

劳动法学习 实操手册

2023 第二版

· 从零开始的 · 马上行动的

· 实用的 · 易读的 · 自己帮助自己的 · 也可以帮助他人的

目录

第一章	本书使用须知	1
1.1	手册编写目的	1
1.2	手册使用方法与劳动法自学方法	3
1.3	使用许可	5
1.4	反馈与交流	6
第二章	劳动关系与劳动者权益	7
2.1	劳动关系的构成要件	8
第三章	劳动争议法律程序介绍	13
3.1	监察、仲裁、诉讼程序怎么走	14
3.1.1	仲裁与监察两种方式的区别，仲裁监察如何选择？	14
3.1.2	诉讼程序	17
3.1.3	仲裁程序——立案	21
3.1.4	仲裁程序——证据清单	29
3.1.5	仲裁程序——和解与调解	32
3.1.6	仲裁程序——开庭	34
3.1.7	仲裁程序——执行	37
3.2	走程序相关其他问题	43
3.2.1	仲裁要花多少时间？会拖很久？听听我们的建议	43
3.2.2	录音证据怎么收集，怎么才有效？	45
3.2.3	司法部门的法律援助怎么找，还有哪些免费的法律援助渠道？	46
3.2.4	靠谱律师怎么找	47
3.2.5	仲裁必须要证据原件！证据原件是什么？	49
3.2.6	为什么你的工资表、考勤表不被认可？书证怎么才有效	50
3.2.7	找律师好，还是自诉好？律师不找就会败诉吗？	51
3.2.8	证据该什么时候提交，被告会提前看到吗？	52
3.2.9	认为存在枉法裁判？合法解决渠道有哪些	54

3.2.10 一裁终局，公司不能上诉，怎么回事？	57
3.2.11 撤诉后能不能再起诉？	59
3.2.12 企业信息怎么找？	61
3.2.13 几个提诉讼请求，搜集证据的小技巧，帮你大大提高胜率！	61
3.2.14 举证责任是什么意思？谁来承担举证责任，不能举证的后果是什么？	63
3.2.15 防止老板转移财产——诉讼保全和保全险	66
第四章 确定劳动关系及二倍工资争议	71
4.1 确认劳动关系，什么属于劳动关系？	71
4.1.1 确认劳动关系的三要素	72
4.1.2 需要确定劳动关系的情形和认定方法	74
4.1.3 为个体户、国家机关、事业组织、社会团体提供劳动，能否确定劳动关系？	79
4.1.4 事实上符合劳动关系特征，但签订了劳务或实习或商务合作合同能否去认定劳动关系？	82
4.2 确定劳动关系的证据与分析	85
4.3 误入非法公司怎么办？童工怎么办？	89
4.4 退休人员、在校学生以及特殊人士如何确定劳动关系？	95
4.4.1 超龄劳动者提供劳动，能否确定劳动关系？	95
4.4.2 在读学生提供劳动，能否确定劳动关系？	101
4.4.3 精神病人和特殊人士签订劳动合同是否具有效力？	109
4.5 劳务派遣人员和谁确定劳动关系	113
4.5.1 正常的劳务派遣情况	113
4.5.2 逆向劳务派遣情况	115
4.6 新型用工人员利用平台提供服务，能否和平台认定劳动关系？	117
4.7 未签劳动合同双倍工资赔偿	124
第五章 入职和签订劳动合同争议	142
5.1 怎样才算签订了一份有效的劳动合同	142
5.1.1 劳动合同的内容	142
5.1.2 劳动合同的种类	144
5.1.3 劳动合同的无效	147

5.2 签订合同不规范或者程序不公正	154
5.2.1 单位让签空白合同或合同被单位收回有什么危害？要怎么做？	154
5.2.2 劳动合同约定条款不全、模糊或者规定单位可以调整怎么办？	158
5.2.3 合同部分条款违反法律规定，可以签吗？影响其他条款效力吗？	161
5.2.4 劳动合同只写基本工资怎么办？	162
5.2.5 签订了劳动合同之外的合同的情况	164
5.2.6 合同/规章制度可以约定罚款吗？	168
5.3 合同中常见的问题条款	170
5.3.1 合同约定的工作岗位和工作地点	171
5.3.2 劳动合同约定劳动合同到期自动续延，还能主张二倍工资吗？	173
5.3.3 劳动合同对工时制度约定不明，能否适用不定时工作制？	175
5.3.4 合同约定了综合工时/不定时工时，还能主张加班费么	177
5.3.5 合同约定自愿放弃社保并支付社保补贴，合法么	182
5.3.6 工资约定不明	187
5.4 试用期问题	193
5.4.1 试用期合同算试用期吗	194
5.4.2 怎样的试用期规定是合法的	195
5.4.3 试用期是否可以随意被辞退	197
5.4.4 违法约定试用期	199
5.5 规章制度	202
5.6 劳动合同期满怎么处理	207
5.6.1 如何理解“维持或者提高劳动合同条件”	208
5.6.2 合同到期之后还在原公司工作	211
5.6.3 满足签订无固定期限劳动合同的条件情况	213
5.6.4 应签未签无固定期限劳动合同	218
第六章 工资	221
6.1 本章阅读指南	221
6.2 最低工资标准	221

6.3	工资相关法律法规重点	222
6.3.1	工资支付暂行规定	222
6.3.2	关于工资总额组成的规定及若干具体范围解释（工资总额包括什么、不包括什么）	226
6.4	几种疑难问题	228
6.4.1	年终奖争议	228
6.4.2	被扣了绩效、提成、补贴该怎么办？	230
6.4.3	病假工资怎么算（非因工负伤或患病）	234
6.4.4	非劳动者原因停工工资怎么算？（企业原因停工停产、疫情隔离）	239
6.4.5	未签书面劳动合同的双倍工资怎么算	241
6.4.6	产假工资怎么算？	243
第七章	劳动者享有哪些假期？	247
7.1	工时制度	250
7.1.1	标准工时制度	251
7.1.2	综合工时制的工作时间和加班费怎么算？	251
7.1.3	不定时工时制	252
7.1.4	劳动合同未约定三种工时制怎么办	252
7.1.5	非标准工时制可以随意实行吗？	252
7.2	休假	253
7.2.1	最难要的就是加班费？要加班费需要什么证据？	253
7.2.2	你休过法定的带薪年假吗？	257
7.2.3	包薪制是什么？在包薪制下可以主张加班费吗？	262
7.3	作为日常的加班	264
7.3.1	关于加班工资的基础性规定	265
7.3.2	综合工时制下的加班时间的计算	266
7.3.3	计件制加班时间的确定	267
7.3.4	证明加班工资的证据及收集建议	268
7.3.5	加班事实的举证责任分配	269
7.3.6	公司规定加班审批制，没有经过批准的加班是否可以主张加班工资？	271

7.3.7	加班工资的计算	272
7.3.8	加班工资的计算基数的常见争议	274
7.3.9	包薪制（约定工资包含加班工资）	275
7.3.10	不加班？劳动者拒绝违法超时加班安排，用人单位能否解除劳动合同？	279
7.3.11	奋斗者协议？劳动者与用人单位订立放弃加班费协议，能否主张加班费？	281
7.3.12	公司以规章制度的形式否认劳动者的加班事实，是否有效？	283
7.3.13	劳动者在离职文件上签字确认加班费已结清，是否有权请求支付欠付的加班费？	286
7.3.14	加班费的仲裁时效应当如何认定？	288
第八章	几个和社保、公积金有关的常见问题	291
8.1	医疗保险	292
8.1.1	医疗保险的缴纳	292
8.1.2	待遇	294
8.1.3	断缴后果	303
8.1.4	补缴	304
8.2	失业保险	306
8.2.1	失业保险的缴纳	306
8.2.2	失业保险的待遇	307
8.2.3	失业保险的断缴后果	312
8.3	养老保险	312
8.3.1	养老保险的缴纳	312
8.3.2	养老保险待遇	313
8.3.3	断缴后果	315
8.3.4	补缴	315
8.4	生育保险	316
8.4.1	生育保险的缴纳	317
8.4.2	产假待遇	318
8.4.3	断缴后果	322

8.5 工伤保险	323
8.5.1 工伤认定标准	323
8.5.2 工伤认定流程、所需材料	328
8.5.3 劳动能力鉴定	332
8.5.4 工伤保险待遇及取得	334
8.6 住房公积金的缴纳	334
8.6.1 公积金的缴纳	335
8.6.2 公积金的使用：提取、转移、封存	337
8.6.3 公积金的补缴与缓缴	340
8.6.4 公积金的封存	343
8.6.5 断缴与补缴	345
8.6.6 公积金的缓缴	347
8.7 异地缴纳社保	348
8.7.1 异地缴纳社保违法，如何处理？	348
8.7.2 工伤 + 异地参保。工伤赔偿标准适用哪一地？工伤程序在什么地方办理？	350
8.7.3 关联企业存在混同用工，异地缴纳的社保能否证明劳动关系？	351
第九章 在职期间系列争议	353
9.1 在职期间的种种争议	353
9.1.1 单位有权罚款吗？被罚款了该怎么办？	353
9.1.2 停工停产就不给工资了？停工该怎么发工资	355
9.1.3 不发高温补贴怎么办，诉讼时效有多久？	357
9.1.4 多个公司混同用工，遇到争议该怎么办？	361
9.1.5 被安排到其他单位，遇到争议怎么办？	369
9.1.6 收到单位律师函该怎么办？	372
9.1.7 迟到 10 分钟，扣半天工资合法吗？	373
9.1.8 生病请假也有工资，带你了解医疗期	375
9.2 服务期与违约金	379
9.2.1 什么是服务期，离职被要求支付违约金怎么办？	379

9.3 保密协议、竞业协议与违约金	383
9.3.1 竞业协议是什么，为什么我一个普工还有竞业协议	383
9.3.2 怎么样算违反保密协议，需要支付违约金吗？	384
9.4 变更劳动合同的系列争议	387
9.4.1 用人单位有权单方面变更劳动合同吗？劳动合同怎么合法变更？	387
9.4.2 用人单位有权单方调岗降薪吗？	390
9.4.3 单位单方增加工作可以拒绝吗，合理范围在哪里？	393
9.4.4 公司要求到新地点上班，该怎么办，可以拒绝吗？	395
9.4.5 口头变更劳动合同 1 个月就有效？劳动合同与实际情况不一致怎么办？ ..	404
9.4.6 工资、工作内容约定不明，如何处理更有利？	406
第十章 劳动关系的消灭和经济补偿金	412
10.1 劳动关系消灭概要	412
10.2 劳动关系的解除	415
10.2.1 存在多个解除劳动关系的行为该如何处理、认定？	415
10.2.2 双方协商一致解除劳动合同	416
10.2.3 劳动者单方提前三十天通知解除劳动合同	418
10.2.4 劳动者被迫解除劳动合同	422
10.2.5 用人单位单方解除劳动合同（过失性辞退）	430
10.2.6 用人单位预告辞退	436
10.2.7 经济性裁员	440
10.2.8 用人单位预告辞退和裁员的禁止条件	442
10.2.9 口头辞退与非法辞退	445
10.3 劳动合同的终止	450
10.4 经济补偿、赔偿金的计算方式	452
10.5 公司先解散部门、撤销职位，再调岗，该怎么办？	460
第十一章 劳务派遣	470
11.1 什么是劳务派遣？	470
11.1.1 劳务派遣简述	470
11.1.2 用人单位与用工单位的区别是什么？	470

11.1.3 劳务派遣协议	471
11.1.4 劳务派遣这种用工形式一般从事哪些性质的工作?	472
11.1.5 被派遣到的岗位不是法律规定可以使用劳务派遣的岗位怎么办?	473
11.1.6 合法的派遣单位需要满足什么条件?	473
11.2 什么情况下能主张和用工单位建立劳动关系?	474
11.2.1 没有资质进行劳务派遣	475
11.2.2 自派遣	475
11.2.3 违反“三性”的岗位	476
11.3 劳务派遣的社保缴纳	478
11.4 劳动派遣工资待遇	479
11.4.1 工资发放和金额	479
11.4.2 同工同酬原则与内容	480
11.4.3 同工同酬的认定	482
11.5 “劳动派遣”与“承揽”“外包”	484
11.5.1 为什么是承揽和外包?	484
11.5.2 承揽	486
11.5.3 外包	490
11.5.4 正确区分劳务派遣	492
11.5.5 司法案例与实务认定	495
11.6 合法的派遣单位需要满足什么条件	498
11.6.1 劳动派遣中的辞退和退回是什么	498
11.6.2 用工单位可以合法退回的情况	500
11.6.3 用工单位不能退回的情况	501
11.6.4 被用工单位违法退回的一般对策	502
11.6.5 被违法退回后是否可以申请劳动仲裁主张恢复和用工单位的用工关系 呢?	503
11.7 什么情况解除劳动合同有经济补偿金? 被派遣劳动者如何正确离职?	505
11.7.1 协商一致解除劳动合同	505
11.7.2 被派遣劳动者提出解除劳动合同	505

11.7.3 劳务派遣单位提出解除劳动合同	506
11.7.4 劳动合同终止	506
11.7.5 用工单位退回被派遣劳动者	506
11.7.6 被派遣劳动者如何解除劳动合同	507
11.8 劳务派遣的仲裁程序特殊处理	507
第十二章 新就业形态	510
12.1 新就业形态概述	510
12.1.1 关于新就业形态的概念	510
12.2 外卖骑手的就业形态及劳动关系确认	510
12.2.1 外卖员的各种就业形态	510
12.2.2 新型就业形态劳动关系的确认	513
12.3 外卖骑手工作中受伤了怎么办?	514
12.3.1 新就业形态的劳动者工作中伤亡事故的处理	514
12.3.2 第一种人身损害赔偿	514
12.3.3 第二种工伤保险或职业伤害	518
12.3.4 第三种商业保险	518
12.3.5 三种赔付的关系	519
12.4 新就业形态劳动者与单位签订合同中的仲裁条款	519
12.5 主播的就业形态与劳动关系确定	520
第十三章 特殊保护	526
13.1 农民工	526
13.1.1 农民工认定劳动关系	526
13.1.2 农民工工伤	528
13.2 女职工	529
13.2.1 三期女职工不得辞退的情形, 被公司辞退怎么办	529
13.2.2 三期女职工调岗调薪问题	531
13.2.3 三期女职工的休假权利	533
13.2.4 产假工资和生育津贴问题	535

13.3 学生实习	537
13.3.1 职校实习	537
13.3.2 毕业学生劳动关系问题	544
13.3.3 假期兼职打工	548
第十四章 维权小工具	551
14.1 相关机构的电话黄页汇总	551
14.2 最低工资标准	551
14.3 文书模板	551
14.4 相关网址推荐——中国法律服务网	566
第十五章 劳动者经验分享	567
15.1 工作一个月被辞退	567
15.2 违法辞退	570
15.3 一次仲裁及申请执行记录	570
15.4 一次仲裁经历与经验分享	574
15.5 三方协议被公司单方面违约？协议上没写赔偿金也要赔钱！	581
第十六章 更新日志	594

第一章 本书使用须知

欢迎阅读本手册，为了更好地帮助到你，请务必阅读本章节。

对于劳动者朋友，本章的使用方法将教你如何检索到自己所需的内容。

对于劳动法自学者，本章将告诉你基本的学习方法，同时引导你更好地帮助有需要的人。

1.1 手册编写目的

1、手册编写目的

编者的话

< 郑重声明 >

本手册编写组由“五年四班劳动委员”成员组成，五年四班劳动委员是一个提供劳动争议法律咨询援助的志愿者团队。为了普及劳动领域相关法律以及培养新人志愿者，特编写本书。

“中国共产党将现代化建设的普遍规律与我国社会主义初级阶段的基本国情相结合，创造性地开辟了中国式现代化道路。法治作为现代化治理的基本方式，是深入推进中国式现代化的关键抓手，必须充分发挥法治在推进现代化建设中的重要作用。因此，坚持以习近平法治思想为指引，自觉将习近平法治思想贯彻落实到全面依法治国全过程和各方面，围绕建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的总目标，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，坚持依法治国，推进法治中国建设，既是中国式现代化的题中应有之义，也是实现中国式现代化有力的法治保障。”——《中国法院网》：为中国式现代化提供有力法治保障

本手册编写组坚持以中国特色社会主义法治思想为指引，坚持人民至上，积极参与法治社会的建设。本手册编写组坚持以中国特色社会主义法治思想为指引，坚持人民至上，积极参与法治社会的建设。希望本书可以帮助各位劳动者更有效地学习《劳动法》《劳动合同法》等法律，并在此过程中不断提高法律意识，在遵守法律规定的前提下，深入了解运用维护自身权益的合法途径，监督用人单位依法用工。

本手册主要面向两类人：

1. 正面临或将面临劳动争议，需要了解相关法律规定、法定维权渠道的劳动者
2. 有意成为五年四班劳动委员的志愿者，且需要系统全面学习相关法律知识

2、劳动者

劳动争议中

对于大多数劳动者来说，“仲裁”、“打官司”、“起诉公司”与我们生活的常态相距甚远。因此，大家会有畏惧情绪，觉得公司有律师、老板有关系、仲裁法院有猫腻……总之，会觉得公司违法把我们坑了，维权太难，我们只能打碎牙往肚子里咽。事实并非如此！走法律渠道虽然要做种种准备，程序上有一些麻烦拖延的问题，但绝非是走不通的。

虽然我们很可能负担不起高昂的律师费，但是法律并没有因此就彻底关上大门。我们可以选择不请律师，也就是选择“自诉”。只要证据准备充分，自诉也有较大概率胜诉。这是因为劳动相关的法律在立法上就很偏向劳动者一方。而且在庭审中，仲裁员、法官也知道劳动者并非法律从业人员，因此也会照顾劳动者一方，向劳动者释明法律规定。

“老板有关系”、“仲裁、法院有猫腻”等等担心往往是多余的，但是这种担心也不是无缘无故产生的。很多客观因素造成了我们的误解，详情请看本书第三章的“觉得仲裁员有问题！合法解决渠道有哪些”一节。

既然我们能够通过法律渠道维护自己的合法权利，那么我们就需要把法律这个武器用好。本手册就是为了这个目的而编写的，与市面上绝大部分书籍、课程、自媒体不同，本手册是全面面向劳动者，站在劳动者的立场和角度上分析说明问题，为劳动者提供有实操价值的法律建议。如果你按照本手册的指导进行了证据收集和庭审准备，那么你胜诉的概率将大大增加。

劳动争议前

如果你此时尚未遇到劳动争议，那么你正处于阅读本书的最好时机。因为劳动争议的最佳证据收集期是争议苗头刚出现的时候。争议出现前，你就已经具备了法律意识的话，那么到了对簿公堂的时候，你手上一定会有大把的有利证据。而且不懂法律的话，你连被公司坑了都不知道，比如公司叫你签空白合同、公司告诉你病假不发工资等等。

编者的话

最后，阅读本书也需要你培养自救意识和对抗意识。很多人在遭遇劳动争议后会发现公司居然如此“绝情”，遇到争议只能仓促应对，今天被公司恐吓要你赔偿公司损失，明天又被公司哄骗签了自离申请。很多劳动者缺少自救和对抗的意识，遇到争议只会被公司牵着鼻子走，证据收集不到不说，还签了很多不利的东西。

其实公司不是在有争议的时候才变得“绝情”，它早在你入职之前就在设计怎么对付你了，比如劳动合同中设置的种种不合理条款、规章制度中针对劳动者的限制性规定、再比如老板高薪聘请的法务、律师以及他所认真学习种种“人力资源管理课程”。所谓防人之心不可无，我们劳动者必须做好对抗与自救的准备。

在公司里，公司很容易就可以摆布我们劳动者，但是到了法庭上，公司就没有这样的权力了。因此很多时候，公司的种种操作都是为了防备你去起诉他，为了在庭审上占据优势。对抗早就已经开始了，通过阅读本手册来了解劳动领域的相关法律，你就有实力和公司过过招了。

3、志愿者

五四劳委的最主要工作就是为劳动者提供各种形式的咨询援助，我们的主要工作为：

- 在知乎、贴吧回复劳动者咨询帖
- 在微信群解答劳动者咨询
- 在微信公众号发布普法文章
- 在抖音、b 站发布普法视频

上述工作需要你掌握相关法律知识。劳动法不难学，之前很多志愿者都是从零开始自学，结合我们审核级成员的指导，最终很快就上手了援助工作。再加上这本手册，现在只要你愿意学习，你就可以为处于劳动争议的劳动者提供咨询援助！

如果你想要深入进行学习，仅看手册还不够，还需要看法条、分析判例以及参与实际工作。具体方法渠道请看本章后文学习方法部分。

1.2 手册使用方法与劳动法自学方法

1、手册使用方法

首先你需要找到对应自己情况的条目。一般来说，我们所遇到的劳动争议都不只一个请求，比如我们可能会要求公司支付违法解除劳动关系赔偿金 + 支付拖欠的上月工资 + 支付未支付的加班费……**不同的诉讼请求需先对应到相应的章节，然后在章节之下找到对应自己情况的条目。**

- 解除劳动关系争议（离职、开除、辞退）→ 第10章
- 加班、加班费争议 → 第7章
- 拖欠工资、少发工资 → 第6章
- 未签劳动合同 + 双倍工资赔偿 → 第4章
- 试用期争议、续签劳动合同、入职时签合同防止被坑 → 第5章
- 社保、公积金争议 → 第8章
- 如果你是劳务派遣工，需要在看上述章节的同时看 → 第11章
- 如果你是女职工且争议涉及“三期”等问题，需要在看上述章节的同时看 → 第13章
- 如果你是农民工、学生工，需要先看 → 第13章
- 工伤 → 第8.5节
- 服务期、竞业限制、保密协议及违约金 → 第9章
- 混同用工，单方变更工资、岗位待遇，合同约定不明等和其他类型争议相关的情况 → 第9章
- 文书模板、政府机构电话、最低工资标准等小工具 → 第9章

第三章介绍怎么走程序、怎么写文书、怎么准备开庭，基本是大家都需要看的。

鉴于我们的手册是电子文档，你也可以通过 Ctrl+f 的方式进行关键词查找。

2、劳动法自学方法

劳动法不难，但是东西比较多，比较杂。涉及辞退、工资、社保、工伤、确认劳动关系等问题，这些问题原则性的内容都散在诸多法条法规和司法解释中，一些更细节的问题还需

要你找其他资料进行参考。

第一步：看手册 + 看法条

1. 阅读我们的手册

全都需要看，以下是着重看、优先看的章节：

- 手册第二章是劳动关系与劳动者权益概述，同时说明了“何为劳动关系”这个比较关键的法律理论问题。
- 第三章是程序介绍，是每个咨询者都要经历的，需要着重看
- 第四、第六、第七、第十分别涉及三个最主要的劳动争议类型——未签劳动合同争议、各类工资争议、解除劳动关系争议，需要着重看。

2. 通读最关键的几个法条。手册只列举相关法条，但是没有列举出所有的法条，所以需要自己看。先看《劳动法》、《劳动合同法》，再看《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》、《工资支付暂行规定》、《中华人民共和国社会保险法》《关于确立劳动关系有关事项的通知》等，其他法条之后遇到问题看也行。

（法律法规汇总网站：<https://www.yuque.com/ag1uqw>）

第二步：在网络平台解答劳动者咨询

1. 在对法条有了解后，以劳动者诉求为核心进行学习，比如“非法辞退赔偿金”，你最终需要掌握：1. 法律规定什么情况属于非法辞退，相关法条有哪些；2. 需要准备什么证据，证明思路是什么；3. 相关的程序问题，也就是该找什么机构解决问题，怎么写诉求之类。

你可以先掌握一个劳动争议类型，能为劳动者解决某一类的问题，比如辞退、试用期或工伤的处理。

2. 尝试为劳动者提供解答。你可以在知乎搜索“五年四班劳动委员”参看我们过往的回答，也可以学知乎、贴吧里的法律工作者是怎么解答咨询的。

3. 怎么为咨询者给出一份有效的回答？你的回答一般应该包括这几部分：1. 用人单位的行为合不合法？违反了那条法律？并给出相应的法律规定；2. 可以得到怎么样的补偿和救济；3. 你可以通过什么途径维权，需要准备什么证据；4. 一些鼓励性、支持性的话

第三步：解决疑难复杂问题

其实只要能做到第二步就可以达到加入我们的要求，当然你成为正式成员后依然需要继续学习，针对复杂的现实情况给出正确且有效的帮助。因此针对种种疑难复杂问题，你可以通过一下方式解决。

遇到疑难问题先搜一下网上的说法，微信、知乎都可以，但是他们说的不一定对。相比而言微信公众号和知乎上的文章要比百度搜到要好。不过还是需要再落实到法条、司法解释、地方性规定、地方法院审理意见、各地判例。要格外重视判例劳动争议相关的问题，基本都不是什么理解性的问题，就是你找到法律依据判例依据用就可以了，它散的到处都是，你多找找找到就行。真找不到的就用同工同酬、劳动关系三性之类的原则去主张。做到这个程度，你和那些律师给出的意见也差不多，甚至比很多律师都好。

我们书中的部分条目就是结合着实践经验并通过上述方法编写而成的，只需要保持学习，总有一天你也可以解决各种疑难复杂问题。

第四步：自己去实操一下

如果你是学生，你可以找个机会去法院或人社局仲裁委、劳动监察大队进行假期实习。具体办法是找你的辅导员开个学校的介绍信，然后拿着介绍信去这几个地方问一下收不收实习生。通常这几个单位比较缺人，如果你不要钱免费干活的话，可能会用你。

如果你已经参加工作了，可以去仲裁你老板试一试，走一遍流程就有经验可以分享了。

学习资料汇总

免费搜判例的网站：

- Openlaw（网址：<http://openlaw.cn>）

免费搜法律法规的网站：

- 五四劳委语雀分享（网址：<https://www.yuque.com/ag1uqw>）
- 无讼（网址：<https://www.itslaw.com/home>）

其他有用资料：

劳动法视频课程：<https://space.bilibili.com/1704901/favlist?fid=2008572701>

微信公众号推荐（无任何合作关系，只是觉得内容比较好）：

- “打听生活劳动维权”（面向劳动者的，讲很多实操技巧的自媒体，十分推荐。b 站、抖音、公众号都有账号。）
- 劳动法库
- 子非鱼说劳动法
- 劳动法涉讼诸论实务
- 威科先行劳动法库
- 劳动法宝
- 阿勒颇犀牛工作室

1.3 使用许可

本手册写作过程中搜集了很多公开的互联网信息，这些信息经过审核校对人员确认合法有效后抄入了我们的手册。这些信息和我们的原创内容共同组成了该手册，感谢这些愿意在互联网公开信息的人，这本手册缺少了他们的分享将很难完成。这些公开者包括但不限于上文学习资料汇总中提到的网站、媒体。

编者的话

本手册由五年四班劳动委员编写。本手册仅开放以下两种形式的非商业性（非食利性）使用：

- 一、劳动者以任何形式进行非商业性使用，
- 二、任何愿意帮助劳动者的个人、法人和团体将本手册用于帮助劳动者。

上述形式的使用无需经过我们的许可，除不得歪曲和篡改外，没有任何要求和限制。

如果你觉得本手册侵犯了你的知识产权之类的那些东西，请来起诉我。

1.4 反馈与交流

我们的联系方式：

1. 邮箱：laowei54@tom.com
2. 微信公众号：五年四班劳动委员

1、纠错反馈

本书完成仓促，一定会有错误疏漏的地方，因此很需要大家的批评和建议，以下情况均可向我们提出修改意见：

- 手册中存在错误的，包括文字错误、法律运用错误和实操方法错误
- 手册中没有介绍讲解的劳动争议情况，需要我们补充添加的
- 引用法律法规已经被废止的
- 地方性规定比较特殊，与一般情形差别较大的
- 其他任何需要我们修改增删的情况

2、劳动者经验分享

我们还需要各位劳动者分享交流你的宝贵经验，我们将会设立专门一章用来分享劳动者的经验。欢迎向我们投稿。投稿要求：

- 尽可能说明你维权的地方，因为各地区情况不一，地址精确到省一级即可（深圳的话需要说明在深圳仲裁）
- 说明公司的违法行为和你的应对过程
- 分享你仲裁、诉讼的经历、感想和经验
- 以及其他任何你想分享给其他劳动者朋友的话

第二章 劳动关系与劳动者权益

本章为劳动关系与劳动者权益概述，介绍劳动关系与劳动者权益，介绍资方经常使用劳务关系掩盖劳动关系的现象背景、劳务关系及其与劳动关系的区别，强调了劳动者厘清劳动关系与劳务关系区别的必要性，最后梳理了本章子章节的内容脉络。

1、劳动关系是什么？

劳动关系是用人单位与劳动者建立的，将劳动者置于其管理之下，用人单位支付劳动报酬的法律关系，具有从属关系、管理与被管理、不完全平等的关系，受劳动法调整。即：

1. 用人单位与劳动者之间建立
2. 单位是管理者，劳动者是被管理者
3. 劳动者付出劳动，用人单位支付劳动报酬
4. 是隶属关系，是管理与被管理的关系，具有从属性质
5. 是不完全平等的关系
6. 受劳动法调整

2、劳动者权益

劳动者权益，是劳动者在**劳动关系**中，根据劳动法，应享有的权益，包括：

1. 平等就业和选择职业的权利
2. 取得劳动报酬的权利
3. 休息休假的权利
4. 获得劳动安全卫生保护的权利
5. 接受职业技能培训的权利
6. 享受社会保险和福利的权利
7. 提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利等

3、时代背景

劳动者享受劳动权益的前提是劳动者与用人单位建立的是**劳动关系**，从而得到劳动法保护。但近几年来，用人单位倾向于将自己与劳动者的关系包装成平等的**劳务关系**——与员工签订承揽合同、劳务合同等，从而规避社会保险、经济补偿等法定义务。

4、劳务关系是什么？

劳务关系则是平等主体之间的一方提供劳务另一方支付对价的平等法律关系，是双方平等的民事法律关系，受《民法典》调整，即：

1. 平等主体之间建立
2. 是平等法律关系
3. 一方提供劳务另一方支付对价
4. 是双方平等的民事法律关系

5. 受《民法典》调整

劳动关系意味着比劳务关系有更多的保护、更多的权利、更多的保障，而劳务关系则对劳动者保护较少。

编者的话

鉴于上述原因，近几年关于确认劳动关系争议日益增多，作为劳动者的我们，有必要在理解劳动关系的基础上，还要厘清劳动关系与劳务关系的区别，这样我们才能更好地学习、了解、维护劳动者权益。所以，本章编者将要带你梳理“劳动关系与权益”相关问题。

1. 劳动关系的构成要件
2. 劳动关系与劳务关系的区别
3. 劳动权益
4. 相关法律法规

2.1 劳动关系的构成要件

1、劳动关系的实质

法条层面

确定劳动关系适用的法律规定

目前，法院与劳动人事争议仲裁委员会对劳动关系的确认问题主要适用的法律如下：

法律法规

劳社部发〔2005〕12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》

- 一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。
- （一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
 - （二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
 - （三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

上述此条文出台年代比较久远，对于我们理解劳动关系的实质帮助不大，但可抽取出一信息——用人单位和劳动者符合法律、法规规定的**主体**，这里暂且不表，之后会详细阐释。

学理层面

劳动关系的实质——从属性原则

相对于法律条文中对于劳动关系实质的遮遮掩掩，直击要害的反而是学理上对于劳动关系的判断。

学理上对于劳动关系判断的标准通说是从属性标准，即综合判断劳动者与用人单位之间的人格上、经济上从属性，确认劳动者是否从属于用人单位，若经过判断存在从属性，则劳动者与用人单位存在劳动关系，反之则不存在劳动关系。

以下逐一来看，人格上的从属性与经济上的从属性：

- 人格上的从属性，是劳动者为“人格上的从属性系劳动者自行决定之自由权的一种压抑”或“将劳工个人置于雇主之控制范围之内，并得支配劳工之人身、人格”，是不是有点熟悉的感觉？不仅如此，经济上的从属性判断就更加熟悉了
- 经济上的从属性，是“指劳动者是为用人单位提供劳动，生产组织体系、生产工具及原料等均为用人单位所有，由此产生的风险责任也由用人单位承担，劳动者与用人单位之间存在着经济上的依赖关系。受雇人既不是用自己的生产工具从事生产劳动，也不能用指挥性、计划性或创作性方法对自己所从事的工作加以影响，此乃经济从属性的最重要涵义。”

总结

总结一下，对于劳动者与用人单位之间的从属性判断标准为：劳动者在工作期间是否能够自由的支配自身，劳动者是否处于雇主的支配之下，劳动者是否自行掌握生产资料（生产工具及原料）。能够回答以上问题我想读者就已然把握了劳动关系的实质。当然这里仅讨论劳动关系的学理通说，就不深入展开。以上观点均引自《劳动法新论》黄越钦著，中国政法大学出版社 2003 年版，第 94 页-95 页。

司法实践

在维权或者回答咨询中，不用在意劳动者与用人单位签订的协议，而是要通过了解劳动者与单位之间实际关系从而进行判断，法院裁判中亦按照以上观点进行裁判。

司法案例

张某某与上海某公司劳动争议案（2017）京 03 民终 11768 号

张某某与公司签订《合作协议》，通过公司平台向客户提供预约服务，不仅需要提供客户通过平台点名预约的上门烹饪服务，还要接受公司指派、调度的平台预约上门烹饪服务，双方五五分成，协议明确双方不构成劳动关系。

法院认为**劳动关系认定**是由强制性规范予以认定的范畴，不能仅凭当事人的书面约定就排除劳动关系，要结合双方的“合作”模式和劳动者的具体工作内容予以确定，主要是从以下几个因素认定具有较强的从属关系：

1. 单位对劳动者进行管理调度及奖惩，工资发放固定，工作地点由公司安排；
2. 劳动者代表用人单位从事安排的有报酬的劳动；
3. 劳动者从事公司安排有劳动报酬的工作；
4. 双方是符合劳动关系的适格主体；
5. 用人单位业务性质与劳动者提供的劳动匹配度。

综上因素，用人单位的举证难以证明“合作模式”，故法院认定为劳动关系。

在上述案件中，法院认为：“劳动关系的建立固然要尊重双方当事人的意思自治，但不同于一般的民商事法律关系，劳动法律关系中当事人的意思自治要受到劳动法、劳动合同法等法律、法规及劳动行政部门颁布的规范性文件的严格限制，劳动关系认定与否是由强制性规范予以认定的范畴，不能仅凭当事人的书面约定就排除劳动关系，仍要结合双方的“合作”模式和劳动者的具体工作内容予以确定。”

2、劳动关系中的用人单位

除此之外，建立劳动关系还需要用人单位与劳动者符合一定的条件。

用人单位须为合法注册的企业，《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》中规定非法用工单位指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。此类单位雇佣劳动者进行劳动的不构成劳动关系，所以个人与个人之间一定不构成劳动关系。

3、劳动关系中的劳动者

首先，劳动关系中劳动者须年满 16 周岁，16 周岁以下的劳动者会被认定为雇佣童工系用工行为。

其次，未达到法定退休年龄，男性 60 周岁以下，女性 50 周岁以下。雇佣男性年满 60 周岁、女性年满 50 周岁的劳动者法院一般直接认定为劳务关系。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第二十一条

劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

法律法规

《劳动合同法》

第四十四条

劳动者开始享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。

根据以上法条，关于老年人劳动关系存续问题，实践中出现两种类型的裁判观点：

认为劳动关系的存续与劳动者是否享受基本养老保险待遇有关，这个的观点并非主流观点。

因为如果一个超龄的劳动者如果享受了基本养老保险即代表这个劳动者的生活来源不是用人单位发放的工资而是其自身享受的养老保险待遇。这表明享受养老保险待遇的劳动者在经济上不从属于用人单位，享受养老保险待遇的劳动者可以离开这个用人单位其生活也不会受到实质影响，其与用人单位之间建立关系相对平等，可以将其认定为劳务关系。

反之若超龄的劳动者没有享受养老保险待遇，那么超龄的劳动者实际上与未超龄的劳动

者没有任何区别，甚至由于其衰老的身体状况还不如未超龄的劳动者，其在经济上、人格上的从属性更加依附于用人单位，故其与用人单位之间建立的关系应为劳动关系。

此类观点较为考虑到了养老保险待遇对于超龄人员与用人单位关系之间的重要性，但也存在一定的问题，例如就算享受了基本养老保险待遇劳动者也不一定能与用人单位之间建立相对平等的关系，因为基本养老保险待遇超龄劳动者领取到的养老金并不一定能满足劳动者的基本生活需要，农村养老保险待遇一般都不能覆盖劳动者的基本生活需要。所以即使劳动者享受基本养老保险待遇其依然不能满足其生活需要，那他/她就仍需要去工作，成为用人单位业务的组成部分，由用人单位的发放的工资依然是其衣食所系，依然存在人格上、经济上的从属性。

超龄的劳动者一律不构成劳动关系，而构成劳务关系。该观点为绝大多数地区的主流裁判观点。

其法条依据为《劳动合同法》第四十四条，因为超龄的劳动者不符合劳动关系的主体资格，即使他/她们更应当受到劳动法保护。

4、学生不与用人单位建立劳动关系

除了年龄，劳动者不能是具有学籍的学生，否则也不能构成劳动关系，原因也可以根据从属性原则进行判断，学生的生活来源、吃穿用度一般来说一定不是去勤工俭学的挣得的工资。

法律法规

原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

5、常见典型的劳务关系情形

特殊人员

这类特殊人员掌握某种专业知识或技能，例如注册会计师、律师等，这类人员一般还会成立职业协会监督、保护其成员。一般不认定其与所在单位建立劳动关系，此类职业在逐渐减少，并且其与所在单位的关系也愈加与劳动关系相似了。

个人之间的雇佣关系

如：自然人甲请自然人乙为其装修房屋、搬家、修电脑等，甲乙构成劳务关系。

特定情况下的农民工

这里说的农民工是指建筑工地中未签订劳动合同，由包工头招用，并由包工头为其发放工资的基层建筑工人。这类建筑工人与包工头成立劳务关系。

6、总结

最后，总结一下构成劳动关系的要点：

1. 用人单位经注册合法存续
2. 劳动者年满 16 周岁，未达到法定退休年龄

3. 没有学籍
4. 与用人单位存在经济上、人格上的从属性。

第三章 劳动争议法律程序介绍

编者的话

本章将介绍监察、仲裁、诉讼的程序。在我们国家，选择走合法渠道维权，要么是政府介入通过行政手段督促资方遵守法律以解决劳动争议，要么是我们劳动者自己走法律渠道解决问题。绝大多数情况，我们是寄希望于后者的。**这就需要我们不能等着别人来救我们，而是要做好相应的准备以及具备相关的知识。**

所幸我们的法律并没有为劳动者设置过高的自诉门槛，尤其在立法上是偏向劳动者的。本章节的每篇对于劳动者来说很都是必需的，阅读完本章你就能够相对轻松地走完仲裁/诉讼程序。

1、想胜诉看证据

其实一般影响仲裁结果的只有两个因素，经济和证据。经济环境是宏观的影响因素，法律作为调节社会关系的工具当然是适应于经济形势的。劳方资方的当事人作为个体进入法律渠道后只能被动地受其影响。我们的证据是另一个影响因素。仲裁和诉讼都是法律作为中立者解决劳资两方的争议，其依据法律法规评判争议事实，而所谓事实只能通过庭审中双方出示的证据来体现。所以我们需要证据来还原出资方如何违反了法律，侵害了我们的权益。

有的劳动者常常担心老板在当地有关系。其实绝大多数时候，这种担心是多余的。法律渠道横跨仲裁和法院两个部门，而且诉讼的监督机制现在也比较健全。老板经营这些关系也是需要成本的，仲裁员、法官违法裁判的代价也很严重，所以不太可能为了一个几千几万的劳动争议去费劲坑你。我们决定走法律渠道后，不要考虑这些有的没的，只要我们的证据充分地支持了我们的诉求，那么我们拿到的一定是胜诉结果。

证据是决定结果最重要的事情。法律法规是不是任何一方能左右的，劳资两方只能通过证据来影响裁判者对事实的认定。而劳动者在搜集证据方面是相对不利的，所以我们必须要做好证据收集工作。而证据最佳的收集时机是我们尚未离职，矛盾尚未激化的时候，这个时候公司方也没有太多戒心，收集证据是最方便的。**因此就算矛盾没有很严重，也多翻一下我们书，找找法律咨询，未雨绸缪做好后续仲裁诉讼的准备。**

本章对证据的法律要求进行了介绍，帮助大家收集到符合法律规定的证据，而具体需要什么证据需要大家到后面几章针对具体问题去看。

2、仲裁难吗？

仲裁不难，虽然大家很可能从来没有打过官司，也可能是第一次遇到劳动争议，但是想要走完程序拿到结果，这是不难的。因为仲裁不需要你对法律太专业的了解，他对你最基本的要求是你能够说清事实即可。很多人对开庭发憊，这完全不必要，开庭的时候做的最多的事情其实就是对着你的证据讲之前发生了什么事。而在立法上，法律也是比较偏向劳动者的。**所以就算我们在证据收集上有困难，公司有律师撑场，劳动者在仲裁的胜率也基本可以达到**

60%。在有充分准备的前提下，这个胜率还会更高。

不过，仲裁不难但是比较麻烦，耗时很长。麻烦的原因就是现在劳动争议太多了，仲裁和法院的人手完全不足以应对如此多的劳动争议。这就导致我们很难在法定的程序期限内走完程序。仲裁是第一道大程序，在法定期限 60 天内走完仲裁程序的情况不多。如果我们还要再到法院打一二审，那流程就更长了。经济体量稍微大一点的省市，从立案到出结果都要半年以上。不过，我们不需要这半年天天都把时间精力用在上面，只有立案、出庭几个环节需要我们亲自处理，其他时间都是等待的时间。有的情况下，公司也会嫌麻烦，也需要跑完所有程序。

案子太多导致的另一个问题是工作人员的工作压力问题，仲裁、法院工作压力相对他们的预期的会大一些，少数工作人员的态度会稍有低落。但是，这一般不会妨碍我们缓慢地走完流程。对此我们有个预期就可以了。

3.1 监察、仲裁、诉讼程序怎么走

本章第一部分向大家介绍各种法律程序，怎么走程序。

监察的程序比较简单，适用的情况也少，就在第一条简单介绍了。

仲裁程序是重点，我们按照流程从立案到执行从头到尾进行完整介绍，为大家指出一些需要注意的点，并把几个重要的文书写作教给大家。

第二节介绍诉讼程序。诉讼程序在绝大多数情况下衔接在仲裁程序之后，极少情况可以跳过仲裁程序启动诉讼程序。诉讼程序与仲裁程序相似，他们最大的不一致是在裁判口径上。法官和仲裁员所处的工作环境不同，他们自身的理论基础也不同，因此会存在裁审不一致的情况。但是这个问题不是我们当事人能左右的。作为走仲裁程序、诉讼程序的人，我们提交的材料、所走的程序很相似。因此在第二节例举几个诉讼文书的写作方式以及注意点，对诉讼程序不做赘述。

第三节至第七节梳理介绍仲裁程序，建议仔细阅读。

3.1.1 仲裁与监察两种方式的区别，仲裁监察如何选择？

编者的话

劳动仲裁和劳动监察是目前劳动者两种比较有效的维权手段，两者各有侧重，这里为工友们简单普及一下两者的一些实践中的特点，解答一下工友们在实际操作中遇到的一些问题，为工友们兜兜底。

1、劳动仲裁

劳动仲裁简单地说就是和单位打官司，需要我们列好诉求，准备好证据证明我们的诉求合法，然后到当地人力资源与社会保障局的劳动仲裁委员会起诉公司。程序走完，如果我们

胜诉，公司就必须给钱了，否则我们可以申请强制执行。如果拿到仲裁裁决结果后，有一方不服还可以起诉到法院继续打官司，最多可以打到二审。

在实践中，劳动仲裁所需的时间还是比较久的，在实践中，从立案到拿到仲裁结果，至少要两个月，最多甚至到半年多。如果后续起诉到法院，时间会更长。但是，劳动仲裁有**一裁终局机制**，如果符合一裁终局的条件，单位是无权起诉的，只要我们对仲裁结果满意，我们只需要走完仲裁流程就可以了。如果我们对一裁终局的结果不满意，还可以选择起诉到法院。关于一裁终局，可以参考本章第二部分的第 20 节。

劳动仲裁往往是在劳动合同的履行中发生劳动争议的时候首选的解决途径。

同时，劳动仲裁是处理劳动争议案件的前置程序，发生劳动争议，必须先进行劳动仲裁，对仲裁结果不满，才能进一步移送至法院。

2、劳动监察

劳动监察也是隶属人社局，它的性质类似于专管劳动问题的警察。公安负责治安，城管负责城市管理，工商执法大队负责管工商户，对比一下就能理解劳动监察是干啥的了。**而我们找劳动监察大队就相当于找警察**，由监察出面纠正公司的违法行为。

找劳动监察可以通过微信欠薪平台举报、打人社局电话 12333 以及直接去当地人社局立案处理。找监察不需要我们准备很详细的证据，我们只要准备基本的线索以及说明白公司干了啥违法的事就可以了。

而且劳动监察具有对企业的处罚权，除了赔偿给我们应得的外，劳动监察可以对企业进行**罚款**。

3、选哪个？

有很多事项是仲裁和监察重合的，我们既可以通过仲裁解决，也可以通过监察解决。有的事项是只属于仲裁管，监察是不会管的。

对于重合的事项，原则是**“小钱快拿”**和**“在职争议找监察”**。“小钱快拿”是诸如单位罚款扣工资，单位欠薪等金额较小的数额。这些钱金额不大，通过监察解决比较合适。“在职争议找监察”是指如果还不想离职，可以通过监察解决争议。虽然我们也可以在仲裁，但是仲裁立案只能在工作日立案，请假不方便的话可以选择更简单的监察。

不过一般找监察会让老板很不爽，觉得你和他不是“一家人”。其实找监察很多时候也是为仲裁做准备，监察的立案、处理回执和处理过程的录音录像（自己录，监察录了也不会提供给你）都可以作为证据，留在仲裁的时候使用。而且如果老板以你找了监察为由开除你，也是属于非法辞退，需要支付 2n 的赔偿金。

还有的事项是监察不会管的，只能由仲裁处理。这些事项一般属于**争议比较大，情况比较复杂，需提供很多证据支撑**的事项。例如未签劳动合同双倍工资赔偿、离职补偿赔偿等。

以下事项属于监察处理：

- 1、招用未满 16 岁的童工；
- 2、入职时收取保证金、押金等费用或者扣押身份证的；
- 3、不签劳动合同、签空白合同需要向公司索要的；

- 4、强迫加班；
- 5、用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资（尤其是农民工欠薪，监察一定会管）；
- 6、拒不支付或者不按标准支付加班费；
- 7、用低于当地最低工资标准支付工资；
- 8、用人单位违反女职工、未成年工特殊劳动保护规定的；

当然各地的情况可能不一样，有些事项虽然法律规定监察有权管，但是实际可能不会管。因为监察和仲裁同属人社局，所以他们可能会进行内部的分工。例如笔者当地的监察大队和仲裁就对欠薪进行了分工，如果是当月一分钱没给则找监察，如果是少给了则找仲裁。因为少发工资的原因可能有很多，往往双方争议比较大，监察如果站在一个“中立”的立场进行判断，就会认为需要打官司才能解决。

到底管不管，我们可以先找监察试试。监察不管，我们解决劳动争议的渠道一般**只剩仲裁**了。

4、劳动监察和仲裁的其他区别

1. 工作职责不同

劳动仲裁是由劳动争议仲裁委员会依当事人的请求而实施仲裁，是根据当事人的申请诉求开展，**仲裁不会主动介入双方争议，一般也不会主动开展调查。**

劳动监察是劳动行政部门依法对用人单位和劳动者执行劳动法律、法规的情况进行监督检查，**是依照法定行政权力主动进行的。**经过劳动者请求后，监察也会主动进行调查处理。

2. 程序不同

劳动监察是对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为的调查，应当自立案之日起 60 个工作日内完成；对情况复杂的，经劳动保障行政部门负责人批准，可以延长 30 个工作日。

劳动仲裁是应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起 45 日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不超过 15 日。逾期未做出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

劳动监察不适用调解程序；劳动仲裁适用调解程序。

劳动监察在接到举报投诉之日起 5 个工作日内决定受理与不受理；劳动仲裁是收到仲裁申请之日起 5 日内做出受理与不受理。

劳动监察体现的是**强制原则**，如用人单位违法，在损害劳动者合法权益、社会公共利益和国家利益的情况下，不允许通过劳动者放弃权利，免于追究法律责任。

3. 时效性不同

劳动监察受理时效为违反劳动保障法律、法规或者规章的行为在**2 年内**；2 年内未被劳动保障行政部门发现，也未被举报、投诉的，劳动保障行政部门不再查处。劳动监察规定的期限，是自违反劳动保障法律、法规或者规章的行为发生之日起计算；违反劳动保障法律、法规或者规章的行为有连续或者继续状态的，自行为终了之日起计算。

劳动仲裁申请时效期间为**1 年**。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受仲裁时效

期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

4、证据收集方式不同

劳动监察不仅可以让监察大队主动依职权收集证据，而且可以要求当事人举证。

劳动仲裁采取“谁主张谁举证”的原则，除法定情形外不主动依职权收集的证据。

5、法律后果不同

在劳动监察过程中，劳动行政机关一经做出处理决定，**立即发生法律效力**，有关单位和个人应当立即执行。有关当事人对处理决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼，在申请复议或行政诉讼期间，不影响决定的执行。

劳动仲裁委员会做出的裁决，**并不立即发生法律效力，而是处于效力待定状态**。当事人对劳动仲裁裁决不服的，可以在法定期限内向人民法院提起诉讼，**只有法定期限届满，双方当事人都不起诉的情况下，仲裁裁决书才发生效力**。当事人向法院提起诉讼，也不是以仲裁委员会为被告提起行政诉讼，而是以劳动争议的另一方为被告提起普通的民事诉讼。

希望我这篇文章能够帮助一些迷茫的踌躇不定的工友，你们可以争取属于自己的利益，加油！

3.1.2 诉讼程序

1、必须先仲裁打官司

仲裁和诉讼都是打官司，仲裁要由人社局下面的劳动争议仲裁委员会负责，诉讼由法院负责。为什么要分两个环节呢？因为劳动争议案件比较特殊，多一个仲裁环节方便特事特办，比如可以方便调解、再比如可以通过一裁终审缩短流程。具体处理上，他们之间在程序上会有细微的差别，区别不大。

一般情况

一般的劳动争议**都必须先经过仲裁程序**，如果一方对仲裁结果不满，可以拿着仲裁裁决书去法院。所以**直接去法院会被告知先去劳动仲裁，法院不会给我们立案**。

不过有以下情形的，可以直接去法院：

- 公司欠工资，给我们打了欠条，仅就欠条所载明的债务，可以去法院起诉
- 已经过了退休年龄，就工资等劳务报酬可以法院起诉
- 仲裁委已经出具“不予受理通知书”，持此通知书可以在法院立案
- 部分地区的高温补贴等补偿仲裁不受理，需要单独去法院
- 其他情形较为少见，不做列举

劳动仲裁自**立案受理之日**起超过 60 天，仲裁程序已超期，可以拿着受理通知书去法院起诉。不过绝大多数情况，我们在仲裁超期的原因是案子太多在排号，这个时候法院是**有权**以“案件正在等待劳动争议仲裁机构开庭”为由拒绝我们的立案申请。不过，有些地方法院受理超期的劳动争议，会要求提供超期证明，我们可以在受理劳动争议的仲裁委那里拿到超期证明。仲裁委一般都会出给我们，出了超期证明他们就可以不管了，活就甩给法院了，这对他们也没有负面影响。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）

第十二条

劳动争议仲裁机构逾期未作出受理决定或仲裁裁决，当事人直接提起诉讼的，人民法院应予受理，但申请仲裁的案件存在下列事由的除外：

- （一）移送管辖的；
- （二）正在送达或者送达延误的；
- （三）等待另案诉讼结果、评残结论的；
- （四）正在等待劳动争议仲裁机构开庭的；
- （五）启动鉴定程序或者委托其他部门调查取证的；
- （六）其他正当事由。

当事人以劳动争议仲裁机构逾期未作出仲裁裁决为由提起诉讼的，应当提交该仲裁机构出具的受理通知书或者其他已接受仲裁申请的凭证、证明。

支付令和调解协议的情形

此外，如果你先前申请过支付令或在法定调解组织达成了调解协议，可以直接起诉。

法律法规

关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）

一、劳动人事争议仲裁委员会对调解协议仲裁审查申请不予受理或者经仲裁审查决定不予制作调解书的，当事人可依法就协议内容中属于劳动人事争议仲裁受理范围的事项申请仲裁。当事人直接向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理，但下列情形除外：

- （一）依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十六条规定申请支付令被人民法院裁定终结督促程序后，劳动者依据调解协议直接提起诉讼的；
- （二）当事人在《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十条规定的调解组织主持下仅就劳动报酬争议达成调解协议，用人单位不履行调解协议约定的给付义务，劳动者直接提起诉讼的；
- （三）当事人在经依法设立的调解组织主持下就支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，双方当事人依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零一条的规定共同向人民法院申请司法确认，人民法院不予确认，劳动者依据调解协议直接提起诉讼的。

支付令基本没有用，一般不会采取该手段解决争议。法院发了支付令，公司提出异议支付令就失效了，还得去仲裁，因此不做过多介绍。

《劳动争议调解仲裁法》第十条的调解组织是指（一）企业劳动争议调解委员会；（二）依法设立的基层人民调解组织；（三）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。这些

调解组织都是有政府背景的，要么在政府支持下设立，要么就是政府开的。调解前问明白，给出的调解协议能不能直接起诉到法院。

这个调解协议要与仲裁的调解相区别。我们在仲裁达成的调解协议是可以直接申请强制执行的。所以还是建议去仲裁。

单项诉讼请求的仲裁前置

我们还要注意，

如果在法院诉讼阶段，我们就一个诉求进行变更会不会被不受理？这个问题没有明确规定，各地各有各的做法。相对来说仅仅是数额的变化可能会被允许。比如我们索要加班费，但是想要在法院增加所依据的基本工资基数，就此增加请求的加班费数额，这个时候法院可能会同意。再比如，我们在仲裁索要的是 21 年加班费，诉讼时增加 22 年的，会被驳回。

2、一裁终审，公司不能起诉的情况

相比一般民事诉讼，多了一个仲裁环节，可能会导致拖大家很多时间。因此劳动仲裁特别设计了一裁终审制度，该制度方便诉讼标的额较小的劳动者快速解决争议。如果劳动者胜诉，公司不能起诉到法院。如果败诉，我们也可以起诉到法院。

详情请见本章第二十条。

3、程序与材料

材料

诉讼程序和仲裁程序基本都是一样的，如果没有新证据的话，材料也是一样的。

1. 起诉状——把仲裁立案申请书改个名就行
2. 证据——有新证据增加上，再加上仲裁裁决书证明已经过仲裁程序，其他和仲裁一样
3. 证据清单——加上新证据，加上仲裁裁决书，其他也一样

民事答辩状

在我们仲裁胜诉，公司不服，把我们起诉了的情况，我们需要写一份民事答辩状。这个答辩状不是很重要，关键还是看我们庭审中表述的事实和理由。所以有很简单的写法。

民事答辩状

答辩人：×××，男/女，××××年××月××日生，×族，……(写明工作单位和职务或职业)，住……。联系方式：……。

法定代理人/指定代理人：×××，……。

委托诉讼代理人：×××，……。

(以上写明答辩人和其他诉讼参加人的姓名或者名称等基本信息)

对××××人民法院(××××)……民初……号……(写明当事人和案由)一案的起诉，答辩如下：

……(写明答辩意见)。

证据和证据来源，证人姓名和住所：

……

此致

×××××人民法院

附：本答辩状副本×份

答辩人(签名)

××××年××月××日

图 3.1: 民事答辩状样例

项目说明：

1. 没请律师、没找代理人的话，委托诉讼代理人、法定代理人两栏不写。
2. 答辩人就是你，写上你的信息。
3. 案号在法院发给你的文书上有，按照那个填。
4. “证据和证据来源，证人姓名和住所”，可以不填。

答辩意见的具体写法有三种：

第一种，简单写。直接写“原告所提出的诉讼请求没有事实和法律依据，xx 仲裁委所作出的判决合法有效，请求法院依法驳回原告全部诉讼请求。”因为答辩状不重要，这样就可以了。

第二种，逐条反驳。公司一般会找律师写答辩状，还是会写的比较专业，会逐条说明论证自己的诉讼请求。我们就针对他们逐条提出的诉求进行逐条反驳，比如他说：

“第一，原告（公司）解除劳动关系系被告（劳动者）旷工，属于合法辞退，不应支付经济补偿金。”然后在下面会列举说明一大堆理由和事实。你就写“第一，被告拒绝调岗，维持在原岗位上班的行为不属于旷工，公司解除劳动关系系非法辞退。”然后你也说明相关事实和理由。逐条反驳就行了。

第三种，逐条反驳 + 抄仲裁裁决书。公司起诉提的这些诉讼请求在仲裁都处理过一遍了，而且裁决书里会有仲裁员写的理由以及相关法律法规，我们找到对应的内容然后抄上去作为我们自己的理由就可以了。**当然，要注意仲裁认定的事实和我们认可的事实存在偏差，抄的时候要注意，不要承认其中不利的认定。**

第四种，花钱找律师写。这些文书都是可以找到单独的文书代理写作服务，价格没有全套代理那么贵，可以花钱请人写。

其他程序问题

法院一审审理期限是 6 月，案件特别复杂的会延长。适用了简易程序就只有三个月。

开庭流程基本和仲裁一样。

劳动争议诉讼费是 10 块，简易 5 块，由败诉方承担。

二审文书

想要再上诉打二审，需要在一审判决书生效期（判决书上会写）内（送达之日起十五日内）将上诉状提交二审法院，二审法院就是上级法院，一般是一审区法院上面的市中院。

上诉状中比较重要的内容是上诉请求，你对一审法院哪项请求不服就写“请求撤销某项判决，依法改判为某项”。

没有代理人就去掉代理人那两项。

上诉状也有一个对应的答辩状。这个也不重要，格式和内容参考一审答辩状的写法。第三种方法从抄仲裁裁决改为抄一审判决。

4、管辖法院

管辖法院比较重要，因为会出现抢管辖的情况。法律规定，**用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖，先受理的优先。**这就会导致先下手为强，比如公司注册地在

需要什么材料？

在哪申请？

劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委），一般在地图上搜索“劳动人事争议仲裁院（委员会）”就可以找到。具体可以查看第14.1节，里面汇总了各地区仲裁院的电话和地址。

如果工作所在地和公司所在地不在同一个地方，选择这两个地方的仲裁委之中的哪一个都是可以的。另外，可能会出现这种特殊情况，公司和你都申请仲裁了，而且不在同一个地方，这时候就会由工作所在地的仲裁委来管这件事了。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第二十一条

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

什么时间可以申请？

一般是在周一至周五，周末和法定节假日一般不会开放，具体时间可以打电话询问，电话号可以拨打 114 获取或者查看本书附录的电话黄页。

要花多少钱？

免费

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第五十三条

劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

申请时需要什么材料？

我们可以简单地把材料分为三类：

1. 我是谁？
2. 要告谁？
3. 告什么？

对应的东西分别是：

我是谁：

需要准备证明自己身份的材料，**身份证复印件即可**。

要告谁：

需要准备证明企业身份的材料，也就是企业的相关信息。

这个可以在“信用中国”或“国家企业信用信息公示系统”查询，网站为：

<https://www.creditchina.gov.cn>（信用中国）

<https://www.gsxt.gov.cn>（国家企业信用信息公示系统）

查询之后打印出来就可以，如下图所示。



图 3.3: 企业信息查询

查询视频教程：<https://www.bilibili.com/video/BV1Zg41117hu>

告什么？

我们去仲裁是要打官司，首先要提出自己的诉求，再准备能支持诉求的证据，公司同样也是如此，他们要反对我们的诉求，然后准备反驳我们的证据。最后经过仲裁员审理，结合双方的证据作出判决。

因此，**你需要先理清清楚你的诉求是什么**。除了支付拖欠工资比较直接易懂，我们劳动者能拿到的各种赔偿、补偿都是有一个**法律规定的名称 + 对应数额**的。这个不能按照我们自己的想法来，需要我们首先了解法律的相关规定。

比如，公司单方辞退通常要给“解除劳动关系经济补偿金”，数额是 $n+1$ ；没有休年休假，公司应当给的补偿叫“应休未休年休假工资”，数额是 300% 的日工资。所以，搞明白诉求，首先需要知道**我遇到的情况能要到什么钱，这个钱叫什么，数额是多少**。通常，我们咨询的时候问的“我的情况公司该怎么赔？”就是问的“我在仲裁可以主张什么诉求”。

这个是需要我们在立案之前就搞明白的，具体问题就不在这里一一阐述了，可以在本书其他章节查找。

其次，我们需要准备证据，**打官司就是打证据，证据是胜诉的关键**。我们的诉求都需要相应证据支撑，比如，未签劳动合同要补偿双倍工资时，需要“证明劳动关系存在的证据 + 证明劳动期限的证据”，具体你的诉求对应什么证据，请看本书后几章。

而证据需要列在“证据清单”上，**证据复印件和证据清单也是我们立案需要的材料之一**。证据清单怎么弄。详细的可以看下一节的内容。

立案具体操作

我们可以在当地人社局官网或公众号下载申请书模板，写好立案申请表（下文有具体书写方法），写好证据清单，交到仲裁立案窗口。我们也可以拿着材料现场填写，拿着材料（身份证复印件、企业信息公示报告、诉求草稿、证据复印件）到了仲裁委立案窗口，与工作人员说你要进行劳动仲裁，这时候会给你一张表让你填（如下表所示）。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第二十八条

申请人申请仲裁应当提交书面仲裁申请，并按照被申请人人数提交副本。

仲裁申请书应当载明下列事项：

- （一）劳动者的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；
- （二）仲裁请求和所根据的事实、理由；
- （三）证据和证据来源、证人姓名和住所。

书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人。

2、立案申请书怎么写

申请人、被申请人信息怎么填？

各地申请书不完全一样，但也是大同小异。

左边一栏是劳动者信息，这个按照实际填。右边一栏为企业信息，这个按照上文你查的企业信息填。

填企业信息的时候注意：

单位名称：如果公司是大风电子厂，在“单位名称”这一栏千万不要写“大风电子厂”，而是要写上在“国家企业信用信息公示系统”中查询到的公司名称，比如“大风电子制造有限责任公司”。

公司电话：法人、负责人的电话我们可能不知道，可以提供办公座机号，能打通就行。

法人可能不是直接管事的人，所以有一个栏会是“劳资负责人”、“主要负责人”或“联系人”，这里就填管你的那个经理、人事或老板。

诉求/请求事项怎么填

前面我们提到了我们的诉求要按照法律规定来，需要有“法律规定的名称 + 对应数额”。这个也是我们写诉求时需要注意的。

我们起诉公司，劳动者就是申请人，公司人是被申请。公司起诉我们，公司是申请人，我们是被申请人。

公司起诉我们的情况很少，本节不做说明。以下是诉讼请求的填写样例：

- 劳动关系：请求依法确认申请人与被申请人在 xx 期间存在劳动关系

申请书

劳动者/申请人/投诉（来访）人		用人单位/被申请人		
姓 名		单位名称 (营业执照名称)		
性 别				
出生日期		企业性质		
户口性质	城镇、农村			
户口所在地地址		法定代表人 (负责人)	姓 名	
			职 务	
			电 话	
经常居住地地址		住 所 地 (营业执照注册地)		+
身份证件类型		劳动合同履行地 或用工单位所在地		
身份证件号码		上址是否办公		
		新办公经营地址		
电 话		劳资负责人	姓名	
			电话	

+

请求事项/反映问题:

1.请求被申请人支付拖欠工资 6000 元

2.请求被申请人支付解除劳动关系经济补偿金 10000 元

3.请求.....

事实和理由: 本人于 2022 年 1 月 1 日入职大风电子公司, 于 11 月 11 日向公司送达《被迫离职通知书》, 劳动关系解除。合同约定月工资为 3000 元。公司未支付 10 月、11 月两个月的工资。

劳动者/申请人/投诉（来访）人（签名或盖章):

附: 年 月 日

注: 1. 本申请书须用黑色或蓝色钢笔、签字笔填写或打印, 一式四份, 其中三份交承办部门, 一份申请人自存(被申请人作为共同当事人时, 应填写一式五份, 其中四份交承办部门, 一份申请人自存);

图 3.4: 来源: 北京朝阳区人民政府官网

- 解除劳动关系：被申请人应当支付解除劳动关系补偿金 xx 元
- 违法解除劳动关系：被申请人应当支付违法解除劳动关系赔偿金 xx 元
- 双倍工资：被申请人应支付未签劳动合同双倍工资赔偿 xx 元
- 工资差额：被申请人应支付拖欠工资/工资差额 xx 元
- 加班费：被申请人应付加班费 xx 元
- 年休假工资：被申请人应当支付应休未休年休假工资 xx 元
-

有的地方会给要求写得很详细，这个相应加上就行。例如，双倍工资赔偿，“被申请人应支付未签劳动合同双倍工资赔偿 xx 元”“被申请人应支付 22 年 1 月至 11 月期间未签劳动合同双倍工资赔偿 xx 元”。再如，工资差额，“被申请人应当支付拖欠工资/工资差额 xx 元”“被申请人应支付 2022 年 11 月拖欠工资/工资差额 xx 元,12 月双倍工资差额 xx 元”。

事实与理由怎么填？

简明扼要地写，详细的、各种细节等开庭的时候说就行。

事实就是你和公司之间发生了什么事，包括**基本信息和争议相关事实**。

基本信息包括：什么时候入职，什么时候离职，工资约定了多少，交没交社保，什么时候转正。

争议事实包括：签没签合同，为什么拖欠工资，什么理由开除的等等。这个没法细说，你按照自己的情况写就行，不要写的太复杂太多。争议事实说明和上面的基本信息不用区分的很明确，混在一起说也行。

理由就是什么事实导致我们要提出这个诉求，比如，公司未签劳动合同所以应当支付赔偿。这个简单写就行，这些事实实际就是我们的理由，所以不写也行，不是很重要。

3、受理

提交了仲裁申请书之后，仲裁委会在五天内通知你会不会受理，这期间你要多催多问，因为有可能申请的人过多，没有登记你的申请。

如果仲裁委受理的话，会将你的诉求和证据在五天内转达给公司，让公司在十天内出具答辩书，并在五天内给你答辩书的副本。拿到答辩书之后就要等开庭的通知了。

现在案子太多了，等的时间很长是正常的，也没有特别好的解决渠道，通知你开庭了就行。

通知你开庭的时候会让你来拿《权利义务告知书》，你可以让仲裁委邮寄过来，也可以自己去拿。**注意：这个文书一定要拿，积极配合仲裁委的工作，如果你不接电话、不拿文书的话，会给你按撤诉处理的。**

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第三十条

劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在十日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在五日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第四十三条

仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就部分先行裁决。

4、不受理的情况，及其应对方法

证据不足、申请书不符合规范

如果在申请劳动仲裁的时候，以“**证据不足**”为由不予受理的话，你要要求仲裁委给出《**不予受理通知书**》，这样仲裁委有可能会迫于压力而受理。真不予受理的话，那就拿着《不予受理通知书》去法院起诉就可以了。起诉部分可以看上一条。

如果告知你“**申请书不符合规范**”的话，那就让他们告诉你该怎么写，说明白了。一般来说字词调整都是小问题。**如果和你说哪个诉求不在受理范围，要删掉的话，你能接受就删掉，不能接受就要《不予受理通知书》。**一般来说，有几个诉求是确实不受理的，我们还是要删掉这个诉求，找其他渠道解决。

社保、住房公积金、公司欠款、职工住房纠纷、超龄

- 补缴社保。这个东西要我们拿着“确认劳动关系存在”的胜诉判决去人社局的社保部门要求补办。有劳动合同，直接拿着劳动合同去，没有的或没签的按照上面说的来
- 住房公积金。同上，不过要去的地方不是人社局，是公积金管理中心
- 公司欠我们的报销款，或老板借我们的钱。一般不予受理，属于民事债权债务，直接到法院起诉
- 职工住房纠纷，这个一定想办法要到《**不予受理通知书**》，不然就去不了法院，也就没有合法渠道解决争议了
- 退休之后就不属于劳动关系了，属于民事关系，要去法院起诉。一般男性的退休年龄是

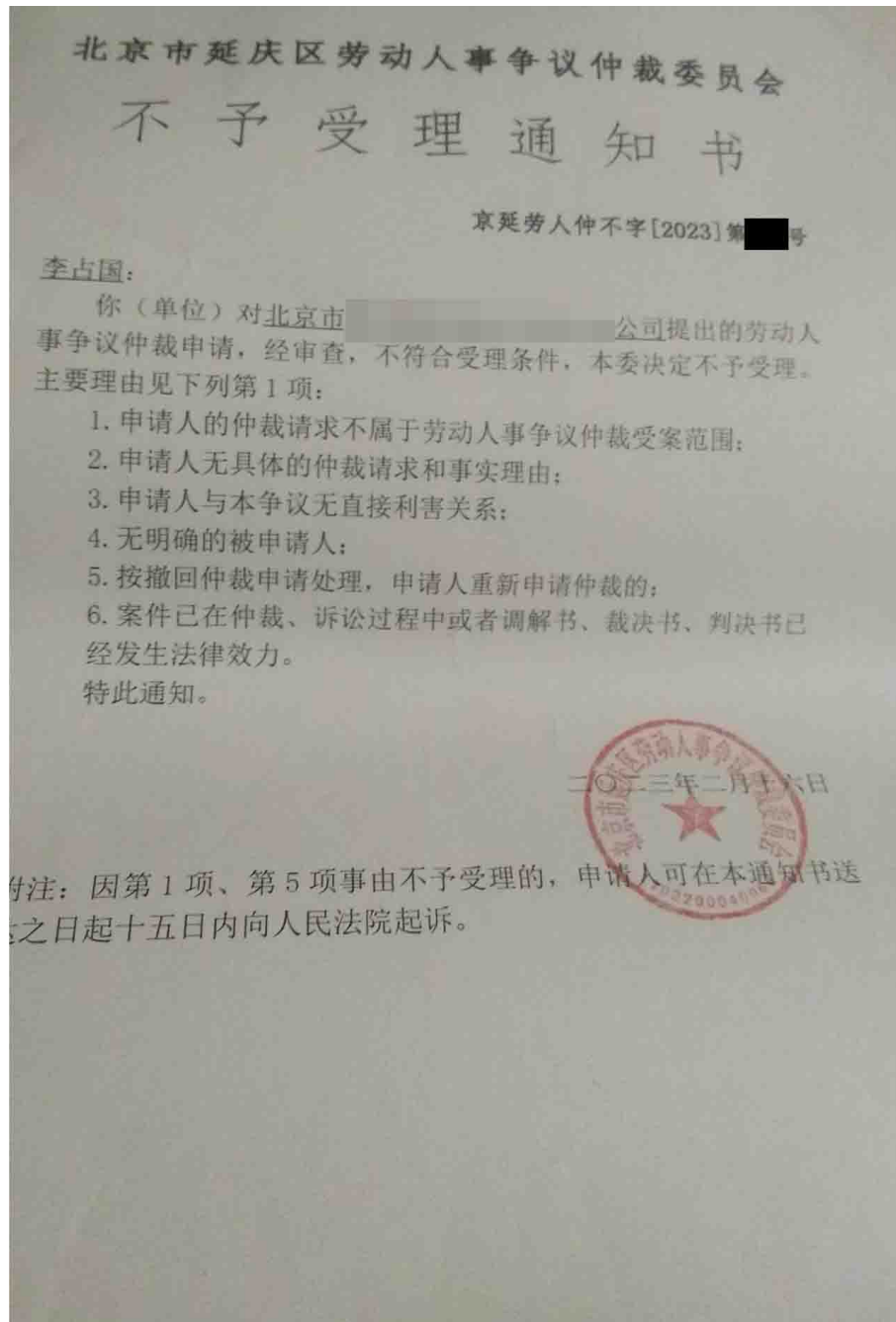


图 3.5: 不予受理通知书

60 岁，女性是 50 岁。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第二十九条

劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

3.1.4 仲裁程序——证据清单

证据是我们立案时必须提交的一部分，立案时工作人员会要求我们填写证据清单，很多朋友不清楚证据清单该怎么写，看完本文即可搞定。

证据可以开庭交，晚交证据可以防止公司提前准备证据对付我们。详情请参看本章第 3.1.4 节。

1、提交证据的注意事项

首先证据清单仅仅是辅助查看证据用的，**填证据清单时出了小问题也不要紧**。比如，有些地方的证据清单会有“证据类型”一栏，要求在里面填“书证”、“物证”、“电子数据”等法律规定的证据形式。这个东西填错了、不填也无所谓，因为重要的不是证据清单而是你的证据。就算你把聊天记录复印件填成书证也无所谓，仲裁员该怎么看还怎么看。所以，填这个不要纠结太多。

其次，我们提交证据**一定要提交复制件**。因为，提交原件的话，可能会出现证据遗失等情况，遗失复印件小问题，遗失原件就麻烦了。虽然仲裁要担责任，但是我们还是要避免无所谓的争议。**我们自己保管好原件，开庭时出示原件与复印件核对即可**。原件我们自己要保管好，仅有复印件，那证据效力是要大打折扣的，很可能导致证据不被仲裁员认可。

提交复印件要提交几份呢？通常是一式三份，你一份、仲裁一份、公司一份。如果你手头有原件，不想用复印件也可以不用打印自己的那一份。如果涉及起诉多家公司，如劳务派遣工起诉用工单位和派遣单位，需要多打印一份，两个公司一家一份。**证据很多，打印可以找淘宝网店，打印费相对实体店便宜**。

再次，

最后，证据清单可以帮我们、帮仲裁员厘清证据，方便我们进行举证质证。因此我们首先要对证据和证明思路有充分准备，这样庭上才能配合证据进行更好地说明。

2、证据清单怎么填

立案时仲裁委会提供我们一份证据清单，全国各地证据单大同小异，这个不需要纠结。想要当地的证据清单，可以去所在地[人力资源与社会保障局官网](#)下载。也可以在人社局公众号

上获得。
我们可以在立案的地方现场填写，也可以准备好一个带过去。

XX 市劳动人事争议仲裁委员会
证据清单

案号		浙杭劳人仲案（ ） 号			证据副本数	
编号	证据名称	份数	页数	原件或复制件	来源	证明对象
证据提交人签名					证据提交日期	
证据接收人签名					证据接收日期	

注：本表一式三份，二份随证据提交仲裁委，一份由证据提交人持有。

图 3.6: 杭州市仲裁委的证据清单

我们用杭州市仲裁委的证据清单为例说明。

案号：

案号不填，让工作人员填。如当地证据清单无此项，就不用管了。

副本数：

仲裁一份，公司一份，填 2。仲裁两家公司，填 3。

编号：

将证明一个诉求的证据排在一起。如我们有两个诉求，未签劳动合同双倍工资赔偿和支付非法辞退赔偿金。我们将考勤、工资流水、入职通知等证明存在劳动关系的证据排在一起，将解除劳动关系通知、老板告知开除的聊天记录等证明非法辞退的证据排在一起。

如果一个证据可以证明两个诉求，也不需要填两次。

证据名称：

按实际填。

如劳动合同，填劳“劳动合同”，如有多份劳动合同，填“x 年 x 月—x 年 x 月期间劳动合同”。

如离职证明，填“离职证明”。

如聊天记录，填“与经理张大力的聊天记录”。

如录音文字稿，填“某时间与某人的录音文字稿”。

份数

同副本数。

页数

如劳动合同总计 6 面，填 6 页。

我们需要为每份证据复印件用铅笔表明页数。这样方便后续使用，如庭审时需要仲裁员看某页某条款时，我们可以直接说明页数。

原件或复印件

按实际写，注意尽可能提交复印件。

来源：

填“申请人”。被公司告了，填“被申请人”。在法院立案，填“原告”或“被告”。

证明对象或证明目的：

填该证据证明的事项，按实际填。实在不知道怎么填，填证明哪个诉求。

如未签劳动合同双倍工资赔偿中，考勤记录等证据填“证明存在劳动关系”，入职通知填“证明 xx 年 x 月入职”。实在不知道怎么填，填“证明被申请人应支付未签劳动合同双倍工资赔偿”。

这一栏相对比较重要，需要我们厘清思路才能填写准确。比如工资流水既可以证明存在劳动关系，也可以证明劳动关系存续期间，还可以配合其他证据证明离职前某月工资没发。这里的重要性不在于我们是否填写准确（因为证据清单是辅助性的），而是在于我们自己有没有一个比较清晰的证明思路 and 手头有没有相对完整的证据链。这些都需要我们事前进行准备。

最后两栏：

第一栏填自己和时间，第二栏不填。

3、证据清单怎么用

填好之后，复印至少三份，自己留一份。庭审时，证据清单可以方便你举证质证，对着证据目录进行举证即可。

你可以这样说：提交 xx（证据名称）一份，再说证明目的，解释说明，因此应当 xx（你的诉求）。

例如：开庭时你向仲裁员提交考勤表原件，说：“提交 2022 年 1 月至 2022 年 5 月考勤表一份，证明 2022 年 1 月到 5 月与大力公司存在劳动关系。该证据第一页、第三页、第九页、第十二页有申请人的考勤记录。该证据上有大力公司人事签字及公司盖章，证据真实有效。结合申请人每月工资为 3000 元，因此被申请人大力公司应当 2 月到 5 月期间支付未签劳动合同赔偿 12000 元。”

有了一份准备好的证据清单，结合你的思路，开庭时也不会有遗忘遗漏了。此外你还可以做个小笔记，记一下哪个证据哪页有比较关键的地方，到时候可以加到你的举证说明中。当然你口才一般也无所谓，到时候写庭审笔录的时候慢慢说就行，而且仲裁员不是当庭判，后面他还要仔细看证据。

最后，庭上表现占 2 分，实际证据占 8 分。做好证据搜集才是胜诉的关键！

3.1.5 仲裁程序——和解与调解

编者的话

本章梳理仲裁程序的“和解与调解”，让我们了解面对仲裁委的调解请求如何选择，以及了解调解后发生争议又应该怎么办。

1、要不要调解

在开庭之前，仲裁委是一定会询问劳动者是否要调解，劳动者如何选择？劳动者可以自由选择调解或者不调解。

仲裁委有专职的进行调解的人，出于节省时间的考虑，他们可能会对劳动者说：“你的案子肯定赢不了，赶紧接受调解吧。”这样的劝说言论是违反规定的，仲裁委都会有这样的规定，就是不能用败诉来威胁当事人去调解或和解。

劳动者遇到这种情况，一般不是真的会败诉，到后面案子该怎么判还是要怎么判。所以劳动者是否接受调解，主要还是要看有没有谈判空间。调解是一种结案方式，通过调解解决劳动争议与劳动仲裁委下一个判决效果是一样的，一旦达成了调解就不能再以同样事实理由申请。

除了在开庭前外，调解其实可能发生在任何时候，仲裁员有非常大的调解倾向，因为案件一旦进入调解程序，仲裁员在该案的工作就立刻结束了。如果是不调解，那他还要写裁决书弄送达等等。所以需要提醒的是，仲裁员有一定可能会为了促使调解，压低劳动者的预期，当然仲裁员也会去给单位施加压力。

调解未必总是坏结果，我们劳动者要预备好一个底线，超过这个底线我们就坚决不答应，这样可以避免自己在调解中吃亏。

2、调解后发生争议怎么办？

在达成调解之后，如果调解协议里面约定了，后面再有争议不能再起诉，而劳动者又要再起诉应该怎么做呢？

法律法规**最高人民法院关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定****第五条**

有下列情形之一的，调解协议无效：

- (一) 损害国家、集体或者第三人利益；
- (二) 以合法形式掩盖非法目的；
- (三) 损害社会公共利益；
- (四) 违反法律、行政法规的强制性规定。

人民调解委员会强迫调解的，调解协议无效。

第六条 下列调解协议，当事人一方有权请求人民法院变更或者撤销：

- (一) 因重大误解订立的；
 - (二) 在订立调解协议时显失公平的；
- 一方以欺诈、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的调解协议，受损害方有权请求人民法院变更或者撤销。
- 当事人请求变更的，人民法院不得撤销。

因此对于仲裁机构达成的调解协议反悔的，就算调解协议里面约定了，后面再有争议不能再起诉，也可以向人民法院起诉，请求变更或者撤销协议，或者请求确认协议无效。此时需要对自己的诉讼请求提供证据予以证明。

3、两种调解下的不同处理方法

调解一般分两种，主要区别在于调解协议有没有仲裁委盖章：

没有仲裁委盖章

1. 没有仲裁委盖章——当即履行的程序

- 1. 签和解协议，没有仲裁委盖章
- 2. 当场拿钱，履行完毕
- 3. 撤诉结案

这种程序类似于民事诉讼里的和解，比如说劳动者要求公司支付两万元，公司愿意支付一万五千元，劳动者觉得可以接受并且与公司签了和解协议。仲裁员会要求公司今天或者明天把钱付了，并让劳动者撤诉。

但由于这个和解协议是没有仲裁委盖章的，没有法律确认的效力，并且劳动者之后还要进行撤诉，就有可能遇到撤诉以后公司不愿意给钱的情况。为了避免这种情况的发生，劳动者就需要注意在调解完毕后当场拿钱，履行完毕，再去撤诉。

如果劳动者真的在撤诉后遇到了争议，也可以拿着没有仲裁委签字盖章的和解协议，直接到法院去起诉，要求对面按照协议履行，而不需要再进行仲裁程序。

有仲裁委盖章

2. 有仲裁委盖章——定期履行的程序

1. 签调解协议，仲裁员签字盖章
2. 约定日后拿钱 + 违约金
3. 调解结案
4. 出现争议，拿着调解书到法院

这种程序约定的是之后拿钱，因此也存在公司违约不给钱的情况。但是由于调解书上有公司的签字，也有劳动者的签字，还有仲裁委的签字盖章，因此具有法律效力，表明之前的争议已经达成一致了，目前唯一的争议就是公司没给钱。遇到这种争议解决方法也很简单，就是要求由法院直接强制执行解决。

并且由于约定的是日后给钱，劳动者就可以要求约定违约金。比如说公司需要下个月才能付钱，这个时候劳动者就可以约定下个月不付钱加付一万块钱。

3.1.6 仲裁程序——开庭

编者的话

也许你是第一次进行仲裁，步入一个接下来决定你维权是否成功的这样一个需要你去博弈的场所，你的内心会是五味杂陈的，如果你感到焦虑或者恐怖，那么请更坚定一些，不要害怕失败，也许你不会赢，但一定迈出了自强的一步，把每一步做到最好，你就是最棒的。如果你会感到愤怒，那么也要让这股情绪转化为促进你冷静面对庭审的力量，让你的怒意，你维权的快意，转化成你每一步审慎的判断和精准的发言，这是为了胜利必须逼自己做的一件事情。

进行了这些心态上的调整，我们就来共同学习一下庭审的具体流程吧。

我们 b 站账号上分享过一个庭审流程视频，你可以参看该视频熟悉庭审流程：

<https://www.bilibili.com/video/BV1Se4y1E7fX>

1、庭前准备

当你已经上交了劳动仲裁申请书后，如果收到了开庭通知书，那么你就可以准备按时到达开庭地点了。

需要注意的一点是，你的仲裁申请书一定要把自己的诉讼请求想到位，尽可能不出纰漏。如果需要事后修改，**拿到开庭通知书上面列明负责你案件的仲裁员和电话，需要修改诉讼请求就打电话给仲裁员**。其他需要询问的也是打电话给仲裁员，不要给立案的地方打电话。

2、宣读纪律环节

当你进入仲裁法庭后，仲裁员会宣读纪律，并核实出庭的申请人和被申请人的身份。

这个环节基本不会有什么问题，听仲裁员讲就可以了。

此外，仲裁员会问你要不要回避。回避就是与案件有利害关系的人不得担任仲裁员、书记员。比如，仲裁员是公司老板的爸爸。这个情况很少有，如果没有就说不申请回避即可。

关于出庭人员身份，公司方有可能派出一个普通员工出庭代表公司，而不是派法人、人事之类的，这个是允许的。

纪律主要有：

- 保持肃静，不许进行随意走动、使用电子设备等妨碍仲裁的行为。
- 未经首席仲裁员发问许可，不得发言提问。
- 未经许可，不得拍照录像。
- 不得讽刺、辱骂等。

3、法庭调查、举证质证环节

仲裁庭调查，会请申请人宣读申请书内容，并进行补充或变更请求。

这时提出修改诉讼请求，但是这个诉讼请求必须在劳动仲裁的受理范围之内。我们如果事前打过电话告诉过仲裁员修改诉讼请求的事情，那么这里会比较顺利。如果你之前有所疏忽，那么在这个环节，就要更加细心的去修改了。

接下来，仲裁庭会要求被申请人针对申请人诉讼请求进行答辩。

在申请人读完申请书，被申请人陈述完答辩意见之后，仲裁员可能会进行提问，这时候作为申请人据实回答即可。

申请人宣读完申请书，被申请人答辩后，会来到举证质证环节。举证质证环节是整个庭审中最重要的环节。申请人先举证，然后由被申请人质证；之后被申请人举证，申请人质证。

举证

如果你之前按照本章第四节写过证据清单，那举证就比较简单，照着证据清单念就行。

你可以这样说：提交 xx（证据名称）一份，再说证明目的，解释说明，因此应当 xx（你的诉求）。

例如：开庭时你向仲裁员提交考勤表原件，说：“提交 2022 年 1 月至 2022 年 5 月考勤表一份，证明 2022 年 1 月到 5 月与大力公司存在劳动关系。请仲裁员注意，该证据第一页、第三页、第九页、第十二页有申请人的考勤记录，已用铅笔做标记。该证据上有大力公司人事签字及公司盖章，证据真实有效。结合申请人每月工资为 3000 元，因此被申请人大力公司应当 2 月到 5 月期间支付未签劳动合同赔偿 12000 元。”

在我们举证后，公司方会质证。如果对方胡搅蛮缠，无视事实不承认我们的证据，我们也不需要和他吵，**证据是否成立由仲裁员决定，和对方狡辩关系不大。**

有时我们需要在对质的时候说明一些情况，我们讲一下发生过的事实就可以。不需要担心自己不懂法律，不会用术语就会被对方律师驳倒。

有时对方出现一些自相矛盾的点，我们也可以抓住向仲裁员提出。这个看大家临场发挥，可以说：“根据被申请人所提出的某某事情/某某证据，可以反过来证明某某诉求是成立的/某某事实是存在的。”

质证

质证就是反驳对方证据。质证一般从三个方面进行：证据真实性，证据合法性，证据关联性。

- 真实性是指证据是客观真实的，不是一方伪造的
- 证据合法性是指证据的来源合法，证据形式合法，证据不是非法搜集的
- 证据关联性是证据和本案有关，证明的不是无关事实。

真实性有问题一般包括这几种情况：

- 只有复印件，没有原件
- 伪造签名，拼接文件
- 只有电子表格，没有其中一方签字，或者无法证明获得双方认可
- 在职员工作出的对公司有利证言

合法性涉及的情况一般是录音录像，我们只要是在老板家里车里装窃听器，这个是非法搜集证据，不具有合法性。**如果只是在公司协商时录音，打电话录音，即使偷录也不违法。**

还有我们签的放弃社保承诺书本身就是违反法律规定的，约定书的内容不具有合法性，但是用该约定书证明存在劳动关系等其他事实是可以的。

证据关联性涉及情况不多，比如对方找员工证明你品行不端，品行不端不是合法辞退理由，不管品行如何和辞退都没有关系。

你可以直接简单说“对证据三性不认可”，比如“对于对方提出的某某证据，对证据三性不认可，当时……”后面接你的大白话，说明一下真实情况就可以。

4、仲裁庭辩论

对于劳动争议的焦点问题，仲裁员会请双方进行发言。

此时，除了就仲裁员归纳的争议焦点说自己的看法，也可以说之前想说却没说的话，比如对对方说的话进行反驳。

之后会请对方发言，对方发言完毕后你依然可以请求发言。

因为你的话是会被书记员记录下来给仲裁员参考进行判决的，所以不要说无关的重复的话，如果因为过于激动，说一些无助于仲裁员判断的话，会被仲裁员制止。

5、最后陈述

辩论结束后，仲裁员会让双方发表最后意见，如果没什么想说的，可以说：请仲裁庭支持我的仲裁请求。

6、调解与裁决

调解一般是在正式开庭之前，仲裁员是比较倾向调解的，如果调解可以省他很多事。不过我们也有拒绝调解的权利。详情请看上一篇。

7、闭庭

仲裁员宣布闭庭，书记员会把庭审的笔录打出来让你签字，你可以看下笔录是否与自己所说一致，如果不一致可以进行修改；没有意见的话，主页签字再写上日期。

核实庭审笔录也很关键，因为仲裁员写裁决的时候很可能是一周以后了，这个时候他能依据就是双方的庭审笔录。一定要仔细阅读庭审笔录，有错误的地方，一定要当庭提出修改。确认无误以后，再签字。签完笔录，就可以回家了。

总结：

开庭前，有任何问题多打电话给仲裁员问一下。

开庭后，要注意冷静，只陈述事实，不要虚报夸大，所有的细节也都要准备好。说出的话都要有证据支撑。同时不要低估对方的卑劣，手段包括且不限于：耍赖、狡辩、颠倒黑白、反咬……

但是这些手段恰恰就是他的局限性，他没有什么办法，只是黔驴技穷后的图穷匕见罢了，因此你不要慌张，也不要激动，只需要有理有据的坚定的做好自己的事，把该说的都说了就可以了。对方如果有无理的狡辩，只需要让他提供证据，如果造出了假证，也可以通过质证反驳该证据。

3.1.7 仲裁程序——执行

到了程序的这一环，相信你已经拿到一份相对满意的裁决/判决了。执行的程序本身很简单，唯一的问题是一些中小企业的老板会想方设法不给钱。但是执行难的问题是普遍的，不是一两个小技巧就能解决，我们能够自己挽回的空间也很少。

1、执行程序

以下文书是可以执行的对象：

1. 仲裁裁决书。超过 15 天你和公司都没有上诉，仲裁裁决书生效。
2. 一审民事判决书，超过 15 天无人上诉自动生效。
3. 二审判决书。不可能再上诉，自作出之日起生效。
4. 调解书。在仲裁或法院做了调解，拿到盖有仲裁/法院章的调解书。双方签收后生效。

如果[超过应当履行的期限仍未履行的](#)，我们可以在[两年内](#)申请强制执行。

去什么地方申请执行呢？如果是在仲裁就结案了的，去仲裁对应的基层法院。比如，我是成都武侯区仲裁委的裁决，那么我就该到武侯区人民法院的执行庭申请执行。如果是在法院诉讼阶段结案，就直接到一审法院的执行庭。不过有可能，法院会通知你去公司所在地/公司财产所在地的法院去执行，那就去那个法院执行。

你需要的材料是：

1. 执行申请书（一般可现场写）
2. 生效的裁决书/判决书
3. 相关财产线索
4. 你的身份证复印件和银行卡复印件（本人名下）
5. 公司信息复印件（和立案时用的一样）
6. 如果是劳动仲裁结案，需要找仲裁员开一个生效证明

如果法院提供了模板，按照他的模板写。

仲裁裁决书生效证明

这些材料中，比较麻烦的是仲裁裁决书生效证明。其原因在于人社系统下的劳动仲裁与法院分属不同机关，法院不能直接调取劳动仲裁案件的送达与生效情况，需要我们再跑一趟

强制执行申请书

申 请 人:

联系电话:

被申请人:

住 所 地:

办公地点:

法定代表人:

电 话:

职务:

案 由: 劳动争议纠纷

申请执行根据:

Xx 市 XX 区劳动人事争议仲裁委员会 xx 劳人仲字[202x]第 XXXX 号裁决书

申请执行标的: (按照裁决/判决书来写)

一、支付解除劳动关系经济补偿 XX 元;

二、支付 XX 年 XX 月 XX 日至 20XX 年 XX 月 XX 日期间工资 XX 元;

三、支付 20XX 年 XX 月至 20XX 年 XX 月 XX 日期间未休年假工资报酬 XX 元

四、加倍支付迟延履行期间的债务利息,自 20XX 年 XX 月 XX 日起按照 0.0175%/日的计算标准据实结算至实际付清之日止,截至 20XX 年 XX 月 XX 日,加倍支付迟延履行期间的债务利息暂计人民币 XX 元;

五、案件执行费用及与执行有关的其他费用由被执行人承担。

以上, 暂共计人民币 XX 元。

事实与理由:

北京市 XX 区劳动人事争议仲裁委员会于 XXXX 年 XX 月 XX 日就申请人与被申请人劳动争议纠纷一案作出京 X 劳人仲字[2020]第 XX 号裁决书, 经公告送达, 该裁决书已于 20XX 年 XX 月 XX 日生效。被申请人到期没有按照该判决书履行金钱给付义务, 为维护申请人的合法权益, 根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 224 条规定, 向贵院申请强制执行, 请求贵院依法对被申请人采取强制措施。

申请人:

日 期: 年 月 日

图 3.7: 强制执行申请书样例

仲裁委拿仲裁裁决书生效证明。

对于在劳动仲裁阶段结案的案件，部分地区需要我们需要找仲裁员开生效证明，证明仲裁裁决已生效或者证明双方领取裁决的时间及双方送达回证复印件。公司收到裁决书的日期可能比我们晚，所以不能直接根据我们收到时间确定生效时间。

审查你的材料通过了以后，执行法官会帮你查找公司的资产，找到之后就会强制执行掉。我们是不需要出费用的，费用是从老板的资产里扣。

2、保全

在我们提起仲裁/诉讼后，老板有可能采取变更法定代表人、变更出资、转移资产等行为，这个时候我们可以联系仲裁员/法院来申请保全。保全就是法院冻结公司的一部分资产，以免其转移财产。

需要我们提供公司的财产线索以及公司转移财产的情况，比如公司账户的信息等，经过法院审批后，可以对公司账户一定的资金进行冻结，以便于劳动争议案件结束后的执行。

保全最好在诉前或诉中申请，一方面如果保全成功可以给公司压力，防止他一直上诉拖延时间，另一方面可以及时避免老板转移资产。但是保全在实践中存在种种问题，能否达成有效作用还是要看仲裁员/法官以及实际情况。

保全的具体操作请参看：3.1.16 防止老板转移财产——诉讼保全和保全险

3、迟延履行期间的债务利息

我们可以看到文书模板里第三个申请执行的项目为**支付迟延履行期间的债务利息**。支付迟延履行期间的债务利息并不是仲裁书或判决书里会有的，而是法律设定的一种惩罚性利息，意在促使被执行人及时履行裁决、判决。

法律法规

中华人民共和国民事诉讼法

第二百五十三条：

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。：

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

因为劳动争议中通常不会涉及一般的债务利息，所以我们只需要处理并计算法定迟延履行利息即可。**现在仲裁判决公司支付你一万元，如果公司迟迟不支付这笔钱，那么就以这一万元作为本金计算利息。**所谓迟延履行期间的债务利息就是指这个利息，计算方式如下：

法律法规

最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息适用法律若干问题的解释

第一条:

.....:

加倍部分债务利息的计算方法为：**加倍部分债务利息 = 债务人尚未清偿的生效法律文书确定的除一般债务利息之外的金钱债务 × 日万分之一点七五 × 迟延履行期间。**：

第二条:

加倍部分债务利息自生效法律文书确定的履行期间届满之日起计算；生效法律文书确定分期履行的，自每次履行期间届满之日起计算；生效法律文书未确定履行期间的，自法律文书生效之日起计算。一般情况下，迟延履行利息计算至被执行人履行完毕之日止。

举例来说，法院生效判决中载明公司应当在 3 月 1 日支付我们 1 万元经济补偿金、1 万元加班费，总计两万元。公司拒不执行，我们 3 月 5 日申请强制执行。执行法院于 4 月 1 日查询到公司账户上有 2 万元，并于当日划拨执行。

加倍部分债务利息 = 20000 元 × 0.000175 × 31 天 = 108.5 元

当然我们申请的时候并不知道法院什么时候能够把钱执行完，所以也无法确定计算公式的这个天数。所以我们只需要提出该项执行申请即可，无需说明具体金额。**我们简单把模板中的项目改为“四、加倍支付迟延履行期间的债务利息”就行了，后面的不写也可以，执行法院会自行确定履行完毕日期并计算利息金额。**

4、执行困难的情形

我们申请执行后有可能遇到种种情形导致执行困难，有因为被执行人的因素，比如被执行人以各种手段逃避、规避执行甚至抗拒执行，例如滥用有限责任制等；还有因为一些相对客观的因素，比如在经济下行压力下，法院组织拍卖、变卖，但财产无人竞买无法变现等。这些情况绝大多数情况表现为，执行法院通知我们被执行人名下已经无可执行财产。

收到该通知也不要慌乱，我们可以针对具体情况采取相应措施。

公司破产

公司大一点，欠的各种债多一点，有可能会走破产程序。破产通常来说要很花时间的，如果公司真的破产了，我们只能慢慢等了。不过好处是，员工债权的优先级很高，公司破产清算后要挨个还钱，我们员工债权在第二顺位，偿还率还算可以。我们可以通过企查查、国家企业信息网查询公司状态，如果公司进入破产程序会在自己信息上变更状态。

如果我们的裁决/判决已经生效，需要看一下公司破产的公告，找到清算人，申报我们的债权。然后等破产程序结束。

如果我们还在仲裁阶段，仲裁委很可能退回我们的案子，此时我们需要去法院起诉。破产清算人作为被告参与诉讼。

如果我们还在诉讼中，被告也会变更为破产清算人。

本院于2021年2月1日受理申请人[REDACTED]与[REDACTED]追偿权纠纷执行一案，执行标的13288.08元。被执行人[REDACTED]男，汉族，住址：[REDACTED]。本通过本院网络查控系统和申请人提供的财产线索，已执行到位4646.82元，未执行8641.26元。2021年2月5日本院对被执行人适用限制高消费措施，并在中国执行信息公开网上公布。因目前未发现被执行人有其他可供执行的财产，申请人也未提供有效财产线索，可确定为无财产可供执行的案件，依法终结本次执行程序，如本院或申请执行人发现被执行人有财产可供执行时依法恢复执行。现予公示。

图 3.8: 执行终结通知

公司注销

如果说破产是公司一身债，需要有人帮他还完债再死，那公司注销就是自己主动死。有的小公司可能直接进行注销，以避免承担债务。但是注销需要公司完成清算，清偿完债务才可以。如果公司想通过注销的方式逃避争议，那么我们可以直接向执行法院提出追加公司股东老板等清算人作为被执行人。

此后公司可能会向法院提出新的执行异议之诉。我们胜诉后，违法清算人将承担该责任。
搜索关键词：未依法清算；未依法注销；追加清算人；执行异议之诉

法律法规

最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定（2020修正）

第二十一条:

作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

公司无财产 + 股东未足额出资、未出资

作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人可以申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任。

简单说，如果公司认缴 50w，实缴 20w，就说明公司股东没有实缴出资，我们可以要求追加股东作为被执行人。

在企业的工商信息中可以查看股东是否已全额出资。

公司无财产 + 股东变更、股权转让



图 3.9: 查看有没有实缴

法律法规

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定（2020修正）》

第十九条:

作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。

笔者曾遇到过老板为了逃避责任，忽悠保洁阿姨当股东和法人的情况，此时直接追加保洁阿姨作为被执行人也无济于事，因此我们应当依据法条追加老板（原股东）作为被执行人。在作为股东的期间，如果该股东未依法履行出资义务就将股权转让，那么该股东仍应当对其作为股东期间的债务承担相应责任。

其他情形

下述情形，可以申请追加被执行人：

- 被执行人合并、分立，追加合并分立后的新主体
- 合伙企业作为被执行人，追加普通合伙人、未按期足额缴纳出资的有限合伙人为被执行人
- 执行分支机构的，追加总公司
- 执行总公司的，追加分支机构、分公司（通常无需申请）
- 个体工商户的字号为被执行人的，人民法院可以直接执行该字号经营者的财产（通常无需申请）。

3.2 走程序相关其他问题

本章介绍几个比较重要的程序问题。和证据相关的章节需要仔细阅读。

3.2.1 仲裁要花多少时间？会拖很久？听听我们的建议

先给大家简单看一下仲裁大概需要花费的时间：

提出申请：大概五天左右，超过五天没有结果，可以主动去劳动仲裁部门咨询。

通知对方：接受受理后需要通知对方答辩举证，法律规定这段时间总计最长 20 日。算在下面的法定最长 60 日内。

开庭裁决期：从立案申请受理到作出裁决应当在 45 天内完成，案件复杂，可延长 15 天。

共计：法定最长 60 日。

实际：用工大省以及其他劳动争议较多的地方，半年起步，一年内大概能收到裁决结果。

如果超过 60 天，仲裁委还没有告诉你什么时候开庭，这个时候你可以要求仲裁委开具超期通知书。这个超期的通知书跟[不予受理的通知书](#)效果是一样的，你就拿着这个通知书去法

院就可以了。你也可以拿着仲裁通知受理书，根据上面的时间可以计算出仲裁已经超期，然后到法院起诉。不过，以上渠道不一定成功，而且可能会导致你错过仲裁的一裁终局制度，关于一裁终局详情请看本第 3.2.10 小节。

如果公司方有仲裁经验、故意拖你走到一审二审，那么一个案子拖到一年甚至以上也是有可能的。仲裁期间，大家还是可以去新公司工作。比较耗时耗力的部分在于证据的准备和梳理上，这个时间基本集中于离职前的争议期和离职后的一两周时间。开庭一般是开半天，自己或请律师出庭就行了。

很多人之所以不去仲裁是因为担心它浪费我们很长的时间。大家能看到的一些仲裁案例，少则 12 个月，多则可能长达 1, 2 年，2, 3 年都有。那么很多人在仲裁之前就会觉得太麻烦了，然后觉得仲裁不值得。虽然仲裁的整个周期可能花费的时间会比较长，但是这基本是我们能够挽回我们利益的唯一渠道，也是我们能和老板平等对质的唯一方法。

1、仲裁期间可以正常上班

我们可以选择在职仲裁，也可以选择离职仲裁。离职仲裁如果需要离职证明到下个单位就业，我们可以找劳动监察大队出面要求公司出具离职证明。

2、立案期需要多催多问

当你递交资料之后，你的前期工作就已经全部完成。但是资料提交之后，是有一个立案期的。这个立案期，你要防止这个窗口拿着你的材料，没给你走这个流程。他可能没给你登记，没开始计算这个立案期。你就需要多催多问。然后剩下的时间就是等待。

如果你实在心里没有底，可以找律师，这样的话你能胜算更大。律师分两种，一种是咨询，一种是代理。如果你打算仲裁，却离开了工作地，可以找律师代理。

你只需要递交仲裁资料之后然后开庭。开庭之前，你要了解一些开庭的重要事项，以及思考开庭的时候你应该怎么讲，怎么去应对对方的问题。只要你准备充足，就能够极大增加你的胜诉的胜率。

那么开庭结束后，可能还会提供一次调解的机会，因为你们已经开过庭，见过面了。所以之后的庭外调解基本上也都是在手机微信上完成的。也就是说你也不需要再请假，去完成后续的调解。

如果调解成功，双方对于赔偿没问题，那么这个事情就结束了。如果双方对于赔偿的金额没有定下来，那么就等仲裁委正式的判决。也就是说整个仲裁的过程，你如果拒绝第一次的庭外调解，那就只需要出庭这一天就能完成仲裁。整个仲裁过程，仲裁持续的时间可能会很长，但是绝对不会每天耗着你。只是这个流程，这个周期比较长而已，但它并不影响你提交仲裁后的工作跟生活。事情没有你想的那么复杂。

希望我这篇文章能够帮助一些迷茫的踌躇不定的工友，你们可以争取属于自己的利益，加油！

3.2.2 录音证据怎么收集，怎么才有效？

编者的话

上一章解答了一下劳动仲裁的用时问题，这一章我将给工友们简单普及一下录音的收集和使用的方法和建议。

首先，我纠正一个误区。我看到有一些工友提到说在录音之前必须要取得对方明确的同意，那么这份录音才可以作为证据。这个说法是不正确的，无论是民事诉讼法还是相关的司法解释，并没有做出如此要求。

法律法规

最高人民法院关于适用民事诉讼法的解释

第一百零六条

对以严重侵害他人合法权益，违反法律禁止性规定，或者严重违背公序良俗的方式形成或者获取的证据不得作为认定案件的事实根据。

其实大家可以看到这一规定都强调了**严重侵权或者严重违背公序良俗**。那么双方在工作场合，或者说基于真实意愿表达关于工作内容的情况下，录音并没有侵害他人的隐私权，也没有违反法律的禁止性规定，应当被认定为合法有效的证据。而且客观来说，如果录音之前你要告诉对方，那么还能录上吗？显然也不符合现实，也不符合常理对不对？

1、发生劳动争议，想搜集录音证据，该注意什么？

来看支招。

首先，时间上，录音证据宜早不宜晚。在公司警惕之前**提前取证**，出现纠纷之后才想起来录音，对方就有戒备心了。

其次，设备要得心应手。有时领导找谈话，可能是突然的，要保证方便操作。苹果手机没有录音功能，可用安卓手机代替。手机可以设置录音操作快捷键，迅速进入录音状态。录音时可以开启飞行模式，防止突然来电导致录音中断。不要在隐私空间录音，比如他人家中，车内，洗手间等。**不能威胁恐吓对方**，否则证据因此无效。

最重要的是，你的谈话内容是以**问清事实**为出发点。录音应该包含你想证明的事实。例如，什么时候发加班工资？我违反了哪一项公司规定的，而不是只顾着跟领导吵架了。

最后**提前构思**谈话内容，想好怎样发问，要根据自己的问题制定出策略。比如对方说不清楚，怎么引导他重新说关键问题内容，怎样让对方明确表达？切记，不要你发问一大堆，结果对方只回答一个语气词。如果收集的证据有瑕疵，你仍然应当提交给法庭。就算证据被认定为无效，也能干预法官的主观想法，可能形成对你有利的判断。

2、拿到录音之后该怎么才能有效地使用？

首先，保证证据完整，**不要剪辑，修改，调音**，并且保存好电子证据的原始载体，也就是

你的录音笔或手机。出庭时要带上原始载体。录音**必须要保持完整性**。一些工友可能认为录音中的一些对话可能对自己不利。所以只截取部分内容提交。这种做法破坏了证据的完整性，是不可以的。如果遇到这种情况，你要想清楚这份录音到底是要证明什么。比如说你是要证明双方存在劳动关系，但是你其他的证据，比如银行流水，社保记录等等已经可以证明了。那么这个录音其实提不提交，影响不是太大。

其次，向法庭提交时，要将录音复刻成光盘。具体要求可以咨询仲裁员或法官。

最后，你要对录音的谈话内容进行整理，写明录音的时间，地点，方式，对话人物，逐字逐句整理成文字稿，**不得改变内容和逻辑**。具体来说，如果是电话录音的，那么应当在文字版本中注明通话双方的姓名，电话号码，通话时间。如果是现场录音的，那么要注明双方的姓名，录音场所。如果录音特别长的话，是可以选取部分的内容整理成文字的。但是要注意起止时间，比如 20 分钟。我有个小建议，文字稿可以用铅笔做标注圈画重点，光盘可以找淘宝弄，方便便宜。

开庭的时候，对于重点环节，还可以提示法官听。另外提醒大家**只有录音证据是孤证难明**，还要与其他的书证，物证，证人，证言结合起来，组成完整的证据链。比如你的考勤打卡记录，劳动合同，薪酬，发放记录，同事出庭作证等。

想证明什么，就要全面搜集相关的各种的证据。毕竟在劳动纠纷中，证据才是你最好的武器。

希望我这篇文章能够帮助一些迷茫的踌躇不定的工友，我们可以争取属于自己的利益，加油！

3.2.3 司法部门的法律援助怎么找，还有哪些免费的法律援助渠道？

法律援助中心是国家无偿为弱势群体提供的法律援助，按规定援助律师应当尽职尽责，为当事人权益具理力争。除了司法局法律援助中心，也有妇联法律援助机构，大学法律援助机构，社会公益机构法律援助中心等。但即便有法律援助，我们也不能当甩手掌柜，而是需要多和援助律师交流，了解法律规定和参与梳理证据。

1、申请法律援助的条件

根据《法律援助条例》第 10 条第 5 款，公民对**请求支付劳动报酬**，因经济困难没有委托代理人的，可以向法律援助机构申请法律援助。

当事人符合法律援助条件，需要申请法律援助的，可以到司法局法律援助中心申请法律援助，提交自己符合法律援助情况的证明文件即可。

公民申请法律援助应提交的证件、证明材料可以参照如下法律法规：

法律法规**《法律援助条例》****第十七条**

公民申请代理、刑事辩护的法律援助应当提交下列证件、证明材料：

- （一）身份证或者其他有效的身份证明，代理申请人还应当提交有代理权的证明；
- （二）经济困难的证明；
- （三）与所申请法律援助事项有关的案件材料。

申请应当采用书面形式，填写申请表；以书面形式提出申请确有困难的，可以口头申请，由法律援助机构工作人员或者代为转交申请的有关机构工作人员作书面记录。

如果你的情况符合以上的条件，那么你就可以阅读下面的寻找法律援助的方式。

2、寻找法律援助的方式

1. 司法局法律援助中心的咨询电话为 12348
2. 你也可以在微信小程序中搜索中国法律服务网，在行政类咨询栏搜索法律援助窗口然后可以在智能咨询服务窗口等咨询自己想问的问题
3. 妇联法律援助热线是 12338
4. 当地区工会、市工会、省工会可能会设有法律援助机构
5. 一些公益组织可能设有法律援助服务
6. 大学自己设立的法律援助机构没有统一的标准，也不是每个大学都有，如果当地大学有类似机构，你可以尝试申请援助。

3、申请法律援助的程序

申请法律援助的程序是：

1. 申请人向所在地的法律援助机构提出申请
2. 提交身份证或者其他有效的身份证明、经济困难的证明、与所申请法律援助事项有关的案件材料
3. 法律援助机构进行审查，对符合法律援助条件的，法律援助机构应当及时决定提供法律援助。

3.2.4 靠谱律师怎么找

自诉好？请律师好？怎么找法律援助？这些问题在第 3.2.3 小节和 3.2.7 小节。如果你现在就是想要找律师来代理，那么怎么找到靠谱律师呢？以下是笔者根据自己经验和了解给出的建议，全国各地的情况差别较大，请大家根据自己的实际判断来。

1、常见的几个误区

误区一：律所越大越好，名气越高越好。

首先一个大律所，名气高的律所肯定不是靠给我们这些被公司欺负的劳动者打官司打出名气，赚到钱的。和公司狗咬狗的商事案子相比，我们劳动者的案子都是小案子，也不赚钱。所谓的“大律师”基本都是为公司服务的。所以，有钱名气大，律所大未必有适合我们的律师。

正确的方式是找主要做劳动争议的律所，主要做劳动争议的律师。一般开在人社局旁边的律所会比较专注于这一块。我们看律师的履历介绍时，看到他擅长的领域很多，那不一定是好事。如果律师的介绍里都是和劳动争议相关的，这种律师反而是我们需要的。

2、误区二：律师 = 专业，花了钱 = 负责

不同类型的案子之间差距很大，要办跨类型的案子需要查很多资料，花很大精力。所以律师都会专注于一个领域，那么这些不同领域的案子会怎么安排呢？赚钱的给水平高的，像劳动争议这种不太赚钱的案子通常就是由新手律师负责。所以你有可能遇到一个从头学起的律师，甚至了解还没有你多。如果我们去的律所不是那种主要做劳动争议的，安排给我们的律师一般不会是执业久的老律师。

我们的劳动争议案子虽然不赚钱，标的小，但是不妨碍它也很复杂，需要投入大量时间研究。所以，你请的律师就算有能力也未必会很负责。何况律师同一时间可能负责很多案子，他也需要分配精力，你的案子未必是他重视的那个。所以花钱未必就能得到负责的服务。

所以请了律师不要当甩手掌柜，要多和他交流讨论。依靠律师厘清思路，整理好证据，到时候开庭该说话就说话。

3、误区三：风险代理 = 有问题

所谓风险代理是指“我们先支付较少的代理费或不支付代理费，案件胜诉后按约定给钱。如果败诉，风险代理律师将得不到任何回报；如果胜诉，我们将按照约定的高额比例支付给律师，对双方来讲都存在一定风险，所以称之为风险代理。”

有的朋友可能听说劳动争议是不允许风险代理的，但是这个法律规定还有很多细节。

法律法规

《律师服务收费管理办法》

第十一条

办理涉及财产关系的民事案件时，委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的，律师事务所可以实行风险代理收费，但下列情形除外：

.....

- (3) 请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的；
- (4) 请求支付劳动报酬的等

虽然在工伤赔偿和支付劳动报酬方面，明文规定不允许风险代理。但是解除劳动关系经济补偿/赔偿、未签劳动合同双倍工资、年休假工资等案由下，并没有如此规定。所以劳动争议能不能适用劳动争议还是规定的很模糊的。不过风险代理必须要给你讲明白，说清楚风险

代理是什么，他将要给你做风险代理，怎么收费。没和你说、没说明白就一定有问题，不是说能力怎么样，是他职业道德有很大问题。

风险代理收取的最终费用高，但是律师胜诉的意愿也高，相对来说要更负责一点。不过到底要不要接受风险代理，还是取决于你个人的选择。

4、其他建议

虽然我们请了律师，但是不要当甩手掌柜，要多和律师讨论案情，整理证据，厘清思路。而且，尽可能要出庭，因为对于已发生的事实，还是我们了解的更清楚一些，一些事实的说明最好由我们亲自进行。开庭时对于说明证据、工资构成、新出现的争议事实，还是我们本人处理更好一些。

我们可以选择

不要等被开除了再去请律师，这个和找咨询、收集证据一样，要在有争议的苗头时就做好准备。在争议的早期，我们的应对措施和取证工作是很关键的。

找律师可以先咨询，再决定要不要请代理。一些律所咨询是免费，你事前看过我们的这本书，对相关问题也会比较了解，通过咨询也能判断律师水平。

还是找本地律师好，网上的付费服务性价比不高。网上服务缺乏监督规范，质量参差不齐，水平未必到位。本地律师熟悉当地的一些规定，这些规定不一定全国使用。所以决定付费的话，还是找本地律师好一些。

别被律师唬住了，看到他们收费很高，在网上说不找律师就不行。其实你自己用心研究未必就会败诉，我们见过很多“久病成医”的劳动者，他们的水平未必比一些律师差。

委托律师后，多去追问进度，有新情况及时和律师沟通，不要怕麻烦或者打扰到律师，在律所只有律师忘记的案子，没有因为委托人太烦而放弃的案子。

5、工伤的情况建议找律师

如果你是工伤的情况，这个时候找律师是相对合适的。因为工伤的情况，我们一般不太方便处理争议，需要有人帮忙。而且工伤赔偿比较多，我们相对能够负担得起，律师也比较愿意做。也有很多熟悉工伤流程，专门做工伤案子的律师，他给出的服务相对比较专业负责。所以工伤的话，建议考虑找律师。

如果你已经请了律师，那请疑人不用、用人不疑，多和律师沟通交流，一起打赢官司。

3.2.5 仲裁必须要证据原件！证据原件是什么？

编者的话

证据对于案件的判决是非常重要的，在的案件中，劳动者想要取得理想的判决结果，就需要充足的证据证明自己的主张，但需要注意的是提交的证据必须要原件，因为没有原件的话，主张的诉求力度就不够，这是会影响判决。下面就为大家介绍几种劳动仲裁中常用但是大家认识不太清楚的证据原件。

1、工资转账凭证的证据原件

如果你的工资是由银行卡转账的，那么你需要到银行柜台打出完整的盖有银行印章的银行流水。而如果你的工资是由微信或支付宝转账的，那你就需要将电子凭证下载下来，作为证据提交。**但是注意开庭的时候带着你的手机，手机上的电子单才是原件。**

1. 微信转账凭证的下载：微信-我-服务-钱包-账单，点进工资款项，点击“申请转账电子凭证”。（仅能下载转账金额为 100 元以上的电子凭证）
2. 支付宝转账凭证的下载：支付宝-我的-账单，点击工资款项，点击“申请电子回单”。

2、视频音频证据原件

如果是提交视频或音频作为证据的，视频或音频的第一手载体即是其证据原件，如果你是用手机录的视频或音频，开庭时就一定要把手机带上，而且一定要保证视频或音频是完整未被删改的。

总的来说，证据原件就是证据的原始载体。因此如果有的原始证据在手机的上的话，就需要带上你的手机。

3、其他书证、物证

开庭带好原物就可以了，提交证据要提交复印件，保管好原件，不能丢。复印件或文稿是可以修改圈画的，方便仲裁员查看。

3.2.6 为什么你的工资表、考勤表不被认可？书证怎么才有效

我们会经常用到的工资条、考勤表、劳动合同、调解协议等等证据，他们叫做书证。这些白纸黑字的文书就是书证，相比电子数据和录音，**书证是劳动争议中最有分量的证据。**

但是有的时候，我们的书证却得不到仲裁员的认可，最大的一个原因就是**你的书证缺少对方的盖章签字**。劳动争议是关涉双方关系的争议，所以证据不能是单方制作的。而且很多时候我们都要公司兑现承诺、履行约定，因此证据也必须体现出对方的态度。

因此，劳动争议中很多书证必须证明其来源于公司。像考勤表需要有公司管理人员的签字，工资单需要有公司方签字或盖章，如果缺少对方盖章签字就无法认定有效。工资单和考勤表等书证一般由主管或相关负责人签字即可，但某些材料（如劳动合同、解除劳动关系证明、和解协议等）应加盖公司公章，最好还要有法定代表人签字。有的公司除公章外，还有合同专用章、财务专用章、部门专用章甚至假章，在其他证据充足的情况下，盖章有问题影响不大，但无疑会增大维权的难度。

法律法规

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第 92 条

私文书证的真实性，由主张以私文书证证明案件事实的当事人承担举证责任。私文书证由制作者或者其代理人签名、盖章或捺印的，推定为真实。私文书证上有删除、涂改、增添或者其他形式瑕疵的，人民法院应当综合案件的具体情况判断其证明力

不过就算无法获得签字盖章的书证，我们也可以用其他相关证据挽救这个书证。例如，我们有一张没有签字盖章的工资条，上面记载了基本工资 3000；我们还有一段内容含糊的录音，公司财务大概表示了我们上月基本工资 3000，绩效 500。如果分开看，这两个证据都是有问题的，不能支撑我们的主张（即不能作为单独定案根据）。但是两个证据合在一起可以互相印证，这样仲裁员可能根据这两个证据支持我们的主张。所以，我们对于一个待证事实要多搜集相关证据，证据越多越好。

以上介绍的是私文书证，此外还有一种书证叫公文书证，它来源于公家，因此它的有效性基本不需要证明，我们只要提交它就行了，对方是无法反驳的。例如，人社局社保部门开的社保记录，银行开的公司账户每月转账的银行流水。

最后，有些书面文件是单方通知即可发生效力，不需要经过对方同意，我们只要保留该书面通知的发放记录即可证明相关事实。如被迫离职通知书、开除通知等等。**我们需要注意“没录音 + 口头通知”的证据一文不值，可以当他没有发生。如果我们需要拒绝公司调岗降薪等安排，拒绝公司不要口头拒绝，发个邮件微信或一边录音交一个书面通知是更好的方式。**

3.2.7 找律师好，还是自诉好？律师不找就会败诉吗？

编者的话

作为劳动者，当发现自身权益受到侵害时，如果要走仲裁流程，相信都考虑过是否请律师的问题。有一定劳动法知识储备或学习能力强一些的，通过检索，基本可以学习到大部分知识，就走自诉了。有一些因为金额不大，证据明确，请律师不划算，所以也走自诉。还有的是自己确实不太懂，也不想学，怕踩坑，认为专业的事情交给专业的人办，因此毫不犹豫的请了律师。接下来，本文将分情况讨论劳动者所关心的问题，为大家提出建议。

1、劳动仲裁律师收费标准是怎样的？

如果要请律师，劳动者首先考虑的就是请律师的收费问题。劳动仲裁的收费一般在 3000-20000 元左右，浮动很大。具体价格劳动者可以参考当地的政府指导价格。比如根据《上海市律师服务收费政府指导价标准》，代理实行政府指导价的不涉及财产关系的案件的指导价标准：3000-12000 元/件。

2、找律师好，还是自诉好？

这取决于你的案情是否复杂以及你自己本人的学习能力。

如果你碰到的劳动纠纷比较复杂，自己琢磨不明白的，又想保障自己的权益，那你可以选择请律师。

如果你对自己的学习能力有自信，不打算请律师，准备自诉，那么你得考虑以下几点：

1. 你是否具备一定的文化水平，比如基本的写字，阅读，一定的语言表达能力和逻辑
2. 你是否具备大约 5 个半天的时间（工作日，不是周末）
3. 如果我们选择自诉，那我们就需要自己查阅相关法律条文，整理思路，并自己准备相关资料，并能听懂工作人员的要求，按流程办事即可
4. 并且对于大多数劳动者，如果你想自己仲裁，就得在工作日的某天请假或者休假去跑一趟。**所以，你有没有假期可以休，能否请得动假，也是个问题。**这个时间成本是必须的。

3、律师不找就会败诉吗？

劳动者选择自诉，就需要证据作为支撑来证明违法事实，证据需要有目的进行搜集和保存，有时甚至需要采用一些小方法、小技巧来获取。所谓手中有粮，心中不慌，是对证据最好的解读。

再加上如果你的学习能力比较强，平时也关注一些劳动法的案件和知识，善于利用搜索工具，能够比较精准的获取知识。这种情况下，已经有了一定的知识储备，只要在进行特定知识点的强化和梳理，是可应对的。此外，劳动者还可以选择拨打 12348 获得免费的法律帮助。

并且从全国劳动仲裁的胜诉率来看，劳动者的胜诉率略高于公司。而对于一些特别弱勢的劳动者，如严重工伤、农民工等，仲裁和法院甚至会作出一些明显倾向劳动者的裁判。

因此总的来说，如果劳动者选择自诉，是需要付出一定的学习成本以及时间成本的，**但这并不意味着劳动者就会败诉。**

3.2.8 证据该什么时候提交，被告会提前看到吗？

仲裁、诉讼中最关键的就是证据。很多朋友会认为自己的证据提前提交仲裁，仲裁给了公司，让公司有时间针对我们的证据，对自己不利。我们又很难在开庭前拿到对方的证据。

其实在笔者工作的仲裁委，一般只会向被告送达应诉通知、立案申请书副本，并不会给公司送达证据。也没有法律规定必须将原告/申请人的证据副本送达公司。

我一般都可以在开庭时提交证据。我们拿到受理通知书/开庭通知书，上面一般都会给我们列出 10 天的提交证据的期间。按照法律规定，我们需要在举证期提交证据。但是实践中，不论是仲裁还是法院都是在庭审时提交证据居多。其实，我们事前提提交的证据，仲裁员也不会看，他们没有时间看，都是开庭的时候看的，所以我们开庭时提交证据一般不会耽误仲裁员工作，开庭交证据也不会招致仲裁员反感。

不过，我们需要注意的是，当在法院诉讼时，法官组织我们和公司进行证据交换时，我们需要配合法官工作，及时提交证据。因为组织证据交换往往是在案情比较复杂，需要事前梳

理的情况。原被告双方都会提前提交证据，对我们也是公平的。虽然这种情况很少出现，但是遇到时就不要再捂着证据，想着搞证据突袭了。

当然，有的朋友还是会担心，觉得“我看法律规定不是这样规定的”“我们这个地方会不会有特殊规定呢”。这个时候，你可以选择向仲裁员/法官确认一下，按照受理通知书上的电话打给仲裁员，问他“我有几个证据举证期拿不出来，开庭才能提交，可以吗？”如果他说可以，你就提交几个简单的证据上去，更多更完整的证据再当庭提交。如果说不行，那就举证期提交。

法律法规

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百一十三条

人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告在收到之日起十五日内提出答辩状。

法律法规

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第五十一条

举证期限可以由当事人协商，并经人民法院准许。

人民法院指定举证期限的，适用第一审普通程序审理的案件不得少于十五日，当事人提供新的证据的第二审案件不得少于十日。适用简易程序审理的案件不得超过十五日，小额诉讼案件的举证期限一般不得超过七日。

举证期限届满后，当事人提供反驳证据或者对已经提供的证据的来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院可以酌情再次确定举证期限，该期限不受前款规定的期间限制。

法律法规

《劳动仲裁办案规则》

第十五条

承担举证责任的当事人应当在仲裁委员会指定的期限内提供有关证据。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向仲裁委员会申请延长期限，仲裁委员会根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，仲裁委员会应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，仲裁委员会可以根据不同情形不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫。

法律法规

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释 22

第一百零二条

当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十八条、第一百一十八条第一款的规定予以训诫、罚款。

当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，人民法院可予支持。

3.2.9 认为存在枉法裁判？合法解决渠道有哪些

当我们下定决心仲裁公司后，得到的并不一定是胜诉的结果。很多朋友会发现仲裁的整个过程和自己想象的不一样，包括但不限于以下情况：等待时间很长；开庭程序很简陋；仲裁员态度很一般；仲裁员很倾向让我们调解；仲裁员和公司代表、对方律师很熟络……

最后当我们拿到一份败诉裁决后，很可能对仲裁程序产生质疑，甚至可能会认为仲裁员存在枉法裁判的情况。首先，我们承认确实有徇私枉法的仲裁员。但是，这部分人是极少数。根据笔者与笔者当地仲裁员的交流，**劳动者胜诉率大概为 60%，略高于公司**。而对于一些特别弱势的劳动者，如严重工伤、农民工等，仲裁和法院甚至会作出一些明显倾向劳动者的裁判。严格来说有些倾向劳动者的裁判都不一定能达到法律所要求的标准。

其实，败诉的原因有很多，**仲裁员枉法只是少数**。但是，劳动者会产生这样的认识是**完全合理的**，因为很多客观因素导致仲裁流程存在诸多问题，让劳动者感到对自己不友好。

编者的话

接下来，本文将为大家说明仲裁环节所处的客观环境，帮助大家了解仲裁的真实情况。最后，如果你真的遇到了枉法裁判的仲裁员，本文也将为大家介绍合法的解决渠道。

1、仲裁员在刻意针对你吗？

- 等待时间很长，开庭程序很简陋
- 仲裁员态度很一般
- 仲裁员很倾向让我们调解

这些情况并不是你一个人会经历，也不是某个仲裁员刻意针对你。导致产生这些情况的原因在于**全国的仲裁部门基本都是人少案多，仲裁员工作压力相对较大，待遇相对较低**。

由于劳动者法律意识提升以及经济下行，企业违法行为增多等因素，劳动争议案件数量大幅增加。但是劳动仲裁委是人社局下属的机关，编制是死的，这就导致有限的仲裁员要承

担更多工作。最后导致的情况是，基本所有的案子一立案就超期。同时，仲裁员的待遇也没有那么高。虽然远好于很多一线劳动者，但仲裁员工资少一点就 5k 左右，多一点 8k 左右。他们基本也不在编制内，提升空间一般。相对机关其他岗位或是仲裁员本人预期，仲裁员这活不好混，待遇也一般。这导致仲裁员的工作积极性只能靠个人觉悟。

一个相对尽职的仲裁员很可能会遇到上午有一个庭要开，下午还有一个庭要开，还要抽空写之前的裁决。所以，不想太摆烂的话，就得尽快走完流程，结束一个案子。

时间太少，不能慢工细活，实际的处理就会简陋；案子太多，待遇太低，仲裁员就会比较烦躁，态度一般；调解结案最快，不用写判决，调一个结一个，仲裁员因此会强烈要求我们调解；出一点错误，就被仲裁员一通批，这是因为出错会拖延庭审时间……这些问题很大程度上都是**客观因素**导致的，并不是仲裁员在针对我们。

（需要提醒一点，调解不是必经流程，仲裁员也不能说“你的案子肯定输，赶紧调解吧”。一般说这种话的时候，并不是案子真的会输，而是仲裁员想要我们赶紧妥协达成调解。就算我们拒绝，不接受调解，最后他们该怎么判还是怎么判。）

一般情况下，只要我们与仲裁员之间没有发生严重冲突，上述问题并不会影响我们胜诉败诉。其实很多败诉还是因为**证据问题**导致的。比如，单位发了一个 Excel 的工资表给我们，我们仅从钉钉下载了这张表，然后提交了该表作为证据。我们当然知道这是单位发的，但是仲裁就会依据证据规则认定这个表没有单位盖章签字，不符合证据真实性要求，谁都可以伪造一个电子表格，所以不认可我们的证据。这个时候，我们就很不理解为什么会败诉，就将原因归结到仲裁员身上，而仲裁期间种种不愉快的经历都会强化我们的判断。但是，正如上文所说，仲裁员徇私枉法的情况还是少数，败诉的原因很可能不是因为这个。

2、仲裁员和公司代表、律师认识

- 仲裁员和公司律师很熟络
- 仲裁员和公司的人认识

这个问题其实比较尴尬，因为上面的情况基本是必然发生的。仲裁是依据地域进行管辖，从事劳动争议领域工作较久的律师会经常和当地仲裁员打交道，经常发生劳动争议的公司的人事、法务也肯定会和仲裁员彼此认识。那么，仲裁和公司方的律师、员工认识，乃至出现有私交都是有可能的。

但是，仲裁员一般也不会作出太离谱的判决。

1. 如果被认定为违规违纪，在政府机关内是一个很严重的事情，处理起来比较严肃，就算认识公司的人，他们也不会给被开除的仲裁员一份工作
2. 仲裁机关本身会有对各个案子的审查监督机制，而且太离谱的判决后续也会起诉到法院，也会产生监督作用
3. 仲裁案件都是随机分配的，公司要是和全部仲裁员搞好关系的成本也太高，得不偿失
4. 劳动争议的金额真的不高，公司真要铤而走险搞贿赂，也是在那些大金额的商事案子里搞，那些中小公司就更不可能有资本搞这些了。

所以，仲裁员收了某个律师、某个公司的好处可能性不高。就算仲裁员真的偏向公司，也

只能在自由裁量权的范围裁量。举例来说：如果你的证据很死很硬，就是可以认定非法辞退，仲裁也只能在认定赔偿金额时，把一些津贴、福利排除在计算基数之外，他绝对不会给你认定一个合法辞退。可见，还是那个问题，证据一定要准备好。

3、遇到真的徇私枉法的仲裁员该怎么办？

那么，哪些情形是仲裁员违法违规了呢？我们又该怎么处理呢？

法律法规

三明市劳动人事争议仲裁员管理办法

第十七条仲裁员不得有下列行为：

- （一）徇私枉法，偏袒一方当事人；
- （二）滥用职权，侵犯当事人合法权益；
- （三）利用职权为自己或者他人谋取私利；
- （四）隐瞒证据或者伪造证据；
- （五）私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼；
- （六）故意拖延办案、玩忽职守，给当事人造成损失的；
- （七）非经允许对外透露案件处理情况的；
- （八）因故意或者严重过失，导致认定案件事实、适用法律依据明显错误的；
- （九）对符合法定回避条件的申请，故意不作出回避决定，影响案件公正审理的。

法律法规

山东省劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员管理办法

第十六条兼职仲裁员不得有下列行为：

- （一）私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼；
- （二）故意隐瞒证据或者伪造证据；
- （三）玩忽职守，造成错案；
- （四）拖延办案，贻误工作；
- （五）利用职权为自己或者他人谋取私利；
- （六）向案件当事人或与案件相关的人员泄露案情、审理过程、案件涉及的商业秘密等，透露本人对案件的看法和仲裁庭合议的情况；
- （七）在受聘的仲裁委代理案件，或在诉讼中代理自己曾审理过的案件；
- （八）其他违法违纪行为。

仲裁员违法违规情形没有全国性法律进行规定，但是各地方规定基本一致。如果出现以上情形，我们可以通过以下办法投诉举报：

- 向该仲裁委领导或监督部门投诉举报
- 向当地纪委、监察委员会举报该仲裁员

- 对仲裁裁决不服的，只能通过向法院起诉解决

最后，如果感觉仲裁委有很多障碍，觉得仲裁不值得的话，那也是正常的。但如果断言仲裁对劳动者无用，法律渠道对于劳动者来说完全堵塞，这也是完全错误的。如果可以，我们还是应当竭尽合法渠道来解决我们的争议。

3.2.10 一裁终局，公司不能上诉，怎么回事？

1、裁决书上写了“本仲裁裁决为终局裁决”，什么意思？

庭审结束之后，你会收到《劳动仲裁裁决书》（以下简称裁决书）。裁决书末尾会注明本次裁决是“终局裁决”，还是“非终局裁决”。终局裁决的这种情况，也称作“一裁终局”。

对于终局裁决，你如果对裁决结果不满意的话，可以在收到裁决书后 15 日内向法院起诉。但是公司不能向法院起诉，只能向中级人民法院申请撤销裁决，撤销条件是仲裁员受贿了、证据是伪造的、用的法律法规错了等等。这些理由是很苛刻的，所以不用担心，公司提出的撤销申请，95% 都不会通过。

即使公司去申请撤销裁决，也不会影响你申请执行。公司申请撤销后，你依然可以去法院申请强制执行，时间不会中断。

而对于非终局裁决，我们和公司都是都有起诉的权利，会有一审、二审，所以也称作“一裁两审”。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第四十八条

劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第四十九条

用人单位有证据证明本法第四十七条规定的仲裁裁决有下列情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起三十日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- （一）适用法律、法规确有错误的；
- （二）劳动争议仲裁委员会无管辖权的；
- （三）违反法定程序的；
- （四）裁决所根据的证据是伪造的；
- （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

2、哪些情形属于终局裁决？

法律法规

劳动争议调解仲裁法

第四十七条

下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

- （一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；
- （二）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

这里“不超过当地月最低工资标准十二个月金额”指的是分项裁决金额，不是总的金额，也不是请求金额。

比如，有三项仲裁请求，分别是补工资差额 30000、违法辞退赔偿金 35000、加班费 10000，但最终裁决金额分别为 15000、18000、4000，且当地的最低月工资为 2560 元。那么由于 $15000 < 2560 \times 12 = 30720$ 、 $18000 < 30720$ 、 $4000 < 30720$ ，这三项都在终局裁决的适用范围内。

另外，确认劳动关系的是属于非终局裁决。要求支付的双倍工资的案子基本都是需要确定劳动关系的，因此也不属于终局裁决。

3、拿到终局裁决书后怎么办

拿到裁决书后，我们往往可以在裁决书最后看到一段话“本裁决系终局裁决……”

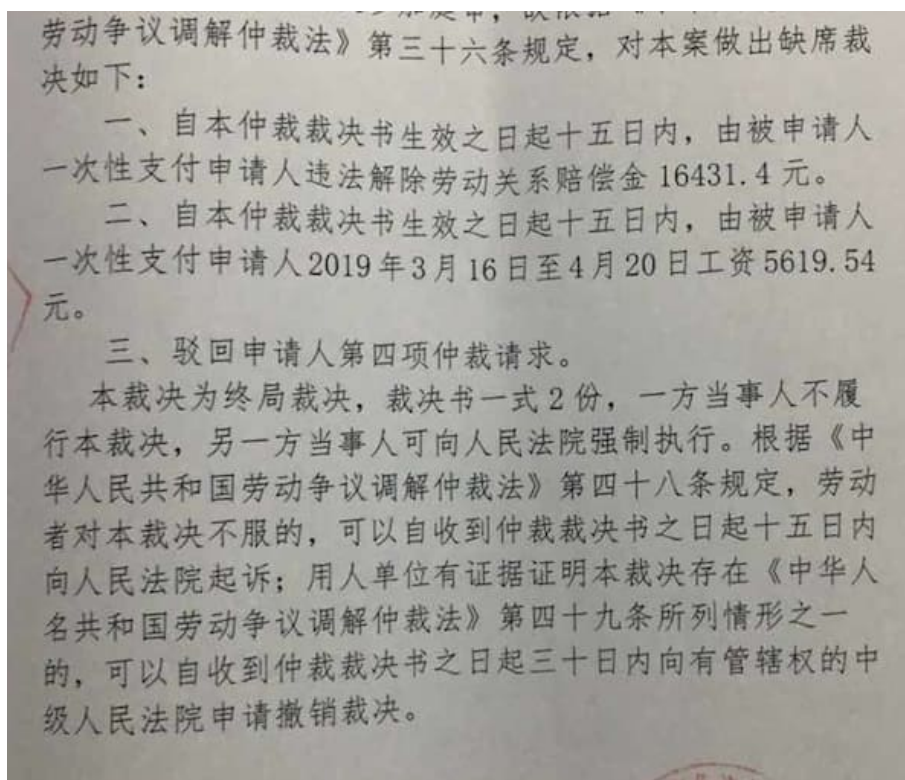


图 3.10: 终局裁决

看到这段话就说明我们的案子是终局裁决，如果我们可以接受裁决结果，那么等裁决书生效即可，就算公司叫嚣要上诉也没用。如果不能接受裁决结果，那么我们也可以上诉。

如果我们的案子属于以上“一裁终局”的范围，但裁决书里没写这段话，公司还上诉了，法院还受理了，这个时候就比较烦了。我们需要在答辩意见和开庭的时候说公司是没有上诉权，但是只是说公司没有上诉权还不够，因为很可能法官就认定你的案子不是一裁终局，那么我们还是要准备一下参加庭审。遇到这个事情最好和法官提前沟通一下，如果法官说这个就是一裁终审，那么就不用准备，等法官驳回公司的上诉就可以了。

3.2.11 撤诉后能不能再起诉？

相比一般的民事诉讼，劳动争议的性质特殊，程序特殊。在撤诉这个问题上，对常常作为起诉人的劳动者增加了限制，我们千万要小心，不要因为程序上的问题吃大亏。

1、仲裁阶段的撤诉

仲裁阶段有两种撤诉，一种是我们主动申请撤诉，另一种是我们拒不到庭或无故中途退庭被仲裁委视为撤诉。前者，我们可以重新提起诉讼，诉讼时效也是重新计算的。但是后者，如果拒不到庭或无故中途退庭，虽然也是说你撤诉，但是你不能在再提起仲裁，也不能再到法院起诉了。所以，千万不要拒不到庭或无故中途退庭。

而且拒不到庭或无故中途退庭后的视为撤诉实际是对当事人的惩罚，剥夺了你的诉权。你不但在仲裁不能起诉，去法院也不能起诉。就你的诉讼请求而言，你再也没有合法渠道去解

决问题了。这个问题是很严重的，尽可能避免拒不到庭或无故中途退庭。

拒不到庭或无故中途退庭的原因有很多啊，比如你真的没时间，再比如你觉得仲裁员有问题想换人。这个时候你主动要求撤诉就可以了，仲裁委本着案子越少越好的思想，很乐意给你安排撤诉的。

主动撤诉适用一种情形，当开庭时证据准备不充分，但还有时间再去搜集整理证据时。我们可以选择主动撤诉，弄好了再去起诉。

法律法规

《劳动人事争议仲裁办案规则》

第三十五条

仲裁处理结果作出前，申请人可以自行撤回仲裁申请。申请人再次申请仲裁的，劳动争议委员会应当受理。

第三十九条

申请人收到书面开庭通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以按撤回仲裁申请处理；申请人重新申请仲裁的，劳动争议委员会不予受理。

2、法院阶段的撤诉

在法院一审时，我们手头已经有一个仲裁裁决书了；在法院二审时，我们手头又有一个一审判决书；而在当初申请仲裁的时候，我们什么都没有。这就导致如果我们在诉讼阶段撤诉，就会导致仲裁裁决书或一审判决生效。当我们撤诉之时，就是我们的案子盖棺定论的时候，我们后面就只能拿着生效的裁决或判决去执行了。

如果公司也起诉，我们选择撤诉，因为诉讼尚未终结，所以我们撤诉不会直接就让手头的裁决书/判决书生效。此时，我们在诉讼阶段撤回了新诉求，公司提出了新诉求，那么法院就只会受理公司的新诉求。劳动者此时的身份是被告。

如果我们不是拿着裁决书去的法院，而是拿着仲裁给的不予受理通知书去的法院，然后我们还要撤诉。**这个时候，因为没有待生效的法律文书，撤诉相当于重新来过。也就你还要从仲裁开始走程序，不能直接去法院。**

3、作为被申请人/被告拒不出庭

绝大多数情况都是公司被我们告，有的公司会选择不出庭。公司不出庭是好事，仲裁/法院会缺席审判，就是公司不在场的情况下开庭，只听我们一个人说，只看我们一边的证据。只要你的证据不是特别不充分，都可以胜诉。所以公司不出庭就不出吧，不用担心。

3.2.12 企业信息怎么找？

编者的话

劳动者去申请劳动仲裁的时候，当然需要明确我要告的是谁，也就是用人单位的信息。那么这就需要交企业信息材料，以及它的征信码，很多劳动者就不知道在哪里查了。那么接下来就为大家介绍一个劳动仲裁委肯定会承认的查询方法。

1、查询企业信息

首先使用搜索引擎搜索“信用中国”，或在浏览器地址栏内输入“<https://www.creditchina.gov.cn/>”，打开信用中国网站。在网站顶部搜索栏内输入你想要查询的企业名称，点击“查询”。



图 3.11: 查询企业信息

找到我们想要查询的企业后，点击进入，之后点击页面中的“下载信用信息报告”，等待下载完成。

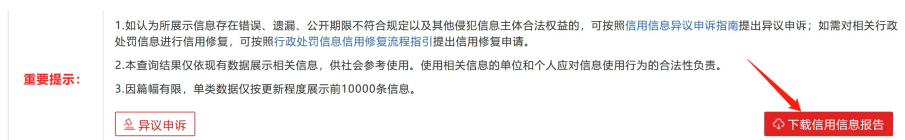


图 3.12: 下载信用信息报告

2、打印企业信息报告

在下载完成后，浏览器将自动打开一个 pdf 文件，如果你自己有打印机，那么直接点击页面上的“打印”按钮（它长得像一个打印机）就可以打印。如果你没有打印机，需要拷到打印店打印，那么我们只要点击浏览器内的“下载”按钮，找到我们刚刚下载的 pdf 文件，点击它右边的“文件夹”按钮，就会转到文件所在位置，把它复制到 U 盘里就可以带去打印店打印了。

我们可以看到，使用“信用中国”网站查询企业信息是很方便的，并且它不需要登录注册账号，也不需要付费，因此推荐劳动者查询企业信息时使用这个网站。

3.2.13 几个提诉讼请求，搜集证据的小技巧，帮你大大提高胜率！

本文告诉大家几个仲裁小技巧让你的仲裁更顺利。这些技巧的普适性还是挺高的，总有几条适合你。

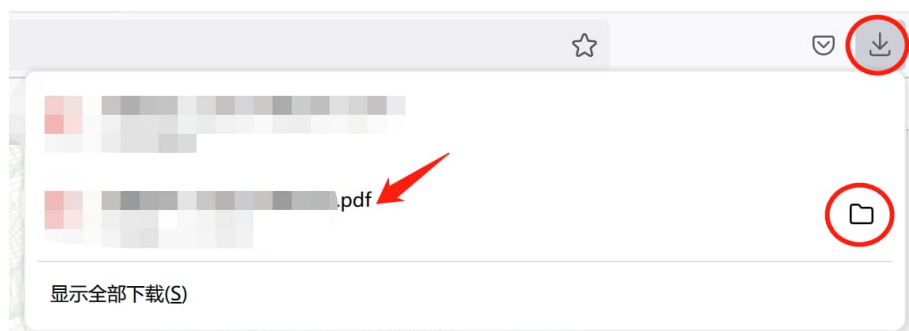


图 3.13: 打印信用报告

1、诉讼请求金额怎么写？往高了写！

很多朋友都问过这个问题：“我的赔偿所基于的工资基数是什么？是应发工资，还是实发工资，还是基本工资？”这个问题对于法官来说是比较麻烦的，对于我们来说很简单，**你只需要把绩效、加班费、奖金等等所有工资项目都合起来，用一个最高的标准作为工资基数即可。**

为什么呢？首先，民事诉讼有一个原则，**就是我们最终能拿到的钱不会超过我们诉讼请求的金额**。比如你要 1 万双倍工资，但是你要少了，按照法律该要 2 万，但是仲裁员还是会按照 1 万判。就是因为判决结果不能超出诉讼请求范围。其次，我们就算要多了，只是因为劳动者不清楚法条而已，并不会因为你依据的标准高了，就整个驳回你的请求。只要有证据支持你胜诉，仲裁员就会按照法定标准给你算赔偿。

虽然双倍工资、年休假工资、加班费他们所依据的工资基数不一样，但是这个问题是仲裁员/法官需要纠结的，他们自己去找到法定标准算就可以了，该用基数用什么基数。我们提诉讼请求就简单了——**按照最高标准提。**

2、有几笔钱公司该赔你，但是你未必知道

《劳动法》是给我们劳动者安排了很多福利的，同时也安排了公司不发时的相应赔偿。很多公司都没有遵守法律，应当进行赔偿，但是你未必知道可以要这笔赔偿。下面几笔钱，如果你符合条件，就可以添加为诉讼请求一并仲裁。

第一个，应休未休年休假工资。社会工龄超过 1 年就可以享受法定年休假，如果单位没有安排是要支付每日 300% 的日工资。详情请参看：

<https://www.bilibili.com/video/BV1cL4y1K778>（带薪年休假-视频讲解）

第二个，医疗期工资。很多公司不发请病假期间的工资，其实法律专门规定了一个医疗期，在此期间我们都是带薪病假的，医疗期的工资标准为 80%。如果你有请假记录、工资记录和病历等证据就可以要求公司支付医疗期工资。详情请参考第九章第一部分的第八篇文章。

第三个，年终奖。年终奖不是待到年末才有，中途离职的也可以按照比例拿到年终奖。比如，6 月份离职可以要求公司支付一半的年终奖。证据上，我们需要提供和公司约定年终奖或上年度支付过年终奖的证据。详情请看第 6 章相关的相关内容。

第四个，停工停产工资。这个经过疫情可能有很多人已经知道了。停工停产一个月内，要支付正常工资，超过一个月支付 70% 最低工资标准的生活费。详情请看第九章第一部分第二篇文章。

第五个，高温补贴。这笔钱有的省份好要，有的不好要。详情请看第九章第一部分第三篇文章。

3、立案申请书，多写没好处

立案申请书中的“事实与理由”部分虽然是由劳动者自由填写的，但是我们大可不必去多写。我们只需要写以下几个部分：

1. 入职日期、离职日期
2. 工作岗位
3. 工资情况
4. 签订劳动合同情况
5. 社保缴纳情况
6. 简要说明公司违法事实。

多写的坏处一：立案的时候，我们的思路未必捋清楚，如果在事实理由部分“写长篇小说”，很可能不小心承认了不利于自己的事实，或者说了对公司更有利说法。写在申请书里的东西都是我们承认的，很可能被公司利用。所以宁缺毋滥，我们可以庭审中配合证据进行完整的说明。

多写的坏处二：写太多，让仲裁员看的时候抓不住重点。一些立案处手写立案，还耽误你的时间。

4、证据怎么样才全面

很多朋友搜集证据只聚焦最核心的事实，但忘记了一些同样重要的相关事实。你要求公司给一笔钱，你不但要证明为什么要给，还需要证明给多少，证明为什么要按这个数给。证明要给多少一般需要的是工资标准和工作年限相关的证据。这里列举一些情况，请大家注意。

基本所有争议都会涉及你的工资基数，需要搜集证明工资数额的相关证据。例如，有的朋友被非法辞退，一直在搜集非法辞退。到了开庭的时候，仲裁员问他你的工资是多少，有证据证明吗？这个时候才发现，证明了非法辞退可以支持 2n，但是 2n 具体要给多少，还要证明自己的工资标准。结合第一个小技巧，我们需要搜集一下和工资基数相关的证据，一些拖欠的部分也要算进工资基数内。

一些争议涉及到你的工作年限，需要证明入职日期。像经济补偿金，双倍工资，年休假工资这些争议都要看你的在职时间，这个也需要我们证明。如果没有劳动合同就要用最早工作记录、工资记录、入职通知来证明。如果多次签订过劳动合同，那要找到第一份劳动合同，否则要按没有劳动合同的证据来找。

3.2.14 举证责任是什么意思？谁来承担举证责任，不能举证的后果是什么？

举证责任又称证明责任，是指当事人对自己提出的主张有提供证据进行证明的责任。举证责任最关键的一点就在于，承担举证责任的人如果无法提出能让仲裁员采信的证据，那么就会承担不能举证的不利后果。

例如，我们认为工资该发五千，公司认为该发四千，那么公司就要承担对我们工资标准的举证责任。如果公司不能提交出有效的相关证据证明该发四千，那么公司就是举证不能，仲裁员会认可我们的主张。

不过，公司承担举证责任，**不代表我们不需要举证了**。因为公司很可能给出了相关证据，仲裁员也可能会认可该证据，

还有一些事实是双方都没有争议的，比如你签了劳动合同，公司也不可能说和你没有劳动关系。对于劳动关系这一点，双方都认可，仲裁委一般也会认可，那就没有举证的必要了。

1、谁来承担举证责任？

普通的民事案件一般采用的是**谁主张，谁举证**。

公司要承担其单方行为的举证责任，包括因用人单位作出开除，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。举例来说，现在你告公司违法解除劳动关系。你提出仲裁，说自己被违法辞退了。因为公司是主动且单方辞退的你，那么这个时候，你只要证明我是这家公司的员工就够了。

公司要证明什么？公司要证明你的这个解除劳动关系的行为是合法的，否则就是违法。

法律法规

《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》

第十三条

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。

2、单位保管的证据

有一些证据是由单位保管，我们劳动者不可能拿得到，这个时候我们可以主张“该证据由用人单位保管，故应由用人单位承担举证责任，用人单位需要提供该证据。”此时举证责任就转移到用人单位这边。

法律法规

《劳动仲裁办案规则》

第十三条

当事人对自己提出的主张有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

有的证据是由法律规定由用人单位保管的，我们只需要提出应由对方举证即可。比如两年内的工资记录。

法律法规

《工资支付暂行规定》

第六条

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，并保存两年以上备查。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。

有的证据是没有法律规定，但是确实在用人单位那边，我们此时需要提供证据证明该证据由用人单位保管。比如单位收走了两份合同，我们有相关聊天记录，我们可以根据聊天记录证明单位保管合同，要求用人单位提供劳动合同。

3、加班事实的举证

但是举证责任有一个很特殊的就是加班费。劳动者主张加班费的应当就加班事实的存在承担举证责任。所以在加班这个问题上，大家要注意了。每个月的考勤记录和是否加班的记录，大家一定要记得保存好。劳动者应就其主张的加班事实提供相应的证据去证明。如果劳动者没有找到证据，或者证据不足以证明加班这个事实的话，可能劳动者就要承担不利后果。劳动者需要提供考勤的记录或者单位要求加班的证据等进行佐证，或者有证据证明该用人单位持有该证据的由用人单位负举证责任。

在这里就有很多劳动者吃亏，许多劳动者在平时没有收集好相关的证据。最终，在劳动争议过程中，仲裁员就没有认定劳动者有加班的事实。

加班需要以下证据：

1. 对方安排你加班的证据，没有这个证据的话会被视作主动加班
2. 加班时间的证据，需要具体到某天的某段时间
3. 加班内容的证据，要证明是在加班时间内在工作，否则视作没有在工作
4. 能证明工资中未包含加班费的证据，证明对方没给加班费（这个找不到也无所谓，因为劳动者举证证明用人单位未支付加班费，劳动者证明了加班事实就转而由用人单位来举证证明其已经支付了加班费）。

需要以上证据方能组成完整证据链，我们的支付加班费的主张方能成立。

4、未签订无固定期限劳动合同的举证

未签订无固定期限劳动合同的2倍工资则由劳动者举证。劳动者需要证明工龄满十年，或者已经两次签订了劳动合同。

法律法规

《劳动合同法》

第十四条

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。

但是这里面要拿 2 倍工资还是有困难的。当你签过两次固定期限劳动合同之后，你必须向用人单位发出一个通知，告知用人单位我已经签了两次合同，我要求签订无固定期限的合同。否则，在仲裁中，单位有可能会以多年，多次都是签订固定期限合同为由来狡辩，说合同是双方平等自愿签订的。那么就很难拿到双倍工资了。

希望我这篇文章能够帮助一些迷茫的踌躇不定的工友，你们可以争取属于自己的利益，加油！

3.2.15 防止老板转移财产——诉讼保全和保全险

编者的话

诉讼保全可以查扣冻公司的财产，防止公司转移隐匿财产，保障执行成功。诉讼保全带来的现金流压力也会使公司更倾向和解和接受败诉结果。但是申请诉讼保全往往需要支付保证金，我们可以通过办理诉讼财产保全责任保险的方式降低申请保全的成本。

很多时候，我们仲裁时候都会担心老板会不会转移财产。为了防止被告转移财产，保证将来的判决能够得以执行，法律设置了“诉讼保全”制度。法院实施保全后，会查封、扣押或冻结公司的财产，这个时候公司将面临钱在账户上取不出来的状况。此时公司可能会倾向于与我们和解，在金额上与我们妥协；也可能选择不上诉，接受一审或仲裁的结果，尽快解除保全。而且，在我们胜诉后申请执行时，法院也会直接执行保全到的份额，降低我们拿不到钱的风险。

我们可以在起诉以后向法院申请保全，但是这个时候法院往往会要求我们提供担保。担保数额基本是和我们申请保全的数额是相当的。比如，我们的诉讼请求是要求公司支付 1 年的双倍工资 10 万元，法院可能会要求我们提供同等数额的担保。所以很多时候，即使法院同

意我们的保全申请，我们拿不出保证金。

当然法院要求我们提供保证金并不是没有道理。法院保全往往会冻结被告的资金，扣押被告的财产，这会对被告的经营产生压力，进而产生损失。为了防止有人恶意利用保全制度，法律设立了保证金制度。此外如果原告败诉，被告可以起诉原告要求赔偿。虽然这个制度有利于保障在商事争议中防止恶意保全，但是在劳动争议中却对劳动者造成了一定程度的障碍。作为弱势方的劳动者需要保全，却无力承担保证金。

为了排除该障碍，顺利申请到保全，我们可以找保险公司办理诉讼财产保全责任保险，向法院提交保单后，基本可以顺利实现对公司财产的保全。

1、诉讼财产保全责任保险和诉讼保全

保险公司提供的诉讼财产保全责任保险实际上就是替我们承担了支付保证金的义务。我们向保险公司支付相对低廉的保费，换取保险公司出具的保单。保险公司出具保单就是向法院承诺由其来承担风险，这样就算存在恶意保全，被告人的损害也有保险公司进行兜底。我们向法院出具保单后，就不需要再支付保证金了。

首先要做的是联系承办案件的仲裁员/法官申请保全，询问是否接受保险公司的保全险，是否存在指定的保险公司。在得到肯定答复后，仲裁员/法官会给我保全申请书，要求我们书面申请保全并提供相关材料。同时，我们需要尽可能搜集公司开户行、公司的银行账户、公司财产等信息，便于法院实施保全。如果同时起诉法人承担连带责任，需要提供法人个人账户。

第二步，找保险公司询问保全险的费用和办理流程。具体的流程就不展开说了，保险公司会引导你完成业务办理的。保险公司的保险费用标准（预估）：10 万以下，最低收费 500 元；10 万至 200 万，0.3% 左右。当然，保险公司也会评估风险。如果某家保险公司拒绝承包，我们也可以找别家问询。

最后，我们整理好材料，提交给仲裁庭/法院，仲裁庭/法院会裁定是否实施保全。

部分地方仲裁委因为不熟悉保全程序或怕麻烦会拒绝我们的保全申请，而劳动仲裁阶段保全必须要仲裁委向法院递交保全申请材料。遇到这种情况也没有很好的处理方法，建议找仲裁委的领导投诉。

2、不需要保证金的保全

依据法律规定，存在几种不需要支付保证金的保全。符合条件的话，我们也不需要办理保全险，直接申请保全就可以了。

法律法规

《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》

当事人在诉讼中申请财产保全，有下列情形之一的，人民法院可以不要求提供担保：：

（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬、工伤赔偿、交通事故人身损害赔偿的；……：

（五）案件事实清楚、权利义务关系明确，发生保全错误可能性较小的；……：

法律文书生效后，进入执行程序前，债权人申请财产保全的，人民法院可以不要求提供担保。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）

第四十九条：

在诉讼过程中，劳动者向人民法院申请采取财产保全措施，人民法院经审查认为申请人经济确有困难，或者有证据证明用人单位存在欠薪逃匿可能的，应当减轻或者免除劳动者提供担保的义务，及时采取保全措施。：

人民法院作出的财产保全裁定中，应当告知当事人在劳动争议仲裁机构的裁决书或者在人民法院的裁判文书生效后三个月内申请强制执行。逾期不申请的，人民法院应当裁定解除保全措施。

根据上述规定，对于劳动报酬争议和工伤赔偿争议，法院可以决定不收取保证金，也可以决定收取。依据司法解释，劳动者提供经济困难材料或者提供单位转移财产、老板跑路的线索证据，材料和证据成立的，法院应当决定减免。因此，我们可以在和法官沟通的过程中，先提供上述材料，向法官主张无需支付保证金的保全。建议多搜集上述材料证据，尽可能多和法官沟通。

3、败诉后，保全赔偿责任

上文提到，如果被认定为恶意保全，那么申请保全人应当对被保全人进行赔偿。判断恶意保全的重要依据就是申请保全人胜诉与否。简单说，你把公司财产冻结了，但是你又没胜诉，由此造成的损失要你来承担。而且，就算你投保了诉讼保全责任险，最终也要承担错误保全造成的侵权责任。很多保险公司会在合同中约定保险公司具有追偿权，即保险公司赔付后，有权追究申请保全人的责任。

不过，劳动争议毕竟和一般商事、民事纠纷不一样。极少存在虚构劳动关系以及劳动争议去申请诉讼保全的情况。而且基于普遍存在的违法用工情况，劳动者败诉很多时候是因为证据不充分或法律理解存在偏差。因此不能苛求劳动者能够完美运用法律，必定可以胜诉。否则就会打击劳动者维护合法权益的积极性。基于劳动者的弱势地位，法院当然会考虑是否要在劳动者败诉后，仍然判决劳动者承担错误保全的责任。事实上，就算劳动者败诉，公司起

诉劳动者要求承担错误保全造成的侵权责任，法院基本会驳回公司的请求，判定劳动者和保险公司无需承担责任。保险公司无需赔付公司的损失，也就不会向我们追偿了。

经过笔者的检索，未发现判令劳动者承担错误保全责任的判例。实在担心的朋友或者已经被给公司起诉的朋友可以参看下文两个判例：

司法案例

(2021)京0115民初12004号

本案中，首先，赵元在劳动争议案件中，对中电北京中心主张的劳动合同赔偿金为789000元，其申请保全的标的为789000元，并未高于其诉请标的金额。赵元在诉请金额范围内申请对中电北京中心的财产进行保全，并不违反法律的强制性规定。：

其次，虽然本院作出的（2020）京0115民初7506号生效民事判决书驳回了赵元的全部诉讼请求，但赵元认为中电北京中心违法解除劳动关系，赵元在劳动争议案件判决前无法预知判决结果。保全申请人对自身权利的衡量与人民法院最终认定存在差异，当事人自认为合理的诉请不为人民法院支持的情况并不鲜见，若苛求劳动者申请保全时对用人单位是否存在违法解除劳动关系与法院最终裁判结果一致，势必影响诉讼保全制度功能的发挥，故不能仅以赵元的诉讼请求最终未得到法院的支持为依据，认定其存在过错。

：

……纵观赵元的整个保全及诉讼行为，赵元采取保全措施并无过错，中电北京中心亦未对其所述的损失提供充分证据证明，故中电北京中心要求赵元赔偿损失的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院难以支持。

司法案例

(2021)京01民终10263号

本院认为，因申请财产保全损害责任纠纷本质上属侵权责任纠纷。在侵权责任法无特殊规定的情况下，该类侵权纠纷属于一般侵权纠纷，应适用过错责任原则，即当事人在诉讼中必须提供证据证明申请人在申请财产保全中存在加害的过错。一般情况下，申请保全一方存在侵害他人财产的故意或重大过失时，应当认定为其存在过错。虽然申请保全一方的诉讼请求是否得到支持是判断其是否存在过错的重要标准之一，但不能作为唯一标准，否则将对当事人依法通过诉讼保全程序维护权利造成妨碍，影响诉讼保全制度功能的发挥。因此，过错的认定通常还要根据案件具体情况，结合申请保全一方在提起诉讼时的诉讼请求及事实理由是否适当，是否存在恶意诉讼、虚假诉讼情形，以及其申请保全的标的额、对象、方式等因素综合判断。：

宏诚公司认为，周启轩以债权转让关系提起诉讼，但债权转让关系中转让人与受让人达成合意是前提，而周启轩提交的《延期给付款项协议》上并没有宏诚公司盖章确认，故宏诚公司不是（2019）京0108民初49656号案件的适格被告。但涉案三方之间的债权转让关系系周启轩自行理解，其对法律关系相关知识及构造的理解认识通常无法达到专业水平，故对其在申请财产保全时所应尽到的注意义务要求不能过于严格。周启轩以债权转让纠纷为由对宏诚公司、风雷公司均提起诉讼，可以理解为一般当事人对法律的朴素看法，具有一定的合理性。因此，不能将周启轩主张的法律关系错误以及其对法律关系理解的错误等同于其申请财产保全存在主观过错。

第四章 确定劳动关系及二倍工资争议

编者的话

读到这里，我们已经明晰了劳动关系能够赋予我们的一系列应有的待遇和福利。那么，一段劳动关系要怎么样才能成立呢？我们当然知道，在劳动者入职时，一份书面的劳动合同是我们劳动关系成立的**最有力的标志**。可是实践中，时常有公司拒绝签订劳动合同，或者因为各种客观因素造成了劳动合同的缺席。那么当我们的劳动关系处于质疑中时，我们要如何做才能保证我们的劳动关系得到法律的认可呢？

实际上，**劳动合同并不是劳动关系成立的必要条件**。劳动合同的目的是使得劳动争议可以更清晰地被解决、使得劳动者可以更方便地维权，所以即使劳动合同不存在，根据事实上的劳动关系，劳动者也可以通过法律手段来证明劳动关系的存在。要证明事实劳动关系，我们需要从三个角度入手，即：

- 劳动者和用人单位的主体资格
- 劳动者对于用人单位的人身上和经济上的从属性
- 劳动者的劳动为用人单位业务的组成部分。

这些证明劳动关系存在的方式和原则将在本章中被清楚明晰地说明。读者如果在现实中遇到了劳动关系模糊不清或者被用人单位否认的情况，那么这一章节可以为你解答如何从这样的境况之中脱身，并通过劳动仲裁等方式清晰地证明劳动关系的存在，从而最大化地获取到自己作为劳动者所应得的待遇。

最后，我国的劳动法对于公司不与劳动者签订劳动合同的行为有着非常严厉的处罚手段。当未签订劳动合同的劳动者通过仲裁与公司确立了劳动关系之后，公司将需要向劳动者支付**最高 11 个月的二倍工资的赔偿金**。这也是实践中时常产生高额赔偿金的情况之一。在本章节中，我们也会向读者阐明二倍工资的主张条件、主张时效和计算方式等等。

4.1 确认劳动关系，什么属于劳动关系？

根据第二章的内容我们知道，劳动关系是用人单位与劳动者建立的，**将劳动者置于其管理之下，用人单位支付其劳动报酬的法律关系**。处于劳动关系中的劳动者可以依法享有一系列法定权益，例如法定休假、社会保险等等，同时这些劳动者在劳动关系解除时，还依法享有兜底性的离职补偿，而这些权益很大程度上是被劳动合同所保障的。

可是在实践中，会有不少企业尝试**通过拒绝与劳动者签订劳动合同的方式来尝试避免与劳动者形成劳动关系，从而逃避上述的社会责任**。在这种情况下，我们要怎么确定我们的劳动关系呢？

要搞清楚这个问题，我们首先要理解要构成劳动关系，到底需要哪些必要条件。

法律法规

劳动法

第十六条建立劳动关系应当订立劳动合同。

可见，劳动合同的确是劳动关系成立的充分条件，也是劳动者的各项权益的最稳定的保障，那么在劳动关系订立之初，劳动者和用人单位都有签订劳动合同的义务。

虽然如此，**劳动合同却并不是劳动关系成立的必要条件**。这一点可以在国家人社部 2005 年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》里体现得非常明确，而这份文件也是我们确定劳动关系时需要主要参考的一份文件。

在最开头，这份文件就明确表达了它的编写目的：

法律法规

关于确立劳动关系有关事项的通知

“近一个时期，一些地方反映部分用人单位招用劳动者不签订劳动合同，发生劳动争议时因双方劳动关系难以确定，致使劳动者合法权益难以维护，对劳动关系的和谐稳定带来不利影响。为规范用人单位用工行为，保护劳动者合法权益，促进社会稳定，现就用人单位与劳动者确立劳动关系的有关事项通知如下...”

