

誠信公道 恪盡職守 敬業樂群



福建英合律師事務所

電話：0592-5185617

傳真：0592-5185651

網址：www.yinghelaw.com

郵箱：lawyer@yinghelaw.com

地址：廈門市湖濱南路258號鴻翔大廈16層



英合法律资讯

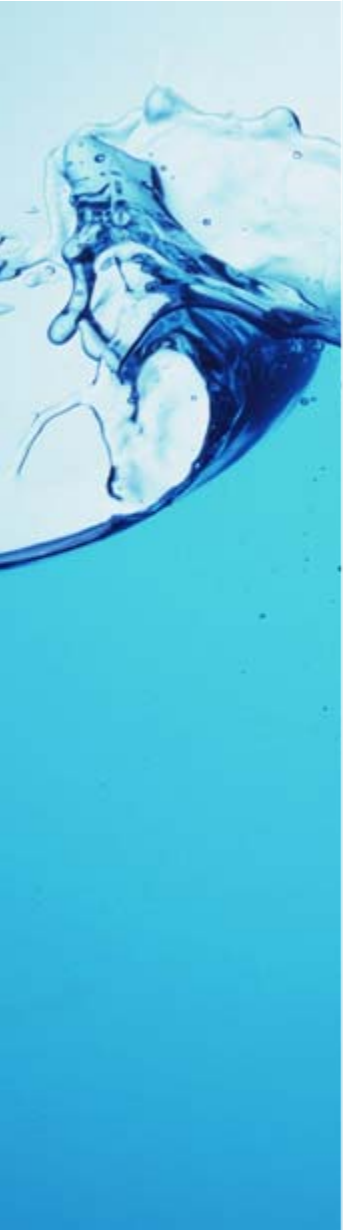
编号：（2012）第6期

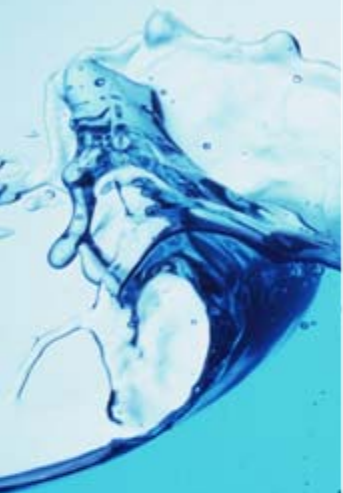
本期编辑：王国文、刘妍妍、何童欣、郑少泽



目录

- 英合动态-----1
- 新法速递-----4
- 英合文苑-----7
- 案例评析-----18
- 声明-----25





1、我所党支部书记陈咏晖律师受省司法厅表彰



2012年10月16日下午,全省律师行业创先争优活动总结表彰电视电话会议在省司法厅召开。市司法局党组书记、局长吕参军等领导在厦门分会场出席了会议。市司法局副局长,市律师协会党委书记贺菊英就厦门市律师行业在创先争优活动中取得的经验和成就做了交流发言。市律师协会党委委员、各律师事务所党支部书记、受表彰的律师事务所党组织与党员律师代表参加了会议。我所党员律师郑少泽代表英合党支部参加此次会议。

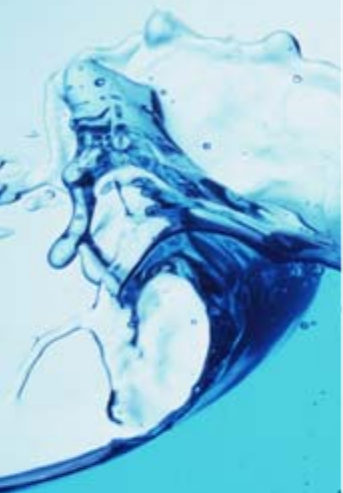
我市共有13名党员律师受到了表彰,我所党支部书记陈咏晖律师荣获表彰。

2、城市义工法律服务在行动——我所参加“12.4法制宣传日”活动

2012年12月4日，思明区法律援助中心、思明区司法所及厦门大学法律援助中心为宣传“思明区城市义工法律服务在行动——纪念12.4法制宣传日”主题，在轮渡举行的“城市义工志愿行动”活动。此次活动共有思明区法律援助中心、思明区司法所、厦门大学法援中心、三所律师事务所及其他城市义工共同参加。该活动主要是倡导志愿者文化，团结更广泛的社会主体参与到志愿者团队中，同时也是借助“12.4法制宣传日”的契机，进一步宣传法制精神，倡导依法治市的理念。

