飞劳动法月刊

Fei Labor Law Monthly

2019年12月刊 第07期

解除劳动合同

如何操作才能保证“零风险”

超级提示：期限内补缴社保，
基金将承担自工伤之日起的保险待遇

重磅新规：广东省病残津贴规定落地

十二月份HR最关心的十个劳动法问题

十年坚持
铸就匠心

广州金鹏律师事务所
KINGPOUND LAW FIRM

总编辑：蔡飞律师

联系电话：13560148051 邮箱：cf@kingpound.com 地址：广州市天河区兴民路222号天盈广场东塔45层

目录

01 十二月HR最关心的十个专业劳动法问题

07 十二月HR最关心的十个基础劳动法问题

10 用工案例分析之你知道吗？

10 老板你知道：单位要求劳动者提供担保或扣押证件的法律风险

13 员工你知道：用人单位存在过错，劳动者能否立即解除劳动合同？

19 解除劳动合同专题

19 用人单位解除劳动合同时，资深HR也会犯的非典型错误

22 解除劳动合同时单位的常见错误

24 解除/终止劳动合同，不是出具离职证明就了事

28 用人单位解除劳动合同，无需支付经济补偿金的十二种情形

32 新规速递

32 广东省人力资源和社会保障厅 广东省财政厅 关于试行企业职工基本养老保险病残津贴有关问题的通知

35 最高人民法院行政法官专业会议纪要（七）（工伤保险领域）

37 广东省工伤保险基金省级统筹业务规程

38 超级提示

38 未缴纳社保的新员工发生工伤，补缴与已缴纳效果一致

39 “飞劳动法”团队

十二月HR最关心的十个专业劳动法问题

一、劳动者一直与我司签订劳动合同，现在我司要求劳动者更换劳动合同签订的用人单位，我司与劳动者签订劳动合同的次数会累计计算吗？

答：劳动者被迫变换用人单位时，工龄应当连续计算，但对于劳动合同的签订次数是否连续计算，在立法和司法解释层面，对此均没有正面回应，但广东省高院给出了一个比较明确的规定。根据广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用<劳动争议调解仲裁法>、<劳动合同法>若干问题的指导意见》第二十二条规定，用人单位恶意规避《劳动合同法》第十四条的下列行为，应认定为无效行为，劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算：（一）为使劳动者“工龄归零”，迫使劳动者辞职后重新与其签订劳动合同的；（二）通过设立关联企业，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；（三）通过非法劳务派遣的；（四）其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。不过根据广东省高院的规定，如果是出于合理的情况被变换用人单位，合同的签订次数，并没有规定是连续计算的。

二、劳动者造成用人单位损失，劳动者赔偿的赔偿范围及标准？

答：虽然员工造成的损失应当赔偿，但关于劳动者造成用人单位损失时的赔偿范围及标准，并不明确，所以不能认为劳动者所造成的损失均应由劳动者来承担，具体解答如下：

(一)如果是劳动者故意造成的损失，裁判需全额赔付，具有合理性。

(二)如果非故意造成的损失，则不应全额赔偿：

首先，用人单位在生产经营过程中所造成的损失也是经营风险的一部分，且劳动者提供劳动，其获得的收益仅是其提供的劳动价值中的一部分，其余部分则作为运营成本及经营收益归于用人单位，要劳动者承担全额的赔偿，则显然收益与风险不对称，此于劳动者而言不合理、不公平；其次，劳动者提供劳动，是代表用人单位及为了用人单位利益的行为，因此，这种行为的不良后果用人单位也不应全部免除。

(三)一些无法控制的情形而导致的损失，则不应赔偿。

比如生产过错中造成的不良率，是任何工人均无法避免的，即便已尽所有的注意义务亦然。此情形下，要求劳动者承担赔偿责任不合理，但如果超过一定的合理范围，则赔偿具有合理性。

(四)赔偿的损失应是直接损失而不包括间接损失。

此也系基于收益与风险对称的公平问题，劳动者不能承担过高的赔偿责任。

广东省高级人民法院《关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》的意见是“因劳动者过错造成用人单位损失，用人单位能否在劳动合同解除后要求劳动者承担赔偿责任？劳动者在劳动关系存续期间因故意或重大过失造成用人单位直接经济损失，用人单位在双方劳动合同解除后要求劳动者一次性赔偿的，予以支持。劳动者应承担赔偿数额根据劳动者的过错程度等具体情况酌情确定，且不得把属于用人单位应承担的经营风险扩大由劳动者承担。”

三、有诊断证明，单位就一定要批病假吗？

答：首先，在用人单位有合理请假的程序规定时，即使员工真的生病需休假，但如果不按规定履行请假手续的，亦会被认定为旷工。其次，有了休病假的建议书，如果不合理，用人单位也不是必须批准。劳动部、国务院经贸办、卫生部、国家工商行政管理局、中华全国总

工会《关于加强企业伤病长休职工管理工作的通知》中规定“职工因伤病需要休假的，应凭企业医疗机构或指定医院开具的疾病诊断证明，并由企业审核批准。”由此可知，休假需要企业审核批准，在员工请病假时如其病情未达到必须离岗休治的程度，用人单位可不予审批。不过在实践中，此争议极大，还是要斟酌一下具体病情，判断合理性的问题。

四、劳动者医疗期满，只要不胜任工作就可以解除劳动合同吗？

答：这种做法是错误的。根据《劳动法》第二十六条第一项 “劳动者患病或者非因工负伤，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”及《劳动合同法》第四十条第一项“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”的规定，一般来讲，用人单位对于劳动者患病或者非因工负伤的情形下，在医疗期满后，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，用人单位提前三十天通知方可解除劳动合同。

五、员工的行为违反劳动合同约定，用人单位能否以此为由解除劳动合同？

答：如果单位在解除劳动合同通知书中，以违反劳动合同的约定为由解除，很有可能需承担违法解除的法律后果。根据《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。违反劳动合同约定并非劳动合同

法规定的用人单位可以单方解除劳动合同的事由。用人单位可以在规章制度中对员工解除事由作出明确的规定，并依据规章制度解除劳动合同。

六、单位实行大小周工作制（普通工时工作制），是否需支付加班费？

答：需分情况判断是否需要支付加班费。若员工每日工作少于6小时40分，每周的工作时间均不超过40小时，单位无需支付加班费的。若员工每天工作7小时，大周工作42小时，小周工作35小时，平均每周38.5小时，虽然大周工作时间超过了40个小时，不符合劳动部复函中“有些企业因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度，应保证劳动者每天工作不超过8小时、每周工作不超过40小时、每周至少休息一天。”的规定。但根据《工资支付暂行规定》第十三条第一款第（二）项“用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200％支付劳动者工资”的规定，建议企业明确说明企业实行的是5.5天工作制，其中小周有0.5天进行了调休。若员工每天工作超过八小时，大周工作48小时，小周工作40小时，平均每周44小时，无疑需要支付加班费。

