

用人单位劳动合同法操作实务精解与应对 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E7\\_94\\_A8\\_E4\\_BA\\_BA\\_E5\\_8D\\_95\\_E4\\_c122\\_485315.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E7_94_A8_E4_BA_BA_E5_8D_95_E4_c122_485315.htm) 一、规章制度相关

操作实务及应对技巧 1、规章制度制定风险分析与应对措施

规章制度是用人单位的内部“法律”，贯穿于用人单位的整个用工过程，是用人单位行使管理权、合同解除权的重要依据。劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可解除劳动合同，没有规章制度，公司的管理将会陷于困境。《劳动合同法》第四条对规章制度以大篇幅进行规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。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。从法律规定看，规章制度的制定、修改流程为：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 公示告知。【风险分析】 不合法的规章制度，在仲裁或诉讼中不能作为审理劳动争议案件的依据。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》第十九条的规定，规章制度必须符合“民主程序制定”、“合法”，“公示”三个条件，才可作为人民法院审理劳动争议案件的依据。按照《劳动合同法》第八十条规定，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。 根据《劳动合同法》第三十八条规定，用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位需支付经济补偿金。 【应对措施】 全面修订规章制度：劳动合同法在2008年1月1日正式施行，因此，我们必须全面修订公司的规章制度，在劳动合同法的框架下制作出符合本公司利益的规章制度。切记：违反劳动合同法的条款要全部进行修订，如果在2008年1月1日后还在使用老版本的制度，将给用人单位带来很大的风险，劳动合同法规定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，劳动者可以解除劳动合同，用人单位需支付经济补偿，这和以往的法律相比对规章制度的合法性要求严格了许多。 劳动合同法施行后，规章制度的制定、修改履行法定程序。流程为：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 公示告知。因此，考虑组建职工代表大会、工会。并保留职工代表大会或者全体职工讨论、协商的书面证据。

## 2、规章制度的公示方法 规章制度公示的重要性

规章制度是否向劳动者公示可直接决定用人单位在劳动争议案件中的胜败，按照最高人民法院司法解释及劳动合同法的规定，规章制度只有向劳动者公示才对劳动者产生约束力。司法实践中劳动者往往以其不知道规章制度的内容为由主张规章制度未公示，用人单位也往往无法提供已经公示的证据，很多企业本应该胜诉的案件最终败诉问题往往就出在这里，员工的违纪行为本已经达到了规章制度中规定的解除劳动合同条件，但是员工称不知道有这个制度，公司也无法证明曾向员工公示的证据，最终导致案件败诉。规章制度如何公示

才更有利于今后在仲裁庭或法庭举证？ 规章制度公示方法

1) 员工手册发放（要有员工签领确认）；2) 内部培训法（注意一定要包括：培训时间、地点、参会人员、培训内容、与会人员的签到）；3) 劳动合同约定法；4) 考试法（开卷或闭卷）；5) 传阅法；6) 入职登记表声明条款；7) 意见征询法；尽量避免如下公示方法：1) 网站公布（举证困难）

；2) 电子邮件告知（举证困难）；3) 公告栏，宣传栏张贴（举证困难）。二、劳动者入职管理操作实务及应对技巧 1

、入职审查的导入和适用 实践中用人单位招聘过程的简单化、形式化，不注重入职审查，加上劳动合同法对双重劳动关系的间接承认，轻视入职审查将对用人单位用工带来很大风险。《劳动合同法》第八条规定，用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。第二十六条规定，以欺诈手段使对方在违背真实意思的情况下订立的劳动合同无效或者部分无效。第九十一条规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

【风险分析】 如不进行入职审查，劳动者以欺诈手段入职的，可导致劳动合同无效； 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。【应对措施】 招用劳动者时，要

要求其提供与前单位的解除或终止劳动合同证明，并保留原件。如尚未解除劳动合同的，要求其原单位出具同意该员工入职的书面证明。 核实劳动者的个人资料的真实性，比如学

历证明、从业经历，要求劳动者承诺未承担竞业限制义务，并向原单位进行核实，以免发生不可预测的诉讼风险。 2、

关于用人单位与劳动者告知义务的新规定以及对劳动合同效力的影响

**用人单位和劳动者的告知义务（知情权）** 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。我们注意到这里企业的告知内容是比较广泛的，基本上涵盖了劳动关系的全部内容，而劳动者的告知义务相对少很多，只限于与劳动合同直接相关的基本情况，实践中不外乎就是年龄、家庭住址、教育背景、学历、工作经历、是否与前单位解除合同等，而对于与劳动合同没有直接关系的情况，劳动者可以不回答。

**【风险分析】** 告知义务对合同效力也会产生影响，隐瞒真实情况，诱使对方作出错误的判断而签订劳动合同，可认定为欺诈，因欺诈手段而订立的劳动合同可认定为无效劳动合同。劳动合同法草案和草案二审稿都只规定用人单位以欺诈、胁迫的手段订立的劳动合同无效，排除了劳动者以欺诈手段订立合同也应当认定为无效，当时就引起了很多企业的反对，同样是欺诈，企业欺诈合同就无效，员工欺诈合同却有效，这是哪门子道理？实践中恰恰相反，订立劳动合同过程中往往是劳动者使用欺诈手段的居多，比如提供虚假文凭、编造工作经历、隐瞒与前单位仍存在劳动关系的事实等等，所以，立法机关在三审稿后就对该条款进行了修订，删除了“用人单位”四个字，让用人单位和劳动者享受“同等待遇”。

**【应对措施】** 入职登记表中声明：公司已经告知本人工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，其他情况，签名确认。 劳动合同中声

明。 劳动者声明：本人保证提供的学历证明、资格证明、工作经历等资料真实，如有虚假，公司可立即解除劳动合同，并不予经济补偿。 3、禁止要求员工提供担保、禁止收取“风险抵押金”对用人单位用工管理带来的影响及应对措施

法律的禁止性规定 劳动合同法规定，用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物，违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。 对用人单位的影响 用人单位为了保护自身的利益，在招聘员工时，要求重要岗位（如财务人员）、或者是说掌握了用人单位财产的劳动者（如司机）提供担保或风险抵押金是实践中的通常做法，劳动合同法规定用人单位招用劳动者不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物，不可避免的对企业财产安全带来一定影响，这令很多企业不安，也是企业最关注的一个问题之一。

