

2012最新劳动法案例大全解析

管理者劳动法实务手册

人力资源总监必读手册 劳动者普法知识手册

工时、休假、报酬、福利



北京易中创业科技有限公司

易中

终生的管理伙伴



目 录

50

工时、休假、报酬、福利

工时与休假 | 50-010 我国劳动法律法规中有关工时的规定有哪些

50-020 实行综合工时制的员工超时工作，企业要付加班费吗

50-030 实行不定时工时制的员工，有加班加点一说吗

50-040 休息日加班可以用补休代替加班费吗

50-050 法定休假日加班可以用补休代替加班费吗

50-060 加班费纠纷，谁有举证责任

50-100 员工能长期请事假吗

50-110 员工能长期请病假吗

报酬与福利 | 50-450 什么是劳动报酬

50-460 职工福利费属于劳动报酬吗

50-470 试用期劳动报酬有哪些规定

50-480 法定带薪假期有哪些

50-490 带薪年假的劳动报酬有哪些规定

50-500 带薪产假的劳动报酬有哪些规定

50-510 事假期间的劳动报酬有哪些规定



50-520 病假期间的劳动报酬有哪些规定

50-600 什么情况下用人单位能合法扣
减员工劳动报酬

50-620 未足额支付劳动者劳动报酬的
法律后果有哪些

50-630 非全日制员工的劳动报酬和福
利有哪些规定

50-640 派遣员工的劳动报酬有哪些规定



 问：我国劳动法律法规中有关工时的规定有哪些？

 答：国家层面有关工时的规定有：

1) 《中华人民共和国劳动法》（全国人民代表大会常务委员会于1994年7月5日颁布，并于1995年1月1日实施）；

2) 《劳动保障监察条例》（中华人民共和国第423号令，2004年10月26日国务院第68次常务会议通过，自2004年12月1日起施行）；

3) 《国务院关于职工工作时间的规定》（1994年2月3日国务院令第146号发布，1994年3月1日起施行，1995年3月25日，国务院令第174号修订）；

4) 劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》（劳动部1994年12月14日发布、1995年1月1日起执行，劳部发[1994]503号）；

5) 《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》（劳社部发[2008]3号）；

6) 《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》（劳部发[1997]271号，劳动部1997年9月10日发布实施）；

7) 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知（劳部发[1995]309号，1995年8月4日发布实施）；

8) 劳动部关于印发《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答的通知》（劳部发[1995]187号）；

9) 《劳动部贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》（劳动部1995年3月26日发布，1995年5月1日实施）。

用人单位需要注意：各地方政府在执行国家层面的法律法规时，也纷纷出台了许多相关的具体规定。因此，用人单位在处理有关工时的具体事务时，也要参考地方性规定。

目前在全日制用工形式下，分为三种工时制度：

1) 标准工时制

- 即劳动者每日工作八小时、每周工作四十小时的工时制度。对于实行标准工时工作制的劳动者，在完成劳动定额或规定的工作任务后在每日八小时或者每周四十小时工作时间以外工作的，都属于加班，用人单位都应该按法律规定安排补休或支付加班工资。
- 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，按照不低于劳动者本人小时工资标准的150%支付加班工资；依法安排劳动者在休息日工作，又不能安排补休的，按照不低于劳动者本人日或小时工资标准

的 200% 支付加班工资；安排劳动者在法定休假节日工作的，应支付给劳动者不低于劳动者本人日或小时工资标准 300% 的加班工资。

2) 综合计算工时制

- 它是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。实行这种工时制度在综合计算周期内，某一具体日、周的实际工作时间可以超过 8 小时、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，总法定标准工作时间应按以月、季、年等不同周期的计算工时制度分别折算为 166.64 小时 / 月、500 小时 / 季、2000 小时 / 年，超过部分应视为延长工作时间并按《劳动法》的规定支付加班工资。
- 用人单位依法安排劳动者在整个综合计算周期法定标准工作时间总数以外延长工作时间的，按照不低于劳动者本人小时工资标准的 150% 支付加班工资；安排劳动者在法定休假节日工作的，应支付给劳动者不低于劳动者本人日或小时工资标准 300% 的加班工资。此处需要注意的是，对于实行综合计算工时工作制的员工，工作日正好是双休日的，属于正



常工作，用人单位无须支付加班工资。

3) 不定时工时制

- 这是指因生产特点、工作特殊需要或职责范围，无法按标准工作时间衡量、需机动作业而采取不确定工作时间的一种工时制度，即每一工作日没有固定的上下班时间限制。不定时工作制适用于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工作岗位和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，需机动作业的工作岗位以及其它因生产特点、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工作岗位。
- 实行不定时工作制人员，按国家规定可不执行加班工资的规定。但是有的地方性法规就有不同规定，例如，根据《上海市企业工资支付办法》第13条的规定，经劳动保障行政部门批准实行不定时工时制的用人单位，在法定休假日安排劳动者工作的，应当按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的300%支付工资。《深圳市员工工资支付条例》第20条规定：“用人单位安排实行不

定时工作制的员工在法定休假节日工作的，按照不低于员工本人标准工资或者计件工资的百分之三百支付员工加班工资。”按照深圳市的这一规定，企业实行不定时工作制的，不影响其向员工支付法定节假日加班工资。

需注意的一点是：企业实行综合计算工时制或不定时工时制必须得到政府有关部门的批准，并办理有关手续，未经批准企业不得自行决定实行综合计算工时制或不定时工时制。

参考法规：

《劳动法》等。

 例：

2008年9月20日起，原告到被告处上班，在被告管理的某中心当监控员，每月工资900元，双方未签订书面劳动合同，被告未为原告购买养老保险。

被告人员的护管员、监控员等部分岗位经劳动行政部门批准在2008年12月至2009年11月期间、2009年12月至2010年11月期间、2010年12月至2011年11月期间实行不定时工作制。

2010年12月31日，被告在某中心的物业管理项目合同终止。2011年1月6日，原告自愿与被告解除劳动关系并提交了离

职申请,并在被告处领取了2011年1月工资150元。

2011年3月3日,原告向重庆市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁,要求由被告支付延时加班工资22,660.56元,节假日工资2,580元,双休日工资9,288元,该委驳回了原告的仲裁请求,原告不服起诉到法院。

法院认为,被告对原告所在岗位实行不定时工作制且获得了劳动行政部门审批,根据《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定,实行不定时工时制度的劳动者,不执行支付超时加班、休息日加班、法定节假日加班工资的规定,现原告主张按标准工作时间计算其加班工资的,本院不予支持。

 解:

本案的法律要点是:

- 实行不定时工时制度的,按国家规定可不执行支付超时加班、休息日加班、法定节假日加班工资的规定。

本案中:由于被告对原告实行不定时工作制,且原告没有加班的事实,因此,原告主张按标准工作时间计算其加班工资,未得到法院支持。

 操作提示：

1) 用人单位要严格遵守法律对工时的规定。尽管实行不定时工作制的员工不受日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制，但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保员工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

2) 用人单位须注意，对于不定时工作制按国家规定可不执行支付超时加班、休息日加班、法定节假日加班工资的规定，但地方性法规可能会有不同的规定。



 问：实行综合工时制的员工超时工作，企业要付加班费吗？

 答：是的。如果企业实行综合计算工时工作制，在综合计算周期内，劳动者的实际工作时间总数超过该周期的法定标准工作时间总数，超过部分应视为延长工作时间。

综合计算工时工作制是针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的部分职工，采用的以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的一种工时制度，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。

在综合工时制下，对超过法定标准时间的部分，应该按照正常工作时间工资 150% 的标准支付工资报酬，其中法定休假日安排劳动者工作的，按不低于工资 300% 的标准支付工资报酬。而且，在综合计算周期内，延长工作时间的小时数平均每月不得超过 36 小时，否则属于违法安排劳动者加班的情形，劳动行政部门有权进行处理。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 31 条、第 38 条、第 46 条、第 47 条；
2. 《劳动法》第 44 条；
3. 《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 13 条；
4. 《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、第60条、第62条;

5. 《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第3条。

 例:

某购物公司系具有独立法人资格的商业企业。经青岛市劳动和社会保障局审批实行综合计算工时工作制,以月为综合计算周期。2004年6月1日,薛某某到某购物公司从事电工工作,双方最后一次签订书面劳动合同的期限至2011年5月31日期满,双方在合同中明确约定执行综合计算工时工作制。

2010年9月29日,薛某某通过邮寄方式向某购物公司送达了“关于要求支付拖欠加班费及要求解除合同并支付补偿金、赔偿金的通知”,并于同年10月8日,作为申请人向青岛某区劳动争议仲裁委员会递交了仲裁申请书,请求裁决被申请人某购物公司支付2004年6月1日至2010年10月8日期间的加班费129,360.40元以及拒不支付加班费25%的经济补偿金;依法裁定申请人与被申请人解除劳动合同,并支付申请人解除劳动合同的经济补偿金16,660元。

青岛某区劳动争议仲裁委员会认为:

1. 被申请人执行以月为计算周期的综

合计算工时工作制，在计算周期内被申请人安排申请人在法定节假日以及超出标准工作时间工作应当足额支付加班工资，申请人要求被申请人支付2009年10月8日后的加班工资的请求，予以支持，此前的加班工资，因超过法定仲裁时效，不予认定。

2. 因被申请人没有足额支付劳动报酬，申请人要求解除与被申请人之间劳动合同，并要求被申请人支付解除劳动合同经济补偿金的仲裁请求，依法予以支持。

3. 因无证据证明被申请人系无故拖欠申请人加班工资，故申请人要求被申请人支付拖欠工资25%的经济补偿金的仲裁请求，缺乏依据，不予支持。

在青岛某区仲裁委裁决后，薛某某、某购物公司对该仲裁裁决结果均不服，诉至法院。

原审法院结合薛某某所从事的岗位特点，经质证的证据及有关法律规定，作如下分析判定：

1. 虽然某购物公司实行综合计算工时工作制，但其每月安排薛某某工作的时间也不应超出法定工作时间。经过测算，2008年10月8日至2010年10月8日期间，

薛某某共超过法定工作时间工作176小时。某购物公司应当向薛某某支付上述延长工作时间的加班费 3,183.91 元。

2. 某购物公司自认薛某某工资单中显示的加班费系以薛某某基本工资作为计算基数支付给薛某某的法定节假日加班费。某购物公司没有依法按照薛某某上月工资减去加班费后所得数额作为计算当月法定节假日加班费的基数, 导致发放给薛某某的法定节假日加班费不足, 差额部分应向薛某某补足, 共计 3,135.04 元。

3. 薛某某因某购物公司拖欠加班费而于 2010 年 9 月 29 日向某购物公司发出解除劳动合同的通知, 并在同年 10 月 8 日申请仲裁时提出解除劳动合同的仲裁请求, 某购物公司在收到载有解除双方之间的劳动合同等裁决主文的仲裁裁决书后却以薛某某自动离职为由解除了其与薛某某之间的劳动合同。考虑到某购物公司已实际缴纳社会保险至 2010 年 11 月 30 日, 薛某某在庭审中明确其要求解除劳动合同的日期为 2010 年 11 月 30 日。因某购物公司确未足额向薛某支付劳动报酬, 薛某某据此要求确认双方之间的劳动合同于 2010 年 11

月 30 日解除的请求，于法有据，法院予以支持。

4. 薛某某主张的 2004 年 6 月 1 日至 2010 年 10 月 8 日拖欠加班费的 25% 的经济补偿金，因缺乏依据，法院不予支持；

5. 某购物公司应当依照《劳动合同法》第四十六条和第四十七条的规定向薛某某支付经济补偿金 15,845.97 元（2,263.71 元 / 月 × 7 个月），因薛某某仅主张 15,331.40 元，系对其自身权利的处分，法院依法予以支持。

原审判决：

1. 确认薛某某与某购物公司之间的劳动合同于 2010 年 11 月 30 日解除；

2. 某购物公司于判决生效后 10 日内一次性支付薛某某 2008 年 10 月 8 日至 2010 年 10 月 8 日期间的延长工作时间的加班费差额 3,183.91 元以及法定节假日加班费差额 3,135.04 元；

3. 某购物公司于判决生效后 10 日内一次性支付薛某某解除劳动合同的经济补偿金 15,331.40 元；

.....

宣判后，某购物公司不服，提起上诉。

二审法院维持了原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 因用人单位做出的开除、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；
- 实行综合计算工时工作制，超出法定工作时间的，要付加班费；
- 用人单位未足额支付劳动报酬（如拖欠加班费），劳动者提出解除劳动合同的，用人单位需付经济补偿金。

本案中：

1) 某购物公司主张其未拖欠薛某某包括加班费在内的劳动报酬，其对此应承担举证责任。因某购物公司在一审中提交的薛某某的员工卡存取款明细与其提交的薛某某工资卡账户取款凭证不能一一对应存在瑕疵，某购物公司亦未在本院指定的期限内提交薛某某所在设备处的工作制度安排、考勤统计依据等证据，某购物公司对其主张未提交充分有效的证据予以证明，应承担举证不能的法律后果。

2) 某购物公司实行综合计算工时工作制，但其安排薛某某工作的时间超出法定工作时间176小时。某购物公司应当向薛某某支付上述延长工作时间的加班费。

3) 薛某某是由于某购物公司拖欠劳动报酬

辞职，而非自动离职，某购物公司有错在先，应该付薛某某经济补偿金。

 操作提示：

1) 在实行综合计时工作制的情况下，尽管企业可以安排劳动者在每个工作日工作 8 小时以上，但是企业仍然应当通过各种方式保证劳动者休息休假的权利。综合计时工作制，是将劳动者的工作时间进行更为灵活的安排和统筹，即在一个综合计算周期内（比如，每周、每月、每季度或每年，视具体获批情况而定），如平均每天的工作时间不超过 8 小时，则不视为加班；平均每天超过 8 小时的部分，应当作为加班时间处理，但每月加班不应当超过 36 小时。

2) 企业要有规范的公司财务、工作制度、考勤管理。对员工的工作内容、时间、工资的发放等要有一套明确、详细的规定和记录。例如，《工资支付暂行规定》第 6 条第 3 款规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。

3) 企业实行综合计算工时制必须得到政府有关部门的批准，并办理有关手续。

问：实行不定时工时制的员工，有加班加点一说吗？

答：没有。根据劳动部颁布的《工资支付暂行规定》，实行不定时工作制的劳动者不适用有关加班加点的规定。

不定时工作制，是企业针对因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间衡量或需要机动作业的职工所采用的一种工时制度。适用的范围：

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

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

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

但是，用人单位需要特别留意，对于实行不定时工作制时，用人单位安排员工在法定节假日加班的，是否需要向其支付加班工资，不同的地区会有不同的规定，例如：

1) 《深圳市员工工资支付条例》第20条规定：“用人单位安排实行不定时工作制的员工在法定休假节日工作的，按照不低于员工本人标准工资或者计件工资的百分之三百支付员

工加班工资。”按照深圳市的这一规定，企业实行不定时工作制的，不影响其向员工支付法定节假日加班工资。

2) 《上海市企业工资支付办法》第13条的规定，经劳动保障行政部门批准实行不定时工时制的用人单位，在法定休假日安排劳动者工作的，应当按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的300%支付工资。

参考法规：

1. 《劳动法》第39条；
2. 劳动部《工资支付暂行规定》第13条。

 例：

杨某某于2007年12月29日与某某公司签订了2008年1月1日至2009年5月31日的劳动合同。合同约定，杨某某从事驾驶工作，工作起始时间为2005年12月。2007年12月27日，某某公司被批准其机动车驾驶员岗位实行不定时工作制。某某公司分别于2008年1月4日和2009年2月19日组织相关人员对批准复函进行了学习。

2009年8月24日，杨某某向重庆市北碚区劳动争议仲裁委员会申诉，要求某某公司支付超时工资238,500元。2009年11月3日，重庆市北碚区劳动争议仲裁委

员会仲裁裁决：驳回杨某某的申请请求。杨某某不服该裁决，向一审法院起诉，请求判决某某公司支付其2005年12月至2009年3月的加班劳动报酬145,824.73元。

杨某某一审诉称：某某公司虽经劳动部门批准实行不定时工作制，但没征得劳动者同意，故劳动部门的复函对我不发生法律效力。请求判决某某公司支付我2005年12月至2009年3月的加班加点的劳动报酬145,824.73元。

某某公司一审辩称：我公司对杨某某的工作实行不定时工作制，不应给付加班工资，故请求法院驳回杨某某的诉讼请求。

一审法院认为，根据某某公司的会议记录及杨某某邀请的证人出庭证实，某某公司已经组织了相关人员对劳动部门同意某某公司部分岗位实行不定时工作制的复函进行了学习，因此，对杨某某以未征得自己同意而认为该复函对自己不产生效力的意见，不予采纳。《劳动部工资支付暂行规定》第十三条规定：“……用人单位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日或小时工资标准的150%支付劳动者工资……实行不定时工时制度的劳动者，

不执行上述规定。”杨某某从事的驾驶员工作岗位是实行的不定时工作制，故对杨某某要求加班工资的请求不予支持。综上所述，根据《中华人民共和国劳动法》第三十九条的规定，判决：“驳回杨某某的诉讼请求。案件受理费5元，由杨某某承担。”

杨某某不服一审判决，提起上诉。

二审法院认为：杨某某在某某公司期间，其所在的驾驶员岗位经行政主管部门批准实行不定时工作制，在双方于2007年12月29日签订的劳动合同中亦约定了“执行综合计算工时制度或不定时工作制度”，该约定已经明确了某某公司可以安排杨某某执行不定时工作制度。因此，某某公司无需另行通知杨某某其岗位实行不定时工作制。故杨某某申请对学习记录签名鉴定没有实际意义，本院依法不予准许。某某公司对杨某某执行不定时工作制度的行为并未违反法律规定和合同约定。根据劳动部《工资支付暂行规定》第十三条规定，对实行不定时工时制度的劳动者，不执行加班费的规定，因此上诉人请求加班工资于法无据。综上所述，上诉人杨某某的上诉理由不能成立。原判认定事实清楚，适用法律正确。

二审法院驳回杨某某上诉，维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 如果用人单位与劳动者签订的劳动合同中明确约定其工作按不定时计算工时，相关岗位被劳动部门批准可以实行不定时工作制度后，无须另行通知劳动者；
- 对实行不定时工时制度的劳动者，不执行加班费的规定。

本案中，杨某某的驾驶员岗位经行政主管部门批准实行不定时工作制，且杨某某与某某公司的劳动合同中也明确约定，用人单位可以安排杨某某执行不定时工作制度。所以，法院认为某某公司对杨某某执行不定时工作制度的行为并未违反法律规定和合同约定。杨某某主张加班费的请求，法院不予认可。

 操作提示：

1) 用人单位在与员工签订劳动合同时一定要明确工时制度，即明确标准工时制度，还是实行不定时工作制，抑或实行综合计算工时工作制。

2) 如果实行不定时工时制的，一定要得到劳动行政部门的批准。



 问：休息日加班可以用补休代替加班费吗？

 答：可以。如果该双休日劳动者有证据证明提供了劳动，应该认定为加班，用人单位要么安排补休，要么支付加班费。

休息日，就是每周一到二天的休息时间，一般为周六、周日。如不是周六、周日的，企业应当提前告知劳动者。

根据《劳动法》第 44 条规定，休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的 200% 的工资报酬。《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》进一步指出，根据《劳动法》第 44 条的规定，休息日安排劳动者加班工作的，应首先安排补休。不能补休时，则应支付不低于工资 200% 的工资报酬。补休时间应当等同于加班时间。

需要指出的是：休息日加班后，是安排补休还是支付加班费，决定权在企业，职工没有选择权。

参考法规：

1. 《中华人民共和国劳动合同法》第 82 条；
2. 《劳动法》第 44 条第 2 项；
3. 《工资支付暂行规定》第 13 条；
4. 《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》。

 例：

方某某于 2010 年 3 月 22 日到某公司工作，双方自 2010 年 8 月 17 日解除劳动

关系。劳动关系存续期间,双方未签订书面劳动合同。方某某在职期间,某公司为其发放2010年3月工资904元、4月工资1,500元、5月工资1,900元、6月工资1,800元、7月工资1,912元。方某某2010年8月1日至8月17日应发工资1,080元,某公司未予发放。某公司提供的考勤显示2010年4月5日清明节、6月16日端午节方某某在岗工作。

某公司认可方某某自2010年6月19日进入某工地工作,某公司安排方某某每周单休,但未为方某某安排补休,也即方某某在此期间共计9个休息日在岗工作。

就双方的劳动争议,方某某向天津市劳动争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁,要求某公司支付双倍工资、清明节、端午节假日加班工资、休息日加班费等。天津市劳动争议仲裁委员会于2010年12月13日做出裁决后,双方均不服仲裁裁决,起诉至法院。

原审法院认为:

1. 关于2010年3月至2010年8月双倍工资问题。

方某某在职期间,某公司未与方某某签订书面劳动合同,依照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条之规定,某公

司应自2010年4月22日起支付方某某双倍工资，计发至2010年8月17日，某公司应支付方某某双倍工资差额为 $1,900+1,800+1,912+1,500/21.75\times 7+1,080+248+1,574=8,997$ 元，该双倍工资的计算中包含加班工资亦应计发双倍。

2. 关于清明节、端午节加班工资问题。

依据《中华人民共和国劳动法》第四十四条第（三）项，某公司安排方某某休息日加班，应当支付不低于工资300%的工资报酬。就加班费基数问题，原劳动部《关于若干条文的说明》第四十四条第二款规定，实行计时工资的用人单位，应以用人单位规定的其本人的基本工资作为计算加班费的基数。《关于贯彻执行若干问题的意见》第五十五条规定，劳动法第四十四条中的“劳动者正常工作时间工资”是指劳动合同规定的劳动者本人所在的工作岗位相对应的工资。《工资支付暂行规定》第十三条规定，应按照国家规定的劳动者本人或小时工资标准计发加班费。另，依据《天津市工资支付规定》第十七条，计算加班工资的基数不得低于劳动者所在岗位应得的工资报酬。综合考量以上规定，在有劳动合同就

岗位工资做出约定的情况下,应首先以劳动合同约定的岗位工资计算加班费基数。在没有劳动合同就岗位工资做出约定的情况下,计算加班工资的基数不得低于劳动者所在岗位应得的工资报酬。本案中,双方均未向法院提供双方争议期间的劳动合同,方某某与某公司提供的证人就双方招聘期间约定的工资表述亦不一致,法院以方某某所在岗位的工资报酬作为计算加班费的基数。某公司应支付方某某清明节及端午节的加班工资共计 $1,500/21.75 \times 3 + 1,800/21.75 \times 3 = 455$ 元。

3. 关于2010年6月16日至8月17日休息日加班工资的问题。

依据《中华人民共和国劳动法》第四十四条第(二)项,某公司安排方某某休息日加班,应当支付不低于其工资200%的加班工资报酬。某公司应支付方某某 $1,800/21.75 \times 2 \times 2 + 1,912/21.75 \times 2 \times 5 + 1,080/(12/22 \times 21.75) \times 2 \times 2 = 1,574$ 元加班工资。

综上,依据《中华人民共和国劳动法》第四十四条第(三)项、第(二)项、第五十条第一款,《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条等之规定,判决:

1. 某公司于本判决生效之日起十日内给付方某某 2010 年 3 月 22 日至 2010 年 8 月 17 日的未签订书面劳动合同双倍工资差额 8,997 元。

2. 某公司给付方某某 2010 年清明节、端午节加班工资 455 元。

3. 某公司给付方某某 2010 年 6 月 16 日至 8 月 17 日的休息日加班费 1,574 元。

双方不服提起上诉。二审法院经审查，驳回上诉，维持原判。

 解：

本案主要有 4 个法律要点：

- 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同，须支付双倍工资；
- 用人单位安排劳动者在休息日加班的，要么安排补休，要么支付 200% 的加班费；
- 用人单位安排员工在法定节假日加班的，须支付 300% 的加班费；
- 加班费的计算基数，是劳动合同约定的正常工作时间工资，即劳动者在当月全勤情况下，但没有任何加班时，所应获得的工资数额。如果劳动合同没有使用“正常工作时间工资”的字样，则一旦有争议，法官或仲裁员将会结合劳动合同的整体内容以及每月工资的实际支付

情况，来确定劳动者正常工作时间的真实数额。另外，各地的劳动法律法规，可能对于正常工作时间工资有不同称谓，如本案中《天津市工资支付规定》第17条规定，计算加班工资的基数不得低于劳动者所在岗位应得的工资报酬。读者应当根据立法目的，结合有关具体条文，来理解这一问题。

本案中：

1) 关于未签劳动合同的双倍工资问题，方某某自2010年3月22日到某公司工作至双方于2010年8月17日解除劳动关系，双方未签订书面劳动合同，而某公司不能提供证据证明未签订书面劳动合同是因方某某个人原因所致，根据《中华人民共和国劳动合同法》第82条规定，某公司应当支付方某某自2010年4月22日起的双倍工资。

2) 关于清明节、端午节及法定节假日加班费问题，某公司提供的考勤表能够证明方某某在清明节、端午节已加班，因此某公司应当支付方某某清明节、端午节加班费。关于休息日加班问题，某公司对原审法院认定公司安排方某某每周单休并无异议，且未能证明方某某已倒休，故原审法院判决某公司支付方某某2010年6月16日至2010年8月17日加班费，并无不当。某公司不同意支付方某某法定节假日和

休息日加班费的主张，缺乏事实及法律依据，法院不予支持。

3) 本案中，双方均未向法院提供双方争议期间的劳动合同，方某某与某公司提供的证人就双方招聘期间约定的工资表述亦不一致，法院以方某某所在岗位的工资报酬作为计算加班费的基数。

操作提示：

1) 用人单位一定要与劳动者签订书面劳动合同，不然会面临双倍工资赔偿的法律风险。

2) 关于加班是给予调休还是支付加班工资，劳动法律中只有简单的一句话：休息日安排劳动者工作，又不能安排补休的，支付不低于工资的 200% 的工资报酬。由此可见，休息日加班后，企业可以首先安排补休，在无法安排补休时，才支付不低于工资 200% 的加班费。换句话说，休息日加班后，是安排补休还是支付加班费，决定权在企业，职工没有选择权。当企业能够安排职工补休时，职工应当服从。如果是平时晚上的加班和法定节假日的加班，则不能用调休，必须支付加班费。

3) 用人单位在与劳动者签订劳动合同时对每月正常工作时间工资要有明确约定。

 问：法定休假日加班可以用补休代替加班费吗？

 答：不行。《劳动法》第44条第3项规定：“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”。《工资支付暂行条例》第13条第3项亦规定：“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百分之三百支付劳动者工资。”后者使用的词语为“法定休假节日”。结合我国其他有关劳动法律法规规定，应当认为“法定休假日”和“法定休假节日”是同一词。总之，凡是用人单位在法定休假日（法定休假节日）安排劳动者工作的，应当支付不低于正常工作时间工资300%的工资报酬，不得补休。

法定休假日（法定休假节日）是指法律、法规规定的劳动者可以带薪休假的时间，包括法定节假日（即元旦、春节、清明节、国际劳动节、端午节、中秋节、国庆节及其他节假日）以及其他法定带薪休假（年休假、产假、婚假、丧假等）。

《劳动法》第44条第3项规定，法定休假节日安排劳动者工作的，支付不低于工资300%的工资报酬。《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》进一步指出，根据《劳动法》第44条的规定，法定休假日安排劳动者加班工作的，应支付不低于工资的300%的工资报酬，不

得安排补休。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》中也作出了相应规定。

参考法规：

1. 《劳动法》第44条第3项、第51条；
2. 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》；
3. 《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》；
4. 《工资支付暂行规定》第13条。

 例：

今年“五一”，烟台开发区一家公司因急于赶业务客户的订单任务，遂安排车间质检班的15位员工在“五一”这天加班一天。节后，公司又安排这些员工补休了一天。6月初发工资时，这15位员工均没有领到加班工资，于是，大家随即一起向公司领导提出质疑。公司领导辩称：“五一”节加班是由于订单任务马上到了交货期，是公司生产工作的需要，而且后来公司也安排了补休，所以拒绝再发加班工资。这15位员工不服，遂向当地劳动争议仲裁部门提出申诉，请求补发其“五一”节加班工资。

 解：

本案的法律要点是：

- 法定节假日加班不可调换补休，必须支

付 300% 的加班工资。

本案中，公司安排劳动者在法定节假日加班，并想以补休来代替。这种用补休的方式来代替加班工资的方法是不对的，具有明显逃避支付职工加班工资的义务的意图。劳动仲裁部门和司法部门会裁判该公司依法支付不低于员工工资 300% 的工资报酬。

 操作提示：

用人单位如果安排劳动者在法定节假日工作的，必须按照法定标准支付加班工资。这是因为，在法定节假日工作，不仅影响劳动者休息，也影响他们的精神文化生活和其他社会活动，所以不能用安排补休的方式弥补。

 问：加班费纠纷，谁有举证责任？

 答：劳动者和用人单位都有举证责任，以劳动者负举证责任为主。《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9条规定：“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”据此，在诉讼和仲裁程序中，劳动者应当就加班事实的存在负举证责任。也就是说，如劳动者自己不能证明加班事实存在的，用人单位没有义务就劳动者的考勤情况提供任何证据。但是，一旦劳动者能够提出一些初步证据，证明其确有加班、但有关加班事实的证据掌握在用人单位手里，则法院或仲裁委会责令用人单位提供此类证据；如用人单位不能提供的，则会承担举证不能的不利后果。

用人单位的证据通常有以下几种：

- 考勤记录。此类证据是支持性、参考性证据，仅凭此类证据很难认定加班时间，仲裁委或者法院一般会认为这是员工进出门的时间，不完全代表加班时间。因此，要有其他证据加以印证。
- 加班审批制度和加班审批表。如果加班审批制度经过民主程序制定和公示，且加班审批制度在实践中被严格执行了，

那么此类证据易被认定。

- 工资明细。如果工资明细中有加班费，且该工资条经员工签字确认，可被视为公司已足额支付加班费。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第6条；
2. 《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9条。



例：

崔某某于2005年10月1日进入某公司工作，并签订了自2005年10月1日至2011年6月30日止的劳动合同。2010年12月，崔某某与某公司办理了解除劳动关系手续。

崔某某为证明自己在某公司工作期间存在加班事实，在一审中提供现场班次表一份，并申请证人王某某出庭作证，证明该现场班次表的真实性。某公司对崔某某提供的现场班次表真实性不予认可。某公司提交崔某2009年5月至2010年7月期间的考勤记录和工资明细显示，某公司已足额支付崔某加班费。崔某某对某公司提供的考勤记录和工资明细不予认可。崔某某申请证人刘某某出庭作证，证明崔某某与刘某某在某公司同一部门工作，排班一致，但未证明崔某某加班。



一审另查明，2010年10月26日，崔某某因与某公司的劳动争议纠纷申诉于青岛经济技术开发区劳动争议仲裁委员会（崔某某为申请人，某公司为被申请人），请求裁决：某公司支付崔某某2008年8月1日至2010年7月31日期间加班工资共计46,001.79元，加付拖欠加班工资的赔偿金46,001.79元。青岛经济技术开发区劳动争议仲裁委员会认为：某公司提供的工资表及考勤表显示，某公司均已足额支付了崔某某加班工资，崔某某不能提供充分证据证明某公司欠发其加班工资，崔某某要求某公司支付2009年10月26日后加班工资的仲裁请求，缺乏证据，该委不予支持。崔某某要求某公司支付2009年10月26日前加班工资的仲裁请求，已超法定仲裁时效，该委不予认定，遂驳回崔某某的仲裁请求。崔某某不服，诉至法院。

一审法院认为：当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。某公司提交的崔某某2009年5月至2010年7月期间的考勤记录和工资明细显示，某公司均已足额支付了崔某某此期间的加班工资。虽然崔某某不予认可，但未提交相反的证据予以推翻。崔某某提交的现场班次表及证人证

言不足以证明自己在2008年8月1日至2009年4月期间存在加班事实。综上，对崔某某的诉讼请求，法院不予支持。

宣判后，崔某某不服，提起上诉。

二审法院认为：

《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（三）》（法释〔2010〕12号）第九条规定：劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。本案中，崔某某主张加班费，其应就加班事实的存在承担举证责任。某公司提交了双方解除劳动合同前两年崔某某的考勤记录和工资发放记录，上述证据能够相互印证，可以证明某公司已经足额支付了崔某某的加班费。崔某某认可发放工资的数额，但对考勤记录不认可，并提交证人证言和现场班次表以证明其存在加班的事实。二审法院认为，崔某某提交的现场班次表未加盖某公司的公章，某公司对此亦不予认可，因此对该证据无法采信。崔某某申请证人刘某某、王某某出庭作证，因刘某某与崔某某不是同一工作岗位，因此对刘某某的证

言难以采信。而证人王某某的证言不足以推翻某公司提交的考勤记录和工资发放记录的效力，崔某某应承担举证不能的法律后果，一审据此驳回崔某某主张加班费的诉讼请求并无不当，依法予以维持。

 解：

本案的法律要点是：

- 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，但用人单位也要提供其掌握的劳动者加班事实是否存在的证据。

本案中，某公司提交了崔某某 2008 年 8 月至 2009 年 4 月期间的考勤表、工资发放表、员工手册，以此证明该公司足额支付了崔某某的加班费，不存在拖欠崔某加班费的事实，不应支付加班费和赔偿金，且上述证据能够互相印证。尽管崔某某对考勤表、员工手册不认可，但未提交相反的证据予以推翻。因此，二审法院支持原判，驳回了崔某某的上诉。

 操作提示：

- 1) 用人单位要保存好与加班相关的证据，如考勤记录、加班审批表、工资条等，并注意上述证据要能互相印证。
- 2) 对涉及加班制度的内容要在员工手册或其他规章制度中予以明确制定，并要经过民主程序和公示的

法律要求。

3) 对加班审批制度要有明确执行的实践。



 问：员工能长期请事假吗？

 答：员工请事假的最高天数由用人单位的规章制度来决定。法律对此并没有作出明确规定。出于人道主义及尊重社会习俗惯例的考虑，用人单位应当允许劳动者在确有客观理由的情况下申请事假，不宜对其事假申请简单予以拒绝。

一般来讲，劳动者申请事假需经用人单位主管部门或者相关负责人同意，用人单位可以按员工事假的实际天数按日扣发劳动者的工资。此外，用人单位可在本单位内部的规章制度中规定劳动者申请事假的具体程序、事假的最高天数以及用人单位对劳动者违反规定的处理方式等。

参考法规：

《劳动合同法》第4条、第17条。

 例：

小黄2008年10月开始在某公司做财务，合同期3年。小黄2009年请病假30天，请事假32天。2009年1月15日某公司的人力资源部发给各部门2009年年终奖发放原则及2009年某公司激励奖金发放计划的电子邮件。其中，2009年年终奖发放原则第2条规定：2009年度累计病事假日历天数超过60天的员工不享有年度固定奖金和绩效奖金。2010年，单位以休假太多，

影响工作为由，并于3月解除了与小黄的劳动合同。没有付经济补偿金，也没有付2009年的绩效奖金。

小黄认为，我的病假和事假都有假条，单位也按病假和事假扣工资了，现在单位公示说：一年内缺勤多达62天，严重影响了公司财务工作的正常进行，该员工严重缺乏工作积极性和主动性，对领导安排的具体工作无限期的拖延，违反单位的规章制度。根据《中华人民共和国劳动合同法》第39条第(2)项规定，与我解除劳动关系。小黄认为某公司解除劳动关系的行为不合法，因为单位的规章制度没有关于缺勤天数的规定和要求。

小黄向劳动仲裁委员会提出仲裁申请，要求：

1. 某公司支付解除劳动合同经济补偿金；
2. 支付违法解除劳动合同赔偿金；
3. 某公司支付2009年绩效奖。

 解：

本例的法律要点是：

- 员工缺勤不是劳动合同解除的法定理由；
- 对员工缺勤是否构成严重违反单位的规章制度，用人单位要负举证责任；

- 用人单位有权自主确定奖金措施。

本例中，

1) 某公司作为市场经济体制下的企业，在法律允许的范围内可以依据本单位的经营状况和经济效益自主确定奖励措施。某公司制定的2009年员工年终奖金分配方案、2009年年终奖发放原则，是实现企业经营自主权的方式，未违反相关禁止性规定。

2) 对62天的缺勤是否属于严重违反某公司的规章制度，某公司是否可以据此解除与小黄的劳动合同，某公司要负举证责任。

- 首先，某公司在其规章制度中要有明确的规定，例如，规定员工一年内缺勤60天属于严重违反用人单位规章制度，公司可以据此解除与劳动者的劳动关系，等等。
- 其次，如果某公司有这样的规章制度，那么规章制度是否合法、合理，不是某公司可以单方决定的，要由仲裁机构或法院来确定。

从本例中可以看出，某公司在其规章制度中没有对员工缺勤天数的具体规定，而且小黄的请假都得到了批准，并扣除了工资。某公司以此作为违反公司规章制度的理由来解除与小黄的劳动合同属于违法解除。

 操作提示：

1) 法律上没有累计事假可以解聘员工的规定，但是事假的批准与否权利在公司，公司可以根据规章制度的规定，不批准员工不合理的事假申请。在没有得到批准的情况下不上班就是旷工，适用国家和单位对于旷工的处罚规定。

2) 用人单位在制定规章制度时，一定要注意规章制度本身的合法性。如果把缺勤超过 30 天或 60 天作为违反单位规章制度的情形，就值得考虑。因为员工可能因病请假，有法定医疗期的规定等等。用人单位如果要限制员工请假的天数，可以规定：员工请病假必须有医院假条；一年内事假不能超过 15 天，并要得到上级批准，等等，并明确旷工的处罚决定。

3) 制定规章制度时，一定要履行民主程序。例如，职工代表产生的记录、证据必须齐全，要确保职工代表大会的产生合法、合规。另外，规章制度要公示。为降低法律风险，以让员工签知的方式为好，或让员工参加制度的培训，将出席签名存档作为知晓证据。总之，要防止因程序不合规而导致规章制度无效。

 问：员工能长期请病假吗？

 答：不能。根据《劳动合同法》第40条规定，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，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

用人单位对员工非因工患病或非因工负伤应注意几个问题：

1) 所谓病假，是指劳动者非因工患病或非因工负伤，经医疗机构检查、出具证明并获本单位主管部门或领导的批准，停止工作治疗疾病或休息的假期。

2) 医疗期是指用人单位职工因患病或非因工负伤期间停止工作治病休息，用人单位不能因此与职工解除劳动合同的时限。

3) 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时，用人单位应该如何处理与劳动者的劳动关系？按照相关规定，应当区分医疗终结发生在医疗期内，还是医疗期满而有所不同。

- 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；被鉴定为五至十级的，医疗期内不得解除劳动合同；

- 医疗期满（仍未治愈），应当由劳动能力鉴定委员会按《职工非因工伤残或因病丧失劳动能力程度鉴定标准（试行）》进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，并办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。被鉴定为五至十级的，可以依法解除劳动合同，享受经济补偿金和医疗补助待遇。

合同期满的劳动者终止劳动合同时，医疗期满或者医疗终结被劳动能力鉴定委员会鉴定为五至十级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。鉴定为一至四级的，应当办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

用人单位对医疗期应注意以下几个问题：

1) 医疗期期限

职工患病或非因工负伤，根据本人实际参加工作的年限和本企业工作年限长短，享受3～24个月的医疗期。对于某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内

尚不能痊愈的，经企业和当地劳动部门批准，可以适当延长医疗期。具体讲：

- 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；
- 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) 医疗期工资

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 59 条，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 %。

最低病假日工资 = 最低工资标准 $\times$ 80% $\div$ 21.75 天（月计薪天数）

这是一个最低限的规定，各个省市往往在此基础上，规定了高于全国统一标准的病假工资支付办法。因此，在确定病假期间工资支付标准时，应当关注各省市当地的特殊规定。比如《深圳市员工工资支付条例》第 23 条：“员

工患病或者非因工负伤停止工作进行医疗，在国家规定的医疗期内的，用人单位应当按照不低于本人正常工作时间工资的百分之六十支付员工病伤假期工资，但不得低于最低工资的百分之八十。”对于深圳市很多员工来讲，其本人正常工作时间工资的60%远远高于深圳市最低工资的80%。上海市亦有其特殊规定，不再赘述。

3) 医疗期满后解除劳动合同经济补偿及医疗补助费

劳动者患病或者非因工负伤，经劳动能力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。

4) 累计计算医疗期

职工若连续休医疗期，应当连续计算医疗期，直至期满；若间断地休医疗期，则可以累计计算医疗期的时间。

- 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。

医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第40条；
2. 劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第2条、第3条、第4条、第6条、第7条；
3. 《关于实行劳动合同制若干问题的通知》第22条；
4. 《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第59条；
5. 劳动部《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定〉的通知》；
6. 劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第6条。

 例：

2010年3月1日，原告王某进入被告公司工作，任质控跟单主管。双方签订一份期限自2010年3月1日至2012年3月31日的劳动合同，其中约定基本工资为税前2,400元，病假工资以月基本工资为计算基数。被告已按5,000元标准向原告发放2010年3月份工资。同年4月21日上午，原告在上班路上摔伤，至左踝骨粉碎性骨

折, 开始向公司请病假治病。

8月9日, 被告书面通知原告上班, 原告于8月14日书面回复“目前无法自行走路, 无法支撑日常工作”。8月19日, 被告再次书面通知其前来上班, 其电话答复“目前无法正常上班”。

2010年8月25日, 被告以书面函方式通知原告, 于2010年9月25日解除双方的劳动关系。

2010年10月20日, 原告向上海市嘉定区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 要求被告恢复劳动关系, 继续履行双方劳动合同、支付医疗费、病假工资差额等。2010年12月3日, 该会裁决: 被告为原告补缴2010年3月至2010年9月期间城镇社会保险费的差额7,577.20元(其中个人负担社会保险费1,736.70元), 其他请求不予支持。原告不服, 诉至法院。

法院认为:

1. 根据我国《劳动合同法》的规定, 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, 也不能从事由用人单位另行安排的工作的, 用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后, 可以解除

劳动合同。2010年4月21日，原告摔倒至左踝骨粉碎性骨折，开始请病假治病。8月9日，被告书面通知原告上班，此时已超过法律规定原告应有的3个月的医疗期。8月14日，原告书面回复“目前无法自行走路，无法支撑日常工作”。8月19日，被告再次书面通知其前来上班，其电话答复“目前无法正常上班”。原告的答复及原告自称当时的身体状况表明其不能从事原工作岗位，并且从事由用人单位另行安排其他工作的条件也不具备。2010年8月25日，被告以书面函正式通知原告，于2010年9月25日解除双方的劳动关系。故被告解除与原告的劳动关系，合法有据，并无不妥。原告要求自2010年9月25日起恢复劳动关系，继续履行双方劳动合同，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。被告不同意恢复劳动关系的意见，本院予以采纳。

2. 原告未能提供证据证明被告与原告的摔伤事实间存在因果关系，故原告要求支付医疗费32,000元，缺乏事实依据，本院不予支持。

3. 根据《劳动合同法》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。虽然双方合同约定基本工资为税前为2,400元,病假工资以月基本工资为计算基数,但是双方确认的工资明细表显示原告月收入为5,000元,并且被告承认实际以每月按5,000元标准向原告发放工资,故双方通过明细表的形式变更了原告月工资标准,故本院确认原告月工资为5,000元。根据上海市的相关规定,职工疾病或非因工负伤连续休假在6个月以内的,连续工龄不满2年的,企业应按本人工资的60%计发。原告要求以月工资5,000元的标准,计算原告请假工资的意见,本院予以采纳。原告要求被告支付原告2010年4月21日至9月25日期间的病假工资的请求,合法有据,本院予以支持。

法院判决如下:

1. 被告应于本判决生效之日起十日内支付原告王某2010年4月1日至4月20日期间正常出勤工资3,333.33元和2010年4月21日至9月25日期间的病假工资15,454.55元,合计18,787.88元;
2. 驳回原告王某要求被告支付医疗费32,000元的诉讼请求;
3. 驳回原告王某其他诉讼请求。

 解：

本案的法律要点是：

- 员工患病或非因工负伤，过了医疗期后，不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可以解除与员工的劳动合同；
- 在上海市，病假工资以月工资为计算标准。

本案中：

王某上班路上摔伤，不属于工伤。在过了3个月的医疗期后，经被告再三催促后，王某继续请假不能上班。法院认定，属于不能从事原工作岗位，并且也不能从事由用人单位另行安排其他工作的条件。因此，被告解除与王某的劳动合同合法有效。

关于病假工资的计算问题。尽管双方合同约定基本工资为税前为2,400元，病假工资以月基本工资为计算基数，但是双方确认的工资明细表显示原告月收入为5,000元，并且被告承认实际以每月按5,000元标准向原告发放工资，故双方通过明细表的形式变更了原告月工资标准，故法院确认原告月工资为5,000元。

 操作提示：

- 1) 企业不能在其规章制度中规定请病假的最高天数，与对员工请事假的处理不同。



2) 要解决员工长期请病假的问题，用人单位可以用绩效评定的方法予以控制，如规定请病假、事假（缺勤）超过 60 天，不发绩效奖等。另一个方法就是利用医疗期的规定。特别注意累计医疗期的计算。

3) 新的医疗保险制度下，用人单位也在企业规章制度中明确职工请病假程序及要求。例如：可以规定职工凭医疗机构的休假证明，这样由第三方提供职工患病需要休假的依据。

4) 对于医疗期病假工资的计算问题，用人单位要严格规范劳动合同及员工劳动报酬的管理，做到前后统一。如果员工的劳动报酬有变化，应该及时修订劳动合同。



 问：什么是劳动报酬？

 答：根据《劳动合同法》第17条，“劳动报酬”一项，是劳动合同的必备条款。用人单位必须在劳动合同中明确与劳动者约定劳动报酬。至于什么是“劳动报酬”，则该条没有明确。

结合其他劳动法律法规，理解劳动报酬时需要注意以下几点：

1) 根据《关于工资总额组成的规定》第3条，“工资总额是指各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。”据此，中国法律上的“工资”和“劳动报酬”系同义词。劳动报酬，从本质上讲，即用人单位向劳动者就其所付出的劳动而支付的对价。

依据《关于工资总额组成的规定》第11条，劳动保护支出、职工福利方面的费用、出差伙食补助费等项目不属于工资的组成部分。但是，对于某一支付项目是否属于工资的组成部分，不应看用人单位或劳动者采取何种称谓，而应看该支付项目在事实上是否是劳动报酬，是否是劳动者所付出劳动的对价。用人单位将工资的某一部分，单独分离出来，内部命名为“福利费”的做法，并不改变该部分支付项目作为工资的性质。关于“福利费”有关规定，请读者参见《财政部关于企业加强职工福利费财务管理的通知》（财企[2009]242号）。

2) 工资应当以货币形式发放。用人单位不得以发放实物、有价证券等形式发放劳动报酬。但是,如用人单位违反规定,向劳动者发放实物的,只要该实物在事实上属于劳动报酬,则仍应视为工资。

