

LAODONG ZHENGYI BAIWENBAIDA

劳动争议百问百答 (企业篇)

■ 安 治 编著



 郑州大学出版社

LAODONG ZHENGYI BAIWENBAIDA

劳动争议百问百答

(企业篇)

■ 安 治 编著



图书在版编目(CIP)数据

劳动争议百问百答. 企业篇 / 安治编著. — 郑州:
郑州大学出版社, 2017. 3

ISBN 978-7-5645-4064-7

I. ①劳… II. ①安… III. ①劳动争议—劳动法—
中国—问题解答②企业—劳动争议—中国—问题解答
IV. ①D922.591-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 053408 号

郑州大学出版社出版发行

郑州市大学路 40 号

出版人: 张功员

全国新华书店经销

郑州环发印务有限公司印制

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 15

字数: 269 千字

版次: 2017 年 3 月第 1 版

邮政编码: 450052

发行部电话: 0371-66966070

印次: 2017 年 3 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5645-4064-7

定价: 56.00 元

本书如有印装质量问题, 由本社负责调换

序 言

在为用人单位提供劳动关系专项法律顾问服务时,笔者发现用人单位在招聘录用、劳动合同、工资薪金、社会保险、规章制度等方面存在诸多法律问题。

在为劳动者提供劳动人事争议仲裁、诉讼代理服务时,笔者发现劳动者劳动法律知识出奇地匮乏、法律维权意识离奇地淡薄、争议处理能力不可想象地薄弱。

频繁地和劳动争议问题零距离接触,难免就有些冲动的想法,想在学习、理解、吸收众多专家、学者理论研究成果的基础上,结合自己积累掌握的司法实践经验,对劳动争议的预防、处理等难点问题做些有益的探索,希望能对构建和发展和谐稳定的新时期劳动关系作出一点儿贡献,此为写作本书的缘由。

劳动争议问题繁多,本书无法一一罗列,仅选择其中比较突出的疑难问题加以阐述,具体包括录取试用、劳动合同签订及解除、劳动报酬、工伤保险、用人单位规章制度、劳动争议仲裁和诉讼等问题。

在每一章的结构安排上,本书对每个“现实困惑”分为以下四个版块进行表述和解答。

第一,案例背景。本书精选了生活中的常见案例,用简练、通俗、生动的语言加以整理汇编,向读者展示了一个个形象鲜活的故事,并引发读者的维权思考。

第二,律师答疑。针对上面案例中的法律困惑,从专业律师的角度给读者作出了有针对性的解答,给读者的维权之路指明了方向。

第三,理论解析。在前面两部分解决了现实困惑,知道如何维权后,笔者又及时

地列明了相关的法律知识,给读者一个宏观学习和了解法律专业知识的机会。对于现行法律法规存在的适用争议和缺陷不足,笔者也一并给出一家之言。

第四,处理要诀。鉴于本书属于“企业篇”的特点,笔者针对用人单位如何化解争议,保护用人单位合法利益,给出有效的处理建议。

至于本书的特色,可以概括为“通俗性”“实用性”以及“广泛性”。考虑到读者的大众性,我们在编写本书的过程中,始终奉行着这样一个原则——用通俗的语言把法律问题交代清楚。此外,我们还力图让本书更加具有实用性和广泛性,因为只有这样,才能给形形色色的大众社会生活以法律指导,才能在帮助读者解决纠纷和进行维权等问题上有所襄助。

本书理论联系实际,对于用人单位人力资源专员(HR)、法务专员、普通劳动者和法律工作者来说,是应对劳动关系诸多难题、有效解决劳动争议的实用读本。

由于水平有限,疏漏和错误在所难免,敬请读者批评指正。

目 录

第一章 录取、实习、试用问题 1

现实困惑 1: 录用通知书能否单方解除?	1
现实困惑 2: 录用通知书能否代替劳动合同?	3
现实困惑 3: 录用通知书和劳动合同不一致时,以哪个为标准?	4
现实困惑 4: 在校生在实习工作中受伤,谁应负责?	6
现实困惑 5: 试用期能否不签订书面合同?	8
现实困惑 6: 试用期能否约定在第二次签订合同时?	9
现实困惑 7: 用人单位能否签订单独的试用期合同?	11
现实困惑 8: 用人单位在劳动合同中约定劳动者在试用期解除劳动合同须承担 违约金是否有效?	12
现实困惑 9: 试用期内劳动者解除劳动合同是否须赔偿用人单位的培训费用?	13
现实困惑 10: 试用期内劳动者解除劳动合同是否须赔偿用人单位的招录费用?	14
现实困惑 11: 试用期满后,用人单位能否还以试用期内不符合录用条件为由 解除劳动合同?	15
现实困惑 12: 职工在试用期患病能否享用医疗期? 用人单位是否能以不符合 录用条件为由,解除职工的劳动合同?	17