七、确认劳动关系之诉是否受时效限制？

答：这个问题存在争议。一种观点认为应当严格适用时效限制。《劳动争议调解仲裁法》第二条第一款、第六款规定，“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（一）因确认劳动关系发生的争议；（六）法律、法规规定的其他劳动争议。”第二十七条第一款规定，“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”由此可见，法律上已明确了其应适用一年的时效限制。虽然确认劳动

关系表面上并不涉及具体的权利，但员工主张确认劳动关系其终极目的在于补缴社会保险、支付劳动报酬、经济补偿金等实体权利，确认劳动关系之诉请是其他诉请之基础，断无单独不适用时效限制之例外。**（广州中院、广东省高院的判决持上述观点，详见〔2019〕粤 01 民终 3032 号、〔2019〕粤民申 3245 号）**一种观点认为不适用时效。首先，劳动关系确认解决的是当事人之间是否存在劳动法律关系，属于确认之诉，并不涉及实体权利义务纠纷，仅仅是对已经发生的事实进行认定，单就确认劳动关系争议这一确认之诉环节中来说不涉及劳动者具体的权益，即无“诉的利益”，当然就不存在是否超过申诉时效的问题。其次，劳动仲裁时效与民事诉讼中的诉讼时效是两个不同的概念。确认劳动关系之诉从属于民事诉讼，因此不适用劳动仲裁一年时效期间的规定。**（深圳中院的判决持上述观点，详见〔2018〕粤 03 民终 24592 号）**

笔者认为，既然《劳动争议调解仲裁法》已明确规定单位与劳动者之间是否存在劳动关系属于劳动争议范畴，且已明确了一年的时效规定，则当然适用一年的时效限制，此于法律规定中已有明确指引，不应排除适用。

八、劳动者打架被拘留，用人单位可解除劳动合同吗？

答：不可以。根据《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。这里所说的被依法追究刑事责任是指有生效判决判定劳动者承担刑事责任（包括主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑；附加刑：罚金、剥夺政治权利、没收财产），而劳动者被拘留只是被采取强制措施，在未有生效判决之前，用人单位不能解除劳动合同。

九、劳动者上班途中请假回家未经过单位批准，发生交通事故属于工伤吗？

答：下班是指规定工作的结束或通过单位准假的方式视为结束，劳动者在请假未获批准的情况下擅自离开单位，不属于下班。据此，员工在离开单位途中受到的交通事故伤害，不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条规定的应予认定工伤或者视同工伤的情形。

十、哪些情形下，用人单位不能解除劳动合同？

答：根据《劳动合同法》第四十二条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：1.从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；2.在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；3.患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；4.女职工在孕期、产期、哺乳期的；5.在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；6.法律、行政法规规定的其他情形。但符合上述情形的劳动者若出现《劳动合同法》第三十九条规定的情形，用人单位仍可依法解除劳动合同。

十二月 HR 最关心的十个基础劳动法问题

一、单位欺诈导致合同无效，劳动者可以辞职吗？

答：劳动者可以辞职。根据《劳动合同法》第三十八条及第二十六条第一款的规定，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致使劳动合同无效的，劳动者可以解除劳动合同。此外，该种情形劳动者辞职后仍可获得劳动报酬。根据《劳动合同法》第二十八条的规定，劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

二、劳动者单方离职，需要提前通知吗？

答：用人单位有《劳动合同法》第三十八条第二款规定的情形，不需要提前通知解除劳动合同，至于用人单位有《劳动合同法》第三十八条第一款规定的情形，是否需提前，则法律没有明确。如果没有《劳动合同法》第三十八条规定的情形，劳动者提前 30 天以书面形式通知用人单位，在试用期内提前 3 日通知用人单位，可以解除劳动合同。

三、服务期的违约金怎么确定？

答：由用人单位与劳动者约定，但存在数额限制。根据《劳动合同法》第二十二条规定，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。

四、试用期期间单位应该给职工缴纳社会保险吗？

答：应该。根据《社会保险费申请缴纳管理规定》第二章第八条

的规定，用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工申请办理社会保险登记并申报缴纳社会保险费，不能因为试用期而拒缴。

五、单位违法约定试用期，应承担怎样的法律责任？

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

六、用人单位订立哪些规章制度必须要与职工协商？

答：根据《劳动合同法》第四条规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

但此应理解为劳动者的协调权，最终制度还是由用人单位决定。（不过《全民所有制工业企业职工代表大会条例》规定，属于职工代表大会职权范围内的企业规章制度，应当经职工代表大会审议通过。）

七、劳动合同解除未事先通知工会，需承担什么样的法律后果？

答：会被认定违法解除劳动合同。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（四）》第十二条规定，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照《劳动合同法》第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

八、约定或规定在职期间不准结婚、生小孩子，有法律效力吗？

答：此约定无效。根据《劳动合同法》第二十六条规定，下列劳动合同无效或者部分无效：（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，

使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;（三）违反法律、行政法规强制性规定的。合同约定在职期间不准结婚、生小孩子属于排除劳动者权利且违反法律规定情形，应属无效，并且我国《妇女权益保障法》第二十七条明确规定，任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议，如果单位以此为由解除合同，属于违法。

九、企业的规章制度损害了劳动者权益，劳动者可以辞职吗？

答：可以。根据《劳动合同法》第三十八条的规定，用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益时，劳动者可以解除劳动合同，且劳动者可以依据《劳动合同》第四十六条的规定要求用人单位支付经济补偿金。

十、离职证明能否写明离职原因？比如因违规而被解除劳动合同？

答：实践有判决认定可以。因为根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条规定，用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明，应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限，但该规定并没有限制解除劳动合同证明书上记载解除劳动合同的原因。

【老板你知道吗？】

单位要求劳动者提供担保或扣押证件的法律风险

【要点总结】

● 用人单位在劳动者入职时，违法要求劳动者提供担保或扣押证件可能产生的法律后果：

用人单位扣押证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，还应当承担赔偿责任。

【实务指导】

● 入职时，用人单位违法要求劳动者提供担保或扣押证件的防范建议：

员工入职时，用人单位不应要求其提供担保或者扣其押证件。用人单位需注意，任何形式的担保均违法。

【参考案例】

● 向员工收取财物，用人单位需要承担什么责任？

基本案情

白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元，何某起诉要求白湖某器材厂返还保证金并赔偿自 2002 年 2 月 21 日起的利息。

法院认为

白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元违法，判决支持何某要求白湖某器材厂予以返还并赔偿利息的诉讼请求。

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。用人单位在招用劳动者时违反法律禁止性规定向劳动者收取财物，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元，违反了法律规定，造成了何某的损失，现何某要求白湖某器材厂返还并赔偿自 2002 年 2 月 21 日起的利息，符合法律规定，予以支持，标准应按中国人民银行同期贷款利率为宜。