对现有关于禁止担保、禁止收取风险抵押金规定的分析

（1）关于要求劳动者提供“人保”是否有效 深圳的企业习惯于要求员工提供“深户担保”，实际上这种要求劳动者提供“人保”是得不到法律的支持的，最高人民法院公布了一个案例《中国工商银行哈尔滨市和平支行诉高延民担保合同纠纷案》中认为此种担保不符合民法通则和担保法的规定，以判例的形式宣告了要求劳动者提供人的担保是无效的。

（2）关于收取“风险抵押金”是否有效 经过对以往劳动部针对该问题的作出的一些规定，以及劳动合同法针对该问题的规定的分析，禁止收取押金似乎也是有例外的，并非不分

青红皂白一律禁止。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。该条处于“劳动合同的订立”的章节下，根据法条的逻辑关系，可以理解为用人单位在订立劳动合同时，不得以其他名义向劳动者收取财物。劳动部1995年8月4日颁发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309号）第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）。劳动部、公安部、全国总工会《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》（劳部发[1994]118号）规定：企业不得向职工收取货币、实物等作为“入厂押金”，《劳动部关于严禁用人单位录用职工非法收费的通知》规定用人单位不得在招工条件中规定个人缴费内容，从上述规定可以看出，法律禁止在新招聘员工时收取押金，时间点放在签订合同前或签订合同时。劳动部办公厅、国家经贸委办公厅对“关于用人单位要求在职职工缴纳抵押性钱款或股金的做法应否制止的请示”的复函中规定：“至于一些用人单位与职工建立劳动关系后，根据本单位经营管理实际需要，按照职工本人自愿原则向职工收取“风险抵押金”及要求职工全员入股等企业生产经营管理行为，不属于上述规定调整范围。但是，用人单位不能以解除劳动关系等为由强制职工缴纳风险抵押金及要求职工入股（实行内部经营承包的企业经营管理人员、实行公司制企业的董事会成员除外）。否则，由此引发的劳动争议，按照《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》规定处理。该规定意思很明确，

国家对收取“风险抵押金”并非一律禁止，在符合一定的条件下似乎是可以收取的。劳动合同法施行后，国家是否会在劳动合同法实施细则中进一步明确，尚待观望，但根据现有有效的规定，以下做法有一定参考价值，但不推荐使用。

**【应对策略】** 注意避免在签订合同时收取“风险抵押金”，先建立劳动关系； 本单位经营管理确实需要收取“风险抵押金”； 必须遵循自愿原则，不得强迫。从便于举证角度考虑，应当与员工签订“协议书”予以明确，协议书中应明确支付风险抵押金系员工真实、自愿的意思表示。

**【相关法条】** 劳动合同法第九条 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。 劳动部关于严禁用人单位录用职工非法收费的通知 有些用人单位在录用职工时非法向劳动者收取费用，把缴费作为录用的前提条件，其名目有集资、风险基金、培训费、抵押金、保证金等。更为严重的是，个别用人单位根本没有新的工作岗位，而把录用职工仅仅作为筹集资金的渠道，被录用的职工长期不能上班，严重损害了这部分劳动者的合法权益。这种在录用职工中非法收费的行为必须予以纠正。为此，现通知如下：二、用人单位不得在招工条件中规定个人缴费内容，劳动行政部门要加强对用人单位招工启示、简章的审查，对违反规定的，应给予警告，并责令其改正。 劳动部办公厅关于处理劳动争议案件若干政策性问题的复函 四、企业强制性要求职工缴纳风险金、股金等做法不符合国家的有关规定和国际通行的入股惯例。国有企业和集体所有制企业对职工予以除名和辞退处理，必须严格执行《企业职工奖惩条例》、《国营企业辞退违纪职工

暂行规定》。除名和辞退是企业对职工违反企业劳动纪律等而采取的行政处理形式，职工不缴纳风险金或股金不属于违反劳动纪律等行为，因此，不能采用辞退和除名的处理方式。劳动部办公厅、国家经贸委办公厅对“关于用人单位要求在职职工缴纳抵押性钱款或股金的做法应否制止的请示”的复函 至于一些用人单位与职工建立劳动关系后，根据本单位经营管理实际需要，按照职工本人自愿原则向职工收取“风险抵押金”及要求职工全员入股等企业生产经营管理行为，不属上述规定调整范围。但是，用人单位不能以解除劳动关系等为由强制职工缴纳风险抵押金及要求职工入股（实行内部经营承包的企业经营管理人员、实行公司制企业的董事会成员除外）。否则，由此引发的劳动争议，按照《中华人民共和国劳动争议处理条例》规定处理。最高人民法院公布案例《中国工商银行哈尔滨市和平支行诉高延民担保合同纠纷案》（略）

### 三、订立劳动合同的形式和期限操作实务及应对技巧

**订立劳动合同的形式、期限及法律后果** 为了破解实践中事实劳动关系的泛滥和用人单位不签合同的顽疾，劳动合同法强调劳动合同的书面化，不管订立、变更、解除、终止一律采取书面形式。《劳动合同法》第十条规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

**【风险分析】**

- 1、工资成本的增加：《劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。
- 2、无固定期限合同的成立：《劳动合同法》第十四条第三款规定，用人单位自用工之日起满一年



不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。【应对策略】1、革新用工观念，建立先订合同后用工的习惯，最迟必须在一个月内订立合同；2、劳动合同终止后，劳动者仍在用人单位继续工作的，抛弃双方可随时终止劳动合同的观念，也应当在一个月内订立合同；3、劳动者拒不签订劳动合同的，保留相关证据，比如向劳动者送达签订合同通知书证据等。4、对现在尚未签订书面劳动合同的尽快补签合同。【相关法条】关于确立劳动关系有关事项的通知（劳社部发〔2005〕12号）三、用人单位招用劳动者符合第一条规定的情形的，用人单位应当与劳动者补签劳动合同，劳动合同期限由双方协商确定。协商不一致的，任何一方均可提出终止劳动关系，但对符合签订无固定期限劳动合同条件的劳动者，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位应当订立。用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月工资的经济补偿金。广东省劳动和社会保障厅《关于解除事实劳动关系应否支付经济补偿金问题的复函》（2002年10月16日省劳动和社会保障厅劳社厅函〔2002〕561号）中山市劳动和社会保障局：你局《关于解除事实劳动关系应否发放经济补偿金问题的请示》（中劳社〔2002〕89号）收悉。经研究，答复如下：用人单位与劳动者之间形成事实劳动关系后，因用人单位不与劳动者订立劳动合同而解除事实劳动关系的，用人单位应按国家有关规定向劳动者支付经济补偿金；因劳动者不愿意订立劳动合同而解除事实劳动关系的，用人单位可以不支付经济补偿金。四、无固定期限劳动合同操作实务及应对技巧1、签订无固定期限劳动合同

