# Table of Contents

[书名页](#p3)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p7)

[一、确认劳动关系](#p10)

[1 违法转包情形下劳动者权益保障](#p10)

[2 劳务派遣形式下的劳动关系认定](#p13)

[3 未取得教师资格证情形下劳动合同的效力认定](#p17)

[4 关联公司之间如何认定劳动关系](#p20)

[5 事实劳动关系认定问题](#p25)

[6 内部承包协议具有劳动合同属性的认定与处理](#p29)

[7 企业与合伙人间劳动关系的认定](#p36)

[8 法定代表人可以与公司建立劳动关系，并享受相关劳动权益保障](#p41)

[9 学徒与个体工商户之间是个体工匠与学徒的关系还是劳动关系](#p45)

[10 确认事实劳动关系案件中的证据认定问题](#p48)

[11 已超过退休年龄且未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员与单位之间是否成立劳动关系](#p52)

[12 学生暑期打工是否构成劳动关系](#p57)

[13 社会保险权益记录并非劳动关系存在的充分证据](#p61)

[14 缴纳社会保险是否是认定劳动关系存在的依据](#p64)

[15 承担用工主体责任是否等于确立劳动关系](#p67)

[16 游走于劳动关系与非劳动关系之间的用工主体责任](#p70)

[17 冒名劳动者发生工伤，用人单位应否承担责任](#p76)

[18 民事诉讼时效和劳动仲裁时效的关系界定与正确适用](#p81)

[19 域外劳务用工关系中我国劳动法的选择适用](#p84)

[二、劳动合同履行和变更](#p90)

[20 单位应签而拒签无固定期限劳动合同的责任承担](#p90)

[21 用人单位在招聘时与劳动者签订到职约定协议书能否视为双方已订立书面劳动合同](#p94)

[22 连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应当订立无固定期限劳动合同](#p98)

[23 违法解除情形下“继续履行”的裁判问题](#p104)

[24 劳动合同无法继续履行之判定标准](#p108)

[25 在一方当事人不同意的前提下能否继续履行劳动合同](#p112)

[26 “劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”情形中关联企业的正确认定](#p114)

[27 劳动者的违纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度](#p119)

[28 劳动者给用人单位造成损失时的赔偿责任](#p124)

[29 劳动者的加班与值班应如何正确区分认定](#p128)

[30 停工留薪期时长与待遇的确定](#p131)

[31 劳动者是否完成了工作职责的事实认定](#p137)

[32 劳动合同解除后不能再行主张签订无固定期限合同](#p141)

[33 内退是否自愿及相关管理办法是否合法的认定](#p145)

[三、劳动合同解除和终止](#p150)

[34 “末位淘汰”合法还是违法](#p150)

[35 判断劳动者辞职行为有效的审查标准](#p153)

[36 经济性裁员合法性的认定标准](#p158)

[37 用人单位合法解除权的认定](#p164)

[38 劳动争议中胁迫解除行为的认定](#p169)

[39 不服从工作地点调整导致劳动合同解除是否构成违法解除](#p173)

[40 退休再就业人员签订的“劳动合同”能否随意解除](#p178)

[41 综合工时加班费计算及终止劳动合同协议效力的认定](#p182)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p186)

[42 《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（四）》第五条“非因劳动者本人原因”的判断标](#p186)

[43 女职工生育津贴与正常工资差额的计算标准](#p195)

[44 法定代表人起诉公司案件中，诉讼代表人的确立及法律关系的认定](#p199)

[45 浅析未签劳动合同二倍工资差额相关规定](#p202)

[46 二倍工资支付责任之例外](#p206)

[47 用人单位未与其人事主管订立书面劳动合同，人事主管诉请用人单位支付未订立书面劳动合同的二倍工资能否支](#p209)

[48 确定经济补偿金、赔偿金应将劳动者在“关联单位”的工作年限合并计算](#p213)

[49 劳动者以用人单位的工资欠条为据直接起诉用人单位请求支付劳动报酬的，是否按普通民事纠纷处](#p216)

[50 如何认定用人单位在劳动者退休时提前发放的年终一次性奖励的性质](#p220)

[51 用工单位未代劳务派遣单位为劳动者缴纳保险金，应承担连带赔偿责任](#p224)

[五、竞业限制](#p230)

[52 竞业限制条款能否解除](#p230)

[53 竞业限制与商业秘密保护的关系](#p235)

[六、社会保险](#p240)

[54 用人单位将社会保险费以现金形式发放，解除劳动合同时应向劳动者支付经济补偿](#p240)

[55 用人单位没有足额缴纳社保，劳动者可否要求赔偿延期退休待遇损失](#p243)

[56 单位未为劳动者缴纳各项社会保险金的受理问题](#p248)

[57 企业未为员工缴纳养老保险，员工自行缴纳的不予认定](#p252)

[七、劳动争议仲裁](#p257)

[58 超法定退休年龄劳动者主张养老保险待遇损失仲裁时效的认定](#p257)

[59 关于劳动争议申请仲裁的时效问题](#p260)

[八、其他](#p264)

[60 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律关系及法律后果](#p264)

[61 劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p271)

[62 违法分包或转包情形下工伤保险责任与雇主责任的竞合](#p275)

[63 劳动争议案件中当事人自行达成调解协议效力的认定](#p283)

[64 劳动争议当事人以约定管辖为由的管辖权异议能否获支持](#p287)

[65 疑似公章被盗用情形下协议真伪的司法认定与法律适用](#p290)

[中国法院2012、2013、2014、2015、2016、2017、2018年度案例系列](#p300)





更多书籍微信：15678922341

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2018年度案例.劳动纠纷：含社会保险纠纷/国家法官学院案例开发研究中心

编.—北京：中国法制出版社，2018.3

ISBN 978-7-5093-9131-0

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①劳动争议-民事纠纷-案例-汇编-中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第296922号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：黄会丽　　　　　　　封面设计：温培英、李宁

中国法院2018年度案例·劳动纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2018 NIANDU ANLI·LAODONG JIUFEN

编者/国家法官学院案例开发研究中心

更多书籍微信：15678922341

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开　　印张/18.5 字数/247千

版次/2018年3月第1版　　　　　　　2018年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9131-0　　　　　　定价：48.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031　　　　　　　　　　　传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　编辑部电话：66070084

市场营销部电话：66033393　　　　邮购部电话：66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

更多书籍微信：15678922341

序

法律的生命在于实施，而法律实施的核心在于法律的统一适用。《中国法院年度案

例》丛书出版的价值追求，即是公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和理念，提炼

裁判规则，为司法统一贡献力量。

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例

丛书，之后每年年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此

前，该中心坚持20余年连续不辍编辑出版了《中国审判案例要览》丛书近90卷，分中文版

和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在编辑出版的《中国法院年度案例》丛

书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012～

2017年已连续出版6套，一直受到读者的广泛好评，并迅速售罄。为更加全面地反映我国

司法审判的发展进程，顺应审判实践发展的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分

册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例，2015年度将刑事案例调整为刑法总则案例、刑法分

则案例2册，2016年度新增知识产权纠纷分册，2017年度新增执行案例分册。现国家法官

学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2018年度案例》系列丛书，将刑事案例扩

充为4个分册，共23册。

总的说来，当前市面上的案例丛书百花齐放，既有判决书网，可以查询各地、各类的

裁判文书，又有各种专门领域的案例汇编书籍，以及各种案例指导、案例参考等读物，十

分活跃，也各具特色。而《中国法院年度案例》丛书则试图把案例书籍变得“好读有用”，

故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000

字以内；二是突出争议焦点，剔除无效信息，尽可能在有限的篇幅内为读者提供有效、有

更多书籍微信：15678922341

益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官

后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

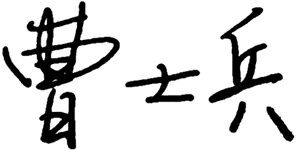
同时，《中国法院年度案例》丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例

开发研究中心每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，使该

丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检

索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例主要根据案由分类编

排，每个案例用一句话概括裁判规则、裁判思路或焦点问题作为主标题，让读者一目了



然，迅速找到需求目标。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大

的鼓励。2018年新推出数据库增值服务。购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免

费查阅使用上一年度案例数据库。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，

做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍、挖掘案例价值的新路，更好地服务于学习、研

究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参考和司法人员培训

推荐教程，也是社会大众学法用法的极佳指导，亦是教学科研机构案例研究的精品素材。

当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各

种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿听取建议，并不断改进。

更多书籍微信：15678922341

[一、确认劳动关系](#p10)

[1 违法转包情形下劳动者权益保障](#p10)

[2 劳务派遣形式下的劳动关系认定](#p13)

[3 未取得教师资格证情形下劳动合同的效力认定](#p17)

[4 关联公司之间如何认定劳动关系](#p20)

[5 事实劳动关系认定问题](#p25)

[6 内部承包协议具有劳动合同属性的认定与处理](#p29)

[7 企业与合伙人间劳动关系的认定](#p36)

[8 法定代表人可以与公司建立劳动关系，并享受相关劳动权益保障](#p41)

[9 学徒与个体工商户之间是个体工匠与学徒的关系还是劳动关系](#p45)

[10 确认事实劳动关系案件中的证据认定问题](#p48)

[11 已超过退休年龄且未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员与单位之间](#p52)

[是否成立劳动关系](#p52)

[12 学生暑期打工是否构成劳动关系](#p57)

[13 社会保险权益记录并非劳动关系存在的充分证据](#p61)

[14 缴纳社会保险是否是认定劳动关系存在的依据](#p64)

[15 承担用工主体责任是否等于确立劳动关系](#p67)

[16 游走于劳动关系与非劳动关系之间的用工主体责任](#p70)

[17 冒名劳动者发生工伤，用人单位应否承担责任](#p76)

[18 民事诉讼时效和劳动仲裁时效的关系界定与正确适用](#p81)

[19 域外劳务用工关系中我国劳动法的选择适用](#p84)

[二、劳动合同履行和变更](#p90)

[20 单位应签而拒签无固定期限劳动合同的责任承担](#p90)

[21 用人单位在招聘时与劳动者签订到职约定协议书能否视为双方已订立书面劳](#p94)

[动合同](#p94)

[更多书籍微信：15678922341](#p94)

[22 连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应当订立无固定期](#p98)

[限劳动合同](#p98)

[23 违法解除情形下“继续履行”的裁判问题](#p104)

[24 劳动合同无法继续履行之判定标准](#p108)

[25 在一方当事人不同意的前提下能否继续履行劳动合同](#p112)

[26 “劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”情形中关联企](#p114)

[业的正确认定](#p114)

[27 劳动者的违纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度](#p119)

[28 劳动者给用人单位造成损失时的赔偿责任](#p124)

[29 劳动者的加班与值班应如何正确区分认定](#p128)

[30 停工留薪期时长与待遇的确定](#p131)

[31 劳动者是否完成了工作职责的事实认定](#p137)

[32 劳动合同解除后不能再行主张签订无固定期限合同](#p141)

[33 内退是否自愿及相关管理办法是否合法的认定](#p145)

[三、劳动合同解除和终止](#p150)

[34 “末位淘汰”合法还是违法](#p150)

[35 判断劳动者辞职行为有效的审查标准](#p153)

[36 经济性裁员合法性的认定标准](#p158)

[37 用人单位合法解除权的认定](#p164)

[38 劳动争议中胁迫解除行为的认定](#p169)

[39 不服从工作地点调整导致劳动合同解除是否构成违法解除](#p173)

[40 退休再就业人员签订的“劳动合同”能否随意解除](#p178)

[41 综合工时加班费计算及终止劳动合同协议效力的认定](#p182)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p186)

[42 《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（四）》第](#p186)

[五条“非因劳动者本人原因”的判断标准](#p186)

[43 女职工生育津贴与正常工资差额的计算标准](#p195)

[44 法定代表人起诉公司案件中，诉讼代表人的确立及法律关系的认定](#p199)

[45 浅析未签劳动合同二倍工资差额相关规定](#p202)

[46 二倍工资支付责任之例外](#p206)

[47 用人单位未与其人事主管订立书面劳动合同，人事主管诉请用人单位支付未](#p209)

[订立书面劳动合同的二倍工资能否支持](#p209)

[48 确定经济补偿金、赔偿金应将劳动者在“关联单位”的工作年限合并计算](#p213)

[49 劳动者以用人单位的工资欠条为据直接起诉用人单位请求支付劳动报酬的，](#p216)

[更多书籍微信：15678922341](#p216)

[是否按普通民事纠纷处理](#p216)

[50 如何认定用人单位在劳动者退休时提前发放的年终一次性奖励的性质](#p220)

[51 用工单位未代劳务派遣单位为劳动者缴纳保险金，应承担连带赔偿责任](#p224)

[五、竞业限制](#p230)

[52 竞业限制条款能否解除](#p230)

[53 竞业限制与商业秘密保护的关系](#p235)

[六、社会保险](#p240)

[54 用人单位将社会保险费以现金形式发放，解除劳动合同时应向劳动者支付经](#p240)

[济补偿](#p240)

[55 用人单位没有足额缴纳社保，劳动者可否要求赔偿延期退休待遇损失](#p243)

[56 单位未为劳动者缴纳各项社会保险金的受理问题](#p248)

[57 企业未为员工缴纳养老保险，员工自行缴纳的不予认定](#p252)

[七、劳动争议仲裁](#p257)

[58 超法定退休年龄劳动者主张养老保险待遇损失仲裁时效的认定](#p257)

[59 关于劳动争议申请仲裁的时效问题](#p260)

[八、其他](#p264)

[60 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律关系及法律后果](#p264)

[61 劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p271)

[62 违法分包或转包情形下工伤保险责任与雇主责任的竞合](#p275)

[63 劳动争议案件中当事人自行达成调解协议效力的认定](#p283)

[64 劳动争议当事人以约定管辖为由的管辖权异议能否获支持](#p287)

[65 疑似公章被盗用情形下协议真伪的司法认定与法律适用](#p290)

更多书籍微信：15678922341

一、确认劳动关系

1 违法转包情形下劳动者权益保障

——马成兴与白山市建兴建筑有限责任公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省白山市中级人民法院（2015）白山民一终字第363号民事判决书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：白山市建兴建筑有限责任公司

被告（上诉人）：马成兴

【基本案情】

更多书籍微信：15678922341

白山市建兴建筑有限责任公司是白山市达林大厦工程的承建施工单位。白山市建兴建

筑有限责任公司将该工程中的水暖工程分包给了曹宪财个人，曹宪财又将水暖工程转包给

了李栋，李栋将部分水暖工程包给了袁广太，袁广太雇佣马成兴在达林大厦水暖工程中从

事水暖工作，工资由袁广太支付，日工资130元，按月结算工资。2014年10月8日，马成兴

在工作时，因车辆撞击脚手架，致其从脚手架上摔下受伤，随后被送入白山市中心医院住

院治疗，共住院43天，出院诊断为：右跟骨骨折、右髋部外伤。马成兴于2015年4月27日

诉至白山市劳动人事争议仲裁委员会，申请确认与白山市建兴建筑有限责任公司之间存在

事实劳动关系。白山市劳动人事争议仲裁委员会于2015年7月6日作出白山劳人仲裁字

（2015）62号裁决书，裁决马成兴与白山市建兴建筑有限责任公司从2014年5月至裁决作

出之日存在事实劳动关系。该公司不服该裁决，诉至法院。

【案件焦点】

用人单位违反法律、法规规定将工程发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对

该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。

【法院裁判要旨】

吉林省白山市浑江区人民法院经审理认为：白山市建兴建筑有限责任公司虽是白山市

达林大厦工程的承建施工单位，但白山市建兴建筑有限责任公司将该工程中的水暖工程分

包给了曹宪财，曹宪财又将水暖工程转包给了李栋，李栋将部分水暖工程包给了袁广太。

该工程经过层层转包后，最终由袁广太雇佣马成兴在达林大厦水暖工程中从事水暖工作，

马成兴的工资亦由袁广太支付。马成兴虽在该工地从事水暖工作，但其申请与白山市建兴

建筑有限责任公司之间存在劳动关系，缺乏法律依据。综上，不能认定白山市建兴建筑有

限责任公司与马成兴之间存在劳动关系。故针对白山市建兴建筑有限责任公司诉请，予以

支持。

一审判决：原告白山市建兴建筑有限责任公司与被告马成兴之间不存在劳动关系。案

件受理费10元减半收取，由被告马成兴负担5元。

上诉人马成兴不服，向吉林省白山市中级人民法院提起上诉。

吉林省白山市中级人民法院经审理认为：依据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系

有关事项的通知》第四条“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包

给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主

体资格的发包方承担用工主体责任”的规定，白山市建兴建筑有限责任公司将达林大厦水

暖工程转包给曹宪财个人，曹宪财又将水暖工程转包给了李栋，李栋将部分水暖工程包给

了袁广太。曹宪财、李栋、袁广太均没有相关施工资质，是不具备用工主体资格的自然

人，袁广太雇佣马成兴从事达林大厦水暖施工工程，马成兴在施工过程中受伤，白山市建

兴建筑有限责任公司具备用工主体资格，应当承担用工主体责任，因此确认白山市建兴建

筑有限责任公司与马成兴存在事实劳动关系。

综上，上诉人的上诉理由成立。一审法院适用法律错误，应予纠正。吉林省白山市中

级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（二）项之规定，

判决如下：

一、撤销白山市浑江区人民法院（2015）浑民一初字第657号民事判决；

二、白山市建兴建筑有限责任公司与马成兴存在事实劳动关系；

三、二审案件受理费15元，由白山市建兴建筑有限责任公司承担。

【法官后语】

本案经白山市中级人民法院民事审判第一庭讨论，认为该案对于规范用人单位发包、

转包行为，对保护劳动者合法权益具有积极意义。

2014年8月21日最高人民法院发布四起工伤保险行政纠纷典型案例之案例一，即上海

市松江区人力资源和社会保障局依据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通

知》和事实认定张成兵与江苏南通六建建设集团有限公司存在劳动关系并认定张成兵为工

伤。上海市第一中级人民法院维持上海市松江区人力资源和社会保障局作出被诉工伤认定

的具体行政行为。这属于行政领域认定具备用工主体资格的发包方承担用工主体资格。

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定：“建筑施工、

矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然

人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责

任。”这种用工主体责任应是以支付拖欠工资和工伤保险待遇为主要内容的责任。其中涉

及劳动者工伤保险待遇计算问题，就必须经过劳动仲裁机关的工伤认定，进而进行伤残鉴

定，从而确定工伤保险待遇支付标准。《工伤保险条例》第十八条明确规定提出工伤认定

申请应当提交与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料。实践中，工伤

认定部门对工伤认定以劳动者与用人单位存在劳动关系为前提，因此对于这类用人单位违

法转包的案件，法院不确认双方存在劳动关系劳动者就无法进行工伤认定，无法进行伤残

鉴定，无法兑现工伤保险待遇，合法权益不能得到有效保护。

《最高人民法院办公厅关于印发〈全国民事审判工作会议纪要〉的通知》法办

（2011）442号，第六项“关于侵权责任纠纷案件”项下明确规定“职工遭受工伤事故后非因

自身原因未进行工伤认定，赔偿权利人请求侵权人承担民事赔偿责任的，应予受理”。对

于这类职工遭受工伤事故后非因自身原因未进行工伤认定的案件，最高院又明确规定法院

应当予以受理。法院受理后如何计算工伤赔付问题是实践中的难点，其数额需要依据劳动

者伤残等级鉴定情况计算。《工伤职工劳动能力鉴定管理办法》第七条、第八条和第十六

条分别规定了申请劳动能力鉴定只能由工伤职工或者用人单位提出，申请劳动能力鉴定应

当提交《工伤认定决定书》，并为劳动者以及用人单位提供了对初次鉴定结论不服的，可

向省、自治区、直辖市申请再次鉴定的权利。因此，伤残等级鉴定必须以工伤认定为前

提，由劳动者或者用人单位提出，且在实践中规定了对伤残鉴定不服的完整权利保护体

系。因此，法院办案实践中，无权直接委托劳动能力鉴定委员会进行伤残鉴定，委托鉴定

机构进行伤残鉴定又没有效力，从而导致劳动者的工伤保险待遇无法计算，违法转包用人

单位的用工主体责任承担无法落实。

我国劳动争议案件的处理实行仲裁前置。工伤管理部门对工伤认定以劳动者与用人单

位存在劳动关系为前提，不确认劳动关系就无法进行工伤认定，无法兑现工伤保险待遇。

因此，在民事领域认定经不具备用工主体资格的组织或自然人招用的劳动者在工作中发生

伤害的，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任，确认具备用工主体资格的发包

方与劳动者存在事实劳动关系，从而使其依法承担用工主体责任，既有助于落实《劳动和

社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定，也有利于实现民事、行政

法律的统一以及劳动者权益保护。需要强调的是，这种事实劳动关系是拟制的劳动关系，

是不真正的劳动关系，只是用工主体性质的劳动关系，仅仅针对支付拖欠工资和工伤保险

待遇的落实上，而不能随意扩张，突破合同的相对性，使发包方承担劳动合同法上的用人

单位责任。

编写人：吉林省白山市中级人民法院 毕凝

2 劳务派遣形式下的劳动关系认定

——苗文杰诉北京泰克华诚技术信息咨询有限公司、北京利柏仁信息咨询有限公司劳

动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01民终7294号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：苗文杰

被告（反诉原告、被上诉人）：北京利柏仁信息咨询有限公司（以下简称利柏仁公

司）

被告（上诉人）：北京泰克华诚技术信息咨询有限公司（以下简称泰克华诚公司）

【基本案情】

苗文杰起诉请求：确认苗生宝与泰克华诚公司于2011年3月至2015年11月21日期间存

在劳动关系。

利柏仁公司起诉请求：确认苗生宝与其于2011年3月至2015年11月21日期间不存在劳

动关系。

苗生宝系苗文杰之父。2011年3月至2015年11月21日期间苗生宝在泰克华诚公司工

作，泰克华诚公司通过银行打卡按月向苗生宝发放工资。2015年11月21日苗生宝突发心源

性猝死。

泰克华诚公司主张苗生宝是利柏仁公司派遣到其公司工作的，其公司仅为用工单位，

苗生宝系与派遣单位利柏仁公司存在劳动关系，其公司根据《劳务派遣协议书》的约定代

利柏仁公司向苗生宝发放工资。为证明上述主张，泰克华诚公司提交了《劳务派遣协议

书》三份、劳务派遣职工花名册、2011年4月至2016年4月的支出凭单及发票、2012年4月

及2013年4月的劳务派遣员工劳务费用明细表。其中，三份《劳务派遣协议书》显示均为

泰克华诚公司与利柏仁公司签订，涵盖期限为2011年3月1日起至2018年2月25日止。劳务

派遣职工花名册显示日期为2015年11月，加盖有利柏仁公司的印章，列明了包括苗宝生在

内的173名人员。支出凭单及发票显示2011年4月至2016年4月期间利柏仁公司按月向泰克

华诚公司开具劳务派遣人员的劳务费发票，泰克华诚公司向利柏仁公司支付相应的费用，

但其中只有2012年4月和2013年4月这两个月有劳务派遣人员劳务费用明细表，该两个月的

明细表中有苗生宝的名字，但上面并无苗生宝的签字。对此，苗文杰仅认可支出凭单及发

票的真实性，其余证据的真实性均不予认可，主张其苗生宝不是利柏仁公司派遣到泰克华

诚公司的，与利柏仁公司无关。利柏仁公司不认可劳务费用明细表的真实性，其余证据的

真实性均认可，但主张其公司只是在劳务派遣职工花名册上加盖印章，并未实际派遣所列

明的包括苗生宝在内的173名人员，故苗生宝与其公司无关。

另，并无证据显示苗生宝与利柏仁公司签订过劳动合同，亦无证据显示利柏仁公司向

苗生宝支付过工资，缴纳过社会保险、住房公积金或个人所得税。

【案件焦点】

劳动者与用人单位、用工单位在形式上符合劳务派遣的特征，劳动者与用人单位及用

工单位之间的真实法律关系如何确定，如何认定劳动关系的主体。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：根据查明之事实，苗生宝在泰克华诚公司工作，

泰克华诚公司通过银行打卡按月向苗生宝支付工资，故法院确认苗生宝与泰克华诚公司于

2011年3月至2015年11月21日期间存在劳动关系。

泰克华诚公司不服一审判决提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：泰克华

诚公司主张苗生宝系由利柏仁公司派遣至其公司工作，但泰克华诚公司未能举证证明其已

将相关劳务派遣协议的内容告知苗生宝，其与利柏仁公司之间的劳务派遣协议与职工花名

册以及劳务费用明细表均系两家公司自行制作，无法证明苗生宝知晓上述派遣情况。另，

苗文杰与利柏仁公司均否认苗生宝系由利柏仁公司派遣至泰克华诚公司工作，亦无证据表

明利柏仁公司与苗生宝曾签订过劳动合同或缴纳过社会保险。鉴于各方均认可苗生宝生前

系在泰克华诚公司工作，由泰克华诚公司向苗生宝支付工资，一审认定苗生宝与泰克华诚

公司之间存在劳动关系并无不当。北京市第一中级人民法院依照《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：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

劳务派遣法律关系是在劳务派遣单位、用工单位和被派遣劳动者三方之间形成的三个

双边法律关系，即劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的法定劳动合同关系、被派遣单位和

被派遣劳动者之间的用工关系、劳务派遣单位与被派遣单位之间的民事合同关系。

本案的争议焦点为苗生宝生前与利柏仁公司、泰克华诚公司之间构成劳务派遣关系，

还是仅与泰克华诚公司之间构成劳动关系。劳务派遣关系成立的条件，法律并没有明确的

规定，根据《劳动合同法》及《劳务派遣暂行规定》的相关规定，劳务派遣关系成立的基

本条件包括：第一，劳务派遣单位、被派遣单位、劳动者均是符合法律规定的具有合法资

质的主体；第二，劳务派遣的用工范围和用工比例符合法律规定；第三，派遣单位和被派

遣单位之间签订劳务派遣协议，被派遣单位向派遣单位支付服务费用。第四，劳动者系由

派遣单位派至被派遣单位工作。从形式上看，本案证据指向大致符合劳务派遣关系的形式

特征，泰克华诚公司与利柏仁公司之间签订了《劳务派遣协议书》，劳务派遣职工花名册

上亦载有苗生宝的名字，泰克华诚公司定期向利柏仁公司支付服务费用。因此，苗生宝是

否由利柏仁公司派遣至泰克华诚公司工作成为核心焦点。庭审中，苗文杰与利柏仁公司均

否认苗生宝系由利柏仁公司派遣至泰克华诚公司工作，苗文杰主张至劳动仲裁才知晓利柏

仁公司的存在，苗生宝生前一直在泰克华诚公司工作。该焦点直接涉及的法律问题是被派

遣劳动者的知情权和派遣单位、被派遣单位的告知义务。

笔者认为，劳务派遣单位和被派遣单位均负有告知义务，劳务派遣单位应当将劳务派

遣协议内容告知被派遣劳动者，如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点等，用工

单位应当告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位履行法定告

知义务的核心是要求劳务派遣单位和用工单位要告知被派遣劳动者的“派遣身份”或“被派

遣劳动者的地位”，告知的信息范围包括与被派遣劳动者“派遣身份”或“被派遣地位”有关

的所有信息，如派遣单位和用工单位各自的单位信息、派遣期限、被派遣劳动者从事的劳

动内容，劳动的地点，工资报酬的领取时间、地点，社会保险的缴纳情况等，以充分保障

劳动者的知情权，维护三方法律关系的正常合法运转。本案中，苗生宝对劳务派遣的事实

并不知情，利柏仁公司亦否认派遣事实的存在，而苗生宝提供劳动的内容系泰克华诚公司

业务的组成部分，苗生宝实际工作接受泰克华诚公司的管理，劳动报酬亦由泰克华诚公司

支付，而且并无证据表明利柏仁公司与苗生宝曾签订过劳动合同或缴纳过社会保险，利柏

仁公司亦未向苗生宝支付过工资。因此，苗生宝与泰克华诚公司之间符合劳动关系成立的

基本条件，故最终判决苗生宝与泰克华诚公司之间系劳动关系，而非三方间构成劳务派遣

关系。

编写人：北京市第一中级人民法院 刘佳洁

3 未取得教师资格证情形下劳动合同的效力认定

——王奇雯诉清华大学附属中学永丰学校劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初26754号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：王奇雯

被告：清华大学附属中学永丰学校（以下简称清华附中永丰学校）

【基本案情】

2015年10月21日，经北京市海淀区机构编制委员会文件（海编委发〔2015〕34号）批

复，将北京市海淀区丰联小学（以下简称丰联小学）并入清华大学附属中学永丰学校，并

为该校增加小学阶段义务教育任务。2014年9月至2015年2月期间原丰联小学通过北京市海

淀区上庄西北旺学区管理中心为王奇雯缴纳社会保险。王奇雯未取得教师资格证。原丰联

小学与王奇雯未签订书面劳动合同，按月通过银行转账形式向王奇雯支付报酬。王奇雯在

原丰联小学工作至2015年1月30日，当日该校校长柳增富（现清华附中永丰学校副校长）

告知王奇雯不再续聘，2015年2月为寒假期间。王奇雯事实上为学校提供了劳动，但其作

为聘用教师的劳动合同关系因违反了法律法规的强制性规定而无效，本案仲裁裁决作出

后，清华附中永丰学校已自愿依据裁决结果向王奇雯支付2015年1月28日至2015年1月31日

期间未签订劳动合同的二倍工资差额532.59元。

【案件焦点】

王奇雯未取得教师资格证而从事教育教学活动，应如何认定其与学校建立的劳动合同

关系的效力？

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：清华附中永丰学校作为承继原丰联小学权利义务

的法律主体，为本案的适格被告。《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条第一款第

（三）项规定，违反法律、行政法规强制性规定的，劳动合同无效或者部分无效。《中华

人民共和国教师法》第十条第一款规定，国家实行教师资格制度。《教师资格条例》第二

条规定，中国公民在各级各类学校和其他教育机构中专门从事教育教学工作，应当依法取

得教师资格。本案中，王奇雯在原丰联小学任职教师岗位，未依法取得教师资格，故其与

原丰联小学基于从事聘用教师岗位而意于形成的劳动合同关系，因不符合法律法规规定的

主体资格而归于无效。进而，针对王奇雯主张的未签订书面劳动合同二倍工资差额及解除

劳动关系经济补偿金，《中华人民共和国劳动合同法》第二十八条规定，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。本案中，王奇雯主张清华附中永丰学

校支付其2015年2月1日至2015年2月28日未签订书面劳动合同二倍工资差额及解除劳动关

系经济补偿金的诉请，均不属于劳动报酬的范畴之列，故对王奇雯的上述诉讼请求，法院

均不予支持。

本案仲裁裁决作出后，清华附中永丰学校已依据裁决结果向王奇雯支付“未签订劳动

合同的二倍工资差额”532.59元，本院对此自愿履行的情况不持异议。北京市海淀区人民

法院依据《中华人民共和国教师法》第十条第一款、《中华人民共和国劳动合同法》第二

十六条第一款之规定，判决如下：

一、清华大学附属中学永丰学校向王奇雯支付2015年1月28日至2015年1月31日期间未

签订劳动合同的二倍工资差额532.59元（已自愿履行完毕）；

二、驳回王奇雯的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案涉及劳动合同的效力认定问题。我国劳动合同法在第二十六条中，列举了三类导

致劳动合同无效或者部分无效的情形：一为以欺诈、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；二为用人单位免除自己的法定责任、排

除劳动者权利的；三为违反法律、行政法规强制性规定的。本案裁判使用的依据则为第三

类。根据我国教师法第十条及教师资格条例第二条的规定，国家实行教师资格准入制度。

本案中，王奇雯在九年制义务教育学校中专门从事教育教学工作，但未依法取得教师资格

证，故不具备以教师身份与学校之间建立劳动合同关系的主体资格。

我国劳动法律体系中未针对劳动者的主体资格进行规定，但从事特定行业的劳动者，

应当满足法律规制的资质准入要件。教师、医生、律师、建筑师等从业人员，应当具备相

应法律法规中规定的从业资质，方具备与用工单位建立劳动关系的主体资格。就此，实践

中持反对及赞成态度的观点皆有之。一种观点认为，《教师法》第十条第一款及《教师资

格条例》第二条系管理性规范，而非效力性规范，而《劳动合同法》第二十六条第一款第

三项中所指的“强制性规定”仅限于效力性强制性规范。并且，用工单位明知个人不具备专

业资质而选择聘用，个人向其提供了相应劳动，接受其管理，用工单位已受益于双方间的

事实劳动关系，故理应承担劳动法项下用人单位的法律义务，否则显失公平。另一种观点

认为，劳动关系的认定，除遵循双方间的意思自治外，法院还应当进行合法性审查，确保

在法律运用层面不作出冲突性判断，并依法保障社会公共权益。笔者同意第二种观点。司

法裁判应当融会贯通各部门立法的规定，并从社会公共利益的角度作出考量。试想，以教

育、医疗及建筑行业为例，如果大量不具备从业资质的“教师” “医生” “建筑师”，经法院

判决认定与学校、医院、建筑企业建立了合法有效的劳动合同关系，那么劳动合同法与教

师法、执业医师法、建筑法在司法运用过程中是否被人为制造了冲突？作为此类不具备从

业资质的“劳动者”提供劳动的受众，社会公共利益又将何以得到保障？

针对持反对观点提出的“从业资格的规定属于管理性规范而非效力性规范”，笔者认为

较为机械，并更倾向于运用王利明教授的效力性规定“三分法”，其中之一则为：法律、法

规虽然没有规定违反其规定，将导致合同无效或不成立，但违反该规定若使合同继续有效

将损害国家利益和社会公共利益，这也属于效力性规定。故综上笔者认为，在劳动者不具

备特定行业的从业资质时，不宜被认定为具备建立劳动关系的主体资格。

进而，当双方劳动合同关系被确认为无效后，劳动者已付出的劳动将如何实现价值？

我国《劳动合同法》第二十八条对此作出了规定：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。此处的“劳动报酬”，不宜做扩大化解释。针对未签订劳动合

同二倍工资差额、未休带薪年假工资、解除劳动关系经济补偿金等劳动法项下特有的惩罚

性、补偿性项目，一般不再予以支持。

编写人：北京市海淀区人民法院 王琰

4 关联公司之间如何认定劳动关系

——李晓军诉北京汇源农业股份有限公司等确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03民终8601号民事判决书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：李晓军

被告（上诉人）：北京汇源农业股份有限公司（以下简称北京汇源农业公司）

被告：北京汇源食品饮料有限公司（以下简称北京汇源食品公司）

【基本案情】

李晓军原为中国人民解放军某部军人，于2012年7月30日以自主择业方式转业。2014

年8月24日，李晓军参加了北京汇源食品公司举办的转业军人培训班。2014年9月5日，北

京汇源食品公司（甲方）与李晓军（乙方）签订了离退休人员返聘协议书。协议书约定：

本返聘协议于2014年9月5日生效，至2017年9月5日终止；乙方返聘的任务为高级管理顾

问；甲方于每月25日支付乙方上一月顾问费，乙方顾问费根据公司的薪酬制度执行。2014

年9月6日，李晓军被分配到北京汇源农业公司工作。随后，北京汇源农业公司将李晓军委

派到汇源集团承德农业公司（即隆化项目部）工作。2015年5月30日，李晓军发生交通事

故，导致身体受伤，入住承德医学院附属医院治疗。李晓军于2015年10月23日出院回家休

养至今。治疗过程中，汇源集团承德农业公司为李晓军支付了医疗费。

2015年12月16日，汇源集团承德农业公司向李晓军发出通知，要求李晓军妥善解决交

通事故，并决定停付医疗费、停发工资。此后，李晓军与北京汇源农业公司因劳动关系事

宜发生纠纷。2015年1月4日，李晓军向北京市密云区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称

密云区仲裁委）申请仲裁，要求确认其与北京汇源农业公司之间存在劳动关系。2016年3

月7日，北京市密云区仲裁委裁决：驳回李晓军的仲裁请求。李晓军不服此裁决，于2016

年3月18日诉至本院。

庭审中，李晓军为证明双方存在劳动关系，向法庭提供了银行交易清单，清单记录北

京汇源农业公司自2014年9月至2015年8月，每月向李晓军支付工资6000元。北京汇源农业

公司对此清单的真实性不持异议，但表示此款是其为北京汇源食品公司代发的顾问费，而

不是工资。

另查：1.汇源集团承德农业公司是北京汇源农业公司于2014年8月8日设立的下属子公

司；2.《军队转业干部安置暂行办法》（中发〔2001〕3号文件）规定：国家对军队转业

干部实行计划分配和自主择业相结合的方式安置；自主择业的军队转业干部，由安置政府

逐月发给退役金；3.《关于自主择业的军队转业干部安置管理若干问题的意见》

（〔2001〕国转联8号文件）规定：自主择业的军队转业干部就业后，应当按照《社会保

险费征缴暂行条例》（1999国务院第259号）、《失业保险条例》（1999国务院第258号）

等法规的规定，依法参加当地基本养老保险和失业保险，缴纳养老、失业保险费，并享受

相应养老、失业保险待遇，其社会保险缴费年限从其在当地缴纳社会保险费之日算起；4.

《关于自主择军队转业干部安置管理若干具体问题的意见》（国转联〔2006〕1号文件）

规定：自主择业军队转业干部就业后，应按照国家有关规定参加当地社会保险，履行缴费

义务，并以其实际缴费年限计算相应的社会保险待遇。

【案件焦点】

以自主择业方式转业的军人是否具有劳动主体资格，关联公司之间如何认定劳动关

系？

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：劳动者的合法权益受法律保护。本案中，北京汇

源食品公司和李晓军均认可李晓军在培训后被安排到北京汇源农业公司工作，且李晓军实

际工作地点在汇源集团承德农业公司，而汇源集团承德农业公司是北京汇源农业公司设立

的子公司，由此可以认定李晓军到汇源集团承德农业公司工作是受北京汇源农业公司委派

的事实。北京汇源农业公司在委派李晓军到汇源集团承德农业公司工作后，未明确将劳动

关系转移至汇源集团承德农业公司，且向李晓军发放工资，由此可以认定李晓军与北京汇

源农业公司之间存在劳动关系，故李晓军要求确认自2014年9月6日起，双方存在劳动关系

的请求，法院予以支持。

李晓军接受北京汇源农业公司管理，向北京汇源农业公司提供劳动，北京汇源农业公

司向其支付的劳动报酬应认定为工资，北京汇源农业公司关于其每月向李晓军发放的6000

元是代替北京汇源食品公司发放的顾问费的辩解，与事实不符，本院不予采信。目前，李

晓军未达到退休年龄，具备劳动者资格，且相关文件规定“自主择业军队转业干部就业

后，应按照国家有关规定参加当地社会保险，履行缴费义务，并以其实际缴费年限计算相

应的社会保险待遇”，故对北京汇源农业公司关于李晓军属于离退休人员，不属于劳动关

系的辩解，法院不予采信。

虽然李晓军与北京汇源食品公司签订了离退休人员返聘协议书，但双方并未实际履

行，双方不存在劳动关系，故对李晓军要求确认其与北京汇源食品公司存在劳动关系的请

求，本院不予支持。

北京市密云区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第二条之规定，作出如下

判决：

一、确认原告李晓军与被告北京汇源农业股份有限公司之间自2014年9月6日起存在劳

动关系；

二、驳回原告李晓军的其他诉讼请求。

北京汇源农业公司不服一审判决提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认为：本

案中，北京汇源农业公司虽主张其每月支付给李晓军的6000元是代汇源集团承德农业公司

支付的，并就此提交汇源集团承德农业公司向北京汇源农业公司转账的记账凭证。但由于

该证据系北京汇源农业公司单方记账凭证，对于代付情况北京汇源农业公司或汇源集团承

德农业公司均未告知过李晓军，且李晓军对此也不予认可，故该证据不足以证明其该项主

张。故对北京汇源农业公司的该项主张，法院不予采信。北京汇源农业公司主张李晓军受

伤后医疗费用由汇源集团承德农业公司垫付，表明李晓军与汇源集团承德农业公司存在某

种关系。法院认为，李晓军被北京汇源农业公司派遣至汇源集团承德农业公司工作，李晓

军发生事故后，汇源集团承德农业公司为其垫付医疗费用，符合日常生活经验。仅凭汇源

集团承德农业公司为李晓军垫付医疗费用的行为，并不能认定李晓军与汇源集团承德农业

公司存在劳动关系。故对其该项主张，法院亦不予采信。

北京汇源农业公司主张李晓军工作地点不在北京，服务对象也不是北京汇源农业公

司。但结合北京汇源食品公司与北京汇源农业公司庭审中陈述及汇源集团承德农业公司是

北京汇源农业公司子公司的事实，可以认定李晓军是由北京汇源农业公司派遣至汇源集团

承德农业公司工作的。一审法院根据北京汇源农业公司向李晓军发放工资的事实及双方当

庭陈述认定李晓军与北京汇源农业公司之间存在劳动关系并无不当，法院予以确认。综

上，北京汇源农业公司的上诉理由不成立，对其上诉请求本院难以支持。一审法院判决认

定事实清楚，适用法律正确，处理结果并无不当，应予维持。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

劳动者一般是指达到法定年龄，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，接受用人单位的管理、指挥和在其监督下从事劳动并

获取劳动报酬的自然人。劳动者的主体资格是劳动法规定的公民成为劳动者应当具备的条

件，它包括公民的劳动权利能力和劳动行为能力两个方面，劳动权利能力是指公民能够享

有劳动权利并承担劳动义务的法律资格，而劳动行为能力是指公民能够以自己的行为行使

劳动权利并承担劳动义务的法律资格。

根据《军队转业干部安置暂行办法》规定：国家对军队转业干部实行计划分配和自主

择业相结合的方式安置；自主择业的军队转业干部，由安置政府逐月发给退役金；《关于

自主择业的军队转业干部安置管理若干问题的意见》规定：自主择业的军队转业干部就业

后，应当按照《社会保险费征缴暂行条例》、《失业保险条例》等法规的规定，依法参加

当地基本养老保险和失业保险，缴纳养老、失业保险费，并享受相应养老、失业保险待

遇，其社会保险缴费年限从其在当地缴纳社会保险费之日算起；《关于自主择军队转业干

部安置管理若干具体问题的意见》规定：自主择业军队转业干部就业后，应按照国家有关

规定参加当地社会保险，履行缴费义务，并以其实际缴费年限计算相应的社会保险待遇。

本案中，李晓军并未达到法定退休年龄，他从军队以自主择业的方式转业，安置政府向其

发放的是退役金，并非退休金，所以李晓军具有劳动主体资格。

实践中，关于关联公司之间的劳动关系如何认定，存在两种观点：一种观点认为，关

联公司之间存在两层劳动关系，关联公司都是合法的用工主体，故都是劳动法律关系主

体。第二种观点认为，关联公司间只存在一层劳动关系，只有实际的用人单位才与劳动者

之间存在劳动法意义上的劳动关系。笔者倾向于第二种观点。

企业集团、总公司或母公司对于其分公司或子公司的人事档案或程序上的审批管理，

属于公司内部的行政职能，不具有劳动法意义上的“用工”条件，只是公司作为内部管理的

一种手段而已，不是劳动法意义上的公司对劳动者的管理。所以认定劳动者与用人单位存

在劳动关系，应该从用人单位对劳动者的指挥、监督、管理及给劳动者发放工资、缴纳社

保情况等方面综合考量。

本案中，北京汇源食品公司、北京汇源农业公司和汇源集团承德农业公司属于关联公

司，汇源集团承德农业公司是北京汇源农业公司设立的子公司。李晓军接受北京汇源食品

公司培训后，被安排到北京汇源农业公司工作，实际工作地点在汇源集团承德农业公司，

而汇源集团承德农业公司是北京汇源农业公司设立的子公司。由此可以认定，李晓军到汇

源集团承德农业公司工作是受北京汇源农业公司的委派。且北京汇源农业公司向李晓军发

放工资，由此可以认定，李晓军与北京汇源农业公司之间存在劳动关系。被告北京汇源食

品公司虽与李晓军签订了离退休人员返聘协议，但双方并未实际履行，故双方并不存在劳

动关系。

编写人：北京市密云区人民法院 马静茹

5 事实劳动关系认定问题

——钟晓波诉大安区谢八食品加工厂劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省自贡市大安区人民法院（2016）川0304民初479号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：钟晓波

被告：大安区谢八食品加工厂

【基本案情】

邱奕真自2015年3月底起至2015年8月8日止在被告的工作场所从事鸡脚剔工作。邱奕

真在被告工作场所从事鸡脚剔工作时，自带工作工具，工作时间由其自行安排，如不到被

告的工作场所工作也不需向被告请假。2015年8月8日，缪俊波驾驶并搭乘林淑英车牌号为

川K00G××二轮摩托车从自贡方向沿威自路往界牌方向行驶，18时20分行驶至威自路18

+900M处时，因操作不当，与从右至左横过公路的邱奕真发生碰撞，造成邱奕真受伤，邱

奕真经医院抢救无效死亡。2015年9月1日，自贡市公安局交通警察支队大安区大队大公交

认字〔2015年〕第00042号《交通事故认定书》认定：缪俊波承担事故主要责任，邱奕真

承担事故次要责任。

2016年1月，原告向自贡市大安区劳动争议仲裁委员会申诉，要求裁决邱奕真与被告

之间存在劳动关系。2016年2月25日，自贡市大安区劳动争议仲裁委员会作出大劳人仲案

字〔2016〕第2号仲裁裁决书，裁决：邱奕真与被告自2015年3月底起至2015年8月8日止劳

动关系不成立。原告不服仲裁裁决，故向本院起诉，要求判如所请。

另查明，原告与邱奕真系夫妻关系。

【案件焦点】

邱奕真与被告大安区谢八食品加工厂是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

四川省自贡市大安区人民法院经审理认为，根据《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“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，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作

出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证责任的当

事人承担不利的法律后果”的规定，原告主张邱奕真与被告之间存在劳动关系，应当提交

相应的劳动合同、工资领取、社会保险、福利待遇及工作管理的证据，提供用人单位即被

告向邱奕真所发的“工作证”、“服务证”等能够证明其身份的证件及其劳动者证实劳动关系

存在的证言，本案中原告未提供上述相应证据（不含证人证言），原告在仲裁时申请出庭

作证的证人均未证实邱奕真与被告之间存在劳动关系，原告不能证明其主张，故原告的诉

讼请求不能成立。

依照《中华人民共和国民法通则》第五条，《中华人民共和国劳动合同法》第七条、

第十条第一款，《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：

邱奕真与被告大安区谢八食品加工厂之间不存在劳动关系。

本案宣判后，双方当事人均未上诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

就劳动合同订立的形式而言，一般认为目前我国的《中华人民共和国劳动法》只认可

了书面形式的劳动合同。从实践中看，无书面劳动合同而形成的事实劳动关系一般分为两

种：一种是自始未订立书面劳动合同；另一种是原劳动合同期满，用人单位和劳动者未以

书面形式续订劳动合同，但劳动者仍在原单位工作。无书面形式的劳动合同是引起事实劳

动关系发生的最主要原因。在审理劳动合同纠纷中，相当一部分仲裁机构或法院对于无书

面劳动合同的劳动争议案，或者不受理，或者认定为无效，这会导致许多劳动者的权益得

不到保护。

如何认定事实劳动关系，一直是审判实践中的难题。事实劳动关系，应根据劳动者是

否接受用人单位的管理、监督，劳动者提供的劳动服务是否为用人单位业务的组成部分，

用人单位是否向劳动者提供基本劳动条件、支付劳动报酬等方面综合认定。一般来说，如

果用人单位没有与劳动者签订劳动合同，就要通过以下证据来进行认定：

（一）工资支付凭证或记录（职工发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘登记表、报名表等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

同时要区分劳动关系、劳务关系，不能混淆。

劳动关系是指机关、企事业单位、社会团体和个体经济组织（统称用人单位）与劳动

者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工

作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。在实际

生活中，用人单位没有与劳动者签订劳动合同的现象相当普遍，但只要双方实际履行了上

述权利义务，即形成事实上的劳动关系。事实上的劳动关系与劳动关系相比，仅仅是欠缺

了书面合同这一形式要件，但并不影响劳动关系的成立。而劳务关系是劳动者与用工者根

据口头或书面约定，由劳动者向用工者提供一次性的或者特定的劳动服务，用工者依约向

劳动者支付劳务报酬的一种有偿服务的法律关系。在司法实践中，判断双方构成劳动关系

还是劳务关系，主要应从主体关系上进行区分。对于劳动关系而言，两个主体即用人单位

和劳动者之间不仅有财产关系（或者是经济关系），而且最重要的是双方具有人身上的从

属关系，也就是说，劳动关系确立后，劳动者除要向用人单位提供劳动外，必须接受用人

单位的管理，遵守用人单位的规章制度并服从其安排。而劳务关系的双方之间只具有财产

关系。正是由于二者不同的主体关系特点，决定了劳动关系中劳动者向用人单位提供劳动

具有长期性和稳定性，作为用人单位的一员，劳动者对外是以用人单位的名义在工作，国

家则多以强制性法律规范对劳动关系进行干预；而劳务关系中提供劳务者向用工者提供劳

务具有临时性、不固定性和流动性。所以，司法实践中判断双方构成劳动关系还是劳务关

系，要从多方面综合考虑。

本案中，原告主张邱奕真与被告之间存在劳动关系，应当提交相应的劳动合同、工资

领取、社会保险、福利待遇及工作管理的证据，提供用人单位即被告向邱奕真所发的“工

作证”、“服务证”等能够证明其身份的证件及其劳动者证实劳动关系存在的证言，但是原

告未提供上述相应证据（不含证人证言），原告在仲裁时申请出庭作证的证人均未证实邱

奕真与被告之间存在劳动关系，承办人按照上述思路，同时按照证据相关规则，作出裁

判。

编写人：四川省自贡市大安区人民法院 刘健

6 内部承包协议具有劳动合同属性的认定与处理

——王雪松诉宁波市鄞州海畔大酒店有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省宁波市鄞州区人民法院（2016）浙0212民初字2104号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告：王雪松

被告：宁波市鄞州海畔大酒店有限公司（以下简称海畔酒店）

【基本案情】

王雪松于2014年7月1日至2015年9月15日期间在被告海畔酒店担任厨师长。期间，王

雪松与海畔酒店双方签订有一份《厨房责任承包协议》，约定：“一、甲方将餐厅厨房操

作管理、成本控制、工作人员组织与安排等，以基本工资与绩效挂钩的方式承包给乙方，

承包期一年，自2014年7月1日起至2015年6月30日止；二、乙方在保证后厨菜品（不含烟

水、酒、打包等）收入达47万元/月，菜品综合毛利率达50%（±2%）的基础上，甲方给予

乙方承包费4万元（不包括洗杂工工资），支付日期在次月的15—18日。承包费中已包含

乙方所有人员的养老保险、医疗保险、失业保险、生育保险等社保缴费；三、乙方在责任

承包期间，应遵守国家法律、法规条例等政策，遵守甲方所有规章制度……九、乙方在责

任承包期内，必须每月向甲方书面提供人员岗位数及员工花名册和考勤记录（如厨师长、

主厨、副主厨、炉头、切配、小吃、凉菜、蒸锅、打荷、海鲜工等）……乙方作息时间

8∶30至营业结束……乙方人员每人每月可以休息三天……乙方人员变动必须提前半个月

通知甲方……十三、乙方领取承包费前应提供乙方所有人员当月工资发放清单，甲方有权

干涉乙方人员工资发放及工资额度，工资浮动不得超过15%……；十六、甲乙双方如提前

终止协议，须提前一个月以书面形式通知对方，双方不作任何经济赔偿，否则终止协议双

方应赔偿对方两个月的承包费，即人民币8万元……。”双方在承包协议期间，每月进行结

算，由海畔酒店根据王雪松提供的厨房工资单（含王雪松本人工资和洗菜工工资，其中王

雪松每月的工资标准为8000元）支付员工工资，结算时在承包费中予以扣除。王雪松、海

畔酒店双方签订的承包协议到期后，王雪松继续工作至2015年9月15日。期间，双方未续

签书面承包协议，也未签订劳动合同，海畔酒店按照基本工资、岗位津贴、高温费的标准

发放王雪松2015年7月、8月、9月工资。2015年9月23日，王雪松、海畔酒店双方进行结

算，表明海畔酒店需支付王雪松1—6月厨房承包奖金53322.8元，同时需扣除4800元用来

发放在存人员（包括三名洗菜工）年终奖。后双方发生纠纷，王雪松因不服仲裁裁决，向

法院提起诉讼，请求法院依法判令被告：1.为原告出具解除劳动合同证明；2.支付原告

2015年8月、9月的两倍工资差额29425.5元；3.支付原告加班工资426173元；4.支付违法解

除劳动合同的经济赔偿金25272元；5.支付提前解除承包协议的违约金80000元；6.返还原

告垫付的洗菜工工资65940元。另，原告放弃要求被告补缴2014年7月至2015年8月的基本

养老保险、医疗保险的仲裁请求。

【案件焦点】

签订的明确约定有管理与被管理关系的内部承包协议，是否具有属于劳动合同。

【法院裁判要旨】

浙江省宁波市鄞州区人民法院经审理认为：原、被告双方虽签订了《厨房责任承包协

议》，但从承包协议的内容上看，原告需遵守被告的规章制度，原告及原告所招用的员工

需受被告的管理，原告的部分收入系以工资的形式按月固定发放，原告所从事的劳动也是

被告业务的主要组成部分，因此，法院认定，原、被告签订的《厨房责任承包协议》包含

了劳动权利义务方面的内容，具有劳动合同的属性，应属于企业内部责任承包合同和用人

单位内部经营管理的一种方式，并不因此改变原、被告之间的劳动关系。用人单位应当在

解除或终止劳动合同时出具解除或终止劳动合同的证明，原、被告双方已于2015年9月15

日解除劳动关系，原告要求被告出具解除劳动证明的请求，于法有据，法院予以支持。建

立劳动关系，应当订立书面劳动合同。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。原告2015年7月1日至2015

