



第 1 章 劳动关系的确立

1.1 兼职与实习是不是劳动关系

兼职与实习是当前许多在校大学生们的选择，随之而来的就是各种与之相关的种种纠纷。由于这一块在是法律的盲点，所以不论是大学生们还是用人单位都更应当重视这一类的实例及其解析。

案例 1 在校大学生兼职，受劳动法保护吗？

【案例背景】

王丹是一名在校大学生，课余时间到某公司从事兼职工作。王丹到该公司之后，上岗培训前就被告知一周的培训是没有工资的。培训结束后入职后王丹发现，象她这样的兼职人员和正式员工不一样，社保这些是没有的，如果自己工作完不成也没有加班费。王丹觉得非常不公平。

王丹找到公司老板理论这事，老板说“你是在校大学生兼职，跟他们正式员工能一样吗？”王丹很困惑，为什么在校大学生兼职，就感觉不受劳动法保护一样，也不能跟其他正式员工一样待遇呢？

【案例分析】

一、《高等教育法》第五十六条规定：“高等学校学生在课余时间可以参加社会服务和勤工助学活动，但不得影响学业任务的完成。高等学校应当对学生的社会服务和勤工助学活动给予鼓励和支持，并进行引导和管理。”

根据上述法规条款规定，高校在校大学生参加勤工助学活动只要不影响学习，是得到法律肯定和允许的，学校甚至对这样的活动进行鼓励和引导。所以在校大学生在校外的兼职活动，并不是违法行为，应当受到相关法律的支持和保护。

二、原劳动部颁发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第12条规定：“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”

按照目前国家劳动主管部门的有关规定，在校生利用业余时间勤工助学，即从事兼职的在校生与用人单位的关系并不是全部意义上的劳动关系。所以，兼职的大学生与用人单位之间，并不存在完全意义上的劳动关系，用人单位不必与其签订《劳动法》意义上的劳动合同，也不必为其购买社保。

案例2 在校生在实习工作中受伤，谁应负责？

【案例背景】

2012年暑假，大二学生李晓晨找了份实习工作，在工作中左手不慎被货物砸伤。医院对其三个手指进行了截肢，事后工伤鉴定为7级伤残。

事故发生后，李晓晨与其所在的实习单位对工伤的医疗及后续赔偿问题进行的多次探讨，李晓晨认为自己是工伤，应当按劳动法规定，按工伤处理，而实习单位却认为，实习并不是劳动关系，他们只是负责了李晓晨在住院期间的医疗费用，对于他的赔偿要求则避而不谈。

对此，李晓晨及其家人十分着急。他们先后找到了学校以及实习单位，要求对李晓晨的工伤事件有个说法，但是学校和实习单位都说不归他们管。

李晓晨的赔偿应当找谁来负责。

【案例分析】

本案是实习生在实习单位受伤而引发的案件，本案的核心问题是，实习生与实习单位是否存在劳动关系，实习生在实习工作中受伤，是否应当以工伤来处理。

要确认劳动关系，在司法实践中主要依据原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》。根据该通知的相关规定，要判定劳动关系成立，需要符合以下三个条件，即：

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

上述第一条中，劳动者需要符合法律法规定的主体资格，这个资格是指合法的劳动者需要达到法定年龄，具有劳动能力，以从事某种社会劳动获得收入为主要生活来源，依据法律或合同的规定，在用人单位的管理下从事劳动并获取劳动报酬的自然人。

而实习生并不符合这样的条件。首先实习生到实习单位，主要是想通过实习在正式走向社会之前拥有实际工作的经验，也在实习中达到受教育的目的，并不是为了获得收入为主要生活来源；其次实习生仍然接受学校的管理和指导，由学校安排到实习单位实习工作，获得工作经验，与实习单位之间并不存在雇佣关系。所以，实习生与实习单位并不存在劳动关系。

由于双方不存在劳支关系，当实习生在实习工作中发生伤害事故时，并不能适用于《劳动法》、《劳动合同法》，所以不能认定为工伤，也不能以工伤赔偿制度来获得赔偿。

然而上述分析的结论，并不是实习单位对在实习工作中的伤害事故就完全不负责。我国《侵权责任法》中，第三十五条规定：

“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”

而《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中，第十一条也规定：

“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。”

由于实习生与实习单位之间无劳动关系，也未建立实质意义上劳动者与用人单位间的身份隶属关系，双方的权利义务不受劳动法的调整。实习生在实习单位虽然是因实习受伤，但不能享受工伤待遇，其所受损害应按一般民事侵权纠纷处理。

在通常情况下，学校都会为学生购买意外伤害保险，所以实习受伤后应当首先寻求保险方面的赔偿，不足的部分，再根据双方协商等方式与实习单位进行磋商。

1.2 录用是不是劳动关系的开始

案例 1 offer 是否等同于劳动合同？

【案例背景】

向某是上海某公司的技术部高级主管，最近北京有家公司在招聘技术经理岗位，向某经过面试后成功获聘并拿到了公司发出的正式录用 offer，说是国庆后到北京上班报到。向某为此很高兴，请亲朋好友多次聚会，花费上万元。国庆后向某刚到北京，公司就通知其撤回 offer，原因是该职位已经有更合适的人员。向某大为恼火，向劳动仲裁委提起仲裁，要求北京公司履行与自己的劳动合同。这一主张能得到支持吗？

【案例解析】

根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，员工与用人单位从用工之日建立劳动关系，并以订立的劳动合同对双方权利和义务进行规范和保障。

案例中北京这家公司的做法，单从法律条款的角度去看，并不违法或违规，发出的 OFFER，应视为要约邀请，双方没有签订劳动合同，劳动关系还没有建立。Offer 不等于劳动合同，这一点是确定无疑的。因此，向某提出的要求北京公司履行劳动合同的主张是不会得到支持的。

但是，北京这家公司的做法非常不妥，有违诚信的市场原则，虽然 OFFER 并非正式的劳动合同，但是却相当于企业的正式邀约，发出 OFFER 却又违约，对收到 OFFER 的人来说是非常不公平的，这会极大地影响企业的公众形象。因此，用人单位发出正式的书面 offer 时要非常慎重才行，要不就不发（以口头或电话通知入职等），发了就要尽量履约。

案例 2 员工收到 Offer 后被拒绝录用，公司为什么应承担责任？

【案例背景】

2011 年 5 月，张某经过 3 轮面试后，被上海一家技术公司录取。技术公司发出录用通知书，对试用期、薪资标准等作了说明，并要求提供证明资料、体检材料后办理入职手续，如果体格检查不合格，将不能被录用。

张某向原单位提出辞职，并获得原单位批准。张某到医院进行了体检，体检报告表明：转氨酶偏高，其他正常。2011 年 6 月，张某到技术公司报到，在办理入职时，公司以转氨酶偏高表示有肝病症状，不符合体检标准，拒绝录用。张某于是提起诉讼，要求技术公司赔偿损失。

法院经审理后判决，技术公司对张某的合理损失承担 70% 的赔偿责任。张某原单位收入每月 5000 元，认定张某失业及再就业期间的合理损失总额 15000 元，技术公司应承担 10500 元。

【案例解析】

Offer Letter，也就是我们常说的录用通知书，用人单位一般会在录用通知书中，向劳动者明确报到的时间、地点、薪酬福利以及职位等信息，劳动者收到该录用通知书后，如果同意录用，则需要在指定的时间内将签名后的录用通知书送达至用人单位。

从法律意义上说，录用通知书是一种要约合同，《中华人民共和国合同法》中，规定只要发出要约的内容具体确定、且表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束时，要约合同即表示确认订立。

而要约合同的生效方式，根据《中华人民共和国合同法》第十六条的规定，“要约到达受要约人时生效”，所以当张某收到 OFFER 时，此要约已生效。

由于张某在接到 OFFER 后，认为双方的要约已不要撤销，并已经为履行合同作了准备工作，如与原单位解除劳动关系，入职体检等，根据《合同法》第十九条规定，属于要求不得撤销的情况。

上海这家技术公司，在要约已生效的情况下，其拒绝张某报到的理由并不符合国家的相关法律规定，属于违背诚实信用原则的行为，根据《中华人民共和国合同法》第四十二条的规定，“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：……（三）有其他违背诚实信用原则的行为”，上海的这家技术公司，应当为其违约行为承担兵贵神速赔偿责任。

本案中的张某在接到新单位的录用通知书后，基于合理信赖原则与原单位解除了劳动关系。所以，新单位撤销录用的行为无效，张某因此遭受的合理损失理应由新单位赔偿。

案例 3 在录用通知书上如此约定工资，是否有法律效力？

【案例背景】

小朱大学毕业前夕，被南京某公司招聘录取。公司向他发来的录用通知书中有约定，试用期为 3 个月，每月只发给基本生活费 900 元。转正后月薪数额待签订劳动合同时确定。因急着有份工作，小朱没多想就同意并按时上班开始了试用期工作。就在试用期结束的前半月，小朱又接到了另一家公司的录用通知书，其工资待遇远远高于现在的单位，于是小朱决定辞职，公司只给付小朱 2 个半月的试用期工资 2250 元。

【案例解析】

首先，尽管小朱同意公司的“试用期为3个月，每月只发给基本生活费900元”之约定，但因该约定违法而无效。

《劳动合同法》第二十条规定，“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”因此，每月只发基本生活费900元的约定无效。

其次，录用通知书并不能视为劳动合同，所以用人单位在小朱入职两个半月仍然未与其签订劳动合同，这也是违法的。根据《劳动合同法》第七条、第十条及第八十二条的规定，小朱与用人单位实际上已自用工之日起，建立了双方的劳动关系，所以，用人单位还需要向小朱支付每月二倍的工资作为未签劳动合同的补偿。

1.3 试用期的劳动关系

案例1 双方自愿约定超限的试用期，是否有效？

【案例背景】

廖女士入职某公司，双方签订为期一年的劳动合同，公司提出试用期为4个月，试用期内工资为2600元/月，此后按3400元/月计算。考虑一时难以就业，为获得该份工作，廖女士只好答应。如今三个月已经过去，廖女士觉得自己在试用期间所付出的劳动、创造的效益与所得到的工资之间实在悬殊，曾向公司要求给予补偿，但遭公司拒绝，理由是双方自愿达成协议后，彼此都必须遵照执行，廖女士自然无权反悔。请问，公司这样做是否合理？

【案例解析】

首先，廖女士与用人单位之间签订的劳动合同，其试用期的约定违反了我国现行的法律，《劳动合同法》第19条规定：“……劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；……”，鉴于廖女士与公司所签劳动合同的期限为1年，与之对应，对廖女士的试用期，只能在2个月之内，而实际上为4个月、多出2个月的结果表明，廖女士与公司之间的约定明显与之相违。

《劳动合同法》第26条第（三）项规定，违反法律、行政法规强制性规定的劳动合同无效，正因为廖女士与公司关于试用期的约定违法，决定虽然当时系双方自愿，但同样对廖女士没有法律约束力，廖女士完全有权反悔。

《劳动合同法》第83条规定，用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

应此，用人单位需要对廖女士多出法定试用期限的2个月，按非试用期工资标准（3400元/月）支付工资。

案例 2 员工试用期内被证明不符合录用条件，但同时生病了，可以辞退吗？

【案例背景】

黄先生是深圳某公司员工，双方签订了为期 3 年的劳动合同，试用期为 3 个月。两个月后，就患了重感冒，发烧 38 度，黄先生感觉刚上班就请假不太好，就带病工作，结果转成肺炎住进了医院。此时，该公司在对黄先生的工作考察中发现其并不具备招工时所要求的技能条件。为此，公司人事部以“不符合录用条件”为由，书面通知丁某解除劳动合同，并向他开出《解除劳动合同通知单》。忿忿不平的黄先生遂向劳动仲裁处提出申诉，要求确认解除合同无效，并恢复劳动关系以及享受医疗期待遇。对此，你怎么看？

【案例解析】

用人单位在试用期内，认定黄先生不符合录用条件时，可以解除与黄先生的劳动合同，这样的作法是合法的。

本例中的问题是，黄先生被解除劳动合同时，还处于病中，是否符合我国《劳动法》规定的“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内，用人单位不得解除劳动合同”。

首先，用人单位在试用期内，是可以随时解除劳动者的劳动合同的，根据《劳动法》第二十五条规定，劳动者“在试用期间被证明不符合录用条件的”的情况下，用人单位可以解除劳动合同。

其次，《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》中明确定义，医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限，而其期限在第三条中也有非常明确的限定，“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。”

而《劳动法》中，关于不得在规定的医疗期内解除劳动合同的情形，只限定于《劳动法》第 26 条、第 27 条的情况。《劳动法》第 29 条规定，“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同”，而第 25 条的规定并不在限定范围之内。

所以，本例中，公司根据事实认定黄先生不符合录用条件，解除与黄先生的劳动合同是合法的。

案例 3 员工试用期内辞职被要求支付违约金，合理吗？

【案例背景】

赵小姐入职某超市，双方签订了 3 年的劳动合同，试用期为 3 个月，工作岗位为收银员；合同中约定任何一方要求提前解除劳动合同，应向对方支付违约金。工作 2 个月后，超市人事部通知赵小姐，其工作改为导购员。赵小姐表示不同意，如果超市一定要他变更工作岗位，他就提出解除劳动合同。超市同意解除劳动合同，但要求赵小姐支付违约金。赵小姐不服，遂向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求超市或按原工种安排工作，或允许某辞职，不付违约金。

