



## 玺名法律通讯

（劳动法版）

- 2015 年 01 期（总第 1 期）

### 目录

#### ■ 最新法规和司法解释 Laws & Regulations Update

【02】《中华人民共和国劳动合同法》学习概要

【27】《劳务派遣暂行规定》

【31】《关于审理工伤行政案件若干问题的规定》

#### ■ 学者观点 Media Selection

【34】竞业禁止协议与商业秘密保护法律问题研究

【39】未签劳动合同双倍工资时间权限法律分析

#### ■ 案例分析 Case Study

【42】飞行员离职被判赔首航 140 万元培训费，二审维持原判

【43】公司降低社保缴纳标准，女经理起诉获经济补偿

## 《劳动合同法》学习概要

### 第一章 总则

第一条 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，制定本法。

【学习概要】本条规定了《劳动合同法》的立法宗旨。

本法立法宗旨有以下三方面：一是完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务；二是保护劳动者的合法权益；三是构建和发展和谐稳定的劳动关系。

【立法追溯】1986 年国务院发布的《国营企业实行劳动合同制暂行规定》开始打破劳动用工制度上的“铁饭碗”。1994 年《劳动法》的实行，确定了劳动合同制度是法定的用工制度。2008 年 1 月 1 日实施的《劳动合同法》，主要是规范劳动合同的订立、履行、变更、解除或者终止行为，明确劳动合同当事人的权利和义务，促进和谐稳定的劳动关系的建立，预防和减少劳动争议的发生。

第二条 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下简称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

【学习概要】本条规定了《劳动合同法》的适用范围。

1. 《劳动法》及 1995 年劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》明确了劳动法的适用范围。一是公务员和参照公务员管理的人员，按照公务员进行管理；二是工人，按照劳动法进行管理。《劳动合同法》在原范围基础上，扩大了适用范围：一是增加了民办非企业单位为用人单位；二是在法律、行政法规对事业单位与其聘用的工作人员就聘用合同未做规定的，依照本法执行。

2. 本法所称用人单位主要指企业、个体经济组织、民办非企业单位。

企业是以赢利为目的的经济性组织，包括法人企业和非法人企业，是用人单位的主要组成部分。

个体经济组织是指雇工 7 人以下的个体工商户。

民办非企业单位是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆等。

第三条 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。

依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

【学习概要】本条规定了劳动合同订立的基本原则及劳动合同的效力。

1. 合法原则。合法是指劳动合同的形式和内容必须符合法律、法规的规定。首先是形式合法，除非全日制用工外，劳动合同需要以书面形式订立。如果是口头合同，一旦发生争议，用人单位要承担不签订书面劳动合同的法律后果。例如，本法第八十二条规定用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。其次是内容合法，本法第十七条规定了劳动合同必备的条款，对其他条款本法也有规定。如试用期和劳动合同期限的规定、订立固定期限和无固定期限劳动合同的情形、工作时间和劳动报酬等。

2. 公平原则。公平是指劳动合同的内容应当公平合理。有些劳动合同内容及形式合法，但是不公平不合理。如同一个岗位，两个资历能力都相当的人，工资收入差别很大，或者能力强的收入比能力差的还低。再如，用人单位提供少量的培训费培训劳动者，却要求劳动者订立

较长的服务期，而且服务期内不按照正常工资调整机制提高工资。

3. 平等自愿原则。平等是指劳动者与用人单位订立劳动合同时在法律地位上是平等的，没有高低从属之分，不存在命令和服从、管理与被管理的关系。自愿是指订立劳动合同完全是出于劳动者和用人单位双方的真实意思表示，是双方协商达成一致意见，任何一方不得把自己的意志强加于另一方。

4. 协商一致原则。协商一致是指用人单位和劳动者要对劳动合同的内容达成一致意见。

5. 诚实信用原则。诚实信用是指订立劳动合同的当事人要诚实信用，不得有任何欺诈行为。如本法第八条规定用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

6. 劳动合同的效力是指劳动合同对当事人的约束力。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同规定的义务。非依法律规定或者征得对方同意，任何一方不得擅自变更或者解除劳动合同，否则就要承担法律责任。

第四条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

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

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

【学习概要】本条是关于用人单位规章制度和重大事项决定的规定。

1. 用人单位的规章制度是企业内部劳动规则，是企业内部的“法律”。1997 年劳动部颁发的《关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》明确，用人单位的规章制度包括：劳动合同管理、工资管理、社会保险福利待遇、工时休假、职工奖惩以及其他劳动管理规定。用人单位的规章制度应当依法建立，否则就会受到法律的制裁。例如本法第八十条就明确了制裁方式。

2. 规章制度和重大事项的决定程序，应当遵从先民主后集中的原则。即先经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案或意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

3. 工会或者职工有对用人单位的规章制度和重大事项决定提出异议的权利。

4. 用人单位有义务向劳动者告知用人单位的规章制度和重大事项决定。告知的方式如：张贴告示、作为劳动合同附件、制作员工手册等。

5. 直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项是指劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等制度。

第五条 县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决有关劳动关系的重大问题。

【学习概要】本条是关于协调劳动关系三方机制的规定。

【国际公约】国际劳工组织 1976 年 144 号《三方协商促进国际劳工标准公约》规定，三方机制是指政府、雇主和工人之间，就制定和实施经济和社会政策而进行的所有交往和活动。即由政府、雇主和工会通过一定的组织机构和动作机制共同处理所涉及劳动关系的问题。

三方机制主要解决的问题，劳动就业、劳动报酬、社会保险、职业培训、劳动争议、劳动安全卫生、工作时间和休息休假、集体合同和劳动合同。

第六条 工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同，并与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。

【学习概要】本条规定了工会的权利义务。

## 第二章 劳动合同的订立

第七条 用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

【学习概要】本条规定了劳动关系建立的起始期限。

1. 劳动关系自用工之日起建立。也就是说，只要劳动者实际提供了劳动，用人单位实际用工，双方就建立了劳动关系。与双方是否存在书面劳动合同没有任何关系。

2. 书面劳动合同订立在前，实际用工在后，劳动关系建立日期之前的劳动合同的性质？

书面劳动合同订立在前，实际用工在后，劳动关系自实际提供劳动之日起建立。劳动关系建立日期之前的劳动合同，在性质上属民法上普通合同，受民法调整，不受与劳动相关的法律法规调整。

劳动关系建立日期之前，任何一方当事人违约，应当按照合同约定及民法规定追究其违约责任。

劳动关系建立日期之前，任何一方当事人认为该劳动合同的内容违反了劳动法及相关劳动法律法规强制性规定的，合同当事人要求变更、撤销该合同内容的，尚需以劳动法律法规为依据。

3. 实际用工在前，订立书面劳动合同在后，该合同不影响劳动关系的建立时间。订立书面劳动合同的同时，劳动者也实际提供了劳动，则劳动合同订立日期、劳动关系建立日期、实际提供劳动日期三者相一致。

4. 用人单位有建立职工名册的义务。设定该义务有以下几方面作用：其一，可以证明用人单位与劳动者是否建立了劳动关系；二是便于劳动行政部门依法监督检查。

【笔者观点】用人单位的举证义务？

依照《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第二条“用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。”之规定，在用人单位没有与劳动者订立书面劳动合同情况下，用人单位有义务向仲裁部门或人民法院提供以下凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；（三）考勤记录。以证明用人单位与劳动者是否存在劳动关系的事实。

那么，在用人单位拒不提供上述凭证的情况下，能否推定劳动关系已建立的事实？该通知没有规定，《劳动合同法》也没有将该规定第二条内容纳入劳动合同法条文。通读《劳动合同法》条文，我们发现，该法没有涉及用人单位证明责任的条款，这是《劳动合同法》缺憾之一。

笔者认为，《劳动合同法》应当规定“用人单位与未签订书面劳动合同的劳动者发生劳动争议的，用人单位有提供职工工资发放花名册、缴纳各项社会保险费的记录、招工招聘登记、报名表、考勤记录等凭证义务，用人单位不能提供上述证据材料的，可以推定用人单位与劳动者已建立劳动关系。”理由如下：

其一、设定该举证责任倒置及事实推定，可以督促用人单位完善职工名册制度、招工登记制度、考勤制度备查。

其二、设定该举证责任倒置及事实推定，可以明确用人单位与劳动者是否建立劳动关系。即用人单位与劳动者是否已经建立劳动关系，不再是劳动者维权的障碍，也不再是劳动仲裁部门及人民法院审理劳动争议案件的争议焦点。

其三、从证据源角度讲，用人单位是上述凭证的制作者更容易获取证据材料。

其四、从立法例上讲，此前的司法解释已规定了用人单位相关的举证责任倒置义务“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任”。

**【案例解读】**建立劳动关系的唯一标准是实际提供劳动

案情：2009 年 2 月 17 日，经韦某介绍，张某到白龙公司工作，双方未签订书面劳动合同。双方口头约定，每天工作 8 小时，每月工资 800 元；每天工作 12 小时，每月工资 1200 元。前三天为试用期。次日，白龙公司安排张某到该公司拌料处工作。2009 年 3 月 3 日下午，张某在白龙公司拌料时大拇指被拌料机挤伤。后白龙公司与张某就是否存在劳动关系事实发生争议。

河南省濮阳市中级人民法院（2010）濮中法民三终字第 128 号民事判决书认为，《中华人民共和国劳动合同法》第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。本案中，张某自 2009 年 2 月 18 日向白龙公司提供劳动，故自该日起白龙公司与张某之间即已建立劳动关系。……关于白龙公司称，在用人单位未与劳动者签订劳动合同的情况下，应根据中华人民共和国劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）第二条规定确认劳动关系的意见，本院认为，《中华人民共和国劳动合同法》第七条明确规定建立劳动关系的唯一标准是实际提供劳动，因张某自 2009 年 2 月 18 日向白龙公司提供劳动，即可证明自该日起白龙公司与张某之间已建立劳动关系，且白龙公司认可 2009 年 2 月张某曾在白龙公司拌料处工作一个月，并有白龙公司的工资表相印证……

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

**【学习概要】**本条规定了用人单位如实告知和劳动者如实说明的义务。

该规定源自“诚实信用原则”，任何一方违反该义务，向对方提供虚假信息，构成欺诈的，依照本法第二十六条之规定，劳动合同无效或者部分无效。该情形下，无过错方有权解除劳动合同；并有权要求有过错方赔偿经济损失。

第九条 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。

**【学习概要】**本条规定了用人单位不得扣押劳动者的证件、不得要求劳动者提供担保、不得向劳动者收取财物。

1. 用人单位违反该规定，须按本法第八十四条之规定承担相应的法律责任。

2. 本条规定“证件”包括但不限于居民身份证、暂住证、居民户口簿、学历学位证、职业资格职称证、专业技能证等证件。

3. 除不得要求劳动者提供担保外，用人单位不得收取的财物包括但不限于培训费、服装费、电脑费、住宿费、集资款、股金、纪律违约金等任何形式的费用。

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

**【学习概要】**本条规定了书面合同为劳动合同的法定形式。

1. 建立劳动关系以实际用工为准。只要是建立了劳动关系，除非全日制用工外，均应当签订

书面劳动合同。从证据角度讲，书面劳动合同不再是证明劳动关系存在与否的直接有效证据。证明劳动关系存在与否将成为劳动者提请仲裁的最大障碍，也是仲裁机构或者人民法院审理劳动争议案件必须解决的焦点中的焦点。

2. 依照《劳动合同法实施条例》第五条之规定，自用工之日起一个月内，用人单位有义务通知劳动者订立书面劳动合同。经用人单位书面通知，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位必须书面通知劳动者终止劳动关系，该情况下，用人单位无需向劳动者支付经济补偿。否则，用人单位应当承担以下法律责任：

一是用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资；

二是用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同；

三是用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

3. 依照《劳动合同法实施条例》第六条之规定，自用工之日起超过一个月不满一年，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照本法第八十二条之规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补签书面劳动合同。该每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补签书面劳动合同的前一日；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，同时，用人单位应依照本法第四十七条的规定向劳动者支付经济补偿。

第十一条 用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

【学习概要】本条规定了宽限期内劳动报酬的确定原则。

第十二条 劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

【学习概要】本条规定了劳动合同的种类。

第十三条 固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

【学习概要】本条规定了固定期限劳动合同的定义。

第十四条 无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

【学习概要】本条规定了无固定期限劳动合同定义及订立的条件。

1. 有人认为，无固定期限劳动合同没有确切的终止时间，是“铁饭碗”。这是对本法的误读。按本法规定，经当事人协商或在法定条件成就情形下，无固定期限劳动合同同样可以解除。因此，无固定期限劳动合同不是打不破的“铁饭碗”。

2. 依照1996年劳动部办公厅对《关于如何理解“同一用人单位连续工作时间”和“本单位工作年限”的请示》的复函规定，“同一用人单位连续工作时间”是指劳动者与同一用人单位保持劳动关系的时间。本条所述“连续工作满十年”，是指劳动者与同一用人单位保持劳动关系连续满十年。