3) 关于社会保险,在缴费时分为两部分,一部分为劳动者承担、由用人单位从劳动者的工资中代扣代缴的部分,即个人缴费部分;另一部分为用人单位缴费的部分,由用人单位在工资总额之外另行支付的社会保险费。个人缴费部分属于工资之一部分,而用人单位缴费部分则不属于工资。

参考法规:

1. 《劳动合同法》第10条、第11条、第17条、第18条;
2. 《劳动法》第46条;
3. 《工资支付暂行条例》第5条;
4. 《关于工资总额组成的规定》第3条、第11条;
5. 财政部《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》(财企[2009]242号)。

 例:

顾某于1999年12月进入某公司工作,双方于2001年7月31日签订劳动合同,合同期限自2001年2月31日至2012年4月17日止,顾某长期担任出租车驾驶员工作。2009年5月23日,顾某因患病入院治疗,至今病休在家。某公司每月支付顾某病假

工资人民币960元（以下币种均为人民币）。2009年9月22日顾某向上海市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某公司补付2009年5月23日至同年9月30日病假工资5,120元及50%赔偿金。2009年10月29日仲裁委员会裁决，对于顾某的请求均不支持。顾某不服裁决，起诉到法院。

原审审理中，某公司提供了《上海市出租车行业集体合同》，该合同第一条约定：……经上海市出租汽车暨汽车租赁行业协会和上海市城市交通出租汽车暨汽车租赁行业工会协商一致，制定本合同。第六条约定：驾驶员劳动报酬是按月营业收入扣除承包费用和汽油消耗、车辆维修、事故等应由个人承担的费用后多劳多得。劳动报酬中含基本工资（全市最低工资标准数）和承包经营收入两部分。因此，驾驶员在按国家或企业规定带薪离岗期间的报酬，按本市最低工资标准执行。第九条第四款约定：驾驶员疾病休假工资或疾病救济费不得低于最低工资标准的80%。

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

对包括病假期间的工资发放等在内的劳动条件标准约定不明确,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同约定。《上海市出租汽车行业集体合同》由上海市出租汽车暨汽车租赁行业协会和上海市城市交通出租汽车暨汽车租赁行业工会依法订立并经有关部门审查通过,对顾某、某公司均有约束力,予以确认。现顾某、某公司之间的劳动合同并未对顾某病假期间工资作出约定,应适用集体合同关于病假工资支付的约定,故顾某要求某公司补付病假工资 20,162.60 元及 50% 的赔偿金 10,081.30 元的诉讼请求,于法无据,不予支持。据此,依照《中华人民共和国劳动合同法》第十八条、第五十四条第二款之规定,判决如下:顾某要求某公司补付 2009 年 5 月 23 日至 2010 年 6 月 30 日病假工资人民币 20,162.60 元,50% 的赔偿金人民币 10,081.30 元的诉讼请求,不予支持。

顾某不服原审法院判决上诉称,《上海市出租车行业集体合同》第九条第四款系事后添加、职工不知情,应当以上海市劳动和社会保障局 2010 年发布的上海市 2009 年全市职工月平均工资 3,566 元为基

数计算病假工资及 50% 赔偿金，请求二审法院依法改判。

二审法院审理中，顾某提供了一份《上海市出租汽车行业集体合同》（行业协会与行业工会 2008 年 4 月 1 日签订）复印件，以证明该合同第九条第四款系事后添加，其不知情。

某公司对此认为，顾某提供的上述合同有效期至 2009 年 4 月 30 日，现在执行的是 2009 年 3 月 10 日起生效的集体合同。

二审法院经审理，驳回上诉，维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 劳动合同中对劳动报酬约定不清的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同约定；
- 行业集体劳动合同依法订立并经有关部门审查通过，即对企业和员工有约束力。

本案中：

1) 顾某、某公司之间的劳动合同并未对顾某病假期间工资作出约定，应适用集体合同关于病假工资支付的约定。《上海市出租车行业集体合同》第 9 条第 4 款约定：驾驶员疾病休假工资或疾病救济费不得低于最低工资标准的 80%。某公司每月支付顾某病假工资人民币

960元合理合法。顾某要求某公司补付病假工资20,162.60元及50%的赔偿金10,081.30元的诉讼请求，于法无据。

2) 顾某提供的集体合同签订日为2008年4月1日，合同有效期至2009年4月30日。上海市出租汽车行业协会与行业工会已于2009年2月12日对该合同进行了修订，并经上海市人力资源和社会保障局审查通过，自同年3月10日起生效。而顾某系于2009年5月6日患病住院治疗，对其病假工资的约定应当以修订生效后的集体合同为准。

操作提示：

1) 劳动报酬、劳动条件等条款属于劳动合同的法定必备条款，用人单位与劳动者订立劳动合同时，要明确设定标准，否则会引发争议。

2) 劳动报酬条款应明确劳动报酬的种类、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。

3) 在劳动报酬约定不明确从而引发争议的情况下，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。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，适用集体合同中约定的标准。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报酬标准的，适用国家有关规定。

 问：职工福利费属于劳动报酬吗？

 答：按照我国现行有关法律法规的规定，职工福利费不属于工资总额的组成部分，不属于劳动报酬。但是，在我国的工资支付实践中，福利费问题如何处理，一度存在混乱，主要问题是：在对职工福利费的范围界定不清的情况下，部分本应纳入工资总额管理的支付项目，被不当地纳入职工福利费，导致员工的工资总额不明确、职工个人所得税的基数混乱等问题。

财政部《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》（财企[2009]242号）企业职工福利费是指企业为职工提供的除职工工资、奖金、津贴、纳入工资总额管理的补贴、职工教育经费、社会保险费和补充养老保险费（年金）、补充医疗保险费及住房公积金以外的福利待遇支出，包括发放给职工或为职工支付的各项现金补贴和非货币性集体福利。

在此，须强调：

- 职工福利费的范围非常有限，企业应当严格依循《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》确定本企业福利费的范围，不得将本应纳入工资总额管理的支付项目，不当地纳入福利费管理。
- 除符合国家和地方的有关规定外，企业按月按标准固定发放或支付的住房补贴、

交通补贴或者车改补贴、通讯补贴，应当纳入职工工资总额，不得纳入职工福利费管理。企业给职工发放的节日补助、未统一供餐而按月发放的午餐费补贴，应当纳入工资总额管理，不得作为职工福利费。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 62 条；
2. 财政部《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》（财企[2009]242 号）。

 例：

原告于 2007 年 4 月 30 日至被告处物流部工作，担任快递员一职，双方签订有 2 份书面劳动合同，最后一份劳动合同有效期自 2008 年 4 月 30 日起至 2011 年 4 月 29 日止，主要约定：原告月度工资按每月 840 元的标准考核发放，其中基本工资和法律规定的各类津贴、补贴为上述标准的 70% 即 588 元，按员工出勤情况发放的勤工奖为上述标准的 30%，按员工出勤情况和工作表现、遵守制度情况考核发放，具体发放规定见《员工手册》及部门规章制度；被告实行以岗定薪、薪随岗变的原则；员工的有关福利，按照员工手册或部门规章制度执行等。

2011年2月14日，原告向上海市徐汇区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，提出了本案所涉等诉请，仲裁委依法受理。后原告不服该裁决，向法院提起了诉讼。

2011年3月16日，原、被告签订了《劳动合同协商解除协议书》，主要内容是：1、双方一致同意于2011年3月16日解除劳动合同，此后双方再无任何法律关系；2、原告的工资支付截止日为2011年3月16日，此金额将于2011年3月31日按薪资支付流程支付；3、原告的社会保险缴纳至2011年3月；4、被告支付原告经济补偿金5,490元，此后再无争议。

每月最后一个工作日，被告以银行转帐形式发放原告上月23日至本月22日的工资。2010年11月、2010年12月，被告在发放原告工资时分别发放了饭贴208元、176元；其余每月，被告均未发放原告饭贴。诉讼中，被告主张此系误发。

诉讼中，被告向法院递交了2007年版《员工手册》，其中第四章为“薪酬和福利”，主要内容：1、被告实行以岗定薪、薪随岗变的制度；2、被告福利主要有五大部分，即休假类、补助类、补充性福利、津贴类、员工关怀类；员工根据用工形式、岗位类

别、工作性质的不同享有相应的福利,具体按照各部门规章制度执行;3、不同大类的具体项目见附表,其中工作餐/就餐补贴、延时工作的工作餐/就餐补贴属于附表中补助类之福利。被告未向本院递交已将2007年版《员工手册》送达给原告的签收凭证。

审理中,法院调取了被告在仲裁委审理期间提供的2010年1月版《员工手册》,主要内容是:1、本手册除福利部分及明确表示不适用的员工类型之外,适用于集团全体员工,包括各种用工形式的员工;福利部分因部门和事业部差异,按照部门和事业部规定执行;2、第五章“薪酬和福利”,“第1.2条:根据岗位不同,工资总额由基本工资、奖励、津贴等组成,其中基本工资和法律规定的各类津贴、补贴按员工出勤情况发放,勤工奖按员工出勤情况和工作表现、遵守制度情况考核发放;第1.4条:公司实行以岗定薪、薪随岗变的制度;第5.1条:公司福利主要分为五大部分:休假类、补助类、补充性福利、津贴类、员工关怀类;第5.2条:员工根据用工形式、岗位类别、工作性质的不同享有相应的福利;具体按照各部门规章制度执行;第5.3

条：不同大类的具体项目见附表：工作餐 / 就餐补贴属于补助类福利；第 5.5 条：其他福利详见各部门、各事业部规章制度”等。

诉讼中，原告向法院递交了《快递组配送员薪资绩效奖金方案》，其中“薪资组成”中规定“月薪资 = 基本工资 1,120 + 月度绩效考核奖金 + 工龄奖 + 饭贴”，被告对此不予认可。被告提供了《快递站点管理制度》和原告吴某某的签收凭证，原告对该证据真实性无异议。《快递站点管理制度》规定了站点规章制度、站点各工作岗位职责及劳动纪律、违纪行为处罚，并未对员工所享有的各项福利作出规定。

法院认为，双方在本案中的争议焦点在于被告是否负有支付原告饭贴的义务，即原告所享受的员工福利中是否包含了工作餐 / 就餐补贴。对此，法院做如下分析认定：

1. 从双方确认的《员工手册》和劳动合同记载的内容来看，被告确实实行“以岗定薪、薪随岗变”的制度，而且福利“因部门和事业部差异”而不同，因此福利“按照部门和事业部规定执行”，此举并无违法之处，而且从《员工手册》记载的内容来看，第 51 页附表中所列只是不同大类的

福利之具体罗列，并不能由此推定原告所在部门每位配送员都有权获得工作期间的就餐补贴，而原告所提供的《快递组配送员薪资绩效奖金方案》，既无被告加盖公章，也无被告的自认，因此难以成为本案的处理依据；结合双方在劳动合同中的约定、原告于庭审中自认其所在部门配送员均未获得饭贴之事实，因此，对原告之诉请，难以支持。

2. 但是，被告作为用人单位并未向本院提供其曾就原告所在部门的员工所享受之福利作出具体规定的书面依据，所提供的《快递站点管理制度》记载之内容表明，这只是被告对快递站点的工作等作出的规定，并未涉及到员工的福利待遇，因此被告在管理上显然存在相当的不足，而且管理制度不细致、不透明，势必会影响员工的利益；且被告拒不向本院递交工资造册表，造成本院无法核查相关事实之情形，本院将向劳动监察部门发出司法建议，建议劳动监察部门审查被告是否有向其他员工收取押金、是否有未发放其他员工高温费之违法用工等行为，也希望被告能自动检查、主动整改，在一个月内将检查和整改情况以书面形式函复本院。

 解：

本案的法律要点是：

- 员工向用人单位主张工资或补贴等待遇，必须由双方之间的明确约定或直接依据法律法规的规定；
- 除非法律法规有明确规定，员工一方有义务举证证明其所主张的工资或补贴的依据何在，即劳资双方的约定是什么。

本案中，法院认为从原、被告所提供的证据来看，被告实行“以岗定薪、薪随岗变”的制度，而且福利“因部门和事业部差异”而不同，因此福利“按照部门和事业部规定执行”，此举并无违法之处，而且从《员工手册》记载的内容来看，第51页附表中所列只是不同大类的福利之具体罗列，并不能由此推定原告所在部门每位配送员都有权获得工作期间的就餐补贴。结合双方在劳动合同中的约定、原告于庭审中自认其所在部门全部配送员均未获得饭贴之事实，法院对原告之诉请，认为没有劳资双方之间的约定，未予支持。

 操作提示：

1) 用人单位应该就本单位员工应该享有的各种福利规定在规章制度或与劳动者的劳动合同中。如果用人单位的不同部门的员工所享受之福利不同，那么就应该作出具体书面规定。明确约定员工享有哪些福利待遇，



能够有效减少劳动纠纷。

2) 用人单位在法院审理涉及自己的案件时，应当按照最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》等法律法规和司法解释的规定，向人民法院或劳动仲裁委举证。按照规定，对于某些事实用人单位应当主动向法院或劳动仲裁委提供相应证据。比如，对于工资是否已经支付，社会保险是否已经缴纳，是否已经签订书面劳动合同，年休假是否已经实际休完，等等事实，均需用人单位主动向裁判机构举证。如用人单位无法举出这方面的证据的，将要承担举证不能的不利后果，即推定劳动者的主张成立。此外，如人民法院或劳动仲裁委在审理过程中，发现用人单位有违法事实的，可以向劳动保障行政部门提出司法建议，由劳动保障行政部门进行处理。



 问：试用期劳动报酬有哪些规定？

 答：试用期劳动报酬的规定有：

1) 有关试用期工资

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标准。

2) 有关试用期的社会保险、住房公积金与福利

● 社会保险与福利

试用期中的劳动者享有社会保险待遇，但是其他福利待遇则由用人单位在内部规章制度中确定。

● 住房公积金

单位录用职工的，应当自录用之日起 30 日内到住房公积金管理中心办理缴存登记，并持住房公积金管理中心的审核文件，到受委托银行办理职工住房公积金账户的设立或者转移手续。

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。

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。

参考法规:

1. 《劳动合同法》第 19 条、第 20 条、第 83 条;
2. 《劳动法》第 72 条;
3. 《劳动合同法实施条例》第 15 条;
4. 国务院《住房公积金管理条例》。

 例:

2009 年 12 月 31 日, 孔某某到某公司审计部工作, 双方签订劳动合同书约定劳动期限至 2010 年 12 月 30 日, 月工资为 3,600 元。合同还约定试用期 3 个月, 试用期月工资为 2,880 元, 工作时间为每周一至周五及周六上午。2010 年 4 月 30 日, 孔某某向某公司递交辞职报告。孔某某在某公司处工作期间, 月工资均按 2,880 元发放, 某公司未给其缴纳社会保险费。

后孔某某向新疆维吾尔自治区劳动争议仲裁委员会申请仲裁, 该委于 2010 年 11 月 26 日作出裁决后, 孔某某不服裁决向法院提起诉讼。

一审法院查明: 孔某某在某公司处工作期间每周六上午均正常上班, 合计加班时间 8 天。庭审中, 某公司同意支付孔某某周六加班工资 2,515.86 元。

一审法院认为;

1. 孔某某、某公司签订劳动合同中约定试用期为 3 个月, 违反法律规定, 某公

司应按月工资 3,600 元向孔某某支付试用期一个月后的全额工资。考虑到双方订立合同时孔某某即明知周六上午加班的事实，结合孔某某月工资水平高于本市平均工资水平的事实，确认某公司对其未及时足额支付孔某某工资加付 50% 赔偿金。孔某某主张双倍工资没有事实依据，不予支持。

2. 根据法律规定，用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费，因此某公司理应依法为孔某某缴纳工作期间的社会保险费。

3. 某公司同意支付孔某某周六加班费 2,515.86 元，应予确认。孔某某主张延时加班未能举证，不予采信，对孔某某以其 2010 年 4 月工资实为同年 7 月发放为由主张加付赔偿金的请求，考虑到某公司已因未及时足额支付原告工资的违法行为向孔某某加付的适当的赔偿金，故对该项请求不予支持。

5. 孔某某系自愿递交辞职报告，故对孔某某主张违法解除劳动关系赔偿金的请求不予支持。

一审法院判决：

一、某公司支付孔某某未足额发放的

工资 2,160 元 $[(3,600 \text{ 元} - 2,880 \text{ 元}) \times 3 \text{ 个月}]$, 并加付赔偿金 1,080 元 $(2,160 \text{ 元} \times 50\%)$;

二、某公司应按社保经办机构核定的缴费数额为孔某某补缴 2010 年 1 月至 2010 年 4 月的养老保险费、失业保险费,期间的利息和滞纳金由某公司承担;

三、某公司支付孔某某休息日加班工资 2,515.86 元;驳回孔某某的其余诉讼请求。

宣判后,孔某某不服提出上诉。二审法院驳回上诉,维持原判。

 解:

本案的法律要点是:

- 试用期时间及工资要符合法律规定;
- 试用期中的劳动者享有社会保险待遇。

本案中:

1) 孔某某于 2009 年 12 月 31 日至 2010 年 4 月 30 日在某公司处工作,并签订了为期一年的劳动合同,双方存在劳动关系。某公司可以与孔某某约定 1 个月的试用期,并按法律规定为孔某某按时发放工资、缴纳社会保险费。因某公司在合同中规定的试用期为 3 个月,违反了《中华人民共和国劳动合同法》的强制性规定,一审认为正确的做法是,试用期为 1 个月。某

公司应当于 2010 年 2 月起足额向孔某某支付工资，其于 2 月、3 月、4 月只向孔某某支付 80% 的工资不当，应予补发。

2) 由于某公司未依法为孔某某缴纳社会保险，法院判决某公司为孔某缴纳 2010 年 1 月至 4 月的社会保险并承担期间的利息和滞纳金。

操作提示：

1) 约定试用期是有法定期限限制的，用人单位要严格按照法律规定执行：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。

2) 根据《劳动合同法》第 83 条，用人单位违反规定与劳动者约定、执行试用期的，要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，但该条并未规定赔偿金的具体标准为何。在本案中，法院将《劳动合同法》第 83 条规定的“赔偿金”，按照该法第 85 条的规定进行解释，即将违法执行试用期期间低于劳动合同约定的转正后工资标准的部分，作为用人单位“未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者报酬”的情形，判决用人单位在补足差额的基础上，加付差额部分 50% 以上 100% 以下的加付赔偿金。

3) 法律要求用人单位要为试用期的劳动者缴纳社会保险。

 问：法定带薪假期有哪些？

 答：劳动法规定的带薪休假节日有以下几条：

1) 国家法定节假日。即春节、元旦、端午节等法定节假日。我国法定节假日分为三种。第一类是全体公民放假的节日，包括：新年、春节、劳动节、国庆节等。上述节日适逢公休假日时，顺延补假。第二类是部分公民放假的节日及纪念日：妇女节、青年节、儿童节、中国人民解放军建军纪念日，现役军人放假半天。部分公民放假的假日，适逢公休假日时，不补假。第三类是少数民族节日。少数民族习惯的节日，由各少数民族聚居地区的地方人民政府，按照各该民族习惯，规定放假日期。根据《劳动法》规定，这些假日统统都是带薪假日。

2) 年休假。带薪年休假是指职工每年享有的保留工作及工资的连续休假，一般而言属于企业对员工的一种福利。职工连续工作年限满一年以上，可以享受年休假。

3) 产假。女职工产假为 90 天，其中产前休假 15 天，难产的，增加产假 15 天；多胞胎生育的，每多生育一个婴儿，增加产假 15 天。

女职工怀孕流产的，根据医务部门的证明，妊娠不足 4 个月的，产假为 15 天至 30 天；妊娠 4 个月以上的，产假为 42 天。

晚育的女职工（24 岁），除享受国家规定

的产假外，增加奖励假 30 天，不休奖励假的，给予女职工一个月工资的奖励。

4) 婚假。职工达到法定结婚年龄，可持结婚证申请 3 天有薪婚假，晚婚的（男满 25 周岁，女满 23 周岁）增加奖励假 7 天。应一次性使用。

5) 丧假。职工的直系亲属（父母、子女、配偶）以及岳父母去逝，给予 3 天有薪丧假。

6) 探亲假。职工工作满一年以上，与配偶不住在一起，又不能在公休假日团聚的，可以享受探望配偶假一次，假期为 30 天。职工与父母都不住在一起的，又不能在公休假日团聚的，可以享受探望父母的待遇，未婚职工探望父母，每年给假期一次 20 天；已婚职工探望父母，每四年给假一次 20 天，探亲假不含路程时间。按照目前规定，探亲假仅仅由符合条件的国家机关、人民团体和全民所有制企业、事业单位工作满一年的固定职工享有。

参考法规：

1. 《劳动法》第 45 条；
2. 《职工带薪年休假条例》第 1 条、第 2 条、第 3 条、第 4 条、第 5 条；
3. 《企业职工带薪年休假实施办法》；
4. 《国务院关于职工探亲待遇的规定》；
5. 《女职工劳动保护规定》；
6. 《全国年节及纪念日放假办法》。



 例：

2007年11月1日，熊某某入职中化某公司工作，双方最后签订的一份劳动合同期限自2008年1月1日起至2010年12月31日止，合同约定：熊某某的工作岗位为财务部税务主管；工作时间为每日工作8小时，每周工作5天，每周至少休息一天；工资待遇为月工资+绩效工资；甲方（即中化某公司）按规定给予乙方（即熊某某）享受节日假、年休假、婚假、丧假、探亲假、产假、看护假等带薪假期，并按本合同约定的工资标准支付工资等。熊某某在职期间，其考勤由公司财会部考勤员负责，由部门负责人签名确认；中化某公司通过银行转帐发放工资给熊某某，有工资条发放，工资条上显示熊某某每月的工资有：月薪金、伙食费、手机电话费等组成。

中化某公司员工考勤管理制度规定：各部门要严格按公司有关规定执行考勤制度，并指定专人负责劳动纪律检查和考勤工作。每月20日前将一周期（上月20日至本月20日）考勤总表，经部门经理阅后，报人力资源部，人力资源部据此发放月薪金。公司实行每周五天工作制，并执行法定假日及休假制度，工作时间为周一至周



五 9:00 ~ 12:30, 14:00 ~ 17:30。
年休假仅限当年,可分次使用,可抵扣当年病假或事假;有下列情况之一者,当年不再享受年休假:当年已休或将休探亲假者等;探亲假规定:未婚员工探望父母,原则上每年给假一次,假期为20天,如果因为工作需要,本部门当年不能给予假期,或者员工自愿两年探亲一次的,可以两年休假一次,假期合并计算为45天;员工请/休假必须填写请/休假报告单,按程序报批,各种假期在应休的周期内未休视同本人放弃等。

2009年5月14日,中化某公司发出“关于做好2009年度员工年休假安排的通知”。随后,财会部提交了2009年度员工年休假计划表,其中显示熊某某的工作年限为14年,年休假期限为10天,年休假计划时段:6月5日、19日、8月2天、9月3天、11月3天,熊某某签名确认。

2009年11月19日,中化某公司发出解除劳动合同通知书,内容为:熊某某员工,鉴于双方就调整岗位未达成一致意见的原因,根据《劳动合同法》的规定,公司现定于2009年12月18日与你解除劳动合同。请你于2009年12月10日前办理解除劳动

合同的相关手续。熊某某没有在通知书上签收。

2009年11月27日，中化某公司通过邮政快递将《解除劳动合同通知书》寄给熊某某，熊某某于2009年11月28日签收了该份通知书。

2009年12月10日，熊某某填写了中化某公司员工离职清单，办理了物品移交手续；2009年12月17日，熊某某与中化某公司办理了工作交接手续，从中化某公司提交的《中化某公司员工调岗、离职工作交接清册》显示，熊某某于2009年12月18日办理交接手续。

中化某公司通过银行转帐支付了经济补偿金16,710元给熊某某。熊某某解除劳动合同前12个月平均工资为5,447元。

2010年1月14日，熊某某向广州市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求中化某公司支付：1. 2007年11月1日至2009年12月期间年休假工资19,154.71元；2. 探亲假工资20,992.5元；3. 违法解除劳动合同赔偿金差额57,124.29元等。

2010年5月12日，广州市某区劳动争议仲裁委员会作出裁决：被申请人自本裁决发生法律效力之日起三天内，支付申

请人探亲假工资共 7,356.32 元。驳回申请人的其他请求。

熊某某和中化某公司均对该裁决书不服, 分别于 2010 年 5 月 16 日和 2010 年 6 月 4 日起诉。

熊某某诉称并辩称: 中化某公司没有按照规定给予熊某某年休假、探亲假, 按照规定需要承担相应的工资赔偿, 故诉讼请求中化某公司向熊某某支付: 1. 未休年休假的工资赔偿 12,769.8 元。2. 支付没有休探亲假工资 7,356.32 元。3. 支付违法解除劳动合同的赔偿金 47,955.6 元。

中化某公司诉称并辩称: 1. 熊某某主动放弃年休假的行为不应归责于中化某公司, 更不能据此索赔。2. 关于探亲假工资的诉请。熊某某从未提出探亲假申请, 其主动放弃休假的行为不应归责于中化某公司, 更不能据此索赔。3. 双方协商一致解除劳动合同, 中化某公司不存在违法解除劳动合同的行为。中化某公司已依法向熊某某超额支付经济补偿金, 不存在拖欠情形。

原审法院认为:

1. 熊某某、中化某公司的劳动合同期限至 2010 年 12 月 31 日止, 现中化某公司提前解除劳动合同, 必须符合《中华人民

《中华人民共和国劳动合同法》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”和第四十条“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：……（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”的规定。在本案中，中化某公司提交的证据，并不能证明，其与熊某某协商一致解除劳动合同或熊某某有上述法律规定的情形，熊某某自愿与中化某公司办理工作交接手续，并不能视为同意解除劳动合同，故中化某公司提前解除与熊某某的劳动合同，属违法解除行为。中化某某公司应按《中华人民共和国劳动合同法》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”的规定，支付赔偿金 27,235 元（5,447 元 × 2.5 月 × 2）给熊某某，减去已付的 16,710 元，还应支付 10,525 元。

2. 熊某某未休 2009 年度的 10 天年休假。《企业职工带薪年休假实施办法》第十条规定：“用人单位安排职工休年休假，

但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的,用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。”本案中,中化某公司虽已安排熊某某休年休假,但没有提交证据证明是熊某某提出不休年休假的,且在12月18日提前解除与熊某某的劳动合同,导致熊某某不能在当年余下的时间休年休假,故熊某某要求中化某公司支付2009年年休假工资的请求符合规定,予以支持。熊某某的年休假工资为5,517.24元($4,000 \text{元} \div 21.75 \text{天} \times 10 \text{天} \times 300\% = 5,517.24 \text{元}$)。

《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,熊某某要求中化某公司支付2009年前的年休假工资的请求,已超过法定的仲裁时间,不予支持。

原审法院于2010年8月10日作出判决:

1. 中化某公司于本判决发生法律效力之日起三天内支付赔偿金10,525元给熊某某。
2. 中化某公司于本判决发生法律效力之日起三天内支付2009年年休假工资5,517.24元给熊某某。

3. 驳回熊某某的其它诉讼请求。

判后，双方均不服，提起上诉。二审法院经审理在解除劳动合同的赔偿金、年休假、探亲假工资等问题上支持了原审判决。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位提前解除劳动合同要具备法定情形，并能证明自己的行为合法，不然就要承担违法解除劳动合同并支付标准经济补偿的二倍赔偿金的法律风险；
- 企业有义务安排员工的带薪假期。如果员工放弃，要有书面证据，即由员工提出申请，并由企业予以审批；
- 员工未休探亲假，企业不需为此支付未休探亲假工资。

本案中，

1) 关于解除劳动关系的赔偿金问题，《中华人民共和国劳动合同法》第36条规定，“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”中化某公司上诉称双方协商解除劳动关系，但是提交的证据并不能证明其与熊某某是协商一致解除劳动合同的。熊某某与中化某公司办理工作交接手续并不能视为其同意解除劳动合同，故法院认定中化某公司提前解除与熊某某的劳

动合同属违法解除行为并无不当，中化某公司应当向熊某某支付解除劳动关系的赔偿金。

2) 关于年休假问题。依照《企业职工带薪年休假实施办法》第10条：“用人单位安排职工休年休假，但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。”本案中，中化某公司无证据足以证明是熊某某放弃休年休假，且因公司在当年的12月18日提前解除与熊某某的劳动合同，导致熊某某不能在余下的时间休年休假，故熊某某要求中化某公司支付2009年年休假工资的请求符合规定，法院予以支持。至于2008年的年休假工资问题，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第27条规定：“劳动争议申请仲裁的时间为一年，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，熊某某关于2008年年休假工资的请求已过仲裁时效，法院不予支持。

3) 关于探亲假工资问题。因并无法律、法规规定职工未休探亲假的用人单位应当支付未休探亲假工资，故熊某某要求中化某公司支付未休探亲假工资，没有法律依据，法院不予支持。

 操作提示：

- 1) 企业管理要做到位，要安排好员工带薪假期。
在解除或终止劳动合同前更要仔细检查核实员工的各种带薪假期是否已全部休完，并发出书面通知，告知员工企业的督促和安排。
- 2) 如果员工自愿不休年假等，要由员工书面提出，并保留存档。

 问：带薪年假的劳动报酬有哪些规定？

 答：员工年休假劳动报酬的规定有以下几项：

1) 职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。

2) 职工未休年休假时工资报酬计算的基本原则是：

- 未休年休假工资按日工资收入 300% 支付，即用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入；
- 因职工本人原因并经职工书面提出不休年休假的情况下，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。

3) 日工资收入的计算：

按照职工本人的月工资除以月计薪天数（21.75 天）进行折算。其中：

- 这里所称月工资是指职工在用人单位支付其未休年休假工资报酬前 12 个月剔除加班工资后的月平均工资，在本用人单位工作时间不满 12 个月的，按实际月份计算月平均工资；

- 月工资不包括加班工资，但是包括奖金、工资性津贴等收入；
- 实行计件工资、提成工资或者其他绩效工资制的职工，日工资收入的计发办法按照《企业职工带薪年休假实施办法》第11条第1款、第2款的规定执行。

4) 解除或终止劳动合同时对未休年休假的处理：

- 用人单位与职工解除或者终止劳动合同时，当年度未安排职工休满应休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬，但折算后不足1整天的部分不支付未休年休假工资报酬；
- 未休年休假的具体折算方法为：
$$(\text{当年度在本单位已过日历天数} \div 365 \text{ 天}) \times \text{职工本人全年应当享受的年休假天数} - \text{当年度已安排年休假天数}；$$
- 用人单位当年已安排职工年休假的，多于折算应休年休假的天数不再扣回。

参考法规：

1. 《工资支付暂行规定》第11条；
2. 《企业职工带薪年休假实施办法》第10条、第11条、第12条。

 例：

原告自1998年10月17日进入被告公

司工作，至立案前双方最后一次劳动合同期限为2008年5月1日至2009年4月30日，该合同于2009年5月1日续签至2010年4月30日。该合同约定原告每月工资标准为2,560元。2010年3月15日被告通知原告自2010年3月1日起，职工休假待岗，休假待岗时职工享受天津市最低工资标准；双方2010年4月30日到期的劳动合同，如职工本人要求，用人单位同意按照原合同条款续签劳动合同（包括签署无固定期限合同），但职工应在到期后一个月内与用人单位办理续签事宜。2010年4月19日，原告向法院起诉时，原告仍然与被告公司存在劳动合同关系。

另外，原告2008年度应休带薪年假10天，带薪年假的日工资计算标准为2,500/21.75，2008年2月13日至2月22日被告公司安排原告休2008年度带薪年假，原告签字确认该期间休假，但其中2月16日及17日为周六、日。原告表示在签署休假确认单时就提出过少休两天的异议，但没有证据能够证明其向被告主张过。

原告于2010年3月2日向天津经济技术开发区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，该委于2010年4月19日出具终止案

件审理通知书。原告于同日起诉至法院。

对于原告主张的带薪年假工资问题，法院认为：原告2008年度应休带薪年假10天，2008年2月13日至2月22日被告公司安排原告休2008年度带薪年假，原告签字确认该期间休假，但其中2月16日及17日为周六、日，故原告尚有2008年度应休未休带薪年假2天，带薪年假的日工资计算标准为 $2,500/21.75$ 。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款及第四款的规定，劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，仲裁时效期间不受一年的限制，故被告认为原告现在主张已过仲裁时效的抗辩，原审法院不予采纳。另，根据《企业职工带薪年假实施办法》第十条规定，用人单位按照职工日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入，故原告主张的合理部分（460元）予以支持。

 解：

本案的法律要点是：

- 劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，仲裁时效期间不受一年的限制；
- 用人单位未安排员工休带薪年假的，按

照职工日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬。

本案中：原告于 2010 年 3 月 2 日向天津经济技术开发区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁，并随后向法院提出诉讼。由于此时原被告的劳动关系依然存在，此间因拖欠劳动报酬发生争议的，仲裁时效期间不受一年的限制。用人单位应按照职工日工资收入的 300% 支付 2008 年度未休年休假工资 460 元。

 操作提示：

带薪假期是员工依法享有的劳动权利，企业要依法安排好员工的带薪年假休假事项。如有需要，用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数的，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。

 问：带薪产假的劳动报酬有哪些规定？

 答：女职工产假期间工资照发，不影响其享有的福利待遇。女职工产假期间，用人单位参加生育保险的，由社会保险机构发给生育津贴；用人单位没有参加生育保险的，产假期间的工资由用人单位支付。

产假又称生育假，是指女职工在分娩前后的一段时间之内享受的有薪或有津贴的假期。按照国家有关规定，女职工产假不少于 90 天，其中产前休假 15 天。难产的，增加产假 15 天。多胞胎生育的，每多生育一个婴儿，增加产假 15 天。

同时，按照《企业职工生育保险试行办法》的相关规定，女职工产假期间的生育津贴按照本企业上年度职工月平均工资计发，由生育保险基金支付。《社会保险法》第 56 条第 2 款也规定生育津贴按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。

参考法规：

1. 《社会保险法》第 56 条第 2 款；
2. 《女职工保护条例》；
3. 《女职工劳动保护规定》第 8 条第 1 款；
4. 《企业职工生育保险试行办法》第 5 条。

 例：

2006 年 8 月 14 日，原告王某某到被告新疆某公司工作，原告与被告签订书面劳动合同，合同期限为两年，原告担任被

告的人事主管；2008年2月19日，被告又任命原告兼任融资保险业务部经理，原告与被告没有续签书面劳动合同；被告在原告工作期间按月给原告发放工资并缴纳社会保险金；2010年8月3日，原告向被告提出辞职，经双方协商一致解除劳动合同。之后，原告向乌鲁木齐国家高新技术产业开发区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告向其支付双倍工资、经济补偿金、赔偿金、产假工资等。因仲裁委员会驳回了原告的仲裁申请，原告不服，诉至法院。

法院查明：2009年，原告因产假休息三个月，已领取生育津贴和生育医疗费，共计10,105元，被告未向原告支付三个月产假工资。

对与产假工资的问题，法院认为：对于原告要求被告支付休产假工资的诉讼请求，依据《乌鲁木齐市城镇职工生育保险办法实施细则》第二十条规定，“参加生育保险已享受生育津贴、生育医疗费的女职工，所在单位不再发放其产假期间的工资和报销生育医疗费。”原告已享受生育津贴和生育医疗费，被告不再发放原告的产假期间工资，是符合规定的；因此，本院对原告此项诉讼请求不予支持。

 解：

本案的法律要点是：

- 参加生育保险的，产假期间的工资，由社保来支付。

本案中，关于休产假工资，被告公司已足额为原告缴纳了生育保险，社保也已为原告支付了生育津贴，按照法律规定，社保已支付了原告的生育津贴，单位不再为原告支付产假工资。

 操作提示：

1) 生育保险作为社会保险之一部分，由国家强制实施。用人单位必须为全体职工缴纳生育保险。

2) 用人单位须要注意，不同地区对女职工劳动保护和生育保险方面都有比较详细的规定和要求。在处理与此有关的问题时，要注意参照地方性的规定。



 问：事假期间的劳动报酬有哪些规定？

 答：我国现行劳动法中没有事假期间的工资待遇的规定，有些地方性的法规对此有明确的规定，例如《深圳市员工工资支付条例》第25条规定，员工请事假的，用人单位可以不支付其事假期间的工资。

有关事假，用人单位应知道以下几点：

1) 所谓事假，是指除了国家规定的法定节日、年休假、婚假、丧假、产假等休假以外，员工因个人私事向用人单位申请的假期。员工申请的事假不属于国家规定的应照常享受工资待遇的“法定节日”，也不属于用人单位需按劳动合同标准照常支付员工工资的年休假、婚丧假等“假期”。

2) 关于事假期间的工资待遇，我国现行劳动法中未作明确规定。虽然有些地方性的法规可能规定了事假日工资的计算方法，但这并不意味着用人单位必须向劳动者支付事假期间的工资。从实践中看，是否支付事假工资主要取决于用人单位的内部规章制度。

3) 劳动者申请事假需经用人单位主管部门或者相关负责人同意，用人单位可以按员工事假的实际天数按日扣发劳动者的工资。此外，用人单位可在本单位内部的规章制度中规定劳动者申请事假的具体程序、事假的最高天数以

及用人单位对劳动者违反规定的处理方式等。

4) 有关事假工资的扣除：

- 根据劳动部《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，
日工资：月工资收入 ÷ 月计薪天数；
月计薪天数 = (365 天 - 104 天) ÷ 12 月 = 21.75 天；
- 根据以上相关规定，事假一般按照假期的天数扣除相应的日工资，即：月工资 ÷ 21.75 × 事假天数 = 应扣除的事假工资。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 4 条、第 17 条；
2. 《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》。

 例：

原告与被告服务公司于 2007 年 11 月 16 日订立劳动合同，约定派遣原告至被告建机公司工作，原告每月工资 5,814 元，由被告服务公司支付。2008 年 11 月 11 日，被告服务公司与原告续订劳动合同，约定合同履行期限为 2008 年 11 月 16 日至 2011 年 12 月 31 日。合同第十二条约定，原告有下列情形之一的，被告服务公司可以解除劳动合同：……12.2 原告严重违反用人单位劳动纪律或规章制度，被用工单位退

回的……12.4 原告严重失职、营私舞弊给用工单位利益造成重大损害，被用工单位退回的……

同年11月17日，原告与被告建机公司订立使用合同，约定派遣期限为2008年11月16日至2011年12月31日，原告任人事部主任，每月工资为6,320元。2010年1月1日，原告的岗位调整为法务课课长，月工资调整为8,886元（其中工资8,386元、职务津贴500元）。

2010年12月3日被告建机公司向被告服务公司发出派遣雇员退回通知书，以原告严重违反公司规章制度，严重失职、营私舞弊，给公司造成重大损害为由，通知被告服务公司退回原告。同年12月6日，原告收到被告服务公司的解除劳动关系通知书，以相同理由解除了与原告的劳动合同关系。

2011年3月16日原告向上海市黄浦区劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求被告建机公司支付：1. 违法解除劳动合同赔偿金53,316元；2. 2010年12.5天未休带薪事假折算工资15,320元等。2011年5月20日仲裁委员会裁决，原告不服，起诉至法院。

法院认为：

1、被告建机公司提供的业务委托合同、顾问合同、法律服务合同、顾问协议、补充协议、付款请求书、出金依赖书、律师费发票、民事判决书、电子邮件、电汇凭证、情况说明等证据，已明确显示在原告担任法务课课长期间，被告建机公司支付了超过相关标准规定的代理费和税费，而原告作为法务课的负责人未能对上述费用超额支出的必要性给予相应合理的解释，其不作为的行为本身有违其所担任职务的职责。且因原告的不作为行为，被告建机公司以超过相关标准数倍金额支付了不合理的代理费和税费，已给被告建机公司造成了重大经济损失。而原告称其虽为法务课长，但其主要工作为翻译与形式要件的审核，并不提供法律意见，其解释显然与其职务不相符合，本院不予采信。原告作为法务课课长未能恪尽职守、谨慎勤勉履行其职责，致使被告建机公司遭受重大损失，属于严重失职行为。被告建机公司依据公司规定将其退回被告服务公司，被告服务公司又依据同样理由解除劳动合同，并无不当。原告要求两被告共同支付违法解除劳动合同赔偿金，不符合法律规定，不予准许。

2、法律未规定劳动者享有带薪事假，原告和被告服务公司并无带薪事假的约定，而原告和被告建机公司之间也没有带薪事假可折现的约定，故原告要求两被告支付2010年未休事假折算工资15,320元，依据不足，不予支持……

 解：

本案的法律要点是：

- 员工严重失职，给公司造成重大损失的，是用人单位解除劳动合同的法定情形；
- 企业与员工可以约定事假是否带薪或事假是否可以折现。

本案中：

1) 证据显示在原告担任法务课课长期间，被告建机公司支付了超过相关标准规定的代理费和税费，而原告作为法务课的负责人未能对上述费用超额支出的必要性给予相应合理的解释，其不作为的行为本身有违其所担任职务的职责。且因原告的不作为行为，给被告建机公司造成了重大经济损失故被告建机公司依法解除了和原告的用工关系，将原告退回服务公司，无须向原告支付违法解除劳动合同赔偿金。

2) 被告建机公司员工每年除带薪年假外，还享有10天带薪事假，员工若上年度带薪事假未休完，可顺延至下一年度适用，但无带薪事假

可折算工资的规定。被告建机公司提供的吴某某2008年至2010年带薪休假使用情况中显示，至2010年原告结余带薪事假为12.5天。原告带薪事假折算成工资的要求，法院不予支持。

❗ 操作提示：

1) 我国现行《劳动法》中没有事假期间的工资待遇的规定，用人单位可以不向劳动者支付事假工资。

2) 对于是否有带薪事假、申请事假的具体程序、事假的最高天数以及用人单位对劳动者违反规定的处理方式、事假工资的计算等问题，用人单位都应在其规章制度中，或与劳动者的劳动合同中予以明确规定，做到规章制度的合理合法。

3) 用人单位在制定规章制度时，一定要履行民主程序。规章制度要公示。为降低风险，以让员工签知的方式为好。另外，职工代表产生的记录、证据必须齐全，要确保职工代表大会的产生合法、合规。总之，要防止因程序不合规而导致规章制度无效。

 问：病假期间的劳动报酬有哪些规定？

 答：对病假期间劳动报酬的规定有以下几项：

1) 劳动部《关于贯彻《劳动法》若干问题的意见》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%。

2) 根据劳动部《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，日工资： $\text{月工资收入} \div \text{月计薪天数}$ ； $\text{月计薪天数} = (365 \text{ 天} - 104 \text{ 天}) \div 12 \text{ 月} = 21.75 \text{ 天}$ 。

3) 根据以上相关规定，病假期间应支付的工资： $\text{当地月最低工资标准} \times 0.8 \div 21.75 \times \text{病假天数} = \text{病假期间应支付的最低工资}$ 。

所谓病假，是指劳动者非因工患病或非因工负伤，经医疗机构检查、出具证明并获本单位主管部门或领导的批准，停止工作治疗疾病或休息的假期。

医疗期是指用人单位职工因患病或非因工负伤期间停止工作治病休息，用人单位不能因此与职工解除劳动合同的时限。

参考法规：

1. 《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第 2 条；
2. 《关于贯彻《劳动法》若干问题的意见》第 59 条；
3. 《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》。



 例:

某公司于2009年2月13日领取营业执照成立,2009年4月8日刘某某、某公司双方签订一年期劳动合同,确认刘某某于2008年11月1日到某公司工作,合同终止期限为2009年12月31日。并约定刘某某在某公司安全保卫部岗位从事内勤工作,工资标准为试用期1,200元/月,试用期满后工资1,300元/月。

2010年3月24日刘某某在新疆医科大学附属中医院住院,2010年4月26日出院,2010年5月26日病假期满后回单位上班。2010年6月11日因刘某某不同意变更工作,与某公司解除了劳动关系,并于同日报收了解除或终止劳动关系证明书。

2010年6月17日刘某某向乌鲁木齐市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。裁决书送达后,刘某某不服诉至法院。

刘某某与某公司争议的要点问题包括:

- 1) 刘某某主张要求某公司支付2010年1月至2010年6月未签订劳动合同双倍工资的诉讼请求是否合理?
- 2) 刘某某医疗期内病假工资的支付问题。

对这两个问题,一审法院与二审法院

有不同的认定：

1) 一审法院认为，2009年4月8日刘某某、某公司双方签订一年期劳动合同，确认刘某某于2008年11月1日到某公司工作，合同终止期限为2009年12月31日。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》第十六条规定，2009年12月31日合同期满后，刘某某仍在某公司处工作，某公司未表示异议，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。故对刘某某主张要求某公司支付2010年1月至2010年6月未签订劳动合同双倍工资的诉讼请求不予支持。

二审法院认为，司法解释第十六条的规定是针对未续签劳动合同发生纠纷时如何确定劳动关系而制定的，其出发点是为了保护劳动者的利益，“视为”是对未签订劳动合同期间双方事实劳动关系的认定，但并不是认定双方已经签订书面劳动合同，因此根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定，某公司应支付刘某某2010年2月1日至2010年6月9日期间未签订劳动合同的双倍工资，即 $1,300 \text{ 元} \div 21.75 \text{ 天} \times 129 \text{ 天} = 7,710 \text{ 元}$ 。原审法院对此认定有误。



2) 对于医疗期工资，一审与二审法院也有不同意见。某公司主张：我公司制度明确规定员工因病停止工作，连续医疗期在1个月以内的，员工在我公司实际工作年限未满足两年的，根据其工作年限按40%的岗位工资发放，刘某某要求按60%发放没有依据。一审法院同意某公司的主张。

二审法院认为，依据劳动部关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见第五十九条规定：职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。刘某某2010年5月因病住院，某公司应按照规定不低于最低工资标准80%的标准给刘某某支付此期间病假工资即440元（ $550 \text{元} \times 80\%$ ）。

 解：

本案的法律要点是：

- 对病假工资或疾病救济费，用人单位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%。

本案中，某公司规定，因病停止工作，连续医疗期在1个月以内的，员工在我公司实际工

作年限未满两年的，根据其工作年限按 40% 的岗位工资发放。2010 年 3 月 24 日至 5 月 26 日刘某某因病住院，其 4 月工资按 60% 发放，而 5 月份工资按 40% 的工资发放。二审法院纠正了一审法院的错误认定。认为，根据法律规定，刘某某 2010 年 5 月因病住院，某公司应按照不低于最低工资标准 80% 的标准给刘某某支付此期间病假工资即 440 元（550 元 × 80%）。

 操作提示：

1) 用人单位在实际用工之际或劳动合同到期之际，一定要与劳动者订立或续订书面劳动合同，不然将面临双倍工资赔偿的法律风险。

2) 用人单位须特别注意医疗期劳动报酬计算问题的法律规定，即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%。

 问：什么情况下用人单位能合法扣减员工劳动报酬？

 答：1) 用人单位可以代扣劳动者工资的法定情形是：

- 用人单位代扣代缴的个人所得税；
- 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；
- 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

另外，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。

2) 除上述法定情形外，用人单位不得克扣劳动者工资。

“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资，即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬。