年9月15日在被告处提供劳动，而期间双方未签订劳动合同，原告要求被告按照二倍工资

标准支付2015年8月、9月工资的请求，于法有据，但期间双方并未续订承包协议，被告事

实上也是按照原告固定的工资标准予以支付工资报酬，原告根据之前承包款折算后的月平

均收入为标准要求被告支付2015年8月、9月二倍工资的差额部分，没有事实和法律依据，

该期间二倍工资差额部分应为12594元，因被告未就仲裁裁决不服提起诉讼，应视为被告

对仲裁裁决结果的认可，由此，对原告关于二倍工资的请求，法院确定金额为13143元。

关于原告主张的加班工资，法院认为，被告已经以内部承包的形式将厨房承包给原告，原

告系厨房的主要管理人员，其收入与其提供的劳动和对厨房投入的管理存在直接的关联，

且原告以工资形式支付的薪酬部分也较高，应当认为已经包含了工作时间弹性较大等因

素，应适用不定时工作制，被告无需再另行向原告支付加班工资，故对原告要求被告支付

加班工资的请求，本院不予支持。关于原、被告双方劳动关系解除的原因，原告主张是被

告以厨房已承包给他人为由违法与原告解除劳动关系，但被告对此予以否认，而原告也未

能就其主张的该事实提供相应的证据予以证实，法院难以采信。且本案原、被告双方原系

基于承包协议而存在劳动关系，原告的核心内容是为了获得承包费，而承包费的计付方法

与计算标准有别于一般的劳动关系中劳动者按月领取的较为固定的工资报酬，在原承包协

议到期后，不必然要求双方续签承包协议时必须维持或提高原合同约定条件，而仍应当以

双方合意为准。本案中，原、被告双方在原承包协议到期后未能续签承包协议，且双方在

较为合理的期限内对承包款进行了结算，原告亦不再提供劳动，被告关于双方因未能就承

包协议达成一致而协商解除的主张，比较能够符合客观事实，且有结算凭证予以印证，故

对被告的该主张，法院予以采信。由此，原告要求被告支付违法解除劳动合同的经济赔偿

金25272元的请求，因无事实依据，法院不予支持。关于原告要求被告支付提前解除承包

协议的违约金80000元的请求，法院认为，双方于2014年7月签订的《厨房责任承包协议》

虽有关于提前解除承包协议的违约金的约定，但该承包协议已于2015年6月30日到期，之

后并未续订，而原告最后工作至2015年9月15日，故原告的该请求，缺乏事实依据，法院

不予支持。关于原告主张的洗菜工工资，法院认为，双方签订的《厨房责任承包协议》仅

约定承包费不包括洗杂工工资，从字面上看，洗菜工与洗杂工并非同一工种；从双方对于

承包协议的履行过程中看，承包协议约定“乙方领取承包费前应提供乙方所有人员当月工

资发放清单”，而被告提供的工资单中有洗菜工的工资，双方在承包期内每月的结算对于

原告承包款中应扣除的被告已经以工资形式支付的费用与工资单具有一致性，并未将洗菜

工工资排除在外，原告也无证据证实曾对此提出异议，且在原告离职双方结算时，被告亦

扣除了原告承包款4800元作为发放在存人员的年终奖，原告予以签字认可，而根据明细显

示，该费用包括了三名洗菜工工资。由此，法院认为，洗菜工系“乙方所有人员”之一，其

工资应当包括在承包费内，故对原告要求被告返还垫付的洗菜工工资的请求，法院不予支

持。原告在庭审中明确表示放弃要求被告缴纳社会保险的仲裁请求，法院予以准许。

浙江省宁波市鄞州区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二条、第十条、

第五十条第一款、第八十二条第一款，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条、

第五十条之规定，判决：

一、被告宁波市鄞州楼外楼海畔大酒店有限公司支付原告王雪松未订立书面劳动合同

二倍工资的差额部分13143元；

二、被告宁波市鄞州楼外楼海畔大酒店有限公司为原告王雪松出具解除劳动合同证

明；上述一、二项，限被告宁波市鄞州楼外楼海畔大酒店有限公司于本判决生效后三日内

履行完毕；

三、驳回原告王雪松的其他诉讼请求。

宣判后，王雪松不服，向浙江省宁波市中级人民法院提起上诉。

浙江省宁波市中级人民法院经审理认为：企业在不违反法律法规的情况下，转变经营

理念、创新经营模式、采用多种经营方式的行为是企业自主管理的一种体现。本案中，王

雪松进入海畔酒店担任厨师长一职，双方自愿订立了《厨房责任承包协议》一份，期限自

2014年7月1日起至2015年6月30日止。该份协议系双方真实意思表示，合法有效。从双方

签订的《厨房责任承包协议》的内容看，王雪松需受海畔酒店管理，在海畔酒店从事有报

酬的劳动，海畔酒店的规章制度适用于王雪松，因此该份协议应视为企业员工内部承包协

议，双方之间基于该份承包协议建立了劳动关系。根据《厨房责任承包协议》的相关约

定，王雪松作为海畔酒店的厨师长及厨房承包人，应知收入要与厨房经营效益挂钩，与其

投入的精力和管理相关联。承包协议中有关工作时间的约定，正是王雪松对厨房中其他工

作人员实施具体管理行为的衡量指标，而王雪松作为管理人员，显然具有根据实际需要进

行统筹安排的权限。在原承包协议到期后，王雪松的工作岗位虽无变化，但其以固定工资

形式所领取的报酬相对较高，现王雪松主张加班工资，但并未提供相应证据证明存在加班

事实，海畔酒店也并未要求王雪松仍需执行原承包协议中约定的工作时间，故原审法院认

定海畔酒店无须向王雪松另行支付加班工资，并无不当。综上，浙江省宁波市中级人民法

院依法判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

企业与职工个人签订承包协议，是企业内部经营管理的一种方式。在承包协议内容未

违反法律规定的情形下，这种管理模式既可以体现企业的自主管理权，也可以充分调动职

工的工作积极性，同时也更加明确了双方之间的权利义务，因此已经成为越来越多的企业

为转变经营理念、创新经营模式而普遍采用的一种管理模式。而我们通过对本案的审理后

发现，酒店餐饮行业由于其行业的特殊性，将厨房承包给厨师长，由厨师长全面负责厨房

事宜的做法已经成为行业惯例。虽然从目前来看，厨师长以劳动者的身份通过劳动争议仲

裁的方式解决双方之间的纠纷的案例并不多见，但基于酒店餐饮行业厨师长个人内部承包

情形的普遍性，我们认为仍应当引起足够的重视。

1.明确约定有管理与被管理关系的内部承包协议，应视为具有劳动合同属性

《劳动部关于履行企业内部承包责任协议的争议是否受理》的复函表明“企业实行内

部责任制后与职工签订的承包协议与劳动协议有很大差别，一般不属于劳动合同，因此在

工作中应防止用承包合同代替劳动合同的倾向。但是，如果承包合同中包含有工资福利等

应在劳动合同中规定的劳动权利义务方面的内容，则该协议带有劳动合同的某些属性。职

工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议，属于劳动争议”。

根据该复函，我们可以明确的是，企业内部承包协议并不能一概认定为承包关系或劳动关

系，而应当从内部承包协议具体约定的权利义务去区别认定该内部承包协议的法律性质。

具体来说，承包关系一般受民法调整，遵循“平等、自愿、等价有偿”原则，双方当事人的

法律地位是平等的，不存在管理与被管理的关系，一般体现为发包方将某项经营权或工作

发包给承包方，由承包方按照协议的约定向发包方支付承包费用，而由承包方享受超额利

润。而劳动关系受劳动法调整，双方当事人具有人身隶属性的特征，是管理与被管理的关

系，劳动者受用人单位的劳动管理，劳动者付出劳动并获得报酬，且提供的劳动应当是用

人单位业务的组成部分。

结合本案，首先，王雪松承包的内容是海畔酒店的厨房管理，包括操作管理、成本控

制、工作人员组织与安排等，而海畔酒店所从事的经营范围即为酒店餐饮，王雪松作为厨

师长所从事的无疑就是海畔酒店的主要业务组成部分；其次，双方约定的承包费的支付方

式是海畔酒店根据厨房的收支情况以基本工资和绩效挂钩的方式向王雪松进行支付，而非

王雪松向海畔酒店支付承包费并通过超额利润来获取收益，显然，海畔酒店支付给王雪松

的“承包费”虽名为承包费，实则是基于王雪松提供的劳动而支付的劳动报酬，只是该劳动

报酬与厨房效益紧密联系在了一起而已；再次，王雪松、海畔酒店双方签订的《厨房责任

承包协议》所约定的包括规章制度、社会保险、员工工资等内容，也明确表明王雪松受海

畔酒店的约束与管理，双方存在管理与被管理的关系。因此，王雪松、海畔酒店双方签订

的《厨房责任承包协议》包含了劳动权利义务方面的内容，具有劳动合同的属性，应属于

企业内部责任承包协议和用人单位内部经营管理的一种方式，其并未改变企业和职工的劳

动关系，也未改变承包者的职工身份，王雪松、海畔酒店之间属于劳动关系而非承包关

系。

2.根据协议实际履行情况，签订内部承包协议后可不执行加班加点制度，应视为实行

不定时工作制，不得另行主张加班工资

前面已经分析过，具有劳动权利义务内容的内部承包协议，其实质应当是一种劳动合

同。既然是劳动关系，双方当事人就应当根据劳动法律法规的规定和劳动合同即内部承包

协议的约定来履行双方的权利义务。因此涉及规章制度、社会保险、劳动合同订立、履行

和解除等劳动权利义务的，均应适用于内部承包协议关系。提供劳动和支付劳动报酬是劳

动关系的核心内容之一，内部承包协议同样不仅也必然会将承包对象即提供的劳动内容及

承包费即劳动报酬的支付作为协议最主要和最核心的内容进行约定。但也正是基于内部承

包协议的特殊性和灵活性，双方对于提供劳动和支付报酬的约定也必定会不同于一般的劳

动合同。一般劳动合同中劳动者提供劳动的时间、工作的内容都比较稳定或固定，相对的

企业支付劳动者劳动报酬也是较为稳定或固定，劳资双方对于正常的工作时间和工资报酬

均处于可预期状态。而内部承包协议不同，内部承包协议承包人所要从事的工作内容是长

期的、整体的以及有目的性的，并且承包人有权根据实际情况不断进行调整，承包人在整

个工作中具有相对的主导作用和管理自主权。同时约定的承包费也一定会是根据承包内容

的效益或工作进展情况随时出现变化，具有不确定性，而承包人势必会期望收益最大化，

该收益与承包人的付出成正比。再来看加班工资，加班工资是企业因生产经营需要而安排

劳动者在超出法定工作时间以外额外提供劳动而需要支付约定之外的劳动报酬。虽劳动法

律对于该劳动报酬的支付标准作出了强制性规定，具有补偿性质，但从本质上而言，加班

工资仍应当是属于双方劳动合同约定之外的劳动报酬。需要强调的是，我们认为，支付加

班工资的一个前提是，劳动者所从事的是根据企业安排而进行的加班，如劳动者在超出正

常工作时间外自行进行而未取得企业同意的所谓的加班，从严格意义上来说并不属于劳动

法意义上的加班，企业无需为此支付加班工资。另外，对于某些特殊岗位，劳动法律法规

规定是可以不执行加班加点工资制度的，即经审批实行不定时工作制的劳动者，因工作时

间不确定，无法实行加班加点制度，而由企业按照单位的工资制度，根据劳动者的劳动时

间和完成劳动定额情况计发工资。可以实行不定时工作制的劳动者，主要有以下几种情

形：（1）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无

法按标准工作时间衡量的职工；（2）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港

口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（3）其他因生产特

点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。因此，劳动者工作

时间超出法律规定的时间，并非一概都可以要求企业再另行支付劳动报酬即加班工资。

回到本案，根据王雪松、海畔酒店双方签订的《厨房责任承包协议》的相关约定，王

雪松作为海畔酒店的厨师长及厨房承包人，其收入与厨房经营效益挂钩，与其投入的精力

和管理相关联，承包协议中有关工作时间的约定，正是王雪松对厨房中其他工作人员实施

具体管理行为的衡量指标，而王雪松作为管理人员，显然具有根据实际需要进行统筹安排

的权限。换言之，王雪松根据内部承包协议而成为海畔酒店厨房的管理人员，对厨房的日

常操作、成本控制等有着自主管理的权利，通过投入更多精力和管理来获取更多的收益，

而无法实行加班加点制度；同时王雪松又有根据内部承包协议完成其工作内容的义务，所

以海畔酒店无需也没有必要再额外安排王雪松进行工作，即王雪松所从事的工作均是为双

方内部承包协议所约定的内容。基于此，我们认为，酒店厨师长在签订了内部承包协议后

可不执行加班加点制度，而这也正是内部承包协议所要追求的自主性、灵活性和效益性的

一种体现，也是对双方利益平衡的最好体现。

另外值得一提的是，同为企业个人内部承包的厨师，与酒店餐饮行业存在不同：非从

事酒店餐饮行业的生产经营性企业，将基于职工用餐等福利待遇而设立的食堂承包给厨师

个人，其实质是厨师个人通过支出承包费而取得内部经营权，通过食堂内部经营权的经营

收益而获取超额利润，该承包情形则明显不同于酒店餐饮行业的内部承包，不应属于劳动

法的调整范围。

编写人：浙江省宁波市鄞州区人民法院 苏家成

7 企业与合伙人间劳动关系的认定

——杨庭坚诉厦门同安同仁门诊部劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2016）闽0212民初849号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：杨庭坚

被告：厦门同安同仁门诊部

【基本案情】

原告认为，其于2015年1月23日入职被告厦门同安同仁门诊部，上班时有打卡记录，

其上班时间为2015年1月23日至3月13日，同时门诊部有杨庭坚看病的处方记录。杨庭坚的

执业医师证亦注册在同仁门诊部，其非常配合门诊部的指挥，之前内科医生没有来上班就

跟聂胜兴上列兼职看内科；内科医生到位后，又接受门诊部的安排专职看中医科并且接诊

病人。聂胜兴作为实际管理人专门安排一名管理人员陈秋萍管理门诊部，每月工资5000

元，在门诊部经营期间，所有收入都在聂胜兴手中。杨庭坚与聂胜兴合作期间，实际占有

10%的股份，并未欠缴股份资金，作为合伙人，杨庭坚从未领取过门诊部一分钱，而门诊

部的收入全部都由聂胜兴控制。故杨庭坚向劳动仲裁申请裁决，后经仲裁驳回，现杨庭坚

不服仲裁裁决，向法院提起诉讼，请求判令同仁门诊部支付其2015年1月23日至2015年3月

13日期间的工资10332元，并补缴2015年1月至3月的社会保险。

被告提出，厦门同安同仁门诊部实际是聂胜龙与原告杨庭坚共同出资，双方之间是合

伙关系而不是劳动关系；杨庭坚另外有一家诊所，其只是偶尔来门诊部技术指导，并未实

际在门诊部上班；即使要付工资，也要找门诊部原来的老板，而现在的法定代表人聂应龙

是在2015年11月19日才接手门诊部。故请求驳回杨庭坚的全部诉讼请求。

【案件焦点】

原被告之间是否存在劳动关系？

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理查明：2015年1月19日，原告杨庭坚与被告同仁

门诊部的诉讼代理人聂胜兴作为乙方与案外人苏俊峰、苏俊益（甲方）签订一份《厦门同

安同仁门诊部股权转让协议书》，约定苏俊峰、苏俊益将同仁门诊部全部股份转让给杨庭

坚、聂胜兴，转让时间为2015年1月21日，同仁门诊部于2015年1月20日24时后产生的所有

债权债务由杨庭坚、聂胜兴负责，至2015年1月20日24时起门诊部实际法人代表为杨庭

坚、聂胜兴。双方同时约定了转让价款、付款方式、违约责任等事项。2015年12月11日，

因杨庭坚、聂胜兴之间就上述协议书履行的出资问题产生纠纷，杨庭坚以合伙协议纠纷为

由向法院提起诉讼，后经法院调解，杨庭坚与聂胜兴自愿达成调解协议：聂胜兴同意于

2016年4月10日之前支付杨庭坚人民币100000元，杨庭坚于2016年1月19日退出同仁门诊部

经营，不得再就同仁门诊部的相关资产及经营收益主张任何权益，也不再承担厦门同安同

仁门诊部2016年1月19日之后产生的债权债务。法院据此作出（2015）同民初字第5079号

民事调解书。后杨庭坚又主张同仁门诊部拖欠其工资，于2015年12月16日向厦门市同安区

劳动争议仲裁委员提出请求，要求同仁门诊部支付其2015年1月至2015年3月的工资7162

元，并为其补交2015年1月至3月的医保和社保。厦门市同安区劳动争议仲裁委员经审理于

2016年2月4日作出同劳仲委〔2016〕66号裁决，裁决：

驳回杨庭坚的全部仲裁请求。

杨庭坚不服该裁决，遂向法院提起诉讼，并提出如上诉讼请求。

庭审中，原告杨庭坚主张其执业医师证注册登记地为被告同仁门诊部，双方有口头约

定其月工资5000元，门诊部盈利后再分红，从合伙入股开始，同仁门诊部即未向杨庭坚发

放任何工资；杨庭坚同时陈述其诉求2015年1月23日至3月13日工资系按照内科医师每月

7000元计算1月及2月工资，3月工资按照其业绩计算，没有底薪，其在仲裁申诉时要求工

资数额为7162元系随便计算得出。对此，同仁门诊部认为杨庭坚实际为合伙人，根本没有

约定其每月工资，其所谓上班实际系到门诊部进行业务指导，而其主张开处方的行为亦系

杨庭坚挂在门诊部，门诊部以杨庭坚的名义开具处方。

法院认为，本案原告杨庭坚以其与被告同仁门诊部存在劳动关系为由提起劳动仲裁，

后不服劳动仲裁裁决向法院提起诉讼。基于查明的事实，杨庭坚与聂胜兴于2015年1月19

日起即取得了被告同仁门诊部的股权，杨庭坚对此亦予以确认，法院生效的（2015）同民

初字第5079号民事调解书亦表明杨庭坚确认其有入股同仁门诊部，经调解杨庭坚的退伙时

间为2016年1月19日，在此期间，实际杨庭坚一直与聂胜兴存在合伙法律关系，即杨庭坚

未退伙前一直系同仁门诊部的合伙人之一，仅是因为其与聂胜兴之间因为出资问题产生纠

纷，在此基础上，杨庭坚又主张其与同仁门诊部之间存在劳动关系，但是对此杨庭坚并未

提供充分证据予以证明，同时杨庭坚陈述其口头约定月工资5000元，但是又按照其代替的

内科医师每月7000元计算，而在劳动仲裁时仅是“随便”计算，前后陈述矛盾，不能以此认

定同仁门诊部存在拖欠工资的事实。综合上述认定，杨庭坚与聂胜兴合作经营同仁门诊

部，杨庭坚与同仁门诊部之间不存在劳动关系，故杨庭坚基于劳动关系诉求同仁门诊部支

付工资并补缴社保的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，法院依法不予支持。根据《中华人

民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

驳回原告杨庭坚的全部诉讼请求。

【法官后语】

本案审理的关键点在于合伙人是否与企业存在劳动关系，对此有两个问题应该予以澄

清：第一，合伙人与劳动者的关系；第二，确立劳动关系之标准。

一、合伙人与劳动者的关系

现今商业社会，既是劳动者又是合伙人的情形大量存在。原本是公司员工，之后入股

合伙企业，在劳动合同期限内，员工不仅与企业存在劳动关系，更成为企业合伙人，尚无

疑义。所应探讨的是，个人与企业原本并不存在劳动关系，取得合伙人资格，是否当然成

为其员工，得领取工资并要求社保之缴纳？笔者认为，合伙人和劳动者属于两个层面的概

念，具有不同的内涵，主要区别如下：

（一）法律基础。合伙人与合伙企业的相关内容主要规定于《中华人民共和国合伙企

业法》中，而劳资关系则通过《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》

等法律加以规制，二者适用的法律相异。

（二）权利义务之依据和内容。合伙人和合伙企业之间的权利义务主要约定于合伙协

议中；劳动者和用人单位以劳动合同的形式来规范双方之间的权利义务关系。劳动合同与

合伙协议虽然均属意思合致之契约，但内容截然不同，二者不容混淆。

（三）收益来源和风险负担不同。合伙人的收益来源是企业盈利，以分红的形式发

放，具有不确定性，在企业亏损的情形下合伙人不但无法取得任何收益，一般情形下还应

当对债务承担无限连带责任；劳动者的收益来源也主要是公司盈利，以工资的形式发放，

但劳动者的收入具有确定性，在企业亏损的情形下仍需支付，否则应当承担相应的法律后

果，对于企业的债务，劳动者不承担任何责任，其仅负担企业资不抵债后无法足额支付劳

动报酬的风险。

如上所述，二者属于不同法律范畴。成为合伙人，企业并无法律上之义务于每个月支

付一定的工资，合伙人是否成为公司员工，得领取工资报酬，应以书面劳动合同之有无作

为确立劳动关系之主要标准。在企业未与合伙人订立书面劳动合同的情形下，应该以劳社

部发〔2005〕12号《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一项之相关

内容作为认定依据，合伙人并不当然成为企业员工，与企业不存在事实上或法律上劳动关

系的合伙人，若每月领取固定的工资报酬，不免有侵占企业资产之嫌。

本案中，杨庭坚于2015年1月19日通过案外人苏俊峰、苏俊益股权转让取得厦门同安

同仁门诊部的部分股权，成为同安同仁门诊部的合伙人，并于2016年1月19日退出合伙关

系。其后，杨庭坚申请劳动仲裁请求确认与同安同仁门诊部存在劳动关系，要求同仁门诊

部支付工资，并为其补交医社保，依据前述，杨庭坚在取得股权期间是否与同仁门诊部存

在劳动关系，端视其是否有与用人单位签订劳动合同或是否形成事实上之劳动关系，与其

为合伙人并无直接关涉，杨庭坚似乎混同了合伙人和劳动者的概念和身份。

二、确立劳动关系之标准

“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系”，“建立劳动关系，应当订立书面

劳动合同”为劳动合同法所明定，现实中，用人单位与劳动者建立劳动关系，但未与劳动

者签订书面劳动合同的情形层出不穷，该情形下，如何理解和适用《劳动和社会保障部关

于确立劳动关系有关事项的通知》第一项之规定至关重要：一、用人单位招用劳动者未订

立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（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。

本案中，根据“谁主张，谁举证”的原则，杨庭坚主张同仁门诊部拖欠其工资，但其关

于拖欠工资数额的表述前后矛盾，亦未能举证证明同仁门诊部曾经为其发放过工资，“举

证之所在，败诉之所在”，因此，不能认定其系从事用人单位安排的有报酬的劳动，不符

合上述《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一项的相关规定，依法

不能确立杨庭坚与厦门同仁门诊部存在事实上之劳动关系。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 陈炳杰

8 法定代表人可以与公司建立劳动关系，并享受相关劳动权益

保障

——赵志诉北京百合时代投资管理有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03民终8895号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：赵志

被告（上诉人）：北京百合时代投资管理有限公司（以下简称百合时代公司）

【基本案情】

赵志于2011年5月3日入职百合时代公司，并担任该公司法定代表人，双方于2012年12

月28日签订了《劳动合同书》及《保密及竞业限制协议》，劳动合同期限为无固定期限。

后双方发生争议，围绕劳动关系解除情况，百合时代公司主张2014年11月10日至11月17

日，赵志向乌总申请休年假6天，年休假结束后，赵志在未办理任何请假或离职手续的情

况下无故缺勤，严重违反了公司的《考勤管理制度》，故应视为自动离职。赵志主张百合

时代公司违法解除，是百合时代公司控股股东兼公司实际控制人主动要求赵志女士离职，

赵志系被迫离职。故赵志诉至法院，主张工资差额、违法解除劳动合同赔偿金及未休年休

假工资。

【案件焦点】

赵志是否与百合时代公司建立劳动关系，并基于劳动合同法主张相关权益？

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：关于劳动关系的认定，赵志主张2011年5月3日至

2015年2月4日期间双方存在劳动关系，并提交了双方均认可的《劳动合同书》，且百合时

代公司为赵志缴纳社会保险。百合时代公司虽主张赵志担任原其公司法定代表人、执行董

事、总经理及股东，不应单纯依据劳动合同法等相关法律处理本案，但在2015年2月4日百

合时代公司向赵志发出的《〈律师函〉回复及催告》中“2014年11月10日至11月17日，赵

志向乌总申请休年假6天。年休假结束后，赵志在未办理任何请假或离职手续情况下无故

缺勤，严重违反了公司的《考勤管理制度》”，从上述表述及双方签订的《劳动合同

书》、《保密及竞业限制协议》、银行卡流水单均可以看出，百合时代公司对赵志进行管

理和约束，故本院认定双方自2011年5月3日起存在劳动关系。

关于劳动关系解除情况，从现有证据可以看出赵志和百合时代公司均不愿再继续履行

劳动合同，故法院视为双方于2015年2月4日协商解除劳动关系，百合时代公司应向赵志支

付解除劳动关系经济补偿金77556元。一审法院结合本案情况，经核算赵志未休年假天数

为1天，故百合时代公司应当支付赵志2013年8月12日至2015年2月4日未休年休假工资

1364.6元。关于工资支付情况，百合时代公司应当支付赵志2014年12月1日至2015年2月4

日期间的工资31726.9元。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第六十条之规定，作出如

下判决：

一、百合时代公司于判决生效后七日内支付赵志自2014年12月1日至2015年2月4日期

间工资31726.9元；

二、百合时代公司于判决生效后七日内支付赵志解除劳动关系经济补偿金77556元；

三、百合时代公司于判决生效后七日内支付赵志未休年休假工资1364.6元；

四、驳回赵志其他诉讼请求。

百合时代公司提起上诉，主要理由为赵志是百合时代公司的法定代表人，其与公司的

纠纷不应当按照劳动纠纷处理。北京市第三中级人民法院经审理认为：本案争议的焦点是

双方是否存在劳动关系以及百合时代公司是否应支付赵志解除劳动合同经济补偿金。

对于是否成立劳动关系，本案中赵志与百合时代公司签订了书面劳动合同，能够证明

双方已形成劳动关系。现百合时代公司提出赵志是百合时代公司的法定代表人、执行董

事、股东、总经理，其与公司的纠纷不应当按照劳动纠纷处理的主张，因我国劳动合同法

和劳动法中并未对于公司法定代表人与公司之间的劳动关系持否定性的意见，故本院不予

采信。

对于解除劳动合同经济补偿金，从本案证据情况看，赵志据以认定劳动关系解除的依

据为赵志在任法定代表人期间自行开具的辞退通知，而在双方往来函件中亦不能反映出系

百合时代公司率先提出解除，现赵志未能提供确实、充分的证据证明系百合时代公司提出

解除劳动关系，且百合时代公司又予以否认，故不符合《中华人民共和国劳动合同法》第

三十八条应支付解除劳动合同经济补偿金的情形。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十条、第三十六

条、第四十六条，《企业职工带薪年休假实施办法》第三条、第五条、第十条、第十二

条，《职工带薪年休假条例》第三条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第

二条之规定，作出如下判决：

一、维持北京市朝阳区人民法院（2015）朝民初字第66766号民事判决第一项、第三

项；

二、撤销北京市朝阳区人民法院（2015）朝民初字第66766号民事判决第二项、第四

项；

三、北京百合时代投资管理有限公司无需支付赵志解除劳动关系经济补偿金77556

元；

四、驳回赵志的其他诉讼请求。

【法官后语】

该案例主要涉及法定代表人能否与公司建立劳动关系并享受劳动法保护的问题。

对于法定代表人是否可以与公司建立劳动关系，笔者持肯定意见。理由如下：1.公司

作为独立的法人与公司的法定代表人分属不同的主体，法定代表人虽然对外代表公司从事

公司行为但不能将二者混同，亦不能以此否认二者建立劳动关系的可能性。2.是否成立劳

动关系的标准不是该劳动者是不是法定代表人，而要根据该人是否符合法律规定的劳动者

身份。根据原国家劳动和社会保障部《关于确认劳动关系有关事项的通知》第一条、原劳

动部《关于全面实行劳动合同制的通知》（劳动部发〔1994〕360号）、《实施〈劳动

法〉中有关劳动合同问题的解答》（劳动部发〔1995〕202号）可以看出，除在国有公司

和企业中，法定代表人本身是国家公务人员的身份时与公司企业不构成劳动关系外，其他

情况下，公司的法定代表人都可以与公司建立劳动关系。同时，截至目前，我国《劳动

法》 《劳动合同法》中不存在对于公司法定代表人与公司之间的劳动关系持否定性的规

定。

但是笔者认为，承认法定代表人可以与公司成立劳动关系并不意味着现实中法定代表

人与公司之间都是劳动关系。因为法定代表人多为公司高管、股东或者控制人，不能否定

存在与公司建立劳动关系为牟取私利或抽逃出资等损害公司利益的可能，故在确认法定代

表人与公司之间成立劳动关系上除应坚持劳动关系认定的一般条件外，还应当满足以下两

个条件：1.签订书面劳动合同。劳动合同是确认劳动者与用人单位之间是否成立劳动关系

的重要参考依据。法定代表人的职责一般是代表公司从事公司行为和管理行为，如无劳动

合同对其职责的具体约定，较难确认其劳动者身份。2.参与、管理与公司有关的工作并接

受公司的有效管理和约束。是否参与公司日常工作，管理或处理与公司有关的业务同时接

受公司有效的管理和约束是判断法定代表人劳动者身份的实质标准。现实中存在这种情

况，法定代表人是公司的控股股东，但是不参与公司的日常工作，其公司的管理运作由职

业经理人或者其他员工负责，此种情况下，即使该法定代表人与公司签订了劳动合同，也

不能认定双方建立了劳动关系。本案中，赵某不仅与百合时代公司签订了劳动合同，从双

方往来的函件等证据中也能明显判断出赵某虽为公司的法定代表人，但其受到公司较强的

管理约束，并参与了公司的日常事务之中，故法院认定双方之间存在劳动关系。

编写人：北京市第三中级人民法院 王黎 唐大利

9 学徒与个体工商户之间是个体工匠与学徒的关系还是劳动关

系

——格尔木京九汽配销售部诉孔德生劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省格尔木市人民法院（2016）青2801民初618号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：格尔木京九汽配销售部

被告：孔德生

【基本案情】

格尔木京九汽配销售部为个体工商户，2014年5月26日在格尔木市工商局唐古拉山工

商行政管理所登记注册，其经营者辛同营在修理电器方面小有名气，2014年10月，孔德生

经其舅舅魏咸朝介绍到原告处当学徒工，学习并从事汽车配件的销售和修理，双方口头约

定辛同营对孔德生管吃管住，不支付工资，逢年过节发放一二百元的生活费。学徒期间，

孔德生在辛同营的安排指导下进行工作和学习。2015年12月27日，田吉德驾驶的青

B32667/青B1185挂号“解放”牌重型半挂牵引车沿南郊浩源汽配城院内“张金良”商店门前由

西向东右转弯时，挂车车厢右侧与院内停驶的苏CJ9788/苏C8J22挂号“欧曼”牌重型半挂牵

引车左前部发生侧面剐擦后，对孔德生发生挤压，造成孔德生受伤。孔德生向格尔木市劳

动人事争议仲裁委员会申请劳动关系仲裁，2016年4月20日，格尔木市劳动人事争议仲裁

委员会作出格劳仲案字（2016）第17号裁决书，确认格尔木京九汽配销售部与孔德生之间

存在劳动关系。格尔木京九汽配销售部对该裁决书不服，认为辛同营是从事电器修理的个

体户，属于个体工匠，根据《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（二）》第七条第五项的规定，个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷，不属于劳动争议纠

纷。辛同营不给孔德生发放工资，而且是免费教孔德生技术，双方之间仅是个体工匠与学

徒之间的关系，并非劳动关系。故于2016年5月4日向格尔木市人民法院提起民事诉讼。

但孔德生予以否认，认为民法上意义上的个体工匠与帮工、学徒的关系仅是规范自然

人之间的用工关系，双方地位是平等的，而劳动关系双方具有隶属关系，是管理与被管理

关系。孔德生在格尔木京九汽配销售部连续工作达一年之久，双方已形成事实上的劳动关

系，而非个体工匠与学徒之间平等的民事关系。孔德生在格尔木京九汽配销售部边工作边

学习并以工作为主，作为格尔木京九汽配销售部的成员，遵守其规章制度，在其领导下从

事日常工作，说明双方存在劳动关系，是一种监督与被监督，管理与被管理的劳动关系。

格尔木京九汽配销售部是注册登记的个体工商户，并非个体户或者个体工匠，孔德生是合

格的劳动者，符合《中华人民共和国劳动合同法》关于劳动关系的规定，因此不适用《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（二）》第七条第（五）项规

定。

【案件焦点】

格尔木京九汽配销售部与孔德生之间是否存在劳动关系，是按照《中华人民共和国劳

动法》进行调整，还是按照个体工匠与学徒之间关系的进行调整？

【法院裁判要旨】

青海省格尔木市人民法院经审理认为：确定双方之间是否形成劳动关系，应从三个方

面分析。一是双方是否符合法律法规规定的主体资格。二是用人单位制定的各项劳动规章

制度是否适用于劳动者，劳动者是否受用人单位的劳动管理。三是劳动者提供的劳动是否

是用人单位业务的组成部分。本案中，格尔木京九汽配销售部系依法登记的个体工商户，

属于劳动法中的用人单位，应受相关法律、法规的约束；孔德生系十六周岁以上不满十八

周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源，应为完全民事行为能力人。双方均符合

法律法规规定的主体资格。孔德生自2014年前往格尔木京九汽配销售部做学徒，在师傅辛

同营的带领下协助从事汽车修理工作，服从其工作安排和技术指导，其给孔德生提供食宿

并发放一定的福利费用，应视为支付了劳动报酬。据此双方虽未订立书面劳动合同，但已

具备了劳动关系成立的法定要件，形成事实上的劳动关系。

青海省格尔木市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二条，参照《劳动和

社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条、第二条及《中华人民共和国民事

诉讼法》第一百三十四条第一款之规定，判决如下：

驳回格尔木京九汽配销售部的诉讼请求，格尔木京九汽配销售部与孔德生之间存在劳

动关系。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对个体工商户与个体工匠的理解，当前的法律和司法解释并没

有作出严格的区别，不能排除个体工匠中包含个体工商户业主的情形。首先从字面理解，

个体工匠、个体工商户强调的都是“个体”，从而与法人、合伙等组织形式予以区分，而工

匠的范围也不能排除在从事工商业经营范围之外，因此两个概念的外延不是并列关系，而

是交叉关系。本案中，个体工商户与学徒之间是劳动关系还是雇佣关系，应根据具体案件

情况进行分析。劳动关系的一方为劳动者，另一方是用人单位，格尔木京九汽配销售部有

固定的营业场所，经营者辛同营具有较好的技术，具备相应的用人资格，即具有物质、技

术和组织等条件，满足了成立劳动关系实质条件，符合劳动法中用工的单位主体资格。

《中华人民共和国劳动法》中规定了劳动关系中的工资分配方式、支付形式和最低工资保

障。对于工资的发放形式并不是固定的，既可以是货币也可以是其他形式的，孔德生在格

尔木京九汽配销售部当学徒，虽然对是否发放固定工资无法证实，但其提供吃住，并发放

一定福利费用，应视为支付了劳动报酬。且劳动者作为用人单位的职工，处于提供劳动力

的被领导地位，用人单位处于管理劳动者的领导地位，劳动者应当遵守单位的内部劳动规

则，孔德生在辛同营的带领下协助从事汽车修理工作，服从其工作安排和技术指导并接受

管理。故综上，实质上格尔木京九汽配销售部与孔德生双方之间具备劳动关系基本属性，

应当认定学徒也是受《劳动法》保护的劳动者，双方存在劳动关系。

编写人：青海省格尔木市人民法院 季海青

10 确认事实劳动关系案件中的证据认定问题

——刘倬诉天津麦克莱恩国际贸易有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第二中级人民法院（2016）津02民终1142号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：刘倬

被告（被上诉人）：天津麦克莱恩国际贸易有限公司（以下简称麦克莱恩公司）

【基本案情】

被告麦克莱恩公司于2002年1月31日设立，营业期限至2022年1月30日，法定代表人为

王旭东。经营范围包括煤炭批发经营等业务。

原告刘倬自述自2011年10月8日到被告麦克莱恩公司处工作，2014年5月13日离职。双

方未签订劳动合同。原告提供的报销凭单显示，王旭东在2012年3月7日、2014年7月17日

的2份报销凭单及1份报销日期不明的费用报销单上签字确认。王旭东对签字认可，但表示

这是基于原告与其个人之间的业务合作同意给予报销的差旅费用，因原告提供的报销票据

不符合报销要求所以没有给予报销，不能证明原告与被告麦克莱恩公司之间存在劳动关

系。

2013年9月至2014年1月期间，案外人天津恺鹭丰钢铁有限责任公司通过银行转账方式

向原告发放工资，金额分别为3500元、3500元、3600元、3600元、3600元。

另查，原告刘倬就劳动报酬等争议事项，于2014年9月25日向天津市滨海新区劳动人

事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决被告支付出差期间发生的各项费用及2014年在职期

间拖欠的工资。麦克莱恩公司经仲裁委员会通知未到庭参加仲裁活动。该仲裁委员会于

2015年2月9日作出津滨保劳人仲裁字〔2014〕50692号仲裁裁决书，裁决：1.麦克莱恩公

司支付刘倬应报销费用2031.4元；2.麦克莱恩公司支付刘倬2014年1月至4月工资10560元；

3.驳回刘倬的其他仲裁请求。原告刘倬于2015年3月18日收到该裁决书，于4月1日向法院

提起诉讼。

再查，2015年4月9日，原告刘倬再就确认劳动关系、劳动报酬、福利等争议事项，向

天津市滨海新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决麦克莱恩公司：1.确认2011

年10月8日至2014年5月13日期间双方存在劳动关系；2.支付2011年10月至2014年5月期间

未签订书面劳动合同双倍工资差额78000元；3.支付2011年10月至2014年5月期间未休带薪

年休假工资2666.67元；4.支付原告2011年10月至2014年5月期间防暑降温费1399.2元、冬

季取暖补贴2080元。麦克莱恩公司出庭参加了仲裁活动。该仲裁委员会经审查后，认定刘

倬提供的证据不能充分证明其与麦克莱恩公司之间存在劳动关系，于2015年6月9日作出津

滨（保）劳人仲字〔2015〕第50338号仲裁裁决书，裁决：驳回刘倬的全部仲裁请求。原

告刘倬不服该仲裁裁决，向本院提起诉讼。

【案件焦点】

刘倬与麦克莱恩公司是否存在合法有效的劳动关系。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院经审理认为：关于原告要求确认与被告之间存在劳动关系的

诉讼请求，原告应就双方存在劳动关系提交证据予以证明。根据《劳动和社会保障部关于

确立劳动关系有关事项的通知》规定，判断双方是否形成劳动关系，应当从用人单位与劳

动者是否符合法律、法规规定的主体资格，用人单位依法制定的各项劳动规章制度是否适

用劳动者，劳动者是否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，以及

劳动者提供的劳动是否属于用人单位的业务组成部分等方面综合考量。劳动者应当提供用

人单位对其进行劳动管理、发放工资、缴纳社会保险费用等能够证明双方存在劳动关系的

直接证据。本案原告提交的津滨保劳人仲裁字〔2014〕50692号仲裁裁决书，因原告向法

院提起诉讼，该仲裁裁决不发生法律效力；原告提交的中国农业银行对账单不能证明被告

向原告支付劳动报酬，故法院不予采纳；原告提交的报销凭单，尽管有被告法定代表人的

签字，但报销凭单本身并不能充分证明双方之间存在劳动关系，且从报销凭单制作的时间

上看，原告自述自2014年5月13日离职，但其提供的报销凭单有一份记载时间为2014年7月

17日，这与原告以报销凭单证明双方存在劳动关系的主张相互矛盾，故法院不予采纳；原

告提交的名片，并不能证明系被告印制，且被告对名片真实性不予认可，故法院对该证据

不予采纳；关于原告提交的检验报告、房屋租赁合同及房屋登记备案证明、案外公司相关

营业资料等均无法证明原告为被告提供了劳动，故法院不予采纳；原告提交的购销合同显

示原告为被告公司的委托代理人，也不能直接证明原告与被告之间存在劳动关系，故法院

对该证据不予采纳；原告提交的电子邮件记录截图，被告当庭称未收到该邮件，且原告未

提交被告法定代表人回复的邮件信息，故该证据不能证明原告与被告的法定代表人之间就

业务进行过沟通，即不能证明原告为被告提供了劳动；原告提交的短信记录、证人证言及

安装合同，均无法直接证明原告接受被告管理提供劳动。综上，原告提供的各项证据既不

能充分证明其为被告提供劳动、被告为其发放工资、缴纳社会保险、其享受被告公司的相

关福利待遇，也不能证明其接受被告公司规章制度的管理和监督，故原告主张双方之间具

有事实劳动关系的诉讼请求不能成立。基于此，原告所主张的因劳动关系产生的未签劳动

合同双倍工资差额、未休带薪年假工资、防暑降温费、冬季采暖补贴，没有法律依据，本

院均不予支持。

天津市滨海新区人民法院依照依据《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》第六条，《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》第十七条以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，

作出如下判决：

驳回刘倬的全部诉讼请求。

刘倬持原审起诉意见提起上诉。天津市第二中级人民法院于2016年3月15日作出

（2016）津02民终1142号民事判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案审理过程中，对案件的处理有两种不同的意见：

第一种意见认为，刘倬已经书面说明了其在麦克莱恩公司的主要工作内容，该公司法

定代表人签字确认了报销凭证，视为对费用同意予以支付。此时，应当由公司提供否定劳

动关系存在的证据，如果公司不能举出反证，即认定劳动关系存在。

第二种意见认为，刘倬提供的证据均非直接证据，而作为间接证据亦未能形成证据链

条，不能充分证明其与麦克莱恩公司之间存在劳动关系。

本案生效裁判采纳了第二种意见。理由主要体现在以下两个方面：

首先，判断事实劳动关系的存在，要从劳动者是否按照用人单位的要求完成一定的工

作，创造的劳动成果归用人单位所有；劳动者是否获得用人单位的劳动报酬，享受用人单

位的相关福利待遇；用人单位的劳动纪律和规章制度是否适用于劳动者，劳动者是否接受

用人单位规章制度的管理和监督等因素考量。即，在司法实践中应注意把握以下几点：第

一，以是否存在从属关系作为判断劳动关系的基本标准，即只要用人单位对劳动者的管

理、控制、支配达到一定程度，即可认定双方形成劳动关系；第二，如果身份上的从属关

系较难判断，应以劳动者的工作内容是否属于用人单位的业务组成部分作为判断依据；第

三，劳动者与用人单位之间是否具有建立劳动关系的合意，也是判断是否属于劳动关系的

关键。本案中，刘倬提交的证据均不足以作为认定劳动关系存在的可参考凭证，所有证据

也无法形成完整的证据链条，不能充分证明其为该公司提供劳动、公司为其发放工资、缴

纳社会保险，其享受公司的相关福利待遇，也不能证明其接受公司规章制度的管理和监

督。

其次，根据“谁主张，谁举证”的证据规则，主张劳动合同关系成立并生效的一方当事

人对劳动合同订立和生效的事实承担举证责任，因此劳动者主张劳动关系存在，原则上应

由劳动者承担举证责任，所提交证据不足以证明其事实主张的，应承担举证不能的法律后

果。刘倬提交的证据并没有达到高度盖然性标准，因此举证责任并未发生转移，仍应承担

举证不能的不利后果。

在没有劳动合同存在的情况下，劳动者请求法院确认劳动关系成立时，如何分配举证

责任，在审判实务中存在争议。原劳动和社会保障部曾于2005年作出《劳动和社会保障部

关于确立劳动关系有关事项的通知》，第二条规定：“用人单位未与劳动者签订劳动合

同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发

放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放的‘工作证’、‘服

务证’等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’、‘报名

表’等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。其中，（一）、

（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。”明确用人单位未与劳动者签订劳

动合同时，可参照相关凭证认定劳动关系。该规定从证据法意义上确定了事实劳动关系的

判断标准，对法院的审判实践具有重要的参考价值，但也并不是唯一标准。审判实践中，

应当结合当事人举证、质证和庭审中查明的事实情况以及社会常识进行综合分析，既要保

护真正劳动者的合法权益，也要正确区分劳动关系与劳务关系、雇佣关系，不能将所有以

劳动力为标的的关系，都囊括于劳动法律关系。

编写人：天津市滨海新区人民法院 卓丹红

11 已超过退休年龄且未享受基本养老保险待遇或领取退休金的

人员与单位之间是否成立劳动关系

——李喜娥诉宝鸡高新开发区金诺郎养生烧烤自助餐厅确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

陕西省高级人民法院（2016）陕民申1194号民事裁定书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告（被上诉人、申请再审人）：李喜娥

被告（上诉人、被申请再审人）：宝鸡高新开发区金诺郎养生烧烤自助餐厅（以下简

称金诺郎餐厅）

【基本案情】

法院经审理查明，2014年8月，李喜娥被金诺郎餐厅招用为洗碗工，工资按月发放，

未签订书面劳动合同。2015年1月5日，李喜娥在工作中受伤，未再继续工作。2015年3月

23日，李喜娥申请劳动仲裁，仲裁委员会以李喜娥超过法定退休年龄，不符合劳动法律法

规所规定的劳动者主体资格为由，裁定不予受理。

另查明，金诺郎餐厅系姜留锁注册并经营的个体工商户。李喜娥，性别女，1957年6

月14日生，在金诺朗餐厅招用时，年龄为57岁，至今未享受养老保险待遇，也未领取退休

金。

【案件焦点】

用人单位与其招用的已超过法定退休年龄且未享受基本养老保险待遇或领取退休金的

人员，双方之间建立的是劳动关系还是劳务关系。

【法院裁判要旨】

陕西省宝鸡市渭滨区人民法院经审理认为：对已达法定退休年龄的人员从事劳动，法

律法规并未作出禁止性规定，只要未违反法律法规禁止性规定的有劳动能力的人员，均可

成为劳动关系中的劳动者。《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定“劳动者开始

依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止”。《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）》第七条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受

养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当

按劳务关系处理。”李喜娥虽然达到了法定退休年龄，但未享受养老保险待遇或领取退休

金，并不适用该条规定。原告李喜娥自2014年8月起到被告处工作，担任洗碗一职，其劳

动报酬由被告支付，并服从被告管理安排，且原、被告均符合劳动法律法规规定的主体资

格，据此，原、被告之间具备事实劳动关系的构成要件，形成劳动关系。

陕西省宝鸡市渭滨区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第二条、第四十条

第（二）项，《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

七条，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条之规定，作出如下

判决：

李喜娥与金诺郎餐厅存在劳动关系。

金诺郎餐厅提出上诉后，陕西省宝鸡市中级人民法院经审理认为：李喜娥生于1957年

6月14日，2014年8月，李喜娥到金诺郎餐厅工作时，年龄为57岁，已超过法定退休年龄。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定：“劳动者达到法定退休年龄

