

被公司辞退你还只是想要点加班费或赔偿金补偿金吗？你看到的只是冰山一角！

我们老实本分的平时996的劳动者被公司暗示或明示要求离职时，都想报复一下公司：申请劳动仲裁要求支付加班费和违法解除劳动关系的赔偿金，或者咨询律师后按照律师的引导主动发送以未缴纳社保或拖欠/克扣工资为由解除劳动关系的经济补偿金，或者是违法解除劳动关系的经济赔偿金(经济补偿金的2倍)，然后很乐观地认为自己一定会被保护拿到钱。但是，往往事与愿违：败诉或成本太高！

首先，《民事诉讼法》第六十四条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十六条“当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其主张不予支持。但对方当事人认可的除外”，也就是说你的主张必须要有实体证据来证明，仅有口头陈述的不会被采信的，除非对方承认你的主张(一般情况下傻子才会承认吧)，比如你主张加班费你就要证明存在加班，如果没有那就很可能败诉了，除非公司承认你加班(碰到这样的公司你就幸运了)。

1. 关于加班费。依据《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(三)》第九条“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果”，也就是说你要加班费你就得举证证明你存在加班的事实证据，而对于缺乏证据意识和依附于用人单位天生就缺乏举证能力的劳动者来说，在发生劳动争议后，公司往往会迅速取消办公系统权限，这时你再想取证已经晚了……所以你要加班费的愿望失败了！

2. 关于违法辞退的经济赔偿金。依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条“在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、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劳动争议的，由用人单位负举证责任”，这个法条理解起来其实很简单，我们普通公民都能理解，也就是说只要用人单位主张已将员工开除、除名(自动离职长期旷工)、辞退，或已与员工解除劳动合同关系，公司拖欠工资，都需要公司就其主张提供完整的程序合法、实体合法的证据，如果不能提供完整的程序合法和实体合法的证据公司就是违法辞退，这是公司就要支付违法解除劳动关系的经济赔偿金！但是问题来了，虽然法律规定很理想，但是现实中的司法裁判却有些骨感。大部分裁判机构都错误地运用《民事诉讼法》第六十四条“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”认为劳动者主张公司违法辞退应该先提供证据证明被公司辞退(即提供书面《解除劳动合同关系/辞退通知书》)，这样公司才需要证明其辞退你的程序和实体是否合法，如果不合法就需要支付违法解约赔偿金；如果劳动者没有辞退通知证明被辞退公司又不承认辞退，大部分裁判机构就会视为由公司提出而协商一致解除，公司只支付解除劳动关系经济补偿金，即只有赔偿金的一半。那么问题来了，事实上明明是公司辞退却又不给书面辞退通知书却赶你走或取消门禁权限怎么办？这样你就不可能拿到辞退通知书了，而且很多人都不敢要辞退通知书，你就丧失了获得赔偿金的前提条件了！这就是“口头辞退”。公司口头辞退赶人时你基本不可能已经开着手机录视频取证，因为这是毫无防备的事件，而公司不给书面辞退通知属于不作为，证据只能证明有作为(做了什么行为、说过什么话)，没有证据可以证明不作为

(没有做什么说什么)，也就是说一定要求劳动者提供书面辞退通知书的要求违反了基本的法律专业常识和法律规定。也就是说你主张公司口头辞退公司又不承认时你就拿不到赔偿金，这是现实中的最大问题，这也导致当前违法辞退和口头辞退现象普遍。目前只有少数地区如江苏省才采信劳动者“口头辞退”的证言。这也一来主张赔偿金的败诉率又失败了！

不仅仅败诉率高，即使你很幸运拿到了一点加班费和赔偿金(或补偿金)，但是对于我们年轻的工作年限不长的劳动者这点钱往往只有1-4个月的工资的量，而从仲裁到一审二审(终审)生效往往至少要8个月的时间，不仅时间成本高还要请律师花钱，而且你可以算一下一年为了拿到12个月的正常的工资你需要找几份工作？总之，经济成本远不划算、收入大幅减少！

那么问题来了，你有没有反思过：公司恶意辞退你，你就只能拿到点可怜的加班费和赔偿金还要拼命地去找下一份工作吗？真理往往掌握在少数人的手里，尤其是在这个浮躁的当下社会。你看到的永远只是冰山一角！

《劳动合同法》第四十八条“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金”，很多人看到“赔偿金”以及基于情绪反感都只要钱而不要求继续履行，这是一个巨大的误导！然后，如果要求继续履行会怎么样？不能获得赔偿金我能获得什么？那就是工资损失！