【法条链接】

一、《中华人民共和国劳动合同法》第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

二、《中华人民共和国劳动合同法》第八十四条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

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

三、《居民身份证法》第十五条 人民警察依法执行职务，遇有下列情形之一的，经出示执法证件，可以查验居民身份证：

(一)对有违法犯罪嫌疑的人员，需要查明身份的；

(二)依法实施现场管制时，需要查明有关人员身份的；

(三)发生严重危害社会治安突发事件时，需要查明现场有关人员身份的；

(四)在火车站、长途汽车站、港口、码头、机场或者在重大活动

期间设区的市级人民政府规定的场所，需要查明有关人员身份的；

(五)法律规定需要查明身份的其他情形。

有前款所列情形之一，拒绝人民警察查验居民身份证的，依照有关法律规定，分别不同情形，采取措施予以处理。

任何组织或者个人不得扣押居民身份证。但是，公安机关依照《中华人民共和国刑事诉讼法》执行监视居住强制措施的情形除外。

四、《居民身份证法》第十六条 有下列行为之一的，由公安机关给予警告，并处二百元以下罚款，有违法所得的，没收违法所得：

(一)使用虚假证明材料骗领居民身份证的；

(二)出租、出借、转让居民身份证的；

(三)非法扣押他人居民身份证的。

【知识拓展】

● 用人单位入职时以担保名义，扣押劳动者身份证与收取押金的法律后果区别：

(一)扣押身份证，由公安部门处罚；收取押金等财物由劳动部门处罚。

(二)前者依据居民身份证法；后者依据劳动合同法。

(三)前者罚款 200 元以下；后者罚款 500-2000 元，且按被扣证件的劳动者人数处罚，风险巨大。

【员工你知道吗？】

用人单位存在过错，劳动者能否立即解除劳动合同？

【前言要点】

用人单位在用工过程中，如有违反劳动合同约定、或存在违法的行为时，法律赋予了劳动者单方解除劳动合同并可依法获得相应离职经济补偿的权利。但在用人单位存在过错的情况下，劳动者是否具有立即解除劳动合同权利的问题，则争议颇多，争议的原因在于《中华人民共和国劳动合同法》（下简称“劳动合同法”）的第三十八条第一款规定了劳动者可以单方解除劳动合同的六种情形。但对于劳动者是否需提前通知用人单位，既区别于该法的第三十七、四十条、四十一条（该三条均明确规定了劳动者解除劳动合同或用人单位解除劳动合同时需提前通知），亦不同于该三十八条第二款（明确规定不需要提前通知），并无明确的规定。该规定的不明确，导致了法律适用的混乱。有人认为，只要用人单位具有第三十八条第一款规定的情形，劳动者即可以随时解除劳动合同而不需要提前通知用人单位，有人则认为，劳动者应适当提前通知用人单位才可解除劳动合同。笔者持第二种观点，以下笔者将通过案例的方式对此进行说明。

【参考案例】

基本案情

李某于 2003 年入职某服装销售公司，每月工资为 10000 元，2012 年 10 月份，某服装销售公司的负责人口头承诺，从 2013 年 1 月起，将李某的工资由 10000 元调整到 13000 元，但公司一直没有执行。李某为此于 2013 年 7 月以公司拖欠工资为由，向某劳动人事仲裁委员会提起仲裁申请。仲裁申请有三项：一、要求解除劳动合同；二、要

求支付 2013 年的工资差额若干元；三、要求支付相应的离职的经济补偿金若干元。对于“要求解除劳动合同关系”的仲裁请求，公司答辩认为，该请求不属于仲裁的受理范围，如曾经李某先向公司要求解除劳动合同关系，但只有在公司不同意的情况下，李某才可以“要求确认劳动合同关系已解除”为由，提起仲裁。

针对公司的答辩，李某当庭向公司的代理人口头通知：因为单位未足额支付劳动报酬，因此要求离职。在向公司的代理人提出口头的离职通知后，当庭向仲裁庭提出变更仲裁请求，要求确认劳动合同已于仲裁庭审的当日解除。

针对李某所变更的仲裁请求，公司认为，首先是公司不存在未足额支付劳动报酬的情况，即使用人单位存在未足额支付劳动报酬的情形，李某的主张也不应该获得支持，因为其没有适当提前通知用人单位，该辞职的要求不符合法律的规定。李某则认为，在用人单位未足额支付劳动报酬的情况下，劳动者可以随时离职而不需要提前通知用人单位。

仲裁裁决驳回了李某的全部仲裁请求，关于申请人能否当庭提出解除劳动合同的问题，裁决认为“根据第三十八条用人单位有下列情形之一的，未及时支付劳动报酬的，劳动者可以解除劳动合同。又根据该条第二款，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。**可见，对于非暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，非用人单位违章指挥、强冒险作业危及劳动者人身安全的情形下，劳动者提出解除劳动合同的，法律并未规定劳动者可以立即解除劳动合同。**所以对于申请人当庭提出解除劳动合同，被申请人主张要有合理的预告时间，符合法律规定。据此，对申请人当庭提出解

除劳动合同的主张本委依法予以驳回”。

案例分析

笔者认为，该仲裁裁决符合法律规定。本案的争议焦点：关于劳动合同能否立即解除且不需要提前通知用人单位的问题，虽然《劳动合同法》第三十八第一款规定，“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”中，对于用人单位未及时足额支付劳动报酬时，劳动者解除劳动合同是否需要提前通知用人单位的问题，并无明确的规定，但对照该第三十八条的第二款规定，“用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。”可知，该第三十八条第一款所列情形，包括用人单位未及时足额支付劳动报酬、未按劳动合同的约定提供劳动保护或劳动条件以及未购买社会保险等，不属于劳动者可以立即解除劳动合同的范围。

当然，仅从第二款的规定来反证第一款，即认定劳动者需提前通知，过于牵强，起码有如下三个问题，无法合理解释，尤其是第二个关于公平合理的问题。

一、从法律规定的统一性上来看，第三十八条的第一款和第二款是一样的，都属于劳动者可以随时解除劳动合同的情形。只是第二款作了一个强调而已，否则不会出现其他无论是用人单位单方解除劳动合同还是劳动者单方解除劳动合同，需要提前通知时，均明确规定了相应的解除劳动合同的通知期间而第一款却没有规定的情形。

二、从公平合理的角度上来看，劳动者也不需要提前通知用人单位。因为与之相对应的是，根据《劳动合同法》的第三十九条规定，在劳动者经试用不合格或劳动者存在过错的情况下，用人单位是不需要提前通知劳动者的，既然在劳动者存在过错的情况下，用人单位都

不需要提前通知劳动者，那么在用人单位存在过错的情况下，作为弱势一方的劳动者自然就更不需要提前通知用人单位即可解除劳动合同，这才公平、合理。

三、从劳动合同法的立法宗旨上来看，认为劳动者需提前通知亦无依据。《劳动合同法》的第一条规定“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”从这可以看出，《劳动合同法》更强调的是保护劳动者的利益。对比第三十八条第一款及第三十九条，尤其值得我们注意的是，第三十八条第一款的第（五）项及第三十九条第一款的第（五）项均规定了在对方具有二十六条第一款第（一）项，“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”行为时，对方均具有解除劳动合同的权利。如果在完全同等的条件下，用人单位可不用提前通知劳动者即解除劳动合同，而劳动者却要有合理的提前通知时间，这明显不符合劳动法律规定的立法宗旨。

