

# 第三部分 劳动合同纠纷



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

## 第三部分 劳动合同纠纷

### 第二 劳动履行与变更

之一、法定代表人变更后也应继续履行劳动合同？



# 1、法定代表人变更后也应继续履行劳动合同?

- 法人的法定代表人，是依照法律或者法人组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人。法人对它的法定代表人以及其他工作人员的经营活动，承担民事责任。
- 公司的法定代表人是代表公司行使职权的主要负责人，在劳动关系中职务行为属于公司行为，而不是代表其个人行为，只要公司的法人资格不变，法定代表人的变更，都不影响公司享受权利和履行义务，一切法律后果都应该由公司承担。



- 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的**组织**，是社会组织在法律上的人格化。
- 法定代表人指依法律或法人章程规定代表法人行使职权的负责人。我国法律实行单一法定代表人制，一般认为法人的正职行政负责人为其惟一法定代表人。如公司为董事长或执行董事或经理（《公司法》第13条），而证券交易所的法定代表人为总经理（《证券法》第107条）。全民所有制工业企业的法定代表人为厂长或经理。



- 《劳动合同法》第三十三条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。





- 根据《民法通则》规定，用人单位的法定代表人或者主要负责人的职务行为都是代表用人单位这个实体组织的行为。
- 《民法通则》第三十六条 法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。
- 法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。

## • 实务指南

- 发生法定代表人变更的时候，只要之前法定代表人与劳动者之间的劳动合同符合法律的相关规定，即为有效的劳动合同，双方就应该履行劳动合同规定的义务。
- 发生法定代表人变更后，新任的法定代表人肯定会对公司作出重大的调整，对于员工的使用做出安排。但是应按照《劳动合同法》关于订立和变更劳动合同遵守合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，与劳动者协商变更劳动合同的相关规定。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也





欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之二、岗前培训费应由谁承担？



## 2、岗前培训费应由谁承担？

- 通过案例思考
- 1、对于劳动者先行垫付培训费、交通费等，在单位未予录取的情况下，是否应该单位承担？
- 2、如果单位为劳动者提供的是专项服务且约定了服务期，劳动者违反了，是否应该承担责任？

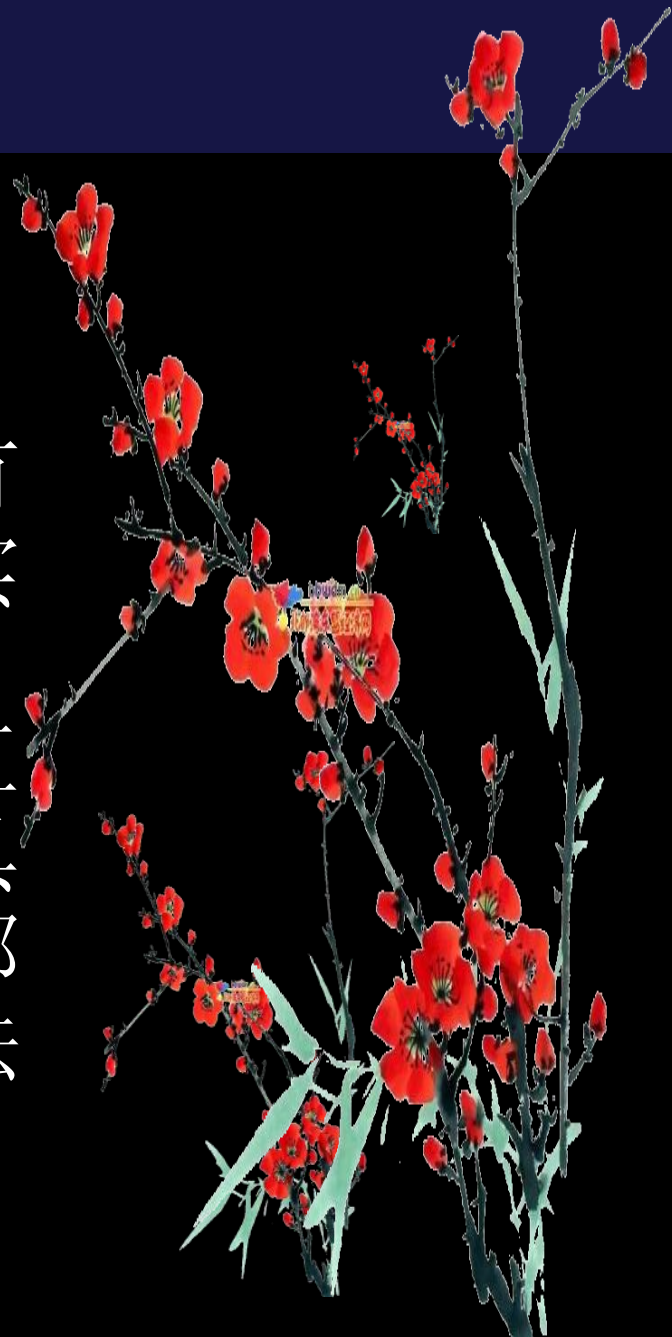
- 针对第一个问题
- 《劳动法》第六十八条 用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。
- 从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。