的，劳动合同终止。”李喜娥已经达到法定退休年龄后，不再具有建立劳动关系的主体资

格，因此，与金诺郎餐厅建立的用工关系属于劳务关系，而不属于劳动关系。一审法院认

为李喜娥因未享受养老保险待遇或者领取养老金，就具有建立劳动法律关系的主体资格，

属于适用法律错误。陕西省宝鸡市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

一、撤销渭滨区人民法院（2015）渭滨民初字第00967号民事判决；

二、李喜娥与宝鸡高新开发区金诺郎养生烧烤自助餐厅不存在劳动关系。

终审后，李喜娥不服，向陕西省高级人民法院申请再审，后经双方和解达成协议，申

请撤回再审申请，陕西省高级人民法院于2016年12月6日作出（2016）陕民申1194号民事

裁定，准许李喜娥撤回再审申请。

【法官后语】

一、本案裁判填补了现行司法解释的漏洞

我国法定退休年龄为男性60周岁，女性50周岁即劳动者达法定退休年龄可办理退休手

续，依据其社会保险缴纳情况享受养老保险待遇或领取退休金。但实践中因多种因素影

响，存在部分劳动者已经超过退休年龄但未能享受基本养老待遇或领取退休金，仍继续工

作的情形。但是，现行劳动立法对法定退休再就业人群法律关系定性未予明确规定。

《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）》第七条规

定“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，

向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理”。该规定适用于已享受养老保险

或领取退休金的人员，该类人员即指达到法定退休年龄的劳动者，但是，对于已达退休年

龄未享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，如何处理没有明确规定。

因此，理论界和实务界一直存在着较大分歧。一种观点认为，我国劳动法没有规定劳

动者的上限年龄，劳动法对用人单位招用劳动者在年龄上只有禁止性规定，即禁止招用不

满16周岁未成年人，法律并没有禁止用人单位招用超龄员工，国家实行退休制度，是给予

劳动者的一项基本权利，而非义务，所以劳动者可以放弃这种权利继续为参加工作，法无

禁止即可为，如李喜娥虽已达退休年龄但并未能取得养老保险，为更好地维护其权益，应

认定其与用人单位之间存在劳动关系。另一种观点认为，超过法定退休年龄的人员从法律

上已不再具备劳动者的劳动能力，就不能成为劳动法所规定的劳动者，且已不能办理养老

保险及工伤保险，因此，不能与用人单位再建立劳动关系，如这些人在从事受雇工作中发

生工伤，应不纳入工伤保险范围，只能按其与用人单位的约定或按劳务关系向单位主张权

利。

本案采用了第二种观点，将已超过法定退休年龄并未办理养老保险或领取退休金的人

员与用工单位之间建立的用工关系认定为劳务关系，理由充分，符合立法本意，具有实践

指导意义。

二、本案裁判明确了已达法定退休年龄并未领取退休金人员与用工单位之间不属于劳

动关系的裁判规则

本案争议的焦点问题是，用人单位与其聘用的已超过法定退休年龄但未享受养老保险

待遇的劳动者之间是否形成劳动关系，以及双方之间法律关系的定性问题。

首先，应从劳动关系的主体适用范围判断本案中李喜娥是否符合劳动法调整的主体资

格。本案原告李喜娥出生于1957年6月14日，2014年8月李喜娥被金诺郎餐厅招用为洗碗

工，2015年1月5日，李喜娥在工作中受伤，未再继续工作。李喜娥在金诺郎餐厅工作时已

满57岁，已超过国家法律规定的法定退休年龄，依照《劳动合同法实施条例》第二十一条

的规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。因此，李喜娥与用工单位之间已不

存在劳动法上的权利义务关系，且李在未达法定退休年龄之前并未在金诺朗持续工作，因

此，其已不属于劳动法调整的主体范围。

其次，应从劳动关系与劳务关系的适用范围区分李喜娥与金诺朗餐厅之间是否存在劳

动关系。从主体范围、主体之间的关系看，劳务合同中双方是平等主体的契约关系，彼此

间没有从属性，不存在行政隶属关系，双方之间是一种不平等关系，除此之外，应判断劳

动者与用人单位关系是否具有一定的稳定性，其从用人单位获得的劳动收入是否为其主要

生活来源等方面确定双方的关系。本案中，李喜娥到被告处工作时已满57岁，实际在被告

处工作时间仅为6个月左右，被告系个体经营户，双方之间并未签订劳动合同，李喜娥在

到被告处工作之前在其他处打工，并不是以从被告处劳动获得的收入为其主要生活来源，

双方之间的关系不具有稳定性，亦没有其他证据证明双方有建立劳动关系的合意表示，因

此，李喜娥与被告之间不存在劳动关系。

最后，本案涉及对已超过退休年龄但未享受养老保险待遇或领取退休金的人员与用工

单位之间法律性质的认定。

三、本案裁判意见依据充分具有现实指导意义

本案对李喜娥与金诺郎餐厅之间认定为劳务关系更符合立法精神，更便于实践操作，

亦不影响对李喜娥权益的保护，本案裁判具有较强的典型性，对今后统一此类案件的裁判

尺度具有参考、规范作用。

第一，从现行法律规定来看，现行法律不支持超过退休年龄人员与用工单位建立劳动

关系。《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同

终止。即不论劳动者是否能够依法享受养老保险待遇，劳动合同终止。那么，依据上述规

定，劳动者在已届退休年龄后与单位不能再行建立劳动关系。但是，这也不妨碍用人单位

继续使用已经达到法定退休年龄或已经享受养老保险待遇的人员，劳动者根据自身情况仍

享有继续劳动的权利，但其与用人单位不能再行建立劳动关系，双方之间建立的是平等主

体之间的劳务合同关系。

第二，从劳动行为能力看，已超过法定退休年龄人员已不具备劳动能力。劳动和社会

保障部制定的《国工死亡职工供养亲属范围的规定》第三条将男满60周岁，女满55周岁的

被视为完全丧失劳动能力的人，即从法律上不再具备劳动者的劳动能力。《国务院关于安

置老弱病残干部的暂行办法》第四条第（一）项规定：男年满60周岁，女年满55周岁，参

加革命工作年限满十年的，可以退休。《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条

第（一）项规定：“全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人，符合下列

条件之一的，应该退休。（一）男年满六十周岁，女年满五十周岁，连续工龄满十年

的。”这是我国现行法律对法定退休年龄的规定，达到法定年龄的劳动者应当与用工单位

终止劳动关系，退出工作岗位。否则，会给用人单位的用工管理带来难度，甚至影响新增

劳动者的就业。因此，《劳动合同法实施条例》第二十一条规定：劳动者达到法定退休年

龄的，劳动合同终止。

第三，从逆向思维来看，如果认定超过退休年龄的人员与用工单位之间存在劳动关

系，那么李喜娥就可以享受《劳动法》规定的休息休假、社保缴纳、工伤保障待遇等权

利。而实践中，劳动者达到退休年龄后，单位已无法为其办理社会保险、工伤保险，若强

行要求用工单位给予这部分人员劳动法上的权利，显然不公平，也会导致用工单位放弃选

择这部分人员，这样反而压缩了这部分人员的“就业”空间。

综上，从立法本意、社会效果、超过退休年龄人员的再就业权保护角度来看，对已达

到法定退休年龄的人员，与原用人单位或者新用人单位之间的用工关系按劳务关系处理更

为妥当。建议完善相关立法，明确对超过退休年龄人员劳动权利的保护。

编写人：陕西省高级人民法院 常媛媛

12 学生暑期打工是否构成劳动关系

——孙想想诉厦门金鑫狮工贸有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2015）同民初字第4360号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：孙想想

被告：厦门金鑫狮工贸有限公司（以下简称金鑫狮公司）

【基本案情】

原告孙想想的父亲孙咸兵、母亲佘晓妹系被告金鑫狮公司员工，孙想想与父母一同居

住在金鑫狮公司提供的宿舍。2015年3月7日，孙想想在金鑫狮公司从事冲压作业时被机台

压伤，后被送往厦门鹭海医院住院治疗34天，出院诊断为右拇指甲床缺损，右食指完全离

断，右中、环、小指毁损伤。事故发生时，孙想想系厦门市东山中学高三四班学生，已完

成高中学业并参加2015年春季高考，尚未取得高中毕业证书。2015年6月1日，孙想想被集

美大学诚毅学院录取。2015年5月9日，孙想想在向东山中学递交的《助学金申请表》述

称“今年年初考完试后放假的我开始帮助父母工作为父母分担压力，不幸的是我的手意外

受伤了”。2015年6月23日，孙想想在劳动保障监察调查笔录中述称“我是2015年1月19日下

午上班，我没有签订过劳动合同。我是老板王跃明同意上班的，当时入职的就我一个人。

工资当时和组长约定是每天100元。我们工人都是年底算工资的。工资都给我了。我们工

资都是组长和老板结算，组长再把钱给我们工人”。2015年8月6日，孙想想向厦门市同安

区劳动争议仲裁委员会提请劳动争议仲裁，请求确认其与金鑫狮公司存在事实劳动关系。

厦门市同安区劳动争议仲裁委员会于2015年9月16日作出同劳仲委〔2015〕431号裁决书，

裁决驳回孙想想的仲裁请求事项。孙想想不服上述裁决，向厦门市同安区人民法院提起诉

讼。庭审中，原告孙想想述称，金鑫狮公司实行按件计酬，未对工人进行上下班考勤。孙

想想的父亲在金鑫狮公司担任组长，孙想想的工资是金鑫狮公司与其父亲结算，以现金支

付的。

【案件焦点】

本案各方当事人争议的焦点是：原告孙想想与被告金鑫狮公司是否构成劳动关系？

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为：《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有

关事项的通知》明确了在用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形

的，劳动关系成立，即1.用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；2.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；3.劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。本案事故发生

时，孙想想刚参加完春季高考，正等待高校录取通知，学籍档案仍在厦门市东山中学。故

孙想想与被告金鑫狮公司双方并无建立稳定劳动关系的意愿。孙想想述称与金鑫狮公司口

头约定薪资为100元/天，但根据其庭审陈述，孙想想无须遵守金鑫狮公司上下班考勤制

度，金鑫狮公司也未直接向孙想想发放劳动报酬。孙想想在其《助学金申请表》中亦描

述，其在金鑫狮公司“帮助父母工作为父母分担压力”。故厦门市同安区人民法院认定金鑫

狮公司未对孙想想实施用工管理，与孙想想之间不存在劳动关系。福建省厦门市同安区人

民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

驳回原告孙想想的全部诉讼请求。

判决作出后，双方当事人并未提出上诉。

【法官后语】

大学生暑期打工现象越来越普遍，对于不少学生来说，暑期打工既能增加社会阅历，

又能在学以致用的同时赚取生活费。但是，学生暑期打工存在很多隐患，由于学生自我保

护意识差、用人单位安全保护措施不到位、不签订用工协议等原因，很容易发生安全事故

或自身其他权益受到伤害。学生暑期打工，是否与劳动单位形成劳动关系？对此，有两种

截然不同的观点。一种观点认为，暑期打工属于劳动法意义上的劳动者，并认为我国的

《劳动合同法》只排除了公务员、比照实行公务员制度的事业组织和团体的工作人员、家

庭保姆、军人、农民等作为主体的劳动者资格，在校学生并没有在此排除情形中。另一种

观点认为，暑期工不属于劳动者，在校学生的主业是学习，在校期间受学校等各种管理制

度的约束，其自由受到一定程度的限制，并不完全符合劳动法意义上劳动者的主体资格。

笔者认为，早在1995年，劳动保障部颁布的《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）第十二条就规定：“在校学生利用业余时

间勤工俭学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”而《劳动和社会保

障部关于确立劳动关系有关事项的通知》则明确了用人单位招用劳动者未订立书面劳动合

同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立，即1.用人单位和劳动者符合法律、法规规定

的主体资格；2.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；3.劳动者提供的劳动是用人单位业务的

组成部分。综合上述法律规定，学生暑期打工，其学籍尚属于学校管理，其行为仍受学校

约束，且暑期打工由于其时间特殊性，用人单位与学生也并未直接形成稳定的管理与被管

理的关系。因此，学生暑期打工，不属于劳动关系，只是一般的雇佣关系，系学生向用人

单位提供劳务，可依照《侵权责任法》 《民法通则》，根据雇佣关系向接受劳务的一方

要求其承担侵权责任。学生暑假找工作的过程中，除应当认真审核用工单位是否具备合法

的用工主体资格外，还应尽可能要求和用工单位签订用工协议，明确约定工作时间和期

限、工作内容、劳动报酬及其支付方式、伤害赔偿、劳动条件等。在无法签订用工协议

时，也要注意留存能证明与用人单位发生劳务关系的证据，如工资条、工作牌等，以便维

护自身权益。

本案中，原告孙想想刚参加完春季高考，正等待高校录取通知，学籍档案仍在厦门市

东山中学，孙想想与金鑫狮公司双方并无建立稳定劳动关系的意愿。孙想想在打工过程

中，也无须遵守金鑫狮公司上下班考勤制度，金鑫狮公司也未直接向孙想想发放劳动报

酬，故厦门市同安区人民法院认定金鑫狮公司未对孙想想实施用工管理，与孙想想之间不

存在劳动关系。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 叶林薇 王辛

13 社会保险权益记录并非劳动关系存在的充分证据

——张霞诉北京盖尔烟花爆竹经销有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市房山区人民法院（2016）京0111民初10471号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：张霞

被告：北京盖尔烟花爆竹经销有限公司（以下简称盖尔公司）

【基本案情】

李涛为盖尔公司法定代表人，任盖尔公司经理，李沧峰系李涛之子。

张霞称其于2014年12月底与李沧峰确立恋爱关系，后来李涛让其从之前的单位辞职去

盖尔公司工作。2015年4月1日，张霞与李涛口头约定，张霞做盖尔公司行政人事经理兼经

理助理，月工资5000元。双方未签订劳动合同。自入职后，张霞的工作由李涛进行安排，

具体工作为做李涛的司机、应酬、充话费、日常采购、李涛交代的其他事情等。

盖尔公司自2015年4月开始为张霞缴纳社会保险。2015年6月26日，张霞与李沧峰登记

结婚。2015年12月，张霞起诉李沧峰要求离婚。经房山区人民法院主持调解，2016年1月

19日，张霞与李沧峰离婚。

张霞称2015年7月因怀孕反应大，在回天津自己父母家居住两周后返回北京。2015年8

月下旬，张霞回到天津养胎，2015年10月5日又返回北京协商离婚、工资、保险问题。张

霞主张回天津是经过李涛允许的，且李涛承诺工资照发。后盖尔公司强行与张霞解除劳动

关系；因为盖尔公司后来不再为张霞缴纳保险，故张霞离开公司。在职期间，盖尔公司从

未向张霞支付过劳动报酬，且张霞每周双休日均存在加班。

盖尔公司称张霞所述与事实不符，称公司与张霞不存在劳动关系，而且公司只有法定

代表人和会计两个人，不需要人事。张霞和公司法定代表人李涛的儿子李沧峰曾经是夫妻

关系。因为当时张霞与公司法定代表人有亲属关系，为使其保险不断档，公司才给张霞缴

纳了社会保险，而社会保险并不能证明我公司与张霞存在劳动关系，故不同意张霞的诉讼

请求。

【案件焦点】

盖尔公司为张霞缴纳了社会保险，张霞是否必然与盖尔公司之间存在劳动关系？

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为：发生劳动争议，当事人对自己提出的主张有责任

提供证据。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。本案中，张霞的诉求均建立在其与盖尔公司存在劳动关系基础之上，因

此，张霞与盖尔公司是否存在劳动关系系争议焦点。张霞所提交的商户表打印件系其自行

制作，因此无法证实其与盖尔公司存在劳动关系，故本院对该证据不予采信。张霞所提交

的银行对账单，其主张系在盖尔公司工作之前每月的工资收入，法院对其关联性不予认

可，对该证据不予采信。张霞所提交的社会保险个人权益记录，虽然显示盖尔公司为张霞

缴纳2015年4月至2015年10月期间的社会保险，但盖尔公司对此作出了合理解释，在无其

他证据佐证的情况下，社会保险缴费情况不能单独作为认定劳动关系的依据。现张霞未能

提供充分有效证据证明其与盖尔公司存在劳动关系，故张霞所主张的要求盖尔公司支付其

2015年4月至10月工资35000元，未签订劳动合同双倍工资30000元，解除劳动合同经济补

偿金10000元，2015年4月1日至2015年10月3日双休日加班工资6896元的诉讼请求，缺乏事

实与法律依据，法院不予支持。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对事实劳动关系的认定。事实劳动关系的认定应根据劳动者是

否实际接受用人单位的管理、指挥或监督，劳动者提供的劳动是否是用人单位的业务组成

部分，用人单位是否向劳动者提供基本劳动条件、支付劳动报酬等因素综合确定。在无书

面劳动合同情况下，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记

录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单位向劳动者发放

的“工作证” “服务证”等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登

记表” “报名表”等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。

本案中，张霞主张与盖尔公司存在劳动关系，双方之间并未签订劳动合同，对其而言

有利的证据在于社会保险权益记录。社会保险权益记录显示盖尔公司为其缴纳了一段时间

的社会保险。但是实践中有很多单位出于各种原因为个人缴纳社会保险费，但双方并不存

在实际用工关系。就单位而言，其为非实际用工的人员缴纳社会保险，可能因为某些单位

因需要一定数量的具备某种职业资格证书的人员才能更好地发展单位业务，故将具有某些

职业资格的人员挂靠在单位中，此时双方仅系挂靠资质证书的关系，由单位为其缴纳社会

保险。就个人而言，多是由于个人与单位因特殊关系，双方达成一致意见以单位名义缴纳

社会保险，如个人与单位有关人员系亲属关系；个人原系单位员工离职后因无单位缴纳保

险，故协商以原单位名义继续缴纳社会保险等。故，缴纳社会保险费与存在劳动关系并无

必然联系，需继续审查双方是否有建立劳动关系的合意、劳动者一方是否为用人单位实际

提供劳动。此时，根据“谁主张，谁举证”的证据规则，作为劳动者一方仍需继续举证其与

单位之间存在劳动关系。如果劳动者不能提供其他证据证明自己接受用人单位的管理、从

事用人单位安排的劳动、由用人单位按月支付劳动报酬、提供的劳动属于用人单位的业务

组成部分等事项，应承担举证不能的不利后果。本案中，即使从张霞自述的工作内容来

看，与公司业务联系亦不紧密。单独的社会保险记录难以认定劳动关系的存在，且盖尔公

司对为张霞缴纳社会保险作出了合理解释，张霞并未提供其他证据证明其实际为盖尔公司

提供劳动，故本院认定双方不存在劳动关系，驳回了张霞的全部诉讼请求。

综上，社会保险缴费记录可以作为劳动关系存在的证据，但社会保险并非劳动关系存

在的充分证据，有建立劳动关系的合意、实际提供劳动才能确认劳动关系的存在。实践

中，有很多经营不规范的单位出于种种原因为非本单位的员工代缴社保，社保关系缴纳的

混乱给劳动关系的认定带来了困难，亦会对社会保险事业造成不利影响；部分人以缴纳社

保为由要求确认与用人单位存在劳动关系继而要求提出其他主张，亦给用人单位造成困

扰，故用人单位应以此为戒，规范为员工缴纳社保。

编写人：北京市房山区人民法院 杜巧静

14 缴纳社会保险是否是认定劳动关系存在的依据

——刘思佳诉北京密云司马台长城旅游工贸公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市密云区人民法院（2016）京0118民初8560号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：刘思佳

被告：北京密云司马台长城旅游工贸公司

【基本案情】

2008年8月，刘思佳找到北京市密云区古北口镇政府的相关领导，要求将社会保险关

系挂靠在其单位名下。相关领导经安排将刘思佳的社会保险关系挂靠在被告公司名下。被

告公司为原告缴纳了2009年5月至2009年7月期间的社会保险费。2009年5月，被告为原告

办理了2006年6月至2009年4月期间的社会保险补缴手续，但双方均未向社会保险管理部门

缴纳社会保险费13657.52元。2016年9月，原告在办理退休过程中，发现2006年6月至2009

年4月期间的社会保险费未缴。

【案件焦点】

北京密云司马台长城旅游工贸公司为刘思佳缴纳部分月份社会保险的行为是否导致双

方形成劳动关系，以及被告公司是否应为其补交其他月份的社会保险？

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：劳动者的合法权益受法律保护。劳动关系是指用

人单位与劳动者之间依照劳动法的规定，明确双方权利义务，使劳动者成为用人单位成

员，接受用人单位管理，从事用人单位指定的工作并获取劳动报酬和劳动保护所产生的法

律关系。结合本案来看，虽然被告公司为原告缴纳了2009年5月至2009年7月期间的社会保

险费，并为其办理了2006年6月至2009年4月期间的社会保险补缴手续，但在此期间，双方

并无建立劳动关系的意思表示，即原告未向被告提供过劳动，被告亦未对原告进行管理并

支付相应的劳动报酬，不符合劳动关系的构成要件，故原告要求确认双方存在劳动关系的

诉讼请求，无事实依据，法院不予支持。缴纳社会保险系用人单位的法定义务，在认定双

方之间未形成劳动关系的前提下，原告要求被告为其缴纳社会保险费的诉讼请求，于法无

据，法院无法支持。

北京市密云区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二条之规定，作出如下

判决：

驳回原告刘思佳的诉讼请求。

一审宣判后，当事人双方均未上诉。

【法官后语】

本案的情况与社保挂靠的情况有共同性。社保挂靠是指由于个人的原因（自由工作

者，无单位等）导致没有公司为其缴纳社会保险，而自己又想购买社会保险，从而由代理

机构（专门处理社保挂靠的公司）代理办理社保，并在其旗下公司购买社保的一种违法行

为。按照我国劳动法、社会保险法的有关规定，用工单位与劳动者建立劳动关系后应当为

其缴纳社会保险。而所谓的“挂靠单位”与没有单位的个人之间是不存在劳动关系的。按现

行的社保政策，必须和企业有劳动关系的员工方可参加社保，而且是以企业为单位来缴

交，本地户籍的自由职业者则允许以个人身份在个人缴费窗口缴交，但非本地户籍的自由

职业者尚未纳入社保体系，这就给挂靠参保留出了空间。而参保挂靠的存在，不仅使一些

重病人群、无业人员可以享受社会保险待遇，危害社保基金的安全，同时也导致出现了异

地工作、此地参保现象，养老基金后期支付压力大。

本案中，不同于社保挂靠的情况是为刘思佳缴纳社会保险的被告公司并非代理机构下

的企业。被告公司之所以为刘思佳缴纳社会保险是行政干预的结果。但这一不同并不能导

致刘思佳与被告公司之间的关系发生质的变化。刘思佳起诉要求被告公司为其缴纳2006年

6月至2009年4月的社会保险费，刘思佳的诉讼请求能够得到支持的前提条件是刘思佳与被

告公司之间存在劳动关系。

劳动关系的认定是处理劳动争议案件时经常面临的问题，也是处理劳动争议案件的难

点之一。劳动关系确认的案件往往会涉及其他案件的处理，因此对这类案件的处理要尤为

慎重。根据我国法律规定，在认定用人单位与劳动者之间是否具有劳动关系时，应考虑下

列因素：（1）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（2）用人单位依法制

定的各项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；（3）劳动者提供的劳动是用人单位工作的组成部分。这三条标准实际包括

对“用人单位” “劳动行为” “劳动者”三方面的考察。“用人单位”必须是我国劳动法中的“企

业、个体经济组织等”。而“劳动行为”是劳动者在用人单位的管理下，从事具体劳动，并

获得劳动报酬的过程。“劳动者”同样必须具备合法的资格。

本案中，刘思佳与被告公司显然是符合认定劳动关系要求的主体资格的，但是对于认

定劳动关系的其他两个条件，无疑刘思佳与被告公司之间的关系是不符合的。庭审中，双

方均认可2006年6月至2009年7月期间，刘思佳并未向被告公司提供过劳动，被告公司也没

有向刘思佳支付过劳动报酬，确切来说，刘思佳并没有到被告公司上班，更谈不上被告公

司依法制定的各项规章制度对其适用，至于说刘思佳提供的劳动是被告公司用人单位工作

的组成部分更是无从谈起。因此，刘思佳与被告公司之间并不存在劳动关系，那么刘思佳

要求被告公司为其缴纳社会保险的诉讼请求无法得到支持也就成了题中应有之义。

编写人：北京市密云区人民法院 史晓寒

15 承担用工主体责任是否等于确立劳动关系

——吴昌林诉新余市城乡建设工程有限公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2016）闽0212民初1569号民事判决书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告：吴昌林

被告：新余市城乡建设工程有限公司（以下简称新余城建公司）

【基本案情】

2015年3月，被告新余城建公司承包案外人武警水电部队第六支队二大队附属营房的

建设工程，并将该项目的外墙涂料工程分包给案外人周代华，周代华雇用原告吴昌林进行

施工，约定工资为一天200元。2015年10月18日，吴昌林在位于同安区五显镇西洋村新厝

武警水电部队建筑工地施工时，从脚手架上坠落受伤。2015年，吴昌林向厦门市同安区劳

动争议仲裁委员会提起劳动仲裁，请求确认吴昌林和新余城建公司于2015年10月1日至

2015年10月18日存在劳动关系。2016年4月8日，厦门市同安区劳动争议仲裁委员会作出同

劳仲委〔2016〕181号裁决，裁决驳回吴昌林的仲裁请求。仲裁裁决后，吴昌林不服裁

决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

新余城建公司将外墙涂料工程分包给自然人周代华，周代华为完成施工项目招用吴昌

林。依照《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定，新余城建

公司应当为吴昌林承担用工主体责任，那么，吴昌林与新余城建公司是否成立劳动关系。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为：劳动关系的认定，应综合考量建立劳动关

系的合意、劳动者受用人单位的管理、支付劳动报酬的习惯等因素予以确定。本案中，原

告吴昌林受案外人周代华雇佣，吴昌林与周代华形成雇佣的合意，现场用工管理由周代华

实施，并由周代华按照日为单位结算工资报酬，因此，吴昌林与周代华之间形成典型的雇

佣关系。被告新余城建公司将讼争工程的外墙涂料项目分包给周代华，周代华招用吴昌林

进行施工，该情形符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规

定的适用条件，依此规定，应当由具备用工主体资格的发包方即被告新余城建公司承担用

工主体责任。但是用工主体责任有其特定的内涵，即工伤赔偿责任；而确立劳动关系作为

对用人单位要求最严格的法律调整手段，并不适用于用人单位将工程违法发包给无用工主

体资格的自然人的情形。综上，吴昌林与新余城建没有建立劳动关系的合意，新余城建公

司也未对吴昌林进行用工管理及支付劳动报酬，故吴昌林诉请确认其与新余城建公司存在

劳动关系，事实和法律依据不足，应予驳回。

福建省厦门市同安区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款

的规定，作出如下判决：

驳回吴昌林的全部诉讼请求。

【法官后语】

《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》 （以下简称《通知》）第

四条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主

体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方

承担用工主体责任。通知出台后，关于“用工主体责任”的理解及适用，司法实践一直未能

统一。笔者拟结合法律法规和审判实践探讨用工主体责任的内涵及适用，以期对裁判尺度

的统一有所裨益。

一、用工主体责任的内涵

（一）用工主体责任不等于建立劳动关系

用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位管理，从事

用人单位安排的有报酬的劳动，这是劳动关系的表象特征。在企业违法分包的情况下，劳

动者并非发包人招聘，不受发包人规章制度的约束，工作安排和劳动管理由不具备用工主

体资格的组织或个人实施，劳动报酬亦由雇主直接发放，据此，发包人与劳动者之间并不

存在劳动法意义上的劳动关系。最高人民法院2011年《全国民事审判工作会议纪要》第五

十九条载明：“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施

工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系

的，不予支持。”因此，劳动者主张与发包人之间存在劳动关系的，缺乏事实和法律依

据，不能成立。

（二）限于工伤赔偿的责任范围

用人单位必须履行劳动保障义务，包括向劳动者提供劳动报酬、休息休假、劳动安全

卫生保护、职业技能培训、社会保险和福利，等等。显然，用工主体责任的范畴并不能涵

盖上述内容。《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》

（以下简称《意见》）第七条规定，具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，

将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用

的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依

法应承担的工伤保险责任。由此可见，发包人系在劳动者从事承包业务时发生工伤的情况

下承担工伤赔偿责任。《意见》第七条衔接并发展了上述《通知》第四条，明确了用工主

体责任的范畴为工伤赔偿责任，为审判实践提供了明确的裁判尺度。

二、用工主体责任的认定

（一）程序要求

工伤认定属于行政职权范畴，具体由社会保险行政部门认定，不属于司法权范畴。用

工主体责任的内涵虽为发包人为劳动者承担工伤赔偿责任，但是此时的“工伤”显然不等同

于《工伤保险条例》里的工伤类型。因此，用工主体责任的认定主体是谁，素来争论不

休。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定：“社会保

险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持……（四）用工

单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组

织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单

位……”至此，最高院司法解释为用工主体责任中工伤认定主体给出了定论，即由社会保

险行政部门进行认定。有鉴于此，认定工伤是诉讼的前置程序，主张用工主体责任的劳动

者须先行工伤认定，继而才能向法院提起用工主体责任的诉讼。

（二）实体要求

用工主体责任情境下“工伤”的认定标准与《工伤保险条例》中工伤的认定标准是否一

致，这也是困扰审判一线的难题。《工伤保险条例》第十四条规定，职工有下列情形之一

的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的……

（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火

车事故伤害的……根据权利义务相对等的原则，发包人并非劳动法意义上的用人单位，发

包人不应承担与用人单位同等的责任，这点同样体现在工伤认定范围。最高人民法院《关

于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条的规定对该问题作出了解答，即用工主

体责任的“工伤”限于劳动者在从事承包业务时因工伤亡的情形。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 林荣堂

16 游走于劳动关系与非劳动关系之间的用工主体责任

——厦门市集美区鑫茂盛货运代理服务部诉杨钦相等工伤保险待遇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2016）闽02民终517号民事判决书

2.案由：工伤保险待遇纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：厦门市集美区鑫茂盛货运代理服务部（以下简称鑫茂盛服务部）

被告（被上诉人）：杨钦相、林巧华、杨少明

第三人：胡华文

【基本案情】

2014年10月12日，杨建城驾驶闽DA15××号货车追尾涂全宏的车辆，发生交通事故而

死亡。

杨钦相系杨建城儿子，林巧华系杨建城妻子，杨少明系杨建城父亲，杨建城母亲张春

桂已去世。

杨建城驾驶的货车系实际车主胡华文挂靠在鑫茂盛服务部处经营，鑫茂盛服务部与胡

华文签有《车辆挂靠协议》，约定胡华文自购车辆，自配司机，自负盈亏，车牌号闽

DA15××挂靠于鑫茂盛服务部从事道路货物运输。该车行驶证载明的所有人为鑫茂盛服务

部。杨建城是胡华文聘请的司机，李勋成经过胡华文的同意找来替班的临时驾驶员，在交

警部门询问笔录中胡华文称杨建城算是其聘请的员工。

事故发生后，杨钦相、林巧华、杨少明向厦门市集美区劳动争议仲裁委员会提请仲

裁，请求裁决确认鑫茂盛服务部与杨建城在事故发生时存在事实劳动关系，并依法应作为

工伤保险责任单位。2015年9月11日，该裁决书确认鑫茂盛服务部在发生事故时是杨建城

的工伤保险责任单位。

鑫茂盛服务部不服该裁决，认为：首先，其与杨建城之间不存在事实劳动关系，不属

于劳动仲裁的受案范围。其次，《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规

定》的适用前提是鑫茂盛服务部经社保行政部门认定应当承担本案的工伤保险责任，工伤

认定是社保行政部门的职能范围，劳动仲裁委直接确认鑫茂盛服务部为杨建城的工伤保险

责任单位系超越职权。最后，闽DA15××号中型厢式货车的支配、保养、运营、收益等均

由胡华文承担，并未以鑫茂盛服务部名义对外经营，鑫茂盛服务部不应承担由此产生的风

险，遂提起本案诉讼，请求确认其不是杨建城的工伤保险责任单位。

【案件焦点】

用工主体责任的适用条件及责任范围；用工主体责任与用人单位责任的区别。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：杨钦相、林巧华、杨少明为确认杨建城与

鑫茂盛服务部存在事实劳动关系及鑫茂盛服务部系承担工伤保险责任的单位提请仲裁，该

诉请并非申请确认工伤，系平等民事主体之间就是否存在事实劳动关系及何者为承担工伤

保险责任的单位发生的争议，属于人民法院民事案件受案范围。本案中，闽DA15××号货

车实际所有人胡华文将购买的车辆挂靠在鑫茂盛服务部，车辆登记在鑫茂盛服务部名下，

且取得了运营证，运输海鲜用于胡华文的海鲜店经营，因运输环节是胡华文经营海鲜的重

要组成部分，亦属于对外以被挂靠人鑫茂盛服务部经营的情形，鑫茂盛服务部请求确认其

不是杨建城的工伤保险责任单位与《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的

规定》第三条的规定不符，不予支持。据此，参照《最高人民法院关于审理工伤保险行政

案件若干问题的规定》第三条，作出如下判决：

一、驳回原告厦门市集美区鑫茂盛货运代理服务部的诉讼请求；

二、确认原告厦门市集美区鑫茂盛货运代理服务部在2014年10月12日闽DA15××号中

型厢式货车发生事故时是杨建城的承担工伤保险责任的单位。

鑫茂盛服务部持原审起诉意见提起上诉。福建省厦门市中级人民法院经审理认为：鑫

茂盛服务部和杨钦相、林巧华、杨少明因杨建城死亡后的工伤保险责任问题发生纠纷，故

本案争议的性质为工伤保险待遇纠纷，属于人民法院受理民事诉讼的范围。杨建城驾驶的

闽DA15××号中型厢式货车是挂靠于鑫茂盛服务部才获得相关道路运输资质的，鑫茂盛服

务部对于挂靠车辆的运营负有管理责任，杨建城在从事运输活动中发生交通事故，杨钦

相、林巧华、杨少明等人依据挂靠经营的事实向鑫茂盛服务部主张工伤保险责任，符合司

法解释的规定，原审参照《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》的

解释精神，认定鑫茂盛服务部在本案事故中为杨建城的工伤保险责任单位并无不当，可予

以维持，遂判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

司法实务中，在劳动关系和非劳动关系之间，存在着一种独立的责任，即用工主体责

任。本案中，杨钦相、林巧华、杨少明在劳动仲裁阶段不仅请求确认鑫茂盛服务部是工伤

保险责任主体，而且请求确认杨建城与鑫茂盛服务部之间存在事实劳动关系，此系混淆了

用工主体责任与用人单位的责任。基于本案中挂靠经营关系的存在，法院参照《最高人民

法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条之规定，确认鑫茂盛服务部系工

伤保险责任主体。笔者认为，虽然该司法解释系就行政案件作出的司法解释，但其与《劳

动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》、《人力资源和社会保障部关于执行

〈工伤保险条例〉若干问题的意见》等部门规章一起，共同创设了一种独立的责任，即用

工主体责任。这种责任散见于一些司法解释和部门规章中，其性质、举证责任以及责任范

围均与劳动关系中用人单位的责任不同，有必要加以分析和阐述。

一、用工主体责任的依据和类型

在司法实务中，用工主体责任的法律依据主要有三个：

一是《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》。该通知第四项规

定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资

格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担

用工主体责任。”

二是《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部

发〔2013〕34号）。该意见第七条规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规

规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然

人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人

单位依法应承担的工伤保险责任。”

三是《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》。该意见第三条规

定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：

……（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或

者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工

伤保险责任的单位；（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂

靠单位为承担工伤保险责任的单位。前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的

单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向有

关组织、单位和个人追偿。”

通过上述部门规章和司法解释，在劳动关系和非劳动关系之间，构建出用工主体责任

这一种独立的责任类型。在司法实务中，用工主体责任常见多发于两种情形：

1.业务转包。在建筑、矿山、装修等需要特定资质的行业，经常存在着违法发包、分

包、转包业务的情形。如果具备用工主体资格的单位将业务发包、转包、分包给不具备用

工主体资格的组织或者自然人，则须对后者招用的人员在从事承包业务时的伤亡承担用工

主体责任。

2.挂靠经营。例如，在运营性车辆的经营中，由于个人不具备经营资格，经常会将车

辆挂靠在客运、物流等公司对外经营，并由被挂靠人办理运营和保险手续。本案就是这种

情形。在这种情况下，被挂靠单位须对挂靠方聘用的人员的伤亡承担用工主体责任。

二、用工主体责任的适用条件和责任范围

用工主体责任必须以法律、法规、规章和司法解释的明文规定为限，法官不能自己创

设，归纳已有的成文法规定，其具体适用条件是：

1.劳动者因工伤亡；

2.劳动者的直接雇主不具备用工主体资格，因此不能在双方之间成立劳动关系；

3.具有用工主体资格的单位和劳动者的直接雇主之间，存在违法发包、转包、分包业

务关系或挂靠经营关系。

在同时满足上述三个条件的情况下，具有用工主体资格的发包人、转包人、分包人或

被挂靠人须依法对劳动者承担用工主体责任，这种责任主要是工伤保险责任，且其性质上

是一种替代责任，在依法承担用工主体责任后，有权向直接雇主追偿。

三、用工主体责任与用人单位责任的区别

司法实务中，在符合用工主体责任适用条件的情形下，由劳动者进一步请求法院确认

劳动关系的存在，要求用工主体支付专属于劳动关系的经济补偿金或赔偿金以及未签订书

面劳动合同的二倍工资差额等其他项目。

笔者认为，劳动关系是否存在取决于双方有无建立劳动关系的合意，有无实际的用工

行为。但劳动关系中的“用工”与用工主体责任中的“用工”不同。劳动关系中的用工行为应

体现劳动关系的本质特征。劳动力与生产资料结合关系和从属性劳动组织关系，重点要考

察劳动者是否受用人单位的规章制度的约束、是否受用人单位的日常管理。不得以用工主

体责任的存在而推定劳动关系的存在。

用工主体责任作用上主要是救济人身损害，形式上主要是工伤保险责任，承担责任后

还会产生追偿权，至少在现行法律框架内，劳动者不能因此而额外获利。劳动者仅仅以用

工主体责任的存在而主张劳动关系存在并进而要求经济补偿金、经济赔偿金或二倍工资差

额等专属于劳动关系的项目，不应支持。

四、用工主体责任与其他民事责任的竞合问题

《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》第十一条第二

款规定：“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或

者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主

承担连带赔偿责任。”

因此，在建筑、装修、矿山等行业，司法实务中大量存在着用工主体责任与侵权责任

的竞合。如果劳动者决定向发包人、分包人主张权利，则系因同一法律事实的出现产生两

种责任。用工主体责任和雇员受害责任，两种责任分别被不同法律规范调整，构成责任竞

合。笔者认为，此时劳动者享有选择权，可以基于用工主体责任的规定要求发包人、分包

人承担工伤保险责任，也可以选择发包人、分包人基于《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》的规定承担侵权赔偿责任，但因两种责任具体赔偿项

目及赔偿标准不同，劳动者须结合自身情况慎重考量、择一行使，不可重复主张。

编写人：福建省厦门市中级人民法院 张艳 张南日

17 冒名劳动者发生工伤，用人单位应否承担责任

——来宾市保安服务公司诉韦帮才等劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区来宾市中级人民法院（2016）桂13民终328号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：来宾市保安服务公司（以下简称保安公司）

被告（被上诉人）：韦帮才、韦帮庆、韦帮渊、韦利萍、黄琼英

【基本案情】

2011年12月20日，韦武华以韦武堂的名义到保安公司工作，2012年3月辞职。2012年

12月18日，韦武华再次以韦武堂的名义到保安公司上班，月平均工资为1200元。韦武华在

入职时，提交的政审表中“姓名” “身份证号码” “家庭成员情况”等均填写韦武堂的信息，

该表经来宾市公安局南泗派出所盖章，并由经办人签字。韦武华在保安公司工作期间，交

接班记录表、考勤表、工资报销花名册等材料中均以“韦武堂”之名签字。保安公司亦

以“韦武堂”之名缴纳各项社会保险费用。2013年4月20日上午，韦武华在值班期间突发疾

病，经抢救无效于次日凌晨死亡。2013年9月5日，来宾市兴宾区劳动人事争议仲裁委员会

以兴劳人仲字〔2013〕12号仲裁裁决书认定保安公司与韦武华存在劳动关系。2014年5月

26日，来宾市人力资源和社会保障局以来人社工决字〔2014〕01047号《认定工伤决定

书》认定韦武华的死亡视同工伤；2014年9月1日，来宾市人民政府来政复决字〔2014〕48

号《行政复议决定书》维持工伤认定。2015年6月23日，来宾市兴宾区劳动人事争议仲裁

委员会作出兴劳人仲字〔2015〕第35号仲裁裁决书，裁决保安公司向韦帮才等人支付医药

费11287.25元、丧葬补助金18807元、一次性工亡补助金491300元、每月抚恤金564.21元。

韦武华与韦武堂系同胞兄弟，韦帮才、韦帮庆、韦帮渊、韦利萍系韦武华之子女，黄琼英

系韦武华之妻。

【案件焦点】

冒名劳动者发生工伤的，用人单位已缴纳工伤保险费，还应否承担工伤保险赔偿责

任？

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区来宾市兴宾区人民法院经审理认为：《中华人民共和国社会保险法》

及《工伤保险条例》中均明确规定用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由

用人单位支付工伤保险待遇，该规定为强制性规定，且无免责情形，故保安公司以韦武华

隐瞒其真实身份导致用人单位错误地以他人名义缴纳工伤保险为由，主张该公司免除支付

工伤保险待遇责任不能成立。保安公司以“韦武堂”之名缴纳了工伤保险费，未以“韦武

华”之名缴纳工伤保险费，导致劳动者韦武华未能享受工伤保险待遇，依法应当按照工伤

保险待遇项目和标准支付工伤保险费用。对于本次工伤事故造成的损失，双方对仲裁裁决

认定赔偿项目和数额均无异议。广西壮族自治区来宾市兴宾区人民法院依照《中华人民共

和国社会保险法》第四十一条第一款、《工伤保险条例》第六十二条第二款的规定，经该

院审判委员会讨论决定，判决：

一、保安公司向韦帮才、韦帮庆、韦帮渊、韦利萍、黄琼英支付医药费11287.25元、

丧葬补助金18807元、一次性工亡补助金491300元；

二、保安公司每月向黄琼英支付供养亲属抚恤金564.21元，直至黄琼英丧失供养条件

为时止。

保安公司持原审起诉意见提起上诉。广西壮族自治区来宾市中级人民法院经审理认

为：韦武华冒用韦武堂的名字到保安公司工作，单位也已以韦武堂的名字办理工伤保险。

保安公司以韦武堂的名字缴纳工伤保险费，致使工伤事故发生后，韦武华的亲属无法从社

保部门获得工伤保险赔偿。对此用人单位以劳动者假冒身份为其投保而遭受社会保险损

失，由工伤保险基金承担的工伤保险待遇部分，应由用人单位和劳动者根据过错承担责

任。保安公司提供的政审表，韦武华在个人情况和家庭成员情况处分别填写了韦武堂及韦

武堂亲属的名字，并贴上照片，来宾市公安局南泗派出所盖章且由承办人签字。韦武堂在

接受法院询问时，陈述政审表上的照片不能很确定是其本人，反正就是不能一眼看出是其

本人。公安机关作为户籍、居民身份信息的专业行政管理部门，其审查能力、严格程度应

高于保安公司。来宾市公安局南泗派出所在对政审表进行审查时都未能审查出准备入职保

安公司的是韦武华而非韦武堂，结合韦武堂对政审表上照片的陈述，可以认定保安公司已

经尽到了审查的审慎义务。韦武华作为具有完全民事行为能力人，其向用人单位保安公司

提供虚假身份证明，冒用韦武堂的名义入职，明显违反劳动合同法规定的告知义务和诚实

信用原则，导致用人单位未能正确办理社会保险事宜，进而造成发生工伤事故后本应能从

保险机构申领相关保险待遇不能实现，其自身存在严重过错，故对于该损失其应自行承担

责任。但基于韦武华与保安公司存在事实劳动关系，韦武华确因工伤事故死亡，根据公平

原则及医疗费和丧葬补助金系依附于人身损失由用人单位保安公司承担，故由保安公司向

韦帮才等人支付医药费和丧葬补助金合计30094.25元。广西壮族自治区来宾市中级人民法

院依照《中华人民共和国民法通则》第四条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十

第一款第（二）项规定，判决如下：

一、撤销来宾市兴宾区人民法院（2015）兴民初字第2290号民事判决；

二、保安公司向韦帮才、韦帮庆、韦帮渊、韦利萍、黄琼英支付医药费11287.25元、

丧葬补助金18807元，合计30094.25元。

【法官后语】

本案的难点除用人单位是否应承担责任外，还有就是冒用身份劳动者工伤保险待遇救

济路径的问题。

1.对于冒名劳动者发生工伤，用人单位已投保工伤保险情况下，还应否承担赔偿责任

的问题

实践中对此存有争议，有观点认为，尽管劳动者冒用他人身份入职，但双方已形成事

实劳动关系，劳动者也是在工作中遭受伤害，况且我国目前实行强制性工伤保险制度，因

此用人单位应承担损害赔偿责任。本案一审法院即持此观点，支持了原告的诉讼请求。而

另有观点则认为，由于劳动者冒用他人名义，使得其不是工伤保险中的被保险人，无法从

社保机构获得工伤保险赔偿，该社保损失是由劳动者冒名重大过错行为造成的，应由其自

行承担，用人单位无须承担本应由工伤保险基金支付的赔偿责任。还有的观点认为应增加

考量用人单位对冒名顶替行为的审查义务，认为用人单位以劳动者冒用身份为其投保而遭

受社保损失，用人单位和劳动者按过错承担责任。

虽然目前我国工伤保险实行无过错责任及强制性工伤社会保险制度，构成工伤的劳动

者，应依法享有工伤保险待遇，但在劳动者冒用他人名义入职的案件中，应考虑其特殊之

处。毕竟工伤保险不仅有保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的劳动者获得医疗救治和

经济补偿目的，也有分散用人单位工伤风险的作用。冒名劳动者发生工伤的，在用人单位

已经为劳动者购买了工伤保险的情况下，用人单位已经履行了相应的投保义务，造成不能

享受工伤保险待遇是由于劳动冒用他人名义入职这一重大过错行为造成的，况且该行为本

身已违反了劳动合同法规定的劳动者有如实告知义务以及诚实信用原则，故对此劳动者应

自行承担责任。否则就会出现用人单位不仅缴纳了工伤保险费，还需要承担本已经转移由

工伤保险基金支付的那部分工伤保险待遇，使得用人单位投保工伤保险没有任何意义。关

于用人单位对冒名行为是否有审查义务及审查义务的程度。由于入职材料基本上由劳动者

提供，按照法律规定劳动者本就应当如实提供材料，而用人单位并非专业的审核机关，故

不能对其课以过重的审查义务，用人单位对入职材料进行形式审查即可。在本案中，系劳

动者韦武华冒用其胞弟名义入职，用人单位保安公司已尽到了基本的审查义务，导致劳动

者不是工伤保险的被保险人，其自身存在重大过错，由此造成的社保损失应自行担责，但

基于其确因工伤死亡，对于依附于人身损失实际发生的医药费和必要的丧葬费可酌情予以

支持，且用人单位保安公司在诉讼中亦表示愿意支付部分补偿，因此，该案二审对本案进

行改判。

2.冒名劳动者工伤保险待遇救济路径问题

我国建立了工伤保险基金制度，由用人单位缴纳的工伤保险费、工伤保险基金利息和

依法纳入工伤保险基金的其他资金构成，对于已经缴纳工伤保险费的劳动者构成工伤的，

由工伤保险基金支付相应的工伤保险待遇。在用人单位以冒名劳动者的名义缴纳了工伤保

险费，工伤保险的被保险人是其他主体，与该劳动者身份不符，社保部门一般会以主体不

符为由拒付工伤保险赔偿。虽然用人单位因入职劳动者提供虚假身份信息而以他人名义办

理工伤保险，但其真实意思仍是为实际入职的劳动者进行投保，因为其与冒名者没有任何

关系，所以冒名劳动者与社保经办机构之间事实上已成立工伤保险关系。而在《工伤保险

条例》及《行政诉讼法》中规定，社会保险经办机构负责本行政区域内的工伤保险工作，

收取工伤保险费、工伤认定、核定工伤保险待遇等均属于具体行政行为，认为行政机关没

有依法支付社会保险待遇的属于行政诉讼的受案范围。因此，对于社保机构拒付工伤保险

赔偿的，冒名工伤劳动者或者其近亲属可以通过行政诉讼救济。在司法实践中，已经有不

少工伤职工或者其近亲属诉诸行政诉讼，法院据此进行审理，在查清用人单位与冒名劳动

者存在事实劳动关系，并已为劳动者缴纳工伤保险费的，社保部门应当从社保基金中支付

工伤保险待遇。

3.民事诉讼救济与行政诉讼救济之辩

冒名劳动者工伤保险待遇救济路径存在本案的民事诉讼救济与行政诉讼救济的争议，

主要是因为我国目前工伤保险赔偿来源及途径的二元化，工伤劳动者如其所在的用人单位

已经为其缴纳工伤保险费，则由工伤保险基金支付工伤保险待遇，否则由用人单位自行承

担工伤保险赔偿责任，从而导致工伤保险纠纷解决机制的二元化。因此，本案发生的问题

反映了当前的工伤保险制度存在的漏洞，对此不仅要求劳动者在入职时应当如实提供资

料，用人单位亦要审慎审查，并依法为劳动者缴纳工伤保险费，而作为社保部门更应加强

监管，依法有效监督用人单位及时且如实地为劳动者办理工伤保险，对于冒名的行为应当

予以严厉处罚，并对此采取相应补救措施，以便劳动者能够依法享有工伤保险待遇。

编写人：广西壮族自治区来宾市中级人民法院 韦霄倩

18 民事诉讼时效和劳动仲裁时效的关系界定与正确适用

——董加旺诉淄博广通化工有限责任公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2016）鲁03民终2462号民事判决书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：董加旺

被告（被上诉人）：淄博广通化工有限责任公司（以下简称广通公司）

【基本案情】

被告广通公司于1996年5月23日成立。且于1997年1月为原告董加旺颁发1996年度创业

立功先进个人称号荣誉证书。上述事实，有荣誉证书、企业信息、职工工资清册及当事人

陈述证实。其中涉及职工工资清册共四份，时间分别是1996年12月、1997年12月、1996年

7月、1997年6月。四份工资清册内容中记载的首部部分均打印为：龙泉煤矿职工工资清

册。1996年7月工资清册附封面为龙泉煤矿职工工资清册、1997年6月工资清册附封面为广

通公司职工工资清册。上述四份工资清册中均记载有原告。

原告起诉主张1994年至2000年在被告处工作，请求确认双方自1994年10月至1999年1

月存在劳动关系。被告辩称双方不存在劳动关系且原告的诉讼请求已超过仲裁时效，并主

张原告属于淄川区兴峨劳务服务中心的人员。

【案件焦点】

原、被告之间自1994年10月至1999年1月是否存在劳动关系？原告的诉讼请求是否已

超仲裁时效？

【法院裁判要旨】

山东省淄博市淄川区人民法院经审理认为：董加旺要求确认双方自1994年10月至1999

年1月存在劳动关系。广通公司辩称其诉讼请求已经超过仲裁时效。但确认劳动关系之诉

不应受诉讼时效制度的限制，故对广通公司的该辩解不予认定。董加旺主张双方自1994年

10月至1999年1月存在劳动关系并提供了两份荣誉证书予以证实。广通公司则辩称双方不

存在劳动关系。因广通公司于1996年5月23日才成立，故对董加旺要求确认1996年5月23日

之前双方存在劳动关系的主张不予认定。1997年1月落款为“淄博广通化工有限责任公

司”、内容为“授予董加旺同志一九九六年度创业立功先进个人称号”的荣誉证书及“1997年

6月广通公司职工工资清册”，这两份证据能够相互衔接，荣誉证书的颁发单位及发放工资

的用工主体均为广通公司。因此，双方自1996年5月23日起存在劳动关系。据此一审判

决：

确认原告董加旺自1996年5月23日至1999年1月与被告广通公司存在劳动关系。

董加旺持原审起诉意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审理认为：董加旺陈

述其于1999年1月下旬离开淄博矿务局龙泉煤矿，之后从事其他工作，并于2013年1月到光

正实业有限公司工作，在此期间未向公司主张权利。董加旺在1999年离开单位时应为双方

劳动争议发生之日，仲裁时效亦从此时开始计算，而其于2015年6月才提起本案仲裁，明

显已超过上述法律规定的仲裁时效。董加旺在此期间亦未向单位或相关部门主张权利，不

存在导致仲裁时效中断的情形，因此，本案应驳回董加旺的诉讼请求。确认劳动关系纠纷

属于劳动争议案件的审理范围，当然适用劳动争议案件仲裁时效的规定，一审判决以确认

劳动关系之诉不受时效限制为由认定董加旺的诉讼请求未超时效，无法律依据，依法应予

纠正。据此二审法院改判驳回董加旺的诉讼请求。

【法官后语】

本案涉及的主要问题在于劳动争议案件中对民事诉讼时效和劳动仲裁时效的正确理解

和把握。

法律意义上的时效是指法律规定的某种事实状态经过法定时间而产生一定法律后果的

法律制度。它是民事法律关系产生、变更、消灭的根据。民法中的时效通常指诉讼时效，

即民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民

法院对权利人的权利不再进行保护的制度。对此《中华人民共和国民法通则》第一百三十

五条就明确规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年，法律另有规定

的除外。”由于诉讼时效制度属于民法中的基本制度之一，2017年3月15日颁布并于2017年

10月1日起施行《中华人民共和国民法总则》将诉讼时效专设于第九章，其中该章的第一

条即全文第一百八十八条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。

法律另有规定的，依照其规定。”而法律之所以设定诉讼时效制度，其核心本质就在于督

促权利人及时行使权利，从而维护社会关系的稳定。因此，在普通民事案件中当事人的权

利无疑应受到诉讼时效的制约，即普通民事案件应当适用诉讼时效制度。

不过与其他民事案件相比，劳动争议案件则是一种特殊的民事案件。因为我国对劳动

争议案件的处理采取的是仲裁前置模式，即劳动仲裁是劳动争议诉讼的前置程序。而法律

对于劳动仲裁则规定了仲裁时效。劳动仲裁时效是指劳动者在法定期间内不行使权利即丧

失请求劳动争议仲裁机构依法保护其权利并同时承担相应的法律后果的法律制度。1995年

《中华人民共和国劳动法》第八十二条规定：“提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生

之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。”2008年《中华人民共和国劳动争

议调解仲裁法》第二十七条则规定：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期

间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”因此当事人的劳动争议依法受

到劳动仲裁时效的限制。

尽管劳动争议案件属于一种特殊的民事案件，其依法适用劳动仲裁时效，但其在进入

民事诉讼程序后应否再适用民事诉讼时效，法律未有明确规定。对此实践中也存在不同认

识。本案即如此。而要对这一问题进行正确把握，其关键就在于正确把握民事诉讼时效和

劳动仲裁时效二者的关系。从内容来看，虽然二者的法律依据和具体期间不同，但二者都

是规定关于当事人在法定期间内不行使权利即丧失请求依法保护其权利、并同时承担相应

的法律后果的法律制度，因此二者在起算和中止、中断等方面均具有共通之处。换句话

说，二者作为时效的本质是相通的。只不过民事诉讼时效是普通民事案件一般适用的时

效，其规定于民法的一般法中；而劳动仲裁时效则是一种特别时效，专门适用于劳动争议

这一特定的民事案件，规定于劳动法这一民法的特别法中。也就是说，二者实际上是“一

般与特殊”的关系。因此根据“特别法优于一般法”的法律适用基本原则，劳动争议案件应

当适用劳动法领域中的劳动仲裁时效，而不应再适用一般法的民事诉讼时效。这与劳动争

议纠纷在处理程序上的“仲裁前置”在原理上是一致的，因为一般民事纠纷根据民事诉讼法

可以直接提起民事诉讼，而劳动争议作为特殊民事纠纷则由特别法规定了仲裁前置程序，

因此劳动争议应当“先仲裁后诉讼”，而不能直接提起民事诉讼。

由此可见，对于劳动争议案件而言，其应当适用劳动仲裁时效，而无须再适用诉讼时

效。尽管劳动争议案件中的追索劳动报酬和经济补偿金等纠纷均属于债权请求权范畴，从

理论上讲也属于受诉讼时效限制的范围，但不能因此而对相关劳动争议案件直接适用诉讼

时效，毕竟在劳动法作为特别法而有特别规定的情况下应当适用劳动仲裁时效。因此在实

践中，对于劳动争议案件即使是在进入民事诉讼程序后，人民法院也应当就是否超过劳动

仲裁时效进行审查，而不应审查是否超过诉讼时效，更不能以诉讼时效而去否定劳动仲裁

时效。例如，本案一审就错误地认为确认劳动关系之诉不应受诉讼时效制度的限制，因此

对被告主张的本案已经超过仲裁时效的抗辩未予支持，这显然属于适用法律错误。而二审

对此问题进行了纠正，即认定确认劳动关系纠纷属于劳动争议案件的审理范围，故应当适

用劳动仲裁时效的规定。而本案中董加旺于1999年1月下旬离开淄博矿务局龙泉煤矿，之

后从事其他工作，并于2013年1月到光正实业有限公司工作，在此期间未向公司主张权

利。董加旺在1999年离开单位时应为双方劳动争议发生之日，仲裁时效亦从此时开始计

算，而其于2015年6月才提起本案仲裁，明显已超过法律规定的劳动仲裁时效，且董加旺

在此期间亦未向单位或相关部门主张权利，不存在导致劳动仲裁时效中断的情形。因此本

案应依法驳回董加旺的诉讼请求。二审法院对本案的认定和处理无疑是正确的。

编写人：山东省淄博市中级人民法院 荣明潇

山东省淄博市张店区人民法院 刘晓辉

19 域外劳务用工关系中我国劳动法的选择适用

——王昌宏诉中国成套设备进出口（集团）总公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终9283号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：王昌宏

