飞劳动法月刊

Fei Labor Law Monthly　　2020 年 3 月刊　第 10 期

二倍工资的理解适用

二倍工资的诉讼时效　未订立劳动合同但无需支付二倍工资的情形

三月企业最关心的劳动法问题

企业不签订劳动合同所犯的典型错误

三月新规速递

十年坚持
铸就匠心

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 三月HR最关心的十个基础劳动法问题

04 三月HR最关心的十个专业劳动法问题

10 用工案例分析之你错了

10 一、老板你错了：不签订劳动合同责任重大

16 二、员工你错了：用人单位解除劳动合同，不是必须支付经济补偿或赔偿金

20 二倍工资的解读专题

20 一、正确认识二倍工资

26 二、有七种人，不能主张未签订劳动合同的二倍工资

29 三、员工拒签劳动合同，单位不能马虎了事

34 四、最新劳动合同签订规定解读

38 新规速递

38 一、《关于做好因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件处理工作的通知》

41 二、人力资源社会保障部办公厅关于进一步推进失业保险金“畅通领、安全办”的通知

44 “飞劳动法”团队

44 团队介绍

三月 HR 最关心的十个基础劳动法问题

一、劳动合同期限届满前，用人单位决定不续签是否需要提前 30 日通知劳动者？

答：现行法律并没有规定劳动合同期满不续签，用人单位需要提前通知劳动者。除个别地方性法规有特别规定或劳动合同中约定需要提前通知以外，用人单位决定不续签的，无需提前 30 天通知劳动者。

二、劳动合同缺乏必备条款，是否必然无效？

答：劳动合同缺乏必备条款并不必然无效。

根据《劳动合同法》第八十一条规定，劳动合同缺乏必备条款由劳动行政部门责令改正。可知，劳动合同缺乏必备条款的后果并不直接导致合同无效，而是责令用人单位改正。而劳动合同无效的情形规定在《劳动法》第十八条和《劳动合同法》第二十六条，也即如果劳动合同缺乏必备条款但不具有《劳动法》第十八条和《劳动合同法》第二十六条规定的情形，则可由用人单位补正，并不必然无效。

三、单位未向员工提供劳动合同文本，是否视为未签订书面劳动合同？

答：根据《劳动合同法》第八十一条的规定，用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。由此可知，用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的法律后果是由行政部门责令改正以及对劳动者承担赔偿责任，而非视为未签订书面劳动合同。

四、用人单位规定员工不得辞职，该规定是否具有法律效力？

答：该规定无效。根据《劳动合同法》第三十六条、第三十七条及第三十八条的规定，劳动者可与用人单位协商一致解除劳动合同，

也可以在符合法定情形下由劳动者单方解除劳动合同，不需以用人单位同意为前提。因此，用人单位规定员工不得辞职，违反了《劳动合同法》规定，属于无效规定。

五、用人单位解除劳动合同未事先通知工会的，需承担什么法律后果？

答：如果用人单位有建立工会，那么用人单位单方解除劳动合同前应当通知工会，否则会被认定为违法解除而需承担支付赔偿金责任。根据《最高人民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。”可知，用人单位解除劳动合同前，应当履行通知工会的法定程序，最迟亦应在起诉前补正相关程序。

六、试用期内，用人单位是否应当给劳动者缴纳社保？

答：根据《社会保险法》第五十八条，用人单位自用工之日起三十日内为职工办理社会保险登记，即法律规定劳动关系一旦确定，用人单位就应承担为职工缴纳社保的义务。而根据《劳动合同法》第十九条第四款的规定，试用期也属于劳动合同期限内，劳动者有权享受各项社会保险待遇。因此，用人单位应当为试用期内的职工履行缴纳社保的义务。

七、用人单位能否单方决定将员工调往外地？

答：此情形下，应视工作调动地点是否属于劳动合同中所约定的工作地点范围而进行具体分析：第一，如果工作调动地点属于劳动合同中所约定的工作地点范围的，则用人单位有权依据劳动合同的约定，单方调动员工工作地点。第二，如果工作调动地点不属于劳动合同所约定的工作地点范围的，用人单位单方调动属于变更劳动合同内容的

行为，需与员工协商一致。

八、签订无固定期限劳动合同的员工出现严重违纪行为时，用人单位可以解除劳动合同吗？

答：可以。首先，签订无固定期限劳动合同意味着用人单位与劳动者对劳动合同期限没有约定确切的终止时间，并非排除用人单位解除劳动合同的权利。其次，《劳动合同法》第三十九条第二款规定严重违反用人单位规章制度属于用人单位解除劳动合同的法定情形，适用范围包括签订无固定期限劳动合同的员工。因此，即便员工签订无固定期限劳动合同，一旦严重违反用人单位规章制度，用人单位同样可以依法解除劳动合同。

九、劳动关系终止后，用人单位拒绝向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，可能承担什么法律后果？

答：劳动关系终止后由用人单位出具解除或者终止劳动合同的书面证明是用人单位的法定义务，也属于用人单位履行劳动合同的附随义务。根据《劳动合同法》第八十九条，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

十、用人单位不缴纳社保，劳动者有哪些合法救济途径？

答：根据现行法律规定，用人单位违反法定义务不缴纳社保的，劳动者可以通过以下合法途径救济权利：第一，劳动者可以向行政部门进行举报。根据《社会保险法》第八十二条第一款及第八十四条、《劳动法》第一百条规定，劳动者可以向社保行政部门、劳动行政部门投诉，由社保行政部门、劳动行政部门责令用人单位限期缴纳；逾期不缴纳的，可以加收滞纳金或处以罚款。第二，劳动者可以根据《劳动合同法》第三十八条及第四十六条单方解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。另外，还可以根据实际情况，主张相关的社会保险待遇损失的赔偿。

三月 HR 最关注的十个专业劳动法问题

一、劳动者符合订立无固定期限劳动合同的条件，但用人单位与劳动者续签固定期限劳动合同，劳动者事后后悔，还能否以用人单位未签订无固定期限劳动合同为由，要求支付二倍工资？

答：根据《劳动合同法》第十四条第二款规定“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同……”从法律条文来看，法律并未排除符合订立无固定期限劳动合同条件的劳动者订立固定期限劳动合同的情形。从法律目的来看，当劳动者符合签订无固定期限劳动合同时，法律赋予劳动者选择权，即劳动者可以选择签订无固定期限或固定期限劳动合同。而劳动者选择签订固定期限劳动合同，意味着其放弃与用人单位签订无固定期限劳动合同的权利，属于劳动者自由行使劳动权利的体现。

而根据《劳动合同法实施条例》第十一条规定“除劳动者与用人单位协商一致的情形外，劳动者依照劳动合同法第十四条第二款的规定，提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。对劳动合同的内容，双方应当按照合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则协商确定；对协商不一致的内容，依照劳动合同法第十八条的规定执行。”据此可知，如果劳动者与用人单位协商一致，双方可以签订固定期限劳动合同，合法合理，并无不妥。劳动者事后后悔以未签订无固定期限劳动合同为由要求支付二倍工资的，违反诚实信用原则，不能获得支持。

《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要》（2011 年）第 25 条对此也有明确的规定：依照《劳动合同法》规定应当签订无固定期限劳动合同，但劳动者与用