诚然，这种表述看似有合理的一面，但却未能把握第三十八条规定之实质，这种理解是错误的，理由如下：

第一，从立法技术层面上来看。措辞严谨的《劳动合同法》是明确将两者区别的，只有在第三十八条第二款的情形下，劳动者才不需要提前通知用人单位。

第二，从规定内容上看来，第（一）款规定主要针对的是用人单位损害劳动者的劳动保护、劳动报酬、福利等主要是经济利益受损害的情形，而第（二）款规定针对的是劳动者的人身自由及安全可能被危害的情形，针对的是劳动者的自由、健康等人身权利，两者在内容上有根本之区别。

第三，从立法意图上来看，通过上面的第二点可以看出，在第三

十八条，第一款及第二款中企业对于劳动者权益的侵犯程度是完全不同的，对于第二款规定的已涉及人身安全的情形，如果还机械地要求劳动者通知用人单位才可以解除劳动合同，则损害有进一步扩大的可能性，更不符合自由、生命健康权优于财产权利的法律之本意。对于第一款规定的情形，之所以没有规定劳动者可以立即解除劳动合同，是为了尽量将经济利益的损失降至最低，不能因为用人单位损害了劳动者利益，劳动者就可以不顾用人单位的利益，不做任何的交接，不给用人单位合理的时间做准备以降低损失，这种损害他人利益以保护自己利益的行为，显然不属于合理的、理性的行为，既然不合理，就更遑论合法性了。

第四，两者所违反的法律类型也不同，第一款违反的是劳动法及行政法律规定，而第二款所违反的是刑事法律规定。对于第二款的行为所构成或可能构成的犯罪行为，《中华人民共和国刑法》均有明确的规定，其中第二百四十四条第一款规定，“以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”根据该规定，只要存在强迫劳动的情形，即已构成“强迫劳动罪”，而第一百三十四条第二款规定，“强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处五年以上有期徒刑。”根据该规定，强令他人违章冒险作业，在发生重大伤亡或其他严重后果的情况下，即已构成“强令违章冒险作业罪”。由此也可理解，在用人单位已违反或可能违反刑事法律规定，已构成或可能构成犯罪的情况下，单独规定劳动者不需要提前通知用人单位，其立法的意义在于明显区别用人单位仅违反劳动法及劳动行政法规的情况，劳动者应适当提前通知用人单位解除劳动合同。

第五，从立法的变化来看，也可印证这一点。在用人单位违约或违反法律规定的情形下，关于劳动者解除劳动合同权利的法律规定，也体现了在保护劳动者合法权益的前提下，更加兼顾合理社会效益的慎重态度，1995 年 1 月 1 日起实施。《中华人民共和国劳动法》第三十二条规定，“有下列情形之一的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同：（一）在试用期内的；（二）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的；（三）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。”从上述规定来看，当时的立法并没有将用人单位损害劳动者财产权还是人身权益作刻意的区分，在劳动者可单方解除劳动合同的情形下，都可以随时离职，而 2008 年 1 月 1 日起实施的劳动合同法，则将两者作了明确的区分，这足以证明立法者在这个问题的处理上，更加缜密。

第六，至于说第三十九条用人单位无需提前通知劳动者即解除劳动合同，但劳动者需通知用人单位的显失公平的问题，也不全面。因为首先劳动者已有第三十七条的无条件解除权，但单位却无这种权利。其次是用人单位虽无需提前告知劳动者，但事实上，劳动合同法对于用人单位的告知权规定得更为苛刻，该法的第四十三条明确规定“用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。”根据该规定，用人单位如果不通知工会，后果将会很严重，即使解除的理由合法，但仍会被视为违法解除。

【解除劳动合同专题】

用人单位解除劳动合同时，资深HR也会犯的非典型错误

解除劳动合同过程中，用人单位因为经验不足，往往会犯下不少错误，有些很低级，老生常谈，我们不说。但如下的一些错误，即使是资深的HR，也可能会中招：

一、规章制度中，对于同一种制度，设计了不同的处分标准，但却按最重的处分标准进行处理。

比如对于打架设定了警告、记过、开除的三种处罚，我们明白，用人单位设定这种处分标准，是为了便于操作、对不同情节进行不同的处理。但因为没有对相应处分所对应的情形进行说明，如果对打架的员工作开除处分，则因为难以解释为什么不作警告或记过处分而直接作最重的开除处分，则会存在较大的风险。

二、根据劳动合同中约定的解除条件而解除劳动合同。

劳动合同中约定出现某种情形，用人单位可解除劳动合同，最常见的是对于销售人员设定销售目标，并约定如未达销量，则可解除劳动合同并无需支付经济补偿金。此实质上是设定了劳动合同终止的情形，根据《劳动合同法实施条例》第十三条的规定，用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。则此约定显然无效。

不过笔者认为，从另一角度而言，双方既然已对于劳动合同的解除作明确约定，应予以尊重，虽然法律禁止法定事项外的终止，但根据立法本意，合同终止所指的应是法定事件所致而劳动关系自行结束，本身无需任何一方作出意思表示。而在有约定的特定情形下，用人单

位单方解除权，其需要用人单位根据特定条件作出明确的意思表示才结束劳动关系，两者是完全不同的立法本意，因此这种行为可以理解为单方的解除行为而非终止的行为，并不适用劳动关系约定终止的禁止性规定。

三、解除劳动合同的通知中，没有说明具体的过错。

此情形下，即便劳动者确实存在严重违反用人单位规章制度的行为，用人单位也很可能承担不利的后果。

四、解除劳动合同的通知中，罗列了数个理由，但相应的理由相互矛盾。

比如本文所附案例解除劳动合同的理由有三个：一、经当事人协商一致；二、劳动者严重违反单位规章制度的；三、劳动者严重失职、营私舞弊，给公司造成重大损害的。虽然员工在本案中确实存在过错，但最终公司的解除合理性不被认可（具体见**【参考案例】**）。

五、经考核不合格解除劳动合同。

根据劳动合同法的规定，考核不合格的情形下，需经培训或调整岗位仍不胜任的情形下，用人单位才可以解除劳动合同，一次不行就开除，显然错误。

【其他常见错误】（认知错误不在举例范围，比如以为三期女工不能解除劳动合同等）：

1. 试用期随意解除劳动合同；
2. 末位淘汰解除劳动合同；
3. 没通知工会；
4. 制度没有履行民主程序、没有证明已公告或告知员工。

【参考案例】

陈丽华与广州和仕康生物技术有限公司劳动合同纠纷上诉案【广东省广州市中级人民法院，(2014)穗中法民一终字第5344号】

二审判决

二审另查明：根据陈丽华在一审中提交的和仕康公司 2013 年 10 月 31 日出具的《解除劳动合同通知书》载明，和仕康公司以打钩方式选择了解除合同的三种情形，分别是：一、经当事人协商一致；二、劳动者严重违反单位规章制度的；三、劳动者严重失职、营私舞弊，给公司造成重大损害的。二审中双方当事人确认双方于 2013 年 10 月 31 日协商一致解除劳动合同。