【案例解析】

试用期就是在劳动合同的期限内，规定一个阶段的试用时间。通过试用期，一方面企业

可以进一步考察录用的工人是否真正符合招工条件，能否适应生产、工作需要。

《劳动法》第 32 条明确规定，劳动者在试用期内，可以随时通知用人单位解除劳动合同，所以本例中赵小姐提出解除劳动合同是完全合法的。

而关于双方约定的违约金问题，《劳动合同法》第 17 条中规定，“除本法第十五条和第十六条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金。”而赵小姐的情况，并不符合《劳动合同法》第 15 条、第 16 条中的条款限定，所以用人单位要求的违约金是违法的，即使双方有约定，也是无效的。

《劳动法》之所以规定约定试用期，主要是从维护双方当事人的利益考虑。在试用期内，赵小姐不同意变更工作岗位，提出解除劳动合同的要求，是符合《劳动法》规定的，是在维护自己的合法权利。因此，赵小姐可以提出解除劳动合同，并且不需要向超市支付违约金。

案例 4 员工试用期工作不达标，可否扣减其最低工资？

【案例背景】

小梁是某公司入职不久的新员工，2013 年 7 月 8 日，当小梁领到第一个月工资时，发现只有约定最低工资的 70%，遂找到公司领导询问究竟。小梁对领导说：“我每天都和其他员工一起工作，也已严格遵守公司上下班制度，其间并没有消极怠工、偷工减料……”可不待小梁说完，公司领导便急匆匆地打断了小梁的话，说：“你刚刚参加工作，技术熟练程度远远不够，绝大多数时间都无法完成公司规定的工作限额，甚至还时不时出现次品，公司只能按劳付酬。”

【案例解析】

最低工资标准是指劳动者在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动，用人单位依法支付的最低劳动报酬。其中的“正常劳动”，是指劳动者按依法签订的劳动合同约定，在法定工作时间或劳动合同约定的工作时间内从事的劳动。

根据《劳动合同法》第 20 条的规定，劳动者在试用期时，其工资不得低于用人单位所在地的最低工资标准，本案中公司只发放最低工资的 70%，是明显的违法行为。

《最低工资规定》第十二条第二款规定：“实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位，在科学合理的劳动定额基础上，其支付劳动者的工资不得低于相应的最低工资标准。”也就是说，只要小梁在工作时间内从事了力所能及的工作，公司便不能拿未完成任务说事儿。

案例 5 员工重回原单位，岗位不同了，可以再约定试用期吗？

【案例背景】

龚先生几年前离开某公司，现其重新入职回到原公司，被分到了生产部门。发现生产部门的工作和自己以前做的技术工作大有不同，工资收入也相差甚远，更重要的是还要有两个月的试用期，龚先生很不理解。人事部对此解释，由于他目前工作的部门与原来的不同，很多东西都要重新学习，所以需要重新约定试用期限。那么，该公司的做法是否合理

【案例解析】

该公司对老员工返聘重新约定试用期的做法不合理。

《劳动合同法》第 19 条明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。因此，不管曾经是用人单位解除还是劳动者解除的劳动合同，该用人单位再次招用该劳动者

时就不得再约定试用期。

从本案例来看，该公司人事部所说，龚先生工作工种发生变化因此需要重新约定试用期的说法来源于《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》中第四条规定，“用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次”。这则规定人事部确实能够理解成：劳动者工种改变的，公司可以与其重新约定试用期。但值得注意的是，我国法律是“上位法优于下位法”的原则。《劳动合同法》的效力是高于《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》，因此应以《劳动合同法》为准。所以，无论同一劳动者的工作岗位是否发生变化，劳动合同都不得重新约定试用期。

案例6 只签试用期合同，合法吗？

【案例背景】

林小姐，2014年3月1日与北京某公司签订了一份试用期合同，其内容如下：

一、甲方聘用乙方工作试用期时间定为2014年3月1日至2014年5月31日止，聘用岗位行政文员。

二、乙方试用期间，工资定为每月2500元。

三、乙方试用期间不享受社会养老保险，不享受甲方各项福利待遇。

四、乙方试用期间，应遵守甲方制定的各项规章制度，服从甲方分配并接受甲方管理。

五、乙方试用期满，如甲方双方彼此满意，可办理正式聘用手续、签订劳动合同。

六、甲、乙双方解聘需提前一个月通知对方，并交接手中所有工作。凭部门经理签名单子到人事行政部办理有关解聘手续（乙方如系女性，还应办理计划生育交接手续），并交还门禁卡等公司物品。

七、乙方试用期满或未被聘用离开甲方后，应严格保守甲方商业秘密，商业秘密包括技术信息、经营管理方法和经营信息（含产销策略、客户资料、货源情报等）。如有违反，甲方有权追究乙方责任，直至追究法律责任。

本协议一式二份，甲乙双方各执一份，签字之日起生效。

林小姐为得到这份工作，就同意并签订了这份试用期合同，请问这份试用期合同合法吗。

【案例解析】

这个试用期合同问题很多，包括：

1、合同仅约定试用期，则试用期不成立，约定期限为劳动合同期限；

《中华人民共和国劳动合同法》第19条规定，“试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。”所以本合同中关于试用期的约定是不成立的，林小姐从入职之日起，即与用人单位建立正式劳动关系。

2、劳动合同的要件不全；

根据《劳动合同法》第17条的相关规定，作为一份劳动合同，本案中的试用期合同其法律规定的合同要件不全，还需要对转正后的工资、社保福利、工作时间和休息休假等内容的约定。这些都是劳动合同中必须有的条款。

3、试用期内也应当为员工购买社保；

本案的合同中，规定试用期内“不享受社会养老保险，不享受甲方各项福利待遇”，这是违法的，员工在试用期内也可以享受社保等福利待遇。

4、试用期不需要提前一个月通知解约。

本案中的合同中，先是约定为试用期，又约定解除合同需要提前一个月通知，这实际上也是违反《劳动法》中关于试用期解约的相关规定。

因此，本案中的这份试用期合同是不合法的。

1.4 未签合同有没有劳动关系

案例 1 没有劳动合同，张某与企业存在劳动关系吗？

【案例背景】

张某通过朋友介绍到一家私营企业工作，私营“老板”面试后，考虑到张某是朋友介绍的，就决定让他来企业上班，每月发给其一定的报酬，双方之间从未签订劳动合同。

转眼张某在私营企业做了三年多，主要从事售后服务工作。去年 11 月初，张某到企业所在地的区社会保险事业管理中心查询个人社会保险账户，结果发现该企业一直未为其办理社会保险登记和缴纳社会保险费等。于是，张某去找“老板”要求企业为其缴纳社会保险费，“老板”不予理睬，老板认为，双方之间没有任何关系，更没有劳动关系只是朋友关系，不存在为其缴纳社会保险费的问题。

张某几经交涉未果，只能到劳动仲裁委员会申请劳动仲裁，要求企业为其补缴历年的社会保险费。张某有工作服务证、用人单位出具的介绍信。结合本案例分析，仲裁委员是否会支持张某的申请。

【案例解析】

劳动关系，从法律意义上讲，是指用人单位招用劳动者为成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。根据劳动部关于确立劳动关系有关事项的通知规定：用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

- （一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；
- （二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；
- （三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用纪录；
- （四）考勤纪录；
- （五）其他劳动者的证言等。

由此可见，张某与企业之间存在劳动关系，所以，劳动仲裁委员会对张某要求确认与企业存在劳动关系，并为其补缴社会保险费的请求均予以支持。

劳动仲裁委会支持张某的请求，张某向劳动仲裁委员会提供其在用人单位工作时所发的工资凭证、服务证、考勤记录、以及劳动者为客户上门服务、修理时用人单位出具的介绍信等证据材料。本案争议的焦点是用人单位与劳动者未签订劳动合同，劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系？张某通过熟人介绍进入该企业，在企业工作已三年多，进去以后企业未签订劳动合同。双方当事人虽未签订劳动合同，但张某向劳动仲裁委提供的有关证据材料，足以证明张某与该企业存在事实劳动关系。所以，双方当事人存在事实劳动关系，企业应该承担相应的法律责任，为张某补缴历年的社会保险费。

案例 2 企业不签订劳动合同，员工如何证明劳动关系？

【案例背景】

某快递服务公司 M，公司长期招聘快递员，主要要求中专以上学历，能吃苦耐劳，服

从公司安排。由于工资待遇差，员工素质低，人员流动性大。

为降低流失率，公司要求员工入职后，参加组织的七天培训，包括“军训”，管理制度学习，企业文化培训，客户服务学习等课程。员工培训期间，公司提供食宿，不发放工资。此外，员工试用期间不签订合同，给员工购买商业保险，不购买社保。

【案例解析】

劳动关系，从法律意义上讲，是指用人单位招用劳动者为成员，劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。

用人单位与劳动者未签订劳动合同，劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系？双方当事人虽未签订劳动合同，员工可以提供的有关证据材料，证明自己与该企业存在事实劳动关系。证明材料包括：工资凭证、服务证、考勤记录、以及上门服务，客户签订的回执等证据材料。

案例 3 未签劳动合同致员工辞职，是否要补偿？

【案例背景】

张老板在投资建厂，在 2012 年 5 月起聘请老李看管工地。2012 年 12 月工商部门颁发营业执照后，老李一直留在张老板的工地工作至 2013 年 5 月，但双方未签订书面。

老李咨询人力资源和社会保障局，问是否可要求双倍工资和经济补偿，答复说，公司筹备未签订劳动合同不需要支付双倍工资，主张双倍工资的时间应当从单位取得营业执照后的第二个月起算。

《劳动法》第 38 条并未将不签订劳动合同可获得经济补偿列入其中，如果单位没有签订劳动合同而主动辞职，主张经济补偿不会得到法律支持，况且用人单位已经承担了支付双倍工资的法律风险，再要求经济补偿对单位不公平。

那么，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同导致劳动者主动辞职，是否支付经济补偿呢？

【案例解析】

按照上述法律、法规强制性规定，如果用人单位始终不与劳动者订立书面劳动合同，将对证明劳动关系的是否存在设置障碍，劳动者主动提出解除劳动关系是迫于无奈之举，即被迫解除劳动关系并非劳动者主观意愿，如果该情形用人单位不支付经济补偿是对劳动者的再次伤害。

像《劳动合同法》第 38 条列举的情形一样，无论用人单位未及时足额支付劳动报酬还是未依法为劳动者缴纳社会保险费，乃至未签订书面劳动合同，其风险的承担者都是劳动者，为了规避遭受更大的伤害，劳动者唯一的选择就是与不法单位解除劳动关系。

从经济补偿的性质来看，解除劳动关系后，用人单位有义务为劳动者重新就业、社会保障承担责任。如果仅仅以支付双倍工资作为惩罚手段，一旦超过时效，法律是不予支持的，劳动者的所有权利主张都将落空，这是与法律本意相悖的。因此，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同导致劳动者主动辞职，是需要支付经济补偿的。

案例 4 企业内部经营承包后，还是劳动合同关系吗？

【案例背景】

刘某是某商场售货员,其与商场有签订劳动合同,且合同中有约定基本工资。2007年8月商场实行内部承包经营责任制。刘某与商场签订内部承包合同,承包了一个柜台,向商场上交承包费,期限为1年。

由于经营不善,自2008年3月份连续两个月亏损,为此,商场方以经济效益不好为由,停发刘某3月份以来基本工资,刘某不服,于2008年6月8日向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,请求补发其自3月份以来的工资,并支付赔偿费用。刘某的诉讼请求能得到支持吗?

【案例解析】

企业承包租赁给个人的,应当根据原劳动部在《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)中的规定,承包租赁协议只是对企业与承包人(承租人)有效,并不影响劳动者与原用人单位之间的劳动关系。

企业承包给自己的劳动者的,目的在于通过不同于工资形式的薪酬激励机制,使劳动者能更快更好的完成工作任务。但企业与劳动者之间的关系本质并没改变,劳动者仍然要服从其监督管理,获得的报酬也是劳动所得。

原劳动部办公厅在《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》(劳办发[1993]224号)也明确答复:“职工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议,属于劳动争议。”因此,企业内部承包经营的,并不改变与劳动者之间的劳动关系。

企业被其他平等主体承包经营的,除非劳动者被明确告知单位已被承包出去,且与新单位签订了劳动合同,否则,均应认为劳动者是与原用人单位存在劳动关系。

用人单位将业务对外承包租赁的,如果劳动者不知情,在连续工作满10年后就有权要求签订无固定期限合同。即使劳动者与新单位(承包单位)签订了劳动合同,但如果劳动者是被原单位安排去新单位工作的,也应当按照《劳动合同法实施条例》第10条的规定来处理,即:劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的,劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。

案例5 代签的劳动合同是否有效?

【案例背景】

今年三月,小丁和同学一起入职某工厂做普工。在签订劳动合同时,他当时不在现场,其同学出于好意,在没有经得他同意的情况下,代他签了字,事后小丁也没有追认。上个月,小丁要去另一公司就职,便向工厂辞职。工厂告诉他说,根据合同约定,他现在不可以辞职,不同意他辞职。那么,请问,小丁同学以他的名义代签的劳动合同是否有效?

