

自2008年《劳动合同法》施行以来,劳动争议热点不断,为此,《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》逐步扩容,为及时解决劳动争议、释疑解惑提供了方向。

近年来,随着市场用工多元化、用工形式多样化、劳动关系复杂化,劳动争议“疑难杂症”依然不少。本期劳权周刊就一些现实案例,邀请上海林峰律师事务所主任林峰律师、上海昭华劳动保障咨询服务服务有限公司董兆华咨询师予以解读。

对性骚扰者能否解约 应届生签约有效吗

劳动争议“疑难杂症”需要综合判断

问题一

对于性骚扰员工,用人单位有没有解聘权?

【案情】熊先生应聘至一家企业,担任维修主管,双方签订了两年期的劳动合同。在工作期间,熊先生通过语言挑逗、网络发送黄色照片以及触摸臀部等多种方式,对办公室下属赵女士多次进行骚扰。公司得知后,经调查确认上述行为,多次找熊先生谈话、教育,但熊先生拒绝接受教育,且不承认错误。在合同有效期内,公司依据我国《劳动法》和公司《员工奖惩条例》规定,以熊先生严重违纪违规且不接受教育为由,做出解除与熊先生劳动合同关系的决定。熊先生与企业所在地劳动争议仲裁委员会申请仲裁,仲裁委员会作出裁定,维持了公司的解聘决定。

熊先生不服,遂提起诉讼。经过一审和二审,法院判决,驳回熊先生的诉讼请求。

【争议】劳动者在工作场所对其他劳动者实施性骚扰,不仅对其他劳动者造成侵害,也损害了用人单位形象。用人单位可否依据《劳动法》及单位纪律规定,解除与该劳动者的劳动关系?

【解读】职场性骚扰问题一直受到热议。从法理上来说,按照我国《劳动法》规定,劳动者严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度时,用人单位有权解除与劳动者的劳动关系。就本案来说,该男性劳动者利用职务之便,在办公场所对下属女员工实施性骚扰,符合上述法律规定情形。用人单位以劳动者违反《劳动法》及公司纪律规定作出的解聘决定,符合法律规定。

需要提醒的有三点:其一,性骚扰对象不仅仅是男性职工对女性职工的性骚扰,也包括女性职工对男性职工的性骚扰,同时也包括员工在工作场所对上司、下属或同事进行性骚扰。其二,用人单位在处理性骚扰员工时,应根据劳动法律和企业规章制度,但处理过程要视其严重程度以及后果,对骚扰实施者予以批评教育、警告记过直至开除或解雇的处理。其三,性骚扰案例目前最大的难点就是取证难。因此,被骚扰者应该学会取证,证据包括书证、录音、照片、证人证言以及实施性骚扰的物证等。

问题二

即将毕业的大学生签订的劳动合同有效吗?

【案情】一位即将毕业的女大学生持学校发给的《应届毕业生双向选择就业推荐表》应聘一家空调公司,经面试后录用,担任办公室文员一职,双方还签订了劳动合同协议书,约定合同期限为一年。女大学生签约后即上班,用人单位因不满其工作,向企业所在地劳动争议仲裁委员会提出申请,要求确认双方签订的劳动合同无效。仲裁委经审理后,确定劳动合同无效。女大学生起诉至法院,法院判决双方签订的劳动合同有效。用人单位不服,提起上诉,二审法院判决,维持原判。

【争议】劳动者大学尚未毕业,其行为还受高校规范,是否为适格的劳动合同主体?

【解读】我国《劳动法》第十五条规定,禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。同时规定,文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人,必须遵守国家有关规定,并保障其接受义务教育的权利。本案中,女大学生年满21周岁,已达到劳动者年龄,而且法律并没有明确规定未毕业大学生不能成为劳动合同关系的主体。值得注意的是,这名女大学生是应届毕业生,学校并未限制其求职,其入职行为也不是为了务工



文 赵竺安 摄 朱肇 王陆杰

学或兼职,而且也参加了实际工作,当事实双方签订的劳动合同,在内容上具备了劳动合同的构成要素,女大学生持有《应届毕业生双向选择就业推荐表》,无隐瞒欺诈行为,而用人单位知晓其在读情况,因此,该份劳动合同应该是有效的。

在现实生活中,需要注意的是两种情

况。一是应届毕业生与用人单位仅订立了具有就业意向性质的“就业协议”,未正式形成劳动合同,此时,并不能显示双方已形成了劳动关系。二是应届毕业生应聘时,故意隐瞒自己尚处学生最后阶段等实情,并且,其就业行为未获学校同意。如果是这两种情形,应届毕业生输掉官司的可能性更大。

问题三

未续订劳动合同却继续用工,单位该承担什么后果?