人单位签订了固定期限劳动合同，且无证据证实存在欺诈、胁迫、乘人之危等情形的，可认定为《劳动合同法实施条例》第十一条规定的“劳动者与用人单位协商一致的情形”。

二、用人单位初次约定的试用期未达到法定最高期限，是否可以在试用期满后延长试用期至法定最高期限？

答：根据《劳动合同法》第十九条第二款“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。”也即法律明确规定用人单位与劳动者只能约定一次试用期，即便试用期没有达到法定最高期限，也不能延长试用期。一旦延长，即为“第二次约定试用期”，该延长试用期的行为无效。

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

三、劳动者在劳动合同期满后继续工作但不签订劳动合同，用人单位是否需支付二倍工资？

答：根据《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。此处对合同期满未签合同是否应支付二倍工资未有具体规定，实践中对于该问题有不同观点。就广东地区而言，已有明确规定。广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》(粤高法〔2012〕284 号)第 14 条第二款规定，劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续订劳动合同，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条第一款规定要求支付二倍工资的，应予支持。因此在广东地区的司法实践中，若合同期满劳动者继续提供劳动而又

未签订合同，用人单位需支付二倍工资，但也给予用人单位一个月的宽限期，不过有些地方没有一个月的宽限期，比如北京。

四、劳动者请人代为履行劳动合同是否合法？

答：劳动者请人代为履行劳动合同的行为不合法，理由如下：

首先，劳动合同具有人身不可分离性。《劳动法》第三条规定“劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。”该条文规定应理解为劳动者亲自履行劳动义务，不得擅自交由他人代为履行。其次，《劳动合同法》第二十九条规定，劳动者履行劳动合同应当实行全面履行原则。由于劳动合同主体的特定性，用人单位之所以选择特定的劳动者也是出于对劳动者本身岗位能力素质的信赖，这也决定了劳动者在全面履行劳动合同时具有专属性和不可替代性。最后，劳动者未经用人单位许可，请人代为履行劳动合同的行为，属于单方变更劳动合同，符合法定情形的，用人单位可以依法解除劳动合同并要求赔偿由此给用人单位所造成的损失。

五、用人单位与劳动者补签劳动合同后，劳动者还能否主张补签劳动合同之前未签订劳动合同期间的二倍工资？

答：在广州地区是不能的。广州中院的《民事审判若干问题的解答》(2010 年)第八条的第 4 个问答中明确“对于‘倒签劳动合同’，常见有用人单位在用工初期未跟劳动者签订劳动合同，但在后来的劳动合同中约定工作期限不是从签订之日计算而是从用工之日开始计算，劳动者也同意按该时间签订的，应视为劳动者确认劳动合同期限已经涵盖未签劳动合一同时期，属于劳动者的一种追认，用人单位无需支付双倍工资。”不过，在王林清、杨心忠主编的《劳动合同纠纷裁判精要与规则适用》一书中则认为，需支付二倍工资，主要理由为：第一，按照《劳动合同法》第十条第一、二款规定用人单位必须在用工之日起一个月内签订劳动合同；第二，按照《劳动合同法实施条例》

第六条第一款、第七条的规定，补签劳动合同并未排除劳动者请求支付二倍工资的权利。

六、用人单位与劳动者约定劳动合同的终止条件，该约定是否合法？

答：根据《劳动合同法》第四十四条“有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（四）用人单位被依法宣告破产的；（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。”可知，劳动合同终止的条件属于法定情形。而根据《劳动合同法实施条例》第十三条规定“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。”可见，法律规定已经排除了劳动合同终止的约定情形，用人单位与劳动者不能再约定劳动合同终止的条件。即便劳动合同当事人本着真实意思表示约定了劳动合同的终止条件，也因该约定违反法律强制性规定而无效。

七、用人单位规定劳动者辞职需要提前一年告知，该规定是否具有法律效力？

答：根据《劳动合同法》第三十七条的规定“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。”如果用人单位规定劳动者辞职需提前一年告知，则属于加重劳动者义务，限制劳动者辞职权利的行为，根据《劳动合同法》第二十六条的规定，该规定无效。

八、用人单位与劳动者约定“因劳动者过失造成的工伤责任自负”，该约定是否具有法律效力？

答：该约定违反法律强制性规定而无效。根据《工伤保险条例》第十四条、第十五条的规定，可知工伤的认定属于法律明文规定的情

形，不以用人单位或劳动者是否存在过错为前提。而享受工伤保险待遇是工伤职工的法定权利，不能以“工伤责任自负”条款将劳动者的权利排除在外。尽管“工伤责任自负”条款的约定可能取得劳动者同意，但因该条款违反《劳动法》《劳动合同法》及《工伤保险条例》的强制性规定，属于无效条款。用人单位不能以此类条款排除劳动者依法享受工伤保险待遇的权利。

九、用人单位能否投保商业保险来免除其承担的工伤保险补充赔偿责任？

答：此情形下，应当区分用人单位所投保的险种而分别讨论：

第一，如果用人单位投保商业人身保险，则不能免除其应承担的工伤保险补充赔偿责任。根据我国《保险法》的规定，用人单位为劳动者投保人身保险，受益人是被保险人劳动者而不是用人单位，性质上属于为职工提供的一种福利，劳动者可以兼得。用人单位不能以此免除其应承担工伤保险补充赔偿责任的义务。

第二，如果用人单位投保商业责任险（如雇主责任险），则可以免除其应承担的工伤保险补充赔偿责任。商业责任险具有补充功能，受益人是用人单位，可以转移因职工发生工伤而产生需要承担一次性伤残就业补助金等补充赔偿责任的风险。

十、港澳台劳动者能否向用人单位主张未订立劳动合同二倍工资？

答：由于台港澳人员内地就业许可制度的变更，该问题应当分情况进行具体讨论。

第一，就业许可制度取消之前，如果港澳台劳动者已办理就业证的，则不存在未签订劳动合同需二倍工资的问题。理由在于，办理就业证需要将劳动合同提交行政机关备案，也即劳动者与用人单位先签订劳动合同才能完成办理就业证的行政审批手续，因此不存在未订立劳动合同的情况。

第二，就业许可制度取消之前，如果港澳台劳动者未办理就业证的，则劳动者因主体不适格而不能成立劳动合同，自然也不存在未签订劳动合同需二倍工资的问题。理由在于，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)》第十四条第一款、参照《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》第十八条的规定，未办理就业证的港澳台居民因主体不适格，无法签订劳动合同，自然也不存在请求未订立劳动合同二倍工资的基础。

第三，就业许可制度取消后，用人单位未与港澳台劳动者签订劳动合同的，可能需要承担支付二倍工资的法律责任。就业许可制度取消后，港澳台劳动者依法享有与内地居民同等的劳动权益。根据《劳动合同法》第八十二条的规定，如果用人单位自用工之日起超一个月未满一年未签订劳动合同，港澳台劳动者有权请求用人单位承担支付二倍工资的法律责任。