条件的变化 劳动法规定：劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意延续劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。这里给签订无固定期限劳动合同设定了三个条件：“连续工作满10年”、“双方同意续延合同”、“劳动者提出要求”，实践中往往只要劳动者一提出签订无固定期限劳动合同，用人单位就会立即表示不同意续延合同，导致签订无固定期限劳动合同无法达成。劳动合同法降低了签订无固定期限劳动合同的门槛，规定了三种情况下只要劳动者提出签订无固定期限劳动合同，用人单位就得无条件同意，不得拒绝。

## 2、可签订无固定期限劳动合同的几种情形

- (1) 双方协商一致同意签订（实践中较少）；
- (2) 劳动者在该用人单位连续工作满十年的；
- (3) 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，即满足“双十”条件；
- (4) 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。
- (5) 特殊情形：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。

【风险分析】

- 1、在劳动者符合法定三种情形时，用人单位与劳动者订立固定期限劳动合同，劳动者也默认接受，但时隔数月或者数年，突然要求公司从该固定期限合同订立之日开始每月支付两倍工资，从法律规定看，其主张是可以成立的，因为劳动者并没有提出过订立固定期限劳动合同，用人单位本应当主动订立无固定期限劳动合同。
- 2、劳动者口头要求订立固定期

限劳动合同，用人单位依劳动者的意思订立，但履行一段时间后，劳动者反悔，要求用人单位支付两倍工资，如果用人单位不能举证系劳动者提出的订立固定期限劳动合同，则面临支付两倍工资的风险。【应对策略】当劳动者符合上述情形的，订立合同前，用人单位应当增强证据意识，实践中建议以书面形式向劳动者征询需订立哪种类型的合同，如劳动者同意订立固定期限劳动合同或主动提出订立固定期限劳动合同的，用人单位一定要保留劳动者同意的书面证据，避免事后被劳动者利用而导致用工成本增加的风险。

### 3、无固定期限劳动合同订立的方法与思路

- (1) 灵活运用合同续订意向书或劳动者申请续订书；
- (2) 灵活运用“以完成一定工作任务为期限的劳动合同”；
- (3) 灵活利用跨08年1月1日的合同不计入两次的次数的规定；

### 五、试用期操作实务及应对技巧

#### 1、用人单位以其它形式或口头约定试用期而未签订劳动合同的问题

实践中很多用人单位口头或以其他形式（如在入职登记表或员工手册中载明试用期）与劳动者约定三个月或六个月试用期，但不签订劳动合同。这种口头或者以其它形式约定的试用期满后，用人单位认为该劳动者试用合格，就签订正式劳动合同，如果用人单位认为不符合录用条件，就解除劳动关系。该做法是违反法律规定的，在发生劳动争议时往往会处于被动地位而导致败诉。劳动部在《关于贯彻执行若干问题的意见》第十八条规定，劳动者被用人单位录用后，双方可以在劳动合同中约定试用期，试用期应包括在劳动合同期限内。《劳动合同法》第十九条第四款规定：试用期包含在劳动合同期限内。根据该规定，我们可以知道试用期存在的前提是劳资双方签订了劳动合同，试用期存在于

劳动合同期限内，双方没有订立劳动合同，试用期当然不可能存在，所谓皮之不附，毛将焉存？

2、用人单位只签单独试用合同的问题 司法实践中大量用人单位为了避免与劳动者订立劳动合同，往往在招用劳动者时与劳动者签订一个单独的试用合同，期限一般为三个月到六个月不等，在试用期合同期满后决定是否正式聘用该劳动者。用人单位这样做的目的往往是为了规避法律，在试用期使用廉价劳动力，方便解除劳动合同。《劳动合同法》规定：劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

3、试用期内是否需缴纳社会保险 试用期内不为员工缴纳社会保险费，这是实践中很多用人单位的习惯性做法，劳动者由于法律知识的缺乏，也常常错误认为试用期内用人单位可以不缴纳社会保险费，导致自己的合法权益受到损害。

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

5、用人单位在试用期内解除劳动合同的限制 在试用期内，用人单位能否随时解雇员工？试用期内用人单位可解除劳动合同仅限于劳动者有下列情形之一：

- 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、因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- 6、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。除上述情形外，用人单位不得在试用期内解除劳动合同。

6、试用期内用人单位解除劳动合同的程序（1）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，这里的“说明理由”，法律并未规定一定得采取书面形式，但从举证角度出发，建议采用书面形式，并且要求劳动者签收。（2）用人单位在试用期内解除劳动合同，也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。（3）用人单位需制作《解除劳动合同通知书》送达给劳动者，同时向劳动者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。

7、用人单位违法约定试用期的法律责任《劳动合同法》第八十三条规定：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。用人单位违法约定试用期的情形一般有下列几种：1）用人单位约定的试用期超过法律规定的最长期限2）同一用人单位与劳动者约定两次以上的试用期。3）用人单位在以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者期限不满三个月的劳动合同中约定试用期。4）用人单位在劳动合同中仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的

8、劳动者在试用期解除劳动合同相关法律问题1）劳动合同法对劳动者在试用期解除劳动合同的新规定：需提前三天

通知；2)用人单位在劳动合同中约定劳动者在试用期解除劳动合同需承担违约金是否有效？答案是无效。3)试用期内劳动者解除劳动合同是否需赔偿用人单位的培训费用？无需赔偿。4)试用期内劳动者解除劳动合同是否需赔偿用人单位的招录费用？无需赔偿。【应对策略】(1)权衡利弊，选择合适的合同期限；(2)合同中避免超过法定试用期期限；(3)不约定单独的试用期合同；(4)录用条件具体化、公示化；(5)细化岗位说明书；(6)注意试用期解雇的程序要求。

## 六、违约金条款的限制操作实务及应对技巧

- 1、可以约定服务期的情形 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。注意这里的专项培训费用的适用范围。按照国家规定，用人单位必须按照本单位工资总额的一定比例提取培训费用，用于对劳动者的职业培训，这部分培训费用的使用不能作为与劳动者约定服务期的条件。
- 2、专项培训费用的范围包括哪些？一般可包括培训费、差旅费、住宿费等
- 3、服务期的年限 劳动合同法未对服务期的年限做出具体规定。服务期的长短可以由劳动合同双方当事人协议确定，但是，用人单位在与劳动者协议确定服务期年限时要遵守两点：第一，要体现公平合理的原则，不得滥用权利。第二，用人单位与劳动者约定的服务期较长的，用人单位应当按照工资调整机制提高劳动者在服务期间的劳动报酬。
- 4、服务期协议约定的服务期长于劳动合同期限，劳动合同到期，劳动者能否终止合同？(1)劳动合同期限届满，劳动者提出终止劳动合同的意思表示，如用人单位放弃对劳动者履行剩余服务期要求的，则劳动合同可以终止，用人单位不得要求劳动