英合律师事务所参与了本次活动，一顶顶红色的帐篷组成了一道亮丽的风景线。何童欣、苏日辉、郑少泽律师代表我所参加了此次活动，作为城市志愿者的一员，为市民提供法律咨询，解答分析法律问题。





3、我所陈咏晖律师、何童欣律师荣获 厦门市首届公诉人与律师论辩“优秀辩手”称号



11月3日，由市司法局与市人民检察院共同主办的厦门市首届公诉人与律师论辩赛在厦门广电中心举行，市委常委、政法委书记詹沧洲出席并为最佳团队颁奖。本次论辩赛采取团体抗辩的形式进行，来自我市七家律师事务所和市、区检察院的42名律师和公诉人组成14支参赛队，围绕7个生活中常见的案例展开论辩。论辩赛的举行展现了我市检察队伍和律师队伍良好的精神风貌以及扎实的业务能力，是进一步推进三项重点工作，深入开展政法干警核心价值观教育实践活动的一项重要举措。

我所陈咏晖律师、陈雪律师、何童欣律师代表我所参与了此次论辩赛。陈咏晖律师和何童欣律师荣获本次论辩赛“优秀辩手”荣誉称号。在本次论辩赛的筹备过程中，我所全体律师共同参与准备，并以此次活动为契机开展了多场内部论辩赛，最终取得优异的成绩，这是全所成员通力合作的成果。通过本次论辩赛，不但提升了本所的团队凝聚力，也使全所成员在辩论技巧及理论水平上获得提高。



新法速递

一

《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》已由第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议于2012年11月30日通过，自公布之日起施行。

二

《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国治安管理处罚法〉的决定》已由第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议于2012年11月30日通过，自公布之日起施行。

三

《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国预防未成年人犯罪法〉的决定》已由第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十次会议于2012年11月30日通过，自公布之日起施行。



新法速递

四

《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国律师法〉的决定》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于2012年10月26日通过，由中华人民共和国主席令第六十四号予以公布，自2013年1月1日起施行。

五

《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国国家赔偿法〉的决定》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于2012年10月26日通过，由中华人民共和国主席令第六十四号予以公布，自2013年1月1日起施行。

六

《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国监狱法〉的决定》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议于2012年10月26日通过，由中华人民共和国主席令第六十三号予以公布，自2013年1月1日起施行。



新法速递

七

《厦门经济特区中小企业促进条例》已于2012年10月25日经厦门市第十四届人民代表大会常务委员会议第五次代表大会通过，由厦门市人民代表大会常务委员会公告第四号予以公布，自2013年1月1日起施行。

两岸间渔工工伤赔偿纠纷法律比较浅析

陈咏晖 王国文

内容提要： 本文通过具体案例，在海峡两岸不同的法律制度下，就大陆渔工赴台工作发生工伤赔偿纠纷时所碰到的如下问题进行探讨比较：1、渔工与船东、劳务派出机构的法律关系应如何认定；2、渔工与船员法律地位有何区别；3、此类纠纷应当由何地法院管辖；4、此类纠纷应当适用台湾法律还是大陆法律；5、工伤死亡赔偿项目及标准有何不同等。希望本文的探讨对两岸利益相关方在今后处理类似纠纷时有所裨益。