3) 以下减发工资的情形不构成克扣劳动者工资：

- 依法签订的劳动合同中有明确规定的；
- 用人单位依法制定并经职代会批准的厂

规、厂纪中有明确规定的；

- 企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地最低工资标准）；
- 因劳动者请事假等相应减发工资等；
- 国家的法律、法规中有明确规定的。

参考法规：

1. 《劳动法》第 50 条；
2. 《工资支付暂行条例》第 15 条、第 16 条；
3. 《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》第 3 条。

 例：

原告王某某系被告水轮机厂职工，原、被告纠纷发生时，原告系被告坯零件库库管员，杨某某为该库搬运工。坯零件库大门钥匙由仓储处处长徐某、库管主任李某、原告王某某和搬运工杨某各一把，位于坯零件库内的铜材库单独加有门锁，钥匙由库管主任李某和原告王某某各保管一把。2008 年 10 月，被告水轮机厂仓储管理处制定库管工岗位职责、仓库管理制度。

2009 年 5 月 2 日凌晨 4 时 10 分左右，被告坯零件库的报警器报警，夜巡人员前去查看时，犯罪嫌疑人从库房内冲出，撞倒夜巡人员后逃离现场。经公安机关勘察，

坏零件库大门及铜材库门开启，均无门被破坏的痕迹，被盗现场留下定子线圈连接块（紫铜块）43块。2009年5月4日，被告与原告王某某、搬运工杨某某共同对库房物资进行清点，确认丢失定子线圈连接块252块。2009年9月14日，被告做出司保发（2009）13号关于对仓储处铜材库被盜案相关人员的处理通报，被告认为此案有内盜或内外勾结盜窃的重大嫌疑，除当天挡获的被盜定子线圈连接块43块外，尚差252块，价值4,580元。此案的发生，仓储处在库房管理工作中存在漏洞，库房管理员对此案负有直接责任，为加强管理，教育员工，维护公司利益，经公司研究决定，对王某某做出如下处理并通报全公司：王某某不严格执行库房管理制度，工作玩忽职守，严重失职，负有直接责任，按谁主管、谁负责的原则，王某某负责赔偿此案损失的70%，即1,374元；对王某某调离现工作岗位，工作另行安排。之后，被告从2009年10月起每月扣取原告工资180元，同时将原告工作由库管员调整为清洁工。

原告对此决定不服，于2009年9月25日向重庆市巴南区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。2009年11月30日，该委做出

裁决，驳回了原告的仲裁请求。原告不服，遂起诉至法院。

法院认为：

1. 原、被告之间建立了劳动关系，应当受到法律保护。劳动部《工资支付暂行规定》第十五条规定，“用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：（一）用人单位代扣代缴的个人所得税；（二）用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；（三）法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；（四）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。”被告铜材库被盗案件公安机关尚未侦破，现有证据不能确认被告丢失物资与原告有直接因果关系。同时，如果被告确因原告原因造成了经济损失，对于损失程度大小的界定、赔偿金额及办法等问题，在此之前被告无任何规章制度加以明确，被告对原告因仓储处铜材库被盗案所做出的处理决定既无法律依据可循，也无被告规章制度可执行。被告应当停止扣发原告工资的行为，并将已扣取工资返还原告。

2. 根据相关法律规定，用人单位与劳动者建立劳动关系后，如果双方对于劳动

者的工作岗位无特别约定，用人单位享有用工自主权，可根据实际情况适当调整劳动者的工作岗位。本案审理过程中，原、被告虽认可双方具有劳动关系，但均未提交双方签订的劳动合同，对于原告陈述的双方签订劳动合同时原告的工种为被告库管的陈述本院不能确认，本院对被告在管理中享有的用工自主权不做干预，由于被告将原告调离库管员工作岗位的行为并未违反法律规定，故本院对原告要求恢复原工作岗位的诉讼请求不予支持。

法院判决：

1. 被告立即停止每月扣取原告王某某工资 180 元的行为。
2. 被告公司将从 2009 年 10 月起至停止扣款行为之前已扣取的工资返还原告。
3. 驳回原告的其他诉讼请求。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位扣减员工工资要具备法定情形；
- 如果用人单位与劳动者对于劳动者的工作岗位无特别约定，用人单位享有用工自主权。

在本案中：

1) 没有证据证明被告的经济损失由于原告王某某本人原因造成的。并且被告用人单位与原告也没有在其劳动合同中(双方未提交)约定,因原告原因所造成的损失,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等内容。另外,对于损失程度大小的界定、赔偿金额及办法等问题,在此之前被告无任何规章制度加以明确。因此,被告对原告因仓储处铜材库被盗案所做出的处理决定既无法律依据可循,也无被告规章制度可执行。

2) 由于原、被告双方均为提交双方签订的劳动合同,法院推定双方对于劳动者的工作岗位无特别约定,因此用人单位享有用工自主权,可根据实际情况适当调整劳动者的工作岗位。

操作提示:

用人单位在克扣员工的劳动报酬前,一定要存在可以扣减员工工资的法定情形。不然要负的法律責任是:用人单位克扣劳动者工资报酬的,由劳动保障行政部门责令限期支付劳动者的工资报酬;逾期不支付的,责令用人单位按照应付金额50%以上一倍以下的标准计算,向劳动者加付赔偿金。

 问：未足额支付劳动者劳动报酬的法律后果有哪些？

 答：未足额支付劳动者劳动报酬的法律后果有以下几项：

1) 根据《劳动合同法》规定，在劳动者已经履行劳动义务的情况下，用人单位应按劳动合同约定的数额、日期或方式支付劳动报酬。否则劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同。

2) 《劳动合同法》第 85 条规定，用人单位未依照劳动合同的约定或者未依照本法规定支付劳动者劳动报酬的，或者安排加班不支付加班费的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准责令向劳动者加付赔偿金。

用人单位克扣劳动者工资报酬的，由劳动保障行政部门责令限期支付劳动者的工资报酬；逾期不支付的，责令用人单位按照应付金额 50% 以上一倍以下的标准计算，向劳动者加付赔偿金。

3) 用人单位未依法支付劳动报酬时，不仅劳动行政部门有权责令其支付劳动报酬及加付赔偿金，人民法院亦有权将其作为劳动争议予以管辖，责令用人单位按照应付金额 50% 以上一倍以下的标准计算，向劳动者加付赔偿金。

参考法规:

1. 《劳动合同法》第38条第2项、第85条;
2. 《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第3条。

 例:

2007年11月5日,某公司与夏某某签订了一份用工协议,协议约定:甲方某公司聘用乙方夏某某担任甲方矿山开采设计部门主管,甲方支付乙方月基本工资1,000元,出勤工资120元/天等。

合同履行到2010年4月,某公司以夏某某旷工为由,于2010年4月30日做出新华地(2010)5号《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》,并于2010年5月8日向夏某某送达。

2010年5月,夏某某向乌鲁木齐市劳动争议仲裁委员会(下称:仲裁委)申请仲裁。2010年11月16日,仲裁委作出裁决:

1. 被申请人撤销对申请人做出的新华地(2010)5号文件《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》;

2. 被申请人支付申请人2010年1月至2010年3月出勤工资共计6,000元;

3. 被申请人支付申请人2008年2月至3月周六休息日加班工资共计2,206.90

元 $[1000 \text{ 元} \div 21.75 \text{ 天} \times (10 \text{ 天} + 14 \text{ 天}) \times 200\%]$; 等等。

夏某某诉至法院。

审理中, 某公司提供指纹打卡考勤表, 证明从2010年3月夏某某有45天未上班, 属旷工, 某公司的证人办公室主任证明夏某某未请假。夏某某提供某公司向仲裁委提供的2010年3月至4月的指纹打卡考勤表, 该表上3月13日至31日反映夏某某是病假, 某公司的办公室主任证明是在不知道的情况下顺便打的, 实际是按旷工对待的。4月份的考勤表没有夏某某的指纹, 夏某某称是请的病假。

另外, 某公司还提供2010年1月公司规章制度, 其中约定: 凡无假条, 又不按指纹者的工作日均计为旷工, 有累计旷工在10天以上, 公司予以解除劳动合同。夏某某对此规章制度有异议, 认为从没有见过此规章制度。

另查明, 2008年夏某某周六上班共计10天, 2009年周六上班共计14天, 某公司未给夏某某发放加班费。

原审法院认为:

1. 夏某某提供的某公司在仲裁委提供的指纹打卡考勤表上注明夏某某3月13日

至 31 日病假, 能够证明夏某某请病假是经某公司同意的, 现某公司的证人证明夏某某未请病假, 与证据不符, 某公司提供的指纹打卡考勤表与在仲裁委提供的不一致, 对其真实性不予认定。

2. 4 月份的考勤表反映夏某某没有上班, 夏某某称是请的病假, 夏某某虽然未提供请假的证据, 但某公司的规章制度是 2010 年 1 月修改制定的, 未经职工代表讨论, 没有经过公示和告知夏某某, 某公司以夏某某旷工, 违反规章制度为由, 做出《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》不符合法律规定, 不予支持。夏某某要求撤销《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》, 证据充分, 予以支持。

3. 夏某某在工作期间, 周六加班 24 天, 某公司应按月基本工资 1,000 元给付加班费 $200\%[1,000 \text{ 元} / \text{月} \div 21.75 \text{ 天} \times 24 \text{ 天} \times 200\%]$ 。

4. 夏某某在 2010 年 1 月至 3 月实际出勤 50 天, 某公司应按协议每天支付夏某某出勤工资 120 元, 50 天共计 6,000 元。某公司不同意支付出勤工资的证据不足, 不予支持。

原审法院判决：

1. 撤销新疆某地矿工程技术有限公司对夏某某做出的新华地(2010)5号文件《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》；

2. 新疆某地矿工程技术有限公司支付夏某2010年1月至3月出勤工资6,000元(120元/天×50天)；

3. 新疆某地矿工程技术有限公司支付夏某2008年2月至2010年周六休息日加班工资2,206.90元[1,000元÷21.75天×(10天+14天)×200%]；等等。

双方不服提起上诉。

夏某某认为：“一审法院判决某公司支付我2010年1月至3月出勤工资6,000元及2008年2月至2010年周六休息日加班工资，据此也应支持我要求某公司加付拖欠工资赔偿金的请求”。

二审法院经审理认为：

1. 某公司在本案仲裁期间提供的指纹打卡考勤表注明夏某某2010年3月13日至31日期间病假，同年4月考勤表记载夏某某未向某公司提供劳动。某公司没有提交证据证明其2010年1月修改制定的规章制度已告知夏某某，所以某公司在诉讼中

称其根据公司规章制度解除与夏某某劳动合同不符合法律规定，一审法院撤销某公司2010年4月30日作出的(2010)5号《新疆某地矿工程技术有限公司关于解除夏某某劳动合同的决定》并无不当，某公司应按合同约定支付夏某某实际工作期间工资6,000元。

2. 根据考勤记载，夏某某在2010年1月至3月出勤50天，应领取工资6,000元，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（三）》第三条规定：“劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理”之规定，夏某某要求某公司加付拖欠工资6,000元赔偿金请求成立。夏某某要求对加班费亦加付赔偿金超越了仲裁请求范围，本院不予审理。

 解：

本案的法律要点是：

- 公司规章制度的制定一定要履行民主、公示程序；
- 用人单位拖欠劳动者工资，法院可以受理并要求用人单位支付劳动者加付赔偿金。

本案中：

1) 某公司在 2010 年 1 月修改制定新规章制度，但是没有提供证据证明告知了夏某某，未履行告知程序，所以某公司在诉讼中称其根据公司规章制度解除与夏某某劳动合同不符合法律规定。

2) 夏某某在 2010 年 1 月至 3 月出勤 50 天，某公司应按合同约定支付夏某某实际工作期间工资。按照最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第 3 条规定，夏某某要求某公司支付拖欠工资的加付赔偿金的诉求，得到了法院的支持。

操作提示：

1) 用人单位制度制定必须程序合法，必须经过民主程序以及对规章制度的公示。通常采用让劳动者签字、确认知晓规章制度的方式获取公示证据。

2) 企业须特别留意，在《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）》公布之前，《劳动合同法》第 85 条规定的对劳动报酬、加班费或者经济补偿金拖欠的处罚，是法律赋予劳动行政部门的权利。因此，责令用人单位以百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金的处罚，只能由劳动行政部门来行使。现在，劳动者可以就上述问题直接向法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金了。

 问：非全日制员工的劳动报酬和福利有哪些规定？

 答：对于非全日制员工的福利，可以由劳资双方进行约定。对于非全日制员工劳动报酬我国法律的主要规定有：

1) 工资支付

- 非全日制用工劳动报酬按小时计算，用人单位应当按时足额支付非全日制劳动者的工资。用人单位支付非全日制劳动者的小时工资不得低于当地政府颁布的小时最低工资标准。
- 非全日制用工劳动报酬结算周期最长不得超过十五日。

2) 小时工资标准

非全日制用工的小时最低工资标准由省、自治区、直辖市规定，并报劳动保障部备案。确定和调整小时最低工资标准一般会参考以下因素：

- 当地政府颁布的月最低工资标准；
- 单位应缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费（当地政府颁布的月最低工资标准未包含个人缴纳社会保险费因素的，还应考虑个人应缴纳的社会保险费）；
- 非全日制劳动者在工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面与全日制就业人员之间的差异。

3) 具体小时最低工资标准的测算方法

- 非全日制用工的工资支付可以按小时、日、周等单位结算, 最长不超过 15 日。

此外, 用人单位无需为非全日制工缴纳全部社会保险, 仅需缴纳工伤保险即可。

参考法规:

《劳动合同法》第 72 条。

 例:

王某某系上海市外来从业人员。王某某于 2007 年 3 月 31 日进入某公司工作, 2007 年 4 月 1 日正式上班。王某某、某公司签订了一份期限自 2008 年 1 月 1 日至 2008 年 12 月 31 日的非全日制劳动合同, 约定王某某从事厂区清洁工作, 每日工作 4 小时, 每小时人民币 (以下币种均为人民币) 7.5 元。

2009 年 10 月 15 日, 王某某向上海市嘉定区劳动争议仲裁委员会申请仲裁, 要求某公司补发工资 1,091.5 元、2007 年 3 月 31 日至 2009 年 8 月 31 日期间平时、双休日、节假日加班费 46,980 元、2009 年 8 月及 9 月高温费 90 元、三八妇女节节日费 100 元、亲属伤亡补助 900 元。2009 年 12 月 17 日, 仲裁委员会裁决某公司应支付王某某亲属伤亡补助费 900 元、对王某某的

其他请求事项不予支持。王某某不服，诉至法院。

王某某诉称，王某某于2007年3月31日进入某公司从事保洁工作。双方签订有非全日制劳动合同，每天工作4小时，每小时7.5元。但王某某每天工作都在12小时以上，某公司从未支付过加班费。某公司给王某某发放的工资条与王某某实际拿到的工资不符，每次都少发给王某某，某公司应当补发。公司员工手册规定，员工在职期间父母伤亡的，单位给予900元的慰问金。2009年遇到高温天气，单位向其他同事发放了高温费90元和三八妇女节节日费100元，唯独王某某没有享受到。现起诉要求某公司补发工资1,091.5元、支付2007年3月31日至2009年8月31日延时加班费20,550元、双休日加班费27,840元、法定节假日加班费7,830元、2009年度高温费90元、2008年及2009年度三八妇女节节日费200元、亲属伤亡补助900元，总计57,410元。原审庭审中，王某某放弃了第一项诉讼请求。

某公司辩称，某公司已超额支付了王某某工资。某公司从未要求王某某加班，王某某也未主动要求加班，故王某某无加

班费。某公司同意支付王某某 2009 年度高温费 90 元、2008 年及 2009 年度三八妇女节节日费 200 元、亲属伤亡补助 900 元。

原审法院认为：

1) 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有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，王某某向法院提交的其关于加班的相关证据尚不足以证明王某某存在加班的事实，结合王某某系某公司非全日制员工，从事厂区清洁工作的性质的情况，对王某某要求某公司支付 2007 年 3 月 31 日至 2009 年 8 月 31 日延时、双休日、法定节假日加班费的诉讼请求不予支持。

2) 现某公司同意支付王某某 2009 年度高温费 90 元、2008 年及 2009 年度三八妇女节节日费 200 元、亲属伤亡补助 900 元，予以确认。

原审法院判决如下：

1. 某公司应于本判决生效之日起十日内支付王某某 2009 年度高温费人民币 90 元；

2. 某公司应于本判决生效之日起十日

内支付王某某 2008、2009 年度三八妇女节节日费人民币 200 元；

3. 某公司应于本判决生效之日起十日内支付王某某亲属伤亡补助费人民币 900 元；

4. 王某某要求某公司支付 2007 年 3 月 31 日至 2009 年 8 月 31 日延时加班费人民币 20,550 元、双休日加班费人民币 27,840 元、法定节假日加班费人民币 7,830 元的诉讼请求不予支持。

判决后，王某某不服，提起上诉。

某公司辩称，双方签订的是非全日制劳动合同，约定王某某每天工作 4 小时，因王某某及丈夫系外来人员，某公司考虑到他们的实际情况，故提供免费住宿，让王某某夫妻居住在门卫室，王某某 24 小时在某公司门卫室内，王某某就此认为其存在加班情况，与事实不符。某公司是一个只有 30 人左右的公司，王某某的清洁工作范围不仅仅是清洁工作，偶尔帮公司总经理清洗车辆。王某某在星期六焚烧垃圾说明其在正常工作时间没有履行好正常的工作职责。某公司已足额支付了王某某的工资。故要求维持原判。

二审法院维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 非全日制用工有其特殊的计酬方式和工作时间要求；
- 滞留在公司不是认定加班与否的标准；
- 法律对非全日制员工的福利待遇没有规定，是否给予由用人单位决定。

本案中：

1) 王某某与某公司签订了非全日制劳动合同，该合同约定王某某每天工作4小时，每小时工资为7.5元，该合同内容并不违反相关法律，系双方真实意思表示。

2) 某公司考虑到王某某及丈夫系外来人员，让王某某及丈夫免费住宿在门卫室，故王某某24小时待在某公司门卫室，并不意味王某某24小时都在工作，还是应从王某某总的工作量、工作强度、工作时间来认定王某某是否存在加班的事实。王某某从事厂区清洁工作，其工作性质具有一定弹性，可以自己支配工作时间，王某某在同一时间并非持续从事同一工作，具有相对自由性。鉴于王某某的工作量未超过双方约定的工作时间，且王某某提供的证据不足以证明其存在加班的事实，故王某某要求某公司支付加班费，法院不予支持。

由于某公司自己同意支付王某某 2009 年度高温费 90 元、2008 年及 2009 年度三八妇女节节日费 200 元、亲属伤亡补助 900 元，因此法院予以确认。

 操作提示：

1) 非全日制用工对劳动报酬的计算，发放及工时等有其特殊要求，用人单位一定要严格遵守。

2) 在签订非全日制用工劳动合同时，对于是否发放各种福利待遇最好事先予以约定，以免带来不必要的纠纷。



 问：派遣员工的劳动报酬有哪些规定？

 答：对派遣员工的劳动报酬的规定有以下几项：

1) 工资支付义务

从劳动关系的角度来说，由于被派遣员工与劳务派遣企业之间建立了劳动关系，工资支付应当是劳务派遣企业的义务。具体来讲劳务派遣企业的义务有：

- 不得克扣义务

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。

- 不得拖欠义务

2) 工资支付周期

劳务派遣单位应当按月支付劳动报酬。

3) 工资支付标准

- 同工同酬：被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的报酬确定。
- 跨地区派遣：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条件和劳动报酬，应当按照用工单位所在地的标准执行。
- 无工作期间：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

政府规定的当地最低工资标准，向其按月支付报酬。

在劳务派遣员工的工资支付问题上，企业需注意以下几点：

1) 由于被派遣员工是与劳务派遣企业建立劳动关系，因此工资支付是劳务派遣企业应承担的义务，劳务派遣企业不得因为用工单位拖欠服务费而拖欠被派遣员工的工资。用工单位与劳务派遣企业之间的服务费纠纷应依据双方的劳务派遣协议予以解决。

2) 有些情况下，劳务派遣协议约定由用工单位向被派遣员工直接发放工资，这种约定不能认为用工单位承担了工资支付的义务。工资支付是劳动关系下用人单位的义务，用工单位向被派遣员工发放工资，只能看作是用工单位基于劳务派遣企业委托的代理行为。如果用工单位拖欠工资，被派遣员工可以向劳务派遣企业和用工单位主张工资支付。

3) 但是在劳务派遣中，劳动者实际在用工单位（接受派遣单位）中工作，与工作岗位有关的加班工资、绩效奖金及其它福利待遇需要用工单位确定，而由劳务派遣企业执行有较大难度。因此《劳动合同法》第62条规定，用工单位应当支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；连续用工的，实行正常的工资调整机制。

参考法规：

《劳动合同法》第58条、第59条、60条、第62条。

 例：

原告2006年11月7日进被告单位，担任保安工作，双方签订了2006年11月7日至2007年11月6日的劳动合同，双方按月结算工资。原告于2007年11月7日与案外人“某物业维护服务社”签订了2007年11月7日至2008年10月31日期间的劳务协议，约定由该社派送原告至被告处工作。

原告于2008年9月26日与“某保洁服务社”签订了2008年11月1日至2009年10月31日的聘用协议，约定由该社安排原告至被告处工作。原告工作至2009年10月31日。

原告于2009年12月30日向上海市普陀区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告以1,678元为基数补缴2007年11月7日至2009年10月31日期间的社会保险费差额，支付2006年11月7日至2009年10月31日期间的超时加班工资500元，支付2006年11月7日至2009年10月31日期间的年休假工资1,200元，支付2006年11月7日至2009年10月31日期间节假

日加班工资 300 元, 支付经济补偿金 3,600 元, 返还 2006 年 12 月工资 1,200 元。仲裁委于 2010 年 2 月 10 日裁决如下, 被告支付原告 2007 年 6 月 30 日至 2009 年 10 月 31 日期间的超时加班工资 500 元, 对原告其余请求不予支持。原告不服向法院提出起诉。

法院另外查明, 案外人“某物业维护服务社”已按 840 元的缴费基数为原告缴纳了 2007 年 12 月至 2008 年 3 月期间的社会保险费, 按 960 元的缴费基数为原告缴纳了 2008 年 4 月至 2008 年 10 月期间的社会保险费。“某保洁服务社”已按 960 元的缴费基数为原告缴纳了 2008 年 11 月至 2009 年 10 月期间的社会保险费。

双方争议的焦点及法院的意见:

一、签订的协议。原告认为, 其与案外人“某物业维护服务社”、“某保洁服务社”签订的协议是被告拿给原告签订的。被告认为, 其未拿过合同给原告签订, 系原告自己与他们签订的。原告未有相应证据提供。

法院认为, 原告主张的该事实未能提供相应证据予以证明, 应承担对其不利的法律后果, 法院难以采信。

二、加班工资。

(一)、原告主张平时加班工资如下，其做一休一，每月工作15天，每天工作12小时，其中吃饭1小时属于工作时间，合计每月工作180小时，比国家规定的每月标准工作时间170小时超时10小时，再以每月1200元工资得到加班工资。被告认为，扣除原告每天1小时吃饭时间，原告每月合计工作165小时，未超过法定工作时间。

(二)、被告单位2008年8月15日至2009年8月14日期间的《企业实行其它工作时间制度的批复》，适用对象为保洁员、保安员岗位。原告对此无异议。

(三)、被告对仲裁裁决其支付原告500元加班工资尽管存有异议，但表示愿意按此支付。

法院认为，根据规定及上述原告在被告单位的时间，应扣除原告的每天1小时吃饭时间，确定原告每天的工作时间为11小时。根据法定工作时间和原告的工作时间确定，原告未有每月超时的事实。为此，原告要求被告支付加班工资的诉讼请求，法院难以支持。但被告表示仲裁裁决被告支付原告500元的加班工资，其愿意支付，法院认为不违背法律，可按此处理。



三、年休假工资。原告认为,其在被告单位工作,从2008年1月1日起享有年休假未休,由被告折算工资支付。被告认为,2008年1月1日起,原、被告双方没有劳动关系,原告系与其它单位建立劳动关系,故不同意原告该诉讼请求。

法院认为,原告于2007年11月7日起至被告单位工作,属于劳务派遣性质,双方不属劳动关系性质,故原告要求被告支付2008年1月1日起的年休假折算工资,不符合法律规定,难以支持。

四、解除劳动合同经济补偿金。原告认为,被告安排服务社与原告签订劳务合同不合法,被告没有依法为原告缴纳社会保险费,应支付原告解除劳动合同经济补偿金2个月工资2,400元。被告未支付原告2006年12月的工资,故要求支付。被告认为,原、被告没有劳动关系,双方只是用工关系,用人单位已为原告缴纳了社会保险,故不同意原告的诉讼请求。

法院认为,法律规定解除劳动合同支付经济补偿金是指用人单位对劳动者的,原告所要求被告支付解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求时间,原、被告双方没有劳动关系,故原告的诉讼请求不符合法律

规定，法院难以支持。

综上，法院判决如下：

一、被告上海某物业管理有限公司应于本判决生效之日起十日内支付原告顾某2007年12月30日至2009年10月31日期间的超时加班工资差额人民币500元。

二、对原告顾某其余的诉讼请求不予支持。

 解：

本案的法律要点是：

- 在劳务派遣用工中，对工资的支付及社会保险的缴纳是用人单位（劳务派遣单位）的义务。
- 劳动者与用人单位有劳动关系，因此只有用人单位才有可能对违法解除支付经济补偿金。

本案中，被告是原告的用工单位，与原告不存在劳动关系，因此原告向被告主张劳动报酬和赔偿金等不符合法律规定。

 操作提示：

1) 劳务派遣单位作为用人单位与派遣员工具有劳动关系，因此支付劳动报酬及缴纳社会保险等，是劳务派遣单位的法定义务。用工单位在与派遣单位签订劳务派遣协议时，一定要把双方的权利和义务明确规定。

2) 用工单位出于管理的需要，对加班费和其他的



福利待遇按照法律规定有支付的义务，因此，用工单位做好派遣员工的用工管理工作，对加班制度的制定和加班费的支付要依法进行。



2012最新劳动法案例大全解析

管理者劳动法实务手册

人力资源总监必读手册 劳动者普法知识手册

经济补偿、赔偿



北京易中创业科技有限公司

易中 易中创业

终生的管理伙伴



目 录

60

经济补偿、赔偿

经济补偿	60-010 经济补偿金都有哪些种类
	60-020 经济补偿金的计算标准是什么
	60-030 哪些情况下，解除或终止劳动合同要支付经济补偿
	60-040 解除或终止劳动合同时，无须支付经济补偿的情形有哪些
	60-050 解除或终止劳动合同的经济补偿金以何为计算基数
	60-060 经济补偿的工作年限如何计算
	60-070 经济补偿金的个税如何代扣代缴
赔偿	60-470 用人单位在哪些情况下，因自身的违法行为，需要承担支付赔偿金、赔偿损失及其他法律责任
	60-480 用人单位不与劳动者订立书面劳动合同，法律后果是什么
	60-490 用人单位违法裁员，须付赔偿金吗
	60-500 克扣或无故拖欠工资，企业要付赔偿金吗
	60-510 解除或终止劳动合同，未支付



经济补偿金，用人单位要付赔偿金吗

60-520 用人单位支付了违法解除或终止劳动合同的赔偿金后，还要支付经济补偿金吗



 问：经济补偿金都有哪些种类？

 答：法定的经济补偿金包括：

- 解除劳动合同的经济补偿金；
- 终止劳动合同的经济补偿金；
- 克扣或无故拖欠工资以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的补偿金；
- 支付工资低于当地最低工资标准的经济补偿金；
- 未按规定给予劳动者解除劳动合同经济补偿的额外经济补偿金。

企业需要注意，经济补偿金的种类不同，那么经济补偿金的计算标准也不同。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 30 条、第 38 条、第 46 条、第 47 条；
2. 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 22 条；
3. 《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》（法释〔2001〕14 号）第 13 条；
4. 劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481 号）第 4 条、第 5 条、第 10 条。

 例：

王某某自 2009 年 9 月 1 日起到某贸易公司工作。2009 年 9 月 16 日，双方签订了期限自 2009 年 9 月 16 日至 2017 年 9 月 15 日的劳动合同，约定某贸易公司安排王某某从事会计或其他业务岗位（工种）工作，工作地点为某贸易公司及其相关联的国内

外企业所在地，月工资标准为1,800元。劳动合同签订后，王某某在某贸易公司一直工作至2009年11月3日。2009年11月4日，王某某以有事为由向某贸易公司出具请假条，此后未再到某贸易公司工作。

某贸易公司未支付王某某2009年9月至11月工作期间的工资，但为王某某缴纳了此期间的社会保险费。

王某某（申请人）向青岛市某区劳动争议仲裁委员会提请仲裁，要求裁决被申请人某贸易公司支付其：1、2009年7月27日至2009年10月31日期间的工资5,813元；2、解除劳动合同经济补偿金900元；3、为申请人办理解除劳动合同手续等请求。2010年8月26日，该仲裁委下达仲裁裁决书，裁决：1、某贸易公司支付王某某2009年9月1日至2009年11月3日的工资3,765.52元；2、某贸易公司支付王某某解除劳动合同经济补偿金900元；3、某贸易公司自裁决书生效之日起15日内为王某某办理解除劳动合同手续。某贸易公司不服此裁决诉至法院。

原审法院认为：根据《劳动合同法》第三十条第一款“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”之规定，王某某于2009年9月1日至11月3日期间在某贸易公司工作，约定月工资1,800元，但某贸易公司未依法及时支付王某某在职期间的工资，因此，王某某在仲裁过程中主张某贸易公司应支付其2009年9月1日至10月31日期间工资的请求符合法律规定，某贸易公司应支付王某某2009年9月1日至10月31日期间工资3,600元（1,800元×2）。

根据《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：……（二）未及时足额支付劳动报酬的；……”和第四十六条“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；……”之规定，王某某于2009年9月1日至11月3日期间在某贸易公司工作，约定月工资1,800元，但某贸易公司未依法及时支付王某某在职期间的工资，王某某离开某贸易公司，某贸易公司应支付王某某经济补偿金900元（1,800元×0.5），故对某贸易公司主张不予支付王某某经济补偿金900元的诉讼请求，法院不予支持。原审判决：一、某贸易公司与王某某之间的劳动合同



关系于2009年11月4日解除;二、某贸易公司于判决生效之日起10日内支付王某某2009年9月1日至10月31日期间工资3,600元;三、某贸易公司于判决生效之日起10日内支付王某某经济补偿金900元;四、某贸易公司于判决生效之日起15日内为王某办理解除劳动合同手续……

宣判后,某贸易公司不服,上诉至二审法院。

某贸易公司上诉称:一、王某某擅自离职,视为其单方解除劳动合同。二、王某某作为财务科长兼主管会计,故意不领取工资,且王某某违约给上诉人造成损失,上诉人有权扣发其工资,不应支付其经济补偿金。王某某应赔偿上诉人经济损失8,319元、误工费1,500元。三、王某某2009年9月、10月曾在青岛某塑料包装有限公司工作,其同时与两个公司存在劳动关系违反了劳动法。请求:撤销原判,改判不支付王某某工资3,765.52元、经济补偿金900元,判令王某某赔偿上诉人经济损失8,319元及其误工费1,500元。

王某某答辩称:

1)王某某根据上诉人的安排,到其关联企业青岛某塑料包装有限公司工作,并为王某某报销路费。

2) 王某某在上诉人处任会计，财务科长另有其人。王某某工作尽职尽责，而上诉人却无故克扣工资。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

经审理查明，二审法院驳回上诉，维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 因用人单位作出除名、开除、辞退、减少劳动报酬等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任；
- 未及时足额支付劳动报酬的，劳动者有权解除劳动合同并要求经济补偿金。

本案中，

1) 某贸易公司主张因王某某失职给其造成经济损失有权扣发王某某工资、王某某擅自离职、与其他公司同时存在劳动关系不应支付王某某工资及经济补偿金，其对此应负举证责任。某贸易公司在审理期间未提交能够证明因王某某失职给其造成损失及应扣发王某某工资的证据，故其扣发王某某的工资没有依据。某贸易公司亦未提交能够证明王某某擅自离职、与其他公司同时存在劳动关系的证据，应承担举证不能的法律后果。

2) 某贸易公司未及时足额支付劳动者工资，王某某有权解除劳动合同并要求解除劳动合同经济补偿金。王某某离开某贸易公司，某贸易公司应支付王某某经济补偿金 900 元 ($1,800 \text{ 元} \times 0.5$)。

 操作提示：

1) 用人单位在解除劳动合同时，一定要有法定事由，并为劳动者办理解除劳动合同的手续，用人单位解除劳动合同，应当采用书面通知的形式。

2) 在劳动合同存续期间，要及时足额支付劳动报酬；否则，劳动者有权单方解除劳动合同，并要求用人单位支付解除劳动合同的经济补偿金。

3) 要关注解除或终止劳动合同时各类须支付经济补偿金的法定情形。

 问：经济补偿金的计算标准是什么？

 答：经济补偿金的种类不同，那么经济补偿金的计算标准也不同。主要有以下几种计算标准：

1) 解除劳动合同经济补偿金的计算标准

- 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。这里所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资。
- 劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付（即通常所说的社平工资3倍封顶），向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。
- 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。

2) 支付低工资经济补偿金的计算标准

用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分 25% 的经济补偿金。

3) 用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的，除在规定的时间内全额支付劳动者工资报酬外，还需加发相当于工资报酬 25% 的经济补偿金。

4) 用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿，除全额发给经济补偿金外，还需按该经济补偿金数额的 50% 支付额外经济补偿金。

另外，企业还需注意劳动合同期限跨越 2008 年 1 月 1 日时经济补偿金的问题：

根据《劳动合同法》第 97 条规定，对于劳动合同的期限跨越 2008 年 1 月 1 日的，经济补偿金的计算遵循的原则是：单一基数、分段计算、合并相加，也就是说，对于 2008 年 1 月 1 日之后的部分，按照《劳动合同法》的规定计算经济补偿金；对于 2008 年 1 月 1 日之前的部分，按照当时的规定计算经济补偿金，然后把两部分相加，就是应当支付给劳动者的经济补偿金。而作为计算基数的月平均工资，均为劳动合同解除前 12 个月劳动者的平均工资。

当然，关于经济补偿金和赔偿金的计算方

法，在司法实践中确有很多争论，许多问题到现在为止仍然没有得到很好的解决。对此，请读者留意。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 47 条、第 97 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 27 条；
3. 《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第 3 条、第 4 条、第 10 条。

 例：

2010 年 3 月 8 日侯某到乌鲁木齐某公司工作，某公司与侯某未签订劳动合同，侯某的月工资为 2,500 元。2010 年 5 月某公司与侯某因工作事宜产生纠纷，某公司扣发了侯某 2010 年 5 月至同年 7 月的工资。2010 年 7 月 20 日之后，某公司停止了侯某的工作。

2010 年 7 月 19 日侯某向乌鲁木齐某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求某公司补发 2010 年 5 月至同年 7 月的工资 5,818.18 元、支付解除劳动关系经济补偿金等费用。该仲裁委员会作出裁决：一、某公司补发侯某工资 5,818.18 元；二、某公司发给侯某经济补偿金 1,250 元。某公司对该仲裁裁决不服，诉至法院。

原审法院认为，《中华人民共和国劳

动法》规定，工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人，不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。《中华人民共和国合同法》规定，用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。某公司诉称因侯某给某公司造成损失，故不应向侯某支付2010年5月1日至2010年7月20日的工资。某公司的该行为有悖上述法律规定，对某公司的该项诉讼请求，应不予支持，某公司应当支付侯某2010年5月1日至2010年7月20日工资。《中华人民共和国合同法》规定，用人单位未及时足额支付劳动者报酬的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。经济补偿金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。本案某公司存在未及时支付侯某工资的情形，故某公司应当向侯某支付解除劳动关系经济补偿金。侯某在某公司工作不满六个月，某公司应当向侯某支付半个月工资的经济补偿金。依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、《中华人民

《中华人民共和国劳动合同法》第三十条、第三十八条第（二）项、第四十六条第（一）项、第四十七条之规定，原审判决：一、驳回某公司的全部诉讼请求；二、某公司补发侯某2010年5月1日至2010年7月20日的工资5,818.18元；三、某公司支付侯某经济补偿金1,250元（2,500元×0.5个月）。

某公司不服原审判决，提起上诉称，2010年4月9日我公司给侯某50,000元汇票，让其购买油料，但其未予购买，也未将上述款项归还我公司。侯某的行为已给我公司造成重大财产损失，应当予以赔偿，故其要求我公司补发工资，支付经济补偿金于法无据。请求二审法院撤销原审判决，依法改判支持我公司原审诉讼请求。

侯某答辩称，某公司应支付我扣发的工资，以及解除劳动关系经济赔偿金，请求二审法院驳回某公司的上诉请求，维持原审判决。

二审法院认为，某公司与侯某之间未签订书面劳动合同，某公司也未提交其应予扣发侯某2010年5月1日至2010年7月20日工资的相关证据。因此，某公司对侯某该期间的工资应予补发。某公司未及时发放侯某工资，在双方劳动关系解除后，应支付侯某解除劳动关系经济补偿金。某

公司与侯某之间因 50,000 元是否购买油料引发的争议，已作为另案予以处理，某公司以其遭受该 50,000 元损失为由，不予补发侯某工资、支付经济补偿金的上诉意见，本院不予采信。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

 解：

本案有三个法律要点：

- 用人单位扣发劳动者的工资，对其决定要提供相关证据；
- 用人单位未及时足额支付劳动者报酬的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿；
- 经济补偿金按劳动者在本单位工作的年限，每满 1 年支付 1 个月工资的标准向劳动者支付。6 个月以上不满 1 年的，按 1 年计算；不满 6 个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

本案中：

1) 某公司未能提供其扣发侯某工资的相关证据，其扣发行为属于用人单位未及时足额支付劳动者报酬的情形，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

2) 侯某在某公司工作不满 6 个月，某公司应当向侯某支付半个月工资的经济补偿金。

 操作提示：

1) 用人单位要掌握经济赔偿金的种类，因为经济赔偿金的种类不同，其计算标准也不同。

2) 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。

3) 用人单位只有在掌握充分的证据的情况下，才可以作出扣发劳动者工资的决定。

 问：哪些情况下，解除或终止劳动合同要支付经济补偿？

 答：用人单位应支付经济补偿金的 22 种情形是：

1) 劳动者解除劳动合同，用人单位应当支付经济补偿金的 9 种情形：

- 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件，劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位未及时足额支付劳动报酬，劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位低于当地最低工资标准支付劳动者工资，劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费，劳动者解除劳动合同的；
- 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，劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，劳动者解除劳动合同的；
- 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，劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位违章指挥、强令冒险作业危

及劳动者人身安全，劳动者解除劳动合同的；

- 法律、行政法规规定的其他情形。

2) 用人单位解除或终止劳动合同，应当向劳动者支付经济补偿金的 12 情形：

- 用人单位提出协商解除劳动合同，并与劳动者协商一致而解除劳动合同的；
- 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，用人单位提前 30 日通知劳动者解除劳动合同的；
- 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，用人单位提前 30 日通知劳动者解除劳动合同的；
- 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，用人单位提前 30 日通知劳动者解除劳动合同的；
- 用人单位依照企业破产法规定进行重整，依法裁减人员的；
- 用人单位生产经营发生严重困难，依法裁减人员的；
- 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，用人单位依法定程序裁减人员的；

- 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，用人单位依法定程序裁减人员的；
- 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，劳动合同期满，由用人单位终止固定期限劳动合同的；
- 因用人单位被依法宣告破产而终止劳动合同的；
- 因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而终止劳动合同的；
- 法律、行政法规规定的其他情形。

3) 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第 22 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 47 条的规定向劳动者支付经济补偿。此条规定是对《劳动合同法》第 46 条第 5 项的补充。第 5 项明确了劳动合同终止需支付经济补偿仅适用于固定期限劳动合同，排除了以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

参考法规:

1. 《劳动合同法》第26条第1款、第38条、第40条、第41条第1款、第44条第4、5款、第46条、第50条;
2. 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第22条;
3. 劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发(1994)481号);
4. 劳动部办公厅对《关于终止或解除劳动合同计发经济补偿金有关问题的请示》的复函。

 例:

原告黎某是被告某铝业公司单位职工,双方于2008年5月1日签订劳动合同书,约定:原告根据被告工作需要,担任电解工工作,合同的期限为2008年5月1日至2011年4月30日,原告的工资为计时工资,月基本工资为800元。原告黎某向被告邮寄信件一封,原告陈述其内容为:黎某、刘某与王某因工作岗位面临高温、粉尘、强电流等,环境恶劣,防护措施差,工资待遇低,严重影响身体健康为由,不愿意再续签劳动合同。经核实,该份邮件于2011年5月5日由李某某代收。2011年1月11日,某市某区疾病预防控制中心出具了原告的体检报告,该报告显示的检查结果为:目前未见异常。2011年4月30日,原告签署了合同签订意见反馈书,内容为:因本人原因,本人自愿提出劳动合



同到期后不再与公司续签劳动合同。同日，被告方出具终止（解除）劳动合同通知书，因劳动合同到期原告自愿不再续签劳动合同，双方终止劳动合同。

庭审中，原告出示另一名职工王某某在重庆市第六人民医院的理化检验科检测报告单，检测结果为尿氟为 4.64mg/L，高于成人正常参考值，以此证明被告的防护标准没有达到有效保护劳动者。被告举示被告公司于 2011 年 4 月 27 日向公司各职能部门、业务中心、生产车间发布的关于签订劳动合同的通知，该通知要求合同期考核合格的员工续签劳动合同，不愿意续签劳动合同的员工，于 2011 年 4 月 28 日前将书面意见反馈到人力资源部。同时，被告提交了该通知的附件 1 劳动合同书的范本，该范本中劳动合同的期限为 2011 年 5 月 1 日至 2015 年 4 月 30 日，月基本收入为 1650 元。原、被告双方一致确认被告为原告参加了失业保险。

2011 年 5 月 20 日，原告黎某向重庆某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求：

- 1、被告向原告支付经济补偿金 10,320 元；
- 2、被告支付一次性生活补助金 3,078 元。

该委员会于 2010 年 6 月 27 日出具超时未决定受理案件证明书，证明该案逾期未做

出受理决定，原告遂向法院起诉。

法院认为，劳动合同期满终止，除用人单位维持或提高劳动合同的约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，用人单位终止劳动合同，应当支付劳动者经济补偿金。本案中，原告在劳动合同期满之日自愿提出劳动合同到期后不再与被告公司续签劳动合同，同时原告称被告工作环境恶劣并无相关证据予以证实，故被告依法不应当支付原告经济补偿金……

法院判决：驳回原告黎某的全部诉讼请求。

 解：

本案有两个法律要点：

- 劳动合同到期，劳动者自愿提出不再续订的，企业无需支付经济补偿金；
- 用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件，劳动者解除劳动合同的，用人单位应当支付经济补偿金，但劳动者要负举证责任。

本案中，原、被告劳动合同期满之日，原告黎某自愿提出劳动合同到期后不再与被告公司续签劳动合同，同时原告称被告工作环境恶劣并无相关证据予以证实，故被告依法不应当支付原告经济补偿金。

 操作提示：

- 1) 企业 HR 在日常管理中要特别留意，劳动者提出解除劳动合同也要支付经济补偿金的法定情形。
- 2) 企业在与员工解除劳动合同时理由要合法，程序要严谨，并做好证据的固定工作。
- 3) 要依法按照劳动合同约定为劳动者提供劳动保护或者劳动条件。

 问：解除或终止劳动合同时，无须支付经济补偿的情形有哪些？

 答：用人单位在下列情形下解除或终止劳动合同可不向劳动者支付经济补偿：

1) 协商解除。劳动者提出，双方协商一致解除劳动合同的。

2) 过失性辞退。劳动者有下列情形之一，用人单位解除劳动合同的：

- 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- 严重违反用人单位的规章制度的；
- 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- 劳动者以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或变更劳动合同，用人单位解除劳动合同的；
- 被依法追究刑事责任的。

3) 特殊情况下的劳动合同的终止。

- 非全日制用工劳动合同的终止；
- 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

- 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- 固定期限劳动合同到期，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劳动合同的。

企业需注意：

实践中因劳动者提出而协商一致解除劳动合同无需支付经济补偿金的，用人单位应当以书面形式载明系由劳动者提出，否则发生纠纷时将很麻烦。

参考法规：

《劳动合同法》第26条第1款1项、第36条、第37条、第39条、第44条第2款、第3款、第46条第5款、第71条。



例：

熊某于2005年4月26日入职A公司，入职后即到A公司的昆山分公司报到。熊某与A公司签订有劳动合同，最后一期劳动合同期限为2007年12月1日至2010年11月30日。合同约定：熊某工作地点为华东地区，工作岗位为技服工程师（即售后服务部门的外勤人员），工作内容、工作目标及任职要求按《职位简要》，熊某的工作时间为不定时工作制，工资为3,000



元/月。

熊某在 2009 年 5 月 22 日至同年 7 月 11 日期间，A 公司昆山分公司安排他和公司其他技服工程人员实行两班制，连续 24 小时工作。因工作时间太长，劳动强度太大，其向部门主管提出需要休息，并要求 A 公司昆山分公司支付加班补助，但遭到拒绝。之后熊某开始消极怠工。

2009 年 8 月 27 日，A 公司以熊某不听从上级给予的工作指挥派遣，且语带威胁口吻，并消极怠工，违反《员工守则》为由，决定给予熊某记过处分。同月 31 日，A 公司以熊某再次不听指挥安排工作，消极怠工，严重影响其他人员工作士气为由，决定再次给予熊某记过处分。2009 年 9 月 16 日，A 公司以熊某擅自改变劳动合同约定的工作时间和工作内容，拒不履行本职工作并采取怠工行为，不服从主管的合理工作安排及指挥，经多次劝导仍没有改善，违反《员工守则》第三次记过处分并解除劳动合同。A 公司对上述警告、记过处分及解除劳动合同的决定，均已书面通知工会，并得到工会的同意。

2009 年 9 月 26 日，A 公司及 A 公司昆山分公司共同发出《公告》，从即日起解

除熊某的劳动合同。

熊某因上述纠纷，向广州市某区劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求A公司支付其单方解除劳动合同经济补偿金等。2010年2月18日，该仲裁委员会做出裁决，驳回其仲裁请求。熊某提起诉讼。

原审法院认为，《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款第（二）项规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。熊某作为A公司的技术服务工程师，应自觉遵守公司的规章制度，履行工作岗位职责和服从公司的工作安排。熊某认为公司侵害其合法权益，致使其利益蒙受损失时，应通过理智、正当、合法的途径寻求解决的方法，这是法律赋予熊某的权利。但熊某却采取消极怠工的方式对待，擅自离开自己工作的地点，到A公司昆山分公司的办公室闲坐长达两个多月，此种行为不但影响了自己的本职工作，也对其他员工造成一定的负面影响。而且，熊某在公司对其给予多次警告和记过处分的情况下，仍然没有改善。显然熊某的行为已严重违反了公司的规章制度。A公司根据上述法律规定及依照经民主程序制定并已作公示的《员