者支付违约金。（2）劳动合同期限届满，用人单位要求劳动者继续履行剩余服务期的，则双方应当续订劳动合同，或者将原劳动合同期限变更为与服务期限一致。如劳动者不愿意续订劳动合同或变更劳动合同的，应当向用人单位承担违约责任，但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。

5、劳动者违反服务期约定的责任 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。特别提醒：用人单位必须保留支付培训费用的相关票据，否则可能人财两空。

6、劳动者的保密义务和竞业限制 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。

7、竞业限制条款的适用 竞业限制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。

8、补偿金和违约金如何约定？特别提醒：法律没有规定竞业限制补偿金的标准，可由合同双方进行约定，

但需注意合理性的问题；也没有规定支付竞业限制补偿和履行竞业限制义务的先后顺序，这也可由双方约定。

### 9、劳动合同中违约金条款的限制

劳动合同法第25条规定：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。即劳动合同法以法律的形式确立了劳动合同违约金制度，明确了可设立违约金法定情形只有两种：违反服务期约定和违反竞业限制协议。特别注意：劳动合同法对用人单位承担违约金的情形没有限制。

### 10、用人单位如何应对？

- 1) 订立服务期协议，保留培训发票；
- 2) 改造福利制度，变福利为债务；
- 3) 合理约定竞业限制补偿金和违约金标准；
- 4) 制作完善周密的竞业限制协议，保护用人单位的利益；

### 七、劳动合同条款与劳动合同效力操作实务及应对技巧

#### 1、劳动合同法规定劳动合同的必备条款

劳动合同法规定劳动合同应当具备以下必备条款：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。

#### 2、与劳动法规定的劳动合同必备条款的变化

劳动合同法规定的劳动合同必备条款与劳动法的规定相比，有较大变化：一是增加了部分必备条款。

- (1) 增加了用人单位的名称、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等条款。原因是这些内容是劳动关系双方主体的基本情况，应当在劳动合同中明确。
- (2) 增加了工作地点条款。实践中劳动者的工作地点可能与用人单位住所地不



一致，或者用人单位常常单方面调整劳动者的工作地点，导致劳动纠纷，有必要在订立劳动合同时予以明确。（3）增加了工作时间和休息休假条款。（4）增加了社会保险条款。

（5）增加了职业危害防护的条款。《职业病防治法》规定：用人单位与劳动者订立劳动合同时，应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者，并在劳动合同中写明，不得隐瞒或者欺骗。为了做好与《职业病防治法》以上规定的衔接，促进该条款的落实，劳动合同法中增加了职业危害防护的必备条款。二是取消了部分必备条款。（1）取消了劳动纪律条款。原因是劳动纪律属于用人单位规章制度，劳动合同法第四条已经对用人单位制定、修改劳动纪律等规章制度的程序作出了规定，没有必要在劳动合同中由用人单位与劳动者个别约定。（2）取消了劳动合同终止的条件条款。原因是为了防止用人单位规避劳动合同期限约束，随意终止劳动合同，《劳动合同法》取消了《劳动法》中有关用人单位与劳动者可以约定终止劳动合同的规定，明确劳动合同终止是法定行为，只有符合法定情形的，劳动合同才能终止。（3）取消了违反劳动合同的责任条款。原因是为了防止用人单位滥用违约责任条款。

3、未载明必备条款的需承担什么法律责任？用人单位提供的劳动合同文本未载明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。因此，用人单位应当在过渡期内制作好符合劳动合同法规定的劳动合同。4、在必备条款外，还应当约定一些什么条款更有利于保护用人单位的利益？（1）试用期、培训、保密、竞业限制、违约

金条款、离职工作交接条款；（2）约定规章制度已经向劳动者公示的条款；（3）约定解除或终止劳动合同书面通知的送达条款；（4）可约定因劳动者不能胜任工作被调整工作岗位的，工资会按照调整的岗位适当的调整，岗变薪变条款。

5、哪些情况下劳动合同无效 劳动合同法第26条规定劳动合同无效或者部分无效的几种情形：（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；比如劳动者提供虚假学历证明，合同可能因欺诈而无效；（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；如劳动合同中约定“用人单位有权根据生产经营变化及劳动者的工作情况调整其工作岗位，劳动者必须服从单位的安排”，此约定因排除劳动者权利无效。（三）违反法律、行政法规强制性规定的。与16岁以下未成年人签订合同，合同违反法律强制性规定而无效。

6、无效劳动合同的法律后果（1）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。（2）劳动合同被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

八、劳动合同履行和变更操作实务及应对技巧 应对支付令的实务操作 劳动合同法规定用人单位拖欠或者未足额发放劳动报酬的，劳动者可以向当地人民法院申请支付令；拒不执行支付令的，由人民法院依法强制执行。用人单位收到法院的支付令应当如何应对？

1、了解支付令 支付令，即督促程序。它是指人民法院根据债权人的给付金钱和有价证券的申请，以支付令的形式，催促债务人限期履行义务的一种特殊法律程序。支付令的主要特征

有：（一）督促程序是一种诉前性质的略式程序，具有非诉讼性和简易，灵活的特点。它没有对立双方当事人参加诉讼，也不必经过辩论、调解和裁判等程序，而是经过书面审查，以支付令的方式催促债务人履行义务。（二）适用案件标的物的特定性。督促程序仅适用于债权人请求给付金钱和有价证券的案件，这类案件不存在交叉的权利义务争议。（三）发出支付令和对支付令异议的期限性。债权人提出的债务关系明确、合法的支付令申请，人民法院应在受理之日起15日内向债务人发出支付令，债务人应在15日内向人民法院提出书面异议，超过法定期限提出的异议无效。（四）支付令的强制性。发生法律效力支付令与人民法院生效判决、裁定具有同等强制力。

2、支付令的效力（1）债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。（2）债务人在收到支付令后，不在法定期间提出书面异议，而向其他人民法院起诉的，不影响支付令的效力。（3）债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力的，不影响支付令的效力。债务人的口头异议无效。