现实困惑 13:离职员工又回原单位工作,可否再次约定试用期? 19

第二章 劳动关系的确立 21

现实困惑 1:员工是否可以与两个单位同时存在劳动关系? 21

现实困惑 2:公司在筹备期间,员工与其是否存在劳动关系? 23

现实困惑 3:旷工自行离开后公司一直未处理,劳动关系还存在吗? 24

现实困惑 4:员工离职后,公司没有开具离职证明,双方劳资关系是否解除? 26

现实困惑 5:企业内部经营承包后,成为经营承包户的原劳动者与企业之间
还是劳动合同关系吗? 27

现实困惑 6:签了合同但未上班,是否存在劳动关系? 29

现实困惑 7:新员工入职培训期间未签劳动合同,算不算存有劳动关系? 30

现实困惑 8:非全日制用工关系的认定标准是什么? 31

现实困惑 9:非全日制用工是否等同于劳务关系? 35

现实困惑 10:按业绩与小时计酬的公司临时人员与公司是否存在劳动关系? 37

现实困惑 11:已达到法定退休年龄,未开始依法享受养老保险待遇的人员,与
用人单位的用工关系是劳动关系还是劳务关系? 42

现实困惑 12:公司内部承包人招用的工人与单位是否存在劳动关系? 45

第三章 劳动合同签订问题 48

现实困惑 1:通过签订《劳务协议》的方式排除劳动法律、法规的适用是否有效? 48

现实困惑 2:员工声明不愿签劳动合同,单位继续用工有无风险? 50

现实困惑 3:未签劳动合同,提成也要双倍支付吗? 52

现实困惑 4:未续签劳动合同应付双倍工资有无期间及诉讼时效限制? 55

现实困惑 5:人事经理助理未签劳动合同能否主张双倍工资? 58

现实困惑 6:劳动者连续工作满 10 年,企业是否一定要与其签订无固定期限劳
动合同? 60

现实困惑 7:劳动者在前后两关联公司工作,单位义务是否须承继? 65

现实困惑 8:既是劳动者又是用工方,自己与自己签订的劳动合同是否有效? 70

现实困惑 9:如何看待劳动合同签订欠缺必备条款的效力及处理? 71

第四章 劳动合同履行问题 76

现实困惑 1:口头约定变更劳动合同,实际已履行 3 个月可反悔吗? 76

现实困惑 2:公司以工作需要为由变更员工工作岗位,是否合法? 78

现实困惑 3:用人单位在劳动合同中约定享有对员工工作岗位的调整权,是否合法有效? 79

现实困惑 4:单位认为员工不胜任岗位,调岗调薪是否合法? 81

现实困惑 5:企业因经济困难降薪有何法律依据及履行程序? 84

现实困惑 6:未婚生育的,是否可以享受产假及相关待遇? 89

现实困惑 7:再婚者是否可以享受婚假、晚婚假? 91

现实困惑 8:生病休假职工是否可以从事有收入的活动? 93

现实困惑 9:退回和解雇被派遣劳动者的条件与限制有哪些? 94

现实困惑 10:用工单位能否退回“三期”劳务派遣女工? 97

第五章 劳动合同解除问题 99

现实困惑 1:企业可否以员工伪造文凭解除劳动合同? 99

现实困惑 2:员工被行政拘留,用人单位能否解除劳动合同? 101

现实困惑 3:员工因涉嫌刑事案件被刑事拘留,公司应如何处理? 102

现实困惑 4:劳动者被追究刑事责任,刑满释放后用人单位才通知解除劳动合同是否合法? 104

现实困惑 5:医疗期满仍无法正常上班的员工单位如何处理? 105

现实困惑 6:企业经济性裁员应履行的条件和义务有哪些? 107

现实困惑 7:劳动者申请辞职后劳动关系解除的认定标准如何确定? 111

现实困惑 8:员工主动提出辞职是否须经用人单位批准? 115

现实困惑 9:解除劳动关系时达成的无争议协议是否有效? 118

现实困惑 10:违法解除劳动合同的“赔偿金”和“经济补偿金”能不能一起要?	120
现实困惑 11:女职员哺乳期严重失职能否解除劳动合同?	122
现实困惑 12:企业适用“末位淘汰”或“竞争上岗”制是否合法?	124

