

李晗讲商经之得享卷

新华考资
www.xhkzedu.com

商经法

纳商事之规 音世事之美

李晗



■ 商法篇 / 1

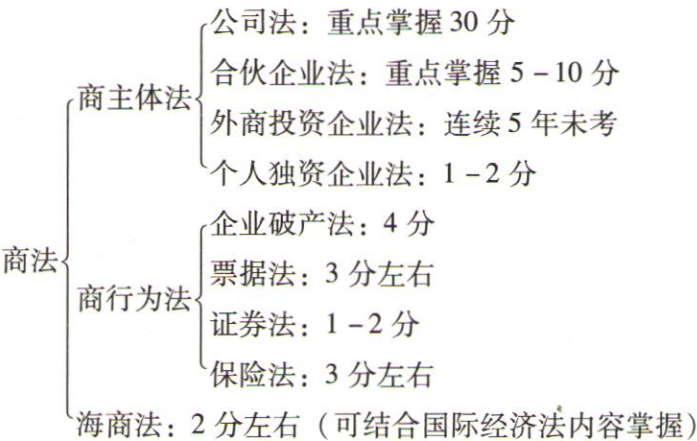
合伙企业法	3
考点一 合伙的概念和类型	4
考点二 普通合伙企业的设立	4
考点三 普通合伙企业的财产	8
考点四 普通合伙事务的执行	10
考点五 普通合伙事务的决议	13
考点六 普通合伙利润分配与亏损分担	14
考点七 普通合伙与第三人的关系	15
考点八 普通合伙的入伙、退伙和继承	17
考点九 特殊的普通合伙企业	20
考点十 有限合伙企业	22
考点十一 合伙的解散与清算	28

■ 经济法篇 / 33

劳动法	35
第一节 劳动法概述	36
第二节 劳动合同法	39
第三节 劳动基准法	69
第四节 劳动争议	72

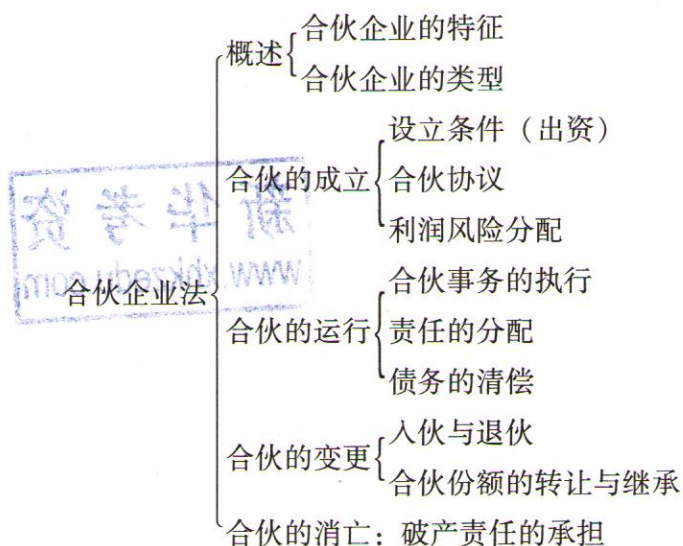


商法部分框架体系及分值分布：（考查 50 分左右）





知识要点总览：



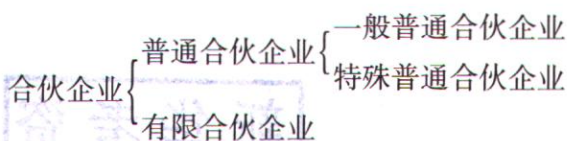
备考提示：

1. 合伙企业与公司企业并列，也是企业的一种类型，与公司不同，合伙企业没有法人人格，企业债务由合伙人共同承担连带责任，《合伙企业法》虽然在司法考试分值较大，但难度相对较低。

2. 从考查内容来看，建议侧重记忆有限合伙企业与普通合伙企业规定的区别以及相互之间的转换；合伙事务的决议和执行；合伙人的入伙、退伙和身份继承。

3. 总而言之，在理解的基础上进行对比记忆是本章学习的重点，重者恒中的规律在合伙企业法的司考考查中很突出，全部拿分相对容易。

考点一 合伙的概念和类型



本法所称合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

1. 普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

2. 有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

3. 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。（简称为“四大”）

注意

新华考资
www.xhkzedu.com

1. 自然人、法人和其他组织都具有成为合伙人的资格。一般来说，公司可作为合伙人，既可以普通合伙人，也可以有限合伙人。但是国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人，只能作为有限合伙人，以认缴出资承担有限责任。

2. 主体必须是两人以上，仅有一个民事主体出资，仅有可能构成个人独资企业或者一人公司。

考点二 普通合伙企业的设立

（一）设立条件

1. 有符合法律要求的合伙人

（1）普通合伙人为自然人的，必须有完全民事行为能力，合伙人不得是法官、检察官、国家公务员等法律、行政法规规定的禁止从事营利性活动的人。（有限合伙人无需具有完全民事行为能力）

（2）法人具有成为合伙人的资格，但是国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

新华考资

www.xhkzedu.com

(3) 人数要求：合伙人数应不少于2人。

注意

普通合伙人人数 ≥ 2 ，普通合伙企业只有人数下线，未规定人数的上限。

有限合伙企业 $2 \leq \text{人数} \leq 50$ ，有人数上限，而普通合伙没有人数上限。

2. 书面合伙协议

(1) 合伙企业必须有书面的合伙协议。合伙协议是合伙企业得以成立的法律基础。

(2) 合伙企业强调人合性，《合伙企业法》大部分的规则都是在合伙协议没有约定的情况下方才适用，因此当合伙协议有不同约定或者相反约定时，优先适用合伙协议。(注意：有约定从约定，无约定从法律)

(3) 合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以书面形式订立。

(4) 合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。

注意

合伙协议不是从登记时生效。

3. 有合伙人实际缴付的出资

(1) 普通合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。(注意：公司股东不得以债权、技术、劳务的形式出资，但是普通合伙人可以劳务进行出资，有限合伙人不可以)

(2) 合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。

(3) 合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。

注意

劳务出资，全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。(定价：协商)

以非劳务出资，例如实物、知识产权、土地使用权出资的，需要评估作价的，全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。(定价：协商/评估)

(4) 以非货币财产出资的，依照法律、行政法规的规定，需要办理财产权转移手续的，应当依法办理。

注意

合伙人可以物的所有权，也可以使用权进行出资，如果以使用权进行出资，例如房产，那就无需办理过户。但是公司股东不能以物的使用权进行出资，但出让土地使用权可以。

4. 有合伙企业的名称

合伙企业作为市场主体之一，应有自己的名称。合伙企业只有拥有自己的名称，才能以自己的名义参与民事法律关系，享有民事权利，承担民事义务并参与诉讼，成为诉讼当事人。根据民法通则的规定，合伙企业享有名称权，即合伙企业对其登记的名称享有专有使用的权利，其他人未经许可，不得使用合伙企业的名称，否则构成民事侵权行为，合伙企业有权要求行为人停止侵害，消除影响，赔礼道歉，并可以要求其赔偿损失。

注意

合伙企业的名称中应当标明“普通合伙”字样。公司法并未规定非公司企业不能使用“公司”字样，且使用“公司”字样并不当然表明企业的责任形式，而且我国事实上也存在除有限责任公司和股份有限公司以外的其他企业采用“公司”字样的现象，所以，合伙企业可以在其企业名称中使用“公司”字样，不能有“有限”或“有限责任”字样。不过个人独资企业名称明确不能使用“公司”的字样。

5. 有经营场所和从事合伙经营的必要条件

经营场所是指合伙企业从事生产经营活动的所在地，合伙企业一般只有一个经营场所，即在企业登记机关登记的营业地点。经营场所的法律意义在于确定债务履行地、诉讼管辖、法律文书送达等。从事经营活动的必要条件是指根据合伙企业的业务性质、规模等因素而需具备的设施、设备、人员等方面的条件。

(二) 设立登记

合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业成立之日。合伙企业领取营业执照之前，合伙人不得以合伙企业的名义从事合伙业务。

知识点记忆表——普通合伙企业设立

合伙人	<ol style="list-style-type: none"> 1. 人数≥ 2 2. 普通合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。(有限合伙人无需具有完全民事行为能力) 3. 公司可以作为普人，也可以作为有人，但“四大”只能作为有限合伙人
合伙协议	书面合伙协议；合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。(不以登记为生效要件)
出资	<p>有合伙人认缴或者实际缴付的出资，合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。</p> <p>注意：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 合伙人可以实物的使用权出资，而股东不可以，但土地使用权可以。 2. 普人可以劳务出资，有人不能以劳务出资。
名称和生产经营场所	合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。不能有“有限”或“有限责任”字样。(并没有完全禁止用“公司”)
合伙人认缴或实际缴付的出资	<ol style="list-style-type: none"> 1. 劳务出资，全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。(劳务出资定价：协商) 2. 以实物、知识产权、土地使用权出资的，需要评估作价的，全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。(非劳务出资定价：协商/评估)

注意

合伙企业与公司的区别：

	合伙企业	公司
组织形式	非法人团体(人合性)	法人(人资两合、资合性)
法律基础	书面合伙协议	公司章程
出资方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 普人可用劳务(有限合伙不可)、信用等出资。 2. 可用财产使用权出资。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 不可用劳务、信用等出资； 2. 不可用使用权出资(土地使用权除外)。
财产性质	合伙企业财产(出资+积累(按份共有))	公司财产独立于股东财产，公司享有对其独立的财产权。

续表

<p>出资人 责任承担</p>	<p>1. 普通合伙人对企业债务承担无限连带责任。 2. 有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。</p>	<p>股东以出资为限承担有限责任。</p>
----------------------------	--	-----------------------

典型真题



甲、乙、丙、丁打算设立一家普通合伙企业。对此，下列哪一表述是正确的？^①
(2011/3/29)

- A. 各合伙人不得以劳务作为出资
- B. 如乙仅以其房屋使用权作为出资，则不必办理房屋产权过户登记
- C. 该合伙企业名称中不得以任何一个合伙人的名字作为商号或字号
- D. 合伙协议经全体合伙人签名、盖章并经登记后生效

考点三 普通合伙企业的财产

新华考资
www.xhkzedu.com

(一) 合伙财产的范围

合伙财产指合伙存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产。合伙企业财产包括两部分，一是全体合伙人的出资，二是合伙企业成立后解散前，以合伙企业名义取得的全部收益。(注意：出资+积累)

(二) 合伙财产的性质

1. 出资财产：以所有权出资的，出资人不再享有出资财产的所有权，归全体合伙人共有；以使用权出资的，企业只享有使用和管理权，归合伙人单独所有，在合伙人退伙或者合伙企业解散时，合伙人有权要求返还原物。

2. 积累财产：全体合伙人共有(注意：是特殊的按份共有，不是共同共有)。

(三) 合伙企业财产的管理与使用

1. 财产份额的转让

(1) 除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全

^① B

部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。

(2) 合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。

(3) 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

财产份额的转让 { 对内转让：通知
对外转让：一致同意 + 同等条件下优先购买权（“人合性”，一个人不同意，也不能对外转，合伙协议另有约定除外）

2. 出质规则：普通合伙人的出质行为也应当经过其他合伙人一致同意，否则出质行为无效，因此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。原因在于质押权的优先受偿性使合伙企业财产处于不稳定的状态，会影响普通合伙企业的人合性。

注意

不存在善意第三人利益保护，未经其他合伙人一致同意，就是出质行为无效。

知识点区别记忆表——合伙财产份额转让与有限公司股权转让规定的区别

情形	合伙企业	有限公司
对外转让须通知	无此规定	股东对外转让股权，应当书面通知其他股东。
对外转让的表决机制	须经其他合伙人一致同意	须经其他股东人头过半数同意
两种视为同意的情形	无此规定 	两种默示即为同意转让的情形：“30 + 不买” 1. 30 天内不置可否视为同意转让； 2. 不同意对外转让，又不购买的，视为同意转让。
对内转让	通知其他合伙人（通知）	随便转，不用经同意或者通知

典型真题



高崎、田一、丁福三人共同出资 200 万元，于 2011 年 4 月设立“高田丁科技投资中心（普通合伙）”，从事软件科技的开发与投资。其中高崎出资 160 万元，田、丁分别出资 20 万元，由高崎担任合伙事务执行人。2012 年 6 月，丁福为向钟冉借钱，作为担保方式，而将自己的合伙财产份额出质给钟冉。下列说法正确的是：①（2013/3/92）

① AD

- A. 就该出质行为，高、田二人均享有一票否决权
- B. 该合伙财产份额质权，须经合伙协议记载与工商登记才能生效
- C. 在丁福伪称已获高、田二人同意，而钟冉又是善意时，钟冉善意取得该质权
- D. 在丁福未履行还款义务，如钟冉享有质权并主张以拍卖方式实现时，高、田二人享有优先购买权。

3. 普通合伙企业合伙人离婚财产分割

在合伙企业存续期间，除依法退伙等法律有特别规定的外，合伙人不得请求分割合伙企业财产，也不得私自转移或者处分合伙企业财产。需要注意掌握《婚姻法解释(二)》中关于普通合伙企业合伙人夫妻离婚时财产分割问题。

夫妻共同财产中以一方的名义在合伙企业中出资，另一方不是合伙人的，当双方协商一致，可以按以下情形处理，并不意味着，离婚时，原来不是合伙人的一方可以直接获得合伙人地位：

- (1) 其他合伙人一致同意，该配偶依法取得合伙人地位。
- (2) 其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先受让权的，可以对转让所得的财产进行分割。
- (3) 其他合伙人不同意转让，也不行使优先受让权，但同意该合伙人退伙或者退还部分财产的，可以对被退还的财产进行分割。
- (4) 其他合伙人既不同意转让也不行使优先受让权，又不同意该合伙人退伙或者退还部分财产份额时，视为全体合伙人同意转让，该配偶依法取得合伙人地位。

★考点四 普通合伙事务的执行

执行的一般规则	1. 合伙人对执行合伙事务享有 同等的权利 。 2. 按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。 3. 作为合伙人的法人、其他组织执行合伙事务的，由其委派的代表执行。
具体执行方式	1. 由全体合伙人 共同 执行。这种方式适合于合伙人数较少的合伙。 2. 由各合伙人 分别单独 执行合伙事务。 3. 由 一名 合伙人执行合伙事务。即一名合伙人受托代表全体合伙人执行合伙事务。这种方式适合于人数较多的合伙。 4. 由 数名 合伙人共同执行合伙事务。即由全体合伙人委托数名合伙人执行合伙事务。这种方式同样适合于人数较多的合伙。每一合伙人