3、用人单位接到支付令如何应对（1）拖欠属实的，可在支付期限内（15日内）支付，避免进入强制执行程序；（2）提出书面异议：依照民事诉讼法的规定，债务人在法定期间提出书面异议的，人民法院无须审查异议是否有理由，应当直接裁定终结督促程序，支付令自行失效。（3）提出异议的技巧：不能提诸如我公司目前经济困难、或者要求分期付款等异议，应当对支付的数额或者支付的理由提出异议，更不能提出口头异议。

劳动合同变更

的新规定对用人单位用工管理带来的影响

- 1、劳动合同变更的程序 劳动合同的变更必须经双方协商一致，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。
- 2、劳动合同可变更的法定情形 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，用人单位可与劳动者协商，对劳动合同进行变更，如果未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位在提前三十日以书面形式通知劳动者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。一般有如下情形：
  - (1) 订立劳动合同所依据的法律、法规已经修改或者废止。
  - (2) 用人单位方面的原因。用人单位经上级主管部门批准或者根据市场变化决定转产、调整生产任务或者生产经营项目等。
  - (3) 劳动者方面的原因。如劳动者的身体健康状况发生变化、劳动能力部分丧失、所在岗位与其职业技能不相适应、职业技能提高了一定等级等，造成原劳动合同不能履行或者如果继续履行原合同规定的义务对劳动者明显不公平。
  - (4) 客观方面的原因。这种客观原因的出现使得当事人原来在劳动合同中约定的权利义务的履行成为不必要或者不可能。这时应当允许当事人对劳动合同有关内容进行变更。主要有：
    - 由于不可抗力的发生，使得原来合同的履行成为不可能或者失去意义。不可抗力是指当事人所不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，如自然灾害、意外事故、战争等。
    - 由于物价大幅度上升等客观经济情况变化致使劳动合同的履行会花费太大代价而失去经济上的价值。这是民法的情势变更原则在劳动合同履行中的运用。
- 3、劳动者不能胜任工作，调整其工作岗位需变更劳动合同吗？根据法律的规定，劳动者不能

胜任工作的，用人单位可以适当的调整其工作岗位，这种情形下岗位的变更可不经劳动者同意，属于用人单位的用工自主权。但岗位的调整是否可以降低工资？这个问题法律上没有明确，因此，用人单位可以在规章制度或劳动合同中予以明确。

**【相关法条】** 劳动部办公厅关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函 一、关于用人单位能否变更职工岗位问题。按照《劳动法》第十七条、第二十六条、第三十一条的规定精神，因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行而变更劳动合同，须经双方当事人协商一致，若不能达成协议，则可按法定程序解除劳动合同；因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。对于因劳动者岗位变更引起的争议应依据上述规定精神处理。

九、劳动合同解除和终止操作实务及应对技巧

1、劳动者可解除劳动合同的情形

(1) 协商一致解除劳动合同 劳动者首先提出的，用人单位可不支付经济补偿。

(2) 提前通知解除劳动合同 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。注意这里劳动者解除劳动合同用人单位是不能附加条件的，通知期满后，即使用人单位不批准劳动者也可以离职。

(3) 被迫解除劳动合同 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。劳动者被迫解除劳动合同的，用人单位需支付经济补偿金。

2、用人单位可解除劳动合同的情形

（1）协商一致解除劳动合同。需支付经济补偿金。

（2）过失性辞退，无需支付经济补偿 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。

（3）非过失辞退，需提前30天或支付代通知金。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；必须注意医疗期的期限，关于医疗期：（一）实际工作年限十年以下的，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。（二）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。（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。（4）裁员有下列情形之一，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。实践中用人单位90%以上是以劳动者严重违反劳动纪律或用人单位规章制度解除劳动合同，也是劳动纠纷的多发地带，所以有必要对此进行深入的分析。

### 3、如何解雇严重违纪员工？

（1）解雇依据：严重违反用人单位的规章制度的；严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（2）关于“严重违反”以及“重大损害”的标准问题：法律上并无明确的

规定，因此，企业规章制度中应当对这两个概念进行量化，比如，合同期内累计5次违反规章制度或劳动纪律的视为严重违纪，严重失职，营私舞弊导致经济损失10000元以上的，以利于解雇员工时有充分依据。双重劳动关系是任何一个用人单位都无法忍受的事情，法律规定对完成本单位的工作任务造成严重影响的可解雇，但是怎么样的算“严重影响”，这个难以操作，我们在解雇前还是先提出改正要求更保险，限令员工在三日内提供解除劳动合同的书面证明，如果拒不提供的，予以解雇。（3）程序要求：必须收集员工严重违纪的证据，且必须以书面形式通知员工，否则败诉风险极大，增加企业的用工成本。（4）举证要求：司法实践中由于解雇案件实行举证责任倒置，通俗的说就是企业要举证证明自己的解雇理由是充分的，是有确凿证据的，所以在解雇严重违纪员工之前必须收集充分的证据。如何收集员工违纪证据呢？因为现实生活中此类案件情况千差万别，因此违纪证据也各不相同，不可能公式般的套用。通常，在该类纠纷中，下列形式的资料可以作为证据：1）违纪员工的“检讨书”、“求情书”、“申辩书”、违纪情况说明，等等；2）有违纪员工本人签字的违纪记录、处罚通知书等；3）其他员工及知情者的证词；4）有关事件涉及的物证（如被损坏的生产设备，如物证不方便保留，则拍摄清楚的照片，同时照片上还应当显示时间年月日时）；5）有关视听资料（如当事人陈述事件的录音、录像）；6）政府有关部门的处理意见、处理记录及证明等。书面证据是最有力的证据，尤其是有违纪员工签字的书面证据，应尽收集和保留。（5）收集证据的方法：1）建立日常书面行文制度和档案保管制度；2）对于“大错不



犯，小错不断”的员工的违纪行为，应注意平时记录在案。每次违纪时，企业都作出相应的书面处理材料，要求员工签字。如员工不愿在处理材料上签字，则可以扣罚工资的处罚方式，在工资单上注明处罚内容，由员工在领取工资时一并签字，并在工资单上注明对工资数额有异议的，应当在7日内提出；3) 对于有违法行为（如赌博、盗窃、打架、吸毒等）的员工，可以要求政府有关部门处理，政府有关部门的处理结论或者记录，就可能是有力的证据。