《员工守则》的相关规定，解除与熊某的劳动合同，合法合理。熊某要求A公司支付单方解除劳动合同的经济补偿金，缺乏理据，原审法院不予支持。

判后，熊某不服该判决，提起上诉。经审理，二审法院驳回上诉，维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同；
- 在此情况下劳动合同的解除，只要劳动者的严重违反规章制度行为能够被确认，用人单位无需支付经济补偿金。

本案中，熊某没有完成工作任务、消极怠工，没有完成领导分配的任务，在被A公司给予两次记过处分的情况下，仍没有改正，其行为已符合A公司《员工守则》给予辞退的规定。因此，A公司解除与熊某的劳动合同符合法律规定，依法不须支付经济补偿金。

 操作提示：

1) 企业人力资源管理部门在解除或终止与劳动者的劳动合同时，要熟悉哪些劳动合同的解除和终止情形无需经济补偿金。

2) 如果企业要用劳动者“严重违反用人单位的规

章制度的”作为理由，来解除与劳动者的劳动合同，那么企业人力资源管理部门首先要把基础工作做好，即要通过公司的规章制度来明确界定清楚劳动者的那些行为是严重违反用人单位规章制度的行为。在规章制度中明确规定“劳动者有上述行为，用人单位有权单方面解除劳动合同”。

3) 用人单位要利用劳动者“严重违反用人单位的规章制度”这一条处理员工，很关键的一点是：用人单位要有证据证明该规章制度的制定程序是合法的，而且有证据证明该制度已经履行法定的民主及公示程序。

 问：解除或终止劳动合同的经济补偿金以何为计算基数？

 答：经济补偿金的基数是按照解除或者终止劳动合同前 12 个月劳动者的月平均工资计算。劳动者在劳动合同解除或终止前 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。

1) 这里的“月工资”是指用人单位根据国家规定或者劳动合同的约定，依法以货币形式支付给劳动者的劳动报酬，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等货币性收入。劳动者个人承担的社会保险费以及个人所得税应当包含在内。

2) 实践中劳动者的工资一般有基本工资、应发工资、实发工资之分。经济补偿金通常以应发工资为计算基数。

基本工资通常是指用人单位给劳动者设定的底薪，一般未包括加班工资、津贴、补贴、福利待遇等。

应发工资是指劳动者提供正常劳动按照法律规定应当获得的全部工资，包括了基本工资、加班工资、奖金、津贴等。

实发工资是指劳动者每月实际拿到的工资，通常会被扣减一些费用，比如，代扣代缴社会

保险费、所得税等，劳动者实际到手的金额通常会比应发工资少。经济补偿金的计算应当以劳动者的应发工资作为基数，而不是以基本工资、实发工资为基数。

3) 劳动者的以下劳动收入不列入经济补偿金基数的范围：

- 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；
- 劳动保护费用，如工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；
- 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。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 47 条、第 50 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 27 条；
3. 劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发(1994)481 号）第 11 条；
4. 劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309 号）第 53 条；
5. 国家统计局《关于工资总额组成的规定》第 4 条；
6. 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》第 3 条第 2 项。

 例：

原告周某某 1989 年 12 月 8 日来到被告重庆某某学院的前身“重庆某某高等专科学校”从事水电维修工作，一直未签订书面劳动合同。2004 年 5 月 18 日，该校与重庆某高等机械学校合并为被告重庆某某学院。2007 年 12 月 21 日，原、被告签订书面劳动合同，劳动合同期限为 2007 年 12 月 21 日至 2008 年 7 月 20 日。2008 年 7 月 20 日，双方又签订一份书面劳动合同，劳动合同期限至 2010 年 7 月 20 日。2010 年 9 月 15 日，被告向原告出具劳动合同期满终止通知书，终止双方劳动合同。2011 年 6 月 24 日，原告周某某向重庆市某某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求被告支付经济补偿金差额部分 13,020 元。该委于 2011 年 7 月 1 日作出超期未受理函。遂原告诉至法院要求判如所请。

被告重庆某某学院辩称，原告所述其于 1989 年 12 月起在被告处工作至合同终止时已经 21 年以及按照该工作年限和 880 元 / 月的工资标准支付经济补偿金 18,480 元属实。原告已在经济补偿金领取表上签字确认，应当视其认可该补偿标准；即使按照 1,500 元 / 月的工资标准计算，重庆



某某高等专科学校于2004年5月18日与重庆高等机械学校合并为重庆某某学院,原、被告劳动关系重新确立,经济补偿金支付年限应该从2004年起算,被告支付了18,480元也已足够。故要求驳回原告的诉讼请求。

法院认为,原告周某某于1989年12月8日与重庆某某高等专科学校建立事实劳动关系,该校于2004年5月18日与重庆高等机械学校合并为被告重庆某某学院。对于劳动者因用人单位因合并等原因而改变工作单位的,改制前的工作时间可以计算为在本单位的工作时间,故原告的工作年限应连续计算。2007年后,原、被告连续签订两次书面劳动合同。合同到期后,被告于2010年9月15日向原告出具劳动合同期满终止通知书,故原告在被告处工作年限实际为21年9个月,终止劳动合同的经济补偿金应当按照22个月的工资计算。劳动合同终止前12个月,原告的基本工资和岗位津贴为880元、应发工资平均为1,513元。经济补偿金应当按照劳动合同解除或终止前12个月的平均工资计算,该平均工资不是仅指劳动合同约定的基本工资和津贴,而是劳动者在单位工作期间

实际应当获得的工资收入，故原告因终止劳动合同而获得的经济补偿金应当按照终止劳动合同前12个月的平均工资1,513元计算。综上，对于被告的辩解理由，本院不予采信，原告因与被告终止劳动合同应当获得的经济补偿金为33,286元（1,513元/月×22个月）。原告表示仅要求按照21个月和1,500元/月的标准计算，系对自己权利的自由处分，故原告实际应当获得经济补偿金为31,500元。减扣已经支付的18,480元，被告尚应支付原告经济补偿金差额部分13,020元。据此，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条的规定，本院判决如下：

限被告重庆某某学院于本判决发生法律效力后立即支付原告周某某经济补偿金差额部分13,020元。

 解：

本案有三个法律要点：

- 劳动合同期满，由用人单位终止固定期限劳动合同的，用人单位应当支付经济补偿金，除非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。

- 因终止劳动合同而获得的经济补偿金应当按照终止劳动合同前 12 个月的平均工资来计算。平均工资应该是劳动者在单位工作期间实际应当获得的工资收入。
- 对于劳动者因用人单位合并等原因而改变工作单位的，改制前的工作时间可以计算为在本单位的工作时间。

本案中，在连续签订两次劳动合同后，用人单位重庆某某学院要求终止劳动合同，用人单位应当支付经济补偿金。法院认定周某某的工作时间应当从在被告重庆某某学院的前身重庆某某高等专科学校工作的 1989 年起开始计算。合同终止前 12 个月的平均工资应该是劳动者在单位工作期间实际应当获得的工资收入 1,513 元，而不是仅指劳动合同约定的基本工资和津贴的 880 元。法院支持了周某某的诉求。

❗ 操作提示：

- 1) 企业在解除与劳动者的劳动合同时，要关注在哪些情况下应该支付经济补偿金。
- 2) 企业须特别留意，终止劳动合同也要支付经济补偿金的情形。在到期终止劳动合同时，应当就劳动者在 2008 年 1 月 1 日之后的工作年限支付经济补偿金。
- 3) 要注意解除或终止劳动合同经济补偿金的计算基数。

 问：经济补偿的工作年限如何计算？

 答：计算经济补偿金时的“工作年限”仅指劳动者在“本单位工作年限”，即自劳动者与用人单位建立劳动关系之日开始计算在用人单位的工作时间，不包括劳动者在前单位的工作时间。

1) 企业须注意，在以下情形下，计算经济补偿金时的“工作年限”应当包括劳动者在原单位的工作时间：

- 劳动合同制度实行以前原固定工在本单位的工作年限，可以计算为“在本单位的工作时间”；
- 因用人单位的合并、兼并、合资、单位改变性质、法人改变名称等原因而改变工作单位的，其改变前的工作时间可以计算为“在本单位的工作时间”；
- 由于成建制调动、组织调动等原因而改变工作单位的，是否计算为“在本单位的工作时间”，在行业直属企业间成建制调动或组织调动等，由行业主管部门作出规定；其他调动，由各省、自治区、直辖市作出规定；
- 劳动者由部队复转后直接与用人单位建立劳动合同关系的，其军龄应当计入“在本单位的工作时间”；
- 劳动者非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。但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。

2) 企业还需注意劳动合同期限跨越 2008 年 1 月 1 日时经济补偿金的问题：

根据《劳动合同法》第 97 条规定，对于劳动合同的期限跨越 2008 年 1 月 1 日的，计算经济补偿金遵循的原则是：单一基数、分段计算、合并相加。也就是说，对于 2008 年 1 月 1 日之后的部分，按照《劳动合同法》的规定计算经济补偿金；对于 2008 年 1 月 1 日之前的部分，按照当时的规定计算经济补偿金，然后把两部分相加，就是应当支付给劳动者的经济补偿金。而作为计算基数的月平均工资，均为劳动合同解除前 12 个月劳动者的平均工资。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 38 条、第 46 条、第 47 条、第 97 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 9 条、第 10 条；
3. 《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第 5 条、第 6 条、第 7 条、第 8 条、第 9 条；
4. 《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》；

5. 《劳动部办公厅对〈关于终止或解除劳动合同计发经济补偿金有关问题的请示〉的复函》；
6. 劳动部办公厅《关于复转军人军龄及有关人员工龄是否作为计算职工经济补偿金年限的答复意见》。

 例：

刘某某为某某公司员工，与某某公司签订有2003年8月1日至2004年7月1日、2005年7月30日至2006年7月30日、2008年1月10日至2011年1月9日的三份劳动合同书。某某公司未依法为刘某某参加职工医疗保险。在1996年1月至2009年期间，某某公司为刘某某参加企业职工基本养老保险。在2004年9月28日至2011年3月1日期间，某某公司为刘某某参加工伤保险。在2010年6月1日至2011年4月1日期间，某某公司为刘某某参加生育保险。在2010年5月至2011年3月期间，某某公司为刘某某参加失业保险。2010年12月28日，刘某某以特快专递的形式向某某公司邮寄了辞职申请，该辞职申请载明的辞职理由为某某公司未全面缴纳社会保险费用。该邮件于2010年12月30日邮政妥投。

2011年2月21日，刘某某申诉至重庆市某区劳动人事争议仲裁委员会，要求与某某公司解除劳动关系及支付经济补偿

金 19,500 元。2011 年 4 月 15 日，仲裁委员会作出裁决：一、刘某某于 2011 年 2 月 21 日与某某公司解除劳动关系；二、某某公司于裁决书生效之日起十日内支付刘某某经济补偿金 4,550 元。

某某公司向一审法院诉称及并案辩称，刘某某于 2008 年 1 月 8 日到某某公司工作，2010 年 12 月擅自离开公司。某某公司不服仲裁裁决，认为刘某某系自动辞职，擅自离开工作岗位，不符合支付经济补偿金的条件。故某某公司起诉至法院，请求法院判决：1、确认刘某某于 2010 年 12 月 30 日与某某公司解除劳动关系；2、某某公司不支付刘某某经济补偿金；3、诉讼费用由刘某某负担。

刘某某辩称及并案诉称，刘某某于 1996 年 1 月 6 日到某某公司从事机加工作作及从事库房工作。刘某某因某某公司未为其购买社会保险于 2011 年 2 月 21 日离开某某公司。刘某某不服仲裁裁决，认为其与某某公司从 1996 年开始建立劳动关系，某某公司应支付 12 个月工资的经济补偿金。故起诉至法院，要求某某公司支付 15,600 元经济补偿金。

一审法院认为，依据《中华人民共和

《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：……（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的”，以及第四十六条“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”的规定，某某公司未为刘某某缴纳社会保险费，刘某某向某某公司提出解除劳动关系，某某公司应当支付刘某某经济补偿金。

本案中，虽刘某某于2010年12月30日向某某公司提出解除劳动关系的申请，但陈述其于2011年2月21日才正式离开某某公司，而刘某某的银行储蓄卡上也载明在2011年3月7日某某公司还在向刘某某支付工资，某某公司也为刘某某参保至2011年3月初，而某某公司没有向一审法院举示工资表及考勤表来证明刘某某的离职时间，故本院认为刘某某正式离开某某公司的时间为2011年2月21日。故一审法院对某某公司主张的要求确认双方的劳动关系于2010年12月30日解除的诉讼请求，一审法院不予支持。刘某某认可双方劳动关系于2011年2月21日解除，一审法院予以确认。

另，某某公司在2008年之前已开始为刘某某参加社会保险，说明刘某某在2008年之前与某某公司存在劳动关系。依据《中华人民共和国劳动合同法》第九十七条“本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行”的规定，故某某公司支付刘某某2008年1月至2011年2月期间的经济补偿金。

对于劳动者解除劳动合同前十二个月平均工资问题。因刘某某举示的银行储蓄卡不能完整反映解除劳动合同前十二个月平均工资，而某某公司未向法院举示工资表，应承担不利后果。故刘某某请求按照1,300元/月工资标准支付经济补偿金，一审法院予以确认。

综上，刘某某于2011年2月21日与某某公司解除劳动关系。某某公司应支付刘某某2008年1月至2011年2月的经济补偿金4,550元(1,300元/月×3.5个月)。

某某公司不服一审判决，提起上诉，请求：撤销原判并依法改判某某公司不支

付经济补偿金。主要事实和理由：刘某某在劳动合同有效期内书面申请辞职并离开某某公司，某某公司不应当支付经济补偿金。

刘某某答辩称：请求驳回某某公司的上诉请求。主要事实和理由：1、刘某某与某某公司的劳动关系存续了10余年。2、刘某某申请辞职的理由是某某公司没有为其缴纳社会保险，因此，某某公司应当支付经济补偿金。

刘某某不服一审判决，向本院提起上诉，请求：撤销原判，改判某某公司支付经济补偿金15,600元。

某某公司答辩称：请求驳回刘某某的上诉请求。主要事实和理由：刘某某系主动申请辞职并离开某某公司，某某公司不应当支付经济补偿金。

二审诉讼中，刘某某向本院举示了1996年至2011年的养老保险接续卡，拟证明双方三份劳动合同的中断期间，刘某某一直在某某公司工作。某某公司质证认为：刘某某在三份劳动合同的中断期间未在某某公司工作，某某公司为其缴纳养老保险，系工作失误。因某某公司对该证据的真实性，未提出相反证据予以推翻，本院予以

确认。

二审法院认为，原审判决认定事实清楚，适用法律正确。因此驳回上诉，维持原判。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者有权解除劳动合同，用人单位须支付经济补偿金；
- 经济补偿年限自《劳动合同法》施行之日起计算；《劳动合同法》施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。

本案中：

1) 某某公司未为刘某某缴纳社会保险费，刘某某向某某公司提出解除劳动关系，某某公司应当支付刘某某经济补偿金。某某公司关于其不应当支付刘某某经济补偿金的上诉理由于法无据。

2) 《劳动合同法》规定“本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施

行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行”的规定，故某某公司应支付刘某某 2008 年 1 月至 2011 年 2 月期间的经济补偿金。由于 2008 年 1 月 1 日之前，并无劳动者以用人单位未缴纳社会保险为由解除劳动合同、用人单位需要支付经济补偿金的规定，刘某某 2008 年 1 月 1 日之前的工作年限，不应当计算经济补偿金。因此，刘某某关于经济补偿金应当按照其在某某公司的实际工作年限计算的上诉理由于法无据。一审法院关于刘某某的经济补偿金 4550 元的认定正确。

 操作提示：

- 1) 为劳动者缴纳各项社会保险费是用人单位的法定义务，企业违法将面临法律风险。
- 2) 用人单位在支付经济补偿金时要注意《劳动合同法》颁布后，跨越 2008 年 1 月 1 日时经济补偿金的问题。
- 3) 企业在计算工作年限时，还须关注各地区对“在本单位工作年限”的特殊规定。

 问：经济补偿金的个税如何代扣代缴？

 答：按照规定，劳动者因与用人单位解除劳动合同关系而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），在当地上年职工平均工资三倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分，计算征收个人所得税。

1) 应纳税额及纳税方式

以超过部分除以个人在本企业的工作年限数，以其商数作为个人的月工资、薪金收入，按照税法规定计算缴纳个人所得税。个人在本企业的工作年限数按实际工作年限数计算，超过12年的按12计算。

按照上述方法计算的个人一次性经济补偿收入应纳的个人所得税税款，由支付补偿的用人单位在支付时一次性代扣，并于次月7日内缴入国库。

2) 免征对象

- 只有依照《中华人民共和国企业破产法（试行）》宣告破产的国有企业职工，其从破产企业取得的一次性安置费收入，免征征收个人所得税。
- 除此之外，其他国有企业及非国有企业中的劳动者与用人单位解除劳动合同取得的一次性补偿收入，超过当地上年企

业职工平均工资 3 倍的部分，一律按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》的有关规定计算征收个人所得税。

3) 可扣除的收入范围

个人领取一次性补偿收入时按照国家和地方政府规定的比例实际缴纳的住房公积金、医疗保险费、基本养老保险费、失业保险费，可以在计征其一次性补偿收入的个人所得税时予以扣除。

4) 不对一次性经济补偿重复征税

劳动者在解除劳动合同后又再次任职、受雇的，对劳动者已缴纳个人所得税的一次性经济补偿收入，不再与再次任职、受雇的工资、薪金所得合并计算补缴个人所得税。

参考法规：

1. 《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》第 1 条、第 2 条；
2. 《关于个人与用人单位解除劳动合同关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》第 1 条、第 2 条、第 5 条。

 例：

小王在北京一家商贸公司工作，最近，公司因业绩不佳进行裁员，小王是被裁人

员之一。公司经理与小王商谈后，双方协商签订了解除劳动合同协议书。其中约定，自即日起商贸公司与小王解除劳动合同，待小王办完离职手续后，商贸公司按国家规定向其支付解除劳动合同的经济补偿金。

小王认为，自己工作已经三年多了，按规定可以拿四个月工资的补偿金。按照每月的工资平均三千多元计算，四个月工资应有一万两千多元。但是，财务人员发给他的补偿金只有不到一万一千元。他问及原因时，财务人员解释说，计算出来的补偿金的确是一万两千多元，但需要扣除个人所得税。小王不解的是，自己领到的经济补偿金还要缴个人所得税？

 解：

本例的法律要点是：

- 协商解除劳动合同是合法解除劳动合同的方式之一；
- 超过当地上年职工平均工资三倍数额以上的部分的经济补偿金才须交个人所得税。

本例中：

1) 商贸公司与小王通过签订协商解除劳动合同协议的形式，解除双方的劳动合同是合法的，但商贸公司在向小王支付经济补偿金时，

不应扣缴个人所得税。因为，

2) 根据财政部、国家税务总局《关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入免征个人所得税问题的通知》中规定：个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其它补助费用），其收入在当年当地上年职工平均工资三倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》计算征收个人所得税。本例中，小王所得到的解除劳动合同经济补偿金的数额，没有超过上年当地职工平均工资的三倍数额。因此，他的解除劳动合同经济补偿金是不应当缴纳个人所得税的。

操作提示：

1) 企业在解除劳动合同时，不但要注意解除劳动合同的合法性，还关注国家有关对税收政策对经济补偿金的个税代扣代缴的规定。

2) 企业在计算经济补偿金时要留意当地年平均工资的变化。

问：用人单位在哪些情况下，因自身的违法行为，需要承担支付赔偿金、赔偿损失及其他法律责任？

答：用人单位有下列情形之一的，应支付赔偿金：

- 1) 不及时与劳动者签订书面劳动合同。
- 2) 违法约定试用期。
- 3) 招录时扣证件或要求劳动者提供担保，收取劳动者财物，给劳动者造成损失的。
- 4) 劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品。
- 5) 不按照规定或约定向劳动者支付劳动报酬。
- 6) 签订劳动合同缺乏必备条款或者未将劳动合同文本交付劳动者，给劳动者造成损失的。
- 7) 招用与其他单位存在劳动关系的劳动者，给其他用人单位造成损失的。
- 8) 用人单位的规章制度违法，给劳动者造成损失的。
- 9) 用人单位的原因致使劳动合同无效，给劳动者造成损失的。
- 10) 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动等行为。
- 11) 违法解除或终止劳动合同。
- 12) 解除或者终止劳动合同未依法支付经济补偿金。

13) 未及时提供解除或者终止劳动合同证明，给劳动者造成损失的。

14) 违法不签订无固定期限劳动合同，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付 2 倍的工资。

15) 侵害女职工或未成年工合法权益，对劳动者造成损害的。

企业须注意：

劳动法上的“赔偿金”，与一般民商事法上的赔偿金不同的是，劳动法上的赔偿金是一个专有概念，带有惩罚性。用人单位需要支付赔偿金的情形由法律法规进行规定，支付赔偿金的情形不同，赔偿金的计算标准也不同。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 9 条、第 26 条、第 47 条、第 48 条、第 81 条、第 82 条、第 83 条、第 84 条、第 85 条、第 86 条、第 87 条、第 88 条、第 89 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 25 条；
3. 劳动部《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》。

 例：

2008 年 7 月，梁某某到某工艺制品公司机电班工作，约定工资 1,200 元 / 月，双方未签订劳动合同。2009 年 10 月 31 日，某工艺制品公司通知梁某某不用到公司上班了，双方解除了劳动关系。2010 年 1 月

20日，被告向某县劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求某艺术品公司支付：1. 解除劳动合同经济补偿金2,400元；2. 支付违法解除劳动合同二倍赔偿金2,400元；3. 支付未签订劳动合同二倍工资18,000元。

仲裁委审理认为，被申请人某工艺制品公司作为用工单位，自用工之日起超过一个月不满一年未与申请人订立书面劳动合同的，申请人要求被申请人支付二倍工资，符合法律规定，应当予以支持。被申请人通知申请人解除双方劳动关系后，未在规定期限内办理解除劳动关系手续，亦未向申请人支付经济补偿金。申请人要求被申请人支付经济补偿金标准的二倍赔偿金2,400元，在应当支付的赔偿金范围内，符合法律规定，应当予以支持。被申请人支付了二倍赔偿金，不再支付经济补偿金。2010年4月18日，某县劳动争议仲裁委员会作出渝劳仲案裁字(2010)第38号《仲裁裁决书》，裁决：一、由被申请人支付申请人赔偿金2,400元；二、由被申请人支付申请人二倍工资13,200元；三、驳回申请人经济补偿金的请求。

某工艺制品公司不服仲裁裁决，提起诉讼。

法院认为：原（某工艺制品公司）、被告（梁某某）双方符合劳动用工主体资格，劳动关系清楚。2008年7月，被告到原告公司机电班工作，双方建立了劳动关系，未签订书面劳动合同。2009年10月，原告通知被告解除了劳动关系。原告未按规定办理解除被告的劳动关系手续、支付经济补偿金。2008年7月至2009年10月，被告在原告公司工作年限为1年零3个月。被告依照相关法律规定，要求原告支付未订立书面劳动合同的二倍工资及违法解除劳动关系的赔偿金，依法予以支持。原告应当按照被告工资1,200元/月，补发给被告11个月（2008年8月至2009年6月）的二倍工资13,200元；并按照被告工作年限支付其本人工资1个半月经济补偿标准的二倍赔偿金3,600元。仲裁程序中，被告在赔偿范围内主张赔偿金2,400元，属于当事人对自己权利的主张和处分，本院予以认可。原告承担了二倍赔偿金的，不再支付经济补偿金。为此，被告要求原告支付经济补偿金的主张，本院不予支持。原告诉称被告违反了公司规章制度被解除的劳动关系，未提交相关证据证明，负有举证不能的责任。原告主张不承担被告赔

偿金及二倍工资的诉讼请求，不符合法律法规的规定，不予支持。根据《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第四十七条、第八十二条、第八十七条、《中华人民共和国劳动合同法实施细则》第二十五条及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、驳回原告某工艺制品有限公司的诉讼请求。

二、由原告某工艺制品有限公司支付补发给被告11个月的二倍工资13,200元。

三、由原告某工艺制品有限公司支付给被告梁某某解除劳动合同赔偿金2,400元。

四、原告某工艺制品有限公司不支付被告梁某某经济补偿金。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位应及时与劳动者签订书面劳动合同；
- 用人单位违法解除劳动合同，要以经济补偿金的二倍向劳动者支付赔偿金；
- 用人单位违法解除劳动合同，支付了赔偿金的，不再支付经济补偿金。

本案中：

1) 某工艺制品公司没有与梁某某签订劳动

合同，应当按《劳动合同法》第 82 条的规定，承担向劳动者每月支付二倍工资的法律責任；

2) 某工艺制品公司以梁某某违反了公司规章制度为由，解除了与梁某某的劳动关系，但未提交相关证据证明，应该负有举证不能的责任。法院认为某工艺制品公司应依照《劳动合同法》第 87 条的规定，承担违法解除劳动合同的二倍赔偿金的法律責任；

3) 由于用人单位已经支付了违法解除劳动合同的赔偿金，按照《劳动合同法实施条例》第 25 条的规定，不再支付经济补偿金。对于梁某某支付经济补偿金的主张，法院不予支持。

操作提示：

1) 用人单位在实际用工之日起一个月之内，要与劳动者签订劳动合同，不然要承担不订立书面劳动合同的法律責任。

2) 用人单位与劳动者解除劳动合同要有法定理由，并有充分的证据来支持。

 问：用人单位不与劳动者订立书面劳动合同，法律后果是什么？

 答：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。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 82 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 6 条、第 7 条。

 例：

原告商某于 2010 年 8 月 11 日填写《重庆某建设工程公司聘用员工登记表》，2010 年 8 月 15 日经被告重庆某建设工程公司法定代表人批示同意试用。职位为成本采购部成本控制员。2011 年 2 月 11 日，原告商某以个人原因为由向被告提出辞职。2011 年 2 月 15 日原告离职并办理交接手续。

原告在被告重庆某建设工程公司工作期间，双方未签订劳动合同。

庭审中，原被告一致确认原告在被告处领取了 2010 年 8 月（15 ~ 31 日）工资 662.10 元、9 月工资 1,245 元、10 月工资 1,305 元、11 月工资 1,473 元、12 月工资 1,570

元、2011年1月工资1,500元,2月(1~15日)工资345元。

2011年2月21日,原告商某向重庆市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁,请求被告支付2010年7月15日至2011年2月15日双倍工资差额、加班工资、失业、养老、医疗、工伤、生育保险等。2011年6月8日该委员会作出仲裁裁决书,裁决被告重庆某建设工程公司支付原告商某2010年9月15日至11月15日二倍工资差额2,664元,驳回原告的其它仲裁请求。原告不服该仲裁裁决向本院起诉。

上述事实,有双方当事人提交工商登记材料、仲裁裁决书、《聘用员工登记表》、工资发放表、辞职信、《离职交接表》、双方当事人的陈述以及庭审笔录等予以证实,法院予以确认。

法院认为,关于原告请求补发2010年7月15日至8月15日工资的问题,因原告未就该两项诉讼请求申请仲裁,该两项请求未经过仲裁前置程序,本院不予处理。关于加班工资的问题,原告应提供证据证明被告安排其加班的事实。因原告仅提供了证人袁某的书面证言,证人并未到庭接受询问,真实性无法核实,经法庭释明,

对其拟证明加班和入职情况的书面证言不予采信，因无其他证据证明被告安排原告加班的基本事实，原告应承担举证不能的后果，对原告要求被告支付加班工资的请求本院不予支持。关于补缴养老保险和失业保险的问题，本院不予处理，原告可以向相关行政部门要求解决。

关于原告入职时间的确认，被告举示的《聘用员工登记表》的填表时间并不能说明原告的入职时间，原告举示的《离职交接表》上注明入职时间为2011年7月15日，在该表上有其相关部门领导的签名确认，因此，本院对原告的入职时间按《离职交接表》上注明的入职时间即2010年7月15日予以确认。用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，应向劳动者每月支付二倍的工资。关于未签订劳动合同的问题，被告方仅提供证人陈述系原告自己不愿与被告签订劳动合同，但未提供书面证据证明系原告自己不愿签订劳动合同，对证人证言本院不予采信，因此，被告重庆某建设工程公司应支付原告商某未签订劳动合同的双倍工资差额。综上，被告重庆某建设工程公司应支付原告2010年8月15日至2011



年2月15日的双倍工资差额共计8,100.10元(662.10元+1,245元+1,305元+1,473元+1,570元+1,500元+345元),鉴于原告起诉只要求7,872.41元,对此本院予以尊重。

综上,依照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第五条之规定,判决如下:

一、被告重庆某建设工程公司于本判决生效之日起五日内支付原告商某未签订劳动合同双倍工资差额7,872.41元;

二、驳回原告商某的其他诉讼请求。

 解:

本案的法律要点是:

- 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同,应向劳动者每月支付二倍的工资。
- 如果用人单位主张系劳动者自己不愿与用人单位签订劳动合同,要提供相应证据。

本案中,原告商某在被告重庆某建设工程公司工作期间,双方一直未签订劳动合同。商某辞职后,要求被告支付未与其签订书面劳动合同的二倍工资的赔偿。虽然被告以原告商某

自己不愿意签订劳动合同为由进行抗辩，但未能提供有效的证据，其提供的证人证言没有被法院采信。因此法院判决，被告支付原告商某每月支付二倍的工资。

 操作提示：

1) 用人单位与劳动者建立劳动关系时，一定要与之签订书面劳动合同。

2) 根据《劳动合同法》第17条，劳动合同中要必备法定的内容，其中包括用人单位的主体信息、劳动者的身份信息、劳动合同期限、工作内容、工作地点、工作时间和休息休、社会保险、劳动报酬、劳动保护、劳动条件及职业危害防护等内容。

3) 根据法律规定，如果自用工之日起1个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

4) 用人单位应及时行使终止劳动关系的权利，不然自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的，要向劳动者支付2倍的工资的赔偿责任。

5) 企业须注意《劳动合同法实施条例》中规定的用人单位补订劳动合同的条款，包括用工不满1年书面劳动合同的补订与用工满1年书面劳动合同的补订两种情况。

6) 在用工不满1年书面劳动合同的补订时，如果劳动者不与用人单位订立书面劳动合同，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 47 条的规定支付经济补偿。



 问：用人单位违法裁员，须付赔偿金吗？

 答：用人单位违法裁员属于用人单位违法解除劳动合同需要赔偿劳动者的一种情形。按照法律规定，用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照《劳动合同法》第87条规定支付赔偿金，即：应当依照《劳动合同法》第47条规定的经济补偿标准的2倍向劳动者支付赔偿金。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第48条、第82条、第87条；
2. 《劳动合同法实施条例》第7条。

 例：

2001年7月1日，原告（周某某）到被告（某物业开发公司）处工作，担任财务负责人一职；双方没有签订劳动合同。2002年2月20日，原告与被告签订《劳动合同》一份，约定合同期限5年，自2001年7月1日起至2006年6月30日止，试用期自2001年7月1日起至2001年12月31日止。双方关于劳动报酬的约定：

1) 试用期间，原告的工资标准为1,580元/月；

2) 试用期满后，原告在合同期内，其

工资标准为 1,780 元 / 月, 被告每年度对原告工作业绩进行综合考评, 根据原告完成工作情况和公司赢利状况授予原告期权 (5 ~ 10 万元)。

2008 年 1 月 2 日, 被告出具《关于给公司全体员工调整工资的决定》, 载明: 从 2008 年 1 月起, 原告的工资调至 2,380 元 / 月。

2011 年 1 月 12 日, 被告出具《关于本公司暂时歇业的决定》, 载明: 本公司与岳麓区某村合作的杜鹃路项目, 因市政府区域规划的调整, 导致三年内无法开发, 致使我们历时五年的努力将付之东流, 加之我司现阶段又没有新项目 (包括预备项目) 可做, 经公司研究, 决定公司暂时歇业, 现将有关事宜安排如下: 一、元月、二月两个月放假, 员工不用来公司上班, 工资照发, 给大家寻找新工作的时间; 二、公司继续为已买社保和医保的员工续缴两个月的保险 (至四月底) ……

2011 年 2 月 25 日, 原告周某某 (申请人) 将被告列为被申请人向长沙市某区劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁, 申请事项:

1) 裁决被申请人向申请人支付从

2008年2月1日至2008年12月31日止共计11个月的双倍工资26180元（按每月工资2,380元计算）；

2) 裁决被申请人向申请人支付赔偿金47,600元（从2001年7月1日起计算， $2380\text{元/月} \times 10\text{个月} \times 2 = 47,600\text{元}$ ）……同日，该仲裁委以单位已关闭歇业为由，作出（2011）长劳仲字第21号《不予受理通知书》。2011年3月1日，原告诉至本院，请求裁决。

本院认为：

一、关于双倍工资问题。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第七条规定“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。”原告与被告签订的《劳动合同》于2006年6月30日到期后至被告于2011年1月12日单方面解除劳动合同前，被告没有提供证据证明其与原告续签了书面劳动合同，应认定此后双方没有签订书

面劳动合同。《中华人民共和国劳动合同法》第九十七条第二款规定：“本法施行前已建立劳动关系，尚未订立书面劳动合同的，应当自本法施行之日起一个月内订立。”被告应于2008年1月31日前与原告签订书面劳动合同，自2009年2月1日起，原告应知道其权利受到侵害，其应自该日起一年内向被告主张双倍工资的权利，其于2011年2月25日主张权利，确已超过仲裁时效。故原告要求被告支付自2008年2月1日起至2008年12月31日止共计11个月未签订劳动合同的双倍工资26180元，本院不予支持。

二、关于赔偿金问题。《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条规定：“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：

- 1) 依照企业破产法规定进行重整的；
- 2) 生产经营发生严重困难的；
- 3) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减

人员的；

4) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。”

被告于2011年1月12日以其与岳麓区石某村合作的杜鹃路项目因市政府区域规划的调整，导致三年内无法开发及现阶段没有新项目（包括预备项目）可做为由，单方面解除与原告的劳动关系，违反了相关法律规定。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

- 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；
- 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；
- 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；
- 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。”

同时根据本法第八十七条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合

同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”被告应支付原告赔偿金，因此原告要求被告支付赔偿金 47,600 元，符合法律规定，本院予以支持。

依据《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第四十一条、第四十六条第一款第（四）项、第四十七条、第八十二条、第八十七条，第九十七条第二款，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第七条之规定，判决如下：

一、被告某物业开发有限公司于本判决生效后 3 日内支付原告周某某违法解除劳动合同赔偿金 47,600 元；

二、驳回原告周某某的其它诉讼请求。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位不及时与劳动者签订书面劳动合同，应当向劳动者每月支付二倍工资的赔偿；
- 用人单位违法解除劳动合同，要以经济补偿金的二倍向劳动者支付赔偿金。

本案中：

1) 被告某物业开发公司在与原告的劳动合同于 2006 年 6 月 30 日到期后至被告于 2011 年

1月12日单方面解除劳动合同前，被告没有提供证据证明其与原告续签了书面劳动合同，应认定此后双方没有签订书面劳动合同。因此，原告周某某有权要求被告支付双倍工资。但是，法院认为，按照《劳动合同法》第97条的规定，被告应于2008年1月31日前与原告签订书面劳动合同，自2009年2月1日起，原告应知道其权利受到侵害，其应自该日起一年内向被告主张双倍工资的权利，其于2011年2月25日主张权利，确已超过仲裁时效。故原告要求被告支付自2008年2月1日起至2008年12月31日止共计11个月未签订劳动合同的双倍工资26,180元，法院不予支持。

2) 被告某物业开发公司解除与原告周某某的劳动合同理由不合法，不符合裁员的条件和程序，属于违法解除劳动合同。因此原告要求被告支付赔偿金47,600元，符合法律规定，法院予以支持。

操作提示：

1) 用人单位在实际用工之日起一个月之内，要与劳动者签订劳动合同，不然要承担不订立书面劳动合同的法律责任。

2) 用人单位与劳动者解除劳动合同要有法定理由，有充分的证据来支持，并要符合法定程序。不然用人单位要依法支付赔偿金，并有可能承担继续履行合同的义务。

 问：克扣或无故拖欠工资，企业要付赔偿金吗？

 答：用人单位如果存在未足额支付或拖欠劳动者工资的情形，劳动者可能选择下列程序来要求用人单位支付赔偿金：

1) 申请劳动行政部门的处罚

用人单位有下列情形之一的，依照《劳动合同法》由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费。劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准责令向劳动者加付赔偿金：

- 未依照劳动合同的约定或者未依照本法规定支付劳动者劳动报酬的；
- 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；
- 安排加班不支付加班费的。

2) 直接向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 85 条；
2. 《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 3 条；
3. 劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第 3 条、第 4 条。

 例:

原告与被告于2007年12月8日签订书面劳动合同1份,合同期限从2008年1月1日起至2018年1月1日止。《劳动合同书》第十二条约定,由原告以其月基本工资为缴费基数自行办理社会保险,应由被告负担的部分被告每年给付原告8,000元;第三十二条约定,经双方协商一致同意增加下列内容:因原告与西安原用人单位解除合同到被告单位工作,被告同意补偿原告人民币拾万元,2007年12月底前补偿伍万元,2008年12月30日补偿伍万元,如果被告长期不能支付兑现工资和经济补偿金等支付条款,原告有权提出解除劳动合同,补偿款也不返还。如原告违约,应如数退还不是服务期的补偿款。

被告于2008年1月25日付给原告伍万元补偿款,余款伍万元被告于2010年2月10日向原告出具了欠条。

原告原系西安某高压电气股份有限公司职工,2008年7月,原告与原用人单位解除劳动合同,同时将社会保险关系从西安某高压电气股份有限公司转移至西安市职业介绍服务中心缴纳。

自2010年6月18日起,原告未经请

假连续旷工。同年6月24日，被告以原告旷工已达3天以上为由做出解除与原告的劳动关系书面决定，通过留置、拍照的方式送达原告。同年7月1日，原告以被告拖欠其工资为由提出与被告解除劳动关系，通过邮寄的方式送达被告。同年7月2日，原告以被告拖欠其工资等提起仲裁申请，后不服仲裁裁决向本院提起诉讼。

另查明，2007年6月1日，被告已就制定公司的规章制度（含考勤制度、安全生产制度等）征得职工同意。在考勤制度的第二条明确规定，职工未经批假而休假者，视为旷工，旷工三天以上予以辞退。规章制度、考勤制度、安全生产制度制定后，被告以张贴上墙的方式对全体职工进行了告知，当日还要求职工在《规章制度告知签收表》签字。

本院认为：对原告要求被告支付工资36,000元的诉请，被告认为：2010年2月10日、11日，被告以支付现金和打卡的方式共计付给原告70,080元，其中40,080元系原告妻子张某2008年2月至2010年2月期间的工资，30,000元中有6,000元系预发原告妻子张某2010年度的工资，24,000元系预发原告高某的工资。被告提

供领款凭证证明原告高某代替原告妻子张某领取2008年2月至2010年2月期间工资40,080元的事实。原告对被告通过银行打卡的30,000元有异议。第一次在仲裁开庭时,原告认为被告于2010年2月10日支付了10,080元,同年2月11日被告又通过打卡的方式一次性支付余款30,000元,30,000元包含在2010年2月10日应由被告支付的40,080元内(见仲裁笔录第8页第18至19行)。所以被告仍然拖欠原告2010年2月至6月期间的工资未付。第二次在一审诉讼期间,原告认为,对农业银行的30,000元汇款,这是曹某某还给高某的50,000元欠款(见2011年5月6日的证据交换笔录第9页第6行)。本院认为,原告对银行打卡30,000元存有异议,前后说法不一,缺乏证明力。被告则通过持有原告高某某签名的领款凭证、银行打卡回单来加以证明其主张,被告提供的书证证明力大于原告口头陈述的证明力,故本院对原告所述被告未支付其2010年2月至6月期间工资的说法不予采信,对被告预发原告2010年度24,000元工资的事实予以确认。据此本院确认,被告已预发原告2010年度24,000元,依照原告月工资标准6,000元计算,被告还应支付原告2010年2月至6月期间的余下

工资 12,000 元。

对原告主张被告支付加付赔偿金 36,000 元之诉请，按《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）》第三条的规定，法院有权就加付赔偿金作出处理。加付赔偿金的数额以拖欠的工资 12,000 元为基数，在《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条的规定的幅度内酌定为 7,200 元（60%）。

对原告要求被告给付社会保险补贴 4,000 元的诉讼请求，本院认为：社会保险制度是经法定程序确立，由政府主管部门组织和管理，劳动者及其所在单位共同承担缴费义务，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得经济帮助和补偿而制定的社会保障制度。《中华人民共和国劳动法》明确规定用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。因此，依法参加社会保险，缴纳保险费用，是用人单位和劳动者法定责任和义务。用人单位缴纳的社会保险费除一部分纳入社会统筹外，其余转入劳动者个人帐户。因此双方约定由原告直接给付被告补贴社保费用，违反了《劳动法》有关规定，属无效条款，故对该诉讼请求不予支持。

对原告主张被告支付其解除劳动关系经济补偿金之诉请，本院认为：依据《中

《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款之规定,劳动者严重违反用人单位规章制度的,用人单位可以与其解除劳动合同关系。被告单位的规章制度(含考勤制度、安全生产制度等)已征得职工同意并公示,其内容不违背法律、行政法规的规定,且不存在明显不合理的情形,依有关规定应作为处理劳动争议的依据。自2010年6月18日起,原告未经请假连续旷工。被告于2010年6月24日按公司的规章制度以原告旷工三天以上为由做出与其解除劳动合同关系,符合法律规定,其行为有效。原告于2010年6月30日以拖欠工资为由单方与被告解除劳动合同关系。庭审中,被告以相关证据证明做出解除劳动合同关系决定在前,原告以被告拖欠其工资为由与被告解除劳动合同关系在后,故本院对原告主张被告支付其解除劳动合同关系经济补偿金诉请不予支持。

法院作出如下判决:

一、被告某机械有限公司于本判决生效之日起十日内一次性支付原告高某2010年2月至6月期间的余下工资12,000元,并支付加付赔偿金7,200元,合计19,200元。

二、驳回原告高某的其它诉讼请求。

.....

 解：

本案有 4 个法律要点：

- 当事人对自己提出的主张负有举证责任；
- 对于拖欠劳动报酬的案件，劳动者要求用人单位支付加付赔偿金的，法院有权就加付赔偿金作出处理；
- 双方约定有用人单位直接给付劳动者补贴社保费用不合法，属无效条款；
- 在员工有《劳动合同法》第 39 条规定的“严重违反规章制度”、“严重失职给用人单位造成重大损害”等情况时，用人单位合法解除劳动合同不需支付经济补偿金。

本案中：

1) 原告对被告所支付的工资的质疑没有提出有力的证据，而被告提供的书证证明力大于原告口头陈述的证明力。故法院对原告所述被告未支付其 2010 年 2 月至 6 月期间工资的说法不予采信，对被告预发原告 2010 年度 24,000 元工资的事实予以确认。据此法院确认，被告已预发原告 2010 年度 24,000 元，依照原告月工资标准 6,000 元计算，被告还应支付原告 2010 年 2 月至 6 月期间的余下工资 12,000 元。

2) 对原告主张被告支付加付赔偿金 36,000 元之诉请，按《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 3 条的规定，法院有权就加付赔偿金作出处



理。加付赔偿金的数额以拖欠的工资 12,000 元为基数，在《中华人民共和国劳动合同法》第 85 条的规定的幅度内酌定为 7,200 元。

3) 社会保险制度是经法定程序确立，由政府主管部门组织和管理，劳动者及其所在单位共同承担缴费义务。因此双方约定由原告直接给付被告补贴社保费用，违反了劳动法有关规定，属无效条款，对原告要求被告给付社会保险补贴 4,000 元的诉讼请求，法院不予支持。

4) 被告单位的规章制度内容合法，已通过民主程序并公示，可以作为处理劳动争议的依据。被告于 2010 年 6 月 24 日按公司的规章制度以原告旷工三天以上为由解除与其劳动关系，符合法律规定。

操作提示：

企业须特别留意，在《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)》公布之前，《劳动合同法》第 85 条规定的对劳动报酬、加班费或者经济补偿金拖欠的处罚，是法律赋予劳动行政部门的权利。因此，责令用人单位以百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金的处罚，只能由劳动行政部门来行使。现在，劳动者可以就上述问题直接向法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金了。

 问：解除或终止劳动合同，未支付经济补偿金，用人单位要付赔偿金吗？

 答：用人单位如果存在解除或终止劳动合同后，未支付经济补偿金的情况，须留意，劳动者可能选择下列程序来主张自己的权利，要求经济补偿金或者赔偿：

1) 申请劳动行政部门的处罚

用人单位有下列情形之一的，依照《劳动合同法》由劳动行政部门责令限期支付经济补偿金。逾期不支付的，按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准责令向劳动者加付赔偿金：

.....

- 解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的；

.....