关键词： 渔工 工伤赔偿纠纷 劳动法规 两岸法律比较





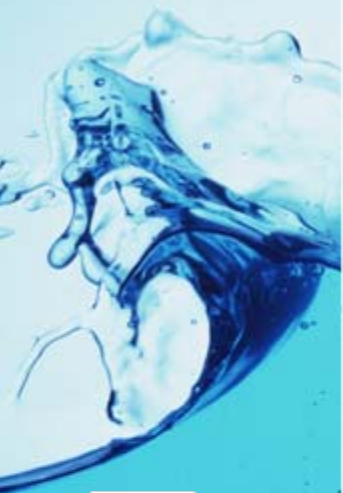
引言

随着两岸经济关系日益密切，两岸企业间的劳务合作也日益增多。由于台湾劳工相对紧缺，大陆劳工充裕且价格低廉，大批大陆劳工涌向台湾劳务市场，其中渔工占有很大比例，又由于渔业捕捞的风险性较高，渔工与船东之间的纠纷时有发生。为维护海峡两岸渔船船员、渔船船主正当权益，促进两岸渔船船员劳务合作，海峡两岸关系协会与财团法人海峡交流基金会还专门就两岸渔船船员劳务合作事宜，于2009年12月22日签署了《海峡两岸渔船船员劳务合作协议》。协议就合作范围、合作方式、合同(契约)要件、权益保障、协调机制、联系主体、争议解决等内容进行详尽的约定，同时还对渔船船员（由于台湾对渔船船员和船员的概念有严格区别，为了有所区分，以下均称渔船船员为“渔工”）劳务合作具体的安排。尽管两岸当局对渔船船主和渔工之间的矛盾引起足够的重视，并就渔工劳务合作事宜签署了合作协议并作了制度安排，但是渔工的劳务纠纷还是时有发生。由于渔工大部分文化程度较低且法律意识淡薄，再加上海峡两岸关于劳动法规的规定不尽相同，一旦发生纠纷未能协商解决，渔工在维权时将困难重重。

笔者以最近代理的案件为例，具体就大陆渔工赴台从事捕捞作业发生工伤事故时存在的几个法律问题进行大陆法律与台湾法律的比较研究。

案情如下：2008年10月31日，汤某与厦门某船务公司签订了一份《聘用船员协议书》，约定由厦门某船务公司指派汤某到其指定渔船上工作，但未明确约定是哪家公司或具体的船舶。此后厦门某船务公司指派汤某到台湾某渔业股份公司的渔船从事捕捞工作。2008年11月9日，渔船发生海难沉没，汤某下落不明。2009年4月，汤某的家属起诉到厦门海事法院，要求厦门某船务公司按《工伤保险条例》的规定向其支付3个月的工资、50%的一次性工亡补助金及供养亲属抚恤金。经法院主持调解后，汤某与厦门某船务公司达成和解协议，即厦门某船务公司向其支付15000美元抚恤金及200000元人民币人身意外险后，双方权利义务归于终结。2011年9月2日，高雄地方法院宣告汤某于2009年11月9日死亡。2012年4月，汤某家属再次以厦门某船务公司和台湾某渔业股份公司为被告，要求两家公司比照台湾《劳动基准法》的规定承担违约责任，连带向其支付死亡补偿费、丧葬费、抚养费、精神慰藉金等共749985元人民币。笔者接受台湾某渔业股份公司的委托参与诉讼。





一、渔工与劳务派遣机构和船东的法律关系应分别如何认定？

在大陆法律体系下：

在认定渔工与劳务派遣机构和船东的法律关系前，应当先对大陆的劳动法规中的相关概念做一个背景介绍。在大陆法律体系下以劳动为给付标的的合同包括：劳务合同、雇佣合同、劳动合同、劳务派遣合同、对外劳务合作合同等。

广义的劳务合同是指作为平等主体的自然人、法人之间就有关合同使用劳动力问题而订立的协议，包括劳动合同、雇佣合同、劳务派遣合同、对外劳务合作合同等；狭义的劳务合同则等同于雇佣合同^[1]。

劳动合同指的是劳动者与用人单位之间签订的，用于确立劳动关系，明确双方权利义务的协议。在劳动合同履行过程中，劳动者必须接受用人单位的劳动管理，遵守用人单位的规章制度，对用人单位有较强的人身从属性和依附性，具有一定的不平等性，因此劳动合同是一种具有行政指导性质的强制合同，合同条款必须包含工作时间、休息休假、社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护等强制性内容。劳动合同关系受《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法规的调整。