被告（被上诉人）：中国成套设备进出口（集团）总公司（以下简称中成集团总公

司）

第三人（被上诉人）：COMPLANT International Sugar Industry Co.，Ltd.（中成国际

糖业股份有限公司，以下简称中成糖业公司）

【基本案情】

2006年11月29日，中成集团总公司、中成进出口股份有限公司和四川非亚实业有限公

司合资在开曼群岛设立中成糖业公司。2010年8月19日，中成集团总公司向中华人民共和

国外交部领事司出具《出国/赴港澳任务批件》，批准王昌宏前往马达加斯加执行昂比卢

贝糖联项目任务，职务为中成糖业公司财务经理。2010年9月25日，王昌宏与中成糖业公

司签订《聘用合同》。

王昌宏主张中成糖业公司系境外公司，不具有自行聘用中国员工的主体资格，《聘用

合同》不具有效力。境外的工作地点、工作内容、工资发放均由中成集团总公司安排，故

应与中成集团总公司建立劳动关系，起诉要求中成集团总公司支付劳动关系项下各项权

益，中成糖业公司承担连带责任。

中成集团总公司主张王昌宏系由中成糖业公司自行招聘并签订聘用合同的外派劳务人

员，与其不存在劳动关系。中成糖业公司具有独立的法人资格，中成集团总公司仅作为其

国内上级投资公司负责为其招聘的劳务人员代为办理相关证件。不同意王昌宏的全部诉讼

请求。

中成糖业公司认可与王昌宏签订聘用合同并外派工作，主张系境外企业，不符合我国

劳动合同法中规定的关于中国境内企业建立劳动关系的用人单位主体资格，不属于中国法

律规定的劳动关系。不同意王昌宏的全部诉讼请求。

【案件焦点】

王昌宏与中成糖业公司之间的聘用合同是否受中国劳动法保护？王昌宏是否与中成集

团总公司建立劳动关系？

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：根据我国《对外劳务合作管理条例》的规定，中

成糖业公司系境外企业，不符合法律规定的对外劳务合作经营资格。王昌宏通过中成集团

总公司派出工作，未与中成集团总公司签订书面服务合同，也违反了前述法律规定，无法

确认双方之间系服务合同关系。中成集团总公司系商务部批准的、具备向境外派遣各类技

术劳务人员资格的企业，王昌宏的出国手续系由中成集团总公司办理，工资及补贴亦由中

成集团总公司账户发放，符合劳动关系的构成要件。故确认王昌宏与中成集团总公司之间

存在劳动关系。

中成糖业公司虽不符合《中华人民共和国劳动合同法》规定的用人单位，但其与王昌

宏签订的合同明确约定了合同期限、工作地点、工作内容、待遇、双方权利义务等项，系

王昌宏本人所签，且双方按照合同内容实际履行，故该聘用合同真实有效。因已具备了劳

动合同应当具备的必要条款，明确了双方权利、义务，实现了书面劳动合同的功能，可视

为双方已订立书面劳动合同；因中成集团总公司系中成糖业公司的境内投资主体，该聘用

合同的约束力及于中成集团总公司，故中成糖业公司与中成集团总公司应共同承担该聘用

合同项下的法律义务。

北京市东城区人民法院依照《对外劳务合作管理条例》第二条、第二十三条，《中华

人民共和国劳动合同法》第三十条、第四十四条、第四十六条、第四十七条之规定，判决

如下：

一、自本判决生效之日起七日内，中国成套设备进出口（集团）总公司、中成国际糖

业股份有限公司支付王昌宏2012年1月14日至3月13日带薪休假期间工资33685元；

二、自本判决生效之日起七日内，中国成套设备进出口（集团）总公司、中成国际糖

业股份有限公司支付王昌宏2012年3月14日至2013年9月24日期间工资24445.28元；

三、自本判决生效之日起七日内，中国成套设备进出口（集团）总公司支付王昌宏终

止劳动合同经济补偿金49056元；

四、驳回王昌宏的其他诉讼请求。

王昌宏持原审意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：本案中，王昌宏

上诉要求支付其休息日及节假日加班工资、配偶补贴及支付其约定工资与实际发放工资的

差额、2010年5月工资等，因其未提供充分证据，本院不予认定；王昌宏主张未支付其

2012年1月1日至14日的工资及原审判决确定支付其休假工资数额计算有误，经本院核实，

王昌宏已领取了2012年1月1日至13日的工资，原审判决确定支付其休假工资数额计算无

误。王昌宏要求支付其仲裁及诉讼期间的待岗工资，按照其基本工资标准支付，没有事实

及法律依据，本院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

一项之规定，作出如下判决：

驳回王昌宏的上诉，维持一审判决。

【法官后语】

本案处理难点在于域外用工的中国劳动法保护，其中最根本的就是劳动关系认定。

根据法律规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规

定的除外。涉外民事关系的定性，适用法院地法律。另外根据《最高院关于适用〈涉外民

事关系法律适用法〉若干问题的解释》之规定，我们可以认为，只要是涉及劳动者权益保

护的，涉及我国社会公共利益的，可以强制适用主权管辖原则，直接适用我国劳动法。涉

外劳动关系的定性，亦可以通过我国法律来判断。这就意味着与境外企业订立的劳动合

同，可以依据我国劳动合同法来定性，从而给予劳动者以我国劳动法上的保护。

王昌宏与中成糖业公司之间签订的聘用合同明确约定了工作内容、工作地点、工作时

间、休息休假、合同期限、劳动报酬及支付方式、社会保险费缴纳、劳动条件、劳动保护

等条款，还约定了发生劳动争议时选择国内劳动仲裁部门解决或在国内法院起诉的争议解

决条款，显然具有我国劳动合同法上规定的劳动合同性质。该聘用合同在普通民事法律的

框架内，亦没有违反法律的强制性规定，是合法有效的，且可以看出双方具有明确的建立

长期、稳定的劳动关系的合意，符合我国《民法通则》关于涉外合同约定法律适用的基本

原则。

但我国《劳动法》和《劳动合同法》又明确规定了用人单位的属地管辖原则，也即一

个国家的劳动法仅仅适用于本国领土管辖范围内所建立的劳动关系。实践中域外用工中的

一部分通过《对外劳务合作管理条例》得以规制，也即以取得国家资格的对外劳务合作企

业作为中介，劳动者的权益可以通过与对外劳务合作企业之间签订劳动合同或服务合同得

到保护。本案中，王昌宏与中成糖业公司之间虽有建立劳动关系的合意，但因中成糖业公

司不具备我国劳动法上用人单位的法律特征而存在瑕疵、无法产生直接建立劳动关系的法

律效果；也并不存在中介公司。此时，我们可以寻求通过劳动关系相对方的转化实现王昌

红劳动权益的保护。

基于双方当事人建立劳动关系的本意和对双方劳动关系项下权利义务保护的法律适用

选择可以推知，王昌宏享有对该聘用合同中约定的权利义务得到中国劳动法保护的预期利

益。中成糖业公司系由经过相关部门批准的境内企业投资设立，且其投资主体中成集团总

公司具有对外劳务合作经营资质。从赴外劳务审批、工作岗位、工作内容、劳动报酬发放

形式等主要特征来看，均符合了构成劳动关系的要件，可以确认王昌宏与中成集团总公司

之间建立了劳动关系，而王昌宏与中成糖业公司之间签订的聘用合同的效力亦及于中成集

团总公司。

本案的处理方式，一方面是对当事人双方订立合同本意的尊重，符合双方的期待利

益；另一方面也弥补了在建立合意时未能遵循我国强行法的瑕疵，通过法律的选择适用最

大限度地保护了双方的合法权益，同时也为域外劳务用工关系中劳动者的劳动权益保护提

供了可行性参考。

编写人：北京市东城区人民法院 王玫

二、劳动合同履行和变更

20 单位应签而拒签无固定期限劳动合同的责任承担

——重庆博腾制药科技股份有限公司诉姚庆江劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院（2016）渝01民终5020号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：重庆博腾制药科技股份有限公司（以下简称博腾制药公司）

被告（上诉人）：姚庆江

【基本案情】

2006年8月21日，姚庆江到博腾制药公司上班，从事机修工作。

2006年8月21日，博腾制药公司与姚庆江签订《劳动合同书》，劳动合同期限为2006

年8月21日至2007年8月31日。2007年8月15日，博腾制药公司与姚庆江签订《劳动合同

书》，劳动合同期限为2007年9月1日至2009年8月31日。2009年9月4日，博腾制药公司与

姚庆江签订《劳动合同书》，劳动合同期限为2009年9月1日至2012年8月31日。2012年8月

27日，博腾制药公司再次与姚庆江签订《劳动合同书》，期限为2012年9月1日至2015年8

月31日。

2015年8月18日，博腾制药公司当面向姚庆江发出《〈劳动合同〉终止通知书》，载

明“姚庆江先生：您于2012年9月1日与我公司签订的劳动合同将于2015年8月31日期限届

满，经公司研究决定，不再与您签订劳动合同。请你于接到本通知后：（1）立即与公司

EHS部门联系（023-68980126），并在EHS的协助下于2015年8月21日前至重庆市职业病

防治院（六院）完成离职体检相关事宜，如因个人原因未按规定在规定日期内完成体检，

所造成后果由你自行承担；（2）劳动合同终止前，按照公司规定及时办理交接等相关手

续。”姚庆江当场拒绝签收。2015年9月1日，博腾制药公司通过中国工商银行向姚庆江支

付35128.9元，其中包括解除劳动合同的经济补偿30608.02元、8月工资2875元、2009年未

休年休假工资1645.88元。庭审中，博腾制药公司、姚庆江均认可姚庆江在解除劳动关系

前十二个月的月平均工资为3826元。

2015年8月31日，姚庆江向重庆市长寿区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求博

腾制药公司向其支付：1.违法解除劳动合同的赔偿金69169.68元；2.未休年休假工资

5830.40元。该委于2015年10月22日作出渝长劳人仲案字〔2015〕第320号仲裁裁决书，裁

决：一、博腾制药公司支付姚庆江违法解除劳动合同的赔偿金42085.98元；二、驳回姚庆

江的其他仲裁请求。博腾制药公司不服该仲裁裁决，遂向法院起诉要求不支付赔偿金

42085.98元。姚庆江未就该仲裁裁决向该院起诉。

【案件焦点】

用人单位依法应签而拒签无固定期限劳动合同，应承担何种法律责任？

【法院裁判要旨】

重庆市长寿区人民法院经审理认为：博腾制药公司、姚庆江连续订立固定期限劳动合

同的次数应自在《中华人民共和国劳动合同法》实施后，即2008年1月1日后续订固定期限

劳动合同时开始计算。博腾制药公司、姚庆江于2009年9月4日、2012年8月27日签订了两

次固定期限的劳动合同，且2012年8月27日签订的《劳动合同书》约定的劳动合同期限于

2015年8月31日届满。博腾制药公司于2015年8月18日当面向姚庆江送达了《〈劳动合同〉

终止通知书》，表明不再与姚庆江续签劳动合同，博腾制药公司、姚庆江之间的劳动合同

因期满于2015年8月31日终止，符合法律规定。博腾制药公司不存在违法解除该公司与姚

庆江之间的劳动合同的行为，故博腾制药公司要求不支付姚庆江违法解除劳动合同的赔偿

金42085.98元，应予支持。

重庆市长寿区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作出

如下判决：

原告重庆博腾制药科技股份有限公司不支付被告姚庆江违法解除劳动合同的赔偿金

42085.98元。

姚庆江不服提出上诉。重庆市第一中级人民法院经审理认为：虽然《中华人民共和国

劳动合同法》第四十四条第一项规定：劳动合同期满，劳动合同终止。但该规定是对合同

到期终止的一般规定。《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款第三项则是对劳动

合同到期后用人单位负有强制缔约义务的特别规定，该规定是对合同自由的限制和国家干

预，是对劳动者劳动就业权的特殊保护。本案中，即使姚庆江与博腾制药公司于2012年8

月27日签订的《劳动合同书》约定了合同期限，但因本案符合法定的用人单位应当与劳动

者续签无固定期限劳动合同的情形，故即使该劳动合同到期，博腾制药公司亦不能单方终

止与姚庆江之间的劳动关系。博腾制药公司于劳动合同到期前告知姚庆江不再与其续签劳

动合同的行为，实质上解除了劳动合同到期后双方本应存续的劳动关系，姚庆江主张博腾

制药公司违法解除劳动关系理由正当。

重庆市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

二项之规定，判决如下：

一、撤销重庆市长寿区人民法院（2015）长法民初字第07562号民事判决；

二、重庆博腾制药科技股份有限公司于本判决生效之日起10日内支付姚庆江违法解除

劳动关系经济赔偿金42085.98元。

【法官后语】

一、劳动合同期满劳动合同并不当然终止

《劳动合同法》第四十四条第一项规定：劳动合同期满的，劳动合同终止。上述规定

系一般规定，《劳动合同法》第十四条第二款则是对劳动合同期满后用人单位负有强制缔

约义务的特别规定，该规定与《劳动合同法》第四十五条中有关劳动合同期满顺延的规定

类似，是对合同自由的限制和国家干预，是对劳动者劳动就业权的特殊保护。按特别规定

优先适用的原则，劳动合同期满并不必然终止，即在满足应当续订无固定期限劳动合同的

条件时，或者存在《劳动合同法》第四十二条规定的情形时，即使先前劳动合同约定的期

限已经届满，双方的劳动关系仍应存续。

根据《劳动合同法》第十四条第二款第三项规定，劳动合同期满后，续订无固定期限

劳动合同需满足三个条件：连续订立两次固定期限劳动合同；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；劳动者提出或同意续订劳动合同，且未提出订立

固定期限劳动合同。结合本案，博腾制药公司与姚庆江连续两次签订固定期限劳动合同，

姚庆江不存在《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，在博腾

制药公司发出拒签劳动合同的通知后，姚庆江拒收该通知的行为，已足以表明其不接受博

腾制药公司关于不愿与其续订劳动合同的决定。为此，博腾制药公司应当与姚庆江签订无

固定期限劳动合同。虽然某公司与姚某于2012年8月27日签订的《劳动合同书》于2015年8

月31日期满，但双方劳动关系在劳动合同期满后仍应存续，劳动合同不应终止。

二、用人单位应签而拒签无固定期限劳动合同的责任认定

用人单位应签而拒签无固定期限劳动合同，应承担何种法律责任，实践中存有争议。

一种观点认为，用人单位应支付经济补偿金，因为违法解除劳动关系是指在劳动合同到期

前，用人单位不合法的解除行为，若用人单位不存在继续用工行为，或者本应当存续的无

固定期限劳动关系尚未发生，则违法解除劳动关系无从谈起，用人单位仅应承担劳动合同

到期终止的经济补偿责任。

另一种观点认为，用人单位应签而拒签无固定期限劳动合同的行为实质上构成违法解

除，劳动者可选择接受劳动关系解除的结果，请求用人单位支付经济赔偿金；或选择要求

继续履行劳动合同，并依据《劳动合同法》第八十二条第二款规定，主张自应当订立无固

定期限劳动合同之日起的双倍工资差额。

笔者同意后一种观点，理由有：首先，如果用人单位仅承担劳动合同到期终止的经济

补偿责任，则用人单位应签而拒签无固定期限劳动合同的不作为并未得到相应惩处，也未

体现出立法对劳动者就业权的倾斜保护，即劳动者享有的“应当签订”之权未得以主张。其

次，如上文所述，在符合法定的应当续订无固定期限劳动合同的情形时，即使先前劳动合

同约定的期限已经届满，双方的劳动关系仍应存续。在劳动合同到期前，是否续订劳动合

同以及订立何种性质劳动合同的选择权在劳动者，而非用人单位。若用人单位在劳动合同

到期前，就提前告知不与劳动者续订劳动合同，且在劳动者已明确拒绝该通知的情况下，

又坚持不与劳动者续订劳动合同，则无疑是对本应存续的劳动关系的违法终止，理应承担

违法解除劳动合同的相应责任。最后，根据《劳动合同法》第四十八条的规定，单位违法

解除或终止劳动合同的，劳动者可要求继续履行劳动合同或者要求用人单位支付经济赔偿

金。赋予劳动者主张权利的选择权，符合上述规定。本案中，博腾制药公司应签而拒签无

固定期限劳动合同，姚庆江选择主张违法解除劳动关系经济赔偿金，应予支持。

编写人：重庆市第一中级人民法院 吴学文

21 用人单位在招聘时与劳动者签订到职约定协议书能否视为双

方已订立书面劳动合同

——任丽丽诉沂源县青州连宇影楼劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2016）鲁03民终502号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：任丽丽

被告（上诉人）：沂源县青州连宇影楼（以下简称连宇影楼）

【基本案情】

2013年6月7日，任丽丽与苏菲娅、连宇影楼签订婚纱摄影到职约定协议书，苏菲娅、

连宇影楼聘用任丽丽在苏菲娅婚纱摄影担任数码设计一职，协议约定任丽丽的工作地点为

婚纱摄影店及其他临时工作场所；双方权利义务及违约责任：影楼于每月20日起核发上月

工资，活动专案结束立即发提成奖金；任丽丽入职时技能不能满足影楼需要的，影楼有义

务安排任丽丽参加职务技术培训，费用暂由影楼垫付，合同期满正常离职者，学习费用影

楼不再收取，合同未满离职者，学习费用自己支付。2013年11月7日，任丽丽又与连宇影

楼签订《青州连宇摄影新人到职约定协议书》，连宇影楼聘用任丽丽担任数码设计一职。

苏菲娅婚纱摄影的经营者为石怀伟，与连宇影楼的经营者李永莲系夫妻关系。任丽丽任职

期间填写青州连宇设计部日报表，记录每日客户姓名、设计片数及P数工作量，由店长姚

美每月签字确认工作量计算设计提成，自2014年2月改为由店长每日确认工作量，但不对

加P数与是否收取加P款进行核对，仅作为数码设计人员根据设计工作量领取设计提成的

依据。2014年2月22日，任丽丽因私自为亲友加P被连宇影楼处罚。此后，任丽丽自2014

年3月5日至5月19日共为44个客户多加P数未收款共计7010元。连宇影楼数码部员工制度

规定，顾客二次消费应标注系统，发网前及时催客人付清款项。该制度有任丽丽的签字。

任丽丽在连宇影楼从事数码设计工作至2014年5月，2014年5月29日连宇影楼与任丽丽办理

辞职交接手续。连宇影楼已为任丽丽发放2014年3月工资1390.46元，但未提交2014年4

月、5月工资发放额。连宇影楼申请仲裁要求任丽丽赔偿因加洗照片不入账造成的经济损

失27229元并支付培训费1500元。任丽丽在仲裁中提出反申请，请求连宇影楼支付其2013

年7月至2014年5月未签订劳动合同的双倍工资差额25332.22元；支付2014年3月至5月的工

资5744元及拖欠工资加付25%的经济补偿金1436元。劳动仲裁部门裁决任丽丽赔偿连宇影

楼经济损失12688元；支付连宇影楼培训费1500元；连宇影楼支付任丽丽工资4500元及经

济补偿金1125元。任丽丽不服裁决提起诉讼。关于未订立书面劳动合同的二倍工资，任丽

丽主张双方未签订书面劳动合同，连宇影楼应据此支付二倍工资；连宇影楼主张到职约定

协议书具有劳动合同的效力，故其不应再支付该二倍工资。

【案件焦点】

用人单位和劳动者未签订书面劳动合同，但用人单位在招聘时与劳动者签订了到职约

定协议书，能否据此视为双方已订立书面劳动合同并因此认定用人单位不承担未订立书面

劳动合同的双倍工资？

【法院裁判要旨】

山东省沂源县人民法院经审理认为：双方虽签有婚纱摄影到职约定协议书，但该协议

书未对任丽丽的劳动报酬、社会保险、合同期限等作出约定，不具备劳动合同的基本要素

和必备条款，故应认定连宇影楼未与任丽丽签订劳动合同。任丽丽关于连宇影楼支付未订

立书面劳动合同双倍工资的请求合法正当，予以支持。连宇影楼拖欠任丽丽工资，应当支

付，任丽丽请求加付25%的经济补偿金无法律依据，不予支持。连宇影楼关于任丽丽私自

加选不开票给其造成经济损失的主张证据不足，不予采信，其相应请求不予支持。连宇影

楼关于支付培训费的主张，双方均未提出异议，予以确认。据此一审判决：

一、连宇影楼支付任丽丽拖欠工资5744元；

二、连宇影楼支付任丽丽未订立劳动合同的双倍工资差额部分19588.22元；

三、任丽丽支付连宇影楼培训费1500元；

四、驳回任丽丽的其他诉讼请求；

五、驳回连宇影楼的其他诉讼请求。

任丽丽、连宇影楼均持原审意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审理认为：

连宇影楼在招聘时与任丽丽签订的到职约定协议书具有用人单位招聘劳动者签订劳动合同

的基本内容和必备要素，双方约定了工作内容、工作地点、工作时间、报酬发放、违约责

任、培训技能等主要权利义务事项，双方签字认可，视为双方签订了劳动合同。一审认定

该到职约定协议书不具备劳动合同的基本要素与事实不符，应予纠正。任丽丽自2014年2

月22日之后给连宇影楼造成的损失7010元应予赔偿。连宇影楼已经发放了任丽丽2014年3

月工资，对拖欠任丽丽2014年4月、5月的工资无异议，但一直未提交这两个月的工资发放

额，故采信任丽丽主张的4月工资额2178元和5月工资额1663元，共计3841元。据此二审判

决：

一、维持山东省沂源县人民法院（2014）源民初字第1265号民事判决第三项，即：

（三）任丽丽支付沂源县青州连宇影楼培训费1500元；

二、撤销山东省沂源县人民法院（2014）源民初字第1265号民事判决第二、四、五

项，即：（二）沂源县青州连宇影楼支付任丽丽未订立劳动合同双倍工资差额部分19588

元，（四）驳回任丽丽的其他诉讼请求，（五）驳回沂源县青州连宇影楼的其他诉讼请

求；

三、变更山东省沂源县人民法院（2014）源民初字第1265号民事判决第一项为：连宇

影楼支付任丽丽拖欠工资3841元；

四、任丽丽赔偿连宇影楼经济损失7010元；

五、驳回任丽丽的其他诉讼请求；

六、驳回连宇影楼的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案涉及多项问题，但其中所反映出的主要问题在于，用人单位和劳动者未签订书面

劳动合同，但用人单位在招聘劳动者时与劳动者签订了到职约定协议书，能否据此视为双

方已订立书面劳动合同并因此认定用人单位不承担未订立书面劳动合同的双倍工资？

关于这一问题，本案一、二审的认定并不一致。一审认为涉案的到职约定协议书未对

任丽丽的劳动报酬、社会保险、合同期限等作出约定，不具备劳动合同的基本要素和必备

条款，故对连宇影楼主张其应视为书面劳动合同的诉讼主张未予采纳，并认定双方未签订

书面劳动合同从而支持了任丽丽主张的未签订书面劳动合同的双倍工资。二审则认为涉案

的到职约定协议书的内容已具备劳动合同的基本内容和必备要素，视为双方已订立了书面

劳动合同，故对连宇影楼的相关主张予以支持，并据此认定其无须支付未订立书面劳动合

同的双倍工资。

笔者认为，二审法院对于这一问题的认定是正确的。这是因为，《劳动合同法》第八

十二条虽然明确规定“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”，但从该条规定的未订立书面劳动合同的

双倍工资的性质来看，其并非劳动者提供劳动而获得的对价支付，而是对用人单位违反法

律规定的一种惩戒。换句话说，这种未订立书面劳动合同的双倍工资虽然名为“工资”，但

从其实质来说并不是劳动报酬，而是一种惩罚性赔偿金。另外，法律设定未订立书面劳动

合同的双倍工资的目的在于提高书面劳动合同的签订率从而明晰劳动关系中的权利义务，

这样一方面能够切实维护劳动者的合法权益，另一方面则是当劳动者与用人单位发生劳动

争议时，书面劳动合同可以直接证实双方劳动关系的存在及权利义务关系，但无论如何都

不是让劳动者从中谋取超出劳动报酬的额外利益。因此，如果双方虽然在形式上并未签订

书面劳动合同，但如果双方在招聘和劳动合同履行过程中签订的到职约定协议书等协议能

反映双方真实意思表示，且其内容已明确包含了劳动合同应当具备的基本内容，而通过这

些内容能够确定双方的劳动权利义务关系从而明确双方存在劳动关系，则应认定此类协议

书等文件已具备了劳动合同的实质要件，实现了书面劳动合同的功能，从而视为双方已订

立了书面的劳动合同，用人单位可据此不支付未订立书面劳动合同的双倍工资。本案即如

此。本案中连宇影楼在招聘时与任丽丽签订的到职约定协议书中已经约定了工作内容、工

作地点、工作时间、报酬发放、违约责任、培训技能等主要权利义务事项，已经具有用人

单位招聘劳动者签订劳动合同的基本内容和必备要素，而且双方对此均已签字认可，系双

方真实意思表示。也就是说，该协议内容已经具备了劳动合同的实质要件，既能够明确双

方的劳动关系又固定了双方的权利义务，实现了书面劳动合同的功能，即上述协议书具有

书面劳动合同的性质，应视为连宇影楼与任丽丽订立的书面劳动合同。在此情况下连宇影

楼无须向任丽丽支付未订立书面劳动合同的双倍工资。二审据此对这一问题予以改判无疑

是正确的。

编写人：山东省淄博市中级人民法院 荣明潇

22 连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应

当订立无固定期限劳动合同

——殷和群诉北京辛普劳食品加工有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终6194号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：殷和群

被告（被上诉人）：北京辛普劳食品加工有限公司（以下简称辛普劳公司）

【基本案情】

殷和群诉称，其于1997年9月1日入职辛普劳公司，负责包装薯条工作，月均工资3675

元；辛普劳公司与其签有多份劳动合同书；辛普劳公司未按规定为其连续缴纳工作期间社

会保险，并于2015年8月20日因该公司停产，口头与其解除劳动关系。其主张1997年9月1

日至2015年7月28日期间在辛普劳公司连续工作满十年，应当订立无固定期限劳动合同。

辛普劳公司违法解除无固定期限劳动合同应当支付赔偿金。

辛普劳公司辩称，殷和群入职时间是2001年8月1日。我公司根据每年加工马铃薯的生

产季需求，与殷和群每年签订一份“以完成一定工作任务为期限”的劳动合同书，工作任务

期间一般自每年9月末新马铃薯采收到仓库起，到次年马铃薯库存加工完毕止，每份劳动

合同书到期终止前，我公司均向殷和群送达终止劳动合同通知书，并经其本人签字确认，

并自2008年起按相关规定支付殷和群终止劳动合同的经济补偿金；我公司与殷和群签订的

最后一份劳动合同书的终止时间为2015年7月28日，双方劳动关系到期自然终止，我公司

已向殷和群书面送达终止劳动合同通知书并支付相应经济补偿，且有殷和群本人签字确

认；因殷和群与我公司于2001年8月1日至2015年7月28日期间并非存在连续劳动关系，故

请求人民法院驳回原告诉讼请求。

殷和群主张1997年9月1日至2015年7月28日期间在辛普劳公司连续工作满十年，应当

订立无固定期限劳动合同。并提供2001年8月1日至2015年7月28日期间，共计十二份劳动

合同。劳动合同期间均显示自合同签订之日起至本生产季马铃薯加工任务完成为止，每份

劳动合同均有辛普劳公司盖章及殷和群签字确认。对于殷和群提交的十二份劳动合同，辛

普劳公司均认可其真实性，但是不认可证明目的，不认可双方自2001年8月1日至2015年7

月28日期间存在连续劳动关系，不认可应当订立无固定期限劳动合同。

【案件焦点】

连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应当订立无固定期限劳动合

同？

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：双方当事人对仲裁确认的劳动关系存续期间均无

意义，本院予以确认。即殷和群与北京辛普劳食品加工有限公司自2001年8月1日至2002年

4月30日、自2002年9月1日至2003年3月31日、自2003年9月1日至2004年4月30日、自2005

年9月1日至2006年5月31日、自2007年9月1日至2008年6月30日、自2008年9月1日至2010年

7月11日、2010年9月1日至2011年7月10日、2011年9月1日至2012年7月13日、2012年8月25

日至2013年8月6日、2013年9月25日至2015年7月28日期间存在劳动关系。

辛普劳公司自2008年开始在每份劳动合同到期后均向殷和群支付相关经济补偿，殷和

群再行主张违法解除劳动合同经济赔偿金，无事实与法律依据，本院不予支持。综上所

述，据此判决如下：

一、殷和群与北京辛普劳食品加工有限公司自2001年8月1日至2002年4月30日、自

2002年9月1日至2003年3月31日、自2003年9月1日至2004年4月30日、自2005年9月1日至

2006年5月31日、自2007年9月1日至2008年6月30日、自2008年9月1日至2010年7月11日、

2010年9月1日至2011年7月10日、2011年9月1日至2012年7月13日、2012年8月25日至2013

年8月6日、2013年9月25日至2015年7月28日期间存在劳动关系；

二、驳回殷和群的其他诉讼请求。

殷和群持原审起诉意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：辛普劳公司

主张自2008年开始在每份劳动合同到期后均向殷和群支付了经济补偿，并就此提交终止劳

动合同通知书及签字回执、银行对账单、经济补偿金支付情况表、离职协议等证据予以证

实。辛普劳公司有证据证明自2008年开始在每份劳动合同到期后均向殷和群支付了经济补

偿，殷和群现上诉要求辛普劳公司支付违法解除劳动合同赔偿金，缺乏依据，法院不予支

持。原审法院采用简易程序审理本案符合法律规定，殷和群主张原审法院程序违法，缺乏

依据，法院不予采信。综上，原审法院所作判决并无不当，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）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的处理重点主要在于连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应

当订立无固定期限劳动合同。殷和群诉请依据是《劳动合同法》第十四条，该条第二款规

定：“……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：（一）劳动者在该用人单位连

续工作满十年的……（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。”

1.《劳动合同法》与《劳动法》中关于订立无固定期限劳动合同的规定

我国无固定期限劳动合同订立条件最早出现在《劳动法》第二十条规定中。该法第二

十条规定：“劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。

劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动

者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订无固定期限劳动合同。”《劳动合同法》第十

四条是在《劳动法》第二十条基础上更加翔实的规制，将“劳动者提出订立无固定期限劳

动合同”更改为“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”。拓展了无固定期限劳动合同的签订条件，赋予了劳动者签订合同的选择权。

2.以完成一定工作任务为期限的劳动合同类型是否符合《劳动合同法》第十四条的规

定要件

《劳动合同法》第十五条第一款规定：“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的完成为合同期限的劳动合同。”第十二条规定：“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。”由此可见这三种劳动合同是并列关系，不存在包含关系，是劳动合同的不同种

类。以完成一定工作任务为期限的劳动合同是《劳动合同法》规定的独立于固定期限劳动

合同和无固定期限劳动合同之外的合同类型。连续签订两次以完成一定工作任务为期限的

劳动合同并不属于《劳动合同法》第十四条规定的二次固定期限劳动合同的情形。但是，

第十四条同时规定：有下列情形之一的，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。按照字面含义，只

要劳动者在续订、订立劳动合同时，劳动者提出订立无固定期限劳动合同或者提出订立以

完成一定工作任务为期限的劳动合同均可以满足第十四条规定的要求。故本案中殷和群与

辛普劳公司签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同符合《劳动合同法》第十四条第二

项规定中的劳动合同类型要件。

3.殷和群是否工作满十年

《劳动合同法》第十四条第二款第一项规定：“……有下列情形之一的，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：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的。”

经查，殷和群入职时间应为2001年8月1日，离职时间应为2015年7月28日。《劳动合

同法》第九十八条规定，本法自2008年1月1日起施行。2008年1月1日至2015年7月28日不

足10年。而《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第九条规定：“劳动合同法第十四条

第二款规定的连续工作满10年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括劳动合

同法施行前的工作年限。”据此，本案中殷和群入职时间为2001年8月1日，离职时间为

2015年7月28日，满足劳动关系存续满足十年的要求。

4.殷和群是否属于连续工作？如何理解第十四条中连续的含义

本案中，订立的以完成一定工作任务为期限的劳动合同实际上是一种季节性用工的劳

动合同。辛普劳公司主张，其依照每年加工马铃薯生产季需求，与殷和群每年签订一份劳

动合同书，工作任务期间一般自每年9月末起至次年马铃薯库存加工完毕时止。这种签订

劳动合同的方式看似并不连续，中间间隔数月。而考虑到这类季节用工的工作规律，这种

签订又是每年连续的。但是法律中并没有明确间断多长时间算作不连续，故，审判实务中

就“连续”的含义出现以下三种观点：

第一种观点认为，“连续”工作应当理解为劳动者在同一用人单位连续地、不间断地工

作，即使间断1天也不能称之为连续。其理论依据是《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共

和国劳动法〉若干问题的意见》第二十二条规定，劳动法第二十条中的“在同一用人单位

连续工作满十年以上”是指劳动者与同一用人单位签订的劳动合同的期限不间断达到十

年。即“连续工作满十年”应当理解为劳动者在同一用人单位连续地、不间断地工作满10年

以上。

第二种观点认为，“连续”工作以用人单位与劳动者解除或者终止劳动合同在15日内重

新建立劳动关系的，劳动者在本单位的工作年限应当连续计算。其理由是，《劳动合同

法》第五十条第一款规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止

劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”在用人单

位无过错的前提下，基于劳动者本人意愿解除或终止劳动合同，双方都不会提起劳动争议

主张，同时，劳动者的档案和社会保险关系已经转移，劳动者的身份也从本单位人转换为

其他单位人或社会人。即使15日之后重新入职原用人单位，原用人单位有理由不视为连续

工龄，否则，劳动者的频繁解除劳动合同的行为将导致用人单位管理的混乱和成本的大幅

上升。

第三种观点认为，“连续”工作应当理解为用人单位与劳动者解除或者终止劳动合同，

在1个月内重新建立劳动关系的，劳动者在本单位的工作年限应当连续计算。其理由是，

劳动关系存续的主要体现是劳动者为用人单位提供劳动，获取劳动报酬和缴纳社会保险，

而《劳动合同法》 《社会保险法》等法律法规规定工资支付最长周期和社会保险缴纳周

期为1个月，超过1个月，因双方劳动关系和社保关系都已经不复存在，用人单位和劳动者

之间的管理和被管理义务也随之丧失。因此，将1个月作为是否“连续”的界限暗合了立法

精神。如果超过1个月，在用人单位管理缺位的状态下仍作为“连续”对待是强加于用人单

位不切实际的责任，也是对劳动者的过度保护。

笔者认为，以上观点虽有一定道理，但以固定的除斥期间作为划分是否连续工作的界

限，具有狭隘和片面之处，不能很好地体现立法本意。工龄是否连续，应当以涉及劳资双

方之间的劳动关系、工资关系、社会保险关系、档案管理关系等综合考虑其是否彻底中

断。同时，还要考虑解除劳动关系的原因，平衡责任分配。根据以上理由，笔者主张，可

以按照15日和1个月作为判断是否连续的两个标准：在用人单位无过错的前提下由劳动者

主动提出解除或终止劳动合同时，以15日作为是否连续的标准；由用人单位主动提出解除

或终止劳动合同、劳动者被迫解除劳动合同等情形下，以1个月作为是否连续的标准。

因此，本案殷和群并非连续不断地工作满十年，不符合《劳动合同法》第十四条第二

款第一种情形之规定。殷和群与辛普劳公司之间无须订立无固定期限劳动合同。本案劳动

合同属于工作完成到期终止，并非违法解除劳动合同。本案法官正式考虑到此，驳回了殷

和群诉请辛普劳公司支付违法解除无固定期限劳动合同赔偿金的请求。

编写人：北京市丰台区人民法院 刘钟泽

23 违法解除情形下“继续履行” 的裁判问题

——奇弩（北京）科技有限公司诉刘福军劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初14897号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：奇弩（北京）科技有限公司（以下简称奇弩公司）

被告：刘福军

【基本案情】

2015年6月15日，刘福军入职奇弩公司，任“机器人”硬件部门研发负责人。双方劳动

合同期限至2017年6月14日。2015年12月22日，奇弩公司以刘福军“无法完成工作内容，与

领导发生冲突，浏览无关网页”等为由，口头解除双方劳动关系。

现刘福军主张奇弩公司违法解除劳动关系，要求继续履行劳动合同；奇弩公司则主张

双方无继续履行劳动合同的可能。

经查，据双方均无异议的微信记录、录音材料等证据：

1.2015年12月22日下午离职谈话过程中，刘福军自述“孙天齐（公司法定代表人及投

资人）必须出来对质。我们信任上出了问题……我就是针对孙天齐……”当晚，刘福军在

微信朋友圈发文“请远离狼心狗肺的创业者！”并配文公开电路图照片12张、电路板实物照

片6张。

2.2015年12月31日凌晨，刘福军在奇弩公司微信群留言“孙天齐，人在做天在看，机

关算尽遭天谴”等内容。

3.2016年5月，仲裁裁决双方继续履行劳动合同后，刘福军返岗要求工作。当日双方

发生激烈的言语冲突，“刘福军：你动什么手？员工：你推我进来的。是想来打架啊。刘

福军：谁要打架？员工：那么凶干吗？……刘福军：好，好，打架是吧！这不是打架的地

方，告诉你！员工：跑这儿吓唬人来了……员工：来几个人把他弄出去。刘福军：如果你

们对我进行非法肢体侵犯，我就报警！……刘福军：我还是这公司的员工，我有人身自

由，你不要动手动脚。员工：那我报警了……刘福军：你们怎么玩的我啊。你们一而再、

再而三地老玩人……”

本案审理过程中，经释明相关法律规定，刘福军坚持要求继续履行劳动合同。

【案件焦点】

用人单位违法解除劳动关系，劳动者要求继续履行劳动合同，法院能否适用《劳动合

同法》第四十八条“劳动合同已经不能继续履行”，判决双方无须继续履行劳动合同。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：对于解除决定的合法性问题。从事实理由方面，

奇弩科技公司以“无法完成工作内容，与领导发生冲突，浏览无关网页”三点原因解除双方

之间劳动合同关系，但其公司所述三点解除理由均缺乏必要的有效证据支持；从程序方

面，奇弩科技公司系2015年12月22日谈话过程中口头解除双方劳动合同关系，且未向刘福

军出具书面文件，未对解除事由进行说明并出示依据，故奇弩科技公司在解除程序方面亦

有违法律规定。综上，奇弩科技公司确系违法解除双方劳动合同关系。

对于继续履行问题。虽刘福军作为劳动者有权选择要求继续劳动合同，但考虑到：其

一，刘福军2015年6月15日入职奇弩公司，在职工作6个月后，双方即发生本案所涉争议。

结合录音等证据材料，法院认为，刘福军与奇弩公司间的确存在较大矛盾冲突；双方间矛

盾冲突并未因时间的自然流逝或仲裁阶段的彼此沟通而有所消减，对比两份录音中的谈话

内容，双方之间矛盾在一定程度上甚至有加剧的可能。其二，刘福军为硬件研发主要责任

人员，其与奇弩公司法定代表人及投资人孙天齐间缺乏基本的互信关系及沟通可能性。在

此情况下，如判决双方劳动关系存续，则一方面劳动关系双方缺乏互信基础及合作意愿，

另一方面则可能导致双方矛盾进一步加剧，双方矛盾存在升级为肢体冲突、危及人身安全

的可能性。故综合以上情况，本院对刘福军要求继续履行双方间劳动合同的主张不予支

持。刘福军可依法另行要求奇弩公司依法支付违法解除赔偿金。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、《最高人民

法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条，作出如下判决：

确认奇弩公司与刘福军间劳动合同关系于2015年12月22日解除（违法解除），双方无

须继续履行劳动合同。

判决作出后，双方均未上诉。

【法官后语】

本案焦点为：违法解除情形下“继续履行”的裁判问题。

依据《劳动合同法》第四十八条之规定，用人单位违法解除或终止劳动合同，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，用人单位应当依法支付赔偿金。

在长期的司法实践中，对“继续履行”问题存在两种观点：

观点一：是否继续履行劳动关系，应尊重劳动者的选择。

观点二：是否继续履行劳动关系，除尊重劳动者的选择权外，亦应审查双方间劳动合

同能否继续履行。例如，劳动者有无入职新用人单位、原岗位有无招录新员工，原岗位或

部门有无裁撤等。

笔者较为赞同第二种观点。但同时，笔者亦认为，对于《劳动合同法》第四十八

条“劳动合同已经不能继续履行”的认定，除考虑上述客观“无法履行”情形外，亦应考虑双

方间是否丧失基本信任等主观情况。

以本案为例，笔者在裁判该案件过程中，即基于以下考量，认定双方间丧失基本的互

信基础，以致劳动合同难以继续履行：1.在职期间短且刘福军的岗位要求双方间确有互信

合作的必要。刘福军在职六个月，双方在短期内难以形成深厚的信任关系。而刘福军作为

硬件研发负责人，其与公司管理层及投资人间是否互信协作将直接关系到公司整体的研发

成败。2.双方间矛盾激烈且未见互谅可能。结合录音证据等，刘福军与奇弩公司间的矛盾

冲突并未因时间的自然流逝或仲裁审理程序而消减，双方矛盾甚至有激化的可能。3.劳动

者的个人意愿。虽刘福军要求“继续履行”，但其确曾表示“远离创业者”。

总体而言，笔者认为，虽劳动法律法规致力于保护劳动者的合法权益，但亦以建立和

维护和谐劳动关系为价值追求。劳动关系兼具财产属性及人身隶属性，劳动关系的履行

以“特定劳动者的劳动”为基础，并无替代之可能，因此，劳动关系的履行及维护在相当程

度上依赖于劳资双方的主体意愿。综上，对于违法解除情形下的“继续履行”问题，建议：

1.“劳动合同能否继续履行”的司法审查应以用人单位明确主张双方无法继续履行劳动

关系为前提。

2.在对“劳动合同能否继续履行”进行审查时，应从主、客观两方面着手，个案分析、

综合评定。一方面，对于劳动者有无入职新用人单位、有无到达法定退休年龄，原岗位或

部门有无招录新员工、有无裁撤等客观要件进行考量。另一方面，结合劳动者入职时间长

短（如试用期内员工），原岗位是否要求劳资双方间必须具备一定的互信基础（如高管、

财务、人事、法务等特殊职业岗位），劳动者有无法定特殊情形（如临近退休、工

伤、“三期”等）的多方面因素，对双方间有无继续履行劳动合同关系的主观可能性进行判

断。进而，在双方确无“继续履行”可能的情况下，依法裁判，以避免强制性的维持劳动关

系给劳动者和用人单位造成二次伤害。

编写人：北京市海淀区人民法院 蔡笑

24 劳动合同无法继续履行之判定标准

——北京恒信嘉业物业管理有限公司诉王可东劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01民终字7321号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：北京恒信嘉业物业管理有限公司（以下简称恒信嘉业公司）

被告（上诉人）：王可东

【基本案情】

王可东于2015年7月1日入职恒信嘉业公司，职务为法务，双方签订期限自当日起至

2017年4月23日止的劳动合同。2016年5月25日，恒信嘉业公司以王可东不服从工作安排，

工作态度不端正，推三阻四找理由为由解除双方劳动关系。双方均认可王可东在职期间公

司只有其一名法务，其工作职责包括代表恒信嘉业公司出庭参加诉讼。王可东主张恒信嘉

业公司系违法解除劳动合同，故要求双方继续履行原劳动合同；恒信嘉业公司则称该公司

只有一名法务，与王可东解除劳动关系后，该公司已经另行招聘法务人员，即本案中代表

该公司出庭的委托诉讼代理人，双方劳动合同已无继续履行的基础和可能，故不同意继续

履行劳动合同。

【案件焦点】

恒信嘉业公司是否违法解除与王可东的劳动合同？如果是，双方劳动合同是否还有继

续履行的可能和基础？

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：恒信嘉业公司未充分举证证明该公司解除与王可

东劳动关系的事实依据，该公司属于违法解除劳动合同行为。本案中，王可东自述其在职

期间公司只有其一个人作为法务，而恒信嘉业公司解除双方劳动关系后，已经聘用了本案

中该公司一方的委托诉讼代理人崔树某为该公司法务，王可东的原工作岗位已被崔树某接

任，故王可东要求继续回恒信嘉业公司担任法务岗位工作的事实基础已不存在。另外，双

方已有数个劳动争议案件，矛盾较为激烈，劳动合同继续履行基础较弱。再者，王可东担

任法务期间除处理日常法律事务外，还需作为委托诉讼代理人处理诉讼案件，故法务作为

委托诉讼代理人在法庭上的陈述与恒信嘉业公司的利益密切相关，要求双方有较高的信任

度。鉴于以上情况，法院认为王可东与恒信嘉业公司之间的劳动合同已无继续履行的基础

和可能。经法院释明，王可东坚持继续履行原劳动合同，恢复法务岗位工作，不接受恒信

嘉业公司支付违法解除劳动关系赔偿金。综上，法院依法确认双方劳动关系于2016年5月

25日解除，无需继续履行劳动合同。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定，作出

如下判决：

一、确认北京恒信嘉业物业管理有限公司与王可东之间的劳动关系于2016年5月25日

解除，双方无需继续履行原劳动合同；

二、确认北京恒信嘉业物业管理有限公司无需向王可东支付2016年5月25日至2016年5

月31日期间工资2206.89元。

王可东持原审答辩意见提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：双方对一审

法院认定的恒信嘉业公司违法与王可东解除劳动合同一节均不持异议，二审法院予以确

认。

二审法院认为在法务岗位已经由他人接替、双方矛盾较为激烈、法务岗位工作需要用

人单位对此岗位人员高度信任的情况下，一审法院关于王可东与恒信嘉业公司之间的劳动

合同已无继续履行之可能，进而确认双方劳动关系于2016年5月25日解除的认定并无不

当。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

一项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对用人单位违法解除劳动合同后，原劳动合同是否能够继续履

行的标准判断。根据我国《劳动合同法》第四十八条之规定，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。一般而言，劳动合同系劳动者与用人单位双方合意的结果，劳动合

同的履行及变更均应基于双方的意思表示，但是考虑到劳动者在诉讼中的相对弱势地位，

减少了用人单位解除与劳动者劳动合同的随意性，《劳动合同法》针对用人单位违法解除

劳动合同这一行为作出上述规定，赋予劳动者主张违法解除赔偿金或继续履行劳动合同的

选择权。然而在司法实践中，越来越多的劳动者，尤其是岗位性质较为特殊、月工资标准

较高的劳动者，如人事、财务、法务人员或者高管，在用人单位违法解除劳动合同后，倾

向于选择继续履行劳动合同，而非要求用人单位支付违法解除赔偿金。通常情况下，用人

的抗辩则是双方矛盾激烈、原岗位已被他人替代，双方劳动合同再无继续履行的基础和可

能。

笔者认为，人民法院在类似的案件审理中，不应机械解读上述法律条文规定，而应当

对何种情况属于《劳动合同法》第四十八条所规定的“劳动合同已经不能继续履行”的情形

作出判断和认定，除应当审查用人单位是否仍具备用人单位主体资格，劳动者是否仍未达

到法定退休年龄等劳动关系主体要件之外，还应重点审查继续履行劳动合同的客观基础和

主观基础是否仍存在。其中，客观基础主要包括：相关业务是否仍存在；涉诉岗位是否仍

存在而未被用人单位撤销；涉诉岗位是否具备唯一性和不可替代性；劳动者在劳动合同解

除后是否已经入职新单位。主观基础主要包括：劳资双方矛盾激烈到何种程度；双方维系

劳动关系的信任基础是否已经丧失；继续履行原劳动合同是否导致劳资双方利益严重失

衡；用人单位与劳动者矛盾过于激烈，继续履行劳动合同可能危及人身安全，等等。

另外，对于用人单位在试用期以劳动者不符合录用条件为由解除劳动关系，劳动者主

张系违法解除劳动进而要求继续履行劳动合同的，对于双方劳动合同是否能够继续履行应

当适用更为严格的审查规则。试用期本就是用人单位和劳动者双方的考察期，用人单位在

试用期内对劳动者的工作能力、工作表现、岗位匹配程度等多方面因素进行考察，进而决

定是否与劳动者建立长期的劳动关系；劳动者也可在试用期内对公司的经营状况、与自身

职业规划是否匹配、经营理念及企业文化是否契合等方面进行考察，从而决定是否长期为

该公司提供劳动并获得劳动报酬。因此，在试用期即产生争议并丧失信任基础的情况下，

原劳动合同的目的难以实现，应当以确认用人单位违法解除、双方无须继续履行劳动合同

为宜，劳动者可就此再行向用人单位主张违法解除赔偿金。

编写人：北京市海淀区人民法院 张慧敏

25 在一方当事人不同意的前提下能否继续履行劳动合同

——付艳霞诉北京市丰台区妇幼保健院劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院（2016）京0106民初4230号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：付艳霞

被告：北京市丰台区妇幼保健院（以下简称丰台妇幼保健院）

【基本案情】

付艳霞于2015年2月2日入职丰台妇幼保健院，任综合内科主任医师。2015年7月9日，

付艳霞与丰台妇幼保健院签订了劳动合同，但未约定合同期限。2015年9月6日，付艳霞与

患者因就诊发生纠纷，2015年9月15日，丰台妇幼保健院以付艳霞在职期间引起患者投诉

三次以上，且其遭到投诉原因系开具药物不合理或造成了患者延误治疗的情形为由，根据

其单位《关于进一步加强药品管理、合理用药的通知》（丰妇幼〔2015〕2号）之规定，

口头通知与付艳霞要求其于2015年9月18日到单位办理离职手续。此后，付艳霞未到单位

上班。2015年10月23日，丰台妇幼保健院再次以快递形式书面通知付艳霞解除劳动合同，

但付艳霞拒收该快递。付艳霞主张其于2015年12月4日才收到书面解除劳动关系通知书，

此前双方应始终存在劳动关系，且作为解除依据的《关于进一步加强药品管理、合理用药

的通知》（丰妇幼〔2015〕2号）制定程序不合法，不具有法律效力。故其要求继续履行

与丰台妇幼保健院的劳动合同，并支付劳动关系存续期间的工资。丰台妇幼保健院对此不

予认可，主张因付艳霞服务态度恶劣导致患者心梗突发而紧急手术的后果，经单位多次沟

通警示之后原告仍一意孤行，我单位才根据医院的管理作出对原告解除劳动合同的决定，

故不同意继续履行劳动合同。

【案件焦点】

在一方当事人不同意解除劳动合同的前提下能否继续履行劳动合同。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：丰台妇幼保健院主张其与付艳霞签订了起止日期