【老板你错了】

不签订劳动合同责任重大

【实务指导】

一、不签订书面劳动合同可能产生的法律后果

(一)所谓“二倍工资”，即不签订劳动合同二倍工资差额，理解该概念需要注意：

1.二倍工资的起算点为用工之日起的第二个月；

2.二倍工资起算时间与试用期无关，试用期也需要签订劳动合同；

3.二倍工资最多赔偿11个月；

4.二倍工资不属于劳动报酬，所以严格适用诉讼时效；

5.二倍工资的计算基数，各地有不同的标准，有些地方明确不包括加班费、年终奖等其他工资收入。

(二)不签订书面劳动合同，视为签订无固定期劳动合同

此情形下，用人单位失去了劳动合同期满终止劳动合同的权利，即使后来签订了一次固定期限的劳动合同，但仍认定合同期满后应签订无固定期限的劳动合同，而非合同期满用人单位可终止劳动合同。

(三)不签订书面劳动合同，用人单位无法约定试用期

未签订劳动合同，也就无法在劳动合同中约定试用期。如果劳动者不符合单位的录用要求，也就不能以试用期不符合录用条件为由解除劳动合同关系。而解聘试用期内的劳动者，难度是要远远低于解聘非试用期内员工的。

(四)员工拒绝签订劳动合同，用人单位可单方终止劳动关系。但用人单位在劳动者入职一个月后才单方终止的，需承担较大的法律责任。

如果自劳动者入职起一个月内，用人单位书面通知后劳动者仍不

与用人单位订立书面劳动合同，用人单位书面通知劳动者终止劳动关系，就无需支付经济补偿金及二倍工资。如果劳动者入职已超过一个月，用人单位再通知终止劳动关系，则需支付经济补偿金及二倍工资。

二、员工未签订或拒绝签订书面劳动合同的防范建议

实践中，劳动者出于各种原因，在劳动关系存续期间，拒绝与用人单位签订劳动合同。在这种情况下，一旦劳资双方发生劳动争议，劳动者往往会提起二倍工资诉求，而这种二倍工资的诉求，一般都数额巨大，而且大都可以获支持。对此，看似对用人单位而言不公平不合理，明明是劳动者故意不签订劳动合同，甚至有的单位还提供了劳动者拒绝签订劳动合同的声明，但即便如此，用人单位仍然无法避免二倍工资的法律责任。

该情形下其法律后果基本与单位拒绝签订劳动合同的法律后果一致，如下规则需明确：

双方未签订劳动合同，即使用人单位证明系员工拒签，用人单位不能避免承担二倍工资的法律责任；

即使员工申请不签订劳动合同，用人单位也不能避免承担二倍工资的法律责任；

即使员工明确拒绝签订书面劳动合同，也不宜立即终止劳动关系，需先“书面”通知签订，员工拒绝签订后，才能“书面”通知终止劳动关系，上述通知及解除通知，均需采用“书面”形式！如果没有经过上述程序，用人单位可能被认定为违法终止；

员工拒签劳动合同，用人单位必须在入职起一个月内解聘，否则，仍然面临支付二倍工资及经济补偿金的风险。

【参考案例】

案例一：试用期不与劳动者签订劳动合同，用人单位是否需要承担二倍工资的责任？

基本案情

马某于 2015 年 6 月 15 日进入新天豪公司处工作，双方未签订书面劳动合同，某公司未为马某缴纳社会保险费。2015 年 11 月 19 日，马某以某公司未为其缴纳社会保险费、未签订书面劳动合同为由以书面邮寄形式向某公司提出离职，某公司于 2015 年 11 月 21 日签收。后马某诉至法院，要求某公司支付未签订劳动合同的二倍工资差额。某公司主张在试用期就可以不签订书面劳动合同 ，请求判令免除未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

法院认为某公司未与马某签订书面劳动合同，应当按照法律规定支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

用人单位和劳动者建立劳动关系，依法应当签订书面的劳动合同。是否存在试用期并不是签订书面劳动合同与否的前提条件，某公司认为有试用期就可以不签订书面劳动合同的主张于法无据，法院不予支持。

案例二：未签订书面劳动合同，在已形成无固定期限劳动合同关系的情况下再签订书面固定期限劳动合同，用人单位能否在该劳动合同期满时单方终止劳动关系？

基本案情

2009 年 7 月 1 日，孙某入职北京某建筑有限公司处工作，担任资料管理员。2016 年 4 月 25 日，双方才签订书面劳动合同，约定合同期限为 2016 年 4 月 1 日至 2016 年 12 月 20 日止，岗位为文员。2016 年 12 月 2 日，建筑公司向孙某送达了劳动合同不续签通知书。2016 年 12 月 20 日，建筑公司与孙某双方的劳动合同到期终止。故孙某向法院起诉请求：判令建筑公司支付孙某违法终止劳动合同赔偿金 87000 元。

法院认为，建筑公司在未征得孙某意见的前提下单方面于 2016 年 12 月 2 日向孙某送达劳动合同不续签通知书，构成违法终止劳动

合同，应支付违法终止劳动合同赔偿金。

建筑公司是在与孙某已形成无固定期限劳动合同关系的情况下，又与孙某签订了书面固定期限劳动合同，建筑公司不得在该固定期限劳动合同到期后，单方终止与孙某的劳动关系。此时的孙某有权选择与建筑公司签订固定期限或无固定期限劳动合同，建筑公司根据孙某的选择负有强制缔约的义务。

案例三：未签订劳动合同，用人单位能否以员工不符合录用条件解除劳动关系？

基本案情

朱某入职某培训中心，双方未签订劳动合同。朱某入职一个月后，某培训中心以试用期内朱某不符合录用条件为由与其解除劳动关系。朱某认为某培训中心解除行为违法，要求其支付赔偿金。双方发生争议，遂诉至法院。

某培训中心主张，双方约定了两个月的试用期，但朱某对此予以否认。法院认为，双方没有订立劳动合同，无法约定试用期。因试用期的期限的确定与劳动合同期限相关，现双方没有订立劳动合同，故不能适用试用期解雇的相关规定，某培训中心以朱某不符合试用期内录用条件为由解除劳动合同属于违法解除。故判决某培训中心支付朱某违法解除劳动合同经济赔偿金。

案例四：员工拒绝签订劳动合同，用人单位是否还需承担二倍工资的责任？

基本案情

刘某受雇于安顺某妇科医院，双方未订立书面劳动合同。后刘某向法院起诉，要求安顺某妇科医院支付未签订劳动合同二倍工资差额。

安顺某妇科医院辩称，系刘某拒绝签订，责任在于刘某，故其无需支付刘某二倍工资。

法院认为，在刘某拒签劳动合同的情况下，安顺某妇科医院没有

在自用工之日起一个月内书面通知终止劳动关系。

根据《劳动合同法实施条例》第五条的规定，即“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劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬”。自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，如劳动者不愿意与用人单位签订劳动合同，用人单位应终止劳动关系。

安顺某妇科医院未提供签订劳动合同的书面通知送达刘某的相关证据，从其按月发放工资的行为来看也没有终止劳动合同的意向。现刘某请求安顺某妇科医院支付用工期间的双倍工资于法有据，法院予以支持。

【法条链接】

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第三款 用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款第（一）项 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。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第五条 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劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

第六条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》 14、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，或者虽通知劳动者签订书面劳动合同但劳动者无正当理由拒不签订，用人单位未书面通知劳者终止劳动关系的，应当按照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资（虽然在 2008 年时，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》曾规定，如果是因为劳动者原因未签订书面劳动合同的，无需支付二倍工资，但 2012 年的《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》已作相应调整）。