4.1.1 确认劳动关系的三要素

从上文中我们不难看出，国家的人社部门是完全了解实践中某些用人单位通过拒绝签订劳动合同来逃避社会责任的行为的，于是颁布了这一份针对于这一行为的专题性的解决方案，这份文件明确规定了未签订劳动合同时认定劳动关系的三个要素：

法律法规

关于确立劳动关系有关事项的通知

- 一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：
- （一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
 - （二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
 - （三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

1、劳动关系的第一要素：主体资格

主体资格，用通俗一点的话来说，就是公司聘用劳动者的资质，以及劳动者在市场上提供劳动的资质。因为**劳动关系只能存在于一个具有资质的用人单位和一个符合劳动法标准的劳动者之间**，那么很显然，个人与个人之间，或者公司与公司之间，是无法构成劳动关系的。

确立劳动关系的第一步，就是明确劳动关系双方，也就是用人单位和劳动者分别是谁。那么**什么才是具有资质的用人单位，什么才是符合劳动法标准的劳动者呢？**

一般而言，拥有主体资格的用人单位是指社会中组织生产经营的，登记在案的被允许招用劳动力的社会组织。我们司空见惯的民营企业当然是用人单位的组成部分。

但《劳动合同法》第二条规定的用人单位还包括个体经济组织（个体工商户）、民办非企业单位（非营利性质的民办组织），以及选择与劳动者订立劳动关系的国家机关、事业单位以及其他社会团体。

总而言之，国有或非国有，盈利或非盈利，都不是决定用人单位主体资格的关键，主体资格的关键在于单位是否被法律允许招用劳动力。在实践中，因为“用人单位不具备主体资格”而导致劳动关系不成立的**实例并不多**，但是入职之前，先到国家企业信用信息公示系统，或者到类似企查查、天眼查等软件上查询公司的资质仍然是一个值得养成的好习惯。在劳动仲裁中，只要用劳动者的身份证件和**国家企业信用信息公示系统**上的企业信息，便可以证明双方的主体资格。

对于劳动者来说，一般而言成年的自然人都符合法律规定的劳动者的标准并享有平等就业的权力。在实践中，最常见的因为劳动者“不具有主体资格”而导致劳动关系不成立的情况就是**劳动者的年龄达不到标准**。

劳动者的主体资格从十六周岁开始，到法定退休年龄（**男性 60 周岁，女性 50 周岁**）结束。在这个范围内的劳动者才具有订立劳动关系的主体资格。

另外，完全失去劳动能力的人、无民事行为能力的人以及一些其他特殊人士也有可能不符合订立劳动关系的主体资格，我们会在后面的章节中详细描述。但是，虽然这些没有订立劳动关系主体资格的人们不能通过劳动仲裁的方式来用劳动法维护自己的合法权益，但如果他们遭遇了劳动争议，我们仍然可能通过基层调解或民事诉讼等方式来争取他们的应得的劳动报酬。

2、劳动关系的第二要素：规章制度管理，劳动报酬和从属性质

那么，确定了用人单位和劳动者都具备订立劳动关系的主体资格之后，下一步显然就是要确定双方的确存在劳动关系了。

也就是说，我们需要证明的就是劳动者的确在该用人单位工作，从而为这个用人单位创造价值，来换取工资作为自己的劳动报酬，并且在这个过程中，劳动者接受用人单位的工作安排，服从单位的管理制度。

虽然法条说得比较抽象，但是落到实践上其实是比较简单明了的。

服从用人单位的管理，不外乎按时上下班、按要求着装、按要求完成劳动内容等公司要求劳动者完成的任务和达到的标准。从这些标准中，这第二个要素可以更明确地凝练成劳动者具有对用人单位的**“人身上的从属性”**，或者说，劳动者“隶属”于用人单位。那么，任何可以证明劳动者的确在人身上从属于用人单位的证据都可以证明这第二个要素。**例如，上下班时间的打卡记录能证明劳动者受到用人单位的工时制度管理；工牌、工装能够证明劳动者受到用人单位的着装要求管辖等等。**

其次，**劳动报酬也是证明劳动关系存在的一个关键的内容**。劳动关系是劳动者为用人单位提供劳动以换取报酬的关系，那么公司按月向劳动者发放工资就是一个非常有力的劳动关系的证据，简而言之，就是说劳动者对用人单位具有**“经济上的从属性”**，或者说，劳动者在经济上依附于用人单位。在实践中，如果单位用公司银行账户以银行转账的方式向劳动者发放工资，那么这通常能够非常有力地证明劳动关系的存在，**但这并不是说公司账户转账之外的工资发放方式就没有证明力度**，如果能够证明是公司人员按月按量向劳动者发放工资，或者如果公司用在线平台转账时标注了“工资”的字样，那么这些记录都可以作为劳动关系的有力证据。

常用的证明劳动关系的证据会在接下来的章节中更详尽地向读者说明，但这第二要素的基本原则就是任何可以证明劳动者在人身上和在经济上都从属于、依附于用人单位的证据，都可以多多益善地用于证明劳动关系的存在。

3、劳动关系的第三要素：用人单位业务的组成部分

一般而言，如果劳动者可以证明自己的劳动确是用人单位安排的劳动，且在劳动关系的履行过程中没有第三方的介入，那么不难证明劳动者的劳动的确是该用人单位的业务的重要组成部分，所以证明这第三要素的证据和证明第二要素的证据其实并无太大差别。

这第三要素存在的意义，更多是**确定劳动者“和谁”存在劳动关系**。例如，在劳务派遣的情况下，虽然劳动者可能在人身上受用工单位的组织管理，在经济上可能也依附于用工单位，但是劳动者为用工单位提供劳动的确是劳务派遣公司的业务的组成部分，所以在劳务派遣的情况下，**劳动者的劳动关系的确是和劳务派遣公司订立的**。所以，劳动关系的第三要素多用于多方参与的劳务派遣和劳务分包等情况，以及多个公司混同用工的情形，也需要第三条原则来厘清劳动者的事实劳动关系究竟是和哪家人单位之间成立的。

总而言之，只要具有主体资格的劳动者对用人单位有人身上的从属性，为用人单位提供劳动来换取报酬，那么劳动关系就是能够成立的。**虽然劳动合同的确是劳动关系的充分条件，但并不是必要条件。所以劳动者们并不用担忧在用人单位拒绝签订劳动合同的情况下，自己的法定权益就会无处争取。**

4.1.2 需要确定劳动关系的情形和认定方法

许多劳动者在日常的劳动当中并没有与用人单位订立正式的劳动合同，可是他们中的大部分人仍然在为用人单位提供劳动，并且按时领取用人单位发放的工资。在这种情况下，虽然劳动者的权益受到了用人单位的非法侵犯，但因为对法律不够熟悉，他们很多时候仍然选择相安无事地与公司继续这样不清不白的劳动关系。这有时就会导致劳动关系在模糊不清的情况下没有补偿地莫名结束，或者导致劳动者本来可以主张的二倍工资等权益在不知不觉中就超过了诉讼时效。这时，劳动者如果想要主张这些权益，就需要主动去证明与公司的劳动关系。那么，为了尽可能完整地保障劳动者的合法权益，如果你处于这种**没有劳动合同保障的劳动关系**中，我们建议你仔细阅读此章节，可以为你接下来的行动做参考。

1、劳动监察和劳动仲裁中证明劳动关系的差别

1. 劳动仲裁

在确定劳动关系的过程中，最具有效力的劳动关系的书面证明一般只以两种形式出现：

- 用人单位与劳动者签订的劳动合同
- 劳动仲裁委员会或者人民法院出具的、判决劳动关系存在的判决书。

所以在实践中，一般当涉及补偿、赔偿金额相对较大时，或出现类似社保补缴、工伤认定这样的需要硬性的书面劳动关系证明的情况时，通过劳动仲裁来获取判决书，从而书面确定劳动关系是最好的选择。当然，因为这样的劳动关系证明是板上钉钉的，书面硬性的，所以它需要劳动者在仲裁申请书的诉求中正式地添加一项**请求裁决申请人与被申请人于 xxxx 年 x 月 x 日到 xxxx 年 x 月 x 日之间存在劳动关系**，同时，它所需要的证据力度也是更加严格的，劳动者需要将尽可能多的证明劳动关系的证据以法定的形式作为证据提交给仲裁委，经过庭审的举证和质证，才能够获取这样的硬性的书面证明。

2. 劳动监察

但是在现实中，涉及金额较小的劳动纠纷、劳动关系的持续时间较短的劳动纠纷以及兼职、暑假工等情况的维权需求也是不容忽视的。在这样的情况下，花上大半年的时间进行劳动仲裁显然不是最有效率的解决方式。在这些情况下，联系劳动监察大队不失为一个更理性的选择。在劳动监察大队帮助劳动者进行维权时，劳动者一样也需要首先说明自己与用人单位存在劳动关系，并提供有一定证明力度的劳动关系存在的证据。但是，因为劳动监察大队更多地只是充当一个调解者和责令公司纠正违法行为的执法者，而并不具有正式、书面判定劳动关系存在的权力，所以在这种情况下，劳动者并不需要正式、书面地向监察大队证明劳动关系，而可以以更多样、更日常的形式向监察大队证明劳动关系的存在。

2、工资相关

首先，虽然许多劳动者在用人单位只愿给与工资报酬这一种权益而拒绝任何其他法定义务的情况下为用人单位提供劳动，这里的工资也随时处于岌岌可危的状态。因为没有书面订立了的劳动合同，那么工资的数额和构成就是没有明确的书面标准的，而绩效工资、业绩工资的计算方式也没有明确的保障。那么在实践中，处于这种不清不白的劳动关系中的企业管理者时常可以在相对低风险低成本的情况下对劳动者的薪资报酬做手脚。

在这种情况下，如果公司对劳动者的工资进行了违法克扣，那么劳动者就算只是联系劳动监察大队维权，也是需要初步证明与公司存在劳动关系的。如果劳动者在这种情况下因为用人单位单方面克扣工资或者修改薪资待遇结构来变相克扣工资而申请劳动仲裁维权，那么劳动者也需要提供充足的证明劳动关系的证据。虽然没有书面劳动关系的保障，但是工资数额的明显减少本身也是克扣工资的证据，而公司需要证明工资数额的合法性。但是这一切防止克扣工资和克扣之后的维权行为都是需要建立在事实劳动关系的证明上的。

3、双倍工资赔偿

现在我们应该都清楚明白地了解了劳动合同对于一段劳动关系的证明效力和它对劳动者的合法权益的保障作用。所以拒绝签订劳动合同的用人单位无疑是在赤裸裸地侵犯劳动者的权益，将他们完全置于没有任何法律上的稳定保障的工作境况当中。所以我国的劳动合同法

对这样的违法行为是有非常严苛的处罚和赔偿方式的，这样的用人单位需要支付劳动者在没有劳动合同情况下工作的从第二个月起的所应得报酬的二倍。

法律法规

中华人民共和国劳动合同法

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。

这就是说，劳动者在未与用人单位签订劳动合同的情况下，最多可以拿到额外 11 个月的月工资的赔偿。双倍工资的具体的算法和时效问题会在后面的章节中被专题化地讲解，但很显然，事实劳动关系的确立也是双倍工资赔偿的必需条件。在实践中，因为双倍工资的数额时常相对庞大，所以劳动仲裁几乎是唯一一种可以依法获取双倍工资赔偿的方法，所以具体的操作方式一样也是在劳动仲裁的诉求中同时主张事实劳动关系的成立和双倍工资的数额。

4、劳动关系解除相关

在我国劳动合同法的规定中，劳动关系的解除有若干种方式。但是除了劳动者主动离职或者劳动者出现了极其严重恶劣的违法行为或者过失行为之外，劳动关系在解除时用人单位都是需要支付劳动者**补偿金**的。而在公司在不符合任何劳动合同法中规定的情况下解除劳动合同时，法律也规定公司须支付二倍于经济补偿金的**赔偿金**。

法律法规

中华人民共和国劳动合同法

第四十六条：有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

1. 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
2. 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
3. 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的
4. 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
5. 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
6. 依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的
7. 法律、行政法规规定的其他情形。

这样的补偿金或赔偿金当然也是同时适用于签订了劳动合同的劳动关系和事实劳动关系的，在后者中，对于劳动关系的证明也显然是必要的。在实践中，因为劳动监察并没有判定公司解除劳动关系的性质的权力，所以在公司拒付补偿金的情况中，这样的补偿金通常也是需要通过劳动仲裁来获取的。这里的操作方法和上述的情况类似，需要劳动者在劳动仲裁的

过程中同时主张确定劳动关系和补偿金或赔偿金的赔付。

5、社保相关

在我国，所有与用人单位建立了劳动关系的劳动者都依法享有公司为其购买社会保险的权益。

法律法规

中华人民共和国劳动法

第七十二条：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。

那么我们可以很直观地看出，社会保险的购买也是建立在劳动合同或者被证明了的事实劳动关系的基础上的。如果劳动者拥有劳动合同，那么最快捷的方法当然是带着劳动合同去当地人社局申请补缴。在没有合同的情况中，如果用人单位拒绝为劳动者购买社会保险，那么劳动监察大队确实是可以督促用人单位给劳动者缴纳社保并对公司实施处罚的。但是在实践中，如果没有劳动合同，劳动者在不进行仲裁的情况下，是没有任何书面的劳动关系的证明文件可以用来主动去社保局要求补缴社保的，那么就算劳动监察介入了，劳动者们也时常处于被动的地位。这样的要求公司补缴社保的路径在实践中效率比较低，成功率也并不高。

所以，如果劳动者在没有签订劳动合同的情况下，最有效的要求公司补缴社保的路径仍然是劳动仲裁，但是这里还有一个误区。补缴社保不像归还补齐被扣除的工资一样可以直接通过仲裁判决公司支付，所以虽然我们可以在仲裁中主张公司补缴社保，但是因为**社保局和仲裁委并不是同一个政府职能机构**，所以劳动者们主张补缴社保时，仲裁委的判决书上会因为**“不属于劳动争议的受理范围”**为由驳回劳动者补缴社保的诉求。这个时候不用慌神，只要判决书上的确裁决了劳动者和用人单位之间存在劳动关系，那么这份判决书就可以作为劳动关系存在的书面依据被带去当地的人社局来申请让公司补缴社会保险了。

6、工伤工亡相关

最后，在没有签订劳动合同的情况下，工伤工亡的情况与社保的情况的处理办法是比较类似的。

法律法规

工伤保险条例

第十八条提出工伤认定申请应当提交下列材料：

1. 工伤认定申请表
2. 与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料
3. 医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。

工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因以及职工伤害程度等基本情况。工伤认定申请人提供材料不完整的，社会保险行政部门应当一次性书面告知工伤认定申请人需要补正的全部材料。申请人按照书面告知要求补正材料后，社会保险行政部门应当受理。

前面提到，因为人社局和仲裁委是不同的职能部门，那么由人社局负责的工伤认定流程也是不能直接通过劳动仲裁完成的；可是工伤认定时，劳动者需要提交书面的与用人单位存在劳动关系的证明材料。那么，发生了工伤的劳动者如果没有与用人单位签订劳动合同，那么也需要首先通过劳动仲裁来对事实劳动关系进行确定。这里可能会造成一定的焦虑：劳动仲裁需要的时间动则大半年，错过了工伤认定的一年的期限怎么办？其实这是不需要担心的，法律明确规定这样的劳动仲裁是不计入时限内的。

法律法规

人社部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（二）

第八条有下列情形之一的，被延误的时间不计算在工伤认定申请时限内。

1. 受不可抗力影响的
2. 职工由于被国家机关依法采取强制措施等人身自由受到限制不能申请工伤认定的
3. 申请人正式提交了工伤认定申请，但因社会保险机构未登记或者材料遗失等原因造成申请超时限的
4. 当事人就确认劳动关系申请劳动仲裁或提起民事诉讼的
5. 其他符合法律法规规定的情形。

那么，这一条法律就明确规定了，证明劳动关系的劳动仲裁所花的时间是不计入工伤认定的时限的，那么结束受理的期限就会往后顺延。如果劳动者的劳动关系认定花了半年，那么工伤认定的终止日期便也往后顺延半年，所以不用担心劳动关系认定导致工伤认定过期的情形。

总之，除了数额较小的、劳动关系时间较短的劳动纠纷以及兼职、暑假工等情况需要通过劳动监察以一种更非正式的形式说明劳动关系存在之外，如果没有劳动合同的劳动者需要以正式的形式拿到书面的、法律效力充足的劳动关系的证明，那么劳动仲裁以及诉讼是最有效的选择，甚至几乎是唯一的选择。所以遇到上述情况需要劳动仲裁时，劳动者们可以准备

好足以证明自己对公司在人身上和经济上的从属关系的材料，在仲裁时主张**申请人与被申请人存在劳动关系**，以得到具有法律效力的判决书以证明事实劳动关系存在，从而主张自己应得的权益。

4.1.3 为个体户、国家机关、事业组织、社会团体提供劳动，能否确定劳动关系？

编者的话

也许在之前的阅读中，在想到劳动关系争议的情形时，读者们在脑海中想象的图景大多都是自己在民营企业里面和老板或者人事斗智斗勇的情形吧？当然，民营企业是我国经济体系的重要部分，也有很大一部分的劳动者最终会去非公有的营利组织中寻找工作。我们平时看到的大多数案例也都是在民营企业中发生的劳动争议。

可是，拥有雇佣劳动力的权力，能够和劳动者订立劳动关系的机构，其实**远远不止非公有企业**。我国的市场经济体系中的用工主体是多样的，包括企事业单位、个体工商户、各类民办非企业团体等等。那么，在劳动者为这些主体提供劳动时，能否按《劳动合同法》来确立劳动关系呢？和它们确立劳动关系的流程又与和民营企业确立劳动关系有何异同呢？

其实，我国劳动法对这些情况已经进行了比较明晰的界定，这些用人主体**统统是受到劳动法的约束的**。

法律法规

《中华人民共和国劳动法》

第二条在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

可见，国家机关等组织在劳动关系的订立上和各类用人单位是**并列的关系**。对于这些用工主体来说，确立劳动关系的原则仍然是以前面提到的三个要素为准的，也就是双方具有订立劳动关系的资格，劳动者受到用人单位制度管辖并且在用人单位处领取报酬（亦即对用人单位具有从属性），并且劳动者的劳动是用人单位业务的组成部分。这些原则在某些情况下可以直接迁移到其他用人主体的劳动关系的订立中，但在另外一些情况下，难免会有节外生枝的情况。接下来本书会从简到繁地对不同情况进行分析。

1、个体工商户

对于劳动者来说，个体工商户这种特殊情况其实是最不特殊的一个，也是维权实践中与一般民营公司的差异最小的一个。在法律上，个体工商户和有限责任公司主要是在税务、法人主体资格和债务责任方面有所差别，但是对于为其提供劳动的劳动者来说，二者所要承担的责任义务是大同小异的。但是，因为个体工商户一般**规模较小**，大部分个体户没有像大公

司那样完整书面的规章制度或者各类书面的管理文件，甚至在签订劳动合同方面也不加重视，用口头约定来逃避签订劳动合同的义务的情况也不少。所以在实践中，参与人数越少，规模越小的个体工商户，就越不容易有官方的、书面带章的高效力证据来证明劳动关系。所以在这种情况下，我们的思路就应该是从个体户本人发放工资的记录，和现实的劳动中能证明自己为个体户提供劳动的物件、照片、视频和聊天记录等等来入手。

司法案例

湖北省巴东县人民法院（2016）鄂 2823 民初 2167 号

被告向某某在为原告的个体工商户餐馆清洗揉面机的过程中，右手被揉面机绞伤。原告个体工商户不服劳动仲裁中“原、被告之间存在劳动关系”的判决，上诉主张原、被告间不存在劳动关系，因为不存在任何形式的书面要件，无劳动合同、无工资发放表、无工作证件、无连续用工形式等。

法院认为，因为“被告在餐馆做工并由原告给被告支付了工资，被告的劳动工具、劳动条件均由原告提供，被告的劳动行为受原告的管理与约束，双方之间存在管理与被管理的人身依附关系，且被告的劳动是原告业务的组成部分，故双方虽未签订正式书面劳动合同，但双方形成事实上的劳动关系”。

那么在这个案例中，被告向某某就可以拿着这份劳动关系存在的判决书去顺利申请工伤认定了。不难看出，这样的一份判决书其实和一般的与民营企业确立劳动关系的劳动争议的判决其实是别无二致的。而这个案例更是很好地说明了，在个体工商户的劳动争议中，虽然时常缺少书面的合同、证件和工资记录，但通过证明个体户是劳动所需的工具、物件的提供者和工资的发放者，也可以顺利确立劳动关系的存在。

2、民办非企业单位

可能许多劳动者在看见“民办非企业单位”的时候会有些发懵，不知道这指的到底是哪些单位和组织。其实，“民办非企业单位”之中有很多我们耳熟能详的例子，比如说一些**民办学校、民办医院、民办职业技能培训机构等等**。这些机构或是被法律规定不能以营利为目的（如义务教育阶段的民办学校），或是因为具有公益性质而主动不以营利为目的（如公益的职业技能培训机构）。虽然这些机构本身不以营利为目的，是我国公益事业的重要部分，可是当劳动者为其提供劳动，它们也需要作为用人单位为劳动者提供劳动法规定的相应待遇和权益。在实践中，对于这样的非企业组织，劳动者们**并不需要纠结它们是否具有营利性质**，在很大程度上劳动者只需要把它们当作一般的民办用人单位就可以了。在需要和它们确定劳动关系时，同样的劳动关系三要素原则也是有效的。

司法案例

山东省青岛市中级人民法院（2015）青民一终字第 357 号

本案中，智荣中学系民办非企业单位。1996 年 6 月，邹英到智荣中学工作，双方未签订书面劳动合同。2007 年 9 月，智荣中学与邹英签订书面劳动合同。2013 年 11 月，双方解除劳动合同关系。智荣中学未为邹英缴纳 1996 年 6 月至 2007 年 9 月期间的社会保险费。智荣中学主张其与邹英于 1996 年 6 月至签订书面劳动合同前存在劳务关系，而非劳动关系。

法院判决，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。虽然邹英与智荣中学于 2007 年 9 月方签订书面劳动合同，但自邹英于 1996 年 6 月起为智荣中学提供劳动，至双方于 2013 年 11 月解除劳动关系，邹英于 2014 年 5 月 12 日提起本案仲裁，并未超过法律规定的一年的仲裁时效，故原审法院确认邹英与智荣中学于 1996 年 6 月至 2007 年 7 月期间存在劳动关系，符合法律规定，本院予以维持。

首先，从这个案例中 2007 年原告与被告签订劳动合同可以看出，民办非企业单位也是和普通的民营企业一样拥有订立劳动关系和签订劳动合同的资格的，也就是说和企业一样是建立劳动关系的**适格主体**，并且也同样负有为劳动者购买社会保险等法定义务。所以在劳动者们为这样的组织提供劳动时，入职即签订劳动合同的原则仍然适用。其次，可以看出与民营企业单位确立劳动关系的原则对非企业单位也是适用的，在没有劳动合同的期间也可以通过相应原则证明事实劳动关系。最后，青岛智荣中学是一所民办初中，属于义务教育学段的民办学校，法律上属于**非营利性组织**。所以，用人单位是否是营利组织，是否以营利为目的而设立，都**不影响**其用人单位的主体资格和法定义务。

3、事业单位

以上两种情况都是劳动者可能遇到，但是处理方法和一般的用人单位大同小异的情况。对于事业单位来说，证明劳动关系的思路也是**完全一样的**。在上文援引过的法条中明确提到，事业单位和与之订立劳动关系的劳动者也应受到劳动法的保护，而证明劳动关系胜诉的案例也不在少数，这里就不多赘述。但在实践中，因为有在编人员和不在编人员的区分，有人事争议和劳动争议的区分，所以这种情况中的劳动者会有一些细节问题和特殊情况需要注意。

第一是有关劳动者的**在编情况**的问题。这里和事业单位确定劳动关系的前提是劳动者并不是事业单位的**编制人员**，因为编制人员应该和事业单位签订聘用合同，产生的争议属于**人事争议**，不属于劳动法保护的范畴。本文提到的劳动关系，指的是非编制员工和事业单位订立的劳动关系。所以在实践中，如果劳动者是编制人员的话，那么劳动法的维权途径是不适用的，也不在仲裁委和法院的劳动争议受理范围内，而是属于人事争议。这一点需要在维权时做出区分。

第二种容易出现问题的情况比较稀少，但是是在实践中也容易不被纳入受理范围的情形，就是在政府主管部门对国有事业单位进行改制的过程中产生的劳动争议很有可能不被人民法院和劳动仲裁委所受理。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）

第二条：因企业**自主进行改制**引发的争议，人民法院**应予受理**。

法律法规

最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定

第三条：**政府主管部门**在对企业国有资产进行行政性调整、划转过程中发生的纠纷，当事人向人民法院提起民事诉讼的，人民法院**不予受理**。

所以在事业单位改制的过程中，劳动者们需要先确定事业单位究竟是**自主改制**，还是在**政府部门的安排下进行改制的**。如果是前者，那么我们可以使用常规的思路对该事业单位发起劳动仲裁来证明劳动关系，达成我们的诉求。如果是后者，那么我们也许需要尝试劳动监察、行政诉讼或者基层调解组织来解决我们的争议。

编者的话

总之，不论我们的用人单位是否公有，是否营利，是否是个体户，都不影响我们与之确立劳动关系，而确立劳动关系的思路都是证明前面的章节提到的三个要素。所以在特殊的用人单位的形式之中，我们只要把握到普遍的规律，就能够兵来将挡水来土掩了。

4.1.4 事实上符合劳动关系特征，但签订了劳务或实习或商务合作合同能否去认定劳动关系？

编者的话

在这一章中，我们已经一次又一次地强调了劳动合同的重要性，仅凭劳动合同这一份文件，我们的劳动关系就成为了板上钉钉的事实。那同样的逻辑是否可以迁移到劳动者和用人单位的劳务关系、合作关系或者实习关系中呢？有的劳动者会担心，如果我和用人单位签订了劳务合同或者商务合作合同，那我和用人单位的劳务关系或者商务合作关系是不是也板上钉钉了，不能主张劳动关系的相关待遇了呢？其实这样的担心是多余的。这样仅凭一份文件就可以盖棺定论的逻辑其实是不适用于劳动合同外的其他情况的。

1、签订了“劳务或实习或商务合同时的劳动关系确认思路”

在实践中，为了规避劳动关系所带来的一系列提供劳动待遇的义务，许多用人单位会通过欺骗、诱导等方式来利用劳动者对法律的不熟悉，迫使事实上与其存在劳动关系的劳动者签订“劳务合同”“商务合作合同”或者“实习/试用期合同”来**试图在法律上将劳动关系定性为非劳动关系**。这种情况下如果出现了劳动争议，劳动者时常就会犯难，认为自己的事实劳动关系被一纸劳务合同就变成了劳务关系。但事实上，这样的行为属于教科书式的**掩耳盗**

铃。企业的各种规章制度、经营模式尚且要遵循法律的规定，那仅仅是一份合同的标题叫什么，显然不能改变确定劳动关系的三要素这种法定的劳动关系的标准。所以在签订了“劳务合同”、“实习合同”或者“商务合作合同”的情况下，证明劳动关系存在的思路仍然与之前的思路是一致的，即证明自己和用人单位具有订立劳动关系的主体资格；自己受到用人单位的规章制度的管辖（也就是对用人单位存在从属性）；以及自己的劳动是用人单位业务的组成部分。

司法案例

山东省泰安市中级人民法院（2021）鲁 09 民终 1326 号

本案中，被告倪某某与泰安市岱岳区东风华莱士汉堡店签订的是《劳务合同》，汉堡店主张“合同第五条已经明确约定‘鉴于甲方工作的内容及性质，以及人员流动性非常大、工作时间灵活，隶属关系不强等特点，双方不具有劳动合同关系。’”

在这一前提下，因为本案中，“被告倪某某均与泰安市岱岳区东风华莱士汉堡店均系适格的劳动关系主体，倪某某在泰安市岱岳区接受其安排的工作、接受其管理并领取劳动报酬，并不违反法律、行政法规强制性规定，双方之间实际存在的权利义务符合劳动关系的法律特征。”，所以法院认为：“泰安市岱岳区东风华莱士汉堡店一审虽提交了双方签订的劳务合同，但判断双方法律关系应以双方实际存在的权利义务为基准，而不应仅从书面合同的名称上判断，一审确认倪某某与泰安市岱岳区东风华莱士汉堡店存在劳动关系是正确的。”

所以在判定劳动关系是否存在时，不论是合同的标题是否叫“劳动合同”，还是合同中是否否定双方所订立的是“劳动关系”，都不影响双方在劳动关系三要素的基础上确定劳动关系的法律流程。

2、事实劳动关系中，各类非“劳动合同”的合同的法律价值

那么，当我们在劳动仲裁维权的过程中，这些五花八门的用来试图代替劳动合同的各类合同究竟会对我们的维权产生什么样的影响呢？它会被仲裁委看作完全无效，还是说它能够对我们的维权过程中有其用武之地呢？要回答这个问题，我们不妨看看以下法条：

法律法规

《劳动合同法》

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。

虽然法条中只写了“劳动合同应该具备以下条款”，但是我们反过来想一想，可以得出一个结论，就是说用人单位与劳动者签订的劳动合同的标题到底叫不叫“劳动合同”，其实并没有非常大的重要性。只要在合同之中约定了上述内容，并且有签字或盖章说明了双方对这些条款达成了合意，那么里面的劳动报酬、合同期限等条款就是仍然有效的。

司法案例

成都市武侯区人民法院（2017）川 0107 民初 10916 号

被告冉某某于 2014 年 2 月 16 日与武侯区茂森林家具经营部签订了《合作合同》，合同于 2016 年 2 月 15 日到期，此后并未续签或另行签订劳动合同。2016 年 10 月 19 日冉某某通知公司被迫离职，仲裁判决双方在劳动关系，而公司需支付 2016 年 2 月到 10 月的双倍工资。

公司上诉至中院，中院维持了劳动关系存在的判决，并认为因为被告冉某某缺乏 2016 年的工资发放情况的证明，所以**双倍工资赔偿和离职补偿金应该按照《合作合同》规定的薪资，即 4800 元人民币/月发放。**

那么，虽然劳动者和用人单位签订了“合作合同”而非“劳动合同”，但合同中对薪资标准所达成的协议仍然是生效的。在劳动者维权过程中，仍然可以运用其中对自己有利的条目来争取自己的利益，或者简化自己计算主张金额和撰写仲裁申请的流程。

3、签订了实习或劳务或合作合同，还可以主张二倍工资吗？

看了以上这个案例，或许有的读者又产生了新的疑惑：“冉某某不是从 2014 年开始就没有和公司签订劳动合同吗？为什么二倍工资要从 2016 年开始算呢”？这是因为这里的双倍工资对应的是劳动合同**未续签**的情况，而不是自始未签订劳动合同的情况。这个问题在本章的最后一节会有详细的解答，但我们首先要明确的是，在司法实践中，虽然用人单位和劳动者

签订的并不是“劳动合同”，但是如果在这些“叫其他名字的劳动合同”中，确实能看出劳动者和用人单位就劳动合同必要的一些款项达成了合意，那么劳动仲裁委和法院很少会支持劳动者的二倍工资的诉求。劳动者们可以简单理解为，虽然我们和用人单位签订的合同并不叫“劳动合同”，但是仲裁委会认为劳动者和用人单位已经就工作内容、劳动报酬和工作条件达成了书面的合意，所以这份书面文件就可以等同于一份“劳动合同”，于是就不会再支持劳动者的二倍工资的诉求了。

司法案例

湖南省长沙市岳麓区人民法院（2019）湘 0104 民初 13530 号

吴某某于 2019 年 7 月 15 日入职湖南荣派电子商务有限公司，与其签订了一份《劳务合同》。公司于 2019 年 9 月资金链断裂导致吴某某被拖欠工资，于是吴某某发起劳动仲裁要求公司支付工资以及支付未签订劳动合同的二倍工资共 12000 元。

法院认为，虽然双方签订的是《劳务合同》而非《劳动合同》，但“该劳务合同书具备了《中华人民共和国劳动法》第十九条规定的劳动合同必备条款，应当视为双方签订了书面的劳动合同，故原告主张未签订书面劳动合同双倍工资没有依据，本院不予支持”，最终驳回了吴某某的双倍工资诉求，但支持了吴某某索要被拖欠的工资的诉求。

所以，虽然用人单位并未与劳动者签订《劳动合同》，但是强制订立劳动关系的立法初衷是为了让劳动者在为用人单位提供劳动的过程中有书面依据来证明和约束自己与用人单位间达成合意的“契约关系”。那么当有这样一份契约存在时，不管它的标题是叫《劳动合同》还是《劳务合同》或者《实习合同》，我们的司法系统便会认为劳动者已经有了一份兜底的书面合同来证明和约束自己与用人单位的劳动关系，那么的确就不太符合双倍工资的判罚条件了。关于双倍工资的具体原则和法理会在本章的最后一节被更完整地阐明。

编者的话

所以说，虽然对于我们劳动者来说，以正规流程签订的名叫《劳动合同》的书面合同仍然是我们需要一以贯之坚持的原则，但在事实劳动关系在劳动关系三要素的基础上能够成立的情况下，无论用人单位与劳动者签订的合同叫什么名字，只要合同里面规定了薪资报酬、工作内容、工作的地点和条件等劳动合同必备的条款，那么这份文件就可以作为我们维护自身劳动权益的凭据，也可以成为我们证明劳动关系存在的有力证据之一。

4.2 确定劳动关系的证据与分析

在前面的小节中，我们讨论了在什么样的情况下可以确立劳动关系。那么很多劳动者也许会提出这样的问题：**如何**在仲裁中确立自己和用人单位有劳动关系呢？从上一节的学习中，我们已经学到了在未签订劳动合同时认定劳动关系的“**三个要素**”：主体资格；规章制度管理，劳动报酬和从属性质；还有用人单位业务的组成部分。实践中，要求劳动者收集证据来

证明劳动关系的情况非常常见，甚至可以说是本组咨询群里面最常见的情况之一。

在这一章里面，我们将详细地分析一部分常见的，容易被收集的有效证据以及他们能够证明劳动关系的逻辑，也就是它们与**劳动关系三要素的联系**，以此来帮助有这方面需求的劳动者们更有针对性地收集证据来维护自己的合法权益。

1、最好的 T0 证据

很明显，证明劳动关系最直接且最有效的证据就是劳动者与用人单位的劳动合同。如果是合法订立的，（**也就是签过字盖了公章的**），非常清晰地包括了认定劳动关系的三个要素劳动合同，就可以**单独**证明劳动关系的存在。在实际情况下，与用人单位订立了劳动合同的劳动者在维护劳动权益的仲裁中，劳动者可以避免在审理主要争议前还要证明自己与用人单位有事实劳动关系的情况。这也代表了劳动者不需要花时间收集本章其它部分所列出的证据来佐证。因此，当劳动者拥有劳动合同时，在维权过程中能避免一条很长的弯路。

就算劳动合同在签订的流程和形式上存在违法的情况，或者如果劳动合同的内容残缺、空白，或者没有包括所有的劳动合同应该包含的内容，那这样的劳动合同一样也可以非常有力地用作劳动关系存在的证明。这些非正常情况下的劳动合同的法律效力和在案件审理中的具体的参考价值将在下一个大章进行详述，但只要存在**书面的劳动合同**，那么这份合同就可以是非常有力的劳动关系的证明。

2、主体资格部分

这一部分相对简单，在大部分情况，劳动者方面只需要“**身份证**”就可以证明自己本人是否拥有主体资格。劳动者的主体资格始于劳动者最低用工年龄（除特种工作外为 16 周岁），终于法定退休年龄。在司法实践中，就算没有开始享受养老保险待遇，劳动者达到法定退休年龄后也时常会被认定为丧失劳动者主体资格，不能再与单位形成劳动关系。此时与单位之间的用工关系，由劳动关系转变为劳务关系。如果有年龄上不符合的具体情况，可以参考本章第（四）节。

关于用人单位主体的证明，只需要去国家企业工商信息公示系统，在右上角的导航里面选择公司的所在地（省份，直辖市或兵团），然后查询企业名称就可以看到了。一个有权利与劳动者签订劳动合同的用人单位主体是一定能被搜索到的。劳动者们只需要打印该网站中对应企业信息的前几页，只要包括公司名称，统一社会信用代码，法人名称等基本企业信息就可以了。如果用人单位没有出现在该网站上的，可以参考本章第（三）节的处理方法。

3、从属性质部分

本章第 1 节已经提到了，第二要素和第三要素的证明方式差别实际上非常少。因此在这里我们就把两个要素放在一起讲，而这一部分的证据种类多样，并且有效程度也不尽相同。实际操作中，劳动者收集证据来证明自己与用人单位之间存在实际劳动关系时，多是指这个部分的内容。因此将会用较多的笔墨来叙述。并且在这一段将会根据实践中的证明效力，以从强到弱来排列。

法律法规

中华人民共和国人力资源和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知

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。

当然，除了法条中列出的证据以外，符合劳动关系的三要素的原则的其他证据也是有效的，不必拘泥于法条内写明的证据。值得注意的是，和劳动者有关系的用人单位官方文件法理上，在劳动者可以初步证明这样的官方文件被公司掌握的情况下（例如提供这些文件的照片、这些文件的残页、甚至有关这些记录的聊天记录等），用人单位负有举证的责任，如果用人单位无法证明或者拒绝证明，那么仲裁庭就会以不利于用人单位的方向进行裁判，这一点的根据是《劳动争议调解仲裁法》的第六条。而除了(一)、(三)、(四) 项以外的其它证据，都需要劳动者负责提供和举证。

法律法规

中华人民共和国劳动争议调解仲裁法

第六条

发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

但是在实践中，如果劳动者不掌握证明这些官方文件存在的初步证明，其实很难让公司主动提交这些证据。就算有初步的证明，在公司不提供的前提下，情况会变得模棱两可，虽然法条说公司应“**承担不利后果**”，但仲裁委的主观因素可能就会有所介入。所以虽然有这个法条的兜底机制在，虽然法律确实规定公司对劳动关系的证明负有举证责任，但这些举证责任的规定对劳动者来说并不是一个可以完全依靠的工具。所以在现实的劳动关系证明中，举证的任务还是更多地落于劳动者的肩上。这一段将会根据实践中的证明效力，以从强到弱来排列，帮助读者用更有针对性的方式来收集证据。

证明效力很高的 T1 证据

载明支付单位的银行工资流水记录，单位盖章确认或会计签字的工资条或记录、社会保险记录单、企业年金单、住房公积金单或其他工资发放记录等，以及单位盖章的职工花名册

和其它一系列的能够明确证明劳动者被用人单位置于管理并获得报酬的官方文件。值得一提的是，需要证明劳动关系但是仍然在职的劳动者可以尝试通过要求公司开具**在职证明**来获取盖有公章的劳动关系存在的证据，这种情况下的劳动者可以尝试用办信用卡、办贷款需要收入证明的理由向公司要求开具盖有公章的“**在职证明**”，从而得到一份非常具有证明力的劳动关系存在的证据。

这些证据属于第一梯队，因为它们要么是有**官方背书的文件**（如社保、公积金记录），要么是**公司盖章确认的直接表明劳动者是公司员工的文件**（如盖章的花名册、在职证明等）。可以非常清晰、明确地证明了劳动者正在服从指定的用人单位的规章制度或从用人单位获取劳动报酬，也就是劳动者和此用人单位之间有经济上和人身上的从属关系，这属于最直观、最有力的能证明实际劳动关系的证据。现实中，哪怕是复印件或者是照片一类的初步证据也是可行的，因为这可以证明公司掌握这类证据的原件，如果公司在初步证据后不予出具原件，那么就得承担由此造成的不利后果。

编者的话

但关于工资部分需要详细说明，最重要的部分应该是要**确保工资流水的双方应该是用人单位和劳动者本人**。只有这样才是最可靠的。如果平时的报酬是用微信，或者支付宝发放的话，如果是公司人员转的，标注了是工资的，每个月按时或者按量有规律地发的，整理一下是有证明力的，但效果肯定比公司账户的转账流水要差一点。但如果以上的几条都没有，只是没有任何标注的转账记录，也可以结合其他证据形成证据链条来具备说服力和证明力。

实践中常用的 T2 证据

然后是用人单位向劳动者发放的带有公司名字的“工作证”、“服务证”、“厂牌”、“技术认定证书”，公司提供的各种生产资料 and 工具，或者工作服等由**用人单位发放**的，能够佐证劳动者服从用人单位的规章制度进行劳动的物件。

这个级别的证据还有**劳动者填写**的招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录，以及各类包括书面形式的或微信、钉钉上的考勤记录、加班通知、打卡记录等。和前面一样，如果无法提供原件，也能提供照片或者复印件等初步证据，以此来证明劳动者有在用人单位服从管理完成劳动内容。

编者的话

这些证据和上一组类似，虽然效力稍差但是很好的证据，可以证明劳动者以该公司的名义进行劳动，在人身上从属于用人单位。物件方面的话最好上面有明确提到劳动者本人的名字，职位等信息。文件方面也最好有用人单位的公章或者有关负责人的签字。如果没有，还是可以作为一项证据混合其它的一起提交形成证据链条。

不管是日常还是紧急情况下都可以收集的 T3 证据

与公司领导谈话、工作情况的录音、录像，或者在公司群和用人单位领导之间的聊天记

录这类也属于劳动者能比较容易收集到的证据。但是一定要**清晰地呈现出劳动者受雇于用人单位**（比如在用人单位微信群里讨论、安排劳动者工作），或者体现出**劳动者有通过劳动从用人单位获取报酬**（比如和财务在微信上商量工资问题，或者直接找老板的微信讨薪的聊天记录）。如果有公司网络会议的录像也可以作为**劳动者参与用人单位工作事项的证据**。

如果已经被辞退或者即将被辞退，不大方便出入公司的话，也可以通过录音电话的方式来获取证据。可以运用一些话术小技巧来巧妙地获取一些可以做为证据的信息，比如：“我都给你干了 xxx(工作内容) 这么久，你连社保都不给我买/工资都不给我发”，或者“我给你干了 xxx(时间)，你怎么能说辞退就辞退？”一类的，具体情况具体想办法，只要能套出有用的信息，并且能和我们现有的其他证据互相作证、形成证据链条，仲裁庭都会纳入参考范围的。

不是很常见但是多多益善的 T4 证据

除了以上的部分外，还有很多可以证明事实劳动关系的证据，包括且不限于：

- 其他劳动者（单位同事）的证言
- 发表有自己作品的公司内部刊物、或者公司网站有关自己事迹的报道
- 工作记录单、本人代表公司签订的采购合同、销售合同，客户业务记录等
- 由公司签字的岗位职责说明书、薪资确认书、调岗通知书、解除通知等
- 公司或者公司工会发出的本人的荣誉证书、奖状、惩罚通知单、工会会员证
- 和工作有关的财务借款单、报销凭证等
- 因交通事故引发的工伤，交警部门调查询问的笔录
- 劳动监察部门投诉登记、询问调查笔录等
- 信用卡账单邮寄地址为单位。

虽然上面列出的证据不能在本章进行详细讨论，但如果能收集到，也能让仲裁更容易成功。还有很多可能在这里没有列出的证据，但是原则只有一个：证明劳动者对于用人单位的从属性，也就是要证明**劳动者本人“从属”于目标用人单位**，或者通俗点说，证明劳动者有给用人单位干活来挣钱——只要是能证明这点，都可以作为有效力的呈堂证供。

编者的话

在实践中此类的证据往往是**不嫌少**的，过去的经验已经证明，证据越充分，仲裁委支持劳动者和单位拥有实际劳动关系诉求的可能性就越大。因此劳动者们在可行的情况下，尽可能收集更多的证据，往往能在仲裁时更有利。

4.3 误入非法公司怎么办？童工怎么办？

1、什么是非法用工关系

2017 年 6 月，周某开始在某机械加工小作坊工作，**这家作坊未办理营业执照**，赵某是这家作坊的负责人，双方没有签订劳动合同，也未缴纳社会保险。几个月后，周某在工作中受伤，周某找到当地人社局。**无锡市惠山区人力资源和社会保障局作出非法用工单位人员受伤**

情形判定书，认定赵某的行为构成非法用工，周某受到的事故伤害符合《工伤保险条例》规定的情形。经评定，周某的致残程度为九级。周某向仲裁委申请仲裁后，仲裁委裁决赵某应根据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定，向周某支付一次性赔偿金等共计 13 万余元。公司上诉无果。

我们首先要区分三种关系：

劳动关系，双方具有建立劳动关系的主体资格，劳动者接受用人单位的管理、从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取劳动报酬和受劳动保护。劳动者可以享受《劳动合同法》等一系列劳动法律法规的倾斜性保障；

劳务关系或者雇佣关系，雇主可以是自然人，主体双方平等，雇员提供短期的或者是特定的劳动服务，是一种民事法律关系。比如找人换锁，劳动者提供一次性劳动，客户支付报酬。这种关系不受劳动法调整，不享受补偿金等一系列待遇；

而在本案中，小作坊非法经营不具有建立劳动关系的资格，不能认定为劳动关系。但双方又符合劳动关系的其他特征，非法经营是公司过错，如果因为公司的过错而免除其责任、损害劳动者权益，显然有失公正。因此法律规定双方形成一种**非法用工关系**，实质是一种特殊的劳动关系。这种关系下用人单位**不能免除经济补偿、赔偿金的责任，除工伤外的诉求可以按照普通劳动争议进行处理**。（单位是否应承担未签劳动合同的双倍工资存在争议，一些地区不支持双倍工资，自诉劳动者可以主张，交给仲裁委判断）

法律法规

《劳动合同法》

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。

而对于工伤工亡的情况，非法用工的维权思路会更加特殊一些。**如果有在非法用工的情况下发生工伤工亡的劳动者，可以参考本文的后半部分**。在此之前，我们先来讨论非法用工是如何认定的。

2、哪些情况属于非法用工

非法用工主体包括以下四种情况，前三种是用人单位无主体资格，第四种是劳动者无主体资格。

1. 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位的用工
2. 被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的用工
3. 营业期限届满仍继续经营的单位的用工
4. 违法使用童工。（童工指不满 16 周岁）

编者的话

可以通过全国企业信用信息公示系统或企查查之类网站查询公司信息，搜索不到公司信息、公司显示已注销或者营业执照信息显示已过期的，就属于非法用工范围。非法用工维权相对困难，建议劳动者朋友们养成入职前查看公司是否合法的习惯。

除了某方不具备主体资格，还需要**双方具有劳动关系的其他特征**，即我们反复提到的“劳动关系的三要素”中的后两个要素，才可构成非法用工关系。

司法案例**(2022)浙**民终2035号**

2002年11月18日，高某注册成立加工厂，营业期限：2002年11月18日至2005年12月31日。2006年加工厂注销后，高某继续从事五金加工业务，无字号名称，内有机器设备三十余台。2021年5月4日，周某经老乡介绍到高某处干活。当月24日，周某在操作机床时左手被机器压伤。同年9月22日，宁波某司法鉴定所根据周某委托依《劳动能力鉴定职工工伤与职业病致残等级》标准认定周某的致残等级为十级。依照《人身损害赔偿误工期、护理期、营养期评定规范》，建议周某伤后的误工期限为90日、护理期限为30日、营养期限为60日，上述期限均含住院期间。周某为此支付鉴定费1900元。浙江省慈溪市劳动人事争议仲裁委员会于当月30日作出不予受理决定。周某上诉至法院，一审判令高某支付一次性赔偿金、医疗费、护理费、住院伙食补助费、鉴定费、生活费，共计93521.79元。二审维持原判。

本案中，加工厂注销后高某仍就从事五金配件加工经营活动，有固定场所及生产设备，雇佣了一定数量的工人，生产经营活动具有持续性，周某等工人在其固定生产场所内、利用其生产设备、按其要求从事其经营范围内的劳动，工作时间相对固定（周某工作20天共计198小时，平均每日近10小时工作时间）、报酬发放也有一定周期性，据此认定高某长期从事五金加工的经营行为。**高某接受周某雇佣及管理，已经符合建立劳动关系的特征，周某对外是否以“某单位”名义行事不影响双方劳动关系的实质，但高某系非法经营，不具有建立劳动关系的主体资格，因此双方属于非法用工关系。**

所以当劳动者在公司不具有营业资质时为其提供劳动时，我们与其确定非法用工关系的基础仍然是“**从属性原则**”，证明的方式和需要用到的证据亦与确立一般劳动关系时大同小异。

3、非法用工关系的维权路径

非法用工维权流程各地有所不同，这里总结一个通用路径，一些地方性法规放在文末供参考。

对于一般的经济补偿、赔偿金、双倍工资争议，非法用工的处理方式和一般劳动关系基本相同。不同点在于，**申请仲裁时将单位（如果能找到一个名字的话）和出资人（单位的老**

板、主要控制人）都列为被申请人，一些情况下仲裁委可能像上个案例一样不予受理，这时候带着仲裁委出具的不予受理通知起诉法院就好。

法律法规

浙江省劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（浙仲[2009]2号）

第10条规定，劳动者与未经依法登记、不具备合法经营资格的非法用工主体因用工发生争议的，仲裁委员会不予受理。但用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及用人单位决定提前解散、歇业的，仲裁委员会应当受理。

对于工伤问题，与一般劳动关系流程存在较大不同，这里重点讨论。在工伤工亡发生时，劳动关系主要适用《工伤保险条例》，享受工伤赔偿待遇；劳务关系主要适用《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》等民事法规，不能认定工伤，赔偿标准相对较低；而非法用工关系遭遇工伤有其专门规定《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》，劳动者虽无法缴纳社会保险、认定工伤，但单位或出资人应当支付一次性赔偿，包括治疗期间费用和一次性赔偿金，赔偿标准不低于工伤待遇。

一、进行工伤认定

在本文第一个案例中，劳动者申请认定工伤，人社局做出非法用工单位人员受伤情形认定书，而后进行劳动能力鉴定。进行申请工伤认定的目的是拿到工伤认定书，从而可以进行劳动能力鉴定。在某些地区，工伤认定的流程是能跳过的，可以提前向当地人社局咨询，也可以参考本书的第八章。

二、进行劳动能力鉴定

劳动能力鉴定的结果是确定一次性赔偿的依据，一般不可跳过。劳动能力鉴定所需费用需劳动者垫付。

赔偿金额计算主要依据以下法条：

法律法规

《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》

第三条：一次性赔偿包括受到事故伤害或者患职业病的职工或童工在治疗期间的费用和一次性赔偿金。一次性赔偿金数额应当在受到事故伤害或者患职业病的职工或童工死亡或者经劳动能力鉴定后确定。

劳动能力鉴定按照属地原则由单位所在地设区的市级劳动能力鉴定委员会办理。劳动能力鉴定费用由伤亡职工或童工所在单位支付。

第四条：职工或童工受到事故伤害或者患职业病，在劳动能力鉴定之前进行治疗期间的生活费按照统筹地区上年度职工月平均工资标准确定，医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费等费用按照《工伤保险条例》规定的标准和范围确定，并全部由伤残职工或童工所在单位支付。

第五条：一次性赔偿金按照以下标准支付：一级伤残的为赔偿基数的 16 倍，二级伤残的为赔偿基数的 14 倍，三级伤残的为赔偿基数的 12 倍，四级伤残的为赔偿基数的 10 倍，五级伤残的为赔偿基数的 8 倍，六级伤残的为赔偿基数的 6 倍，七级伤残的为赔偿基数的 4 倍，八级伤残的为赔偿基数的 3 倍，九级伤残的为赔偿基数的 2 倍，十级伤残的为赔偿基数的 1 倍。

前款所称赔偿基数，是指单位所在工伤保险统筹地区上年度职工年平均工资。

第六条：受到事故伤害或者患职业病造成死亡的，按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍支付一次性赔偿金，并按照上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 10 倍一次性支付丧葬补助等其他赔偿金。

三、劳动监察举报

确定赔偿金额后就要想办法让单位支付赔偿金，劳动监察强制力有限，但对于非法用工可能会给予特别重视，并且处理相对较快，值得一试。

法律法规

《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》

第七条：单位拒不支付一次性赔偿的，伤残职工或者死亡职工的近亲属、伤残童工或者死亡童工的近亲属可以向人力资源和社会保障行政部门举报。经查证属实的，人力资源和社会保障行政部门应当责令该单位限期改正。

四、申请劳动仲裁

将**单位和出资人**列为被申请人，申请的赔偿**主要包括一次性赔偿金、劳动能力鉴定费用、医疗费、护理费、住院期间的伙食补助费以及所需的交通费等**。也可能出现上面提到的不予受理情况，之后要上诉法院，但申请仲裁这个流程不可跳过。

法律法规

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》

第二十九条劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。

五、法院起诉

不满意仲裁结果或者仲裁委不予受理，拿到仲裁裁决书或者仲裁委不予受理通知书后，可以向当地法院起诉单位和出资人。

4、其他问题

1. 举报途径

公司无证经营可向当地市场监督管理局举报，用人单位或者其出资人可能遭受被依法取缔、没收违法所得、行政罚款、没收设备材料等行政处罚，更有甚者，可能因触犯刑法中非法经营罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪或者其他罪的规定，而被追究刑事责任。

2. 非法用工受伤人员能否申请先行支付？

法律法规

《社会保险法》

第 41 条职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。

法律法规

《社会保险基金先行支付暂行办法》

第 6 条职工被认定为工伤后，有下列情形之一的，职工或者其近亲属可以持工伤认定决定书和有关材料向社会保险经办机构书面申请先行支付工伤保险待遇。

非法用工单位不属于法定的用人单位，不符合社会保险基金先行支付的情形。对于非法用工工伤部门也不会给《工伤认定决定书》，不能先行支付。

3. 处于筹备阶段的企业、公司？

处于筹备阶段的企业、公司招聘劳动者从事公司筹建活动，如果筹建成功，设立人在筹建过程中的行为将被追认为公司行为，因用工产生的相关权利义务由筹建完毕的公司承受；如果筹建失败，则后果由发起人承受。如果在筹建中就发生争议，由于筹建中的公司不具备主体资格，设立人才是真正的用工主体，双方属于劳务关系，设立人承担用工责任。

4. 偷偷注销的公司？

对于从入职期便不合法的公司，按照非法用工关系处理。工作期间公司注销，并且注销

后仍在公司工作的，劳动者可向有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人列为劳动仲裁被申请人，要求支付工资、经济补偿金和一个月工资的代通知金，公司注销前发生的工伤可以按一般劳动关系处理，注销后发生工伤按非法用工关系处理。

4.4 退休人员、在校学生以及特殊人士如何确定劳动关系？

劳动关系的订立需要用人单位和劳动者双方都具备订立劳动关系的主体资格，这就包括了对年龄、民事行为能力等一系列的标准。然而在现实中，许多中老年人、年轻的大学生和身心残疾的人士仍然在生活的重担下不得不选择出卖自己的劳动力来维持生存、补贴家用。由于他们的主体资格的模糊性，他们是否能够订立劳动关系，劳动关系是否受到劳动法的保护时常是模棱两可的问题。其中，超龄劳动者的定义在法律上有“达到年龄”和“开始享受养老保险待遇”两种有所矛盾的解释方式，所以在实践中较为复杂，各地的裁判倾向也不尽相同；在读学生虽然在法律上有订立劳动关系的资格，但是“实习”这一劳动形式时常又会给劳动关系的认定增添一定的阻力；身体残疾人士的劳动关系的问题相对而言收到了比较明晰的规定，但精神障碍人士的劳动关系问题则需要参考当事人的民事行为能力进行具体问题具体分析。在本节中，笔者会梳理这几种劳动者们会遇到的各种情况，并给予这些情况中的劳动者们维权的建议。

4.4.1 超龄劳动者提供劳动，能否确定劳动关系？

编者的话

生活的压力就像秋叶一样，总在不经意间就落到了每一个人的肩头。随着人们平均寿命的增加，已达退休年龄，但仍感到有余力分担一些家庭生活压力的人也越来越多。然而，正如本书第二章所分析的，劳动关系、劳务关系，一字之差却可能带来太多的纠纷。既然已达退休年龄，那我还能跟用人单位建立劳动关系吗？工作中受伤了又该怎么办？在本节希望能够解答您心中的困惑。

1、超龄劳动者定义

当我们提到超龄劳动者时，一般是指年龄已经达到《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》中所规定年龄的劳动者，也就是我们常说的男六十，女五十岁。当然，涉及特殊工种的话，也会有相应更细化的调整：

法律法规

《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》

第一条、事业单位和党政机关、群众团体的工人，符合下列条件之一的，应该退休。

（一）男年满六十周岁，女年满五十周岁，连续工龄满十年的。

（二）从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或者其他有害身体健康的工作，男年满五十五周岁、女年满四十五周岁，连续工龄满十年的。

本项规定也适用于工作条件与工人相同的基层干部。

（三）男年满五十周岁，女年满四十五周岁，连续工龄满十年，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，的。

（四）因工致残，由医院证明，并经劳动鉴定委员会确认，完全丧失劳动能力的。

尽管此规定表达的是“应该退休”，但现实总是复杂的，活跃在家政、建设工程领域的银发就业者比比皆是。那么，“超龄”提供劳动，又会给我们带来哪些问题呢？

2、超龄人员可能遇到的问题

理想情况下，劳动者在用人单位付出自己的劳动，缴纳社会保险，临近花甲，则从用人单位退休，拿着养老金颐养天年。但现实中，养老金首先需要缴满十五年；其次，若是遇到无良公司，或是在中途断缴，则会产生这样那样的不能享受养老保险待遇的情况。因此，超龄劳动者首先就被大致划分为以下四种情况：

1. 达到退休年龄且享受养老保险，仍在原单位继续工作
2. 达到退休年龄且享受养老保险，去新单位找工作
3. 达到退休年龄但未享受养老保险，仍在原单位继续工作
4. 达到退休年龄但未享受养老保险，去新单位找工作

为何是否享受基本养老保险如此重要？是因为我们国家的劳动法律体系在构建时，存在法条理解上有矛盾的地方：

法律法规

《劳动合同法》

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；

.....

法律法规

《劳动合同法实施条例》

第二十一条 劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

可以看到，在逻辑上，劳动法体系设想的是，退休年龄一到，享受养老保险，劳动合同即告终止。但正如上文所说，现实总是有各种问题，导致劳动者“退休年龄”和“享受养老保险”的时间产生错位。这就为把明明应该是劳动关系的情况包装成劳务关系，以此逃避用人单位责任埋下了伏笔。接下来我们会分别分析不同情况下，劳动者需要了解的信息。

(1) 已经享受养老保险待遇的超龄劳动者

由于年龄是享受养老保险待遇的必要条件，因此，一般只会到了年龄但还没开始享受养老保险待遇，而不会还没到退休年龄，就已经开始享受养老保险。所以在法律适用上，无论是以退休年龄计，还是以享受养老保险待遇计，争议都不会太大。最高法也出台了相关的司法解释，明确了这种情况**应为劳务关系，而非劳动关系**

法律法规

《最高人民法院关于审理劳动争议若干问题的解释（一）》

第三十二条用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

司法案例

山东省泰安市中级人民法院 (2022) 鲁 09 民终 3116 号

泰安市中级人民法院认为，关于孟庆梅与泰安一中劳动关系存续的期限及解除的时间问题，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定，用人单位与其招用的经依法享受养老保险已待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。本案孟庆梅已于 2015 年 10 月享受养老保险保险待遇，**因此至 2015 年 9 月双方存在劳动关系，之后双方存在劳务关系**，一审判决孟庆梅与泰安一中之间劳动关系存续期限及解除时间为 2015 年 9 月符合法律规定，本院予以维持。孟庆梅主张与泰安一中劳动关系至 2021 年 3 月无法律依据，本院不予采纳。

司法案例

宁夏回族自治区石嘴山市中级人民法院 (2022) 宁 02 民终 1024 号

石嘴山中级人民法院认为，关于赵继平认为宁夏理工学院应当向其支付违法解除劳动合同赔偿金的上诉理由。根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条的规定：“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。”以及《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二项：“有下列情形之一的，劳动合同终止：……(二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的”。本案中，2018 年 10 月赵继平达到法定退休年龄，开始享受社会养老保险待遇，其与宁夏理工学院的劳动合同依法终止，宁夏理工学院不存在违法解除劳动合同关系的情形。赵继平的该上诉理由不能成立，本院不予采纳。

(2) 还未享受养老保险待遇的超龄劳动者

纠纷最多的，自然是后两种情况，由于以年龄和以享受养老保险待遇为标准均有法律依据，加之各种法律名词的理解也是五花八门，哪怕在最高法早已在 2015 年明确表达了“应以依法领取养老保险”作为认定劳动关系的标准的前提下，依然会出现同案不同判的情况。

法律法规

关于达到或者超过法定退休年龄的劳动者(含农民工)与用人单位之间劳动关系终止的确定标准问题的答复

经研究，答复如下：

原则同意你院审判委员会的倾向性意见，即：对于达到或者超过法定退休年龄的劳动者(含农民工)与用人单位之间劳动合同关系的终止，应当以劳动者是否享受养老保险待遇或者领取退休金为标准。

也会出现江苏省这样，将达到退休年龄的劳动者认定为特殊劳动关系的倾向：

法律法规

江苏省劳动人事争议疑难问题研讨会纪要（苏劳人仲委[2017]1号）

第一条第二款用人单位与其招用的已达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动关系特征的，应按劳动关系特殊情形处理。劳动者请求享受《劳动法》《劳动合同法》规定的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇的应予支持。但劳动者请求签订无固定期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金及社会保险待遇的不予支持（其中社会保险待遇争议不包括本意见第十二条规定的情形）。双方另有约定的除外。

可以说，目前我国国家的劳动法律体系，对于因种种原因而未能及时享受养老保险待遇

的超龄劳动者，是欠缺完善的保护体系的。因此，各个地方的法院之间的判决也是不尽相同，无法给出一个明确的裁判倾向。我们只能在此分类各地法院的判决，希望总结出各个地方的倾向，供各位参考。

北京市：退休年龄和享受养老保险满足其中一个即可认定劳动关系终止

司法案例

北京市第二中级人民法院 (2022) 京 02 民终 3768 号

上诉人认为：北仪公司长达 18 年未依法给上诉人缴纳社保，侵害了上诉人的劳动者权益，**导致上诉人无法享受养老保险待遇**，北仪公司应依法为上诉人补缴社保，尤其应为上诉人补缴养老保险待遇。

北京市第二中级人民法院认为：翟新焕主张其与北仪公司自 2003 年 6 月 7 日至 2021 年 7 月 31 日期间存在劳动关系，但翟新焕至 2016 年 11 月 8 日**已年满 50 周岁，达到法定退休年龄**，此后其与北仪公司之间不存在劳动关系。..... 一审法院判令北仪公司支付该期间的未缴纳养老保险补偿金，处理正确

司法案例

北京市高级人民法院 (2021) 京民申 8255 号

北京市高级人民法院认为：劳动者**达到法定退休年龄与劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的情形**，均可产生劳动合同终止的法律效果。傅某于 2019 年 6 月 14 日**年满 60 周岁**，已达到法定退休年龄，不论其是否依法享受基本养老保险待遇，依照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条的规定，劳动合同终止，该情形符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第（六）项“法律、行政法规规定的其他情形”的**劳动合同终止的规定**，故二审法院关于其与建国伟业公司之间的劳动合同终止的认定于法有据。

司法案例

北京市高级人民法院 (2021) 京民申 6351 号

再审申请人称，叶雪芬虽然已达法定退休年龄，**但未享受养老保险待遇**，其与百街邦公司应按劳动关系处理。

北京市高级人民法院认为，2020 年 6 月 28 日叶雪芬已年满 50 周岁，**其入职百街邦公司时达到法定退休年龄，不具备法律规定的劳动关系中的劳动者主体资格**。叶雪芬要求确认其与百街邦公司双方于 2020 年 7 月 31 日至 2021 年 4 月 27 日期间存在劳动关系，于法无据。叶雪芬关于判断双方是否能够建立劳动关系，**主要看劳动者是否享受了基本养老保险待遇的主张，缺乏法律依据**。驳回叶雪芬的再审申请。

江苏省：以享受养老保险待遇为标准，但认定为“特殊劳动关系”

司法案例

江苏省高级人民法院（2020）苏民申 7418 号

江苏省高院认为：本案中，双方对陈翠英 2018 年 5 月 7 日至 2019 年 1 月 6 日在梦皓公司工作的事实均无异议，双方之间的关系符合劳动关系特征。虽然陈翠英已达法定退休年龄，但并未享受基本养老保险待遇或领取退休金，原审法院据此认定梦皓公司与其招用的已达退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的陈翠英之间形成特殊劳动关系，并无不当。梦皓公司关于原审法院遗漏陈翠英已超过法定退休年龄事实的申请再审理由，不能成立。

司法案例

江苏省高级人民法院 (2020) 苏民申 1478 号

江苏省高院认为，本案中，闵敏与汉藜公司发生用工关系时已年满 60 周岁，且不属于已享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员，关于闵敏与汉藜公司之间用工关系性质问题，法律没有规定劳动关系中的劳动者年龄不得高于法定退休年龄。只要未违反法律禁止性规定的有劳动能力的人员，均可以成为劳动关系中的劳动者。至于达到退休年龄的劳动者与用人单位之间形成的是劳动关系还是劳务关系，应当具体分析用工行为是否符合劳动关系法律特征。汉藜公司提供了工作场所和劳动工具，对闵敏进行考勤及绩效考核，并按月发放工资，进行指挥监督管理，符合劳动关系的特征。原判决认定闵敏与汉藜公司按劳动关系特殊情形处理并无不当。

广东省：以退休年龄为标准

司法案例

广东省广州市中级人民法院 (2022) 粤 01 民终 426 号

广州市中级人民法院认为：关于袁某平与合骏公司之间是否存在劳动关系的问题。袁某平于 2017 年 6 月入职合骏公司时，已超过了法定退休年龄。袁某平不符合劳动法、劳动合同法规定的劳动关系的主体资格。袁某平以其未享受养老保险待遇为由，主张双方之间为劳动关系，与《劳务合同》的约定不符，本院不予采纳。最后，合骏公司与袁某平是劳务关系。合骏公司以工资薪金项目为袁某平申报缴纳个人所得税，不足以认定袁某平与合骏公司之间为劳动关系。一审认定袁某平与合骏公司之间是劳务关系正确，本院予以维持。袁某平上诉主张与合骏公司存在劳动关系，理由不充分，本院不予支持。

司法案例

广东省广州市中级人民法院 (2021) 粤 01 民终 31025 号

广州市中级人民法院认为：本案中，关于劳动关系问题，张顶芬于 1968 年 12 月 8 日出生，于 2018 年 12 月 8 日达到法定退休年龄，故从 2018 年 12 月 8 日起双方的关系已转化为劳务关系，对于 2018 年 12 月 8 日之前的劳动关系，因发大保洁公司主张已超过仲裁时效，一审法院不予确认并无不当，对于 2018 年 12 月 8 日之后形成的关系，因张顶芬在此之后已达到法定退休年龄，故双方在此期间不存在劳动关系，一审法院对此问题的分析认定并无不当，本院予以维持；关于张顶芬主张的其他问题，一审法院根据双方当事人的诉辩、提交的证据对上述问题进行了认定，并在此基础上依法作出一审判决，合法合理，且理由阐述充分，本院予以确认。

3、实操建议

由于超龄劳动者的问题比较复杂，因此，劳动者（尤其是在用工大省的劳动者）需要关注本地区的司法判例。以退休年龄为标准的地区的临近退休年龄的劳动者要时刻注意自己是否有可能的经济补偿（可能的补偿详见第十章），以免错过仲裁的期限。

4.4.2 在读学生提供劳动，能否确定劳动关系？

编者的话

“学生”和“工人”的区分，随着社会的发展已经日渐模糊。每年都会有在读学生选择加入工人的队伍，或是为了自己的积蓄，或是补贴家用。其中不乏高中毕业生，在读大学生，甚至在一些贫穷地区，高中未毕业，就早早的承担起家庭的责任。不过，由于“学生”和“工人”身份之间的割裂，用人单位总是喜欢以此为由逃避自己的用工责任。那么，“学生”身份会阻碍我们与用人单位建立劳动关系吗？学生，可以兼为“工人”吗？在本节希望能解答您心中的疑惑。

1、在读学生能够确定劳动关系吗？

我国劳动法明文规定用人单位只得在规定的情况下招募十六岁以下的童工，因此在十六岁以下的学生，基本不会存在劳动关系认定的纠纷。因此我们只讨论最普通的情形，即已满十六周岁的在读学生参与劳动生产，能否确定劳动关系？

法律法规

《中华人民共和国劳动法》

第十五条

禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。

文艺、体育和特种工艺单位招用未满 16 周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

2、年满十六岁的在读学生用工形态

可以明确的是，年满十六周岁的学生并没有被法律排除在劳动者主体之外，没有法律规定在校学生的打工不能算作劳动关系。不过，由于学生的“在读”状态，其参与劳动的契机会多种多样，可能是周六周天打零工补贴生活；也可能是服从学校安排进行实习；还可能是即将毕业，学业压力不大的时候打算尽早进入中意的公司熟悉环境，这就复杂化了劳动关系的认定。同时，“学生”的身份也注定其仍然受到学校的管理，在判断“是否从属于公司管理”这条认定劳动关系的准则时，也会使得“在读学生”陷入被动。下文将根据在读学生参与工作可能的情况，讨论劳动关系的成立与否。

（1）勤工俭学劳动主体资格认定

需要明确的是，此处所说的勤工俭学，与我们一般理解上的打零工挣生活费不一样。劳动法所认定的勤工俭学，必须是由学校组织的，利用业余时间去用人单位打工。由于此种工作是受到学校组织的，因此并不能与参与生产的企业形成劳动关系。

法律法规

《高等学校学生勤工助学管理办法》

第四条

“本办法所称勤工助学活动，是指学生在学校的组织下利用课余时间，通过劳动取得合法报酬，用于改善学习和生活条件的实践活动。”

第六条

“勤工助学活动由学校统一组织和管理。学生私自在校外兼职的行为，不在本办法规定之列。”

法律法规

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

第十二条

“在校生利用业余时间勤工俭学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”

司法案例

山东省济南市历下区人民法院 (2022) 鲁 0102 民初 5973 号

历下区人民法院认为：根据《关于贯彻执行若干问题的意见》第十二条，在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。本案中，范依琳系在校学生，并非以就业为目的在山东梦莎教育公司短暂工作，双方不建立劳动关系，**应属于一般的雇佣劳务关系。**

山东梦莎教育公司认可欠发范依琳劳务报酬的数额，其提出的欠发理由没有事实与法律依据，山东梦莎教育公司应向范依琳支付**劳务报酬**5545 元。

同样我们也应注意到，在判断自己与公司是否存在劳动关系时，切勿让公司以“勤工俭学”为由蒙混过关，一定要牢记勤工俭学的判断标准，若自己并非学校安排，而是确有建立劳动关系的意图，企业也明知自己是在校学生时，未必不存在劳动关系。另外，在勤工俭学或者打寒假工、暑假工的情况中，虽然一般倾向于不存在劳动关系，但是在发生工伤工亡的情况下，司法实践一般会偏向学生工，劳动关系也会更有可能被认定下来。所以司法并不是机器，在工伤工亡等情况中，暑假工、学生工可以积极主张劳动关系，以获得该有的赔偿和医疗费用。

司法案例

杭州市钱塘区人民法院 (2022) 浙 0114 民初 3131 号

钱塘区人民法院认为：根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第四条之规定，并未将学生排除在劳动法的适用范围之外；第十二条规定：“在校生利用业余时间勤工俭学，不视为就业，为建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”该条**仅适用于在校生勤工俭学的行为**，并不能依此推定原告不具有劳动关系的主体资格。原告的入职登记表、毕业生就业推荐表以及毕业生就业协议书中都明确了原告的身份，被告嗨马天诚公司**明确知晓原告系 2022 届毕业生，在此基础上录用原告**，后与其签订了劳动合同。原告赵青霞在签订劳动合同后，为公司付出劳动，被告向原告支付报酬并对其进行管理，符合劳动关系的本质特征。综上所述，本院确认双方劳动关系于 2021 年 12 月 4 日成立。

司法案例

(2016) 粤 0402 民初 2741 号

2015 年 7 月 17 日，被告陈某某以暑假工的身份入职珠海市心安洗衣有限公司。入职时填写了入职登记表，接受公司的考勤管理。公司未与陈某某签订劳动合同，也未为陈某某购买社会保险。8 月 2 日，陈某某被烫熨设备烫伤，经工伤认定，陈某某于 2015 年 8 月 2 日受伤的右手热压伤 0.6%TBSA 为工伤。法院认为，尽管被告是以打暑期工的身份进入被告处工作，但从被告的年龄、被告入职时填写了入职登记表及接受原告考勤等情况来看，被告具有普通劳动者身份。根据被告的入职及离职时间，可以确定原、被告之间自 2015 年 7 月 17 日至 2015 年 8 月 2 日期间存在劳动关系。

(2) 校外实习劳动主体资格认定

实习，顾名思义就是在实践中学习，是指高校为使学生掌握某专业技能，而在用人单位进行真实性的工作劳动。现实中，很多学校会安排学生在校期间到相关单位的具体岗位上参与实践工作，可以说实习内容已经构成了学校课程的一部分。实习有两种情况，一是学校统一安排实习，要求实习生服从用人单位的管理和安排，二是不直接向实习生安排实习单位，而是以向实习生发布实习任务的方式，要求实习生自主寻找实习单位进行实习，事后学校检查实习单位开具的实习证明。由于实习相较于勤工俭学模式，其受实习单位的管理更多，时间也更长，更有学生毕业后直接选择留在实习公司继续工作。这种管理的双重性，使得认定劳动关系变得更加麻烦。基于这种现实，法院一般会采用“事实劳动关系”加“参与生产劳动的目的”的判断方法，来综合认定案件中的在读学生是否属于劳动关系。

法律法规

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》

用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

- (一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格
- (二) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动
- (三) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

司法案例

辽宁省沈阳市沈河区人民法院 (2021) 辽 0103 民初 22463 号

沈河区人民法院认为：本案中，原告自 2020 年 10 月 22 日至 2021 年 7 月期间仍为全日制在校大学生，**仍需接受学校的管理与规范，从隶属关系及人身依附性的角度看，原告与被告之间并不具备一般劳动关系所要求的紧密性和支配性。**而且，原告并未举证证明双方就工资标准进行约定，亦未举证证明原告因被告未支付工资而向其主张权利，**另外通过原告提交的微信记录可知，原告在此期间并不是以获取劳动报酬为主要目的，而在于获得知识和实践经验，**故原告与被告之间并非劳动关系而是劳务合同关系，因此，对于原告要求确认原、被告之间自 2020 年 10 月 22 日至 2021 年 8 月 31 日期间存在劳动关系的诉讼请求，本院不予支持。

司法案例

湖北省襄阳高新技术产业开发区人民法院 (2021) 鄂 0691 民初 2521 号

襄阳高新技术产业开发区人民法院认为：本案中，被告张吉祥**经襄阳技师学院安排**到原告奥利斯公司处实习，并由奥利斯公司安排到其关联公司湖北格乐玛智能装备科技有限公司普工岗顶岗实习，被告张吉祥虽需在原告安排的普工岗位完成一定的工作任务，**但其仍为学籍保留在校的学生，其教育管理仍归于学校，**其在人身上与原告之间不存在劳动者与用人单位之间的管理与被管理的从属关系；**且被告张吉祥在原告处参加岗位劳动的目的系为提升专业实践技能，进而通过实习考核、顺利毕业，**原告因被告付出了劳动向其发放顶岗实习报酬与此并不相悖。故根据上述事实及原告与被告之间的行为性质，本案原、被告之间并不符合劳动关系的法律特征，不构成劳动关系。

可以看到，由于是**服从学校的安排，因此其与公司之间不能建立非常明确的从属性**，同时学校安排的实习大多是为了完成教学任务，体现学工融合，通常也**不会以固定的劳动报酬为目的**，这种情况下被认定为劳动关系的可能性并不高。

但是，“学校安排”不能泛泛的理解，否则会对我们的权益造成损害。成立实习关系，除了确有“是学校让我去某某公司”的表现外，**还必须要有明确的实习协议，对“学校-实习生-用工单位”三方的权利义务作出明确界定。**

司法案例

北京市第二中级人民法院 (2021) 京 02 民终 13201 号

北京市第二中级人民法院认为：钟宇斐自述其于 2019 年 12 月底从山东英才学院毕业。钟宇斐于毕业前的 2019 年 5 月与蒙特梭利研究院签订《实习生实习协议》，明确载明钟宇斐为在校学生，自愿要求到蒙特梭利研究院实习，并约定有实习的期限、目的以及保证是自愿实习等内容。结合蒙特梭利研究院提交的《校外实习基地框架协议书》、双方于 2020 年 1 月 7 日签订《劳动合同书》的事实，可以确认双方在 2019 年 6 月 1 日至 2020 年 1 月 6 日期间双方系实习关系，而非劳动关系，一审法院认定该期间成立劳动关系，欠妥，本院予以纠正。

司法案例

广东省佛山市顺德区人民法院 (2022) 粤 0606 民初 7252 号

顺德区人民法院认为：本案中，原告与被告、广州南洋理工职业学院签订了三方实习协议，明确目的为加强校企合作力度，使学生学以致用，拓展毕业生就业渠道，同时为企业提供人才储备。被告学习的专业是室内艺术设计，其在毕业前以在校学生的身份到原告处实习，是学校教育计划的需要，也是学校教学活动的延伸，目的在于通过实习积累实践经验，以更好地适应社会。三方实习协议明确约定原告为被告提供的是实习岗位，被告在实习期间接受校方实习指导老师及原告的共同指导和管理，原、被告在主观上并无建立劳动关系的合意。同时，被告在毕业之前仍要接受学校的教学管理，客观上亦不能与实习单位形成身份隶属关系。

司法案例

山东省潍坊高新技术产业开发区人民法院 (2021) 鲁 0791 民初 2440 号

高新技术产业开发区人民法院认为：原告在与被告签订学生实习协议时虽已满十九周岁，符合法律规定的建立劳动关系的年龄条件，但原告当时为在校学生，并未毕业，与学校仍存在教学管理的关系，且原告与被告签订的学生实习协议中约定了根据被告要求安排原告进行实习，并对实习的相关权利义务进行了约定，并明确双方不构成劳动关系。故原告要求确认与被告自 2020 年 7 月 20 日至 2021 年 6 月 29 日期间存在劳动关系的诉讼请求，缺乏依据，本院不予支持。

可以看到，如果有明确的实习协议，法院一般会将其认定为实习关系。因此，若我们确实是为了学校实习，则一定要有相关的实习协议，明确自己是在校生，是以实习目的而来。同样的，若我们并非完成学校的实习任务，而是希望在毕业之前就进入某家公司熟悉环境，确有就业打算的话，就不能随意签订“实习协议”，谨防我们被认定为实习关系，丧失应有的劳动保护。在与公司签订各类协议时，一定要明确自己的目的是什么，当我们明确自身的目的是

建立劳动关系、赚取劳动报酬，且与学校的从属关系已经接近尾声（即将毕业），并非为完成实习任务而来时，法院的认定将会更有利于我们劳动者，比如以下涉及“实习/劳动纠纷”的案例。

司法案例

宁夏回族自治区银川市中级人民法院 (2022) 宁 01 民终 3636 号

银川市中级人民法院认为：被上诉人接受上诉人的管理，从事上诉人安排的有报酬的劳动，工作内容属于上诉人的业务组成部分，本案符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定的劳动关系成立的情形。且在被上诉人受伤后，上诉人与被上诉人就工伤认定及调岗、工资发放等事宜进行了沟通。综合以上，一审认定上诉人与被上诉人成立劳动关系，具有事实及法律依据。上诉人虽主张被上诉人系原审第三人指派至其处的实习生，但无报名表、登记表等证据证实被上诉人系原审第三人的学生，也无证据证实原审第三人对被上诉人进行了以取得某种职业资格或职业技能的培训教育、实习为其学校教学计划的组成部分。故上诉人的上诉理由不能成立，本院不予支持。

司法案例

辽宁省朝阳市中级人民法院 (2022) 辽 13 民终 651 号

朝阳市中级人民法院认为：本案中，应依据双方签订的协议及用工的实质内容进行认定。双方签订的正邦集团大学生招聘录用表及大学生实习协议中，关于工作内容、工作时间及工作待遇、公司章程及解除或终止合同等内容均作出明确的约定，双方之间的权利义务关系符合劳动关系的基本特征。上诉人的经营范围为生猪养殖与销售，被上诉人在上诉人处从事生猪养殖、治疗等工作，故被上诉人提供的劳动是上诉人业务的组成部分。微信记录的相关内容能够证明被上诉人需遵守单位的规章制度，被上诉人实际接受上诉人的管理及指挥。工资条能够证明上诉人向被上诉人支付劳动报酬的事实。综上，本院认为双方之间存在事实劳动关系。

司法案例

山东省青岛市中级人民法院 (2022) 鲁 02 民终 5226 号

青岛市中级人民法院认为：李艳平主张双方系劳动关系，其提交进行工作沟通的微信聊天内容及发放工资的证明，可以证明李艳平从事青岛鑫圣百合纺织有限公司安排的劳动，接受青岛鑫圣百合纺织有限公司的管理，青岛鑫圣百合纺织有限公司向其支付报酬，一审据此认定双方系劳动关系并无不当，青岛鑫圣百合纺织有限公司应当支付李艳平工资、防暑降温费、未签劳动合同双倍工资。青岛鑫圣百合纺织有限公司提交的证据不足以证明双方非劳动关系而是实习关系，青岛鑫圣百合纺织有限公司上诉没有事实和法律依据，本院不予支持。

综上，由于劳动关系涉及经济补偿、社保、工伤等多项重要的劳动保护，是“实习”还是“劳动”是我们必须重视的问题。不能认为“实习结束当然就是劳动关系”、“实习的时候不用太在意有没有工资”，否则在校生的身份会给我们的维权带来很大的麻烦。

而当我们毕业之后不再是在校生了，但我们依然在之前实习的单位继续工作，那么在毕业之前，因为有实习协议的存在，一般不认为是劳动关系；可是在毕业之后，应届生与该用人单位就应该形成事实劳动关系。也就是说，如果劳动者已经毕业了，那么劳动者在用人单位劳动的目的就显然不再是“完成学校的实习任务”了，而是正式地建立劳动关系，获得劳动报酬和其他相应的待遇。所以，在校生在毕业以后，实习协议就不应再存续了。这种情况下，双方就应该签订正式的劳动合同，建立正式的劳动关系。即使这种情况下用人单位拒绝签订劳动合同，用人单位也应该履行正式劳动关系中用人单位的义务，也应该从毕业后的一个月后开始向劳动者支付双倍工资的赔偿金，直到双方订立书面劳动合同或直到劳动关系结束。

司法案例

(2018) 鲁 13 民终 2659 号

原告临沂通远汽车销售服务有限公司与被告林某某签订协议书，约定被上诉人自签订协议之日起至其所在学校同意其毕业离校之日止在远通集团实习，服从远通集团安排。于是林某某到通远公司实习。原告主张林某某毕业后，未向原告提交过毕业证，被上诉人与远通集团一直在履行实习协议，被上诉人与上诉人不存在事实劳动关系。法院认为，上诉人在签订实习协议时就明知被上诉人为即将毕业的在校学生，被上诉人毕业后仍留在上诉人处工作，上诉人也接受，应视为双方达成了建立劳动关系的合意，所以驳回了原告的诉求，维持双方存在劳动关系的原判。

编者的话

当在校生与用人单位发生劳动争议的情况，首先要确定自己到底是否是学校安排的，签订了明确的实习协议的实习关系。如果不是，那么在校生与用人单位就是符合订立劳动关系的资格的，也就都可以尝试在劳动关系三要素的基础上去主张劳动关系。各位毕业生或者准毕业生在寻找工作机会时请擦亮眼睛，不要被用人单位一声“实习期”就喝退在了维权的长坂坡前。

4.4.3 精神病人和特殊人士签订劳动合同是否具有效力？

劳动者在面对企业的时候往往处于弱势地位，而精神病人和特殊人士在工作过程中面对的问题更是比一般劳动者更加复杂，相较于普通人群，精神病人和特殊人士（存在智力缺陷或者肢体残疾的人群）的劳动权利也应得到保障，《残疾人就业条例》第四条规定，国家鼓励社会组织和个人通过多种渠道、多种形式，帮助、支持残疾人就业，鼓励残疾人通过应聘等多种形式就业，禁止在就业中歧视残疾人。因此，特殊人士可以根据自身身体状况选择合适的工种和岗位就业，其在实际工作中的工作能力是否有所欠缺，即能否胜任工作应根据其所从事的岗位进行个案衡量。特殊人士在就业中不应受到任何歧视，如果劳动者的特殊情况并不影响所从事岗位的工作开展，则特殊人士的劳动权利也更应得到平等保护。精神病人和特殊人士如果遇到劳动合同方面的问题应该如何处理呢？希望本节内容可以对你有所帮助。

1、残疾人士签订劳动合同是否具有效力

国家鼓励残疾人通过应聘等多种形式就业，禁止在就业中歧视残疾人，具有完全民事行为能力的残疾人士签订劳动合同当然是有效的。

18 周岁以上精神正常的残疾人具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16 周岁以上不满 18 周岁精神正常的残疾人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，也视为完全民事行为能力人。他们签订的劳动合同当然具有效力。

由于残疾人士的劳动合同效力问题规定十分明确，而工伤致残的情形在本书第八章也会重点说明，故不再赘述。我们本节主要讨论劳动者在入职后非因工负伤致残的情况。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》

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

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：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；患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

通过以上法规我们可以明确的是，就算不是因工导致的残疾，企业也不能在医疗期内解

除劳动合同，只有在医疗期满后无法从事原工作，也干不了企业安排的其他工作时，企业才可以在提前 30 天或额外支付一个月工资的前提下，向劳动者支付经济补偿金并解除劳动合同。

司法案例

陈某于 2014 年到 F 公司工作，从事保安岗位。2017 年某日，陈某突发脑干出血到曲阜市中医院住院治疗，同年 8 月 1 日出院。后一直在家休息治疗。2018 年 7 月，经劳动能力鉴定委员会鉴定，陈某为大部分丧失劳动能力。2019 年 7 月 16 日，陈某自行委托鉴定机构鉴定，构成一级伤残。F 公司认为鉴于陈某的身体状况，无法与其继续维持劳动关系，遂于 2019 年 5 月 10 日向陈某作出《终止劳动关系通知书》，通知终止双方的劳动关系。并且于 2020 年 4 月 10 日，向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求确认与陈某的劳动关系已于 2019 年 5 月 10 日解除。该仲裁委员会作出仲裁决定书，认为不属于劳动仲裁的受案范围，决定不予受理。F 公司对决定不服，向法院起诉。

一审法院认为，陈某系非因工致残，其用人单位即 F 公司应该向劳动能力鉴定委员会申请鉴定，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准鉴定其残疾程度，并向劳动和社保部门为其办理退休或者退职手续，而不应直接与其终止劳动关系。且此前双方已经向人社局申请办理退休、退职手续，只是尚未完成。虽然《劳动合同法》规定，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的，也不能从事用人单位另行安排的工作的，用人单位可以解除劳动合同。但要符合法律规定的程序和条件。陈某出院后一直在治疗，F 公司并未在医疗期满后通知陈某上班，也未根据其身体状况另行安排其他工作，而是直接与其解除劳动合同。因此，F 公司在 2019 年 5 月 10 日作出的与陈某终止劳动关系的决定，不符合法定程序。故 F 公司要求确认原、陈某之间已经解除劳动关系的请求，不予支持。依照《中华人民共和国合同法》三十九条、第四十条的规定，判决：一、F 公司与陈某自 2014 年起形成劳动关系；二、驳回 F 公司的其他诉讼请求。F 公司不服提起上诉，二审维持原判。

通过上述案例我们可以得知，企业必须能够证明劳动者医疗期满后不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作，才可以解除劳动合同，用人单位直接单方解除劳动合同的做法是不会得到法院支持的。虽然在本案中没有体现，但是在未经过上述安排的情况下直接辞退非因工致残的劳动者也一样属于非法辞退，可以主张经济赔偿金，详见本书第十章。

2、精神病人和智力障碍人士的劳动合同问题

关于精神病人的劳动合同问题将分成两种情况讨论。第一种是签订合同时并未患有精神病或智力障碍，在工作之后患上精神病或智力受损的情况，第二种是劳动者在签订合同时已经患有精神病或智力障碍的情况。

签订合同时未患有精神病或智力障碍，在工作之后患上精神病或智力受损的情况

首先我们需要明确的是，精神疾病也是一种疾病，对劳动合同劳动关系的影响就是按员工患病对待，与对待患其他疾病的员工没有区别，而因意外导致智力受损也应属于负伤的范畴。所以同上一节中讨论的工作后患病负伤的情况相同，不能仅仅因为员工患有精神障碍或

者因意外导致智力受损而由用人单位直接单方解除劳动合同。对于患有精神疾病或智力受损的员工，应当给予医疗期，医疗期内不能解除合同。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，可以解除劳动合同，但用人单位应当支付经济补偿金并提前 30 天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。

司法案例

老王 2016 年入职某铁矿公司，老王 3 月 31 日与公司签订了 5 年的固定期限劳动合同。2017 年 6 月 1 日因连续旷工，某铁矿公司以老王严重违反单位的规章制度及双方的劳动合同的约定，作出解除劳动合同的决定。老王家属说：“老王从 2017 年 6 月 1 日一直未上报，没有办理请假手续，不存在过错，主要是患了精神病。”老王从 2017 年 6 月份就患有精神分裂症，重度抑郁症等精神疾病没有回家。2017 年 6 月 17 日直接将自己的妻子杀死。另外老王的父母也一直不和老王同住，所以没有到单位给办理请假手续。老王从 2017 年 7 月到当年 11 月 16 日均在精神病医院治疗。老王家属认为，根据法律规定，老王享有相应的医疗期。某铁矿公司解雇违法。老王家属要求公司恢复劳动关系，赔偿相应的病假工资，以及报销相应的医疗费用。

法院认为，根据《关于贯彻企业职工患病或非因工负伤医疗期规定的通知》第 2 条规定，关于特殊疾病的医疗期问题：根据目前的实际情况，对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在 24 个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。老王因突发精神疾病被人民法院强制医疗，因病情特殊无法履行请假手续，其应享受的职工医疗期待遇不应该被剥夺，用人单位以旷工为由与老王解除劳动合同不符合法律规定。

签订合同时已经患有精神病或智力障碍的情况

如果这位劳动者不能辨认自己行为，则属于无民事行为能力人，只能由他的法定代理人代理订立合同，他自己签订的劳动合同是无效的。

如果这位劳动者不能完全辨认自己的行为，但是可以部分辨认自己的行为，或者属于间歇性精神病患者，则属于限制民事行为能力人，可以独立签订和他的智力、精神状况相适应的劳动合同，和他的智力、精神状况不适应的劳动合同依旧需要他的法定代理人代理或追认。间歇性精神病人在清醒时具有完整的民事行为能力，有资格独自签订劳动合同。

法律法规

《中华人民共和国民法典》

第二十一条：不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

第二十二条：不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其智力、精神健康状况相适应的民事法律行为。

第二十三条：无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。

也就是说，如果劳动者为限制民事行为能力人，但其对自身行为有一定的认知能力，从事的工作与其智力及行为能力能够相适应的，应当认定劳动者具有建立劳动关系的主体资格，用人单位以其系限制行为能力人为由主张劳动关系不成立的，不予支持。

司法案例

2020年5月，吴某入职重庆某工程公司并签订《劳动合同》，合同主要约定：

1、劳动合同期限为2020年5月1日至2021年4月30日

2、试用期1个月

3、吴某在试用期经考核不符合录用条件的或采用伪造隐瞒的手段取得工作资格的，公司可以解除劳动合同并不承担赔偿责任等

同日，吴某在《员工手册》上签字。手册中说明：入职员工必须身体健康，非怀孕孕妇，并提供由本人签字的承诺书签。以下疾病不予录用：有传染疾病或精神疾病或其他不可治愈的疾病，有肢体残缺或者器官残缺者。

2020年5月29日，吴某工作中受伤，后被送往医院住院治疗。西医诊断结果为：右肱骨中段骨折……；智力障碍。2020年6月，公司以吴某存在智力障碍为由，认为吴某存在欺诈入职，劳动合同作废。

2020年10月，吴某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，提出存在劳动关系、并且要求工伤赔偿。仲裁委员会支持吴某主张。

2020年11月，公司不服，遂起诉至法院要求确认某环境工程公司与吴某于2019年3月31日签订的劳动合同无效，双方不存在劳动关系。

法院审理认为：根据《新员工入职须知》载明的内容，某环境工程公司在与吴某签订劳动合同时，对劳动者身体健康要求的真实意思为：对传染疾病或精神疾病或其他不可治愈的疾病，有肢体残缺或者器官残缺者不予录用。吴某入职后虽经医院诊断存在智力障碍，但智力障碍不属于前述不予录用的情形，即某环境工程公司在与吴某订立劳动合同时，并未因吴某的不告知而陷于了错误的认识，且吴某存在的智力障碍并不影响其入职后所从事的保洁工作。该劳动合同的签订系双方真实意思的表示，应当认为合法有效，双方劳动关系自2020年5月1日起建立。

最后我们需要补充一点是，如果员工曾患精神障碍，但已痊愈，不能仅仅因为曾患精神

障碍而与其解除劳动合同。除非在工作期间再次患病，并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情况下才能与劳动者解除劳动合同。

4.5 劳务派遣人员和谁确定劳动关系

编者的话

对于我们的劳务派遣人员来说，一旦在实际劳动过程中发生事故或纠纷，由谁承担用工主体责任往往不是十分明确，在这种情况下，劳务派遣人员的劳动关系认定十分重要。而劳务派遣也分为正常的劳务派遣和违法的逆向派遣两种情况，本节将分别对这两种情况下的劳动关系认定问题进行探讨。

劳务派遣是由劳务公司与劳动者签订劳动合同，由劳务公司将劳动者派遣至用人单位工作的用工形式，正常劳务派遣的劳动关系认定是非常简单的，劳动法明确规定劳务派遣单位应承担用工主体责任，也就是说，**在正常情况下劳务派遣人员应该和劳务派遣公司确定劳动关系。**

但在某些情况下，用人单位可能通过让与本单位已经有事实劳动关系的劳动者与劳务派遣公司签订合同，再从派遣公司把劳动者派遣回本单位的方式逃避用人单位应当承担的责任，如工伤赔偿、社保等等。这种情况被称为虚假劳务派遣，**这种情况下劳动者应该与实际用人单位确定劳动关系。**

4.5.1 正常的劳务派遣情况

编者的话

本节主要对正常的劳务派遣情况下劳务派遣者、用工单位、派遣单位三者的法律关系进行梳理，以便于我们的劳务派遣人员进行法律维权时进行参考。

所谓劳务派遣，是指劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同后，将该劳动者派遣到用工单位从事劳动的一种特殊用工形式。劳务派遣作为灵活性用工方式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施，也就是我们通常所说的“三性”。

劳务派遣由三方当事人来完成，包括派遣单位、接受单位、被派遣人员。劳务派遣工与劳务公司签订劳动合同，然后派遣到企业工作，企业是用工单位，劳务公司是用人单位，劳务公司承担用工主体责任，派遣人员与企业之间不存在劳动关系。因此，**一般情况下劳动者应和劳务派遣公司确定劳动关系。**

三方具体关系为：

- 派遣单位与接受单位签订劳动力派遣合同，接受单位为派遣单位提供的劳动者派遣服务支付费用
- 派遣单位与被派遣人员签订劳动合同，派遣单位向被派遣人员支付工资

- 接受单位无需对被派遣人员进行招募，只对被派遣人员进行指导和管理，后者为前者工作和提供服务

劳务派遣法律关系是在劳务派遣单位、用工单位和被派遣劳动者三方之间形成的三个双边法律关系，即：

- 劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的法定劳动合同关系
- 被派遣单位和被派遣劳动者之间的用工关系
- 劳务派遣单位与被派遣单位之间的民事合同关系

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》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二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。

以上法规明确规定了劳务派遣人员的劳动关系与派遣单位确定，并详细规定了劳动者的种种合法权益，若劳动者发现自己的合法权益受到侵犯，可以通过劳动仲裁或起诉等方式维护自己的权益，以下是一位劳务派遣劳动者的维权案例，可供大家进行参考。

司法案例

（无锡，2014 年，劳动仲裁）

某劳务派遣单位将周某派遣至某服装厂，工作地点为某商场柜台，双方订立了劳务派遣劳动合同书，合同中约定：工作岗位为营业员；工作地点为某服装厂设于某商场内的柜台；劳动报酬为劳动者在法定的工作时间内在用工单位提供正常劳动的情况下，享有最低工资保障。

2014 年 6 月起用工单位某服装厂人去楼空失去联系，周某继续正常提供劳动至 2014 年 8 月，但服装厂与劳务派遣公司均未支付周某 2014 年 6 月至 2014 年 8 月期间的劳动报酬。2014 年 8 月 16 日周某以劳务派遣公司拖欠劳动报酬为由，书面向劳务派遣公司提出解除劳动合同。劳务派遣公司在接到周某解除劳动合同申请后依然没有支付拖欠的劳动报酬，于 2014 年 8 月 31 日为周某办理了退工单，退工原因记载为“用人单位未按规定支付劳动报酬”。

2014 年 10 月周某向仲裁委申请仲裁，要求裁决劳务派遣公司支付因未及时支付劳动报酬解除劳动合同的经济补偿金。仲裁委经过审理支持了周某的仲裁请求。

劳务派遣和劳务外包有一定的区别，关于劳务外包的问题在本书第十一章有详细说明，本

文不再赘述。在正常情况下，劳务派遣的劳动关系认定是非常简单的，劳动法明确规定劳务派遣单位应承担用工主体责任，但还有另外一种值得劳动者们注意的情况，即虚假劳务派遣，又称逆向劳务派遣，下一小节将具体讨论这种情况。

4.5.2 逆向劳务派遣情况

编者的话

逆向派遣一般是用人单位为规避法律责任，通过隐瞒、欺骗等方式使劳动者在不知情的情况下与派遣公司而非用人单位签订劳动合同，较难为普通劳动者所察觉。本节对逆向劳务派遣的情况以及判断的方法进行总结，为劳动者维护自身权益提供参考与借鉴。

逆向劳务派遣，是指劳动者已经与用人单位确定了事实劳动关系，但用人单位却拒绝与其直接签订劳动合同，或通过隐瞒、欺骗等手段使得劳动者在不知情状态下与派遣公司签订劳务派遣合同，或先与劳动者解除劳动关系，随后通过派遣公司与劳动者建立劳动关系，再将其派遣回本单位继续工作。

这种派遣用工模式试图改变劳动者劳动关系的归属，将本应属于用人单位的性质转变为用工单位，在一定条件下，用工单位可以直接将劳动者退回派遣公司，对其权益漠不关心，其本质是用人单位借此模式来规避法律责任。

在此情况下，由于劳动者人身上和经济上都从属于实际用工单位，虽然劳动者并未与实际用工单位签订劳动合同，但是根据确定劳动关系的三要素可知，劳动者应与实际用工单位属于事实劳动关系：

- 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动
- 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分
- 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。

在我国现行法律框架内，确实并无关于逆向劳务派遣的明确的法律条文，但并不代表逆向派遣不会被法律约束，根据《劳动合同法》第 67 条规定：“用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者”。目前，将用人单位设立派遣公司再向本单位或所属单位进行派遣归类于逆向劳务派遣已无争议。

根据最高人民法院出版的相关法律解释丛书来看，法院在司法实践中已经对逆向派遣行为引发的部份案例作出了用工单位败诉的判决。根据最高院相关法律丛书定义，“逆向派遣”是指劳动者已经有了工作，用人单位却偏偏不与他签订劳动合同，而是找一家劳务派遣公司签订劳动力派遣合同，劳动者以派遣员工的名义从事劳动。

劳动者可以通过以下情况快速判断自己是否遭遇逆向派遣：

1. 劳动者是否是直接来用人单位应聘的，如果是，用人单位却强迫劳动者（或在劳动者不知情的情况下）与劳务派遣公司签订合同，然后再以“派遣工”的身份继续在单位工作，则为“虚假劳务派遣”

2. 劳动者在与劳务派遣公司签订合同前，已与用工单位建立实际劳动关系的，应确定为“虚假劳务派遣”
3. 劳动者在用工单位试用一段时间后，与劳务派遣公司签订合同，可判断为“虚假劳务派遣”
4. 劳动者提供劳动的用人单位和劳动者与其签订劳动合同的劳务派遣公司的法人、实际控制人、高管、受益人等为同一人，可判断为“虚假劳务派遣”。

合法的劳务派遣应当是先由劳务公司与劳动者签订劳动合同，劳务公司再与用人单位签订劳务派遣合同，之后，由劳务公司将劳动者派遣至用人单位工作的用工形式，“逆向派遣”以侵害劳动者合法权益为目的，是不能得到法律认可的，如下面的司法案例所示。

司法案例

(2020)兵 9001 民初 5374 号

龙某于 2019 年 9 月 22 日经用工单位班长沈某介绍进入公共单位，从事粗纱挡车工工作，与沈某约定工资 4700 元/月，由沈某安排工作、记录考勤。龙某入厂时，在车间签订了合同，**但不知道具体与谁签订，签订的什么合同。**

2020 年 1 月 3 日，龙某在工作中受伤。此后，其询问沈某自己到底与谁签订的合同，沈某答复是与用工单位签订的，期限为一年。后查明，龙某是与劳务派遣单位签订的劳动合同，并且其工资也由劳务派遣单位发放。龙某受伤之后提起劳动仲裁，仲裁委确认其与用工单位的劳动关系，用工单位不服，向法院提起诉讼。

法院认为：

首先，虽然提交的银行交易明细显示龙某的工资由劳务派遣单位账户发放，但由谁支付工资并不是认定与谁存在劳动关系的唯一标准，还须结合劳动关系的其他特征予以认定。

其次，龙某入职时，由用工单位的班长出面找被告签订用工合同，劳务派遣单位并未直接与龙某订立用工合同。

再次，工作中，龙某由用工单位的班长安排工作、记录考勤，是由用工单位直接管理。最后，上述事实让龙某有理由相信其是与用工单位建立了劳动关系。在用工单位未能提供证据证明其向龙某告知了劳务派遣事宜的前提下，用工单位与劳务派遣单位之间的劳务派遣协议不能对抗不知情的龙某。

但用工单位还有一种钻空子的情况。即用工单位通过隐瞒、欺骗等手段，让劳动者与一个名义上不是本单位设立的派遣公司签订合同，再由派遣公司将劳动者派遣回本单位工作。

由于此劳务派遣公司法律上并非该用工单位设立，如果遇到一些死扣条文的法官，很有可能不会把这种情况认定为逆向派遣，**实际上，在目前的很多司法案例中，这种情况都不会被认定为逆向派遣，需要大家提高警惕。**

但这并不代表我们就毫无胜诉可能，根据许多案例的经验来看，如果遇到这种情况，以下方式可以增加劳动者的胜诉概率：**劳动者可以强调自己对派遣一事并不知情，合同是在用**

人单位的授意下或本人受到欺骗的情况下签订的，并举证说明自己是由原告即用工单位聘用，而非劳务派遣公司聘用，自己的工作岗位也并不是临时性、辅助性、替代性岗位，不符合劳务派遣的三性岗位要求。

为避免出现逆向派遣的情况，减少不必要的麻烦，劳动者在应在入职时与用人单位签订劳动合同，仔细查看合同内容，避免出现逆向派遣，如用人单位安排劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同时，劳动者务必保留好录用通知、入职申请表、劳动合同等能够证明与用人单位建立劳动关系的证据，以及用人单位安排劳动者与劳务派遣单位签订劳动合同的通知等相关证据。

4.6 新型用工人员利用平台提供服务，能否和平台认定劳动关系？

编者的话

互联网，连接起我们生活的同时，也创造了一个又一个新兴的职业。众多骑手、网约车司机为自己的生活而奔走在城市的大街小巷。这是一个庞大的群体，同样，也是一个弱势的群体。互联网平台带来的“自由用工，随干随走”的表象成为了各大平台撇清责任的理由。明明身着某平台的衣服，却发现自己跟一个不知名的公司签订了劳动合同；明明受他们管理，却只能拿着几块钱一天的商业保险，在外提心吊胆，生怕一场意外，浪费掉自己多年的积蓄。平台能够和用工人员认定劳动关系吗？在外受了伤，又能有保障吗？本节将会根据职业分章，希望能够解答您心中的疑惑。

1、我是外卖骑手

外卖骑手无疑成为了当下许多人就业或兼职的新选择。会骑车就能干的极低门槛也使得从业人员飞速增长，《中国共享经济发展报告（2021）》中提到，饿了么、美团两大互联网外卖平台注册骑手已达到近 800 万人，随着疫情防控的常态化，这个人数还将进一步上升。庞大的就业人数，给平台带来丰厚利润的同时，也带来了指数增长的用工压力。美团等平台的发展史，可以说是一部用工责任的甩锅史。从自营模式到劳务派遣，从众包骑手到专包骑手再到“个体工商户”骑手，平台正在想尽办法地让自己看起来只是一个“中立”的信息提供者，以此逃避社保、工伤等一系列责任。然而，绩效、打卡、奖惩措施、发单等制度，又使得平台与劳动者保持着似有似无的关系，再加上纷繁复杂的骑手类型、平台多元的用工模式，理清每种情况下，是否存在劳动关系，以及怎样的证据能够使我们在仲裁诉讼时更有利，是我们必须要考虑的。

自营模式或劳务派遣模式下的骑手

平台自营模式，是外卖平台最初发展时适用的一种专送模式，即外卖平台直接雇佣劳动者，这种模式下，除外卖平台是通过 APP 发送命令之外，与传统的用工企业并无差别。因此，

在最开始平台自营时，平台与骑手之间是当然的劳动关系。

劳务派遣模式，则是外卖平台与劳务派遣单位签订劳务派遣协议，由劳务派遣单位将劳动者派往平台配送员岗位。同样也是最通常的劳务派遣模式在平台的具体应用。

以上两种情况，都有比较明确的劳动关系的双方主体，且目前各大平台已经通过各种外包协议，将这两种模式从自身转移了出去，通过这两种模式与平台产生纠纷的骑手已经少之又少。劳动者可以参考本书的其他章节，了解劳动派遣和一般劳动关系的相关权利保护方法，本节不再赘述。

众包与专包骑手

“众包”是指劳务给付者下载并注册平台关联 App，例如蜂鸟众包、美团众包，随后便可接单配送。几乎任何有劳动能力的人都有可能成为平台的众包骑手。由于众包模式最大的特点就是随抢随送，随时可以出工，尽管有积分等制度激励骑手多接单，但仍然称不上直接的管理和控制，再加上与骑手签订配送合作协议的相对方通常为某某代理商或某某公司，而非平台本身，众包骑手与平台之间关系十分松散，也通常不被认定为具有劳动关系。

司法案例

辽宁省大连市中级人民法院 (2022) 辽 02 民终 2751 号

大连市中级人民法院认为：上诉人系注册使用蜂鸟众包 APP 并从 APP 上接单从事外卖派送服务的骑手，被上诉人杭州拉扎斯公司（即饿了么）系蜂鸟众包 APP 的运营商，被上诉人上海佩仁宿州分公司系蜂鸟众包 APP 的配送信息使用商。

根据被上诉人杭州拉扎斯公司提供的《蜂鸟众包用户协议》体现，上诉人在注册蜂鸟众包 APP 时，已点击“同意”，确认其仔细阅读并充分理解了上述协议。通过协议内容可知，被上诉人上海佩仁宿州分公司拟与上诉人建立平等的服务合作关系，而非具有人身依附性质的劳动关系。

上诉人注册蜂鸟众包 APP 后，虽需要在工作过程中穿戴印有“蜂鸟即配”字样的工作服、头盔等，但上述用具并非由被上诉人免费提供，而是需要上诉人自行购买使用；上诉人可以自主决定是否接单、接单多少，可随时退出 APP 结束配送业务，其工作自主灵活性非常高，没有工作时间、工作量要求，亦没有最低工资保障，报酬按其实际配送数量计算；虽上诉人需穿符合要求的服饰提供服务，需向被上诉人杭州拉扎斯公司缴纳蜂鸟众包保证金以及蜂鸟众包 APP 中有“超时处罚”“违规配送处罚”等惩罚措施，但此规定内容并非是用用人单位的规章制度，而是蜂鸟众包平台对注册的 APP 配送骑手在提供配送服务时应履行的合同义务或违约时应承担的违约责任，同理，二被上诉人也必须依照平台相关协议的约定履行合同义务，无权对上诉人进行用工管理。因此，上诉人与二被上诉人（即骑手与饿了么平台及其合作商）并非劳动关系。

司法案例

山东省临沂市河东区人民法院 (2021) 鲁 1312 民初 5580 号

河东区人民法院认为：蒋某某是美团众包平台的网约配送员(骑手)，该平台自然人均可自行注册，同意协议即可成为骑手，注册过程中其浏览了展示于网络平台的各类协议。从双方签订的协议来看，双方未对建立劳动关系达成合意。其次，从双方签订的协议内容来看，平台仅是在骑手和支付报酬的商家、个人之间提供信息配送需求信息，福建人力宝公司与骑手之间不具有人身依附性，骑手可以通过众包平台自主选择、完成配送服务事项。福建人力宝公司只是从蒋某某每个接单的自然日扣除蒋某某应得的 3 元服务费用于投保意外险外，根据众包平台显示的数据向蒋某某支付服务费。在协议实际履行过程中，福建人力宝公司对骑手不进行用工方面的管理，不规定出勤时间，不分配工作任务，不限制抢单时间、数量，虽然平台企业重视骑手及时将快餐送至指定地点，并依照相关规则进行奖惩，但该奖惩系网约配送员未充分履行平台约定的违约责任，此奖惩与劳动法上的用工管理有明显的区别。最后，根据双方陈述，蒋某某无固定工资，其报酬是根据工作完成情况即完成的送餐单数结算，且每单的配送费用因时间长短、距离不同而变动，服务费则根据蒋某某的结算申请，于 3 个工作日支付至蒋某某向平台提交的银行账户上。综上，双方之间（即骑手与平台的合作商）建立劳务关系，不建立劳动关系。

众包骑手的性质导致了其与平台，与平台的合作商之间都很难认定劳动关系，因此大量的骑手无法获得社保等相关的劳动保护，只能通过每天三块左右的商业保险为自己可能的工伤兜底。在众包模式的前期，由于参与的人大多确实是随干随走的打零工，问题还没有明显的暴露出来。但随着平台算法控制的强化以及骑手投入时长的增加，现实中出现了大量固定从事平台配送工作，并以此为主要生活来源的众包骑手群体，即专职型众包骑手。这就使得平台和合作商可以通过众包模式，既享受没有用工责任的劳动力，又能保障拥有源源不断的劳动力加入进来。

不过，众包模式的随干随走也同样导致了骑手队伍过于缺乏组织度，很难保证平台的稳定运营，平台需要一批熟练度高、稳定性强的专职骑手，但又不愿落入传统型用工方式对用工方设立的种种桎梏，于是，专包模式应运而生。

专包模式，就是平台按照区域，将用工问题和物流相关的权限打包给当地的合作商，由合作商招募骑手，通常按照“物流总监（区域站点负责人）—站长—队长—骑手个体”的负责制自上而下进行管理，在接单流程方面，专包骑手的订单由系统直接派至个人，由众包模式下的“点对面”发布精准到“点对点”发布。在报酬计发方面，众包骑手与专包骑手虽然都是按单收取劳动报酬，但专包骑手更多采用固定日打款的方式，而不是众包骑手的随时提取现金，更具有工资的性质。且在工作时间上，也通常会有轮班的制度，只是附以激励制度。由于更强的从属性，专包模式下的骑手，虽然依旧很难与拥有合作商这个屏障的平台认定劳动关系，但更容易与合作商认定劳动关系。

司法案例

江苏省苏州市工业园区人民法院 (2021) 苏 0591 民初 5917 号

苏州市工业园区人民法院认为：张建青系外卖配送骑手，其工作平台及工作群显示存在考勤排班，工作地点为宁波新盈公司在苏州湖东站点区域，薪资账单显示海南新盈公司或宁波新盈公司苏州新盈湖东信息，且为全职骑手，而配送业务系宁波新盈公司或海南新盈公司从饿了么平台经营者处获得的主营业务，海南新盈公司并为张建青投保了当日雇主责任险，表明张建青并非完全自由从事相应零散配送工作，其仍受配送业务经营单位的指示、管理与监督。最后，根据工作站信息、薪资账单显示的信息及其他证据，综合可以表明张建青与宁波新盈公司或海南新盈公司基于新型用工平台建立联系，张建青提供配送劳动，张建青对工作内容、工作时间及报酬并不具有自主决定权，其受平台经营者的相应管理，宁波新盈公司或海南新盈公司通过一定的管理从中获取用工收益。综上，双方事实上仍然建立了劳动关系。

司法案例

湖南省益阳市赫山区人民法院 (2022) 湘 0903 民初 4416 号

（注：本案中劳动者实名注册为“全职骑手”）根据在案证据显示，被告系“饿了么”在益阳的代理商，原告到被告处从事外卖骑手工作，被告对原告进行业务指导，被告根据原告工作情况对原告进行奖惩考核，并按月向原告支付报酬，说明原告工作期间接受被告管理、指挥。虽然“骑手”从事并完成工作、取得相应报酬等主要借助网络进行，但原告作为“骑手”为被告提供劳动，根据被告管理规则及站点要求从事相应工作、取得工资报酬，被告系原告工作成果的归属者、具体管理的实施者等劳动关系特征，均可表明原告接受被告公司的管理。因此确认原告何鹏与被告益阳市昌诚生活服务有限公司自 2020 年 10 月起存在劳动关系。

在专包这一骑手组织模式下，可以看出劳动者在原则上应该与配送外包公司确定劳动关系。而在实践中，专包骑手的用工单位会被织入一张纷繁复杂的外包公司网中。自从专送外包模式兴起以来，成千上万的配送公司涌入了市场，他们盘根错节地混同用工，将劳动者的用工主体责任拆得面目全非。外卖配送行业的劳动者们时常发觉自己的工资发放、制度管理、接单手段、培训等等与工作有关的责任被打碎在不同的外包公司之中，以至于他们已经无法确认自己到底应该与谁确定劳动关系。其实在劳动仲裁中，被申请人的数量是不做限制的。当劳动者手中的证据与多家公司发生关联时，可以尝试将所有的牵涉其中的公司都列为劳动仲裁的被申请人，然后请求与最能够体现劳动关系的三要素的用人单位确定劳动关系，并请求其他牵涉到的公司担负连带责任。关于混同用工的详细信息，可以参考本书第九章第一节中的相关细节。

可以说，众包专包的模式，让平台得以从用工责任中脱身，如今的劳动者与平台，几乎很难认定为劳动关系，更多的，则是与平台的合作商之间的纠纷。面对这种局面，作为劳动

者的我们依然需要时刻注意自己的打工状态，了解自己到底是注册为了众包骑手，还是专包骑手（比如看清楚自己是在“蜂鸟团队版”注册的还是“蜂鸟众包”上注册的）；自己用工的性质是不是被偷偷改掉了（比如某天登录 APP 突然出现杂七杂八的协议，要求点确认才能继续使用）。同时，由于法院一般不会以单一的条件确定案件的判决，因此要善于收集证据，有没有排班表？报酬是按月发放还是自己随时可以提取？奖惩制度会不会实质影响自己的工作（比如扣多少分发单量减少）？有没有固定的早会、培训？这些证据越多，越能够证明自己与公司之间的从属性，法院也就越容易认定我们为劳动关系。

“个体工商户”骑手

尽管美团、饿了么等互联网平台，通过合作协议等方式，将自身的用工责任转移到了其他公司上面，但无论怎么转，用工责任总会有一个公司来承担，这对于承担责任的公司来说依旧是个不小的麻烦。因此，出现了一种更夸张的撇清用工责任的方法，即要求骑手注册个体工商户。一旦骑手被认定为个体工商户，这场用工责任的转移也就终于迎来了尾声，作为“个体工商户”的劳动者将自己承担所有用工风险，而与之相关的所有公司，就成为了合作伙伴而非用人单位，社保、工伤、经济补偿自然也是无需给付的。

出于这种利益考虑，相当多的企业存在暗改协议，通过骑手的不知情来修改骑手的性质的行为；甚至部分公司要求骑手注册时必须人脸识别，说出“希望成为个体工商户”的句子才能注册，以此留足此骑手并非公司员工的证据。不过就目前来看，考虑到大部分专包甚至众包骑手的工作仍然受制于某一公司的管理，并不符合“个体工商户”的独立经营的特征，因此判例中也多认为即使骑手已经被注册为个体工商户，仍然不能免除企业的用工责任。

司法案例

福建省石狮市人民法院 (2021) 闽 0581 民初 4703 号

石狮市人民法院认为：周向前自 2019 年 3 月 1 日在泉州市欢乐送网络科技有限公司扫码（非蜂鸟众包）入职后，一直以骑手身份从事餐饮配送劳动，结合本院调查笔录可以确认，周向前工作过程中亦直接接受泉州市欢乐送网络科技有限公司对其的考勤管理和业务考核等，其提供的劳动是泉州市欢乐送网络科技有限公司的主要业务组成部分，泉州市欢乐送网络科技有限公司按照周向前提提供的劳动量公布核对及支付工资，**尽管周向前注册了个体工商户，但其系作为“饿了么”骑手从事餐饮配送工作，需遵守“饿了么”平台规定的各项服务规范和规则**，其自备交通工具作为劳动工具，没有保底工资，按送餐数量计件取酬，是以泉州市欢乐送网络科技有限公司名义接单、送餐，所用的接单平台仍为“饿了么”网络外卖平台，而且送餐业务中的工作地点、时间、服务是按照泉州市欢乐送网络科技有限公司接收的客户要求由泉州市欢乐送网络科技有限公司安排的，周向前自身不能随意变更，**即周向前是被纳入泉州市欢乐送网络科技有限公司的生产组织体系中从事劳动，而不是从事独立的业务或经营活动，周向前无权将个人工作分包给他人完成**。泉州市欢乐送网络科技有限公司主张双方之间不存在劳动关系，与事实和法律不符，本院不予支持。

司法案例

江苏省苏州市虎丘区人民法院 (2020) 苏 0505 民初 5582 号

虎丘区人民法院认为：首先，《项目转包协议》《个人工作室注册协议》均为打印件，其上只有电子签章，**仅凭原告人脸识别时的一句“我要成为个体工商户”，不能认定原告已经知晓法律后果并同意协议内容，且原告在苏州从事外卖服务，到淮安成立个体工商户，不具有合理性。**被告利用虚拟软件平台，引导原告通过签订电子格式合同的方式注册成为个体工商户，以建立所谓平等主体之间合作关系的形式规避用人单位责任，无法认定原告具有以个体工商户身份从事外卖业务的真实意愿。

可以看出，即便是形式上有了“个体工商户”的外衣，也未必会因为这层外衣而影响我们与公司的劳动关系判断。另外劳动者也要意识到，“个体工商户”确实在劳动关系的认定上具有相当的迷惑性，各地区的仲裁委、法院之间也未必是统一的步调，为了防止自己权利受损，让自己奔波于维权的道路，劳动者在签订任何协议前，一定要明确“个体工商户”究竟意味着哪些法律问题，谨防“被个体工商户”，若是发现自己已经被注册为个体工商户，也要学会及时收集能够证明自己被公司管理，实际并无独立经营的可能性的证据（比如工作安排表、工资流水单、奖惩经历、规章制度等），为自己的维权做好准备。

我是网约车司机

在骑手之外，另一个人数不断增长的新职业就是网约车司机。与骑手一样，网约车平台也并非单一的用工模式。有的是私家车车主带车直接加入专车运营，有的是专职司机使用平台提供的车辆。一般而言，虽然无车的专职司机不管当天是否从事道路运输，都要缴纳一定数量的车辆使用费和信息服务费；还需要依靠平台推送的信息搭载乘客，将乘客支付的费用作为收入主要来源。但由于司机与劳务派遣公司之间的劳动关系相当明确，因此不能确认司机与软件平台公司存在劳动关系。

而网约车平台在立法上的模糊处理，也导致私家车主与平台之间无法明确究竟是何种法律关系。《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（征求意见稿）规定“网络预约出租汽车经营者应当与驾驶员签订劳动合同”后即引起广泛讨论，但在最终公布的正式版本中却删除了该表述。实践中，北京已经有这种快车司机或专车司机提起劳动争议仲裁，要求确认和网络软件平台之间存在劳动关系，但仲裁委经过审理后认为，双方之间在管理上是一种很松散的关系，快车或专车司机可以根据自己的心情决定自己的工作日程，甚至专车司机都不知道公司具体地址与管理人员，公司也不对其进行相应考核，因而并没有确认双方之间存在劳动关系。

法律法规

《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》

第十八条网约车平台公司应当保证提供服务的驾驶员具有合法从业资格，按照有关法律法规规定，根据工作时长、服务频次等特点，与驾驶员签订**多种形式的劳动合同或者协议，明确双方的权利和义务**。网约车平台公司应当维护和保障驾驶员合法权益，开展有关法律法规、职业道德、服务规范、安全运营等方面的岗前培训和日常教育，保证线上提供服务的驾驶员与线下实际提供服务的驾驶员一致，并将驾驶员相关信息向服务所在地出租汽车行政主管部门报备。

网络代驾区别于网约车的运营模式，并非是互联网经济下新兴的行业，而是原有代驾业务的互联网化运营。由于代驾并非因互联网平台而兴起的，在之前的司法实践中已经积累了一定经验，也已经形成了较为统一的裁判标准。总体上来说，由于工作相对自由，从属性较弱，一般不会认定为劳动关系，而会认定为劳务关系或合作关系。

司法案例

北京市第一中级人民法院 (2015) 一中民终字第 176 号

北京市第一中级人民法院认为：本案中，根据双方签订的《e 代驾驾驶员合作协议》，亿心宜行公司向孙有良提供代驾信息，孙有良向客户提供代驾服务并收取代驾费用，亿心宜行公司从孙有良预存的信息费中扣除信息服务费用，**孙某某可自行掌握工作时间，其工作报酬亦非按月从亿心宜行公司领取，故双方之间的关系不符合劳动关系的特征，不属于劳动关系。**

司法案例

北京市第三中级人民法院 (2018) 京 03 民终 5233 号

北京市第三中级人民法院认为：**严某某的工作模式较为灵活，没有固定的工作地点和工作时间**，提交的证据尚不足以认定亿心宜行公司对严某某从事代驾工作进行**强制性或制度性的约束或管理**，亦即严某某和亿心宜行公司之间尚不具备劳动关系成立情形中的相关从属性特征。此外，严某某与亿心宜行公司签署的《e 代驾代驾员合作协议》亦明确载明双方之间不构成劳动关系。

以上我们可以看出，代驾工作的自由度，同样导致其一般不被认定为劳动关系，而至多会认为是劳务关系甚至合作关系。只是在一些侵权责任的认定中，平台可能会承担一定的赔偿责任，但在劳动关系的认定中，则很难为劳动者提供一份保障。

由于平台用工在近些年的飞速发展，各地区的仲裁、判决甚至劳动法体系的修改，都被远远的甩在了后面。各地的法院，也只能依靠旧有的“事实劳动关系”的判定方法，结合现实中的各种因素，来考虑劳动者与平台是否构成劳动关系。因此，不管是骑手、网约车司机、

主播还是代驾，判断自己是否构成劳动关系，收集何种证据能够证明自己的劳动关系，也需要围绕“事实劳动关系”的判定标准，也就是《关于确立劳动关系有关事项的通知》中所提到的三条件：

法律法规

《关于确立劳动关系有关事项的通知》

- 一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。
 - (一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
 - (二) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
 - (三) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。
- 二、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。

尽管目前的判例并没有呈现出认定平台与劳动者之间存在劳动关系的倾向，但我们依旧需要学会收集证据，并且敢于仲裁、诉讼。一是因为平台总会通过其他公司来转移自身的用工责任，我们在与其他公司产生纠纷时依旧需要同类的证据；二是因为法院也需要我们收集的证据，来考虑现实中我们是否符合上面说的三条件，而不是默认平台与劳动者之间就是没有劳动关系，毕竟现实中并没有一个明确的法条或者司法解释，能让法院敢于直接下判断。所以我们在现实的用工过程中，尽量要紧扣“从属性”这一概念，收集类似于“工资流水单”、“工资形式”（如果类似于蜂鸟众包的随时提取，则很难成为认定劳动关系的证据，若是固定时间发放，则证明力就会强上很多）、“考勤奖惩记录”（如果该考勤和奖惩记录现实的能够影响劳动者的工作，则就会有一定的证明力，如果仅仅是激励性质的，则很难成为证据）、规章制度等证据，尽可能的保证我们在证据方面，能够呈现给法官自己与公司是从属关系的感觉，会更有利于我们的维权。法律还未明晰，判决还未统一，我们总要勇敢的去试一试。

4.7 未签劳动合同双倍工资赔偿

二倍工资或者双倍工资，是指当用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，或应签无固定期限劳动合同而未签无固定期限劳动合同时，第一个月为宽限期，劳动者有权要求用人单位**自第二个月起双倍支付工资**，一般通过劳动仲裁要求。

法律法规

劳动合同法

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。

二倍工资可分为“第一倍工资”与“第二倍工资”。第一倍工资的法律属性属于“劳动报酬”，即公司通过工资支付的部分。第二倍工资的对用人单位是对用人单位未签合同的惩罚，法律属性为“惩罚性赔偿”，是我们仲裁的目标。我们通常所谓的二倍工资指的是第二倍工资。

二倍工资制度是我国在劳动法领域的首创，其目的是通过增加用人单位的违法成本，遏制其不签订劳动合同的违法行为，提高劳动合同签订率，实现保护劳动者权益。以《劳动合同法》第 82 条为中心，结合第 10 条、第 14 条，以及《劳动合同法实施条例》第 5、6、7 条，共同构建了二倍工资制度的框架。数个法条的规定相对简要，以至于在司法实践中，无论价值判断层面还是法律适用问题各地都存在较大分歧，各省市主要通过各种“会议纪要”“指导意见”等政策性文件实现当地裁判口径统一，大家可以通过下面的表格简单感受一下这种混乱状况。

这种情况下，我们主要介绍主流观点，并力求为劳动者提供普遍适用的实操方法，一些地方性法规仅供了解。

1、我能否主张双倍工资

实践中，未签劳动合同是否能判决“双倍工资”，应结合具体案情进行分析，一般来说需考量以下五个方面。

一、双方是否具备签约的主体资格

双方都具备建立劳动关系、签订劳动合同的主体资格时，才可以主张未签合同的双倍工资。

公司不能是筹备中、已注销等无建立劳动关系主体资格的状态。

	北京	上海	广州	深圳	浙江	山东	江苏	湖南	安徽
二倍工资性质	惩罚性赔偿	法定责任	非劳动报酬	非劳动报酬	非劳动报酬	惩罚性赔偿	法定赔偿金		
期满未续签是否支付二倍工资	支付，为自劳动合同期满的次日起算，最长不超过十二个月	不支付			支付，自劳动合同期满一个月后起算	支付，自劳动合同期满一个月后起算			
视为无固定期限劳动合同后是否支付二倍工资	不支付		不支付	不支付	不支持	原则上不予支持	不支付	支付	
应签无固定期限劳动合同签成固定期限是否支付二倍工资		不支付		不支付					
二倍工资的计算基数	对应时间用人单位应当正常支付的工	双方约定的工资优先	标准工资	包括加班工资在内的所有应发工资	标准工资，约定优先		应得工资；奖金分摊		
时效类型	一般时效	一般时效				一般时效	一般时效		
诉讼时效的起算	自主张权利之日起向前计算	按月分别计算				定期给付之债，从最后履行	从一年届满之次日起计算		
	一年					期限届满之日起算			
归责原则	过错推定	过错推定	过错推定	过错推定	无过错			过错推定	过错推定
特殊人员	法定代表人、人力资源经理不支付，其他高管看是否直接管理	经理，人力资源高管一般不支付		筹备期用人单位未签书面劳动合同不支持二倍工资			高管依据聘书支付工资，未签劳动合同不支付二倍工资		
特殊期间	不予支付						不予支持		不予支持
补签劳动合同是否支付二倍工资	若补签到实际用工之日，无须支付			补签后不支持二倍工资					不予支持

图 4.1: 状况

司法案例

2013 上海

A 公司 2012 年 9 月 4 日正式注册成立，但孙某 2012 年 7 月 26 日就收到公司的录用信，从 2012 年 8 月 1 日就开始在 A 公司担任值班经理一职。双方未签订书面劳动合同，同年 12 月 28 日，孙某提出辞职，并向浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委裁决支持了孙某要求公司支付 2012 年 10 月 4 日至 12 月 28 日期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额 1 万余元的请求。**由于筹备中的公司不具备法人主体资格，不能独立承担法律责任，所以 9 月 4 日视为公司应当签订劳动合同的日期，一个月后 10 月 4 日为双倍工资开始计算的日期。**公司上诉，一中院审查认为，该案中的录用信虽然具备了部分条款特征，但录用信上没有用人单位的印章或法定代表人的签名，与劳动合同中双方当事人签名盖章作出接洽合同条款的意思表示不符，维持原判。

同理，劳动者也需符合签订劳动合同的主体资格。如退休返聘人员、勤工俭学的在校生成等，不属于《劳动合同法》的调整范围，未签用工协议不适用“双倍工资”的有关规定。

二、双方是否就合同主要内容达成合意

法律法规

劳动合同法

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

劳动合同应当具备《劳动合同法》第十七条规定的必备条款，或以其他书面形式对劳动合同应有的大部分主要内容达成共识，否则需要支付双倍工资。如果没有劳动合同，但签定的聘用书、劳务合同、试用合同上面有这些明确条款和双方达成合意的签字，那么双倍工资就不容易被支持。我们通过下面的案例理解这一点。

司法案例

(2012) 武汉

2011 年 10 月，职业经理人左先生进入武汉某置业公司任房地产项目经理。当年 10 月，公司通过企业邮箱向左先生发送了劳动合同的电子文本。这份文本中，双方就合同期限、工作内容与地点、劳动报酬与社保待遇等进行了约定。2012 年 5 月，左先生辞职后申请仲裁，仲裁委作出裁决支持了双倍工资诉求。公司不服，诉至武汉经济开发区法院。一审法院判决公司不承担支付双倍工资的责任。左先生上诉至中院，被法院终审驳回诉请。合法的数据电文形式作为书面形式的一种，以**电子形式签订的劳动合同是有效的**，能体现双方对劳动合同主要内容达成合意，不支持主张双倍工资主张。

司法案例

(2017) 鲁 0302 民初 2145 号

2016 年 11 月 9 日昆仑瓷器公司收到刘某某应聘的简历，2016 年 12 月 8 日昆仑瓷器公司从网上给刘某某 1 发了《聘用书》，刘某某收到后未签字。法院认为，该《聘用书》虽未经双方签字盖章，但具备劳动合同的主要条款，且在发《聘用书》时双方均具有建立劳动关系的意愿，刘某某 1 也自 2016 年 11 月份即开始提供劳动，昆仑瓷器公司予以接受。因此法院没有支持二倍工资。对于《聘用书》这种具有合同主要内容但双方未签字的，存在较大争议，**一些观点认为劳动者按照《聘用书》内容提供劳动就视为默认了《聘用书》，效果等同于劳动合同；也有判例认为《聘用书》不能体现双方合意，支持了双倍工资。**

三、用人单位是否履行诚实磋商义务

是否需要双倍支付劳动者工资，还应当考虑用人单位是否履行了**诚实磋商义务**。如果确因不可抗力、意外情况或者劳动者拒绝签订等用人单位以外的原因造成劳动合同未签订的，用人单位不需支付双倍工资。

磋商应当是以订立书面劳动合同为目的的磋商。上面案例中孙某 2012 年 7 月 26 日就收到录用信，此录用信显然只是一种建立劳动关系的意向，不能代表双方对签订劳动合同进行磋商。

不可抗力主要体现在劳动者入职便处在特殊时期，如停工留薪期、女职工哺乳期，无法签订劳动合同，近两年还包括受疫情影响，这种情况下劳动者可以**要求签订电子合同**，防止公司借此规避风险。

劳动者拒绝签订劳动合同，**用人单位对此负有举证责任**，举证标准很高，通常除非劳动者以很不合理的理由拒签并留下了书面证据，否则不会认定属于这种情形。

法律法规

《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答（2012）》

一、如果确系不可归责于用人单位的原因导致未签订书面劳动合同，劳动者能否要求用人单位支付二倍工资？

签订书面劳动合同系用人单位的法定义务，但确系不可归责于用人单位的原因导致未签订书面劳动合同，劳动者因此主张二倍工资的，可不予支持。下列情形一般可认定为“不可归责于用人单位的原因”：

用人单位有充分证据证明劳动者拒绝签订或者利用主管人事等职权故意不签订劳动合同的；工伤职工在停工留薪期内的，女职工在产假期或哺乳假内的，职工患病或非因工负伤在病假期内的，因其他客观原因导致用人单位无法及时与劳动者签订劳动合同的。

法律法规

人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函人社厅函〔2020〕33号

用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同。

四、是否存在“补签”“倒签”劳动合同

情形一	倒签	将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内或者实际用工之日。 例如：2022年1月1日入职，用人单位于2022年5月1日倒签劳动合同，劳动合同签订日期为2022年1月1日，劳动合同期限一年为2022年1月1日至2022年12月31日。
情形二	补签	补签劳动合同的时间是签订的当前日期，但补签的劳动合同期限涵盖了未签劳动合同的期限。 例如：2022年1月1日入职，用人单位于2022年5月1日补签劳动合同，劳动合同签订日期为2022年5月1日，劳动合同期限一年为2022年1月1日至2022年12月31日。
情形三		补签劳动合同的时间是签订的当前日期，但补签的合同期限未涵盖未签劳动合同的期限。 例如：2022年1月1日入职，用人单位于2022年5月1日补签劳动合同，劳动合同签订的日期为2022年5月1日，劳动合同期限一年为2022年5月1日至2023年4月30日。

图 4.2: 三种情形

倒签和补签在各语境中意义也有所不同，我们用情形一二三来方便表达，关于这个问题存在很大争议，一些地区甚至给出了完全相反的意见。

在司法实践中，情形一无论劳动者能否证明劳动合同的实际签署日期，绝大多数地区认为不支持劳动者双倍工资要求，视为用人单位与劳动者达成合意，属于劳动者“自愿”放弃相应权利，少数地区如上海、浙江认为倒签后仍可以主张双倍工资。

司法案例

江苏省高级人民法院（2019）苏民申 7706 号

徐某于 2017 年 3 月至金鹏设备厂工作。徐某在金鹏设备厂工作至 2017 年 12 月 31 日，徐某向金鹏设备厂出具员工离职申请表，离职类型载明辞职。2018 年 1 月，双方就劳动合同进行补签，落款时间为 2017 年 3 月 15 日。**一审、二审、再审法院都认为倒签合同视为徐某放弃了双倍工资的主张权利**，没有支持双倍工资。

情形二是否支持双倍工资争议最大。北京、安徽、深圳、四川、山东、陕西、吉林、江苏、重庆等地出台文件表示不支持情形二双倍工资，占据主流，其他没有明确文件的地区大多也采取这种观点。上海、天津、重庆、江西等地则表示支持情形二的双倍工资，认为补签并不能免除其前段未签订劳动合同期间应承担支付二倍工资差额的责任，相对合理。

法律法规

北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》（京高法发〔2014〕220 号）

29、用人单位与劳动者补签劳动合同，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资可否支持？用人单位与劳动者建立劳动关系后，未依法自用工之日一个月内订立书面劳动合同，在劳动关系存续一定时间后，用人单位与劳动者在签订劳动合同时将日期补签到实际用工之日，视为用人单位与劳动者达成合意，劳动者主张二倍工资可不予支持，但劳动者有证据证明补签劳动合同并非其真实意思表示的除外。

用人单位与劳动者虽然补签劳动合同，但未补签到实际用工之日的，对实际用工之日与补签之日间相差的时间，依法扣除一个月订立书面劳动合同的宽限期，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资的可以支持。

法律法规

江西省高级人民法院、江西省人力资源和社会保障厅《关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）》的通知赣高法〔2020〕67 号

4、劳动者以劳动合同倒签或补签为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，应如何处理？

双方将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内，劳动者以劳动合同倒签为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。但有证据证明存在欺诈、胁迫情形的除外。双方补签劳动合同的，劳动者主张实际用工之日至补签前一日扣除一个月订立书面劳动合同宽限期的二倍工资差额，应予支持。

相关参考：《安徽省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》

司法案例

江苏省高级人民法院（2020）苏民申 1464 号

谷某于 2018 年 8 月 28 日入职被告担任夜班保安，双方订立有书面劳动合同，约定合同期限为 2018 年 8 月 28 日至 2020 年 8 月 27 日。被告在劳动合同上的落款时间为 2018 年 8 月 28 日，原告谷某的落款时间为 2019 年 6 月 17 日。一审、二审、再审法院都认为补签劳动合同是双方达成了合意，是劳动者对应当签订劳动合同期间的追认，不支持双倍工资。

司法案例

汕尾人社典型案例

陈某于 2021 年 9 月 6 日入职汕尾某建材公司，工作岗位为司机。2022 年 4 月 1 日前，汕尾某建材公司未与陈某签订劳动合同。2022 年 4 月 1 日，双方补签劳动合同，合同约定的期限为 2021 年 9 月 6 日至 2023 年 3 月 31 日。陈某于 2022 年 9 月 15 日申请劳动仲裁，仲裁委认为补签不能免除用人单位的法定责任，支持了双倍工资诉求。

情形三各地观点比较统一，已经履行的事实劳动关系期间自始没有签订书面劳动合同且补签的合同期限亦未涵盖签订日之前期间的，没有理由不支持补签前的双倍工资。

总而言之，劳动者主张双倍工资的理想情况是公司未签劳动合同也未提出签订劳动合同，公司一旦提出签订合同就会出现许多争议。未签劳动合同往往伴随着不缴纳社会保险等情况，比如许多公司试用期不签合同不交社保，那么如果想要离职，最好在所谓的试用期（没有劳动合同就不能约定试用期，可以参考本书第五章第四节）结束之前就以不交社保为由被迫解除劳动合同关系，再去仲裁主张双倍工资会非常稳。

入职一个月后公司又提出了要签订劳动合同，劳动者应该如何应对呢？如果拒签理由不合理，公司以此为由辞退可能只需要支付经济补偿金的，免除未签劳动合同的双倍工资。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

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

法律法规

《吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答（二）》

11. 因劳动者的原因导致未订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的能否支持？因劳动者原因导致未订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，不予支持。

如果劳动者拒签理由**合理**，公司**仍需要支付双倍工资**，以此为由辞退还会属于**违法解除劳动关系，要支付赔偿金**。一般而言，**情形一的倒签合同可以直接拒绝签订，要求公司把合同期限的起始日期和落款日期都改为当下**。情形二我们也可以拒绝，但要特别**注意沟通方式**，不要表现的“不签合同就是为了双倍工资”，可以找其他各种理由拒绝，比如要求补缴之前的社保、合同上的工资要写实际工资等，实在找不到理由再签，**签合同同时也要用书面形式明确通知公司签合同不代表放弃双倍工资索赔权**，可以减少一定风险。情形三的合同不影响双倍工资主张，可以签，同样也可以给公司一个不放弃索赔权的书面通知。

司法案例

(2018)京02民终12191号

2017年8月18日，白某与中全人才订立的最后一份劳动合同到期。白某要求与中全人才订立无固定期限劳动合同。2018年3月14日，中全人才向白某送达《续签合同通知单》，内容有，中全人才同意与白某自2017年8月19日开始订立无固定期限劳动合同。白某明确表示不同意，认为无固定期限劳动合同的起始时间应为订立时间等。2018年3月19日，中全人才向白某送达《终止合同通知单》，解除双方劳动关系。白某提起诉讼，**一审、二审均判决用人单位支付未签劳动合同的双倍工资和违法辞退赔偿金**。

如果已经签了情形一二的合同呢？**一般而言很难再支持双倍工资**，但也并非绝对，**少数地区有可能支持**。另外签订劳动合同的目的是维护劳动者权益，如果签订合同后**仍存在对劳动者权益的侵害**，如公司未补缴之前的社保，也可能会影响裁判倾向。“但有证据证明存在欺诈、胁迫情形的除外”这些例外情况对**证据要求极高**，除非真的用危害人身安全的方式强迫，否则**一般不会认定属于这种情形**。

五、申请仲裁是否超过一年时效

劳动者未签合同一年后视为签订了无固定期限劳动合同，之后就不支持双倍工资，再减掉第一个月的宽限期，一般劳动者可以主张的双倍工资最多11个月。一般认为双倍工资属于用人单位违法法定义务所应当承担的法律责任，适用于申请仲裁的一般时效规定，即一年。这11个月的双倍工资都有一年的时效，所以**一般入职未签订合同和未续签固定期限合同超过两年后，再专门仲裁双倍工资意义不大**，下面我们会详细介绍这一点。

法律法规

《劳动争议调解仲裁法》

第二十七条劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

2、二倍工资的时段计算

一、入职未签订劳动合同的情形

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第六条规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日满一个月的次日起开始计算二倍工资，截止点为双方订立书面劳动合同的前一日，最长不超过十一个月。

法律法规

《劳动合同法》

第十四条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。

蒋某于 2012 年 4 月 15 日到公司工作，双方未签订劳动合同，至 2013 年 5 月 15 日双方劳动关系终止，于 2013 年 10 月 28 日申请仲裁要求支付未签订劳动合同的二倍工资。双方自 2012 年 5 月 15 日用工满一个月应开始支付二倍工资，到 2013 年 4 月 15 日用工满一年视为订立无固定期限劳动合同。蒋某能主张二倍工资的时间段为 2012 年 5 月 15 日至 2013 年 4 月 14 日。蒋某于 2013 年 10 月 28 日申请仲裁，往前计算一年为 2012 年 10 月 28 日，在仲裁时效内的时间段为 2012 年 10 月 28 日至 2013 年 10 月 28 日。故本案支持了两个时间段重合部分 2012 年 10 月 28 日至 2013 年 4 月 14 日的双倍工资。

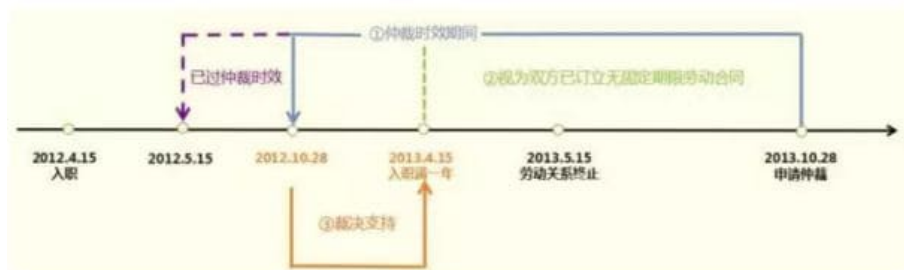


图 4.3: 入职未签

二、未续签劳动合同但继续工作的情形

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》

第 28 条（3）劳动合同期满后劳动者仍在用人单位工作，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，计算二倍工资的起算点为自劳动合同期满的次日，截止点为双方补订书面劳动合同的前一日，最长不超过十二个月。