为2015年2月2日至2016年2月1日的一年期劳动合同，约定试用期至2015年5月1日止、月工

资标准按照聘用人员薪酬待遇规定执行，但根据法大法庭科学技术鉴定研究所出具的司法

鉴定意见书显示，该份劳动合同书第1—3页与第4—8页非一次性打印形成，且付艳霞对该

份劳动合同书的第1—3页亦不予认可。鉴于此，本院对丰台妇幼保健院提交的劳动合同书

不予采信，对付艳霞主张双方未约定劳动合同期限的事实予以采信。

付艳霞主张丰台妇幼保健院依据投诉情况及单位文件与其解除劳动合同系违法行为，

丰台妇幼保健院提出因付艳霞在职期间引起患者投诉三次以上且其遭到投诉原因系开具药

物不合理或造成了患者延误治疗的情形而依法与付艳霞解除劳动合同，但丰台妇幼保健院

所提交的证据不足以证明其上述主张，付艳霞对此亦不予认可，故丰台妇幼保健院据此与

付艳霞解除劳动合同的行为显属不当，应属于违法解除劳动合同。依据《中华人民共和国

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”之规定，在

丰台妇幼保健院解除劳动合同行为系违法解除的情形下，付艳霞要求丰台妇幼保健院继续

履行劳动合同。本院认为，医生作为特殊的职业，负有救死扶伤、维护公共安全的义务，

亦要求医生与医疗机构之间存在高度的信任基础，但经法院调解，双方之间业已丧失信任

的基础，无法达成一致意见，且该义务性质亦不宜强制履行，故对付艳霞要求继续履行劳

动合同的诉讼请求，法院难以支持。付艳霞可另行主张要求丰台妇幼保健院支付违法解除

劳动合同赔偿金。

【法官后语】

本案争议焦点为劳动合同能否继续履行的问题。本案中，因丰台妇幼保健院无法证明

付艳霞在职期间存在引起患者投诉三次以上且其遭到投诉原因系开具药物不合理或造成了

患者延误治疗的情形，故其与付艳霞解除劳动合同行为系违法解除。根据《劳动合同法》

规定，用人单位违法解除或终止劳动关系的，劳动者要求继续履行劳动合同，一般应予支

持。若确实无法履行的，应做好释明工作，告知劳动者将要求继续履行劳动合同的请求变

更为要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金等请求。如经充分释明，劳动者仍坚持要

求继续履行劳动合同的，应尊重劳动者的诉权，驳回劳动者的请求，告知其可另行向用人

单位主张违法解除劳动合同赔偿金等。如经释明后，劳动者的请求变更为要求用人单位支

付违法解除劳动合同赔偿金等的，应当继续处理。那么，何种情形属于“劳动合同确实无

法继续履行”？根据《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳

动争议案件法律适用问题的解答》的规定，主要包括以下情形：1.用人单位被依法宣告破

产、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；2.劳动者在仲裁或

者诉讼过程中达到法定退休年龄的；3.劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在

《劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；4.劳动者原岗位对用

人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性，且劳动者原岗位已被他人替代，

双方不能就新岗位达成一致意见的；5.劳动者已入职新单位的；6.仲裁或诉讼过程中，用

人单位向劳动者送达复工通知，要求劳动者继续工作，但劳动者拒绝的；7.其他明显不具

备继续履行劳动合同条件的。

实践中，劳动合同能否继续履行是一个主客观相结合的问题，需要综合考量。一方面

应在积极调解的基础上充分确定双方继续履行的合作意愿，另一方面还要考虑岗位是否已

撤销、是否已有他人替代等因素。此外，还应注意的是，考虑到“继续履行合同”执行难度

大，双方争执至此，用人单位往往处于优势、管理地位，强行判决用人单位继续履行合同

对于双方争议并无实际意义。结合本案情况，医生作为特殊职业，负有救死扶伤、维护公

共安全的义务，亦要求医生与医疗机构之间存在高度的信任基础，但经法院调解，双方之

间业已丧失信任的基础，无法达成一致意见，且该义务性质亦不宜强制履行，故对付艳霞

要求继续履行劳动合同的诉讼请求，法院难以支持。

编写人：北京市丰台区人民法院 潘磊

26 “劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工

作” 情形中关联企业的正确认定

——胡亮诉山东坤基生物科技有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2016）鲁03民终3141号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：胡亮

被告（被上诉人）：山东坤基生物科技有限公司（以下简称坤基公司）

【基本案情】

2016年4月5日，胡亮与坤基公司签订劳动合同。坤基公司为胡亮缴纳2016年4月社会

保险，保险基数为2623元。坤基公司未为胡亮发放工资。2016年4月27日，坤基公司以违

反劳动纪律为由，违法与胡亮解除劳动关系。2016年5月13日，胡亮以坤基公司未按规定

支付工资、带薪年休假工资、赔偿金等为由申请劳动仲裁。劳动仲裁部门裁决后，胡亮不

服提起诉讼，主张其于2012年5月与山东盟诚电气有限公司（以下简称盟诚公司）签订劳

动合同，2014年8月，盟诚公司通过其子公司山东盟诚节能新材料有限公司（以下简称盟

诚新材料）设立淄博德生农业科技有限公司，后更名为山东农邦邦农业科技有限公司（以

下简称农邦邦公司），其被调入农邦邦公司厂区工作，工资待遇仍由盟诚新材料发放，

2015年5月，盟诚新材料以方便管理为由，要求与农邦邦公司签订劳动合同，2016年4月，

农邦邦公司要求胡亮与坤基公司签订了劳动合同。为此胡亮提交工商登记、工作证、人事

调动表、QQ群聊天记录、办公固定资产交接表，证明盟诚公司与农邦邦公司、农邦邦公

司与坤基公司之间为关联公司。坤基公司则主张盟诚公司、农邦邦公司及坤基公司均具有

独立的法人资格，不存在关联关系。胡亮提交电话录音、值班通知照片、解除劳动合同证

明书，证明不是其无故旷工，而是未经同意变更劳动地点、工作时间，强制要求加班，导

致无法正常工作，属于违法解除劳动合同。坤基公司对电话录音、值班通知照片证明的内

容不予认可。

【案件焦点】

坤基公司、盟诚公司、农邦邦公司是否构成关联企业？胡亮主张的解除劳动合同赔偿

金应如何正确认定？

【法院裁判要旨】

山东省桓台县人民法院经审理认为：胡亮在坤基公司工作不到一个月，未发放工资，

应以2016年4月为缴纳社会保险的基数2623元作为月工资收入。故坤基公司应向胡亮支付

工资2412元（2623.00÷21.75天×20天）。坤基公司无证据证明胡亮严重违反单位规章制

度，违法与胡亮解除劳动合同，应支付赔偿金。胡亮提交的证据不能证明盟诚公司、农邦

邦公司、坤基公司之间存在关联关系，故胡亮的赔偿金按半个月的双倍计算应为2623元

（2623元×0.5个月×2倍）。胡亮自2016年4月5日至4月27日共加班3天，加班费为724元

（2623.00÷21.75天×3天×200%）。据此一审判决：

坤基公司支付胡亮工资2412元、赔偿金2623元、加班费724元并为胡亮办理档案和社

会保险关系转移手续。

胡亮持原审起诉意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审理认为：胡亮提供的

张海立的谈话录音载明，胡亮在与坤基公司签订劳动合同之前即已接受张海立的管理，胡

亮到坤基公司是被委派。一审法院要求坤基公司通知张海立到庭质证，坤基公司明确予以

拒绝，应当承担相应不利的法律后果。从坤基公司、盟诚公司、农邦邦公司等公司的名

称、股权及股东变更工商登记材料来看，虽然公司之间不存在绝对的隶属和控股关系，但

存在一定的关联关系。结合胡亮提交的其他证据，可以认定符合《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（四）》第五条第二款规定的情况，原用人单位未

支付胡亮经济补偿，在支付赔偿金时应当合并计算工作年限，从2012年5月至2016年4月。

赔偿金应为20984元（2623元×4个月×2倍）。据此，二审在对其他项目予以维持的同时改

判坤基公司支付胡亮赔偿金20984元。

【法官后语】

本案涉及的主要问题在于，劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工

作的，解除劳动合同时用人单位应支付的经济补偿金应如何正确认定。具体则涉及对关联

企业的正确认定问题。

本案中所出现的劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位的情形在实践

中较为常见，劳动者的工作年限是劳动者享受本单位职工福利、计算用人单位解除劳动合

同时应当给劳动者发放的经济补偿金数额的重要依据，为有效防止用人单位在《劳动合同

法》实施后利用变换用工主体规避支付经济补偿金、签订无固定期限劳动合同的法定义

务，切实保护劳动者合法权益，《劳动合同法实施条例》第十条及《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（四）》（以下简称《解释（四）》）第五条第

一款明确规定了在劳动者“非因本人原因”产生用人单位变动情形的，在计算支付经济补偿

金或赔偿金的工作年限时，劳动者在原用人单位的工作年限应合并计算为新用人单位的工

作年限。另外，因司法实践中对于如何认定“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到

新用人单位工作”争议较大，《解释（四）》第五条第二款在总结实践中的各类情形的基

础上，对此也作出了相对明确的规定：“用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于‘劳

动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作’：……（四）用人单位及其关

联企业与劳动者轮流订立劳动合同；（五）其他合理情形。”不过其中的第四种情形中所

称的“关联企业”，现行的劳动法律法规中对其概念尚无明确的界定，司法实践中在认定上

存有一定的争议。本案即如此。本案中，一审法院认为盟诚公司、农邦邦公司、坤基公司

之间不存在关联关系，而二审法院则认定上述公司构成关联企业，故在本案中适用《解释

（四）》第五条第二款第四项的规定合并计算工作年限而计算赔偿金。由此可见，在本案

中这种劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的情形下要想正确认定

解除劳动合同经济补偿金，其关键问题就在于对“关联企业”的正确认定。

关于这一问题，1998年5月20日发布的《关联企业业务往来税务管理规程（试行）》

第四条对“关联企业”给出的界定标准为：（一）相互间直接或间接持有其中一方的股份总

和达到25%或以上的；（二）直接或间接同为第三者所拥有或控制股份达到25%或以上

的；（三）企业与另一企业之间借贷资金占企业自有资金50%或以上，或企业借贷资金总

额的10%是由另一企业担保的；（四）企业的董事或经理等高级管理人员一半以上或有一

名常务董事是由另一企业所委派的；（五）企业的生产经营活动必须由另一企业提供的特

许权利（包括工业产权、专有技术等）才能正常进行的；（六）企业生产经营购进原材

料、零配件等（包括价格及交易条件等）是由另一企业所控制或供应的；（七）企业生产

的产品或商品的销售（包括价格级交易条件等）是由另一企业所控制；（八）对企业生产

经营、交易具有实际控制的其他利益上相关联的关系，包括家庭、亲属关系。同时《中华

人民共和国税收征收管理法实施细则》第五十一条将“关联企业”界定为有下列关系之一的

公司、企业和其他经济组织：1.在资金、经营、购销等方面，存在直接或者间接的拥有或

者控制关系；2.直接或者间接地同为第三者所拥有或者控制；3.在利益上具有相关联的其

他关系。依据上述规定，结合审判实践，人民法院对于“关联企业”的认定具体应当从以下

几方面加以把握：

一是业务关联。业务关联是指公司与股东或其他公司之间的经营业务、经营行为、交

易方式、价格确定等持续关联，简而言之就是从事同一业务。外界无法分清其交易的对象

到底是哪个公司，故对于外界交易的相对方来讲，业务关联亦称为主体关联。

二是人事关联。人事关联是指公司的股东和高级管理人员等与其他公司的同类人员相

互交叉。公司作为拟制法律主体，其意志通过公司的股东和高级管理人员表达。如果公司

的上述人员与其他公司的同类人员相同，各公司之间尽管形式上独立，但实质上互为一

体。其主要表现在：公司之间董事相互兼任；高级管理人员统一调配和任命；公司与股东

或多个不同公司的董事、经理完全一致，甚至雇员也完全一致，即“一套人马，多块牌

子”。

三是财产关联。财产关联是指公司的财产不能与其他公司的财产进行明确的区分。公

司财产与其他公司财产的分离是公司人格独立的基础。只有以财产分离为前提，公司才能

拥有自己独立的财产并以此独立承担债务。

具体到本案中，胡亮提供的张海立的谈话录音载明胡亮在与坤基公司签订劳动合同之

前即已接受张海立的管理，其到坤基公司工作系被委派。一审法院要求坤基公司通知张海

立到庭对此质证，坤基公司明确予以拒绝，应当承担相应不利的法律后果。从坤基公司、

盟诚公司、农邦邦公司等公司的名称、股权及股东变更工商登记材料来看，虽然公司之间

不存在绝对的隶属和控股关系，但存在一定的关联关系。结合胡亮提交的其他证据，可以

认定符合《解释（四）》第五条第二款第四项规定的情形，原用人单位未支付胡亮经济补

偿，在支付赔偿金时应当合并计算工作年限，即从2012年5月至2016年4月。因此，二审法

院认定上述公司属于“关联企业”，故用人单位在支付赔偿金时应当合并计算劳动者的工作

年限无疑是正确的。

编写人：山东省淄博市中级人民法院 荣明潇

山东省淄博市张店区人民法院 刘晓辉

27 劳动者的违纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度

——蔡贵山诉江苏鑫悦汽车零部件有限公司恢复劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省高级人民法院（2016）苏民再346号民事判决书

2.案由：恢复劳动关系纠纷

3.当事人

原告（上诉人、被申请人）：蔡贵山

被告（被上诉人、再审申请人）：江苏鑫悦汽车零部件有限公司（以下简称鑫悦公

司）

【基本案情】

蔡贵山于1990年7月从部队退役到原东台市内燃机配件厂工作，该厂后企业改制为鑫

悦公司。2009年7月1日，蔡贵山与鑫悦公司（甲方）签订无固定期限劳动合同，岗位为注

油工，该《劳动合同书》第21条第2款规定“严重违反劳动纪律和甲方规章制度的”，甲方

可以解除劳动合同。2007年12月16日，鑫悦公司单位召开职工代表大会，讨论公司印发

《员工守则》问题，2007年12月28日，鑫悦公司以苏汽字（2007）第48号文作出关于颁布

和施行《员工守则》的决定，并将决定抄送到各车间、部室。2008年1月，鑫悦公司印制

了《员工守则》。2008年3月27日，蔡贵山所在的车间领取了《员工守则》90本。《员工

守则》奖励规定第三条第（二）款违纪处罚细则第四项立即解除劳动合同违纪事由中第十

款对他人施以暴行，进行威胁的；第十一款滋事顶撞领导，造成极坏影响的。

2012年8月13日上午，蔡贵山因穿“通顶凉鞋”被副总经理徐文才（1946年7月6日生，

七级残疾军人）发现，徐文才即通知车间负责人王永照，王永照立即通知原告蔡贵山换

鞋，蔡贵山因此与徐文才发生争执，其间蔡贵山用左手将徐文才的脖子向上托举，后被在

场人员及时劝阻。2012年8月21日，东台市公安局对蔡贵山作出东公（法）决字〔2012〕

第0725号公安行政处罚决定书，决定给予蔡贵山处行政拘留5日的处罚。该处罚已执行完

毕。后蔡贵山申请行政复议。

2012年8月21日，鑫悦公司召开了《讨论蔡贵山的处理意见》的会议。同日，鑫悦公

司工会作出《关于同意与蔡贵山解除劳动合同的意见》，内容载明：“江苏鑫悦汽车零部

件有限公司：公司因解除蔡贵山劳动合同一事，向工会征求意见。工会对此非常慎重，召

集部分职工征求意见，大家均同意公司的决定，现工会同意公司与蔡贵山解除劳动合

同。”后鑫悦公司作出《解除劳动合同的通知》 《解除劳动合同的证明书》 《解除劳动合

同的补偿通知》。《解除劳动合同的通知》中载明：“……根据《中华人民共和国劳动合

同法》第三十九条第（二）项：‘严重违反用人单位的规章制度的’，公司《员工守则》奖

励规定第三条第（二）款违纪处罚细则第四项中第十款‘对他人施以暴行，进行威胁的’；

第十一款‘滋事顶撞领导，造成极坏影响的’规定；及《劳动合同书》中第二十一条第二款

规定：‘严重违反劳动纪律和甲方规章制度的，甲方可以解除本合同’的约定。现经公司研

究决定，从2012年8月21日起与蔡贵山解除劳动合同。”后将《解除劳动合同的通知》、

《解除劳动合同的证明书》、《解除劳动合同的补偿通知》邮寄送达给原告。鑫悦公司根

据江苏东翔气门有限责任公司于2004年3月12日制定的《关于理顺劳动关系暨经济补偿的

实施方案》的有关精神，已给付蔡贵山工龄补偿7506元。

蔡贵山收到鑫悦公司发出的通知和证明后，认为其行为虽然不理智、不文明，但并没

有严重违反用人单位的规章制度。向东台市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求撤销

被告作出的解除劳动合同决定，东台市劳动人事争议仲裁委员会以东劳人仲案字〔2012〕

77号裁决书裁决蔡贵山请求撤销鑫悦公司解除劳动合同的决定，不予支持。

【案件焦点】

1.鑫悦公司制定的《员工守则》是否合法有效，能否作为处理劳动争议的依据；2.蔡

贵山的行为是否构成严重违反鑫悦公司的规章制度。

【法院裁判要旨】

江苏省东台市人民法院经审理认为：1.鑫悦公司制定的《员工守则》系在《中华人民

共和国劳动合同法》实施前制定，经职工代表、中层以上干部征求意见，内容不违反法

律、行政法规，亦不存在明显不合理情形，且经发文公示和实际发放，可以作为处理劳动

争议的依据；2.蔡贵山穿着通顶凉鞋进入生产车间，不利于自身安全，被单位副总经理徐

文才发现，蔡贵山因此与徐文才发生争执。蔡贵山作为一名老职工，应当清楚无论是在上

班前还是上班时，在厂区穿不符合单位要求的通顶凉鞋上班都是违反厂纪、厂规的行为，

单位领导发现后，其应当认识自己的错误，即时改正，而不应当采取过激行为。蔡贵山的

行为符合《员工守则》奖励规定第三条第（二）款员工违纪处罚细则第四项第十款“对他

人施以暴行，进行威胁的”；第十一款“滋事顶撞领导，造成极坏影响的行为”的情形，构

成严重违反用人单位规章制度。

江苏省东台市人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第四条，《中华人民共和国劳

动合同法》第四条、第三十九条第一款第（二）项、第四十三条的规定，判决如下：

驳回原告蔡贵山要求撤销被告于2012年8月21日作出的与原告解除劳动合同的决定，

恢复原告与被告的劳动关系的诉讼请求。

蔡贵山持原审起诉意见提起上诉。江苏省盐城市中级人民法院经审理认为：1.鑫悦公

司制定的《员工守则》，在《中华人民共和国劳动合同法》实施之前，其制定程序及公示

程序不完全符合《中华人民共和国劳动合同法》的规定，但其内容不违反法律、行政法规

及政策规定，且不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或者告知，依照相关规定，

可以作为处理劳动争议的依据；2.鑫悦公司解除与蔡贵山的劳动合同，主要适用的是《员

工手则》中员工违纪处罚细则第四条第十款“对他人施以暴行，进行威胁的”、第十一

款“滋事顶撞领导，造成极坏影响的”，虽然该两条条款内容，不违反法律、行政法规及政

策规定，不存在明显不合理的情形，但一旦适用，将会对劳动关系的存续以及劳动者的权

利产生重大影响，作为规章制度的制定人，用人单位应当客观公正地认定违反该两条单位

规章的行为性质，慎重、从严适用。3.蔡贵山与单位领导发生口角及肢体冲突，但并未造

成实质性的伤害，且蔡贵山在公安部门调查时也陈述，其是受到对方言语刺激，在冲动的

情况下作出的行为，虽然该行为过激，但其当时已经认识到自己行为的不妥，就该行为来

讲，也是事出有因。鑫悦公司因此认为蔡贵山的行为是“对他人施以暴行”

“滋事顶撞领

导，造成极坏影响”，“严重违反单位规章制度”，在行为性质以及危害性的认定上过于苛

刻、主观。法院认定上诉人蔡贵山的上述行为不属于严重违反用人单位规章制度的情形。

因此，鑫悦公司解除与蔡贵山的劳动合同不符合法律规定，法院确认为违法解除。但根据

本案已经查明的事实以及实际情况，鑫悦公司与蔡贵山之间的劳动合同不适宜继续履行，

法院确认双方劳动合同解除，蔡贵山可依据法律法规规定，主张单位违法解除劳动合同的

相关权利。

蔡贵山的上诉理由部分成立，一审法院关于鑫悦公司合法解除劳动合同的判决理由不

能成立，但判决结果应予维持。

江苏省盐城市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款

第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判决。

鑫悦公司向江苏省高级人民法院申请再审。江苏省高级人民法院经审理认为：1.鑫悦

公司的《员工守则》系在《中华人民共和国劳动合同法》实施前制定，其制定程序及公示

程序不完全符合《中华人民共和国劳动合同法》的规定，但已向职工代表、中层以上干部

征求意见，且其内容不违反法律、行政法规及政策规定，亦不存在明显不合理情形，并已

向劳动者公示或者告知，故依照相关规定，可以作为处理劳动争议的依据；2.蔡贵山作为

一名老职工，明知无论在上班前还是上班时在厂区穿不符合要求的通顶凉鞋都是违反厂规

厂纪的行为，单位领导发现后，其应当认识错误及时改正，而不应当采取过激行为，且事

发时徐文才已六十多岁，卡住脖子往上托举的行为严重危及人身安全。对蔡贵山的行为，

东台市公安局作出公安行政处罚决定，给予其处行政拘留5日的处罚。蔡贵山的上述行为

符合《员工守则》违纪处罚细则第四项第十款“对他人施以暴行，进行威胁的”、第十一

款“滋事顶撞领导，造成极坏影响的行为”的情形，其行为构成严重违反用人单位规章制

度。

江苏省高级人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第四条，《中华人民共和国劳动

合同法》第四条、第三十九条第二项、第四十三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第二

百零七条第一款、第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销江苏省盐城市中级人民法院（2015）盐民终字第00298号民事判决；

二、维持江苏省东台市人民法院（2014）东民初字第505号民事判决，即驳回蔡贵山

要求撤销鑫悦公司2012年8月21日作出的与蔡贵山解除劳动合同的决定，恢复蔡贵山与鑫

悦公司劳动关系的诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对劳动者的违纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度的

理解。《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二项规定，劳动者严重违反用人单位

的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。对于用人单位以劳动者严重违反用人单位规

章制度为由解除与劳动者的劳动合同是否合法，不能单纯依据规章制度对该行为是否达到

严重程度的认定，而应该综合考虑用人单位与劳动者解除劳动合同所依据的规章制度的制

定程序、制定内容是否违反现行法律、行政法规及政策规定以及双方签订的劳动合同的具

体约定。因此，用人单位依据《劳动合同法》第三十九条之规定，以严重违反用人单位规

章制度为由解除与劳动合同应当具备以下条件：一、用人单位制定的规章制度不违反法

律、行政法规和司法解释的规定。二、劳动者的行为构成严重违反规章制度。

具体到本案中，二审与再审法院审理思路出现分歧，其主要原因即在于对劳动者的违

纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度的不同理解。二审法院认为，鑫悦公司解除

与蔡贵山的劳动合同所依据的《员工守则》，虽然条款内容不违反法律、行政法规及政策

规定，不存在明显不合理的情形，但一旦适用将会对劳动关系的存续以及劳动者的权利产

生重大影响，作为规章制度的制定人，用人单位应当客观公正地认定违反该两条单位规章

的行为性质，慎重、从严适用。鑫悦公司对蔡贵山行为的性质以及危害性的认定上过于苛

刻、主观。故蔡贵山的行为不属于严重违反用人单位规章制度的情形，鑫悦公司解除与蔡

贵山的劳动合同不符合法律规定，系违法解除。

但再审法院认为蔡贵山的上述行为符合员工守则违纪处罚细则规定的情形，其行为构

成严重违反用人单位规章制度。故认定因蔡贵山的行为严重违反用人单位规章制度，鑫悦

公司解除与蔡贵山的劳动合同，有事实和法律依据，遂对二审判决予以改判。

编写人：江苏省东台市人民法院 宋倩倩

28 劳动者给用人单位造成损失时的赔偿责任

——张世玮诉北京海淀颐海出租汽车有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第45197号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：张世玮

被告：北京海淀颐海出租汽车有限责任公司（以下简称颐海出租车公司）

【基本案情】

张世玮于2014年7月3日入职颐海出租车公司任出租司机。双方签订有劳动合同、承包

运营合同及补充协议，约定：劳动合同期限至2015年7月2日；颐海出租车公司向张世玮提

供出租车一辆，张世玮缴纳预留金2万元，张世玮需保证行车安全，如发生责任交通事故

则由张世玮负担全部损失。

2014年7月10日，张世玮在驾车运营过程中与胡某相撞，交管部门认定张世玮负全

责。胡某起诉至法院，法院以张世玮运营车辆属于职务行为为由，判决：1.保险公司在交

强险限额内赔偿胡某医疗费、护理费、财产损失、误工费、交通费共计3.56万元；2.保险

公司在机动车商业三者责任限额内赔偿1.1万元；3.颐海出租车公司赔偿胡某医疗费、营养

费、伙食补助费共计2799元。经强制执行，颐海出租车公司向胡某支付案款2799元并缴纳

案件受理费525元、执行费50元，总计3374元。

2015年3月30日，张世玮辞职，双方解除劳动关系。颐海出租车公司向张世玮返还“预

留金”，但以张士玮给公司造成损失应予赔偿为由，减扣“预留金”5374元未予返还，主张

其中3374元为生效判决书的执行案款，2000元为防止伤者再次起诉而扣下的押金。张士玮

由故提起诉讼，要求公司返还给部分款项。

【案件焦点】

颐海出租车公司以张士玮给公司造成损失应予赔偿为由，不予返还5374元有无事实及

法律依据？

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：首先，颐海出租车公司与张世玮间签订有劳动合

同、承包运营合同补充协议，明确约定张世玮作为出租车驾驶员在驾驶出租车期间应遵守

道路交通安全法等法律法规，保证行车安全，并约定个人发生责任交通事故时，应向公司

赔偿损失，损失可在预留金中扣除。上述约定，对双方均具有约束力。

其次，出租车行业具有一定的特殊性，出租车驾驶员的收入来源于缴纳承包费之后的

运营“利润”，此即导致部分出租车驾驶员放松了道路交通安全意识，未能严格遵守道路交

通法规。鉴于此，在张世玮在对事故负全部责任的情况下，判决其在合理范围内承担赔偿

责任，可在一定程度上对出租车驾驶员起到警示作用，督促广大出租车驾驶员自觉遵守交

通法律、法规，保证行车安全，自觉维护良好的公共交通秩序。

综上，颐海出租车公司以张士玮应承担赔偿责任为由在合理范围内减扣“预留金”并无

不当。

至于具体金额。其一，交通事故赔偿案款2799元部分。该部分款项系商业保险中机动

车全责情况下的20%免赔部分。故张世玮作为机动车驾驶人员，对该20%免赔部分承担最

终的赔偿责任，符合公平原则。其二，对于交通事故案件受理费525元、执行费50元部

分。该部分款项为颐海出租车公司未能妥善解决与伤者胡某间的事故纠纷、未能自觉履行

生效裁判文书所致，故该部分款项应由颐海出租车公司自行负担，以督促颐海出租车公司

在日后能够妥善处理纠纷、自觉履行生效裁判文书。其三，对于2000元部分。颐海出租车

公司以防止二次诉讼发生为由而减扣2000元，缺乏证据支持且无事实及法律依据，法院难

以支持。综上，颐海出租车公司应向张世玮返还款项共计2575元。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九条，作出如下判决：

一、北京海淀颐海出租汽车有限责任公司于本判决生效之日起七日内一次性向张世玮

返还人民币共计2575元；

二、驳回张世玮的其他诉讼请求。

判决作出后，双方均未上诉。

【法官后语】

本案争议实质为劳动者给用人单位造成损失时，应否承担赔偿责任。

对于劳动者赔偿责任，主流观点有二。

观点一：劳动者无须承担赔偿责任。理由如下：1.《劳动法》《劳动合同法》仅规定

了两种情形下的“劳动者赔偿责任”，即劳动者违法解除劳动合同或违反保密义务、竞业限

制约定给用人单位造成损失时的赔偿责任；劳动者在未解除或终止劳动合同的情况下入职

其他单位给用人单位造成损失时的赔偿责任。因此，在无明确法律规定的情形下，不宜判

决劳动者承担赔偿责任。2.绝大多数法人系以营利为目的的企业，其在盈利的同时即应承

担相应的经营风险。因此，劳动者因职务行为造成的损失应纳入企业的经营风险范畴，由

企业负担，不应转嫁给劳动者。

观点二：劳动者应承担赔偿责任，但“劳动者赔偿责任”应限定在一定的合理范围内。

法律依据为《工资支付暂行规定》第十六条，即因劳动者本人原因给用人单位造成经济损

失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。

相较之下，笔者更为赞同第二种观点，即劳动者在一定合理范围内负有赔偿责任。

以本案为例。本案中，判决劳动者承担赔偿责任的具体原因如下：1.双方存有书面约

定，用人单位对劳动者作出了具体要求。即出租车公司曾明确要求张士玮遵守道路交通安

全法等法律法规，审慎驾驶，保证行车安全；双方约定个人发生责任交通事故时应赔偿损

失且损失可在“预留金”中扣除。2.劳动者存有故意或重大过失。即交管部门认定张世玮在

交通事故中负全责。3.损失具有合理性。该车辆投保有交强险及商业险，2799元损失系交

强险及商业性承担责任后的保险免赔部分，且免赔原因为驾驶人对于交通事故负全责。4.

出租车行业具有一定的特殊性，出租车驾驶员在工作过程中始终参与公共道路交通，其更

应严格、自觉遵守交通法律法规，保证行车安全。判决出租车驾驶员承担合理的赔偿责

任，有利于敦促出租车驾驶员自觉遵守交通法律、法规，保证行车安全，自觉维护良好的

公共交通秩序。

综上，笔者认为，在判决劳动者承担赔偿责任时应综合考虑以下因素：用人单位与劳

动者间有无约定，劳动者的行为有无违反职业道德、劳动纪律或操作规程，劳动者对损失

的发生有无故意或重大过失，劳动者的行为与损失之间的因果关系等。在具体赔偿金额的

判定上，则应综合考虑：劳动者的主观过错程度、损失的合理性、劳动者的月收入水平、

用人单位为避免损害事件发生有无进行相应的岗位教育培训、用人单位有无扩大损失范围

及金额等因素。

编写人：北京市海淀区人民法院 蔡笑

29 劳动者的加班与值班应如何正确区分认定

——山东东泰矿业有限公司诉李鑫劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院（2016）鲁03民终220号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：山东东泰矿业有限公司（以下简称东泰矿业）

被告（上诉人）：李鑫

【基本案情】

被告李鑫自2014年1月起在原告东泰矿业从事保卫工作，李鑫在工作期间系两人同

岗、工作24小时、休息24小时。双方于2014年6月21日解除劳动关系。李鑫申请劳动仲

裁，请求东泰矿业支付：1.2011年7月至2014年5月超时工时加班工资63280元、法定节假

日及休息日加班工资及25%的经济补偿金；2.2011年7月至2013年7月追加补发工资9144

元，在单位不能提供综合计算工时制行政许可的前提下，追加补发超工时加班工资4191元

及25%的经济补偿金。劳动仲裁部门裁决东泰矿业支付李鑫2011年7月至2014年5月31日延

长工作时间的工资报酬63662元并驳回李鑫的其他仲裁请求。东泰矿业不服该裁决，起诉

要求判令其不支付李鑫延长工作时间的工作报酬63662元及其他任何费用。被告李鑫则辩

称要求原告支付标准工时制度以外的延长工作时间工资63622元、休息日加班工资6661元

及因未支付延长工作时间劳动报酬而应加发25%的经济补偿金17581元。

【案件焦点】

原告东泰矿业应否向被告李鑫支付加班工资。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市淄川区人民法院经审理认为：李鑫从事保卫工作是两人同岗、工作24小

时、休息24小时，其工作的时间系用人单位安排劳动者从事与本职工作有关的值班任务，

且值班期间可以休息。李鑫在从事保卫工作前对该工种的工作性质、作息时间以及工资数

额是明确的。因此，李鑫主张从事保卫工作期间标准工时制度以外的延长工作时间工资

63622元、休息日加班工资6661元、因未支付延长工作时间劳动报酬而应加发25%的经济

补偿金17581元的诉讼请求于法无据，不予支持。据此一审判决：

驳回李鑫的诉讼请求。

李鑫持原审意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审理认为：工作时间并非单

纯的时间经过，应根据工作性质、岗位特点、工作内容等加以界定。根据劳动法相关规

定，用人单位安排劳动者从事与本职工作有关的值班任务，但值班期间可以休息的，不属

于用人单位应当支付加班费的范围。李鑫从事保卫工作，在值班期间可以休息，其主张工

作日延长工作时间的工资报酬的诉求无法律依据，其上诉理由不成立，依法不予采信。据

此二审判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中被告李鑫在劳动仲裁和一、二审中均主张其存在加班并主张加班费，但本案

一、二审法院均认定其从事的保卫工作的性质属于值班，在此期间可以休息，故用人单位

不需向其支付加班费。应当说本案中法院对这一问题的认定是合理和正确的。而这实际上

也反映出了劳动法司法实践中的一个重要问题，那就是对于劳动者的加班与值班应如何正

确区分认定？

我国《劳动法》第四十四条对加班进行了明确规定，即加班是指在正常工作时间之外

安排劳动者进行工作。但法律对于值班并未作出具体规定，这也使得二者在区分认定上容

易出现误区。应当肯定的是，加班和值班确实存在相同之处。首先，二者均是在非工作时

间进行本单位的工作，即二者所占用的时间都是非正常工作时间。例如，既存在夜间加班

的情况，也存在夜间值班的情况；节假日亦是如此，既有节假日加班，也有节假日值班。

其次，二者均是反映单位的意志，需要劳动者履行单位职责。也就是说，一方面，无论是

加班还是值班，都不是劳动者个人意志的体现，而是必须经过单位安排，体现单位的意

志；另一方面，不管是加班还是值班，均需要由劳动者履行一定的单位职责，而不是为了

实现劳动者的个人目的。当然从以上所说的加班和值班的两个相同之处来看，其都是外在

性的和表面性的，易为人们所感知，这也使人在第一感觉上对二者极易产生混淆，甚至让

人产生“值班就是加班”的错觉。然而深入内在来看，二者存在实质性区别，那就是二者工

作的具体内容不同。值班一般是指单位因安全、消防、假日等需要，临时或者根据规章制

度来安排劳动者从事本职无关联的工作，或虽与劳动者本职工作有关联，但值班期间可以

休息，一般为非生产经营性的责任。而加班则是劳动者在平时正常工作时间外继续从事自

己的本职工作，或者说是继续完成自己的具体生产或经营任务，承担相应的生产经营性责

任，其不存在边工作边休息的问题，而是纯粹地进行工作。也就是说，加班其实就是在非

工作时间内正常工作，而值班则属于是“半工半休”，二者在具体工作内容上的不同客观上

也导致了加班在工作强度上来讲明显要大于值班。加班和值班的上述本质性区别决定了要

想从实践中正确区分加班还是值班，主要就是看劳动者在非工作时间里是否继续在原来的

岗位上工作，是否存在具体的生产或经营任务，是否具有一定的休息时间（即是否可以边

工作边休息）。如果劳动者在非工作时间继续在原来的工作岗位上工作或是有具体的生产

或经营任务，一般应认定为加班；如果劳动者不是继续在其原来的工作岗位上工作，也没

有具体的生产或经营任务，或是虽被安排与本职工作有关联的值班任务但值班期间可以休

息的，则应当认定为值班。

当然就司法实践而言，对加班和值班进行正确区分的主要目的还是在于对其相应的工

资待遇问题进行正确处理。由于加班实质上属于正常工作在非工作时间内的延续，系劳动

者的一种“完全式劳动”，故《劳动法》对其予以明确规定，即对加班的情形和相应情形下

的工资待遇支付进行了刚性的规范。而值班并非完全意义上的正常工作，系劳动者的一

种“不完全式劳动”，故法律对其并未予以明确规定，其相应的工资待遇也就不可能依据法

律来确定，只能根据用人单位的内部制度、内部惯例或者与职工的具体约定来确定。从我

国的劳动用工实际情况来看，无论是用人单位的内部规章制度，还是用人单位的内部惯

例，抑或用人单位与职工的具体约定，对于值班的工资待遇往往是以值班补贴、值班津贴

或是值班费的形式或名义出现的，其一般要低于加班工资，而这也与加班和值班的不同性

质相吻合，当然对于值班工资待遇的合适标准，则需要用人单位与劳动者合理协商确定。

因此，对于加班和值班的相应工资待遇问题，具体到司法实践中应作如下把握：由于

加班及其相应的工资报酬是法定的，故用人单位安排劳动者加班的，必须按照法定标准向

劳动者支付加班费或者说是加班工资；而值班因法律上并未明确规定，故关于值班的工资

待遇一般情况下是由用人单位内部的规章制度予以规范，集体合同或劳动合同对此有约定

或用人单位对此有惯例的，应按其执行。值得注意的是，审判实践中经常出现的是像本案

这样的劳动者以值班为由主张加班工资的情形。而从前述的对于加班和值班的分析中不难

看出，值班从本质上看并不属于加班，所以对于值班的情形而言，不能简单地套用《劳动

法》第四十四条的规定支持加班工资，即不能将值班等同于加班。对于值班的待遇问题，

劳动者只能要求单位按照规章制度、集体合同、单项集体协议、劳动合同或惯例等支付相

应待遇。例如，劳动者以值班为由要求加班工资的，则依法不应予以支持。

编写人：山东省淄博市中级人民法院 荣明潇 胡晓梅

30 停工留薪期时长与待遇的确定

——马瑞各诉博尔塔拉蒙古自治州恒昌棉业有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院（2016）新27民终400号民事判

决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：马瑞各

被告（被上诉人）：博尔塔拉蒙古自治州恒昌棉业有限责任公司（以下简称恒昌棉业

公司）

【基本案情】

马瑞各于2013年9月进入恒昌棉业公司从事棉花轧扎脱绒工作，双方未签订书面劳动

合同，恒昌棉业公司为马瑞各缴纳了工伤保险。同年10月6日晚11时30分许，马瑞各在轧

花厂清绒车间内清理机器内堵塞的短绒时，左手不慎被齿辊轧伤，随即被送往医院救治。

马瑞各受伤后先后五次住院治疗共计97天，经诊断伤为左手3—5掌骨及部分指骨缺如，食

指各指间关节脱位。

2014年1月17日，博州劳动和社会保障部门作出博州人社工伤认（2014）01号决定

书，认定马瑞各为工伤。同年12月29日，博州劳动能力鉴定委员会作出博州人社工伤鉴

（2014）88号工伤与职业病伤残等级评定结论通知书，认定马瑞各的伤达到工伤鉴定标准

六级。2015年5月，博乐市社会保险管理局将马瑞各的一次性医疗补助金36595元、一次伤

残补助金39888元、住院伙食补助费1836元、工伤医疗费43197.53元、辅助器具费3700元

和劳动能力鉴定费300元支付给恒昌棉业公司。其中，工伤医疗费43197.53元、辅助器具

费3700元和劳动能力鉴定费300元系恒昌棉业公司垫付。马瑞各受伤后已从恒昌棉业公司

领取各项费用35607元。

2015年8月22日，马瑞各向博尔塔拉蒙古自治州劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁。

该委于2015年11月30日作出博州劳人仲裁字（2015）第16号仲裁裁决书，裁决：一、解除

申请人与被申请人之间的劳动关系；二、被申请人支付申请人以下工伤赔偿费用：1.伙食

补助费2425元；2.停工留薪期工资35244元；3.护理费13098.34元；4.一次性伤残补助金

46992元；5.一次性医疗补助金36600元；6.一次性就业补助金87840元；7.交通费1444.50

元；8.门诊费1048元；9.扣除被申请人已支付给申请人的停工留薪工资25864.50元、陪护

人员护理费8242.50元及马瑞各向公司借款1500元外，被申请人共计应向申请人支付各项

费用189084.84元。裁决书送达后，马瑞各不服，在法定期限内向法院提起诉讼。

【案件焦点】

停工留薪期时长认定及其待遇标准的确定。

【法院裁判要旨】

新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州博乐市人民法院经审理认为：原告是被告的职

工。原告在为被告工作时受伤，经认定为工伤，等级为六级，故被告应按六级伤残的标准

向原告支付工伤保险基金除外的工伤保险待遇。因被告对原告要求解除劳动关系及支付一

次性就业补助金87840元的主张不持异议，故对原告上述两项主张，本院予以支持。根据

《新疆维吾尔自治区实施〈工伤保险条例〉办法》第九条规定，因被告已为原告缴纳了工

伤保险，故原告主张的医疗费、伙食补助费、交通费、护理费、残疾器具辅助费、一次性

伤残补助金、一次性工伤医疗补助金等费用应由工伤保险基金支付。现工伤保险部门已将

马瑞各的一次性医疗补助金36595元、一次伤残补助金39888元及住院伙食补助费1836元支

付给被告，故被告应当按照工伤保险部门支付的项目及金额为原告支付上述费用。对原告

主张要求被告支付医疗费、护理费、交通费及后续更换辅助器具费，应由工伤保险部门审

核支付给被告后，再行支付给原告。关于停工留薪期待遇问题，原告未提供其工资每月为

4500元的相关证据，故原告的本人工资应当以2012年度博州职工月平均工资2973元为计算

标准，且被告亦不持异议，故本院予以确认。原告的伤情属《自治区停工留薪期分类目

录》中手指伴有腕和手其他部分的创伤性切断（S68.3项），停工留薪期应当为6个月，本

院确定原告停工留薪期工资为17622元。根据《工伤保险条例》第三十六条规定，伤残津

贴是工伤职工在保留与用人单位的劳动关系的情况下所享受的保险待遇，本案中原告提出

解除劳动关系，故对原告主张的伤残津贴本院不予支持。新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古

自治州博乐市人民法院依照《工伤保险条例》第三十条、第三十二条、第三十三条、第三

十六条，《新疆维吾尔自治区实施〈工伤保险条例〉办法》第九条、第二十八条之规定，

作出如下判决：

一、解除原告马瑞各与被告恒昌棉业公司之间的劳动关系；

二、被告恒昌棉业公司支付原告马瑞各住院伙食补助费1836元；

三、被告恒昌棉业公司支付原告马瑞各一次性医疗补助金36595元；

四、被告恒昌棉业公司支付原告马瑞各一次性伤残补助金39888元；

五、被告恒昌棉业公司支付原告马瑞各停工留薪期工资17622元；

六、被告恒昌棉业公司支付原告马瑞各一次性就业补助金87840元；

七、驳回马瑞各的其他诉讼请求。

上诉人马瑞各上诉称，一、原审法院以博州社保机构下发的《工伤待遇审核表》认定

和确认马瑞各医疗费、交通费、一次性伤残补助金的数额认定程序有误，损害了马瑞各的

权益。二、原审法院认为马瑞各主张的医疗费、护理费、交通费以及后续的更换辅助器具

费应当由社保部门审核支付后，再行支付给马瑞各，是对案件事实及法律认识的错误。

三、原审法院在对马瑞各所主张的停工留薪期工资待遇以及伤残津贴的认定，事实不清、

适用法律错误。综上所述，请求撤销原审判决第二、四、五、七项，改判恒昌棉业公司支

付马瑞各住院伙食补助费2425元、停工留薪期工资54000元、护理费24588元、一次性伤残

补助金72000元、交通费3000元、至解除劳动关系止的伤残津贴37800元、一次性更换辅助

器具款81500元，并由恒昌棉业公司负担诉讼费用。

被上诉人恒昌棉业公司答辩称，一、在工伤赔偿案件中，医疗费、住院伙食补助费、

交通费、生活护理费、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、辅助器具费均是由工

伤保险基金支付，而非恒昌棉业公司应承担的赔偿义务。二、根据新劳社字（2005）90号

文件及《新疆维吾尔自治区停工留薪期分类目录》，结合马瑞各的伤情及受伤部位，其属

于目录上S68的范围内，该范围内规定的停工留薪期为6个月，马瑞各主张12个月的停工

留薪期工资没有法律依据。三、马瑞各主张护理费无事实及法律依据，恒昌棉业公司不予

赔偿。四、根据《工伤保险条例》第三十六条的规定，一次性伤残补助金应由工伤保险基

金支付，且博乐市社保局已经核准赔偿其39888元，恒昌棉业公司只能按照该数额支付给

马瑞各。五、根据《工伤保险条例》第三十六条的规定，保留双方的劳动关系和无法安排

适当工作岗位，是伤残津贴给付的前提。现马瑞各要求解除劳动关系，且双方均同意解除

劳动关系的情形下，马瑞各主张伤残津贴无法律依据。六、辅助器具费依法应由工伤保险

基金支付，不属于恒昌棉业公司的赔偿范围。综上，请求二审法院查明事实，依法驳回上

诉，维持原审判决。

新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院经审理认为：根据《新疆维吾尔

自治区实施〈工伤保险条例〉办法》第九条规定，因恒昌棉业公司已为马瑞各缴纳了工伤

保险，故马瑞各上诉主张的住院伙食补助费、护理费、一次性伤残补助金、交通费、残疾

器具辅助费等费用，依据上述规定应由工伤保险基金予以支付。现工伤保险部门已将马瑞

各的一次性医疗补助金36595元、一次伤残补助金39888元、住院伙食补助费1836元、工伤

医疗费43197.53元、辅助器具费3700元和劳动能力鉴定费300元支付给被告，因工伤医疗

费43197.53元、辅助器具费3700元和劳动能力鉴定费300元系恒昌棉业公司垫付，故恒昌

棉业公司尚应当按照工伤保险部门审核支付的项目及金额给马瑞各支付一次性医疗补助金

36595元、一次性伤残补助金39888元及住院伙食补助费1836元，马瑞各主张要求恒昌棉业

公司支付上述费用无法律依据。

根据《工伤保险条例》第三十三条及新人社发（2013）79号关于贯彻《新疆维吾尔自

治区实施工伤保险条例办法》有关问题的通知第十二条的规定，本案中马瑞各于2013年9

月入职，同年10月6日受工伤，故其本人工资应当以2012年度博州职工月平均工资2973元

为标准计算。马瑞各主张其每月工资为4500元，但不能提供相关证据予以证实，故本院不

予支持。上诉人马瑞各的伤属《自治区停工留薪期分类目录》中手指伴有腕和手其他部分

的创伤性切断（S68.3项），停工留薪期应当为6个月，故原审法院确认马瑞各停工留薪期

为6个月及停工留薪期工资为17622元并无不当。

根据《工伤保险条例》第三十六条规定，伤残津贴是工伤职工在保留与用人单位的劳

动关系的前提下所享受的保险待遇，因马瑞各提出解除劳动关系，其能够享受的工伤保险

待遇为一次性工伤医疗补助金和一次性伤残补助金，故对马瑞各主张的伤残津贴本院不予

支持。

新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院经审理认为：上诉人马瑞各的上

诉理由不能成立，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，依法应予维持。新疆维吾尔自

治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条

第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对于“停工留薪期”，在《工伤保险条例》（以下简称《条例》）第三十三条中有如下

描述：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留

薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期一般不超过12个月。伤

情严重或者情况特殊，经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认，可以适当延长，但延长不

得超过12个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照本章的有关规定享受伤残待

遇。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。生活不能自理的工

伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。”从以上规定可以看出，《条例》对

于停工留薪期的期限如何界定和具体待遇，并没有作出明确界定。

正确判断停工留薪的结束时间是准确计算停工留薪期的关键。实践中对停工留薪期结

束时间的认定有不同观点，归纳起来主要有三种：其一，将工伤职工伤愈时间认定为计算

停工留薪期的结束时间；其二，将医疗机构出具的意见，即建议休息治疗的最后一天，认

定为计算停工留薪期的结束时间；其三，将劳动能力鉴定结论作出或送达当事人的时间认

定为计算停工留薪期的结束时间。

笔者赞同第二种观点。第一种观点的“伤愈时间”难以确定，在实践中难以把握；而第

三种观点简单地将对伤情的判断时间等同于鉴定结论作出的时间，混淆了概念。伤情康复

程度是客观事实，而鉴定结论的作出则带有人为因素。将进行劳动能力鉴定程序的时间计

入停工留薪期的时间，可能会造成因为人为拉长或者缩短等级鉴定的时间而影响享受停工

留薪期间的待遇。

笔者认为，应根据工伤职工的伤情、病情来确定其应享受多长时间的停工留薪期，具

体程序是由签订服务协议的治疗工伤机构提出意见，出具相关证明，并经过社会保险经办

机构确认。另外，将判断停工留薪期有无及其长短根据伤情、病情界定在“相对稳定”比较

合适。许多地方的社会保障机构均制定有《停工留薪期目录》，均是按照相应病情结合医

疗实践确定的治疗各类伤病一般所需的时间和期限。

因此，法院在审理由于停工留薪期待遇争议而引发的案件时，应以治疗工伤的医院的

意见为基础，并参考当地社会保障机构制定的《停工留薪期目录》，以此来确定劳动者应

享受的停工留薪期待遇。

在实践中，如何确定停工留薪期的待遇标准也常常引发争议。根据《条例》规定，工

伤职工在停工留薪期间可以享受的待遇主要有两项：一是用人单位按月支付的原工资福利

待遇；二是对生活不能自理的劳动者，用人单位负责对其进行护理。在实践中，职工的工

资福利有可能是在受伤前刚刚调整过，那么在这种情况下如何确定原工资福利待遇呢？同

时，原工资福利待遇中具体包括哪些内容？是只包括工资性收入，如各类工资、奖金、津

贴等，还是也包括五险一金等非工资性收入？单位实施绩效考核制度的，工伤职工在停工

留薪期间还有没有绩效奖金？

笔者认为，《条例》所称的原待遇是指职工在受伤或被确诊患职业病前，原用人单位

按照职工正常出勤对待而发给的全部工资和福利待遇。按照正常出勤对待，说明不包括加

班的情形，即原待遇的工资总额不包括加班的工资。应当以工伤职工因工作遭受事故伤害

或者患职业病前12个月平均月工资扣除月加班工资的剩余工资为准，如果尚未工作12个月

的，以实际工作时间的月平均工资扣除月加班工资的剩余工资为准。而工资的范围则应当

是依据《工资支付暂行规定》（劳部发〔1994〕489号）第三条和第十五条规定的包括用

人单位代扣代缴的个人所得税和各项社会保险费用在内的劳动者应得工资。这些待遇既包

括工资性收入，也包括非工资性收入；既包括货币性的福利，也包括非货币性的福利。对

于实施绩效考核的单位，由于职工治疗工伤没有工作绩效，故员工的绩效奖金给付的标准

应该是依据员工受伤前的平均绩效来计算确定；如果职工的工资形式包含计件工资，更应

采用加权平均的方法，算出劳动者个人在一般劳动生产率下的劳动产出和对应的应得工

资。对于计件工资的员工工资水平，应当以劳动者受伤前12个月的应得平均工资来计算，

加班所得收入和病假当月工资不计算在内，不足12个月的按实际工作时间计算。这样既维

护了职工利益，又兼顾了企业权益，符合公平正义的原则。

编写人：新疆维吾尔自治区博尔塔拉蒙古自治州中级人民法院 卓娅

31 劳动者是否完成了工作职责的事实认定

——北京维德维康生物技术有限公司诉邱检萍劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01民终2500号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京维德维康生物技术有限公司（以下简称德维康公司）