- 《职业教育法》

- 第二十条 企业应当根据本单位的实际，有计划地对本单位的职工和准备录用的人员实施职业教育。

第二十八条 企业应当承担对本单位的职工和准备录用的人员进行职业教育的费用，具体办法由国务院有关部门会同国务院财政部门或者由省、自治区、直辖市人民政府依法规定。



由此可见，用人单位对劳动者进行岗前培训等一般培训，是用人单位应尽的法定义务，同时也是劳动者享有的法定权利





- 2、如果单位为劳动者提供的是专项服务且约定了服务期，劳动者违反了，应该承担赔偿责任。
- 《劳动合同法》第二十二条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。
- 劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。



- 用人单位提供的培训必须是专项的培训，培训性质必须是专业技术培训，只有为劳动者提供这类专项技术培训后，劳动者违反了约定，用人单位才能要求劳动者根据约定支付违约金。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之三、劳动合同主体什么情况下可以变更？



# 3、劳动合同主体什么情况下可以变更？

- 通过案例思考
- 劳动合同主体在什么情况下可以变更？





- 引起劳动合同主体变更的情况：
  - 1、企业的合并、分立
  - 2、用人单位将员工转至关联企业或其他公司
- 根据劳动合同主体变更的不同情形，劳动合同权利义务承继的操作也有所差异。



- 第一种情况：
- 在企业发生合并、分立等情况时，原企业与员工签订的企业继续履行的劳动合同解除，由新企业代替原来
- 《劳动合同法》第三十四条 用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。
- 《公司法》第一百七十五条 公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。



- 按照《公司法》的规定，是指两个以上的用人单位合并为一个用人单位，包括新设合并和吸收合并。
- 一是新设合并，指两个或两个以上的公司合并组成一个新公司，所有参与合并的公司均消灭；
- 二是吸收合并，指一公司被另一公司吸收归并于其中，被吸收公司消灭，吸收公司存续并扩大，这类合并又可称为兼并。



- 按照《公司法》的规定，一个用人单位分成两个或两个以上的用人的单位。
- 公司分立有两种形式：
  - (1)派生分立。即公司以其部分资产另设一个或数个新公司，原公司存续。
  - (2)新设分立。即公司全部资产分别划归两个或两个以上的新公司，原公司解散。



- 用人单位发生合并或分立的直接后果，是一部分劳动者要为新的用人单位提供劳动，用人单位主体发生实质性的改变。





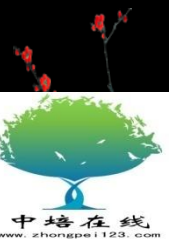
- 根据《劳动合同法》的规定，在分立、合并的情况下，用人单位这一劳动合同主体虽然发生了变化，但原劳动合同继续有效，产生的权利义务的继承问题。劳动合同所确立的劳动者的权利义务及用人单位的权利义务均不发生变化，只是分立、合并中形成的新主体替代旧主体，成为劳动关系一方当事人，劳动关系双方当事人仍然按照原有劳动合同确定的权利义务履行双方的约定。



- 第二种情况
- 在企业没发生合并或者分立的情况下，将劳动者安排到其他独立的用人单位而发生劳动合同主体变更问题，法律没有明确的相关规定，所以在这种情况下，法律是允许的充分尊重当事人的意愿，在双方协商一致的情况下，就可以变更劳动合同的主体。
- 因此，在这样的情况下，劳动合同的主体变以劳动者同意为前提。



- 劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知（劳部发〔1995〕309号）
- 37. 根据《民法通则》第四十四条第二款“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”的规定，用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。在此情况下的重新签订劳动合同视为原劳动合同的变更，用人单位变更劳动合同，劳动者不能依据劳动法第二十八条要求经济补偿。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之四、不参加竞聘是否算自动离职？





## 4、不参加竞聘是否算自动离职？

- 所谓“竞聘上岗”，是指对实行考任制的各级经营管理岗位的一种人员选拔技术，如果它用于内部招聘，即为内部竞聘上岗。公司全体员工，不论职务高低、贡献大小，都站在同一起跑线上，重新接受公司的挑选和任用。同时，员工本人也可以根据自身特点与岗位的要求，提出自己的选择期望和要求。



- 公司要求员工重新竞聘上岗，并将营业部岗位重新设置的行为在法律属性上属于公司单方面要求变更其与劳动者之间正在履行的劳动合同，必须遵循协商一致的原则。如果不能协商一致而由公司提出解除与员工劳动合同的，公司应支付相应的经济补偿金和代通金。