续表

具体执行方式	<p>有权将其对合伙事务的执行权委托其他合伙人代理，而自己不参与合伙事务的执行。</p> <p>法人或其他组织作为合伙人的，其执行合伙事务由其委派的代表执行。</p>
执行人权利和义务	<p>权利：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 执行合伙事务，对外代表合伙组织。 2. 执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。 3. 合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行。 <p>义务：</p> <p>执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况。</p>
非执行人权利和义务	<p>义务：不再执行合伙事务。</p> <p>权利：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 监督权：不执行合伙事务的合伙人有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况。 2. 查阅权：有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。 3. 撤销权：受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。
法律责任	<ol style="list-style-type: none"> 1. 合伙人对本法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人一致同意始得执行的事务擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。 2. 不具有事务执行权的合伙人擅自执行合伙事务，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。
普通合伙人竞业禁止自我交易禁止的义务	<p>“竞业的绝对禁止”：合伙人不得自营或者与他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。</p> <p>“自我交易的相对禁止”：未经全体合伙人同意，合伙协议也没有约定，不得与本合伙企业进行交易。</p> <p>注意区别：竞业绝对禁止，自我交易只要经过全体合伙人同意，合伙协议有约定，就可以为之。</p>

新华考资

www.xhkzedu.com

续表

<p>合伙事务执行人和经营管理人员区别理解</p>	<p>注意：一般合伙执行人必须为合伙人，而外聘的是合伙企业的经营管理人员，但是经全体合伙人同意，合伙人也可作为经营管理人员。</p> <p>合伙企业经营管理人的职权与责任承担：</p> <p>1. 职权：被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务。</p> <p>2. 责任承担：被聘任的合伙企业的经营管理人员，超越合伙企业授权范围履行职务，或者在履行职务过程中因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。(而合伙事务执行人的责任承担：合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。)</p>
----------------------------------	--

典型真题



1. 某普通合伙企业为内部管理与拓展市场的需要，决定聘请陈东为企业经营管理人员。对此，下列哪一表述是正确的？^① (2015/3/29)

- A. 陈东可以同时具有合伙人身份
- B. 对陈东的聘任须经全体合伙人的一致同意
- C. 陈东作为经营管理人员，有权以合伙企业的名义对外签订合同
- D. 合伙企业对陈东对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗第三人

新华考资
www.xhkzedu.com

2. 通源商务中心为一家普通合伙企业，合伙人为赵某、钱某、孙某、李某、周某。就合伙事务的执行，合伙协议约定由赵某、钱某二人负责。下列哪些表述是正确的？^② (2014/3/73)

- A. 孙某仍有权以合伙企业的名义对外签订合同
- B. 对赵某、钱某的业务执行行为，李某享有监督权
- C. 对赵某、钱某的业务执行行为，周某享有异议权
- D. 赵某以合伙企业名义对外签订合同时，钱某享有异议权

3. 甲、乙、丙、丁以合伙企业形式开了一家餐馆。就该合伙企业事务的执行，下列哪些表述是正确的？^③ (2013/3/72)

- A. 如合伙协议未约定，则甲等四人均享有对外签约权

① B

② BD

③ ABD

- B. 甲等四人可决定任命丙为该企业的对外签约权人
 C. 不享有合伙事务执行权的合伙人，以企业名义对外签订的合同一律无效
 D. 不享有合伙事务执行权的合伙人，经其他合伙人一致同意，可担任企业的经营管理人

4. 赵、钱、孙、李设立一家普通合伙企业。经全体合伙人会议决定，委托赵与钱执行合伙事务，对外代表合伙企业。对此，下列哪一表述是错误的？^①（2011/3/30）

- A. 孙、李仍享有执行合伙事务的权限
 B. 孙、李有权监督赵、钱执行合伙事务的情况
 C. 如赵单独执行某一合伙事务，钱可以对赵执行的事务提出异议
 D. 如赵执行事务违反合伙协议，孙、李有权决定撤销对赵的委托

★考点五 普通合伙事务的决议

合伙事务的决议与合伙事务的执行是不同的，先有决议后有执行；合伙事务依法可由一名或数名合伙人代表全体合伙人执行，也可由全体合伙人执行，而合伙企业事务的决议只能由合伙人依法作出，不得委托其他合伙人或合伙人以外的人进行。

●注意

产生时间不同；行为主体不同。

新华考资
 www.xhkzedu.com

合伙事务决议 一般规则	1. 合伙协议约定优先。 2. 一人一票 + 全体合伙人人头过半数。
全票决的事项	除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意： 1. 改变合伙企业的名称； 2. 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点； 3. 处分合伙企业的不动产；（注意：不包含购买） 4. 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利； 5. 以合伙企业名义为他人提供担保； 6. 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员； 7. 补充和修改合伙协议； 8. 新合伙人入伙；

① A

续表

全票决的事项	<p>9. 合伙份额出质: 否则无效, 债权人不得就此向合伙企业优先受偿权, 给善意第三人造成损失的, 行为人依法承担赔偿责任。</p> <p>(注意: 不存在善意第三人利益保护问题, 只要未经全体合伙人同意, 合伙份额出资就是无效。)</p>
--------	--

★考点六 普通合伙利润分配与亏损分担

1. 利润分配和亏损分担方法有约定, 按约定; 无约定“**四步走**”, 顺序是: 协议→

协商→实缴出资比例→平分。

合伙企业的利润分配方法和亏损分担方法, 均由合伙协议约定, 按照约定处理。如果合伙协议对利润分配或亏损分担未作约定或者约定不明, 则由合伙人协商确定; 协商不成的, 由各合伙人按照实际的 (而非约定的) 出资比例分配利润和分担亏损。如果无法确定各合伙人的出资比例, 则由各合伙人平均分配利润和分担亏损。

2. 普通合伙不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

注意

有限合伙企业虽然也不得约定由部分合伙人承担全部亏损, 但可以以合伙协议的方式约定部分人享受全部利润。注意区分。

典型真题



1. 兰艺咖啡店是罗飞、王曼设立的普通合伙企业, 合伙协议约定罗飞是合伙事务执行人且承担全部亏损。为扭转经营亏损局面, 王曼将兰艺咖啡店加盟某知名品牌, 并以合伙企业的名义向陈阳借款 20 万元支付了加盟费。陈阳现在要求还款。关于本案, 下列哪一说法是正确的?^① (2016/3/30)

- A. 王曼无权以合伙企业的名义向陈阳借款
- B. 兰艺咖啡店应以全部财产对陈阳承担还款责任
- C. 王曼不承担对陈阳的还款责任
- D. 兰艺咖啡店、王曼和罗飞对陈阳的借款承担无限连带责任

2. 关于合伙企业的利润分配, 如合伙协议未作约定且合伙人协商不成, 下列哪一

① B

选项是正确的?^① (2010/3/34)

- A. 应当由全体合伙人平均分配
- B. 应当由全体合伙人按实缴出资比例分配
- C. 应当由全体合伙人按合伙协议约定的出资比例分配
- D. 应当按合伙人的贡献决定如何分配

考点七 普通合伙与第三人的关系

新华考资
www.xhkzedu.com

(一) 合伙人的代表权

合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制, **不得对抗善意第三人**。

(二) 合伙企业债务的清偿

补充责任	合伙企业对其债务, 应 先 以其全部财产进行清偿。
无限连带责任	<p>合伙企业不能清偿到期债务的, 合伙人承担无限连带责任。合伙人由于承担无限连带责任, 清偿数额超过其亏损分担比例的, 有权向其他合伙人追偿。</p> <p>注意: 普通合伙人对合伙企业债务是补充情形下的对外连带责任, 对内仍然可以对超出自己承担比例的部分对其他合伙人进行追偿。</p>

(三) 合伙人个人债务清偿规则 (“两个可以, 两个不可以”)

“两个不可以”	<p>抵消禁止: 合伙人发生与合伙企业无关的债务, 相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。</p> <p>【图例】禁止抵销</p> <div style="text-align: center;"> <pre> graph LR C[债权人] --- A[A 合伙企业(债权人)] C --- J[甲合伙人(债务人)] </pre> </div>
	<p>代位行使权利禁止: 债权人不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。</p>

① B

续表

<p>“两个可以”</p>	<p>收益做清偿：合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿。</p> <p>强制执行：</p> <p>1. 债权人也可以依法请求法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。</p> <p>2. 人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权。其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。</p> <p>注意：不买，又不同意转的，如何处理？退伙+削减，而不是视为同意转让。</p>
---------------	---

新华考资
www.xhkzedu.com

典型真题



1. 2015年6月，刘璋向顾谐借款50万元用来炒股，借期1个月，结果恰遇股市动荡，刘璋到期不能还款。经查明，刘璋为某普通合伙企业的合伙人，持有44%的合伙份额。对此，下列哪些说法是正确的？^①（2015/3/71）

- A. 顾谐可主张以刘璋自该合伙企业中所分取的收益来清偿债务
- B. 顾谐可主张对刘璋合伙份额进行强制执行
- C. 对刘璋的合伙份额进行强制执行时，其他合伙人不享有优先购买权
- D. 顾谐可直接向合伙企业要求对刘璋进行退伙处理，并以退伙结算所得来清偿债务

2. 王某、张某、田某、朱某共同出资180万元，于2012年8月成立绿园商贸中心（普通合伙）。其中王某、张某各出资40万元，田某、朱某各出资50万元；就合伙事务的执行，合伙协议未特别约定。2014年4月，朱某因抄底买房，向刘某借款50万元，约定借期四个月。四个月后，因房地产市场不景气，朱某亏损不能还债。关于刘某对朱某实现债权，下列选项正确的是：^②（2014/3/94）

- A. 可代位行使朱某在合伙企业中的权利
- B. 可就朱某在合伙企业中分得的收益主张清偿

① AB

② BC

- C. 可申请对朱某的合伙财产份额进行强制执行
- D. 就朱某的合伙份额享有优先受偿权

考点八 普通合伙的入伙、退伙和继承

(一) 入伙

1. 条件与程序

入伙是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙企业并取得合伙人资格的行为。入伙应具备以下条件：

(1) **全体**合伙人的同意。入伙使得入伙人取得合伙人的资格，与其他合伙人共同成为合伙组织的成员，因此须经其他合伙人的一致同意。但是，如果合伙协议对入伙的同意条件**另有约定，则从其约定**。例如，如果合伙协议约定吸收新的合伙人经全体合伙人 2/3 同意即可，则无须全体同意。

(2) 入伙人与原合伙人订立**书面合伙协议**。入伙协议的签订表明原合伙人对入伙人的接受，也表明了入伙人的入伙意愿。**原合伙人应履行其告知的义务，即告知入伙人原合伙企业的经营状况和财务状况**。因为入伙人入伙后，对入伙前的合伙企业债务要与原合伙人承担连带责任。原合伙人履行告知义务，目的是有利于第三人决定是否入伙。

● 注意

是合伙企业向新人有告知义务，而不是新人向企业。

2. 后果

(1) 入伙的后果是入伙人取得合伙人的资格；新合伙人对**入伙前**合伙企业的债务承担**连带**责任。入伙协议中关于入伙人债权债务承担的内部约定**不得对抗善意第三人**。

(2) 除入伙协议另有约定外，新合伙人**与原合伙人享有同等权利，承担同等责任**。

知识点记忆表——入伙的条件、程序与后果

条件、程序	1. 新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应经全体合伙人 一致同意 ，并依法订立书面入伙协议。
-------	--

续表

条件、 程序	<p>2. 订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。</p> <p>注意：是合伙企业向新人如实告知企业经营状况和财务状况，而不是新人有义务向合伙企业说明自己的财务状况。</p>
后果	<p>1. 入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。</p> <p>2. 新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。入伙协议中关于入伙人债权债务承担的约定不得对抗善意第三人，但对内具有效力。</p>

(二) 退伙和合伙人身份继承

新华考资
www.xhkdzu.com

自愿退伙	<p>合伙协议约定合伙期限的，有下列情形之一时，合伙人可以退伙：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 合伙协议约定的退伙事由出现； 2. 经全体合伙人同意退伙； 3. 发生合伙人难于继续参加合伙企业的事由； 4. 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。 <p>合伙协议未约定合伙期限情形： 在不给合伙事务执行造成不利影响的前提下，合伙人可以不经其他合伙人同意而退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。 注意：此种情形下，满足“提前 30 + 无不利影响”可退伙，不需要经过全体合伙人同意。</p>
法定退伙	<p>★当然退伙的情形：（五种情形：“2 死 + 2 钱 + 1 资格”）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡； 2. 个人丧失偿债能力； 3. 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产； 4. 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格； 5. 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。 <p>退伙事由实际发生之日为退伙生效日。 注意：合伙人必须死亡才是当然退伙的原因，如果仅仅是被别人打成无民事、限制民事行为能力人，那不是当然退伙，有可能经过全体合伙人同意，转为有限合伙人，企业转为有限合伙。</p>

续表

法定退伙	<p>除名退伙的情形：（针对合伙人有过错的情形）</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 未履行<u>出资义务</u>； 2. 因<u>故意或者重大过失</u>给合伙企业造成<u>损失</u>； 3. 执行合伙事务时有<u>不正当行为</u>； 4. 发生合伙协议约定的事由。 <p>对合伙人的除名决议应当经其他合伙人一致同意，并<u>书面通知</u>被除名人。<u>被除名人接到除名通知之日</u>，除名生效，被除名人退伙。</p> <p>被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起<u>三十日内</u>，向人民法院起诉。</p>
退伙效力	<ol style="list-style-type: none"> 1. 退伙人丧失合伙人身份； 2. 导致合伙财产的<u>清理与结算</u>；（<small>注意不是清算</small>） 3. 退伙并不必然导致合伙的解散； 4. 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。
★合伙人身份继承	<p>合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，<u>按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意</u>，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。</p> <p>有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 继承人<u>不愿意</u>成为合伙人； 2. 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人<u>未取得该资格</u>； 3. 合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。 <p>注意：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 要明确，普通合伙人死亡时，合法继承人不是直接继承合伙人身份的，必须满足人合性，也就是合伙协议有约定或者经全体合伙人一致同意。 2. 注意《继承法》第7条对合法继承人的规定：“继承人有下列行为之一的，丧失继承权：（一）故意杀害被继承人的；（二）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（三）遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的；（四）伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。”根据不同情形来判断继承人是否丧失继承权。
★合伙人身份继承	<p>例如：合伙人张某被其女儿故意杀害或遗弃等死亡，那么他的女儿就丧失了继承权，也丧失了取得合伙人资格的前提；但是如果张某系与妻子嬉戏打闹时不慎被妻子推倒撞击要害而死，其妻子是过失而非故意，虽然触犯刑法，但仍是合法的继承人，并不丧失继承权，具备取得合伙人资格的前提。</p>

