析意见】本案争议的焦点是：未签订劳动合同，存在事实劳动关系的情况下，劳动者的权利是否受法律保护。

《劳动法》第16条规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。用人单位招聘劳动者后不签订劳动合同的做法是违反法律的。实践中，有些用人单位认为，只要不签订劳动合同，就可以不受劳动法律的约束，比如可以不承担工伤责任、支付经济补偿金等。这些理解都是不正确的。在《劳动合同法》出台前，司法实践中往往援引其他法律、法规的相关规定进行处理。根据我国劳动法律、法规、规章以及司法解释的有关规定只要有证据证明劳动者向用人单位提供劳动，受用人单位指示，便可认定双方存在劳动关系。双方的权利义务关系，都要纳入劳动法律法规的调整范围，并且用人单位还要为不签订劳动合同承担法律责任。

劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》中规定，中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并且为其提供有偿劳动，适用劳动法。劳动部《关于劳动争议受理问题的复函》中也规定，对于事实劳动关系，当事人之间发生的劳动争议，劳动争议仲裁委员会应当根据国务院1993年7月6日发布的《中华人民共和国企业劳动争议处

管理条例》第2条规定精神予以受理。为了进一步保护劳动者的合法权益，规范企业的用工行为，1994年12月26日劳动部在《违反〈中华人民共和国劳动法〉行政处罚办法》中规定，用人单位故意拖延不签订劳动合同，劳动行政部门应当责令其限期改正。同时，根据1995年5月10日劳动部发布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223号）中规定，用人单位故意拖延不签订劳动合同，对劳动者造成损害的，应当赔偿劳动者损失。赔偿范围包括，劳动者工资收入损失、劳动保护待遇损失和工伤医疗待遇等损失。2005年5月25日劳动和社会保障部颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》进一步明确了用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同的，可以成立劳动关系的情形，并规定了认定双方存在劳动关系时可参照的凭证。

本案中，郭某虽然未与公司签订书面的劳动合同，但是公司招用郭某为驾驶员从事货物运输，自招用以来，双方一直保持着事实劳动关系。由于双方存在劳动关系，郭某在执行职务的过程中发生交通事故，属于工伤。公司不仅应为郭某支付医疗费，还应按照法律规定给予郭某工伤待遇。

【案例6】

【基本案情】 某工厂工会代表全体职工与工厂签订了集体合同。合同规定：职工工作时间为每日8小时，每周40小时，每日安排工间操一次，时间为15分钟，职工工资报酬不低于每月650元。该合同于订立之日起2个月后被劳动行政管理部门确认。半年后，该工厂招聘王某为技术工人，未签订劳动合同。仅仅口头约定：工作时间为每日8-10小

时，每周 40-50 小时，无工间操，工资每月 1200 元。2 个月
后，王某向工厂负责人提出要有工间休息并且要求按照集体
合同的规定缩短劳动时间。负责人认为，王某的工资高于
普通工人，应当承担更多的劳动，对王某的要求予以拒绝。
王某遂向劳动争议仲裁部门提出仲裁请求。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，王某在劳动合同
约定不明确的情况下，是否享有集体劳动合同规定的权利。
根据《劳动合同法》第 54 条第 2 款的规定，依法订立的集
体合同对用人单位和劳动者具有约束力。本案中的工厂作为
用人单位，其签订的集体合同对整个工厂和全体职工具有约
束力。王某虽未与工厂签订劳动合同，但其作为工厂劳动者
的身份是确定的，因此工厂签订的集体合同对王某同样有
效。集体合同的内容具有不可贬损性，其规定的待遇标准是
劳动者可享受的最低待遇，任何低于集体合同标准的劳动合
同条款都是无效的。本案中，王某与工厂签订的劳动合同中
关于工作时间、休息时间、无工间操的内容都是无效的，其
劳动条件低于集体合同的约定。此外，该规定也违反了劳动
法的强行性规定。《劳动法》第 36 条规定：国家实行劳动
者每日工作时间不超过 8 小时、平均每周工作时间不超过
44 小时的工时制度。而本案中，与王某约定的每日工作 8-10
小时，每周最高达 50 小时，超过了法定工作时间，因此是
无效的。

综上所述，劳动争议仲裁机关应当支持王某的仲裁请
求，认定双方约定的工作时间条款无效。王某应当按照集体
合同的规定提供劳动，每日 8 小时，每周 40 小时，每日工

间操一次，时间为 15 分钟，但是劳动报酬依然为每月 1200 元。

【案例 7】

【基本案情】李某在某国有机械厂工作 15 年后与该机械厂签订了无固定期限劳动合同。合同签订后，李某又工作了 3 年，随后因与该厂领导发生纠纷，被安排变动岗位。李某拒绝变动岗位，该厂即以李某违反内部劳动纪律，不服从单位调配，不能胜任工作为由，通知李某要与其解除劳动合同。李某遂向劳动争议仲裁机关提出仲裁，要求单位撤销该通知。

【分析意见】本案争议的焦点在于，李某不接受岗位变动的行为是否构成法定解除劳动合同的事由。《劳动合同法》第 39 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“……（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……”根据这一规定，首先要判断该机械厂是否有相关的规章制度，规定不服从岗位调动即为严重违反用人单位规章制度的。如果有这样的规章制度，还要判断这一规定是否合法。

根据 1982 年国务院发布的《企业职工奖惩条例》第 4 条规定，本条例适用于全民所有制企业和城镇集体所有制企业的全体职工。其第 11 条规定“对于有下列行为之一的职工，经批评教育不改的，应当分别情况给予行政处分或者经济处罚：……（二）无正当理由不服从工作分配和调动、指挥，或者无理取闹，聚众闹事，打架斗殴，影响生产秩序、

工作秩序和社会秩序的……”因此，李某必须证明单位对其进行岗位调动不是出于工作的需要，而是领导的个人意志，是对李某不公正的。

在实践中，向劳动者加以如此重的举证义务，使得劳动者的权利难以得到维护。目前关于企业内部规章制度的立法，只有《企业职工奖惩条例》一部。可以看到，该条例适用范围仅限于全民所有制和集体所有制的企业，相对于市场经济中大量的市场主体，范围过于狭窄。同时，该条例颁行于改革开放初期，还带有明显的计划经济色彩，远远落后于中国经济发展的现状，难以调整层出不穷的劳资问题，建议立法者能早日弥补这一立法中的空白，更好地保护劳动者的权利。

【案例 8】

【基本案情】 李某与 A 公司签订了为期 5 年的劳动合同，3 年后，李某看到 B 公司工资及待遇比 A 公司高遂向 A 公司提出解除劳动合同关系的书面申请，并于当月离开 A 公司到 B 公司上班。A 公司遂向人民法院提起诉讼，要求李某承担违约责任。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，由固定期限的劳动合同，在合同期限内，劳动者向用人单位提出解除劳动关系并离开用人单位是否构成违约。在劳动合同中，劳动者与用人单位约定的劳动合同期限是经过双方协商达成的一致意见，表明了双方当事人愿意受到合同的约束。根据《劳动合同法》第 3 条第 2 款的规定，依法订立的劳动合同具有法律约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义

务。根据《劳动合同法》第 29 条的规定，用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。劳动者本人应当实际从事劳动合同约定的工作。劳动者按照合同约定的期限向用人单位提供服务是其应尽的义务，在合同期限届满之前辞职，是一种违约行为，它不但违反了合同的约定义务，也违反了《劳动合同法》和《劳动法》上的法定义务。我国《劳动法》以及《劳动合同法》赋予劳动者辞职的权利，为劳动者提供了实现选择职业的救济方式，但并未免除劳动者违法解除劳动合同时应承担的法律后果。根据《劳动合同法》第 90 条的规定“劳动者违反本法解除劳动合同……给用人单位造成损失的，应承担赔偿责任。”对于劳动者赔偿的范围，1995 年劳动部颁布的《违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223 号）第 4 条作出了规定：劳动者违反规定或者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：（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。因此本案中李某应当承担因违约而给用人单位造成的损失。

【案例 9】

【基本案情】云某被招工到某外资企业，并与该外资企业签订了无固定期限的劳动合同。在劳动合同中，云某与该企业约定，双方可以协商一致解除劳动合同，并依据劳动法的规定无需支付经济补偿金。云某在聘任期间的工资为每

月 3000 元。4 年以后，企业调整经营业务，没有安排适合云某的职位，并通知云某，现公司调整业务范围，没有适合你的工作岗位。后来经过协商，企业与云某达成一致，企业解除了劳动合同。合同解除后，云某要求公司支付 12000 元的经济补偿金。公司以劳动合同有约定为由，拒绝了云某的要求，于是云某向地方劳动争议仲裁委员会提起申诉。

【分析意见】 本案中，争议的焦点在于，云某与企业在签订无固定期限的劳动合同时，约定的协商一致解除劳动合同，并依据劳动法的规定无需支付经济补偿金是否有效的问题。《劳动合同法》第 36 条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。无固定期限的劳动合同为《劳动合同法》规定的三种劳动合同形式之一，当然也可以通过当事人协商一致加以解除。因此，云某与企业主约定，双方可以协商解除劳动合同。《劳动合同法》第 46 条规定，“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：……（二）用人单位依照本法第 16 条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的……”那么，对于《劳动合同法》第 46 条的规定，云某与企业能否通过约定无需支付经济补偿金予以排除呢？劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第 38 条规定，劳动合同期满或当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止，用人单位可以不支付劳动者经济补偿金。国家另有规定的，从其规定。但是，劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第 20 条又规定，无固定期限的劳动合同不得将法定解除条件约定为终止条件，以规避解除劳动合同时

用人单位应承担支付给劳动者经济补偿的义务。

在本案中，该外资企业正是把法定的合同解除条件作为终止合同的约定条件，这是一种回避法律义务的行为，劳动合同中的这种约定显然无效。企业应依据《劳动合同法》第47条的规定，按云某在该单位的工作年限（4年）发给4个月的经济补偿金，共计12000元。

无固定期限的劳动合同是各种劳动合同中法律规定最为复杂，牵扯的权利义务广泛，因此应予注意。无固定期限的劳动合同，虽然没有期限的约定，用人单位不能随时解除，但也不一定是终身的，遇有法定事由可以提前解除，也可以根据当事人约定的合同终止条件而终止。只是，在约定终止条件时，无固定期限劳动合同当事人双方不得将法定解除条件约定为终止条件，以规避解除劳动合同时用人单位应承担的支付劳动者经济补偿金的义务。

【案例10】

【基本案情】 中国工商银行某市支行职工余某在本单位连续工作了19年，在合同期限届满之时，单位发出了续订劳动合同意向书，余某在意向书中明确提出：（1）同意续签劳动合同；（2）要求订立无固定期限劳动合同；（3）在劳动合同条款和义务方面要求进行平等、自愿、协商一致。但单位只同意与他签订为期一年的劳动合同，导致续签合同未成，该支行向余某发出终止劳动合同通知书。余某遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求与该支行签订无固定期限劳动合同。

【分析意见】 本案争议的焦点是，在同一单位连续工

作满 10 年的劳动者是否有权要求用人单位订立无固定期限的劳动合同的问题。根据《劳动合同法》第 14 条第 2 款第（1）项的规定，劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，用人单位应当订立无固定期限的劳动合同。实践中，有的用人单位会无视《劳动合同法》中关于 10 年工作期限的规定，任意侵犯劳动者受法律保护的合法权利。《劳动合同法》规定了违反本条不签订无固定期限劳动合同时的法律责任，即第 82 条第 2 款规定：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 2 倍工资。因此本案中，劳动争议仲裁委员会应裁定该单位与余某订立无固定期限的劳动合同。

【案例 11】

【基本案情】 张某与 S 建筑工程队签订了劳动合同，双方约定，张某到 S 建筑工程队工作，S 建筑工程队每月支付张某 500 元工资。合同期限到 H 大楼建设工程完工时间。

工作半年中，S 建筑工程队经常借故拖欠工资，张某多次索要拖欠工资，S 建筑工程队负责人不堪其烦，遂解除了与张某的劳动合同，并拒绝支付经济赔偿金。张某不服向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁要求 S 建筑工程队继续履行劳动合同。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，以完成一定工作任务为期限的劳动合同中，用人单位提前解除劳动合同是否构成对劳动者权利的侵犯。首先，张某与 S 建筑工程队签订的劳动合同是以完成一定工作任务为期限的劳动合同。S 建

筑工程队与张某将完成 H 大楼建筑工程确定为合同终止的期限，此项工程完毕，合同即告终止，符合以完成一定工作任务为期限的劳动合同的构成要件。用人单位要解除与劳动者的劳动合同，必须符合《劳动合同法》第 39 条或第 40 条、第 41 条的规定，且按照第 40 条规定解除劳动合同的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或额外支付劳动者 1 个月的工资；依照第 41 条第 1 款规定解除劳动合同的，用人单位提前 30 日向工会或全体职工说明情况，听取意见后，并将裁减人员方案向劳动行政部门报告。同时，用人单位依据《劳动合同法》第 40 条、第 41 条第 1 款解除劳动合同的，应当向劳动者支付经济补偿。本案中，张某不存在上述法定事由，S 建筑工程队无权提出解除与张某的劳动合同，而应当按照合同约定，待 H 大楼建设工程完工之际自动终止劳动合同。

【案例 12】

【基本案情】 浙江省某县的吴某与某有限公司（以下简称公司）达成协议，约定聘用吴某为公司办公室主任，劳动报酬年薪不低于 5 万元，每月预发 2100 元，缺发部分年终补齐。吴某随即到公司上班，2 个月后被公司解除劳动关系，期间吴某共领取工资 3375 元。吴某要求公司支付尚欠的工资 7041.67 元，吴某提交了一份只有吴某本人签名，而公司未盖印章，且无法定代表人或委托人签名的劳动合同作为证据。在劳动合同的劳动报酬条款里，有钢笔加注的“年薪不少于 5 万元，每月预发 2100 元，年终补齐”字样，并签有公司法定代表人的名字。庭审中，公司否认曾与吴某

签订过劳动合同，只有口头约定试用 3 个月，每月工资 1500 元。公司已按约定足额支付了吴某的工资，不存在拖欠工资行为。

【分析意见】 本案争议的焦点是吴某与公司是否有年薪 5 万元的约定的问题。因此，吴某提交的劳动合同是否有效就成为关键。过去，这类案件是按照《劳动法》来处理的，但《劳动法》在劳动者与用人单位签订劳动合同时的程序规定不太具体，所以往往存在着争议。按照《劳动合同法》第 16 条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。可见签字和盖章只需要其中之一即可评定劳动合同是否有效。本案中，吴某提交的劳动合同虽然只有个人的签名和公司法定代表人签名，未加盖公司公章，但该劳动合同应当认定有效。公司应当按照合同的约定补发吴某的工资。

【案例 13】

【基本案情】 B 企业在公开招聘员工中，王某经考核被录用，但由于王某当时尚在 A 公司工作，因此双方约定，王某应当在 1 个月之内向原单位辞职并办理完离职手续，否则 B 企业不予录用。双方为此订立了书面劳动合同。但是，王某在一个半月后才与原单位办理完离职手续。当王某到 B 企业报到时，B 企业告知王某，已另行招用其他人员对王某不能再予录用王某遂向人民法院提起诉讼。

【分析意见】 本案争议的焦点在于 B 企业与王某之间的劳动合同是否生效。劳动合同的生效是指劳动合同对劳动者和用人单位双方产生法律约束力。《劳动合同法》第 16

条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。因此，双方当事人在劳动合同中约定的条款在双方签字盖章的时候即告生效，对双方产生拘束力，只是此时劳动关系尚未建立。本案中，因为王某的过错，未能在约定期限内办妥 A 企业的辞职手续，致使双方劳动关系无法建立。法院不应支持王某的诉讼请求。

【案例 14】

【基本案情】 王某与某科技公司签订劳动合同，约定王某在该公司从事技术管理工作，合同期限为 2 年，劳动报酬按年薪计，每年 6 万元，支付方式为每月支付 4000 元，不足部分年底一次付清，包括奖金、保密费等等。王某工作半年以后，该科技公司解除了与王某的劳动合同。王某同意解除劳动合同，但在计算经济补偿金时，与科技公司发生了争议。科技公司认为王某并未完成一年的工作量，应当按照每月实发工资 4000 元作为经济补偿金的基数。同时，由于王某并未完成其负责的项目，不能获得年薪中的奖金等报酬。王某则认为应当以 6 万元分摊到 12 个月中作为每月应支付的报酬来计算经济补偿金。王某遂向劳动仲裁部门提起申诉。经调解未能达成一致，仲裁委最终支持了王某的请求。

【分析意见】 本案争议的焦点在于如何看待双方约定的劳动报酬条款，即年薪制条款。所谓年薪制，是指以年度为单位，按照劳动者付出的劳动及生产出的绩效和用人单位本年度的收益计算劳动者应当获得多少劳动报酬的制度。年薪主要包括劳动者的固定工资、住房公积金、保险金等各种

福利待遇、基于业绩和效益的奖金（通常体现为年终奖）、各项补贴、津贴等。其中，与业绩和效益挂钩的奖金是最特殊也是最重要的一部分。因为年薪制通常是针对用人单位的高层管理人员而设立的，这类人往往对用人单位有着特殊的贡献，其劳动报酬也是单位净收益中特别列出的支付项目，与普通员工相差悬殊。设立年薪制，是对高管人员的一种激励机制。

在现实生活中，用人单位不可能每年仅仅向劳动者支付一次报酬，通常仍然是每月支付。如果没有预先详细确定支付方式，就容易产生纠纷。本案中，双方虽然约定年薪为6万元，每月支付4000元，不足部分年底一次付清，包括奖金、保密费等等，但没有约定除去这每月固定的4000元以外、剩余的1.2万元应当如何支付的问题。仲裁委员会遂从保护劳动者的角度出发，按照有利于劳动者的方式解释该劳动合同中未能明确约定的地方。

【案例 15】

【基本案情】 S 钢铁厂招聘张某作为其销售人员。双方在劳动合同中约定：劳动报酬为固定工资加提成，固定工资为每月500元，提成以销售额为基础，每月按照销售额的多少发放。前3个月，适逢销售旺季，张某的月工资达到了2000元以上。然而到第4个月，销售业绩有所下降，张某仅领取到1000元工资。财务部门拒绝告知这1000元是怎么计算出来的。后来，张某听说S钢铁厂在半年前与工会签订了集体合同，其中规定职工每月工资不低于1200元。该合同已经被劳动行政管理部门确认。张某遂向钢铁厂提出增加工

资的要求。钢铁厂负责人认为：张某作为销售人员，其工资与业绩挂钩是理所应当的，不能和普通技术工人相比较拒绝了其增加工资的要求。张某遂向劳动争议仲裁部门提出仲裁请求，要求增加工资。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，劳动报酬支付方式约定不明的时候如何处理。根据《劳动合同法》第54条第2款规定，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、区域性集体合同则对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。本案中S钢铁厂签订的集体合同对整个工厂和全体职工具有约束力。张某虽然是销售人员，其工资的计算方式不同于普通技术工人，但是其作为S钢铁厂劳动者的身份是明确的，集体合同对张某同样适用。依《劳动合同法》第11条和第18条以及第55条的规定，劳动合同约定的待遇标准不得低于集体合同的标准，任何低于该标准的劳动合同条款均应被认定无效，而适用集体合同的标准，当然，集体合同规定的待遇标准不得低于有关的国家标准。本案中，张某的工资低于集体合同规定的最低工资标准，应当给予增加，以达到集体合同的标准。此外，S钢铁厂有义务明确其支付张某劳动报酬的标准，其应在劳动合同中写明，即使在张某销售额不足的情况下，仍应支付不低于1200元的工资。劳动争议仲裁部门应当支持张某的请求。

【案例 16】

【基本案情】 吴某应聘到东莞一家电器厂工作，在与厂方签订2年劳动合同，双方约定了2个月的试用期。1个月后，由于对该厂管理制度不满，吴某提前3日向厂方提出

解除劳动合同。在请求支付工资问题上，双方出现分歧。厂房以吴某提前解除劳动合同为由，拒付 1 个月工资计 1750 元。吴某遂向人民法院提起诉讼。人民法院判决电器厂败诉，返还吴某 1 个月工资 1750 元，并承担全部诉讼费用。

【分析意见】 本案双方争论的焦点在于试用期内解除劳动合同是否合法？用人单位是否有权以解除劳动违法而拒绝支付工资？

1. 劳动者在试用期内解除劳动合同是否合法？根据《劳动合同法》第 19 条规定：劳动合同期限 3 个月以上不满 1 年的，试用期不得超过 1 个月；劳动合同期限 1 年以上不满 3 年的，试用期不得超过 2 个月；3 年以上固定期限和无固定期限的劳动合同试用期不得超过 6 个月。同时，该法第 37 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。劳动者在试用期内提前 3 日通知用人单位，可以解除劳动合同。吴某在试用期内提前 3 日通知该厂解除劳动合同，因此双方之间劳动合同的解除是一种合法解除。

2. 用人单位是否有权以解除劳动合同违法而拒绝支付工资？根据《劳动法》第 50 条规定：工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。可见，用人单位支付劳动者的工资报酬是用人单位的一项法定义务，用人单位没有任何理由不得拖欠劳动者的工资。即使劳动者是违法解除劳动合同，用人单位也只能依据《劳动合同法》第 90 条的规定向劳动者追究相关责任，而不能拖欠劳动者工资。

在本案中，吴某在试用期内解除劳动合同是符合法律规

定，而且用人单位没有任何理由拒绝支付工资。由此可见，厂方应当支付吴某一个月工资 1750 元。

【案例 17】

【基本案情】 方某与某公司签订了 3 年的劳动合同。合同约定：试用期为 5 个月，试用期满后由该公司根据方某的表现决定是否录用。如被正式录用，自正式录用之日起，方某开始享受各种保险待遇。合同签订后，方某开始上班，一开始是在公司销售部做业务员。方某虽然工作认真负责，但由于刚开始没有自己的客户及业务渠道，所以试用期满公司考核他的工作业绩时，除了工作认真之外一片空白。公司人事部认为，虽然方某的经营业绩为零，但业务素质不错，踏实肯干，将来会有发展，决定再给方某一次机会，决定将方某的试用期再延长半年。方某觉得既然公司对他予以肯定，就说明他在试用期内的表现合格，公司应该与他正式签订劳动合同。人事部经理解释说，新分配的大学生，都有 1 年的见习期，这 1 年的见习期就是试用期，不管在哪个单位，都是在见习期满经考核合格才转正的。方某觉得有道理，于是双方将原合同又延期 6 个月。此后，方某仍然努力工作，11 个月届满之时，公司人事部通知方某，经过近 1 年来的试用、考核，公司认为，方某在见习期内的表现并不能胜任公司的工作，根据双方的劳动合同，经公司研究决定，对方某不再聘用。方某在多次与公司协商不成的情况下，向当地仲裁委员会申诉，要求责令公司与其签订合同或者赔偿经济损失。

【分析意见】 本案中，首先应当确认的是劳动争议当

事人之间是否存在劳动合同关系的问题。方某与公司签订了劳动合同，并约定了5个月的试用期，约定试用期满后由该公司根据方某的表现决定是否录用。《劳动合同法》第19条规定：劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。试用期是约定条款并非必备条款，约定试用期与否，由当事人根据平等、自愿的原则，自主决定。方某与公司签订劳动合同，有权约定试用期，并且约定的试用期符合《劳动合同法》的规定，因此合法有效。方某与公司签订的劳动合同中，有条款规定，约定试用期满后由该公司根据方某的表现决定是否录用，如被录用，双方自正式录用之日起，方某开始享受各种保险待遇。这一条款与《劳动合同法》对于试用期的规定相违背，根据《劳动合同法》第19条规定，劳动合同的试用期限包含在劳动合同期限之内，因此，自劳动合同生效之日起，用人单位即应承担各项法定义务。那么，劳动者在试用期内，应依法享有保险待遇的权利。用人单位与劳动者建立劳动关系以后，应每月为劳动者缴纳养老、失业等社会保险费用。劳动者除获得劳动报酬外，还应享受与其他员工相同的保险福利待遇。可见方某与公司签订劳动合同中关于录用后正式签订劳动合同和享受保险待遇的约定，违背了法律法规的规定，属于无效约定。

另外，本案中涉及一个很重要的概念，即见习期。严格地讲，见习期并不是劳动法上的概念，主要是按照现有的政策法规执行。大中专、技校毕业生新分配到用人单位工作的，

仍应按原规定执行为期1年的见习期制度。试用期则是《劳动法》以及《劳动合同法》上规定的法律概念，有独特的制度内容和适用条件。见习期和试用期的区别在于：（1）期限不同：见习期至少有1年的时间；试用期则最长不超过6个月。（2）确定方式不同：见习期由政策法规确定；试用期依据劳动法律、法规由当事人约定达成。（3）适用对象不同：见习期主要适用于大中专、技校毕业生；试用期则可以适用于所有的劳动合同当事人。案件中，公司人事部门认为，见习期就是试用期，不但将见习期与试用期混同，而且忽略了《劳动合同法》中关于试用期最长不得超过6个月的规定。

《劳动合同法》第19条明确规定了不同期限的劳动合同的试用期不同，且规定用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。按照这一规定，用人单位与劳动者订立劳动合同时协商约定的试用期满后，不得以任何理由再延长试用期，否则，即构成违法。用人单位根据《劳动合同法》第21条的规定，在试用期间被证明不符合录用条件的劳动者，既可以解除劳动合同，也可以不解除劳动合同，这主要由用人单位根据具体情况来确定，但不得附加法律规定以外的条件。本案中，公司认为方某虽然在试用期内业绩不佳，但是工作认真负责，不愿解除劳动合同，因而延长试用期的做法显然违反了法律规定。公司选择了不解除劳动合同是可以的，但是不能附加延长试用期这一条件。

此外，《劳动合同法》明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。可见，用人单位与吴某后来约

定的 6 个月并非合法的试用期，应当认定为劳动合同的延续。

【案例 18】

【基本案情】 李某与 C 搬家公司签订了为期 3 年的劳动合同，约定试用期为 3 个月。在试用期内某日，李某在为顾客搬运家具时不慎被衣柜砸伤。C 搬家公司将李某送往医院，就不再与李某见面。李某伤愈后要求 C 搬家公司为其报销医药费，C 搬家公司以李某在试用期，非正式员工为由，拒绝为李某报销医药费。李某遂向劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求 C 搬家公司支付医药费。

【分析意见】 本案争议的焦点是试用期内，用人单位是否有义务为劳动者的工伤负责。根据《劳动法》第 54 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工作条件和必要的劳动防护用品，对从事危险作业的劳动者应该定时进行健康检查。可见用人单位有义务保证劳动者的劳动安全，并据此保证劳动工具、劳动设施、劳动场所的安全。用人单位一旦违反该义务，造成劳动者生命安全和身体健康损害的，就应当对劳动者进行赔偿。当然，劳动者对自身安全也负有一定的注意义务。除非用人单位证明自己已经尽到了必要的注意义务，劳动者违反劳动安全规定，擅自行动，直接造成了生命安全和身体健康的损害，负责应当由用人单位承担损失的责任。李某虽为 C 搬家公司的试用期员工，但仍然为 C 搬家公司合法的劳动者，C 搬家公司有义务保证李某在劳动中的安全。一旦违反该义务，即构成对李某权利的侵犯，应当承担责任。本案中，C 搬家公司仅仅将李

某送往医院治疗，拒绝承担其医药费，违反了该条规定。因此，仲裁委员会应当支持李某的请求，由 C 搬家公司承担医疗费。

【案例 19】

【基本案情】 A 塑料厂招聘张某为该厂搬运工人。订立劳动合同时，双方约定，合同期限为 3 年，其中试用期为 3 个月。试用期内工资每月 400 元，转正后工资每月 500 元。2 个月后，张某听说本地最低工资标准是 450 元，认为自己在试用期内的工资低于最低工资标准的工资，要求 A 塑料厂为其增加工资，A 塑料厂拒绝，并以试用期内证明不能胜任该工作为由将张某解聘。张某不服，遂向劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求塑料厂支付 2 个月试用期不足的工资余额 100 元。

【分析意见】 本案争议的焦点在于试用期工资能否低于最低工资标准。《劳动合同法》第 20 条中除规定试用期工资最低不能低于本单位相同岗位最低工资或者劳动合同约定工资的 80%，而且规定不能低于用人单位所在地的最低工资标准。《劳动法》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工资不得低于当地最低工资标准。劳动部关于《〈劳动法〉若干问题的意见》中规定，劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常工作，所在单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。可见，用人单位自主确定劳动者工资待遇的权利要受到国家法律法规的限制。无

论是在试用期还是转正后，只要劳动者按照合同约定在法定时间内提供了正常劳动的，单位都应当给予最低生活标准以上的工资。本案中张某向劳动争议仲裁委员会提出的请求应当得到支持。

【案例 20】

【基本案情】 A 食品生产公司与李某签订了为期 2 年的劳动合同，聘用李某为 A 食品生产公司一线生产技术员，约定试用期为 6 个月。李某参加工作 3 个月后，恰巧赶上 A 食品生产公司的销售旺季，李某所在的生产线时常加班。李某作为生产技术员，加班的时间更长，工作量更大。不久，李某患上了感冒，但为了不影响公司正常运作，李某仍然坚持上班。数日后，感冒加剧，在医院检查出传染性肝炎，李某只好住院休养。A 食品生产公司遂在人才市场上招聘了张某代替李某的职位。经过数日的工作，A 食品公司发现张某完全可以胜任这份工作，比李某做得更好，于是向李某发出了解除劳动合同的通知，通知中说，李某所患疾病为传染性肝炎，即使病愈，也不再适合以前的工作。李某尚在试用期内，公司有权解除与李某的劳动合同。李某认为自己患上肝炎是加班过度所致，公司无权解除劳动合同，遂向劳动争议委员会提起仲裁，要求 A 食品生产公司撤销解除劳动合同的通知，并重新为其安排劳动岗位。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，李某患上肝炎是否尚在试用期内，如果在试用期内，是否符合用人单位单方解除劳动合同的条件；如果不在试用期内，是否符合用人单位单方解除劳动合同的条件。《劳动合同法》第 19 条第 1

款明确规定：劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。李某与A食品公司订立的劳动合同是为期2年的固定期限劳动合同，试用期不应超过2个月。而李某患病时已经工作了3个多月，应当被认定为正式职工。因此，《劳动合同法》关于试用期内用人单位单方解除劳动合同的规定对此时的李某不再适用。根据《劳动合同法》第40条规定，有下列情形之一的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资后，可以解除劳动合同：（1）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（2）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的……可见，用人单位如果要依据本条规定解除劳动合同，则需要满足以下几个条件：（1）劳动者患病或者非因工负伤；（2）在规定的医疗期届满后，无法从事原岗位工作；（3）劳动者也不能从事由用人单位另行安排的工作的。劳动部于1994年发布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第3条规定，企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予3个月到24个月的医疗期：实际工作年限10年以下，在本单位工作年限5年以下的为3个月。本案中，李某因病无法再从事原岗位工作，A食品生产公司应当待李某医疗期届满后，即3个月后再与其协商变更劳动岗位，如果确实没有适合李某

的工作岗位，且经培训后李某无法胜任新岗位的，A 食品生产公司才能与李某解除劳动合同。

【案例 21】

【基本案情】 孙某原为某公司技术部主任，公司曾派孙某出国培训半年。事先签订了培训协议，约定培训后孙某应为公司工作 2 年，如违约赔偿公司培训费 5 万元。1 年后王某以书面形式提前 30 日通知公司解除劳动合同，公司同意解除劳动合同，但要求孙某按培训协议赔偿公司培训费，孙某拒绝赔偿，公司向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会裁决培训协议有效，孙某应赔偿公司培训费。

【分析意见】 本案的焦点在于劳动合同中约定服务期时，可否约定违约的经济赔偿责任。《劳动合同法》第 22 条第 2 款规定：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。从本条可以看出，用人单位可以与劳动者约定，在用人单位约定服务期的情况下，可以约定劳动者违反劳动合同所应承担的违约责任。劳动合同对双方当事人都具有法律约束力，任何一方都不得违反。

本案中，孙某与公司签订的培训协议，是以双方已经存在的劳动合同为基础的，应当视为对劳动合同内容的补充，为劳动合同的一部分。违反培训协议，即为对劳动合同义务的违反。培训协议的内容为，公司为孙某提供培训机会和支付培训费用，孙某则为公司工作 2 年，如违约赔偿公司培训费 5 万元。培训协议在平等自愿的基础上达成，内容公平、

合理，没有违背法律、法规的规定，因而有效。同时，《劳动合同法》第37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。所以，作为劳动者的孙某有权解除劳动合同，并且其解除合同的时间、程序都符合法律规定，因而解除行为有效。

但是，孙某并未履行劳动合同关于服务期的约定。根据《劳动合同法》第22条第2款的规定，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尚未履行部分所应分摊的培训费用。所以根据上述法律规定，以及孙某和公司签订的培训协议的约定，孙某应当赔偿公司为其支付的培训费，但孙某所支付的赔偿不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

【案例 22】

【基本案情】 陈某为某专门从事软件技术开发的高新技术开发公司（甲公司）技术部经理，与公司签订了4年的劳动合同，合同中约定陈某保守公司的商业秘密，合同到期后，如果离开公司，2年内不得到与甲公司有竞争业务关系的其他软件开发公司任职，但没有约定甲公司对陈某遵守该条款应给予一定的经济补偿的规定。4年合同期满后，陈某没有与甲公司续约，而是应聘到本市另一家软件开发公司（乙公司）。甲公司得知后，以乙公司与本公司有竞争业务关系为由，要求陈某离开乙公司，遭到陈某拒绝。甲公司申请劳动仲裁，要求劳动争议仲裁委员会判令陈某限期离开乙

公司，并赔偿经济损失。

【分析意见】 随着市场经济的逐步建立，市场在配置劳动力资源方面发挥着主要作用，劳动关系呈现动态性、短期性和灵活性的趋势。这给劳动关系双方带来便捷、高效率的同时，也对用人单位的商业秘密保护提出了挑战。人才自由流动带走商业秘密的现象层出不穷，为了加强商业秘密的保护，《劳动合同法》第24条对竞业限制进行了规定。劳动法、其他劳动法规、规章也对竞业限制有所规定。劳动合同当事人可以在劳动合同中，或者附属条款和附属协议中，约定保守商业秘密和竞业限制条款。竞业限制并非劳动合同的必备条款，用人单位和劳动者可以自由约定，如果没有约定，劳动者就不负有竞业限制的义务。

可见，设立竞业限制是非常重要的同时也是最为严厉的一种保护商业秘密的措施，因为它对劳动者的自由择业涉及最深，给予劳动者一定数额的经济补偿是对劳动者放弃从事竞争性业务的一种回报，符合公平原则。如果使劳动者负有竞业限制的义务，却不给予相应补偿，劳动者在合同终止或解除以后在一定期限内不能从事原行业，生活水平和经济能力都会受到影响，对劳动者而言是极不公平，从劳动关系上看，会使权利义务不相对等。因此，《劳动合同法》相关规定在承认当事人可以约定竞业限制的同时，明确了用人单位必须对劳动者作出补偿。给予劳动者一定的经济补偿是竞业限制是否成立的前提条件。本案中，甲公司在与陈某所签劳动合同中确实约定了陈某在离开公司后2年内不得到有竞争业务关系的其他公司工作的条款，但没有约定甲公司对陈

某遵守该条款应给予一定的经济补偿的规定。因此劳动争议仲裁机构认定该条款无效，驳回甲公司的仲裁申请。虽然甲公司与陈某约定的竞业限制条款无效，但甲公司的商业秘密仍然应当受到保护，陈某不得任意泄露甲公司的技术信息和经营信息，只要泄露行为给甲公司造成损害，就可能构成侵权责任。

商业秘密和与知识产权相关的保密事项能够给经营者带来经济利益，法律承认这种利益的正当性并对其加以保护。针对劳动关系的现实情况，为了更好地保护商业秘密与知识产权，《劳动合同法》规定劳动合同当事人可以就保守商业秘密和与知识产权相关的保密事项作出约定，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应当依法承担赔偿责任。对于涉及商业秘密和知识产权的重要岗位的劳动者，用人单位还可以采用竞业限制措施。但应当注意，竞业限制仅限于确实掌握本单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的员工，而对其他员工一般不予适用；竞业限制期限不得超过2年，具体多长时间由用人单位与劳动者共同协商确定；设立竞业限制应当给予劳动者一定数额的经济补偿，《劳动合同法》规定是按月给予劳动者经济补偿。一般来说，补偿标准根据行业特点与劳动者共同协商确定。约定竞业限制如果没有约定给予劳动者相应补偿的，约定无效。

【案例 23】

【基本案情】 王某应聘到 A 电脑公司任程序员。双方签订了为期 2 年的劳动合同，并在劳动合同中约定，2 年期

满以后，王某在 6 个月内不得在国内电脑行业从事与在 A 电脑公司相同或类似的职务。作为补偿，A 电脑公司每个月向王某支付 800 元。同时，双方约定，如果王某违反该竞业禁止约定，则赔偿 A 电脑公司 6 万元。2 年期满后王某离开 A 电脑公司到外省的 B 电脑公司担任程序员。A 电脑公司遂向王某所在的 H 基层人民法院提起诉讼，要求王某支付 6 万元赔偿金。

【分析意见】 本案争议的焦点在于，王某是否违反了竞业限制的相关规定，是否应当承担违约责任。根据《劳动合同法》第 24 条规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。王某显然属于本条规定的人员范围，对竞业限制约定的时间也没有问题，但是竞业的范围比较宽“类似的职务”这一说法也显得含糊不清。应该为王某竞业限制的范围划定一个更加明确、合理的范围。此外，6 万元的赔偿金额也过高。根据 A 电脑公司向王某支付的补偿金，王某最多可以获得 4800 元，而王某违约则须支付 6 万元，双方的权利义务不完全对等，这对王某是不公平的。本案中，法官可以考虑变更赔偿金的数额，重新约定竞业限制的范围。

【案例 24】

【基本案情】 小芸是刚刚走出校门的大学毕业生，现在上海一家电子产品销售公司工作。当初决定去这家公司上班时，小芸对这家公司的各方面情况并不是很了解，迫于就

业形式的严峻，匆匆在毕业前与这家公司签订了就业协议，并在毕业后不久与该公司签订了劳动合同。小芸在该公司工作了3个月以后，觉得自己非常不适合在这家公司工作，因此有了辞职的想法。但是，小芸与该公司的劳动合同中约定了1年的服务期，并且约定若是一方提前解除劳动合同，须支付对方6000元违约金，小芸在这家公司工作3个月取得的工资一共还不到6000元，因此，劳动合同中的违约金条款成为小芸的一大顾虑，她想知道，自己若是现在辞职是不是必须缴纳6000元的违约金。

【分析意见】 违约金作为承担违约责任的一种常见形式，指的是合同当事人在合同中预先规定的当一方不履行合同或不完全履行合同时，由违约的一方支付给对方的一定金额的货币。违约金，一般分为法定和约定两种。其中法定违约金是指法律上规定的当事人应当承担的违约金，即双方当事人需在法律规定的范围内协商确立的应由违约方承担的违约金。而约定违约金是指由双方当事人对违约金的适用和具体比例实行约定。是否采用违约金这一责任形式，必须是由合同当事人事先在合同中明确约定，否则，当事人一方无权要求违约方支付违约金。违约责任产生以合同的有效存续为前提。合同一旦生效以后，将在当事人之间产生法律约束力，当事人应该按照合同的约定全面地、严格地履行义务，任何一方当事人因违反有效合同所规定的义务均应承担违约责任。我国《合同法》第107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。因此，在

一般民事活动中只要双方约定了违约金，在一方作出违约行为时，另一方就有权向其提出支付约定金额的违约金的请求。

但是劳动合同不同于一般的民事合同：（1）从劳动合同的本质看，其对于劳动者而言是为了通过劳动合同确立与用人单位的劳动关系，从而为自己的劳动力付出而得到工资收入，其根本目的是为了获得生存的必需用品。因此，在劳动仍然是劳动者谋生的一个基本手段的情况下，对于劳动者随意设定违约金与劳动法的立法精神不符。（2）从劳资双方的力量对比来看，劳动合同是在经济地位上差距悬殊的两者之间建立的合同。劳动者之所以接受某些有关违约金规定的条款，往往是被迫的。这与民事合同中地位平等的当事人双方之间约定的违约金不同。许多国家对劳动合同中的违约金条款都作出了严格的限制，有些国家甚至明文规定禁止在劳动合同中订立违约金条款，如《日本劳动标准法》（1976年）第16条规定，禁止雇主签订预先规定不履行劳动合同时的违约金或损坏赔偿金额的合同。

本案中小芸与上海公司签订的劳动合同，根据《劳动合同法》第25条的规定，本法第22条和第23条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。劳动合同中违约金设定的条件限定为违反服务期约定的和违反保守商业秘密约定的。本案中小芸的情况显然是与服务期约定有关的。小芸在与该公司的劳动合同中约定了1年的服务期。而《劳动合同法》规定劳动合同当事人可以对由用人单位培训劳动者的服务期作出约定。小芸与该公司之间的服务

期协议是否有效要看该公司是否对小芸进行了培训。如果该服务期协议无效，小芸辞职就不必支付基于该服务期限协议而设定的违约金。若该服务期限有效，小芸辞职则需要按照约定支付违约金，至于支付的具体金额，根据《劳动合同法》的规定，应当遵循公平、合理的原则确定，不得超过尚未履行的部分应分摊的培训费用。若不存在培训费用，则约定的服务期无效，那么，依据《劳动合同法》第 25 条的规定，小芸当然不用支付违约金。

【案例 25】

【基本案情】 某公司在人才市场招聘一名信息部门的经理，要求应聘者须具有计算机专业本科及以上学历。王某持某大学研究生文凭前来应聘，被录用后与公司签订了为期 3 年的劳动合同，月薪定为每月 6000 元，并在劳动合同中签订了商业秘密保密条款，对于王某可能掌握的商业秘密的范围、具体的种类、性质和内容均作出了详尽的规定，约定只要公司不公开这些商业机密，王某就要无期限地保守其知悉的商业秘密，不但在劳动合同存续期间，而且在劳动合同解除之后直至商业秘密公开，都不得披露、使用或许可他人使用原用人单位的商业秘密，同时也约定了违约责任如王某泄露商业秘密，须支付公司违约金 10 万元并视实际损失确定赔偿金。

1 年后，公司发现王某的能力、学识与其研究生学历相差甚远，经调查后发现原来其研究生文凭系伪造，于是公司立即以王某用欺骗手段签订的劳动合同无效为由，将其解雇。王某很快应聘去了另一家与该公司有竞争关系的新公司

工作，不久公司发现其重要的商业秘密被泄漏，这些秘密正是王某在职时所掌握的。于是，该公司向当地劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求王某支付公司泄漏其商业秘密的违约金 10 万元以及相关的经济损失。

【分析意见】 对于本案，有观点认为，根据《劳动合同法》第 26 条规定“下列劳动合同无效或者部分无效：（一）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……”无效的劳动合同自始没有法律约束力。既然王某隐瞒了真实情况，持虚假文凭取得了职位，这种做法属于欺诈行为，影响了企业的正常工作秩序，公司也正是以此为由解除了与王某的劳动合同，因此该劳动合同从签订之日起就不具有法律约束力。所以，公司与王某约定的商业秘密保密条款，作为劳动合同的其中一条，自然对王某也没有法律约束力，王某不必对其泄漏公司商业秘密的行为承担法律责任。

笔者认为，虽然该劳动合同应当被认定为无效，但王某与该公司存在过 1 年的事实上的劳动关系却不能因劳动合同的无效而否定，且王某与公司约定的商业秘密保密条款其本身与劳动合同的有效与否并无直接因果关系。因此，应当确认该劳动合同部分无效，而商业秘密的保密条款对王某仍然具有约束力。此外，保密义务是职工的法定义务，应当使其成为一项独立的义务，而不受主合同效力的限制。因此，王某应当支付公司泄漏其商业秘密的违约金 10 万元并赔偿相关的经济损失。

【案例 26】

【基本案情】 李某进入 A 公司工作，双方签订了一份为期 2 年的劳动合同，工种为设计师，月工资为 3000 元。合同到期后，双方又签订了一份合同期限为 2 年的合同，合同约定李某为主任设计师，月工资为 6000 元。双方在劳动合同中约定：“（1）任何一方违反劳动合同的，应当承担赔偿责任，赔偿金额依照过错方责任大小及所造成的损失程度确定。（2）未按照双方约定期限履行合同的，除按照前款约定承担责任外，还应当另行支付违约金。违约金以合同期限所剩月数乘以月工资的 35% 给付。”

一年后，A 公司与 B 公司签订了一份协议书，约定借调李某到 B 公司担任设计师。协议书约定“借调期限为半年，具体工作由 B 公司安排，工资由 B 公司支付。如因李某的原因造成 B 公司经济损失，B 公司全权委托 A 公司向李某追究。”后李某亦与 B 公司签订协议，约定李某须完成半年的工作期。半年期限未满，李某填写了离职申请书后离职，未填写具体离职原因。1 个月后，A 公司将李某的工资 6000 元汇入其银行卡，双方尚未办理解除劳动合同关系的手续。3 个月后，A 公司向劳动争议仲裁委员会申诉请求：（1）解除双方签订的劳动合同；（2）李某赔偿 A 公司违约金及经济损失。李某主张 2002 年 9 月签订的劳动合同是在受胁迫的情况下签订的，但未提供相应的证据。

裁决认为，双方当事人签订的劳动合同合法、有效，被上诉人主张其是在受胁迫的情况下签订的劳动合同，缺乏依据，不予采信。被上诉人提起解除劳动合同，又未说明原因，

不符合可以提前解除劳动合同的法定情形,故裁决解除双方劳动关系。对于申诉人要求被上诉人支付违约金的请求,予以支持。

【分析意见】 依法成立的劳动合同,自成立之日起生效。劳动合同的生效要件包括以下几个方面:(1)当事人资格:当事人必须具有签订劳动合同的资格,即一方是具有劳动权利能力和行为能力的自然人,另一方是具有用人单位资格的单位。(2)内容具有合法性:即合同内容不具有法律禁止的内容,并且具备法律规定必须具备的条款,不得违反法律法规和集体合同的要求。(3)意思表示真实:即当事人签订合同须出于自己的真实意愿。(4)形式要件和程序必须合法:在本案中,李某以“受胁迫”为由主张合同存在瑕疵。虽然因为无法提供相关证据而未被采信,但反映出劳动合同的签订须具有真实的意思表示。《劳动合同法》第26条规定以欺诈、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的劳动合同无效或部分无效。所以,一旦劳动合同在意思表示上存在瑕疵,则合同可能归于无效。另外,根据《劳动合同法》第16条的规定,劳动合同由用人单位与劳动者协商一致,并经用人单位与劳动者在劳动合同上签字或者盖章生效,所以依法成立的劳动合同,自合同签订之日起生效,即对合同当事人双方产生约束力,任何一方未依照合同的约定履行,都可能构成违约,要承担违约责任。

【案例 27】

【基本案情】 王某受聘于一家软件公司从事软件开发

工作，招聘时，公司与王某签订了3年的劳动合同，合同约定：公司员工在合同期内不得结婚，否则公司将解除合同。2年后王某与女友到民政部门领取结婚证，公司得知后，遂以王某违约为由，提前解除与王某的劳动合同。王某认为合同中约定的合同期内不得结婚的内容违反了法律规定，应属于无效条款，遂与公司交涉，要求公司继续履行合同，遭到拒绝，遂申请劳动仲裁。

【分析意见】 本案中，用人单位在劳动合同中约定的“劳动者在合同期内不得结婚”的内容违反了法律对于婚姻自由的强制性规定，依《劳动法》第8条第1款第（1）项的规定以及《劳动合同法》第26条第1款第（2）项的规定，该条款应属无效。限制结婚条款的无效并不影响劳动合同其他条款的效力，其他部分仍然有效。因此，用人单位以劳动者违约为由解除劳动合同，是不合法的，劳动者可以依照《劳动合同法》第48条的规定，要求用人单位继续履行劳动合同，用人单位应当履行，如劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已不能继续履行的，用人单位应依《劳动合同法》第87条规定，依第47条规定的经济补偿标准的2倍向劳动者支付赔偿金。

【案例28】

【基本案情】 王某与某建筑公司签订了一份为期3年的劳动合同，合同中约定有“发生伤亡事故本公司概不负责”的条款。王某家境困难，又自恃年轻力壮，在抱着侥幸心理的情况下在合同上签了字。5个月后，王某在一次施工中不慎从脚手架上摔落造成腰椎粉碎性骨折，下身瘫痪生活不能

自理。事故发生后，王某一家无力承担巨额费用，生活陷入困顿，王某家属要求建筑公司支付医疗费用。建筑公司以劳动合同中规定有“发生伤亡事故本公司概不负责”的条款为由拒绝支付，并对其家属说，以后王某与建筑公司毫无关系，不能再找建筑公司索要任何费用，王某遂向劳动仲裁委员会提出仲裁申请。

【分析意见】 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。王某与建筑公司签订劳动合同，这些无疑都是正确的。订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不能违反法律、行政法规的规定。本案中，该建筑公司与王某签订的劳动合同从表面上看是双方自愿达成的协议，王某本人也在合同上签了字，该公司的做法似乎有理有据。其实不然，劳动合同中有关“发生伤亡事故本公司概不负责”的条款明显违反了《劳动合同法》第26条第1款第（2）项的规定。严重侵害了劳动者的合法权益，属于无效条款。用人单位与劳动者签订劳动合同应当本着公平的原则，公平合理地确定双方的权利和义务，不能凭借自身的经济优势和我国劳动力市场供大于求的现实，在劳动合同的缔结中对劳动者提出不合理的附加条件。该公司在合同中约定“发生伤亡事故本公司概不负责”的条款，免除了建筑公司的主要义务，排除了劳动者的主要权利，加重了劳动者的责任，属于无效的条款。

1988年，最高人民法院《关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》（（1988）民他字第1号）针对有些企业在推行经济承包后，在承包合同里规定“工伤概不