#### 4、如何制作解雇书（解除劳动合同通知书）？

司法实践中很多企业在劳动争议案件中败诉往往是由于解雇书制作原因造成，如何制作一份有利于用人单位在应诉时更好的举证的解雇书？制作解雇书时有何技巧？

(1) 关于用词：很多企业习惯用“开除”这词，建议大家今后不要使用该说法，而尽量用劳动法的规范说法“解除劳动合同”或“解除劳动关系”。“开除”是《企业职工奖惩条例》规定的对员工进行行政处分的方式，其对事实的认定、处理的程序要求都十分严格，按照该条例规定，对职工给予开除处分，须经厂长（经理）提出，由职工代表大会或职工大会讨论决定，并报告企业主管部门和企业所在地的劳动或者人事部门备案。如果没有按照上述程序处理，极有可能被法院判定为违法解雇行为，需支付员工经济补偿金。

(2) 应当正确填写解雇书：解雇书的正确填写非常非常重要。一旦打起官司来，法院只会审查企业的解雇理由是否成立，与解雇理由无关的违纪事实法官一概不管，如果解雇理由不能成立，按照劳动合同法的规定，将向员工支付相对于经济补偿金2倍的赔偿金。根据多年的实践经验，建议填写解雇理由的原则是“宜粗不宜细”。

#### 5、用人单位解

除劳动合同的限制 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。

6、用人单位解除劳动合同的程序 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。

7、违反解除劳动合同的法律后果 用人单位违法解除劳动合同的，如果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，用人单位应当支付赔偿金，赔偿金的标准为经济补偿金的2倍。

8、劳动合同终止的法定情形 有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；这里包括固定期限劳动合同期满和以完成一定工作任务为期限的劳动合同期满。固定期限劳动合同终止，用人单位需支付经济补偿，这是对劳动法的一个很大的突破。（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；特别注意：达到退休年龄劳动合同不一定终止，开始依法享受基本养老保险待遇才可终止。（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；此情形劳动合同终止用人

单位需支付经济补偿。（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；此情形劳动合同终止用人单位需支付经济补偿。（六）法律、行政法规规定的其他情形。

9、劳动合同期满并不终止，合同需顺延的特别规定 劳动合同期满，有如下情形，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。（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）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（三）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（四）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；（五）法律、行政法规规定的其他情形。特别提醒：签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同，合同终止用人单位无需支付经济补偿金，终止非全日制用工用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

10、解除或者终止劳动关系必须书面送达员工，否则对员工不产生法律效力，如员工拒绝签收时企业如何应对，如何送达？解除和终止劳动关系必须出具书面通知且送达员工，否则，解除和终止劳动关系决定不生效，但是，实践中很多情况是企业给员工出具书面通知时，员工却拒不签收，这时候很多企业束手无策，一方面法律要求企业必须证明已经书面送达员工，一方面是员工不签收，企业又没办法强迫员工签收，怎么办？应对方法一：制作员工入职登记表时，增加一栏，内容为：“公司有关书面文件、通知无法直接送达给本人时，本人确认本表中所填写的家庭住址为邮寄送达地址。”应对方法二：《劳动合同》中增加一个条款：甲方有关书面文件、通知无法直接送达给乙方时，乙方确认劳动合同中所填写的家庭住址为邮寄

送达地址。 11、用人单位需支付经济补偿的法定情形 1、劳动者被迫解除劳动合同的，用人单位需支付经济补偿 根据劳动合同法第38条之规定，劳动者被迫解除劳动合同有如下情形：（1）用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；比如强行给员工“放假”、“停工”，可视为未按照劳动合同约定提供劳动条件。（2）未及时足额支付劳动报酬的；如超过工资发放日期仍未支付工资，少支付加班费等。（3）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；用人单位未缴纳社会保险费或者缴纳标准低于法定标准的，均为未依法为劳动者缴纳社会保险费。（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；比如在规章制度中规定加班不支付加班费，未经公司批准不得辞职等规定。（5）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；主要是用人单位以欺诈、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；用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；用人单位违反法律、行政法规强制性规定的。（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。注意：劳动者根据用人单位以上违法情形解除劳动合同的，应当通知用人单位。（7）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，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。 2、协商解除劳动合同的，用人单位需支付经济补偿。注意：协商解除劳动合同用人单位需支付经济补偿的前提条件是解除劳动合同的动议系用人单位首先提出，如果是劳动者主动提出要求解除劳动合同，

即劳动者主动要求辞职，此种情况下双方协商解除劳动合同用人单位可不支付经济补偿。3、非过失性辞退，用人单位需支付经济补偿。根据劳动合同法第40条之规定，有如下情形，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；（3）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。4、用人单位依法裁员，需支付经济补偿。劳动合同法第41条之规定，有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（1）依照企业破产法规定进行重整的；（2）生产经营发生严重困难的；（3）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（4）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。用人单位裁减人员时，应当优先留用与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同和订立无固定期限劳动合同的人员，以及家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的人员，如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。5、固定期限劳动合同期满终止时，用人单位需支付经济补偿

。劳动合同法规定，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，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，需支付经济补偿。适用本条规定时应当作如下理解：（1）劳动合同期满时，用人单位同意续订劳动合同，且维持或者提高劳动合同约定条件，劳动者不同意续订的，劳动合同终止，用人单位不支付经济补偿；（2）如果用人单位同意续订劳动合同，但降低劳动合同约定条件，劳动者不同意续订的，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿；（3）如果用人单位不同意续订，无论劳动者是否同意续订，劳动合同终止，用人单位应当支付经济补偿。注意：这里仅限于固定期限劳动合同的终止，劳动合同法没有规定以完成一定工作任务为期限的劳动合同终止需支付经济补偿。6、特殊情形下劳动合同终止，用人单位需支付经济补偿。根据劳动合同法第44条第四项、第五项规定，特殊情形下劳动合同终止是指：

（1）用人单位被依法宣告破产导致劳动合同终止的；（2）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导致劳动合同终止的。这两种情形下导致劳动合同终止，劳动者无任何过错，用人单位应当支付经济补偿。

7、法律、行政法规规定的其他情形。这是劳动合同法的一个兜底条款，避免遗漏了其它法律法规中的有关规定，同时也为今后法律法规制定相应规定预留接口。12、经济补偿的计算标准 劳动合同法第47条规定：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。具体标准如下：（1

) 年限计算标准：按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准，六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，支付半个月工资的经济补偿。根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481号）之规定，工作时间不满一年的统一按一年的标准发给经济补偿金，劳动合同法以六个月作为分界线作出不同的规定，六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，支付半个月工资的经济补偿。（2）不再限定补偿年限：根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481号）之规定，经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，经济补偿金最多不超过十二个月；劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作，由用人单位解除劳动合同的，经济补偿金最多不超过十二个月。在新法下，此两种情形经济补偿已经没有12个月的限制了。（3）工资计算基数：根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481号）之规定，经济补偿金的工资基数计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。依据该办法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付。劳动合同法简化了工资的计算标准，规定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。这里的工资是指劳动者的应得工资，一般包括：计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资，实践中很多用人单位以劳动者的所谓“最低工资”或者“基本工资”作为工资计算基数是不对的。（4）针对高工资收入者的计算封顶