**【笔者观点】**连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出续订劳动合同的，而用人单位不同意的，怎么办？笔者认为，该情况下，只要劳动者提出续订劳动合同的，用人单位没有选择权或提出异议的权利，用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同。也就是说，该情况下，用人单位与劳动者订立无固定期限劳动合同是其法定义务，没有权利可言。

**【笔者观点】**劳动合同期限届满，劳动者有本法第四十二条第（一）、（三）、（四）项情形之一而续延劳动合同的，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，是否适用本条规定？

笔者认为，该情形不适用本条规定，用人单位无须与劳动者订立无固定期限劳动合同。理由在于，本法第四十四条规定，劳动合同期满，劳动关系终止。为了照顾劳动者的特殊情况，法律只是续延了劳动合同的期限，而非不得终止。同时第四十五条也明确规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当延续至相应的情形消失时终止。”也就是说，只要是法定续延劳动合同期限的情形消失，该劳动合同自然终止。因此，劳动合同期限届满，劳动者有本法第四十二条第（一）、（三）、（四）项情形之一而续延劳动合同的，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者也无权提出与用人单位订立无固定期限劳动合同。

**第十五条** 以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

**【学习概要】**本条规定了以完成一定工作任务为期限的劳动合同的定义。

用人单位与劳动者签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同的情形：一是以完成单项工作任务为期限的；二是以项目承包方式完成承包任务的；三是季节原因用工的；四是其他双方约定的以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

**第十六条** 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。

**【学习概要】**本条规定了当事人签字或盖章生效是劳动合同生效的一般原则。

实践中，还有附条件、附期限的劳动合同。

**第十七条** 劳动合同应当具备以下条款：

- （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （二）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；
- （三）劳动合同期限；
- （四）工作内容和工作地点；
- （五）工作时间和休息休假；
- （六）劳动报酬；
- （七）社会保险；
- （八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- （九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

**【学习概要】**本条规定了劳动合同必备条款和约定条款。

1. (一)、(二)主要是确定劳动合同当事人的主体资格;
2. (三)是指劳动合同的有效期限。
3. 工作内容,是指工作岗位和工作任务或职责。
4. 工作地点,是指劳动合同的履行地。
5. 工作时间,是指工作时间的长短、工作时间方式的确定。如:8小时工作制还是6小时工作制、白班或夜班、正常工时还是不定时工作制。
6. 休息休假,遵守国家法律的规定。
7. 劳动报酬,主要包括以下几方面,一是工资分配制度、工资标准、工资分配形式;二是工资支付办法;三是加班加点工资及津贴补贴标准或奖金分配办法;四是工资调整办法;五是试用期及病、事假期间的工资待遇;六是特殊情况下职工工资或生活费的支付办法。
8. 社会保险,包括医疗、养老、失业、工伤、生育五个方面。
9. 以上属法定条款,不允许劳动合同当事人约定因法定事项违约产生违约金的责任。
10. 劳动合同中的违约金责任:当事人只能就“培训”、“保守秘密”两项做出违约金责任的约定。除此之外,任何违约金责任的约定均属违法行为,也是无效约定。

第十八条 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。

【学习概要】本条规定了劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确时的处理原则。

第十九条 劳动合同期限三个月以上不满一年的,试用期不得超过一个月;劳动合同期限一年以上不满三年的,试用期不得超过二个月;三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的,不得约定试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。

【学习概要】本条是关于试用期的规定。

1. 试用期是约定条款,当事人没有在劳动合同中明确约定的,任何人不得以试用期为由解除劳动合同。
2. 试用期包含在劳动合同期限内,劳动者在试用期内享有全部的劳动权利。

【案例解读】未在法定期限内签订书面劳动合同的,口头约定的试用期不成立。

案情:2008年8月1日原告吴某到被告上海某公司工作,担任物流主管。口头约定试用期二个月,月工资4000元。2008年9月30日被告以原告试用期内工作表现及业务技能不符合岗位要求为由,书面通知原告终止劳动关系,原告签名确认。

上海市金山区人民法院(2008)金山三(民)初字第3695号民事判决书认为,原、被告于2008年8月1日建立劳动关系,应当在一个月内签订书面劳动合同,而被告自用工之日起超过一个月未与原告签订书面劳动合同,试用期不成立。

第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

【学习概要】本条规定了试用期内工资的标准。

1. 该规定属强制性规定,任何违反该规定的劳动合同条款,均属无效条款。
2. 依照《劳动合同法实施条例》第十五条之规定,百分之八十包含两项内容,一是本单位相同岗位最低档工资的百分之八十;二是劳动合同约定工资的百分之八十。

第二十一条 在试用期中,除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情

形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

【学习概要】本条规定了用人单位在试用期解除劳动合同的法定理由。

第二十二条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

【学习概要】本条规定了用人单位提供专项培训费用情况下，可与劳动者约定服务期及相应的违约金。

1. 专项培训，包括专业知识和职业技能培训。用人单位对劳动者进行必要的职业培训不属于专项培训，不得约定服务期。

2. 违约金，属当事人约定条款，没有约定的，不得适用。另外，该违约金是指劳动者在服务期未满情况下，解除劳动合同时才适用。如果劳动者以用人单位存在违法违约行为为由解除劳动合同的，则不适用违约金条款。本条规定了违约金上限标准：一是不得超过用人单位提供的培训费用；二是不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

3. 专项培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

4. 依照《劳动合同法实施条例》第二十六条之规定，用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依据本法第三十八条之规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

但是，劳动者有“（一）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；（二）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（三）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（四）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；（五）劳动者被依法追究刑事责任的。”情形之一，用人单位以此为由与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金。

【案例解读】相似的事实，不同的违约金计算方式。

案 1，原告潘某与被告某航空公司于 2005 年 10 月 24 日签订了无固定期限劳动合同，原告担任机长及教练工作，月均收入 6 万余元。2006 年 10 月 25 日，原、被告签订服务期协议，在该协议中，双方确认被告为招聘原告而实际支出招录费用为 1208400 元。协议约定原告自劳动合同生效之日起，为被告服务 15 年，上述服务期的前 10 年内，原告无论以何种理由与方式离开被告的，应向被告支付违约金，标准为离职当时民航当局相关政策标准（但不得低于被告为聘用而支付的招录费）。上述服务期的第 11 年到第 15 年内，原告无论以何种理由与方式离开被告的，应向被告支付赔偿金，赔偿标准以被告聘用原告而支付的招录费按每年 20% 递减。2008 年 1 月 18 日原告向被告寄交解除劳动合同的预告书，2008 年 3 月 21 日原告向被告又寄交解除劳动合同通知书。2008 年 5 月 12 日原告以被告违约为由提出仲裁申诉，被告提出反请求。

上海市长宁区人民法院（2008）长民一（民）初字第 4104 号民事判决书认为，劳动合同当事人可以对由用人单位出资招用、培训或者提供特殊待遇的劳动者的服务期作出约定。……原、被告签订的服务期协议，约定原告离职的补偿标准为民航当局相关政策标准，并无不妥。判决原告向被告支付补偿费 210 万元。

案2，原告某航空公司与被告董某于2000年8月4日签订了无固定期限劳动合同。该合同第30条规定，被告在职期间（含转岗），由原告出资对被告进行职业技术培训的，被告在原告约定的服务年限内要求解除本合同的，原告可以按照双方有关协议向被告收取培训费用（包括培训期间的工资和招接收费用）。第35条规定，原告的规章制度南航人劳[1996]46至56号文件作为本合同的附件。该47号文件第8条规定，对于服务期未满要求离开航空公司者，赔偿如下：赔偿金额=总培训费用×（1-已服务年限/规定服务年限）；第12条规定，违约金，员工因个人原因提前解除劳动合同应向用人单位交纳违约金。违约金总金额=员工解除劳动合同前十二个月平均工资×未服务年限。2008年11月10日，董某以在该航空公司前途无望，得不到公平待遇为由向该公司要求解除劳动合同，该公司不同意其辞职申请。

河南省新郑市人民法院（2009）新民初字第1393号民事判决书判决：被告董某向原告航空公司支付培训费358191.95元[644593.93×（1-11.33年/25.5年）]；被告董某向原告航空公司支付违约金628170.27元[44331.55×14.17年]。

案1“违约补偿”裁判依据是《最高人民法院关于转发中国民用航空总局等〈关于规范飞行人员流动管理保证民航飞行队伍稳定的意见〉的通知》，该通知是民航当局的政策标准；

案2“培训费及违约金”计算依据源于劳动合同的约定。

上述案例关于“违约补偿”“培训费及违约金”说法，实质就是本条规定的违约金。案1“违约补偿”源于该通知以下述规定“对招用其他航空运输企业在职飞行人员的，应当与飞行人员和其所在单位进行协商，达成一致后，方可办理有关手续，并根据现行航空运输企业招收录用培训飞行人员的实际费用情况，参照70-210万元的标准向原单位支付费用”。该210万的承担者应当是招用其他航空运输企业在职飞行人员的用人单位，并非是飞行人员自己承担。因此，案1的裁判结论有违通知的规定。案2“培训费及违约金”计算完全符合本法的规定。

**第二十三条** 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

**【学习概要】**本条规定了劳动者的保密义务和竞业限制义务。

1. 按《反不正当竞争法》规定，商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密包括两个部分：非专利技术和经营信息，如管理方法、产销策略、客户名单、货源情报等经营信息；生产配方、工艺流程、技术诀窍、设计图纸等技术信息。
2. 本条仅适用于负有保密义务的劳动者，且在劳动合同有明确约定。
3. 负有保密义务的劳动者是指，劳动过程中经常处理秘密文件的劳动者，包括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。
4. 竞业限制的经济补偿是用人单位对劳动者履行竞业限制义务的补偿，因此，不能约定包含在工资中。
5. 按本条规定，竞业限制的经济补偿必须在解除或者终止劳动合同后，按月支付，补偿数额由双方约定。
6. 用人单位未按照约定向劳动者支付竞业限制经济补偿的，竞业限制条款失效。
7. 劳动合同中可约定劳动者违反竞业限制义务时的违约金数额。

**【案例解读】**未履行竞业限制义务的赔偿责任

案情：赵某于2006年7月1日起在耐克中国公司工作。2006年10月30日，耐克中国公司

与赵某签订《保密协议》，主要约定赵某在耐克中国公司工作期间及离开该公司两年内，对其接触到的耐克中国公司的客户和零售商名单、价格信息市场营销方案、销售信息、供应商及商业合作伙伴的资料、商务会议及商务旅游信息等商业秘密负有保密义务，如有违反，赵某须赔偿耐克中国公司的经济损失。2007年3月28日，耐克中国公司与赵某签订《竞业限制协议》，主要约定赵某不得在该公司工作期间及与该公司的劳动关系解除或终止后十二个月内以任何方式为“Adidas”等耐克中国公司的竞争者提供任何服务；如赵未违反协议的约定，其离职时耐克中国公司将依法律规定的标准向其支付竞业限制补偿金；耐克中国公司有权单方面放弃全部或部分限制期限；若赵违反该竞业限制义务，则限制期将从违反日期开始延续至协商解决、司法判定或其它方式（包括诉讼）的生效期；若赵某违反该竞业限制义务，赵应向耐克中国公司支付相当于其离开该公司时上一年的工资、奖金、各种福利保险等作为赔偿金，如此仍不能弥补耐克中国公司的损失，则耐克中国公司仍有权要求赵某予以赔偿。2008年2月，赵某向耐克中国公司提出辞职。此时，赵任职耐克中国公司体育市场部经理。2008年2月22日，耐克中国公司致函赵某，告知其该公司已同意其辞职，其与该公司的劳动关系于3月4日解除，要求赵在离职后6个月内履行竞业限制义务，该公司将依法向其支付竞业限制补偿金。2008年2月25日，耐克中国公司按每月人民币21000元的标准将126000元竞业限制补偿金汇至赵的中国银行帐户内。2008年3月4日，赵正式办理完毕离职手续。2008年4月1日起，赵到案外人阿迪达斯（中国）有限公司北京分公司工作。

北京市第二中级人民法院（2008）二中民初字第11834号民事判决书认为，1. 被告赵某提出：《竞业限制协议》是原告耐克中国公司强迫其签订的，范围过宽，严重侵害了其合法权益，剥夺了其和其他员工的就业权和生存权；该协议的制定没有经过民主程序，内容自相矛盾，且与现行法律相抵触，无法执行；该协议是依据原告美国总部按照美国法律制定的，存在歧视中国员工的倾向。赵基于以上几点主张涉案《竞业限制协议》应属无效。然而，赵对其前述主张并未提供充分证据予以支持，故其据此主张涉案《竞业限制协议》应属无效，本院不予支持。2. 涉案《竞业限制协议》不仅明确约定被告赵离开原告耐克中国公司1年内须履行竞业限制义务，而且明确约定耐克中国公司有权单方面放弃全部或部分限制期限，故耐克中国公司要求赵离开该公司6个月内须履行竞业限制义务并未违反涉案《竞业限制协议》的约定。此外，耐克中国公司已按每月21000元的标准向赵支付了6个月的竞业限制补偿金126000元。虽然赵为涉案《竞业限制协议》中并未明确约定竞业限制补偿金的标准，并认为耐克中国公司支付的126000元竞业限制补偿金过低，但并未就其应获得的竞业限制补偿金的标准和金额提供充分证据。因此，对赵此主张，本院不予采信。3. 基于以上理由，被告赵某应在其自耐克中国公司离职后6个月内履行竞业限制义务。现赵在自原告耐克中国公司离职后即至该公司的竞争对手阿迪达斯（中国）有限公司处工作，已违反了涉案《竞业限制协议》的约定，其应承担相应的民事责任。依据涉案《竞业限制协议》约定，如赵违反竞业限制义务，则限制期将从违反日期开始延续至协商解决、司法判定或其它方式（包括诉讼）的生效期。因此，被告赵某应继续履行涉案《竞业限制协议》约定的竞业限制义务至本判决生效之日止。此外，涉案《竞业限制协议》还约定如赵违反竞业限制义务还应向耐克中国公司支付赔偿金，故耐克中国公司要求赵退还该公司支付的126000元竞业限制补偿金的诉讼请求，理由正当，本院予以支持。

