



律师说法

劳动争议 疑难问题实务精解

LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

曹后军◎著

案例解读 法规精析 实务操作 律师答疑

用人单位HR、法务专员、
普通劳动者和法律工作者必备实务指南

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

平乱网docsriver.com商家巨力法律书



律师
说法

劳动争议 疑难问题实务精解

LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

曹后军◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

律师说法：劳动争议疑难问题实务精解 / 曹后军著. —北京：中国法制出版社，2015.5

ISBN 978-7-5093-6343-0

I. ①律… II. ①曹… III. ①劳动争议—劳动法—法律解释—中国
IV. ①D922.591.5

中国版本图书馆CIP数据核字 (2015) 第094270号

策划编辑：戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑：程潇永 (editorcheng@163.com)

封面设计：周黎明

律师说法：劳动争议疑难问题实务精解

LÜSHI SHUOFA: LAODONG ZHENGYI YINAN WENTI SHIWU JINGJIE

著者 / 曹后军

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 787 × 1092毫米 16

版次 / 2015年6月第1版

印张 / 21 字数 / 321千

2015年6月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-6343-0

定价：49.80元

值班电话：010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66073673

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

曹后军，男，汉族，1972年9月生，执业律师，劳动人事争议调解员，先后毕业于同济大学(劳动经济专业)、南京大学(法律专业)，长期坚持劳动法律领域的专项研究，在《劳动和社会保障法规政策专刊》等专业刊物发表学术论文、案例十多篇。在用人单位劳动规章制度设计、劳动合同管理、社会保险管理、企业破产改制、劳动争议处理等方面司法实践经验丰富，所提供劳动专项法律顾问工作和劳动争议仲裁、诉讼代理服务深得劳动关系当事人认可。

序
INTRODUCTION

和劳动争议问题结缘多年。

在为用人单位提供劳动关系专项法律顾问服务时，发现用人单位在招聘录用、规章制度、工资薪金、劳动合同、社会保险等诸多方面，违法问题层出不穷。

在为劳动者提供劳动人事争议仲裁、诉讼代理服务时，发现劳动者劳动法律知识出奇得匮乏、维权法律意识离奇得淡薄、处理争议能力不可想象得羸弱。

在参与企业破产工作时，发现“老工伤”、劳动合同中止等现行法律未作规定又亟待解决的问题，困惑劳动关系双方、企业管理人和审判人员。

一再和劳动争议问题零距离接触，难免就有些冲动的想法，想在学习、理解、吸收众多专家、学者理论研究成果的基础上，结合自己积累掌握的司法实践经验，对劳动争议的预防、处理等难点问题做些有益的探索，希望能对构建和发展和谐稳定的新时期劳动关系作出一点儿贡献，此为写作本书的缘由。

劳动争议问题诸多，本书没有一一罗列，而是选择其中比较突出的疑难问题加以阐述，具体包括试用期、用人单位规章制度、劳动报酬、劳动合同、工伤保险、劳动争议仲裁和诉讼等问题。在每一章节的结构安排上，针对本章节的具体内容，先是列举出作者工作中接触的有针对性的案例，并给出“律师观点”作为引子。其后，第一部分理论解析法律法规的具体规定，对于现行法律法规存在的适用争议和缺陷不足，作者也一并给出一家之言。第二部

分分别讲解用人单位和劳动者各自的实务操作要点。第三部分选择涉及本章节相关内容的典型性问题，为“律师答疑”。第四部分为方便读者查询法律法规的具体规定，附上“法条链接”。全书理论联系实际，对于用人单位HR、法务专员、普通劳动者和法律工作者来说，是应对劳动关系诸多难题、有效解决劳动争议的科学实用读本。

囿于水平有限，错误和疏漏在所难免，敬请读者批评指正。

曹后军

2015年5月

第二章 用人单位规章制度问题 / 017

一、问题解析 / 020

(一) 用人单位规章制度的功能 / 020

(二) 用人单位规章制度的制定 / 022

二、实务操作 / 025

(一) 用人单位实务操作 / 025

(二) 劳动者实务操作 / 026

三、律师答疑 / 027

1. 某建工实业有限公司 2012 年 10 月 28 日向经营管理部职工朱某发出解除劳动合同通知书，理由是朱某在 9 月份迟到三次，严重违反单位规章制度。朱某不服，认为单位劳动纪律手册对此并没有作出具体规定，自己三次都是仅迟到十分钟左右，并非“严重”违反，并决定通过法律途径维护自己的合法权益。 / 027
2. 劳动合同中含有遵守劳动纪律格式条款是否等同于劳动者知晓并认可用人单位规章制度？ / 027

四、法条链接 / 028

第三章 劳动报酬问题 / 031

第一节 工资问题 / 033

一、劳动报酬与工资解析 / 034

(一) 劳动报酬与工资的概念 / 034

(二) 用人单位应当依法支付劳动者劳动报酬（工资） / 036

(三) 劳动争议中支付令法律适用问题 / 040

1. 劳动争议支付令的申请与异议 / 041

2. 劳动争议支付令失效后的法律救济 / 043

二、实务操作 / 045

(一) 用人单位实务操作 / 045

(二) 劳动者实务操作 / 046

三、律师答疑: / 047

1. 用人单位在哪些情况下减发工资不属于克扣工资? / 047
2. 值班和加班有什么区别? 值班人员能否要求用人单位支付加班工资? / 048
3. 依法解除或终止劳动关系时, 如何支付劳动者工资? / 048