雇佣合同是指受雇者向雇主提供劳动力以从事某种工作、由对方提供劳动条件和劳动报酬的协议，受雇者与雇主之间是一种平等的民事主体关系，不具有从属性和依附性。雇佣合同关系则受民法、合同法等平等民事主体间法律的调整。

[1]何丽新、吴海燕：《海商法案例精解》，厦门大学出版社2004年版，第38页



劳务派遣合同由劳动者与劳务派遣公司签订的劳动合同和用工单位与派遣公司签订的派遣合同组成，通过派遣公司与劳动者订立劳动合同，再由派遣公司将劳动者派遣到用工单位工作，从而是派遣公司、劳动者、用工单位形成派遣关系。劳务派遣多用于事业单位临时用工。

对外劳务合作合同，是由对外劳务合作企业与国外雇主之间订立的劳务合作合同及对外劳务合作企业与劳务人员之间订立的服务合同或者劳动合同构成。根据《对外劳务合作管理条例》的规定，对外劳务合同分两种情形：1) 对外劳务合作企业与劳务人员签订的是服务合同，服务合同有以下两个特点：A 对外劳务合作企业与劳务人员是一种服务合同关系，对外劳务企业向劳务人员收取服务费；B 对外劳务企业应当协助劳务人员与国外雇主订立劳动合同，即劳务人员与国外雇主是劳动合同关系。2) 对外劳务企业组织与其建立劳动关系的劳务人员赴国外工作。该情形的特点有：A 劳务人员与对外劳务企业签订劳动合同，直接建立劳动关系，对外劳务企业应当承担用人单位的责任；B 劳动合同应当载明劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项；C 由对外劳务企业向劳务人员支付劳动报酬。



具体到本案中，根据协议书的内容分析：首先，汤某的工资是由劳务派出机构厦门某船务公司发放的；其次，厦门某船务公司并未向汤某收取服务费；再次，事实上作为船东某渔业股份公司也未与汤某签订任何合同。最后，该协议的约定也符合一般劳动关系的认定条件，如协议书存在厦门某船务公司直接对汤某进行管理、处罚的约定。因此，本案应当属于对外劳务企业组织与其建立劳动关系的劳务人员赴国外工作的情形，即汤某与厦门某船务公司存在直接的劳动关系。而汤某与某渔业股份公司仅是存在用工关系而已。

在台湾地区的法律体系下：

台湾地区现行法律中并没有像大陆一样对劳务关系进行细分，而只有雇用人与受雇人之间的关系，所有的雇佣关系均受《民法》与及《劳动基准法》等就业劳动法规的调整，船员还受《船员法》调整。值得一提的是，台湾《船员法》将渔工排除在船员之外，因此渔工的雇佣关系应当适用《民法》与及《劳动基准法》等就业劳动法规，而不能适用《船员法》。

具体到本案中，如果适用台湾法律，则汤某可能被认定为与渔业股份公司存在雇佣关系。

二、渔工是否属于船员？

船员这一范畴所指对象，各国规定不尽相同。在大陆，依据《海商法》第31条规定，船员，是指包括船长在内的船上一切任职人员。而渔工则是指在渔船上从事渔业作业的一切任职人员。而关于渔船上的渔工是否适用船员劳动法，即渔工是否是船员，各国规定不一。

在大陆，对普通船舶的管理是由交通部负责的，而对渔船的管理长期以来一直归口于渔政部门，从而出现渔船与普通船舶适用不同法律的情况。根据有关船舶、船员管理的法规、规章如《船舶登记条例》、《渔船登记规则》、《海船船员考试规则》等都将渔船排除在“船舶”的定义之外。渔政部门对渔船、渔工的管理多由自己制定规章进行管理。可见，在大陆的行政法规、规章上，渔船与船舶是两类不同的船，渔工与船员也是两类不同的劳动者。但大陆《海商法》第三条对船舶的定义却没有渔船排除在外：“本法所称船舶，是指海船和其他海上可移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和20总吨以下的小型船艇除外。前款所称船舶，包括船舶属具。”只要渔船从事的是海上作业，不用于军事、政府公务，且吨位在20总吨以上，即是《海商法》意义上的船舶。因为，《海商法》是全国人大制定的法律，而《船舶登记条例》、《渔船登记规则》、《海船船员考试规则》等则是行政法规或部门规章，根据上位法优于下位法的原则，渔船上的渔工与其他船舶上的船员，在《海商法》上具有相同的法律地位，都适用船员劳动法律。在实践中，有关渔工的劳务合同纠纷也都视同船员劳务纠纷，由海事法院管辖。