**第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。**

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

【学习概要】本条规定了竞业限制适用的人员。

1. 适用行业：与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、同类业务。

2. 适用期限：解除或终止劳动合同关系后，不超过两年。

第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

【学习概要】本条规定了违约金的适用空间。

本条是强制性规定，违反本条规定的劳动合同条款，均属无效条款。

第二十六条 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；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

【学习概要】本条规定了劳动合同无效的情形。

第二十七条 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。

【学习概要】本条规定了劳动合同部分无效时，劳动合同的效力。

第二十八条 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。

【学习概要】本条规定了劳动合同被确认无效的，劳动报酬的确认原则。

### 第三章劳动合同的履行和变更

第二十九条 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。

【学习概要】本条确立了全面履行原则是劳动合同履行的基本原则。

第三十条 用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法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。

【学习概要】本条规定了用人单位有按时足额支付劳动报酬的义务。

1. 就拖欠劳动报酬的劳动争议纠纷，仲裁已不是前置程序，劳动者可直接提起“支付令”诉讼。

2. 用人单位给劳动者出具拖欠工资欠条的，劳动者可直接提起诉讼，不须仲裁。

第三十一条 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。

【学习概要】本条规定了用人单位不得强迫劳动者加班。

第三十二条 劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。

劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

【学习概要】本条赋予了劳动者在特定情况下有权先行维护自身生命健康权。

第三十三条 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。

【学习概要】本条规定了劳动合同不因用人单位内部变化而变更。

第三十四条 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。

【学习概要】本条规定了用人单位发生合并或者分立时，承继者仍需履行原劳动合同。

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

应当采用书面形式。

变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

【学习概要】本条规定了协商一致是劳动合同变更的基本原则。

变更劳动合同应当采用书面形式，未采用书面形式的，则变更无效。

#### 第四章劳动合同的解除和终止

第三十六条 用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

【学习概要】本条规定了当事人可协商解除劳动合同。

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

【学习概要】本条规定了劳动者单方解除劳动合同的权利。

该单方解除权以预告为前置程序。试用期内提前三日通知，通知形式不限；试用期后须提前三十日书面通知。

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- （一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- （二）未及时足额支付劳动报酬的；
- （三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- （四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- （五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

【学习概要】本条规定了劳动者可单方解除劳动合同的事由。

1. 法定解除权，不以预告通知为前置程序，只要有法定事由存在，劳动者就可以行使该权利。
2. 本条第一款前四项是指用人单位违反了法定义务。
3. 本条第一款第五项是指劳动合同内容违反了法律强制性规定，导致劳动合同无效。
4. 本条第二款规定了用人单位严重违法时，劳动者有立即解除劳动合同的权利。

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

【学习概要】本条规定了用人单位可单方解除劳动合同的事由。

1. 用人单位享有的法定解除权用于保障其用人单位的自主权。但是在法条规范的内容上，可以看出重在防范用人单位滥用解除权，随意与劳动者解除劳动合同。
2. 试用期解除，须用人单位证明劳动者不符合录用条件。
3. 严重违反用人单位的规章制度，须用人单位证明其规章制度内容及制订程序合法，同时还须证明劳动者有严重违反规章制度的行为。
4. 对于劳动者是否可以“兼职”？《劳动合同法》将该权利赋予用人单位，目的是维护用人单位的用工自主权。如果劳动者有兼职行为，需要用人单位明确告知其不得兼职，且劳动者收到通知后拒不改正的，用人单位才有权利解除劳动合同。

**【案例解读】**用人单位以劳动者试用期内不符合录用条件为由解约时,用人单位的证明责任。  
案情: 被告张某于 2009 年 6 月 29 日入职原告上海某公司处, 双方签订一年期的劳动合同, 约定: 期限自 2009 年 6 月 29 日至 2010 年 6 月 28 日止 (其中试用期 2009 年 6 月 29 日 - 8 月 28 日), 被告任销售区域主管, 月工资 1500 元。2009 年 8 月 21 日原告口头通知被告解约, 双方于次日办理了退工手续。2009 年 9 月 21 日张某申请劳动仲裁。上海某公司不服仲裁裁决, 提起诉讼, 并提交证据“巡店统计表”证明被告试用期内工作动能不足、“新进人员试用期考评表”证明被告无法通过试用期。

上海市卢湾区人民法院 (2009) 卢民一 (民) 初字第 2469 号民事判决书认为, ……原告主张被告在试用期无法通过考核, 并提供被告月销售业绩及巡店次数统计表予以证实, 然原告并未提供证据证实何样的销售业绩属于合格、怎样的巡店次数属于符合要求; 且原告也未证实已将销售指标数及巡店次数明确告知被告; 再原告未证实对被告作出的评定所基于的事实。综上, 原告并不能证明被告不符合录用条件, 原告以被告试用期内不符合录用条件为由与被告解约, 不符合《劳动合同法》第三十九条第一款第 (一) 项的法律规定。

第四十条 有下列情形之一的, 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后, 可以解除劳动合同:

(一) 劳动者患病或者非因工负伤, 在规定的医疗期满后不能从事原工作, 也不能从事由用人单位另行安排的工作的;

(二) 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的;

(三) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化, 致使劳动合同无法履行, 经用人单位与劳动者协商, 未能就变更劳动合同内容达成协议的。

**【学习概要】**本条规定了因客观情况发生变化, 用人单位的解除权。

1. 用人单位行使该权利前须做到: 一是提前 30 日通知劳动者, 二是书面通知; 或是用人单位以额外支付劳动者一个月工资为条件。

2. 医疗期须依照《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的规定执行。医疗期内, 劳动者有权进行治疗和休息, 不从事劳动, 但是医疗期满后, 劳动者就有义务参加劳动。医疗期满后劳动者不能从事原工作, 也不能从事用人单位另行安排的工作的, 说明双方订立的劳动合同已履行不能, 用人单位有权解除劳动合同。

3. 不能胜任工作, 是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。劳动者不能胜任工作时, 要求用人单位履行培训义务或者把劳动者调整到可以胜任的岗位工作, 这是用人单位法定的协助劳动者适应岗位的义务。用人单位履行了该义务后, 劳动者仍不能胜任的, 用人单位可解除劳动合同。

**【案例解读】**用人单位以劳动者不能胜任工作为由解除劳动关系, 没有履行培训或者调整工作岗位的法定义务, 属违法解除, 应承担相应责任。

案情: 2009 年 5 月 5 日长沙市芙蓉区人民法院对某公司诉陶某劳动争议纠纷一案作出 (2009) 芙民初字第 832 号民事判决。人民法院审理查明, 某公司以陶某不能胜任工作为由解除劳动关系, 但不是在经过培训或者调整工作岗位之后解除的劳动关系。人民法院认为用人单位违反《劳动合同法》第四十一条“有下列情形之一的, 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后, 可以解除劳动合同: …… (二) 劳动者不能胜任工作, 经过培训或者调整工作岗位, 仍不能胜任工作的”规定, 属违法解除劳动关系。在陶某不要求继续履行劳动合同的情况下, 依照《劳动合同法》第四十八条“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同, ……劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的, 用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金”规定, 某公司应当向陶某支付经济赔偿金。

由上述案例可知, 用人单位以劳动者不能胜任工作为由与劳动者解除劳动合同, 必须履行培

训或者调换工作岗位之义务。若劳动者仍不能胜任工作，用人单位还要遵守提前三十天通知的时间要求或者支付一个月报酬的要求才能与劳动者解除劳动合同。反之用人单位要承担违法解除或终止劳动合同的民事责任。

第四十一条 有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

- （一）依照企业破产法规定进行重整的；
- （二）生产经营发生严重困难的；
- （三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- （四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- （一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- （二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- （三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

【学习概要】本条规定了用人单位经济性裁员。

1. 经济性裁员是用人单位解除劳动合同的直接原因，不是劳动者个人原因。
2. 经济性裁员必须是一次性解除一定数量的劳动合同。
3. 用人单位经济性裁员，须按本条规定的程序履行：一是提前三十日向工会或者全体职工说明情况的义务；二是听取工会或者职工的意见后，用人单位向劳动行政部门报告裁减人员方案的义务；三是在六个月内重新招用人员的，有通知被裁减的人员的义务及同等条件下优先招用被裁减的人员的义务。

【案例解读】用人单位未按本条规定的程序解除劳动关系的，均属违法解除，须按本法规定承担法律责任。

案情：段某于 2005 年 7 月 27 日进上海某塑胶公司工作，担任锯床工。2006 年 12 月，双方签定期限自 2006 年 12 月 1 日至 2011 年 11 月 30 日的劳动合同。2008 年 2 月段某调任装配钳工。2008 年 10 月 30 日塑胶公司向段某发出《解除劳动关系通知书》，称“受金融危机影响，公司生产经营发生严重困难，……经研究决定从 2008 年 10 月 30 日起与你解除劳动关系，请你于 2008 年 11 月 30 日前到管理部办理解除手续”。2008 年 11 月 12 日，塑胶公司在 2008 年度嘉定秋季人才招聘会的简章中写明招聘“装配钳工”一职。

上海市嘉定区人民法院（2009）嘉民一（民）初字第 4353 号民事判决书认为，……塑胶公司于 2008 年 10 月 30 日以生产经营发生严重困难为由，解除与段某的劳动合同。但是其未按法律规定的裁员要求向劳动行政部门报告。同时在裁员的次月即在人才招聘会上招聘段某同岗位的员工，且未通知段某应聘。因此，塑胶公司解除与段某的劳动合同不符合相关法律规定，现段某不要求恢复双方的劳动关系，塑胶公司应按经济补偿的两倍支付段某违法解除劳动合同的赔偿金。

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

- （一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
- （二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- （三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

- （四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- （五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；
- （六）法律、行政法规规定的其他情形。

【学习概要】本条规定了用人单位不得解除劳动合同的情形。

1. 本条规定的六类情形，用于约束用人单位依照本法第四十条、四十一条之规定单方解除劳动合同。并不禁止劳动合同当事人协商一致解除劳动合同；也不禁止用人单位依照本法第三十九条之规定解除劳动合同。

2. 依照《职业病防治法》第三十二条之规定，对从事接触职业病危害作业的劳动者，用人单位应当按照国务院卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果如实告知劳动者。对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。职业病认定，需由专门医疗机构进行。

3. 《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》规定评残标准分为10级。1-4级为完全丧失劳动能力；5-6级为大部分丧失劳动能力；7-10级为部分丧失劳动能力。

可见，本法第四十二条第（二）项规定的丧失劳动能力，包含了所有等级。只要劳动者因工负伤或患职业病，经评定10级（包含）以上等级的，用人单位就不能依照本法第四十条、四十一条之规定解除劳动合同。

但是，依照《工伤保险条例》相关规定，用人单位与被鉴定为5级至10级劳动者的劳动合同关系，仍然可以终止或者解除。

4. 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。依照劳动部1994年颁布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》，医疗期一般为三个月到二十四个月，以劳动者本人实际参加工作年限和在本单位工作年限为标准计算具体的医疗期。有几类标准：实际工作年限十年以下，在本单位工作年限五年以下的为三个月，五年以上的为六个月；实际工作年限十年以上的，在本单位工作年限五年以下的为六个月，五年以上十年以下的为九个月，十年以上十五年以下的为十二个月，十五年以上二十年以下的为十八个月，二十年以上的为二十四个月。

5. 孕期指妇女怀孕期间；产期指产假90天；哺乳期指从婴儿出生到一周岁之间的期间。

第四十三条 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

【学习概要】本条规定了工会的监督职责。

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

- （一）劳动合同期满的；
- （二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- （三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- （四）用人单位被依法宣告破产的；
- （五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；
- （六）法律、行政法规规定的其他情形。

【学习概要】本条规定了劳动合同终止的情形。

1. 劳动合同终止是指劳动合同的法律效力依法消灭，劳动者与用人单位按劳动合同产生的权利义务不再存在。

2. 《劳动法》第七十三条规定了劳动者在退休、患病、负伤、因工伤残或者患职业病、失业、生育等情形下，享受社会保险待遇。即劳动者退休时可以享受基本养老保险。

依照1995年国务院《关于深化企业职工养老保险制度改革的通知》，职工达到法定离退休年龄，凡个人缴费累计满15年，或本办法实施前参加工作连续工龄（包括缴费年限）满10