2) 直接向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 35 条、第 85 条；
2. 《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 3 条；

 例：

2007 年 10 月 19 日，原告陈某到被告安徽某化工重庆有限公司工作，双方签订了《劳动合同书》，合同期限：2007 年 10

月19日至2012年10月19日。双方在合同中约定：1、工资标准4,000元/月（含税，不含保险）；2、住宿、就餐由公司承担（暂时）；3、电话费报销200元/月（扣除50元/月自用，以后按公司规定办）；4、解决其爱人工作（按吴董事长、杨总约定办）。该《劳动合同书》载明陈某为中专文化。

2008年2月13日，陈某以“杨某”的名义向被告递交了请假条：“尊敬的公司领导：由于老婆生小孩需照顾，特请假三天（2月13日至15日），望批准为感。请假人：杨某”。

2008年11月23日，被告单位总公司安徽某化工股份有限公司作出《关于全公司调薪的通知》：“全体员工：由于受当前金融危机及行业面临的双重压力影响，公司生产经营及销售遇到历史性的空前困难，……考虑多数员工与公司一起成长、发展，公司领导不提倡裁员，但毕竟当前公司面临多重危机，为确保此次公司平稳过度，让每个人能够在公司长远发展，经公司研究决定对全公司所有岗位员工进行调薪，具体内容如下：一、职能部门调薪幅度，高管：年薪下调30%；经理级（含

副经理)：月薪下调15%；主管级(含生产系统车间主任、副主任、技术员、工艺主管、研究员)：月薪下调10%；……三、自2008年12月份工资(即2009年元月份发放工资时)开始下调。……”被告收到该通知后，将该文件在部分员工中进行了传阅，陈某传阅后，在“来文传阅单”上签了“杨某，2008.12.2”。

2009年10~12月，被告向陈某发放的工资为基本工资2,000元、岗位工资420元，合计2,420元。

2010年1月18日，被告决定与原告终止劳动关系，并制作了“终止劳动合同一次性经济补偿金”表，向原告发放了终止劳动合同一次性经济补偿金3,800元。此后，原告未在被告处上班。

2010年10月26日，陈某向重庆市某区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，以安徽某化工重庆公司违法与其解除劳动合同为由，要求该公司支付其经济补偿金12,000元。2010年12月7日，该仲裁委员会作出某劳仲案字(2010)第××××-2号《仲裁裁决书》，裁决由安徽某化工重庆公司支付陈某解除劳动合同的经济补偿金2,035元。陈某对此不服，便向法院起诉。

法院认为：关于原告对被告作出的《关于全公司调薪的通知》是否知晓的问题。原告陈某在该“调薪通知”的传阅单上签了“杨某”字样，陈某辩称系自己代公司的另一员工杨某签名，但未提供该公司另一员工名“杨某”的证据，且被告否认除陈某外另有员工名“杨某”之事。结合陈某之妻邱某分娩后，陈某向被告公司请假照料其妻子时的请假条使用“杨某”的名字，本院认为陈某在被告公司曾使用过“杨某”的名字。由此认定被告的调薪通知原告陈某是知晓的，且陈某对该调薪通知中的调薪方案并未提出异议。因此，该调薪方案适用于原告陈某。

对陈某在被告公司是否属高级管理人员问题。被告称陈某为高级管理人员，陈某在就本劳动争议纠纷提起仲裁时称自己在“被申请人处从事高管工作”，由此可认定陈某在被告公司属高级管理人员。那么，被告公司调薪通知中“职能部门调薪幅度，高管：年薪下调30%……”对陈某是适用的。被告仅提供了2009年10~12月的工资表，但未提供发生劳动争议纠纷前12个月的工资表。由此，该工资表不能作为陈某发生劳动争议纠纷前12个月的工

资认定依据。本院按原、被告劳动合同中约定的陈某的月工资4,000元，结合其调薪通知，计算陈某在工资下调后的月工资为： $4,000\text{元} / \text{月} \times 12\text{月} / \text{年} \times 70\% \div 12\text{月} = 2,800\text{元}$ 。并以此作为原、被告发生劳动争议前12个月原告陈某的工资标准。

2010年1月18日，被告安徽某化工重庆公司决定与原告陈某终止劳动关系，并制作了“终止劳动合同一次性经济补偿金”表，原告陈某在该表上签字领取了被告发放的终止劳动合同一次性经济补偿金3,800元。原告对其诉称的自己当时拒绝，被告便不向其发放工资。当时正值年底，因经济紧张急需用钱，自己迫于无奈才在该单上签字，但这并非其真实意思表示等事实。因原告陈某未提供被告扣押其工资的证据，结合其系中专文化程度的情况，其诉称的自己签字领取非真实意思表示的意见，本院不予采信。原告诉称的该经济补偿金为其一个月的工资的意见，与该表载明“终止劳动合同一次性经济补偿金”的事实不符，对原告的辩解意见，本院不予采信。至于原、被告是否签订解除劳动关系的协议，是否办理离职交接手续，不影响原、被告劳动关系解除的事实认定，

且原告此后未在被告处上班。据此，本院认为原、被告的劳动关系于2010年1月18日解除。

尽管被告安徽某化工重庆公司于2010年1月18日决定与原告陈某“终止”劳动关系时，制作了“终止劳动合同一次性经济补偿金”表，原告陈某也签字领取了被告发放的“终止”劳动合同一次性经济补偿金3,800元。但该表体现不出原、被告对“终止”劳动合同时原告应得的经济补偿金的协商过程，也未载明其计算基数即对原告是按月工资标准的多少计算的，更体现不出主张了几年的工龄。据此，不足以证明原、被告就解除劳动合同的经济补偿金达成了一致意见。根据《中华人民共和国劳动合同法》“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。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：（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；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。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”之规定，原告自2008年1月1日《中华人民共和国劳动合同法》施行之日起至2010年1月18日解除劳动合同之日止，被告应按2.5个月工资标准向原告支付解除劳动合同的经济补偿金： $2,800\text{元/月} \times 2.5\text{月} = 7,000\text{元}$ 。扣除被告已支付的3,800元后，被告还应支付原告3,200元。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（四）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。”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）》第三条：“劳动者依据劳动合同法第八十五条规定，向人民法院提起诉讼，要求用人单位支付加付赔偿金的，人民法院应予受理”的规定，对原告要求被告支付赔偿金的请求本院予以

以支持。但本院只按被告未足额支付部分经济补偿金的百分之百主张赔偿金,即主张赔偿金 3,200 元。

依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、第四十六条、第四十七条、第八十五条、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)》第三条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定,判决如下:

一、由被告安徽某化工重庆有限公司在本判决生效之日起 10 日内给付原告陈某解除劳动合同的经济补偿金 3,200 元、赔偿金 3,200 元;

二、驳回原告陈某的其余诉讼请求。

 解:

本案有三个法律要点:

- 用人单位与劳动者只有在协商一致的情况下,才可以变更劳动合同的内容;
- 用人单位与劳动者协商一致下,可以解除劳动合同,但要支付经济补偿金;
- 解除或者终止劳动合同,依法应当向劳动者支付经济补偿金的,应当在劳动者办结工作交接时支付,不可迟延。用人单位未依法及时向劳动者支付经济补偿

金的，劳动者提起诉讼要求支付经济补偿金及 50% ~ 100% 的加付赔偿金的，法院可以受理。

本案中：陈某对于用人单位的调薪方案进行了签字，并未提出异议。因此，该调薪方案适用于原告陈某。

 操作提示：

1) 用人单位要变更劳动合同，一定要与劳动者协商，在协商一致的情况下，应当采用书面形式来把协商的内容正式固定下来，留案存档。

2) 用人单位未及时足额支付劳动报酬的，安排劳动者加班不支付加班费的，解除或终止劳动合同未依法支付经济补偿金的，劳动者有权要求用人单位按照应付金额 50% ~ 100% 的标准，向其加付赔偿金。

 问：用人单位支付了违法解除或终止劳动合同的赔偿金后，还要支付经济补偿金吗？

 答：《劳动合同法实施条例》第 25 条规定，用人单位违反《劳动合同法》的规定解除或者终止劳动合同，依照《劳动合同法》第 87 条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

本条明确了用人单位支付赔偿金后不再支付经济补偿。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 87 条；
2. 《劳动合同法实施条例》第 25 条。

 例：

2009 年 8 月 12 日，潘某某与某公司签订《服务协议》，约定：潘某某在某公司的服务期限为 3 年，即 2009 年 8 月 12 日至 2012 年 8 月 11 日。2009 年 11 月 20 日，某公司以潘某某不胜任工作及不愿和某公司签订劳动合同为由，与潘某解除劳动合同关系，并出具了《终止或解除劳动关系证明》。

潘某某向广州市黄埔区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁请求为：某公司支付半个月工资的解除劳动关系经济补偿金 1,500 元；支付违法解除劳动合同的赔偿金 3,000 元等。

2010年4月26日，广州市某区劳动争议仲裁委员会做出《仲裁裁决书》，裁决：某公司在裁决书生效之日起三日内一次性支付违法解除劳动合同赔偿金3,000元等；驳回潘某某的其他仲裁请求。潘某某不服该裁决，向原审法院提起诉讼。

原审法院认为：

.....

五、关于违法解除劳动合同的经济补偿金、赔偿金的问题。

依照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十五条的规定，某公司作为用人单位违反《中华人民共和国劳动合同法》的规定解除劳动合同，依照该法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。违法解除劳动关系的赔偿金的计算年限自用工之日起计算。潘某某在某公司工作不足半年，某公司应依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定，按经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金，为3,000元。

.....

原审法院作出如下判决：

.....某公司在判决生效之日起三日内向潘某某支付违法解除劳动合同赔偿金

3,000元……

判后，潘某某、某公司不服，均向本院提起上诉。

潘某某上诉称：

……从2009年8月11日至11月29日止，其在某公司工作4个月，根据《劳动法》第二十六条、第二十八条、《劳动合同法》第四十七条的规定，某公司应支付其半个月工资的解除劳动关系经济补偿金1,750元。此外，根据《劳动合同法》的规定，某公司还应支付其违法解除劳动关系的赔偿金3,500元……

二审法院对原审法院支付赔偿金3,000元，不再支付经济补偿金的认定予以支持。

 解：

本案的法律要点是：

- 用人单位违法解除劳动合同支付了赔偿金，不再需要支付经济补偿金。

本案中，某公司以潘某某不胜任工作及不愿和某公司签订劳动合同为由，与潘某解除劳动关系，但没有证据来支持自己的主张，系违法解除劳动合同。依法按经济补偿标准的二倍向劳动者支付违法解除劳动合同的赔偿金。对潘某某以其在某公司工作4个月，不到半年，某公司还应支付其半个月工资的解除劳动关系

经济补偿金 1,750 元的请求，法院不予支持。

 操作提示：

1) 用人单位在解除与员工的劳动合同时，要具有法定理由，并有证据支持自己的主张。

2) 用人单位要注意解除劳动合同须支付经济补偿金和赔偿金的情形及两者的区别和适用的条件。



2012最新劳动法案例大全解析

管理者劳动法实务手册

人力资源总监必读手册 劳动者普法知识手册

向员工索赔



北京易中创业科技有限公司

易中

终生的管理伙伴



目 录

70

向员工索赔

向员工索赔	70-010 什么情况下员工对用人单位有 赔偿责任
	70-020 因员工原因致使劳动合同无效， 用人单位可以索赔吗
	70-030 员工辞职，用人单位可以要求 其承担违约金吗
	70-040 员工未完成服务期便跳槽，可 以索赔吗
	70-050 因员工的原因使服务期无法完 成，可以索赔吗
	70-060 员工违反竞业限制协议，可以 索赔吗
	70-070 员工违反有关商业秘密的约定， 可以索赔吗
	70-080 员工赔偿的标准是什么



 问：什么情况下员工对用人单位有赔偿责任？

 答：员工违反《劳动合同法》中有关服务期和竞业限制的明确规定，或者员工有过错造成用人单位损失的，对用人单位有赔偿责任。具体而言，包括以下几种情况：

- 劳动者违反按《劳动合同法》第 22 条所约定的服务期，应当按照约定向用人单位支付违约金；
- 劳动者违反《劳动合同法》相关规定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者承担赔偿责任；
- 劳动者违反劳动合同中约定的保密义务，应当按照约定支付违约金。对用人单位造成经济损失的，劳动者承担赔偿责任；
- 劳动者违反劳动合同中约定的竞业限制义务，应当按照约定支付违约金。对用人单位造成经济损失的，劳动者承担赔偿责任；
- 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；
- 因劳动者的过错致使劳动合同被确认无效，给用人单位造成损害的，劳动者应当承担赔偿责任。

参考法规:

1. 《劳动合同法》第22条、第23条、第86条、第90条;
2. 《反不正当竞争法》第10条。

 例:

刘某为天津某商场的内保员工。一天,刘某未经相关部门允许,驾驶林德牌叉车,致使该车撞在安全出口处的铁栏杆上,造成叉车多处严重损坏。商场为修复该叉车支付修理费4.3万余元。为保证商场的正常运营,商场又另外租借叉车,共支付租金9,000余元。

刘某没有叉车驾驶证。

商场起诉至天津市红桥区人民法院,要求刘某赔偿损失5.2万余元。

刘某表示,他是在履行工作任务过程中发生的事故,不存在过错。当时他在收货部报损,使用叉车对报损物品进行碾轧破坏。工作完成后将叉车送到“空包装”处车位的过程中,踩刹车时感觉失灵,叉车撞到了安全出口处的铁栏杆上。

刘某还认为。叉车的钥匙由原告商场收货部管理,商场方说他无证驾驶却又将叉车钥匙交给他,因此可以认为原告未尽审查管理的责任,对此事故的发生应承担赔偿责任,故请求法院驳回原告的诉讼请求。

天津市红桥区人民法院认为:

- 刘某在原告商场工作期间，在不具有驾驶叉车资格的情况下，擅自驾车作业造成事故，应承担一定的责任。
- 但是，商场作为车辆的所有人、管理者，对员工违章驾车作业未及时制止纠正，未尽到管理职责，对事故的发生应承担主要责任。
- 因此对事故造成的损失，原告和被告应按主次责任予以分担。

天津市红桥区人民法院经审理后，认定该员工应承担商场损失的40%，即赔偿商场人民币2.1万余元。

 解：

本例的法律要点是：

- 员工在履行职务期间给用人单位造成损失、员工存在过错的，应当赔偿损失。

本案中，刘某无证驾驶叉车作业，是存在过错的，给商场造成了损失，因此用人单位可以向其索赔。

但是，商场未尽对叉车的管理职责也是刘某能够完成“无证驾驶”这一行为的主要原因，因此要负主要责任。

法院因此判决刘某对商场的损失承担部分责任，是正确的。



 操作提示：

1) 用人单位向员工进行小额索赔往往有较多执行上的困难。用人单位应当在规章制度中或劳动合同中就员工的赔偿程序，比如是否可以抵扣工资等，进行明确规定。

2) 就员工赔偿的范围进行约定或规定也是非常有用的措施。

 问：因员工原因致使劳动合同无效，用人单位可以索赔吗？

 答：可以，但前提是该无效事实给用人单位造成了损失。

根据《劳动合同法》第86条规定，因劳动者的过错，使劳动合同依照《劳动合同法》第二十六条规定被确认无效，给用人单位造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动合同无效后，原合同对工资的约定也无效。但根据《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14条的规定，用人单位仍需对劳动者付出的劳动支付报酬，标准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。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第26条、第82条；
2. 《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14条。

 例：

张某（化名）为北京一家高科技公司高管。2003年8月1日，在签订《劳动合同》的同时，也签订了《保密、竞业限制协议》，双方约定张某在该公司任总裁助理，每月工资8,000元，另外，公司按月支付保密及竞业限制补偿金给张某，张

某负有在离职后三年内保守公司秘密及竞业限制义务。

2005年8月1日,双方又续签劳动合同和保密竞业限制协议等,张某的月工资增加到12,000元。

张某应聘时提交复旦大学双学士学位。

2007年6月,因张某有严重违纪行为,高科技公司与其签署了《解除劳动合同协议》,约定公司支付张某相当于四个月工资标准的经济补偿金和一个月替代期工资共计60,000元作为全部补偿。

2007年8月10日,张某持与公司签订的《保密、竞业限制协议》提起劳动仲裁,要求公司支付竞业限制补偿金20万元。

接到仲裁委通知后,高科技公司向复旦大学核实,方知张某的复旦大学文凭纯属伪造,于是向劳动争议仲裁委提起反诉,要求确认:

1、《劳动合同》、《保密、竞业限制协议》、《解除劳动合同协议》无效;

2、张某向公司返还经济补偿金60,000元和多得的工资,并赔偿公司经济损失。

但仲裁裁决支持了张某主张竞业限制补偿金的请求,裁定公司方反诉已过仲裁时效不予受理。

公司方不服诉至法院。

一审法院认为：

了解劳动者真实状况是用人单位的权利，而如实说明自身状况是劳动者必须履行的义务。学历是公司与张某建立劳动关系的必备条件；张某向公司提供了虚假的学历证明，在此基础上双方订立的劳动合同应属无效。

由于《劳动合同》的无效，《保密、竞业限制协议》、《解除劳动合同协议》也为无效合同，张某理应返还据此收取的补偿金及部分多得的工资，并应赔偿公司的经济损失，合计7万余元。

张某不服，上诉至北京市中级人民法院。2008年5月12日，北京市中级人民法院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 因为员工过错致使劳动合同无效的，应当赔偿公司的损失；
- 劳动合同无效的，依附于劳动合同的竞业限制协议、保密协议也无效，员工应当返还据此获得的利益。

本案中，张某提供虚假学历材料骗取高科



技公司签订劳动合同，公司主张劳动合同无效，获得法院的支持。因为保密、竞业限制协议是从属于劳动合同的，劳动合同无效了，保密、竞业限制协议也因此无效。

因为合同、协议无效的原因是张某导致的，因此张某负有赔偿损失的责任。

 操作提示：

因为员工原因致使劳动合同无效时，用人单位可以要求员工赔偿损失，但用人单位需要就损失举证。

 问：员工辞职，用人单位可以要求其承担违约金吗？

 答：不可以，除非员工辞职行为违反了服务期的约定。

员工辞职另谋职业是员工劳动选择权的体现。因此，《劳动合同法》第25条明确规定，用人单位只有在涉及“服务期”和“竞业限制”时可以约定违约金。

在《劳动合同法》实施以前，法律未明确禁止“跳槽违约金”。但是《劳动合同法》实施后，要求员工仅就辞职行为支付违约金的要求，无论以规章制度或劳动合同的方式规定，都是违反法律强制规定的。

参考法规：

1. 《劳动法》第3条；
2. 《劳动合同法》第22、第23条、第25条。

 例：

许某在上海一家私营企业从事产品设计工作。2009年7月，双方签订了为期3年的劳动合同，双方在合同中约定在合同期间如果职工提出解除劳动关系的，要支付给企业违约金5,000元。

2010年年初，许某找到了一家新企业。于是，许某提前30日向企业提出解除劳动合同。企业答复许某解除合同可以，但因为是许某提出解除劳动合同，根据合同的约定许某必须支付企业违约金5,000

元, 否则不予同意。

但许某没有同意支付违约金, 几经交涉企业仍不为许某办理退工手续, 于是许某向劳动仲裁委员会申请劳动仲裁, 要求企业办理退工等手续。

企业提出, 许某进入企业时所签订的合同完全是自愿的, 并没有强迫其签订, 况且许某是具有行为能力的, 其本人也签字认可的, 双方在合同中有约定应该按照约定来履行。希望仲裁委员会不要支持许某的请求。

劳动仲裁委认为, 企业与许某在合同中任意约定违约金, 约定只要职工提出解除劳动关系, 即要其支付企业违约金的条款缺乏法律依据, 因此, 企业应该为许某办理退工登记备案手续。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 用人单位与员工约定“辞职违约金”是无效的。

本案中, 许某的劳动合同虽未到期, 而且劳动合同中约定了许某单方面解除劳动合同需支付违约金, 但因为这一约定违反了《劳动合同法》的规定, 属于无效的约定, 因此许某的主张得到了仲裁支持。

 操作提示：

企业通过约定辞职违约金的方式防止跳槽、强留员工是没有任何约束力的方法，不宜采用；企业应注意采用企业文化建设等方法来挽留员工。



 问：员工未完成服务期便跳槽，可以索赔吗？

 答：可以，前提是关于服务期的约定有专业技术培训的事实支持。

《劳动合同法》第22条明确允许用人单位在提供专项培训费用对员工进行专业技术培训的前提下与员工约定服务期，并可以就此约定违约金。

参考法规：

《劳动合同法》第22条。

 例：

郑某2004年8月1日入职于烟台某技术有限公司。劳动合同期限自2004年8月1日至2014年7月30日。双方约定，期间企业负责安排郑某到日本研修培训，回国后郑某必须回公司工作，十年内不得调动或辞职。如若违反，郑某必须在调动或辞职前30天内向该公司支付10万元违约金，全额返还公司为郑某支付的赴日机票费、生活费、研修费。

2004年8月至2005年6月，公司安排郑某到日本进行研修培训。郑某学成回国后回到原单位工作。2008年5月20日，郑某突然以个人原因向公司提出书面辞职申请，并于2008年6月3日离开公司。期间，郑某并没有按劳动合同的约定支付

违约金以及返还公司已支付的赴日往返机票费、生活费、研修费用。

技术公司向烟台市劳动仲裁委员会申请仲裁。

烟台市劳动仲裁委员会裁决郑某支付该公司违约金。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 用人单位提供专项培训费用对员工进行了专业技术培训，并就此约定服务期和违约金的，约定有效；
- 员工违反有效的服务期违约金约定的，应当支付违约金。

本案中，技术公司与郑某事先约定了将提供费用送郑某赴日研修，并就此约定了10年的服务期和违约金。郑某事后违背了约定，应当承担违约赔偿责任。烟台劳动仲裁委员会的裁决是正确的。

 操作提示：

与员工约定服务期违约金的，必须是真实进行了专项技术培训。企业应当注意保存有关专项培训费用的证据。

 问：因员工的原因使服务期无法完成，可以索赔吗？

 答：是的，即使员工没有主动辞职，但只要是因为员工过错致使劳动合同解除，使约定的服务期无法完成的，用人单位也可以向员工索赔。

《劳动合同法》第22条明确允许用人单位在提供专项培训费用对员工进行专业技术培训的前提下与员工约定服务期，并可以就此约定违约金。

《劳动合同法》第22条还明确规定，只要是劳动者违反了服务期约定，就应按约支付违约金。换句话说，“员工主动辞职”并不是用人单位索赔的必要条件。只要服务期未完成的原因不是由用人单位造成的，劳动者就应支付违约金。

参考法规：

《劳动合同法》第22条。

 例：

王某为烟台某造船公司员工。烟台开发区某造船公司支付3,000元培训费，把职工王某送到培训基地接受培训，双方为此订立了五年的劳动合同作为服务期并约定了违约金。

2009年，王某因严重违反单位的规章制度，被单位解除劳动合同。此时王某

尚在服务期内。

造船公司向劳动仲裁委员会申请要求王某支付违约金。

烟台开发区劳动争议仲裁委认为:

王某因违纪行为违反了《公司人事规定》，导致双方劳动合同的解除，过错并不在单位，王某应对其过错承担责任。

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”等相关规定，仲裁委裁决王某于裁决书生效之日起7日内向单位支付违约金2,950元。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 劳动者服务期未完成的，应支付服务期违约金；
- 即使是用人单位解除劳动合同造成服务期未完成，只要用人单位解除合同合法

且劳动者存在过错，劳动者依然要支付服务期违约金。

本案中，王某因违反单位规章制度而被解除劳动合同，合同解除时服务期未完成，因此被要求支付违约金，得到了劳动仲裁委员会的支持。

 操作提示：

1) 有服务期约定的员工若不遵守企业的规章制度，企业可以在单方面解除劳动合同的同时要求员工支付违约金。

2) 建议用人单位在签订有关服务期的协议时，应就服务期违约金的担保问题进行约定。

 问：员工违反竞业限制协议，可以索赔吗？

 答：是的，员工违反了竞业限制协议，用人单位可以按照约定要求员工支付违约金。

《劳动合同法》第 23 条明确规定用人单位可以与负有保密义务的员工约定竞业限制协议，并就违约行为约定违约金。并规定劳动者违反约定的应当按约定支付违约金。

但用人单位应注意，《劳动合同法》第 24 条明确规定了能够约定竞业限制事宜的员工范围。与该范围外的人签订的竞业限制协议无效，其关于违约金的约定也就无效。

参考法规：

《劳动合同法》第 23 条、第 24 条。

 例：

2003 年 12 月 5 日，刘某与 A 公司签订了一份有效期至 2006 年 12 月 4 日的劳动合同，同日签订了一份《保密与同业禁止协议》。后双方续订劳动合同至 2007 年 12 月 4 日。

2007 年 7 月 13 日，A 公司单方以刘某参与发起设立 B 公司，违反《保密与同业禁止协议》为由解除了与刘某的劳动关系。同时，A 公司以刘某违反《保密与同业禁止协议》为由向劳动仲裁委员会申诉，仲裁委员会裁决刘某向 A 公司支付同业禁止

违约金 20 万元。

刘某不服裁决诉至法院。

法院经审理认为:

- 刘某主张其对成为 B 公司的股东并不知情, 工商注册材料上的名字并非其本人所签, 且其身份证系在不知情的情况下被他人用于 B 公司的工商注册手续。刘某作为完全民事行为能力人, 应当意识到出借身份证件可能产生的法律后果, 故法院对刘某的该项主张不予采信, 并认定刘某参与发起设立了 B 公司;
- 刘某在与 A 公司存在劳动关系期间参与发起设立 B 公司的行为违反了《保密与同业禁止协议》的约定义务, 其应承担违约责任;
- 但因协议约定的违约金数额明显过高, 故法院将根据刘某的过错程度, 酌定其应承担的违约金数额。

法院于是判决刘某向 A 公司支付同业禁止违约金 5 万元。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 员工违反竞业限制协议, 应向用人单位

承担违约责任；

- 竞业限制协议并不仅仅适用于员工离职以后，用人单位可以与员工约定在职期间的竞业限制条款；
- 竞业限制违约金明显过高的，法院可能会主动进行调整。

本案中，刘某在职期间参与发起 B 公司的行为违反了其与雇主的同业禁止协议，依约定应承担违约责任，支付违约金。

但法院认为其违约金数额的约定明显过高，于是依职权进行调整，判决刘某支付 5 万元违约金。

操作提示：

1) 用人单位与员工约定竞业限制协议时，应当注意审查其是否属于可以约定竞业限制的范围，避免造成协议无效并承担因此而产生的法律后果。

2) 用人单位应注意竞业限制违约金的数额约定不宜失去显然的公平性，否则有可能会造成约定无效。

 问：员工违反有关商业秘密的约定，可以索赔吗？

 答：可以。即使用人单位与员工没有约定，只要员工侵犯了企业的商业秘密权，企业依然可以要求员工赔偿损失。

《劳动合同法》允许用人单位与劳动者就企业的商业秘密约定相关保密事项。同时，《反不正当竞争法》规定企业的商业秘密受到保护，侵犯企业商业秘密权的，应当赔偿损失。

因此，如果双方有约定的，可以按约定索赔。在此基础上，用人单位还可以就损失进行索赔。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 23 条；
2. 《反不正当竞争法》第 10 条。

 例：

邓某为上海某塑胶公司员工。2003 年 5 月 9 日，邓某向塑胶公司提出解除劳动合同，公司表示同意。同一天，双方签订了补充合同一份，主要内容为：“双方约定，邓先生的脱密期为两年即从双方解除劳动合同之日起两年内（2003 年 5 月 10 日到 2005 年 5 月 9 日），邓先生不得任职于其他任何与该塑胶公司从事同样或类似产品的工作岗位，塑胶公司一次性支付邓先生保密费 2 万元，邓先生若违反本补充合同，应赔偿公司的所有损失并支付违约金 8 万元。”

在签订合同的同时，塑胶公司就将补充合同约定的保密费2万元交给了邓某。

2004年2月26日，塑胶公司发现邓某在保密期内从事和自己同类产品的工作，就向上海市嘉定区劳动争议仲裁委员会提起仲裁，要求邓某支付违约金8万元。

该委员会裁决认为塑胶公司依据不足，驳回了塑胶公司的请求。

不久，塑胶公司向公安机关报案，认为邓某侵犯自己的商业秘密。经公安机关查实，邓先生在离开该塑胶公司的第二天，即2003年5月10日就进入另一塑胶有限公司工作，并任公司下属玩具厂厂长职务。

为此塑胶公司于2005年4月28日再次提出仲裁，但上海市嘉定区劳动争议仲裁委员会认为塑胶公司的请求已作出过裁决，向该公司出具了通知书一份，决定不予受理。

2005年5月8日，塑胶公司向嘉定区人民法院提出起诉，要求邓某支付违约金，但将赔偿金额变更为4万元。

邓某认为，他与老东家的劳动争议已由上海市嘉定区劳动争议仲裁委员会作出裁决，塑胶公司在裁决8个月后才起诉，已超过诉讼时效，要求法院驳回塑胶公司的诉讼请求。

法院审理后认为：

- 邓某与塑胶公司之间签订的保密合同和补充合同是竞业限制条款，该合同是当事人的真实意思表示，合法有效，当事人必须全面履行；
- 塑胶公司在2004年2月提起的仲裁，因未提供足够证据而未获支持，但事后该塑胶公司获取了邓某在另一塑胶有限公司工作的证据，且所从事的工作和老东家的经营范围基本相同，塑胶公司在双方签订的保密合同期限内起诉，未过法定的两年诉讼时效，邓某认为已过诉讼时效的意见，缺乏事实和法律依据，法院不予采信；
- 邓某在签订补充合同的次日就进入另一塑胶有限公司工作，并担任该公司下属玩具厂的厂长，所从事的工作和原公司的经营范围基本相同，违反了双方所签订的竞业限制条款的约定，构成违约；
- 基于以上认定，塑胶公司的诉讼请求合法有据，诉请的4万元违约金也未超过双方约定。

法院遂作出支持塑胶公司的一审判决。



 解：

本案提示了以下法律要点：

- 用人单位与劳动者签订的合法有效的保密协议对员工有约束力；
- 员工违反合法有效的保密协议，用人单位可以依约索赔。

本案中，邓某与塑胶公司在双方协商解除劳动合同时签订了一份补充合同，该合同的实质是保密协议，其中基于保密目的约定了竞业限制条款。塑胶公司已经依约履行了支付保密费的义务。因此该协议有效。而邓某违反了合同约定，应当向用人单位承担违约责任。因此塑胶公司索赔的主张得到了法院的支持。

 操作提示：

1) 保密协议中可以约定竞业限制条款，也可以不约定竞业限制条款。但如果约定了竞业限制条款，就应当约定竞业限制补偿金，用人单位并应履行支付竞业限制补偿金的义务，否则便会导致协议无效。

2) 无竞业限制条款的保密协议依然可以约定违约金。由于法律对竞业限制的人员范围、补偿金有较严格的限定，企业应当尽量将保密协议与竞业限制协议分开签署，避免因竞业限制协议无效造成保密协议无效。

3) 企业签订保密协议时，应当注意在协议中或在规章制度中对商业秘密的范围作出相应规定，以加强保密协议的可行性。

 问：员工赔偿的标准是什么？

 答：员工赔偿的标准分为三种情形计算：

- 在有关服务期的情形中，员工赔偿的标准是服务期协议中约定的违约金，并且不得超过未完成的服务期应当分摊的培训费用；
- 在有关保密和竞业限制的情形中，员工赔偿的标准是协议中约定的违约金；如果造成了损失且违约金不足以弥补损失的，还可以要求赔偿额外的损失；
- 在员工给企业造成损失的情形中，赔偿的标准是损失额。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第22条、第23条、第86条、第90条；
2. 《反不正当竞争法》第10条。

 例：

蔡某系某公司职工。双方于2004年4月26日签订了期限自2004年3月31日至2006年3月31日止的劳动合同，约定蔡某担任出纳工作。

2004年4月30日，某公司的法定代表人孙某指派蔡某将15万元人民币兑换成港币。蔡某与另两位同事持15万元的现金支票到华夏银行陆家嘴分行取款后，至张杨路崂山东路某银行附近与他人私下

交易。对方验看人民币真伪后,要求蔡某等人在原地等候,其回去取港币。蔡某等人久候未见该人返回。蔡某等人返回公司后发现15万元人民币已被人调包,除两张百元面额的人民币外,其余均为冥币。蔡某当即向警方报案,但该案至今未侦破。

某公司在蔡某的2004年4月工资中扣发岗位工资300元、考核奖金500元。同年5月,某公司将蔡某调至前台担任接待工作。当月,蔡某申请辞职,实际工作至2004年5月17日。2004年6月11日,某公司为蔡某开具了劳动合同于2004年5月18日解除的退工证明。

2004年6月17日,蔡某申请仲裁,要求某公司办理退工手续,支付2004年4月工资差额800元、5月1日至5月17日工资963.30元。

2004年8月5日,上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会以蔡某在兑换港币过程中未尽“慎重审查”义务,应承担相应的责任,但某公司每月在蔡某工资中扣除的赔偿款不得超过蔡某当月工资的20%为由,裁决某公司支付蔡某2004年4月工资差额460元、5月工资845.13元。裁决后,双方均未提起诉讼。

2004年12月7日，某公司申请仲裁，要求蔡某赔偿人民币15万元。上海市浦东新区劳动争议仲裁委员会以某公司的请求不属受理范围为由，作出不予受理的决定。某公司后诉至法院。

法院认为：

- 劳动者在履行劳动合同过程中给用人单位造成损失，应根据法律规定承担相应责任。
- 某公司虽然在蔡某的2004年4月工资中扣发了岗位工资300元、考核奖金500元，并对蔡某调动了工作岗位，但双方并未就赔偿事宜达成协议，某公司亦未要求蔡某进行过赔偿。因此，蔡某认为某公司的起诉违反一事不再理原则的抗辩理由，法院不予采纳。
- 某公司的法定代表人指派蔡某将15万元人民币兑换成港币，但未给予蔡某到银行兑换港币所需的相应材料，故对于蔡某辩称系某公司法定代表人指派其私自兑换港币一节事实，法院予以采信。因此，蔡某私自买卖港币的行为，应视为职务行为。
- 蔡某身为财务人员，在明知私自买

卖港币违反《中华人民共和国外汇管理条例》的情况下，不但未予劝阻，反而接受指派前去兑换，并且在兑换过程中致15万元人民币被人调包，确实存在一定过错，某公司有权依据相关规定给予蔡某一定处分。

- 对于劳动者在履行职务行为过程中给用人单位造成的损失，劳动者是否应当承担赔偿责任，则应当综合考量劳动关系的特殊性和劳动者的过错程度予以确定。由于劳动者和用人单位的法律地位不同，用人单位既是企业财产的所有人、管理人，又是企业内部的管理者和监督者，所以一旦发生劳动者造成用人单位经济损失的情况，用人单位就具有双重身份，即既是受害人，又是劳动者的管理者。如果在此情况下让劳动者承担所有的赔偿责任，那么企业作为管理者就不再承担任何责任。且用人单位支付给劳动者的对价即劳动报酬与劳动者创造的劳动成果具有不对等性，企业作为劳动成果的享有者，更应承担经营风险。

同时，用人单位的每一项工作都由不同的劳动者来完成，如果严格要求劳动者根据其过错承担赔偿责任，实质是将企业的经营风险全部转移到劳动者身上，这对处于弱势地位的劳动者来说，不尽合理。

- 因此，通常情况下，只有在劳动者由于故意或重大过失，给用人单位造成经济损失的情况下，劳动者才负赔偿责任。如果劳动者没有过失或者仅存在轻微过失，则无须赔偿。
- 本案中，蔡某私自买卖港币是受单位指派，在交易过程中，为了防止出现意外，始终有两位同事陪同，发现被骗后又及时报警。可见蔡某尽到了一定的注意义务，发生损失后又积极进行补救，主观上对损失的发生并不存在故意或重大过失的情形，故某公司要求蔡某赔偿因犯罪分子的犯罪行为而造成的损失，法院不予支持。
- 此外，根据法律规定，用人单位与劳动者发生劳动争议后，提出仲裁要求的一方应当自争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提

出书面申请。逾期申请仲裁,其权利要求将不能通过仲裁及民事诉讼途径获得保护。某公司的损失发生在2004年4月30日,蔡某与某公司的劳动关系亦于2004年5月18日终结,但某公司迟至2004年12月7日才申请仲裁,显然超过了法定期限。故某公司要求蔡某赔偿损失,法院亦难以支持。

浦东新区法院遂作出判决,驳回了某公司的诉讼请求。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 劳动者在履行劳动合同过程中给单位造成损失的,如果劳动者存在故意或重大过失,则应承担赔偿责任。

本案中,蔡某虽然在履行劳动合同过程中,亦即执行单位指派的任务中,给单位造成了重大损失,但因其主观无重大过错,更无故意,所以法院否定其对单位承担赔偿责任的合理性。

换句话说,如果蔡某存在故意或重大过错,则法院就会支持单位对其索赔。

 操作提示:

- 1) 企业主张员工赔偿损失时,需要证明存在损失。

但企业利益具有多样性，有的利益很难以金钱计算；换句话说，有的损失很难以金钱计算。因此企业应当在规章制度中对“重大损失”的内容作出明确规定，或在劳动合同中对“重大损失”的内容作出明确约定。

2) 有时损失很难证明，也很难定义，比如有关企业无形资产的损失。所以在法律允许用人单位与员工约定违约金的情形中，企业应当尽量在劳动合同中与员工约定违约金。



2012最新劳动法案例大全解析

管理者劳动法实务手册

人力资源总监必读手册 劳动者普法知识手册

劳动争议的调解、仲裁与诉讼



北京易中创业科技有限公司

易中

终生的管理伙伴



目 录

80

劳动争议的调解、仲裁与诉讼

内部调解	80-010 申请劳动争议仲裁前必须经过协商和调解吗
	80-015 劳动争议双方协商达成的和解协议有法律效力吗
	80-020 仲裁前调解有什么作用
	80-025 企业必须设立劳动争议调解委员会吗
	80-030 企业劳动争议调解委员会如何运作
	80-040 劳动争议的仲裁前调解协议有强制效力吗
	80-045 劳动争议仲裁前的协商或者调解有期限吗？会影响申请仲裁的时效吗
	80-050 调解协议履行后还可以仲裁吗
仲裁程序	80-360 劳动争议可以不经仲裁程序直接起诉吗
	80-370 劳动争议仲裁委员会受理劳动争议纠纷有什么条件
	80-380 企业申请仲裁需要提交哪些材料
	80-390 可以不经仲裁直接起诉的情形有哪些

- 80-400 仲裁代表人制度有何应用意义
- 80-410 劳动仲裁须在何时申请
- 80-415 当事人撤回劳动争议仲裁申请后，在仲裁时效内还能再次申请仲裁吗
- 80-420 企业为什么会成为其他企业劳动争议仲裁的被申请人或第三人
- 80-430 企业作为第三人参加劳动争议仲裁有什么权利和义务
- 80-440 企业作为仲裁被申请人时可以提出反申请吗？有什么法律后果
- 80-450 希望劳动仲裁秘密进行，可以吗
- 80-460 可以要求更换仲裁员吗
- 80-470 可以要求仲裁庭延期开庭吗
- 80-480 仲裁申请人不出庭或中途退庭的，有何后果
- 80-490 仲裁被申请人不出庭、中途退庭有何后果
- 80-500 档案中对企业不利的证据，不交行吗
- 80-510 从立案到作出裁决要多长时间
- 80-520 何时员工可以直接申请法院支付令
- 80-530 接到法院支付令，企业怎么办
- 80-540 仲裁庭可以要求企业先予执行吗
- 80-550 收到先予执行裁决，企业怎么办
- 80-560 企业可以申请对员工先予执行吗



仲裁裁决书	80-680 如何理解劳动仲裁的“终局裁决”
	80-690 如何理解劳动仲裁的“非终局裁决”
	80-710 终局裁决的索赔数额有底线吗
	80-720 终局裁决书中可以有非终局事项吗
	80-730 劳动仲裁裁决书何时生效
诉讼	80-830 员工不服终局裁决，可以做什么
	80-840 企业不服终局裁决，可以做什么
	80-850 企业申请撤销终局裁决而员工起诉，会如何
	80-860 员工起诉终局裁决被驳回，企业怎么做
	80-870 申请撤销终局裁决书的理由可能有哪些
	80-880 撤销终局裁决的申请应在何时提交
	80-900 不服非终局裁决，可以做些什么
	80-910 员工可以不执行生效裁决、判决吗
	80-920 仲裁裁决被法院裁定不予执行后，当事人可以直接向法院提

起劳动争议诉讼吗

80-930 对仲裁裁决不服起诉时，可以增加诉讼请求吗

80-940 不服劳动争议仲裁裁决，当事人可以将劳动争议仲裁委员会列为被告提起行政诉讼吗

80-950 劳务派遣争议仲裁案件中，如何确定争议当事人



 问：申请劳动争议仲裁前必须经过协商和调解吗？

 答：不是。协商和仲裁前调解不是劳动争议的必经程序；当事人可以不经协商和调解直接申请仲裁。

《劳动争议调解仲裁法》规定，争议当事人不愿协商或达不成和解协议的，可以申请调解，而不愿调解或达不成调解协议的，可以直接申请仲裁。就是说，是否采用协商解决、参加调解或是否达成和解、调解协议完全出于双方自愿，任何人不得强迫当事人。因此，劳动者和用人单位都可以选择直接申请劳动争议仲裁。

2012年1月1日开始施行的《企业劳动争议协商调解规定》虽然在第23条规定了调解委员会可以在当事人没有主动申请的情况下主动调解争议，但前提仍然是须征得双方当事人同意，体现了当事人自愿原则。

在我国，调解是贯彻在整个劳动仲裁和民事诉讼过程中的，但仲裁前调解和仲裁、诉讼程序中由仲裁员或法官主持的调解不同。

劳动争议仲裁前调解，是指《劳动争议调解仲裁法》规定的仲裁前调解，即双方当事人在进入仲裁程序之前，按照自愿与合法原则所进行的调解，当事人在调解中达成的调解协议，不具有强制执行的效力，一方对调解协议反悔或拒不履行的，另一方当事人则可以选择申请

仲裁或向法院申请支付令，但无权直接将该调解协议作为向人民法院申请强制执行的依据。

而在仲裁和民事诉讼程序中，由仲裁员或法院主持实现的调解，如已经制作了民事调解书，则该民事调解书具有强制执行的效力，一方不履行调解书的，另一方可以向人民法院申请强制执行。

另外，企业拖欠或者未足额支付劳动报酬、拖欠医疗费、经济补偿金或赔偿金的，劳动者也可以直接向劳动行政部门投诉，而不选择调解、仲裁及诉讼的方式解决。

参考法规：

1. 《劳动法》第 79 条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 5 条、第 9 条、第 13 条；
3. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第 8 条、第 12 条、第 23 条、第 30 条。

 例：

王某 2009 年大学毕业后来到某建筑公司从事设计工作，公司与王某约定了高于市场平均水平的工资，但同时以此为由没有依法为王某交纳社会保险，王某几次与公司相关负责人进行沟通都被公司以各种理由搪塞过去，失去耐心的王某向街道调解中心递交了调解申请。

调解中心受理后委派调解员小李负责。

这是小李担任调解员后处理的第一起劳动纠纷，很想做出点成绩，但由于种种原因，十天过去了，双方一直没有达成调解协议。

小李越来越着急，最后在法律规定的十五天期限到来前，小李找到双方当事人强迫双方达成调解协议。

但公司对调解协议并不满意，之后也就没有履行调解协议，当王某向劳动仲裁委员会提起仲裁申请，要求公司履行调解协议时，建筑公司出示证据证明该调解协议是违法被迫签订的，王某因此承担了很不利的结果，一怒之下，向调解中心投诉了小李。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 调解虽然也是依靠专门组织机构解决劳动争议，但调解并不是劳动争议必经的程序，调解协议也不是参加调解必须完成的法律文件；
- 调解要基于双方自愿，任何人不能强迫当事人。

本案中，虽然王某申请调解，但调解以及调解协议的达成，应出于双方自愿，建筑公司有权拒绝调解，即便调解开始，双方也都有权拒绝对方的条件或者调解员提出的方案。调解

员小李和争议双方当事人都忽视了调解的自愿原则，将调解视为争议解决的必经程序，结果使争议双方的矛盾更加尖锐化。

 操作提示：

1) 企业面对劳动者提起的劳动争议调解申请，可以根据事件的实际情况选择接受或拒绝；对争议对方提出的调解条件和调解组织出具的调解方案，经衡量有损于企业利益的，企业可以拒绝。

2) 企业也可以根据实际情况主动选择调解或者直接选择仲裁方式。



问：劳动争议双方协商达成的和解协议有法律效力吗？

答：有。《企业劳动争议协商调解规定》第11条第1款明确规定：和解协议对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

虽然《劳动争议调解仲裁法》和《企业劳动争议协商调解规定》均规定：当事人达成和解协议后，一方当事人在约定期限内不履行的，可以申请调解或者仲裁，但这并不代表协商达成的和解协议对双方没有约束力。

根据《企业劳动争议协商调解规定》第11条第2款的规定，只要和解协议的产生程序与内容不存在法定无效或可撤销的情形，和解协议就是庭审中的有效证据，仲裁庭会根据和解协议确定的双方权利义务内容，直接审理当事人不履行和解协议有无合法的抗辩理由，从而判定不履行一方因此应当承担的法律责任。但是，争议当事人为达成和解协议而在协议中所认可的事实，在仲裁庭庭审中不作为证据。对于此点，尽管有法律明确规定，当事人宜在协议中予以明确。

因此，争议双方当事人在和解协议中确定双方权利义务时，需要认真与谨慎。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第4条;
2. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第11条。

 例:

刘某是某国有煤矿的井下作业人员,在煤矿工作已有8年。该煤矿为保证生产安全,在劳动纪律中明确规定“井下人员不得擅自离开工作岗位”,但煤矿巡查人员在2010年10月到12月间的检查中,多次发现刘某不在自己的工作岗位上,询问刘某的同事,同事也都不知他的去向。于是,该煤矿以“擅自离开工作岗位,严重违反劳动纪律”为由,单方面解除了与刘某的劳动合同。

刘某认为,煤矿现有的劳动纪律和规章制度并没有对什么是“严重违反劳动纪律”作出界定,因此,煤矿单方面解除劳动合同缺乏证据和合法理由,刘某找到律师,通过律师向公司表达了自己的看法,并希望协商解决。

纠纷发生后,煤矿负责人即出差在外,指定由煤矿人事部门经理全权负责此事的处理。2011年2月,在律师的沟通下,煤矿人事部门和刘某签订了和解协议,双方签字盖章,并由律师出具了见证书:刘某同意与煤矿解除劳动合同,煤矿按照刘某的工作年限,

每满一年向石某支付1个月工资作为经济补偿金，鉴于刘某在煤矿工作时间较长，另外支付刘某1.5万元安置费。

和解协议达成后，刘某开始办理离职相关手续，但煤矿负责人出差回来后，认为给刘某支付的经济补偿费用太高，不同意支付，双方为此发生争议，刘某于是向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求煤矿按和解协议支付补偿费用，仲裁委员会经审查后，直接裁决煤矿依据和解协议支付刘某经济补偿费用。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动争议和解协议对协议双方具有法律约束力；
- 双方在真实意愿下达成的合法和解协议在仲裁中可以直接作为裁决的依据。

本案中，员工刘某确实违反了单位的规章制度，但是煤矿解除与刘某劳动合同的理由确实也不合法，双方在真实意愿下达成和解协议后，应该履行，但煤矿方面因为负责人个人意见没有履行发生法律效力的和解协议，和解协议不存在违法的情形，仲裁庭因此直接将和解协议作为裁决的合法依据，裁决煤矿承担履行和解协议的义务。

 操作提示：

1) 企业在就工伤及其他社会保险待遇与员工达成赔偿或补偿和解协议时需要特别注意，员工在和解协议达成后仍然可申请仲裁，并且实务中，非双方真实意愿达成的和解协议或有其他违法情形的和解协议，会被仲裁委员会或法院依法认定为无效。

2) 如员工未进行工伤和劳动能力鉴定，达成工伤赔偿和解协议后，员工又申请仲裁的，仲裁委员会一般会以工伤认定书和伤残等级鉴定结论作为受理案件的条件，以伤残等级鉴定结论送达劳动者之日为申诉时效的起算点；而已认定工伤和评定伤残等级，双方就工伤待遇达成赔偿协议后，劳动者又提请仲裁的，仲裁委员会一般会以和解协议签订之日作为申诉时效的起算点，在不撤销和解协议的前提下，裁决用人单位补足低于工伤保险待遇的差额部分。



 问：仲裁前调解有什么作用？

 答：仲裁前的劳动争议调解，指由法定的调解组织依争议当事人申请开展的调解。法定的调解组织包括：

- 1) 企业劳动争议调解委员会；
- 2) 依法设立的基层人民调解组织；
- 3) 乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