在台湾，《船员法》第三条明确规定：“下列船舶之船员，除有关航行安全与海难处理外，不适用本法之规定：一、船舶法所称之小船。二、军事建制之舰艇。三、渔船。”可见，在台湾，渔船上的船员（即渔工）不是船员法规定的船员，关于渔工的劳务纠纷应当适用《民法》及《劳动基准法》等劳动就业法规。



三、本案应当由何地法院管辖？

在大陆法律体系下，劳动合同纠纷需经过劳动仲裁前置程序。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定，劳动者与用人单位发生劳动合同纠纷的，应当先向用人单位所在地或用工所在地劳动争议仲裁委员会提起仲裁。经仲裁后，当事人如对仲裁裁决不服的才能向用人单位所在地或用工所在地人民法院提起诉讼，即劳动仲裁是审理劳动争议案件的仲裁前置程序，劳动纠纷当事人不能逾越仲裁直接提起诉讼。雇佣合同纠纷则可直接向地方法院提起民事诉讼。

但是关于船员劳务合同纠纷的管辖却有别于上述劳动合同或雇佣合同的规定。根据《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八条的规定：“因船员劳务合同纠纷直接向海事法院提起的诉讼，海事法院应当受理。”而且在最高人民法院《民事案件案由规定》中只有船员劳务合同纠纷的规定，没有船员劳动合同纠纷的规定。在司法实践中，海事法院对劳务合同、劳动合同、对外劳务合作合同等也没有进行细分，只要涉及船员劳务纠纷均以船员劳务合同纠纷为由受理。可见，在现行大陆法律体系中，只要涉及广义的船员劳务合同都统归海事法院管辖。因此，船员劳务合同纠纷无须经过仲裁前置程序，即可直接向专门法院——海事法院提起诉讼。

具体到本案中，由于渔工属于船员范畴，因此应当适用有关船员法律的规定。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六条第五项的规定：“因海船的船员劳务合同纠纷提起的诉讼，由原告住所地、合同签订地、船员登船港或者离船港所在地、被告住所地海事法院管辖；”因此，汤某有权向其所在地的海事法院即厦门海事法院提起诉讼。



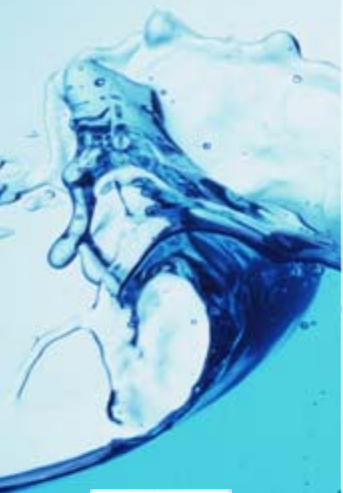
台湾地区的司法体系中亦设有劳资争议调解与仲裁程序，但是没有管辖海商海事案件的专门法院——海事法院的设定。台湾地区的劳资关系分为权利事项之劳资争议和调整事项之劳资争议。权利事项之劳资争议，系指劳资双方当事人基于法令、团体协约、劳动契约之规定所为权利义务之争议，权利事项之劳资争议依《劳资争议处理办法》所定制调解程序处理，法院在处理前项劳资争议，必要时设劳工法庭。调整事项之劳资争议，系指劳资双方当事人对于劳动条件主张继续维持或变更之争议，依《劳资争议处理办法》所定制调解、仲裁程序处理^[1]。渔工雇佣纠纷属于权利事项之劳资争议，当事人可以直接向市（县）政府提出调解，调解不成可向地方法院提起诉讼。根据台湾《民事诉讼法》第四条规定：“对于生徒、受雇人或其它寄寓人，因财产权涉讼者，得由寄寓地之法院管辖。”因此，一旦渔工劳务纠纷涉讼，则应向寄寓地法院提起诉讼。