齐某于 2005 年 3 月 1 日入职某公司，双方签署最后一份劳动合同到期日为 2011 年 2 月 3 日，此后未续签。2013 年 1 月 25 日，双方劳动关系解除。齐某于 2013 年 3 月 26 日申请仲裁要求公司支付未续签劳动合同的二倍工资。某公司应自 2011 年 2 月 4 日开始应支付二倍工资，总计 12 个月，到 2012 年 2 月 4 日满一年起视为已订立无固定期限劳动合同。**齐某能主张二倍工资的时间段为 2011 年 2 月 4 日至 2012 年 2 月 3 日**。齐某于 2013 年 3 月 26 日申请仲裁，往前计算一年为 2012 年 3 月 26 日，**在仲裁时效的时间段为 2012 年 3 月 26 日至 2013 年 3 月 26 日**。两个时间段没有重合部分，故不支持双倍工资。

极少数判例认为合同期满后继续工作应视为双方同意以原条件继续履行劳动合同，不支持未续签的双倍工资。主要在甘肃存在这种倾向。

法律法规

《甘肃省劳动人事争议仲裁与诉讼衔接座谈会会议纪要》

28. 劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续签劳动合同，劳动者主张用人单位支付劳动合同续延期间未签订劳动合同二倍工资差额的，不予支持。但双方未续签劳动合同超过一年的应视为双方之间已订立无固定期限劳动合同。



图 4.4: 未续签

三、未签无固定期限劳动合同的情形

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》

第 28 条第（4）项，二倍工资自应订立无固定期限劳动合同之日起算，截止点为双方实际订立无固定期限劳动合同的前一日。不受最长支付期限的限制但受一年诉讼时效的调整。

陈某 1996 年 5 月 10 日起到公司工作，双方书面劳动合同期限至 2008 年 11 月 15 日。2008 年 10 月 14 日陈某以连续工作 12 年为由要求与公司签订无固定期限劳动合同，公司拒绝，公司一直未与陈某签订无固定期限劳动合同。2011 年 3 月 23 日，陈某申请仲裁要求公司支付未签订无固定期限劳动合同的二倍工资。陈某可以主张二倍工资自 2008 年 11 月 16 日至双方实际订立无固定期限劳动合同的前一日，没有订立劳动合同就截止至离职或在职申请仲裁的前一日，即 **2008 年 11 月 16 日至 2011 年 3 月 23 日**。于 2011 年 3 月 23 日申请仲裁，往前计算一年为 2010 年 3 月 23 日，**在仲裁时效的时间段为 2010 年 3 月 23 日至 2011 年 3 月 23 日**。支持双倍工资的为两时间段重合部分 **2010 年 3 月 23 日至 2011 年 3 月 23 日**。



图 4.5: 未签无固定

编者的话

各地计算方法存在一些差异，以上是主流观点，仅为自诉劳动者提供心理预期的参考，劳动者在申请劳动仲裁时**可以不考虑时效问题**，主张自应当签订劳动合同之日到补签、离职或者在职提出仲裁之日，**保证主张的金额只多不少**，哪些部分不在仲裁时效内交给仲裁委计算。

四、其他计算方法（仅供了解学习）

1. 整段计算。时效届满前，全额支持，时效届满后，全额作废。浙江、江苏、山东、重庆、云南、沈阳等地有明确文件支持。另外湖北省、河南省、河北省、山东省、安徽省、内蒙古自治区也有案例持该观点。

2. 分开计算，未超过一年时效的月/日双倍工资可支持，如上海、深圳、吉林、四川、北京、福建、厦门。

3. 双倍工资为劳动报酬，适用特殊仲裁时效，自劳动关系终止之日起计算一年。该观点基本已被淘汰，即使湖北有相关规定，在司法实践中大多也按照第二种观点。

省份	仲裁时效	依据
浙江省	四、二倍工资的仲裁时效应该如何理解？ 《劳动合同法》第八十二条所称的“二倍工资”中加付的一倍工资并不属于劳动报酬，劳动者申请仲裁的时效为一年。用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，仲裁时效应从用人单位与其补订劳动合同之日起或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起计算。	浙江省劳动仲裁院印发《关于劳动争议案件处理若干问题的解答》的通知 浙劳仲院（2012）3号
江苏省	一、劳动合同的订立 第一条 劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而主张用人单位每月支付二倍工资的争议，劳动人事争议仲裁委员会及人民法院应依法受理。对二倍工资中属于用人单位法定赔偿金的部分，劳动者申请仲裁的时效适用《调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，即从用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年；如劳动者在用人单位工作已经满一年的，劳动者申请仲裁的时效从一年届满之次日起计算一年。	江苏省高级人民法院江苏省劳动人事争议仲裁委员会关于印发《关于审理劳动争议案件的指导意见（二）》的通知 苏高法审委[2011]14号
山东省	二十一、关于二倍工资争议的仲裁时效适用问题 劳动合同法第八十二条规定的“二倍工资”中加付的一倍工资具有惩罚性赔偿性质，不属于劳动报酬。用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，劳动者申请仲裁的时效为一年。 劳动者请求用人单位支付未签订劳动合同二倍工资可视为同一合同项下约定的具有整体性和关联性的定期给付之债，应当作为整体之债对待，仲裁时效应从用人单位与其补订劳动合同之日起或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起计算。	山东省高级人民法院 山东省人力资源和社会保障厅 关于审理劳动争议案件若干问题会议纪要
重庆市	二倍工资差额的仲裁时效如何起算的问题。1.第一种意见认为，用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同或无固定期限劳动合同，劳动者要求用人单位支付的二倍工资差额具有惩罚性质，属于赔偿性费用，而非劳动报酬，不适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。劳动者请求用人单位支付二倍工资差额的，仲裁时效应当从二倍工资差额的总额确定之日起计算。2.第二种意见认为，用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同或无固定期限劳动合同，劳动者要求用人单位支付的二倍工资差额具有惩罚性质，属于赔偿性费用，而非劳动报酬，不适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。劳动者请求用人单位支付二倍工资差额的，仲裁时效应当从用人单位应当签订而未签订书面劳动合同或者无固定期限劳动合同之日起按月分别计算。 市高法院同意第一种意见。	重庆高级人民法院等六部门关于劳动争议案件适用法律问题专题座谈会纪要（三）
天津市	14.【合同到期未续订但继续工作的二倍工资】劳动合同期满未续签书面劳动合同，劳动者继续在原用人单位工作，原用人单位未表示异议，劳动者主张用人单位支付未与其签订书面劳动合同二倍工资的，应予支持。二倍工资的支付期限为劳动合同期满一个月的次日至双方补签书面劳动合同的前一日，但最长不超过十一个月。 本条及第12条规定的二倍工资的性质不属于劳动报酬，应当将其作为一个整体按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定计算仲裁时效。	天津市高级人民法院关于印发《天津法院劳动争议案件审理指南》的通知 津高法【2017】246号 一触及法

图 4.6: 第一种

3、二倍工资的基数

二倍工资的计算基数需要以第一倍工资为参照。但是对于“第一倍工资”的计算基准存在较大争议，比如广州以标准工资为计算基数；北京以相对应的月份的应得工资为准；深圳以包括加班工资在内的所有应发工资为准；上海则以双方约定的正常工作时间月工资来确定。

笔者认为用人单位适用二倍工资罚则的领域多发生在基层员工身上，用人单位不与其签订书面劳动合同的同时，也常常伴随其他侵害行为，如要求加班但拒绝支付加班费，所以以应发工资为准更有利于保护劳动者的权益；如果以约定或标准工资为基数，用人单位势必会在事前约定较低的工资以降低违法成本，不利于发挥二倍工资制度应有作用；从文本释义角度，《关于工资总额组成的规定》第四条规定工资包括加班费、奖金等内容，按照应发工资计

省份	仲裁时效	依据
上海市	1. 关于双倍工资的性质 我们认为,《劳动合同法》第82条第1款规定“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,应向劳动者每月支付二倍的工资”,从该条规定的立法本意分析,双倍工资的性质并非完全是劳动者提供正常劳动所获得的一种劳动报酬,其超出双方约定的劳动报酬的部分是因用人单位未按法律规定与劳动者签订书面劳动合同而应承担的法定责任。 2. 关于双倍工资的时效问题 我们认为,鉴于双倍工资的上述性质,双倍工资中属于双方约定的劳动报酬的部分,劳动者申请仲裁的时效应适用《劳动争议调解仲裁法》第27条第2至第4款的规定,而对双方约定的劳动报酬以外属于法定责任的部分,劳动者申请仲裁的时效应适用《劳动争议调解仲裁法》第27条第1款至第3款的规定,即从未签订书面劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效。	上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答 (《民一庭调研指导》【2010】34号)
深圳市	二、关于未订立劳动合同二倍工资的诉求,受仲裁时效期间的限制。仲裁时效的审查,逐月起算。	深圳市劳动人事争议仲裁院2010年全市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要
吉林省	12. 用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而未订立,劳动者要求支付二倍工资的,如何处理? 用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而未订立的,应当向劳动者支付二倍工资,双方已经订立固定期限劳动合同的除外。 劳动者要求支付二倍工资的仲裁时效自其应当订立无固定期限劳动合同之日起开始计算,超过一年仲裁时效期间的部分,用人单位以超过仲裁时效为由主张不予给付的,人民法院应予支持。	吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答(二)
四川省	31. 劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的,仲裁时效期间应依照《劳动争议调解仲裁法》第27条第1、2、3款的规定确定,从未订立书面劳动合同满一月的次日起计算一年。上述仲裁时效期间应按月计算,从劳动者主张权利之日起向前倒推一年,对超过一年的二倍工资差额不予支持。	四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》的通知 川高法民一庭〔2014〕1号
北京市	1. 自用工之日满一年不与劳动者订立书面劳动合同,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同,此时对二倍工资不予支持。2. 不与劳动者订立无固定期限劳动合同,用人单位向劳动者支付二倍工资没有时间上限,但适用一年的仲裁时效。3. 二倍工资仲裁时效按天起算,不再按整段起算,时效可从劳动者主张权利之日起向前计算一年,仲裁时效抗辩应由用人单位提出,法院不能主动适用。	北京市高级人民法院关于印发《2014年部分劳动争议案件适用法律疑难问题研讨会会议纪要》的通知(2015年1月)
福建省厦门市	7. 未签订书面劳动合同的二倍工资差额的仲裁时效应如何认定? 《劳动合同法》第八十二条所称的“二倍工资”中加付的一倍工资并不属于劳动报酬,劳动者申请仲裁的时效为一年。用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同,劳动者要求用人单位支付加付的一倍工资的,按日分别计算仲裁时效。	厦门市中级人民法院、厦门市劳动人事争议仲裁委员会关于印发《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》的通知 厦中法〔2014〕96号

图 4.7: 第二种

省份	仲裁时效	依据
湖北省	31、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并一直未补订的,应当按照《劳动合同法实施条例》第七条的规定,自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日向劳动者每月支付两倍的工资。双倍工资的申请仲裁时效自劳动关系终止之日起算,期间为一年。	湖北高级人民法院民事审判工作座谈会纪要(2013年9月)

图 4.8: 第三种

算更为合理。

法律法规

《关于工资总额组成的规定》

第四条

工资总额由下列六个部分组成：（一）计时工资；

（二）计件工资；

（三）奖金；

（四）津贴和补贴；

（五）加班加点工资；

（六）特殊情况下支付的工资。

实际上以应发工资为二倍工资基数的案例也不在少数，自诉劳动者在申请仲裁时可以一律按应发工资计算，即包含加班费、年终奖、补贴、提成等全部工资性收入，保证主张的金额只多不少，剩下的交给仲裁委核算。

4、其他问题

1. 主张双倍工资需要什么证据？

主张双倍工资的前提是证明与用人单位存在实际劳动关系，参考本章第一节。在此前提下，未续签无固定期限的劳动者还需要举证自己工龄满 10 年或已两次签订劳动合同，签过两次固定期限劳动合同之后，必须向用人单位发出一个通知，告知用人单位我已经签了两次合同，要求签订无固定期限的合同。其他情况下的举证责任在用人单位，单位拿不出带有劳动者签字的劳动合同就要支付双倍工资。

法律法规

《劳动合同法》

第十四条

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。

2. 合同没有一式两份，或者合同都被公司收走了，算不算未签合同？

不算，用人单位能拿出有劳动者签字的合同就可以免于支付双倍工资。不过这里也有一个技巧，如果和公司有其他争议，劳动合同是证明工作期间、约定工资的有利证据，可以找劳动监察大队帮忙要回合同，要不回来可以仲裁时主张未签合同的双倍工资，逼公司拿出合同。

3. 符合签订无固定期限劳动合同的条件，但签订了固定期限劳动合同，可以要求支付双倍工资吗？

大部分地区不支持，存在少数支持的案例。在符合签订无固定期限合同时，最好书面要求公司签订无固定期限合同，给固定期限合同就拒绝。如果已经签了，那也不妨主张双倍工资试试。

4. 未签劳动合同一年后视为签订了无固定期限劳动合同，是不是就不能主张双倍工资了？

视为签订无固定期限劳动合同之后的双倍工资不再支持，但之前的双倍工资不受影响。认为视为签订无固定期限劳动合同就不能主张全部双倍工资的观点，既无理论根据也无判例支持。

5. 未满一个月的双倍工资如何计算？

有少数案例持这样一种观点，双倍工资应该整月计算，未满一月的不予支持。例如入职两个半月未签合同，通常认为扣除一个月宽限期后可以主张一个半月双倍工资，这种观点认为后面半个月的双倍工资不应支持。实际上这种观点毫无道理，自诉劳动者也不需考虑，未满一个月的部分按日工资（月薪 ÷ 21.75）计算即可。

6. 劳动合同不合法，可以主张双倍工资吗？

劳动合同个别条款违法，但有双方基本信息、工作期限、工作内容等大部分必备内容的，不支持双倍工资，《劳动合同法》第二十六条规定的合同无效情形除外。

7. 代签劳动合同有效吗？

用人单位或他人代替劳动者签订劳动合同，用人单位有证据证明代签劳动合同经劳动者本人同意，或者劳动者以实际行为表明接受所代签劳动合同内容，不支持双倍工资。

8. 未续签劳动合同是否有一个月的宽限期

认为有宽限期的地区相对较多，部分地区认为没有，自诉劳动者可以按照没有宽限期计算。

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》

第 28 条（3）规定：劳动合同期满后劳动者仍在用人单位工作，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，计算二倍工资的起算点为自劳动合同期满的次日，截止点为双方补订书面劳动合同的前一日，最长不超过十二个月。

9. 非全日制工作者可以主张双倍工资吗？

非全日制虽然属于劳动关系，但有特别规定允许了双方可以订立口头协议，因此没有未签劳动合同的双倍工资。

法律法规

《劳动合同法》

第六十九条

非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

10. 合同届满延续的情形如何处理？

合同届满延续期间视为有劳动合同，不支持双倍工资，主要有以下情况。

法律法规

《劳动合同法》

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；

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。

法律法规

《劳动合同法实施条例》

第十七条劳动合同期满，但是用人单位与劳动者依照劳动合同法第二十二条的规定约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

法律法规

《工会法》

第十八条基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期限；非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。

第五章 入职和签订劳动合同争议

劳动合同作为劳动者与用人单位建立劳动关系的凭据，同时也是发生劳动争议之后的重要证据。劳动法对于入职就要签订劳动合同有着明确的要求，同时对于公司不与劳动者签订劳动合同的行为也有着相当严厉的处罚。但在实践中，不少公司迫于双倍工资的压力选择与劳动者建立劳动合同，但仍有不少公司会在劳动合同的签订过程和内容上动起了歪脑筋，本章的前三节将对劳动合同的种类和内容进行说明，对签订过程中程序不公正或内容不合法的问题进行讨论，并列举一些常见的劳动合同中的问题条款，帮助读者较为全面地了解劳动合同。

试用期和规章制度是我们入职之后绕不开的话题，不少用人单位对于试用期和规章制度存在一定程度的滥用，因此产生了不少的劳动争议。关于试用期和规章制度的一系列问题将在第四五节被清楚的说明。

在我们签订了合同之后，我们必然要面对的一个问题是劳动合同期满，应当如何处理，怎样才能更好地维护劳动者的权益，我们将在第六节结合法律法规和实际判例，对于劳动合同期满的一系列争议进行探讨同时给出一些建议，希望对于读者有所帮助。

5.1 怎样才算签订了一份有效的劳动合同

劳动合同，又称劳动契约、劳动协议。劳动合同是调整劳动关系的基本法律形式，也是确立劳动者与用人单位劳动关系的基本前提，在劳动法中占据核心的地位。劳动合同应该是什么样子的，有哪些不同的种类，怎么样的劳动合同才是一份有效的劳动合同是我们在入职签订劳动合同之前需要了解的。本节将从《劳动合同法》出发简要的展示一下劳动合同的种类和内容，并对合同可能失效的情况加以分析，希望对即将入职和觉得自己合同有问题的朋友有所帮助。

5.1.1 劳动合同的内容

编者的话

我们劳动者在入职之前往往要先公司签订劳动合同，而合同上密密麻麻的条款很多，有的劳动者就只关注薪资，其他的扫一眼就过去了，有些无良的公司就会钻这个空子遗漏一些重要条款或者设定一些陷阱，坑害我们的劳动者。那么本文我们就给大家汇总一下劳动合同的必备内容，让大家知道在签订合同时知道该重点注意什么。除此之外，在文章末尾我们也附上了劳动法中对劳动合同内容的规定，给大家作为参考。

1、单位的基本情况

签订劳动合同时，劳动者首先要弄清单位的基本情况，其次要判断是否是合法企业，它的法人代表姓名、单位地址、电话要知道，这些信息可以上网查询工商登记信息获取，同时，要求将这些内容明确写在合同中。

通过劳务公司进入工厂的，与劳务公司签订劳动合同。在签约之前，你也要搞清楚劳务公司的基本情况。正规劳务公司有劳务派遣许可证和营业执照，也有实体店。如果什么都没有则大概率是黑中介，要谨慎做决定。

2、具体明确的工作内容和地址

劳动者要弄清自己的具体工作，并在合同中写明工作的内容和具体地点。在司法实务中，存在很多因工作地点约定不清、工作内容约定不清所引起的纠纷。

比如合同中只载明“操作工”，这是一个范畴很广的概念，用人单位后来把劳动者调到另外一个更加繁琐的“操作工”职位，劳动者不愿意，引发劳动纠纷。

又或者工作地点只写了城市名，在后来的实际工作过程中，用人单位把劳动者调到该城市周边工作，劳动者不愿意，引发劳动纠纷。

3、清楚的劳动报酬

这里的劳动报酬不是说只写一个工资数额就行了，而是说基本工资数额、绩效工资数额、计算方式、发放时间、支付方式、奖金发放标准等，都要在合同一一写清楚。

不要轻信老板的口头承诺，毕竟口说无凭，既然他已经愿意像他说的那么做，那么白纸黑字列在合同上又有什么不行的。

另外需要补充一点，有的单位采取扣发员工一个月工资的方式拴住劳动者，这种行为不具有法律效力。如果劳动合同终止后，用人单位拒绝提供被扣发的劳动报酬，劳动者可以通过劳动仲裁解决问题。

关于劳动合同的内容我们就先总结到这里，在本节的第三小节我们会继续为大家阐述在劳动合同内容缺失的情况下劳动合同是否有效的问题。

法律法规

《劳动合同法》

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。

5.1.2 劳动合同的种类

劳动合同按照终止的期限，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三种。弄清楚这三种合同的区别、签订条件及其终止时单位应付的补偿，对劳动者来说是非常重要的。

1、固定期限劳动合同

固定期限劳动合同顾名思义，是指用人单位与劳动者签订的，明确约定了[合同终止时间](#)的劳动合同。一般情况下我们新入职一家单位，开始受其管辖，签订的就是这种合同。用人单位与劳动者协商一致，并经双方在劳动合同文本上签字或者盖章后，合同生效。

签订时除了要注意前一章中提过的合同中应有的内容外，还要记得，劳动合同文本应由用人单位和劳动者[各执一份](#)。

另外，固定期限劳动合同只是规定了合同的自然终止时间，而绝不是说到这个时间之前劳动者都不能离职。合同期满前劳动者若想终止合同，只需提前三十日向单位进行书面通知，即可离职。如果用人单位在合同中规定提前解除合同的违约金等内容，那么这种条目是违法的，没有法律效益。

固定期限劳动合同的续签

劳动合同期满后，用人单位应当在一个月内在与劳动者续签合同。如果没有续签，却让劳动者继续在此上班，那么一个月后劳动者就可以提出双倍工资的赔偿要求。

关于这一条，最高院 2021 年在《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》新

给出的司法解释是，用人单位若不续签合同，应该在原合同到期前的合理期间内通知劳动者，否则就应该在原合同期满之日起赔偿劳动者双倍的工资，而不需要等到一个月之后。因此，劳动者在申请仲裁时，也可以尝试这样主张。

如果劳动合同期满后不与劳动者续签，那么单位应支付劳动者数额为 N 倍月工资的经济补偿金。N 的计算方法为劳动者在此工作的总年限，不满一年的部分按一年算，不满半年的部分按半年算。

连续订立二次固定期限劳动合同后，再续订劳动合同时，应当签订无固定期限劳动合同。

2、无固定期限劳动合同

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。在以下的情况下，除非劳动者提出异议，否则单位应与劳动者订立无固定期限劳动合同：

1. 劳动者在该用人单位连续工作满十年的
2. 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（这一条主要是考虑到劳动合同制度推行前或国企改革前已经在单位工作的老员工）
3. 连续订立二次固定期限劳动合同后，再续订劳动合同的。

另外，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。

无固定期限合同与固定期限合同最明显的区别就是，它没有约定合同的存续期限，因此稳定性较强。如果不出现法定或约定解除合同的情况，合同会一直履行到劳动者退休才终止。但并不是说这种合同是不能变更的“死合同”，无固定期限劳动合同订立后，依然可以在双方协商一致的情况下进行变更，劳动者想要离职的话，也可以在提前三十天通知单位的情况下自由离职。

应签未签无固定期限合同的情况

根据《劳动合同法》第八十二条，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**。但是，在主张这个二倍工资诉求时，有两个需要注意的地方。第一，在第二次固定期限合同期满时，劳动者应主动提出与单位签订无固定期限合同。如果在应该签订无固定期限合同的情况下，劳动者已经与公司签订了固定期限合同，那么这个合同期内的双倍工资将会较难主张。法院的解释为，合同法中规定用人单位与劳动者协商一致的情况下，可以订立无固定期限劳动合同，而如果已经订立了固定期限劳动合同，则默认为劳动者未与公司协商一致签订无固定期限合同，因此不认可这个合同期内的双倍工资赔偿。

第二个需要注意的是仲裁时效的问题。劳动争议的仲裁申请时效为一年，即劳动者需要在应签无固定期限劳动合同的**一年之内**发起仲裁，超时部分的赔偿可能会难以申请成功。

除以上两种情况之外，如果公司未按规定签订无固定期限劳动合同，可以申请劳动仲裁，主张双倍工资，来维护自己的权益。

签订两次固定期限合同之后，不续签无固定期限合同的情况

这个问题也较为复杂，不同地区的审判口径有所不同。在北京、天津、江苏等地区，法院会认为在第二次固定期限合同到期后，无固定期限合同的续签是劳动者的权利，如果单位拒绝，则应按照违法终止劳动合同来处理，即单位支付劳动者 $2n$ 倍月薪的赔偿金。 n 的计算方法为劳动者在此工作的总年限，不满一年的部分按一年算，不满半年的部分按半年算。

然而，在其他一些地区比如上海、辽宁，法院认为第二次固定期限合同到期后是否续签是由用人单位决定的，如果决定不续签，也无需支付赔偿，而只需支付 n 倍月薪作为不续签合同的经济补偿金。

如果了解自己所在地区的审判口径，也可以拨打区号 + 12333，向所在地劳动监察大队进行询问。

3、以完成一定工作任务为期限的劳动合同

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。某一项工作或工程开始之日，即为合同开始之时，此项工作完毕，合同即告终止。

三、劳动合同期限

第三条 本合同为以完成一定工作任务为 期限劳动合同。

本合同于 _____ 年 _____ 月 _____ 日起生效，至完成本项工作任务之日即为劳动合同终止日。

图 5.1: 以完成一定工作任务为期限的劳动合同范本

在以下几种情况下，用人单位与劳动者可以签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同：

1. 以完成单项工作任务为期限的劳动合同，如开发某个软件
2. 以项目承包方式完成承包任务的劳动合同，如某个房子的装修、某个设备的安装
3. 因季节原因临时用工的劳动合同，如遇到秋季收获庄稼临时雇佣工人
4. 其他双方约定的以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

虽然以完成一定工作任务为期限的劳动合同持续的时间较短，但实际上它也类似于一种固定期限劳动合同，用人单位同样需要依法为劳动者购买社保，劳动者如果想要中途离职也只需要提前三十天书面通知单位。而它与普通固定期限合同一个很大的不同在于，以完成一定工作任务为期限的劳动合同不得约定试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同关系

很多时候，用人单位在双方未签合同、且不对劳动者进行考勤管理等情况下，会以劳动者不受公司管辖为由，否认与劳动者之间的劳动关系，从而逃避对劳动者的工伤赔偿、未签合同的双倍工资等。但实际上，即使无法证明双方符合固定期限劳动合同的情况，也可以主张存在以完成一定工作任务为期限的劳动合同形式。

劳动关系是劳动者与用人单位之间形成的相对稳定的具有劳动内容的权利义务关系，用人单位为劳动者提供劳动条件及劳动保护并支付劳动报酬，劳动者向用人单位提供劳动。同

时，劳动者须服从用人单位安排，接受用人单位管理，遵守用人单位规章制度，双方之间存在管理与被管理、指挥与被指挥的从属关系。

在这样的情况下，即使无法拿出长时间的工资流水、考勤记录，也可以尝试认定这种劳动合同形式，对于劳动关系的认定也是一条新的思路。

司法案例

山东省烟台市中级人民法院（2021）鲁 06 民终 7466 号

山东省烟台市中级人民法院二审认为，虽然本案上诉人与被上诉人之间未签订书面劳动合同，但结合被上诉人提交的与上诉人经营者刘文周及其妻子李新妮微信聊天记录、鲁FAV262 车辆保险单、微信支付转账凭证、上诉人经营范围、双方当事人陈述等，足以认定上诉人与被上诉人之间存在以完成一定工作任务为期限的劳动合同关系，一审法院认定上诉人与被上诉人自 2018 年 9 月 29 日至 2021 年 2 月 19 日期间存在劳动关系并无不当，本院予以确认。

在该判例中，被告未与原告签订劳动合同，但由于原告的证据可以证明被告为其提供劳动条件及劳动保护并支付劳动报酬、被告向原告提供劳动，法院确认了双方存在以完成一定工作任务为期限的劳动合同关系。

合同终止后的补偿金问题

《劳动合同法实施条例》第二十二条规定，以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当依照《劳动合同法》第四十七条的规定向劳动者支付经济补偿。因此，尽管不属于固定期限劳动合同，以完成一定工作任务为期限的劳动合同终止时劳动者也是应该拿到补偿金的。具体金额为 n 倍的平均月薪， n 的计算方法上文已经提过。

以上的内容就是劳动合同的三种分类，无论双方的意愿如何，劳动合同都需要由双方协商一致后作出选择。用人单位与劳动者需要协商一致，且不能采取胁迫、欺诈、隐瞒事实等非法手段，劳动者也应在了解法律法规、确保合同不损害自身利益的情况下进行签订。

5.1.3 劳动合同的无效

1、什么情况下签订劳动合同是无效的：

编者的话

前面已经给大家介绍过劳动合同的内容和种类，但是在实际生活中，就算我们小心翼翼地签了劳动合同也未必合法，经常出现劳动合同无效的情况。那么本文我们将给大家讲解一下：

- 1、劳动合同**部分**无效的情形；
- 2、劳动合同**部分**无效的后果；
- 3、劳动合同**完全**无效的情形；
- 4、劳动合同**完全**无效的后果；
- 5、关于“劳动合同无效和赔偿双倍工资”的争议问题。

首先，在实务中，劳动合同的无效情形有很多，但是大部分时候是某条约定无效，也就使劳动合同体现为部分无效，除此之外还有完全无效的劳动合同，那么下面关于劳动合同无效的情形和后果我们也分为两类来讲解。

在司法实践中，劳动合同部分条款无效的情形：

- 侵犯婚姻权利的劳动合同。如规定合同期内职工不准恋爱、生育。
- 违反劳动安全保护制度。如约定劳动者自行负责工伤、伤残医疗费用自理、免除用人单位的法律责任等。
- 违反规定收取各种费用的劳动合同。如强制收取培训费、保证金、抵押金、风险金、股金等。
- 侵犯健康权利的劳动合同。如约定工作时间超过法律规定，损害劳动者正常休息休假。
- 侵犯报酬权利的劳动合同。如不支付加班工资，支付低于最低工资标准的工资等。还有一种情况关于**集体合同**：劳动合同中的劳动条件和劳动报酬等标准低于集体合同规定标准的，确认为无效
- 集体合同规定的标准变更的，劳动合同中相关内容的标准也要变更，以使其不低于集体合同规定的标准。

但是在实务中，当劳动合同内这一条款无效时，劳动者会收不到应得的工资，也就是说可以按照劳动法第三十八条中“未及时支付足额劳动报酬”选择被迫解除劳动合同，比起主张合同部分无效，这也是实务中常用的方式。

- 侵犯自主择业权利的劳动合同。如设定巨额违约金、培训费，限制职工流动。
- 权利义务显失公平的劳动合同。如设定无偿或不对价的竞业禁止条件等。
- 不论当事人是否知晓，内容违反法律、行政法规的劳动合同。例如用人单位规定试用期超过六个月、支付劳动者工资低于最低工资标准、不缴纳社会保险费、订立劳动合同时向劳动者收取定金、抵押金等。
- 订立程序形式不合法的劳动合同。如双方当事人未经协商，或者未经批准采取特殊工时制度等。

劳动合同部分无效的后果：

有些劳动合同条款虽然违反法律规定，但并不影响其他条款效力。劳动合同的各个条款之间在效力上具有相对的独立性，其余部分仍然有效，对双方当事人仍有约束力；

而无效条款造成的损害，由有过错的一方承担，处理办法与完全无效的劳动合同一致。

在司法实践中，劳动合同完全无效的情形：

- 采用胁迫、乘人之危的手段，以损害公民及其亲友生命、健康、荣誉、名誉、财产等强迫对方签订的劳动合同。如合同期满后强迫续订劳动合同，还有的用人单位趁劳动者生活窘迫急于找到工作之机，将劳动者的工资压得过低，与其实际劳动力价值不相符，如果劳动者不同意即以拒签劳动合同相威胁等。
- 采用欺诈的手段，故意隐瞒事实，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。如虚假承诺优厚的工作条件。

这类情况在用人单位对劳动者身上比较少见，或者是往往很难找到充足证据，但有时会发生劳动者自己隐瞒一些事实的情况。

- 主体不合格的劳动合同。如不具备法人资格的单位、不满 16 周岁的未成年人、已达退休年龄的人、无劳动能力的人或者不具有民事行为能力的人和已与其他单位签订劳动合同的劳动者（劳动法 99 条）作为主体以及冒签合同的行为等。

这里要注意的是，按照劳动法规定，到达退休年龄后劳动合同终止，在实际判例中，对于与已达退休年龄的人签订的合同，2020 年以后各地基本全部认定为劳务合同，当劳务合同出现问题时，需要劳动者直接向人民法院提起诉讼。

劳动合同无效的情形基本就是这些，在[劳动仲裁委员会或者人民法院](#)认定劳动合同无效后，责任双方需要承担的后果则有以下几点：

劳动合同完全无效的后果：

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**。用人单位有过错的，劳动者不仅可以要求支付劳动报酬、社会保险、经济补偿以及其他劳动者应享受的待遇，同时可要对其给予相应的制裁；劳动合同被确认为无效后，用人单位一般可参照本单位**同期、同工种、同岗位**的工资标准支付劳动报酬。因劳动者的过错导致的无效，也应当赔偿用人单位的财产损失。

以上就是劳动合同无效的情形与后果，在这里我们也提醒大家在签订合同前一定要谨慎检查公司的情况和合同内容，避免后续不必要的纠纷。

关于“劳动合同无效是否能申请公司赔偿双倍工资”的争议问题

一种说法认为，未签订劳动合同与劳动合同无效是两个不同的概念，二者不应混淆，更不能等同。

- 未签订劳动合同：未签订劳动合同是指劳资双方已形成了实际的用工关系，但未依法订立书面劳动合同的违法情形。
- 劳动合同无效：劳动合同无效的前提是存在劳动合同，只是该合同符合了法定的无效情形，被法律作出否定性评价，认定其无效。因此用人单位只需要赔偿因劳动合同无效给劳动者造成的损失，而无需赔付二倍工资。

另一种说法则是，因用人单位原因导致劳动合同无效，应视为双方未签订劳动合同，用人单位应支付劳动者二倍工资。

虽然存在以上争议，但是一般而言，说法一的认可度较高。对于那些签订了书面合同，但因为内容不合法而导致无效的，不应归入未签订书面劳动合同之列。要求用人单位和劳动者签订劳动合同的目的主要目的在于确认劳动者和用人单位存在劳动关系，证据的功能多于其他功能。

综上，劳动合同的无效存在多种情况，通常过错方需要根据具体的无效后果作出赔偿，而在完全无效的情况下，可能会与“未签订劳动合同需要双倍赔偿金”相混淆。

法律法规

《劳动合同法》

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；

法律法规

《劳动合同法》

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。

法律法规

《劳动法》

第九十九条

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，该用人单位当依法承担连带赔偿责任。

2、劳动合同上没盖章，合同还生效吗？

编者的话

1. 劳动合同上盖什么章才是有效的？
2. 除了有效的章，还有什么能使合同生效？
3. 实践中的具体情况
4. 劳动合同没盖章导致合同无效，工伤认定和没交社保怎么办？

劳动合同上盖什么章才是有效的？**常规做法---盖公章并由法定代表人签字**

一般情况下，劳动合同作为用人单位与劳动者签署的协议，应加盖用人单位公章并由企业法定代表人或者授权代表签字，并由劳动者签字按指印后产生法律效力。另外，如果劳动合同页数较多，建议加盖骑缝章。

盖合同章是否有效？

劳动合同是可以盖合同章的，劳动合同属于用人单位与劳动者签订的合同，一般应加盖公章，不过公司的合同章也属于公司对外效力的体现，也具有法定效力，但该印章必须经公安机关备案，并按照公开的形式进行过公示。

盖人力资源专用章是否有效？

一般情况下，劳动合同是不可以盖人力资源章的，人力资源部只代表公司的一个部门，一般来说是不能代表公司的，但是如果人事章经过向公安机关备案，具有公示效力，可以对外签订劳动合同使用。

除了有效的章，还有什么能使合同生效？

事实上，在具体实践中，劳动合同不盖章但是有法定代表人的签字，该合同仍然是生效的，也就是说，**用人单位盖章并不是劳动合同生效的必备要件**。

实践中的具体情况

前面我们说了理论上的情形，但是我们在司法实践中也会遇到不盖章但劳动合同生效的特殊情况，比如有证据表明双方对劳动合同内容没有异议，或者有其他明确彼此权利与义务的文件，而且双方已经履行，这里我们也有一个例子供大家参考。

司法案例

2017 年 10 月，李某应聘到一家书业公司，从事某学科编辑工作。入职当天，李某与公司签订了一份试用期工作协议书和入职信息登记表。协议书约定了李某的试用期及试用期工资，并约定试用合格后与李某签订正式劳动合同。1 个月的试用期满后，李某经公司考试合格，顺利转正。公司当天与李某填写了一份为期两年、固定格式的《劳动合同书》，合同一式三份，但公司并未在该劳动合同的甲方处盖章。时间过去还不到 1 个月，李某感觉工作不顺心，便从公司办理了辞职和交接手续。

2018 年 2 月，李某翻看当初与公司签订的协议书、合同书时发现，两份协议的落款处上只有本人签字而无公司盖章，认为两份协议均是无效的，公司应当向自己支付未签订劳动合同双倍工资，遂向当地仲裁机构申请仲裁，并向一审法院提起了法律诉讼。

对此，公司称，在李某工作不到 3 个月的时间，单位已经与李某签订了**协议书和劳动合同**，并依法履行了合同义务，不存在任何违约行为，不应向李某支付费用。

一审法院审理认为，李某在工作不到 3 个月的时间便从公司离职，公司并未违反“支付双倍工资”的法律规定（自用工之日起超过一个月不满一年未签劳动合同），遂依法驳回了李某的法律诉求。

济南中院二审认为在合同书签字或盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。本案中，李某以双方签订的两份协议未加盖公章为由主张合同无效，进而要求公司支付工作期间未签订劳动合同另一倍工资。根据本案查明的事实，双方当事人对于所签订的试用期工作协议书、书面劳动合同的事实均无异议。此外，双方当事人还填写了员工入职信息登记表、应聘人员履历表及《员工转正 / 晋级审批表》，明确了双方的劳动法律关系和权利义务，且双方已实际履行了书面劳动合同内容，建立了劳动关系。

可以看到在实践中，即使在合同并没有签字盖章的情况下，如果双方已经履行该合同的主要义务，而对方也接受了的情况下合同依然是成立的，且在判例中我们可以很直接的看到，合同有没有效和公司有没有和你签订合同并不能直接等同，因此，有空白的没有盖章的劳动合同作为证据也并不一定能被支持双倍工资，但我们依然要尽量保留好公司与你签订的是空白合同的证据来防止后续公司在合同上增加一些对你不利的条款。

劳动合同没盖章导致合同无效，工伤认定和没交社保怎么办？

一般这种情况劳动者需要找到能够证明劳动关系的证据，先去证明与公司存在劳动关系，再去申请工伤认定或者以未交社保为由被迫解除劳动关系，要求公司赔偿。

所以关于劳动合同没盖章是否生效的问题，在后续的处理中又很多变动空间，还是建议大家在签订合同时多多留心，让公司把该有的手续都完善。

法律法规

《劳动合同法》

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。”

3、单位名称，法人等变更了合同还生效么？

编者的话

劳动者与用人单位在劳动合同订立后，作为用人单位的一方，在劳动合同履行过程中可能会存在变更名称、法定代表人、主要负责人或者股东等工商登记事项，发生变化后原来的劳动合同是否还有效？司法实务中，有的用人单位变更了名称、法定代表人或股东等事项后拒绝履行劳动合同，理由是先前的劳动合同与现在有变化的用人单位无关，而劳动者一方也因担心用人单位更后自己的工龄问题，认为原单位名字变了、法定代表人变了，原单位是不存在了，进而要求支付经济补偿、重新签订劳动合同等要求。因此，无论是因用人单位还是劳动者，都由此引发了劳动纠纷。这种用工主体的名字或法定代表人的变动，对原来的合同到底有没有影响呢？

法律法规

《劳动合同法》

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。

用人单位的名字只是代表一个用人单位的称谓，**用人单位的名字发生了变更，仅是这种称谓发生了变化**，这种变化对于劳动合同的履行不产生任何的影响。用人单位法定代表人的职务行为，都是代表用人单位这个组织的行为，法定代表人实施的职务行为，由这个组织承担。

担任法定代表人的自然人可以变动，但法定代表人的职务行为的后果由单位承担没有改变，只要法人存在，原法定代表人代表用人单位与劳动者签订的劳动合同依然有效。

所以，根据该条明确规定，用人单位在用工期间变更了名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项的，原劳动合同是继续履行的，任何一方不能单方面改变，不需要重新签订劳动合同，劳动者的工龄也不受影响。

在实务中，用人单位一方在变更了名字、法定代表人或者股东后，用人单位拒绝履行原来的劳动合同的行为也不在少数，变更事项后的用人单位不但要求重新签订劳动合同，而且对于原来劳动合同产生的工龄问题不予考虑，进而引发劳动纠纷，根据本法律条文的规定，这

种行为明显是属于违法行为，劳动者一方可以积极维权。

5.2 签订合同不规范或者程序不公正

劳动合同作为劳动者和公司确立劳动关系的凭据是我们后续发生争议时的重要证据，除了前文提到的合同失效的情况外，不少公司在签订的过程中耍起了小心思，极有可能出现让劳动者签订空白合同或者签完合同直接收走的情况，或者会在合同的内容上约定有利于公司的甚至是违法的条款，面对这些情况会有什么危害，我们应当如何处理呢？本节将结合法律法规和实际判例进行分析，并给出一些可能的解决办法。

5.2.1 单位让签空白合同或合同被单位收回有什么危害？要怎么做？

编者的话

用人单位在与劳动者商定好合同条款后，在空白处填好内容，随后打出两份劳动合同交由劳动者签字，同时加盖公章，最后双方各取一份。

——这是实务中，签订劳动合同的一般过程。

可是，总有个别用人单位**要求劳动者在空白的劳动合同上签字**。公司这么做的原因主要有两个：

- 1、**暗度陈仓**：在劳动合同关于工资数额、工作内容等的空白处，私自补写上对劳动者不利的条款；
- 2、**图穷匕见**：一旦日后出现劳动纠纷，公司也可占据上风。

1、什么是空白劳动合同？

空白劳动合同，是指在签订劳动合同时，虽然具有劳动合同的文本，但上述劳动合同必备条款全部或部分缺失的劳动合同。

在劳动关系中，签订空白劳动合同对劳动者来说极其不利。劳动者一般具有完全民事行为能力，其在具有空白条款的合同中签名捺手印的行为通常表示自己同意用人单位在合同的空白条款里对双方的权利义务进行补充。劳动者签署了具有空白条款的合同，**一般会被推定为已知晓该条款的全部内容**，双方的权利与义务即受其制约。

一旦产生劳动纠纷，若劳动者无法提供有效证据，证明存在劳动合同无效情形，便难免处于被动状态。

以下是劳动者签下空白劳动合同后，不利状况的具体写照：

1、劳动者能不能主张未签订劳动合同的双倍工资？

根据《劳动合同法》等法律规定，单位未与劳动者签订劳动合同，自次月起需要向劳动者支付双倍工资。而单位与劳动者签订了空白劳动合同，这样的情形并不等同于单位未与劳动者签订劳动合同。只要劳动者提起，用人单位就可以在空白处将两份合同都填上，因此劳动者主张双倍工资的诉求，劳动仲裁部门和法院，都将难以支持。

司法案例

(2021)新 01 民终 5293 号

徐某某认可劳动合同补充协议的真实性，但认为其签订时协议是空白的，内容违反法律规定。法院认为，徐某某作为完全民事行为能力人，具有一定的文化水平，其应当对自己在空白补充协议上签名的行为所导致的法律后果有足够的认识和预见，且徐某某也未提供证据证明当时签订劳动合同补充协议时存在欺诈、胁迫等导致该协议无效的法定事由，故本院对绿城集团新疆分公司提交的劳动合同补充协议予以确认。

该案例中，法院认为这名劳动者具有一定的文化水平，应当对自己在空白补充协议上签名的行为所导致的法律后果有足够的认识和预见。我们再来看下一个案例。

司法案例

(2021)沪 01 民终 13823 号

王某某看到争鲜公司门店张贴招聘广告，通过店长和料理长面试进入争鲜公司工作。店长给其一份空白劳动合同，附有争鲜公司的个人信息登记表，并口头告知系争鲜公司的劳动合同。该份劳动合同字迹小，王某某视力不佳，因相信店长，所以签了字，本人处没有存留。直至本案劳动仲裁过程中才拿到这份劳动合同，不知为何变成了安徽 B 公司的劳动合同，且劳动合同中多处内容违法。王某某要求争鲜公司支付未签订劳动合同的双倍工资差额，于法无据，一审法院不予支持。对于王某某要求调查沪社险（2021）稽告 153000457 号相关谈话笔录、工作场所电子考勤记录、监控记录的申请，因不能证明本案待证事实，一审法院不予准许。

该案例中的这位劳动者视力不佳，相信店长，显然对自己在空白补充协议上签名的行为所导致的法律后果，没有足够的认识和预见。劳动者因为不懂法，而不能保护自己的合法权益，真的是很可惜的。

2、劳动者很可能失去签订无固定期限劳动合同的机会，为何？

举例来说，劳动者在单位工作了 20 年，用人单位就可以在其空白合同上签上是 20 年。如此，员工的续签问题、签了两次固定期限合同，第三次签订无固定期限劳动合同，不签订无固定期限劳动合同，就要支付双倍工资差额……这些问题，用人单位都可以轻松地规避。

3、对劳动合同进行笔迹鉴定，也没用？

当下，能够进行形成时间鉴定的是印章的印油，而的形成时间鉴定是实践难题，进行笔迹形成时间鉴定非常困难。同时需要注意笔迹时间鉴定和确定签名真实性的区别。

司法案例

(2021) 苏 08 民终 5004 号

仲裁过程中，因被告对 2019 年 10 月 6 日劳动合同上其签名真实性存有异议，申请鉴定，盱眙劳动仲裁委委托南京师范大学司法鉴定中心进行检验，鉴定意见确定为被告所写，被告因此支出鉴定费 2160 元。

法律法规

劳动合同法

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。

由此可见，劳动报酬约定不明确，并不必然影响劳动合同的效力。以单位提供的合同内容未经双方协商一致（如：工资标准处于空白），主张签订的劳动合同无效，是不能得到支持的。法律并不禁止格式合同本身，用人单位与劳动者签订劳动合同，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，内容经双方协商一致即可。而当劳动者在劳动合同上签名，填写了身份证号码、送达地址、联系电话等员工信息，又不能证明用人单位以欺诈、胁迫或者乘人之危的方式迫使其违背真实意思而订立劳动合同，且所签劳动合同也不存在用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的情形，那么会被推定为已知晓该条款的全部内容，劳动者的签名行为表达的意思，会被解读为对此种签订方式的认可，也是对劳动合同所有内容的认可。

2、空白合同——用人单位的不败法门？

有的用人单位在社会保险条款里补填：系劳动者自愿放弃缴纳社会保险等内容。殊不知，这样的补充条款，也往往因违反法律、行政法规的强制性规定而被裁判无效。

此外，在劳动合同法中也有相关的规定来保护劳动者的合法权益。

法律法规

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。

第八十一条：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。

司法案例

（2021）粤 01 民终 30095 号

谐同公司在第一份劳动合同到期后，提交了一份空白格式合同给尹某某续签，劳动合同显示仅合同期限、薪酬待遇、工作岗位等内容空白，其余内容均已打印好，未加盖公司公章。其司认为流程是先由尹某某将空白内容填好签字，再由公司加盖公章。但尹某某认为这属于空白合同，拒绝续签。其司认为是尹某某故意不续签劳动合同，其司无需支付未签劳动合同二倍工资差额。一审法院认为，因劳动合同期限、薪酬待遇等内容属于劳动合同的重要内容组成部分，理应由双方协商确认后签订，而谐同公司提交给尹某某的合同前述内容均为空白，进而导致尹某某拒绝签订。本案现有证据，尚不足以证明双方未续签劳动合同的过错在于尹某某，谐同公司主张其司无需支付未签订劳动合同二倍工资差额依据不足，一审法院不予支持。……二审法院驳回谐同公司的上诉，维持原判。

该案例中，决定胜败的关键一举，就在于劳动者面对用人单位的空白合同，勇敢说“不”，很好地捍卫了劳动者的权益。上文也提到了，一旦劳动者签下了空白合同，往往只能吃哑巴亏。

3、面对空白合同，劳动者应该怎么做？

劳动者在签订合同时，一定要具备防范与维权意识。

- 劳动者需要注意保留证据，如录取通知书、面试洽谈录音、微信、短信聊天记录，以此证明自己的入职时谈下的各项条件，保护自身的合法权益。同时，可以在签署劳动合同的时候拍照留证，并采集有关要求你签署的录音、录像等证据
- 劳动者在遇到“单位让签空白合同”这种情形时，对于合同空白处，可以采用划去或写明“无内容”，或让人事把空白处填好之后再签字
- 遇到必须写明的譬如工资标准，单位执意不同意填写真实数额，劳动者应当及时提出质疑。劳动者可以将核心条款自己填上去，比如劳动合同期限、工资待遇、试用期期限、试用期工资待遇、有无年终奖、以及年终奖发放条件、工作时间、工作岗位、工作内容等等，或要求在用人单位补全合同中的空白条款后再签字

- 面对用人单位的空白合同，劳动者可以拒签。如果单位继续用工，劳动者可以在入职后两年内，请求单位支付未签订书面劳动合同的二倍工资，如果单位不要劳动者，属于单位违法解除劳动关系
 - 如果已经在空白合同上签字了，就要注意保管好相关证据，包括签字之后将合同进行拍照留证，平时注意保存好考勤记录、工号牌、工作服、公司通知、工作群的聊天记录等等
1. 如果劳动者签的空白劳动合同缺少必备内容，劳动者可以去劳动监察部门投诉要求补正或者申请劳动仲裁，主张劳动合同无效，并要求用人单位重新签订。若用人单位以此为由终止劳动关系，劳动者可依法进行维权
 2. 如果公司补充劳动合同内容并盖章的，劳动合同内容不违反法律规定，且劳动者对劳动合同的内容没有异议的，劳动合同成立并生效
 3. 如果单位补充的劳动合同内容，劳动者有异议，也可以去申请仲裁，主张劳动合同无效
劳动者在遇到“合同被单位收回”这种情形时，可以和用人单位进行协商，要求劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。如果经过协商，用人单位仍未将盖章后的一份劳动合同返还，劳动者可以前往劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动保障监察部门投诉，要求用人单位返还劳动合同。

5.2.2 劳动合同约定条款不全、模糊或者规定单位可以调整怎么办？

编者的话

如果劳动合同约定条款不全、模糊或者规定单位可以调整，会给劳动者带来一系列的麻烦。

按照一般的理解，《劳动合同法》第十七条“劳动合同应当具备以下条款”使用的是“应当”二字，立法上就应属于强制性规定，如果劳动合同欠缺必备条款时，就应该认定劳动合同无效，劳动者可以主张劳动关系存续期间的双倍工资差额。

然而现实似乎并非如此。劳动合同欠缺必备条款时并不必然导致劳动合同无效，这是为什么呢？

法律法规

劳动合同法

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。

该条规定其实就包含了三层含义：

1. “未载明法律规定的劳动合同必备条款”的劳动合同**并不必然无效**，可以允许当事人补

正

2. 劳动合同欠缺必备条款应当由行政机关予以处理，司法机关也无权就此作出劳动合同无效的认定
3. 即使劳动合同因欠缺必备条款被认定为无效，也并不能认定用人单位未与劳动者签订书面劳动合同。如果在劳动合同约定不明的情况下，发生了劳动纠纷，劳动者不能获得未签劳动合同的二倍工资赔偿。

接着我们来看一下劳动合同约定不明的具体情况

1、事项约定不明的情况

劳动合同事项约定不明的情况，是指用人单位与劳动者虽然订立了劳动合同，但在当事人身份信息、劳动报酬、劳动条件等方面约定的并不明确。

当事人身份信息约定不明

如果劳动合同无法确定劳动合同当事人的任何一方，则该合同缺少起码的成立要件，应认定该合同尚未成立。

如果只欠缺其中的部分，而该部分缺少不影响对双方当事人身份的确定，则不影响合同的效力。

劳动报酬的约定不明

部分用人单位，在劳动合同中将加班费、奖金等都包含进了工资，等劳动者进入工作岗位后才发现，劳动合同中约定的工资并不是标准工资，到手的钱比预想的少了一大截。

劳动合同中约定的应当是标准工资，指正常工作时间内的正常劳动应得的报酬，是个定数，而不包括加班工资、效益工资和奖金等内容。

为了保护自己的权益，在订立劳动合同的时候，要明确约定劳动报酬的种类、金额、支付方式、支付时间以及拖欠劳动报酬的法律后果等相关内容。

劳动条件约定不明

劳动合同中的劳动条件条款要求用人单位必须按照国家安全、卫生法规的标准为劳动者提供必要劳动保护和工作条件，从而使劳动者能够顺利完成劳动合同约定的工作任务。

劳动合同欠缺劳动合同期限的处理

- 缺少起始日期的情形下，双方劳动关系的起始日期是客观存在的，因此可以根据相关的证据予以确定
- 缺少终止日期的情况下，由双方事后协商确定，如协商不成，由劳动行政部门责令改正
- 给劳动者造成损害的，用人单位应当承担赔偿责任

劳动合同欠缺工作内容和工作地点的处理

- 尽管双方没有书面约定工作内容与工作地点，但劳动合同已经得到实际履行，此时应认定为双方以实际履行方式对工作内容和工作地点达成了补充协议
 - 工作内容和地点是劳动合同的实质性内容，其变更必须经双方协商
 - 用人单位如想变更工作岗位和工作地点，应当依据《劳动合同法》的相关规定
- 有的公司会在劳动合同中约定，工作地点由公司据具体情况决定。为了防止用人单位利

用其强势地位，直接或者间接地损害劳动者权益，《劳动合同法》已将“工作地点”确定为劳动合同的必备条款。因此劳动者有权拒绝公司对自己工作地点的变更。

作为劳动者的我们，需要把握以下两点：

1. 对于工作地点的约定，应该与企业协商至少细化到城市
2. 针对一些地域性变动比较大的工作，如销售、招投标等，可以与企业协商约定几个工作地点，但是企业需要采取合理的弥补措施，降低我们劳动者的影响，如发放交通补助、提供通勤班车等

劳动合同欠缺工作时间、社会保险的处理

在双方没有约定的情况下，可以按照相关法律法规确定。比如关于工作时间有《国务院关于职工工作时间的规定》，关于社会保险有《社会保险费征缴暂行条例》等规定。

编者的话

用人单位与劳动者可以就不明确的事项重新进行协商，通过变更劳动合同，重新加以明确。用人单位与劳动者重新约定不明确事项的，应当采用书面形式。

2、重新协商不成的情况

如果用人单位与劳动者无法达成一致，不能重新确定劳动报酬和劳动条件等标准，劳动合同中约定不明的事项，适用集体合同中约定的标准。企业职工一方与用人单位通过平等协商，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了集体合同，依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。根据本法规定，集体合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准。对于约定不明确又协商不成的事项，用人单位与劳动者应当适用集体合同的规定。

法律法规

劳动合同法

第十八条

当劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议时，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。

3、没有集体合同或集体合同未规定劳动报酬的情况

有的企业、行业、区域内并没有集体合同，或是虽然有集体合同，但其中并没有关于劳动报酬的约定。在这种情况下，用人单位在确定劳动者报酬时应当遵循同工同酬的原则。

法律法规

劳动法

四十六条

工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。即用人单位应当依照同等岗位、付出等量劳动且取得相同劳动业绩的其他劳动者的劳动报酬标准，向劳动者支付劳动报酬。

4、没有集体合同或集体合同未规定劳动条件等的情况

在没有集体合同或是集体合同没有约定劳动条件等标准的情况下，应当按照国家有关规定来确定相应事项的标准。除了劳动法，还有很多其他法律、法规对劳动条件等事项作出了相关规定。

5.2.3 合同部分条款违反法律规定，可以签吗？影响其他条款效力吗？

编者的话

某些用人单位在与职工签订劳动合同的过程中，其提供的劳动合同文本存在免除自身法定责任、排除劳动者权利或者违反法律法规强制性规定的条款。那么这样的劳动合同可以签吗？影响其他条款效力吗？

根据我国劳动合同法的相关规定，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。在已经知晓劳动合同部分条款违反法律规定的情况下，劳动者应当尽量拒绝签订，可以和用人单位重新进行协商。

个别用人单位为了免除自身法定责任、排除劳动者权利，会写明劳动者的工资报酬中已包含用人单位应为劳动者缴纳的社会保险费等。这样的条款显然违反了法律强制性规定，应认定为无效。但该劳动合同的其他条款如合同期限、劳动岗位等，如不违反法律规定，应认定为有效，对双方具有约束力。

司法案例

(2021)辽 0204 民初 2757 号

法院意见：关于原告称该协议中有关原告为被告代缴社会保险的条款不符合法律规定，应认定该协议无效的说法，根据《劳动合同法》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”之规定，因该代缴社会保险的条款不属于主要条款，不能因该条款不符合法律规定而否认该协议的整体效力。

法律法规

劳动合同法

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。

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**。

此外，即使劳动合同全部无效，劳动者要求用人单位支付未签订书面劳动合同的第二倍工资，也无法得到支持。即使劳动合同存在瑕疵被认定无效或部分无效，亦不能否认已经签订劳动合同的事实。

5.2.4 劳动合同只写基本工资怎么办？

编者的话

很多企业在劳动合同工资一栏中只写了当地最低的基本工资，实际上员工每个月的基本工资、加班费、奖金、津贴补助等等加起来远远高于合同上写明的工资。面对这种奇怪的情况，广大的劳动者不禁要发愁了：这样签订合同会有影响吗？

1、为何企业只签最低的基本工资？

通过这样的方式规避社保

按照《社会保险法》规定：公司应当按照工资水平为员工缴纳社保；一般而言，社保单位参考的工资水平就是《劳动合同》上的签订的工资，工资越低，公司缴纳的社保就越低。按最低标准给劳动者缴纳社保，省去的用人成本数额是相当多的，但损害的却是劳动者的利益。

规避以后可能出现的经济补偿

如果与员工发生劳动争议，公司往往会按劳动合同主张工资标准进行申诉，如果劳动者不能提供证据证明实际工资水平的，那么仲裁委会一般按劳动合同确定工资标准，这样员工的加班工资，补偿金等都会变少。有的公司，甚至还以公私帐号及现金结合的方式发放工资，这更增加了劳动者举证的难度。

司法案例

(2021)辽 01 民终 2873 号

关于刁某某主张超时工资加班费 55372.08 元、周末加班费 56020.43 元、劳动节 1022.23 元、2017 年 10 月 1 日国庆节加班费 1022.23 元、中秋节加班费 1658.78 元问题。军星物业公司、绿水青山公司抗辩称，加班费已经包含在已发工资里，并按月支付完毕，刁某某底薪为 1620 元（沈阳市沈河区的最低工资）。

一审法院认为，从**刁某某提供的工资条**可以看出，刁某某的工资是由基本工资 4700 元（4200 元）+ 夜班补助 + 餐补-保险（10 元/月）构成的。而刁某某在军星物业公司、绿水青山公司工作共一年八个月，对于工作时间及工资报酬的构成是知情的，即双方实际履行的 4700 元/月的工资是包括超时加班、周末加班及法定节假日加班的。**对于该实际履行的工资构成是否违法，是我国现有法律规定的问题。**

2018 年政府规定的沈阳市沈河区的最低工资是 1620 元/月，折合成小时工资为 9.3 元/小时。以 2018 年 9 月份为例：**日超时加班 + 周末加班 4 天 + 法定假日中秋节加班 24 小时 + 夜班加班 6 天，以上加班费总计为 2807 元，该数额加上刁某某的底薪 1620 元，减去夜班补助 300 元，加上按当月出勤天数计算的餐补 230 元，扣除保险费用 10 天，计算为 4347 元，而刁某某当月实发工资数额为 5220 元，高于该标准。

由此可以看出，被告给刁某某发放的工资标准不违反法律规定，亦不低于本地区该行业平均工资水平，故对刁某某主张加班费的请求，一审法院认为没有事实及法律依据，不予支持。

刁某某主张其基本工资为 4700 元，应以 4700 元为基数计算加班工资。但绿水青山公司与刁某某共同签订的《聘用协议》《员工公司劳动合同补充协议》**明确载明，刁某某的基本工资为 1620 元**。刁某某虽主张《聘用协议》并非其本人签字，但其拒绝申请鉴定，故本院对《聘用协议》的真实性予以确认。刁某某主张补充协议存在显失公平的情形，但并未提供证据证明其主张，故本院不予支持。

故刁某某主张应以 4700 元为基数计算超时加班工资和节假日工资无事实和法律依据，本院不予支持。二审驳回上诉，维持原判。

2、如何维护自身的权益

根据国家发布的《关于工资总额组成的规定》的文件，我们在第四条中可以看到，工资总额包括：计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资以及特殊情况下支付的工资六个部分构成。所以不管劳动合同上是怎么操作，国家对于工资收入是有明文的规定。

而要让劳动仲裁机构支持我们，就需要提供佐证的材料，证明我们确实有这个收入。

如何证明自己每个月实际到手的工资？

- 人力部/财务部的工资核对单
- 在每个月的工资都是公司账户转账的情况下，你在一年之内的转账流水，工资单，都可以成为证据直接证明你每个月的实际收入

- 在工资是支付宝、微信或者个人账户转账的情况下，你可以提供转账截图并指明转账人，不用担心企业否认给你转账的人非企业职工，因为这个仲裁机构是可以查询验证得到的
- 值得特别注意的是现金发放，现金发放的举证存在较大的困难。一方面可以将工资单作为辅助佐证，另一方面可以在公司发放现金时，通过录音/录像留存佐证

编者的话

公司在劳动合同当中把工资写得很低，其原因基本上都是为了巧妙地回避公司的一些责任和义务。作为劳动者的我们，面对这样的劳动合同，不仅要及时与公司沟通修改，还要特别注意相应证据的保留和整理。

5.2.5 签订了劳动合同之外的合同的情况

编者的话

讲完了“劳动合同”，我们再来看一下，如果劳动者签订了劳动合同之外的合同，如实习协议、劳务合同、合作协议等，但也面临着合同不规范的问题，那该怎么办呢？

1、“空白合同可推定”？——公司的台词抢不得

“空白合同可推定”在劳资纠纷中，一向是用人单位的台词。那除了用人单位，劳动者能不能以“空白合同可推定”为依据，使自己或第三方填写的合同内容得到法院认可呢？

答案往往是否定的。我们知道，合同一般一式两份，如果公司手上的合同没有这部分内容，那么就会出现两份合同不一样的情况。

《中华人民共和国劳动合同法》第十六条第二款规定，劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。据此可知，用人单位与劳动者各自持有的劳动合同，**在涉及工作内容、工作地点、工作时间、劳动报酬、劳动合同期限等劳动合同必备条款方面，应当保持一致性**。如果双方举示的《劳动合同书》中载明的劳动合同期限存在不一致的情况，则不利于明确双方的权利和义务，有违上述法律的立法初衷。

面对这种情况，首先需要审查合同的效力，已经成立并生效的合同才具有法律效力。此外，两个不同劳动合同期限中不重叠的部分，对当事人双方均不发生相应的法律效力。

在下面这个有关实习协议的案例中我们可以看到，金铸基公司提交的实习协议中并无每月 2000 元补贴字样，而高某某提交的实习协议显示，实习期间实习补贴不得低于人民币 2000 元。法院审查确认 2000 元补贴是由高某某所在学校的实习指导教师自行添加的，没有得到金铸基公司的认可。由于有关实习补贴的规定不一，对当事人双方均不发生相应的法律效力。

司法案例

(2020) 鲁 01 民终 11860 号

高某某与金铸基公司及学校之间签订了三方的学生实习实训协议书。高某某提交的实习协议显示，实习期间实习补贴不得低于人民币 2000 元。高某某主张，合同一方将留有空白内容的合同交于合同相对方的，应视为对合同内容的无限授权，合同相对方在空白部分可以填写相应内容。金铸基公司认为，“实习补贴空白”是根据每个实习者的能力来发放，目的是刺激学生更好的提高自己的实习就业能力，从签订实习协议的时候就确定了这个模式。高某某提交的实习协议中的 2000 元补贴字样，是高某某的老师自行添加，金铸基公司对此不予认可，不能据此认定为金铸基公司支付给高某某的劳动报酬，高某某与金铸基公司之间不存在实际的劳动关系。高某某是在校实习生，在校实习生不是劳动法、劳动合同法上所指的用工主体。

法院认为，金铸基公司陈述在 2019 年 1 月 6 日至 2019 年 7 月 1 日这段时间，是高某某实习的延续，更为合理些，符合性质上仍属于实习延续之客观实际情况。高某某获得销售提成，也是基于实习协议中约定的补贴，是金铸基公司的一种自愿给予，且金铸基公司提交的实习协议中并无每月 2000 元补贴字样。高某某提交的实习协议中的 2000 元补贴字样，从高某某获取该协议的陈述看，是高某某所在学校的实习指导教师自行添加的，没有得到金铸基公司的认可。单从这一点而言，高某某获得的销售补贴，就不能认定为属于具有劳动关系用人单位支付的劳动报酬，不能认定高某某、金铸基公司之间具有人身从属性。综上，本案中并没有充分的证据表明高某某、金铸基公司之间已形成建立了劳动关系。

2、你以为的其他合同，或许仍是劳动合同

首先，劳动者所签订的合同究竟是不是劳动合同，并不是由合同上的标题所决定的。在下面这个案例中，法院认为双方签订的《劳务合同》具备合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息时间、劳动报酬等劳动合同应当具备的条款，应视为双方签订了《劳动合同》。

司法案例

(2019)川 01 民终 13709 号

2017 年 4 月 20 日，罗某某与尽美公司签订《劳务合同》，劳务服务岗位为保洁，期限从 2017 年 4 月 20 日至 2019 年 4 月 19 日。罗某某主张签订《劳务合同》时，该《劳务合同》的合同期限等内容为空白，但罗某某不能提供相应证据予以证明。

尽美公司在 2017 年合同到期后，提供了 2018 年的空白劳务合同，但罗某某咨询了律师，没有签订空白的劳务合同，并在二审中向法院提交了微信聊天记录打印件和劳务合同的照片打印件，拟证明尽美公司在 2018 年要求罗某某签订空白的劳务合同但罗某某没有签名。法院认为，罗某某提交的前述证据不能达到关于尽美公司在 2018 年的要求罗某某签订空白的劳务合同的证明目的，不予采信。

关于尽美公司 2018 年 4 月 20 日至 2019 年 4 月 19 日未与罗某某签订书面劳动合同的二倍工资，尽美公司答辩称，尽美公司与罗某某建立的是劳务关系而非劳动关系，罗某某要求双倍工资、购买社保没有法律依据。

法院认为，双方于 2017 年 4 月 20 日签订的《劳务合同》具备工作内容、工作地点、工作时间、休息时间、劳动报酬、合同期限等劳动合同应当具备的条款，该《劳务合同》应视为双方签订的《劳动合同》，罗某某主张双方未签订劳动合同，尽美公司应支付未签订劳动合同二倍工资，与事实不符，一审法院不予支持。

法院认为，根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定，双方均是符合法律、法规规定的主体资格；罗某某受尽美公司的劳动管理，从事尽美公司安排的有报酬的劳动；罗某某提供的劳动是尽美公司业务的重要组成部分，应当认定罗某某与尽美公司于 2017 年 4 月 3 日至 2019 年 2 月 15 日期间存在劳动关系。

双方的劳动关系于 2019 年 2 月 15 日因罗某某年满退休年龄终止，不符合用人单位应当向劳动者支付经济补偿金的法定情形，由于罗某某仍在尽美公司上班，双方成立劳务关系。法院仅对罗某某 2018 年 3 月 18 日起至 2019 年 2 月 15 日的加班工资请求予以支持。

看完了罗某某的这个案例，心中真是五味杂陈！

罗某某不可谓不小心，她在公司续签 2018 年合同时咨询了律师，没有签订空白的劳务合同。然而覆水难收，木已成舟，对于此案而言，最为关键的是罗某某不能证明在最初即 2017 年 4 月 20 日签订的劳务合同关于“合同期限”等内容为空白——没有规定合同期限的合同就像一支冷箭：空白合同一签，劳动者就几乎失去了主动权。

接着我们再来看一个劳动者成功拿到二倍工资补偿的案例。

司法案例

(2021)京 0118 民初 257 号

袁某某主张其为申请工伤事宜于 2020 年 10 月 12 日从小布点公司行政人员王某处取得一份空白劳务合同，自其入职后至取走该空白劳务合同期间，小布点公司未与其签订过劳动合同，且该空白劳务合同亦不符合法律规定的劳动合同形式，故应支付其未签订劳动合同双倍工资差额；小布点公司主张其公司与袁某某已经签订劳动合同，袁某某于 2020 年 10 月 12 日以办理工伤需提供劳动合同为由从小布点公司王某处领走该劳动合同，故无需支付袁某某未签订劳动合同双倍工资差额。法院认为，在劳动者向用人单位主张未签书面劳动合同二倍工资差额的案件中，应当由用人单位就已与劳动者订立书面劳动合同承担举证责任。用人单位以劳动合同丢失、被劳动者盗取或者劳动合同系他人代签等作为不支付未签订书面劳动合同双倍工资的抗辩理由，用人单位仍应就此主张承担举证责任。**袁某某主张从小布点公司取得的合同系空白劳务合同，为此，提交了仲裁庭审笔录、司法鉴定意见书、微信聊天记录、谈话录音及员工劳务合同等证据**，小布点公司对员工劳务合同的真实性不认可，对其他证据的真实性均认可。本案中，袁某某自 2019 年 10 月 24 日入职小布点公司，小布点公司应在 2019 年 11 月 24 日之前与袁某某订立书面劳动合同，然小布点公司未在此期间与袁某某订立符合法律规定的书面劳动合同，违反了法律规定，应当自 2019 年 11 月 24 日起至 2020 年 10 月 23 日向袁某某每月支付二倍的工资。

总结一下，袁某某之所以可以成功拿到未签劳动合同的二倍工资补偿，离不开多个关键要素的结合，包括：

1. 用人单位给的劳务合同，不符合法律规定的劳动合同形式
2. 劳动者没有轻易签订空白合同，用人单位手上也没有劳动者已签字的合同
3. 劳动者注重证据的收集和保存，证据包括聊天记录、谈话录音等

司法案例

(2021)粤 01 民特 560 号

海岸线公司确认是在 boss 直聘上发布的招聘广告，但认为和杨某某之间并非劳动关系，而是合作关系，是雇佣与被雇佣的关系，有《合作协议》为证，公司其他合作者徐慧亦可作证。海岸线公司向法院提交了空白合作协议一份，拟证明双方是合作关系，只是被申请人不愿意签。

被申请人杨某某主张，双方没有签过任何劳动合同或合作协议，双方之间是劳动关系。申请人海岸线公司申请称：原仲裁委对于申请人与被申请人之间的劳动关系的认定错误。本院认为，仲裁委裁决没有违反法律规定，海岸线公司的撤销仲裁申请理由不成立。

无论是劳动合同，还是劳务合同，抑或是合作协议，只要它是空白的，劳动者就应万分小

心，能拒绝就拒绝，同时要积极利用仲裁等法律手段维护自身的权益。

5.2.6 合同/规章制度可以约定罚款吗？

1、合同约定罚款？

罚款本质上是一种剥夺他人财产权的行为。根据《行政处罚法》第九条，罚款属于一种行政处罚。其中第十六条明确规定：除法律、法规、规章外，其他规范性文件不得设定行政处罚。

我们可以看到，现行的劳动法律法规没有规定用人单位可以对劳动者处以罚款，用人单位自己制定的处罚条例不应作为处理员工处罚的依据。如果公司认为员工的行为对公司造成损失，可以请求给予相应赔偿，而不是采用罚款的方式。

法律法规

劳动合同法

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。

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。

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。

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：……（二）严重违反用人单位的规章制度的……

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。

从《劳动合同法》中，我们不难发现，用人单位仅被赋予对于严重违法违规、严重失职的劳动者，采取解除劳动合同、要求承担赔偿责任等措施的权利，而并没有可以设定罚款的权利。

2、规章制度约定罚款？

用人单位并不具备可以设定行政处罚的条件和资格，用人单位也不能在规章制度中设

定罚款条款。

用人单位的规章制度内容需要符合《劳动法》、《劳动合同法》及相关法律，包括：宪法、法律、行政法规、地方法规等的规定。

民族自治地方还需要依据该地方自治条例、单行条例以及关于劳动方面的行政规章等。

司法案例

(2020) 苏 0583 民初 19472 号

王某某于 2017 年 11 月入职昆山施宝得精密模具有限公司。公司自 2018 年 10 月 15 日在公司内部颁布并公示了《规章制度》，其中规定了惩罚条例。

公司提交了 2019 年 2 月 12 日及 2019 年 9 月 1 日处罚公告。2019 年 2 月 12 日主要内容为：王某某在 2019 年 2 月 12 日 8 时至 12 时未向公司办理任何调休、请假手续，无故旷工半天，根据《规章制度》考勤规则及惩罚条例规定，给予王某某记大过一次并**罚款 200 元**，旷工一天**扣除当天三倍薪水**。2020 年 9 月 1 日公告主要内容为：因操作人员技术失误导致公司设备损坏，王某某作为责任主管，予以记过处分一次。公司提交《规章制度》及公告照片，以证明王某某不符合年终奖发放条件。

法院认为，公司虽提交 2019 年 2 月及 2019 年 9 月两次处罚公告，**但王某某抗辩未曾收到也未经公示**，系后补材料，公司未就公告处罚中涉及的事件，提供处罚的事实依据，故该处罚公告本院不予采信。

尽管罚款已不可行，用人单位为了管理员工考勤等情况，仍然会设置一系列惩罚条例。同时许多用人单位会采用“取消当月奖金”等合法方式，在事实上达到罚款的效果。

司法案例

(2020)皖 0124 民初 4479 号

王某某于 2020 年 5 月 20 日清晨，到合肥安徽医科大学第一附属医院复查口腔肿瘤，当天医院人多，到下午才等到拍片。并在 15:06 分将拍片报告单发微信告之营销部许红艳，让其转给公司，14:50 分电话告知办公室周小娟主任。王某某认为自己实为病假，并非旷工。公司扣除王某某 6 月份奖金 808 元，王某某认为没有根据。同时，王某某认为，根据相关法律法规，用人单位对于劳动者严重违法、规章制度以及严重失职、营私舞弊造成用人单位重大损害的行为，有权解除劳动合同，或者要求赔偿损失、支付违约金等措施，而不能采取罚款的处罚。公司认为，公司管理人员已通过微信提醒原告履行请假手续，但王某某既没有回复也没有履行相关手续，并且在 5 月份多次早退请假，已达到扣罚月奖金的标准，**公司按照考勤管理规定扣除其奖金，并不等于罚款**。2019 年 1 月 17 日公司已作出《关于员工请假必须从人力资源平台考勤系统履行审批手续的通知》规定，对于员工未通过考勤系统提交休假申请，未按请假审批流程履行审批手续的休假，视情节按旷工处理。

法院认为：移动合肥分公司已将关于员工请假必须从人力资源平台考勤系统履行审批手续的通知和员工休假及考勤管理办法通过系统发放至各员工，现有证据显示王某某已阅件知晓。**王某某违反公司考勤管理规定，公司因此对其作出取消当月奖金并进行内部通报的行为，属于公司内部管理，不是履行劳动合同中的问题。由此引发的纠纷，不属于平等主体之间的民事纠纷，不属于劳动争议案件，不属于人民法院主管的民事案件范围。**

此外，公司规章制度和劳动合同约定内容不一样时，劳动者可以请求优先适用合同约定。公司新的制度出来后，如果和劳动合同上约定的不一样，用人单位要和员工重新签订一份补充协议。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释二

第十六条：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。

5.3 合同中常见的问题条款

劳动合同是劳动者和用人单位明确双方权利义务的凭据，劳动合同约定的内容是我们维权时重要的参照，劳动合同法对于合同的形式和内容有着明确的要求，但仍有不少企业在合同的条款上动起了小心思。有时候一个小小的约定，就会对我们的维权造成阻碍，尽管我们在签订合同时小心再小心，还是有可能落入公司给我们设下的陷阱，碰到这样的情况我们

应该如何应对呢？

本节将会介绍几种常见的约定不明确的，有争议的，违法的条款，结合法律法规和实际判例进行解读，希望对读者有所帮助。

5.3.1 合同约定的工作岗位和工作地点

编者的话

劳动合同签订时，对于工作内容和工作地点的约定往往是问题的高发区。到底该如何约定是一个令人头疼的问题：约定的过于详细，不利于后续变更，而约定的过于宽泛，又可能是无效约定。实务中，**调岗及工作地点的变更**引发的劳动争议，很多情况下都是因为劳动合同约定不明确造成的。因此，在签订劳动合同时候**尽可能地明确工作地点和工作岗位**，可以有效避免后续维权时可能存在的争议。

1、如果合同约定过于宽泛，发生争议应该如何确认

过于宽泛的工作地点

依据《劳动合同法》第十七条的规定，工作地点是劳动合同的必备条款，在用人单位与劳动者签署劳动合同时，就工作地点进行约定，应当以实际履行地点为准，不当过于宽泛。但一些用人单位为了保留单方调整劳动者工作地点的权利，将工作地点约定为“全国”“北京”“服从公司安排”等等。应对这种合同约定过于宽泛的情况，部分地区也做出了规定。

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于印发〈审理劳动争议案件法律适用问题的解答〉的通知》

第六条：用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”“北京”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于**对工作地点约定不明**。劳动者在签订劳动合同后，**已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点**。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”“北京”为由，无正当理由变更劳动者的工作地点。

法律法规

山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要

十一、关于劳动合同宽泛约定工作地点的相关问题

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛约定工作地点为“全国”“山东”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于对工作地点约定不明。劳动者在签订劳动合同后，已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”“山东”为由，随意单方变更劳动者的工作地点。

用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，仍应对工作地点的变更进行合理性审查。具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车等）。

法律法规

长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要，江苏省劳动人事争议仲裁委员会，2019年12月30日印

八、用人单位在劳动合同中约定“全国范围”“长三角区域”等宽泛工作地点的，该约定效力的认定。

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛约定工作地点，但未对用人单位工作地点、经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示的，属于对工作地点约定不明。

对于从事全国范围的销售、长途运输、野外作业等工作地点无法固定的特殊工作，劳动合同将劳动者工作地点约定为“全国范围”“长三角区域”等宽泛工作地点的，可以认定有效。

劳动合同对工作地点没有约定、约定不明确或者劳动合同约定与实际履行地不一致的，应当以实际履行地为认定工作地点的主要依据。

从以上的地方性司法文件我们可以看出，对于过于宽泛的，仅有利于用人单位的明显忽视了劳动者的权利的工作地点约定，应当以实际履行地为准。但这种约定并不全然无效，还得结合岗位性质，用人单位经营模式来做判断。比如地区销售经理，大货车司机、艺术表演类工作者因为本身其工作的流动性比较强，不可能固定很小的工作范围工作地点。

但对于一般劳动者，其工作岗位相对固定，如果你让长期工作、生活在当地的普通劳动者，到远离其经常居住地搬到数百上千公里外的外地工作，显然不具有合理性，属于对工作地点约定不明。法律也有明确规定劳动者在签订劳动合同后，已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”、“服从公司安排”，“山东”为由，无正当理由变更劳动者的工作地点。

其次，在招用劳动者时，用人单位需就其经营模式和工作岗位，客观上要求劳动者在宽

泛的工作地点范围内提供劳动的情况，**对劳动者进行提示**。

即便是用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，仍应对工作地点的变更**进行合理性审查**。应确实出于用人单位生产经营需要变更，而不是出于打击报复。同时要综合考虑对劳动者的家庭、生活影响外，用人单位是否采取了合理的**弥补措施**，比如提供异地住房补贴、交通补贴或者提供班车、相应的增加探亲假、适当的提高工资待遇等。

简而言之，除了特殊性质的岗位外，如果工作地点约定过于宽泛，双方就劳动合同工作地点（跨区或者跨市）变更未达成一致，用人单位要求劳动者去新的工作地点，劳动者有权拒绝。

过于宽泛的工作岗位

劳动合同法中未明确约定劳动者从事劳动的工种、岗位和劳动定额、工作的任务。一般情况下，劳动合同的工作内容应包括岗位、职务、职责、任务、标准等，明确员工要干什么以及达到什么标准。实践中，部分企业为便于实施用工管理，形成较为灵活的用人机制，往往对工作岗位约定较为宽泛。

尽管用人单位拥有自主用工权，在劳动合同约定的范围内对工作岗位或工作内容作出调整，一般不构成劳动合同变更，不适用《劳动合同法》第 35 条的规定。只要用人单位的单方调整行为没有违法或者明显不合理之处，劳动者就应当服从安排，这也是企业用工自主权的应有之义。

但如果劳动合同对岗位的约定过于宽泛或者未作约定，则不能据此认为用人单位可以随意调岗，而应当按照**约定不明**处理，以劳动者实际工作的岗位确定其工作内容，再根据工作调整的具体情况对合理性作出判断。

编者的话

基于这样的原则，过于宽泛或“可以根据公司生产经营状况进行调整”的工作岗位约定，并不能成为公司随意调岗的理由，即使我们在不慎签订了这样的劳动合同后，面对公司的不合理调岗，我们依然有权利拒绝。

5.3.2 劳动合同约定劳动合同到期自动续延，还能主张二倍工资吗？

实践中，很多用人单位为规避承担未签劳动合同二倍的工资风险或规避签订无固定期限劳动合同而直接在劳动合同中写明“在合同期满前，如双方无异议则本合同自动续签或者自动顺延。”有的约定了自动顺延 X 年，有的则没有约定年限。由于劳动者与用人单位的立场不同，对劳动合同法理解也会随之不同，从而引发对用人单位应否承担二倍工资的争议。

关于该问题首先需要解决的是该约定顺延条款的效力如何认定：

一种观点认为上述“约定顺延”情形是双方对劳动合同期满后继续顺延劳动合同的约定已达成一致，真实有效，此种情形应视为劳动合同已经续签，劳动合同中的自动顺延条款可以取代新劳动合同，因此无需支付双倍工资。

另一种观点则认为劳动合同法规定，劳动合同可以分为固定期限合同、无固定期限合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。此类约定了“自动顺延”条款的劳动合同并不属于上述三种劳动合同之中的任何一种。根据劳动合同类型法定的原则，超出的类型不具有合法性，此类“约定顺延”的条款不具备法律效力。劳动合同中约定到期自动续约条款实际上是免除用人单位的主要责任，剥夺劳动者签订无固定期限劳动合同等相关权利，应属无效，因此用人单位仍需与劳动者签订书面劳动合同，如未签劳动合同就需支付二倍工资。

在实践中，多地主流观点也是认为不需要支付双倍工资。

吉林地区：《吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答（二）》第十条规定：固定期限劳动合同到期后，劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未与劳动者续签书面劳动合同，劳动者要求支付二倍工资的，应当予以支持；双方约定劳动合同自动延续或属于《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定情形的除外。”

青岛中院在《会议纪要六》第8条规定，用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定“劳动合同期满后，双方如无异议，视为自动延长劳动合同期限n年”。合同期满后，劳动者又以用人单位未签订书面劳动合同为由向用人单位主张二倍工资的，不予支持。

《北京高院会议纪要二（2014）》第32条：因用人单位与劳动者在劳动合同中已经约定劳动合同到期续延，但未约定续延期限，在劳动合同到期后，劳动者仍继续工作，双方均未提出解除或终止劳动合同时，属于双方意思表示一致续延劳动合同，可视为双方订立一份与原劳动合同内容和期限相同的合同，故劳动者主张未签订劳动合同的二倍工资不应支持。

《吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答（二）》

固定期限劳动合同到期后未续签的，劳动者要求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资的能否支持？

固定期限劳动合同到期后，劳动者仍在原用人单位工作，用人单位未与劳动者续签书面劳动合同，劳动者要求支付二倍工资的，应当予以支持；双方约定劳动合同自动延续或属于《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定情形的除外。

《江西省高级人民法院、江西省人力资源和社会保障厅关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）》

5. 劳动合同期满后未续签，劳动者继续为用人单位提供劳动，劳动者主张二倍工资差额的，应如何处理？

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续签劳动合同，劳动者主张用人单位支付劳动合同续延期间未签订劳动合同二倍工资差额的，应予支持。但双方对续签合同另有约定的除外。

劳动合同期满后，依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定依法续延，劳动者主张用人单位支付劳动合同续延期间未签订劳动合同的每月二倍工资差额的，不予支持。

上述等地区，如果劳动合同中约定到期自动续约条款，用人单位可以免除续签劳动合同的义务。

但也有部分法院仍严格执行法律规定坚持要求签订书面的续期合同，判定企业应承担未续签合同的双倍工资。如济南市高新技术产业开发区人民法院作出的（2017）鲁0191民初

2623 号民事判决书、广东省东莞市中级人民法院作出的（2019）粤 19 民终 8644 号民事判决书，作出的（2019）鲁 0102 民初 10141 号民事判决书等。

根据相关法院认定，用人单位与劳动者，关于劳动期限届满若无异议自动续签的约定，使得劳动合同最核心要素的合同期限变得极不明确，且与劳动相关法律法规相悖，用人单位应当依据《劳动合同法》第八十二条规定，向劳动者支付未订立书面劳动合同的双倍工资。

1、到期自动延续的劳动合同，可以视为又签订了一次劳动合同吗？

除上文提到的北京之外，江苏省也对此做出了明确约定

《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》第 7 条：

“用人单位与劳动者在劳动合同中约定合同期限届满后自动续签的，应视为双方重新订立了一次劳动合同，但劳动合同依照《劳动合同法》第四十二条、第四十五条规定的事由依法续延的除外。”

上文所提到的地方性文件，均认为合同到期后，在劳资双方有约定的情况下，可以免除未签订劳动合同的双倍工资处罚。因此我们可以大胆推测，约定的延期或者自动续签，应当视为又签订了一次劳动合同。**固定期限劳动合同的次数决定了是否需要订立无固定期限劳动合同**。用人单位将正在履行的劳动合同期限延长，以规避签订无固定期限劳动合同的法律责任。此种行为应当被认定为“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的行为，延长劳动合同期限的行为，视为再次订立了一次劳动合同，将其纳入到劳动合同订立次数中。

5.3.3 劳动合同对工时制度约定不明，能否适用不定时工作制？

工时制度，可分为标准工作制、不定时工作制、综合计算工时工作制。实践中运用最多是标准工时制，一份完整的劳动合同，双方肯定要约定具体的工作时间，即双方适用何种工时制度。针对不定时工作制而言，假使用用人单位与劳动者没有明确约定不定时工作制或者双方约定标准工时制和不定时工作制两种工时制，那法院能否认定不定时工作制度吗？实践怎么处理？不定时工作制的生效条件有哪些？有哪些工种或人员一般适用不定时工作制？我们通过下面一则案例来认识。

司法案例

(2015)川民申字第 2775 号、(2015)攀民终字第 250 号

基本案情

1990 年 4 月，孟某进入 A 公司下属的 A 医院从事救护车驾驶职业。

2010 年 4 月 1 日，A 医院与孟某签订了一份《劳动合同书》，该合同第二条约定：乙方（孟某）同意根据甲方（A 医院）工作需要，在服务性岗位担任司机工种（职务）的工作。因工作需要，甲方可以调整乙方的工作岗位（工种）和工作内容。

2012 年 11 月 26 日，A 公司与孟某签订了一份无固定期限《劳动合同书》，该合同第二条约定：乙方（孟某）同意根据甲方（A 公司）工作需要，在管理类岗位担任科员工种（职务）的工作。因工作需要，甲方可以调整乙方的工作岗位（工种）和工作内容。执行定时工作制的，甲方安排乙方每日工作时间不超过 8 小时，平均每周不超过 40 小时。执行不定时工作制的，工作和休息、休假由甲方自行安排……”

但事实上孟某一直从事驾驶工作，即负责急症接车、接送病人、运送尸体、行政用车及行政杂事，一直实行不定时工作制。

2014 年 9 月 3 日，孟某因加班工资依法申请劳动仲裁，认为用人单位实行不定时工作制不合法。孟某不服仲裁裁决，故提起诉讼。

在本案中孟某实际从事的医疗救护车驾驶员工作，具有临时性、突发性、机动性的工作特点，属于无法按标准工作时间衡量或需要机动作业的情况。虽然《劳动合同书》未就孟某的工作时间是不定时工作制进行明确约定，但从孟某的工作性质、工作内容、劳动强度、有效工作时间等方面综合考量，其工作岗位符合不定时工作制的特点。

A 医院是 A 公司的下属单位，A 公司是中央直属企业，对实行不定时工作制的岗位已依法履行了报批程序。

故孟某申请再审提出其工作岗位应为标准工时制、被申请人实行不定时工作制不合法的理由不能成立。

案件经历一审二审再审，都没有支持劳动者的请求。

从上面这个案例中我们可以得知

1. 除标准工时以外的工时制度都需经过审批才能成立
2. 结合特殊岗位的性质，具有临时性，突发性，机动性的工作岗位属于无法按照标准工作时间的或需要机动作业的情况，虽然在合同中没有明确约定工时制度，但从实际的工作内容上可以看出劳动者确实存在实行不定时工作制的情况，可以被认定为是不定时工作制。

绝大多数情况下，我们的工作并不属于应急维稳的工作，公司也并没有获得有关部门的审批，在发生争议时完全可以大胆的按标准工时制主张自己的合法权益。

5.3.4 合同约定了综合工时/不定时工时，还能主张加班费么

标准工时制：劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。（《劳动法》第三十六条）

特殊工时制：企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。（《劳动法》第三十九条）

法律法规

关于企业实行不定时工作制的审批办法

第三条：企业因生产特点不能实行《中华人民共和国劳动法》第三十六条、第三十八条规定的，可以实行不定时工作制或综合计算工时工作制等其他工作和休息办法。

1、综合工时制和不定时工作制的区别

这两种工作制的主要区别为适用对象不同：

企业对符合下列条件之一的职工，可以实行综合计算工作制，即分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

- 交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中固定工作性质特殊，需连续作业的职工
- 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
- 其他适合实行综合计算工作制的职工

企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。

- 一企业中的高级管理人员，外勤人员，推销人员，部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工
- 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
- 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

2、特殊工时制未经劳动行政部门批准

公司实行特殊工时制，但未向劳动部门履行审批手续，一般应视为标准工时制。公司应当按标准工时制向劳动者计付加班工资。司法实践中，大部分裁判机构在这种情况下都是按标准工时制对待，从而做出对劳动者有利的裁判。关于“标准工时制”加班费的支付，《劳动法》第四十四条中有明确的规定。

法律法规**劳动法**

第四十四条：有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

法律法规**工资支付暂行规定**

第十三条第二款：实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的 150%、200%、300% 支付其工资。

但各地方规定不一样，也有少数裁判机构是按实际执行的特殊工时制作出裁判的。例如我们可以看到 (2018) 鲁民再 154 号裁判表示：劳动行政规章中有关实行综合计算工时工作制应经劳动行政部门批准的规定，**是一种管理性规范，不属于效力性强制性规定**，并不构成《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款规定的导致劳动合同无效的事由。

3、特殊工时制得到劳动行政部门批准

如果公司实行的特殊工时制已经经过了审批，且劳动者签署的劳动合同中有明确规定工作时间为不定时工时等的条款，劳动者主张延时加班工资、双休日加班工资、法定节假日加班工资就很很难得到支持。

综合工时

司法案例

(2021)津 02 民终 7792 号

2011 年 4 月 30 日, 津燃公司与张某某签订无固定期限劳动合同, 张某某工作岗位为燃气收费员, 实行**综合工时**工作制度, 津燃公司亦提供特殊工时工作制行政许可证。每月 1 日至 20 日为工作时间, 21 日开始至月底为休假时间。庭审中, 张某某称, 虽然每月 20 日之后可以补休, 但公司规定每人每月 2000 户的收费任务数, 且效益工资与每月收费户数有关, 造成原告需要经常去补漏户, 以致不能倒休, 也不能休带薪年假。

津燃公司则称, 每月 20 日以后为休假时间, 如果在 1 日至 20 日期间没有完成工作任务, 为了不影响**绩效工资**, 员工可以去补漏户, 补的漏户可以算在本月的任务数中, **补漏户是员工自愿行为**, 并不是公司强制的工作。

依据《市人力社保局天津市特殊工时工作制行政许可管理暂行办法的通知》(津人社规字[2018] 9 号) 规定, **适用特殊工时工作制的岗位不存在休息日加班的情况**, 故张某某主张的休息日加班费, 于法无据, 一审法院不予支持。

关于 2011 年 4 月 30 日至 2019 年 10 月间法定节假日加班费, 根据相关规定, 用人单位应建立劳动者工资台账, 用于准确统计劳动者工资支付数据, 其主要内容应包括支付项目和金额、加班时间和加班工资金额等书面记录, **保存两年以上备查**。本案中, 津燃公司已经提供 2018 年 1 月至 2019 年 8 月考勤记录和带薪年假销假表以及 2018 年 1 月至 2019 年 11 月工资台账。

对于 2018 年 1 月之前的工资及考勤情况, 则应由张某某来提供相关有效证据以证实其主张, 现张某某提供的 2018 年 1 月之前的工作结算小票及工资, **不能证明津燃公司存在未足额支付或拖欠其法定节假日加班费的事实**, 故其主张的 2018 年 1 月之前的法定节假日加班费证据不足, 一审法院不予支持。

对于 2018 年至 2019 年 10 月未休带薪年假工资, 可以看到张某某在带薪年假销假表上已经签字确认。虽然张某某称没有休, 并提供结算小票来证明在相关销假月份的 21 号或 22 号有入户收费的情况, 但其入户收费**并不是津燃公司强制安排的工作**, 且张某某也明知津燃公司对员工每年带薪年假的休假时间安排, 张某某在公司安排带薪年假期间入户收费, 则是张某某**个人行为**, 一审法院根据由张某某签字确认的带薪年假销假表认定张某某 2018 年至 2019 年 10 月的带薪年假已经休完。

从上述案例中, 我们可以看到劳动者在实行综合工时的用人单位工作时, 由于绩效工资考核等等的压力, 往往不能在其休息时间得到真正的休息。而劳动者在休息时间进行工作, 又有可能被认定为是自愿的个人行为。

面对实行综合工时的用人单位违法延长工作时间的情况, 劳动者可以向相关劳动行政部门投诉、举报。

法律法规

工资支付暂行规定

第十三条第三款：经劳动行政部门批准实行综合计算工时工作制的，其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，应视为延长工作时间，并应按本规定支付劳动者延长工作时间的工资。

综合计算工作时间超过法定工作时间的部分，按不低于正常工作时间工资的 150% 支付加班工资。在法定节假日上班的，按不低于正常工作时间工资的 300% 支付加班工资。

法律法规

关于职工工作时间有关问题的复函（劳部发 1997，271 号）

第五条：在综合计算周期内，某一具体日（或周）的实际工作时间可以超过 8 小时（或 40 小时），但综合计算周期内的总实际工作时间不应超过总法定标准工作时间，超过部分应视为延长工作时间并按《劳动法》第四十四条第一款的规定支付工资报酬，其中法定休假日安排劳动者工作的，按《劳动法》第四十四条第三款的规定支付工资报酬。而且延长工作时间的小时数平均每月不得超过 36 小时。

不定时工时

司法案例

(2020)津民申 1645 号

郁某某于 2017 年到京邦达公司处工作，岗位为芦台站站长。双方签订了劳动合同，合同约定工作时间为不定时制度。郁某某的工资包含绩效奖励、固定加班费等，其中绩效奖励以包裹数量核算。郁某某与京邦达公司签订的劳动合同，是双方在自愿的基础上订立的，该合同中约定了采用不定时工作制，应为有效条款。郁某某要求京邦达公司支付平日延时加班工资、双休日加班工资、法定节假日加班工资的诉讼请求，因郁某某的工作时间为不定时工作制，故该诉讼请求没有法律依据，一审法院不予支持。

郁某某申请再审称，自己的工作岗位是站长，未经过行政审批执行不定时工时制。自己的工作岗位经过审批的是综合工时制而非不定时工时制，应给付法定节假日加班费和延时加班费。原判决对于自己的工资构成及影响因素没有查明，京邦达分公司实行考勤打卡制度，与工资挂钩，与不定时工时制相违背，自己的工作岗位不属于适用不定时工时制的情况。无论何种工时制度均应保障劳动者休息的权利。

二审法院经审查认为，郁某某与京邦达分公司的劳动合同中明确约定工作时间为不定时工时，郁某某依据标准工时制主张京邦达分公司支付上述加班费，明显与合同约定相悖。且，郁某某的工作性质及岗位具有一定特殊性，原判决结合京邦达分公司特殊工时制的审批情况，认定郁某某的劳动合同实行的是不定时工时制，并无不当。郁某某以标准工时制主张延时、公休日及法定节假日加班费，缺乏事实和法律依据。驳回郁某某的再审申请。

在上述案例中，劳动者关于自己的工作岗位经过审批的是综合工时制而非不定时工时制，以及公司实行考勤打卡制度，与工资挂钩，与不定时工时制相违背的主张并没有得到法院的认可。

在不定时工作制中，一般认为不存在支付加班费的问题。《工资支付暂行规定》第十三条第四款规定，实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。但对于执行不定时工作制的劳动者在法定节假日工作，是否需要支付加班费，各地司法实践存在不同标准。北京地区认为不需要支付，上海地区、深圳地区认为需要支付。

编者的话

在公司实行的特殊工时制已通过了审批、双方签署的劳动合同明确规定实行特殊工时制的情况下，劳动者以实际的劳动情况进行各类加班费的主张可谓是困难重重。首先是缺乏合适的法律依据；其次，劳动者也难以给出有力的事实证据。在这种情况下，劳动者究竟可以做什么，应该怎么做，在后面会有更细致的分析，读者可以跳转至本书第七章继续阅读。

5.3.5 合同约定自愿放弃社保并支付社保补贴，合法么

编者的话

社会保险属于国家强制性险种，作为一项重要的社会政策，它既是劳动者享有的维持基本生活的权利，也是用人单位应承担的义务。对此，我国《劳动法》《劳动合同法》《社会保险法》等法律均强制性规定，**用人单位应当为劳动者缴纳社会保险，用人单位和劳动者均应当遵守，不得放弃和免除**。但在实践中，大多数企业的参保率不高，用人单位对社保认识不足，有着“能省则省”的想法。而劳动者出于认识不足或工资较少，也可能会选择将社保换成现金。近年来，随着维权意识的普遍提高，劳动者对于社保也越发重视。

不少公司在合同上就动起了歪点子：让劳动者签署自愿放弃社保协议，或合同里写上劳动者自愿不交社保，并将工资的一部分拆分为社保补贴。

公司为什么要这样做呢，这样的协议或条款有效么，会不会对劳动者后续的维权造成影响呢？

1、员工自愿放弃社保，用人单位不能免责

按照国家有关规定，用人单位和职工应当参加基本养老保险，并按时足额缴纳基本养老保险费，这既是用人单位和职工的合法权利，也是用人单位和职工的应尽义务，不能根据职工或者用人单位意愿而免除，否则将承担相应的法律责任。员工自愿起草或签订放弃社保的协议，本身就是违反法律规定的，所以协议无效。缴纳社保一事，用人单位不能看员工的意愿，无论怎么约定，只要没按规定缴纳，即为违法行为。因此在签订了自愿不交社保的条款或协议后，劳动者依然可以要求公司补缴社保。

2、自愿放弃社保后发生工伤/工亡，用人单位可以免责么？

不可以！前文已经提到，社保缴纳具有强制性，并不能因为双方的协议而放弃。用人单位负有自行申报，按时足额缴纳社会保险费的法定责任。劳动者应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，双方对于自愿放弃社保的约定违反法律、法规规定，应为无效。即使在约定了自愿放弃社保的情况下，用人单位依然不能免除未缴纳工伤保险给劳动者造成损失的法律責任。职工个人不缴纳工伤保险费；应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，要由**该用人单位**按照条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

法律法规

工伤保险条例（国务院令 第 586 号）

第六十二条：依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，**由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用**。

司法案例

(2019) 苏 0117 民初 2202 号

2017 年 2 月 27 日，闫某某入职南京苏锦电力设备有限公司从事操作工。双方签订了劳动合同，合同期限自 2017 年 2 月起至 2018 年 2 月 26 日止。2017 年 5 月 4 日，闫某某向苏锦公司提交了一份《南京苏锦工资补助申请表》，申请原因栏注明“由于员工闫某某自愿放弃公司给予缴纳社会保险等五险（含住房公积金），同时申请公司每月工资中给予发放保险补贴 200 元”。

2017 年 6 月 7 日，闫某某在工作中受伤。2017 年 12 月 28 日，南京市溧水区人力资源和社会保障局认定闫某某受到的事故伤害为工伤。2018 年 12 月 18 日，闫某某经鉴定致残程度为十级。然而，电力公司以员工自愿放弃社保缴纳为由，拒绝承担闫某某关于工伤的赔偿费用。

2019 年 4 月，仲裁委作出裁决苏锦公司一次性支付闫某某各项费用总计 6.8 万余元。苏锦公司不服，于 2019 年 4 月 18 日向法院提起诉讼，认为因闫某某自身原因，无需为其缴纳社会保险，而是每月领取固定的社会保险补贴。闫某某工伤不能享受社会保险资金补偿待遇，根本原因是闫某某主观上想领取每月的社保补贴所造成的，故闫某某应承担未缴纳社会保险的不利后果。最终法院判决苏锦公司于本判决发生法律效力之日起十日内一次性支付闫某某工伤保险待遇 65069 元。

3、对“自愿”放弃社保说不

看到这里，细心的读者一定会心生疑惑，看来自愿放弃社保——也没有给我造成多大的损失嘛，离职后社保照补，发生意外了公司也会负责，每个月还有可能多拿一笔社保补贴，不想在这个公司干了可以随时被迫离职走，何乐而不为呢？

错！自愿放弃社保，很可能导致劳动者以公司未依法缴纳社会保险费为由的被迫离职所主张的经济补偿无法被支持。

在实践中，对于员工自愿放弃社保能否支持经济补偿存在两种观点。

观点一，即使劳动者自愿放弃社保，依然支持经济补偿

司法案例

天津市 2021 年经典案例

法院认为：从法律规定来看，用人单位为员工缴纳社会保险费是法定的义务，不能根据劳动者或用人单位自己的意愿而免除，不管是口头承诺还是签订书面协议而放弃缴纳社会保险费的行为，均违反了法律强制性规定，属于无效协议。又根据《市人社局关于印发天津市贯彻落实〈劳动合同法〉若干问题实施细则的通知》（津人社规字〔2018〕14号）第十五条规定“用人单位与劳动者约定不缴纳或少缴纳社会保险费的，双方约定无效，应视为因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费”，即便是劳动者承诺放弃缴纳社会保险费，也不能免除用人单位的**法定义务**，用人单位应承担相应法律责任，**支付经济补偿金**。

司法案例

川高法民一 2016，1 号

劳动者明确要求用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并要求用人单位支付解除劳动合同**经济补偿金**的，人民法院应予支持；

司法案例

(2017) 沪 0110 民初 24431 号

本院认为：用人单位在职期间确未为劳动者缴纳社保，故劳动者以此为由作经济补偿金之主张成立。用人单位关于此系劳动者自愿放弃，用人单位并无恶意等辩称，不能免除经济补偿金支付义务，原因如下：

其一，依法为劳动者缴纳社保，是法律规定的用人单位应尽义务，用人单位未缴是客观事实，此系过错，藉此承担经济补偿金符合劳动合同法关于用人单位应当承担经济补偿的法律宗旨。

其二，只有在权利归己私有时才谈得上所谓的放弃，**而社保不仅涉及劳动者个人利益，同时兼具社会保险权能**，故劳动者所作不要求用人单位缴纳的承诺，或双方就此达成的一致，因违反法律强制性规定故而无效。

其三，劳动者虽系签署承诺，但从承诺书系格式文本，以及劳动者作为求职劳动者，与用人单位作为用人单位的地位优劣来看，劳动者关于无奈签字等意见尚有一定可信度。事实上无奈也好，自愿也罢，如若允许用人单位以协议或劳动者自愿为凭回避缴金、回避经济补偿等义务承担，**则势必导致有法可不依，以及社会秩序的无序**。因此，劳动者尚应承担《承诺书》无效的法律后果，用人单位亦不能因此免除离职补偿义务的承担。

笔者在这里支持上海这一观点。

观点二：不支持劳动者据此获得经济补偿金

司法案例

(2018) 苏民申 339 号

本院认为：劳动者因自身原因不愿意交纳社会保险费，是对自身权利的合法处分并应承担相应的后果，现劳动者以用人单位未为其缴纳社会保险为由主张经济补偿金，违反诚实信用原则，原审法院未支持其诉讼请求，并无不当。

司法案例

(2021) 沪 0112 民初 14794 号

本院认为：虽然我国现行法律规定用人单位有为劳动者缴纳社会保险系被告的法定义务，用人单位不为劳动者缴纳社会保险，不仅侵害了国家及社会的权益，也侵害了劳动者依法享有的相关权益，该行为有违法律规定。但是，考量用人单位未为劳动者缴纳社会保险的原因及理由，应从实际情况出发予以解析。用人单位在入职时，已通过书面方式明确表示因其个人原因无须用人单位为其缴纳社会保险，即造成用人单位未为劳动者缴纳社保的责任，不仅在于用人单位也在于劳动者，因此劳动者现以该项理由解除劳动关系继而要求支付经济补偿的诉讼请求，本院实难支持。

司法案例

(2021) 粤 15 民终 1090 号

本院认为：经审查，劳动者在入职时签署《入职承诺声明》，明确表示不参加社会保险并自愿承担一切后果，诉讼期间也没有提交证据证明其入职后要求用人单位为其办理社会保险手续。故劳动者以用人单位未办理社会保险为由解除劳动关系并请求荣辉公司支付经济补偿金的诉讼请求，本院不予支持。（参考失效的文件精神：《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第二十五条规定，用人单位与劳动者约定无须办理社会保险手续或将社会保险费直接支付给劳动者，劳动者**事后反悔并明确要求**用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿，应予支持。）

从上面列举的案例和地方性法规我们可以看到，实践中对于是否支持存在分歧。

即使是同一个地区，类似的案件都会有不同的裁判观点。在没有地方性法规的地区，会根据从用人单位和劳动者对该违法行为客观事实、主观恶意、催告义务、补缴机会等多方面予以综合考虑。但总体上，伴随着经济形势和社保政策的严格把控，**第二种观点逐渐占主导**。所以我们劳动者在面对公司要求我们“自愿”放弃社保的情形，应当明确拒绝，**要求公司给**

我们足额缴纳社保。已经约定自愿放弃社保朋友也不要太气馁，**及时反悔并明确要求公司补缴社保**，如果用人单位没有在合理期限内拒不办理，我们被迫离职的经济补偿就有可能得到支持。

4、劳动者要求补缴社保，用人单位可以要求返还社保补贴？

劳动者自愿放弃缴纳社会保险的承诺无效，在劳动者提出要求补缴社保后，用人单位应当为劳动者补缴社会保险，在用人单位为劳动者补缴社会保险后，用人单位可能会要求劳动者返还社保补贴，这也是公司在合同里约定放弃缴纳社保并支付社保补贴时打的小算盘。什么情况下劳动者可能面临公司要求返还社保补贴的情况，在判决中什么证据是是否需要返还社保补贴的重点呢？本章节将结合实际案例来展示实践中的部分观点。

一、已为劳动者补缴社保完毕

所谓的社保补贴，是公司对社保不予缴纳而用工资形式发放的一笔钱，因此公司要求劳动者返还社保补贴，只能发生在**公司补缴之前的社保并已经履行完毕**的情况下才能发生。

二、仅仅约定了社保补贴数额

如果仅仅是在劳动合同或自愿放弃缴纳社保协议中约定了社保补贴数额，或者约定工资中包含了社保补贴，企业无法证明实际支付社保补贴的数额，要求返还将无法获得支持。

司法案例

(2021)新民申 2851 号

案涉双方签署的《劳动合同》中关于“乙方自愿放弃由甲方交纳社保，由本人自行交纳。甲方给乙方发放的工资含提成工资，其中 700 元是甲方应当为其交纳的社保费用”的手写内容，周永丰不予认可。华东精细化工公司主张向周永丰支付的社保费用 700 元包含在每月提成工资中，但华东精细化工公司提交的包含 700 元社保费用的工资单系其自行制作，未经过周永丰确认。华东精细化工公司不能提供充分有效的证据证明其向周永丰每月发放了 700 元社保费用，应承担举证不能的不利后果。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明。未能提供证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。故其要求周永丰向其返还社保费用 59500 元及利息 12644 元的主张，原审法院不予支持并无不当。

在判决中我们可以看到，尽管在合同中写明“乙方自愿放弃由甲方交纳社保，由本人自行交纳。甲方给乙方发放的工资含提成工资，其中 700 元是甲方应当为其交纳的社保费用”，用人单位仍要承担**对于社保补贴已经发放的事实**的举证责任。

而在 (2019) 苏 0509 民初 12219 号案例中，劳动者多次收到公司的工资条，且对此没有异议，工资条上明确了**不属于劳动报酬的社保补贴**，因此法院支持了用人单位要求返还社保补贴的主张。

5、扣除社保补助后，劳动者的工资数额不得低于最低工资标准

司法案例

(2020) 陕民申 3067 号

虽然王某向用人单位申请不缴纳社会保险,但劳动者是否参加社会保险不在其权利处分范围之内,其与用人单位关于不缴纳社会保险改为发放保险补贴之约定不仅有损个人社会保险利益,也侵害了全体社会的整体利益,违反了法律、行政法规强制性规定,属于无效约定。

因双方约定的该条款无效,用人单位根据《中华人民共和国合同法》第五十八条的规定,有权主张劳动者向其返还已发放的保险补贴费用50400元。劳动者在剔除保险补贴后的部分月份的月工资数额低于当地最低工资标准,认定补差数额13460元,综合认定王某向用人单位返还社会保险补贴36940元,并无不当。

在上述几个案件中,法院给出的判决理由并不是不当得利,而是劳动者与用人单位签署的自愿放弃缴纳社保申请是无效的。根据合同无效理论,劳动者应当向用人单位返还社保补助。

法律法规

第五十八条:合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。

但对于返还社保费用的时效,法院一般认为,用人单位要求劳动者返还社保补助的争议属于因劳动争议纠纷引起的返还社会保险补贴之诉,应当适用仲裁时效。

5.3.6 工资约定不明

一些用人单位将约定的固定工资拆解为“底薪+绩效”的形式,又或者把“加班费”也包含在约定的工资中,如此种种,都是让劳动者感到迷惑的操作。劳动者在签订劳动合同之初要仔细阅读劳动合同的书面内容,最好要求按“固定薪资”签订劳动合同,不要轻易签订其他工资结构的劳动合同。

1、由“固定工资”调整为“底薪+绩效”

有的用人单位一开始是给员工发放固定工资的,但由于公司经营状况变差,想要减轻用人成本,于是将员工的工资结构由“固定工资”调整为了“底薪+绩效”。用人单位单方面变更劳动合同,属于变相降薪的违法行为。员工的工资结构只有在双方当事人协商一致,达成协议的情况下才能变更。

司法案例

(2021)京 0101 民初 7860 号

2019 年 5 月 6 日，和才梦幻公司和张某某双方签订《劳动合同》：乙方工资标准：……甲方可按企业工资制度调整乙方工资。

张某某表示双方约定每月工资 9000 元，系以固定工资方式每月支付工资。和才梦幻公司认可在新冠疫情之前张某某每月工资为 9000 元，但表示因新冠疫情的出现，已经调整了工资支付方式。

对于欠付工资情况，张某某表示自 2020 年 2 月 1 日至 2020 年 7 月 31 日期间，公司共欠付其工资差额 28694.5 元。和才梦幻公司表示系因公司调整了工资支付方式，**改变为“底薪 + 绩效”方式**支付工资。

为证明其主张，和才梦幻公司提交微信聊天记录和绩效考核表格。其中 2020 年 4 月 13 日，和才梦幻公司工作人员在“梦幻动画吃喝玩乐群”中发送《和才梦幻工作绩效考勤制度》。

庭审过程中，和才梦幻公司出示该制度全文：“本着让工作付出和收获形成正比，效率更高收获更多的工作原则，于本月起实行薪资绩效奖罚制度。……假设由于个人原因耽误项目周期者，每延期一天扣除本月薪资 3%，以此累计到任务完成为止。”2020 年 4 月 24 日，和才梦幻公司在上述微信群中发送《通知》，庭审中，和才梦幻公司出示《通知》原文，内容为自 2020 年 3 月起实行绩效考核，对工作量不足及通过率不高的同事暂时采取降低薪酬的发放方式，但最低不低于北京市最低工资标准 2200 元。

对于上述证据，张某某认为并没有征得其同意，故对改变薪资发放方式不予认可。和才梦幻公司出具的《通知》及《和才梦幻工作绩效考勤制度》**未得到张某某的确认**，故本院认可张某某所主张的工资标准，对于和才梦幻公司所主张的工资支付方式不予认可。判决北京和才梦幻文化传播有限公司于本判决书生效之日起十日内支付张某某 2020 年 2 月 1 日至 7 月 31 日工资差额 28694.5 元。

用人单位将支付方式由“固定工资”调整为“底薪 + 绩效”，往往是出于降低自身用人成本的考虑。如果劳动者面对这样的调整，坚持不同意不确认，那么它也是不会得到法院认可的。

2、的计算基数

部分用人单位给出的工资较为可观，但工资结构却很复杂，其目的多是降低加班费的计算基数。加班费的计算基数，原则上可以按照**劳动合同规定的劳动者本人工资标准**确定。

法律法规

关于贯彻执行《中华人民共和国》若干问题的意见

第 55 条：“正常工作时间工资”是指规定的劳动者本人所在工作岗位（职位）相对应的工资。因此，加班费的计算基数，原则上可以按照劳动合同规定的劳动者本人工资标准确定。

但是很多劳动者纷纷表示自己的劳动合同上并没有明确约定工资数额。下面将就有无明确约定工资数额分别讨论：

1. **如果劳动合同有明确约定工资数额**，应当以劳动合同约定的工资作为加班费计算基准。应当注意的是，如果劳动合同的工资项目分为“基本工资”、“岗位工资”、“职务工资”等，应当以**各项工资的总和**作为基数计发加班费，不能以“基本工资”、“岗位工资”或“职务工资”单独一项作为计算基数
2. **如果劳动合同没有明确约定工资数额**，或者合同约定不明确时，应当以实际工资作为计算基数。凡是用人单位直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等**都属于实际工资**，具体包括国家统计局《关于工资总额组成的规定若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。但加班费、伙食补助和劳动保护补贴等应当扣除，不能列入计算范围。

此外，做**日结工**的劳动者可能会面临工资与工时挂钩、加班费待约定的情况。大部分的日结工一般都会被压 3-7 天的工资，也就是说，在劳动者做完 3-7 天后，才可以开始“日结”。且大部分的日结工都有工期，例如工期 1 个月，劳动者如果做完 10 天就不做了，实际上只能拿到 5 天的工资，被压的工资及押金等都很难拿得到。

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

如果加班费的计算基数低于当地当年的标准的，应当以日、时最低工资标准为基数。

在确定职工**日和小时平均工资**时，应当按照劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》规定。

法律法规

关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知（2008）

日工资、小时工资的折算

按照《劳动法》第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的 11 天法定节假日。据此，日工资、小时工资的折算为：

日工资：月工资收入除以月计薪天数

小时工资：月工资收入除以（月计薪天数乘以 8 小时）

月计薪天数 = （365 天减去 104 天）除以 12 月 = 21.75 天

用人单位因为生产经营状况的变化，中途更改上班模式，增加劳动者工作时间是常有之事。可是如果用人单位和劳动者约定了固定加班费以当地的“最低工资标准”为基数，按实际加班时长核算，那么对劳动者而言就是“干最累的活，拿最少的钱”。劳动者如果认为单位违法延长了工作时间，可向相关劳动行政部门投诉、举报，拒绝加班。

司法案例

(2021)浙 0381 民初 10407 号

池某某于 2014 年 4 月 14 日入职华峰公司，从事工艺操作员工作。公司实行“四班三倒”、“三班三倒”。

池某某认为，自己周工作时间达到 56 小时，月工作时间达到 240 小时，远超劳动法规规定的上限值，公司漠视劳动者的身心健康。池某某以谈话录音、职工微信聊天记录为证，表示入职时说的是四班三倒，故华峰公司不仅违法，也违反了诚信原则。2014 年 5 月起至 2019 年 5 月期间，公司以尝试新上班模式名义开始“一班倒”。因“一班倒”模式的持续，致使控制室员工自然流失，到生产任务增加的时候迫不得已要求员工“三班三倒”。

除节假日的加班工资按照劳动法的规定外，平时的加班工资和周日周末的加班费用，公司均按照瑞安当地最低工资基数计算发放。池某某认为，公司没有参照劳动者正常工作时间工资，未能按照劳动法的规定计算加班工资。

此外，2020 年 4 月续签劳动合同，新劳动合同里在“双方共同认为需要约定的其他事项”里新增“固定加班费以当地最低工资标准作为基数，按实际加班时长核算”的约定，违反劳动法关于加班费用的规定，该条款应为无效条款。

池某某要求终止或者解除劳动合同，并要求支付二倍赔偿金。

华峰公司辩称：根据双方签订的《劳动合同》约定，公司给池某某实行的是岗位工资制，即每月发放给池某某的工资中已包含延长工作时间的加班费，因此不存在额外支付加班费的问题。

池某某从事的工艺操作员工作根据工厂生产实际本身就包含“四班三倒”和“三班三倒”，公司并不存在违法违规的情形，没有义务支付任何赔偿金。

以池某某 2020 年工资条为例，池某某作为普通工艺操作员，每月实际到手工资达一万元左右，是因公司每月支付给池某某的工资中已包含加班费。池某某仍提出公司未足额支付加班费与事实不符。

本院认为，池某某认为用人单位私自将四班三倒制变更为三班三倒制，致使其中一天工作时间长达 16 个小时，但池某某未提供证据证明用人单位存在强迫其加班的情形，应由其承担举证不能的法律后果。即便用人单位存在违法延长工作时间情形，也并不等同于其规章制度违法。如劳动者认为单位违法延长工作时间，可向相关劳动行政部门投诉、举报，且可以拒绝加班，但法律并没有赋予劳动者在单位违法延长工作时间情形下，单方面解除劳动合同享受经济补偿的权利。另，劳动者以《劳动合同法》第三十八条第一款规定为由解除劳动合同，应当通知用人单位解除劳动合同并说明理由，劳动者未履行告知程序，事后又请求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。双方约定岗位工资制，同时约定固定加班费以当地最低工资标准为基数，按实际加班时长核算，公司已计付了加班工资。即使池某某存在休息日工作的情形，公司亦在“其他（应加）”项中予以补发。综上，池某某主张经济补偿金、加班工资的请求，无事实和法律依据，本院不予支持。

此案中，公司将加班费包含在约定的工资中（这种工资支付方式被称为“打包工资”或“包薪制”），认为该劳动者每月实际到手工资达1万元左右，不存在额外支付劳动者加班费的问题。在劳动者指出公司没有参照劳动者正常工作时间工资，未能按照劳动法的规定计算加班工资时，公司又拿出双方签署的新劳动合同中的新增条款“固定加班费以当地最低工资标准作为基数，按实际加班时长核算”的约定，表示自己以当地最低工资标准作为基数发放加班费没问题。劳动者认为该条款应为无效条款，但很可惜法院并没有支持。

总体而言，现行法律法规对“打包工资”或“包薪制”的工资发放方式或约定方式没有禁止性规定，用人单位有确定工资分配方式和工资水平的自主权，因此，用人单位与劳动者约定工资中包含加班工资没有违反法律规定，应属有效。

3、约定加班费的基数过低

在一些地区，如果合同约定的加班费基数远远低于劳动者正常工作时间工资，这样的约定它可能会被认定为并不成立。劳动者以此被迫解除劳动合同，用人单位需要向劳动者支付经济补偿。但很遗憾的是，在更多的情况下，只要它没有低于当地的最低工资标准，这样的约定还是会被认为是有效的。

法律法规

劳动合同法

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；……

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。

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；

司法案例

(2021) 粤 19 民终 7579 号

杨某某认为，根据《》第四十四条及《》的规定可知，加班费应高于劳动者正常工作时间工资，依不同加班时段分别支付不低于劳动者本人正常工作时间工资的 150%、200% 或 300% 的工资报酬。至于工资及正常工作时间工资的释义，可根据国家统计局《》以及《》第六十二条第一项的规定知道，工资应是以货币形式支付给劳动者本人的全部劳动报酬。又根据《》第六十二条第二项规定可知，正常工作时间工资为工资总额减掉规定的不包括项。以上可知，正常工作时间工资并不等于所谓的不低于东莞市最低工资标准的“本俸”，双方签订的劳动合同第四条第（五）项也明确约定了按相关规定支付加班工资。

杨某某领取的工资未按照劳动合同的约定，且远高于按照东莞市最低工资标准结合加班时数折算出来的工资。杨某某认为，这说明合同约定的工资标准并非双方的真实意思表示，属于明显的格式条款和阴阳合同，用以规避社保缴纳、加班费基数、带薪年假工资等相关责任。

随着社会进步，杨某某表示自己是近年来才知道自身权益受到侵犯，之前不是无异议而是不知情。大宝公司以低廉的加班费要求超时加班违反法律，有失公允。

本案的争议焦点在于：大宝公司是否向杨某某足额支付加班费。双方于 2008 年 1 月 1 日签订的劳动合同未明确约定加班费的计算标准。双方确认加班费实际以“本俸”为标准进行折算，且“本俸”按照同期东莞市最低工资标准上调。杨某某提交的工资条也能反映加班费按上述标准计付，没有证据证明杨某某对此曾提出异议，应视为杨某某确认该加班费计算方式。经核算，大宝公司向杨某某支付的加班时薪不低于东莞市同期最低工资标准，应视为大宝公司已经向杨某某足额支付加班费。杨某某主张应以每月扣除加班费后的实发工资为基数计算加班费，本院不予采纳。

编者的话

用人单位不可滥用优势地位侵害劳动者的合法权益，规避支付加班工资的义务，甚至违反最低工资标准或劳动者最长工作时间的强制性规定。用人单位应对加班时间有较为明确的约定，不可以因为已约定了“打包工资”或“包薪制”就任意安排劳动者加班加点地工作。

本文并没有展开关于包薪制下劳动者的加班费的具体分析，读者可以跳转至本书第七章第三节：《约定了包薪制，能够主张加班工资》一文处，继续阅读。

5.4 试用期问题

试用期是用人单位和劳动者为相互了解、双向选择而约定的考察期。用人单位可以设置试用期以考察劳动者是否符合用工要求，这是法律赋予用人单位的权利，但试用期并不是可

以随意设置的，其约定必须在法律规定的边界之内，这是劳动法的公法性质的体现，也即不是双方协商一致，劳动者同意履行，用人单位就可按自己的喜好设置试用期。在实践中，常有用人单位不明法律要求或滥用设置试用期权利，侵害劳动者的权益，本节希望可以帮助劳动者了解试用期，并对可能遇到的各类试用期问题提供维权的策略。

在本节中，我们将重点介绍怎样约定试用期才是合法的，包括能否单独订立试用期合同、试用期时长、不能约定试用期的情况、能否多次约定、能否延长试用期、试用期的工资要求、社保缴纳等。再来，对劳动者最常面临的两类权益侵害——试用期内的违法辞退和违法约定试用期——该如何维权提供建议，包括可以主张哪些权益、对应的赔偿数额、需要准备的证据、在司法实践中可能遇到的困难及对应办法。

5.4.1 试用期合同算试用期吗

在订立劳动合同时，大家可能听过这样的做法，用人单位表示先签订一份试用期合同，试用期通过再签订正式的劳动合同，在“常识”看来，先试用后转正十分合理，那合同先试用后正式似乎也并无不妥。但其实，**单独约定试用期是不合法的**，法律上并不承认所谓的试用期合同，而仅承认约定了试用期的劳动合同。

法律法规

《劳动合同法》第十九条第四款：

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。

那么**仅约定试用期的劳动合同便算作一份固定期限劳动合同**，占据一次固定期限劳动合同的签订次数，这关系到无固定期限劳动合同的订立，根据《劳动合同法》第十四条第三款，用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同，续订劳动合同的，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。

在仅约定试用期合同，试用期合同视作正式劳动合同的情况下，劳动者是用人单位的正式员工，但用人单位视劳动者为试用期员工，工资待遇很可能低于正式员工，此时劳动者会遇到“同工不同酬”的主张问题，这是可以主张的一项权益，但是有较高的举证难度。在司法实践中，并不把“同工同酬”简单地等同于“同岗同酬”，而往往是看相同的劳动贡献是否取得了相同的劳动报偿，因而能充分地描述自身的劳动量和劳动成果是主张这一权益的关键。

因而作为劳动者我们需要做好以下几个方面的证据准备：

1. 举证自己与要求同工同酬者从事的是同一种工作以及各自的工资差别，准备好二者的工资流水，最好有详细的工资构成
2. 举证自己与要求同工同酬者付出了等量的劳动，包括相近的工作时间和工作强度，计时工作可准备打卡证据，计件工作可证明完成了相同的数量
3. 举证自己与要求同工同酬者取得了相同的业绩，按照具体的工作情况准备。

由于劳动者证据准备上的困难，加之劳动贡献的评估因素复杂，用人单位有较大的解释

权，出于对用人单位自主用工权的尊重，实际裁判中劳动者主张“同工”得到认定的情况较少，如果报酬大体一致，差距不多，法院也不倾向支持补齐，但这仍然是劳动者可以去主张的一项权益，我们建议尽可能地准备证据，然后同其他权益一同主张。

5.4.2 怎样的试用期规定是合法的

1、直接在劳动合同中约定

依照前一小节介绍，法律并不承认单独约定的试用期，试用期应当直接约定在劳动合同当中。同时，建立劳动关系就应订立书面的劳动合同，因而口头约定的试用期也是不满足程序要求的。

2、排除不能约定试用期的情况

1. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同
2. 劳动合同期限不满三个月的劳动合同
3. 非全日制用工。

3、不得超过规定时长

- 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。

根据《民法典》第一千二百五十九条，“以上”包括本数，而“不满”不包括本数。

4、不得延长、多次约定试用期

根据《劳动合同法》第十九条第二款规定：同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。延长试用期相当于再次约定试用期，有违上述强制性规定。因此，用人单位不但不能单方延长试用期，而且即使劳动者同意，也不能延长试用期。多次约定同理。违法约定的试用期如已被履行，在补齐与正式工资的差额之外，还需向劳动者支付赔偿金，履行了多久就支付多久的正式工资，如违法延长一个月试用期，则补齐这一月的工资差额外再付一个月的正式工资作为赔偿。

5、警惕无薪“试工期”、“试岗期”

劳动法规定上一天班得一天的劳动所得，因而任何无薪劳动的做法都是违法的，即便“试岗期”仅设置三天，也是侵害劳动者权益，当积极主张补偿、赔偿，可能涉及补足工资差额、未及时约定劳动合同的双倍工资、违法辞退的 2N 赔偿等。

6、试用期的工资待遇

根据《劳动合同法》第二十条和《劳动合同法实施条例》第十五条，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的 80% 或者不得低于劳动合同约定工资的 80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资。

7、超过试用期是否自动转正

试用期过了之后，如果用人单位没有任何异议的话，那么劳动者一般视为自动转正。依据劳动合同法的规定，在试用期内职工不符合试用条件的，用人单位可以辞退，如果用人单位不辞退的，视为符合录用条件，自动转为正式员工。

8、试用期也需缴纳社保

法律法规

《劳动法》第七十二条：

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。

法律法规

《社会保险法》第五十八条：

用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。未办理社会保险登记的，由社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保险费。

因此，即使是试用期的员工，用人单位也必须为其办理社会保险登记并申报缴纳社会保险费。

9、岗位变更可否重新约定试用期

《劳动合同法》第十九条第二款规定：同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。所以**即便岗位变更也不可重新约定试用期**。虽然《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第四条表示：用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次。似乎含有工作岗位发生变化可以重新约定试用期的意思。但由于《劳动合同法》的强制性规定，用人单位仍不可与劳动者重新约定试用期。

10、离职后再入职的试用期问题

对于入职老岗位的员工来说，不论适用《劳动合同法》第十九条第二款，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期；还是适用《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第四条，用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次，**用人单位都不可与劳动者重新约定试用期**。

对于入职新岗位的员工来说，可否重新约定试用期的两种意见都有判例支持，主张可以重新约定试用期的，认为重新入职后，原来的劳动关系已经终结，且员工是离职后一段时间重新入职，入职的还是新的工作岗位，用人单位重新考察其是否符合新的工作岗位的录用条件，是完全合情合理的。而主张不能重新约定试用期的，理由是《劳动合同法》规定了“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”，该规定是强制性规定，即使不合理，用人单位也必须执行。

5.4.3 试用期是否可以随意被辞退

1、合法辞退需举证

试用期内是不可以随意辞退的，随意辞退用人单位或将构成违法辞退，需要向劳动者支付赔偿金。关于试用期内辞退的情况，《劳动合同法》中所做的说明较少，基本适用的是第三十九条，其中第二到第六款属于劳动者存在严重过失的情况，而用人单位最常依用也容易存在争议的是第一款，也即在试用期间劳动者被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。此种情况下，用人单位无需支付经济补偿金，但必须符合相应的条件。款项中的“证明”二字就要求了用人单位要想合法辞退，即便是在试用期内，也**必须提供充分的证据**来说明劳动者无法胜任工作，而**不能仅凭“无法胜任”的说辞**辞退劳动者。

用人单位在试用期内解除劳动合同是否合法的判断标准，实践中主要看两方面：一是用人单位对某一岗位的工作职能及要求有没有作出描述，也即用人单位有无一套合法、清晰的考核制度，且有及时、准确地送达劳动者；二是用人单位对员工在试用期内有没有客观的记录和评价，也即是否有留存充分的辞退依据。我们可以从一判例来看。

司法案例

(2020)辽02民终4636号

2020年3月13日，张某与大连塑胶公司签订劳动合同，担任办公室与法务工作，试用期2个月，4月20日，大连塑胶公司以不胜任本职岗位为由辞退了张某，张某主张违法辞退，而公司方提供了**对张某在试用期内的评价、工作经历事项**、续封申请书、邮件收据、法院判决书等证据，以证明张某在工作中出错的事实，同时提供了2015年6月16日制定的《公司办公室法务工作人员岗位责任书》并举证该责任书就悬挂于公司墙上以说明**岗位要求有清晰送达员工**。张某称对此责任书不知情，并认为公司既认定自己出错为何不做出处罚，既未处罚则可以理解为自己工作正常，故辞退不合法。最后法院认定责任书挂于墙上张某不知情不合常理，而未得到处罚并不当然证明张某符合岗位条件，公司方所提供的对张某在试用期内工作表现所作的记录和评价作为张某无法胜任工作的举证是充分的，对张某的违法辞退赔偿请求不予支持。

合法辞退的举证责任在用人单位一方，若用人单位举证不充分，劳动者主张违法辞退是会被支持的，如果觉得考核标准不清晰、辞退依据不充分等，可以积极维权。在司法实践当中，就试用期的辞退是否合法这一争议点，判决结果没有显著倾向支持某一方，只要用人单位举证充分，合法辞退的事实是可以得到认定的。

存在一类用工情况是用人单位没有和劳动者订立任何合同，试用期也是口头约定的，且时间较短，只有几天或一周，在这种情况下辞退，从法理上讲肯定属于违法辞退，但在司法实践中，**对违法辞退进行的认定的一个必要条件是劳动者手里有用人单位出具的书面辞退通知**，因为违法辞退认定的前提是辞退事实成立，因此一份书面的辞退通知是必要的证据，但在试用期都是口头约定的情况里，往往辞退也是只有口头上的说明，这对主张违法辞退是非常不

利的，没有辞退证明，劳动者主张赔偿很难得到支持，但也不是完全没有可能，如果劳动者存有口头辞退的录音证据，且录音中辞退的意思表示非常明确，也是有可能赔偿成功的。

主张违法辞退必须通过仲裁和法院来进行事实认定，是时间成本和精力成本较高的维权手段，如果手上证据留存不足，没有书面辞退通知，出于此时违法辞退很难被认定，维权流程也麻烦，不如放弃这部分主张，直接找劳动监察大队，保证这几天的工资到手，司法对于“上一天班拿一天工资”的保障是很到位的。

2、“试用期”辞退中可以尝试主张 N+1 的一种情况

- “试用期不过”、“不符合录用条件”适用的是《劳动合同法》第 39 条第一款规定的在试用期内辞退员工的情况
- “不能胜任工作”适用的是第 40 条第二款规定的与正式员工解除劳动合同的情况。

在前一种试用期辞退的情况中，如合法辞退，无需支付任何补偿金、赔偿金，如非法辞退，则有 2N 的赔偿金。在后一种情况中，支付的是 N 的经济补偿金，再视有无提前 30 天通知支付一个月的代通知金，也即“N+1”中的“+1”。当劳动者处于试用期时，工作不满半年，按 0.5 计算，因而会出现 2N 较之 N+1 反而少半个月工资的情况。当劳动者发现试用期的规定模糊或是仅约定了试用期合同，而用人单位出具的辞退通知里用词又是“不能胜任工作”时，也即出现了[试用期其实不成立](#)的情况时，我们可以去主张身为正式员工，应当适用劳动合同法第 40 条，得 N 个月经济补偿金（半个月工资），再加未提前 30 天通知的代通知金（一个月工资），共计一个半月的工资，比 2N 的违法辞退赔偿金要多半个月。但是在具体判定时，究竟是认定试用期不成立，按正式员工算，还是认定试用期成立，构成违法辞退，是不能确定的，试看一个判例。

司法案例

（2020）浙 0104 民初 7397 号

王某自 2020 年 5 月 6 日入职渤海公司，担任摄像一职，约定试用期工资为 4800 元/月。2020 年 6 月 29 日，公司向王某出具了试用期不过通知书，理由是不能胜任工作，凭证为 11 张随意打分的试用期考核表。王某认为渤海公司以不能胜任工作为由将其辞退，且未提前 30 天通知，这属于无过失辞退的情形，应该支付 N+1 的经济补偿金和代通知金。因王某尚在试用期就被无故辞退，在 N 的基数为 0.5 个月的情况下渤海公司违法解除劳动合同反而只需要支付更少的金额，这明显有违法律的公平原则，因此王某主张：1. 判令被告渤海公司向原告王某支付半个月的经济补偿 2400 元；2. 判令被告渤海公司向原告王某支付 1 个月的代通知金 4800 元。一审法院最终以渤海公司未能证明王某不符合录用条件，也未对王某进行培训或调整工作岗位，认定其构成违法辞退，不适用支付代通知金的情况，驳回了王某的第二项诉求，仅支持了 2400 元的补偿金。

可以看到，在违法辞退的事实成立的情况下，法院很可能不按照第 40 条裁判，N+1 较难被支持，但也不是完全无可能，从劳动者利益最大化考量，建议同时主张违法辞退的 2N、不

能胜任工作的 N 以及一个月的代通知金。

5.4.4 违法约定试用期

编者的话

通过前面的章节我们已经知道了，劳动合同法对于什么是试用期，试用期的长短有明确规定。对于违反本法规定与劳动者约定试用期的用人单位，根据《劳动合同法》第八十三条：用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。将由劳动行政部门责令其改正，并且用人单位应向劳动者按规定支付赔偿金。

对于该条款应该如何理解，实践中有些许分歧。如何理解违法约定的试用期已经履行中的“违法约定”？用人单位在违法约定试用期时大致可以分为以下四种情况。

1. 约定的试用期超过法律规定的时限
2. 同一用人单位与劳动者约定了超过一次的试用期
3. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同约定了试用期的
4. 劳动合同仅约定了试用期的，约定无效。

其中第四种劳动合同只约定了试用期，并不是可以主张违法约定的试用期已经履行的赔偿金的条件。对于只约定了试用期的合同，**会直接认定成固定期限的劳动合同，既然没有约定过试用期，就不存在违法约定的试用期已经履行的问题。但可以要求公司补足这期间和正式工的工资差额。**

司法案例

(2015)成华民初字第 5166 号

关于原告的第二项诉讼请求，《中华人民共和国劳动合同法》第十九条规定：劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。故原、被告双方于 2013 年 11 月 15 日所签《员工试用期合同书》约定的三个月（2013 年 11 月 16 日至 2014 年 2 月 16 日）试用期不成立，2013 年 11 月 16 日至 2014 年 2 月 16 日应为劳动合同期限，不属于试用期。故原告请求被告支付 2013 年 12 月 16 日至 2014 年 2 月 17 日 2 个月期间违法约定试用期 2 倍工资余额 5478 元，缺乏事实和法律依据，不予支持。但被告应向原告补足 2013 年 12 月 16 日至 2014 年 2 月 16 日期间的工资差额 2478 元。

1、违法约定的试用期已经履行

对于能否获得违法约定试用期已经履行之后的赔偿金，另一个要点在于已经履行，举个例子，如果你和公司签订了一年的劳动合同，并约定了 3 个月的试用期。我们已经知道一年期限的劳动合同最多只能约定两个月的试用期，那在违法约定的第三个月的试用期已经履行

完成的情况下，可以去仲裁主张一个月的赔偿金。再举一个例子，如果你和用人单位约定的试用期履行完成，用人单位又单方面通知延长三个月试用期，在之前约定的试用期履行之后，如果又多履行了三个月，可以去主张三个月的违法约定的试用期已经履行的赔偿金。对于违法约定的试用期的赔偿金支付期间，应当按照**总履行的试用期的天数**扣除**已经履行的合法约定的试用期的天数**来计算。

2、试用期延期转正，合法么？

试用期是用人单位和劳动者为相互了解、双向选择而在劳动合同中约定的考察期。然而，用人单位在实际用工中，可能在双方约定的试用期间无法对员工有一个充分了解，或者试用期员工未达到用人单位所需要的理想状态，那么，此时，用人单位与劳动者能否延长试用期呢？

试用期延长的情形及法律分析

根据实际用工来看，用人单位与劳动者延长试用期主要包括两大情形，一是用人单位未与劳动者进行协商，单方决定延长试用期；二是用人单位与劳动者协商一致延长试用期，其中，第二大情形，又分为以下两种情形：

- 已约定的试用期已达法律规定的最高上限，经双方协商一致后再延长试用期
- 已约定的试用期未达法律规定的最高上限，经双方协商一致再延长试用期。

未经协商一致，用人单位单方决定延长试用期的，一般认定为违法。

延长试用期属于变更劳动合同内容，而劳动合同法明确规定，变更劳动合同的，应当经双方协商一致。对于经双方协商一致的延长试用期，目前各地有不同的裁判口径。以北京为代表的部分地区，认为无论用人单位与劳动者是否已就延长试用期问题协商一致，**只要存在延长情形的，就认定属于二次约定试用期**，根据劳动合同法第十九条规定，“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”，认定此种延长试用期为违法约定。

法律法规

北京市高级人民法院北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动争议案件适用法律问题的解答

第五条：劳动者在试用期内因客观原因不能返岗上班，用人单位可以采取灵活的试用考察方式考核劳动者是否符合录用条件。无法采取灵活考察方式实现试用期考核目的的，用人单位与劳动者协商顺延试用期，不违反《劳动合同法》第十九条第二款，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的规定精神。劳动者因上述原因导致无法正常提供劳动的期间不应计算在原约定的试用期内，**不应视为延长了原约定的试用期**。

其中强调在特殊客观情况下，双方协商顺延试用期，不违反同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。**可见，在无特殊情况下，双方协商顺延试用期违反同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的规定，属于二次约定试用期。**

以浙江为代表的部分地区，认为经用人单位与劳动者协商一致延长试用期，且延长后的

试用期总期限不超过法定最高期限的，则用人单位延长试用期应认定为合法。

法律法规

浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）

第六条：用人单位与劳动者约定了试用期，试用期内双方协商一致以书面形式约定延长试用期，延长后累计的试用期仍在法定期限内的，不属于同一用人单位与同一劳动者多次约定试用期的情形，该约定合法有效。

笔者在这里支持北京的观点，“超过法定试用期”并不能当然理解为“超过法定最长试用期”，违反劳动合同法规定与劳动者约定试用期的情形，并非只有超过法定最长试用期一种，二次约定试用期亦属于违法约定试用期。设置违法约定试用期的赔偿金，意在遏止和限制用人单位在试用期考核，转正和是否留用的权利，北京的观点更符合立法目的。

3、违法约定试用期的赔偿金的数额

违法约定赔偿金的数额，应当按照转正后工资予以补齐，并按试用期满月工资支付赔偿金

但实践中对“试用期满月工资”有两种不同的理解：“试用期 **满月工资**”和“**试用期满月工资**”。举个例子，用人单位与劳动者签订 1 年期劳动合同，约定试用期为 6 个月，试用期工资每月 3000 元，转正后每月工资 5000 元。按照《劳动合同法》的规定，违法约定试用期的期限为 4 个月，当该违法约定的试用期已经履行，如果按照“试用期**满月工资**”理解，用人单位应当支付劳动者赔偿金为 12000 元（3000 元乘 4 个月）；如果按照“**试用期满月工资**”理解，用人单位应当支付劳动者赔偿金为 20000 元（5000 元乘 4 个月）。个人认为应采用后一种理解，因为此处明确为赔偿金，后一种理解更符合立法原意，也能起到对用人单位的处罚。尽管在实践中对于赔偿金的数额判定不一致，我们在仲裁的时候还是要**按照最多的去主张**，尽量完整的维护我们自己的权益。

向仲裁机构申请违法约定试用期的赔偿金，需要先经劳动行政部门处理吗？不需要。《劳动合同法》第八十五条规定的加付赔偿金的情形需要先经劳动行政部门处理，但相关法律法规并未规定违法约定试用期的赔偿金需要先经劳动行政部门处理，故向仲裁机构**申请违法约定试用期的赔偿金，不需要先经劳动行政部门处理**。

编者的话

以上是本章节的全部内容了，本章对试用期的规定和可能发生的争议做了一个简单的说明。试用期是劳动者和用人单位相互选择的过程，对于试用期的法律法规旨在维护劳动者在试用期的合法权益，让试用期的员工也能得到保护。如果有遇到问题的劳动者，及时拿起法律的武器维护自身的利益是我们的应有之义。

5.5 规章制度

编者的话

用人单位的规章制度，是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度的总和，也称为，是企业内部的“法律”。

规章制度内容广泛，包括了用人单位经营管理的各个方面。根据 1997 年 11 月劳动部颁发的《》，规章制度主要包括：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。

用人单位制定规章制度，要严格执行国家法律、法规的规定，保障劳动者的劳动权利，督促劳动者履行劳动义务。制定规章制度应当体现**权利与义务一致、奖励与惩罚结合，不得违反法律、法规的规定**。否则，就会受到法律的制裁。

法律法规

劳动合同法

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。

1、规章制度的制定修改程序，劳动者也要充分参与

规章制度的制定程序，关键是要保证制定出来的规章制度内容具有**民主性和科学性**。规章制度的大多数内容与职工的权利密切相关，让广大职工参与规章制度的制定，可以有效地杜绝用人单位独断专行，防止用人单位利用规章制度侵犯劳动者的合法权益。

职工参与企业民主管理，是的一个重要内容，是中国管理的特色，职工如何参与企业管理，在哪些事项上，以什么形式和途径参与，《劳动合同法》对此有明确规定。

法律法规

劳动合同法

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。

用人单位制定的规章制度不光要合法，也要合理。实践中有些用人单位的规章制度不违法，但**不合理，不适当**。如有的企业规章制度规定一顿吃饭只能几分钟吃完；一天只能上几次厕所，一次只能几分钟等。这些虽然不违法法律、法规的规定，但不合理，也应当有纠正机制。

因此，本条规定在规章制度实施过程中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。

2、应当充分告知劳动者

规章制度是劳动合同的一部分，要让劳动者遵守执行，应当**让劳动者知道**。因此，本条规定，直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。

关于告知的方式有很多种，实践中，有的用人单位是在企业的告示栏张贴告示；有的用人单位是把规章制度作为劳动合同的附件发给劳动者；有的用人单位是向每个劳动者发放。无论哪种方式，必须确保劳动者知情。

实践中，对规章制度的修改公司有很大的权重，因此不合理或单位私自更改规章制度引发的争议数量越来越多。除了明确的告知劳动者之外，劳动者对规章制度**是否认可**也是一个重要的考量标准。用人单位在告知劳动者时，应当采用书面形式确认劳动者本人对规章制度知情，认可。

对此，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第五十条有明确规定。

法律法规

最高人民法院，关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）

第五十条：用人单位根据劳动合同法第四条规定，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，可以作为确定双方权利义务的依据。作为企业规章制度适用对象的全体劳动者应当对规章制度的内容进行充分的了解，这就要求企业规章制度的制定程序中必须有法定的公示程序，未经合理的公示程序，不能以此制度约束劳动者。在未明确告知劳动者的前提下，以违反公司规章制度为由辞退，构成非法辞退。

司法案例

（2020）京 02 民终 2263 号

2017 年 6 月 14 日，王某某开始到瑞德公司工作，工作岗位为销售岗位。2019 年 3 月 29 日，瑞德公司以王某某 2019 年 3 月 1 日至 2019 年 3 月 29 日旷工 18.5 天，严重违反其公司规章制度为由，通知王某某双方的劳动关系解除。王某某认为其主要负责销售工作，需要经常出差或外出跟进客户和项目，工作性质决定了不能以实际考勤打卡情况作为其是否上班的评判标准。瑞德公司以此为由解除劳动关系，系违法解除，请求瑞德公司支付违法解除劳动合同赔偿金 4 万元。瑞德公司不服仲裁裁决，遂诉至法院。

一审法院认为，瑞德公司**长期以来一直未严格按照《考勤办法》对王某某进行管理**，尽管 2018 年 10 月 22 日瑞德公司法定代表人曾在微信群中通知要求严格考勤，但只是强调考勤与工资相关，并未明确将依据《考勤办法》的规定对王某某进行其他方面的管理，亦未依据《考勤办法》就王某某的考勤情况对王某某进行过处理。在法定代表人通知严格考勤后至 2019 年 3 月期间的五个多月的时间内，瑞德公司也一直未严格按照《考勤办法》的规定对王某某的考勤进行管理。瑞德公司未依据《考勤办法》对王某某进行管理，后在未明确警示的情况下，又以王某某违反《考勤办法》为由与其解除劳动关系，存在明显不当。故对王某某关于瑞德公司违法与其解除劳动合同的主张，法院予以采信，判决瑞德公司向王某某支付违法解除劳动合同赔偿金 39763.94 元。瑞德公司不服该判决提起上诉，二审法院经审理后维持原判。

3、绩效考核

编者的话

考核是企业用来督促员工，进行人员管理的重要手段。由此诞生的“末位淘汰制”，或者以“不能胜任工作”为由给员工降薪降职甚至辞退员工的现象比比皆是。特别是“不能胜任工作”这个理由，由于带有强烈的主观性，很多企业都喜欢以此为由来损害员工的合法权利，也由此产生了大量的劳动纠纷。

那么企业用绩效考核来给员工降职降薪或者干脆直接辞退，是否合法呢？这个要分情况而论。

用人单位没有制定规章制度

这类企业通常就是前文所说的，凭借主观意愿认为员工“不能胜任工作”，随便找个理由就想打发掉员工。这在以前劳动者的法律意识还不够强的时候，很多员工可能会自认倒霉，甚至觉得自己是真的不行，并没有想过公司是否存在违法辞退，要支付赔偿金的问题。

但随着劳动者法律意识的提高，面对这种随便一句话就能打发员工走的企业，劳动者会选择去仲裁主张公司非法辞退要求公司支付违法辞退的赔偿金。这种情况下，企业往往会被认定为是违法辞退员工并承担相应的赔偿责任。

有制度，但规章制度不合法

相比于第一种情况看起来更合法一点。有部分劳动者会认为合同是自己签的，自己业绩不行，比不上同事，愿赌服输，怪自己能力不行，而不是企业有什么问题。

但这其中却隐含着一个很大的问题，就是“**业绩倒数**”并不等同于“不能胜任工作”，**评级或者业绩末尾始终存在，但并不能直接等同于不能胜任**。在最高人民法院公布《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》中明确了用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同，劳动者可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。

长期以来，“末位淘汰”“竞争上岗”都象征着一套优胜劣汰、效率至上的职场秩序，占据着劳动力市场舆论的主流。久而久之，几乎所有人都认为这理所当然，而忽略了“末位淘汰”的逻辑陷阱：用人单位投机取巧，以雇员的高流转率来降低固定支出的人力成本。我们需要厘清，雇佣关系只能以法律为底线、以合同为基础，用人单位充满算计地侵犯劳动者的合法权利，与建构公平、有序的现代职场的原则背道而驰。

《劳动合同法》确有规定，如果员工不能胜任工作，用人单位通过一定的合法程序，如对员工进行培训调岗后，员工仍不能胜任工作的，用人单位可以降低待遇或者合法辞退，但这个标准绝不等同于公司内部考核，更不等同于绩效排名。

考核执行标准不明确，无法评判

这也是很多企业在指定考核制度时候的通病，制度往往比较笼统，没有具体可供执行的量化标准，甚至是某一个主管或者负责人的主管评分。这往往会导致面临劳动仲裁的时候，企业无法举证劳动者达不到公司考核标准，造成企业败诉。

司法案例

(2021) 粤 20 民终 1485 号

法院认为，公司无法提供对员工进行具体考核内容以及标准，绩效评估面谈表的工作内容以及执行情况都较为笼统，对员工的考核亦只有主管一人，**具有较大的主观性**，对考核结果不予采信。

规章制度的制定程序违法

前文我们已经明确，公司的规章制度必须公开公示，用人单位在员工是否知情同意这点上负有举证责任。很多公司在制定规则的时候，或者只是开会的时候跟员工传达过，员工并没有签字确认，结果发生争议时，员工完全可以说**自己不知道这项考核制度，自己并未同意**。

还有些企业，在员工入职的时候，并没有跟员工确认相应的考核制度。员工入职后，企业或中途根据公司发展形势，制定相应的考核制度，或在员工工作了一段时间后再拿出考核标准，让员工签字确认。对于这些“临时炮制”的考核制度，劳动者**完全有理由拒绝签字**。企业此时只能跟员工协商，而不能以此为由辞退员工或者要求员工离职。

考核后关于调岗的内容违法

在面临调岗问题的时候，让很多员工觉得不能接受的，不仅仅是薪资待遇的降低，除了工作地点的变更给自己带来不便以外，更多的是所调岗位**跟自己原先的工作内容大相径庭**，导致自己或者无法胜任新的工作。

其实这不排除有些企业有故意通过所谓的“培训调岗”，来走法律程序，证明员工在培训调岗后仍然不能胜任工作，以此为由“合法”地辞退员工的动机。

看似程序合法，但实则很容易形成争议。因为任何岗位的调动，都至少应该与员工的工作经验、劳动能力相适应。在不能胜任调岗这个问题上，依然要遵守**调岗要在合理合法限度内**的原则，不能把一个研发岗位的员工调换到销售岗位，以此为由证明对方经过调岗后仍然不能胜任工作。这类的调岗，由于存在想要以此辞退员工的嫌疑，通常也不会被认可。

编者的话

绩效考核制度是企业进行有效管理的必备手段之一，属于企业自主用工权。法律也并不会禁止企业以此为由给员工降薪降职。但在具体操作过程中，一定要合法合规，程序公正，有具体可以执行和认定标准。而员工在遇到企业不合理的评判标准后，也要积极拿起法律武器，维护自己的合法权益。

5.6 劳动合同期满怎么处理

编者的话

在我们签订了固定期限劳动合同之后，合同到期终止是我们绕不过的话题。但在实践中，合同到期后，劳动者在公司接着上班的情况时有发生，且因为疫情影响，经济下行，到期后公司单方面降低标准续签或者不续签的情况也屡见不鲜。那面对劳动合同期满，劳动者只能乖乖“卷铺盖走人”么？当然不是。
那么劳动合同期满之后，劳动者该怎么做呢？

1、劳动合同期满之后，劳动关系是否自然终止？

翻阅劳动合同法第四十四条第一款，我们知道，“劳动合同期满”属于劳动合同终止的法定事由，但并不意味着劳动合同期满双方的劳动关系就自然终止了，而是要看双方是否有意愿继续续签。

在实践中，劳动关系不因劳动合同期满而自动终止，用人单位需要做出一定表示。如北京就对合同到期前，未提前通知员工不续签的情形做出过规定：

法律法规

北京市人民政府令第 91 号《北京市劳动合同规定》

第四十条：劳动合同期限届满前，用人单位应当提前 30 日将终止或者续订劳动合同意向，以书面形式通知劳动者，经协商办理终止或者续订劳动合同手续。

第四十七条：用人单位违反本规定第四十条规定，终止劳动合同未提前 30 日通知劳动者的，以劳动者上月日平均工资为标准，每延迟 1 日支付劳动者 1 日工资的赔偿金。

在北京，如果用人单位没有提前通知不续签的情况下，公司需要额外支付代通知金。

如果你在其他地区，也建议在公司没有明确表示续签的情况下，收集一定的公司不愿意续签的证据再去仲裁。

2、出现法定逾期终止情况，用人单位不得以“劳动合同到期”为由终止劳动关系

在一些情况下，用人单位以“劳动合同到期”为由终止劳动关系，是得不到支持的，具体包括：

1. 劳动者有《劳动合同法》所规定的逾期终止的情形，如工伤、女性职工三期，即孕期、产期、哺乳期，患病等情形。此时，用人单位不得以合同到期为由终止劳动关系，应待到相应情形结束后，如女性职工三期结束，治疗期结束等
2. 在本单位连续工作满十五年，且距离法定退休年龄不足五年的
3. 因疫情原因出现的三类人、三个期间、两个紧急措施的情形。三类人指的是新冠患者、疑似病例、密切接触者。三个期间指的是医疗期、隔离治疗期、医学观察期。两个紧急

措施指的是政府实施隔离措施或采取其他紧急措施期间。

并且，如果用人单位与劳动者已经连续两次签订了固定期限劳动合同，那么在第三次签订时，除劳动者主动提出签署固定期限劳动合同外，用人单位必须与劳动者签订无固定期限劳动合同，否则属于企业违法解除劳动合同，需要赔付赔偿金。

3、固定期限劳动合同到期后，如果不续签，会有什么样的后果？

根据《劳动合同法》相关规定，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下，依照相关规定终止固定期限劳动合同的，**需要向劳动者支付经济补偿**。

法律法规

劳动合同法

第四十六条：……

（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。

简单来讲，就是：

- 劳动合同到期，劳动者想要续约，但用人单位不给续约的，需要支付经济补偿
- 劳动合同到期，因用人单位降低劳动合同约定而无法续签的，劳动者可以拒绝，并要求支付经济补偿
- 如果公司维持或者提高原条件，是劳动者不愿意续签的情况，则没有补偿金。

5.6.1 如何理解“维持或者提高劳动合同条件”

尽管除了用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订而终止固定期限劳动合同的情形外，用人单位都需要向劳动者支付经济补偿。

但对于“维持或者提高劳动合同条件的情形”，似乎并没有一个明确的规定。

应该把哪些内容纳入考量的范围呢？

1、变更工资构成结构

用人单位变更工资构成结构，是否降低了劳动者的待遇？在一个相关案例中，一位劳动者面临劳动合同的续签，然而其工资却由原来的“固定工资 4500 元 + 销售提成，销售提成标准为销售额 5%”，变更为“工资按销售额 8% 结算，且不低于当地最低工资”。那么我们可以看到，劳动者无论销售业绩如何，之前均可获得 4500 元工资。而新劳动合同文本虽提高了提成比例，却取消了保底工资，这样，一旦销售业绩不佳或无销售业绩时，其工资待遇很可能比原来减少甚至只能拿到最低工资。显然，公司以“提高了销售提成比例”为由，辩称其并未降低劳动者的劳动条件，是不能成立的，故仲裁机构裁决公司应支付经济补偿金。

在确定是否“维持或提高原待遇”时，根据《劳动合同法》第十七条规定，一般应当从工

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、劳动保护等方面进行对比分析。

除了规定的情形之外，劳动合同还可以约定试用期、服务期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇、竞业限制、违约金等条款涉及合同双方权利义务，亦属于可以纳入续订劳动合同时的新旧合同条件比对范围。

主要参照的有以下几点：

- 劳动报酬的标准和社会保险待遇是否被降低
- 调整工作地点和工作岗位是否增加了劳动者额外的劳动负担
- 劳动者应履行的义务是否增加了，增加劳动者应尽的法定义务除外
- 劳动者的权益是否被减少了
- 对劳动者是否作出了更加严苛的约束性规定。

通过对比分析，如果增加了劳动者的义务，减少了劳动者的权益，则不属于“维持或提高劳动合同约定条件”。

2、缩短劳动合同期限

在劳动合同续签时，如果发现劳动合同期限被缩短了，而其他劳动条件不变，是否属于降低原劳动合同约定条件？

对此，应当持肯定意见。主要理由包括：

1. 期限是劳动合同的一个必备条款和主要内容，应当属于劳动合同的约定条件之一
2. 实践中，用人单位续订劳动合同时因提出增加劳动合同期限而引发劳动争议的，裁审机构均认定为这属于提高了劳动合同约定条件，进而裁决驳回劳动者有关支付经济补偿的请求。由此反推，缩短劳动合同期限则应视为降低了劳动合同约定条件
3. 一些省市出台的规定对此未予涉及，而有些省市则作了明确规定。例如，浙江省高级人民法院、浙江省劳动人事争议仲裁院印发的《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（四）》中指出，“维持或者提高劳动合同约定条件”中的“条件”应做广义解释，即包括期限、岗位、地点等。

3、合同约定不明确

随着经济发展，企业林立，岗位繁多。各个岗位之间频繁变动，岗位自身的工资结构不断变更，且不规范用工的情况都始终存在。很多朋友的合同都存在约定不明确的情况，这也加大了劳动合同原条件的判定难度。

合同有变，如何比对

如果入职时签订的劳动合同并不明确，或合同履行期间对合同约定的条款有过变更，续签时“维持或者提高劳动合同约定条件”应该怎么比对和判定呢？

根据劳动合同法和相关司法解释规定，劳动合同的变更可以“书面形式进行”或虽为口头变更但实际履行超过一个月以上的形式进行。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释 (四)

第十一条：变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

故在比对劳动合同约定条件时，应以**书面变更或实际履行超过一个月的口头变更后的最新工作条件**为基准进行判断。

纸上一套，背后一套

有的劳动者在续签合同时发现，之前合同上的条件很低，现在合同上的条件确实有提高，但仍低于之前实际享有的条件。又或者劳动者实际上享有的条件很低，但合同上的条件却一如既往的高，根本就是徒有其表。面对这种“纸上一套，背后一套”的情况，该怎么办呢？

司法案例

(2015) 锡民终字第 253 号

判决中，公司提出的新的工资条件高于原合同约定的 1300 元，但仍低于汤某某**原享有的实际工资待遇**，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第五项规定中的除外情形，应当向汤某某支付经济补偿。

作为劳动者，我们应当积极要求用人单位在签订劳动合同时，写明实际的工资数额，向我们提出真实明确的续订条件。如果认可用人单位有权以“低于实际工资数额的原书面劳动合同约定的工资数额”作为续订条件，易使用用人单位以此方式规避法律规定，达到实质上降低续订条件的效果。因为在这种情况下：

- 如果劳动者同意，用人单位第二年发放的工资可以顺势降低，低于前一年的实际工资，以此减少劳动成本
- 如果劳动者不同意，用人单位又可以以劳动者不同意续订**与以前条件一致的劳动合同**为由，不向其支付经济补偿金，这两种情况都会损害劳动者的权益。

有好有坏，整体来看

有些劳动者会面临自己的续签合同中权利义务条款互有增加的情况，也就是部分约定条件提高，部分约定条件降低的复杂情况。当劳动者权利义务互有增加，总体而言是否属于维持或提高劳动合同条件不好量化和衡量时，公司维持或提高合同条件续约的**意思表示和协商**就变成了非常重要的考量标准。我们知道，“劳动合同到期续订”可以分为双方同意续订，和双方协商续订条款内容这两个阶段。用人单位应先**证明其维持或提高劳动合同约定条件，向劳动者发出了要约**。

司法案例

(2020) 粤 0111 民初 6226 号

在本案中，信息公司向曾某发出《续约通知书》，内容为“你与公司签定的为期三年的劳动合同即将期满，公司同意与你续约。期间我司多次约你续签合同，但你至今仍未过来签署。现通知你于 2019 年 8 月 30 日前到公司人力资源部续签合同，逾期未签的，合同期将自动延续到你哺乳期结束，如你在哺乳期结束前仍未能到公司续签合同的，由此所产生的劳动责任，由你本人负责”，并于 9 月 3 日发短信提醒曾某。

9 月 3 日，曾某在收到短信后作出《无法续签劳动合同通知书》表示“因贵公司在关于新的劳动合同签订事宜中**明确提出了调岗降薪的要求，未维持或提高原劳动合同约定的条件**，根据相关法律法规，我方决定不与贵公司续签新的劳动合同，请贵公司接到此通知后，按规定及时支付包括但不限于经济补偿金，足额工资、绩效、奖金、未休年假工资等款项，并办理社会保险和工作交接等手续”。

9 月 6 日，信息公司作出《关于“无法续签劳动合同通知书”的回函》“公司再次向你明确：公司维持劳动合同约定条件与你续订劳动合同，**并没有改变你的工作岗位、降低你的薪酬**，并多次通知你续约，但你拒绝续约。现你通知书内提出你决定不与公司续签劳动合同，请你按照公司规定，于一周内回公司办理离职交接手续”。本案中，科技公司虽有通知原告续签劳动合同，但并未在通知中明确续签是维持或提高劳动合同约定条件的，**在原告提出异议后，盛华公司不是承诺维持原劳动合同约定条件续签劳动合同，而是直接通知原告办理离职手续**。从证据上看，不能证实盛华公司维持或提高了原劳动合同约定条件，虽然也不能直接证实续签后原告本人的劳动合同约定条件必然降低，但说明原告对续签后劳动合同约定条件降低的忧虑是有一定合理性的，**用人单位需要承担举证不力的后果**，最终法院支持了曾某的经济补偿。

因此，在面对是否属于维持和提高原劳动合同条件不好量化衡量时，保持沟通，积极的对公司开出的和原来的合同不一致的条件提出疑问，**把举证责任牢牢的定在公司一方**是我们后续能够获胜的关键之一。

5.6.2 合同到期之后还在原公司工作

很多劳动者的合同到期后，因为合同周期较长，工作稳定，难免出现忘记合同到期的情况，公司也没有给出明确的不续签的意思表示，对于合同期满后双方的权利义务，高院也给出了相应的解释。

法律法规

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

第十六条第一款：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，视为双方同意以原条件继续履行合同。

对于这一条司法解释应当如何理解，下面笔者将结合最高人民法院发布的解释跟实际处理中的判决倾向来解读。

关于原劳动合同约定的履行期限问题

“视为双方同意以原条件继续履行劳动合同”中“原条件”究竟应该怎么理解呢？显然，在合同到期未续签但仍在原公司工作的情况下，对于原条件是否包括原劳动合同约定的履行期限存在争议。我们认为，本条规定的原条件，是指原劳动合同中除劳动合同期限以外的其他权利义务内容，包括劳动时间、工资报酬、奖金、福利待遇等，“以原条件继续履行”是指上述问题参照原劳动合同的约定执行。

关于劳动合同履行期限的约定，属于双方对劳动合同持续时间的合意，这种合意很难通过默示行为来推定，与可以通过工资报酬的支付、接受行为来推定双方对工资报酬的合意不同，因此不宜以劳资双方的履行默示来认定原劳动合同约定的期限就是双方合意，而需要根据当事人明示意思表示来确定。如果双方就继续履行的期限未协商或者协商不成，则应当根据劳动合同法等法律法规来认定。

关于未签书面劳动合同的二倍工资

一般情况下，为使劳动者对原劳动合同到期后是否续订有合理预期，以便提前准备再就业等，用人单位应当基于诚实信用原则在原合同到期前的合理期间内通知劳动者，协商办理终止或者续订劳动合同事宜。如果用人单位按时履行相关附随义务，就不会出现视为双方同意以原条件继续履行劳动合同的情况。

如果用人单位未履行上述附随义务，用工关系继续的，用人单位对原劳动合同期满和继续用工的法律后果均有预期，原劳动合同期满之日，即是用人单位应当续订劳动合同之日和承担未续订法律后果之日。

因此依照劳动合同法第十条、第十四条第三款、第八十二条和劳动合同法实施条例第六条规定，劳动合同期满后，用人单位未与劳动者续订书面劳动合同的，应当按规定向劳动者每月支付 2 倍工资，并补订书面劳动合同。

如果经用人单位书面通知，劳动者不与用人单位续订劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。

依照有关规定支付经济补偿。用人单位自劳动合同期满之日起满 1 年不与劳动者续订书面劳动合同，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

虽然在实践中，仍有不少仲裁委和法院从未续签劳动合同的第二个月开始计算双倍工资，但不妨碍我们按照期满后当日作为双倍工资的起算时间进行主张。

关于“一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持”

“一方提出终止劳动关系的，人民法院应予支持”，该条款内容并非赋予用人单位任意终止权。

劳动合同期满 1 年内，为平衡劳动者和用人单位的利益，用人单位不愿与劳动者续订书面劳动合同，提出终止劳动关系的，视为符合劳动合同法第四十四条第（一）项规定的终止情形，应当依照劳动合同法第四十六条第（五）项的规定支付经济补偿，不以违法终止劳动关系论。

5.6.3 满足签订无固定期限劳动合同的条件情况

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。本意是对于在一个单位工作时间较长或多次签订合同的老员工给予保护和认可，让劳动者能拥有更稳定的工作环境。

但在当下的用工环境，公司频繁签订短期的劳动合同并不一定是为了员工着想。对于公司里的“老资格”，公司也很少愿意签订无固定期限劳动合同。

因此，劳动者了解“签订无固定期限劳动合同”的条件，明悉满足条件后“让公司合法地和我们签订无固定期限劳动合同”的方式方法，掌握关于“哪些操作是在后续发生争议时的关键”的知识，就显得尤为重要了。

法律法规

劳动合同法

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。

要求签订无固定期限劳动合同具有强制性

公司依法应当签订劳动合同，劳动者符合订立无固定期限劳动合同的条件并向公司提出续签劳动合同，只要劳动者没有明确提出要求签订固定期限劳动合同，公司就应该与之订立无固定期限劳动合同，很多地方规定在这点上有所体现。

法律法规

江苏省劳动合同条例

第十八条：在《中华人民共和国劳动合同法》实施后，用人单位与劳动者连续订立了二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的，用人单位应当在第二次劳动合同期满三十日前，书面告知劳动者可以订立无固定期限劳动合同。

劳动者在用人单位连续工作满十年的，用人单位应当在劳动合同期满三十日前，书面告知劳动者可以订立无固定期限劳动合同。

第十九条：劳动合同期满前，符合订立无固定期限劳动合同条件的劳动者未书面提出订立固定期限劳动合同，也未书面提出终止劳动合同，劳动合同期满后继续在用人单位工作的，视为劳动者同意与用人单位订立无固定期限劳动合同。

法律法规

北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）

第三十三条：用人单位与劳动者约定劳动合同到期续延，且实际续延劳动合同的，合同约定了续延期限的，续延期限届满时，劳动者以连续订立两次固定期限劳动合同为由，提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，可以依劳动者的主张确认存在无固定期限劳动合同关系。

除了上述地区，全国多数地区均采纳以上观点。但在上海，情况会有所不同。在合同到期前劳动者没有明确提出签订无固定期限的劳动合同的情况下，公司有权终止劳动合同不续签，也就是说，上海的判决倾向认为应用劳动合同法第十四条，必须以员工和公司**双方均同意**续签劳动合同为前提。

法律法规

上海市高院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见（沪高法[2009]73号）

.....