本院认为，陈丽华与和仕康公司存在劳动关系，双方合法权利依法应受法律保护。**1、关于解除劳动合同的经济补偿金，虽然陈丽华离职前确实存在严重违反和仕康公司规章制度的行为，但由于和仕康公司 2013 年 10 月 31 日出具给陈丽华的《解除劳动合同通知书》上选择了解除合同的三种情形，并未明确该公司基于三种情形中的哪一种情形解除合同。**二审中，双方当事人确认协商一致解除合同。因此，根据《中华人民共和国劳动合同法》三十六条“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同”以及第四十六条“有以下情形之一的，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”规定，陈丽华请求和仕康公司支付解除劳动合同的经济补偿合法合理，应予支持。但其要求和仕康公司支付违法解除合同的赔偿金的理据不足，本院不予支持。

解除劳动合同时单位的常见错误

劳动关系的解除可以分为单位单方解除、员工单方解除、协商一致解除（不包括终止情形）。我们把这种劳动合同解除时，用人单位可能犯的常见错误，以出错可能性的大小，按顺序列明，单位在劳动合同解除时应核对是否已完成了相应的工作。

一、没有在劳动合同解除前用书面通知解除竞业限制协议。

很多用人单位将竞业限制当作格式条款，与所有员工都签订，但实际上多无必要，而如果没有在劳动合同解除前解除竞业限制，则可能需承担三个月的经济补偿。

二、没有对从事有职业病危害作业的员工作健康检查。

在此情形下，如果后来进入其他单位的职业病岗位上班而导致职业病的，则原来的单位也可能需承担责任。

三、没有把税费承担的问题约定明确。

在协议中没有对经济补偿、代通知金的税费承担问题说清楚，容易引发争议。当然，从现行规定上可以推断出收入应由员工纳税，但如果不约定清楚，仍有员工可能无法理解。

四、以试用期“不胜任”工作为由解除劳动合同。

试用期劳动解除的法定事由，不是不胜任工作，而是不符合录用条件。事实上两者的概念完全不同，不符合录用条件不但包括了不胜任工作的情形，还包括了道德品质、工作态度等情形。因此，不符合录用条件对于用人单位而言，自主权更大。

■ **提醒：**千万别在录用条件中犯错，如果劳动合同或其他协议中写成不能胜任工作时可在试用期解除劳动合同，这样就会损害单位的权益。

五、带薪年休假没有提前安排。

未在离职前安排员工休年休假的，用人单位要按工资的 300%支

付未休年休假工资（因 100%已在原工资中，所以实际是按 200%支付）。

六、没有及时出具解除或终止劳动合同的证明、办理档案及社会保险关系转出。

单位出于各种原因，没有或拒绝向员工出具证明及社保转移，这种情况下可能会被劳动行政部门处罚，如因此导致员工造成损失的比如没法入职新的单位、无法申领失业保险等，原单位还需承担赔偿责任。

七、没有写明劳动合同解除的原因。

由哪一方提出解除劳动合同以及劳动合同解除的原因，是作为是否需支付赔偿金、补偿金、代通知金或全部都不用支付的依据，此项需在通知书或协议书中说明。

八、没有书面的通知。

对于单方解除的情形，不管是哪一方，都需要书面的通知，才是正式及效力较强方式（当然，也有认可以实际履行的方式解除的），否则既违反劳动合同法的明确规定，也对于发通知的一方举证产生障碍，甚至被视为未作意思表示。

九、没有通知工会。

如果是单位解除而没有通知工会，即便解除事由合法，程序也违法，需承担赔偿金。

十、其他：

(一)解除劳动合同没有提前三天或三十天；

(二)工资没有在劳动合同解除时一并支付，而是等到下一下工资发放周期；

(三)协议未明确双方再无争议，更未列举常见的权利义务的了解情形；

(四)已退还一些特殊证件的事实，没有明确。

解除/终止劳动合同，不是出具离职证明就了事

一、应告知劳动者可享受失业保险待遇，并主动报备社保机构。

对于非因劳动者意愿而解除/终止的劳动合同关系，用人单位除了办理离职手续、结算相应款项、出具劳动关系解除或终止的证明外，很多企业都没有这种意识：**用人单位必须告知员工可申领失业保险待遇，且用人单位还需到社会保险经办机构备案申领。**否则，可能需赔偿劳动者失业保险待遇的损失。

依据如下：

(一)《中华人民共和国社会保险法》第五十条第一款规定：用人单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起十五日内告知社会保险经办机构。

(二)《失业保险条例》第十六条第一款规定：城镇企业事业单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，告知其按照规定享受失业保险待遇的权利，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起 7 日内报社会保险经办机构备案。

上述两规定有冲突，前者是十五天，后者是七天，笔者询广州当地社保部门，了解到广州是直接适用《广东省失业保险条例》第二十九条第二款的规定“单位应当及时为职工出具终止或者解除劳动关系证明，告知其按规定享受失业保险待遇的权利，并自终止或者解除劳动关系之日起七日内将终止或者解除劳动关系人员名单报社会保险经办机构备案”，即适用七日的规定。

二、所谓的非因本人意愿中断，几乎包括了所有合同解除/终止的情形。

包括了用人单位提出并协商一致解除、劳动者以用人单位存在过错为由解除、劳动者存在过错被解除，劳动者不胜任工作被解除、客观情形变化解除、经济性裁员、合同期满等解除或终止劳动合同的情形。

依据如下：

人力资源和社会保障部《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》（2011 年 7 月 1 日起施行）第十三条规定：失业人员符合社会保险法第四十五条规定条件的，可以申请领取失业保险金并享受其他失业保险待遇。其中，非因本人意愿中断就业包括下列情形：（一）依照劳动合同法第四十四条第一项、第四项、第五项规定终止劳动合同的；（二）由用人单位依照劳动合同法第三十九条、第四十条、第四十一条规定解除劳动合同的；（三）用人单位依照劳动合同法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的；（四）由用人单位提出解除聘用合同或者被用人单位辞退、除名、开除的；（五）劳动者本人依照劳动合同法第三十八条规定解除劳动合同的;（六）法律、法规、规章规定的其他情形。

需强调的是，“用人单位提出并协商一致解除、劳动者以用人单位存在过错为由解除、劳动者存在过错被解除”的也属于可以申领的情形。基本上，除了劳动者单方无法定事由提出解除劳动合同的情形外，均属于可领取失业保险待遇的情形。