其中以企业劳动争议调解委员会运作时间最长。

劳动争议仲裁前调解的作用：

- 1) 调解程序简易、争议调解环境和人员当事人熟悉亲切，有利于争议的及时合理解决；
- 2) 调解方式和缓，易于化解双方争议；
- 3) 调解能够让争议双方当事人继续维持和谐稳定的劳动关系，有利于企业降低争议处理的成本和受到劳动行政部门处罚的机率，维持发展良好的员工关系，维护正常的生产经营秩序和社会形象；
- 4) 增长员工的法制观念，便于企业对员工的现代化规范管理，提高企业整体运行成本。

参考法规：

1. 《劳动法》第 79 条、第 80 条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 10 条；
3. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第 13 条、第 14 条。

 例:

某民营大型重工集团公司为解决内部劳动争议,于2008年3月设立了企业劳动争议纠纷调解委员会。

调解委员会设立过程中,公司做了大量的动员和宣传工作,并依照法律规定的任职资格条件制定了具体的选举调解员方法和选举打分标准在全企业公告,之后召开职工代表大会,由全体员工推举出适合的职工代表,调解委员会主任由工会代表担任;并且为调解委员会拨出专用经费和办公室,规定了调解员在企业内特殊的考勤制度和奖励制度,建立了较为完善的调解委员会工作制度。

劳动争议调解委员会成立后的当年共处理劳动争议104起,其中成功调解79起,约占76%,与前一年全年相比,仲裁和诉讼费用总额下降了40%,而人力资源部的调查与统计显示,员工的工作效率和对企业文化的认可度也大幅提高,企业当年超额完成收入预算的10%。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 企业劳动争议调解委员会应依法设立;
- 企业设立劳动争议调解委员会有利于企

业低成本解决劳动争议。

本例是企业利用劳动争议调解委员会增加员工有效管理，节约企业成本，提高企业经营效率的成功例子。企业虽然为设立劳动争议调解委员会增加了一部分成本支出，但因为合法设立与运行，达到了化解劳动争议、优化企业运营的目的。

 操作提示：

1) 大中型企业应当依法在企业内部设立劳动争议调解委员会，并配备专职或者兼职工作人员。

2) 小微企业可以设立调解委员会，也可以由劳动者和企业共同推举人员开展调解工作；没有设立调解委员会的，也可以在劳动争议发生后向基层人民调解组织或乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织申请调解。

3) 与仲裁和诉讼相比，劳动争议仲裁前调解是企业解决与员工劳动争议的一种低成本方式，同时也是企业建立劳资双方沟通对话机制、加强企业文化建设、增强企业凝聚力的有效工具，同时企业采取调解方式解决争议也是降低员工向劳动行政部门投诉企业比例，树立和维护好的企业形象，降低企业处理争议成本的有效方式，企业应学会使用。

 问：企业必须设立劳动争议调解委员会吗？

 答：不是。《企业劳动争议协商调解规定》第三章规定：

大中型企业应当依法设立调解委员会；

有分公司、分店、分厂的企业，在总部设立调解委员会外，可以根据需要在分支机构设立调解委员会，由总部调解委员会指导工作；调解委员会可以根据需要在车间、工段、班组设立调解小组；

小微企业可以设立调解委员会，也可以由劳动者和企业共同推举人员开展调解工作。

因此，法律没有规定企业必须设立劳动争议调解委员会，尤其小微企业，可以设立调解委员会，也可以由劳动者和企业共同推举人员开展调解工作。

但是，根据《企业劳动争议协商调解规定》第34条的规定，企业如未成立调解委员会，而出现企业劳动争议或者群体性事件频发，影响劳动关系和谐，造成重大社会影响的，县级以上人力资源和社会保障行政部门会予以通报；违反法律法规规定的，依法予以处理。

所以，企业应该尽可能设立调解委员会，以建立企业劳动争议预防预警机制，避免出现

《企业劳动争议协商调解规定》第34条规定的情形,而受到行政主管部门行政处理。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第10条第2款;
2. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第13条、第14条、第15条;
3. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第34条。

 例:

2012年3月16日,武汉市总工会发布了“关于贯彻落实《企业劳动争议协商调解规定》的通知”,通知内容简要如下:

武汉市劳动争议呈现出“两个相对集中”的特点,一是相对集中于劳动报酬、社会保险待遇及福利、经济补偿金以及违约金和赔偿金、解除劳动合同等经济利益之争;二是相对集中于民营、外资和集体企业等非公企业,劳动争议总量呈居高态势。

对此,武汉市总工会要求,要积极推进企业劳动争议预防调解工作,建立健全劳动关系预防预警机制、利益协调机制和矛盾调处机制,促进和维护企业劳动关系和谐稳定,并提出以下举措:

1、健全组织,建立多层次的企业劳动争议调解组织网络。

全市各级工会要着力推进劳动争议调解组织建设。2012年，湖北省总工会将劳动争议调解组织建设纳入工作目标，要求武汉市60%的建会企业、80%的集团（总公司）和二三百人以上规模企业必须在6月10日前建立和健全劳动争议调解组织，确保建立劳动争议调解组织的企业新增1万家。

2、完善机制，全面推进企业劳动争议预防调解工作。

全市各级工会要努力提升工会劳动争议调解处理工作的整体水平，逐步建立预防功能健全、调解方式有效、仲裁公正权威、队伍充实专业的统一的工会劳动争议调解处理工作体系。要推动企业将严格管理、科学管理与人文关怀结合起来，健全畅通职工利益诉求表达渠道，建立劳资双方沟通对话机制，按照平等、自愿、合法、公正、及时的原则以及有关协商调解方法等要求，积极协商调解企业劳动争议，引导争议双方通过协商解决争议，推进争议处理环节、触角前移，提高企业自主化解争议的能力。

3、整章建制，不断提升企业劳动争议调解工作水平

全市各级工会要指导企业劳动争议调解组织建立健全各项规章制度，规范调解程序，提高调解水平。要指导建立职工思想信息分

析制度、劳动争议预防预警制度和群体性争议报告制度，定期开展劳动争议预防排查工作；指导建立健全调解登记、督促履行、档案管理、统计报告制度；加强劳动争议调解员的教育培训，不断提高调解员的调解能力和综合素质。

 解：

本例提示了以下要点：

1) 建立劳动争议调解委员会不是企业的强制性义务；

2) 建立劳动争议调解委员会是企业防范与化解劳动争议有效方式，工会组织本着促进劳资关系和谐稳定的目的，也积极推进企业劳动争议调解委员会的建立；

3) 劳动行政主管部门的政策导向是企业尽可能建立劳动争议调解委员会，企业要加强支持调解委员会建立和工作的力度。

本例中，根据人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》的立法精神要求，武汉市总工会发布了“关于贯彻落实《企业劳动争议协商调解规定》的通知”，并下达了建立企业劳动争议调解委员会的任务指标，体现出工会组织在推动企业建立劳动争议调解委员会的积极引导态度。

 操作提示：

1) 企业应该重视劳动争议的企业内部化解方式，企业自身条件许可，应该尽量建立劳动争议调解委员会，对于建立调解委员会确实成为企业不合理的成本或负担时，企业也应该保证依法由劳资双方推举专人负责劳动争议纠纷处理事项，以避免企业没有设立调解委员会、又出现重大劳动争议而被行政主管部门处罚。

2) 企业内部化解劳动争议也是成本最低的劳动纠纷处理方式，企业应该善加利用。



 问：企业劳动争议调解委员会如何运作？

 答：企业劳动争议调解委员会是依据法律规定的组织结构和人员条件设立于企业内部，按法定原则、程序和方法调解本企业内劳动争议，协调劳动关系的群众性组织，在企业内具有相对独立的地位。

企业劳动争议调解委员会本着平等、自愿、公正、合法、及时的原则，以劝说、疏导方式按法定程序和相关制度开展调解工作：

1) 组织结构

大中型企业应当设立劳动争议调解委员会，企业有分公司、分店、分厂的，可以根据需要在分支机构设立调解委员会，总部调解委员会指导分支机构调解委员会开展工作；调解委员会可以在车间、工段、班组设立调解小组；微型企业可以设立调解委员会。

调解委员会由职工代表和企业代表组成，人数由双方协商确定，但双方人数要对等；职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

2) 工作人员

调解员由调解委员会聘任的本企业工作人员担任，调解员应该公道正派、联系群众、热心调解工作，具有一定的法律知识、政策水平

和文化。

调解员的聘期至少为1年，可以续聘，调解员不能履行职责的，调解委员会应及时调整。

调解员存在严重失职或违法违纪行为，侵害当事人合法权益的，调解委员会应予以解聘。

3) 调解程序

a) 申请与受理

- 当事人以口头或书面形式向调解委员会申请调解，对属于劳动争议范围且双方当事人同意调解的，3日内作出是否受理的决定；对不属于劳动争议受理范围或一方当事人不愿调解的，做好记录并书面通知申请人；
- 发生劳动争议，当事人没有提出调解申请，调解委员会可以在征得双方当事人同意后主动调解。

b) 调解

- 调解员和调解小组也可以在征得当事人同意后，邀请有关单位和个人协助调解；调解员应全面听取双方当事人陈述，采取灵活多样的方式方法，开展耐心、细致的说服疏导工作，帮助当事人自愿达成调解协议；
- 发生劳动争议的职工一方在10人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解活动；



- 自受理调解申请之日起 15 日内结束，但双方当事人同意延期的可以延长。在此期限内没有达成调解协议的，即视为调解不成。

c) 制作调解协议书与调解记录

达成调解协议的，按规范格式制作调解协议书，由调解人员、双方当事人签名盖章，加盖调解委员会印章生效；未达成调解协议的，或一方当事人在约定期限内不履行调解协议的，调解委员会做好记录，由双方当事人签名或盖章，并书面告知当事人可以申请仲裁。

4) 工作原则

- a) 平等、自愿、合法、公正、及时原则；
- b) 不公开原则：一般不公开进行，但是双方当事人要求公开调解的除外。

5) 一般工作制度

调解委员会应建立健全调解登记、调解记录、督促履行、档案管理、业务培训、统计报告、工作考评制度。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 3 条、第 10 条第 2 款、第 11 条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 12 条、第 13 条、第 14 条；
3. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》。



 例：

某大型房地产投资开发公司为了在公司内部及时有效地处理劳动纠纷，2008年在企业内设立了劳动争议调解委员会。

调解委员会由五名调解员组成，包括公司的副总经理，公司的人力资源经理和财务部总监，一名工会代表，一名职工代表大会推举的代表。

为了加强对劳动争议调解委员会的领导，公司董事长直接任命副总经理为调解委员会的主任，而该副总经理之前对法律知识了解很少，担任调解委员会主任后，因为工作繁忙，也没有抽时间学习，调解工作中既不重视争议事实的调查和各种书证的留存，更因为工作繁忙，调解过程中缺乏耐心，多以想当然的解决方案和公司领导权威强力压制处理争议。

劳动争议调解委员会运行很不顺畅，员工很快对企业设立调解委员会的目的、调解效果和作用产生了怀疑，调解成功的事例越来越少。最后，一旦与公司发生争议，员工都直接选择仲裁方式，调解委员会形同虚设，而员工进而对公司也产生了不信任感，员工流动性开始加大，企业在员工离职和新员工招聘上的成本增加了很多。



 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业劳动争议调解委员会应完全按照法律规定的组织结构和人员任职要求建立与运作；
- 对于不能实际履行调解职责的调解员，应及时调整或解聘。

本案中，企业虽然按法律规定的组织结构设立了企业劳动争议调解委员会，但没有依法运作，在选任调解员资格上，和关键的调解委员会主任的产生上出现了问题；在出现问题后，也没有及时调整调解员，以致于公司增加了相应成本却不能实现其调解功能，反而影响了企业与员工的关系。

 操作提示：

1) 人力资源和社会保障部发布的《企业劳动争议协商调解规定》2012年1月1日施行，对于调解委员会工作较之前的《企业劳动争议调解委员会组织及工作规则》有不少变化，企业应尽快调整对调解委员会的相关工作，尽可能在企业内部建立调解委员会，配备工作人员、提供办公场所和工作经费及其他支持措施；没有建立的，也应由劳资双方推举专门人员开展调解工作。

2) 企业需要把调解委员会的工作提高到劳动争议预防预警机制、建立企业重大集体性劳动争议应急调解协调机制的高度来看，配合行政主管部门做好调解委员会的组织、制度和队伍建设工作。

 问：劳动争议的仲裁前调解协议有强制效力吗？

 答：没有。如果当事人不履行仲裁前调解协议，另一方并不能直接向法院申请强制执行。

根据《最高人民法院印发〈关于健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见〉的通知》第11条的规定，生效的调解协议对双方当事人具有合同约束力，当事人应当履行。但调解协议不具有强制执行力，当事人不履行调解协议的，应向劳动仲裁委员会申请仲裁，而不能申请法院强制执行调解协议。

需注意的是，调解协议在仲裁中的效力确认制度：

1) 调解协议的仲裁审查确认制度

双方当事人自调解协议生效之日起15日内共同向仲裁委员会申请仲裁审查，仲裁委员会受理后对于调解协议程序和内容合法有效的，出具调解书。通过这种方式出具的调解书，因为已经包含了劳动争议仲裁委员会的正式程序确认，从而属于生效的法律文书，一方不履行的，另一方可以直接向人民法院申请强制执行。

2) 调解协议的证据效力

双方当事人没有申请仲裁审查而一方当事人在约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人申请仲裁，仲裁委员会对于合法有效且不损害公共利益或第三人合法利益的调解协议可以直接作为依据作出仲裁裁决。即此种调解协

议具有经质证被仲裁庭认可的证据效力。

企业还应该注意以下几点：

1) 生效后的调解协议可以作为法院裁判的根据，当事人还可以直接向法院请求确认该协议的效力，法院不予确认的，当事人可再向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；

2) 就支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或者赔偿金事项达成调解协议，当事人不履行的，可以直接向法院申请支付令；

3) 支付拖欠的劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等有给付义务的调解协议，用人单位不履行的，劳动者也可以不经过仲裁程序而直接向法院起诉，由法院按照普通民事纠纷处理。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第5条，第14条第2款、第3款，第15条，第16条；
2. 《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1条、第3条；
3. 《劳动合同法》第30条第2款；
4. 《最高人民法院印发〈关于健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见〉的通知》第11条、第12条；
5. 《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17条；
6. 《民事诉讼法》第193条、第194条；
7. 《企业劳动争议协商调解规定》第11条、第27条、第28条。



 例：

2008年5月15日，孙小姐与某化妆品公司签订3年劳动合同，约定公司聘用孙小姐负责销售工作，工作期间如公司安排加班，应安排同等时间轮休或依法支付加班工资。

此后的半年里，公司频繁安排孙小姐加班，并以公司为了财务管理简便，加班费年底统一发放为由，既没有安排孙小姐轮休也没有按月支付加班费，孙小姐年底向公司索要加班费时，公司又以资金紧张为由告知须延缓支付。

与公司几次协商未果，孙小姐向企业劳动争议调解委员会递交了申请。

在调解员的努力下，公司与孙小姐签订了调解协议，约定在2009年1月20日前公司把拖欠的加班费打到孙小姐银行帐户。

孙小姐在1月20日到银行查账发现公司并没有将加班费打进来，经打听得知公司同意调解只是为了拖延时间根本无意履行调解协议，孙小姐1月22日向公司所在地的劳动争议仲裁委员会提交了仲裁申请书，要求解除劳动关系，公司支付拖欠的加班费。

由于争议期间孙小姐开始患病，不能立即找到新的工作，生活拮据起来，孙小

姐同时向公司所在地法院申请了支付令。

公司因为同时收到了劳动争议仲裁委员会送达的仲裁申请书，在收到法院支付令后，既没有在规定期限内提出异议也没有向孙小姐支付加班费，结果仲裁活动尚未结束，孙小姐向法院申请了强制执行，公司财务人员很快发现应支付给孙小姐的加班费已从公司银行账户被划转了。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 因拖欠劳动者工资达成的调解协议，法律给予了劳动者多重的保护，一是劳动者可以申请劳动争议仲裁，二就是法院支付令，三是劳动者可以选择直接向法院起诉，四是劳动者可以直接向劳动行政部门投诉；
- 企业对法院支付令可以在法定期间（自收到支付令 15 日）内提出异议，使支付令归于无效。该等异议不需要有明确的事实和理由，只要提出异议，支付令就归于无效。

本案中，孙小姐和化妆品公司在企业调解委员会主持下达成的调解协议对双方具有法律约束力。

公司本来可以利用最简单、成本也最低的

调解方式解决争议，但是却因为无视调解协议的法律效力，而最终除了必须依约支付孙小姐加班工资外，还要额外付出仲裁、诉讼执行费用以及为解决与孙小姐争议的人员及时间成本。

如果孙小姐没有选择仲裁及申请支付令的方式，而是选择了向劳动行政部门投诉，化妆品公司就不仅要支付拖欠孙小姐的加班费，还要接受劳动行政部门包括罚金在内的行政处罚。

操作提示：

1) 企业对于调解协议的法律效力要有足够的重视，如果不想采取调解方式或对调解方案不满意，就不应签署调解协议。企业要慎重自己在调解协议中的承诺，尤其是涉及劳动者报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金的事项，否则会使争议解决过程复杂化，易造成企业被动。

2) 企业也可以依靠调解协议的合同效力及较强的证据效力保护企业利益。

3) 企业一旦与劳动者协商达成和解协议也应认真履行，因为和解协议对双方也有拘束力，在仲裁程序中，对劳动争议当事人之前达成的和解协议，程序和内容合法有效的，仲裁庭可以作为证据使用。

在劳动争议诉讼中，企业和劳动者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和解协议的，除非企业有证据证明该协议有法定无效、可撤销情形，该和解协议在法院审理中即被认定为企业必须履行的有效协议。即该类和

解协议虽然不具有强制执行力，但只要内容不违反法律的强制性规定，就具有一般民事协议的效力，双方应当遵守并履行。

4) 企业对支付令异议使支付令无效后，劳动者可以依照《民事诉讼法》的规定直接起诉，人民法院会予受理，无需再经过劳动仲裁程序。



 问：劳动争议仲裁前的协商或者调解有期限吗？

会影响申请仲裁的时效吗？

 答：有。劳动争议协商解决的，一方当事人提出协商要求，另一方 5 日内不作出回应，视为不愿协商；协商的期限由双方当事人约定，如需延长则由当事人书面约定，约定期限内没有达成一致的视为协商不成。劳动争议通过调解组织调解解决的，调解委员会受理之日起 15 日内须达成调解协议，但是双方当事人同意延长期限的可以延长，法定或约定期限内不能达成调解协议的，视为调解不成，调解委员会书面告知当事人可以申请仲裁。

此外，《企业劳动争议协商调解规定》第 31 条规定了协商或调解期间构成仲裁时效中断的多种情形，从中断时起，仲裁时效期间重新计算：

- 一方当事人提出协商要求后，另一方当事人不同意协商或者在 5 日内不做出回应的；
- 在约定的协商期限内，一方或者双方当事人不同意继续协商的；
- 在约定的协商期限内未达成一致的；
- 达成和解协议后，一方或者双方当事人在约定的期限内不履行和解协议的；
- 一方当事人提出调解申请后，另一方当

事人不同意调解的;

- 调解委员会受理调解申请后,在法律规定的期限内一方或者双方当事人不同意调解的;
- 在法律规定的期限内未达成调解协议的;
- 达成调解协议后,一方当事人在约定期限内不履行调解协议的。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第14条第2款;
2. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第10条;
3. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第29条、第30条;
4. 人力资源和社会保障部《企业劳动争议协商调解规定》第31条。

 例:

张小姐2005年12月21日进入北京某大型体育用品公司担任销售业务员的工作,合同期限为3年。双方在劳动合同中约定,每年年底,公司将根据销售部门绩效考评制度对其进行业绩考评,并根据考评的结果发放年终奖。

2007年12月,该公司依法定程序制定公示了新的年终奖制度。新制度规定,从2008年1月1日起,公司将根据员工的工



作时间实行年底双薪制度，即只要当年工作时间满12个月，并且直至当年12月31日仍在职的员工，就可以获得年底双薪作为奖励，以往的年终评奖制度将不再执行。

2008年11月28日，公司通知张小姐双方的劳动合同于12月22日终止，公司将不再与其续签劳动合同。张小姐应允，但要求公司按照劳动合同约定支付当年的年终考评奖金1.2万元。公司只同意按照张小姐的实际工作时间支付其12月份的工资，按照新的年终奖制度，拒绝支付张小姐任何年终奖金。张小姐认为合同签订在前，而规定的年终奖制度在后，双方应当按照劳动合同的约定履行义务。

张小姐因此向企业劳动争议调解委员会申请调解，调解委员会征询意见时，公司人事经理表示同意调解，但由于年底以及年初事情多，而张小姐提出的1.2万元奖金标准是否属实，需要多部门协作确定，需要一定时间，希望不受15天调解期限限制，约定调解期限为3个月（截至2009年3月2日），但张小姐须按期办理离职手续。张小姐因为年底也需要抓紧另找工作，而从人事经理答复中认为自己可能获得年终奖金，就同意了公司的期限要求。

2009年2月份，张小姐新的工作稳定

后，开始联系与原公司的年终奖金争议调解事宜，但几次交涉后双方没有达成一致意见，2009年3月2日，调解委员会书面通知公司人事部和张女士，双方调解未达成调解协议，张女士可以依法申请仲裁。

3月12日，张女士向当地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会根据《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（二）》第16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”的规定，于2009年5月裁决体育用品公司支付张女士年终奖金1.2万元。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动争议调解委员会的调解期限一般为受理后的15日内；
- 争议当事人同意延长调解期限的，调解期限依照当事人约定；
- 当事人约定期限内达不成调解协议的，调解委员会应书面通知当事人，并告知当事人申请仲裁的权利。

本案中，体育用品公司与张女士就年终奖

金支付问题发生争议，张小姐申请劳动调解委员会调解，由于年底，公司人事部和张小姐本人事情都比较多，于是双方约定调解期限为3个月。调解期限截止日到，双方仍然未能达成调解协议，调解委员会依法向双方发出书面通知，并告知双方可以依法申请仲裁。张小姐最终通过仲裁实现了自己的权利。

操作提示：

1) 协商或者调解是企业低成本解决劳动争议的有效手段，企业应该善加利用，调解期限虽然可以约定延长，但最终应以实际解决纠纷为目的。

2) 企业签订劳动合同时应考虑到合同履行过程中，规章制度变更对双方履行合同的影响，设计相应条款，以防一旦规章制度变化时发生企业在劳动合同履行上的困境或引发劳资纠纷。

 问：调解协议履行后还可以仲裁吗？

 答：不可以。但如果用人单位或劳动者有确凿证据证明调解协议存在法定无效情况且自己因此受到实际损害，可以起诉对方赔偿实际损失。

根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，申请过调解的争议当事人再申请劳动仲裁的先决条件是当事人调解不成或达成调解协议后一方不履行，对于已经履行完毕的调解协议，双方权利义务已全部实现，不符合法律规定的申请劳动仲裁的条件。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第5条、第15条；
2. 《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1条、第5条、第6条。

 例：

2007年10月张先生与某劳务派遣公司签订劳动合同，期限到2008年4月终止，并被派遣到上海一家外企公司。

2008年2月，外企公司因和张先生加班问题意见不一致，向张先生发出辞退通知。张先生回到劳务派遣公司后向公司表示，月薪低于1,800元的单位不去。劳务派遣公司为张先生联系了3个单位都被张先生拒绝。

张先生于3月18日到本地劳动争议调

解办公室申请调解,要求该劳务派遣公司支付各项损失3,800元。在调解人员主持劝导下,双方协商达成调解协议:劳务派遣公司支付张先生1,100元,劳动合同自动解除。调解员和双方当事人签字盖章并加盖了调解办公室印章。劳务派遣公司经理当即支付1,100元,张先生收款后给劳务派遣公司出具收条:收到1,100元,了结与该单位的劳动争议。

后来,张先生觉得自己吃亏了,又向当地劳动争议仲裁委员会提起劳动争议仲裁,被劳动争议仲裁委员会驳回申请。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 调解协议履行完毕的,当事人不能再就同一争议提起仲裁申请。

本案中张先生与劳务派遣公司是完全自愿在调解组织下达成的调解协议,是双方当事人的真实意思表示,不存在误解、胁迫等致使协议无效或可依法撤销、变更的情形。

更重要的是,张先生在调解协议生效后按协议约定收取了劳务派遣公司1,100元并出具了收条,说明调解协议的双方权利义务已履行完毕,不再符合法定的申请劳动争议仲裁的条

件，所以被驳回仲裁申请是合法的。

 操作提示：

为避免企业纠纷处理成本的增加，企业与劳动者达成调解协议时：

1) 调解过程要按法律规定的方式和程序，调解协议书也要符合法律规定的形式要求。

2) 企业在达成调解协议过程中，应该对自己可以接受的条件慎重考虑。

3) 如果企业对调解结果没有异议，尽量选择操作简单易行、可以快速履行完毕的解决方式。特别要注意的是，应要求调解组织在调解协议中注明替代性履行方式，比如将款项交付第三方或从邮局寄出便属履行完毕，以免有人节外生枝的“缠讼”。

 问：劳动争议可以不经仲裁程序直接起诉吗？

 答：一般情况下不可以，仲裁是诉讼前的必经程序，但法律法规及最高人民法院司法解释中有特别规定的除外。

根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，用人单位和员工发生劳动争议，当事人可以协商或者请工会或第三方共同与用人单位协商，达成和解协议；不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，对仲裁裁决不服的，除法律另有规定外，可以向法院起诉。

也就是说，通常情况下，仲裁是起诉前的必经程序。

参考法规：

1. 《劳动法》第 79 条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 4 条、第 5 条；
3. 《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 3 条、第 82 条。

 例：

赵某 2002 年 5 月 15 日入职江阴市某皮鞋厂担任裁剪工，2009 年 1 月，车间更换主管，双方相处不好。

3 月，赵某因一次工作上的失误浪费

了部分物料,主管以此为由上报公司解雇了赵某,赵某与工厂就离职补偿金及单位追索其工作失误造成工厂损失的赔偿金问题发生争议。

2009年5月12日赵某致信无锡市劳动争议仲裁委员会。5月25日,无锡市劳动争议仲裁委员会答复赵某,告知赵某应向有管辖权的江阴市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

赵某在未向江阴市劳动争议仲裁委员会申请仲裁的情况下,2009年6月2日向当地人民法院提起诉讼。本案经一审、二审法院审理,两审法院均裁定驳回了赵某的起诉。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 一般情况下,劳动争议仲裁是必经的诉讼前置程序;
- 只有正式申请并由劳动争议仲裁委员会作出相应书面裁决、决定或通知才真正完成劳动争议的仲裁前置程序,当事人向法院起诉才不致被裁定不予受理或驳回。

本案中虽然赵某曾就本案纠纷致信无锡市劳动争议仲裁委员会,该仲裁委员会亦以回信

的方式做了答复，但该答复仅告知了赵某应向有管辖权的江阴市劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，属于对当事人行使申诉权的一种指引，并非是仲裁委员会的书面裁决、决定或者通知，因此，本案并未经过劳动仲裁前置程序。两审法院也均以本案未经仲裁提起诉讼违反法律规定为由裁定驳回了赵某的起诉。

❗ 操作提示：

1) 通常情况下仲裁是劳动争议诉前必经程序，纠纷若在仲裁阶段得到解决，则可以节省企业的诉讼程序相关支出。

2) 劳动仲裁前置程序完成有两种表现形式：

- 劳动争议仲裁委员会对劳动争议作出了实体的仲裁裁决；
- 劳动争议仲裁委员会虽未对劳动争议作出实体的仲裁裁决，但以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议、仲裁申请超过了申诉期限、申请仲裁的主体不适合为由作出了不予受理的书面裁决、决定或者通知；

3) 企业要区分劳动争议仲裁委员会对咨询的一般答复行为和法定的裁决行为的区别。劳动争议仲裁委员会对咨询的答复行为，不属于正式的法律行为，不具有将案件直接推进到诉讼程序中的作用。

问：劳动争议仲裁委员会受理劳动争议纠纷有什么条件？

答：劳动争议仲裁委员会受理劳动争议案件，须同时具备以下条件：

1) 申请仲裁的劳动争议属于法律规定的劳动争议范围。

仲裁申请属于该劳动争议仲裁委员会的级别管辖以及地域管辖范围。

2) 根据《劳动争议调解仲裁法》第17条、第18条的规定，各省、自治区、直辖市人民政府依法设立本辖区内的劳动争议仲裁委员会。各级劳动争议仲裁委员会一般都采取级别管辖和地域管辖相结合的原则确定受案范围，并且对级别管辖的标准和地域管辖范围有具体的规定。

3) 申请人申请仲裁的时间在法律规定的劳动争议仲裁时效期间内。

劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，自当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算，符合法定时效情形的，申请实效自事由消失之日起连续或重新计算。

4) 申请人与本案有直接利害关系，即：是争议当事人或当事人近亲属，或是工会组织。

5) 仲裁申请有明确的对方当事人及具体的仲裁请求和事实理由。

6) 仲裁申请人已提交仲裁申请书和其他仲裁委员会要求的申请材料。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第2条、第17条、第18条、第21条、第22条、第27条；
2. 《劳动人事争议仲裁办案规则》第2条、第8条、第9条、第10条、第11条、第12条、第13条、第14条；
3. 《劳动人事争议仲裁办案规则》第30条、第31条；
4. 北京市人力资源和社会保障局《申请劳动仲裁须知》第1条、第2条、第3条；
5. 广东省人力资源和社会保障厅《劳动人事仲裁指南》第2条、第3条；
6. 广东省人力资源和社会保障厅、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于广东省劳动人事争议调解仲裁院案件管辖范围的通知》；
7. 上海市劳动和社会保障局《劳动争议仲裁管辖规定》。

 例:

2001年, 刘某与上海某纺织公司签订劳动合同, 被安排在纺织公司下属的某联营公司工作。2007年12月, 刘某所在的联营公司转制为服装公司, 从纺织公司分离, 与纺织公司不再有隶属关系, 但刘某的劳动关系仍在纺织公司。

2008年5月, 纺织公司向刘某出具解除劳动合同通知书, 同年6月, 刘某签收了该通知书: 双方明确于2008年5月30日解

除劳动关系，纺织公司支付刘某经济补偿金4.2万元。

对该款项，纺织公司要求改制后的服装公司从欠其的社会保险费中抵扣支付，但遭到服装公司书面明确拒绝，两公司为此事诉至法院。在此期间，刘某未向纺织公司索要该补偿金，纺织公司亦未明确表示拒绝支付该款项。

2009年7月6日，刘某由于长时间没有得到经济补偿金，遂以纺织公司未支付解除劳动关系的补偿金为由，向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

2009年7月25日，仲裁委员会以仲裁申请超过劳动争议法定时效为由，作出不予受理决定书。刘某不服，诉至法院，请求判令纺织公司支付解除劳动合同的补偿金4.2万元。

法院认为：根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，仲裁时间期间从当事人知道或应当知道其权利被侵害之日起计算。本案鉴于争议当事人刘某劳动关系所在公司与实际工作的公司之间为具体支付事项发生诉争，使本案涉讼的经济补偿金支付单位处于不确定状态，原告未向被告追索支付补偿金，被告亦未明确表示拒绝支付此款，双方并未发生争议，也就是说，在此期间，当事人并不能确

定其权利已受到损害。因此,原告于2009年7月6日申请仲裁,要求被告支付经济补偿金,其申请仲裁的时间并未超过法律规定的仲裁时效,遂支持了刘某的诉讼请求。

 解:

本案提示了以下要点:

- 申请劳动争议仲裁须符合法定条件,劳动争议仲裁委员会才会受理;
- 仲裁申请须在法定时效内提出;
- 仲裁申请时效的起算时间应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,刘某与公司达成解除劳动合同、公司支付补偿金的约定,没有得到及时支付,是由于公司改制后,刘某实际工作的公司和劳动关系所在公司就具体支付问题发生争议并诉至法院,具体支付人因此悬而未决,但公司并没有拒绝支付刘某的解除劳动合同补偿金。因此,本案的仲裁时效不能从双方同意解除劳动关系之日起算,刘某申请仲裁时也没有超过一年的法定时效,当地的劳动争议仲裁委员会应该受理,但是由于错误理解法条,作出了不予受理的决定书。法院在分析具体案情后,支持了刘某的诉讼请求。

 操作提示：

劳动者提起劳动争议仲裁申请时，企业需注意仲裁争议事项是否符合法定的争议范围、管辖范围，申请主体是否合法，申请是否在法定时效内提出等受理条件，善用自己在开庭前的答辩权利以保护企业合法权益。



 问：企业申请仲裁需要提交哪些材料？

 答：劳动争议仲裁申请书是法律规定必须提交的材料，各地各级劳动争议仲裁委员会对本委员会受理企业申请时需提交的材料作具体规定。参照北京、上海和广东省仲裁委员会的相关规定，企业申请仲裁应提交的材料主要有：

- 仲裁申请书；
- 证据清单和证据材料；
- 企业的相关证明资料及仲裁委员会要求的其他材料。

根据法律规定，仲裁申请书应包括当事人基本情况（用人单位的名称、法定代表人姓名及职务、地址和联系电话）、具体的仲裁请求和所依据的事实和理由。

证据材料包括与案件有关的各种证据复印（复制）件及证据清单，证据清单包括证据名称、证据来源、证明事项等，证据是证人证言的，还应注明证人姓名和住所（身份证明、通讯地址和联系电话等）。

企业的证明材料一般包括：企业营业执照或事业单位法人证书（副本）、组织机构代码证等登记证书；企业法定代表人（主要负责人）身份证明书、身份证复印件；受委托人身份证明或资格证明，受委托人的授权委托书（受委托人是律师的，还须出具律师事务所出庭函）；

被申请人的身份证复印件, 以及其他相关证明文件或材料。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 28 条;
2. 《劳动人事争议仲裁办案规则》第 29 条;
3. 北京市人力资源和社会保障局《申请劳动仲裁须知》第 4 条、第 5 条、第 6 条;
4. 广东省人力资源和社会保障厅《劳动人事仲裁指南》第 4 条;
5. 上海市人力资源和社会保障局《用人单位申请劳动人事仲裁提交材料须知》、《劳动人事争议仲裁申请书书写规范》、《劳动者申请仲裁提交材料须知》。

 例:

2007 年 3 月, 王某与某木业公司签订了 2 年的劳动合同, 并担任公司销售部高级主管, 负责对工程客户项目产品销售及跟踪服务工作。

2008 年 10 月, 王某提出与该木业公司解除劳动合同, 得到公司同意后办理了相关离职手续, 木业公司为王某出具了结清货款的证明。

2008 年 11 月, 木业公司在进行年底财务清查与决算时, 发现王某在职期间利用与公司两个主要客户联系与跟踪服务的机会, 以现金方式收取货款 8 万元, 却没有交回公司。

木业公司派人向王某交涉，并请客户经理人员向王某阐述了支付货款的过程，但王某认为自己已离职，公司也出具了结清货款的证明，声称公司没有收到货款与自己无关。

几次交涉无果后，木业公司就此事聘请律师向当地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

木业公司聘请的律师事务所主办律师代为办理仲裁申请时，提交了以下材料：

公司营业执照副本复印件，公司组织机构代码证复印件，公司法定代表人身份证明书，法定代表人身份证复印件，代办律师的律师执业证复印件，律师事务所出具的律师出庭函，被申请人王某的身份证复印件，木业公司的仲裁申请书，证据清单和证据材料复印件。代办律师执业证复印件加盖律师事务所公章，其他材料复印件上均加盖有木业公司的公章。

但是由于主办律师的疏忽，将公司给律师事务所的授权委托书遗忘在自己的办公桌上。并且，此时公司法定代表人刚刚变更，与营业执照上的法定代表人不一致，主办律师也没有提示木业公司到工商登记部门办理法定代表人变更证明。

当地的劳动争议仲裁委员会审查木业公司提交的资料后，指出这两个问题，要求代办律师补齐证明材料方可受理。

一周后，主办律师补齐相关资料，重新到劳动争议仲裁委员会办理了申请手续，5天后，王某收到当地劳动争议仲裁委员会的开庭通知。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业申请仲裁时须按劳动争议仲裁委员会的规定形式提交申请书、证据材料和企业的证明文件；
- 企业的证明文件包括多个证明材料，每个证明材料都不能缺少，否则劳动争议仲裁委员会有权不予受理。

本案中，木业公司与员工王某发生劳动争议后，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，但是在提交申请材料时，缺少了两份证明文件，因此在初次申请时未被受理，一周后，木业公司聘请的律师补齐相关材料后，劳动争议仲裁委员会受理了申请。

 操作提示：

- 1) 仲裁申请书需由申请人本人签名（如有代笔人需注明）；
- 2) 仲裁申请书和证据清单除提交正本外，还应按被申请人的人数提交副本；
- 3) 申请人在递交申请书时应填写《送达地址确认书》，写明自己接收仲裁文书的详细地址、邮政编码和联系电话。



 问：可以不经仲裁直接起诉的情形有哪些？

 答：可以不经仲裁直接起诉的情形有：

1) 劳动者持有企业工资欠条。

2) 劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等有给付义务的调解协议生效后，企业不履行调解协议确定的给付义务。

3) 船员劳务合同纠纷。

劳动者直接就 1)、2) 所列事项向法院起诉的，法院会按普通民事诉讼纠纷受理。船员劳务合同纠纷属于海商合同纠纷，当事人应向海事法院起诉，不受仲裁前置程序的限制。

参考法规：

1. 《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 3 条、第 17 条；
2. 最高人民法院“关于国内船员劳务合同纠纷案件是否应劳动仲裁前置的请示的复函”。

 例：

周某于 2008 年初到一家服装公司工作，职位是初级缝衣工。

2009 年年初，服装公司的经营出现了困难，开始对级别较低的职工实行只发 60% 工资的政策。但公司老板当时承诺，等公司的资金周转过来再补发，并且给被拖欠工资的职工写了盖有公司财务章的欠条。

2010 年 7 月，周某与公司部门主管发

生冲突，被公司辞退，周某拿着公司出具的工资欠条共计 20,000 元要求公司兑现欠条，但公司却以种种理由搪塞不予支付。

多次索求无果，周某咨询律师后于 2010 年 10 月 15 日直接向法院起诉该服装公司，法院受理了该案。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 工资欠条是确定企业对员工有确定的给付义务的有效证据；
- 法律将企业对于员工有确定给付义务的纠纷同时归于普通民事纠纷，劳动者能以直接诉讼的方式快速实现自己的权利。

此时，由于双方之间的权利义务关系，已经从劳动关系中的事项转化为金钱支付事项，即转变为一般的债权债务关系，因此法律允许当事人直接向人民法院提起诉讼，而不再经过仲裁程序。

本例中，服装公司给周某出具的工资欠条，既是双方劳动关系的证据，同时也是公司对周某负有支付义务的债权债务关系证据，法律在此类型的争议中，给予了劳动者双重保护，因此周某可以依据劳动争议一般程序维权，也可以选择直接起诉方式快速实现自己的权利。

 操作提示：

- 1) 企业出具工资欠条时，在何时支付及支付的具体数额上，要认真核实。
- 2) 企业在与员工就给付义务的争议事项达成调解协议时，应充分注意此类调解协议生效后，劳动者具有的多种权利实现方式，包括：申请仲裁、申请支付令和直接起诉，从而选择和调整自己解决纠纷的方案。
- 3) 企业对此类争议要有全面的考虑，争取尽量以非诉方式化解纠纷，以免增加不必要的人力、时间成本。



 问：仲裁代表人制度有何应用意义？

 答：劳动争议仲裁代表人制度指，在劳动争议仲裁过程中，发生劳动争议的劳动者一方在 10 人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加仲裁活动。

代表人制度是针对集体劳动争议而设立的，集体劳动争议案件涉案人数众多，有的集体争议中劳动者数量甚至达到数万人，而且双方矛盾也更加集中尖锐，社会影响更大，极易引发群体性事件，对企业、对仲裁机构来说，纠纷处理的压力都更大；而且，发生集体争议时，让所有人参加诉讼也不现实，因此仲裁代表人制度的建立非常必要。

《劳动争议调解仲裁法》规定的仲裁代表人制度有利于争议双方的快速有效沟通，增强劳资双方的互信，保证企业生产工作秩序在争议期间的正常维持与运行，有效促进争议的快速解决，也维护了社会经济的平稳发展。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第 7 条。

 例：

王某是某外商投资公司员工，在众多农民工中，有高中文凭的王某做事有头脑，又热心助人，是大家的主心骨。

1995 年劳动法开始施行时，公司为包

括王某在内的 143 名农民工交纳了养老、医疗、工伤、失业四项社会保险，工人们都很高兴，以为总算没有后顾之忧了。

1998 年，一个偶然的机会，王某从人事部得知，公司为职工交纳的社会保险都是以当地最低工资为交费标准的，远低于职工的实际收入。公司职工们知道这一情况后，共同推举王某与公司人事部协商补交社会保险费，遭到了公司方面的拒绝。

工人们于是以未足额交纳社会保险为由向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会受理了申请，并建议工人们推举一个代表参加仲裁活动，工人们商量后推举王某作为参加仲裁的代表。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 涉及人数较多的集体劳动争议案件，劳动者可以推举代表人参加争议双方的仲裁活动；
- 推举代表人的劳动者须有共同的请求，推举的代表须是争议当事人中的一员；
- 推举的代表人应具有一定的诉讼能力，能始终站在维护全体当事人合法权益的立场，正确履行代表义务。

本案中，王某和所在公司的工人们与公司就社会保险缴费基数发生争议，工人们在争议中有共同的请求，文化水平较高、一直是工友们主心骨的王某，被工友们按仲裁机关要求推举为代表人参加争议仲裁活动符合相关法律规定，也提高了争议解决的效率。

 操作提示：

- 1) 企业在遇到人数较多的员工纠纷时，也可以借用这种代表人制度的方法来化解争议。
- 2) 在涉及员工统一共同权益事务方面，信息透明及说服、劝导、协商可以化解不少可能发生的集体劳动争议。

 问：劳动仲裁须在何时申请？

 答：劳动争议当事人申请仲裁应当自当事人知道或者应当知道权利被侵害之日起一年内，超过该期间的仲裁申请，仲裁委员会不予受理。

但这里“一年”的仲裁时效不是绝对的时间期间：

1) 时效中断。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。

a) 在调解与仲裁阶段适用仲裁时效中断的具体情形有：

- 一方当事人提出协商要求后，另一方当事人不同意协商或者在 5 日内不作出回应的；
- 在约定的协商期限内，一方或者双方当事人不同意继续协商的；
- 在约定的协商期限内未达成一致的；
- 达成和解协议后，一方或者双方当事人在约定的期限内不履行和解协议的；
- 一方当事人提出调解申请后，另一方当事人不同意调解的；
- 调解委员会受理调解申请后，在法律规定的期限（自受理调解申请之日起 15 日内）一方或者双方当事人不同意调解的；

- 在法律规定的期限（自受理调解申请之日起 15 日内）未达成调解协议的；
- 达成调解协议后，一方当事人在约定期限内不履行调解协议的。

b) 劳动争议诉讼中，因当事人增加的诉讼请求属于独立的劳动争议需向仲裁委员会先行申请仲裁的，当事人该请求事项也适用仲裁时效中断。

2) 时效中止。从中止时效的原因开始之日停止计算，从原因消除之日起，时效继续计算。因不可抗力或有其他正当理由，当事人不能在法定仲裁时效内申请的，仲裁时效中止。

3) 特殊的起算时点。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，不受该时效限制；劳动关系终止的，自终止之日起一年内申请。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 27 条；
2. 《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 12 条、第 13 条；
3. 《企业劳动争议协商调解规定》第 31 条。

 例：

陈先生于 2006 年与珠海一家公司签了 5 年期的劳动合同。

2009 年因工作成绩突出，公司与陈先生签订培训协议，安排陈先生到一所著名

高校攻读 EMBA，学习费用公司承担 20 万元（70%），先由陈先生垫付，待学成后公司再将学费支付给陈先生。

一年后，陈先生顺利完成学业，但此时遇到公司改制，公司与陈先生解除了劳动关系。

陈先生拿到了经济补偿金，但公司对于应垫付的培训费没有提及，于是陈先生给公司发了一份书面材料，要求公司按双方签订的培训协议支付学费 20 万元，公司以资金紧张为由拖欠不付。

公司以种种借口拖延不付达一年之久，最后陈先生向公司发出最后通牒：如再不支付，就要申请仲裁了，没想到公司回复说：已过了仲裁申请时效了，公司也不会再支付其学习费用。

陈先生到劳动争议仲裁委员会咨询是否仍在申诉时效内，得到了肯定答复，并在仲裁委员会工作人员的帮助下当即填写了仲裁申请书。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 申请仲裁的时效期间为 1 年；
- 仲裁时效因申请人主张权利、向有关部



门寻求救济及对方当事人同意履行义务的行为而中断，中断后的时效重新起算。

本案中，仲裁时效因陈先生向用人单位主张权利要求支付其学习费用而中断，仲裁时效从中断时起。公司在陈先生追讨过程中每次都同意支付但以种种原因拖延不付，即是公司同意履行支付义务，仲裁时效也在公司每次同意支付时中断。因此仲裁时效自公司明确表示不支付其培训费用之日起计算，陈先生申请仲裁时并未超过一年的仲裁时效。

操作提示：

1) 企业在劳动争议仲裁中要注意仲裁时效中断、中止及时效特殊起算点的法定情形，精确计算企业申请劳动争议仲裁的时效最后截止日期，应对劳动者申请的争议仲裁或申请仲裁。

2) 企业在拟定纠纷处理方案时，要特别注意以下问题。

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3条，因超过仲裁时效仲裁委员会不予受理的；当事人仍然有权向法院起诉，法院会予受理，但如果当事人确实超过仲裁时效又无不可抗力或正当理由的，法院受理后会判决驳回当事人诉讼请求。

但如果申请人有确凿证据证明有不可抗力或其他正当理由构成仲裁时效的中断或中止，在申请人申请仲裁时实际尚未超过一年的仲裁时效，向法院起诉后则可由法院直接审理双方争议的实体权利，而不再返回仲裁程序。

❓ 问：当事人撤回劳动争议仲裁申请后，在仲裁时效内还能再次申请仲裁吗？

💬 答：可以，但在实务操作中有可能遇到被劳动争议仲裁委员会裁定不予受理的情形。

《劳动争议调解仲裁法》第41条规定，当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解，达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。

劳动部办公厅《关于已撤诉的劳动争议案件劳动争议仲裁委员会是否可以再受理的复函》（劳办发[1997]61号）规定：“……当事人撤诉或者劳动争议仲裁委员会按撤诉处理的案件，如当事人就同一仲裁请求再次申请仲裁，只要符合受理条件，劳动争议仲裁委员会应当再次立案审理，申请仲裁时效期间从撤诉之日起重新开始计算。”目前该复函仍然现行有效。因此，当事人达成和解协议而撤回仲裁申请的，如果在重新起算后的仲裁时效内，应可以再申请仲裁，仲裁委员会应予受理。

但2008年人力资源和社会保障部发布的《劳动人事争议仲裁办案规则》第38条规定：“申请人收到书面通知，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，仲裁委员会不予受理”，因此实务中，有的劳动争议仲裁委员会根据该条规定推理，对撤回仲裁