责”、“死伤自理”之类的条款，特别规定“这种行为既不符合宪法和有关法律的规定，也严重违反了社会主义公德，应属于无效的民事行为。”劳动部《关于企业内部个人承包中保障待遇的问题和复函》（劳险字〔1992〕27号）也指出企业内部承包合同中关于“工伤概不负责”的条款不具有合法性。同时，《劳动合同法》第27条规定，劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

根据以上规定，可以认定王某与建筑公司签订的劳动合同为部分无效的劳动合同“发生伤亡事故本公司概不负责”的条款不能发生法律效力。因工伤害等职业灾害，是用人单位对劳动者的一种特殊侵害，即使用人单位的设施和工作环境完全符合法律、法规规定的标准，完全没有过错，也应当对遭受职业灾害的劳动者负有赔偿责任。本案中建筑公司应当支付王某的医药费，赔偿王某的损失。

劳动合同不得违反法律、行政法规的规定，否则无效。部分条款无效的，如果不影响其他部分的效力，其余部分继续有效。用人单位与劳动者签订合同时，要本着平等自愿的原则，不能有失公平，更不能违反法律、行政法规的强制性规定。法律法规的强制性规范主要有劳动保护规定、工作时间规定、劳动者基本权利规定、对妇女和未成年人特殊保护的规定等等。有的用人单位常常在劳动合同中约定“伤亡概不负责”、“不予缴纳社会保险费”、“合同期内不准结婚”或者约定超出劳动法律基准的较长劳动时间，诸如此类条款的劳动合同，都是无效或者部分无效的劳动合同。劳动者在签订劳动合同时，应注意以上情况，避免因违法而承担不利

的法律后果。

【案例 29】

【基本案情】 张某根据招工广告虚假宣传的条件，与某公司签订了劳动合同。但工作后却发现工作环境恶劣、经常加班加点、薪水低且常常拖欠工资。张某以劳动合同系被欺骗所签为由主张无效，公司同意劳动合同无效，却以劳动合同无效为由不发给他 5 个月的工资。张某不服遂向法院提起劳动合同无效的诉讼。

【分析意见】 本案争议的焦点是劳动合同无效后，劳动者是否获得劳动报酬。根据我国《劳动合同法》第 3 条第 1 款的规定，订立和变更劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，不得违反法律、行政法规的规定。《劳动法》第 18 条规定：如果用人单位与劳动者订立的合同是违反法律、行政法规和采取欺诈、胁迫等手段而订立的，则为无效合同。《劳动合同法》第 26 条也规定了以欺诈的手段使对方在违背真实意思的情况下订立或变更劳动合同的，为无效合同。本案中，某公司采用欺诈的方式与张某订立了劳动合同，违背了平等自愿、协商一致的原则。张某因公司虚假的广告宣传与该公司订立劳动合同，应属无效合同，应当予以解除。对无效合同，根据《劳动合同法》第 28 条的规定，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。因此，某公司应当支付张某 5 个月的工资。根据《劳动合同法》第 46 条的规定，张某有权要求某公司支付其经

经济补偿，具体补偿金额依据《劳动合同法》第 47 条的规定，应为半个月的工资。

【案例 30】

【基本案情】 某商业银行员工王某，与该行订立的劳动合同于 2004 年 6 月份到期。合同期满后，商业银行未与其终止劳动关系，也未与其续签劳动合同，而王某则继续在该行原岗位工作。同年 12 月王某以在该行连续工作 10 年零 6 个月为由，依据《劳动法》第 20 条的规定，即劳动者在同一单位连续工作满 10 年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同之规定，向该行提出订立无固定期限的劳动合同的请求。商业银行却认为劳动合同订立，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，订立劳动合同应是用人单位的自愿、合意之意思表示，不愿意与王某订立无固定期限劳动合同，而只愿意续签 3 年期的固定期限合同。双方由此产生争议，王某遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

劳动争议仲裁委员会依据最高人民法院 2001 年 4 月 16 日颁布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 16 条第 2 款：根据《劳动法》第 20 条规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系之规定裁定：王某在劳动合同期满后继续在商业银行原岗位工作，商业银行继续提供工作条件和报酬，双方存在事实劳动关系；商业银行应当与王某签订无固定期限劳动合同。

【分析意见】 在本案例中主要涉及两个问题：一是王某与原商业银行之间是否存在事实劳动关系；二是王某能否要求与该商业银行签订无固定期限的劳动合同。就第一个问题而言，2004年6月，王某与商业银行的劳动合同到期后，商业银行未与其续签劳动合同，但也并未与其终止劳动关系，王某继续在原岗位工作，月薪水照拿。根据劳动部1996年发布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第14条的规定，劳动合同到期后，劳动者与用人单位未办理终止劳动合同的手续，继续工作，与用人单位之间形成的事实劳动关系，应当被视作续签劳动合同，用人单位应及时与劳动者协商合同期限，办理续订手续。按照上述规定，王某与商业银行之间已经形成了事实劳动关系，商业银行应当及时与其协商期限签订劳动合同。

对于第二个问题，根据《劳动法》第20条第2款的规定，劳动者在同一用人单位连续工作满10年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限劳动合同。新颁布的《劳动合同法》在第14条规定，劳动者在该用人单位连续工作满10年的，若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。在本案例中，王某与商业银行已经存在事实劳动关系，即应视为当事人双方同意续延劳动合同，在此情况下，王某提出续签合同应当签定无固定期限劳动合同的要求是合理的，商业银行不得单方终止合同。

在现实生活中经常发生的情况是，劳动者与用人单位

10 年合同期限已满，在续签合同时，劳动者要求签订无固定期限劳动合同，用人单位不同意，只答应签订固定期限劳动合同，要不就终止与劳动者之间的劳动关系。遇此情况，若劳动者不想失去工作，而又想签订无固定期限劳动合同，则其可以先与用人单位签订固定期限劳动合同，签订该劳动合同后“劳动者同意续订劳动合同”这一要件得到了满足，劳动者便可以在该劳动合同期限内向用人单位提出要求改签无固定期限劳动合同。如果用人单位不同意变更，劳动者可以在签下合同的 60 日内向劳动仲裁部门提出申请，要求撤销有固定期限的劳动合同，改签无固定期限劳动合同，劳动仲裁部门会支持劳动者的这一主张。即使变更未成，劳动者权益也不会受到影响，因为此时双方的劳动关系已成为事实上的无固定期限劳动关系。若发生劳动争议，劳动仲裁部门或法院会将该合同视为无固定期限劳动合同，以保护劳动者的合法权益。

【案例 31】

【基本案情】 员工黄某，大学文化程度，获得注册会计师资格，于 1986 年到某公司工作，1989 年任公司财务科科长。1992 年黄某与公司签订了为期 15 年的劳动合同。2001 年公司改制，法定代表人变更。同年 7 月，公司以黄某不适应岗位工作为由，撤销了黄某财务科长的职务，并将其安排到车间从事统计工作。工资随之调整，由原来的 1100 元降为不足 600 元。黄某不服公司对其岗位进行的调整，在多次与公司交涉未果的情况下，于 8 月向劳动仲裁机构提出申诉，要求该公司恢复其原工作。黄某认为，自己是大学财会专业

毕业，并在公司从事财会工作多年，具有系统的财会专业知识和丰富的实践经验，因工作成绩突出，多次受到公司和上级主管部门的表彰奖励，并非公司所说的“不适应岗位工作”。调整工作岗位属于对劳动合同内容的重大变更，应当遵循协商一致的原则变更劳动合同，企业单方变更其工作岗位，应当被视为无效行为。而该公司则认为，企业有用人自主权，生产经营指挥权，所有员工都应当服从企业的安排和调配。公司与员工签订了劳动合同，但并没有具体约定黄某的工作岗位和劳动报酬。因此，调整黄某的工作岗位并不违反劳动合同和有关法律、法规。

【分析意见】 订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。这是我国《劳动法》与《劳动合同法》都坚持的原则。工作内容是劳动合同的主要内容之一，《劳动法》与《劳动合同法》都将工作内容规定为劳动合同的必备条款，工作岗位又是工作内容的重要方面，变更工作岗位，即是变更劳动合同，因此，在本案例中公司变更黄某的工作岗位，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，应当在征得黄某同意的情况下才可变更，否则无效。

本案例中，黄某工作的公司进行改制，法定代表人变更，但黄某与原公司签订了15年期限的劳动合同，在公司改制时劳动合同未到期，不影响其作为改制后公司的员工继续工作。而且，改制后公司并未与黄某重新订立劳动合同，应视为改制后公司与黄某按照原劳动合同内容产生权利义务关系，因此，改制后公司在没有合理根据的情况下，不得擅自

将黄某调离原职至车间工作。

公司改制一般被认为是“客观情况发生重大变化”，根据《劳动法》第26条规定“客观情况发生重大变化”致使原劳动合同无法履行的，用人单位才可以与劳动者协商变更其工作岗位。黄某与改制后公司的劳动合同并非无法履行，而是依原合同继续履行，因此，改制后公司即使要调整黄某的工作岗位，也应当在与黄某协商后在合理范围内进行调整，而非擅自将黄某从财务科科长降至车间统计人员，使黄某的工资从原来的1100元降至不足600元，降低幅度达到50%，对黄某的利益产生了重大不利影响，是不符合劳动法保护劳动者利益宗旨的。而且，公司所提出的黄某“不适应岗位工作”并没有合理依据的支撑，不能成为公司变更黄某工作岗位的理由。

至于公司提出“企业有用人自主权，生产经营指挥权，所有员工都应当服从企业的安排和调配”这一抗辩理由也是不能成立的。企业的自主用人权，生产经营指挥权尽管是由企业自主行使，但行使的前提是必须是在遵守与劳动者签订的劳动合同，遵守法律、行政法规的基础上，其行使不得侵害劳动者的合法权益。在有明确的法律规定和与黄某约定的情况下，公司擅自变更黄某工作岗位这一决定应当被撤销。

第三部分 劳动合同的履行和变更

【案例 32】

【基本案情】 李某受聘于一家股份有限公司，并与公司签署了劳动合同，合同中约定：正式聘用李某为公司的技术总监，合同期为 5 年。合同同时约定，李某每月的税前工资是 12000 元。前 2 个月，王某如数拿到了合同约定的工资。第 3 个月，因李某业绩突然变差，公司以李某工作业绩下滑为由，并根据劳动合同第 5 条的规定：李某的薪酬由公司董事会予以审定，同时按照公司董事会的意见，根据其工作业绩对其薪酬水平予以修改，将李某的工资降为税前工资 8000 元。两个月后，公司又以王某未能做正常的业务工作为由，决定按待岗处理，工资才 5000 元。李某认为自己的合同工资为 12000 元，但公司所发的工资一再下降，因此多次找公司交涉要求补发所欠的工资。公司则认为，降低李某工资的决定是根据李某的工作业绩的评定、公司的章程作出的，完全符合李某与公司签订的劳动合同第 5 条的约定，不同意李某补发工资的要求。双方协商不成，李某便就此向劳动争议仲裁委员会提出了申诉。

劳动争议仲裁委员会经过审理发现，公司没有对李某的工作业绩进行记载和考核，对其业绩大幅度下滑所出示的证据只能反映出该公司的业绩情况，不能证实双方当事人之间的业务情况，更没有证据证明李某不能从事正常的业务工

作。同时，公司也没有对李某的业绩进行书面的考评结论，没有经过董事会讨论决定，只是由公司经理以口头形式作出降薪决定，通知李某本人。经调解无效，劳动争议仲裁委员会根据《劳动法》第 50 条的规定，裁决公司补发王某所欠工资，同时，由于公司未能按时足额支付李某的以上工资，公司还要加罚 25% 的经济补偿金。

【分析意见】 根据《劳动合同法》第 29 条规定，用人单位和劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。根据《劳动法》第 17 条第 2 款的规定，劳动合同依法订立即具有法律效力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。因此，没有法定的变更情形出现也没有双方当事人协商的情况下，任何一方都不得任意变更合同的内容。本案中，李某与公司签订了一份合法、有效的劳动合同，并就工作内容、劳动报酬等作出了约定。因此，该公司在与李某签订劳动合同，并明确约定权利义务后，就应该认真、完整地履行合同的内容，否则就构成了违反劳动合同的行为。《劳动合同法》对劳动合同的变更也作出了规定，只有经过双方当事人的协商或出现了法定情形后，劳动合同才可以变更。

本案中，公司以李某工作业绩大幅度下滑为由，单方面降低了劳动合同约定的工资标准。从仲裁委员会调查情况来看，公司在作出这一决定的过程中，存在问题。公司如果以业绩原因调整员工的岗位或薪水，首先应该有充足的证据表明该员工确属业绩不良，已经构成了不能胜任工作的客观事实，只有在此基础上才能决定调整李某的工资水平。公司只凭主观印象，就认定员工业绩不良，继而变更劳动合同在法

律上和合同上都没有依据。按照李某与公司签订的劳动合同第5条的约定，“李某的薪酬由公司董事会予以审定，同时按照公司董事会的意见，根据其工作业绩对其薪酬水平予以修改”。即使李某确实存在业绩下滑、不能胜任公司本职工作的问题，公司要变更劳动合同中劳动报酬等内容，也必须按照规定的程序办理，不能违反规定的程序。本案中公司变更李某的劳动合同时，没有经过公司的董事会，仅仅由公司总经理口头通知李某本人，明显违反合同的约定。所以本案中，公司擅自降低李某工资标准的做法显然不妥。

【案例 33】

【基本案情】 王某为一名进城务工农民。王某与D建筑工程队签订了劳动合同，双方约定，按季度支付王某工资，每月200元，包吃住，合同期限为该项工程时间，预计为2年。

工作8个月后，适逢春节，王某向D建筑工程队要求预支第三季度的工资作为回家路费，D建筑工程队予以拒绝。王某遂要求支付最后两个月的工资，D建筑工程队仍予以拒绝，称不足一季度不能发放劳动报酬，且工程队近几个月没有收到发包方的工程款，无力发放工资。

【分析意见】 这里首先要明确的是进城务工农民的身份。根据我国《劳动法》的规定，劳动关系的双方当事人是劳动者和用人单位，前者包括进城务工农民，后者包括各类用工的单位或雇主。因此，农民工进城务工后就是一名劳动者，在与用人单位形成的劳动关系中享有《劳动法》规定的全部劳动权利。用人单位拖欠其工资就如同拖欠其他劳动者工资一样，是违法的。本案中，王某作为劳动者的身份是明

确的，其作为劳动者的权利应当受到法律保护。

在对拖欠工资的认定上，应当依据法律的明确规定界定拖欠行为。根据《劳动法》第 50 条的规定，工资应当按月足额支付给劳动者。因此，工资发放的时间最长为 1 个月，当月工资未按时发放即为拖欠；工资必须足额发放，不足部分也为拖欠。所以，对工资拖欠的追偿和制裁应当是一种日常性行为，而不是每到年底进行运动式的突击。依据《劳动合同法》第 30 条的规定，王某可以依法向当地人民法院申请支付令。同时，依据《劳动合同法》第 85 条规定，即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 50%以上 100%以下的标准向劳动者加付赔偿金：

（1）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；（2）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；（3）安排加班不支付加班费的；（4）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。王某也可以向当地劳动行政部门进行检举。

劳动报酬是对劳动者劳动的报酬。劳动是劳动者与生产资料相结合的过程与结果。在劳动中，劳动者付出劳动，实施劳动行为，完成劳动过程就履行完了劳动义务，也同时产生了得到劳动报酬的权利。劳动者的劳动目的不是追求劳动成果或结果，因为许多的劳动并不能直接得到结果，而且劳动所形成的结果是归用人单位所有的，劳动成果中所包含的经济利益与劳动者没有直接的关系。因此，用人单位以自己

没有得到发包方的工程款、经销商的销售款为理由拖欠农民工工资,在事实上和法律上都是得不到支持的。从法律上讲,用人单位与发包方的工程款、经销商的销售款形成的经济法律关系,完全不同于与劳动者形成的法律关系。从事实上看,用人单位得到的工程款、销售款是经营目的的实现和利润的收获,与此相伴随的收款风险实质上是一种经营风险。劳动者的劳动是不能分享经营者的利润的,当然也不必承担其经营风险。所以 D 建筑工程队以没有得到发包方工程款为由,拒绝支付王某工资是不能成立的。

【案例 34】

【基本案情】 曾某是苏州某仪器有限公司的职工。她与单位在劳动合同中约定,曾某的工作时间为每天 8 小时,平均每周 40 小时。但是工作后曾某发现单位经常要求职工加班。一次周六时,单位又要求曾某加班,曾某口头向领班请假,领班不置可否。周一曾某上班时,就接到一份解聘通知书,公司要与曾某提前解除劳动合同。曾某不服,遂向劳动争议仲裁委员会提请仲裁,要求公司给付提前解除劳动合同的经济补偿金。

【分析意见】 本案争议的焦点在于,劳动者拒绝加班是否构成单位提起解除劳动合同的原因。《劳动法》第 41 条、第 43 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延长工作时间,一般一日不得超过 1 小时;因特殊原因需要延长工作时间的,在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过 3 小时,但是每月不得超过 36 小时。用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作

时间。可见，用人单位延长工作时间不是随意的，必须经过一定的手续，符合一定的条件才行，并且还必须把延长工作的时间长度限定在国家规定的范围以内。劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第 71 条规定：协商是企业决定延长劳动时间的程序，企业确因生产经营需要，必须延长劳动时间时，应与工会和劳动者协商。协商后，企业可以在劳动法限定的延长工作时数内决定延长工作时间，对企业违反法律法规强迫劳动者延长工作时间的，劳动者有权拒绝。《劳动合同法》第 31 条也规定：用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。这里规定了劳动者对加班与否有自主选择的权利，用人单位必须与劳动者进行协商，一旦劳动者拒绝加班，用人单位不得强迫劳动者加班，否则构成对劳动者休息权的侵犯。

本案中该仪器有限公司强迫曾某加班，且因此提前解除劳动合同，违反了《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定，损害了曾某的劳动权和休息权，应当承担责任。仲裁争议机构应当支持曾某的请求。如果曾某请求撤销公司解除劳动合同的通知，仲裁争议机构也应当支持。

【案例 35】

【基本案情】 李某与 A 电影公司签订了为期 3 年的劳动合同，约定李某担任放映员工作。后 A 公司变更了法定代表人，遂不再为李某缴纳社会保险费，且减少了其工资数额。李某遂向当地劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求 A 电影公司按照劳动合同全面履行义务。

【分析意见】 本案争议焦点在于，用人单位变更法定代表人以后，劳动合同是否要变更履行的问题。根据《劳动合同法》第33条的规定，用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。所以我们能够很容易地看出，本案中，李某与A电影公司签订的劳动合同是双方协商一致的合法、有效劳动合同，在约定的期限内，用人单位和劳动者应当充分履行合同约定的义务。用人单位变更法定代表人不影响合同的有效性，因此不影响双方当事人依照合同的约定继续履行合同义务。

【案例 36】

【基本案情】 曹某为一名1976年参加工作的国有企业职工。1991年，经组织调动，曹某被调入A市信托投资公司工作。2000年，该信托投资公司被撤销，曹某随全体职工转入新成立的A市国资公司，后来又被该国资公司委派到B物业管理公司工作。

2004年，B物业管理公司更名为C国投物业发展公司。2005年4月，C国投物业发展公司要求曹某与其签订一份为期3个月的劳动合同。曹某提出，自己的工龄已达30年，要求与公司签订无固定期限的劳动合同，遭到拒绝。曹某遂被迫签下3个月期限的劳动合同。在签订合同后几天，C国投物业发展公司进行了股份制改制，并更名为D物业公司。3个月合同期满后，曹某收到D物业公司的一份终止劳动关系的通知。该通知称D物业公司与曹某之间的劳动合同已经到期，不再续签，且不对曹某支付任何经济补偿金。曹某认为自己是国有企业职工，工龄长达30年，公司应当与其签订无固定

期限的劳动合同。然而公司以欺诈、胁迫的方式与其签订了为期 3 个月的固定期限劳动合同，侵犯了其合法权利，遂向劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求 D 物业公司确定其国有企业职工的身份，并为其重新安排岗位。劳动仲裁委员会认为，此案为企业制度和用工制度改革中出现的职工安置问题，不属于履行劳动合同过程中发生的劳动争议，不属于其受理范围，决定不予受理。曹某不服，遂向当地基层人民法院提起诉讼。法院受理了该案件。经调查发现，曹某在工作调动过程中并没有收到过一次性的经济补偿，因此其作为国企工作人员的身份并未发生过变化。C 国投物业发展公司与 D 物业公司曾签订过一份人员移交协议书，D 物业公司据此接受了 C 国投物业发展公司对其工作人员的权利与义务。因此，曹某属于固定工。法院判决 D 物业公司撤销其向曹某发出的终止劳动合同通知，同时驳回了曹某的其他诉讼请求。

【分析意见】 本案争议的焦点有两个：

1. 国有企业进行所有制改革后，原企业与员工之间的劳动合同关系是否继续存在

《公司法》第 175 条规定：公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。其第 177 条规定：公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。可见，《公司法》对于公司合并及分立后的债权债务关系都有明确的规定。但企业所有制改革并不属于合并分立的范畴，不能直接适用《公司法》的规定。企业的所有制改革，其本质上是引入了新的投资人，或者将

投资人由国家变为其他主体，仍然属于《劳动合同法》第33条的规定。结合本案，我们可知，国有企业进行所有制改革后，原企业与员工之间的劳动合同关系继续有效。

2. D 物业公司是否应与曹某签订无固定期限的劳动合同

《劳动合同法》第14条第2款第(1)项规定：劳动者在该用人单位连续工作满10年的，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，应当订立无固定期限劳动合同。曹某虽然未在D物业公司工作满10年，但他进入D物业公司是工作单位的安排，劳动合同的相关权利义务随工作单位的更换而转移，并且在更换工作单位的时候曹某并未获得任何经济补偿金或置换费用，其国有企业职工的身份没有发生变化，可以认为曹某在同一用人单位连续工作满10年以上，能够适用该条规定。另外，根据2001年最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第16条的规定，根据《劳动合同法》第14条之规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。在劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第45条中规定，在国有企业固定工转制过程中，劳动者无正当理由不得单方面与用人单位解除劳动关系，用人单位也不得以实行劳动合同制度为由，借机辞退部分职工。可见，D物业公司以短期合同替代无固定期限合同，借机辞退曹某的行为是不正当的。同时根据该《意见》第16条的规定，即：用人单位与劳动者签订劳动合同时，劳动合同可以由用人单

位拟定，也可以由双方当事人共同拟定，但劳动合同必须经双方当事人协商一致后才能签订，职工被迫签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。因此可以认定D物业公司与曹某订立的3个月期限的劳动合同是无效的，D物业公司应当撤销终止与曹某劳动合同的通知，为曹某重新安排岗位。

【案例 37】

【基本案情】 A 电子总公司将其下属一家分公司转让给 B 中外合资企业。在办理职工移交时，职工李某不同意变更劳动合同主体，而 A 电子总公司坚持移交。李某认为，用人单位强制变更劳动合同主体，是单方违约行为。A 电子公司则认为，其分公司转让后，李某的工作场地和工作岗位已不复存在，双方履行劳动合同的条件发生根本性的变化，因此，李某随着分公司的转让而移交给 B 中外合资企业是合情合理的。

【分析意见】 本案争议的焦点在于：下属机构转让，劳动合同是否应当变更问题。根据《劳动合同法》第 3 条第 2 款的规定：依法订立的劳动合同具有法律约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。A 电子总公司转让下属机构并非劳动合同主体的消失和履行劳动合同能力的丧失，应继续履行劳动合同。根据《劳动合同法》第 34 条的规定：用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。本案不是典型的公司分立的情形，但可比照公司分立的情况处理，由 B 公司继续履行劳动合同，或者经与劳动者协

商后，与 A 公司解除劳动合同，与 B 公司重新订立劳动合同。A 电子总公司在移交李某时，应根据《劳动合同法》第 36 条的规定，即“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同”办理解除劳动合同手续。A 电子总公司在李某不同意变更劳动合同的情况下强行将其移交，违背了平等自愿的原则，是对李某权利的侵犯。

【案例 38】

【基本案情】 张某与 A 公司签订了为期 3 年的劳动合同。在合同履行期内，A 公司因为经营不善，经资产重组，与 B 公司进行了合并，并将合并后的公司重新注册登记为 C 公司。C 公司成立后，即以原劳动合同主体已变更，原合同无法继续履行为由，要求职工与 C 公司重新订立劳动合同，否则视为与原公司解除劳动合同关系。张某认为其在原劳动岗位继续劳动，无须重新订立劳动合同，因此，拒绝重新订立。C 公司即以张某拒绝与其订立劳动合同为由，解除了与张某的劳动合同关系。张某遂向法院提出诉讼，要求 C 公司继续履行其与 A 公司签订的劳动合同。

【分析意见】 本案争议的焦点是，C 公司能否解除 A 公司与张某签订的劳动合同。《劳动合同法》第 34 条规定：用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。C 公司认为其是由 A、B 两个公司合并成立的新公司，C 公司的成立标志着 A、B 公司的消灭，因此 A 公司与张某签订的劳动合同中的一方主体已不复存在，合同无法继续履行。张某不与 C 公司订立新的合同即视为放弃在 C 公司工作的机会。事实上，正

是由于C公司是A、B公司合并成立的，A、B公司的原权利和义务已由C公司继承，A公司与张某签订的合同应当由C公司继续履行，并不存在不能履行的问题。根据《劳动合同法》第3条第2款的规定，依法订立的劳动合同具有法律约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。因此C公司应当继续履行原劳动合同，除非出现法定的解除事由，C公司不得随意解除劳动合同。有关法定解除事由，具体见《劳动合同法》第39条的规定，即：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因本法第26条第1款第（1）项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的。本案中张某并未出现上述法定事由，C公司不得解除与张某的劳动合同关系，而张某要求C公司继续履行其与A公司签订的劳动合同的主张是合法合理的，应当得到法院的支持。

【案例39】

【基本案情】赵某与G公司签订了劳动协议，双方约定，G公司聘请赵某为销售部经理，每月支付工资5000元，合同期限为2年。3个月后，G公司以销售部销售业绩下降为由，将赵某由销售部经理降职为普通员工，工资降为每月3000元。赵某不服，以G公司擅自变更劳动合同为由，向劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求G公司继续履行原劳动合同。

【分析意见】 本案争议的焦点在于 G 公司降低赵某工资的行为是否属于变更劳动合同的行为。《劳动合同法》第 17 条规定：劳动合同应当具备以下条款：用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；劳动合同期限；工作内容和工作地点；工作时间和休息休假；劳动报酬；社会保险；劳动保护、劳动条件和职业危害防护；法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。可见，劳动报酬是劳动合同的重要组成部分，G 公司变更赵某的劳动报酬构成对劳动合同的实质性变更。同时，《劳动合同法》第 35 条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。可见，变更劳动合同除法律、法规规定的情况之外，须经过与劳动者的协商。另外，本案中，赵某不存在《劳动合同法》第 39-40 条规定的单位可单方解除劳动合同的情况，因此 G 公司不得随意变更与赵某的劳动合同。G 公司未经协商，擅自降低赵某工资，构成对赵某劳动权利的侵犯，应当承担责任。因此，劳动争议仲裁部门应当支持赵某的请求。

【案例 40】

【基本案情】 一家公司用高薪聘用一名女副总经理，上任半年未出业绩，该公司颇为恼怒拒付工资。为了获取近 10 万元的高薪，这名女副总王某将该公司告上法庭。公司则反诉要求她返还 4 万元预付资金。

2004 年 3 月 6 日，安徽某工程有限公司与王某签订了一份聘用协议，规定：个人联系的项目工程基本任务为 1000 万元，固定月薪 8000 元。公司于当月 12 日以文件的形式任

命王某为公司副总经理。合同履行期间，应王某的提议，公司在合肥设立了办事处；同时为方便王某开展业务，公司给其租住套房、配备新车，并汇给现金 40000 元。当月 28 日，双方签订“聘用协议补充规定”，对基本任务和月薪标准进行确认，并对王某完成或超额完成基本任务给予业务补助的标准进行了书面约定，并约定房屋租赁费、水电费、小区管理费凭票报销，通讯费用每年给予补助 6000 元。

同年 8 月 22 日，因王某主持工作的合肥办事处无业绩，被该公司撤销。王某于 2004 年 12 月 22 日向该市劳动仲裁委员会申请仲裁，后对仲裁裁决不服，王某又于 2005 年 4 月 12 日向市人民法院起诉，要求该公司支付 96000 元工资；支付经济补偿金 24000 元；报销业务费等 5177.37 元；补办养老、失业和医疗保险；解除劳动关系。而王某所在的公司则反诉要求确认劳动合同无效，判令王某返还预付资金 40000 元，赔偿损失 12858 元。

法院经审理认为，从协议和补充规定的内容来看，该公司实行的是经济效益与工资收入挂钩。王某在聘用期间没有给该公司创造经济效益，要求其按月薪 8000 元，标准支付工资，显失公平。判决王某返还给该公司 6921.55 元。

【分析意见】 本案是因为工作数量与质量问题而引发的纠纷。在很多情况下，工作的数量和质量是没有一个确切的衡量标准的，特别是作为公司的高级管理人员，完成工作的数量是不可测的，质量在某些情况下则可以由为公司创造的经济收益和业绩成果表现出来。在本案例中，王某与其公司签订的聘用协议对工作数量有一定方式的限定，即个人联

系的项目工程基本任务为 1000 万元,此 1000 万元可以看作是公司与王某约定的工作数量,也可以看作是王某开展业务所完成的工作质量,业务完成量高,即说明业务质量高,业务未完成,则说明业务质量低。

由本案例引申出的问题是关于用人单位与劳动者之间工作数量与质量的约定。在本案例中,因为王某与公司有聘用协议在先,王某个人联系的项目工程基本任务为 1000 万元,即是说在没有不可抗力或公司与王某协商后更改该数目的情况下,王某均应当完成该工作数量,否则就将被视为未完全履行劳动合同,公司有权对王某未完成工作数量的行为进行预先约定的处理,并撤销其副总经理的职务。而在没有明确约定工作数量和质量的情况下,劳动者要注意用人单位内部规章制度的规定,特别是有关业绩考核的规定,检查其内容和程序的合法性和合理性,避免自身正当利益遭受损失。

【案例 41】

【案例简介】 某厂制造车间对员工实行标准工时制和计时工资制。该厂规定,制造车间早班工人在每个工作日上午 8 点正式开始工作,至当天下午 5 点下班,在此期间有 1 个小时的午餐及午休时间。另外,还规定为做好工作前的准备工作,要求早班工人每天必须在 7 点 45 分到岗,在预热机器的同时更换服装、听车间领导布置当天工作。

管理过程中,该厂发现部分工人在工作时常常以上厕所为名,缩短实际工作时间。于是,限定早班工人每天有半个小时的如厕时间,自由支配。同时,将下班时间调整为 5 点半。

该新规定执行 1 个月后的发薪日,部分早班工人提出异

议，认为他们的实际工作时间已经超过 8 小时，工厂应当支付他们相应的延长工作时间的工资，遭到厂方拒绝后，他们向当地劳动保障部门投诉，要求工厂补发他们相应的延长工作时间的工资。

劳动保障部门经过调查后发现，该厂安排制造车间早班工人在工作日工作的时间实际为 8.75 小时，确已超过每日 8 小时的法定工作时间限度。因此，工厂应当就延长工作时间部分支付员工相应的延长工作时间的劳动报酬。

后在劳动保障部门的教育和督促下，该厂最终补发了制造车间早班工人 1 个月的延长工作时间工资，并适当调整了原来的作息时间，使每日正常工作时间不再超过 8 个小时。

【分析意见】 工作时间是指劳动者根据法律的规定和劳动合同的约定，在用人单位中用于完成本职工作的时间。我国《劳动法》对劳动者的工作时间有明确的规定和限制，目的是为了保障劳动者健康权和休息权的实现。

工作日根据劳动者工作性质、工作条件和工作时间长短等分为定时工作制、不定时工作制、综合计算工时工作制与计件工作制三种形式。本案例中的工厂所实行的是定时工作制中的标准工作日制度，这也是大多数用人单位普遍实行的工时制度。根据相关劳动法规规定，我国实行的是每天工作 8 小时，每周工作 40 小时的标准工时制。对于工厂规定的“工人在每个工作日上午 8 点正式开始工作，至当天下午 5 点下班，在此期间有 1 个小时的午餐及午休时间”是完全符合法律规定的，但本案例的争议就在于工人“在预热机器的同时更换服装、听车间领导布置当天工作”的时间以及半小

时自由如厕时间是否应当计入当天工作时间内。

《劳动法》上所说的工作时间的范围，不仅包括作业时间，还包括准备工作时间、结束工作时间以及法定非劳动消耗时间，即中途的如厕、喝水等时间；不仅包括在岗位上工作的时间，还包括依据法规或单位行政安排离岗从事其他活动的时间。因此，本案例中工人在到岗之前的15分钟“预热机器的同时更换服装、听车间领导布置当天工作”的时间以及中途半小时的如厕时间都属于工作时间的范围，实际上构成了工人的延长工作时间，工厂在作此延长工作时间的决定时不仅应当按照法律规定与工会与工人进行协商，而且应当支付工人延长工作时间的费用。

劳动者在遇到用人单位随意调整工作时间的情况时，一定要辨认用人单位调整工作时间是否符合法律法规的规定，工作时间调整的背后往往隐藏着对劳动者权利的侵害，劳动者应当对此提高警惕，利用法律武器维护自己的权利。

【案例 42】

【基本案情】 1982年2月，王某（女）到某国营丝厂工作。后丝厂经改制变更名称为某制丝公司王某仍在该公司工作。2000年初，王某与该制丝公司签订为期5年的劳动合同，合同截止时间为2005年5月1日。2002年10月，上级公司为整合资源做大做强丝绸产品，将制丝公司的针织车间、丝绵车间的人员（包括王某在内）随资产和岗位整体划出，与某服饰公司整合，组建了新的服饰公司。

从2003年12月起，服饰公司为王某交纳养老保险和失业保险金。2004年9月12日，制丝公司向服饰公司移交了

包括王某在内的数名职工的保险本及档案资料,并将原丝厂改制提取的安置职工费用按比例转给服饰公司。

从2003年起,由于工作需要,王某所在的车间经常加班。服饰公司既不按规定安排王某休息,亦未发放加班报酬。2004年4月21日,服饰公司因生产需要向劳动行政部门申请实行综合计算工时工作制,并经行政部门批准。服饰公司实行综合计算工时工作制后,仍安排王某等职工超时加班,不发放加班工资,引起王某的不满。

2004年11月29日,王某要求服饰公司支付其加班加点报酬,公司未予答复。2005年2月16日,王某向公司发出了《关于解除与你单位劳动合同的通知》,提出了要求与单位解除劳动合同,支付经济补偿金,为其办理相关手续的请求。当日,王某即离开单位。

2005年2月28日王某向仲裁委提出了仲裁请求。服饰公司辩称其自2004年4月21日起已实行综合计时工作制,因而从那以后并不存在加班加点的说法,而且,公司与王某签订的劳动合同截止日期为2005年5月1日,王某未与公司协商不得单方解除合同。

【分析意见】 本案例是围绕加班加点问题发生的劳动争议案件。争议之一:在于用人单位获批实行综合计时工作制以后,是否存在加班加点工资;争议之二:在于劳动者是否能以用人单位拒付加班加点工作为由单方解除劳动合同。

争议一:综合计算工时工作制是从部分企业生产实际出发,允许实行相对集中工作、集中休息的工作制度,以保证生产的正常进行和劳动者的合法权益。依据劳动部《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5条的规定，综合计算工时工作制采用的是以周、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。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44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》规定支付工资报酬，其中法定休假日安排劳动者工作的也应按法律规定支付工资报酬。由此可以看出，在用人单位实行综合计算工时工作制的情况下，仍存在延长劳动者工作这一说法，用人单位应当按法律规定支付加班加点报酬。

对于争议二，根据我国《劳动法》第32条第（3）项的规定，用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或提供劳动条件的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同。根据前面的分析可以看出，服饰公司在延长王某工作时间的情况下，没有按照法律规定向其支付应得报酬，而该劳动报酬是按照法律直接规定王某应当享有的，不管服饰公司与其约定与否，公司都应当向王某支付。因此，王某可以依据法律规定单方解除与服饰公司的劳动合同，并要求公司支付其延长工作时间按法律标准应得的报酬。

根据新颁布的《劳动合同法》第38条第（2）项，用人单位未及时足额为劳动者支付劳动报酬的，劳动者可以解除劳动合同。这与《劳动法》的规定也是一致的。

【案例43】

【基本案情】 李某系某直辖市邮电局封发一局动力设

备检修科的充电工，36岁，系未婚大龄青年。1994年春节前夕李某曾多次向科组领导请假，要求不要安排其春节期间三天的加班，理由为，节日期间要与女友约会，他的这一要求被单位领导拒绝。春节期间，李某以法定假日应当休息为由，春节三天未到岗上班，致使23辆铲车因未充电而一度停运。事后该局领导打电话找来正在家休息的科领导，令李某加班方才恢复了生产。李所在单位于3月31日对其作出了行政警告处分的决定，并扣发其3个月奖金。李某不服处罚，与单位交涉未果，便连续向区劳动争议仲裁委员会和法院提出申诉和提起民事诉讼。

李的诉状称，作为大龄未婚青年，有权得到单位应有的照顾。法定假日休息不存在旷工问题，单位对其作出的警告处分依据不足。

李某所在单位在答辩状中指出，李某在明知当班的情况下，无视劳动纪律，片面强调个人主观意愿，影响正常生产，这是旷工行为，处罚并无不当。在实行轮体制的单位，如全行业职工都仿效此举，一味强调个人权利，不愿承担义务，那么行业将处于瘫痪状态。要求法院维护该单位的合法权益。

【分析意见】 根据从1995年1月1日开始实施的《劳动部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5条的规定，企业对于交通、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采用综合计算工时工作制，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。对于实行综合计算工时工

作制的职工企业都应根据《中华人民共和国劳动法》和《国务院关于职工工作时间的规定》的有关条款，在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采取集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成，劳动法对劳动者的休息休假权利也进行了确认。

李某在提出其诉讼时，综合计算工时工作制还未实施，但根据当时的相关法律法规，可以确认李某所在的邮电局属于连续不断进行运转的特殊单位，休息时间实行轮休制，其所属职工应依法服从所在企业生产、工作的需要享受休息权利，履行工作义务。李某作为大龄青年，需要解决个人问题向单位请休节假日的要求无可厚非，在其多次请求的情况下，单位应当考虑李某的实际情况给予准假，并安排其他人员替代李某。但单位始终未准假，致使李某不假而休，由此引发了后面的一系列结果。最后，人民法院以李某严重违反所在企业的规章制度和劳动纪律为由判决李某败诉。

对于这一结果，从当时和现行的法律条文规定上看是无可非议的：法律只规定了劳动者的总工作时间与标准时间相同，在法定假日有休息的权利，而对像李某所在的特殊行业的劳动者如何休假则未作规定，既可以理解为这些行业的劳动者不论何种情况，一律休息，也可以理解为可以轮休或替代。他们如何休息、休假必须服从用人单位的安排，征得用人单位的同意，使得用人单位在准假问题上拥有的权力过大。如何更好地确定和保障劳动者拥有的权利，并实现这些权利，还需法律、法规的进一步规范。

【案例 44】

【基本案情】 范某等人是某渔具制造厂职工，在参加工作的一年多时间里，多次要求用人单位改善劳动条件。范某等人的车间温度很高，职工热不可耐，要求用人单位采取降温消暑措施，但一直没有得到解决。范某等人认为，用人单位违反了劳动条件要符合法律法规规定的义务，提请劳动争议仲裁委员会处理。

劳动争议仲裁委员会受理后，经过调查，发现用人单位是一家私营企业，范某等人所在车间只有 90 平方米，采用全封闭作业，职工的操作台有 40 多张，室内温度常常高达摄氏 39 度。用人单位从未向职工提供过防暑降温饮料，也没有采取降温措施。劳动争议仲裁委员会认为，用人单位违反了国家劳动安全卫生法规，应当依法予以纠正。经调解，用人单位同意在一周内为车间安装空调机，并每天向职工提供冷饮一次，范某等人表示同意。

【分析意见】 这是一起因用人单位的劳动条件不符合法律规定引发的劳动争议案，劳动争议仲裁委员会的裁决是正确的。

1. 根据《劳动法》第 54 条规定，用人单位必须为劳动者提供国家规定的劳动安全条件和必要的劳动防护用品。提供必要的劳动安全条件，既是用人单位的义务，也是保障劳动者身体健康的必要条件，而且还可以提高劳动生产率。《劳动法》规定，用人单位必须为劳动者提供劳动安全条件，这是从法律角度对劳动力使用者规定的义务，是强制性规定，用人单位必须执行。

2. 用人单位采取全封闭作业，没有具体的通风降温措施违反了劳动安全卫生规程的相关要求。《工厂安全卫生规程》第21条规定，室内工作地点的温度经常高于摄氏33度的时候，应该采取降温措施；低于摄氏5度的时候，应该设置取暖设备。后来国务院又规定高于摄氏32度的时候，就应该采取降温措施。本案用人单位的车间采取全封闭操作，致使室内温度高达39度，超过了国家规定的室内温度高于摄氏32度就应该采取降温措施的规定，用人单位在长达一年的时间内，不顾职工的多次要求，不采取具体的降温措施而让职工长期在高温状态下工作违反了劳动安全卫生规程，劳动争议仲裁委员会要求用人单位为车间安装空调机的裁决有利于改善车间的通风设施，又利于降低温度，是必要和正确的。

3. 用人单位没有为职工提供必要的劳动防护措施也是违法的。国务院1956年制定的《工厂安全卫生规程》第27条规定，在高温条件下操作的工人，应该由工厂供给盐汽水等清凉饮料。这里的高温是指在摄氏32度以上，本案用人单位的车间室内温度长期高达摄氏39度，用人单位未给职工发放过任何劳动保护用品，也没有按规定向职工提供降温饮料，这些显然违背了法律规定，职工的要求是合理的。

4. 用人单位以缺乏资金为由来抗辩其没有依法为职工提供必要的劳动安全卫生条件是站不住脚的。劳动安全卫生条件是国家以法律的形式规定的，是具有强制约束力的条件，只要用人单位进行生产，就必须依法提供合法的劳动条件，用人单位提供必要的劳动条件是其生产、经营的前提条件，而不是事后补救的选择性规定，更不能以没有资金为借

口来抗辩职工要求其依法提供必要的劳动安全条件的理由，由此可见，本案用人单位的做法是违法的，劳动争议仲裁委员会的裁决是合法的，有力地维持了职工的合法权益。为了加强对劳动者的保护，避免将来因此产生争议，《劳动法》与《劳动合同法》都明确将劳动条件条款作为劳动合同的必备内容。劳动者在与用人单位订立劳动合同时，应注意与用人单位对劳动条件予以明确约定。

【案例 45】

【案例简介】 某集团公司是一家民营股份制企业，主要从事二次电池原材料和镉镍、镍氢、锂离子、铅酸等的研发、生产与销售。主要职业危害因素为镉及其化合物、镍及其化合物、二甲苯、噪声等。该集团公司部分作业场所职业病危害因素的浓度严重超过国家职业卫生标准；未按规定在产生严重职业病危害的作业岗位醒目位置设置警示标识和中文警示说明；未按规定对劳动者进行职业卫生培训；未按规定提供个人防护用品；未按规定组织职业健康检查；未按规定安排职业病病人、疑似职业病病人诊治。

该集团公司所在市卫生局对该公司 1621 名镉作业人员进行的职业健康检查中，查出 1034 名作业人员尿镉异常，其中 12 人已被确诊为职业性慢性轻度镉中毒。在多次现场督促整改中该公司不予配合，整理工作未见成效后，市卫生局依据《中华人民共和国职业病防治法》等法律法规，合议后决定对其进行立案查处，并在此后经过行政处罚听证告知、审批、决定、决定书送达、执行等程序，对该公司进行罚款，并限期依据法律改善生产条件、安装警示设施。

【分析意见】 本案例是一起涉及用人单位不按法律法规采取职业病防治措施而受到卫生行政部门处罚的案例，卫生行政部门的处罚符合法律的规定。

1. 该集团公司开展业务涉及职业病危害：该公司的职业病危害因素镉及其化合物、镍及其化合物和二甲苯包括在《职业病范围和职业病患者处理办法的规定》中规定的职业中毒和职业性耳鼻喉疾病范围中。

2. 该集团公司未按法律规定遵守卫生标准、设置警示标志等：根据《职业病防治法》第 13 条、第 20 条、第 23 条、第 31 条、第 32 条、第 43 条的规定，用人单位职业病危害因素的强度或者浓度应当符合国家职业卫生标准；用人单位对产生严重职业病危害的作业岗位，应当在其醒目位置，设置警示标识和中文警示说明，警示说明应当载明产生职业病危害的种类、后果、预防以及应急救治措施等内容；用人单位应当为劳动者提供符合防治职业病要求的个人使用的职业病防护用品等等。该公司的做法违反了上述全部的法律条款。

3. 该集团公司的生产已经对劳动者的健康造成了伤害：该公司 1621 名镉作业人员进行的职业健康检查中，查出 1034 名作业人员尿镉异常，其中 12 人已被确诊为职业性慢性轻度镉中毒。

4. 用人单位对卫生行政部门限期改正的警告置之不理：根据《职业病防治法》第 65 条的规定，用人单位的工作场所职业病危害因素的强度或者浓度超过国家职业卫生标准；或未提供职业病防护设施和个人使用的职业病防护用品，或者提供的职业病防护设施和个人使用的职业病防护用品不

符合国家职业卫生标准和卫生要求;或未按照规定在生产严重职业病危害的作业岗位醒目位置设置警示标识和中文警示说明等等,卫生行政部门可以给予警告,责令限期改正,逾期不改正的,处5万元以上20万元以下的罚款;情节严重的,责令停止产生职业病危害的作业,或者提请有关人民政府按照国务院规定的权限责令关闭。用人单位对卫生行政部门责令限期整改命令置之不理,从而受到警告、罚款等行政处罚是符合法律程序和规定的。

职业病危害对劳动者影响极大,而新颁布的《劳动合同法》则将职业危害防护作为劳动合同的必备内容予以明确规定,这将对我国的职业病防护产生积极的影响。

【案例46】

【基本案情】 2003年6月3日,某市卫生监督机构检查发现XX家具有限公司,喷漆工序作业工人现场未能出示职业健康检查证明,且戴普通纱布口罩正在作业。监督机构委托市疾病预防控制中心对该公司生产车间职业病危害因素进行检测、评价结果显示该作业场所存在苯、甲苯、二甲苯等职业病危害因素。该家具厂备有专门的防毒面具,但家具厂未对职工进行过上岗前培训,也未进行过专门的防毒面具使用培训,也未对作业场所的职业病危害因素有说明。卫生监督员责令该公司限期改正。

2004年6月1日,卫生监督机构对该公司再次检查时发现,喷漆调漆工序4名作业工人现场未能出示职业健康检查证明,且仍戴普通纱布口罩正在作业,职工称天气太热不愿佩带,家具厂并未要求其必须佩带防毒面具。当事人以上

行为违反了《中华人民共和国职业病防治法》、《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》，依法予以立案调查。

2004年6月3日，调查终结。2004年6月21日，该市市卫生局作出《行政处罚听证告知书》，当事人未为劳动者提供个人使用的职业病防护用品或者提供的个人使用的职业病防护用品不符合卫生要求，未公布有关职业病防治的规章制度、操作规程、职业病危害事故应急救援措施，未组织从事使用有毒物品作业的劳动者进行上岗前职业健康检查，安排未经上岗前职业健康检查的劳动者从事使用有毒物品作业，依据相关法律、条例进行罚款。

【分析意见】这是一起因用人单位违反《职业病防治法》及相关法律、条例规定而受到行政处罚的案例，其中大部分涉及到用人单位违反对劳动者承担职业教育培训义务的内容。

《职业病防治法》第22条规定：产生职业病危害的用人单位，应当在醒目位置设置公告栏，公布有关职业病防治的规章制度、操作规程、职业病危害事故应急救援措施和工作场所职业病危害因素检测结果。而在本案例中，该家具厂并未对从事职业病危害作业的职工作出危害说明，没有公布有关职业病防治的规章制度、操作规程，未尽到对职工的劳动安全卫生及有关规章制度的教育培训义务。

《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》第19条规定：用人单位应当对劳动者进行上岗前的职业卫生培训和在岗期间的定期职业卫生培训，普及有关职业卫生知识，督促劳动者遵守有关法律、法规和操作规程，指导劳动者正确使用职业中毒危害防护设备和个人使用的职业中毒危害防护用

品。劳动者经培训考核合格，方可上岗作业。本案例中家具厂既未对劳动者进行过上岗前的培训，也未有在岗期间的培训，以及中毒危害防护用品的使用培训。

《职业病防治法》第 31 条规定：劳动者应当学习和掌握相关的职业卫生知识，遵守职业病防治法律、法规、规章和操作规程，正确使用、维护职业病防护设备和个人使用的职业病防护用品，劳动者不履行该规定义务的，用人单位应当对其进行教育。而该家具厂疏于管理，在未尽到上岗前教育培训义务的同时，也未对劳动者进行在岗监督，任由劳动者因天气热不佩带专门的防毒面具而佩带毫无防护作用的普通口罩。

该家具厂多处违反法律、条例的规定，违反法定的对劳动者的教育培训义务，理应受罚。

【案例 47】

【基本案情】 2003 年 6 月 5 日，某照明电器有限公司员工段某等 6 人向当地劳动争议仲裁委员会以其工作场所采光差、通风差、卫生差等提出申诉。申诉书称，申诉人长期在不符合国家规定的工作场所从事劳动，严重影响身体健康，公司领导以劳动场所是（上世纪）60 年代建厂时设计的，现虽破旧，但从勤俭上看还可使用等为理由不予改善，申诉人请求公司立即改变工作场所采光差、通风差、卫生差的状况，保证职工身体健康。仲裁委员会受理此案后，经调查，该照明电器有限公司所属的电器组装车间厂房近 400 平方米，四周墙壁只有一排不到一米高的小窗户且用塑料板遮挡着，车间里工作台与成品、半成品、废料的堆放杂乱，