《合同法》(看清楚不是劳动合同法)第一百一十三条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”，也就是说公司违法解除劳动合同后给你造成了损失，即履行劳动合同后可以获得的利益，即履行劳动合同后能获得的工资收入！也就是说如果你要求继续履行劳动合同在获得裁判支持生效后，公司应该继续履行好的合同，从违法解除时开始至继续履行期间，因公司违法解约导致你工资损失其要赔偿你的工资损失！我们只以让人喷鼻血的大金额案例为例。一份好的裁判文书，只看“本院认为”部分即可，对于还不会的同学可以从头开始看。

1、[《\(2016\)京0105民初53857号张淑梅与苹果电脑贸易\(上海\)有限公司劳动争议一审民事判决书》](http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=ecf826a5-9a12-44a2-b69c-a94c00119b87&KeyWord=京0105民初53857号)<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=ecf826a5-9a12-44a2-b69c-a94c00119b87&KeyWord=京0105民初53857号>：

本院认为，本案的争议焦点为苹果上海公司解除与张淑梅的劳动合同是否合法。苹果上海公司解除劳动合同的理由为张淑梅在使用通达咨询公司为苹果业务工作的过程中严重失职和失察，未尽到一个高级管理人员应尽的审慎尽职义务，给公司和品牌造成严重损害。从双方举证和庭审情况看，本院认为苹果上海公司所提证据不足以证明张淑梅存在上述行为，理由如下：

第一，从双方均认可的张淑梅与公司人员沟通的电子邮件内容看，张淑梅并未明确作出将通达咨询公司的服务费用方式由月付改为以工作小时为基础的承诺。张淑梅于2015年6月17日8:12向戈某发送的电子邮件系双方频繁往来的工作邮件之一，并非正式的对于工作目标和职责的承诺，而其中最后一句英文“I'm charging the service from monthly retain to hourly base.”的含义较为模糊，双方的理解存在争议，无法明确且当然地被理解为张淑梅作出的改变付费方式的承诺；

第二，苹果上海公司在与通达咨询公司签订《对服务协议的修订》的过程中，在张淑梅批准后，还经过了苹果上海公司的法务、财务负责人等多层审批，故张淑梅并非苹果上海公司与通达咨询公司签订《对服务协议的修订》的唯一决策者；

第三，苹果上海公司与通达咨询公司于2014年签订的服务协议约定的服务年费为1000000元，双方于2015年签订的《对服务协议的修订》约定的基本年费为500000元，苹果上海公司负担的固定年费已经降低50%。

综上所述，张淑梅并非苹果上海公司与通达咨询公司延续服务关系的唯一决策人员，未有充分且明确的证据显示张淑梅曾作出过取消通达咨询公司固定服务年费的承诺，而苹果上海公司和通达咨询公司签订的《对服务协议的修订》已经将原来的固定年费降低50%，无法反映出苹果上海公司的相关决策人员未尽到审慎尽职义务。故苹果上海公司关于张淑梅在使用通达咨询公司为苹果业务工作的过程中严重失职和失察、未尽到一个高级管理人员应尽的审慎尽职义务且给公司和品牌造成严重损害的主张，证据不足，本院无法采信。苹果上海公司据此解除与张淑梅的劳动合同，缺乏依据，属于违法解除劳动合同，本院对于张淑梅要求苹果上海公司继续履行双方签订的劳动合同的诉讼请求予以支持。

基于上述认定，张淑梅有权要求苹果上海公司支付自2016年3月26日起的工资损失。本院对于张淑梅要求苹果上海公司支付2016年3月26日至2017年11月30日的工资损失予以支持。张淑梅关于此后的工资损失部分，可另行主张解决。

关于张淑梅的工资标准问题，双方对此未有明确约定，本院依据张淑梅2015年4月至2016年3月期间的实收工资金额的平均数作为计算其工资损失的基数。苹果上海公司就张淑梅该期间的实发工资情况提交的工资表和花旗银行转账记录与本院调取的张淑梅名下招商银行账户明细的记载吻合，本院对于苹果上海公司据此主张的张淑梅实发工资金额予以采信，并依据平均数作为计算张淑梅工资损失的基数。