（四）用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订合同应当订立无固定期限合同。《劳动合同法》第十四条第二款第（三）项的规定，应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后，与劳动者第三次续订合同时，**劳动者提出**签订无固定期限劳动合同的情形。

主动提出订立无固定期限劳动合同

在满足了可以订立无固定期限劳动合同的条件后，劳动者一定要明确地和公司提出自己已经满足条件并要求公司订立无固定期限劳动合同的主张。

最好采用**纸质邮寄的方式**固定证据。一个明确的要求，是我们后续签订无固定期限劳动合同的明确通知，也是主张公司不愿签订无固定期限劳动合同的赔偿金或主张应签未签无固定期限劳动合同的双倍工资的关键证据。

法律法规

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）

……劳动者符合签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订固定期限劳动合同的，根据《劳动合同法》第十四条及《实施条例》第十一条的规定，该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。合同期满时，该合同自然终止。

因此，作为劳动者明确提出订立无固定期限劳动合同的主张是必要的。**尤其在上海**，如果你有两次以上签订劳动合同的情况，一定要在合同期满前提出签订无固定期限劳动合同，否则公司可以不签订无固定期限劳动合同，合同到期终止，支付经济补偿。

“满10年”的认定

劳动者在该用人单位连续工作满10年的，可以订立无固定期限合同中“满10年”的认定。这里的“满10年”，是自用人单位用工之日起计算。

法律法规

劳动合同法实施条例

第九条：连续工作满十年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括**劳动合同法施行前**的工作年限。

这是法律对已经存在的事件效力的追认。任何法律规定的制定，首先是要保证当前社会秩序的稳定，同时法律规定的出台还得保证其所保护的事件的公正公平，所以法律规定在出台时总要对于此前存在的合理事件予以追认保护。这种规定连续工作时间的计算方法，就是对劳动者权利的一种追认保护，能够取得稳定劳动关系的效果。

“该用人单位”的认定

“劳动者在该用人单位连续工作满10年的，可以订立无固定期限合同”中的“该用人单位”，就是指“同一用人单位”。有以下几种情况：

- 如果该用人单位名称、法定代表人、主要负责人或者投资人变更的，并不影响属于“同一用人单位”。这点在《劳动合同法》第33条已有明确规定
- 如果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，因此，此时也属于“同一用人单位”

- 如果一个劳动者在某地区的某个系统内工作（如中国工商银行北京分行），后来由于非因自己的原因被调动到同一系统的另一地区工作（如中国工商银行云南分行），此时也应当认定属于在“同一用人单位”工作，而不能被视为不在“同一用人单位”。

如果用人单位采取下列不当行为，规避与劳动者订立无固定期限劳动合同的，劳动者的工作年限或者订立固定期限劳动合同的次数应当连续计算：

1. 为使劳动者工龄清零，迫使劳动者辞职后再重新与其签订劳动合同的
2. 通过设立关联企业，与劳动者签订劳动合同时交替变换用人单位名称的
3. 通过注销原单位、设立新单位的方式，将劳动者重新挪用到新单位，但工作地点、工作内容没有实质性变化的
4. 通过非法劳务派遣的
5. 通过非法业务外包的
6. 通过非法非全日制用工的
7. 其他明显违反诚实信用和公平原则的规避行为。

当然，以上这些情形需要通过相关司法解释加以明确。

“连续”的认定

“劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的，可以订立无固定期限合同”，这里有对“连续”的理解问题。

劳动者的连续工作年限，是指劳动者与用人单位不间断地订立劳动合同和维持劳动关系的时间期限。

上述订立无固定期限劳动合同的条件是必须连续工作，在时间上必须达到或者超过 10 年。在这 10 年中，劳动者与用人单位不得中止双方的劳动关系，如果劳动者在同一用人单位工作期间，因为自己的原因，需要与用人单位中断劳动关系，中止履行劳动合同一定的时间长度，当他再次在该用人单位工作时，连续工作时间的计算需要从再次开始工作时起。

但是，劳动者因为患病或者非因工伤而应当享有的合理医疗期间中断劳动，不算与用人单位中断劳动关系。因法定顺延事由，使得劳动者在同一单位工作时间超过十年的，依然符合签订无固定期限劳动合同情形。

根据 1996 年 9 月 16 日原劳动部办公厅《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》的规定，“同一用人单位连续工作时间”，是指劳动者与用人单位保持劳动关系的时间，劳动者患病或非因工负伤，依法享有医疗期，因此，在计算“同一用人单位连续工作时间”时，**不应扣除劳动者依法享有的医疗期时间**。

但在这一点上，上海地区有着不同的规定。

法律法规

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）

涉及无固定期限劳动合同的几个问题……劳动合同期满后，合同自然终止。合同期限的顺延只是为了照顾劳动者的特殊情况，对劳动合同终止的时间进行了相应的延长，而非不得终止。《劳动合同法》第四十条也明确规定：“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。”在法律没有对终止的情况做出特别规定的情况下，不能违反法律关于合同终止的有关规定随意扩大解释，将订立无固定期限合同的后果纳入其中。因此，法定的顺延事由消失时，合同自然终止。

也就是说，上海的地方规定认为，因法定事由顺延并不属于可以签订无固定期限劳动合同的情形。在法定顺延事由消失后，用人单位可以选择终止劳动合同，支付员工经济补偿。

初次实行劳动合同制或者国有企业改制等特殊情况

《劳动合同法》第14条第2款第一项和第二项中，关于订立无固定期限劳动合同条件存在差异。简单来说，第2款主要是针对初次实行劳动合同制或者国有企业改制的情形作出的规定，无论劳动者之前有无签订合同，只要符合“双十”条件的，劳动者就可以要求订立无固定期限劳动合同。

自1986年10月1日起，我国国营企业在新招收工人中普遍推行劳动合同制。在20世纪90年代，劳动合同制度成为国有企业改革的核心内容。考虑到国有企业的一些老职工，给国家和企业做出过很多贡献，现在将其一下子推向市场，限于年龄和技能，竞争力较弱，很难再就业。因此，为了保护老职工的利益，本条规定只要符合“双十”条件的，在续订劳动合同时，除了劳动者自己要求订立固定期限劳动合同外，应当签订无固定期限劳动合同。

本项也适用于事业单位初次实行聘用制劳动合同的情形。

连续签订两次固定期限劳动合同

《劳动合同法》第14条第2款第3项规定，连续订立两次固定期限劳动合同以后，劳动者提出续订第三次劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

对于该条的理解应把握以下原则：用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有违法违纪及不能胜任工作的情况，只要劳动者提出或者同意续订劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位没有选择权，即用人单位不能终止劳动合同，必须订立无固定期限劳动合同。

但应当注意的是，根据《劳动合同法》第97条第1款的规定，连续订立固定期限劳动合同的次数，自《劳动合同法》施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

编者的话

在我们满足了上述的可以签订无固定期限劳动合同的条件，并明确要求公司签订无固定期限劳动合同之后，公司仍不愿和我们签订无固定期限劳动合同，则属于公司违法解除劳动合同的行为。我们可以去仲裁主张恢复劳动关系，签订无固定期限劳动合同或要求公司支付赔偿金。

法律法规

劳动合同法

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。

5.6.4 应签未签无固定期限劳动合同

劳动合同法对应当签订而没有签订无固定期限劳动合同的公司也有相应的惩罚：

法律法规

《劳动合同法》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。

在我们满足了前文所描述的可以签订无固定期限劳动合同的条件且跟公司提出签订无固定期限劳动合同的要求后，公司可能会含含糊糊故意拖延，劳动者也就在没有合同的情况下继续在公司继续工作，这种时候就属于应订未订劳动合同的情形，劳动者可以去仲裁主张双倍工资。但有一些劳动者出于对公司的信任，在只有口头达成要签无固定合同的承诺的情况下，在公司又工作了很多年。这个时候问题就来了，初次入职未订劳动合同的双倍工资有上限，那应订未订无固定期限劳动合同的双倍工资有上限么，时效怎么计算呢？

综合目前的法律规定及实务判例，实务中对此存在不同观点。

大部分法院认为，未签无固定期限劳动合同支付二倍工资，应当按照应签订之日起至实际截止日期进行支付。同时，因为其不属于工资的一部分，而是惩罚性赔偿，应受到一年的普通劳动仲裁时效限制，自劳动者知道其权利被侵害之日起开始计算，从未签订无固定期限劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效。

司法案例

(2021)京民申 6869 号一案

本院经审查认为，保德威公司和齐国利签订了两次固定期限劳动合同，符合签订无固定期限劳动合同的条件。双方认可应从 2016 年 11 月 10 日签订书面无固定期限劳动合同但未签订，齐国利可以要求保德威公司支付 2016 年 11 月 10 日至 2020 年 12 月 31 日未签订无固定期限劳动合同二倍工资差额。保德威公司在仲裁及诉讼阶段均对齐国利要求支付未签订无固定期限劳动合同二倍工资差额的诉求提出时效抗辩，齐国利于 2021 年 1 月 8 日申请仲裁，其关于 2020 年 1 月 8 日前未签订无固定期限劳动合同二倍工资差额的诉求确已超过申请仲裁的时效期间。齐国利关于 2020 年 1 月 9 日至 2020 年 12 月 31 日期间未签订无固定期限劳动合同二倍工资差额的诉请，仍处于主张权益之日起向前计算一年期间段内，未超过申请仲裁的时效期间。二审综合在案证据所作认定和处理，并无不当。

也有部分法院认为，这个时效应当从劳动合同终止或解除之日起算。

少部分法院认为，未签无固定期限劳动合同支付二倍工资与未签订书面劳动合同一样受限制，最长不超过 11 个月。与首次未订立书面劳动合同相比，用人单位未订立无固定期限劳动合同的违法性较轻，对劳动者的利益损害相对较小，同时未签订无固定期限劳动合同属于未签订劳动合同的一种，因此应当同样受一年限制。如北京市一中院在（2011）一中民终字第 18352 号案例中持此观点。

尽管多数观点认为时效应当从劳动者提出仲裁之日起往前倒推一年，但仍建议劳动者在知晓自己权利受到侵害时候催促公司及时签订无固定期限劳动合同，并尽早去仲裁要求双倍工资和签订无固定期限劳动合同以维护自己的完整权益。

1、提出签订无固定，用人单位不同意，最终签订了固定期限劳动合同，可以主张双倍工资么？

绝大多数情况下并不可。在合同签订过程不违反法律法规的情况下，仲裁和法院会认为签订固定期限劳动合同是双方的真实意思表示，且不能存在既要求签订无固定又签订固定期限合同的情况，因此在原合同真实有效的情况下，双倍工资很难支持。

因此，在面对公司“公司没有无固定这个规定”类似的借口，应严肃拒绝，坚持无固定期限劳动合同是我们的应有之义。

小结：本章主要介绍了合同到期之后的处理办法以及一些常见的争议，文章冗长引用繁多，最后我会用一个表格简单梳理一下合同到期之后应该怎么处理。

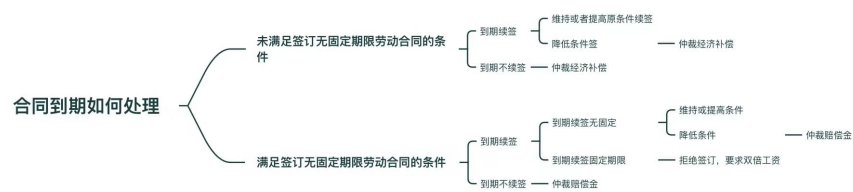


图 5.2: 合同到期如何处理

第六章 工资

6.1 本章阅读指南

本章主要介绍了劳动仲裁中和工资相关的内容，包括相关的法律法规、劳动争议常见的一些情况、具体情景下劳动者该如何实操的问题。本节会对本章的内容做一个大致的介绍。

本章的 2、3 节主要简述了劳动者在劳动仲裁时可能会涉及到工资的法律法规，第 2 节简单介绍了最低工资标准的相关内容。如果劳动者对工资计算相关的问题有疑问，可以参考第 3 节的《工资支付暂行规定》，包括日薪的计算方式、加班费等。如果是对工资的组成部分有疑问，可以阅读第 3 节的《关于工资总额组成的规定及若干具体范围解释》。

而第 4 节则是本章的重点，分别列举了 5 种情景下有关工资（包括年终奖）的算法，这几篇文章内容相对独立，可以直接上手阅读。内容既有法律关系分析、法律法规介绍，还有实际的案件作为例子以及文末的实操建议，推荐有相似遭遇的劳动者阅读。

本书作为工具书，阅读时不必过于在意目录顺序，读者可以根据自身情况，直接参考第 4 节的文章。如有疑问可以再回看前几节的内容，或是再参考本书的其他章节。

最后，介绍一下劳动仲裁时确认工资的基本原则。在复杂的现实情景下，劳动者往往会在劳动仲裁确认工资标准时有顾虑，有许多劳动者会担心工资基础定的高了会给仲裁委留下不好印象，进而影响仲裁结果，因此最终采取一种较为保守的确定工资基础的标准。其实这种担心是没有必要的，因为普遍来说劳动仲裁案件涉及的金额，[在仲裁委看来往往都不是很多](#)。

只要符合法律法规，我们鼓励劳动者不怕[按照尽可能高的标准去确定自己的工资标准](#)，而且在遇到一些有争议或者复杂的情况，不用过于纠结，可以直接按照对自己有利的方式去确定工资标准。因为在实务中，仲裁委是会根据实际情况、法律法规、甚至是当地的一些裁决习惯来核算确认劳动者主张的金额的。如果结果是仲裁委核算的数额高于劳动者主张的数额，仲裁委会认为这是劳动者对自身权益的自由处置，会按照劳动者主张的较低的数额裁决。因此，确定工资标准过于保守，给劳动者自己造成这种不必要的损失是非常不值当的。

6.2 最低工资标准

1、最低工资标准

最低工资标准是指劳动者在法定工作时间内或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应当支付的最低劳动报酬，其组成不包含延长工作时间工资，劳动者在夜班、高温、低温、井下等特殊工作环境、条件下的津贴，以及法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。

要注意的是最低工资标准是不包括五险一金/社保的，因为实际有些公司会以要交五险一金/社保为借口发低于最低工资标准的工资。

2、全日制和非全日制

它一般采取月最低工资标准和小时最低工资标准两种形式。前者适用于全日制就业劳动者，后者适用于非全日制就业劳动者。

3、具体规定

各地方的最低工资标准不同，可以在当地人力资源和社会保障局网站上查询。

一般为3档，少部分地区有四档。例如贵州省的全日制月最低工资标准工资分为三档，分别为一档3000元，二档2500元，三档2200元，贵阳市属于实行一档的城市，所以贵阳市的全日制职工的工资不得低于3000元。而安顺市属于二档城市，那么最低工资就不得低于2500元。

非全日制小时最低工资标准也分档次，例如一档30元每小时，二档25元，三档22元。

实操建议

如果遇到企业发低于当地最低工资标准的工资打12333找劳动监察部门投诉即可，也可以带上证据线下找劳动监察部门，这样会更快得到回应。监察部门一般会要求企业补发工资至最低工资标准。

若是劳动监察部门无法及时处理或涉及劳动关系认定、经济补偿金或赔偿金等情况，则可以选择劳动仲裁，或者进一步上诉。

要注意**非全日制用工**在劳动合同法第六十八条有明确规定。“每天工作不得超过四小时，每周工作时间累计不超过24小时。”若是超出4小时则属于全日制用工，必须签订书面的劳动合同。

6.3 工资相关法律法规规划重点

6.3.1 工资支付暂行规定

工资支付暂行规定是为配合《劳动法》的贯彻实施，充分保障劳动者通过劳动获得劳动报酬的合法权益，规范用人单位的工资支付行为的法规。

各地方也有省市的工资支付规定，但不会违反工资支付暂行规定。

1、以下是比较常用的工资支付暂行规定

- 假期工资支付
- 停工停产时的工资支付
- 加班费
- 扣工资的条件
- 扣工资来赔偿公司的数额

假期工资支付

法律法规

工资支付暂行规定

第十一条

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。

停工停产时工资支付

法律法规

工资支付暂行规定

第十二条

非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

加班费（平时、周末、法定节假日、年假）

1. 平时加班是 1.5 倍工资
2. 周末加班不安排调休是两倍工资
3. 法定节假日加班是三倍工资
4. 应休未休年假是三倍工资，但要注意有不能休年假的情况

小时工资计算方式为月工资/21.75/8

法律法规

工资支付暂行规定

第十三条

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

- （一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的 150% 支付劳动者工资；
- （二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 200% 支付劳动者工资；
- （三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 300% 支付劳动者工资。

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

经劳动行政部门批准实行综合计算工时工作制的，其综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，应视为延长工作时间，并应按本规定支付劳动者延长工作时间的工资
实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定

法律法规

职工带薪年休假条例

第三条

职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。

国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。

第四条

职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：

- （一）职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；
- （二）职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；
- （三）累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；
- （四）累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；
- （五）累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

扣工资的条件

扣工资的条件是很有限的，公司往往会以绩效考核的方式压低整体的员工工资，所以对于绩效考核标准在合同中一定要明确。

法律法规

工资支付暂行规定

第十五条

用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：

- （1）用人单位代扣代缴的个人所得税；
- （2）用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；
- （3）法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- （4）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用

扣工资来赔偿公司的数额

因为劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可以按合同约定扣工资来赔偿其经济损失，金额不得超过劳动者月工资的 20%，扣除后劳动者工资不得低于当地最低工资标准。

法律法规

工资支付暂行规定

第十六条

因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。

经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除；

但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付

工资发放有争议

若有工资发放争议可以向劳动监察大队反映，也可以选择劳动仲裁。

法律法规

工资支付暂行规定

第十九条

劳动者与用人单位因工资支付发生劳动争议的，当事人可依法向劳动争议仲裁机关申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。

实操建议

劳动者遇到拖欠工资的，需要注意的是保留证据，如工资条、合同约定、加班证明等。特别是**加班费的证明**比较困难，需要每一次都有证据。若是感觉公司的考勤不完善、不合理透明，又存在经常加班的情况，最好是自己做好记录。

遭遇公司会不安排**带薪年假**，仲裁时记得提出**请求被申请人支付 XXXX 年到 XXXX 年应休未休的带薪年假工资 XXXX 元**。需注意劳动者入职当年和离职时的未休年假计算方式：

入职新公司后的当年年假天数 = (当年度在单位剩余天数/365 天) × 职工本人全年应该享受的年休假天数。

离职时应休未休年假的天数 = (当年度在本单位已过天数/365 天) × 职工本人全年应休未休的年休假天数。

另外，还要注意计算结果是直接剔除小数位只保留整数位的，也就是说如果算出来年假天数不满 1 天是无法主张的。

年休假工资的举证责任基本全在公司方，劳动者只要满足条件提出主张即可（除了不享受年休假的几种情况），而且由于对公司的举证要求较高，仲裁委基本都会支持。

公司索要押金、培训费、不合理的高额违约金（多见于三方合同）等，这通常都是不合理且违法的（除了经过专项培训后约定服务期和有明确规定支付经济补偿并签署了竞业协议的情况），只要坚持走法律途径，不主动给钱，就不会陷于被动，也极少有公司为了索要这些费用和劳动者打民事官司。

6.3.2 关于工资总额组成的规定及若干具体范围解释（工资总额包括什么、不包括什么）

编者的话

对于劳动者而言，工资是劳动者通过脑力劳动或体力劳动所应得报酬，**劳动者需要通过工资，来保障自己的基本生活需求和照顾家庭，所以十分重要。**

然而不少不良企业也会在这上面动手脚，巧立各种名目来减少工资上的支出，使得劳动者的利益受损，而劳动者自己也因为工资总额的组成十分复杂而不清楚自己的权益是否受到损害，更不知如何维权。所以在这里将会为大家提供以下相关信息：

- 1、工资总额由哪些部分组成
- 2、工资总额不包括内容

1、

工资总额由哪些部分组成

一般情况下，劳动者可以在收到工资时收到工资条，上面会记载有职工信息、基本工资、岗位工资、应发工资、实发工资、保险和个人所得税等，可有很多人不明白其中含义，看不出

自己应得的权益是否受损，不知如何计算，所以需要了解工资总额的组成。

法律法规

关于工资总额组成的规定

第四条工资总额由下列六个部分组成：

- (一) 计时工资；
- (二) 计件工资；
- (三) 奖金；
- (四) 津贴和补贴；
- (五) 加班加点工资；
- (六) 特殊情况下支付的工资

简单介绍

1. 计时工资：有基础工资的要加上基础工资，无则按计时工资标准/新参与工作的可以得到见习工资/运动员可以得到体育津贴
2. 计件工资：按超额累进计件、直接无限计件、限额计件、超定额计件等工资制/按工作任务包干方法/按营业额提成或利润提成办法
3. 奖金：超额劳动和增收节支时，劳动者可以获得的是奖金，有生产奖、节约奖、劳动竞赛奖、机关事业单位的奖励工资和其他类型的奖金
4. 津贴和补贴：津贴包括补偿职工特殊或额外劳动消耗的津贴，保健性津贴，技术性津贴，年功性津贴及其他津贴/物价补贴包括为保证职工工资水平不受物价上涨或变动影响而支付的各种补贴
5. 加班加点工资：工作日，支付不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的 150% 的工资报酬/休息日（即星期六、星期日或其他休息日）安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于劳动合同规定的劳动者本人日工资标准的 200% 的工资报酬/法定休假日（即元旦、春节、国际劳动节、国庆节以及其他法定节假日）安排劳动者工作的，支付不低于劳动合同规定的劳动者本人日工资标准的 300% 的工资报酬
6. 特殊情况下支付的工资：因病、工伤、产假、计划生育假、婚丧假、事假、探亲假、定期休假、停工学习、执行国家或社会义务等原因按计时工资标准或计时工资标准的一定比例支付的工资/附加工资、保留工资

2、

工资总额不包括内容

同时劳动者也要了解工资总额里不包含哪些内容，不可混入工资总额以内，以免使得权益受损。

法律法规

第十一条下列各项不列入工资总额的范围：

- (一) 根据国务院发布的有关规定颁发的创造发明奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金
- (二) 有关劳动保险和职工福利方面的各项费用
- (三) 有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出
- (四) 劳动保护的各项支出
- (五) 稿费、讲课费及其他专门工作报酬
- (六) 出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费
- (七) 对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用
- (八) 实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入
- (九) 对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息（包括股金分红）和利息
- (十) 劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等
- (十一) 因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费
- (十二) 支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用
- (十三) 支付给参加企业劳动的在校学生的补贴
- (十四) 计划生育独生子女补贴

6.4 几种疑难问题

6.4.1 年终奖争议

编者的话

首先要说的是年终奖的的确确是工资，因为年终奖是属于奖金性质的，而奖金是工资总额中的一部分。但是不得不承认，年终奖的设定本身就存在许多的疑问，而年终奖的发放也是一个揪心的问题。

例如：

- 1、年终奖设立的性质
- 2、截留工资做年终奖怎么办
- 3、公司规章制度下不发年终奖怎么办
- 4、离职与年终奖的问题处理

1、年终奖设立的性质

年终奖是单位根据全年经济效益和对员工全年工作业绩的综合考核情况而发放的一次性奖金，不论其以什么形式出现，如月度奖、季度奖或年终奖等，始终不能改变其属于工资这一根本属性。**也就是说，不一定会有年终奖，但是一旦有了年终奖，就是为了激励感谢（作为**

工资总额的一部分)劳动者,而不是伤害劳动者的合法权益。

年终奖是奖金,而奖金属于工资总额的构成部分。

法律法规

关于工资总额组成的规定

第四条工资总额由下列六个部分组成:

- (一) 计时工资;
- (二) 计件工资;
- (三) 奖金;
- (四) 津贴和补贴;
- (五) 加班加点工资;
- (六) 特殊情况下支付的工资

2、截留工资做年终奖怎么办

首先说明,在劳动合同没有规定的前提下,公司这样做是不合法的。

很多劳动者会碰到这样的情况,当发月工资的时候,发现收到的工资比劳动合同约定的要少,按照劳动合同约定的工资,是指包括基本工资、绩效、奖金、加班工资等一系列的工资总额。一问得知公司将一部分工资截留,用作年末的年终奖发放。

劳动者从《工资支付暂行条例》第七条可以得知,公司没有截留劳动者的月工资作为年终奖的权利,即使公司有这样的规章制度也是不行的。此时,劳动合同约定 > 公司自主权。所以在这里也要额外提醒一下,在签订劳动合同的时候,一定要谨慎考虑到各个方面。

法律法规

工资支付暂行规定

第七条

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。

3、公司规章制度下不发年终奖怎么办

规章制度或劳动合同中约定离职不发放年终奖的,各地争议较大。某些地区可能认为这种约定无效,也有些地区(比如浙江)认为有效。

例如浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(四)》的通知:

问:用人单位依法制定的规章制度规定,在发放年度绩效奖金时双方已解除或终止劳动合同的,不予发放年度绩效奖金。该规定是否有效?

答：该规章制度未违反法律、法规的强制性规定，应属合法有效。在发放年度绩效奖金时双方已解除或终止劳动合同，劳动者请求用人单位支付年度绩效奖金的，一般不予支持。”

虽然按照法律规定，公司可以按照其规章制度，可以扣除违反绩效考核员工的一部分绩效工资，但绝对不存在将年终奖全部扣除，以至于不发放年终奖的情况。

法律法规

劳动法

第五十条

工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者工资。

4、离职与年终奖的问题处理

实际上许多公司设立年终奖的目的也是为了留住员工，以至于他们不会跳槽。似乎就产生了许多复杂的问题。这取决于劳动者**解除劳动合同关系的方式和时间**。如果是非劳动者过错辞退 + 在年底左右解除劳动关系 + 完成相应任务，则应支付全额奖金。是否完成达到奖金要求的工作成果，这点是用人单位承担举证责任，因为用人单位对于不支付工资有举证责任。

如果是非劳动者过错辞退 + 非在年底解除劳动关系，劳动者可以要求支付对应比例的年终奖。如年中离职可以要求 50% 的年终奖。尤其是用人单位存在过错的情况（违法辞退、被迫离职的情况）。

6.4.2 被扣了绩效、提成、补贴该怎么办？

编者的话

工作中我们会遇到这种情况，就是基础工资很低，但是由于各种绩效、提成以及补贴使得我们的实际收到的工资并不是很低。这就遇到一些问题：

- 1、绩效、提成、补贴是不是工资；
- 2、这部分收入公司能不能随意扣除；
- 3、当与用人单位存在劳动纠纷时，劳动赔偿金/补偿金中工资计算基数是否包括这部分的收入。

本文将为大家解答以上问题，并提出一些实践建议。

1、绩效

现行的很多公司是采用绩效考核的制度将劳动者的工资分成固定工资和绩效工资。往往绩效工资与固定工资之间的比例大概在 1: 4 左右。很多用人单位想通过绩效考核的方式降低劳动者的工资，从而减少其用工成本，然而这样做很有可能违法。

法律法规

关于工资总额组成的规定

第五条（二）实行结构工资制的单位支付给职工的基础工资和职务（岗位）工资。

常见的绩效工资问题有哪些？

一、绩效工资能不能扣？

绩效能不能扣除，首要的关键在于劳动合同中是否约定绩效工资。如果公司在与劳动者签订劳动合同时约定了具体的绩效工资标准，那么公司通过绩效考核来扣除绩效工资是合理合法的，如果合同中没有约定，那怎么扣都是违法的。

二、工资中扣除绩效工资后，是否低于当地最低工资标准？

公司如果在劳动合同中约定了绩效工资，那么我们需要审视工资中抛开绩效工资的部分，是否高于当地最低工资标准，如果低于明显是不合理的，这种情况可以直接到当地劳动局进行申诉，无论如何最低工资标准必须是最低的底线。

三、公司有没有公示的员工签字确认的绩效管理制度？

员工对公司的绩效管理制度享有知情权，如果员工不知道公司的绩效考核扣除工资制度，公司也是不能予以执行的。

公司的绩效管理制度有没有在内部进行公开，是不是执行透明，员工有没有签字确认，知悉并认可，这都是能否扣除绩效工资的关键，如果没有经过公示的绩效制度被执行，那一定是不合规的。

四、扣除绩效工资双方有无协商一致签字确认？

绩效考核一个完整的闭环是，绩效目标制定、执行、考核和面谈，在这一整套执行中如果公司要扣除绩效工资的话，有没有提前告知绩效未达标的原因，以及需要有哪些绩效改进计划，对于绩效工资的扣除双方有无一致的签字确认意见，如果没有那么公司也将无权扣除。

司法案例

北京市第一中级人民法院（2020）京 01 民终 6803 号

基本案情

林大林业公司以劳动者 2018 年度经考核的考核系数为 0.47，故应以该系数作为核算金某某 2018 年绩效工资的依据，2019 年度的绩效考核尚未进行，因此不应向金某某支付 2019 年度的绩效工资。

劳动者金某某则认为绩效工资是月工资的固定组成部分，2018 年 6 月之前的绩效工资每月按时足额发放。林大林业公司没有出台过绩效考核制度，没有考核的依据、目标，也从未进行过考核。

法院认为林大林业公司停发金某某绩效工资之前，金某某的绩效工资均是按月随工资足额发放，林大林业公司对于此前按月支付绩效工资时对金某某进行了月度考核，以及考核的方法、标准等事项均未向本院举证证明，故本院对于金某某提出的绩效工资并无考核标准，也从未进行过考核，应属于其固定工资组成部分的主张予以采信。2019 年 7 月林大林业公司制定了考核方案，将按月发放的绩效工资变更为了按年度发放，考核方案的内容未与职工协商一致，亦未征求职工的意见，在制定程序上不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四条的规定。法院最终判决林大林业支付所拖欠的绩效工资。

在本案例中用人单位没有明确绩效考核标准且其之后在制定绩效考核方案并未征求职工意见，因而其扣除绩效工资属于克扣工资违法行为。

2、提成

提成不同于绩效。首先，绩效起到的更多的是惩罚作用，绩效工资有明确的上限，即使工作地再好也只能拿到所有规定绩效工资。而提成往往和公司的利润有关，其也属于工资的一部分。

法律法规

关于工资总额组成的规定

第六条计件工资是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。包括：

（三）按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资。

裁判要旨

提成属于计件工资，劳资双方发生争议的，人民法院应先审查提成约定的效力。劳动者未满足提成条件的不支付提成款项。

司法案例

(指导案例) 北京朝阳法院判决由佳诉汇剧晶视公司劳动争议纠纷案

基本案情

2012 年 9 月 10 日, 原告由佳(乙方)与被告汇剧晶视(北京)文化传媒有限公司(甲方)签订了劳动合同, 约定甲方聘用乙方从事发行经理岗位, 每月工资 6000 元。入职后, 双方签署《薪酬和绩效制度》, 约定 2012 年的销售任务为 220 万元, 销售任务完成情况以销售回款额为准。原告称完成 40% 的任务额后超出部分可以按照 3% 提成, 被告对提成比例没有争议, 但认为提成条件是完成销售额 50% 以上。2012 年原告完成的销售额为 82.7 万元。

另外, 双方均认可 2013 年原告符合提成条件并已支付 4755 元提成款, 原告称还有部分销售额尚未回款, 现原告要离职了, 被告还应支付相应的提成 12800 元。被告称根据双方的提成约定, 销售未回款的不支付提成。因此由佳诉至法院, 要求被告支付尚欠的提成款。

裁判

北京市朝阳区人民法院经审理认为, 本案双方争议的焦点主要在于提成问题。庭审中, 原告开始称完成了 2012 年任务的 50%, 所以有绩效后又改为 40%。但是, 据其所述, 82.7 万元还不到 2012 年任务数的 40%, 其提成主张没有依据。关于 2013 年度的提成问题, 因销售款项未回, 根据薪酬和绩效制度, 原告无权主张提成款项。综上, 依照劳动合同法第三条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定, 判决驳回原告由佳的全部诉讼请求。

一审宣判后, 双方均未上诉, 判决已发生法律效力。

裁判理由

本案中双方对提成的要素争议并不大, 但对原告 2012 年是否满足了提成要素中的条件争议较大, 原告提交的初步证据显示原告 2012 年没有达到提成的发放起点, 因此, 不应获得提成款项。

关于以销售业绩回款作为提成基数的效力判断。原告担任发行主管职务, 实质上是销售主管, 作为公司的高级管理人员, 以销售的回款额作为提成的基数确实承担了部分公司的经营风险, 但这种风险与原告的身份和高风险高回报的提成制度是相适应的。

3、补贴

关于补贴问题, 主要涉及到住房补贴、交通补贴、车改补贴、通讯补贴算工资还是福利费。用人单位倾向于将工资拆分为各种补贴, 依此避免日后与劳动者存在劳动纠纷, 解除劳动合同时支付更多经济补偿金/赔偿金(这些都是以工资为基础进行计算)。

补贴是工资还是福利的一般的评判标准:

1. 是否在劳动合同或企业规章制度中对该补贴的性质有明确规定
2. 发放时间和标准是否相对固定

3. 企业是否代扣代缴个人所得税
4. (辅助标准) 该补贴是否专款专用, 劳动者不能自由支配的补贴 (例如直接充值到劳动者饭卡中的餐饮费补贴), 一般不作为工资对待, 而对于那些以现金形式发放, 并且劳动者可以自由支配的补贴 (例如以现金形式发放的住房补贴), 则可以考虑计入工资总额。

司法案例

吉林省高级人民法院 (2020) 吉民申 2380 号

劳动者梁某某虽主张其与万融公司约定月工资为 8000 元, 包括证书补贴 5000 元, 但依据万融公司与梁某某签订的劳动合同约定, 实行基本工资和绩效工资相结合的内部工资分配办法, 基本工资为 3000 元, 故现有证据不足以证实双方约定证书补贴属于工资的组成部分。

另, 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条规定的津贴和补贴是指为了补偿职工特殊或额外的劳动消耗和其他特殊原因支付给职工的津贴, 以及为了保证职工工资水平不受物价影响支付给职工的物价补贴, 故梁某某主张应当将证书补贴计入工资收入作为计算经济补偿金基数缺乏事实与法律依据。

法律法规

中华人民共和国劳动合同法实施条例

第二十七条, 劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算, 包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资低于当地最低工资标准的, 按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满 12 个月的, 按照实际工作的月数计算平均工资。

实操建议

综上所述, 我们看到在法院裁决过程中, 对于绩效、提成以及补贴首先考虑的是**劳动合同**中所约定的; 其次是公司相关规定和制度是否合法, 包括是否告知劳动者, 相关规定颁布是否符合法律程序等。在劳动仲裁中写仲裁申请时可以写: **请求被申请人支付 xx 月至 xx 月绩效工资 xx 元** 准备证据为: 公司绩效考核标准、每月工资流水等。开庭时主张的思路: 如果公司没有告知过绩效标准, 可以在开庭时要求公司提交已告知过绩效标准的相应证据, 否则就应当支付相应绩效。提成一般在销售职业比较常见, 需要证据一般有相关订单, 关于每单提成的约定 (聊天记录、劳动合同中的相关约定) 等。

6.4.3 病假工资怎么算 (非因工负伤或患病)

在遭遇意外的病痛导致劳动者需要治疗修养时, 理想情况是能按照工伤流程处理。但倘若不幸伤病无法被归为工伤时, 劳动者此时的工资该如何确定? 如何能尽可能保证自身的劳

动权益？本小节就尝试做一个简单的梳理，结尾处会简要列明结论。

1、医疗期

首先需要明确的是**医疗期**的概念，在劳动者患病或者非因工负伤时，无疑会有医疗机构给出的医疗时间，但在劳动法律法规的领域上，根据

法律法规

《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发 [1994]479 号)

第二条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。

根据上述这一条可以得知，在法定医疗期**内**如果公司解除劳动合同，那么基本上是属于非法辞退，需要给劳动者支付双倍赔偿金 (2N) 的情形。

而医疗期的时长具体该如何确定，可参照

法律法规

《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发 [1994]479 号)

第三条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，给予三个月到二十四个月的医疗期：

- (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。

2、病假工资标准

接下来是本小节的重点，在医疗期内的病假工资发放标准，此方面的规定可以说是十分混乱、差距巨大。因为根据 479 号文第五条、企业职工在医疗期内，其病假工资、疾病救济费和医疗待遇按照有关规定执行，所以必须要参照劳动者当地的《劳动合同条例》以及《工资支付条例》。而地方性条例的差异十分大，但根据劳动部发布的

法律法规

《劳动部关于贯彻执行若干问题的意见》

第五十九条职工患病或非因公负伤治疗期间，在规定的医疗期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，但不能低于最低标准的 80%。

全国所有省市都使用这个底线性的条款，因此在没有合同约定和当地法规没有单独规定前提下，医疗期工资往往会按照当地最低工资标准的百分之八十来确定。例如（2021）鲁 07 民终 3507 号、（2020）鄂 06 民终 1886 号案。这项规定虽然是给劳动者一个兜底保障，但这在现今的经济发展状况下，许多劳动者在经济较发达地区务工时，会使相当多劳动者在治疗期内的工资有一个断崖式的下降，而像一些省市有单独规定，例如山东省劳动厅发布

法律法规

《转发劳动部关于发布〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》（鲁劳发〔1995〕67 号）

第一条停工医疗累计不超过 180 天的，由企业发给本人工资的 70% 的病假工资；累计超过 180 天的，发给本人工资的 60% 的疾病救助费。

此规定就合理许多，填补了因为劳动者正常工作工资高于最低工资标准而病急期间需承受收入断崖式下降的空白，那是否在只有百分之八十最低工资标准的地区工作的劳动者就只能接受这个医疗期工资标准呢？其实不然，山东省的相关规定并不是首创，与其类似的规定可以在如下条例中见到。

法律法规

《中华人民共和国劳动保险条例》（1951 年 2 月 26 日政务院公布 1953 年 1 月 2 日政务院修正公布）

第十三条乙款工人与职员因病或非因工负伤停止工作医疗时，其停止工作医疗期间连续在六个月以内者，按其本企业工龄的长短，由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资，其数额为本人工资百分之六十至百分之一百；停止工作连续医疗期间在六个月以上时，改由劳动保险基金项下按月付给疾病或非因工负伤救济费，其数额为本人工资百分之四十至百分之六十，至能工作或确定为残废或死亡时止。详细办法在实施细则中规定之。

而这个条例虽然年代久远，但至今医疗期部分的相关规定仍然没有被废除，因此，如果劳动者在查阅当地的工资支付条例后发现只有 80% 最低工资的保底条款的话，而自身正常的劳动工资高于当地最低工资标准不少的话，可以在计算后尝试援引上述《中华人民共和国劳动保险条例》的按 60%（医疗期 ≤ 六个月）或 40%（医疗期 > 六个月）的正常工作工资来主张医疗期工资，前提是如此计算的病假工资高于当地最低工资标准的 80%。

3、医疗补助费

在医疗期结束后，涉及到劳动关系无法继续的情况，劳动者除了视情况可以主张经济补偿金和代通知金（N + 1）或者赔偿金（2N），还可能涉及到医疗补助费。

法律法规

《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》

第 22 条劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费；对患重病或绝症的，还应适当增加医疗补助费。

根据此规定，劳动者**至少应该获得 6 个月的医疗补助费**，至于重病和绝症的情形，在原劳动部发布的以下规定《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发 [1994]481 号）（以下简称 481 号文）（现已废止）中的规定是：“劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。”

也就是说对于重病员工，企业要额外支付 9 个月工资的医疗补助费，对于绝症员工额外支付 12 个月工资的医疗补助费。

但 481 号文因前面的关于经济补偿金的标准已被人社部废止，所以重病和绝症员工的医疗补助费的标准处于一个无明确统一国家规定的状态，只能依靠各地方的劳动合同条例补充。

比如，关于这个历史遗留问题，北京人社局作出以下说明

法律法规

“关于《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发 [1994]481）被废止后劳动争议处理若干问题的意见”

关于医疗补助费不仅在 481 号文中有规定，在原劳动部……中也有类似规定，即劳动者在劳动合同期限内患病、非因工负伤医疗期满后，仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，或者劳动合同终止时，医疗期满、医疗终结，由劳动能力鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，办理因病、非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级，解除或者终止劳动合同的，按规定支付经济补偿金并应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。因此，劳动者患病、非因工负伤在解除或终止劳动合同时，主张医疗补助费的，仍应按照上述相关规范性文件的规定予以执行，但由于目前缺乏患重病和绝症的规范性依据，劳动者主张增加医疗补助费的，依照谁主张谁举证的原则，由主张者就患重病或者绝症提供证据，并参照 481 号文的规定执行。

虽然北京有这样的文件，但各省在司法实践中往往存在不同的情况，如果遇到所在地相关条例没有明确的规定的话，建议还是寻求熟悉当地相关规定的律师帮助。

4、总结

医疗期

遇到生病别着急，首先确定医疗期，

累计工作年限	本单位工作年限	医疗期
十年以内	5 年以下	3 个月
	5 年以上	6 个月
十年以上	5 年以下	6 个月
	5-10 年	9 个月
	10-15 年	12 个月
	15-20 年	18 个月
	20 以上	24 个月

图 6.1: 医疗期表格

病假工资

病假工资怎么算，先看有无合同约定，再看医疗期是否大于 6 个月，如果小于或等于 6 个月，比较当地最低工资标准的 80%和正常工作时月工资的 60%，按其中较高的来主张。

如果医疗期大于 6 个月，比较当地最低工资标准的 80%和正常工作时月工资的 40%，按其中最高的主张。

医疗补助费

医疗期满怎么办，记得要进行劳动能力鉴定。若劳动关系无法继续，除了违法辞退的 2N 赔偿金或按照《劳动合同法》第 40 条解除的 N+1 经济补偿金外，还有至少 6 个月的工资的医疗补助费。如果时重病或绝症的情况，医疗补助费还应当增加。

实操建议

在劳动仲裁中主张病假工资时，在写请求时可以写：**请求被申请人支付病假工资 XXXX 元**，而对于具体的病假时间和医疗期的举证责任在劳动者一方，因此需提前准备病历、医生建议休假的医嘱等医疗方面的证据、还有证明工作年限由此证明医疗期时间，最好的证据是社保记录。若没有，还可以提供之前工作公司的劳动合同、离职证明等可以证明劳动者工作年限的证据。

6.4.4 非劳动者原因停工工资怎么算？（企业原因停工停产、疫情隔离）

法律法规

工资支付暂行规定

第十二条

非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

地方性法规：

《珠海市企业工资支付条例（2010 修正）》

第二十条用人单位停工停产，未超过一个工资支付周期的，用人单位应当按劳动合同约定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，劳动者经与用人单位协商，可以解除劳动合同；未解除劳动合同，用人单位又安排劳动者工作的，经与劳动者协商一致，可以降低工资支付标准；没有安排劳动者工作的，应当按照不低于本市职工最低工资标准支付停工津贴。

因劳动者本人原因造成用人单位停工停产的，不适用前款规定。

《浙江省企业工资支付管理办法（2017）》

第二十二条企业停工、停产、歇业，时间在 1 个工资支付周期内的，企业应当按照劳动合同的约定和国家、省相关规定支付工资。企业停工、停产、歇业时间超过 1 个工资支付周期，劳动者付出了正常劳动的，企业应当按照不低于当地人民政府确定的最低工资标准支付工资；劳动者未付出正常劳动的，企业应当按照不低于当地人民政府确定的最低工资标准的 80% 支付工资。

《深圳市员工工资支付条例（2022）》

第二十八条非因员工原因造成用人单位停工、停产，自用人单位停工、停产之日起计算，未超过一个工资支付周期（最长三十日）的，用人单位应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期（最长三十日）的，可以根据员工提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排员工工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的 80% 支付劳动者生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系为止。

《山东省企业工资支付规定》

第三十一条非因劳动者原因造成企业停工、停产、歇业，企业未与劳动者解除劳动合同，停工、停产、歇业在一个工资支付周期内的，企业应当视同劳动者提供正常劳动并支付该工资支付周期的工资；超过一个工资支付周期的，企业安排劳动者工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作，劳动者没有到其他单位工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的 70% 支付劳动者基本生活费。国家和省另有规定的，依照其规定执行。

《厦门市企业工资支付条例》

第二十四条非因劳动者原因造成用人单位停工、停产未超过一个工资支付周期的，用人单位应当按照劳动者本人正常劳动的工资标准支付工资。超过一个工资支付周期，用人单位安排劳动者工作的，按照双方新约定的工资标准支付工资；未安排劳动者工作的，按照不低于本市当年度最低工资标准支付停工津贴。

《青岛市企业工资支付规定》

第二十一条用人单位因生产经营暂时困难安排职工待岗，未超过一个工资支付周期的，用人单位应当按照劳动合同约定的标准支付劳动者工资；超过一个工资支付周期的，经与劳动者协商一致，可以降低工资支付标准，但是不应低于当地最低工资标准的 80%；协商不成的，双方可以解除劳动合同，用人单位按照规定支付经济补偿金。

《辽宁省工资支付规定》

第三十五条用人单位停工、停业在一个工资支付周期内的，应当按照合同约定的标准支付劳动者工资；超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方重新约定的标准支付劳动者工资。劳动者提供了正常劳动的，支付的工资不得低于当地最低工资标准。

《昆明市工资支付条例》

第二十八条非因劳动者原因造成单位停工、停产，在一个工资支付周期内的，用人单位应当按照劳动合同约定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，用人单位应当与提供劳动的劳动者协商确定新的工资支付办法，相应调整工资支付标准。

《江苏省工资支付条例 (2010 修正)》

第三十一条用人单位非因劳动者原因停工、停产、歇业，在劳动者一个工资支付周期内的，应当视同劳动者提供正常劳动支付其工资。超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的 80% 支付劳动者生活费。国家另有规定的，从其规定。

《吉林省企业工资支付办法》

第二十二条非因劳动者本人原因造成企业停工、停产，未超过一个工资支付周期的，企业应当按照劳动合同约定支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，企业按照不低于当地最低工资标准支付工资；若劳动者没有提供正常劳动，企业按照当地最低工资标准的 70% 以上支付工资，支付实际额度不得低于当地最低生活保障标准。但法律、法规另有规定或者双方另有约定的除外。

《湖南省工资支付监督管理办法》

第二十三条非因劳动者原因造成用人单位停工、停产、歇业，未超过一个月的，用人单位应当按照国家规定或者劳动合同约定的工资标准支付工资；超过一个月，未安排劳动者工作的，用人单位应按不低于当地失业保险标准支付停工津贴。

《河北省工资支付规定》

第二十八条非劳动者本人原因造成劳动者停工一个月以上的，用人单位应当支付生活费。生活费标准为当地最低工资标准的 80%。

《贵阳市企业工资支付办法 (2021)》

第二十四条企业经济效益下降或者因企业原因停工停产，安排劳动者工作并提供正常劳动，未超过一个工资支付周期的，企业应当按照劳动合同约定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，企业可以与劳动者重新协商变更集体合同或者劳动合同中的工资支付标准，安排劳动者工作并提供正常劳动的，应当按照变更后的工资标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作的，应当按照约定的待岗工资支付计算标准支付生活费，支付的待岗工资标准不得低于当地最低工资标准的 60%。

《广东省工资支付条例 (2016 修正)》

第三十九条非因劳动者原因造成用人单位停工、停产，未超过一个工资支付周期（最长三十日）的，用人单位应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的 80% 支付劳动者生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

《北京市工资支付规定 (2007 修改)》

第二十七条非因劳动者本人原因造成用人单位停工、停业的，在一个工资支付周期内，用人单位应当按照提供正常劳动支付劳动者工资；超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于本市最低工资标准；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的 70% 支付劳动者基本生活费。国家或者本市另有规定的从其规定。

6.4.5 未签书面劳动合同的双倍工资怎么算

1、双倍工资的计算方法

用工之日起满一个月后的第二天开始计算双倍工资，最多可以要求 11 个月的双倍工资赔偿

2、双倍工资的计算标准

- 在实践中，会有许多因未与用工单位订立劳动合同产生的劳动争议，其中，未签订劳动关系用工单位所要支付的双倍工资数额往往会有许多争议。未签订书面劳动合同，双倍工资自然无法以劳动合同约定为准，实际发放工资的构成又比较复杂，计算双倍工资时的工资基数应该如何确定呢？在许多的判例中，对双倍工资基数究竟是实发工资还是应发工资并没有十分明确的规定。所以在司法实践中，双倍工资的基数以何为基准存在分歧，各地的判决并不一致。这种情况下，劳动者可以按最多的工资计算方式主张，但也要收集好相关的证据（工资单、转账记录等可以证明实得工资的）。

法律法规

江苏省高级人民法院、江苏省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》

用人单位因未与劳动者签订书面劳动合同而应每月支付的二倍工资，按照劳动者当月的**应得工资**予以确定，包括计时工资或者计件工资以及加班加点工资、奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者当月工资包含季度奖、半年奖、年终奖的，应按分摊后该月实际应得奖金数予以确定。

法律法规

上海市高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》关于双倍工资的计算基数的确定

经研究认为，劳动关系双方对月工资有约定的，双倍工资的计算基数应按照双方约定的正常工作时间月工资来确定。双方对月工资没有约定或约定不明的，应按《劳动合同法》第 18 条规定来确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为双倍工资的计算基数。如按《劳动合同法》第 18 条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，可按劳动者实际获得的月收入扣除加班工资、非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间月工资确定。如月工资未明确各构成项目的，由用人单位对工资构成项目进行举证，用人单位不能举证或证据不足的，双倍工资的计算基数按照劳动者实际获得的月收入确定。按上述原则确定的双倍工资基数均不得低于本市月**最低工资标准**。

法律法规

《浙江省劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》

1. 劳动合同有约定的，按劳动合同约定的工资为基数
2. 劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数
3. 岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴
4. 难以区分工资、奖金、物贴等项目的，以职工上月实得工资的 70

司法案例

(2020)浙 0106 民初 6791 号

根据有关法律规定,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,应向劳动者每月支付二倍的工资。本案中,合同约定的期限届满后,原告未与被告续签劳动合同,且现无证据证明未续签劳动合同系不可归责于原告的原因导致,故原告应当支付 2019 年 2 月 28 日至 2020 年 6 月 5 日期间的双倍工资。被告的薪金方式为月薪 + 风险收入金,现原、被告对杭州市西湖区劳动人事争议仲裁委员会关于未签劳动合同双倍工资的计算方式即按**1.09 万元的 70% 计 11 个月**均无异议,本院予以确认。经计算,为 83930 元。

6.4.6 产假工资怎么算?

由于生育问题,女性劳动者往往会在怀孕期和哺乳期遇到许多困难,尽管有许多法律法条明确要重点保护这个时期的女性劳动者的合法权益,但部分公司仍出于成本等考量来刁难女性劳动者,那在生产和哺育过程中,女性劳动者的各项权益有哪些?生育工资、生育津贴有什么关系?如果遇到劳动纠纷,实操上该如何主张?本小节会尝试解答以上问题。

开门见山的来说,孕期、产期、哺乳期(简称三期)女性劳动者的权益在劳动仲裁时比较容易得到保障,无论是从法规规定和裁判实务上都比较倾向作为弱势方的劳动者,所以不用过于担心,在遇到争议时,要积极、主动地去主张合法权益。主要依据的是《女职工劳动保护特别规定》。

1、产假

关于产假的具体天数,可参照全国性文件《女职工劳动保护特别规定》,如果遇到本省的规定和《女职工劳动保护特别规定》冲突,可以按照实际能休产假多的规定来主张。另外,各个省份的女职工劳动保护规章制度可能会对产假有更为详细的规定,建议劳动者按照具体情况查阅当地有关规定。而各地的人口与计划生育条例会有对符合法律法规生育女方的配偶享有陪产假的规定。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第六条 女职工在孕期不能适应原劳动的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。对怀孕 7 个月以上的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动，并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间。

第七条 女职工生育享受 98 天产假，其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。

第九条 对哺乳未满 1 周岁婴儿的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动。用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排 1 小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳 1 个婴儿每天增加 1 小时哺乳时间。

2、生育津贴与产假工资

生育津贴是职工按照国家和省有关规定享受产假或者计划生育手术休假期间获得的工资性补偿，而产假工资一般指公司在劳动者休产假期间发放的工资。而实际情况中两者的区分并不明显，为了避免混乱，大致区分一下两者

- 生育津贴是由**生育保险基金**发放给劳动者的，需要劳动者申请和经过社保部门审批，公司不需要直接支付（但是实践中可能公司会先行垫付，但归根到底是由生育保险基金支付）
- 产假工资是由**公司直接发放**给劳动者的。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第八条 女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。

根据上述条款可以得知：

1. 若公司有为女职工足额缴纳生育保险，那么生育津贴就由生育保险基金（需要申请和审批）按照公司上年度职工的平均工资来发放生育津贴，而具体到每一天的生育津贴 = 公司上年度职工的平均工资 ÷ 30，因为产假是按照自然日计算而非工作日计算的
2. 而如果没有公司没有缴纳生育保险或是按照第 1 点计算的生育津贴低于女职工休产假前的工资标准，那么要直接由公司要按女职工休产假前的工资标准发放或是补齐，而此种情

况下具体每日产假工资 = 休产假前的平均月工资 ÷ 30。

为了便于理解，这里举出两个案例：

司法案例

(2020) 苏 0591 民初 4524 号

赵某于 2018 年 8 月 15 日开始休产假，共计休假 128 天。休产假期间，XX 科技共向赵某发放了 17066.67 元（含社保公积金）。2018 年 9 月 29 日，社保中心按日津贴基数 337.46 元为标准、以 128 天为总天数，发放给 XX 科技赵某生育津贴 43194.88 元。赵某主张 XX 科技支付生育津贴与产假工资的差额 26128.21 元。

XX 科技辩称，赵某休产假期间，XX 科技按月支付了全额工资，确保没有因生育造成收入的减少。XX 科技的总体薪资水平较高，且不同岗位之间薪资水平差异大，在给全员足额缴纳社会保险费的情况下，反而造成社保基金核发的生育津贴高达每月 10123.8 元，是月工资的 2.53 倍。但是 XX 科技在其他高薪岗位女职工休产假期间，实际也是按照该女职工的产假前水平支付产假工资。此时产假工资与生育津贴之间的差额即通过部分女职工生育津贴高于产假工资时预留的差额予以补贴，以达到产假工资与生育津贴之间的动态平衡。因此 XX 科技并不需要支付生育津贴与产假工资之间的差额。

苏州工业园区人民法院认为“既然《苏州市职工生育保险管理办法》规定‘职工产假或者休假期间，享受的生育津贴低于其产假或者休假前工资的标准，由用人单位补足；高于其产假或者休假前工资的标准，用人单位不得截留’，并且赵某的生育津贴也是按此办法计算发放。故在赵某已收到的生育津贴与社保部门核发的生育津贴之间有差额时，用人单位应当将差额发放给劳动者。”

在该案例中，由于企业的整体工资水平较高，虽然 XX 科技已经按劳动者产假前工资标准支付了产假工资，但生育津贴明显高于这个数额，这种情况下公司是不能截留差额的，法院判决了劳动者获得生育津贴和产假工资的差额。

司法案例

(2021) 粤 01 民终 7301、7302 号

本案中，向美公司委托深圳邦芒人力资源有限公司广州分公司缴纳莫某某的社会保险。虽然向美公司主张其不存在未足额支付莫某某产假工资的情形，但根据上述法律规定，结合已经查明的事实，向美公司在莫某某产假期间仅向莫某某支付生育津贴 14446.88 元作为其产假工资，而莫某某休产假前 12 个月的平均工资（剔除加班费）为 9920 元，故向美公司未按照莫某某休产假前 12 个月的平均工资支付其产假工资，一审法院认定向美公司存在未足额支付莫某某产假工资的情形，并据此判决向美公司向莫某某支付产假工资 44411.78 元并无不当，本院予以维持。

在该案例中，企业通过把社保外包出去的方式来降低用工成本，可以看到劳动者拿到的生育津贴是远低于其休产假前的工资水平的，法院判决公司补足差额。

通过这两个案例可以得知，劳动者最终可以被法院支持的是**生育津贴**和按**休产假前工资标准支付的产假工资**中较高的那个。此外，尽管这种情况极少见，但现有法律法规并不禁止用人单位在女职工享受生育津贴的同时又向女职工支付工资，公司不能在同时支付两项后以不当得利为由让劳动者退还。

3、产假

实操建议

1. 生育津贴或产假工资是按**自然日计算**（ $\text{日工资} = \text{月工资} \div 30$ 而不是按照工作日计算（ $\text{日工资} = \text{月工资} \div 21.75$ ））。
2. 在大多数公司对劳动法律法规的了解日益加深的情况下，公司往往会在产假之前制造一些“陷阱”，作为劳动者更应该早做打算。尽管根据《女职工劳动保护特别规定》第五条的规定，对于三期女性劳动者的工资不得降低，但是公司往往会通过**调岗**、与劳动者“**协商一致**”等手段来降低三期女性劳动者的工资，这么做的目的是**拉低劳动者休产假前的平均月工资**，从而达到少发产假工资的目的。因此，在公司得知劳动者怀孕之后，劳动者就应该格外注意公司各种想方设法降低劳动者工资待遇的行为。
3. 生育津贴与产假工资也属于工资，有些单位会以**预留、分期或攒到产假结束后一起发**为借口不按月给劳动者支付产假工资，这违反了《工资支付条例》。这种行为符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第（二）项，“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：……（二）未及时足额支付劳动报酬的”。
4. ”劳动者可以**被迫解除劳动合同，要求 N 的经济补偿金**，具体参考第 10.2.3 小节。
5. 如果遭遇公司在三期内**违法辞退**的，劳动者可以根据**工作年限和休产假具体情况**决定主张非法解除劳动合同的**2N 赔偿金**或是主张**继续履行劳动合同**，一般来说，如果工作年限较短，或者是尚未开始休产假或刚开始休产假就被违法辞退，可主张要求公司继续履行劳动合同。
6. 如果是工作年限较长，或者已经休了大部分产假或在哺乳期内被违法辞退，可以主张 2N 的经济补偿金。

第七章 劳动者享有哪些假期？

1、法定节假日（共 11 天）

- 1. 新年，放假 1 天（1 月 1 日）
- 2. 春节，放假 3 天（农历正月初一、初二、初三）
- 3. 清明节，放假 1 天（农历清明当日）
- 4. 劳动节，放假 1 天（5 月 1 日）
- 5. 端午节，放假 1 天（农历端午当日）
- 6. 中秋节，放假 1 天（农历中秋当日）
- 7. 国庆节，放假 3 天（10 月 1 日、2 日、3 日）

2、事假

- 此项需看各单位规章规定。

3、病假/医疗期

实际工作年限	本单位工作年限	休假时间
小于10年	小于5年	3个月
	大于5年	6个月
大于10年	小于5年	6个月
	5 - 10年	9个月
	10 - 15年	12个月
	15 - 20年	18个月
	大于20年	24个月

图 7.1: 年假表格

- 医疗期 3 个月的按 6 个月内累计病休时间计算，6 个月的按 12 个月内累计病休时间计算，9 个月的按 15 个月内累计病休时间计算，12 个月的按 18 个月内累计病休时间计算，18 个月的按 24 个月内累计病休时间计算，24 个月的按 30 个月内累计病休时间计算。
- 根据合同约定或用人单位的薪资制度，病假工资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%

- 采用最低工资 80% 给薪的，用人单位还要负担个人负担的社会保险费与最低的个人缴纳部分住房公积金。
- 医疗期内，用人单位不得依照《劳动合同法》第 40 条、第 41 条的规定解除劳动合同。

4、婚丧假

法律法规

《国家劳动总局、财政部关于国营企业职工请婚丧假和路程假问题的通知》

职工本人**结婚**或职工的**直系亲属（父母、配偶和子女）死亡**时，可以根据具体情况，由本单位行政领导批准，酌情给予**1-3 天**的婚丧假。

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

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

法律法规

《劳动法》第 51 条

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**。各地对婚假规定各有不同。

5、产假和护理（陪产）假

法律法规

《女职工劳动保护特别规定》第 7 条

女职工生育享受**98 天产假**，其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。

女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。

- **丈夫享有陪产假**。除了西藏和新疆外，其余 29 个省份均相继修改了本地计生条例，明确了本地的陪产假（部分地区称为护理假）的期限。其中，最短的陪产假有 7 天，最长的则有 1 个月之久，多数地区的陪产假为 15 天。

6、孕期产前检查假

法律法规

《女职工劳动保护特别规定》第 6 条

怀孕女职工在劳动时间内进行**产前检查**，所需时间计入劳动时间。

7、哺乳假

法律法规

《女职工劳动保护特别规定》第 9 条

用人单位应当在每天的**劳动时间内**为哺乳期女职工安排**1 小时哺乳时间**；女职工生育多胞胎的，**每多哺乳 1 个婴儿每天增加 1 小时哺乳时间**。

8、育儿假

各省市《人口与计划生育条例》**子女 3 周岁以下的夫妻**，每年可分别享受累计**5-10 天的育儿假**。各地规定各有不同。婚假、产假、护理假、育儿假期间按正常出勤，工资、奖金、福利待遇等不变。若用人单位有其他额外的福利待遇，按照单位规定执行。

9、带薪年假

法律法规

《职工带薪年休假条例》第 2 条

机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工**连续工作 1 年以上的**，享受带薪年假（以下简称年休假）。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。

法律法规

《职工带薪年休假条例》第 3 条

职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。

法律法规

《职工带薪年休假条例》第 4 条

- 职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：
- 职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的
- 职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的
- 累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的
- 累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的
- 累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

法律法规

《职工带薪年休假条例》第 5 条

单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。

年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排。

单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬。

- 安排职工年休假只要考虑职工的意愿，而非需要职工本人同意。
- 劳动者个人的累计工作年限应该是包括但不限于现就职单位的工作年限。

10、工伤假（停工留薪期）

法律法规

《工伤保险条例》第 33 条

职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期一般不超过 12 个月。伤情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过 12 个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照本章的有关规定享受伤残待遇。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。

7.1 工时制度

工时制度在我国一共有三种，公司默认应当采用的是标准工时制度，由于生产特点不能实行标准工时制的公司，根据劳动法第三十九条，然后经劳动部门批准可以实行其他工作和

休息办法，当前存在的除标准工时制之外的工时制度有**综合工时制**和**不定时工时制**。

7.1.1 标准工时制度

法律法规

中华人民共和国劳动法

第三十六条：国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。

法律法规

国务院关于职工工作时间的规定

第三条：国家实行职工每日工作 8 小时、平均每周工作 40 小时的工时制度。

实践中普遍更被接受的标准工时制是**后者**所规定的制度，即**每日 8 小时，每周 40 小时**的工时制度。

标准工时制的补休方面，工作日的加班不可以给补休，只可以支付加班费，只有周末加班的部分如果有补休可以不给加班费。

7.1.2 综合工时制的工作时间和加班费怎么算？

法律法规

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法

第五条企业对符合下列条件之一的职工，可实行综合计算工时工作制，即分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，**但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。**

- （一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；
- （二）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；
- （三）其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

综合工时制虽然没有标准工时制每日 8 小时和每周 40 小时的硬性规定，但是平均日工作时间和平均周工作时间依然要与法定标准工作时间相同，意味着假如某公司以月为单位实行综合工时制，按法定的年标准工作时间 $365-104-11=250$ 天来算，每个综合工时周期（即月）内，工作的时间为 $250 \div 12 = 20.83$ 天。

以此为根据，如果员工在一个月内不超过 20.83 天的工作日，即便在某一具体日或周内超过法定标准工作时间，也依然不属于超过法定工作时间，反之则需要支付加班费。

对于其他的以季，年为周期计算的综合工时制则可以以此类推。

7.1.3 不定时工时制

法律法规

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法

第四条企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。

- （一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；
- （二）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；
- （三）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

7.1.4 劳动合同未约定三种工时制怎么办

根据北京法院网：《综合计算工时工作制和不定时工时工作制的认定标准》的分析，在公司与劳动者未进行工时制约定的情况下，通常会以下标准进行处理：

企业与职工未约定工时制度，同时企业获得了人社局审批可以实行不定时工作制或综合工时制的，如果能够举证职工的岗位符合这两种工作制的特征，企业则有权主张劳动者适用这些工作制。

如在北京法院网的案例中，法院依据劳动者上 24 小时，休 48 小时，依次循环，无休息日及法定节假日的工作时间判定劳动者的工作时间具有周期性，为综合工时制，而非不定时工时制，因此公司需要向劳动者支付加班费。

因此在劳动者与公司未进行约定的情况下，实际的工作时间和周期是判定符合何种工时制的主要依据。

7.1.5 非标准工时制可以随意实行吗？

实行综合工时制和不定时工时制都需要经过人社局审批（北京市企业对高管实行不定时工时制不需经过审批，见《关于印发北京市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制办法的通知》（京劳社资发〔2003〕157）十六条第二款），且需要向全体员工公示。

在具体实践中，如果公司主张劳动者的岗位实际适用非标准工时制，但公司未获得审批，法院只有极少数情况下会认同公司的主张。又或是劳动者与公司有约定非标准工时制但公司未获得审批，法院也极少会认同公司的主张。因此劳动者在与公司签订非标准工时的合同时

要注意询问公司是否获得了相关审批，并且要求查看相关审批文件，如果公司未获得审批的话，记得保留相关证据，可以有助于后续仲裁的成功率。

在**大多数**的司法实践中，公司未获得人社局审批就实行非标准工时制度的，会被判定无效，并且会要求公司按照标准工时制支付加班工资。

7.2 休假

7.2.1 最难要的就是加班费？要加班费该需要什么证据？

1、工作时间和生活时间难以区分不算加班？歪理！

司法案例

案号：（2014）吴甬民初字第 388 号

褚某于 2013 年 2 月 20 日进入公司从事保安工作，性质为不定时工作制。2014 年 8 月 15 日，褚某因为父亲手术向公司请假，但公司未给予明确答复。8 月 18 日，褚某某依然离开公司陪同父亲去手术。次日，因手术推迟，褚某某返回公司要求销假，但公司却建议他直接辞职，褚某则表示要结清工资，双方协商未果，之后褚某便不再上班，并申请仲裁，仲裁委于 2014 年 10 月 31 日裁决公司支付褚某加班费人民币 33308 元。但黑心公司不服仲裁裁决，请求法院判将法定节假日加班费人民币下调至 2259 元。

本案的争议焦点在于**加班事实**的认定：公司认为褚某从事的门卫工作，工作时间与生活时间难以区分，故平时工作不存在加班事实；因实行不定时工时制，故除法定节假日外，不应计算加班费，且发放的工资中已包含了休息日的加班费；如果计算加班费，一日三餐各扣除一小时，再扣除餐后休息一小时，故平时无需计算加班费；

实际发放的工资中，已扣除了每天垫付的伙食费人民币 14 元。并且加班费已经在工资里的“其他部分”。对于第一条，公司提供如下证据：门卫工作场所的照片一组证明褚某工作时间和生活时间无法区分。褚某对此无异议，认可平时吃饭、工作、休息均在门卫室，但否认上晚班时在门卫睡觉。

面对褚某的否认。公司进一步辩解：褚某从事门卫工作至今，工作较宽松，无事可休息，晚上因公司不生产，门卫可休息或睡觉。

对此，褚某向法院提供了如下证据：《门卫责任要求》两份，里面明确按时或不定时巡逻工厂各处，晚上值班期间门卫室不得熄灯，不得有擅离职守、睡觉等失职行为，如有发现，罚款 50 元。

公司对这一证据做出了承认，但依旧表示褚某上晚班一直睡觉，也不巡逻。

最终法院认为，褚某的工作时间已经超出了法定工作时间，对于超出部分，公司应发放平时加班、休息日加班及法定节假日加班的加班费。

公司实行不定时工作制，但未向劳动部门履行审批手续，应视为标准工时制，按标准工时制计付加班工资，法定节假日依然应当计算加班费。

而公司所说的工作时间与生活时间难以区分，未提供充分证据加以证明，法院不予认可。事实上，遇到这种情况，通常是需要公司方举证的，所以劳动者大可不必担心仲裁时如果公司提出这种歪理就无法辩驳了。

但门卫工作有其特殊性，褚某承认平时吃饭、工作、休息均在门卫室，所以法院在计算加班时间时，酌情扣除其吃饭等合理休息时间 2 小时。最终裁决公司还应给付褚某加班费人民币 19669.2 元。

2、谁有证据谁有理

司法案例

案号：（2018）吉 0191 民初 182 号

2008 年 3 月长春市实施了一项工程改造项目，薛某进入一家集团下属的有限责任公司，从事改造项目工作。因工程工期紧，任务重，要求改造项目人员周六日及法定节假日加班工作。薛某为改造项目部的一员，周六日及法定节假日一直加班，集团也支付了一部分加班费。

但 2011 年 3 月 1 日至 2011 年 10 月 31 日共计 44 天的加班费及 7 天的法定节假日加班费，由于公司领导频繁变动等原因，一直未予支付，后薛某多次主张，但公司仍未给付。

2017 年 9 月 27 日，薛某向长春经济技术开发区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，该仲裁委员会作出不予受理通知书，薛某对该决定不服，故诉至法院。

法庭上，集团辩解道：薛某是退休职工，加班费我单位也很重视，相关单位、领导也在调查、了解，但是如薛某所说单位领导频繁变动，2011 年至今的相关文字资料没有找到，所以对于加班的时间和加班费的数额，包括外勤用餐补助的时间和金额均没有找到相关资料。

薛某诉称其在工程期间为了保证项目的如期完成，周六日及法定节假日持续加班，2010 年，公司都向其发放了加班费，2011 年未发放。并向法庭提交了从工程项目部财务部门工作人员电脑中调出的 2011 年《xxx 工程项目办双休日加班补助统计表》、《xxx 工程项目办法定日加班补助统计表》、《xxx 加班外勤补助费用统计表》、《xxx 工程项目办外勤人员补助统计表》，证据详实而充足。

但是集团对此只是在一直重复辩词：时间较久，人事频繁变动，找不到原始资料导致无法核实具体的加班时间。

法院认为，本案系劳动争议，薛某与集团签订了劳动合同，庭审中集团表明薛某由其派至下属有限责任公司，集团应当承担用人单位责任。

在此案中，薛某有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，但集团对存在加班事实

未否认，仅表明因人事变动，原始资料丢失，无法查明薛某的具体加班的天数，故而对薛某所提交的证据的真实性提出异议，但集团未能就薛某具体加班天数及金额不符合实际提出相反证据，故应当认定薛某完成了关于加班费的举证责任。

最终，法院判决集团于判决生效后十日内向薛某支付加班费 15042 元。

3、加班费应由加班费基数计算，不是固定的！

司法案例

案号：（2015）南民初字第 1025 号

武某 2013 年 8 月至 2014 年 10 月于天津市某物业服务有限公司从事保安工作。月工资标准为 1500 元，双方签有书面劳动合同，期限至 2015 年 7 月 31 日。武某入职后每月实发工资 2800 元。

庭审中，公司表示发放的工资标准是天津市当年最低工资标准，即 1500 元，而每月实发工资中已经包括了固定加班费即 $2800-1500=1300$ 元。

公司认为职工无论加班多少，每月固定可得一笔“加班费”，即根本不考虑加班费的计算基数。

双方当庭都确认了在职期间公司累计向武某发放延时及休息日加班费 17020 元、法定节假日加班费 880 元。

双方的争议在于，武某称自己工作周期为每日工作 12 小时、每月休两天，公司则称武某实行标准工时、每月休两天。

法院向公司询问上班考勤记录，但公司只是称自己采取了指纹打卡记录考勤，不能向法院提供考勤记录。后另经仲裁机构核实，武某的实际上班时间为 8:00，下班时间为 20:00。严重违反了法定标准工时。

结合以上证据，加上公司未向法院提供考勤记录，法院对公司主张的工作时间不予采信。经核算，武某在职期间延时加班共 2460 小时、法定节假日加班 180 小时。

关于加班费基数问题，结合双方劳动合同约定及双方确认的加班费发放情况，武某的加班费基数应扣除公司已发放的加班费，平均基数应为 1581 元。

最终法院判决公司支付武某 2013 年 8 月 1 日至 2014 年 10 月 10 日加班费 20535 元。

4、加班费基数就是当地的最低工资标准吗？当然不是！

司法案例

案号：(2020)沪0117民初9629号

蔡某于2018年1月1日至上海某公司处从事机加工工作，双方签订了书面劳动合同，期限4年，约定蔡某月工资为2,420元，合同中约定了加班费基数按照2,420元计算，即上海市最低工资标准，蔡某当时对加班费基数无异议，后公司与蔡某签订了一份《薪资协议书》，协议书中将蔡某工资分为：基本工资2,420元，岗位津贴1,000元，绩效奖金1,480元，工龄工资100元，每月有全勤奖150元。

蔡某于2020年1月17日书面提出离职，双方劳动关系于2020年1月31日解除。2020年5月19日蔡某向上海市松江区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付加班工资差额，以基本工资+岗位津贴+绩效奖金+工龄工资+全勤奖的总额作为加班费基数。

后仲裁委员会作出裁决：公司于裁决书生效之日起7日内支付被告2018年4月至2019年5月期间的加班工资差额36,569.91元。

但公司认为，蔡某的绩效奖金和全勤奖都是属于浮动工资，不应该计算在加班费基数范围内，另外蔡某计算的加班时间也不正确，故公司不服该仲裁委员会的裁决，诉至法院。

法院认为，**对于加班工资的计算基数，应该按照劳动合同中约定的劳动者正常工作时间的月工资来确认，以实际工资作为计算基数。凡是用人单位直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际工资。**故公司按照上海市最低工资标准作为加班工资的计算基数，显然不符合法律规定，公司应当补足相应的加班工资差额。

蔡某正常工作时间为每天8:00至16:30，做五休二，公司实行纸卡考勤。公司提供了蔡某2018年4月至2019年5月期间的考勤记录。最终法院判决蔡某主张的加班工资计算基数并无不当，公司于判决生效之日起十日内支付蔡某2018年4月至2019年5月期间的加班工资差额36,569.91元。

5、申诉加班费需要哪些证据？

劳动者要取得加班费申诉的成功，最重要也最关键的环节就是**举证**，劳动者必须用充足的证据证明自己的存在加班的情况，没有证据就不会赢。要追讨多少加班费，就要举证多少证据。在用人单位不配合，甚至伪造证据的情况下，劳动者可能需要承担比普通的劳动争议更重的举证责任。

以下是一些申诉加班费所需的必要证据以及策略，希望能对广大劳动者有所帮助。

加班费申诉所需的证据：

可以证明加班情况的证据

1. 加班通知——书面的公司通知、加班审批表、短信、微信、邮件通知、口头通知、加班时通过录音录像留存的影像资料等等。最直接的是加班申请单，这个基本上员工很难拿到公司签过字的，但如果只是部门领导签过字的加班申请也是可以的。

具体操作可以有：在加班期间，浏览器搜索“北京时间”，打开微信工作群的工作痕迹，

然后将手机对准电脑屏幕、自己、公司办公室、公司 LOGO 进行视频录制。

2. 出勤记录——包含纸质考勤表、书面签到记录、电子打卡记录以及加班工作时的沟通记录等等，这类证据与加班通知相对应，都是可以印证公司的确存在让你加班的行为。同时要注意这类证据一般是保存在公司方，劳动者要谨慎拍照保存证据。

具体操作可以有：每次上下班后都用手机拍照打卡记录，将打卡时间与手机拍照时的记录时间相对应在微信或者其他通讯工具上，只要是在加班期间的沟通，都要注意截图保存相关的记录。

3. 支付记录——包括工资单、工资领取记录、社保缴纳记录以及银行流水等等，这类证据是要从侧面证明你并未收到加班费，同时也是作为一个加班费基数的参考证据
4. 其他证据——证人证言

四类证据相辅相成，更能让劳动者顺利申诉加班费补偿。

申请仲裁的证据

1. 身份证（原件）
2. 劳动合同
3. 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
4. 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
5. 其他证明劳动关系的材料

注意，如果一些证据保留在公司方，需要随机应变，采用灵活的手段拿到，仲裁前切勿打草惊蛇。

7.2.2 你休过法定的带薪年假吗？

1、什么时候才能享有年假：

劳动者不论是在一家公司一直上班还是中途换了公司上班，只要是能连续工作一年（全日制工作）的都可以享有带薪年假，而不是一些公司规定的入职本公司工作满一年才能享有带薪年假。

法律法规

《企业职工带薪年休假实施办法》

第三条

职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年假（以下简称年休假）。

法律法规

《关于〈企业职工带薪年休假实施办法〉有关问题的复函》

一、关于带薪年休假的享受条件

《企业职工带薪年休假实施办法》第三条中的“职工连续工作满 12 个月以上”，既包括职工在同一用人单位连续工作满 12 个月以上的情形，也包括职工在不同用人单位连续工作满 12 个月以上的情形。

2、连续工作一年中“连续”的意思：

观点 1：新进职工在申请休假前必须满足“连续工作满 12 个月”，不得存在工作间断。（深圳、上海等地倾向这种观点）

法律法规

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》

一百〇九、

《企业职工带薪年休假实施办法》第三条所规定的“连续工作满 12 个月以上”，既包括劳动者在本单位连续工作满 12 个月以上的情形，也包括劳动者在不同用人单位连续工作满 12 个月以上的情形；但劳动者在进入新用人单位时存在工作间断的除外。

相关案例：（2021）沪 02 民终 3929 号

在这个案件中，这位劳动者上一家离职到下一家入职期间间隔就 1 天法院也不认为这位劳动者在两家公司工作的时间可以连续计算。

观点 2：新进职工在申请休假前曾经满足“连续工作满 12 个月”即可享受带薪年休假。（北京、成都等地倾向这种观点）

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》

18、“连续工作满 12 个月”，指劳动者在参加工作后曾经在同一个或两个以上用人单位连续不中断工作满 12 个月。

劳动者在符合参加工作后曾经“连续工作满 12 个月”条件后，此后年休假时间以当年度在用人单位已工作时间计算。

相关案例：（2014）二中民终字第 09206 号

在这个案件中，这位劳动者用劳动合同和社保缴费记录证明了曾连续工作 12 个月，所以支持了他在 2012 年入职公司工作时当年度的未休年假的工资。

观点 3：新进职工在申请休假前满足“连续工作满 12 个月”，可允许工作间断不超过一个月。（重庆等地倾向这种观点）

法律法规

《重庆市劳动和社会保障局关于贯彻〈企业职工带薪年休假实施办法〉有关问题的通知》

二、《企业职工带薪年休假实施办法》第三条中“职工连续工作满 12 个月以上”可以在同一单位或者不同单位连续工作的时间，但其中在同一单位或者不同单位间的工作时间不得间断超过一个月以上。超过的，其连续工作时间重新计算。在同一或者不同单位连续工作满 12 个月，职工才有资格享受年休假。享受年休假的天数，按累计工作时间确定。

3、年假有几天：

累计工作时间	年假
1年<累计工作<10年	5天
10年<累计工作<20年	10天
20年<累计工作	15天

图 7.2: 年假计算公式

注意：每年 11 天的国家法定节假日、休息日、产假、探亲假、婚丧假、停工留薪期是不能计入年假里的。所以“连续工作时间”确定的是劳动者是否享受带薪年假的资格；而“累计工作时间”确定的是劳动者享受带薪年假的天数。

4、如何确定年假中的“年”：

年假中的“年”一般是在当年公历的 1 月 1 日到 12 月 31 日，而公司因安排跨年休年假的（只能跨 1 年），应该征得劳动者同意才可以跨年安排年假。

5、何时休年假的决定权：

依照《企业职工带薪年休假实施办法》第九条规定，公司只用考虑劳动者的意愿即可，所以在关于何时休年假的问题上决定权是在公司那一边，这点确实有点意外，主要是为了防止劳动者集中休年假，因为如果真这样搞了，那公司就停产了。

因此，一般遵纪守法的公司会先让劳动者写年假申请，然后再决定批不批准，但是如果公司强行让劳动者休年假，只能说在这点上劳动者一方确实委屈，但是也没什么好的办法，毕竟何时休年假是公司决定的。

法律法规

《企业职工带薪年休假实施办法》

第九条

用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排年休假。

6、带薪年假的工资：

劳动者在休年假期间也是可以拿到正常工作期间相同的工资收入的，如果是实行计件工资、提成工资或其他绩效工资制度的公司，那劳动者休年假期间的工资就应该这么算：

带薪年假工资 = 前 12 个月平均工资（剔除加班费，包括奖金、津贴等） \div 21.75 \times 休年假天数

7、应休未休年假的工资：

未休年假工资 = 未休年假前 12 个月平均工资（剔除加班费，包括奖金、津贴等） \div 21.75 \times 3 \times 未休年假天数

8、未休年假 300% 工资的构成和仲裁时效：

依照上文，我们可以看到未休年假要支付 300% 的工资，不过对于这 300% 工资是否都属于劳动报酬是存在争议的，因为是否属于劳动报酬的问题直接影响到应休未休年假工资的仲裁时效。

先看看劳动仲裁时效的规定：

法律法规

《劳动争议调解仲裁法》

第二十七条

劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

.....

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

观点 1：这里 300% 的工资是属于劳动报酬的。

所以该部分工资可以依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款规定，关于劳动报酬方面的争议可在终止劳动关系后 1 年内申请劳动仲裁。

相关案例：（2019）最高法民申 6216 号

在这个案件中，最高人民法院认为这位劳动者主张的公休假、年假、节假日加班费都属于劳动报酬，所以劳动者在因退休而终止劳动关系后的第 61 天申请劳动仲裁并没有超过 1 年

的劳动仲裁时效。

观点 2（也是大部分地区采用的观点）：这里的 300% 的工资虽然叫工资，但是只有其中的 100% 属于劳动者正常工作的劳动报酬，剩下的 200% 则不属于劳动报酬，而是惩罚性质的补偿。

因为 200% 的这部分不属于劳动报酬，所以应该按照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，在当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起的一年内申请劳动仲裁。

也就是说第一年的年假应该在第三年内申请劳动仲裁。因为公司可以跨年安排年假，所以第一年的未休年假工资只有在第二年年底才知道公司有没有安排，那第二年年底再往后推一年，也就是在第三年的 12 月 31 日之前申请劳动仲裁才没过劳动仲裁时效。

相关案例：（2021）鲁民申 11971 号

在这个案件中，法院认为应休未休年假其中 100% 的部分是劳动报酬，剩下的 200% 的部分则不是劳动报酬，而是对公司未安排员工休年假的一种惩罚性制的补偿，所以这位劳动者主张超过《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款劳动仲裁时效部分的未休年假工资得不到法院支持

9、入职后当年的年假和离职时未休年假的计算：

入职新公司后当年的年假天数 = 当年度在本单位剩余天数 / 365 天 × 职工本人全年应当享受的年休假天数

离职时应休未休的年假天数 = 当年度在本单位已过天数 / 365 天 × 职工本人全年应休未休的年休假天数

注意：这两种折算方法折算后不足 1 整天的部分则直接不算在年假里。离职前休的年假比离职时折算的多，多的部分不会再扣回。

举例：小明未离职且小明所在的公司不跨年度安排年假，离职当年他在公司只度过了 350 天，而当年小明还有未休的 7 天年假，那小明套用折算公式折算后的未休的年假天数为：

$350 \text{ 天} / 365 \text{ 天} \times 7 \text{ 天} = 6.7 \text{ 天}$ 6 天

10、公司可以不支付 300% 工资的情况所需要同时满足的三个条件：

1. 公司安排劳动者休年假。
2. 劳动者因个人原因主动放弃。
3. 劳动者提出不休年假的书面申请。（这个是重点，如果公司无法拿出你曾书面拒休年假那公司会很不利）

没满足上面 3 个条件的，比如公司没安排，劳动者也没提年假的；再比如劳动者没提年假，公司规定职工不申请年假，年底年假自动清零的这些情况下去申请劳动仲裁，公司依然要支付未休年假的工资。

相关案例：（2021）京 03 民终 9290 号

（在这个案件中，公司上诉主张《员工手册》中规定了“如因员工自身原因未能使用的年假，视为自动放弃”，但是公司并没有证明曾经给这位劳动者安排过年假且这位劳动者主动提出不休年假的证据，所以最后公司依然要支付给这位劳动者未休年假的工资。）

11、不再享有当年年假的情形：

- （一）职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的。
- （二）职工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的。
- （三）累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的。
- （四）累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的。
- （五）累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的。

不再享有下年度年假的情况：

职工已享受当年的年假，年度内又出现上文（二）、（三）、（四）、（五）项规定所述的其中一种情形，则不享受下一年度的年休假。

12、劳务派遣的年假规定：

法律法规

《企业职工带薪年休假实施办法》

第三条

职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年休假（以下简称年休假）。

第十四条

劳务派遣单位的职工符合本办法第三条规定条件的，享受年休假。

被派遣职工在劳动合同期限内无工作期间由劳务派遣单位依法支付劳动报酬的天数多于其全年应当享受的年休假天数的，不享受当年的年休假；少于其全年应当享受的年休假天数的，劳务派遣单位、用工单位应当协商安排补足被派遣职工年休假天数。

7.2.3 包薪制是什么？在包薪制下可以主张加班费吗？

包薪制，即劳动者与公司在劳动合同中明确约定公司**按期支付的工资中包含了加班工资（通常不会规定加班的具体时长与时间）**，因而无论劳动者在劳动周期内加班了多久，最终实际工资都以合同中约定的“打包”后的工资为准进行支付。

相关规定

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引

第六十二条劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含了正常工作时间工资和加班工资的，劳动者的时薪为： $\text{时薪} = \text{约定工资} \div (21.75 \text{天} \times 8 \text{小时} + \text{约定包含在工资中的平时加班时间小时数} \times 150\% + \text{约定包含在工资中的休息日加班时间小时数} \times 200\% + \text{约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数} \times 300\%)$ 。

按上述方法计算出的劳动者的时薪低于当地最低工资标准的，该约定为无效；劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

换言之，如果按照包薪制约定的合计了加班工资与基本工资之后计算出来的平均时薪（其中加班工资的比例规定来源于《工资支付暂行规定》第十三条）低于当地最低工资标准，则此约定无效，劳动者有权对包薪制工资中计算下来不足最低工资标准的差额进行主张。

法律法规

工资支付暂行规定

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

- （一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的 150% 支付劳动者工资；
- （二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 200% 支付劳动者工资；
- （三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的 300% 支付劳动者工资。

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

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

换句话说，包薪制不可绕过最低工资标准，并且同样不可绕过劳动法第四十一条规定的每日加班不超过 3 小时，每月加班不超过 36 小时从而进行无限制的加班。

最后我们根据人社部和最高院联合发布的《人力资源社会保障部最高人民法院关于联合发布第二批劳动人事争议典型案例的通知》中的典型案例 4 来看一下具体案例

司法案例**基本案情**

周某于 2020 年 7 月入职某汽车服务公司，双方订立的劳动合同约定月工资为 4000 元（含加班费）。2021 年 2 月，周某因个人原因提出解除劳动合同，并认为即使按照当地最低工资标准认定其法定标准工作时间工资，某汽车服务公司亦未足额支付加班费，要求支付差额。某汽车服务公司认可周某加班事实，但以劳动合同中约定的月工资中已含加班费为由拒绝支付。周某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁。

申请人请求

请求裁决某汽车服务公司支付加班费差额 17000 元。

处理结果

仲裁委员会裁决某汽车服务公司支付周某加班费差额 17000 元（裁决为终局裁决），并就有关问题向某汽车服务公司发出仲裁建议书。

案例分析

本案的争议焦点是某汽车服务公司与周某约定实行包薪制，是否还需要依法支付周某加班费差额。

《中华人民共和国劳动法》第四十七条规定：“用人单位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。”第四十八条规定：“国家实行最低工资保障制度。”《最低工资规定》（劳动和社会保障部令第 21 号）第三条规定：“本规定所称最低工资标准，是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。”从上述条款可知，**用人单位可以依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平，并与劳动者进行相应约定，但不得违反法律关于最低工资保障、加班费支付标准的规定。**

本案中，根据周某实际工作时间折算，即使按照当地最低工资标准认定周某法定标准工作时间工资，并以此为基数核算加班费，也超出了 4000 元的约定工资，表明某汽车服务公司未依法足额支付周某加班费。故仲裁委员会依法裁决某汽车服务公司支付周某加班费差额。

在此案例中，劳动者在包薪制合同下与公司约定 4000 元月工资，劳动者以最低工资标准为由认定公司未足额支付劳动加班费，而公司却认为包薪制已经包含了加班费，拒不承认劳动者主张，最后法院则认同了劳动者主张，人社部与最高院以此案为典型案例确认了**包薪制下应严格不低于最低工资标准，不可以此规避加班费相关的法定责任**。因此即便在包薪制下，劳动者仍然有权主张加班费。

7.3 作为日常的加班

有这样一种行为，资本及其人间的化身为了实现自身的增长设计、强迫从属于它的劳动者，通过强迫或设计的方式，令劳动者自愿或被迫的进行；这种行为上，在 19 世纪表现为童

工的工作时间超过每日 14 小时，表现为由鲜血和汗水凝结成的庞大的商品堆积。这种事在现在叫做“加班”。加班这一日常化的概念，轻描淡写地掩盖背后的苦难与罪恶。

本书的这一部分将是对于加班的认定、证明、计算方式的介绍并结合案例对常见的争议进行解读。阅读完这一部分之后，我们并不能避免加班的命运，但能帮助我们拿回一部分属于我们的劳动所得。默然忍受命运的暴虐的毒箭？或是挺身反抗人世间的无涯的苦难？

7.3.1 关于加班工资的基础性规定

我国关于加班工资的基础性条款，规定在《中华人民共和国劳动法》第四十四条：

法律法规

《中华人民共和国劳动法》第四十四条

有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

- （一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；
- （二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；
- （三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

劳动法规定的三种的加班工资分别为延时加班工资，休息日加班工资，法定休假日加班工资。

法律规定	常用名称	计算方法	适用情况
《劳动法》 第四十四条第一项	延时加班工资	150%工资报酬	工作日加班 (一般为周一至周五)
《劳动法》 第四十四条第二项	休息日加班工资	200%工资报酬	休息日加班 (一般为周六周日)
《劳动法》 第四十四条第二项	法定休假日加班工资	300%工资报酬	法定节假日加班 (法律规定的节日)

图 7.3: 劳动法规定的三种的加班工资

例如劳动者小明所在公司其工作时间为早上 8：00-12：00，下午 1：30-18：00，19：00-21：00，每周休息一天。我们如何统计出 A 的加班时间帮助其主张权利呢？

我们就计算小明一周的加班时间吧，小明每日工作时间为 10.5 小时，减去 8 小时法定的工作时间，A 每天加班 2.5 小时，每周五个工作日，一周的加班时间就是 2.5 小时 *5 天 =12.5 小时，小明的延时加班工资就是 12.5 小时，A 还在休息日加班，其休息日加班的时间为 10.5 小时，我们假设这一周是四月的第一个周，包括一天的法定节假日——清明节，那么小明还有 10.5 小时的法定节日的加班工资，当然，延时加班工资需要扣除清明节那天的 2.5 小时，应

该为 10 小时。我们再假设 A 的工资报酬经过计算是 10 元/小时，我们就可以将 A 一周可以加班工资及明细计算如下：

加班工资类型	加班时长	计算基数	计算方式	计算结果
延时加班工资	10 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 10 小时 × 150%	150 元
休息日加班工资	10.5 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 10.5 小时 × 200%	210 元
法定节假日加班工资	10.5 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 10.5 小时 × 300%	315 元

图 7.4: 小明的加班工资及明细计算

表格中加班时长是我们上面根据小明的工作时间计算出来的，加班工资的计算基数是我们假定的，在后面关于计算加班工资的内容中会详细的讲解如何计算出加班工资的计算基数，计算方式中的 150%、200%、300% 依据劳动法的规定来确定。

7.3.2 综合工时制下的加班时间的计算

工时制度我们前面已经提到了，我国的工时制度分为三种，标准工时制、综合计算工时工作制、不定时工作制。标准工时的加班工资我们前面已经提及，不定时工作制除法定节假日外没有加班工资，这里就不讨论了，所以我们在这里主要讨论综合计时工时制的加班工资。

我国的综合计算工时工作制是实行审批的，用人单位需要实行综合计时工时制需要向其所在地的人力资源与社会保障部门申请，人力资源与社会保障部门审批通过后方可实行综合计算工时工作制，若用人单位与劳动者仅在劳动合同中约定实行综合计时工时制，而没有经过审批，那么劳动合同中的该条约定由于违法的法律法律而无效，视为对工时制度没有约定，故采用标准工时制（每周五天，每天 8 小时）。

综合计算工时工作制是指单位以标准工作时间为基础，以一定的期限为周期，综合计算工作时间的工时制度。如何理解？

综合计算工时工作制也是以标准工作时间为基础，标准工作时间就是每周五天，每天 8 小时，

标准工作时间的计算的周期是一个周，这一周的七天内连续上五天班，每天工作 8 小时，剩余两天休息。那么劳动者一周的工作时间就是 40 小时。综合计算工时工作制与平均或总体的工作时间标准的区别只是在一个周期内进行了灵活调整，例如综合计算工时工作制可以这样安排：小明一周的七天内，周一工作 20 小时，周二周三休息，周四工作 10 小时，周五休息，周六工作 10 小时，周天休息。这样每周依然工作 40 小时，但根据用人单位的生产状况在一周内灵活调整，在 40 小时的标准工时工作时间的范围内，即使小明周一工作了 20 小时，周六还在工作，依然没有加班工资。但如果超过了 40 小时，如果在我们前面的工作安排的基础上，让小明周天再工作十小时，则小明本周就有权取得 10 小时的休息日加班工资。

另外需要注意的是，综合计算工时工作制没有超过总额工作时间的情况下，安排在法定节假日工作的，依然应当支付法定节假日 300% 的加班工资。小明还是周一工作 20 小时，周二周三休息，周四工作 10 小时，周五休息，周六工作 10 小时，周天休息。假如周四是一旦节，就算没有超过每周 40 小时，由于周四是一旦节并且安排了小明工作，所有小明有权获得 300% 的法定节假日加班工资。

综合计算工时工作制也可能以一个月（174 小时），一个季度为周期，不论周期如何长，综合计算工时工作制总计的工作时长不能超过标准工作制的工作时间，这就是前面讲的综合计算工时工作制是指单位以标准工作时间为基础的，超过的部分就需要按照劳动法第四十四条的规定支付加班工资。

7.3.3 计件制加班时间的确定

计件制加班工资的内容规定在《工资支付暂行规定》第十三条：

法律法规

《工资支付暂行规定》第十三条

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

实行计件工资有两个条件：

1. 计件报酬标准，即劳动者完成某个成果或一定作业量后所得的报酬
2. 定额任务，计件工资应当规定劳动的定额，即完成多少个成果或多少的作业量算是完成了用人单位交付工作。

法律法规

《劳动法》第三十七条

对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

若用人单位仅与劳动者约定了实行计件工资，但没有约定计件报酬标准和定额任务，其主张其实行计件工资而不支付劳动者在标准工时以外工作时间的加班工资，因违反《劳动法》的强制性规定该主张不会得到支持。

若用人单位确定了计件报酬标准和定额任务，加班工资如何计算？

分三种情况：

1. 若用人单位确定了计件报酬标准和定额任务，那么劳动者在没有完成定额任务的情况下，除法定节假日的时间外就没有加班工资可主张

2. 若劳动者完成了定额任务，用人单位继续安排劳动者在法定的工作时间内（一般是每天8小时，每周五天）工作，仍没有加班工资，劳动者只能获得其计件报酬
3. 若劳动者完成了定额任务，用人单位继续安排劳动者在法定的工作时间以外工作，则用人单位需要按照计件单价的150%、200%、300%支付加班工资

7.3.4 证明加班工资的证据及收集建议

加班是基本上是一种全有或全无状态，劳动者在用人单位要么几乎不加班，要么就会经常加班，家暴一样，加班只有0次和无数次。所以劳动者在某一单位工作时，加班是一种日常，就不会去刻意的搜集证据，可能是准备离职与用人单位发生冲突时，才会想起搜集加班的证据。本节内容将帮助你如何搜集证明加班事实的证据以及在庭审中如何证明加班事实存在。

首先，加班事实的存在是由劳动者来证明的，法律依据为《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第四十二条 劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。

实践中常见的证明加班工资的证据为考勤记录、用人单位考勤制度、微信或其他社交软件聊天记录、加班通知、加班审批、工作成果、工作记录。为方便大家理解，我们逐一进行讲解。

1、考勤记录

考勤记录应该是最为常见的证明加班事实的工具了，因为用人单位出于监督、控制劳动者工作的需要，必须对劳动者进行考勤管理，进行考勤管理就会留下考勤记录，劳动者一般都能取得或者部分取得考勤记录作为证明其上下班时间的证据，以此证明加班事实的存在。

2、用人单位考勤制度

有的用人单位会把违法摆在明面上，在公司的考勤制度或者其他制度里面规定每周上班六天，每天上午九点到晚上九点。此类规定作为劳动者向用人单位主张加班工资的证据。劳动者可以通过手中掌握的员工手册、或者张贴的用人单位工作场所的制度举示用人单位的考勤制度。

3、微信或其他社交软件聊天记录、加班通知或审批

此类证据通常出现在公司内部网站、系统或者办公软件的聊天记录中，可以通过截屏的方式，并将图片打印出来，提交法院或仲裁委作为证明加班事实的证据，收集时并不要觉得繁琐，每小时的劳动都应该有相应的报酬。并且尽量多的搜集也能增加审判员和仲裁员对你加班事实的认可程度。

4、工作记录

出于对劳动者管理的需要，用人单位的管理人员或其他人员会对员工的工作进行记录，如果劳动者能取得这些工作记录也能够证明，（2019）川01民终6698号劳动争议案件中，劳动

者就举示出其在法定工作时间以外参加例会的签到表，证明了该劳动者的加班事实存在，也得到了法院支持。

5、工作成果

以上的证据可以从我们的工作内容中寻找能够证明加班事实的证据，加班期间完成的工作成果也可以作为证明加班事实的证据，例如加班期间完成工作成果后发送给领导或者客户的工作邮件等，北京朝阳区（2021）京 0105 民初 26176 号案中的劳动者提交了其加班期间发送的电子邮件和翻译件证明了加班事实的存在，法院据此认定了加班事实的存在。

7.3.5 加班事实的举证责任分配

在劳动争议中，劳动者是肯定主张加班事实存在，但用人单位一般会主张劳动者不存在加班事实。那在庭审中是由劳动者证明加班事实存在还是由用人单位证明加班事实不存在呢？这就是举证责任的问题。

1、加班工资的举证责任归谁？

司法解释

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十二条

劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

将加班工资的举证责任归于劳动者。因此，在劳动仲裁实践中，加班费的举证责任由劳动者承担，劳动者必须用充足的证据证明自己存在加班的情况，没有证据就很难赢，劳动者要追讨多少加班费，就要举证多少证据。

2、实务技巧如何利用司法解释对于举证责任的分配帮助自己主张到加班工资？

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十二条规定由劳动者来证明加班事实的存在，但是司法解释同时考虑到劳动者自行收集证据较为困难，对劳动者的举证责任进行部分减轻，即如果劳动者能够证明其加班的证据由用人单位掌握，则可以要求用人单位提供，如果用人单位不提供的裁判机构会让用人单位承担不利后果。此时裁判机构就会根据劳动者的诉求来酌情裁判加班工资的多少。关于这一点笔者认为深圳市中院的裁判指引理解的较为准确。

司法解释**深圳市中级人民法院关于印发《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》的通知**

劳动者主张加班工资，用人单位否认有加班的，劳动者应就其存在加班事实或用人单位掌握加班事实存在证据承担举证责任；劳动者已举证证明其存在加班事实或用人单位掌握加班事实存在证据的，用人单位应就劳动者申请劳动仲裁之日前两年内的工作时间承担举证责任。

但严格一些的裁判机构会审查劳动提供的考勤记录的真实性，如果都是复印件或者打印件可能不会被采纳，故建议寻找同单位工作的同事出庭作证，证明公司确实有考勤制度，以及公司确实保存了考勤记录。

通过劳动者自己掌握不多的证据，来证明用人单位拥有全部的证明加班事实的证据，并要求用人单位提供，不提供则承担不利后果，这样就可以通过举证责任有效的去证明自己的加班事实，切实维护自身的权利。

3、如何举证？

我们先前提到了许多证明加班事实存在的证据，考勤记录、用人单位的考勤制度、微信或其他社交软件聊天记录、加班通知或审批、工作记录、工作成果等。以下证据结合起来即可相对健全地组成一个证据链，证明用人单位应该支付加班工资的事实。

公司临时安排或制度性安排加班的证据

此类证据有：加班通知或审批、领导安排加班的聊天记录，还有公司的制度性规定，例如规定每周上六天，每天作息时间是 9 点到 21 点。这是证据一

证明加班事实存在的证据

此类证据有考勤记录、加班期间完成工作成果、工作记录等。这是证据二

证明加班的计算基数

此类证据有我们的工资发放记录或工资表等。这是证据三

结合起来，证据一证明加班是公司安排、规定或强迫的，并非自愿加班；证据二证明加班的时长，已经加班的事实；证据三证明我们加班费的计算基数方便我们足额的主张加班费用。

另外以上这些证据我们应尽量去搜集，如果搜集不到在用人单位手中的，可以搜集一些片段或部分按照之前的方式要求用人单位提供完成的，如果通过这种方式也搜集不到，就能搜集多少搜集多少。实践中大量的劳动者主张加班费都是通过较少的证据主张成功了加班费。

最后提醒一下，加班费的主张劳动争议仲裁委或法院全额支持劳动者诉求的比较少，但实践中完全不支持加班费主张的案例也是很少的，我们要做好心理准备，但是我们也不能因此就放弃主张自己的权利。许多裁判机构有自己的立场或者在某个时期有自己的立场，我们也不能通过某些孤立的案例来得出什么普遍的结论来抹杀自己的积极性。

7.3.6 公司规定加班审批制，没有经过批准的加班是否可以主张加班工资？

问题：公司规章制度中规定了加班审批制，批准了才算加班，不批准就不算加班，如果制度有效，那么没有经过批准的加班是否可以主张加班工资？

最高人民法院于 2021 年 8 月发布了第二批劳动人事争议典型案例，其中案例三表明了最高院的态度。

司法案例

劳动人事争议典型案例（第二批）案例 3. 用人单位未按规定制度履行加班审批手续，能否认定劳动者加班事实？

基本案情

吴某于 2019 年 12 月入职某医药公司，月工资为 18000 元。某医药公司加班管理制度规定：“加班需提交加班申请单，按程序审批。未经审批的，不认定为加班，不支付加班费。”吴某入职后，按照某医药公司安排实际执行每天早 9 时至晚 9 时，每周工作 6 天的工作制度。其按照某医药公司加班管理制度提交了加班申请单，但某医药公司未实际履行审批手续。2020 年 11 月，吴某与某医药公司协商解除劳动合同，要求某医药公司支付加班费，并出具了考勤记录、与部门领导及同事的微信聊天记录、工作会议纪要等。某医药公司虽认可上述证据的真实性但以无公司审批手续为由拒绝支付。吴某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁。

申请人请求

请求裁决某医药公司支付 2019 年 12 月至 2020 年 11 月加班费 50000 元。

处理结果

仲裁委员会裁决某医药公司支付吴某 2019 年 12 月至 2020 年 11 月加班费 50000 元。某医药公司不服仲裁裁决起诉，一审法院判决与仲裁裁决一致，某医药公司未上诉，一审判决已生效。

本案中，吴某提交的考勤记录、与部门领导及同事的微信聊天记录、工作会议纪要等证据形成了相对完整的证据链，某医药公司亦认可上述证据的真实性。某医药公司未实际履行加班审批手续，并不影响对“用人单位安排”加班这一事实的认定。故仲裁委员会依法裁决某医药公司支付吴某加班费。

通过该案例，可见最高法的意见是——只要能够证明加班是由用人单位安排的，就应当认定加班事实并主张支付加班费。

但实际上，我们劳动者想证明自己加班存在并由用人单位安排实在是困难重重，笔者在 openlaw 网站上翻阅了 2021 年 9 月以来的判决书，结果对劳动者不利的判例居多，原因如下：

1. 地方仲裁委/法院裁判思路滞后，未紧跟《最高法劳动人事争议典型案例（第二批）》案例三
2. 公司证明加班审批制经过双方协商一致很容易（例如藏在劳动者签过字的员工手册里）

3. 劳动者难以提供加班经过审批的相关证据

故仲裁委/法院大多不采信劳动者关于加班的主张。

也有少数胜诉案例，原因可以参考如下：

- 1. 用人单位未提供证据证明劳动者知晓加班审批制度的事实
- 2. 用人单位未提供证据证明其加班审批制度在生产管理中进行了对劳动者的实行，因此承担举证不能的不利后果

综上，我们要用最高法的意见坚持主张，要提供证据证明加班由用人单位安排，并否认用人单位对我们实行过加班审批制，胜诉的天平就会向我们倾斜。

7.3.7 加班工资的计算

我们前面在什么情况下算加班中，已经提到了部分加班工资的计算方式，加班工资的计算公式为：加班工资 = 计算基数 * 加班时长 * 系数

加班时长的概念及计算我们前面已经提及了，系数规定在《劳动法》四十四条规定中，不同加班类型系数不一样，工作日加班系数为 150%，休息日加班系数为 200%，法定节假日加班系数为 300%。计算基数表现为：20 元/小时，200 元/天这样的形式。综上我们可以将劳动者在某个期间所有的加班工资按下表进行汇总

加班工资类型	加班时长	加班工资的计算基数	计算方式	加班工资数额
延时加班工资	12.5 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 12.5 小时 × 150%	187.5 元
休息日加班工资	10.5 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 10.5 小时 × 200%	210 元
法定节假日加班工资	10.5 小时	10 元/小时	10 元/小时 × 10.5 小时 × 300%	315 元

图 7.5: 某个期间所有的加班工资

1、应该如何计算我们每小时，每天的加班工资呢？

法律法规

《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》劳社部发〔2008〕3号

按照《劳动法》第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的 11 天法定节假日。据此，日工资、小时工资的折算为：

日工资：月工资收入/月计薪天数

小时工资：月工资收入/（月计薪天数 *8 小时）

月计薪天数=（365 天-104 天）/12 月= 21.75 天

- 假如劳动者小张月收入为 4500 元
- 其日工资 =4500 元/21.75 天 =206.89 元/天
- 小时工资 =4500 元/（21.75 天 *8 小时）=25.86 元/小时

我们假设劳动者小张所在公司规定每天工作时间为 9：00-21：00 中午吃饭 + 午休一小时，每周工作 6 天（996），法定节假日全部取消，春节放假 3 天。我们就按其每月 4500 元/月的工资来计算他一年的加班工资。

2、三种类型的加班来分别计算

我们按照三种类型的加班来分别计算劳动者小张的加班时长

延迟加班时长

劳动者小张所在公司规定 9：00-21：00 中午吃饭及午休一小时，那 ta 每天工作 11 小时，每个工作日就有 3 小时的加班，根据《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》的规定我国每年的工作日为 250 天，

故劳动者小张的延时加班时长 =250 天 *3 小时 =750 小时

休息日加班时长

劳动者小张所在公司规定，每周工作 6 天，那一周就会有一天的休息日的加班，周六工作也是 11 小时，每周就有 11 小时的休息日加班时长，每年有 52 个周。

故小张休息日加班时长为 =11 小时/周 *52 周 =572 小时

法定节假日加班时长

我国法定节假日天数一年总计 11 天，劳动者小张所在公司取消了所有的法定节假日只在春节放假 3 天，劳动者小张每年就有 8 天法定节假日在加班，劳动者小张每天工作 11 小时。

故劳动者小张的法定节假日加班时长 =8 天 *11 小时 =88 小时

将以上所有数据汇总起来，我们就可以得到如下表格：

劳动者小张一年的加班工资数额总计为 65503.38 元，我们非常建议在劳动争议中也采取这样表格的形式来呈现劳动者主张的加班工资。

阅读以上的内容我们肯定能够对于加班工资的计算有了一定的了解，我们也会发现加班

加班工资类型	加班时长	加班工资的计算基数	系数	计算方式	加班工资数额
延时加班工资	750 小时	25.86 元/小时	150%	25.86 元/小时 × 750 小时 × 150%	29092.5 元
休息日加班工资	572 小时	25.86 元/小时	200%	25.86 元/小时 × 572 小时 × 200%	29583.84 元
法定节假日加班工资	88 小时	25.86 元/小时	300%	25.86 元/小时 × 88 小时 × 300%	6827.04 元

图 7.6: 小张加班费计算

工资的计算基数其实对于我们加班工资的数额影响巨大，加班工资的计算基数在实践中也存在很多争议，下面就分享两个案例帮助理解加班工资的计算基数。

7.3.8 加班工资的计算基数的常见争议

1、加班费应由加班费基数计算，不是固定的！

司法案例

案号：（2015）南民初字第 1025 号

武某 2013 年 8 月至 2014 年 10 月于天津市某物业服务有限公司从事保安工作。月工资标准为 1500 元，双方签有书面劳动合同，期限至 2015 年 7 月 31 日。武某入职后每月实发工资 2800 元。庭审中，公司表示发放的工资标准是天津市市当年最低工资标准，即 1500 元，而每月实发工资中已经包括了固定加班费即 2800-1500=1300 元。公司认为职工无论加班多少，每月固定可得一笔“加班费”，即根本不考虑加班费的计算基数。双方当庭都确认了在职期间公司累计向武某发放延时及休息日加班费 17020 元、法定节假日加班费 880 元。

双方的争议在于，武某称自己工作周期为每日工作 12 小时、每月休两天，公司则称武某实行标准工时、每月休两天。

法院向公司询问上班考勤记录，但公司只是称自己采取了指纹打卡记录考勤，不能向法院提供考勤记录。后另经仲裁机构核实，武某的实际上班时间为 8:00，下班时间为 20:00。严重违反了法定标准工时。

结合以上证据，加上公司未向法院提供考勤记录，法院对公司主张的工作时间不予采信。经核算，武某在职期间延时加班共 2460 小时、法定节假日加班 180 小时。关于加班费基数问

题，结合双方劳动合同约定及双方确认的加班费发放情况，武某的加班费基数应扣除公司已发放的加班费，平均基数应为 1581 元。

最终法院判决公司支付武某 2013 年 8 月 1 日至 2014 年 10 月 10 日加班费 20535 元。

2、加班费基数就是当地的最低工资标准吗？当然不是！

司法案例

案号：(2020)沪 0117 民初 9629 号

蔡某于 2018 年 1 月 1 日至上海某公司处从事机加工工作，双方签订了书面劳动合同，期限 4 年，约定蔡某月工资为 2,420 元，**合同中约定了加班费基数按照 2,420 元计算，即上海市最低工资标准**，蔡某当时对加班费基数无异议，后公司与蔡某签订了一份《薪资协议书》，协议书中将蔡某工资分为：基本工资 2,420 元，岗位津贴 1,000 元，绩效奖金 1,480 元，工龄工资 100 元，每月有全勤奖 150 元。

蔡某于 2020 年 1 月 17 日书面提出离职，双方劳动关系于 2020 年 1 月 31 日解除。2020 年 5 月 19 日蔡某向上海市松江区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付加班工资差额，以**基本工资 + 岗位津贴 + 绩效奖金 + 工龄工资 + 全勤奖的总额作为加班费基数**。

仲裁委员会作出裁决：公司于裁决书生效之日起 7 日内支付被告 2018 年 4 月至 2019 年 5 月期间的加班工资差额 36,569.91 元。

但公司认为，蔡某的绩效奖金和全勤奖都是属于浮动工资，不应该计算在加班费基数范围内，另外蔡某计算的加班时间也不正确，故公司不服该仲裁委员会的裁决，诉至法院。

法院认为，对于加班工资的计算基数，应该按照劳动合同中约定的劳动者正常工作时间的月工资来确认，以实际工资作为计算基数。凡是用人单位直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际工资。故公司按照上海市最低工资标准作为加班工资的计算基数，显然不符合法律规定，公司应当补足相应的加班工资差额。

蔡某正常工作时间为每天 8:00 至 16:30，做五休二，公司实行纸卡考勤。公司提供了蔡某 2018 年 4 月至 2019 年 5 月期间的考勤记录。最终法院判决蔡某主张的加班工资计算基数并无不当，公司于判决生效之日起十日内支付蔡某 2018 年 4 月至 2019 年 5 月期间的加班工资差额 36,569.91 元。

7.3.9 包薪制（约定工资包含加班工资）

1、劳动合同或者 offer 或其他文件中规定了包薪制（支付的工资中包含了加班工资）劳动者是否还可以主张加班工资？

包薪制，即劳动者与公司在劳动合同中明确约定公司按期支付的工资中包含了加班工资（通常不会规定加班的具体时长与时间），因而无论劳动者在劳动周期内加班了多久，最终实

际工资都以合同中约定的“打包”后的工资为准进行支付。

相关规定与意见：

法律法规

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第六十二条

劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含了正常工作时间工资和加班工资的，劳动者的时薪为按照下图进行计算。

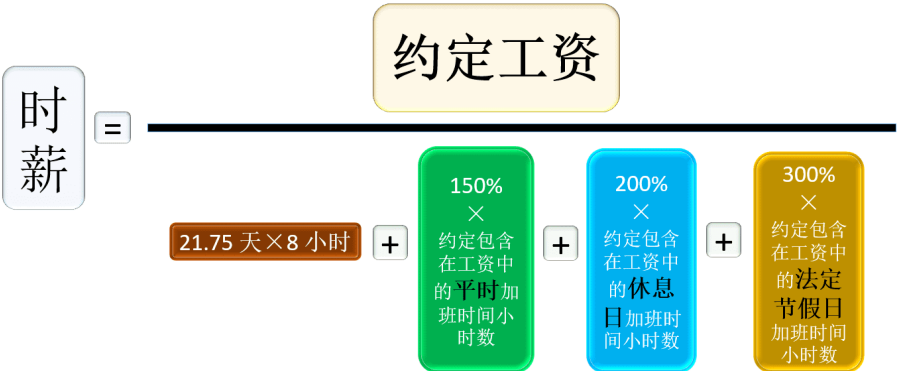


图 7.7: 劳动者的时薪计算

按上述方法计算出的劳动者的时薪低于当地最低工资标准的，该约定为无效；劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

换言之，如果按照包薪制约定的合计了加班工资与基本工资之后计算出来的平均时薪（其中加班工资的比例规定来源于《工资支付暂行规定》第十三条）低于当地最低工资标准，则此约定无效，劳动者有权对包薪制工资中计算下来不足最低工资标准的差额进行主张。

2、案例 1

类似的，《劳动午报》的专题答问中，法官也同样提出“工资包干制”（即上述包薪制）的规定下不可绕过最低工资标准，并且同样不可绕过劳动法第四十一条规定的每日加班不超过 3 小时，每月加班不超过 36 小时进行无限制的加班。详情如下：

劳动者问

我与公司在劳动合同中约定，根据专业特长和工作能力，由公司对我实行“包干制工资”，标准为当地政府规定的最低工资。可我上任后，公司常常要求我加班加点，而且加班时间经常超过 3 小时。当我向公司索要加班费时却遭到拒绝，其理由是“包干制工资”意味着工资、加班费全在其中而且数额是固定的，否则，就不是“包干制工资”了。因此，我无权额外索要加班工资。

请问：公司的说法对吗？

法官回答

公司的说法是错误的，你有权索要加班工资。

《劳动法》第四十七条、第四十八条分别规定：“用人单位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。”“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。”

原劳动和社会保障部发布的《最低工资规定》第三条也指出：“本规定所称最低工资标准，是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。”这就是说，用人单位虽可以依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平，并与劳动者进行约定，但不得违反法律关于最低工资保障等规定。

“包干制工资”是指在劳动合同中打包约定法定标准工作时间工资和加班费的一种工资分配方式。最低工资标准是指劳动者在法定工作时间内或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应当支付的最低劳动报酬，其组成不包含延长工作时间工资，劳动者在夜班、高温、低温、井下等特殊工作环境、条件下的津贴，以及法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。

通过比较可以看出，“包干制工资”不包括约定或法定标准工作时间以外的加班费，且并非一成不变。当劳动者在约定或法定标准工作时间以外提供劳动时，最低工资应随之“水涨船高”，即必须按照最低工资标准予以增加，增加部分实质上就是加班费。

与之对应，本案中的公司不应借口实行“包干制工资”让你无节制的加班加点。在你确已加班加点的情况下，公司必须按照你加班的时间，依据延长工作时间不低于工资的 150%、休息日安排上班又不能安排补休不低于工资的 200%、法定休假日安排上班不低于工资的 300% 的标准向你支付加班费。

案例 2

人社部和最高院联合发布了《人力资源社会保障部、最高人民法院关于联合发布第二批劳动人事争议典型案例的通知》，其中的典型案例 4 则明确提到了一则包薪制劳动纠纷案例，在该案例下，劳动者在包薪制合同下与公司约定 4000 元月工资，劳动者以最低工资标准为由认定公司未足额支付劳动加班费，而公司却认为包薪制已经包含了加班费，拒不承认劳动者主张，最后法院则认同了劳动者主张，人社部与最高院以此案为典型案例确认了包薪制下应严格不低于最低工资标准，不可以此规避加班费相关的法定责任。详情如下：

司法案例

用人单位与劳动者约定实行包薪制，是否需要依法支付加班费

基本案情

周某于 2020 年 7 月入职某汽车服务公司，双方订立的劳动合同约定月工资为 4000 元（含加班费）。2021 年 2 月，周某因个人原因提出解除劳动合同，并认为即使按照当地最低工资标准认定其法定标准工作时间工资，某汽车服务公司亦未足额支付加班费，要求支付差额。某汽车服务公司认可周某加班事实，但以劳动合同中约定的月工资中已含加班费为由拒绝支付。周某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁。

申请人请求

请求裁决某汽车服务公司支付加班费差额 17000 元。

处理结果

仲裁委员会裁决某汽车服务公司支付周某加班费差额 17000 元（裁决为终局裁决），并就有关问题向某汽车服务公司发出仲裁建议书。

案例分析

本案的争议焦点是某汽车服务公司与周某约定实行包薪制，是否还需要依法支付周某加班费差额。

《中华人民共和国劳动法》第四十七条规定：“用人单位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。”第四十八条规定：“国家实行最低工资保障制度。”《最低工资规定》（劳动和社会保障部令第 21 号）第三条规定：“本规定所称最低工资标准，是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。”从上述条款可知，用人单位可以依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平并与劳动者进行相应约定，但不得违反法律关于最低工资保障、加班费支付标准的规定。

本案中，根据周某实际工作时间折算，即使按照当地最低工资标准认定周某法定标准工作时间工资，并以此为基数核算加班费，也超出了 4000 元的约定工资，表明某汽车服务公司未依法足额支付周某加班费。故仲裁委员会依法裁决某汽车服务公司支付周某加班费差额。

典型意义

包薪制是指在劳动合同中打包约定法定标准工作时间工资和加班费的一种工资分配方式，在部分加班安排较多且时间相对固定的行业中比较普遍。虽然用人单位有依法制定内部薪酬分配制度的自主权，但内部薪酬分配制度的制定和执行须符合相关法律的规定。实践中，部分用人单位存在以实行包薪制规避或者减少承担支付加班费法定责任的情况。实行包薪制的用人单位应严格按照不低于最低工资标准支付劳动者法定标准工作时间的工资同时按照国家关于加班费的有关法律规定足额支付加班费。

7.3.10 不加班？劳动者拒绝违法超时加班安排，用人单位能否解除劳动合同？

编者的话

这一章我将给工友们讲一下在加班问题上常见的会和用人单位发生的劳动争议事项，以及相关具体问题的解决方法、依据与思路。工作中我们常会遇到这种情况，用人单位制定了违反法律规定的加班制度，规定了违法的加班条款。那劳动者能否拒绝这样的违法超时加班安排？同时，用人单位能否以此为由开除劳动者或解除劳动合同？

首先，强调一下，强制员工无偿加班自然不合法。其次，拖欠加班费同样属于违法行为。

1、劳动者拒绝违法超时加班安排，用人单位能否解除劳动合同？

法律法规

《中华人民共和国劳动法》第四十三条

用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。

司法案例

案例 1. 劳动者拒绝违法超时加班安排，用人单位能否解除劳动合同

基本案情

张某于 2020 年 6 月入职某快递公司，双方订立的劳动合同约定试用期为 3 个月，试用期月工资为 8000 元，工作时间执行某快递公司规章制度相关规定。某快递公司规章制度规定，工作时间为早 9 时至晚 9 时，每周工作 6 天。2 个月后，张某以工作时间严重超过法律规定上限为由拒绝超时加班安排，某快递公司即以张某在试用期间被证明不符合录用条件为由与其解除劳动合同。张某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁。

申请人请求

请求裁决某快递公司支付违法解除劳动合同赔偿金 8000 元。

处理结果

仲裁委员会裁决某快递公司支付张某违法解除劳动合同赔偿金 8000 元（裁决为终局裁决）。仲裁委员会将案件情况通报劳动保障监察机构，劳动保障监察机构对某快递公司规章制度违反法律、法规规定的情形责令其改正，给予警告。

案例分析

本案的争议焦点是张某拒绝违法超时加班安排，某快递公司能否与其解除劳动合同。

法律法规

《中华人民共和国劳动法》第四十一条

用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

法律法规

《中华人民共和国劳动法》第四十三条

用人单位不得违反本法规定延长劳动者的工作时间。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定

下列劳动合同无效或者部分无效：

.....

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

为确保劳动者休息权的实现，我国法律对延长工作时间的上限予以明确规定。用人单位制定违反法律规定的加班制度，在劳动合同中与劳动者约定违反法律规定的加班条款，均应认定为无效。

从上述条款可知，**用人单位如果制定了违反法律规定的加班制度，规定了违法的加班条款，那劳动者自然可以拒绝这样的违法超时加班安排。同时，用人单位也不得以此为由开除劳动者或解除劳动合同。**

本案中，某快递公司规章制度中“工作时间为早 9 时至晚 9 时，每周工作 6 天”的内容，严重违反法律关于延长工作时间上限的规定，应认定为无效。张某拒绝违法超时加班安排，系维护自己合法权益，不能据此认定其在试用期间被证明不符合录用条件。故仲裁委员会依法裁决某快递公司支付张某违法解除劳动合同赔偿金。

在此案例中，劳动者以工作时间严重超过法律规定上限为由拒绝超时加班安排，而公司却以劳动者在试用期间拒绝超时加班安排不符合录用条件为由与其解除劳动合同，劳动者以公司违法解除劳动合同为由提起仲裁，最后法院则认同了劳动者主张，人社部与最高院以此案为典型案例确认了**劳动者有权拒绝违法超时加班安排，不可以此为由解除劳动合同**。因此不管是在试用期间还是正式就职期间，劳动者都有权拒绝违法超时加班安排。

7.3.11 奋斗者协议？劳动者与用人单位订立放弃加班费协议，能否主张加班费？

编者的话

订立放弃加班费协议在什么情况下是有效的，什么情况下是无效的？这对于广大劳动者主张加班费是否成功至关重要。公司常常会利用自己在签订合同时的主导地位，胁迫劳动者订立自愿放弃加班费的一些协议。请广大劳动者需要擦亮眼睛，在遇到这种情况的时候不要慌张。

本文将为大家说明在签了自愿放弃加班费协议的情况下，劳动者能否主张加班费的典型情况。

1、只要订立的是放弃加班费协议，都能被认定是胁迫的吗？

司法解释

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）

第十条规定：劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，**不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的**，应当认定有效。

司法案例

（2018）辽 02 民终 8358 号

杨某和其他员工在和某啤酒有限公司于 2011 年 3 月离职时订立《解除劳动合同协议》，订立协议时被公司和当地的劳动仲裁委告知加班费的诉讼时效是一年，依据法律规定公司不会给付加班费。

杨某和其他员工都认为公司是故意告知员工诉讼时效的错误信息，导致大家作出错误的判断，并且公司威胁全体员工如果不在《解除劳动合同协议》上签字将得不到任何补偿，所以该条款是被胁迫签订的。由此，杨某和其他员工想要主张自己在 2011 年 3 月之前的加班费。并且提供了相应证据。

但法院认为，公司只是将其对诉讼时限的认识向劳动者进行了告知，并不属于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十条规定的欺诈情形。另外，《解除劳动合同协议》明确规定了公司需要给员工赔付赔偿金的所有事宜，且公司依法发放了所有赔偿金。结合出庭作证的证人的证词中可以得出，杨某和员工都得到了的相应工作年限发放经济补偿金。

因此，《解除劳动合同协议》是双方对已履行劳动合同过程进行评价后，对可能得到的实体利益的处分，并不违反法律、行政法规的强制性规定，也不存在被胁迫的情况。

从上述案例中，劳动者主张加班费失败的原因可以从以下几点概括：

1. 公司告知的一年诉讼时效是符合法律规定的，并且公司说的是不给付加班费并非不给付赔偿金，不存在威胁劳动者订立协议的事实
2. 公司已经按照法律法规支付了相应的赔偿金和补偿金
3. 劳动者败诉并非在于协议中写明的不给予加班费，而在于主张加班费已经超过了诉讼时效，即使提供再具体的证据也无济于事。

2、解除劳动合同协议中规定的“自愿放弃加班费”有效吗？

上一个案例中的《解除劳动合同协议》之所以能白纸黑字申明不支付加班费，主要原因还是在于劳动者已经超过了加班费的申诉时效，而下面这个案例也是同样写明不支付加班费，但是劳动者主张成功了，这是为什么呢？

司法案例

(2015)粤高法民申字第 802 号

李某于 2013 年 1 月 10 日与德赛物业签订的《协商解除劳动合同协议书》，协议中规定：德赛物业给予李某人民币 7500 元生活补助，解除劳动合同之日前的加班工资、奖金、补贴等劳动报酬已结清，李某不要求支付经济补偿金等其他任何费用”。

法院认为，尽管协议约定了：“不要求支付经济补偿金、赔偿金、其他任何费用”，但**可以认定德赛物业是以支付生活补助的方式规避支付经济补偿金和劳动报酬的法定责任**。而李某提供的证据已证明存在加班的情形，德赛物业不予提供相应的加班时间和加班费证据，应承担不利的法律后果。最终法院判决判德赛物业应向李某支付未足额支付的加班费 12138 元。

从上述案例中，劳动者主张加班费成功的原因可以从以下几点概括：

1. 用人单位在协议中是以支付生活补助的方式规避支付经济补偿金，没有承担相应的法定责任
2. 李某于离职后，当月就申请了劳动仲裁，处于诉讼有效期内
3. 李某提供的加班证据充足，公司不能提供相反的举证
4. 用人单位单方面拟定的格式条款，以此定立自己在签订劳动合同时的主导地位，不具备任何法律效力且违反法律规定。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》第三十一条

加班费属于用人单位应当支付的劳动报酬，约定放弃加班费的协议免除了用人单位的法定责任、排除了劳动者权利，显失公平，应认定无效。

劳动者如果签订了自愿放弃加班费的相关协议，不论是在入职时的《劳动合同》中，还

是在离职后《解除劳动合同协议》里，抑或是其他条款，需要认清它**是否属于用人单位逃避法律责任的格式条款，并且一定要在加班费诉讼有效期内主张自己的权利。**

7.3.12 公司以规章制度的形式否认劳动者的加班事实，是否有效？

编者的话

许多劳动者经常会担心的事之一，便是公司是否能够利用规章制度的各种形式来躲避各种劳动法的相关规定，并且以规章制度为凭，在劳动者进行劳动仲裁的时候作为仲裁时的证据和依据，从而让劳动者本应得到保障的权益受到损害。在这一小节，我们将会重点讲解人设部和最高院联合发布的典型案例之 8，其核心内容便是分析**当公司以划定特定时间段为加班时间以及其他的类似方式否认劳动者的加班事实时**，这样的规章制度还是否有效？

司法案例

用人单位以规章制度形式否认劳动者加班事实是否有效

基本案情

常某于 2016 年 4 月入职某网络公司。入职之初，某网络公司通过电子邮件告知常某，公司采取指纹打卡考勤。员工手册规定：“21:00 之后起算加班时间；加班需由员工提出申请，部门负责人审批。”常某于 2016 年 5 月至 2017 年 1 月期间，通过工作系统累计申请加班 126 小时。某网络公司以公司规章制度中明确 21:00 之后方起算加班时间，21:00 之前的不应计入加班时间为由，拒绝支付常某加班费差额。常某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁，请求裁决某网络公司支付其加班费差额。某网络公司不服仲裁裁决，诉至人民法院。

原告诉讼请求

请求判决不支付常某加班费差额。

裁判结果

一审法院判决：某网络公司支付常某加班费差额 32000 元。双方不服，均提起上诉。二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

最高法和人社院对此案例的分析是：一方面，某网络公司的员工手册规定有加班申请审批制度，该规定并不违反法律规定，且具有合理性，在劳动者明知此规定的情况下，可以作为确定双方权利义务的依据。另一方面，某网络公司的员工手册规定 21:00 之后起算加班时间，并主张 18:00 至 21:00 是员工晚餐和休息时间，故自 21:00 起算加班。鉴于 18:00 至 21:00 时间长达 3 个小时，**远超过合理用餐时间**，且在下班 3 个小时后再加班，不具有合理性。**在某网络公司不能举证证实该段时间为员工晚餐和休息时间的情况下**，其规章制度中的该项规定不具有合理性，人民法院依法否定了其效力。人民法院结合**考勤记录、工作系统记录**等证据，确定了常某的加班事实，判决某网络公司支付常某加班费差额。

可以看到，即便公司强行规定了 21:00 之后才算加班时间，但是由于劳动者通过考勤和工作系统记录成功证明自己在 18:00-21:00 之间仍然存在加班事实，而公司无法举证 18:00-21:00 这段时间仅仅只是休息时间，也无法举证劳动者不存在加班事实，因此即便规章制度如此，员工也对此规章制度知晓的情况下，公司仍被判处要支付加班费。可以看到，即便规章制度强行划定了加班时间，只要劳动者能**证明加班时间外依然存在加班事实**，其主张就可以得到认可。

1、那么公司所有对于加班的相关规定都不能生效吗？

在上面的案例里，我们同时也要注意另一件事，即最高法和人社院还提到了”**某网络公司的员工手册规定有加班申请审批制度，该规定并不违反法律规定，且具有合理性，在劳动者明知此规定的情况下，可以作为确定双方权利义务的依据。**”这一点依据的便是下面这条法律。

法律法规

中华人民共和国劳动合同法

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。

所以即便在上述案例中法院没有对公司加班时间的划定予以承认，但是却同时认为公司的加班审批制度本身是合法合理的，因此接下来，我们就着重看一下另一个由于这一点而导致劳动者主张未能得到支持的案例。

司法案例

(2012) 园民初字第 0130 号

基本案情

原告自入职以来，因为工作需要经常加班（包括工作日延长工时以及双休日加班）。原告认为，只要原告的岗位采用标准工时制度，在正常工作时间以外提供劳动的，被告都应该核算并支付加班费用。

被告精英公司辩称：按照被告员工手册规定，员工加班必须由当事人本人申请并在加班申请单签名后提请主管核准，没有经申请、核准自行加班属于个人行为，不列为加班时数，不支付加班费。原告签署了员工手册，并确认本人阅读并理解了《员工辅导手册》及公司公示的规章制度的全部内容，并承诺自愿接受所有条款的约束。公司的制度规定没有违反法律规定，故员工知道这些规定应当予以遵守。对于员工要求支付加班费但没有加班申请及审核程序的，被告认为不符合规章制度的规定，不应予以认可，请求驳回原告的诉讼请求。

原告诉讼请求

请求判令被告支付 2010 年 3 月至 2011 年 5 月期间加班费合计 51690 元。

裁判结果

驳回原告姜某某的诉讼请求。

案情分析

本案的争议焦点主要集中于加班事实应如何确认。

经核对双方当事人提供的证据，本院查明如下事实：虽精英公司对于姜某某提供的电子考勤记录不予认可，但该公司亦确认员工上下班打卡，且未提供相应考勤记录否认姜某某提供的记录，故对于姜某某电子考勤记录显示姜某某入厂时间与离厂时间本院予以确认。

然而，姜某某不能举证证明此后曾向精英公司（或志合公司）提交过加班申请单，精英公司未向姜某某支付过加班工资的事实。姜某某虽否认精英公司的加班申请与审批制度，但结合精英公司提交的各项证据来看，精英公司关于加班申请与审批制度确有明确规定，并已获得姜某某的认可。综上，本院认为，姜某某不能举证证明在 2010 年 3 月至 2011 年 5 月期间按照规章制度的规定提交过加班申请，故其关于加班工资的主张无事实和法律依据，本院不予支持。

在上述案例中我们可以看到，虽然法院认定了劳动者通过考勤记录所证明的上下班时间，但由于公司规章制度规定了加班需要申请与审批，在劳动者未能提供自己提交过相关申请的证据的情况下，最后没有支持劳动者的主张，认定劳动者的加班为自发行为。由此我们也可以看到，如果公司在规章制度的制定中并没有直接否认劳动者的加班事实，而只是在加班程序上有所规定，且在劳动者明确知情的情况下，这样的规章制度是不违反法律的。

反之，如果在上述案例中，劳动者能够成功证明自己存在加班事实，同时按照规章制度程序提交了申请，而公司却不给加班的申请予以通过，亦或是劳动者能够证明自己对此项规

章制度并不知晓的话，那么公司以此为由拒绝支付劳动者加班费的主张将大概率得不到法院的认可。

也因此，在诸如此类的案例中，劳动者要在仲裁时着重去证明的是：

1. 以考勤记录和工作系统记录等证据证明自己存在加班事实
2. 在公司以规章制度作为不支付加班费的理由时，确认自己遵守了规章制度中的相关程序，但是**公司在实行规章制度的过程，否认了劳动者的加班事实。**

这种否认的形式可能是在时间上直接划定某一时间段不算加班，也可能是在你确实加班的情况下却故意不给你通过加班审批，即审批本身的标准不合理，而除此之外，只是在加班程序上予以规定，并且这些规定得到了劳动者承认的情况下，这样的规定则是会被视为有效的，对于这些规章制度的违反则会导致劳动者在仲裁中的加班事实认定中处于劣势，大家一定要切记。

7.3.13 劳动者在离职文件上签字确认加班费已结清，是否有权请求支付欠付的加班费？

最高人民法院于 2021 年 8 月发布了第二批劳动人事争议典型案例，其中案例九表明了最高院的态度。

司法案例

劳动人事争议典型案例（第二批）案例 9. 劳动者在离职文件上签字确认加班费已结清，是否有权请求支付欠付的加班费**基本案情**

2017 年 7 月，肖某与某科技公司（已依法取得劳务派遣行政许可）订立劳动合同，被派遣至某快递公司担任配送员，月工资为基本工资加提成。肖某主张某快递公司在用工期间安排其双休日及法定节假日加班，并提交了工资表。工资表加盖有某科技公司公章，某科技公司和某快递公司均认可其真实性。该工资表显示，2017 年 7 月至 2019 年 10 月期间肖某存在不同程度的双休日加班及法定节假日加班，但仅获得少则 46.15 元、多则 115.40 元的出勤补款或节假日补助。2019 年 11 月，肖某向某科技公司提出离职，当日双方签署离职申请交接表。该表“员工离职原因”一栏显示：“公司未上社会保险，工作压力大、没给加班费。”“员工确认”一栏显示：“经说明，我已知悉《劳动合同法》上的权利和义务，现单位已经将我的工资、加班费、经济补偿结清，我与单位无其他任何争议。本人承诺不再以任何理由向某科技公司及用工单位主张权利。”员工签名处有肖某本人签名。肖某对离职申请交接表的真实性认可，但认为表中“员工确认”一栏虽系其本人签字，但并非其真实意思，若不签字，某科技公司就不让其办理工作交接，该栏内容系某科技公司逃避法律责任的一种方法。肖某不服仲裁裁决，诉至人民法院。

原告诉讼请求

请求判决某科技公司与某快递公司支付加班费 82261 元。

裁判结果

一审法院判决：驳回肖某加班费的诉讼请求。肖某不服，提起上诉。二审法院改判：某科技公司与某快递公司连带支付肖某加班费 24404.89 元。

本案中，肖某认为离职申请交接表“员工确认”一栏不是其真实意思表示，上面记载的内容也与事实不符。该表中“员工离职原因”与“员工确认”两处表述确实存在矛盾。两家公司均未提供与肖某就加班费等款项达成的协议及已向肖某支付上述款项的证据，且肖某否认双方就上述款项已达成一致并已给付。因此，离职申请交接表中员工确认的“现单位已将我的工资、加班费、经济补偿结清，我与单位无其他任何争议”与事实不符，不能认定为肖某的真实意思表示。本案情形并不符合《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条之规定，故二审法院依法支持肖某关于加班费的诉讼请求。

.....