四、本案应当适用大陆法律还是台湾法律？

由于本案在大陆法院受理，因此应当适用大陆的冲突法规范。依据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条的规定：“劳动合同，适用劳动者工作地法律；难以确定劳动者工作地的，适用用人单位主营业地法律。劳务派遣，可以适用劳务派遣地法律。”本案中，虽然汤某的用人单位是厦门某船务公司，工作地点却是在台湾。因为汤某的工作地明确，所以本案应当首先考虑选择适用劳动者工作地（台湾）法律。当然，案件当事人还可以通过意思自治原则协商选择适用大陆法律。

^[1]林纪东、郑玉波、蔡墩铭、古登美、邱聪智、苏永波：《新编基本六法全书》，五南图书出版股份有限公司2002年版，第捌一一〇一二二、捌一一〇一三三页





五、台湾与大陆关于工伤死亡的赔偿项目及标准有何区别？

大陆《工伤保险条例》第三十九条规定：“职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

（一）丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；

（三）一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受本条第一款规定的待遇。一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第一款第（一）项、第（二）项规定的待遇。

根据大陆公布的统计数据，厦门市2011年度职工月平均工资为3842元人民币，全国城镇居民人均可支配收入21810元人民币。按这一标准，如果用人单位没有为职工缴交工伤保险，一旦发生职工因工死亡，用人单位仅一次性工亡补助金一项就要支付436200元人民币的高额赔偿金。

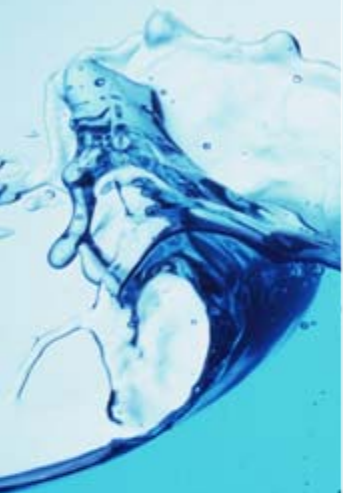


台湾地区将工伤称之为“职业灾害”。依据台湾《劳动基准法》第59条第四项的规定，劳工遭遇职业伤害或罹患职业病而死亡时，雇主仅需给与其遗属五个月平均工资之丧葬费和四十个月平均工资之死亡补偿。

通过前面的比较我们可以发现，大陆的劳工工伤死亡的赔偿标准远高于台湾地区。

结语

渔工赴台渔船从事捕捞作业，一旦发生工伤事故，如果未能与船东和劳务派出机构同过协商获得赔偿，应当及时向当地的有管辖权的海事法院提起诉讼。同时，渔工在选择适用大陆法律还是台湾法律时应当慎重，因为法律的适用关系到了赔偿的项目和标准。依据现行的法律，大陆的法律赔偿金额显然高于台湾。因此，向大陆有管辖权的海事法院提起诉讼，并适用大陆法律是渔工最明智的选择。



案情简介

申请人陆某原系某信息技术股份有限公司（以下称某公司）员工，双方于2005年1月1日签订了一份期限为2005年1月1日至2005年12月31日止的《劳动合同》；2006年3月6日签定了一份期限为2006年3月1日起至2008年2月29日止的《劳动合同》；双方最后一次签订劳动合同约定的期限为自2008年3月1日起至2011年2月28日止，该合同还约定陆某工作岗位为销售岗位，月工资1910元。

2010年4月1日，陆某提交调动申请由产品管理部产品经理岗位调入采购配套部采购岗位；2010年7月31日，陆某再次提交调动申请由采购配套部调入市场管理部。岗位调整后，某公司根据公司2010年3月修改的《薪酬管理实施细则》调整了陆某工资。