上述规定均明确：用人单位签订书面劳动合同的期限是一个月，无论是劳动者的原因还是用人单位的原因，只要超过一个月没有签订劳动合同，用人单位就应当支付二倍工资，不存在例外的情形，用人单位当然不能以劳动者拒绝签订劳动合同为由不承担二倍工资的法律责任。对于劳动者拒绝签订合同的情形，法律亦明确规定，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，用人单位经书面通知劳动者可终止与其的劳动关系，并无需支付经济补偿。

【员工你错了】

用人单位解除劳动合同，不是必须支付经济补偿或赔偿金

以下的十种情形，用人单位是无需作补偿或赔偿的：

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，因此对用人单位而言，入职材料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

此是最为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检查规章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的程序要求，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）关于严重违反规章制度的行为，所对应法律后果应是唯一而非可选择的不同程度处理方式，典型的错误是比如对于严重违纪的行为规定了可作记过、记大过及解除劳动合同的三种处分方式，而对于相应的违规行为如作记大过或作解除劳动合同的处分，其合理性就会有极大争议。

四、劳动者严重失职，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 2000 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，显然是立法上的错误。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，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“暂时停止履行”而非“终止”（《关于贯彻执行<劳动法>若干问题的意见》第 28 条的规定“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间的劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。如果劳动者被判犯罪的，用人单位可以与劳动者解除劳动合同，且不支付经济补偿金。”）。

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

此系基本的规定，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，不但解除劳动合同不但无需支付经济补偿金，而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、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。如以此为由而解除劳动合同的，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，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。

● （备注：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。）

【二倍工资的解读专题】

一、正确认识二倍工资

随着经济持续发展，劳资纠纷亦日趋增多，但用人单位因种种原因没有在劳动关系的存续期间与劳动者签订劳动合同，导致在劳动报酬、社会保险、经济补偿金的争议或是工伤事故发生时，劳动者常常无法举证劳动关系与劳动报酬等事实，该情形不但严重妨碍劳动仲裁机关和司法机关对劳动纠纷案件进行裁判，更严重损害了劳动者的合法利益。因而，在制定《劳动合同法》时，为了避免这种情况，督促用人单位与劳动者签订劳动合同，该法的第八十二条规定“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”（下简称第八十二条）。在《劳动合同法》实施后，劳动者利用该条规定要求用人单位支付二倍工资的诉求一直是劳动争议的主要内容之一。

在实际操作中，由于第八十二条的规定较为含糊，并且对于该二倍工资的性质，相关职能部门并没有作出明确的说明，导致在二倍工资的争议发生时，无论是劳资双方的诉辩中，还是劳动仲裁机关、法院的裁判中，都对此项二倍工资性质和数额的认定存在较大差异。我们假设如下案例进行分析：劳动者于 2008 年 1 月 1 日入职用人单位，但用人单位一直没有与其签订劳动合同，其月工资为 2000 元。劳动者于 2009 年 3 月 31 日离职用人单位，后在 2009 年 7 月 1 日提起仲裁申请。那么对于劳动者二倍工资的诉求，大致有以下几种观点：

第一种观点认为，用人单位支付的计算标准应是从 2008 年 2 月 1 日起至离职之日止。

根据这种观点，劳动者在提出仲裁申请时，对于二倍工资的请求，往往表述如下在：要求用人单位支付劳动者从 2008 年 2 月 1 日起至

2009 年 3 月 31 日止未签订劳动合同的二倍工资中的未支付部分，即 2000 元×14=28000 元。

第二种观点认为，超过 11 个月以上部分的二倍工资，劳动者再以用人单位不签订劳动合同为由而需支付二倍工资的诉求不应该得到支持。

持该种观点的理由是根据《劳动合同法》第十四条第二款第三项的规定："用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限的劳动合同"。因此，超过十二个月后不签订书面劳动合同的，双方已转为无固定期的劳动合同，所以已经不存在因不签订劳动合同而需支付二倍工资的问题。同时，如果劳动者想获得上述 11 个月的二倍工资，必须在离职后的一年内主张该权利，如果超过 1 年的诉讼时效的，不该被支持。因此，本案例中用人单位因未签订书面劳动合同而需支付的二倍工资应从 2008 年 2 月 1 日起计算到 2008 年 12 月 31 日止，为总数 11 个月的工资，即劳动者可获得的二倍工资差额为：2000×11=22000 元。

第三种观点认为，如果劳动者想获得 11 个月的二倍工资，必须在应签订劳动合同而未签订后的第十三个月内前提起，否则，就不能得到全额的支持。也就是说，从第十四个月起算，每超一个月，则获得支持的二倍工资就应该少算一个月，到第二十四个月仍未主张的，则不应该获得任何的支持，并且需特别强调的是，该时效的计算并不从劳动者离职的当天开始计算。具体到本文所举的例子，劳动者根据第八十二条的规定而要求用人单位支付的二倍工资为：2000×6=12000 元。其理由是该 11 个月的二倍工资，应该是每一月都分开计算时效，主张第一个月二倍工资（2008 年 2 月份）的最后期限应是一年内的 2009 年 2 月 28 日之前。其他月份的时效也相应往后推算，因为本文例子中劳动者在 2009 年 7 月 1 日时才申请仲裁，那么其 2008 年 2 月、3 月、4 月、5 月、6 月份的二倍工资要求因已超过了

一年的诉讼时效，不应该得到支持。

上述观点中，不少对劳动争议实践不了解的人多支持前二种观点都有较多的支持者，但恰恰是该第三种观点最能符合法律的规定，且也是现时司法实践的裁判标准。如要对上述三个观点正确与否进行分析，首先，必须正确理解第八十二条规定中关于二倍工资月数的限制。其次，需区分《劳动仲裁法》第二十七条第一款、第四款对于劳动争议仲裁时效的区别性规定，并结合二倍工资的性质进行理解。关于二倍工资规定的月数限制本文将在后面进行说明，现首先就诉讼时效和二倍工资性质进行分析：

一、劳动仲裁时效的规定。

《劳动仲裁法》第二十七条规定第一款规定“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”；第四款规定“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出”。据上述第一、四款的规定可知，劳动争议的仲裁时效为一年，但如果是劳动报酬的争议，则不受第一款限制，只要是在离职后的一年提起都可以。那么二倍工资的是否属于劳动报酬呢？

二、二倍工资性质。

用人单位自用工之日起超过一个月不满一年不与劳动者订立书面劳动合同，以及用人单位违反本规定，不与劳动者订立无固定期限劳动合同的违法行为，本条规定了一种惩罚性的民事赔偿责任，即：应当向劳动者支付二倍的月工资[①]。惩罚性赔偿，又叫做惩戒性赔偿，它指的是对受害方的实际损失予以补偿性赔偿之外的赔偿[②]。而根据

[①] 见《中华人民共和国劳动合同法解读》第 249 页（主编：杨景宇、信春鹰，中国法制出版社 2007 年 7 月出版）。

[②] 见《中华人民共和国劳动合同法解读》第 249 页（主编：杨景宇、信春鹰，中国法制出版社 2007 年 7 月出版）。

《广东省工资支付条例》第五十四条的规定，本条例中下列用语的含义是：（一）工资，是指用人单位基于劳动关系，按照劳动者提供劳动的数量和质量，以货币形式支付给劳动者本人的全部劳动报酬。一般包括：各种形式的工资（计时工资、计件工资、岗位工资、职务工资、技能工资等）、奖金、津贴、补贴、延长工作时间及特殊情况下支付的属于劳动报酬性的工资收入等……。从上述专家的论述和法律规定中可以明确，因二倍工资并非以劳动者提供劳动的数量和质量为依据，所以并不属于劳动报酬的一种。