四、法条链接 / 048

第二节 加班工资问题 / 053

一、问题解析 / 055

- (一) 计件工资制劳动者的加班工资 / 056
- (二) 综合计算工时工作制劳动者的加班工资 / 057
- (三) 不定时工时制劳动者的加班工资 / 058
- (四) 加班工资的计算标准 / 059

二、实务操作 / 059

- (一) 用人单位实务操作 / 059
- (二) 劳动者实务操作 / 061

三、律师答疑 / 062

1. 用人单位与劳动者在劳动合同中约定加班工资包含在月工资中, 此举合法吗? / 062
2. 劳动者自愿加班能否要求用人单位支付加班费? / 063

四、法条链接 / 063

第三节 假期工资问题 / 066

一、问题解析 / 067

- (一) 法定假期及其待遇 / 068
- (二) 带薪年假及其待遇 / 069
- (三) 婚丧假及其待遇 / 071
- (四) 探亲假及其待遇 / 073
- (五) 产假及其待遇 / 075

（六）病假及其待遇 / 078

1. 患病或非因工负伤型病假 / 078

2. 工伤型病假 / 081

二、实务操作 / 081

（一）用人单位实务操作 / 081

（二）劳动者实务操作 / 083

三、律师答疑 / 083

1. 未婚生育的，是否可以享受产假及相关待遇？ / 083

2. 再婚者是否可以享受婚假、晚婚假？ / 084

3. 职工退休、退职后可否享受探亲假待遇？ / 084

4. 伤病休假职工是否可以从事有收入的活动？ / 085

四、法条链接 / 086

第四章 劳动合同问题 / 095

第一节 劳动合同订立问题 / 097

一、问题解析 / 099

（一）概述 / 099

（二）事实劳动关系 / 102

（三）劳动合同种类与订立 / 103

（四）劳动合同的内容 / 111

1. 用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人 / 111

2. 劳动者的姓名、住址和居民身份证或其他有效身份证件号码 / 112

3. 劳动合同期限 / 112

4. 工作内容和工作地点 / 112

5. 工作时间和休息休假 / 113

6. 劳动报酬 / 113

7. 社会保险 / 113

8. 劳动保护、劳动条件和职业危害防护 / 114

(五) 劳动合同的成立和生效 / 115

(六) 劳动合同的无效 / 117

1. 劳动合同无效的几种具体情形 / 118

2. 劳动合同无效的确认机构 / 121

3. 劳动合同无效的法律后果 / 121

二、实务操作 / 123

(一) 用人单位实务操作 / 123

(二) 劳动者实务操作 / 125

三、律师答疑 / 128

1. 用人单位与劳动者什么情形下可以约定服务期？服务期与劳动合同期限不一致如何处理？法律对服务期违约金有何规定？ / 128

2. 什么是竞业限制？竞业限制人员、对象、范围、地域、期限、经济补偿、违约责任等如何确定？ / 129

3. 孟某与某公司已签订两次以完成一定工作任务为期限的劳动合同，第三次是否可以要求订立无固定期限劳动合同？ / 132

4. 实践中，部分用人单位在与劳动者订立无固定期限劳动合同时，常常提出非常苛刻的调整工作岗位和工资、调动工作地点等条件，劳动者应如何处理？ / 133

5. 曹某为某公司高级工程师，2010年9月，年满50周岁的曹某根据公司职工内部退养办法申请内退，得到批准，内部退养期间继续缴纳各类社会保险费、企业年金、补充医疗保险和住房公积金。2010年10月，曹某经前同事介绍，到某工程监理公司任职。曹某与某工程监理公司间是否成立劳动关系？ / 134

四、法条链接 / 135

第二节 劳动合同解除问题 / 143

一、问题解析 / 147

(一) 劳动合同协商解除 / 147

(二) 劳动者预告解除劳动合同 / 149

(三) 劳动者即时解除劳动合同 / 151

1. 劳动者因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而解除劳动合同 / 151
2. 劳动者因用人单位未及时足额支付劳动报酬而解除劳动合同 / 152
3. 劳动者因用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费而解除劳动合同 / 153
4. 劳动者因用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益而解除劳动合同 / 153
5. 因劳动合同法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同 / 154
6. 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形 / 154
7. 劳动者因用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动而解除劳动合同 / 155
8. 劳动者因用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全而解除劳动合同 / 156

(四) 劳动者解除事实劳动关系 / 157

(五) 用人单位即时单方解除劳动合同 / 159

1. 用人单位因劳动者在试用期间被证明不符合录用条件而解除劳动合同 / 159
2. 用人单位因劳动者严重违反用人单位的规章制度而解除劳动合同 / 160
3. 用人单位因劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害而解除劳动合同 / 160
4. 用人单位因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，拒不改正而解除劳动合同 / 161
5. 劳动者具有因《劳动合同法》第26条第1款第1项规定的情形致使劳动合同无效的，用人单位可以即时单方解除与劳动者间的

劳动合同 / 163

6. 用人单位因劳动者被依法追究刑事责任而解除劳动合同 / 163

(六) 用人单位非过失性解除劳动合同 / 165

(七) 经济性裁员 / 171

二、实务操作 / 175

(一) 用人单位实务操作 / 175

(二) 劳动者实务操作 / 177

三、律师答疑： / 179

1. 解除劳动合同书面通知书和辞职申请书是同一概念吗？ / 179

2. 劳动者被错误追究刑事责任后无罪释放的，用人单位与劳动者之间的劳动合同关系应当如何处理呢？ / 180

3. 用人单位以“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”为由解除或终止劳动合同的，劳动者应当享受什么待遇？ / 181