【案例解析】

这份代签的劳动合同是有效的。

根据《民法通则》的相关规定,本案中的小丁,其同学是在没有代理权的情况下,替小丁行使了在劳动合同上签字的行为,这本身只有经过被代理人小丁的追认,被代理人才能承担民事责任,未经追认的民事行为由行为人自己(即小丁的同学)承担民事责任。

但本案中的小丁,其同学虽无代理权而以小丁的名义在劳动合同上签字,但劳动合同自今年三月开始至今,时间长达8个多月,小丁知道工厂与其订立了劳动合同,对代签名的事实也很清楚,却没有就劳动合同中的权利义务提出任何异议。

根据《民法通则》第66条的规定,“本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,视为同意”,因此该劳动合同是有效的,具有法律约束力。

但是合同有效，并不等于企业就可以限制劳动者提出离职，劳动者只要提前一个月书面申请提出离职，企业就必须同意为其办理离职手续，否则，就是违法。

案例6 签了合同但未上班，是否存在劳动关系？

【案例背景】

杨某一年前入职某公司，填了相关入职资料，并与该公司签订了劳动合同。但之后，杨某并没来上过班，也未领取过工资，单位也没有解除劳动合同。后单位集资建福利房，杨某要求确认本人与该单位的劳动关系。那么，请问，杨某与公司存在劳动关系吗？

【案例解析】

用人单位与杨某的劳动关系并不成立。

根据《劳动合同法》第7条的规定，“用人单位与劳动者自用工之日起建立劳动关系”，第10条中也规定：“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立”。

从以上规定中，可以看出，不论是否签了合同，建立劳动关系的重点是二者之间是否已是用工关系，即劳动者是否到用人单位上班。

而本案中，杨某虽然签订了劳动合同，办理了相关的入理手续，但是并没有到用人单位上班，所以双方的劳动关系并没有建立，所以杨某并不能以劳动合同来证明劳动关系，也不能因此参与单位福利房的相关事宜。

案例7 新员工入职培训期间未签劳动合同，算不算存有劳动关系？

【案例背景】

小李2008年4月1日进入某公司，约定工资3000元/月，试用期为2个月，4月份，小李参加了公司组织的为期一个月的脱产入职培训，但这个月的工资公司一直没有发，且双方一直未签订劳动合同。

2008年7月30日单位将她无故辞退，4月份工资没给，且没有给补偿。小李不服，要求公司支付4月份工资、违法解除劳动关系的经济补偿金及未签订劳动合同期间的双倍工资。

但公司认为小李在入职培训1个月时间内不存在劳动关系，当然就没有工资了；且未能签订劳动合同是因为小李一直没有提交体检表所致，这个责任应由其自己承担，公司如此解约并没有错。

小李无奈，提起劳动仲裁。

【案例解析】

小李不服，要求公司支付4月份工资、违法解除劳动关系的经济补偿金及未签订劳动合同期间的双倍工资。

首先，试用期内的脱产培训，应当支付试用期工资。《劳动合同法》第7条规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系”，某公司对小李提供培训是该公司保障劳动者接受职业技能培训的权利、提高用人单位业务水平的行为，虽双方此间未依法签订劳动合同，但根据某公司以其名义对小李进行培训，且小李接受该公司管理的事实，双方已形成事实劳动关系。

建立劳动关系，就应当支付劳动者的报酬，因此，本例中用人单位认为小李在入职培训

的一个月不存在劳动关系，法律是不支持的。

其次，根据《劳动合同法》第 10 条、第 82 条的规定，建立劳动关系，就应当订立书面劳动合同，如果在建立劳动关系时未签合同的，也应当自用工之日起一个月内订立。而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。

而某公司提出“双方未能签订劳动合同属小李未在指定期限内提交体检表所致”，该理由并不能成为不签订劳动合同的合法理由。因此，小李要求公司支付未签订劳动合同期间双倍工资的要求是完全合理合法的。

第三，公司在小李入职 3 个月之后，无故将其辞退，应当对小李进行经济补偿。根据《劳动合同法》第 40 条的规定，企业要将其辞退，需要提前 30 天通知，或额外支付一个月工资。

同时，根据《劳动合同法》第 47 条的规定，公司还需要向小李支付半个月工资的经济补偿。

1.5 其他情况下劳动关系的确立

案例 1 员工是否可以与两个单位同时存在劳动关系？

【案例背景】

今年 51 岁的老张过去是肇庆一家机械公司的员工，1999 年他离开了这家公司来到了深圳。但当时并未办理辞职手续，十多年过去了，他的关系仍在肇庆的单位。

2009 年 5 月，老张在深圳一家公司担任顾问：“我当时要求与这家公司签订劳动合同，但由于工作忙，就耽误下来。”2009 年 12 月，公司无故辞退了他。

老张遂向劳动仲裁部门提出了仲裁申请。要求给付其因未签订劳动合同而产生的双倍工资，并给付解除劳动关系的经济补偿金。公司则认为，老张的劳动关系在肇庆市，他在公司担任顾问期间，不具有员工身份，公司辞退他不适用劳动法管辖，不必赔偿。

【案例解析】

本案中，老张虽然是肇庆某机械公司在册不在岗的职工，但自 2009 年 5 月起与深圳的新公司建立了劳动关系，而新公司未与老张签订劳动合同，双方未签订劳动合同的原因和责任在于新公司。因此，深圳的新公司应给付老张 2009 年 6 月至 12 月因未签订书面劳动合同而产生的双倍工资。2009 年 12 月，新公司又无故辞退了老张，亦应给付其解除劳动合同的经济补偿金。

【专家支招】

我国目前存在双重用工关系的情况较多，一方面是由于一部分员工从国企内退或下岗分流自谋职业，另一方面我国现行在法律上的层面上也没有禁止不允许建立这种用工关系，如《劳动合同法》及其实施条例里都提到：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影响应如何处理。

实践中出现的这种双重关系的案例中区分不同情况对待，我们认为只要这种用工关系不违反我国现行的法律规定就应保护这种事实上的劳动关系，出现纠纷时，按照现行劳动合同法的相关规定给予处理。但如果这种用工关系的建立是不符合我国法律规定的，即使双方签订劳动合同书，例如企业与反聘退休人员签订劳动合同，这种因退休人员的主体身份已不受我国劳动合同法调整，所以双方关系就不能认定为劳动合同关系，只能属于劳务性质。

案例2 公司在筹备期间，员工与其是否存在劳动关系？

【案例背景】

今年7月，某大型公司决定在深圳设立子公司，于是指派了一位副总来深圳负责筹备事宜。该副总到深圳后，因为人手严重不足，在深圳招聘了张某等两人负责子公司筹备工作。今年10月，子公司正式成立营业。

子公司成立后，又招聘了不少工作人员，并一一签订劳动合同。但在与最初从事公司筹备工作的张某两人签订合同时，对劳动关系的起始时间，双方发生了争议。公司认为应从子公司成立之日算起，张某两人则认为应从7月开始计算。

于是，张某两人就此事向劳动保障部门进行了反映。

【案例解析】

《劳动合同法》规定，劳动关系的主体一方是劳动者，另一方是用人单位。而该用人单位应是具有法人资质的公司，或具有营业执照的个体经济组织以及民办非企业单位，只有在这样的前提下才具有用工权。

该案例中，因为子公司筹备期间，子公司没有成立，不具有法人资质，因此就构不成劳动关系上的用人单位的主体，因而也不能与另一主体劳动者形成劳动关系。那么，对子公司筹备期间的劳动关系应如何规定呢？子公司筹备期间，筹备人如果是个体，那么应与劳动者形成一种民事上的劳务关系；如果子公司筹备人是公司，那么，筹备期间的劳动关系应认定为是与筹备公司之间形成劳动关系。

如果该子公司的副总有总公司的书面授权招用劳动者进行子公司筹备工作，那么，筹备期间，劳动者是与筹备公司形成了劳动关系；如果没有授权，仅是副总的个人行为，那么形成的就是一种劳务关系。

案例3 旷工自离后公司一直未处理，劳动关系还存在吗？

【案例背景】

员工龚某，2008年11月入职广州某公司任普通员工。2009年7月5日，龚某向公司请病假，后一直未回公司上班，亦未作任何说明，公司将其视为旷离处理，后续就没管这事了。

后龚某于2010年3月因病去世，其家属向公司所在地劳动争议仲裁委起诉，要求公司支付丧葬补助费、供养直系亲属一次性救济金、一次性抚恤金。那么，你认为家属此要求是否合理？

【案例解析】

本案的焦点在于龚某是否跟该公司还保持劳动关系？如果劳动关系还存在，家属所提要求是合理合法的；如果劳动关系不存在了，则不合理，相关费用补偿企业可以不用给。

本案中，虽然龚某违反公司规章制度，请病假后一直未来上班，属于旷工自离，但公司作出解除与龚某的劳动合同决定后，并未作后续的安排处理，如未通知其本人，也未办理离职手续，也未通过快递或登报等方式告知其公司解除劳动合同的决定。故双方劳动关系从法定意义上来说并未解除，公司需按规定支付龚某家属相关非因工死亡待遇。

案例4 员工离职后，公司没有开具离职证明，双方劳动关系是否解除？

【案例背景】

郭某大学毕业后，在一家货运公司上班，签订了劳动合同。当时郭某从事报关业务工作，最后一份合同签至2012年12月。2012年9月20日，郭某考虑到个人的发展向公司递交了书面辞职信，5天后公司同意郭某的辞职申请，郭某将报关员相关证件交给了公司，办妥了离职交接手续，公司发放了郭某9月份的工资，从次日起就没再上班。

不久，郭某得知公司10月初发了2000元的过节费，就与公司商谈要求自己也能得到这笔钱，但公司未予同意。郭某称，我虽然递交了辞职报告，办理了离职手续，但是公司在10月12日才开具离职证明，所以，双方劳动关系没有解除。因此，10月份的过节费，公司应当支付。于是，郭某将公司告上仲裁庭，要求公司支付10月份的工资和2000元的过节费用。郭某的仲裁申请会得到支持吗？请结合本案例分析。

【案例解析】

劳动关系的实际解除与离职单办理的时间究竟以哪个时间为准来作为劳动关系解除的依据和标准？根据有关规定，双方办妥离职手续，结清工资等，从该日起，劳动关系就解除了。公司办理离职手续应当在劳动关系解除后的一周内办理完毕。

本案例中，郭某的仲裁申请不会得到支持。郭某在9月20日递交了书面辞职报告后第5天，公司批准了他的请求，随后郭某办理了离职手续，也结清了9月份的工资离开了公司。自郭某办完离职交接手续，双方的劳动关系就解除了，并且，郭某也从次日起未再上班。

因此，郭某要求公司再支付10月份的工资和过节费显然依据不足，仲裁委员会不会支持。

但公司应当在15日内办妥退工手续，现在公司拖延了办理退工的手续，如果郭某能提供确凿证据证明在延误退工的两周内，造成了其就业的损失，公司应当按实际损失补偿。

用人单位应当建立严格的解除劳动合同的相应程序，规定严谨的手续和步骤，力求在解除劳动合同的办理过程中，每个环节都有相应的负责人，也严格按法律规定在15日内办理完解除劳动合同的全部手续，以免发生纠纷。

案例5 取得外籍的中国人回国打工，怎么就成了非法就业啦？

【案例背景】

武某，国内某名校毕业后前往美国某研究所深造。毕业回国后在深圳某公司担任首席执行官，月薪10万，一直未签订劳动合同。工作四个月后，与公司大股东发生冲突，愤而辞职。

辞职后公司拒绝发放最后一个月工资。武某于是向劳动争议仲裁委员会提起申诉，要求公司支付未签订劳动合同的双倍工资、拖欠的一个月工资、经济补偿金等共计40余万元。

但经查明，武某回国前已加入英国国籍，且在国内就业时未办理过就业许可证，公司据此为由认为武某属于是违法就业，其诉讼请求不能给予支持。对此，你怎么看？

【案例解析】

根据《外国人在中国就业管理规定》等规定，这些人员必须到用人单位所在地的劳动行政部门（现在是人力资源与社会保障部门）办理《外国人就业许可证书》，才能合法在中国

大陆就业，否则即为违法。

本案中武某系英国公民，在未取得就业许可下在中国就是非法就业，不享受劳动法上的权利义务，未签劳动合同的双倍工资、经济补偿金均不会得到支持。但该公司拖欠武某的工资 10 万元，应该给予支付。

非法雇佣外籍员工，用人单位也要担负相应责任，根据《中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则》第 44 条规定：“对私自雇用外国人的单位和个人，在终止其雇用行为的同时应向，可以处 5000 元以上、50000 元以下的罚款，并责令其承担遣送私自雇用的外国人的全部费用。”

本例中的用人单位，在聘用月薪 10 万的高级员工时，竟然连国籍都没有搞清楚，这显然是不合理的，很可能是在聘用过程中被人为忽略了。这实际上是非常危险的。

案例 6 外国人在中国就业是否受劳动法保护？

【案例背景】

美国小伙 Mark 中文名为小马，2008 年 5 月，小马在上海一家西餐厅做厨师，月工资为 2 万元。但在 2009 年 5 月 8 日，西餐厅老板何某致函小马要求解除聘任关系，聘请了另外一位厨师，此时该西餐厅尚欠小马一个月的工资，几经交涉，西餐厅老板一直未补发这份工资。

7 月 25 日，小马申请仲裁，要求餐厅支付所欠工资 2 万元，并补偿其一个月的工资 2 万元。仲裁审理认为“因小马未取得就业许可证，其主体不合法，不属于《劳动法》调整范围”，决定不予受理。

小马不服后再上诉至法院，但法院经审理后认为，原、被告没有签订书面劳动合同，即使原、被告之间存在事实劳动关系，亦违反我国关于外国人就业管理及禁止个体经济组织聘用外国人的规定，原告的劳动权利亦不受保护，驳回原告的诉讼请求。