典型真题



1. 2010年5月,贾某以一套房屋作为投资,与几位朋友设立一家普通合伙企业,从事软件开发。2014年6月,贾某举家移民海外,故打算自合伙企业中退出。对此,下列哪一选项是正确的?^① (2014/3/30)

A. 在合伙协议未约定合伙期限时,贾某向其他合伙人发出退伙通知后,即发生退伙效力

B. 因贾某的退伙,合伙企业须进行清算

C. 退伙后贾某可向合伙企业要求返还该房屋

D. 贾某对退伙前合伙企业的债务仍须承担无限连带责任

2. 甲、乙、丙于2010年成立一家普通合伙企业,三人均享有合伙事务执行权。2013年3月1日,甲被法院宣告为无民事行为能力人。3月5日,丁因不知情找到甲商谈一笔生意,甲以合伙人身份与丁签订合同。下列哪些选项是错误的?^② (2013/3/71)

A. 因丁不知情,故该合同有效,对合伙企业具有约束力

B. 乙与丙可以甲丧失行为能力为由,一致决议将其除名

C. 乙与丙可以甲丧失行为能力为由,一致决议将其转为有限合伙人

D. 如甲因丧失行为能力而退伙,其退伙时间为其无行为能力判决的生效时间

3. 2009年3月,周、吴、郑、王以普通合伙企业形式开办一家湘菜馆。2010年7月,吴某因车祸死亡,其妻欧某为唯一继承人。在下列哪些情形中,欧某不能通过继承的方式取得该合伙企业的普通合伙人资格?^③ (2011/3/71)

A. 吴某之父对欧某取得合伙人资格表示异议

B. 合伙协议规定合伙人须具有国家一级厨师资格证,欧某不具有

C. 郑某不愿意接纳欧某为合伙人

D. 欧某因夫亡突遭打击,精神失常,经法院宣告为无民事行为能力人

考点九 特殊的普通合伙企业

特殊的普通合伙仅适用于以专门知识和技能(如法律知识与技能、医学和医疗知识与技能、会计知识与技能等)为客户提供有偿服务的机构。因为这些专门知识和技能通常只为少数的、受过专门知识教育与培训的人才所掌握,而在向客户提供专业服

① D

② ABD

③ BCD

务时，个人的知识、技能、职业道德、经验等往往起着决定性的作用，与合伙企业本身的财产状况、声誉、经营管理方式等都没有直接的和必然的联系，合伙人个人的独立性极强，基于减轻专业服务机构中普通合伙人的风险和促进专业服务机构的发展，从而进行了特殊普通合伙的特殊规定。

（一）含义

特殊的普通合伙企业是指以 **专门知识和技能** 为客户提供有偿服务的专业服务机构，这些服务机构可以设立为特殊的普通合伙企业。例如：会计师事务所、医师事务所、设计师事务所等。

（二）名称要求

特殊的普通合伙企业必须在其企业名称中 **标明“特殊普通合伙”字样**，以区别于普通合伙企业。

（三）责任承担

1. 一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因 **故意或者重大过失** 造成合伙企业债务的，应当承担 **无限责任或者无限连带责任**，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

2. 合伙人在执业活动中 **非因故意或者重大过失** 造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务， **由全体合伙人承担无限连带责任**。

注意以上两种规定的区别。

3. 企业责任向个人责任的转化情形：合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

4. 特殊的普通合伙企业应当 **建立执业风险基金、办理职业保险**。

执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。具体管理办法由国务院规定。

典型真题



君平昌成律师事务所是一家采取特殊普通合伙形式设立的律师事务所，曾君、郭

新华考资
www.xhkzedu.com

昌是其中的两名合伙人。在一次由曾君主办、郭昌辅办的诉讼代理业务中，因二人的重大过失而泄露客户商业秘密，导致该所对客户应承担巨额赔偿责任。关于该客户的求偿，下列哪些说法是正确的？^①（2015/3/72）

- A. 向该所主张全部赔偿责任
- B. 向曾君主张无限连带赔偿责任
- C. 向郭昌主张补充赔偿责任
- D. 向该所其他合伙人主张连带赔偿责任

考点十 有限合伙企业

（一）概念

有限合伙企业是指由一个以上的普通合伙人和一个以上的有限合伙人共同设立的合伙企业。换言之，有限合伙企业中至少有一个普通合伙人和至少有一个有限合伙人，否则就不能成为有限合伙。

（二）设立

1. 人数规定：有限合伙企业由2个以上50个以下合伙人设立，但法律另有规定的除外。这意味着有限合伙的合伙人最多不超过50人，除非其他法律对某种情形的有限合伙有另外的规定。（注意：有限合伙企业 $2 \leq \text{人数} \leq 50$ ，有人数上限，而普通合伙没有人数上限）

2. 名称规定：有限合伙企业的名称中应当标明“有限合伙”字样，以区别于普通合伙企业。

3. 协议记载事项：有限合伙企业的合伙协议除需要记载普通合伙企业协议应当载明的事项，还需要载明以下特殊事项：（1）执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；（2）执行事务合伙人的权限与违约处理办法；（3）执行事务合伙人的除名条件和更换程序；（4）有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；（5）有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

4. 出资范围：有限合伙人可以货币、实物、知识产权、土地使用权或其他财产权利作价出资，但不得以劳务出资。（注意：这是有限合伙人与普通合伙人在出资方式

^① AB

上的唯一差别。)

5. 登记事项：有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

典型真题



1. 甲乙丙三人拟共同设立一个有限合伙企业，下列哪些表述是错误的？^① (2009/3/74)

- A. 该有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人
- B. 经合伙协议约定，有限合伙人可以货币、实物、劳务、知识产权或其他财产作价出资
- C. 经合伙协议约定，有限合伙人可以执行部分合伙事务
- D. 如有有限合伙人转为普通合伙人，则对其作为有限合伙人期间企业的债务不承担连带责任

2. 高崎、田一、丁福三人共同出资 200 万元，于 2011 年 4 月设立“高田丁科技投资中心（普通合伙）”，从事软件科技的开发与投资。其中高崎出资 160 万元，田、丁分别出资 20 万元，由高崎担任合伙事务执行人。2013 年 2 月，高崎为减少自己的风险，向田、丁二人提出转变为有限合伙人的要求。对此，下列说法正确的是：^② (2013/3/93)

- A. 须经田、丁二人的一致同意
- B. 未经合伙企业登记机关登记，不得对抗第三人
- C. 转变后，高崎可以出资最多为由，要求继续担任合伙事务执行人
- D. 转变后，对于 2013 年 2 月以前的合伙企业债务，经各合伙人决议，高崎可不承担无限连带责任

(三) 有限合伙企业的事务执行

1. 原则：有限合伙企业的事务由普通合伙人执行。有限合伙人不执行合伙事务，也不得对外代表有限合伙企业。(“不执行，不代表”)

2. 有限合伙人的下列行为不视为执行合伙事务：

(1) 参与决定普通合伙人入伙、退伙；(注意：是普通合伙人，而不是有限合伙人)

① BCD

② AB

(2) 对企业的经营管理提出 **建议**；

- 3 会计 { (3) **参与选择** 承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；
(4) **获取** 经审计的有限合伙企业 **财务会计报告**；
(5) 对涉及自身利益的情况，**查阅** 有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；
- 2 诉讼 { (6) 在有限合伙企业中的利益受损时，向有责任的合伙人 **主张权利或者提起诉讼**；
(7) 执行事务合伙人 **怠于行使权利时**，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义 **提起诉讼**；

(8) 依法为本企业 **提供担保**。

典型真题



新华考资
www.xhkzedu.com

1. 甲是某有限合伙企业的有限合伙人，持有该企业 15% 的份额。在合伙协议无特别约定的情况下，甲在合伙期间未经其他合伙人同意实施了下列行为，其中哪一项违反《合伙企业法》规定？^① (2009/3/27)

- A. 将自购的机器设备出租给合伙企业使用
- B. 以合伙企业的名义购买汽车一辆归合伙企业使用
- C. 以自己在合伙企业中的财产份额向银行提供质押担保
- D. 提前一个月通知其他合伙人将其部分合伙份额转让给合伙人以外的人

2. 高崎、田一、丁福三人共同出资 200 万元，于 2011 年 4 月设立“高田丁科技投资中心（普通合伙）”，从事软件科技的开发与投资。其中高崎出资 160 万元，田、丁分别出资 20 万元，由高崎担任合伙事务执行人。2013 年 5 月，有限合伙人高崎将其一半合伙财产份额转让给贾骏。同年 6 月，高崎的债权人李耕向法院申请强制执行其另一半合伙财产份额。对此，下列选项正确的是：^② (2013/3/94)

- A. 高崎向贾骏转让合伙财产份额，不必经田、丁的同意
- B. 就高崎向贾骏转让的合伙财产份额，田、丁可主张优先购买权
- C. 李耕申请法院强制执行高崎的合伙财产份额，不必经田、丁的同意
- D. 就李耕申请法院强制执行高崎的合伙财产份额，田、丁可主张优先购买权

① B

② ACD

(四) 有限合伙人的特殊权利

四个
不受限

1. 有限合伙人仅以其认缴的出资额为限对合伙企业的债务承担责任，而普通合伙人需要对合伙企业债务承担无限连带责任。新入伙的有限合伙人对入伙前合伙企业的债务也是以其认缴的出资额为限承担责任。**(承担有限责任)**
2. 除非合伙协议另有约定，有限合伙人可以同合伙企业进行交易，而普通合伙人通常是不可以的，除非合伙协议另有约定或者经过全体合伙人同意。**(自我交易不限制)**
3. 除非合伙协议另有约定，有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务，而普通合伙人是不可以的。**(竞业不限制)**
4. 除非合伙协议另有约定，有限合伙人可以将其在合伙企业中的财产份额出质，而普通合伙人须经其他合伙人一致同意方可以在合伙企业中的财产份额出质。**(出质不受限)**

5. 有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额，只需提前 30 天通知其他合伙人即可。而普通合伙人对外转让财产份额时须经其他合伙人一致同意，除非合伙协议另有约定。**(出资份额转让不受限，只需提前 30 天通知，不需要经过全体合伙人同意，没有同等条件下，其他合伙人优先购买权。)**

6. 人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

7. 作为有限合伙人的自然人在合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。而普通合伙人若丧失民事行为能力，除非经得全体合伙人一致同意，否则只能作退伙处理。**(丧失行为能力不能成为要求其退伙的理由。)**

(五) 有限合伙人的退伙与继承

1. 当然退伙：4 种情形，与普通合伙相区别，就缺少个人丧失偿债能力。**(参照普通合伙人退伙的规定)**

2. 继承：有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

新华考资
www.xhkzedu.com

3. 责任承担：有限合伙人退伙后，对基于其退伙前原因发生的企业债务，**以其退伙时从企业取回的财产承担责任**。

知识点记忆表——普通合伙与有限合伙的区别

	普通合伙	有限合伙
合伙人	1. 必须是完全民事行为能力人； 2. 公司可成为普人和有人，“四大”只能作为有人，不能作为普人。	1. 可是无民事、限制民事行为能力人； 2. 四大特殊主体可作为有限合伙人。
合伙人数	≥2，无上限	2≤人数≤50
出资	可劳务出资（ 定价：协商 ）	不可劳务出资
出资份额转让	对内：应当通知其他合伙人； 对外：经其他合伙人一致同意，同等条件下，内部人有优先购买权。	提前三十日通知其他合伙人即可。
是否受限	四个受限	四个不受限，除非协议另有规定。
收益亏损承担	不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。	合伙协议可另行规定，由部分合伙人享受全部利润，但是绝对不能由部分人承担亏损。
当然退伙	五种情形：“两钱，两死，一资格”。	四种情形：缺少合伙人丧失清偿能力。
身份继承	<p>1. 按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。</p> <p>2. 有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：</p> <p>(1) 继承人不愿意成为合伙人；</p> <p>(2) 法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格。</p>	直接继承

典型真题



1. 灏德投资是一家有限合伙企业，专门从事新能源开发方面的风险投资。甲公司是灏德投资的有限合伙人，乙和丙是普通合伙人。关于合伙协议的约定，下列哪些选项是正确的？^①（2016/3/72）

- A. 甲公司派驻灏德投资的员工不领取报酬，其劳务折抵 10% 的出资
- B. 甲公司不得与其他公司合作从事新能源方面的风险投资
- C. 甲公司不得将自己在灏德投资中的份额设定质权
- D. 甲公司不得将自己在灏德投资中的份额转让给他人

2. 李军退休后于 2014 年 3 月，以 20 万元加入某有限合伙企业，成为有限合伙人。后该企业的另一名有限合伙人退出，李军便成为唯一的有限合伙人。2014 年 6 月，李军不幸发生车祸，虽经抢救保住性命，但已成为植物人。对此，下列哪一表述是正确的？^②（2015/3/30）

- A. 就李军入伙前该合伙企业的债务，李军仅需以 20 万元为限承担责任
- B. 如李军因负债累累而丧失偿债能力，该合伙企业有权要求其退伙
- C. 因李军已成为植物人，故该合伙企业有权要求其退伙
- D. 因唯一的有限合伙人已成为植物人，故该有限合伙企业应转为普通合伙企业

（六）表见普通合伙

1. 有限合伙人仅以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。但是，如果有限合伙人的行为足以使得第三人合理信赖其为普通合伙人并与其进行交易，则该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的无限连带责任。