4. 用人单位应当如何处理因工致残劳动者的劳动合同？ / 182

5. 在经济性裁员时，企业能否以额外支付劳动者一个月工资的方式，来代替“提前三十日向工会或者全体职工说明情况”的法定义务？ / 182

四、法条链接 / 182

第三节 劳动合同终止问题 / 195

一、问题解析 / 197

(一) 劳动合同终止的法定情形 / 198

1. 劳动合同期满 / 198

2. 劳动者丧失劳动关系中的劳动主体资格 / 200

3. 用人单位丧失劳动关系中的劳动主体资格 / 202

4. 法律、行政法规规定的其他情形 / 204

(二) 劳动合同终止的例外情形 / 204

二、实务操作 / 206

(一) 用人单位实务操作 / 206

(二) 劳动者实务操作 / 207

三、律师答疑：/ 208

1. 劳动者与用人单位在劳动合同中约定的“用人单位终止劳动合同应当提前一个月通知劳动者”的条款是否合法有效？ / 208
2. 劳动合同终止后，用人单位需要履行哪些后合同义务？ / 209

四、法条链接 / 210

第四节 经济补偿金和赔偿金问题 / 214

一、问题解析 / 216

(一) 经济补偿金的适用范围 / 217

1. 用人单位应当向劳动者支付经济补偿的法定情形 / 217
2. 用人单位解除或终止劳动合同不需要支付经济补偿的情形 / 220

(二) 经济补偿金的计算 / 222

1. 经济补偿中工作年限的计算 / 222
2. 计算经济补偿的最高限制和基数 / 225
3. 经济补偿的法律适用 / 225
4. 经济补偿金个人所得税的征缴 / 226

(三) 赔偿金的法律适用 / 227

1. 用人单位应当向劳动者支付赔偿金的情形 / 227
2. 劳动者应当向用人单位支付赔偿金的情形 / 230

二、实务操作 / 230

(一) 用人单位实务操作 / 230

(二) 劳动者实务操作 / 231

三、律师答疑：/ 232

如何理解《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中加发 25% 经济补偿金、50% 额外经济补偿金与《劳动合同法》第 85 条加付 50% 以上 100% 以下赔偿金的法律适用问题？ / 232

四、法条链接 / 234

第五章 工伤保险问题 / 241

一、问题解析 / 244

(一) 工伤认定 / 245

1. 应当认定为工伤的情形 / 246
2. 视同工伤的情形 / 251
3. 不得认定为工伤或者视同工伤的情形 / 252
4. 工伤认定程序 / 254

(二) 工伤保险待遇 / 256

(三) 特殊情形下的工伤保险责任 / 261

(四) 工伤与第三人侵权竞合法律适用问题 / 262

1. 工伤与第三人侵权竞合法律适用现状 / 263
2. 解决工伤与第三人侵权竞合法律适用问题的设想 / 267

二、实务操作 / 268

(一) 用人单位实务操作 / 268

(二) 劳动者实务操作 / 270

三、律师答疑：/ 271

1. 建筑施工企业为从事危险作业的职工办理意外伤害保险后，还要为职工参加工伤保险缴纳工伤保险费吗？ / 271
2. 对劳动能力鉴定结论不服的，能否申请行政复议或者提起行政诉讼？ / 271
3. 哪些情形下，工伤职工停止享受工伤保险待遇？ / 272
4. 工伤认定中出现是否存在劳动关系的争议应当如何处理？ / 273

四、法条链接 / 273

第六章 劳动争议仲裁和诉讼问题 / 283

第一节 劳动争议仲裁问题 / 285

一、问题解析 / 286

- (一) 受案范围 / 286
- (二) 仲裁当事人 / 288
- (三) 仲裁案件管辖 / 289
- (四) 仲裁时效 / 289
- (五) 先行裁决和先予执行 / 291
- (六) 终局裁决 / 293

二、实务操作 / 295

- (一) 用人单位实务操作 / 295
- (二) 劳动者实务操作 / 296

三、律师答疑： / 297

如何理解《劳动法》、《劳动争议调解仲裁法》关于劳动争议仲裁前置的规定？ / 297

四、法条链接 / 297

第二节 劳动争议诉讼问题 / 303

一、问题解析 / 304

- (一) 诉讼时限 / 304
- (二) 诉讼当事人 / 304
- (三) 诉讼案件管辖 / 305
- (四) 仲裁与诉讼的衔接 / 306

二、实务操作 / 310

- (一) 用人单位实务操作 / 310
- (二) 劳动者实务操作 / 311

三、律师答疑： / 311

《劳动争议调解仲裁法》规定，仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，依法延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。是不是说劳动争议当事人在仲裁庭受理仲裁申请超过 60 日未作出仲裁裁

决的情况下，可以直接向人民法院提起诉讼？ / 311

四、法条链接 / 312

参考文献 / 319



第一章

劳动合同试用期问题

现实疑问：2012年9月，徐州某工程公司新招聘某校毕业生叶某，双方签订一份《试用期劳动合同》，约定叶某试用期三个月，岗位为公司计算机中心操作员，试用期工资1000元，试用期满后，如果双方均有意继续劳动关系，则另行签订劳动合同。三个月后，公司与叶某另行签订一份一年期劳动合同。第二份合同即将到期前，公司对叶某的工作能力比较满意，向其发出《续订劳动合同通知书》，要求与其续订五年期劳动合同，叶某则要求与公司签订无固定期限劳动合同。