年的人员，均可享受基本养老保险待遇，按月领取养老金。

也就是说，劳动者开始享受基本养老保险待遇的条件有两个：其一是劳动者已退休；二是个人缴费年限累计满15年或者个人缴费和视同缴费年限累计满15年。

3. 退休年龄：依照劳社厅函〔2001〕125号规定，企业职工退休年龄为男年满60周岁，女工人年满50周岁，女干部年满55周岁。

4. 依照《劳动合同法实施条例》第十三条之规定，劳动合同终止属法定事项，除本条规定外，劳动合同当事人不得另行约定劳动合同终止的条件。否则，属无效条款。

**【笔者观点】**劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，该情况下双方的劳动关系是原劳动关系的延续，还是新的劳动关系的产生？

按本法生效前相关规定：①1996年劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》之规定，有固定期限的劳动期满后，因用人单位原因未办理终止或续订手续而形成事实劳动关系的，视为劳动合同。②2001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》之规定，劳动合同期满后，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。③2001年劳动和社会保障部《关于对事实劳动关系解除是否应该支付经济补偿金问题的复函》规定，“终止”是指劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未表示异议，而不等于双方按照原劳动合同约定的期限续签了一个新的劳动合同。一方提出终止劳动关系的，应认定为终止事实上的劳动关系。

得出的结论：《劳动合同法》生效前，就“劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，该情况下双方的劳动关系仅是事实劳动关系，既不是原劳动关系的延续，也不是新的劳动关系的产生。

本法生效后，依照本条规定劳动合同期满，原劳动合同终止。如果劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未表示异议的，应视为一个新的劳动合同开始。同时，若用人单位怠于与劳动者订立书面劳动合同的，用人单位还需按本法第十四条第四款、第八十二条之规定承担法律责任。但是，劳动合同依照本法第四十二条、第四十五条规定的事由依法延续的除外。

**【笔者观点】**用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇的人员，双方形成的用工关系是否是劳动关系？

根据本条规定，已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇不是劳动合同终止的法定情形，但《劳动合同法实施条例》又规定“达到法定退休年龄”是劳动合同终止的情形之一。能否从该两条规定得出“已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇的人不属劳动者，其订立的用工协议是劳务关系，不属劳动关系”这一结论。

笔者认为，《劳动合同法实施条例》第二十一条“达到法定退休年龄的，劳动合同终止”的规定，与本条规定相悖。按本条规定可以得出的正确结论是：1. 用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇的人员，双方形成的用工关系仍是劳动关系。2. 用人单位招用已享受养老保险待遇人员，双方形成的用工关系属劳务关系。

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

**【学习概要】**本条是关于劳动期限届满不得终止的规定。

1. “情形消失”是指（1）从事接触职业病危害劳动者未进行离岗前职业健康检查，劳动合同期满的，必须对其进行了职业健康检查的；（2）疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间，劳动合同期满的，必须等到排除了职业病、确认了职业病或医学观察期间结束的；（3）在本单位患职业病，劳动合同期满的，须等到职业病治愈，职业病不能治愈的，按工伤保险条例执行；（4）患病或非因工负伤在医疗期内，劳动合同期满的，必须等到医疗期满后；（5）女职工的孕期、产期、哺乳期满；

2. 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的，如果劳动合同期满，不存在“情形消失”的可能，该情况下，劳动合同不能终止，同时用人单位也不得依照本法第四十条、第四十一条之规定解除劳动合同。

3. 在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，劳动合同终止的时间须依照《工伤保险条例》执行。按该条例规定，其一，劳动者因工致死被鉴定为一级至四级伤残的，即完全丧失劳动能力的，保留劳动关系，退出工作岗位。也就是说，该情况下，用人单位不得终止劳动合同，双方的劳动合同关系延续至劳动者达到退休年龄并办理退休手续，享受基本养老保险待遇。其二，劳动者因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，即大部分丧失劳动能力的，经劳动者本人提出，该劳动者可与用人单位解除或者终止劳动合同关系。其三，劳动者因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，即部分丧失劳动能力，劳动合同期满终止。

4. 依照《劳动合同法实施条例》第二十三条之规定，用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的，须依照本法第四十七条之规定向工伤职工支付经济补偿，同时还应当依照《工伤保险条例》相关规定向工伤职工支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。

第四十六条 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

（一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；

（二）用人单位依照本法第三十六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；

（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；

（四）用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的；

（五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；

（六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

【学习概要】本条规定了用人单位向劳动者支付经济补偿的情形。

1. 经济补偿涵义：本法生效前，依照劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》可理解为，用人单位违反和解除劳动合同时，依照法律规定应当给予劳动者的报酬。

本法生效后可理解为，非因劳动者主动同意或者过错，用人单位或者劳动者解除或者终止劳动合同的，用人单位须向劳动者支付的报酬。

2. 本法第三十八条规定的是用人单位有违法违约时，劳动者可以随时或立即解除劳动合同，并有权取得经济补偿。

3. 用人单位主动提出解除劳动合同的，劳动者有权获取经济补偿。

4. 在客观情况发生变化或用人单位经济性裁员，劳动合同解除的，劳动者有权获取经济补偿。

5. 劳动合同期满，用人单位同意续订劳动合同，且维持或者提高了原劳动合同约定条件的，劳动者不同意续订的，劳动合同终止，用人单位不需要支付经济补偿。否则，用人单位仍须支付经济补偿。

6. 用人单位被依法宣告破产、被吊销营业执照、责令关闭、撤销或用人单位决定提前解散的，劳动合同终止，劳动者有权获取经济补偿。

7. 因劳动者自身不愿缴纳等不可归责于用人单位的原因，导致用人单位没有依法为其缴纳社会保险费的，劳动者不得依据本法第三十八条第一款第（三）之规定解除劳动合同，也不得依据本条之规定要求用人单位支付经济补偿。

8. 劳动者达到法定退休年龄且依法享受基本养老保险的，劳动合同关系终止，劳动者不得要求用人单位支付经济补偿。

【笔者观点】自用工之日起一个月内，用人单位以不能与劳动者就劳动合同事项协商一致达

成书面劳动合同为由终止劳动关系的，用人单位是否需要支付经济补偿金。

就该问题，本法及其实施条例均未作出明确规定。但是通过本条规定及本法规定的用人单位自用工之日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同相关内容，可以得出，该一个月是用人单位与劳动者互相选择适应的期间，该期间内用人单位与劳动者就劳动合同事项不能达成一致的，说明双方自愿解除劳动关系。因此，用人单位不需支付经济补偿金。

**第四十七条** 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

**【学习概要】**本条是经济补偿金计算的规定。

1. 工作年限，从劳动者与用人单位建立劳动关系之日起连续计算。
2. 依照《劳动合同法实施条例》第二十二条之规定，以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照本条向劳动者支付经济补偿。

**【笔者观点】**如果劳动者与用人单位建立劳动关系正好是6个月，经济补偿的计算标准？根据法律相关规定“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，一般包括本数；所称的“不满”、“以外”，一般不包括本数。劳动者与用人单位建立劳动关系正好6个月的，劳动者工作年限应当按一年计算，其经济补偿按照一个月工资的标准计算。

**【笔者观点】**工作年限的证明方法

建立劳动关系以实际提供劳动为准，所以，工作年限应当从劳动者提供劳动之日起计算。可以认为，《劳动合同》不是证明工作年限的唯一、有效证据。

笔者认为，证明工作年限的直接证据在于用人单位已支付及应当支付劳动者工资的实际期间，即用人单位的工资支付凭据是证明劳动者工作年限的直接、有效证据。

**第四十八条** 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

**【学习概要】**本条规定了用人单位违法解除或者终止劳动合同的法律后果。

1. 违反本法规定，指用人单位违反本法第三十六条、第三十九条、第四十条、第四十一条、第四十二条、第四十三条、第四十四条、第四十五条之规定。具体情形包括但不限于不符合法定条件用人单位单方解除劳动合同、解除劳动合同时用人单位没有履行法定义务、不符合法定条件用人单位终止劳动合同等。
2. 用人单位单方解除劳动合同，未按本法第四十一条、四十三条之规定履行向工会或者全体职工说明情况、听取工会或职工的意见等程序性义务的，属于用人单位违法解除劳动合同，劳动者有权请求用人单位继续履行劳动合同或支付赔偿金。

**【笔者观点】**赔偿金与经济补偿能否并用？

有人认为，依照《劳动合同法实施条例》第二十五条之规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，如果用人单位按本法第八十七条之规定向劳动者支付了赔偿金，则用人单位不必向劳动者再行支付经济补偿。因此，两者不能并用。

笔者认为，该理解有误。

《劳动合同法实施条例》规定的是用人单位违法解除或者终止劳动合同后，按本法第八十七条之规定向劳动者支付了赔偿金，则用人单位不必再向劳动者支付经济补偿。那么有如下情形如何处理？

其一，如果用人单位支付的不是赔偿金，而是经济补偿。笔者认为，该情况下，赔偿金与经济补偿应当并用。

其二，如果用人单位支付的赔偿金没有达到法定标准，劳动者要求用人单位补足赔偿金并另付经济补偿的。笔者认为，该情况下，赔偿金与经济补偿不能并用，用人单位只要补足赔偿金即可。

其三，如果用人单位既没有支付经济补偿，也没有支付赔偿金。笔者认为，该情况下，赔偿金与经济补偿应当并用。

**【笔者观点】**用人单位依照本法第四十条之规定与劳动者解除劳动合同，但是没有履行提前三十日书面通知义务的，劳动者以本条之规定主张权利，应否支持？

1. 江苏省《关于审理劳动争议案件的指导意见》规定，用人单位解除劳动合同本身符合法律规定，仅存在未提前三十日书面通知劳动者的程序性瑕疵，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位继续履行劳动合同或支付赔偿金的，不予支持。即江苏省仲裁及法院系统对此采取否认态度。

2. 上海市高级人民法院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见（沪高法[2009]73号）规定，根据《劳动合同法》第四十八条的适用前提，是劳动合同应当履行而实际上已经不再继续履行，不包括劳动合同本来就符合解除和终止条件的情况，即用人单位在不具备合法解除或终止条件的情况下解除劳动合同。因此，如果依法已经具备解除或终止的条件，只是用人单位在办理解除或终止的程序上存在瑕疵的，不属于本条规定的范围。如用人单位在已经具备解除条件的情况下，只是存在未提前 30 天通知劳动者等程序瑕疵的，则用人单位应当通过支付相应的“代通金”等方式加以补正，但无需支付赔偿金。

笔者认为，按本法第四十条“提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资”之规定，包含两项内容“提前三十日书面通知”与“一个月的代通金”用人单位选择了“代通金”方式的，无须提前三十日书面通知程序。该情况下，用人单位解除劳动合同属合法解除，不是非法解除，无须支付赔偿金。

第四十九条 国家采取措施，建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

**【学习概要】**本条规定了社会保险转移事宜。

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

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存 2 年备查。

**【学习概要】**本条规定了劳动合同解除或者终止后，当事人的义务。

## 第五章 特别规定

### 第一节 集体合同

第五十一条 企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

集体合同由工会代表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。

**【学习概要】**本条是规定了订立集体合同的内容、主体及订立程序。

第五十二条 企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

**【学习概要】**本条规定了专项集体合同涉及的内容。

第五十三条 在县级以下区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方

面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。

【学习概要】本条规定了行业性集体合同或区域性集体合同适用的范围。

第五十四条 集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

【学习概要】本条规定了集体合同的生效时间及法律约束力可及的范围。

第五十五条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

【学习概要】本条规定了集体合同的效力优于劳动合同。

第五十六条 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。

【学习概要】本条规定了集体合同争议解决程序。

## 第二节 劳务派遣

第五十七条 劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。

【学习概要】本条规定了劳务派遣单位设立的准则。

1. 按公司法设立。

2. 注册资本不得少于 50 万元。

第五十八条 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，除应当载明本法第十七条规定的事项外，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。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立 2 年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

【学习概要】本条规定了劳务派遣单位和被派遣劳动者的权利与义务。

1. 劳务派遣单位应当承担用人单位的义务。

2. 劳务派遣单位与被派遣劳动者签订的劳动合同，除具备劳动合同应有的必备条款外，还须载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位。

3. 劳务派遣单位应与被派遣劳动者签订 2 年以上固定期限劳动合同。该规定排除了劳务派遣单位以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。

4. 劳动者无工作期间，劳务派遣单位须每月支付最低工资。

第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

【学习概要】本条规定了劳务派遣协议的内容及用工单位的义务。

1. 劳务派遣，在人力资源界称之为人力派遣或者人力租赁，是指劳动力派遣机构与劳动者订立派遣协议，在得到劳动者同意后，使劳动者在用工单位（指被派遣单位）指挥监督下提供劳动。

2. 劳务派遣涉及三方关系：其一，用人单位与用工单位分离，两者之间是民事法律关系；其二是用人单位与劳动者提供的劳动分离，用人单位与劳动者是劳动法律关系；其三是用工单位与劳动者是劳务法律关系。