2. 有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

例如：某包子铺有限合伙，甲是该有限合伙企业的有限合伙人，有限合伙人本不应当执行企业事务、对外代表企业。一日，甲逛街时发现一批大葱郁郁葱葱，性价比很高，甚为欢喜，遂以普通合伙人的身份签订合同购买了一大批大葱。包子铺使用该批大葱制作大包子，后来造成多人食物中毒，涉及赔偿。事后经查，甲为合伙企业采

① BCD

② A

购的该批大葱为毒大葱。那么,就该批毒大葱所造成的合伙企业损失,甲作为有限合伙人不能仅仅承担有限责任,应当和其他普通合伙人一起承担无限连带责任,但是,对合伙企业的其他债务,仍然以其认缴的出资承担有限责任。

(七) 有限合伙与普通合伙的转换

1. 除合伙协议另有约定外,普通合伙人转为有限合伙人,或有限合伙人转为普通合伙人,应当经全体合伙人一致同意。

2. 有限合伙人转变为普通合伙人的,对其作为有限合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。(“溯及既往”)

普通合伙人转变为有限合伙人的,对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。(“责任分段划分”)

4. 当有限合伙企业仅剩普通合伙人时,有限合伙企业转为普通合伙企业,并应当进行相应的变更登记。

当有限合伙企业仅剩有限合伙人时,则该企业不再是合伙企业,故应解散。

知识点记忆表——合伙人身份转换

程序	除合伙协议另有约定外,普通合伙人转为有限合伙人,或有限合伙人转为普通合伙人,应当经全体合伙人一致同意。
后果	1. 有限合伙人转为普通合伙人,对其作为有限合伙人期间有限合伙企业债务承担无限连带责任。(“溯及既往”)
	2. 普通合伙人转为有限合伙人,对其作为普通合伙人期间合伙企业债务承担无限连带责任。(“责任分段划分”)
	注意:普通合伙人不能全都转成有限合伙人,如果都转换,仅剩有限合伙人时,合伙解散。有限合伙人都转成普通合伙人,要改变企业组织形式,进行相应变更登记,转为普通合伙。

考点十一 合伙的解散与清算

(一) 合伙解散的事由

合伙的解散是指合伙因某些法律事实的发生而使合伙归于消灭的行为。根据合伙

企业法的规定，合伙解散的事由包括：

1. 合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿继续经营的。（届满 + 不愿经营）

注意

合伙协议约定有经营期限，期限届满时合伙人不愿意继续经营，合伙当然终止。这意味着合伙协议约定的经营期限届满并不必然引起合伙企业的解散，只有在与合伙人不愿继续经营的条件同时具备时，才会引起合伙企业解散的后果。如果合伙协议约定的经营期限届满后合伙人对继续经营合伙事业均无异议，则可认为合伙人一致同意延长合伙经营期限，延长后的期限则为不定期限。但此时应在原约定的经营期限届满之日起 15 日内向原登记机关办理有关变更登记手续。

2. 合伙协议约定的解散事由出现。合伙协议如约定当某一事由出现时合伙便解散，则设立合伙的行为实为附解除条件的法律行为，条件成就时协议解除，合伙解散。

3. 全体合伙人决定解散。

注意

无论合伙协议是否约定有合伙经营期限，合伙人均可通过合意而终止合伙协议，解散合伙。

新华考资
www.xhkzedu.com

4. 合伙人已不具备法定人数满 30 天。
5. 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现。
6. 被依法吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。
7. 出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

（二）合伙的清算

合伙解散的结果是合伙的终止，但合伙宣布解散到最后终止有一个过程，中间过程就是要对合伙的债权、债务进行清算，解决合伙与债权、债务人的关系及合伙人内部的关系。合伙清算结束后，如原办理了合伙企业登记的，应依法办理合伙企业的注销登记。

1. 清算人的确定

合伙解散，应确定清算人，由清算人依法进行清算工作。清算人应由全体合伙人担任；如果未能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后 15 日内指定 1 名或者数名合伙人，或者委托第三人担任清算人。

2. 清算人的职责

- (1) 清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- (2) 处理与清算有关的合伙企业未了结事务；
- (3) 清缴所欠税款；
- (4) 清理债权、债务；
- (5) 处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；
- (6) 代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

3. 清算程序

清算人确定后，应当自确定之日起 10 日内将合伙企业解散事项通知合伙企业的债权人，并且应当于 60 日内在报纸上予以公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算人申报债权。债权人申报债权时应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算人应当对债权进行登记。

清算结束后，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。合伙企业清算期间，其企业主体资格仍然存续，但不得开展与清算无关的经营活动。

4. 清偿的顺序

职工工资劳保→税费→债务→退还出资→分配剩余利润

合伙企业财产在支付清算费用后，应按下列顺序清偿：合伙企业所欠职工工资和劳动保险费；合伙企业所欠税款；合伙企业的债务；退还合伙人的出资。合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，则按约定或法定的比例在原合伙人之间分配。如果合伙企业的财产不足以清偿其债务的，由原合伙人承担无限连带责任。

5. 合伙企业注销后的债务承担

合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担连带责任，债权人仍然可以向普通合伙人进行追偿。

6. 合伙企业的破产与债务清偿

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，

也可以要求普通合伙人清偿。依此规定，当合伙企业不能清偿到期债务时，债权人可以选择以下两种途径中的任何一种以保护自己的债权：

其一，根据《企业破产法》的规定，向人民法院提出破产清算的申请，通过破产清算程序实现自己的债权；

其二，直接要求普通合伙人按照无限连带责任的规定偿还债务。如果选择破产清算程序，则合伙企业在依法被宣告破产后，普通合伙人对合伙企业的债务仍然需要承担无限连带责任。

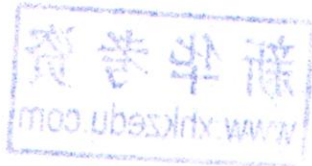
注意

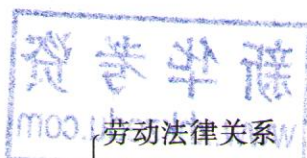
债权人选择申请合伙企业破产的，一方面可以经过破产程序得到部分债务的清偿，另外，如果合伙企业之前有不当减少财产的行为，只有在破产程序中，才能通过管理人取回，还原债务人财产用来清偿。



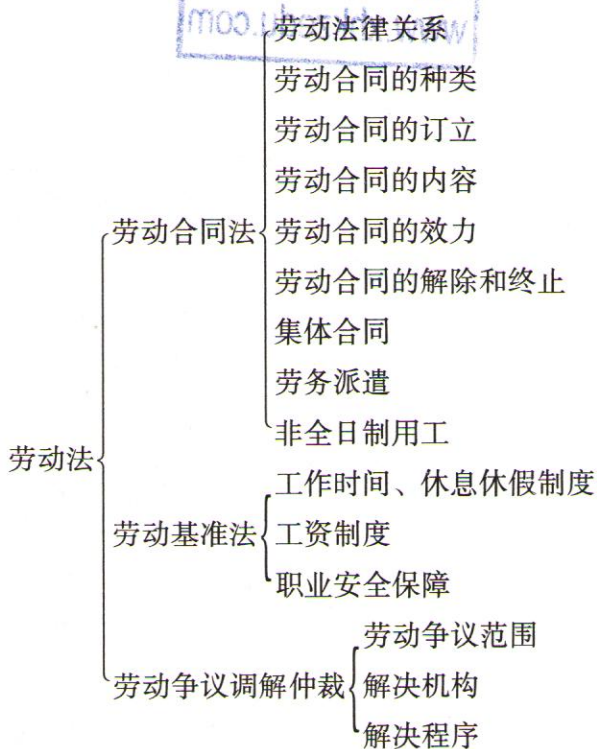
经济法部分框架体系及分值分布：（考查 26 - 30 分左右）

经济法	反垄断法	}	3 分
	反不正当竞争法		
	消费者权益保护法	}	5 - 6
	产品质量责任法		
	食品安全法		
	商业银行法	}	3 分
	银行业监督管理法		
	个人所得税法	}	5 分
	企业所得税法		
	税收征收管理法		
	审计法：1 - 3		
	劳动法：6 - 10 分		
	社会保险法：1 - 2 分		
	土地管理法	}	3 - 5 分
	城乡规划法		
	城市房地产管理法		
	环境保护法：1 - 3 分		





知识要点总览：



备考提示：

1. 本章重点考查四部法律《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（以下简称《劳动合同法实施条例》）和《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）以及《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》（目前为止四个司法解释）。

2. 劳动法是司法考试经济法部分考查的重点，其分值每年都居于经济法之首。

3. 《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》是该部分考试中的重中法条；《劳

劳动合同法》高频考点主要有劳动合同的订立；劳动合同的可备条款；劳动合同的解除和终止，以及解除终止情形下的经济补偿；特殊的劳动合同，包括劳务派遣，非全日制用工；集体合同。《劳动争议调解仲裁法》重点掌握劳动仲裁的特殊规定，例如，一裁终局案件的特殊规定以及和诉讼程序的衔接问题。

第一节 劳动法概述

考点一 劳动法的适用范围



1. 适用劳动法的情形

(1) 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

(2) 国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

(3) 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

(4) 国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。

(5) 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

(6) 国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

2. 不适用劳动法的情形

(1) 国家机关的公务员，事业单位和社会团体中纳入公务员编制或者参照公务员进行管理的工作人员，适用《公务员法》，不适用劳动法。

(2) 实行聘用制的事业单位与其工作人员的关系，法律、行政法规或国务院另有规定的，不适用劳动法；如果没有特别规定，适用劳动法。

(3) 从事农业劳动的农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）

不适用劳动法。

(4) 现役军人、军队的文职人员不适用劳动法。

(5) 家庭雇佣劳动关系不适用劳动法。

例如：一个家庭雇佣保姆打理劳务，如果保姆是从家政公司聘请的，那么属于劳动关系，适用劳动法；如果保姆是经熟人介绍来的远房亲戚，则属于劳务合同关系，不适用劳动法。

(6) 在中华人民共和国境内享有外交特权和豁免权的外国人等不适用劳动法。

(7) 义务性劳动关系、慈善性劳动关系、家务劳动关系不适用劳动法。

考点二 劳动关系特征

劳动法的调整对象为劳动关系和与劳动关系密切联系的其他社会关系。劳动关系是劳动法的主要调整对象，狭义上是指劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系，广义上的主体还应包括劳动者的团体组织。

(一) 狭义的劳动关系的特征

1. 劳动关系 **主体特定**：一方是劳动者，另一方是用人单位。

新华考资
www.xhkzedu.com

(1) 劳动者：劳动者是在法定劳动年龄内具有劳动能力，以从事劳动获取合法劳动报酬的自然人。

① 年龄要求：一般年满十六周岁。禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

(即童工)

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。(审批+义务教育)

用人单位非法招用未满十六周岁的未成年人的，由劳动行政部门责令改正，处以罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照。

② 具有劳动权利能力和劳动行为能力。

③ 包括我国公民、外国公民和无国籍人。

(2) 用人单位

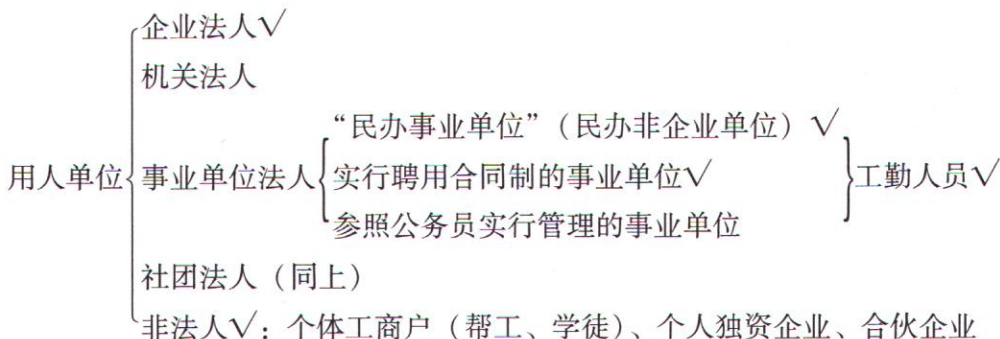
① 我国境内的企业，如国有企业、集体所有制企业、中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业、私营企业、联营企业、乡镇企业、个人独资企业、合伙企业等。

② 我国境内的个体经济组织。

③ 民办非企业单位等组织及其劳动者，事业单位与实行聘用制的工作人员之间也

应签订劳动合同。

知识点记忆图——用人单位（即画√）



2. 劳动关系 具有人身、财产关系的属性

劳动关系中的财产关系与民法调整的财产关系有一定区别。民法所调整的财产关系主要是主体之间因交换物化了的劳动（劳动成果）而发生的财产流转关系，而劳动法调整的是用人单位将劳动者提供劳动的数量和质量物化的交换关系。

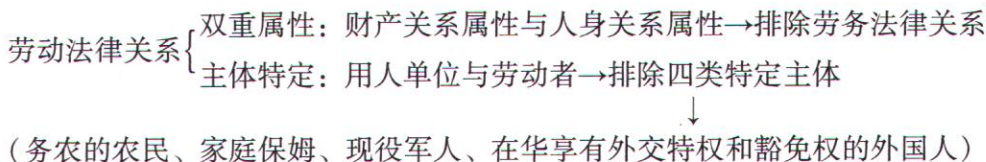
3. 劳动关系 具有平等、从属关系的属性

劳动关系具有从属性，劳动关系一经确立，劳动者成为用人单位的职工，与用人单位存在身份、组织和经济上的从属关系，用人单位按照其劳动规章制度管理和使用劳动者，双方形成管理与被管理、支配与被支配的关系。

注意

劳动关系不是民事法律关系！

知识点记忆图——劳动法律关系



典型真题

关于劳动关系的表述，下列哪些选项是正确的？^①（2009/1/70）

A. 劳动关系是特定当事人之间的法律关系

^① ACD

- B. 劳动关系既包括劳动者与用人单位之间的关系也包括劳动行政部门与劳动者、用人单位之间的关系
- C. 劳动关系既包括财产关系也包括人身关系
- D. 劳动关系既具有平等关系的属性也具有从属关系的属性