某公司自2006年1月起为陆某缴纳社会保险费至2011年2月。陆某调薪前岗位为12级岗位工资3300元，调薪后岗位16级岗位工资3050元。

2011年2月28日，因双方签订的劳动合同期限届满，某公司向陆某发出一份《终止劳动关系通知书》，告知陆某的劳动合同于2011年2月28日到期，公司终止与其的劳动关系，并依法支付经济补偿金。陆某认为公司非法降低其工资，与公司协商不成，于2011年6月30日向厦门市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，于2011年9月21日提起诉讼，并不服一审判决，向厦门市中级人民法院提出上诉。

另二审调解过程中，陆某提出公司与其已连续三次签订劳动合同，依法应当与其续签无固定期限劳动合同，故要求支付违法解除劳动合同赔偿金。



申请人请求

- 1、支付2010年4月至2011年2月非法降扣的工资差额；
- 2、支付自2003年9月至2011年2月的经济补偿金；
- 3、补缴社会保险金；
- 4、补缴社会保险差额部分；
- 5、支付少缴生育保险而导致的损失。

处理结果

法院一审判决与劳动争议仲裁委员会裁决一致，二审维持原判：

- 1、某公司支付陆某自2008年1月起至劳动关系终止日2011年2月28日止的经济补偿金；
- 2、驳回陆某其他请求。

争议焦点

- 1、经济补偿金计算基数及年限？
- 2、签订无固定期限劳动合同的条件？

评析

一、关于经济补偿金的计算基数及年限问题

1、计算基数：本案双方主张数额的差距在于陆某按照其离职前12个月内的应得工资+绩效奖金+工资差额计算；而某公司按照其离职前12个月内的应得工资计算。根据厦门市中级人民法院、厦门市劳动争议仲裁委员会《关于贯彻实施〈中华人民共和国劳动合同法〉、〈中华人民共和国劳动争议调解仲裁法〉的指导意见》第三十五条规定，计算经济补偿金的月工资应剔除加班加点工资、非按月支付的单项或专项奖金。因此陆某领取的薪酬中，绩效奖金为非按月支付的单项或专项奖金，依法不应计入经济补偿金计算基数，陆某的经济补偿金计算基数应当只限于其离职前12个月的平均工资。而劳动争议仲裁委员会的裁决和两审法院的判决显然忽视了这一点，对陆某经济补偿金的计算基数未作详细查明，而直接以其所有应得收入计算了平均工资。

2、计算年限：《中华人民共和国劳动合同法》（以下称《劳动合同法》）第九十六条规定：本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算。《劳动合同法》于2008年1月1日起施行，在该法施行之前，没有法律法规对终止劳动关系这一情形设定给付经济补偿金的法律责任。因此本案中经济补偿金计算期限应当自该法施行之日2008年1月1日起计至劳动关系终止之日2011年2月28日，共计三年两个月，依法应当补偿其相当于三个半月工资的经济补偿金，陆某主张超出法定范围部分不应予以支持。

二、关于签订无固定期限劳动合同的条件问题

《劳动合同法》第十四条第二款第（三）项规定的“连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形，续订劳动合同的”属于应当订立无固定期限劳动合同的情形。换言之，用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，双方仍同意续订劳动合同的，在第三次续订合同时，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当订立。“续订劳动合同”是用人单位和劳动者双方合意的结果，用人单位可以选择同意续订，也可以选择不再续订。

同时，《劳动合同法》第九十七条规定：“……本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。”第九十八条规定：“本法自2008年1月1日起施行。”可见，《劳动合同法》第十四条第三款适用条件之一为自2008年1月1日起连续订立两次固定期限劳动合同。

本案中，用人单位及劳动者均无意续订劳动合同，并且，双方自2008年1月1日《劳动合同法》施行日起只签定了一次固定期限合同，无论在事实上还是法律依据上，某公司都没有义务与陆某签订无固定期限劳动合同，陆某要求支付违法解除劳动合同赔偿金无事实及法律依据。

A decorative graphic at the bottom of the slide featuring a dynamic splash of blue water with white highlights and bubbles, set against a light blue background.