车间无通风设施，车间无洗手的水龙头。仲裁委认为，该公司电器组装车间的劳动条件确实太差，不仅工作场地脏乱，且采光和通风都不好，影响工人身体健康。经调解，该公司同意在一个月内安装通风装置，并采取有效措施改善采光条件，为职工提供整洁的劳动环境。

【分析意见】 这是一起劳动者因工作环境差、卫生不达标而行使对用人单位的批评、检举和控告权的案例。

1. 国务院发布的《工厂安全卫生规程》第12条、第17条、第24条、第29条等分别就工人的原材料、成品等的堆放，工作场所的采光、通风等条件进行了规定“原材料、成品和半成品的堆放要不妨碍操作和通行。废料应该及时清除”；“工作场所的光线应该充足，采光部分不要遮蔽”；“通风装置和取暖设备，必须有专职或兼职人员管理，并且应该定期检修和清扫，遇有损坏应该立即修理”；“工作场所应该根据需要设置洗手设备，并且供给肥皂。”而该公司的工作条件均未满足这些要求。

2. 该公司以勤俭为由拒绝改善工作环境是不成立的。勤俭与劳动安全卫生没有直接联系，勤俭是公司降低生产成本的一种方式，但勤俭与违反法律、法规规定和损害劳动者身体健康没有任何联系，该公司不能以勤俭为借口拒绝履行法定的保证生产安全卫生的义务。

3. 《劳动合同法》第32条第2款规定，劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。本案例中段某等职工就工作环境差、卫生不达标等违反法律、法规的行为向用人单位提出批评，并在

用人单位拒绝改善工作环境的情况下向劳动争议仲裁委员会提出申诉，最终经仲裁机构调解达成协议，获得用人单位为职工提供整洁的劳动环境的承诺。

段某等劳动者利用合法程序切实维护自己和公司全体职工权益的行为，值得更多的劳动者学习和借鉴。

【案例 48】

【基本案情】 三位农村青年被山西省某市一家私营企业录用，并与公司签订了 4 年期合同。合同规定：试用期 3 个月，试用期工资 300 元，试用期满工资 400 元。

“我听说本市最低工资 350 元，单位怎么只给咱们 300 元，这不是低于最低工资吗？”甲向乙、丙说到。

“哎，这年头能找到一份工作已经不错了，合同里不是说了吗，试用期满就是 400 元。”乙说。

“问题是在试用期间工资可不可以低于当地最低工资标准，如果不可以，那咱们可要找经理要求增加工资。”甲向乙、丙两位朋友表明了自己的想法，一次三人一起到公司人事部询问工资一事：

公司人事部经理接待了三位农民工：“不错，本市最低工资标准为 350 元，可是，不低于最低工资标准，这是针对正式工的。你们是外地工，又是试用期间，不能适用这个标准，不信你们自己看看，白纸黑字！”甲接过文件，见上面写着这样一条款：“学徒工、熟练工、大中专毕业生在学徒期、见习期、试用期及转正定级后的工资待遇由用人单位自主决定。”甲将此告诉乙、丙，三人都感到很困惑：试用期的工资就可以低于当地最低工资标准吗？

【分析意见】这是一个涉及试用期内工资报酬的案例。

1. 用人单位与三青年约定试用期的做法是符合法律规定的。《劳动合同法》第19条规定：劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。这三名青年与用人单位签订了4年的劳动合同，约定3个月的试用期，不违反劳动法规定，而且试用期的约定给了双方一个了解彼此情况的机会，对用人单位和劳动者而言都是有利的。

2. 用人单位与三青年约定的试用期工资违反了法律规定。《劳动合同法》第20条规定：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的80%。按此规定用人单位在试用期内最少应当支付劳动者320元的工资。但是《劳动法》第48条又有规定：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。本案例中用人单位所在市制定的最低工资标准是350元，为体现保障劳动者权益的原则，用人单位应在工资的80%和最低工资标准之间就高适用，支付劳动者不低于每月350元的工资。因此，该公司约定试用期工资300元违反了法律规定。

3. 人事部经理以三青年为非正式工和外地工，以及处于试用期为由支付低于最低工资标准的工资是不合法的：

(1) 相关法律规定，试用期包含在劳动合同期限内，

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。既然用人单位与三青年签订了劳动合同，并约定试用期，该试用期既属于劳动合同期限的一部分，用人单位与三青年之间即建立起正式的劳动关系。试用期是对劳动者能力和各方面素质的考察期，但并非意味着劳动者为用人单位的非正式员工。

(2) 三青年是外地工，但并不影响他们成为用人单位正式职工的资格，两者之间没有必然联系，该公司不能以劳动者是本地或外地工为标准确定劳动者工资，而是应当按照按劳分配、同工同酬的原则实行工资分配。

(3) 三青年与用人单位签订劳动合同，约定试用期，但在该试用期内他们需要提供其所在岗位要求的正常劳动数量，在法定工作时间内也要履行正常劳动义务，而根据劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知的规定：劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动，其所在的用人单位应当支付不低于最低工资标准的工资。用人单位虽然有权自主决定学徒工、熟练工、大中专毕业生在学徒期、见习期、试用期及转正定级后的工资待遇，但必须遵守法律法规关于最低工资标准的规定。

基于以上分析，公司人事部门经理提出的各种逃避支付三青年不低于当地最低工资标准工资的理由都是没有合理根据的，是违反法律规定的。该公司在3个月试用期内应当向三位劳动者支付不低于350元的试用期工资。

【案例49】

【基本案情】 小刘是一家公司的销售员，每个月的工

资都是按照他所完成的产品销售量进行计算，没有保底工资，有时候销售状况不好甚至连当地的最低工资水平都达不到。小刘对此感到很困惑，多次向公司要求提供最低工资保障，但公司始终以劳动合同已约定工资支付形式拒绝。

【分析意见】 本案例涉及以下几个问题：

1. 公司对小刘实行的是计件工资形式：根据《劳动法》第 47 条的规定，用人单位可以根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。因此用人单位可以根据自身的实际情况，选择实行计时工资制或计件工资制这两种基本工资制度。小刘所在公司支付工资的多少是以小刘每个月完成的产品销售量多少为依据的，实际上是实行的计件工资制度，即小刘每销售一件产品，公司付给他完成该件产品销售相应的工资。

2. 公司付给小刘的工资能否低于当地最低工资标准的问题：尽管法律赋予用人单位以工资自主权，但用人单位必须在法定范围内行使该权利。《劳动法》第 48 条规定：国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。公司虽然对小刘实行的是计件工资形式，按小刘每月完成的销售量计算工资，但公司给付小刘的工资不得低于当地的最低工资标准。劳动和社会保障部 2003 年 12 月 30 日公布《最低工资规定》第 12 条有规定，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不得低于当地最低工资，实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位，在科学合理的劳动定

额基础上,其支付劳动者的工资不得低于相应的最低工资标准。因此,虽然小刘与用人单位在签订劳动合同时约定了没有保底工资,工资按销售量多少计算,但该约定在违反法律规定的情况下是没有法律效力的。小刘所在公司的正确做法是:与小刘完成的销售量相对应的工资超过当地最低工资标准时,按劳动合同支付小刘销售量工资;与小刘完成的销售量相对应的工资低于当地最低工资标准时,向小刘支付当地最低工资。

3. 最低工资标准构成的排除事项:《最低工资规定》第12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:(1)延长工作时间工资;(2)中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴;(3)法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。根据本条规定,小刘在每月享受起码的最低工资待遇后,还可以享受法律规定的其他福利待遇,遇延长工作时间和休息节假日工作的情况,还可以享受延长工作时间和休息节假日的工资待遇。小刘若想知道自己是否有延长工作时间的情况,可以先就公司规定的销售量单价提出质疑,若在正常劳动的情况下,小刘完成的销售量对应的工资仍然很低,小刘可以合理地怀疑公司制定的计件单价过低,自己实际上存在延长工作时间的情况,要求享受额外的延长工作时间的工资报酬。

【案例 50】

【基本案情】某油厂产品积压,资金周转不开,无力向职工发放工资。厂长急中生智,想出一条“妙计”,他让

工人根据个人的工资，领出与工资相符的瓶装油（根据出厂价换算），鼓励职工自己销售以换成货币。其中胡某每月工资为 300 元，每瓶油出厂价为 25 元，到发工资那天，他带着沉沉的 12 瓶油田家了。

实际上当地市场已近饱和，这些油根本卖不出去，而向外地销售他又没有门路。面对着 12 瓶油和妻子的唠叨他去向厂长索要货币工资，厂长耐心地和他讲了厂里的困难，请他务必体谅厂里的难处，配合工厂，自己销售，从而还可以帮助企业扩大产品知名度。接着，厂长又给了他两瓶油以示安抚。

胡某只好让妻子把这 14 瓶油带到农贸市场出售但所获甚微。最终胡某等一些工人向当地劳动仲裁委员会提出了申诉，要求工厂马上支付他们货币工资。

仲裁委员会经过庭审作出如下裁决：该炼油厂将发给职工的瓶装油收回，按标准补发职工货币工资，但也可以在与工会协商一致的基础上适当延期支付。

【分析意见】 这是一起因用人单位以实物代替货币形式发放工资而引起的劳动纠纷，仲裁委员会作出的裁决是正确的。

1. 炼油厂厂长发放实物替代货币工资是不合法的。《劳动法》第 50 条规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者。《工资支付暂行规定》第 5 条明确禁止以实物或有价证券替代货币工资。油厂厂长以瓶装油替代货币工资，鼓励职工自己销售换成货币的做法违反了法律规定。

2. 厂长以工厂经济困难为由不发放货币工资没有法律依据。法律规定用人单位必须发放货币工资没有任何例外条

件，即用人单位不得以任何理由拒绝发放货币工资。油厂即使经济困难，需要职工体谅，也不能以油代货币。而且“职工自己销售帮助企业扩大产品知名度”是营销的手段之一，而不是发放货币工资的依据。

3. 仲裁委员会要求炼油厂按标准补发职工货币工资、并准予炼油厂在与工会协商一致的基础上适当延期支付的裁决是正确的。仲裁委员会要求炼油厂按标准补发职工货币工资，是严格依照法律规定做出的裁决。而根据劳动部关于印发《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》的通知规定，当用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，在征得本单位工会同意后，可暂时延期支付劳动者工资，延期时间的最长限制由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。在本案例中，炼油厂是由于产品积压，资金周转不开的客观情况，无力向职工发放工资，而不是主观恶意逃薪，因此根据上述规定，炼油厂厂长可以在征得工会的同意后，暂时在法定期限内适当延期支付货币工资。

【案例 51】

【基本案情】 王小姐在一家中等规模的旅行社办公室工作。旅行社的老板为人精明但不刻薄，社里的工作氛围比较和睦宽松。作为旅行社为数不多的固定员工之一，她不仅管着内勤的诸多杂事，人手紧张的时候，还要跑出去帮忙接待外地旅行团，安排食宿及参观游玩计划，或者陪本地组团的旅游者去外地。年轻的王小姐非常喜欢自己的工作，至于是否因工作而占用了休息时间，她根本就没有考虑过。何况每月除了固定工资外，还能拿到一笔数目不小的加班费和出

差补贴，这也是令她开心的一件事。转眼几年过去，王小姐到了该论及婚嫁的年龄，有了固定男朋友的她开始觉得业余时间的宝贵了，心也渐渐地从工作当中收回了一些。

2000年“五·一”劳动节是第一个全国性的长假。王小姐与男朋友打算利用这个假期好好筹划一下结婚事宜，虽然事先已跟老板打过招呼，在这7天里尽量不给她安排工作，但始料未及的客流量和王小姐对社里事情的熟悉使得老板还是把她召来，并允诺节后安排她补休。节日期间的忙乱稍稍平息后，老板兑现了他的承诺。王小姐休息了3天，和男朋友看房、采购，忙个不亦乐乎。3天后，王小姐上班了，刚好赶上发节日期间的加班费。眼看一个个的加班费发完了，却没有她的。王小姐便去找老板，老板回答说，加班费是牺牲休息时间用于工作才能得到的，王小姐的休息时间已经补上了，因此她这次不能得到加班费。老板还拿出《劳动法》给她看，告诉她，这是社里的一贯做法，而且是有法律根据的。王小姐将信将疑，但因平时老板处理社中事务一向也还公允，她一时无话可说，只好退了出来。

【分析意见】 休息权是劳动者应当享有的基本权利，用人单位在休息与休假期间占用劳动者的休息时间，理应支付更多的工资报酬，相关法律对此做出了详尽的规定，但某些用人单位和劳动者在不熟悉法律和相关法规的情况下容易对法律、法规关于休息权的规定做出错误的理解。

本案例总共涉及了三方面的问题：工时制度问题；延长工时协商问题；占用休息日节假日补偿问题。

对于前两个问题，根据相关行政法规规定，企业对地质

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可以申报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，也就是说，王小姐所在的旅行社经申请批准可以实行综合计算工时工作制，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》规定支付工资报酬。王小姐对于旅行社延长工作时间的安排并没有提出异议，并且乐于工作，可以视为王小姐就延长自己的工作时间与旅行社达成了协议，且延长工作时间是自愿的，旅行社在此问题上没有违反法律规定，且旅行社每月支付王小姐数目不小的加班费和出差补贴，也是符合法律规定的。

双方有争议的主要是占用休息日节假日的补偿问题。

《劳动法》第44条有规定，用人单位安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的150%的工资报酬；用人单位在休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的200%的工资报酬；用人单位在法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的300%的工资报酬。“五一”是国家法定的节假日，因此根据《劳动法》规定，王小姐在“五一”期间的加班不同于在休息日的加班，即使其在之后获得了补休时间，仍然应当获得不低于其工资的300%的工资报酬，因此，旅行社以王小姐已获得补休时间而不发放其加班费是违反法律规定的。

【案例 52】

【基本案情】 王某从大学毕业后分配到某无线电厂任

技术员。该厂生产的产品由原来的供不应求变为一段时间的滞销，产品大量积压，其原因是产品质量落后于国内同行业中其他生产厂家生产的同类产品。为振兴生产经营，无线电厂成立了由8名科技人员组成的科技攻关小组，攻克产品质量的生产技术难关，王某也是科研小组的成员之一，而且是骨干力量。王某工作地离其父母居住地400多公里，公休假日不能团聚，而且王某是独生子女，在工作地没有一个家属。王某分配到无线电厂工作满1年后的春节，因科技攻关未成功，厂方未能给她探亲假。第2年8月份，经过科研小组的刻苦努力，解决了产品生产中的技术难题，使产品质量有了很大提高，迅速打开了市场。春节前，王某向厂方提出回家探望父母，厂方只批准其20天的假期。王某回家后，因其母亲患病住院，她到医院照料，20天的假期快到后，她及时给厂里写信，说明情况，要求补休上1年的20天的探亲假。王某待其母亲的病情有所好转后才回单位上班，共有45天时间未在单位上班，其中休假41天，往返程4天。厂方对批准王某探亲的20天假期按事假扣发了其当月的标准工资，另25天作为超假按高于其标准工资的两倍扣发了工资，未予报销其探亲的往返路费，并规定扣除其当年全年的奖金。王某不服向当地劳动争议仲裁机构提出申诉。经调查后得知，无线电厂规定：新入厂人员在两年之内不享受探亲假待遇；休探亲假扣发实际天数的本人标准工资；超假者扣除其全年奖金及按高于其标准工资两倍的标准扣发工资。

【分析意见】 这是一起因用人单位违反国家关于探亲假的法律规定而引起的劳动纠纷案。在本案中，王某所在无

线电厂多种做法均违反了法律法规规定。

1. 王某有权休探亲假：探亲假是指法定给予家属分居两地的职工，在一定时期内与父母或配偶团聚的假期。根据《国务院关于职工探亲待遇的规定》第2条的规定，凡在国家机关、人民团体和全民所有制企业、事业单位工作满1年的固定职工与父亲、母亲都不住在一起，又不能在公休假日团聚的，可以享受本规定探望父母的待遇。王某工作地离家有400多公里，在公休假期不能与父母团聚，且在无线电厂工作满1年后因工作繁忙没能休春节假，因此其有权向厂里申请休探亲假。

2. 王某可以休45天探亲假：《国务院关于职工探亲待遇的规定》第3条规定，未婚职工探望父母，原则上每年给假1次，假期为20天。如果因为工作需要，本单位当年不能给予假期，或者职工自愿两年探亲1次的，可以2年给假1次，假期为45天。探亲假期是指职工与配偶、父母团聚的时间。另外，根据实际需要给予路程假。照此规定王某作为未婚职工，在工作满1年后的第1年因单位原因没有休假，在第2年可以合并休假45天。虽然王某临走时只被批准休假20天，但在20天假期快到期时王某向单位写信说明了特殊情况，要求合并休假，单位应当允许。王某两年的探亲假期加起来应休45天，加上路程假4天，一共可以休假49天，因此，王某实际耽误的45天假期并未超出其所应休假的范围。

3. 无线电厂的做法违反了法律规定：《劳动法》第51条规定：劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社

会活动期间，用人单位应当依法支付工资。《国务院关于职工探亲待遇的规定》第5条和第6条也有规定，职工在规定的探亲假期和路程假期内，按照本人的标准工资发给工资，未婚职工探望父母的往返路费，由所在单位负担。依照上述规定，无线电厂对王某45天的休假应当发给其标准工资，不得克扣，更不能双倍克扣，而且应当承担王某探望父母的往返路费。无线电厂克扣王某工资、扣除其全年奖金及不予报销往返路费的作法不符合法律规定。

4. 无线电厂关于职工探亲休假的规定与国家有关法律法规相抵触，应视为无效。该厂应当及时修改厂规使其符合法律法规精神，或重新按照相关法律法规制定新厂规。

【案例 53】

【基本案情】 张某1995年大学毕业后到某化学工业公司工作。1996年11月，张某当选为所在车间工会小组长，1996年12月又被任命为团支部书记。此后，张某便经常出席工会和共青团的各种会议，参加工会和共青团的各种活动，每次公司都对张某按缺勤处理并扣发工资。张某多次找公司总经理谭某，谭某均置之不理。1997年元旦，张某结婚，并经公司同意休了婚假。婚假休完，张某又向公司申请休探亲假。公司同意了她的申请，张某再次去找公司总经理谭某，谭某却说：“你休假期间又没有上班，不劳不得，当然没有工资了！”张某无奈，到劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

【分析意见】 我国是社会主义国家，工资分配实行按劳分配原则。一般情况下，劳动者只有在提供了一定数量社会劳动的前提下，才有权获取相应的劳动报酬。如果劳动者

没有提供劳动，则不能要求获取劳动报酬。但是，国家为了充分地保护劳动者的利益，规定在几种特殊情况下，即使劳动者未提供社会劳动，用人单位也应当向其支付工资。其中就包括了休假期间的工资支付问题。根据《劳动法》第 45 条、第 51 条和劳动部《工资支付暂行规定》第 10 条、第 11 条、第 12 条的规定，这几种特殊情况是指：（1）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；《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工会活动占用的生产或工作时间；其他依法参加的社会活动。（2）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。其中年休假，劳动者连续工作 1 年以上即可享受。（3）非因劳动者原因造成单位停工、停产在 1 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。

张某作为车间工会小组长和团支部书记参加工会活动和共青团组织活动，完全属于依法参加社会活动，某化学工业公司应当视同其提供了正常劳动而支付工资。另外，张某按照有关规定休婚假和探亲假，化学工业公司也应照常向其支付工资。

第四部分 劳动合同的解除和终止

【案例 54】

【基本案情】 肖某与某电脑技术公司签订了为期 3 年的劳动合同。在劳动合同期限内，肖某经朋友介绍得知另一家通讯公司正在研发新的项目，与自己的专业方向对口，该公司急需招聘技术人员，月薪是现在工资的两倍。肖某遂向原公司口头提出解除劳动合同。原公司未马上作出答复。15 日后，肖某离开原公司，到通讯公司上班。肖某的离开，给原公司的生产造成了影响，原公司要求肖某回旧单位上班，但肖某以已向公司提出解除劳动合同为由而拒绝。于是原公司向劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求肖某承担违约赔偿责任。劳动争议仲裁委员会经审理，认定肖某违反合同约定，应承担违约赔偿责任，通讯公司承担连带赔偿责任。

【分析意见】 劳动合同是用人单位和劳动者之间确立劳动关系的依据，其一经签订，便具有法律约束力，双方当事人就必须履行合同中约定的义务。同时《劳动合同法》第 37 条也规定：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。因此，劳动者享有单方解除劳动合同的权利，即辞职权。尽管在合同存续期间内，劳动者有按约定给付劳动的义务，但是任何机关和个人都不得强迫其劳动。正如《国际劳工组织宪章》所述，“劳动者非商品”，劳动合同是具有高度人格意义的合同，为了保障劳动者的劳动自

由和劳动力按市场经济的规律自由流动,我国法律确立了劳动者的辞职权。但是为了实现公平,法律同时也兼顾了用人单位的利益,即劳动者解除劳动合同应当遵循法定程序。所以,任何权利都不得滥用,劳动者行使辞职权必须符合法律规定。此案中,肖某虽然享有辞职权,可以经过比较辞去原来的工作,选择更适合个人发展的岗位,但应当兼顾到单位的利益,其有义务提前30日以书面形式通知用人单位。而在本案中他行使辞职权的行为显然是违反了《劳动合同法》的规定。具体分析如下:

1. 从肖某通知公司解除劳动合同的形式上看,肖某只是以口头的形式通知公司的,不符合《劳动合同法》第37条中关于劳动者应当以书面形式通知公司的规定。

2. 从肖某通知公司的时间上看,其在15日后即离开单位,到了新的单位,这显然是不符合《劳动合同法》关于提前30日通知的规定。虽然《劳动合同法》第38条也规定了劳动者可以解除劳动合同的情形,但仅限于下列几种情形:

(1) 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的;
(2) 未及时足额支付劳动报酬的;(3) 未依法为劳动者缴纳社会保险费的;(4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定,损害劳动者权益的;(5) 因本法第26条第1款规定的情形致使劳动合同无效的;(6) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。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。

除此之外，劳动者解除劳动合同都应当遵循提前 30 日以书面形式通知的义务。肖某解除劳动合同的理由不属于以上几种情形，所以其不能随时解除合同。但是实践中，如果劳动者没有履行提前 30 日通知的法定程序，而用人单位表示接受的，视为协商解除劳动合同，该解除行为合法、有效。

3. 本案中，电脑技术公司没有对肖某解除劳动合同的请求作出答复，说明双方未就解除劳动合同的事项达成一致，肖某解除劳动合同的行为仍然存在程序上的违法性，因此解除行为不能合法、有效，不能当然地产生导致劳动合同消灭的效力。所以说，肖某应当承担违约责任，赔偿电脑技术公司因此遭受的损失。另外，依据《劳动合同法》第 91 条的规定，即用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任，所以，作为招用他的通讯公司，应承担连带赔偿责任。

【案例 55】

【基本案情】 1999 年 10 月，郑某被某钢铁企业录用，并签订了为期 5 年的劳动合同。劳动合同中约定，郑某负责指导一线生产工作，企业提供必要的劳动保护条件，工资待遇与企业管理人员相同。郑某工作后，企业为郑某提供了半年的培训，然后按劳动合同约定安排其到一线工作，但一直没有为其提供相应的劳动保护设备。郑某找到企业负责人，但企业负责人答复说郑某是按管理人员对待的，不是真正的一线工人，不能像一线工人那样领取劳动保护设备，由于工作需要，也无法享受企业机关科（室）人员的工作环境。郑

某认为企业的这种做法违反了劳动合同中关于劳动条件的约定，随即提出解除劳动合同。企业则提出，郑某没有提前30日以书面形式通知企业，因而解除劳动合同无效，并且如果郑某擅自解除劳动合同，应按照1995年5月10日劳动部颁布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第4条规定，赔偿企业录用和培训费用。郑某不服，向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，劳动争议仲裁委员会审理后裁定：企业违反了劳动合同中关于劳动条件的规定，郑某可以解除劳动合同，不需支付赔偿费用。

【分析意见】 劳动条件是《劳动合同法》第17条明确规定的劳动合同的必备内容。同时，《劳动合同法》第38条规定，用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的，劳动者可以解除劳动合同。劳动条件和劳动报酬都是劳动合同的基本内容，是劳动者给付劳动、履行劳动合同的保障。用人单位有义务为劳动者提供适当的劳动条件和工作环境。如果用人单位提供劳动条件不当，危及劳动者身体健康，造成劳动者伤亡的，用人单位不仅要承担赔偿责任，还要受到行政处罚。情节严重的，直接责任人还要被追究刑事责任。劳动条件的重要性体现在劳动合同的解除上，即用人单位未按约定提供劳动条件的，劳动者可以解除劳动合同。

本案中，既然当事人双方已经在劳动合同中约定了劳动条件，企业就应当按照约定为郑某提供一线生产工作必要的劳动保护条件。企业以郑某的工作性质比较特殊为由不予提供，违反了劳动合同的约定，郑某根据《劳动合同法》第

38 条的规定，可以提出解除劳动合同。劳动者既可以书面形式，也可以口头形式通知用人单位，至于采用何种形式通知，由劳动者自行选择，只要能将解除劳动合同的意思表示送达用人单位即可。因此企业提出，郑某没有提前 30 日以书面形式通知企业，因而解除劳动合同无效，是没有法律依据的。劳动部 1995 年 5 月 10 日颁布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第 4 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，应当赔偿用人单位招收录用其所支付的费用和用人单位为其支付的培训费。本案中，郑某解除劳动合同是按照《劳动合同法》的规定行使法定的解除权，并且解除权的行使也并无不当，不属于违反规定或约定解除劳动合同的情形，无需赔偿企业录用和培训费用。

【案例 56】

【基本案情】 A 公司由于业务发展的需要于 2001 年 3 月 5 日通过公开招聘与朱某确立了劳动关系，签订了 5 年的劳动合同并约定试用期为 6 个月。合同签订后，朱某进入 A 集团财务部工作，在试用期期间，A 公司发现朱某对财务方面的知识完全不懂，根本不能独立承担工作，并且由于朱某的过失还造成了公司财务混乱，差点导致严重的经济损失。A 公司立即解除了与朱某的劳动合同，并以朱某不符合工作要求为由要求朱某返还 2001 年 3 月到 2001 年 6 月这 3 个月期间 A 公司支付给朱某的 6000 元工资，朱某拒不返还。2001 年 7 月 3 日，A 公司向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁。

【分析意见】 1. 在试用期内，用人单位能否解除劳动

合同。

试用期是指对新录用的职工进行试用的期限。其目的在于考查职工是否符合录用条件,单位介绍的劳动条件是否符合实际情况。试用期是劳动者和用人单位对彼此情况进一步了解,根据具体情况作出是否履行或解除劳动合同的决定。用人单位可以在试用期内考查职工所具备的基本素质和品行,看其是否能胜任工作。《劳动合同法》第39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……”在本案中,朱某为了应聘,杜撰自己的学历和工作经历并且在实习的过程中表现出对工作的不胜任,对A公司来说,招聘朱某是为了管理公司财务,但是朱某不但对财务知识不懂,而且由于其的过失还造成了公司财务混乱,A公司完全有理由根据《劳动合同法》第39条的规定解除与朱某的劳动合同。

2. A公司是否可以以朱某不符合工作要求为由要求朱某返还其3个月的工资。

根据我国相关法律、法规的规定,这种做法是不允许的。试用期是用人单位和劳动者为了相互了解、选择而约定的期限。在这个期限内,用人单位和劳动者都可以解除与对方的劳动合同。法律之所以会如此设计是考虑到双方可能会出现的问题,给予双方在不满意对方的情况下可采取的一种补救措施。如果用人单位在不满意劳动者的情况下既可解除与劳动者的劳动合同,又可支不支付劳动者试用期工资,那么对劳动者来说是非常不公平的,而且还会造成更严重的社会问题,一些用人单位就会为了不支付劳动者的工资和福利待遇

遇,而在试用期结束前以不符合录用条件为借口解除劳动合同,然后再招录新的劳动者,以此循环往复。这样将会使劳动者处于更不利的地位,无法保障自身权益。另外,即使劳动者不符合用人单位的要求,但是在解除劳动合同之前,其与用人单位的劳动关系依然存在,并且付出了自己的劳动,有权从用人单位获得自己的劳动报酬。所以,本案中,A公司要求朱某返还实习期间工资的请求是不应被支持的。

【特别提示】 在试用期内,劳动者和用人单位都可以即时解除与对方的劳动合同。但是,劳动者解除劳动合同是无条件的,而用人单位要解除与劳动者的劳动合同必须有劳动者不符合录用条件的确切证据和理由,并且应当向劳动者说明理由。劳动者在就业时如遇到用人单位在试用期解除合同的行为,可要求用人单位对该行为举证。如果用人单位拿不出切实的证据,劳动者可要求继续履行合同或向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。

【案例 57】

【基本案情】 某印刷厂 1996 年 8 月招收石某为单位的排字员,并与其签订了为期 4 年的劳动合同,石某按照合同约定被安排到了工作岗位。1998 年 2 月,石某视力严重下降,工作中屡屡出错,排字差错率超过单位规定,影响了工作质量。为此,工厂领导几次找到石某协商将其调往印刷车间工作,石某以薪水太低还要值夜班为由表示不同意。之后,厂领导又提出将其调到材料室从事采购工作,几次协商都被石某拒绝。鉴于此,经工厂领导研究决定,提前 30 日以书面形式通知石某,于 1998 年 5 月 1 日与其解除劳动合同,

并给予石某 2 个月的经济补偿金。石某收到上述通知后，表示不服，于同年 5 月 8 日以合同期限未满、厂方单方撕毁劳动合同为由向当地劳动争议仲裁委员会提出仲裁。仲裁委员会受理此案后，经调查事实无误，在调解无效的前提下，裁定维持印刷厂解除劳动合同的决定。

【分析意见】 根据《劳动法》第 26 条以及《劳动合同法》第 40 条第（3）项的规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同。根据 1994 年颁布的劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第 26 条第 3 款的规定，这里的“客观情况”是指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除《劳动法》第 27 条，即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 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，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员所列的客观情况。《劳动法》第 26 条和《劳动合同法》第 40 条的规定是合同法上的情势变更原则在劳动合同中的体现。在劳动合同的履行过程中，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，应经当事人协商，变更劳动合同，如果经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单位可单方解除劳动合同。

在本案中,客观情况的变化是由于石某视力严重下降严重影响排字工作,原劳动合同无法继续正常履行,符合《劳动部关于〈劳动法〉若干条文的说明》中对《劳动法》第26条第(3)项所说的“客观情况”的解释。在劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使原劳动合同无法履行时,当事人应当就劳动合同的变更进行协商。在协商过程中,该印刷厂提出将石某调往印刷车间工作,石某嫌薪水太低和不愿值夜班而加以拒绝,其后工厂又提出将其调到材料室从事采购工作也被石某拒绝。在双方不能就变更劳动合同协商一致的情况下,印刷厂行使劳动合同的解除权,符合法律的规定,对其解除与石某劳动合同关系的决定,应当承认其合法、有效。并且,印刷厂在解除劳动合同的同时,提前30日以书面形式通知了石某,符合情势变更解除劳动合同程序的规定。

本案中,还应当注意劳动合同解除后对劳动者的经济补偿的问题。根据《劳动合同法》第40条的规定,由于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议而解除劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。石某自1996年8月受聘于该印刷厂,至1998年5月劳动关系解除时止,该印刷厂应当按照《劳动合同法》第47条的规定支付石某经济补偿金。

【特别提示】 劳动者有重大过错的情形下,用人单位可以将其辞退,除此之外,《劳动合同法》还规定了非过失性辞退,比如上一案例中因劳动合同订立时所依据的客观情

况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单位可以解除劳动合同。另外还有两种情形：即劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作，以及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。但是，以上三种情形下，用人单位要解除劳动合同必须严格履行法律规定的程序（提前 30 日以书面形式通知或额外支付劳动者 1 个月的工资）。不依照法定程序行使解除权，侵犯劳动者利益的，不发生解除效力，对劳动者造成损害的，还要承担赔偿责任。行使解除权的同时，用人单位还应按照有关规定及时、足额地向劳动者支付经济补偿金。

【案例 58】

【基本案情】 2001 年，廖某受聘于某风险投资公司，成为该公司的行政人员并与之签订了为期 4 年的劳动合同，期限至 2005 年 7 月 4 日止。2004 年上半年，公司经营发生严重困难，达到当地政府规定的严重困难企业标准。因此，公司决定采取裁员措施。不久，公司制定并颁布了裁员方案。该方案要求各部门主管对本部门员工进行业务考核，以考核结果为参考，按原有员工人数的 40% 上报裁员名单。同年 8 月份各部门均裁掉了 40% 的员工，廖某便是其中的一员。部门经理找廖某谈话，解释裁员是迫于公司的经济状况，属于经济性裁员，并告知廖某，30 天后双方解除劳动关系，公司会按有关法律规定发放相应的经济补偿金。廖某心里不服，他记得曾听人说过，公司其实很怕裁员，因为不但员工情绪

大，而且申请裁员的程序很复杂，得报到相关部门，不像自己公司这样说裁就裁。就此，廖某向劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请。仲裁委员会经审查认为，廖某公司的裁员虽符合法律规定的经济性裁员的条件，但公司的裁员程序不合法。该行为属于任意裁员，因此廖某所在公司应当撤销其裁员决定，继续履行与廖某的劳动合同。

【分析意见】 经济性裁员是用人单位克服经营困难的内在需要的通常做法，法律是允许的。但经济性裁员关系职工生计，大规模裁员还可能造成失业压力过大，引发社会的不稳定因素。因此，法律对此作出了严格规定，限定了经济性裁员的适用情形、适用程序，用人单位不得违反规定进行经济性裁员，否则不仅裁员无效，还要承担相应的法律后果。

从适用情形来看，根据《劳动合同法》第41条的规定，经济性裁员只有在本条所列情况下才能进行。法律允许用人单位在其经营发生严重困难，甚至面临破产的危险，为了降低成本、提高效率而有必要裁员的时候行使经营自主权进行经济性裁员。本案中，风险投资公司自2004年上半年以来，经营发生严重困难，达到了当地政府规定的严重困难企业标准。因此该公司的情形符合《劳动合同法》第41条和1994年11月14日劳动部发布的《企业经济性裁减人员规定》第2条规定的经济性裁员的法定事由，因此公司作出裁员的决定在理由上是有法可依的。同时，公司也按照规定，在裁员方案中确定了经济补偿金。

由此可知，用人单位进行经济性裁员，不但事由上要合法，程序上也要遵循法定步骤，才能合法有效。本案中，虽

然投资公司具备了经济性裁员的法定事由,但是并没有履行相关的法定程序。该公司只是单方面作出了裁员决定、公布了裁员方案,并没有与企业工会或者公司全体职工协商并征求他们的意见,同时也没有向劳动行政部门报告裁员方案和职工的意见,裁员程序上不合法,因此裁员无效,应予撤销。

【特别提示】 市场经济体制下,劳动力也应遵循市场规律,应当承认用人单位的经营自主权和用人自主权。当企业经营困难、资不抵债甚至濒临破产的情况下,有必要裁员时,用人单位可以适当裁员,提高效率。但为了防止用人单位以经营状况严重困难为借口任意裁减职工,侵犯职工合法权益,《劳动合同法》规定了可以裁减人员的几种情形,除此之外不得以任何其他理由裁员。另外,经济性裁员还有严格的程序要求,需要征求工会或全体职工的意见,并向劳动行政部门报告。只有在符合法定情形,并且严格遵照法定程序,经济性裁员才能合法、有效。用人单位裁员不符合法定事由,或者没有履行法定程序,没有给予职工经济补偿等,都属于裁员不合法。劳动者可以通过向劳动监察部门举报或申请劳动仲裁的方式使裁员决定被撤销,以维护自身的合法权益。

【案例 59】

【基本案情】 万某于 2001 年 10 月 9 日与北京一家外资酒店签订了为期 4 年的劳动合同,在酒店负责接待工作。双方在劳动合同中约定,如果万某连续旷工 1 周以上,用人单位可以单方解除劳动合同。2001 年 12 月 3 日万某在医院的一次妇科检查中发现自己怀孕,但未将怀孕这一事实告诉

单位。此后的一段时间，万某上班经常发生迟到早退现象，酒店经理在从其他员工那儿得知万某怀孕后决定开除万某。2002年2月21日，万某因妊娠反应到医院就诊。医院开具了休假两周的病休证明，万某在休假满两周后仍然身体虚弱，又持续在家休养了10天才到酒店上班。该酒店就以万某上班经常迟到早退，并旷工10天违反了劳动合同为由，作出了开除万某的决定。万某不服，诉至当地劳动争议仲裁委员会。

【分析意见】 本案争议的焦点是用人单位是否可以依据双方签订的劳动合同行使劳动合同的解除权。

万某与酒店签订劳动合同时约定，如果万某连续旷工1周以上，酒店可以单方解除劳动合同，这是对酒店行使单方解除权的约定。当万某连续旷工1周以上，根据劳动合同约定，酒店就取得了解除劳动合同的单方解除权，酒店作出解除劳动合同的单方意思表示，便可终止劳动合同的效力。需要注意的是：当事人双方可以约定劳动合同的解除权，但是必须符合法律、法规的规定，并要受到法律、法规的限制。

《劳动合同法》第42条规定，女职工在孕期、产期、哺乳期内的，用人单位不得依据《劳动合同法》第40条、第41条的规定解除劳动合同。《劳动合同法》第42条的规定目的在于在特殊情况下给予劳动者以特殊保护。用人单位不得以非过失性辞退和经济性裁员的法定解除事由解除劳动合同。基于特殊情况下对劳动者特殊保护的法理和立法目的，这一规定应当同样适用于约定解除权的情形。在符合《劳动合同法》第42条的规定时，只要劳动者没有出现《劳动合

同法》第 39 条规定的重大过失，用人单位就不得解除劳动合同。万某出现妊娠反应，到医院就诊，医院开具了两个星期的病假证明，但两星期病假后，万某的身体状况仍然没有恢复，因此又休息 10 天后才到酒店上班。由此可见，万某病假后 10 天才到酒店上班，是因为身体没有恢复的缘故，并非恶意旷工，没有重大过失。所以，由于万某处于孕期内，用人单位不得解除劳动合同。

【特别提示】 出现法定的非过失性辞退和经济性裁员的事由时，用人单位可以依据《劳动合同法》第 40 条、第 41 条解除劳动合同。但同时，《劳动合同法》第 42 条又对用人单位解除劳动合同作了限制，以保护特殊劳动者的利益。而需要注意的一点是，第 42 条并没有限制用人单位依据第 39 条解除劳动合同。所以《劳动合同法》第 39-42 条之间是环环相扣、相互制约的关系，需要劳动者和用人单位在实践中遇到具体情形能够准确适用。

【案例 60】

【基本案情】 岳某是 A 公司职员，1998 年 10 月突然下落不明，家人朋友四处寻找，仍然未见踪影，2000 年 10 月，经其父母申请，法院经 3 个月公告期后于 2001 年 1 月宣告岳某失踪，并指定其父母为其财产代理人。岳某失踪前 A 公司尚欠岳某 2 个月工资，其父母向 A 公司索要，A 公司以工资只能发给职工本人为由加以拒绝。2001 年 8 月，岳某突然出现，究其失踪的原因，岳某称跟朋友到外地做生意，打算赚钱后再回家，却不料生意亏本。岳某回来后要求继续回 A 公司工作，声称其与 A 公司于 1997 年 1 月签有 5 年的

劳动合同，要求继续履行与 A 公司的劳动合同。A 公司认为岳某擅自离职，严重违反劳动纪律，要求撤销与岳某的劳动合同，岳某 2001 年 10 月向当地仲裁委员会提出仲裁，要求 A 公司继续履行劳动合同并支付其在被宣告失踪前未付的工资 3000 元。

【分析意见】 根据《民法通则》的规定，宣告失踪是指公民离开自己的住所，下落不明达到法定期限，经利害关系人申请，由人民法院宣告其为失踪人的法律制度。《劳动合同法》第 44 条明确将宣告失踪列为导致劳动合同终止的情况之一。在本案中岳某由于自身的原因出走被宣告失踪，属于被终止劳动合同的情况。岳某要求继续履行合同的要求是不能被支持的。另外，岳某擅自离职的做法，严重违反了用人单位的规章制度，如果岳某在严重违反劳动纪律后可以继续履行合同也显然是不合理的。但是根据规定，宣告失踪的法律后果是：（1）为自然人的财产设定代管人；（2）清偿失踪人的债务，并追索其债权。另外，虽然在一般情况下，劳动者本人为工资领取人，但是当劳动者本人因故不能领取工资时，也可由其授权的亲属代为领取。因此，当岳某的父母作为岳某财产代管人完全有理由代岳某领取工资。

根据《劳动合同法》第 44 条第（3）项的规定，劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的，劳动合同终止。因此，在 2001 年 1 月，岳某被单位宣告失踪的时候，用人单位和他之间的劳动合同已经终止，因此，2001 年 8 月，在岳某出现时，A 公司实际上跟岳某的劳动合同已经终止，不用以解除劳动合同的方式来终止与岳某的劳动关系，

但应支付其在宣告失踪前未付的 3000 元工资。

【特别提示】 劳动合同是为使用劳动力而订立的合同，所以合同当事人一方必须是劳动力的拥有者，必须是作为自然人而存在的劳动者。所以不论是劳动者的死亡，还是拟制死亡和失踪，都会使得劳动者不能作为劳动力的拥有者向用人单位提供劳动。因此都会导致劳动合同的终止。

【案例 61】

【基本案情】 2000 年 8 月胡某与某房地产公司签订了为期 3 年的劳动合同。双方在劳动合同中约定，胡某担任销售部市场营销人员，月工资为 2000 元。2003 年 8 月，劳动合同期限届满，公司和胡某没有办理终止劳动合同的手续，胡某仍然留在公司工作，但双方没有续订劳动合同。2003 年 11 月胡某被公司下派到某分支机构工作，工资标准调低至每月 1500 元。胡某认为，自己与公司签订的劳动合同约定的工资为 2000 元。劳动合同期限届满后，双方没有续订，自己继续留在公司工作，应当视为双方默认按原劳动合同约定的工资标准履行。公司将自己调至分支机构后降低了工资标准，违反劳动合同的约定，侵犯了自己的合法权益。胡某向当地劳动争议仲裁委员会提请仲裁，请求依法裁决公司继续执行原劳动合同约定的工资标准。

【分析意见】 《劳动合同法》第 10 条规定，劳动关系建立后，用人单位应当同劳动者订立书面劳动合同。这是因为，书面劳动合同有利于明确双方的权利义务，是保障劳动关系双方当事人合法权益的法律途径。当事人双方履行了劳动合同约定的义务，劳动合同终止、解除以后，用人单位应

当与劳动者办理终止或解除劳动合同的手续,为劳动者出具终止、解除劳动合同证明书,作为劳动者按规定享受失业保险待遇和求职登记的凭证。同时,用人单位还应当为劳动者转移档案和社会保险关系。如果用人单位愿意继续和劳动者维持劳动关系,需要和劳动者续订劳动合同。同时,1996年10月31日劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第14条规定,有固定期限的劳动合同期满后,因用人单位方面的原因未办理终止或续订手续而形成事实劳动关系的,视为续订劳动合同。用人单位应及时与劳动者协商合同期限,办理续订手续。由此给劳动者造成损失的,该用人单位应当依法承担赔偿责任。在此情况下,如果当事人双方在劳动合同期限届满后,对继续执行劳动合同约定的工资、福利待遇和劳动条件等没有异议的,应当视为双方默认按照劳动合同的约定继续履行。对此,2001年最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》第16条也作出了明文规定,即劳动合同履行期满后,劳动者仍在原用人单位工作,原用人单位未表示异议的,视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。

具体到本案中,胡某与公司签订了为期3年的有固定期限的劳动合同。劳动合同期限届满后,用人单位并没有及时办理终止劳动合同的手续,也没有与胡某续订劳动合同。但胡某继续留在了原公司工作,公司对此没有任何异议,还将胡某下派到其分支机构工作。按照有关规定,这种情况应视为续订劳动合同。同时,公司没有对继续执行原劳动合同约定的工资标准提出异议应当视为双方默认按照原劳动合同

约定履行。因此，公司将胡某调至分公司之后，单方面降低胡某工资标准的行为，是违反劳动合同约定的。该行为不具有法律效力，胡某有权主张按照原劳动合同约定的工资标准继续履行。劳动争议仲裁委员会应当支持胡某的主张。

【特别提示】 劳动合同期限届满终止，当事人双方未续订但继续履行的，应按原劳动合同规定履行，但是为了维护自己的权益，劳动者还是应当尽快与用人单位续订书面的劳动合同。

【案例 62】

【基本案情】 陈某大学毕业后于 1998 年 1 月应聘到某物流公司工作，当时未签订劳动合同。后陈某要求公司与其签订劳动合同，于是双方于 2002 年 3 月签订了为期 3 年的劳动合同，劳动合同约定的终止时间为 2005 年 3 月。2005 年 1 月陈某在体检中查出心脏病住院，并向公司请了病假，甲公司于 2005 年 4 月停发了陈某的病假工资并通知陈某与其终止劳动合同。2005 年 7 月陈某出院并要求公司支付其 2005 年 4 月至今医疗期间的病假工资。但该公司认为陈某生病住院期间合同期满后双方并未再续签合同，劳动合同终止，没有理由再给予陈某员工待遇。双方争执不下，陈某于 2005 年 8 月向劳动仲裁委员会提出仲裁。

【分析意见】 本案争议的焦点在于在劳动者医疗期内是否能够终止劳动合同？本案中，陈某从 1998 年 1 月起在甲公司工作，并于 2002 年 3 月签订了为期 3 年的劳动合同，2005 年 1 月陈某在体检中查出严重的心脏病住院，在这个时候双方存在劳动关系。根据《劳动合同法》第 45 条的规

定,劳动者因患病在规定的医疗期内的,即使劳动合同期满,劳动合同也不终止而是顺延至相应的情形消失时终止。另外,根据《劳动部关于〈劳动法〉若干问题的意见》第34条的规定,除《劳动法》第25条规定的情形外,劳动者在医疗、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。因此陈某与甲公司的劳动合同期限应当延续至医疗期限届满。

关于本案陈某医疗期的计算问题,依据1994年12月1日劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第3条规定:企业职工因患病或非因工负伤,需要停止工作医疗时,根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限,给予3个月到24个月的医疗期:(1)实际工作年限10年以下的,在本单位工作年限5年以下的为3个月;5年以上的为6个月……虽然陈某的实际工作年限在10年以内,但是其在该物流公司工作的时间超过5年,应该享受6个月的医疗期,即从2005年1月至2005年7月止。虽然根据双方的约定,劳动合同的期限到2005年3月,但是根据法律、法规的规定,劳动合同要延续到医疗期满,即2005年7月才终止,在此期间,赵某仍然应该享受医疗期的病假工资,按照劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第59条的规定,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%。因此,劳动仲裁委员会应支持陈某的请求,

裁决该物流公司支付陈某 2005 年 4 月到 2005 年 7 月间的病假工资。

【特别提示】 根据《劳动合同法》第 45 条规定，劳动合同在医疗期内即使期满也不能终止，而是要续延到医疗期满为止。这个规定是国家为了确保劳动者在患病期间能获得经济以及医疗方面的保障而制定的。另外，根据《劳动合同法》第 42 条规定，劳动者在医疗期间，除了用人单位基于劳动者的过失辞退劳动者外，不能因其他原因解除与劳动者的劳动关系。劳动者应该学会根据法律的规定保护自己的权益。

【案例 63】

【基本案情】 刘某是北京某证券公司投资银行部经理，2000 年 5 月到该公司工作，并签订了 1 年期的劳动合同。双方在劳动合同中约定，刘某任公司投行部经理，每月税后薪水为 2 万元。劳动合同期满后，双方于 2001 年 5 月 8 日又续签了 1 年的合同。2002 年 1 月 14 日，公司股东会作出决议，决定改变公司业务范围，并决定撤销原有的一些业务部门。当天下午，公司人力资源管理部向公司某些员工贴出了关于办理离职手续的时间、领取补偿金金额等事项的通知。该公司总经理也于当天下午同刘某谈话，告知刘某公司撤销投行部的具体安排，同时，也口头提出了与刘某解除劳动合同的事宜，刘某经过考虑，同意与公司解除劳动合同。第 2 天，刘某即按照总经理的安排开始交接工作，1 周之后，交接工作基本完成。刘某准备按规定领取解除合同的经济补偿金时，却被公司告知，她属于自行辞职，公司将不向其发

放经济补偿金。在多次与公司协商均没有结果的情况下，刘某便向劳动争议仲裁委员会提出了仲裁申请，要求公司依法支付经济补偿金。

【分析意见】 劳动合同的解除，是指劳动合同签订以后，没有履行完毕之前，由于某种因素导致劳动合同当事人一方或者双方提前终止劳动合同效力的法律行为。劳动合同包括协议解除、约定解除和法定解除。《劳动合同法》第36条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。这是关于协商解除劳动合同的规定，体现了劳动合同中的合同自愿原则，在不违反法律、法规的前提下，用人单位和劳动者可以就劳动合同的内容、期限、效力作出约定，当然也可以达成协议解除劳动合同。劳动合同解除后，劳动合同关系即告消灭，当事人之间不再履行劳动合同的内容，但是并不意味着解除劳动合同不产生任何法律效果。劳动合同经过双方当事人协商解除后，用人单位应当向劳动者给付一定的经济补偿，保证劳动者丧失工作后，在找到下一个工作之前，能够维持自己和抚养的人的生活水平。

根据《劳动法》第28条和《劳动合同法》第46条规定，用人单位依照《劳动合同法》第36条规定，向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。本案中，北京某证券公司在已经决定撤销某些营业部门的情况下，由其人力资源部表达了公司解除劳动合同的意向，也张贴了经济补偿标准。随后，公司总经理单独谈话的方式进一步明确公司解除劳动合同的意思。这一系列行为表明，公司向刘某发出了解除劳动合

同的要约，刘某在经过仔细考虑之后，作出了同意解除劳动合同的承诺，双方意思表示一致，达成了解除劳动合同的协议。但是双方并没有立即办理解除劳动合同的手续，在工作基本移交以后，该公司转而声称是刘某自动提出辞职，拒绝支付经济补偿金，不仅有失诚信，也违背了与刘某达成的解除劳动合同的协议。公司应当按照协议与刘某解除劳动合同，并办理解除劳动合同的手续，为刘某移转档案和社会保险关系，同时应当根据法律法规的规定，支付刘某经济补偿金。