申请再申请仲裁的案例会裁定不予受理。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第27条第1款、第2款、第41条;
2. 《劳动人事争议仲裁办案规则》第10条第2项、第38条、第42条;
3. 劳动部办公厅《关于已撤诉的劳动争议案件劳动争议仲裁委员会是否可以再受理的复函》。

 例:

23岁的女工王某于2008年3月到北京某纺织集团下属的纺织厂工作,双方签订了劳动合同,期限自2008年3月17日到2010年3月16日。

2010年2月16日,纺织厂人事部门向王某发出了《终止劳动合同通知书》,劳动合同期满当日,双方办理了终止劳动合同的手续。

2010年3月26日,王某的爱人刘某到纺织厂人事部,要求纺织厂收回与王某终止劳动合同的决定,并出示了王某在北京红十字朝阳医院早孕8周的超声波检查结果复印件,但上面没有医院公章,提出应将王某的劳动合同期续延至王某哺乳期满。

纺织厂请示上级公司得到的答复是“没

有公章，不能作为证明”。得到这个通知，5天后，王某的爱人陪同王某又将加盖了北京妇产医院门诊部诊断证明章的怀孕证明拿到纺织厂，并递交了该证明的复印件。这次公司的答复是：终止合同在先，诊断证明在后，所以不认可这样的诊断证明。

王某只好向当地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会通知双方开庭后，王某突然接到纺织厂人事部门的电话，说可以将王某的劳动合同期限延至哺乳期满，但具体事项双方再协商，但希望王某撤回仲裁申请。经过协商，王某与纺织厂签订了和解协议：纺织厂延长王某的劳动合同期限至王某哺乳期满，王某同意由纺织厂根据其身体特殊情况调整工作岗位。岗位调整后王某的月工资比原来少了200元。

和解协议达成后，王某撤回了仲裁申请。王某因为身体原因，医院开了一个月的病假，因此没有到纺织厂安排的新岗位上班，但向纺织厂出具了医院的病假证明。1个月后，王某查工资卡时发现纺织厂并没有给自己发病假工资，于是打电话到纺织厂询问，得到的答复是：目前公司没有同意纺织厂和王某的和解协议，厂里正在争取协调。但3个月过去了，王某仍然没有拿到自己的工资，而且没有能到纺织厂正常上班。王某只好重新

申请仲裁, 当地的仲裁委员会受理了王某的申请, 依法裁决纺织厂应继续履行劳动合同, 直至王某哺乳期满。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 当事人申请仲裁后, 可以撤回仲裁申请; 撤回仲裁申请后, 当事人可以在法定仲裁时效内, 重新申请仲裁。
- 符合受理条件的, 劳动争议仲裁委员会应予受理。

本案中, 王某是在劳动合同终止前怀孕的, 根据《劳动合同法》第 42 条和第 45 条的规定, 纺织厂应该与王某延续劳动合同至王某哺乳期满, 王某申请仲裁后, 纺织厂要求和解, 双方达成和解协议后, 王某撤回了仲裁申请, 但由于纺织厂没有履行和解协议, 王某重新申请了仲裁, 并得到了仲裁委员会的支持。

 操作提示:

1) 员工和企业达成和解协议而撤回仲裁申请后, 在履行过程仍然有可能再次申请仲裁, 因此, 企业在仲裁阶段与员工达成和解的, 最好请求仲裁委根据和解协议制作调解书, 这样任何一方均无权

就争议事项再次申请仲裁或提起诉讼，避免发生同一纠纷重复参加仲裁的成本。

2) 企业需要注意：员工再次申请仲裁的时效是从申请仲裁撤诉之日起算的，而不是从争议发生之日起算。

3) 企业申请仲裁后而与员工达成和解协议时，慎用撤回仲裁申请的权利。

4) 员工再次申请仲裁，如被仲裁委员会裁定不予受理，员工仍然有权向法院起诉。

问：企业为什么会成为其他企业劳动争议仲裁的被申请人或第三人？

答：企业在多重劳动关系中易产生劳动争议，而相互成为被申请人或第三人。如：企业员工被其它单位借用、聘用时与借用、聘用单位签订了劳动合同但与原企业仍保持劳动关系的；企业员工与企业新投资的另一家企业签订劳动合同，但与作为企业投资的原企业同时保持劳动关系的；劳动者与劳务派遣单位、用工单位都签订了劳动合同的；企业改制或企业被租赁、承包，在此期间内劳动者形成与原单位、租赁或承包者的劳动关系等。

新的《劳动合同法》第91条规定，如果企业招用了尚未解除或者终止劳动合同的员工，该员工的原用人单位认为企业该行为给自己造成损失的，有权就损失赔偿事项向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，此时两个企业就成了劳动争议仲裁的双方当事人；如果原用人单位对流动员工提起劳动争议仲裁，则员工新任的企业就会成为第三人。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第23条；
2. 《劳动合同法》第91条；
3. 《劳动法》第99条；
4. 《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11条。

 例:

2008年,郑某与某纺织集团公司签订了5年的劳动合同,2009年4月被公司单独派往国外进行了为期6个月的新专业技术培训,并同时签订培训协议,公司承担全部培训费用10万元,郑某需在培训结束后至少为公司服务6年,否则应自行承担95%的培训费用。

培训结束后,郑某的技术水平有很大提高,认为自己薪水低了,回公司2个月后向同行业的一家制衣公司发出求职信,该公司决定录用郑某。郑某因不想支付劳动合同违约金与高额培训费用,就不告而别,其所在的纺织集团公司因此在生产进度及与该技术相关的产品质量上受到很大影响。

制衣公司知道这种情况,就与郑某签订了非全日制劳动合同,约定郑某每天工作6小时,每周30小时,工资每小时50元,奖金根据绩效考核结果确定。

3个月后,纺织集团公司知道郑某与制衣公司签订劳动合同的事实,依法要求制衣公司承担赔偿责任,两公司为此发生争议,纺织集团公司向劳动争议仲裁委员会提起仲裁。仲裁庭通知郑某作为第三人

参加审理，最终裁决制衣公司承担损害赔偿
责任，员工郑某承担连带责任。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动争议不一定仅发生在劳动者与用人单位之间，企业之间也可能因为员工流动产生劳动争议；
- 因员工流动双方用人单位发生劳动争议的仲裁案件需以员工为仲裁第三人。

本案中，郑某违反了与纺织集团公司签订的有服务期的培训协议，跳槽到制衣公司工作，而制衣公司明知此种情况仍然与郑某签订劳动合同，虽然采取了非全日制用工方式，但其雇用郑某、使用郑某在纺织集团通过培训获得的技术行为本身就对纺织集团形成了侵害，因此被牵入劳动争议纠纷并承担损害赔偿赔偿责任，而郑某在两家公司因自己发生的劳动争议仲裁中也以第三人的法定角色，参与审理、承担应有的连带赔偿责任。

 操作提示：

1) 未解除或终止与原单位劳动合同的员工会给新用工企业带来法律风险损失，即使是本企业非常需要的人才，也要谨慎。

2) 企业招聘员工时应建立严格的应聘人员资料审查制度，招用人员上岗前一定要持有其原单位的离职



证明，并要其填写资料及材料真实性承诺的员工履历表，或者要求其提供工作履历证明人联系方式，以及在人力资源部门建立新员工原单位征调函或推荐信制度，避免因新员工招聘问题给企业带来纠纷与损失。

3) 对于申请离职的员工，企业应尽快理清双方工作中的债权债务关系及工作交接事务，就各项可能于以后发生纠纷的事项出具相应的通知书、签收单、催收单、承诺函等文件，并尽快为员工办理相应手续，避免与员工发生离职再就业方面劳动争议。

4) 企业人力资源部门在日常管理中可以加强对员工应急联系方式的登记、验证与更新，对于不明原因连续旷工的情形，尤其是对企业关键岗位、特殊岗位员工，人力资源部门应该在规章中规定并真正让员工周知，企业对此种情况的处理期限及严厉的处理措施，尽可能避免此类情况发生给企业带来的损害。



 问：企业作为第三人参加劳动争议仲裁有什么权利和义务？

 答：劳动争议仲裁第三人是劳动争议案件处理结果法律上或事实上的利害关系人，与民事诉讼中的第三人地位不同，一般在仲裁程序开始后尚未作出裁决前进入仲裁活动。劳动争议仲裁第三人在仲裁活动中主要的权利义务有：

1) 有权了解申诉、被申诉人答辩的事实和理由，有权要求查阅和复制案卷的有关材料，了解仲裁的进展情况；有权向劳动争议仲裁委员会递交自己对该争议的意见书陈述自己的意见，有权聘用律师及其他代理人代理参加仲裁活动；

2) 无权放弃、变更仲裁请求或申请撤诉，无权对仲裁管辖异议；

3) 经调解达成协议的，制作的调解书规定第三人义务的，必须有第三人参加，第三人应在调解书上签名，调解书也应依法送达第三人；

4) 第三人经通知不到的，可以缺席裁决，但如果没有对第三人发出参加仲裁的通知书而在仲裁裁决书中规定第三人承担义务的，裁决书对第三人不发生效力；

5) 仲裁裁决第三人承担义务时，第三人对仲裁不服，有权向法院起诉；

6) 第三人在规定期限内不履行已经发生法律效力仲裁调解书、裁决书所规定的义务

时, 权利人可以向人民法院申请强制执行。

当企业作为第三人参加仲裁时应该主动了解上述权利义务内容。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 23 条;
2. 《劳动合同法》第 91 条;
3. 《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 11 条;
4. 劳动保障部“关于人民法院驳回劳动争议仲裁第三人起诉有关问题的复函”。

 例:

吴某是某国营科技公司的一名研究员, 与该公司签订了 5 年期限的劳动合同。

工作到第 3 年时, 吴某听说某外企科技公司同样职位的月薪是自己目前工资的 4 倍而且福利好, 但是试探向公司提出提前解除劳动合同时, 发现企业根本不会答应; 于是没有和原来公司打任何招呼, 直接应聘该外企公司并很快入职上班了。

原公司认为吴某没有与自己解除劳动合同关系就去外企公司上班是违反法律规定的, 于是向当地劳动争议仲裁委员会提起申诉, 要求吴某赔偿公司相应经济损失。

仲裁委员会将与本案处理结果有利害关系的外企公司作为仲裁第三人, 并通知其参加仲裁活动。

在仲裁庭的帮助下，三方达成调解协议：吴某向原公司支付合同违约金，外企公司向吴某原公司支付损失数额2倍的赔偿金，吴某与原公司解除劳动合同。三方在调解书上签字，该外企公司当即以支票向吴某原公司支付了赔偿金及合同违约金。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业和劳动者就双重劳动关系给企业造成损失发生争议时，员工新任企业应为争议仲裁的第三人；
- 劳动仲裁第三人与案件处理结果有法律上的利害关系是指有实体权利义务上的关系；
- 劳动仲裁第三人参加仲裁活动的时间是在仲裁程序开始后尚未作出仲裁裁决前；
- 劳动仲裁第三人可以由仲裁委员会通知参加；
- 涉及第三人权利的调解协议须有第三人参加并签字效力才及第三人。

本案中，吴某对原公司不告而别、跳槽到与原公司形成竞争关系的一家外企工作，违反了与原公司的劳动合同，也给原单位造成了相应损失，因此发生与原公司的劳动争议，仲裁庭通知吴某后来工作的外企公司作为第三人参

加仲裁活动，并在该外企公司参与和同意的条件下促成争议双方达成调解协议，在保证仲裁第三人的权利的同时，也让第三人依法承担了相应的责任。

 操作提示：

本题中第三人的权利义务在具体的法律条文中没有直接的规定，但根据诉讼法理，题中所答为实务中认可并通行。企业如果以第三人身份参加仲裁活动，需向本地仲裁委员会认真询问与确认，在具体事务中需遵循当地劳动争议仲裁委员会的相关规定与要求。



 问：企业作为仲裁被申请人时可以提出反申请吗？有什么法律后果？

 答：可以。根据《劳动人事争议仲裁办案规则》的规定，仲裁被申请人可以在答辩期间提出反申请。仲裁委员会自收到反申请之日起5日内决定是否受理并通知被申请人。

决定受理的，仲裁委员会将反申请与申请合并处理；反申请应当另行申请仲裁的，仲裁委员会应书面告知反申请人另行申请仲裁；反申请如不属于仲裁委员会受案范围，仲裁委员会向反申请人出具不予受理通知书。

被申请人在答辩期满后提出反申请的，需另行提出、另案处理。

参考法规：

1. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第35条；
2. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第45条第3项。

 例：

2008年5月，杨某与南京市某公司签订了2年固定期限劳动合同，负责公司财会工作。

2010年5月合同到期后，虽经公司多次催促，杨某并没有和公司续签合同，但公司给杨某的工资福利并没有变化，双方继续履行合同。

5月23日, 杨某因事与公司另一员工激烈争吵后不告而别, 并且带走了公司部分重要的财务凭证。

公司多次联系杨某, 要求其办理解除劳动合同手续及工作交接, 并为其办理人事档案及社会保险转出手续, 但杨某均以必须公司总经理及全部工作人员(共6人)在场才办交接为由, 数次拒绝。

公司为保证日常工作正常进行, 于2010年6月10日在报刊上对杨某掌握的财务凭证与相关资料作了遗失公告, 6月11日聘请江苏省某会计师事务所、南京市某公证处到现场, 并请来会计软件及保险柜公司技术人员对杨某使用过的电脑、保险柜、财务资料存放橱柜、办公桌等进行清查、披露。

2010年6月18日, 杨某向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请, 要求: 解除劳动合同, 公司支付其相应经济补偿金, 公司为其办理人事档案与社会保险转出手续。

答辩期内, 公司以上述事实答辩, 同时对杨某提出反申请, 要求杨某赔偿拒不办理解除劳动合同的工作交接手续, 给公司带来的直接经济损失3,680元。仲裁庭合并处理了此案。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 劳动争议被申请人有权在答辩的同时就争议中对方当事人给自己造成的权利损害及其它损失提起反申请；
- 反申请需在被申请人所享有的答辩期内提出；
- 申请与反申请可以合并处理。

本例中，杨某因离职与公司发生劳动争议，其原因起自杨某自己与同事的个人关系，并且杨某的极端行为给公司造成了实际损失，因此，公司作为被申请人对杨某提起反申请，是公司利用法律保护自己合法利益的有效手段。

 操作提示：

1) 企业作为劳动争议仲裁的被申请人时，可以针对员工做出的有损公司利益的行为提起反申请，主动保护自己的利益。

2) 反申请应该与员工申请争议密切相关才会被仲裁庭合并审理。



问：希望劳动仲裁秘密进行，可以吗？

答：劳动仲裁一般公开进行，但如果当事人协议不公开进行或者涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的除外。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第26条。

例：

2007年，辽宁某航空公司5名驾驶员因“在很多问题上与公司达不成一致”而提出辞职，但他们的辞职申请没有得到公司准许。

一个月后，5名驾驶员集体向省劳动仲裁委员会申请仲裁，请求确认解除劳动合同，并同时停止工作。

此后，公司向省劳动仲裁委员会提出了反申诉，要求5名驾驶员共同赔偿理论学习、试飞、复训等各类培训费用，公司直接经济损失及合同违约金共500万元。此案在当地引起很大震动。

由于庭审中会涉及公司的商业秘密，公司向仲裁委员会提出了仲裁不公开进行的申请，经仲裁委员会批准，该案件进行不公开仲裁，记者及其他人均不能进入仲裁庭旁听。

2007年8月，记者才从辞职驾驶员的

代理人廖律师那里了解到仲裁结果，12名飞行员应向航空公司支付总计450万元的赔偿金。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 劳动仲裁一般应公开进行；
- 具备法定条件的，劳动仲裁可不公开进行。

本例中，航空公司驾驶员与公司发生劳动争议而申请仲裁，由于争议事项涉及商业秘密，公司向仲裁庭申请不公开审理获得了批准，这是公司利用仲裁中的当事人权利有效保护本公司合法权益的模范案例。

 操作提示：

1) 所谓企业“商业秘密”是指不为公众所知悉、能为企业带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术和经营信息。企业应重视自己对此类技术与经营信息的权利保护。

2) 员工尤其是关键岗位及主要技术岗位员工往往掌握着对企业经营、盈利乃至生存来说都至关重要的商业秘密，发生争议时申请不公开仲裁是企业保护自己合法利益的正当权利。

3) 企业应在内部建立商业秘密保护系统和体制，划定本企业商业秘密的定义、范围、标准、等级及涉及的具体事项、具体岗位及相关保护措施，并按法定程序和要求形成企业规章制度并予以公示；遇到劳动争议或其他纠纷诉讼时，对外提出相应保护申请才有依据。

 问：可以要求更换仲裁员吗？

 答：可以。《劳动争议调解仲裁法》规定，当事人有证据证明仲裁员有下列情形之一的，有权以口头或者书面方式提出回避申请，要求更换仲裁员：

- 1) 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的；
- 2) 与本案有利害关系的；
- 3) 与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正裁决的；
- 4) 私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

参考《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》第12条、第24条、第25条关于近亲属、宣告失踪与死亡利害关系人定义的规定，这里的“有利害关系”，一般指：仲裁员与本案当事人是近亲属，是朋友、同学、师生、老战友、熟人等近亲属以外的其他亲密关系或仇嫌关系，或者有其它共同利益关系或其他民事权利义务关系，因此有可能影响认定结果的客观、公正性。

企业需注意回避申请提出的时间。回避申请在仲裁庭组成后即可提出，但回避事由在案件开始审理后知道的，可以在庭审辩论终结前提出；庭审辩论终结后提出的，不影响仲裁程

序的进行。企业如果因掌握回避事由时间晚而无法更换仲裁员,因此对裁决不服的,可以向法院起诉或申请撤销。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第33条;
2. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第15条、第16条。

 例:

李浩是广东一家机械厂有3年工龄的老职工,在一次例行操作中,不慎发生了工伤事故。

医院治疗期间,李浩接到厂里的解除合同通知书,李浩不服厂方的决定,向当地劳动争议仲裁委员会提出申诉,要求撤销机械厂与他解除劳动合同的决定。

劳动争议仲裁委员会依法受理该案,并将仲裁庭的组成人员告知了双方当事人。

李浩后来打听到其中一个仲裁员钱某是机械厂厂长的侄子,于是向仲裁委员会对钱某提出回避申请,仲裁委员会接到申请后,经调查确认情况属实,批准了李浩的回避申请,由另一名与本案无利害关系的陈某代替钱某参加仲裁庭。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 仲裁当事人要求原仲裁庭仲裁员回避、更换仲裁员需要向仲裁委员会申请批准；
- 更换仲裁员需要符合法律规定的条件；
- 更换仲裁员的回避申请是在仲裁庭组成以后提出的。

本案中，李浩与工作单位就解除劳动合同发生争议、申请仲裁，仲裁庭成员之一的钱某是其工作单位负责人的近亲属，符合法定回避的条件，因此，李浩向仲裁委员会申请回避得到了支持。

 操作提示：

1) 企业为保护自己利益，应在仲裁庭开庭前仔细了解仲裁庭成员的情况，对于仲裁员与本案有利害关系或仲裁员行为违法、可能影响仲裁庭公正裁判的，应及时提出回避申请。

2) 要求更换仲裁员时应说明理由，需要提供相关证据时应准备好合法的证据。

 问：可以要求仲裁庭延期开庭吗？

 答：可以。劳动争议仲裁当事人有正当理由的，可以在仲裁庭通知的开庭日期 3 日前请求延期开庭。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第 35 条。

 例：

小马与用人单位因工伤保险等问题发生争议，向当地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

仲裁委员会审查后受理了小马的申请，并向小马及其单位发出了开庭通知书，详细说明了开庭的时间和地点。

收到开庭通知书后的第二天，小马因突发胃病住院，经医院检查后告知小马需要手术，而 4 天后仲裁庭就要开庭了，小马不知如何是好，就请自己的父亲到仲裁委员会咨询，仲裁委员会了解情况后，经认真考虑，认为当事人小马有正当理由无法按时到庭，而小马的到庭直接影响案件的审理，因此由小马提出申请，仲裁委员会裁定该案延期开庭。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 申请延期开庭应在开庭 3 日前提出；



- 申请延期开庭需有正当理由；
- 是否延期开庭由劳动争议仲裁委员会决定，而不是仲裁庭决定。

本案中，小马因为突发疾病住院需要手术，在仲裁庭规定的日期内根本不可能到庭参加仲裁，而小马是否出庭，直接影响仲裁庭的审理能否查清事实，当事人的权利能否完全实现以及仲裁结果是否公正等，因此仲裁委员会裁定延期开庭是很有必要的。

操作提示：

1) 参照《民事诉讼法》第 132 条关于延期审理的规定，一般申请延期开庭的情形有：

- 必须到庭的当事人和其他仲裁程序参加人有正当理由不能到庭的；
- 当事人临时提出回避申请的；
- 需要通知新的证人到庭的，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的。

这里正当的理由，包括不可抗力情形，及其他突发或特殊情况，如当事人患病、双方当事人试图和解等情况不能按时到庭的。

2) 仲裁庭的延期审理条件，企业应该积极与仲裁委员会沟通，以确定企业提出的条件是否为合法理由。

 问：仲裁申请人不出庭或中途退庭的，有何后果？

 答：根据《劳动人事争议仲裁办案规则》的规定，仲裁申请人收到仲裁委员会的书面开庭通知，无正当理由不到庭或未经仲裁庭同意中途退庭的视为撤回仲裁申请。申请人重新申请仲裁的，仲裁委很可能不予受理。

但如果仲裁申请人没有收到书面仲裁开庭通知书，或是经仲裁庭同意中途退庭的则应延期审理。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第36条第1款；
2. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第38条。

 例：

姜某与北京市某民营计算机公司签订3年劳动合同。

1年后，姜某了解到自己在外企和大型国营企业的同学收入比自己高很多，就工作散漫起来，公司多次谈话都不能改变姜某的工作态度，后来甚至在上班期间打网游、网上聊天，公司最后只好以“严重违反企业规章制度”为由辞退姜某。

姜某不服，向当地劳动争议仲裁委员会提出申请，要求公司撤回解除劳动合同的决定。

仲裁委员会受案后开庭进行审理。审理过程中，由于不满仲裁员的调解方案及对公司有成见，尽管仲裁员一再告诫其后果，姜某还是中途退庭以示自己的愤怒。

仲裁庭因此作出撤销案件的决定。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 仲裁庭开庭期间，申请人不经仲裁庭同意退庭的，视为撤回申请；
- 申请人有权撤回申请，仲裁庭对撤回申请的案件会做撤案决定。

本例中姜某申请劳动仲裁，但是在开庭审理过程中过于强调自己的想法和利益，无视仲裁庭的权威，中途退庭直接导致了此次申请仲裁的失败。

 操作提示：

企业申请劳动争议仲裁时，要注意充分重视仲裁庭的权威，多主动联系与沟通，不要无故不到庭或者中途退庭，以免损害自己的利益。

 问：仲裁被申请人不出庭、中途退庭有何后果？

 答：仲裁被申请人收到书面仲裁开庭通知书后拒不到庭或未经仲裁庭同意中途退庭的，仲裁庭可以缺席裁决。

但如果被申请人没有收到书面仲裁开庭通知书，或是经仲裁庭同意中途退庭的则应延期审理。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第36条第2款；
2. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第38条。

 例：

孙军是某电气公司的工程师，2005年与公司签订了五年的劳动合同。2008年3月，由于工作劳累，患上了流行性感冒，发起了高烧。

由于工作无人接替，孙军只是随便找了些感冒药应付，带病继续工作，可后来病情越来越重，到医院检查时发现已转成了肺炎，院方要求立即住院。

为保证工作正常进行，公司重新招聘新的工程师，但同时向孙军下达了解除合同通知书，孙军认为公司在医疗期内与自己解除劳动合同属于违法行为，于是向当地仲裁委员会申请仲裁，要求公司继续履

行合同。

很快公司收到了仲裁委员会的开庭通知书，但公司经理不屑一顾，心想我不出庭，看你怎么开庭，开庭当天根本就没去。但是仲裁委员会仍然依法作出了裁决，支持了孙军的要求。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 仲裁委员会有权在仲裁被申请人违法缺席的情况下继续开庭并作出裁决；
- 仲裁被申请人违法缺席的，仲裁庭作出的裁决书效力仍然及于被申请人。

本案中，孙军因公司违法解除劳动合同而申请仲裁，公司在收到仲裁庭的书面开庭通知后应履行参加庭审的义务，或者向仲裁庭提出合理理由申请延期。但公司由于对法律规定的无知，以为自己拒不到庭就可以使仲裁庭无法开庭审理，却实际上放弃了在庭审中为自己主张辩护的权利，但仲裁庭依法直接作出的裁决依然对公司发生法律效力。

 操作提示：

企业要注意作为被申请人不到庭或中途退庭，与申请人不到庭或中途退庭的法律后果有很大差别：

1) 申请人无正当理由不到庭或中途退庭的，视为撤回仲裁申请。

2) 被申请人无正当理由不到庭或中途退庭的，视为放弃在仲裁程序中进行答辩和质证的权利，仲裁庭将进行缺席裁决。虽然缺席裁决并不必然意味着缺席一方会承担败诉的法律后果。在缺席裁决的情况下，仲裁庭仍应当对案件进行全面审理后，依法裁决。但缺席一方因丧失了了在仲裁程序中进行答辩和质证的权利，在仲裁中处于极为不利的地位。

企业应积极构建人文关怀的员工关系，才能激励员工，在企业的长期发展过程中才能保持员工工作效率的持续提高，而不应只顾公司短期的单方面利益作出违法决定而引发劳动争议，由此损失的就不仅仅是劳动争议处理成本了。

 问：档案中对企业不利的证据，不交行吗？

 答：可以，但如果企业对相关事实负有举证责任，则企业不提交证据会引起举证不能的不利后果。

一般而言，无论是在诉讼还是仲裁程序中，当事人举证的目的都是为了支持自身的请求，对于对自身不利的证据，当事人并无义务提交。

但是，劳动争议仲裁中，按照举证规则，由企业某类事实负举证责任的，企业因为对自己不利而不交能证明该事实而由企业掌握的证据，企业将承担举证不能的法律后果，即仲裁庭一样会由此推断作出对企业不利的裁决结果。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第6条；
2. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第17条、第18条、第19条；
3. 《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13条；
4. 劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第2条；
5. 《工伤保险条例》第19条。

 例：

杨某 2009 年与上海一家信息咨询公司签订了 3 年的劳动合同，职位是信息采集员，合同中约定杨某月薪 2,500 元，公司

为杨某提供免费住宿。

2010年8月，杨某因工作问题与经理发生了争吵，之后经理经常指责杨某工作不认真，对客户不热情。10月，公司以工作不认真为由将其月薪降至2,000元。

杨某多次找公司经理要求恢复原有工资，但都没有结果。无奈之下，杨某向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司恢复自己的原有工资待遇。但由于考勤记录、客户投诉记录、客户满意调查表、绩效考核表等都在公司手里，杨某担心因为缺乏证据而使结果对自己不利，向劳动争议仲裁委员会咨询，得到答复是，她的请求是公司负有举证责任。

该案如期开庭后，公司拒绝提交相关考勤记录、客户投诉记录、客户满意调查表、绩效考核表，但是仲裁庭据此认定杨某所述事实为真，裁决公司恢复杨某工资标准，并补发已经降薪后的差额。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动争议仲裁案件中企业承担特殊的举证责任，或称为举证责任倒置；
- 举证责任倒置仅限于“与争议事项有关的证据属于用人单位掌握的”情况；



- 这里用人单位不交即承担不利后果，指主观上不愿交，不是客观上企业根本不可能有可以作为证据的材料而交不了。

本案中，针对杨某仲裁请求，公司应把掌握的相应证据提交仲裁庭，但公司拒绝提交，按照《劳动争议调解仲裁法》的规定，仲裁庭因此反推出公司未提交的证据可以证明杨某的陈述为真，因此裁决支持了杨某的请求，公司承担不利的仲裁结果。

操作提示：

企业需要注意到，《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13条规定：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，由用人单位负举证责任。

因此，企业在日常人事行政管理中要建立和保存员工管理与考核等各项规章制度，以及员工工作表现的各类资料与登记表，进行规范化管理，当对员工作出上述事项处理时依法按程序、按企业规章制度进行，避免可能发生的劳动争议中，企业因“说不清楚”而承担不利后果。

 问：从立案到作出裁决要多长时间？

 答：根据《劳动争议仲裁调解法》规定，劳动争议仲裁委员会在接到仲裁申请后 5 日内作出是否受理的决定，受理即立案。

从立案到作出裁决的一般期限是 45 天，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长，但最长不超过 15 天，即最长不超过 60 天。

但是出现法定的案件需要中止审理的情形，如当事人要求和解或调解，自然灾害等造成交通、通讯等原因无法正常进行仲裁活动的，中止审理期间不计入仲裁期限内，则实际时间的总长度会超过 60 天。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 29 条、第 43 条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 30 条、第 32 条、第 35 条；
3. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》30 条、第 31 条、第 32 条；
4. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第 34 条、第 35 条、第 36 条、第 37 条；
5. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第 44 条、第 45 条、第 46 条。

 例：

李某是北京市一家 IT 企业的部门经理，因对其部门员工林某的违纪行为要求林某写书面检查一事，与林某发生口角，

最后发展到两人打斗起来。

根据公司规定, 员工在上班时间动手打人属于严重违纪, 按劳动法第 25 条规定, 公司可以辞退违纪员工。林某因此否认了自己动手打人的行为。

由于没有其他人在场, 公司只好向李某询问有无证据, 李某以自己白衬衣上的一个黑印指证是林某打人时踹的脚印, 公司领导因此决定辞退林某。林某不服, 提请了劳动仲裁。

劳动争议仲裁委员会立案后, 为确认企业提交的白衬衫上的痕迹是否为林某的足迹, 以便对林某动手打人的事实认定清楚, 委托公安鉴定机关进行司法鉴定, 同时决定案件中止审理, 待鉴定结论出来后继续审理。

由于当时鉴定机关工作忙, 两个月过去了也没有作出鉴定结论。林某等不及了, 质问仲裁庭, 超过仲裁期间仍然不作出裁决是公然违法, 自己要直接起诉了。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 出现法定中止事由仲裁案件会中止审理;
- 中止审理情形出现, 审理的真正期间会超过正常审理裁决的最长期限 60 天。

本案中仲裁裁决的作出依赖于鉴定机构鉴定结论结果，根据法律规定，该案件在鉴定期间属于中止审理，所以仲裁机构并没有超出合法的仲裁期间，林某的看法是错误的。

操作提示：

1) 企业需要注意出现仲裁审理中止的情况，以选择与变动处理劳动争议方案。

2) 根据《劳动人事争议仲裁办案规则》规定，仲裁审理需中止的情况有：

- 因出现案件处理依据不明确而请示有关机构，或案件处理需要等待工伤认定、伤残等级鉴定、司法鉴定结论，公告送达以及其他需要中止仲裁审理的客观情形，经仲裁委员会主任批准可以中止审理；
- 自然灾害等原因造成通讯、交通等原因不能正常开庭审理裁决的；
- 其他仲裁机构本身的原因，如：本案必须以另一案的审理结果作为依据而另一案又尚未审理终结的；因复杂情况难于界定应否列入受理范围，待定、待批、待复期间的、需要委托调查的等等。

3) 以下情况仲裁期限时效的起算需要特别注意：

- 申请人需要补正材料的，仲裁委员会收到申请的时间从补正材料之日起算；
- 增加、变更仲裁申请的，仲裁期限从受理增加、变更仲裁申请之日起重新计算；
- 仲裁申请和反申请合并审理的，仲裁期限从受

理反申请之日起重新计算；

- 案件移送管辖的，从接受移送之日起计算。



 问：何时员工可以直接申请法院支付令？

 答：员工在以下情形可以直接申请法院支付令：

1) 企业拖欠或未足额支付员工劳动报酬的。
企业在收到支付令之日起 15 日内提出异议的，支付令不生效，人民法院将裁定终结督促程序，劳动者可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；

2) 企业与员工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，企业不履行的。

企业在收到支付令之日起 15 日内提出异议的，支付令不生效，人民法院将裁定终结督促程序，但其后劳动者可以直接向人民法院提起诉讼，无须再经过仲裁程序。

参考法规：

1. 《劳动合同法》第 30 条第 2 款；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第 16 条。

 例：

王某与深圳某网络科技有限公司于 2008 年 4 月签订 2 年期限劳动合同，约定王某月工资为 5,000 元，每月 10 日发放。

2009 年 2 月，公司通知王某，由于公司出现经营困难，自 3 月起，按照工资标准 70% 发放，剩余工资推迟发放，但承诺自 2009 年 3 月 11 日起按银行一年定期存款利率为其未发放部分工资计息，等公司

经营好转后到时一并支付。

2009年12月,公司向王某提出提前解除劳动合同,公司向王某支付了解除劳动合同经济补偿金5,000元。

之后,王某多次与公司联系询问拖欠工资一事,该公司始终以各种借口推脱不肯解决。后在街道调解委员中心的主持下,双方达成调解协议,公司在约定期限内支付王某拖欠的工资及利息。

到了约定的期限,公司并没有履行协议,王某遂向法院申请了支付令,得到了法院的支持。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 调解协议具有法律约束力;
- 拖欠劳动报酬的调解协议,企业不履行调解协议的,劳动者可以申请支付令。

本例中,公司拖欠王某工资事实及数额都非常确定,双方已就此达成了调解协议,约定了支付期限,但到期公司没有履行协议,王某依法有申请支付令的权利。

 操作提示:

1) 根据《劳动合同法》的规定,企业拖欠劳动报酬的,只要事实清楚,即便双方没有就此达成调解协

议，员工仍然可以直接向法院申请支付令。

2) 企业接到支付令后，可以在法定期限（15 天）内履行义务或者提出异议。如企业未在 15 日内提出异议的，支付令将生效，人民法院就有权就支付令内容进行强制执行。



 问：接到法院支付令，企业怎么办？

 答：企业接到法院支付令后，可以在法定期间内按照支付令内容履行义务，或者提出异议使支付令归于无效。

参考法规：

1. 《民事诉讼法》第193条第2款、第3款；
2. 《民事诉讼法》第194条；
3. 《劳动争议调解仲裁法》第5条。

 例：

2009年4月，张某等6人与北京某公司济南子公司签订2年期的劳动合同，试用期3个月，工资800元，试用期满后看本人能力与表现在1,000元到1,500元之间确定。

试用期期间，公司却以张某等未交纳保证金为由没有发放工资，试用期满后，以订单不多为由只发给200元生活费。

张某等人于是向总公司劳动争议调解委员会提出调解申请，要求补发并按时发放工资。

在企业劳动争议调解委员会的调解下，同时在总公司人事部特派人员的监督下，劳资双方达成调解协议：济南公司7天内补发张某等人5个月的工资，试用期工资按转正工资1,200元的标准发放，并保证

以后每月都按时发放工资。

协议达成后，总公司派员回京，济南公司却没有在约定期限内补发工资，张某等人于是向法院申请支付令。但济南公司却以“调解协议是在不自愿的情况下达成的”为由，对支付令提起异议，致使支付令无效。

张某等6人收到法院通知后，立即向法院起诉，并向法院申请了先予执行，得到了法院支持。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 调解协议具有法律约束力；
- 企业不履行调解协议，员工可以申请支付令；
- 只要企业对支付令提起异议即可使支付令无效，法院不对异议做实质审查；
- 支付令无效后，对于双方争议事项，员工可以不经仲裁程序直接起诉；
- 追索劳动报酬的诉讼案件，员工可以依法申请先予执行。

本例中，济南公司克扣、拖欠张某工资事实清楚，本来直接履行调解协议就可以化解纠纷，该公司却使用支付令异议的权利继续拖延，但申请过支付令的案件，不再经过仲裁前置程序，

员工有权直接起诉。并且根据《民事诉讼法》的规定，追索劳动报酬的案件，员工有权申请先予执行，济南公司并没有达到长期拖欠的目的。

 操作提示：

- 1) 企业接到支付令，有 15 天内提起异议的权利。
- 2) 企业要慎用支付令异议的权利，以免让企业陷入缠讼的境地，增加纠纷解决成本。
- 3) 企业需注意：追索劳动报酬、抚恤金、医疗费用等案件的当事人，有权申请先予执行。

 问：仲裁庭可以要求企业先予执行吗？

 答：根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金案件，如果当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人生活的，仲裁庭可以根据劳动者申请裁决对企业先予执行。但是仲裁庭不能在没有劳动者申请的情况下直接对企业裁决先予执行。

劳动者申请先予执行，可以不提供担保。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 44 条；
2. 人力资源和社会保障部《劳动争议仲裁办案规则》第 50 条；
3. 《民事诉讼法》第 97 条、第 98 条、第 99 条；
4. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 106 条、第 107 条、第 110 条和第 111 条。

 例：

李力是北京某建筑公司员工，但公司没有为李力参加工伤保险。一次施工时，李力不慎从施工建筑上掉下来摔成重伤。李力度过危险期后，因家中无力再继续支付治疗费，医院停止了对李力的手术治疗。

李力希望公司尽快提供医疗费，遭到了公司拒绝，只好委托妻子向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付医

疗费、生活费，以及工作期间的加班费、奖金等。

仲裁审理过程中，医院发出通知：如果再不支付医疗费，将停止对李力的治疗。李力的妻子持医院通知向仲裁委申请公司先支付医疗费用。

仲裁委员会认为，本案属于追索工伤医疗费率的案件，当事人李力与工作的建筑公司之间权利义务关系明确，不先予执行将严重威胁到当事人的生活，因此，在李力医疗期未届满的情况下，仲裁庭对医疗费问题作出先予执行的裁决，要求建筑公司先行支付李力的医疗费，并移送法院执行。待李力的医疗期满后，再依法定程序进行伤残等级鉴定的争议处理。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 仲裁庭可以根据劳动者申请裁定对企业先予执行，但仲裁庭不能自主决定对企业的先予执行；
- 裁定先予执行必须满足两个条件：争议双方当事人权利义务关系明确；不先予执行将严重威胁劳动者正常生活；
- 先予执行的有权机关不是仲裁机构而是法院，仲裁庭作出先予执行的裁决后需

移送法院执行。

本案中李力与建筑公司劳动关系明确，李力因工伤入院治疗、建筑公司应支付医疗费用，在这一点上建筑公司与李力权利义务关系也很明确，而且李力面临着再不支付医疗费用则正常治疗难以维持，所以，仲裁委员会裁决对建筑公司应支付医疗费用先予执行是正确合法的。

 操作提示：

1) 对于劳动者可以申请先予执行类型的争议，企业应该尽量化解此类矛盾，而不要在法律已对双方权利义务有明确规定的事务上徒增处理纠纷的成本。

2) 但如果没有劳动者申请，仲裁庭直接裁决先予执行的，或者劳动者申请先予执行事项不属于法定范围的，企业有权积极维护自己的合法权益，对先予执行提出异议申请。

 问：收到先予执行裁决，企业怎么办？

 答：企业收到先予执行的裁决书后，对于先予执行裁决不服的，可以在仲裁委员会仲裁裁决书送达之日起15日内申请复议一次，但复议期间不影响执行。如果对先予执行裁决不服而向法院起诉，法院不会受理。

但如果仲裁裁决先予执行的行为确实存在超出先予执行的法定范围、仲裁员枉法裁决等违法情形的，可以根据《民事诉讼法》第202条向负责执行的法院提出书面异议。法院在收到异议书15日内审查，理由成立的裁定撤销或改正，理由不成立的，裁定驳回。企业对驳回裁定不服的，可以在裁定送达之日起10日内向上级法院申请复议。

如果企业面对诸如工伤等先予执行裁决的巨大金额，确实由于数额超过企业现阶段实际支付能力的，可以向法院执行人员申明实情，要求终结执行或中止执行，或者与劳动者协商具体支付方式，如分阶段支付等。

参考法规：

1. 《民事诉讼法》第97条、第98条、第99条；
2. 《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8条；
3. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第106条、第107条、第110条和第111条；



4. 劳动部办公厅“关于用人单位不服部分裁决申请复议期限问题的复函”；
5. 《民事诉讼法》第 202 条、第 213 条。

 例:

万某是某国有企业职工，2008 年 2 月，企业以万某“乱搞男女关系，参与赌博，长期旷工，认错态度恶劣”为由，做出将万某除名的决定，万某遂提起劳动争议仲裁，仲裁庭裁决企业撤销该除名决定。后经两审判决均维持了仲裁裁决。

2009 年 1 月，万某所在的企业撤销了对万某的除名决定，但从除名到恢复劳动关系期间的工资不补发，社会保险金亦不补缴，对万某实行待岗处理，每月只发生生活费 200 元。

万某遂再次申请劳动仲裁，要求企业补发工资和补缴社会保险金，妥善安置工作，恢复原有工资标准，并且，由于一年的仲裁诉讼，妻离子散，负债度日，故对企业应补发工资 25,000 元申请先予执行，并提交了数张到期个人借款欠条，仲裁庭裁决支持了万某的这一请求。企业不服，向仲裁委员会申请复议，万某同时向法院申请强制执行，拿到了企业应补发的工资。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业收到先予执行裁决书后有权申请复议；
- 企业申请复议期间不停止先予执行。

本案中，万某因除名争议两次申请仲裁，在第二次时由于生活困难，要求对企业应补发工资部分先予执行，是符合法律规定的，企业虽然有权对先予执行提起复议，但对先予执行程序不构成影响。

 操作提示：

1) 先予执行的法律规定是为了保护劳动者最基本的利益而设计的，企业对可能被裁决先予执行的事项，应该尽量在争议发生前以及先予执行裁决作出前就寻求其他方式解决。

2) 劳动者申请对企业先予执行申请中数额较大的情形，一般都属于工伤医疗费用及其他工伤待遇支出，如果企业为职工参加了法定的工伤保险，则此项巨大支出会由工伤保险基金支付很大一部分，但如果企业没有为职工参加工伤保险，则企业承担全部工伤待遇费用。因此企业应在员工上班后为其及时办理工伤保险，以避免因此发生的意外巨额支出。

 问：企业可以申请对员工先予执行吗？

 答：不可以。《劳动争议调解仲裁法》中只规定了仲裁庭可以应劳动者申请对劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件裁决先予执行，企业不能申请对员工的先予执行。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第44条。

 例：

赵某是上海某化工公司员工，职位是产品技术服务部总监，由于工作需要，公司配备了一台装有公司分销渠道数据库内部网络版的笔记本电脑给赵某，但公司章程及岗位说明中没有对此类笔记本电脑的使用、交付、收回等做详细规定。

2007年9月，赵某以请病假为由，一直未上班。2007年10月，公司发现赵某的病假条均为伪造，同时发现赵某在另一家化工公司担任业务总经理，该公司经营与原告相同的化工产品；赵某还利用在原告工作之便及电脑数据库资料，私自走访公司客户，经销公司竞争对手的相关产品。

公司根据《员工奖惩条例》的规定，以赵某与其他单位建立劳动关系且徇私舞弊，为个人利益而使公司遭受经济损失为由作出辞退赵某的决定，同时要求赵某交

回笔记本电脑，被赵某拒绝。同时赵某申请劳动仲裁，要求公司撤销辞退决定，公司在答辩的同时提出对赵某的反申请，此外还要求赵某赔偿公司损失并对赵某申请先予执行，交回公司电脑，但先予执行的要求被仲裁庭驳回。公司最终通过律师与赵某谈判，晓以赵某行为的法律性质、法律风险与严重后果，促使赵某交回了电脑。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 企业对员工申请先予执行没有法律依据；
- 对于员工损害企业的行为，企业可以通过其他法律手段来救济。

本例中，公司基于其工作需要为赵某配备了装有公司重要商业机密资料的电脑，但没有制定相关使用纪律规范，赵某却利用其中的资料在其他公司兼职，经营与公司形成竞争的产品，给公司造成相当大的损失。因此争议发生后及在劳动争议仲裁过程中，尽快取回该电脑对公司来说是非常急迫的，但是通过申请先予执行的手段没有相应法律依据，不是解决此问题的可行手段，因此，最终是由公司聘请的律师通过法律谈判的方式让赵某自动交回。

 操作提示：

- 1) 企业对掌握企业商业秘密的高级管理人员应加

强管理，在信息、资产及企业商业秘密保护制度方面建立行之有效的保护体系，防范这类员工损害企业利益的事件发生。

2) 劳动争议过程中，由聘请的专业律师与员工谈判，达成劳资双方协议，解决双方纠纷，是相对于通过仲裁、诉讼解决纠纷更为节省成本和时间的有效方式。



问：如何理解劳动仲裁的“终局裁决”？

答：《劳动争议调解仲裁法》中规定的终局裁决，也称“一裁终局”制度，包括以下几层含义：

一是指裁决书自作出之日起发生法律效力；

二是当事人不得就同一纠纷再向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，除法律特别规定外，用人单位不得再向人民法院起诉；

三是指仲裁裁决发生法律效力后，当事人应当依照规定的期限履行；

四是终局裁决有范围的限制，具体包括两类裁决：一是追索劳动报酬、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，可简称为小额争议案件；二是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，可简称为劳动基准争议案件。

五是劳动者对终局裁决不服的，可以向法院起诉；

六是企业可以对终局裁决向法院申请撤销裁决，但需有证据证明仲裁裁决存在法定违法情形；

七是企业对终局裁决不服的，在劳动者没有起诉的情况下，可以向中级人民法院申请撤销仲裁裁决；劳动者已起诉的，该起诉被法院驳回或劳动者撤诉后，企业才可以向中级法院申请撤销仲裁裁决。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 47 条、第 48 条、第 49 条;
2. 《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 13 条、第 15 条。

 例:

吴冰是深圳市某外企公司网络技术员工, 2008 年与公司签订了 3 年期限的劳动合同。

合同履行期满 1 年时, 该公司要求提前解除合同, 并向吴冰下达了“终止劳动合同通知”, 要求吴冰 5 天内交接工作, 并同意 5 天内向吴冰支付经济补偿金 1 万元。

5 天期满, 公司未向吴冰支付经济补偿金, 吴冰于是向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

仲裁委员会受理后进行审理, 全面支持了吴冰的请求, 终局裁决公司支付吴冰 1 万元经济补偿金。

公司经调查发现, 仲裁庭的一位仲裁员刘某是吴冰的大学同学, 且有证据证明刘某与吴冰最近有联系。该公司认为刘某应该依法回避而未主动提出回避, 遂向所在地的中级法院申请撤销裁决, 法院受理调查后, 裁定撤销仲裁裁决。

吴冰收到撤销仲裁裁决书后向法院提起诉讼, 最终获得法院支持, 终审判决公司支付经济补偿金 1 万元。



 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业与员工解除劳动合同的经济补偿金数额不超过当地最低工资标准 12 个月金额的，属于终局裁决范围；
- 程序违法的仲裁裁决，企业有权申请撤销；
- 劳动者有事实依据的合法权益，最终仍然会得到法院支持，企业不能逃避应承担的责任。