第二节 劳动合同法

考点一 劳动合同种类

(一) 劳动合同的种类

劳动合同按照劳动合同的期限分为：**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。**

1. 固定期限的劳动合同：是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。

特点：

- (1) 合同的期限届满，劳动关系消灭；
- (2) 期限长短无限制，劳动者与用人单位可以协商；
- (3) 劳动者与用人单位协商一致可以续签劳动合同。

★2. 无固定期限劳动合同：是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

(1) 特点：

- ① 合同书只约定合同生效的起始日期，没有确定合同的终止日期；
- ② 不是绝对无期限，可以依据法律规定解除、变更、终止。

(2) 签订无固定期限劳动合同的情形：

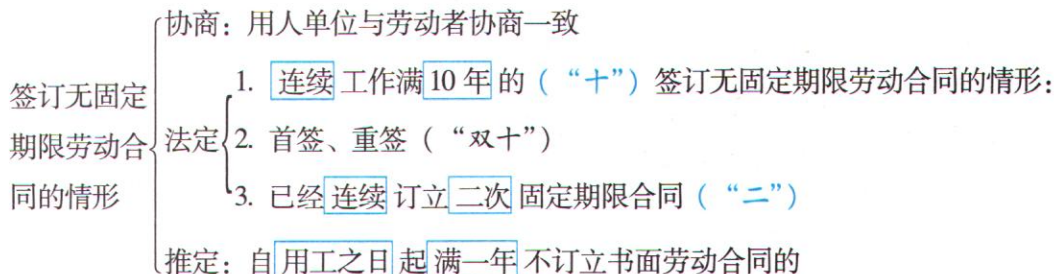
- ① 协商签订：用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。
- ② 法定签订（强制签订）：有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：
 - a. 劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（“十”）
 - b. 用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年；（“双十”）
 - c. 连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有用人单位随时解除，非因工负

伤和不能胜任情形的。(“二”)

③ 推定签订:

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。

知识点记忆图——签订无固定期限劳动合同的情形



● 注意

1. 法定签订无固定期限劳动合同的情形是对用人单位强制,而不是对劳动者,劳动者有选择权,即使发生法定情形,也可以选择不签无固定期限劳动合同。

2. 只有对于“首签,重签”的两种特殊情形,要求劳动者满足“双十”条件:即,其一要求在该用人单位连续工作满十年,其二距法定退休年龄不足十年。

3. 退休年龄,男职工一概60岁,女干部55岁,女工人50岁,要了解下。

4. 用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

3. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同:是指用人单位与劳动者约定以某项工作任务的完成时间为合同期限的劳动合同。例如:在房屋拆迁、城市建设领域,承办拆迁、建设工作的单位为了完成一定区域内的房屋拆迁、垃圾清运等事项以及一些季节性、临时性的事情,可以签订一个以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

特点:

- (1) 工作完成合同终止;
- (2) 合同在签订上没有特殊或强制性的要求,用人单位与劳动者协商一致;
- (3) 便于用人单位根据工作性质、工作任务完成的状况,灵活确定劳动合同开始和结束的时间,具有较大的灵活性;

(4) 终止以完成一定工作任务为期限的劳动合同,用人单位也需要支付经济补

偿金。

典型真题



2009年2月,下列人员向所在单位提出订立无固定期限劳动合同,哪些人具备法定条件?^① (2009/1/71)

A. 赵女士于1995年1月到某公司工作,1999年2月辞职,2002年1月回该公司工作

B. 钱先生于1985年进入某国有企业工作。2006年3月,该企业改制成为私人控股的有限责任公司,年满50岁的钱先生与公司签定了三年期的劳动合同

C. 孙女士于2000年2月进入某公司担任技术开发工作,签定了为期三年、到期自动续期三年且续期次数不限的劳动合同。2009年1月,公司将孙女士提升为技术部副经理

D. 李先生原为甲公司的资深业务员,于2008年2月被乙公司聘请担任市场开发经理,约定:先签定一年期合同,如果李先生于期满时提出请求,可以与公司签定无固定期限劳动合同

考点二 劳动合同的订立

劳动关系 确立时间	用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。
合同的书面化	<p>建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。</p> <p>建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应自用工之日起一 个月内订立书面劳动合同。</p>
用人单位不签 书面合同的后果	<p>1. 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,并与劳动者补订书面劳动合同。</p> <p>2. 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。</p> <div style="text-align: center;"> <p>1个月 最多11个月(双倍工资) 无固定期限劳动合同</p> <p>A B C</p> </div>

① BCD

续表

劳动者不签书面合同的后果	1. 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。
	2. 自用工之日起超过一个月不满一年，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，支付经济补偿。

考点三 劳动合同的条款

劳动合同的条款，一般分为必备条款和可备条款。

（一）劳动合同的必备条款

1. 概念

必备条款是法律规定劳动合同必须具备的条款，是生效劳动合同必须具备的条款。必备条款的不完善，会导致合同的不能成立。向劳动者提供载明法律规定的必备条款的劳动合同文本是用人单位的法定义务，不履行这一义务用人单位将承担行政责任和赔偿责任。

2. 内容

劳动合同应当具备以下条款：

- （1）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （2）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- （3）劳动合同期限；
- （4）工作内容和工作地点；
- （5）工作时间和休息休假；
- （6）劳动报酬；
- （7）社会保险；
- （8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- （9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除上述规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。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。

3. 合同约定不明确时的处理

劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。（协商→集体合同→同工同酬）

新华考资
www.xhkzedu.com

4. 合同履行地和注册地不一致的处理：

劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行；用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

（劳动合同履行地优先 → 注册地标准高于履行地 + 有约定，按照约定。）

★（二）可备条款（不是必须存在的）

劳动合同的可备条款，是指除法定必备条款外，劳动合同当事人可以协商约定、也可以不约定的条款。是否约定，由当事人确定。约定条款的缺少，并不影响劳动合同的成立。虽然约定哪些条款由双方当事人决定，但国家对约定条款的内容有强制性、禁止性规定的，仍应当遵守，约定条款不得违反法律、法规的规定。劳动合同的可备条款主要有：

1. 试用期条款

劳动合同的试用期是劳动者和用人单位为相互了解、选择而约定的考察期。试用期满，被试用者即成为正式职工。

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。

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。

在试用期中，除有用人单位随时解除和经济性裁员的情形外，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。

知识点记忆表

新华考资

www.xhkzedu.com

期限：

劳动合同期限	试用期限
三个月以上不满一年	不得超过一个月
一年以上不满三年的	不得超过二个月
三年以上固定期限和无固定期限	不得超过六个月

请注意边界点：“以上”包含本数，“不满”不包含本数。

例如：三个月的固定期限劳动合同，可以约定最多一个月的试用期；

一年的固定期限劳动合同，可以约定最多两个月的试用期。

特殊规定：

1. 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。（“三个一”，不得反复试用）
2. 不得约定试用期的三种情形：以完成一定工作任务为期限的劳动合同；劳动合同期限不满三个月的；非全日制用工。
3. 试用期包含在劳动合同期限内，不是另行计算的。（“在内不在外”）
4. 合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限视为劳动合同期限。

试用期
条款

工资：

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。（“双百分之八十”，且不得低于当地最低工资标准）

例如：以目前全国最低工资标准最高的深圳为例，最低月工资标准是 2030 元，如果露露在深圳工作，则：

1. 如果露露与用人单位签订的劳动合同中约定的月工资是 2500 元， $2500 \times 80\% = 2000$ 元，低于 2030 当地最低工资标准，用人单位每个月至少应向露露支付 2030 元。
2. 如果露露与用人单位签订的劳动合同中约定的月工资是 3000 元， $3000 \times 80\% = 2400$ ，高于 2030 当地最低工资标准，用人单位每个月至少应向露露支付 2400 元。

续表

试用期 条款	违法约定试用期的责任：
	1. 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；
	2. 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。
	例如：2年固定期限劳动合同约定了6个月的试用期，试用期工资每个月4000元，转正后的正常工资为每个月5000元。如何处理？ 用人单位需向劳动者支付赔偿金 $4 \times 5000 = 20000$ 元

典型真题



某公司聘用首次就业的王某，2012年7月1日起，王某上班，口头约定劳动合同期限2年，试用期3个月，月工资1200元，试用期满后1500元。经查明，当地月最低工资标准为1000元，公司与王某一直未签订书面劳动合同。下列符合法律规定的说法是：①（2013/1/94）

- A. 试用期超过法定期限
- B. 试用期工资符合法律规定
- C. 8月1日起，公司未与王某订立书面劳动合同，应每月付其两倍的工资
- D. 8月1日起，如王某拒不与公司订立书面劳动合同，公司有权终止其劳动关系，且无需支付经济补偿

2. 违约金条款

违约金条款是用人单位与劳动者在劳动合同中约定的不履行或不完全履行劳动合同约定义务时，由违约方支付给对方的一定金额的货币。

原则：一般情况下，劳动合同中不能约定由劳动者承担违约金，除非以下三种情况才能与劳动者约定由劳动者承担违约金：

（1）约定专项培训的服务期条款：

服务期，是指法律规定的因用人单位为劳动者提供专业技术培训，双方约定的劳动者为用人单位必须服务的期间。

①前提：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，才可以与该劳动者订立协议约定服务期。

① ABC

注意

不是用人单位针对所有劳动者定期与不定期的培训，而是针对特定劳动者，一般支付了一定费用的特殊专项培训。

② 劳动者的违约责任：劳动者违反服务期约定的，向用人单位支付违约金；服务期未满的劳动者在有劳动合同法规定的过错解除的法定情形下被用人单位辞退的，应当向用人单位支付违约金。

违约金的约定：约定违约金的总额，不得超过用人单位提供的培训费用。

实际支付的违约金数额：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。

例如：露露老师是新东方的英语老师，为了扩大业务范围，派露露老师去法国参加专业培训学习法语，如果花费 10 万元培训费，可以在劳动合同中约定，露露老师学成归来之后为新东方集团提供 4 年的服务，如果，露露老师违反服务期条款的约定，则要向新东方集团交纳一定的违约金。

a) 可约定违约金的数额 \leq 用人单位提供的培训费用

此例题中，可约定的露露老师违约金最高金额 ≤ 10 万元

b) 劳动者实际支付的违约金 \leq 服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用

此例题中，如果约定的违约金是 8 万，露露老师学成归来为新东方集团只服务 1 年就辞职走人，至多要向新东方集团支付违约金 6 万；服务 2 年就想走，至多支付违约金 4 万，服务 3 年就想走，至多支付违约金 2 万。

c) 如果用人单位与劳动者约定的服务期长于劳动合同期限的，劳动合同期满，双方约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

此例题中，如果露露老师和新东方集团签订的劳动合同是 3 年，而服务期是 4 年，那劳动合同应当续延至服务期 4 年；另有约定的，从其约定。

③ 用人单位的违约责任：由于用人单位有违法、违约行为而迫使劳动者在服务期未满的情形下辞职的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金，劳动者也无须向用人单位支付违约金。

④ 服务期限与劳动合同期限的关系：如果用人单位与劳动者约定的服务期长于劳动合同期限的，劳动合同期满，双方约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。

⑤ 劳动者工资保障：用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调

整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

(2) 保守商业秘密条款

商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，约定保守商业秘密条款的目的在于保护用人单位的知识产权。双方当事人可以就商业秘密的范围、保密期限、保密措施、保密义务及违约责任和赔偿责任等进行约定。劳动者因违反约定保密事项给用人单位造成损失的，应承担赔偿责任。

注意

单纯的保密义务约定，用人单位不需要向劳动者支付经济补偿的，如果劳动者违反此义务，需要支付违约金。



(3) 竞业限制条款

双方当事人在劳动合同中约定的劳动者在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同后的一定期限内不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。

① 目的：主要在于防止不正当竞争；

② 限制的对象：用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员；(双高+其他负有保密义务的人员)

③ 期限：最长不得超过 2 年；

④ 用人单位的义务：在竞业限制期限内，用人单位应按月给予劳动者一定的经济补偿。(注意：不能一次性或者按年进行给付，如果因用人单位的原因三个月未支付经济补偿，劳动者可请求解除竞业限制约定。)

经济补偿标准：

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，可以要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30% 按月支付经济补偿。

前款规定的月平均工资的 30% 低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

⑤ 限制的内容：竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限

制的约定不得违反法律、法规的规定。在竞业限制期限内，用人单位可以请求解除竞业限制协议，但劳动者可以请求用人单位额外支付三个月的竞业限制经济补偿；

⑥ 违约责任：劳动者违反对于解除和终止劳动合同后的竞业限制约定，应当按照约定向用人单位支付违约金。向用人单位支付违约金后，劳动者仍需按照约定继续履行竞业限制义务。

人：双高 + 其他（不是针对所有劳动者都可以约定竞业限制）
钱：按月
时间：2 年

新华考资
www.xhkedu.com

注意

在劳动关系持续期间，让劳动者受到竞业限制束缚，不用给经济补偿，但是如果解除和终止劳动合同后，用人单位还想让劳动者受到竞业限制的限制，就需要按月向劳动者支付经济补偿，用人单位不按月支付经济补偿，劳动者可不用受到竞业限制的约束。请注意区别。

典型真题



1. 某公司的高层会议上，总经理提出在全公司的劳动合同中增加保守商业秘密条款，但董事长认为公司章程中已设立保密条款，不必在劳动合同中另加约定。某律师在为此提供的咨询意见中，对公司法规定的保密义务与劳动法规定的保密义务的区别有下列表述，其中哪些符合相关法律的规定？^①（2006/1/75）

- A. 前一种义务仅适用于董事、高级管理人员。而后一种义务适用于一般劳动者
- B. 前一种义务属于法定义务，后一种义务属于约定义务
- C. 前一种义务是无偿义务，后一种义务是有偿义务
- D. 违反前一种义务承担赔偿责任，违反后一种义务仅承担行政责任

2. 甲厂与工程师江某签订了保密协议。江某在劳动合同终止后应聘至同行业的乙厂，并帮助乙厂生产出与甲厂相同技术的发动机。甲厂认为保密义务理应包括竞业限制义务，江某不得到乙厂工作，乙厂和江某共同侵犯其商业秘密。关于此案，下列哪些选项是正确的？^②（2013/1/65）

- A. 如保密协议只约定保密义务，未约定支付保密费，则保密义务无约束力
- B. 如双方未明确约定江某负有竞业限制义务，则江某有权到乙厂工作
- C. 如江某违反保密协议的要求，向乙厂披露甲厂的保密技术，则构成侵犯商业秘密