【特别提示】 本案提醒劳动者，在用人单位因种种原因提出解除劳动关系后，劳动者应要求用人单位出具书面的解除劳动合同文书，不要随意提出书面辞职报告，以免陷入被动。作为用人单位，不应存在侥幸心理，玩弄法律，而应依法解除劳动合同，并履行法定的经济补偿义务。

【案例 64】

【基本案例】 姚某为某国有企业职工，于 1997 年 7 月与该企业签订了为期 6 年的劳动合同。在工作期间，姚某作风比较懒散，经常迟到、早退，工作态度不认真，不能完成工作任务，多次受到领导的批评。1999 年 3 月，姚某所在企业调整了姚某的工作岗位，安排姚某到车间检修设备。姚某于是心怀怨恨，一心寻机报复。1999 年 6 月，姚某乘只有其一人值班之机，将数十台生产设备砸烂，被人民法院判处破坏生产经营罪处以 6 个月管制。同时，该企业决定解除与姚某的劳动合同。姚某认为企业解除劳动合同没有履行提前 30 日通知的程序，并且没有支付其经济补偿金便向劳

劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求企业支付经济补偿金。

【分析意见】《劳动合同法》第39条规定了用人单位可以单方解除劳动合同的6种情形，其中包括劳动者被依法追究刑事责任的情形，既包括被人民法院判处刑罚，也包括被人民法院依据《刑法》第37条规定免于刑事处罚。案件中姚某故意破坏生产设备，被人民法院判处破坏生产经营罪，处以6个月管制，属于被人民法院判处刑罚的情形。因此，企业有权解除与姚某的劳动合同。

案件中，争议的焦点有两个：

1. 企业解除劳动合同是否应当提前30日通知姚某。

按照《劳动合同法》第40条的规定，用人单位在下列3种情形下可以解除劳动合同，要提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资：（1）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（2）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（3）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。姚某是因被依法追究刑事责任而被用人单位解除劳动合同的，属于《劳动合同法》第39条的情形，该条没有规定用人单位解除劳动合同需要履行提前通知的程序，因此，企业依照该条的规定解除和姚某的劳动合同，不需要提前30日以书面形式通知姚某，其解除和姚某劳动合同的程序正当、合法。

2. 企业解除劳动合同后是否应向姚某支付经济补偿金。

本案中,姚某被依法追究刑事责任,由用人单位依据《劳动法》第 39 条的规定解除劳动合同的,不属于《劳动合同法》第 46 条所规定的可以获得经济补偿的情况。劳动部《关于〈劳动法〉若干问题的意见》第 39 条还明确规定,用人单位依据《劳动法》第 25 条规定解除劳动合同的,可以不支付劳动者经济补偿金,即如果劳动者是被依法追究刑事责任、被单位解除劳动合同的,用人单位可以不支付劳动者经济补偿金。据此,姚某无权要求企业向其支付经济补偿金。

【特别提示】《劳动合同法》第 39 条规定了过失性辞退,由于劳动者的过错行为,用人单位享有了单方解除劳动合同的权利,并且不需要提前 30 日书面通知,也可以不支付经济补偿。该规定主要是为了促使劳动者按约定履行劳动合同,遵守规章制度,更不能触犯刑律等。因为牵涉到劳动者切身利益及有关工作的得失,实践中适用该条时应当谨慎,必须仅限于法律规定的 6 种情形,不得扩大适用的范围。

【案例 65】

【基本案情】王某于 2003 年 8 月 2 日到某物业管理有限公司工作,岗位为水电维修。2003 年 10 月 10 日王某书面向公司提出因其个人原因暂时不要公司为其参加社会保险,要求公司将缴纳社会保险费公司补贴的部分以现金形式发到自己工资里,公司同意了王某的要求,遂按照其要求的进行操作。双方在 2004 年 2 月 4 日签订了劳动合同,期限从该日起至 2004 年 12 月 30 日止。2004 年 7 月 1 日,王某要求公司为其参加社会保险,缴纳社会保险费,于是当月,公司从王某工资中扣除了社会保险费的个人缴纳部分,并停

发了公司补贴部分,但是公司并没有为王某办理该月的社会保险缴纳手续。王某遂于2004年8月5日以公司未为其缴纳法定社会保险费为由向公司提出解除劳动合同。2004年8月15日,王某向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁,要求公司为其补缴自2003年8月至2004年7月的社会保险费,并要求公司支付2个月工资的解除劳动合同经济补偿金。公司认为王某是自己提出离开公司的,所以不需支付王某经济补偿金,并且之前不需要公司为其缴纳社会保险费也是王某自己要求的,公司已经按王某要求,将单位补贴部分计入王某的工资中,公司不会为王某补缴2004年7月之前的社会保险,但是同意为王某补缴2004年7月份的社会保险费。

【分析意见】《劳动法》第72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。这说明,参加社会保险,缴纳社会保险费不光是用人单位的义务,也是劳动者的义务。对于劳动者的权利,劳动者可以放弃,但是对于义务,就必须履行,无权放弃。因此,即使劳动者不想参加社会保险也是不行的,用人单位应该为职工缴纳养老、医疗和失业保险等政府规定的社会保险费。本案中,公司应当自与王某建立劳动关系,即2003年8月起为其缴纳社会保险费,无论王某是否愿意,公司都应为其缴纳。王某与公司在2003年10月份的约定因为违反了《劳动法》的规定,所以该约定无法律效力,即使是劳动者提出不需为其缴纳社会保险费,用人单位还是应该为劳动者缴纳;即使公司以现金形式支付了王某社会保险费,也不能免除公司缴纳社会保险费的义务。由于从王某进入公司起,公司一直未为其

参加法定社会保险，缴纳社会保险费，此属连续侵权，王某有权要求公司为其补缴自进入公司起至解除劳动关系止的社会保险费，但是王某应该返还公司之前发入工资中的社会保险公司补贴部分。由于公司未为王某缴纳社会保险，王某以此为由提出解除劳动合同，但《劳动法》没有规定在此情况下应该支付王某解除劳动合同经济补偿金。

与《劳动法》相比，《劳动合同法》第38条对劳动者单方解除劳动合同的条件作了扩大性的规定。按照该条第1款第（3）项的规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同。根据该法第46条规定，劳动者因此解除劳动合同的，用人单位要支付经济补偿。

【案例66】

【基本案情】王某1995年9月分配到某国营造船厂（以下简称造船厂）工作，与该厂于同年9月1日签订了为期2年的劳动合同。1997年7月3日，王某周末外出旅游时，不慎摔伤，造成右腿股骨骨折。王某立即被送至造船厂特约合同医院进行手术，并在该院住院治疗。造船厂自王某受伤后，每月按其原工资额的50%发放其工资。1997年9月1日，造船厂劳资科以王某签订的合同已到期为由，书面通知王某终止双方的劳动关系。王某不服，诉至当地劳动争议仲裁委员会，要求：（1）撤销造船厂终止双方劳动关系的决定；（2）造船厂应按其原工资额的60%发放病假工资；（3）造船厂负担本案的仲裁费用。

【分析意见】 本案中，要确定王某的病伤假工资，首先要确定其医疗期。医疗期是指企业职工因患病或非因工负

伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。

王某的实际工龄从其毕业后分配到造船厂时开始计算，与其在本厂工作年限相同，都为2年，根据以上规定，王某的医疗期为3个月，故王某应领取病假期工资，数额为其本人工资的60%。根据《劳动法》的规定，劳动者在医疗期内，劳动合同期限届满的，不能终止劳动合同。王某的医疗期自其病休之日，即1997年7月3日至同年10月3日虽然王某的劳动合同期限已于同年9月1日届满，但因其法定医疗期未满，企业不得以合同期满为由终止劳动关系，劳动合同期限依法将自动延续至1997年10月3日。一旦医疗期满，造船厂即可终止与王某的合同，但必须按上述标准给付其经济补偿金和医疗补助费。

根据新颁布的《劳动合同法》在第45条的规定，劳动合同期满，但劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期内的，劳动合同应当顺延至相应的情形消失时终止。这与《劳动法》的规定也是一致的。

【案例67】

【基本案情】 张某是一家建筑公司工人，并与该公司签订了为期5年的劳动合同。2001年8月，张某在一次施工中受伤，经当地劳动保障行政部门认定，张某属于工伤，并被当地劳动鉴定委员会评定为5级伤残。对此，张某及其所在单位均无异议。后来，张某主动提出一次性结算伤残抚恤金及其他工伤保险待遇并终止工伤保险关系。其所在单位研究后同意了张某的要求，并按照《企业职工工伤保险试行办法》（劳部发〔1996〕266号）第24条的规定，将应按

月发给张某的伤残抚恤金、因工伤导致工资降低的伤残补助金以及按伤残等级应发给的一次性伤残补助金等进行了折算，一次性发给了张某 20 年的伤残抚恤金，并终止了与张某的工伤保险关系。事后，张某所在单位带着张某工伤有关的相关材料到当地社会保险经办机构要求其支付单位已经支付给张某的伤残抚恤。对此，社会保险经办机构只部分满足了张某所在单位的要求，即支付了应一次性发给张某的 16 个月的伤残补助金。而张某所在单位认为其参加了工伤保险，支付给张某的伤残抚恤金属于先为社会保险经办机构垫付的，社会保险经办机构应该如数返还给企业。张某所在单位就此事向直接管理该经办机构的劳动保障行政部门申请行政复议。经审查，劳动保障行政部门维持了经办机构的做法。

【分析意见】 本案中劳动保障行政部门作出的行政复议决定是正确的。本案的核心问题是用人单位参加工伤保险，依法缴纳工伤保险费后，对于本单位的工伤劳动者，是否还应承担相应的经济责任的问题。这一问题，在实践中具有一定的代表性。对此，应从以下几方面来理解：

根据现行国家有关工伤保险的规定，劳动者因工负伤，无论被鉴定为几级，其下列待遇应由工伤保险基金支付。主要包括工伤劳动者治疗工伤或职业病所需的挂号费、住院费、医疗费、药费、工伤护理费、残疾辅助器具费等。劳动者因工伤死亡的工伤保险基金还应支付丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金。

工伤劳动者被鉴定为 1-4 级的，按照劳动部 1996 年颁

布的《企业职工工伤保险试行办法》第 22 条的规定，除应当退出生产、工作岗位，终止与企业的劳动关系，工伤保险基金还应按月支付其伤残抚恤金和一次性伤残补助金等工伤保险待遇。

工伤劳动者被鉴定为 5-10 级的，按照《企业职工工伤保险试行办法》第 24 条的规定，原则上由企业安排适当工作，并区分不同情况，享受不同项目的工伤保险待遇。其中伤残程度被评为五级的，可享受以下工伤保险待遇：（1）工伤保险基金一次性支付其 16 个月的伤残补助金。（2）因伤残造成本人工资降低时，由所在单位发给在职伤残补助金。（3）企业难以安排工作的，按月发给相当于本人工资 70% 的伤残抚恤金等。从上述规定，可以看出企业对工伤劳动者应承担的责任，即后两项待遇应由企业支付。

从本案具体情况来看，张某与所在单位终止劳动关系，单位为其发放了 20 年的伤残抚恤金，并不是基于“企业难以安排工作”而是由于张某主动申请，并且伤残抚恤金不是采取按月发放的，而是一次性领取。这种做法完全基于张某与其所在单位之间的协商，并由双方自愿作出的决定，而不是法律强制赋予劳动者的权利。社会保险经办机构依法支付了其应该支付的费用，对于其他费用不予支付是有道理的，也是合法的。正是基于上述法律规定，劳动保障行政部门才作出了上述行政复议决定。

2003 年国务院颁布的《工伤保险条例》第 34 条规定，职工因工致残被鉴定为 5 级、6 级伤残的，从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，5 级伤残的为 16 个月

的本人工资。同时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，由用人单位按月支給伤残津贴。经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或终止劳动关系，由用人单位支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。

【案例 68】

【基本案情】 陈某是某私营制衣厂的缝纫工，1996 年 2 月 26 日生育一双胞胎后在家休息，同年 4 月 7 日接到厂方通知让其上班。陈某因双胞胎生育且系难产，身体恢复较慢，没有回厂上班，直到当年 5 月底才开始上班。厂方以陈某违反厂规为由，从其工资中扣除了 70 元。陈某向厂方提出，生产应享受 90 天产假，自己并没有违反规定，要求补发所扣工资。厂方以厂里女工多，厂规规定产假只能歇 45 天，产假期间每月只能发 80 元生活费为由予以拒绝。陈某为此向劳动仲裁机关提出申诉，请求企业落实女工特殊劳动保护，补发所扣工资。仲裁机关受理后，经查陈某所诉情况属实，在调解无效的情况下，裁决该厂规章中女工产假 45 天的规定无效，该厂补发所扣陈某工资 70 元，并赔偿损失 20 元。

【分析意见】 我国《劳动法》规定，女劳动者生育享受不少于 90 天的产假，而本案中，该厂规定女劳动者产假只有 45 天，比法律规定少了一半时间，而且未有执行对多胞胎生育劳动者增加 15 天产假的規定。

根据《女职工劳动保护规定》第 4 条的规定，用人单位不得在女劳动者怀孕期、产假、哺乳期降低其基本工资。《企

业劳动者生育保险试行办法》第5条规定，女劳动者生育按照法律、法规的规定享受产假。产假期间的生育津贴按照本企业上年度劳动者月平均工资计发。而本案中，该厂在陈某产假期间只发给每月80元的生活费，显然违反了国家规定。

《劳动法》第50条和劳动部1994年颁布的《工资支付暂行规定》第15条都规定，不得克扣和无故拖欠劳动者工资。而本案中，该厂却从陈某工资中扣除了70元。因此，该企业的行为构成了克扣劳动者工资。

《劳动合同法》与《劳动法》都将劳动保护的内容规定为劳动合同的必备内容。因此，劳动者在与用人单位订立劳动合同时，应对劳动保护予以明确约定。尤其是女劳动者，更要根据自己的特殊情况，在劳动保护方面作出对自己有利的约定。

【案例69】

【基本案情】 赵某系某五金厂职工，1997年6月16日，赵某患病被诊断为脑出血，住院44天，住院及药费共9005.3元后，转回某省继续治疗。在此期间，赵某丈夫胡某多次要求五金厂按规定支付住院及医药费用，但均遭五金厂拒绝。而五金厂只借了3000元给赵某作医药费。本案经市、镇两级劳动部门调解，并将有关职工患病的国家规定对五金厂进行宣传解释，但五金厂不接受，甚至在调解过程中，赵某曾提出只要5000元，医药费就了事的要求，五金厂也不接受调解。仲裁委员会在开庭审理本案过程中，赵某因病情恶化在某医院死亡。

【分析意见】 赵某与五金厂形成劳动关系，赵某在工

作中因病发而入院治疗，其情况属职工患病一类，应按国家有关规定享受应得的劳保持遇。根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》，按赵某的工作年限，其医疗期满后，五金厂按规定支付有关补偿后即可与其解除劳动关系。但五金厂没这样做，故赵某的医疗期应从其患病之日起至死亡日止。在此医疗期内，五金厂应根据 1951 年政务院颁布的《中华人民共和国劳动保险条例》及其修正草案的规定，支付赵某医疗期间的工资、住院费及医药费。另外，由于赵某在五金厂未与其解除劳动关系的情况下死亡，故根据《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》（粤劳薪〔1997〕115 号）的规定，五金厂须付给赵某家属死亡抚恤金和丧葬费。

【案例 70】

【基本案情】 刘某是某厂职工，1999 年 2 月，与单位签订了 5 年期劳动合同。2000 年 3 月，刘某与朋友外出办事，向单位请假 7 天，18 天后回厂上班。厂办公室认为刘某超过假期 11 天，属无故旷工，根据本厂无故旷工满 10 天应予除名，以及对旷工职工处以标准工资 15% 罚款的规定，应予除名并处罚款，报厂长同意后，正式作出决定。刘某不服向劳动争议仲裁委员会申诉，劳动争议仲裁委员会审理后作出裁决：（1）撤销该厂作出的除名决定；（2）维持对该职工进行罚款的决定；（3）刘某被除名后到仲裁裁决生效期间，厂方应补发刘某的工资并承担由此造成的损害赔偿赔偿责任。此外，还建议当地劳动保障局，对该厂制定的规章进行监督检查。劳动保障局监察部门随即对该厂进行检查，

给予警告并责令立即纠正关于职工旷工满 10 日即予除名的规定。

【分析意见】 《劳动合同法》第 4 条第 3 款规定，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。并在第 80 条对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、损害劳动者利益的情况规定了法律责任。由于本案发生在 2000 年，故应适用《劳动法》及相关法规。《劳动法》第 4 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。用人单位有权制定厂规厂纪，规范日常工作秩序和职工奖惩。《劳动法》第 89 条又规定：用人单位制定的劳动规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门给予警告，责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。可见，制定规章制度是用人单位的权利，但用人单位制定规章制度，不得违反法律规定，否则不仅无效，还要承担相应的责任。

本案所涉及职工奖惩问题，《企业职工奖惩条例》（国发〔1982〕59 号）第 16 条规定：对职工罚款的金额由企业决定，一般不要超过本人月标准工资的 20%。该“条例”第 18 条规定：职工无正当理由经常旷工，经批评教育无效，连续旷工时间超过 15 天，或者 1 年以内累计旷工时间超过 30 天的，企业有权予以除名。

根据上述规定，该厂制定的职工旷工满 10 天就予以除名的规定违法，由此导致刘某在仲裁处理期间，由于丧失劳动岗位造成的工资等损失，应由厂方承担。但该厂关于对旷

工职工处以本人标准工资 15%的罚款的规定，符合上述规定。劳动争议仲裁委员会作出的裁决和劳动保障局责令该厂改正其规章制度的决定，有相应的法律依据。

【案例 71】

【基本案情】 李红与东方红化妆品有限责任公司签订了一年的劳动合同，合同约定：李红的工作是推销化妆品，月工资 400 元，但必须完成价值 2000 元的化妆品推销任务，超额部分公司将予以奖励。若未完成任务，公司将不发工资。李红上半年月月超额完成任务，下半年由于受季节的影响，没有完成推销任务，公司一分钱也没发给她。李红向公司提出解除劳动合同，并要求补发下半年的工资。公司认为，一年的合同期未到，不但不发工资，而且要李红承担违约责任。

【分析意见】 《劳动法》第 48 条规定：国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。“最低工资”是指劳动者在法定工作时间内，提供了正常劳动的前提下，其所在企业应支付的最低劳动报酬。“正常劳动”是指劳动者按劳动合同的约定，在法定工作时间内从事的劳动。李红虽然没有完成工作任务，但按照劳动合同所约定的在法定工作时间内从事了正常劳动，公司就应该支付李红不低于最低工资标准的劳动报酬。李红与公司签订的劳动合同中有关“未完成任务，不予发工资”的条款违反《劳动法》的规定，应属无效。根据最高人民法院于 2001 年颁布的《关于劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第 15 条的规定“用人单位有下列情形

之一，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并支付赔偿金：……（五）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。”根据《劳动合同法》第46条第（1）项的规定，劳动者依照本法第38条的规定解除劳动合同的，用人单位应支付经济补偿。由此可见，李红可以依法提出解除劳动合同，要求公司支付其6个月的工资并支付经济补偿。

【案例72】

【基本案情】 李某原系某市建筑公司职工。其在1996年参与打牌赌博共15次，并于1996年12月30日晚上赌博时被当地派出所当场抓获。李某由于参与赌博，经常请人替自己上班做事，影响了正常工作。为了使建筑公司职工知法懂法，进一步树立建筑公司的良好风气，建筑公司在1996年进行了3次普法教育，并在全公司开展了打击违法犯罪活动。李某每次均参加了学习，并在大会上发了言，表示了决心。但李某没有履行自己的诺言，且态度不好，还意欲打人。建筑公司虽对李某多次进行教育，但李某不忠悔改，多次参与打牌赌博，影响了建筑公司单位的生产，给建筑公司带来了一定的经济损失。因此，建筑公司对李某予以辞退。

【分析意见】 《劳动法》第19条规定，劳动合同应当以书面形式订立，并具备劳动纪律条款。该法第25条规定劳动者严重违反劳动纪律或用人单位的规章制度的，用人单位可予以解除劳动合同。另外，国务院《关于国营企业辞退违纪职工暂行规定》第2条和建筑公司单位的规章制度也有类似规定，因此，李某符合辞退条件。

《劳动合同法》在第 39 条也规定劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。因此，只要用人单位经过民主、法定的程序制定了规章制度并予以了公示或告知了劳动者，劳动者一旦严重违反，用人单位便可以解除劳动合同。但需要注意的是在实践中要把握好劳动者违反用人单位规章制度的严重程度。

【案例 73】

【基本案情】小杨 2001 年 6 月被某大酒店录用并从事厨师工作，签订合同前按规定进行了体检，并取得了卫生管理部门颁发的健康合格证。小杨与该酒店签订了 5 年劳动合同，由于工作出色 1 年以后又被提升为厨师长。2002 年 8 月，酒店组织职工体检，发现小杨乙肝指标呈阳性，于是通知小杨停止工作，并安排他从事看车工作，小杨不满意单位的工作安排，并拒绝到新岗位上班，该酒店于是作出解除劳动合同的处理决定。劳动仲裁机构受理此案后，对案情进行调查核实，认为小杨身体状况不符合餐饮服务业的健康标准，单位有权变更劳动合同岗位，在双方就劳动合同变更协商不一致的情况下，单位可以解除劳动合同，但要按规定支付经济补偿金。

【分析意见】小杨在与酒店签订劳动合同时，身体状况符合健康标准。但在履行劳动合同过程中，经体检发现乙肝指标阳性，不符合国家卫生管理部门对餐饮服务从业人员的健康状况要求，依据《劳动法》第 26 条，应属劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，从而导致劳动合同无法履行，双方当事人经协商，未能就变更劳动合同达成一

致，单位可以解除劳动合同，但应按有关规定向小杨支付经济补偿金。

2007年《劳动合同法》在第40条第(3)项也规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前30日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者1个月工资后，可以解除劳动合同。用人单位在此情形下解除劳动合同应支付经济补偿金。

【案例74】

【基本案情】 王某是某电子公司财务部门的一名财务人员，2005年6月与电子公司签订了为期3年的劳动合同。2006年7月，电子公司与王某进行协商，称由于近来电子产品市场竞争激烈，公司资金状况不好，不再需要很多员工，因此希望能与王某解除劳动合同，并向王某支付经济补偿金。王某经考虑，也同意与电子公司解除劳动合同。随后双方解除了劳动合同，电子公司并向王某支付了经济补偿金。

【分析意见】 劳动合同的订立要遵循平等自愿、协商一致等原则。劳动合同一经生效，用人单位与劳动者都应该按约履行劳动合同的权利与义务，不能随意违反劳动合同的规定。但由于劳动合同是双方自由意志的体现，在劳动合同的履行过程中，按照《劳动法》与《劳动合同法》除了劳动合同的法定解除之外，也允许双方在协商一致的基础上解除劳动合同。根据《劳动法》与《劳动合同法》的规定，劳动合同的协商解除也要遵循协商一致的原则，以避免出现强迫

一方解除劳动合同损害对方合法权益的现象,这主要是为了保护劳动者的合法权益不受侵犯。本案中,电子公司通过平等协商的方式,与王某解除了劳动合同,虽然《劳动法》并没有规定用人单位在此情况下要支付经济补偿金,但并不禁止用人单位根据自己的实际情况向劳动者支付经济补偿金,因此,本案中电子公司的做法是符合《劳动法》的规定的。

为了加强对劳动者的保护,2007年《劳动合同法》在第46条规定,用人单位依照本法第36条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的,应当向劳动者支付经济补偿金。《劳动合同法》第36条规定的即用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的情况。

【案例75】

【基本案情】 某百货商场因扩大营业面积,需增加营业员,1996年3月与符合聘用条件的20名应聘者签订了为期2年的劳动合同,约定试用期为3个月。劳动合同中还约定“在试用期内,营业员与商场均有权随时与对方解除劳动合同”。2个月后,商场认为无需使用这么多营业员只使用其中的15名就足够了,于是,单方决定解除5名营业员的劳动合同。

【分析意见】 “在试用期内,营业员与商场均有权随时与对方解除劳动合同”这一劳动合同条款,与《劳动法》第25条的规定,即在试用期内,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相抵触。根据我国法律规定:与法律法规相抵触的合同条款为无效条款。某商场与营业员约定的上述合同条款为无效条款,所以商场不能依据该

无效条款，单方面解除这 5 名营业员的劳动合同。只有在试用期内，商场证明营业员不符合其录用条件时，才能解除劳动合同。

对于在试用期内解除劳动合同，《劳动合同法》作了不同于《劳动法》的规定，即《劳动合同法》第 21 条规定：在试用期中除劳动者有本法第 39 条和第 40 条第（1）项、第（2）项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期内解除劳动合同，应当向劳动者说明理由。另外，根据《劳动法》第 32 条第（1）项的规定，在试用期内，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同。但新颁布的《劳动合同法》则对此作了不同的规定。按照《劳动合同法》第 37 条的规定，劳动者在试用期内提前 3 日通知用人单位，可以解除劳动合同。

【案例 76】

【基本案情】 高某 1991 年 12 月底到某矿务局下属三矿工作，1994 年 5 月补签了农民轮换工的劳动合同，期限从 1992 年 1 月 1 日至 1995 年 12 月 31 日为止。1992 年 5 月 23 日晚，高某在 4392 工作面出煤时，被运转的煤溜子拉伤，经送矿务局医院治疗，诊断为左胫腓骨中段开放性粉碎性骨折，左股骨中下段闭合性骨折，左腔前动脉损伤，作了钢板固定手术，1993 年 7 月 5 日出院。出院后，高某在家休息，某矿务局按工伤支付各项待遇。1996 年 1 月，某矿务局以合同到期为由停发高某的工伤津贴。高某多次找某矿务局要求继续享受工伤待遇。1997 年 8 月，某矿务局依据《矿山企业实行农民轮换工制度试行条例》（国发〔1984〕

88号)等文件之规定,与高某之兄协商,再给高某1000元生活补助费,终止劳动关系。高某之兄代高某领取了1000元。1995年12月前高某月工伤津贴均为234.65元。1996年4月14日前高某在某卫生室治疗,医疗费1525.36元未报销。市劳动争议仲裁委员会委托市劳动局保险处和市劳动鉴定委员会对高某进行工伤认定和伤残等级鉴定,认定为工伤,伤残等级为5级。

【分析意见】 根据《劳动法》第3条、第73条、第29条的规定:劳动者享有享受社会保险和福利的权利;劳动者在因工伤残的情形下,依法享受社会保险待遇;劳动者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,用人单位不得解除劳动合同。

高某因工负伤,且伤残等级达到5级,非本人申请,合同期满某矿务局也不得终止与高某的劳动关系。高某已具有完全民事行为能力,其兄未经高某授权与某矿务局达成的协议属无效行为。某矿务局应继续报销高某的工伤医疗费,补发工伤津贴。高某的请求符合国家有关工伤保险待遇的规定,应予以支持。某矿务局依据的《矿山企业实行农民轮换工制度试行条例》(国发〔1984〕88号)(该文件已废止),未按期支付高某的工伤津贴和报销医疗费属执行文件有误,不属无故拖欠行为,高某要求某矿务局给予补偿金和赔偿金的理由不成立,不予支持。

本案发生时,尚未有专门的工伤保险法律和行政法规。2003年,国务院颁布了《工伤保险条例》,对劳动者的工伤待遇作了明确规定。

【案例 77】

【基本案情】 王某等 26 名职工与某商场签订了劳动合同，在劳动合同履行中，该商场以经营亏损为由，于 2000 年 5 月辞退王某等 26 名职工。王某等人遂向当地劳动保障局的劳动保障监察机构举报，请示纠正该商场的错误行为，维护自己的权益。劳动保障监察机构在接到王某等人的举报后，经多次深入调查取证，查明该商场不具备企业经济性裁减人员法定条件，又违反了企业经济性裁减人员法定程序，在此前提下，单方解除王某等 26 名职工的劳动合同，属违约行为，并责令该商场限期改正。该商场在劳动保障监察机构规定的期限内撤销了辞退王某等 26 名职工的决定，恢复了王某等人的工作，补发王某等人的工资并为其补缴了社会保险费。

【分析意见】 这是一起因用人单位违反经济性减员法律规定，擅自解除劳动合同的案件。本案发生在 2000 年，根据《劳动法》第 27 条的规定，用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前 30 日向工会或全体职工说明情况，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。根据《劳动法》和劳动部于 1994 年颁布的《企业经济性裁减人员规定》（劳部发〔1994〕447 号）的有关规定，用人单位在裁减人员时应当遵循下列原则：

1. 原因法定原则：即用人单位裁减人员必须出于法律规定的理由。用人单位只有以下两种情况才可裁减人员：（1）用人单位濒临破产，被人民法院宣告进入法定整顿期间；（2）

用人单位的生产经营发生严重困难,达到当地政府规定的严重困难企业标准。

2. 程序合法原则:这是指用人单位裁减人员时必须经过法律所规定的程序:(1)提前30日向工会或者全体职工说明情况,并提供有关生产经营状况的资料;(2)提出裁减人员方案,内容包括:被裁减人员名单,裁减时间及实施步骤,符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法;(3)将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见,并对方案进行修改和完善;(4)向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见,并听取劳动行政部门的意见;(5)由用人单位正式公布裁减人员方案,与被裁减人员办理解除劳动合同手续,按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金,出具裁减人员证明书。某商场解除王某等26名职工劳动合同时不具备上述法定条件,也未履行法定程序,严重违反经济性裁员有关法律规定,侵害了王某等26名职工的合法权益。劳动保障监察机构依法对某商场作出责令限期改正的决定是完全正确的。

【案例78】

【基本案情】王某1988年参加工作,进入北京市某建筑公司,1999年6月因患脑溢血住院治疗。公司为其支付了半年的医疗费用后,拒绝继续支付,并提出王某非因工患病,已经长达半年不能参加工作,无法履行劳动合同规定的义务,致使劳动合同已经失去意义,因此应予以解除。王某不服,认为自己虽然不能工作,但应享受职工患病期间的医疗待遇,根据《劳动法》和劳动部《企业职工患病或非因工

负伤医疗期规定》（劳部发〔1994〕479号），自己应享有至少1年的医疗期，在此期间内，公司不但不能解除劳动合同，还应支付医疗费用并发放病假工资等待遇。双方诉至劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会审理后裁决：公司不得与王某解除劳动合同，并应依法支付王某的医疗费和病假工资。

【分析意见】 职工患病不能继续履行劳动合同规定的义务，是否一定导致劳动合同的解除，是一个比较常见的问题。本案公司一方从单纯的民事合同角度出发，认为一方已经无法继续履行合同就应该解除。这种理解忽视了劳动合同的特殊性，从而与有关法律规定发生矛盾。1994年《劳动法》第29条规定：劳动者患病或者负伤，在规定的医疗期内的，用人单位不得依据本法第26条、第27条的规定解除劳动合同。这就是说，职工患病后，在规定的医疗期内是不能解除劳动合同的。如何确定医疗期的长短，根据劳动部1994年颁布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》（劳部发〔1994〕1479号）第3条规定：企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予3个月到24个月的医疗期限；（1）实际工作年限10年以下的，在本单位工作年限5年以下的为3个月；5年以上的为6个月。（2）实际工作年限10年以上的，在本单位工作年限5年以下的为6个月；5年以上10年以下的为9个月；10年以上15年以下的为12个月；15年以上20年以下的为18个月；20年以上的为24个月。根据以上规定，本案王某在该公司已经工作满10年，

应享受 12 个月的医疗期待遇。在 12 个月以内，公司是不能解除劳动合同的，按照上述规定，还应继续支付王某的医疗费用和病假工资。实际工作中，有些企业经营者会产生本案中公司负责人那样的错误认识，将劳动合同的某些原则与民事合同混为一谈，侵害劳动者的合法权益，应切实加以纠正。

新颁布的《劳动合同法》在第 42 条里作了同样的规定，即劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的，用人单位不得依照本法第 40 条、第 41 条的规定解除劳动合同。

【案例 79】

【基本案情】1999 年 7 月，刘某从某矿冶学校毕业后，被某有色金属矿山企业录用，并签订了 5 年期劳动合同。劳动合同中约定，刘某负责指导一线开采工作，企业提供必要的劳动保护条件，工资待遇与企业管理人员相同。刘某工作后，企业为刘某提供了半年的培训，然后按劳动合同约定安排到一线工作，但一直没有提供相应的劳动保护设备。刘某找到企业负责人，答复说刘某是按管理人员对待的不是真正的一线工人不能像一线工人那样领取劳动保护设备，由于工作需要，也无法享受企业机关科（室）人员的工作环境。刘某认为企业的这种做法违反了劳动合同中关于劳动条件的约定，提出解除劳动合同。企业特别提出，如果刘某擅自解除劳动合同，应按照劳动部 1995 年颁布的《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223 号）第 4 条规定，赔偿企业录用和培训费用。刘某不服到当地劳动争议仲裁委员会申诉，劳动争议仲裁委员会审理后裁定：企业违反了劳动合同中关于劳动条件的规定，刘某可以解除

劳动合同，不需支付赔偿费用。

【分析意见】 关于劳动者的劳动条件，《劳动法》与《劳动合同法》都将其规定为劳动合同的必备内容之一。《劳动法》第32条规定：用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同。本案当事人双方已经在劳动合同中约定了劳动条件，企业以刘某的工作性质比较特殊为由，不予提供，违反了劳动合同约定，刘某根据上述规定，可以提出解除劳动合同。在劳动合同的几项主要内容中，人们往往对合同期限、工作内容、劳动报酬等“硬件”要素比较注意，忽视劳动条件等“软件”要素。实际上，必要的劳动条件不但是劳动者身体健康的保障，也是劳动者顺利履行义务的保障。违反了《劳动法》关于劳动条件的规定和劳动合同的约定，劳动者身体健康和履行义务都失去了保障，劳动者依法提出解除劳动合同是合法的。

根据《劳动合同法》第38条第1款第（1）项规定，用人单位未按劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的，劳动者可以解除劳动合同。

【案例 80】

【基本案情】 朱某原是某商场的司机，并与商场签订了为期5年的劳动合同。在商场工作期间他踏实肯干赢得了大家的好评。同时朱某又生性正直，疾恶如仇，他举报商场某主要负责人在购销活动中有不规范做法一事被该负责人知晓后，常遭到此人的报复打击。朱某一忍再忍，后来两人终于发生了激烈的争吵。争吵中朱某提出不在商场干了。结

果从争吵发生的第二日起，朱某就没来上班，并于一周后与一出租汽车公司签订了劳动合同，成为了一名出租车司机。一日，朱某突然接到市劳动争议仲裁委员会的申诉书副本。原来某商场以朱某擅自违反劳动合同的约定，给用人单位造成损失为由，要求其承担违约赔偿责任，并将其诉至劳动争议仲裁委员会。

【分析意见】本案的核心问题是劳动合同的解除问题，在实践中由于用人单位和劳动者的情况千差万别，引起劳动合同解除的原因又各不相同，再加上当事人劳动法律知识的缺乏，造成了劳动合同解除方面的一些不规范做法并最终酿成劳动争议。

(1) 应当强调的是，劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。这就是说劳动合同一经签订，便具有了法律效力，双方当事人也就相应地承担了一定的权利和义务，在正常情况下，双方应完全地履行这些义务，直至劳动合同期限届满为止。

(2) 应当说明的是，劳动合同又是可以解除的，劳动合同一经签订便具有了法律约束力，并不意味着劳动合同是不可以变更和解除的。在出现了法律规定的情形或劳动合同约定的情形时，劳动合同便可合法地变更和解除。《劳动合同法》针对劳动合同解除的不同情形做了规定。其中《劳动合同法》第36条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。劳动合同解除后双方当事人的权利和义务才能终止。

(3) 解除劳动合同需要有一定的形式要件和时间要求。

《劳动合同法》第 37 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。就本案看，即使是朱某在争吵时提出的“不在商场工作了”，可以被认为是一种解除劳动合同的口头申请的话，它也会由于缺乏《劳动法》规定的形式要件（即书面申请）和时间要求（提前 30 日）而不能被认为是一种合法的解除劳动合同的申请。也就是说，虽然朱某与商场的负责人在争吵中提出不在商场干了，但是他们之间的劳动合同并未合法地解除，双方之间因劳动合同而产生的权利和义务也并未终止。在劳动合同解除前，双方应依法履行合同。本案中的朱某没有依法与商场解除劳动合同，给自己带来了承担违约赔偿责任的法律后果，而招用未解除劳动合同的朱某的出租汽车公司也不能免除其依法应承担的连带赔偿责任。

【案例 81】

【基本案情】 王某是上海某大学化工专业的毕业生，1996 年王某大学毕业后到上海某化工用品有限公司工作，双方签订了书面劳动合同，合同约定：王某任上海某化工用品公司的技术开发人员，每月工资 1500 元，年终根据业绩发放奖金，合同期限自 1996 年 8 月 31 日至 2001 年 8 月 31 日。合同还约定：本合同到期，劳动合同即行终止。甲乙双方经协商同意，可以续订劳动合同。王某到该公司工作后，工作踏实，勇于创新，给公司创造了良好的经济效益，深受公司赏识。2001 年 8 月，王某的劳动合同即将到期。化工用品公司向王某发出了“劳动合同续订意向书”希望同王某续订劳动合同。王某也表示愿意在该公司继续工作。双方于

是续订了劳动合同，期限至 2006 年 8 月 31 日。此后，王某一直在化工用品公司工作至 2006 年。2006 年 7 月，王某的劳动合同又将到期了。王某找到公司管理人员，主动提出希望续订劳动合同，公司管理人员表示可以考虑，但王某提出要同公司签订无固定期限的劳动合同，遭到拒绝，双方因此发生纠纷。

【分析意见】 在上述实例中，劳动者王某与用人单位上海某化工用品公司就劳动合同的续订产生了不同意见而发生纠纷。王某提出续订无固定期限劳动合同的要求，而公司表示可以考虑续订合同，但不同意续订无固定期限劳动合同。根据《劳动法》第 20 条第 2 款的规定，劳动者在同一用人单位连续工作满 10 年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限劳动合同。因此本案的关键在于王某是否符合续订无固定期限劳动合同的条件。从王某的职业状况来看，其从毕业后就一直在上海某化工用品公司工作，双方订立了一个 5 年期的劳动合同，之后又续订了一个 5 年期的合同，即王某已经在该公司连续工作了 10 年。新颁布的《劳动合同法》第 14 条规定，劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的，或者连续订立 2 次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第 39 条和第 40 条第（1）项、第（2）项规定的情形，续订劳动合同的，当劳动合同到期后劳动者提出或者同意续订劳动合同要求的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当同劳动者订立无固定期限的劳动合同。

【案例 82】

【基本案情】 胡某于 1994 年 9 月由某厂调入某家电公司（以下简称“公司”）。公司为其办理了录用手续。胡某与公司签订了从 1994 年 9 月至 1999 年 9 月为期 5 年的劳动合同。1999 年 9 月，胡某合同期满。公司通知胡某续签劳动合同，胡某表示不愿续签。于是，双方终止劳动关系，公司为胡某办理了返工手续。由于胡某签订劳动合同的时间为 1994 年 9 月，根据有关规定，公司应按其在本公司服务的年限，每满 1 年，支付相当于 1 个月工资的经济补偿金。因此，公司在办理返工手续的同时，向胡某支付了 5 个月工资的经济补偿金。胡某对此不满，认为其在调入公司前已有 7 年工龄，公司应再支付 7 个月工资的经济补偿金。双方发生争议。胡某遂申诉至劳动争议仲裁委员会。

【分析意见】 按照有关劳动法律文件精神，计算经济补偿金，以本企业工龄为标准计算。若属由组织因工作需要调入企业的原企业工龄，企业合资成立合资企业由中方安排转入合资企业的职工在原企业的工龄，计算经济补偿金时合并计算。因此，劳动仲裁委没有支持职工胡某请求。

企业中的职工劳动合同期满终止，按照《劳动法》规定，企业可以不支付经济补偿金。企业也可以在合同中规定合同期满支付经济补偿金。企业中途解除劳动合同，或协商终止劳动合同，企业则必须支付经济补偿金。标准是根据本企业的工作年限，每满 1 年，发给相当于 1 个月实得工资的经济补偿金。

《劳动合同法》第 47 条关于经济补偿支付的标准有了

变化：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。

【案例 83】

【基本案情】 今年25岁的孙某大学毕业后，于2004年7月到某市某纺织有限公司工作，双方签订了劳动合同。2005年8月30日，孙某被安排到纺织公司技术开发部工作，并与单位重新订立了劳动合同，规定合同期限为2005年8月31日至2009年9月1日。2005年11月，单位选送孙某到北京进行为期1年的脱产学习，相关的培训费、住宿费、奖学金均由单位为其支付。同时双方在一份协议中约定，孙某学习结业后至少应为该厂服务5年。5年内如因个人原因要求调动，离开单位或与单位解除劳动合同，孙某应赔偿单位为其培训所支付的一切费用。2006年11月，培训结束，孙某回到纺织公司上班。但3个月后，孙某又到另外一家单位应聘，并向纺织公司提出解除劳动合同。因协商不成，纺织公司向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁要求孙某支付培训费、违约金等共计2万余元。

【分析意见】 本案例既属于违反法律规定解除劳动合同，也属于劳动者违反劳动合同服务期的约定而解除劳动合同的情形。本案中，当事人双方签订的劳动合同及关于服务

期的约定是在双方平等自愿的基础上订立的，其中约定的赔偿条款及违约责任的内容亦不违反劳动法律法规，合法有效，双方均应履行合同规定的义务。孙某经过培训后擅自离职，属于违法解除劳动合同行为，因此应当依法承担赔偿责任。

《劳动合同法》第 22 条规定用人单位与劳动者可因培训约定服务期，因劳动者违反服务期协议的，劳动者要按照约定支付违约金。违约金实际是劳动者违反服务期约定的一种惩罚性措施。同时，按照《劳动合同法》第 90 条的规定，劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

【案例 84】

【基本案情】 2001 年 10 月，西安某重型机械研究所（以下简称机械研究所）高级工程师裴某利用工作之便，将研究所设计的板坯连铸机主体设备图纸拷贝到自己的电脑中。2002 年 8 月，裴某应聘到武汉某公司担任副总工程师。同年国庆节，裴返回西安，将上述图纸资料带回武汉，输入武汉某公司的局域网，用于项目设计。2003 年 7 月，机械研究所发现图纸被武汉某公司盗用，遂向警方报案。经公安机关立案侦查，武汉某公司使用的图纸就是西安某机械研究所设计的板坯连铸机主体设备图纸。利用这一技术秘密，武汉某公司与四川和山东两家公司签订了总价款 1.4 亿元的合作合同，牟取了巨额利润。而该图纸是裴某提供的，其行为给机械研究所造成了至少 148 万元的经济损失。2006 年 2 月，西安市中院一审认为，裴某利用工作之便盗窃单位商业秘密，供给他人使用，后果特别严重，构成侵犯商业秘密罪。

作为附带民事诉讼被告人，武汉某公司大量使用机械研究的商业秘密，与其他企业签订合同，是给机械研究所造成经济损失的直接责任人，也是侵权行为的直接受益人，应承担赔偿损失的民事责任。西安市中院遂以侵犯商业秘密罪判处裴某有期徒刑3年，并处罚金5万元；裴某及附带民事诉讼被告人武汉某公司共同赔偿机械研究所经济损失1782万元。宣判后，裴某、武汉某公司、机械研究所均表示不服，并提起上诉。2006年10月，在审理过程中，机械研究所与武汉某公司及裴某就附带民事诉讼达成了调解协议，刑事部分也在10月审理终结。陕西省高级人民法院认为，作为高级工程师，裴某明知机械研究所板坯连铸机主体设备技术设计图纸资料属商业秘密，仍利用工作上的便利条件将其私自复制据为己有，后又将该资料交由武汉某公司使用其行为给机械研究所造成了特别严重的后果，已构成侵犯商业秘密罪。原审判决定罪准确，量刑适当，审判程序合法，裁定驳回上诉，维持原判。

【分析意见】 本案因其诉讼标的巨大，在同类案件当中具有一定的代表性。本案中，作为机械研究所的高级工程师，能够直接接触机械研究所的高端技术等商业秘密，因而被告裴某属于知悉原告机械研究所商业秘密的主体。利用裴某提供给武汉某公司的技术秘密，武汉某公司与四川和山东两家公司签订了总价款1.4亿元的合作，牟取了巨额利润。由此可见这一技术秘密对于机械研究所亦具有极大的价值，属于典型的商业秘密之范畴。由于裴某与武汉某公司的行为，给机械研究所带来重大损失。因此法院判决武汉某公司

与裴某共同承担赔偿责任的民事责任。

《劳动法》在第 22 条规定，劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。并在第 102 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，应当依法承担赔偿责任。2007 年 6 月 29 日通过的《劳动合同法》在第 23 条和第 90 条亦作了基本相同的规定。所不同的是，《劳动合同法》对于劳动者的保密义务又增加了知识产权方面的规定。

因此，如果机构研究所重视对人员、技术的管理，建立完善的保护制度，并能与裴某在签订聘用合同或者劳动合同时约定保守技术秘密的竞业限制条款等，在竞业限制协议中就违约责任、经济补偿等作出约定，相信会起到较好的效果。机构研究所因此受到的巨大损失有可能得以避免。本案中，由于侵犯其他单位的商业秘密，武汉某公司要承担高额的民事赔偿责任，而裴某除民事赔偿责任之外，还要承担刑事责任，代价就更大了。

【案例 85】

【基本案情】 徐某与某公司签订了为期 3 年的劳动合同，劳动合同规定试用期 2 个月。刚刚上班一周徐某就因患病住院治疗，该用人单位遂以徐某不符合录用条件为由，解除了与徐某的劳动合同。同时，不支付徐某的医疗费，也不给予有关的病假待遇。徐某不服向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉请求。仲裁委员会经调查后，认为该用人单位的做法违反法律、法规的有关规定。经向该公司耐心地宣传和教育，该用人单位认识到其做法错误，并表示愿意承担相应的法律责任。

【分析意见】《劳动合同法》第 21 条规定：在试用期中，除劳动者有本法第 39 条和第 40 条第（1）项、第（2）项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。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。根据《劳动合同法》第 39 条、第 40 条的规定，用人单位在试用期解除劳动合同主要包括以下几种情形：（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；（2）严重违反用人单位的规章制度的；（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（5）因本法第 26 条第 1 款第（1）项规定的情形致使劳动合同无效的；（6）被依法追究刑事责任的；（7）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（8）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。其中，用人单位在第（7）、（8）项规定的情形下解除劳动合同的，要对劳动者支付经济补偿。

从以上规定可以看出，试用期间，劳动者出现以上几种情况的，用人单位可以解除劳动合同。根据《劳动合同法》第 39 条第（1）项的规定，劳动者只有在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位才可以解除劳动合同，而试用期已过，用人单位不得再以劳动者不符合录用条件为理由解除劳动合同，除非劳动者出现了上述第（2）至（8）项的情况。本案中，已经过了试用期，公司才以徐某不符合录用条件为由解除劳动合同，而徐某又不存在其他的可以解除劳动合同

的情形，因此某公司的做法显然违反了《劳动合同法》。根据劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》：企业职工因患病非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予3-24个月的医疗期。则该企业不仅应负担徐某的医疗费，也应该按规定给予相应的病假待遇。如果医疗期满，徐某不能从事工作，也不能从事由企业另行安排的工作，用人单位则可根据《劳动合同法》第40条的规定，解除与徐某的劳动合同，但需向徐某支付补偿金和医疗补助费。

同时，按照《劳动合同法》第48条的规定，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87条规定支付赔偿金。

【案例 86】

【基本案情】李某于1995年7月和某科技公司签订了一份无固定期限劳动合同。双方在劳动合同中约定李某退休时该公司应一次性支付给李某人民币5万元。2001年10月10日，李某退休并要求公司按劳动合同的约定支付人民币5万元，该公司明确表示拒绝。2002年7月，李某向某区劳动争议仲裁委员会申诉，要求该科技公司支付5万元，劳动争议仲裁委员会以超过仲裁时效为由不予受理。于是李某向某区人民法院起诉。经开庭审理，法院认为李某的诉讼请求确实已经超过时效，裁决驳回李某诉讼请求。

【分析意见】《劳动法》在第82条明确规定，提出仲

裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起 60 日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。本案李某在 2001 年 10 月 10 日退休，并要求公司按劳动合同的约定支付人民币 5 万元，该公司明确表示拒付。双方劳动争议此时已经发生，但直到 2002 年 7 月，李某才向区劳动争议仲裁委员会申诉，已经超过了仲裁时效，并且不存在仲裁时效中止、中断的情况，因此在后来的诉讼中亦败诉。可见，发生劳动争议之后双方尤其是劳动者要及时进行处理，或者协商解决，或者申请仲裁与诉讼，以免自己的合法权利反而得不到有效保护。

【案例 87】

【基本案情】 王某与某电子公司签订了为期 3 年的劳动合同。在合同执行到一年半的时候，企业出资 1 万元送王某到某地进行专门的业务培训，双方另外签订了培训协议作为劳动合同的附件。其中规定：王某结业后在电子公司服务的年限不得少于 3 年，原劳动合同的期限也随之延长，若结业 3 年内王某要求解除劳动合同，应承担相应的赔偿责任。王某结业后，在电子公司工作了 1 年就提出要解除劳动合同，电子公司没有同意。后来王某多次与公司领导交涉，电子公司最终同意解除劳动合同，但提出要王某赔偿企业为其支付的 1 万元培训费后方能办理有关手续。王某认为公司提出的赔偿数额过高。双方僵持不下，电子公司遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会受理后，经过多次调解，企业与王某最终达成协议，王某赔偿电子公司 6500 元培训费后，双方解除劳动合同。

【分析意见】 这是一起因履行培训协议而发生的劳动

争议。仲裁委员会的处理是公正、合理的。首先，对王某提出的要企业支付经济补偿金的要求不应支持。《劳动合同法》第 36 条规定：用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。在《劳动合同法》第 46 条关于支付经济补偿金的规定中，规定在用人单位依照本法第 36 条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的情况下，才需要支付经济补偿金，而对劳动者主动提出解除劳动合同而用人单位同意解除的，则没有规定必须支付经济补偿金。也就是说，在双方协商一致解除劳动合同的情况下，必须是由用人单位提出解除要求的，劳动者才能得到经济补偿金。而本案中则是由劳动者提出解除劳动合同的，因此仲裁委员会没有支持王某所要经济补偿金的要求。

《劳动合同法》在第 22 条第 2 款明确规定，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。

【案例 88】

【基本案情】顾某今年 28 岁，在上海某酿酒有限公司工作了近 10 年。1997 年 1 月，顾某进入该公司，并签订了劳动合同。她工作认真踏实，所以每次合同到期，该酿酒有限公司都和她续约。一直到 2002 年 2 月 1 日，顾某和公司签订了为期 1 年的劳动合同。2003 年 1 月 31 日合同到期，公司愿意继续雇佣她。双方将劳动合同顺延至 2004 年 1 月 31 日。2003 年 2 月，顾某结婚并怀孕，2003 年 12 月底，

顾某产下一女孩。2004年1月1日在产假期间，顾某收到公司的通知，称：因为劳动合同即将到期而顾某因为产假无法继续上班，要求其在月底到公司领取相应的补偿金后及时办理工作交接手续。

【分析意见】 本案中涉及的问题在于劳动合同期限在顾某的产假内届满，按照法律规定应该将合同期限顺延至产假届满，但是用人单位却认为劳动合同期届满不予顺延，而要求顾某办理相关手续。用人单位上海某酿酒有限公司实际上是忽视了法律的规定和集体合同对于劳动合同的约束力，因此违反了《劳动法》第29条第（3）项的规定，因此，其解除劳动合同的行为是无效的。根据《劳动法》第98条的规定，用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同的，由劳动行政部门责令改正，对劳动者造成侵害的，应当承担赔偿责任。因此，顾某除了可以请求上海某酿酒公司所在地的劳动主管部门责令其改正错误解除劳动合同的行为之外，还可以要求该公司赔偿因此造成的经济损失。

从用人单位违法解除劳动合同时法律对劳动者的救济来说，新颁布的《劳动合同法》显然更为有利于劳动者。根据《劳动合同法》第48条的规定，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87条规定支付赔偿金。

第五部分 特别规定

第一节 集体合同

【案例 89】

【基本案情】 2000 年 9 月某制药公司工会代表全体职工与公司签订了集体合同。合同规定：职工工作时间为每日 8 小时，每周 40 小时，在上午和下午连续工作 4 小时期间安排工间操一次，时间为 15 分钟，职工工资报酬不低于每月 650 元，每月 4 日支付，合同有效期自 2000 年 10 月 1 日至 2005 年 10 月 1 日。该合同于 2000 年 11 月底被劳动行政管理部门确认。2000 年 12 月，制药公司从人才市场招聘了一批技术工人去新建的制药分厂工作。每个技术工人也和制药公司签订了劳动合同，内容均是：合同有效期自 2000 年 12 月 1 日至 2004 年 12 月 1 日，工作时间为每日 10 小时，每周 50 小时，上、下午各 5 小时期间无工间操，工人工资每月 1000 元，劳动中出现的伤亡由劳动者自行负责。技术工人上班后发现车间药味很浓，连续工作头昏脑涨。部分工人向分厂负责人提出要像总厂工人那样有工间休息。分厂的答复是：（1）总厂集体合同订立在先，分厂设立在后，集体合同对分厂职工无效，分厂职工不能要求和总厂职工享受同等的待遇；（2）按劳取酬，分厂工人比总厂职工工资高出许多。增加劳动强度也是公平合理的。

【分析意见】 集体合同是工会（或职工代表）代表职

工与用人单位就劳动报酬、工作条件等问题，经协商谈判订立的书面协议，包括一般集体合同和专项集体合同。集体合同应报送劳动行政部门确认。集体合同旨在发挥劳动者组织的职能，更有效地维护劳动者的合法权益。

《劳动合同法》第54条第2款规定，依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。本案中，制药公司作为一个法人，其在整个公司层面上签订的集体合同约定整个公司和全体职工。制药分厂是制药公司设立的分支机构，是该法人实体的组成部分，因此总厂集体合同对分厂同样具有约束力。

集体合同的效力有一定的特殊性，表现为直接支配劳动合同的内容，具体表现为以下方面：（1）不可贬低性效力，即集体合同所规定的标准在其效力范围内是劳动者利益的最低标准，劳动合同关于劳动者利益的规定，可以高于但不得低于这些标准，若低于此标准就由集体合同的规定取而代之。（2）补充性效力，即集体合同所规定的标准在一定条件下可以成为劳动合同内容的补充。在集体合同有规定而劳动合同未作规定或虽有规定却被确认为无效，集体合同有明确规定而劳动合同的规定不明确的情况下，集体合同的规定就当然视为劳动合同内容的补充。

根据《劳动合同法》第55条规定，制药公司和技术工人签订的劳动合同对劳动者权益保护不能低于集体合同。因此，制药公司和技术工人签订的劳动合同中的下列内容无效：（1）没有工间休息；（2）每天工作10小时，每周50小时。《劳动法》第36条规定：国家实行劳动者每日工作

时间不超过 8 小时、平均每周工作时间不超过 44 小时的工时制度。该制药公司与工会缔结的集体合同中也规定，职工工作时间为每日 8 小时，每周 40 小时。制药公司与技术工人签订的劳动合同内容实际上违反了《劳动合同法》和《集体合同规定》的规定，是无效的。（3）工作中发生伤亡的由劳动者自行负责。《劳动法》第六章劳动安全卫生规定了用人单位应当对劳动者进行劳动安全卫生教育，并应采取措施防止事故的发生，对于劳动者在劳动过程中的人身财产伤害，应当承担赔偿或补偿责任。而本案制药公司自行免除责任的约定显然是违反了《劳动合同法》第 26 条的规定，因而也是无效的。

本案中的技术工人除了直接提起仲裁申请外，还可以请求工会与制药公司交涉，要求其履行集体合同，如果交涉不成，工会可就所发生的履行集体合同的争议申请仲裁。因为制药公司未按集体合同规定的标准与技术工人签订劳动合同，是违反集体合同的行为。

【特别提示】 依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。集体合同规定的劳动者利益只要不违反劳动基准，就应当作为本企业劳动者利益的最低标准，劳动合同规定的劳动者利益不应当低于集体合同规定的标准。集体合同生效后，应当成为签订劳动合同的依据。当劳动合同约定的劳动者利益低于集体合同规定的标准，而又协商不成的，应当直接适用集体合同的相关条款。

【案例 90】

【基本案情】 某外商独资企业在成立后不久，就按照

我国的相关法律建立工会,并经过全体职工选举副总经理邢某担任工会主席。该企业在职工订立集体合同的过程中,企业和职工双方各确立了5名协商代表,邢某担任职工方首席协商代表,但是在协商过程,邢某没有摆脱自身管理者角色的束缚,不能够切实地维护职工利益.而是多次以企业管理者的身份代表企业企图说服其他职工代表接受企业所开出的一些条件。

【分析意见】 该案涉及两个问题:(1)在该外商独资企业订立集体合同的过程,是否贯彻了职工和企业平等协商原则?(2)在集体协商代表不能切实维护本方的权益时,职工应如何处理?