被告（被上诉人）：邱检萍

【基本案情】

维德维康公司主张邱检萍在职期间负责研发克伦特罗检测卡和莱克多巴胺检测卡两种

产品，2014年11月19日，公司以其拒不交付研发成果为由解除劳动合同。邱检萍认为在

2014年5月底之前已经将研发成果全部交付维德维康公司，且其离职后，维德维康公司一

直在继续生产该产品。

【案件焦点】

邱检萍是否已经履行工作职责的事实认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：邱检萍于限定期限内向维德维康公司交付了指定

项目和标准的研发成果，维德维康公司解除与邱检萍的劳动合同，没有事实和法律依据，

理由如下：首先，2014年5月16日维德维康公司李向梅向邱检萍等人发送的电子邮件明确

载明，邱检萍在5月31日前需提交的项目成果是灵敏度为3ppb的克伦特罗检测卡和灵敏度

为5ppb的莱克多巴胺检测卡；其次，双方认可邱检萍于2014年5月30日向维德维康公司提

交了克伦特罗快速检测卡项目SOP文件和莱克多巴胺快速检测卡项目SOP文件，具体内容

均已包括胶体金颗粒、抗原和抗体配方和数量，且该两份文件封面均有维德维康公司吴小

平记载的可实现相应灵敏度的手写确认内容，足以证明邱检萍提交的研发成果符合维德维

康公司的要求；再次，若邱检萍未根据维德维康公司要求在2014年5月31日前交付研发成

果，维德维康公司在时隔近半年后的2014年11月才进行催交，显然不符合常理；复次，

2015年1月13日维德维康公司龚权君向邱检萍等人发送的电子邮件明确载明，该公司存有

包括前述灵敏度的克伦特罗快速检测卡和莱克多巴胺快速检测卡半成品，亦可佐证维德维

康公司已根据相关研发成果进行了产品生产。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第五十条，《中华人民共和国

劳动合同法》第四十七条、第八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一

款之规定，作出如下判决：

一、北京维德维康生物技术有限公司于本判决生效之日起七日内向邱检萍支付2014年

10月1日至2014年11月19日期间的工资18413.97元；

二、北京维德维康生物技术有限公司于本判决生效之日起七日内向邱检萍支付2014年

1月1日至2014年11月19日期间的年终奖16021.68元；

三、北京维德维康生物技术有限公司于本判决生效之日起七日内向邱检萍支付违法解

除劳动合同赔偿金68566.26元；

四、驳回北京维德维康生物技术有限公司的其他诉讼请求。

北京维德维康生物技术有限公司持原审起诉意见提起上诉。北京市第一中级人民法院

经审理认为：从维德维康公司提供的证据来看，证人吴某、李某与维德维康公司存在利害

关系，证言不足采信；《员工手册》、《公司奖惩制度》和《培训签到表》未显示有邱检

萍签字；《质检报告》、《交回工作成果通知》、《辞退通知书》和《说明》等也不足以

证明邱检萍未交付研发成果，相反，从邱检萍提供的证据看，根据克伦特罗SOP文件和莱

克多巴胺SOP文件上的手写内容，并结合电子邮件，可以确认邱检萍已交付研发成果，故

维德维康公司解除劳动合同的理由不成立。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

（一）项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议焦点在于劳动者是否完成了工作职责的事实认定。而特殊之处在于，本案劳

动者在用人单位中担任研发工作，判断其在职期间是否完成了工作职责，关键如下：其

一，提交的研究成果具体包含哪些内容，例如培养液、配方等；其二，提交的研究成果需

要满足何种标准，例如参数、灵敏度等。

首先，对于研究成果的内容，一般情况下，除非劳动者与用人单位有特殊约定，否

则，所有研究成果均应上交用人单位。

其次，对于研发标准，用人单位会对研发人员提交的研发成果作出基本的评估，并提

出基本的要求。但是，由于研发工作并非计划可控行为，因此这种最初的对工作成果的预

计和要求往往无法十分具体，进而对于最终的研究成果是否符合用人单位的要求也就会在

劳动者和用人单位之间产生争议。作为研发人员的劳动者提交的研究成果，一般会视为职

务成果，用人单位享有相应的权利。提交符合用人单位要求的全部的研究成果是劳动者的

基本职责。但是，研发工作本身的不可控性使得最终成果也具有不可控性。例如，可能在

某个阶段中提交的成果是符合要求的，但是，在之后的某个阶段，或者是此后的生产中发

现，其成果已经无法满足市场的要求，提交的研究成果也并非用人单位预设的成果。在这

种情况下，作为研发人员的劳动者是否应承担失职之责？用人单位又能否以此为由解除劳

动合同？显然，鉴于研发工作的特殊性，只要研发人员完成了用人单位在每一个基本阶段

提出的基本要求，即应视为完成了工作职责。至于在之后阶段，研究成果无法满足用人单

位的要求，用人单位应自行承担风险。

正如本案中，维德维康公司认为邱检萍提供的研究成果无法满足生产多个灵敏度系列

产品，仅交付了低灵敏度的成果，而未交付高灵敏度的成果。而邱检萍则主张根据每次的

原料、生产工艺，可以生产出三种不同灵敏度（5ppb、3ppb、2ppb）的产品，但有一定的

概率性，无法保证每次都能生产出多重灵敏度的产品。本案的焦点就在于，邱检萍提供的

研究成果是否符合维德维康公司的要求。从双方提交的证据可见，维德维康公司对于邱检

萍的研发要求为，提交灵敏度为3ppb的克伦特罗检测卡和灵敏度为5ppb的莱克多巴胺检测

卡，而邱检萍亦已经提交了相关成果，并且有相关验收人员的确认。至于之后维德维康公

司主张没有收到高灵敏度的成果，显然超出了其最初对于邱检萍的要求，而以此判断邱检

萍未提交全部工作成果，据此提出解除劳动合同，显然于法无据，系违法解除劳动合同的

行为。

编写人：北京市海淀区法院 杨炎辉 常丽

32 劳动合同解除后不能再行主张签订无固定期限合同

——王建维诉山西煤炭运销集团吕梁孝义有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山西省吕梁市中级人民法院（2015）吕民一终字第1004号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：王建维

被告（被上诉人）：山西煤炭运销集团吕梁孝义有限公司（以下简称煤运孝义公司）

【基本案情】

王建维与煤运孝义公司于2002年3月31日签订了一份为期一年的劳动合同，合同载

明：“……五、双方约定：1.甲方（被告）根据上级政策要求或者经营情况发生严重困

难，确需裁减人员时，可以终止本合同，并退还乙方（原告）抵押金。2.合同期满后，如

双方同意续订，需重新签订合同，如有一方不同意续订时，则本合同自行解除。”2002年4

月1日，王建维向煤运孝义公司缴纳押金3000元，并于同日到煤运孝义公司从事公路营业

站收费工作。合同期满，双方未续签合同，但王建维仍继续在原岗位工作。2008年1月1

日，双方又签订季节性用工劳动合同书一份，合同载明：“一、合同期限，自2008年1月1

日起至2011年1月1日止或因国家政策取消公路管理收费或公路煤焦经营源头监管政策改变

工作结束止；……五、劳动保险：1.甲方（煤运孝义公司）和乙方（王建维）按照政策的

规定缴纳社会保险。”2011年合同期满后，王建维继续留在原岗位工作，煤运孝义公司未

表示异议。期间，王建维与煤运孝义公司均未向社会保险机构缴纳社会保险金。2014年11

月26日，山西省人民政府出台晋政发〔2014〕37号《山西省煤炭焦炭公路销售体制改革方

案》，全部取消相关企业代行的煤炭、焦炭公路运销管理行政授权，全部撤销省内煤炭、

焦炭公路检查站、稽查点。王建维于2014年12月31日从原岗位下岗。随后，煤运孝义公司

制定了下岗人员分流安置方案，对下岗人员采取留任自愿。期间王建维与煤运孝义公司因

工资等发生矛盾，王建维于2015年2月工作4日后离岗。2015年3月27日，煤运孝义公司给

王建维出具解除劳动合同书一份，并于同日向其送达。但王建维未按照通知书内容回到煤

运孝义公司公司办理有关解除劳动合同经济补偿等手续。2015年1月27日，王建维向孝义

市劳动仲裁委员会提出仲裁申请。山西省孝义市劳动仲裁委员会于2015年4月22日作出孝

劳仲案裁字（2015）第8号仲裁裁决驳回申诉人王建维的仲裁请求。王建维收到仲裁裁决

书后，在法定期限内向山西省孝义市人民法院提起诉讼。王建维对因政策变化原岗位已经

撤销不持异议。

【案件焦点】

1.王建维与煤运孝义公司应否签订无固定期限劳动合同；2.煤运孝义公司应否向王建

维补发工资31万元；3.煤运公司应否补缴13年社会保险。

【法院裁判要旨】

山西省孝义市人民法院经审理认为：据《最高人民法院关于审理劳动争议适用法律若

干问题的解释》之规定，劳动合同期满后，劳动者仍在原单位工作，原单位未表示异议

的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同，一方提出终止劳动关系的，人民法院应当

支持。本案原告从2002年4月1日到被告处工作，从事公路营业站收费工作，其间两次签订

劳动合同，2008年1月1日所签合同期满后，双方未续签合同，但原告仍在原单位工作，被

告未表示异议，应视为双方同意以原条件继续履行合同。2008年所签合同中双方明确约

定，“因国家政策取消公路管理收费或公路煤焦经营源头监管政策改变工作结束止”。2014

年11月26日，山西省人民政府发布《山西省煤炭焦炭公路销售体制改革方案》，原告所在

工作岗位依据政策规定予以撤销，符合合同约定的劳动合同终止的条件，因此原告要求与

被告签订无固定期限的劳动合同无法律依据，依法不应予支持。原告同时主张补足其工作

13年期间同工不同酬差额及节假日加班费用，因原、被告双方基于劳动合同从事相关工

作，原告并未能举证证明其工资收入与合同约定不符，故对其此项主张，依法不予支持。

关于缴纳社会保险部分，参照劳动部发〔1993〕117号《企业职工养老保险基金管理规

定》第二十七条的规定，单位和职工弄虚作假，少缴、不缴、拒缴养老保险费，社会保险

管理机构应以书面形式责令其限期补缴。对逾期仍不缴纳的单位，社会保险机构可申请人

民法院强制执行，因此，原告主张补缴社会保险金的请求，依法不予支持。故山西省孝义

市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三款、《最高人民法院关于审

理劳动争议适用法律若干问题的解释》第十六条之规定，判决：

驳回原告王建维的诉讼请求。

王建维上诉称，请求撤销原判，依法改判支持其一审诉讼请求，即1.被上诉人煤运孝

义公司与上诉人王建维签订无固定期限劳动合同；2.被上诉人补足上诉人13年同工不同酬

所差工资和节假日工资31万元；3.被上诉人为上诉人补缴13年的社会保险。

山西省吕梁市中级人民法院经审理认为：（一）上诉人王建维现无权请求与被上诉人

煤运孝义公司签订无固定期限劳动合同。此观点与一审法院裁判理由一致，不再赘述。

（二）被上诉人煤运孝义公司无须向上诉人王建维补发工资31万元。我国现行用工体

制为“双轨制”，以劳动者有无正式编制为标准，分为有正式编制的体制内劳动者（俗称正

式工）与体制外劳动者，体制外劳动者又包括合同工（劳务工）、临时工、劳务派遣工等

多种用工形式。正式工完全服从国家安排，无自主择业权。为解决正式工流动性差的特

点，1981年《中共中央国务院关于广开门路、搞活经济，解决城镇就业问题的若干决定》

指出，要实行合同工、临时工、固定工等多种形式的用工制度，鼓励体制外用工，实行劳

动合同制，并出台《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》等法律保护劳动者合法权益。固定工制与劳动合同工制并存，正式工与非正式工在选

拔程序、成员构成、收入分配、政治权利及其他方面均有差异。用工单位招录正式工与非

正式工时条件不同，招考前者对学历经验、专业技能、工种匹配性及后续可发展性均有全

面考虑和考试考核要求，录用后者仅以双方合意即可建立劳动关系，从这一点上讲，劳动

力作为一种商品，虽然劳动力价值均系凝聚在人类社会无差别的劳动，但前者的劳动力价

值与后者的劳动力价值有差别，此种差别不仅体现在工种不同的差别，更体现在从事相同

工种劳动力价值的差别，从而导致即便从事同种工作，劳动者工资亦应有所差别；正式工

工资由国家财政统一拨款，而非正式工工资由用工单位与劳动者自主协商以合同形式确

定，以用工单位名义向劳动者发放，正式工的工资考核晋级制度与非正式工的工资增扣制

度完全不同，同一岗位不同工资发放与考核制度差异导致工资差别必然存在；另非正式工

在合同期满后可以自由选择与原用工单位继续建立劳动关系或选择更好更适合的就业岗

位，而正式工要离开用工单位限制条件会更多，有些工作岗位甚至被限制离职，从劳动力

再增长的角度考虑，流动性强的劳动者与固定劳动者间工资差别也属合理。本案上诉人王

建维作为体制外用工中的合同工，其与被上诉人煤运孝义公司正式工之间“同工种而不同

工资”的客观存在系我国劳动用工多种体制并存的必然结果，在当前多元用工机制条件下

亦属合法合理。上诉人王建维与被上诉人煤运孝义公司2002年签订的《孝义市煤运公司临

时工合同书》、2008年签订的《季节性用工劳动合同书》系双方据我国劳动合同法平等协

商建立的劳动合同关系，被上诉人煤运孝义公司应付上诉人王建维劳动报酬的具体数额双

方签订合同时已协商约定，被上诉人煤运孝义公司已按时足额给付，故双方之间不存在补

发劳动工资报酬之事实基础。上诉人王建维此项上诉请求，不予支持。

（三）被上诉人煤运孝义公司应否给上诉人王建维补缴13年社会保险，暂不属于人民

法院主管范围。根据《中华人民共和国劳动法》第一百条“用人单位无故不缴纳社会保险

费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳”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（三）》第一条“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会

保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生

争议的，人民法院应予受理”之规定，上诉人王建维可申请劳动行政部门作出具体行政行

为强制被上诉人煤运孝义公司为其缴纳社会保险费，而人民法院受理此类案件以不能补办

社会保险手续，造成实际损失为前提，故上诉人王建维的该项请求，暂不属于人民法院主

管范围，不予考虑。

综上，上诉人的上诉理由不能成立，遂依法判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

法官审案需要追求情、理、法的统一，法官裁判需要综合考虑法理与情理，力求双管

齐下，让案件当事人信服。本案涉及无固定期限劳动合同的认定问题、应否按照“同工同

酬”原则补发13年差异工资问题及应否补发社会保险的管辖问题。如何兼顾情、理、法，

解决案件争议问题，是本案的重点与难点。关于无固定期限劳动合同的认定问题，主审人

从时间维度对案件事实进行梳理分析，发现本案不存在双方订立“无固定期限劳动合同”的

事实依据，根据《最高人民法〈关于审理劳动争议适用法律若干问题的解释〉》 《中华

人民共和国劳动法》第三十九条等规定，应依法认定王建维与煤运孝义公司成立事实上的

劳动关系，故主审人未支持王建维要求认定其与煤运孝义公司建立无固定劳动合同关系的

诉求。关于应否按照“同工同酬”原则补发13年差异工资问题，王建维以其与正式工同工不

同酬，请求按正式工标准补发同工同酬工资。我们不能否认“同工同酬”是平等原则在劳动

领域的具体体现，但现实生活中，体制内用工与体制外用工的现象普遍存在，如何从法理

的角度说理？这是主审人遇到的主要难点。法律不是万能的，当以法说理难以让人信服

时，以情说理，用事实说话不失为一个明智之选。主审人通过查阅相关史料、文献，了解

我国现今的用工情况，分析总结我国现行“双轨制”用工体制下，体制内用工与体制外用工

在选拔程序、成员构成、收入分配、政治权利及其他方面的诸多差异的原因并运用经济学

的价值概念予以解释，向当事人释明王建维与煤运孝义公司系双方据我国劳动合同法平等

协商建立的劳动合同关系，双方签订合同时已协商约定好劳动报酬数额且煤运孝义公司已

按时足额给付。在此背景下，“同工种而不同工资”的客观存在系我国劳动用工多种体制并

存的必然结果，在当前多元用工机制条件下亦属合法合理。关于应否补发社会保险的管辖

问题，在业界已经基本达成共识，根据《中华人民共和国劳动法》第一百条及《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（三）》第一条之规定，人民法院受

理此类案件以不能补办社会保险手续，造成实际损失为前提，故上诉人王建维该项请求暂

不属于人民法院主管范围。本案例的分享价值在于，对于劳动者对用工单位“同工不同

酬”的做法不服时，如何通过法理与情理，结合当下的国情具体分析，让当事人信服。

编写人：山西省吕梁市中级人民法院 郭一璠 何星洁

33 内退是否自愿及相关管理办法是否合法的认定

——卓尚越诉湖南盐业股份公司常德市分公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省常德市中级人民法院（2015）常民一终字第7号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：卓尚越

被告（被上诉人）：湖南盐业股份公司常德市分公司

【基本案情】

原告卓尚越是被告湖南盐业股份有限公司常德市分公司的职工。2008年12月12日，被

告盐业公司召开全体职工大会，讨论通过《职工内部退养、待岗和停薪留职管理办法》。

2008年12月28日，原告卓尚越提出申请，要求达到内部退养年龄后内退。2009年9月29

日，申请人选择内部退养，并办理了相关手续。原告诉称，在内退的5年期，被告单位的

工资待遇逐步增加，而内退人员却没有作出相应调整，使得原告与同级别在职职工的工资

待遇等相差320000元，养老保险金等五险一金缴纳基数也差别较大。故诉至法院，请求依

法判令：1.被告补发原告5年内退期间参照同级别在职员工少发的月奖、年终奖等各类应

有待遇，共计320000元；2.被告补缴5年内退期间参照同级别在职员工少缴的养老保险、

医疗保险、住房公积金和企业年金，共计约28614元；3.被告赔偿原告工资总额收入损失

的100%，共计320000元。

另查明：《职工内部退养、待岗和停薪留职管理办法》规定：选择内部退养的，男职

工内退待遇的每月资金按照本人内退前所在岗位的资金系数的65%发放至57岁。原告卓尚

越内部退养前月奖金为2160元。2009年10月至2009年12月，每月领取1080元；2010年1月

至3月，每月领取奖金1350元；2010年4月至2011年12月，每月领取奖金1485元；2012年，

月领取奖金1480元。

【案件焦点】

1.原告的内部退养申请是否是其真实意思表示；2.《职工内部退养、待岗和停薪留职

管理办法》是否违反法律规。

【法院裁判要旨】

湖南省常德市武陵区人民法院经审理认为：本案属劳动争议纠纷。原告卓尚越与被告

盐业公司协商一致办理内部退养的过程并未违反法律、法规的强制性规定，并且原告卓尚

越的内退行为已经完成，应当认定为合法有效。结合庭审查明的事实，2009年10月至2010

年3月期间，被告盐业公司为原告卓尚越发放的奖金存在差额，金额为1134元，被告盐业

公司应当为其支付该奖金差额。对于原告主张要求被告补缴社会保险费等，根据《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）》第一条之规定：“劳动者

以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会

保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”结合庭审查

明的事实，被告已经为原告购买了社会保险，故对于原告要求被告补缴5年内退期间参照

同级别在职员工少缴的养老保险、医疗保险的诉讼请求，本院不予支持。根据法律规定，

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。原告卓尚越未向本院提交证据证实被告为其少缴了住房公积金及企

业年金，故对其该项诉讼请求，法院不予支持。综上，依据《中华人民共和国劳动法》第

二条、第四条、《中华人民共和国劳动合同法》第二条、第四条、《最高人民法院〈关于

民事诉讼证据的若干规定〉》第二条之规定，判决如下：

一、被告湖南盐业股份有限公司常德市分公司支付2009年10月至2010年3月期间的奖

金差额人民币1134元；

二、驳回原告卓尚越超出本判决第一项以外的其他诉讼请求。

宣判后，原告不服，上诉至常德市中级人民法院。湖南省常德市中级人民法院经审理

认为：原审判决认定事实清楚，适用法律正确，实体处理恰当，依法应予维持。据此，本

院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如

下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

内退，全称“内部退养”或“内退内养”或“离岗退养”，严格来说并不是真正地办理了退

休手续，只是在单位内部的一种近似退休待遇的办法，办理内退的人员可不在单位工作，

但每月可以从单位领取一定数额的内退费。这实际上是一种保留劳动关系但又无须在岗的

情形，一般在国企较多，主要是对一些无法安排合适岗位但又未达到退休年龄的老员工的

过渡性办法。国家出台内退政策的目的是：企业减员增效，发展生产。在国有企业的改

制、重组中，任何涉及员工安置、分流富余人员等广大职工切身利益的事项，都必须经过

职工代表大会讨论通过。国有企业的改制前提是保障职工的合法权益。

本案一、二审法院认为原告卓尚越于2009年9月29日申请办理内退时已年满55岁，符

合内部退养的年龄要求，在此种情况下，其提出内退申请，被告盐业公司为其办理了相关

内退手续。虽然该内部退养表格是被告盐业公司单方面制作的格式文件，但该表格内容明

确、清晰，且在本人申请栏目下提供了两个选项，一是劳动组合，二是内部退养。原告卓

尚越选择了内部退养，作为具有完全民事行为能力的自然人，原告应当理解“内部退养”的

含义，该行为应当视为原告卓尚越向被告盐业公司作出了其自愿内部退养的意思表示。故

对原告卓尚越主张其内部退养是受胁迫，而非其真实意思的表示，因未提供相关证据予以

佐证，法院不予支持。关于被告盐业公司制定的《内部退养管理办法》是否违反法律规

定。首先，从该规定的内容来看，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条之规定，用

人单位在制定、修改或者决定有关直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，

应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商

确定。另根据《国务院〈国有企业富余职工安置规定〉》第九条规定：“职工距退休年龄

不到五年的，经本人申请，企业领导批准，可以退出工作岗位休养。职工退出工作岗位休

养期间，由企业发给生活费……”本案被告盐业公司根据上述法律、法规，湖南省轻工盐

业集团公司的文件精神，以及结合公司内部的经营状况，制定了该办法，规定了职工内部

退养后的一系列待遇问题，其内容不违反法律规定。其次，从制定的程序上看，2006年12

月31日，盐业公司通过支公司经理、分公司中层骨干、职工代表会议多次讨论，并制定了

《关于员工内部退养待岗和停薪留职待遇的管理规定》常盐人发〔2006〕6号文件。2008

年12月12日，盐业公司召开全体职工大会审议通过了《常德分公司职工内部退养、待岗和

停薪留职管理办法》，并于同年12月16日下发执行。该规定的出台历经了两年的时间，且

在全体职工大会审议通过，故该规定产生的程序符合法律规定。最后，根据《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》第十九条之规定：“用人单位根据

《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及

政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。”故被告

制定的《职工内部退养待岗和停薪留职待遇的管理规定》合法、有效，对其效力予以确

认。综上，原告卓尚越与被告盐业公司协商一致办理内部退养的过程并未违反法律、法规

的强制性规定，并且原告卓尚越的内退行为已经完成，认定为合法有效。

编写人：湖南省常德市武陵区人民法院 张黎

三、劳动合同解除和终止

34 “末位淘汰” 合法还是违法

——彭勃诉重庆尚盟宏远实业有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市渝中区人民法院（2016）渝0103民初6151号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告：彭勃

被告：重庆尚盟宏远实业有限公司（以下简称尚盟公司）

【基本案情】

2014年3月10日，彭勃进入尚盟公司工作，任招商专员，双方签订了书面劳动合同，

约定合同期限至2016年5月14日止，彭勃月工资3500元，提成按公司提成方案执行。尚盟

公司为彭勃办理了社会保险。

2016年2月17日，尚盟公司以“按2015年度招商人员激励制度实行末位淘汰制，该员工

予以淘汰”为由，解除了与彭勃的劳动关系，双方办理了工作交接，之后彭勃未再到尚盟

公司工作，尚盟公司向彭勃支付了补偿款7000元。双方劳动关系解除前12个月彭勃月平均

工资为9924元。

2016年3月9日，彭勃向重庆市渝中区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决：

尚盟公司支付其违法解除劳动合同赔偿金50009.48元。该委于同月16日出具编号为2016-358号《证明》，证明该案无《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）》第十二条第一款所规定的情形，彭勃乃起诉至法院。

【案件焦点】

尚盟公司解除与彭勃的劳动合同系合法解除还是违法解除。

【法院裁判要旨】

重庆市渝中区人民法院经审理认为：彭勃与尚盟公司之间存在劳动关系，应受劳动法

及相关法律的调整。其双方之间劳动关系存续期间为2014年3月10日至2016年2月17日。

关于彭勃要求尚盟公司支付违法解除劳动合同赔偿金的问题。《中华人民共和国劳动

合同法》第四十七条规定：“经济补偿按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。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳

动者支付半个月工资的经济补偿。……本条所称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。”第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动

合同，……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。”第八十七条规定：“用人单位违反本法规定解

除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支

付赔偿金。”本案中，尚盟公司以“末位淘汰”为由解除与彭勃的劳动关系，属上述法律规

定的违法解除劳动合同，且双方劳动关系存续期间已满一年六个月不满两年，故尚盟公司

应向彭勃支付两个月工资的违法解除劳动合同的赔偿金39696元（9924元/月×2个月×2

倍），扣除尚盟公司已支付的7000元，尚盟公司还应支付32696元。现彭勃请求超过该金

额的部分，与本案查明的事实不符，法院依法不予支持。判决：

一、尚盟公司在本判决生效后立即向彭勃支付违法解除劳动合同的赔偿金32696元；

二、驳回彭勃的其他诉讼请求。

【法官后语】

这是一起典型的用人单位以“末位淘汰”为由与劳动者单方解除劳动合同的案例，这类

案件体现的是企业管理权与劳动者劳动权之间的冲突。

对于用人单位以“末位淘汰”解除劳动合同是否合法，有以下两种观点：第一种观点认

为，末位淘汰是用人单位为了增强企业竞争力而采用的一种优胜劣汰的激励方式，是先进

的管理手段和制度创新，既有利于用人单位加强管理和提高效益，也有利于激发劳动者的

工作热情和潜在能力，在竞争性较强的销售类企业广泛应用，应当属于合法。第二种观点

认为，只要有排名，就有人处于末位，所以用人单位直接以末位淘汰的形式与劳动者解除

劳动合同，缺乏科学性，有损人格尊严，侵害了劳动者的劳动权益，不符合《劳动合同

法》的规定，属于违法解除。

1.末位淘汰与违法解除

末位淘汰作为一种绩效考核管理制度，是指用人单位根据内部设定的评价标准对劳动

者进行分类或排序的考核，并以下岗或辞退等形式淘汰排名末位的劳动者。但从法律角度

来理解，末位员工被“淘汰”并没有法律依据。从《劳动合同法》第三十九条的规定来看，

我国法律没有允许用人单位与劳动者在劳动合同中约定以“末位淘汰”为由解除劳动合同，

即使用人单位在内部规章制度中规定了末位淘汰，该规定也会因缺乏法律依据而无效。并

且，“末位”也不等同于《劳动合同法》第四十条第（二）项规定的“不能胜任”，不能胜任

是指劳动者不具备完成岗位任务的基本工作能力，但是即使所有人都胜任工作，也有人会

排名末位，即使所有人都不胜任工作，也会有人排名第一，所以两者并不能直接画等号。

由此可见，末位淘汰并不属于《劳动合同法》规定的用人单位可以单方解除劳动合同的事

由和情形，若用人单位直接以劳动者在考核排名中居于末位等次而解除劳动合同，则不但

解除劳动合同的行为无效，而且用人单位还要承担相应的法律责任。

2016年11月30日，最高人民法院公布的《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民

事部分）纪要》中亦明确，用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”或“竞争上岗”等形

式单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履

行劳动合同或者支付赔偿金。本案中，尚盟公司以实行末位淘汰制为由解除与彭勃的劳动

合同，符合上述规定的违法解除的情形，故尚盟公司理应支付违法解除劳动合同的赔偿

金。

2.末位淘汰与合法解除

其实“末位淘汰”制度本身并不违法，也不是用人单位对考核排名末位的劳动者就无法

解除劳动合同。根据《劳动合同法》规定，劳动合同解除的方式包括双方协商一致解除、

劳动者单方解除、用人单位单方解除三种形式，其中，涉及劳动者工作能力的用人单位单

方解除的情形规定在该法的第三十九条第一项“在试用期间被证明不符合录用条件的”和第

四十条第二项“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”。

在现行法律框架下，讨论末位淘汰的合法性就是分析末位淘汰是否符合上述两项规定的解

除情形。

首先，在试用期内，如果劳动者经考核不符合用人单位设定的录用条件，并且用人单

位在招聘时已告知劳动者以末位淘汰形式判断是否符合录用条件，劳动者也明确知晓淘汰

的考核标准，那么用人单位在试用期内以不符合录用条件为由辞退考核排名末位的劳动者

即不违反法律规定。其次，试用期满后，用人单位如果以劳动者的工作能力不足为由解除

劳动合同必须同时满足三个条件，即举证证明劳动者不胜任本职工作、曾对劳动者进行培

训或调岗、重新培训或经调岗后仍不能胜任，需要注意的是仅仅考核排名末位并不能直接

被认定为不能胜任工作，用人单位还需要举证证明考核指标的合理依据以及劳动者不能胜

任工作的具体事实，另外，用人单位以此为由解除劳动合同在程序上还需要提前三十日以

书面形式通知劳动者本人或者额外支付一个月工资。

综上，末位并不意味着淘汰，末位淘汰与解除劳动合同并不等同，解除劳动合同必须

符合法定的条件并遵循法定的程序。在劳动关系的建立、履行和解除的过程中，用人单位

须规范用工行为，构建和谐稳定的劳动关系。

编写人：重庆市渝中区人民法院 罗静

35 判断劳动者辞职行为有效的审查标准

——刘宇红诉碧优缇商务咨询（上海）有限公司、碧优缇商务咨询（上海）有限公司

北京分公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市东城区人民法院（2016）京0101民初2660号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：刘宇红

被告：碧优缇商务咨询（上海）有限公司（以下简称碧优缇上海公司）、碧优缇商务

咨询（上海）有限公司北京分公司（以下简称碧优缇北京分公司）

【基本案情】

碧优缇上海公司、碧优缇北京分公司系总公司与分公司关系。2010年6月1日，刘宇红

入职碧优缇北京分公司，担任负责人。刘宇红负责该公司的运营管理，保管包括碧优缇北

京分公司的公章、财务章、各种证件等全部证照。同日，双方签订1年期书面劳动合同，

约定刘宇红担任总经理，基本工资每月税前13050元，车贴500元，饭贴500元；刘宇红作

为总经理，根据生产经营需要应该自动加班加点。该劳动合同到期后，双方续签一年。

2012年6月1日，刘宇红再次与碧优缇北京分公司签订期限为20年劳动合同书。

刘宇红每月向碧优缇上海公司自行统计、上报包括刘宇红在内的全体员工的月度加

班、调休申请统计表以及月工资报表，经碧优缇上海公司审核后通过碧优缇北京分公司的

账户发放工资，并为全体员工缴纳社保费。碧优缇上海公司《员工手册》第五章休假制度

中（11）年资特别假，规定“为鼓励员工长期任职于本公司，特设立年资特别假。所有正

式员工服务满1年，得享有年资假2天，以后每满1年增加1天，以此类推，年资特别假需于

1年之内使用，逾期视同放弃。”

2011年11月7日，刘宇红通过电子邮件向碧优缇上海公司申报2011年10月工资，经碧

优缇上海公司提醒后，刘宇红明确表示“5000元以上的人没有加班工资这一点忽略了，今

后一定注意”。

2014年10月13日，刘宇红向碧优缇上海公司法定代表人陈果祁发送“离职信”邮件。此

后双方就离职问题进行多次协商。同年12月4日刘宇红再次表明“经过考虑再三，我只能以

兼职的形式继续合作”。同月15日，刘宇红表示收回之前写的离职邮件，希望继续合作，

继续履行劳动合同。同月30日，陈果祁向刘守红发送邮件，内容为“上周在北京，谈得很

彻底。我也希望虽然你从1月1日起，不再是我公司的员工了，但是我和你可以保持个人的

合作关系。附件是你1月1日开始的合同，请你签订一下寄回来……，希望合作愉快。”碧

优缇北京分公司遂支付刘宇红工资至2014年12月。2014年1月至12月刘宇红月实发工资为

13380元。后刘宇红协助碧优缇上海公司完成北京分公司歇业的相关手续。因经济补偿及

交接问题，双方产生争议。刘宇红向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，该

委于2015年4月13日以刘宇红主体不适格为由出具了京东劳人仲不字〔2015〕第0263号不

予受理通知书。刘宇红不服，诉至法院。

【案件焦点】

劳动者辞职的意思表示是否可自行撤销。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院经审理认为：本案争议焦点之一为双方劳动合同关系解除的时

间及原因。本案双方劳动合同关系因劳动者行使辞职权而解除。辞职权是劳动者单方享有

的形成权，形成权一经作出，即为生效。故刘宇红主张其曾于2014年12月15日撤回辞职申

请，理由不足，不予支持；法律之所以规定劳动者辞职应提前三十日，是为了给予用人单

位充足的时间为即将解除劳动关系劳动者的工作岗位找到合适的替代人员，以免因劳动者

解除劳动合同而影响用人单位的生产经营，是对劳动者行使单方解除权的一种最低限制，

而非用人单位的一种法定义务，而且刘宇红在辞职邮件中也明确表示“希望您能明确一下

我离职的具体日期，以便安排我离职以后的工作”；事实上，此后碧优缇上海公司提出挽

留方案，刘宇红提出兼职等要求，均可以认定为双方进一步沟通协商的过程。碧优缇上海

公司于2014年12月30日明确告知刘宇红同意离职，“从1月1日起不再是我公司的员工了”。

综上，双方劳动关系因系劳动者提出解除劳动合同并与用人单位协商一致而于2015年1月1

日解除。现刘宇红要求碧优缇上海公司支付未提前三十日通知的代通知金及终止劳动合同

关系经济补偿金，于法无据，不予支持。此后，刘宇红协助碧优缇上海公司处理碧优缇北

京分公司的善后事宜，碧优缇上海公司应按照此前月工资标准支付刘宇红2015年1月的劳

务报酬。

本案争议焦点之二，刘宇红能否要求碧优缇上海公司支付劳动合同约定工资数额与实

际发放工资数额之间的差额工资。首先，刘宇红虽持有与碧优缇北京分公司签订的劳动合

同，但该合同是其任负责人期间，在公章由其保管的情况下自行形成，在刘宇红未能举证

证明合同内容条款经过碧优缇上海公司审核确认的情况下，该证据的形成存在瑕疵；其

次，即便合同内容真实，在刘宇红作为碧优缇北京分公司总经理，负责管理运营该公司的

五年时间里，自行统计审核上报全体员工工资，应视为对原劳动合同工资条款内容的变更

与默认，现刘宇红在劳动合同解除后要求碧优缇上海公司支付其所谓差额工资，有悖诚信

履行原则，不予支持。同理，刘宇红作为碧优缇北京分公司负责人，根据相关规定，企业

中的高级管理人员实行不定时工作制，且无须办理审批手续；刘宇红每月上报全体员工的

考勤、加班调休统计及工资汇总，对碧优缇上海公司高管人员薪酬中不计算加班费应明确

知晓且已实际履行多年，且碧优缇上海公司该项规定并不违反法律规定，现刘宇红要求碧

优缇上海公司支付平日延时加班费、休息日加班费以及法定节假日加班费，理由不足，不

予支持。

本案争议焦点之三，刘宇红要求碧优缇上海公司按照法定年休假标准支付《员工手

册》规定的“年资特别假”未休工资能否支持。年资特别假是用人单位为吸引员工长期稳定

就业，培养劳动者对企业忠诚度而自行规定的福利假期，碧优缇上海公司在《员工手册》

中明确规定“年资假需于一年之内使用，逾期视同放弃”，该规定并未违法，故刘宇红要求

碧优缇上海公司按照法定年休假标准支付未休年资特别假工资，理由不足，不予支持。关

于刘宇红未休的法定年休假工资，依法确定。

综上所述，依据《中华人民共和国劳动合同法》第三条、第三十七条、第四十六条第

二项，《职工带薪年假条例》第五条第三款，《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第

一款规定，判决如下：

一、碧优缇上海公司、碧优缇北京分公司于本判决生效后七日内支付刘宇红刘宇红

2015年1月劳务报酬13380元；

二、碧优缇上海公司、碧优缇北京分公司于本判决生效后七日内支付刘宇红未休年假

工资25222元；

三、驳回刘宇红的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案的审理难点是如何审查劳动者的辞职行为？审查结果分为两种，一种是劳动者单

方合法行使劳动合同解除权，也即辞职权；另一种为不构成单方辞职，而是构成劳动者提

出以解除劳动合同为目的的要约行为，用人单位可以同意劳动者的要约，最终双方协商一

致解除劳动合同；也可以不同意劳动者的离职申请，双方继续履行原劳动合同或者协商变

更原劳动合同。

我国《劳动法》第三十一条及《劳动合同法》第三十七条、第三十八条均赋予劳动者

单方解除劳动合同关系的权利，也即辞职权。从劳动者行使辞职权的时间、期限方式来划

分，辞职权可以分为两类：劳动者即时辞职权和预告辞职权；从劳动者辞职原因以及是否

能够获得相应经济补偿金来划分，辞职权可以划分为两类：劳动者行使无因辞职权，不能

获得经济补偿金；劳动者因法定原因（《劳动合同法》第三十八条）即时辞职的，可以获

得经济补偿金。劳动者的辞职权系形成权，一经劳动者作出并有效到达对方时，该项权利

即为成立并生效，非经法定事由及程序不得随意撤销。这不仅是目前我国法律理论界的通

说，在实践中也得到有关部门的认可。《劳动部关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办

发〔1994〕289号）规定，劳动者的辞职权，除此条规定的程序外，对劳动者行使辞职权

不附加任何条件。另据《劳动部办公厅关于劳动者解除劳动合同有关问题的复函》（劳办

发〔1995〕324号）的规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，既是解除劳动

合同的程序，也是解除劳动合同的条件。劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，解

除劳动合同，无需征得用人单位的同意。因此，劳动者提出辞职后是否经过用人单位批

准，是否办理交接手续，是否符合用人单位要求的辞职流程等因素均与辞职权是否生效无

关。

在司法实践中，如何判断劳动者的辞职行为是否有效？按照合法民事行为成立的三要

素说，可以从三个方面进行审查。一是从行为主体要件分析，劳动者是否为完全民事行为

能力人，如果劳动者因患病属于限制行为能力或者无民事行为能力人，那么此时劳动者表

达的辞职行为就很可能因为主体行为能力的欠缺归于无效。二是从行为人意思表示内容上

判断。意思表示的构成可以分为外部（客观）要素与内部（主观）要素，所谓外部要素，

就是将意志表示于外的行为，通常有明示与默示之分；内部要素包括三项，行为意思、表

示意思与法效意思。因此，应重点审查劳动者作出辞职行为时其表达意志是否自由、自

主，辞职意愿是否清晰、准确、肯定，不存在歧义。例如，劳动者表达内容为“我决定辞

职”“我通知单位解除劳动合同”之类，则为有效的辞职意思表示；如果劳动者的表达内容

为“我申请辞职，请求领导批准”“我即将辞职，等待您的答复”之类，则不能形成有效的单

方辞职意思表示，而是构成劳动者提出以解除劳动合同为目的的要约行为，用人单位既可

以同意劳动者的要约，最终双方协商一致解除劳动合同，也可以不同意劳动者的离职申

请，双方继续履行原劳动合同或者协商变更原劳动合同。三是从该行为是否符合法律规定

上分析。对于具体的民事法律行为，法律往往规定了具体的构成要件。劳动者行使辞职

权，其意思表示行为应向用人单位有效送达方可生效。

本案中，双方争议的焦点在于刘宇红辞职的意思表示是否可以撤销。刘宇红于2014年

10月13日因个人原因提出离职并要求碧优缇公司确定最终离职日期。刘宇红的上述表述辞

职意愿清楚、明确，没有协商是否辞职的余地，也并没有征求公司是否批准的意思表示，

只是征求公司确定最后离职时间，已构成了有效的单方辞职权；其于12月4日再次表明“经

过考虑再三，我只能以兼职的形式继续合作”，表明刘宇红仍然坚持辞职的意思表示。后

刘宇红于12月15日发送邮件申请撤销离职邮件，但此时应征得碧优缇公司的同意，而碧优

缇公司对此未明确表示同意，并于12月31日最终确定刘宇红自2015年1月1日起不再是其公

司员工。故碧优缇北京分公司与刘宇红的劳动关系因刘宇红提出辞职而于2015年1月1日解

除。

编写人：北京市东城区人民法院 杨文起 魏志

36 经济性裁员合法性的认定标准

——聂波诉施耐德电气（中国）有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03民终7582号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：聂波

被告（被上诉人）：施耐德电气（中国）有限公司（以下简称施耐德公司）

【基本案情】

聂波原系施耐德公司员工，在质量与客户关爱部门担任技术支持工程师，双方签有无

固定期限的劳动合同。

庭审中，聂波称施耐德公司进行了大批量裁员，但依据的法律条文不明确，实施经济

性裁员的原因也不明确，也没有向员工或者工会进行公示并获得有效意见，而施耐德公司

时任工会主席黄烁明确表示其并未认可或签署关于公司批量裁员的行为，其中国区总裁朱

海在全体员工大会上明确说明中国市场经营状况良好，不存在经济问题，裁员就是想对公

司“瘦身”，但是施耐德公司完全可以将拟裁员工进行调岗来分解裁员压力，所以施耐德公

司中国区北京QCS部门的裁员不仅不符合法律规定，也无事实依据，完全是单方违法解除

劳动合同。聂波就其主张提交《解除劳动合同通知书》、宣布裁员的视频、中国区总裁朱

海在季度沟通会上的讲话视频及上述视频的文字整理资料等予以佐证。

施耐德公司对上述证据的真实性予以认可，并称其就裁员事宜与员工已进行了沟通，

从沟通的内容可见公司提供的补偿标准高于法定标准，也给员工很长时间去寻找工作，其

裁员行为符合法律规定，而中国区总裁朱海的讲话视频是针对其所管辖的大中国区范围，

并非聂波所在的用人单位主体或所在部门，公司进行经济性裁员所依据的条款并不以严重

亏损为前提，其在讲话中也明确提到了公司目前情况“不健康”“有危机”“须调整”，均说明

公司存在进行经济性裁员的事实基础。

施耐德公司为证明其实行裁员符合法定程序而提交了《关于本公司部门迁移与员工安

置事项的有关意见》、北京市朝阳区人力资源和社会保障局（以下简称朝阳区人社局）出

具的接受公司经济性裁员回函、裁减人员报告、《营业执照》、《批准证书》、《实施方

案即经济补偿金方案》、《董事会决议》、拟裁减人员花名册、《告知函》等材料。其

中，朝阳区人社局劳动关系科出具的回函内容为：“我科于2015年4月9日收到施耐德电气

（中国）有限公司交来的《裁减人员报告》《营业执照》《批准证书》《企业基本情况》

《情况说明》《实施方案即经济补偿金方案》《董事会决议》《关于本公司部门迁移与员

工安置事项的有关意见》《拟裁减人员花名册》《拟裁减人员工资台账》材料。”该回函

加盖有朝阳区人社局劳动关系科印章，时间为2015年4月9日。

聂波对《关于本公司部门迁移与员工安置事项的有关意见》中印章的真实性不持异

议，称施耐德公司于2011年名称已发生变更，但该工会印章却仍使用原名称，即印章与施

耐德公司工会的名称不一致，另对其内容和证明目的不予认可，并称公司没有召开职工代

表大会。聂波对朝阳区人社局所出具回函的真实性不持异议，对其证明目的不予认可，认

为《营业执照》、《批准证书》、裁减人员报告、《实施方案即经济补偿金方案》、《董

事会决议》、拟裁减人员花名册没有原件，对其真实性和证明目的均不予认可。

另施耐德公司称：其于2014年12月5日即向相关员工发出会议邀请，召开了QCS北京

业务及办公室迁移沟通会，介绍裁员原因、背景、时间表、工作机会及补偿方案等，为员

工提供了额外的补偿和充裕的时间；2014年12月26日、2015年3月20日其又多次发送会议

邀请进行答疑；其人事部门于2015年5月18日向部分尚未签署离职协议员工发送《员工告

知信》，通报裁员进展，并再次提示拟裁减员工及时签署协商解除协议，以获得额外补

偿。聂波确认其于2014年12月5日参加了会议，但其认为不是沟通会，因有员工在拍摄视

频，会议开到一半就解散了。施耐德公司称其履行了工会告知程序，并依法向聂波送达了

《解除劳动合同通知书》。聂波主张工会只是在材料上盖章，施耐德公司并非听取工会意

见，另确认其收到《解除劳动合同通知书》。

另查，聂波就双方争议向北京仲裁委申请劳动仲裁，请求：1.判定施耐德公司向聂波

出具的《解除劳动合同通知书》与事实不符，并判定施耐德公司为非法单方解除劳动合

同；2.施耐德公司支付违法解除劳动合同赔偿金253175.86元。后北京仲裁委出具京劳人仲

字〔2015〕第619号裁决书，裁决：驳回聂波的仲裁请求。聂波不服，向法院起诉。

【案件焦点】

施耐德公司进行经济性裁员是否具备合法性。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：用人单位根据经济发展变化的需要进行组织架构

调整是其经营的自主权。施耐德公司于2014年12月5日召开了相关员工沟通会，介绍了裁

员的原因、背景、时间表、工作机会、补偿方案等，明确了公司将QCS北京的业务及办公

室撤销，并于2015年6月30日前迁至武汉，之后又通过召开答疑沟通会等方式，已履行了

与劳动者协商过程；施耐德公司在听取工会意见后，就其裁减人员方案向朝阳区人社局提

交了报告，2015年3月16日朝阳区人社局劳动关系科回函收到施耐德公司裁减人员的相关

材料，故施耐德公司在裁员程序上符合法律规定。另，双方在签订无固定期限劳动合同之

前，已签有两份固定期限劳动合同，施耐德公司依法与聂波订立无固定期限劳动合同的行

为并无不妥，且施耐德公司于2015年3月向朝阳区人社局提交了裁员报告，说明裁员的原

因并未在2014年12月5日消失，故双方签订无固定期限劳动合同的行为，与施耐德公司解

除劳动合同的行为并不矛盾，而施耐德公司与聂波解除劳动合同前将解除理由通知了工

会，且向聂波送达《解除劳动合同通知书》并支付了经济补偿金，故聂波要求确认施耐德

公司系违法与其解除劳动合同并要求支付赔偿金的请求，缺乏事实及法律依据，法院不予

支持。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条、《中华人民

共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，判决如下：

驳回聂波的诉讼请求。

聂波持原审起诉意见提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认为：根据《中华人

民共和国劳动合同法》第四十一条的规定，用人单位在符合法定条件及法定程序的情况

下，可以根据经济情况发展变化的需要进行经济性裁员。

关于施耐德公司经济性裁员是否符合法定条件。用人单位具有根据经济发展变化的需

要进行组织架构调整的经营自主权，根据施耐德公司向朝阳区人社局提交的材料可以认

定，其进行经济性裁员的原因为配合公司全球性发展战略，提高组织架构运营效率及调整

业务布局，将QCS北京业务及办公室撤销并于2015年6月30日前迁至武汉，其裁员人数为

20人以上，符合经济性裁员的法定条件。聂波上诉主张其与施耐德公司签订无固定期限劳

动合同后无新的客观经济情况发生变化，但施耐德公司经济性裁员所依据的客观情况直至

其向朝阳区人社局提交裁员报告等材料时仍持续存在。因聂波符合签订无固定期限劳动合

同的条件，且施耐德公司裁员程序未履行完毕，施耐德公司于2014年12月15日与聂波签订

无固定期限劳动合同，双方签订无固定期劳动合同的行为与施耐德公司裁员的行为并不矛

盾，故法院对聂波的该项上诉理由不予采信。聂波上诉主张其岗位及工作性质具有独立

性，不需要团队协作亦可独立开展工作，但对此未提交充分证据证明，故法院不予采纳。

关于施耐德公司经济性裁员是否符合法定程序。聂波上诉主张施耐德公司工会公章无

效、工会未履行法定职责，施耐德公司关于工会公章名称问题作出的解释合理，而施耐德

公司的《告知函》与《工会意见》在同一页面中不足以否定《工会意见》的效力，故法院

对聂波的该项上诉理由亦不予采信。一审法院认为施耐德公司在裁员程序上符合法律规

定，具有依据。一审法院未支持聂波要求确认施耐德公司违法解除劳动合同并支付赔偿金

的请求，并无不当，法院予以维持。

另经审查，一审判决适用法律并无不当，法院予以确认。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

一项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点是施耐德公司对聂波进行经济性裁员的行为是否具备合法性，因此，

本案主要涉及的是经济性裁员的合法性认定问题。

1.经济性裁员的法定许可条件

《劳动合同法》第四十一条规定：“有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者

裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体

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：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；

（三）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；（四）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。”根据该条规定，经济性裁员应符合法定许可条件，其许可条件又包括形式要

件与实质要件，其中形式要件主要针对裁减人员数量，即需裁减人员应在二十人以上，或

者虽然不足二十人但占比达到用人单位职工总数的百分之十以上；实质要件包括：依照破

产法规进行重整，生产经营严重困难，企业转产、重大技术革新或者经营方式调整等客观

经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的情形。可见，经济性裁员不得随意适

用，应符合法定的许可条件。

2.经济性裁员的禁止性条件

因经济性裁员系由用人单位基于自身经营状况所适用，进行裁员时统一对某一部门或

某一类别的人员进行裁减，然而经济性裁员涉及裁减人员众多，对某些特定情形的人员适

用经济性裁员，将导致被裁减人员陷入生活困难的境地。因此，我国经济性裁员制度不仅

设立了法定许可条件，同时亦设立了禁止性条件。

《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本

法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（一）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；（二）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；（三）患病或者非

因工负伤，在规定的医疗期内的；（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（五）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；（六）法律、行政法规规定的其他

情形。”根据该条规定，符合禁止性条件的劳动者，用人单位不得以经济性裁员的方式进

行人员裁减。该条款的设立，对于保护处于弱势地位的特殊劳动者具有重要意义。

3.经济性裁员的程序性条件

经济性裁员一般会对某一地区、某一行业劳动力市场的供需平衡产生影响，亦会对其

他用人单位起到标杆性作用，为保护劳动者的合法权益，劳动法律对用人单位适用经济性

裁员的要求较为严格，不仅规定了法定许可条件及禁止性条件等，同时设立了程序性条

件。如《企业经济性裁减人员规定》第四条及《劳动合同法》第四十一条，均对经济性裁

员的程序性条件进行了规定，依据相关规定，用人单位进行经济性裁员应提前三十日向工

会或者全体职工说明情况，并提出裁减人员方案，将裁减人员方案征求工会或者全体职工

的意见，向当地劳动行政部门报告裁减人员方案及工会或全体职工的意见，在正式公布裁

减人员方案后，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，并依法向被裁减人员支付经济补

偿。

4.经济性裁员纠纷中的举证责任分配

《劳动争议调解仲裁法》第六条规定：“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。”依据该条规定，就举证责任而言，用人单位作

为适用经济性裁员制度的主体，掌握管理经济性裁员程序中每一流程的文件资料，因此在

诉讼中，应由用人单位举证证明其适用经济性裁员同时符合法定许可条件及程序性条件，

而劳动者若主张自己不应被裁员的应对其符合禁止性条件所列举的特定情形承担举证责

任。

本案中，用人单位主张其经济性裁员具有合法性，并举证证明其符合法定许可条件及

程序性条件，因劳动者并不符合禁止性条件所规定的特定情形，故法院认定用人单位适用

经济性裁员符合法律规定。

编写人：北京市朝阳区人民法院 白星晖

37 用人单位合法解除权的认定

——前锦网络信息技术（上海）有限公司、北京信恒合丰餐饮管理有限公司与殷明翠

劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终7105号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：前锦网络信息技术（上海）有限公司（以下简称前锦