① AB

② BC

D. 如乙厂能证明其未利诱江某披露甲厂的保密技术, 则不构成侵犯商业秘密

考点四 劳动合同的效力

(一) 劳动合同的生效

一般情况下, 劳动合同依法成立, 即双方当事人意思表示一致, 并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章, 就产生法律效力, 对双方当事人都有约束力, 双方必须履行劳动合同中规定的义务。

双方当事人约定须公证方可生效的劳动合同, 其生效时间始于公证之日。由于劳动合同的公证采取自愿原则, 所以公证不是法律规定的劳动合同生效的必经程序。

注意

双方意思表示一致, 签订时就生效, 公证不是劳动合同生效必经程序。



(二) 劳动合同的无效

劳动合同的无效是指当事人违反法律、法规, 订立的不具有法律效力的劳动合同。劳动合同无效或者部分无效:

1. 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的;

注意

依据《合同法》, 欺诈、胁迫或者乘人之危签订的合同是可撤销的, 而在《劳动合同法》里, 是合同无效情形。

2. 用人单位 **免除** 自己的法定责任、**排除** 劳动者权利的;

3. 违反法律、行政法规 **强制性** 规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的, 由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。 (其他任何部门、个人、包括合同双方均无权认定劳动合同无效)

(三) 无效劳动合同的法律后果

1. 停止履行

无效的劳动合同, 从订立时起, 就没有法律效力。对无效劳动合同国家不予承认

与保护，不能发生当事人预期的法律后果，因此劳动合同被确认为无效后，正在履行的应当停止履行，尚未履行不再履行。

2. 劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

3. 支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。

劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

4. 劳动合同被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

★考点五 劳动合同的解除和终止

（一）劳动合同的解除

劳动合同的解除是指劳动合同当事人在劳动合同期限届满之前依法提前终止劳动合同关系的法律行为。

劳动合同的解除可分为协商解除、用人单位单方解除、劳动者单方解除。

1. 双方协商解除劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。我国劳动法对双方协商解除劳动合同没有规定实体、程序上的限定条件，只要双方达成一致，内容、形式、程序没有违反法律禁止性、强制性规定，该解除行为有效。

● 注意

只有由用人单位先主动提出解除动议，最终协商解除的，用人单位才向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。

2. 用人单位单方解除劳动合同

即具备法律规定的条件时，用人单位享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见。用人单位单方解除劳动合同，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。用人单位单方解除劳动合同有三种情况：

(1) 过错性解除（也称之为“随时解除”，针对劳动者有过错的情形）

即在劳动者有过错性情形时，用人单位有权单方解除劳动合同。劳动合同法对过错性解除的程序无严格的限制，且用人单位无须支付劳动者解除劳动合同的经济补偿金，但在解除的条件上有限制性规定，一般适用于试用期内因劳动者不符合录用条件或者劳动者有严重违反规章制度、违法的情形。

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- ① 在 **试用期** 被证明不符合录用条件的；
- ② 严重违反用人单位的 **规章制度** 的；
- ③ 严重 **失职**，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- ④ 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；
- ⑤ 因欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用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致使 **劳动合同无效** 的；
- ⑥ 被依法追究刑事责任的。

注意

1. 该种情况下用人单位不需要提前 30 天书面通知劳动者，可随时解除劳动合同；
2. 用人单位无须支付劳动者解除劳动合同的经济补偿金，因为劳动者有过错；
3. 依法追究刑事责任包括缓刑，但不包括行政处罚等。

(2) 非过错性解除（也称之为“预告解除”）

即劳动者本人无过错，但由于主客观原因致使劳动合同无法履行，用人单位在符合法律规定的情形下，履行法律规定的程序后有权单方解除劳动合同。

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：

- ① 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（“**非因工负伤情形**”）；
- ② 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（“**不能胜任情形**”）；
- ③ 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（“**情势变更情**”）

形”)。

注意

1. 该种情况下,用人单位需要履行法律规定的程序才有权单方解除劳动合同,即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。

2. 用人单位应支付经济补偿金。

(3) 经济性裁员:

是指用人单位为降低劳动成本,改善经营管理,因经济或技术等原因裁减 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上的劳动者。

① 裁员的人数限定:裁减 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上;

② 程序:用人单位提前 30 天向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,可以裁减人员;

注意

1. 不走这个程序,不能直接就经济性裁员。

2. 走程序,并不意味着裁员方案要经过全体员工或工会的表决或批准。

③ 法定情形:(不仅仅就针对企业破产重整)

a. 依照企业破产法规定进行重整的;

b. 生产经营发生严重困难的;

c. 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的;

d. 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行的。

④ 应当优先留用下列人员:(“老员工+危险分子”)

a. 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的;

b. 与本单位订立无固定期限劳动合同的;

c. 家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的。

⑤ 被裁减人员的优先录用:用人单位裁减人员的,在六个月内重新招用人员的,应当通知被裁减的人员,并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

⑥ 经济性裁员用人单位应依法向被裁减人员支付经济补偿金。

知识点记忆表——经济性裁员

人数限定

裁减 20 人以上 或者 裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上

续表

程序	用人单位提前三十日向工会或全体职工说明情况 → 听取工会或者职工的意见（注意并不是要经过批准，仅仅是走程序而已） → 裁减人员方案经向劳动行政部门报告。
法定情形	<p>注意不仅仅就包含破产一种，包括多种情形：</p> <p>① 重整；</p> <p>② 生产经营发生严重困难的；</p> <p>③ 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；</p> <p>④ 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。</p>
优先留用人员	<p>（“老员工+危险分子”）：</p> <p>① “老员工”：即与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的，与本单位订立无固定期限劳动合同的；</p> <p>② “危险分子”：家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的。</p>

（3）用人单位不得解除劳动合同的情形：

- “三病” {
- ① 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
 - ② 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
 - ③ 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- ④ 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- ⑤ 在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；
- ⑥ 法律、行政法规规定的其他情形。

注意

1. 本条限制用人单位解除劳动合同的情况，只是指用人单位不得依照非过错性解

除和经济性裁员的规定解除劳动合同；

2. 存在本条规定的情形，用人单位仍可以与劳动者协商解除劳动合同；

3. 存在本条规定的情形，用人单位仍可依据《劳动合同法》第39条过错性解除劳动合同的情形与劳动者解除劳动合同。

例如：露露怀孕了，属于不得解除劳动合同的情形，那么：

① 用人单位金融危机环境下，生产经营发生严重困难，要大规模经济性裁员，不能以此为理由解除露露。（用人单位不得依照经济性裁员的规定解除劳动合同）

② 露露是名模，怀孕后身材发生重大变化，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，作为用人单位的模特经纪公司不能解除露露。（用人单位不得依照非过错性解除劳动合同。）

③ 露露是注册会计师，虽然怀孕了，但如果发生以下这些情形，用人单位照样可以解除劳动合同：（如果，发生“过错性解除，也称之为“随时解除”的情形，用人单位仍然可以开除露露。）

a) 在试用期怀孕了，行动缓慢，领导交代的任务经常拖延不能完成，经过试用期被证明不符合用工标准；

b) 重大失职，做假账，给作为用人单位的会计事务所造成重大损失；

c) 怀孕后，觉得自己是女王，无故不请假20多天不来上班，严重违反用人单位的规章制度的；

d) 露露注册会计师的职业证书是假冒，花钱买的假本本，欺诈导致劳动合同无效；

e) 露露怀孕后，还在其他的会计事务所任职，被原用人单位老板发现，要求她不要再外面再干了，露露坚决反对；

f) 璐璐怀孕后，性格变得很暴躁，把自己老公打成重伤，依法被追究刑事责任。

3. 劳动者单方解除劳动合同

即具备法律规定的条件时，劳动者享有单方解除权，无须双方协商达成一致意见，也无须征得用人单位的同意。

劳动者单方解除劳动合同有三种情况：

（1）预告解除：即劳动者履行预告程序后单方解除劳动合同。

两种预告解除：（注意以下规定区别）

① 劳动者提前30日书面通知用人单位，可解除劳动合同；

② 劳动者在试用期内提前3日通知用人单位，可解除劳动合同。

(2) 随时解除:

用人单位有下列情形之一的,劳动者可以解除劳动合同:

① 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的;

② 未及时足额支付劳动报酬的;

③ 未依法为劳动者缴纳社会保险费的;

④ 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;

⑤ 因用人单位原因致使劳动合同无效的:

a. 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;

b. 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;

c. 违反法律、行政法规强制性规定的。

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。

注意

该种单方解除情形,仍需要提前通知用人单位。但不需要提前30天。

(3) 立即解除 (“强迫劳动+瞎指挥”)

在用人单位有危及劳动者人身自由和人身安全的情形时,劳动者有权立即解除劳动合同,不需事先告知用人单位。

① 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的;

② 用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的。

(二) 劳动合同的终止

1. 劳动合同的终止

是指符合法律规定情形时,双方当事人的权利义务不复存在,劳动合同的效力即行消灭。劳动合同终止不存在约定终止,只有法定终止。用人单位与劳动者不得在劳动合同法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。

有下列情形之一的,劳动合同终止:

(1) 劳动合同期满的;

(2) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的;

新华考资
www.xhkzedu.com

- (3) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- (4) 用人单位被依法宣告破产的；
- (5) 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；
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

2. 例外规定

劳动合同法对某些劳动者特殊保护，规定在劳动者有下列情形之一的，劳动合同到期也不得终止，应当续延至相应的情形消失时终止：

劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的（即，用人单位不得解除劳动合同的情形：包括“三病、15+5、女的孕产哺阶期间”五种情形），劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

新华考资
www.xhkzedu.com

（三）经济补偿金

经济补偿金是用人单位解除或终止劳动合同时，给予劳动者的一次性货币补偿。经济补偿金的目的在于从经济方面制约用人单位的解雇行为，对失去工作的劳动者给予经济上的补偿，并解决劳动合同短期化问题。

补偿标准：

(1) 工作每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的，按1年计算；不满6个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿；

(2) 月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资；

(3) 最低限制：劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算；

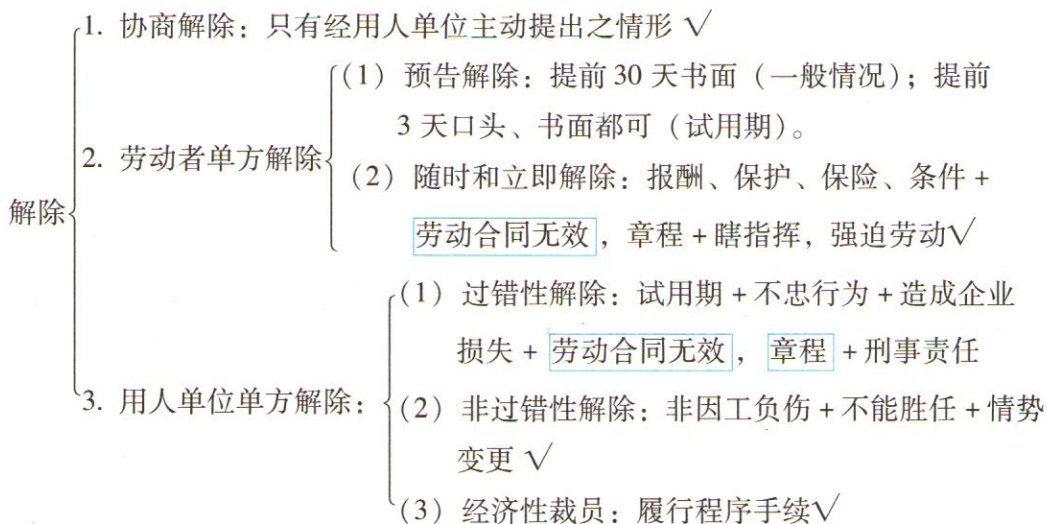
(4) 最高限制：劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，并且，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。

例如：露露是高级工程师，如果解除或者终止劳动合同之前12月的月平均工资是1万元，在该单位干了8年8个月，那么他应得的经济补偿是 $1 \times 9 = 9$ 万元。

如果北京市上一年度职工月平均工资4000元，而露露的解除或者终止劳动合同之前12月的月平均工资是2万元，他在该单位干了13年，那么经济补偿是则是 $4000 \times 3 \times 12 = 144000$ 元。这是根据补偿标准的最高限制，即露露月工资高于用人单位所在地上年

度职工月平均工资3倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付，并且，向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。

知识点记忆——劳动合同解除、终止及其经济补偿（√代表需要支付经济补偿的情形）



终止：

- (1) 劳动合同期满的；（不续签，低于原来标准签√）
- (2) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；
- (3) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；
- (4) 用人单位被依法宣告破产的；
- (5) 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；
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

特殊需要支付经济补偿的情形：以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。√

典型真题

1. 某国有企业厂因不能清偿到期债务而决定申请破产重整，对企业实施拯救。其拯救措施之一是进行裁员。根据有关法律规定，请回答以下四题：

- (1) 依照劳动法规定，企业在重整期间需要裁减人员时，应采取的程序是：①

① AD

(2007/1/97)

- A. 应当向工会或全体职工说明情况，听取意见
- B. 应当召集职工代表大会，对裁员方案进行表决
- C. 裁员方案应当公布，并允许被裁减人员提出异议
- D. 裁员方案实施前，应当向劳动行政部门报告

(2) 对于被裁减人员，应当给予的待遇是：^① (2007/1/98)

- A. 依照国家有关规定给予经济补偿
- B. 制定职工安置预案，予以妥善安置
- C. 承诺企业在6个月内录用人员时予以优先录用
- D. 承诺企业在重整成功后予以重新录用

(3) 不得被裁减的企业人员有：^② (2007/1/99)

- A. 管理层、技术骨干和劳动模范
- B. 患病或者负伤，在规定的医疗期内的
- C. 在孕期、产期、哺乳期内的女职工
- D. 患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的

(4) 对于企业裁减人员的决定，工会依法可采取的行动是：^③ (2007/1/100)

- A. 工会认为该决定不适当的，有权提出意见
- B. 工会认为该决定违反法律、法规或者劳动合同的，有权要求重新决定
- C. 被裁减人员提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助
- D. 被裁减人员提起诉讼有困难的，工会可以代表职工提起诉讼