【案情】陈先生入职重庆一家房地产公司期间先后三次订立固定期限劳动合同。第三份劳动合同到期后,用人单位未与陈先生续订书面劳动合同,却仍然使用他,双方无书面劳动合同的时间超过一个月但不足一年,后来公司因不满陈先生的工作,提出解除双方之间的劳动关系。

陈先生对公司的做法十分不满,遂申请仲裁,要求支付双倍工资差额、经济补偿金,赔偿失业保险待遇等损失。仲裁裁决后,陈先生不服,提起诉讼。

一审法院认为,陈先生与用人单位劳动合同到期未续订合同,不能等同于未订立书面劳动合同,此情形应当视为双方同意以原条件继续履行劳动合同,不适用劳动合同法中可支付二倍工资的规定。判决时只支持了陈先生要求支付经济补偿、失业保险待遇损失的请求。陈先生不服,提起上诉。二审法院经过审理,支持陈先生索要二倍工资差额的诉讼请求。

【争议】用人单位与劳动者所签订的劳动合同到期后,未再签订书面劳动合同,但劳动者继续为用人单位所使用,

这种情况究竟是按照原约定继续履行劳动合同,还是属于新一轮用工?

【解读】《劳动合同法》第十二条明确,劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。第十三条明确,固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。从上述法律规定来看,固定期限劳动合同履行完结,该劳动合同即已终止。如果用人单位继续使用劳动者,就是新一轮用工,而不是原劳动合同的继续履行,因此,用人单位应当支付二倍工资。

当然,目前还存在一种现象,即有些用人单位在劳动合同上注明“该份劳动合同到期,双方不存在异议,自动延续多少年”。这种自动延续应该视为原劳动合同设立的各项条件不变,其履行延续了若干时间。而“自动延续”是否属于原劳动合同的“加长版”,还是重签合同的行为,目前法律界也有争议。值得注意的是,作为劳动者,如果劳动合同到期,用人单位提出续签劳动合同,劳动者不同意签订的,只要用人单位有相关证据,其后果由劳动者承担。

问题四

事后知晓劳动者学历造假,用人单位能否行使“退赔权”?

【案情】2009年4月14日,一家酒店管理公司把一名劳动者告上劳动争议仲裁庭,要求劳动者退还企业已支付的工资报酬以及奖金共计756673.50元,赔偿经济损失100万元。此案源于2005年6月该管理公司招聘管理人员时,这位劳动者在应聘时递交了“哈尔滨理工大学普通高校毕业生证书”,并填写了人事资料表,显示其学历为本科。该劳动者被录用后,双方签订了2005年6月27日至2013年6月26日期间的劳动合同。其间,劳动者于2006年9月20日、2007年10月30日、“2008年10月21日申领《上海市居住证》”中领表。在三份中领表中,他填写自己的学历均为“大专”,公司作为申报单位均盖有单位印章,其中后两份表的单位意见栏中写明:“本单位承诺本表所填写的内容及提交的书面材料属实。”

双方对簿公堂时,公司方认为劳动者应聘时伪造学历并提供伪造的学历证书。劳动者认为,其根据企业的意思在人事资料表中填写了学业情况。但其在2006年始办理《上海市居住证》时,所述学历和提供的学历证明均是真实的,公司方已知晓该情况,并未提出异议。

此案经仲裁、一审和二审,公司均败诉。作为终审的二审法院认为,在双方劳动合同履行期间,劳动者曾数次申领《上海市居住证》,在中领表上填写自己的学历为“大专”,但其之前在用人单位应聘时填写的学历为“本科”,与其实际学历不符,然而,用人单位作为申报单位在上述中领表上加盖了单位印章,该行为应视为对中领表内容的确认,代表其已知晓劳动者实际学历。对此,用人单位不但未对双方正在履行的劳动合同效力提出异议,相反,在第一份劳动

合同正常履行完毕后,还与劳动者续签了2008年6月27日至2013年6月26日期间的劳动合同。用人单位的行为表明其对劳动者多年来实际工作能力的认可,故其要求认定双方于2005年6月27日及2008年6月27日签订的劳动合同无效的诉讼请求缺乏依据,故不予支持。

【争议】劳动者提供了虚假学历,用人单位事后知情却未解除其劳动合同,若干年后行使“退赔权”,是否有效?