三、案例

【案例一】单位履行了相应的义务，劳动者未能申请失业保险待遇，相应的法律责任由劳动者承担。

宗晓云、怀来中法庄园葡萄酒有限公司劳动争议二审民事判决书【张家口市中级人民法院，案号：（2017）冀 07 民终 881 号】

一审认定

对于失业金原告提供了关于终止劳动关系的通知书，被告提供了短信通知，根据法律规定，失业金办理的有效期限为 60 日，需企业到失业金领取处备案，个人到失业金领取处申请，是企业与个人共同完成的事项，本案中，被告已到失业金领取处进行备案申领，并对原告进行了提醒，但原告未进行失业金办理，导致贻误了失业金领取有效期，因此，对于原告主张失业金的损失不予支持。

二审认定

按《失业保险条例》第十六条的规定，用人单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，告知其按照规定享受失业保险待遇的权利，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起 7 日内报社会保险经办机构备案，失业职工持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，到指定的社会保险经办机构办理失业登记后领取失业保险金。即领取失业保险金须双方的共同行为。本案被上诉人已到社会保险经办机构备案申领，并告知了上诉人，但因其拒收终止或者解除劳动关系通知书，且未在规定期限内办理失业登记，致不能领取失业金的后果应自行承担，故一审判决对上诉人主张的失业金损失不予支持不违反法律法规的相关规定，本院予以确认。

【案例二】用人单位未及时为劳动者办理失业保险手续，相应的损失由企业承担。

大连瑞泰祥房地产开发有限公司与董艳劳动争议二审民事判决书【大连市中级人民法院，案号：（2015）大民五终字第 88 号】

二审认定

关于上诉人请求不向被上诉人支付终止劳动合同经济补偿金

的问题。因上诉人与被上诉人解除劳动关系的原因是劳动合同期限届满且因上诉人的原因不再与被上诉人续签劳动合同。据此，一审法院根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第一项、第四十六条第五项、第四十七条的规定，判决上诉人支付被上诉人解除合同经济补偿金 10，000 元并无不妥。关于上诉人请求不向被上诉人支付失业保险待遇损失 5，460 元的上诉请求一节，被上诉人之所以不能领取失业保险待遇的原因是没有按规定期限到社会保险经办部门办理有关手续。依据《失业保险条例》第十六条规定，上诉人应当及时为被上诉人出具终止或者解除劳动关系的证明，告知其按照规定享受失业保险待遇的权利。上诉人于 2014 年 5 月 23 日才收到大连市劳动保障监察支队转交的《终止劳动合同证明书》，**上诉人因未及时为被上诉人办理失业保险手续，影响被上诉人按规定享受失业保险待遇，由此给被上诉人造成的损失应由上诉人承担。**上诉人请求不向被上诉人支付失业保险待遇损失的上诉请求本院不予支持。

用人单位解除劳动合同，无需支付经济补偿金的十二种情形

一、劳动者提出解除劳动合同，用人单位同意并发出解除劳动合同通知的。

此非绝对，在这种情形下，还要区别劳动者辞职的事由，如果劳动者是以用人单位具有《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的过错情形而解除，用人单位仍需支付经济补偿金。

二、劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的。

用人单位需要注意的是，此是以不符合录用条件为由解除，而不是以不胜任工作为由解除。对于用人单位而言，入职过程中设定比较严格的录用条件，对于用人单位才能起到较好的保护作用，也才可以掌握主动权。比如约定试用期内一个月迟到 5 次即可视为不符合录用条件，是合理的，但如果约定一个月内累计迟到 5 次属于严重违纪，可解除劳动合同，合理性是存疑的。

三、严重违反用人单位的规章制度的。

此是最常见的用人单位解除劳动合同而无需支付经济补偿金的事由，但很多用人单位仍犯最基本的错误，请注意如下事项：

(一)解除之前要先看一下制度有无经民主程序，有无告知。有相当多的地方在司法实践中对于民主程序并无严格要求，更多是合理性审查，公告或告知才是最重要程序要求而这个胜负关键点却又极易完成，即便发生争议时再做，也有可能来得及。比如以旷工为由解除，对于持续旷工的，从邮寄送达该制度之日起再计算旷工时间，就没有问题了。用人单位如未公告或告知的，必须在发出解除通知之前，完善这个程序。

(二)严重违反规章制度的定性，一定要明确唯一的法律后果而非

可选择的不同程度处理方式，否则很可能会因为有不定程度的处罚标准但却按最重的标准—解除劳动合同，而被认定不合理。

四、严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的。

什么是重大损害？法律上并未予以明确，一般会考虑行业性质、职务、岗位的差异性等。但最重要的是单位要在制度中明确规定，否则单位的解除行为很难被认可。比如在单位制度中明确造成 1000 元的损失属于重大损失而基于确实造成 1000 元损失解除劳动合同，其风险远低于未规定具体数额但却已造成 10000 元的损失而解除劳动合同。

劳动合同法中将“严重失职，营私舞弊”并列，显是立法上的错误。前者是过失，后者是故意，过错要主客观结合，不应将不同主观意图所造成相等法律后果的情形之责任等同。

五、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。

按此规定，对于兼职的情形，解除的劳动合同还是很难的。用人单位应在劳动合同中明确约定，兼职的情形无论是否对完成工作任务造成严重影响，即可解除劳动合同，且无需先经单位提出。否则要证明对完成工作任务造成严重影响，是几乎不可能做到的。

六、劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

劳动者胁迫、或乘人之危让用人单位签订劳动合同，几乎是不可能的事，适用此情形解除劳动合同最常见的是以欺诈方式，欺诈方式中最最典型的是提供假学历、工作经历、假身份证等。对于用人单位而言，需要做到如下两点：

(一)让员工填写好《入职登记表》，将个人信息、学历、工作经历作详细说明，并明确如作虚假说明，用人单位可单方解除合同并无需

支付经济补偿金；

(二)让员工提交相应文件凭证，并签名确认真实性，以免在应对争议时，难以判断员工是否存在欺诈行为，更无法举证证明。

七、被依法追究刑事责任的。

(一)主刑有：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑有：罚金、剥夺政治权利和没收财产。此外，对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。这些当然是刑事责任了。

(二)免予刑事处罚也属于被追究刑事责任，但不起诉就不是啦，此在《关于职工被人民检察院作出不予起诉决定用人单位能否据此解除劳动合同问题的复函》（劳社厅函[2003]367 号）中有明确规定。

免予起诉本来也属于刑事责任，但《刑诉法》修改以后，已将这些情形并入了不予起诉，已经没有免予起诉的这种表述了。

(三)在被采取刑事强制措施而判决又未生效之前，劳动合同还是不能解除的，因为此时还只是一种强制措施而非已确定刑事责任。此时的劳动合同是“中止”而非“终止”。

八、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。

需要在用工之日起一个月内解除，超过一个月，即便通知后不肯签订书面合同而解除，也需要支付经济补偿金的。

至于合同期满后仍继续工作，劳动者在一个月内经通知而不肯续签而解除劳动合同的，对于之前的经济补偿金是否需支付，法律上并未见明确，但个人认为，无需支付似乎更合理些。

九、非全日制用工

此属于基本的规定，但因没有规定在劳动合同法的三十九条之中，所以很多人不敢确认。非全日制用工，不但解除劳动合同无需支付经济补偿金，且无需签订劳动合同、可以无理由随时解除（劳动合同法