第六十条 劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。

劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。

劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

【学习概要】本条规定了劳务派遣单位及用工单位的义务。

第六十一条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。

【学习概要】本条规定了跨地区派遣劳动者享有的劳动报酬、劳动条件的标准。

第六十二条 用工单位应当履行下列义务：

- （一）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；
- （二）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；
- （三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；
- （四）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；
- （五）连续用工的，实行正常的工资调整机制。

用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

【学习概要】本条规定了用工单位的义务。

第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

【学习概要】本条规定了被派遣劳动者与用工单位的劳动者享有同工同酬的权利。

第六十四条 被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。

【学习概要】本条规定了被派遣劳动者有参加或组织工会的权利。

第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。

被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。

【学习概要】本条规定了劳务派遣各方解除劳动合同适用的条款。

1. 用人单位或用工单位有本法第三十八条规定的情形之一，劳动者均可解除劳动合同。
2. 用工单位退回被派遣劳动者只能是因为劳动者不符合录用条件或者严重违纪违法，以及不能胜任工作等情形。
3. 依据《劳动合同法实施条例》第三十一条之规定，劳务派遣单位或者被派遣劳动者依法解除、终止劳动合同的，用人单位应当按照本法第四十六条、第四十七条之规定向劳动者支付经济补偿。
4. 依据《劳动合同法实施条例》第三十二条之规定，劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的，被派遣劳动者要求继续履行劳动合同的，劳务派遣单位应当继续履行；被派遣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，劳务派遣单位应当向被派遣劳动者支付赔偿金。

第六十六条 劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

【学习概要】本条规定了劳务派遣的适用范围。

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

【学习概要】本条规定了用人单位不得自设劳务派遣企业向本单位或者所属单位派遣劳动者。

### 第三节 非全日制用工

第六十八条 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四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

【学习概要】本条规定了非全日制用工的定义。

1. 非全日制用工属于劳动合同关系，根据本法第二条之规定，非全日制用工仅限于用人单位与劳动者之间的劳动合同关系，不包括个人用工。

2. 2003 年劳动和社会保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》规定“非全日制用工是指以小时计酬、劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不 5 超过小时累计每周工作时间不超过 30 小时的用工形式”。本法实行后，该意见与本法相悖之规定应予废止。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

【学习概要】本条规定了非全日制用工劳动合同的形式及从事非全日制用工的劳动者有权“兼职”。

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

【学习概要】本条规定了非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

第七十一条 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。

【学习概要】本条规定了非全日制用工当事人有随时终止劳动合同的权利。

第七十二条 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

【学习概要】本条规定了非全日制用工劳动报酬的标准及支付期间。

## 第六章 监督检查

第七十三条 国务院劳动行政部门负责全国劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上地方人民政府劳动行政部门负责本行政区域内劳动合同制度实施的监督管理。

县级以上各级人民政府劳动行政部门在劳动合同制度实施的监督管理工作中，应当听取工会、企业方面代表以及有关行业主管部门的意见。

【学习概要】本条规定了劳动行政部门的监督管理权。

第七十四条 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：

- （一）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；
- （二）用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况；
- （三）劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况；
- （四）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；
- （五）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；
- （六）用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况；
- （七）法律、法规规定的其他劳动监察事项。

【学习概要】本条规定了县级以上地方人民政府劳动行政部门监督检查的具体事项。

第七十五条 县级以上地方人民政府劳动行政部门实施监督检查时，有权查阅与劳动合同、集体合同有关的材料，有权对劳动场所进行实地检查，用人单位和劳动者都应当如实提供有关情况和材料。

劳动行政部门的工作人员进行监督检查，应当出示证件，依法行使职权，文明执法。

【学习概要】本条规定了县级以上地方人民政府劳动行政部门监督检查措施和文明执法。

第七十六条 县级以上人民政府建设、卫生、安全生产监督管理等有关主管部门在各自职责范围内，对用人单位执行劳动合同制度的情况进行监督管理。

【学习概要】本条规定了县级以上地方人民政府相关部门的监督管理职责。

第七十七条 劳动者合法权益受到侵害的,有权要求有关部门依法处理,或者依法申请仲裁、提起诉讼。

【学习概要】本条规定了劳动者权利救济途径。

第七十八条 工会依法维护劳动者的合法权益,对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的,工会有权提出意见或者要求纠正;劳动者申请仲裁、提起诉讼的,工会依法给予支持和帮助。

【学习概要】本条规定了工会对用人单位履行劳动合同、集体合同情况有监督权,对用人单位违法违约行为有建议权。

第七十九条 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。

【学习概要】本条规定了任何组织或者个人对违反本法的行为有举报的权利。

### 第七章 法律责任

第八十条 用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门责令改正,给予警告;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第四条,须承担的法律责任。

第八十一条 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;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第十六条、第十七条,须承担的法律责任。

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第十条、第十四条,须承担的法律责任。

1. 用人单位在规定期间内未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。

2. 用人单位未按本法第十四条之规定与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

第八十三条 用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的,由劳动行政部门责令改正;违法约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第十九条,须承担的法律责任。

1. 用人单位与劳动者约定试用期违法,但违法约定的试用期尚未履行的,用人单位不需支付赔偿金。

2. 用人单位与劳动者约定试用期违法,且违法约定的试用期已全部或部分履行的,用人单位需向劳动者支付赔偿金。如用人单位与劳动者订立了一年的劳动合同,约定试用期三个月,试用期月工资 1600 元。试用期满后月工资为 2000 元。该情况下,用人单位约定的试用期因超过了法定的二个月最高时限,属违法行为。如果劳动者已全部履行了三个月的试用期,则用人单位应向劳动者支付 2000 元的赔偿金。

第八十四条 用人单位违反本法规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人 500 元以上 2000 元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第九条、第五十条第一款，须承担的法律責任。

第八十五条 用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

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

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第三十条、第三十一条、第四十六条、第四十七条，须承担的法律責任。

1. 《劳动法》第四十八条第二款“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准”，属强制性规定。

【笔者观点】劳动者能否向仲裁机构或者人民法院主张本条规定的赔偿金？

笔者认为，本条项下的“赔偿金”属行政处罚性质，不是劳动者享有的民事权利，而是用人单位违法行为应承担的行政責任。即劳动者不能以本条为依据提出仲裁申请事由，但是劳动行政部门可做出责令用人单位向劳动者支付一定数额的赔偿金的处罚决定，该处罚决定生效后，用人单位不履行的，劳动者可申请强制执行。

第八十六条 劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

【学习概要】本条规定了劳动合同当事人有过错导致合同无效的赔偿责任。

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

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的法律責任。

第八十八条 用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事責任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：

- （一）以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；
- （二）违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的；
- （三）侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的；
- （四）劳动条件恶劣、环境污染严重，给劳动者身心健康造成严重损害的。

【学习概要】本条规定用人单位损害劳动者人身权益的法律責任。

第八十九条 用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

【学习概要】本条规定了用人单位违反本法第五十条之规定须承担的法律責任。

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

【学习概要】本条规定了劳动者违反本法规定或违约行为的法律責任。

第九十一条 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。

【学习概要】本条规定了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法律責任。

1. 《劳动法》第九十九条规定“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任”。

2. 本条要求用人单位招工时,有义务审查并存档原用人单位给劳动者出具的解除或终止劳动合同书面证明。该书面证明须包括: 劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限等内容。

第九十二条 劳务派遣单位违反本法规定的, 由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正; 情节严重的, 以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款, 并由工商行政管理部门吊销营业执照; 给被派遣劳动者造成损害的, 劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

【学习概要】本条规定了劳务派遣单位违反本法规定的法律责任。

第九十三条 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。

【学习概要】本条规定了无照经营者的法律责任及出资人法律责任。

第九十四条 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。

【学习概要】本条规定了发包的组织与个人承包经营者的连带责任。

第九十五条 劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员玩忽职守、不履行法定职责, 或者违法行使职权, 给劳动者或者用人单位造成损害的, 应当承担赔偿责任; 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

【学习概要】本条规定了劳动行政部门和其他有关主管部门及其工作人员的法律责任。

#### 第八章附则

第九十六条 事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同, 法律、行政法规或者国务院另有规定的, 依照其规定; 未作规定的, 依照本法有关规定执行。

【学习概要】本条规定了事业单位聘用工作人员适用法律法规及本法的位序。

第九十七条 本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同, 继续履行; 本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数, 自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

本法施行前已建立劳动关系, 尚未订立书面劳动合同的, 应当自本法施行之日起一个月内订立。

本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止, 依照本法第 46 条规定应当支付经济补偿的, 经济补偿年限自本法施行之日起计算; 本法施行前按照当时有关规定, 用人单位应当向劳动者支付经济补偿的, 按照当时有关规定执行。

【学习概要】本条是劳动合同法施行的过渡性条款。

第九十八条 本法自 2008 年 1 月 1 日起施行。

【学习概要】本法施行时间。

本文转自资本市场法治网

## 劳务派遣暂行规定

《劳务派遣暂行规定》已于 2013 年 12 月 20 日经人力资源社会保障部第 21 次部务会审议通过，现予公布，自 2014 年 3 月 1 日起施行。

### 第一章 总则

第一条 为规范劳务派遣，维护劳动者的合法权益，促进劳动关系和谐稳定，依据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称劳动合同法实施条例）等法律、行政法规，制定本规定。

第二条 劳务派遣单位经营劳务派遣业务，企业（以下称用工单位）使用被派遣劳动者，适用本规定。

依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会以及民办非企业单位等组织使用被派遣劳动者，依照本规定执行。

### 第二章 用工范围和用工比例

第三条 用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。

前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过 6 个月岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并在用工单位内公示。

第四条 用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的 10%。

前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。

### 第三章 劳动合同、劳务派遣协议的订立和履行

第五条 劳务派遣单位应当依法与被派遣劳动者订立 2 年以上的固定期限书面劳动合同。

第六条 劳务派遣单位可以依法与被派遣劳动者约定试用期。劳务派遣单位与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期。

第七条 劳务派遣协议应当载明下列内容：

- （一）派遣的工作岗位名称和岗位性质；
- （二）工作地点；
- （三）派遣人员数量和派遣期限；

- （四）按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式；
- （五）社会保险费的数额和支付方式；
- （六）工作时间和休息休假事项；
- （七）被派遣劳动者工伤、生育或者患病期间的相关待遇；
- （八）劳动安全卫生以及培训事项；
- （九）经济补偿等费用；
- （十）劳务派遣协议期限；
- （十一）劳务派遣服务费的支付方式和标准；
- （十二）违反劳务派遣协议的责任；
- （十三）法律、法规、规章规定应当纳入劳务派遣协议的其他事项。

第八条 劳务派遣单位应当对被派遣劳动者履行下列义务：

- （一）如实告知被派遣劳动者劳动合同法第八条规定的事项、应遵守的规章制度以及劳务派遣协议的内容；
- （二）建立培训制度，对被派遣劳动者进行上岗知识、安全教育培训；
- （三）按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法支付被派遣劳动者的劳动报酬和相关待遇；
- （四）按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法为被派遣劳动者缴纳社会保险费，并办理社会保险相关手续；
- （五）督促用工单位依法为被派遣劳动者提供劳动保护和劳动安全卫生条件；
- （六）依法出具解除或者终止劳动合同的证明；
- （七）协助处理被派遣劳动者与用工单位的纠纷；
- （八）法律、法规和规章规定的其他事项。

第九条 用工单位应当按照劳动合同法第六十二条规定，向被派遣劳动者提供与工作岗位相关的福利待遇，不得歧视被派遣劳动者。

第十条 被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，劳务派遣单位应当依法申请工伤认定，用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作。劳务派遣单位承担工伤保险责任，但可以与用工单位约定补偿办法。

被派遣劳动者在申请进行职业病诊断、鉴定时，用工单位应当负责处理职业病诊断、鉴定事宜，并如实提供职业病诊断、鉴定所需的劳动者职业史和职业危害接触史、工作场所职业病危害因素检测结果等资料，劳务派遣单位应当提供被派遣劳动者职业病诊断、鉴定所需的其他材料。

第十一条 劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的，已经与被派遣劳动者依法订立的劳动合同应当履行至期限届满。双方经协商一致，可以解除劳动合同。

第十二条 有下列情形之一的，用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位：

（一）用工单位有劳动合同法第四十条第三项、第四十一条规定情形的；

（二）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；

（三）劳务派遣协议期满终止的。

被派遣劳动者退回后在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

第十三条 被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得依据本规定第十二条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。

#### 第四章 劳动合同的解除和终止

第十四条 被派遣劳动者提前 30 日以书面形式通知劳务派遣单位，可以解除劳动合同。被派遣劳动者在试用期内提前 3 日通知劳务派遣单位，可以解除劳动合同。劳务派遣单位应当将被派遣劳动者通知解除劳动合同的情况及时告知用工单位。

第十五条 被派遣劳动者因本规定第十二条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或者提高劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同。

被派遣劳动者因本规定第十二条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位不得解除劳动合同。但被派遣劳动者提出解除劳动合同的除外。