由此可见，因二倍工资不属于劳动报酬的一种，所以其受《劳动仲裁法》第 27 条第一款规定的约束，需严格遵守一年诉讼时效的规定，并且不能依据第四款的规定，主张因双方劳动关系处在存续期间，所以时效中断。

结合上述法律规定，笔者对上述三种观点进行分析。

第一种观点明显错误，持此观点者，是因其对于第八十二条的了解不全面，没有注意到本条规定对于二倍工资支付月份的限制性表述，本条规定对于时间实际上设置了两个限制性的条件。第一个限制是：用人单位支付的二倍工资是从不签订劳动合同的第二个月开始计算的——用人单位自用工之日起超过一个月不与劳动者签订劳动合同；第二个限制是：不满一年，也就是说，用人单位因为未签订劳动合同而须支付的二倍工资，应以 11 个月为限。在适用该条规定时，即使对于该二倍工资性质的认定没有错，但是如果没有理解该条规定对于赔偿总数的限制性规定，那么也必然会导致最后认定的赔偿数额与实际应付不符。

持第二种观点者较多，其中不乏部分法律职业者。笔者认为这种观点虽有一定的合理性，但认识不全面。如果以这种观点进行裁判，因为没有明确二倍工资不属于劳动报酬的这一性质，便无法正确适用《劳动仲裁法》关于诉讼时效的规定，违背了设定诉讼时效这一定分

止争、督促相关当事人积极处分自己权利的意义，其处理结果必然会严重损害另一方当事人的合法利益。就本文所举例子而言，如果劳动者在 2010 年 3 月 31 日才提起仲裁，按照这种观点，用人单位仍需支付 11 个月的二倍工资。但是，如果认定其不属于劳动报酬，那么按《劳动仲裁法》的规定，劳动者则会因为时效的问题，导致其二倍工资的诉求无法得到支持。

笔者同意第三种观点。我们认为，用人单位因为未签订劳动合同而需向劳动者支付的该二倍工资，属于惩罚性的民事赔偿责任，而非劳动报酬中的一种，因此，应该严格适用《劳动仲裁法》关于一年诉讼时效的规定。同时，根据我国法律对劳动仲裁中诉讼时效规定的传统，并结合《劳动合同法》中关于二倍工资的表述："每月支付二倍的工资"中明确强调的是"每月"，因此，应该认为对于二倍工资的诉讼时效都应按月单独计算，不能因为后面月份请求没有超过诉讼时效，而认定整个 11 个月的二倍工资都在诉讼时效内。

对于第三种观点，另有部分人亦不以为然，这部分人认为用人单位不与劳动者签订书面劳动合同，是一种持续的侵权行为，因此其时效的计算时间应从该行为终了之日起计算。也就是说，只要劳动者一直在用人单位处工作，而用人单位一直不与该劳动者签订书面劳动合同的，其侵权行为就一直存在，所以其时效应一直处于延续有效中。这种观点，初看起来确实有一定的道理，但其实际上是错误的，理由如下：

（一）所谓的诉讼时效又称消灭时效，是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。就二倍工资而言，用人单位不与劳动者签订书面的劳动合同后，劳动者即获得了一种的权利，这种权利就是劳动者从入职之日起超过一个月不满一年的每个月的二倍工资，该权利是基于用人单位违反法律规定而导致劳动者所拥有的

权利。这种权利与其他普通的民事权利并无二致，从一方应得之日起，如果另一方不向其支付，那么其即享有一定期限内向裁判机关要求未给付方向其支付的权利。简而言之，既是权利受到侵犯，其诉求，必然受时效的限制。《劳动仲裁法》中有特别的规定，因而适用一年诉讼时效的规定。

（二）用人单位需支付二倍工资而不支付的，虽侵犯了劳动者的合法权益，但用人单位并非一直侵犯该二倍工资的权益，用人单位侵犯的仅是十一个月内二倍工资的权利罢了。第十三个月起的不签订劳动合同时间，法律并没有赋与劳动者二倍工资的权利，也即是用人单位已不再侵犯、也没有二倍工资的权利主体可被侵犯了。从这个角度而言，也不能认为二倍工资的权利一直被侵害。持这种二倍工资权利一直被侵犯观点的人，其明显混淆了侵权行为与侵权行为导致被侵权方可得权利之间的关系。事实上，同一侵权行为，受侵害方可追索的权利内容并不必然相同。具体如本文中的不签订书面劳动合同行为，劳动者先前可取得的是二倍工资权利，后又转为可取得无固定期劳动合同权利。关于这个问题，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（粤高法〔2012〕284 号）的第 15 条对此作了明确的规定“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。”

二、有七种人，不能主张未签订劳动合同的二倍工资

根据《劳动合同法》第八十二条规定，单位不签订劳动合同需要向劳动者支付二倍工资。是否存在例外呢？单位需要注意，以下七类人即使不签订劳动合同，亦无须支付二倍工资。

一、合伙人

无须支付二倍工资的理由如下：

（一）合伙人与律所为内部关系，不同于劳动合同的外部关系，从合伙的特征上来看，合伙人是被管理者，但更也是管理者，每一名合伙人均应主动执行合伙事务，此本系其天然的职责，至于工作内容，由合伙人之间商定，并不能因为参与律所的事务即是劳动者；

（二）合伙人对合伙承担的责任与劳动者不同，尤其是连带责任就与劳动关系相悖；

（三）合伙人参与单位工作，是其作为合伙人时，与其他合伙人之间的协议而非与单位之间的协议；

（四）成为合伙人或退伙，有特定的法律程序，此与订立或解除、终止劳动合同具有完全不同的程序。

二、法定代表人、总经理等企业的负责人

作为单位的管理者，典型的比如总经理，其对单位做全面的管理，尤其一般情况下还负责印章的管理，其作为主管全面的管理者，本就有对单位合法用工的责任，出现了这种用工违法的情形，其本身具有过错，不应因为自己的过错而获利。

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》（2014 年）第三十一条规定“用人单位法定代表人、高管人员、人事管理部门负责人或主管人员未与用人单位订立书面劳动合同并依据《劳动合同法》第 82 条规定向用人单位主张二倍工资的，应否支持？

答：用人单位法定代表人依据《劳动合同法》第 82 条规定向用人单位主张二倍工资的，一般不予支持。用人单位高管人员依据《劳动合同法》第 82 条规定向用人单位主张二倍工资的，可予支持，但用人单位能够证明该高管人员职责范围包括管理订立劳动合同内容的除外。对有证据证明高管人员向用人单位提出签订劳动合同而被拒绝的，仍可支持高管人员的二倍工资请求。用人单位的人事管理部门负责人或主管人员依据《劳动合同法》第 82 条规定向用人单位主张二倍工资的，如用人单位能够证明订立劳动合同属于该人事管理部门负责人的工作职责，可不予支持。有证据证明人事管理部门负责人或主管人员向用人单位提出签订劳动合同，而用人单位予以拒绝的除外。