在实践中，用人单位一定会辩称“加班费已经包含在已发放的工资内并已经结清”，所以问题的关键仍然是“证明工资中不包含加班费”。当我们能证明（或用人单位无法证伪）已结工资中不包含加班费时，再证明“离职单非本人真实意思表示”才能有理有据。

最高法的案例中，两公司并未提供证据证明工资构成中包含加班费，劳动者的签名也被认定为与离职原因（公司未上社会保险，工作压力大、没给加班费）矛盾，因此劳动者在二审

成功拿到了加班费，这个经验值得我们学习。

7.3.14 加班费的仲裁时效应当如何认定？

关于加班费仲裁时效规定在《劳动争议仲裁调解法》当中：

法律法规

《劳动争议仲裁调解法》第二十七条

劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

加班费的仲裁时限实践中常见的争议是，加班费应适用《劳动争议仲裁调解法》第二十七条第一款一年的时限，还是适用前述法条第四款劳动关系终止后一年的时限？

在 2021 年 8 月 6 日前，这个问题各个的裁判观点差异较大，许多的地方的法院会认为加班工资不属于“拖欠劳动报酬”发生的争议，《劳动争议仲裁调解法》第二十七条第四款“拖欠劳动报酬”的定义应为劳动者与用人单位都确认应当发放的劳动报酬，才属于“拖欠劳动报酬”，而加班工资双方存在争议则不属于“拖欠劳动报酬”发生的争议。成都中院案号为（2019）川 01 民终 835 号的案件法院认为“《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

本案中，雷某某 1 于 2018 年 4 月 9 日向成都市温江区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，按照上述规定，雷某某 1 主张 2017 年 4 月 9 日之前的加班工资已超过仲裁时效期间。”

但在 2021 年 8 月 6 日最高院与人社部联合发布了劳动人事争议典型案例（第二批）后，实践中的争议有了明确的结果，劳动人事争议典型案例（第二批）明确了加班工资的仲裁的时限适用《劳动争议仲裁调解法》第二十七条第四款即在劳动关系终止后一年内提出。

司法案例

劳动人事争议典型案例（第二批）

基本案情

张某于 2016 年 7 月入职某建筑公司从事施工管理工作，2019 年 2 月离职。工作期间，张某存在加班情形，但某建筑公司未支付其加班费。2019 年 12 月，张某向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决某建筑公司依法支付其加班费，某建筑公司以张某的请求超过仲裁时效为由抗辩。张某不服仲裁裁决，诉至人民法院。

原告诉讼请求

请求判决某建筑公司支付加班费 46293 元。

裁判结果

一审法院判决：某建筑公司支付张某加班费 18120 元。张某与某建筑公司均未提起上诉，一审判决已生效。

案例分析

本案争议焦点是张某关于加班费的请求是否超过仲裁时效。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。……劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”《中华人民共和国劳动法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬……”。《关于工资总额组成的规定》（国家统计局令第 1 号）第四条规定：“工资总额由下列六个部分组成：……（五）加班加点工资”。仲裁时效分为普通仲裁时效和特别仲裁时效，在劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生劳动争议的，应当适用特别仲裁时效，即劳动关系存续期间的拖欠劳动报酬仲裁时效不受“知道或者应当知道权利被侵害之日起一年”的限制，但是劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。加班费属于劳动报酬，相关争议处理中应当适用特别仲裁时效。

本案中，某建筑公司主张张某加班费的请求已经超过了一年的仲裁时效，不应予以支持。人民法院认为，张某与某建筑公司的劳动合同于 2019 年 2 月解除，其支付加班费的请求应自劳动合同解除之日起一年内提出，张某于 2019 年 12 月提出仲裁申请，其请求并未超过仲裁时效。根据劳动保障监察机构在执法中调取的工资表上的考勤记录，人民法院认定张某存在加班的事实，判决某建筑公司支付张某加班费。

典型意义

时效是指权利人不行使权利的事实状态持续经过法定期间，其权利即发生效力减损的制度。作为权利行使尤其是救济权行使期间的一种，时效既与当事人的实体权利密切相关，又与当事人通过相应的程序救济其权益密不可分。获取劳动报酬权是劳动权益中最基本、最重要的权益，考虑劳动者在劳动关系存续期间的弱势地位，法律对于拖欠劳动报酬争议设置了

特别仲裁时效，对于有效保护劳动者权益具有重要意义。

第八章 几个和社保、公积金有关的常见问题

编者的话

本章将分门别类对社保进行介绍，而在本章的一开始，我们将介绍几个劳动者朋友经常问的问题，便于大家解决社保争议。

1、为什么要交社保

因为社保是社会主义性的劳动者互助制度。很多朋友不愿意交社保，更希望公司能把个人缴纳部分变成现钱。这个想法是不正当的，因为社保不仅仅是国家支持我们，还是劳动者之间的彼此互助——壮年、健康和在就业的劳动者帮助老年、罹患疾病和失业的劳动者。脱离社会主义社会的劳动者不会再有生存发展的空间，因此我们不能一边挖社会主义墙角，一边要求获得社会主义带来的权利。我们应当积极维护社保制度，监督企业依法缴纳社保。

2、最低工资标准缴社保

最低工资标准缴纳社保是很普遍的违法现象，也是公司很常用的降低成本的手段，只不过公司降低成本的代价是侵害全体劳动者的权益。

不过出于经济上的种种考量，目前不以实际标准缴纳社保尚处于灰色地带，无法实现全面追究违法公司的责任。以未足额缴纳社保为由被迫离职也是不被支持的。不过最低工资标准缴社保确实是违法行为，我们可以带着劳动合同、工资流水/个税记录、其他相关证据等材料去人社局社保部门、公积金管理中心举报并要求公司补缴社保。

3、承诺放弃社保

正如上文所说，社保是社会主义制度的一部分，因此任何个人或公司无权约定是否缴纳社保、按照什么标准缴纳社保，任何关于社保的约定都是无效的。所以即使我们和公司作出了“各种不交社保的”约定或承诺，也要按照法律规定缴纳社保。

因此以下情形都是无效的：

- 承诺放弃社保
- 约定按照最低工资标准/基本工资缴纳社保
- 约定放弃追究社保和公积金未缴纳、未全额依法缴纳的权利
- 约定以商业保险/雇主责任险代替社保

不过作出了该承诺，我们主张被迫离职补偿金很可能会被判驳，但我们依然可以到社保部门要求补缴。

4、试用期没有社保

试用期有社保！入职一天也有社保。如果试用期期间没有社保，我们可以准备劳动合同等证据去社保部门要求公司补缴。

而且，公司不缴纳社保让试用期离职更方便了。试用期不给社保，这个时候社保记录上

一分钱也没有。如果想离职，我们可以[通过被迫离职的方式离职，还可以主张 n 的经济补偿金](#)。详情请看第十章相关条目。

5、没合同没社保

公司都不和你签合同了，当然不会给你交社保。不过只要有劳动关系就得交社保，所以没签合同的情况我们可以主张补缴社保。[一般的流程是我们提出一个“确认与 xx 公司存在劳动关系”的诉求，然后拿到胜诉判决后到人社局社保部门要求补办](#)。详情请看第四章。

如果有那种没签合同还交社保的法盲公司，就直接拿着社保记录去仲裁双倍工资就行。社保记录是最能证明劳动关系的证据。

即使双倍工资过了诉讼时效，只要有证明劳动关系的证据，我们依旧可以主张确认劳动关系，胜诉后去社保部门要求公司补缴。

6、社保问题的时效

如果很多年的公司都没有缴纳社保、公积金，可以要求其缴纳吗？一般来说，社保公积金属于行政行为，没有诉讼时效，行政机关想管的话，管多久之前的都可以。但是各地可能会有时效限制，限制追究多年以前的补缴责任。这个情况比较麻烦，我们去法院可以提出一个行政诉讼，要求行政部门追究公司责任。

7、串通骗保

诚实信用是社会主义核心价值观的基本内容，警告那些妄图串通公司虚构劳动关系的不劳而获的关系户，社保是国家支持劳动者，劳动者支持劳动者的社会保险，没有你们这些社会蛀虫的一份！劳动者如果知道公司虚报职工给亲朋好友“代缴”社保的，请举报给社保部门和税务部门。

8.1 医疗保险

目前我国的基本医疗保险大致分为职工医疗保险、居民医疗保险和新型农村合作医疗保险三大类，其中居民医保和新型农村合作医保正在逐步合并。我们这里所说的单位依法为我们缴纳的五险一金中的医疗保险，指的是职工医保，居民医保和新型农村合作医保不能代替职工医保。

8.1.1 医疗保险的缴纳

职工医保由职工个人和用人单位共同缴纳，其中职工个人缴纳的部分会全部划入个人账户，而单位缴纳的部分会根据当地政策，按照职工的年龄所对应的划入比例分别划入职工个人账号和国家的统筹基金。统筹基金归国家管理，执行国家统一的会计制度，专款专用，用在个人发生医疗费用时报销一定比例的金额，以减轻病人因治疗疾病产生的经济负担。其性质为全社会人民的一种相互扶持，所以职工既有享受医疗保险待遇的权利，也有与用人单位共同依法缴纳社保的义务。

目前我国实行的是职工个人与用人单位共同按比例缴纳的缴费制度

职工医疗保险 = 个人缴纳部分 + 单位缴纳部分

(个人缴纳比例 × 缴纳基数) + (单位缴纳比例 × 缴纳基数)

1、缴纳基数

包括医保在内的五种社保，通常均以在职职工本人上年度月平均税前工资作为缴纳基本基数。在此基础上设置以辖区全体职工上一年度平均月收入为标准的上下限度，上限为上一年度全体职工平均工资的 300%，下限为 60%。

例如：某辖区统计上一年度全体职工平均收入为 10300 元/月，那该辖区的月社保缴纳基数封顶就为 $3 \times 10300 = 30900$ 元，托底为 $0.6 \times 10300 = 6180$ 元。

某高收入职工月税前工资为 40000 元/月高于 30900 元上限，则其月缴纳基数取上限 30900 元。

某中等收入职工税前工资为 8000 元/月在上下限之内，其月缴纳基数就为其税前收入的 8000 元。

某较低收入职工税前工资为 6000 元/月低于 6180 元下限，其月缴纳基数取下限 6180 元。

编者的话

可以看出，缴纳基数通常会以年为周期进行动态调整。各省/自治区/直辖市通常会在完成收集统计工作后，由人社行政部门在每年的 7 月份左右公布统计出的上年辖区内全体职工的平均月工资，以此为依据调整社保缴纳的最低档和最高档，个人因工资变化的调整缴纳基数通常也在这个时点。这里就可能会出现上半年的缴纳基数还在依据前年的统计结果的情况，由此可以看出该动态调整机制仍具有一定的滞后性，无法充分匹配职工当下的收入水平。

2、个人缴纳部分

目前全国普遍执行的医保缴纳比例为：单位 8%，个人 2%。

个人缴纳部分 = 缴纳基数 × 2% (个人缴纳比例)

个人缴纳部分通常由企业依法代扣。我们常说的税后工资，指的就是税前工资在单位依法代扣掉个人缴纳部分的五险一金和个人所得税后剩余的部分。

3、企业缴纳部分

企业缴纳部分 = 缴纳基数 × 8% (企业缴纳比例)

企业缴纳部分由企业承担，不得从职工的个人工资中扣除，否则属于违法克扣劳动报酬。

医保的缴费比例为并没有一个绝对统一的标准，由于各地人民平均收入水平的差异，各辖区实际执行的比例会存在细小差别，并不固定按照 8% 和 2% 的比例。但其制度上的整体思路是使收缴数额与职工本人的收入以及社会整体收入水平相匹配，保证资金足够维持医疗报销福利的情况下不过多收缴。

例如经济特区深圳统计的 2021 年在岗职工月平均工资为 12964 元/月，但当地的最低工

资标准仅仅为 2360 元/月，这说明特区全员的平均工资被数量较少的高收入群体抬高了，粗暴地以全员平均工资作为收缴基数会大大增加占有相当数量的实际收入较低职工群体的缴纳压力，因此深圳的医保缴纳在执行基数 300%，60% 上下限的基础上，加设了比例分档的缴纳制度：

- 一档医疗保险：用人单位 6%+0.2%，个人 2%
- 二档医疗保险：用人单位 0.5%+0.1%，个人 0.2%
- 三档医疗保险：用人单位 0.4%+0.05%，个人 0.1%

8.1.2 待遇

1、个人账户

医保费用从来源上分为个人缴纳部分 + 单位缴纳部分，从去向上则分为统筹账户部分 + 个人账户部分。缴纳的医保费用会按照一定比例按月划入我们的个人账户，其余部分划入统筹账户。个人账户就是我们可用来直接用于看病或买药等医疗消费的部分，统筹账户则作为我们医保报销的保险金池。

划入金额

划入个人账户的金额包括所有个人缴纳部分，以及企业缴纳部分的 30% 左右。划入比例会根据职工的年龄分档，具体划分方法和划入比例因各地政策不同会存在差异，可以通过登录各省市的人力资源和社会保障官网或者“本地宝”等 APP 进行咨询，这里以南京市为例：

职工年龄	个人账户划入金额	最低划入标准
年龄 < 45	缴纳基础 × 3% (含个人缴纳的 2%)	/
退休前年龄 ≥ 45	缴纳基础 × 4% (含个人缴纳的 2%)	/
退休人员，年龄 ≤ 70	本人上月基本养老保险实发养老金 × 5.4%	120 元/月
退休人员，70 < 年龄 ≤ 80		120 元/月
退休人员，年龄 > 80		150 元/月
退休人员，建国前参加革命工作的老工人		200 元/月

图 8.1: 参考资料-南京市医疗个人账户划入比例

个人账户的用途

具体来讲，个人医保费用可以用来为自己或直系亲属（配偶、父母、子女）支付以下费用：

1. 在定点医疗机构发生的、属于**个人承担的医疗费用**
2. 在定点医疗机构**预防接种疫苗**费用及体检费用
3. 在定点零售药店**购买药品**的费用

4. 在定点零售药店**购买医疗保健器械**(血糖检测仪、血压计、体温计、听诊器、颈椎牵引器、褥疮防治气垫等) 的费用
5. 其他符合国家, 省, 市规定的费用。
 - 参保职工死亡, 个人账户已结清相关费用后的剩余部分, 其继承人在其死亡后 2 年内可以一次性提现, 超过 2 年未提取的将纳入统筹基金
 - 办理长期异地就医, 或出国定居的, 个人账户余额可提取现金。

2、社保报销

社保报销是指参保人员指定的**公立定点医院**, 专科或基层医疗机构就诊时, 可以使用统筹基金按照比例报销发生的符合规定的医疗费用。医院是否为定点医院, 直接在微信搜索“国家医保局”小程序就可以查询。

法律法规

中华人民共和国社会保险法实施细则

第八条:

参保人员在协议医疗机构发生的医疗费用, 符合基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准的, 按照国家规定从基本医疗保险基金中支付。参保人员确需急诊、抢救的, 可以在非协议医疗机构就医; 因抢救必须使用的药品可以适当放宽范围。参保人员急诊、抢救的医疗服务具体管理办法由统筹地区根据当地实际情况制定。

可报销的医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施由三大目录划定, 三大目录指基本医疗保险药品目录、诊疗项目目录和医疗服务设施标准。三大目录将药品、医疗服务、诊疗项目分为甲类、乙类、丙类三大类。

定点医疗机构

可以报销的定点医疗机构包括定点的公立医院和基层(社区)医疗机构。

公立医院分为三个等级, 每级设有甲、乙、丙三等, 其中三级医院增设特等级别, 共分三级十等。

为了合理分配医疗资源, 减轻大医院的就诊压力, 政策上鼓励小病小医, 所以通常医院等级越低, 可以报销的比例越反而越高。

起付标准与支付限额

社保报销一般设有起付标准和支付限额, 起付标准以下的费用由参保人员个人支付。起付标准以上、最高支付限额以下的费用, 由统筹基金和个人共同分担, 总体上来看, 医保的可报销部分如下图所示。

根据参保人员, 门诊类型和各地的政策不同, 起付标准和支付限额也不同, 需要结合具体情况适用不同的标准。

就医情况

就医一般有门诊就医和住院就医两种情况, 而门诊就医分为又普通门诊和特定病症门诊。

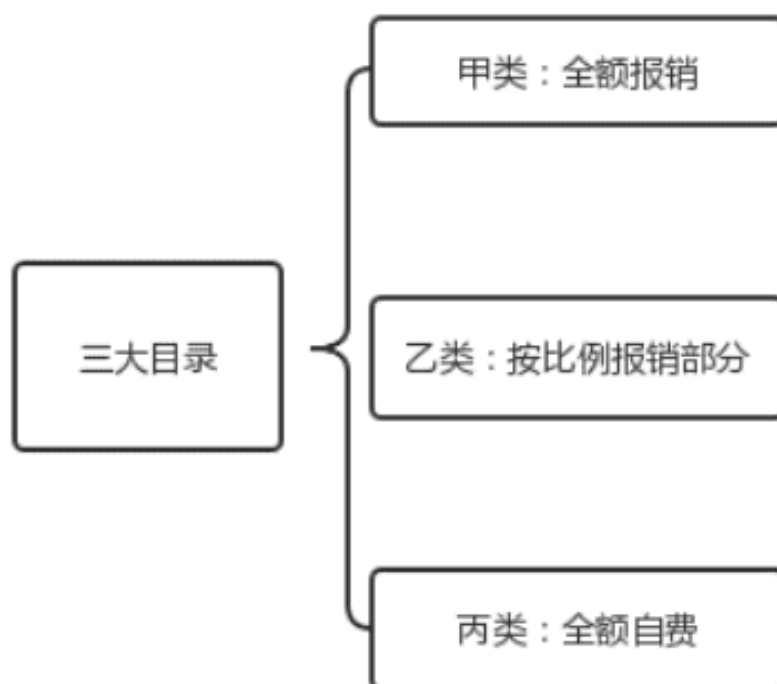


图 8.2: 三大目录

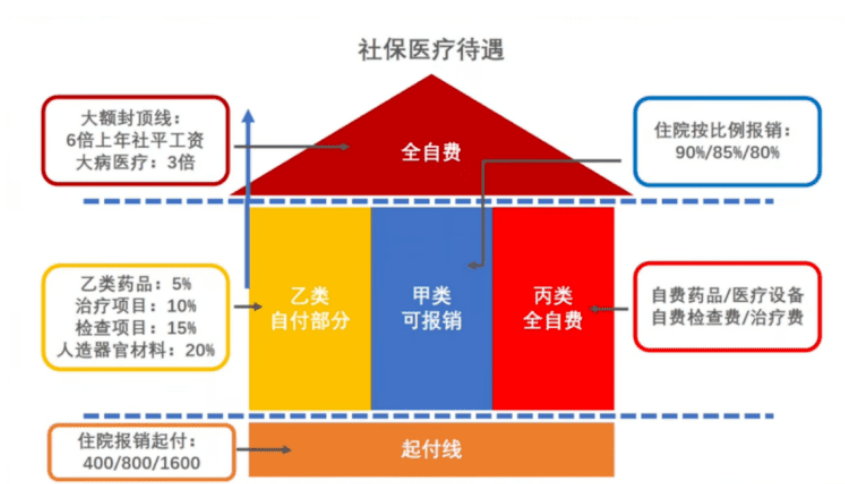


图 8.3: 医保待遇示意图

普通门诊就医

普通门诊指非特诊的普通疾病，一般只需要一次或数次就诊，所以通常按照单次就诊费用报销。可报销的费用范围主要包括：

- 可报销的医疗服务项目
- 可报销药品费用
- 可报销的医用耗材费用。

以南京为例，在一个自然年度内，普通门诊统筹待遇标准如下表。

人员类别		在职职工	退休（职）人员	建国前老工人
起付标准		1200元	1000元	200元
补助比例	社区医疗机构	70%	75%	100%
	其他医疗机构	60%	65%	95%
最高支付限额		2000	3000	4000

图 8.4: 参考资料-南京市普通门诊

例如：南京职工甲同志某次在社区医疗机构就医，发生了医保目录范围内的诊疗等费用 1300 元，甲类药品费用 900 元，乙类药品费用 600 元，乙类药品的报销比例是 80%。

甲本次就诊的可报销费用就为起付线 1200 元以上，支付限额以下的所有可报销部分之和 $= (1300 + 900 + 600 \times 80\% - 1200) \times 70\% = 1036$ 元。

特诊就医

特定病种一般为慢性病或者重大病症，需要长期治疗的疾病，一般以月或年为周期计费。各地划定的特定病种类别，报销比例，补助限额均有所不同。有些辖区分为二类，有些辖区则分为三类，每类的具体疾病种类也不相同，这里以广州市为例对特殊门诊的报销方式进行一个简单介绍。

广州市共划定了 29 种一类门特和 39 种二类门特。一类门特包括比较常见的慢性病，二类门特则是比一类门特更加严重的长期性疾病。

下面截取部分门特疾病病种以供参考：

部分一类门诊病种：

序号	分类	病种名称	统筹基金最高支付限额	审核确认有效期
1	一类	高血压病	200 元 / 月	长期
2	一类	糖尿病	200 元 / 月	长期
3	一类	高脂血症	200 元 / 月	长期
4	一类	冠心病	200 元 / 月	长期
5	一类	慢性心功能不全	200 元 / 月	长期
6	一类	脑血管疾病后遗症	200 元 / 月	长期

图 8.5: 参考资料-广州市一类门诊

参保人最多可选择其中 3 个病种享受医疗保险待遇。

统筹基金支付比例如下表：

人员类别	基层医疗机构		其他医疗机构 和指定专科 医疗机构
	规定标准	实施基药制度且 零差率销售的药品	
在职职工	85%	93.5%	65%
退休人员			

图 8.6: 参考资料-广州市一类门诊报销额度

可以看出基层医疗机构的报销比例是明显高于公立医院的。

部分二类门诊病种：

序号	分类	病种名称	统筹基金最高支付限额	审核确认有效期
1	二类	分裂情感性障碍	500 元 / 月	长期
2	二类	精神发育迟滞	500 元 / 月	长期
3	二类	精神分裂症	500 元 / 月	长期
4	二类	持久的妄想性障碍 (偏执性精神病)	500 元 / 月	长期
5	二类	双相(情感)障碍	500 元 / 月	长期
6	二类	癫痫所致精神障碍	500 元 / 月	长期
7	二类	慢性乙型肝炎	600 元 / 月	两年
8	二类	心房颤动抗凝治疗	600 元 / 月	两年
9	二类	艾滋病	800 元 / 月	长期
10	二类	活动性肺结核	800 元 / 月	一年

图 8.7: 参考资料-广州市二类门诊

二类门诊特定病种一般是比一类门诊更加严重的疾病，支付限额也明显高于一类门诊。

二类门诊需要在定点医院中选择一家指定的医院住院治疗，所以其待遇标准是按照住院医疗报销标准支付的，在选定后审核期内一般非特殊情况（如因病情需要搬迁的）不可更换，但精神类疾病不受此选点限制。

住院医疗

住院报销起付线和报销比例：

因各地的经济状况和政策的不同并没有统一的标准，但总体上依然遵循医院等级越高报销比例越低，为三甲医院分流的原则，以广州为例：

住院医疗的起付线

可报销比例

住院床位费

住院治疗每 90 天计算一次起付标准，符合出院标准不出院的，费用由患者自付。

急症留院

急诊留院观察起付标准按参保人在三级定点医疗机构住院起付标准确定，每一保险年度计算 1 次。急诊留院观察起付标准以上基本医疗费用按参保人相应的住院基本医疗费用的支付比例确定。

急诊留院观察后直接转入本院住院治疗的，其医疗费用并入住院医疗费用中，统一按相应的住院标准结算。

定点医疗机构等级	在职职工	退休人员
一级	400	280
二级	800	560
三级	1600	1120

图 8.8: 参考资料-广州市住院医疗的起付线

人员类别	一级医院		二级医院		三级医院
	规定标准	实施基药制度且零差率销售的药品	规定标准	实施基药制度且零差率销售的药品	
在职职工	90%	95%	85%	93.5%	80%
退休人员	93%	95%	89.5%	95%	86%

图 8.9: 参考资料-广州市住院医疗可报销比例

定点医疗机构等级	普通病房	监护室	层流病房	急诊留观
一级	29.6元	56元	224元	/
二级	33.3元	63元	252元	9元
三级	37元	70元	280元	10元

图 8.10: 参考资料-广州市住院床位费

家庭病床

家庭病床起付标准按参保人在一级定点医疗机构住院起付标准确定，每 90 日计算 1 次。家庭病床起付标准以上基本医疗费用按参保人相应的一级定点医疗机构住院基本医疗费用的支付比例确定。

3、异地就医

我国医保实行的是区域管理政策，如果参保人在参保地统筹地区以外的其他国内地区就医，超出了参保地社保局的管辖范围，就会产生异地就医的问题。

编者的话

想要在异地就医时保证自己医保报销待遇，最重要的是及时办理异地就医备案，如果不办理备案，根据各地的政策不同就可能面临下面的问题

- 1、可报销费用比例可能下降；
- 2、报销程序繁琐，需要先自费垫付，结算后回参保地医保局报销，并且需要提供大量的证明材料（如医院盖章的发票、费用清单，全套病历等）；
- 3、部分费用可能无法报销。

虽然备案并不能完全避免以上的问题，例如在很多地区大部分门诊慢特病即使办理了异地就医备案仍不支持直接报销待遇，但整体而言备案仍能更大程度地保障参保人异地就医的直接结算。

4、异地就医备案相关规定

备案人员范围

可以进行异地就医备案的人员包括异地安置退休人员、异地长期居住人员、常驻异地工作人员等长期在参保省、自治区、直辖市（以下统称省）以外工作、居住、生活的人员，以及通过本地医院转诊异地医院人员。

备案流程

可以选择线上备案或线下备案

线上备案：可通过微信，支付宝搜索国家医保服务平台 APP、国家异地就医备案小程序、国务院客户端小程序，以及参保地社保局的官方微信进行线上备案。

个别地区尚不支持小程序备案，但支持电话，邮箱等方式线上备案，具体可以通过拨打参保地区号 +12333 进行咨询。

线下备案：如果参保地不支持线上备案，就需要参保人回到参保地的经办机构窗口办理，部分地区支持单位代职工备案。

部分地区还需要备案 1 至 3 个定点医院，可以根据自己的需要自行选择常去的定点医院。

备案所需材料

根据人员类型，备案所需材料也有所不同。各地规定不同所需材料也可能存在些许差异，这里列举以下常见的备案材料以供参考，具体可以咨询参保地的社保部门。



图 8.11: 国家异地就医备案小程序二维码

异地安置退休人员备案:

1. 医保电子凭证或者有效身份证件或者社保卡
2. 异地安置认定材料（户口本首页和常住人口登记卡，或个人承诺书）。

异地长期居住人员备案:

1. 医保电子凭证或者有效身份证件或者社保卡
2. 长期居住认定材料（居住证明或者个人承诺书）。

常驻异地工作人员备案:

1. 医保电子凭证或者有效身份证件或者社保卡
2. 异地工作证明材料（参保地工作单位派出证明、异地工作单位证明、劳动合同或个人承诺书任选其一）。

异地转诊人员备案:

1. 二级以上定点医院的门诊病历、出院小结及疾病诊断证明
2. 具有转诊资质的定点医疗机构开具的转诊转院证明的材料。

备案有效期限

- 跨省异地长期居住人员办理登记备案后，备案长期有效
- 跨省临时外出就医人员备案有效期原则上不少于 6 个月，有效期内可在就医地多次就诊并享受跨省异地就医直接结算服务。

报销比例

异地报销遵循“就异地目录，参保地政策”的原则。

例如：甲同志在 A 市参保，在 B 是异地就医，根据 B 市的三大目录其就医可报销的费用为 2 万元，根据 A 市的政策报销比例为 80%，所以甲可以报销的费用为 $2 \times 80\% = 1.6$ 万元。

报销范围

以前异地就医市仅支持报销住院费和急诊费的，但现在很多省份也已经开始支持报销普通门诊费，具体仍以各地政策为准。

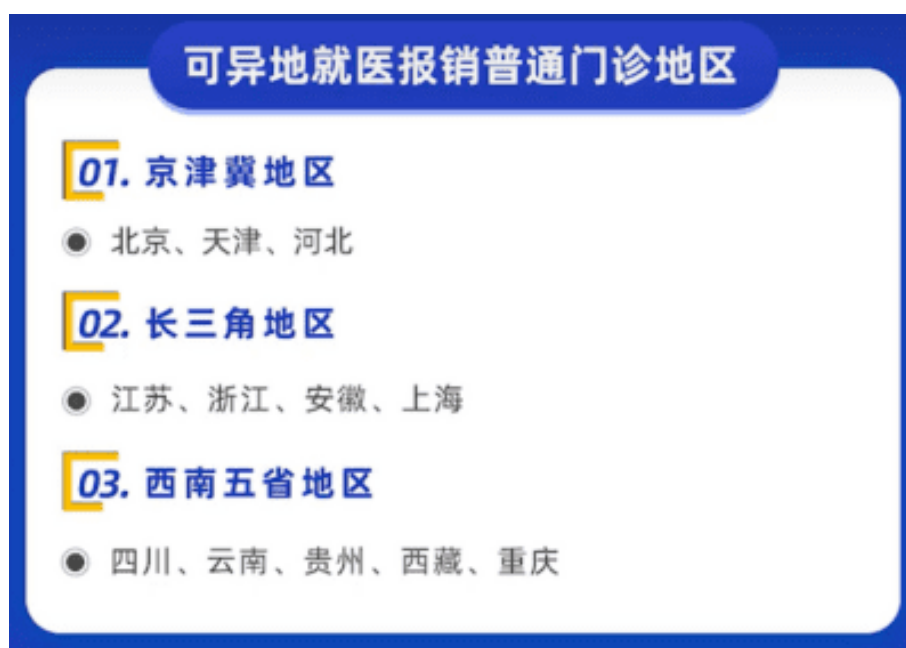


图 8.12: 参考资料一支持报销普通门诊费地区（部分）

报销手续

在办理完异地就医备案后，只需要使用医保卡就可以在定点的医疗机构就可以直接办理住院登记和出院结算。

5、未能在异地直接结算

如果未办理异地备案，未在定点医院治疗，或者因其他原因未能在异地直接结算的，需要先自垫费用，然后回参保地的就医报销窗口根据当地政策提供所需的证明材料进行报销。下面提供一个证明材料的参考：

普通住院：

1. 住院发票（医院盖章）、费用清单（每一张均需医院盖章）
2. 出院记录或出院小结（医院盖章）
3. 本人社会保障卡或身份证及银行卡账号

意外伤害：

1. 住院发票（医院盖章）、费用清单（医院盖章）
2. 全套病历（医院盖章）
3. 本人社会保障卡或身份证及银行卡账号

市外住院期间外检或外购药：

1. 外购外检发票（盖章）
2. 外购处方（医生签字“我院无此药”，并盖医院医保办的章）
3. 医嘱（长短期医嘱单）及外检化验单或报告单（医院盖章）
4. 使用国产植入体内材料需提供产地证明或医疗器械条形码
5. 发生中草药费用的需提供中草药明细清单
6. 省内中药（配方）颗粒费用报销提供生产厂家（外包装），省外中药（配方）颗粒费用不予报销。

门诊特殊病、门诊慢性病：

1. 门诊病历（医院盖章）、费用清单（医院盖章）
2. 门诊发票（医院盖章）
3. 如发票有明细且门诊病历医嘱记录清楚的，处方可省略
4. 检查化验报告单
5. 本人社会保障卡或身份证及银行卡账号。

8.1.3 断缴后果

我们在公司离职后，原单位将不再为我们缴纳社保，如没有马上找到新的工作单位，那就可能出现社保断缴的情况，那么断缴后有什么影响？

编者的话

由于各地对于职工医保的规定是不一样的，大多数地区规定相同或相近，但个别地区与通常规定差异很大，这里只给大家说说常见的一些规定，具体以当地政府或人社部门官网的现行规定为准。

1、断缴不影响个人账户的使用

一般情况下医保中断了账户余额并不会清空处理，用户停止缴纳医保之后，账户里面的余额还是会存在于用户的个人医保账户里面的。也就是说个人医保账户里的余额即使断缴也是可以继续使用的。但需要注意的是，如果你后面补缴中断期的保险金，补缴的费用将不计发个人账户金。

2、断缴会影响医保待遇

医保中断的主要影响是断缴期间不再享受医疗报销等医保待遇。

职工医疗保险参保人员在停止缴费的次月，停止享受职工医疗保险待遇，且中断期间的医疗费用补缴后一般也不予追溯报销。

例如：孟某于 2021 年 10 月断缴医保，在 2022 年 6 月对断缴期的医保进行补缴，那么他在 2021 年 11 月至 2022 年 6 月期间的医疗费用都是无法报销的。

3、断缴影响缴费年限

职工因换工作，或因就业等个人状态变化、中断缴费 3 个月（含）以内的，可按转入地规定补缴基本医保费，缴费当月即可在转入地按规定享受待遇，从办理参保缴费手续的次月起享受职工医保待遇，中断期间的待遇可追溯享受。简单来说，中断缴费 3 个月以内只要及时补缴，视作连续缴费，待遇不受影响。

中断缴费 3 个月以上，缴费年限将被清零，视作初次参保，在等待期结束后重新计算缴费年限并享受医保待遇。等待期即是在补缴费用后社保待遇将会有一段时间的冷却时间才会重新启动，一般不超过 6 个月。

医保缴费年限的作用

参保人达到了法定退休年龄，并且累计缴费年限达到了国家规定年限（男性满 60 周岁，缴纳年限不少于 25 年；女性满 55 周岁，缴纳年限不少于 20 年），可以在退休后不再缴纳基本医疗保险的费用，还可以享受基本医疗保险的待遇。缴费年限是参保人在退休后一直免费享受医疗保险待遇的依据。

医保的连续缴纳年限与养老保险是不挂钩的，医保的断缴并不影响养老保险的连续缴纳年限。

法律法规

社会保险法

第二十七条：

参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。

4、断缴会影响一些一线城市的其他政策待遇

在一线城市，往往需要外埠户籍人员连续缴纳满一定年限的社保才能享受当地的一些基本政策待遇，如北京市需要连续缴纳社保 5 年才能在当地买车摇号和买房。若期间内断缴，则会受到影响。

8.1.4 补缴

医疗保险断交的影响在五险中是比较严重的，如果我们因为某些原因住院了，医疗保险断交后，在断缴期间是无法获得报销的，及时补缴也有 3 到 6 个月的等待期，只能自己承担费用，这样会加大自己的经济压力。所以医保因个人原因断缴后，我们最好在 3 个月内及时补缴，以免影响社保待遇。

1、在职期间断缴

在职期间的断缴是由参保单位到参保所在区社会保险经办机构 (或医疗保险经办机构) 办理补缴缴费手续，2011 年 7 月 (含)《社会保险法》实施以后医保费自欠缴之日起，按日加收

0.05%的滞纳金。

由于在职期间社保是由用人单位为职工代缴个人部分的，医保断缴属于用人单位的责任，不应该影响参保人的保险待遇。所以参在职员工在补缴后视作未中断缴纳，不会承担断缴的不利后果。

法律法规

社会保险法

第八十六条：

用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

2、转移至新单位继续参保

职工调动工作单位，职工医疗保险可按规定随同转移至新单位继续参保。

如果跨统筹地区社会保险转移，本人带好相关证件到社保中心转移窗口办理转移；如果在统筹地区内或同一市内，当从某单位辞职后，只需该单位办理退工停保手续，新单位办理用工参保手续，社保关系自动转入新单位。

3、灵活就业人员医保缴纳

如果是因为裸辞，换工作等个人原因离职超过 3 个月，可以以灵活就业人员的身份个人缴纳社保。

灵活就业人员医保缴纳金额与待遇

灵活就业人员指未与用人单位建立劳动关系的无业人员或自由从业人员。灵活就业人员可以自行缴纳五险中的医疗保险和养老保险，个人缴纳与在职与单位共同缴纳的保险待遇基本相同，但由于个人缴纳需要自行承担在职期间由企业缴纳的部分，所以缴费金额会高上很多。

灵活就业人员医保缴纳方法

灵活就业人员可以在当地的社保服务窗口线下缴纳社保

在开通了网上缴费服务的城市，可以直接通过支付宝-市民中心-社保-个人社保缴费业务进行线上缴费，或者微信搜索各地可以用来线上缴费的官方公众号进行缴费。各地的的公众号名称并不统一，可以通过拨打当地的 12333 进行咨询。

4、取期间的医保

对于符合金领取条件的失业人员，在领取期间，其医保费由失业保险基金支付，个人不用缴费，且正常享受医保待遇。

法律法规

社会保险法

第四十八条：

失业人员在领取失业保险金期间，参加职工基本医疗保险，享受基本医疗保险待遇。失业人员应当缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本医疗保险费。

8.2 失业保险

1、失业保险的介绍

失业保险是指国家通过立法强制实行的，由用人单位、职工个人缴费及国家财政补贴等渠道筹集资金建立失业保险基金，对因失业而暂时中断生活来源的劳动者提供物质帮助以保障其基本生活，并通过专业训练、职业介绍等手段为其再就业创造条件的制度。

2、政策依据

《失业保险条例》

8.2.1 失业保险的缴纳

失业保险的介绍

失业保险是指国家通过立法强制实行的，由用人单位、职工个人缴费及国家财政补贴等渠道筹集资金建立失业保险基金，对因失业而暂时中断生活来源的劳动者提供物质帮助以保障其基本生活，并通过专业训练、职业介绍等手段为其再就业创造条件的制度。

缴费基数

失业保险费的缴费基数一般为工资，单位为该单位的工资总额，个人为本人工资。

单位工资

单位工资总额是指单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额，包括计时工资、计件工资、奖金、津贴以及补贴、加班加点工资以及特殊情况下支付的工资。

本人工资

本人工资是指由单位支付的劳动报酬，包括计时工资或计件工资、奖金、津贴和补贴、加班工资等，不包括其他来源的收入。

注：对工资总额不易认定的，可由负责征缴的机构参照当地工资水平和该单位生产经营状况核定缴费基数。个人缴费基数的确定方法应与单位相一致。

缴费比例

城镇企业事业单位按照本单位工资总额的 2% 缴纳失业保险费，职工按照本人工资的 1% 缴纳失业保险费。

注：城镇企业事业单位招用的农民合同制工人本人不缴纳失业保险费。

缴纳数额

用人单位缴费数额 = 单位工资总额 × (乘以) 2%

职工个人缴费数额 = 本人工资 × (乘以) 1%

政策依据：《失业保险条例》

8.2.2 失业保险的待遇

1、失业保险怎么领取？

线下领取方式

去就近的社保局分局，携带身份证原件、社保卡原件，办理登记即可。

线上领取方式

首先，要进行“失业登记”。在支付宝或微信，搜索“失业登记”，绑定社保卡、输入相关信息即可。

其次，进入

如果审核不通过，可以线上复审，或者携带审核结果通知的材料去社保局进行线下办理。

2、失业保险可以领多久？

法律法规

《失业保险条例》第十七条

失业人员失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间满 1 年不足 5 年的，领取失业保险金的期限最长为 12 个月；

累计缴费时间满 5 年不足 10 年的，领取失业保险金的期限最长为 18 个月；

累计缴费时间 10 年以上的，领取失业保险金的期限最长为 24 个月。

重新就业后，再次失业的，缴费时间重新计算，领取失业保险金的期限可以与前次失业应领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，但是最长不得超过 24 个月。

3、失业保险可以领多少？

法律法规

《失业保险条例》第十八条

失业保险金的标准，按照低于当地最低工资标准、高于城市居民最低生活保障标准的水平，由省、自治区、直辖市人民政府确定。

4、失业保险的其他待遇

领取失业保险期间，还可以享受医疗保险的待遇，且个人不用缴纳基本医疗保险费。

法律法规

《社会保险法》第四十八条

失业人员在领取失业保险金期间，参加职工基本医疗保险，享受基本医疗保险待遇。失业人员应当缴纳的基本医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本医疗保险费。

法律法规

《失业保险条例》第十条

失业保险基金用于下列支出：

- （一）失业保险金；
- （二）领取失业保险金期间的医疗补助金；
- （三）领取失业保险金期间死亡的失业人员的丧葬补助金和其供养的配偶、直系亲属的抚恤金；
- （四）领取失业保险金期间接受职业培训、职业介绍的补贴，补贴的办法和标准由省、自治区、直辖市人民政府规定；
- （五）国务院规定或者批准的与失业保险有关的其他费用。

5、失业保险的领取条件

法律法规

《失业保险条例》第十四条

具备下列条件的失业人员，可以领取失业保险金：

- （一）按照规定参加失业保险，所在单位和本人已按照规定履行缴费义务满1年的；
- （二）非因本人意愿中断就业的；
- （三）已办理失业登记，并有求职要求的。

失业人员在领取失业保险金期间，按照规定同时享受其他失业保险待遇。

6、为了领取失业保险金，离职前后的注意事项

1. 在离职时，要求单位开具《解除劳动合同证明》，注意确认公章，以及离职是“由单位提出”，不是你申请离职
2. 需要单位人事为你办理停缴社保，否则无法领取失业保险
3. 单位人事办停社保时，**办停理由选择“合同到期”或“单位辞退”**，这很重要，因为失业保险金的领取条件之一是“非因本人意愿离职”，所以单位办停社保时不可以选择“自

动离职”，否则，在申领失业保险金的时候，审核会不通过

4. 要记得进行失业登记：支付宝或微信搜索“失业登记”，绑定社保卡后就可以办理。

7、单位不配合办理失业保险金怎么办？

情形一：单位选错了办停社保的原因

你在申领失业保险金之后，如果收到审核不通过的通知，原因是“自动离职”不符合申领条件，这种情况下，你需要找单位开证明（模版如下）、加盖公章，拿着盖章的证明去线下社保窗口办理。

注意事项

1. 建议在离职的时候就办理好《解除劳动合同证明》，以免离职后再找公司开具，比较麻烦
2. 注意核对《解除劳动合同证明》上的单位名称和公章名称，两者需要一致才有效。

解除劳动合同模版

单位名称

关于解除 xx（姓名）劳动合同的通知

姓名，性别，身份证号，社保编码，本人联系电话。

由于 xx 原因，经单位提出，解除 xx 劳动合同。

单位公章

xx 年 xx 月 xx 日

劳动合同到期证明模版

单位名称

关于解除 xx（姓名）劳动合同的通知

姓名，性别，身份证号，社保编码，本人联系电话。

我单位与 xx 签订的劳动合同于 xx 年 xx 月 xx 日到期，经单位提出，不再续签，终止劳动合同。

单位公章

xx 年 xx 月 xx 日

情形二：单位坚持你是自动离职，导致你无法领取失业保险

你需要根据以下规定找到自己对应的离职情形，准备好证据进行维权。“非本人意愿中断就业”的情形很多，重点在于不是你自己主动提出的离职。

法律法规

《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第十三条

失业人员符合社会保险法第四十五条规定条件的，可以申请领取失业保险金并享受其他失业保险待遇。其中，非因本人意愿中断就业包括下列情形：

- （一）依照劳动合同法第四十四条第一项、第四项、第五项规定终止劳动合同的；
- （二）由用人单位依照劳动合同法第三十九条、第四十条、第四十一条规定解除劳动合同的；
- （三）用人单位依照劳动合同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；
- （四）由用人单位提出解除聘用合同或者被用人单位辞退、除名、开除的；
- （五）劳动者本人依照劳动合同法第三十八条规定解除劳动合同的；
- （六）法律、法规、规章规定的其他情形。

以上提到的《劳动合同法》中的情形较多，详见本节末尾。

注意：公司会以你有过失为由辞退你，如旷工、绩效不达标，但可以注意到，这些情形也包含在“非本人意愿中断就业”中，你同样可以领取失业保险。

为了证明“非本人意愿中断就业”，可以收集的证据包括：

1. 证明与公司之间存在劳动关系的证据：劳动合同，或工服、工牌、考勤记录等
2. 证明非本人意愿中断就业的证据：比如，单位负责人提出辞退你的聊天记录、录音，通知你劳动合同不续约的聊天记录、录音等等，单位公示的辞退通知书。

收集好证据之后，你可以做的事：

1. 拨打 12333，向劳动监察大队举报，要求公司依法出具《解除劳动合同证明》，并在其中写明非本人意愿离职。
2. 如果公司仍然不配合，你可以申请劳动仲裁，主张“因为公司不开具非本人意愿中断就业的离职证明，导致自己无法领取失业保险，公司需要承担相应的赔偿责任”。
3. 如果对仲裁结果不满意，可以在拿到仲裁书后 15 天之内到法院起诉。

法律法规

《劳动合同法》涉及“非因本人意愿中断就业”的情形

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；
- （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。

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。

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。

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。

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。

备注：由于失业补助金已于 2022 年 12 月 31 日取消，因此本节删除了失业补助金的介绍。

8.2.3 失业保险的断缴后果

工作不稳定，很容易出现社保断交的情况，比如失业后到另一个城市，甚至是本城市其他单位，都有可能断交社保。

1、不交社保对失业保险的影响

社保断缴对于失业保险的影响不大，因为失业保险是累计的。

只要符合失业金领取条件，单位解雇并且失业保险累计缴纳一年以上，即使中间没有交钱，就可以领取失业金。按照累计缴纳失业保险的时长计算，最长可以领取 24 个月的失业保险金。

8.3 养老保险

养老保险是为了劳动者在退休之后，享受退休养老金而需要缴纳的保险险种。

8.3.1 养老保险的缴纳

养老保险是个人和企业都需要缴纳的，各自缴纳的金额按照如下方式计算

缴纳数 = 缴纳基数 x 缴纳占比

企业部分由企业出（不得从个人工资中扣除，否则算克扣工资），个人部分往往由企业代缴（在发工资前就会扣除）

1、缴纳基数

对于每个人而言，社会保险每个险种的缴纳基数应该是统一的，而且由于养老保险的特殊重要性，往往其他险种的缴纳基数是以养老保险的基数为准。

具体社会保险缴纳基数通常是一年调整一次，根据个人上个年度平均月工资水平决定，但是不能超过在一个范围（防止过高过低的个人收入导致养老金差异巨大）。

对于绝大多数省份/自治区/直辖市而言，这个范围是辖区内去年全体职工平均月工资的 60%-300%。换句话说，今年社保缴纳的最低档是去年全体职工平均月工资的 60%，最高档是去年全体职工平均工资的 300%，处于这个范围内就按去年个人平均月工资来作为基数。

不过这个 60%-300% 的范围也有例外，比如深圳平均工资水平很高，大多数劳动者就算按平均工资水平的 60% 缴纳个人负担也会比较大，所以深圳市特殊规定缴纳最低档是按最低工资标准来算，最高档还是平均月工资的 300%。

这里就会有个问题，既然缴纳基数是一年调整一次，那么具体是什么时候调整呢？这个时间点通常在每年 7 月份左右，省/自治区/直辖市等的人社部门（过去常称为劳动局）会公布统计出的上年辖区内全体职工的平均月工资，以此调整社保缴纳的最低档和最高档，个人的缴纳基数也会在此时调整。

举例来讲，2022 年 7 月 1 号会更新缴纳基数，新缴纳基数是通过 2021 年的工资水平计算的，并且新基数会一直使用到 2023 年 6 月份，直到 2023 年 7 月再次更新基数（所以其实

这里还是有一定的滞后性的，比如 2022 年 5 月的社保缴纳基数是看 2020 年的工资水平）

2、个人部分

明确缴纳基数之后，就可以根据法律规定的养老保险个人缴纳比例 8%，计算出个人应当缴纳养老保险金额。个人部分的这笔钱是属于职工工资的，只是企业通常在发放工资前依法代扣，替你缴纳到养老保险基金里。

3、企业部分

法律规定养老保险的企业缴纳比例为 20%，这部分金额由公司承担，不得从员工工资中支付。（如果从员工工资中支付则属于克扣工资）

4、灵活就业人员缴纳养老保险

灵活就业人员参加职工基本养老保险，需要自己承担全部的社会保险费，缴费比例一般是 20%。

灵活就业人员参加养老保险，到达退休年龄办理退休手续，养老金的计算与职工一样，要根据本人的养老保险缴费年、个人帐户余额、办理退休时上一年度在岗职工平均工资等因素进行计算。以当地全省上年度在岗职工的平均工资的百分之六十到百分之三百（个人按经济状况选择）为缴费基数，缴费比例为百分之二十。退休后养老金的计算方法和企业退休人员一样。

法律法规

社会保险法

第十条：

职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。

公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险的办法由国务院规定。

8.3.2 养老保险待遇

参加企业职工基本养老保险的人员，同时满足以下两个条件，即可按月领取基本养老金：一是达到国家规定的退休年龄（目前正常退休，男年满 60 周岁，女工人年满 50 周岁，女干部年满 55 周岁）；二是累计缴费年限（含视同缴费年限）达到国家规定的最低年限，目前规定是 15 年。

法律法规

社会保险法

第十六条：

参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。

参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足十五年的，可以缴费至满十五年，按月领取基本养老金；也可以转入新型农村社会养老保险或者城镇居民社会养老保险，按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。

第十七条：

参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。

第二十七条：

参加职工基本医疗保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费达到国家规定年限的，退休后不再缴纳基本医疗保险费，按照国家规定享受基本医疗保险待遇；未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。

1、待遇领取地

1. 基本养老保险关系在户籍所在地的，由户籍所在地负责办理待遇领取手续，享受基本养老保险待遇
2. 基本养老保险关系不在户籍所在地，而在其基本养老保险关系所在地累计缴费年限满10年的，在该地办理待遇领取手续，享受当地基本养老保险待遇
3. 基本养老保险关系不在户籍所在地，且在其基本养老保险关系所在地累计缴费年限不满10年的，将其基本养老保险关系转回上一个缴费年限满10年的原参保地办理待遇领取手续，享受基本养老保险待遇
4. 基本养老保险关系不在户籍所在地，且在每个参保地的累计缴费年限均不满10年的，将其基本养老保险关系及相应资金归集到户籍所在地，由户籍所在地按规定办理待遇领取手续，享受基本养老保险待遇。

2、养老金金额

对于大多数人而言，养老金构成以基础养老金和个人账户养老金为主，分别对应缴费的统筹账户和个人账户。**每月领取的养老金 = 基础养老金 + 个人账户养老金。**

基础养老金 = [上年度当地职工平均工资 + 个人指数化平均工资] ÷ 2 × 缴费年限 × 1%。

个人账户养老金 = 退休时个人账户储存额 ÷ 计发月数

虽然灵活就业人员参保与单位职工参保有不同，但与企业职工养老保险待遇的计发办法

是一样的。

8.3.3 断缴后果

养老保险断缴不会影响申领养老金，养老保险缴费年限是累计计算的。如果一段时间断缴，之前缴纳的养老保险也不会白交，在恢复缴费后，前后的养老保险缴费年限累计计算。但养老金遵循多缴多得，长缴多得的原则，养老保险断缴会对缴费年限有一定的影响，中断缴费年限越长，相对而言缴费年限会越短，能领取的基础养老金和个人账户养老金都会减少。

8.3.4 补缴

人社部在 2016 年就发布了《关于进一步加强企业职工基本养老保险基金收支管理的通知》，明确不得采取一次性缴费的方式，将超过法定退休年龄等不符合条件的人员纳入职工养老保险参保范围。对城镇个体工商户和灵活就业人员，不得以事后追补缴费的方式增加缴费年限。但以下几种情况仍是可以补缴养老保险的

1、用人单位未缴纳养老保险

按照劳动法、社会保险法的规定，全日制用工的劳动者从建立劳动关系制约起就应当参加社会保险。如果因用人单位原因导致应缴未缴的，劳动者可以维权，通过行政执法部门的介入，督促用人单位补缴社会保险。

法律法规

劳动法

第七十二条：

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。

法律法规

社会保险法

第十条：

职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。

2、国家出台灵活就业人员补缴的政策

特殊情况下国家可以通过修订要求的方式允许灵活就业人员补缴。2020 年以及 2022 年，国家都出台了政策允许灵活就业人员可以缓缴当年的养老保险。2022 年灵活就业人员选择停保以后，可以在 12 月底以前随时申请将 2022 停缴的养老保险费补缴。其实在 2023 年也可以申请补缴 2022 年全年的养老保险，不过申请补缴的缴费基数上下限，要按照 2023 年的缴

费基数上下限来确定了。

3、社保法实施前建立个人账户特定人群的一次性补缴

在实施《社会保险法》以前，国家规定达到法定退休年龄时，养老保险缴费不足 15 年的可以继续缴费。继续缴费 60 个月以后，养老保险缴费还不足 15 年的，可以一次性补缴至满 15 年。

实施《社会保险法》以后，要求是逐月继续缴费。为了保证制度的有效衔接，《关于实施社会保险法的若干规定》中明确在实施《社会保险法》以前已经参保缴费的人员可以沿用老政策，缴费 60 个月还不足 15 年的一次性补缴。

法律法规

关于实施社会保险法的若干规定

参加职工基本养老保险的个人达到法定退休年龄时，累计缴费不足十五年的，可以延长缴费至满十五年。社会保险法实施前参保、延长缴费五年后仍不足十五年的，可以一次性缴费至满十五年。

8.4 生育保险

生育保险是通过国家立法规定，在劳动者因生育子女而导致劳动力暂时中断时，由国家和社会及时给予物质帮助的一项社会保险制度。

缴纳

职工个人不需要缴纳生育保险，生育保险是由用人单位按照国家规定的缴费比例缴纳的。（一般来说个人无需缴纳生育保险；浙江的灵活就业人员可以缴纳生育保险，部分生育保险和医保合并的地区的灵活就业人员缴纳医保可以享受生育保险待遇）

缴纳数 = 缴纳基数 × 缴纳占比

1、缴纳基数

生育保险缴费工资基数是以职工应发的工资待遇为基数缴费的，但如果职工的应发工资高于最高缴费基数的，则按照上限交纳，如果职工应发工资低于最低基数的，则按照下限交纳。（对于绝大多数省份/自治区/直辖市而言，这个范围是辖区内去年全体职工平均月工资的 60%-300%。换句话说，今年社保缴纳的最低档是去年全体职工平均月工资的 60%，最高档是去年全体职工平均工资的 300%，处于这个范围内就按去年个人平均月工资来作为基数。）

2、企业缴纳部分

生育保险费由用人单位按月缴费，职工个人不缴纳生育保险费。用人单位按在职职工缴纳基本养老保险费的基数作为缴纳生育保险费的基数，按照一定比例缴纳生育保险费。（各地区比例不同，一般在 0.5%-1% 之间）

3、缴纳时间

要享受生育保险待遇，一般需要缴纳生育保险费达到一定时长，生育保险各地条件差异较大，具体以当地实际规定为准，以下为部分地区享受生育保险待遇的条件。

1. 广州用人单位已经按时足额缴费的，自缴费次月起，其职工享受生育医疗费用和生育津贴待遇（职工未就业配偶按照规定享受生育医疗费用待遇，不享受生育津贴）
2. 浙江连续缴纳生育保险（含生育保险）费满六个月的，可以按规定申领生育津贴
3. 上海需要累计缴费满一年或者连续缴纳生育保险费满 9 个月
4. 北京需要连续缴费满 9 个月，连续缴费不满九个月生育津贴由用人单位支付，在分娩月（含）后连续缴费满 12 个月后，职工的生育津贴由生育保险予以支取。

4、男性缴纳

男性缴纳生育保险一般有三个作用

一是可以给妻子使用，需要满足以下条件

1. 妻子进行了失业登记
2. 丈夫的生育险已经交满一年，并且在享受福利期间不断缴
3. 符合国家计划生育要求。（具体以当地规定为准）

二是男职工累计缴纳生育保险满 1 年，在医保定点医院进行输精管结扎和复通手术，可以按规定使用生育保险报销医疗费用并且享受津贴。

三是可以在妻子生育后，可以享受带薪陪产假。（各地区时长不同，在 7-30 天之间）

8.4.1 生育保险的缴纳

1、缴纳基数

生育保险缴费工资基数是以职工应发的工资待遇为基数缴费的，但如果职工的应发工资高于最高缴费基数的，则按照上限交纳，如果职工应发工资低于最低基数的，则按照下限交纳。（对于绝大多数省份/自治区/直辖市而言，这个范围是辖区内去年全体职工平均月工资的 60%-300%。换句话说，今年社保缴纳的最低档是去年全体职工平均月工资的 60%，最高档是去年全体职工平均工资的 300%，处于这个范围内就按去年个人平均月工资来作为基数。）

缴纳数 = 缴纳基数 x 缴纳占比

2、职工个人不需要缴纳生育保险

职工个人不需要缴纳生育保险，生育保险是由用人单位按照国家规定的缴费比例缴纳的。（一般来说个人无需缴纳生育保险；浙江的灵活就业人员可以缴纳生育保险，部分生育保险和医保合并的地方的灵活就业人员缴纳医保可以享受生育保险待遇）

3、企业缴纳部分

生育保险费由用人单位按月缴费，职工个人不缴纳生育保险费。用人单位按在职职工缴纳基本养老保险费的基数作为缴纳生育保险费的基数，按照一定比例缴纳生育保险费。（各地

区比例不同，一般在 0.5%-1% 之间）

4、缴纳时间

要享受生育保险待遇，一般需要缴纳生育保险费达到一定时长，生育保险各地条件差异较大，具体以当地实际规定为准，以下为部分地区享受生育保险待遇的条件。

1. 广州用人单位已经按时足额缴费的，自缴费次月起，其职工享受生育医疗费用和生育津贴待遇（职工未就业配偶按照规定享受生育医疗费用待遇，不享受生育津贴）
2. 浙江连续缴纳生育保险（含生育保险）费满六个月的，可以按规定申领生育津贴
3. 上海需要累计缴费满一年或者连续缴纳生育保险费满 9 个月
4. 北京需要连续缴费满 9 个月，连续缴费不满九个月生育津贴由用人单位支付，在分娩月（含）后连续缴费满 12 个月后，职工的生育津贴由生育保险予以支取。

5、男性缴纳

男性缴纳生育保险一般有三个作用

一是可以给妻子使用，需要满足以下条件

1. 妻子进行了失业登记
2. 丈夫的生育险已经交满一年，并且在享受福利期间不断缴
3. 符合国家计划生育要求。（具体以当地规定为准）

二是男职工累计缴纳生育保险满 1 年，在医保定点医院进行输精管结扎和复通手术，可以按规定使用生育保险报销医疗费用并且享受津贴。

三是可以在妻子生育后，可以享受带薪陪产假。（各地区时长不同，在 7-30 天之间）

8.4.2 产假待遇

产假是指女职工产期前后的休假待遇，一般从分娩前半个月至产后两个半月，晚婚晚育者可前后长至四个月，女职工生育享受不少于九十八天的产假。**女职工在休产假期间，用人单位不得降低其工资、辞退或者以其他形式解除劳动合同。**

除了产假外，女职工还可享受产前检查假、产前假、哺乳时间、哺乳假、保胎假、休息时间、生育津贴/产假工资、报销生育医疗费用等福利。

1、国家规定

国家规定的产假待遇包括产假、生育津贴/产假工资、产前检查假、哺乳时间、休息时间、保胎假。其中保胎假这一概念在法律上并无规定，由单位按照病假待遇自行处理。

产假

女职工怀孕后，应享受的产假天数为 98 天 + 各地奖励天数；如果存在难产、生育多胞胎等情况可以依法增加一定的产假天数；流产的女职工也可以享受一定天数的产假。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第七条：

女职工生育享受 98 天产假，其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。

女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。

报销生育医疗费用

生育医疗费报销主要包括产检、分娩或终止妊娠住院、计划生育的费用。各地报销标准不同，例如北京规定了最高报销额度；上海则规定了起付线，报销医保内的费用。报销生育医疗费用的方式通常有两种：一种是直接在定点医疗机构刷卡结算；另一种则是先行垫付，然后再拿着资料申请报销，比如异地生育。报销生育医疗费用一般需要生育保险待遇申请表（加盖单位公章）、出院记录原件或复印件（由医院盖章、医生签字）、原始发票、发票费用总清单等，具体以当地实际规定为准。

法律法规

社会保险法

第五十五条：

生育医疗费用包括下列各项：

- （一）生育的医疗费用；
- （二）计划生育的医疗费用；
- （三）法律、法规规定的其他项目费用。

生育津贴/产假工资

产假期间参加生育保险的女职工可以领取生育津贴；如果女职工未参加生育保险，用人单位需要按照产假前的工资标准支付产假工资。产假工资为休产假前 12 个月平均工资，产假期间如果生育津贴数额小于女员工产假工资的，用人单位需要补足差额。生育津贴低于产假工资是由于用人单位没有依法为女职工缴纳生育保险，根据妇女权益保障法第二十七条规定，任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资。产假期间内应视为女职工正常提供了劳动，其工资待遇不能降低，即不能低于其怀孕、产假等特殊期间之前的正常工资水平。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第八条：

女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。

法律法规

妇女权益保障法

第二十七条：

任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议。但是，女职工要求终止劳动（聘用）合同或者服务协议的除外。

如何申领生育津贴

我国部分地区已经开始了生育津贴免申即享政策，即只要在指定医院使用生育保险报销生育费用，无需申报即可按月领取生育津贴。但是全国大部分地区还是需要在当地医保局走申领流程的。（实际以各地方规定为准）

产前检查假

怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间。用人单位将怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查的时间计为病假、缺勤的行为是侵犯劳动者合法权益的。如果产前检查发生在休息日，员工不能向单位要求补偿。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第六条：

怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间。

哺乳时间

用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳未满一周岁婴儿的女职工安排 1 小时的哺乳时间，生育多胞胎的，每多哺育一个婴儿，增加 1 小时的哺乳时间。同时，用人单位不得延长劳动时间或安排夜间劳动。

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第九条：

对哺乳未满 1 周岁婴儿的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动。

用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排 1 小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳 1 个婴儿每天增加 1 小时哺乳时间。

保胎假

我国法律上对保胎假这一概念并无规定，根据《国家劳动总局保险福利司关于女职工保胎休息和病假超过六个月后生育时的待遇问题给上海市劳动局的复函》“女职工按计划生育怀孕，经过医师开据证明，需要保胎休息的，其保胎休息的时间，按照本单位实行的疾病待遇的规定办理。”可知我国目前对于需要保胎的女职工，所采取是按照病假待遇由单位自行处理。

休息时间

对于怀孕七个月以上的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜间劳动。并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。（无明确时间规定，以各地方法规为准，部分省市规定了一小时的工间休息时间）

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第六条：

女职工在孕期不能适应原劳动的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。

对怀孕 7 个月以上的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动，并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。

2、地方规定

各地方的产假待遇有所不同，最明显的是对产假天数的规定差异较大，部分地方还规定有哺乳假或产前假，或二者兼有。

产假天数

国家规定女职工生育享受不少于 98 天的产假，各省和直辖市在实践中普遍增加了生育奖励假。对于符合计划生育要求的女职工，各地方奖励假普遍在 60 天以上，实际享受产假天数至少为 158 天。需要注意的是奖励假期是不享受生育津贴的，由用人单位支付产假工资。

哺乳假

哺乳假属于地方规定，哺乳假与《女职工劳动保护特别规定》所规定的哺乳时间并不是

同种假期，以上海为例：“女职工生育后，若有困难且工作许可，由本人提出申请，经单位批准，可请哺乳假六个半月。哺乳假的工资按本人原工资的百分之八十发给。单位增加工资时，女职工按规定享受的产前假、产假、哺乳假，应作出勤对待。”哺乳假相关待遇以各地方实际规定为准。

产前假

产前假属于地方规定，以上海为例：“女职工妊娠七个月以上（按二十八周计算），如工作许可，经本人申请，单位批准，可请产前假两个半月；产前假工资不得低于原工资标准的80%。”产前假相关待遇以地方实际规定为准

3、未缴纳、未足额缴纳

单位未缴纳生育保险，产假期间由用人单位按照女职工产假前工资的标准支付产假工资。用人单位未按时足额申报缴纳生育保险造成职工生育津贴损失的，由用人单位补足。（部分地区规定用人单位未按时足额缴纳生育保险，造成职工未就业配偶不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照相关规定的生育保险待遇支付相关费用。）

法律法规

女职工劳动保护特别规定

第八条：

女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

4、男性

男性在妻子生育后，可以享受带薪陪产假。（各地区时长不同，在 7-30 天之间）法律上并没有对陪产假进行明确规定，以各地方实际规定为准。

8.4.3 断缴后果

1、断缴及其后果

要享受生育保险待遇，一般需要累计或连续缴纳生育保险费满 6-12 个月。如果中途用人单位因为各种原因没有及时为劳动者按期缴纳社会保险，这样劳动者的社保缴费就会处于中断状态，一般又称为社保断缴。转换单位、职工失业等原因也会产生社会保险费的断缴。在享受生育保险期间也需要缴纳生育保险费，如果中途停止缴纳，那从第二个月开始，便无法享受相关福利。

2、补缴

用人单位参保后欠缴生育保险费的，从欠缴次月起停止支付该单位职工的生育保险待遇。

一般欠费在 3 个月以内的，足额补缴所欠金额及滞纳金后，按相关法律规定补发生育保险待遇；一般断缴三个月就算间断，需要重新计算连续缴纳时间。各地生育保险条件要求不尽相同，具体以当地规定为准。

8.5 工伤保险

8.5.1 工伤认定标准

《工伤保险条例》规定了可认定为工伤的六种情形以及三种视同工伤的情形，此外在其他法律、法规、司法解释中亦规定了其他可认定为工伤的情形。接下来详细地这些可认定工伤的情形。

1、可认定为工伤的一般情形

工作时间内和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的

“工作时间”：指法律规定的或者单位要求职工工作的时间。

工作时间外受到的事故伤害则不能认定为工伤。某些单位会利用这一点伪造证据导致人社局做出不予认定为工伤的决定，例如当事人当天在工作中受伤，受伤后单位在当事人住院期间在委托律师前要求当事人签署事故当天的休假申请。已签署的假条证明当天不属于工作时间，自然该次事故难以被认定为工伤。

另外关于工作时间需要考虑到特殊工时制度，不定时工作制以及综合计时工作制，实行特殊工时制度的岗位、行业其工作时间会明显异于标准 8 小时工作制。此外工作时间并不必然与用人单位规定的考勤时间一致，劳动者提前到岗或加班期间，亦为工作时间。

法律法规

四川省高级人民法院关于审理工伤认定行政案件若干问题的意见

第十七条第一款认定职工工伤的“工作时间”，是指劳动合同约定的工作时间、用人单位规定的工作时间、加班加点工作的时间以及完成用人单位临时指派工作的时间。该条款明确确定了加班加点期间、用人单位临时指派工作的时间亦属于工作时间。

“工作场所”：是指职工日常工作所在的场所，以及用人单位临时指派其所从事工作的场所。

关于工作场所，例如公司食堂存在的争议，相关法规也没有进行明确界定。但实践中法院一般对于相关地点发生的事故伤害的主流观点如下：若劳动者就餐后需要继续工作，则无论劳动者在食堂内或者从食堂往返于工作场所途中受伤，均会被认定为工伤。

司法案例

兰州中院（2020）甘 7101 行初 179 号

赵希于 2020 年 5 月 7 日中午 12 时在食堂门口因地面积水不慎滑倒受伤。其发生受伤事故的地点位于厂区范围,是工作场所的合理延伸,赵希用完午餐后需投入工作,而用餐为劳动者开展工作的正常生理需要,且在合理时间界限内,可以视为从事与工作有关的预备性工作的一部分。因此,赵希的受伤符合工伤认定的条件。

“工作原因”是指职工受伤与其所从事的工作存在因果关系。《人社部〈工伤保险条例〉若干问题的意见（三）》释明《条例》第十四条规定的“工作原因”，包括：

1. 劳动合同约定或单位规定的本职工作
2. 用人单位临时指派的工作
3. 维护用人单位合法利益的工作
4. 工作期间在合理场所解决必需的基本生理需求，例如上班期间如厕、或午间休息时就餐甚至洗澡等，均可视为“工作原因”。

（2015）自行终字第 10 号判决书的观点“王昌芬从事的拴编工作属计件工形式，中午吃完饭后便会立即投入生产工作，其在公司吃午饭期间，上厕所时摔倒受伤，虽与其工作内容无关，但吃饭和上厕所是其必要的、合理的生理需求，与其正常工作密不可分，是为维持持续、有效的工作所必需，是本职工作的必要延伸，王昌芬所受伤害，应属于“因工作原因”受伤。”因公外出并非一定出于本职工作，（2014）成行终字第 114 号案用人单位人事要求劳动者去办理工资卡，劳动者请事假获批后，办卡返回公司途中受伤。法院观点：“本案中，被上诉人陈龙上班时间外出办理工资卡系应康力公司人事主管要求而为，该行为涉及事项虽与其电工工作无关，但属于康力公司劳资管理工作的一部分，应视为因公外出。”

工作时间前后在工作场所，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的

“预备性工作”是指在工作前的一段时间内，从事与工作有关的准备工作，诸如运输、备料、准备工具等。

“收尾性工作”是指在工作后的一段合理时间内从事与工作有关的收尾工作，诸如清理、安全贮存、收拾工具和衣物等。本项在适用中争议最多的就是关于食堂内外受伤，已作阐述。常见的预备性工作如就餐、提前到岗调试设备、午休，常见的收尾性工作包括关闭设备、打扫办公场所、特定工作完成后劳动者对自身进行清洁等。

在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的

此项包括两种情况：一是指职工因履行工作职责，使某些人不合理或违法的目的没有达到，这些人出于报复而对职工进行暴力人身伤害；二是指在工作时间和工作场所内，职工因履行工作职责而受到意外伤害，如地震、厂区失火、单位设施不安全而造成的伤害等。首先工作时间，实践中作较为扩大的解释，包括提前到岗的至正式工作的时间。

司法案例

(2017) 粤 20 行终 388 号

本院认为，本案为不服工伤认定决定纠纷。市人力资源社会保障局以《工伤保险条例》第十四条第（三）项为据，认定刘谋禄在上诉人永际电子公司车间内受到的暴力伤害为工伤，永际电子公司对此不服引致本案诉讼，本案争议的即焦点在于刘谋禄受到的暴力伤害是否符合上述法律规定的应予认定工伤的认定条件。《工伤保险条例》第十四条 第（三）项 规定，职工在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的应当认定为工伤。故刘谋禄所在的车间事发当时是否已到上班时间，不是认定刘谋禄所受伤害是否为工伤的关键。因此，对于上诉人永际电子公司以事发当时车间尚未开灯，其他职工尚在午休，该车间并未到工作时间为由否定刘谋禄受到伤害时处于工作时间的上诉理由，本院不予采纳。

职业病

《职业病防治法》规定“职业病”是指企业、事业单位和个体经济组织的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素而引起的疾病。具体参照《职业病分类和目录》，具体见下。是否属于职业并关键因素在于具有职业病诊断资质的医院是否出具职业病诊断。

职业性尘肺病及其他呼吸系统疾病包括尘肺病和其他呼吸系统疾病。尘肺病：1. 矽肺；2. 煤工尘肺；3. 石墨尘肺；4. 碳黑尘肺；5. 石棉肺；6. 滑石尘肺；7. 水泥尘肺；8. 云母尘肺；9. 陶工尘肺；10. 铝尘肺；11. 电焊工尘肺；12. 铸工尘肺；13. 根据《尘肺病诊断标准》和《尘肺病理诊断标准》可以诊断的其他尘肺病。其他呼吸系统疾病：1. 过敏性肺炎；2. 棉尘病；3. 哮喘；4. 金属及其化合物粉尘肺沉着病（锡、铁、锑、钡及其化合物等）；5. 刺激性化学物所致慢性阻塞性肺疾病；6. 硬金属肺病。

职业性皮肤病：1. 接触性皮炎；2. 光接触性皮炎；3. 电光性皮炎；4. 黑变病；5. 痤疮；6. 溃疡；7. 职业性皮肤灼伤；8. 白斑；9. 根据《职业性皮肤病的诊断总则》可以诊断的其他职业性皮肤病。

职业性眼病：1. 化学性眼部灼伤；2. 电光性眼炎；3. 白内障（含放射性白内障、三硝基甲苯白内障）。

职业性耳鼻喉口腔疾病：1. 噪声聋；2. 铬鼻病；3. 牙酸蚀病；4. 爆震聋。

职业性化学中毒：1. 铅及其化合物中毒（不包括四乙基铅）；2. 汞及其化合物中毒；3. 锰及其化合物中毒；4. 镉及其化合物中毒；5. 铍病；6. 铊及其化合物中毒；7. 钡及其化合物中毒；8. 钒及其化合物中毒；9. 磷及其化合物中毒；10. 砷及其化合物中毒；11. 铀及其化合物中毒；12. 砷化氢中毒；13. 氯气中毒；14. 二氧化硫中毒；15. 光气中毒；16. 氨中毒；17. 偏二甲基肼中毒；18. 氮氧化合物中毒；19. 一氧化碳中毒；20. 二硫化碳中毒；21. 硫化氢中毒；22. 磷化氢、磷化锌、磷化铝中毒；23. 氟及其无机化合物中毒；24. 氰及腈类化合物中毒；25. 四乙基铅中毒；26. 有机锡中毒；27. 羰基镍中毒；28. 苯中毒；29. 甲苯中毒；30. 二甲苯中

毒；31. 正己烷中毒；32. 汽油中毒；33. 一甲胺中毒；34. 有机氟聚合物单体及其热裂解物中毒；35. 二氯乙烷中毒；36. 四氯化碳中毒；37. 氯乙烯中毒；38. 三氯乙烯中毒；39. 氯丙烯中毒；40. 氯丁二烯中毒；41. 苯的氨基及硝基化合物（不包括三硝基甲苯）中毒；42. 三硝基甲苯中毒；43. 甲醇中毒；44. 酚中毒；45. 五氯酚（钠）中毒；46. 甲醛中毒；47. 硫酸二甲酯中毒；48. 丙烯酰胺中毒；49. 二甲基甲酰胺中毒；50. 有机磷中毒；51. 氨基甲酸酯类中毒；52. 杀虫脒中毒；53. 溴甲烷中毒；54. 拟除虫菊酯类中毒；55. 铊及其化合物中毒；56. 溴丙烷中毒；57. 碘甲烷中毒；58. 氯乙酸中毒；59. 环氧乙烷中毒；60. 上述条目未提及的与职业有害因素接触之间存在直接因果联系的其他化学中毒。

物理因素所致职业病：1. 中暑；2. 减压病；3. 高原病；4. 航空病；5. 手臂振动病；6. 激光所致眼（角膜、晶状体、视网膜）损伤；7. 冻伤。

职业性放射性疾病：1. 外照射急性放射病；2. 外照射亚急性放射病；3. 外照射慢性放射病；4. 内照射放射病；5. 放射性皮肤疾病；6. 放射性肿瘤（含矿工高氡暴露所致肺癌）；7. 放射性骨损伤；8. 放射性甲状腺疾病；9. 放射性性腺疾病；10. 放射复合伤；11. 根据《职业性放射性疾病诊断标准（总则）》可以诊断的其他放射性损伤。

职业性传染病：1. 炭疽；2. 森林脑炎；3. 布鲁氏菌病；4. 艾滋病（限于医疗卫生人员及人民警察）；5. 莱姆病。

职业性肿瘤：1. 石棉所致肺癌、间皮瘤；2. 联苯胺所致膀胱癌；3. 苯所致白血病；4. 氯甲醚、双氯甲醚所致肺癌；5. 砷及其化合物所致肺癌、皮肤癌；6. 氯乙烯所致肝血管肉瘤；7. 焦炉逸散物所致肺癌；8. 六价铬化合物所致肺癌；9. 毛沸石所致肺癌、胸膜间皮瘤；10. 煤焦油、煤焦油沥青、石油沥青所致皮肤癌；11. 萘胺所致膀胱癌。

其他职业病：1. 金属烟热；2. 滑囊炎（限于井下工人）；3. 股静脉血栓综合征、股动脉闭塞症或淋巴管闭塞症（限于刮研作业人员）。

因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的

其中“因工外出”应该理解为：由于工作原因是指员工不在本单位工作范围内，由于工作需要被指派到本单位以外工作，或为了更好地完成工作，自己到本单位以外从事与本单位有关的工作。所谓“由于工作原因受到伤害”是指由于从事生产经营活动，直接或间接造成的伤害，包括事故伤害、暴力伤害和其他形式的伤害。

编者的话

因本款发生的争议较多。例如，因工将劳动者派出，整个派出期间受到事故伤害都能被认定为工伤吗？答案是否定的，区分为两种情况。若劳动者被派驻至外地，有固定居所，则按照在派遣地正常工作处理。《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》五、职工因工作原因驻外，有固定的住所、有明确的作息时间，工伤认定时按照在驻在地当地正常工作的情形处理。

在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的

“上下班途中”是指职工按正常工作时间上下班途中以及职工加班加点后上下班途中。

2、视同工伤的情形

《工伤保险条例》第十五条还规定了三种视同工伤的情形，职工有下列情形之一的，视同工伤：

1. 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的
2. 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的
3. 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

由第二、第三项适用较少，这里仅说明在实践中争议较大的第一项。

在工作岗位上的突发疾病，被送入医院进行抢救，在抢救中劳动者家属会出现两难的情形。一方面医院对于某些疾病难以救治，只能勉强维持劳动者的生命体征，且劳动者也会在不久去世；另一方面劳动者家属难以支撑高额的抢救费用，且支付高额的抢救费用后亦无法挽回劳动者的生命。此种情况下，医院往往会与家属沟通换用其他方式进行治疗并要求家属签字确认。换用其他方式治疗后劳动者就会即刻丧失生命体征死亡。此种情形，若劳动者在 48 小时内死亡，是否构成工伤？

该种案情中，争议为变更治疗方案是否阻却了劳动者因自身疾病死亡的因果关系？很显然，该案中劳动者死亡的直接因素为其自身疾病，家属同意变更治疗方案只是让劳动者死亡的结果提前到来，认定该案属于工伤并无不当。

司法案例

(2014) 德行终字第 5 号

但被上诉人认为不符合经抢救无效死亡的条件，但事实上本案死者是在送往医院后，经数次抢救，医院认为需急症手术挽救生命，并告知手术风险极高，效果差，可能在手术中都有死亡的危险且也需要高额的手术费用，在此情况下，对家处农村的死者家属来说，选择放弃手术治疗回其家乡治疗也是符合常理的，上诉人并没有拒绝抢救，从常理上分析应是认为再手术抢救也没有多大希望，希望能回到其家乡的心理。从工伤保险条例确定视为工伤的情况的立法目的也是为了充分保障劳动者获得医治和补偿。故，本案死者家属并未拒绝抢救治疗，只是放弃手术抢救治疗。死者情况符合“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时内经抢救无效死亡”的情形。被上诉人不认定工伤有所不妥。

3、可认为工伤的其他情形

《工伤保险条例》的立法宗旨是为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，故立法会考虑到各种非劳动关系中劳动者因工受伤的保障与救济。

建筑工地上的基层务工人员因工受伤是否属于可认定为工伤的范围？

存在违法分包的情况下是可以的。建筑工人这类劳动者至今也有巨量的规模，且由于工

作性质容易在工作中发生意外伤害。基层的建筑工人往往不会与用人单位签订劳动合同，甚至其不知是为哪家单位进行建设，用人单位亦不知晓建筑工人的存在，用人单位与劳动者不存在建立劳动关系的合意，自然不存在劳动关系。但依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)第4条：建筑施工、矿山企业等用人单位工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。由于建筑工地往往会层层分包，将工程分包给自然人，然后由自然人来招用劳动者从事具体工作。根据我国建筑行业法律有关规定，建筑资质只会发放给符合条件的法人，自然是当然不具备建筑资质的，所以将建筑工程部分或全部分包给自然人系违法分包，前款规定应该由违法分包的单位承担用工主体责任，这工伤保险待遇纠纷的语境下就是由违法分包的单位承担建筑工人的工伤保险待遇。

关于超龄人员是否能享受工伤的问题

人力资源社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见(二)第二条，达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。

这里需要注意的是，关于超龄人员的年龄限制。

总结来说，男退休年龄为60周岁，女50岁达到退休年龄，国家机关、事业单位、国有企业管理岗位的女性作为例外55岁达到退休年龄。

4、排除认定为工伤的情形

因故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或自杀的去，不能认定为工伤的情形。

8.5.2 工伤认定流程、所需材料

工伤认定作为工伤保险待遇纠纷需要进行完整充分的准备，依照法律法规向有管辖权的行政机关提交申请。

1、工伤认定的程序事项

就像法律分为实体法与程序法一样，工伤保险认定中亦存在程序规定，且对于工伤保险待遇有实质影响。

管辖

《工伤保险条例》第17条确定了工伤认定管辖的一般规定，即向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

法律法规

工伤保险条例

第十七条

职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 30 日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。

用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 1 年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

按照本条第一款规定应当由省级社会保险行政部门进行工伤认定的事项，根据属地原则由用人单位所在地的设区的市级社会保险行政部门办理。

用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。

何为用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门呢？

社会保险行政部门一般就是至[各级的人力资源与社会保障局](#)。统筹地区就是吸纳、支付工伤保险基金的独立单位。目前一般是以一个地级市作为统筹地区，例如成都市即是一个工伤保险基金的统筹地区。但在实践中，成都市社会保险行政部门是将工伤保险认定权限的部分下发至各区、各县、市的。

以下两种情形由市人社局负责受理、确认：

1. 在省社会保险经办机构参加工伤保险的
2. 在市社会保险经办机构参加工伤保险且用人单位注册登记住所地不在市行政区域内的。

除此之外的工伤认定都下放至各区进行认定，按照以下原则进行确定管辖：

1. 对于在区（市）县社会保险经办机构参加工伤保险的，由参保地的区（市）县人社局负责认定
2. 未参加工伤保险的，以单位生产经营所在地的人社局负责认定
3. 单位生产经营所在地，既非用人单位注册地，也非劳动者受伤地，而是劳动者从事各项工作所在的区（市）县。

单位生产经营所在地，既非用人单位注册地，也非劳动者受伤地，而是劳动者从事各项工作所在的区（市）县。

举例说明单位生产经营所在地非用人单位注册地。用人单位在注册地在 A 区，其主营业务的办公场所设置在 B 区，且用人单位在 C 区设置了一处仓库，劳动者作为仓库管理员在仓库清点货物时摔伤。本案中具有管辖权的工伤保险行政部门为 C 区人社局。

再举例说明单位生产经营所在地非劳动者受伤地。劳动者住 A 区，其工作为单位前台，工作场所位于 B 区，劳动者上班途中在 C 区发生交通事故受伤。本案中受理部门为 B 区人

社局，而非受伤地的 C 区。

对管辖地还有疑惑的可以致电当地人社局询问。

具体的程序

依法确定工伤认定的管辖机关，将工伤认定材料准备完毕后，即可向人社局申请工伤认定。

1. 主体

谁有资格申请工伤认定呢？

《工伤保险条例》第十七条规定，除用人单位与受伤职工本人外，受伤职工的近亲属、工会组织亦可向人社局申请认定工伤。

另外从条例原文来看，近亲属、工会组织其申请工伤认定的权利是独立的。从实践上说，近亲属向人社局申请工伤认定亦无需提交受伤职工授权，只需要向社会保险行政部门提交与受伤职工的亲属关系证明材料亦可独立提交工伤认定申请，且工伤保险条例中的规定的近亲属没有确定具体范围，实践中仅认可配偶、父母、子女作为受伤职工的近亲属。

2. 工伤认定的时限

单位申请工伤认定应该在事故发生之日起 30 日向人社局申请工伤认定，实践中如单位在 30 日内无法将申请认定所需材料准备齐全的，可 30 日内向人社局进行报备，待材料齐全后再补齐，即可超过 30 日的时限灵活申请。

3. 受理

社会保险行政部门依法受理工伤认定后产生两个效力，第一社会保险行政部门依据《工伤保险条例》规定应该在受理之日起 60 日作出认定工伤或不予认定为工伤的决定；第二受伤职工的一年内申请认定的时限不再计算。

社会保险行政部门按照《工伤认定办法》第八条，社会保险行政部门收到工伤认定申请后，应当在 15 日内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定。

法律法规

工伤认定办法

第八条

社会保险行政部门收到工伤认定申请后，应当在 15 日内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定；材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在 15 日内作出受理或者不予受理的决定。

社会保险行政部门决定受理的，应当出具《工伤认定申请受理决定书》；决定不予受理的，应当出具《工伤认定申请不予受理决定书》。

4. 补正

材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政

部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在 15 日内作出受理或者不予受理的决定

关于补正的书面告知，实践中存在一定的争议。争议在于补正通知书是否与受理通知书的第二个效力相同，不再计算受伤职工的一年内申请认定的时限。即以下情况是否超过工伤认定时限？受伤职工在 1 年时限内，向社会保险行政部门申请工伤认定，因所需材料不齐社会保险行政部门向受伤职工出具了补正通知书，受伤职工在 1 年时限过后将所需材料搜集齐全，将证据材料补交至社会保险行政部门，依照法律规定社会保险行政部门是否予以受理？

根据《工伤保险条例》规定“用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 1 年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。”条例原文规定的是一年内提出“工伤认定申请”并未明示所需材料要齐全，对原文进行文义解释提出工伤认定就不应再计算一年的时限。但实践中人社局出具的书面补正通知书会有一段文字“补正材料属于司法机关或行政主管部门作出结论的，请在司法机关或行政主管部门作出结论后 15 日内向我局提交；其他补正材料，请在受到本告知书起 15 日内向我局提交，提交的材料超过上述期限且不在工伤认定申请受理时限内的，我局将不予受理”。显然人社局的观点是就算出具了补正通知书也应当在 1 年的时限内将所需材料全部提交否则不予受理。人社局上述文字笔者暂时未找到法律、法规、条例等规范性文件的依据，法院在行政诉讼的司法实践中亦不认可人社局的处理方式。（2019）川 13 行终 55 号案受伤职工在认定时效满一年前申请了工伤认定，被告知进行补正。在时效过后补全材料，且扣除仲裁申请、法院诉讼的时间近 14 个月，人社局出具不予受理通知书，南充市中院二审判决撤销不予认定决定，责令人社局在法定期间内重新作出行政行为。

5. 中止及其效力

中止的效力在于暂停计算《工伤保险条例》规定的社会行政保险部门应当在 60 日内作出决定的时限。

2、工伤认定需准备的证据材料

工伤认定一般情况下需要准备一下五组证据材料：

1. 工伤认定申请表
2. 当事人身份证信息
3. 用人单位工商公示信息
4. 足以证明劳动关系的材料
5. 出院证明或其他医学材料

接下来对部分材料做详细的说明。

足以证明劳动关系的材料

此种证据证明力最强的是法院、劳动人事争议仲裁委员会作出确认存在劳动关系的生效判决、裁决；其次受伤职工与用人单位签订的劳动合同是最为常见有效的证据材料；若可以提供用人单位以公户转账的工资发放记录、或经用人单位盖章的工资条亦可作为足以证明劳动关系的材料。以上三类证据取得一项即可。

出院证明或其他医学材料

此类证据材料申请人仅提供出院证明即可，某些人社局会要求申请人提供入院记录，急诊记录。关于入院记录受伤职工可前往就诊医院病案室出示身份证获取病历，病历种即包含入院记录；关于急诊记录，受伤职工持本人身份证前往急诊科即可复制急诊记录。

若受伤职工未住院的，提供诊断证明，医嘱即可。

此外若能收集到证明事故发生事实的证明材料亦可提交至人社局，这一点绝大多数人社局不做强制要求。

以上为一般事故伤害所需的证据材料，存在以下特殊情形的，还另需准备相应的证据材料

若事故伤害为上下班途中发生的交通事故还需提交交通事故责任认定书、受伤职工行进的路线图、居住证明。

对于不存在劳动关系的参照工伤保险条例处理的案件。如果是超龄人员认定工伤，需要提交劳务协议，或法院、劳动人事争议仲裁委查明存在劳务关系事实的判决书或裁决书 需要提供受伤职工未享受城镇或城乡养老保险的证明（享受了城镇或城乡养老保险其中一项即丧失享受工伤保险待遇的资格），以上两种材料都需要准备。

依据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条是第四项的规定：“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。”若以该条违法分包申请工伤认定，需要成为准备为法院、仲裁委生效的裁决书认定的违法分包的事实。某些人社局会要求提供进行违法分包的合同。

若劳动者既属于超龄人员又属于建筑工地上的基层务工人员亦可依照上述规定申请工伤认定。

因工死亡申请工伤认定的，还需要提交死亡证明，不是当场死亡的，还需提交尸检报告或伤害事故与死亡之间存在因果关系的鉴定意见

8.5.3 劳动能力鉴定

劳动能力鉴定目前分为初次鉴定、再次鉴定、复查鉴定、延长停工留薪期的鉴定、护理依赖的鉴定、辅助器具确认的鉴定。

1、初次鉴定

法律法规

工伤保险条例

第二十一条

职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，应当进行劳动能力鉴定。

接下来说明几点注意事项。

时间

《工伤保险条例》第二十一条规定的伤情相对稳定后，一般是指停工留薪期满后。停工留薪是指劳动者因工受伤后，暂时无法从事劳动的期间。该期间依据《工伤保险条例》第三十三条的规定，停工留薪期内劳动者原工资福利待遇不变，由用人单位按月支付。所以停工留薪期满后劳动者即可继续工作，此时进行劳动能力鉴定是合理的。停工留薪期的时间成都市以《成都市工伤职工停工留薪期管理办法（暂行）》为标准，一般为 3-6 个月。四川省内其他城市一般参照医嘱的休息期作为停工留薪期，某些省份、直辖市会在进行劳动能力鉴定的同时确认停工留薪期。

受理机构

《工伤保险条例》规定劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其近亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请，并提供工伤认定决定和职工工伤医疗的有关资料。实践中，市劳动能力鉴定中心亦将受理劳动能力鉴定的受理窗口分设在各区，一般与工伤认定的窗口一致，该窗口同时负责工伤认定申请与劳动能力鉴定申请的受理。

鉴定的流程

首先向受理窗口提交申请材料，窗口人员确认材料齐全将受伤职工信息录入后，会收取 300 元鉴定费，并开具发票。由窗口人员指定或者受伤职工选择工伤保险定点医院进行检查，窗口人员会出具前往医院进行检查的介绍信，并将提交医院的材料密封装袋后交予受伤职工，受伤职工持介绍信与密封袋前往指定医院进行检查，检查的过程中会支付几百元到上千元的检查费（一般是 3-5 百元），医院会出具发票。进行医学检查后就完成了，不用取检查结果，鉴定结论会在 60 日内作出。

2、申请劳动能力鉴定所需材料

1. 劳动能力鉴定申请表
2. 工伤认定决定书
3. 受伤职工住院病历或门诊病历
4. 医学影像资料 CT 片、DR 片

前三项是必须的，医学影像资料并不是必须的。

3、复查鉴定

由于事故伤害的损害结果不会马上出现，或者因工受伤后身体存在隐患，数年后才导致损害后果，针对此种情形可进行复查鉴定。复查鉴定的受理机构与初次鉴定一致，须在初次鉴定结论作出一年后方可申请。复查后结果发生变化的其工伤保险待遇也按照新的鉴定结论进行调整。

申请复查鉴定所需材料为：

1. 劳动能力鉴定申请表
2. 初次鉴定结论

3. 住院病历或门诊病历

4、延长停工留薪期鉴定及护理依赖

《工伤保险条例》第三十三条第二款停工留薪期一般不超过 12 个月。伤情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不得超过 12 个月。

延长停工留薪针对比较特殊的伤情，该类伤情通常比较严重，劳动者在受伤后 12 个月仍无法恢复工作的可以申请，延长提供留薪期申请的时限为因工受伤一年后。

护理依赖亦是针对伤情较重的工伤事故，受伤职工因工受伤后较长时间或者永久生活不能自理，需要长期进行护理的，此种情形可申请护理依赖鉴定，用于主张相应的工伤保险待遇。

所须材料和申请窗口与复查鉴定一致。

8.5.4 工伤保险待遇及取得

1、工伤保险的一般待遇

劳动者因工作遭受事故伤害或者患职业病的享受工伤医疗待遇，治疗工伤期间的伙食补助费从工伤保险基金中支付。工伤职工因日常生活或者就业需要安装假肢、假眼、假牙等辅助器具，所需费用按照国家规定的标准从工伤保险基金支付。并且在养伤期间，停工留薪，原工资福利待遇不变，停工留薪期一般不超过 12 个月。需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。

2、一级至四级工伤保险待遇

具体可以看《工伤保险条例》第三十五条。

3、五级和六级工伤保险待遇

具体可以看《工伤保险条例》第三十六条。

4、七至十级工伤保险待遇

具体可以看《工伤保险条例》第三十七条。

5、员工死亡

具体可以看《工伤保险条例》第三十九条。

如果受工伤职工工伤复发，需要治疗的，享受《工伤保险条例》第三十条、第三十二条和第三十三条规定的工伤待遇。

8.6 住房公积金的缴纳

1、住房公积金的介绍

住房公积金，是指国家机关和事业单位、国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业及其他城镇企业和事业单位、民办非企业单位、社会团体及其在职职工，对等缴存的长期住房储蓄。

公积金缴存是由职工个人公积金缴存和职工所在单位为职工公积金缴存的公积金两部分构成，属于职工个人所有。

2、政策依据

2015 年《住房公积金管理条例》

8.6.1 公积金的缴纳

1、缴纳数量

个人

个人公积金缴存的月缴存额 = (等于) 职工本人上一年度月平均工资 \times (乘以) 职工的公积金缴存比例

单位

单位为职工缴存的公积金的月缴存额 = (等于) 职工本人上一年度月平均工资性 (乘以) 单位公积金缴存比例

注：如果你是单位新调入的职工，从你调入单位发放工资之日起缴存住房公积金，月缴存额为你本人当月工资 \times (乘以) 职工住房公积金缴存比例。

2、缴纳比例

单位给职工缴纳住房公积金比例在 5% 到 12% 之间，单位可根据实际经营情况，在此区间范围内选择缴存比例。

3、缴纳周期

每年的 7 月 1 日至次年的 6 月 30 日为一个公积金缴存年度。

4、缴存基数调整

住房公积金缴存基数按照职工本人上一年度年底应发工资全额进行核定，每年调整一次。缴存基数原则上不应超过职工工作地所在设区城市统计部门公布的上一年度职工月平均工资的 3 倍。

5、住房公积金缴纳的相关问题

单位不缴公积金是否属于劳动争议？

情形一：劳动合同中未约定住房公积金

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十七条

违反本条例的规定，单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处1万元以上5万元以下的罚款。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十八条

违反本条例的规定，单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十四条

住房公积金管理中心和职工有权督促单位按时履行下列义务：

- （一）住房公积金的缴存登记或者变更、注销登记；
- （二）住房公积金账户的设立、转移或者封存；
- （三）足额缴存住房公积金。

当用人单位不为劳动者缴纳公积金时，劳动者不能直接进行劳动仲裁或诉讼，也不能以“单位不缴纳公积金”为由解除劳动合同。

根据上述规定，有效的方法是向负责催交的机构——住房公积金管理中心——进行举报。住房公积金管理中心有义务督促用人单位依法办理住房公积金登记或者缴存住房公积金。

如果住房公积金管理中心接到举报后，不督促单位办理，则属于行政不作为，应该承担相应的行政责任。

注意：劳动合同未约定住房公积金不违反劳动法律法规。

情形二：劳动合同中约定了住房公积金

法律法规

《劳动争议调解仲裁法》第二条

中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议。

如果劳动合同中约定了住房公积金，但用人单位没有为劳动者办理与缴纳的，那么用人单位违反了劳动合同约定，这种情形就属于劳动争议。

在这种情况下，劳动者可以用劳动仲裁及诉讼的方式，要求单位依法为你缴纳公积金。

法律法规

广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见综述 (2001) 第三条

住房公积金不属于《劳动法》强制缴交及《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的调处范围，故不属于劳动争议案件的调整范围。但是，如果双方当事人在劳动合同中对住房公积金有约定，且该争议经过劳动仲裁的，人民法院可一并审理。

如果提前退休，还要继续缴纳公积金吗？

如果劳动者还未达到法定退休年龄，但已经办理了提前退休，那么可以选择是否继续存入公积金。

如果还需要继续缴存住房公积金，可以像在职期间一样继续缴存住房公积金，所在单位也应当为公积金提供全额单位补贴，直至达到法定退休年龄。

住房公积金缴存的工资基数为提前退休人员办理退休手续前一年的月平均工资。

8.6.2 公积金的使用：提取、转移、封存**1、公积金的提取**

除了用于购房、租房、建造、装修，在以下情形中，劳动者可以通过销户的方式提取公积金。

1. 退休
2. 农业户籍职工男满 60 周岁，女满 55 周岁的
3. 完全丧失劳动能力、大部分丧失劳动能力或重度残疾并与单位解除或终止劳动关系的
4. 领取失业保险金的
5. 到所在市行政区域外工作并在当地建立和缴存住房公积金的，可销户提取全部公积金余额。

销户提取所需的材料

这两个材料是销户提取必需的：

1. 身份证
2. 住房公积金联名卡，未办理住房公积金联名卡的可提供住房公积金查询卡。

根据不同情形，销户提取所需的材料如下：

1. 如果是退休：退休证，退休职工应提供区县劳动部门颁发的退休证
2. 如果是农业户籍职工男满 60 周岁，女满 55 周岁：职工户口簿
3. 如果是完全丧失劳动能力、大部分丧失劳动能力或重度残疾并与单位解除或终止劳动关系的：残疾人证、与单位解除或终止劳动关系证明
4. 如果是领取失业保险金的：失业证、领取保险金证明，凭银行存折领取的提供银行存折
5. 凭储蓄卡领取的提供储蓄卡及对账单

6. 如果是外地户籍转移：户口迁移证明，户口迁出本市并与所在单位解除或终止劳动关系的，应提供公安机关出具的户口迁移证明和职工与单位解除或终止劳动关系证明、异地住房公积金管理中心出具的开户或缴存证明。

低保如何提取公积金？

职工被纳入城镇居民最低生活保障或特困救助范围，职工本人及配偶可申请提取住房公积金，提取金额不超过被纳入最低生活保障范围或特困救助范围期间以前的住房公积金金额。

申请条件

1. 缴存人享受城镇居民最低生活保障（发生当年办理一次）
2. 所有证件材料均须提供原件与复印件
3. 提取金额以十元为单位
4. 提取配偶公积金余额的，须同时申请办理，提供配偶提取申请表、身份证及结婚证
5. 职工须持住房公积金联名卡办理提取业务（未办理联名卡职工可在申请办理提取业务的同时，到中心前台相关银行驻点窗口办理）。

2、公积金的转移

法律法规

《住房公积金管理条例》第十五条

单位录用职工的，应当自录用之日起 30 日内向住房公积金管理中心办理缴存登记，并办理职工住房公积金账户的设立或者转移手续。

单位与职工终止劳动关系的，单位应当自劳动关系终止之日起 30 日内向住房公积金管理中心办理变更登记，并办理职工住房公积金账户转移或者封存手续。

当工作单位变更的时候，需要进行公积金转移，及时转移公积金能够保持公积金缴纳的连续性，以便购房贷款时提取。

从外省市转入本省市

线上办理：可以通过当地的线上小程序办理。

在“全国住房公积金”小程序中点击“城市服务”，选择你所在的城市，可以在当地小程序中找到办理途径，在页面中填写相关信息、上传材料即可。两份工作中间隔断时间应在 30 天之内。

线下办理：可以去当地住房公积金管理中心所属任意管理部或受托银行代办点办理。职工本人持身份证原件或单位经办人持经办人身份证原件，填写完整并有职工签字的《公积金缴存人账户转移申请表》。

从原单位转到新单位同城转移

单位经办人可以提供带有公章的《住房公积金转移通知书》，线上或线下均可办理。

3、公积金的封存

法律法规

《住房公积金管理条例》第十四条

单位合并、分立、撤销、解散或者破产的，应当自发生上述情况之日起 30 日内由原单位或者清算组织向住房公积金管理中心办理变更登记或者注销登记，并自办妥变更登记或者注销登记之日起 20 日内，为本单位职工办理住房公积金账户转移或者封存手续。

什么是公积金封存？

如果职工因为离职而导致公积金缴存中断，又暂时没有找到新的工作进行转移，也不符合销户提取公积金的条件，那么可以办理公积金封存。

离职时，单位经办人（一般为 HR）会给你办理公积金账户封存手续，封存时间满 6 个月就可以提取公积金，封存期间不能办理账户合并，公积金账户启封后可以办理异地转移接续。

离职后公积金一般一个月内会封存。

有两种情况下，可以办理公积金封存：

1. 职工与单位终止劳动关系，尚未重新就业的
2. 职工劳动关系迁出当前所在城市，其外省市所在单位尚未为其设立个人住房公积金账户的。

公积金封存之后可以提取吗？

公积金离职封存期满后，若没有找到新工作，可以办理离职提取公积金业务，大部分地区规定离职提取的封存时间是 6 个月。

注意：开始封存的时间是从单位经办人办理账户封存当天算起，不是从离职当天算。

封存后怎样提取公积金？

步骤一：申请者到住房公积金管理中心领取住房公积金提取审批表；

步骤二：准备所需材料

1. 经单位盖章的个人住房公积金提取申请表（一式三份）
2. 提取人身份证原件及复印件一份
3. 已经与用人单位解除劳动关系的有效证明、其余相关材料到住房公积金管理中心提起销户提取
4. 离职证明/解除劳动关系证明，若不慎遗失，建议尽快联系原公司补办，或咨询当地公积金中心。

步骤三：住房公积金管理中心的工作人员在收到公积金提取申请资料后，会进行审核，通常在 3 个工作日内公积金管理中心会完成审核，审核通过后，公积金管理中心会委托银行将提取金额打入到提取人提供的银行卡账户当中。

注意：

1. 如果申请人本人不方便去住房公积金管理中心办理提取手续，可以委托他人办理，这种情况下，需要去当地公证处做一个委托办理公证证明

2. 在封存账户后，申请公积金贷款时，公积金缴存时长停止计算，需要等账户重新启封后，缴纳时间重新开始计算，满一年后可申请贷款
3. 如果离职后已经找到新工作，则不符合离职提取公积金的条件，不能办理离职提取公积金的业务，需要视情况办理公积金转移业务
4. 一些地区在线上也可以提取公积金，可以参考各个地区公积金 APP 的线上办理要求。

封存后找到新工作怎么办？

个人住房公积金账户转移至新单位，新单位应及时办理启封手续，并按规定为职工缴存住房公积金。

- 如果新工作是和原来的在同一地区，单位经办人会负责将公积金账户启封，继续在原来的账户缴存公积金，无需自己操作
- 如果新工作在其他地区，单位会重新开设一个公积金账户，后续再办理公积金异地转移接续业务，将原来公积金账户里的钱转移到现在的账户中。

4、公积金断缴的情况

公积金断缴怎么计算？

若职工因更换单位造成住房公积金断缴，可在重新就业后继续缴交住房公积金。

如果你离职后重新就业，且办理了住房公积金账户转移，期间断缴不超过 3 个月的，可视为连续正常缴存。

如断缴超过 3 个月的，住房公积金连续缴存时间从新单位正常汇缴当月开始重新计算。

如果职工近期没有购房计划，则断缴公积金不会有太大影响

8.6.3 公积金的补缴与缓缴

1、公积金补缴

单位不依法建立和缴存住房公积金有两种情况：

1. 不办理住房公积金缴存登记或不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续
2. 逾期不缴或者少缴住房公积金。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十七条

违反本条例的规定，单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十八条

违反本条例的规定，单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行。

2、什么情况单位应该补缴公积金

1. 因故漏缴或者少缴某月份住房公积金
2. 单位调入未及时确认，应为职工办理补缴手续
3. 缴存单位为新录用的职工开设住房公积金账户的时间**明显滞后于事实上劳动关系形成时间的**，这期间未能缴存的住房公积金，单位应为职工进行补缴
4. 因未及时进行公积金**基数调整**，住房公积金缴存额度提高的，对住房公积金缴存的差额部分进行补缴，以及其他未按照规定的缴存基数和比例缴存住房公积金
5. 经批准**缓缴**住房公积金的单位，经济效益好转后应补缴住房公积金的。

3、公积金补缴手续

补缴受理地点：当地银行经办网店，或公积金管理中心各区县分中心。

操作人：单位经办人

1. 单位经办人填制公积金管理中心统一印制的《公积金补缴书》《公积金补缴清册》及与《公积金补缴书》金额一致的转账支票，到公积金管理中心办理补缴手续。对于未在《公积金补缴清册》中列明补缴原因的，还应报补缴说明一份
2. 管理部接柜人员对《公积金补缴书》《公积金补缴清册》及转账支票进行审核，补缴确认后，接柜人员打印《公积金补缴书》一式两份，盖章后一份退单位经办人，一份留存。

4、单位不愿意补缴公积金怎么办？

- 可以向当地的住房公积金管理中心投诉，没有追缴时限，住房公积金管理中心会向单位寄送《责令限期纠正违法行为决定书》，责令单位补缴
- 如果决定书送达生效后，单位拒不整改，经住房公积金管理中心强制催告后，当地人民法院将作出准予执行裁定
- 在执行期间，如果公司法人不配合执行，将被法院纳入法院执行失信黑名单，应缴的公积金将被法院强制扣划，补缴至职工的账户。

如何办理执法申告？

职工向市住房公积金管理中心申告单位不依法规建立和缴存住房公积金的行为，需提供以下资料：

1. 申告人书面反映诉求情况并经本人签名确认的申告书
2. 申告人身份证
3. 告人与被申告单位依规建立劳动关系的有效凭据（包括劳动合同、或生效的劳动仲裁书、或生效的法院裁决等文书），以确认申告人与被申告单位之间的劳动关系和应缴存公积

金的时间

4. 提供在职期间的工资收入证明或凭据，如无法提供工资收入证明或凭据的，须书面说明不能提供原因。

注意：以上提交的资料必须是原件，且同时提交二份复印件，待收件当场核对复印件后，原件交回申请人妥善保管，以备执法过程、或行政复议、诉讼中质证之需（防止可能出现证据无效）；如无法提供原件的，必须书面说明原因和资料的来源。

执法申告业务能否代办？

执法申告业务可以代办。申告人和被委托人到住房公积金管理中心（或管理部）现场书写授权委托书、并提供双方身份证原件、复印件，或提供有效的执法申告委托法律文书（如公证书），其他执法申告资料可登录住房公积金管理中心网站查看。

5、公积金缓缴

对缴存住房公积金确有困难的单位，经本单位职工代表大会或工会讨论通过，无职工代表大会或工会的，经全体职工 2/3 以上同意，可以申请缓缴。

缓缴期间可以离职吗？

可以。单位需要对职工在职情况做好记录，确定补缴时间区间，单位复缴后，应该及时向住房公积金单位网上业务平台提交职工补缴清册，补缴你在职期间被缓缴的公积金。补缴金额与在职职工没有区别，应为职工住房公积金的单位缴存额和个人缴存额合计。

单位缓缴后，住房公积金个人缴存部分该如何处理？

按照《住房公积金管理条例》第十九条规定“职工个人缴存的住房公积金，由所在单位每月从其工资中代扣代缴”。针对缓缴期间的住房公积金个人缴存部分如何处理，单位应与职工协商一致。待复缴后，由单位统一对职工的住房公积金单位缴存额和个人缴存额进行补缴。

缓缴会影响申请住房公积金贷款或者提取吗？

单位缓缴不影响职工申请住房公积金贷款或者提取，不影响公积金缴纳的连续性。

6、公积金补缴相关其他问题

1. 公积金补缴会影响申请贷款吗？

住房公积金贷款一般要求连续缴存 6 个月以上，对于补缴后是否算连续缴存，各地有不同的政策。比如，重庆要求只要连续缴存 6 个月就可以贷款、含补缴，而武汉住房贷款要求连续缴存 6 个月公积金、不算补缴。

可以登陆当地的住房公积金管理网站查看住房公积金补交相关办事指南以及政策。

2. 没有合同，公积金补缴怎么办？

先要求公司补劳动合同，然后按照劳动关系开始的时间，补缴公积金。

3. 少缴的公积金，离职时可以作为现金补偿吗？

不可以，没有法律依据，公积金缴存是强制义务，必须缴交。

4. 如果你自己不愿意缴，单位可以不缴吗？

若员工不想缴住房公积金，单位是否可以员工不愿意缴存住房公积金为由，不为员工缴

存？

不可以。根据《条例》规定，住房公积金是单位及其在职职工缴存的长期住房储金，具有强制性。单位有代扣代缴的义务。

5. 病假、产假期间单位应当缴纳公积金吗？

如果你在该单位有工作岗位、由单位支付工资，但由于学习、病伤产假（六个月以内）等原因暂未工作，单位都应当为你缴纳公积金。包括与单位签订劳动合同或符合劳动保障部门认定的形成事实劳动关系的在岗职工（包括临时工），不包括已离开本单位仍保留劳动关系的离岗职工。

6. 没有工作期间，公积金可以挂靠代缴吗？

不要挂靠代缴，这种做法涉嫌违法。

法律法规

《社会保险基金行政监督办法》第三十二条

用人单位、个人有下列行为之一，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，按照《中华人民共和国社会保险法》第八十八条的规定处理：

（一）通过虚构个人信息、劳动关系，使用伪造、变造或者盗用他人可用于证明身份的证件，提供虚假证明材料等手段虚构社会保险参保条件、违规补缴，骗取社会保险待遇的。

8.6.4 公积金的封存

法律法规

《住房公积金管理条例》第十四条

单位合并、分立、撤销、解散或者破产的，应当自发生上述情况之日起 30 日内由原单位或者清算组织向住房公积金管理中心办理变更登记或者注销登记，并自办妥变更登记或者注销登记之日起 20 日内，为本单位职工办理住房公积金账户转移或者封存手续。

1、什么是公积金封存？

如果职工因为离职而导致公积金缴存中断，又暂时没有找到新的工作进行转移，也不符合销户提取公积金的条件，那么可以办理公积金封存。

离职时，单位经办人（一般为 HR）会给你办理公积金账户封存手续，封存时间满 6 个月就可以提取公积金，封存期间不能办理账户合并，公积金账户启封后可以办理异地转移接续。

离职后公积金一般一个月内会封存。

有两种情况下，可以办理公积金封存：

1. 职工与单位终止劳动关系，尚未重新就业的

2. 职工劳动关系迁出当前所在城市，其外省市所在单位尚未为其设立个人住房公积金账户的。

2、公积金封存之后可以提取吗？

公积金离职封存期满后，若没有找到新工作，可以办理离职提取公积金业务，大部分地区规定离职提取的封存时间是 6 个月。

注意：开始封存的时间是从单位经办人办理账户封存当天算起，不是从离职当天算。

3、封存后怎样提取公积金？

步骤一：申请者到住房公积金管理中心领取住房公积金提取审批表；

步骤二：准备所需材料

1. 经单位盖章的个人住房公积金提取申请表（一式三份）
2. 提取人身份证原件及复印件一份
3. 已经与用人单位解除劳动关系的有效证明、其余相关材料到住房公积金管理中心提起销户提取
4. 离职证明/解除劳动关系证明，若不慎遗失，建议尽快联系原公司补办，或咨询当地公积金中心。

步骤三：住房公积金管理中心的工作人员在收到公积金提取申请资料后，会进行审核，通常在 3 个工作日内公积金管理中心会完成审核，审核通过后，公积金管理中心会委托银行将提取金额打入到提取人所提供的银行卡账户当中。

注意：

1. 如果申请人本人不方便去住房公积金管理中心办理提取手续，可以委托他人办理，这种情况下，需要去当地公证处做一个委托办理公证证明
2. 在封存账户后，申请公积金贷款公积金缴存时长停止计算，需要等账户重新启封后，缴纳时间重新开始计算，满一年后可申请贷款
3. 如果离职后已经找到新工作，则不符合离职提取公积金的条件，不能办理离职提取公积金的业务，需要视情况办理公积金转移业务
4. 一些地区在线上也可以提取公积金，可以参考各个地区公积金 APP 的线上办理要求。

4、封存后找到新工作怎么办？

个人住房公积金账户转移至新单位，新单位应及时办理启封手续，并按规定为职工缴存住房公积金。

- 如果新工作是和原来的在同一地区，单位经办人会负责将公积金账户启封，继续在原来的账户缴存公积金，无需自己操作
- 如果新工作在其他地区，单位会重新开设一个公积金账户，后续再办理公积金异地转移接续业务，将原来公积金账户里的钱转移到现在的账户中。

8.6.5 断缴与补缴

公积金断缴怎么计算？

若职工因更换单位造成住房公积金断缴，可在重新就业后继续缴交住房公积金。

如果你离职后重新就业，且办理了住房公积金帐户转移，期间断缴不超过 3 个月的，可视为连续正常缴存。

如断缴超过 3 个月的，住房公积金连续缴存时间从新单位正常汇缴当月开始重新计算。

如果职工近期没有购房计划，则断缴公积金不会有太大影响

1、公积金补缴

单位不依法规建立和缴存住房公积金有两种情况：

1. 不办理住房公积金缴存登记或不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续
2. 逾期不缴或者少缴住房公积金。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十七条

违反本条例的规定，单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

法律法规

《住房公积金管理条例》第三十八条

违反本条例的规定，单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行。

2、什么情况单位应该补缴公积金

1. 因故漏缴或者少缴某月份住房公积金
2. 单位调入未及时确认，应为职工办理补缴手续
3. 缴存单位为新录用的职工开设住房公积金账户的时间**明显滞后于事实上劳动关系形成时间的**，这期间未能缴存的住房公积金，单位应为职工进行补缴
4. 因未及时进行公积金**基数调整**，住房公积金缴存额度提高的，对住房公积金缴存的差额部分进行补缴，以及其他未按照规定的缴存基数和比例缴存住房公积金
5. 经批准**缓缴**住房公积金的单位，经济效益好转后应补缴住房公积金的。

3、公积金补缴手续

补缴受理地点：当地银行经办网店，或公积金管理中心各区县分中心。

操作人：单位经办人

1. 单位经办人填制公积金管理中心统一印制的《公积金补缴书》《公积金补缴清册》及与《公积金补缴书》金额一致的转账支票，到公积金管理中心办理补缴手续。对于未在《公积金补缴清册》中列明补缴原因的，还应报补缴说明一份
2. 管理部接柜人员对《公积金补缴书》《公积金补缴清册》及转账支票进行审核，补缴确认后，接柜人员打印《公积金补缴书》一式两份，盖章后一份退单位经办人，一份留存。

4、单位不愿意补缴公积金怎么办？

- 可以向当地的住房公积金管理中心投诉，没有追缴时限，住房公积金管理中心会向单位寄送《责令限期纠正违法行为决定书》，责令单位补缴
- 如果决定书送达生效后，单位拒不整改，经住房公积金管理中心强制催告后，当地人民法院将作出准予执行裁定
- 在执行期间，如果公司法人不配合执行，将被法院纳入法院执行失信黑名单，应缴的公积金将被法院强制扣划，补缴至职工的账户。

如何办理执法申告？

职工向市住房公积金管理中心申告单位不依法规建立和缴存住房公积金的行为，需提供以下资料：

1. 申告人书面反映诉求情况并经本人签名确认的申告书
2. 申告人身份证
3. 告人与被申告单位依规建立劳动关系的有效凭据（包括劳动合同、或生效的劳动仲裁书、或生效的法院裁决等文书），以确认申告人与被申告单位之间的劳动关系和应缴存公积金的时间
4. 提供在职期间的工资收入证明或凭据，如无法提供工资收入证明或凭据的，须书面说明不能提供原因。

注意：以上提交的资料必须是原件，且同时提交二份复印件，待收件当场核对复印件后，原件交回申告人妥善保管，以备执法过程、或行政复议、诉讼中质证之需（防止可能出现证据无效）；如无法提供原件的，必须书面说明原因和资料的来源。

执法申告业务能否代办？

执法申告业务可以代办。申告人和被委托人到住房公积金管理中心（或管理部）现场书写授权委托书、并提供双方身份证原件、复印件，或提供有效的执法申告委托法律文书（如公证书），其他执法申告资料可登录住房公积金管理中心网站查看。

5、公积金补缴相关其他问题

1. 公积金补缴会影响申请贷款吗？

住房公积金贷款一般要求连续缴存 6 个月以上，对于补缴后是否算连续缴存，各地有不同的政策。比如，重庆要求只要连续缴存 6 个月就可以贷款、含补缴，而武汉住房贷款要求连续缴存 6 个月公积金、不算补缴。

可以登陆当地的住房公积金管理网站查看住房公积金补交相关办事指南以及政策。

2. 没有合同，公积金补缴怎么办？

先要求公司补劳动合同，然后按照劳动关系开始的时间，补缴公积金。

3. 少缴的公积金，离职时可以作为现金补偿吗？

不可以，没有法律依据，公积金缴存是强制义务，必须缴交。

4. 如果你自己不愿意缴，单位可以不缴吗？

若员工不想缴住房公积金，单位是否可以员工不愿意缴存住房公积金为由，不为员工缴存？

不可以。根据《条例》规定，住房公积金是单位及其在职职工缴存的长期住房储金，具有强制性。单位有代扣代缴的义务。

5. 病假、产假期间单位应当缴纳公积金吗？

如果你在该单位有工作岗位、由单位支付工资，但由于学习、病伤产假（六个月以内）等原因暂未工作，单位都应当为你缴纳公积金。包括与单位签订劳动合同或符合劳动保障部门认定的形成事实劳动关系的在岗职工（包括临时工），不包括已离开本单位仍保留劳动关系的离岗职工。

6. 没有工作期间，公积金可以挂靠代缴吗？

不要挂靠代缴，这种做法涉嫌违法。

法律法规

《社会保险基金行政监督办法》第三十二条

用人单位、个人有下列行为之一，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，按照《中华人民共和国社会保险法》第八十八条的规定处理：

（一）通过虚构个人信息、劳动关系，使用伪造、变造或者盗用他人可用于证明身份的证件，提供虚假证明材料等手段虚构社会保险参保条件、违规补缴，骗取社会保险待遇的。

8.6.6 公积金的缓缴

1、公积金缓缴

对缴存住房公积金确有困难的单位，经本单位职工代表大会或工会讨论通过，无职工代表大会或工会的，经全体职工 2/3 以上同意，可以申请缓缴。

缓缴期间可以离职吗？

可以。单位需要对职工在职情况做好记录，确定补缴时间区间，单位复缴后，应该及时向住房公积金单位网上业务平台提交职工补缴清册，补缴你在职期间被缓缴的公积金。补缴金额与在职职工没有区别，应为职工住房公积金的单位缴存额和个人缴存额合计。

单位缓缴后，住房公积金个人缴存部分该如何处理？

按照《住房公积金管理条例》第十九条规定“职工个人缴存的住房公积金，由所在单位每月从其工资中代扣代缴”。针对缓缴期间的住房公积金个人缴存部分如何处理，单位应与职

工协商一致。待复缴后，由单位统一对职工的住房公积金单位缴存额和个人缴存额进行补缴。

缓缴会影响申请住房公积金贷款或者提取吗？

单位缓缴不影响职工申请住房公积金贷款或者提取，不影响公积金缴纳的连续性。

8.7 异地缴纳社保

8.7.1 异地缴纳社保违法，如何处理？

1、总体情况

通常情况下，公司都会给员工在本地缴纳社保。但有些特殊情况下会出现异地缴纳社保的情况，例如：

1. 异地员工自行购买社保
2. 在总部城市为分公司的异地员工缴纳社保（在分公司为总公司的异地员工缴纳社保）
3. 通过劳务派遣的方式缴纳社保
4. 通过社保代理公司缴纳社保。

然而我们知道社保是属地化管理的，也就是说我们在哪里缴纳社保就在哪里享受社保待遇，加上现在社保系统没有全国联网，所以涉及到的一些社保关联的报销问题就尤为突出，尤其是异地医保报销。

如果是异地缴纳医保，是不能在工作地用社保卡刷卡就医的，首先要在网上办理异地就医结算备案手续，否则需要自己先行垫付，然后再回到社保缴纳地进行报销，可以说是非常的麻烦。因此，我们应该在平时注意以上四种情况。比较常见的是第二、第三、第四种情况。第二与第四类又可看作一种情况。

2、通过劳务派遣的方式缴纳社保

司法案例

广州易维人力资源有限公司常德分公司、谢某等劳动争议民事二审

谢某在广州易维人力资源有限公司常德分公司担任劳务派遣工，后被派遣至广州的真功夫公司进行工作，但劳务派遣公司并没有给她在广州缴纳社保，而是在常德缴纳社保，属于异地缴纳社保的情况，期间谢某发生了工伤但谢某在本地并没有交工伤保险。

本案中，谢某与易维公司建立劳动关系后被派遣至真功夫公司处工作，实际工作地点、发生工伤地点均为广州市，但易维公司在其注册地所在市（湖南省常德市）处为谢某缴纳工伤保险，上述用工事实违反《劳务派遣暂行规定》第五章关于跨地区劳务派遣的社会保险的第十八条的规定，即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。

3、在分公司为总公司的异地员工缴纳社保

司法案例

大公国际资信评估有限公司与北京市朝阳区人力资源和社会保障局等其他二审

大公国际公司原注册地在北京市朝阳区，2020年2月3日变更至海淀区现注册地，其社会保险的缴费区县亦为北京市朝阳区。2019年12月5日，胡舰向朝阳区社保中心投诉，反映大公国际公司未为其缴纳2009年8月至2018年8月期间的社会保险，并提交相关材料。2020年3月25日，大公国际公司向朝阳区社保中心补充提交中智济南分公司出具的《缴费证明》，用以证明大公国际公司委托中智济南分公司在济南为胡舰缴纳了2016年4月至2018年8月期间的五险一金。2020年4月24日朝阳区社保中心作出了被诉《稽核整改意见书》及《稽核整改附表》，并于当日向大公国际公司送达。大公国际公司不服《稽核整改意见书》，于2020年4月28日向朝阳区人社局提出行政复议申请，并提交了相应申请材料。

法律法规

《社会保险法》

第57条“（一）用人单位应当向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。”

根据《社会保险费征缴暂行条例》《社会保险稽核办法》的相关规定，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。缴费单位、缴费个人应当按时足额缴纳社会保险费，社会保险经办机构在发现被稽核对象在缴纳社会保险费方面存在违法行为的，应据实写出稽核意见书，被稽核对象应在限定期限内予以改正。

本案中，《稽核整改意见书》系针对胡舰自2009年8月至2018年8月的社会保险费缴纳事项作出的稽核整改意见，大公国际公司与胡舰在该期间内存在劳动关系，故大公国际公司应在本行政区域内的社会保险经办机构为胡舰参加社会保险，现本案在案证据足以证实大公国际公司未依法在其注册地为胡舰缴纳相应社会保险，故朝阳区社保中心对此作出稽核整改结果并无不当，一审法院不持异议。

大公国际公司在本案审理中申请一审法院调取胡舰在山东省济南市社会保险缴纳的情况，以及已享受医疗保险的情况，经调查可以证明在双方劳动关系存续期间，大公国际公司委托其他单位在异地为胡舰缴纳社会保险，胡舰已享受社会保险待遇的事实存在，亦显示此期间的缴费基数明显低于朝阳区社保中心稽核确定的缴费基数，但该缴纳行为明显不符合《社会保险法》的相关规定，大公国际公司以此要求撤销朝阳区社保中心作出的《稽核整改意见书》的诉讼理由不能成立，法院不予支持。

4、总体做法

从以上案例可知，公司给员工异地缴纳社保是非常典型的违法行为，劳动者遇到这种情

况，应积极维护自身权益，并且大多数都能得到人社局与法院的支持。

法律法规

《社会保险法》

第 57 条 “用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。社会保险经办机构应当自收到申请之日起十五日内予以审核，发给社会保险登记证件。”

身为劳动者的我们可以先向公司发一份书面文件，要求公司按照法定标准补缴相应社保费用。如果公司不同意，便可向社保经办机构进行举报，要求公司在我们的工作地补缴社保。

8.7.2 工伤 + 异地参保。工伤赔偿标准适用哪一地？工伤程序在什么地方办理？

司法案例

广州易维人力资源有限公司常德分公司、谢某等劳动争议民事二审

谢某在广州易维人力资源有限公司常德分公司担任劳务派遣工，后被派遣至广州的真功夫公司进行工作，但劳务派遣公司并没有给她在广州缴纳社保，而是在常德缴纳社保，属于异地缴纳社保的情况，期间谢某发生了工伤但谢某在本地并没有交工伤保险。

本案中，广州易维人力资源公司给谢某在常德缴纳社保，而非在位于广州的用工单位处缴纳社保，属于典型的违法行为。谢某发生了工伤，**工伤赔偿标准仍适用于用工单位所在处的广州**，**工伤程序也可在广州进行办理**，**易维公司应按照谢运秀实际用工地（广州市）工伤待遇标准赔偿谢运秀各项工伤待遇。**

8.7.3 关联企业存在混同用工，异地缴纳的社保能否证明劳动关系？

司法案例

(2022)京01民终821号

郭某于2019年3月28日入职中嵌科技（北京）有限公司（以下简称中嵌科技公司），月工资标准为9500元，中嵌科技公司未与其签订劳动合同。李某系中嵌科技公司的股东（持股99%），任该公司法定代表人；同时，李某也系中嵌智控（北京）科技有限公司（以下简称中嵌智控公司）股东（持股60%），任该公司法定代表人，中嵌智控公司与中嵌科技公司属于关联企业。郭某的部分工作记录、考勤记录等显示，自2019年3月份，郭某在中嵌科技公司打卡上下班，实际办公，提供服务。但是郭某的工资由中嵌智控公司支付，社会保险费由中嵌智控公司缴纳，郭某的日常工作均由李某安排，李某对其进行劳动管理。2020年3月9日郭某向公司提出辞职，并以要求中嵌智控公司向其支付未签订劳动合同二倍工资差额、拖欠的工资等为由向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申请。仲裁中，中嵌智控公司提交了一份委托合同，委托合同显示：中嵌科技公司（甲方）与中嵌智控公司（乙方）于2019年2月2日签订委托合同，约定甲方委托乙方，以乙方公司名义代为支付相关费用，按双方协商一致的相关费用，由甲方给乙方付款。相关费用包括且不限于甲方现场办公地房租、物业费、车位费、甲方部分员工工资社保、公积金等费用。仲裁委员会认定郭某与中嵌智控公司存在劳动关系。中嵌智控公司不服，向北京市海淀区人民法院提起诉讼，被一审法院驳回。后向北京市第一中级人民法院提起上诉，二审法院仍认定郭某与中嵌智控公司存在劳动关系。

本案中，中嵌科技公司与中嵌智控公司属于关联公司，郭某虽在中嵌科技公司打卡上下班，实际办公，提供服务，但是郭某的工资由中嵌智控公司支付，社会保险费由中嵌智控公司缴纳。两公司之间存在混同用工的情形，在此种情况下，仲裁委、一审法院、二审法院都认为郭某有权选择关联企业中的一家企业作为劳动关系中的用人单位主体，而郭某提出自2019年3月28日起其与中嵌智控公司建立劳动关系，故法院认定中嵌智控公司承担劳动法上用人单位的义务。

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要(二)》

第二十六条“有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者的，根据现有证据难以查明劳动者实际工作状况的，参照以下原则处理：（1）订立劳动合同的，按劳动合同确认劳动关系；（2）未订立劳动合同的，可以根据审判需要将有关联关系的用人单位列为当事人，以有关联关系的用人单位发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容，作为判断存在劳动关系的因素；（3）在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。”

在实务中，有些企业会通过关联关系等手段逃避自己作为用人单位的义务，本案例明确了在关联企业存在混同用工的情形时，劳动者有权选择其中一方作为用人单位主体，对于确定劳动者与企业的劳动关系、保障劳动者的合法权益具有积极意义。

第九章 在职期间系列争议

本章介绍在职期间的：系列争议。这些问题往往是离职纠纷、工资纠纷、未签劳动合同双倍工资纠纷的伴生问题。比如劳动合同约定不明，可能涉及到你的每一个诉求。因此这些问题无法简单并入其他章节，因此单独归为一章。此外一些在职期间的小问题也并入本章。

对于有意学习劳动法的人来说，本章也比较重要，建议认真学习。

9.1 在职期间的种种争议

9.1.1 单位有权罚款吗？被罚款了该怎么办？

编者的话

生活中经常听到与“单位罚款”相关的话题或事情，单位真的有权**罚款**吗？生活话语中的“罚款”“罚钱”会涉及哪些法律规定？劳动者面对“罚钱”相关的问题，应该怎么办？

1、单位是否有权罚款？

用人单位没有罚款权，员工被单位罚款后，应当及时保留被罚款的证据，待离职时向单位索回。

因为罚款是行政处罚，公司没有制定罚款条例的权力。

历史渊源

“罚款”一说的历史渊源来自 1982 年国务院颁布施行的《企业职工奖惩条例》，在其第十一条、第十二条规定了企业的罚款权，这是我国劳动法律关系中对企业职工罚款的直接法律渊源。

然而，《企业职工奖惩条例》已经在 2008 年 1 月 15 日废止。也就是说，2008 年 1 月 15 日以后，用人单位已经不能再根据该条例的规定在规章制度中设立罚款条款了。

但生活话语中的“罚款”“罚钱”还会指向“赔偿损失”“违约金”，让我们下文详解。

2、可以赔偿损失，但不能罚款

但当因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失时，用人单位可以按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿可从劳动者本人的工资中扣除，**每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%，若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。当然这一赔偿是建立在实际的经济损失上的，而不能任由公司凭空捏造或漫天要价。**如果遇到该种情况，我们可以搜集相关证据，后续通过仲裁要求单位支付工资差额。

绝大多数情况下，**公司提出的所谓“损失”都是经营活动中的正常风险**，比如招标失败、签单失败等等。这些损失并不是由劳动者造成的，也不需要由劳动者赔偿。

另一些劳动者的工作失误只属于“一般过失”，不属于“重大过失”，这种也不需要劳动者赔偿。重大过失通常是指虽然不构成故意为之，但是其疏忽过于严重，例如开吊车时喝酒。不过实践中的区分标准比较模糊，主要看仲裁员、法官怎么认定。例如，服务员小明因地面湿滑不慎滑倒，倒地时不慎扯坏顾客的昂贵衣物。因为滑倒只是小过失，而且还有地面湿滑的原因，所以公司应依据民法赔偿顾客，但员工不赔偿公司。

而且损失往往是由多个原因造成的，就算真的要赔偿，劳动者可以主张只赔偿部分。比如，造成安全事故了，假如公司没有安排安全监管人员、没有相应的安全规章制度、没有进行过安全培训，劳动者都可以主张公司要承担更多的责任，自己承担较小责任或者不承担责任。

公司虚构损失，实为罚款的行为还构成劳动合同法 38 条规定的“未及时足额支付劳动报酬”，我们可以以此为由被迫离职，要求公司支付 n 的经济补偿金。被迫离职相关的具体情况请看下一章。

法律法规

《工资支付暂行规定》第十六条

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

3、违约金仅限两种情形，此外不能约定违约金

属于违约金的情况，下面这两种情况劳动者需要支付违约金，而不是罚款。

违反服务期约定

举例说明，劳动者 A 与 B 公司签订了培训协议，B 公司派 A 到 B 公司的美国总部学习一周，B 公司承担差旅费、培训费等合计 10 万元，并约定 A 回国后在 B 公司继续服务 5 年，如果违约每年需付给单位 2 万元。A 欣然前往，三年内，A 看着一个个同事升职加薪没自己的份，坐不住了，跳槽走了。单位主张 A 尚有 2 年服务期未履行，应向单位支付 4 万元违约金。仲裁支持了单位诉请。

违反竞业限制约定

举例说明，张三跟单位签订了竞业限制协议，约定张三离职后，单位按月给张三支付经济补偿 1 万元，竞业限制期两年，两年内张三违反约定的，要向单位支付违约金 20 万元。请问，如何约定违约金的数额或者计算方式是合法的？约定违约金 100 万行不行？1000 万呢？答案是：如果不是高管或高级技术人员，而是薪资较低的一般劳动者，那么就算竞业限制可以成立，也不会赔很多。上述情况大概赔个 3 万、5 万就算多了。

关于违约金，本章还有更详细的介绍，请查看目录阅读相应章节。

总结

除上述（违约金，经济赔偿）之外的罚款均属于故意克扣工资（比如因为员工违纪违章

而罚款，不好意思，公司所谓罚款约定和条款是非法的，得不到法律支持，劳动者只要保留好证据就能或得赔偿）

4、公司罚款该怎么办？

法律法规

《中华人民共和国劳动法》第二十六条

用人单位有下列行为之一的，由劳动保障行政部门分别责令限期支付劳动者的工资报酬、劳动者工资低于当地最低工资标准的差额或者解除劳动合同的经济补偿；逾期不支付的，责令用人单位按照应付金额 50% 以上 1 倍以下的标准计算，向劳动者加付赔偿金：

- （一）克扣或者无故拖欠劳动者工资报酬的；
- （二）支付劳动者的工资低于当地最低工资标准的；
- （三）解除劳动合同未依法给予劳动者经济补偿的

故意克扣工资的情形，可通过以下法律手段解决：

1. 提起劳动仲裁委员会申请劳动仲裁追究用人单位责任：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，劳动者可以收集证据，走被迫离职，然后去仲裁要扣工资和经济补偿金。
2. 向劳动监察投诉，要求单位返还被扣罚款，**经过劳动监察处理，用人单位仍然不支付工资的，还需依据上文法条向劳动者支付惩罚性赔偿。**

如果仅仅是罚款争议，款项不大，建议找劳动监察大队处理。

9.1.2 停工停产就不给工资了？停工该怎么发工资

编者的话

近年来，受新冠疫情的影响，一些劳动者可能会遇到公司停工停产的情况。那么在企业停工停产的期间，公司能不发工资吗？公司发的工资是依据什么样的标准？我们劳动者应得的工资要怎么计算呢？让我们来看一看。

1、法律规定

法律法规

工资支付暂行规定

第十二条规定，“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个**工资支付周期**内的，用人单位应按**劳动合同规定的标准**支付劳动者工资。超过一个**工资支付周期**的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。”

根据上面的规定，我们可以画出下面的这张表：

停工停产时长	劳动者有无提供劳动	工资标准
一个工资支付周期	无论有无	按劳动合同规定的标准
超过一个工资支付周期	有提供劳动	有协商，按协商金额发放。正常劳动，发放劳动合同规定的标准。金额不得低于当地最低工资标准
	无提供劳动	参考当地规定，发放生活费

图 9.1: 停工停产表格

注：部分省市的《工资支付条例》内容可能与上文《规定》冲突，法院判决以地方的《工资支付条例》为准。比如，《广东省工资支付条例》中规定停工停产未超过一个工资支付周期的，公司按照正常工作时间支付工资。

2、工资支付周期要怎么计算？

在法律判决中，法院往往是采用点对点的计算方式，即从停工停产之日起开始计算，一个月为一个工资支付周期。

3、生活费要怎么计算？

生活费标准需要按各省、自治区、直辖市规定的办法执行，例如福州市就规定生活费标准不低于福州市最低工资标准的百分之七十。

最新的全国各地最低工资标准可在人社部官网的“服务园地”栏目中查到，本手册最后的小工具中也有。

4、工资标准要怎么计算？

工资标准可以根据《关于工资总额组成的规定》第六条来确定，不是严格依照劳动合同规定的标准。一般来说，工资标准是根据计时工资、计件工资、奖金、补贴和津贴、加班工资等等计算的。如果对于工资标准的计算不明白的可参看第六章第三节《[工资相关法律法规](#)》。

5、每月工资要怎么计算？

分段计算。

举个例子，A 公司每个月发放一次工资，从 4 月 10 日开始停工停产，然后一直持续到 6 月 14 日，在停工停产期间，劳动者没有到岗上班，也没居家办公。接着在 6 月 15 日公司复

工复产了，劳动者回到工作岗位上班。那么这种情况下，劳动者 4、5、6 月这三个月的工资要怎么计算。

首先，4 月 10 日至 5 月 10 日，发放的工资是正常工资，然后，5 月 11 日至 6 月 14 日，因为没有提供劳动，所以是公司应发给劳动者生活费，最后是 6 月 15 日复工后，回归正常，按正常工资标准发放工资。

6、劳动者居家办公，工资怎么发放？

如果劳动者事先有与公司协商，那么工资按照协商金额发放。

如果无协商，并且提供了正常劳动，那么公司应按照国家正常劳动标准发放工资。

9.1.3 不发高温补贴怎么办，诉讼时效有多久？

编者的话

虽然这几十几百的高温补贴不是太多，但这也是劳动者该得的，我们不该放弃维护我们切实的利益！

法律法规

《防暑降温措施管理办法》第十七条

劳动者从事高温作业的，依法享受岗位津贴。

用人单位安排劳动者在 35°C 以上高温天气从事室外露天作业以及不能采取有效措施将工作场所温度降低到 33°C 以下的，应当向劳动者发放高温津贴，并纳入工资总额。高温津贴标准由省级人力资源社会保障行政部门会同有关部门制定，并根据社会经济发展状况适时调整。

1、高温补贴相关问题

高温补贴

有的叫高温补贴，有的叫防暑降温费，不管它叫什么名字，劳动者只要知道满足《防暑降温措施管理办法》中的两个条件之一就应该拿到相应的高温补贴的费用，并且用人单位所提供的避暑用品（例如：水、冰棍、饮料、药品等）是不可以抵扣高温补贴的，必须是以金钱的形式发放。

是否属于工资组成部分

高温补贴是否属于工资组成部分在实务中存在差异。

高温补贴属于工资的组成部分的相关法律法规如下：

法律法规

关于工资总额组成的规定（国家统计局 1 号令）第四条

工资总额由下列六个部分组成：

- （一）计时工资；
- （二）计件工资；
- （三）奖金；
- （四）**津贴和补贴**；
- （五）加班加点工资；
- （六）特殊情况下支付的工资。

法律法规

《防暑降温措施管理办法》第十七条

劳动者从事高温作业的，依法享受岗位津贴。

用人单位安排劳动者在 35°C 以上高温天气从事室外露天作业以及不能采取有效措施将工作场所温度降低到 33°C 以下的，应当向劳动者**发放高温津贴，并纳入工资总额**。高温津贴标准由省级人力资源社会保障行政部门会同有关部门制定，并根据社会经济发展状况适时调整。

但对于用人单位不发或少发高温津贴是否属于“**工资组成部分**”在各地法院的认定中**各不相同**，因为有的法院多根据以下条文的加粗部分，将高温津贴视为一种**劳动保护费用**，从而高温津贴也就不属于劳动法上的“工资”。

法律法规

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

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者的劳动报酬，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。劳动者的以下劳动收入不属于工资范围：

- (1) 单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用，如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等；
- (2) 劳动保护方面的费用，如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；
- (3) 按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。

所以如果劳动者以“**未及时足额支付工资**”向用人单位提被迫离职很可能会败诉，而在实际的劳动争议案件中，高温补贴不是主要诉求而是作为附带的。

举证责任分配问题

对于高温补贴争议的举证责任问题，**与对高温津贴性质的认识是密切相关的**，如果认为高温津贴在性质上属于工资的组成部分，就属于因“减少劳动报酬”而发生的争议，由用人单位承担举证；如果认为高温津贴在性质上属于劳动保护费用，不属于劳动法上的工资，那么举证责任的分配将适用“谁主张，谁举证”的一般原则，劳动者主张高温津贴的，应负完全的举证责任，即劳动者在完成初步举证的基础上，还需要提供高温天气的气象资料或者工作场所高温作业 WBGT 指数等，我们可以先尽量收集相关证据。

2、不发高温补贴怎么办？

解决办法如下：

1. 可以向**当地的工会**反映情况，工会有权要求用人单位及时予以纠正
2. 可以向各区县的**劳动监察部门**举报，全国人力资源社会保障服务热线为 12333
3. 还可以申请**劳动仲裁、提起诉讼**。

3、我们需要准备什么证据？

收集证据

我们只需初步完成举证责任：

- (1) 与用人单位**存在劳动关系的证据**；
- (2) 工作岗位或者作业环境**符合高温津贴发放条件的证据**：
 - 对于室外劳动者来说，需要证明自己从事露天作业的有负责人签字的考勤表和高温天气

的气象资料

- 对于室内的劳动者来说，如果工作场所里有温度计，就用水印相机拍温度计或者录音录像等
- 因为我们收集室内温度的证据不容易，一般还是我们负责证明户外温度有多少，然后**主张单位承担举证责任，承担举证不能的不利后果**。

(3) 工资中没有包含高温津贴，如果只有转账记录或银行流水也是可以的

如何写诉求

每个地区高温补贴的计发各不相同，有的地方是按月计发，（比如浙江省高温津贴的发放是在6月、7月、8月、9月，即便规定月份没有出现“35°C以上的高温日”的，也建议按照当地规定全额发放高温费）；有的是按日计发，（只有在当日满足安排劳动者在35°C高温天气下露天工作以及不能采取有效措施将工作场所温度降低到33°C以下的才计入高温补贴）。不知道当地规定也不要紧，我们就按最多的主张，主张全部月份，看仲裁怎么判，不会因为主张多了，就把该给的也不给了。时效也是一样，我们不要只主张1年，主张从入职开始的，因为诉讼时效需要公司自己提出，公司不提的话，是可以不管这个诉讼时效的。有劳动争议的劳动者可以把高温补贴这一项加进去一并主张，能拿回一点是一点。

4、诉讼时效有多久？

法律法规

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款

劳动争议申请仲裁的**时效期间为一年**。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

法律法规

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款

劳动关系存续期间因**拖欠劳动报酬**发生争议的，**劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制**；但是，劳动关系终止的，**应当自劳动关系终止之日起一年内提出**。

至于高温津贴争议是适用一般仲裁时效，还是适用特殊仲裁时效，主要取决于对高温津贴性质的认识，如果认为高温津贴**不属于工资组成部分**，那仲裁时效就是**一年**，如果认为**属于工资组成部分**，仲裁时效就是在**解除劳动关系后开始计算，仲裁时效为一年**。我们写诉讼请求时，可以主张公司支付入职以后所有的未支付的高温补贴。

司法案例

车先生与某高尔夫球场劳动纠纷案

车先生于 2015 年 2 月 16 日入职某高尔夫球场，工作岗位为球童。2020 年 2 月，车先生向某高尔夫球场申请离职，之后再未到公司工作。2021 年 4 月，车先生向仲裁委申请仲裁，要求某高尔夫球场支付在职期间未付清的工资、加班工资、高温津贴等费用，仲裁委以超仲裁时效为由决定不予受理。车先生不服，诉至法院，请求判令某高尔夫球场支付其在职期间未付清的工资、加班工资、高温津贴等费用。某高尔夫球场主张车先生的诉讼请求已超过诉讼时效，要求法院依法予以驳回。房山法院经审理认为，车先生于 2020 年 2 月 20 日离职后至 2021 年 4 月 23 日（间隔 1 年两个月零 2 天，已超过一年）现车先生主张劳动关系存续期间的工资、加班工资、高温津贴等费用，已超过一年的仲裁申请时效。车先生也未提供证据证明该期间存在仲裁时效中断或中止的情形，故车先生的上述诉讼请求，法院不予支持。

防中暑小妙招

- 适当适量的喝水（可在水里加一点点盐）
- 穿宽松浅色棉质衣服（暴晒下不要打赤膊）
- 可准备十滴水、藿香正气水等防暑药品
- 受热后不要立即用冷水冲洗身体

注：中暑属于职业病，享受工伤待遇

附各地高温补贴标准

9.1.4 多个公司混同用工，遇到争议该怎么办？

一些劳动者可能会遇到这样的情况，公司老板名下不止有一个公司，自己也不是只为一个公司提供劳动。甚至签订劳动合同的公司就是一个皮包公司，实际经手的工作都属于另一个公司。

这种情况就属于法律上的“**混同用工**”。混同用工的问题不是大公司独有，也经常出现在中小企业的用工行为中。大公司、大集团常有母子公司、控股公司等复杂的公司结构，劳动者经常被这些公司间交叉使用；而中小公司的老板为了方便偷税避税、规避责任也会选择多注册几个公司。当我们遇到劳动争议时，老板手里“公司们”就成了劳动者诉讼的一大障碍。劳动者往往纠结于该告哪个公司，该准备什么证据证明混同用工等问题。

编者的话

接下来，本文将分情况讨论可能出现的情形，并为大家提出建议。

1、我该告谁：现行法律规定的说明

（**自诉的劳动者**这节一定要看，帮你厘清思路。非自诉的可跳过）

2022 年全国各地高温补贴标准				
地区	月份	温度	金额	备注
山东	6-9 月		室外、高温作业人员每人每月 300 元	
			其他作业人员每人每月 180 元	
浙江	6-9 月		室外作业人员每人每月 300 元	
			室内作业人员每人每月 200 元	
江西	6-9 月		室外、高温作业人员每人每月不低于 300 元	
			室内非高温作业人员每人每月不低于 200 元	
天津	6-9 月		职工上年日平均工资的 12%确定, 实行动态调整	
广东	6-10 月		为每人每月 300 元; 如按照法规需按天数折算	
			高温津贴的, 每人每天 13.8 元	
陕西			每人每天 25 元	
北京	6-8 月		室外露天作业人员每人每月不低于 180 元	
		≥ 33℃	室内作业人员每人每月不低于 120 元	
海南	4 月 1 日		每人每天 10 元	
	-10 月 31 日			
河南	在日	≥ 35℃	露天工作人员每人每工作日 10 元	
湖北	6-9 月		每人每天 12 元	
福建	5-9 月		5 月份按实际高温天数 12 元/天计发、6-9 月按 260 元/月计发或按实际高温天数 12 元/天计发	
青岛	6-9 月		室外、高温作业人员每人每月 300 元	
			室内非高温作业人员每人每月 180 元	
四川			每人每天 10 元至 18 元	
重庆	5-10 月	33℃ 以上 35℃ 以下	每人每天不低于 5 元	
		35℃ 以上 37℃ 以下	每人每天不低于 10 元	
		37℃ 以上	每人每天不低于 15 元	
上海	6-9 月		每人每月 300 元	

图 9.2: 2022 年全国各地高温补贴标准 1

江苏	6-9 月	$\geq 33^{\circ}\text{C}$	每人每月 300 元	
贵州	6-9 月		从事高温天气作业一天，发放 8 元的高温津贴	
			从事高温天气作业人员按每月 168 元发放高温津贴	
宁夏	6-9 月		高温、露天作业人员每人每天 12 元	按在岗职工实际出勤天数计发
			其他作业人员每人每天 8 元	
安徽	6-8 月		每人每工作日不低于 15 元	
吉林			每人每日 10 元以上	
云南	6-9 月	(包含室内 $> 33^{\circ}\text{C}$)	每人每日不低于 10 元	
甘肃	6-9 月		高温、露天作业人员每人每天 12 元	按在岗职工实际出勤天数计发
			其他作业人员每人每天 8 元	
湖南	7 月 1 日起-9 月 30 日止		每人每月不低于 150 元	
河北	6-9 月		从事室外露天作业劳动者每人每小时(含加班加点) 1.5 元，有防暑降温设备或有防暑降温设备但达不到降低工作场所温度效果的室内劳动者每人每小时 1 元	
广西	6-10 月		每人每月 100 元-200 元之间	
内蒙古			高温岗位津贴为 180 元/月	
			高寒岗位津贴为 230 元/月	
辽宁	7-9 月		每天分别为 6 元、8 元、10 元、12 元，最高每人每月 200 元	
山西	6-8 月		每人每月发放高温津贴 240 元	

图 9.3: 2022 年全国各地高温补贴标准 2

混同用工属于劳动争议中的疑难情况，加之实际情况中劳动者与单位间的复杂关系，所以处理起来并没有很确定的结论。绝大多数裁判依据都在法院的审判指导意见中。但是目前还是可以给大家总结出一定的裁判倾向。

裁判倾向如下：

1. 优先认定与签订劳动合同的公司存在劳动关系（尤其是在事实不清的情况下）
2. 均未签订劳动合同，依据工资发放、工作地点、劳动者被哪方管理等实际情况确定劳动关系
3. 劳动者能够举出证据证明存在混同用工，一般会认定两公司承担连带责任

能够认定连带责任是对劳动者最有利的。假设存在 a 和 b 两家公司，连带责任意味着劳动者可以让 a 公司赔偿，可以让 b 公司赔偿，也可以让 a 和 b 两个公司一起赔。就算 a 公司是没有任何资产的皮包公司，我们可以让实际有钱的 b 公司来赔偿

这一倾向是在裁判者立场上产生的。有的时候，劳动者确实提供了劳动，但是没有充足的证据让法官确定劳动者的劳动关系到底在哪里。这个时候，仲裁或法院很需要认定一个公司和我们具有劳动关系，由该公司承担社保、工伤等义务。但是我们所需要的不是与哪家公司认定上劳动关系，而是让老板的这些公司都承担责任。（只有山东明确规定，劳动者可以选择和某家公司认定劳动关系，其他地方均为签劳动合同的公司优先。）

不过，司法机关的这种倾向还是会影响到我们的诉求。各地基本以劳动合同的签订与否为标准认定劳动关系，这是因为在证据不清的情况下，劳动合同是证明存在劳动关系最有利的证据。

这一裁判倾向是怎么影响到我们的？例如，法院认定签了合同的 a 公司和我们劳动关系，但是因为证据不足而认定 b 公司没有。但现实是解除劳动关系等行为是由 b 公司作出的，a 公司没有相关解除劳动关系的行为，我们主张经济补偿金的诉求不被仲裁或法院支持。这就需要我们尽可能搜集证据证明存在混同用工，让两家公司都为老板的决定承担连带责任。充分的证据可以迫使仲裁或法院将混同用工作为审理焦点，避免他们简单粗暴地仅认定与签了合同的公司有劳动关系。

相关“法律法规”如下：

法律法规

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》第 26 条

有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者的，根据现有证据难以查明劳动者实际工作状况的，参照以下原则处理：

- （1）订立劳动合同的，按劳动合同确认劳动关系；
- （2）未订立劳动合同的，可以根据审判需要将有关联关系的用人单位列为当事人，以有关联关系的用人单位发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容，作为判断存在劳动关系的因素；
- （3）在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。

法律法规

《吉林省高级人民法院关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答（二）》第 3 条**3. 关联企业混同用工情况下劳动关系如何认定？**

有关联关系的用人单位以交叉、轮换等方式使用劳动者，劳动者要求确认劳动关系的，参照下列原则处理：

- （1）订立书面劳动合同的，劳动者要求按书面劳动合同确认劳动关系，应予支持。订立书面劳动合同的用人单位提供证据证明劳动者在关联企业工作不是履行双方书面劳动合同的行为或劳动合同已经解除或终止的除外；
- （2）未订立书面劳动合同的，根据劳动者工作时间、工作内容、工资发放、社会保险缴纳等因素综合判断劳动关系；根据上述情况仍无法确定劳动关系的，可根据劳动者的主张确认劳动关系；
- （3）在工作内容交叉重叠的情况下，劳动者提出的具有给付内容的诉讼请求，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由关联企业承担连带责任。

法律法规

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第 51 条及附件《关于〈审理劳动争议案件的裁判指引〉的说明》第 8 条

企业集团将其员工派往下级法人单位或将员工在下级法人单位之间调动，按员工与所在单位签订的劳动合同来确认劳动关系；未签订劳动合同的，按工资关系确定劳动关系。第五十一条是关于企业集团内部劳动关系的认定问题。在司法实践中，我们会遇到一些企业集团利用企业集团各法人主体之间的关联关系，交叉混同用工或交替变换用人单位，劳动合同签订主体、支付工资主体及社会保险缴纳主体均不相同，劳动者也无法辨别其实际的用人单位。

在此情况下，本院制定了本条规定，确定首先以劳动合同签订主体作为认定劳动关系的依据；在没有签订劳动合同时，再依工资关系确定劳动关系主体。

但一些不属于企业集团情形，且根据具体用工管理情况可以明确认定劳动关系主体的情况的，则不适用本条规定，应当依据主要劳动权利义务履行情况来认定劳动关系。

此外，安徽、内蒙、浙江、长三角等地都有类似规定，其他地方的判决认可此裁判倾向。接下来本文将根据该裁判倾向提出实操建议。

2、我该告谁——签了合同的公司不好告，该告谁

- 劳动者和皮包公司 a 签订劳动合同，为实际用工公司 b 提供劳动，手头证据都与 b 公司有关，与 a 无关
- 签订了合同的空壳公司 a 没有资产，没钱赔，有钱赔的是公司 b
- 签了合同的是 a 公司，解除劳动关系通知书是由 b 公司盖章签字，不能直接依据通知书主张经济补偿金/赔偿金

以上几种情形的共同特点是我们不想让诉讼的焦点集中于签了合同的 a 公司，而是更想让 b 公司承担责任。但是，依据上文所说的裁判倾向，仲裁和法院更倾向于直接认定劳动关系在 a 公司。那么这就意味着，如果我们不能证明 a 和 b 混同用工，就会只让 a 公司承担责任，虽然胜诉，但形同败诉。

这种情况，我们要在仲裁时将 a 公司和 b 公司都列为被申请人，要求他们承担连带责任。同时，我们还需要多准备混同用工的相关证据。证据相关的问题见下文。

司法案例

广东省深圳市中级人民法院 (2021) 粤 03 民终 7956-7969 号

深圳市中级人民法院二审认为，深圳市某供应链服务有限公司（下称 X 公司）主张王某等 14 人从其处离职后已与深圳前海某供应链管理有限公司（下称 Y 公司）建立新的劳动关系，但未能举证证明其与王某等 14 人就劳动关系的存续、解除曾进行处理，X 公司对于其仍逐月持续向部分王某发放报销款的情况亦未能作出合理解释。结合 X 公司与 Y 公司在人员、办公地址、业务范围等存在交叉情况，且交替为王某等 14 人发放工资、缴纳社保，可以认定 X 公司与 Y 公司对王某等 14 人构成混同用工，X 公司依法应承担对王某等 14 人的连带支付责任。

X 公司作为 Y 公司的唯一股东，未能提交证据证明财产相互独立，亦应依法对 Y 公司的涉案支付义务承担连带清偿责任。X 公司主张不需连带支付王某等 14 人解除劳动合同经济补偿及律师费，于法无据，本院不予支持。

在该判例中，解除劳动关系行为是由 Y 公司作出，但是因为存在混同用工，法院判决 X 公司也承担赔偿责任。

3、我该告谁：和哪个公司都没签合同，该怎么告

这种情况，裁判倾向为按照实际用工情况判断。如果我们的证据能证明我们和两个公司之间都存在劳动关系，那就要认定两个公司的连带责任。如果只能和一家认劳，就判一家担责。如果都不能认劳，就驳回请求。

我们依然是要**将 a 公司和 b 公司都列为被申请人，要求他们承担连带责任**。我们需要先按照一般的证明存在劳动关系证据要求准备证据。优先将**发放工资的公司**作为主攻对象，先咬死发放工资的公司和我们之间存在劳动关系。

如果实在找不证据，也不建议只起诉证据充分的那一家，防止因对方举出我们和另一家公司之间存在劳动关系的相关证据来反驳我们的主张。比如我们起诉 a 公司，a 公司此时拿出 b 公司的订单，上面有我们代表 b 公司的签名。

最后，我们一定要避免两家都不能认劳的情形。在两家都未签合同的情况下，我们可以拿到**未签劳动合同双倍工资**。双倍工资是赔偿的大头，至少要让一家担责。

证明存在劳动关系的证据等问题已在前面章节说明过，此处就不再赘述。

4、我该告谁：想要让签了劳动合同的公司担责，该怎么告

这个情况处理比较简单，可以只告签了合同的公司，也可以一起告。通常只要有劳动合同，就算对方提出另一家公司的相关证据，仲裁或法院也不会认定我们和签合同的公司之间不存劳动关系。按常识没有哪个公司会闲的没事和人签劳动合同。不过，我们也可以提出相应证据证明存在混同用工，和仲裁员说明情况。

5、证明混同用工的证据有哪些，证据链是什么

1. 证明两家公司存在关联的相关证据

2. 证明两家公司对劳动者都存在管理行为、劳动者同时为两家公司提供劳动的相关证据
3. 根据 1 和 2 证明结论——两家公司混同用工，应承担连带责任

第一点，证明两家公司存在关联的相关证据

我们首先需要证明两家公司之间存在关联，然后再证明同时为两家提供劳动。这是因为如果两家公司没有关系，你就算证明同时提供劳动也没用。**不证明存在关联，劳动者就是双重劳动关系，只是单纯和两家不相干的公司存在劳动关系**，甚至公司有权以此为由辞退（不过不要担心，举证失败的后果没有那么严重。举证失败不会导致法院认定我们有违法的双重劳动关系，只是会认定不存在混同用工。）

证明公司存在关联的证据有：

- 人员上存在关联：两家公司的股东、法人、董监高、人事、财务或项目人员为同一个人或存在亲属关系
- 经营上存在关联：两家公司的财产混同，或注册地或办公地点为同一地，或银行账户、电话为同一个
- 公司关系上存在关联：两家以上公司存在投资关系、实际控制关系、密切合作关系等

以上证据可以通过企查查等企业信息查询软件查到，也可以从聊天记录、公司文件等工作记录中收集。

根据各地判例，像“两家以上公司存在财产混同、实际控制关系”这样的证据劳动者不太好收集，但是**法院对举证的要求没有那么高**。在商事诉讼中，要证明公司之间存在关联需要证明人员、业务、财务账簿、资金往来等事项。但是法院考虑到劳动者弱势地位和取证能力，不会对过于抬高举证责任。

而且基于劳动争议中举证的特殊性，公司的经营信息由公司掌握，应当由公司承担举证责任。我们可以在庭审中提出公司应对某某事项承担举证责任，倘若公司举证不能，则应承担不利后果。一般来说，劳动者能举出人员关联和经营管理的相关证据，基本足以证明存在关联。

第二点，证明为两家公司同时提供劳动

这里，我们需要证明我们同时为两家公司提供了劳动。如果不能证明这点，那么虽然我们能证明公司之间存在关联，但两家公司的用工行为可以清晰界别，那就不能要求两家公司承担连带责任。

证明存在混同用工的证据有：

- 工资发放记录、银行流水、报销记录等
- 社保缴费、劳动合同等
- 考勤打卡记录、工作往来相关的聊天记录等
- 公司管理人员安排工作，公司奖惩记录，绩效考核等证明公司对劳动者存在管理的证据

举例来说，我们首先举证证明两家公司的法人都是小明，财务都是小张，且两家公司财务往来都是用的同一个账户，由此证实两家存在关联。然后我们再举证证明 a 公司给我们发放工资，b 公司作出过绩效考核，核定了每月绩效工资，而且该工资与 a 公司的实发工资金额一致。这样我们就可以证明第一点和第二点，就此证明两家公司存在混同用工，应当承担

连带责任。

司法案例

四川省成都市中级人民法院 (2021) 川 01 民终 15711 号

劳动者请求认定 a、b、c、d 四个公司存在混同用工，四个公司应承担连带责任。

根据 a、b、c、d 四个公司工商档案信息显示，四家公司的财务人员及管理人员存在混同，公司股东及主要人员存在交叉或相同，经营范围交叉，其中 3 家公司注册地址也相同。因此法院认为劳动者提出的四个公司存在关联的主张成立。