【案例解析】

根据《劳动合同法》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法”。也就是说，只有用人单位在境内才适用《劳动合同法》。境内的企业与劳动者

根据《外国人在中国就业管理规定》（1996 年 1 月 22 日劳动部、公安部、外交部、外经贸部发布），外国人指依照《中华人民共和国国籍法》规定不具有中国国籍的人员。外国人在中国就业，指没有取得定居权的外国人在中国境内依法从事社会劳动并获取劳动报酬的行为。用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可，经获准并取得《中华人民共和国外国人就业许可证书》（以下简称许可证书）后方可聘用。

关于贯彻实施《外国人在中国就业管理规定》有关问题的通知中规定：在中国工作的外国人，若其劳动合同是和中国境内的用人单位（驻地法人）直接签订的，无论其在中国就业的时间长短，一律视为在中国就业；若其劳动合同是和境外法人签订，劳动报酬来源于境外，在中国境内工作三个月以上的（不包括执行技术转让协议的外籍工程技术人员和专业人员），视为在中国就业，应按《规定》到劳动行政部门的发证机关办理就业许可手续，并办理职业签证、就业证和居留证。所以，在中国境内依法办理了就业许可的外国人也适用劳动合同法。

因此，外国人在中国就业的，其权利义务是否属劳动合同法调整，关键看该外国人是否取得劳动行政部门颁发的就业许可证，未取得就业许可证的，实践中一般视为非法就业。不

仅其劳动权益就很难得到保障，而且还要被处罚和遣散回国。

用人单位在不必须的情况下，最好不选择外国人来聘用，如果因某种原因确实需要聘用外国人的，应当根据法律规定，为其申请《中华人民共和国外国人就业许可证书》，以避免非法雇佣外国人的情况出现。

案例 7 未满 16 周岁的未成年人，能否做学徒工？

【案例背景】

最近，家住陕西农村的杨大姐对未满 16 周岁的未成的人的用工问题，有许多困惑：她看到村里人有将不愿上学或辍学在家的未满 16 周岁的孩子送去做学徒工，有的去个体餐馆帮忙打下手、有的去学修车剪发等手艺、还有的送去县杂技团学表演等等，这些情况有人说合法、有人说不合法，但国家不是说不能非法使用童工吗？

招用这些小孩做学徒到底合不合法？

【案例解析】

根据《劳动法》、《未成年人保护法》、《禁止使用童工规定》等多部法律法规，都明确禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。由于宣传力度不够，部分人群尤其是农村地区的百姓对这些规定了解不多，但无论是否知晓，它对所有中华人民共和国境内的公民都具有约束力，不管是城市的还是农村的，都必须遵守。

法律不但禁止用人单位招用不满 16 岁的未成年人，而且也禁止任何单位或者个人，为 16 岁以下的孩子介绍工作。这些孩子的父母，是他们的合法监护人，应当保护其身心健康，保障其接受义务教育的权利，并且不得允许其被用人单位非法招用，否则您所在地的乡政府以及村民委员会，都有权对你们做父母的进行批评教育。

很多未成年人开始打工时都从学徒做起，由于学徒期间，他们为用人单位提供劳动、接受其管理、遵守单位制定的各项劳动纪律、获得一定的劳动报酬等，所以学徒工与用人单位属于事实劳动关系。因而，不满 16 岁的未成年人也不能去学徒。

《劳动法》规定，文艺、体育和特种工艺单位可以招用未满 16 周岁的未成年人，但单位必须依照国家有关规定履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。只要杂技团经过当地劳动部门审批了，他们的这种招用行为就不违法。

第 2 章 劳动合同的签订

2.1 劳动合同的初次签订

案例 1 在校生以就业为目的与企业签订的劳动合同是否有效？

【案例背景】

李某于 2014 年 9 月毕业，2013 年 11 月 10 日，李某在某公司进行求职登记，并在登记表中登记其为某大学 20014 届毕业生，2013 年是其实习期。2013 年 11 月 15 日李某与该公司签订劳动合同，期限为三年，其中试用期为 60 天。

2014年4月15日，该公司申请仲裁，请求确认与李某之间劳动关系不成立。仲裁委以李某系在校学生，其勤工助学或实习与用人单位间的关系不属于劳动法调整为由，终结了仲裁。

【案例解析】

在校生利用业余时间勤工助学，通常不视为就业，与实习单位间不存在劳动关系。但是本案中的李某不同，李某虽未毕业，但已完成全部学业，即将步入社会。现在的大中专院校为了提高就业率，也鼓励学生在最后的实习阶段寻找工作。李某到某公司登记求职，目的就是为了解就业，而非学习，公司对李某的情况也完全知情，双方在此基础上也就应聘、录用等事宜达成一致，并签订了劳动合同，明确了岗位和报酬，所以，双方之间形成的是劳动合同关系，而非劳务关系。

另外，李某与某公司签订劳动合同时也早已年满18周岁，符合劳动法规定的就业年龄。李某在登记求职时，已完成了全部学业，明确向某公司表达了求职就业愿望，双方签订了书面劳动合同。此后，李某按合同约定提供了劳务，该公司亦向李某支付了劳动报酬，并对其进行了管理，这完全符合劳动关系的本质特征。

因此，法院应判决李某与该公司签订的劳动合同有效。

案例2 公司不签订劳动合同，录用通知能够代替劳动合同吗？

【案例背景】

2012年12月，深圳某软件公司进行了招聘，经过层层筛选，某高校应届毕业生赵某被公司录用。公司按照内部招聘程序向赵某发出了录用通知书，其中标注了他的工作岗位、工资报酬等。赵某接到通知书后便到公司办理了入职手续，但双方并没有签署劳动合同。

2013年10月11日，公司因业绩下滑决定裁员，赵某不幸被列入裁员名单。双方在协商解除劳动合同的过程中，赵某提出，公司一直没有与他签订书面的劳动合同，按照《劳动合同法》的相关规定，公司应当向他支付在职期间的双倍工资。但公司认为，招聘时，公司便向包括赵某在内的每一个被录用人员发放了录用通知书，通知书中包括了《劳动合同法》规定的劳动合同应当具备的所有条款，工资、福利、试用期、岗位等内容一应俱全。在职期间，双方一直按照录用通知书中的内容履行各自的权利义务，赵某认可录用通知书的内容和效力，从未对此提出过任何异议。因此，录用通知书就是劳动合同，公司愿意按照法律规定向赵某支付经济性裁员的经济补偿金，但不应当向赵某支付双倍工资。双方最终未能协商一致，赵某向劳动争议仲裁机构提起仲裁。

【案例解析】

首先要明确，录用通知书和劳动合同是不同的。录用通知书是用人单位想要建立劳动关系的单方意愿，而劳动合同是证明用人单位与劳动者建立劳动关系的法律文件。按照正常流程，公司向应聘者发出录用通知书，待其入职后，应当在一个月内在员工签订正式的劳动合同。劳动合同可以包括录用通知书中与劳动合同有关的部分内容，也可以在协商一致后进行变更。

劳动合同签订后，用人单位可以选择使录用通知书失效，也可将其作为劳动合同的附件而继续有效，在二者约定不一致时，应当以劳动合同的约定作为履行劳动权利和义务的依据。

因此，该公司未按照法律规定与员工签订书面劳动合同，根据《劳动合同法》第82条的规定，需要向赵某支付双倍的工资。

案例3 先试用4个月再签劳动合同，员工索要未签合同双倍工资？

【案例背景】

小云于2013年4月24日应征到某公司工作。入职后小云填写了《员工入职书》。

2013年8月29日，刚干满4个月的小云，收到了公司发出的《辞退通知》。离开公司后，小云向仲裁委申请仲裁，要求公司支付她2013年4月24日至2013年8月29日未签订劳动合同双倍工资差额8000元。

【案例解析】

根据《劳动合同法》的相关规定，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付两倍的工资。2013年10月10日，法院一审判决：《员工入职书》不等同劳动合同，试用期一样要签订劳动合同。因此，该公司需支付小云双倍工资。

案例4 延长试用期考核，可以不符合录用条件解除合同吗？

【案例背景】

晓军于2013年5月10日应聘进入一家食品公司担任销售代表，工资为每月2000元。公司与晓军签订了二年期限的劳动合同，约定试用期为3个月，从合同签订日至2015年5月10日止。晓军在公司虽业务平平，但也遵守公司规章制度，这样，一晃眼三个月过去了，晓军也没有给公司带来几个订单。

公司以其业绩不好为由延长其试用期为5个月，但在9月15日，晓军突然接到公司出具的解除劳动合同通知书，通知书上解除合同的理由为晓军工作4个月没有业绩，不符合公司的录用条件。

【案例解析】

该公司并未在双方约定的试用期内对晓军进行考核，也没有向晓军提出解除劳动合同的要求，用人单位与劳动者签订劳动合同时，可约定试用期。试用期可由用人单位根据不同工种、不同岗位的实际情况确定。用人单位与劳动者约定的试用期应符合《劳动法》的规定，即试用期最短为三个月，最长为六个月，超出这个上下限都是不符合法律规定的。

因此，公司不得通过随意延长试用期的办法，使试用期外的解除劳动合同合法化，或采取延长试用期的办法少支付劳动者的劳动报酬。

案例5 这样的协议算不算劳动合同？

【案例背景】

小王在北京一家公司入职一年后提出离职。离职后他向仲裁委申请仲裁，要求公司支付未签订劳动合同的双倍工资共计4万余元。开庭时，公司拿出一份协议，该协议写在一张A5大小的纸上。协议内容是：“名称：岗位协议，甲方：北京某公司，乙方：小王。正文：1.小王担任业务员；2.月工资3000元加提成；3.本协议自双方签订后生效。”协议下方有小王的签名、公司的盖章和签订日期。签订日期是在小王入职后几天。

小王看到这份协议非常生气，表示自己根本没有签过这样的协议。但他承认上面的签名

是真的，但那是从自己留在公司的一个笔记本上撕下来的，自己当时在上面签名只是表明所有权，根本就不是签署什么协议。协议的内容是后来公司自己加上去的。

公司则声称该协议是双方协商签订的。协议的内容虽然公司一方的人写的，但是双方协商好的，因此小王才会在协议下面签字。协议虽然比较简单，但从协议的内容来看，仍然是一份劳动合同。

【案例解析】

协议是关于双方劳动关系的约定，虽然缺乏必备条款，但仍然是一份劳动合同。小王主张这份协议是公司自己伪造的，但如果没有提供相应证据，又认可其签字的真实性，那么其主张将很难被采信。

因此，如果是这样的话，表明双方已经签了订劳动合同，那么该公司就无需支付未签订劳动合同的双倍工资。即小王的诉讼请求很难得到仲裁的支持。

案例6 公司与应届生签订三方协议，可以不签劳动合同吗？

【案例背景】

2014年，广州某公司到福建某校招聘了一批应届大学生，共计15人。所有被录用的应届毕业生，公司都和他们签订了三方协议（含违约条例），同时约定应届生到公司后实习6个月。

3个月后，员工小邓提出离职，希望回学校考研。公司不同意，并且要求员工承担违约责任。该员工提出，公司没有与他签订劳动合同。公司却说，三方协议就是劳动合同。不得已的情况下，林某只好申请仲裁。

【案例解析】

公司与员工签订的三方协议，只是表示公司愿意接收小邓成为公司的员工。不是双方劳动关系的证明，劳动合同是证明劳资双方劳务关系的法律文件。劳动合同以文件的形式约定劳资双方在合同期间的责任和义务，包括工作岗位，工作地点，薪资待遇，法律条款，管理制度要求等。

该公司用三方协议代替劳动合同是违法的。因此，事实上，公司没有签订劳动合同，应支付小邓实习三个月双倍的工资。同时，小邓违约的问题，公司可以根据三方协议的约束条款处理。

案例7 分公司可否与员工签订劳动合同？

【案例背景】

2014年6月郑女士所在的总公司在某市成立分公司，任命她为分公司经理，但分公司没有办理营业执照。经总公司同意，郑女士招聘了8名业务员。

当郑女士以分公司名义与8名业务员签订劳动合同，他们都要求与总公司签订劳动合同。

【案例解析】

《劳动合同法实施条例》第四条规定：“劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。”据此，你所在的分

公司由于没有办理营业执照，不符合法定的用人单位资格，不能自行招聘员工，只能以总公司名义与员工签订劳动合同。

因此，这 8 名员工事实上是与总公司而不是与分公司形成了劳动关系，依法应由总公司与招聘的员工签订劳动合同。

案例 8 劳资双方签订合同，是否可以只由公司保存？

【案例背景】

宋某于 2013 年 8 月 1 日到某家公司工作，双方签订了两年的劳动合同至 2015 年 8 月 1 日止。合同约定宋某月薪为 2500 元。此合同只有一份，留存在公司人事部。此后药品公司均按月支付宋某 2500 元工资。

2014 年 4 月，劳动局对该公司检查时，发现了职工人数与缴费金额不一致，排查名单时宋某也在其中。药品公司解释在宋某工资中含有社保费，并说明让其自行缴费，但宋某没有缴费，责任不在公司。基于国家规定，社会保险部门要求公司为宋某补缴社保费，公司通知宋某将工资中包含的社保费部分返还，宋某不同意，称不知工资中有这笔费用。该公司遂向区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求宋某退还应由其自行缴纳社保金的费用每月 310 元，共计 2480 元。