三、人力资源负责人

负有签合同签订职责的人，不与自己签订劳动合同，本身即有过错，也不宜因为自己的故意的过错而获利。

《最高人民法院公报》所载的刘丹萍与南京仁创物资有限公司劳动争议案（南京市江宁区人民法院〔2015〕江宁民初字第 4477 号）就持这样的观点，具体如下：“用人单位未与人事主管订立书面劳动合同，人事主管诉请用人单位支付因未订立书面劳动合同的二倍工资赔偿，因订立书面劳动合同系人事主管的工作职责，人事主管有义务提示用人单位与其订立书面劳动合同，人事主管如不能举证证明其曾提示用人单位与其订立书面劳动合同，则不应支持其诉讼请求。”

四、年龄不符合要求的人

（一）未满 16 周岁的。一般来说，未满 16 周岁的，不能建立劳动关系，根据《劳动法》第十五条的规定，特殊的文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人除外；

（二）超过法定退休年龄的。不过，对于超过法定退休年龄，但未能享受养老保险待遇的，是否可能建立劳动关系，各地有不同的裁判意见，即便是广州中院和广东高院都有不同的意见。

五、享受退休待遇的人

除了达到法定退休年龄而退休的情形还，还有一些人，因为从事特殊的工种而提前退休。这些人如果重新就业，也应认定无劳动关系，则也无二倍工资的法律责任。

六、在校学生

不过这个存在争议，不同观点及理由如下：

（一）认为不存在劳动关系的理由为，《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 条明确规定“利用业余时间勤工俭学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”

（二）而认为可以建立劳动关系的，理由是《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法若干问题的意见》第 4 条在适用范围中明确规定“公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人和家庭保姆等不适用劳动法”这里对不适用劳动法的人员作列举，但并非排除在校学生。

实践中，多持第一种观点。

七、未取得就业许可外国人

外国人在我国就业，需取得就业许可证，否则不存在劳动关系。以前台港澳人员要在内地就业，也需获得内地就业的许可证，不过现时已取消。党的十九大报告的要求，要逐步为台湾同胞在大陆学习、创业、就业、生活提供与大陆同胞同等的待遇。2018 年 7 月 28 日，国务院印发《关于取消一批行政许可事项的决定》（国发〔2018〕28 号），正式取消台港澳人员在内地就业许可。2018 年 8 月 23 日，人力资源社会保障部颁布了《关于废止的决定》，决定自发布之日起对《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》予以废止。同时同步印发《关于香港澳门台湾居民在内地就业有关事项的通知》，明确港澳台人员在内地（大陆）就业不再需要办理《台港澳人员就业证》，并对取消许可后港澳台人员在内地（大陆）就业的有关事项作出规定。

三、员工拒签劳动合同时，单位应如何应对

【要点总结】

一、双方未签订劳动合同，即使用人单位证明系员工拒签，用人单位也需要承担两倍工资的法律责任；

二、即使员工申请不签订劳动合同，用人单位也需承担两倍工资的法律责任；

三、即使员工明确拒绝签订书面劳动合同，也不可立即解除，需先“书面”通知签订，员工拒绝签订后，才能“书面”通知解除劳动合同，上述通知及解除通知，均需“书面”！切记，解除需分“两步走”、且需“书面”，否则可能被认定为违法解除；

四、员工拒签劳动合同，用人单位必须在员工入职一个月内解除劳动合同，否则，仍然要支付二倍工资及经济补偿金。

【正文】

实践中，劳动者出于各种原因，在劳动关系存续期间，拒绝与用人单位签订劳动合同。在这种情况下，一旦劳资双方发生劳动争议，劳动者往往会提起高额的二倍工资诉求，而这种二倍工资的诉求，亦一般都可以获支持。对此，用人单位常常会觉得非常委屈，明明是劳动者故意不签订劳动合同，甚至有的单位还提供了劳动者拒绝签订劳动合同的声明，但即便如此，用人单位仍然无法避免二倍工资的法律责任。本文将就不签订劳动合同二倍工资的法律责任、该种法律责任的例外情形以及在劳动者不签订劳动合同时用人单位的正确处理作分析说明。

一、不签订劳动合同的法律后果

(一)未签劳动合同需支付二倍工资。

最常见的法律责任是用人单位需支付二倍工资。《劳动合同法》第八十二条第一款规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一

年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资”。

（二）未签劳动合同会导致视为劳资双方签订了无固定期限劳动合同。

《劳动合同法》第十四条第三款规定：“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同”。

（三）未签订劳动合同，因此不能约定试用期，单位也就不能以试用不合格为由解除劳动合同关系。

劳动合同法第第三十九条第一款第（一）项规定“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、劳动者故意不签劳动合同，单位是否不需承担二倍工资赔偿

（一）《劳动合同法实施条例》第五条“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劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。”第六条“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。”

（二）《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》对此亦有明确规定“14、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，或者虽通知劳动者签订书面劳动合同但劳动者无正当理由拒不签订，用人单位未书面通知劳动者终止劳动关系的，应当按照

《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资……”

上述规定均明确：用人单位签订书面劳动合同的期限是一个月，无论是劳动者的原因还是用人单位的原因，只要超过一个月没有签订劳动合同，用人单位就要支付二倍工资，并没有例外的情形，用人单位当然不能以劳动者拒绝劳动合同为由不承担二倍工资的法律责任。对于劳动者拒绝签订合同的情形，法律亦明确规定，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，用人单位必须书面通知劳动者终止劳动关系。

三、不签订劳动合同，单位不需承担二倍工资赔偿的例外

由上可知，用人单位不能因为劳动者故意不签订劳动合同而可免除二倍工资的法律责任，但在司法实践中，至少有如下的三种例外情形。

(一)一般来说，如果劳动者的岗位具有负责管理签订劳动合同的职责，并且该岗位属于总经理或相类似的对单位进行全面管理的高级职位，则用人单位有免责的可能性。

笔者曾代理过数起该类案件，裁判结果多会认为总经理、厂长等本身具有签订劳动合同且管理劳动合同的职责，如其故意不与自己签订劳动合同，则用人单位并无法知道更无法通知其解除劳动合同，所以用人单位无需支付二倍工资。当然，也有判决认为，劳动者的职务、职责并非用人单位免责的理由，总经理或厂长亦是劳动者，用人单位与其签订劳动合同，是用人单位的法定责任，总之，劳动合同必须签订。

(二)还有一种较为特殊的情形，就是劳动者入职用人单位，其目的并非是与用人单位建立劳动合同关系。

【案例】陈某与广州 XX 光学仪器科技有限公司经济补偿金纠纷上诉案，案号（2010）穗中法民一终字第 1434 号

广州市中级法院认为“陈某入职广州 XX 光学仪器科技有限公司

后，双方应当签订书面劳动合同，对劳动权利义务予以确定。陈某的妻子张某与陈某的同事汪某、林某在 2009 年 3 月初已开始筹划成立科 X 公司，租赁场所为日后的生产经营做相应准备，并于同年 3 月 26 日取得公司名称预先核准通知书，同年 5 月，科 X 公司申请注册登记经批准成立。科 X 公司经核准生产经营的产品与广州 XX 光学仪器科技有限公司生产经营产品极其接近，也与陈某在广州 XX 光学仪器科技有限公司所在的工作岗位有密切联系。上述事实显示陈某入职广州 XX 光学仪器科技有限公司的目的并非真正想与广州 XX 光学仪器科技有限公司建立劳动关系而是为其日后另行成立公司、从事相关的生产经营活动做准备。”故此，驳回了陈某关于二倍工资的诉讼请求。