第六章 劳动报酬问题 128

现实困惑 1:实行综合计算工时制的情况下如何计算加班工资?	128
现实困惑 2:未经行政许可一定不能适用综合计算工时吗?	131
现实困惑 3:有关提成式报酬纠纷在实践中如何认定?	133
现实困惑 4:“上班 24 小时,休息 48 小时,没有公休日”,是否属于加班?	137
现实困惑 5:劳动者自愿加班能否要求用人单位支付加班费?	139
现实困惑 6:用人单位在哪些情况下减发工资不属于克扣工资?	140
现实困惑 7:值班和加班有什么区别? 值班人员能否要求用人单位支付加班 工资?	141
现实困惑 8:对保安、门卫、仓库保管员等特殊岗位劳动者主张加班工资的,加 班事实应如何把握?	143
现实困惑 9:用人单位与劳动者在劳动合同中能否约定工资包含加班费?	145
现实困惑 10:“同工同酬”是否等于“同岗同酬”?	147

第七章 工伤与社会保险问题 149

现实困惑 1:劳动者与用人单位达成工伤赔偿协议后能否以仲裁裁决赔偿金 额高于赔偿协议而反悔?	149
现实困惑 2:外伤导致的病变引起自杀的,是否应认定为工伤?	151
现实困惑 3:工伤保险待遇与人身损害赔偿能否兼得?	153
现实困惑 4:职工拒不接受劳动能力鉴定是否应停止享受工伤保险待遇?	156
现实困惑 5:被判刑正在收监执行的,工伤待遇可以不支付吗?	158
现实困惑 6:工伤认定中出现是否存在劳动关系的争议应当如何处理?	159
现实困惑 7:可以用人身意外伤害保险替代工伤保险吗?	161

第八章 保密与竞业限制问题 164

现实困惑 1: 员工未遵守保密义务, 公司以严重违纪为由解除劳动合同合法吗? ... 164

现实困惑 2: 用人单位可否单方解除双方所签订的竞业限制协议? 168

现实困惑 3: 法定的竞业禁止义务与约定的竞业限制义务有什么不同? 171

现实困惑 4: 公司能否对股东及亲属设置竞业限制义务? 174

现实困惑 5: 企业要员工保密必须支付保密费吗? 178

现实困惑 6: 劳动合同与技术保密协议约定的期限不一致, 应当如何确定? 180

现实困惑 7: 未约定经济补偿的竞业限制协议是否有效? 181

现实困惑 8: 保密费能否代替竞业限制经费? 184

第九章 劳动仲裁和诉讼问题 187

现实困惑 1: 用人单位要求劳动者赔偿属于劳动争议案件还是一般民事案件? 187

现实困惑 2: 职工自行购买养老保险后要求企业报销保险费是否属于劳动
争议? 189

现实困惑 3: 劳动争议案件撤诉或按撤诉处理能否再次仲裁或起诉? 192

现实困惑 4: 劳动仲裁确认劳动关系时主体错误人民法院当如何处理? 194

现实困惑 5: 劳动仲裁未处理的请求是否可以向法院再次提起诉讼? 196

现实困惑 6: 劳动者主张社会保险费争议是否适用仲裁时效制度? 197

现实困惑 7: 追缴社会保险费的案件法院应否受理? 199

第十章 常见劳动争议实体问题及简答汇总 202

第十一章 常见劳动争议程序问题及简答汇总 210

01 第一章

录取、实习、试用问题

?

现实困惑 1: 录用通知书能否单方解除?

【案例背景】

某公司经对卢某多次面试,决定聘请其担任采购经理,并于2010年6月1日向其发出了一封 Offer Letter(录用通知书),确定卢某的职位为公司采购部部门经理,月薪为8000元人民币,同时可享有公司提供的住房津贴及公司其他福利,并享有每年不少于15天的年休假。该 Offer Letter 还写明,卢某须在2010年6月15日以前到公司报到,公司届时将与其签订劳动合同。卢某接到通知后即表示同意,辞去了原来的工作,准备签约。但是不久,该公司接到举报,称卢某曾向一些供应商索要好处,这使该公司非常震惊,决定不再聘用卢某。为此双方发生争议。