律师观点：

徐州某工程公司与叶某间的第一份《试用期劳动合同》仅约定了三个月的试用期，而没有约定劳动合同的期限，该试用期条款不成立，即双方所约定的试用期条款没有法律效力，三个月的所谓试用期应当直接视为劳动合同期限，该合同属于三个月固定期限的劳动合同，双方在合同中约定的权利、义务也应当被视为固定期限劳动合同的权利和义务。该合同和第二份一年期劳动合同符合《劳动合同法》第14条规定的“连续签订两次固定期限的劳动合同的”要求，在这一条件合法具备的情形下，且劳动者没有《劳动合同法》第39条和第40条第1项、第2项规定的情形，劳动关系双方当事人均有意续订劳动合同，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，即用人单位有意订立固定期限的劳动合同，也应当依法订立无固定期限劳动合同，否则将承担违反劳动法律法规的一系列法律责任。

一、问题解析

按照原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

（劳部发〔1995〕309号）第19条规定，试用期是用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期。一般对初次就业或再次就业的职工可以约定。试用期的约定可以为用人单位提供考察劳动者工作能力和工作态度以及其他需要掌握的信息的时间，同时也为劳动者考察用人单位的发展前景是否值得信赖、劳动用工是否规范等提供必要的时间。

在劳动合同中，试用期属于约定条款。只有劳动关系双方当事人在平等、互惠互利的基础上，经过充分协商，就试用期条款达成一致意见，并且不违反法律法规的规定时，试用期条款才能依法成立。

（一）试用期期限限制

《劳动法》第21条规定，劳动合同可以约定试用期，试用期最长不得超过六个月。原劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号）对试用期期限进一步细化规定为：劳动合同期限在六个月以下的，试用期不得超过十五日；劳动合同期限在六个月以上一年以下的，试用期不得超过三十日；劳动合同期限在一年以上两年以下的，试用期不得超过六十日。《劳动合同法》根据劳动合同期限的长短，对试用期的规定作了进一步修改，对于试用期的具体时间限制进行分层细化，其第19条第1款规定，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。

（二）试用期次数限制

《劳动法》对于试用期的规定比较简单，仅规定劳动合同可以约定最长不超过六个月的试用期。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第19条则在说明试用期概念的基础上，进一步规定其适用范围：一般对初次就业或再次就业的职工可以约定试用期。在原固定工进行劳动合同制度的转制过程中，用人单位与原固定工签订劳动合同时，可以不再约定试用期。《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》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。一般而言，在2008年1月1日劳动

合同法施行以前，用人单位与合同制职工续订劳动合同，或者对于劳动合同终止后间隔一段时间被用人单位再次招用等情况，如果职工工种未变，则不再约定试用期；如果职工根据生产实际需要改变工种，则需要重新约定试用期。

劳动合同法则实行同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期的制度。试用期的基本功能之一就是为用人单位提供考察劳动者基本素质、工作能力等信息的时间段。如果用人单位在试用期内发现劳动者不符合录用条件，可以依法解除劳动合同，但不能通过再次或多次设置试用期继续进行考察。

有观点认为，如果劳动者因正当原因在终止和用人单位间的劳动关系一段时间后再次被原用人单位招用，此时相对于劳动关系双方来说，都是一种全新的关系，需要一个再认识的过程，有必要允许再次约定试用期。

另有观点认为，劳动者在终止和用人单位间的劳动关系并间隔若干时间后再次被原单位招用的，是否需要再次约定试用期条款，应当根据岗位具体情况区别对待。如果用人单位要求劳动者从事与原先相同或相类似岗位的工作，则不必再行约定试用期。如果用人单位安排劳动者从事与原先工作岗位不相同的工作，则应当允许用人单位再次约定试用期，以考察劳动者是否符合录用要求。^①

笔者认为，上述观点的提出是因其对劳动合同试用期的理解有失偏颇。在试用期内，用人单位需要考察掌握的只是劳动者的工作态度、实际工作能力等基本的信息，而不是劳动者所有的信息。在最初录用劳动者的试用期内，这些基本信息基本可以考察清楚。如果作为用人单位，在合理的时间内依然不能准确判断劳动者是否是自己所需要的，要么当机立断依法解除劳动关系，要么和劳动者依法建立劳动关系，至于可能存在的风险，只能由自己来承担。考虑到劳动者的弱势地位，为防止部分用人单位恶意多次、重复利用试用期条款侵犯劳动者合法权益，劳动合同法明确规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

① 王林清：《劳动争议热点问题司法实务指引》，人民法院出版社2010年版，第96~97页。

（三）试用期约定限制

为防止实践中部分用人单位滥用试用期而极端短期化用工或者恶意利用试用期条款侵犯劳动者合法权益，劳动合同法限定部分劳动合同不得约定试用期。《劳动合同法》第19条第3款规定，以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。第70条规定，非全日制用工的双方当事人不得约定试用期。

用人单位劳动合同不能仅约定试用期。《劳动合同法》第19条第4款规定，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。

（四）试用期工资

针对实践中用人单位任意压低劳动者试用期间劳动报酬、侵犯劳动者合法权益的现象，《劳动合同法》第20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。为消除实践中劳动关系双方当事人对于“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”的不同理解，《劳动合同法实施条例》第15条进一步明确规定，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。三个标准中，用人单位所在地的最低工资标准是底线，必须首先满足，另两者只须满足其一即可。

（五）试用期间劳动合同的解除

《劳动合同法》第21条规定，在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

用人单位适用劳动者“在试用期间被证明不符合录用条件的”而解除劳动合同时，需要注意以下问题：（1）试用期的约定符合法律规定。（2）必须是在试用期期间。《劳动部办公厅对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可