【解读】我国《劳动合同法》第八条规定:“……用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况,劳动者应当如实说明。”

这是诚实信用原则被引入《劳动合同法》的体现,要求劳动合同双方不欺诈、恪守信用。当事双方在订立劳动合同前应当如实履行告知义务。所谓如实告知义务是指用人单位与劳动者应将双方的基本情况如实际向对方说明的义务。劳动者的告知义务是附条件的,只有在用人单位要求了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况时,劳动者才有如实说明义务。劳动者与劳动合同直接相关的基本情况包括健康状况、知识技能、学历、职业资格、工作经历以及部分个人情况。

必须指出的是,如果劳动者应聘中,

隐瞒了与劳动合同无关的问题,比如:有无离婚、再次生育等,并不必然构成欺诈。

就本案来说,劳动者应聘时,有虚报填写学历之嫌,如果用人单位日后知晓,可以采取相应的措施予以处理,但该用人单位未主张其权利,继续履行和续签劳动合同,这就可视为一方已明示违约一段时间后,另一方未明示反对,则视为已认可。另一方不得在事后以该违约行为为由追究对方。

我国《劳动合同法》规定,订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。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,该劳动合同无效或者部分无效。作为劳动者一方来说,无论出于什么原因,都不应该提供虚假证明。一个员工如果通过欺诈手段获得了一个关键性岗位,由于不具备应有的技能水平,可能会对他人的生命安全、企业财产造成难以估量的损失。而作为用人单位来说,对应聘人员进行入职调查、严格审核,并告知相关权利、义务及后果,也是一门必修课。即便在入职时受到蒙骗,在日后发现劳动者的虚假欺骗行为,也应该立即纠正,并追究其责任,而不能听之任之。

问题五

企业实施末位淘汰制能否与劳动者单方解约?

【案情】2005年7月,王先生进入一家通讯公司从事销售工作,基本工资每月3840元。该公司的《员工绩效管理实施办法》规定:员工半年、年度绩效考核分别为S、A、C1、C2四个等级,分别代表优秀、良好、价值观不符、业绩待改进;S、A、C(C1、C2)等级的比例分别为20%、70%、10%;不胜任工作原则上考核为C2。王先生原在该公司分销科,2009年1月后因分销科解散,转岗至华东区从事销售。2008年下半年、2009年上半年及2010年下半年,王先生的考核结果均为C2。用人单位认为,王先生不能胜任工作,经转岗后,仍不能胜任工作,故在支付了部分经济补偿金的情况下解除了劳动合同。

2011年7月27日,王先生提起劳动仲裁。同年10月8日,仲裁委做出裁决:用人单位支付王先生违法解除劳动合同的赔偿金额36596.28元。用人单位不服,故于同年11月1日诉至法院。一审法院审理后,判决用人单位一次性支付王先生违法解除劳动合同的赔偿金额36596.28元。双方均未上诉。

【争议】企业采取末位淘汰制考核劳动者,企业能否以“不能胜任工作”为由“淘汰”职工?

【解读】《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。

第四十条规定,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;(三)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。

从这些规定可以看出,用人单位单方解除劳动合同,需要法定理由。劳动者在单位等级考核中居于末位等次,不等同于“不能胜任工作”,不符合单方解除劳动合同的法定条件,用人单位不能据此解除劳动关系。那么,用人单位根据其特点,在规章制度中设置相应的严重违纪单方解除劳动合同的规定,是否可行?当然可行。但规章制度必须符合程序合法、内容合法和履行合法这些要素。“末位淘汰制”并非职工严重违法,是劳动者的劳动能力范畴,两者不可混淆。

此案也提醒用人单位,在制订绩效考核体系和内部管理制度时,必须从维护和谐劳动关系出发,必须依法有据。

上海林峰律师事务所 企业劳资专家 林峰律师 手机:13701919739 网站:www.my12333.net