就苹果上海公司于2016年4月8日向张淑梅支付的12377029.94元款项的性质问题，账户历史交易明细表的摘要虽记载为“工资”，但从苹果上海公司提交的国家外汇管理局上海市分局作出的资(2015)受理940号行政审批受理单及所附员工名单、美国E*TRADE公司出具的说明文件及附件以及花旗银行(中国)有限公司北京分行的回函来看，该12377029.94元系张淑梅基于其参与的苹果公司提供的股票计划，于2014年1月1日至2016年4月30日期间，在其E*TRADE账户内进行苹果公司股票交易的部分收益，E*TRADE公司将张淑梅的股票交易收益转入账号为×××的花旗银行外币账户，通过花旗上海的内部账户×××结汇成人民币后支付至张淑梅的招商银行账户中。正是基于此，该笔款项的对手信息为“APPLECOMPUTERTRAX××”。据此，上述12377029.94元款项系张淑梅的股票交易收益，并不属于张淑梅每月固定享受的工资，本院对于张淑梅要求将该等款项计算进工资损失标准的意见不予采纳。

根据《财政部、国家税务总局关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》的相关规定，实施股票期权计划企业授予该企业员工的股票期权所得，应按《中华人民共和国受雇有关的所得》，但该种收益与用人单位须依法按月支付的劳动报酬有别，该等权益亦不因单位违法解除劳动合同而当然灭失。财政税务部门虽将该等股票期权收益按“工资、薪金所得”征缴个人所得税，但在计算劳动者因违法解除劳动合同而遭受的工资损失时，该部分利

益并不应考虑在内。据此，本院对于张淑梅按照个人所得税完税证明倒推计算月工资标准的主张不予采信。

张淑梅关于拖欠工资赔偿金和精神损害赔偿金的诉讼请求缺乏法律依据，本院均不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条、第四十八条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，判决如下：

一、被告(原告)苹果电脑贸易(上海)有限公司继续履行与原告(被告)张淑梅签署的劳动合同；

二、被告(原告)苹果电脑贸易(上海)有限公司于本判决生效后七日内支付原告(被告)张淑梅二〇一六年三月二十六日至二〇一七年十一月三十日的工资损失2176922.6元；

三、驳回原告(被告)张淑梅的其他诉讼请求；

四、驳回被告(原告)苹果电脑贸易(上海)有限公司的其它诉讼请求。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本案受理费10元，由原告(被告)张淑梅负担5元(已交纳)，由被告(原告)苹果电脑贸易(上海)有限公司负担5元(于本判决生效后7日内交纳)。

2、(2017)京01民终9488号《中兴通讯股份有限公司与施颖劳动争议二审民事判决书》

本院认为，

关于工资一节，40592号判决已认定中兴公司于2015年6月26日与施颖解除劳动合同构成违法解除，并判令双方继续履行劳动合同。在40592号判决生效后，中兴公司并未通知施颖复工，且在施颖多次向中兴公司提交上班申请书后，中兴公司亦未安排施颖工作。就此，中兴公司主张施颖原岗位已不存在，客观上无法恢复劳动关系。但中兴公司既未就施颖按原岗位复工的客观不能性举证，亦未就与施颖协商新岗位未达成一致举证，中兴公司就此应承担不利后果。一审法院认定施颖在2015年6月27日至2016年10月31日期间不能向中兴公司提供劳动的责任在中兴公司，认定中兴公司应向施颖支付2015年6月27日至2016年10月31日期间的工资共计708045.98元，认定准确，本院予以确认。对中兴公司主张按照北京市最低工资标准向施颖支付工资的上诉请求，本院不予支持。

关于绩效奖金一节。因40592号判决已认定，在2014绩效协议于2015年2月18日到期后，施颖的工资标准仍按2014绩效协议约定标准执行。故中兴公司关于2014绩效协议于2015年2月18日到期后不再适用的主张，缺乏法律依据，本院不予支持。中兴公司另主张，因施颖于2015年6月27日至2016年10月31日期间未提供劳动，且绩效奖金系企业自主经营权范畴事宜，故不应向施颖支付绩效奖金。但施颖未向中兴公司提供劳动、不能获得绩效业绩的主要原因在于中兴公司违法解除劳动合同、未执行生效判决所致。鉴此，一审法院认定中兴公司应向施颖支付2015年6月1日至2016年10月31日期间的绩效奖金352500元，亦无不当。对中兴公司无需支付施颖2015年6月1日至2016年10月31日期间绩效奖金的上诉请求，本院不予支持。