卢某认为,自己是在接到该公司的录用通知并确认之后才辞去了原来的工作,准备与该公司签约。该公司不能单方面宣布 Offer Letter 无效,由此给卢某造成的损失,应该全部由该公司赔偿。该公司则认为,公司和卢某之间并没有签订劳动合同,尚无有效的合同约束,并且公司是在接到有关卢某曾向一些供应商索要好处的举报之后,才决定不与卢某签订劳动合同,因此该劳动合同不能签订是由于卢某的原因所致,卢某应该对自己的行为负责,公司不应该承担任何责任。

【律师答疑】

本案所提及的 Offer Letter 由该公司向卢某发出,要约人与被要约人都是特定

的；同时 Offer Letter 中明确了卢某的报到时间、工作岗位、薪酬福利，并且还明确表示公司将与卢某签订劳动合同。根据《合同法》的原理，该份 Offer Letter 完全符合要约的特征。卢某接到 Offer Letter 后即向该公司表示同意其中的内容，愿意签约，属于对该公司发出要约的承诺。至此，Offer Letter 对公司和卢某都产生法律约束力，任何一方违反都将承担违约责任。因此，该公司在无确切证据证明卢某曾向供应商索要好处的情况下拒绝与卢某签订劳动合同，属于违约行为，应当承担相应的违约责任。

【理论解析】

本案是因 Offer Letter(录用通知书)的发放引发的纠纷，争议焦点集中在 Offer Letter 的性质和效力问题上。对于这些问题，《劳动法》及其他劳动法律法规虽然没有规定，但是根据《合同法》的规定，Offer Letter 在法律属性上属于“要约”，是用人单位对求职者发出的招聘要约。根据《合同法》的一般原理，一份合同的订立要经过要约和承诺两个程序。所谓“要约”，即希望和他人订立合同的意思表示。所谓“承诺”，是指受要约人作出的同意要约内容以成立合同的意思表示。承诺通知到达要约人时生效，合同成立。

由此可见，具有要约性质的录用通知书，一经用人单位发出后便对用人单位产生法律约束力，用人单位不得随意撤回或撤销。而劳动者在接到录用通知书后，则可在承诺期限内选择同意或不同意。如果选择同意并及时通知了用人单位，用人单位和劳动者之间的合同关系即告成立，此时双方都受到合同的法律约束力而不能违背。如果用人单位违背录用通知书、对劳动者不予录用，或对录用通知书中的内容进行单方变更，属于违约行为，要对劳动者承担违约责任。同样，如果劳动者对录用通知书进行承诺后不到公司报到，不与公司建立劳动合同关系或单方要求变更录用通知书的内容，也属于违约行为，同样要对用人单位承担违约责任。

【处理要诀】

是否所有的录用通知书都是不可撤销的呢？答案是否定的，录用通知书的形式或所记载的内容不同，其法律性质也会有所不同。如果企业向卢某发出的仅仅是一份书面的录用意向书，其中内容为：“……我公司对您的表现非常满意，希望您能在 2010 年 6 月 15 日前来我公司共同商讨聘用事宜。”该意向书根据《合同法》的一般原理，仅属于要约邀请，并不必然代表公司将与卢某签订劳动合同，卢

某因辞职所造成的损失是由于其自身不慎重造成的,与公司无关,公司因此可以拒绝承担赔偿责任。

?

现实困惑 2: 录用通知书能否代替劳动合同?**【案例背景】**

2011年2月,上海某公司进行了一次校园招聘,经过层层筛选,某高校应届毕业生小张成为他们的录用对象之一。录用名单确定后,公司按照内部招聘程序向小张发出了录用通知书,其中标注了他的工作岗位、工资报酬等。小张接到通知书后便到公司办理了入职手续,双方没有签订正式的劳动合同。2011年10月,公司因业绩不理想决定实行经济性裁员,小张不幸被列入裁员名单。双方在协商解除劳动合同的过程中,小张提出,公司一直没有与他签订书面的劳动合同,按照《劳动合同法》的相关规定,公司应当向他支付在职期间的双倍工资。但公司认为,招聘时,公司便向包括小张在内的每一个被录用人员发放了录用通知书,通知书中包括了《劳动合同法》规定的劳动合同应当具备的所有条款,工资、福利、试用期、岗位等内容一应俱全。在职期间,双方一直按照录用通知书中的内容履行各自的权利义务,小张认可录用通知书的内容和效力,从未对此提出过任何异议。因此,录用通知书就是劳动合同,公司愿意按照法律规定向小张支付经济性裁员的经济补偿金,但不应当向小张支付双倍工资。双方最终未能协商一致,小张提起劳动仲裁。