以解除劳动合同的请示》的复函》(劳办发〔1995〕16号)答复:对试用期内不符合录用条件的劳动者,企业可以解除劳动合同;若超过试用期,则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。(3)用人单位必须提供充分证据,证明劳动者在试用期间不符合录用条件。为此,首先,用人单位必须在招用劳动者之前,对相应的工作岗位作科学的分析论证,制定明确的录用条件,该录用条件应当内容具体、具有可操作性。其次,该录用条件必须是劳动者事先知晓的,一定要留有符合法律规定的已经告知劳动者的证据。最后,劳动者不符合录用条件要有充分的证据支持,例如用人单位对劳动者在试用期内表现的客观、具体的记录和评价,该举证责任由用人单位负担。《劳动争议调解仲裁法》第6条规定,发生劳动争议,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的,用人单位应当提供;用人单位不提供的,应当承担不利后果。2001年3月22日通过的《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》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,用人单位负举证责任。(4)《劳动部办公厅对〈关于患有精神病的合同制工人解除劳动合同问题的请示〉的复函》(劳办发〔1995〕1号)指出:合同制工人在试用期间因患精神病不符合录用条件的,应按劳动部办公厅《关于患有精神病的合同制工人医疗期问题的复函》(劳办力字〔1992〕5号)的规定执行,即企业招用合同制工人在试用期内发现患有精神病不符合录用条件的,可以解除劳动合同。

用人单位适用《劳动合同法》第39条第2项至第6项的规定,以劳动者严重违反用人单位的规章制度等为由而解除试用期劳动合同的,同样应当提供充分、有效的证据证明劳动者存在过错,并按照法律规定的程序解除劳动合同。

如果用人单位是依据《劳动合同法》第40条第1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”、第2项“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”的规定解除试用期劳动合同,需要依照法定程序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,并向劳动者

说明理由，同时依法支付经济补偿金。而不能片面地将劳动者在试用期内患病或非因工负伤、不能胜任工作的情形简单地理解为《劳动合同法》第39条第1项“在试用期间被证明不符合录用条件”，从而错误地单方面解除劳动合同。

《劳动合同法》第37条规定，劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。在试用期内，劳动者经过考察，如果认为用人单位的工作内容、保险福利、劳动报酬等和自己理想中的不一样，或者发现自己不适合从事此种工作等，无需提供任何理由，均可以解除与用人单位间的劳动合同。但必须严格遵守法律规定，提前三日通知用人单位，以便于用人单位及时采取应对措施，安排适当的人员继续从事此工作，保证生产经营的正常进行。此点规定与《劳动法》不同，《劳动法》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，而不用提前三日。

试用期内解除劳动合同，如果涉及培训费用问题，则可根据原劳动部办公厅《关于试用期内解除劳动合同处理依据问题的复函》（劳办发〔1995〕264号）的规定来处理，即用人单位出资（指有支付货币凭证的情况）对职工进行各类技术培训，职工提出与单位解除劳动合同关系的，如果在试用期内，则用人单位不得要求劳动者支付该项培训费用。如果是由用人单位出资招用的职工，职工在合同期内（包括试用期）解除与用人单位的劳动合同，则该用人单位可按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223号）第4条第1项的规定向职工索赔。

（六）违法约定试用期的法律责任

《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。”

（七）试用期与见习期、学徒期、实习期的区别

试用期与见习期不同，见习期具有明显的固定工制度的特征，《劳动部办

公厅对〈关于劳动用工管理有关问题的请示〉的复函》(劳办发〔1996〕5号)第4条规定,大中专、技校毕业生新分配到用人单位工作的,仍应按原规定执行为期一年的见习期制度,见习期内可以约定不超过半年的试用期。2006年人事部、教育部、财政部、劳动和社会保障部、国务院国资委、国防科工委联合发出的《关于建立高校毕业生就业见习制度的通知》(国人部发〔2006〕17号)则指出,各级人事、劳动保障、教育、财政、国有资产监管、国防科学技术工业管理等部门要加强对见习单位和高校毕业生的指导,加强宏观管理和检查,保证见习活动的顺利进行。见习期限一般为六个月,最长不超过一年。在见习期间被见习单位正式录(聘)用的,在该单位的见习期可以作为工龄计算。要指导见习单位制定见习活动的有关规定,规范见习单位和高校毕业生见习期间的有关事项,为见习生办理人身意外伤害保险,保障双方的合法权益。

试用期与学徒期不同,《劳动部办公厅对〈关于劳动用工管理有关问题的请示〉的复函》第3条规定,学徒期是对进入某些工作岗位的新招工人熟悉业务、提高工作技能的一种培训方式,在实行劳动合同制度后,这一培训方式仍应继续应用,并按照技术等级标准规定的期限执行。试用期和学徒期包含在合同期限内,二者可以同时约定。

试用期与实习期不同,所谓实习期一般是指学生在临近毕业之前,根据学校的统一安排或自行联系,到用人单位的具体工作岗位上实践理论知识的时间段。实习学生与用人单位之间不是劳动关系,不适用劳动法律法规的调整。如果实习学生在实习期间受到伤害,只能按照一般的民事纠纷处理原则解决问题。

二、实务操作

(一) 用人单位实务操作

第一,与劳动者协商一致约定试用期条款。用人单位不能凭借自己的强势地位,任意订立试用期相关内容。需要强调的是,以完成一定工作任务为期限的劳动合同、期限不满三个月的劳动合同不得约定试用期。非全日

制用工双方当事人不得约定试用期。

第二，合法约定试用期期限。如果试用期期限超过法律规定的，用人单位应当依法支付赔偿金。例如，某公司 2012 年 1 月与柳某签订一份 18 个月的劳动合同，其中试用期为三个月（注：按照法律规定，该试用期不得超过两个月），试用期工资 1800 元，试用期满后工资 3000 元，该试用期已实际履行。根据《劳动合同法》第 83 条的规定，用人单位应当以柳某试用期满后月工资为标准，向柳某支付 3000 元赔偿金。该赔偿金的领取，不影响柳某要求用人单位按照试用期满后的工资标准依法支付所谓的第三个月试用期的劳动报酬。