第十六条 劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的，劳动合同终止。用工单位应当与劳务派遣单位协商妥善安置被派遣劳动者。

第十七条 劳务派遣单位因劳动合同法第四十六条或者本规定第十五条、第十六条规定的情形，与被派遣劳动者解除或者终止劳动合同的，应当依法向被派遣劳动者支付经济补偿。

#### 第五章 跨地区劳务派遣的社会保险

第十八条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。

第十九条 劳务派遣单位在用工单位所在地设立分支机构的，由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

## 第六章 法律责任

第二十条 劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法和劳动合同法实施条例有关劳务派遣规定的，按照劳动合同法第九十二条规定执行。

第二十一条 劳务派遣单位违反本规定解除或者终止被派遣劳动者劳动合同的，按照劳动合同法第四十八条、第八十七条规定执行。

第二十二条 用工单位违反本规定第三条第三款规定的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告；给被派遣劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。

第二十三条 劳务派遣单位违反本规定第六条规定的，按照劳动合同法第八十三条规定执行。

第二十四条 用工单位违反本规定退回被派遣劳动者的，按照劳动合同法第九十二条第二款规定执行。

## 第七章 附则

第二十五条 外国企业常驻代表机构和外国金融机构驻华代表机构等使用被派遣劳动者的，以及船员用人单位以劳务派遣形式使用国际远洋海员的，不受临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

第二十六条 用人单位将本单位劳动者派往境外工作或者派往家庭、自然人处提供劳动的，不属于本规定所称劳务派遣。

第二十七条 用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。

第二十八条 用工单位在本规定施行前使用被派遣劳动者数量超过其用工总量 10% 的，应当制定调整用工方案，于本规定施行之日起 2 年内降至规定比例。但是，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议期限届满日期在本规定施行之日起 2 年后的，可以依法继续履行至期限届满。

用工单位应当将制定的调整用工方案报当地人力资源社会保障行政部门备案。

用工单位未将本规定施行前使用的被派遣劳动者数量降至符合规定比例之前，不得新用被派遣劳动者。

第二十九条 本规定自 2014 年 3 月 1 日起施行。

## 关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》已于2014年4月21日由最高人民法院审判委员会第1613次会议通过，现予公布，自2014年9月1日起施行。

为正确审理工伤保险行政案件，根据《中华人民共和国社会保险法》《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国行政诉讼法》《工伤保险条例》及其他有关法律、行政法规规定，结合行政审判实际，制定本规定。

**第一条** 人民法院审理工伤认定行政案件，在认定是否存在《工伤保险条例》第十四条第（六）项“本人主要责任”、第十六条第（二）项“醉酒或者吸毒”和第十六条第（三）项“自残或者自杀”等情形时，应当以有权机构出具的事故责任认定书、结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据，但有相反证据足以推翻事故责任认定书和结论性意见的除外。

前述法律文书不存在或者内容不明确，社会保险行政部门就前款事实作出认定的，人民法院应当结合其提供的相关证据依法进行审查。

《工伤保险条例》第十六条第（一）项“故意犯罪”的认定，应当以刑事侦查机关、检察机关和审判机关的生效法律文书或者结论性意见为依据。

**第二条** 人民法院受理工伤认定行政案件后，发现原告或者第三人在提起行政诉讼前已经就是否存在劳动关系申请劳动仲裁或者提起民事诉讼的，应当中止行政案件的审理。

**第三条** 社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：

（一）职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位；

（二）劳务派遣单位派遣的职工在用工单位工作期间因工伤亡的，派遣单位为承担工伤保险责任的单位；

（三）单位指派到其他单位工作的职工因工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位；

（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；

（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。

**第四条** 社会保险行政部门认定下列情形为工伤的，人民法院应予支持：

（一）职工在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的；

（二）职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的；

（三）在工作时间内，职工来往于多个与其工作职责相关的工作场所之间的合理区域因工受到伤害的；

（四）其他与履行工作职责相关，在工作时间及合理区域内受到伤害的。

第五条 社会保险行政部门认定下列情形为“因工外出期间”的，人民法院应予支持：

（一）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；

（二）职工受用人单位指派外出学习或者开会期间；

（三）职工因工作需要的其他外出活动期间。

职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持。

第六条 对社会保险行政部门认定下列情形为“上下班途中”的，人民法院应予支持：

（一）在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中；

（二）在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中；

（三）从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中；

（四）在合理时间内其他合理路线的上下班途中。

第七条 由于不属于职工或者其近亲属自身原因超过工伤认定申请期限的，被耽误的时间不计算在工伤认定申请期限内。

有下列情形之一的，应当认定为不属于职工或者其近亲属自身原因：

（一）不可抗力；

（二）人身自由受到限制；

（三）属于用人单位原因；

（四）社会保险行政部门登记制度不完善；

（五）当事人对是否存在劳动关系申请仲裁、提起民事诉讼。

第八条 职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法院不予支持。

职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门已经作出工伤认定，职工或者其近亲属未对第三人提起民事诉讼或者尚未获得民事赔偿，起诉要求社会保险经办机构支付工伤保险待遇的，人民法院应予支持。

职工因第三人的原因导致工伤，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外。

第九条 因工伤认定申请人或者用人单位隐瞒有关情况或者提供虚假材料，导致工伤认定错误的，社会保险行政部门可以在诉讼中依法予以更正。

工伤认定依法更正后，原告不申请撤诉，社会保险行政部门在作出原工伤认定时有过错的，人民法院应当判决确认违法；社会保险行政部门无过错的，人民法院可以驳回原告诉讼请求。

第十条 最高人民法院以前颁布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

## 竞业禁止协议与商业秘密保护法律问题研究

**关键词：**竞业禁止；竞业禁止协议；商业秘密；侵权责任

**内容提要：**我国竞业禁止规制的法律法规零星而不成体系，应用范围有限（商业秘密在企业中的地位日益提高，已成为企业的重要资产之一。因竞业禁止协议与商业秘密保护两者竞合而产生的法律问题，成为司法实践中关注的问题。解决这个问题，应通过分析相关法律问题，厘清两者的法律性质和涉及的法律关系，从而达到用人单位与劳动者之间利益的平衡。

### 【引言】

竞业禁止是指对于权利人有特定关系之人的特定竞争行为的禁止，即在劳动关系中，雇主为保护自身利益，要求劳动者依法定或约定，在劳动关系存续期间或劳动关系结束后的一定时期内，不得在生产同类产品或经营同类业务且在具有竞争关系的其他用人单位兼职或任职，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。竞业禁止协议是对此加以规制的合同，也是要求劳动者履行竞业禁止义务的唯一依据。

对于商业秘密的保护，大体存在两种保护途径：第一，权利人与他人签订保密合同，一旦对方侵犯商业秘密，那么权利人可以通过违约之诉予以救济；第二，把商业秘密当作无形财产加以保护，那么一旦商业秘密受到侵犯，权利人则可以通过侵权之诉予以救济。这两种途径最大的缺点在于其救济手段都属于事后救济，即当侵犯商业秘密的行为已经发生，再采取补救措施。事实上，基于商业秘密的无形性特征，无论是针对违约还是侵权，权利人的举证难度非常大。因此这种事后救济手段并不能有效的保护权利人的利益，也难以对潜在的侵害行为予以法律上的救济或制止。而竞业禁止协议为保护商业秘密开辟了一条新的道路。竞业禁止协议利用竞业禁止这种对推定损害事先防范的制度，把对商业秘密的保护从事后补救变成了事前预防，克服了前者救济手段在及时性和有效性方面的不足，成为保护商业秘密的一种有效手段。

但由于我国关于劳动者竞业禁止的法律法规零星而不成体系，如何有效通过竞业禁止协议保护用人单位的商业秘密，同时又不违背鼓励人才流动的社会利益和劳动者的择业自由权，特别是如何让竞业禁止协议在合理限制竞争原则范围内运作，是一个值得探讨的问题。因此，本文从理论和实践案例出发，以四个独立的问题为视角，对竞业禁止协议和商业秘密保护的相关法律问题进行探讨，以期理清二者的关系，从而有助实现二者的融合和用人单位自身利益与劳动者劳动利益的平衡。

### 一、违反竞业禁止协议与侵犯商业秘密的区别

如前所叙，竞业禁止协议可以作为保护商业秘密的手段，也是确保义务人履行保护商业秘密义务的重要依据。尽管如此，将商业秘密看成竞业禁止协议中唯一的保护利益还是比较片面的。事实上，竞业禁止协议实现的目的是多方面的，例如通过竞业禁止协议赋予雇主限制劳动者择业的权利，达到防御竞争对手，保护市场未来利益的目的。由此就必然导致竞业禁止协议中涉及的竞业禁止与商业秘密法律关系的竞合。在司法实践中，竞业禁止协议纠纷也往往与侵犯商业秘密纠纷交织在一起，造成竞业禁止协议的违约行为与侵犯商业秘密的侵权行为产生竞合。因此，二者保护客体上的重合所导致的竞合局面，极易造成司法实践中的对两者边界认定和适用法律的模糊。但事实上，二者涉及的法律关系、法律责任的基础不同，笔者先对其不同点加以梳理。

一般而言，违反竞业禁止协议与侵犯商业秘密法律的区别主要体现在以下三个方面：

第一，首先就责任性质而言，二者所承担的责任性质不同。竞业禁止协议本身是一种契约行为，是双方秉着意思自治原则而签订的合同。那么一旦打破了该协议，就意味着违约，进而所面临的是违约责任。因此，当劳动者违反不作为义务，以积极的方式从事竞业行为就构

成违约，应承担相关民事责任，如停止侵害、支付违约金等。与违反竞业禁止协议不同的是，侵犯商业秘密承担的是侵权责任。这主要是基于在无形资产日益重要的当代，商业秘密已成为各大企业的重要资产，其涉及到的是财产权。在《知识产权协定》中，对商业秘密的保护称为“未披露信息的保护”，其实质也即是将商业秘密作为一种财产权加以对待。我国国家工商行政管理总局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第6款也肯定商业秘密财产权的属性。我国《刑法》也将侵犯商业秘密犯罪，归入到“侵犯知识产权罪”的范畴中去，同时将“商业秘密”的所有人称为权利人，可见对商业秘密的保护是按所有权的思路予以认定的。因此，侵犯商业秘密的行为属于侵权行为，承担的是侵权责任，即停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产等方式。

第二，解决争议的方式不尽相同。正如前文所述，对于违反竞业禁止协议是承担违约责任，侵犯商业秘密是承担侵权责任。出现违约，其救济手段比较柔和，一般多倾向于协商、仲裁，进而再通过公权力加以救济。例如属于契约性质的劳动合同，我国《劳动法》第77条规定，劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。而侵害商业秘密属于侵权行为，是权利受到的侵害。对权利的维护，通常依靠公权力的介入。因此，侵犯商业秘密，当事人更多的不是协商，直接向法院提起诉讼成为解决争议的主要方式。

第三，涉及的责任主体不同。竞业禁止协议是发生在雇主与雇员之间，是二者协商的产物。雇主通过与雇员签订竞业禁止协议，对雇员的劳动权、自由择业权在一定范围内，一定程度上加以限制，通过这种限制进而保护自己的利益。但这种限制以雇主遵循利益平衡原则、合理限制原则等为前提条件。因此，雇主不得突破这些原则对雇员加以限制。在这种背景下，劳动者负有不作为义务，即不涉及雇主的同类营业。即便劳动者涉及雇主的同类业务，若主观上没有损害雇主利益的故意，客观上也不一定侵害了雇主商业秘密、商业信誉等权利，但仍然是违反了竞业禁止义务。因此，违反竞业禁止协议的主体有可能是雇员，也有可能是雇主，也有可能是两者。此外，当其他企业或雇主明知或应知该劳动者违反了竞业禁止协议，但仍然雇佣该劳动者，该企业或雇主是否要承担竞业禁止的连带责任呢？对此笔者与李永明教授持一致意见，即竞业禁止义务，除了法定竞业禁止，都是依据竞业禁止协议产生，该义务只能约束协议当事人。对于新雇主或企业而言，唯一有可能涉及的情形是，如果权利人提起的竞业禁止违约诉讼的结果与新雇主或企业存在利害关系，那么该新雇主或企业可以作为第三人参与诉讼，但不能作为连带责任人进入诉讼。

商业秘密作为一种财产形式而存在，违反商业秘密所侵犯的是财产权利，而这类权利一般都为对世权。除此之外，正如前文提到的，保护商业秘密的途径一方面可以通过保密协议，另一方面是将商业秘密作为无形资产。因此，将商业秘密作为无形财产的时候，无论是否与商业秘密的权利人签订保密协议，劳动者都不能侵犯雇主的商业秘密。可以说，这是劳动者的法定义务。由此我们明白，即便是与商业秘密权利人没有任何合同关系的第三人，其不当行为仍然可能构成对商业秘密的侵犯。如根据我国《刑法》的规定，第三人明知或应知他人具有侵犯商业秘密的行为，仍然从那里获取他人商业秘密或使用或披露他人商业秘密的，以侵犯商业秘密罪论处。