关于未休年休假工资一节。鉴于中兴公司在一审审理期间自愿向施颖支付2015年1月1日至2015年12月31日期间未休年假工资19547.59元，一审法院据此

作出判决后，中兴公司再反言主张无需向施颖支付上述年休假工资，本院不予支持。

综上所述，中兴公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费十元，由中兴通讯股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

怎么样？是不是比少得可怜的几个月的加班费和赔偿金多多了，对于我们自己的权益我们就应该将自己的利益最大化，不应该只看表面被误导。

问题又来了，1. 我们讲的是劳动争议为什么扯上《合同法》了？2. 如果没有签订劳动合同就被违法辞退的法律依据呢？

1. 可以适用或参考《合同法》的原因

劳动合同法顾名思义就是劳动关系中的合同法，即合同法在劳动关系这一特殊领域的重定义。这个就相当于面向对象中的抽象与实现了，《劳动合同法》多重继承了《合同法》和《劳动法》，并在某些特性上进行了重新实现(overwrite)。劳动合同法是合同法的下位法，合同法是劳动法的上位法。劳动合同法中有重新定义的适用劳动合同法，没有定义的适用或参考合同法。这也是为什么《劳动合同法》要逼用人单位签订劳动合同的原因，不签就付双倍工资。

2. 没有签订劳动合同就被违法辞退的法律依据

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》 第二条“单位有下列情形之一的，对劳动者造成损害的，应赔偿劳动者损失：

(四) 单位违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同的”，

第三条“本办法第二条规定的赔偿，按下列规定执行：

(一) 造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入25%的赔偿费用”；

《广东省工资支付条例》第二十九条“用人单位解除劳动关系的决定被裁决撤销或者判决无效的，应当支付劳动者在被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为劳动者本人前十二个月的平均正常工作时间工资；劳动者已领取失业保险金的，应当全部退回社会保险经办机构。

对前款规定的期间有争议的，可以由劳动人事争议仲裁委员会或者人民法院予以裁决”；

《辽宁省工资支付规定》第三十六条“用人单位解除劳动关系的决定被劳动争议仲裁委员会或者人民法院依法裁判撤销或者判决无效的，应当支付劳动者被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为本市同期在岗职工的平均工资；劳动者本人工资高于本市同期大岗职工平均工资的，按照劳动者本人前12个月的平均正常工作时间工资计算”；

《劳动法》第九十八条“用人单位违反本法规定的条件解除劳动合同或者故意拖延不订立劳动合同的，由劳动行政部门责令改正；对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任”。

问题又来了：为了获得工资损失我们要求恢复劳动关系的诉讼期间我们是否必须一直待业死耗着等待诉讼结束？如果因为公司的该特殊岗位已被他人取

代、公司业务已转型确实无对应岗位等原因最后裁判不恢复劳动关系是不是我们就无法获得工资损失呢？不是的，合同法第113条规定，合同违约方应当赔偿守约方全部可得利益损失，即即便强行违约也不得损害守约方的利益，否则守约方为了获利生存发展不得不频繁寻找新合同然后又被频繁违约，也不利于维护社会个体的契约精神。典型案例：

1. (2015)杭滨民初字第1711号 吴敬传、杭州华三通信技术有限公司劳动争议一审判决书

本院认为：.....根据 现有证据，华三公司不能证明吴敬传存在上述行为，故本院认为华三公司属违法解除与吴敬传的劳动合同。.....经查，吴敬传2015年2月14日前的劳动报酬华三公司已经付清，华三公司聘请吴敬传为公司首席执行官的劳动合同2015 年6月30日到期，2015年2月14日-2015年6月30日期间吴敬传作为首席执行官的 劳动报酬(税前)应予支付，2015年6月30日后的劳动报酬可不予发放，本院对吴敬传要求华三公司支付继续履行劳动合同期间劳动报酬的诉请部分予以支持。另，本案未涉及赔偿金，赔偿金部分在本案中不予处理，原告可另行起诉。.....判决如下：

一、被告新华三技术有限公司于本判决生效之日起十日内按照每月211333 元之标准支付原告吴敬传2015年2月14日-2015年6月30日期间作为公司首席执行官的劳动报酬；