但根据查明的事实，劳动者于 2008 年 5 月开始由 a 公司发放工资，其后先后与 b、c、d 公司签订劳动合同。据此法院认为四家公司虽存在关联性，但均系独立的经营主体，劳动者系分别单独与三公司签订劳动合同，不存在同时混同用工情形，故对劳动者要求被告承担连带支付责任的上诉请求，本院不予支持。

在该判例中，劳动者虽然证明了存在关联，但是因为其劳动合同的签订存在先后顺序，不存在同时提供劳动的情形，因此法院作出不支持劳动者的主张的决定。所以，准备证据不能只准备证明关联性的证据，还需准备证明两家公司对劳动者都存在管理行为、劳动者同时为两家公司提供劳动的相关证据。

6、仲裁两家公司，仲裁委不给立案怎么办

首先，我们有权仲裁多个被申请人。而且，仲裁委在立案阶段以我们仲裁多个被申请人为由拒绝立案是违法的。因为立案阶段是尚未进行实质审查的，那么仲裁委就根本无从判断我们仲裁多个被申请人到底对不对。

如果遇到不给立案的情形，那就坚持列多个单位作为被申请人的意见，并要求劳动仲裁委员会作出**不予受理通知书**。后面我们可以持不予受理通知书直接向法院起诉解决劳动争议。

只申请了一个被申请人，后面要追加其他公司进来，我们可以在庭审前和庭审中也可以追加，并要求将我们曾提出过该请求写进庭审记录。即便劳动者的此项追加申请没有获得劳动仲裁委员会的同意，也已经形成了庭审记录，此记录有利于劳动者在诉讼时追加另外的用人单位作为被告。

后续我们上诉到法院也可以追加被告。法院也有权主动追加被告，我们可以以此请求法院追加。

9.1.5 被安排到其他单位，遇到争议怎么办？

在实践中，我们劳动者也许会遇到这种情况，就是自己明明是被 a 用人单位招进去的，而且也是和这 a 单位签订了劳动合同，但是没想到工作没多久却被派到了 b 单位上班，工资或者社保也是 b 单位支付和缴纳。后来发生劳动争议后，两家单位就相互推诿，a 单位认为自己虽然是和劳动者签订了劳动合同，但是事实上并没有发生劳动关系，因为劳动者没有在这家单位工作。而 b 单位却认为其与劳动者没有签订劳动合同，而是与 a 单位签订的劳动合同，

而 b 单位只是借用了这位劳动者，本身其与劳动者并没有劳动关系。这时作为劳动者就觉得自己像皮球一般被踢来踢去，自身的权益遭到了侵犯。而这类情形就属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”中的一种。

一旦发生这种事情，又涉及解除劳动合同，用人单位为避免支付大额经济赔偿金，可能就会否认调动劳动者的事实，以减少劳动者的连续工龄。对此，劳动者应该在平时注重搜集关联公司认定的证据，比如要证明《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条第三款条件“因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动”时，可以举证原公司通知“本公司与 xx 公司合并成立新公司”的相关文件，这样才能让自己的连续工龄权益得到保障。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）

第四十六条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依据劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

- （一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；
- （二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；
- （三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；
- （四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；
- （五）其他合理情形

法律法规

中华人民共和国劳动合同法实施条例

第十条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

因为这个争议可能出现的各种情况已经在上述法律法规里得到明确，所以我们下文就直接通过结合一些具体的司法案例进行了解和分析。

司法案例

青海利源劳务有限责任公司与寇应德劳动争议纠纷案（2016）青民申 32 号

本院认为，从 2000 年 2 月起，寇应德在中国水利水电第四工程局第一施工局拌合厂从事钻灌工作；2008 年 2 月 1 日，利源劳务公司与寇应德签订了从 2008 年 2 月 1 日起至 2010 年 1 月 31 日止的固定期限劳动合同，利源劳务公司将寇应德派遣至水电四局第一分局（2007 年 5 月“中国水电四局第一施工局”更名为“中国水电四局第一分局”）从事钻灌工作。合同到期后，2010 年 2 月 1 日双方又签订了从 2010 年 2 月 1 日起至 2012 年 1 月 30 日止的固定期限劳动合同，寇应德仍被派遣至中国水电四局第一分局工作，仍从事钻灌工作；2012 年 2 月 1 日，双方第三次签订了从 2012 年 2 月 1 日起至 2015 年 1 月 31 日止的固定期限劳动合同；2015 年 1 月 31 日合同到期后，利源劳务公司与寇应德终止了劳动关系……在利源公司无证据证实中国水电四局第一分局已与寇应德办理了解除和终止劳动关系手续并向寇应德支付了经济补偿金的情况下，无论本案劳动合同主体如何变更，寇应德的工作年限均应连续计算，即自 2000 年 2 月起算。

该案例就明显属于“劳动者在同一工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位的”，所以法院认定为“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”，工作年限连续计算。而且在该案例中公司在无证据证实劳动者存在过错及不能胜任工作的情形下，没有与劳动者签订无固定期限劳动合同而是第三次与劳动者签订固定期限的劳动合同，并在合同到期后终止双方劳动合同关系的行为本身也违反了《劳动合同法》第十四条的规定。类似这里的违法情况在本书其他地方会有详细介绍，就不在此赘述。

司法案例

百合佳缘网络集团股份有限公司与陈红丽劳动争议再审审查与审判监督民事裁定（2022）京民申 3412 号

本院经审查认为……本案中，百合公司未提交陈红丽的工资明细，原审采信陈红丽关于平均工资的主张，并无不当。用人单位未及时足额支付劳动报酬的，劳动者可以解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。百合公司与花千树公司的董事会于 2015 年 12 月批准合并，双方有关联关系。陈红丽在两个关联公司间调入、调出，其工龄应连续计算。

该案例中用人单位不及时足额支付劳动报酬，逼劳动者自己写离职申请，留下劳动者因为“个人原因”离职的证据，然后利用关联公司让劳动者在几个关联公司间频繁调入调出，轮流签订短期劳动合同，以此来避免劳动者主张的连续工龄，达到少赔偿的目的。即便单位方用尽了各种手段但因符合第四种情况“用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同”，所以最后法院也认定为“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”，工作

年限连续计算。我们劳动者面对此类争议时，可以从企业的股东、实际控制人及我们的工资发放、社保缴交等方面去举证企业间具有关联关系。

对于该类问题，浙江省的司法审判和裁决就做得很好，明确规定了劳动者与用人单位签订劳动合同后，被该用人单位派往其他单位工作，并在其他单位领取工资或办理社会保险，因用工关系发生争议的，指派单位和实际用工单位应作为共同当事人并承担连带责任。就不会产生劳动者权益受损但找不到责任人的情况，也一定程度上在源头上解决了两个单位都试图撇清和劳动者之间劳动关系的做法，适宜在各省推广。

9.1.6 收到单位律师函该怎么办？

1、单位为什么要发律师函

律师函是一种正式的书面通知文件，可以促使对方履约，尽可能避免诉讼，促成私下和解等等。同时律师函也可以作为法庭上的证据，证明公司履行了通知、督促等义务。

但是律师函这玩意可以说基本屁用没有，对你不存在任何强制力。毕竟是花钱就可以买到的服务，你可以给律师点钱，让他们帮你发。所以不会因为公司多了张律师函，你就必须怎么怎么。而且律师函所谓的通知效力和我们自己写的，微信邮箱发的，老板自己微信发的东西没有区别。我们自己套模板写的那些书面通知并不比律师函差，和律师函有一样的法律效力。区别就在于我们没钱请律师自己找的模板自己写，老板有钱就花钱让别人写。

所以，不需要太吊这个律师函。对于其中合理的要求，我们可以接受；对于其中不合理的，我们就不用去管了。

公司律师函的情形：

1. 公司要求员工履行竞业限制义务、保密义务
2. 要求返岗上班
3. 要求返还财物、资料
4. 要求办理相关工作交接
5. 要求签订书面劳动合同

2、收到律师函该怎么办

收到律师函，完全不必慌张，应该根据自己的实际情况来具体应对。首先，你先了解一下你的劳动争议是怎么样的，法律是这么规定的，你有什么权益受到法律保护。这些都可以在本书中找到，然后再看要怎么处理回应。

有的时候，公司发函纯粹是威胁恐吓，完全可以不管。收到律师函，并不意味着你将承受律师函上所述风险，也不排除对方言归于好的可能嘛，何况是非自有法院公断！所以大可不必因为律师函而自乱阵脚、轻举妄动。你可以保持沉默并跟踪事态进展，也可以聘请律师商量对策，或者反过来向对方发送一份针锋相对的律师函。如果觉得律师欺人太甚，而且骚扰到你的正常生活了，你可以去当地律协投诉，恶心他回去。

当然，律师函中也有可能会传达对方的催告、拒绝、解除等意思表示或者意思通知，这

些将产生一定的法律后果，你需要留意这些具有告知意味的信息，并注意这些信息只是对方在准备打官司的证据，即你已知悉这些信息，并不代表着你认可这些信息。**注意区分知悉和认可，小心被套话，可以通知公司你不认可某某事项。**具体要怎么回应是基于你劳动争议的具体情况。

如果碰到一些需回应的事项，你就在避开套路的情况下，直接回应给公司，而不要直接回应给律所。此时你回应律所就一句话：针对律师函所说的情况，我已经通过某某方式回应给公司了，请你们直接与公司确认，不需要浪费精力与律所的人纠缠。

实操建议

不要与律所的人过度纠缠

1. 律师
2. 当事人的近亲属
3. 有关的社会团体或者所在单位推荐的人
4. 有正当理由经劳动争议仲裁委员会许可的其他公民

总而言之，公司请律师是帮忙起诉应诉，对于直接和员工联系，员工也没有义务去回应，反正记住，不要被套话，不要正面回答对方的问题，只把话题限制在公司的违法行为上，起它的多一句话都别说，这样可以避免很多套路。

3、收到律师函意味着我要去法庭吗

律师函本身不会产生法律后果的，只是一种警示，并不代表你马上要去法庭打官司，**律师函 法院传票**

9.1.7 迟到 10 分钟，扣半天工资合法吗？

上班迟到扣钱是许多用人单位常用来管理员工的方式之一，

法律法规

《中华人民共和国劳动法（2018 修正）》第五十条

工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。**不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。**

法律法规

《劳动合同法（2012）》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**。

迟到 10 分钟扣半天的工资是不合法的，用人单位的这种行为明显扩大了劳动者的违纪情节，加重劳动者的违纪责任，直接导致劳动者的劳动报酬被不当减少，违反相应法规和公平

原则，不具有合理性。如果劳动者迟到了用人单位要扣除工资也只应该扣除实际迟到时间的对应的工资。

日薪 = (月工资-每月总加班费) / 21.75 (一般采用 21.75 天作为每月工作日天数。)

时薪 = 日薪 / 工作时间 (8 小时)

1、用人单位有权对劳动者罚款吗？

1982 年《企业职工奖惩条例》的规定中用人单位是有罚款权的，但这个法律依据在 2008 年已经废止了，罚款属于行政处罚的一种，只能由行使国家行政的行政机构或法律授权行使行政权力的机构来行使，虽然用人单位没有罚款权，但用人单位会用绩效考核、全勤奖的方式取代罚款，所以如果用人单位对劳动者进行罚款，劳动者有权不予支付或讨回。

2、什么情况下用人单位可以克扣劳动者工资

法律法规

《工资支付暂行规定》

第十五条用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：

- (1) 用人单位代扣代缴的个人所得税；
- (2) 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；
- (3) 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- (4) 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

法律法规

《工资支付暂行规定》

第十六条因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。(例如：你当月的工资为 3000 元， $3000 \times 0.2 = 600$ 元，扣除部分不得超过 600 元。)

根据以上两条法规，我们可以知道原则上用人单位只有符合这两条规定才可以对劳动者实行经济管理权，不然不得克扣劳动者的工资。但用人单位制定的合法、合规、合理的管理制度在实务中也是会得到支持的。

3、用人单位建立的规章制度怎样才算合法？

用人单位不可随意扣除劳动者的工资，且建立涉及劳动者切身利益的规章制度时用人单位需合法合规。

1. 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。

2. 公示或告知劳动者，确保员工知悉该内部规章制度。

3. 即便规章制度履行了民主程序并向劳动者公示的，如果规定本身违反法律、法规规定的，仍然不合法。

司法案例

上海市第一中级人民法院 (2016) 沪 01 民终 4887 号

二审中，圣大公司补充一节事实：圣大公司的《员工手册》1.7.5 条的规定：员工旷工一天扣三天工资。双方在签订劳动合同时，圣大公司曾以电子邮件的方式向李慧萍发送了《员工手册》。李慧萍认可收到过该电子邮件，但表示其未打开看过。鉴于李慧萍认可收到过关于《员工手册》的电子邮件，本院对圣大公司补充的该节事实予以确认。本院认为，劳动者获得的工资报酬是劳动者所付出劳动的对价，圣大公司制定的《员工手册》中**关于旷工一天扣三天工资的规定有违公平原则，故本院不作为处理本案的依据**。李慧萍有四个工作日未进行考勤，故应扣除该四日的相应工资，圣大公司认为应按三倍扣十二日工资的主张本院不予采纳。

从这个判例中我们就可以看出用人单位所制定的员工手册即使满足民主和公示的程序，内容上违反公平原则等法院也是不予支持的。如果用人单位因迟到扣你工资，是由用人单位负举证责任的，在庭审中需要用人单位提供相应规章制度并提供制定的合法程序、提供你迟到的证据。

4、用人单位乱扣工资怎么办

如果你遇到用人单位乱扣工资的，你可以向用人单位所在地的劳动监察大队进行投诉，也可以直接向当地劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁。用人单位在拖欠劳动报酬的争议上负有更大的责任，你只需准备证明存在劳动关系的证据（劳动合同、工资流水、考勤记录、工牌工服等）和证明克扣工资的证据（工资条前后两个月工资流水账、不合理的考勤条款、聊天记录、录音等）。

9.1.8 生病请假也有工资，带你了解医疗期

大家在平时工作时候难免会生病，生病的时候就要请病假去看病。这时我们劳动者就会担心，我不是因为工作原因而生病，生病这天没干活请了病假去看病，那看病这天会不会没有工资？下面我们就具体聊聊什么是医疗期，病假工资能拿多少。

1、一、什么是医疗期，医疗期和病假的关系是什么

我们根据具体法律法规看一下劳动法对医疗期的定义：

法律法规

企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定

第二条：

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。

第三条：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，给予三个月到二十四个月的医疗期；

1、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；

2、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；

第四条：医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。

从上面的法律法规中我们可以看出，医疗期是个法律概念；

医疗期：劳动者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，给予三个月到二十四个月的医疗期

而病假是个生理概念；

病假：病假没有具体的期限。病假是医生结合劳动者实际身体状况给予的休假时长建议。

所以说医疗期是病假其中的一段时间，一段法律特别保护的阶段。

比如说：一名劳动者不是因为工作原因发生了骨折，按照他的实际身体情况需要休息 6 个月才能恢复，但按照他入职时间和工作年限来算，他只有 3 个月医疗期。那他的病假就是 6 个月，医疗期是 3 个月，在这 3 个月的医疗期内可以根据具体法律规定获得部分工资。

那么医疗期既然可以获得工资，我们平时就有必要注意下自己的医疗期还有多长时间，以及期限是多少。按照《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》，可以得出下面的表格，但是根据各地方规定的不同，具体的计算方法可能也略有不同。大家可以参考，遇到具体要用医疗期的情况，可以再去查一下当地关于非因工负伤的医疗期期限。

2、二、病假工资能拿多少

我们知道医疗期内请病假可以获得工资后，那么下面看看我们具体可以拿到多少工资。

总工龄	单位工龄	医疗期	累计持续时间
10 年以下	5 年以下	3 个月	6 个月内
10 年以下	5 年以上	6 个月	12 个月内
10 年以上	5 年以下	6 个月	12 个月内
10 年以上	5-10 年	9 个月	15 个月内
10 年以上	10-15 年	12 个月	18 个月内
10 年以上	15-20 年	18 个月	24 个月内
10 年以上	20 年以上	24 个月	30 个月内

图 9.4: 工龄对应医疗期表

法律法规

关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见

第五十九条:

职工患病或非因工负伤治疗期间,在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费,病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付,但不能低于最低工资标准的 80%。

根据该规定,只要我们在医疗期内请病假,单位最低要付当地最低工资标准的 80%。很多地方规定也是如此,但是很多地方最低工资标准很低可能只有一两千,以这个工资标准来维持我们养伤期间劳动者生活,会显得比较困难。

那么我们可以再来看一下 1953 发布的《劳动保险条例》,里面对病假工资同样作出了规定

法律法规

法律法规

劳动保险条例

第十三条:

乙工人与职员疾病或非因工负伤停止工作医疗时,其停止工作医疗期间连续在六个月以内者,按其本企业工龄的长短,由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资,其数额为本人工资百分之六十至一百

法律法规

劳动保险条例实施细则

第十六条:

工人职员疾病或非因工负伤停止工作连续医疗期间在六个月以内者,根据劳动保险条例第十三条乙款的规定,应由该企业行政方面或资方按下列标准支付病伤假期工资:

根据上面法律法规我们可以参考下面的表格,遇到要使用医疗期的时候,可以计算出具

体工龄对应医疗期工资。

单位工龄	医疗期
2年以下	本人工资 60%
2-4 年	本人工资 70%
4-6 年	本人工资 80%
6-8 年	本人工资 90%
8-10 年	本人工资 100%

图 9.5: 《劳动保险条例》中工龄对应医疗期工资表

上面是两种计算医疗期工资的计算方式，大家可以根据自己的具体情况计算医疗期工资。

3、三、医疗期用完后，身体未能完全恢复应该怎么办？

如果我病的很严重，医疗期内身体没办法完全恢复不能正常完成工作，比如上面那个非因工骨折的情况，这时单位要开除我，那我应该怎么样争取自己权益呢？我们可以先看一下相关法规

法律法规

劳动合同法

第四十条：

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

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；

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：

3. 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；

从上面的法条我们可以知道，我们的医疗期结束后，还是完全因为身体原因无法工作，单位想要开除我们的时候，单位需要支付我们 N 或 N+1 个月工资的经济补偿金（N 为你在该单位工作年限，满 6 个月不满一年 N 视为 1，不满 6 个月 N 视为 0.5）如果单位想要立刻解除劳动合同那就要支付 N+1 个月工资经济补偿金，如果给了我们一个月准备时间再解除劳动合同就只需要支付 N 个月工资经济补偿金。

编者的话

其实大部分情况下的非因工的病假都有有工资可以拿的，因为我们劳动者依靠劳动为社会创造财富，生病时获得生活的保障是劳动法给予我们劳动者的保护，所以只要是医疗期内的病假，我们劳动者都能从单位拿到工资。

9.2 服务期与违约金

9.2.1 什么是服务期，离职被要求支付违约金怎么办？

我们在入职时，大部分单位会再正式工作前安排入职培训，某些单位会让我们劳动者签一个培训协议（有时会写在劳动合同里）；这个协议或者劳动合同内的条款大概内容是这样的，我们因为接受了单位的培训，要和我们约定一个服务期，如果在服务期内离职就要支付违约金。

很多朋友这时可能会担心，如果约定了试用期和违约金，那我以后对工作不满意是不是不能离职，或者单位要求我无偿加班单位不交社保存在违反劳动法得情况我也不能离职？为了解决大家的疑虑，不在这个条款处吃亏，我们下面来了解一下服务期和违约金。

1、什么是服务期和违约金

首先我们来看一下什么是劳动法中是怎么规定服务期和违约金的

- 服务期：指用人单位与劳动者约定的期限，此期间为劳动者提供专项培训费用，对劳动者进行[专业技术培训](#)。
- 违约金：劳动者违反服务期协议约定的，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。

从上面对于服务期和违约金的描述可以知道，只有在服务期合法有效的情况下才能约定违约金。首先如果服务期都无效，那我们离职时候肯定就不需要支付违约金。

2、什么情况下服务期无效

首先如果劳动合同里面没有约定服务期，离职时单位为了吓唬劳动者可能会临时想出个违约金让我们害怕不敢离职，这种情况就不需要担心，只要按照劳动法规定的方式直接离职就行，不需要支付违约金。

如果离职时遇到与单位约定了服务期的情况，但这个服务期也不一定是合法合规，至于要怎么判断服务期是否有效我们可以参考下面这条法规：

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》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

从劳动合同法第二十二条我们可以知道。服务期是否合法有效，我们要看看入职时单位有没有给我们劳动者提供了专业技术培训，没有提供专业技术培训那么服务期也是无效的。

[只有我们劳动者入职时接受过单位的专业技术培训后才能约定服务期，只有在服务期有效的情况下可以约定违约金。](#)

这里专业技术培训应该与岗前培训或日常业务培训区分开来，专项培训的形式仅限于用人单位出资的培训，通常专业技术培训花费用用人单位的钱财数额较大。如委托第三方机构进行专业的技能培训、飞行员的培训等。

用人单位对劳动者的日常业务培训及上岗前培训均不能认定为专项培训。如日常业务、其他单位自己组织的培训等，类似以上岗前培训单位内部培训均不在可约定服务期的范围内。

对于单位提供的是否是专业技术培训我们可以参考下面的案例：

司法案例

江苏省南京市玄武区人民法院苏 0102 民初 11487 号

本院认为，《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期，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。专项培训的形式仅限于用人单位出资的专业技术培训，用人单位对劳动者的日常业务培训及上岗前培训均不能认定为专项培训。本案中，双方签订的员工外派培训协议书对培训性质并无约定，而今生有约单位未对具体培训内容举证，该培训系专业技术培训认定依据不足，且其提供的收款收据与付款凭证自相矛盾，不能证明其已实际支付了专项培训费用，故今生有约单位要求赵国强赔偿培训费 105000 元的诉请，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

服务期的本质，其实是单位给劳动者学习某些工作技能投入了非常多钱，如果不约定服务期让劳动者可以没有成本的离职，会给单位造成比较严重的经济损失，不利于单位提升市场竞争力，所以劳动法可以让花费高成本提供专业技术培训的单位约定服务期。但是服务期的约定要体现公平合理的原则，不得滥用权利，不能说单位花了很多钱给劳动者进行培训，就要劳动者再这个单位工作到退休，这是显失公平的约定也是无效的。再入职前和单位约定服务期时，我们劳动者也有协商的权力，大家可以再约定服务期时努力争取自己的权益。

如果单位没有明确约定服务期，没有提供专业技术培训，我们再离职时就违约金与单位发生纠纷，可以要求单位举证证明入职培训协议的合法性；即入职时提供的是专业技术培训，让单位出具培训费用单据等。如果不能有效举证，那么用人单位承担不利后果（违约金条款无效）。

3、服务期合法有效但不需要支付违约金的情况

如果我们劳动者依法依规和单位签订了服务期协议，约定了违约金。但是单位不能仗着服务期协议而侵害劳动者权益。如果用人单位出现《劳动合同法》第三十八条的情况，我们劳动者可以单方面解除劳动合同，不需要继续履行服务期协议和支付违约金。

参考下面的案例：

司法案例

广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2016）桂 03 民终 2544 号

一审法院认为，被告盛霖单位承认原告在本案中所主张的事实，故对原告莫泽华主张的事实予以确认。《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第（三）项规定，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。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十六条第一款规定，用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。本案中被告盛霖单位未依法为原告莫泽华缴纳社会保险费，原告解除劳动合同不属于违反服务期的约定，被告不得要求原告支付违约金，原告的诉讼请求符合法律规定，该院予以支持。依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第（三）项、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十六条第一款规定，判决：原告莫泽华不需支付被告桂林盛霖汽车销售有限公司违反服务期违约金 4031.7 元。案件受理费 10 元，减半收取计 5 元（原告已预交），由被告桂林盛霖汽车销售有限公司负担。

该案例中，单位未依法为劳动者缴纳社保，劳动者依照劳动合同法第三十八条单方面和单位解除劳动合同，不属于违反服务期的约定，劳动者离职不需要支付违约金。

4、违约金需要支付多少？

如果真的是入职时单位提供了专业技术培训，约定了服务期和违约金。我们因为特殊原因真的需要离职，那这时我们要支付多少违约金呢，我们先看看下面两条相关法律法规

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条

违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十六条

劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，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

违约金的金额只能是单位提供的培训费用，不能超过。如果我们已经履行过一段时间的服务期，也不需要全额支付违约金，只需要支付为履行部分的违约金。

关于违约金的争议，我们可以参考一个人社部发布的典型案例，只需要依照这个案例计

算违约金即可：

司法案例

《人社部最高法联合发布第一批劳动争议典型案例》

2013年6月1日，张某与某体检单位签订无固定期限劳动合同，到体检单位工作。张某与体检单位签订培训协议，该单位安排张某到外地参加一年专业技术培训。培训协议约定：由体检单位支付培训费、差旅费，并按照劳动合同约定正常支付张某培训期间工资；张某培训完成后在体检单位至少服务5年；若张某未满服务期解除劳动合同，应当按照体检单位在培训期间所支出的所有费用支付违约金。培训期间，体检单位实际支付培训费47000元、差旅费5600元，同时支付张某工资33000元。培训结束后，张某于2015年7月3日回体检单位上班。2018年3月1日，张某向体检单位递交书面通知，提出于2018年4月2日解除劳动合同。体检单位要求张某支付违约金85600元（47000元+5600元+33000元），否则拒绝出具解除劳动合同的证明。为顺利入职新用人单位，张某支付了违约金，但认为违约金数额违法，遂向劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）申请仲裁。

仲裁委员会裁决体检单位返还张某61930元（85600元-23670元）

本案中，张某脱产参加培训是在劳动合同履行期间，由体检单位安排，目的是提升其个人技能，使其能够创造更大的经营效益，张某参加培训的行为，应当视为履行对体检单位的劳动义务。综合前述法律规定，体检单位支付给张某培训期间的33000元工资不属于专项培训费用。仲裁委员会结合案情依法计算得出：培训期间体检单位支付的专项培训费用为52600元（47000元+5600元）；培训协议约定张某培训结束后的服务期为5年（即60个月），张某已实际服务33个月，服务期尚未履行部分为27个月。因此，张某依法应当支付的违约金为23670元（52600元/60个月×27个月），体检单位应当返还张某61930元（85600元-23670元）。

从上面的案例我们可以得出一个，已经履行过部分服务期的违约金计算公式：应该支付的违约金 = 总违约金/约定的服务期总期限 × 已履行的时长

如果单位要求我们多支付了违约金，可以根据这个公式算出法律规定我们应该支付的金额，然后和单位协商，协商不成可以申请劳动仲裁。

9.3 保密协议、竞业协议与违约金

9.3.1 竞业协议是什么，为什么我一个普工还有竞业协议

编者的话

劳动法中将可以签署竞业协议的人分为了三类，分别是用人单位高管，高级技术人员和其他负有保密义务的人员。出发点是好的，但是问题就出在了最后这个其他负有保密义务的人员。什么是保密义务由用人单位定义，所以就导致了許多普通劳动者，在入职时就签署了竞业协议，成为了负有保密义务的劳动者。那么什么是竞业协议？它对于劳动者又有什么样的约束呢？我们一起看一看。

1、什么是竞业协议？

举例来说，当你入某互联网公司后，签了竞业协议，离职后的一段就不能入职其他互联网公司，但用人单位需要在限制期限内按月给与劳动者经济补偿。

注：劳动合同中写竞业限制条款和竞业协议具有同样的效果。

2、竞业协议的限制期限是多久？

最长是两年，约定时间低于两年的，限制期限为约定时间。约定时间超过了两年，以两年为期限，因为约定时间超过 2 年的部分是没有法律效力的。

3、普通劳动者签署了竞业协议，协议有效吗？

如果我们劳动者的工作不接触用人单位的商业秘密，或者工作岗位不属于高级管理人员、高级技术人员，那么这份协议一般是无效的。

不过实践中认定比较宽泛，一些接触客户资料的销售、业务员等岗位，一些和知识产权有关的设计师等岗位很可能被认定为需要履行竞业限制。这个时候还是按照要履行竞业限制。如果就是纯普工，接触不到什么重要的东西，那约定了竞业限制也无效。

4、我是普通员工，那么用人单位不给钱还要履行竞业限制吗

虽说普通员工的竞业协议是无效的，但是认定劳动者是否具有保密义务的责任在于法院。保险起见的话，普通员工离职后的前三个月要履行，如果三个月后还是没有给钱的话，劳动者首先仲裁委提出解除竞业限制协议同时要求单位支付三个月的竞业限制补偿金。仲裁裁决解除协议后，然后就可以无负担去找同业的工作。。

如果在前三个月没有给钱，我们也没有履行竞业限制，公司起诉我们，我们拿竞业赔偿金的时还要支付违约金，总的来说我们还是要给公司违约金。

此外，如果你认定自己工作不涉及企业秘密或者刚入职不久，用人单位是存在滥用竞业限制，随意和人签协议的情况下，可以直接去找工作，当竞业协议不存在。因为起诉也是要花用人单位的成本的，不可能知道必输还去起诉，同时如果怕被起诉，最好去打听下用人单位是否有起诉过。

5、竞业限制的补偿金要怎么算？

正常是按照竞业协议中写明的金额支付，但是如果出现协议中没有约定，或者约定的金额太低的情况，我们要参考法律规定。

法定标准为劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30%。同时，也要参考地方性的法律法规的规定。比如，《江苏省劳动合同条例》规定的金额不低于平均工资的三分之一，上海高院规定补偿金金额应按照 20-50% 支付，《珠海市企业技术秘密保护条例》规定年补偿费不低于离职前年报酬总额的二分之一。

如果没约定或者约定的金额低于法定标准，我们可以在诉讼中要求用人单位补齐。如果补齐后的金额低于当地最低工资标准的，我们可以要求补齐到最低工资标准。

6、用人单位能主张竞业协议补偿金已经包含在工资中，不在劳动者离职后支付吗？

不能，这是违法的，竞业协议补偿金应在离职后按月发放。如果用人单位不支付补偿金，我们可以要求用人单位补齐。

7、竞业协议中约定的违约金过大，违约后要全额赔偿吗？

要赔偿，但是不会全额赔偿。按照《劳动合同法》第 23 条规定，劳动者在违约后是要支付违约金，但是违约金的数额如果超出了合理的范围，法院是不支持的，在判决中会将违约金的数额更改到合理的范围内。比如，违约金约定为年工资的 10 倍是不合理的，法院可能会将金额改为年工资的 3 倍。

9.3.2 怎么样算违反保密协议，需要支付违约金吗？

1、啥是保密协议？

保密协议是指用人单位针对知悉企业商业秘密的劳动者签订的要求劳动者保守用人单位商业秘密的协议。

2、怎样算违反保密协议？

这要看用人单位对于保密协议内容的界定，比如有明确的保密范围、保密要求、保密期限等，并且由用人单位负责证明劳动者的行为违反了保密协议，以及违反保密协议的行为对用人单位造成了损失存在关联，不然用人单位很难得到支持。法院在判定员工是否违反保密协议时，需要综合权利人举示的员工入职时间、员工工作职责、员工离职时间、离职后的动向、离职后从事行业及客户资源、技术资料等进行评判。

3、违反保密协议是否要支付违约金？

观点一：用人单位与劳动者关于违反保密义务由劳动者支付违约金的约定应属无效。理由是根据《劳动合同法》第 25 条，**除劳动者违反服务期约定或违反竞业限制约定的，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金**。在法无明文规定的情况下，由劳动者承担违约金

的约定应当无效。

司法案例

(2020)渝 0109 民初 9758 号

莱弗公司与刘某某 1 签订保密协议属实。刘某某 1 在仲裁庭审中认可其确实存在拷贝行为，并陈述拷贝图纸没有目的，只是留作纪念。该说法显然与常理相悖，毕竟双方签订的《保密协议》第五条中对保密行为有明确约定，况且刘某某 1 作为总经理，理应充分认识到图纸等对于莱弗公司的重要意义。

但根据《》规定“除本法和规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”，该法第二十二条规定的系劳动者违反服务期约定的违约金、第二十三条规定的系劳动者违反竞业限制约定的违约金，故莱弗公司与刘某某 1 不能因违反保密协议约定违约金，且莱弗公司未举证证明刘某某 1 违反保密义务给其造成了损失，故对莱弗公司要求刘某某 1 承担违反保密义务违约金 20 万元的诉讼请求，本院依法不予支持。

观点二：用人单位与劳动者关于违反保密义务由劳动者支付违约金的约定应当有效。理由如下：《劳动合同法》并未禁止用人单位与劳动者约定违反保密义务的，劳动者需要承担支付违约金的责任。《劳动合同法》第 25 条规定，除本法第 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支付违约金，而从《劳动合同法》第 23 条第 1 款的规定来看，并未将劳动者违反保密义务的情形排除在外。因此《劳动合同法》实际上并未禁止约定劳动者违反保密义务由劳动者向用人单位支付违约金，双方就此约定违约金的，如不存在其他无效事由，应当认定为有效。

司法案例

(2020)粤 03 民终 5301 号

本院认为，中睿宏智公司与闵某某 1 签订了含有保密条款的劳动合同和保密协议，闵某某 1 应当保守公司技术秘密、不得泄密。但其在工作期间，向 QQ 群发送了含有公司软件部分代码的截图，披露了公司的技术秘密。无论其真实动机如何或上述行为是否对公司造成了实际损害，违反保密义务的行为人应当为此承担责任并付出代价。但由于保密协议关于违约条款的约定，客观上用人单位处于优势地位，劳动者较难存在协商空间。若依该条款确定违约金数额，则与其泄密行为性质的严重程度不相适应，故本院对违约金的数额应酌情予以判定。

总的来说，在实际中如果用人单位制定的保密协议中不包括竞业限制条款，那在这份保密协议中约定的违约金很可能会被视为无效条款，只能另外主张劳动者造成的损害赔偿，而不能要求劳动者承担违约金，如果保密协议中约定了竞业限制的条款，那就对照竞业限制的条款来看，但也不是用人单位喊你赔多少就赔多少的，当事人可以要求适当减少，法院会依据具体的情况来判。

4、怎么赔？

会根据劳动者主观过错程度和经济状况酌情确定赔偿标准。如果是劳动者故意违反保密协议,一般应赔偿大部分损失直至全部损失。如果劳动者系过失违反保密协议给用人单位造成了实际损失,应根据过失行为轻重程度、结合用人单位的管理责任、劳动者的收入水平、劳动者因违反义务所获得的利益等减轻劳动者的责任。**劳动者在涉及相关赔偿时,需要多方面收集证据,论证自己的情况不应该承担高额的违约金和赔偿金等,让法院判的数字更加公平。**

法律法规

《劳动合同法》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。

法律法规

《劳动合同法》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

法律法规

《劳动合同法》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。

法律法规

《劳动合同法》第九十条

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

9.4 变更劳动合同的系列争议

9.4.1 用人单位有权单方面变更劳动合同吗？劳动合同怎么合法变更？

1、单位有权单方面更改劳动合同吗，怎样才能更改劳动合同

再我们日常工作中经常会遇到这样的情况，用人单位因为种种原因想要降低我们劳动者的工资、更换工作地点、改变工作内容。遇到这些问题时，我们都会产生这样的疑问用人单位有没有权力单方面劳动合同变更？以及怎样才能变更劳动合同。下面我们就来看一下什么情况是单位非法变更劳动合同，以及什么情况下可以变更劳动合同。

法律法规

劳动合同法

第三十五条：

只有在用人单位与劳动者协商一致的情况下，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。

根据上面的法条我们可以知道，用人单位不能单方面变更劳动合同。工作内容、工作地点、劳动报酬等，只要是劳动合同明确约定好的内容用人单位不能单方面随意更改。想要更改合同内容，必须与我们劳动者协商一致的情况下才能更改。

但实际情况可能要复杂，一些单位因为生产经营需要，会通过改变公司规章制度变相的更改我们劳动者合同，很多劳动者没有维权意识，很容易上当。我们可以看下面这个案例，案例中用人单位发布两个员工管理办法，试图更改劳动者工作岗位和降低工资；

司法案例

天津三建建筑工程有限公司、宗磊劳动争议民事二审民事判决书（2022）津 02 民终 2524 号

三建公司 2020 年 4 月 4 日发布《天津三建建筑工程有限公司员工竞聘上岗实施方案》、2020 年 4 月 20 日发布《天津三建建筑工程有限公司落聘（含弃聘）员工管理办法》等文件进行全员竞聘上岗。宗磊落聘后于 4 月起被安排待岗，待岗工资每月 2,100 元。一审法院认为，宗磊为劳动者，三建公司为用人单位，双方系劳动合同关系。

本案争议焦点有以下几点

一、三建公司对宗磊工作岗位调整程序是否合法。三建公司以其竞聘方案经过了民主程序，宗磊知悉且参与了相关竞聘工作为由，认为调整宗磊工作岗位程序合法。竞聘方案及落聘员工管理办法的实施直接涉及劳动者切身利益，应经本公司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。但三建公司未能提供职工代表系

经过公司职工依法民主选举产生的证据，故不能认定竞聘方案及落聘员工管理规定已经过法定民主程序，对方案及办法的效力一审法院不予认定。三建公司以此为依据对宗磊作出待岗培训及发放待岗工资的行为不符合法律规

二、上诉人未提供充分证据证明其制定、实施的竞聘方案经过合法有效的民主议定程序，其根据该竞聘方案调整被上诉人的工作岗位及工资待遇缺乏合法依据，上诉人应支付被上诉人工资差额。

从上面案例可以看出，单位虽然制度和实施了一些列的竞岗方案，改变劳动者的工作岗位，但是因为没有经过合法有效的民主议定程序（全体职工或职工代表讨论规章制度并且提出方案和意见），被法院认为是非法更改劳动合同。

为什么用人单位会想要单方面强行更改劳动合同？其实大多数情况是单位通过强行更改劳动合同中有利于我们劳动者的部分，达到降低单位用人成本的目的。但是单位想要更改劳动合同必须与我们劳动者协商一致，单位单方面做出强行降低我们工资、改变我们的工作内容、更换我们工作地点等，把劳动合同内容改变为很不利于我们劳动者的行为，都是不合法的。我们可以勇敢去争取自己的权益。

2、区分非法变更劳动合同与用工自主权

在平时单位的 HR 口中或某些司法案例中，我们会看到一个词用工自主权。用工自主权大概意思是，根据单位生产经营需要对劳动者的工作岗位、工作时间、工作地点进行适当调整。虽然没有具体的法条来规定这个用工自主权，但是我们可以从下面两个法条中找到用工自主权的由来：

法律法规

关于深化国有企业内部人事、劳动、分配制度改革的意见

第三条

建立职工择优录用、能进能出的用工制度

（一）保障企业用工自主权。企业根据生产经营需要，按照面向社会、条件公开、平等竞争、择优录用的原则，依法自主决定用工数量和招工的时间、条件、方式。除国家另有规定外，任何部门、单位或个人不得强制企业接受人员。

法律法规

中华人民共和国就业促进法

第八条

用人单位依法享有自主用人的权利。

用人单位应当依照本法以及其他法律、法规的规定，保障劳动者的合法权益。

大家可以会产生疑问，单位拥有用工自主权，那是不是单位就可以随便改变劳动者的工作岗位或工作地点？我们可以从下面两个案例来看一看，什么情况是单位正确的行使用了工

自主权。

司法案例

孙少志、龙口现代星宇汽车配件有限公司劳动争议民事申请再审审查民事裁定书（2022）鲁民申 3840 号

孙少志主张现代星宇公司无故调岗，降低工资标准，改变了双方劳动合同的约定，不让他上班，应当支付解除劳动合同经济补偿金。

本院认为，现代星宇公司作为用人单位和市场主体，依法享有用工自主权和生产经营管理权，有权根据自身生产经营需要而对劳动者的工作岗位、工作时间、工作地点进行合理调整。本案中，即便现代星宇公司因生产经营需要将申请人所在部门外包而需要调整其工作岗位，也是合法行使用工自主权的行为。根据申请人的主张，调整岗位后其工资标准（按小时计算）并没有降低，仅是将其工作时间由每天 12 个小时调整为 8 个小时，并未违反双方劳动合同中所约定的工作时间条款和工资标准条款的内容。申请人以不同意单位调整其岗位及工作时间为由提出解除劳动合同，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条的规定，其主张经济补偿金无事实和法律依据，原审不予支持并无不当。

从该案例中可以看出，虽然单位改变了劳动者的岗位，但是并没有降低劳动者的工资标准，所有法院认定用人单位是合法的使用了用工自主权。

司法案例

周绪华与重庆宏盛劳务有限公司重庆长安民生物流股份有限公司劳动合同纠纷申请再审民事裁定（2018）渝民申 292 号

本院经审查认为，（一）关于民生公司是否有权调换周绪华岗位地点的问题。用人单位或用工单位在法律、法规规定的范围内，根据经营管理需要，享有自主用工权利。宏盛公司与周绪华在劳动合同中亦约定，宏盛公司或民生公司因生产经营需要，产业、产品结构调整及工艺规程、组织机构设置等情况发生变化调动工作的，周绪华应予接受。现因民生公司长安福特发动机入厂物流项目、长安福特中储项目、长安福特重庆入厂物流项目合并，成立重庆长安福特入厂物流项目，民生公司以公司组织机构和职能调整为由对周绪华的工作地点进行调换理由正当。

周绪华新工作地点重庆长安福特入厂物流项目 CQ1 区位于重庆市渝北区长福南路 9 号，与其原工作地点重庆市渝北区翠桃路 39 号相距仅为 3 公里，亦在轻轨 3 号线旁，周边交通便利，同时民生公司承诺周绪华工作岗位、劳动条件、工资待遇不变，本案所涉工作安排对周绪华并无明显不利。故周绪华以民生公司违法调换其岗位地点的申请再审理由不成立。

该案例调整了劳动者工作地点，但是工作岗位、劳动条件、工资待遇都没有改变，并且

工作地点的调整并没有给劳动者生活工作带来较大影响，所以法院认定用人单位是合法的使用了用工自主权。

编者的话

我们可以看出用人单位用工自主权的行使也必须在相关法律和政策的框架内，不能侵害劳动者权益。用人单位使用用工自主权对岗位或工作地点进行调整时，我们可以参考以下几点判断单位是否合理使用了用工自主权：

- 1、劳动者是否能够胜任调整的岗位；
- 2、是否属于对劳动合同约定的较大变更；
- 3、工作地点作出不便调整后，用人单位是否提供必要协助或补偿措施等；
- 4、是否对劳动报酬及其他劳动条件产生较大影响；
- 5、是否基于用人单位生产经营需要；
- 6、是否对劳动者有歧视性、侮辱性；

如果用人单位以用工自主权为理由对岗位或工作地点进行不合理调整，侵害了我们劳动者的合法权益，那就是非法使用用工自主权，属于单方面更改劳动合同。我们劳动者可依法争取自己的合法权益。

9.4.2 用人单位有权单方调岗降薪吗？

1、用人单位有权单方调岗降薪吗？

工作岗位的调整是最常见的劳动合同变更情形，由此引发的争议屡见不鲜。在现实中，随着经济下行，调岗以及往往伴随着的调薪也已越来越成为劳动争议的高发地带。我国劳动法律体系中将调岗分为两种：约定调岗和法定调岗。法定调岗无需征得劳动者同意，在达成《劳动合同法》第四十条第一、二款条件时，用人单位单方即可做出调岗决定（这两条都需要单位方给出严格证明，证明符合法律规定的前提条件）。第三款是在“客观情况发生重大变化”，也即以生产经营需要为由将劳动者调岗并未能达成协议的情况，下文会单独说明。

约定调岗则需劳动者和用人单位自主协商约定，双方达成一致即可调岗。因此下面我们只讨论约定调岗和法定调岗的第三种情况时可能引发的争议，以及我们劳动者该如何应对。

法条如下：

法律法规

《劳动合同法》第四十条

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

- （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。

2、约定调岗

约定调岗：比较常见的一种争议情况就是很多企业误解用工自主权，未经协商随意将劳动者调岗。调岗，即对劳动合同约定的工作岗位进行变更。也就是说不管用人单位调岗的要求是否合理，都属于变更劳动合同，既然是变更劳动合同，就需要遵循劳动合同法第三十五条——用人单位与劳动者协商一致，方可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。这也意味着，在劳动合同没有特别规定的情况下，调整岗位作为合同变更的重要内容，须满足两个基本前提：

1. 双方协商一致
2. 采取书面形式

所以，用人单位若没有经过协商一致而单方调岗，员工有权拒绝，劳动合同应当按原约定继续履行。如果这时用人单位以员工不服从部门管理和调派工作等为由解除了劳动合同，我们就可以没有顾忌地申请劳动仲裁了，单位方大概率是要败诉的。

但在实操方面，最新的司法解释降低了《劳动合同法》第三十五条所规定的“变更劳动合同，应当采用书面形式”的刚性，客观上也将部分劳动者无法证明其明确表示反对的单方调岗调薪合法化。相关“法律法规”如下。

法律法规

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十一条

变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

所以，当面对用人单位未经协商就将劳动者调岗的情况，为防止影响后面裁定的认定，劳动者应明确表示异议和拒绝。这里的“明确”既要体现在形式上也要体现在内容上。形式上不能只是口头通知，还应通过邮件、微信或书面通知等形式告知；内容上不能留有情面说的

很模糊，而是明确说明我不同意变更某某约定、条件。并尽快申请劳动仲裁。

3、法定调岗情况三

法定调岗情况三：用人单位以生产经营需要为由，将劳动者调岗，并伴随着降薪，我们该如何应对？

如果单位方确有生产经营方面的需求，那对劳动者调岗确实是在用人单位自主用工权的合理范围内。但这里依然有三个需要争议的点：一是被调整后的岗位是否充分考虑劳动者的技能水平、能力范围，岗位差距是否过大；二是变更后的工作地点是否对劳动者的生活造成重大影响（如离签订的劳动合同工作地点相距较远）、用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车）等；三是同意调岗是否等于同意降薪，劳动报酬是否是在合理合法的范围内调整的。

首先针对第一个点，企业应尽量提供与劳动者的劳动能力和技能相适应的工作岗位，保持一定的合理性。若前后岗位差距过大，需要对劳动者提供岗前培训及职业规划，否则，在司法时会被认定为缺乏合理性的调岗。在这一点上，因工伤或孕期等医疗期满后不能复岗的情况也是遵循一样的原则，并且后者需要有明确的考核标准证明劳动者不能胜任原先的工作。

第二点，如果劳动合同中对工作地点约定比较宽泛，根据北京市高院与北京市劳动争议仲裁委员会发布的《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》：“用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”“北京”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于对工作地点约定不明，等同于没有约定。实际履行的工作地点，视为双方确定具体的工作地点。”所以如果没有明确地规定工作地点而调岗后的工作地点又较远的话，对于劳动者而言属于重大变更，没有继续履行合同的现实性和可行性。（详情请看本章第四篇“公司搬迁，我一定要服从吗？”）

第三点，劳动报酬也是劳动合同的重要内容，如果双方对调岗达成一致，但是并未对劳动报酬的变更进行协商，那么公司单方降薪的行为也是不符合法律规定的。如果单位仅仅就岗位调整与劳动者达成一致而没有明确劳动报酬调整的问题，那么一般应当视为双方并未对劳动报酬进行变更协商一致，用人单位降薪属于单方行为，一般不产生效力。而即便劳动者同意调岗和调薪，调薪的幅度也需符合合理性要求，不得大幅降低工资标准。如果用人单位内部存在薪酬与工作岗位挂钩的制度，则一般受法院支持，但该制度和其制定的程序、流程都应当符合法律规定，其制度应已公告或告知劳动者。

4、劳动者拒绝调岗是否构成旷工？

实践中还常出现一种情况，劳动者不接受调岗后，既未在原岗位上岗，也不去新岗位报到的情形，用人单位以此为依据与其解除劳动合同。首先岗位调整必须是合法合理的，有法律依据和事实依据的。假如岗位调整不具备合理性，法院判例对此情形中用人单位是否违法解除持有不同的观点：一种观点认为，劳动者有义务遵守用人单位的规章制度和指挥。对于用人单位不合理的调岗，劳动者应当以积极的态度进行协商而不是消极对抗，采取旷工、失联等错误手段。如果用人单位有合法有效的规章制度，那么可以据此依法解除劳动合同。

而另一个观点则认为，用人单位对劳动合同进行单方变更，有根本的过错，劳动者旷工

系用人单位的过错导致，不应因此承担不利后果，因此用人单位如解除劳动合同系违法解除。

对此，北京市西城区人民法院发布的典型案例(2016)京0102民初15414号判决认为：“如果劳动者对工作岗位的调整有异议，可以通过合理合法的途径主张权利。但此期间，劳动者仍系用人单位的员工，仍需要遵守用人单位的规章制度。如构成旷工，违反了公司的规章制度，公司以此为由与其解除劳动合同，符合法律规定。”

根据此类判例和观点进行如下总结：在一般情形下，如劳动者以消极怠工或其他过激的方式与用人单位进行“不合理”对抗，极易被法院认定为因违纪而被用人单位合法解除劳动合同。但如果用人单位调岗的工作地点、职务、薪资明显不具有合理性，且调岗过程中员工积极协商的，那么即使劳动者短时间内没有上岗，用人单位以旷工为由解除合同更会被认定为违法解除。所以在实操过程中建议尽量不要直接和用人单位起冲突，和单位积极协商并保留留言证据，在保有原工作条件和工作环境的情况下去原岗位上工，使司法倾向更偏向于我们。（详情请看第十章）

9.4.3 单位单方增加工作可以拒绝吗，合理范围在哪里？

编者的话

近两年，随着“996”被广大劳动者讨论得热火朝天并得到社会各界广泛关注后，2021年8月26日，最高人民法院官方网站发布了第二批劳动人事争议典型案例。这十个典型案例毫无例外都是跟超时加班、增加工作量有关的，其中的个别案例对我们今天要讲的主题非常有指导作用。此类案件和工作量、工作时间的变更有关，对于劳动者休息权的实现有重要意义，所以我们劳动者自己更应重视起来。下面我们就跟着典型案例学习如何解决相关问题。

司法案例

张某于2018年9月入职某报刊公司从事投递员工作，每天工作6小时，每周工作6天，月工资3500元。2020年6月，因同区域另外一名投递员离职，某报刊公司在未与张某协商的情况下，安排其在第三季度承担该投递员的工作任务。张某认为，要完成加倍的工作量，其每天工作时间至少需延长4小时以上，故拒绝上述安排。某报刊公司依据员工奖惩制度，以张某不服从工作安排为由与其解除劳动合同。张某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁。

这个案例就是单位在未和劳动者协商的情况下就单方面增加工作任务的情况，其实针对这种情况，劳动合同法中就已有过明确规定。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》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。

《中华人民共和国劳动合同法》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。

本案中，报刊公司超出合理限度大幅增加张某的工作任务，应视为变更劳动合同约定的内容，违反了关于“协商一致”变更劳动合同的法律规定，已构成**变相强迫劳动者加班**。因此，按照劳动合同法第三十五条的规定，张某**有权依法拒绝**上述安排。而后，报刊公司以张某不服从工作安排为由与其解除劳动合同不符合法律规定。故仲裁委员会依法裁决报刊公司支付张某违法解除劳动合同赔偿金。

需要强调的是，在实践中，部分劳动者把“有权拒绝”误解为“可以借此去进行被迫离职然后顺利拿到经济赔偿金”，于是向单位发了《被迫解除劳动关系通知书》，最后被视为自愿主动辞职，白白吃了闷亏。编者的行动建议是每一次增加工作量时都记得根据情况保留证据，并且以此向你的单位主管明确自己的态度，拒绝增加超出本职范围的工作量，不然会被视为自愿。做好这些就等着单位主动犯错，比如单位增加了工作量，被拒绝后又以不服从管理为由和你解除劳动合同。这样一来，就可以去仲裁单位非法辞退。

还有一种情况就是劳动者因被不合理地分配到过量工作任务，拒绝后又被单位处罚，于是直接怠工、旷工以示抗议。这在司法实践中会导致对劳动者极为不利的司法倾向，哪怕是单位违法在先，但劳动者不服从管理的行为构成违纪。有些仲裁、法院会被认定这种情况为双方协商解除劳动合同，单位支付经济补偿；有些仲裁、法院则会认定公司以违纪为由解除劳动关系的行为合法，无需支付经济补偿。后者对劳动者来说十分不利。实际上，广东、江苏等地法院均持有类似观点：对于单位合理的工作量或工作种类增多，如属员工能力范围所能及、不构成很重的工作负担，员工应该接受。如果一味抗拒和不提供劳动，是可以予以严重违纪解除的。

1、工作任务增加的合理范围在哪里？

这里是法律规定得很模糊的一点。合理和不合理的分界线各行各业肯定都不相同，所以编者也只能给出一个大致的判定标准：如果单位给你安排增加的工作任务使得你在约定的标准工作时间内是不可能完成的，只能在标准工作时间之外超负荷延长工作时间，就可以确认公司的做法是不合理的，构成变相强迫劳动，你有权依法予以拒绝。

最后一种就是在劳动者原职责范围外增加工作量的情况。这种情况通常超出了劳动合同的约定，当该项工作不具有临时性时，用人单位需要与劳动者进行协商。所以相对来说判断比较简单，可以明确表示拒绝并留证。

司法案例

中国唱片集团有限公司与曹灵燕劳动争议案（2020）京 02 民终 1692 号

法院认为本案中双方解除劳动合同系增加工作内容所致，双方签订的劳动合同中约定曹某的岗位为档案管理，根据双方均认可的部门平时考核记录表记载曹某的日常工作内容，不包含库房统计工作，库房统计工作并非曹某的工作内容和岗位职责。现公司在曹某原有的工作内容基础上，增加库房统计工作属于变更劳动合同，应与劳动者协商一致方可进行。

司法案例

天津市城宽网络信息技术有限公司、朱妍劳动争议案（2017）津 01 民终 162 号

朱某系公司会计，公司欲在朱某的工作内容中增加库房的培训和核查工作，法院认为，劳动合同中对工作内容的约定保障了劳动者对劳动行为的可预期性，而工作内容的变化和增加必然增加劳动者的精力和时间成本。除非公司证明所安排的工作属于会计岗位不可分割和必须完成的工作内容，否则朱某有权拒绝会计工作之外的劳动量的增加。

从上述两个案例可以看出，在劳动者原职责范围外增加工作量属于变更劳动合同，用人单位在安排工作时需要和劳动者协商，而劳动者也有权拒绝新增的工作安排。新增的工作是否属于原岗位不可分割和必须完成的工作内容需要由单位方来举证。

9.4.4 公司要求到新地点上班，该怎么办，可以拒绝吗？

大多数劳动者都希望自己的工作稳定一点，不想今天在长沙上班明天就被调到连云港了。但是公司的老板可不怎么想，他们巴不得自己的公司开到全世界，然后大棒一挥手下的员工就马上跑到新工作地点了。而且，我们工作的工厂、办公楼常常因为城市规划的原因发生搬迁，这个时候也会涉及工作地点的变动。

那么遇到工作地点变动，我们就必须无条件服从吗，必须拖家带口跑到新地方生活或者白白增加大量通勤时间吗？如果因为这个原因解除劳动关系，我们可以就此主张经济补偿吗？

想要胜诉，我们**首先需要根据我们的合同弄清我们的工作地点是否明确**，然后再看**公司是对个别人进行变更工作地点，还是涉及到公司整体的搬迁**。区分好自己的情况，再做相应的准备。

1、公司有权单方变更工作地点吗？——明确约定了工作地点

明确约定是指合同中约定十分具体详细的工作地点。例如合同中明确约定工作地点就在“长沙市岳麓大道 218 号 xx 楼”。

这种情况是对劳动者比较有利的，因为约定明确，不需要仲裁法院再对工作地点进行确定。

2、公司有权单方变更工作地点吗？——工作地点约定不明确

公司也知道明确约定了工作地点就没法随便使唤劳动者了，所以很多公司选择无视劳动法，不明确约定工作地点。

工作地点约定不明的情况包括以下几种：

- 合同约定地点太宽泛，如“全国”“湖南”等
- 约定与公司有实际联系的地点，但是还是太宽泛，如“公司全部业务范围的覆盖地”“总公司和分公司的各个营业地”等
- 合同中虽然具体约定了工作地点，但同时约定“单位有权依据情况调整工作地点”、“劳动者应当服从公司对其工作地点的调整”等条款
- 未签劳动合同或劳动合同中没有工作地点一项

对于这种情形，存在两种截然相反的裁判倾向：

1. 法院认为当合同约定不确定时，应当视作未约定工作。双方未约定工作地点（包扣无劳动合同的情形），那么就依据实际履行的工作地点为约定的工作地点。
2. 法院认为双方约定虽然不明确，但是劳动者签字同意了，那么劳动者应当承担约定不明确的不利后果。用人单位有权在宽泛的约定范围内进行变更工作地点

我们很难通过证据和说理左右仲裁员或法官的倾向，这个只能看他们想怎么判。相对而言，后者是少数。但是即使认定了实际工作地为约定的工作地点，劳动者也可能会败诉，详情见下文“整体调整”一节。

3、公司对于个别员工的工作地点变更

这种情况要和接下来要说的公司搬迁，即需要大量员工都跟着变更工作地点的情况相区别。有的时候，公司出于各种原因只需调整个别人的工作地点。

情形一：约定了明确的工作地点 + 针对个别人调整，那么公司需要经过我们同意，方可进行变更。

工作地点属于法定的劳动合同必备项，而依据法律规定，变更劳动合同必须经过协商一致方可变更。，那么公司要变更工作地点就必须征得我们的同意。

当我们明确表示不同意变更后，公司很可能会以我们“拒绝到新工作地点报到”“不服从管理安排”“违反规章制度”等理由对我们进行辞退。此时，公司就是依据《劳动合同法》39条进行辞退，39条是指劳动者存在过错，所以公司可以辞退且不支付补偿金。但是我们拒绝公司违法变更合同是完全正当的，公司违法在先，又依据违法变更合同对我们进行辞退，公司的行为系非法辞退应当支付 2n 的经济赔偿金。

法律法规

劳动合同法

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。

情形二：未约定明确的工作地点 + 针对个别人调整

这种情形首先需要依据上文的方法确定工作地点，依据的是裁判倾向一，即按照实际工作地作为约定的工作地点。然后公司需要经过我们同意，方可进行变更。

因为只是针对个别人进行工作地点调整，往往不涉及《劳动合同法》40 条的“客观情况发生重大变更”，公司没有单方调整工作地点的权力。

具体处理方式同情形一。

情形三：

这种情况是属于公司恶意搞我们，把我们调到偏远的地方，以此恶心我们。这种当然是属于非法行为，我们有权拒绝并要求恢复工作。公司主动辞退我们可以要求支付经济赔偿金 2n；公司不理不睬我们可以采取被迫离职的方式，拿 n。

此种情况包括但不限于：

- 调整范围过大，如北京到新疆。上海到昆山就不一定认定为恶意，还需其他证据佐证
- 调整后待遇降低
- 调整后工作性质发生重大变化，如业务员变会计

4、公司搬迁、裁撤部门中的变更地点

工作地点的变动的争议还是集中于搬迁问题上，上文提到的裁判倾向的分歧也是来源于此。因为此情形符合《劳动合同法》40 条，实践中一般会认为此时公司只要给出“合理补偿”，就拥有单方调整的权力，劳动者必须服从。整体来说，劳动者能否胜诉基本取决于法院采取何种裁判倾向。

法律法规

劳动合同法

第四十条

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

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

这条在实践中常常被应用为公司有权在“客观情况发生重大变化”的前提下进行单方调整，只要公司的提出的新方案工资待遇不降低，那么劳动者不服从，公司就有权辞退且不需要支付经济补偿。与上文指导案例 14 所体现的思路一致。

该问题也存在着两种截然相反的裁判倾向：

裁判倾向一：认定实际履行和合同中明确约定的地点为工作地点，变更工作地点**必须经过我们同意才能变更，否则就是非法变更，后续的辞退行为认定为非法辞退。**

裁判倾向二：不论通过何种思路认定了什么地点为约定的工作地点，依据下文指导案例和实践中对 40 条的理解，用人单位在给予**合理补偿**后，有权在**合理范围**内进行单方调整，劳动者必须服从，否则单位可以辞退且无需支付经济补偿金。

本文作为实用指南就不多耗费篇幅去说明为什么第二种意见是扯淡了。**根据极其粗略的统计，在企业涉及整体搬迁的前提下，后者是多数意见。**前者有地方法院指导意见作为依据，后者有最高院指导案例作为依据。

法律法规

《北京市高级人民法院与北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》2017 年

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”、“北京”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，**属于对工作地点约定不明**。劳动者在签订劳动合同后，**已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”、“北京”为由，无正当理由变更劳动者的工作地点。**

用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，仍应对工作地点的变更进行合理性审查。具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车）等。

.....

此外，广东、深圳等地区也有类似指导意见，各地也有相关判例引用该意见。



图 9.6: 近三年判例统计

法律法规

20 年指导案例 14

孙某于 2017 年 8 月入职某模具公司，岗位约定为“后勤辅助岗”，具体工作内容为“财务、预算管理和其他行政性工作”。双方还约定：“模具公司可以根据生产经营的需要，对孙某工作岗位、工作内容及工作地点进行调整。”2019 年 7 月 1 日，基于公司生产经营和管理需要，为减轻各中心的工作负担，模具公司将各中心的财务工作统一转回公司总部的财务处统一管理。模具公司与孙某沟通协商，提出安排其到开发中心其他岗位工作，但均被孙某拒绝。后模具公司安排孙某到位于相邻城区的公司总部从事人事相关工作。7 月底，孙某要求模具公司将其调回原工作地点原岗位工作，双方由此发生争议。本案中，双方在劳动合同中约定孙某的工作岗位为“后勤辅助岗”，该岗位不属固定或专业岗位；模具公司根据生产经营需要，适当调整孙某的工作岗位、工作内容及工作地点是基于财务统一管理的需要，对孙某并无针对性；同时，该工作地点和工作内容的调整模具公司亦与孙某进行了沟通协商，给出了包括在原工作地点适当调整岗位等多种选择方案，体现了对孙某劳动权益的尊重；且调整后的人事岗位与孙某的原先岗位性质相近，孙某也完全能够胜任；最后，孙某调整后的工作地点也处于交通便利的城区，上下班时间虽有所增加，但该地点变更不足以认定对其产生较大不利影响，对其劳动权益也构不成侵害，故依法驳回孙某的仲裁请求。

任何对企业自主用工权的强调都很可能导致对劳动者权利的压缩，该指导案例就是如此。企业整体搬迁涉及员工数量较多，而且企业搬迁的原因往往涉及政府的参与。如果支持经济补偿，那么企业在承担搬迁费用的同时也要将劳动者经济补偿的压力传递给政府。实际上，这样的判决倾向与法律无关，更多地体现了劳动法领域的行政性。

需要说明的是，**合理补偿和合理范围的认定极其宽松**。诸如每月 50 元交通费，半年 500 元交通费都可以认定为合理补偿。考虑到房租、上班时间、高峰压力等因素，这当然算不上什么补偿。合理范围的认定就更广泛。深圳中院曾发布指导意见，考虑到深圳待遇更高，周边城市待遇更低，跨市区的调整应当经过劳动者同意。但是还是出现认可深圳到东莞的调整是合法调整的判例。因此，**当法院就是要用第二种裁判倾向，我们也没法以“合理范围”和“合理补偿”为突破口。**

整体调整情形下，我们操作空间比较少，只能看仲裁法院选择什么裁判倾向。但是，我们还是 4 成概率胜诉，依然要做好充分的证据准备。

以下是两个参考判例：

司法案例

(2019) 苏 06 民终 2420 号

劳动者袁某某与利群公司签订合同约定：“乙方（袁某某）同意甲方（利群公司）根据需要调动乙方工作地点，调动范围包括：甲方国内各分支机构所在地；甲方关联企业所在地；甲方客户和供应商所在地；甲方开展业务、从事活动及拟开展业务、从事业务的其他地区”

公司收购后，利群公司安排袁某某至新工作地点上班。原工作地点与新工作地点之间直线距离为 12.5 公里左右。袁某某拒绝。

24 日，公司以袁某某旷工 20 天为由开除袁某某。28 日，袁某某送达被迫离职通知书。法院认为：依照法律规定，劳动合同须就工作地点作出约定，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，企业有权在法律规定的范围内自主决定用工形式和地点，但必须符合法律规定的形式要件。尽管双方签订的劳动合同中，关于工作地点的约定为华东地区，但该约定过于宽泛，且片面加重了劳动者的义务，应视为约定不明，以袁某某的实际工作地点作为双方约定的工作地点，且不能免除用人单位作出变动劳动者工作地点决定前与劳动者协商的义务。利群公司自认在变更袁某某工作地点前未与袁某某协商也未提出补偿方案，且新的工作地点与原工作地点之间直线距离为 12.5 公里左右，明显超出劳动者订立合同时所能预见的合理范围，对劳动者的生活带来不利影响。故利群公司单方变更袁某某 1 工作地点的行为不符合法律规定。劳动者胜诉。

司法案例

(2018) 川 0132 民初 2367 号

成都怡丰行公司原生产经营场所位于新津县普兴镇建华村，因新津县进行成雅高速新津东（普兴）出入口匝道立交化改建，故要求成都怡丰行公司将其位于普兴镇建华村的生产场所搬迁。

成都怡丰行公司与高某某签订的《劳动合同》未约定工作地点。

高某某拒绝变更工作地点，通过被迫离职方式解除劳动关系。

法院认为：众所周知，新津县全县县域面积仅 330 平方公里，成都怡丰行公司在新津县境内变更工作地点，仅仅将工作地点从一个乡镇搬至另一个乡镇，变更前后两地相距仅约 13 公里，而且变更后工作地点位于城区工业园区，交通便利，成都怡丰行公司对工作地点的变更未超出合理范围。高某某主张支付经济补偿金的理由不能成立，本院不予支持。

我们可以发现在上述两个案例中，调整 12.5 公里被认为是不合理，调整 13 公里被认为是合理，判决结果也大相径庭。上述两种截然相反的判决倾向体现在诸多判决中。

5、证据搜集与应对措施

因为我们无法事先得知仲裁法院的裁判倾向，所以我们只能以最坏的结果去做准备。

我们首先要根据**约定不明和约定明确**这两种情况来准备证明先前的工作地点。其次要按照**个别调整和集体调整**来准备证据和应对公司的单方要求。请大家依据下面的分类准备证据，比如你是个**个别调整 + 约定不明确**，就要准备“个别调整”和“约定不明确”之下的证据。

约定明确

约定明确就不需要特别准备相关证据，只要拿出劳动合同证明工作地点在某某处就行了。

约定不明确

约定不明确的情况需要**录音录像，公司信息（公司所在地），工作往来记录**等证明证明实际实际履行地，就此主张为双方确定的工作地点。一般来说，公司很难反驳我们的证据。

在庭审中可以主张“xx 在 xx 公司工作已 xx 年，入职以来工作地点一直固定在 xx 区，表明双方在长期的实践中，已经将 xx 区作为劳动合同的具体履行地，应认定该地为劳动合同约定的工作地点。xx 长期在 xx 区生活，已经形成较为稳定的住所和社会关系，xx 工作地点的变更，不仅会引起其本人工作和生活的变化，亦会导致其家人要重新适应新环境的变化。东方公司在对 xx 工作地点进行超出其心理预期的重大调整前，应当与 xx 协商一致。”

个别调整

个别调整的情况比较有利于劳动者，我们需要准备一些证据，但是证据的要求较低，举证责任在公司一方。相关证据如下：

- 公司只是针对个人或极少数人进行调整，劳动合同履行条件并未发生重大变化的相关证据
- 证明调整后通勤成本增加，公司补偿不足以弥补的证据
- 调整后薪资待遇降低的证据
- 调整后工作岗位发生重大变化的证据
- 公司不积极协商，未提出合理补偿的证据

在不涉及部门裁撤，整体搬迁的前提下，个别调整不涉及《劳动合同法》40 条的“客观情况发生重大变化”，因此我们只要提出“公司只是针对个人或极少数人进行调整，劳动合同履行条件并未发生重大变化的相关证据”即可，其他证据只是辅助说明公司调整不合理。

公司很可能提出**生产经营需要变动等理由主张自己的情形属于《劳动合同法》第 40 条**，如果出这种情况，请参考下文整体调整的处理办法。

如果公司只是很粗暴的一纸令下让我们去新地点上班，没有经过协商，那么我们只要主张公司未履行协商义务，公司就很可能败诉。

具体我们可以在于公司交流协商中进行录音，保留聊天记录，保留相关会议纪要、通知等作为证据。

整体调整——搬迁、部门裁撤

因为存在上文提到的对劳动者极其不利的裁判倾向，在整体调整的情形下，我们劳动者处于一个相对不利的地位。

不过整体调整涉及劳动者较多，我们可以选择采取**集体诉讼**的方式，我们可以和其他劳

动者一起请律师，提起仲裁。集体诉讼的好处是

整体调整的情况下，我们一般会经历这样的流程：

1. 首先公司通知我们去新工作地点上班，并提出一些补偿，告知我们工资待遇不会降低
2. 然后我们拒绝调整，公司再次通知我们，这次要我们限期上班，否则视为违纪
3. 最后，我们一直拒绝上班或被迫离职，公司以违反规章制度为由对我们进行开除
4. 争议发生后，我们去仲裁主张非法辞退 2n 或被迫离职 n。

整体调整涉及的公司搬迁、部门裁撤等事由很难作伪证，公司也能提出很充分的证据，基本是符合《劳动合同法》40 条。那么劳动者在这里准备证据的空间是有限的，基本取决于仲裁法院想不想给你这钱。他想就采取有利于劳动者的裁判倾向 1，不想就采取裁判倾向 2。

不过实践对 40 条的理解以及对公司单方辞退行为支持是与法条规定不符的，依据 40 条，我们拒绝调岗应当被视为协商不成，协商不成就该支付 n+1 的经济补偿金。但是在实际流程中，公司直接以违纪为由对我们进行辞退与 40 条不符，却得到法院支持。针对这一点，我们应当在上述流程中增加一个通知行为，书面通知公司在协商不成的情况下应支付 n+1 经济补偿金。

在上述流程中，我们首先需要积极和公司协商，不要直接拒绝调岗。协商的目的不为了达成一致，而是要体现我们履行了法律要求的协商义务。例如，我们可以就交通费补偿问题提出由每月 50 元增加至每天 10 元，并给出新增通勤时间作为依据。再比如，每没有安排班车的话，要求公司安排班车。如果协商的结果你可以接受，那就可以到新地点上班。如果协商一致没有达成结果，我们进入下一步。

在协商始终无法达成一致的条件下，我们的处境已经完全符合上文提到的《劳动合同法》第四十条。那么在协商持续三到五天无法达成一致的条件下，我们只需要发出通知书，然后耐心等公司解除劳动关系就好了。

编者的话

通知书内容

鉴于公司搬迁（部门调整）后，公司与本人始终无法就变更劳动合同达成一致，公司可以考虑依照《劳动合同法》第 40 条、第 46 条之规定，支付本人 xxx 元的经济补偿金。

我们要以书面形式发出该通知书，并保留相关证据。微信、邮箱的形式是可以的。

此时我们相对被动，我们只能带薪协商，和公司耗着，等公司辞退。一定要注意，第四十条是用人单位单方解除的情况，就算拖得再久，我们也不能单方提出离职，否则就是主动离职，一分补偿金都拿不到。

如果公司也一直拖着，出现不发工资超过发薪日一个月的情况，那么我可以被迫离职，也能拿到 n 的经济补偿金。

通知的目的不在于指望公司能按照我们说的支付经济补偿金，而在于在后续裁判中提交该证据。由此来提醒仲裁员或法官，协商中你提出了合理意见，但是公司不能接受，无法协商一致，那么就不应当按照裁判习惯支持公司开除我们，而是应当按照法条办事。

期间，所有协商过程都应录音录像，公司所有形式通知都应保留，留作日后的证据。

此外，如果存在以下情形，我们需要保留相关证据，这可以极大增加我们的胜诉几率：

1. 公司粗暴的命令我们去新地点上班，未提出任何补偿方案
2. 公司拒绝与我们沟通协商
3. 调整后，薪资待遇降低，工作岗位发生较大变动，例如：绩效计算方式改变，变相降低工资

由于裁判倾向 2 的存在，劳动者遇到整体调整时会十分被动，通过合法途径拿到补偿金会比较困难。但是上述方式是唯一能够拿到钱的合法途径，困难面前我们需要更灵活更坚持。

9.4.5 口头变更劳动合同 1 个月就有效？劳动合同与实际情况不一致怎么办？

口头变更劳动合同 1 个月就有效？按照大部分劳动者对《劳动法》和《劳动合同法》的理解，变更劳动合同都是以书面的形式为前提的，面对口头变更劳动合同，我们的第一反应一般来说都是“这合法吗”“真的假的”“《劳动合同法》第三十五条不是这么写的啊”。但事实上这个问题并不可一概而论，“口头变更劳动合同 1 个月就有效”的说法的理论根据则是来自《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）（下用《解释》代替）。

法律法规

《劳动合同法》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。

法律法规

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）

第四十三条变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

1、口头变更劳动合同的条件是什么？

根据解释的规定，其适用条件为以下几点：1、变更劳动合同未采用书面形式 2、已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月 3、变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗。看得出来，这条司法解释对我们劳动者来说并不是很有利。当然，《劳动合同法》第三十五条和《解释》不可能互相冲突，因此“用人单位和劳动者协商一致”这个大前提是不会变的。

2、什么是用人单位与劳动者协商一致？

要协商，首先肯定得先告知劳动者。举个例子，用人单位在没有明确告知我的情况下单

方降薪。三个月后，劳动者以不知情或者不同意为由请求用人单位补足工资差额，此时用人单位抗辩称劳动者对降薪未提异议，工资标准已经通过口头变更且实际履行一个月的方式作变更。但此时**用人单位需要举证证明已经经过协商，如果无法举证则其主张不能成立**。

但如果用人单位已经有证据告知我要降薪，并且自通知后已经超过一个月时间，这时候我们还未异议，将被视为**我们通过默认的方式和单位达成了协商一致**。如果对方能提交已经告知过我们的证据，那我们就很被动，能挽回的空间很少。

所以面对没有告知和协商的情况，司法实践中对用人单位方的举证的标准是较为严格的，大部分是支持劳动者的。建议勇于去仲裁。

总结来说，对于实际履行超过一个月变更，用人单位主张已经达成口头变更的情况，我们可以主张要求对方提交双方曾进行协商且达成一致的证据。对于单位提出的变更劳动合同的要求，我们要明确通过书面形式拒绝，并保存好证据。但是在用人单位提出不胜任工作调岗降薪、客观情形发生重大变更而调岗的清醒中，用人单位可能会有合法单方调岗权。建议参看第十章相关章节。

司法案例

(2019)鲁02民终3153号

本案中，双方对劳动者2015年6月之后用人单位是否已足额支付劳动者劳动报酬产生争议，用人单位作为用人单位对此应承担举证责任。**用人单位提交的工资发放原始凭证以及劳动者提交的银行工资卡账户明细只能证明用人单位实际为劳动者发放工资的情况，不能据此证明劳动者认可该工资数额；用人单位既未提交调整劳动者职务、工作岗位及薪酬的相关文件，也未提交与劳动者就调整工作岗位及薪酬标准经协商达成一致意见的相关证据**，其提交的《2016年销售部销售文件》《销售部2017年销售责任状》无法证明劳动者认可2015年6月之后将其由总经理岗位调整至销售岗位。劳动者提交的经过公证的邮箱中的工资表显示，劳动者2015年6月之后每月工资高于3000元，用人单位对该工资表的真实性不持异议，只是强调工资表都是打印材料，需要有负责人签字才能生效，工资需要经过相关领导人员审批签字后才能发放，由此可见该工资表系用人单位工作人员制作，对其真实性本院予以确认。根据该工资表显示的劳动者的工资数额，用人单位未足额支付劳动者2015年6月至2017年12月期间工资的事实存在。

3、劳动合同与实际情况不一致怎么办？

这里有两种可能的情况，第一种是劳动合同与实际工作内容不符，或约定过于宽泛，建议搜集相关证据证明实际的工作内容，工作范围，以备后续出现争议时举证证明。第二种是在劳动合同中与劳动者约定较低的工资标准，而在工作中发放较高的工资。用人单位之所以这样做，主要是想逃避法律规定的以工资为基数计算的缴纳社会保险费、计算加班费等责任。然而这种做法是不合法的。如果有发放记录等证据证明企业发放的工资与劳动合同的工资不一致，一旦发生纠纷，仲裁机构和法院会支持以实际工资为准。出现这种情况时，劳动者一定要

留心保留领取工资数额时的证据。详情请看下一条。

9.4.6 工资、工作内容约定不明，如何处理更有利？

劳动合同法明确规定劳动合同在工时、工资、工作内容、岗位等方面必须约定明确，现实情况则是合同的约定很可能是不明确的，要么是缺少某一项，要么没有劳动合同，要么是约定过于宽泛。但是这些内容往往会比较重要，影响我们的诉求。

工作地点约定不明确伴随着能否单方调岗调薪的问题，关于这个问题请参看本章第四部分的第四节“公司搬迁，我一定要服从吗？”如果还涉及公司违法辞退的情况，请参看第十章的内容。

1、工资约定不明确

约定工资在实践中一般作为我们的基本工资，常常和工资差额、加班费、经济补偿金等诉求相关，是很重要的相关事实。

以下几种情形为工资约定不明确：

1. 未签劳动合同
2. 劳动合同中未约定工资
3. 劳动合同中虽然约定工资，但是实际工资发放明显与约定不符，未按照约定发放
4. 劳动者认为工资长期少发，公司认为工资未少发，双方提不出明确证据证明约定了多少工资
5. 双方均无法举证证明工资数额

《劳动合同法》规定了一些处理工资约定不明确的方法：

法律法规

《劳动合同法》

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。

不幸的是，这个法条基本没用。首先出现争议不可能协商一致，集体合同极其少见，国家也没有特别有效的其他规定。而同工同酬原则也会用人单位用各种理由搪塞过去，比如虽然你与某某同岗位但是绩效不一样、工作内容不一样，不能同工同酬。而法院往往会接受用人单位的此种抗辩。不过，就算再不确定，仲裁或法院也要给出判决，也必须确定一个工资额作为裁判的依据。

工资约定不明的情况往往伴随着复杂的案情，根据案情的不同，结果也不同。根据各地判例，有几个小办法可以帮助我们拿到更有利的工资认定：

1. 两年以内的工资数额，可以主张依据《工资支付暂行规定》第六条的规定，公司一方有义务保管工资台账，应当承担举证责任
2. 可以搜集当地相关行业的平均工资标准，作为保底的工资支撑。建议搜集国家统计局的官方数据
3. 自己工资约定不清，同事约定的清楚，搜集相同岗位的工资水平，主张同工同酬
4. 主张实发工资作为工资标准

以下是相关判例和规定，以供参考

司法案例

2022) 粤 1972 民初 10177 号

至于劳动报酬补偿费，劳动者唐某庭审时主张系指 J 公司没有足额支付的工资差额。本院认为，从双方确认的工资明细来看，双方实际并未按照劳动合同约定的标准计算劳动报酬。又，双方对劳动者唐某的工资结构存有争议，劳动者唐某亦未明确其主张的未足额支付工资差额的具体指向，视为双方对工资约定不明，故本院将劳动者的全部收入对应其全部工作时间。J 公司是否已经足额支付劳动者唐某的工资，关键要看其支付给劳动者唐某的工资标准是否低于同期东莞市最低工资标准。又因双方均未提交劳动者唐某的具体考勤记录，结合东莞一般市场劳动力的用工情况，本院酌定劳动者唐某每月上班 26 天，每天上班 10 小时。以正常出勤并工资最低的 2022 年 1 月为例，该月的应发工资为 4681.5 元，折算成时薪为 13.76 元/小时 $4681.5 \text{ 元} \div [21.75 \text{ 天/月} \times 8 \text{ 小时/天} + 21.75 \text{ 天/月} \times 2 \text{ 小时/天} \times 150\% + (26 - 21.75) \text{ 天/月} \times 10 \text{ 小时/天} \times 200\% + 8 \text{ 小时/天} \times 2 \text{ 天}]$ ，该时薪已高于东莞市同期最低工资标准，以此推算，劳动者唐某其他月份的时薪均已高于东莞市同期最低工资标准。故对劳动者唐某主张的工资差额，本院不予支持。

本案中，劳动者和公司长期存在工资争议，劳动者主张公司一直少发工资，且双方均不能提供有效证据。法院强行认定劳动者工资为“最低工资”，结合劳动者加班时间计算出应发工资总额。最终认定公司支付的工资标准高于最低工资标准，不存在工资差额。

司法案例

(2020) 粤 20 民终 5346 号

关于劳动者陈某 2019 年 4 月至 2019 年 8 月 12 日期间工资。根据《广东省工资支付条例》第十六条规定，用人单位对工资支付台账负有保存两年的法定义务，G 公司作为用人单位，未提交工资支付台账供一审法院核算劳动者陈某的工资标准，故其方应承担举证不足的不利后果，又双方确认劳动者陈某提交的“微信聊天记录”、“微信账单截图”真实性，故一审法院采信劳动者陈某主张其工资分两部分发放的事实，即劳动者陈某离职前十二个月的平均工资为 4600 元/月，并认定 G 公司未支付其 2019 年 4 月至 2019 年 8 月 12 日期间工资共 18967.03 元。故 G 公司应支付劳动者陈某 2019 年 4 月至 2019 年 8 月 12 日期间工资共 18967.03 元。

本案中，劳动者主张用人单位负有保管工资台账的义务，公司一方应当承担举证责任。法院支持了劳动者的主张，认定公司在无法提供有效证据时，应当承担举证不利的责任，继而直接采信了劳动者的主张。

司法案例

(2020) 苏 0102 民初 572 号

关于计算加班工资的工资基数，双方均认可原告月标准工资为 1 万元，原告主张以此基数计算加班工资，被告抗辩应以双方合同约定的月基本工资为基数进行计算，由于双方合同中未明确约定月基本工资，而被告在《薪酬管理制度》中确定各岗位月基本工资金额与其提供的原告月基本工资金额并不一致，且原告月基本工资在数月中存在多次变动，被告亦未作出相应合理解释，对此，本院应认定双方对基本工资约定不明，故应以月标准工资 1 万元作为计算加班工资的基数。经计算，被告应支付原告工作日加班工资 5431.03 元（ $10000 \text{ 元} \div 174 \text{ 小时} \times 63 \text{ 小时} \times 150\%$ ），休息日加班工资 2643.68 元（ $10000 \text{ 元} \div 174 \text{ 小时} \times 23 \text{ 小时} \times 200\%$ ）。

本案中，双方争议问题为加班费数额，但无法确定加班费计算基数。双方虽然能确定每月实际发放工资数额，但是不能确定基本工资数额，继而无法计算有多少加班费。法院直接认定实发数额为基本工资，以此计算加班费数额。

司法案例

(2020) 湘 03 民终 1351 号

但王谊珍、湘乡宾馆均未提交近一年的工资收入水平。另王谊珍、湘乡宾馆签订的最后一次劳动合同中并未明确约定工资情况。王谊珍实际工资组成为固定工资、浮动工资、单位应承担的社会保险三部分，其中固定工资部分为标准工资、岗位工资、卫生费三个项目，浮动工资部分为业绩考核、日常考核、店龄、话费、奖励五个项目。两倍工资的计算基数应以对应月份的应得工资为标准，因双方均未提供相应月份的工资情况，且双方最后一次劳动合同中对工资约定不明，故依据湘乡市最低工资标准为计算基数，湘乡宾馆应支付王谊珍工资为 9,133 元（1,430 元 *5 个月 +1,540 元/21.75 月计薪天数*28 天）

本案中，双方争议问题为未签劳动合同双倍工资数额，虽然确定了单位应当支付双倍工资，但是没有确定的月工资数额来计算该支付多少。法院直接适用最低工资标准。

司法案例

(2020) 宁 01 民终 1863 号

本院认为，本案的争议焦点为上诉人是否应当向被上诉人支付冬休期工资。上诉人浙江 Z 公司公司与被上诉人劳动者刘某成立事实上的劳动关系，因双方未签订书面劳动合同，对冬休期工资约定不明，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》第十三条的规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、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。”工资支付的凭证应当由用人单位承担举证责任，对冬休期工资的问题也应当由用人单位浙江 Z 公司予以证明。被上诉人劳动者刘某提交的与陈文杭的聊天记录可以证明劳动者刘某的工资为每年十二万，浙江 Z 公司主张冬休期没有工资，但未提供证据予以证明，浙江 Z 公司应当承担举证不能的法律后果。

本案中，双方争议问题为是否该发冬休期间工资，法院认定是无法确定双方曾经是怎么约定的。和第二个案例一样，法院认为公司应对少发工资的行为承担举证责任，在双方都没有提供证据证明冬休其是否改发工资时，直接采信了劳动者的主张

司法案例

(2020) 粤 0607 民初 2314 号

关于被告是否已足额支付原告加班工资的问题。关于加班工资计算基数，原告主张按其每月实际收入为加班工资计算基数，但因被告支付给原告的工资已包含加班费，故原告主张的加班工资计算基数明显不合理，本院不予采纳。本案中，没有证据证明双方当事人已约定了正常工作时间工资，由于双方关于正常工作时间工资约定不明，因此计算加班工资的基数可参考佛山市最低工资标准，即 1720 元/月。

本案争议问题还是加班费的工资基数，法院虽然没有认可实发工资中包含加班费，但是还是强行认定了最低工资标准。除此之外，还有一些法院以同行业的平均工资水平作为认定标准。

法律法规

北京高院、北京仲裁委关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答，17 年

劳动合同没有明确约定工资数额，或者合同约定不明确时，应当以实际发放的工资作为计算基数。用人单位按月直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际发放的工资，具体包括国家统计局《〈关于工资总额组成的规定〉若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。加班费计算基数应包括“基本工资”、“岗位津贴”等所有工资项目。不能以“基本工资”、“岗位工资”或“职务工资”单独一项作为计算基数。在以实际发放的工资作为加班费计算基数时，加班费（前月）、伙食补助等应当扣除，不能列入计算基数范围。国家相关部门对工资组成规定有调整的，按调整的规定执行。

根据此解释，在计算其他诉求需要明确工资基数，但无法确定该工资基数时，按照实发工资计算。

2、工作内容约定不明

工作内容约定不明对劳动者也很不利。当公司单方调整我们的工作时，我们需要证明工作内容前后发生了变化。不能证明前后发生了变化时，公司的单方调整行为就算不上调整工作内容/岗位，也算不上未经协商违法单方调整合同。（关于单方调岗以及后续违法辞退的情形请参看本章第二条、第一条以及第十章的内容。）

约定岗位过于宽泛，覆盖内容过多的情况应当视为约定不明，未签劳动合同以及劳动合同中不包括相关约定也应视为约定不明。

约定不明时，我们应当搜集先前的工作记录，主张以过去的实际工作范围为实际工作内容。

司法案例

(2013) 思民初字第 2443 号

二、讼争劳动合同的解除是否合法，被告是否应当支付违约赔偿金？原告认为，其在被告处一直从事电工工作。2012 年 8 月 2 日，被告未经原告同意单方将工作岗位由电工变更为保安，属违法行为，原告无需遵守。2012 年 10 月 10 日，被告无故以旷工为由单方解除劳动合同且未经通知工会组织等法定程序，违反了劳动合同法的相关规定，属于单方违法解除劳动合同的行为，依法应支付相应的违约赔偿金，并提供录音资料等予以佐证。

被告抗辩，劳动合同中约定的“资产物业”系综合性岗位，复合型技能工种，包括电工、保安、维修等工作。2012 年 8 月 2 日，其短信通知原告到五缘湾从事物业工作，未变更工作地点及岗位。原告主张被告单方变更工作岗位为保安，其自入职一直仅从事电工工作，但均没有任何证据足以证明。原告在收到通知后，以变更工作岗位为由长期旷工，经多次谈话，仍拒之不理，严重违反了被告《职工考勤与休假管理制度》等规章制度，故其有权与原告解除劳动合同，也无需支付赔偿金。

本院认为，**首先，工作内容是劳动合同的必备条款之一。虽双方签订的最后一份劳动合同约定，“岗位（工种）”为“资产物业”，但对于具体从事的工作内容并未作明确约定。诚如被告所述，“资产物业”既是大的岗位又是大的部门，系综合性岗位、复合型技能工种，包括保安、电工、维修等。“资产物业”的约定显然过于宽泛，要求劳动者同时具备多项技能、从事多项职责也过于苛刻，故应认定为工作内容约定不明。**而根据双方 2006 年签订的劳动合同可以表明，原告最初的工种岗位为电工；被告提供的 2012 年 8 月 1 日培训签到表也载明原告的职务为电工；原告提交的厦门眼科中心员工离职工作、物品移交清单也显示，原告的职务岗位仍为电工，故应认定原告自入职后实际上的工作岗位均为电工，原告相应主张应予采信。其次，“录音资料一整理”中原告与被告人事总监张万寿对话载明：“原告：后面的那个，你要去当保安吧，马上就没这些事啦？张万寿：对啊……那你为什么不给自己机会。张万寿：给你几个机会啦，五缘湾，保安员。原告：那是保安，我说我不做保安……”可以确认，被告通知原告到五缘湾工地从事物业工作，即为保安工作。再次，**结合前述原告工作岗位为电工的事实及其不同意变更的意思表示，足以认定被告 2012 年 8 月 2 日的通知，系未经原告同意，单方变更工作岗位为保安的行为。**劳动合同的变更应由双方协商一致，且应采取书面形式，否则原告有权拒绝服从、遵守该通知的要求。故原告未按要求到工作地点工作并不违法。最后，根据相关规定，因用人单位作出的解除劳动合同等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。被告作为用人单位所举证据不足以证明其解除具有正当合法事由及依据，亦应当认定被告解除劳动合同的行为违法。根据劳动合同法的相关规定，用人单位违法解除劳动合同的，劳动者不要求继续履行劳动合同的，用人单位应当按经济补偿标准的二倍支付赔偿金。故被告应当支付原告违约赔偿金。

第十章 劳动关系的消灭和经济补偿金

10.1 劳动关系消灭概要

作为社会法、特别私法的劳动合同法兼具公法和私法的特征，其私法性表现在劳动合同的订立主体、合同期限、劳动法强制规定外的福利待遇等要素仍依据意思自治原则协商认定，但如工时制度、赔付违约金的情形、合同消灭的要件等内容受《劳动法》《劳动合同法》中效力性强制性规定的约束而排除意思自治原则的适用，体现了劳动法的公法属性。本章所介绍的劳动合同消灭的类型便属于劳动法公法属性的体现，换言之，劳动合同的消灭情形仅限于劳动合同法第四章规定的情况，**不允许用人单位与劳动者另行约定**。

从消灭原因上看，可将劳动合同的消灭分为劳动合同的解除和劳动合同的终止，劳动合同的解除以用人单位或劳动者的意思表示为前提，劳动合同的终止以合同到期、劳动者死亡、用人单位注销等事实为前提。

从合同解除的主体上看，可将劳动合同的解除分为双方协商一致合意解除劳动合同、用人单位单方解除劳动合同和劳动者单方解除劳动合同。协商一致解除劳动合同以双方无意思表示瑕疵的合意为前提（不存在欺诈、胁迫的情况），用人单位或劳动者单方解除合同仅以单方做出解除合同的意思表示为前提，解除劳动合同的意思表示到达相对人时，即发生合同解除的法律效果。需要指出的是，只要意思表示到达相对人就发生合同解除的法律效果，**至于通常所说的合法解除与非法解除，影响的只是表意人是否承担相应责任，不会因合同是非法解除的就不发生解除效果**。举例而言，劳动者以用人单位未签书面劳动合同为由给用人单位寄送了《被迫解除劳动合同通知书》，该通知书到达公司的那一刻，双方的劳动合同即告解除，但因为“未签书面劳动合同”不属于劳动合同法三十八条规定范围，所以劳动者无法依据劳动合同法三十八条和四十六条向用人单位主张补偿金，但对于劳动者来说，解除劳动合同的权利是绝对权，除了合法约定的服务期，否则不受任何限制，因此劳动者未按劳动合同法的规定解除劳动合同的法律后果仅仅是无法主张补偿金，不会额外增加自身负担。但用人单位不同，假设用人单位以劳动者上班经常顶撞上级为由开除劳动者，如果用人单位无法在劳动合同法三十九、四十、四十一条中找到法律依据为自己的单方解除劳动合同的行为背书，就可能涉嫌非法辞退，劳动者可在辞退的通知到达自己后申请仲裁要求公司支付赔偿金，除此之外，**最高法发布的指导案例明确，用人单位辞退劳动者的依据以辞退通知中记载的为准，不得在事后庭审过程中变更辞退的依据**。

1、劳动者如何确定仲裁请求？

我们劳动者通过法律途径维权最重要的是要确定好自己的仲裁请求，仲裁请求的确认通俗来讲就是找好法律依据，但劳动法相关的条文卷帙浩繁，第一次接触相关领域会有无从入手的感觉，因此我们制作了一份思维导图，供初次学习或进行劳动维权的劳动者借鉴，按照思维导图的顺序来确定自己的诉讼请求，**思维导图中的数字对应的是《劳动合同法》相关法条的序**

号。因为图片大小问题，思维导图放在了语雀平台<https://www.yuque.com/ag1uqw/gyopg4>，直接复制网址用浏览器打开就能看到。

维权第一步是要确认和公司存在劳动关系，如果手里有盖有公司公章的劳动合同就可以直接证明存在劳动关系，如果手里没有，就需要收集证明劳动关系存在的证据，相关内容可查阅本书第四章“确认劳动关系”部分，如果劳动者手里之所以没有合同，是因为没有签订合同的话，在证明劳动关系后可以根据《劳动合同法》第八十二条主张双倍工资，具体见本书第六章“未签订书面劳动合同的双倍工资怎么算”部分。

在确定存在劳动关系后，接着要看的是公司是否辞退了我们，需要注意的是，在法律上“口说无凭”，如果我们认为公司辞退了我们，就一定要拿出证据，可以是录音、聊天记录、盖有公司公章的辞退通知书等，其中辞退通知书的证明力是最高的，基本上可以证明“公司辞退了劳动者”这个事实，只有在有证据证明这一事实的基础上，我们才要考虑公司的辞退行为是合法还是非法的，正如前文所说，公司合法辞退劳动者的法律依据是法定的，不允许公司和劳动者私底下约定，因此我们可以说公司只能依据《劳动合同法》39、40、41 条来辞退劳动者，只要公司辞退我们的理由不是依据这三条的内容，就都是非法辞退，我们可以依据《劳动合同法》48 条来主张 2n 的赔偿金。所以关键是如何理解这三个条文，本章的其他部分会对其内容做介绍。之所以将违法辞退放在第二步进行审查是因为，前两步的诉求所依据的事实是劳动者控制不了的，比如公司单方辞退劳动者，公司不签合同，我们就只能被动地等待事态发生后再依法维权，往往不需要主动收集证据，也许有的人会说，那我不需要收集证据证明公司的辞退是非法的吗？

法律法规

关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）

第十三条发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

因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。

根据相关法律条文，公司辞退劳动者这一行为的合法性的举证责任在公司，我们劳动者只需要初步证明辞退行为存在即可。

当然有些时候公司也知道自己不占理，没办法不经过你同意就单方辞退你，有可能想通过和你协商的方式解除劳动关系。关于协商解除劳动关系的具体注意事项本章接下来的内容会有详细介绍，我们在这里强调几个最重要的点：

1. 一定要签订书面的协商离职协议并且自己手里要保留一份盖有公司公章的
2. 一定要保留好“公司主动提出协商”的证据，可以是录音，也可以是聊天记录了，因为很多公司不会在协议里写明是谁提出的，这关系到经济补偿金的获得
3. 一定不能在离职协议中出现，“经劳动者提出协商”等字眼，协商离职一定要是公司提

出的

如果劳动者与公司存在劳动关系且公司还未辞退我们，我们也不想在公司呆了，那这个时候我们就可以考虑主动的解除劳动关系并获得相关补偿。首先根据《劳动合同法》三十七条的规定，劳动者是可以提前 30 天通知公司后就无条件离职的，通过这种方式离职公司无权拒绝，也必须支付工作期间的工资，只是没有补偿金。

如果想要补偿金，就只能通过《劳动合同法》三十八条的规定被迫离职，我们是否能够依据本条被迫离职，首先是要判断自己符合不符合三十八条规定的条件，详细内容请看本章“被迫解除劳动合同”小节。

在确认了自己符合三十八条的条件后，就需要通过 ems 的方式给公司发一封被迫解除劳动合同通知书，如何发送以及被迫解除劳动合同通知书的模板我们会在本章“被迫解除劳动合同”小节的讲解中重点介绍。

很多劳动者会遇到这种情况，公司想赶我们走，但是除了工资外不想多付一分钱，就私下让我们主动离职，不然就给我们“穿小鞋”，甚至就是直接口头说“你明天不用来了”，也不给你留下“辞退”的证据，此时我们劳动者：

1. 要么和公司耗着，每天继续工作，打卡上下班，并通过录像记录，如果公司不给我们工作，就每天向自己的主管领导微信要求提供工作，并保留好聊天记录，这样子公司还是得每天支付我们工资
2. 要么就是根据三十八条被迫离职。

最后一种常见的情况是，合同因法定事由自然终止，此时根据《劳动合同法》四十六条的规定，只有以下三种情况劳动者可以主张经济补偿金：

1. 劳动合同期满，用人单位没有以不低于原劳动合同条件续签劳动合同
2. 用人单位破产
3. 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

其中后两者的判断见本章“劳动合同的终止”小节，期满不续签劳动合同的判断顺序我们将在下文的思维导图中予以具体展示，本节先做文字说明。

劳动合同期满，用人单位没有以不低于原劳动合同条件续签劳动合同的，我们要先区分自己现在的状况是“期满后还在工作”还是“期满后没在工作了”，如果是前者，则每工作一天支付一天的双倍工资直到满一年，但这一年中公司可以无条件终止劳动合同并支付 n 的补偿金（补偿金的计算方法见本章“经济补偿金、赔偿金”）；如果是后者，则要区分是第一次固定期限劳动合同期满还是第二（及以上）次劳动合同期满，如果是第一次的，可以仲裁要求公司支付 n 的补偿金，如果是第二（及以上）次的，则需要区分，在合同期满前劳动者是否要求签订无固定期限劳动合同，如果提出了要求公司且同意的，那就没有什么问题，劳动关系继续存在；如果提出了要求公司没同意或者在合同期满前没按照要求签订无固定期限劳动合同的，可以根据《劳动合同法》四十八条的规定，要求公司支付违法终止劳动合同的赔偿金 $2n$ 。

除了以上诉讼请求外，常见的诉讼请求还包括：

1. 工伤赔偿

2. 加班费
3. 上家公司不出具离职证明导致无法入职下家公司时对劳动者造成的损失
4. 给付拖欠的工资等

这些问题都在本书的具体章节予以介绍。

10.2 劳动关系的解除

10.2.1 存在多个解除劳动合同的行为该如何处理、认定？

编者的话

本小节将介绍解除劳动关系过程中的一个原则。这个原则适用于所有的解除劳动关系争议，也可以便于我们应对一些很复杂的情况。这个原则的命名是原创的，想在网上找相关内容请描述具体情况。

1、生效在先原则

在被迫离职的情形中，我们会建议劳动者优先采取微信、邮箱等方式送达我们的被迫离职通知。其原因就在于微信、邮箱可以即刻送达，送达之时劳动关系就已经解除了。而 ems 送达虽然证据效力最强，但是还需要等待两三天才能送达。如果在 ems 邮件还在快递途中的时候，公司抢先以违反公司规章制度为由开除我们，那么解除劳动关系就不是依据劳动合同法 38 条解除的（被迫离职解除），而是以劳动合同法 39 条解除（过错性解除）。

上述例子就表明了“生效在先原则”，**如果存在两种以上的解除劳动关系表示，那么在先的表示为解除劳动关系的表示，诉讼过程中也只会审查在先的解除方式成立与否。**其原因在于，一个有效的解除劳动关系行为作出后，劳动关系就已经解除了。后续其他解除劳动关系的行爲已经没有任何靶子可打了，也不发生任何效力。常见的情况有：

1. 劳动者被迫离职后，公司补发违纪开除通知。仲裁/法院不会审查劳动者违纪与否，只会审查被迫离职的理由是否成立。
2. 劳动者被违纪开除后，向单位送达被迫离职通知。就算被迫离职成立，仲裁/法院也不会审查。
3. 公司口头辞退，劳动者收集到相关录音，之后公司又以其他理由书面辞退。如果录音证据成立，不审查书面辞退记载的理由。
4. 公司先以某理由辞退，后补发通知增加其他理由。不审查补发通知中的理由。
5. 先自离，后被迫。不审查被迫，直接认定自离。

对于辞退理由也是同样的道理，仲裁委和法院只会只审查生效辞退行为中的理由。**如果单位在庭审过程中，提出了新的理由，仲裁/法院不会审查新理由。**所以，我们不需要担心单位在庭审中对我们搞突然袭击。

10.2.2 双方协商一致解除劳动合同

法律法规

劳动合同法

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。

根据劳动合同法三十六的规定，用人单位可以与劳动者协商一致解除劳动合同，我们作为劳动者在签署协商离职协议时要注意以下几个方面的内容：

1、协商离职要以书面形式呈现

切勿口头，且一式两份，自己手里要保留好自己的那一份，日后公司不按协议履行付款义务时方便起诉，并且自己留有一份原件也可以避免公司篡改协议的风险。

2、明确协商提出方

协商解除既可由用人单位提出，也可由劳动者提出，二者所产生的解除效果虽一致，但却涉及到经济补偿的区别。根据《劳动合同法》第四十六条规定，用人单位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。而对于劳动者提出的协商解除，则并未规定用人单位需向劳动者支付经济补偿。因此我们在签署离职协议时一定要避免出现“经劳动者申请/提出”等事项，除非协议中明确写明自己满意的补偿金。实践中绝大多数公司和劳动者谈判妥协的结果大都是不写明是谁提出的，因此我们在离职时要多个心眼，绝对不要提交离职申请等会被视为“劳动者主动提出协商离职”的证据。

3、有放弃权利的条款要慎签。

实践中绝大多数用人单位提供的协商离职模板都会写明“除解除协议中已列明的用人单位义务外，用人单位不再负有其他义务与责任，员工同意放弃其他根据劳动合同、公司规章制度及相关法律法规所享有的权利，双方不再存在其他任何争议。”等内容，一般都会发生法律效力，因此劳动者要结合自身情况来决定是否签署。但有些权利义务是无法通过离职协议排除的，如对劳动争议提起诉讼的权利、用人单位缴纳社保的义务等。

4、由用人单位提出协商离职时，经济补偿金能否低于法定标准？

实践中由用人单位提出协商离职一般可分为三种情况：

- 一是协议中不约定补偿金
- 二是约定高于前述四十六条标准的补偿金
- 三是约定低于前述四十六条标准的补偿金。

对于第一种情况适用四十六条规定处理；第二种情况尊重双方意思自治；第三种情况实践中存在争议。

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十五条的规定，违反强制性规定的条款无效，那劳动合同法四十六条是否属于该司法解释中的强制性规

定呢?《最高人民法院新劳动争议司法解释(一)理解与适用》中“解除或终止劳动合同经济补偿规范对协议效力的影响”部分指出,“经济补偿的主要功能在于补偿,在价值的优先次序上,与合同自由应当处于同一位阶,协议约定的经济补偿不会影响协议效力”。可见,最高院认为,经济补偿的法定标准并非强制性规范,因此如不存在欺诈、胁迫或乘人之危情形的,低于法定标准的经济补偿的约定应当认定有效。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)

第三十五条:劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议,不违反法律、行政法规的强制性规定,且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的,应当认定有效。

前款协议存在重大误解或者显失公平情形,当事人请求撤销的,人民法院应予支持。

但实践中个别法院可能对此持有不同观点,如(2022)晋01民终138号一案中,山西省太原市中级人民法院认为,《劳动合同法》规定用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同用人单位应当向劳动者支付经济补偿,本案中《解除劳动合同协议书》约定经济补偿金为零元,此内容与法律规定相悖而无效,经济补偿金的金额不属于当事人的意思自治的范围。不过,从相关案例检索情况来看,大部分法院所持观点与上述最高院的观点一致。

进一步来看,低于法定标准的经济补偿约定是否可予以撤销?当约定的经济补偿略低于法定标准时,从尊重双方意思自治的角度出发,约定不可撤销,但当其过分低于法定标准时,存在被认定为“显失公平”而被撤销的可能。例如,在(2021)粤03民终7174号一案中,一审法院认为,根据劳动合同法,谢某某协议解除劳动关系可得的补偿金为11000元,而双方签订的《试用合同解除协议》约定公司支付谢某某补偿金4000元,该补偿金金额远低于法定标准,显失公平,并判决公司支付差额,二审法院也就此予以确认。又如,在(2020)苏05民终10175号一案中,法院认为,按照高某在公司的工作年限,双方协商一致解除劳动合同时依法应支付的经济补偿为18835.03元。但是双方签订的解除协议约定经济补偿金11525元,仅为高某应得经济补偿的61.19%,显然有失公平。因此,法院撤销了该经济补偿数额,判决公司须向高某支付经济补偿金差额7310元。

而对于约定经济补偿金额低于法定标准达到哪种程度才会被认定为“显失公平”,目前尚未有明确具体的规定。可供参考的是,《最高人民法院新劳动争议司法解释(一)理解与适用》中“工伤保险待遇规范对协议效力的影响”部分指出,“有些地方为了统一法律适用,对于常见的工伤保险待遇赔偿协议,参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(已废止)第19条第2款关于“转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的,一般可以视为明显不合理的低价”的规定,确定低于法定赔偿标准的70%作为认定解除或终止劳动合同工伤赔偿协议是否显失公平的标准。上述司法实务对于工伤保险待遇赔偿实现单一的客观判断标准具有参考性。不过,除工伤保险待遇赔偿以外其他性质款项应当根据法律规定的主观要件和客观要件进行严格审查认定,以促进诚实

信用协商化解纠纷。”由前述可知，包括经济补偿在内的其他性质的款项，因不像工伤保险待遇赔偿直接涉及员工的健康权，在认定“显失公平”情形时，法院一般会在以上参考标准之上更严格进行认定。

5、签了协商离职协议，公司不履行怎么办？

离职协议纠纷也属于劳动纠纷，公司不履行离职协议的，劳动者可以拿着协议去申请劳动仲裁，此时该协议就相当于一份合同，劳动者无须再准备其他证据，直接请求仲裁委裁定公司履行协议即可。

但这里的问题在于，**一般签订离职协议时，补偿金的数额都是劳动者妥协的结果，目的在于节省时间成本，不想闹上法庭**，但如果签订了协议后还存在着公司不履行的风险，还得再通过法律途径维权，协商离职的意义就没有了，还白白损失了争取其他权益的机会，因此我们建议劳动者在签署协商离职协议时，除了上述提到的要点外，最好要遵循**一手交钱，一手签字**的原则，让双方的纠纷了结于当下，防止夜长梦多。

10.2.3 劳动者单方提前三十天通知解除劳动合同

法律法规

劳动合同法

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

该条虽然字面上对劳动者的预告解除权做了期限上的限制，且根据《劳动合同法》第九十条的规定，劳动者没有提前通知用人单位就离职给公司造成损失的，应当予以赔偿，但实践中，只要劳动者不是某个项目的唯一负责人之类的角色，闪辞基本上不会给公司带来任何损失，因此用人单位因为劳动者没有提前三十天通知而起诉赔偿损失的案件几乎没有成功的，如 2015 长中民四终字第 00323 号，我们劳动者在这个问题上无需担心。本节主要是对劳动者行使预告解除权的一些细节进行介绍：

法律法规

劳动合同法

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

1、预告解除通知送达用人单位后不可撤回

劳动者的预告解除权在性质上到底能否认定为形成权存在理论上的争议，但从法律行为的角度上看，劳动者行使预告解除权的行为无可争议的属于需要受领的单方行为抑或相对的单方行为，即仅当劳动者做出的预告辞退的意思表示到达用人单位时才发生不可撤回的预告

辞退的法律效果。换句话说，在意思表示到达用人单位之前撤回或撤回通知与辞职通知同时到达用人单位就可以撤回此前做出的意思表示；用人单位能否缩短预告期要求劳动者提前离职？实务中对该问题存在两种截然不同的裁判思路。

一种观点认为：

司法案例

(2019)云 0114 民初 6563 号

《劳动合同法》设置三十日预告期，一是为了便于用人单位有充足时间进行工作交接并寻找替代者，为了避免用人单位滥用自身优势地位限制劳动者的辞职权，损害劳动者权益，二是三十日预告期便于劳动者寻找新工作或安排其他事务，且三十日内仍可继续为原用人单位提供劳动并获取劳动报酬维持正常生活，故用人单位不得和劳动者约定缩短或放弃三十日的预告期，否则约定无效。

另一种观点认为：

司法案例

(2018)苏 01 民终 1544 号

《劳动合同法》第三十七条规定了劳动者的任意辞职权的行使，该条规定具有两层含义：一方面，保障了劳动者单方辞职的权利，即劳动者只要作出辞职的意思表示，无需得到用人单位的批准或同意，通知期满后劳动关系即告解除。另一方面，该条规定为劳动者的单方解除权设置了三十一日的预告期，在于约束劳动者的辞职权，给予用人单位一定的时间以寻找替代的人力资源，保障用人单位的正常用工秩序。用人单位有权在劳动者作出辞职的意思表示的三十日内，要求劳动者正常工作或交接工作至其找到新的人力资源替代为止，但法律并不禁止用人单位放弃该段时间要求劳动者继续工作的权利，同意劳动者即时离职。如用人单位未等三十日期满即作出同意劳动者离职的意思表示，那么双方的劳动关系于单位作出批准的意思表示时即告解除。

后者是实务中的主流观点，因此建议我们劳动者在打算向公司提出预告辞职前要提前找好下家，不要提出后再找，以免公司让我们在还没做好准备时离开公司，造成无生活来源、社保断交等不利影响。

2、预告期内劳动者能否通过《劳动合同法》三十八条提出被迫离职？

这个问题我们在案例检索过程中没有找到相关情形，但之所以放在这里是因为在咨询过程中遇到有些劳动者不清楚自己的情况可以适用三十八条离职主张补偿金，便直接向公司提出离职，在预告期内才想着寻求帮助。我们认为，既然预告辞退行为的法律效果仅表现为 30 天后合同解除，不对预告期内劳动关系的存续效力做出限制，那么劳动者在预告期内如发现用人单位存在三十八条规定的行为，仍可提出被迫离职，主张相应的经济补偿金。但这只是

我们一家之言，还是建议劳动者在涉及离职事项时，提前做好规划和相关法律的了解，以免出现尴尬情况，丧失仲裁/诉讼的主动权。

3、用人单位与劳动者约定延长预告期是否有效？

实务中原则上对该问题是没有争议的，普遍认为该 30 日的期限属于法律的强行性规定，除非法律有其他特殊规定，否则不得延长。但法律确实对该预告期存在特别的规定。如：

法律法规

《劳动部关于企业职工流动若干问题的通知》(劳部发[1996]355号)

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（不超过六个月），调整其工作岗位，变更劳动合同中相关内容。

此外，在地方性法规方面：

法律法规

上海市劳动合同条例

第 15 条劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保密条款或者单独签订保密协议。商业秘密进入公知状态后，保密条款、保密协议约定的内容自行失效。

对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，劳动合同当事人可以就劳动者要求解除劳动合同的提前通知期在劳动合同或者保密协议中作出约定，但提前通知期不得超过六个月。在此期间，用人单位可以采取相应的脱密措施。

第 16 条对负有保守用人单位商业秘密义务的劳动者，劳动合同当事人可以在劳动合同或者保密协议中约定竞业限制条款，并约定在终止或者解除劳动合同后，给予劳动者经济补偿。

竞业限制的范围仅限于劳动者在离开用人单位一定期限内不得自营或者为他人经营与原用人单位有竞争的业务。

竞业限制的期限由劳动合同当事人约定，最长不得超过三年，但法律、行政法规另有规定的除外。

劳动合同双方当事人约定竞业限制的，不得再约定解除劳动合同的提前通知期。

法律法规

江苏省劳动合同条例

第 27 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，用人单位可以与其在劳动合同或者保密协议中，就劳动者要求解除劳动合同的提前通知期以及提前通知期内的岗位调整、劳动报酬作出约定。提前通知期不得超过六个月。

法律法规

宁夏回族自治区劳动合同条例

第 18 条劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保密条款或者单独签订。用人单位与需要保守商业秘密岗位的劳动者，可以约定的提前通知期。提前通知期最长不得超过六个月。

商业秘密进入公开状态后，保密条款或者保密协议自动失效。

用人单位与负有保守商业秘密的劳动者，可以在劳动合同或者保密协议中约定竞业限制条款，并可以约定在终止或者解除劳动合同后给予劳动者经济补偿。

法律法规

北京市劳动合同规定

第 18 条用人单位在与按照岗位要求需要保守用人单位商业秘密的劳动者订立劳动合同时，可以协商约定解除劳动合同的提前通知期。提前通知期最长不得超过 6 个月，在此期间，用人单位可以采取相应的脱密措施。

4、取证要求

劳动者行使预告解除权离职的，虽然如前文所说，因离职不当给公司造成损失需要赔偿，但公司主张赔偿胜诉的可能性实在太低太低，因此绝大多数劳动者在行使预告解除权时无须像下一节所介绍的被迫离职那样做那么充分的证据，只需要和自己的老板、人事主管等掌握自己职务任免权的人微信说一下就行了，需要特别注意的是，我们在和老板说的时侯，不是“申请离职，请公司批准”，而是“我通知你我要离职了，请在之后的三十天内派人和我工作交接，过时不候”。

10.2.4 劳动者被迫解除劳动合同

法律法规

劳动合同法

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。

本条是劳动者维权时最常适用的法条之一，因此将重点讲解。总的来说，劳动者适用该法条的步骤是，先判断自己是否存在该条规定的情形并收集相应的证据，证据收集好后写一封《被迫解除劳动合同通知书》（见本节末），通过 EMS 的方式邮寄给公司，信件送达公司之日起双方的劳动关系即告解除。下面我们将具体讲解三十八条每一款的适用情形：

1、未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件

实务中一般会出现三种情况，

1. 用人单位单方对劳动者变更工作地点、岗位
2. 用人单位不给劳动者安排工作
3. 用人单位未按要求提供劳动保护条件

用人单位单方对劳动者变更工作地点岗位的，又区分为用人单位是正当的行使用工自主权和非法调岗两种情况，因此在这种情况下判断是否属于“未按劳动合同约定提供劳动条件”关键是界定清楚用人单位用工自主权的界限。

如果用人单位单方对劳动者工作地点做出变更，主要从以下几点判断是否属于用工自主权的范畴：一是劳动合同约定了唯一的工作地点，比如 XX 市 XX 区，如用人单位在 XX 市 XX 区范围内变更具体工作地点，用人单位能提供交通补贴，且对劳动者不会造成明显影响的，用人单位有权变更工作地点，劳动者以此为由解除劳动合同，一般无权主张经济补偿金，如（2021）粤 0307 民初 10353 号。目前如北京市、深圳市等地法院均颁布了相关意见，认定用人单位有权在本市范围内变更工作地点，

但又区分为绝对无条件的变更和在不造成实质影响下的变更；二是在劳动合同约定了唯一的工作地点，比如 XX 市时，用人单位跨市或跨省变更工作地点的，则必须跟劳动者协商一致，否则变更是无效的，公司不允许劳动者在原工作地点办公的行为属于不提供劳动条件，

如（2021）闽 08 民终 146 号；三是劳动合同约定了多个地点或约定了 X 省、X 国为工作地点或者没有约定工作地点的，以实际工作的市、区为工作地点，变更规则同上；四是用人单位以出差名义将劳动者派至异地工作，是否属于工作地点变更，法院一般结合工作时长、工作内容等因素做出判定。如派至异地工作时间较短，工作内容是临时性的，且未对劳动者工作生活产生影响，一般不能算是变更工作地点，如（2014）穗中法民一终字第 7573 号，若工作时间较长且工作内容具有长期性，则属于变更，如（2017）京 0108 民初 8023 号。

如果用人单位单方对劳动者的岗位做出变更，一般可认定为不提供劳动条件。但劳动地点与岗位的变更有时还会与劳动合同法第四十条联系起来做判定，相关内容请看其他专门的章节。

用人单位不给劳动者安排工作的情形，实践中主要是因为用人单位为了避免非法辞退的用工风险，通过这种手段逼劳动者主动离职，此时我们有两个选择，要么收集公司不提供劳动条件的证据，如取消打卡，主动微信要求公司领导布置工作、或公司无故要求停工放假的通知等，收集完成后以公司不提供劳动条件为由发被迫解除劳动合同通知书，并主张补偿金；要么每天仍正常上班，微信要求公司领导布置工作，不论公司领导如何回复，只要没有布置工作或者工作不是原来的内容，就坐在工位上一整天，正常上下班，保留相关证据，此时我们仍然算提供了劳动，公司仍应支付劳动报酬，和公司耗下去。

用人单位不提供劳动保护或劳动保护不到位的，主要可以从两个角度证明：

1. 用人单位未依法发放劳动防护用品
2. 劳动者在用人单位罹患职业病

这一类型的情况我们咨询过程在遇到的很少，主要是因为劳动保护不足往往会和强令危险作业联系起来，而这又往往与犯罪行为联系起来，劳动者此时的救济途径相对多元，往往不会选择劳动法作为救济手段。

取证要求

对于公司单方面变更劳动岗位的，最重要的是保留好公司要求我们调岗的证据，这里的证据不限于公司发的盖有公章的通知书，微信聊天记录、内容清晰明确的录音都可以作为证据；其次我们劳动者在面临调岗时，**不论公司的调岗行为是不是在针对你，逼迫你主动离职或者接受其他不合理的条件**，我们都要做到“有理有节”，要积极与公司沟通，说明我们不愿意调岗的原因，比如家太远了，通勤成本增加，公司能够给予适当补贴；家里有老人需要照顾等，并且每次和公司协商的过程都要录音保存好以便后续仲裁使用，**我们和公司说这些的目的不是为了说服公司不调岗，而是制造证据证明我们在面对调岗时积极与公司沟通协商，并提出了合理的要求，是公司在强词夺理**。之所以那么做是因为虽然上文对法条的分析讲的很清楚只有某种情况才能合法调岗，但实践中仲裁委/法院还会考虑到公司用工自主权的问题，根据自己的心证做自由裁量，因此我们要通过固定好这些我们“有理有节”的证据来说服裁判者，增加我们胜诉的概率，

对于公司未提供劳动保护的，虽然我们在咨询过程中很少遇到，但如果你遇到了，也可以参考以下两种办法收集证据被迫离职：

1. 劳动者可向安全生产监督管理局投诉，由安监局委托检测公司做职业病危害因素检测，

做出责令改正通知书。如果检测结果、改正通知书中有涉及到职业病危害因素不达标的内容，劳动者可以单位未提供劳动保护为由解除劳动合同，并要求经济补偿

2. 收集能够证明工作内容的证据，因为关于是否发放劳防用品的问题，证明责任在用人单位一方，这一点对于劳动者来说是利好的。劳动者只需要关注自己所从事的岗位工作内容是什么，如果属于高危工作岗位，即使不存在职业病危害因素，用人单位也需要按照相关规定提供严格的防护用具。

2、用人单位未及时足额支付劳动报酬

实践中对“及时”与“足额”的认定非常混乱，基本上是各地有各地的判法，且相差很大，针对这一问题一般的思路是：

1. 用人单位只要连续 30 个自然日没有发工资且在劳动者提出被迫解除劳动合同前也没补足就属于未及时支付劳动报酬，如（2021）粤 03 民终 32801-32806 号，但也有地方如深圳普遍认为，员工每月工资支付日一般最迟不得超过次月 12 日，若经工会或劳动者书面同意，则不超过次月 22 日，如（2021）粤 0307 民初 36049 号（目前只发现深圳可以超过一个月不支付工资）
2. 用人单位只要少发了合同中约定的工资份额即构成未足额支付劳动报酬，但需要注意的是，工资不包含以下内容

法律法规

关于工资总额组成的规定

第十一条下列各项不列入工资总额的范围：

- （1）根据国务院发布的有关规定颁发的发明创造奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金；
- （2）有关劳动保险和职工福利方面的各项费用；
- （3）有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出；
- （4）劳动保护的各项支出；
- （5）稿费、讲课费及其他专门工作报酬；
- （6）出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费；
- （7）对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用；
- （8）实行租赁经营单位的承租人的风险性补偿收入；
- （9）对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息（包括股金分红）和利息；
- （10）劳动合同制职工解除劳动合同时由企业支付的医疗补助费、生活补助费等；
- （11）因录用临时工而在工资以外向提供劳动力单位支付的手续费或管理费；
- （12）支付给家庭工人的加工费和按加工订货办法支付给承包单位的发包费用；
- （13）支付给参加企业劳动的在校学生的补贴；
- （14）计划生育独生子女补贴。

在此基础上再考察用人单位对于拖欠工资是否存在“恶意”，“恶意”在实践中也无明确的标准，往往根据劳动者与用人单位的举证和裁判者的心证综合判断，如拖欠加班费当然属于拖欠工资，但若用人单位已经支付加班费，只是双方对加班费的份额有争议，但实际认定的应支付的加班费份额与用人单位支付的加班费差距不大，也不认为用人单位有恶意；又比如，用人单位虽然因疫情影响经营困难，但一直在尽其所能采取补救措施，陆续向劳动者支付部分工资，也向劳动者做出说明并希望劳动者能体谅公司现状时，法院也会认为不存在恶意，如（2022）粤 01 民终 3773 号。

虽然我们无法清楚界定“善意”“恶意”，但可以肯定的是，对绝大多数劳动者的情况来说，基于三十八条第二款被迫离职都是没有问题的，以上分析只是提醒劳动者仲裁委和法院在对三十八条的适用上不是完全机械的，仍有可自由裁量的余地，因此我们还是要坚持具体问题具体分析。

如何证明未及时

判断用人单位工资发放时间一般考虑两个因素，合同约定和地方标准，如果合同约定早于地方标准的按合同，如果合同约定晚于地方标准或没有约定的，按地方标准。地方标准前文已介绍，因此我们在取证时只需注意以下几点：

1. 合同有约定的，提供合同即可完成举证责任，公司方要证明“自己已在合同约定的时间内支付了劳动报酬”或前文所提到的“无恶意”的情况
2. 合同没有约定的，“主张”公司未及时支付即可，无需举证

如何证明未足额

关于劳动者的工资，有合同的按合同约定，实际发的工资低于合同约定的属于拖欠工资，实际发的工资高于合同约定的，以实际发的工资作为劳动者的工资，换言之在没有合同约定工资或实际发的工资高于合同约定公司的情况下，劳动者需要去银行打印工资流水并加盖银行公章来证明工资标准。

如果工资是通过微信转账的，则可通过图10.1方式调取转账记录：

而在实际发的工资低于合同约定的情况下，则只需要提供合同约定的相关证据即可，是公司要证明自己已按照合同约定足额发放劳动报酬。

3、用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费

实践中主要包括完全不交社保、刚入职的时候不交，工作几个月开始交但不补交、不按实际工资基数缴纳三种情况。

完全不交社保的当然属于本款规定的范围；入职几个月后一直交社保的情况，劳动者只能向社保局举报要求责令公司补交之前欠缴的社保，无法被迫离职；实践中存在争议的是第三种情况。争议主要被概括为两部分：劳动者主张被迫离职是否以要求公司补交社保为前置条件；未足额缴纳社保是否可以被迫离职。

绝大多数地方不要求劳动者被迫离职前需先要求公司补交社保，但深圳，如（2021）粤 03 民终 19565 号和湖南，如（2022）湘 01 民终 1292 号（对于未足额缴纳社保的，需依法向行政主管部门请求解决，行政主管部门要求限期整改但未予以更正的情况下予以支持），对

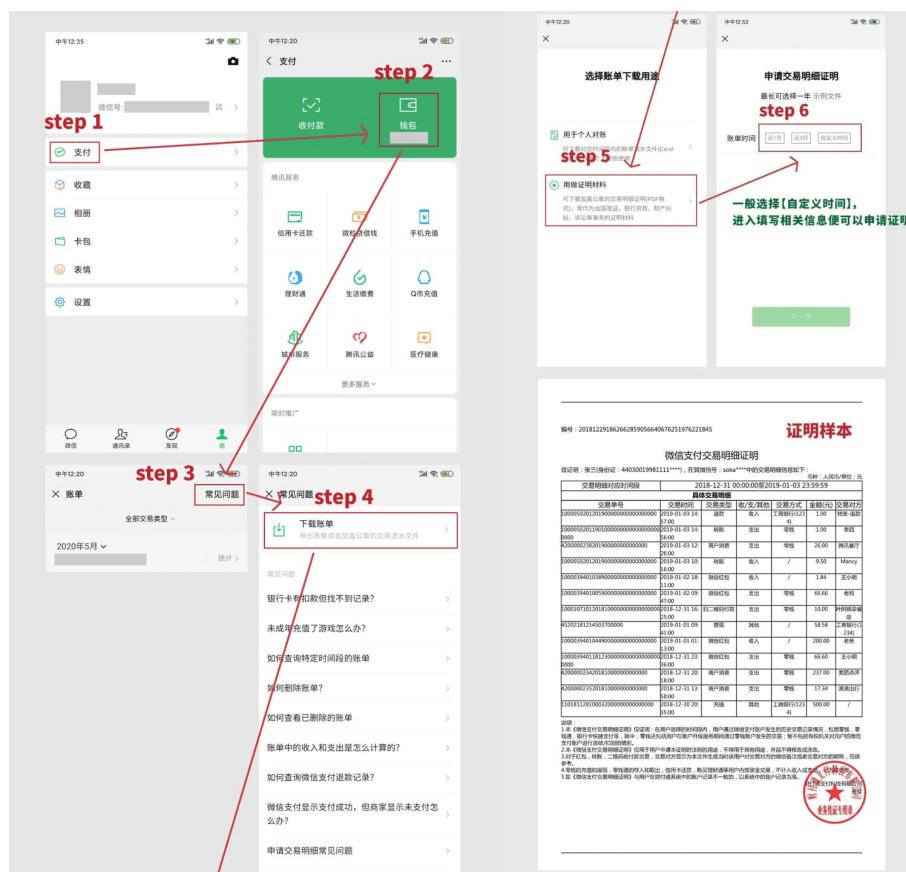


图 10.1: 微信取证

此做了特殊的处理，且深圳有相关特区立法予以支撑。

法律法规

深圳经济特区和谐劳动关系促进条例

第十五条用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者应当依法要求用人单位缴纳；用人单位未在一个个月内按规定缴纳的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当依法支付经济补偿。

绝大多数地方认为未足额缴纳社保不足以被迫离职，如：

法律法规

关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要

第三十一条劳动者以用人单位未足额缴纳或欠缴社会保险费为由请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

但也有少数地方，如：

法律法规

《关于印发天津市贯彻落实〈劳动合同法〉若干问题规定的通知》（津人社局发〔2013〕24号）

第十五条因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费的，劳动者可以依据《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。

缴纳社保是公司的义务，作为劳动者只需要证明自己和公司存在劳动关系即可，是公司要证明自己已经缴纳了社保，否则就属于未缴纳社保。

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

实践中使用该条的判例很少，根据相关判例，似乎需要人社局出具的责令整改通知书，才能认定规章制度违反法律，损害劳动者权益，如（2017）豫17民终992、993号。

5、用人单位因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效

法律法规

劳动合同法

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。

本条适用的情况相对较少，也不建议劳动者适用该条主张补偿金，首先适用该条的前提是主张劳动合同全部无效，部分无效无法适用，但若劳动者主张劳动合同全部无效，会导致劳动报酬难以确定的问题，根据现行法律需比照同岗位工资确定，但这仅单纯增加我们的举证责任没有带来一点好处，因此不建议适用。劳动合同中的部分条款存在“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”情况的，主张部分无效即可。只有在极特别的情况，如用人单位主体不适格导致合同无效时，我们再根据《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）》第四十一条的规定，主张相应的赔偿，但这一部分比较少见，感兴趣的劳动者可以自行查阅。此外本款的设立在法教义学的视角下也存在悖谬之处，无效的合同视为自始不存在，不存在的合同又如何被解除呢？感兴趣的劳动者可自行查阅德国学者豪普特提出的事实合同理论以及国际劳工组织在第198号建议书《关于雇佣关系的建议书》中所确立的事实优先原则。

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

此为兜底条款，实践中到底何为“法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他

情形”？目前也没有明确说法，实践中可能会被法院考虑纳入这一情形的是《工伤保险条例》第三十六条和第三十七条，

法律法规

工伤保险条例

第三十六条

职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：

- (一) 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为 18 个月的本人工资，六级伤残为 16 个月的本人工资；
- (二) 保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的 70%，六级伤残为本人工资的 60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

法律法规

工伤保险条例

第三十七条

职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：

- (一) 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为 13 个月的本人工资，八级伤残为 11 个月的本人工资，九级伤残为 9 个月的本人工资，十级伤残为 7 个月的本人工资；
- (二) **劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动合同、聘用合同的**，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

但是否被支持也存在争议，支持的有（2015）渝一中法民终字第 00770 号，反对的有（2017）鄂 05 民终 806 号。

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

存在上述情况的，劳动者就无需按照前文所说发被迫解除劳动合同通知书，直接仲裁即可，实施该类行为的老板甚至涉嫌刑事犯罪，我们工作中遇到这种情况要第一时间报警，警察出局的情况说明一般可以直接、单独地作为劳动者仲裁的证据，如（2013）东三法民一初字第

第 8452 号。

8、如何编辑、发送被迫解除劳动合同通知书

被迫解除劳动合同通知书的模板如下：

被迫解除劳动合同通知书

XXX（公司名）：

因下列原因，根据《劳动合同法》第三十八条的规定，本人决定从年月日起解除与贵单位的劳动合同关系：

未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件/未及时足额支付劳动报酬/未依法为劳动者缴纳社会保险费/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（存在哪种情况写哪种，两种以上可多写）

根据《劳动合同法》第 38 条、第 46 条规定，贵单位应向本人支付经济补偿金。如单位拒绝支付，本人将不得不提起劳动仲裁及向有关部门投诉。

特此通知

XX 年 XX 月 XX 日

XX（你的名字）

用 word 编辑好电子版后用 A4 纸打印出来，通过 ems 的方式邮寄给公司，邮寄注意事项：

1. 通知书打印一份，签字后复印一份再扫描留电子版，原件寄出，复印件自己留着，电子版扫描件发邮件给对方并且自己存档在私人电脑里，如果即寄了纸质版，又发了电子版，则日期写发电子版当天，双方劳动关系自电子版到达公司之日起解除
2. 发送法律文件最好选择 EMS
3. 内件品名（特别重要）一定要写清楚内附文件的全称和主要内容，比如“《被迫解除劳动合同通知函》，被迫解除 XXX 与 XX 单位的劳动关系”
4. 收件人填写公司法人代表或者人力资源负责人（照着职位最高的写），电话可以在钉钉企典或者国家企业信用信息公示系统上查到
5. 要求回执，如果没有回执服务，就把快递单号记录下来，回头登录 EMS 官网（百度搜索 EMS），输入快递单号查询送达情况，再把送达情况的页面另存为图片打印出来做证据
6. 把函件放入 EMS 信封 + 封口 + 贴单号 + 交给 EMS 小哥的全过程录像，将函件和面单放在一起录像或拍照，是为了证明该面单寄送的内容

做好以上步骤后保留好以下证据：

1、被迫解除通知书复印件

2、面单

图10.2

3、送达情况

图10.3

EMS 全球邮政特快专递
WORLDWIDE EXPRESS MAIL SERVICE

国内快递单号
客服电话: 11183
网站: www.ems.com.cn

寄件人信息
寄件人: [模糊] 电话/手机: [模糊]
单位名称: [模糊] 客户代码: [模糊]
地址: [模糊]

收件人信息
收件人: [模糊] 电话/手机: [模糊]
单位名称: [模糊] 客户代码: [模糊]
地址: [模糊]
寄达城市: [模糊]

邮件详细说明
总件数: [模糊] 实际重量(千克): [模糊] 计费重量(千克): [模糊] 总体积: [模糊] X [模糊] X [模糊] cm
内件品名: [模糊]
☐ 信函 ☐ 文件 ☐ 物品
保价: ☐ 是 ☐ 否 声明价值: 万 千 百 拾 元 (¥) [模糊]

寄递费用
邮费: [模糊] 元
封装: [模糊] 元
费用: [模糊] 元
投递: [模糊] 元

付款
☐ 寄件人付 ☐ 收件人付
☐ 刷卡 ☐ 月结
☐ 第三方支付 ☐ 验视 现金

收寄日期: [模糊] 验视人: [模糊]

图 10.2: 邮单

4、录像

10.2.5 用人单位单方解除劳动合同（过失性辞退）

从本节开始介绍的内容逐渐偏向资本家是如何折腾劳动者的，用市面上的话术讲就是人力资源管理的内容，因此对各项条款的解读不会如之前那样详细，主要是关注我们劳动者在遇到这些情况是如何未雨绸缪。虽然从劳动合同法的体系上看，用人单位有五花八门的办法辞退劳动者，但实践中合法辞退的成功率很低，因此很多公司都选择采取各种各样的手段逼迫我们自离，我们在面对这种情况时，最基本的就是通过本节的学习不要让给资本家合法辞退我们的理由，在此基础上，要么是按照前几节的办法离职拿补偿金，要么是一直和公司耗着，只要一直在工作，各项福利待遇公司都应正常发放。

此外，劳动者在维权中遇到的最大问题是无法举证用人单位做出了辞退行为，关于如何举证的问题实践中无统一的标准，根据经验来看，盖有公司公章的辞退通知书是绝对可以证明辞退行为，效力弱一点的就是公司法定代表人、董事、高管、HR 通过微信、电话、口头录音的方式做出的明确的辞退意思表示。

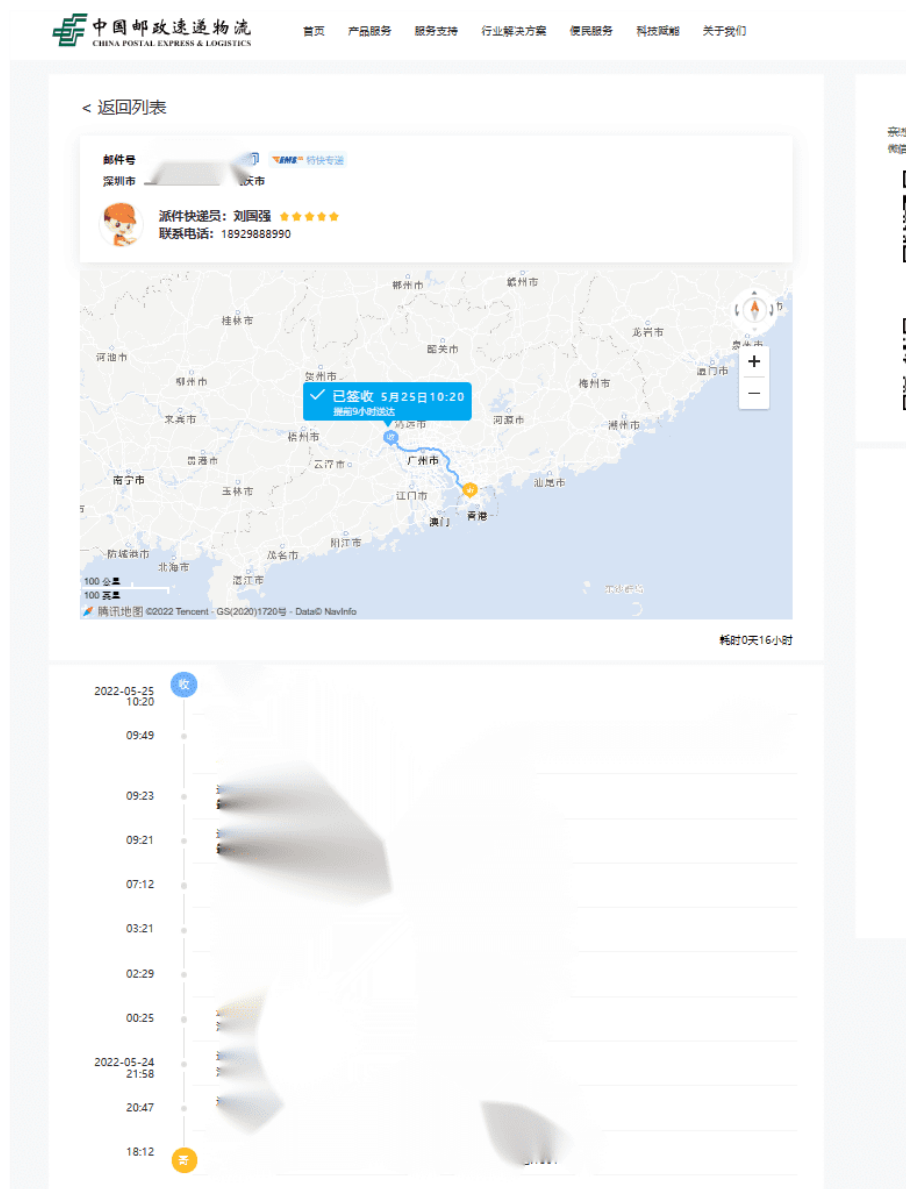


图 10.3: 送达情况

法律法规

劳动合同法

第三十九条劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期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。

本条第一款前两项是用人单位最常用的辞退劳动者的理由，这不是说这两项劳动者很容易违反，而是基于一些坊间流传的印象，导致很多老板、HR 觉得“试用期不符合录用条件”、“违反规章制度”完全就是凭借公司一家之言，没有客观评价标准，可以轻易证明劳动者符合这两项的要求，合法辞退劳动者，所以绝大多数劳动者收到的辞退通知书写明的都是这两个理由。

1、在试用期间被证明不符合录用条件

试用期双方的劳动关系不像转正后那样稳固，如不符合录用条件，用人单位可以单方解除劳动合同。当然用人单位行使解除权必须就劳动者在试用期内不符合录用条件出具相关的证据，如事先告知劳动者录用条件的证据、劳动者使用期间不符合录用条件的证据。我们作为劳动者只需在确认好以下几件事

1. 公司是否合法有效的约定了试用期（什么情况属于合法有效约定试用期可以参考本书对应章节）
2. 入职时是否告知自己试用期考核条件
3. 在适用过程中尽可能收集自己符合录用条件的证据。

虽然不符合录用条件的举证责任在公司，但自己也要尽可能掌握相关证据，避免仲裁出现意外，最大可能提高胜诉概率。

2、严重违反用人单位的规章制度

适用本项的前提是，规章制度的制定程序和内容均合法，内容方面只要是不违反劳动法规定的一般都是合法的，很少有企业会犯这种错误，绝大多数企业无法成功适用该条辞退劳动者的原因很多时候是程序不合法，根据相关法律规定

法律法规

劳动合同法

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。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕26号）

第五十条用人单位根据劳动合同法第四条规定，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，可以作为确定双方权利义务的依据。

虽然劳动合同法对规章制度的制定提出了通过民主协商，完善、改善规章制度的要求，但实践中因为一些众所周知的原因，基本上所有的企业都无法做到这一点，为了适应这种实际情况，法院和仲裁委在审查企业规章制度是否合法有效时，在制定程序方面往往只看企业是否事先告知劳动者规章制度的相关内容，更严格的地方还会要求企业有制定该规章制度时开全体职工会议讨论规章制度的会议记录和职工签字等证据。

进一步来看，实践中存在很多小企业，法律意识淡薄，可能都没有规章制度，或者规章制度规定的很简单不够全面，

此时企业能否基于劳动者违反工作纪律而开除劳动者呢？

法律法规

劳动法

第二十五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）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；
- （四）被依法追究刑事责任的。

从法律规定上看是有相关依据的，重庆市 2018 年 5 月召开的劳动争议案件适用法律问题专题座谈会纪要，也对这个问题有所讨论，大会达成的倾向性意见是，即使用人单位没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示，但劳动者存在严重违反劳动纪律的行为，且该行为依据通常情理判断属于严重违背社会主义核心价值观、公序良俗、诚实信用原则的行为，用人单位也可以以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同。如何认定严重违反劳动纪律？大会给出的说法是“按照无正当理由连续旷工时间超过 15 天，或者一年以内累计旷工时间超过 30 天为标准进行掌握”。但这只是重庆市 18 年的一个裁判口径，各地对该问题的处理都存在差异，没有统一的标准，我们劳动者能从其中得到的启示是，即使公司制度制定方面不太正规，我们也不要掉以轻心，对于那些明显违反工作纪律的事情，要尽量避免出现。

3、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害

严重失职是指劳动者玩忽职守、严重不负责任的行为，例如不按规范操作毁坏了生产设备、随地抽烟烧了仓库、看锅炉时睡觉忘了关火导致爆炸等等。营私舞弊是指劳动者利用职务便利谋取利益的行为，例如看仓库的监守自盗、会计做假账抽水、采购拿回扣中饱私囊等等。为防止用人单位滥用单方解除权，这里还对严重失职、营私舞弊的程度做出了要求，即要达到“给用人单位造成重大损害”的程度。

法律法规

关于《劳动法》若干条文的说明

第二十五条第三款本条中的“重大损害”由企业内部规章来规定。因为企业类型各有不同，对重大损害的界定也千差万别，故不便于对重大损害作统一的解释。若由此发生劳动争议，可以通过劳动争议仲裁委员会对其规章规定的重大损害进行认定。

依据上述法律规定，现行法律并未对何为“重大损害”进行明确定义，而是将该部分的定义交由用人单位，用人单位可以在规章制度中对何为“重大损害”进行定义。如果用人单位未在规章制度中界定何为“重大损害”，则对于“重大损害”的认定属于裁判者自由裁量的范畴，即使规章制度中有相关规定，仲裁委和法院也会审查该规定的合理性，所以归根到底仍取决于裁判者的自由裁量。

公司想用该项开除劳动者，除了要证明劳动者有违法行为和自身存在重大损失外，还需要证明两者间有因果关系，实务中裁判者往往会考察用人单位将损失归因于劳动者的合理性，如果该损失的造成明显不应归因于劳动者一人时，在此情况下，用人单位将损失结果归因于劳动者一人，并以此为由解除劳动合同的，存在被认定为违法解除劳动合同的法律风险。常见的情形例如：劳动者仅是审批环节的一环，审批环节的其他参与人员（如劳动者的直属上级）亦审批通过；或者损失的结果是由其他责任人或原因共同导致的，如（2020）京 02 民终 7052 号和（2022）京 03 民终 3556 号。

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

本项规定的是双重劳动关系，即劳动者同时与两个用人单位建立劳动关系。从本项的规定来看，双重劳动关系虽然在现行劳动法下没有被明文禁止，但显然是不被鼓励和支持的。为什么呢？主要是因为这会给第二个用人单位带来了风险，第二个用人单位一来没办法帮劳动者缴纳社保五险，二来劳动者如果在第二个单位工作时侵害了第一个单位的权益（例如商业秘密），第二个用人单位也要承担连带责任。

基于以上的原因，本条做出了这样的规定，劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系的，如果对完成本单位的工作任务造成严重影响，用人单位可以解除劳动合同；就算没有对本单位的工作造成严重影响，只要用人单位提出让劳动者改正，劳动者拒不改正的，用人单位也可以解除劳动合同。

需要注意的是，在非全日制用工关系中，法律做了特别的规定：

法律法规

劳动合同法

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。**

可见在非全日制用工关系中，只有后订立的关系影响前订立关系的履行，对前关系造成重大影响时，才能解除劳动关系，仅仅是存在双重劳动关系，用人单位不得“经用人单位提出，拒不改正”后就直接辞退。

除此之外，本条限制的是“与其他用人单位建立劳动关系”，但劳动不止限与劳动合同意义上的劳动，如业余时间做 up 主、网红、滴滴司机等兼职，都不属于该条限制的范围。

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

本项规定具体来说就是，若劳动合同是因劳动者欺诈、胁迫用人单位而订立的，用人单位可以解除合同，最常见的就是学历欺诈，但这一款的设立是极为不合理的，相关的论述较为冗长就不在这里引用，感兴趣的劳动者可以 B 站搜索五年四班劳动委员查看相关“内部学习”视频。

6、被依法追究刑事责任

犯罪行为本身就是一种社会危害性极大的行为，劳动者被依法追究刑事责任时，其行为本身也很可能严重违反公司的规章制度，在用人单位中造成不良影响。与此同时，劳动者被依法追究刑事责任时，人身自由和民主权利都会受到极大限制，这将直接影响到劳动合同的履行。因此在这种情形下，用人单位可以单方解除劳动合同。

这里的“被依法追究刑事责任”是什么意思呢？

法律法规

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] 第 309 号)

第二十九条‘被依法追究刑事责任’是指：被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处有期徒刑的、被人民法院依据刑法第三十二条（现第十三条但书）免于刑事处罚的。

本条的理解涉及刑民交叉部分的相关知识，解释起来篇幅较多，除非对法律研究感兴趣，否则没必要深入了解，我们劳动者只需要知道只要被政府有关部门（法院、检察院）确认确实构成犯罪了，不管有没有被关起来，公司都有权开除。

10.2.6 用人单位预告辞退

法律法规

劳动合同法

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

- （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。

本条实践中用到的很少，原因是适用条件非常苛刻，各地仲裁委、法院判断“不能从事工作”、“不能胜任工作”的判断标准又极不统一，即使是有专门法务团队的公司适用该条辞退员工时也会翻车。因此绝大部分对本条的适用都是只用一半，如根据本条第一款的规定，可以得出，如果“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”，那么用人单位有权“另行安排劳动者从事其他工作”，即调岗，如果公司在事前有明确的岗位薪酬对应的制度，就可以借此实现调岗降薪。

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

“医疗期”属于法律概念，不同于通常理解的“治疗期”，是指员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。在这段时间内，用人单位不得解除劳动合同。医疗期的期限由《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》规定。与员工本人实际参加工作年限（社会工龄）和在本单位工作年限（工龄）有关。

法律法规

企业职工患病或非因工负伤医疗期规定

第三条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，给予三个月到二十四个月的医疗期：

- （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。

法律法规

企业职工患病或非因工负伤医疗期规定

第四条医疗期三个月的按六个月内累计病休时间计算；六个月的按十二个月内累计病休时间计算；九个月的按十五个月内累计病休时间计算；十二个月的按十八个月内累计病休时间计算；十八个月的按二十四个月内累计病休时间计算；二十四个月的按三十个月内累计病休时间计算。

医疗期内的待遇如何呢？根据劳动部关于发布《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》的通知（劳部发[1994]479号）第5条规定，企业职工在医疗期内，其病假工资、疾病救济费和医疗待遇按照有关规定执行。根据劳动部关于发布《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》（劳部发[1995]309号）第59条规定，职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期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%。

而“在规定的医疗期满后不能从事原工作”在实践中主要表现为：

1. 劳动者医疗期满后，医院出具的诊断证明继续建议员工休息治疗
2. 劳动者丧失了对岗位较为重要的从业条件
3. 劳动者完全丧失劳动能力的
4. 劳动者患病或受伤后，因健康原因向公司主动提出调整岗位。

进一步讲，如何认定劳动者“也不能从事由用人单位另行安排的工作”呢？实践中有不同的观点，有的法院认为“医疗期届满后，劳动者继续提交病假申请，则视为劳动者不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作”，如（2014）成民终字第6110号；有的法院则认为“医疗期届满后，劳动者继续提交病假申请，则视为劳动者不能从事原工作，但并不当然认为劳动者不能从事由用人单位另行安排的工作，公司应该举证证明其为劳动者另行安排了其他工作”，如（2018）京01民终7140号。

此外，在本条所适用的情形中，用人单位还被规定有其他的义务。根据劳动部关于发布《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》的通知（劳部发[1994]479号）第6条规定，企业

职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，在医疗期内医疗终结，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，终止劳动关系，办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

因医疗期满仍不能工作而被辞退的员工除了依据劳动合同法而得主张经济补偿金外，还可要求公司支付医疗补助费，医疗补助费的发放各地有不同的规定，但基本上是围绕以下所引用的法条展开。

法律法规

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》（劳部发[1995]309号）

第三十五条请长病假的职工在医疗期满后，能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。

法律法规

《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354号）

第二十二条劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费；对患重病或绝症的，还应适当增加医疗补助费。

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

首先，《劳动合同法》第四十条第（二）项中的“不能胜任工作岗位”，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。用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。”

实际操作过程中，用人单位常常以“绩效考核”是否达标作为判定员工是否属于“不能胜任工作岗位”的主要标准。此种操作方式有时是违法的，究其原因并不是不能以绩效考核不达标来证明“不胜任工作”，而是绝大多数公司的绩效考核制度制定的不合理，我们劳动者在这一点上，只需知道绩效考核的评分标准和细则一定要事先告知我们才算数，此外考核的内容也不能过于主观，全凭个别领导喜恶来做出的考核一定是不能证明“不胜任工作”的。此外，**绩效考核不达标和绩效考核处于最后一名是两回事**，只要有排名就一定会最后一名，因此**考核不达标可以证明不胜任工作，但考核最后一名则未必**。

其次，用人单位即便确认员工“无法胜任工作”也不能直接解除劳动合同，还需进行“培训”或“调整工作岗位”，若经考核“仍不能胜任工作的”，才可依法解除劳动合同。

如果不进行培训或者调岗就直接解除劳动合同，仍属于非法解除。

为了保证能万无一失地辞退劳动者，很多用人单位会在规章制度中规定绩效不合格几次就视为不能胜任。然后在工作中拿出一份显示劳动者不合格的确认单或者要求劳动者写工作整改报告，然后花言巧语哄骗劳动者签字认可。签了不合格的绩点，再加上规章制度的事前规定，用人单位往往会胜诉。因此对于绩效考核、考勤等事项存在异议一定要书面提出，并保存相关证据。

3、以“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”为由解除劳动合同

目前司法实践中，大部分法院将“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”认定为：劳动合同订立后发生了用人单位和劳动者订立合同时无法预见的变化，致使双方订立的劳动合同全部或主要条款无法履行，或者若继续履行将出现成本过高等显失公平的状况，致使劳动合同目的难以实现。下列情形一般属于“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”：

1. 地震、火灾、水灾等自然灾害形成的不可抗力
2. 受法律、法规、政策变化导致用人单位迁移、资产转移或者停产、转产、转（改）制等重大变化的
3. 特许经营性质的用人单位经营范围等发生变化的。

公司为应对市场变化主动采取的经营策略调整、组织架构调整、管理人员的结构变化等情形属于企业根据市场情况的变化而作出的自主商业决定，不属于客观情况发生重大变化。如（2020）苏 05 民终 8743 号。

另外，如果用人单位与员工就原劳动合同无法继续履行的事实都没有争议，用人单位还需履行协商变更劳动合同内容这一流程，给予劳动者再一次工作机会的选择，这里的协商变更包括变更工作岗位、工作地点、工作内容等等。若用人单位没有证据证明曾向员工提供过新的工作岗位或者其他继续履行劳动合同的方式供员工进行选择，那么大概率会被认定用人单位所述的协商过程不属于上述《劳动合同法》第 40 条第（三）项规定的协商，而认定用人单位违法解除，向员工支付赔偿金。

不过实践中公司如果和劳动者协商变更合同没谈拢，劳动者也不同意自离时，公司往往不会真的辞退劳动者，因为劳动者如果拿着公司的辞退通知书去仲裁非法辞退，公司还得承担“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”的举证责任，即存在败诉风险，因此很多公司会采取冷处理的方式对付劳动者，如不安排工作，踢出工作群，取消打卡权限，撤销工位等，此时劳动者有两种处理方式，一是继续和公司耗着，每天正常上下班，通过录像的方式打卡，每条微信要求主管人员安排工作，很多时候公司会考虑到影响不好而主动和劳动者协商，通过给补偿金的方式劝离劳动者；二是收集公司“踢出工作群，取消打卡权限，撤销工位”等行为的证据，结合之前与公司协商变更劳动合同的录音，仲裁公司非法辞退主张 2n 的赔偿金。需要指出的是，后者的成功率不高，实践中只有极少数的判决支持了这一理由，主要适用于劳动者实在撑不住了又不想白白走掉，抱着拼一把的心态的情形。

现在有很多单位借由本条对劳动者设下陷阱，应对方式也比较特殊。更详细的介绍请参考10.5一节

10.2.7 经济性裁员

法律法规

劳动合同法

第四十一条有下列情形之一的，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。

经济性裁员的构成要件主要可分为实体上的构成要件和程序上的构成要件，用人单位只有同时证明自己程序和实体上都是合法的，才可以成功辞退劳动者。

1、程序要件

1. 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。这要求用人单位在裁员时要**一次性**裁掉那么多人，如果不符合人数要求只得通过其他方式解除与劳动者之间的劳动关系，否则构成非法辞退
2. 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。听取意见是否等同于协商一致，法律上并无明确规定，但实际中一般都认为只要用人单位提前三十日履行了该告知义务即告合法
3. 需向劳动部门备案，只需备案，无需征得许可。

2、实体要件

1. 依照企业破产法规定进行重整的。企业重整需要人民法院做出裁定，我们劳动者可以在裁判文书网上搜索该企业的名字，确认该企业是否实际进入重整程序，以及相关的破产

管理人是谁，重整过程中被辞退的，相关的工资、赔偿、补偿是找破产管理人要

2. 生产经营发生严重困难的。企业是否构成严重困难一般是按照地方的标准，法律依据是《企业经济性裁减人员规定》第二条
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。本条适用难度很大，实践中很少有企业会用
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。本条与《劳动合同法》第四十条第一款第三项的规定很像，两者的共同点在于都需要“订立合同时所依据的客观情况发生重大变化导致合同无法履行”，不同点在于本条符合该情况可以直接裁员，四十条还需要公司有和劳动者协商的动作，否则构成非法辞退。

3、劣后裁员

需要注意的是，本条规定的是“不得优先裁减”人员，而非不得裁减人员，只有当被裁减的劳动者证明：

1. 本人系法定优先留用的三种人员之一而被用人单位裁减
2. 有其他不是法定优先留用的三种人员之一而被用人单位留用
3. 员工甲与员工乙处于同等条件。

公司裁员才可能构成非法辞退。这里的难点主要是“同等条件”，实践中并无相关法律法规指导裁判者确认“同等条件”，法官往往依据自由裁量。

4、裁员后返聘

一方面，符合裁员后返聘条件的劳动者，可以要求公司在同等条件下优先录用自己，但如何判断同等条件法律没有明确指引，实践中也没有见过相关判例。

另一方面，成功返聘后的劳动者，工作年限是合并计算的。

法律法规

劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知

第十九条进行经济性裁员的企业在六个月内录用人员的，应当优先从被裁减的人员中录用。因经济性裁员而被用人单位裁减的职工，在六个月内又被原单位重新录用的，对职工裁减前和重新录用后的工作年限应当连续计算为本单位工作时间。