仲裁庭审中，药品公司辩称，公司在录用宋某时即已讲明，公司为新办企业，不知如何办理缴纳员工社保费事宜，约定支付给宋某的月工资中已包括了社会保险费，要求宋某自行缴纳。现宋某未自行缴纳，公司要为其补缴社会保险费，宋某应将这部分费用返还，并向仲裁庭提供双方签订的劳动合同文本，文本中工资栏后面有手写字样，内容为“三金”包含在工资中，由员工自行缴纳。

宋某则称，公司在录用时并未讲清社保费要自行缴纳，在签订劳动合同时也未看到有“三金”由员工自行缴纳的字样，合同只有一份，签完后公司就拿走了，本人手中没有合同文本。现公司出示的合同文本中有手写痕迹，无法认定就是当时签订的那份合同，要求仲裁委驳回公司的请求。

【案例解析】

经查实：宋某 2013 年 8 月 1 日到公司工作时签订的合同上约定宋某月工资为 2500 元，在约定宋某月薪 2500 元后的两项文字空白处加有“包括‘三金’由员工自行缴纳”的手写字样。宋某按月领取 2500 元工资至今，公司认可合同只有一份，留存在公司人事部。

仲裁委认为，该公司在与宋某签订劳动合同的过程中，应按合同规定各执一份。现宋某对该合同内容有异议，且公司又无法提供相关证据来证明此合同的真实性与有效性。故仲裁委对该合同中手写的约定内容无法采纳，仲裁委对该公司的仲裁请求不予支持。

因此，该公司将社保费用发放在工资中（暂且不论是否事实）让员工自行缴费，不符合国家规定的。在签订劳动合同的过程中，一定要规范操作，劳动合同签订后应各执一份，否则，在发生各类纠纷时很难判断是非。

案例 9 员工声明不愿签劳动合同，单位继续用工有无风险？

【案例背景】

现如今公司都知道了签订劳动合同的重要性，要求员工与公司签订劳动合同。但员工孙某拒绝签订劳动合同。他认为劳动合同是对自己的束缚。公司无奈下，让孙某写了一个声明，声明上写道：“本人不愿意签订劳动合同，特此声明。”后面是孙某的亲笔签名。于是公司方面也就未再要求孙某签订劳动合同。

一年后，孙某因为加班费的问题，提出了仲裁请求，要求公司支付加班费 2 万余元，同时要求支付未签订劳动合同的双倍工资 3 万余元。公司觉得很冤，认为未签订劳动合同是经过孙某个人声明同意的，公司不应该再对其支付赔偿。孙某承认声明的真实性，但认为不签订劳动合同的原因是由于公司拿出的劳动合同条款不公平。因此未签订劳动合同的实质原因还在于公司这一边。

【案例解析】

《劳动合同法实施条例》第五条、第六条则规定，员工如果拒绝签订劳动合同，用人单位“应当”书面通知劳动者终止劳动关系。

因此，如果员工拒签劳动合同，用人单位只能终止劳动关系而不能继续留用该员工，否则就要支付双倍工资。

案例 10 员工入职一个月后拒绝签订劳动合同，企业应怎么办？

【案例背景】

某公司有个员工，入职一个月没签订劳动合同，第二个月人事部联系其签订劳动合同，他一直不签，后来过了 3 个月试用期因为工作能力不行辞退他。

现在，他反咬公司要求其赔偿他的未签订劳动合同的双倍工资。之前他不签订劳动合同公司没有证据可以证明。

【案例解析】

《劳动合同法》规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。因此，公司一旦用工，一定要与员工签订书面劳动合同。要严格遵循先签劳动合同再入职的原则，不签合同一律不予录用。当劳动者不与公司订立书面劳动合同时，公司应当书面通知劳动者终止劳动关系。

案例 11 录用通知书与劳动合同不一致，如何确定待遇条件？

【案例背景】

林某于 2012 年 2 月到一家公司担任主管一职。经过面试，公司向林某发出了录用通知书。公司除了在录用通知书中允诺“凡在当年度结束试用期的正式员工，公司将会“年底双薪”，以此形成每年‘13 薪’的薪酬结构”。林某对待遇很满意，便按照录用通知书上约定的时间开始了主管的工作。

可到了 2013 年 12 月发放工资时，林某在他当月的工资中并没有发现公司所谓的 13 薪“出现”。人力资源管理部门向林某解释说：“虽然录用通知书中有类似说明，但基于公司创业初期的成本考虑，公司决定所有员工都不再发放这一部分薪酬。”

另外，入职时林某所签订的劳动合同中就已经将‘13 薪’删去，而劳动合同为公司与林某后于录用通知书签字盖章的法定文本，无论从时间还是效力上来看都应该以劳动合同为优先。因此，林某不应当按照录用通知书上的有关内容继续享受年度服务奖金。”

【案例解析】

仲裁部门认为，该公司与林某签订劳动合同时，并未事先说明录用通知书将在合同签订后失去效力，也没有明确劳动合同文本具有更高层次的效力。林某主张“13薪”的要求应当得到支持。

因此，录用通知书不能替代劳动合同。

案例 12 未签劳动合同，提成也要双倍支付吗？

【案例背景】

2013年10月1日小赵应聘到一家销售公司，口头约定每月底薪2500元，另加销售提成，但双方一直未签书面劳动合同。

2014年4月，公司以小赵工作业绩不好为由要解聘小赵。小赵遂要求公司补偿因未签劳动合同的双倍工资，基数包括他的底薪和提成，但公司认为不能包括提成，理由是每月的提成并不确定，不算工资范畴。

【案例解析】

首先，与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务。《劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”而公司一直未与小赵签订书面劳动合同，明显是对自身法定义务的违反。

其次，用人单位必须向劳动者支付未签书面劳动合同的双倍工资。《劳动合同法》第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”即小赵有权要求公司支付双倍工资的时间为2013年10月1日起至其离职之日止。

再次，双倍工资包括提成。一方面，《工资支付暂行规定》第三条指出：“本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬。”即所有的劳动报酬都属于工资。而提成是小赵在完成一定销售业务的基础上，公司对超额部分的奖励，明显属于他所享有底薪以外所应得的劳动报酬。因此，小赵可以拿到底薪和提成的双倍补偿。

案例 13 劳动者拖延签合同能否主张双倍工资？

【案例背景】

北京某公司新招聘一员工陈某，至今已在公司上班25天。其间，公司多次要求陈某与公司签订正式的书面劳动合同，但陈某总是推托。

后来公司经侧面了解得知，陈某如此是为了拖延时间，以便在一个月后，向公司索要未签订书面劳动合同期间的双倍工资。因为在陈某看来：“只要不签书面劳动合同，不论出于什么原因，公司都得支付双倍工资。”

【案例解析】

适用双倍工资处罚必须同时满足两个条件：一是用工之日起超过一个月未签订书面劳动合同，二是没有签订书面劳动合同的过错应归咎于用人单位。该公司已多次通知陈某签订书面劳动合同的情形表明，公司有积极、主动与陈某签订书面劳动合同的意思，并不存在拒签的主观意图，也没有怠于签约的行为，更没有逃避法律责任和损害陈某合法权益的恶意。

《劳动合同法实施条例》第五条规定：“自用工之日起一个月内，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与劳动者终止劳动关系，无须向劳动者支付经济补偿金，但是应当依法向劳动者支付其实际工作期间的劳动报酬。”

因此，劳动者不愿并以实际行动拒绝与公司签订劳动合同时，公司只要以“书面通知与劳动者终止劳动关系”，便可免责。

2.2 劳动合同的续签

案例 1 连签二次劳动合同，就应签无固定期限劳动合同吗？

【案例背景】

小成于 2012 年 2 月到上海某公司上班。双方于 2012 年 5 月 30 签订了一份 1 年期限的劳动合同至 2013 年 5 月 30 日止。2013 年 6 月 1 日双方续订劳动合同至 2014 年 6 月 1 日。

2014 年 5 月 1 日公司书面通知小成劳动合同将于 6 月 1 日到期，公司决定终止双方劳动合同，不予续签。小成收到通知后向公司提出要求签订无固定期限劳动合同，双发生劳动争议。

【案例解析】

小成与公司已经连续订立两次固定期限劳动合同，且小成没有违法、违纪以及不能胜任工作的情形，在合同到期后小成提出签订无固定期限劳动合同符合法律规定，应当得到支持。公司提出终止劳动合同没有法律依据。

其次，小成连续订立两次固定期限劳动合同，公司可以行使的终止权仅在第一次合同到期之时，当公司与劳动者签订第二次固定期限劳动合同时，实际上已经“等同于”订立了无固定期限劳动合同。因此，第二次合同到期后，如果劳动者要求订立无固定期限劳动合同，公司必须订立。

案例 2 劳动合同约定到期后顺延至服务期满，还需要另签合同吗？

【案例背景】

广州某公司于 2013 年 3 月 2 日聘请林某做销售，入职时双方签订了一年期的劳动合同，另外，合同还约定：“若服务期未满情形下合同期限自动顺延至服务期满。合同期满之前双方须提前以书面形式通知对方是否续订合同。”

因为工作的需要，公司出资安排林某进行专业培训，双方在 2013 年 5 月 1 日又签订一份《培训协议》，具体约定为：公司送林某参加上海举办的为期 7 天的销售技能培训，培训费共计 3 万由公司承担，自培训结束后林某必须为公司服务期不少于三年，协议生效后将自动作为双方劳动合同的补充内容等。

劳动合同期满后，公司就一直未与林某签订书面劳动合同。2014 年 5 月份，林某向公司提出因未签订劳动合同而解除劳动关系，并主张未签订劳动合同的双倍工资差额。

【案例解析】

林某与公司签订的《劳动合同》及《培训协议》均是双方真实意思的表示，有法律效力，

应当对双方都有约束力。《培训协议》明确了服务期为不少于三年，且双方都明确该《培训协议》生效后自动作为《劳动合同》的补充内容，其实质上对双方通过该《培训协议》约定，重新就《劳动合同》的期限进行了变更，达成新的服务期限而已。

虽然《劳动合同法》规定未签订书面劳动合同要支付双倍工资，但在本案中劳动者与用人单位之间的劳动合同期限的约定及补充，并不违反法律的禁止性规定，具有法律效力的。所以，在新的服务期限届满前，无需另行签订书面的劳动合同。也就不存在未签订劳动合同情形。因此，林某的诉求和主张是不合理的，应不予支持。

案例3 未续签劳动合同超过一年了，还可再要双倍工资赔偿吗？

【案例背景】

薛女士在某公司工作2年了，期间公司的名字经常换，每次法人代表也都不一样。自进公司的时候就说会签订劳动合同，到现在也没有签订，公司没有为其交过保险。

现在薛女士要离职，不知道提出离职可否得到双倍工资赔偿。

【案例解析】

依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条用人单位自用人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。没有购买社保的话一并可以要求经济补偿金。

因此，该公司不与薛女士签订劳动合同，公司应该赔偿她双倍工资差额，具体计算从入职的第二个月开始计算11个月的双倍工资差额。

案例4 未续签劳动合同继续用工，可否要求双倍工资？

【案例背景】

浙江某公司于2013年6月31日与小邓签订劳动合同，合同终止期限为2014年1月1日。

2014年3月24日刘某因病住院，4月20日病假期满后回单位上班时，小邓发现公司更换了自己的工作。小邓不愿意，2014年4月26日，公司便解除了与他的劳动关系。

小邓向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付包括2013年7月1日至2014年4月26日未签订劳动合同期间的双倍工资。仲裁委驳回了小邓的请求，认为2014年1月1日合同期满后小邓仍在公司工作，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。

【案例解析】

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，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，该公司应支付小邓2013年7月1日至2014年4月26日未签订劳动合同期间的双倍工资。

案例5 如此改签劳动合同，合理吗？

【案例背景】

小林在上海某公司工作7年了，新上任的人事主管提出公司要有人事调整，要求小林跟公司下属的连锁分公司重新签订劳动合同，并表示这也是老板的意思。

老板对小林一直都还不错，他本来想签合，但有同事说这其中有点诈，小林不知道这样重新签合同合不合理。

【案例解析】

小林在该公司工作已7年，双方关系也比较融洽。因此，对于公司现在提出的重新签劳动合同的要求，他可以根据公司及本人的实际情况综合考虑，决定是否签。如果确属公司调整，他也愿意继续在那儿工作下去，那么他在重新签合同同时，需要注意二点：

1、在原公司工作已近7年，意味着原合同到期将享有要求签订无固定期限劳动合同的权利。现在原合同未到期的情况下，公司要求他与下属连锁公司签订合同，双方应对他原来的劳动合同不能继续履行做相应的处理，即支付经济补偿金或在重新签订合同时明确原工作年限视为本单位连续工作年限，以避免今后产生麻烦。

2、对于在新单位工作期间的劳动报酬、福利待遇及规章制度等，在重新签合同前应当充分了解关注，避免今后发生因约定不明而至诉讼的情况发生。

案例6 工作满十年，无固定期限劳动合同如何签订？

【案例背景】

赵女士于2003年1月1日进入深圳某公司，双方签订的第二份合同是在2010年6月1日，合同期限为2010年6月1日至2013年6月1日。

2013年12月1日，张小姐向公司提出请求：因本人在公司已工作满10年，根据劳动合同法的规定，已经具备签订无固定期限劳动合同的条件，请求公司将双方签订劳动合同变更为无固定期限劳动合同。

【案例解析】

赵女士于2003年1月1日进入该公司，直至2013年12月1日一直在该公司工作，在同一用人单位的连续工龄已经满十年以上，符合订立无固定期限劳动合同的条件。《劳动合同法》第十四条对劳动者连续工龄满十年以上，且劳动者最后一份合同未到期尚在履行期间时，劳动者单方提出订立要求的，可以订立无固定期限劳动合同。