1.从本案可以看出,在集体协商过程中,并没有体现职工和企业的平等协商原则。《劳动合同法》第51条确立了平等协商的缔约原则。但是,这里的平等不仅仅是形式上的平等和数量上的平等,即各方选出数量对等的协商代表即可,而应该是实质上的平等协商,即双方协商代表享有平等的权利。本案中,形式上,各方确立了5名协商代表,但是,实际上,职工方的首席代表邢某没有起到职工协商代表维护职工利益的作用。

2.根据《劳动合同法》的规定,集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立;尚未建立工会的用人单位,由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。另外,根据《集体合同规定》第30条的规定,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。由此确立了职工对于协商代表的

监督机制。

【案例 91】

【基本案情】 张某与生物制药公司签订劳动合同，工资于每个月月底由该公司直接打到工资卡，支付形式为基本工资加津贴。在合同签订时，生物制药公司交给张某一式两份的《制药公司内部管理规章制度》并要求其签字。张某仔细看了看规章制度，发现其中一部分是专门讲劳动纪律的，并且规定了相应的处罚措施，张某觉得找工作不容易，并且自己也不会违反劳动纪律，就没有就相关规定做详细的考虑就签了字。

上班后不久，公司与工会签订了集体合同，其中规定“对于应当支付给职工的工资报酬，企业依照规章制度予以扣罚的，每月扣罚的金额总数不得超过职工前 3 个月实得平均月工资额的 20%。”法律、法规另有规定的，从其规定。违反前款规定，公司须退还乱扣滥罚部分，并按乱扣滥罚部分 10% 的金额向职工承担赔偿责任。

前 3 个月，张某较好地完成了工作任务平均每个月能领到 5000 元的工资，但是第 4 个月，由于张某要照顾生病的老婆，导致张某不能按时上班，一个月共迟到数十次，并且由于受到老婆生病的影响，工作时注意力不集中，导致其在配制药剂时，看错了试剂名称，而浪费近千元的制药原料。

月底，张某去银行察看工资，发现第四月仅发放了 3000 元的基本工资，因此，找到公司财务部门的负责人，负责人告诉他，公司内部规章制度规定“迟到一次扣工资 50 元”而且规定“违反操作规程导致公司原料损失的将不发当月

1500 元的津贴。”

【分析意见】 本案中，公司的内部规章制度所规定的单位的惩戒权违反了集体合同的规定，应该说是无效的。在案件中，需要仔细考虑以下几个问题：

1. 公司内部规章制度中关于惩戒权条款的效力认定

在上面的论述中，我们重点强调了公司的内部规章制度应该公示，从本案来看，生物制药公司将内部规章制度发放给了张某，并且由张某签字认可了。但是，我们不能忽视了内部规章制度的合法性要件，即内部规章制度必须有合法的主体按照法定的程序制定，并且其内容必须合法，而内容合法不仅包括不违反法律、法规、相关行政规章，还包括不违反集体合同，因此，本案中，内部规章制度关于惩戒的规定，违反了集体合同的规定，导致其合法性要件缺失，因而不具有有效性。

2. 工资构成范围的认定，即津贴是否属于工资的范畴

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 53 条规定：《劳动法》中的工资是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动报酬一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。工资是劳动者劳动收入的主要组成部分。所以由上可知，津贴属于工资的范畴。

3. 张某应如何获得相应的救济

《劳动法》第 50 条规定：工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人，不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资，以此确立了工资支付的原则，即直接支付、法定形式支付、及

时支付和全额支付。本案中，公司以张某违反内部规章制度为由，克扣张某近 2000 元，违反了工资支付的全额支付的原则。用人单位应该按照集体合同的规定，退还乱扣滥罚部分，并按乱扣滥罚部分 109 毛的金额向张某承担赔偿责任。张某可以通过工会维护自己的权利，《劳动合同法》第 56 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。

【案例 92】

【基本案情】 2002 年小李经人介绍进入北京市某制衣厂务工，与制衣厂签订了劳动合同，合同约定采取每天 8 小时工作制，每周休息 2 天，工资每月 2000 元，合同为期 3 年。小李进厂后，能够较好地完成工作任务，逐步地被提升为主要的技术工人，并被工人选为工会委员，并且，作为代表参与企业的集体合同的协商。2003 年底，企业与工会签订集体合同，其中对于延长劳动时间以及加班工资作出了明确规定。2004 年 4 月底，由于工厂订单激增，导致人手不够，厂长单方决定延长现有工人的劳动时间，工厂要求每个工人将工作时间延长至 10 小时，并且“五·一”劳动节期间依然要求工人加班，工会代表职工向厂长提出异议认为，厂长没有事先按照集体合同的约定将加班情况向工会说明，并征得工会同意。但是厂长以客户订货紧急为由，要求工人开工。同年 5 月底，工人们在领取工资时，发现制衣厂没有发放过去一个月的加班工资，因此，工人向工会反映情况，工会代表向厂长提出异议。

【分析意见】 本案涉及到两个问题：（1）集体合同对于企业的约束力如何？如果企业不按照集体合同的约定履行，应如何处理？（2）对于企业不给付加班工资，工人应该如何寻求救济的问题？

1. 集体合同对于企业具有约束力

《劳动法》第 35 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。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。《劳动合同法》在第 54 条第 2 款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。在第 55 条规定，用人单位与劳动者订立的劳动合同劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同的标准。《劳动合同法》第 56 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或者提起诉讼。

2. 企业不给付加班工资，工人可以申请仲裁或提起诉讼

上述案例发生在北京，因此根据 2003 年 12 月 16 日北京市政府的制定《北京市工资支付规定》第 14 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：（1）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；（2）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；（3）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。该“规

定”第31条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者有权向劳动保障部门举报，也可以依法申请调解、仲裁和提起诉讼：……（4）拒不支付或者不按规定支付加班工资的……该“规定”第35条规定：用人单位违反本规定有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，用人单位应当全额支付劳动者应得工资，同时支付所欠工资25%的补偿金：……（5）拒不支付劳动者加班工资的……有前款情形之一情节严重的，劳动保障行政部门可以责令用人单位向劳动者支付所欠工资数额与25%补偿金总和的2倍以内赔偿金。

第二节 劳务派遣

【案例93】

【基本案情】 1997年4月初A企业为绿化、美化厂院通过劳务派遣公司B雇用10名土建工人，承包拆除A企业院墙，并在原墙基处种植松柏。其间由于违反操作规程，院墙倒塌致使1名工人被砸伤。被砸伤的工人住院治疗，A企业为被砸伤的工人预交了住院押金。同年4月中旬10名土建工人完成工程任务后，A企业从支付给B企业的劳动报酬中扣除1万元。B企业以“被砸伤的工人为A企业干活，A企业应为其支付医疗费”为由，与A企业发生争议，并向A企业所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决A企业给付其被扣除的1万元劳动报酬。劳动争议仲裁委员会对B的申诉作出不予受理的决定。

【分析意见】 本案涉及工伤和劳务派遣关系认定的问

题。我国的工伤保险实行无过错责任原则，即：在生产过程中或法定特殊情况下，发生意外事故使职工负伤、残废或死亡，无论责任归于何方，用人单位均应承担赔偿责任，职工均应依法享受工伤保险待遇。根据《工伤保险条例》第14-16条规定，只要不存在醉酒、自残、自伤、犯罪、违反治安管理的情况，职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，均应当认定为工伤。结合本案的情况，受伤的建筑工人属于工伤是毫无疑问的，问题是作为使用劳动力的被派遣单位和与劳动力具有劳动法律关系的派遣单位谁应该承担这样一笔费用。根据《劳动合同法》第58条的规定，劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。其第62条第1款规定“用工单位应当履行下列义务：（1）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护……”可见，发生劳动安全事故后的赔偿应当由派遣单位来承担。但是，用工单位在具体劳动过程中应为劳动者提供相应的劳动条件和劳动保护，而劳动者遭受职业伤害，意味着用工单位违反了劳动保护义务，其也应对受伤害的劳动者负一定的赔偿责任。也即，按照《劳动合同法》第92条的规定，给被派遣的劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

从本案的分析中，我们可以看出，在劳务派遣中经常会存在用人单位（或雇主）责任不明的问题。在劳动派遣关系中，到底谁是真正的雇主？从法律关系上分析，劳动者与派遣机构签订了劳动合同，那么派遣机构显然就是雇主。但现实中，一旦遇到一些特殊事件，实际也就是作为用人单位承

担责任的时候，例如工伤、要求加班费等，派遣机构与客户单位就会相互推诿、踢皮球，导致劳动者权利受到损害。

【特别提示】 劳动派遣涉及了三方两个劳动关系即：被派遣劳动者，用工单位和派遣单位。被派遣劳动者根据劳动合同与派遣单位成立劳动关系，而与用工单位之间是事实劳动关系。用工单位也有为劳动者提供安全卫生的劳动条件和生产设备，保证劳动过程中劳动者的安全和健康的义务，如果违反劳动保护义务，同样也要承担责任。

【案例 94】

【基本案例】 王某一直在甲公司从事仓储、搬运等体力劳动，10年间从未签订过任何劳动合同。2004年4月甲公司通知全体员工，让他们都与乙劳动事务咨询公司签订劳动合同，并由该公司为员工代发工资、上保险。通知还说，如果不签合同，将予以辞退。在公司的压力下，员工都与乙劳动事务咨询公司签订了劳动合同。2005年5月，王某在一次搬运过程中，由于过度劳累将货物跌落并损坏，被公司以“违反操作规程”为由辞退。由于长期的冷库工作，王某患上了风湿病，于是他要求甲公司为其支付经济补偿金，并补缴劳动保险。甲公司以他们之间不存在劳动关系为由不予理睬。经多次索要未果的情况下，王某向当地劳动争议仲裁部门申请仲裁。仲裁委员会裁定王某与乙劳动事务咨询公司所签订的劳动合同无效。甲公司违约，赔偿王某5000元违约金，并补缴劳动保险。

【分析意见】 《劳动合同法》第3条规定：订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信

用的原则。如果用人单位以欺诈、胁迫、乘人之危等方式，使劳动者在违背真实意思的情况下订立劳动合同，应当由劳动争议仲裁部门或人民法院认定其所订立的劳动合同无效。本案中，甲公司为了逃避本应对职工承担的劳动义务为目的以“不与乙公司签订劳动合同就辞退”为要挟，迫使职工签订的劳动合同是无效的，自然，甲公司与王某之间也就不是劳务派遣关系，而是形成了事实上的劳动关系，甲公司应当履行作为用人单位所应履行的全部责任。

本案映射出我国劳务派遣制度中常出现的用人单位以劳务派遣为掩盖，推卸责任的问题。比如一些劳动者到企业应聘时，被要求和劳务派遣公司签订合同，为了得到工作，他们被迫签了劳动合同，成为被派遣劳动者。虽然，有一些被派遣劳动者的待遇与正式职工差不多，但大多数带有“廉价劳动力”的色彩。一些劳动者与劳务派遣公司签订了合同后受到工伤，在索赔时常常面临“真雇主有钱不给，假雇主无钱可赔”的困境。例如，不少客户单位使用受派员工没有任何限制，不管什么业务都使用派遣员工，以至把劳动派遣当成了我国劳动力市场的用工常态。据报道，我国某省会城市烟草分公司以租赁形式向某人才市场租用上千名员工，而这些租赁员工此前均是该公司的正式聘用员工。在签订派遣协议前，烟草公司先对这些员工进行了身份置换，让他们先进入人才市场，然后再以租赁形式向人才市场租用。这种做法的实质是取消正式职工的长期固定的合同身份，违背劳务派遣的基本价值和劳动法的精神。可见，不规范的劳务派遣已经对正常的就业秩序构成了冲击。因此，有很多学者认为，

根本没有履行的、以逃避本应承担的责任为目的的“劳务派遣”，应当从根本上否认其效力，认定劳动者与真正用人单位之间的劳动关系，才是对劳动者的保护。

【特别提示】 在实践中，劳务派遣常常成为一些用人单位推卸责任的手段，劳动者要提高自己的权利意识，发现自己的权益受到侵害时，要及时用法律的手段维护自己的权益以免受到非法侵害。

【案例 95】

【基本案情】 刘某是北京市某餐饮公司配销中心的仓管员，自 1995 年 2 月通过社会招聘进入北京市某餐饮公司工作。2005 年 10 月，刘某因一次工作失误被北京市某餐饮公司辞退。被辞退后，刘某想要回自己工作 11 年的欠发工资及经济补偿金 2 万余元，却被告知自己根本不是该公司的员工，而是被某劳务派遣公司派遣到北京市某餐饮公司的派遣劳工，双方不存在事实劳动关系，存在劳动争议应当找劳务派遣公司。

刘某不能接受北京市某餐饮公司翻脸不认人的事实，遂向北京市某区劳动争议仲裁委员会申诉，仲裁委员会因其劳动合同合法有效，裁决驳回刘某的申诉。刘某又起诉到法院，要求北京市某餐饮公司返还拖欠的当月工资，给付经济补偿金共计 2 万余元。

庭审中，北京市某餐饮公司强调刘某与劳务派遣公司签订劳动合同已近两年，形成劳动关系，而北京市某餐饮公司只是基于劳动服务合同使用原告的，三方形成劳务派遣关系。而原告刘某被辞退的过程是，北京市某餐饮公司向劳务派遣公司提出将刘某返回该公司，该公司表示同意并收回，

次日，该派遣公司与刘某解除了劳动合同。

刘某则认为，自己在北京市某餐饮公司干了这么多年，早已形成事实劳动关系，而当初与劳务派遣公司签订劳动合同，是受被告胁迫的，即不与之签订合同，就面临被北京市某餐饮公司辞退的境地。而且，包括刘某在内的很多员工认为，有公司给发工资，上保险，别的也无所谓。

法院认为，本案原告与某咨询公司签订了劳动合同，而被告与该咨询公司签订了劳动服务合同，约定由该咨询公司招聘员工，与员工签订劳动合同，负责管理员工，并定期向被告输出劳务人员，被告定期统计原告的工资及保险金后支付给咨询公司。因此，三方构成了劳务派遣关系，这种用工方式目前被广泛适用。劳动者与用人单位之间存在劳动关系，包括劳动合同关系和事实劳动关系。本案中，原告是以劳务派遣公司的职员被派遣到被告处工作的，双方未形成事实劳动关系。根据现行法律规定，被告的劳务派遣设置不违反相关规定。

2006年6月12日，北京市某区人民法院依法公开宣判刘某诉北京市某餐饮有限公司劳动争议一案法庭认定刘某与北京市某餐饮公司之间是劳务派遣关系，不存在事实劳动关系，且原告所称签订劳动合同是受被告胁迫的，不属于本案审理范围，故判决驳回原告。

【分析意见】 本案是劳务派遣纠纷的一个典型案例，由于本案发生时我国尚未对劳务派遣用工形式予以明确的法律规范，因而该案发生后在全国引起了激烈的争论。本案的焦点在于谁是原告真正的雇主；原告刘某与被告北京市某餐饮公司之间关系的性质到底是劳动关系还是劳务派遣用

工关系呢？如果双方是劳务派遣用工关系，则北京市某餐饮公司应当向刘某支付拖欠的工资和经济补偿金。如果是劳务派遣用工关系则北京市某餐饮公司不是劳动法上的雇主，原告的主张应当向劳务派遣公司主张。从本案的表面证据来看，原告确实与劳务派遣公司签订了劳务派遣合同原告是作为该公司的员工被派遣到北京市某餐饮公司工作，其与北京市某餐饮公司之间只是劳务关系。在劳务派遣用工形式中，被派遣劳动者的工资是由派遣单位负责支付的，包括劳动合同解除时支付经济补偿金等义务也是由派遣单位负担的，因此，在本案中原告被拖欠的工资以及经济补偿金应当向劳务派遣公司主张被告北京市某餐饮公司没有义务支付。法院正是基于上述考虑，判决驳回了原告的诉讼请求。

不过，本案还有一些特殊的案情，即劳务派遣关系是否成立还是有待推敲的。原告提出，当初与劳务派遣公司签订劳动合同，是受被告胁迫的，即不与之签订合同，就面临被北京市某餐饮公司辞退的危险。当时包括刘某在内的很多员工认为，有公司给发工资，上保险，别的也无所谓，如果不同意签合同就要失业了。法院认为是否存在如原告所称的胁迫情形不属于本案的审理范围。如果原告能够举证证明在签订劳务派遣合同时确实存在被胁迫的情况，则该合同的效力是有瑕疵的，原告可以要求撤销该合同，那么原告与北京市某餐饮公司之间就可成立事实劳动关系，北京市某餐饮公司就应当满足原告的诉讼请求。另外，用工单位使用劳务派遣工一般要受到一定的时间限制，一般只限于短期、临时性的使用，如果要长期使用应当建立更为稳定的劳动关系。而在

本案中，原告刘某在北京市某餐饮公司工作长达 11 年，却仍是作为被派遣工，同上述原则是相违背的。另外据查，原告刘某与劳务派遣公司是在 2004 年才签订的劳务派遣合同，之前刘某一直在北京市某餐饮公司工作，这种突然签订劳务派遣合同的行为有规避法律的嫌疑。

根据后续的报道，一审判决后原告刘某提起了上诉，不过最终双方达成了和解，和解金额与诉讼请求比较接近。而经过本案之后，北京市某餐饮公司也结束了与案中提及的劳务派遣公司之间的关系，直接与员工签订劳动合同，并且员工之前的工龄也得到承认。北京市某餐饮公司还宣布今后除非特殊情况不再使用劳务派遣。本案的意义十分重大，它给我们的启示是：劳务派遣应当用之有度。

【案例 96】

【基本案情】 南京市某劳动服务公司接受南京市某大型超市委托，向社会公开招聘一批员工，孙某经选拔被录用。孙某与南京市某劳动服务公司签订了一份劳动合同，约定合同期限是 3 年，劳动服务公司将孙某派遣到南京市某大型超市任收银员，派遣期限为 2 年，孙某在超市工作期间的劳动报酬由劳动服务公司支付，社会保险也由劳动服务公司负责办理。2 年后，派遣期限届满，超市将孙某交回劳动服务公司。此后的一段时间劳动服务公司没有为孙某继续联系用工单位，孙某连续 2 个月没有工作可做，孙某要求劳动服务公司支付这两个月的工资，劳动服务公司提出因为孙某没有实际进行劳动，没有用工单位为其支付报酬，所以劳动服务公司没有义务向孙某支付这 2 个月的工资。之后不久，劳动服

务公司即通知孙某双方的劳动合同即将到期终止。

【分析意见】 在本案中，南京市某劳动服务公司、某大型超市和孙某之间形成了劳务派遣关系。劳动服务公司与孙某签订了劳动合同，其中约定的合同有效期为3年，符合《劳动合同法》的规定。孙某在被南京市某大型超市交回劳动服务公司之后，一段时间处于没有实际工作的状态，孙某向劳动服务公司主张这段时间报酬的请求应当获得支持。因为依据《劳动合同法》的规定，劳动服务公司作为孙某的用人单位，有义务向孙某支付工资报酬，即使是在孙某没有工作期间该项义务仍不能免除。虽然派遣期限届至，孙某与超市之间的用工关系结束，但是孙某与南京市某劳动服务公司之间的劳动合同尚未到期，双方的劳动关系仍然存续，劳动服务公司应当在合同的有效期内为孙某联系新的用工单位，在此之前，仍应向其支付工资。在这段时间内因为孙某没有实际工作，其可获得的工资可能较正常工作期间为低，但是不得低于南京市的最低工资水平。

【案例 97】

【基本案情】 邮电分营后，邮政企业实行了成员增效的措施，职工人数不断减少，而邮政发展又需要不断地补充人员，为此，邮政企业不得不大量地使用临时性用工，有的局临时性用工甚至超过在岗在编员工。有些局对这部分人员统统按照委代办方式进行管理，不仅违反劳动法律法规，有可能引发劳动纠纷，而且造成这部分人员人心不稳，影响企业的稳定发展。

近年来，在探索新的用工方式中，池州市邮政局使用劳务

派遣工的做法，较好地解决了目前劳动用工中存在的违规行为。从邮政企业的现实情况看，在具有劳动关系属性的岗位（如营业、投递、分拣等）继续违规使用委代办人员，不给他们办理社会保险，似乎节约了人工成本。但随着国家加大对企业劳动用工的执法检查力度，企业仍然有支付这部分成本的责任，只不过是延迟支付，而且今后还有可能为此缴纳滞纳金和罚款。因此，引入劳务派遣工，不仅是执行劳动法规的需要，也是规范企业用工行为的内在需要。经过分析比较，池州局选择市劳动就业局下属的劳务输出服务中心作为劳务派遣单位，并与其签订了《劳务派遣协议书》。协议中明确了劳务派遣人员是劳务派遣单位的员工，由劳务输出单位与其签订劳动合同，用人单位与劳务派遣人员只有使用关系，不存在劳动合同关系。通过测编定员，池州局确定 416 个临时工岗位为劳务工岗位。对原在岗的按委代办方式使用的人员进行业务知识笔试和综合考评，考评合格且符合劳务工条件的，通过劳务输出中心优先安排上岗；考评不合格或不符合劳务工条件的，分批予以清退，或置换到纯委代办岗位（如报刊亭、送奶工等）。对空出来的劳务工岗位，由劳务输出中心根据企业规定的学历、年龄、思想品德等必备的条件，从社会上公开招聘，经文化考试和面试合格后，送安徽邮政职工培训中心进行为期两个月的岗前培训，期满考核合格后安排上岗。受劳务输出中心的委托，由邮政企业按月向劳务派遣工支付其所在岗位的工资和各种激励性奖金，同时支付他们的养老、失业、医疗、工伤等社会保险费用。池州局通过使用劳务派遣工，初步解决了劳动用工中的深层次矛盾，取得了一定的效果。

邮政企业是一个特殊的行业，需要大量的使用临时用工。为了解决这一问题，在实践中邮政企业大量采用委代办的方式用工，即邮政企业委托个人办理邮政业务。委代办存在着很多问题，邮政企业与受委托的个人之间形成的是民事法律关系，而不是劳动法律关系，不利于对劳动者的保护，因此从严格意义上说委代办的用工方式同劳动法的基本原则和精神是相违背的，因此不是长久之计。然而邮政企业如果与个人签订劳动合同，也存在很多问题：一旦双方成立了劳动关系，就涉及企业要为这些劳动者办理社会保险、缴纳住房公积金、进行培训等复杂的人事和管理等方面的问题，而邮政企业只是暂时地需要使用这些劳动者，使用之后如果不及时解除劳动关系，这些人员就成为企业的富余人员，增加财务开支从而影响企业效益。而由于《劳动法》对劳动合同的解除设定了严格的条件限制，使得解除劳动合同十分麻烦。即使劳动合同最终解除了，企业在这些劳动者身上所花费的成本也都白费了。严格劳动法上的传统用工方式过于死板，不能满足邮政企业的特殊需要。邮政企业迫切需要一种更加灵活的用工方式来解决上述问题。

【分析意见】 在上述实例中，池州市邮政局选择了劳务派遣的方式来解决上述难题，收到了很好的效果。采取劳务派遣的方式，池州市邮政局不需要直接雇用劳动者，而委托本市劳务输出服务中心为其物色人才，并由劳务输出服务中心与劳动者签订劳动合同，负责劳动者的培训、社会保险等人事管理问题，池州市邮政局不需要与劳动者建立长期稳定的劳动关系，双方只是松散的劳务使用关系，用工目的达

到后，池州市邮政局就可以将派遣劳动者交回劳务输出服务中心。这样池州市邮政局就可以省去很多用工管理上的麻烦，并节约一大笔成本和支出。而劳动者因为同劳务输出服务中心之间存在劳动关系，在离开池州市邮政局之后，生计也有保障。劳务输出服务中心通过对劳动力管理的专业化运作，从用工单位收取劳务派遣服务费用，也获得了利益。在运作良好的劳务派遣中，利益是三赢的。

事实上用工灵活化不是邮政企业的特殊需求，而是随着社会发展，用人单位对于劳动用工提出的普遍性需求。劳务派遣作为一种新兴的劳动用工方式，由于其劳动力雇佣和使用相分离的基本特征，使得劳动用工十分灵活，恰恰满足了众多用人单位的需求，也正因此如此其获得了迅猛的发展。现代企业应当学会并善于运用这一具有时代特色的劳动用工方式，促进自身的发展。

【案例 98】

【基本案情】 四川省达县农民陈某到深圳打工，2003年9月，陈某与深圳某劳务公司（以下简称劳务公司）签订了一份劳动合同，其中约定：劳务公司将陈某派遣至深圳市某建筑公司（以下简称建筑公司）工作，每月工资人民币1000元，由劳务公司支付，派遣期限1年。随后，劳务公司又与建筑公司签订了劳务派遣协议，其中约定，建筑公司按照每人每月1000元人民币向劳务公司支付劳务派遣人员的报酬，每月10日前以电汇的形式汇至劳务公司设在中国工商银行的账户，劳务公司收到款项后，于每月15日向被派遣到建筑公司的劳动者支付工资，劳务公司不得任意克扣

建筑公司支付给劳动者的报酬。建筑公司在电汇的同时，应当将对派遣劳动者的考勤和考核记录交给劳务公司，以作为其发放劳动者工资的依据。劳务公司应当将工资发放情况抄报建筑公司。合同签订后开始履行。2004年3月，建筑公司没有按期将应当支付给派遣劳动者的工资汇至劳务公司的账户，之后一直未支付。劳务公司未收到建筑公司的汇款，也就一直拖欠了派遣到建筑公司的劳动者的工资。包括陈某在内的多名被派遣到建筑公司的劳动者找到劳务公司的管理人员交涉，要求尽快发放工资，劳务公司提出因为建筑公司没有按期支付劳务费，因此没有钱给劳动者发工资，要劳动者找建筑公司去要钱。陈某等人找到建筑公司要求发放工资，同样遭到拒绝，于是向深圳市劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求劳务公司支付拖欠的工资。

【分析意见】 在本案中，劳务公司、建筑公司和陈某之间建立了劳务派遣关系。在陈某与劳务公司的劳动合同和劳务公司与建筑公司的劳务派遣协议中，对于被派遣劳动者的工资支付都作了较为清楚的约定。但是在合同执行的过程中出现了问题，建筑公司违反了劳务派遣协议的约定，没有按期向劳务公司支付被派遣劳动者的报酬。因此本案的关键在于在劳务派遣中当用工单位违约未支付劳动者工资时，被派遣劳动者的劳动报酬权向谁主张，如何实现？陈某等人向劳务公司请求支付工资，劳务公司以未收到建筑公司支付的劳务费为由予以拒绝，劳务公司的抗辩理由是否能够成立呢？正常来说，在劳务派遣中应当首先由用工单位将应支付给派遣劳动者的工资支付给劳务派遣单位，再由后者支付给

劳动者。在用工单位违反上述义务时，劳务派遣单位仍然应当向被派遣劳动者支付。因为劳务派遣单位是被派遣劳动者的用人单位，双方签订有劳动合同，该劳动合同与派遣单位同用工单位之间的劳务派遣协议是两个独立的合同。根据合同的相对性原理，当债务人因为第三人的原因导致债务不能履行的，债务人仍然应当向债权人承担违约责任，包括继续实际履行。在本案中，建筑公司违反了劳务派遣协议约定的义务，但这不能构成劳务公司拒绝向劳动者支付报酬的正当理由。劳动报酬涉及劳动者的生存问题，作为劳动法意义上的用人单位，即使在建筑公司违约的情况下，劳务公司也仍然应当向陈某等派遣劳动者支付工资。劳务公司在支付了拖欠劳动者的工资后，可以向建筑公司主张违约责任。

根据新颁布的《劳动合同法》第 59 条的规定，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（即用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定劳动报酬等的数额与支付方式以及违反协议的责任。同时按照《劳动合同法》第 58 条的规定，劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。因此，一旦用工单位不按约定方式向劳动者支付劳动报酬，劳务派遣单位就要承担这一责任。至于用工单位违反劳务派遣协议的行为，可按双方约定的违约责任进行处理。

【案例 99】

【基本案情】 2002 年 4 月，杨某与北京某劳动服务公司签订了一份劳动合同，合同中约定，劳动服务公司将杨某派遣到北京市某食品公司工作，期限 1 年，杨某的报酬由劳

动服务公司支付。劳动服务公司与食品公司签订了劳务派遣协议，约定了双方的权利义务。但是劳务派遣协议中对于杨某社会保险的问题未作约定。此后杨某在食品公司工作，合同到期后多次续期。2005年9月，杨某与食品公司发生争执，食品公司将杨某返回劳动服务公司。2005年10月，杨某主动提出辞职，他发现自从到食品公司工作以后，劳动服务公司和食品公司都从来没有为他缴纳过社会保险费，杨某要求食品公司为其补缴应缴纳的社会保险费，食品公司拒绝了他的请求。杨某又找到了劳务服务公司，同样吃到闭门羹。

【分析意见】 在本案中，杨某被劳动服务公司派遣到食品公司工作。但劳动服务公司在同食品公司签订的劳务派遣协议中，对于杨某的社会保险问题没有作出明确的约定，以致在杨某辞职时对此产生了纠纷。杨某到食品公司工作的几年来，食品公司和劳动服务公司都一直没有为杨某办理社会保险和缴纳社会保险费，双方都认为应由对方来承担此项义务。因此本案的关键在于当劳务派遣协议中对于被派遣劳动者社会保险问题未作约定时，应由哪一方来负担此项义务。根据《劳动合同法》第58条的规定，劳务派遣单位是被派遣劳动者的用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。为劳动者办理社会保险是用人单位的基本义务之一。当劳务派遣协议中对于劳动者社会保险问题未作约定的，应由劳务派遣单位负担该义务。在本案中，应由劳动服务公司负责为杨某办理社会保险并按时缴纳保险费。几年来劳动服务公司一直没有为杨某办理社会保险，是违反法律规定的，在杨某提出辞职时，劳动服务公司应为其补缴社会保险费。

【案例 100】

【基本案情】 2005 年 3 月，方某作为劳务派遣员工，被派到上海市一家从事手机经销的公司任促销员。因工作需要，方某经常在节假日加班，但从未收到劳务派遣公司或手机经销公司支付的加班费。半年后，方某要求手机经销公司支付自己节假日期间的加班费，但被拒绝，理由是《劳动法》上的加班工资应当由与之建立劳动关系的单位支付，手机经销公司与劳务派遣公司签订的劳务派遣协议和与方某签订的劳务合同，均没有约定公司有支付劳务派遣人员加班工资的义务。方某便向劳务派遣公司提出获得加班费的要求，劳务派遣公司又以其从未安排方某在节假日加班为由加以拒绝。无奈中，方某只得将劳务派遣公司和手机经销公司诉至劳动争议仲裁委员会，要求两被告共同支付加班工资和经济赔偿金。

经调查，劳动争议仲裁委员会查明方某确有在节假日加班而未获加班工资的事实存在，最终裁决由劳务派遣公司向方某支付加班工资和经济赔偿金。

【分析意见】 方某被劳务派遣公司派遣到手机经销公司工作。方某在手机经销公司工作期间经常加班，却从未获得过加班费，手机经销公司和劳务派遣公司都以各种理由相互推托。虽然劳务派遣公司是方某的用人单位，但其无法直接支配和使用方某，对于手机经销公司是否安排方某加班，劳务派遣公司无法控制，也未因此获得任何收益。手机经销公司实际的使用方某，安排方某加班，增加了经济效益。依据《劳动合同法》第 62 条的规定，用工单位应当履行支付被派遣的劳动者加班费的义务，所以，应当由手机经销公司

方负担方某的加班费。但由于本案发生在《劳动合同法》施行之前，劳动争议仲裁委员会只能根据劳动关系的原理判决由劳务派遣公司来承担方某的加班费。

【案例 101】

【基本案情】 劳动者金某是杭州市某劳务公司员工，双方签有劳动合同，约定劳务公司将金某派遣到杭州市某商场从事保洁工作。劳务公司和商场都没有为金某办理工伤保险。某一天，金某在杭州市某商场站在二楼的窗台上擦玻璃时，边擦玻璃边接电话结果不慎从二楼窗台上坠到楼下，摔成重伤，右腿骨折。金某到医院治疗，安装了假肢，花去大笔医疗费。金某找到其所在的商场，提出自己在为商场工作时受到伤害，商场应当赔偿治疗费用。商场拒绝支付金某的医疗费，理由是商场与金某之间不存在劳动关系，金某应找劳务公司索赔。金某找到劳务公司，主张自己的受伤属于工伤，劳务公司应当进行工伤损害赔偿。劳务公司不同意赔偿，理由是：金某没有办理工伤保险，用工单位杭州市某商场没有为金某支付工伤保险费，另外，金某在工作时接手机导致受伤，自己是有过错的，因此不属于工伤。金某向杭州市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

【分析意见】 这是一起工伤赔偿纠纷，本案涉及以下几个关键问题：

1. 金某受伤是否属于工伤：工伤认定的一般标准是：劳动者在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害。从本案的情况看，金某是在用工单位杭州市某商场擦玻璃时受伤的，从时间、空间和受伤原因方面看都符合工伤的标准。劳务

公司认为金某的受伤不属于工伤的一个重要理由是，金某在工作时接手机，本身存在过错，正是由于其分散注意力才从楼上摔下来的，因此金某应自己承受损害，无权要求赔偿。因此关键在于劳动者自身的过错能否阻碍工伤的成立。在劳动法上，各国通行的做法是对于工伤损害赔偿实行无过错责任原则，即工伤赔偿责任的成立不以雇主存在过错为要件，并且即使劳动者本人对于损害的发生有过失，也不妨碍工伤的成立。无过错责任原则有利于保护劳动者利益。在本案中，金某虽然对自己的伤害存在一定的过失，但仍可构成工伤。

2. 被派遣劳动者发生工伤但派遣单位和用工单位都没有为其办理工伤保险应如何处理：为劳动者参加社会保险并依法缴纳社会保险费，是用人单位的法定义务。《劳动合同法》亦将社会保险条款规定为劳动合同的必备条款。在劳务派遣用工形式中，劳务派遣单位与用工单位应当订立劳务派遣协议，并在协议中就社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任进行约定。此即《劳动合同法》第59条第1款的规定。《工伤保险条例》要求企业必须为劳动者办理工伤保险，但实践中还是有许多用人单位不为劳动者办理工伤保险。针对这种情况，《工伤保险条例》第60条规定：用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由劳动保障行政部门责令改正；未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。在本案中，金某的伤害构成工伤，而由于劳务公司没有为金某办理工伤保险，本应由工伤保险基金支付的对金某的各项赔偿费用，应由劳务公司自己负担。

【案例 102】

【基本案情】 1996 年 7 月，原告陈某通过被告上海市某对外服务有限公司（以下简称外服公司）应聘进入后藤商事会社上海市代表处（以下简称后藤）工作。1996 年 8 月 1 日，外服公司与后藤签订聘用中国员工合同及中国员工聘用合约各一份，约定：外服公司为后藤推荐人选，并为后藤办理合法的聘用手续；后藤为员工提供符合法律法规中规定的工作场所和条件；对受聘满 1 年的员工年终加付 1 个月的聘用费，当年受聘不满 1 年的，每工作 1 个月加付月聘费的 1/12；解聘员工必须提前 30 天通知外服公司和员工，否则应支付被告相当于 1 个月聘用费的赔偿费，同时根据员工工作长短向外服公司支付离职费；若员工向后藤提出辞职，获准后，后藤可不支付离职费，但须支付年终加付的聘用费；合同有效期 1 年，合同期满前 1 个月内如双方未提出解除合同，有效期自行延长等。1996 年 9 月 2 日，陈某与外服公司签订劳动合同制雇员合同一份，约定：外服公司派遣原告到后藤工作，合同期限以聘用员工合同的期限为准，外服公司保证原告在合同有效期内享受各项待遇等。合同签订后，原告在后藤工作期间的合同有效期逐年延续。1999 年 7 月 12 日，原告曾向后藤提出辞职，经后藤挽留并加薪至每月人民币 4500 元，原告留下继续工作。1999 年 11 月 13 日，后藤通知原告已被解聘。1999 年 11 月 30 日，外服公司向原告开具返工单。为此，原告通过外服公司要求后藤根据有关合同的约定，支付离职费等费用。因后藤一直拒付，原告向上海市黄浦区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。该委员会于 2000 年 3 月 24 日作出如

下裁决：外服公司向原告支付 1999 年 11 月份的工资人民币 4500 元，未提前 1 个月通知解除劳动合同的经济补偿费人民币 4500 元，支付年终双薪的月聘用费人民币 4125 元。原告不服裁决，于 2000 年 4 月 10 日向法院起诉，要求判令外服公司支付 1999 年 11 月份的工资人民币 4500 元，替代金人民币 4500 元，离职费人民币 18000 元，年终双薪人民币 4500 元，带薪休假加班费人民币 19148 元。

上海市黄浦区人民法院经审理后认为：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。原告陈某与被告外服公司签有劳动合同制雇员合同，外服公司派遣原告到后藤工作，在劳务派遣和管理工作中，应保证原告应当享有的权利。原告虽曾提出辞职，但经后藤挽留及加薪后，辞职未成，故外服公司以原告系自行辞职为由，拒付有关费用，缺乏事实和法律依据。原告被解聘后未领取 1999 年 11 月份的工资，外服公司应支付该部分工资。后藤解聘原告未提前 1 个月通知，故外服公司应支付 1 个月的替代通知期工资。鉴于外服公司与后藤的合同中对离职费和年终双薪均有明确约定，且原告在后藤工作已满 2 年半，1999 年工作满 11 个月，故外服公司也应按 3 个月的聘用费人民币 13500 元的标准支付离职费及 11 个月的年终双薪月聘费人民币 4125 元。至于原告要求外服公司支付带薪休假加班费的诉讼请求，原告未提供充足的证据予以证明，法院不予支持。被告外服公司不服一审判决，提起上诉。

上海市第二中级人民法院经审理后认为：陈某与上诉人外服公司签有劳动合同制雇员合同，陈某作为外服公司的雇

员被派至后藤处工作。根据该雇员合同约定，外服公司负有在合同有效期内，依据外服公司与后藤签订的合同，保证陈某应当享受各项待遇的义务。陈某虽曾提出辞职，但经后藤挽留后，仍留在后藤处继续工作。外服公司未提供证据证实，陈某与后藤达成过新协议或曾约定工作到展览会结束后再辞职，亦未能证实陈某系违纪辞退。现后藤解聘陈某，未按合同约定支付陈某离职费及年终双薪月聘费，亦未支付陈某1999年11月份的工资、提前解除合同的替代金。陈某根据其于外服公司所签合同，要求外服公司支付上述费用并无不当。因此，二审法院判决驳回上诉，维持原判。

上诉案件受理费人民币50元，由上诉人上海市某对外服务有限公司负担。

【分析意见】 本案是关于劳务派遣合同解除的纠纷，其关键在于用工单位解聘被派遣劳动者的行为是否正当、应由谁承担相关责任以及责任的内容如何。

原告陈某通过被告外服公司以劳务派遣的方式安排到后藤工作，外服公司与陈某签订了劳动合同，并与后藤签订了劳务派遣协议。在劳务派遣协议中，双方就各自的权利义务作了较为细致的约定，其中对于后藤解聘中方派遣员工问题也约定得较为详细。在本案中，对于劳动合同和劳务派遣协议本身是不存在争议的。本案的焦点问题主要有以下几个：

1. 陈某被解聘的原因是什么，是主动辞职还是被后藤辞退；如果是辞退，是否有正当理由？

陈某到底是因为什么解除了同后藤和外服公司的关系，是处理这个案件的关键，原因的不同会导致处理结果的不

同。如果是陈某自己主动提出辞职，则其没有权利获得离职费和解约通知替代金。如果是后藤违约将陈某解聘，则陈某有权获得离职费和解约通知替代金。在案件审理过程中，陈某主张是后藤随意将其辞退，而后藤则主张是陈某自己提出的辞职，后藤只是同意其辞职而已。从法院查明的事实来看，原告陈某确实曾于1999年7月12日向后藤提出过辞职，但经后藤挽留并加薪至每月人民币4500元，陈某留下继续工作。因此双方的关系仍然维系着，陈某提出的辞职行为已经失效。1999年11月13日，后藤突然通知陈某其已被解聘。可见，陈某被解聘的真正原因是后藤的辞退行为。

那么，后藤的解聘行为是否正当呢？在外服公司与陈某签订的劳动合同以及与后藤签订的劳务派遣协议中对于后藤解聘中方劳动者的条件程序均有明确约定，即后藤解聘中国员工必须提前30天通知外服公司和中国员工。后藤解聘陈某未履行事先通知义务，明显违反了上述约定。另外，如果依照《劳动合同法》的相关规定，后藤是不能随意解聘中方员工的，而必须具备法定事由。因此，后藤解聘陈某的行为存在不当之处。

2. 用工单位不当解聘劳动者应承担哪些法律责任呢？

在劳务派遣中，用工单位不当解聘被派遣劳动者应当付出何种代价，或者说被解聘的劳动者有权获得哪些救济。这是一个重要问题。在劳动法上，用人单位因过错解除劳动合同应承担的法律责任主要有：（1）依据《劳动合同法》第47条第1款的规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不

满 1 年的，按 1 年计算；不满 6 个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。（2）依据《劳动合同法》第 48 条的规定，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 87 条规定支付赔偿金。

（3）解约通知替代金，即用人单位解除劳动合同没有按照《劳动合同法》的规定提前通知劳动者的，应当支付相当于 1 个月工资的替代金。在劳务派遣中用工单位不当解约的法律责任内容可以参照上述项目。在本案中，当事人在有关的合同中对于后藤违约解聘中方员工的法律责任作了约定：解聘中国员工必须提前 30 天通知外服公司和中国员工，应支付被告相当于 1 个月聘用费的赔偿费，同时根据员工工作长短向外服公司支付离职费（即经济补偿金）。本案中陈某提出的赔偿请求包括：拖欠的 1999 年 11 月份的工资人民币 4500 元，解约通知替代金人民币 4500 元，离职费人民币 18000 元，年终双薪人民币 4500 元，带薪休假加班费人民币 19148 元。在上述请求中，第 1 项和第 2 项应当获得支持，第 3 项离职费应当按照 3 年工龄来计算即人民币 13500 元，年终双薪应按 11 个月计发，至于带薪休假加班费，则因原告无法提供有效证据而不能获得支持。

3. 不当解约的赔偿责任应由谁负担？

在劳务派遣中，用工单位不当解聘的法律责任最终应由其自身负担，但是由于劳务派遣单位是派遣劳动者的用人单位，上述赔偿应由派遣单位直接支付给劳动者，一般是用工

单位先将赔偿款项支付给派遣单位，再由后者支付给劳动者。但当用工单位没有向派遣单位支付上述款项时，派遣单位可否以此为由对抗劳动者的赔偿请求呢？答案是否定的。在本案中，被告外服公司提出的一项抗辩理由是：1999年11月份的工资应由后藤支付，由于被告未收到后藤的该笔费用，被告亦无义务支付给原告。这项理由是不能成立的。因为即使用工单位没有支付相关的赔偿，派遣单位也必须先向劳动者垫付，然后再向用工单位追偿。