本案中吴冰要求公司支付解除劳动合同的经济补偿金 1 万元，低于深圳当地最低工资标准 12 个月金额（1.2 万元），在《劳动争议调解仲裁法》第 47 条规定的终局裁决范围内，但由于仲裁员没有依法回避而导致仲裁裁决被撤销，但是吴冰合法的实体权利最终通过合法程序得到了法律保护。

 操作提示：

1) 法律明确规定的企业义务，企业最节省成本的方式是遵循法律规定，无谓的缠讼只会让企业徒增解决争议的成本。

2) 在终局裁决中，既包括经过所有仲裁程序而最终做出的两类事项（小额争议和劳动标准争议）的终局裁决，也包括属于该两类事项的先行裁决，都是自做出之日起发生法律效力。



 问：如何理解劳动仲裁的“非终局裁决”？

 答：劳动仲裁的“非终局裁决”是针对《劳动争议调解仲裁法》第47条规定的终局裁决而言的，即对第47条规定的小额劳动争议和劳动基准争议案件以外的劳动争议所做的仲裁裁决都是非终局裁决。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第47条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第50条。

 例：

贾明是北京某公司部门经理，任职已满3年，2008年因对公司新推行的薪酬制度不满意，向公司递交了辞职报告，在报告里同时要求公司支付拖欠自己的工资以及加班费共计150,000元，公司却借故推脱。

多次索要未果后，贾明向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求拿回自己的工资及加班费。仲裁委员会经调查，认为公司拖欠工资一事属实，裁决公司立即支付拖欠贾明的工资100,000元，但以贾明没有证据证明加班，就驳回了此请求。

贾明很不服气，每周五天都加班的事实怎么说没有就没有呢，去律师事务所咨询，律师建议，仲裁裁决作出后没有超过

15 天，贾明有权向法院起诉。贾明遂向法院提起了诉讼。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 仲裁裁决确定的争议金额超过本地最低工资标准 12 个月数额的，该裁决书为非终局裁决；
- 争议当事人对一裁终局以外的仲裁裁决不服，可向人民法院提起诉讼；
- 对非终局仲裁裁决书不服向法院起诉的期限是裁决书送达当事人之日起 15 天。

本案中，由于仲裁裁决确定公司应支付贾明的工资总额已超过当年北京市最低工资标准 12 个月的金额（8,000 元），所以裁决为非终局裁决，在法律规定的期限内，贾明可以向法院起诉。

 操作提示：

- 1) 一裁终局以外的劳动争议案件的处理是“一调一裁两审，仲裁前置”的模式。
- 2) 在非终局裁决的争议中，对劳动者可以申请法院支付令的争议的处理，企业需要特别关注。



 问：终局裁决的索赔数额有底线吗？

 答：有。追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的终局裁决，以“不超过当地月最低工资标准十二个月金额”为准。根据最高人民法院的司法解释，这里的“不超过当地月最低工资标准十二个月金额”指的是仲裁庭裁决确定的金额；如果仲裁裁决涉及数项请求，每个单项确定的数额不超过最低工资标准 12 个月金额，而不是数项请求总额不超过最低工资标准 12 个月金额。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 47 条；
2. 《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 13 条。

 例：

小梅是上海某纺织厂女工，2008 年 1 月与纺织厂签订了 3 年期劳动合同，双方约定试用期 6 个月，工资为每个月 1,200 元。2008 年，上海市最低工资标准为每月 960 元。

可是月末发薪时小梅发现只有 600 元，原来厂里规定试用期工资为 600 元。可是小梅转正后仍然每月只领到 600 元。工友们询问厂方经理，厂方称最近资金紧张，等资金情况好转后再补发。

6个月了,厂方一直没有补发拖欠的工资,小梅及其他一起上班的职工开始向厂方频繁催要。就在这时,小梅在工作中发生了意外,手部严重受伤,手术费和住院费等共用去8,000元,厂方一分未付。小梅出院后即向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁。

仲裁委员会查明实情后,裁决纺织厂按合同约定的1,200元支付小梅的月工资,并补发到作出仲裁裁决时拖欠的小梅工资共 $600\text{元} \times 12 = 7,200\text{元}$,支付小梅工伤医疗费用8,000元,并在裁决书中注明该裁决为终局裁决,自作出时即发生法律效力。仲裁庭告知小梅,厂方如不履行该裁决,小梅有权向法院要求强制执行。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 是否列为终局裁决以裁决中每个单项请求金额不超过当地最低工资标准12个月的金额为准;
- 终局裁决作出后即时发生法律效力;
- 试用期工资与转正工资均不应低于当地的最低工资;
- 没有给员工缴纳社会保险的企业,员工发生工伤的,应由用人单位按工伤保险

待遇项目和标准承担医疗费用。

本案中，纺织厂拖欠小梅工资与工伤医疗费用事实清楚，而且这两项请求的金额都不超过当地当年最低工资标准 12 个月的金额，因此仲裁庭作出终局裁决是合法正确的。

 操作提示：

企业在面对可能成为终局裁决的劳动争议事项时，一定要更加重视争议的提前化解与解决，否则对企业而言，对员工一样的支出却收获不一样的员工关系，再加上为解决争议在仲裁上花费的人力成本、时间成本等，企业的损失就更大了。



 问：终局裁决书中可以有非终局事项吗？

 答：虽然《劳动人事争议仲裁办案规则》规定，仲裁庭裁决案件时，裁决内容同时涉及终局裁决和非终局裁决的，应分别作出裁决并告知当事人相应的救济权利。也就是说，终局裁决书中不应有非终局事项，但在现实中，一个仲裁裁决既有终局事项，又有非终局事项的现实是存在的，因此，《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）》对此情况做了具体规定，即该种裁决按照非终局裁决处理。

在实践中，部分劳动争议仲裁委员会将一个案件分拆为两个案件，对劳动者的部分请求作出非终局裁决，允许用人单位就这些裁决事项向人民法院起诉；而同时，就劳动者另外一部分请求，作出终局裁决，用人单位只能向中级人民法院申请撤销该裁决事项，而不能再向基层人民法院起诉。在这种情况下，对于其中的终局裁决案件，用人单位无法主张同一案件尚有非终局裁决部分而向法院起诉，只能选择向当地中级人民法院申请撤销该终局裁决。

参考法规：

1. 人力资源和社会保障部《劳动人事争议仲裁办案规则》第49条；
2. 《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14条。

 例:

肖某 2007 年 6 月进入武汉一家物业总公司担任物资总管, 月工资 1,800 元, 但直至 2008 年 9 月, 公司才与肖某签订劳动合同, 期限自 2008 年 9 月至 2009 年 9 月, 但一直按当地最低工资为肖某缴纳相关社会保险费。

2009 年 1 月 3 日, 分公司以不胜任为由, 结算工资并另支付一个月的月薪作为补偿金解聘了肖某。

肖某不服, 遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁, 要求: 确认公司违法解除劳动关系; 公司支付违法解除劳动关系的赔偿金 7,200 元; 支付未签订合同的双倍工资 19,800 元; 按实际工资补缴在职期间的社会保险金; 支付 1 个月的代通知金 1,800 元。

仲裁庭经审理后作出裁决: 1、公司没有经过培训和调整工作岗位即解除与肖某的劳动关系, 违反了《劳动合同法》规定的程序, 应自 2007 年 6 月 20 日起计算工作年限并计发赔偿金, 支付违法解约赔偿金 5,400 元 (已扣减 1,800 元); 2、公司按肖某实际工资补缴肖某在职期间的保险费; 3、公司支付肖某未签订劳动合同的两倍工资 12,900 元; 4、驳回肖某 1,800 元

代通知金的要求。

裁决书同时说明：申请人肖某如不服裁决书第1、2项可以自送达之日起15日内向法院起诉，期满不起诉的，裁决自作出之日起发生法律效力；当事人对裁决书第3、4项不服的，可以自送达之日15日内向法院起诉，期满不起诉的，裁决书即发生法律效力。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 仲裁庭实际操作中会在一个仲裁裁决中既包括终局裁决事项也包括非终局裁决事项，但分别注明了当事人不同的诉权和裁决发生法律效力的不同时间；
- 终局裁决事项与非终局裁决事项，裁决书发生法律效力的时间不同。

本案中，仲裁庭针对肖某的裁决，既包含了终局裁决事项也包含了非终局裁决事项，对于两种裁决的法律效力和当事人的不同诉权，裁决书中均作出了提示，但对终局裁决事项，企业的诉权没有提及。这也是这份裁决书不规范之处。

实践中，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（三）》第14条，“劳动人事争议仲裁委员会作出的同

一仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项，当事人不服该仲裁裁决向人民法院提起诉讼的，应当按照非终局裁决处理。”可见，只要劳动人事争议仲裁委员会作出的是同一仲裁裁决，即使其裁定部分属于终局事项，部分属于非终局事项，也应当认为属于非终局裁决，用人单位可以就整个裁决书向人民法院提起诉讼。而劳动人事争议仲裁委员会就同一案件的终局裁决事项和非终局裁决事项，作出了两个不同的裁决时，则用人单位只能起诉其中的非终局裁决；对终局裁决，则只能向当地的中级人民法院申请撤销。

 操作提示：

仲裁庭的裁决书可能存在不规范的地方，比如属于终局裁决而未在裁决书中注明的，或者不属于终局裁决而当作终局裁决的，或者对当事人权利未明确提示的。企业在参加劳动争议仲裁以及收到仲裁庭的裁决书时，需要自己审查申请以及裁决事项是属于终局裁决还是非终局裁决，以更好地保护自己的权利。

 问：劳动仲裁裁决书何时生效？

 答：劳动仲裁裁决书分两种，终局裁决书和非终局裁决书，生效时间不同：

1) 终局裁决书：在裁决书作出之日发生法律效力，但劳动者收到裁决书的15日内向人民法院起诉的除外。

劳动者起诉后又撤诉的，裁决书在法院准予撤诉裁定书送达之日起生效。劳动者申请强制执行，用人单位不服终局裁决向法院申请撤销仲裁裁决的，申请期间人民法院应当裁定对已进入执行程序的仲裁裁决中止执行。用人单位申请撤销终局裁决的申请，被人民法院驳回后，人民法院应当恢复对该裁决的执行；终局裁决被撤销的，人民法院应当裁定终结执行。并且，收到终局裁决书后，劳动者起诉的，法院将不受理企业的撤销裁决的申请，只有劳动者起诉被驳回或者劳动者撤诉的，企业才能向法院申请撤销仲裁裁决。

仲裁裁决书中既有终局裁决事项又有非终局裁决事项的，当事人向法院起诉的，法院按非终局裁决处理。

2) 非终局裁决：当事人未起诉的，自裁决书送达之日起满15日发生法律效力。当事人对裁决书中部分事项起诉的，仲裁裁决也不发生法律效力；仲裁裁决是对多个劳动者的，对未

起诉的劳动者仲裁裁决发生法律效力,可以向法院申请执行;对起诉的劳动者不发生法律效力。

参考法规:

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 47 条、第 49 条、第 50 条;
2. 《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 17 条、第 18 条、第 21 条;
3. 《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 13 条、第 14 条、第 15 条、第 18 条。

 例:

李娜与北京某民营企业签订了 3 年劳动合同,岗位是财务会计,月工资 4,000 元。

工作 2 年后,李娜在上班途中出交通事故,住院治疗其间发现公司没有按自己的工资标准缴纳相关社会保险。

李娜多次打电话跟公司人事部及公司经理交涉,要求补足自己的各项社会保险费无果。

无奈之下,李娜向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁。仲裁庭调查审理后终局裁决支持了李娜的要求。

由于公司明确表示不履行裁决,李娜在收到仲裁裁决书的第 2 天即向法院申请了强制执行。公司向法院就双方争议提起诉讼,法院裁定不予受理。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 因执行国家劳动标准在社会保险方面发生的争议，仲裁庭作出的裁决为终局裁决；
- 终局裁决一经作出即发生法律效力；
- 对于终局仲裁裁决，企业不服起诉的，法院不予受理，已受理的会驳回起诉；
- 企业只有在法定条件下可以向中级人民法院申请撤销仲裁裁决；
- 企业不履行终局裁决的，劳动者有权申请法院执行。

本例中，公司没有为李娜足额缴纳社会保险是违反执行国家劳动标准在社会保险方面而发生的争议，属于《劳动争议调解仲裁法》第47条第2项关于终局裁决的规定，对于终局的仲裁裁决，公司就争议事项向法院起诉而不是申请撤销仲裁裁决，得不到支持。

 操作提示：

企业需要关注不同裁决书裁决事项的法律效力发生的时间，据此确定自己的诉权以及起诉时效，对于仲裁庭裁决书没有提示或错误使用的终局裁决或非终局裁决，从企业利益出发，确定是否对裁决书类型及对应时效提出异议。

 问：员工不服终局裁决，可以做些什么？

 答：终局裁决，仅对用人单位一方具有“终局”的效力，对员工一方是无所谓终局的。因此，员工对终局裁决不服的，可以在收到仲裁裁决书15日内向法院提起诉讼。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第47条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第48条。

 例：

2008年，林某大学毕业后与北京某服装公司签订3年劳动合同，职位是公司会计。

6个月后，公司因营销策略错误导致产品滞销，公司一时资金周转出现困难，工资发放也成了很大问题，公司找到林某，希望林某能与公司解除合同。林某答应了，并很快找到一份新工作。

后来，林某从朋友处了解到，用人单位单方解除劳动合同，应当支付经济补偿，于是感到自己没有得到任何补偿吃亏了，于是向公司索要经济补偿金5,000元，遭到了公司拒绝。

林某于是向公司所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会作出终局裁决：劳资双方按协商解除劳动合同处理，公司无须支付林某经济补偿金。林某不服，于5天后向法院起诉。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 仲裁请求不超过当地最低工资标准 12 个月金额的经济补偿金争议案件属于一裁终局范围；
- 劳动者对一裁终局裁决不服的，可以向法院起诉；
- 劳动者需在裁决作出后的 15 天内起诉。

本案中，公司因经营问题与林某协商解除劳动合同，属于《劳动合同法》第 36 条规定的情况，公司应该支付林某相应经济补偿金，该仲裁庭作出的终局裁决显然是错误的。正是为了保护劳动者在这种情况下发生后的利益，法律赋予劳动者对终局裁决不服可以直接起诉的权利。

 操作提示：

企业与员工解除劳动合同时应有完备的手续和流程，如果是协商解除劳动合同的，要有员工申请或者协商同意的书面文件，如果因为员工过错解除劳动合同的，应有相应事项的处理决定书、员工认责书及依据的企业规章制度。



 问：企业不服终局裁决，可以做些什么？

 答：企业不服终局裁决，可以在收到仲裁裁决书之日起 30 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，但企业需有证据证明裁决有下列情形之一的：

1) 适用法律法规确有错误的；

2) 劳动争议仲裁委员会无管辖权的；

3) 违反法定程序的；

4) 裁决所根据的证据是伪造的；

5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。

仲裁裁决经法院裁定撤销后，当事人可以自收到裁定书 15 日内就该劳动争议事项向法院起诉。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第 49 条。

 例：

2008 年，华某与广东一家家具厂签订 5 年的劳动合同，从事木工工作，月工资 2,800 元。

2010 年 5 月，华某被家具厂单方解聘，于是向工厂所在地的劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求工厂补发拖欠工资 5,100 元，经济补偿金 5,600 元。

仲裁庭经审理作出终局裁决，裁决家具厂支付华某拖欠的工资和经济补偿金两项共计 10,700 元。

家具厂以当地最低月工资标准为 770 元，该裁决事项金额超过了 12 个月的最低工资标准金额为由，向市中级人民法院申请撤销该仲裁裁决，法院根据最高人民法院的规定，依法裁定驳回了家具厂的申请。

 解：

本案提示了以下要点：

- 终局裁决的金额标准是每一裁决事项的单项不超过当地最低工资标准 12 个月的金额；
- 在劳动者没有对终局裁决起诉的情况下，企业有权向当地中级法院申请撤销终局裁决；
- 撤销终局裁决的裁定一经作出，原裁决自作出时发生法律效力。

本案中，劳动者华某对仲裁庭作出的终局裁决没有意见，而家具厂对终局裁决不服，因此向当地中级法院提起撤销仲裁裁决申请。法院依法受理了该案，但是仲裁裁决不存在家具厂所述的违法情形，因此裁定驳回申请。

 操作提示：

当企业决定对终局裁决提起撤销申请时，应该对与案件相关的法律规定有基本的了解和理解，盲目提起撤销申请，会让企业徒增成本。



 问：企业申请撤销终局裁决而员工起诉，会如何？

 答：对于终局裁决，员工不服裁决而向基层人民法院起诉，企业同时向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，中级人民法院不予受理，已经受理的，裁定驳回申请。

劳动者起诉被驳回或者劳动者撤诉的，企业可以自收到裁定书之日起 30 天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仲裁裁决。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 47 条；
2. 《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 15 条。

 例：

夏某于 2010 年 3 月 1 日进入珠海一家公司任销售业务员，双方没有签订书面的劳动合同。

2010 年 5 月 30 日，夏某以公司拖欠加班工资、未签订劳动合同等为由申请劳动仲裁，要求公司支付 2008 年 3 月 1 日至 5 月 30 日期间加班工资 15,019 元、未签订劳动合同双薪 35,019 元、解除劳动合同经济补偿金 7,000 元。

区劳动争议仲裁委员会分别作出该案 1 号非终局仲裁裁决和 2 号终局仲裁裁决。1

号裁决书裁决公司支付夏某未签劳动合同双倍工资 6,618 元; 2 号裁决书裁决公司支付夏某解除劳动合同经济补偿金 726 元、加班工资 1,500 元。

夏某对上述两份仲裁裁决均不服, 向区法院起诉。

公司亦对上述两份仲裁裁决不服, 在法定期限内就 1 号非终局仲裁裁决向区人民法院提起诉讼, 请求判令无须支付夏某加班工资、未签劳动合同双倍工资等; 同时就 2 号终局仲裁裁决向市中级人民法院提出撤销仲裁裁决申请。

市中院受理公司撤销仲裁裁决申请后, 经调查知道, 夏某已经就终局裁决和非终局裁决均向区法院起诉, 故裁定驳回公司申请。

区法院经审理, 判决驳回夏某的诉讼请求, 维持原仲裁裁决。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 终局裁决是对企业而言的。劳动者对终局裁决不服已起诉的, 企业就不能直接申请撤销仲裁裁决, 而要等劳动者的起诉被法院驳回或者劳动者撤诉, 企业才可以向仲裁委员会所在地的中级法院申

请撤销终局裁决；而如果法院没有驳回劳动者起诉或者劳动者没有撤诉，企业申请撤销终局裁决的权利就自然丧失了，但企业可以在一审程序中，通过对劳动者的主张进行抗辩，以维护自身权益。

本例中，仲裁庭同时作出终局裁决和非终局裁决，劳动者夏某均不服而向区法院起诉，因此公司再向中院申请撤销仲裁裁决自然被法院依法驳回。

操作提示：

企业有权对终局裁决向仲裁委员会所在地中级法院提起撤销申请，但要先关注劳动者一方的态度和反应来决定是否以及何时提起撤销申请。

 问：员工起诉终局裁决被驳回，企业怎么做？

 答：员工起诉终局裁决被驳回起诉后，企业可以履行终局裁决，但如果企业对终局裁决也不服的话，可以向法院提起撤销终局裁决的申请。

如果仲裁裁决被法院裁定撤销，员工或企业可自收到裁定书之日起 15 日内就劳动争议事项向法院起诉。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 49 条；
2. 《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 15 条、第 16 条；
3. 《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 7 条。

 例：

徐某是部队转业干部，2008 年 10 月被安置到芜湖市一家供销社下属工厂工作，月薪 2,335 元，但由于工厂经营困难，只按 70% 发放。

2009 年 1 月，徐某就自己转正后的工资标准与工厂发生争议，认为自己的工资应该是 3,000 元而不是现在的 2,335 元，同时要求工厂支付拖欠自己的工资。

徐某在与工厂协商解决工资事项期间，发现工厂给自己一直只按最低工资标准而非实际工资交纳社会保险费，遂就工资标准、支付拖欠工资和社会保险事项向区劳

劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

仲裁庭经审理调查,就相关事项作出终局裁决:确定徐某的月工资应为2,335元,工厂一次性支付已拖欠徐某的工资2,250元,裁决工厂须按实际工资标准为徐某补足交纳社会保险费。

徐某不服裁决中工资标准及与此对应的社保费,向区法院提起诉讼,被法院以不属于法院受案范围驳回起诉。之后,工厂为徐某补交了社会保险费,向徐某支付了拖欠工资。

 解:

本例提示了以下法律要点:

- 企业对于被法院驳回劳动者的起诉的终局裁决,可以选择履行或申请撤销仲裁裁决。
- 劳动争议仲裁受案范围与劳动争议诉讼范围应当完全一致,以便保证所有劳动争议都可以经过仲裁前置程序,并在之后经过一审、二审程序。但是,实践中,关于受案范围,劳动争议仲裁委员会和法院可能存在不同的观点。在本案中,关于社会保险费交纳标准的争议,劳动争议仲裁委员会认为属于劳动案件的受案范围,但法院认为不属于劳动案件的

受案范围，并对补缴社会保险费的诉讼请求，驳回起诉。

本例中，徐某不服仲裁庭的终局裁决起诉，但其起诉被法院以不符合受案范围而裁定驳回。此时用人单位本来有权继续申请中级人民法院撤销仲裁裁决，但用人单位选择了主动履行该终局裁决化解纠纷，自是应当鼓励。

操作提示：

1) 企业有权对终局裁决向仲裁委员会所在地中级人民法院提起撤销申请，但要先关注劳动者一方的态度和反应来决定是否以及何时提起撤销申请。如劳动者在 15 日内就终局裁决书提起了诉讼，则企业不要马上申请撤销仲裁裁决，只能等人民法院驳回劳动者的起诉或劳动者撤诉后，再申请撤销该终局裁决书。

2) 针对企业不规范行为的合法终局裁决，企业按裁决履行自己的义务会有利于构建良好的员工关系，并减少不必要的人力、时间等成本。

 问：申请撤销终局裁决书的理由可能有哪些？

 答：根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，企业有证据证明终局裁决存在下列情形的，可以向仲裁委员会所在地中级人民法院申请撤销裁决：

- 1) 适用法律、法规确有错误的；
- 2) 劳动争议仲裁委员会无管辖权的；
- 3) 违反法定程序的；
- 4) 裁决所根据的证据是伪造的；
- 5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；

6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决的。

但是，如果没有对方当事人伪造证据或隐瞒足以影响公正裁决的证据的情形，一方当事人认为仲裁委认定的事实错误的，不属于申请撤销仲裁裁决的法定情形。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第 49 条。

 例：

张梅是吉林省一家化工公司员工，自 2007 年开始与公司签订 3 年的劳动合同，月工资 5,000 元。

2009 年张梅因生产住院，才发现公司一直没有给自己交纳任何社会保险，于是让家人联系公司给自己补交社会保险，并

按生育保险相关标准承担自己的住院医疗费用，遭到公司拒绝。

张梅于是向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决公司补交自己的各项社会保险费用，并承担因未交保险而使自己多承担的生产住院医疗费用。

仲裁庭审理后，作出终局裁决，完全支持了张梅的申请请求。

裁决作出后，公司向仲裁委员会所在地的中级法院申请撤销该仲裁裁决，理由是：仲裁庭适用法律错误，双方争议事项不属于终局裁决事项。法院经审理，裁定撤销了该仲裁裁决。

张梅收到法院裁定书的当天向区法院以同样请求提起诉讼，并最终获得法院判决的支持，实现了自己的权利。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 企业对终局仲裁裁决有申请撤销的权利；
- 适用法律上有错误的终局仲裁裁决可依企业申请而被撤销；
- 终局仲裁裁决被撤销后，劳动者可以直接向人民法院提起诉讼。

本案中，张梅申请裁决公司补交社会保险，承担自己因未交社会保险的相应损失，与《劳

劳动争议调解仲裁法》第47条第2项的规定不同，不属于终局仲裁裁决范围，故企业以适用法律错误申请撤销仲裁裁决获得了支持。但是裁决书被撤销，并不意味着劳动者的权益被终局性的否定，劳动者仍有权向法院起诉。在本案中，最终张梅通过法院判决实现了自己的权利。

操作提示：

1) 企业有权对终局裁决向仲裁委员会所在地中级人民法院提起撤销申请，但需要在收到裁决书之日起30日内提起。

2) 针对企业不规范行为的合法终局裁决，企业按裁决履行自己的义务会有利于构建良好的员工关系。

3) 撤销仲裁裁决，只是在确有法定撤销情形的前提下，法律为用人单位设置的最后一道救济措施。通常情况下，企业应当积极履行终局仲裁裁决书，保持对法律的敬畏和尊重，规范经营，诚信管理，尽量不要通过无谓的申请拖延争议的解决时间。

 问：撤销终局裁决的申请应在何时提交？

 答：如果劳动者未就终局裁决起诉，企业可以自收到裁决书之日起 30 日向法院提起申请撤销终局裁决；如果劳动者不服终局裁决起诉，则只有劳动者的起诉被法院裁定驳回或者劳动者撤诉后，企业自收到法院裁定驳回或同意劳动者撤诉的裁定书之日起 30 日内可以申请。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 49 条；
2. 《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 15 条、第 16 条。

 例：

许某于 2005 年 11 月 1 日到杭州某传媒公司运维部从事维护工作，双方未签订劳动合同。

2007 年 12 月，传媒公司的法定代表人宋某与他人合资成立了一家广告公司，2008 年 2 月，许某在宋某的安排下到广告公司工作，并与该公司签订了 3 年期限的劳动合同，工资与在传媒公司时相同。

许某离开传媒公司后，传媒公司未支付许某经济补偿。许某在传媒公司工作期间，月均工资为 1,500 元。

2008 年 4 月 20 日，许某因工作过错造成公司重大损失被广告公司辞退。

2008 年 5 月 25 日，许某向区劳动争



议仲裁委员会申诉，要求广告公司为其出具解除劳动合同证明书，并支付解除劳动合同经济补偿金 7,500 元 (1,500 元 $\times$ 2.5 个月 $\times$ 2 倍)。

仲裁庭经审理作出终局裁决，支持了许某的仲裁请求。

广告公司认为仲裁庭适用法律法规有错误，不服该仲裁裁决，但由于当时处理客户的一件大事，以为自己有撤销裁决的权利，收到区法院执行通知书也没有引起足够的重视，直到收到裁决书后的第 34 天才向杭州市中级人民法院提起撤销仲裁裁决的申请，被中级法院裁定驳回申请。广告公司在收到中级法院裁定书的同时，区法院从广告公司账户里直接划走了终局裁决中公司应支付许某的金额以及执行费用。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 企业收到终局裁决有权向仲裁委员会所在地中级法院提起撤销终局裁决的申请；
- 撤销终局裁决的申请需在法定期限内（收到裁决的 30 天内）提出；
- 超过期限提起撤销终局裁决的申请，将被当地中级人民法院驳回，企业承担不利的结果。

本例中，尽管终局裁决存在问题，但由于广告公司没有及时行使法律赋予自己的权力，既没有提起撤销裁决的诉讼也没有提出执行异议，因此遭受了不应有的损失。

 操作提示：

1) 企业申请撤销终局裁决须在收到裁决书 30 日内提出。

2) 企业提出撤销终局裁决申请后，如劳动者向人民法院申请强制执行，则人民法院将裁定中止执行。

3) 企业撤销仲裁裁决的申请被支持后，人民法院将终结执行；企业撤销仲裁裁决的申请被驳回后，人民法院将恢复执行。

对于已进入执行程序的终局裁决，企业在申请撤销裁决的同时，可以针对执行事项本身提起执行异议，以多种方式争取保护企业权利。

 问：不服非终局裁决，可以做些什么？

 答：劳动争议当事人对非终局裁决不服的，可以在收到裁决书之日起 15 日内向法院提起诉讼，期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第 50 条。

 例：

孟某系广西某煤矿公司职工，但煤矿公司没有为孟某参加工伤保险。

2008 年 9 月 2 日凌晨 4 点左右，孟某在煤矿内开绞车时左手砸伤，医院诊断为：左尺骨中上段骨折。

同年 12 月孟某被社会保险行政部门认定为工伤，市劳动能力鉴定委员会鉴定其丧失劳动能力程度为 9 级伤残。

由于煤矿公司与孟某在伤残补助金、医疗费用等的具体数额上发生争议，煤矿公司干脆拒不支付上述费用以及孟某受伤期间的工资。

2009 年 10 月，孟某向县劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

2010 年 11 月 24 日，县劳动争议仲裁委员会作出裁决，当庭送达争议双方：煤矿公司赔偿孟某一次性伤残补助金 13,248 元、一次性伤残就业补助金 19,872 元、一次性工伤医疗补助金 3,312 元、一次性

煤矿安全伤残赔偿金 39,744 元、停工留薪工资 13,248 元和劳动能力鉴定费 300 元，共计 89,724 元。

煤矿公司认为仲裁裁决计算标准不符合法律规定，对赔偿金额有异议，于 2010 年 12 月 13 日向当地法院提起诉讼，由于超过法律规定的起诉时效，被法院裁定驳回起诉。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 劳动争议当事人不服仲裁裁决，有权向法院起诉；
- 起诉需要在法律规定的起诉期限内提起，否则只能自己承担不利的法律后果。

本案中，煤矿公司对仲裁裁决不服，本来有权向法院提起诉讼，主张自己的依据与主张，但由于超过了法定的 15 日起诉期限，只能承担丧失诉权的法律后果。该仲裁裁决在煤矿公司起诉期限届满时发生法律效力，如果煤矿公司不履行该生效裁决，仲裁申请人孟某就可以申请法院强制执行。

 操作提示：

企业在劳动争议仲裁以及诉讼中，需要特别注意仲裁与诉讼衔接中的时效与企业权限，避免因为程序上的失误造成企业实际利益得不到合法保护。

 问：员工可以不执行生效裁决、判决吗？

 答：当事人有义务履行生效的法律文书。但是，在员工没有实际履行能力或符合《民事诉讼法》第 222 条、第 223 条规定的其他情况的，人民法院可以根据情况裁定中止执行或终结执行。

参考法规：

1. 《劳动争议调解仲裁法》第 51 条；
2. 《民事诉讼法》第 222 条、第 223 条；
3. 《劳动合同法》第 39 条第 3 项、第 4 项。

 例：

2008 年 4 月，只身在深圳的文小姐应聘到当地一家大型电器公司作运营总监，负责公司商品进货验收、仓储管理与销售的全部管理工作，工作汇报对象是公司总经理，月薪 20,000 元。

2009 年 1 月，文小姐在工作时间去美容院做美容，随身携带需要自己签署的大量公司货物验收手续文件、进口商品提货单及客户销售单，结果公文包在美容院丢失，事后文小姐虽然报了案，但一直隐瞒公司与下属员工。

等到公司发现已是事发 4 天以后了，虽然公司补办了一些手续并及时挂失，但已经造成公司部分货款无法追回、瑕疵商品入库、对外多单违约、面临因此引起的

仲裁与诉讼等混乱，共造成直接经济损失750,000元。

公司根据职工代表大会通过的规章制度，对文小姐予以辞退，并要求文小姐赔偿公司经济损失。

文小姐不服，认为丢失东西是意外，自己只是一次普通的违反考勤制度，公司解除合同应该出具解除劳动合同通知书并给予经济补偿金，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，电器公司提出了反申请。

仲裁庭经审理裁决，支持了公司的申请要求，文小姐不服，又提起诉讼，两审判决结果与仲裁裁决结果相同。文小姐当庭交给公司代理人6万元现金后即表示，这已是自己的全部财产。

公司于2010年6月申请法院强制执行后，发现由于文小姐一直没有找到新的工作，自己生活已经非常困难，没有履行生效判决的能力，法院执行庭裁定中止执行。

 解：

本例提示了以下法律要点：

- 员工过错给公司造成重大损失的，应当承担赔偿责任，公司在该员工提起的仲裁与诉讼中有权通过提出反请求或反诉

的方式向员工追究损害赔偿 responsibility；

- 对于生效的仲裁裁决或民事判决书，在被执行人暂时没有履行能力的情况下，法院会裁定中止执行。

本例中，虽然仲裁机构和法院都支持了公司的请求，但公司要求文小姐赔偿公司实际损失的要求却因文小姐的实际履行能力而暂时不能得以实现。因此，人民法院在本案中裁定中止执行，待被申请人有了履行能力时再恢复执行。

操作提示：

对于生效裁决或判决，员工暂时无力偿付的，公司可以通过签订分期还款协议等方式来实现公司利益；对于有工作能力的员工，公司也可以采取调岗和限制性使用方式，按月从员工工资中扣款的方式偿还公司损失，但要注意必须为员工留足生活费用；员工生活困难或丧失劳动能力等情形，确实没有偿付能力的，公司可能不得不接受法院作出的中止或终结执行的裁定。

 问：仲裁裁决被法院裁定不予执行后，当事人可以直接向法院提起劳动争议诉讼吗？

 答：可以。根据《最高人民法院关于劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第21条规定，被法院裁定不予执行的，法院会在裁定书中告知当事人，收到裁定书的次日起30日内，当事人可就该劳动争议事项向法院起诉。

参考法规：

1. 《劳动法》第79条、第83条；
2. 《劳动争议调解仲裁法》第5条；
3. 《民事诉讼法》第213条第5款；
4. 《最高人民法院关于劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第21条；
5. 《最高人民法院关于劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第18条第3款。

 例：

陈某是某公司销售业务员，双方2009年6月签订劳动合同约定，陈某按销售业绩提成，公司并每月发给工资800元，但公司一直未向陈某支付工资。

陈某与公司沟通数月无果，于2010年1月申请劳动仲裁委员会仲裁，仲裁委员会裁定公司按当地最低生活保障费每月400元的标准发给陈某工资。

陈某对仲裁委员会的裁决不服，但因不懂法，于数月后才向法院起诉，要求撤

销仲裁裁决。

法院根据《劳动法》第83条“劳动争议当事人对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行”的规定,以超过起诉期限为由,判决驳回陈某的诉讼请求。

判决生效后,陈某向法院申请执行仲裁裁决。在执行过程中,公司向法院提出执行异议,称仲裁裁决适用法律错误。法院经审查认为公司的异议成立,依照《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21条第1款第2项的规定,裁定不予执行该仲裁裁决。

裁定生效后,陈某根据裁定书中提示“收到裁定书之次日起三十日内,可以就该劳动争议事项向人民法院起诉”,向法院提起诉讼,要求公司按劳动合同约定的每个月800元支付工资。

 解:

本案提示了以下法律要点:

- 法院有权对发生法律效力的违法仲裁裁决裁定不予执行;
- 裁定不予执行的劳动争议,当事人可以

直接向法院起诉。

本案例中，公司在法院执行过程中以仲裁裁决适用法律错误提起了执行异议，法院经审查认定异议成立，依法裁定不予执行。这说明，当事人对于违法裁决的救济途径即便是在执行阶段仍然是存在的。

对于被法院裁定不予执行仲裁裁决的劳动争议，当事人可以就争议事项在 30 日内直接向法院起诉，因此，陈某因此反而重新获得了要求公司依合同约定支付工资的诉讼权利。

操作提示：

1) 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 21 条，企业对于违法仲裁裁决不服的，即便进入执行阶段也可以向人民法院申请不予执行该类违法裁决。

2) 就当事人不服劳动争议裁决书的情形，我国目前有关劳动争议的法律和司法解释提供了充分的救济措施。具体而言，对于非终局裁决，劳动者和用人单位均可在收到裁决书之日起 15 日内向人民法院起诉；对于终局裁决，则劳动者可以在收到裁决书之日起 15 日内向人民法院起诉，而用人单位可以在收到裁决书之日起 30 日内向当地中级人民法院申请撤销该仲裁裁决书。

3) 企业需注意：如企业向法院申请撤销仲裁裁决被驳回的，在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，法院不予支持。

 问：对仲裁裁决不服起诉时，可以增加诉讼请求吗？

 答：一般不可以，但是如果增加的诉讼请求和原来仲裁阶段的争议具有不可分性时，则经法院认可后会被法院受理并合并审理；如果新增加的诉讼请求属于独立的争议，应当先申请仲裁，就算向法院增加诉讼请求，也会被驳回。

参考法规：

《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6条

 例：

2009年4月16日，某机械厂工人汪某在操作机器过程中因工负伤，被劳动鉴定委员会鉴定为工伤十级，汪某对此鉴定不服，申请重新鉴定，机械厂按照工伤十级的相关规定赔偿了汪峰的各种费用。

此后，汪某因此次工伤继续接受治疗，但当汪某要求机械厂支付继续治疗期间的各种费用时却遭到拒绝，双方因此发生劳动争议，汪某于是向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议仲裁委员会于2010年6月21日作出裁决，但汪某不服此裁决，决定向法院起诉。

2010年7月5日，原劳动鉴定委员会

鉴定汪某为工伤八级，因此在起诉时，汪某在申诉事项外增加诉讼请求，要求机械厂补齐被鉴定为工伤八级后的伤残补助金差额。

一审法院审理后认为：原告汪某于仲裁事项外增加了诉讼请求，虽然也属于劳动争议受案范围事项，但这些事项没有经过仲裁裁决，按劳动争议先裁后审的原则，应先由劳动争议仲裁委员会仲裁，于是裁定驳回原告汪某的起诉。

汪某不服，在法定期间内向中级人民法院提起上诉。中级法院审理认为：汪某增加的诉讼请求虽然未经仲裁裁决，但是与申诉请求具有不可分性，原一审法院作出的裁定错误，因此裁定撤销原裁定，指定一审法院进行审理。

 解：

本案提示了以下法律要点：

- 争议当事人不服仲裁裁决向法院起诉时，可以增加诉讼请求，但并不当然会被法院认可并受理；
- 增加诉讼请求必须符合与原仲裁申诉事项具有“不可分性”的特点。

不可分性的认定，建议从以下方面考察：

- 1) 争议标的的类型相同，即，当事人增加的诉讼请求必须和申请事项属于同类劳动争议，

或仅是标的在数量上的变化；

2) 增加的诉讼请求必须是在仲裁程序中不能增加申诉的事项，或是仲裁裁决作出后新发生的事项。

本案中，汪某由于和单位就工伤继续治疗费用发生争议而申请仲裁，属于工伤待遇纠纷案件，仲裁裁决作出后，汪某的工伤等级由原来的十级由鉴定机构重新认定为八级，汪某因此对原仲裁裁决不服起诉时增加要求补齐工伤伤残补助金，该诉讼请求和仲裁申诉要求的支付工伤后期治疗费用存在密切的联系，并且是仲裁裁决作出后才发生的事项，因此符合“不可分性”的特点，应该合并审理。

操作提示：

1) 企业申请劳动争议仲裁时，对申请事项要慎重，争取在一次申请里包括所有的争议事项，以免需要多次申请，增加企业的人力、时间成本。

2) 不服仲裁裁决的起诉可以增加诉讼请求这一权利，企业应该善加利用，以降低企业处理争议的成本，保护企业合法权益。但需注意，增加的诉讼请求有法定的条件，并且新增诉讼请求是否与原来的诉求具有“不可分性”、是否可以合并审理，须由受理的法院审理确定。

 问：不服劳动争议仲裁裁决，当事人可以将劳动争议仲裁委员会列为被告提起行政诉讼吗？

 答：不可以。根据相关法律规定，企业和员工对劳动争议仲裁裁决不服向法院起诉的，应以对方争议当事人为被告，而不能以仲裁委员会为被告或第三人。

参考法规：

1. 《劳动争议仲裁调解法》第22条第1款；
2. 《最高人民法院关于审理劳动争议案件诉讼当事人问题的批复》；
3. 《最高人民法院对劳动部〈关于人民法院审理劳动争议案件几个问题的函〉的复函》第2条；
4. 《劳动争议仲裁委员会组织规则》第2条、第7条、第8条。

 例：

湖北省黄冈市某公司职工孙某1989年11月经公司同意办理了停薪留职手续（但双方未签订相关书面协议）后，受聘于本市社会保险事业管理局（以下简称保险局）从事退休金发放工作。孙某和保险局签订了聘用合同书，聘用期6年，正好聘至李某年满60周岁，即退休的年龄。

1995年11月，孙某与保险局合同到期后解除了聘用关系，孙某回原公司（该公司

未参加养老统筹)要求办离退休手续,但公司以其未上交停薪留职管理费为由而拒绝办理。

孙某又要求保险局为其办理退休手续,保险局认为双方之间只是一种聘用关系,没有办理退休的义务。孙某遂向该市的市委、市政府领导反映,后在市委信访办和劳动局的协调下,保险局根据孙某在原公司的档案工资计算了其月退休金,报本市劳动局审批后,由保险局负责按月发放。劳动局并就此事发文明确了具体处理的意见。

事后孙某又认为保险局计算核发有误,降低了其退休金标准,遂向湖北省劳动厅申请复议。劳动厅有关部门人员口头答复不予受理。孙某为此于1996年9月向法院提起行政诉讼。

法院审查后认为属于劳动争议,应先通过劳动争议仲裁程序解决,遂裁定不予受理。1997年2月,李某以保险局为被上诉人,向市仲裁委员会提出申诉,请求依法定标准计发其退休金和要求保险局承担自己退休后的医疗保险费用。

劳动争议仲裁委员会审查后认为:孙某申诉的主要内容,即退休金计发标准问题已经劳动行政部门审批,是一种行政行为而产

生的法律事实，超出了劳动仲裁的受案范围。个人对此有异议，应通过行政复议或行政诉讼途径解决，申诉于仲裁部门不符合有关法律的规定。此后，仲裁委员会多次向孙某及其代理人作出解释和说明，要求其对申诉的两个请求内容分别处理，但孙某及其代理人坚持要仲裁委员会一并处理。最终，仲裁委员会裁定对孙某的申请不予受理。

孙某于是向市中级人民法院提起行政诉讼，中院立案并进行了开庭审理。庭审中，市劳动行政部门负责人（兼仲裁委员会负责人）就诉讼主体及仲裁裁定不予受理之原因等问题进行了充分地阐述。审判庭对此不置可否，但当庭动员原告孙某撤诉，其具体权益问题可通过其他途径解决。

孙某在审判庭的劝说下同意撤诉，并当庭出示了书面申请，此案以法院裁定原告撤诉结束。后孙某所要求解决的退休金和退休后的医疗福利待遇，分别通过行政途径与仲裁程序得到妥善处理。

解：

本案提示了以下法律要点：

- 对劳动争议仲裁委员会裁决不服的，应以对方当事人为被告，而不应以劳动争

议仲裁委员会为被告或第三人；

- 劳动争议当事人就同一事件的不同诉求中，符合劳动争议仲裁受案范围的诉求可以申请仲裁，不符合仲裁受案范围的，应寻求其他合法途径解决。

本案中，孙某对劳动争议仲裁委员会的裁定不服，向法院提起行政诉讼。根据目前的相关法律规定，劳动争议仲裁委员会虽是“国家授权，依法独立处理劳动争议案件的专门机构”，但是，只是由劳动行政部门、工会组织、经济综合管理部门三方代表组成的非实体性机构，亦不具有行政执法权力，不具备作为行政诉讼当事人主体资格。因此最高人民法院在相关规定中明确了当事人对劳动争议裁决不服，应以对方当事人作为诉讼主体而不能以劳动争议仲裁委员会为被告或第三人。

本案中的法院受理孙某的起诉并开庭审理违反了最高人民法院的相关规定，合法的做法应该是对孙某的起诉裁定不予受理或驳回起诉。

但从本案的实际情况来看，法院开庭后，由审判庭劝原告孙某撤诉，孙某后来也将不符合劳动争议仲裁受案范围的事项寻求行政途径解决。最终孙某还是通过合法的形式实现自己的权利的。

 操作提示：

1) 尽管实务中，有当事人以劳动争议仲裁委员会为被告起诉，得到法院审理的情形，但毕竟这种情形属于比较特殊的情形，因此，企业对仲裁裁决不服起诉时应确定合法的诉讼主体，不要因此浪费自己的时间。

2) 实务中，还可能遇到劳动争议仲裁委员会接到申请后，在法定期限内既不作出是否受理的裁定，也不开庭审理的情况。目前遇到这种情形，当事人可以直接向法院起诉劳动争议事项，而不能以劳动争议仲裁委员会“不作为”为由将劳动争议仲裁委员会作为被告提起行政诉讼。



❓ 问：劳务派遣争议仲裁案件中，如何确定争议当事人？

💬 答：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。

参考法规：

《劳动争议调解仲裁法》第22条。

💡 例：

上海某人才派遣公司接受本地某外企公司委托，在报纸上刊登广告，为其招聘一位英语水平高、交流表达能力较强的办公室员工。

魏某经过人才派遣公司的重重考试与筛选，被推荐到外企公司，又经外企公司经理亲自面试被正式录取。魏某随即与某人才派遣公司签订了劳动合同。

魏某上班后，按劳动合同约定，每个月可以从人才派遣公司领到一份工资，但魏某发现外企公司另外发给她一份工资，且数额较人才派遣公司的工资高得多。魏某最初的感觉很不错，因此，工作上认真负责、任劳任怨，也得到了外企公司经理的赏识。

但是，工作近一年后，魏某发现自己承担的工作量太大，不仅每天都加班，而且周

六、周日加班是常事，可与其他同学相比，她却从未拿到过加班工资。

魏某看到外企公司在支付加班工资方面一直没有任何表示，就向公司领导提出，但公司领导断然拒绝了魏某的要求，并告诉她，她和人才派遣公司签订的劳动合同，因此公司没有向她支付加班工资的义务，如果她感到不能胜任，公司可以请人才派遣公司派一个人代替她。

魏某又找到某人才派遣公司，以双方签订劳动合同为依据要求支付加班工资，某人才派遣公司的答复是：双方签订劳动合同只是明确劳动关系，要求加班的是外企公司，魏某理应向外企公司要求加班费。

两家公司在加班费支付的事情上互相推诿，魏某想通过提起劳动争议仲裁保护自己的应得权益，但是应该以谁为申请人呢，魏某到本地的劳动行政部门咨询，劳动行政部门答复魏某：可以将某人才派遣机构和某外企公司作为共同被申请人。

 解：

本例提示了以下法律要点：

劳务派遣单位或者用工单位和劳动者发生争议的，劳动者可以劳务派遣单位和用工单位

为共同被申请人申请仲裁。

本例中，魏某与某人力派遣公司签订劳动合同，建立劳动关系，接受人力派遣公司派遣到某外企公司工作，由于长期没有拿到应得的加班费，而且两家公司在谁应向魏某支付加班费工资上面互相推诿，魏某根据法律规定，可以将两家公司同时列为被申请人提起劳动仲裁，以保护自己的合法权益。

操作提示：

1) 劳务派遣的用工形式在目前实务中操作不太规范，因此今年《劳动合同法》修订的重点就在规范劳务派遣上。所以，企业在选择劳务派遣形式用工时，须特别注意在派遣协议中约定双方单位在员工工资、保险及其他劳动者权利上的各自责任与义务。

2) 根据《劳动合同法》第62条，在劳务派遣安排中，支付加班工资的义务由用工单位承担。这是一个法定要求，因为劳动派遣单位作为用人单位并不了解员工的加班事实，法律规定由实际接受用工的单位支付加班工资。