需要指出的是，很多劳动者在咨询时说公司**要裁员了**，提出和我协商解除劳动关系，这种情况严格来说是本章第一节协商解除劳动关系的范畴，不属于真正意义上的“裁员”，如我们本章第四节开头所介绍的那样，第四、五、六节的内容涉及的都是公司的单方辞退权，既然是公司的单方行为，就只需要公司一方做出就行了，无需劳动者的同意，而签协议这个动作很明显是需要劳动者参与的，因此两者不是一回事。

之所以很多公司“裁员”会采取协商一致的形式而非严格适用本条是因为本条适用的程序非常繁琐，还有各种各样的限制，所以如果能通过协商的形式解决当然是对公司最好的选

择，我们劳动者在面对这种情况时，首先要知道**即使公司确实符合裁员要求裁员了，我们也能拿到 n 的补偿**，因此 n 是我们的底线，我们可以在这个的基础上和公司谈进一步的条件。

10.2.8 用人单位预告辞退和裁员的禁止条件

法律法规

劳动合同法

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。

为了保护劳动者的权益，限制用人单位的单方辞退权，本条规定了六种例外情形，分别是老、弱、病、残、孕五种，外加一个兜底条款。也就是说，在这六种例外情形下，即便符合本法第四十条和第四十一条的规定，用人单位也不得依据这两条单方解除劳动合同——当然，在这六种情况下依旧是可以依据本法第三十九条单方解除劳动合同的。比如即使劳动者处于怀孕期间，但触犯刑法被依法追究刑事责任的，用人单位就可以依据本法第三十九条单方解除劳动合同，以下为四十二各款的详细解释：

1、从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间

这里包括两类劳动者：一是未进行离岗前职业健康检查的从事接触职业病危害作业的劳动者。从事接触职业病危害作业的劳动者离岗前，必须进行职业健康检查，以确认是否患职业病。二是在诊断期间或者在医学观察期间的疑似职业病病人。疑似职业病病人，是指表现出来的某些症状与患职业病的病人相似，但尚未确诊为患职业病的劳动者。

职业病，是指劳动者在劳动过程中受职业危害因素的影响而导致的疾病。根据《职业病目录》的规定，职业病主要包括：尘肺、职业性放射性疾病、职业中毒、物理因素所致职业病、生物因素所致职业病、职业性皮肤病、职业性眼病、职业性耳鼻喉口腔疾病、职业性肿瘤等职业病。从事接触职业病危害作业的劳动者经离岗前职业健康检查，确认未患职业病的，可以依法解除劳动合同。疑似职业病病人经诊断或者医学观察，确认未患职业病的，可以依法解除劳动合同。

职业病危害工作者离职前没有做职业病体检，可以协商解除劳动合同或被用人单位基于

劳动合同法三十九条开除吗？

法律法规

劳动合同法

第四十二条第一款从事解除职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查的，用人单位不得依照该法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同

此款规定虽然没有排除用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同的情形，但根据

法律法规

中华人民共和国职业病防治法

第三十六条对从事接触职业病危害的作业的劳动者，用人单位应当按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果书面告知劳动者……**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。**

由此，用人单位与职业病危害工作者之间签订的解除协议，因违反法律规定，系无效协议。该观点有最高院 2017 年第 5 期公报案例（2016）沪 02 民终 7986 号支持，更进一步，即使劳动者存在劳动合同法三十九条的情形，用人单位开除劳动者之前也有义务提供职业病体检服务，如（2020）沪民申 927 号。

实践中还存在一种情况，很多劳动者在签署完协议后就没有继续提供劳动了，那在日后仲裁确认离职协议无效后，这段没有工作的时间工资如何发放？根据现有判例，有的法院认为因为这段时间没有提供劳动，所以用人单位只需按照最低工资标准发放生活费，如（2020）沪民申 927 号，但我们认为劳动者在遇到这种事情时，可以参照用人单位非法辞退被判决继续履行劳动关系时的辩护思路，主张这段时间之所以没有提供劳动并不是因为劳动者恶意旷工，而是用人单位非法解除劳动合同，因此在被判决继续履行劳动合同时，用人单位应赔偿因自身过错给劳动者造成的损失，即这段时间的误工费（工资）。

不过也有法院在处理该类情形时会考察用人单位的恶意以及劳动者是否尽到提醒注意义务。如虽然离职时没有做职业健康检查，但劳动者没有在合理时间内提出仲裁，应视为放弃此项权利，如（2017）粤 0306 民初 20372-20381 号，又比如虽然法院认可用人单位属非法解除，但若用人单位能证明其已经向劳动者提出做健康检查，是劳动者无正当理由拒绝的，即使判决恢复劳动关系，劳动者无正当理由拒绝检查之日，即为劳动关系解除之日，如（2020）沪民申 927 号，这提醒我们劳动者即使遇到该类用人单位违法解除合同的情形，也要早日提起仲裁维权。

2、劳动者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

本项包括两层含义：一是劳动者在本单位患职业病或者因工负伤，二是劳动者被确认丧失或者部分丧失劳动能力。

职业病的含义，如前所述。因工负伤，即工伤，工伤认定的更具体细节，可以参照本书工伤相关部分。需要指出的是，本条的适用不仅需要劳动者因工负伤，还要因此评上伤残等级，实践中是存在被认定负有工伤但不具备伤残等级的情况的。

用人单位可以与工伤职工解除劳动合同的情形：

1. 劳动者因工伤致残被鉴定为五级、六级伤残，该工伤职工主动提出与用人单位解除或者终止劳动关系的
2. 劳动者因工伤致残被鉴定为七级至十级伤残，劳动合同期满终止或者工伤职工本人提出解除劳动合同的
3. 一般认为，五到十级工伤职工存在《劳动合同法》第三十九条或者《劳动法》第二十五条规定的解除情形的。

3、劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内

这里的患病，不包括职业病。非因工负伤，不包括工伤。医疗期，如前所述，是指职工因患病或者非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的期限。医疗期在三个月至二十四个月之间，根据职工实际参加工作的年限和在本单位的工作年限而有所不同。

在同一用人单位与同一劳动者之间，医疗期也并非只有一次

法律法规

企业职工患病或非因工负伤医疗期规定

第四条医疗期 3 个月的按 6 个月内累计病休时间计算；6 个月的按 12 个月内累计病休时间计算；9 个月的按 15 个月内累计病休时间计算；12 个月的按 18 个月内累计病休时间计算；18 个月的按 24 个月内累计病休时间计算；24 个月的按 30 个月内累计病休时间计算。

一方面，假如劳动者按照法律规定有三个月的医疗期，并不意味着一定要连续休三个月，可以在六个月内断断续续的休，但休假时长最多不超过三个月；另一方面，加入三个月的法定病假期，只修了两个月就痊愈了，剩下的那一个月一般上是不能累计到下一个月计算的。

4、女职工在孕期、产期、哺乳期

根据《女职工劳动保护规定》(中华人民共和国国务院令第 9 号) 和《劳动部关于印发《女职工劳动保护规定问题解答》的通知》，女职工产假为九十天，其中产前休假十五天。难产的，增加产假十五天。多胞胎生育的，每多生育一个婴儿，增加产假十五天。凡哺乳(包括人工喂养)一周岁以内婴儿的女职工，应按以上规定执行。企、事业单位有条件的，也可适当延长哺乳期。女职工流产休假按《关于女职工生育待遇若干问题的通知》(劳险字 [1988]2 号) 执行，即“女职工怀孕不满四个月流产时，应当根据医务部门的意见，给予十五天至二十天的产假；怀孕满四个月以上流产者，给予四十二天产假。产假期间，工资照发”。除了国家同意规定的

产假外，各地区基本上也都规定了产假之外的规定有奖励假，奖励假也属于产假的范畴，

女职工在怀孕初期，尚未发现自己怀孕或未将自己怀孕的事实告知用人单位的情况下，用人单位已经按照《劳动合同法》第四十条或第四十一条解除了与女职工的劳动合同，劳动合同解除后，女职工发现自己怀孕，并且怀孕时间在解除劳动合同之前，此时用人单位解除劳动合同的行为是否有效？现在随着国家计划生育政策的调整，这类争议也时常发生，实践也确实存在争议，这类案件最终大多以调解、和解方式处理。

一方面，劳动合同解除后，劳动者很难再找到工作；另一方面，再过不足五年的时间，劳动者即可退休，享受基本养老保险待遇。在这种情况下，用人单位不能因客观情况与其解除劳动合同，或者将其裁减。

5、法律、行政法规规定的其他情形

此为兜底条款，为免遗漏。实践中具体所指为何，目前法律法规并没有进一步解释说明。

10.2.9 口头辞退与非法辞退

编者的话

什么情形是非法辞退？我们无法直接回答这个问题，因为非法辞退的情形太多了，无法穷举。因此只能反向回答：基于**不合法的理由**，用人单位**单方**解除劳动关系就是非法辞退。因此，如果想要判断自己是不是非法辞退，必须三种合法的单方辞退方式，也就是了解熟悉劳动合同法三十九、四十、四十一条（对应10.2.5、10.2.6、10.2.7三章）。：简单来说，公司要辞退，我们就问公司要书面的辞退通知。要不到书面通知，我们就继续正常上班。正常上班期间，公司很可能阻扰我们上班，不提供劳动条件。此时，我们可以选择主张更稳妥的被迫离职，也可以选择主张赔偿更多的变相辞退。在手头有录音可以证明公司明确表示辞退的情况下，建议选择主张公司变相辞退（事实性辞退）。

在10.1中，我们已经介绍了非法辞退和相关的应对办法，本节将就几个需要特别强调的问题进行着重说明。希望各位劳动者结合10.1阅读本节。

非法辞退通常有三种类型：

1. 明确说明辞退理由 + 明确表示辞退。大多数情况为书面辞退。例如，单位微信发送通知书告知劳动者因违反单位规章制度而开除。
2. 未明确说明辞退的理由 + 明确表示辞退。大多数情况为口头辞退。例如，电话告知明天不用来上班了。
3. 未明确说明辞退的理由 + 未明确表示辞退 + 事实性辞退行为。例如，踢出工作群，踢出钉钉，撤销工位，问他是不是辞退就含糊其辞

1、怎么才算是表示辞退

在具体展开说明各情形前，希望大家明确何谓**表示辞退**。很多时候，单位故意诱导我们使我们误解其意思。在没有搜集到证据以证明存在辞退表示的情况下，贸然进行仲裁很可能

败诉。例如，单位告知劳动者考虑一下去别家工作，同时又旁敲侧击地让劳动者认为自己已经被辞退。这时劳动者认为劳动关系已经解除便提起仲裁，紧接着就收到单位的旷工开除通知。如果没有证据证明公司已经在发出旷工通知之前进行了辞退表示，仲裁委大概率会认定公司只是与劳动者就辞退事项进行协商，劳动关系尚未解除。劳动者不再上班的行为构成旷工，因此劳动者败诉。因此我们必须举证单位通过某种形式**明确地表示解除劳动关系**。

辞退表示包含下述要素：

- 合格的主体
- 表示的内容是单方解除劳动关系
- 表达明确具体

合格的主体

首先是合格的主体。一般来说，**书面辞退**只要有公司公章即可。**口头辞退的情况**，必须证明**表示辞退的人具有对你的管理权限**。一般认为经理、人事、法定代表人（“法人”）有权进行辞退。与你平级的同事当然无权对你进行辞退，就算同事向你发布“解除劳动关系通知书”并庄严签上自己的大名，也不产生辞退的效力。同理，如果老板指使一个会计或秘书辞退你，在没有切实证据证明辞退者代表了老板的真实意思的情况下，也不能构成辞退。

此外，公司法定代表人通常被认为有权进行辞退。即使该法定代表人不是你的直接领导。公司的实际控制人不具有法人身份，甚至不直接具有职务身份的，但是参与公司经营管理的，需要搜集证据证明其参与公司经营管理且具有相应权限。工厂中的线长通常被认为无权进行辞退，线长让你滚蛋，骂回去就好了。

对于口头辞退，我们最好在录音过程中**称呼对方“人名 + 职务”**，由此证明谈话方身份。

表达明确具体、表示内容为公司单方辞退

这两个要素要求，公司向我们的表达的是“辞退”，而不会被仲裁员/法官理解为别的意思。例如上文中的例子，公司说“考虑一下去别家工作”，就表面意思而言，只是让我们考虑一下，而不是今天就和我们解除劳动关系。

很多劳动者对于公司想辞退自己早已心知肚明，但是此时一定要保持耐心，不要无谓地增加败诉风险。**在不能明确判断公司的到底是不是在辞退的时候，我们可以再次询问老板，并搜集证据**。如果无法收集到明确表示辞退的证据，我们可以**选择继续正常上班**，同时做好应对事态进一步发展的准备。

关于辞退形式。书面的“解除劳动关系通知书”、“辞退告知书”当然是明确辞退，口头辞退也可以构成明确辞退。但是一定保证录音在音质和意思上都是清晰的。当老板含糊其辞、顾左右而言他的时候，我们可以考虑通过下文介绍的其他方式进行应对，而不是只拿着一段表达模糊的录音去仲裁公司非法辞退。

关于辞退内容。如果公司要求我们回家**待岗**，未必是在表示辞退。公司在经营困难的情况下，有权安排待岗，此时我们主张被迫离职都存在败诉的可能，主张非法辞退更是难以成立。如果用工单位表示**“辞退”劳务派遣工**，那么也不构成辞退，而是构成将劳动者退回劳务派遣公司。详情请参看手册第十一章。

2、明确说明辞退理由 + 明确表示辞退

第一种情况，明确说明辞退理由 + 明确表示辞退。这种情况处理相对简单，绝大情况都是单位给出书面辞退通知的情况。**先看理由是不是劳动合同法 39、40 或 41 条**。如果是或者表达了类似的意思，则根据手册来看单位的理由成不成立。例如，以“不胜任工作”为由辞退，必须要先调岗或培训。没有培训或调岗，直接辞退了劳动者，就算真的不胜任工作也是非法辞退。

如果辞退理由不是来自劳动合同法 39、40、41 条，也未表达这三条的意思，则属于非法辞退。

口头辞退的形式

口头辞退的情况下，就算对方表示地很明确，我们也要尽可能搜集其他相关证据证明单位对我们进行了辞退。因为录音证据本身不可避免地存在着模糊性，所以尽可能不要在仅有录音证据情况下就主张公司非法辞退。

需要我们签字的辞退通知

非法辞退是指公司单方辞退，所谓单方辞退是不需要我们同意或签字的，只要送达我们，劳动关系就解除了。如果单位拿出一份需要我们签字的辞退“通知”，那就需要我们警惕了。

单位给出一式两份的通知书，**要求我们在书面辞退通知书上签字**，而**通知书记载劳动者自离、违反规章制度、放弃诉讼权利等情形**。我们如果签字了，在后续仲裁过程中，仲裁/法院可能会认定我们认可通知书上记载的内容，由此判决我们败诉。

此时，你可以选择签“收到但不认可”，在不认可那三个字上按手印。我拿到自己的那份之后就可以去仲裁单位非法辞退了。不过对方多半会拒绝把该通知书给你。单位拒绝提供该通知书并撤回该通知之后，我们继续正常上班即可。

3、未明确说明辞退理由 + 明确表示辞退

口头辞退大多数是这种情况。我们可能录到一段对话，单位或清晰或模糊地表示辞退。单位辞退的理由当然是不成立的，给出的补偿我们也不能接受。单位也自知是违法辞退，拒绝出具书面辞退通知书，在辞退理由上也模糊其词。此时，只要收集到对方表示明确辞退的证据，那么我们就可以证明**公司已经单方解除了劳动关系**。公司此时需要证明解除劳动关系的合法性，因为公司未明确提出辞退理由，自然无法证明辞退的合法性。

书面辞退且未说明理由

未说明辞退理由 + 书面单方辞退 = 单位自掘坟墓。拿着通知去非法辞退就行了。

收集到了明确的辞退录音

明确的辞退录音一定程度近似于书面辞退。但即使收集到了明确的辞退录音，我们也建议劳动者收集其他证据佐证公司存在单方辞退的行为。例如，踢出群聊，无法考勤等。可以参考下文第三种情况处理。

未收集到明确的辞退录音

如何判断辞退表示是否明确，参考上文。如果是不明确的辞退，应对方式请参考下文。

4、未明确说明辞退的理由 + 未明确表示辞退 + 事实性辞退行为

公司这一最难应对的行为往往是我们最常遇到的情况，该种情况又名“事实性辞退”、“变相辞退”。常见手段有：

- 关闭员工考勤权限、办公系统、移出微信工作群、撤走工作设备如电脑和工位
- 停缴社保，降低绩效工资，扣工资
- 不再安排工作、仅发最低工资，针对性待岗
- 辱骂、穿小鞋等其他行为

公司为什么要费尽周折和我们耗着，搞得这么麻烦？**其目的在于创造一个令人无法忍受的环境，逼你主动离职。**而且公司绝不会明示要辞退，只会暗示，这样一来万一遇到不太懂法律的劳动者，就可以直接忽悠走了。不守法的公司就这样省下他那两个子，不用给 2n 了，也能向其他劳动者展示“我有的是办法整你们”。

应对办法如下：

第一步，争取获得明确辞退表示

事实性辞退为劳动者带来的阻碍在于**劳动者必须首先举证证明存在单方辞退行为**。在辞退问题上，劳动者首先需要举证存在单方辞退事实。证明该事实存在后，再由用人举证辞退行为的合法性。用人单位如果不能举证证明辞退行为合法，那么仲裁员/法官就会认定单位的行为为非法辞退。反过来，如果我们连存在辞退事实都不能证明，那么自然无法认定用人单位败诉。

法律法规

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》

第十三条：

“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。”

在前面的情况中，我们只需拿出书面辞退通知就可以证明存在辞退事实。但是在事实性辞退的情况中，我们并没有清晰的证据证明单位已经将我们辞退了。因此我们首先可以**尝试诱导单位承认已经将我们辞退，并收集相关证据**。例如，在与老板的沟通中诱导老板承认已经将我们辞退，可以询问“xx 日告诉我要辞退我，我什么时候办离职手续”等。如果可以搜集到明确表示辞退的证据，那么我们日后主张非法辞退的时候可以增加很大的胜诉概率。

不过要注意，如果你手头已经有比较明确的录音了，可以考虑不要再询问了。因为很多时候，老板的第一次表达是没有律师和法务指导的，我们能收集到比较有利的证据。此时，你如果再次询问自己是否已经被辞退，老板又否认的话，“到底辞退了没有”这个问题又变得模糊了。你再次询问就表示你对此也不确定，反之你直接拿着录音去仲裁的话，则表明你明确认识到老板已经辞退你了。我们再次询问的行为很可能又给了老板一次机会重新对此作出表示。到底要不要再次询问，需要我们自己权衡判断。

第二步，正常上班 + 收集证据

根据上一步的成果，我们可以选择考虑下一步的策略。

1. 如果已经收集到了明确表示辞退的证据，我们可以配合其他证据仲裁公司非法辞退。
2. 如果没有搜集到明确表示辞退的证据，我们要准备好和公司打持久战，也可以考虑被迫离职。

没有搜集到公司明确表示辞退证据，意味着我们无法直接证明劳动关系已经被公司解除了，同时也意味着**劳动关系目前处于正常存续状态**。因为，我们必须**正常上班**，否则公司就可以以违纪旷工为由将我们辞退。正常上班的过程中，我们可以拒绝加班，因为这是法定权利。但是不能违反公司规章制度，因为公司正等着抓到你的把柄，然后用违反单位规章制度为由对你进行辞退。

正常上班的过程同时也是搜集证据的过程。我正好可以利用这段时间搜集日后仲裁需要的证据。需要的证据如下：

- 不提供工作条件的相关证据：撤销工位、不能打卡、踢出群聊等
- 证明工资水平的相关证据，经济补偿金/赔偿金的工资基数为解除劳动关系前 12 个月的平均工资，该工资包括提成、奖金、绩效工资、加班费等。相关证据：工资支付记录、约定的工资标准（用于证明存在差额或少发）等
- 证明存在劳动关系的证据，适用于没有劳动合同的情形，详情参看第四章
- 任何沟通协商都需要做好录音的准备

一边搜集证据，我们一边需要考虑到到底是采取被迫离职还是主张非法辞退。

关于被迫离职，在与公司僵持的期间，公司很可能出现**不提供劳动条件，拒发绩效工资、加班费或奖金**，这些情况都可以作为我们被迫离职的理由。我们可以选择不再与公司僵持，主动提出被迫离职。只要搜集到相关证据，我们就可以采取被迫离职的方式，拿到经济**补**偿金，补偿金标准为 n 。（详情参看 10.2.3）

关于非法辞退。我们也可以主张非法辞退，非法辞退可以拿到经济**赔**偿金，数额为 $2n$ 。我们主张非法辞退时，手头并没有公司表示辞退的证据，这一点对我们来说是不利的。但是非法辞退正是目前我们实际遭遇的，能拿到的赔偿也更多。**我们选择非法辞退要考虑两个因素。第一，手头是否有一定证据证明公司存在辞退表示。**这个证据可以表示地比较模糊，因为我们有其他证据证明公司以撤销工位、拒发工资等方式进行了事实性辞退。如果一点能证明公司有辞退意图的证据都没有，那还是选择被迫离职或继续上班进行取证比较好。**第二，公司阻扰我们上班的手段是否足够强烈。拒绝安排工作、不让进公司大门都是比较强烈的手段。**但是，非法辞退的主张能不能成立还是要取决仲裁员/法官判断。除非手头证据十分充分，我们都可能面临败诉风险。

到底采取风险较低、赔偿较少的被迫离职，还是采取风险较高、赔偿较多的非法辞退，需要大家结合自己手头的证据情况。

何时不再正常上班，而是选择去仲裁也是一个需要考虑的问题。很多朋友常犯的一个错误在于手头已经有一个明确表示辞退的证据，但是还是犹豫了四五天，导致劳动关系是否解除又处在了不明确的状态。非法辞退的处理固然要比较谨慎，但是在关键节点还是要果断。我

们主张对方已经表示辞退，但事实上我们还继续正常上班了好几天，这段两段事实表达出来的意思彼此矛盾，也会让仲裁员/法官产生困惑。

5、总结

简单来说，公司要辞退，我们就问公司要书面的辞退通知。要不到书面通知，我们就继续正常上班。正常上班期间，公司很可能阻扰我们上班，不提供劳动条件。此时，我们可以选择主张更稳妥的被迫离职，也可以选择主张赔偿更多的变相辞退。在手头有录音可以证明公司明确表示辞退的情况下，建议选择主张公司变相辞退。

尽量不要仅凭借录音这一个孤证就去主张公司非法辞退！

10.3 劳动合同的终止

劳动合同的终止是指因法定原因出现而导致劳动关系消灭，与劳动合同的解除一样，只能法定，不能约定。

法律法规

劳动合同法

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。

1、劳动合同期满

劳动合同期满是劳动关系终止的最一般的情况，这一项往往和劳动合同法四十六条的续签-补偿金条款联系起来，本章概要章节中的“如何确定仲裁请求”中有详细介绍。

2、劳动者开始依法享受基本养老保险待遇

本项需要注意的是，只有劳动者享受了基本养老保险待遇合同才自然终止，达到法定退休年龄并不自然导致合同终止。但也有法院认为，即使没有享受养老保险待遇，但达到退休年龄合同也会终止，依据是：

法律法规

劳动合同法实施条例（下称实施条例）

第二十一条劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

我们认为从效力位阶上看，《劳动合同法》的制定主体是全国人大常委会，而实施条例的制定主体是国务院，因此两者之间应按照上位法优先于下位法的原则来实际适用。但也会有人认为，实施条例并没有做出与法律相反的规定，而只是对法律的适用条件做一个补充的条件，从本款最后一项规定来看，“其他法律、行政法规”也是可以规定合同终止情形的，因此不是当然无效。但根据最新出台的

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）（下称解释）

第三十二条 用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。

而最高院与国务院对全国人大及其常委会制定的法律所作出的解释和实施条例具有同等的效力，两者冲突时，需要报有关部门处理。这些就和我们劳动者没什么关系了，以上内容只是为了解释为何实践中对这一块的判决、裁定如此混乱。

目前最新的关于该问题的处理意见是，要区分达到法定退休年龄后，劳动者无法享受养老保险待遇能够归责给目前的用人单位，如果可以归责，则不能当然终止，如果不可归责，达到退休年龄时，合同自然终止。

但目前没有疑问的是，即使用人单位无需承担用工责任，也要承担工伤责任。

法律法规

人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）（人社部发〔2016〕29号）

达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。

3、劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的

因为这一条不对应相关的赔偿补偿金，所以就不过多介绍，唯一值得提出的是，劳动者

死亡后，其继承人可以继承工资给付的请求权。至于宣告死亡和失踪制度，感兴趣的劳动者可以自行查阅民法典。

4、用人单位被依法宣告破产

是否进入破产程序可以在裁判文书网上以公司名为关键词检索时查到，如果公司是正规进入破产程序的，法院一般会选定破产管理人，破产管理人会主动联系劳动者确认相关工资、赔偿事宜。

如何查询企业是否进入破产程序？

实践中可用的查询方式有：

1. 在裁判文书网中搜索企业名字，因为进入破产程序往往伴随着法院的裁定
2. 通过天眼查、企查查、钉钉企典（免费）等软件查询
3. 登录全国企业破产重整案件信息网查询

5、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

公司的注销意味着公司的死亡，公司的注销除了上面提到的破产清算后注销外，本项所提到的内容最终导致的后果也是公司的注销，并不是所有公司的死亡都以破产为前提，当公司基于破产以外的原因要注销时，根据法律规定都要由公司股东成立清算组清算公司的债权债务，这其中自然也包括劳动者的债权，公司因为本项规定的事由要注销时，劳动者主张债权时除了工资外，还能主张 n 的补偿金，具体可看后续经济补偿金相关内容。公司是否已经注销也可以通过企查查、钉钉企典等软件查询。

6、法律、行政法规规定的其他情形

此为兜底条款，目前检索到与劳动合同终止相关的条文只有两个：

法律法规

劳动合同法

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。

以及上文提到的劳动合同实施条例。

10.4 经济补偿、赔偿金的计算方式

要了解计算方式，首先需要了解什么情况下劳动者才能获得这两金

法律法规

劳动合同法

第四十六条有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- （一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- （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。

根据上述条文可知，可以领取经济补偿金的范围原则上只限于上述情况，而上述各款本章均有所涉及，因此不再赘述。

1、计算方式

经济补偿金 = 工作年限（不满半年算 0.5，超过半年不满一年算 1）× 工资基数

经济赔偿金 = 2 × 工作年限（不满半年算 0.5，超过半年不满一年算 1）× 工资基数

法律法规

劳动合同法

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。

法律法规

劳动合同法

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。

2、怎么计算工作年限

一般来说工作年限就是劳动者在一家公司工作的年限，劳动者在证明自己的工作年限时，**原则上只需证明自己开始用工的期限**，劳动关系何时解除/终止是公司的证明责任，当然有时劳动者为了其他的目的也可以证明劳动合同是如何，何时解除/终止的，如被公司非法辞退或者主张被迫解除劳动合同时。

但在特殊情况下，劳动者非因本人原因从原用人单位被安排至新用人单位工作时，可以主张合并计算在这两家单位的工龄。

法律法规

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）

第四十六条劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依据劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

- （一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；
- （二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；
- （三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；
- （四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；
- （五）其他合理情形。

由此可见合并计算工龄的关键是证明“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”。

如何证明“仍在原工作场所、工作岗位工作”？

从法学理论上讲，在解释法条时不仅要从文义解释的角度出发，还要考虑立法的目的以及如何解释能与整个法条的价值相统一，比如虽然该条明确说“符合下列情形之一的，应当认定……”，但这并不意味着只要劳动者能够证明他前后入职的两个公司租的办公场地都是同一间（虽然实践中这种情况几乎不可能发生），就能够合并计算工龄，该四十六条的立法目的是**规制公司利用优势地位减少劳动者工龄从而减少补偿金**。因此本款的实践应用场景更多的是**劳务派遣的劳动者长期在同一用工单位工作但用人单位经常更换**的情况，此时劳动者可以通过以下方式证明“仍在原工作场所、工作岗位工作”：

1. 一般常态性的劳务派遣中，劳动者与用人单位签订的劳动合同都会约定用工单位，此时劳动者出具两份劳动合同即可
2. 劳动合同没有写明的，劳动者可以通过举证两段劳动关系期间都在同一用工单位工作来证明，即证明在两段劳动关系期间都受同一用工单位管理

如何证明“用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动”？

本款是劳动者适用该条最常见的情况，在该司法解释没出之前，该情形是适用原法律条文最直接的情况

法律法规

劳动合同法实施条例

第十条劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，新用人单位在依法解除、终止劳动合同计算支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

劳动者在适用本款时一般只需提供原用人单位相关领导“组织委派、任命”的录音、聊天记录即可，当然有原用人单位盖有公章的通知最好。

如何证明“因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动”？

用人单位合并、分立的证据可以通过企查查、钉钉企典等软件查询，一般是在“变更信息”板块。

如何证明“用人单位及其关联企业及劳动者轮流订立劳动合同”？

适用该款的关键是如何认定关联企业，**关联企业一般通过业务关联、人事关联、财产关联三个维度判断。**

业务关联是指，企业的生产经营活动必须由另一企业提供的特许权利（包括工业产权、专有技术等）才能正常进行的；或者企业生产经营购进原材料、零配件等（包括价格及交易条件等）是由另一企业所控制或供应的；或者企业生产的产品或商品的销售（包括价格及交易条件等）是由另一企业所控制的；或者具有对企业生产经营、交易具有实际控制的其他利益上相关联的关系，包括家族、亲属关系等。

人事关联是指，人事关联企业的董事或经理等高级管理人员一半以上或有一名常务董事是由另一企业所委派的。

财产关联是指，相互间直接或间接持有其中一方的股份总和达到 25% 或以上的；或者直接或间接同为第三者所拥有或控制股份达到 25% 或以上的；或者企业与另一企业之间借贷资金占企业自有资金 50% 或以上，或企业借贷资金总额的 10% 是由另一企业担保的。

要证明以上情况，最直接的方式就是申请法院调取工商内档，但其中一些信息，如财产关联的股权关系，用企查查、钉钉企典等软件就可以查得到。

计算工作年限的限制

根据《劳动合同法》第四十七条的规定，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。

也就是说对于高工资的劳动者，不仅在工资基数的计算上有限制，对工作年限的计算也

有限制。

3、怎么计算工资基数

计算工资基数的前提是要证明自己的工资，原则上是，有约定或实际上发的比约定少时按合同约定，无约定或实际上发的比约定多时按照实际发的，既没有约定也没有实际发过工资的，就比较难证明，但这种情况，如果成功证明了和公司存在劳动关系，仲裁委和法院也不会因为劳动者无法证明应该发多少工资而认定公司不应该发工资的，一般的处理情况是适用最低工资标准或采取同工同酬原则综合认定。

在证明自己工资的基础上将离职前十二个月的工资加起来求平均值，如果离职前没工作满十二个月的，就按照实际的月份算平均值

我们劳动者在主张经济补偿金时建议按照最多的计算方式主张，即工资基数是所有的应发工资，既包括基本工资，也包括补贴、绩效等收入，这一主张是具有法律依据的。并且在仲裁/诉讼中，我们主张多了仲裁委/法院会核减到正常值，但如果主张少了他们也不会帮我们加上去，所以建议往多了算。

法律法规

劳动合同法实施条例

第二十七条劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者**应得工资**计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前 12 个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满 12 个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

实践中比较有争议的是，加班费是否要算进去，其中认为加班费属于补偿金工资基数的地区有北京、杭州、深圳、江苏等。

法律法规

北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答

第二十一条第四款在计算劳动者解除劳动合同前十二个月平均工资时，应当包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。其中包括正常工作时间的工资，**还包括劳动者延长工作时间的加班费**。劳动者应得的**年终奖或年终双薪**，计入工资基数时应按每年十二个月平均分摊。《劳动合同法》第四十七条规定的计算经济补偿的月工资标准应依照《劳动合同法实施条例》第二十七条规定予以确定；《劳动合同法实施条例》第二十七条中的“**应得工资**”包含由个人缴纳的**社会保险和住房公积金以及所得税**。

法律法规

杭州市中级人民法院民事审判第一庭关于印发《杭州地区法院审理劳动争议案件若干实务问题的处理意见（试行）》

第十四条劳动者解除劳动合同前十二个月的平均工资水平应按照劳动者每月应发工资数额计算。个人应负担而由用人单位代扣代缴的个人所得税、社会保险费等不予扣除。**加班工资等不固定的收入不予扣除。**

法律法规

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引

第九十七条在计算经济补偿或赔偿金时，劳动者解除劳动合同前十二个月平均工资，除包括正常工作时间的工资外，**还包括劳动者的加班工资**。劳动者已领取的年终奖或年终双薪，计入工资基数时应按每年十二个月平均分摊。用人单位因未在用工之日起一个月内签订劳动合同而按月向劳动者支付的二倍工资，其中加付的一倍工资不纳入经济补偿或赔偿金的计算基数。

法律法规

关于印发江苏省劳动人事争议疑难问题研讨会纪要的通知

第十条经济补偿的月工资是指劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资，是否包含加班工资、年终奖或季度奖？

劳动者在解除或终止劳动合同前十二个月内的**加班工资**、年终奖、季度奖应当作为计算平均工资内容。但年终奖、季度奖应当分摊计算至相应的月份，分摊计算后，**如果不在劳动合同解除或终止前十二个月内的，不宜作为计发数额。**

不认为加班费属于补偿金工资基数的地区有四川、上海等。

法律法规

四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发〈关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答〉的通知

第二十九条《劳动合同法》中规定的经济补偿金及二倍工资计算基数按照劳动者正常工作状态下十二个月的应得工资计算，即未扣除社会保险费、税费等之前的当月工资总额，**但不应包括：（一）加班工资；（二）非常规性奖金、津补贴、福利。**

法律法规

上海高院民事法律适用问答

第五条有的法院反映，一些用人单位加班已成为常态，劳动者的劳动报酬一般由最低工资和加班费组成，如在确定经济补偿金计算基数时不将加班费计算在内，则可能导致用人单位支付的经济补偿金过低的问题。我们认为：

第一、经济补偿从性质上看系用人单位与劳动者解除或终止劳动关系后，为弥补劳动者损失或基于用人单位所承担的社会责任而给予劳动者的补偿，**故经济补偿金应以劳动者的正常工作时间工资为计算基数。**

第二，加班工资系劳动者提供额外劳动所获得的报酬，不属于正常工作时间内的劳动报酬。

第三，从原劳动部《关于贯彻中华人民共和国劳动法 > 若干问题的意见》第 55 条和《劳动合同法实施条例》第 27 条规定来看，也应认为经济补偿金不包含加班费。综上，我们认为在计算经济补偿金计算基数时不应将加班工资包括在内。

如有证据证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目计入加班工资，以达到减少正常工作时间工资和经济补偿金计算标准的，则应将该部分“加班工资”计入经济补偿金的计算基数。

离职前十二个月没有正常工作怎么算工资基数？

有些情况，比如公司停工停产、劳动者被要求待岗、或者劳动者因患病在医疗期内导致劳动者离职前十二个月的工资是低于正常工资的，此时依据这样的工资计算补偿金很明显对劳动者不利，实践中有一些法院认为，即使存在这种情况，也要严格地以离职前十个月平均工资计算补偿金，如（2022）鲁 02 民终 6574 号，如果这段时间劳动者未提供劳动，公司也未支付劳动报酬的话，有些法院会根据最低工资标准来计算补偿金，如（2019）沪 02 民终 8419 号和（2021）京 02 民终 11234 号等。

但也有的地区裁判规则会倾向于认为，计算经济补偿金的“离职前十二个月平均工资”不包括非正常工作时间，如浙江、东莞等地。

法律法规

浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）

第十一条劳动者解除或者终止劳动合同前十二个月包含医疗期等非正常工作期间，且在该期间内用人单位未支付正常工作工资的，经济补偿基数应如何确定？

答：《劳动合同法》第四十七条第三款规定的“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”，应理解为劳动合同解除或者终止前劳动者**正常工作状态下十二个月的平均工资，不包括医疗期等非正常工作期间。**

法律法规

东莞市中级人民法院、东莞市劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会会议纪要

第二条第五款在计算解除或终止劳动合同经济补偿金或赔偿金基数 (即劳动者离职前 12 个月的月平均工资) 时:

- (1) **对劳动者非正常出勤月份的工资一般予以剔除。**正常出勤月份是指当月正常工作时间满勤, 且对劳动者非正常出勤一般不区分原因。
- (2) 对支付周期超过一个月的劳动报酬, 如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪等, 应包含在内计算, 如果查明该笔款项确实属于劳动者离职前 12 个月期间发生的 (而非仅凭支付日期认定), 应当按发生周期进行折算。

2008 年之前就在公司工作到现在的补偿金计算方式

《劳动合同法》是 2008 年 1 月 1 日颁布实施的, 如果劳动者工作年限跨越 2008 年前后, 计算经济补偿时需要分段计算。2008 年之后的计算方式, 年限和基数都按照上述内容确定, 2008 年之前的内容都按照关于印发《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的通知确定, 也就是我们常说的 481 号文, 因为该文的法律规定比较零星, 所以我们用一张图来概括 481 号文的规定, 总的来说就是工龄原则上每工作一年支付一个月工资, **由用人单位提出的协商一致解除劳动关系和因劳动者不胜任工作被辞退的, 有十二个月的上限;**工资基数原则上和 2008 年之后的计算方式相同, 因医疗期满仍无法从事工作、客观情况发生重大变化辞退和因破产或生产经营严重困难而裁员时, **若个人平均工资低于企业平均工资的, 适用企业平均工资。**

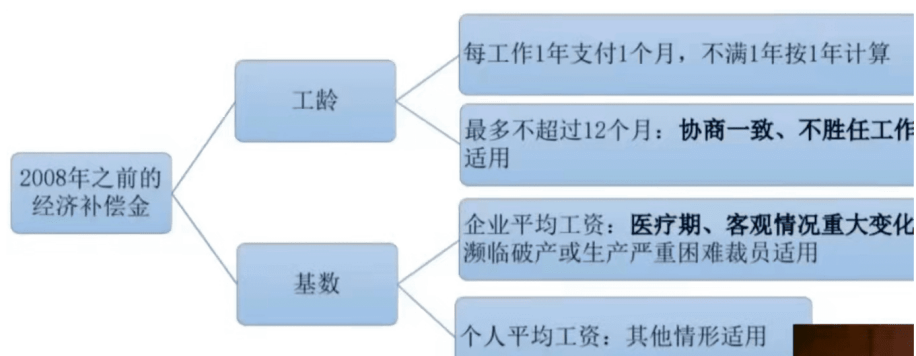


图 10.4: 581 号文

4、经济补偿、赔偿金的税收问题

简单来说, 就是经济赔偿、补偿金数额小于工作地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分, 免征个人所得税, 超过部分就按照个人所得税的税率缴纳, 绝大部分劳动者都不会超过。

法律法规

关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知

第五条关于解除劳动关系、提前退休、内部退养的一次性补偿收入的政策

(一) 个人与用人单位解除劳动合同关系取得一次性补偿收入(包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费),在当地上年职工平均工资3倍数额以内的部分,免征个人所得税;超过3倍数额的部分,不并入当年综合所得,单独适用综合所得税率表,计算纳税。

10.5 公司先解散部门、撤销职位，再调岗，该怎么办？

编者的话

先调岗，再开除几乎成为 hr、公司法务百试不爽的一招，凭借这招，公司不但可以单方开除员工，还可以避免支付 n+1 的补偿金。但是劳动者还是有应对的办法，如果遇到本文这种情况，你需要结合本文的建议灵活地应对公司的辞退行为，收集好证据，便于之后仲裁。

1、公司是如何无代价辞退你的

如果劳动者没有任何过错，公司想要单方辞退的话，至少需要支付 n 或 n+1 的经济补偿金，甚至还可能支付 2n 的违法辞退经济赔偿。为了降低违法成本，很多公司的老板学会了先调岗再辞退，这样他们就可以 0 成本辞退劳动者，这招的具体流程如下：

1. 先解散劳动者所在部门或取消劳动者岗位。比如项目取消、公司经营结构调整等。然后为劳动者安排新岗位，看劳动者要怎么办：
 - 劳动者不去新岗位报到，就以旷工为由辞退 仲裁诉讼存在认定单位系合法开除的可能
 - 劳动者去新岗位报到，就通过提高绩效标准、增加工作量等方式变相降低待遇，由此迫使劳动者主动离职

公司设计的套路一环到一环，不弄清其背后的逻辑和法律依据就没法应对。

2、解析公司的套路

我们首先需要清楚公司这一操作的背后逻辑和法律依据是什么，这样才能做好充足准备。

第一，先制造“不得不调岗”的客观情形，以此压缩劳动者的协商空间，使劳动者必须同意公司调岗要求。

这里的法律依据是法院会认可公司拥有自主用工权，公司可以在有需要时依照法律要求调整劳动者岗位。所谓的“有需要时”就是“原岗位因客观情况不存在，必须调岗”的情况。裁撤部门、项目取消属于生产经营的范围，不需要经过员工同意。公司作出相应决定后，法院会认为不能为了员工就业而干涉公司经营上的自主决定，但也尽可能要维系劳动者和公司的劳动关系，因此此时唯一的选择就是“调岗”。

即使公司提出的“裁撤部门、项目取消”等理由是编造的，公司只需要出具几份会议纪要就可以创造足够充分的证据证明这一原因是真实的。所以公司可以轻易地创造出必须调岗的前提条件。

第二，公司的调岗行为是表面合法的，不降低薪资待遇的，这使得劳动者在拒绝调岗时理亏。

依据《劳动合同法》的规定，调岗属于变更劳动合同，必须要劳动者同意。但是因为公司铺垫了第一步，从而使得调岗变成“不得不调岗，否则劳动关系无法维系”，由此劳动者必须接受调岗。不过为了保护劳动者，法院裁判时对此做了限制，公司虽然有权调岗，但是不得出现下列情形：

- 薪资待遇存在降低
- 调岗后的工作跨度过大，劳动者不能胜任，比如从销售岗调到会计岗。
- 调岗具有侮辱性、惩罚性，比如让工程师去当保安。（注：我们认为这是一种基于目前生产关系而产生的侮辱性。）

只要没有出现上述情形，公司的调岗行为就可能认定是合法的。仲裁员、法官作为中立的裁判者会认为现在情形属于“不得不调岗”+“公司给出了很合理的调岗方案”。不过调岗这事如人饮水、冷暖自知，裁判者的认知很可能是偏离实际的。

第三，借助法律漏洞，利用《劳动合同法》第四十条第三款来调岗，但不按照第四十条来支付 $n+1$ 的经济补偿金，而是用 39 条的“违反公司规章制度”“拒绝到新岗位报到 = 旷工”来进行开除，从而无需支付劳动者补偿金。

法律法规

《劳动合同法》

第四十条

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

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

（根据劳动合同法第 46 条，除代通知金外，用人单位还应当按照 n 的标准支付经济补偿）

劳动者通常面对公司的单方调岗时，认为调岗必须经过自己同意，自己继续在原岗位正常上班就可以了。但是当劳动者选择正常上班后，公司以劳动者“不去新岗位报到，旷工 x 天，严重违反规章制度”为由将劳动者开除。劳动者本以为此种情况属于违法辞退，但是有的法官竟然认定此种情况属于合法开除。

问题就在于经过第一步和第二步的铺垫，公司争取到了“情理”和“法理”上的优势。首先法院认为公司经过调整后，原先的劳动关系已经无法继续履行，想要劳动关系维系就必须调岗。其次，公司给出了薪资待遇持平的、合理的新岗位，那么公司就属于积极维系劳动

关系，**劳动者应当接受配合**。最后，劳动者不配合公司的合理调岗，那么公司开除劳动者就属于合法合理了。

第四，就算劳动者接受了调岗方案，但是公司如果执意想赶你走的话，那也有办法。

公司可以通过提高绩效要求、增加工作量等方式变相降低你的薪资待遇，甚至给你穿小鞋恶心你，逼迫你自离。**很多劳动者都知道单位安排调岗的目的在于日后通过变相降低待遇的方式逼我离职，那我还不如解除劳动关系，拿经济补偿金走人。**但是我们不能继续在原岗位上班，公司已经通过前三步的安排堵死了这条路。同时我们也不能主动离职，劳动合同法第 40 条的 $n+1$ 情形只适用于公司的单方辞退，不适用于劳动者主动要求。

3、案例分析

我们可以来看北京的一个案例，都是涉及公司采用上述方法进行开除员工。

首先，我们先介绍一下北京的地方性规定：

法律法规

《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》

哪些情形属于《劳动合同法》第四十条第三项规定的“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”？

北京高院、北京市仲裁委：

“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”是指劳动合同订立后发生了用人单位和劳动者订立合同时无法预见的变化，致使双方订立的劳动合同全部或者主要条款无法履行，或者若继续履行将出现成本过高等显失公平的状况，致使劳动合同目的难以实现。

下列情形一般属于“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”：

- (1) 地震、火灾、水灾等自然灾害形成的不可抗力；
- (2) 受法律、法规、政策变化导致用人单位迁移、资产转移或者停产、转产、转（改）制等重大变化的；
- (3) 特许经营性质的用人单位经营范围等发生变化的。

按照该规定，**公司主张的部门裁撤、项目变动并不属于“客观情况重大变化”，并不应当适用《劳动合同法》40 条**。在中广公司与阿昊劳动争议一案中（2022 京 01 民终 10176 号），法院认为“用人单位内部的项目部裁撤不属于‘劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化’，故中广公司以阿昊拒绝调岗为由提出解除劳动合同存在不当。”

但是同样是在北京、同样在 2022 年，也有的判例无视该规定，认定用人单位有权安排调岗，劳动者必须积极协商配合：

司法案例

(2022)京03民终8641号

阿杨与大汉公司劳动争议一案

阿杨曾与大汉公司存在严重争议。2021年4月23日公司班组调整（组织架构调整）。双方一致认可组织架构调整后阿杨所在的电工班取消了。阿杨拒绝公司提出的调岗方案，继续在原工作职责范围内的配电室工作、值班，履行部分工作职责。大汉公司以阿杨连续旷工，严重违反公司规章制度为由解除了劳动关系。

一审法院认为，大汉公司提交的财务审计报告及产量下滑情况统计足以证明其公司业务萎缩，公司生产经营状况发生显著变化，基于此，大汉公司根据其自身经营状况进行了组织架构优化调整。法院认为，企业作为市场经济活动的主体，根据市场供需调整生产经营内容是其生存和发展的基本手段，也是市场经济对社会资源进行合理配置的必然结果，企业根据生产经营所需对其职工工作岗位及工作内容进行调整是用工管理权和自主权的体现，职工应当尊重企业的合理调整，服从企业工作安排。阿杨在组织架构调整后工作内容并未明显变化、相应薪资待遇并未明显降低，阿杨主张2021年5月工资差额即为加班工资的减少，企业根据生产经营任务来安排员工加班，在生产经营任务显著减少的情况下，少安排、不安排员工加班，属于企业行使经营自主权的表现。

对于阿杨的行为，法院认为如劳动者对调整工作岗位有异议，应当采用协商的方式解决，而不应当以消极怠工的方式进行抑制或对抗。大汉公司多次通知阿杨参加公司早会，阿杨在收到通知的情况下，拒绝参加早会。……通过以上可知，阿杨对于公司调整架构、减少其加班时间一直是拒绝状态，再加之其明知自己工作内容包括三个方面，却一直在上班时间只呆在配电室，不进行正常的巡检、数据记录和维修工作，可以认定其未服从公司工作安排，消极履行工作职责，明显违背一个劳动者应当向用人单位履行的勤勉忠实义务。据上所述，大汉公司调整阿杨所在班组以及增加早会安排并无不当，阿杨对班组调整前后的工作岗位理解存在偏差，并以拒绝接受调岗为由不参加早会、只呆在配电室、不进行巡检及维修工作的理由难以成立。大汉公司以阿杨严重违反劳动纪律、规章制度为由与阿杨解除劳动关系，并无不当。

法律分析

不过，并不是每一起“裁撤岗位 + 调岗”型劳动争议都会认定公司属于合法解除。有的法官会认定公司应当支付2n非法辞退赔偿或n+1补偿。但是，部分法官根据2020指导案例1-14认为公司有权基于生产经营需要合理地单方变更劳动合同，劳动者必须积极配合。（详情见下）他们进而认为：“公司有权单方变更 劳动者必须配合 劳动者不配合则有过错 公司以39条开除劳动者合法”。这样的理解是法律理解错误、法理应用错误，这些法官、仲裁员无视了劳动合同法40条更适合上述情景，而40条规定的则是“协商未能达成一致，公司可以支付经济补偿金 + 解除劳动关系”。

而且指导案例1-14也存在原则性问题，一定程度上违背了《劳动合同法》的立法思想。

当必须调岗且劳动者不满意公司给出的调岗方案时，不能错误地认定如果公司给出了所谓合理方案，那么劳动者就必须接受。必须调岗的原因在于“客观情形变化”，这毕竟不是劳动者造成的，更多情况是劳动者为了适应公司的经营变化而不得不放弃原来劳动岗位。所以 40 条给出的指导思想是当劳资双方协商不能达成一致时，用人单位“可以”支付补偿金 + 解除劳动关系。40 条中的规定是“可以”，也就是没有强制公司在协商不成的情况下必须支付经济补偿金 + 解除劳动关系，这是因为法律为劳资双方留下进行其他选择的空间，比如资方还可以支付比 $n+1$ 还多的经济补偿金。但曲解法条的法官就认为公司可以给 $n+1$ ，还可以以“旷工”为由开除“给脸不要”的劳动者。这合理吗？

指导案例 1-14

用人单位如何行使用工自主权合法调整劳动者的工作岗位和地点

基本案情

孙某于 2017 年 8 月入职某模具公司，双方订立了无固定期限劳动合同，约定孙某的工作地点为某直辖市，岗位为“后勤辅助岗”，具体工作内容为“财务、预算管理和其他行政性工作”。双方还约定：“模具公司可以根据生产经营的需要，对孙某工作岗位、工作内容及工作地点进行调整。”入职后，孙某被安排在模具公司位于某城区的开发中心从事财务人事等辅助性工作。2019 年 7 月 1 日，基于公司生产经营和管理需要，为减轻各中心的工作负担，模具公司将各中心的财务工作统一转回公司总部的财务处统一管理。为此，孙某办理了开发中心全部财务凭证的交接，模具公司与孙某沟通协商，提出安排其到开发中心其他岗位工作，但均被孙某拒绝。后模具公司安排孙某到位于相邻城区的公司总部从事人事相关工作。7 月底，孙某要求模具公司将其调回原工作地点原岗位工作，双方由此发生争议。孙某向劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）申请仲裁。

申请人请求

要求模具公司按原工作地点及原工作岗位继续履行劳动合同。

处理结果

仲裁委员会裁决驳回孙某的仲裁请求

案例分析

本案的争议焦点是模具公司对孙某调整工作岗位和工作地点是否属于合法行使用工自主权。《中华人民共和国就业促进法》第八条规定：“用人单位依法享有自主用人的权利。”用人单位作为市场主体，根据自身生产经营需要而对劳动者的工作岗位、工作地点进行适当调整，是行使用工自主权的重要内容，对其正常生产经营不可或缺。但同时，用人单位用工自主权的行使也必须在相关法律和政策的框架内，符合一定条件和范围，如用人单位须对岗位或工作地点的调整作出合理说明，防止用人单位借此打击报复或变相逼迫劳动者主动离职，也即防止其权利的滥用。仲裁和司法实务中，岗位或工作地点调整的合理性一般考虑以下因素：1. 是否基于用人单位生产经营需要；2. 是否属于对劳动合同约定的较大变更；3. 是否对劳动者有歧视性、侮辱性；4. 是否对劳动报酬及其他劳动条件产生较大影响；5. 劳动者是否能够胜任调整的岗位；6. 工作地点作出不便调整后，用人单位是否提供必要协助或补偿措施等。本

案中，双方在劳动合同中约定孙某的工作岗位为“后勤辅助岗”，该岗位不属固定或专业岗位；模具公司根据生产经营需要，适当调整孙某的工作岗位、工作内容及工作地点是基于财务统一管理需要，对孙某并无针对性；同时，该工作地点和工作内容的调整模具公司亦与孙某进行了沟通协商，给出了包括在原工作地点适当调整岗位等多种选择方案，体现了对孙某劳动权益的尊重；且调整后的人事岗位与孙某的原先岗位性质相近，孙某也完全能够胜任；最后，孙某调整后的工作地点也处于交通便利的城区，上下班时间虽有所增加，但该地点变更不足以认定对其产生较大不利影响，对其劳动权益也构不成侵害，故依法驳回孙某的仲裁请求。

典型意义

在市场经济条件下，用人单位因生产经营需要而调整变化属正常现象。法律允许用人单位根据自身生产经营需要，合理调整劳动者的工作岗位及工作地点，不仅有利于维护用人单位发展，也有利于劳动关系稳定。需要注意的是，如果支持用人单位对岗位或工作地点进行不合理调整必然侵害劳动者合法权益，劳动者可依法请求继续履行劳动合同或补偿工资差额等。《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”对于用人单位来说，在生产经营或管理调整时，首先应当选择与劳动者充分协商，尽量通过变更或补充签订劳动合同方式完成调整；若未能协商一致，在基于用工自主权调整劳动者工作岗位或地点时，也要充分考虑劳动者的权益保障问题。作为劳动者，也应理解用人单位发展，在发生调整时，充分了解对自己权益的影响，积极与用人单位开展协商，共同寻求调整变化中的和谐。

更详细的讨论就不展开了，上述案例中**最关键的部分**就是“对于阿杨的行为，法院认为如劳动者对调整工作岗位有异议，应当采用协商的方式解决，而不应当以消极怠工的方式进行抑制或对抗。”针对这点，我们设计了相应的实操技巧，通过下述操作可以限制法官的裁判空间，使其依据更偏向劳动者的《劳动合同法》40条的立法思想进行裁判。

4、实操技巧

上文提到公司的第一步和第二步都是在令劳动者不得不接受调岗，铺垫好这两步公司就占据了绝对的主动。而我们的应对方法就是针对这点，**将重点放在调岗前的协商中，一方面积极配合公司进行协商，同时提出种种合理要求将协商导向失败，由此创造出《劳动合同法》40条中的n+1情形**。最后补充一个书面通知，建议公司依据《劳动合同法》40条支付经济补偿金，避免仲裁员、法官绕开40条进行裁判。

第一步，搜集公司解散部门合法性证据

前面提到，公司解散部门的理由必须要合理，符合法律规定的“客观情况发生重大变化”。那么首先我们可以搜集相关的证据来证明公司的解散部门、裁撤岗位的行为不符合法律规定。

实操建议

证据

证明目的：公司解散部门的理由不合法。

证据：相关会议记录、谈话录音，部门业绩良好的报告等等

有的时候，公司声称的经营调整只是辞退劳动者的借口，公司方提出的证据也是伪造的。但是针对这一点，我们通常很难搜集到有效的证据。因为，公司经营调整是公司自主经营的事项，编造证据相对简单，仲裁员、法官也难以判断真伪，所以他们也倾向于认可公司的主张。

第二步，判断公司是合法调岗，还是非法调岗

公司“裁撤 + 调岗”之所以难对付，很大一个原因是公司的调岗行为是合法的。如果公司的调岗直接就是非法调岗，那么我们还是按照一般的方式处理即可——正常在原岗位上班。然后根据后续事态变化采取相应行动：

- 公司要开除我们，我们就索要书面解除劳动关系通知书。只是口头开除就不理他，继续正常上班。
- 如果公司不提供劳动条件，比如不让打卡、踢出工作群和钉钉等等，那么我可以继续正常上班出勤，和公司耗着，直到对方出具书面辞退通知。和公司耗着的期间是可以拿到正常的工资的。而且公司的行为构成不提供劳动条件，我们不想耗着了，还可以被迫离职
- 如果我们手头有录音等证据可以证明对方曾进行过口头辞退，同时对方也作出了“撤销工位、不让考勤打卡、踢出工作群”等行为，那么我们也可以搜集相关证据即可。通过证据证明公司事实上已经辞退我们了。

我们可以拿着书面通知或事实性辞退的证据，仲裁公司违法解除劳动关系，要求赔偿 2n。那么什么情形是非法调岗呢？非法调岗情形包括两种——形式违法和内容违法

调岗形式违法：

- 内部竞聘，竞聘失败则解聘
- 提供非本公司的岗位
- 公司明确表示拒绝协商，通过命令的形式要求我们去新岗位报到

调岗内容违法：

- 岗位带有侮辱性，比如办公室职员变保安
- 岗位完全不具有关联性，比如网络维护工变会计
- 岗位待遇有明显的降低。

如果公司的调岗属于合法调岗，我们直接拒绝调岗，继续在原岗位正常上班的话，会有败诉风险。此时应当依据第三步来应对。

第三步，与公司进行协商

公司在提出调岗时，虽然他们的目的是让我们不得不接受调岗，但是法律规定的形式却

是“协商”，而且我们如果想要依据 40 条拿到 $n+1$ 也必须搜集“协商了，而且协商不成”的证据。再次列出法条，请大家充分理解为什么“在原岗位正常上班”的应对方式存在风险，导致部分劳动者败诉。

法律法规

《劳动合同法》

第四十条

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

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

（客观情况发生重大变化，双方应当就劳动合同变更进行协商 原岗位不存在，无法在原岗位上继续工作 公司给出了合法调岗的方案，履行了协商义务 劳动者也必须积极协商，履行协商义务。）

这一步的操作比较困难，我们必须要和公司耗一段时间。对于公司来说，他只需要提出“合理的建议”，然后等待我们的回复。如果我们不同意，还拒不到岗，他就会开心地以旷工为由开除我们。如果我们同意了，那么我们就要按照公司的方案调岗。

但我们在协商过程中并不是完全被动的。我们需要尽可能提出我们的要求，使得公司的要求显得并没有那么合理。比如，对于新岗位有新的工资结构，那么我们可以提出新岗位可能的实际工资要低于旧岗位，由此提出争议。再比如，新岗位要求周休一天，我们可以提出今后会拒绝一切形式加班（这是完全合法的）。再比如，如果公司采取绩效制，我们可以要求前几个月应当有保底工资，以便于我们适应新工作。

当然，我们的要求也需要相对合理。比如我们要求大幅加薪，那么就必须要同时提出新岗位的工作过分繁重。同时我们一定要提出公司应当将许诺的一切优惠条件都以明确、书面的方式固定在变更后的劳动合同中。

按照上述方式进行操作，我们很可能遇到和公司一直协商、一直耗着，但是没法达成一致结果。这是很可能的，因为我们的目的就不在于协商成功，而在于达成 40 条的“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”。

最终我们可能两种结果：

我们通过谈判获得了待遇更好的新岗位，且以书面变更劳动合同的形式固定下来。那么，你若能接受，可以按照协商结果进行调岗。书面变更的形式也方便我们日后遇到争议时维权。

我们和公司之间协商一致不顺利，始终达不成一致意见，那也没关系，方便我们继续第四步。

第四步保持协商 + 书面通知 + 等待辞退

第三步会导致我们与公司之间的协商基本无法达成，我们的此时处境已经完全符合上文提到的《劳动合同法》第四十条。协商且无法达成一致持续三到五天后，我们需要发出一份

通知书，然后耐心等公司解除劳动关系就好了。

通知书内容：鉴于部门解散后，公司与本人始终无法就变更劳动合同达成一致，公司可以考虑依照《劳动合同法》第 40 条、第 46 条之规定，支付本人 xxx 元的经济补偿金。如果公司愿意继续与本人协商变更劳动合同事宜直到达成一致意见，那么本人也同意继续进行协商。

我们要以**书面形式**发出该通知书，并保留相关证据。微信、邮箱是书面形式。我们一定要注意，第四十条是用人单位单方解除的情况，**就算拖得再久，我们也不能单方提出离职，否则就是主动离职，一分补偿金都拿不到**。不过此时我们相对被动，我们只能带薪协商，和公司耗着，等公司辞退。

这一步的目的**不在于指望公司能按照我们说的支付经济补偿金，而在于在后续裁判中提交该证据，由此来提醒仲裁员或法官**。裁判员、法官看到该证据，便知道你提出了合理意见，但是公司不能接受，无法协商一致，那么就不应当按照裁判习惯支持公司开除我们，而是应当按照法条办事，判令公司支付经济补偿金。**通过积极配合协商 + 书面通知 40 条**的操作，我们后面去仲裁的话，胜算会增加。毕竟我们没有单纯拒绝调岗，而是一致在尝试协商，公司后面以“不去新岗位报道等于旷工”来开除我们，很有可能被认定为非法辞退。

其他情况

如果公司沉不住气，决定不发工资且超过发薪日一个月，那么我也可以被迫离职，也能拿到 n 的经济补偿金。

一般情况下，如果公司采取不让打卡、踢出群聊，撤销工位等消极对抗措施，那么此时公司已经构成事实性辞退/变相辞退。我们有两个应对方法。第一种保险的方法，和公司继续僵持，直到公司给出书面辞退通知。不想耗着了，可以收集公司不提供劳动条件的证据，然后被迫离职。第二种没那么保险的办法，直接对公司“不让打卡、踢出群聊，撤销工位”等行为进行留证，然后拿着证据仲裁公司非法辞退。

不过，我们这里的情况和一般情况**不一样**，需要多证明一个事项——**公司拒绝继续协商**。**仅仅是各种不让工作的行为还不构成事实性辞退**，因为此时原岗位已经不存在，我们现在在公司就是和公司协商，没有工作需要处理也是可能且合理的。必须要公司拒绝继续协商后，我们不但没有工作做，也没有和公司的协商空间时，才可以拿证据主张公司构成事实性辞退。**在搜集证据方面，我们要以各种方式向公司提出协商要求，然后搜集公司拒绝的证据**。当这种情况持续两三天，我们可以选择拿着证据去起诉非法辞退；也可以不停要求协商，继续和公司耗，直至公司书面辞退。

5、总结

相比败诉判例中的劳动者，上述方法的多了两点帮助我们拿到应得的补偿：

败诉劳动者的败诉原因往往在于直接拒绝调岗。我们应做的是积极与公司协商，用合理的理由把协商拖住。如果对方真的提出了过于优厚、无法拒绝的条件，我们就要求用书面的形式固定住。

我们通过**书面通知**的形式，提示公司和仲裁法院，协商无法达成一致的情况下，公司可以选择支付我们补偿金。当然公司要是选择继续协商，在劳动关系没有解除的前提下，我们

还是有工资拿。

这样我们就可以避免败诉理由中常见的“至于对工作内容的变更事宜有不同意见的仍可与公司进一步协商，而不应当无视公司的正常的考勤制度”

注意！期间一切口头和非口头的沟通都要留证。

注意！公司的最终目的是逼迫我们自离，我们要避免所有我们主动离职或主动要求协商离职的表示。

和公司僵持对质的时间很长，我们自己需要灵活应对，积极取证，保持信心。

第十一章 劳务派遣

目前国内劳务派遣单位可以分为三大阵营：

- 一是国有企业的事业单位，如各部委系统的人才交流中心、各地人事局、劳动局下属的人才交流中心及劳务派遣单位等。
- 二是外资人力资源服务商，比如各省市的外企服务公司。
- 三是民营劳务派遣单位，他们是完全市场化的经济组织，是此行业中最活跃的经济力量。

编者的话

但这三大阵营中不乏诸多非法牟利的黑派遣，特别是民营劳务派遣单位，所以对被派遣的劳动者来说，最好在被坑骗前了解清楚法律法规对于劳务派遣的相关规定，以便在出现劳动争议前能够提前绕道止损，在出现劳动争议时能够及时维权止损。

11.1 什么是劳务派遣？

11.1.1 劳务派遣简述

劳动派遣是指**劳务派遣单位（即用人单位）**与被派遣劳动者建立**劳动关系**，并将劳动者派遣到**用工单位**上班，被派遣劳动者在用工单位的指挥、监督下从事劳动的新型用工形式。

劳务派遣单位和用工单位与劳动者的关系

在劳务派遣中，**劳务派遣单位（即用人单位）**与劳动者是**劳动关系**而非劳务关系，而用工单位与劳动者只是**特殊管理与被管理关系**。

因为和用人单位不属于劳务关系而是劳动关系，所以劳动者**受劳动法保护**。

11.1.2 用人单位与用工单位的区别是什么？

用人单位

像是人力资源公司这类的公司就属于劳务派遣中的用人单位，也可以说是劳务派遣单位。一般用工单位会找这种人力资源公司，由人力资源公司来招劳动者，然后将劳动者分配到用工单位上班，同时发工资和缴纳社保的也都是这个人力资源公司，而不是用工单位。

用工单位

指在劳务派遣中，接受以劳务派遣形式用工的单位。用工单位根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣连续用工期限。

以上可以看出，用人单位与劳动者间是属于劳动关系，而用工单位与劳动者间则属于用工关系，所以像是发生工伤或是漏交社保的情况要找的是用人单位，因为此类事件和与劳动

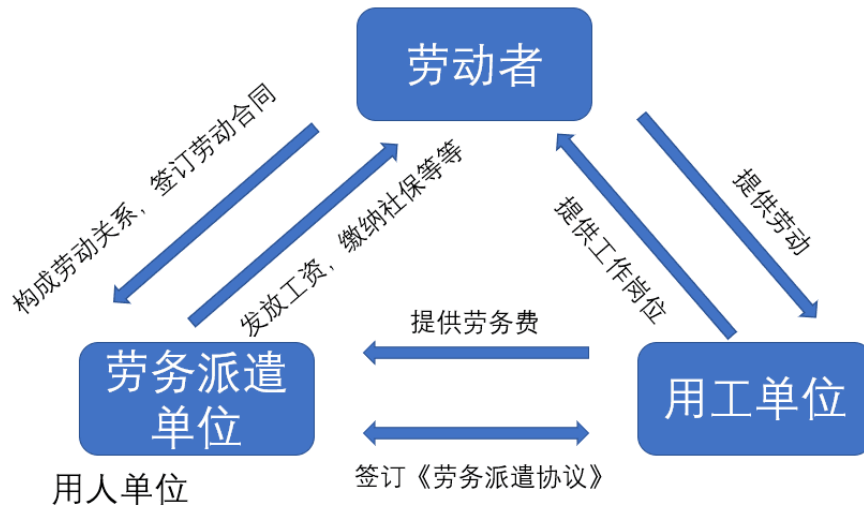


图 11.1: 劳务派遣三方关系图

者建立劳动关系的公司有关。

11.1.3 劳务派遣协议

1、什么是劳务派遣协议？

所谓劳务派遣协议是指劳务派遣单位（即用人单位）与用工单位就劳务派遣事宜签订的合同，可以参考上面那张图来理解。

另外，根据《劳务派遣暂行规定》第七条，劳务派遣协议应当载明下列内容：

- （1）派遣的工作岗位名称和岗位性质；
- （2）工作地点；
- （3）派遣人员数量和派遣期限；
- （4）按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式；
- （5）社会保险费的数额和支付方式；
- （6）工作时间和休息休假事项；
- （7）被派遣劳动者工伤、生育或者患病期间的相关待遇；
- （8）劳动安全卫生以及培训事项；
- （9）经济补偿等费用；
- （10）劳务派遣协议期限；
- （11）劳务派遣服务费的支付方式和标准；
- （12）违反劳务派遣协议的责任；
- （13）法律、法规、规章规定应当纳入劳务派遣协议的其他事项。

2、没劳动合同的情况下公司可以利用劳务派遣协议改变劳动关系吗？

如果在没有签订劳动合同的情况下劳动者上班的公司和其他公司签订了劳务派遣协议妄

图把本公司的劳动者变为其他公司的派遣劳动者是不被允许的，具体可参考下文案例。

司法案例

(2022)新28民终38号

在本案中，劳动者入职 A 公司后，A 公司虽然按时发工资，但是并没与劳动者签劳动合同，也没为劳动者缴纳社保。在入职几个月后 A 公司转而与 B 公司签订《劳务派遣协议》，该劳动者就在派遣名单中。最后法院认为 A 公司未提供证据告知了劳动者其与 B 公司系劳务派遣关系，且劳动者所从事的岗位是 A 公司主营业务的重要工作岗位，不是法律所规定的临时性、辅助性或者替代性的劳务派遣岗位，最后判决 A 公司与劳动者存在事实劳动关系。

11.1.4 劳务派遣这种用工形式一般从事哪些性质的工作？

劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

- **临时性**工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位。比如由于业务量临时突然增大或季节性用工等原因，导致短期内用工数量激增，之后劳动用工数量又恢复正常，为应对此种情形，用工单位增设临时性工作岗位，接受劳务派遣用工来满足短期大量的用工需求。不过需要注意的是将常设性工作岗位分解为几个不超过六个月的时间段分别进行劳务派遣是违法的劳务派遣。
- **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。主营业务岗位与非主营业务岗位相对应，在不同行业中的认定可能会有很大不同，法律并没有对哪些岗位属于辅助性工作岗位做出具体规定，而是授权用工单位决定使用劳务派遣用工的辅助性岗位。实践中，劳务派遣广泛应用的同时，出现了同一岗位存在劳动合同用工及劳务派遣用工混同的现象，甚至有的企业在看到劳务派遣用工优势后，逐步将主营业务的劳动合同用工也用劳务派遣用工来替代（如：个别生产型企业，将原有的劳动合同用工模式，转变为劳务派遣用工模式，工人还是在原来的工作场所进行之前的工作，只是身份进行了转变），所以为防止劳务派遣用工模式的滥用，《劳务派遣暂行规定》第三条规定对于使用劳务派遣用工模式的辅助性岗位应当经过民主及公示程序，一般也就是用工单位和劳动者开会讨论并且用签名确认等方式同意将某岗位设定为辅助性质的岗位然后再公示即可决定使用劳务派遣的辅助性岗位。所以这点用工单位的操作空间也是很大的。
- **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。替代性工作岗位属于常设工作岗位，与临时性工作岗位相对，之所以需要采用劳务派遣用工，是因为该岗位原有的劳动者需要脱产学习、休假等原因导致该岗位出现人员空缺，待这些原因消失原有的劳动者重返工作岗位后，劳务派遣用工即不再被需要。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

11.1.5 被派遣到的岗位不是法律规定可以使用劳务派遣的岗位怎么办？

综合上文，我们可以看到，虽然法律要求设立劳务派遣岗位要满足临时性、辅助性或者替代性岗位的其中一点，但是如果用工单位会操作，他们要做的也可能就是和本公司劳动者开个会把某个岗位设立辅助性岗位即可。

假如这些都没有，用工单位就是把劳动者安排到不符合法律规定的岗位上以劳务派遣的方式违法用工，比如将常设性工作岗位分解为几个不超过六个月的时间段分别进行劳务派遣的，我们也可以选择向劳动监察大队反映情况，不过如果单就这种情况选择劳动仲裁用工单位，那效果是非常有限的，因为劳动仲裁委很可能会认定这不属于《调解仲裁法》规定的劳动争议案件受理范围。

法律法规

《劳动合同法》第九十二条第二款

劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

11.1.6 合法的派遣单位需要满足什么条件？

经营劳务派遣业务应具备下列条件：

1. 设立劳务派遣的公司注册资本不得少于人民币二百万元（这部分要实际缴纳足额而非一般企业只需认缴即可）
2. 设立劳务派遣的公司必须具备开展业务相适应的固定的经营场所和设施
3. 设立劳务派遣的公司必须具备符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度
4. 设立劳务派遣的公司必须具备劳动行政部门的行政许可，经过许可的公司才能依法办理相应的公司登记。

若劳务派遣公司违反劳动合同法律规定，怀疑这些人力资源公司未经许可开展劳动派遣经营业务，[可以拨打 12333 向劳动监察大队咨询或者投诉。](#)

法律法规

《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》

附件：

暂不实行注册资本认缴登记制的行业：劳务派遣企业

法律法规

《劳动合同法》

第五十七条

经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

- （一）注册资本不得少于人民币二百万元；
- （二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；
- （三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；
- （四）法律、行政法规规定的其他条件。

经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

第九十二条

违反本法规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。

法律法规

《劳务派遣行政许可实施办法》

第六条

经营劳务派遣业务，应当向所在地有许可管辖权的人力资源社会保障行政部门（以下称许可机关）依法申请行政许可。

未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

11.2 什么情况下能主张和用工单位建立劳动关系？

本节分三种情况讨论在劳动仲裁时主张和虚假的用工单位存在事实劳动关系时，可能成功的情况。需要注意的是如果遇到这三种情况，在写劳动仲裁申请书时，虽然情况会比较复杂，但是这些都是劳动仲裁委需要进行判断的工作，我们只用在主张时写明：“请求裁决申请

人和被申请人 A（派遣单位）和被申请人 B（用工单位）存在劳动关系”即可，剩下交给劳动仲裁委判断。

11.2.1 没有资质进行劳务派遣

上一节的末尾中我们讨论了劳务派遣单位需要符合法律规定才能有派遣劳动者的合法资质，不过如果是没有资质的黑中介派遣劳动者到“用工单位”工作的情况下，和谁建立劳动关系就成问题了。目前的查找的案例中，共存在三种裁判观点：

第一种观点认为被派遣劳动者与派遣方之间形成劳动关系，与接受方不存在劳动关系。

参考案例：

（2018）鲁民再 907 号

第二种观点认为被派遣劳动者与派遣方不构成劳动关系，与接受方构成事实劳动关系。

参考案例：

（2018）川 1502 民初 1429 号

第三种观点应该比较少见，该观点认为被派遣劳动者与接受方之间形成雇佣关系，非用工关系或者劳动关系；与派遣方之间也未形成劳动关系。

参考案例：

（2017）豫民再 121 号

11.2.2 自派遣

指用人单位自己设立劳务派遣单位，由劳务派遣单位把劳动者派遣给本用人单位，或者派遣给本用人单位的子公司或分公司的行为。比如用人单位自己新成立一个劳务派遣公司，或者让自己旗下的某个下属公司摇身一变变成劳务派遣公司，然后让新进来的员工统统跟劳务派遣单位签订劳动合同，甚至打着人事改革、企业改制的旗号把老员工的劳动合同也改成劳务派遣合同，这就是自派遣。

虽然也有这种情况发生，不过法律也是明令禁止的，如果自派遣，那在实践中仲裁委也会支持劳动者和实际上班工作的假用工单位存在事实劳动关系的主张。

参考案例：（2016）豫民申 684 号

法律法规

《劳动合同法》

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。

用人单位自派遣，说到底主要还是为了省钱省事。和其他劳务派遣公司合作，还要支付一笔服务费用，自派遣则可以保证“肥水不流外人田”。不过现在要自派遣也没那么容易了，

因为法律法规已经把经营劳务派遣单位的注册资本门槛提高到了 200 万元，中小企业就是想这么干也有心无力。

那既然法律禁止用人单位设立劳务派遣单位，那用人单位能不能入股别的劳务派遣单位，或者和其他人一起合伙设立劳务派遣单位，然后再给自己派遣劳动者？

这种试图钻法律漏洞的做法，被《劳动合同法实施条例》第二十八条给堵上了。和上文一样，如果合伙设立派遣单位然后再派遣劳动者到本单位工作的，也会支持劳动者和实际上班工作的假用工单位存在事实劳动关系。

参考案例：（2014）鞍民一终字第 00667 号

法律法规

《劳动合同法实施条例》

第二十八条

用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于劳动合同法第六十七条规定的不得设立的劳务派遣单位。

11.2.3 违反“三性”的岗位

在本章第一节我们了解到劳务派遣的岗位一般要具备临时性、辅助性、替代性中的一种才行，但是实践中如果去到非这三性之一的岗位，除了去向劳动监察大队投诉外，在劳动仲裁主张和用工单位建立劳动关系的情况各地法院的裁判观点并不统一。

第一种观点认为：《劳动合同法》第六十六条对劳务派遣的适用岗位的规定是**管理性强制性规定**，就是说被派遣劳动者派遣到违反这三性的派遣岗位也**不会使得劳动合同和劳务派遣协议无效**，如果地方仲裁委持这样的观点，那想要主张和假的用工单位存在劳动关系是难以得到支持的。

参考案例：（2017）沪 02 民终 137 号（2016）粤 06 民终 6723 号

第二种观点认为：《劳动合同法》第六十六条对劳务派遣的适用岗位的规定是**效力性强制性规定**，就是说被派遣劳动者派遣到违反这三性的派遣岗位，**劳动仲裁主张劳动合同和劳务派遣协议无效，劳动者和假的用工单位存在劳动关系是能够被支持的**。

参考案例：（2017）鲁 02 民终 1744 号（2018）苏民监 257 号

法律法规

《劳动合同法》

第六十六条

劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；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。

用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。

法律法规

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会于 2018 年 7 月 18 日发布的《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》

第十八条

用工单位违反《劳务派遣暂行规定》的劳务派遣用工范围和用工比例的，由人力资源社会保障行政部门依法处理，**不影响劳务派遣合同的效力。**

法律法规

《汕头经济特区职工权益保障条例》

第三十一条

有下列情形之一的，视为用工单位已与被派遣职工建立劳动关系，用工单位应当与其订立劳动合同：（一）劳务派遣单位未与用工单位续订劳务派遣协议，劳动合同期满一个月后，用工单位继续使用该劳务派遣职工的；

（二）在非临时性、辅助性、替代性岗位使用被派遣职工的；

（三）临时性岗位使用被派遣职工超过六个月期限的；

（四）用工单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣职工的；

（五）因劳务派遣单位关闭、破产或者其他原因致使被派遣职工劳动合同终止或者解除，用工单位继续使用该被派遣职工的；

（六）其他违反法律、法规有关劳务派遣的禁止性规定行为的。

11.3 劳务派遣的社保缴纳

根据《劳务派遣暂行规定》第八条第四项规定：“劳务派遣单位应当对被派遣劳动者履行下列义务：……（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；……。”

依法应当由劳务派遣单位（用人单位）为被派遣劳动者缴纳社会保险，但有例外如下：

法律法规

《劳务派遣暂行规定》

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。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》

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。

其实谁为被派遣劳动者缴纳社保是可以由企业（用工单位）与劳务公司（用人单位）双方协商的，通常是在劳务派遣协议里约定出来，比如约定用工单位为派遣单位代缴社保的，不过无论如何协商都要有一方为被派遣劳动者缴纳社保。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》

第七条第五项

劳务派遣协议应当载明下列内容：

（五）社会保险费的数额和支付方式；

综上，如果用人单位和用工单位都未缴纳社保的，可以带上劳动合同（无劳动合同则需要劳动仲裁证明劳动关系）去社保中心或者税务局投诉。

11.4 劳动派遣工资待遇

编者的话

本章梳理劳动派遣工资待遇相关内容，脉络如下：

1. 工资发放和金额
2. 同工同酬原则和内容
3. 同工同酬的认定

11.4.1 工资发放和金额

1、劳动者有/无工作期间

法律法规

《劳动合同法》第五十八条

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二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。

- 被派遣劳动者有工作期间，由劳务派遣单位按月支付工资
- 被派遣劳动者无工作期间，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。

如果劳动者被退回派遣单位期间每月没拿到不低于当地最低工资标准的报酬，那可以以此为理由选择被迫解除劳动合同然后去劳动仲裁主张补齐少给的报酬和被迫解除劳动合同后应该支付的经济补偿金。被迫解除劳动合同的具体方法可参考第十章被迫解除劳动合同的内容或者本章第七节的第二小节。

2、跨地区派遣

法律法规

《劳动合同法》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。

法律法规

《劳动合同法实施条例》第十四条

劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行；用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

跨地区派遣劳动者的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按**用工单位所在地的标准**执行。

派遣单位（用人单位）注册地的有关标准，高于用工单位所在地（劳动合同履行地）的有关标准，且用人单位与劳动者**约定**按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

3、不得克扣和收取费用

法律法规

《劳动合同法》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。

- 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

如果收取费用是通过克扣工资的形式，那在搜集完证据后也可以选择以克扣工资为由被迫解除劳动合同，然后仲裁主张经济补偿金。

11.4.2 同工同酬原则与内容

1、同工同酬原则

法律法规

《劳动合同法》第二节第六十三条

被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照**同工同酬原则**，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。

比如，张三被劳动派遣到华为干保安，那张三应该和华为自家的保安（合同工），干相同的活挣相同的钱，待遇是统一的。这就是同工同酬。

但同工同酬这个原则基本停留在了法条层面，法条成为了具文。用工单位之所以采用劳动派遣工，本质是为了节约成本，还因为实务中，同工同酬的认定苛刻、举证较难。

所以实际中，派遣工和正式的合同工的待遇经常不一样，即便是去劳动仲裁主张同工同酬得到支持的概率也是非常低的。

不过值得注意的是，如果书面约定的工资高于和用工单位（相对与被派遣劳动者）建立劳动关系的劳动者，通常约定高出来的部分可能会是干满多少天后给的返费，然后用人单位要想逆向同工同酬，比如最后干满多少天后实际上给的工资里少了这部分返费的，也可以通过劳动仲裁的方式主张要回用人单位拖欠的这部分工资。如果劳动仲裁委员会认为你们之间这不属于劳动关系不受劳动法保护，因为有事先书面约定，所以也可以依照合同法的规定，去法院申诉主张回这笔返费。

参考案例：（2021）豫 0305 民初 1478

2、同工同酬的具体内容

同工同酬是指用人单位对于从事相同工作，付出等量劳动且取得相同劳绩的劳动者，应支付同等的劳动报酬。一般认为包括以下几个方面内容：

1. 男女同工同酬
2. 不同种族、民族、身份的人同工同酬
3. 地区、行业、部门间的同工同酬
4. 企业内部的同工同酬

同工同酬作为一项分配原则具有**相对性**，即使**相同岗位**的劳动者之间也有**各种差异**。

由于同工同酬的判断因素众多，因此实践中，认定劳动者所得报酬是否符合同工同酬，应当综合考虑劳动者的**资历、能力、经验、环境**等诸多因素予以认定。

司法案例

江西公布劳动人事争议十起典型案例之一

曾某于 1984 年分配到南丰县物资某公司工作，职务为营业员。公司改制，职工一次性获得安置补偿费用了断身份关系，后公司对原职工进行返聘曾某、周某超、胡某明等人。后南丰民爆某公司成立，并继受了江西省南丰县物资某公司员工。2009 年南丰民爆某公司任命周某超担任副总经理，胡某明担任副经理，周春林担任仓库主任，曾某为一般的仓库管理员。

2012 年周春林担任工会主席。2013 年周某超担任南丰民爆某公司执行董事兼经理、法人代表。2013 年 03 月至 2015 年 12 月期间，曾某工资明显低于周某超和胡某明的工资，于是曾某多次要求加工资。2015 年 12 月，南丰民爆某公司给曾某增加工资 200 元/月，但曾某不满意，要求按照**同工同酬原则**，享受与胡某明相同的工资待遇，并补发相应的工资待遇。后曾某以其在公司连续工作 33 年，工龄最长，工资却最低，多次要求公司加工资未果为由，申请仲裁，并诉至法院。

劳动者以工龄相同要求获得同等报酬，不符合同工同酬的原则。南丰县劳动人事争议仲裁委员会认为曾某的申请不符合受理条件，决定不予受理。曾某不服该裁决，诉至抚州两级法院，南丰县人民法院、抚州市中级人民法院**均未支持**曾某该诉请，驳回了其该诉讼请求。

本案中，胡某明系副经理兼安全管理技术员，曾某为一般仓库管理员，**工作岗位不同，工作内容不同**，从每星期值班时间看，**工作时间也不同，工资收入不同**。曾某以工龄相同要求与胡某明获得相同工资待遇，是对同工同酬的误解，因此不能获得支持。

11.4.3 同工同酬的认定

本小节用一些司法案例，梳理同工同酬原则在现实情况中的认定和阻力。

1、同岗不等于同工和同酬

实务中，法官往往会因为劳动者劳动产出的不同，判断同岗不等于同工同酬。

司法案例

徐州法院 2017 年劳动争议典型案例之一

魏某于 1991 年 12 月至华能公司的前身劳动服务公司上班，华能公司 2001 年 5 月成立，魏某继续在公司上班，从事仓库管理员的工作。魏某的养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、住房公积金均由华能公司缴纳。魏某于 2016 年 3 月申请劳动仲裁，要求和同岗位的其它员工同工同酬，支付欠发的工资和各类奖金等，后诉至法院。

法院审理后认为，**同工同酬并不是相同的岗位必然获得相同的报酬，即使岗位相同，劳动者自身的条件不同，劳动产出不同，待遇也不相同**。关于魏某主张苏能公司按照同工同酬

支付欠发的工资及奖金没有事实及法律依据，不予支持。判决驳回魏某的诉讼请求。

法院认为，同工同酬是指用人单位对从事相同工作，付出同等量劳动且取得相同劳绩的劳动者，应支付给同等的劳动报酬。同工同酬作为一项分配原则是相对的而不是绝对的，不能简单地理解为从事相同工作的人的工资数额应该相同。由于劳动者学历、资历、工作能力、熟练程度、工作职位、工作经验和工作年限等的差异，导致收入也应该有所差异，同时劳动者的劳动报酬与企业的考核制度也相关。同工同酬并不是相同的岗位，相同的报酬，因为即使岗位相同，劳动者自身的条件不同，劳动产出不同，待遇也不相同。

法院认为，同工同酬应当具备以下条件：

1. 劳动者的工作岗位，工作内容相同
2. 在相同的工作岗位上付出了与别人同样的劳动工作量
3. 同样的工作量取得了相同的工作业绩

2、同工同酬不等同于相同岗位等额薪酬

司法案例

北京市朝阳区法院 2011-2015 年度劳动争议典型案例之一

2011 年 7 月，陈某与某服务公司签订劳动合同。陈某被派遣至某电脑公司担任行政助理，年薪 84000 元。陈某主张因某电脑公司非派遣员工李某某离职，其于 2013 年 4 月接替了李某某的全部工作，但工资待遇远远低于李某某。2013 年 7 月，陈某与某服务公司的劳动关系到期终止，陈某与某电脑公司用工关系已结束。陈某诉至法院要求某电脑公司和某服务公司支付其工资差额。某电脑公司主张陈某和李某某的职位种类和级别不同：李某某为高级行政助理，后升为行政主管，而陈某为行政助理，属于 B 级职位，低于李某某的职位；陈某某与公司其他同级别员工薪酬待遇相当，甚至略高；陈某与李某某教育背景、工作经验、工作职位及工作能力不同，陈某与李某某做比较，没有事实依据。为此，某电脑公司提交了李某某的简历、陈某的简历及各自岗位描述等以证明其主张。

本案中，法院认为劳动者享有同工同酬的权利。但同工同酬只是相对的同工同酬，而非绝对的同工同酬。用人单位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。劳动者存在个体差异、能力水平、熟练程度等不可能完全一样。本案中陈某与李某某在入职时间、工作经验、职位及岗位职责、教育背景等方面均存在差异，因此不能说陈某与李某某属于同工的范畴。

法院认为：双方根据各方面情况，以《聘用意向书》和《劳动合同书》约定工资标准，不违反同工同酬的原则，且某电脑公司也提交了相同岗位其他员工的工资标准，陈某并不低于相同岗位其他员工标准。陈某接替李某某工作属于临时性的工作安排，在双方就此未对劳动报酬进行变更的情况下，陈某主张比照李某某的工资标准要求支付该段期间的工资差额，没有法律依据。故驳回了陈某要求支付工资差额的诉讼请求。

3、同酬并非是指工资数额完全一样

同工同酬并非是指工资数额完全一样，而是允许在同一工资区间内进行浮动。

司法案例

海门市人民法院劳动争议八大典型案例之一

沈某曾与某投资公司签订《劳动合同书》，合同约定了沈某工资，后来沈某发现另一销售潘某工资高于他，沈某认为公司未能做到同工同酬。原告曾提起仲裁未果，故诉至法院。

法院经审理认为，**同工同酬并非指劳动报酬的绝对统一**，用人单位综合考量各种因素，有权依法自主确定本单位职工的工资分配方式，可与劳动者协商确定不同的工资标准。

11.5 “劳动派遣”与“承揽”“外包”

编者的话

劳动者对于劳务派遣的法律认知越来越成熟，企业通过逆向派遣的方式规避法律风险的招数越来越难，因此也就滋生了一些本身没有派遣资质的公司，但是通过伪装外包的形式行派遣之实，俗称“假外包/假承揽，真派遣”——此类情形的案件一直呈增长态势，尤其是互联网行业和安保行业。作为劳动者，我们需擦亮双眼，辨别是非，为避免混淆，本章编者带领读者厘清与“劳动派遣”相近的概念“承揽”“外包”，脉络如下：

1. 为什么是承揽和外包
2. 承揽
3. 外包
4. 正确区分劳务派遣
5. 司法案例与实务认定

11.5.1 为什么是承揽和外包？

1、为什么用人单位要以承揽、外包等名义？

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

因为，承揽、外包，是常见的民事法律行为，属于民事范畴，受民法调整，发生在**平等主体**之间。而劳动雇佣关系，是管理与被管理、支配与被支配的关系，是具有从属性、隶属性，

是**非平等**的关系，受劳动法律调整。

根据以上原因，为了保护非平等劳动关系中的劳动者，劳动法律更加侧重保障劳动者权益，公司企业需要为劳动者付出更多的成本。

所以，用人单位也会以承揽、外包为名义，挂羊头卖狗肉，**以民事行为作为名义，行劳动雇佣之实**，目的就是为了把**不平等的劳动关系**伪装成**平等的民事关系**，来规避用工单位的责任、减少用人成本，这无疑损害了劳动者权益。

如何理解这里的平等与不平等呢？请看下文。

2、民事关系的平等

民法是规定调整平等主体之间人身关系和财产关系的法律规范的总称。

一家单位，从事民事活动的时候，与其他的平等主体，订立承揽合同、外包合同，双方都是平等的，双方都是民事主体。

民事法律中，平等主体有：自然人、法人、非法人组织。

生活中，大众生活口语常说的“法人”，其实指向的是自然人，诸如法定代表人、法人代表等等这些“大活人”，但“法人”其实不是真正意义上的人。



图 11.2: 生活话语中的“法人”

作为最常见的劳动雇佣关系中的主体，一般公司企业就是法人——盈利法人：以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。

上述主体，从事民事活动，在很多方面也会像自然人类似。于是法律会把公司拟制成“人”——叫“法人”，营利法人经依法登记成立，是**法律层面拟制**的人。打个比方，公司决策机构就是法人的头，执行部门相当于这个法人的手，运输部门相对于法人的脚，媒体宣传部门就相当于这个法人的嘴巴，公司的财产资金就是这个法人的钱……

譬如，五四公司想装修办公室，欲刷墙、铺地板，找到装修师傅张三。公司代表以公司名



图 11.3: 公司法人

义和张三平起平坐，讨价还价，达成合意，签订合同。此处合同双方就是上图狗头的企业法人与自然人张三，双方都是独立的、自由的民事主体，双方本着平等、公正、自愿、诚信的原则，根据民事法律，互利互惠订立合同，双方不存在管理和服从的关系，不存在从属性。

3、劳动关系的不平等

关于劳动关系的从属性，前文有单独章节详细阐述，在此只举例帮助理解。

依旧是五四公司，五四公司现在变成一家装修公司，五四公司想雇佣一个装修工人，于是雇佣装修师傅张三，双方签订了劳动合同。此时，五四公司和张三不再是平等的民事主体，而是变成了整体和部分的关系，张三成为公司内部部门的一员，接受公司的管理和支配，接受公司的工作安排，双方关系具有从属性，所以不再是完全平等的了。

11.5.2 承揽

本小节对于承揽进行简单介绍。

1、承揽简介

情景例子

五四公司装修办公室，欲刷墙、铺地板，找了装修师傅张三，双方讨价还价，最终约定了价钱，张三出色完成工作，五四公司验收后把钱给张三。

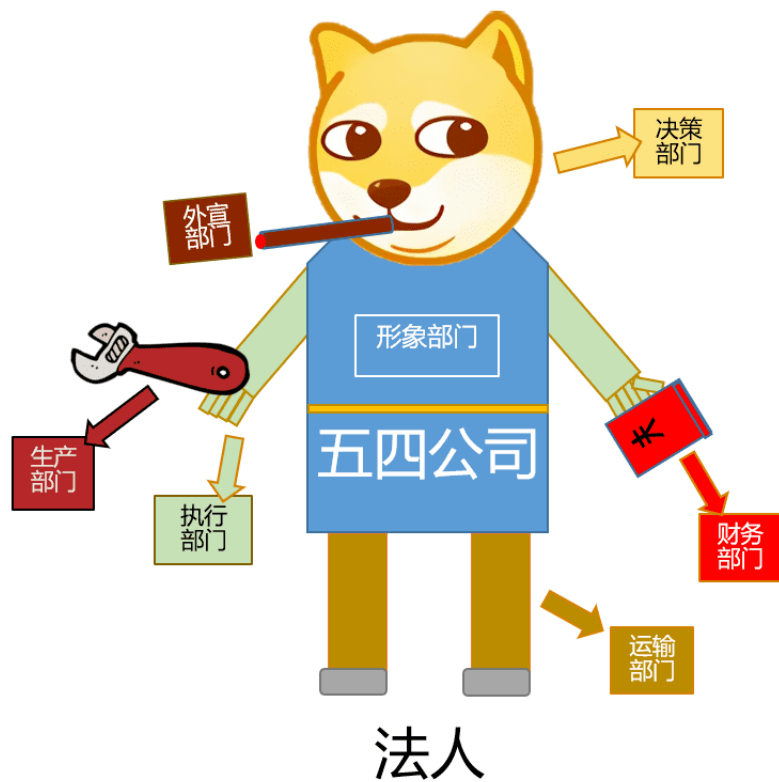


图 11.4: 法人拟人化图示

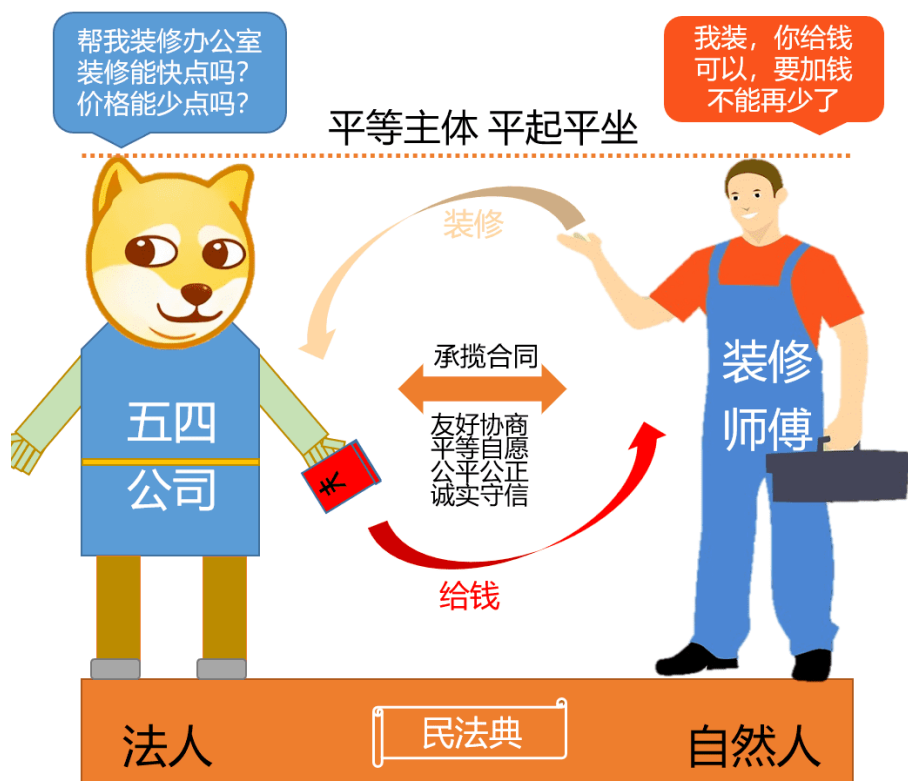


图 11.5: 公司法人与自然人之间的承揽合同关系

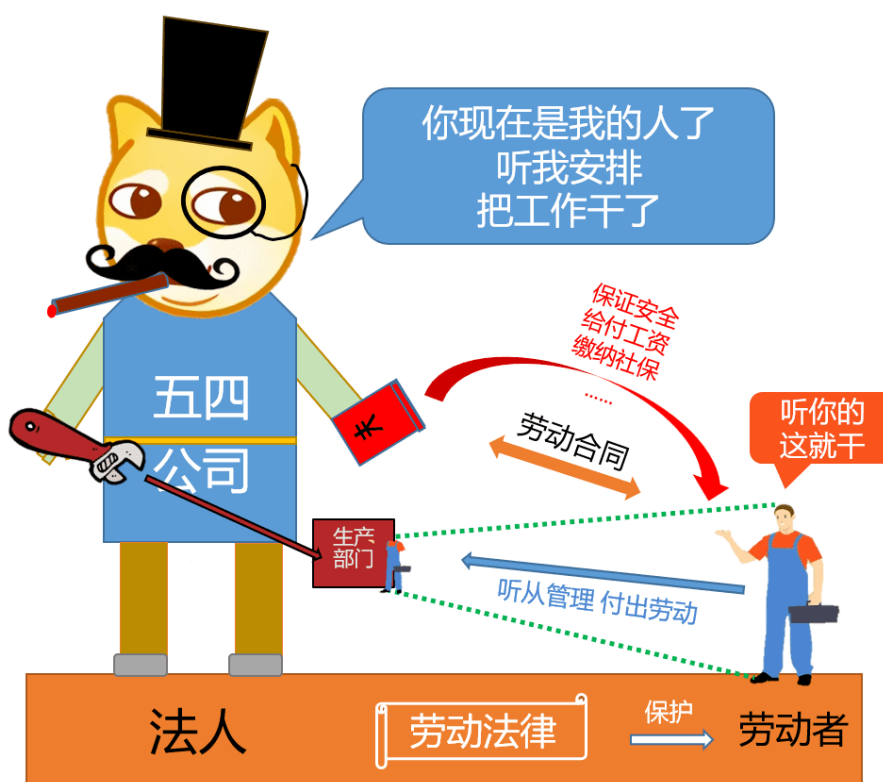


图 11.6: 公司法人和劳动者之间的劳动雇佣关系

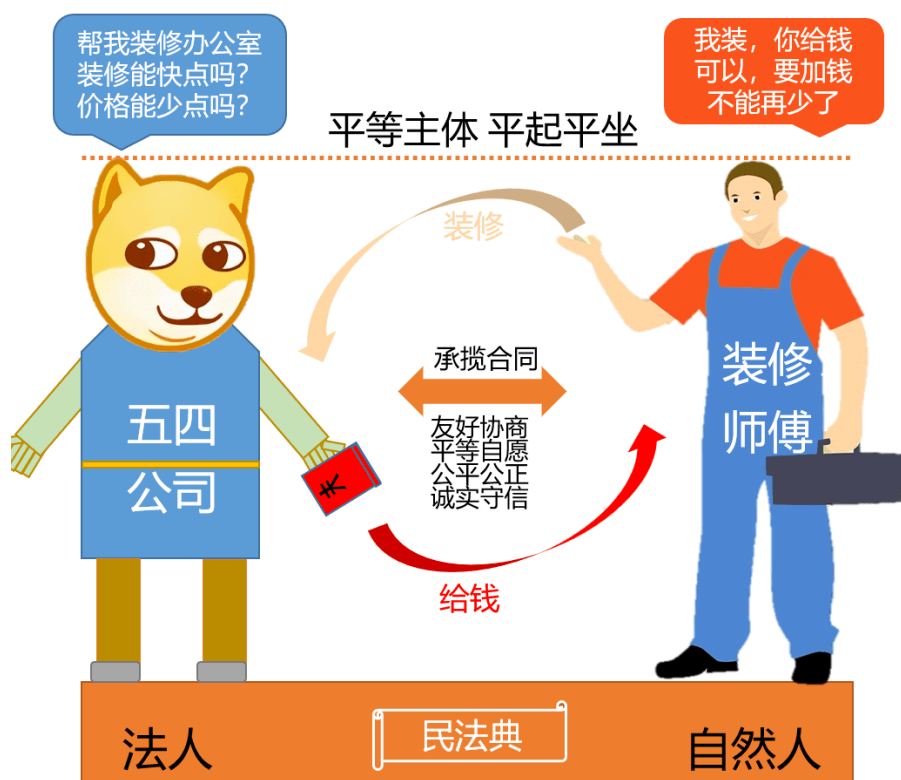


图 11.7: 公司法人与自然人之间的承揽合同关系

上述情景中，五四公司就是定作方，张三就是承揽方，双方订立承揽合同。

法律法规

《中华人民共和国民法典》第七百七十条

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。

承揽，是当事人一方为他方完成一定的工作，他方在验收后支付约定的报酬的民事法律行为。其中当事人一方为承揽人，他方为定作人，双方基于承揽合同。

承揽合同，是指承揽人按照定作人的要求完成工作，如加工、定作、修理、复制、测试、检验等，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽合同为不要式合同，法律对承揽合同的形式要件没有特别要求。

承揽合同是日常生活中除买卖合同外最常见和普遍的合同，比如：装修请工人来铺地板砖、拿黄金找师傅制作成手镯、找木匠定做桌椅、手机坏了找修理师傅修理好……上述情景中，双方都是承揽关系，会订立承揽合同。

2、承揽的分类

承揽包括三种类型：

1. 共同承揽
2. 分别承揽
3. 承揽人将工作交予第三人

我们继续通过例子帮助理解：

情景例子

五四公司装修办公室，欲刷墙、铺地板。

如果五四公司把刷墙、铺地板的工作，交给甲、乙完成。

- 这就是共同承揽
- 若甲、乙内部分工，甲负责刷墙，乙负责铺地板。乙地板没铺好，那么甲、乙对五四公司承担连带违约责任。

如果五四公司分别与甲、乙订立合同，将刷墙工作交给甲完成，又把铺地板交给乙完成。

- 这就是分别承揽
- 若乙没完成工作，乙对五四公司承担连带违约责任。

如果五四公司分别与甲订立合同，将铺地板、刷墙工作交给甲完成。随后，甲和乙订立合同，将刷墙工作交给乙完成。

- 这就是将承揽工作交给第三人类型的承揽
- 若乙没把地板砖铺好，那么甲对五四公司承担违约责任。

编者的话

以上就是简单的承揽实例介绍，承揽细节属于民法，故更加详细的内容不在此赘述，接下来，我们对比承揽关系与劳动雇佣关系的区别。

3、承揽关系与劳动雇佣关系的区别

承揽关系与劳动雇佣关系的区别如下：

1. 目的不同：劳动关系是劳务给付，承揽关系是交付劳动成果
2. 属性不同：劳动关系具有从属性，承揽关系是独立自主平等的
3. 是否继续：劳动关系是继续性契约，承揽关系是一次性给付

4、承揽关系中的劳动关系

如果把上述例子中的自然人装修师傅换成一家装修公司，五四公司和装修公司签订承揽合同，装修公司派自家单位的合同工前往五四公司完成工作，装修公司和前往五四公司进行装修的工人之间就是劳动关系，如图所示：

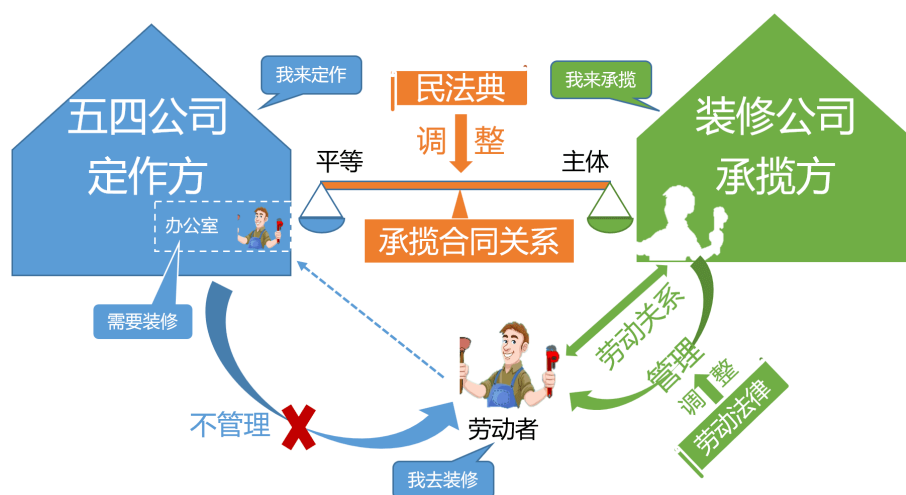


图 11.8: 公司与公司之间的承揽合同关系

11.5.3 外包

1、外包简介

业务外包，其英文为 Outsourcing，也有人将之译为“外部委托”，或“资源外包”。业务外包，是一种经营形式，其本质是单位把自己做不了、做不好或别人做得更好、更专业的事交由别人去做，它是某一公司（称为**发包方**），通过与外部其他企业（称**承包方**）签订合同，将一些原本由发包方内部人员负责的业务或机能，外包给专业、高效的其他服务提供商的经营形式。

编者绘制了业务外包的简化图，方便读者理解：

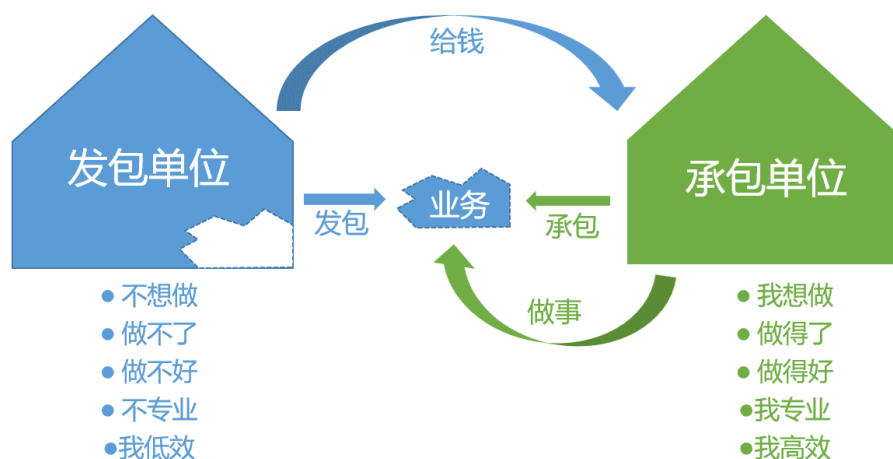


图 11.9: 业务外包

2、外包合同

发包单位与承包单位，作为民事法律关系中的平等主体，根据《中华人民共和国民法典》合同编相关规定，签订业务外包合同，一般在其中约定：发包单位将一定工作业务交付给承包单位完成，由发包单位支付承包单位一定的费用。基于外包合同，发包单位与承包单位是民事上的契约关系，受到《中华人民共和国民法典》调整。

3、业务外包和承揽合同的异同

业务外包和承揽合同都是合同，都适用于《民法典》，主要区别如下：

1. 标的不同：业务外包的标的既可以是劳动力和生产工具组合的外包、也可以是单纯劳动力的外包；承揽合同的工作标的物一般是指动产。
2. 承揽合同是法定合同形式；外包合同崇尚当事人的意思自治，法无禁止即自由。
3. 承揽合同中，定作方对作业过程影响力比业务外包作业过程更大，业务外包的发包方一般情况不干涉业务作业过程。

4、“劳务外包”

劳务外包，一般是对于业务外包运营形式、以及产生的合同关系、劳务关系等法律关系的一种统称，侧重于强调用工形式。这个词常见于新闻传媒、网络媒体以及普法文件中，经常被拿来与“劳务派遣”并列使用，以示对比。

譬如，2022年7月，为引导用工单位依法依规使用被派遣劳动者、劳务派遣单位依法依规开展劳务派遣经营活动，江苏省人力资源和社会保障厅、上海市人力资源和社会保障局、浙江省人力资源和社会保障厅、安徽省人力资源和社会保障厅联合印发了《长三角地区劳务派遣合规用工指引》，其中就有“劳务外包”这个概念的介绍和使用：

“劳务外包是指用人单位（发包单位）将业务发包给承包单位，由承包单位自行安排人员按照用人单位（发包单位）要求完成相应的业务或工作内容的用工形式。”

5、外包关系中的劳动关系

1. 发包单位与承包单位基于外包合同形成民事上的契约关系，受到《中华人民共和国民法

典》调整

2. 发包单位和承包单位约定将发包单位一定工作交付给承包单位完成，由发包单位支付承包单位一定的费用
3. 承包单位与所雇用的劳动者建立劳动关系并对劳动者进行管理和支配
4. 发包单位不能直接管理与支配承包单位的劳动者。

编者绘制了“劳务外包”的简化图，帮助读者理解：

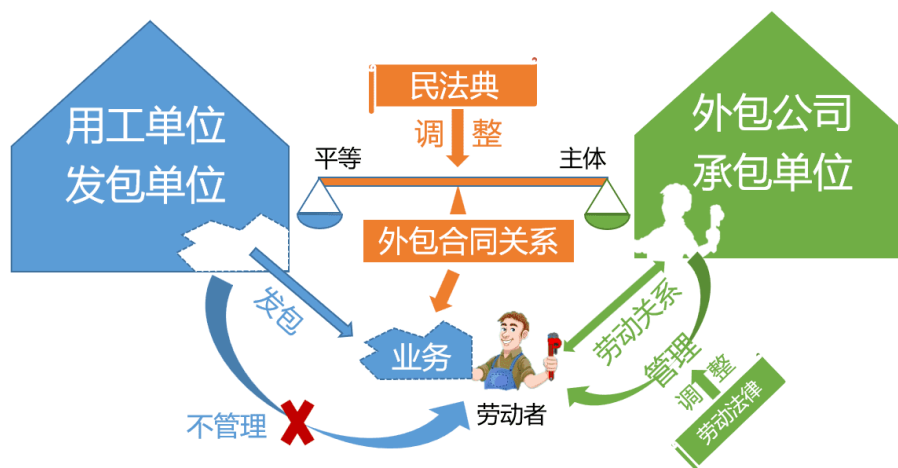


图 11.10: 劳务外包简单示意图

11.5.4 正确区分劳务派遣

1、复习劳务派遣

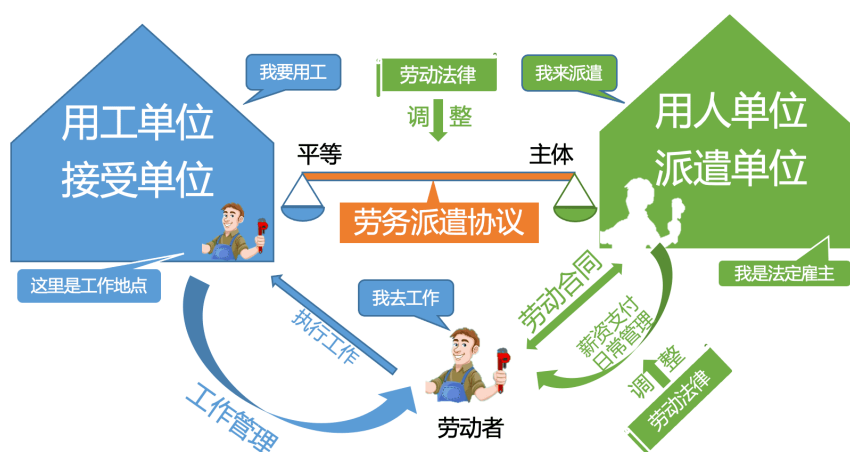


图 11.11: 劳务派遣关系

2、正确区分假外包/假承揽

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

“假承揽、假外包，真派遣”，即名为外包和承揽，实为劳务派遣。

劳动者与实际用工单位没有任何法律关系，不受实际用工单位的管理，外包/承包公司最终交付给实际用工单位的是业务成果/劳动成果；而劳务派遣的性质是劳务公司派遣劳动者去实际用工单位提供劳动，受实际用工单位的管理和工作安排。

企业作为发包方，将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者接受发包单位的指挥管理、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动等，会被认定为劳务派遣、而非劳务外包。

企业作为定作方，但承揽单位的劳动者接受定作单位的指挥管理、按照定作方安排提供劳动，或者以定作方的名义提供劳动等，会被认定为劳务派遣、而非劳务承揽。

总结，外包、承揽关系中，外包方/定作方如果对劳动者产生了管理、安排、支配影响力，劳动者实际受用工单位管理、安排、支配，就可以认定劳动者与用工单位是劳务派遣性质。

3、真发包/真承揽的单位责任

1. 发包单位/定作单位应履行相关社会责任，选择具备合法经营资质、信誉良好的外包单位/承包单位，并督促外包单位/承包单位落实劳动者权益保障责任，严格执行劳动保障法律法规，依法依规用工，与建立劳动关系的劳动者签订劳动合同，参加社会保险，缴纳社会保险费。

2. 外包单位/定作单位，违规用工，损害劳动者权益的，根据发包单位与外包单位之间具体法律关系，依法确定两个单位应当承担的法律责任。

4、假外包/假承揽的违法责任

在“假外包/假承揽”中，根据承包、承揽方是否有劳动派遣资质，“假外包/假承揽”可以严格区分两种情况：

1. 承包/承揽方有劳务派遣资质，会被认定为“假外包/假承揽、真派遣”
2. 承包/承揽方没有劳务派遣资质，会被认定为“假外包/假承揽、真事实用工”

因为劳动派遣资质比较严格，所以后者情况更加常见。所以，在常用话语中，一般把后者情况也称之为“假外包/假承揽、真派遣”，然后再进一步判断用人单位缺少资质，使用《劳动合同法》第九十二条进行划分责任，详情请见下文。

“假外包/假承揽”关系中，适用于多条规定：

首先是《劳务派遣暂行规定》第二十七条。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

然后，如果用人单位不具备劳务派遣资质，又适用于《中华人民共和国劳动合同法》第五十七条之规定。

法律法规

《中华人民共和国劳动合同法》第五十七条

经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

- （一）注册资本不得少于人民币二百万元；
- （二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；
- （三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；
- （四）法律、行政法规规定的其他条件。

经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

法律法规

《劳动合同法》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。**

上述条款增加了权利救济的途径（发现违法劳务派遣找劳动监察大队）和责任承担主体，无疑是更有利于保护劳动者。用人单位并不具备劳务派遣资质，根据《劳动合同法》第五十七条、第九十二条，遭受损害的劳动者可以请求劳务派遣单位、用工单位承担连带责任，就是说在劳动仲裁或者法院申诉时将他俩列为被申请人或者被告。

5、遇到假外包/假承揽，怎么办？

劳动者遇到此类情况后，应如何应对呢？要学会收集证据和提交仲裁的技巧。

收集证据

首先，劳动者要注意收集证据，围绕可以证明“被实际用工单位管理和安排劳动”的证据来进行收集，比如用工单位（发包方或定作方）领导管理安排劳动者工作的录音影像记录、领导交代工作的聊天记录、以及考勤软件记录、用工单位的惩罚记录等。

劳动仲裁技巧

其次，劳动仲裁时，劳动者除了将用人单位列为被申请人，还需要将实际用工单位列为第二被申请人，并且可以在仲裁申请书上请求裁决两个被申请人对违法行为承担连带责任，具体责任谁大谁小，交给劳动仲裁委去判断。劳动者将这些实际用工单位同列为被申请人时，用工单位会大概率让这些假的外包公司（实际上是派遣公司）找你调解，对劳动者就会有利。

11.5.5 司法案例与实务认定

1、认定依据

何谓“真外包”？何谓“真派遣”？却并非泾渭分明，在实践中仍然殊难判断。尽管上海市和江苏省等地区的地方规定对此有所阐发，但仍不足以定论。从先有的裁判文书调研结果出发，总结实务认定的主要依据如下：

1. 是否存在直接用工管理，是判断“假外包、真派遣”的最关键要素，所有相关判决都以此为最基本的依据
2. 发包人直接发放劳动报酬，或者发包人委托承包人发放劳动报酬，极大可能会被认定为“假外包、真派遣”
3. 承包费用包括什么、承包费用怎么计算，是法院的考察要点之一，但是费用支付周期并不在考察之列
4. 承包人有劳务派遣资质，有可能被认定为“假外包、真派遣”，但承包人没有劳务派遣资质，却可能构成“假外包、真事实用工”

2、用工单位不得借劳务外包之名行劳务派遣之实

司法案例

江苏法院 2019 年度劳动争议十大典型案例之一

2018 年 7 月，黄某经由“58 同城”网站招聘至苏州 A 公司工作。2018 年 7 月 6 日，苏州 A 公司驻厂经理将其领至南京 B 公司处从事劳动。黄某所在工段共有七名工人，除黄某外，其余均为南京 B 公司员工。黄某的食宿由南京 B 公司提供。苏州 A 公司与南京 B 公司签订的《劳务外包协议》约定，苏州 A 公司根据南京 B 公司的生产需要，承包南京 B 公司指定的生产项目，…… 承包服务费用按月结算，结算公式为：月承包服务费用 = 单价 × 月总工时。…… 因苏州 A 公司派遣员工所生产产品不符合南京 B 公司要求或不符合甲方管理，南京 B 公司有权解除劳动合同或有权随时要求更换派遣人员。转班劳务派遣员工不享受老员工待遇。劳务派遣员工社保费用由苏州 A 公司承担。2018 年 7 月 27 日，黄某在南京 B 公司处受伤。后黄某申请劳动仲裁，请求确认其与苏州 A 公司之间自 2018 年 7 月 6 日起存在劳动关系，与南京 B 公司自 2018 年 7 月 6 日起存在劳务派遣用工关系。仲裁委不予受理，黄某诉至法院。

法院认为，南京 B 公司与苏州 A 公司协议约定的“承包服务费”**计算基础为劳动者每月的工时而不是工作成果**；**南京 B 公司对黄某直接进行工作管理、安排和指挥**；**黄某的生产资料均由南京 B 公司提供**；**黄某的工作属于南京 B 公司业务的组成部分**；苏州 A 公司负责招录黄某并进行劳动关系的管理；南京 B 公司与苏州 A 公司之间并非是“项目外包”，而仅是由苏州 A 公司对该项目派遣一名员工。据此，两家公司签订的虽名为“劳务外包协议”，但**黄某、南京 B 公司与苏州 A 公司的关系符合劳务派遣单位派遣劳动者、用工单位实际用工这一劳务派遣关系的特征**，且苏州 A 公司具有劳务派遣经营资质，遂判决确认黄某与苏州 A 公司自 2018 年 7 月 6 日起存在劳动关系，与南京 B 公司自 2018 年 7 月 6 日起存在劳务派遣用工关系。

法院强调，**用人单位可以通过业务外包等方式，降低用工成本，提高工作效率，但不得以“劳务外包”之名行“劳务派遣”之实，排除自身法定责任，侵害劳动者合法权益。**

3、以外包名义行派遣之实适用劳务派遣有关法律

司法案例

2016 年度全省劳动人事争议典型案例之一

娄某诉某建筑公司等劳务派遣合同纠纷案：

申请人为娄某，第一被申请人是某建筑公司，第二被申请人是某劳务服务公司。

2011 年 12 月，某建筑公司与某劳务公司签订业务外包合同，某建筑公司将项目资料整理等工作内容委托给某劳务公司完成。双方另协议约定某劳务公司委托某建筑公司代发工资。2013 年 3 月 1 日，申请人与某劳务公司签订劳动合同后，某劳务公司将申请人安排至某建筑公司某项目部从事资料员工作。申请人在某建筑公司处工作期间直接接受某建筑公司的日常用工管理及工作安排，某建筑公司为申请人发放工资。申请人主张与某建筑公司系劳务派遣关系，请求裁定两被申请人支付同工同酬工资差额、奖金共计 77774.58 元。某建筑公司答辩称其将项目资料整理、厨师、车队等业务外包给某劳务公司，申请人属于某劳务公司员工，从事工作是某劳务公司自某建筑公司承包的业务，与某建筑公司无劳动关系，不存在同工不同酬问题。经审查，某劳务服务公司具有劳务派遣资质。

法院认为，以外包名义行派遣之实应，应当适用劳务派遣有关法律，规范三方之间权利和义务。用工单位以业务外包等名义与劳务派遣单位签订外包协议后，对劳务派遣单位指派的劳动者进行直接用工管理，劳动者向用工单位提供劳动的，应视为用工单位按劳务派遣用工形式使用劳动者。劳务派遣单位、用工单位和劳动者应当适用劳务派遣相关法律规范各方权利义务关系。

最终，法院裁决两被申请人连带支付申请人与用工单位中同岗位职工工资和奖金差额共计 46001.2 元。

4、假外包，真派遣，两单位应对劳动者的损害承担连带责任

司法案例

2022 年赣州劳动争议十大典型案例之一

某搬运部系进行了工商登记的个体工商户，经营场所为某水泥公司宿舍。某搬运部与某水泥公司签订《线袋装水泥包装、上车劳务承包合同》。合同约定某搬运部向某水泥公司“提供年龄 18-50 周岁，身强力壮人员 24 人以上参加公司的水泥包装、上车工作”，并规定了劳务人员应遵守的规章制度等。某搬运部组织徐某等人在某水泥公司完成包装、上车劳务以及该公司指派的其他工作任务。徐某等人完成包装、上车工作所使用的包装机、接包机、上车机等机械设备系某水泥公司所有。某搬运部、某水泥公司均未为徐某办理工伤保险。徐某在搬运水泥过程中受伤，后被认定为工伤，并评定为七级伤残。

上述案例中，申请人请求某搬运部、某水泥公司连带赔偿各项工伤保险待遇。劳动人事争议仲裁委员会裁决某搬运部向徐某支付各项工伤保险待遇合计 30 余万元，一审法院判决结

果与仲裁裁决结果一致，二审法院判决确定某水泥公司对某搬运部应当支付的工伤保险待遇承担连带责任。

法院认为，区分劳务外包和劳务派遣主要标准是，劳动者是由哪个单位直接进行用工管理。如果名义上是劳务外包，但发包单位直接对劳动者进行用工管理，直接对劳动者的劳动过程进行管理控制，则属于“按劳务派遣用工形式使用劳动者”的情形，应认定为事实上的劳务派遣法律关系。

本案中，某水泥公司将属于日常生产过程的部分工作名义上外包给某搬运部，但实际上对外包劳务人员进行用工管理，享有对劳务人员的管理控制权，应当认定是以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者，认定为事实上的劳务派遣法律关系。依据劳动合同法第五十七条、第九十二条之规定，劳务派遣单位无劳务派遣资质，造成劳动者损害，用工单位应当与劳务派遣单位承担连带责任。

法院强调，修订后的劳动合同法对劳务派遣制度作了进一步的规制，企业实行劳务派遣制度的条件更为严格。在无法采用劳务派遣的情况下，一些企业出于降低用工成本、转嫁用人单位责任义务的考虑，采取“假外包、真派遣”的方式进行用工，试图规避法律对劳务派遣的规制，在此过程中容易造成劳动者的权益受损。因此，人力资源和社会保障部《劳务派遣暂行规定》第二十七条对此作出规范，将名为承揽、外包，但实际按劳务派遣用工形式使用劳动者的行为，明确规定按照劳务派遣进行处理。用人单位并不具备劳务派遣资质，违反了《中华人民共和国劳动合同法》第五十七条之规定，依据该法第九十二条，遭受损害的劳动者可以请求劳务派遣单位、用工单位承担连带责任。

11.6 合法的派遣单位需要满足什么条件

11.6.1 劳动派遣中的辞退和退回是什么

1、被用人单位辞退

辞退，指的是用人单位，也就是劳务派遣单位单方解除和劳动者的劳动关系。用人单位如果不是在《劳动合同法》规定可以合法辞退的情况下辞退劳动者的，例如不依照《劳动合同法》第三十九条、四十条、四十一条等规定辞退的，那大概率就属于违法辞退，详细可参考第十章相关内容。

如果劳务派遣单位违法辞退劳动者，那最好在收到书面的辞退通知后，再以《劳动合同法》第八十七条规定去申请劳动仲裁，主张公司违法辞退的经济赔偿金，若无法收到书面的辞退通知的，也要搜集其他能够证明劳务派遣单位违法辞退劳动者的证据，比如录音录像、聊天记录等等。

法律法规

《劳动合同法》第三十九条

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期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。

法律法规

《劳动合同法》第四十条

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

- （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。

法律法规

《劳动合同法》第四十一条

第一款有下列情形之一的，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。

法律法规

《劳动合同法》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。

法律法规

《劳动合同法》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。

2、被用工单位退回

退回和辞退一样，《劳动合同法》、《劳务派遣暂行规定》也对合法退回的情况加以了规定，但和辞退不同的是退回是指用工单位把劳动者退回给用人单位，而此时劳动者与用人单位的劳动关系并未解除，所以即使用工单位违法退回，在用人单位没有辞退的情况下想要去劳动仲裁经济赔偿金也是不可能的，**不过可以要求用人单位最少按照当地最低工资标准按月支付报酬。**

法律法规

《劳务派遣暂行规定》第十二条

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。

11.6.2 用工单位可以合法退回的情况

1、符合下列情况的，用工单位可以把劳动者合法退回用人单位，而用人单位可以依此为由合法辞退且无需支付任何补偿：

1. 试用期前告知录用条件或者考核标准的情况下，在试用期间被证明不符合录用条件的。
2. 在公司经过民主讨论制定出来的规章制度且告知劳动者的情况下，严重违反用人单位的规章制度的
3. 严重失职，营私舞弊，给用工单位造成重大损害的。

4. 被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位或者用工单位提出，拒不改正的。
5. 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情形致使劳动合同无效的。
6. 被依法追究刑事责任的。

2、符合下情况形的，用工单位可以把劳动者合法退回给用人单位，由用人单位另外安排工作：

1. 劳动者与用人单位签订的劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化（如用工单位迁移、被兼并、企业资产转移等），致使劳动合同无法履行，经用工单位与用人单位和劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。
2. 用工单位存在下列情况之一，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，用工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的：依照企业破产法规定进行重整的。生产经营发生严重困难的。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。其他因劳务派遣协议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。
3. 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。
4. 用工单位与用人单位签订的劳务派遣协议期满终止的。
5. 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用工单位工作而被退回的。
6. 劳动者经过用工公司合法合规制定规章制度和考核证明不能胜任原工作的。

11.6.3 用工单位不能退回的情况

被派遣劳动者有以下情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得依照前面“2、用工单位可以合法退回...”中说到的“1. 客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行”、“2. 经济裁员”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：

1. 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的。
2. 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的。
3. 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的。
4. 女职工在孕期、产期、哺乳期的。
5. 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的。
6. 法律、行政法规规定的其他情形。

11.6.4 被用工单位违法退回的一般对策

劳动者在被用工单位违法退回的情况下可以依照《劳务派遣暂行规定》第二十四条、《劳动合同法》第九十二条规定拨打 12333 向当地劳动监察大队反映情况，由劳动监察大队责令用工单位违法行为进行改正。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

法律法规

《劳动合同法》第九十二条 第二款

劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

但是这种方法能力有限，通常会碰到劳动监察大队无能为力的情况，劳动者也并非没有出路。

第一，退而求其次，在被退回且没工作期间用人单位应该按照当地最低工资标准，按月支付给劳动者。像下文写道的广州地区如果违法辞退，还可以要求用工单位按照被退回前的工资标准按月支付劳动者没工作期间的工资。

第二，如果遇到用人单位重新安排工作时，劳动待遇比原来在用工单位工作时的劳动待遇降低的情况（比如工资降低，劳动条件更恶劣等），可以拒绝在新用工单位工作，并且这种情况下用人单位不能随意辞退劳动者，如果用人单位因为待遇降低不愿意去新用工单位，然后以“不服从安排”为由辞退劳动者的，那就是违法辞退。如果在新工作维持或者提高原劳动待遇劳动者选择拒绝的，用人单位这时虽然可以选择合法辞退劳动者，但是辞退时也是要依照《劳务派遣暂行规定》第十五条、第十七条规定依法支付劳动者经济补偿金。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

11.6.5 被违法退回后是否可以去申请劳动仲裁主张恢复和用工单位的用工关系呢？

一般情况下违法退回并不能恢复用工关系，因为法律并未明确规定过这种情况可以恢复劳动者和用工单位的用工关系，甚至广州市劳动人事争议仲裁委员会和广州市中级人民法院联合发布过的《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干问题的意见综述》（2019年12月）中的第六条对此有明确的规定：“在劳务派遣过程中，劳动者被用工单位违法退回后，要求恢复与用工单位的用工关系的，不予支持。”不过在这条规定里也写明了这种情况的处理方法：“劳动者被违法退回后的待岗期间，用人单位与用工单位应按照劳动者被退回前的工资标准共同向劳动者支付工资。”

但用工单位退回被派遣劳动者时若不遵守关于《劳务派遣暂行规定》第十三条的规定，比如违法退回孕妇、患病处在医疗期或者因工负伤的劳动者，出于对这类弱势群体的保护，恢复用工关系的主张也是有小概率会被支持的，但期望不要太大，下面是相关法规和恢复和用工单位之间用工关系的案例。

法律法规

《劳务派遣暂行规定》第十二条第一款第一项

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；

劳动合同法第四十条第三项和第四十一条可以暂时理解为客观情况发生变化导致合同无法履行需要解除的情况

法律法规

《劳务派遣暂行规定》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。

法律法规

《劳动合同法》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。

司法案例

（2010）沪二中民三（民）终字第 1613 号

在本案中，劳动者被用工单位以调整市场组织结构为由退回用人单位，用人单位也以此为由违法辞退劳动者（不应该辞退，而是应该重新安排新工作才对），虽然是辞退后才在医院确认怀孕的，但是法院最后依照《劳动合同法》第四十二条和《劳务派遣暂行规定》第十三条规定支持了劳动者恢复和原用人单位劳动关系和原用工单位的用工关系。

综上，我们可以看到，被用工单位违法退回后，除了要求用人单位重新安排新工作和在没工作的空窗期按不低于当地最低工资标准按月支付工资外，劳动者想要靠劳动仲裁主张恢复和用工单位的用工关系是非常困难的，不过像在广州地区虽然规定不支持劳动者恢复被违法退回前的用工关系，但是被违法退回后用人单位要按照被退回前的工资标准支付劳动者工资。

所以这种各个地方法院的裁判观点并不是完全一致的情况下，可以在中国裁判文书网上对关键词或者对应的法规进行检索，查看对应省市地方法院的裁判倾向，这样可以对自己的所处情况和维权范围有更深入的了解。

11.7 什么情况解除劳动合同有经济补偿金？被派遣劳动者如何正确离职？

这部分的一到五小节讨论可以拿经济补偿金的情况，其实劳务派遣和一般的用工形式在单位支付经济补偿金方面很大程度都是一样的，这个可以参考第十章内容，只要把用人单位换成与劳动者签订劳动合同的劳务派遣单位即可。 $\text{经济补偿金} = \text{在派遣单位工作年限（不满半年算 0.5，满半年算 1）} \times \text{离职前 12 个月的平均应发工资}$

和一般的用工形式相比，劳务派遣单位在特定情况下解除劳动合同也需要支付经济补偿金的，可参考本节中的第五小节被用工单位退回的情况。

第六小节讨论被派遣劳动者如何解除劳动合同。

11.7.1 协商一致解除劳动合同

劳务派遣单位提出并与被派遣劳动者协商一致解除劳动合同的。（**这种情况劳务派遣单位是应该支付经济补偿金的**，且经济补偿金最好要和**派遣单位书面进行约定**，不要在没书面约定经济补偿金的情况下选择“个人原因”离职）

11.7.2 被派遣劳动者提出解除劳动合同

下列情况是可以直接通知后离职走人然后劳动仲裁主张经济补偿金的情况，但是为了方便固定证据，最好选择**EMS 邮寄**被迫解除劳动合同通知书的方式（填写送货资料时在品内名处写：被迫解除劳动合同通知书），然后保留**被迫解除劳动合同通知书复印件、网页送达截图和邮寄的回执**。

1. 劳务派遣单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的。（例如公司撤岗要求劳动者调到工作内容与原岗位有较大区别的岗位，这时可以不按约定提供劳动条件为由被迫解除劳动合同）
2. 劳务派遣单位未及时足额支付劳动报酬的。（保险起见，**第一个月工资到第三个月开始还没发**才以拖欠工资为由被迫解除劳动合同）
3. 劳务派遣单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的。（**入职一个月后一直未缴纳社保**可以选择被迫解除劳动合同，**深圳地区比较特殊**，那边还要提前通知单位补缴社保，等通知过了一个月后依然未交才能这样被迫解除劳动合同。另外，不按照缴纳基数少缴纳或者有之前漏缴纳社保的情况选择被迫解除劳动合同是比较冒险的）
4. 劳务派遣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. 劳务派遣单位以欺诈、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，致使劳动合同无效的。
6. 劳务派遣单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利致使劳动合同无效的。

7. 劳务派遣单位违反法律、行政法规强制性规定致使劳动合同无效的。
8. 劳务派遣单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的。
9. 劳务派遣单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。
10. 法律、行政法规规定被派遣劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

法律法规

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十五条

用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者应当依法要求用人单位缴纳；用人单位未在一个个月内按规定缴纳的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当依法支付经济补偿。

11.7.3 劳务派遣单位提出解除劳动合同

1. 被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由劳务派遣单位另行安排的工作的。
2. 被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。
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，经劳务派遣单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。
4. 劳务派遣单位依照企业破产法规定进行重整，需裁减人员的。
5. 劳务派遣单位因生产经营发生严重困难的。
6. 劳务派遣单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的。
7. 劳务派遣单位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。

11.7.4 劳动合同终止

1. 劳动合同到期，除劳务派遣单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，被派遣劳动者不同意续订的情形外，劳务派遣单位终止固定期限劳动合同的。
2. 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而终止劳动合同的。

11.7.5 用工单位退回被派遣劳动者

被派遣劳动者被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或提高劳动合同约定条件，因被派遣劳动者不同意而被劳务派遣单位依法解除劳动合同的。

11.7.6 被派遣劳动者如何解除劳动合同

除了第二小节所讲的被迫解除劳动合同的情况外，一般情况中想要解除劳动合同可以提前通知**劳务派遣单位**离职而只通知非用工单位（试用期提前三天，非试用期提前三十天）。另外，因为大多数单位都会规定要申请离职，所以可以看情况先申请离职，如果申请结果对自己不利，再考虑书面提前通知离职的方式。

法律法规

《劳动合同法》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。

11.8 劳务派遣的仲裁程序特殊处理

劳务派遣的劳动者面对的是派遣单位和用工单位两家公司，因此在程序上会有特殊处理。但是程序上的还都是小问题，无需担心，重要的还是前面说的实体环节。

1、被申请人、被告列谁？

劳务派遣涉及派遣单位和用工单位共同与劳动者发生法律关系，因此法律规定一些违法行为需要由用人单位和用工单位**承担连带责任**。所谓连带责任是指我们可以选择任意一方支付赔偿，可以选用工单位，可以选择派遣单位，也可以选择两边共同承担。

法律法规

《劳动合同法》

第九十二条

用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

法律法规

《劳动合同法实施条例》

第三十五条

用工单位违反劳动合同法和本条例有关劳务派遣规定的……劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。

既然我们要向两家单位索要赔偿，那么我们在仲裁和诉讼时也需要将两家单位列为**申请人**。在填写仲裁立案立案申请书时，我们应该写两个被申请人，例如被申请人（一）大风电子厂、被申请人（二）小风劳务派遣公司。如果没有列两个被申请人，后面就要费点事，到了开庭的时候还要再追加。而且这个是硬性规定，劳务派遣**必须要两个被申请人**！

法律法规

《劳动争议仲裁调解法》

第二十二条

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

到了法院阶段也是一样的，只不过法院换了名字，两个被申请人变成两个被告（共同被告）。

2、诉讼请求的特殊处理

根据上文列出的法条，下列情况涉及两方的连带责任：

1. 用工单位违反和派遣单位签订的劳务派遣协议导致派遣单位拖欠工资（加班费，绩效奖金等等）或者未交社保而造成损失的。
2. 用工单位**违法退回**劳动者导致**派遣单位违法辞退劳动者**的。
3. 因用工单位没提供劳动保护而导致工伤的。

法律法规

《劳动合同法》

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；
-
- （三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；

法律法规

《劳务派遣暂行规定》

第七条

劳务派遣协议应当载明下列内容：

....