由于本案发生时我国尚未有关于劳务派遣用工形式的专门法律予以规范，所以在实际处理中显得有些棘手。《劳动合同法》对劳务派遣用工形式作了比较明确的规定，全面明确了劳务派遣单位、被派遣劳动者以及用工单位之间的关系。

按照《劳动合同法》的规定，劳务派遣单位是被派遣劳动者的用人单位，应该履行用人单位的义务。同时，劳务派遣单位与用工单位应当订立劳务派遣协议，对劳动报酬、社会保险费等内容作出约定，包括支付方式与数额。被派遣劳动者有本法第39条和第40条第（1）项、第（2）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。

《劳动合同法》对劳务派遣的规定，可以有效保护被派遣劳动者的合法权益。

第三节 非全日制用工

【案例 103】 某家具厂邓某与薛某不构成事实劳动关

系纠纷一案。

【基本案情】 2006年2月14日，薛某等共13人向单位所在地劳动争议仲裁委员会申请仲裁要求该家具厂支付13人相当于1个月工资的经济补偿金，其中薛某的请求是1400元。同年4月17日，该劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决书，裁决某家具厂支付薛某等10人的经济补偿金共13900元，其中薛某的经济补偿金为1400元。对此，某家具厂不服，向人民法院提起诉讼。

在一审诉讼期间，某家具厂提交了其在劳动仲裁阶段向劳动争议委员会出具的工资表15份，其中有一位姓名为“薛本祥”的员工，薛某认为该“薛本祥”与自己是同一人，但某家具厂予以否认。薛某在一审诉讼期间提交了厂牌复印件一份，其中“姓名”一栏填写的是“薛本祥”“单位”一栏填写的是“某家具厂”。由于薛某未能提交上述厂牌的原件予以核对，某家具厂对该证据的真实性不予确认。

【分析意见】 从非全日制用工的法律规定看，双方当事人任何一方均可随时通知对方终止用工，且终止用工不支付经济补偿。这对劳动者的权利保护往往是不利的，因此很多国家对非全日制用工的职业范围和就业时间等作了比较细致和严格的规定，遏制了一些单位利用非全日制用工形式损害劳动者利益的行为。

本案属不构成事实劳动关系的纠纷。本案争议的焦点问题是双方当事人之间是否存在劳动关系。薛某认为某家具厂与其解除劳动关系，需向其支付经济补偿金，根据2001年12月6日《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第2条的规定,薛某必须举证证明其与某家具厂存在劳动关系。在本案诉讼过程中,薛某虽然提交了厂牌的复印件以证明双方之间存在劳动关系,但由于其未能提交厂牌的原件予以核对,某家具厂对该复印件的真实性予以否认。薛某主张某家具厂提交的工资表中员工“薛本祥”与自己是同一人,但其并未提交其他有效的证据予以证实,某家具厂对其主张不予确认,故对薛某的该项主张,二审法院不予支持。由于薛某在诉讼中未能提交证据证明其与某家具厂存在劳动关系,故其以某家具厂解除与其劳动关系为由而请求判令某家具厂支付其经济补偿金的主张,二审法院不予支持。

除了某家具厂与该劳动者的劳动争议,其余该厂9名劳动者的劳动争议,该厂均没有与劳动者签订书面劳动合同,但由于劳动者能够提出与该厂形成劳动关系的一些证据,因而得到二审法院的支持。从上述客观情况分析,某家具厂确实存在过错,可以推断某家具厂存在一贯不与劳动者签订劳动合同,规避法律的行为。

【特别提示】 本案虽然不是针对非全日制用工的劳动争议纠纷,但是在现实中常常会有用人单位利用不与劳动者签订书面劳动合同的手段来推卸与劳动者发生劳动关系之后可能产生的法律责任。

在某家具厂与其他9名劳动者的劳动争议案件中,虽然某家具厂均没有与劳动者签订书面劳动合同。但二审法院根据劳动者提出能证明与某家具厂形成劳动关系的证据,支持了部分劳动者存在劳动关系、要求支付经济补偿金的诉讼请求。

本案提醒劳动者,应当在劳动关系中,注意保存和收集

能够证明自己主张的证据材料,避免在劳动争议仲裁和诉讼中处于不利地位。

还有一个问题是,非全日制用工允许不签订书面合同,双方任何一方可以随时终止劳动关系,用人单位不需支付经济补偿金等的规定,可能会被一些单位用来逃避法律责任,达到随时解除、终止劳动合同而不需支付经济补偿金、连续使用同一劳动者后规避签订无固定期限劳动合同,以及发生劳动风险事故后推卸与该劳动者存在劳动关系等的法律责任。因此,对非全日制用工形式还要有“实施细则”加以规范,才能防范各种形式的规避法律的行为。

【案例 104】 梁某诉万乐公司劳动合同纠纷案。

【基本案情】梁某从 1989 年 10 月起在万乐公司工作,2002 年 1 月 1 日被委任为万乐公司法律部部长,梁某于 2002 年 7 月份“内退”,同年 8 月份不再担任法律部部长。鉴于梁某任职该公司法律部长时,全权负责处理企业诉讼与非诉讼事务,由企业推荐,以个人身份参与案件的委托代理。“内退”时,梁某手头上仍有数件疑难案件在经办处理。2002 年 8 月 21 日,梁某与该公司签订了一份《协议书》,约定,梁某自 1989 年至 2002 年 7 月在万乐公司任职,从 2002 年 8 月开始内部退休,但鉴于梁某原工作内容须继续由其处理,该公司同意梁某按《协议书》第 2 条、第 3 条规定的在办理第 2 条所列的 8 件案件的相关工作,若须赴外地办案,可报销差旅费。同时因梁某已“内退”工资停发,故在 2002 年 8 月-12 月期间,因处理上述案件后工资计发标准,按 2002 年 7 月份工资、奖金办理。如不按此处理,也可按每宗案件

计收办案费用。但其中的另外一些案件，双方则在本协议中约定按追回的赔偿比例分成。协议签订后，梁某即以万乐公司的名义向相关法院提起民事诉讼、行政诉讼以及办理与索赔工作有关的一切工作。经过梁某的努力，甲公司在与上海某公司的一个诉讼纠纷中，成功拿回了房产产权证，但是后续的索赔工作未能取得进展。2005年4月18日，梁某就终止合同该条款之后的劳动报酬的给付问题致函甲公司，要求其支付梁某办理本案件期间的劳动报酬3万元及诉讼后需处理工作的车船费等3000元。但甲公司未给予答复，梁某提起诉讼。法院认为该案属于劳动争议，应当先行申请仲裁。经劳动争议仲裁委员会作出不予受理的裁定后，梁某不服再次向人民法院提起诉讼。

法院经审查认为，梁某与万乐公司对双方之间的劳动关系、梁某的任职时间、职务、办理“内退”的时间以及《协议书》约定的内容事实没有异议。在协议书中约定了两种劳动报酬的方式：一种是按《协议书》第2-3条规定的在办理第2条所列的8件案件的相关工作，若须赴外地办案，可报销差旅费。同时因梁某已“内退”工资停发，从2002年8月-12月期间，因处理该8件案件的工资计发标准，按2002年7月份工资、奖金发放。另一种按《协议书》第4-5条约定，由梁某在办理案件后续索赔之后，按一定比例提成的办法计算劳动报酬。法院认为这两种计酬方式均符合法律的规定，是合法、有效的，万乐公司认为代理索赔行为属于非律师非法代理案件。不能收取报酬的主张不能成立。因为梁某的代理行为是基于其与万乐公司之间的具有劳动性质的专

项协议之上的，该专项协议并不违反法律、法规的规定，是合法、有效的。但是，梁某取得报酬的前提是收回所代理案件的索赔款，梁某所代理的案件并没有收回索赔款，因此其请求支付代理案件劳动报酬的请求不能支持。

【分析意见】 本案是一个具有探讨价值的非典型劳动关系争议案件，值得探讨的问题主要有以下几个：

1. 什么是“内退”？

“内退”是我国国有企业改制过程中的特殊产物。国务院《国有企业富余职工安置规定》第9条对此作出明确规定：职工距退休年龄不到5年的，经本人申请，企业领导批准，可以退出工作岗位休养。职工退出工作岗位休养期间，由企业发给生活费。已经施行退休费用统筹的地方，企业和退出工作岗位休养的职工应当按照有关规定缴纳基本养老保险费。职工退出工作岗位休养期间达到国家规定的退休年龄时，按照规定办理退休手续。职工退出工作岗位休养期间视为工龄，与其以前的工龄合并计算。这是我国劳动法规关于“内退”的基本规定。

国务院《国有企业富余职工安置规定》发布后，部分国有企业在改制中有违规行为，原劳动部下发了《劳动部关于严格按照国家规定办理职工退出工作岗位休养问题的通知》。劳动和社会保障部下发了《劳动和社会保障部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《劳动合同法》的规定看，没有将“内退”的劳动法规、规章内容吸收进来。按照上位法优于下位法、新法优于

旧法的法理原则,以及随着国有企业改制的基本完成和劳动合同制的全面推行“富余职工”的概念也应退出劳动法的概念体系,将不再存在“内退”的问题。如果符合《劳动合同法》规定的终止、解除、补偿等规定,按《劳动合同法》的规定处理即可。

2. 劳动者在用人单位内退后,能否与用人单位再建立劳动关系?

从目前的“内退”法规、规章看,由于“内退”并不是真正的退休。因此,当原用人单位需要劳动力,劳动者身体和能力符合原用人单位的要求,或者劳动者应聘到新的单位工作,并不违反法律。

但是如果原用人单位安排劳动者重新上岗,则应视为该劳动者与原用人单位恢复了劳动关系,应按照同工同酬等原则协商确定劳动者的劳动待遇。如果劳动者到新的用人单位工作,原用人单位可以终止与劳动者的劳动关系,由新的用人单位为该劳动者支付社会保险费和工资报酬等待遇。

现实中的问题是,劳动者到新的用人单位工作,是否需要原用人单位的同意,或者是否需要与原用人单位先办理终止或解除劳动关系的手续呢?如果没有先办理这些手续,是否违反了《劳动法》第99条规定的:即用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任和《劳动合同法》第91条规定的:即用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,应当承担连带赔偿责任。

笔者认为，既然原用人单位已经安排该劳动者“内退”不在工作岗位上（无异于“下岗”），因此应当允许劳动者不需经原用人单位同意，即可到新用人单位工作，然后再与原用人单位协商办理各种手续。原用人单位不能以竞业限制、保守商业秘密等为借口，限制劳动者的就业。因为原用人单位安排劳动者“内退”只是支付了劳动者基本的生活费，并没有按法律规定给予竞业限制补偿金等。当然，该“内退”的劳动者不能侵犯原用人单位的商业秘密和知识产权等。

3. 原用人单位与“内退”的劳动者约定劳动者不固定、不定时工作，以办妥某一或某些特定事务为计酬的劳动合同，其合同性质和效力如何看待？

本案当事人之间的关系比较特殊。本案的劳动者与用人单位于2002年8月21日签订协议书，约定两种劳动报酬的方式：一种是按协议书第2-3条的规定办理第2条所列的8件案件的相关工作，若须赴外地办案，可报销差旅费，同时因上诉人已“内退”工资停发。从2002年8月-12月期间，因处理该8件案件时的工资计发标准，按2002年7月份工资、奖金发放。另一种按协议书第4-5条约定，由上诉人在办理案件后续索赔之后按一定的比例提成的办法计算劳动报酬。

第一种劳动计酬的方式实际上是原用人单位与劳动者恢复劳动关系，在实际使用劳动者期间，从2002年8月-12月，因处理该8件案件时的工资计发标准，按2002年7月份工资、奖金发给，符合我国劳动法律相关规定，应是有效的约定。

第二种劳动计酬的方式则是附条件的约定。合同约定的该项工作是上海房产案的后续索赔工作，标的约35万元。

劳动报酬以胜诉后获赔金额按约定的比例分成,即该劳动者按获赔额的 20%提成作为劳动报酬,诉讼费、差旅费用由用人单位负责。经过诉讼,该案未能获得胜诉,作为提成劳动报酬的条件未成就。该劳动者因此未获得该项劳动报酬。按双方签订的协议,办理房产证与后续索赔是同一案件两项不同的工作,依照协议约定,两项工作的劳动计酬方式也不同,办理房产证的计酬方法是月薪制;后续索赔工作是风险代理。办理房产证的劳动报酬已支付,案件的索赔工作由于双方约定是风险代理,而风险代理的条件未成就,因此,该劳动者请求用人单位支付提成金额没有事实 and 法律依据。该劳动者认为取得上海市 xx 路 xx 号房屋全部房产证,就是成功的索赔,不符合双方签订的协议书的约定。

【特别提示】本案劳动者在用人单位处工作在办理“内退”后签订协议书,约定由该劳动者负责在用人单位处任法律部长期间经手处理的几宗案件的收尾工作。这不是普通的劳动关系。对这种协议的效力也要具体分析:

从本质上讲,劳动者在达到劳动年龄、未达到退休年龄的情况下,与任何用人单位发生的从属性的以劳动报酬为目的的关系,均属于劳动关系,受《劳动合同法》调整。本案中的劳动者,虽然退休了,但原用人单位一旦再安排其从事相应的岗位工作,应视为恢复了劳动关系,至于约定的劳动报酬,应合法、合理、公平。

【案例 105】洋快餐大量使用大学生兼职工事件

【基本案情】上海市近期作了一次 2450 名在洋快餐工作员工的调查,其中有 60%为小时工、兼职工,而在校学生

占到了总人数的 48%。一名正在广州天河区某肯德基餐厅打工的大学生告诉记者，在她工作的餐厅有员工约 60 人，其中正式工的数量仅 20 名，剩余的皆为“第三种职工”。这个比例接近上海市的调查结果。在广州某肯德基餐厅做兼职工 8 年维持生计的唐小菁，则透露其工作的餐厅除了 6 个管理人员，其余 50 名员工均为非正式工。按此比例，如果以两大洋快餐巨头在其中国官方网站上公布的数字计算，百胜集团旗下有 16 万名员工，麦当劳有 5 万名，可以推知两公司聘用的非正式工的数量可能超过 12 万名。肯德基管理人员在接受媒体质询后曾表示“我们的兼职工既不属于全日制用工也不属于非全日制用工。”

【分析意见】 《劳动合同法》对非全日制用工形式作了专章规定，该章规定吸收了 2003 年 5 月 30 日劳动和社会保障部颁发的《关于非全日制用工若干问题的意见》，并结合相关立法和实践情况作了修改。

从过去的规章和现在的《劳动合同法》来看，对于已满 16 周岁，但尚处于各类学校学习的学生兼职工作；下岗但仍与原单位保持劳动关系的劳动者到外单位兼职工作；以及已退休人员继续工作等情形如何规范的问题，仍值得探讨。

实践中出现的一些企业大量使用大学生等特殊主体从事兼职劳动的现象。这些劳动者没有得到与从事同样劳动的其他劳动者一样的平等法律保护，难以得到其他劳动者一样的最低工资保障和社会保险等问题，也引起了社会的广泛关注。

任何单位使用劳动者从事劳动，就应当按照劳动权平等原则、同工同酬原则给予劳动者合理公平的劳动报酬和相应

的社会保障，使得从事劳动的劳动者获得应有的生活来源，在遭受劳动风险时能够得到及时的救济。任何单位利用法律上的漏洞或者法律调整的边缘地带，大量廉价使用劳动力，显然违背了企业（公司）的社会责任，违反了法律的基本宗旨，是有意规避法律、牟取暴利的行径，形成了就业上的不平等乃至歧视，造成了单位在用人成本上的悬殊差别，最终破坏了国家的劳动法律秩序，损害劳动者的平等劳动权。

为此，我们认为：

1. 一些企业大量使用大学生等特殊群体从事兼职工作，并支付低于最低工资标准的工资报酬，不提供劳动风险保障的情况，与过去大学生从事的偶尔的、零散的并带有学习性质的勤工俭学（从事家庭教师工作等）已经完全不同。这些企业，有些是牟取暴利的大型跨国企业，利用这种极其廉价的、不受《劳动法》明确调整的用工方式，使用劳动者从事简单的、重复性的体力劳动，恶意规避法律的行为，造成了用工成本和市场的不平等，对这些劳动者本身的保护是极不公平的，对其他全日制和非全日制劳动者平等地进入劳动力市场也形成了阻碍、排挤，最终必将损害全体劳动者的利益，影响劳动者素质、劳动报酬、劳动条件和生活水平的提高。

因此，只要是具有从属性地使用劳动者劳动并支付报酬的劳动关系就应当一并纳入（劳动合同法）的最低保护范围，包括应平等受到最低工资标准保护、享有基本的劳动安全卫生保护、基本工伤和医疗保障等，塑造平等的就业机会、用人成本和竞争机制。

2. 明确规定用人单位使用任何劳动年龄内的公民劳动

并支付相应劳动报酬的，应按照《劳动合同法》规定的最低工资标准支付。这些公民的界限范围是年龄在 16 周岁至退休年龄前的公民，包括兼职的大学生、中专生、中学生等。

3. 任何用人单位使用任何劳动年龄内的劳动者劳动时，都应按照该劳动者为该单位提供的劳动时间，参照全日制劳动者的每小时工作时间缴纳的社会保险费为这些劳动者缴纳相应比例的工伤、医疗保险费，避免这些劳动者在发生工伤、医疗劳动风险后，出现无人负责的局面。

4. 即使是非法用工单位、个人使用劳动年龄内的任何劳动者，这些用工主体支付劳动者的劳动报酬也应按照国家最低工资保障制度的规定，并对劳动者的劳动风险承担相应的责任；不允许用工单位、个人以非法用工形式损害劳动者的实质利益，规避法律。

5. 对于已下岗但仍保留劳动关系的劳动者，与另一单位发生劳动关系的，如果没有基于故意或者重大过失损害前一单位的利益，在前一单位实际只领取基本工资、最低生活保障金或者只领取最低工资的，法律应当明确允许这类劳动者从事兼职或者非全日制工作，不需要前一单位的同意。用工单位应按照劳动者实际所提供的工作时间支付不低于最低工资标准的劳动报酬和承担平均工作时间的工伤、医疗保险等缴费义务。

6. 对于已经退出劳动年龄的劳动者再在原单位工作发生的劳动风险，由原单位负责，劳动报酬参照退休前的相应工作计酬；对在另一单位工作发生的劳动风险，由实际用人单位负责。这类关系虽然是劳务关系，但有关劳动报酬、社

会保险等仍要参照劳动基准法执行,以避免用人单位规避法律,大量利用退休人员或者提早退休人员从事劳动,逃避缴纳社会保险费,以及将劳动风险转嫁给社会或者原用人单位负责的不公平境况。

7. 考虑到技术性和复杂性工作需要实习期间的问题,应由劳动和社会保障部针对职业特点和工作技术含量、复杂程度,划定哪些职业允许招用实习生,对实习生的劳动报酬不按照《劳动合同法》的全日制和非全日制标准执行的,但对实习生的安全卫生保障也应按照劳动基准法执行。而对体力性劳动招用任何劳动者,均要支付不低于《劳动合同法》规定的劳动报酬和承担他们的劳动风险。

上述意见是结合《劳动合同法》实施中可能仍遇到的立法和司法问题提出的一些思考。也许我国台湾地区“劳动基准法”的一些规范可以为我们解决现实中的疑难问题提供借鉴。例如,其第2条规定,劳工指受雇主雇佣从事工作获致工资者。雇主指雇佣劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人。其第3条规定“本法”适用于一切劳雇关系。但因经营形态、管理制度及工作特性等因素适用本法确有窒碍难行者,并经主管机关指定公告之行业或工作者,不适用之。同时其第八章关于技术生的规定,值得我们借鉴。其明确了技术生的范围、劳动待遇、社会保险、最低工资以及严格限制雇主使用技术生的比例等。

【特别提示】 《劳动法》是对所有提供劳动力的劳动者的劳动报酬和职业安全卫生给予保护的基本法律,《劳动合同法》则更进一步地完善了劳动者权利保护机制,对非全

日制用工这一特殊形式通过国家立法明确规定下来。但《劳动合同法》的规定，在实施中可能会遇到上述案例或事例中的难点，有待进一步研究。

【案例 106】 范某与多个单位的非全日制口头劳动合同案

【基本案情】 范某，高级工程师，35岁，专长修理德国、日本进口的印刷机，他没有与任何单位签订全日制或非全日制的书面劳动合同，但与各家印刷厂口头约定：他同时受聘几家印刷厂，每周到各受聘厂一定时间巡查和保养机器，其他时间则在印刷厂机器出现故障、接到电话通知后去检修机器，在履行特定印刷厂工作期间受到的伤害应由该印刷厂负责，并约定了工资报酬等待遇以及范某要接受用人单位的内部规章制度等。有一次，范某在接到某一家印刷厂电话通知后，赶去检修出现故障的机器，在路上他被机动车撞伤，对他的受伤是否应受《劳动法》以及《劳动合同法》的调整、是否属于工伤等，在案件处理过程中，有关部门出现了不同意见。

【分析意见】 该案件就是典型的口头劳动合同，而且属于一个劳动者与多个单位建立劳动关系的情况。从《劳动合同法》的规定看，范某符合劳动权利能力和行为能力的要求，他与多个用人单位建立非全日制的用工关系，没有签订书面劳动合同，只是口头作了约定，不违反《劳动合同法》的规定。因此，范某与各用人单位之间的关系属于《劳动法》、《劳动合同法》调整的范畴。至于认定工伤、索赔的具体标准，可以依照《工伤保险条例》、《工伤认定办法》等处理。

【特别提示】 不管是全日制劳动关系还是非全日制劳动关系,我们建议劳动者尽量要与用人单位签订书面劳动合同,避免发生纠纷以后没有依据。另外,需要强调的是,如果劳动者已经与某一用人单位建立了合法的劳动关系,该劳动者再与其他用人单位建立不管是全日制还是非全日制的劳动关系,应当尊重前用人单位的合法利益,不得损害前一用人单位的利益,而且按约定需要前一用人单位同意的,应取得前一用人单位的同意,并且应当告知后一用人单位有关情况。

【案例 107】 单位与多名非全日制劳动者多次约定试用期案

【基本案情】 某单位在与多名非全日制劳动者签订的劳动合同中约定了试用期,要求劳动者工作的第1个月为试用期,在试用期内某单位可以单方无理由解除劳动合同,并且该单位与多名非全日制劳动者多次约定试用期,从而引发争议。

【分析意见】 《劳动合同法》第70条规定:非全日制用工双方当事人不得约定试用期。劳动和社会保障部2003年颁布施行的《关于非全日制用工若干问题的意见》中也规定:非全日制劳动合同不得约定试用期。因此在非全日制劳动合同中规定“试用期”是违法行为。

本案中用人单位的行为违反了法律的规定,其约定试用期的行为无效。

【特别提示】 用人单位不得与非全日制劳动者约定试用期。实践中,劳动者应注意保护自己的合法权益,在与这些用人单位建立劳动关系后要注意保护自己,签订好书面合

同，并注意收集有利于证明自己主张的证据。

【案例 108】 某家具厂邓某与蔡某劳动关系纠纷一案

【基本案情】 2003 年 8 月，蔡某进入由邓某个人独资经营的某家具厂工作，从事开料工种，月工资收入按件计酬，月平均工资为 1400 元，但双方没有签订劳动合同。2006 年 2 月 11 日，该家具厂以口头方式通知蔡某及其他 9 名员工不用再上班。蔡某等人要求该家具厂支付经济补偿金，被某家具厂拒绝。2006 年 2 月 14 日，蔡某与该家具厂的其他员工共 13 人向佛山市顺德区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求该家具厂各支付 13 人相当于一个月工资的经济补偿金，其中蔡某的请求是 1400 元。同年 4 月 17 日佛山市顺德区劳动争议仲裁委员会作出佛劳仲案字（2006）第 143 号仲裁裁决书，裁决该家具厂支付蔡某等 10 人的经济补偿金共 13900 元，其中蔡某的经济补偿金为 1400 元。对此，该家具厂不服，向人民法院提起诉讼。

该家具厂与蔡某争议的主要焦点在于该家具厂与蔡某之间是否存在劳动关系。为此，该家具厂向法院举证了工厂的工资表，证明工资表中并没有蔡某的名字，也没有蔡某的签名。显然蔡某不是该家具厂的员工。至于蔡某向法院举证“厂牌”及“暂住证”都是复印件，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 49 条可知，不能证明与原件一致的复印件是不具有证明力的。庭后，蔡某是否将原件拿到法庭核对，该家具厂并不清楚。退一步讲，即使蔡某有将原件拿到法庭核对，也只证明其有用该家具厂的名义办理过“暂住证”和“厂牌”但不等于其在该家具厂工作，即不

属于该家具厂的员工。法院认为：蔡某在该家具厂工作，虽然双方没有签订劳动合同，但依法双方已构成劳动关系。因此该家具厂应该支付蔡某等人经济补偿金。

【分析意见】 本案争议的焦点问题是双方当事人之间是否存在劳动关系。佛山市公安局顺德分局向蔡某发放的“暂住证”上非常明确地注明蔡某的服务处所及暂住地址均为该家具厂。该家具厂上诉认为该“暂住证”只能证明蔡某用该家具厂的名义办过暂住证，但“暂住证”是公安机关对非本地户籍人员进行登记和管理的凭证，“暂住证”上记录了证件持有人的姓名、身份证编号、户口所在地及暂住地址和服务处所，服务处所指的是“暂住证”持有人在当地的工作单位，“暂住证”上记录的内容是经公安机关审核并确认的，因此二审法院确认其真实性。如果该家具厂认为“暂住证”上记录的内容与事实不符，应当提出相应反证。但本案中该家具厂仅以其制作的工资表上没有蔡某的名字作为反驳证据，该证据由于是该家具厂自行制作的，缺乏证明力，更不能以该证据来反驳“暂住证”记录内容的真实性，故该“暂住证”可以证明蔡某系该家具厂的员工，双方当事人之间存在劳动关系。该家具厂关于蔡某不是其厂的员工，与蔡某之间不存在劳动关系的主张不能成立，因此法院不予支持。双方当事人之间合法的劳动关系应受法律保护，作为用人单位的家具厂终止与劳动者的劳动关系，应向劳动者支付相应的经济补偿金。

【特别提示】 本案中的劳动者通过提交“暂住证”这一证据，证明了劳动者与用人单位的劳动关系，法院支持了该劳动者的诉讼请求。本案给我们三点思考：

1. 劳动者应注意与用人单位形成劳动关系后的相关证据收集和保存：在现实中，不少用人单位不与劳动者订立劳动合同，在发生劳动风险和争议后，意图规避法律。目前虽然不少劳动争议仲裁机关、法院尽量通过各种直接、间接的证据去认定用人单位与劳动者存在劳动关系，但仍然要求劳动者提供一定的证据能够证明自己与用人单位存在劳动关系，否则将承担不利后果。

2. 对非全日制用工中采取口头合同的，发生纠纷后，劳动者如何证明自己与用人单位存在劳动关系，以及如何证明劳动关系的时间长短、劳动报酬和具体待遇、劳动条件和岗位等，均是实践难点。

3. 应加强对不签订书面劳动合同的全日制用工的监督检查处，同时对非全日制用工的职业范围等应有所限制。

【案例 109】 许某与某百货公司因不定时工时劳动争议案

【基本案情】 许某于 1995 年 5 月与某百货公司建立劳动关系，双方最后一次签订劳动合同是 1999 年 9 月 22 日，合同期限自 1999 年 10 月 1 日至 2002 年 9 月 30 日；职务是店铺副经理，岗位工资是 2800 元，合同中关于工作时间的约定，在第（2）项不定时一栏打“√”。该百货公司于 1999 年 8 月 10 日向当地劳动人事局申请对经理级管理人员实行不定时工时制，该人事局于同年 9 月 14 日批复同意该百货公司按不定时工时制有关规定处理。2000 年 2 月 21 日某百货公司以业务进行调整、结构重组为由，向许某发出解除劳动合同的通知书：即由 2000 年 2 月 21 日起，解除与许某的劳动

合同，并给予许某补偿 5 个月的工资作为经济补偿金 14000 元；相当于一个月工资的替代通知金 2800 元；以及补发 1998 年至 2000 年各种假期的加班工资共 17436.36 元。许某均在上述解除劳动合同通知书及通知书中约定的经济补偿上签名及对补发加班工资的签收确认，并已领取了经济补偿金、替代通知金和加班工资。2000 年 2 月 25 日某百货公司发给许某离职证明。2000 年 3 月 10 日，许某以某百货公司解除劳动合同时，没有按其本人要求支付 1995 年 5 月至 2000 年 2 月加班工资为由，向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，当地仲裁委员会作出裁决，驳回许某的请求。

【分析意见】 本案主要涉及不定时工时制和用人单位提前解除劳动合同的问题，不是《劳动合同法》规定的非全日制用工问题。但是非全日制用工制和不定时工作制存在某些类似的地方。例如两者均可以采取不固定每日工作时间，采取比较灵活的工作时间制度，以至在现实中可能存在交叉的情况。

非全日制用工制度与不定时工作制的区别，主要在于不定时工作制既可以适用于全日制用工的形式下，也可以适用于非全日制用工的形式下。而非全日制用工，是相对于常态的全日制用工而言的；非全日制用工既可以实行不定时工作制，也可以实行定时工作制。

《劳动法》第 39 条规定：企业因生产特点不能实行本法第 36 条、第 38 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。《劳动法》第 36 条是关于劳动者每日和每周工作时间的规定，第 38 条是关于用人单位应当保证劳动者每周至少休息 1 日的规定。

1995年3月26日，人事部关于印发《国家机关、事业单位贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》中的第5条规定，因工作性质或生产特点的限制，不能实行每日工作8小时，每周工作40小时标准工时制度的，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，并按劳动部《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》执行。

1994年12月14日劳动部印发的《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第4条规定：企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制：

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

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

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

《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7条规定：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。

许某与某百货公司最后一次签订的劳动合同中，已明确

约定实行不定时工时制度，并报送了主管行政机关审批，且该约定亦无违反法律规定，因此该合同合法有效，许某主张其非实行不定时工作制，与事实不符。该百货公司因业务和机构调整提出与许某解除劳动关系，许某亦在解除合同的通知书和通知书上约定的经济补偿及对解除劳动关系前的节假日的加班工资的计算上签名确认，可视为双方协商解除劳动关系。该百货公司已按国家规定给予经济补偿及补发年假、公休假、例体的加班工资，现许某对已领取的加班工资表示异议，要求该百货公司按其要求支付加班工资、经济补偿金，证据不足。

【特别提示】 非全日制用工可能实行不定时工作制，也可能实行定时工作制。不定时工作制是指工作日的起点、终点及连续性不作固定的工时制度。具体的适用范围包括：无法用标准工时衡量工作的人员；工作性质特殊，机动作业的人员；其他不适合定时工作的人员。

对于实行不定时工作制的职工，企业应根据《劳动法》第1章和第4章的有关规定，在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采取集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。实行不定时工作制的企业还应按劳动部《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》的规定办理审批手续。

不定时工时制是不受标准工作时间的限制，并非说对工作时间毫无限制，不是说实行不定时工作制的职工就不享有法定休息的权利，劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问

题的意见》第 67 条规定，经批准实行不定时工作制的职工，不受《劳动法》第 41 条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制，但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。因此，企业应根据生产需要，在保障职工身体健康的条件下，合理安排工作，保证劳动者享有休息日，否则就是违法的。

在适用非全日制用工形式中，可能会涉及采取不定时工作时间制度的问题，这是我们在这里分析这一案例的意义所在。

实际上，不少用人单位利用不定时工作制、综合计算工作制和非全日制用工的非书面合同等形式，规避《劳动法》的工作时间制度，严重超过法律规定加班加点等规定，如何加强对不定时工作时间制度、综合计算工作时间制度等的监督检查，是值得立法、司法和行政执法考虑的现实问题。

【案例 110】

【基本案情】 张某是贵州省某县的一个农民，其所居住的县以酿造白酒而闻名，在其居住地附近有大大小小的酒厂数十家。而白酒的销售是具有季节性的，一般春季和冬季销量较大，而夏季由于天气炎热，一般市场销售不好。因此，在冬季和春季时，这些酒厂从附近的农村招收大量的农民作为临时工（非全日制就业人员）作为装运工人，这种用工形式既能缓解企业的压力，也能极大地解决农民的收入问题。然而，由于附近农民较多，整体上供大于求。因此，这些农民工的权益往往得不到有效地保护。

有一次，张某去某酒厂担任临时的装运工人，酒厂老板

给他提供了一份非全日用工制劳动合同让他签，他仔细看看了，发现劳动时间每天为4小时，每周工作6天等，工资为每小时15元等，张某觉得不错。但是合同中规定对于装运过程中，由于工人造成的损耗，每瓶酒扣15元，张某对此表示异议，他认为，每瓶酒的价钱不过是10元而酒厂扣除15元的规定不合理。而酒厂老板则以“需要该工作的人很多，你不干自有人干”拒绝了张某的要求。最后张某为了获得工作，而只能签订了该合同。

【分析意见】 本案主要涉及劳动合同的订立方面的问题。

1、非全日制用工劳动合同的性质：从效率和成本节约的角度看，合同的格式化是当今合同法发展的趋势。通过格式合同的大量运用，提高缔约的效率，节约了缔约成本。在劳动合同领域，劳动合同文本一般由用人单位提供。但是，效率和公平在某种程度上是一对矛盾，因此，用人单位的强势地位，使得他有滥用其“提供劳动合同”的“权利”，将“提供”的义务转变为“制定”的权利，从而，限制到劳动者的意思自治，使得劳动合同的订立只有效率而缺乏公平。因此，学者们都将劳动合同划为附和合同之列，这有一定的道理。而实际上，劳动者并非只能“接受或者离开”，其对于劳动合同的内容在法律的框架下享有协商的权利。一方面，《劳动合同法》第16条规定：劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。另一方面，《劳动合同法》第81条规定：用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款

或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。实际是从反面强化对于用人单位提供的格式劳动合同的监管，加强对于劳动者的权利保护。

本案中，酒厂就是典型的将“提供”的义务转变为“制定”的权利，加上就业压力的“胁迫”使得劳动者只能“接受或者离开”，这里反映了法律规定和生活实际的矛盾。

2. 非全日制用工劳动合同的订立原则。

本案中，主要涉及合同订立的平等协商原则和公平原则。在案件中，由于就业压力和酒厂的强势地位使得双方的法律地位失衡，进而导致了平等协商的不可能，劳动者张某只能接受或离开，最终其为了生存而放弃了合同自治的权利。并且，10元的酒却要求劳动者赔偿15元，合同的内容也无公平可言。

【案例 111】

【基本案情】 张某是一土家族居民，居住在湖南西部的一个旅游风景区内。张某擅长土家族传统歌舞表演，他平时主要务农，只有在当地土家族的传统节日的重大活动时，张某才进行歌舞表演。

2005年，张某所居住的旅游景区进行改造。新设了一些民族风情的旅游项目，其中张某所居住的村寨也被纳入旅游景点。景区的经营公司为了挖掘和弘扬当地土家族的文化，专门在村寨内招用了包括张某在内的一批人员，主要是进行土家族的传统歌舞表演和传统小吃美食的制作，由于新招用人员较多，景区公司并没有与每一个人订立劳动合同，

只是要求每天晚上6点到9点半所有人员到村寨前的戏台集合，由公司管理人员分配具体工作，每天的报酬为50元。此后，这些土家族村民都是白天务农，晚上则在公司上班从事各种土家族传统活动。

张某都一直都从事传统歌舞表演，并且以其优美的歌声给游客留下了深刻的印象，张某的名气越来越大。2006年初，张某经当地文化部门的推荐，参加了电视台的歌唱大赛，一举获得原生态演唱的一等奖，赛后张某的各种演出应接不暇，并且有外省的土家族歌舞表演公司愿意高价招用张某。景区的经营公司为了留住张某，与张某签订了一份非全日制劳动合同，并且约定合同期限为5年。

2007年底，张某为了获得更好的发展，想出去闯一闯，因此，提出终止与景区经营公司的非全日制用工。经营公司以合同未到期为由，不同意解除非全日制劳动合同。

【分析意见】 本案的关键问题涉及了非全日制劳动合同约定期限的效力以及未明确工作内容的情形。

1. 非全日制劳动合同中约定的期限不得对抗当事人的法定解除权。本案中，经营公司与张某签订非全日制劳动合同，并且约定合同期为5年，但是，《劳动合同法》第71条规定：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，用人单位不向劳动者支付经济补偿。张某享有法定的随时解除权，因此，张某终止用工享有法定权利，应该准许。

2. 没有约定工作内容而是约定由用人单位在劳动过程中确定，应该是有效的。本案中，经营公司在招用新人时，

没有明确各自的工作内容,只是与新招用的非全日制劳动者约定,由公司管理人员指派,并且,在劳动过程分配了具体的工作,应该说这是对于约定内容的确定。

【案例 112】

【基本案情】 小文为某厂一名下岗女职工,下岗后,小文参加了当地劳动行政部门组织的下岗再就业培训,主要是从事成衣加工制作。学成后,经当地下岗再就业中心推荐,小文与当地一家制衣厂订立了非全日制劳动合同,合同约定小文主要从事成衣的剪裁,并且是日夜轮换,每周工作时间不超过 24 小时,上班后,小文被制衣厂要求每周工作 7 天。并且,每周有两个凌晨 12:00 后的晚班。上班 1 年后,小文怀孕,但是制衣厂依然要求她上晚班,小文为了维持家庭开支需要,一直坚持上班,直到预产期前 1 个月,小文才终止合同。

【分析意见】 本案中主要涉及以下两个法律问题:

1. 制衣厂要求每周工作 7 天是否合法

《劳动合同法》第 68 条:非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时,每周工作时间累计不超过 24 小时的用工形式。制衣厂尽管在非全日制合同中约定“每周工作时间不超过 24 小时。”但是,《劳动法》第 38 条规定:用人单位应当保证劳动者每周至少休息 1 日。所以,制衣厂要求每周工作 7 天不合法。

2. 制衣厂要求怀孕女工上夜班是否合法

我国的《劳动法》对于特殊的劳动群体规定了特定的劳动保护制度。《劳动法》第 61 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。对怀孕7个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。第63条规定：不得安排女职工在哺乳未满1周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。因此，制衣厂要求小文在怀孕7个月后上夜班是违法的。

对于违反法律的非全日制劳动用工的，用人单位应当承担相应的法律责任，《劳动法》第95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。

【案例113】

【基本案情】 某国际知名快餐企业，在我国大量招用兼职人员，这些兼职人员每天工作4-8小时。2006年3月中旬，阿辉经同学介绍，成为了该快餐企业在广州的某餐厅的一名兼职工。阿辉说，做工前，餐厅很快和他签订了非全日制劳动协议，并明确了基本工资是4元/每小时，外加1.3元/每小时的补贴，工作1小时能挣到5.3元。

阿辉称，上班时，每天至少要工作六七个小时，有时甚至长达10小时，但给予的休息时间却非常少。公司规定，只有连续工作4小时，餐厅才安排15分钟的休息，而这段时间包括吃饭等，就是这短暂的15分钟，餐厅还规定那是没有工资的！

2007年元月1日，广州实施每小时最低7.5元的非全

日制最低工资标准时，阿辉却发现自己的工资没有丝毫改变，依然是 5.3 元/小时。他向餐厅提出涨薪要求，却遭到断然回应“如果你们觉得工资低，可以不干”。

【分析意见】 本案主要涉及三个违法的非全日制用工的问题：（1）工作时间是否符合相关法律关于非全日制用工的规定；（2）非全日制劳动者的工资与最低工资标准的关系；（3）工间休息时间是否应该给付工资。

1. 工作时间是否符合相关法律关于非全日制用工的规定

《劳动合同法》第 68 条规定：非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时的用工形式。即使根据本案发生时可适用的劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》关于非全日用工工作时间的规定（每日不超过 5 小时，累计每周不超过 30 小时），本案快餐企业也是不符合这一规定的。因此，在工作时间的条件上，该快餐企业的员工“每天至少要工作六七小时，有时甚至长达 10 小时的工作时间安排”是违反我国关于非全日制用工的相关规定的。

2. 非全日制劳动者的工资与最低工资标准的关系

《劳动法》第 48 条规定：国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第 7 条规定：用人单位应当按时足额支付非全日制劳动者的工资。用人单位支付非全日制劳动者的小时工资

不得低于当地政府颁布的小时最低工资标准。因此，最低工资标准的规定属于法定的强行性规范，具有保障非全日制劳动者的劳动报酬权的作用。

对于低于最低工资标准给付工资的违法行为，《劳动法》第 91 条规定“用人单位有下列侵害劳动者合法权益情形之一的，由劳动行政部门责令支付劳动者的工资报酬、经济补偿，并可以责令支付赔偿金：……（三）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的……”劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第 16 条规定：各级劳动保障部门要切实加强劳动保障监察执法工作，对用人单位不按照本意见要求订立劳动合同、低于最低小时工资标准支付工资以及拖欠克扣工资的行为，应当严肃查处，维护从事非全日制工作劳动者的合法权益。

因此，本案中阿辉等非全日制工人，可以向劳动监察部门举报，并且要求快餐企业足额支付工资报酬，并给付经济补偿金和赔偿金。

《劳动合同法》第 72 条第 1 款明确规定，非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时标准。对用人单位违反这一规定的，可按《劳动合同法》第 85 条予以处理。

3. 工间休息时间是否应该给付工资

本案中，某快餐企业要求：只有连续工作 4 小时，餐厅才安排 15 分钟的休息，而这段时间包括吃饭。而且就是短暂的 15 分钟，餐厅还规定那是没有工资的！这种做法是违反法律规定的。

因为，工作时间和休息休假是相对应的，一般而言，工时制度的确立就相应的确定了劳动者可以自行支配的、不履行劳动给付义务的时间。一般规定在工作开始后4小时，时间不得少于半小时的休息与用膳时间。如果夜班工作为7小时的，每班间歇时间为20分钟。并且，工间休息时间用人单位也应该支付工资。

【案例 114】

【基本案情】 高某，为某一国有企业下岗职工，由于没有技术特长，下岗后一直没有找到合适的岗位实现再就业。后来在社区再就业服务中心的安排下，高某在某学校担任非全日制的保安人员，学校与高某订立了非全日制劳动合同，约定高某主要负责每周五、周六、周日晚上的守校工作，工作时间为每晚凌晨0点至第二天早上7点，每天7小时，每周21小时，每小时工资为10元，合同中对于相关的社会保险待遇没有提及，后来在一次值班过程中，张某发现有不明身份的人翻越围墙进入学校内，并且随身携带一个大袋，因此，张某立即上前询问，发现该人言语闪烁，即要求查看袋内物品，正当张某准备俯身查看袋内物品时，该男子飞身一脚，将张某踢倒在地后立即翻墙逃走了。张某起身追赶，发现，腰部疼痛难忍，后经医院检查为一根肋骨骨折，高某要学校申请工伤认定，并且要求享受相应的工伤待遇。

【分析意见】 本案中，涉及非全日制劳动者的社会保险待遇问题，高某作为学校招聘的非全日制员工，学校应该为高某办理相关的社会保险。《工伤保险条例》第2条规定：中华人民共和国境内的各类企业、有雇工的个体工商户（以

下称用人单位)应当依照本条例规定参加工伤保险,为本单位全部职工或者雇工(以下称职工)缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的各类企业的职工和个体工商户的雇工,均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》第12条规定:用人单位应当按照国家有关规定为建立劳动关系的非全日制劳动者缴纳工伤保险费。从事非全日制工作的劳动者发生工伤,依法享受工伤保险待遇;被鉴定为伤残5-10级的,经劳动者与用人单位协商一致,可以一次性结算伤残待遇及有关费用。因此,在工伤、养老等五种社会保险中,法律明确规定用人单位必须为非全日制劳动者办理工伤保险。

本案中,高某在履行职务行为过程中受到伤害,根据《工伤保险条例》第14条规定,即:“职工有下列情形之一的,应当认定为工伤:(一)在工作时间和工作场所内,因工作原因受到事故伤害的……”所以高某应当申请工伤认定。但是由于学校没有为高某办理工伤保险,因此,高某不能享受工伤保险待遇,根据《工伤保险条例》第60条规定:用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的,由劳动保障行政部门责令改正;未参加工伤保险期间用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。因此,高某可以要求学校按照《工伤保险条例》的工伤保险待遇项目和标准支付相关的费用。

第六部分 监督检查

【案例 115】 金浪公司、刘某与某劳动和社会保障局行政处理案

【基本案情】 刘某于 1995 年 8 月至 2003 年 9 月在 xx 公司工作，该公司在 2000 年 9 月与刘某签订了 3 年的劳动合同，到 2003 年 8 月 31 日劳动合同期满后，双方终止了劳动关系，由刘某的父亲老刘代其办理了终止手续。之后刘某分别于 2004 年 1 月 13 日和同年 2 月 2 日分两次向被告 xx 市 xx 区劳动和社会保障局投诉 xx 公司存在拖欠、克扣原告工资以及没有为其参加社会保险等违法行为，要求被告对 xx 公司作出处理。被告立案受理后，经过调查，于 2004 年 3 月 10 日作出《劳动保障监察告知书》，原告对该告知书不服，遂提起诉讼。

法院经过调查查明，XX 公司对刘某的工资已经足额、及时发放，其余拖欠的工资是因为经济困难所致，且已经过工会同意，不存在违法情形。根据《住房公积金管理条例》第 37 条规定，处理公积金问题不是劳动保障部门的法定职责，该劳动行政部门不予查处是正确的。在社会保险费问题上，《劳动保障监察告知书》认为刘某知道公司未为其办理社会保险费手续，却未及时举报，已经超过举报期限。法院认为由于刘某的《社会保险手册》自 xx 公司为其参保后一直是由公司保管，直至刘某离职时才交还给刘某，并且 xx

公司也没有以公告等其他形式告知刘某，原告在离职时才知道公司没有为其办理 1995 年 8 月至 2000 年 7 月的社会保险手续的主张应予采信，所以举报期限的 2 年时间应从 2003 年 8 月起算至 2005 年 8 月，即刘某在 2004 年 1-2 月向劳动行政部门举报时并没有超过举报期限。法院判决，该劳动行政部门对社会保险费一事重新作出具体行政行为。

【分析意见】 本案中，劳动和社会保障局调取的证据可以证明 xx 公司在刘某离厂时已足额支付了其工资，且不低于 xx 市最低工资标准。虽然 xx 公司曾经存在拖欠刘某工资的情况，但符合劳动部门《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》的要求，并不存在违法。原审被告对该问题的处理和答复是正确的。另外，刘某投诉的住房公积金问题不是劳动和社会保障局处理的职权范围，该局告知刘某不予处理是正确的。

关于 xx 公司在 1995 年 8 月至 2000 年 7 月没有为刘某办理社会保险的违法行为，xx 劳动和社会保障局认为刘某在 2000 年 8 月之前就应当知道该违法行为，其在 2004 年 1 月才进行投诉超过了法定时效，因而不予查处。但是，xx 劳动和社会保障局提供的工资表等证据，不足以证明该主张。刘某的投诉期限应当从其主张的 2003 年 8 月起算，因而刘某的投诉并未超过法定期限，xx 劳动和社会保障局不予处理刘某投诉该违法行为的答复意见是错误的。

【特别提示】 根据《劳动法》第 85 条和《劳动合同法》第 6 章的规定：县级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规等劳动合同制度实施的情况进行监督检

查，对违反劳动法律、法规的行为有权制止，并责令改正。

国务院于2004年10月26日颁发的《劳动保障监察条例》第11条明确规定了劳动保障部门对用人单位支付劳动者工资和执行最低工资标准、参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况进行监督检查的职责。

应当承认《劳动法》对用人单位支付工资和缴纳社会保险费的规定是存在疏漏的，在保护劳动者的时效设计上也是有瑕疵的。例如《劳动法》第50条规定：工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。但是对工资清册的设置和保存，《劳动法》并没有规定。《劳动合同法》对此也没有规定。

劳动部于1994年颁发了《工资支付暂行规定》第6条规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存2年以上备查。用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。我国台湾地区在“劳动基准法”第23条中作出这样的规定：工资之给付，除当事人有特别约定或按月预付者外，每月至少定期发给2次；按件计酬者亦同。雇主应置备劳工工资清册，将发放工资、工资计算项目、工资总额等事项记入。工资清册应保存5年，该项规定简洁明了，可供借鉴。

本案争议的关键是如何计算投诉时效。一审二审法院正确把握了我国法律的意旨。

【案例 116】 某某酒家与劳动和社会保障局行政处理决定一案

【基本案情】 周某原是某某酒家的员工。2004年9月8

日，周某向当地劳动和社会保障局举报某某酒家没有为其交纳1999年7月至2000年2月的社会保险费，要求劳动和社会保障局处理。劳动和社会保障局经调查取证后于2004年11月5日作出了《劳动保障监察告知书》（以下简称《告知书》），认定周某没有在法定时效内向劳动保障行政部门举报，对周某2004年9月8日的举报依法不予受理。周某对该《告知书》不服，于2005年5月12日提起行政诉讼，要求撤销该《告知书》。后经当地中级人民法院作出终审判决，撤销该《告知书》，并责令劳动和社会保障局对周某的举报重新作出具体行政行为。劳动和社会保障局根据生效判决，重新作出《劳动保障行政处理决定书》（以下简称《决定书》），认定某某酒家欠周某1996年9月起至2000年2月的社会保险费，依照相关法律规定，责令某某酒家在收到该决定书之日起，两个工作日内到xx市社会保险基金管理中心足额补缴周某1996年9月起至2000年2月的社会保险费本金8290.54元、滞纳金45018.51元，两款合计53309.05元。逾期不缴，发生的滞纳金以社保部门计算为准。某某酒家对该处理决定不服而提起诉讼，法院经审理驳回某某酒家的诉讼请求，认定《决定书》合法、有效，某某酒家应按照《决定书》的内容执行。

【分析意见】 根据《劳动法》第9条、第100条，《劳动合同法》第74条和国务院1999年颁布的《社会保险费征缴暂行条例》第13条的规定，劳动和社会保障局作为县级以上劳动行政管理部门，依法具有对用人单位不按规定缴纳社会保险费的行为进行查处的职权。劳动和社会保障局根据法院生效判决，对周某于2004年9月8日的投诉重新立案