：劳动合同法规定，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。这里劳动合同法仅对高收入者经济补偿作了补偿年限和补偿基数的限制，对普通劳动者是没有限制的，只要劳动者月工资不高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资的三倍，就不存在“三倍”和“12年”的计算封顶。

13、经济补偿的支付时间 《劳动合同法》第50条第二款规定：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。实践中有很多劳动者劳动合同解除或终止后往往一走了之，不履行工作交接的义务，这时候用人单位可暂不予支付经济补偿。劳动合同法对经济补偿的支付时间作出规定，一定程度上保障了用人单位的利益，司法实践中这种案例也不少，劳动者不履行工作交接义务，但要求用人单位支付经济补偿，按照以往的司法实践，支付经济补偿和履行工作交接是两个不同的法律关系，用人单位不能因劳动者未履行工作交接而拒绝支付经济补偿金，因此常常导致劳动仲裁机构或法院判令用人单位支付了经济补偿金，但劳动者最终也没有履行工作交接的义务。

14、用人单位不按规定支付经济补偿的，是否需支付额外经济补偿金？《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481号）第10条规定：用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金



。劳动合同法没有继续沿袭之前的规定，针对用人单位不按规定支付经济补偿做了新的规定，即用人单位逾期不支付经济补偿的，由劳动行政部门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。根据新法的规定，劳动者无法通过劳动仲裁或诉讼程序主张赔偿金，必须通过劳动监察程序主张权利。

15、用人单位违法解除或终止劳动合同，是否需支付经济补偿？《劳动合同法》第48条规定：用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。依照本法第八十七条规定支付赔偿金即依照经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。注意这里是赔偿金而非经济补偿金，如果用人单位拒不支付的，劳动者也无法主张百分之五十以上百分之一百以下的标准的加付赔偿金。

十、劳动合同法四大过渡条款的操作与适用 劳动合同法第九十七条规定：“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，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行”。本条是关于劳动合同法施行的过渡性条款规定，也即劳

劳动合同法的溯及力条款，对跨越新旧法的有关劳动争议的处理有重要意义。过渡条款一：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。【案例】：小王于2006年6月份入职北京一软件公司，软件公司与小王签订了二年期限的劳动合同，合同约定月薪为人民币3000元，合同期限自2006年6月1日起至2008年5月31日止，劳动合同中约定了违约条款，乙方（劳动者）在合同期内提前解除劳动合同的，需向甲方（用人单位）支付违约金人民币20000元，工作了一段时间后，小王觉得该公司不适合自己的发展，想解除劳动合同，但又担心要承担违约金，所以一直未向公司提出。2007年6月29日，劳动合同法正式颁布，劳动合同法明确规定只有两种情况下劳动者才承担支付违约金的责任，即违反服务期约定及竞业限制义务，小王看到劳动合同法的规定后，认为自己的情况不属于劳动合同法规定承担违约金责任的情况，于是咨询如下问题：1、我与公司约定的违约条款不符合劳动合同法的规定，劳动合同法施行后，违约条款是否自动失效？2、我在2008年1月份想提前解除劳动合同，如果公司不同意，我是否需支付公司20000元违约金？【解读】：劳动合同法规定，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。劳动合同法将于2008年1月1日施行，按照法律一般不溯及既往的理论，劳动合同法施行前已依法订立且在劳动合同法施行之日存续的劳动合同，只要不违反合同订立时的法律法规，在劳动合同法施行后，即使部分条款不符合劳动合同法的规定，也应当视为有效，应当继续履行。这样也可避免劳动关系发生大的波动。本案中小王与公司之间的劳动合同系2006年5月31日签订，按照合同签订

时的有关规定，劳动合同中约定违约金并不违反法律规定，劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》（1996.10.31）规定：“三、用人单位与职工可以在劳动合同中约定违约金”。《北京市劳动合同规定》第十九条规定：“订立劳动合同可以约定劳动者提前解除劳动合同的违约责任，劳动者向用人单位支付的违约金最多不得超过本人解除劳动合同前12个月的工资总额。但劳动者与用人单位协商一致解除劳动合同的除外”。小王月薪3000元，劳动合同中约定违约金20000元未超过小王解除劳动合同前12个月的工资总额，因此根据北京市的地方性规定，属于有效约定。劳动合同法规定新法施行前已依法订立且在新法施行之日存续的劳动合同，继续履行，所以小王与公司的劳动合同在2008年1月1日后仍继续有效，应当继续履行，合同双方仍受劳动合同条款的约束，小王如果未与公司协商一致的情况下在2008年1月份提前解除劳动合同，应当按照劳动合同的约定承担违约责任，向公司支付违约金20000元。（注意：此处案例解读是基于对法律条文原意的理解，由于该条款可能实际上会损害劳动者的利益，因此，劳动合同法实施细则有望规定与劳动合同法相抵触的条款无效。）

过渡条款二：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。【案例】：赵林是深圳某电子公司工程师，2007年6月1日与公司签订一年期限劳动合同，自2007年6月1日至2008年5月31日止。劳动合同法颁布后，赵林看到劳动合同法中规定连续订立二次固定期限劳动合同后可签订无固定期限劳动合同，于是咨询如下问题：1、2008年5月31日合同到期后，如果公司与我再续签一年期的劳动合