劳动者应当在连续工作满十年以上时提出订立或续订要求，在最后一份合同到期时订立无固定期限劳动合同。因此，赵女士在2013年6月1日合同到期终止前，书面提出续订无固定期限劳动合同的意思表示，这样才能符合司法实践的操作要求。

案例7 公司未及时签订合同，如何正确经济补偿？

【案例背景】

小胡在2013年5月1日应聘到某公司，担任销售主管。入职后双方未签订劳动合同。

2013年8月25日，公司书面通知与她签订劳动合同，小胡故意拖延6天（一共4个月没有签订合同）。9月1日，公司与小胡签订了劳动合同。

11月下旬小胡决定辞职，并提前一个月书面通知了公司。离职时，因公司4个月内未与她签订劳动合同，小胡要求公司支付4个月的双倍工资经济补偿。公司认为小胡故意拖延时间签订合同，拒绝支付补偿。于是，小胡申请劳动仲裁。

【案例解析】

公司未签订劳动合同拒绝给予经济补偿是违法的，同时，由于小胡故意拖延6天签订劳动合同，依法小胡应获得拖延时间之外的天数的双倍工资补偿。公司是在小胡工作了3个月25天时，书面通知与她签订劳动合同的，此前的时间内未签订合同责任在公司；此后的时间内未签订合同的责任在小胡。

公司向小胡每月支付两倍的工资算起时间是其上班满一个月的次日，即2013年6月2日，截止时间是2013年8月25日。因此，小胡应得双倍工资补偿为2个月零23天。

案例8 续签劳动合同如何才算是“原岗原薪”？

【案例背景】

刘某于2004年5月1日都在青岛某公司担任技术员一职，09年后又跟公司签订两份劳动合同，最新的劳动合同期限是至2013年7月30日止。2013年7月初，双方达成订立无固定期限劳动合同的意向。但刘某认为公司交其签署的新合同文本较之前的合同实质性降低了其劳动待遇，遂提出异议。

不同之处为：1、关于工作内容。原合同明确约定刘某是技术员，变更岗位需协商一致或依法变动，而新合同则约定：刘某从事普通管理者工作。公司可根据工作需要和对其业绩的考核结果，对其工作岗位、种类、职位等进行调整，包括要求其从事的临时性工作。同时新劳动合同附《岗位聘任协议》，对刘某的工作岗位和聘任期限另作约定。2、关于工作地点。原合同明确约定为公司现有地址。新合同则约定为公司现有地址及公司根据业务需要安排的深圳其它工作区域。3、关于劳动报酬。原合同约定刘某每月工资5500元。但新合同约定刘某每月工资5000元，另《岗位聘任协议》还有500元的岗位津贴。

因双方协商不成，新合同迟迟没有签订。同年7月20日，公司向其发出《劳动合同签订通知书》，限其在7月24日内签署并履行新合同，否则视为拒签劳动合同，刘某还是未签。7月25日，公司向其发出《劳动关系终止通知书》，通知其从7月30日起与公司终止劳动合同关系，到期后刘某无奈办理了离职手续。随后，其申请了劳动仲裁，要求公司支付非法终止劳动合同赔偿金的请求。

【案例解析】

从保障劳动者权益角度分析，新旧合同相比，在微观层面存在三点明显对刘某不利：1、关于工作内容变动，原合同注重劳资双方的平等性，强调“协商一致或依法”，而新合同则凸显用人单位的用工管理权，对劳动者享有的平等协商权进行了限缩；2、关于工作地点的范围，原合同工作地点是明确且唯一的，而新合同工作地点具有不确定性；3、关于劳动报酬问题，原合同是明确的每月5500元工资，新合同通过固定工资5000元+岗位津贴500元的形式约定月工资，而该岗位津贴具有不确定性。

在宏观层面，通过对新旧合同进行整体比较，可以看出，刘某承担的义务明显增加，但享有的权利并未有所改善。

因此，公司提出要求签署的新合同并未维持或提高原劳动合同约定条件或双方实际履行的条件，相反却凸显了公司的用工管理权，增加了刘某的义务，限缩了刘某享有的基本权益。这是不符合法律规定的，以此为理由终止劳动合同关系是属于违法终止，刘某的诉讼请求应该给予支持。

2.3 劳动合同的补签

案例 1 补签合同后，员工可否讨要此前未签劳动合同双倍工资？

【案例背景】

2013 年 11 月 1 日，赵先生到上海某公司当技术员。公司申明：劳动合同于 2014 年 2 月初正式签订，期间 3 个月为临时工性质，不算工龄，如果不同意，公司将不予录用。并拿出写有此项内容的意向书，让赵先生签字。赵先生觉得找工作不容易便同意并签字。

2014 年 5 月，赵先生因与同事发生矛盾，决定辞职，并对未签订劳动合同的 3 个月时间，要求公司按照双倍工资给予补偿。公司却不同意补偿，声称有言在先，而且赵先生已经在意向书上签字。

【案例解析】

《劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起 1 个月内订立书面劳动合同。”该法第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立劳动合同的，应当向劳动者每月支付 2 倍的工资。”

因此，无论劳动者同意与否，只要不属于劳动者的原因未签订劳动合同，用人单位就应支付双倍工资。因为建立劳动关系，必须订立书面劳动合同是法律强制性规定，即使当事人双方对此有明确的约定，也因为该约定违反法律强制性规定而失效。

案例 2 补签劳动合同，单位是否需要支付双薪给员工？

【案例背景】

上海某公司员工王小姐，已经工作 6 个月，但公司一直没有与她签订劳动合同，最近，公司通知她签订书面劳动合同。王小姐在表示同意补签的同时，要求公司应依照未按期签订书面劳动合同必须向劳动者支付双倍工资的法律规定，向其补发 6 个月工资。

而公司认为，此前公司已按照口头约定按月足额向王小姐支付了工资，且现已决定与其签订书面劳动合同，因而拒绝了她的要求，并对王小姐说要么补签劳动合同，要么离开本公司。

【案例解析】

该公司虽然在王小姐上班 6 个月后与其补签劳动合同，但这并不能改变此前没有按期签订劳动合同的事实，因此应当承担向她每月支付 2 倍工资的责任。至于计算方法，《劳动合同法实施条例》第 6 条第 2 款规定：“前款规定的用人单位向劳动者每月支付 2 倍工资的起算时间为用工之日起满 1 个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。”

因此，该公司按规定应当向王小姐补发 5 个月的工资，而不是王小姐所主张的 6 个月工资。

第 3 章 劳动合同的效力

3.1 试用期合同的效力

案例 1 用人单位招用劳动者，能够收取押金吗？

【案例背景】

小林被上海某公司录用，但公司声称必须先交 800 元押金才能签合同，如果没有钱交，就从试用期工资里扣。小林考虑到现在找份工作不容易，就当场交了押金。

最近，公司以小林工作存在失误给公司造成了损失为由，将小林辞退，但没有返还 800 元押金。

【案例解析】

《劳动合同法》对此做了更进一步的规定：“用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物，不得扣押劳动者的居民身份证或者其他证件。”同时对违反者规定了相应的处罚措施，用人单位不仅要返还押金，还要接受每人 500 元以上 2000 元以下的罚款，如果给劳动者造成了损害，还应当承担赔偿责任。

因此，该公司的做法是错误的。

案例 2 劳动合同只有试用期时间，公司可以解除员工合同吗？

【案例背景】

小江于 2014 年 3 月到上海某公司做业务员，公司与之签订了劳动合同，试用期为 3 个月。

但试用期刚过 1 个月，公司便无故与小江解除了合同。

【案例解析】

公司在试用期随意开除员工，这样的行为是违法的。根据相关规定，用人单位需在充分证明劳动者不符合录用条件后，才可解除劳动合同。因此，该公司无故辞退小江，应支付 2 倍经济补偿金做为赔偿金。

案例 3 劳动合同只约定试用期，劳动合同是否有效？

【案例背景】

郑某 2014 年 1 月到某公司工作，签了一份试用期 1 个月的劳动合同，合同约定，按照正常工资的 80% 发放报酬。这一个月里，郑某认真的工作，有时还加班加点，为的就是给公司留下好印象，以便在试用期后跟他签订长期劳动合同。

2014 年 2 月郑某接到了公司的通知，说其试用期的表现不符合录用条件，公司已决定将他辞退。

【案例解析】

根据法律，劳动合同包括试用期和合同期，不过得在平等、自愿的基础上签订，所以试用期签订的劳动合同是符合法律规定的。

郑某的情况视为与公司签订了为期一个月的劳动合同，因此，公司按照试用期标准发放报酬是不对的，应当按照正常员工的标准为郑某补齐这一个月工资，如果拒绝补齐，郑某可以申请劳动仲裁。

案例 4 企业与员工签订试用合同，是有效的吗？

【案例背景】

小陈到北京某公司工作，在到公司报到时，人事经理说，按规定先要试用，试用合格再签劳动合同，并拿出一份“试用期合同”要他签。

小陈不明白这“试用期合同”是否有效。

【案例解析】

根据《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》的规定：“劳动者被用人单位录用后，双方可以在劳动合同中约定试用期，试用期应包括在劳动合同期限内。”这就是说，试用期不是劳动合同中的法定条款，可以约定也可以不约定。

如果约定试用期，则只能在劳动合同中约定，劳动合同是试用期存在的前提条件。不允许只签订试用期合同而不签订劳动合同。因此，公司这样要求小成签订的“试用期合同”是无效的。

案例 5 保险经纪人与保险公司之间是劳动关系还是劳务关系？

【案例背景】

2013 年 1 月，赵某与上海某保险公司签订了一份《银保客户经理合同》。合同约定：“乙方（即赵某）同意专职从事推广甲方（即保险公司）的银行保险业务；乙方完成前条的服务工作，甲方按甲方规定计付乙方报酬。……一旦本合同终止、无效或失效，甲方不再向乙方计付与之相关的报酬，……本合同书不代表甲乙双方之间有劳动关系。……若甲乙任何一方欲终止本合同，需提前 15 天书面通知对方。”合同签订后，赵某即开始工作。保险公司为其配发了工作证和名片，报酬每月一结。期间未办理社会保险。

2014 年 2 月，赵某到当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求保险公司为其办理保险，支付经济补偿金、加班费等。

【案例解析】

首先，赵某与保险公司在合同中有明确约定双方之间不是劳动关系；其次，合同中并没有约定赵某必须受保险公司的管理，保险公司只是为其提供了工作证和名片，他可以根据自己的需要和安排去工作，签回保单后只是按规定拿佣金而已，能不能签到保单完全由赵某自己作主决定，保险公司只按结果付报酬。

因此，赵某与保险公司只是代理销售保险的劳务合作关系，并不是劳动关系。既然不是劳动关系，保险公司就没有义务给其缴纳社保、支付加班费和经济补偿金了，故赵某的诉讼请求不合理，不会得到支持。

3.2 劳动合同的条约效力

案例 1 签订合同前约定特殊事项，是否有效呢？

【案例背景】

小林于 2013 年 8 月在校园招聘后签约北京某公司，并签订三方协议。小林毕业后，到公司报到。在签订劳动合同时，公司告知小林，应届生要有敢于吃苦，这样能够学到更多的东西。

另外，公司规定，社保和其他福利，在员工转正后当月购买。小林考虑到自己是应届生，找工作也不容易，于是就签订了劳动合同。此后，小林平时每天加班 2-3 小时，周末也经常到公司加班完成任务。小林对自己的工作不满意，于是离职。小林申请劳动争议仲裁，要求公司支付加班费并补缴社保。公司认为，应届生加班是普遍的，试用期社保未交付，已经在签订合同前说明，经小林确认后，才签订的合同。

【案例解析】

表面上看小林是在知道公司违法（加班无加班工资，试用期不买社保）的情况下，签订了劳动合同。事实上，双方不是“平等自愿协商一致”而签订的合同。在与公司签订劳动合同的过程中，如果小林不签订劳动合同，等于自动放弃了这个工作机会。

因此，员工在试用期内，公司也必须为员工依法缴纳社会保险费。公司与员工双方签订劳动合同，即建立了劳资关系，公司应为员工办理社保。

案例 2 劳资双方签订“不平等条约”，劳动合同是否有效呢？

【案例背景】

小王 2013 年 3 月大学毕业后到浙江某技术公司上班。在签订劳动合同时，有相关条款：公司因实际情况未能履行合同部分条款的情况，劳动合同对劳资双方依然有效，本人表示理解并自愿放弃权利，不作任何异议。考虑到应届生确实也难找工作，小王不得不与公司签订了劳动合同。试用期期间，公司加班严重，既不安排调休，也不发放加班工资也没有给员工办理社保。

2013 年 8 月，小王申请离职后，申请劳动争议仲裁，要求公司支付加班费并办理社保。公司辩称，由于公司实际情况，员工加班属于义务工作，公司目前还没开始办理社保，而且

双方签了劳动合同，相关条款已经说明，员工理解并同意自愿放弃权利。

【案例解析】

该合同签订，违反“平等自愿协商一致的原则”。小王不得已签下劳动合同，违反了订立劳动合同应当遵循“平等、自愿、协商一致”的原则。公司与员工签订劳动合同，建立了事实劳动合同关系，必须为员工缴纳社会保险费。劳动合同书的条款不能随便减少劳动者的权利，或者减少用人单位的义务；否则，权利义务不对等将使劳动合同的部分条款无效。