案例评析

启示与思考

1、关于经济补偿金计算基数。

《劳动合同法》第四十七条规定，劳动合同解除或终止后，用人单位应当按照劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付经济补偿。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，支付半个月工资的经济补偿。而计算经济补偿金的“工资”标准如何确定，是用人单位与劳动者双方争议焦点所在，由此也引发了很多劳动争议纠纷。

实践中在计算经济补偿金时，通常出现的问题是用人单位以最低工资、基本工资、实得工资计算劳动者的经济补偿金，根据《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）第五十三条规定：“劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等”，以及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下称《实施条例》）第二十七条：“劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入”的规定，这种计算标准侵犯了劳动者的合法权益，应依法予以纠正。而与之相关的一个问题，即是否所有奖金都可以计入平均工资的计算基数，在司法实践中比较容易被劳动争议仲裁委员会或者法院所忽视。

A decorative graphic at the bottom of the slide featuring a dynamic splash of blue water with white highlights and bubbles, set against a light blue background.

案例评析

根据厦门市中级人民法院、厦门市劳动争议仲裁委员会《关于贯彻实施〈中华人民共和国劳动合同法〉、〈中华人民共和国劳动争议调解仲裁法〉的指导意见》第三十五条规定，计算经济补偿金的月工资应剔除加班加点工资、非按月支付的单项或专项奖金。根据该《指导意见》的裁判口径，计算平均工资时应当区分非按月支付的单项、专项奖金及按月发放的一般奖金。非按月支付的单项、专项奖金不应计入平均工资的统计基数。仲裁委及人民法院在处理涉及此类纠纷的案件时，亦应当公平审查双方所主张的平均工资计算基数，以保护用人单位及劳动者双方的合法权益。而用人单位在薪酬发放过程中也应当尽量注明薪酬种类、发放时间等，以避免在计算平均工资方面产生争议。

2、关于订立无固定期限劳动合同的条件。

首先要注意的问题是签订无固定期限劳动合同的前提条件。《劳动合同法》第十四条第二款第三项规定：“……有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订劳动合同的，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：……（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。”此条款规定了用人单位应当与劳动者续签无固定期限劳动合同的四个条件：一是劳动者没有提出订立固定期限劳动合同；二是连续订立二次固定期限劳动合同；三是劳动者没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形；四是续订劳动合同的（即双方都同意续订劳动合同）。如满足以上四个条件，则用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。

结合《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”，可见订立无固定期限劳动合同要以劳动者提出及用人单位同意为前提。换言之，劳动者符合订立无固定期限劳动合同的条件，没有提出订立无固定期限劳动合同，与用人单位签订的是固定期限劳动合同的，该固定期限劳动合同对双方当事人具有约束力。合同期限届满时，该合同自然终止。因此，劳动者一旦符合订立无固定期限劳动合同情形的，则应当在合同期限届满前向用人单位提出要求订立无固定期限劳动合同，以免丧失权利。

其次，《劳动合同法》第十四条第二款第三项规定的“连续订立二次固定期限劳动合同”中连续订立合同的起始时间是明确的。《劳动合同法》第九十七条规定：“……本法第十四条第二款第三项规定连续订立固定期限劳动合同的次数，自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。”第九十八条规定：“本法自2008年1月1日起施行。”可见，《劳动合同法》第十四条第三款规定的“连续订立二次固定期限劳动合同”是指自2008年1月1日起连续订立两次固定期限劳动合同。

在处理涉及签订无固定期限劳动合同的案件时，应注意审查用人单位与劳动者是否有意续订劳动合同，在此前提下，审查劳动者是否符合订立无固定期限劳动合同的条件时，也要注意连续订立两次劳动合同的时间。

声明:

1、本法律资讯仅提供给本所顾问单位或相关单位作为资料阅读。

2、本法律资讯的评论、评析或咨询系律师根据法律等规定作出的个人分析，任何其他人未经本所同意不能将本法律资讯参考以任何理由和任何方式作任何用途