(三)因客观情形导致无法签订书面劳动合同。

比如存在入职即因病住院、失踪等无法签订劳动合同的原因。

当然，《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》第二十一条第二款规定“自用工之日起超过一个月不足一年，用人单位有足够证据证明其与劳动者未能签订书面劳动合同的原因完全在劳动者，且用人单位无过错的，用人单位无须支付两倍工资。但用人单位提出终止劳动关系的，须支付经济补偿金。”根据该规定，如能证明不签订书面劳动合同的原因在劳动者时单位无需支付两倍工资，但毕竟关于哪种情形属于用人单位无过错的，其规定并不明确，另外，其仅为广东省高院的规定，不属于裁判依据，单位仍有巨大的风险。

四、劳动者不签订劳动合同时，用人单位该如何处理

(一)第一步，发出书面通知，要求劳动者签订劳动合同。

此处要注意两个操作细节，一是要发出“书面”的通知；二是要取得通知的回执，如劳动者拒绝在回执中签名时，应通过其他双方约定的送达方式送达、请工会做见证等；

(二)第二步，在发出要求签订劳动合同的书面通知后，如劳动者

仍拒绝签订劳动合同时，应发出解除劳动合同的“书面”通知。操作过程细节与要求劳动者签订书面劳动合同的通知一致。

五、因为劳动者拒绝签订劳动合同，用人单位单方解除劳动合同的法律责任

(一)如用人单位在员工入职一个月内解除劳动合同，则无需支付经济补偿金及二倍工资（《劳动合同法实施条例》第五条）；

(二)如员工入职已超过一个月，则需支付经济补偿金及支付二倍工资（《劳动合同法实施条例》第六条）。

四、最新劳动合同签订规定解读

人力资源社会保障部办公厅在2020年3月4日发布了《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》（人社厅函〔2020〕33号）明确“用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同”。

事实上，这个函不是突破，更不是新规定，根据《中华人民共和国合同法》第十一条的规定，“书面形式”是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。此规定意味着其实即使是双方来往的电子邮件，只要就薪酬、岗位等劳动合同的核心内容达成一致的意见，也有被认定为已签订了劳动合同的可能性。

根据该函的意见，视为签订书面劳动合同，需要满足如下的条件：

一、应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名；

二、用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求，确保其完整、准确、不被篡改。

事实上，上述规定不能算是规则的突破，更不应算是新规，根据《电子签名法》及《合同法》的规定，电子签名本就是合同生效的方式之一。不过这种电子合同，处理起来有一些复杂，在无法严格按《电子签名法》处理时，也可以有变通的方式，相关问题及一些可行的建议，以下一一说明。

一、什么叫电子签名？

根据《电子签名法》第二条的规定，电子签名是指“数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。”

根据该法第十三条的规定，电子签名同时符合下列条件的，视为可靠的电子签名：(一)电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有;(二)签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制;(三)签署后对电子签名的任何改动能够被发现;(四)签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。

二、事实上，法律早已明确电子签名与手写签名或盖章具有同等法律效力。

《电子签名法》第十四条规定，可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。

三、电子形式的劳动合同的签名看起来很少操作经验，事实上，如果仅仅是担心员工签名不真实，还有一种比较简单的操作方式。

《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。”而书面形式的劳动合同并非一定是纸面的有形合同。

根据《中华人民共和国合同法》第十一条的规定，“书面形式”是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。此规定意味着其实即使是双方来往的电子邮件，只要就薪酬、岗位等劳动合同的核心内容达成一致的意见，也有被认定为已签订了劳动合同的可能性。我们建议，在用人单位与劳动者无法当面签订劳动合同，除

了签订电子合同以外，还可以通过如下的方式来防范未签订书面劳动合同的二倍工资：

一、通过邮件等方式，将合同发给员工，告诉员工这是双方将要签订的合同，然后询问员工是否同意签订劳动合同，并向员工说明，会将纸质版的合同寄给员工，要求员工签订后，将合同再寄回来。

二、收到员工签名的合同后，将合同扫描，然后发邮件让员工确认该合同系其本人签名。

做好上述两步，则即使所签名非员工本人所签，也可避免二倍工资的赔偿责任。

四、关于该《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》的评价。

不知该函的主要目的是否为了指引用人单位在疫情期间签订劳动合同，以免产生未签订书面劳动合同二倍工资的法律责任。作者认为，如果目的仅如此，其实不必要，因为疫情属于不可抗力因素，因此而无法签订书面劳动合同，本就无需支付二倍工资，不仅因不可抗力这种客观情形未签订书面劳动合同无需支付二倍工资，其实还有其他的各种情形，可见之前所发文《未签订劳动合同中，六种无需支付二倍工资的情形》。

附：《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》

北京市人力资源和社会保障局：

你局《关于在疫情防控期间开展劳动合同管理电子化工作的请示》收悉。经研究，现答复如下：

用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同。采用电子形式订立劳动合同，应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求，确保其完整、准确、不被篡改。符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

人力资源社会保障部办公厅

2020 年 3 月 4 日

【新规速递】

广东省劳动人事争议仲裁委员会

一、《关于做好因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件处理工作的通知》

粤劳人仲函〔2020〕1号

各地级以上市劳动人事争议(调解)仲裁委员会：

《人力资源社会保障部关于城镇企业职工基本养老保险关系转移接续若干问题的通知》(人社部规(2016)5号)下发以来，部分地区劳动人事争议仲裁机构受理因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件增幅较大。近日，人社部调解仲裁司下发通知，要求切实做好因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件处理工作，现根据通知要求，借鉴其他省份经验做法，结合我省实际，提出以下意见：

一、准确理解《人力资源社会保障部关于城镇企业职工基本养老保险关系转移接续若干问题的通知》(人社部规〔2016)5号，以下简称5号文件)及补充通知有关规定

在落实5号文件过程中，部分地区将相应文书特别是仲裁文书作为养老保险费补缴及转移接续的前置条件，出现了要求与用人单位无确认劳动关系争议的劳动者提供仲裁文书，要求劳动人事争议仲裁委员会(以下简称仲裁委员会)突破法律规定出具文书，补缴行为发生后要求补充提供仲裁文书等不当做法。为解决上述问题、完善有关政策，人社部办公厅下发了《关于职工基本养老保险关系转移接续有关问题的补充通知》(人社厅发(2019)94号)。该通知主要包括以下内容：一是规范一次性补缴程序和必要证明文书。通知明确社会保险费征收机构依法查处用人单位未按时足额缴纳养老保险费并责令补缴，导致一次性缴纳养老保险费超过3年(含3年)的，由转出地负责提供社会保

险费征收机构责令补缴时出具的相关文书。二是强调仲裁委员会不得突破法定受理范围、处理程序出具文书。通知明确相关文书是由仲裁委员会等部门在履行各自法定职责过程中形成。三是强调仲裁文书不得事后补办。通知明确仲裁文书产生于一次性缴纳养老保险费之前，不得通过事后补办的方式开具。四是强调参保人员无提供仲裁文书义务。通知明确原则上由转出地社会保险经办机构负责。