可见，在竞业禁止协议中有可能涉及到的责任主体是协议双方，即雇主和雇员；而在商业秘密保护中涉及的责任主体是除了商业秘密保有者以外的所有人，如雇员和其他人。

## 二、竞业禁止协议本身不应成为商业秘密保有者的保密措施

我国《反不正当竞争法》对商业秘密构成要件的规定为：1. 不为公众所知晓；2. 能为权利人带来经济利益；3. 具有实用性；4. 经权利人采取保密措施，这四个要件也可简称为新颖性、实用性、价值性、秘密性。根据四个要件的规定可以看出，商业秘密权利人如果没有采取有效的保密措施而导致商业秘密泄露，那么该“秘密”也就不再是“商业秘密”，权利

人也不再享有该权利。因此，司法实践中的商业秘密纠纷案件，很多时候的焦点是集中在权利人是否采取了保密措施。那么顺着这个思路下去，如何认定权利人采取了保密措施，又成为争议的焦点。国家工商行政管理总局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第2条第4款解释“本规定所称权利人采取保密措施，包括订立保密协议、建立保密制度及采取其他合理的保密措施”。同时在行政答复中做出了进一步说明：“权利人采取保密措施，包括口头的或书面的保密协议、对商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人提出保密要求等合理措施。只要权利人提出了保密要求，商业秘密权利人的职工或与商业秘密权利人有业务关系的他人知道或应该知道存在商业秘密，即为权利人采取了合理的保密措施，职工或他人就应该对权利人承担保密义务”。根据这个规定，笔者的疑问是：竞业禁止协议是否必然被认为是权利人提出的保密措施。

虽然利用竞业禁止协议可以实现保护商业秘密这个目的，并可以弥补现有保护商业秘密两种途径的不足，但如果不考虑竞业禁止协议的内容，一味认为竞业禁止协议就是权利人提出的保密措施，笔者认为是不妥当的。

因为，竞业禁止协议产生的主要是竞业禁止义务。通过竞业禁止义务，限制劳动者的劳动权和择业自由权等基本权利，使得劳动者无法在同业领域中其他雇主或企业中工作，由此实现商业秘密的保护。可见，商业秘密并不是竞业禁止协议中唯一的应保利益，竞业禁止协议本身所规范的是竞业行为，涉及的权利冲突往往也集中在劳动权、择业自由权等方面，其核心目的在于竞业禁止，而这与权利人提出保密要求相差甚远。所以如果用人单位与劳动者签订了竞业禁止协议，没有在竞业禁止协议中约定保密条款，那么此时就不能认定该竞业禁止协议是权利人提出的保密措施，否则这将导致在认定商业秘密方面，商业秘密保有者的义务过低，其利用商业秘密限制劳动者自由择业将变得异常容易。

### 三、竞业禁止协议中竞业禁止条款无效对保密条款的影响

由于竞业禁止协议是保护商业秘密的一种有效手段，因此，司法实践中，竞业禁止协议中会写有保密条款。但此时该协议仍为竞业禁止协议，其性质并未变成保密协议。该协议本身的理论依据仍为竞业禁止的理论依据，如经济学的“代理成本”理论、法学的诚实信用和忠实义务理论以及合理限制竞争原则。再从竞业禁止协议的构成来看，为了实现竞业禁止，其协议内容主要是围绕竞业禁止条款所展开的。在这种情况下，一旦竞业禁止条款无效了，可以说竞业禁止协议的初衷也就无法实现了。这时，其中的保密条款的效力是否会因竞业禁止条款无效而受到影响？

在北京合康科技发展有限公司（以下称合康公司）诉李子民竞业禁止纠纷中，法院认定了合康公司与李子民签订的竞业禁止合同中第2条、第4条为竞业禁止条款，第5条为保密条款。但由于合康公司未证明向李子民另行支付了竞业禁止补偿费，并且该两条不具有可保护的商业秘密等合法利益，该两条竞业禁止条款应属无效，李子民无须承担竞业禁止义务。同时，法院认定第5条保密条款作为相对独立存在的条款，没有效力瑕疵，具有法律效力。

对于法院的这个判决，笔者是持相同意见。首先就竞业禁止协议本身而言，其本质是合同。合同是能够直接或间接地由法律强制执行的允诺，同时组合合同的若干允诺具有可分性，因此，合同中的每一个条款都是双方的意思表示，都受法律约束。我国《合同法》第56条支持了该观点，其规定“合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”。其次，从二者关系而言，即便在同一个合同里，竞业禁止条款与保密条款也是相互独立，互不干涉。二者相互之间没有内在的逻辑关系，竞业禁止条款的存在不是保密条款存在的前提，保密条款的存在也并非不是竞业禁止条款存在的结果。因此，保密条款既然作为竞业禁止协议中的一个相对独立的条款，是不受其他无效条款影响的。只要自身权利没有瑕疵，仍然是合法有效的，其意思表示仍受到法律约束。也就是说，保密条款虽然存在于竞业禁止协议中，但保密条款的有效与否是依据自身的权利状态，如所涉及的商业秘密是否符合商业秘密的构成要件

等因素，而不是依据竞业禁止条款的无效与否。

#### 四、签订竞业禁止协议可否证明劳动者必然知道或接触商业秘密

竞业禁止按照法律效力来源分类，分为法定竞业禁止和约定竞业禁止。前者是指竞业禁止义务直接来源于法律的禁止性规定，如我国《公司法》第149条对公司高级管理人员和董事的竞业禁止规定，就属于法定竞业禁止。后者则是来自于当事人之间的协商，根据合同意思自治原则，当事人双方在自由协议的情况下做出竞业禁止的约定。那么对于前者，也即是法定竞业禁止的当事人，由于他们处在管理层面，很难不接触到商业秘密，因此，针对这类人员讨论能否依据竞业禁止协议来认定能否知道或必能接触到商业秘密并非本文所关注的。本文所关注的是后者，也即是如果是采取约定的方式，双方签订了竞业禁止协议，那么能否凭此协议就认定雇员必然能够知道或者接触到商业秘密。

在司法实践中，非公司高层人员而被要求签订竞业禁止协议的雇员，一般而言也是用人单位在某些方面的骨干。他们一旦进入同业领域的其他单位，将有可能对用人单位造成不利影响。但这类签订竞业禁止协议的人员必然知道或者能够接触到商业秘密吗？笔者认为，要区分不同的情况。关键点在于，雇主是在何种情形下与劳动者签订竞业禁止协议的。如仅仅是因为考虑到高素质劳动者成为他人员工后，易给自己造成一定的损失，因此利用竞业禁止协议限制劳动者自由择业权的行使。此时，单凭签订竞业禁止协议不能证明劳动者必然知道或者可以接触到商业秘密。但是，如果签订竞业禁止协议的理由是，劳动者在公司工作期间通过公司的培训，掌握了公司所特有的技术，并成为公司的骨干，为了防止技术外泄和人才流失进而签订了竞业禁止协议，此种情况下，签订竞业禁止协议可以证明劳动者知道或者可能接触商业秘密。

不过针对第二种情形需要注意的问题是：1. 界定劳动者在雇用期间经过公司培训，学习、掌握的技能与商业秘密的范围。因为，即便劳动者所掌握的技能是在雇用期间通过公司培训所获得的，如这些技能已成为劳动者赖以谋生的基础，已成为其人格的一部分，劳动者也享有使用这些技能的权利，特别是专业能力很强的劳动者，其拥有的技能范围会越广。如果把劳动者所掌握的技能都列入雇主的商业秘密范畴内，势必会侵害劳动者的劳动权甚至生存权。2. 如果雇主自身并没有采取合理的保密措施，仅仅是做一些诸如“本单位所有信息均为本单位专有”这类缺乏具体商业秘密指向的泛泛的保密要求，同时又在办公场所随意堆放各类信息材料，工厂也随意让人参观、出入。那么在这种商业秘密保有者自身都没有采取有效得力的保密措施的情形下，他人是无保密义务可言的。因此，即便依据竞业禁止协议能够证明劳动者知道或者可能接触公司的某些保密信息，劳动者也无须保密义务。若强令劳动者履行保密义务，无疑会造成劳动者承担越来越多的不合理的商业信息保密义务从而其职业技能的使用受到制约，雇主为限制员工自由择业而提起诉讼会变得异常容易。

#### 【结语】

竞业禁止协议与商业秘密保护之间法律问题的出现，一方面是因为经济的发展引发了法律关系的竞业，更重要的是两者内涵外延的模糊化使得问题复杂化。因此妥善处理其中关系，需正确理解违反竞业禁止协议和侵犯商业秘密的内涵和外延。在此基础上，才能有效平衡用人单位与劳动者的利益关系，既尊重用人单位的商业秘密，也兼顾劳动者竞业禁止的损失。因此，综合上述探讨，笔者认为大体可以从以下几方面入手：

第一，加强对商业秘密保有者的“保密措施合理性”的判断。在现行商业秘密法律中设立“合理保密措施”的多角度全面审查标准。不能仅凭用人单位一个泛泛的保密要求，而忽视保密要求内容、劳动者是否真正能接触商业秘密的实事，就作为司法实践中要求劳动者举证所获信息或技术不是来自雇佣者。

第二，将劳动者所掌握的知识、经验、技能与商业秘密区分开。首先，可以借鉴美国的区分方法，即将信息区分为一般性与特殊性，把商业秘密纳入特殊性的信息范畴；其次，根据

权利人是否在雇佣关系中禁止劳动者使用该信息，进而确定是否属商业秘密；再者，根据雇员的能力判断是否能接触商业秘密。

第三，规范对竞业禁止协议效力的认定。通过对竞业禁止协议义务主体、保护对象、竞业期限、地域范围和职业种类合理性标准等方面的认定，来界定竞业禁止协议的效力，从而改变司法机关对竞业禁止协议效力标准的粗糙认定。

出处《知识产权》作者金泳锋，付丽莎

## 未签订劳动合同双倍工资时间权限问题法律分析

### 一、据以研究的案例

李某于2008年4月至2009年3月在北京某服装服饰中心（以下简称服装公司）从事车工工作，工作期间双方未签订书面劳动合同。离职后，李某向北京市通州区劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求服装公司向其支付工作期间未签订劳动合同双倍工资差额及解除劳动关系经济补偿金。仲裁委裁决服装公司向李某支付未签订劳动合同双倍工资差额，驳回了李某的其他仲裁请求。服装公司不服该裁决，向北京市通州区人民法院提起诉讼。通州法院判决服装公司应向李某支付未签订劳动合同双倍工资差额。

判决作出后，双方当事人均未提出上诉，一审判决已经发生法律效力。

### 二、相关法律问题分析

自2008年1月1日《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称劳动合同法）实施以来，北京法院受理的劳动争议案件数量骤增，其中，尤以如前述案例所示，劳动者向用人单位索要未签订书面劳动合同双倍工资的案件数量增加最为迅猛。然现行法律、行政法规及司法解释在赋予劳动者主张未签订书面劳动合同双倍工资请求权的同时，对该项权利的界定及计算方法尚有留白，笔者即拟对劳动者获赔未签订书面劳动合同双倍工资时间权限的问题进行析释，以期助益于劳动者主张权利。

#### （一）时效的适用

##### 1、双倍工资的定性

在讨论这一问题之前，我们需要先明确一个法律概念，即双倍工资的性质。一种观点认为，劳动合同法作为经过全国人民代表大会常务委员会审议通过的法律，其在遣词造句上必然字斟句酌，故其既然使用了双倍工资这一法律概念，即意指其为工资的一种。另一种观点认为，根据《北京市工资支付规定》及《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1995年意见）的规定，工资系指在一个工资支付周期内，用人单位依据国家有关规定和劳动合同的约定，以货币形式按照劳动者提供的正常劳动直接向其支付的劳动报酬，是劳动者的劳动收入，分为：计时工资、计件工资、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬、特殊情况下支付的工资；劳动报酬包括工资和其他合法的劳动收入，是劳动者用自己付出的劳动所换来的物质利益。而双倍工资是用人单位在违反劳动合同法的情况下向劳动者支付的额外补偿，即双倍工资与工资的内涵及外延均有质的区别，其在性质上不宜认定为工资，而是对用人单位违反劳动合同的罚则。笔者倾向于第二种观点，理由在于，首先，根据劳动合同法第四十七条及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称条例）第二十七条的规定，计算经济补偿金时亦未将双倍工资作为计算基数，可以印证劳动合同法是将未签订书面劳动合同双倍工资置于工资范畴之外的；其次，在劳动合同法中，双倍工资规定于“法律责任”章节中，属于对用人单位的惩罚性规定；第三，若采信第一种观点，虽然从短期看有力地保护了劳动者的合法权益，但从长远发展的着眼点出发，企业尤其是中小企业，在其无法在短时间内完善企业内部规制的情况下，一再地对其苛以双倍工资的罚则，增加用人及经营成本，必将影响企业的发展潜力，那么一旦中小企业失去了继续发展的活力，劳动者面临的将不再是在劳动合同履行过程中如何受到法律保护的问题，而是他的“饭碗”在何处的的问题，由此引发的社会问题将不仅仅是劳动合同法所能解决的。综述，将未签订书面劳动合同双倍工资定性为罚则是正确的。