受理，并经调查核实后作出本案所诉之《劳动保障行政处理决定书》，其执法主体资格、程序合法。

本案中，某某酒家在 1996 年 9 月至 2000 年 2 月期间，没有依法为周某办理社会养老保险和缴纳保险费这一事实，已经法院生效判决确认。虽然周某是在 2004 年 9 月才向劳动行政部门举报上诉人欠缴社保费的违法行为，但法律、法规对于劳动部门追缴社保费和当事人举报用人单位欠缴社保费的违法行为并无时效限制。因此，当地劳动和社会保障局针对上诉人的违法事实，并经社保经办机构核算后，依照《劳动法》第 70 条、第 100 条和《社会保险费征缴暂行条例》第 4 条、第 13 条的规定，作出责令某某酒家补缴周某 1996 年 9 月至 2000 年 2 月的社会保险费本金及滞纳金共 53309.05 元的处理决定，该决定认定事实清楚，适用法律正确。

某某酒家认为周某在某某酒家工作期间已知道某某酒家没有为其购买 2000 年 2 月以前的社会保险，并申请某某酒家购买了 2000 年 2 月以后的社会保险，说明周某自愿放弃购买社保和申请复议及向有关行政机关进行举报的权利。根据我国法律规定，用人单位为职工购买社会保险是法定义务，不是当事人可以放弃的权利；且某某酒家认为周某放弃购买社保是其推断，并无周某的明确意思表示为依据。

另外，某某酒家认为劳动部门依据《劳动监察规定》第 13 条的规定对周某 2004 年 9 月 8 日的举报予以立案受理属于适用法律错误。虽然劳动和社会保障局在作出本案处理决定时，《劳动监察规定》已被 2004 年 12 月 1 日开始实施的《劳动保障监察条例》所取代，但周某的举报行为发生在《劳

动监察规定》施行期间，且劳动部门只是依据该《条例》履行立案手续，其作出实体处理所适用的法律并无不当。

【特别提示】 本案的审理法院认为，法律、法规对于劳动部门追缴社保费和当事人举报用人单位欠缴社保费的违法行为并无时效限制。这一观点比我们所引的前一案件的审判法官的观念要更进一步。因为世界各国对劳动者的社会保险金的保障是非常全面、周到的，通常从劳动者知道或者应当知道雇主没有为其缴纳社会保险费之时算起 5 年乃至 10 年的时间，作为诉讼时效，避免劳动者因为时效超过而丧失对其养老、工伤等极其重要的救济来源，对此我们的立法可以加以借鉴。

《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）第 29 条和劳动部办公厅 1997 年颁布的《关于职工对企业做出的行政处分不服能否通过劳动监察途径解决问题的请示的复函》（劳办发〔1997〕7 号）文件规定的举报违法行为期限为 2 年，举报的期限从当事人知道或应该知道被侵权的事实起开始计算。但上述举报时效是否适用于欠缴社会保险费的情形，并没有明确，劳动者在利益受到损害的时候投诉、举报违法行为，即使超过了举报、投诉时效，是否必然导致劳动行政部门的主动查处，对此法律法规也没有明确规定。

我们认为，劳动者的举报、投诉，与劳动行政部门的主动查处并不矛盾，如果劳动者的举报、投诉超过规定的时效劳动行政部门可以不受理投诉、举报，对此劳动者可能会在对劳动行政部门的不受理决定提起行政诉讼时败诉，但这并

不妨碍劳动行政部门接到举报、投诉后，主动查处，对违法犯罪行为依法惩处或者移交司法机关追究刑事责任。因为，劳动部办公厅颁布的《关于职工对企业做出了行政处分不服能否通过劳动监察途径解决等问题的请示的复函》（劳办发〔1997〕7号）第3条规定：关于劳动者举报劳动违法行为的期限问题。根据《行政处罚法》第29规定，为便于劳动行政部门调查取证和采取有力措施制止和纠正劳动违法行为，劳动者一般应自用人单位违法行为发生之日起2年内进行举报。显然这里只是指举报期，而不是关于行政部门查处期的规定。而《行政处罚法》第29条则规定：违法行为在2年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。因此，如果用人单位的违法行为有连续或者继续状态的应从行为终了之日起计算。

【案例 117】 某涂料厂、霍某产品质量侵权案

【基本案情】 飞龙公司自2001年4月4日至2001年12月14日共向由霍某开办的私营独资企业涂料厂购买204桶“恒新309A万能胶”用于粘鞋。该产品使用说明备注中标识“使用时工场要有足够的通风设施，请注意”。2002年3月10日和3月12日飞龙公司员工王某和周某出现头晕、胸闷、牙龈出血、排黑便、双下肢疼痛等症状。2002年3月12日下午，顺德区疾病预防控制中心会同龙江镇安全生产防火委员会到飞龙公司调查，调查结果为：发病员工王某和周某等均从事粘鞋工作。工序车间面积约有300平方米，

三面墙共有 13 台排气扇，由于三面墙窗户均打开，排气扇起不到通风效果，全部员工均无个人防护，徒手操作。该公司原使用“恒新 309A 万能胶”，2002 年 2 月后改用南光树脂的扣鞋胶、落底胶，每天约使用胶水 40-50 公斤。顺德区卫生局检验中心对抽检的四个胶水样本检测，四个样本中只有恒新 309A 万能胶含有苯，含量为 97.7%。2002 年 3 月 22 日广东省职业病诊断鉴定委员会作出王某为职业性慢性重度苯中毒（再生障碍性贫血），谢某、周某、刘某为职业性慢性重度苯中毒（全血细胞减少症）的鉴定。为此，飞龙公司因员工医疗而支付各种相关费用约 618515 元。同时，飞龙公司支付了万能胶检验费 600 元，劳动卫生检验费 4200 元。据此，飞龙公司起诉请求涂料厂及霍某赔偿其损失。自 2002 年 1 月 1 日起，国家规定生产企业生产室内装饰装修材料胶粘剂的产品应执行国家标准，过渡期 6 个月，自 2002 年 7 月 1 日起，市场上停止销售不符合该国家标准的产品。

一审法院认为，飞龙公司主张其使用涂料厂生产的胶水造成其员工中毒，以致飞龙公司因此支付了员工的有关医治费用等损失，故起诉要求涂料厂及霍某赔偿上述损失，所以本案为侵权行为引起的财产损害赔偿纠纷。因本案为损害赔偿法律关系，故飞龙公司上述损失应由对员工中毒有过错行为的单位承担责任。对飞龙公司损失的具体数额应以法律规定工伤待遇必须支付的并已实际支付和补偿的款项为准，从本案查明的事实可反映，飞龙公司员工的中毒是因为飞龙公司在使用 309A 万能胶过程中，因排风系统失效，未能做好排风及对工人的个人防护等措施，故飞龙公司对于中毒的发

生有主要过错应承担主要的责任。涂料厂有关标识没有注明使用含苯 309A 万能胶可能造成的危害，故涂料厂对中毒的发生有一定的过错应承担次要责任。综合双方在上述事件中的过错程度及过错行为在事件中的作用，飞龙公司对损失应承担 70% 的责任，涂料厂应承担 30% 的责任。综上所述，飞龙公司的诉讼请求符合法律规定部分，予以支持，其他部分不予支持。

涂料厂、霍某不服一审判决提起上诉称，涂料厂、霍某销售给飞龙公司的 309A 型万能胶时，已明确告知产品含苯的警示和使用时应注意通风设施的说明，已尽告知义务。飞龙公司工人中毒事件完全是其工作场所、安全防护措施不当造成。飞龙公司的证据证明的内容与案件无关联性。一审法院判决涂料厂、霍某一方承担飞龙公司购用多家有苯产品责任，并在认定案件的案由、审判程序，诉讼主体等方面存在错误，请求二审法院依法撤销原判，发回重审或驳回飞龙公司的起诉。

二审法院除确认一审查明的事实外，还查明，顺德区卫生局检验中心具有的检定测试范围为食品卫生、食品营养成分、生活饮用水及劳动卫生车间空气中有害物质检验及车间微小气候测定等 9 项检测职权，对产品质量检测及检测方法不属其检测范围，无权对产品进行鉴定。因此，其对恒新 309A 万能胶产品含苯量的检测结论属无效检测依法应不予采纳。二审法院经审理后判决：一、撤销原判；二、驳回飞龙公司的诉讼请求。

【分析意见】 由于本案不是用人单位与劳动者之间因为

职业病引起的直接劳动争议纠纷，而是因为用人单位向患职业病的劳动者承担责任后，向提供产生职业病危害的化学品的供应单位提起的民事诉讼。因此，笔者主要针对用人单位和供应单位在劳动安全卫生保护中应当承担的义务做些分析。

1. 用人单位应当严格按照国家的劳动卫生规程和职业病防治的规定保护劳动者的生命健康，否则应当按照《劳动合同法》第 88 条等相关规定承担赔偿责任和其他法律责任。应当说，本案中劳动者苯中毒主要是因为用人单位没有按照《职业病防治法》和劳动安全卫生规程中的一些规定（《工厂安全卫生规程》、《关于防止沥青中毒办法》、《尘肺防治条例》、《工业企业设计卫生标准》、《工业企业噪声卫生标准》），采取防治中毒的必要措施，如给劳动者发放防护用品，避免劳动者直接接触或吸入含苯的化学品，改善厂房通风排气等。因此本案中的用人单位应当对劳动者承担赔偿责任。

2. 向用人单位提供可能产生职业病危害的设备、化学品、放射性同位素和含有放射性物质的材料的单位必须按照《职业病防治法》的规定采取措施，否则应承担相应的法律责任。由霍某开办的私营独资企业涂料厂向用人单位提供 204 桶“恒新 309A 万能胶”用于粘鞋。该产品使用说明备注中标识“使用时工场要有足够的通风设施，请注意。”

笔者认为，这种标识尚不符合《职业病防治法》第 26 条的规定，即向用人单位提供可能产生职业病危害的化学品、放射性同位素和含有放射性物质的材料的，应当提供中文说明书。说明书应当载明产品特性、主要成分、存在的有

害因素、可能产生的危害后果、安全使用注意事项、职业病防护以及应急救治措施等内容。产品包装应当有醒目的警示标识和中文警示说明。当然，《职业病防治法》本身的条文也有需要完善的地方，比如除了要求说明书的说明内容外，还应明确要求产品包装有醒目警示存在的有害因素、可能产生的危害后果、安全使用注意事项、职业病防护以及应急救治措施等内容。

本案为飞龙公司与涂料厂的产品质量侵权损害赔偿纠纷。依据《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》）的规定并结合本案事实，涂料厂、霍某承担产品质量侵权责任应当符合以下4个构成要件：（1）产品存在缺陷；（2）产品缺陷在销售时已存在；（3）有损害事实；（4）产品缺陷与损害事实有因果关系。

结合本案考察可知：

（1）涂料厂销售给飞龙公司的恒新 309A 万能胶其产品说明中记载该产品为纯苯制品和使用警示，就产品性质而言产品本身就具有一定的有害性和有毒性。产品具有的毒害性与产品有缺陷在概念的内涵和外延上无包含、重合或交叉关系，不属同一定义。且飞龙公司提交的恒新 309A 万能胶产品苯含量的证明因是顺德区卫生局检验中心作出的超出其享有的检测职权的检测结论。因此，飞龙公司无证据证明涂料厂的产品含苯量的高低及涂料厂的产品在销售时已存在产品缺陷。飞龙公司工人中毒的损害事实虽存在，但该损害因无证据证明涉案产品毒害性业已超标，也无证据证明是因涂料厂的产品而非其他产品与损害的发生之间具有因果关系。

(2) 产品本身（非产品缺陷）毒害性产生的风险，作为用人单位的飞龙公司具有可预见性和可避免性。这种可预见性基于涂料厂已作出产品性能和使用警示说明，同时作为使用者的飞龙公司具有知道或应当知道的义务；产品毒害性在作业过程中的可避免性，依据我国《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定，作为用人单位的飞龙公司依产品毒害性的特性，应当针对季节、气候、作业条件给予工人适当的间歇时间；按规定发放工作服等防护用品以及对工人的身体定期健康检查；改进、完善排风、通风系统；履行参加社会保险等法定义务来避免产品毒害性对人身、财产可能造成的危害。综上，本案中无证据证明涂料厂的恒新 309A 产品含苯超标。恒新 309A 产品本身所具有的一定的毒害性风险的可预见性和可避免性依法应由飞龙公司承担。飞龙公司对涂料厂承担产品质量侵权损害赔偿责任的诉求所依据的事实和理由不符合《产品质量法》关于产品质量侵权损害赔偿承担责任的法律要件。

【特别提示】 本案虽然已经二审终结并有结论，但本案不能仅仅适用《产品质量法》，由于本案供应的化学品是可能引起职业病的，因此还应适用《劳动合同法》及《职业病防治法》第 26 条等条文。同时，涂料厂提供给用人单位粘鞋的含苯化学品是否超过国家标准、行业标准或者超出了一般通用产品功能所需要的含苯的正常值，应通过委托有检测鉴定资格的单位重新检测后作出结论，而不宜以原检测单位没有检测资格就推翻飞龙公司的诉求，毕竟这是一个关键证据，一审法院采信了，二审法院如果认为这一检测结论不

符合合法性要求,应按照最高人民法院有关民事证据的规定依职权委托合格的检测机构作出重新检测为妥,否则对供应可能引起职业病的化学品等的单位的责任就无法追究了。

当然,从现有的法律规范看,二审法院的判决是正确的。但二审法院的判决给了我们一个启示:如何更加明确提供可能引起职业病的化学品等单位的责任?

比如,如果本案的供应单位明知使用单位用该产品粘鞋,本案含苯高达 97%的化学品是很难通过普通的防护避免劳动者中毒的,而用于粘鞋的胶水完全可以用不含苯的无毒的替代产品,在这种情况下,提供单位仍然供应该产品给使用单位用于粘鞋,结果造成了劳动者的伤亡或中毒,这种情况下不能说提供单位没有责任。因此,未来立法应规定劳动者可以追究用人单位和供应单位的连带责任,这样对劳动者的利益保护、强化有关单位的责任就更有力些。本案提示我们:

1. 用人单位应当严格按照国家的劳动卫生规程和职业病防治的规定保护劳动者的生命健康,否则应当承担赔偿责任和其他法律责任。

2. 向用人单位提供可能产生职业病危害的设备、化学品、放射性同位素和含有放射性物质的材料的单位必须按照《劳动合同法》和《职业病防治法》的规定采取措施,否则应承担相应的法律责任。

3. 县级以上人民政府劳动行政部门应当切实履行职责,实施监督检查,纠正和查处职业安全卫生方面的违法行为。

【案例 118】 蓝某诉某劳动和社会保障局行政不作为案

【基本案情】 2003年8月14日，蓝某向某市南海区劳动局下属的南庄分局递交劳动争议调解申请书请求南庄分局责令永丰厂支付其2003年7-8月份工资及25%的额外经济补偿金、解除劳动合同的经济补偿金及50%的额外经济补偿金，同年3-8月份的加班工资及加付25%的经济补偿金，补缴社保费。同年9月14日，南庄分局根据永丰厂存在的问题和蓝某的工资及加班工资问题发出了《劳动保障监察指令书》，责令永丰厂进行整改，支付原告在2003年7-8月份的工资。同年10月17日、10月24日，被告区劳动局南庄分局再次向永丰厂发出《劳动保障监察指令书》及《劳动行政处罚决定书》。要求永丰厂对其违法的相关事项进行整改。同时，由于原告蓝某与永丰厂的劳动纠纷是蓝某自行辞职引发的，根据《企业劳动争议处理条例》第2条的规定，该劳动纠纷属劳动争议仲裁委员会的受理范围。被告区劳动局南庄分局根据上述规定，于同年10月21日通知了蓝某到该分局办公室签收《调解意见书》，建议蓝某及其代理人黎某通过劳动争议仲裁处理，但蓝某及其代理人黎某均拒绝签收。同年10月29日，南庄分局又将建议申请仲裁的《告知书》以挂号信的形式邮寄给了蓝某。同年10月23日原告的代理人黎某将原告与永丰厂之间发生的劳动纠纷的投诉材料交至被告市劳动局，要求该局予以处理。该局告知原告的代理人该纠纷应由区劳动局处理，但原告的代理人坚持交至该局，要求该局具体处理并答复原告。现原告以两被告不作为为由，提起诉讼，要求两被告依法履行职责。

原审法院认为：本案中，原告蓝某是以两被告不作为为

由提起行政诉讼的，故本案主要围绕“两被告在处理原告蓝某与永丰厂之间的劳动纠纷过程中，是否存在行政不作为的情形”进行审理。首先，对于被告市劳动局来说，当原告代理人将投诉材料交至该局时已明确告知其所投诉的劳动纠纷，按照《广东省劳动监察条例》等法规和规范性文件的有关规定，应由永丰厂所在辖区的劳动主管部门即区劳动局具体处理。在原告的代理人坚持将投诉材料交至该局的情形下，该局按照《信访条例》的有关规定，及时进行了登记备案，并将材料寄至区劳动局，要求区劳动局具体处理并答复原告。由此可见，被告市劳动局在处理原告投诉的过程中，不存在违反法律法规的行为。原告对于不属于被告市劳动局法定职责范围内的工作事项，要求该局作出具体行政行为，没有任何法律依据，对于其诉讼请求，应不予支持。其次，对于被告区劳动局而言，该被告在诉讼中，已提交了充分的证据证实其对原告投诉的事项作出了具体行政行为。原告认为区劳动局提交的部分证据是伪造的，实际上该局并未作出具体的行政行为，但原告对其该主张并未提交证据予以证实。故原告的起诉，没有事实和法律依据，应不予支持。依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第56条第（1）项的规定，判决驳回原告蓝某的诉讼请求。

蓝某不服一审判决提起上诉。二审法院经审理认为：原审法院经庭审质证而认定的证据合法有效，可以证明原审查明的事实，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，程序合法，依法判决驳回上诉。

【分析意见】 本案是劳动者要求劳动行政部门履行监督检查职责，劳动行政部门依法履行职责以后，按照劳动争议处理的法规规定，依法告知劳动者及时提起劳动争议申请而发生的行政诉讼案件。本案争议的焦点是市劳动局和区劳动局在处理上诉人蓝某与永丰厂之间的劳动纠纷过程中，是否存在行政不作为的情形。

首先，对市劳动局来说，在蓝某代理人将投诉材料交至该局时，该局按照相关法规及规范性文件的有关规定，明确告知蓝某应将此投诉材料交由永丰厂所在辖区的劳动主管部门即区劳动局具体处理。同时，在蓝某的代理人坚持将投诉材料交至该局的情况下，该局按照《信访条例》的有关规定，及时进行了登记备案，并将材料转交至区劳动局，要求区劳动局具体处理并答复蓝某。由此可见，市劳动局已依照相应的法律法规履行了其职责，不存在蓝某所说的未依法履行法定职责的情形。

其次，对于区劳动局而言该局在诉讼中提交了充分的证据证实其已对投诉的事项作出了具体行政行为。蓝某认为区劳动局提交的部分证据是伪造的以及市劳动局、区劳动局实际上并未作出具体行政行为的主张，缺乏事实和法律依据。

【特别提示】 本案给我们三点启示：

1. 劳动者有权向行政机关举报、投诉用人单位的违法行为，这是劳动者的权利。

2. 行政部门有责任按照法律、法规、规章的规定及时处理举报、投诉并按照法定程序和期限答复举报、投诉人。

3 要处理好劳动者申请仲裁、诉讼和劳动行政等部门履

行职责监督检查处的关系，对于这些关系尚需要立法、司法、行政机关作出进一步的释明，在劳动者未申请仲裁、提起诉讼前，劳动者向行政机关投诉、举报查处，哪些是劳动行政部门有权强制用人单位改正、进行查处的？哪些是发出整改书、建议书，但没有强制执行力的？其界限如何划分，目前的法律、法规、规章对此并不明确。

按照我国法学界、司法实践部门的通常观点，可以这样理解上述部门履行职责和私权主体自主维权的关系：由于法律法规没有明晰界定，劳动仲裁和劳动监察在案件受理范围上存在交叉的问题。

所谓受案范围交叉是指，当事人就同一劳动争议或违法行为，既可以申请仲裁，也可以向劳动监察机构举报。目前，两部门受理案件范围的划分，是依据 1993 年国务院颁布的《企业劳动争议处理条例》和 2004 年颁布的《劳动保障监察条例》确定的。

(1) 《企业劳动争议处理条例》及有关规定对劳动争议案件的受案范围规定为：①因用人单位开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；②因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；③因履行劳动合同发生的争议；④因认定无效劳动合同、特定条件下订立劳动合同、职工流动、用人单位减员、经济补偿和赔偿发生的争议；⑤法律、法规、规章规定的其他应当受理的劳动争议案件。

(2) 我国《劳动保障监察条例》第 11 条中规定劳动保障行政部对下列事项实施劳动保障监察：①用人单位制定内

部劳动保障规章制度的情况；②用人单位与劳动者订立劳动合同的情况；③用人单位遵守禁止使用童工规定的情况；④用人单位遵守女职工和未成年工特殊劳动保护规定的情况；⑤用人单位遵守工作时间和休息休假规定的情况；⑥用人单位支付劳动者工资和执行最低工资标准的情况；⑦用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况；⑧职业介绍机构、职业技能培训机构和职业技能考核鉴定机构遵守国家有关职业介绍、职业技能培训和职业技能考核鉴定的规定的情况；⑨法律、法规规定的其他劳动保障监察事项。

从上述仲裁和监察受理案件范围的规定来看，二者范围存在明显的交叉。其受案范围交叉的案件类型主要是：社会保险、劳动报酬、履行劳动合同等三类案件。

受案范围存在交叉的三类案件中社会保险争议主要表现为用人单位和职工不参加社会保险，虽然已在社会保险经办机构登记，但不按规定缴费、缴费基数不实等。劳动报酬争议主要表现为用人单位克扣或无故拖欠劳动者工资、加班费、生活费、经济补偿金或降低职工工资等。履行劳动合同争议主要表现为执行、变更、终止、解除劳动合同等。

对上述三类受案范围有交叉的争议，当事人既可以向劳动仲裁机构申请劳动仲裁，也可以向劳动监察机构举报。实践中，对这三类案件究竟是由劳动仲裁机构受理还是由劳动监察机构受理更为妥当，劳动仲裁和劳动监察部门存在不同意见，需要出台法规、规章予以指引。

【案例 119】 工会副主席杨某维护职工权益被企业辞退案

【基本案情】2003年7月龙达公司原工会副主席杨某，因在职工加班工资、节假日休息、人员调岗、辞职和养老保险等关系职工切身利益的问题上提出不同意见而遭除名。杨某被公司除名后，申请了劳动争议仲裁。

杨某称，龙达公司将他除名，是因为近两年来，他在涉及职工加班工资、节假日休息、人员调岗、辞退和养老保险等关系职工切身利益的问题上提出不同意见，制止了龙达公司一些侵权行为，龙达公司对他进行打击报复的结果。杨某说，2003年，按照某市社保局的要求，龙达公司打算为职工调整养老保险缴费基数，但方案是按照职工工作表现、职务高低调整职工缴费基数。杨某认为这样做违反了1999年国务院颁布的《社会保险费征缴暂行条例》和1998年广东省第九届人大常委会《广东省社会养老保险条例》，并三次向龙达公司领导反映，要求龙达公司按照职工上年度月平均收入作为申报养老保险的缴费基数，但龙达公司对此建议置之不理。于是，2003年7月17日中午，杨某将方案贴在木板上摆在饭堂，向职工公开。杨某认为，作为工会副主席，他把龙达公司的侵权行为公开，是符合职工利益的维权举措。但龙达公司领导对此大为不满，认为他煽动职工与龙达公司对立，于是对他作出了行政处分决定，将他除名。按照《工会法》第17条规定，工会主席、副主席任期未满时，不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意。罢免工会主席、副主席必须召开会员大会或者会员代表大会讨论，非经会员大会全体会员或者会员代表大会全体代表过半数通过，不得罢免。龙达

公司在未经龙达公司工会和市总工会同意的情况下将其除名。

而龙达公司认为，除名是因为杨某严重违反规章制度。郑某是龙达公司副总经理、工会主席。他称，这次将杨某除名，是经过龙达公司领导班子开会讨论决定的。原因有三个：一是杨某不服从龙达公司的工作分配、调动和指挥。2003年4月，龙达公司决定调动杨某的工作岗位，由他组建债务催收机构，负责龙达公司债务催收工作，但杨某拒不接受；二是杨某严重违反龙达公司的规章制度，扰乱龙达公司的正常工作秩序；三是张贴大字报，攻击龙达公司领导班子，为此，龙达公司对他作出了除名的决定。

某市劳动争议仲裁委员会审理后认为，杨某是龙达公司与其工会委员会订立《龙达公司集体合同》中工会委员会一方推荐的职工代表，根据《集体合同规定》第11条的规定，职工一方代表劳动合同期内自担任代表之日起5年以内除个人严重过失，企业不得与其解除劳动合同。虽然杨某存在一定的过错，但龙达公司未能举证证明杨某上述行为已对单位名誉和经济造成重大损失，故不应认定杨某的过错已达到“严重过失”的程度，龙达公司据此辞退杨某并解除其劳动合同，处理明显偏重，依法应予撤销。

某市劳动争议仲裁委员会审理后作出裁决：一、撤销龙达公司于2003年7月25日对杨某作出的《行政处分决定》。二、限龙达公司于本裁决生效3日内向杨某支付2003年8月至2003年10月的工资共3300元。

龙达公司对仲裁结果不服，2003年11月24日起诉至

法院。12月17日，某市江城区人民法院作出一审判决：一、撤销龙达公司对杨某的《行政处分决定》；二、限龙达公司在判决生效10日内，按每月1216.13元标准支付杨某2003年8月起至撤销行政处分决定之日止的工资。杨某虽然获得了胜诉，但却无法重回工作岗位，因为龙达公司拒绝安排其回到原工作岗位。

【分析意见】分析本案在法律适用中有以下两点思考：

1. 企业解除工会主席、副主席的职务受到法律的严格限制。在2001年修订的《工会法》中对工会主席规定了相应的保护规定。该法第15条规定：基层工会委员会每届任期3年或者5年。各级地方总工会委员会和产业工会委员会每届任期5年。该法第17条规定，工会主席、副主席任期未满时，不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意。罢免工会主席、副主席必须召开会员大会或者会员代表大会讨论，非经会员大会全体会员或者会员代表大会全体代表过半数通过，不得罢免。

根据《集体合同规定》第11条的规定，职工一方代表劳动合同期内自担任代表之日起5年以内除个人严重过失，企业不得与其解除合同。此外，《工会法》第六章——“法律责任”中规定了侵犯工会工作人员职权应承担的法律责任。

可见，龙达公司仅凭企业行政决定就解除工会副主席的职务，严重地违反了上述法律规定，应当承担相应的法律责任。

2. 切实保护工会主席、副主席的权益，才能使工会真正行使维权职能。2001年修订的《工会法》明确规定，维护职工合法权益是工会的基本职责。为了实现工会的维权职能

该法详细规定了工会的权利与义务。工会领导是工会维权的重要人物，因此工会主席、副主席往往成为矛盾的焦点。敢于主持正义，敢于为职工说话、办事的工会领导常常成为某些违法经营的企业实施侵害劳动者权益的“绊脚石”。因此，违法经营的企业经常欲罢免和解除其职务而后快。

因此《工会法》对工会主席、副主席规定了相应的保护措施是必要的，只有切实依法保护工会领导的职权，才能使工会真正充分地履行其维权职责，从而维护劳动者的权益。

可见，上述劳动争议仲裁机关、法院的裁判，正确理解了《劳动法》、《劳动合同法》、《工会法》等法律的规定，作出了合法公正的裁判。

【特别提示】 本案中，工会副主席杨某为职工的合法权益等问题向企业提出要求，替职工说话却被企业辞退。而龙达公司的工会主席、副总经理郑某代表龙达公司辩称除名有理，这一案件反映出了不少工会的尴尬境况：很多工会实际上更多维护资方而不是劳动者的权益。连工会副主席的命运都如此，何况一般劳动者呢？有些企业为了应付上级检查，经常建立一种“雇主工会”即大部分基层工会的领导班子不是选举产生的，而是由企业老板内定的，或者由上级工会协商指定的。担任工会主席的，大多是企业的行政管理人员。

按照 2006 年 7 月中华全国总工会通过的《企业工会工作条例（试行）》第 24 条第 3 款规定，企业行政负责人、合伙人及近亲属不得作为本企业工会委员会成员的人选。如果不是工会委员，就不能当选上工会主席。厂长或企业劳动人事部门负责人兼做工会主席的是“变形”工会，实际上等

同于没有建立工会。在实际的劳资纠纷中，工会主席立场尴尬，大多数工会主席选择资方的立场，工会维护职工利益的能力自然弱化。

为了能够使工会确实行使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等职责，建议：（1）更加明确地规定无法定事由，非经法定组织、法定程序，任何组织和个人不得撤销、合并工会组织，不得调动工会主席、副主席的工作，不得调拨工会财产与经费。（2）用人单位的行政副职以上领导、人事或劳资管理人员这些代表雇主（用人单位）的人员不得作为工会委员会的候选人；职工人数 300 人以上或小型企业工会联合会应配备专职的工会主席。

【案例 120】 某养殖场工会主席陈某依法组建工会维护职工权益被解除劳动合同案

【基本案情】 某市某养殖场存在很多违反《劳动法》的做法。比如加班不按规定支付加班工资、不为职工买社会保险等。陈某认为只有成立工会才能维护职工的合法权益，才能为职工办好事、办实事。因此，2003 年 5 月，他与其他职工一道到镇工会申请成立工会，经历了千辛万苦，该养殖场工会终于顺利成立了，陈某被会员选为工会主席。

但工会成立后，工会的一些日常支出光靠会员所缴的会费是远远不够的，为维持工会正常运转，陈某认为依据《工会法》第 42 条的规定，单位每月应该拨缴工会经费 250 元。但老板盛某认为，工会对企业没有任何用处，经费当然没必要拨缴，并于 2003 年 8 月 2 日，终止同陈某的合同，除支

付其基本工资外，拒绝支付法定节假日、休息日加班工资，拒绝支付任何补偿。

陈某告到某市劳动保障局，在有关部门的干预下，该养殖场、盛某恢复了陈某的工作，并给了工会2个月的经费共500元。2003年8月25日，以工会主席陈某为主的工会委员会将工会草拟的《集体合同（草案）》送给老板，希望与该养殖场、盛某平等协商，签订集体合同，保护劳资双方利益，但老板拒绝了。在这种情况下，该养殖场工会以书面的形式向某市劳动保障局反映此事，希望某市劳动保障局协调处理。同年8月28日，陈某第2次被老板解除劳动合同。同年9月20日，陈某申请劳动仲裁要求依法判令该养殖场、盛某恢复自己的工作，依法支付被拖欠的加班工资。同年9月25日，4名职工申请劳动仲裁，维护自己的合法权益。

2003年10月，某市总工会接到该养殖场职工的投诉后，曾两次派人到该养殖场调查核实情况。同年10月30日，某市总工会向该养殖场发出《劳动法律监督书》：经查实，你单位在用工、工时、休假、休息、加班时间、工资支付、养老和工伤保险等方面存在问题，违反了《劳动法》第36条、第38条、第40条、第44条、第48条、第50条的规定以及《广东省社会养老保险条例》第15条的规定，现根据《劳动法》第88条第1款及《广东省工会劳动法律监督书》第9条的规定，对你单位发出劳动监督书，请及时改正，并在30日内将改正情况书面告知我工会，拒不改正的，将提请政府有关管理部门查处。

【分析意见】 该养殖场、盛某的行为多处、多次违反

《劳动法》、《工会法》。该养殖场工会和劳动者按照《劳动法》和《工会法》的规定向上级工会和劳动行政部门投诉，是单位工会的职责也是其权利。某市总工会按照《工会法》的规定，向该养殖场、盛某发出《劳动法律监督书》，指出该单位在用工、工时、休假、休息、加班时间、工资支付、养老和工伤保险等方面存在违反《劳动法》的规定，要求该单位及时改正。这是上级工会依法行使职权的体现。根据《工会法》第 50 条的规定，违反该法第 3 条、第 11 条的规定，阻挠职工依法参加和组织工会或者阻挠上级工会帮助指导职工筹建工会的，由劳动行政部门责令其改正；拒不改正的，由劳动行政部门提请县级以上人民政府处理；以暴力、威胁等手段阻挠造成严重后果，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《工会法》第 51 条规定，违反工会法规定，对依法履行职责的工会工作人员无正当理由调动工作岗位，进行打击报复的，由劳动行政部门责令改正、恢复原工作；造成损失的，给予赔偿。对依法履行职责的工会工作人员进行侮辱、诽谤或者进行人身伤害，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚未构成犯罪的，由公安机关依照《治安管理处罚条例》（现已改为《治安管理处罚法》）的规定处罚。《工会法》第 52 条规定，违反工会法规定，有下列情形之一的，由劳动行政部门责令恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入 2 倍的赔偿：（1）职工因参加工会活动而被解除劳动合同的；（2）工会工作人员因履行工会法规定的责任而被解除劳动合同的。

按照《劳动合同法》第 79 条的规定，任何组织或者个

人对违反《劳动合同法》的行为都有权举报，县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理，并对举报有功人员给予奖励。

而《劳动法》在第 85 条中规定：县级以上各级人民政府劳动行政部门依法对用人单位遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查，对违反劳动法律、法规的行为有权制止，并责令改正。在《劳动合同法》第 78 条中规定：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。《劳动合同法》第 79 条还规定，任何组织和个人对违反本法行为都有权举报。

可见《劳动合同法》的规定与《劳动法》、《工会法》的规定基本宗旨和内容是一致的。本案该养殖场、盛某的行为严重违反《劳动法》、《工会法》的规定。如果本案发生在《劳动合同法》施行后，那么应当说该养殖场、盛某的行为也同样违反了《劳动合同法》。

【特别提示】 本案带给我们的三点思考：

1. 用人单位应当按照法律建立工会，遵守法律的规定，这是用人单位的法定义务。用人单位不应将工会视为自己的对立面，工会在沟通单位与劳动者之间的关系上起到重要的桥梁和纽带作用。

2. 维护劳动者的合法权益是工会的基本职责，同时，工会在促进劳动关系和谐，凝聚劳动者力量，促进单位发展方面也起着非常重要的作用。

3. 单位工会、上级工会、劳动行政部门等应各司其职，共同维护劳动者权益，构建和谐劳动关系。

第七部分 法律责任

【案例 121】 胡某与某实业公司因《员工手册》与劳动合同约定不一致纠纷

【基本案情】 胡某应聘进入某实业公司双方订立了 4 年期限的劳动合同,劳动合同中无关于试用期和保证金的约定。同时,胡某收到了该公司的《员工手册》有以下两点内容:(1)关于试用期的规定:劳动合同不满半年的,没有试用期;满半年不满 1 年的,试用期为 1 个月;满 1 年不满 3 年的,试用期为 3 个月;满 3 年的,试用期为 6 个月。(2)扣留劳动者第 1 个月的工资作为保证金,待劳动合同履行完毕,劳动者没有违约时才返回给劳动者。双方的劳动合同履行到 3 个多月时,胡某因上下班有几次迟到和早退与该公司主管人事领导之间产生矛盾,该公司解除了与胡某的劳动合同,理由是胡某在试用期内证明其不符合公司的录用条件和违反了该公司上下班的作息时间规定,同时以胡某没有履行完毕劳动合同为由不返回给胡某第 1 个月的工资。胡某认为,双方的劳动合同并无关于试用期的约定该公司以试用期的规则解除双方劳动合同不符合双方约定,同时扣留第 1 个月工资作为保证金以及拒不发给工资的做法违反了法律的规定,故申请仲裁,请求撤销该公司的解除劳动合同决定,恢复双方的劳动关系,并支付第 1 个月的工资及按逾期给付工资的 50%加付赔偿金。

劳动争议仲裁委作出了支持胡某的裁决,该公司不服裁决起诉到法院。在法院审理过程中,某实业公司坚持认为,尽管双方的劳动合同中没有关于试用期和保证金的约定,但胡某签领的《员工手册》已经就此作了非常清晰的规定,胡某对此应当知道,公司以试用期的规则解除劳动合同并无不当,同时按《员工手册》的规定,无需返回第1个月的工资。法院经审理,认为其实业公司《员工手册》关于扣留劳动者1个月工资的规定违反了《劳动法》关于工资支付的规定,因而无效;《员工手册》关于试用期的规定有效,但该单位并未有证据证明胡某不符合录用条件,因而不能解除劳动合同。最后,人民法院判决支持了胡某的诉讼请求。

【分析意见】 1. 关于劳动合同与用人单位规章制度的关系及其效力问题

用人单位的内部规章制度,是指用人单位依法制定并在本单位实施的组织劳动和进行生产经营管理的制度。用人单位的规章制度,在不同的国家和地区立法中有不同的称呼,有的称为雇佣规则,有的称为工作规则或从业规则,有的称为附加契约。

用人单位与劳动者双方签订的劳动合同应当优先于单位单方制定的内部规章制度,这是因为劳动合同是用人单位与劳动者在一定程度上进行了协商的结果,而用人单位的规章制度则是用人单位单方拟订的,不能必然地约束劳动者。

我国《劳动法》第4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。根据《劳动法》第19条第1款第5项规定:劳动合同应当

以书面形式订立，并具备劳动纪律条款。该法第 25 条第 2 项规定：劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。该法第 89 条规定：用人单位规定的劳动规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门给予警告，责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

《劳动合同法》则在第 4 条、第 38 条、第 80 条等对规章制度等问题作了规定。因此，用人单位应当依法建立和完善劳动安全卫生、劳动纪律、职工培训、休息休假以及劳动定额管理等方面的规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。制定规章制度既是用人单位的权利，又是其义务。同时，国家对用人单位制定规章制度加以干预，即用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规的规定的，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。

2001 年 4 月公布的最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第 19 条规定：用人单位根据《劳动法》第 4 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。根据这一解释，用人单位制定的规章制度作为审理劳动争议案件的依据，应同时具备主体要件、内容要件、程序要件和公示要件，共四个要件才是有效的。

可见，司法解释并没有强制规定用人单位的规章制度应当经工会、职工大会或者职工代表大会讨论通过，或者通过

平等协商作出规定。如果强制要与职工协商才能制定规章制度，则可能导致一些用人单位的规章制度无法及时通过，用人单位无法进行管理的不利结果。

2001年4月公布的最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第19条只是要求用人单位的规章制度要通过民主程序制定，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示，即可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。司法解释没有要求用人单位的哪一机构或者何种民主程序去制定规章制度，这样规定是有道理的，符合现实中的各种复杂情况，避免因一刀切的武断做法，从而损害用人单位的经营管理自主权。

但是最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》没有规定当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时的处理方法。对此，最高人民法院在《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第16条中规定：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。这就回应了现实中出现的问题，同时按照劳动者的请求来决定是适用合同约定还是用人单位的内部规章制度，这就考虑到了劳动者处于弱势地位的实际情况。

2. 本案中用人单位规章制度的违法和无效的理解

本案涉及到用人单位与劳动者约定的劳动合同效力和用人单位规章制度的效力两个问题。如果本案发生在《劳动合同法》生效后，对劳动合同约定的条款，即可按照《劳动

合同法》的规定来衡量其合法性。即该劳动合同所约定的条款不得违反法律的强行性规定，就《劳动合同法》而言，不得违反第 26 条的规定，违反则无效，具体则在此不赘述。

从本案用人单位的规章制度看显然违反了法律、法规的强制性规定，是无效的规章制度。因《劳动法》第 50 条规定，用人单位不得克扣或者无故拖欠劳动者工资。否则应当承担相应的法律责任。

我国《劳动合同法》第 30 条规定：用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。显然用人单位在规章制度中规定扣留劳动者第 1 个月的工资作为履行劳动合同的保证金的规定，明显违反了上述法律，是无效的。

【特别提示】 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，用人单位应当承担赔偿责任。

对本案中的用人单位，劳动行政部门有职权责令改正、给予警告。同时，由于用人单位已经实际按照其规章制度扣留劳动者的工资，应当说已经给劳动者造成了损害，应当按照《劳动合同法》的规定，支付劳动者损害赔偿金。

【案例 122】 江某与某外资公司因合同欠缺必备条款纠纷案。

【基本案情】 江某大学毕业后，应聘到一家外资公司工作，该公司打印好劳动合同文本后让江某签字，合同内容未约定工作岗位和劳动待遇，仅约定按照岗位级别系数和工

作难度按规章制度执行,同时约定如果因为江某自己的原因导致工伤事故,江某自己负责,公司不負責任。

刚开始几个月江某领到每月工资 3000 元,但几个月后公司安排他从事其他工作,每月工资只有 1500 元。江某认为公司做法不对,与公司交涉。公司人事管理部门负责人答复,按规章制度,调整后的工作岗位不重要,工作难度不大,所以调低工资待遇。于是江某与该公司发生纠纷。

【分析意见】 本案是因用人单位提供的劳动合同文本未载明《劳动合同法》规定的劳动合同必备条款而产生的纠纷。本案某外资公司提供的劳动合同文本显然欠缺了《劳动合同法》第 17 条规定的工作内容、劳动报酬等在内的必备条款。本案中的劳动合同欠缺《劳动法》和《劳动合同法》规定的必备条款,责任在于用人单位,这是毫无疑问的。关键的问题是如何看待该合同的效力,以及如何处理本案纷争。

笔者认为,本案劳动合同是部分条款无效的劳动合同。用人单位免除自己责任、排除劳动者权利的条款,违反了《劳动合同法》的禁止性规定,是无效的。至于双方对劳动报酬产生争议的,按照《劳动合同法》第 18 条规定:劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,引发争议的,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。

本案当事人发生争议后,如果协商不成,又没有集体合

同的规定可以适用,则应实行同工同酬,具体应参照同工种、同岗位的劳动待遇加以确定;在工作内容上,则应按照劳动者进入该单位时的就业意向,以及发生纠纷前该单位安排的工作岗位,合理确定劳动者的工作内容。如果用人单位需要单方调整劳动者的工作岗位,应与劳动者协商一致。否则,就应视为用人单位违反了双方的约定。至于劳动条件等,应执行国家劳动安全卫生的标准。

【特别提示】 用人单位应当按照《劳动合同法》的规定,在劳动合同文本中载明法定条款。同时《劳动法》、《劳动合同法》均允许用人单位和劳动者在法定条款之外协商增加约定条款。

同时,从相关法规看,如果用人单位提供的劳动合同文本载明的条款违反法律的,则需要按照《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动保障监察条例》等的规定来处理。

【案例 123】 某合资企业不按规定与劳动者签订书面劳动合同案

【基本案情】 张某于 2004 年 10 月到某合资企业工作,直到 2006 年 5 月该合资企业未与其签订书面劳动合同、未缴纳社会保险费,张某于 2006 年 6 月向某市劳动监察部门反映该合资企业未与多数职工签订书面劳动合同,要求某市劳动监察部门查处此事。

某市劳动监察大队受理此案后,对该合资企业下达了《劳动保障监察询问通知书》,并立案进行了调查处理。经查,该合资企业招用 15 名城镇失业人员和 15 名外来劳动者均未办理招用手续、未签订书面劳动合同、未缴纳社会保险

费，并且该合资企业自 2004 年 7 月成立以来未进行社会保险登记。针对该合资企业存在的问题，某市劳动监察大队依法责令其限期整改，结合该合资企业整改情况依法作出了行政处罚。

【分析意见】 《劳动法》第 16 条规定，劳动者与用人单位建立劳动关系应当订立劳动合同。《劳动合同法》第 7 条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立招工名册备查。《劳动合同法》第 10 条规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起 1 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。

本案中，该合资企业使用 30 名全日制劳动者未与他们签订书面劳动合同，显然是违法的。另外，根据 1999 年国务院《社会保险费征缴暂行条例》第 7 条的规定，缴费单位必须向当地社会保险经办机构办理社会保险登记，参加社会保险。本案中，该企业成立 1 年多未进行社会保险登记，未给职工缴纳社会保险，严重违反了上述规定，侵犯了职工的合法权益。某市劳动监察部门根据《劳动法》、《劳动保障监察条例》、《行政处罚法》等对该合资企业进行行政处罚，维护了劳动者的合法权益。

【特别提示】 如果本案发生在《劳动合同法》施行后，则用人单位承担责任就比较具体了。因为按照《劳动合同法》第 82 条的规定，用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 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

2 倍的工资。而按照《劳动合同法》第 14 条第 3 款的规定，用人单位自用工之日起满 1 年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。劳动者可以通过向劳动监察部门控告，以实现自己的权利，也可以通过申请劳动仲裁实现自己的权利。

【案例 124】 某演出公司与李某签订实习合同纠纷案。

【基本案情】 某演出公司与某传媒学院刚毕业的李某签订了为期 1 年的“实习合同”并约定在实习合同期内，演出公司提供食宿给李某，并付给李某生活补助费每月 100 元，不付给工资，李某担任演出公司海报设计和制作、网络资料收集和编写、上传等工作。李某在演出公司“实习”到第 9 个月时，演出公司以“实习期”为名解除了合同，并不作任何经济补偿。为此李某与演出公司发生了纠纷。

【分析意见】 本案涉及的是试用期、实习期、见习期、学徒期等问题。笔者认为，李某已经毕业，与演出公司建立的应当是劳动合同，双方的关系应受《劳动法》、《劳动合同法》的调整。虽然本案中使用了“实习合同”的名义，或者现实中类似情形的用人单位使用了“见习合同”、“学徒合同”、“聘用合同”等名义，但其本质应是劳动合同。因为这种关系中用人单位使用劳动力，劳动者加入用人单位成为其成员，在人格上和经济上具有从属性地位，属于劳动法律调整的劳动关系。从《劳动合同法》的相关规定看，本案合同中约定的实习期 1 年和不支付工资的约定是违法的，应当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。

【特别提示】 用人单位以“实习期”为名与劳动者只订立所谓的“实习合同”是违反《劳动合同法》的规定的。

《劳动合同法》在第19条第4款明确规定：试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

【案例 125】 口口美食品公司与员工的担保人纠纷案

【基本案情】 口口美食品公司招用谢某为其员工，因谢某的工作职责涉及收回口口美食品公司货款，因此口口美食品公司要求谢某提供深圳户口担保。谢某找来了具有深圳户口的亲友林某为其作担保，林某给原告出具了一份担保书。该担保书写明“谢与我属亲属关系，现他被贵公司聘用，我愿作出如下担保……如该同志在工作期间擅离贵公司，本人愿承担其给贵公司带来的一切经济损失，并负责偿还该同志所遗留下的债务及其他各项经济损失。”谢某成为口口美食品公司员工1年多后，口口美食品公司发现谢某收取大量现金后并未上交公司，并卷款潜逃，于是使把担保人林某告上了法院。深圳市南山区人民法院对此案作出了一审判决口口美食品公司败诉。

【分析意见】 本案中口口美食品公司作为用人单位与员工谢某之间建立的劳动关系，不是普通的民事主体之间的民事法律关系。口口美食品公司、林某及谢某之间存在的担保关系，实际上属于劳动合同中的担保关系，不能适用《民法通则》及《担保法》的规定。

《劳动部关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》规

定，用人单位不得以任何方式向劳动者收取定金、保证金（物）、抵押金（物）。《劳动合同法》第9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，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。本法，首次以劳动法律的形式明确规定了上述禁止性规范，同时在其第84条规定了用人单位违反该规定的法律责任。

在本案中，虽然林某提供保证与用人单位向劳动者收取钱物作抵押在形式上不同，但两者实质相同，在主观上违背了求职者（劳动者）的真实意愿，不是有效的法律行为，在客观后果上给劳动者就业人为地设置了条件和障碍。因此，口口美食品公司与林某之间建立的劳动合同担保关系违反了《劳动合同法》的禁止性规范，是无效的约定。

【特别提示】 目前不少用人单位在招聘一些涉及钱物保管、收取货款等职位的员工时，要求员工提供担保，以避免给用人单位带来风险。这种方式明显违反了法律的禁止性规定，是不可取的。

那么，如何避免上述案件中用人单位类似的风险呢？我们建议，涉及钱物保管、收取货款等工作时，尽量不使用现金方式，而是采取票据和银行转账等方式。对留存在银行的各种印鉴，例如公司的公章、财务章、合同章和法定代表人印章、财务人员印章，尽量由不同人员保管，明确使用制度。与银行签订协议时，尽量约定要不同的印鉴同时具备才可以支取现金。当收取货款等时，要在合同或授权委托书等文书上指定债务人将款项汇至指定的单位银行账户，不要通过员

工直接收取现金。

【案例 126】 某快递公司“暂时保存”务工人员的身
份证案

【基本案情】 某快递公司中的外地务工人员占该公司
快递人员的 70%以上。由于工作性质特殊，快递工作量大，
员工经手的货物往往价值不菲，而工作时间又长、收入不高，
这样务工人员就有一定的流失。如果员工拿了客户的東西后
不辞而别，不仅对客户的利益有损失，对快递公司的声誉和
经营也有重大影响，会导致公司赔款和陷入诉讼纠纷。于是
该公司采取“暂时保存”这些人员的身份证，意图保护公司
的利益。后来有些劳动者要离职，索要由公司“暂时保存”
的身份证时，该公司却发现已经“丢失”了部分劳动者的身
份证。于是该公司与这些劳动者发生争议。

【分析意见】 本案的纠纷因用人单位以“暂时保存”
的名义扣押劳动者的身份证等证件而引起，用人单位应当承
担全部的法律責任。这些劳动者有权向劳动行政部门投诉，
由劳动行政部门责令用人单位限期退还劳动者本人，并依法
对用人单位给予处罚。

【特别提示】 无论以何种理由，用人单位（雇主）以
何种的名义扣押劳动者的身份证等证件是违法的。本案该公
司如果确实丢失了劳动者的身份证，除了要赔偿劳动者的实
际损失外，还应赔偿劳动者因没有身份证期间寻求新工作受
到的阻滞导致的损失。

同时还要对丢失劳动者身份证期间被人利用这些劳动
者身份证，而给劳动者带来的其他损失承担赔偿责任。只有

这样,才能起到遏止用人单位违法扣押劳动者身份证的法律威慑力。

用人单位管理员工不能以违法的手段,而是可以通过采取积极的管理方法,如奖励遵守规章制度的员工,提高公司经营效益从而提高员工的各项待遇,有效利用各种激励手段等减少员工的违法违章现象,而不需要采取扣押身份证等违法手段管理员工。

【案例 127】 王某等 5 名农民工与中铁公司溪洛渡项目部事实劳动关系纠纷和行政诉讼案

【基本案情】 中铁公司在四川省雷波县境内承揽溪洛渡水电站建设对外交通公路 B 标段工程,于是该公司成立了中铁公司溪洛渡工程项目部(以下简称溪洛渡项目部)。

随后,溪洛渡项目部将承建的 B 标段中位于雷波县大河湾中桥、吊嘴子沟大桥的施工便道、场地平整及其附属工程分包给了本项目部工程第七队队长谭某,双方签订了《单项工程适工合同书》,承包方式为包工、包料、包机械,保质保量按期完成。合同同时约定:项目部根据工程进度向谭某拨付工程款,谭某的主要管理人员,技术岗位人员须持证上岗。谭队长签订合同后,聘请技术人员,雇用农民工进行施工,并雇请南溪县刘某为管理员、张某为财务兼司机。

雷波县王某带领 4 名农民工,在刘某管段名下承包桥墩打钻工作。数月后,溪洛渡项目部经验收各项工程按合同组织施工,工程质量符合建设单位要求。王某组织的桥墩打钻施工完工后,经结算刘某应付王某等 5 位农民工 9000 元工资,兼管财务工作的张某当时没有现款使以自己的名字立下

欠条“今欠王某钻孔放坡现金玖仟元整，欠款人张某。”

一段时间后，另外4名农民工向王某索要工资，王某再次找张某时，此人已离开工地去向不明，加之工程管理员刘某不在，王某只得四处借款代刘某将其他四名农民工的工资发放，并手持欠条多次找刘某讨债。由于刘某已离开工地外出，王某便直接去找溪洛渡项目部。项目部负责人表示，欠条首先要有刘某的签字确认方为有效，其次他们并不知道张某身份，只知道他为刘某开车，更不知道王某在刘某工程中进行施工。他们认为，张某写下的欠条，属其个人与王某之间的民事债权债务关系，项目部没有义务替代张某偿还债务。

农民工王某几个月追索工资毫无结果，于是向当地劳动行政部门提起投诉。当地劳动行政部门经过调查，认定溪洛渡项目部与王某存在事实劳动关系，确实存在没有与劳动者签订书面劳动合同、拖欠工资等违法行为，于是作出行政处罚：给予中铁公司向劳动者王某等5位农民工加付50%赔偿金的行政处罚，并限于收到处罚决定书后15日内将拖欠的农民工工资和加付赔偿金一并缴到雷波县社保局劳动监察部门。中铁公司不服行政处罚，提起行政诉讼。

【分析意见】 如何认定本案的用工形式？这是值得我们重点探讨的问题。

建设单位将部分工程发包给内部机构的负责人，并签订承包合同，由内部机构的负责人去雇用农民工进行施工，但不与农民工签订任何形式的劳动合同，这种用工形式在现实中大量存在。这种用工形式既不是《劳动合同法》规定的劳

务派遣,也不是用人单位直接与劳动者发生劳动关系并签订劳动合同。究竟如何认识和处理这种关系呢?