公司）

被告（反诉原告、被上诉人）：北京信恒合丰餐饮管理有限公司（以下简称信恒公

司）

被告（上诉人）：殷明翠

【基本案情】

2012年4月1日，前锦公司与殷明翠签订劳动合同，用工单位为信恒公司。后双方续订

合同至2016年3月31日，岗位变更为区经理。合同约定，前锦公司和信恒公司的《员工手

册》或者规章制度在告知殷明翠后，即具有法律效力，对各方均有约束力。如发生冲突，

应以信恒公司的《员工手册》或规章制度为准。2012年4月1日，殷明翠签收了信恒公司的

《员工手册》，内容有：自入职后已经被处以一次书面警告处罚的员工，在工作中若再次

出现违章、违纪、违操等情节极其严重的行为，将作出立即解除劳动合同的处理，并不给

予任何经济补偿或赔偿金（代通知金）等；教唆及被教唆代打卡的，处以立即解除劳动合

同。2013年4月1日，信恒公司以邮件的方式向殷明翠发送《资深店经理、区经理岗位职

责》，其中行政管理职责包括：承接各部门下发的由营运部门执行的各项工作，在此过程

中能做好指标的分解、落实工作。在门店执行工作中，能予以指导、分析并能准确做出及

时调整；追踪门店对公司各部门稽核后的整改情况。2015年3月12日，因殷明翠在同年2月

17日工作期间未上班却有考勤的代打卡行为，信恒公司对殷明翠处以第一次书面警告的处

罚。2015年6月15日，信恒公司以殷明翠严重违反公司规章制度将其退回前锦公司。同年6

月24日，前锦公司向殷明翠送达了《解除劳动合同通知书》。

另查，殷明翠曾向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。北京市东城区劳

动人事争议仲裁委员会作出裁决：1.前锦公司支付殷明翠违法解除劳动合同赔偿金78000

元；2.前锦公司支付殷明翠2015年6月话费补贴101.15元、交通补贴252.87元；3.前锦公司

支付殷明翠2014年年假工资4780元、2015年年假工资2390.80元；4.信恒公司对第一项、第

二项、第三项裁决结果承担连带责任；5.驳回殷明翠的其他申请请求。前锦公司、信恒公

司不服该仲裁裁决，诉至法院。

前锦公司和信恒公司均认为己方无须支付殷明翠违法解除劳动合同赔偿金和年假工

资，信恒公司同时认为其无须承担连带责任。

【案件焦点】

用人单位合法解除权的认定。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：根据已查明的事实，殷明翠认可信恒公司以邮件

方式向其发送了《资深店经理、区经理岗位职责》，但信恒公司通过同样的方式向殷明翠

发送《餐厅物料有效期管理制度》，殷明翠主张没有收到和没有本人签名，明显不符合日

常逻辑，故对其主张，法院不予支持。《餐厅物料有效期管理制度》明确指出资深店经理

或区经理所管辖的分店在一年内出现三次以上物料过期的情况，（其本人自查除外）处以

书面警告，情节严重的将解除劳动关系并不支付任何经济补偿金处分。殷明翠认可品控部

巡店记录格式的真实性，不认可填写内容的真实性，但未向法院提交相反证据，故法院认

可巡店记录的真实性。由于殷明翠管理的门店出现诸多问题，信恒公司向殷明翠送达书面

违纪单。殷明翠主张没有收到，但前锦公司提交的录音证据证明殷明翠知晓该事，但拒绝

签字。现前锦公司和信恒公司根据《员工手册》的相关规定解除与殷明翠的劳动合同关

系，有事实和法律依据，法院予以支持。

前锦公司和信恒公司在仲裁中认可殷明翠在2014年有8天年假未休，2015年有4天年假

未休，殷明翠要求支付2014年度和2015年度未休年休假工资的诉讼请求，于法有据，法院

予以支持。

前锦公司与信恒公司同意仲裁裁决第二项，法院不持异议。

北京市东城区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十条、第八十七条之

规定，判决：

一、前锦公司无须支付殷明翠2009年5月10日至2015年6月15日期间违法解除劳动合同

赔偿金78000元；

二、前锦公司支付殷明翠2015年6月话费补贴101.15元、交通补贴252.87元；

三、前锦公司支付殷明翠2014年度和2015年度未休年休假工资7170.8元；

四、信恒公司对第二项、第三项判决结果承担连带责任。

一审判决后，殷明翠不服，提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为：前锦公司作为劳务派遣单位将殷明翠派遣至用

工单位信恒公司工作，前锦公司与殷明翠签订的劳动合同中约定，前锦公司和信恒公司的

《员工手册》或者规章制度在告知殷明翠后，即具有法律效力，对各方均有约束力。如发

生冲突，应以信恒公司的《员工手册》或规章制度为准。据此，劳务派遣期间，殷明翠应

服从信恒公司的用工管理，遵守信恒公司的规章制度。根据信恒公司的《员工手册》和

《餐厅物料有效期管理制度》规定，殷明翠曾因未上班却有考勤的代打卡行为，被信恒公

司处以书面警告的处罚，后其管理的店铺中又多次出现违反《餐厅物料有效期管理制度》

的情形，故信恒公司以殷明翠严重违反公司规章制度为由将其退回前锦公司，属于合法退

回。殷明翠主张未收到《餐厅物料有效期管理制度》，原审法院认为殷明翠认可信恒公司

以邮件的方式向其发送的《资深店经理、区经理岗位职责》，但不认可收到了信恒公司通

过同样的方式发送的《餐厅物料有效期管理制度》，不符合日常逻辑，故不予采信，一审

法院处理并无不当。至于殷明翠主张前锦公司、信恒公司对相关过失的严重程度、责任划

分及处罚的界定不明确，考虑到：一方面，殷明翠系从事餐饮行业多家门店的管理工作，

而餐饮行业对食品有效期需进行严格管理，对负责人相关管理职责要求较高，并对此规定

严格的实施细则和处罚制度，具有经营上的合理性；另一方面，殷明翠负责管理的门店多

次出现违规情形，其中有两家门店分别出现两次违规情形，故信恒公司认为殷明翠对此存

在过失，给予其书面警告，并将其退回前锦公司，并无不当，前锦公司据此与殷明翠解除

劳动合同，系合法解除，无须支付殷明翠违法解除劳动合同赔偿金。

北京市第二中级人民法院认为殷明翠的上诉请求不能成立，判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《劳动合同法》关于违法解除的条款过于笼统，不利于在实际操作中具体运用。在实

践中，用人单位在对劳动者行使解除权时往往感到如履薄冰。为避免法律风险，用人单位

在解除与劳动者的劳动合同时，应注意三个关键点：

1.解除的依据必须是法律规定或者单位的规章制度规定。法律规定情形本文不再论

述。用人单位应制定相应的《员工手册》和规章制度，规范劳动者的行为和订立适合本单

位的解除条款。首先，《员工手册》和规章制度应该让劳动者签收和学习。本案中，前锦

公司与殷明翠的劳动合同中约定，前锦公司和信恒公司的《员工手册》或者规章制度在告

知殷明翠后，即具有法律效力，对各方均有约束力。如发生冲突，应以信恒公司的《员工

手册》或规章制度为准。其次，制定行之有效的规章制度，如果劳动者违反了相应的规章

制度，有递进式的处罚措施。本案中，信恒公司的《员工手册》规定，自入职后已经被处

以一次书面警告处罚的员工，在工作中再次出现违章、违纪、违操等情节极其严重的行

为，将作出立即解除劳动合同的处理，并不给予任何经济补偿或赔偿金（代通知金）等。

《餐厅物料有效期管理制度》规定，餐厅人员必须持有效健康证上岗、所有物料在到期时

必须及时做丢弃处理；资深店经理或区经理所管辖的分店在一年内出现三次以上物料过期

的情况，（其本人自查除外）处以书面警告，情节严重的将解除劳动关系并不支付任何经

济补偿金。

2.劳动者在履行劳动合同过程中出现《员工手册》和单位规章制度规定的解除事实。

本案中，殷明翠曾因未上班却有考勤的代打卡行为，被信恒公司处以书面警告的处罚，后

其管理的店铺中又多次出现违反《餐厅物料有效期管理制度》的情形，故信恒公司以殷明

翠严重违反公司规章制度为由将其退回前锦公司，属于合法退回。

3.合法的送达手续。用人单位如果欲与劳动者解除劳动合同，应将解除理由、解除事

实告知劳动者。用人单位可以约谈劳动者，送达解除劳动合同通知书。如果劳动者拒绝接

收，用人单位可以录音录像作为证据备查。本案中，信恒公司曾向殷明翠送达《解除劳动

合同通知书》，但殷明翠拒绝签收，信恒公司就通过录音保存了证明其已经送达的据证。

在实践中，用人单位还可以采取邮件等送达形式。

所以，在实践中，用人单位不能仅仅关注于劳动者是否存在应被解除的事实，还应关

注解除的依据和送达程序的问题。

编写人：北京市东城区人民法院 曾媛媛

38 劳动争议中胁迫解除行为的认定

——北京崇道广业网络技术有限公司诉刘江涛劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市东城区人民法院（2016）京0101民初19950号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：北京崇道广业网络技术有限公司（以下简称崇道广业公司）

被告：刘江涛

【基本案情】

2004年6月24日，刘江涛入职北京群泽科技有限公司，岗位是司机，后签订了无固定

期限劳动合同，经多次变更主体，2014年10月24日，刘江涛的服务单位变更为崇道广业公

司，每月基本工资1700元，岗位工资1000元，绩效奖金300元，每月工资固定部分为3000

元，另外如果有加班，会有加班费。崇道广业公司，扣除了刘江涛2015年10月奖金300

元、11月工资758元。2015年11月11日，刘江涛填写了员工离职申请表，入职日期2004年

12月，离职理由处空白，分别有相关部门审批。同日，刘江涛填写了员工离职工作移交清

单，记载车辆已交接。对于离职申请表和交接表上的签字，崇道广业公司主张系刘江涛自

己主动离职，不应支付违法解除劳动合同赔偿金。刘江涛对此不予认可，主张是崇道广业

公司胁迫自己离职，当时崇道广业公司领导李久鑫找到本人，要求其签订解除协议，支付

经济补偿金，但是刘江涛不同意离职，李久鑫称“如果其不离职，就将其开除，并且不支

付任何补偿”，刘江涛才在离职审批表处签字，但是并没有写离职原因。对于工作交接

表，刘江涛称自己是司机，崇道广业公司张晓燕称“车辆已经收回，你不交接也得交接，

并且称交接车辆与离职没关系”，于是刘江涛就办理了交接。并且提供了其与李久鑫、张

晓燕的录音作为佐证。现刘江涛主张自己并非主动离职，要求崇道广业公司支付违法解除

劳动合同赔偿金。

刘江涛曾向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，该委裁决后，崇道广业

公司不同意裁决结果，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

刘江涛的离职原因是其自己主动辞职，还是受用人单位胁迫离职。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：关于违法解除劳动合同赔偿金，崇道广业公司虽

然提供了离职申请表，但是申请表中离职理由一栏空白，其他签字均是关于工作交接的内

容，因此离职申请表不能表明是刘江涛自己主动辞职。反倒是刘江涛提供的录音可以佐证

双方在离职交接过程中，崇道广业公司多次强调交接工作是离职的一种手续，如果不签字

就按开除算，说明崇道广业公司有解除劳动合同的意思表示，结合刘江涛的陈述，可以得

出崇道广业公司存在无理由辞退刘江涛的表意行为，因此崇道广业公司的解除行为不符合

法律规定，应依法支付刘江涛违法解除劳动合同赔偿金。关于工资差额，崇道广业公司扣

除刘江涛工资缺乏依据，应予补足差额。

综上所述，依据《中华人民共和国劳动合同法》第三条、第四十六条、第四十七条、

第八十七条之规定，判决如下：

一、依法确认崇道广业公司与刘江涛于2004年6月24日至2015年11月11日期间存在劳

动关系；

二、崇道广业公司于本判决生效之日起七日内，支付刘江涛2015年10月工资差额300

元，支付刘江涛2015年11月1日至11日工资758元；

三、崇道广业公司于本判决生效之日起七日内，支付刘江涛违法解除劳动关系赔偿金

55821元。

【法官后语】

本案审判的关键在于如何认定用人单位是否存在胁迫行为，导致劳动者的离职并非系

其主动辞职。离职纠纷中，双方当事人对于是否存在胁迫行为争议较大，如何界定用人单

位的胁迫行为成为难点。笔者认为，对于是否构成胁迫解除，除查明劳动者离职的真实原

因外，还应当结合用人单位胁迫的理由是否合法、是否达到强制劳动者非自愿辞职的程度

等因素进行综合考量。

1.劳动法中无效解除制度不包括胁迫解除

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条和第三十九条规定了无效解除制度，也就

是劳动者或用人单位有该法第二十六条规定的情形时，无过错方可以单方解除劳动合同，

这就是所谓的无效解除。对上述条文进行分析后发现，无效解除只包括胁迫订立或者变更

劳动合同无效时，无过错的一方才可以解除劳动合同，并没有对解除劳动合同过程中用人

单位胁迫劳动者辞职作出规定，而且解除属于劳动合同终结的一种情形，也不能包括在变

更的范围内。理论上，对于解除原因，通说认为具有法定性，只包括《中华人民共和国劳

动合同法实施条例》第十八条和第十九条规定的情形，其中第十八条规定，用人单位以欺

诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同

的，劳动者可以解除劳动合同。但是胁迫解除是用人单位通过威胁劳动者迫使其辞职，也

就是用人单位不愿意继续雇佣劳动者了，但是又不想主动辞退劳动者，因此通过这样一种

间接的方式迫使劳动者自己辞职，以达到逃避支付经济补偿金的目的。

2.劳动法上胁迫行为的特殊认定

根据原《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见

（试行）》第六十九条之规定，以给公民及其亲友的生命、健康、荣誉、名誉、财产等造

成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意

思表示的，可以认定为胁迫行为。通说认为，构成胁迫行为应具备主观与客观两方面要

件，主观方面，胁迫人需存在预告危害迫使被胁迫人作出迎合己意的意思表示；客观方

面，胁迫内容必须是不法行为，包括施以人身、财产等不利后果。另外，胁迫行为与被胁

迫人基于胁迫作出意思表示之间存在因果关系。也就是胁迫行为是让对方心生恐惧作出违

背真实意思表示行为的主因。这种民法上的标准能否适用于劳动争议案件中，作为认定类

似于本案的用人单位胁迫行为的参照依据呢？笔者认为，如果单纯从胁迫人角度要求其以

不法行为实施胁迫，迫使对方作出意思表示，不考虑被胁迫人的感受和认识，可能会造成

胁迫行为的认定过难。对于是否构成胁迫行为，还应考虑被胁迫人的主观感受，只要被胁

迫人确实因为胁迫而心生恐惧并因此作出意思表示，即可认定胁迫行为的存在。具体到胁

迫解除中，其特殊性在于劳动者天然处于法律关系的弱势地位，双方法律地位的不平等决

定了在认定用人单位的胁迫行为时，对于胁迫所侵害的权益应该包括除人身权益、财产权

益外的其他权利，比如就业权和劳动权，由于用人单位以劳动者不走人就开除为由，胁迫

劳动者辞职，通过剥夺劳动者的劳动就业权，直接会影响劳动者获取劳动报酬的权益，间

接影响了劳动者的生存权，故劳动法上对于胁迫行为所侵害的权益范围应该作扩张解释，

除民法意义上的胁迫行为外，对于用人单位以开除、断缴社保、扣留档案等为要挟，要求

劳动者放弃权益的，均应认定为胁迫，劳动者的辞职行为无效，应由用人单位承担不利后

果。

3.用人单位胁迫解除劳动合同应支付违法赔偿金

用人单位存在胁迫解除劳动者的行为时，是否应当支付劳动者解除赔偿金抑或补偿

金，需要分析劳动者的离职原因是什么。就本案而言，对于是否系劳动者自己主动辞职，

除审查用人单位提交的离职审批表外，还应对离职审批表的签字是否本人自愿所签及劳动

者离职的真实原因一并进行审查。如果认定为劳动者主动辞职，那么用人单位不需支付补

偿金。但是如果否定了系劳动者主动辞职，然而用人单位并没有作出书面的解除决定，那

么是否就不能认定用人单位存在违法解除行为？具体到胁迫解除中，往往是用人单位已经

通过口头表示发出了解除的意思，只是单位又不愿意作出书面辞退决定，以免留下不利证

据，而变相要求劳动者辞职，因此双方的真实意思已经明确，就是用人单位口头辞退劳动

者，应属于用人单位单方解除劳动合同的行为，如果用人单位无法证明解除劳动合同的合

法性，那么仍然要承担违法解除劳动合同赔偿金。

另外需注意，如果用人单位单方调整劳动者工作地点或岗位，劳动者对用人单位调岗

决定不服，而自己主动离职后，又主张用人单位违法解除的，不属于胁迫解除，劳动者可

另行主张解除劳动合同经济补偿金。

编写人：北京市东城区人民法院 李彦宏

39 不服从工作地点调整导致劳动合同解除是否构成违法解除

——白海港诉北京豪特耐管道设备有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终10531号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：白海港

被告（被上诉人）：北京豪特耐管道设备有限公司（以下简称豪特耐公司）

【基本案情】

白海港与豪特耐公司之间曾存在劳动关系，双方最后一次劳动合同期限为2013年3月1

日至2016年2月29日。白海港的工作岗位为生产部装配工，双方在劳动合同中约定：豪特

耐公司可以根据生产经营状况或需要、白海港的工作表现或身体状况调整白海港的工作岗

位及工作内容、职务、职级、工作地点等，白海港认可豪特耐公司依据本条约定进行调整

为豪特耐公司行使经营自主权执行本合同约定的行为；保密协议书等为劳动合同的附件；

员工手册为劳动合同的附件或白海港同意遵守豪特耐公司的员工手册。豪特耐公司向白海

港送达的员工手册规定：在公司工作期间累计旷工2次或1天及以上、不按公司规定履行请

假手续或在履行请假手续时提供虚假证明材料、拒不服从上级合理的工作安排或公司已经

依法生效的决定，导致公司的经营管理受到不利影响或其所负责的工作不能按要求完成，

均属严重违反公司规章制度的行为，豪特耐公司可与员工解除劳动合同。

白海港在豪特耐公司的原工作地点为开发区厂区。2015年2月，开发区厂区因租赁合

同到期而关闭，豪特耐公司安排白海港从2015年1月19日起待岗。2015年11月9日，豪特耐

公司通知白海港结束放假，并告知白海港报到时间为2015年11月17日9 ∶30，其工作地点

为豪特耐公司永泰厂区，白海港的工资标准及计算发放方法不变，以及豪特耐公司为解决

员工上下班路途较远的问题而采取的增开上下班接驳班车、调整上下班时间的应对措施。

但白海港未按照豪特耐公司的要求到豪特耐公司报到。豪特耐公司向白海港邮寄送达了关

于再次要求白海港到公司永泰厂区工作的函告，要求白海港于2015年11月24日9 ∶30到永

泰厂区报到，并补交2015年11月17日未按规定到岗工作的请假手续；同时，豪特耐公司还

向白海港重申员工手册关于严重违反公司规章制度的规定。白海港仍未按照豪特耐公司的

要求报到，亦未向豪特耐公司提交请假手续。2015年11月27日，豪特耐公司经征得工会同

意，以严重违反用人单位的规章制度为由与白海港解除劳动合同。

白海港向北京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会（以下简称开发区劳仲委）申请劳

动仲裁，要求豪特耐公司支付过节费、高温费、交通费、劳保费及违法解除劳动合同赔偿

金。2016年6月24日，开发区劳仲委作出京开劳仲字〔2016〕第178号裁决书，裁决：驳回

白海港的全部仲裁请求。白海港不服该裁决，起诉至法院。

【案件焦点】

不服从工作地点调整导致劳动合同解除是否构成违法解除。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：本案的争议焦点为，豪特耐公司是否有权调整白

海港的工作地点，白海港是否应服从豪特耐公司调整其工作地点的安排。首先，白海港的

原工作地点在豪特耐公司开发区厂区，而豪特耐公司在其与白海港双方签订的劳动合同中

约定“豪特耐公司可以根据生产经营状况或需要、白海港的工作表现或身体状况调整白海

港的工作岗位及工作内容、职务、职级、工作地点等”，故豪特耐公司有权根据双方的上

述约定和自身的生产经营需要合理调整白海港的工作地点。其次，豪特耐公司的开发区厂

区于2015年2月因租赁合同到期而关闭，豪特耐公司存在调整白海港工作地点的客观必要

性。再次，白海港的工资标准及计算发放方法不变，虽然豪特耐公司调整白海港的工作地

点会给白海港带来一定程度的不利影响，但豪特耐公司为解决员工上下班路途较远的问

题，采取了增开上下班接驳班车、调整上下班时间等应对措施，由此减轻了因工作地点调

整给白海港在交通上带来的不便。故可以认定，豪特耐公司调整白海港的工作地点并未导

致其与白海港在劳动合同上的权利义务和其他方面的利益上产生明显失衡，白海港应当服

从豪特耐公司关于调整其工作地点的安排。劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人

单位可以解除劳动合同。用人单位单方解除劳动合同的，应当事先将理由通知工会。白海

港在豪特耐公司反复通知其到永泰基地厂区报到和不按要求报到或办理请假手续的不利后

果的情况下，仅以豪特耐公司变更其工作地点未与其协商一致为由拒不到豪特耐公司永泰

基地厂区报到或办理请假手续的行为明显不当，豪特耐公司将白海港的有关行为认定为严

重违反公司规章制度的行为，符合其公司员工手册的规定。综上，豪特耐公司在征得工会

同意后，以白海港严重违反公司规章制度为由与白海港解除劳动合同的行为符合法律规

定，白海港关于要求豪特耐公司支付解除劳动合同经济补偿金的诉讼请求没有事实和法律

依据，法院对此不予支持。

北京市大兴区人民法院依法判决：

驳回白海港的全部诉讼请求。

一审判决后，白海港不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：对于用

人单位调整劳动者工作地点的行为，应当本着兼顾劳动者合法权益与用人单位在依法合理

的情况下正常行使经营管理职权双方面的原则进行全面考量。首先，涉案劳动合同约定

有“工作地点为豪特耐公司注册地及在中国境内的其他分公司或项目所在地，豪特耐公司

可以根据生产经营状况或需要、白海港的工作表现或身体状况调整白海港的工作岗位及工

作内容、职务、职级、工作地点”等内容，豪特耐公司对白海港的工作地点进行调整并未

明显违反劳动合同约定范围；其次，白海港的原工作地点开发区厂区系因租赁合同到期而

关闭，豪特耐公司就此情况向白海港进行了明确告知，此次工作地点变动在一定程度上属

于豪特耐公司经营所需，具有现实必要性；再次，为了减少厂区变化对劳动者产生的影

响，豪特耐公司已经明示将采取增开上下班接驳班车、调整上下班时间、发放餐补等相应

措施，考虑到了劳动者的权益保障因素；最后，用人单位对劳动者可以行使正当的管理职

权，劳动者在一定程度上需要接受服从管理义务的约束，白海港如对调整工作地点持有异

议，可以采取与豪特耐公司再行积极协商或沟通反馈意见等方式进行处理，以拒不到新厂

区报到的方式进行抵制存有失当之处。故综合上述情形并综观双方处理的整个过程，白海

港的工作地点随豪特耐公司厂区变动而发生改变，并未导致其在劳动关系上的权利义务和

其他方面的利益产生重大明显失衡，在豪特耐公司多次释明具体情况及下发通知告知拒不

报到和提交请假手续属于严重违反规章制度行为的情况下，白海港仍然拒绝按照豪特耐公

司要求的时间、地点向指定负责人报到，其行为欠妥，原审法院据此认定豪特耐公司与白

海港解除劳动合同的行为符合法律规定，并无不当，豪特耐公司无须就此向白海港支付解

除劳动合同经济补偿或赔偿。据此，法院判决：

驳回起诉，维持原判。

【法官后语】

1.对用人单位调整工作地点的合理性判断

对于用人单位调整工作地点，应当综合考虑其合法性和合理性。在司法实践中应该考

察下列因素：一是从双方关系来看，考量是否违反劳动合同的约定；二是从用人单位来

看，考量是否为企业经营所必需；企业是否为劳动者提供必要的补救和保障措施；三是从

劳动者来看，考察地点调整是否对劳动者的工资等其他待遇产生不利影响；地点调整后是

否对劳动者对于工作的胜任度产生不利影响。在双方合同约定了可以变更工作地点的情形

下，如果用人单位对于工作地点的调整是正当合理的，则劳动者应当服从用人单位的安

排，工作地点调整是恶意的，且未采取任何补救措施，对劳动者产生重大不利影响的，则

应当视为未提供法律要求的对劳动者合法权益的保护。

本案中，首先，白海港和豪特耐公司在劳动合同中约定工作地点为豪特耐公司注册地

及在中国境内的其他分公司或项目所在地，豪特耐公司可以根据实际调整白海港的工作地

点，因此豪特耐公司对工作地点的调整并未明显违反劳动合同约定的范围，也未明显违反

劳动合同法相关规定。其次，豪特耐公司调整工作地点是由于原工作地厂区因租赁合同到

期而关闭，具有现实必要性，且公司已充分告知并采取补救措施以尽量减少工作地点调整

对劳动者的影响，已经考虑到劳动者权益保护的因素。最后，虽然工作地点调整对白海港

工作来带一定不利影响，但其工资标准及其他福利待遇并未发生改变，也未因此而导致白

海港无法胜任工作，从整体而言，调整未导致其在劳动关系上的权利义务和其他方面的利

益产生重大明显失衡。因此，该案中工作地点调整符合双方合同约定，未违反法律法规规

定，且具有合理性，白海港应当服从公司管理和调岗安排。

2.用人单位以严重违反规章制度解除劳动合同的合法性判断

根据《劳动合同法》之规定，劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位可以解

除劳动合同，但是用人单位单方解除劳动合同应当经过工会。因此，司法审查中既要审查

解除理由的合理性，还要审查解除程序的正当性。针对“严重违反用人单位规章制度”，法

律并无更详细的规定，根据以往司法实践，通常需要对以下因素进行考量：用人单位是否

通过合法程序制定并向劳动者公示规章制度；劳动者所犯违纪行为是否在规章制度中有明

确规定；规章制度对于劳动者的处罚是否合理，是否存在明显失当；劳动者是否屡教不

改；劳动者主观上是否存在错误；劳动者是否给用人单位造成重大损失。 [[1]](#p185)

本案中，在实体上，豪特耐公司对于工作地点的调整合法合理，白海港明确且充分知

晓公司规章制度，且在豪特耐公司反复通知并明示不利后果后仍以工作地点未协商一致为

由拒不到岗，其行为明显不当，豪特耐公司将其认定为严重违反公司规章制度并无不妥。

在程序上，豪特耐公司在解除劳动合同前已通知工会，并且征得了工会的同意，因此解除

程序合法。综上，豪特耐公司并非违法解除合同。

编写人：北京市大兴区人民法院 包李 毛希彤

40 退休再就业人员签订的“劳动合同” 能否随意解除

——王书芹诉江苏永辉超市有限公司盐城人民路分公司劳务合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省盐城经济技术开发区人民法院（2016）苏0991民初685号民事判决书

2.案由：劳务合同纠纷

3.当事人

原告：王书芹

被告：江苏永辉超市有限公司盐城人民路分公司（以下简称永辉超市）

【基本案情】

王书芹与永辉超市签订《劳动合同书》一份，合同载明，乙方（王书芹）同意甲方

（永辉超市）的工作安排，在江苏区域承担营运工作；劳动合同期限自2013年11月14日起

至2016年12月31日止。其中试用期自2013年11月14日起至2014年2月13日止，期限为3个

月；试用期内乙方工资为1280元/月（但不低于当地最低工资标准）；乙方试用期满，甲

方根据经营性质和乙方的岗位，按工资1280元/月（但不低于当地最低工资标准），本月

工资在次月的10日发放；合同的变更、解除、终止事宜依据国家相关法律执行。原告王书

芹于2013年11月14日向被告永辉公司出具《不购买社会保险申明》，由于其自身原因暂不

要公司重复办理社会保险。

2016年4月15日，永辉超市向王书芹发出《终止劳动关系通知书》，通知与其解除劳

动合同关系。2016年6月6日，王书芹向盐城市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，该委以

王书芹的仲裁请求不属于《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条规定的受理范

围，不予受理。

另，王书芹已于2012年8月在江苏飞驰股份有限公司办理退休手续并领取养老金。王

书芹在永辉超市上班期间的月平均工资为2587.05元

［（2242.2+2460+2875.42+2582.69+2340+3022）/6］。

【案件焦点】

1.关于本案中双方签订的“劳动合同”的性质；2.王书芹退休并领取养老保险金的事实

能否成为永辉超市随时解除（终止）合同的合法事由；3.王书芹主张损失具体数额的认

定。

【法院裁判要旨】

江苏省盐城经济技术开发区人民法院经审理认为：依法成立的合同，受法律保护，并

对当事人具有法律约束力，当事人应当按照约定履行自己的义务，除非有法定或约定事

由，不得擅自解除合同。

（一）关于本案中双方签订的“劳动合同”的性质

根据《劳动合同法》第四十四条第（二）项的规定，劳动者开始依法享受基本养老保

险待遇的，劳动合同终止。该规定之原意为劳动者与用人单位劳动关系终止，并可享受退

休待遇，但并不意味劳动者丧失通过订立劳务合同等形式从事劳动的权利。根据《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）》第七条第一款的规

定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争

议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”本案中，原告在进入被告

公司上班前已经退休并领取养老金，故根据上述规定，双方发生用工争议，应当按照劳务

关系处理，双方签订的合同名为“劳动合同”，实则“劳务合同”。故法院依法将本案案由变

更为劳务合同纠纷。

（二）关于原告王书芹退休并领取养老保险金的事实能否成为被告永辉超市随时解除

（终止）合同的合法事由

因涉案合同名为劳动合同实为劳务合同，故其中关于劳务约定的内容对双方仍有约束

力，任何一方不得无故解除。本案中，原、被告签订合同后，原告王书芹按照合同约定至

被告公司上班，被告公司也按约向原告给付报酬，原告在被告公司上班期间也无违反合同

约定的行为。原告王书芹退休并领取养老保险金的事实并未造成或可能造成被告公司重大

损失或导致其不能实现合同目的，且双方在签订合同时，原告也已申明不要求在原告公司

重复办理社会保险。故对被告单方解除合同系合法有效的辩称，法院不予采纳。

（三）关于原告主张损失具体数额的认定，即被告永辉超市违约责任的承担方式及具

体数额

根据《合同法》第一百一十三条第一款的规定：“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。”被告永辉超市单方擅自解除合同的行为已构成

违约，应当承担违约责任，应赔偿原告王书芹因其违约所遭受的损失，包括合同履行后可

以获得的利益。因被告单方终止合同后，王书芹即未再到被告公司上班，应视为原告无意

让被告继续履行合同，故被告承担违约责任的方式应为赔偿损失。综合本案案情，原告请

求按照合同约定的全部剩余期限计算因被告违约对其造成的损失，显然也不够合理。法院

认为将原告王书芹的损失认定为双方合同未履行部分薪资的30%为宜，原告主张的每月

2400元的工资低于被告公司近半年来支付原告的平均工资，故本院认定原告王书芹的损失

为5760元［2400元/月×8个月（距合同到期还有8个月）×30%］。

盐城经济技术开发区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第八条、第九十四条、

第一百零七条、第一百一十三条，《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）》第七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，作出

如下判决如下：

一、被告江苏永辉超市有限公司盐城人民路分公司向原告王书芹支付违约赔偿款5760

元，于本判决生效之日起十日内支付；

二、驳回原告王书芹的其他诉讼请求。

【法官后语】

该案原告在起诉时是以劳动争议为案由，但根据《劳动合同法》第四十四条第（二）

项的规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。即享受基本养老保

险待遇的，其不能够再成为法律意思上劳动合同的主体，但该规定之原意应为劳动者与用

人单位劳动关系终止，并可享受退休待遇，但并不意味劳动者丧失通过订立劳务合同等形

式从事劳动的权利。根据《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）》第七条第一款的规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取

退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处

理。”本案中，原告在进入被告公司上班前已经退休并领取养老金，故根据上述规定，双

方发生用工争议，应当按照劳务关系处理，双方签订的合同名为“劳动合同”，实则“劳务

合同”。故本案应当按照劳务合同关系进行审理。

依法成立的合同对双方当事人均具有约束力，任何一方当事人均不得无故解除，这既

是社会交易的根本要求，也是诚实信用原则的具体体现。本案中，原告退休并领取保险金

的事实并未造成被告公司重大损失或者导致其不能实现合同目的，且双方在签订合同时，

原告也已申明不要求在原告公司重复办理社会保险，故该事实不能成为被告随意解除合同

的事由。

根据《合同法》第一百一十三条第一款的规定：“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。”被告公司单方擅自解除合同的行为已构成违

约，应当承担违约责任，应赔偿原告王书芹因其违约所遭受的损失，包括合同履行后可以

获得的利益。但被告公司擅自解除合同后，原告亦未再向被告公司提供劳务，其请求按照

合同约定的全部剩余期限计算因被告违约对其造成的损失，显然也不够合理。原告请求法

院认为将原告王书芹的损失认定为双方合同未履行部分薪资的30%为宜，最终认定原告王

书芹的损失为5760元，并判决予以支持。

随着我国老龄化社会的来临，越来越多的退休人员为了减轻家庭的负担，走上了“二

次就业”的道路，他们虽然不再能够成为法律意思上劳动合同的主体，但法律并未剥夺他

们从事劳动获得报酬的权利，用工单位不应当随意解除合同，退休并领取保险金不应当成

为用工单位随意解除合同的合法事由。本案的判决有助于保护已退休人员在“二次就业”过

程中的权益。

编写人：江苏省盐城经济技术开发区人民法院 周琳苒 徐冬冬

41 综合工时加班费计算及终止劳动合同协议效力的认定

——戴允锋诉北京晟邦物业管理有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终9553号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：戴允锋

被告（被上诉人）：北京晟邦物业管理有限公司（以下简称晟邦物业公司）

【基本案情】

戴允锋于2013年7月6日入职晟邦物业公司，从事高压和空调运行值班工作，双方签订

了起止期限为2013年7月6日至2015年9月30日的劳动合同。戴允锋工作岗位执行以年为周

期的综合计算工时制。工资计算周期为上个月26日至当月25日。戴允锋每月的工作时间为

208小时，入职时的月工资为2880元（含固定工资1840元，绩效奖金460元，加班工资580

元）；2014年12月26日，戴允锋的月工资调整为3836元（含固定工资2400元，绩效奖金

480元，补助津贴200元，加班工资756元）。2013年7月6日至2015年9月30日期间，晟邦物

业公司安排戴允锋共计休了10天年休假。2015年8月26日，晟邦物业公司通知并与戴允锋

签订终止劳动合同协议书，确认双方的劳动合同于2015年9月30日到期终止。2015年11月

10日，晟邦物业公司向戴允锋支付了终止劳动合同经济补偿金。本案诉讼前，戴允锋向北

京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，具体请求同戴允锋本案一审诉请，即1.

晟邦物业公司向戴允锋支付2013年7月5日至2015年9月30日期间的延时加班工资31037.52

元；2.晟邦物业公司向戴允锋支付2013年7月5日至2015年9月30日期间10天的未休年休假

工资5524.72元；3.晟邦物业公司向戴允锋支付违法终止劳动合同赔偿金19180元。2016年6

月24日，该仲裁委员会作出京开劳仲字〔2016〕第094号裁决书，裁决：驳回戴允锋的全

部仲裁请求。

【案件焦点】

戴允锋综合工时加班费计算及双方终止劳动合同协议效力的认定。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：戴允锋每月延时加班34小时。经核算，晟邦物业

公司向戴允锋支付的2013年7月6日至2015年9月30日期间的延时加班工资的数额不低于法

院核定的数额，故晟邦物业公司无须再向戴允锋支付上述期间的延时加班工资。2015年8

月26日，晟邦物业公司通知并与戴允锋签订终止劳动合同协议书，后晟邦物业公司向戴允

锋支付了终止劳动合同经济补偿金。晟邦物业公司与戴允锋终止劳动合同符合法律规定，

戴允锋要求晟邦物业公司支付违法终止劳动合同赔偿金，没有事实和法律依据，对其相应

诉讼请求不予支持。根据已查明的事实，戴允锋于2013年7月6日入职晟邦物业公司，故其

要求晟邦物业公司从2013年7月5日起计算其年休假，没有依据，不予支持。戴允锋在2013

年7月前已连续工作12个月以上，其累计工作年限为3年11个月。由此可以认定，戴允锋每

年的年休假天数为5天。晟邦物业公司安排戴允锋在2013年7月6日至2015年9月30日期间共

计休了10天年休假，上述天数符合法律规定。综上，对戴允锋关于要求晟邦物业公司支付

未休年休假工资的诉讼请求，不予支持。北京市大兴区人民法院依照《职工带薪年休假条

例》第二条、第三条之规定，判决如下：

驳回原告戴允锋的全部诉讼请求。

戴允锋持原审起诉意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：本案争议焦

点有三，一是延时加班工资，二是带薪年休假天数，三是劳动合同终止的合法性。

关于焦点一，根据《劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题

的通知》第一项之规定，职工月工作日为20.83天。结合查明的事实，戴允锋每月工作时

间为208小时，比法定标准166.64（20.83×8）小时高了41.36小时，即戴允锋每月延时加班

时间应为41.36小时。一审认定戴允锋每月延时加班34小时，与事实不符，法院应依法予

以纠正。关于焦点二，戴允锋提交的北京市社会保险个人权益记录单显示戴允锋累计工作

9年零5个月，一审认定与事实不符，本院依法予以纠正。关于焦点三，根据查明的事实，

2015年8月26日晟邦物业公司与戴允锋签订终止劳动合同协议书，就解除劳动合同事宜达

成一致意见，戴允锋于该协议上签字。上述协议系双方当事人真实意思表示，且不违反法

律强制性规定，双方当事人均应依照协议履行各自义务。戴允锋虽主张该协议无效，但并

未提供充分证据证明协议存在无效之法定情形，原审法院对其该诉请不予支持，并无不

当。戴允锋上诉坚持主张的违法终止劳动合同赔偿金，事实依据不足，法院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

（二）项规定，作出如下判决：

一、撤销北京市大兴区人民法院（2016）京0115民初12020号民事判决；

二、北京晟邦物业管理有限公司于本判决生效后七日内，支付戴允锋2013年7月6日至

2015年9月30日期间的延时加班工资7247元、未休年休假工资1839元；

三、驳回戴允锋其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点有二，一是实行综合工时制的劳动者加班费的计算，二是双方终止劳动

合同协议效力的认定。

综合工时制劳动者加班费的计算应分两步：一是确定综合计算周期；二是确定综合计

算周期内的法定工时。综合计算周期分为周、月、季、年四种，对于以周为计算周期的，

法定工作时长为40小时，该周期内，超出40小时的工作时间即为加班时间。对于以月、

季、年为周期的，《劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通

知》第一项确定年工作日为250天，季工作日为62.5天/季，月工作日为20.83天/月，工作

小时数的计算系以月、季、年的工作日乘以每日的8小时。因此以月、季、年为综合计算

周期的法定工作时长相对应即为：166.64小时/月，499.92小时/季，2000小时/年。

本案中，戴允锋系以年为综合计算周期，一年内的法定工作时长系2000小时，实际中

戴允锋每月工作208小时，年工作时长为2496小时，即加班时长为496小时。一审法官错误

的按照174小时/月（2088小时/年）的标准为法定工作时间，继而错误地认定公司已足额

支付了戴允锋加班费。

对于双方签订的解除或终止劳动合同协议书的效力，审判实践中，双方签订解除或终

止劳动合同协议后，往往出现以下两种纠纷：一是劳动者主张解除劳动合同补偿金应为双

倍的赔偿金（如本案）；二是劳动者主张协议约定项目之外的赔偿情形。《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）》第十条规定，劳动者与用人单位

就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等

达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情

形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人

民法院应予支持。因此，对于第一种纠纷，法官审查重点应为协议是否违反法律、行政法

规的强制性规定，是否存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形。若劳动者无法举证证明存在上

述情形，亦不存在重大误解或者显失公平情形的，则应认定该协议合法有效。对于第二种

纠纷，法官应审查协议中是否有“双方再无劳动纠纷”类似兜底性条款，若协议中存在此类

条款，则按照第一种纠纷的审查重点予以审查。若协议中并无此类条款，则劳动者有权就

协议约定之外的合法项目予以索赔。

编写人：北京市第二中级人民法院 王磊

[[1]](#p177) 王林清：《劳动纠纷裁判思路与规范解释》，法律出版社2015年版，第365页。

四、追索劳动报酬、经济补偿金

42 《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（四）》第五条“非因劳动者本人原因” 的判断标准

——赵雪诉麦斯兰服装有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终1612号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：赵雪

被告（反诉原告、上诉人）：麦斯兰服装有限公司

第三人：北京易才人力资源顾问有限公司

【基本案情】

2013年4月，北京智联易才人力资源顾问有限公司名称变更为北京易才人力资源顾问

有限公司（以下简称易才人力公司）。2014年10月，上海麦考林购物有限公司名称变更为

麦斯兰服装有限公司（以下简称麦斯兰服装公司）。

2007年4月9日，中智上海经济技术合作公司（以下简称中智上海公司）（甲方）与赵

雪（乙方）签订期限为2008年3月31日至2010年3月30日的劳动合同，约定甲方派遣乙方至

上海麦考林国际邮购有限公司（以下简称麦考林邮购公司）工作。

2009年2月8日，易才人力公司（甲方）与赵雪（乙方）签订期限为2009年2月18日至

2011年2月17日的劳动合同，约定甲方派遣乙方到麦考林邮购公司工作。

2011年2月18日，中智上海公司（甲方）与赵雪（乙方）签订期限为2011年2月18日至

2014年2月17日的劳动合同，约定甲方派遣乙方到麦考林邮购公司工作。

2013年4月1日赵雪（乙方）与麦斯兰服装公司（甲方）签订的劳动合同约定，合同期

限为2013年4月1日至2018年3月31日，主要工作地点在北京。2008年5月至2009年2月赵雪

的养老保险由中智人才顾问有限公司缴纳，2009年3月至2014年11月由易才人力公司缴

纳。

赵雪签收的《员工手册》记载，麦考林企业集团由以下几个公司组成：麦考林邮购公

司、麦斯兰服装公司等。

2014年11月21日和27日，麦斯兰服装公司向赵雪送达两次《员工违纪处罚单》，均记

载赵雪入职日期为2008年3月31日。2014年11月25日，麦斯兰服装公司向赵雪送达《解雇

通知书》。

麦斯兰服装公司提交辞职信，内容为：本人赵雪因个人原因提出离职，辞职日期为

2011年3月22日。赵雪称其原是麦斯兰服装公司法定代表人和股东，其写给易才人力公司

的辞职信是为了解决股东身份问题。

2014年12月，赵雪向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请，2015年5

月，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会裁决，麦斯兰服装公司支付赵雪违法解除劳动

合同赔偿金224406元等。双方不服裁决均提起诉讼。赵雪诉至法院要求麦斯兰服装公司支

付违法解除劳动合同赔偿金243306元（从2008年3月31日起计算）等。麦斯兰服装公司辩

称：我公司与赵雪于2013年4月1日签订劳动合同，之前双方不存在劳动关系。2013年4月1

日之前赵雪确实是在我公司干活，但工资不是我公司发放。综上不同意赵雪的诉讼请求，

并起诉至法院要求不支付违法解除劳动合同赔偿金224406元等。第三人易才人力公司述

称：2008年左右我公司开始和麦斯兰服装公司合作。我公司从2009年2月18日到2011年3月

22日和赵雪存在劳动关系，签署劳务派遣合同，派遣至麦考林邮购公司。我公司和麦考林

集团之间存在合作合同，可以向麦考林集团的公司派遣员工。2011年2月17日合同到期后

续签合同，仍然是派遣到麦考林邮购公司。2011年3月我公司收到辞职信后就给赵雪做了

社保减员，2011年4月，应麦考林邮购公司的要求又为赵雪做了增员。

【案件焦点】

如何计算赵雪违法解除劳动合同赔偿金的工作年限。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：麦斯兰服装公司解除与赵雪的劳动合同，理由不

足，麦斯兰服装公司属于违法解除劳动合同。应认定赵雪属于非因本人原因从原用人单位

被安排到新用人单位工作的情形。计算违法解除劳动合同赔偿金年限应从2008年3月31日

起计算。

北京市东城区人民法院依照《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（四）》第五条等规定，作出如下判决：

一、自本判决生效之日起七日内，麦斯兰服装有限公司支付赵雪违法解除劳动合同赔

偿金243306元；

二、自本判决生效之日起七日内，麦斯兰服装有限公司支付赵雪2013年4月1日至2014

年11月25日未休年假工资24188.77元；

三、麦斯兰服装有限公司无需支付赵雪2012年10月工资差额4254.9元；

四、麦斯兰服装有限公司无需支付赵雪2014年10月23日至11月22日勤工奖6694.21

元。

麦斯兰服装公司持原审意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：关于核

算违法解除劳动关系赔偿金的工作年限，麦斯兰服装公司虽提交赵雪在2011年3月22日书

写的《辞职信》，但赵雪已对此作出合理解释，结合易才人力公司在2011年3月前后持续

为赵雪缴纳社会保险的事实，并综合考虑以下因素：（一）赵雪在2008年3月31日至2013

年3月期间均被派遣至麦考林邮购公司工作，此后赵雪在2013年4月与麦斯兰服装公司签订

劳动合同，但《员工手册》显示麦考林邮购公司、麦斯兰服装公司系麦考林企业集团的组

成部分，即赵雪在上述期间实际提供劳动的对象之间存在密切关联；（二）麦斯兰服装公

司作出的两份《员工违纪处罚单》均载明赵雪的入职时间为2008年3月31日，表明了其公

司对赵雪实际工作年限的认可；（三）《员工手册》载明麦考林集团公司包括麦考林邮购

公司、麦斯兰服装公司等，虽在2008年3月31日至2014年11月期间与赵雪存在劳动合同关

系的用人单位以及实际用工单位多次发生变更，但赵雪始终受同样的《员工手册》的规范

和管理；（四）劳动合同书、岗位说明书以及《员工违纪单》反映出赵雪在2008年3月31

日至2014年11月期间的工作地点、工作岗位均未发生变化等，因此，赵雪在上述期间提供

劳动的经历应属于“劳动者非因本人原因由原用人单位被安排到新用人单位工作”的合理情

形。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第

（二）项之规定，作出如下判决：

一、维持北京市东城区人民法院（2015）东民初字第07691号民事判决第一、三、四

项；

二、变更北京市东城区人民法院（2015）东民初字第07691号民事判决第二项为：麦

斯兰服装有限公司无需支付赵雪2013年4月1日至2014年11月25日期间的未休年假工资

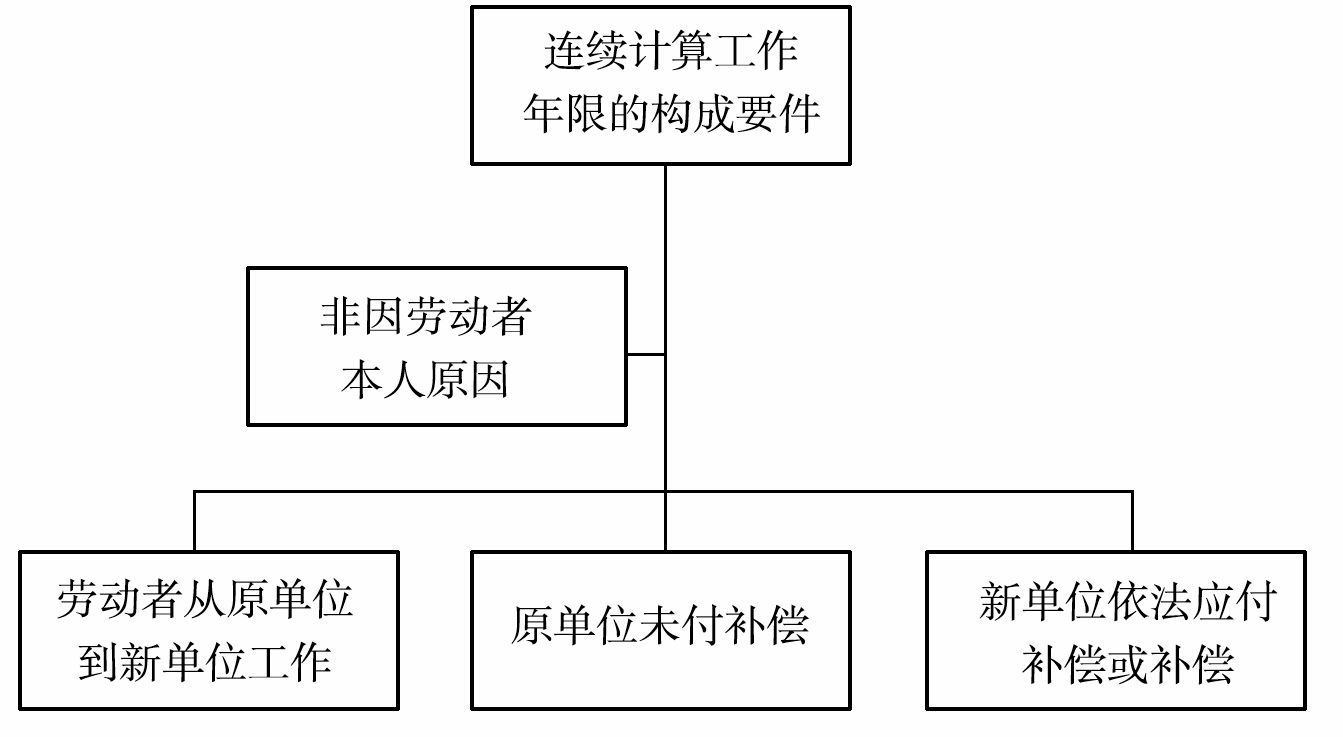
24188.77元；

三、驳回赵雪的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案中原、被告的主要争议焦点在于如何计算赵雪违法解除劳动合同赔偿金的工作年