第三，用人单位应当依法与劳动者订立劳动合同，并在其中明确约定试用期，而不能仅签订一个只有试用期的劳动合同，如果劳动合同只有试用期，那么该试用期条款没有法律效力，该期限为劳动合同期限。上文“现实疑问”中徐州某工程公司与叶某的第一份合同所约定的试用期即不成立，该合同为三个月固定期限劳动合同。三个月期满，属于《劳动合同法》第 44 条第 1 项劳动合同期满终止的情形，如果公司没有依法维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，则应当按照劳动合同法规定的标准，向叶某支付半个月工资的经济补偿。

第四，用人单位应当在体现同工同酬原则的基础上与劳动者协商约定试用期工资，并不得低于法定标准。“现实疑问”中试用期工资约定为 1000 元每月，低于徐州当地最低工资标准 1100 元每月，叶某可以要求公司按当地最低工资标准支付劳动报酬。

第五，在试用期内依法解除劳动合同。一是用人单位在试用期中只能依据《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项的规定而解除劳动合同。用人单位依据第 39 条规定解除劳动合同的，不需要向劳动者支付经济补偿；依据第 40 条第 1 项、第 2 项的规定解除劳动合同的，则需要依法支付经济补偿，并需要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。二是用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。三是用人单位单方解除劳动合同的，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。

第六，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。用人单位在今后的劳动用工实务操作中，必须严格遵守法律规定，不能重复约定试用期，反之则需要承担违法约定试用期的法律责任。

（二）劳动者实务操作

第一，用人单位违反试用期内不得解除劳动合同的规定或没有说明理由的，劳动者可以依法维权。而劳动者在试用期内解除劳动合同，虽然无需提供任何理由，但应当遵守提前三日通知用人单位的法定程序。否则，即可能因违法解除劳动合同而承担相应的赔偿责任。

第二，协商约定合理的试用期限。劳动者在与用人单位协商约定试用期限之前，对于即将从事的岗位工作所要求的技术含量应当有大致程度的了解，同时将自己现有业务技能中的技术含量因素考虑进去，合理地确定一个试用期限参考值。如果岗位工作的技术复杂程度比较高，试用期长一些理所应当；如果岗位工作的技术含量因素比较低，试用期则应当短一些。假如某用人单位对于搬运工、勤杂工等几乎没有任何技术含量的岗位工作也要设定三五个月的试用期，那么此种恶意利用试用期肆意侵犯劳动者合法权益的用人单位，理当果断地排除出考虑之列。

三、律师答疑

1. 劳动关系双方当事人可以口头约定试用期条款吗？

实践中，许多用人单位常常以口头形式与劳动者约定试用期，但不签订书面劳动合同，此种做法是违反劳动法律规定的。劳动合同法明确规定，建立劳动关系应当订立书面劳动合同。而试用期包含在劳动合同期限内，其是以劳动关系双方已经签订书面劳动合同为存在前提的，口头约定试用期的做法是法律所不认可的。如果劳动关系双方就试用期问题发生纠纷，而劳动者一方对于试用期的约定不予认可，用人单位也将陷入举证不能的被动地位。

2. 试用期内需要为劳动者缴纳社会保险费吗？

社会保险是以国家为主体，按照法律规定为保障劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿而强制性实施的一种社会保障制度。

《劳动法》第72条规定，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。劳动合同法将用人单位依法为劳动者缴纳社会保险作为劳动合同的必备条款之一。社会保险法规定，职工应当参加基本养老保险、基本医疗保险、失业保险，由用人单位和职工共同缴纳保险费；职工应当参加工伤保险、生育保险，由用人单位缴纳保险费，职工不缴纳保险费。

也就是说，只要当事人双方建立了劳动关系，用人单位就必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。试用期是劳动合同期限的一部分，用人单位当然需要为劳动者缴纳社会保险费。如果用人单位故意或与劳动者约定在试用期内不缴社会保险费，以逃避法定义务，将依法承担相应的法律责任。劳动合同法规定，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同。用人单位在此种情形下应当向劳动者支付经济补偿。《社会保险法》第84条规定，用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正；逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上三倍以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五百元以上三千元以下的罚款。

3. 某工程学院毕业生崔某2010年7月初与某工程公司签订三年期劳动合同，试用期两个月，同年7月21日崔某在上班途中遭遇交通事故，需住院治疗三个月。问崔某有权享受医疗期待遇吗？某工程公司能否在试用期内解除劳动合同？

国家劳动法律保障劳动者患病或非因工负伤期间的合法权益，《劳动法》第73条规定，劳动者在患病、负伤时，依法享受社会保险待遇。原劳动部〔1994〕479号文《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第2条规定，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期限。第3条规定，企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期。

崔某和公司依法签订劳动合同，双方之间劳动关系有效成立，虽然遭遇交通事故是在试用期内，却并不妨碍崔某作为企业职工依法享受医疗期待遇。

如果公司以崔某需要住院治疗属于“在试用期间被证明不符合录用条件”为由解除劳动合同，则必须首先在录用条件中对此有明确规定，并且该规定已经明确告知崔某。否则，如果公司以此为由而解除尚在医疗期内的崔某的劳动合同，就属于违法解除劳动合同，需要依法承担相应的法律责任。

如果公司试图在崔某医疗期满后与其解除劳动合同，则需依据《劳动合同法》第40条第1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”之规定，提前三十日以书面形式通知崔某本人或者额外支付崔某一个月工资，并依法支付经济补偿后，才可以解除劳动合同。