- （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；】

下列情况由一方承担责任：

1. 派遣单位对劳动者造成损害的，由派遣单位一方承担责任
2. 基本工资争议，由劳务派遣单位承担责任
3. 加班费、绩效、奖金，由用工单位承担责任。

虽然法律规定对用工单位和派遣单位的责任进行了划分，但是我们提出诉求时不需要进行区分。举例来说，3月工资一分钱没给，不需要写“一、请求被申请人（一）支付基本工资3000；二、请求被申请人（二）支付加班费2000元。”我们直接要求两个申请人都承担责任即可，例如“一、请求被申请人（一）和被申请人（二）支付基本工资3000；二、请求被申请人（一）和被申请人（二）支付加班费2000元。”

写诉讼请求的原则就是宁多勿少，连带责任这点也一样，我们所有的诉求都要求两个公司承担责任即可。具体怎么承担责任让仲裁员判。假如我们自己可能搞错了，少列一个，那么仲裁员也必须按照我们的诉求判，可能会出现搞错责任主体而造成拿不到赔偿的问题。

第十二章 新就业形态

12.1 新就业形态概述

新就业形态劳动者最常见的主体就是我们所熟知的外卖员。他们为社会提供了大量的劳动而被大众熟知，他们经常成为舆论焦点，也形成了一系列关于外卖小哥的亚文化。与此同时，超长的工作时间、严苛的劳动纪律也让大家窥见了外卖员的生存困境。2020 年知名媒体杂志《人物》发布了一篇《外卖骑手，困在系统里》引起全网热议，这可能是大众第一次知晓当算法用来算计劳动者时会发生什么样的后果。外卖员就像一个自走人偶，算法是 ta 们的发条，送完这一单又是下一单，就这样不断重复，直至力尽。为在极短的时间内完成送餐，外卖员不得不超速、闯红灯、逆行。“2017 年上半年，上海市公安局交警总队数据显示，在上海，平均每 2.5 天就有 1 名外卖骑手伤亡。同年，深圳 3 个月内外卖骑手伤亡 12 人。2018 年，成都交警 7 个月间查处骑手违法近万次，事故 196 件，伤亡 155 人次，平均每天就有 1 个骑手因违法伤亡。2018 年 9 月，广州交警查处外卖骑手交通违法近 2000 宗，美团占一半，饿了么排第二。”外卖员以自己的血肉为外卖平台铺垫了走向万亿市场的红毯，除了因不遵守交通规则而受到的敌视，还有“底层猪”、“送外卖的狗”等令人发指的咒骂。希望本章节的内容能帮助这些受到恶意的新就业形态劳动者。

12.1.1 关于新就业形态的概念

2023 年人社部发布的《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引（试行）》中对新就业形态劳动者进行了界定。“第三条本指引所称新就业形态劳动者，是指线上接受互联网平台根据用户需求发布的配送、出行、运输、家政服务等工作任务，按照平台要求提供平台网约服务，并获取劳动报酬的劳动者。”

除此之外，与平台建立用工关系的主播也属于新就业形态劳动者。本章节的内容主要讲解外卖员与主播维权实践，原因在于这两类劳动者极具代表性，其余新就业形态劳动者都可以从中找到自己的维权方式。另外这两类劳动者在实际中经常发生劳动争议，权益很难得到保护。

12.2 外卖骑手的就业形态及劳动关系确认

12.2.1 外卖员的各种就业形态

我们可以通过了解外卖员这一最为常见的新就业形态的就业形态，理解他们的社会关系以及分工结构。

1、平台直接与骑手签订劳动合同

此类情形因外卖平台直接与骑手签订了劳动合同，该情况下骑手与其他的劳动者无异，外卖平台直接与骑手建立劳动关系。极少数骑手属于此类情形，例如肯德基、麦当劳在一些大城市的分店，就会自行雇佣劳动者送餐。

2、代理商骑手

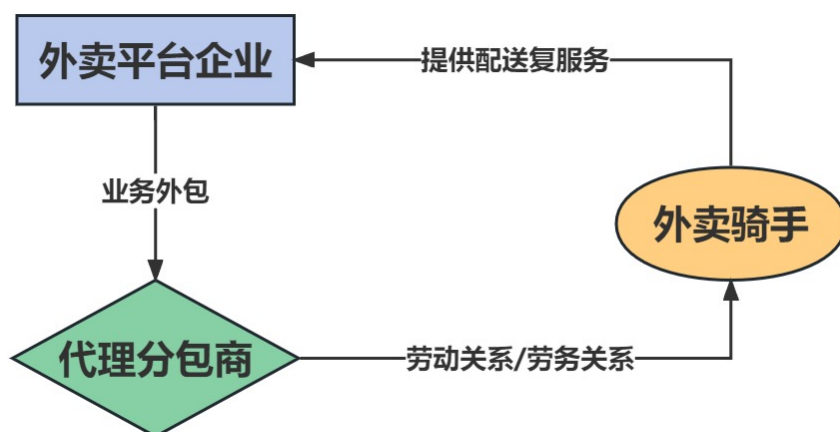


图 12.1: 外卖骑手的就业形式

此类情形是大多数外卖骑手的就业形式。外卖平台企业有送餐的需求，平台企业将其送餐的业务外包给分包代理商，然后由代理商来招用劳动者完成平台企业派发的送餐任务。如图12.1，需要注意的是这种形式是为了方便理解而简单化了的，实践中外卖平台在全国都有业务，不可能只将其业务分包给一家分包商，通常是将一个省或几个省的送餐业务分包给一个代理商。如图12.2，某一全国性外卖可能就将其业务分包给 20 个分包商。



图 12.2: 外卖平台与分包商

但一个分包商也无法完成一个省或几个省的业务量，故省级代理分包商也会将其业务分包给市级分包商（这里的省级、市级仅仅是笔者为方便说明增加的前缀，它们之间没有行政机关那样的隶属关系，仅仅是商业合作关系）。比如我们对上图的省级代理商分包 18 的业务分包



图 12.3: 市级代理商与小分包商

俄罗斯套娃是对现实的复刻，这个分包的套娃流程还在继续。图12.4就可以看到大家都知晓的站点的概念了。每个站点大约十几人到几十人不等。



图 12.4: 小分包商与站点

这样的层层分包，构成了一个庞大的物流网络，有人发财在这里发财，有人在这里死亡。

3、众包骑手

众包骑手也是极为常见的就业形态，因其工作时间不受支配，可自行决定是否接单，其受到平台的控制较弱，故一般不会认定众包骑手与站点或分包公司存在劳动关系。但人社部发布的《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引（试行）》第十五条规定“平台企业应当遵守行业管理规定用工，与新就业形态劳动者依法合规订立劳动合同、书面协议。”即使众包骑手不与平台建立劳动关系，但双方也应该当签订书面合同确认双反的权利义务关系。未来可以期待一下，为了落实平台企业与众包骑手签订合同，国家有关机关是否会出台类似《劳动合同法》第八十二条的规定，即因未签书面合同而导致用人单位需要向劳动者支付双倍工资。

4、乐跑骑手

另外众包骑手劳动者可能会被一些站点或代理公司招用为“乐跑骑手”，平台或站点会对乐跑骑手进行比较强力的约束的限制。成为乐跑骑手意味着丧失自由控制接单时间、安排自

己的时间的自由，并且站点或代理商还会对乐跑骑手的各项数据进行整理分析作为考核依据，根据考核的结果发放工资，这已经实质上达到了建立劳动关系的程度，所以乐跑骑手虽然也属于众包骑手，但他们是与单位建立劳动关系的。

12.2.2 新型就业形态劳动关系的确认

新型就业形态劳动者的合法权益之所以受到广泛的侵害，就在于其无法与其他劳动者一样，与单位建立劳动关系。故像正常劳动者一样确认与单位的劳动关系是新型就业形态劳动者维权的重中之重。

我们现在进入正题关于这类骑手劳动关系的确认，我将会一问一答的方式来阐释相关问题

1、处于这个庞大网络中最底层的骑手，应该与哪家公司确认劳动关系？

往上追溯与其最近的一个用人单位，该单位就是与骑手建立劳动关系的单位。具体来说，我们在本书中确认劳动关系的讲过，能与劳动者建立劳动关系的只能是一个单位（一般是公司），实践中站点一般不会注册成一个公司，市内的小代理商也有可能是一个自然人（自然人就是指一个活生生的人，不是一家公司，公司不是活生生人），若市内的小代理商是个人，那么与劳动者建立劳动关系的就是市级的代理商。如果市内的小代理商是一家公司，那么就是市内的小代理商与骑手建立劳动关系。

2、骑手没有与站点或分包商签订劳动合同能确认劳动关系吗？

没有签订劳动合同也可以确认劳动关系，劳动关系的建立不以书面的劳动合同为前提。

3、如何判断外卖骑手与站点之间是否构成劳动关系？

《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》专门对新就业形态劳动关系成立与否的判断指明了参考因素“7. 依法合理认定新就业形态劳动关系。平台企业及其用工合作单位与劳动者建立劳动关系的，应当订立书面劳动合同。未订立书面劳动合同，劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法审慎予以认定。”上述参考因素皆来自于从属性的原则，从属性即劳动者对于用人单位的依附性、从属性，从属性强则构成劳动关系，从属性弱则不构成劳动关系，关于从属性原则，参见本书第二章的内容。

4、外包公司或站点直接给骑手注册个体工商户，再与骑手注册的个体工商户签订合作协议、承揽协议；此种情形下，骑手与外包公司或站点是否构成劳动关系？

可以构成劳动关系，《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》明文刺穿了这类把戏。“平台企业或者用工合作单位要求劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合

作等合同，或者以其他方式规避与劳动者建立劳动关系，劳动者请求根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上依法作出相应认定。”要求劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合作等合同被认定为“规避与劳动者建立劳动关系”，该《意见》直接揭穿了把戏，各级法院在之后的骑手与站点、外包公司的劳动关系确认案件中将不会受到个体工商户这一伪装的影响，直接参考上一个问题中提及的各种因素进行判断。

在确认劳动关系后，双倍工资、经济补偿、加班工资等劳动关系的待遇可以正常向仲裁委或人民法院主张。

12.3 外卖骑手工作中受伤了怎么办？

12.3.1 新就业形态的劳动者工作中伤亡事故的处理

新就业形态的劳动者尤其是骑手，非常容易在工作中发生伤亡事故，受伤后应该如何保障自己的权利，应该如何索赔？向谁索赔？都是各位劳动者以及接受咨询的成员需要知晓的内容。若新就业形态的劳动者在工作中致使他人伤亡的应该如何处理？

若新就业形态劳动者在工作中受伤的伤害是 ta 自己以外的其他人造成的，并且站点或外包公司为骑手购买了商业保险，此时骑手可以同时并且三方主张受伤待遇或赔偿，分别主张的是人身损害赔偿、工伤保险待遇或职业伤害待遇、商业保险的理赔。

12.3.2 第一种人身损害赔偿

骑手可以向直接造成他受伤侵权人主张损害赔偿。赔偿的计算方式如图12.5所示

赔偿项目	金额 (元)	标准
医疗费	23704.72	发票
后续治疗费	18000	根据医嘱或者鉴定意见
住院伙食补助费	1150	50元/天×23天 (住院时间)
营养费	4500	50元/天×90天 (时间参考鉴定意见无鉴定意见主张住院的持续时间)
残疾赔偿金	84156.6	38253元/年×11%×20年
精神损害抚慰金	6000	每一级3000-5000, 各地有差异建议
误工费	27000	150元/天×180天
护理费	10860	院内: 23天×120元/天=2760元 院外: 90天×90元/天=8100元
被扶养人生活费	34879.62	25133元/年×0.5×11%× (13+12)
交通费	500	
鉴定费	3000	
合计	213913.94	

图 12.5: 骑手的赔偿方式

以上赔偿中医疗费以实际产生的医疗费票据为准，后续治疗费以鉴定意见或医院在出院证明中明示的后续治疗费为准；伙食补助费、营养费各地标准存在差异，一般为 30-50 元/天不等。精神损害抚慰金各地也存在明显差异，只有达到致残程度才能主张，护理费按照实际

产生的发票来主张，误工费、残疾赔偿金、被抚养费生活费是人身损害赔偿中最常见也是最重要的部分。下面将进行详细阐释

1、误工费

误工费 = 误工天数 × 计算基数

误工费是未致残伤情的最常见的多也是最重要的一部分，是因为受伤无法工作而导致的损失。上面是误工费的计算公示。首先我们应该如何确定误工天数呢？

法律法规

《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》

第七条

误工费根据受害人的误工时间和收入状况确定。：

误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。

误工费的时间法条规定的是以医疗机构出具的证明确定，一般是出院证明，出院证明上会载明出院后应该休息几日或几个月，按照这个时间 + 住院的时间确定，比如骑手 A 在工作中被撞倒伤住院，后送往医院治疗，住院 30 天，出院时出院证明上写明“2、出院后全休三月，出院后 1、3、5、7 个月的进行复查”，那么此时骑手 A 的误工天数就是 $30 \times 3 \text{ 个月} + 30 \text{ 天} = 120 \text{ 天}$ （住院时间）。

计算基数如何确认呢？

计算基数就是受伤劳动者的日工资，一般通过工资转账记录来确定，假如还是那个骑手 A 每月工资 4500 元，其日工资就是 $4500 \div 21.75 \text{ 天} = 206.89 \text{ 元/天}$

所以骑手 A 的误工费就是 $120 \text{ 天} \times 206.89 \text{ 元/天} = 24826.8 \text{ 元}$ 。

2、残疾赔偿金

法律法规

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十二条

残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入标准，自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

残疾赔偿金是受伤达到致残程度的情况下才可以主张的。首先第一个问题，如何判读是否达到致残程度，一般建议去当地的司法鉴定机构现场咨询，鉴定机构会根据劳动者的伤情确认劳动者是否构成伤残，达到致残程度的，就需要委托鉴定机构出具鉴定意见书，作为致

残正度的证明。致残等级从轻到重分为 10 个等级，一级最重，十级最轻。

伤残等级	伤残系数
十级	0.1
九级	0.2
八级	0.3
七级	0.4
六级	0.5
五级	0.6
四级	0.7
三级	0.8
二级	0.9
一级	1

图 12.6: 不同致残程度的伤残系数的对照表

图12.6为不同致残程度的伤残系数的对照表，伤残系数用于在下面的计算公式中数据化体现致残的程度，系数越大，伤残越高，伤情越严重。

残疾赔偿金 = 受诉法院所在地上年度城镇人均可支配收入 × 伤残系数 × 年限（一般是二十年）

受诉法院所在地上年度城镇人均可支配收入以省级行政单位的标准作为依据，例如劳动者在四川省成都市新都区发生事故伤害，不适用新都区、也不适用成都市的上年度城镇人均可支配收入，而是适用四川省的上年度城镇人均可支配收入。某省的城镇人均可支配收入在bing 搜索引擎中输入“XX2022 年城镇人均支配收入”即可，一般前几列都是官方网站的数据，准备可靠。

年限是自定残之日起按二十年计算。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

3、被抚养人生活费

被抚养人生活费 = 受诉法院所在地上年度城镇人均消费支出 × 伤残系数 × 抚养年限 ÷ 抚养人数

法律法规

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十七条

被抚养人生活费根据抚养人丧失劳动能力程度，按照受诉法院所在地一年度城镇居民人均消费支出标准计算。被抚养人为未成年人的，计算至十八周岁；被抚养人无劳动能力又无其他生活来源的，计算二十年。但六十周岁以上的，年龄每增加一岁减少一年；七十五周岁以上的，按五年计算。

劳动者如果身体致残，必然会影响其收入，也影响其被抚养人的生活水平，为了对此进行弥补，人身损害的赔偿项目中就有被抚养人生活费。

被抚养人生活费 = 受诉法院所在地上年度城镇人均消费支出 × 伤残系数 × 抚养年限 ÷ 抚养人数

受诉法院所在地上年度城镇人均消费支出查询方式同上年度城镇人均可支配收入

伤残系数与残疾赔偿金的伤残系数是同一概念

抚养年限分不同的情况

如果被抚养人是未成年子女，抚养年限就计算值子女的满 18 岁。如该子女 7 岁，抚养年限就是 11 年

如果被抚养人是无生活来源的无劳动能力的老人，计算二十年，无劳动能力的采用以下标准判断

1. 女超过 50 周岁，男超过 60 周岁即视为无劳动能力
2. 未超过法定年龄因疾病、残疾、精神状况等原因无劳动能力的，须经过鉴定机构鉴定。

抚养人是只该被抚养人的抚养人数，例如未成年子女的抚养人数为 2（父亲和母亲），丧失劳动能力的老人其抚养人数就是子女的数量 + 1（配偶）。

4、人身损害赔偿的主张方式及对象

人身损害赔偿可在计算出所有损失后，与侵权人达成协议进行赔付，若侵权人是驾驶机动车撞伤劳动者的，则有保险公司代侵权人进行赔付，需要与保险公司达成协议，若不能达成协议则须向人民法院起诉。

另外人身损害赔偿需要侵权人有过错责任，如果劳动者受伤仅仅是因为自己的原因则无法侵权人主张人身损害赔偿。如果劳动者在工作中自己摔伤、受伤，可以向用人单位主张人身损害赔偿，此种情形下一般会认定劳动者自身也存在一定的过错导致的损害后果，不会对计算的损失全额进行赔偿，法院会酌情认定过错比例进行赔偿。

以上就是人身损害的赔偿的相关内容，是对劳动者工作中受伤最直接的赔偿。

12.3.3 第二种工伤保险或职业伤害

1、职业伤害的概念

我们首先就需要普及一下职业伤害的概念。这是人社部新创设的概念，专门针对新就业形态的劳动者设立的。工伤是指因工受伤，可以取得相应的工伤保险待遇，工伤保险待遇制度设立得比较早，为大家所熟知。同样，职业伤害就是在从事新就业形态的职业、工作中受伤，所以被成为职业伤害。目前部分地区出台零散的出台了一些职业伤害的规定，各地也在进行探索。职业伤害在已经开始试行的地区是由单位强制购买的。

工伤保险待遇和职业伤害的待遇是不同的，这里待遇就是指支付的受伤劳动者的各种项目的钱。工伤保险待遇的支付金额一定是远远高于职业伤害待遇的。故新型就业形态劳动者在能与单位构成劳动关系的情况下，优先考虑进行工伤认定，取得工伤保险待遇。能否构成劳动关系我们在新业态劳动者劳动关系的确认部分已经讲过了。工伤认定的程序及工伤保险待遇的申领参见本书的工伤一章。

接下来是不构成劳动关系的新就业形态劳动者，ta 们无法获得工伤保险待遇，但可以取得职业伤害待遇。

2、职业伤害的申请及待遇

目前职业伤害各地的申请方式各异，大致是两种模式：

第一种模式，与工伤认定相同，直接按照人社局指定的材料提交到人社局，人社局作出职业伤害认定书，然后人社局安排进行劳动能力鉴定后，按照鉴定等级支付职业伤害待遇。整个过程与工伤保险待遇的申请方式无异，虽然流程比较长，但主导权还是在劳动者手中。

第二种模式，也是适用范围最为广泛的方式，职业伤害的待遇实现了“政企合作”，发生职业伤害后，由骑手在指定的系统里面上传材料，然后由单位向保险公司申请理赔，保险公司核对属于职业伤害应该赔付的，支付职业伤害待遇。这种模式是国家牵头，与保险公司合作建立来对骑手进行一定程度上的保障，当然其待遇肯定无法达到工伤保险待遇的标准，并且整个申请流程掌握在用人单位手中，不利于劳动者维护自身权益。

12.3.4 第三种商业保险

许多单位或劳动者为了在劳动者受伤后有足够的医疗费进行治疗，保证受伤后能够得到足够的补偿，会在社会保险或职业伤害之外额外购买商业保险。所以第三种赔付只有在单位或劳动者自己购买了商业保险的情况下才能主张。

1、商业保险的申请及赔付

商业保险的赔付就是找购买保险的保险公司申请，保险公司的理赔员会告知需要准备的材料，劳动者最主要的准备的是构成伤残的，去鉴定机构进行鉴定。去申请鉴定前，需要向保险公司确认鉴定标准，我国常见的鉴定标准是以下三种

《人体损伤致残程度分级》由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司

法部联合发布，用于人身损害致残程度的分级

《人身保险伤残评定标准》由中国保监会发布，作为部分保险公司评定伤残等级的标准

《职工工伤与职业病致残程度鉴定标准》用于工伤致残程度的标准

确定好保险公司认可的标准后，即可向司法鉴定机构申请鉴定，达到致残标准的会出具鉴定意见，将鉴定意见作为申请理赔的材料提交保险公司即可，保险公司会依据购买保险的合同种类进行理赔。

12.3.5 三种赔付的关系

三种类型的赔付是相互独立的，意思是劳动者若满足条件，可以同时获得以上三种类型的赔偿，医药费除外。例如骑手 A，公司为 ta 购买了商业保险，骑手 A 送餐中被撞伤。此时，若劳动者 A 可以要求撞伤 ta 的司机赔付其人身损害赔偿，同时还可以主张工伤保险待遇或职业伤害待遇，另外还可以向保险公司申请理赔。劳动者 A 在本案中可以同时主张向不同的主张到三种不同的赔偿或待遇。若只满足一个或两个的类型的条件，则只能主张满足条件的情况。

例外，当以人身损害为由起诉用人单位后，就不能再主张工伤保险待遇或职业伤害了

12.4 新就业形态劳动者与单位签订合同中的仲裁条款

1、商事仲裁条款的对劳动者的危害

新就业形态的用人单位往往不与劳动者直接签订劳动合同，而是通过与劳动者签订《合作协议》、《承揽协议》等形式，试图将新就业形态劳动者与其建立的劳动关系伪装成其他合作关系或承揽关系，并且还会在合同中约定仲裁条款。此类仲裁条款一定是不利于劳动者主张自身权益的。

上文所知的仲裁条款是指，合同双方发生争议后到双方约定仲裁委员会进行仲裁。这里的仲裁委员会是商事仲裁委员会，是专门处理商事争议的仲裁委会，与劳动仲裁委员会是不同的单位。商事仲裁委员会不会像劳动仲裁那样适用劳动法并且有一定保护劳动者的倾向，商事仲裁规则复杂，劳动者通常是玩不过单位的。商事仲裁委员会甚至有倾向于用人单位的可能。

一个真实的案例，某新就业形态劳动者 A 与单位签订的合同中有仲裁条款，双方签订的就是所谓《合作协议》，并且约定了高额的违约金，A 离职后单位罔顾事实，恶意对 A 提起了商事仲裁，约定的商事仲裁委员会距离劳动者 A 工作生活的地方好几个小时的车程，A 没有现场去参加商事仲裁，只提交了答辩状。后商事仲裁委裁决 A 赔付单位数万违约金，后向法院执行，导致 A 成为了被执行人。商事仲裁条款能有这样严重的后果，若签订了我们应该如何应对呢？

2、如何应对在签订合同中的仲裁条款？

我们在收到商事仲裁委的受理通知后，应当立即与商事仲裁委联系并提交管辖权异议书，因为新就业形态劳动者与单位实质上建立的是劳动关系，不应是商事关系，劳动争议应由劳动仲裁委员会进行裁决。

提交管辖权异议书后马上与申请劳动仲裁确认与单位之间存在劳动关系，劳动仲裁委受理后将受理通知书邮寄给商事仲裁委，商事仲裁委或是直接驳回单位的仲裁申请，或是待劳动仲裁的裁决结果生效后再进行进行审理，期间会中止商事仲裁的程序。若最后确认了劳动关系商事仲裁委会直接驳回用人单位的仲裁申请，若最后没有确认劳动关系，则商事仲裁委会进行审理商事仲裁的请求。所以关键在于劳动关系的确认，这一部分详见本书劳动关系确认的部分。

12.5 主播的就业形态与劳动关系确定

编者的话

随着互联网经济的发展，主播现在已经不再是一个新兴职业。在法律上，“主播是否构成劳动关系”，这一问题也有了基本确定的指导原则。依据 05 年《关于确认劳动关系有关事项的通知》中所规定的人事从属性和经济从属性进行确定。目前，已经有许多受到公司管理，符合劳动关系条件的直播行业劳动者拿到了胜诉裁决/判决，依据劳动法享受到了相关的保障。本文将帮助大家判断自己是否构成劳动关系，如何维护自己的合法权益。：

《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引（试行）》、05 年《认劳通知》是目前用于指导认定劳动关系的法律依据，经济、人身从属性理论则是通行法理依据。作为劳动者，你可以仔细阅读《指引》和 05 年《认劳通知》，它们很重要也很清晰。完全没有必要去学习相关法律理论，有时间不如看看马克思主义的生产资料私有理论。经济、人身从属性理论不过是对马克思的理论进行了一次拙劣编排。作为 54 劳委成员，你还是得看一下通行法理。

1、主播是否构成劳动关系

确认劳动关系通常是大家仲裁公司的第一个诉求，因为只有认定与公司存在劳动关系，而不是所谓的“合作关系”“经纪关系”，我们才能依据劳动法主张其他相关诉求。

根据 23 年初最新出台的《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引（试行）》的规定，主播认定劳动关系的原则如下：

法律法规

《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引(试行)》

第四条:

企业要根据用工事实和**劳动管理程度**,综合考虑新就业形态**劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、是否需要遵守有关工作规则和劳动纪律及奖惩办法、工作的持续性、能否决定或者改变交易价格等因素**,与符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者订立劳动合同,与不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者订立书面协议。

简单且不失正确地说,劳动者越受到公司管理、工作劳动过程中越不自由、越能感受到公司的压迫,那么越符合构成劳动关系的条件。正因为我们与公司之间是不平等的劳动关系,因此有权享受劳动法所规定的相关待遇和保障。**我们也需要搜集相关证据证明自己受到管理,劳动过程中不具有自主权,我们与公司之间是不平等关系。**

同时,越是小主播,越无法和公司形成平等关系,越可能构成劳动关系。直播生产过程中,主播本人的名气、吸引力或粉丝号召力是重要的生产资料,且与主播本人具有不可分性。因此,大主播具有议价权,往往和公司构成平等的民事法律关系,而不构成不平等的劳动关系。

我们可以根据以下要素判断自己是否构成劳动关系,同时这些要素也是我们收集证据的方向。

- 在工作时间上,公司是否有硬性规定、是否有考勤管理、旷工处罚、提前下班处罚等
- 在工作内容上,劳动者是否能自主决定,公司是否有硬性要求,是否规定了休息时间,是否规定不能玩手机等
- 在工作地点上,是否有规定的固定上班地点
- 公司是否通过罚款、规章制度的方式进行管理
- 是否存在保底工资(存在则更符合劳动关系)
- 入职时,是否具有粉丝群体,是否具有议价能力

以上内容,不是具备某一要素即可保证能够认定为劳动关系。仲裁/法院会综合考虑上述要素,然后判断是否构成劳动关系。所以,我们需要尽可能搜集相关证据,从多个方面证明自己与公司之间构成劳动关系。

同时,我们很有可能和公司签订了所谓的“合作协议”“经纪合同”,其中也很可能有一条规定“xx与xx公司之间不构成劳动关系”。我们无须担心,认定劳动关系是依据事实情况进行认定的。我们能够举证证明存在上述要素,即可证明存在劳动关系,那么就要按照劳动关系处理。双方约定因违反法律规定而无效。

司法案例

(2023) 辽 0203 民初 1897 号

被告辩称，其招聘的是“网络达人”，因直播行业的特点，被告对原告权利义务进行限制符合行业习惯。不可否认，网络直播作为新兴产业，主播与其合作公司之间的合同形式多样，包括专职经纪公司与签约主播之间的合同关系、网络直播平台与签约主播之间的合同关系等，但其均与本案存在本质区别，本案中，双方订立合同时，原告并没有形成自身粉丝群体，不能依靠自身流量帮助原告完成推广，在对合同条款的设定上无任何谈判资本，双方地位本就不平等；订立合同后，原告只是在被告的安排掌控下，完成网络销售，原告本人不在直播中产出内容观点，或展示才艺技能，也不靠流量打赏获得收益，原告只是被告安排在网络平台上的销售人员而已，故被告所谓的“合作”不成立。倘若对被告的行为予以认可，则变相鼓励用人单位以“网络主播”新型用工的名义，逃避法定的劳动保障义务，剥夺劳动者依法享有的权利。故对被告的抗辩，本院不予采信。

司法案例

江苏法院 2021 年度劳动人事争议十大典型案例之四

裁判要旨：：

网络主播使用用人单位提供的注册账户在互联网平台上为单位销售产品，工作场所、劳动工具由单位提供，直播内容、直播时间由单位安排，劳动报酬由单位发放，双方之间具有明显人身与经济从属性的，应认定双方存在劳动关系。：

简要案情：

2020 年 2 月，胡某与某供应链公司签订合作协议，由胡某在供应链公司的淘宝网账户上直播带货，每月基本报酬为 7000 元，另根据直播带货销售额结算收益。胡某每天工作 6 小时，直播时间按供应链公司的排班表执行，直播货品为供应链公司经销的服装类产品，货品价格由供应链公司确定，直播工具由供应链公司提供。胡某于 2020 年 6 月辞职后申请劳动仲裁，要求支付拖欠的工资。仲裁裁决认为双方构成劳动关系，供应链公司应支付胡某拖欠的工资。供应链公司不服，认为双方系合作关系而非劳动关系，诉至法院。法院认为，胡某从事的网络平台直播销售工作是供应链公司的主要业务组成部分，工作场所、劳动工具由供应链公司提供，工作时间由供应链公司安排，双方具有管理与被管理的人身依附和经济从属关系，构成劳动关系，故判决供应链公司支付胡某拖欠的工资。：

专家点评：

网络主播是近年来伴随着互联网等信息技术发展而产生的一种新就业形态。网络主播与合作方之间是否构成劳动关系，取决于他们之间是否具有劳动关系所要求的从属性特质。按照劳动法的一般理论，劳动关系的从属性主要包括人格（人身）从属性和经济从属性。本案中，网络主播胡某与某供应链公司为“直播带货”签订合作协议。依据协议约定，胡某使用公司提供的直播账户，按照公司安排的直播场所、直播内容和直播时间完成直播任务，由公司按照约定向胡某发放直播劳动报酬。这样的“直播带货”虽然加入了网络、电商的元素，但并没有改变销售人员与公司之间具有的人身与经济从属性的特征，仅是将线下销售转化为线上销售而已。故法院判定双方构成劳动关系具有事实依据和法律依据。本案判决运用劳动法基本理论，从权利义务折射出的“合作协议”本质对其法律属性作出甄别，这样的裁判思路在新就业形态越来越普遍的今天，无疑具有典型意义和示范意义

司法案例

江苏法院 2021 年度劳动人事争议十大典型案例之五

裁判要旨：

网络主播通过与经纪公司签订合作协议，自行在第三方直播平台上注册从事网络直播活动，自主决定直播方式，以粉丝打赏为主要收入来源，其与经纪公司之间不构成劳动关系，按照普通民事关系处理。：

简要案情：

2020 年 7 月，某文化公司与田某签订艺人独家经纪合约，约定双方合作范围包括但不限于网络演艺、线下演艺、商务经纪、明星周边及其他出版物、法律事务等与演艺事业相关的所有活动。双方基于合作产生收益，不谋求建立劳动关系，文化公司向田某支付艺人签约费 8 万元。如田某因个人原因长期无法配合文化公司安排的直播或其他活动，需要提前 30 天提出书面停播申请。因个人身体问题导致无法直播需提供相关病历，病假期间的损失双方共同承担。田某每月直播时长未达到最低规定的，文化公司有权暂扣分成，双方收益结算周期为平台结算到账后 10 个工作日内。2020 年 9 月，田某不再履行合同。某文化公司诉至法院，要求返还签约费。：

一审法院以本案属于劳动争议应先行申请仲裁为由裁定驳回起诉。文化公司提起上诉，二审法院认为，合同对直播内容、直播时段、直播地点并无约定，文化公司未对田某进行劳动管理；文化公司未向田某支付劳动报酬，田某的收入全部来自网络直播吸引的粉丝打赏，双方按照约定比例进行收益分配；田某从事网络直播的平台由第三方所有和提供，网络直播活动并不是文化公司业务的重要组成部分。故双方之间不符合劳动关系的法律特征，不构成劳动关系。：

网络主播作为一种典型的新就业形态，其与协议相对人之间的合作方式是多元的，因而他们之间法律关系的属性也是不确定的，需要根据双方权利义务安排折射出的“合作关系”本质予以认定。本案中，虽然主播田某的直播行为要受到其与某文化公司签订的“独家经纪合约”约定的最低直播时长、直播纪律等方面的约束，但田某是自行在第三方直播平台上注册从事网络直播活动，自主决定直播时间、直播地点和直播方式，并以粉丝打赏为主要收入来源。即总体而言，田某劳动的自主性、独立性比从属性更为显著，故法院判定其与经纪公司之间不构成劳动关系是恰当的。：

在灵活多样的新就业形态中，劳动的“从属性”和“独立性”往往交杂在一起，要透过“是是非非”、“纷繁复杂”的现象综合判定用工关系的法律属性，需要审判人员的法律智慧。本案判决为新就业形态用工关系法律属性的判定提供了具有普遍参考价值的审判思路。

2、相关处理

是否构成劳动争议是由仲裁/法院认定的，但是如果我们认为自己构成劳动争议，也需要按照劳动争议的方式处理矛盾。辞退、工资、工伤等争议，请对应到手册的相关章节进行查

阅。

主管问题

如果公司起诉我们到法院，**我们应当首先提出双方系劳动关系，应当由劳动仲裁委前置处理**。如果我们的主张成立，法院会驳回公司的起诉。

而我们要追究公司违法责任，也需先向劳动仲裁委提出仲裁，由此启动法律程序。

还有一种极少出现的情况，公司将我们仲裁到**仲裁委**，这个时候我们也要提出主管异议。即在仲裁庭开庭前，向仲裁委主张本案属于劳动争议，仲裁委无管辖权。仲裁委是指商事仲裁机构，和劳动人事争议仲裁委员会不一样。

违约金问题

如果认定为劳动关系，你和公司签的协议/合同之中的违约金约定无效。这是因为劳动关系中不能约定违约金。

不过竞业限制违约金和服务期违约金的约定依然有效，详情请参看本手册 9.2、9.3 两章。

双倍工资问题

公司并未与我们签订劳动合同，因此我们可以主张未签劳动合同双倍工资赔偿。但是存在一种可能，公司为逃避支付双倍工资，承认双方构成劳动关系，入职时签订的“合作协议”“经纪合同”符合劳动合同要求。因为认定劳动合同的标准十分低，公司如果主动承认构成劳动关系，那么我们的双倍工资诉求很可能被驳回。

第十三章 特殊保护

13.1 农民工

13.1.1 农民工认定劳动关系

1、何为农民工？

农民工，或者说进城务工人员，指**户籍地在乡村**，进入城区从事**非农产业劳动**的工人，是我国劳动者大军中极为庞大一个群体。据国家统计局的统计，自 2008 年以来，全国农民工数量长期保持在 2 亿人以上，2021 年我国农民工总数达到 2.9 亿。与其他城市用工形式相比，农民工的工作具有其特殊性，工作权益也常常受到侵害，这在农民工兄弟维权的过程中增添了很多障碍。

2、劳动关系认定

对于工作权益的保障和维护，首先要确立劳动关系，即证明我在这里工作，我是这里的员工，以及证明这里的老板是谁。对于部分行业的农民工，如制造业流水线工人、餐饮服务从业者等，劳动关系的证明可以参照其他一般行业的证明方式，入职前一定签定好劳动合同，如果没有签劳动合同要及时保留相关证据，涉及劳务派遣的，搜集派遣公司的相关资质资料。这里对于一个特殊行业，建筑工人的劳动关系证明方式进行详细的说明。

建筑工人很多情况下并不是由建筑单位直接雇佣工人，而是工程层层转包的模式，在层层转包的过程中，越接近农民工的层级，不具备实际施工资格的可能性越大，即涉及违法转包。我国目前常见的建筑工程转包形式一般是：

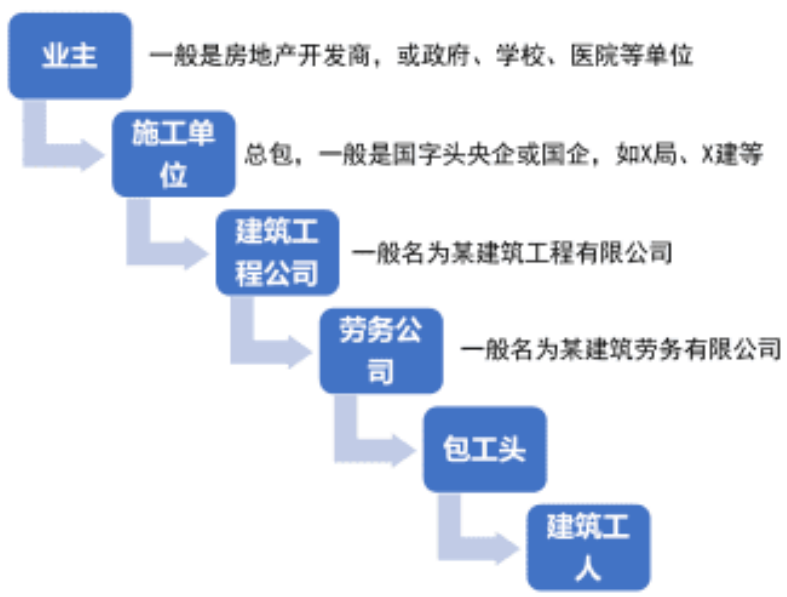


图 13.1: 建设工程转包模式图

其中建筑工程公司、劳务公司和包工头等可能并不仅有一层，为了避免法律上的争议，劳动者一定要追溯到具有合法用工资质的建设单位认定劳动关系

法律法规

劳社部《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》

第一条用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一) 用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

....

3、实操部分

对于实际要去认定劳动关系的农民工兄弟来说，直接接触到的包工头和劳务公司大概率都是没有施工资质的，甚至于当我们遇到欠薪、工伤、劳动保护或其他工程问题需要认定劳动关系时，他们也常常直接跑路。但是上层的总包分包单位往往我们又无法直接接触到。那么在认定劳动关系时我们应该怎么做呢。

首先是证据收集上。施工工地上有一个特殊证据需要收集，也就是施工公示牌，一般会挂在工地的入口处或其他醒目的地方，体积也比较大。如图，施工公示牌上会详细写明项目名称，对应的总包、分包、监理等单位名称和项目负责人。被公示的单位一般是具有资质的，在认定劳动关系时，我们可以将他们统一列为被申请人，即便他们辩称将工程继续向下分包给了其他单位，那么他们也有责任联系到下级单位或个人，这有利于在包工头跑路等情况下认定老东关关系。因此施工公示牌的照片是一项重要证据。

项目名称	余下兴余路工程			监督级别挂牌 <div>一级 二级 三级</div>
合同工期	30天	结构类型	市政道路	
开工日期	2018.10.13	竣工日期	2018.11.30	
建设单位	建设和住房保障局	责任人 (环保监督员)		
施工单位	建筑工程总公司	责任人 (环保监督员)		
监理单位	建设项目管理集团有限公司	责任人 (环保监督员)		
勘察单位	西安中勘	责任人 (环保监督员)		
防治措施	(1)工程措施	1. 施工场所100%围挡；2. 出入口和场内道路100%硬化；3. 渣土堆料裸露地面100%覆盖；4. 驾驶工地车辆100%冲洗；5. 土方作业100%湿化作业；6. 渣土车辆100%密闭运输。		
	(2)管理措施	1. 接受扬尘污染防治专项交底；2. 制定工地扬尘污染防治方案；3. 设置扬尘污染防治专项预算；4. 明确防尘治污各方面责任；5. 设置扬尘污染防治专职人员；6. 储备扬尘污染防治工程材料。		

图 13.2: 施工公示牌

在被申请人的选择上，必要时我们可以继续向上追溯，比如小区等房产建设工地我们可

以将房地产商、物业公司乃至小区业主也列为被申请人，虽然最终责任可能并不在他们，但是这样可以敦促他们及时联系下级分包人员，尽好自己的义务，切实保护低层建筑工人的合法权益。

其次，相关证据与准备其他劳动关系证明时所要准备的材料类似，如[工资流水单](#)，如果采用现金结算工资要做好录音录像工作并拍摄确认收到工资的文件，[工地的排班表](#)、[在工地实际工作的照片](#)、[工牌工服的照片](#)、[与包工头等人员的聊天记录](#)等。

13.1.2 农民工工伤

编者的话

建筑行业由于存在层层转包的因素，经常出现单位实际不具备施工资质或底层转包人员跑路等不利情况，对实际建筑工人的劳动关系认定产生了很大影响，甚至常常无法认定劳动关系。但是，建筑工人又常常涉及高空作业、操作大型机械等高危因素，面临工伤的可能性比普通工人更大。在其他行业中，认定工伤首先要确认劳动关系，那么这种情况下我们又该怎么做呢。希望本文能够给您带来一定的思路

1、农民工工伤如何认定？

对于农民工无法认定劳动关系但是受到工伤的情况，最高法明确了相关的规定，给予了农民工特殊的保护，具体如下。

法律法规

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》

第三条第四款用工单位违反法律、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

也就是说，即便包工头或劳务公司没有实际施工资质，无法认定劳动关系，我们也可以认定工伤，由他们承担赔偿责任。

2、实操部分

当我们真的遇到建筑工地工伤工亡时，首先应当按照上文确认劳动关系的流程，[积极发起仲裁，要求确认劳动关系](#)。随后拿着劳动仲裁判决书向人社局提出工伤申请。要注意的是，这里[无论仲裁判决是否认定劳动关系都不影响我们提起工伤认定](#)。即便仲裁书写明“不认定劳动关系”，也可以根据上文的《若干规定》提起工伤认定，而且这份不认定劳动关系的仲裁判决，恰恰是我们工伤认定的重要证据之一。

其他的工伤认定所需要准备的材料，则与其他行业的认定材料相同，包括[工伤认定申请表](#)、[身份证复印件](#)和[医疗机构出具的诊断书](#)。

13.2 女职工

13.2.1 三期女职工不得辞退的情形，被公司辞退怎么办

女职工的“三期”是指女职工的孕期、产期和哺乳期。国家法律法规对处于“三期”的女职工实行特殊的劳动保护。由于“三期”女职工的特殊性，经常有些用人单位在女职工怀孕后借故辞退，以合同到期终止为由终止双方劳动关系，找借口调岗有降薪等等，这些行为都侵害了女职工的劳动权和生育权。

《劳动合同法》第四十二条虽然规定了用人单位不能依据《劳动合同法》的第四十条和第四十一条解除“三期”女职工的劳动合同，但是《劳动合同法》的第三十九条却不在其列。这就意味着，就算女职工处于“三期”，只要用人单位可以证明职工存在三十九条所列的行为，就可以据此解除与“三期”女职工的劳动合同。

法律法规

劳动合同法

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期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。

法律法规

劳动合同法

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

- （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。

对企业来说，无责辞退需要承担举证责任。对某些不怎么正规的公司来说，这一步是比较难的。一旦企业举证失败，参见《劳动合同法》第四十八条，劳动者有两个选择。根据《劳动合同法》八十七条规定，你可以要求单位继续履行合同，不要求单位继续履行合同的，单

位应当按照你在该单位的工龄支付你双倍赔偿金，例如你满三年不满三年半的工龄支付你 3.5 个月工资的经济补偿金的两倍即 7 个月工资的赔偿金。

法律法规

劳动合同法

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。

法律法规

劳动合同法

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。

对于其他的诉求（例如追加三期损失），不同的地区的裁量方式不同。根据各地的裁判案例，当前支持 2 倍赔偿金加三期损失的，有广州地区。仅支持二倍赔偿的，有深圳和江苏地区。

广州中院发布的《民事审判若干问题的解答（2010 年）》十五、女职工在怀孕期间被用人单位解雇，因客观原因造成三期待遇损失的，如何补偿？答：产期应按正常工资标准足额支付，哺乳期和孕期可按其本人正常工资的 20% 支付，但不得低于当地最低工资标准。

法律法规

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引

第一百〇二条

女职工在“三期”内依据《劳动合同法》第三十八条或最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条的规定，提出被迫解除劳动合同，除要求经济补偿外，还要求用人单位支付工资及福利待遇至“三期”期满的，对劳动合同解除后的工资和福利待遇，不予支持。

法律法规

江苏省劳动仲裁案件研讨会纪要

第八条

企业违法解除或终止“三期”女职工劳动合同的争议处理因用人单位违法解除或终止导致双方的信任度受损，女职工明确表示不愿意继续履行劳动合同的，双方的劳动合同可以解除或终止，用人单位应支付女职工解除、终止劳动合同的经济补偿金，并赔偿劳动者明确提出解除或终止劳动合同前劳动合同中断期间的损失。女职工要求用人单位支付劳动合同解除、终止后的工资、保险、福利待遇的，因不符合劳动合同实际履行的原则，且有失公平，故仲裁委员会不应支持。

13.2.2 三期女职工调岗调薪问题

有些用人单位眼看辞退不行，就想着试图用调岗的方式来达到降薪或者逼迫“三期”女职工主动辞职的目的。调岗降薪对原劳动合同是一种变更的行为。《劳动合同法》规定订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则。但是法律并非完全禁止用人单位在女职工的“三期”内进行调岗的。若是“三期”女职工主动提出调岗的，则用人单位可以根据女职工的意愿进行安排。

1、单方调岗

若女职工原岗位属于法律规定女职工经期、孕期、哺乳期禁止从事劳动范围的，用人单位在保障女职工权益不受损害的情况下，可以进行单方面调岗。

若女职工三期内确实存在不能胜任原岗位工作情形的，根据《女职工劳动保护特别规定》第六条规定，用人单位可以根据医疗机构的证明来对女职工进行调岗。

2、薪随岗动

法律规定用人单位不得因女职工“三期”而降低其工资，但并不意味着用人单位必须全额发放与女职工工作业绩、工作表现挂钩的绩效考核报酬。如果用人单位有严格完善的薪酬绩效管理制度，则与工作业绩挂钩的绩效奖金、销售提成，与出勤天数挂钩的全勤奖金等，用人单位可以根据女职工当月绩效考核结果、出勤天数予以发放。也就是说，在合理的调岗以及健全的规章制度下，合理的“薪随岗动”也是允许的。

3、协商调岗

虽然“三期”女职工未主动提出调岗，但是用人单位确实需要安排女职工调岗时，应当采取与女职工协商一致的方式，并且双方协商的结果应得到女职工的书面同意和确认。

但是这些调岗都需要满足前提条件，那就是用人单位不得在女职工“三期”降低其基本工资和双方协商一致。

在没有协商一致的情况下，用人单位单方面调岗降薪行为是违法的，女职工有权要求恢复原岗位原待遇。但有时，一些企业往往会在劳动合同上附明，根据企业的经营需要等等，可

以变更工作岗位。那么表明企业有调岗权利，但审批实践中企业需要证明调整其工作岗位的合理性，是因为三期女职工的“特殊”性调岗还是因不能胜任工作调岗。但总的说来无论“三期”女职工的岗位如何变化，工资待遇都不得降低。具体有以下几种情况。

4、产假工资不受影响

《妇女权益保障法》规定，“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资”。可见，国家对女职工在“三期”期间的工资待遇是有明确规定的。一言概之，女职工产假期间工资照发。一般情况下，对于已经参加生育保险的女职工，国家规定的产假期间，由生育保险基金支付生育津贴，各地区规定的女方奖励假和男方护理假，则由用人单位支付工资。未参加生育保险的，上述工资均由用人单位支付。

5、享受生育医疗费用

《女职工劳动保护特别规定》规定，“女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。”

6、产前检查假等计入劳动时间

《女职工劳动特别保护规定》规定，怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查，所需时间计入劳动时间、用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排 1 小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳一个婴儿每天增加一小时的哺乳时间”等。此外，各地普遍规定，男方享受护理假期间，用人单位照发工资。

7、产假工资计算方法

一般而言，产假前工资包括基本工资、津贴、补贴、奖金等，一般不包括加班费。根据《女职工劳动保护特别规定》的规定，女职工休产假的工资计算标准，已参加生育保险的，有社会保险基金根据参加生育保险的基数进行计算，未参加生育保险的，则按照“女职工产假前的工资标准”计算。

总之，公司不能随意调整怀孕女职工的工作岗位，即使是因为保护女职工而将怀孕女职工调到相对轻松适宜的工作岗位，但也不能降低女职工的工资性收入。依据《女职工劳动保护特别规定》第五条用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。公司要在调整女职工岗位之后，还想调整其工资条件的，是在损害女职工的权益。遇到这种违规的公司，女职工可以采取下面的处理办法：

- 去申请劳动仲裁：解决劳动纠纷，最常见的就是去申请劳动仲裁。这点也主要因为合同当事人协商不成，而且双方也不愿调解的，那么现在就可根据合同中规定的仲裁条款或双方在纠纷发生后达成的仲裁协议向仲裁机构申请仲裁
- 去法院提起诉讼：如果劳动合同中没有订立仲裁条款，或者说在事后也没有达成仲裁协议，那么现在劳动合同当事人可以将合同纠纷起诉到法院。

值得一提的是，生育津贴不等同于产假工资。因为支付生育津贴的主体是生育保险经办机构，支付工资的主体是企业，二者不可以相互代替，所以生育津贴与产假工资不能同时发

放。生育津贴是国家补贴给企业用来发放产假期间工资的，它的计算方法与公司在社保处的申报工资基数有关。所以实际中的生育津贴与产假工资并不相等。因此有规定，产假工资和生育津贴，就高领取。也就是说：

- 如果员工的产假工资高于生育津贴，用人单位应按照劳动者的工资标准先行向劳动者支付产假工资，后持劳动者提交的相应材料向生育保险经办机构申报生育保险待遇。当用人单位向劳动者支付的产假工资高于劳动者可享受的生育津贴数额时，用人单位无需再将领取的生育津贴支付给劳动者
- 如果员工的产假工资低于生育津贴，那就可以按产假工资发给员工，**然后生育津贴下来，将与产假工资的差额补给员工，剩下的还是归企业。**

但是在实务中，由于生育津贴的计算方法是按照女职工本人生育当月的缴费基数除以 30 再乘以产假天数计算的，很多用人单位为了降低成本，并没有按劳动者实际工资参加社会保险，而是按照最低工资标准或者当地政府规定的最低参保基数为标准进行参保，当劳动者实际工资高于参保基数时，社会保险基金支付给生育女职工的生育津贴就会偏低。又因为生育女职工依照法律规定休产假被视为提供了正常劳动，如果生育津贴低于月工资，实际上是侵害了生育女职工的合法权益。**在这种情况下，当事女职工可以向所在用人单位要求补发二者之间的差额。**

最后，在实践中，一般怀孕女职工在孕期、产期以及哺乳期内都有相当的权益，而有些不正规的公司为避免这些劳动力浪费，会直接调整岗位降低薪水等方式，不管是怎样的一个情况，建议最好就按照法律规定，权益要有损害的，就积极采取上面的方式解决。

13.2.3 三期女职工的休假权利

1、三期女职工的休假权利

女职工的三期是指**孕期、产期、哺乳期**。

2、孕期

孕期指的是怀孕的周数，医学上的孕期是指从末次月经的第一天（并不是从同房的那天算起）开始，到分娩结束，通常为四十周。

3、产期

4、哺乳期

哺乳期时长为一年，自婴儿出生至满一周岁止。如果是婴儿身体特别虚弱，经县级以上医疗机构证明，可适当延长哺乳期。如果哺乳期满时正值夏季，可延长一至二个月。

5、三期内女职工的休假权力

用人单位不能辞退三期女员工。除非出现严重失职、徇私舞弊给用人单位造成极大损失；或存在欺诈被追究刑事责任等行为时，单位可以依法解除劳动合同。

司法案例

案情概览——2018 年年底，邓女士生育。2019 年 4 月结束产假到岗工作。没想到公司迟迟没有为她安排工作，五一假期后，又等来了一纸《调岗协议书》。协议书中指出，鉴于邓女士在哺乳期的身体状况，已无法胜任原工作，公司将其由技术研发岗调整至行政文员岗，相应的月工资标准也由 23000 元调整为 12000 元。

邓女士坚决不同意调岗降薪，表示自己可以胜任本职工作，并据理力争，不到新岗位报到。蓝天公司以邓女士不服从管理、严重违反公司规章制度为由将她辞退。

邓女士通过诉讼程序，要求蓝天公司支付违法解除劳动合同赔偿金 230000 元。

主要争议——蓝天公司与邓女士解除劳动合同是否具备事实及法律依据？

1. 蓝天公司认为**尚处哺乳期的邓女士不能胜任工作**，但未能就此提举证据。因此对蓝天公司的主张不予采纳
2. 蓝天公司**单方面调岗降薪**，属于变更劳动合同约定的岗位及工资标准，**应当取得对方同意**。邓女士明确不同意调岗降薪，未到新岗位报到，属于合法合理范畴内提出异议的行为，而非严重违纪行为，蓝天公司据此将邓女士辞退，缺乏事实与法律依据。

女员工在哺乳期有至少 1 小时的带薪哺乳权力。

司法案例

案情概览——韩女士是阳光公司（化名）的财务人员，阳光公司的上班时间是**早上 9：30—下午 6：30**。韩女士自结束产假复工后每天早上准时打卡上班，合理安排各项工作保证效率，下午 5：30 打卡下班。

这样上了 3 个月班后，韩女士才发觉**每月工资都比产前少了 1000 元**左右，但自己**每天按点上下班，没有请过一天事假、病假**。韩女士找到公司人事了解情况，人事答复称，韩女士每天下午 5：30 打卡下班，比公司规定的下班时间早了 1 个小时，因此按照每天早退 1 小时扣发了事假工资。**韩女士表明自己处于哺乳期**。

人事答复公司没有相关规定。协商不成后，韩女士通过诉讼程序要求阳光公司返还 2019 年 5 月至 2019 年 8 月期间扣除的工资 3000 元。

司法解释——法院经审理认为，**对哺乳未满 1 周岁婴儿的女职工，用人单位应当在每天的劳动时间内为其安排 1 个小时的哺乳时间，且不得因女职工哺乳而降低其工资。**

本案中，阳光公司将韩女士 1 个小时的哺乳时间作为事假扣除工资，侵犯了韩女士哺乳期的工资权益，因此判令阳光公司返还韩女士 2019 年 5 月至 2019 年 8 月期间扣除的工资 3000 元。

最后，**女员工也不能“倚老卖老”**。

司法案例

案情概览——肖女士与某销售公司签订劳动合同，在该销售公司担任文秘工作。后肖女士结婚不久怀孕，在此期间经常无故迟到早退，对工作敷衍了事。经公司人事部门多次约谈，肖女士均以其系大龄产妇，需要特殊照顾为由，依然迟到早退，多次无故旷工。由于肖女士粗心大意，导致该销售公司丧失了与大客户签约的机会，造成公司利润损失近百万。

销售公司依据其制定的《员工日常奖惩管理办法》中关于“未经任何批准，月累计旷工 5 天以上者，视为重大违规/过失，予以辞退”的规定以及“因故意或重大过失，经核算，造成公司利润损失 30 万元以上的，予以辞退”的规定，并征求工会意见，决定解除与肖女士的劳动关系，并向肖女士出具了解除劳动合同证明。

肖女士向某劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁，要求该销售公司支付违法解除劳动合同经济补偿金。仲裁委支持了肖女士的仲裁请求。销售公司不服，提起诉讼，要求法院判决无需支付违法解除劳动合同经济补偿金。

司法解释——法院审理认为，肖女士的行为严重违反了劳动纪律，给公司造成了巨大的经济损失，销售公司据此与其解除劳动合同并无不当，判决销售公司无需支付违法解除劳动合同经济补偿金。

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。

13.2.4 产假工资和生育津贴问题

1、产假工资和生育津贴是什么？

生育津贴指职工因生育而离开工作岗位期间，由**社保机构**根据产假天数，一次性支付给职工的生活费用。

产假工资指职工在休产假期期间，**企业**为职工发放的工资。

2、产假工资和生育津贴的区别是什么？

发放时间：生育津贴是需要**在生育后**，凭借申领材料（如《生育保险待遇表》、出院资料等）向医保机构申请。而产假工资是企业**每个月**发放给员工的，可以认为产假工资就是生育津贴由用人单位按照职工原工资标准逐月垫付。

法律依据：生育津贴是《中华人民共和国社会保险》《女职工劳动保护特别规定》所规定职工产假期间所享有的。而产假工资通常由地方性的法律法规要求，一般公司应按月发放产假工资，产假期间不发工资会被认定拖欠工资，如广东省的规定³。在司法案例中，通常会要求公司按月支付产假工资，若公司不发工资会被认定为拖欠工资，劳动者可以发被迫解除劳动合同通知书。

计算方法：产假工资是基于**职工原工资标准**，而生育津贴是基于**企业在职职工月平均缴费工资**及**全市职工月平均工资**的较高者进行计算的，**不同省市的具体规定不同**，下面将介绍大部分情况下的计算思路。

法律法规

《广东省职工生育保险规定》第十七条

职工按照规定享受产假或者计划生育手术休假期间，其生育津贴由**用人单位按照职工原工资标准逐月垫付**，再由社会保险经办机构按照规定拨付给用人单位。

3、产假工资和生育津贴的发放对象

按照法律规定的可以享受生育津贴的职工。

法律法规

《社会保险法》第 56 条

职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：

- (1) 女职工生育享受产假；
- (2) 享受计划生育手术休假；
- (3) 法律、法规规定的其他情形

4、产假工资和生育津贴的计算

生育津贴的计算基数：生育津贴以职工生育或计划生育手术时所在用人单位上年度（每年 7 月至次年 6 月）**在职职工月平均缴费工资为基数计发**。若企业上年度在职职工月平均缴费工资低于上年度全市职工月平均工资的，以**上年度全市职工月平均工资为基数计发**。无法计算上年度在职职工月平均缴费工资的用人单位，以**上年度全市职工月平均工资为基数计发**。

在产假期间，公司需要按月支付职工原工资标准的产假工资。在社保拨付给公司生育津贴后，若生育津贴高于公司支付的产假工资，**公司应将生育津贴扣除产假工资后发放给职工**。

有的时候，情况并没有那么理想。公司未在产假期间发放产假工资，而在生育津贴拨付后一次性付给职工。这时候，职工应按自己的月平均工资计算产假期间的产假工资，**若产假工资高于生育津贴，那么公司应当补足其差额**。

实例 1：小明个人生育津贴计算基数为 6000 元，小明产前工资为 8000 元，小明产假天数为 158 天，那么，小明能领多少生育津贴？

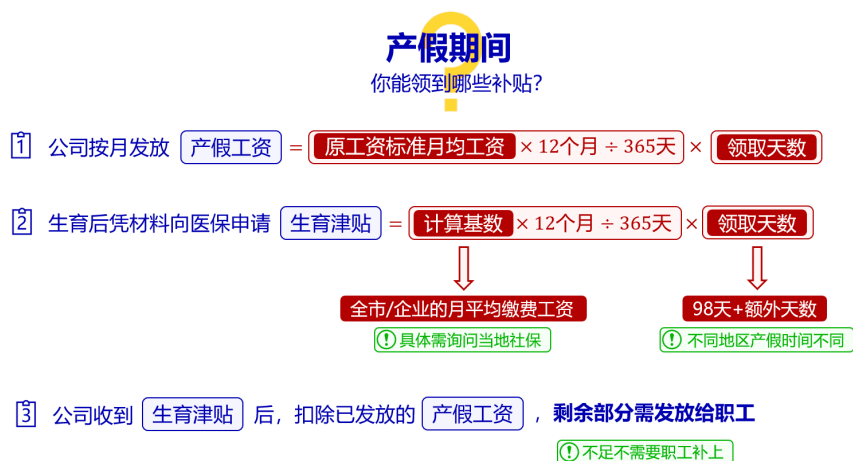


图 13.3: 生育津贴与产假工资计算

小明在产假期间仍应每月领到产假工资 8000 元, 158 天应累积领到 8000 元 *12 个月/365 天 *158 天 =41556 元。由于生育津贴计算基数小于小明产前工资, 生育津贴在拨付给公司后, 公司不再需要支付给职工生育津贴。

实例 2：小张个人生育津贴计算基数为 6000 元，小张产前工资为 4000 元，小张产假天数为 158 天，那么，小张能领多少生育津贴？

小张在产假期间仍应每月领到产假工资 4000 元, 158 天应累积领到 4000 元 *12 个月/365 天 *158 天 =20778 元。社保拨付给企业的生育津贴计算基数为 6000 元 (依据企业在职职工月平均缴费工资及全市职工月平均工资的较高者), 那么企业收到的生育津贴为 6000 元 *12 个月/365 天 *158 天 =31167 元, 相比支付给劳动者的 20778 元产假工资高出了 10389 元, 公司应当这 10389 元差额发放给小张。

13.3 学生实习

13.3.1 职校实习

1、职校实习的法律定性

根据《国家教委和劳动人事部一下高等学校毕业生见习暂行办法》规定，高等学校本专科毕业生就业后，原则上都要安排见习期，见习期一般为一年，16年后分为顶岗实习和跟岗实习两种模式。

顶岗实习是 16 年《职业学校学生实习管理规定》（以下简称“《规定》”）所规定的实习模式的一种，在 21 年修改该规定后，顶岗实习和跟岗实习被合并为“岗位实习”。

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第二条岗位实习指具备一定实践岗位工作能力的学生，在专业人员指导下，**辅助或相对独立参与实际工作的活动。**

《规定》中职校安排实习的劳动细则

按照《规定》，学生的工资标准仅为当地最低工资标准的 80%。

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第十八条在实习岗位相对独立参与实际工作、初步具备实践岗位独立工作能力的学生，原则上应不低于本单位相同岗位工资标准的 80% 或最低档工资标准

16 年《职业学校学生实习管理规定》强调禁止劳务中介介入到职校实习中，要求企业和学校直接对接。

除此之外，16 年《规定》规定实习是毕业必须的一环，然后将管理的权利全部赋予给学校，由此校方掌握安排学生实习的权力，这使得各种劳动不合理状况得以发生。

因此，21 年《规定》新增了一条关键的规定，赋予了学生拒绝学校学校强迫的权力：

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第九条职业学校安排岗位实习，**应当取得学生及其法定监护人（或家长）签字的知情同意书。对学生及其法定监护人（或家长）明确不同意学校实习安排的，可自行选择符合条件的岗位实习单位。**

自此，学校以不能毕业为威胁的强制实习行为，明确被法律规定为违法行为。

2、不合理的职校实习应对策略

如何在实习前拒绝强制实习

如果得知将要去的实习单位可能存在劳动问题，但是老师或者校方管理人员以此作为毕业条件，该怎么办？

我们可以拒绝吗？

首先，上文提到，**强制实习已经明确被规定为违法。**

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第九条职业学校安排岗位实习，应当取得学生及其法定监护人（或家长）签字的知情同意书。对学生及其法定监护人（或家长）明确不同意学校实习安排的，可自行选择符合条件的岗位实习单位。

岗位实习即原 16 年规定中的“顶岗实习”和“跟岗实习”，即学生参与实际劳动的实习。根据第九条规定，我们有权拒绝学校的实习安排，自行选择实习单位。

不需要任何理由，也不需要什么实习单位存在违反情况的证据之类，但是，两个条件需要满足：

- 我们必须和家长/监护人一致拒绝
- 必须能够找到符合条件的岗位实习单位

因此，我们首先要争取自己的家长，需要自己掌握说服的策略，动之以情，晓之以理，对于不清楚实习乱象的家长，可以告知事情的严重性。

其次自行选择实习单位也可能比较困难，可以团结同学一起找合适的实习单位，也建议能找到的单位的朋友你的同学们分享机会，一起进厂相对也较安全。

什么是符合条件的岗位？

一般来说，所谓的“符合条件”就是符合《规定》中的条件，如合法经营、无违反安全生产记录，不是娱乐场所，不是危险岗位等。

当然法律规定我们有权拒绝，却不意味着问题就此解决。

在我们与校方进行了合法合理的交涉后，校方仍可能会以各种手段进行威胁，这个时候就意味着，校方宁可冒着违法的风险，也要靠送我们进不合规的厂区牟利。

在校方将矛盾升级为对抗性矛盾时，我们此时可以通过向教育部门投诉和发起行政诉讼的方式解决。

- 首先向学校的上级部门，即当地的教育部门投诉
- 同时不管学校怎么说，我们要在自己选择的实习单位正常进行实习
- 保留此期间的证据，包括和校方交涉的证据，自己依照《规定》自行选择并完成实习的证据
- 如果投诉不能解决问题，校方仍拒不颁发毕业证，向校方所在地法院发起行政诉讼。要求校方颁发毕业证，同时赔偿损失

校方明确违法一般会倾向于和解，因为此时的诉讼我们的胜率更大，在法院的调解和我们强硬的态度下，校方可能会选择退让。

实习时发现违法情况如何应对

21 年，教育部等部门联合颁布新《规定》同时总结了 1 个“严禁”和 27 个“不得”，虽然都是“不得”，但是其中有的“不得”反而是较为常见。

我们在此对实习单位的违法情况进行分类讨论，有些我们可以直接停止实习回家。

有的则需要我们采取更多的措施来自救。

工作性质违法的情形

以下情形严重违反《规定》，而且举证简单。

违法原因是工作本身的性质严重违背《规定》的要求，我们可以选择立刻停止实行，并要求学校进行改正。

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第十四条未按规定签订实习协议的，不得安排学生实习；

校、企、学生三方必须签订实习协议，没有签订可以立刻终止实习活动，并要求学校签订实习协议

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第十六条职业学校和实习单位要依法保障实习学生的基本权利，并不得有以下情形：

- （一）安排、接收一年级在校学生进行岗位实习；
- （二）安排、接收未满 16 周岁的学生进行岗位实习；
- （三）安排未成年学生从事《未成年工特殊保护规定》中禁忌从事的劳动；
- （四）安排实习的女学生从事《女职工劳动保护特别规定》中禁忌从事的劳动；
- （五）安排学生到酒吧、夜总会、歌厅、洗浴中心、电子游戏厅、网吧等营业性娱乐场所实习；
- （六）通过中介机构或有偿代理组织、安排和管理学生实习工作。
- （七）安排学生从事 III 级强度及以上体力劳动或其他有害身心健康的实习。

虽然都在同一法条里，第六条通常难以举证，所以处理的方式还是有区别。

如果你是一年级或未满 16 岁只能进行参观考察等认识实习活动，可以直接拒绝顶岗或跟岗性质的实习或“社会实践”。

而校方可能会用别人的身份证帮你办理手续，这些都是严重违法的，可以无条件拒绝。

其中《未成年工特殊保护规定》和《女职工劳动保护特别规定》的规定都是严禁在**高危、高温、低温、三级以上劳动强度、有污染、存在有害物质等条件下安排未成年人或女性进行劳动**。详细要求可以参考上述规定。

我们只要保留实习单位工作场所性质的一定证据就可以拒绝。

还未正式开始实习的，可以直接拒绝前往该实习单位。

娱乐场所同上。

实习中某些行为违法的情形

这些情形同样也是违法的，但是违法原因系实习单位某些行为的性质违反《规定》，和上

述情形还不一样。

遇到这些情况，我们可以拒绝服从该安排，如果对方拒不改正。

我们可以选择停止实习，要求改正。

工作相关：

- 不得仅安排学生从事简单重复劳动
- 不得与学生所学专业完全不对应
- 不得安排学生在法定节假日实习
- 不得安排学生加班和夜班
- 不得扣押学生的学生证、居民身份证或其他证件
- 不得通过中介机构或有偿代理组织、安排和管理学生实习工作。
- 加强对实习学生的安全生产教育培训和管理，保障学生实习期间的人身安全和健康。未经教育培训或未通过考核的学生，不得参加实习
- 职业学校和实习单位应当根据法律、行政法规，为实习学生投保实习责任保险。

此外还有违反规定收取学生财物的行为

收费相关：

- 在实习岗位相对独立参与实际工作、初步具备实践岗位独立工作能力的学生，原则上应不低于本单位相同岗位工资标准的 80% 或最低档工资标准
- 实习报酬，按照实习协议约定，以货币形式及时、足额、直接支付给学生，原则上支付周期不得超过 1 个月
- 实习报酬，不得以物品或代金券等代替货币支付或经过第三方转发
- 职业学校和实习单位不得向学生收取实习押金、培训费、实习报酬提成、管理费、实习材料费、就业服务费或者其他形式的实习费用
- 不得要求学生提供担保或者以其他名义收取学生财物
- 学生实习责任保险的费用可按照规定从职业学校学费中列支
- 免除学费的可从免学费补助资金中列支，不得向学生另行收取或从学生实习报酬中抵扣。

为了防止学校以“不服从实习管理”为由对我们进行惩罚，以上情形需要我们保留好证据以应对争议、维护合法权益。

保留证据：

- 做好录音录像的准备，对于和校方、企方的任何交涉都要录音。保留好电子聊天记录
- 企方、校方收取费用，不得不缴纳的情况，对转账记录要做好备注，如注明“管理费”、“押金”等，并要求对方出具书面或电子形式的收款凭证
- 对于涉及违法工作条件的留证，如上下班打卡记录、实习单位管理规定、工作环境拍照等
- 对于遭受伤害的，要保留伤害发生在工作时间、系工作原因（如上下班期间受伤）的证据
- 对于自己不能接受的协议、文件不要签字，对于与事实相左的凭证不要签字，如工资表、

考勤表等

- 如果在实习过程中，发现有**劳务中介、代理公司的参与**，也要保留好证据

3、投诉渠道

职校实习的上级主管部门是教育部门，一些地方的还有专门的反应渠道

一、各地教育局网站或专门反映渠道



图 13.4: 云南省教育厅政府信息公开

二、教育厅及各省热线电话：

三、其他责任部门：

便民热线 12345，劳动部门 12333 找劳动监察大队，当地信访部门。

情形严重的，涉及强迫劳动、暴力威胁的，请当场报警。

四、诉讼渠道：

毕业相关的争议并非是任由校方拍板。我们可以通过行政诉讼的渠道解决，即对学校提出行政诉讼。

保险与赔偿问题：

此处，我们再列出法条：

法律法规

职业学校学生实习管理规定

第三十五条 职业学校和实习单位应当根据法律、行政法规，为实习学生投保实习责任保险。责任保险范围应当覆盖实习活动的全过程，包括学生实习期间遭受意外事故及由于被保险人疏忽或过失导致的学生人身伤亡，被保险人依法应当承担的赔偿责任以及相关法律费用等。

学生实习责任保险的费用可按照规定从职业学校学费中列支；免除学费的可从免学费补助资金中列支，不得向学生另行收取或从学生实习报酬中抵扣。……

第三十六条 学生在实习期间受到人身伤害，属于保险赔付范围的，由承保保险公司按保险合同赔付标准进行赔付；不属于保险赔付范围或者超出保险赔付额度的部分，由实习单位、职业学校、学生依法承担相应责任……

首先，**岗位实习必须要投保**。而且，保险的范围法定，必须**涵盖赔偿非本人原因及本人原因造成的伤亡，涵盖赔偿学生本人需要承担的赔偿责任**（如给实习单位造成经济损失）。

保险费用涵盖在学费中，不得另行收取

遭受损害，且没有购买保险的情况，校方、企方要承担赔偿责任。校方和企方对实习学生有管理责任，出了事情本来就要承担管理不到位的责任，更何况是在没有尽责任买保险的情况。**因此这两方都要承担赔偿责任，保险赔偿范围外部分同理**。

这里往往会出现不给钱、或者随便给点打发的情况，一般要通过**诉讼**才能解决问题

只有学生存在故意等情况（比如你没驾照还要开车上班那种），才承担一定的赔偿责任（不是全部，因为**校企要承担管理责任**）

发现学校没有买保险，可以要求校方依法购买保险，家里有余力的也可以购买额外商业保险。商业保险的赔付不抵偿校方、企方的赔偿责任，即允许双倍赔偿。学校拒不购买保险的，可以按照本文方法进行救济。

4、其他建议

遇到危及健康、生命的情形，请立刻停止实习，联系家长。鉴于很多实习过程中发生的工伤、自杀、意外等事件，我们一定要注意保护自己。当我们发现工作条件和工作环境很有可能对我们造成伤害，或者身体已经出现不适请立刻停止工作。

不论对方如何威逼利诱，我们的生命健康是最首位的

我们一定要将家长争取到自己这边，向他们说明利害，获得他们的支持。在和老师遇到沟通困难的时候，请和家长一起沟通。

和你的同学抱团，共进退。遇到侵害我们合法权益的情况时，人越多，力量越大。

详细阅读《职业学校学生实习管理规定》，清楚自己的权益有哪些，校方企方哪些行为是违法的

联系媒体，或自己在微博、抖音上曝光。

13.3.2 毕业学生劳动关系问题

编者的话

每年都有大量学生从高校走向社会，第一次找工作的他们，带着懵懂和稚嫩走向职场。但在签合同入职时，密密麻麻的公司规章制度和劳动合同常常让人感到疑惑，一笔签下，却不慎踩了大坑，本篇文章将带你梳理有关“毕业学生劳动关系”的问题。

- 一、毕业前约定劳动关系的情形有哪些？
- 二、offer 和三方协议的违约问题
- 三、毕业后签订劳动合同的注意事项

1、毕业前约定劳动关系的情形

通常，在毕业前，所在学校会举行校园招聘和签约，签约分为两种：签 offer（意为要约）和签三方协议，全称为《全国普通高等学校毕业生就业协议书》。对于大多数人来说，前者更为耳熟，但是，offer 对个人及企业的约束效力实际上远不及后者。

1. Offer（要约）

Offer（要约）的法律效力：公司的 offer 是具有法律效力的要约，即向应聘者发出的签订劳动合同的请求。

根据《中华人民共和国合同法》规定，受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作的，要约不得撤销。

2. 三方协议

三方就业协议的法律效力：三方协议，又称为“就业协议”，是《全国普通高等学校毕业生就业协议》或《全国普通高等学校毕业研究生就业协议书》的简称，是高校学生毕业之前，为明确毕业生就业、择业过程中，学校、学生与用人单位三方之间的权利义务关系而签订的书面协议，不能等同于正式的劳动合同，在司法实践中就业协议适用《民法典》、《合同法》等法律规范的相关规定，而劳动合同适用《劳动法》以及《劳动合同法》。

毕业生与用人单位签订就业协议，是遵循平等自愿、协商一致原则而达成的协议，是合意而成的真实的意思表示，具有法律约束力。

在三方都签字达成协议后，学校在学生入职之际会将档案寄送至三方人事部门。

且由于劳动者相对用人单位属于弱势地位，三方协议起初的目的是保护学生劳动者，学校也可收集就业情况，但目前的情况是学生违约有可能被要求支付一个月左右的工资违约金。

对于公司来说，招聘成本本应该算在公司总成本之内，然而高昂违约金已经偏离三方协议的初衷。这种情况下，学生想要违约，可以与学校沟通将档案直接寄往人才档案库或是选择的其他单位，如果学校不予通过，再选用其他方法。

2、offer 和三方协议的违约问题

1. Offer（要约）的违约情况

企业违约的情形

首先作为学生，记得保留所有书面形式的证据，如果对方公司在你履行了要约（接受 offer）后，因为一些不合理理由拒绝和你签署正式劳动合同，那么你是有权利去追讨你的损失的。

学生违约的情形

当学生签回了 offer 并且辞了职，但是最后还是没有加入这个公司，公司可以要求赔钱吗？有这种情况，但是非常少。

1. 劳动法当时立法的初衷，更多是为了维护劳动者的合法权益不受侵害。因为在雇佣关系上劳动者往往处于弱势地位
2. 关系到举证难易程度
3. 和三方协议明确在协议里写了违约金数额的不同，对于公司来说打官司的成本可能更高，而且公司需要举证员工毁约对公司实际造成的损失，这个举证也很困难。于社会招聘的拒 offer 的案例，就很难做到。

实操建议

请注意 offer 是否有效

对于收到纸质 offer 的应聘者，要注意 offer 上是否有有权人的签字或公司盖章。如果应聘者得到的只是一张简单打印的纸，可能出现无法得到认可的情况。

根据缔结自由的原则，只要约定不违反法律法规，双方自愿、认可，即有效。受约于合同法。

一旦发放 offer 并且收到回执，offer 生效，若此时用人单位进行 offer 违约，企业有义务对其违约行为向求职者做出赔偿，一般为 offer 所承诺一个月的工资，根据地方可能会有差异。（赔偿金以双方协商为准）

2. 三方协议的违约情况

三方协议能否约定违约金？

《民法典》第一百四十三条：具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。第五百七十七条：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。《合同法》第 114 条也规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”

因此，三方就业协议是可以约定违约金的，用人单位和毕业生任何一方违反“三方协议”的相关条款，均需承担违约责任。

此外，我们需要补充了解的是，根据《劳动合同法》第二十二条规定“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与劳动者订立协议、约定服务期及违约金事宜。”第二十三条规定“用人单位与劳动者可以在劳动合同中，约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，约定竞业限制条款及违约金。”除这些情形外，劳动合同不能约定违约金。

三方协议中违约金应如何约定才合理合法？

在三方就业协议中违约金的约定虽然是自主选择，双方达成一致即可，法律上也没明确数额上限的规定，但是在约定时依然要遵循以下原则：

1. 公平原则。《民法典》和《合同法》对民事合同的公平性原则都有相关规定。但是实践当中，不少用人单位利用招聘中的优势地位，只约定毕业生违反或解除三方就业协议的违约责任，不约定用人单位的违约责任，这显然是不公平的
2. 违约金与损失相当的原则。《合同法》第 113 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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”该法第 114 条进一步规定：“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加
3. 约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。”根据上述规定，违约金的标准要根据一方违约给对方造成的损失来确定，如果畸高或畸低，引发争议后都可以作出调整。

三方协议违约金有时效吗？

一般来说，“三方协议”的期限自协议签订时，至毕业生至用人单位报到、用人单位正式接收后，自行终止。

也就是说，其间，用人单位应当在接收之日起一个月内，与毕业生签订《聘用合同》（劳动合同）（以下简称正式合同），正式合同签订后，“三方协议”自行终止。

正式合同与“三方协议”的内容有冲突的，以正式合同的约定为准。“三方协议”中，若有特别规定，而用人单位希望毕业生在正式合同存续期间继续履行的，应在正式合同中加以约定，否则“三方协议”中的规定不再对毕业生产生效力。

实操建议

如何正确地应对三方就业协议中的违约金问题？

签约时对待违约金应该谨慎。毕业生要谨慎对待双方约定的违约金条款，应该严格执行协议约定的相关内容。就业协议和劳动合同都是毕业生与用人单位就聘用关系协商一致以后的真实意思表示，是具有法律意义的文件，具备法律约束力。毕业生在和用人单位就违约金的数额问题协商时，不仅要充分注意它的合理性，要与用人单位的工资待遇联系起来考虑，而且要对签约之后出现的履约或毁约风险的可能性都要有事先的考虑，既不要因为就业机会难得就盲目答应，也不要认为随意违约之后可以不负责任。

另外，如果确实遇到了三方就业协议中的违约金的纠纷，可以通过以下渠道解决：

1. 还是应当与用人单位协商解决，很多情况下学生即便违约，但和用人单位沟通双方达成一致后，最后也没有交违约金。
2. 若协商无果应当采取诉讼的方式，因三方就业协议引发的争议不属于劳动人事争议，用人单位与毕业生应当通过民事诉讼的途径解决，要求企业出具违约带来的损失证据。倘若违约金仍然过高，则可以选择先与用人单位签订劳动合同，再解约。

3、毕业后签订劳动合同的注意事项

1. 签订合同时，同学们一定要弄清单位的基本情况，要判断是否是合法企业，它的法人代表姓名、单位地址、电话要知道，这些信息可以通过上网查询工商登记信息获取，同时，要求将这些内容明确写在合同中。

2. 同学们一定知道自己的具体工作内容和具体地点，而且在合同中表明如果不写进合同可能发生单位要求你去其他工作地点工作或者让你换个工作岗位的情况。

3. 签订合同的时间必须是在入职后一个月之内。如果超过一个月未签订劳动合同，劳动者可以申请劳动仲裁，要求用人单位支付未签订劳动合同的双倍工资，劳动者可以从第二个月开始要求用人单位支付未签劳动合同双倍工资（入职的第2个月开始，最多11个月）以及违法辞退的赔偿金，从劳动者离职开始算，劳动仲裁时效为一年。

4. 试用期相关规则，根据《劳动合同法》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。试用期也属于劳动合同范围，单位是需要正常发放工资以及缴纳社保的，工资数额一般为正常工资的80%。

5. 劳动报酬的支付方式与支付时间要明确，是现金还是通过银行支付到账户中。有的单位采取扣发员工一个月工资的方式拴住劳动者，这种行为不具有法定效力。

6. 要确定工资的数额，并详细地写进劳动合同中。比如工资组成方式为基本工资+绩效，那么绩效工资的详细计算方法及发放时间都必须明确写进劳动合同。还有加班费相关内

容也需要写进劳动合同。

7. 不要签空白合同。空白合同是指企业为应付检查，拿出空白合同，先让同学们签名、按手印，走一个过场，同学们也不拿合同当回事，有的合同甚至没有盖章。一旦发生劳动争议，这类合同是无效的，同时，同学们的维权成本也会很高。

8. 要注意合同是否约定了非法的内容。有些合同约定了不合法的内容，要注意。如女同学不得结婚生育、因工负伤的“工伤自理”，要求劳动者签订生死契约等，这些条款在法律上无效，同学们可以拒签。

9. 劳动合同盖章后，劳动者本人和用人单位要各保管一份。劳动合同是后期有劳动纠纷时最有效最重要的证据，所以同学们一定要妥善保管。此外，即使有劳动合同，同学们一定要保存好能够证明劳动关系的证据，如工资条、入职面试字条、工作证件、体检表格、单位签字等。这些证据在发生纠纷时都会提供非常重要的帮助。

13.3.3 假期兼职打工

1、假期打工的学生是否属于劳动者？

目前的就业市场对假期兼职打工的学生来说并不规范，比如劳动合同中“**非法克扣工资，不签劳动合同**”，以及每小时 10 元的工价，低于当地**最低工资标准**，且没有**按照 1.5 倍计算加班费**亦或是属于**劳务派遣工**，签订了不利于自己的合同，导致工价可能被打折扣。以上这些行为明确违反劳动法和劳动合同法，只要证据充足，劳动者可以通过劳动监察介入或提起劳动仲裁，胜率极大。

如果劳动者与用人单位不是劳动关系，则劳动监察和劳动仲裁往往不受理。很多老板也抓住学生还在上学这一点，否认学生的劳动关系，克扣、压低学生的工资，比正式工低很多。**那么法律有没有明确规定在校学生与用人单位不能建立劳动关系呢？**

2、假期打工的学生是否属于劳动者？

首先必须正视现实，目前，年满 16 岁的学生并没有被法律排除在劳动者主体之外。**没有法律规定在校学生寒暑假期间打工不能算作劳动关系。**

然而，诸多法律从业者、用人单位援引《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》条例第十二条，“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同”，否认在校学生假期从事全职工作能构成劳动关系。

因此，在校学生寒暑假期间走正规渠道面试、进正规公司打工，视为劳动关系与否，取决于你自己的操作，取决于你对正式工权利的重视程度。如果你作为劳动者入职公司，两个月后因为正常原因离职，没人会在乎，你是不是学生，是不是伪装劳动者，是不是故意增加公司的招聘成本。

在这种情况下想要维护自己作为劳动者的权利，那么就争取劳动关系，对标正式工的权利，按部就班维权。而如果你明确签署了实习协议，如果你故意向执法人员或仲裁机构强调你是在校学生，那么别人理所当然认为，你不是正式工。

具体可以参考以下法律法规

法律法规

关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见

在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

劳动合同法规定，劳动者与用人单位建立劳动关系，必须签订书面的劳动合同，用人单位和劳动者各保存一份。

上面约定内容包括：试用期、劳动合同期限、工作岗位内容和地点、基本工资、奖金与岗位津贴、加班费计算、休假等等。

3、假期打工的注意事项

劳动合同中，约定工作不满一定期限不能离职的规定都是违法的，即使签了也是无效的。

比如，工作不满七天就没有工资，不满三个月扣工资。

如果用人单位照此执行，可以向劳动监察以**克扣工资**为由举报。如果不知道监察在哪里，就打 12333 或 12345 投诉。投诉欠薪，劳动监察如不受理，可以明确对方身份信息，姓名和职务，然后向 12345 投诉该工作人员。

另外，交保证金、押金、扣押身份证件等，都是违法的无效条款，如果已经交了押金和身份证，请打 110 报警。

具体可以参考以下法律法规

法律法规

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。

法律法规

劳动合同法第十条

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。

法律法规

劳动合同法第十七条

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。

第十四章 维权小工具

本章会介绍一些用于劳动维权的小工具，包括我们自己汇总的各省市的劳动仲裁、社保院的电话地址；汇总了最低工资标准的网站；文书范本等等

14.1 相关机构的电话黄页汇总

这个文档包括了所有省市的劳动人事争议仲裁院、劳动保障监察机构、劳动能力鉴定委员会等的电话地址等等，是五四劳委志愿者汇总整理的，在此对他们表示感谢。

金山文档：电话黄页汇总

<https://kdocs.cn/l/cmpGDdgT0fxn>

14.2 最低工资标准

最低工资标准：

http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/laodongguanxi_/fwyd/202204/t20220408_442833.html

14.3 文书模板

本节将会附上一些常用的文书模板以及两个示例，供劳动者打印学习使用。

被迫解除劳动合同关系通知书：

XXXX 公司：

本人 XXX 于 XXXX 年 XX 月 XX 日入职贵司，因贵司存在以下严重违反《劳动合同法》及相关法律法规的行为：

1. 没有及时足额支付本人劳动报酬；
2. 未经本人协商一致，单方降低本人工资，损害本人合法权益；
3. 未依法缴纳社保；
4. 不提供劳动条件。

现本人依据《劳动法》第三十二条及《劳动合同法》第三十八条之规定，通知贵司于收到本通知书之日起正式解除双方劳动关系并请求依法支付本人经济补偿金及工资等。

特此通知！

通知人（签字）：XXX

XXXX 年 XX 月 XX 日

注：此通知一式二份，一份使用 EMS 邮寄给公司，一份本人留底

Ems 邮寄具体方法：<https://zhuanlan.zhihu.com/p/138588314>

拒绝调岗通知

本人 xx 于 x 年 x 月 x 日收到公司调岗通知,将本人从 xx 岗位调整至 xx 岗位。对于该调岗安排,公司未给出合理待遇调整和补偿方案,为本人的工作生活带来严重不便,本人表示不同意。依据《劳动法》《劳动合同法》的相关规定,本人书面郑重函告公司,公司应按合同约定的条件继续履行原劳动关系,恢复本人 xx 岗位工作。特此告知。

仲 裁 申 请 书

申请人		性 别		民 族	
出生日期	年 月 日	身份证号			
户籍地	省 市 县（区）	联系电话			
现住址					
被申请人					
统一社会信用代码					
法定住所地					
实际经营地					
法定代表人（主要负责人）		职 务			
联系人、电话					
第二被申请人（第三人）					
法定住所地					
实际经营地					
法定代表人（主要负责人）		职 务			
联系人、电话					

仲裁请求：

格式：请求裁决被申请人支付（日期区间）的（争议项目）合计（争议金额）

1. _____
2. _____
3. _____
4. _____
5. _____

事实及理由：

[illegible]

此致

南昌市劳动人事争议仲裁委员会

申请人 (签名):

年 月 日

附：

具体用工信息（选填）

（一）入职时间：____年____月____日

（二）劳动合同签订情况：

1. 有无签订书面劳动合同：有 ☐ 无 ☐

2. 最后一份劳动合同的期限：

☐ 从____年____月____日起至____年____月____日止的固定期限劳动合同；

☐ 从____年____月____日起的无固定期限劳动合同；

☐ 其他_____

（三）工作岗位：_____

（四）工资情况：

1. 合同约定工资：____元；实际发放的月工资数额：____元；

2. 工资发放形式：现金发放 ☐ 银行转账 ☐ 部分现金发放、部分银行转账 ☐ 其他 ☐

3. 离职前 12 个月月平均工资（不足 12 个月按实际工作时间平均）：____元

（五）离职情况：

1. 是否已离职：已离职 ☐ 未离职 ☐

2. 离职时间：____年____月____日；最后正常工作日：____年____月____日

3. 离职原因：_____

离职补偿协议书

甲方：(XX 单位)

乙方：身份证号：

根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，经甲方与乙方协商一致，双方同意解除劳动合同。达成协议如下：

1.甲乙双方于 年 月 日签订了合同期限从 年 月 日至 年 月 日的劳动合同，解除劳动合同日期为 年 月 日，双方的劳动关系随之终止；

2.乙方应于本协议签订之日起 日内按照甲方的要求归还属于甲方所有的文件、资料、办公用品、电子文档以及其他一切物品，并按甲方要求妥善办理工作业务移交手续。

3.甲方根据《中华人民共和国劳动合同法》的有关规定，在乙方办理完本协议第 2 条所述事项并经甲方确认后，甲方支付乙方经济补偿金。

4.乙方在甲方的最后工作日至 年 月 日止，甲方支付给乙方的报酬也结算亦至 年 月 日止，社会保险金、公积金于次月缴交。

5.甲方根据相关规定，向乙方提供劳动合同解除的证明并办理相关退工手续。

6.乙方保证对于甲方的商业秘密及其他信息，乙方不会以任何形式进行复制、保留或带离甲方经营场所。离职后不得作出有损公司名誉或利益之行为。

7.本协议书壹式叁份，具有同等法律效力，甲乙双方各执壹份，另外壹份用于办理退工手续。

甲方：乙方：

日期： 日期：

(以上是一份公平的、没有排除劳动者诉权的协议。)

不公平条款：

乙方离职后，甲方一次性支付乙方补偿金合计人民币 XX 元(大写：XX)，乙方并同意甲方代扣代缴乙方依法应缴的税款。(该补偿金额已包括需依法支付乙方的一切补偿，含经济补偿金、双倍工资差额(如有)、代通知金、加班费(如有))

等，但不仅限于上述所列的几项赔偿。)；上述款项支付完毕后，双方基于劳动关系的权利义务全部结清，乙方不得再以任何方式到任何部门、机关向甲方主张基于劳动关系的任何权利；

（排除劳动者诉权。通常公司支付的补偿金并不能覆盖所有的款项，但是公司通过约定的形式排除劳动者的诉讼权利，使得劳动者拿了补偿金后就不能通过诉讼解决争议。）

民事起诉状（劳动争议）

原告×××，男（女），××××年××月××日出生，汉族，住上海市×××路××弄××号××室，邮编：××××××，电话：××××××××。

被告×××有限公司，住所地深圳市×××区×××路×××号，邮编：××××××，电话：××××××××。

法定代表人×××，职务×××。

诉讼请求：

一、要求被告为原告支付××年××月至××年××月的工资、加班费等人民币×××元。（或社会保险费）

二、诉讼费由被告负担

事实与理由：

原告于××××年××月在被告处工作，至××年××月辞职，但被告从××年××月至××年××月止未支付原告工资、加班费（或社会保险费）等。为维护原告的合法权益，特诉请法院，要求被告尽速支付原告工资及加班费人民币×××元（或社会保险费）。

此呈

南山区人民法院

起诉人：（签名）

年 月 日

应提供的材料：原告身份证复印件、被告工商登记资料、组织机构代码、劳动争议裁决书（或不予受理通知书）、相关的证据材料复印件、材料清单、证据目录、送达地址确认书。

注意：1、根据法律规定，劳动争议案件需经劳动仲裁机制仲裁前置。对劳动仲裁机制仲裁裁决不服方可向人民法院提起诉讼。2、诉状及证据材料一式两份递交法院（被告为一个时递交以上材料两份，若被告为两个时递交以上材料三份，依次类推）

证 据 清 单

序 号	名 称	证 明 内 容	页数
1	XXX	XXXXXX	X
2	XXX	XXXXXX	X

提交人：张三（×××公司(盖章)）

提交时间：20XX 年 X 月 X 日

劳动仲裁申请书

申请人：王三，汉族，1988年1月1日出生，

身份证号：510……45，

住址：成都市成华区成华大道二仙桥路273号

电话：135……5482

被申请人：四川x有限公司

统一社会信用代码：91……6Q1R

法定代表人：孟x

住所地：成都x区x路xxx号

电话：136……3134

仲裁请求

- 1、请求确认申请人与被申请人之间于2020年5月至今存在劳动关系。
- 2、请求裁决解除申请人与被申请人的劳动关系；
- 3、请求裁决被申请人支付申请人加班工资9999元
- 4、请求裁决被申请人支付申请人2022年7月28日-2022年9月10日延时加班工资50629.8元（ $4500 \text{ 元} \div (21.75 \text{ 天} \times 8) \times \text{加班小时数} \times 150\%$ ）；
- 5、请求裁决被申请人支付申请人2022年7月28日-2022年9月10日延时加班工资差额50629.8元（ $4500 \text{ 元} \div (21.75 \text{ 天} \times 8) \times \text{加班小时数} - \text{已支付的加班工资}$ ）；
- 6、请求裁决被申请人支付申请人2022年7月2022年9月欠付工资5000（ $2500 \text{ 元/月} \times 2 \text{ 月}$ ）

- 7、请求裁决被申请人支付申请人 2018 年 7 月 5 日 2022 年 9 月 10 日应休未休年休假折算工资 9951.45 元($4500 \text{ 元} \div 21.75 \text{ 天} \times \text{未休假天数} \times 300\%$)
- 8、请求裁决被申请人支付申请人 2020 年 7 月 2020 年 9 月未签劳动合同的双倍工资差额 10000 元 ($5000 \text{ 元/月} \times 2 \text{ 月}$)
- 9、请求裁决被申请人支付申请人未提前一个通知解除劳动合同的额外工资 5000 元
- 10、请求裁决被申请人支付申请人经济补偿 20000 元 ($120000 \text{ 元} \div 12 \text{ 月} \times 2$)
- 11、请求裁决被申请人支付申请人违法解除劳动合同的赔偿金 40000 元 【 $(120000 \text{ 元} \div 12 \text{ 月} \times 2) \times 2$ 】
- 12、请求裁决被申请人支付申请人违法约定试用期的赔偿金 (8000 元月 \times 已履行的超过法定试用期的月数)
- 13、请求裁决被申请人支付申请人违法约定试用期的赔偿金 (8000 元月 $\div 21.75 \text{ 天} \times$ 已履行的超过法定试用期的天数)
- 14、请求裁决被申请人支付申请人一次性伤残补助金 65000 元 ($5000 \text{ 元/月} \times 13 \text{ 月}$)
- 15、请求裁决被申请人支付申请人一次性工伤医疗补助金 64910 元 ($6491 \text{ 元/月} \times 10 \text{ 月}$) ;
- 16、请求裁决被申请人支付申请人一次性伤残就业补助金 168766 元 ($6491 \text{ 元/月} \times 26 \text{ 月}$)
- 17、请求裁决被申请人支付申请人停工留薪期工资 22042.5 元 ($44085 \text{ 元} \div 12 \times 6$) ;
- 18、请求裁决被申请人支付申请人护理费 7600 元 ($80 \text{ 元/天} \times 95 \text{ 天}$);

19、请求裁决被申请人支付申请人鉴定费及医学检查费 1249 元。

以上总计 元

事实与理由

申请人于 2021 年 7 月 5 日入职被申请人处，从事项管工作，被申请人未与申请人签订书面劳动合同，亦未为申请人缴纳社会保险。被申请人与申请人口头约定：每月工资 5000 元，劳动合同期限为一年，试用期为 6 个月，每天工作时间为 8:00—12:00、13:00—18:00、18:30—22:30，每周休一天，食宿成本从工资当中扣除。

2022 年 5 月 1 日，被申请人以申请人在工作中唱歌违反劳动记录为由，口头通知申请人立即解除劳动合同，并向全厂通告，要求申请人当日完成工作交接，搬离宿舍。并且，被申请人以申请人煽动消极情绪，影响其他职工工作积极性为由，克扣了申请人 2022 年 4 月—2022 年 5 月的工资。

被申请人严重违反法律规定肆意践踏劳动者尊严，为了维护法律的尊严，保护劳动者的合法权益，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》的等相关法律法规的规定，请贵仲裁委员会依法支持申请人的请求。

此致

成都市 x 市劳动人事争议仲裁委员会

申请人：

年 月 日

张某 仲 某公司 劳动争议

证据目录

提供人：张 x

序号		证据名称	证明内容	页码
第一组	1	申请人身份证复印件	证明申请人与被申请人具有主体资格。	1
	2	被申请人 x 公司工商信息		2
第二组	3	申请人社会保险参保证明	1. 证明 2021 年 9 月-12 月被申请人将申请人作为其员工为其购买社会保险； 2. 证明被申请人 2021 年 9 月-2021 年 12 月期间向申请人支付工资总计 19836 元； 3. 接受被申请人管理，须以被申请人员工的名义从事工作，身份上从属于被申请人；	3
	4	申请人收入纳税查询明细		4-5
	5	申请人工资转账记录及工资表		6-14
	6	申请人工作证		15
第三组	8	申请人与被申请人吴 x 聊天记录	证明申请人 2021 年 12 月 30 日被告知辞退,被申请人未提前一个月通知申请人解除劳动合同	16-17

14.4 相关网址推荐——中国法律服务网

编者的话

司法部贯彻落实习近平总书记重要指示精神和中央决策部署，提出要以建设公共法律服务体系、增强人民群众获得感、幸福感、安全感为总抓手，创新深化做好各项公共法律服务工作，努力为群众提供及时、精准、普惠的公共法律服务。网站具有“两大功能”：服务功能：面向社会公众，主要包括法律事务咨询、法律服务指引、法治宣传教育、法律法规与案例查询、信用信息公开等。监管功能：面向司法部全系统，采用社会化运行机制对法律服务机构实施监管，作为行政管理手段的延伸补充，同时为政务管理提供数据支撑、决策依据。

中国法律服务网网址：<https://ai.12348.gov.cn>

这个是司法部推出的法律工具，有很多有用的功能。

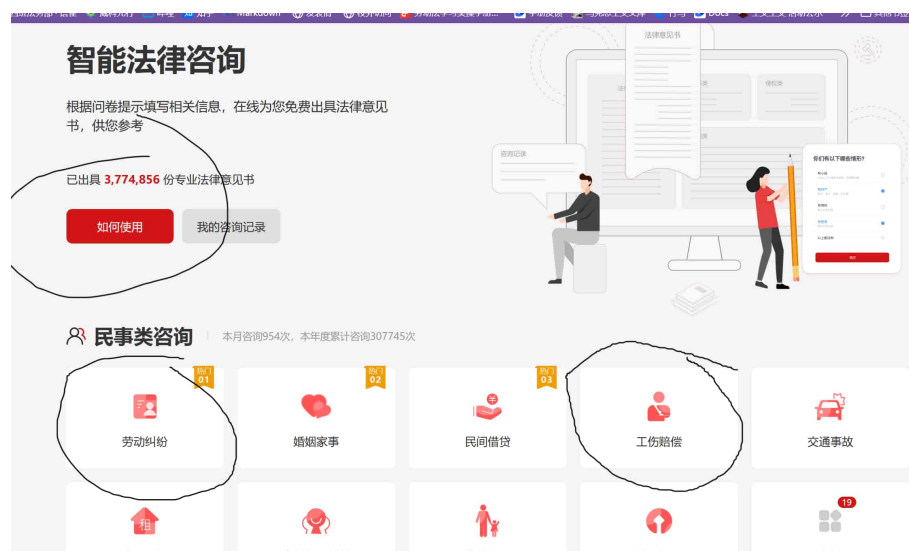


图 14.1: 法律服务网截图

你可能用得到的功能如下：

- 检索当地正规律师事务所信息
- 检索当地法律援助中心信息，在线申请法院
- ai 智能解答咨询

其中比较重要的功能是 ai 解答，可以通过 ai 解答快速定位到你所需要的法条和相关案例。为你应对劳动争议提供行动建议，你也可以根据其生成的意见书为庭审发言做准备，方便你组织语言。

在工伤的情况中，可以快速获得所在地的工伤赔偿标准、赔偿项目详情、赔偿金额计算。便于你提出诉求、主张金额。

具体如何使用请点击页面中的“如何使用”按钮。

第十五章 劳动者经验分享

15.1 工作一个月被辞退

1、基本情况描述

2022 年，我经过一位同学的一连串关系介绍，进入了一家核酸公司的某个仓库项目内工作，从事最基层的岗位。

里面大部分同事都是关系户，过了几天感觉出他们想逼我走，经常让我一个人加班，明明没轮到我值班，却总要我去值班，还美名其曰新人要多锻炼，平时也总让我下班后干活。我知道自己做不久的，每天在宿舍也不主动搭理同事，也从来不讨好领导。聚餐时也不遵循酒桌礼仪，不喝酒也不拿饮料回敬，先吃完饭直接下桌。



图 15.1: 工作中受针对的聊天记录

在我有这种在被逼走的感觉后，就开始收集能在后面和公司的博弈中，对自己有利的筹码：同事们不严谨的操作和敷衍的防护措施，因为是防疫工作，一旦曝光可是大麻烦。还有消防问题，整改的代价很大。

终于到了被口头辞退的日子，主管先找我谈话，说我被开除了，让我现在马上收拾东西去隔离，隔离完 7 天再走。

我口头答应了下来，然后开始收拾东西搬去隔离房间，当晚主管就发来下面这句话：

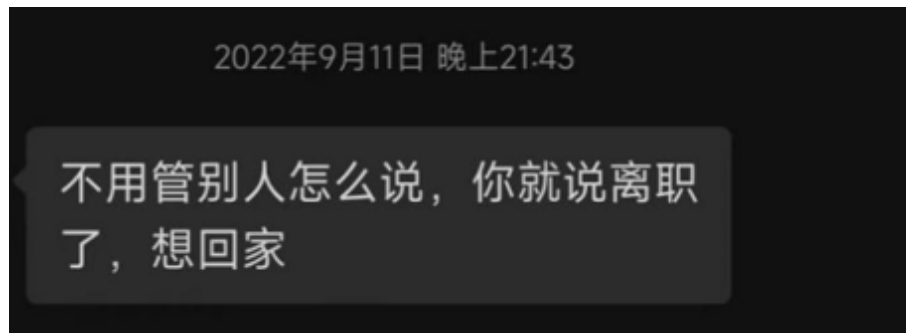


图 15.2: 主管口头辞退的聊天记录

可以作为证明被辞退的证据使用。

2、维权过程

隔离结束的当天下午我就去找人事，提前打开录音，开始她套话，问出关键性问题。我问：她公司为什么要辞退我，她说：试用期不合格。我又说：证据呢？她说考核不通过。就这样扯了几回合，确定了我已经被辞退的事实。接着我说补偿金要 $N+1$ （因为干的时间短，所以我 $N+1$ 金额是比 $2N$ 多的），人事就说没有补偿金。我就说：合同没有约定试用期，而且你们也没有给我进行过考核。而且我一定会去劳动仲裁，而且我已经有了确凿证据。给她看了我和主管的聊天记录，再告诉她我有专打劳动仲裁的律师亲戚在这边（唬人的），最后再告诉她我清楚我的胜率非常高，然后人事就说补偿金的事她要问下领导，让我等一等。

过了个把小时，她叫我去办公室，说按合同写的工资给 $0.5N$ （合同工资和实际工资不一致），一千多块打发叫花子呢，我当然不愿意，她又说来去找领导申请。

这里已经可以看出来公司根本没一点诚意，出办公室后我果断在小程序上举报了消防问题，准确用文字表达出问题所在，并带上图片证据。

同时怕公司狗急跳墙，我也联系了朋友，并且把证据全部发给他，约定好每隔一段时间微信和他报平安，一旦我失联，他就会报警，再找媒体曝光所有事情，我在隔离的时候已经找了记者和自媒体博主的联系方式，当晚害怕报复，还是枕着 dao 睡的。

等她找完领导，再次协商，这次她给的金额又高了一些，我依然不同意，然后再协商，我还不同意，反正必须 $N+1$ 。

到了第二天上午，同事来找我，并要带我去老板办公室。我连忙发消息给朋友，说只要我超过半小时没回复，就按之前的说的方案走，顺便借上厕所名义把 dao 藏在衣服里兜。

办公室里人挺多，老板和经理都在，并且还有公司甲方老板（因为公司用的是甲方提供的场地进行工作，我举报消防就是举报的甲方公司），甚至有两个 jc(全程没说过话)，最后几个陌生人，加起来 10 个人左右。我坐在一把塑料红色椅子上，背靠在门口的墙壁上。

最终的谈判就这样开始了，在我的意料之外，消防投诉竟然被压了下来，老板还说灭火器被我藏起来的哈哈哈。然后几方人对我软硬兼施，映像最深的是他们拿我的介绍人来威胁

我，我提前和同学那边打好招呼了，说我会维权的。

然后就扯这扯那的，我也没把手里证据全部拿出来，想留点底牌。他们还威胁要打残我啥的，我也不怂，当时已经想好拉哪个垫背了。

后面老板说他可以做主，现在必须要解决这件事，大家各退一步吧。我也只是想要拿回应得的，闹太大对大家都没什么好处。

3、维权结果

我当时就在办公室删除了所以证据，签了协商解除劳动合同协议书，金额是按 2N 算的，虽然没 N+1 多，但是后面仲裁的话我也只能拿到 2N，只后赔偿金和工资都按时收到。这次维权从当天下午 2 点开始，到第二天中午 13 点结束，也算蛮快的了。

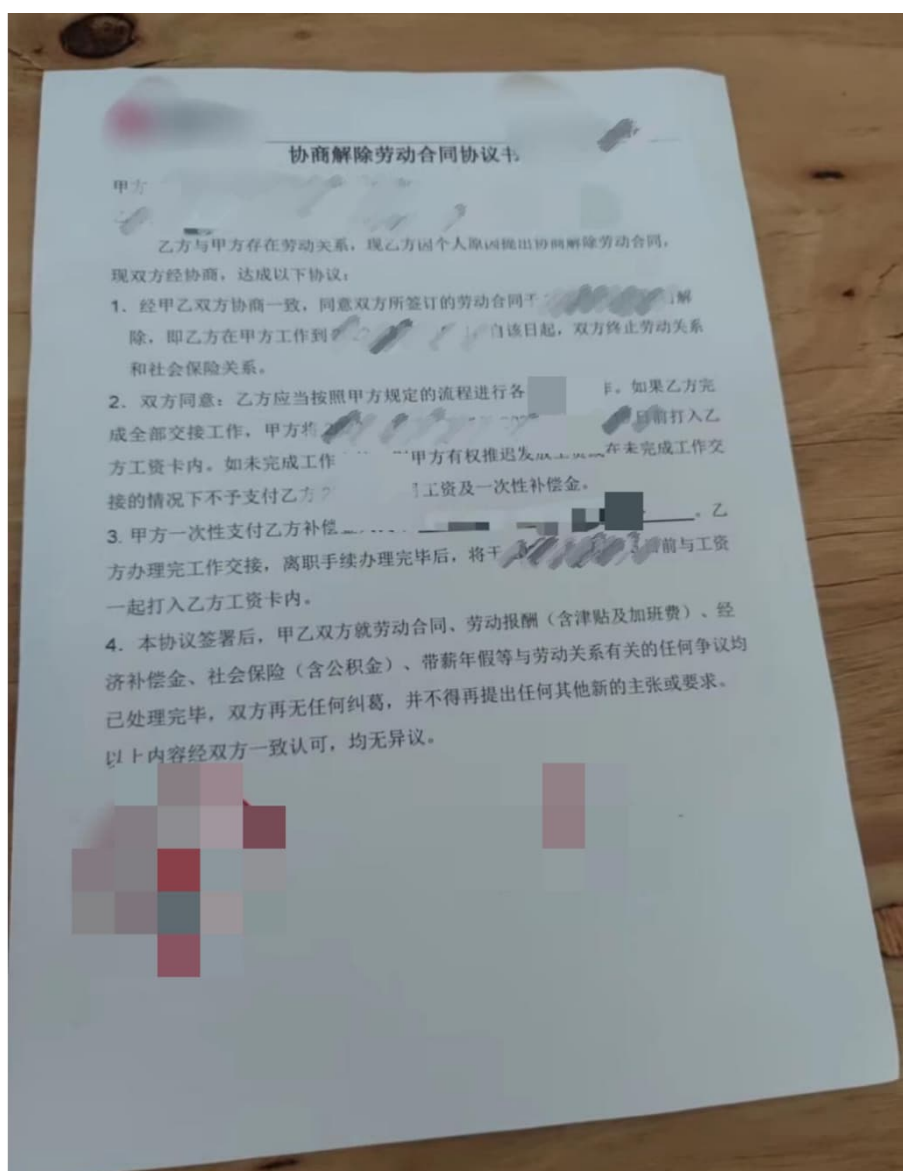


图 15.3: 协商解除劳动合同协议书

4、作者有话说

这是我的第一次维权，其实我是一个很贪财的人，只是为了钱才能会这么拼，加上看那

个领导非常不爽，就想着来维权一把，来出口气。希望大家要沉住气，维权之前最好不要和同事透露，免得打小报告，再暗中收集证据，胜利终将会属于你的。

编者的话

关于举报的问题，极其不推荐以举报作为威胁。举报是我们的法定权利，但是以举报为威胁存在法律风险，即使意图获得的是合法利益也存在风险。这位劳动者的做法是正确的，我们可以径行举报公司存在的某个问题，接下来我们会不会对其他问题进行举报，公司自己去想吧。

关于诉前谈判中公司可能施加的各种压力，本案的劳动者各项准备到位，心理建设充分，最终顶住了压力，反而令公司让步。如果我们心理素质不够好，我们可以直接拒绝谈判，要求到人社局进行调解。也可以直接起诉，要谈调解的时候谈。到了人社局的场子，公司就没有主场优势，虽然人社局可能会和稀泥，但是我们的人身安全和基本权益会得到充分的保障。

15.2 违法辞退

公司所用的步骤：

1. 上级谈话，强制调岗
2. 语言压迫
3. 出具解除劳动关系通知书

我的应对：

1. 全程录音全部对话，明确回复不同意调岗的书面邮件
2. 拿到解除劳动关系通知书后申请仲裁

仲裁经过：

1. 拖后二次，公司律师以新冠阳了拖了一次，一次以我当庭提交证据延后一次
2. 从 12.2-2.20，历经 3 个月开庭
3. 3 月 12 日下仲裁书，不是赔偿金且绩效未支持
4. 上诉，到 4 月 5 号已经过了 20 天调解期，在仲裁书前有一次调节金额已接近了，公司不愿意出，3 月 15 日提交民事争议诉讼书，公司主动打调解律师电话，报价极其低，上诉是一定的。

我的仲裁算顺利的，有解除劳动合同关系通知书，但未来会怎么样谁也不知道，穿越黑暗的路上看不到光明，走出来才知道那条道路也不过如此。

15.3 一次仲裁及申请执行记录

被申请人：比亚迪 4s 店，济南经十东路某汽车销售服务有限公司

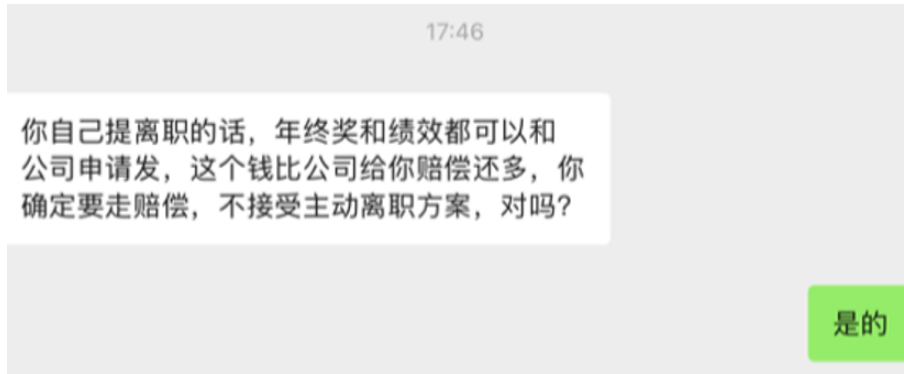


图 15.4: 与主管的聊天记录

申请原因：该 4s 店新进省会城市，开店前期搞套路画饼，奈何家里人还信，就哼哧哼哧每天加班加点，店长还贼喜欢骂人推卸责任，最后还没有给员工签合同，未合法缴纳五险一金，试用期所谓 3 个月底薪，实际后期承诺的薪资也没有达到，在月销售接近 200 辆车情况下，只给发工资发了 4000（jr 岗位），哈哈，有 4s 店从业者就知道这个工资水平了，最后忍无可忍，申请仲裁

仲裁要求（历城区劳动仲裁委）：

1. 未签合同双倍工资，仲裁委支持
2. 节假日加班费，仲裁委支持部分，5 月劳动节济南静默，店里要求线上处理事情，群里打卡，仲裁委没有认可加班
3. 工作日延长加班时间加班费，仲裁不支持，讲无证据证明加班是处理公事，真搞笑，员工下班不走在店里站着处理私事
4. 双休日加班费，仲裁支持
5. 由于该店每月工资下月 26、7 号才发，所以离职后，上月工资及本月工资都被严重克扣，要求补发，仲裁委不支持，原因：没有明确工资计算，之前发的工资不能作为参考
6. 未依法缴纳五险一金的经济补偿：N，仲裁委不支持，讲仲裁不负责社保的事，真的不专业，我要求的是经济补偿啊，不过也没有很多，就没纠结这个
7. 依法补缴社保公积金，仲裁驳回，意料之内，这个需要找劳动监察
8. 被迫离职的经济补偿，没支持，因为家属之前给领导发过辞职的微信消息。

证据列表：

1. 工资流水
2. 企业微信打卡记录导出
3. 当地社保局官网社保缴纳情况
4. 岗位相关工牌
5. 微信中被要求加班，节假日被要求加班记录，及节假日群中打卡记录（口罩封控期间）
6. 微信群聊天以及群成员录屏，证明一下自己确实在群里，且群中有工作消息通知
7. 整理了证据列表以及录屏的视频刻录光盘（很尴尬，开庭那天有几个视频打不开）

仲裁流程：拖了挺久的，22 年 9 月申请，中间被劝着调解，接受了，但是实际该店就没想调节，被空耗 20 天，然后直到 11 月 11 号开庭审理，本人喜欢热闹，要了个授权就自己

去开庭了，店里还请了个律师，上来就将我恶意维权，被“法律赋予的权利”怼回，店里作伪证，制造微信聊天记录，被怼回"没有时间戳，没有原件，没有群成员"。

开庭时仲裁主任还要求说要不要庭中调解，我算了下诉求金额 4w 多（实际我心里也清楚，工作日加班费以及克扣的大概率要不到，没有实质证据），要了 3w，店里去的人资说做不了主，因为第一次调节要的 1.8w 他们都不愿意给，所以这次调解也告终；

仲裁结果：12 月 16 号，仲裁出结果（下方有截图），我方胜诉，双倍工资及节假日加班费，双休日加班费；后续还会去找劳动监察以及公积金管理大厅举报，要求补交

申请执行：因济南疫情及过年等情况，23 年 1 月底查询到公司未上诉（我前期猜着他们也不会上诉，上诉应该会留记录了吧），找仲裁委要了仲裁送达通知后，我们去了历城区人民法院申请执行，等待 3 周以后，2 月 27 日终于分配到了执行法官，后续要钱还不知道要多久

实际经济补偿以及节假日加班费判的不服，但是不想纠缠了，想仲裁又不愿意去搞的，可以给个授权给身边想去的帮助处理，实际看起来，我（打工人）作为授权代理人，请假 4 次（交申请、开庭、领送达通知、申请执行），每次半天，其实也还好

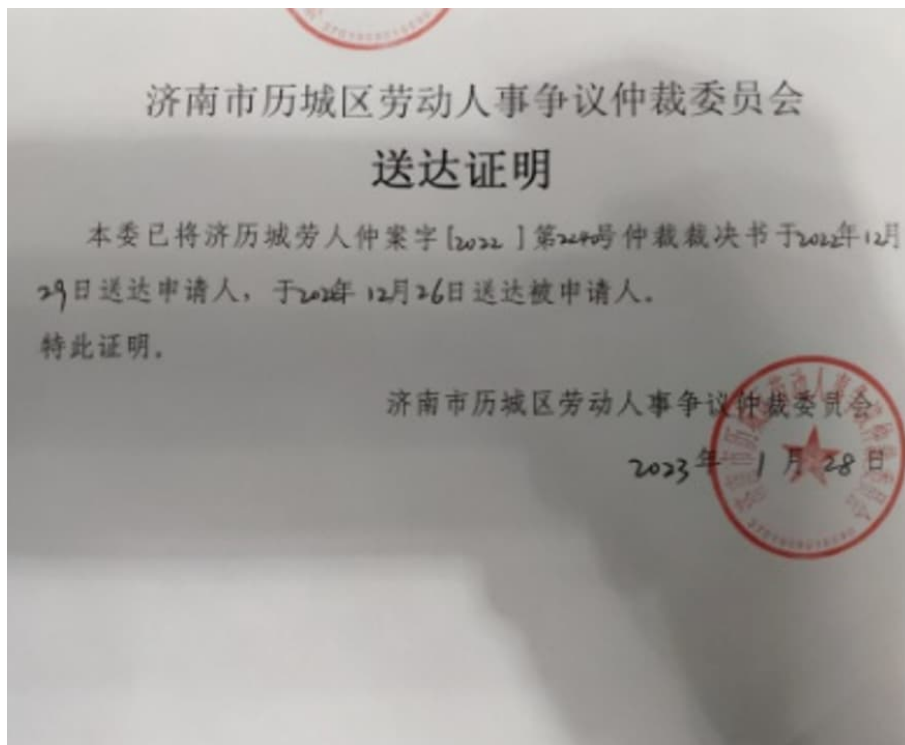


图 15.5: 仲裁送达通知

编者的话

首先恭喜这位劳动者胜诉，只要单位不是濒临破产，想必拿到应得的赔偿只是时间问题。

对于实体的判决，劳动者对经济补偿存在一个误会，“未依法缴纳社保”导致被迫离职成立，被迫离职成立继而导致单位应当支付经济补偿金。因此不存在独立的“未依法缴纳五险一金的经济补偿”。对于加班费，劳动者的经历反映出工作日的加班费具有更高的证据要求，

被执行人	
被执行人姓名/名称:	山东汽车销售服务有限公司
身份证号码/组织机构代码:	913701020000000063
性别:	
执行法院:	济南市历城区人民法院
立案时间:	2023年02月27日
案号:	(2023)鲁0112执1011号
执行标的:	21747

图 15.6: 中国执行信息公开网记录

而休息日的加班费证据要求则更低。我们平时一定要注意保留工作日加班费的证据，不然很难在仲裁得到支持。

在庭审过程中，劳动者提到视频不能正确播放，可能是仲裁委电脑比较旧的问题。我们也需要自己做好证据核对，手机上、u 盘上可以存个备份，防止该问题的出现。

这位劳动者遇到了单位作伪证和律师对我们进行恐吓的事情，很多劳动者会遇到过这样的情况。大家可以参看这篇分享，仲裁委根本没有理会对方的阴招，我们也完全不用担心。很多时候律师之所以这么干就是因为没有很有效的手段惩罚他们的作伪证和恐吓行为。但是这些小手段未必见效，他们也是抱着试试也没坏处、还能显得我用心为客户服务的想法就做了。我们放平心态，正常应对即可。

对于程序部分，劳动者主要谈了调解的问题。随着政府出台了一系列重视强调调解作用的文件，调解不再是跳过的、不必要，而越发是必经的、拖长整个流程的环节。调解能否达成很大程度上是基于诉讼成本和败诉概率的权衡。实际上，调解并不是双方“一笔钱泯恩仇”，而是议价权的对抗。在很多时候，劳动者考虑到流程所消耗的时间精力，还是愿意接受调解的。而单位一方往往会聘请律师或法务来处理劳动争议，所以他们更不在乎仲裁-诉讼程序的漫长，更不愿意接受调解。甚至有的单位为了“杀鸡儆猴”，一遇到劳动争议便对劳动者和其他仍然在职的劳动者扬言称“死磕到底”“拖死你”。因此，我们建议相关部门在推进调解工作时，应当采取有效机制对具有更高议价权单位施压，促使其权衡利弊接受调解，而不是对处于弱勢的劳动者施压。比如进一步提高劳动者胜诉率，将劳动争议率纳入某些政府补贴、奖励的考察范围内。这样双方更有可能达成一致，否则议价权更低的劳动者当然会选择继续走法律程序。

当然一部分劳动者愿意走完程序，在和单位对质的过程赢回尊严。他们当然不愿意妥协，因为仲裁诉讼对于他们来说并不是钱的问题。正和某些恶劣的用人单位为了维持对公司员工的恐吓和压迫绝不接受调解相反。劳动者期望着公平正义，某些用人单位却恰恰要维持不平等态势。我们的法律渠道不单单是为了解决经济纠纷，又或者说就算是经济纠纷也不仅仅只是一个钱多钱少的问题。推进调解工作不能忘记坚持以人民为中心，要牢牢把握社会公平正义的法治价值追求。要让广大劳动者们在劳动仲裁中感受到公平正义，就不能让调解员、仲裁员为了达成调解对当事人又哄又吓，我们要通过更合情合理手段促成调解的达成。

15.4 一次仲裁经历与经验分享

2022 年 12 月 9 日，我被宣布以试用期不合格为理由被辞退，我是做电商美工（平面设计）的，当时走的时候我和人事谈，（因为我知道说要是辞退的话是需要支付员工半个月的工资，当时也是在网上短视频看到的，没想到会落在我的身上），我说按照劳动法，这个辞退是需要支付赔偿的。然后人事说没有赔偿啊，还说压一个月工资再发。我当时就很激动，按照劳动法来说，辞退就需要有赔偿的。然后我给人事说，那你们这样的话，那我就劳动仲裁。人世理直气壮的说，你去告吧。

当时很激动，想着说要不然直接走吧，但是一想，一定要收集证据。不能说自己破罐子破摔。不能说，他说咱是什么样的人，咱们就是什么样的人，法律面前证据说话。自己就把自己的打卡记录，尤其是钉钉，一定要及时保存。要是被踢出群的话，钉钉的这个打卡就会没有一定要在职，还在群里的时候及时保存自己的打卡记录。尤其是单体的朋友，收集好自己的打卡记录，因为像这个星期六或者星期天有一天上班的话，这天就属于休息日，加班也是可以要到赔偿的。

但是在我走的时候自己犯了一个很大的一个错误，就是他让我签署了一个这个辞退通知书，因为上面写的予以认可自己签字，当时自己也急着想走，自己签了导致自己这个违法，辞退就没有受到支持。

为什么我会想着去劳动仲裁，各位工作的，找工作的，尤其是在私人企业这种个体小老板工作的人应该深有体会。现在的工作好多都是什么所谓的三天试岗，7 天试岗。（国家的这个法律法规压根没有试岗期这么一说，干一天就要给一天钱）哪怕干了 7 天或者三天，他觉得你不合适，你也不要，不要钱就走人。让他可以给你出具辞退通知书，但切记自己一定不要去签字。劳动仲裁什么最有用？就是盖着那种大红公章的最有用最具有说服力，反而那些聊天记录什么的，可能没那么重要。

尤其是没有签劳动合同的小伙伴，一定要想办法证明自己在这个公司工作过，一定要证明自己的这些东西。保存好自己的打卡记录，保存好每天的工作证明，尤其是在快走的时候，一定要想办法保存好。

我为什么想到要劳动仲裁？第一以前的时候没有过这种意识。像我属于 21 年毕业的人，加上这几年就业困难。各位一定要有维权意识，一定要有劳动法的意识。我 21 年的，毕业的时候第 1 份工作和第 2 份工作。第 1 份工作，公司要倒闭了，然后开始变相裁员，因为那时候就干了一个月，快两个月，发现公司的人一天比一天少，自己也在想是不是公司要倒闭了。怎么一天比一天少？然后突然到月底的时候。人事就把我叫到办公室说这个老板就现在开始裁员了，让签一下字，然后人事因为也是年轻人，给我说的最近公司这个业绩不好，你抓紧走吧，我这也每天都在让人离职。刚入职一两个月，这个抓紧找工作也来得及，大家都不容易，然后我一想我说离职吧，反正入职时间也不久。然后走的时候我给这个同事说了一声，同事跟我说你傻啊签什么字，你去监察大队或者是劳动仲裁告他这个，他是得给你补偿的。（然后过了一段时间我同事给我发消息，说他又让员工离职，有个员工去劳动监察大队还是劳动仲裁告他，直接让他赔了不少钱，最后公司倒闭的时候，我前同事给我说当时每个人补贴了一

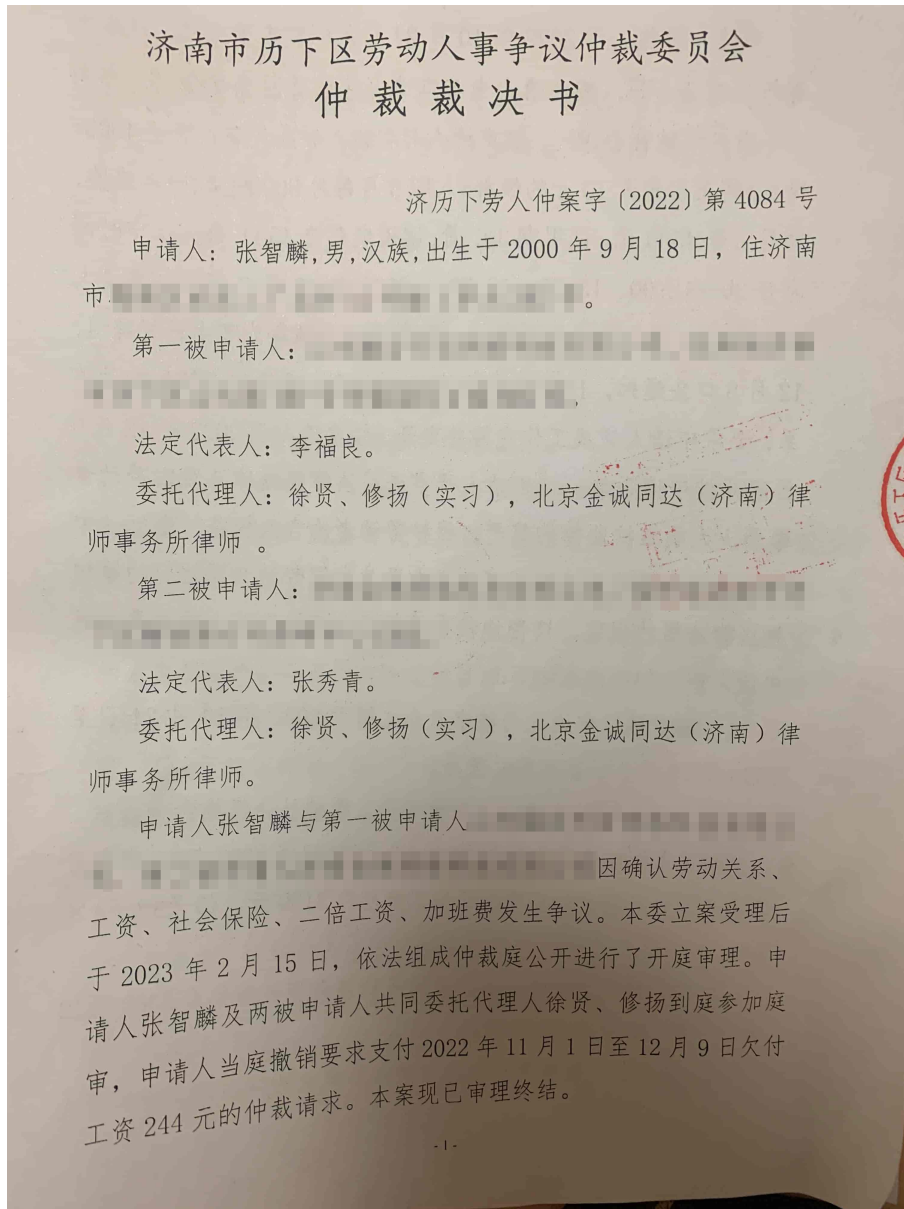


图 15.7: 济历下劳人仲裁字 2022 第 4084 号 1

申请人诉称：于2022年10月24日入职被申请人处，从事电商部门美工一职，被申请人未与申请人签订书面劳动合同，亦未为申请人缴纳社会保险。被申请人与申请人口头约定：底薪4500+提成+转正后每天10元的饭补+入职6月每月500的房补+年终奖，每月工资4500元，试用期3个月，试用期薪资4500，每天工作时间为8:30—12:00、13:30—18:00。2022年12月9日，被申请人以申请人在试用期考核不通过，作图领导不满意为理由进行辞退，12月8日口头通知，12月9日书面通知申请人进行辞退解除劳动关系，要求申请人完成工作交接并离开。故申请人于2022年12月9日离开被申请人处。被申请人严重违反法律规定肆意践踏劳动者尊严，为了维护法律的尊严，保护劳动者的合法权益，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》的等相关法律法规的规定，请贵仲裁委员会依法支持申请人的请求。现申请人提出仲裁请求如下：

1、请求确认申请人与被申请人之间于2022年10月24日至2022年12月9日存在劳动关系；

2、请求裁决被申请人依法为申请人缴纳社会保险费；

3、请求被申请人支付2022年11月24日至2022年12月9日期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额3159元， $(5\text{天}+8\text{天})\times 243=3159$ 元；

4、请求裁决被申请人支付申请人违法辞退的赔偿金5300元 $(2\times 0.5\text{月}\times 5300\text{元}=5300\text{元})$ ；

5、请求裁决被申请人支付申请人不成立的试用期工资和正式

- 2 -

图 15.8: 济历下劳人仲裁字 2022 第 4084 号 2

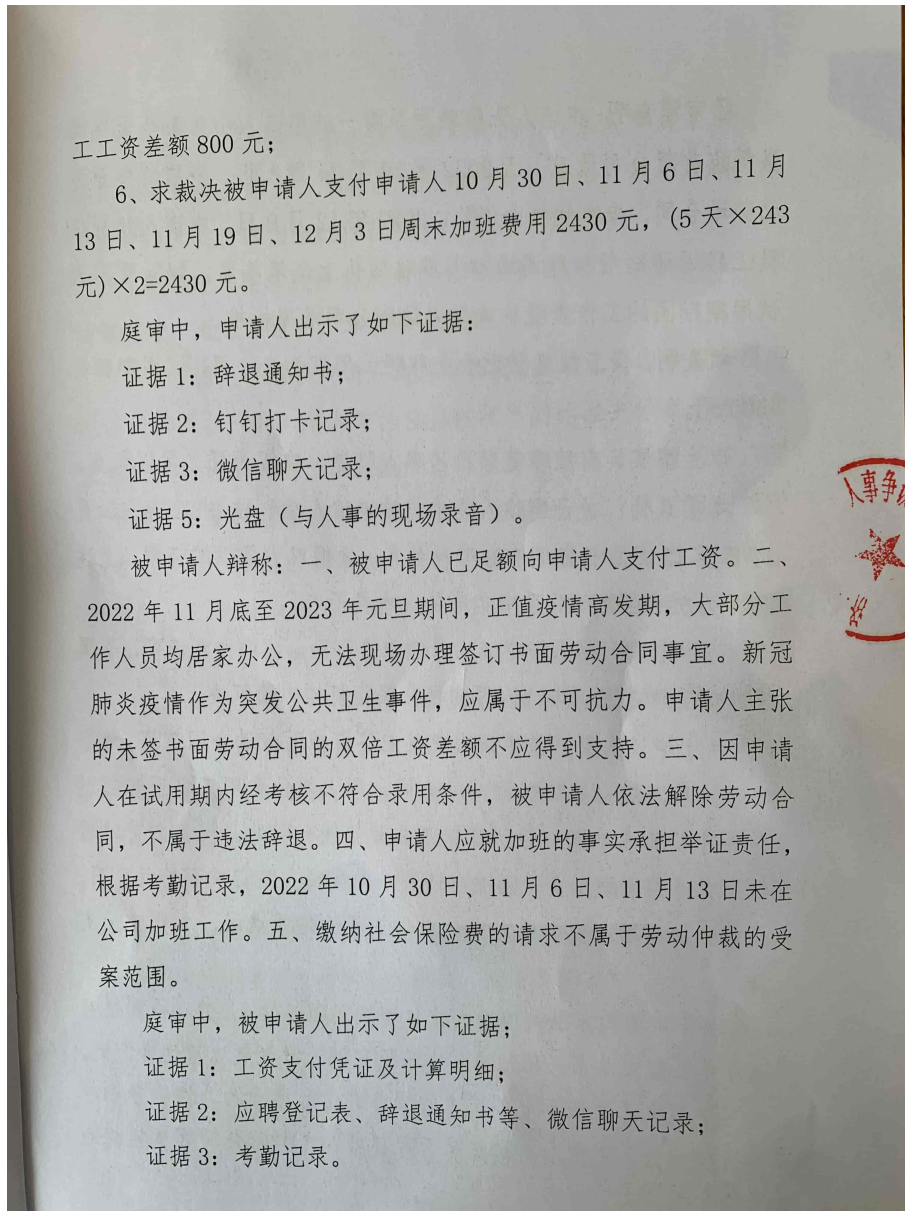


图 15.9: 济历下劳人仲裁字 2022 第 4084 号 3

执上亲笔签名，解除原因为试用期期间的工作表现和成果未达到公司录用标准。综上，不符合支付赔偿金的情形，故对申请人要求被申请人支付赔偿金的仲裁请求，本委不予支持。

关于申请人要求被申请人支付试用期和正式工工资差额。该项仲裁请求，无证据证明，本委不予支持。

关于申请人要求被申请人支付加班费。劳动法第四十四条规定有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。经核对申请人在职期间休息日加班共计 5 天，因被申请人未支付申请人加班费，故对申请人要求被申请人支付该加班费的仲裁请求，本委予以支持。

本委依法主持调解，因被申请人不同意调解。据此依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条、第六条，《中华人民共和国劳动法》第四十四条，《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第八十二条第一款条，劳社部发〔2005〕12 号《关于确立劳动关系有关事项的通知》之规定，裁决如下：

一、双方自 2022 年 10 月 29 日至 12 月 9 日期间存在劳动关系，第一被申请人向申请人张智麟支付未签订书面劳动合同二倍工资 3159 元；

二、第一被申请人向申请人张

图 15.11: 济历下劳人仲裁字 2022 第 4084 号 5

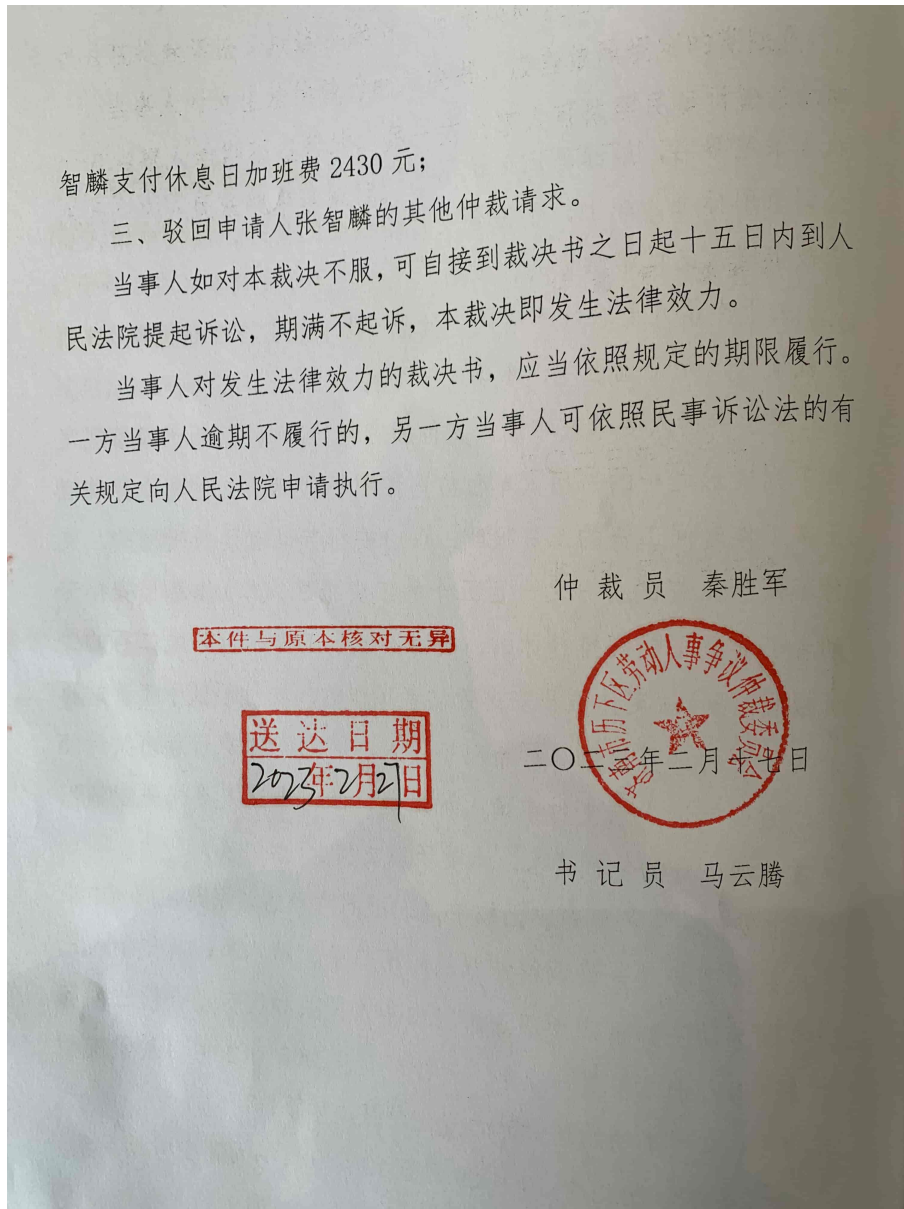


图 15.12: 济历下劳人仲裁字 2022 第 4084 号 6

个多月的工资)。

第2份工作我干了三天，当时做跟英语相关的跨境电商工作，老板就觉得我英语不好，第三天晚上给我发消息，让我第2天不用来了，正好。晚上的时候正在和朋友吃饭，朋友比我大10岁，他跟我说你要钱啊，我说我就干了三天，老板能给我钱吗？然后我朋友给我说干一天就得给一天工资，然后朋友就帮我给老板发微信，(当时我还给朋友说，现在试岗期老板肯定不给钱)，帮我要到了100块钱，没有想到我以为这种所谓的试岗期没有钱但是(我现在了解劳动法，才知道压根没有什么所谓的试岗期这么一说，干一天就必须得给一天的钱)。

为什么我要写这篇文章？我希望可以鼓励大家要有维权意识，保护自己的劳动权益，保护自己合理合法的劳动。我出生在普通家庭，我母亲就有记账的习惯，不管是上培训班也好，还是说他自己工作也好，上培训班给我收着发票。上班的时候。每天记录着自己的考勤就害怕到时候公司算错。

每当我看到电视的时候，很多农民工。或者老年人在一些包子店打工，或者是干一些服务行业之类的，他们因为没有维权意识也没有要到考勤表之类的，也不知道什么可以作为证据，或者是这个经常被这个公司拖欠工资一个月到两个月不给甚至给人拉黑或者是公司让他一天工作12小时等等等等，看到很多这些老年人农民工。自己心里想的事，现在劳动环境这么差，每个人都不容易，希望大家保护好个人的维权意识，创造一个良好的劳动环境，不然我们知道劳动法不敢去做，法律不就成了摆设了吗？

编者的话

正如这位劳动者所说，我们平时有法律意识。具体来说，我们平常养成一些小习惯即可。例如，转账的时候标注款项用途或要求对方标注款项用途；保存聊天记录；随手拍照关键文件、考勤记录；谈话时，当意识到在谈关键问题时，偷偷去上个厕所然后开始录音(偷录也有证据效力)；当对方要求自己签字、签合同、签协议时，仔细读完全部内容再签。

多关心周围的劳动者，彼此之间互相提醒，一起抱团互保，这是创造一个良好劳动环境的直接可行办法。

15.5 三方协议被公司单方面违约？协议上没写赔偿金也要赔钱！

编者的话

签了三方协议的应届毕业生被迫交出天价违约金的事情大家可能有所耳闻，那么公司方违约是否也要进行赔偿呢？本案例的中劳动者就用其勇气和坚持告诉我们单位违约也是要支付违约金的！

劳动者投稿：各位朋友们大家好，我是来自北京的童润中，在我研究生毕业之前有一个公

15.5 三方协议被公司单方面违约？协议上没写赔偿金也要赔钱！

司把我的三方协议给违约了，我去劳动仲裁机构咨询，他们说我不是劳动者不能受理，于是我就把这个公司给起诉了，后来收到了法院的判决书，判令这家公司向我赔偿我的损失，下面我来给大家讲述一下具体的情况。

在 2021 年的 11 月月底，我与北京嘉恒中自图像技术有限公司约定了工作事宜，准备去他们公司担任硬件工程师，约定每个月的工资是一万八千块，并签了三方协议，然后把三方协议拿到学校找老师盖了章。那天我拿着三方协议特别高兴，还发了朋友圈庆祝，之后到 2022 年的 2 月公司就要我过去实习，于是 3 月份我就过去实习了。让我感到特别意外的是，在我实习的第 9 天他们把我给辞退了，理由是公司的运营成本不够，辞退的那天他们给我发了 9 天的实习工资，还给我发了一个解约函让我签字。我当时为了找学校拿新的三方协议，就把那个解约函给签了，签了之后我原先的那个三方协议听老师说就是没用了，因为上面没有约定赔偿金，我心里就特别的难受。

北京地区普通高校毕业生就业协议书			
毕业生基本情况	姓名	董润中	
	政治面貌		
	毕业学校		
	学号		
	生源地		
用人单位基本情况	单位名称		
	单位地址		
	联系人		
	电子邮箱		
	行业类型	农、林、牧、渔业 / 制造业 / 电力、热力、燃气及水生产和供应业 / 建筑业 / 批发和零售业 / 交通运输业 / 仓储和邮政业 / 住宿和餐饮业 / 信息传输、软件和信息技术服务业 / 金融业 / 房地产业 / 租赁和商务服务业 / 科学研究和技术服务业 / 水利、环境和公共设施管理业 / 批发和零售业 / 教育 / 卫生和社会工作 / 文化、体育和娱乐业 / 公共管理、社会保障和社会组织 / 国际组织 / 部队	
	单位性质	机关、事业单位 / 高等教育 / 中等教育 / 医疗卫生 / 其他事业 / 国有企业 / 三资企业 / 民营企业 / 其他企业 / 部队 / 农村建制村 / 城镇社区	
	档案转寄单位名称		
	档案接收联系人		
	档案接收电话		
	户口迁移地址		
培养单位基本情况	单位名称	北方工业大学	联系电话: 88800376
	通讯地址	北京市朝阳区花庄北路5号	邮政编码: 100144
<p>经毕业生（甲方）、用人单位（乙方）、培养单位（丙方）协商，同意达成以下约定：</p> <p>1. 甲、乙、丙三方须共同遵守本协议背面所列内容。</p> <p>2. 甲、乙、丙三方如有其他约定，可本着平等协商、权利义务对等的原则另附约定，并视为本协议的一部分。</p> <p>3. 其他约定（如工作地点等，可另附页说明）：</p>			
毕业生意见	<p>签名: 董润中 2021年11月25日</p>		
用人单位意见	<p>用人单位人事部门负责人: (公章) 年 月 日</p> <p>用人单位上级主管部门: (有人事权的单位加盖公章，无人事权的单位请加盖上级主管部门人事公章或人事代理机构公章) 负责人: (公章) 年 月 日</p>		
培养单位意见	<p>毕业生所在院（系）意见: 负责人: (公章) 2021年11月29日</p> <p>学校（培养单位）毕业生就业主管部门意见: 负责人: (公章) 2021年11月29日</p>		
<p>备注: 1. 本协议根据国家统一招生录取的普通高等院校非定向就业研究生使用。</p> <p>2. 甲、乙、丙三方签署意见后，应在一个月内交还丙方签署意见，逾期所产生的后果由责任方承担。</p>			
<p>第一联: 培养单位留存（复印无效） 北京市教育委员会印制 NO. BJY XX 0077514</p>			

图 15.13: 三方协议

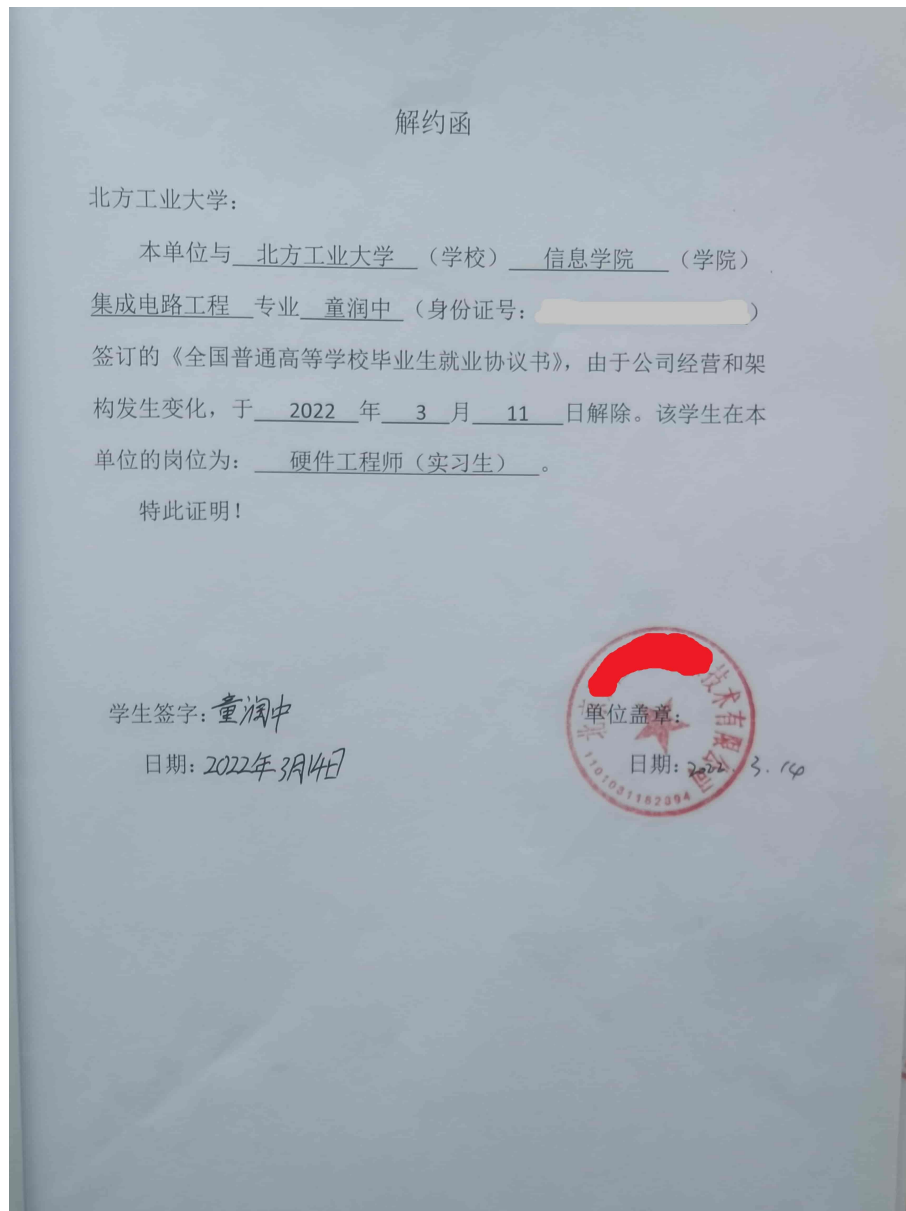


图 15.14: 解约函

回家之后我感觉非常的苦恼，于是我就去找学校老师说明情况，向老师询问能不能让学校帮我维权，老师跟我说‘这种情况学校也没有办法’。然后我不服气，又去咨询了北京市12345热线，向他们询问我这种情况能否进行劳动仲裁，他们说因为我的身份是实习生，这个纠纷不属于劳动纠纷，因此不能进行劳动仲裁，只能另想办法。再后来我去中国裁判文书网上搜索，查找公司单方面违约三方协议的案件，也没有查出个什么所以然。后来我回到房间看到自己最喜欢的毛选，越看越觉得他们资产阶级是非常的可恶。于是我反复查看自己原先跟公司签的三方协议，怎么看都觉得他们公司的行为属于合同违约，我就暗自决定先把证据保留好，等毕业了之后拿到了毕业证和学位证再去起诉。

在毕业之后，我在2022年7月25日，就拿着准备好的证据去北京法院电子诉讼平台上找海淀法院起诉了。我写的诉讼请求是要公司赔偿我九千块钱并给我书面道歉，还有承担本案的诉讼费。我等了一个星期之后，法院通知我案件已经受理了，受理之后我等了半个月法院派出了调解员帮我跟公司调解。我向调解员说希望公司给我九千块，并给我书面道歉，否则不接受调解，然后当天调解员就跟我这个调解失败了。

后来等到当年9月，他们就通知我9月21日去出庭，到了那天我就带着证据的原件去海淀法院出庭了。经过非常严格的安检之后，我进入法庭坐在原告席上，被告席的那边是公司人事部的一个人过来出庭，法庭的现场有一个国徽挂在后面非常的庄严，法官坐在国徽下面，感觉比较严肃，还有个书记员坐在法官的前面。当时我们按照法官的要求先是自报身份，再确认我的诉讼请求，接着让我和被告拿出各自的证据确认，然后请被告进行辩护，最后再由我进行辩护，整个一共持续了一个多小时。

被告主要的辩护观点是说，我签的那个解约函属于自愿签的，而且三方协议上没有写赔偿条款，因此公司不需要承担违约责任。而我辩护称，那是为了拿到新的三方协议而被迫签的，而且三方协议上的第二条明确写了‘用人单位要如实介绍本单位的情况，明确对毕业生的要求及使用意图，做好各项接收工作’，因此公司需要承担违约责任。辩护结束之后，法官问我是否还接受调解，我说接受调解，然后书记员把她记录的辩词让我们双方签了字，就结束了庭审。

庭审结束之后，等到当年11月15日，法院给我打电话，让我垫付十块钱诉讼费，我就交了这十块钱诉讼费。交完诉讼费后的第四天，我收到了法院邮寄的判决书，这个判决书最后的判决是这么写的，

“本院认为，依法成立的合同受法律保护。本案中，童润中、北方工业大学与北京嘉恒中自图像技术有限公司签订的就业协议书系协议各方的真实意思表示，亦未违反相应法律法规的强制性效力性规定，应属合法有效，协议各方均应依约履行。北京嘉恒中自图像技术有限公司因单方原因解除就业协议书的行为构成违约，应当赔偿童润中的合理损失。本院以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况，守约方为履行支出的成本，当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，酌情判令这个公司向童润中赔偿损失5000元。综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第四百六十五条、第五百零九条、第五百七十七条、第五百八十四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款之规定，判决如下：一、这个公司于本判决生效之日起向童润中赔偿损失5000元；二、驳回童润中其他诉讼请求。如未

起诉状

原告：童润中 男 汉族 1994 年 8 月 17 日生

身份证号码：[REDACTED]

住址：北京市 [REDACTED]

电话：[REDACTED]

被告：[REDACTED] 有限公司

法定代表人：[REDACTED]

住址：北京市海淀区 [REDACTED]

电话：[REDACTED]

案由：合同纠纷

诉讼请求：

- 1、判令被告向原告支付赔偿金 9000 元
- 2、判令被告向原告提供盖章的书面道歉
- 3、判令被告承担本案的诉讼费

事实与理由：

在 2021 年 11 月 29 日，原告与被告签订了《北京地区普通高校毕业生研究生就业协议书》，协议上明确说明‘用人单位要如实介绍本单位的情况，明确对毕业生的要求及使用意图，做好各项接收工作。’而被告在 2022 年 3 月 14 日向原告发了解约函，上面表示被告与原告签订的《北京地区普通高校毕业生研究生就业协议书》由于公司经营和架构发生变化在 2022 年 3 月 14 日解除，被告的这一行为属于合同违约，依照《中华人民共和国民法典》第五百六十六条应当承担违约责任。之后，原告在 2022 年 6 月 21 日按照《北京地区普通高校毕业生研究生就业协议书》取得了北方工业大学硕士毕业证和硕士学位证，而未能按照协议前往被告的公司入职，这对原告带来了很大的损失。

原告认为，被告给原告发解约函的行为极其失当，依照《中华人民共和国民法典》第五百七十七条，被告应当向原告赔偿损失，故诉至法院，望依法判决，还原告一个公正！

此致

北京市海淀区人民法院

立人：[REDACTED]

图 15.15: 起诉状



北京市海淀区人民法院

传票

案 号	2022 年海预民初字第 84683 号	案由	合同纠纷
被传唤人	童润中	送达地址	略
传唤事由	应到场所	应到时间	签 发 人
开庭	东 1-4 法庭	2022 年 9 月 21 日 9 时 30 分	王媛媛
<p style="text-align: center;">应诉通知书及注意事项：</p> <p>1. 被传唤人必须准时到达应到场所北京市海淀区人民法院第三速裁团队(丹棱街 12 号),联系电话: 62697129 (法官: 王媛媛) 62697922 (书记员: 底苗苗) 62697571 (书记员: 彭博)</p> <p>2. 原告收到本传票后无正当理由未按传票所注时间地点按时出庭, 人民法院按其自动撤诉处理; 被告收到本传票后无正当理由拒不到庭, 人民法院可以根据原告的诉讼请求及双方已经提交给法庭的证据材料缺席判决。</p> <p>3. 适用简易程序审理的民事案件可以当庭宣判。当庭宣判的, 人民法院可以当庭送达裁判文书; 当庭不能送达的, 人民法院将告知当事人领取裁判文书的时间和地点, 逾期不来领取的, 不影响上诉期间的计算。</p> <p>4. 如需要委托代理人代为诉讼的, 应填写授权委托书, 注明具体代理权限, 单位作为当事人的, 开庭时应携带以下手续: 1、营业执照副本复印件/事业单位法人证书 2、法定代表人身份证明 3、授权委托书 4、被委托人在职证明或劳动合同复印件 5、法定代表人及被委托人身份证复印件。以上需加盖单位公章。</p> <p>5. 举证须知 (详见背面): 证据应用 A4 纸复印, 小于 A4 纸张的证据必须粘贴在 A4 纸张上 (务必四边四角粘贴严实, 不得漏边漏角; 证据之间不得互相遮盖), 必须附有证据清单 (列明证据名称、是否有原件、证据来源、证明目的)。开庭时, 请携带身份证及本案全部相关证据原件、原始载体。</p> <p>6. 适用简易程序审理的案件, 可以口头答辩, 如要求书面答辩, 应向法院书面提出, 并说明答辩的期限, 但最长不得超过十五日, 并于答辩期满前向本院递交答辩状及副本。</p> <p>7. 当事人的诉讼权利和诉讼义务</p> <p>① 有对案件事实进行陈述和申辩的权利;</p> <p>② 有申请回避的权利;</p> <p>③ 有收集和提供证据, 请求法庭调解的权利;</p> <p>④ 可以查阅庭审材料, 对法庭记录认为有差错, 有权申请补正;</p> <p>⑤ 按法院传票日期准时出庭应诉, 无正当理由或申请延期未获准许而拒不到庭的, 法院依法进行缺席审理;</p> <p>⑥ 遵守法庭纪律, 不得扰乱法庭秩序, 不得伪造毁灭证据, 否则要依法承担民事责任。</p>			
备注			

图 15.16: 法院传票

按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息”

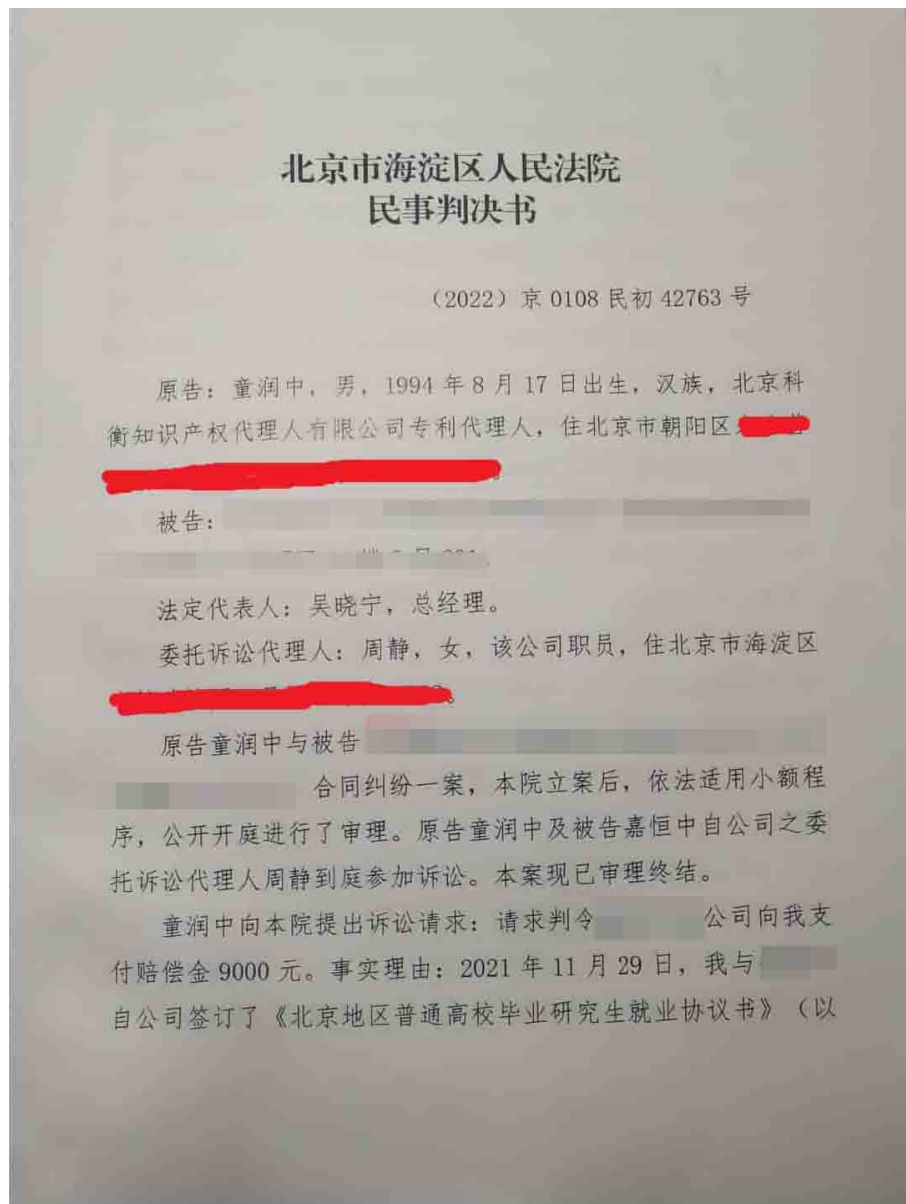


图 15.17: 京 0108 民初 42763 号 1

以下简称就业协议书），约定“用人单位要如实介绍本单位的情况，明确对毕业生的要求及使用意图，做好各项接收工作”，而嘉恒中自公司于2022年3月14日向我发了解约函，表明由于公司经营和架构发生变化，双方签订的就业协议书于2022年3月14日解除。嘉恒中自公司的上述行为构成违约，依据民法典第566条之规定，其应承担违约责任。我于2022年6月21日按照就业协议书的约定取得了北方工业大学硕士毕业证和学位证，但未能按照协议前往 公司入职，导致我产生较大损失。我认为， 公司向我发解约函的行为极其失当，依据民法典第577条，应向我赔偿损失。为维护合法权益，故诉至法院。

公司辩称：因疫情公司经营不善，考虑到成本原因，我公司已与童润中协商一致同意为其办理离职手续，同时我公司将解约函、实习证明及实习期间的报酬等均已办理或支付完毕。童润中与我公司解约后又先后入职了两家公司，我公司与其解约并不影响其就业，故不同意支付童润中主张的全部赔偿款项。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。

2021年11月29日，童润中（毕业生、甲方）、 公司（用人单位、乙方）与北方工业大学（培养单位、丙方）签订《北京地区普通高校毕业生就业协议书》（以下简称就业协议书），该协议书正面载明：“童润中毕业时间：2022年6月；

图 15.18: 京 0108 民初 42763 号 2

毕业生意见：本人自愿到_____公司就业……”；该协议背面约定：“根据国家关于做好普通高校毕业生就业工作的政策要求及《普通高等学校毕业生就业工作暂行规定》，为明确毕业生、用人单位、培养单位三方在毕业生就业工作中的权利和义务，毕业生、用人单位、培养单位须签订就业协议书。就业协议书是普通高等学校毕业生和用人单位在正式确立劳动人事关系前，经双向选择，在规定期限内就确立就业关系、明确双方权利和义务而达成的书面协议；是用人单位确认毕业生相关信息真实可靠以及接收毕业生的重要凭据；是高校进行毕业生就业管理、编制就业方案以及毕业生办理就业落户手续等有关事项的重要依据。二、用人单位要如实介绍本单位的情况，明确对毕业生的要求及使用意图，做好各项接收工作。凡取得毕业资格的毕业生，用人单位不得以学习成绩为由提出违约……”。

甲方_____公司与乙方童润中签署《实习协议》，约定：“乙方在甲方的实习期自 2022 年 3 月 1 日起至 2022 年 6 月 30 日止；乙方从事硬件工程师实习生工作；甲方给予乙方实习补贴，补贴标准为 200 元/天；如甲方根据本协议的约定行使单方解除本协议权力的，自甲方向乙方发出通知之日起，本协议即发生解除的法律效力……”。双方当事人均认可童润中自 2022 年 3 月 1 日起入职_____公司开始实习，实习期共计 9 天，_____公司已向童润中付清上述实习期间的工资。

2022 年 3 月 11 日，_____公司称由于公司经济原因，拟

图 15.19: 京 0108 民初 42763 号 3

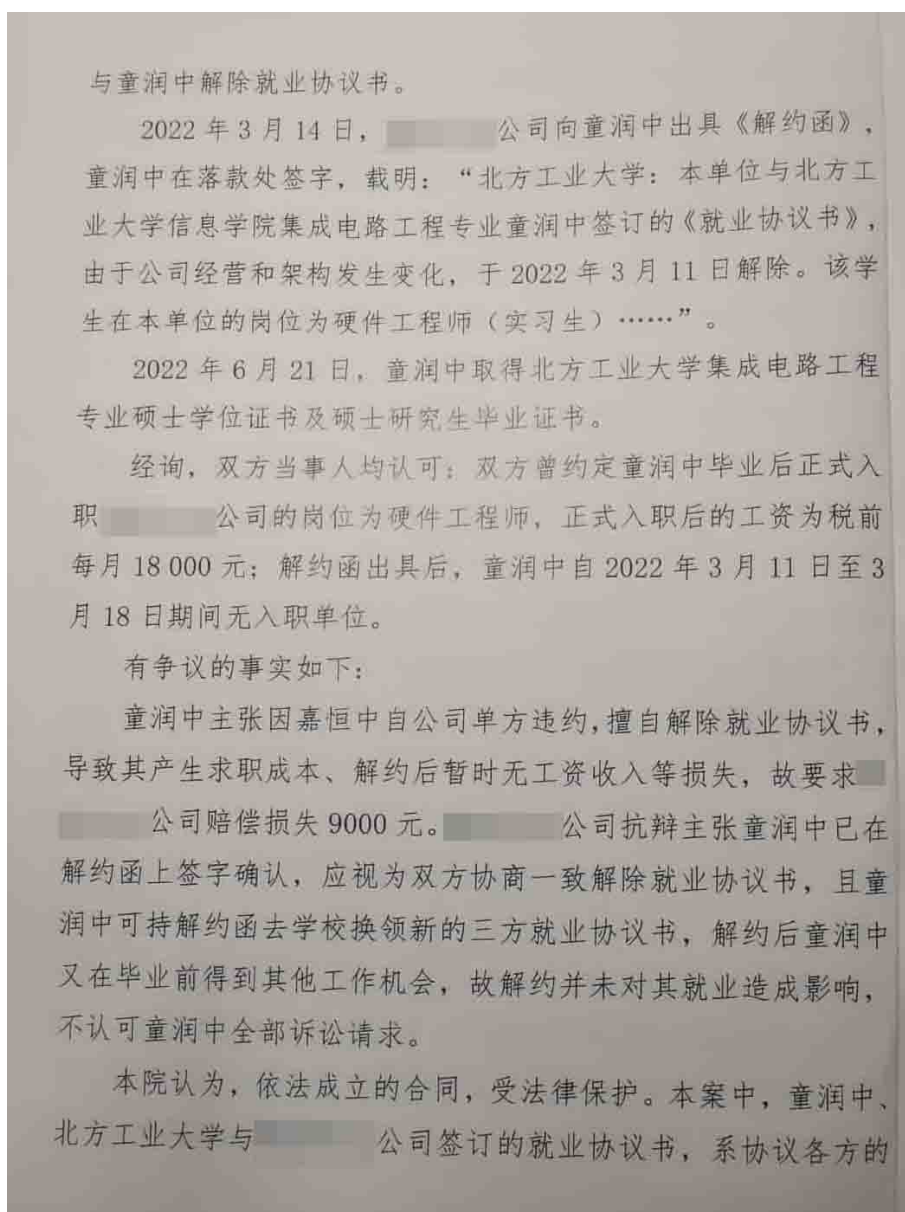


图 15.20: 京 0108 民初 42763 号 4

真实意思表示，亦未违反相应法律法规的强制性效力性规定，应属合法有效，协议各方均应依约履行。本案中，童润中主张因公司单方违约，擅自解除就业协议书，导致其产生求职成本、解约后暂时无工资收入等损失，故要求公司赔偿损失 9000 元。公司抗辩主张童润中已在解约函上签字确认，应视为双方协商一致解除就业协议书，且童润中可持解约函去学校换领新的三方就业协议书，解约后童润中又在毕业前得到其他工作机会，故解约并未对其就业造成影响，不认可童润中全部诉讼请求。根据本案已查明事实、现有证据及当事人陈述等，童润中在毕业前与公司签订就业协议书，应当视为双方当事人经双向选择，就童润中在正式取得毕业后与公司确立正式就业关系达成相关约定，在未出现法定或约定情形时，双方本可正常履行该协议。现公司虽主张双方系协商一致解除就业协议书，但童润中不予认可，根据该公司陈述的解约原因“因疫情公司经营不善，考虑到成本原因”、“由于经济原因”，解约函中载明的解约原因“由于公司经营和架构发生变化”，并未反映该就业协议书系可归咎于童润中一方的原因导致解除；公司亦未提交充分有效的证据证明作为求职中的应届毕业生，童润中在已求职涉案岗位成功的情况下存在自愿与其解除就业协议书的必要性及可能性，解约函中亦无任何双方协商一致解约的事项记载，故对于公司关于双方协商一致解除就业协议书的抗辩主张，本院不予采信。公司因

图 15.21: 京 0108 民初 42763 号 5

单方原因解除就业协议书的行为构成违约，应当赔偿童润中的合理损失，本院以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、违约方为履约支出的成本、当事人的过错程度等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，酌情判令嘉恒中自公司向童润中赔偿损失 5000 元。

综上所述，依照《中华人民共和国民法典》第四百六十五条、第五百零九条、第五百七十七条、第五百八十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款之规定，判决如下：

一、[] 有限公司于本判决生效之日起 7 日内向童润中赔偿损失 5000 元；

二、驳回童润中其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 10 元（童润中已预交），由 []

负担，于本判决生效之日起 7 日内交纳。

本判决为终审判决。

本件与原本核对无异

审 判 员 王 媛 媛
二〇二〇年十一月十五日
书 记 员 彭 博

图 15.22: 京 0108 民初 42763 号 6

编者的话

三方协议是劳动关系建立前签订的，不属于劳动关系的范畴，而属于平等主体之间的民事关系的范畴。但是应届学生（准劳动者）和公司的关系当然是不平等关系，正如本案例中的劳动者被迫签订了解约函，达成了对自己不利的证据。但是法官根据实际情况作出了相对公正的判决：即使合同中未约定违约金，但公司依然需要承担违约责任；即使劳动者签订了解约函，但是基于实际情况不能认定劳动者放弃对公司的追责。很多劳动者担心自己不懂法律在法庭上可能会很吃亏，事实上有很多尽责的法官会根据事实自主适用法律，绝大多数情况下不需要我们把法律教给法官。大家应当向本案例的劳动者学习。虽然在进行咨询和查找后发现局势并非很有利，但是我们能够将受到不公正对待的事实呈现在法律面前，我们的利益就有可能得到保障。

第十六章 更新日志

本章将介绍各版本手册更新的主要改动。

2023/05/01 更新：手册 2.0 正式发布。

- ① **新章节**：添加了第15章，提供了劳动者仲裁的经验分享；
- ② **新章节**：添加了第12章，讲解了当前社会热议的外卖骑手与主播的就业形态及劳动关系确定问题；
- ③ **新章节**：添加了第16章，记录手册的更新日志；
- ④ **新章节**：添加了第14.4节，增加维权小工具——中国法律服务网。此外，第14.3节增加了劳动仲裁申请书与证据目录的参考内容版，使用更方便；
- ⑤ **新章节**：添加了第3.2.15节，结合第3.1.7节的重写，丰富了执行和保全的具体措施；
- ⑥ **新章节**：第10.2.1节和第10.2.9节，上面两个新章节单独说明非法辞退、口头辞退的处理，以及复杂情况的应对原则；
- ⑦ **内容修改**：第10.2.6节，增加内容：「**现在有很多单位借由本条对劳动者设下陷阱，应对方式也比较特殊。更详细的介绍请参考 10.5 一节**」。；
- ⑧ **内容修改**：第10.2.6节，增加内容：「为了保证能万无一失地辞退劳动者，很多用人单位会在规章制度中规定绩效不合格几次就视为不能胜任。然后在工作中拿出一份显示劳动者不合格的确认单或者要求劳动者写工作整改报告，然后花言巧语哄骗劳动者签字认可。**签了不合格的绩点，再加上规章制度的事前规定**，用人单位往往会胜诉。因此对于绩效考核、考勤等事项存在异议一定要书面提出，并保存相关证据。」。；
- ⑨ **内容修改**：第9.3.1节，修改一处：「劳动者先向公司发“解除竞业限制通知书”，然后就可以去找同业的工作和提起仲裁要求公司补齐。劳动者首先仲裁委提出解除竞业限制协议同时要求单位支付三个月的竞业限制补偿金。仲裁裁决解除协议后，然后就可以无负担去找同业的工作。」；
- ⑩ **内容修改**：第5.4.4节，修改一处：「可以去仲裁主张三个月的赔偿金 可以去仲裁主张一个月的赔偿金。」；
- ⑪ **内容修改**：第3.1.3节，增加图片：「不予受理通知书」；
- ⑫ **内容修改**：第13.3.2，将《民法总则》法律法规更新为《民法典》相关法律法规；
- ⑬ **内容修改**：第3.1.4，增加一处：「证据搜集和整理的时候，一定别怕麻烦，要做到**全面！**被告因为会在开庭的时候才提交证据。所以证据不能仅准备和诉求相关的，一定要**全面提交**。比如我们的诉求是支付拖欠工资，只准备了工资发放记录和劳动合同中的工资约定证明存在差额。但公司可能会伪造虚假的出勤记录，证明扣工资合理。所以我们要把手头的考勤记录也提交。我们尽可能不要这样操作：反正我不是一裁终局，公司要上诉，我仲裁的时候就少交证据，等到了法院阶段再交。这个操作存在很大的风险，因为除非我们有合理理由，否则法官有权拒绝接受我们在仲裁阶段未提交的证据。」；

⑭ **内容修改：**第3.1.7节，修改较多，增加迟延履行利息，执行困难情形的说明；

2023/04/04 更新：手册 1.5 正式发布。

① **内容修改：**根据读者在金山文档对手册 1.0 版本的反馈修改错别字与病句；

2023/01/01 更新：手册 1.0 正式发布。

① **内容修改：**修改错误，完成内部测试，正式发布 1.0 版本；