2. 某公司从事出口加工，有职工500人。因国际金融危机影响，订单锐减陷入困境，拟裁减职工25人。公司决定公布后，职工提出异议。下列哪些说法缺乏法律依据？^④ (2011/1/68)

- A. 职工甲：公司裁减决定没有经过职工代表大会批准，无效
- B. 职工乙：公司没有进入破产程序，不能裁员
- C. 职工丙：我一家4口，有70岁老母10岁女儿，全家就我有工作，公司不能裁减我
- D. 职工丁：我在公司销售部门曾连续3年评为优秀，对公司贡献大，公司不能裁减我

① ABC

② BC (当年参考答案为BCD)

③ ABC

④ ABD

考点六 集体合同

(一) 集体合同的概念

集体合同，是企业职工一方与用人单位通过平等协商，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立的书面协议，是协调劳动关系、保护劳动者权益、建立现代企业管理制度的重要手段，劳动合同与集体合同的关系体现在：

1. 劳动合同规定的劳动者的个人劳动条件和劳动标准不得低于集体合同的规定，否则无效。

2. 劳动合同约定不明时，适用集体合同的规定。

劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

3. 未订立书面劳动合同的，有集体合同适用集体合同的规定。

用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

(二) 集体合同的特征（“主体特定，效力更高，不以批准为生效要件”）

1. 主体特定：集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

注意

工会和集体合同都不是必须存在的

2. 程序特殊：企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。

3. 不以劳动行政部门批准为生效要件：集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。

4. 专项、行业性、区域性集体合同：

新华考资
www.xhkzedu.com

(1) 企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

(2) 在县级以下区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

(三) 集体合同争议处理

因履行集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

知识点记忆表——个别劳动合同与集体合同的区别

	个别劳动合同	集体合同
合同双方	劳动者与用人单位	工会和用人单位（未建立工会的，由劳动者推举的代表与用人单位签订）
签订程序	双方协商一致	集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。
形式	书面	书面
生效	一般成立即生效	集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。
效力	集体合同高于个别劳动合同	

典型真题



关于集体合同的下列哪一表述是错误的？^①（2006/1/28）

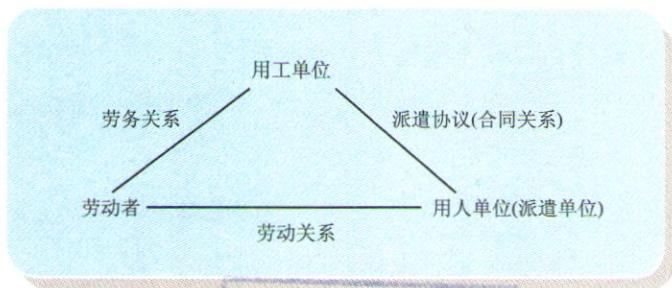
^① D

- A. 未建立工会的企业，集体合同应由职工推举的代表与企业签订
- B. 劳动合同中的劳动条件和劳动报酬标准可以高于集体合同的规定
- C. 并非所有的企业都必须签订集体合同
- D. 集体合同必须经劳动行政部门审查批准方能生效

考点七 劳务派遣（“管人的不用人，用人的不管人”）

劳务派遣，是指劳务派遣单位与劳动者订立劳动合同后，有派遣单位与实际用工单位通过签订劳务派遣协议，将劳动者派遣到用工单位工作，用工单位实际使用劳动者，用工单位向劳务派遣单位支付管理费、劳动者工资、社会保险费用等而形成的关系。

劳务派遣是典型的“管人的不用人，用人的不管人”，即劳务派遣单位与劳动者建立劳动关系，签订劳动合同，但劳动者却不为劳务派遣单位提供劳动，劳动者为用工单位提供劳动，但不签订劳动合同，造成了劳动力的雇用和劳动力的使用分离。



（一）劳务派遣岗位

1. 劳务派遣用工只是我国企业用工形式的补充形式；
2. “三性”要求：临时性、辅助性、替代性。

劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；**辅助性**工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的**非主营业务岗位**；**替代性**工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。

（二）劳务派遣单位

劳务派遣单位是将劳动者派遣到实际用工单位的企业法人。设立条件：

1. 劳务派遣单位的设立需经过劳动行政部门的行政许可；
2. 劳务派遣单位是用人单位；
3. 劳务派遣合同必须是2年以上的固定期限劳动合同；
4. 被派遣的劳动者的薪酬应当由劳务派遣单位支付；
5. 被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬；
6. 被派遣的劳动者的薪酬应该按月支付。

（三）劳务派遣协议

劳务派遣协议是劳务派遣单位与实际用工单位就劳务派遣事项签订的书面协议。

劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。

用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

（四）劳务派遣单位的义务和禁止规定

新华考资
www.xhkzedu.com

1. 劳务派遣单位的义务

（1）劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法规定的劳动合同必备条款之外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

（2）劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。

2. 禁止性规定

（1）劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。

(2) 劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

(3) 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。(自我派遣禁止)

(五) 用工单位的义务

1. 用工单位不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议;
2. 用工单位不得向被派遣劳动者收取费用;
3. 用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位;
4. 执行国家劳动标准, 提供相应的劳动条件和劳动保护;
5. 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬;
6. 支付加班费、绩效奖金, 提供与工作岗位相关的福利待遇;
7. 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训;
8. 连续用工的, 实行正常的工资调整机制。

(六) 被派遣劳动者的权利

1. 赋予被派遣劳动者参加和组织工会的权利。被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会, 维护自身的合法权益;

2. 赋予被派遣劳动者解除劳动合同的权利, 被派遣劳动者可以依照劳动合同法与用人单位协商一致解除劳动合同, 在用人单位有违法、违约情形时, 被派遣劳动者有权与劳务派遣单位单方解除劳动合同;

3. 享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利, 用工单位应当按照同工同酬原则, 对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

(七) 被派遣劳动者的退回

1. 劳动者原因导致的退回

《劳动合同法》第 65 条第二款规定: “被派遣劳动者出现前文所说的 ‘用人单位随时解除情形’、‘劳动者非因工负伤’ 和 ‘不能胜任工作情形’, 用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位, 劳务派遣单位依照本法有关规定, 可以与劳动者解除劳动合同。”

2. 用人单位原因导致的退回

提示注意的是, 《劳务派遣暂行规定》已于 2013 年 12 月 20 日通过, 自 2014 年 3

月1日起施行。对因用人单位原因导致的退回进行了规定。

《劳务派遣暂行规定》第12条：有下列情形之一的，用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位：

（一）用工单位有劳动合同法第四十条第三项（即，“情势变更情形”）、第四十一条规定（即，经济性裁员情形）的；

（二）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；

（三）劳务派遣协议期满终止的。

被派遣劳动者退回后在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

《劳务派遣暂行规定》第13条：被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形（即“三病”、“15+5”、“女的孕产哺”）的，在派遣期限届满前，用工单位不得依据本规定第12条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。

注意

因用人单位原因导致将被派遣劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位不是必然可以与劳动者解除劳动合同的。

（八）劳务派遣合同的解除和终止

《劳务派遣暂行规定》第14条：被派遣劳动者提前30日以书面形式通知劳务派遣单位，可以解除劳动合同。被派遣劳动者在试用期内提前3日通知劳务派遣单位，可以解除劳动合同。劳务派遣单位应当将被派遣劳动者通知解除劳动合同的情况及时告知用工单位。

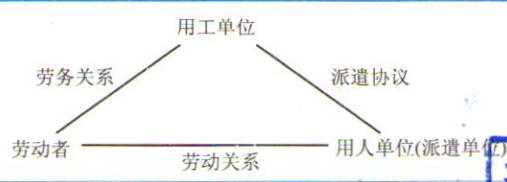
《劳务派遣暂行规定》第15条：被派遣劳动者因本规定第十二条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或者提高劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同。

被派遣劳动者因本规定第12条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位不得解除劳动合同。但被派遣劳动者提出解除劳动合同的除外。（注意以上2款的规定区别）。

《劳务派遣暂行规定》第16条：劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的，劳动合同终止。用工单位应当与劳务派遣单位协商妥善安置被派遣劳动者。

依据以上 15、16 条情形，被派遣劳动者与被派遣劳动者解除或者终止劳动合同的，应当依法向被派遣劳动者支付经济补偿。

★知识点记忆表——劳务派遣

劳务派遣图例		
适用	<p>“三性”要求：劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。</p> <ol style="list-style-type: none">1. 临时性工作岗位是指存续时间不超过 6 个月的岗位；2. 辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；3. 替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。	
四个禁止	短期派遣禁止	<ol style="list-style-type: none">1. 劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立 2 年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬。2. 不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。3. 被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地最低工资标准，向其按月支付报酬。
	收费扣钱禁止	劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。
	再派遣禁止	用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。
	自我派遣禁止	用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。
“一视同仁”	被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，维护自身的合法权益。	
责任承担	<ol style="list-style-type: none">1. 用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。2. 被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。（用工单位第一位责任，劳务派遣单位过错范围内补充性连带责任。）	

新华考资
www.xhkzedu.com

续表

<p>被派遣 劳动者的 退回</p>	<p>区别</p> <p>1. 劳动者原因导致的退回： 被派遣劳动者出现前文所述的“用人单位随时解除情形”、“劳动者非因工负伤”和“不能胜任工作情形”，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位依照本法有关规定，可以与劳动者解除劳动合同。（劳动者原因退回，劳务派遣单位可解除劳动合同。）</p> <p>2. 用工单位原因导致的退回： (1) 用工单位有《劳动合同法》第40条第3项（情势变更情形）、第41条规定（经济性裁员情形）的；(2) 用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；(3) 劳务派遣协议期满终止的。（用工单位的原因退回，不能解除劳动合同，在无工作期间，仍然按照不低于所在地人民政府的最低工资标准，按月支付。）</p> <p>例外：如果被派遣劳动者有《劳动合同法》第42条规定情形（“三病”、“15+5”、“女的孕产哺”）的情形，不得基于以上第（1）种情形将被派遣劳动者退回劳务派遣单位，派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。</p>
<p>劳务派遣 工伤</p>	<p>被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，劳务派遣单位应当依法申请工伤认定，用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作。劳务派遣单位承担工伤保险责任，但可以与用工单位约定补偿办法。</p>

典型真题



新华考资
www.xhkedu.com

甲房地产公司与乙国有工业公司签订《合作协议》，在乙公司原有的仓库用地上开发商品房。双方约定，共同成立“玫园置业有限公司”（以下简称“玫园公司”）。甲公司投入开发资金，乙公司负责将该土地上原有的划拨土地使用权转变为出让土地使用权，然后将出让土地使用权作为出资投入玫园公司。

玫园公司与丙劳务派遣公司签订协议，由其派遣王某到玫园公司担任保洁员。不久，甲、乙产生纠纷，经营停顿。玫园公司以签订派遣协议时所依据的客观情况发生重大变化为由，将王某退回丙公司，丙公司遂以此为由解除王某的劳动合同。

请回答以下两题：

(1) 根据《劳动合同法》，王某的用人单位是：①（2012/1/95）

① C

- A. 甲公司
- B. 乙企业
- C. 丙公司
- D. 玫园公司

(2) 关于王某劳动关系解除问题, 下列选项正确的是:① (2012/1/96)

- A. 玫园公司有权将王某退回丙公司
- B. 丙公司有权解除与王某的劳动合同
- C. 王某有权要求丙公司继续履行劳动合同
- D. 王某如不愿回到丙公司, 有权要求其支付赔偿金

★考点八 非全日制用工

非全日制用工, 是指以小时计酬为主, 劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时, 每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。

1. 双方当事人可以订立口头协议;
2. 劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同; 但是, 后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行;
3. 双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工且用人单位不向劳动者支付经济补偿;
4. 不得约定试用期;
5. 计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准;
6. 报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

注意

非全日制用工与不定时工作制是不同的。

典型真题

关于非全日制用工的说法, 下列哪一选项不符合《劳动合同法》规定?② (2010/1/27)

- A. 从事非全日制用工的劳动者与多个用人单位订立劳动合同的, 后订立的合同不

① ACD

② C

得影响先订立合同的履行

- B. 非全日制用工合同不得约定试用期
- C. 非全日制用工终止时，用人单位应当向劳动者支付经济补偿
- D. 非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日

考点九 违反劳动合同法的法律责任

<p>违法解除或者终止劳动合同的法律责任</p>	<p>用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法规定经济补偿标准的 2 倍向劳动者支付赔偿金。</p> <p>注意：如果用人单位依据“预告解除”、“经济型裁员”解除劳动合同，需要向劳动者支付经济补偿，这是合法的。</p> <p>(1) 合法解除，补偿金；违法解除，赔偿金；赔偿金=2 倍补偿金数额。</p> <p>(2) 继续履行合同，经济补偿不能同时主张，不能兼得。</p> <p>(3) 此种情形下，只能获得经济赔偿，不能补偿和赔偿兼得。</p> <p>例如：劳动者以用人单位单方解除劳动合同没有事先将理由通知工会为由，主张解除违法，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。</p>
<p>用人单位的连带赔偿责任</p>	<p>用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。</p>

典型真题



新华考资
www.xhkzedu.com

某厂工人田某体检时被初诊为脑瘤，万念俱灰，既不复检也未经请假就外出旅游。该厂以田某连续旷工超过 15 天，严重违反规章制度为由解除劳动合同。对于由此引起的劳动争议，下列哪些说法是正确的？^① (2015/1/70)

- A. 该厂单方解除劳动合同，应事先将理由通知工会
- B. 因田某严重违反规章制度，无论是否在规定的医疗期内该厂均有权解除劳动合同
- C. 如该厂解除劳动合同的理由成立，无需向田某支付经济补偿金
- D. 如该厂解除劳动合同的理由违法，田某有权要求继续履行劳动合同并主张经济补偿金 2 倍的赔偿金

① ABC

第三节 劳动基准法

考点一 工作时间和休息休假

(一) 工作时间的概念和种类

工作时间又称劳动时间，是指法律规定的劳动者在一昼夜和一周内从事劳动的时间。

1. 标准工作时间

每日工作 8 小时，每周工作 40 小时，在 1 周（7 日）内工作 5 天。

实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据每日工作 8 小时、每周工作 40 小时的工时制度，合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