4. 用人单位是否可以延长或缩短试用期？

实践中，经常有用人单位在劳动者试用期满后认为需要进一步考察才能确定是否录用劳动者，因而单方面决定延长试用期，这种做法是违反法律规定的。试用期在劳动合同中属于约定条款，需由用人单位和劳动者双方在充分表达各自意见的基础上协商一致才能成立。用人单位无权凌驾于劳动者之上，把自己的意志强加给劳动者，单方延长试用期。

即使劳动关系双方当事人协商一致，也不能延长试用期，经协商一致后延长的试用期，实质为再次约定试用期，违反劳动合同法关于“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的强制性规定，当然无效。即便双方第一次试用期限的约定没有达到劳动合同法规定的期限，也不妨碍延长试用期至法定最高限的约定属于第二次约定试用期的性质。如果用人单位执意延长试用期，将要依法承担法律责任。

如果用人单位对于试用期内的劳动者的表现非常满意，是否可以单方面缩短试用期呢？答案是否定的。试用期是用人单位和劳动者为相互考核了解而约定的考察期。在试用期内，用人单位可以考察劳动者工作能力等需要掌握的信息，而劳动者则可以考察用人单位的工作内容、劳动条件、发展前景等。这种考察对于双方来讲，是一种权利。因而对于约定的试用期条款，如果没有经双方协商一致，是不能单方予以缩短的。用人单位如果强行单方面缩短试用期，就侵犯了劳动者在试用期内考察、选择的权利，同时也违反了劳动合同法的规定，需要依法承担相应法律责任。

四、法条链接

《劳动法》(1994年7月5日第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过,根据2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正)

第二十一条 劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月。

第二十五条 劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:

(一)在试用期间被证明不符合录用条件的;

.....

第三十二条 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;

.....

《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)

18.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。

19.试用期是用人单位和劳动者为相互了解,选择而约定的不超过六个月的考察期。一般对初次就业或再次就业的职工可以约定。在原固定工进行劳动合同制度的转制过程中,用人单位与原固定工签订劳动合同时,可以不再约定试用期。

《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发〔1996〕354号)

3.按照《劳动法》的规定,劳动合同中可以约定不超过六个月的试用期。劳动合同期限在六个月以下的,试用期不得超过十五日;劳动合同期限在六个月以上一年以下的,试用期不得超过三十日;劳动合同期限在一年以上两年以下的,试用期不得超过六十日。

试用期包括在劳动合同期限内。

4.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。

《劳动部办公厅对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》(劳办发〔1995〕16号)

“对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同；若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。”

《劳动合同法》(2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，根据2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》修正)

第十九条 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

第二十条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资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。

第二十一条 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

第三十七条 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- (二) 严重违反用人单位的规章制度的；
- (三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

- (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- (六) 被依法追究刑事责任的。

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

(一) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

(二) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

.....

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

《劳动合同法实施条例》(2008年9月18日国务院令第535号公布)

第十五条 劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。



第二章

用人单位规章制度问题

现实疑问（一）：2012年6月，某建筑公司人力资源部部长郑某组织所属经济师、定额员住进某宾馆，经过多次研究讨论，制定出《某建筑公司安全质量绩效考核奖惩办法》。办法决定，为有效激励职工的安全质量意识，决定自2012年8月起，每月扣除职工岗位工资600元纳入绩效考核，根据安全质量绩效考核结果进行奖惩。办法经公司总经理批准后正式实施。

现实疑问（二）：2007年6月21日，某铁路宾馆客房部职工孙某与单位签订三年期停薪留职协议，2010年6月20日，孙某停薪留职期满却未及时回单位工作。2010年9月10日，宾馆人力资源部在多次拨打孙某联系电话未果的情况下，依据《企业职工奖惩条例》第18条的规定，对孙某作出除名处理决定。

现实疑问（三）：2010年8月，赵某与某工务段签订劳动合同，从事道口看守工作，月工资1900元。2012年10月，工务段称赵某经常在上班时研究彩票、值夜班时睡觉，严重违反劳动纪律，故依据段职工奖惩办法，宣布解除与赵某的劳动合同。

某工务段职工奖惩办法为单位人力资源部制定，并在单位连通车间的局域网上公布，赵某称身处车间下属的没有局域网办公条件的基层班组，从未知晓段职工奖惩办法。

律师观点：

现实疑问（一）中某建筑公司在制定安全质量绩效考核奖惩办法时，没有严格按照劳动合同法规定的民主程序进行，即在制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度时，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。因而该办法对劳动者没有约束力，

不能成为管理劳动用工的依据，更不能成为劳动人事争议仲裁机构或人民法院审理劳动争议案件的依据。同时某建筑公司有可能因该办法无效，而承担相应的法律责任，包括劳动行政部门给予警告、责令改正的行政责任，劳动者主张的民事赔偿责任，劳动者亦有权因此解除劳动合同并要求支付经济补偿金。

现实疑问（二）中某铁路宾馆依据国务院 1982 年发布施行的《企业职工奖惩条例》的规定对劳动者作出除名处理决定，没有法律依据。因为该条例已于 2008 年 1 月 15 日被明令废止，其他法律对于除名也没有明确规定，用人单位继续沿用以前法定化、特定化的劳动纪律措施奖惩劳动者，当然无效。