- 《劳动合同法》第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。
- 变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。



- 实践指南
- 1、竞聘也不能随意变更劳动合同的内容
- 2、对于未竞聘上的员工，在合同期内，应该提供相应的岗位，事先应该在约定中说明
- 3、如果用人单位在劳动合同中有先关条款，需要细化到调整岗位的方法。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也





欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之五、试用期可否延长？



# 5、试用期可否延长？

- 试用期是指包括在劳动合同期限内，劳动关系还处于非正式状态，用人单位对劳动者是否合格进行考核，劳动者对用人单位是否符合自己要求进行了解的期限。



- 劳动合同的试用期是劳动者和用人单位在合同中约定的试用工作的期限，是用人单位和劳动者为相互了解、实现双向选择而约定的一定期限的考察期。



- 1、限定劳动合同试用期的期限
- 劳动合同期限在三个月以上的，可以约定试用期。也就是说，固定期限劳动合同能够约定试用期的最低起点是一个月。
- 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。这是针对用人单位不分情况，一律将试用期约定为六个月，劳动合同法的具体措施。



- 2、同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期

- 根据人力资源与社会保障部颁布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》中规定，试用期只是适用于初次到用人单位就业，或前者的再次到同样的用人单位中就业后改变之前岗位的或工种的劳动者，对工作岗位没有发生变化的劳动者只能订立一次试用期。在企业转制过程中，用人单位与原有职工签订劳动合同时，不再约定试用期；如果劳动者乙方仍从事原工作，即不改变岗位或工种，则不再规定试用期。





- 3、为遏制用人单位短期用工现象，不能所有劳动合同都可约定试用期。
- 4、劳动合同仅约定试用期或者劳动合同期限与试用期相同的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限
- 5、禁止设定变相试用期
- 有的用人单位为了规避法律，约定试岗、适应期、实习期，这些都是变相的试用期，其目的无非是为了将劳动者的待遇下调，方便解除劳动合同。为了保护劳动者的合法权益，应当明确这些情形按照试用期对待。



- 《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



## • 试用期工资问题

- 《劳动合同法》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。
- 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》
- 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。



- 试用期间被诊断为精神病，企业能不能解除劳动合同？
- 原劳动部办公厅《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）规定：合同制工人在试用期间因工人医疗期间问题的复函)(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。





- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也





欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之六、劳动合同履行过程中“协商一致”如何认定？



## 6、劳动合同履行过程中“协商一致”如何认定？

- 通过案例思考
- 劳动合同履行过程中“协商一致”如何认定？



- 一、劳动关系存续期间，协商一致的理论基础和表现形式
- 劳动者与用人单位之间在经济上、身份上、组织上都存在隶属关系，劳动者的生存发展依赖用人单位支付的工资收入，劳动者从事工作必须服从用人单位的指挥和管理。（地位强弱之分）



- 首先，协商一致的类型
- 其次，协商一致的表现形式
- 1、书面协商一致加实际履行
- 2、双方口头发出提议，经双方同意，按照约定形式权利履行义务。
- 两种形式在理论上并不不同，但是在司法实践中却甚大



- 二、对协商一致的认定
- 通常情况下，司法机关所认定的事实是法律事实而非自然真实，双方当事人陈述是认定事实的主要来源，遇分歧会根据法律规定双方的举证责任来判定。
- 而在实践中，用人单位承担着比较重的举证责任





- 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》 **第六条** 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。



- 《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》第十三条
- 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。



- 实践中，用人单位对协商一致的举证
- 1、列举书面证据
- 2、虽没有书面证据，但是劳动者已经实际履行了决定内容
- 后者对于用人单位的举证难度更大
- **提示：**
- **劳动者不会因为拒绝用人单位的某项单方决定而丧失某项权利，只会因其默示的履行行为而被视为同意**



- 三、实践中的其他情形协商一致的认定
- 1、用人单位单方作出调岗通知，劳动者表示不同意但却到新岗位工作几天，后要求恢复原来工作岗位能否认定协商一致？
- *（综合考虑劳动合同有无约定，调岗后待遇是否降低、劳动强度有无明显增大、劳动者到新岗位提供劳动的时间长短）*



- 2、在无辞职申请和辞退决定的情况下应否认定为协商一致离职？
- 容易各执一词
- 司法实践中，根据《劳动合同法》对举证责任分配的原则，如果用人单位无法证明是劳动者自己辞职的，那么通常情况下就会被认定为用人单位提出经由劳动者同意而离职，用人单位应该支付相应的经济补偿金。





- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第三部分 劳动合同纠纷

第二 劳动履行与变更

之七、民主测评结果能否作为用人单位调整劳动者岗位的  
依据？



# 7、民主测评结果能否作为用人单位调整劳动者岗位的依据？

- 通过案例思考

民主测评结果能否作为用人单位调整劳动者岗位的依据？



- 《劳动合同法》
- 第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。
- 变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。



- 司法实践思考
- 1、用人单位可否单方调整劳动者的工作岗位？
- 2、劳动合同就调岗标准约定不明，如何确定调岗的合理性
- （A未约定或者只约定根据客观情况、B约定了根据公司评估标准，但未约定前置程序公示备案）





- 3、民主测评结果能否单独作为评估标准据以调整劳动者工作岗位
- （程序、结果、证据）第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。
- 变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。



- 企业在调岗调薪中常见的误区
- 认为单位有权随意调整员工的工作岗位
- 《劳动部办公厅关于职工因岗位变更与企业发生争议等有关问题的复函》（劳办发【1996】100号）规定，关于用人单位能否变更职工岗位问题，按照《劳动法》第17、26、31条规定的精神，因劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行而变更劳动合同，须经双方当事人协商一致，若不能达成协议，则可按照法定程序解除劳动合同；因劳动者不能胜任工作而变更、调整职工工作岗位，则属于用人单位的自主权。对于劳动者岗位变更引起的争议应依据上述规定处理。



- 认为单位有权自由地调整员工的工资
- 《劳动法》47条，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。



## • 可以调岗调薪的情形

- 1、用人单位与劳动者就调岗调薪协商一致
- 《劳动合同法》第35条第一款“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”
- （协商一致、尊重、归属感）





- 2、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的，用人单位可以另行安排工作
- 必须具备三个条件
- (1) 劳动者患病或非因公负伤
- (2) 在规定的医疗期满后
- 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。
- (3) 在规定的医疗期满后不能从事原工作的





- **3、劳动者不能胜任工作，用人单位可以调整其工作岗位**

- (1) 用人单位要制定好岗位职责（各部门各岗位的职能职责，各岗位的考核标准、调岗调薪的程序）
- (2) 用人单位要有充分的证据证明劳动者不能胜任工作岗位
- “不能胜任”劳动者不能按照工作要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量，用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。



- 4、劳动合同订立时所依据的客观情形发生重大变化，致使劳动合同无法履行，用人单位可以与劳动者协商变更劳动合同，调整劳动者的工作岗位
- 《劳动合同法》第40条，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。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。
- 劳动部办公厅1994年颁布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发【1994】289号）的解释，“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等。



- 5、企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，可以变更劳动合同，调整员工工作岗位
- 《劳动合同法》41条，企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，可以变更劳动合同。



- 6、劳动者与用人单位签订了脱密期保密协议的，在劳动者提出辞职后，用人单位可以调整其工作岗位

- 原劳动部《关于企业职工流动若干问题的通知》第2条，用人单位与掌握商业秘密的职工在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或该职工提出解除劳动合同后的一定时间内（不超过六个月），调整其工作岗位，变更劳动合同中相关内容；用人单位也可规定掌握商业秘密的职工在终止或解除劳动合同后的一定期限内（不超过三年），不得到生产同类产品或经营同类业务且有竞争关系的其他用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务，但用人单位应当给予该职工一定数额的经济补偿。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也





# 欢迎大家来到中培在线

## 现在我们开始学习

### 第三部分 劳动合同纠纷

#### 第二 劳动履行与变更

##### 之八、如何认定劳动者不能胜任？



# 8、如何认定劳动者不能胜任？

- 通过案例思考

如何认定劳动者不能胜任？



- 《劳动合同法》第四十条 劳动者不能胜任工作，用人单位可以调整其工作岗位。
- **单位负责举证**



- “不能胜任工作”认定标准
- 劳动部关于《中华人民共和国劳动法》若干条文的说明
- 本条第（二）项中的“不能胜任工作”，是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或同工种，同岗位人员的工作量。用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。

**注意：要认定劳动者是否胜任工作首先要看用人单位是否明确了劳动者的工作任务或工作量**

- “不能胜任工作”的结论如何作出
- 根据法律公平、公正的原则，劳动者是否胜任工作，用人单位不能主观臆断，而应按照公平合理的程序及标准对劳动者的工作进行考核评定





- 《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》
- 第十九条
- 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。



# • 关于调岗调薪决定的送达

- 《劳动部办公厅关于通过新闻媒介通知职工回单位并对逾期不归者按自动离职或旷工处理问题的复函》
- 企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单位报到或办理有关手续，应遵循对职工负责的原则，以书面形式直接送达职工本人；本人不在的，交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以邮寄送达，以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。只有在受送达职工下落不明，或者用上述送达方式无法送达的情况下，方可公告送达，即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。在此基础上，企业方可对旷工和违反规定的职工按上述法规做除名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用，直接采用公告方式送达，视为无效。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也