二、依法规范因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件立案受理工作

确认劳动关系争议案件申请仲裁的时效期间为一年,2017 年 7 月 1 日《劳动人事争议仲裁办案规则》实施后，仲裁委员会受理案件时不再主动审查仲裁时效，但案件涉及虚假仲裁，恶意串通虚构劳动关系事实，损害国家、集体或第三人合法权益的除外。新《劳动人事争议仲裁办案规则》实施前，申请人的仲裁请求已超过仲裁时效，申请人在实施后申请仲裁的，不受关于仲裁委员会不主动审查时效规定的限制。根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十条的规定，依法审查当事人主体是否适格等条件，如是否有明确的被申请人，申请人是否与本案有直接利害关系，企业是否注销等，符合条件的应当予以立案。

三、依法处理因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件

要落实《劳动人事争议仲裁办案规则》规定，不得通过仲裁审查确认、慎用仲裁调解方式处理确认劳动关系争议案件。要稳慎把握确认劳动关系原则，加大证据审查力度，确保证据符合“合法性、客观性、关联性”要求。对于当事人未提供书面劳动合同的，从严依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发(2005)12 号)进行认定；可参照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(法释(2019)19 号)要求当事人提供工资支付凭证等有关证据。要加强案件立案、结案审批、监督环节，必要时可与养老保险行政机构、社会保险经办机

构等进行会商。

四、学习借鉴部分地区相关争议案件处理经验做法

近年来，一些地区在因补缴养老保险费要求确认劳动关系争议案件处理方面积极探索、成效明显。比如，安徽省人社厅明确，对用人单位未依法缴纳养老保险的，养老保险行政机构、社保经办机构、劳动保障监察和仲裁机构可采取“先易后难”的办法进行处理。又比如，江西省人社厅明确，对当事人提供书面劳动合同的案件首先要认真审查书面劳动合同的真实性，其次要当事人提供相应年份的工资支付凭证、档案或其他相关证据予以佐证。特别是对时间跨度较长的案件，一般不能仅凭书面劳动合同确认劳动关系。再比如，湖北省人社厅明确，仲裁委员会要严格审查证实劳动关系实际履行状态的相应原始证据，审慎确认劳动关系不能仅依据当事人陈述、承认或者事后制作的材料作出裁决，不能以调解方式结案。请各地认真学习借鉴上述地区经验做法(见附件)，依法稳慎处理相关争议案件。

附件：安徽、江西、湖北等地处理相关争议案件经验做法。

广东省劳动人事争议仲裁委员会

2020 年 3 月 4 日

二、人力资源社会保障部办公厅关于进一步推进失业保险金“畅通领、安全办”的通知

人社厅发〔2020〕24号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅(局):

为贯彻落实习近平总书记关于要加快推动线上申领失业保险金，确保失业人员应发尽发、应保尽保的重要指示精神，应对疫情防控期间及其后可能出现的失业风险，切实保障失业人员的基本生活，确保失业保险金按时足额发放，现就进一步畅通申领渠道、优化经办服务等事项通知如下：

一、对领取失业保险金期满仍未就业且距离法定退休年龄不足1年的失业人员，可继续发放失业保险金直至法定退休年龄，实施时间自2019年12月起。失业人员的领金期限、就业失业状态、法定退休年龄可通过失业保险参保缴费记录、身份证信息等内部信息比对确定。续发失业保险金无需个人提出申请，失业人员按照规定同时享受代缴基本医疗保险费等其他失业保险待遇。续发期间发生社会保险法第五十一条规定的停止发放失业保险金情形的，停止续发失业保险金。

二、失业人员在失业期间，可凭社会保障卡或身份证件到现场或通过网上申报的方式，向参保地经办失业保险业务的公共就业服务机构或者社会保险经办机构（以下简称经办机构）申领失业保险金。经办机构应当受理，并根据失业人员累计参保缴费时间核定其领金期限，按照申请之日当地失业保险金标准，按月发放失业保险金。

经办机构认定失业人员失业状态时，应通过内部经办信息系统比对及信息共享，核实用人单位已停止为失业人员缴纳社会保险费即可确认，不得要求失业人员出具终止或者解除劳动关系证明、失业登记证明等其他证明材料。

三、加速推进失业保险金网上申领，力争在2020年4月底前，所有地(市)均能实现失业保险金网上申领，力争在6月底前直辖市、省会城市、计划单列市实现手机申领。要及时做好与国家社会保险公共服务平台和全国人社政务服务平台开通的失业保险金网上申领统一入口的对接，推进全国范围“一网通办”。网上经办系统应做到界面友好、标识清晰、指示明确、路径简洁，凡能够通过内部比对获取的信息，应自动生成电子表单，请失业人员确认即可。系统应当包含纠错功能，及时在线受理群众异议，限时反馈处理结果。

四、失业人员申领失业保险金，经办机构应依据社会保险法和《失业保险条例》规定的领金条件进行审核，不得增加失业人员义务，不得附加和捆绑培训等其他条件，不得以超过60日申领期限为由拒发失业保险金。不得要求失业人员转移档案；失业人员有视同缴费年限的，可以通过内部信息共享等方式查明；不得将失业人员领取失业保险金的情况记入职工档案。

五、对超过法定退休年龄但尚未依法享受基本养老保险待遇的参保失业人员，经办机构应在其办理失业登记后，按规定发放失业保险金。失业人员申领失业保险金，经办机构应当同时为其办理失业登记和失业保险金发放，实行“一门、一窗”办理，避免“进多个门，跑多次腿”。

六、各地要严格执行社会保险法关于停止领取失业保险金的规定，非法定情形不得停发。经办机构以失业人员重新就业为由停发失业保险金时，可以用人单位是否为其缴纳社会保险费为标准确定是否重新就业。

七、经办机构要加大宣传力度，提示参保单位应当履行告知失业人员有申领失业保险金权利的法定义务。可利用用人单位办理参保缴费人员增减申报等业务的时机，向其发放《失业保险金申领告知书》，也可采取网上信息推送、微信、短信、电话及其他方式提醒用人单位

及时履行告知义务。用人单位与职工办理终止或者解除劳动关系时，应将《失业保险金申领告知书》交给失业人员。

八、各级人社部门要把好失业保险基金安全关，定期对统筹地区领金人员信息比对核查，对核查发现已重新就业、享受基本养老保险待遇、死亡等停止领取失业保险金的情形但仍然领取失业保险金的违规行为要及时纠正。对部级社会保险比对查询信息系统定期反馈的疑似违规人员名单信息，要及时核实确认，防止冒领、重复领取。经办机构对冒领、骗领等违规行为依法追究责任。

九、加强组织领导。畅通失业保险金申领渠道，直接关系失业人员切身利益，关系民生底线和社会稳定。各地要把“为民服务解难题”作为失业保险经办系统的价值追求，尽快调整完善申领办法，确保符合条件的失业人员应发尽发，应保尽保。要学习部分地区的先进做法，加速推进“网上办”，提高经办服务便捷性。要在2020年底前开展线上线下失业保险服务“好差评”工作，有针对性地提出改进措施。要加强经办人员业务培训，及时掌握新政策、新要求，打造让人民满意的失业保险经办服务。

人力资源社会保障部办公厅

2020年3月5日

【“飞劳动法”团队】

团队介绍

● 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