因此，在违反了劳动法律规定的情形下签订的这份劳动合同虽然有效，但含有无效合同条款，并不影响劳动合同的其他条款的有效性。

案例3 劳资双方签订劳动合同，可以约定员工不能结婚吗？

【案例背景】

上海某公司2012年6月15日招聘前台。李小姐应聘成功，与公司签订了为期5年的劳动合同，合同约定：“凡与本公司签订劳动合同，在合同约定的期限内不得结婚。否则，按违约处理，要向对方交纳6000元的违约金。”

2013年4月，李小姐与男友举行了婚礼。公司以违背劳动合同的约定为由，于2013年6月提出解除劳动合同，并要求李小姐交纳6000元违约金。李小姐认为公司禁止员工结婚的规定，侵犯了自己的婚姻自由，公司让其交纳6000元违约金不合法。

【案例解析】

首先，公司与李小姐签订劳动合同时，约定凡与在合同期间，不得结婚。酒店的做法干涉了李小姐的婚姻自由，违反法律规定的。尽管在订立劳动合同时，李小姐也同意了该项条款。但是，依据《劳动合同法》第26条，第三点：“违反法律、行政法规强制性规定的”该条款因违背法律规定而不具备法律效力，对双方都没有约束力。

其次，《劳动合同法》第3条第1款规定：“签订劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”公司在签订劳动合同时，利用自己的优势地位，附加不合理条款。因此，公司以李小姐违背劳动合同为由，要求李小姐缴纳6000元的违约金，不仅违背了法律的规定，而且严重侵害了劳动者的合法权益。

案例4 员工户口调动并签订违约协议，是否受法律保护？

【案例背景】

小李2010年大学毕业，到上海某公司工作。入职后，公司为了留住人才，办理员工户口调动，给小李办理了上海户口，协助办理了档案托管，并约定5万违约金(含档案托管费)。约定小李若是在5年合同期限内辞职，则要向公司支付5万违约金。

工作3年后，小李参加公司的项目开发，公司给的薪资待遇远远低于市场水平。因此，小李主动提出离职。公司不同意，要求小李辞职必须支付公司5万违约金。

【案例解析】

《劳动合同法》第 25 条规定，除非用人单位对劳动者进行过专业技术培训，约定过服务期，或者签订了竞业禁止协议，用人单位不可以在劳动合同中约定违约金。

因此，《劳动合同法》生效后，公司关于违约的规定，除了培训违约金之外，任何违约金的要求，都是违反《劳动合同法》的禁止性规定，应该被认为是非法，无效的。

3.3 劳动合同的变更效力

案例 1 这是劳务协议还是劳动合同？

【案例背景】

小红在北京某公司干了 5 年的销售。前几年，公司说，由于她的户口不在当地，所以不能签订劳动合同，只能签订劳务合同。由于签订的是劳务合同，公司对她的管理相对较松，小红也不在意。

前几个月她突然患病住院，医药费用去了 3 万多元。此时她才想到自己还没有办理北京市的社会医疗保险。她找公司要求按医疗保险的相应标准报销医药费，公司却回答说，你与公司签订的是劳务合同，公司不承担医药费。

【案例解析】

劳动关系是指劳动者和劳动力使用者在劳动过程中发生的社会关系。劳务关系是指当事人之间约定，一方在特定或者不定期限之内，为他方服劳务，他方给付报酬的民事关系。从理论上讲，劳动关系与劳务关系的主要区别有：两者的法律性质不同。劳动合同是确立劳动关系的依据，属于《劳动法》的范畴，而劳务合同是建立民事、经济法律关系的依据，属于《民法》、《经济法》的范畴。

由于劳务关系与劳动关系之间的显著差别，一些用人单位与明明是劳动关系的职工，签订的却是劳务合同，以此逃避应当承担的责任和义务。因此，不少劳动者由于不是十分了解这两者之间的差别，就糊里糊涂签下了劳务合同，以致自己应有的权利得不到保护。

案例 2 企业可以单方随意变更业务提成比例吗？

【案例背景】

小王在入职某公司当业务员的时候订了业务提成条例，其中条例中有声明“本条例最终解释权为本公司，如有变动，本公司另行通知”。

2013 年 6 月、9 月、12 月，公司连续三次以内部张贴告示的形式对原来的提成条例进行调整，涉及小王的提成比例有不同程度的降低。2014 年 4 月，小王向公司递交了离职申请书，并在离职原因一栏中注明薪酬不能及时发放、公司制度不稳定，经常更改并不与利益相关人协商。

此后，小王申请仲裁，请求解除劳动合同，要求公司支付经济补偿金并补足拖欠的业务

提成款。公司不服，认为用人单位有用工自主权，双方也有签订过提成比例，此表明用人单位可以单方调整业务提成比例，且每次调整都通知了小王，但小王在调整期内未提出异议，其对于提成比例变动是明知的，双方在事实上形成了变更合意。

【案例解析】

小王与该公司的业务提成条例系双方当事人真实意思表示，应视为劳动合同的一部分，任何一方不得擅自进行变更。若用人单位提高提成比例，劳动者没有提出异议的，可以视为劳动者对此予以默认；若擅自降低提成比例，并据此发放业务提成款，严重侵害劳动者的合法权利。虽条例最后载明“本条例最终解释权为本公司，如有变动，本公司另行通知”，但该条款违反了订立劳动合同应当平等自愿、协商一致的原则，排除了劳动者的合法权利，应当视为无效。

公司单方面下调小王的业务提成比例属于用人单位擅自变更合同条款，损害了劳动者的利益。因此，小王以此为由提出解除劳动合同符合法律规定，该公司应当依法向小王支付经济补偿金并补足拖欠的业务提成款。

案例 3 员工在劳动合同期内与另一单位再签合同，是否有效？

【案例背景】

2012年2月夏某在某家公司担任项目经理一职，签订了3年的劳动合同。在合同期间。他以福利待遇不好为由，口头提出解除劳动合同，公司并未答复。

2013年5月，夏某被另一家公司录用，又与该公司订立了合同。夏某走后，原公司的项目受到了影响，要求夏某回公司上班。并与夏某现在所在的公司联系，希望公司可以让夏某回来，但该公司以已签订合同为由，不予放人。于是原公司向仲裁委员会提出申诉，要求夏某和该公司承担违约赔偿责任。

【案例解析】

《劳动法》第十七条第二款规定：“劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。”夏某既然已与原公司签订了为期3年的劳动合同，就必须承担为该公司工作3年的义务。夏某口头提出解除合同，并未按法律规定以书面形式通知公司，则公司可以不予答复。即使赵某以书面形式通知了原公司，仅半个月便于另一家公司签订劳动合同，不符合“提前三十日”这一法律要求。

《劳动法》第九十九条规定：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任”。因此，夏某与新公司所签订的劳动合同无效，并且夏某要继续履行与原公司的劳动合同。

案例 4 请分析如下劳动合同存在哪些违法的地方？

【案例背景】

郑某 2013 年 5 月在某服装品牌公司当销售员，该公司签订了为期两年的劳动合同。合同规定：郑某先交 1000 元风险抵押金，如果郑某违约，则 1000 元押金不再退还，郑某试用期为六个月，试用期每月工资为 1500 元，试用期满后每月工资 2500 元。

合同还规定，如果郑某严重违反公司的劳动纪律或者患病住院、怀孕等，该公司有权立即解除劳动合同，并且不需要给郑某任何经济补偿。

【案例解析】

该合同存在如下几处违法：

1、用人单位不得以各种名义向劳动者收取风险抵押金

2、“如果违约，则押金不再退还”，明显违法。现行劳动合同法规定，违约金只适用于两种情况：（1）劳动者违反服务期的约定；（2）劳动者违反竞业限制的约定；其他情况不得约定违约金，公司也不得收取。

3、试用期为六个月违法，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；本案合同期限是两年，试用期不得超过二个月

4、“试用期每月工资为 1500 元，试用期满后每月工资 2500 元”。试用期每月工资为 1500 元违法，劳动合同法规定：劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

5、“患病住院、怀孕等，该公司有权立即解除劳动合同，并且不需要给郑某任何经济补偿”违法。劳动者患病有一个医疗期，医疗期未满，用人单位不得解除劳动合同，即使要解除，也要等医疗期满后，并且必须支付经济补偿金。怀孕的妇女，用人单位不得解除劳动合同。

案例 4 个人劳动合同与集体合同薪酬有差异，应以哪个为准？

【案例背景】

李姐在上海某公司当保洁工，与公司签订了 3 年的劳动合同。合同约定每月工资为 1800 元。在合同履行期间，公司的工会与公司开展集体协商，签订了集体合同，并获得劳动行政部门的批准。这份集体合同中约定：公司的最低工资标准为 2000 元。

然而，在集体合同生效后，李姐每月所得的工资仍为 1800 元。于是，李姐向公司提出，应当按每月 2000 元的标准向自己支付劳动报酬的数额。公司回应，这个数额并没有低于当地政府规定的最低工资标准，因此并不违法，至于集体合同的约定，那只是一个象征意义的条款，具体执行还要以劳动合同为准。

【案例解析】

《劳动法》第三十五条依法签订的集体合同对企业和企业全体职工具有约束力。职工个人与公司订立的劳动合同中劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。

《劳动合同法》第五十五条集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。因此，该公司应按照集体合同订立的薪资发放李姐工资。

案例5 中英文两份劳动合同约定不一致，应以哪份为准？

【案例背景】

上海某软件公司聘请了一名外籍员工，分别签订中文、外文劳动合同各一份，其中英文合同约定的薪资是每月7000美元（按当美元兑人民币汇率是1兑6.14折算为人民币42980元），而中文约定的月工资是每月42000元。

发工资时该员工发现并未按英文合同发42980元。公司称合同应以中文合同为准，只发42000元。

【案例解析】

原劳动部办公厅《关于贯彻〈外商投资企业劳动管理规定〉有关问题的复函》对此作出了明确的规定：“企业与职工签订劳动合同，必须用中文为正本。”我国一些地区的地方性法规对此也作了更加细定：“劳动合同应当用中文书写，也可以同时用外文书写，双方当事人另有约定的，从其约定。

因此，中文、外文写的劳动合同，内容不一致的，以中文劳动合同为准。

案例6 用人单位在员工手册约定可以调岗是否有效？

【案例背景】

李某2013年3月入职某软件公司，劳动合同中约定李某的工作岗位为行政部门经理。2013年5月，公司股东发生变更，新的股东委派了新的高级管理人员，并对公司的中级经营管理结构和管理人员进行了全面的调整，李某所在的部门也被改组分拆成两个部门：人事部和行政部，李某被任命为行政部主管。

对此李某表示公司未经协商不能随意调整其工作岗位，并表示不能接受，但软件公司认为，依据《员工守则》的规定，部门经理及相当于部门经理级职员由总(副)总经理任免。因此公司总经理有权对李某的职位进行调整，不需要协商一致。

此后双方虽经多次协商但未能取得一致，李某认为公司单方面变更劳动合同，原劳动合同无法继续履行，公司实际上已经单方面解除了劳动合同。因此向当地劳动争议仲裁委员会申诉，要求公司承担违约责任，支付解除劳动合同经济补偿金。

【案例解析】

一般情况下，用人单位的员工手册中关于用人单位可以调整劳动者工作岗位的规定如果与双方签订的劳动合同相冲突则无效。在劳动合同履行过程中，公司变更李某工作岗位的行为属于用人单位单方提出变更劳动合同的情景，按照劳动法的规定，用人单位应当事先与李某协商一致，而不能单方强迫李某变更岗位。

因此，如果双方未能协商一致而导致劳动合同解除则应按照原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第八条的规定，用人单位按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。

3.4 劳动合同的续签和解约

案例 1 员工以虚构工作经历入职，所签劳动合同是否有效？

【案例背景】

深圳某公司招聘了一名有 2 年财务工作经验的职员，小林。其回答公司提问及填写履历表时，均称自己做过 2 年财务工作。公司就与小林签订了为期 1 年的劳动合同。小林到岗后，公司发现很多财务的工作她都不会做。

经调查了解得知，她大学毕业后曾在某公司做了两个星期财务工作，其后一直待业。公司认为她虚构工作经历，决定将她辞退。通知小林时她提出公司无故辞退她应当支付经济补偿金。

【案例解析】

根据《劳动合同法》第二十六条第一款第一项之规定，以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的，劳动合同无效或者部分无效。因此，劳动者如向用人单位提供虚假的学历证明，虚构工作经历，用欺诈的手段，致使用人单位在违背真实意思表示的情况下与之签订的劳动合同，属于无效的劳动合同。

因此，该公司与其终止劳动关系，无须向其支付经济补偿金。

案例 2 企业可否以员工伪造文凭解除劳动合同？

【案例背景】

2012 年 2 月北京某家公司在招聘时，朱先生前往面试。在招聘面试时，朱先生表示自己的学历证书原件因故不在身边，只向公司提供了大学学历证书的复印件，公司未表示异议。在之后的 1 年多工作期间，朱先生工作表现出色，受到了公司领导的一致认可。

2014 年 1 月，公司人事部在整理员工档案时，发现朱先生的大学学历证书复印件有造假嫌疑，即向其本人求证，朱先生迟疑片刻后承认其当时面试时所提供的学历证书复印件是伪造的。公司领导得知此事后，表示不能接受员工的欺骗行为，公司遂以朱先生“提供虚假应聘材料，构成严重违纪”为由与朱先生解除了劳动合同。