【律师答疑】

发放录用通知书并不能免除用人单位签订书面劳动合同的法定义务,案例中的这家企业未按照法律规定与员工签订书面劳动合同,根据《劳动合同法》第82条的规定,需要向王某支付双倍的工资。

【理论解析】

在招聘和录用员工的过程中,录用通知书与劳动合同起着不同的作用。录用通知书是用人单位想要建立劳动关系的单方意愿,而劳动合同是证明用人单位与劳动者建立劳动关系的法律文件。因此,二者不能相互代替。用人单位向劳动者发出录

用通知书,待员工入职后,应当与劳动者签订正式的劳动合同。劳动合同可以包括录用通知书中与劳动合同有关的部分内容,也可以在协商一致后进行变更。劳动合同签订后,用人单位可以选择使录用通知书失效,也可将其作为劳动合同的附件而继续有效,在二者约定不一致时,应当以劳动合同的约定作为履行劳动权利义务的根据。

在实务中,招聘的最后一个环节,往往是向拟录用的劳动者发送录用通知书。录用通知书,也称 Offer letter,原是外资企业常用,现在各类企业均习惯采用。在很多用人单位眼里,录用通知书不是正式的劳动合同,没有法律效力,在录用通知书的设计、发送及撤销方面随便为之。由此也导致了不少纠纷,而且用人单位因此败诉的案例也不在少数。用人单位要防范录用通知书操作中的法律风险。

【处理要诀】

录用通知书并不能取代劳动合同。当签订劳动合同后,录用通知书往往作为劳动合同的附件继续生效。如果劳动合同对某些内容未予明确约定,则该内容将以录用通知书上的约定为准。因此建议,用人单位和劳动者应及时签订劳动合同,并尽量协商不再以录用通知书的约定为准,而以劳动合同为唯一的依据。



现实困惑 3: 录用通知书和劳动合同不一致时,以哪个为标准?

【案例背景】

2009年6月,夏某被一家猎头公司猎聘到某IT公司担任“程序经理”一职。经过几轮面试,公司认定夏某就是最合适的人选,便马上向夏某发出了录用通知书。公司除了在录用通知书中注明了夏某的职位、主要职责、工作地点、入职要求、基本待遇等内容外,还允诺“凡在当年度12月31日前结束试用期的正式员工,公司将会随最后1个月工资发放相当于其2个月工资的年度服务奖金,以此形成每年‘14薪’的薪酬结构”。夏某对待遇很满意,便按照录用通知书上约定的时间开始了程序经理的工作。可到了2009年12月发放工资时,夏某在他当月的工资中并没有发现公司所谓的“14薪”出现。于是,他便向人力资源管理部门提出疑问。人力资源管理部门向夏某解释说:“虽然录用通知书中有类似说明,但基于公司创业初期的成本考

虑,公司决定所有员工都不再发放这一部分薪酬。另外,入职时夏某所签订的劳动合同中没有约定‘14薪’的内容,而劳动合同为公司与夏某后于录用通知书签字盖章的法定文本,无论从时间还是效力上来看都应该以劳动合同为优先。因此,夏某不应当按照录用通知书上的有关内容继续享受年度服务奖金。”

【律师答疑】

某IT公司与夏某签订劳动合同时,并未事先说明录用通知书将在合同签订后失去效力,也没有明确劳动合同文本具有更高一层的效力。在劳动合同与录用通知书的约定并未出现重叠且不一致的情况下,劳动合同未约定的内容应当以录用通知书为准。因此,夏某主张“14薪”的要求应当得到支持。

【理论解析】

无论是时常发出录用通知书的人力资源管理部门,抑或是曾经接收过录用通知书的员工都不难发现,录用通知书中通常已经包含了部分劳动合同约定的内容,如工作时间、地点、职位名称、薪酬福利等,与劳动关系建立后签订的劳动合同势必会有内容上的重叠。当劳动合同与录用通知书中的内容不一致或相冲突时,根据劳资双方合意的时间,劳动合同产生于录用通知书之后,劳动合同约定不同于录用通知书的内容,应当视为用人单位与员工就同一问题作出了新约定。此时,劳动合同条款的效力高于录用通知书。例如,用人单位在录用通知书中说明员工李某的职位为技术经理,劳动合同中又约定李某的职位是技术主管,那么用人单位与李某都应该按照技术主管这一职位去享有和履行各自的权利与义务。