的表述“终止”)。

十、用人单位未登记注册

本身题干的表述就矛盾。未能登记注册就不具有用人单位的主体资格，在此情形下双方无法形成劳动关系，也就无法获得劳动法律特别规定项下的权益。

十一、较有争议的两种情形

(一)违反计划生育政策

违反计划生育政策是否可以解除劳动合同而无需支付经济补偿金，各地有不同的司法实践，意见并不统一（可见作者前文《飞劳动法丨违反了计划生育就开除？等着赔钱吧!》)。如以此为由而解除劳动合同，最好先看下当地有无相应的规定，以及单位的制度有无明确认定此属于严重违反用人单位规章制度的行为。

(二)工伤职工

按《劳动合同法实施条例》第二十三的规定，条用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的，除依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿外，还应当依照国家有关工伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。

但如果是劳动者申请离职而单位又同意的，这种情形下劳动者是否可以获得经济补偿金，法律并无明确，司法实践的判决中也有截然不同的裁判结果（可见作者前文《飞劳动法丨工伤职工自动离职，能获得经济补偿金吗（判决书缺乏说服力，我们来补充）？》)。

十二、其他说明

劳动者违反竞业限制协议，经济补偿金是否需支付不是本文的讨论范围，因为此补偿金与离职补偿金完全属于不同的概念。

【新规速递】

广东省人力资源和社会保障厅 广东省财政厅 关于试行企业职工基本养老保险病残津贴有关问题的通知

粤人社规〔2019〕47 号

各地级以上市人力资源和社会保障局、财政局：

为妥善解决参加企业职工基本养老保险人员（以下简称参保人）因病或者非因工致残完全丧失劳动能力后的基本生活问题，根据《社会保险法》的规定，经省人民政府同意，现就病残津贴有关问题通知如下：

一、在我省参加企业职工基本养老保险的个人，同时具备以下条件的，可以申领病残津贴：

（一）未达到按月领取基本养老金年龄，本人累计缴费年限（含视同缴费年限，下同）满 15 年及以上；

（二）因病或者非因工致残，经最后参保地地级以上市劳动能力鉴定委员会依照有关规定和程序鉴定为完全丧失劳动能力；

（三）根据本人的基本养老保险关系，按照国家有关基本养老保险待遇领取地的规定确定我省为待遇领取地。

二、病残津贴月标准按待遇领取地所在地级以上市城镇居民最低生活保障标准的 105%确定（待遇领取地所在地级以上市辖区内有多个城镇居民最低生活保障标准的，按最高标准的 105%确定）。

病残津贴标准根据领取地城镇居民最低生活保障标准调整而调整，不执行基本养老金调整办法。

三、我省参保人按以下办法确定病残津贴的待遇领取地。

（一）只在我省参加企业职工基本养老保险的人员，待遇领取地为最后参保地。

（二）跨省流动就业的参保人申领病残津贴时，参照《国务院办公厅关于转发人力资源社会保障部财政部城镇企业职工基本养老保险关系接续暂行办法的通知》（国办发〔2009〕66 号）及其相关配套政策中有关基本养老保险待遇领取地的规定，确定在我省领取基本养老金的，可在我省申领病残津贴，待遇领取地为我省最后参保地。

四、病残津贴停发、续发与补发参照基本养老金停发、续发与补发的有关规定执行。

五、领取病残津贴的参保人不得在不同地区同时享受病残津贴，也不得同时享受基本养老金、失业保险金或工伤保险伤残津贴。

六、领取病残津贴的参保人，由病残津贴待遇领取地社会保险经办机构按照当地基本养老金领取资格认证方式定期进行领取资格认证。

七、参保人在领取病残津贴期间不缴纳企业职工基本养老保险费，以后恢复劳动能力继续就业的，应按规定继续参保缴费，从重新缴费之月起停止领取病残津贴。

八、领取病残津贴的参保人达到法定退休年龄时，按规定申领基本养老金，从领取基本养老金之月起停止领取病残津贴。

九、领取病残津贴的参保人死亡的，由病残津贴待遇领取地社会保险经办机构参照领取基本养老金人员标准发放丧葬补助金和抚恤金，并按规定清退个人账户储存额。

十、病残津贴从企业职工基本养老保险统筹基金列支。

十一、劳动能力鉴定所需费用由被鉴定人个人承担。参保人本人或代理人向最后参保地社会保险经办机构申领病残津贴。符合条件的，社会保险经办机构自受理次月起发放病残津贴。具体经办规程由广东省社会保险基金管理局另行制定。

十二、本《通知》自 2020 年 1 月 1 日起施行，有效期 3 年。国家出台相关规定后按国家规定执行。

广东省人力资源和社会保障厅　　广东省财政厅

2019 年 12 月 16 日

最高人民法院行政法官专业会议纪要（七）（工伤保险领域）

1.违法发包、转包、分包或者挂靠情形下的工伤认定

生效裁判或者仲裁裁决确认违法发包、转包、分包或者挂靠情形下的工伤职工与具备用工主体资格的单位之间不存在劳动关系，但工伤职工具有《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定的情形，且其工伤认定申请符合《工伤保险条例》有关工伤认定条件的，人民法院应予支持。

2.职工在工作时间和工作岗位突发疾病视同工伤的认定

职工在工作时间和工作岗位突发疾病，因正当理由未及时送医疗机构抢救，但在离开工作岗位 48 小时内死亡，或者送医后因医疗机构误诊在离开医疗机构 48 小时内死亡，有证据证明职工死亡确属上述突发疾病所致，工伤认定申请人请求依据《工伤保险条例》第十五条第一项规定认定视同工伤，社会保险行政部门予以认定的，人民法院应予支持。

3.公安交管部门未出具交通事故责任认定书或者交通事故责任认定书内容不明确时的工伤认定

公安交管部门未出具交通事故责任认定书或者交通事故责任认定书内容不明确，社会保险行政部门调查核实后，可根据是否存在交通事故、是否依法报案以及交通事故证明书内容等综合判断职工是否对交通事故负主要责任。经前述程序仍无法判断，工伤认定申请人请求社会保险行政部门结合《工伤保险条例》第十九条第二款，并依据该条例第十四条第六项规定认定职工所受交通事故伤害为工伤的，人民法院应予支持。

4.职业病诊断鉴定结论所列明的单位对其承担工伤保险责任有异议的工伤认定

职业病诊断鉴定结论所列明的单位对其承担工伤保险责任有异议，但社会保险行政部门依据职业病诊断鉴定结论先行认定职工的职业病为工伤的，人民法院应予支持。职业病诊断鉴定结论所列明的单位或工伤保险基金承担相应工伤保险责任后，有权机关否定相关单位为工伤责任单位的，相关单位或工伤保险基金可以向实际致害单位依法另行主张权利。