【案例解析】

在明知用人单位招工条件的情况下，虚构工作经历，隐瞒客观事实，以达到能被聘用的目的，从法律上来看，其行为可以认定为欺诈。劳动合同的有效成立是基于双方自愿的“合意”行为，而该“合意”在劳动关系中的突出表现为：双方在签订劳动合同前，对各自的另一方能够符合本方所需的条件和要求，这些条件和要求必须是客观的，一旦有一方虚构自身条件，必然会给另一方产生误导，这样，另一方的意思表示就不能体现其自愿的本意。

因此，以欺诈的手段蒙骗用人单位，双方所签订的劳动合同是无效的

案例3 辞退在工作时间睡觉的员工，是否合法？

【案例背景】

某工厂员工李某与公司签订了3年固定期限的劳动合同，期限到2014年2月，约定李某从事技术工作。

合同期间李某2次上班睡觉。公司以李某上班睡觉、业务没有完成、又不服从管理为由，对李某解雇，并为李某办理了解除劳动关系手续。李某则认为公司以其违反公司规定为由将其辞退，无法律和事实依据，系违法解除劳动合同，诉至法院，请求判令被告支付其违法解除劳动合同赔偿金。

【案例解析】

辞退根据原因的不同，可分为违纪辞退和正常辞退。违纪辞退是指用人单位对严重违反劳动纪律或企业内部规章，但未达到被开除、除名程度的职工，依法强行解除劳动关系的一种行政处理措施。正常辞退是指用人单位根据生产经营状况和职工的情况，依据改革过程中国家和地方有关转换企业经营机制，安置富余人员的政策规定解除与职工劳动关系的一种措施。

根据该公司的《员工违纪管理规定》，被告单位职工“一年内记大过2次者”给予解雇处分。而从证据看，在赵某并未受到2次记大过处分的情况下，该公司即对其作出予以解雇的决定，解除了双方之间的劳动合同，因此，不符合其规章制度规定的解雇情形，构成了违法解除。

案例4 单位不慎遗失劳动合同，需要支付双倍工资吗？

【案例背景】

2012年2月开始小杜就在一家公司担任主管一职，2013年2月，小杜与公司签订的劳动合同到期。公司与其续签劳动合同，并到劳动和社会保障局办理了鉴证手续。

2013年7月小杜自动离职。9月，小杜到公司找到领导，声称公司自2013年2月至7月期间未与其续签劳动合同，要求公司依法支付其2013年2月至7月的双倍工资。此时，公司查找合同档案时发现与小杜续签的劳动合同丢失了。

【案例解析】

公司如果真的与小杜签订了劳动合同，公司掌握的证据能够形成证据链证明公司与小杜续签了劳动合同。第一，公司将与小杜续签后的劳动合同送交劳动和社会保障局办理鉴证手续，从该局在鉴证名册上盖章的行为表明，该局已对包括小杜在内的多份劳动合同进行了鉴证。这份由行政机构出具的书证具有极强的证明力。第二，公司经办人员提供的证人证言印证了劳动和社会保障局为公司与小杜的劳动合同办理鉴证手续的过程。第三，公司原合同管理员向公司相关领导发出的邮件从另一方面证明了公司与小杜已续签劳动合同的事实。

上述三个证据形成了证据链，有力地证明了公司已与小杜续签合同的事实。因此，小杜在不能举出相应的反驳证据的情况下，其提出公司未与其续签合同，从而依据《劳动合同法》第八十二条的规定向公司索要双倍工资的请求得不到法律的支持。

案例5 发生一切伤亡事故后果自负的合同约定，有效吗？

【案例背景】

李某于2013年6月在建筑工地开塔吊，并与其签订了一份劳动合同。合同中约定有“发生死亡事故公司概不负责”的条款。当时由于李某十分渴望得到这份工作，又考虑到只要自己谨慎小心就不会出事。所以，李某怀着侥幸心理在合同上签了字。

2013年10月，李某在去往驾驶室时掉下来摔成了重伤。事故发生后，李某先后住院治疗2个多月，花去手术费、住院费、治疗费等费用8万多元。伤愈出院后，李某所在建筑公司表示只负担他住院期间的工资，医疗费用需自行承担。

【案例解析】

公司在与劳动者订立劳动合同时，约定劳动者在劳动过程中“工伤自理”，即发生工伤的由劳动者自己承担责任，公司概不负责。尽管在劳动合同订立时劳动者表示同意，但这种劳动合同条款由于违反了《劳动法》《劳动合同法》《工伤保险条例》等法律、法规的规定。因此，属于无效条款。

3.5 劳动合同的续签和解约

案例1 企业法人变更后，原劳动合同是否有效？

【案例背景】

2013年初小李到上海某公司担任销售主管，签订了三年的劳动合同。

2014年2月，公司更换了法人代表，将小李安排到公司下属一家子公司做售后服务。小李要求公司按合同约定安排工作，而公司以合同是前任领导签订的为由，不同意小李的要求，双方发生争议，小李向劳动争议仲裁委员会提出申诉，要求公司履行劳动合同。

【案例解析】

该公司前任领导作为公司的法人代表与劳动者签订的劳动合同，只要符合法律规定，即为有效的劳动合同，公司就应当履行合同规定的义务。这就是说，虽然公司法人代表改变了，但公司法人主体未发生变化，公司法人的权利义务也就未发生变化。

因此，原劳动合同仍然有效，公司应当按照劳动合同的约定履行其对劳动者所承诺的义务，不履行即构成违约行为。公司业法人代表发生改变后，新任法人对公司的生产经营作重大调整，对人员使用作合理安排。

此时应按照《劳动合同法》关于订立和变更劳动合同遵守平等自愿、协商一致的原则，与劳动者协商变更劳动合同的具体条款。如果双方协商变更劳动合同不能达成一致意见，公司因经营状况变化无法履行原合同时，可以解除劳动合同。如果公司经营者未发生变化，公司则应当履行原劳动合同义务。

案例 2 劳动合同期限变更了，是否算续签合同吗？

【案例背景】

孟某在一家公司当销售，公司与他签订了 1 年的劳动合同，期限为 2011 年 2 月 1 日至 2012 年 1 月 31 日。合同快到期时，公司人事经理找到他说，这一年里，他工作非常出色，打算延长他的劳动合同期限，于是双方就将劳动合同期限变更成 2011 年 2 月 1 日至 2013 年 1 月 31 日。

可在赵某的合同到期前，公司人事经理却通知他说，合同到期后不再续签，让他提前做好准备。赵某觉得尽管单位和他变更了一次劳动合同期限，但也应该算是签订了两次劳动合同了，按《劳动合同法》规定，他是可以要求单位订立无固定期限劳动合同的。

【案例解析】

劳动合同续签是指原订的劳动合同终止执行后，由于工作需要，当事人双方通过协商一致，继续签订的劳动合同。根据劳动合同续签的定义和特征，延长劳动合同到期时间符合劳动合同续签的相关特征，因此变更劳动合同期限应该算是续签了劳动合同。

因此，赵某首次和单位已签订过为期 1 年的劳动合同，然后又延长了 1 年的劳动合同期限，完全符合两次签订劳动合同的情形，根据《劳动合同法》第 14 条第 3 款的规定，只要赵某提出订立无固定期限劳动合同，公司就应当订立。公司试图以变更劳动合同期限的方式来规避签订劳动合同的次数，是法律所不允许的。

案例 3 超过退休年龄，劳资双方劳动合同有效吗？

【案例背景】

2013 年 5 月 1 日，长沙某公司雇佣退休员工赵某，从事电脑维护工作。双方约定每月支付工资 1800 元，规定员工每月休息 4 天，提供免费食宿。2013 年 6 月 1 日，双方签订了 3 年劳动合同。2014 年 3 月份，赵某的工资提高至每月 2500 元。

2014 年 8 月公司将赵某辞退，并多支付原告一个月工资。赵某非常生气，认为公司是无故辞退自己，于是申请劳动仲裁，要求公司补发自己加班费，以及不合法辞退的经济补偿金。

【案例解析】

赵某退休后到单位工作时已超过 60 周岁，不符合劳动者就业的法定年龄，也不符合建立劳动关系的主体条件，劳资双方之间不存在法律意义上的劳动关系。即使双方签订了劳动合同，也是无效的。劳资双方之间应为劳务关系，赵某的劳动报酬、福利待遇等应按双方的约定处理。赵某在工作期间，按规定每月休息 4 天，公司按约定支付了劳动报酬，提供免费食宿。

因此，由于赵某和公司之间只是劳务关系，不能够用劳动合同法来支撑自己的诉求，要求公司按照《劳动法》和《劳动合同法》的规定补发工资、支付赔偿金的诉讼请求是缺乏法律依据的，应不予支持。

第 4 章 劳动合同的履行

4.1 劳动合同的合法变更

案例 1 口头约定变更劳动合同，实际已履行三个月可反悔吗？

【案例背景】

2012 年 10 月小李在北京某公司上班担任项目开发。2012 年 12 月公司发现小李与客户沟通交流非常在行，便于 2013 年 1 月将其调往业务拓展部担任客户经理一职，工资为基本月薪加提成的形式发放。小李也乐意前往，但双方并没有对原劳动合同进行过变更。

2013 年 3 月，已经在业务拓展部上班三个月并依据项目开发岗位领取基本月薪的小李，突然被公司通知：小李的岗位变更后，不应再按项目开发的岗位标准来领基本月薪，而应参照业务拓展部客户经理岗位的标准领取基本月薪，此前已多支付的工资也必须扣回。小李不同意，遂引发劳资纠纷。

【案例解析】

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第十一条规定：“变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。”

公司与小李口头变更后的劳动合同已经履行三个月之久，双方在一个月之内并没有提出过任何异议，表明该劳动合同变更行为实际已生效，这期间公司一直没有提出过因岗位调整而需要降低工资问题，小李已按原岗位拿了三个月的基本月薪。因此，现在公司突然反悔，要求要按更低的工资标准来发放其月薪，这显然是违背法律规定的。

案例 2 公司以工作需要为由变更员工工作岗位，是否合法？

【案例背景】

小邓与北京某公司签订了，期限自 2012 年 2 月至 2017 年 1 月止的劳动合同。合同约定小邓为生产小组管理工作，月工资 2500 元，试用期为 6 个月。经半年试用期，公司对小邓的工作很满意，合同正式履行。

2012 年 10 月，公司库房缺管理人员，调派小邓到仓库。小邓不同意，认为签订合同时双方约定是担任生产小组管理工作，要求公司履行合同双方的约定，拒绝前往库房上班。而公司则认为，变动职工工作岗位是公司行使用人自主权的正当行为。小邓不愿意，公司便以小邓不服从分配为由，停发工资，并限期一个月调离公司。

【案例解析】

《劳动法》第十七条规定：“订立和变更劳动合同，应当遵循自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。”

若公司确因生产工作需要，变动职工工作岗位时，要先同职工协商，取得一致意见后再变动。如因职工不同意变动，要做好思想工作。不能以行使公司自主权为由，强行在合同履行期间变动职工的工作岗位，甚至在职工一方不同意的情况下，作出停发工资、限期调离等决定，这样做既侵犯职工合法权益，也是一种违约行为。因此，公司应负违约责任。

案例3 公司对朱某和杨某的处理是否合法？

【案例背景】

2013年5月朱某和杨某成为公司劳动合同期内的正式员工。2013年12月月底公司对员工进行年终考核，朱某在考核中没有通过，按公司规章制度规定，考核不合格为不能胜任工作。而杨某在2013年12月的一天在工作时间脱岗，导致公司业务上出现延误而对公司造成了经济损失。

2014年1月2日公司在事先未通知朱某和杨某的情况下，以朱某不能胜任工作、杨某严重失职为由，解除了与朱某和杨某的劳动合同。朱某、杨某对公司的决定不服。朱某认为合同期未满，企业不能提前解除劳动合同，杨某认为企业解除劳动合同的处罚太重，且没有提前30日通知。

【案例解析】

根据《劳动法》第26条规定，劳动者不能胜任工作，应先经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的才可以解除劳动合同。因此，公司应当先调整朱某的工作岗位。而且，公司在处理程序上也违反了劳动法的規定，用人单位解除劳动合同，应提前30日以书面形式通知劳动者本人。

杨某在工作期间脱岗，致使公司造成经济损失，属于严重失职，公司完全可以依据劳动法规定和依法制定的规章制度随时解除其劳动合同，不属于提前30日通知之列。因此，公司对于杨某的处理决定是正确的。

案例4 单位认为员工不胜任岗位，调岗调薪是否合法？

【案例背景】

邹女士2013年2月到上海某公司担任人事部经理，月薪8000。2014年6月，公司突然通知邹女士，调整她去行政部担任行政主管，月薪5000。

邹女士接到公司调令后，很不高兴。听同事说，公司认为邹女士不能胜任人事经理职位。但因邹女士责任心强，工作认真，所以才将其调整岗位为行政主管。邹女士遂将公司告上仲裁庭，认为公司不应该单方面调岗调薪，应该按原工资标准8000元支付工资。

【案例解析】

公司在对邹女士调岗调薪的之前，没有证明其不胜任人力资源经理职位，在对邹女士调

岗之前也没有与其进行协商沟通。公司既没有界定邹女士的岗位职责，也没有相应的规章制度明确考评的标准，也没有调岗调薪的流程，导致无法证明邹女士不胜任岗位。

该公司在与邹女士协商调岗时，应去得邹女士的认同，如果邹女士不认同，双方可以协商解除劳动合同，并予以相应的经济补偿。另外，因为公司行政主管的工资低于邹女士的约定工资，也应该协商沟通。因此，公司的调岗调薪没有合理性。

当当网址：<http://product.dangdang.com/23772583.html>