2. (2016)浙01民再34号 马永标、杭州克柔姆色色谱科技有限公司劳动争议再审民事判决书

本院再认为，一、关于本案劳动合同解除的原因及相应的工资损失是否 应支持一项。.....因此，被申请人的一系列行为表明其辞退马永标的意向，马永标关于2014年3月之后未上班的原因是公司通知其无需上班的陈述，可信程度较高，本院予以采信。.....本案中在原审一审判决作出前劳动合同已到期，故劳动合同已经不能继续履行，克柔姆公司应按经济补偿标准的二倍向马永标支付赔偿金。.....据此，克柔姆公司应向马永标支付的赔偿金为： $6907.24 \times 1.5 \times 2 = 20721.72$ 元。同时，由于克柔姆公司违法解除劳动合同，其应承担自停发工资日至劳动合同届满日期间的工资损失为： $6907.24 \times 5 = 34536.2$ 元。.....判决如下：

三、杭州克柔姆色色谱科技有限公司支付马永标违法解除劳动合同赔偿金 20721.72元、工资损失34536.2元、失业保险待遇损失7920元、加班工资 5517.24元、未休年休假工资3175.74元，合计71870.9元，该款于本判决生效之日起十日内付清；

3. (2014)杭萧民初字第4122号 杭州依维柯汽车变速器有限公司与经江海劳动争议一审民事判决书

本院认为：.....现劳动合同履行过程中，原告以被告工作业绩与岗位要求存在明显差距 为由解除劳动合同，但未提供相关证据对其主张的解除劳动合同事由进行举证。当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据 的事实有责任提供证据加以证明，没有证据或者证据不足以证明当事人的事实 主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。故本院认定原告主张的单方 解除劳动合同理由不成立，系违法解除劳动合同。劳动合同约定的劳动期限内，用人单位违法解除劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位 应当继续履行。但因原、被告约定的劳动合同期限已于2014年10月19日届满， 故被告要求继续履行劳动合同的请求本院不予支持。原告应当支付被告违法解除劳动合同日至劳动合同期限届满日止的工资损失。关于原告应赔偿被告的月 工资标准问题，本院根据双方在《聘用意向书》的约定，酌情认定以扣除交通

费补贴后的收入标准($63500 \text{元} \times 13 \text{个月} + 4000 \text{元/月} \times 12 \text{个月}$) $\div 12 \text{个月} = 72791.67 \text{元}$ 。故原告应赔偿被告工资损失846567.08元($72791.67 \text{元/月} \times 11.63 \text{个月}$)。因原告违法解除劳动合同，故原告应当为被告补缴违法解除劳动合同日至劳动合同期限届满日止的社会保险，其中个人应承担部分由被告 负担。.....判决如下：

一、杭州依维柯汽车变速器有限公司于本判决生效后十日内支付经江海违法解除劳动合同工资损失846567.08元、2013年末休年休假剩余工资60241.38 元、报销款62685.80元、2013年1月至10月绩效工资127000元及2013年第13个 月工资63500元，合计1159994.26元；

4. (2015)大民五终字第01551号 邓丕建与大大连红核物业有限责任公司劳动合同纠纷二审民事判决书

本院认为：.....因此，本院判定红核物业公司解除与邓丕建的劳动合同违法，并自始无 效。

关于邓丕建的工资损失。《辽宁省工资支付规定》第三十六条规定：“用人单位解除劳动关系的决定被劳动争议仲裁委员会或者人民法院裁决撤销或者 判决无效的，应当支付劳动者被违法解除劳动关系期间的工资，其工资标准为 本市同期在岗职工的平均工资，劳动者本人工资高于本市同期在岗职工平均工 资的，按照劳动者本人前12个月的平均正常工作时间工资计算。”双方因解除 劳动合同发生争议，对于劳动仲裁和诉讼期间的工资损失，邓丕建有权予以主 张，不以原《劳动合同》约定的履行期限届满为限。邓丕建主张的工资损失为 94, 557元(2013年3月26日至2014年12月18日)，不高于参照上述规定计算应 得的工资数额，本院予以支持。.....判决如下：三、被上诉人大连红核物业有限责任公司于本判决生效之日起10日内支付 上诉人邓丕建工资94, 557元。

可见，用人单位违法解约的情况下，劳动者可以要求恢复履行劳动合同并获得恢复工作前的工资损失，如果无法恢复或者我们不要求恢复，则至少应当获得劳动合同剩余期限内的全部工资损失，以及2N的赔偿金。

文书来自<http://wenshu.court.gov.cn/Index>，可在聚法案例网搜索。

看了本文后，如果觉得大有收获、需要更多材料的请留言，如有问题可咨询。唤醒劳动者的维权意识，从转发分享开始。