现实疑问（三）说明用人单位将直接涉及劳动者切身利益的规章制度采取有效的措施公示或者告知劳动者，并保留相关证据的重要性。用人单位在其内部局域网上公布劳动规章制度，虽然经济且方便操作，但该方法难以证明每名职工已经知道规章制度的内容，如果有职工提供有效的证据证明在公示期间因正当理由没有出勤，则该规章制度对其就没有公示的效力。在劳动争议纠纷中，用人单位也不易于举证证明自己尽到了公示义务。

一、问题解析

用人单位规章制度是指用人单位根据国家有关法律法规和政策，结合本单位具体情况，通过民主程序制定的、并向劳动者公示的规范和调整本单位管理行为的内部性劳动管理规则和制度。

《劳动部关于对新开办用人单位实行劳动规章制度备案制度的通知》（劳部发〔1997〕338号）指出劳动规章制度主要包括劳动合同管理、工资管理、社会保险福利待遇、工时休假、职工奖惩，以及其他劳动管理规定。《劳动合同法》第4条则指出用人单位规章制度包括有关劳动报酬、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。

（一）用人单位规章制度的功能

第一，用人单位规章制度是用人单位内部的法律，是实现用人单位内部

规范化管理的基础和依据。

《劳动法》第4条规定，用人单位应当依法建立和完善规章制度。《劳动合同法》第4条规定：“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。”对于用人单位来说，依法制定规章制度是其法定权利和义务；对于劳动者来说，严格遵守用人单位依法制定的有效规章制度则是其法定义务。合法、有效的规章制度能够规范、指引用人单位内部组织机构和劳动者的行为。制定具有明确性、可操作性的规章制度是加强劳动纪律的需要，是建立市场经济中现代企业制度的需要。

第二，用人单位规章制度是用人单位行使自主管理权，调整劳动关系的准则。

《劳动法》第25条第2项规定，劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第87条规定，劳动法第二十五条第三项中的“重大损害”应由企业内部规章来规定，不便于在全国对其作统一解释。《劳动合同法》第39条第2项亦规定，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。

由此可见用人单位规章制度在调整劳动关系、规范劳动行为中的重要地位。尤其国务院1982年发布施行的《企业职工奖惩条例》在2008年1月15日废止后，用人单位参考《企业职工奖惩条例》的具体规定，依法在规章制度中及时确立有关警告、记过、记大过、开除、除名及辞退等纪律处分措施，就非常必要。如果用人单位没有及时在规章制度中确立相关纪律处分措施，而是继续沿用以前法定化、特定化的劳动纪律措施，就没有法律依据，从而导致劳动管理行为无效，甚至可能需要承担相应的法律责任。

第三，依法制定的规章制度是用人单位解决劳动争议的有效证据。

《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》（法释〔2001〕14号）第19条规定：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”《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）》（法释〔2006〕6号）

第16条规定：“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。”

（二）用人单位规章制度的制定

第一，用人单位制定规章制度要合法、合理。

《劳动合同法》第38条第4项规定，用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的，劳动者可以解除劳动合同。用人单位制定规章制度第一要旨在于保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务，其关于劳动报酬、保险福利、劳动纪律以及劳动定额管理等方面的规章制度的内容必须遵守劳动法、劳动合同法及其实施条例、安全生产法、职业病防治法以及其他相关法律、行政法规、地方性法规的规定。如果用人单位制定的规章制度违反法律、法规的规定，则要承担相应的法律责任。劳动者在用人单位规章制度违反法律法规的规定，侵犯自己合法权益的情况下，可以依法行使劳动合同特别解除权，即无需向用人单位提前预告，只要履行一定的通知义务就可以无条件单方解除与用人单位之间的劳动合同，并且有权要求用人单位赔偿损失，支付经济补偿金。

用人单位在合法制定规章制度的同时，也应当以科学发展观为指导，坚持以人为本，力求合理。《劳动法》与《劳动合同法》均规定，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。但两部法律都没有对何谓“严重违反”作出详细、具体的规定，这就需要用人单位根据法律的内在精神实质，结合本单位的生产经营实际以及劳动者所从事的工作岗位、需要承担的生产责任等客观情况在制定规章制度时予以具体细化。但用人单位绝不可以借此机会，恶意侵犯劳动者的合法权益，如将“午餐时间超过三十分钟”、“一个月累计病事假超过六十分钟”等列为“严重违反用人单位规章制度”的情形，并以此为依据惩罚劳动者。如此不合情理的规章制度在发生劳动争议时，是不会得到劳动人事争议仲裁机构或人民法院的支持的。《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（苏高法审委〔2009〕47号）第19条规定：“用人单位以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同的，人民法院、仲裁机构应当审查用人单

位规章制度的制定程序是否合法、劳动者的违纪行为在规章制度中是否有明确规定、规章制度对劳动者严重违纪行为的规定是否公平合理等，以判断劳动者是否属于严重违反用人单位规章制度、用人单位解除劳动合同的行为是否合法有效。”

需要注意的是，用人单位在制定规章制度时，应当事前审查掌握集体合同、劳动合同的相关内容，力求内容一致。《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条规定：“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。”劳动合同是用人单位与劳动者之间确定劳动关系、明确双方劳动权利义务的协议，是保护劳动者合法权益的基本依据，效力优先。集体合同是指用人单位工会代表全体劳动者与用人单位依法在平等协商一致的基础上，就劳动报酬、工作时间、保险福利等事项签订的书面协议，其效力亦高于用人单位的规章制度。

第二，用人单位应当通过民主程序制定规章制度。

《劳动合同法》第4条第2款规定：“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。”第3款则规定：“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。”

《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19条规定：“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”

根据劳动合同法和最高人民法院司法解释的规定，用人单位制定规章制度，尤其是直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，必须严格遵循法定的要件。

其一是主体要件。规章制度的制定主体应当是用人单位内部最高决策机