##### 2、时效的适用

根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称仲裁法）第二十七条的规定及《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》（以下简称解释二）的立法精神，将因工资引发的劳动争议排除在了时效的限制之外，若将未签订书面劳动合同

双倍工资归入工资的一种，则其亦可不受时效期间限制，则时效问题丧失了讨论的基础。现已明确了未签订书面劳动双倍工资的性质，诉讼时效的适用问题则有的放矢，即未签订书面劳动合同双倍工资应适用仲裁法第二十七条关于一年时效期间的限制。

### （二）双倍工资时效期间的起算点

双倍工资诉讼时效适用的起算点是我们需要讨论的第二个问题。仲裁法第二十七条适用一般侵权行为时效期间起算点的规定，即自当事人知道或应当知道其权利被侵害时起计算；《中华人民共和国劳动法》（以下简称劳动法）第八十二条及解释二第一条则规定自劳动争议发生之日起计算时效期间。笔者认为，从法律效力上看，仲裁法相较于劳动法法律位阶相同，但其为新法，既然新法对旧法中劳动争议纠纷的时效期间及其起算点均作了修改，则应以新法的规定为准，即自当事人知道或应当知道其权利被侵害时起计算时效期间。具体到未签订书面劳动合同双倍工资的时效起算点应为自用工之日起满一个月的次日，理由在于，根据劳动合同法的规定，用人单位应当自用工之日一个月内与劳动者签订书面的劳动合同，其自用工之日起至满一个月的次日仍未与劳动者签订书面劳动合同的，劳动者应当知道其权利受到侵害，故以此作为时效的起算点符合客观实际及法律的规定。

### （三）双倍工资时间权限的限制

用人单位应当自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同，未按上述法定时间订立的，用人单位需向劳动者支付双倍工资。但实践中对于劳动者能够主张的未签订书面劳动合同双倍工资时间权限的限制，即劳动者能否要求超过11个月的双倍工资存在分歧。一种观点认为，劳动者可以主张超过11个月双倍工资；另一种观点认为，劳动者不能主张超过11个月的双倍工资，笔者赞同第二种观点，但有例外，根据劳动合同法第八十二条及条例第六条、第七条的规定，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同情况分以下二种：

第一、在劳动者与用人单位初次建立劳动关系的情况下，又可划分为两种情况：

1、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，该种情况的法律后果有二：一是用人单位应当向劳动者支付双倍工资，双倍工资计算的起止时间为自用工之日起满一个月的次日至补订书面劳动合同的前一日，但最长不应超过11个月；二是与劳动者补订书面劳动合同。在此种情况下需要说明的是，首先，若因劳动者的原因导致未能订立合同的，用人单位应在一个月内书面通知劳动者终止劳动关系；其次，对于最终未补签劳动合同的，即使系因劳动者的原因所致仍不能免除用人单位支付双倍工资的法律責任。

针对上述情况，有一点需要在此言明，即未签订书面劳动合同双倍工资是否适用于补订书面劳动合同的情形。此处的补订亦包括两种情况，即“补订”与“倒签”。当然对于“补订”司法实践中的争议不大，因劳动合同法第八十二条及条例第六条、第七条规定双倍工资使用的立法用语均为“应当”，属于强制性、义务性规范；且在条例第六条中，“应当”一词控制的内容既包括支付双倍工资，也包括补订书面劳动合同。故一旦用人单位未在法定的时间内与劳动者签订书面劳动合同，必然同时导致两个法律后果：支付双倍工资和补订书面劳动合同，用人单位不能因补订而免除其应支付双倍工资的义务。

司法实践对“倒签”的处理尚存有争议。笔者认为，“倒签”系指用人单位未在法定期限内与劳动者签订书面劳动合同，而在事后补订时，人为地将劳动合同签订时间倒签至法定期限内。劳动合同的倒签往往基于用人单位的意愿，劳动者作为缔约的弱势方往往为保住工作而不得不签，并且由于劳动者的受教育水平不等，法律意识强弱不同，在倒签书面劳动合同时其未必能够真实了解倒签行为对其实体权利的影响。事实上，这是用人单位在已知未签订书面劳动合同违法的情况下，恶意规避法律惩罚的一种做法，因此如果放纵用人单位可以随意在事后以倒签合同的方式逃避法律制裁，就不利于对劳动者权利的保护，也阻碍劳动合同法的真正的贯彻实施，与劳动合同法立法精神相悖。故在此类案件审理中，若有确实、有

效的证据证实书面劳动合同确属在超出法定期限后倒签的，则不能免除用人单位向劳动者支付未签订书面劳动合同双倍工资的法律責任，双倍工资计算的起止时间为自用工之日起满一个月的次日至实际补订书面劳动合同日期的前一日期间（最长不超过11个月）。但为平衡劳资双方权利、义务，若有确实、有效的证据证实该“倒签”行为系由于劳动者的过错或其他因劳动者的原因所致，而后用人单位积极组织补签的，从公平角度出发，应将该“倒签”行为视为双方对此前劳动关系的确认，可以考虑不予支持劳动者要求支付双倍工资的诉讼请求。

2、用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，该种情况的法律后果有二：一是用人单位应当向劳动者支付双倍工资，双倍工资计算的起止时间为自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日，最长仍不应超过11个月；二是视为自用工之日起满一年的当日用人单位已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

对于第二种情况，笔者认为有必要进一步的分析说明。第一种观点认为劳动者可以主张超过11个月的双倍工资，该种观点的理由在于，根据劳动合同法第八十二条第二款关于用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍工资的规定，当用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同时，其亦负有向劳动者支付双倍工资的义务，也就是说，当存在条例第七条规定的用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的情形时，其法律后果之一即系视为双方已经订立无固定期限劳动合同，此时，用人单位应当立即与劳动者补订书面劳动合同，若其未补订的，应继续向劳动者支付双倍工资，没有最长期限的限制。然笔者认为，劳动合同法第八十二条第二款中规定的无固定期限劳动合同系指劳动合同法第十四条第二款所规定的四种情况，不应包含条例第七条所规定的视为双方已经订立无固定期限劳动合同，二者有质的区别，故当依据条例第七条产生视为双方已经订立无固定期限劳动合同的情况时，不宜再适用劳动合同法第八十二条第二款的规定对企业进行处罚，否则就意味着对企业进行双重的处罚：订立无固定期限劳动合同，并无限期的支付双倍工资。劳动合同法的立法天平本已倾斜于劳动者一方，在法律适用尤其是进行司法解释的过程中若对劳动者进行再次的倾斜，从长远的角度出发将不利于企业，尤其是中小企业的保护，这种以牺牲企业长远利益来保护劳动者的做法，最终将使得对劳动者的保护丧失根基——劳动者去何处就业呢？

第二、在劳动者与用人单位非初次建立劳动关系的情况下，根据《劳动部关于加强劳动合同管理完善劳动合同制度的通知》第五条的规定，用人单位在上一劳动合同期满前，若有意与劳动者续订劳动合同，有提前一个月通知劳动者的义务。即在劳动关系延续而未及时续订书面劳动合同的情形下，用人单位除应当与劳动者续订劳动合同外，还应自劳动合同期满的次日起至满一年的前一日向劳动者每月支付双倍工资，最长可达12个月。这就是劳动者不能主张超过11个月双倍工资的例外情形。

来源：中国法院网 作者：田古

## 飞行员离职被判赔首航 140 万培训费 二审维持原判

飞行员田某起诉要求和首都航空公司解除劳动关系并索要工资。此案经过法院审理，田某获得了 4.6 万余元赔偿。此后，首都航空公司也向法院提起了诉讼，要求田某赔偿该公司培养一名飞行员的培训费等共计 554 万元。记者昨天获悉，三中院终审判决田某赔偿首航 140 万元培训费。

### ■案情

#### 飞行员诉首航索要工资

现年 50 岁的田某，曾在空军任团职飞行员。转业后，他进入了海南航空公司担任飞行员。在 2001 年 9 月，田某又从海航离职，进入首都航空公司担任飞行员。田某称，在首航的 10 余年飞行生涯中，自己经常超时加班飞行，但是相关的权益未得到航空公司的有效保障。

2012 年 2 月 22 日，田某向顺义仲裁委提出申请，要求和首航解除劳动关系、并要求对方向其支付年假工资等。随后，仲裁委裁决双方解除劳动关系，首航支付田某 2011 年度未休年假工资 4.6 万元。田某及首航均不服该裁决，遂诉至法院。

一审法院判决首航与田某解除劳动关系。首航不服提出上诉，二审法院终审维持了原判。

#### 首航诉飞行员要培训费

法院判决生效后，田某与首都航空公司解除了劳动关系，之后首航便向顺义仲裁委申请仲裁，要求田某支付 554 万元培训费，被仲裁委驳回后，首航于 2014 年将田某起诉至法院。

首航称，田某在首航担任飞行员期间，每年接受飞行训练、技能检查等培训，航空公司为此支付了高昂的培训费用。现在田某离职，其应对航空公司进行赔偿，因此首航起诉田某索要培训费 344 万元、流动补偿费 210 万。

庭审中，田某介绍，自己曾在空军服役，飞行技能来源于空军培养，与首航无关。

田某认为，自己在与首航签订劳动合同之前，就已经获得了民航局认定的正驾驶职称，该职称的获得也与首航无关，因此其并不需要首航的培训。

### ■判决

#### 法院：飞行技能需要单位培训

一审法院经过审理后对此案做出判决。法院认定，关于首都航空公司主张飞行员田某的培训费用，考虑到飞行员具有专业性及特殊性，属于高技能人才，需要长时间的能力培养过程及持续的能力保持过程。田某在入职首都航空公司后，该公司必然对其进行过持续不断的培训并支付了相应培训费用。

田某提出与该公司解除劳动关系，就应当支付该公司相应的培训费用。但由于首都航空公司没有提供详细的证据，法院酌情判决田某支付首都航空公司培训费 140 万。

田某不服，提出上诉。三中院终审维持原判。

来源：京华时报 作者：王晓飞

## 公司降低社保缴纳标准 女经理起诉获经济补偿

一起因未缴纳足额社会保险引发的纠纷案，暴露出当前部分企业私自降低职工社保缴纳标准的“潜规则”。日前，重庆市第一中级人民法院审结这样一起案件，涉事公司因未按员工卢超（化名）的实际工资水平缴纳社保费用，被依法判处支付其经济补偿金 1.9 万元。

家住重庆市长寿区的卢超大学毕业后进入长寿区某置业发展公司工作。两年后，卢超升任该公司人力资源部经理，月工资提升至每月 3000 元。升职的喜悦尚未褪去，卢超却发现一件烦心事。她与单位签订的劳动合同里，关于社保和福利待遇的条款竟然约定卢超的养老、失业、工伤、生育保险按长寿区社会保险局规定最低参保基数 1350 元/月投保，医疗保险按长寿区社会保险局规定最低参保基数 800 元/月投保（社会保险缴纳基数每年随政策调整而调整）。

自己的工资明明是 3000 元，为何在缴纳保险时却按照最低参保基数缴纳？原来，这是该公司的“潜规则”，所有员工无论工资高低，一律按照最低参保基数缴纳社会保险。对于这样的“霸王条款”，其他员工忍气吞声，但卢超不愿保持沉默。2014 年，卢超向重庆市长寿区人民法院提起诉讼，要求与公司解除劳动合同，并要求公司支付相应的经济补偿，长寿区人民法院作出一审判决，支持卢超诉求，判处该置业发展公司支付经济补偿金 1.9 万元。该公司对判决结果不服，上诉至重庆市第一中级人民法院。

重庆一中法院审理后认为，为员工代缴社会保险，是用人单位应尽的义务。卢超与某置业公司在劳动合同中关于变更社保缴纳标准的约定违反《劳动法》和《社保征缴条例》，是无效条款，没有法律效力。该公司未按卢超的实际工资水平缴纳社保费用，属于未依法为劳动者缴纳社会保险费的情形，应当向劳动者支付经济补偿金。

据此，重庆一中院日前依法作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

### ■法官说法■

该案承办法官说，《中华人民共和国劳动法》第九章第七十二条规定：“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”《社会保险费征缴暂行条例》第二章第十二条规定：“缴费单位和缴费个人应当以货币形式全额缴纳社会保险费。缴费个人应当缴纳的社会保险费，由所在单位从其本人工资中代扣代缴。社会保险费不得减免。”依法缴纳社保费是用人单位的法定义务，具有强制性，对于社保费用缴纳的标准也有强制性规定，既不属于劳资双方可以协商的范围，也不属于劳动者可以自愿放弃的权利。

法官指出，用人单位只有依法为全体劳动者缴纳社会保险，合法经营，才能避免法律风险的产生，否则将承担高额的违法成本。

来源：中国法院网 作者：杨青焱、李颖

声明：本通讯仅供参考，并不构成法律意见。读者如有任何具体问题应及时联系本委员会以征询适当的法律意见。

玺名律师事务所

天津市河西区友谊北路 51 号合众大厦 A 座 1501 号

电话：022-83288801

传真：022-82388802

网址：www.ximinglawyer.com