同，是不是就符合了连续订立二次固定期限劳动合同的条件，我下次续签合同时就可签订无固定期限劳动合同了？2、劳动合同跨越了新法和旧法，是不是可算已经订立了一次？【解读】：劳动合同法第十四条第二款第三项规定：“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规定的情形续订劳动合同的，”劳动者提出或者同意续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同。那么，劳动合同法施行后，连续订立二次固定期限劳动合同，是从哪一次开始计算呢？根据第九十七条之规定，本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后再次续订固定期限劳动合同时开始计算。也就是说，劳动合同法施行前订立、劳动合同法施行后仍在履行的劳动合同，不计算在连续订立的固定期限劳动合同的次数内。次数的计算应当以劳动合同法施行后新订立劳动合同作为第一次。本案中赵林与公司签订的劳动合同期限为2007年6月1日至2008年5月31日止，劳动合同跨越了新法和旧法，该劳动合同订立的时间是2007年6月1日，虽然在劳动合同法施行后仍在履行，但不是劳动合同法施行后新订立的劳动合同，因此，该劳动合同不计入连续订立二次固定期限劳动合同的次数之内。如果该劳动合同期限届满后公司再与赵林续签劳动合同，则续签的劳动合同才作为连续订立二次固定期限劳动合同的第一次。所以，本案赵林与公司的劳动合同在2008年5月31日合同到期后，如果公司与赵林再续签一年期的劳动合同，尚不符合连续订立二次固定期限劳动合同的规定，公司可不签订无固定期限劳动合同。过渡条款三：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。【案例】：李丹于2007年4月1日入职深圳一外贸公司，担任业务员职务，月薪人民币2500元，公司一直未与李丹签订劳动合同。劳动合同法规定用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。李丹咨询：我是不是可以在2008年1月1日要求公司从2007年4月份开始每月再补一个月工资？【解读】：劳动合同法规定：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。劳动合同法施行前，实践中对事实劳动关系的存在一直是默许的，没有支付2倍工资的规定，虽然外贸公司未与李丹签订劳动合同，根据法不溯及既往的原则，外贸公司无须每月支付二倍的工资，但如果外贸公司在2008年2月1日还不与李丹签订书面劳动合同，则李丹可以向公司主张支付二倍工资直至双方签订书面劳动合同。双方建立劳动关系满一年公司如还不与李丹订立书面劳动合同的，视为双方已订立无固定期限劳动合同。过渡条款四：本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。【案例】：小王于2005年6月15日入职深圳某公司，月薪人民币4000元。劳动合同每年一签，2007年6月15日，公司与小王又签订了一年期限的劳动合同，合同期限自2007年6月15日2008年6月14日。2008年6月14日，劳动合同期满，公司决定不再续订劳动合同，终止了与小王的劳动合同。问题1：2008年6月14日双方劳动合同终止，公司是否需向小王支付经济补偿金？如何支

付？【解读】：劳动部1995年8月4日发布的《关于贯彻执行中华人民共和国劳动法若干问题的意见》第三十八条规定：劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止，用人单位可不支付劳动者经济补偿金。劳动合同法第四十六条规定，终止固定期限劳动合同的，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，用人单位应当向劳动者支付经济补偿，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。固定期限劳动合同终止需支付经济补偿是劳动合同法的最新规定，根据法不溯及既往原则，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算，本案中公司与小王的劳动合同于2008年6月14日劳动合同终止，公司支付经济补偿的年限从2008年1月1日开始计算，工作年限不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿，因此公司应当向小王支付经济补偿2000元（月薪3000元×0.5个月），小王2005年至2008年1月1日前的工作年限，公司可不支付经济补偿金。问题2：同上案例，如果2008年5月30日公司强行解除劳动合同，该如何支付经济补偿？【解读】：用人单位解除劳动合同的，按照新法和旧法一般都应当支付经济补偿，但对用人单位违法解除合同的，劳动合同法规定如果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，即依照劳动合同法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。本案中公司在2008年5月30日强行解除劳动合同，如果小王不要求继续履行劳动合同的，则2005年6月15日至2007年12月31日的工作年限（2年零6个半月）公司应当支付解除劳动合同的经济补偿金为3个月 $\times$ 4000元=12000元。2008年1月1日至2008年5月30日工作年限（不满6个月）公司应当支付违法解除劳动合同的赔偿金，注意支付的是赔偿金而非解除劳动合同经济补偿金，赔偿金标准为经济补偿标准的二倍，即4000元 $\times$ 0.5个月 $\times$ 2倍=4000元。【案例】：刘明是某国有企业劳动合同制员工，1999年1月份参加工作，在该国有企业担任技术员，月薪3500元，2008年11月份，双方劳动合同到期，公司决定终止劳动合同不再续签，公司该如果支付经济补偿？【解读】：劳动合同法规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。刘明系国有企业合同制员工，根据劳动和社会保障部办公厅《关于废止后有关终止劳动合同支付生活补助费问题的复函》规定，“《国营企业实行劳动合同制度暂行规定》（国发〔1986〕77号）（以下简称《规定》）废止后，国有企业职工劳动合同期满与企业终止劳动关系后有关生活补助费的支付问题，地方有规定的，可以按地方规定执行。地方没有规定的，以《规定》废止时间为准，对在《规定》废止前企业录用的职工，劳动合同期满后与企业终止劳动关系时，应计发劳动者至《规定》废止前工作年限的生

活补助费，最多不超过12个月；对在《规定》废止后企业录用的职工，劳动合同期满终止劳动关系时，可以不支付生活补助费。”《国营企业实行劳动合同制度暂行规定》于2001年10月6日被废止，公司应当计发1999年1月份至2001年10月份之间工作年限的生活补助费，即3500元×3个月=10500元，支付2008年1月1日至11月份之间工作年限的经济补偿3500元，2001年10月6日至2007年12月31日之间的工作年限无需支付经济补偿。

【案例】：老周于1985年参加工作，系广州某大型企业原固定工，2008年12月，老周与公司的劳动合同到期，公司决定终止劳动合同，加上老王也不想再辛苦工作了，表示同意终止劳动合同，公司应当如何支付经济补偿？

【解读】：劳动合同法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，经济补偿年限自劳动合同法施行之日起计算；劳动合同法施行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。《广东省劳动合同管理规定》第二十九条规定：对在本单位转为合同制职工的1986年9月30日（含本日）以前参加工作的原固定工（含干部，下同），其劳动合同期满时，用人单位不愿以原劳动合同约定的劳动报酬和劳动条件作为最低标准续签劳动合同的，应按其在本单位的工作年限一次性发给生活补助费。第三十条规定，生活补助费标准为原固定工在本单位工作年限每满1年补助1个月的工资。月工资标准按本人原劳动合同期满前12个月的月平均工资计算，但本人月工资超过所在市上年度职工月平均工资300%的，按所在市上年度职工月平均工资300%计算。本案中老王属于1986年9月30日以前参加工作的原固定工，合同终止时公司应当向老



王支付从参加工作之日起至2008年1月1日前的生活补助费，支付老王2008年1月1日后至合同终止时工作年限的经济补偿金，生活补助费的计发标准按照《广东省劳动合同管理规定》的有关规定执行，经济补偿金的计发标准按照《劳动合同法》的有关规定执行，两部分费用再予以合并计算。（文：广东瀚宇律师事务所 李迎春律师）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)