2. 缩短工作时间

适用于：（1）从事矿山井下、高山、有毒有害、特别繁重或过度紧张等作业的劳动者；（2）从事夜班工作的劳动者；（3）哺乳期内的女职工。

3. 延长工作时间

延长工作时间必须符合法律、法规的规定。

4. 不定时工作时间和综合计算工作时间

(二) 休息休假的概念和种类

休息休假是指劳动者为行使休息权在国家规定的法定工作时间以外，不从事生产或工作而自行支配的时间。

用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

休假的种类：

（1）法定节假日。（目前规定是 7 个节，11 天假）

（2）探亲假。是指劳动者享有保留工资、工作岗位而同分居两地的父母或配偶团聚的假期。探亲假适用于在国家机关、人民团体、全民所有制企业、事业单位工作满

1 年的固定职工。

(3) 年休假。

国家实行带薪年休假制度。

劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。

- ① 职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入；
- ② 职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；
- ③ 已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；
- ④ 已满 20 年的，年休假 15 天；
- ⑤ 国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。

(三) 加班加点的主要法律规定

加班是指劳动者在法定节日或公休假日从事生产或工作。加点是指劳动者在标准工作日以外延长工作的时间。加班加点又统称为延长工作时间。为保证劳动者休息权的实现，劳动法规定任何单位和个人不得擅自延长职工工作时间。

1. 一般情况下加班加点的规定

用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

2. 特殊情况下，延长工作时间不受上条规定的限制

(1) 发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，或使人民的安全健康和国家资财遭到严重威胁，需要紧急处理的；

(2) 生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公共利益，必须及时抢修的；

(3) 法律、行政法规规定的其他情形。

3. 加班加点的工资标准劳动法规定

有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

① 安排劳动者延长工作时间，支付不低于工资的 **百分之一百五十** 的工资报酬；
(加点)

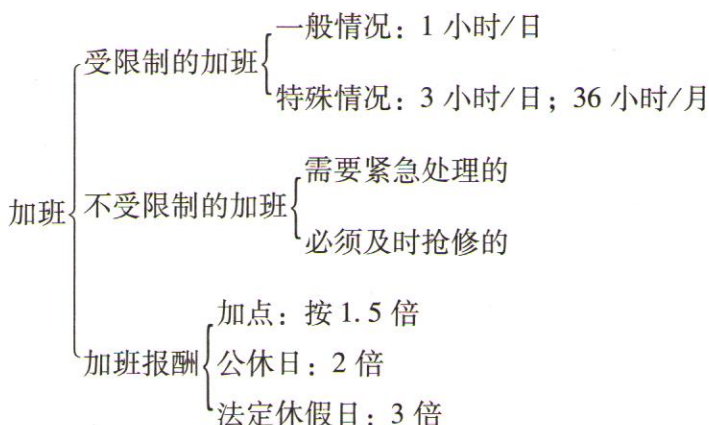
② 休息日安排劳动者工作又不能安排补休，支付不低于工资的 **百分之二百** 的工资报酬；(公休日)

③ **法定休假日** 安排劳动者工作，支付不低于工资的 **百分之三百** 的工资报酬。
(法定休假日)

注意

以上第二点和第三点的区别，休息日安排劳动者加班，如果安排了劳动者补休，就不用支付百分之二百的工资了；但是，只要安排法定节假日加班（注意不包含串休的日子）就要支付百分之三百的工资。

知识点关系图——加班



考点二 工资法律制度

工资是指用人单位依据国家有关规定和集体合同、劳动合同约定的标准，根据劳动者提供劳动的数量和质量，以货币形式支付给劳动者的劳动报酬。

1. 工资具有如下特征

- (1) 工资是基于劳动关系而对劳动者付出劳动的物质补偿；
- (2) 工资标准必须是事先规定的，事先规定的形式可以是工资法规、工资政策，集体合同、劳动合同；
- (3) 工资 **须以法定货币形式定期支付给劳动者本人**；
- (4) 工资的支付是以劳动者提供的劳动数量和质量为依据的。

2. 工资分配原则

工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。

3. 最低工资保障

(1) 国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。

(2) 用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。

4. 劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资。

5. 最低工资不包括下列各项：

- ① 加班加点工资；
- ② 中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境条件下的津贴；
- ③ 国家法律、法规和政策规定的劳动者保险、福利待遇；
- ④ 用人单位通过贴补伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入。

典型真题



关于工资保障制度，下列哪些表述符合劳动法的规定？^①（2010/1/74）

- A. 按照最低工资保障制度，用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准
- B. 乡镇企业不适用最低工资保障制度
- C. 加班工资不包括在最低工资之内
- D. 劳动者在婚丧假以及依法参加社会活动期间，用人单位应当依法支付工资

第四节

新华考资
劳动争议
www.xhkzedu.com

劳动争议：又称劳动纠纷，是指劳动关系双方当事人因执行劳动法律、法规或履行劳动合同、集体合同发生的纠纷。

① ACD

属于劳动争议情形	不属于劳动争议情形
1) 因确认劳动关系发生的争议; 2) 因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议; 3) 因除名、辞退和辞职、离职发生的争议; 4) 因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议; 5) 因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议; 6) 法律、法规规定的其他劳动争议。	1) 保险经办机构发放社会保险金的纠纷; 2) 劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷; 3) 劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷; 4) 家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷; 5) 个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷; 6) 农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。

典型真题



下列哪些情形不属于《劳动争议处理条例》规定的劳动争议范围?^① (2009/1/73)

- A. 张某自动离职一年后, 回原单位要求复职被拒绝
- B. 郑某辞职后, 不同意公司按存款本息购回其持有的职工股, 要求做市场价评估
- C. 秦某退休后, 因社会保险经办机构未及时发放社会保险金, 要求公司协助解决
- D. 刘某因工伤致残后, 对劳动能力鉴定委员会评定的伤残等级不服, 要求重新鉴定

考点

考点一 劳动争议处理程序

(一) 一般规定

1. 劳动争议的处理方式一般包括: 协商、调解、仲裁、诉讼。

2. 欠薪的劳动争议, 除上述四种处理方式外, 还可以向劳动行政部门投诉或申请支付令。

因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议, 用人单位在协议约定期限内不履行的, 劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支

① BCD

付令。人民法院应当依法发出支付令。

3. 原则：仲裁是诉讼必经前置程序；调解原则适用于仲裁。仲裁裁决不是最终的。

发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。

4. 举证责任：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。

5. 用人单位违反国家规定，拖欠或者未足额支付劳动报酬，或者拖欠工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的，劳动者可以向劳动行政部门投诉，劳动行政部门应当依法处理。

（二）协商

发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议。

1. 劳动争议发生后，当事人应当协商解决，协商一致后，双方可达成和解协议，但和解协议无必须履行的法律效力，而是由双方当事人自觉履行。

2. 协商不是处理劳动争议的必经程序。

3. 当事人不愿协商或协商不成，可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解或向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

（三）调解

1. 申请调解：可以口头，也可以书面申请。

2. 经调解达成协议的，应当制作调解协议书。调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

3. 自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。

4. 特殊规定：因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人

民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。(特殊情况下劳动者可以不仲裁,直接申请支付令)

发生劳动争议,当事人可以到下列调解组织申请调解:

- ① 企业劳动争议调解委员会;
- ② 依法设立的基层人民调解组织;
- ③ 在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由 **职工代表** 和 **企业代表** 组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生,企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。



★ (四) 仲裁

劳动 仲 裁	仲裁主体的 设置	1. 劳动争议仲裁委员会由 劳动行政部门代表、工会代表和企业 方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。 2. 劳动争议仲裁委员会 不按行政区划层层设立 。
	仲裁申请和 受理	1. 申请人申请仲裁应当提交 书面 仲裁申请,书写仲裁申请确有困难的,可以 口头 申请,由劳动争议仲裁委员会记入笔录,并告知对方当事人。 2. 劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起 五日内 ,应当 受理 ,并通知申请人;认为不符合受理条件的,应当书面通知申请人不予受理,并说明理由。
	仲裁时效	1. 提出仲裁要求的一方应在自劳动争议发生之日(当事人知道或应知权利被侵害之日)起 1年内 向劳动争议仲裁委员会提出 书面申请 。 2. 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1年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1年内提出。 3. 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。可延长,延长期限不得超过十五日。
	仲裁管辖	1. 劳动争议由 劳动合同履行地 或者 用人单位所在地 的劳动争议仲裁委员会管辖。 2. 双方当事人 分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的 ,由 劳动合同履行地 劳动争议仲裁委员会管辖。

续表

	仲裁裁决	<p>1. 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解（调解原则）。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。</p> <p>2. 仲裁庭裁决劳动争议案件，逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向法院提起诉讼。</p> <p>3. 当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。</p> <p>注意：对于一般的案件，一裁不终局，也就是说仲裁裁决书不是做出时生效，要等待 15 天，如果 15 天内，当时起诉，仲裁裁决书，从来就没有生效过，如果 15 天期满不起诉，仲裁裁决书才生效。</p>
劳动仲裁	裁决先予执行	<p>仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：</p> <p>1. 当事人之间权利义务关系明确；</p> <p>2. 不先予执行将严重影响申请人的生活。</p> <p>劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。</p>
	“一裁终局”的特殊规定 (只是对用人单位而言)	<p>“一裁终局”的适用：</p> <p>下列劳动争议，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：</p> <p>1. 追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；（“小额案件”）</p> <p>2. 因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。（“标准确定案件”）</p> <p>“一裁终局”的效力：</p> <p>1. 劳动者对上述劳动争议仲裁裁决不服，可自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向法院提起诉讼。</p> <p>2. 用人单位有证据证明上述劳动争议仲裁裁决有下列情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起 30 日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：</p> <p>(1) 适用法律、法规确有错误的；</p> <p>(2) 劳动争议仲裁委员会无管辖权的；</p> <p>(3) 违反法定程序的；</p>

续表

劳动 仲 裁	“一裁终局” 的特殊规定 (只是对用人 单位而言)	(4) 裁决所根据的证据是伪造的; (5) 对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的; (6) 仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。 注意: 所谓的“一裁终局”是对用人单位而言的, 不能起诉, 但是用人单位可以基于法定的可撤销理由, 申请撤销裁决, 不是任何的救济方式都没有。而对于劳动者不是“一裁终局”的。			
		劳动者	15 日内	起诉	基层法院
		用人单位	30 日内	可请求撤销 (只能基于法定的可撤销理由)	仲裁委所在地的中级人民法院

(五) 诉讼

新华考资
www.xhkzedu.com

劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内, 认为符合受理条件的, 应当受理, 并通知申请人; 认为不符合受理条件的, 应当书面通知申请人不予受理, 并说明理由。

对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的, 申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

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, 经劳动争议仲裁委员会主任批准, 可以延期并书面通知当事人, 但是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。

劳动者对本法一裁终局情形下的仲裁裁决不服的, 可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

仲裁裁决被人民法院裁定撤销的, 当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

当事人对本法一裁终局情形以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的, 可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼; 期满不起诉的, 裁决书发生法律效力。

典型真题

1. 李某因追索工资与所在公司发生争议, 遂向律师咨询。该律师提供的下列哪些意

见是合法的?① (2012/1/71)

- A. 解决该争议既可与公司协商,也可申请调解,还可直接申请仲裁
- B. 应向劳动者工资关系所在地的劳动争议仲裁委提出仲裁请求
- C. 如追索工资的金额未超过当地月最低工资标准 12 个月金额,则仲裁裁决为终局裁决,用人单位不得再起诉
- D. 即使追索工资的金额未超过当地月最低工资标准 12 个月金额,只要李某对仲裁裁决不服,仍可向法院起诉

2. 甲公司与梁某签订劳动合同后,与乙公司签订劳务派遣协议,派梁某到乙公司做车间主任,派遣期 3 个月。2012 年 1 月至 2013 年 7 月,双方已连续 6 次续签协议,梁某一直在乙公司工作。2013 年 6 月,梁某因追索上一年加班费与乙公司发生争议,申请劳动仲裁。下列哪些选项是正确的?② (2013/1/71)

- A. 乙公司是在辅助性工作岗位上使用梁某,符合法律规定
- B. 乙公司是在临时性工作岗位上使用梁某,符合法律规定
- C. 梁某申请仲裁不受仲裁时效期间的限制
- D. 梁某申请仲裁时应将甲公司和乙公司作为共同当事人



3. 友田劳务派遣公司(住所地为甲区)将李某派遣至金科公司(住所地为乙区)工作。在金科公司按劳务派遣协议向友田公司支付所有费用后,友田公司从李某的首月工资中扣减了 500 元,李某提出异议。对此争议,下列哪些说法是正确的?③ (2015/1/71)

- A. 友田公司作出扣减工资的决定,应就其行为的合法性负举证责任
- B. 如此案提交劳动争议仲裁,当事人一方对仲裁裁决不服的,有权向法院起诉
- C. 李某既可向甲区也可向乙区的劳动争议仲裁机构申请仲裁
- D. 对于友田公司给李某造成的损害,友田公司和金科公司应承担连带责任

4. 王某,女,1990 年出生,于 2012 年 2 月 1 日入职某公司,从事后勤工作,双方口头约定每月工资为人民币 3000 元,试用期 1 个月。2012 年 6 月 30 日,王某因无法胜任经常性的夜间高处作业而提出离职,经公司同意,双方办理了工资结算手续,并于同日解除了劳动关系。同年 8 月,王某以双方未签书面劳动合同为由,向当地劳动争议仲裁委申请仲裁,要求公司再支付工资 12000 元。请回答第(1)、(2)题。

(1) 关于该劳动合同的订立与解除,下列说法正确的是?④ (2016/3/96)

- A. 王某与公司之间视作已订立无固定期限劳动合同

- ① ACD
- ② CD
- ③ AC
- ④ D

- B. 该劳动合同期限自 2012 年 3 月 1 日起算
- C. 该公司应向王某支付半个月工资的经济补偿金
- D. 如王某不能胜任且经培训仍不能胜任工作，公司提前 30 日以书面形式通知王某，可将其辞退

(2) 如当地月最低工资标准为 1500 元，关于该仲裁，下列说法正确的是？^① (2016/3/97)

- A. 王某可直接向劳动争议仲裁委申请仲裁
- B. 如王某对该仲裁裁决不服，可向法院起诉
- C. 如公司对该仲裁裁决不服，可向法院起诉
- D. 如公司有相关证据证明仲裁裁决程序违法时，可向有关法院申请撤销裁决



① ABD