5.第三人民事侵权赔偿与工伤保险待遇的关系

根据《中华人民共和国社会保险法》第四十二条、《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条、《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（[2006]行他字第 12 号）等规定，因第三人造成工伤的职工或其近亲属，从第三人处获得民事赔偿后，又依据《工伤保险条例》的有关规定，向工伤保险基金申请工伤保险待遇的，人民法院应予支持，但第三人已经支付的工伤医疗费用除外。工伤保险基金依法支付工伤保险待遇后，向第三人代位追偿其已经向职工或其近亲属支付的工伤医疗费用的，人民法院应予支持。

6.企业补缴社会保险费 2 年查处时效的适用

劳动保障行政部门依据《劳动保障监察条例》第二十条规定，以企业未依法缴纳社会保险费行为在 2 年内未被发现，也未被举报、投诉为由不再查处的，人民法院不予支持；当事人请求履行上述查处职责，且能够提供相应材料初步证明企业存在未依法缴纳社会保险费用的，人民法院应当判决责令有关劳动保障行政部门履行相应职责。

广东省工伤保险基金省级统筹业务规程

粤人社规〔2019〕22 号

《业务规程》共 301 条，内容相当繁杂，因此，本刊仅在超级提示栏目对最重要的条文进行说明。有兴趣的读者可通过原文链接获取法条全文。

原文链接：http://hrss.gd.gov.cn/gkmlpt/content/2/2706/post_2706335.html

【超级提示】

未缴纳社保的新员工发生工伤，补缴与已缴纳效果一致

有一种工伤，让企业非常无奈，就是员工刚入职还来不及缴纳工伤保险即发生了工伤。我们都知道，如不缴纳工伤保险，则相应的全部工伤费用由企业承担。但绝大多数企业都不知道的是，其实有一种完美的补救方式：通过补缴，达到正常缴纳的效果，也即与已缴纳工伤保险的效果完全一致。相应依据及条件说明如下：

一、根据《中华人民共和国社会保险法》第五十八条第一款规定“用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。未办理社会保险登记的，由社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保险费。”

二、广东省人力资源和社会保障厅、国家税务总局广东省税务局共同发布的《广东省工伤保险基金省级统筹业务规程》第一百六十四条第一款规定“用人单位此前参加社会保险记录良好、连续规范参保缴费的,或依法新成立的用人单位,职工新入职发生工伤,用人单位尚未为其依法参加工伤保险的,在用人单位自用工之日起 30 日内为该职工依法办理工伤保险参保手续,在规定的缴费周期内缴纳工伤保险费后,由工伤保险基金和用人单位按照《工伤保险条例》和《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用,并自该职工发生工伤之日起计发。工伤保险基金支付的待遇项目包括:……”

根据上述两规定可知，在入职一个月内缴纳社保视为合法正常缴纳，当然，社保机构会严格排查是否骗保情形。例如，劳动者 1 月 20 日入职，2 月 8 日发生工伤，2 月 10 日缴纳社保，用人单位在一个月内缴纳视为正常缴纳，由工伤保险基金支付各项待遇。

【“飞劳动法”团队】

● 负责人简介

蔡飞律师本硕分别毕业于华东政法大学、中山大学，获法律学士和法律硕士学位，2005 年入职广州金鹏律师事务所 2006 年成为执业律师，现为广州金鹏律师事务所高级合伙人。

入围全国总工会、司法部、中华律协第六届“全国维护职工权益杰出律师”、现任广州市劳动人事争议仲裁委员会法律顾问及仲裁员、华南师范大学法律硕士专业学位兼职教师、广东工业大学 MBA 讲座教授、广东省高级人民法院劳动争议诉调对接特约律师、广东省律协劳动法律专业委员会副主任、广州市中级民法院劳动争议诉调对接工作室调解员、广州市劳动人事争议仲裁委员会劳动争议诉调对接工作室调解员等职务。

业务专长为劳动争议纠纷、劳动专项法律顾问等法律服务，一直为众多知名企业提供专业的劳动法律服务，处理了超过千宗劳动争议案件以及众多大型群体性案件。作为一名劳动人事的仲裁员，也裁决了大量的劳动争议案件。基于劳动法律方面的研究及实践，历年来多次获得广东省律师协会及广州市律师协会的专业奖项。

蔡飞律师还担任了广州市劳动人事争议委员会的法律顾问，作为律师担任裁判机构的法律顾问，亦较为罕见。

● **劳动纠纷方面所代理的部分代表性案件及成果：**

1. 在处理劳动争议案件中，创造性提出了二倍工资不属于劳动报酬，应严格适用诉讼时效的规定的理论，该理论在实务中获得了广泛的支持，公平合理维护了劳资利益平衡，也利于用工和谐。

蔡飞律师就该理论所撰写的《试述不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区》一文，早在 2010 年即发表于《广东律师》，该文对于双

倍工资的裁判结果产生了巨大的影响。而直至 2012 年 6 月，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会联合制订的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》才将双倍工资的性质予以明确，该规定与蔡飞律师的观点完全一致。“15、劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，按月计算，对超过一年的二倍工资差额不予支持。”

2. 某集团有限公司与十多名员工的劳动纠纷案，提出了员工加班工资折算的法律意见，认为在劳资双方已默认的工作方式下，即使存在加班的情况，只要工资折算不低于最低工资标准，用人单位即无须支付加班费的观点获得仲裁部门及两级法院的支持，公平合理的维护了劳资双方的合法利益。

蔡飞律师在代理该案件时，关于所谓加班工资“双固定”折算的实践及理论均未成熟，该答辩观点的提出并在司法实践中被采纳，对于处理加班工资的争议较大的指导意义。

3. 在处理某跨国著名连锁销售企业门店关停的群体事件中，通过谈判、法律宣讲等方式协调劳资矛盾，即使该企业在之前处理同样事件中并不成功，但本案在蔡飞律师介入后，通过专业的处理方式，化解了即将进行的游行等令企业形象严重受损的重大事件。在各方的努力下，全部 160 多名员工在未进入仲裁阶段即已与企业达成了和解。

4. 为广州市总工会撰写了“劳动者维权十解”“劳动者就业过程法律知识点温馨提醒”“劳动合同履行过程常见问题问答”，上述知识点，是广州市总工会法律宣传核心的读本之一。

5. 参与了众多出版物的编撰、出版，撰写了数百余篇劳动类论文，个人劳动法公号“飞劳动法”，发表个人专业的原创论文，在劳动法律服务行业中较有影响力。

- 这是一个只做劳动法的团队

- 更多专业知识，可扫一扫关注“飞劳动法”

10th

业广唯勤

飞劳动法

驰而不息

地址：广州市天河区兴民路222号天盈广场东塔45层
电话：13560148051
邮箱：cf@kingpound.com