2004年5月1日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定:雇员在从事雇佣活动中致人损害的,雇主应当承担赔偿责任;雇员因故意或者重大过失致人损害的,应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的,可以向雇员追偿。前款所称从事雇佣活动,是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围,但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的,应当认定为从事雇佣活动。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条规定:雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第三人追偿。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的,不适用本条规定。

从这一司法解释可以看出,民法的雇佣关系与劳动法的劳动关系有所区别。

《劳动合同法》第94条规定:个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人

承包经营者承担连带赔偿责任。如果按照民事法律行为的相对性上分析，个人承包经营者对自己的行为负责，而发包的组织并不对个人承包经营者的行为负责。但是本条作出这样的规定是为了更大程度上保护劳动者的合法权益，避免出现本案中的情况。从国家公权力对这一民事关系的介入可以看出，这种关系已经不是完全意义上的雇佣关系，但也不是典型的劳动关系。

【特别提示】 《劳动合同法》生效后，认定本案中相关单位的责任将不再按照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》作为雇佣关系处理，该“司法解释”第11条中的：发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任的规定将不适用，而是直接适用《劳动合同法》第94条的规定，即个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任来进行处理。

但是，《劳动合同法》的上述规定只限于承包人为个人的情况，如果承包人为单位（包括合法用人单位和非法用人单位）的情况，则当承包单位与劳动者直接发生劳动关系处理；如果承包人是非法的用人单位，则当承包单位与劳动者直接发生事实劳动关系，按照《劳动合同法》第93条的规定，对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补

偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。劳动行政监察部门对用人单位违法用工、非法用人单位用工等情况，有权按照相关规定处罚。

至于本案是通过行政监察处理还是通过劳动者提起劳动仲裁处理，应由劳动者自行选择行使其权利。劳动者如果选择了通过申诉、控告要求行政监察处理，则劳动行政部门有职责按照《劳动合同法》等的规定，依法处理和作出行政处罚。如果劳动者选择了申请劳动仲裁和诉讼，则应按照劳动仲裁和诉讼的机制解决争议。

【案例 128】 某私营锡矿场与李某的“生死”劳动合同无效案。

【基本案情】 李某到某私营锡矿场采锡。该私营锡矿场与李某签订了一份劳动合同。该劳动合同约定：李某的劳动报酬按李某的实际采锡量计算，没有采到锡则不支付报酬，报酬按半年结算支付一次，李某必须遵守各项规章制度，如果发生工伤事故，锡矿场不负责。李某看到其他人都签了同样的合同，也没出事，还赚了很多钱，就在劳动合同上签了字。3个月后，锡矿场发生了塌方、透水事故，李某因事故身亡，李某采矿3个月，没有拿到一分报酬，李某的家人找锡矿场主要求支付报酬和赔偿，锡矿场主以劳动合同规定锡矿场不负事故责任以及李某没有采到锡为由拒绝支付报酬和赔偿，当事人发生争议。

【分析意见】 这是一件关于无效劳动合同的典型案列。该劳动合同包括三处无效条款：

1. “李某的劳动报酬按李某的实际采锡量计算，没有采

到锡则不支付报酬”的约定违反了按劳取酬的《劳动法》基本规定。按照《劳动法》第46条的规定，工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。只要劳动者按照用人单位的指示付出了劳动，不管其劳动结果如何，应当遵循按劳分配原则给付劳动者报酬。虽然我国《劳动合同法》的相关条文对此没有将之具体化、明确化，但按劳分配作为社会法的基本原理，是应当坚持的，或者说是《劳动法》的应有之义。

2. “李某的劳动报酬按半年结算支付一次”的约定违反了《劳动法》第50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”的规定，也违反了《工资支付暂行规定》，属于违反了法律的禁止性规范的无效内容。《劳动合同法》第30条规定：用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或未足额支付劳动报酬的，劳动者可向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。

3. “如果发生工伤事故，锡矿场不负责”的约定违反了法律、行政法规的禁止性规范，是无效的内容。根据《劳动合同法》第26条的规定，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内容无效。

【特别提示】 本案中用人单位具有过错，应当对劳动者承担赔偿责任。用人单位没有依照1994年劳动部颁发的《工伤保险条例》为劳动者缴纳工伤保险费，应当由用人单位负责支付劳动者的工伤保险待遇，并支付劳动者应当得到的劳动报酬。

作为劳动者要注意保护自己的权利,防止各种劳动合同的陷阱,不能盲目在违法的劳动合同上签字。

【案例 129】 某市邮政局因劳动者何某提出签订无固定期限劳动合同而终止劳动合同纠纷案

【基本案情】 原告何某于 1991 年 12 月 31 日起到被告某市邮政局工作,属合同制职工。1997 年 12 月 31 日,原告、被告双方签订了一份劳动合同,合同有效期为 6 年,至 2003 年 12 月 31 日止。该合同约定原告的工种为邮电工作人员,实际上原告担任的是投递员。2003 年 11 月 13 日,原告、被告经协商一致,同意续延劳动合同,双方签订了延续《劳动合同协议书》,合同期限从 2004 年 1 月 1 日起至 2004 年 3 月 31 日止。2004 年 1 月 12 日被告又发给原告一份《合同期满续订(终止)呈报表》,征求原告在 2004 年 3 月 31 日劳动合同期满后的个人意向。原告在上述《呈报表》的个人意向栏上填写“1. 续订; 2. 续订合同续订期限为 1 年”。原告于 2004 年 2 月 2 日向 xx 市 xx 区劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求与被告订立无固定期限劳动合同。2004 年 2 月 20 日,被告在上述《呈报表》上批复“终止劳动合同不再续签”。2004 年 2 月 27 日,被告发给原告《终止劳动合同通知书》,通知原告 2004 年 3 月 31 日双方劳动合同期满终止劳动合同,并于 2004 年 4 月 10 日前办理终止劳动合同手续。2004 年 4 月 9 日,XX 市 xx 区劳动争议仲裁委员会作出裁决,驳回原告的仲裁请求。原告不服裁决,遂向 xx 市 xx 区人民法院起诉。

一审法院认为:原告未能提供充分证据证明其在 2003

年11月13日签订《延续劳动合同协议书》前曾向被告提出签订无固定期限劳动合同的要求。当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人不能举证证明自己主张的，应承担举证不能的法律责任。原告现依据《劳动法》第20条“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限劳动合同”的规定，要求被告签订无固定期限劳动合同。2003年11月13日原告、被告签订的《延续劳动合同协议书》是原、被告双方平等协商的结果，是双方当事人的真实意思表示，是合法有效的。原告称其在2003年11月13日签订《延续劳动合同协议书》前曾向被告提出签订无固定期限劳动合同的要求，原告未能提供充分的证据证实。故原告的诉讼请求无事实和法律依据，不予支持，判决驳回了原告何某的诉讼请求。

【分析意见】 在近年的不少劳动争议案件中，对无固定期限劳动合同制度的理解和适用经常产生分歧。实践中对适用《劳动法》第20条的规定和最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第16条第2款的规定常存在争议。为此，《劳动合同法》对签订无固定期限劳动合同作了比较明确的规定。本案虽然发生在《劳动合同法》颁布施行前，但仍然有分析借鉴的价值。如何看待劳动争议仲裁委员会的裁决和一审法院的判决？

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16条第2款的规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，人民法院

可以视为双方存在无固定期限劳动关系，并以原劳动合同确定双方权利义务。

最高人民法院作出这一司法解释正是针对现实中用人单位不依法与劳动者签订无固定期限劳动合同，劳动者虽然从事实上曾经提出签订无固定期限劳动合同的要求，但难以取得证据的现实。从这一司法解释看，并没有要求劳动者承担提供“曾经提出签订无固定期限劳动合同要求”的证据的责任，而是只要求符合“用人单位应与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的”就直接可以推定双方之间存在无固定期限劳动关系，这一规定是合理的。

在被告出示续签合同呈报表给原告时，即表明被告实际已经同意与原告续签劳动合同。原告在劳动合同期内，在符合签订无固定期限劳动合同的条件下（已在该单位连续工作12年），向劳动争议仲裁委员会申请仲裁这一行为也可以作为其主张签订无固定期限合同的表示。此外，原告在申诉书和起诉书中，均引用了最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第16条第2款的规定。但一审法院在判决中对是否适用该司法解释未作评判，在法律适用上是欠妥当的。

《劳动法》第20条的立法宗旨是保护劳动者的就业权，避免用人单位用完劳动者的黄金年龄期后，将丧失黄金年龄期的劳动者推向社会，再招聘处于黄金年龄期的其他劳动者，同时也是为了稳定用人单位的职工队伍，避免大量的短期劳动合同劳动者人心不稳，造成劳动力供给的虚短缺。

二审法院经审理后认为：《劳动法》第20条的规定和

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16条第2款的规定，其立法宗旨是从保护劳动者利益出发，续延劳动合同的权利应由劳动者决定，在劳动者符合订立无固定期限劳动合同的条件下而用人单位拒不订立的，应视为双方之间存在无固定期限劳动合同。本案中何某在某邮政局连续工作满10年，某邮政局与何某之间符合订立无固定期限劳动合同的条件，在劳动者向劳动争议仲裁委员会提出要求与某邮政局订立无固定期限劳动合同的仲裁请求后，某邮政局在无其他正当理由的情况下终止与何某之间的劳动合同，拒不与何某签订无固定期限劳动合同的行为，有悖法律规定，不予支持。何某提出要求与某邮政局签订无固定期限劳动合同的上诉请求，符合法律规定，应予以支持。二审法院判决撤销一审法院判决，判决某邮政局在判决之日起10日内与何某签订无固定期限劳动合同。

【特别提示】 本案是因为订立无固定期限劳动合同而引发劳动争议后，用人单位借机报复劳动者、违法终止劳动合同的典型案件。按照《劳动合同法》第14条的规定，本案的情形属于用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同的情形。而依《劳动合同法》第87条规定，劳动者可以主张用人单位按照第47条的经济补偿标准支付2倍的赔偿金，也可以按照第14条的规定向用人单位提出订立无固定期限劳动合同。我们的意见是，虽然劳动者可以要求继续履行劳动合同，但是如果用人单位不愿意继续履行，最好适用《劳动合同法》第87条前半条的规范，选择由用人单位按照《劳动合同法》第47条的经济补偿标准的2倍支付赔

偿金，所谓“强扭的瓜不甜”。上述案件的事实也表明，尽管二审法院终审判决某市邮政局与劳动者何某签订无固定期限劳动合同，二审判决生效后，某邮政局也与何某签订了无固定期限劳动合同，但是该邮政局将何某的工作岗位从市区调动到郊区最偏僻、离何某居住地最远的邮政所，导致何某即使早上5点多起床上班，也经常迟到，下午下班回到家已经是晚上9点多，几个月下来，何某精神恍惚，几次收取邮费出现差错。某邮政局以何某上班迟到、早退、工作出错为由，对何某进行各种处分、扣发奖金等，并通过各种会议对何某进行批评，并以此作为对何某进行的所谓培训，然后以经过培训何某仍不能胜任工作为由，解除了与何某的无固定期限劳动合同。何某为此再次向劳动争议仲裁委员会申请了仲裁。所以我们可以看出，在法律赋予劳动者选择权的时候，劳动者应权衡利弊选择更有利于自己解决问题的途径。

【案例 130】 56 名女工状告韩资企业宝洋产业制品厂搜身侵权案。

【基本案情】 2001 年 7 月 30 日，深圳市龙岗区坑梓镇一韩资企业宝洋产业制品厂 56 名女工因被厂方怀疑偷拿原料，当着男管理人员的面，厂方女管理人员对女工强行罚站、逐一搜身，有的女工竟被脱掉或撕破裤子。在长达几十分钟的搜身过程中，厂方管理人员一直让女工们将双手反抱于脑后，致使女工四肢麻木，有的处于昏迷状态。事件发生后，厂方竟试图将女工统统辞退。2001 年 8 月 2 日，不能忍受搜身之辱的 56 名女工将宝洋产业制品厂推上被告席，要求赔礼道歉并向每位女工赔偿精神损失费 3 万元，及其他

损失 2000 元。

案件开庭后，经法庭调查和辩论，被告方承认确实对女工进行了搜身。双方对部分细节及责任方式进行了辩论，赔偿的数额问题成为当事双方争论的焦点之一。法庭辩论结束后，双方表示愿意在法庭的主持下调解。据悉，最后以被告赔礼道歉和赔偿每位女工 4000 元的调解方案结案。

【分析意见】 很多用人单位利用中国劳动力市场供求不平衡的现实，将劳动者置于不平等乃至非人对待的地位，置劳动者的合法权益于不顾。从深圳韩资厂女工被搜身案可见，劳动者的人格尊严和人身权利得不到基本的尊重和维护。

在现实生活中，能够追究此类案件违法者的刑事责任的极少；简单地道歉和赔款并不能有效制止违法行为的屡屡发生。2004 年 5 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》调整的是民法中雇佣关系的人身损害赔偿问题，也不能适用于本案劳动关系中的人身损害、非法搜查等侵权纠纷。

因此，《劳动合同法》再次规定了用人单位上述违法行为的法律责任。同时规定，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。用人单位应当按照《劳动合同法》第 47 条规定的标准向劳动者支付经济补偿。

【特别提示】 《劳动合同法》完善了对用人单位严重

违法行为的民事责任承担规定，弥补了《劳动法》对于用人单位严重违法情况下，劳动者单方立即解除劳动合同，用人单位应否给予劳动者补偿的法律漏洞。这体现了《劳动合同法》对司法解释中合理规定的吸收。《劳动合同法》颁布实施后，劳动者对用人单位的严重违法行为不仅有立即单方提出解除权，而且有权要求用人单位按照《劳动合同法》第47条规定的标准支付经济补偿。

同时《刑法修正案（六）》对用人单位的严重违法行为的刑事责任，也严格化、明确化、具体化了，使得追究违法者的刑事责任有法可依。

【案例 131】 郭某讨薪被老板打断一只胳膊案。

【基本案例】 2001年5月，郭某外出打工。遇上了福清XX镇XX壳灰厂的老板张某，张某承诺到其开办的工厂里干活，可按劳取酬，但走前要先将一车壳灰卸完。郭将一车壳灰卸完后，就跟着这位张老板回到壳灰厂，但张某还无意付钱，只是叫郭某接着干活。这一天，郭某起码工作了10个小时以上。第二天凌晨3时，他被叫醒上班，干的还是装运壳灰的重活，而第二天则装卸了5吨车位的一车壳灰。同年5月30日晚8时左右，去意已定的郭某下班后找老板张某要这几天的工钱。张某以郭某才干几天活，而且吃住都在厂里为由拒绝了他的要求，二人因此发生争执。

蛮横的张某见郭某敢顶撞自己，便和他的雇工梁某各操起地上的长约70公分、宽约8公分、厚约1公分的木板，恶狠狠地朝郭某身上猛打，直到把郭某的左手臂打折。

第二天上午，张某怕郭某报警，谎称要送他去另一工地

打工，将郭某运载到福厦路渔溪镇路段后，将其抛至路边。

2001年6月4日，涉案的两名犯罪嫌疑人被抓获归案。法医对郭某的伤势作出鉴定：郭某伤势为轻伤。按照我国《刑法》规定，故意伤害他人身体的应依法追究刑事责任。2001年6月6日，涉案嫌疑人张某、梁某被福清市公安局依法刑事拘留。

【分析意见】我国《劳动法》第50条规定，不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，或拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬等侵害劳动者合法权益的，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。侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的，由公安机关对责任人员处以15日以下拘留、罚款或者警告；构成犯罪的，对责任人员依法追究刑事责任。

《劳动合同法》第85条规定，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报酬的，劳动行政部门责令其限期支付；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额50%以上100%以下的标准向劳动者加付赔偿金。第88条还规定了侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

1995年1月1日起劳动部颁布施行的《工资支付暂行规定》第7条规定：工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付。工资至少每月支付一次，实行周、日、小时工资制的可

按周、日、小时支付工资。该规定第8条规定：对完成一次性临时劳动或某项具体工作的劳动者，用人单位应按有关协议或合同规定在其完成劳动任务后即支付工资。该《规定》第9条规定：劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资。本案中的用人单位（雇主）使用郭某完成的工作既有临时性的，也有非临时性的，而且没有与劳动者签订书面劳动合同明确约定工资支付的数额和期限，在劳动者提出离职和给付工资的要求时，用人单位应当按照同类工作给付郭某工资。而用人单位老板张某非但不给付工资，还殴打郭某致伤，是严重的违法行为，构成犯罪，应当负刑事责任。

【特别提示】 本案反映了现实中的一些严重侵害劳动者权利的现象，一些用人单位不但不给付劳动者工资报酬，还采取殴打、侮辱、非法限制劳动者人身自由等手段强迫劳动者劳动，严重侵害了劳动者的合法权利。作为劳动监察部门应当对这类违法用工的用人单位（雇主）加强处罚。作为劳动者，应当加强劳动法律意识，外出求职劳动时，尽量到正规合法的用人单位工作。面对强势的用人单位（雇主），避免与之正面冲突，以防人身伤害。另外，劳动者可以寻求劳动行政监察部门、工会等的支持，并要尽量保存一些有利于证明劳动关系发生以及拖欠工资等的证据。

补充说明：《劳动法》第32条规定：用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同。但是该法并没有规定在此种情形下劳动者是否有权要求用人单位给予经济补偿作出

规定，这是明显的立法漏洞。为此，最高人民法院在 2001 年颁布了《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第 15 条中对此作了弥补，即用人单位有下列情形之一，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：（1）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；（2）未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；（3）克扣或者无故拖欠劳动者工资的；（4）拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的；（5）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

【案例 132】 某运输公司因不给何某发放终止劳动关系证明书等引发纠纷案

【基本案情】 何某于 1983 年到某运输公司下属的汽车站任临时工，双方未订立劳动合同。1989 年 11 月，何某向运输公司交纳风险抵押金人民币 500 元。1995 年 6 月，运输公司单位转制，实行承包经营，何某承租了宣城至铜陵客运班线。1998 年 3 月，何某与童某共同承租了运输公司宣城至石狮客运班线。

1996 年 6 月，运输公司经职代会讨论通过在本单位推行劳动合同制，要求所有在册职工、公司批准使用的企业临时工都必须与本企业依法签订劳动合同。何某未与运输公司签订劳动合同。同月，运输公司对在职职工依照有关规定办理养老保险手续。运输公司在统计应参加养老保险人员名单时，因何某未与其订立劳动合同，故未将何某列入。1998 年 12 月 25 日，运输公司下发了《关于清退临时用工人员的

通知》，规定凡未与公司签订劳动合同并未办养老保险的各类临时工，自1999年1月1日起一律清退，退还本人风险抵押金，与企业终止劳动关系。但何某未被列入清退名单之中，运输公司也未退还何某风险保证金。

2001年11月何某到运输公司询问时公司告知何某已被公司清退，何某即向该城市劳动仲裁委员会申请仲裁。劳动仲裁委员会裁决：确认何某系运输公司单位职工，运输公司在裁决生效后7日内到宣城市社会保险事业管理机构和宣城市就业管理中心为何某缴纳养老保险费和失业保险费。运输公司对仲裁不服，向法院提起诉讼，请求确认运输公司与何某之间无劳动关系，运输公司没有为何某缴纳养老保险、失业保险费的义务。

【分析意见】何某自1983年起就在运输公司下属机构做临时工，工作期限长，且交纳了风险金，与运输公司之间形成了劳动关系。何某虽然在运输公司推行全员劳动合同制时未与运输公司签订劳动合同，但仍一直在运输公司企业内工作，并未被清退，即使运输公司决定与何某终止劳动关系或清退何某，运输公司也应依法向何某下发终止劳动关系证明书和清退决定书等法定书面材料，而运输公司没有履行该项义务，应视为运输公司、何某之间的劳动关系继续存在。运输公司、何某之间劳动关系存续期间，运输公司负有法定义务为何某办理社会养老保险和失业保险。

【特别提示】本案是一起用人单位单方终止与劳动者劳动关系的劳动争议纠纷案件。本案被告是临时工，工作期限较长，虽未与原告签订书面劳动合同，但已形成了劳动关

系。原告单方终止与被告的劳动关系，显然于法相悖。随着我国劳动用工制度的不断深入，用人单位应当严格按照劳动法律法规的规定，与劳动者签订劳动合同。劳动合同的终止、解除时，用人单位应当出具终止、解除劳动合同的证明书，用人单位单方解除劳动关系、清退、辞退劳动者亦应当制作证明书或者决定书，作为劳动者享受失业保险待遇、失业登记、求职登记的凭证。用人单位与劳动者即使未签订劳动合同，只要形成了事实劳动关系，劳动者仍享有劳动法律法规规定的权利。

应当承认，《劳动合同法》之前的法律、法规、规章对用人单位解除劳动关系、清退、辞退劳动者亦应当制作证明书或者决定书是有系统明确的规定。其中，1995年1月1日起施行的劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》只是提到企业裁员时，由用人单位正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金，并出具裁减人员证明书。

《劳动合同法》颁布施行以后，要按照该法第50条的规定处理类似案件的纠纷。同时该法的规定也提醒用人单位，如果不按规定出具证明和办理手续，将会承担不利的法律后果和责任。

【案例 133】 金叠公司与廖某竞业限制案

【基本案情】 2006年3月20日，深圳市劳动仲裁院对金叠公司职员廖某跳槽到竞争对手永宜公司一案作出仲裁裁决：廖某继续履行保密与竞业限制义务，离职后1年内不得在永宜公司及其他与金叠公司存在商业竞争关系的用

人单位工作；廖某向金叠公司支付违约金 39960 元。

廖某不服仲裁裁决，向深圳市南山区法院起诉。

廖某认为，根据有关法律，当劳动合同结束或终止，并不意味着竞业限制条款就会生效，用人单位是否按照法定标准支付竞业限制补偿金，才是竞业限制条款生效的前提。但金叠公司并未在双方合同终止后，付给自己竞业限制补偿金，因此，竞业限制条款不具备法律效力。

金叠公司认为，廖某违反了公司《保密及竞业限制协议》中“未经甲方事先书面同意，乙方不得在离职后 1 年内，在与甲方存在商业竞争关系或者其他利害关系的用人单位任职，或者自己生产、经营与甲方有竞争关系的同类产品或业务”的条款，要求廖某离开永宜公司，并赔偿 10 万元人民币。法院查明，廖某曾担任金叠公司西南区总经理、成都分公司总经理，2005 年 9 月 30 日，廖某离开金叠公司 2 个月后加盟金叠公司的竞争对手永宜公司。

深圳市南山区法院于 2006 年 12 月对“廖某竞业限制案”作出维持原劳动仲裁结果的判决。深圳市南山区法院认为，廖某与金叠公司签订的保密及竞业限制协议合法、有效，双方均应严格履行。廖某的行为违反了保密及竞业限制的规定，应当承担法律责任。法院判决廖某继续履行保密及竞业限制义务，离职后 1 年内不得在永宜公司及其他与被告存在商业竞争关系的用人单位工作，并应支付违约金 39960 元。

在判决后没有接到廖某的上诉状，意味着金叠公司在与前员工廖某长达 2 年的纠纷案中胜诉。

【分析意见】 本案发生在《劳动合同法》颁布施行前。

根据《劳动法》第 22 条规定：劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。但是对约定保守秘密的时间和保守秘密的范围，以及能否在与原用人单位终止或解除劳动合同后，即到与原用人单位相竞争的行业工作等，均没有具体规定。

但是在一些其他法律中对相关人员的竞业限制作了规定，如 2001 年国务院修订的《中外合资经营企业法实施条例》第 37 条第 4 款规定：总经理或者副总经理不得兼任其他经济组织的总经理或者副总经理，不得参与其他经济组织对本企业的商业竞争。

《公司法》第 149 条第 1 款第（4）项规定的违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易和第（5）项规定的未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务的，即属于竞业限制之范围。

正是出于对遏制高层劳动者（商业使用人）危害雇主利益的行为以及对雇主经营交易安全保护的考虑，对包括董事、经理、监事在内的高层劳动者的竞业限制义务原则上都是法定的具有强制性。但是，当满足了某些法定的免除条件时，前述人员的某些竞业限制义务也可以免除。如，我国台湾地区“公司法”第 209 条第（1）项规定：董事为自己或他人为属于公司营业范围内之行为，应对股东会说明其行为之重要内容并取得其许可，即属竞业限制之例外。

约定竞业限制是指义务主体承担竞业限制义务源于双

方的约定。这种约定一般是通过双方签订竞业限制协议或者在劳动合同中约定竞业限制条款表现出来的。由于法定竞业限制仅是对董事、经理等高层管理者在职期间的一种限制，而对于董事、经理等高层管理者离职后以及其他因其专业职务原因掌握雇主商业秘密的劳动者在职期间及离职后，法律没有规定其竞业限制义务。为此，不少雇主通过与其签订竞业限制协议予以实现。竞业限制协议是合同的一种，由于它所限制的是劳动者的自由择业权，故它与一般的合同有本质上的不同。约定竞业限制在现实生活中最容易产生劳动纠纷，也是我国原来成文法律之漏洞。

在《劳动合同法》颁布实施前，我国有关竞业限制劳动者范围的具体规定主要是 1997 年国家科委颁布的《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》第 6 条的规定：企事业单位可以按照有关法律规定，与本单位的科技人员、行政管理人员，以及因业务上可能知悉技术秘密的人员或业务相关人员，签订技术保密协议。是比较明确地规定竞业限制的劳动者主体的规章。而 1996 年劳动部颁布的《关于企业职工流动若干问题的通知》只是规定：用人单位与掌握商业秘密的职工在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或该职工提出解除劳动合同后的一定时间内（不超过 6 个月），调整其工作岗位，变更劳动合同中相关内容；用人单位也可规定掌握商业秘密的职工在终止或解除劳动合同后的一定期限内（不超过 3 年），不得到生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类

产品或经营同类业务,但用人单位应当给予该职工一定数额的经济补偿。这一规章对竞业限制的劳动者范围比较笼统,该规章称为“掌握商业秘密的职工”但掌握商业秘密的职工与竞业限制的劳动者范围是否相同,仅以此规章仍不能准确判断。

于是《劳动合同法》第 23 条和第 24 条对竞业限制和保守商业秘密和与知识产权相关的事项的问题作了较为具体的规定,同时规定了违反保守商业秘密和竞业限制义务的法律责任。

【特别提示】 尽管保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的事项是每一个劳动者的职责,但是《劳动合同法》上的竞业限制所要保护的不仅是雇主的商业秘密和与知识产权相关利益,更要保护劳动者的就业权,避免雇主以不公平的竞业限制约定限制乃至排除劳动者的就业权,这一立法本意与商法上的竞业限制的侧重点是不同的。

用人单位仅应当与接触、知悉、掌握商业秘密和与知识产权相关保密事项的劳动者签订竞业限制协议,通常包括经理、董事等高级管理人员、关键岗位的技术人员、市场营销人员等,而不是普通劳动者。同时在确定签约人员时还要考虑该劳动者接触到的商业秘密和与知识产权相关的保密事项有多少,以及其竞业行为能否给雇主经营活动造成实质的不利影响。如《瑞士债法》第 340 条之规定“有行为能力之劳动者得与雇主以书面约定,劳动契约关系消灭后不为竞争行为,尤其不得自营或受雇于与雇主相同之营业。”竞业限制以劳动关系中,劳动者获有顾客来源或者制造、营业机密,

而此等知识之运用对原雇主可能造成重大损害者为限。

高层劳动者往往掌握着用人单位大量的商业秘密和与知识产权相关保密事项乃至具有核心竞争力的信息，能够轻易地利用前述商业秘密和与知识产权相关保密事项来换取巨大的个人利益，从而严重影响雇主的经营利益。因此，商法上的忠实义务要求他们必须在不损害雇主利益的前提下追求个人利益的最大化，禁止他们从事与所在雇主相竞争的业务，遏止他们损害雇主利益行为的发生，赋予他们竞业限制义务由此显得非常必要。

除高层管理者外，其他因专业职务的原因掌握商业秘密和与知识产权相关保密事项的劳动者如关键岗位的技术人员、市场营销人员等因其特定的职务原因，具有利用雇主商业秘密和与知识产权相关保密事项的便利，同样可能利用所掌握的知识产权相关事项或商业秘密为自己或他人谋取非法利益，从而做出有损雇主利益的行为，应成为竞业限制的主体，但对此类人员的竞业限制应更加严格界定范围。

同时，用人单位必须按照《劳动合同法》的规定，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。否则将直接导致竞业限制约定无效。例如上述案例，在《劳动合同法》实施后，因为没有在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿，有关竞业限制的约定将不能约束劳动者或者说是无效的条款。

【案例 134】 某精工科技公司招用尚未与某机械研究所解除、终止劳动合同的刘某案。

【基本案情】 2005年8月20日，刘某与某机械研究

所签订了含有竞业限制等条款的 5 年劳动合同。由于机械研究所与精工科技公司业务关联密切, 刘某的研发能力受到精工科技公司的赏识。精工科技公司提出, 如果刘某离职到精工科技公司工作, 将给刘某丰厚待遇等等。2006 年 5 月 20 日, 刘某在未提出与机械研究所解除劳动合同的情况下, 在离职 1 个月后, 即到精工科技公司工作。机械研究所于 2006 年 7 月 20 日向某劳动争议仲裁委员会申诉, 将刘某和精工科技公司作为共同被诉人请求赔偿机械研究所经济损失 20 万元。劳动争议仲裁委员会审理后认为, 精工科技公司与刘某签订的劳动合同无效; 精工科技公司聘用尚未解除劳动合同的刘某, 对机械研究所造成 10 万元的损失负连带赔偿责任。

【分析意见】这是一起因用人单位聘用尚未解除劳动合同的劳动者发生的劳动争议案件。本案中精工科技公司在与刘某签订劳动合同时, 明知刘某与原用人单位没有解除劳动合同, 故意违反《劳动法》第 99 条的规定。由此产生的法律责任, 应依据我国《劳动法》及《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的规定, 后一用人单位招用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, 后一用人单位应当承担连带责任。

所以, 原用人单位申请劳动争议仲裁和提起诉讼时, 有权将劳动者和后一用人单位列为共同被告, 精工科技公司和刘某应向原用人单位承担连带赔偿责任。

【特别提示】用人单位为避免此种法律责任风险, 在

与劳动者签订劳动合同时，对劳动者是否已经与原用人单位解除劳动关系要加以审查，以免承担连带赔偿责任。劳动者也应注意，应在与原用人单位依法解除劳动合同以后才能与其他用人单位签订劳动合同，同时不能违反竞业限制或保守商业秘密的“后合同义务”。

这里有两个问题需要讨论：

1. 新用人单位承担责任的主观条件是故意还是过失？按照我们的理解，对新用人单位承担责任的主观要件应以故意为限，不能以过失作为其承担责任的主观要件，避免因过分苛责新用人单位，而抑制新用人单位吸纳劳动者的积极性。

2. 如果前一用人单位没有与劳动者签订书面劳动合同，而只是口头的劳动合同（非全日制用工）或者是事实劳动关系，劳动者是否需要与前一用人单位办理解除或终止劳动关系的手续后，才能与新用人单位建立劳动关系和签订书面劳动合同？笔者认为，在这类情况下，劳动者有权立即到新用人单位工作，不需与原用人单位办理解除或终止劳动关系的手续，作为新用人单位和劳动者不存在对原用人单位承担责任的问题，也不存在劳动者的“后合同义务”问题。但是如果劳动者提出要求原用人单位办理解除或终止相关手续和出具证明等，原用人单位应当依法提供和出具。这样的理解和处理，有利于督促用人单位与劳动者签订书面劳动合同，这从另一个方面说明用人单位与劳动者签订书面劳动合同，不仅仅是保护劳动者的权利，而且有利于保护用人单位的合法利益。

【案例 135】 余某与某洋快餐公司劳务派遣纠纷案。

【基本案情】 余某自 1996 年 5 月通过招聘进入某洋快餐公司任送餐司机。2006 年 10 月，余某因一次送餐中发生交通事故被洋快餐公司辞退。被辞退后，余某想要回自己工作 10 年欠发的工资及经济补偿金 3 万余元并要求洋快餐公司为自己缴纳社会保险金，却被洋快餐公司告知自己根本不是该企业的员工，而是被某劳务派遣公司派遣到洋快餐公司的派遣员工，洋快餐公司与余某之间并不存在事实劳动关系，如果余某认为存在劳动争议应当找劳务派遣公司解决。为此，余某向某劳动争议仲裁委员会申诉。

【分析意见】 本案实际上属于在劳务派遣中，应由谁来履行用人单位义务的问题？由于本案发生在《劳动合同法》颁布之前，对劳务派遣的法律规制仍然不健全，为便于理解《劳动合同法》的相关条文，笔者从《劳动合同法》的角度对本案进行简单分析。

1. 劳务派遣中法律关系分析。

根据《劳动合同法》的规定，劳务派遣是指劳务派遣单位根据用工单位要求通过招聘到合格人员，并由劳务派遣单位派送到用工单位。劳务派遣中有三种法律关系：（1）实际用工单位与劳务派遣单位之间的平等民事关系；（2）劳务派遣单位与劳动者之间的劳动关系；（3）实际用工单位与劳动者之间的实际用工关系。

2. 劳务派遣中用人单位的确定。

根据《劳动合同法》第 58 条的规定，劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳

劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同,除应当载明本法第 17 条规定的事项外,还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。从本条的规定中可以看出,在劳务派遣中履行用人单位义务的是劳动派遣单位而不是实际用工单位。

因此,在本案中,该洋快餐公司的主张是正确的,可以得到支持,余某应当请求派遣单位承担赔偿责任。

【特别提示】 采用劳务派遣用工的注意事项:

1. 实际用工单位要选择合法设立的劳务派遣单位,不能与非法的劳务派遣单位签订劳务派遣合同;

2. 劳务派遣单位应依法向实际用工单位推荐派遣合格劳动者,不能派遣没有达到法定劳动年龄和已经退休的劳动者,也不能派遣不符合实际用工单位要求的劳动者,否则应依用工单位与劳务派遣单位的约定承担违约责任;

3. 实际用工单位与劳务派遣单位签订的劳务派遣合同,合同各条款要合法,并尽量详细,避免在发生争议后难以区分责任;

【案例 136】 蒋某在被吊销营业执照的木制品厂工作发生人身伤害案。

【基本案情】 蒋某在曾某投资开办的木制品厂工作,2005年2月25日蒋某在制作木线时被电动木锯切到右手,造成拇指断裂,送住院治疗出院。蒋某到劳动行政部门要求处理劳动行政部门口头答复:因木制品厂无营业执照,按雇佣关系处理,应向人民法院起诉。2005年6月20日,蒋某向人民法院提起诉讼,要求曾某按雇佣关系给付损失和支

付各项医疗费等人民币 2 万元,并申请人民法院委托鉴定机构给予伤残等级评定,待鉴定结果确定后追加伤残赔偿金等。经查实,曾某的木制品厂前身为集体企业,2002 年被吊销营业执照,经曾某自己投资改造后继续生产。

【分析意见】 本案是否属于《劳动法》调整,是一个争议焦点。如果本案在《劳动合同法》施行后发生则涉及是否适用《劳动合同法》的问题。

一种观点认为,蒋某与曾某的木制品厂形成事实劳动关系,本案是非法用工单位与劳动者之间的工伤保险纠纷,应按照国家《工伤保险条例》的规定,适用劳动和社会保障部于 2003 年颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》,由劳动行政部门进行工伤认定,该争议按照劳动争议处理机制依法处理。

另一种观点认为,由于本案实质上是曾某个人的生产经营,因无营业执照,不符合《劳动法》规定的企业用工主体资格,蒋某与曾某不能形成劳动关系,双方形成的是雇佣关系,蒋某以雇佣关系向人民法院起诉,人民法院应当依法受理,适用《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 11 条关于雇佣关系的规定处理。

我们认为,按照以往的做法,确实是将是否具有合法的劳动用工权,作为区分劳动关系和雇佣关系的标准。在劳动关系中,强调用人单位具有合法的劳动用工权。就企业而言,企业经过工商部门核准登记才可认为拥有合法的劳动用工权。即使企业与劳动者双方未签订书面劳动合同,只要双方实际履行了劳动权利和义务,即视为形成了事实劳动关系,

而非雇佣关系。因此，第一种观点是正确的。

从国务院《工伤保险条例》、劳动和社会保障部于 2003 年颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》看，已经将非法用人单位与劳动者发生的关系纳入劳动法律调整。

《劳动合同法》的规定可以明晰地看出，只要用人单位与劳动者形成事实劳动权利义务关系，即受《劳动合同法》的调整，而不要求用人单位是合法单位。这点可以从《劳动合同法》第 93 条的规定中看出，即对不具备合法经营资格的用人单位的违法行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿金、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。由此看出，非法用人单位（无营业执照经营的单位）与劳动者发生的关系实际上是按照劳动合同关系处理的。还有一个问题是，由哪一个部门负责处理无营业执照经营的单位呢？我们认为，工商行政机关应对涉及经营的事项进行处理，而涉及使用劳动者的问题则应由劳动行政部门负责处理。

在本案中，曾某以木制品厂名义从事经营活动，既无营业执照也未进行依法登记备案，以营利为目的，长期用工，且具有一定规模，符合企业特征。蒋某在曾某的木制品厂工作，按月领取工资报酬，与曾某的木制品厂已经形成了事实劳动关系。因此，应当认定曾某的木制品厂为非法用工的主体。劳动和社会保障部 2003 年颁布的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第 2 条规定：非法用工单位伤亡人员，是指在无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依

法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。非法用工单位必须依照本办法的规定向伤残职工或者死亡职工的直系亲属、伤残童工或者童工的直系亲属给予一次性赔偿。由此也可以推断，非法用工单位与劳动者的关系实际上适用劳动法律来处理，非法用工单位的劳动者的待遇水平与其在合法用工单位不应有悬殊。

【案例 137】 某酒家与陈某等劳动争议纠纷案。

【基本案情】 某酒家是工商行政管理局登记的企业法人。2003年4月8日，该酒家与胡某、谢某签订承包合同，约定从2003年4月9日起至2004年4月9日止，由胡某、谢某承包该酒家。之后胡某、谢某在承包期间，招聘了陈某等25人作为该酒家员工，双方未签订劳动合同。2003年4月至2003年5月期间，该酒家共拖欠陈某两个月工资，合计2500元。2003年6月，陈某等向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求该酒家向其支付2500元，仲裁委员会裁决支持陈某的请求，该酒家不服裁决，遂起争讼。

人民法院经审理认为：陈某受胡某、谢某的聘请在该酒家工作，虽然未签订劳动合同，但已形成事实上的劳动合同关系，故胡某、谢某作为承包者应当向陈某支付未结清的工资，而该酒家作为发包方，虽然与胡某、诸某签订了承包协议，但对外仍以该酒家的名义进行民事行为，而陈某的服务对象仍是该酒家。该酒家与胡某、谢某承包协议的内容对陈某没有法律约束力。本案中拖欠陈某的工资有胡某签名确认，胡某、谢某对拖欠陈某的工资承担清偿责任；而该酒家

作为发包方，应对胡某、谢某承担的上述责任承担补充清偿责任。该酒家的主张没有事实和法律依据，不予支持。胡某、谢某经人民法院合法传唤，无正当理由拒不到庭，依法可作缺席判决。人民法院判决：胡某、谢某于判决发生法律效力之日起 10 日内向陈某支付工资 2500 元；该酒家对胡某、谢某承担的上述责任承担补充清偿责任。

【分析意见】 本案系劳动争议纠纷案件。本案的关键问题在于陈某与胡某、谢某承包经营的某酒家是否已形成了事实上的劳动关系。从双方当事人所提交的证据看，陈某列举了由胡某签名确认的该酒家 2003 年 4 月份和 5 月份的工资表，而胡某作为该酒家的承包人在上述工资表上签名的行为是代表该酒家的行为，故陈某所举证的上述工资表足以证明其在胡某和谢某承包期间与陈某形成事实上的劳动关系。虽然该酒家所举出的其 2003 年 4-5 月份工资表上没有陈某等人工资额情况，但是其并没有否认陈某所举证的工资表上胡某签名的真实性，也没有证据证明陈某所举证的工资表是不真实的。因此，该酒家主张其与陈某不存在事实上的劳动关系没有法律依据，法院不予支持。

关于该酒家所承担的责任形式的问题，虽然该酒家已由胡某、谢某承包，但该酒家的所有权并没有发生改变，其对外仍以该酒家的名义进行民事行为。故在胡某、谢某承包该酒家期间与陈某所发生的事实上的劳动关系中，其用人单位一方仍然为该酒家。由于本案中拖欠陈某 2003 年 4-5 月份工资情况发生于胡某、谢某承包经营期间，故胡某、谢某作为该酒家的承包人是直接的责任人，应当对所拖欠的陈某的

工资承担直接的清偿责任,而该酒家应当对上述债务承担补充清偿责任。

【特别提示】 本案涉及发包方(人)和承包方(人)对所招用(聘用、雇佣)的劳动者应当承担何种形式的责任的问题。在《劳动合同法》未颁布之前《劳动法》对此没有规定。本案一审、二审法院根据民法的基本原理,判决承包人在承包经营期间对所拖欠的劳动者的工资承担直接的清偿责任,发包人对仍使用其名义进行经营而产生的债务(所拖欠的劳动者的工资)承担补充清偿责任,是符合法律、法规的规定的。

《劳动合同法》颁布后对此作出了明文规定,个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。按照这一规定,上述案件中的个人承包者违反《劳动合同法》,没有依法给付劳动者工资等待遇,应属于违反《劳动合同法》给劳动者造成了损害的情形,发包的组织承担的不是补充清偿责任,而应是连带赔偿责任。这对发包的组织规定是比较严格的责任,立法上的意旨是希望通过严格发包人和承包人的责任,遏制个人承包招工的现象,以免劳动者受到损害后,无法找到承担责任的主体。

【案例 138】 汤某诉某县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案。

【基本案情】 原告汤某以被告安徽省某县劳动局不履行保护人身权、财产权的法定职责为由,向某县人民法院提起行政诉讼。

原告诉称：原告向某县劳动局递交书面申请，请求劳动局履行保护劳动者合法权益的法定职责，要求劳动局给予答复。但是，两个多月过去了，劳动局对原告的申请不予答复，故请求责令劳动局履行其法定职责。

被告辩称：被告已将原告的应用作为人民来信转交某县物资局处理，依法履行了自己的法定职责。原告的起诉不能成立。

法院经审理查明：原告汤某写了一份反映其所在的工作单位——某县建材公司有违反劳动法律、法规、滥用职权，停发及乱扣其经济收入，要求某县劳动局依法调查处理的申请，于1996年1月1日寄交某县劳动局。1996年1月4日，某县劳动局局长管某在此信上批示：将此文转交物资局处理。事后，既未对申请信中所反映的问题进行监督检查，也未给汤某本人作出答复。

上述事实，有双方当事人的陈述以及书证证明，事实清楚，证据确实、充分，足以认定。

法院经过审理，根据查明的事实和证据，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第54条第（3）项的规定，于1996年4月23日判决：责成被告某县劳动局依法对某县建材公司遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查，并在2个月内向原告汤某本人作出书面答复。

【分析意见】本案是典型的劳动行政部门行政不作为，不履行法定职责致使当事人的合法权益没有得到及时保护，本案发生之时，《劳动法》也是刚刚开始实施，其中只是对劳动行政部门履行法定职责的程序和在行政执法过程中享

有的权利进行了规定,但是对于劳动行政部门或者行政主管部门及其工作人员行政不作为的法律责任并没有作出规定。

根据《劳动合同法》第 79 条的规定,任何组织或者个人对违反本法的行为都有权举报,县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理,并对举报有功人员给予奖励。本案中,县劳动局在收到检举信后并没有进行查处,而是“转交由物资局处理”这属于互相推诿的事件。根据《劳动合同法》第 74 条规定,县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查:(1)用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况;(2)用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况,(3)劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况;(4)用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况;(5)用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况;(6)用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况;(7)法律、法规规定的其他劳动监察事项。而本案中汤某所举报的属于第 4 条第(5)项的规定,因此,该劳动局属于不履行法律职责的情况。

按照《劳动合同法》第 95 条的规定,视该县劳动局违法情况的严重程度,可以承担民事赔偿责任、行政责任乃至刑事责任。

第八部分 附则

【案例 139】 江通建筑公司以虚假的非全日制用工形式招用张某等数十名劳动者不签订劳动合同纠纷案。

【基本案情】 江通建筑公司招用张某等数十名来自农村的劳动者后，虽然实际是全日性地使用这些劳动者，但该公司为了规避法律，与这些劳动者口头约定招用他们为非全日制员工，不与他们签订书面劳动合同。而这些劳动者在建筑工地上每天劳动时间常常超过 12 小时，显然不符合非全日制用工的法律规定。这些劳动者在该公司的建筑工地劳动数月后，因没有领取到该公司口头承诺的足额工资，于是与该公司发生纠纷。这些劳动者派出代表向劳动行政部门投诉，要求劳动行政部门履行劳动监察职责。

【分析意见】 目前，有的用人单位存在故意不与劳动者订立书面劳动合同的不规范行为，使得劳动者权益很容易受到侵害，不利于稳定劳动用工关系，而且在发生纠纷时无据可依。

为此《劳动合同法》第 82 条规定，用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 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 2 倍的工资。对本案有以下几点需要阐明：

1. 如何理解自用工之日起超过 1 个月？现实中有些用人单位在用工前与劳动者签订劳动合同，有些是在实际使用后才与劳动者签订劳动合同，有些是在招用的同时与劳动者

签订劳动合同，因此只要是用人单位实际使用劳动者之日起，就应作为起算时间点。《劳动合同法》施行前，如果这些用人单位没有与劳动者签订劳动合同，则从《劳动合同法》施行之日起 1 个月内订立。

2. 如何处理一些用人单位利用非全日制用工不签书面劳动合同的规定以逃避法律责任呢？我们的意见是对非全日制用工的单位应实行备案和申报制度加以监督，以遏制这种情形的产生。

3. 对于应当向劳动者每月支付 2 倍的工资如何实现的问题：是通过劳动监察的方式来实现？还是需要劳动者通过劳动仲裁和诉讼、执行的方式来实现呢？我们的意见是其实现方式可以由劳动者选择行使，如果劳动者选择了通过举报、控告要求劳动行政部门进行劳动监察的，劳动行政部门应履行其职责。

【特别提示】 《劳动合同法》明确加强了用人单位不与劳动者签订书面劳动合同的法律责任，通过用人单位违法不签订书面合同的成本应当向劳动者每月支付 2 倍的工资，以加大用人单位违法的代价，达到减少不签订书面合同之现实弊病。但是，由于《劳动合同法》允许非全日制用工可以不签订书面劳动合同，可能会被一些用人单位逃避法律责任找到借口。所以建议对非全日制用工的单位实行备案和申报制度，这可能是一个解决问题的办法。

同时，对可能利用新旧法衔接的时机规避新法约束的行为如何应对，是一个值得研究的问题。