录用通知书中具备的内容没有在劳动合同中出现,该以哪个为准?这种情况下,不能完全依据协议形成时间来确定谁更具有效力,而是要看录用通知书在劳动合同签订后是否还有效。如果用人单位并未明确约定录用通知书的有效期,作为受民法保护具有要约承诺法律效力的协议来说,该部分内容在劳动合同签订后仍然有效,对用人单位与员工双方都具有法律效力。相反,如果用人单位在签订劳动合同之时书面说明自劳动合同签订之日起录用通知书自动失效,或者以劳动合同内容为准的,未在劳动合同中体现的内容将不再具有法律效力,不能约束劳动合同的双方主体。

【处理要诀】

在录用通知书与劳动合同中,用人单位应突出劳动合同的效力。在人力资源管理日臻完善的今天,录用通知书已日渐成为人力资源管理部门习惯使用的管理文本,除了应当谨慎小心地尽量统一录用通知书和劳动合同中约定的内容,使二者不会因内容上的差别而导致其中一方效力的瑕疵外,用人单位还应在劳动合同中明确录用通知书的有效期限,尽量突出劳动合同的效力。一方面以双方共同签署的协议明确权利义务,另一方面用人单位可以用劳动合同晚于录用通知书的这一段缓冲时间更新、确定聘用要求、福利待遇等,以免节外生枝。

?

现实困惑 4: 在校生在实习工作中受伤,谁应负责?

【案例背景】

2012 年暑假,大二学生李某找了份实习工作,在工作中左手不慎被货物砸伤。医院对其三个手指进行了截肢,事后工伤鉴定为 7 级伤残。事故发生后,李某与其所在的实习单位对工伤的医疗及后续赔偿问题进行了多次协商。李某认为自己是工伤,应当按《劳动法》规定,按工伤处理,而实习单位却认为,实习并不是劳动关系,他们只应负责李某在住院期间的医疗费用,对于他的赔偿要求则避而不谈。对此,李某及其家人十分着急。他们先后找到了学校以及实习单位,要求对李某的工伤事件有个说法,但是学校和实习单位都说不归他们管。李某的赔偿应当找谁来负责成了一个难题。

【律师答疑】

实习生与实习单位之间不属于劳动关系,也未建立实质意义上劳动者与用人单位间的身份隶属关系,双方的权利义务不受《劳动法》的调整。实习生在实习单位虽然是因实习受伤,但不能享受工伤待遇,其所受损害应按一般民事侵权纠纷处理。

在通常情况下,学校都会为学生购买意外伤害保险,所以实习受伤后应当首先寻求保险方面的赔偿,不足的部分,再根据双方协商等方式与实习单位进行磋商。

【理论解析】

本案是实习生在实习单位受伤而引发的案件,本案的核心问题是实习生与实习单位是否存在劳动关系,实习生在实习工作中受伤,是否应当按工伤来处理?

要确认劳动关系,在司法实践中主要依据原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)。根据该《通知》的相关规定,要判定劳动关系成立,需要符合以下三个条件,即:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

上述第一条中,劳动者需要符合法律、法规规定的主体资格,这个资格是指合法的劳动者需要是达到法定年龄,具有劳动能力,以从事某种社会劳动获得收入为主要生活来源,依据法律或合同的规定,在用人单位的管理下从事劳动并获取劳动报酬的自然人。

而实习生并不符合这样的条件。首先,实习生到实习单位,主要是想通过实习在正式走向社会之前拥有实际工作的经验,也在实习中达到受教育的目的,并不是以从事某种社会劳动获得收入为主要生活来源;其次,实习生仍然接受学校的管理和指导,由学校安排到实习单位实习工作,获得工作经验,与实习单位之间并不存在雇佣关系。所以,实习生与实习单位并不存在劳动关系。

由于双方不存在劳动关系,当实习生在实习工作中发生伤害事故时,并不能适用《劳动法》《劳动合同法》,因此不能认定为工伤,也不能以工伤赔偿制度来获得赔偿。

然而上述分析的结论,并不表明实习单位对在实习工作中的伤害事故就完全不负责。我国《侵权责任法》,第35条规定,个人之间形成劳务关系,提供劳务一方因劳务造成他人损害的,由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的,根据双方各自的过错承担相应的责任。

而《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)第11条也规定,雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害,雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的,赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任,也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后,可以向第