限。根据《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（四）》（以下



简称《劳争解释四》）第五条 [[1] 的](#p229)规定，本案无争议的事实包括：一、赵雪所在用人单

位虽发生变化，但自2008年3月31日起赵雪工作场所、工作岗位均未变化，符合《劳争解

释四》第五条第二款第（一）项的情形；二、原用人单位未支付经济补偿。在此前提下，

法院要审查的重点是“非因劳动者本人原因”的判断标准，即2011年3月31日赵雪以个人原

因为由提出离职的情形是否符合“非因劳动者本人原因”的要件。如果符合，则应把原用人

单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限；否则不能连续计算工龄。

对于“劳动者非因本人原因”的判断标准可从以下两个方面进行分析：一是当案情符合

《劳争解释四》第五条第二款的四种情形之一，且原用人单位未支付经济补偿的前提下，

是否能够直接得出工作年限连续计算的结论，即单独审查是否符合“非因劳动者本人原

因”要件的必要性；二是如何审查辞职信的证明力。

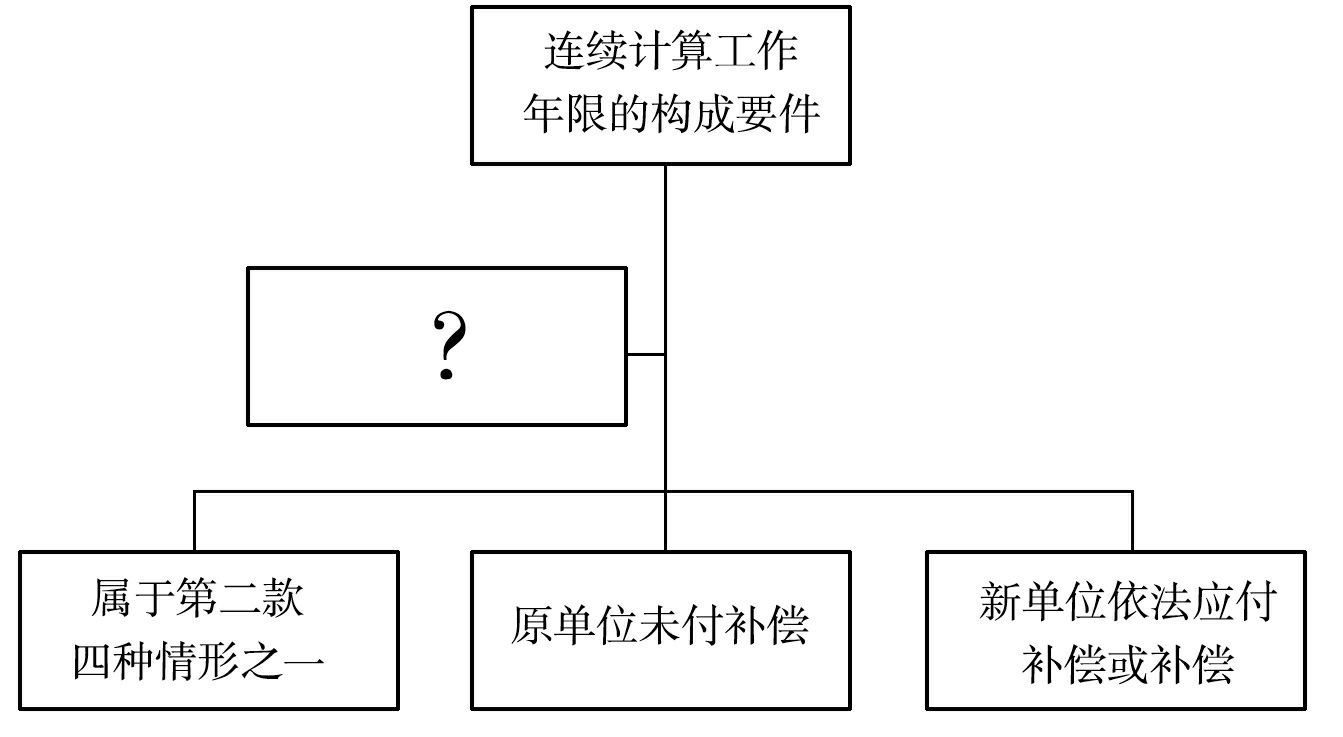
1.单独审查是否符合“非因劳动者本人原因”要件的必要性

有观点认为，“非因劳动者本人原因”的要件肯定要予以审查，因为《劳争解释四》第

五条第一款明确规定了“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作……

劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予

支持”，这是法律明确规定的连续计算工作年限的要件之一（见图一），应予审查。



图一：第五条第一款确立的连续计算工作年限的四要件理论

但笔者之所以提出审查必要性的问题，是因为该条第二款规定“用人单位符合下列情

形之一的，应当认定属于‘劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工

作’”，根据“应当认定”的文义，只要符合第二款规定的四种情形之一，都属于“非因劳动

者本人原因”，那就不用考虑辞职信的效力问题，直接连续计算工作年限即可（见图

二）。

图二：第五条第二款确立的连续计算工作年限的三要件理论

但问题真的如此简单吗？笔者拟从“非因劳动者本人原因”的文义、《劳争解释四》第

五条之立法目的、立法本意及规范立法技术手段三个角度分析。

（1）“非因劳动者本人原因”之文义解释

要弄清“非因劳动者本人原因”的文义，可先解释“因劳动者本人原因”。顾名思

义，“因劳动者本人原因”指因劳动者自己的原因导致用人单位变化，比如劳动者主动辞职

或者“跳槽”到新用人单位，此时劳动者与原用人单位的经济补偿问题，应与原用人单位解

决，不应由新用人单位承担。故“非因劳动者本人原因”是指并非因为劳动者自己的原因，

而是在用人单位的安排下导致用人单位发生变化。

（2）《劳争解释四》第五条之立法目的、立法本意

实践中，个别用人单位出于追求自身利益最大化，用工成本最低化的目的，恶意规避

法律，利用管理之便将劳动者在不同用人单位之间进行劳动关系的分配和调动，导致员工

并不固定地和一家企业订立劳动关系，人为造成劳动者丧失期待利益。该条立法目的就是

要扭转上述局面。

所以《劳争解释四》第五条的本意就是针对非因劳动者本人原因导致用人单位主体变

化的情况进行的规定，“非因劳动者本人原因”是连续计算工作年限的必要条件，即不管在

任何情况下，连续计算工作年限都必须符合“非因劳动者本人原因”的要件。即使是根据

《劳争解释四》第五条第二款的三要件说，不需要满足“非因劳动者本人原因”的要件，那

也只能是因为“属于四种情形之一”隐含了“非因劳动者本人原因”要件。那“属于四种情形

之一”真的隐含“非因劳动者本人原因”要件吗？笔者的答案是否定的。

（3）立法技术手段的选择：“认定”抑或“推定”

①立法者使用的语义内涵——“认定”

立法者在第五条第二款中使用“应当认定”的表述，而“认定”在辞海中的释义有两

个：“承认并确定”和“确定地认为，肯定”。因此我们可以确定：立法者没有任何犹豫地肯

定只要符合第二款规定的四种情形之一的，都符合“非因劳动者本人原因”要件，都要连续

计算工作年限。

②立法本意与“认定”语义内涵的外延比较

至于立法者使用“认定”是否准确，应当与立法本意相比较。第五条立法本意是连续计

算工作年限必须符合“非因劳动者本人原因”的要件。而第二款将符合四种情形之一的都认

定为“非因劳动者本人原因”，如果司法实践中出现了符合四种情形之一，但是有充分证据

显示系劳动者本人原因调动工作的案例（比如劳动者甲在一集团公司的某全资子公司工

作，其看重集团公司对其职业发展更有利的优势，主动申请离职后跳槽到该集团公司工

作），则说明第五条第二款所使用的“认定”文义外延太宽泛了，超出了立法本意，将本来

不应适用的案件包括进去了，这时应把“认定”的文义范围缩小到符合立法本意，将不应适

用的案件排除出去。

③“推定”比“认定”更符合立法本意

所谓推定，是指依照法律规定或由法院按照经验法则，从已知的某一事实推断未知的

另一事实存在，并允许当事人提出反证推翻。法律推定允许当事人提出反证推翻推定事

实，只有在缺乏相反证据足以推翻的情况下，推定事实才会被认定。法律推定可以导致举

证责任的转移。笔者认为“推定”更符合立法本意，实践中只要出现四种情形之一的，绝大

多数都属于受用人单位安排，先推定为“非因劳动者本人原因”，原则上由用人单位对“因

劳动者本人原因”的事实承担举证责任即可。

综上，应当将《劳争解释四》第五条第二款“认定”的文义范围缩小到符合立法本意

的“推定”；本案符合《劳争解释四》第五条第二款的四种情形之一，且原用人单位未支付

经济补偿，由于麦斯兰服装公司提交辞职信反证系因劳动者本人原因，所以不能直接推

定“非因劳动者本人原因”，应单独审查辞职信的证明力。

2.如何审查辞职信的证明力

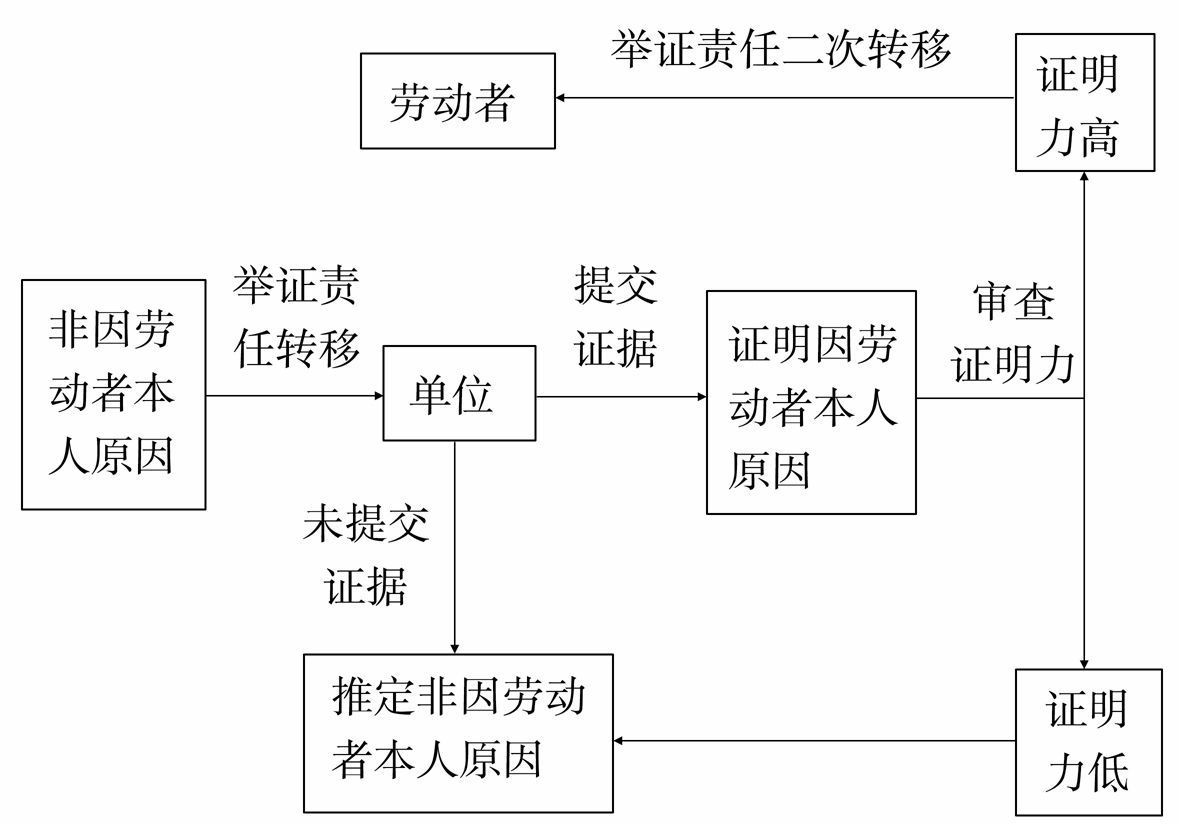
（1）“非因劳动者本人原因”的举证责任分配

当用人单位提出相反证据证明系因劳动者本人原因调动，且该份证据经法院认证为合

法和真实后，就涉及判断证据的证明力问题。如果不能证明“因劳动者本人原因”调动，则

对该份证据不予采纳；如果能够证明“因劳动者本人原因”，则举证责任第二次转移到劳动

者一方，劳动者应为其否定“因劳动者本人原因”的主张举证（见图三）。



图三：“非因劳动者本人原因”举证责任分配图 [[2]](#p229)

（2）判断辞职信证明力高低的标准

判断辞职信证明力高低就是判断辞职信对于劳动者主观意思变更的事实能否起到证明

作用。辞职信未能与其他证据形成完整证据链；信上没有抬头，说明辞职行为没有明确指

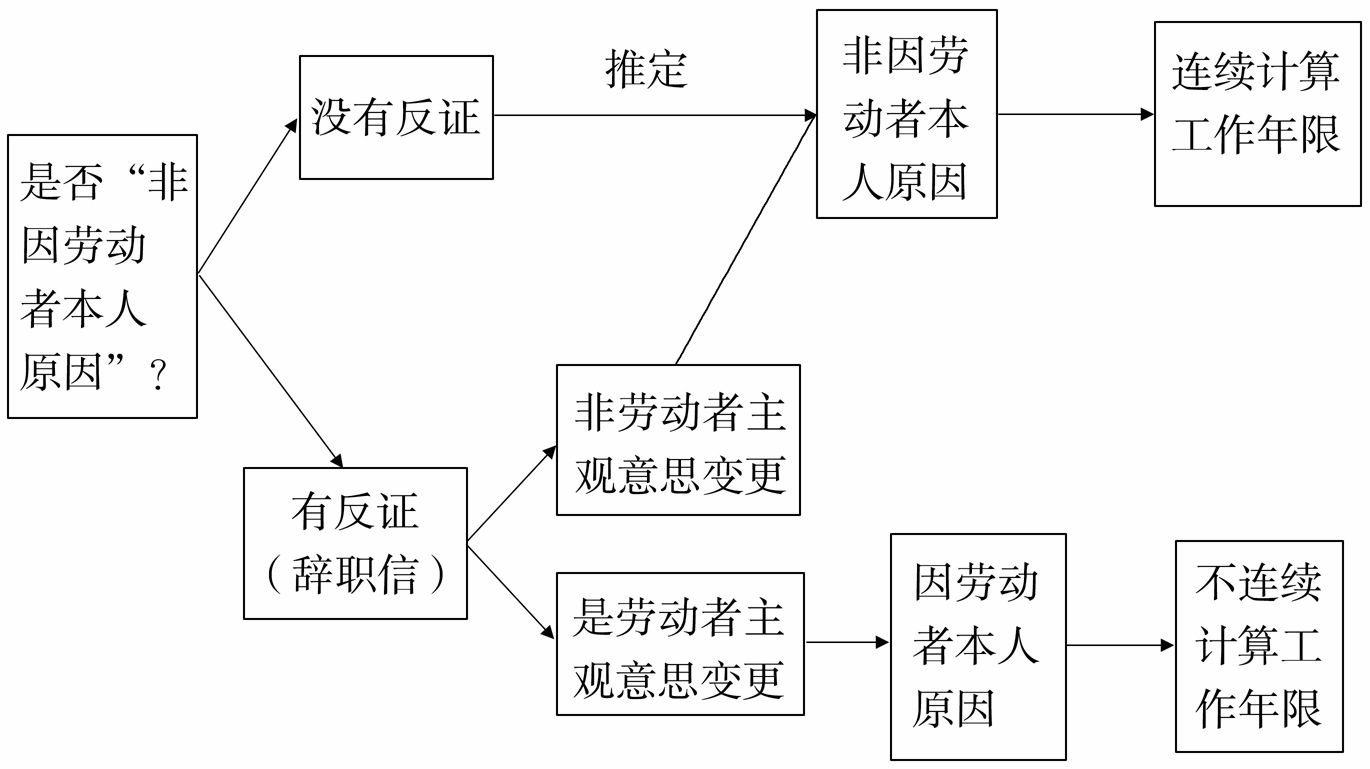
向的用人单位，不能印证赵雪实际辞职；赵雪对辞职信能进行合理解释，说明赵雪写辞职

信的主观目的并非辞职，欠缺效果的意思表示当然无效。故辞职信不能证明赵雪主观意思

变更。

综上，辞职信不能证明“因劳动者本人原因”，故赵雪的工作年限应当连续计算。据此

我们已可确立正确的“非因劳动者本人原因”判断标准（见图四）。



图四：“非因劳动者本人原因”的判断标准 [[3]](#p229)

编写人：北京市东城区人民法院 程新桐

43 女职工生育津贴与正常工资差额的计算标准

——北京易讯思达科技开发有限公司诉高娟劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01民终646号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：北京易讯思达科技开发有限公司

被告（上诉人）：高娟

【基本案情】

高娟于2008年7月23日入职北京易讯思达科技开发有限公司（以下简称易讯思达公

司），担任软件开发测试技术支持，双方签订最后一份劳动合同期限为2010年7月23日至

2015年7月22日。

2014年5月5日，易讯思达公司与高娟签署《休假待岗协议》，双方约定高娟自2014年

5月1日起休待产假，易讯思达公司每月向高娟支付1248元生活费，其中第五条约定：“乙

方（高娟）正常上班后，一切待遇恢复，并且给予‘（工资标准-生育津贴）元/月×产假月

数’元奖金的奖励，该部分奖金将按照半年一次两年发完，第一年发放三分之二，第二年

发放三分之一。”高娟于2014年10月1日剖宫产一名男婴，自2014年10月1日至2015年2月20

日休产假共143天，经社保基金核算，高娟生育津贴为16568.93元，现已由易讯思达公司

支付高娟。高娟产假结束后未返岗工作，现双方均认可劳动关系已解除。

高娟主张自2013年9月起月工资标准为12000元，并提交银行明细单予以佐证，该明细

单显示高娟在2013年10月至2014年2月期间每月实发工资数额均在10000元以上，2014年3

月至4月期间每月实发工资数额为2263.02元。易讯思达公司对银行明细单的真实性不持异

议，但主张高娟工资标准为6000元，多出部分款项系报销费用。易讯思达公司未就其上述

主张提交相应证据。就生育津贴计算基数一节，高娟主张按照每月10000元标准作为计算

基数，易讯思达公司主张应当按照每月6000元标准作为计算基数。

高娟以要求易讯思达公司支付产假津贴差额为由申请仲裁，北京市海淀区劳动人事争

议仲裁委员会裁决：易讯思达公司于本裁决书生效之日起十日内，支付高娟自2014年10月

1日至2015年2月20日生育津贴差额31097.7元。易讯思达公司不服仲裁裁决，请求判决易

讯思达公司无须支付高娟生育补贴差额31097.7元。

一审法院经审理后判决：北京易讯思达科技开发有限公司于判决生效后七日内支付高

娟生育津贴差额12031.07元。

一审判决后，高娟提起上诉，主张易讯思达公司应当按照2013年度月平均工资申报

2014年度社会保险缴纳基数。高娟2012年12月至2013年9月的月工资标准为10000元，此后

上调至12000元，不应当按照6000元作为生育津贴的计算基数。

【案件焦点】

女职工生育津贴低于本人工资标准的，如何确定女职工工资标准。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：依据《北京市企业职工生育保险规定》第十五条

之规定，生育津贴系女职工产假期间工资，系女职工应享受的法定权利，然易讯思达公司

与高娟签署《休假待岗协议》第五条的约定实质上将上述权利变更为企业奖励，且附

加“正常上班”之义务，确与上述法律法规相悖，故易讯思达公司应向高娟支付产假期间生

育津贴。就高娟工资标准一节，虽易讯思达公司主张高娟月工资标准为6000元，该公司多

支付的款项系报销费用，但未就此提交相应证据，对此法院不予采信。依据银行明细单所

载明的每月工资数额及双方《休假待岗协议》所约定的生活费数额核算，易讯思达公司主

张按照每月6000元标准作为生育津贴计算基数，未低于高娟生育前12个月平均工资标准，

故以上述标准作为高娟应得生育津贴之计算基数。经核算，易讯思达公司应向高娟支付生

育津贴差额12031.07元。

高娟不服一审判决提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：本案的争议焦点

为高娟产假期间应得工资标准。根据《北京市企业职工生育保险规定》第七条及第十五条

之规定可以确定，女职工产假期间应得工资标准，一般应为其本人上一年月平均工资。本

案中根据查明的事实，高娟于2014年10月生育，其2013年的月平均工资在1万元以上，故

高娟请求易讯思达公司按1万元标准补足产假工资，符合政策规定，应当支持。而易讯思

达公司所称按劳动合同约定的6000元补足产假工资，与政策规定不符，法院不能采纳。依

法判决：

一、撤销北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第32787号民事判决；

二、北京易讯思达科技开发有限公司于本判决生效后十日内支付高娟生育津贴差额

31097.7元。

【法官后语】

生育津贴低于本人产假工资标准的，差额部分由用人单位补足，但如何确定女职工产

假期间工资标准，从而确定生育津贴的差额，法律法规并没有明确的规定。

本案的争议焦点就在于如何确定高娟的工资标准。高娟正常工作期间及孕期、产期的

工资经过多次调整。如何确定工资标准以判决补足差额的具体数额，一、二审法院出现意

见分歧，而这一意见分歧也正代表了实践中对于女职工产假工资标准认定的两种不同观

点。一种观点认为女职工产假期间工资标准应当以生育前12个月的平均工资作为月工资标

准，另一种观点则认为应当以女职工生育时上一年度月平均工资作为产假工资标准，本案

二审法院就采用了该种观点。

首先，从规章政策层面来看，第二种观点具有制度依据。《北京市企业职工生育保险

规定》第七条第二款、第三款规定，企业按照其缴费总基数的0.8%缴纳生育保险费。企

业缴费总基数为本企业符合条件的职工缴费基数之和。职工缴费基数按照本人上一年月平

均工资计算；低于上一年本市职工月平均工资60%的，按照上一年本市职工月平均工资的

60%计算；高于上一年本市职工月平均工资3倍以上的，按照上一年本市职工月平均工资

的3倍计算；本人上一年月平均工资无法确定的，按照上一年本市职工月平均工资计算。

同时，该规定第十五条规定，生育津贴按照女职工本人生育当月的缴费基数除以30再乘以

产假天数计算。此外，根据《北京市人力资源和社会保障局关于调整本市职工生育保险相

关政策的通知》的规定，用人单位应当为其职工办理参加生育保险手续，并按照《北京市

企业职工生育保险规定》的规定缴纳生育保险费用。生育津贴按照职工所在用人单位月缴

费平均工资除以30天再乘以产假天数计发。上述规定虽然没有明确女职工产假期间的工资

标准，但根据行文可以得出的结论是，女职工生育保险的缴纳及生育津贴的计算均是由上

一年度职工月平均工资决定，而生育津贴即为产假工资。

其次，从统一裁判尺度的角度来看，第二种观点与类似纠纷的处理方式相同。劳动者

被无故降薪要求用人单位补足工资差额是实践中常见的一种纠纷类型，也是与补足生育津

贴差额最相类似的纠纷，都涉及工资标准的认定问题。补足工资差额案件中，劳动者的工

资标准认定原则有二：一是根据双方劳动合同约定确定；二是实际履行改变劳动合同约定

的，以劳动合同实际履行中用人单位实际支付的工资确定工资标准。本案双方对高娟工资

标准争议，实质上也是由于用人单位多次降薪引发。双方合同约定工资为6000元，高娟正

常工作期间实际发放工资均在10000元以上，按照《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（四）》第十一条的规定，应当以实际履行中易讯思达公司支付

的工资作为月工资标准，易讯思达公司在高娟怀孕后降低其工资的行为不符合《女职工劳

动保护特别规定》，也违反了《劳动合同法》关于工资标准变更的规定，故以高娟生产上

一年度月平均工资作为工资标准，更符合一般案件的审理思路。

编写人：北京市第一中级人民法院 刘佳洁

44 法定代表人起诉公司案件中，诉讼代表人的确立及法律关系

的认定

——张育龙诉北京比格迪特科技有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初17101号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：张育龙

被告：北京比格迪特科技有限公司

第三人（兼被告诉讼代表人）：吴志明

【基本案情】

经张育龙与吴志明共同组建，2014年4月24日北京比格迪特科技有限公司（以下简称

比格迪特公司）经工商登记注册成立。张育龙担任法定代表人、执行董事、经理，持股比

例为40%；吴志明担任监事，持股比例为60%。本案中，二人经协商一致确立由吴志明作

为比格迪特公司的诉讼代表人参加诉讼。

2015年1月至6月期间张育龙与吴志明每人每月各从公司项目收益中提取1万元。双方

另约定若年底项目收益尚有结余则再进行分配。就上述1万元的性质，张育龙主张系月工

资，其与比格迪特公司之间存在劳动关系，比格迪特公司与吴志明则表示该笔款项不同于

劳动关系下员工领取的工资，其性质为股东间的前置利益分配，张育龙系公司的组建人、

股东及法定代表人，与公司之间不存在劳动关系。

各方均确认因公司项目经营不善，2015年7月起张育龙未再按月领取1万元。2016年5

月6日比格迪特公司成立清算组，组员为全体股东即吴志明、张育龙，张育龙担任组长。

本案庭审过程中，双方均确认尚未清算完毕，吴志明现持有比格迪特公司公章。

【案件焦点】

一为程序审查层面，法定代表人起诉所在公司，如何确立公司的诉讼代表人；二为实

体认定层面，法定代表人是否有权基于劳动关系获取工资报酬。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：法定代表人是法人的代表机关。本案中张育龙的

身份有别于接受用人单位管理的劳动者一方，其系比格迪特公司的股东、法定代表人、经

理，系代表公司意志、实际行使管理权的一方。现比格迪特公司已进入解散清算程序，张

育龙担任清算组负责人，所主张的因比格迪特公司拖欠工资而引发的纠纷，实系其与公司

另一股东吴志明之间因股东权益分配事宜而产生的纠纷，应适用《中华人民共和国公司

法》的规定作为解决纠纷的法律依据。现张育龙主张其与比格迪特公司之间存在劳动关系

并无依据，经法院释明后张育龙仍坚持在劳动关系基础之上主张工资相关权利，故对于张

育龙要求比格迪特公司支付2015年7月1日至2016年4月30日期间工资100000元及拖欠工资

的100%赔偿金的请求，本院均不予支持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四

条第一款之规定，判决如下：

驳回张育龙的全部诉讼请求。

【法官后语】

本案所涉问题为法定代表人起诉公司案件中，诉讼代表人的确立及法律关系的认定。

首先，在程序层面上。法定代表人是依法代表法人行使民事权利，履行民事义务的主要负

责人。我国民事诉讼法第四十八条第二款规定：“法人由其法定代表人进行诉讼。其他组

织由其主要负责人进行诉讼。”当法定代表人起诉所在公司时，将如何确立公司的诉讼代

表人？一方面，显然此时法定代表人已不能自行代表公司出庭应诉，否则将造成“自己告

自己”的诉讼现象。另一方面，法定代表人的诉权亦应受到保障，因我国民事诉讼法第一

百一十九条规定的四项起诉条件，本案均已满足。

此种情形下，确立公司的诉讼代表人，成为解决此类诉讼困境的有效方式。但如何确

立诉讼代表人？司法实践中并无相关立法指引，操作亦尚无统一或规范做法。笔者认为，

《上海市高级人民法院关于担任公司法定代表人的股东、董事与公司之间引发诉讼应如何

确定公司诉讼代表人问题的解答》值得借鉴。该解答指出，为确保案件审理的正常进行，

依法维护公司的合法权益，法院应当明确告知股东或董事在诉讼中不得同时代表公司参加

诉讼，并要求公司另行确定诉讼代表人。鉴于我国公司法对上述情形下的公司诉讼代表权

的确定未作规定，法院在诉讼过程中应当及时进行释明和指导，司法实践中可采取以下方

式进行确定：（一）公司章程对公司诉讼代表权的人选确定有约定，按照章程约定。

（二）建议公司召开临时股东会，或以股东协商方式选定公司诉讼代表人。（三）公司不

能通过股东会或协议方式确定诉讼代表人的，对没有董事会的公司，通知副董事长代表公

司参加诉讼。对未设董事会的公司，通知其他董事代表公司参加诉讼。其他董事有两人以

上的，可协商确定其中之一。协商不成的，法院可予以指定。（四）公司董事会或董事中

无合适人选的，基于公司监事会的法定职责，法院可指定公司监事会主席或执行监事代表

公司参加诉讼。（五）通过以上途径仍不能确定，法院可指定与担任法定代表人的股东、

董事提起的诉讼没有明显利害关系的其他股东作为公司诉讼代表人。本案中，比格迪特公

司的股东张育龙、吴志明通过协商方式确立了诉讼代表人的人选，诉讼程序得以正常开

展。

进而，在实体层面上，张育龙作为公司法定代表人，与公司之间是否建立了劳动关

系？而该争议的认定，有赖于对张育龙与另一股东吴志明按月各自领取1万元的性质判

断。现代企业制度的重要标志，便是所有权与经营权相分离。公司法定代表人的真实角

色，部分情况下确系公司的实际控制人，但亦不乏系职业经理人或是被借名登记的普通员

工等，当后者被拖欠劳动报酬，有效方式之一便是通过劳动争议程序维权。而本案中，张

育龙显然不属于此类身份，其同时兼为公司的股东、清算组组长，亦系公司技术层面的实

际控制人，从劳动法意义上讲，其系“资方”而非“劳方”。其每月领取的1万元，从形式上

符合工资按月发放的周期特征，但究该笔钱款的发放原因，系基于其与另一股东对公司经

营收入的分配方案，源于股东间协商一致的产物，而非公司基于其提供劳动而发放的劳动

报酬，故法院认定该笔钱款并非工资性质，张育龙主张与公司之间建立劳动关系的主张不

能成立，并驳回其全部诉讼请求。

编写人：北京市海淀区人民法院 王琰

45 浅析未签劳动合同二倍工资差额相关规定

——北京创景天呈数字科技有限责任公司诉吉智劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2016）京0108民初9465号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：北京创景天呈数字科技有限责任公司（以下简称创景公司）

被告：吉智

【基本案情】

吉智于2014年8月19日入职创景公司，后于2015年9月20日离职。吉智主张其工资自

2015年2月20日起调整为12000元。

吉智在职期间，双方未签订劳动合同。创景公司主张未签订书面劳动合同系吉智一方

原因所致，并提交了任丽萍的书面证言，主要内容：本人任丽萍为创景公司的股东之一，

我公司股东阎柏辰曾两次拿着拟好的合同找吉智签订，均被其以各种理由予以拒绝。该书

面证言系复印件，且任丽萍未出庭作证。吉智对创景公司的主张不予认可，对创景公司提

交证据的真实性亦不予认可。

吉智于2015年12月15日以要求创景公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额等为由

向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请。后创景公司不服仲裁裁决，于法

定期限内向法院提起诉讼。

【案件焦点】

创景公司是否应向吉智支付未签书面合同二倍工资及其计算方式。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：创景公司主张未签订书面劳动合同系吉智一方原

因所致，并提交了书面证言。因证人系创景公司的股东且未出庭作证，同时该书面证言系

复印件，创景公司未提交原件予以核对，故仅凭该书面证言不足以证明创景公司所持之主

张，进而创景公司应就其在法定期限内未与吉智签订书面劳动合同的过错行为承担二倍工

资的惩罚性赔偿责任。具体而言，首先，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，吉智于

2015年12月15日提出仲裁申请，故其要求创景公司支付2014年9月19日至2014年12月15日

未签劳动合同二倍工资差额的请求已过诉讼时效，法院不予支持。其次，根据《中华人民

共和国劳动合同法实施条例》第七条的规定“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订

立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当……向劳动者每

月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动

合同……”，吉智于2014年8月19日入职创景公司，即2015年8月19日可视为已与创景公司

订立无固定期限劳动合同，故吉智主张2015年8月19日至9月20日未签劳动合同二倍工资差

额，没有依据，法院不予支持。综上，本院按照已确定的工资标准及工资发放周期计算吉

智自2014年12月16日至2015年8月18日未签劳动合同二倍工资差额。

北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第七条、《中华

人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条之规定，作出如下判决：

一、北京创景天呈数字科技有限责任公司于本判决生效之日起十日内支付吉智2015年

2月20日至2015年9月20日工资差额66000元；

二、北京创景天呈数字科技有限责任公司于本判决生效之日起十日内支付吉智2014年

12月16日至2015年8月18日未签书面劳动合同二倍工资差额88919.54元。

后创景公司不服一审判决上诉至北京市第一中级人民法院，在二审审理过程中，创景

公司撤回上诉。

【法官后语】

为了提高书面劳动合同的签订率，明晰劳动者与用人单位之间的权利义务关系，劳动

合同法增设了未签订书面劳动合同二倍工资差额的相关规定。未签劳动合同二倍工资差额

并非劳动者的劳动所得，而是对用人单位未签订书面劳动合同的惩罚。下文将对上述制度

进行简要分析：

第一，未签书面劳动合同二倍工资的类型

1.用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一

个月的次日至满一年的前一日应当向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满

一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。在此种情况下，二倍工资差额的起始

点为“用工之日起满一个月的次日”，截止点为“双方订立书面劳动合同的前一日”，但最长

不超过十一个月，因为自用工之日满一年的当日起双方即已视为订立无固定期劳动合同。

具体到本案，吉智于2014年8月19日入职创景公司，2015年8月19日可视为已与创景公司订

立无固定期限劳动合同，故创景公司支付二倍工资差额的截止时间为2015年8月18日。

2.劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未与劳动者订立书面劳动合

同的，计算二倍工资的起算点为自劳动合同期满的次日，截止点为双方补订书面劳动合同

的前一日。在此种情况下，最长不超过十二个月。

3.劳动者符合订立无固定期劳动合同的条件，用人单位不与劳动者订立无固定期劳动

合同的，二倍工资自应订立无固定期限劳动合同之日起算，截止点为双方实际订立无固定

期限劳动合同的前一日。

第二，未签劳动合同二倍工资差额的诉讼时效问题

《劳动争议调解仲裁法》规定，劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动

者申请仲裁不受一年仲裁时效期间的限制。但未签劳动合同二倍工资差额系对用人单位未

按照法律规定与劳动者签订书面劳动合同的惩罚性赔偿，不属于劳动者提供劳动的对价给

付，不属于劳动报酬的范围，故劳动者主张二倍工资差额不适用上述规定，而应适用劳动

争议申请仲裁时效期间为一年的规定。具体到本案，吉智于2015年12月15日提出仲裁申

请，故其要求创景公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额的起始时间为2014年12月16

日。

第三，不予支付未签订书面劳动合同二倍工资差额的情况

1.用人单位有证据证明已尽到诚实磋商义务，因劳动者个人原因造成未订立书面劳动

合同。具体到本案，创景公司虽主张系因吉智的原因导致双方未签订书面劳动合同，但其

提交的证据不足以证明其主张，根据举证分配原则，创景公司应承担不利后果，故法院对

其所持之主张未予采信。

2.在劳动者具备特殊身份或特殊岗位职责的情况下，用人单位未与劳动者签订书面劳

动合同可不承担二倍工资的赔偿责任。具体而言，用人单位法定代表人未签订书面劳动合

同；用人单位高管人员未签订书面劳动合同，用人单位能够证明该高管人员职责范围包括

管理订立劳动合同内容；用人单位的人事管理部门负责人或主管人员未签订书面劳动合

同，用人单位能够证明订立劳动合同属于该人事管理部门负责人的工作职责，在上述情况

下用人单位可不予支付未签订书面劳动合同二倍工资差额。

用人单位与劳动者建立劳动关系后，应在法定的时间内及时与劳动者订立书面劳动合

同，否则将面临向劳动者支付未签劳动合同二倍工资差额的风险。劳动者与用人单位都应

熟知相关规定，以更好地保护自身权益，规避风险。

编写人：北京市海淀区人民法院 张蕾

46 二倍工资支付责任之例外

——邹辉邦诉温州东球鞋业有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省温州市中级人民法院（2015）浙温民终字第3319号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：邹辉邦

被告（被上诉人）：温州东球鞋业有限公司（以下简称东球鞋业公司）

【基本案情】

东球鞋业公司聘用邹辉邦为其职工，从事套帮工作，双方没有签订书面劳动合同，仅

口头约定工资按件计酬，东球鞋业公司也没有为邹辉邦缴纳社会保险。

2015年4月6日，邹辉邦因操作出错被东球鞋业公司车间管理人员批评。同月8日，邹

辉邦与东球鞋业公司结清工资后离开。同月10日，邹辉邦向瑞安市劳动人事争议仲裁委员

会提起仲裁申请，请求东球鞋业公司支付未签订劳动合同二倍工资1280元。同年8月19

日，仲裁委以证据不足为由裁决：驳回邹辉邦的仲裁请求。邹辉邦不服仲裁裁决，在法定

期限内起诉至浙江省瑞安市人民法院。关于邹辉邦的入职时间，邹辉邦主张2015年3月1

日，东球鞋业公司辩称是2015年3月15日。

诉讼过程中，浙江省瑞安市人民法院依职权向浙江省瑞安市劳动人事争议仲裁委员会

调取了邹辉邦自2009年以来申请劳动仲裁的裁决书，以证实邹辉邦自2009年以来多次与浙

江省瑞安市仙降镇、飞云街道一带的鞋类制造企业发生劳动争议并提起劳动仲裁及劳动争

议诉讼并得到经济赔偿。自2015年以来，浙江省瑞安市人民法院已受理其起诉的3个劳动

争议案件。

【案件焦点】

东球鞋业公司未与邹辉邦签订书面劳动合同，且不能提供证据证实系不可归责于用人

单位的原因，是否需支付邹辉邦二倍工资。

【法院裁判要旨】

浙江省瑞安市人民法院经审理认为：《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳

动合同法》（以下分别简称《劳动法》《劳动合同法》）的立法目的是保护劳动者的合法

权益。邹辉邦自《劳动合同法》实施以来，多次向劳动仲裁部门、法院提起劳动争议仲

裁、诉讼。纵观邹辉邦提起仲裁或诉讼的案件，其有别于一般的劳动者，其在一个单位上

班的时间少则一个多月，长的也不足一年，有时一年之中变换多个用人单位，大多没有签

订书面劳动合同，而每从一个用人单位离职之后即提起劳动仲裁申请。邹辉邦明知不签订

书面劳动合同能够得到工资之外的经济利益而屡屡实行上述行为，实有悖于劳动立法之初

衷，对邹辉邦的上述行为在法律上应给予否定性评价，故邹辉邦请求支付双倍工资，法院

不予支持。

浙江省瑞安市人民法院依照《劳动法》第一条，《劳动合同法》第一条、第八十二条

之规定，作出如下判决：

驳回邹辉邦的诉讼请求。

邹辉邦持原审起诉意见提起上诉。浙江省温州市中级人民法院经审理认为：在劳动关

系中，双方当事人地位不对等，故劳动立法向弱势的劳动者一方适度倾斜保护，以期将双

方利益校正到相对平衡的状态，但不应理解为对劳动者的无限度保护。据不完全统计，邹

辉邦自2009年以来先后与七家鞋类制造企业发生劳动争议，仅2015年就有3起劳动争议诉

至原审法院。邹辉邦在各用人单位的在职时间短则一个多月，最长也未超过一年，离职后

即申请劳动仲裁，索赔金额均高达数万元，远超其在该用人单位的工资收入，有以劳动仲

裁及诉讼收入为业之嫌疑，有违《劳动合同法》第三条规定的公平、平等、诚实信用等基

本原则。本案中，邹辉邦在东球鞋业公司工作仅三十多天，东球鞋业公司关于其仍在考察

评估邹辉邦是否胜任工作的抗辩意见具有一定合理性。原判对邹辉邦主张的未签订劳动合

同二倍工资不予支持，处理妥当，法院予以维持。

浙江省温州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款

第一项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，对邹辉邦二倍工资的主张是否予以支持，存在两种观点：一种观点认为东球

鞋业公司确实未与邹辉邦签订书面劳动合同，且不能证明未签订劳动合同的原因在于邹辉

邦，故应支持邹辉邦的诉请，邹辉邦在本案之前的案件判决结果即是如此；另一种观点则

认为不能机械地照搬法条，还应考虑个别公正的因素而进行综合考量。

就邹辉邦的行为定性，笔者认为可定义为“职场碰瓷”，即一批专钻企业劳动管理漏洞

的职场“碰瓷人”，上岗后有意钻企业劳动管理漏洞，工作一段时间后以企业没有与其签订

劳动合同为由向仲裁机构申请仲裁和向法院提起诉讼，要求二倍工资赔偿。

《劳动合同法》第八十二条第一款规定了用人单位签订书面劳动合同的义务以及违反

该义务所应承担的法律责任，《劳动合同法实施条例》第六条、第七条对此进一步作了规

定，但对用人单位二倍工资支付责任的排除问题均无明确规定。司法实践中，在二倍工资

支付责任成立与否的举证责任方面，劳动者只需证明其与用人单位存在劳动关系即可主张

二倍工资，而用人单位则负有过错推定的举证责任，其免责的理由为“不可归责于用人单

位的原因”。一般除劳动者书面确认不同意签订劳动合同，用人单位均难以举证证明未签

订劳动合同过错在于劳动者。本案中，东球鞋业公司未提供证据证明未签订劳动合同的原

因在于邹辉邦，但就法律适用而言，笔者同意上述第二种观点，认为不能机械地照搬法

条，还应考虑个别公正的因素而进行综合考量。法律是社会关系和社会利益的调整器，然

而，由于法律规范的僵硬性与现实生活的灵活性间存在着矛盾，这就需要通过司法裁量加

以消除。在案件的审理过程中，司法裁量是对于抽象裁判标准进行具体化的过程，也是对

于完整的裁判标准进行要件化的过程。法官通过对案件证据的综合判断与裁判标准的分析

解构，从而寻找到与各项裁判标准要件相对应的事实情况，由此导出相应的裁判结论。在

二倍工资支付责任排除的司法裁判中，由于目的在于防范劳动者的道德风险以及构建平衡

的利益保护状态，故还应本着利益平衡的原则，根据劳动者道德风险的具体样态，考量相

关法律要件的事实以查明问题，尽量提高事实认定的盖然性。

就本案而言，笔者认为可以通过对双方行为的外在表现与内在动机进行综合考量。邹

辉邦的外在行为表现是“职场碰瓷”，其内在动机是谋取不正当的利益。反观东球鞋业公

司，其外在行为表现虽为未与邹辉邦订立书面劳动合同，也未给其办理社会保险，但已在

邹辉邦离职前与其结清工资，且邹辉邦在离职时亦无其他要求，东球鞋业公司的内在动机

并非降低邹辉邦的举证维权能力，以期即使不依法履行义务也不受法律追究的效果。因

此，对邹辉邦的请求应给予否定性评价。

劳动关系是最重要的社会关系之一，牵涉千家万户，关乎社会的稳定。就劳动者而

言，其追求的是劳动报酬。对用人单位来说，其追求的是自身利益的最大化。如何权衡两

者间的利益，成为司法实践中的难题。王泽鉴先生说过：“劳资双方在其利益冲突中，却

有一项共同利益，即应有合理之规律及程序来调和冲突之利益。” [[4]](#p229) 平衡及兼顾两者间的

利益才能保证真正的公平，而诚实信用原则便是两者的契合点。

编写人：浙江省瑞安市人民法院 薛林敏

47 用人单位未与其人事主管订立书面劳动合同，人事主管诉请

用人单位支付未订立书面劳动合同的二倍工资能否支持

——刘丹萍诉南京仁创物资有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南京市江宁区人民法院（2015）江宁民初字第4477号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：刘丹萍

被告：南京仁创物资有限公司（以下简称仁创公司）

【基本案情】

刘丹萍于2015年3月10日进入仁创公司工作，担任人事主管，主要负责人员招聘、培

训及薪酬管理工作。同年7月23日，刘丹萍离开仁创公司，并于同日以仁创公司未与其签

订劳动合同，未依法给予其哺乳期内每天1小时的哺乳时间，且未足额支付其月度工资，

严重侵害其合法权益为由，向仁创公司寄送《关于与南京仁创物资有限公司解除劳动关系

的通知函》（以下简称《解除通知函》），通知仁创公司自2015年7月24日起解除双方的

劳动关系，并要求仁创公司给予补偿。

刘丹萍为要求仁创公司发放相关工资和经济补偿金曾向南京市江宁区劳动人事争议仲

裁委员会（以下简称江宁区劳动仲裁委）申请仲裁，后因自仲裁申请受理之日起45日内未

结束，刘丹萍提出向人民法院起诉，江宁区劳动仲裁委于2015年10月8日出具宁劳人仲案

定字〔2015〕第2056号仲裁决定书，终结审理刘丹萍与仁创公司劳动报酬争议案。次日，

刘丹萍向法院提起诉讼，要求仁创公司足额发放其2015年3月至7月的工资4165元，双倍工

资11666元以及经济补偿金2917元。仁创公司认为其已足额发放刘丹萍工资，不存在预留

刘丹萍的工资；之所以未与刘丹萍签订劳动合同是因为刘丹萍作为其单位人事经理故意不

签订劳动合同，故其对双倍工资不予认可，其没有拖欠刘丹萍工资，故不同意支付经济补

偿金。刘丹萍对仁创公司提供的工资表和考勤表的真实性无异议，但指出2015年5月工资

确载明预留833元工资未予发放，刘丹萍并陈述其在入职时与仁创公司法定代表人田凯协

商一致，其年收入为70000元，平均到每月为5833元，实际每月发放5000元，预留833元，

故要求仁创公司足额发放2015年3月至7月的预留工资4165元（833元/月×5个月）。仁创公

司陈述2015年5月工资表系刘丹萍制作，其他月均没有预留工资，其认为是刘丹萍恶意制

作2015年5月工资表。刘丹萍陈述2015年4月及5月工资表系均由其制作，且2015年5月预留

工资833元系经过仁创公司法定代表人及副总经理和财务经理签字确认。刘丹萍对仁创公

司提供的劳动合同书的真实性有异议，其认为劳动合同书落款处“刘丹萍”的签名是复印形

成的而非其手写，并申请法院进行鉴定。法院依法委托南京师范大学司法鉴定中心进行鉴

定。2015年12月30日，南京师范大学司法鉴定中心出具南师大司鉴中心〔2015〕文鉴字第

642号司法鉴定意见书，鉴定意见为署期为“2015年3月10日”《南京市劳动合同书》落款

处“刘丹萍”三字是激光打印或复印形成，非手写形成。刘丹萍支付鉴定费2240元。刘丹萍

陈述其在入职后，曾要求仁创公司签订劳动合同但被仁创公司拒绝，刘丹萍未提交证据证

明其该主张。

【案件焦点】

仁创公司未与刘丹萍订立书面劳动合同，刘丹萍主张仁创公司支付未订立书面劳动合

同的二倍工资是否应当支持。

【法院裁判要旨】

江苏省南京市江宁区人民法院经审理认为：劳动者以及用人单位的合法权益受法律保

护。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立劳动合同的，

应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。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。用人单位应当按

照劳动合同约定和国家规定，按时足额支付劳动报酬。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。没有证据证明或

者证据不足以证明当事人主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，仁创

公司与刘丹萍之间存在劳动关系，仁创公司提交的工资表足以确认其预留刘丹萍2015年5

月工资833元，仁创公司应当按照合同约定和国家规定按时足额支付。仁创公司辩称2015

年5月工资表系刘丹萍恶意制作，但未提交证据证明，不予采信。故对刘丹萍要求仁创公

司支付其2015年3月至7月的预留工资，予以部分支持。

关于刘丹萍主张的经济补偿金2917元，仁创公司虽未足额支付刘丹萍2015年5月工

资，但庭审中刘丹萍亦陈述仁创公司预留其工资系经过其同意，仁创公司预留其2015年5

月工资有正当理由，刘丹萍主张经济补偿金缺乏事实和法律依据，不予支持。

关于刘丹萍主张的双倍工资11666元，仁创公司确实未与刘丹萍签订劳动合同，但劳

动合同签订属于人力资源负责的事项，刘丹萍作为仁创公司的人事主管，其工作职责范围

应该包括代表单位依照法律法规处理与劳动者之间劳动合同签订及履行方面的相关事宜，

避免单位因违反法律法规被追究法律责任，也应当知晓订立书面劳动合同的相关规定及不

订立书面劳动合同的法律后果，因此，刘丹萍有义务主动向仁创公司要求订立书面劳动合

同。但刘丹萍并未提交证据证明其曾主动要求仁创公司与其签订劳动合同。故综合考量刘

丹萍的岗位职务等因素后，法院对刘丹萍主张的未签订书面劳动合同的二倍工资的诉讼请

求不予支持。

江苏省南京市江宁区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款

之规定，作出如下判决：

一、仁创公司于本判决发生法律效力之日起十日内支付刘丹萍2015年5月工资833元；

二、驳回刘丹萍的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理的重点在于刘丹萍要求仁创公司支付未签订劳动合同二倍工资的诉讼请求能

否得到支持。我们认为，公司人事主管虽然也是劳动者，但与一般的劳动者相比有其特殊

性。1.单位人事主管兼具劳动者与管理者双重身份，相较于普通劳动者享有一定的议价能

力和谈判能力，对于单位未与其签订劳动合同，其具有更强的维权意识和维权能力。2.单

位人事主管的工作职责范围通常包括代表单位依照法律法规处理与劳动者（包括其本人）

之间劳动合同签订、履行以及终止等方面的相关事宜，避免单位因违反法律法规被追究法

律责任。单位人事主管没有与单位签订劳动合同，本身存在失职行为，其不能因此而获

利，否则有违诚实信用原则，也容易引发道德危险。3.《劳动合同法》第八十二条的立法

目的在于倒逼用人单位规范劳动合同管理和用工制度，明晰劳动关系双方的权利和义务，

更加全面地保护劳动者的合法权益，而不是也不应当包括劳动者通过不诚信手段利用职务

便利或职权优势额外获取不当利益。否则容易导致劳资双方矛盾的升级，最终不利于建立

稳定、和谐的劳动关系和诚实守信的劳动市场秩序。

编写人：江苏省南京市江宁区人民法院 黄祝祯

48 确定经济补偿金、赔偿金应将劳动者在“关联单位” 的工作年

限合并计算

——泰州市泰帆工业用布有限公司诉卢桂萱劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市中级人民法院（2016）苏12民终1129号民事裁定书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：泰州市泰帆工业用布有限公司（以下简称泰帆公司）

被告（被上诉人）：卢桂萱

【基本案情】

泰州市泰帆工业用布厂（以下简称泰帆布厂）于2010年2月由集体所有制企业改制为

陈为荣个人独资企业，并于2011年3月29日经核准注销。同日，泰帆公司经核准成立，股

东为陈为荣、詹阿娣。卢桂萱于从2007年进入泰帆布厂，该厂注销后又进入泰帆公司从事

垫布工作。社会保险缴费记录显示卢桂萱2007年7月至2015年12月期间的社会保险缴费呈

连续状态，卢桂萱月平均工资为1640元（含个人承担的社会保险费）。2015年12月28日，

泰帆公司向卢桂萱邮寄解除劳动合同通知书，其中载明“辞退部分违规职工”，但未载明具

体违纪行为及辞退依据，后卢桂萱收到该通知书。关于卢桂萱在泰帆布厂及泰帆公司工作

的起止时间，泰帆公司称为2007年7月至2015年10月中旬，卢桂萱称为2007年4月至2016年

1月4日。泰帆布厂注销时未对卢桂萱进行过经济补偿。截至本案法庭辩论终结时卢桂萱已

办理失业保险手续。

卢桂萱曾因案涉纠纷申请劳动争议仲裁，请求裁决泰帆公司为其办理相关离职、失业

登记手续，并给付其违法解除劳动合同赔偿金32400元。泰州市劳动人事争议仲裁委员会

于2016年3月14日作出泰劳人仲案字〔2016〕15号仲裁裁决书，裁决泰帆公司于15日内给

付卢桂萱违法解除劳动合同赔偿金29520元，并为卢桂萱办理档案和社会保险关系转移手

续。后泰帆公司对该仲裁裁决中向卢桂萱支付违法解除劳动合同赔偿金的裁决事项不服，

遂于法定期限内提起诉讼，请求判令泰帆公司无须支付卢桂萱违法解除劳动合同赔偿金。

卢桂萱则认为泰帆公司违法解除劳动合同事实成立，法院应按仲裁裁决进行判决。

【案件焦点】

泰帆公司是否构成违法解除劳动合同；如构成违法解除劳动合同，为确定赔偿金而需

计算经济补偿金数额时，是否应将卢桂萱在泰帆布厂及泰帆公司的工作年限合并计算。

【法院裁判要旨】

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院经审理认为：泰帆公司以卢桂萱违反劳

动规章制度为由与其解除劳动合同，但未能充分举证证明卢桂萱存在其诉称的违纪行为及

其已将所依据的规章制度告知卢桂萱，故泰帆公司解除劳动合同的行为缺乏事实和法律依

据，构成违法解除劳动合同。卢桂萱在申请劳动争议仲裁时主张泰帆公司为其办理离职及

失业登记手续，故其本意应为不要求继续履行劳动合同。现卢桂萱主张泰帆公司给付赔偿

金，符合法律规定，法院予以支持。泰帆布厂注销与泰帆公司成立具有时间上的先后延续

性，泰帆布厂法定代表人陈为荣亦为泰帆公司股东，且卢桂萱即2007年7月至2015年12月

的社会保险费缴纳呈连续状态，故该两企业为关联企业。泰帆公司认可泰帆布厂未对卢桂

萱进行过经济补偿，故应将卢桂萱在泰帆布厂及泰帆公司的工作年限合并计算。双方关于

卢桂萱在泰帆布厂及泰帆公司的工作起止时间陈述不一，且均未举证证明，故法院参照社

会保险缴费记录载明的起止时间2007年7月至2015年12月计算，经核算赔偿金应为29520元

（1640元/月×9个月×2倍）。卢桂萱申请劳动争议仲裁时还主张泰帆公司为其办理相关离

职、失业保险手续，因卢桂萱现已办理了失业保险手续，故该诉请已不存在，法院依法不

予支持。

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第

四十七条、第四十八条、第八十七条规定，作出如下判决：

一、泰帆公司于本判决生效后十日内给付卢桂萱违法解除劳动合同赔偿金29520元；

二、驳回卢桂萱在劳动争议仲裁阶段提出的其他仲裁请求。

一审宣判后，泰帆公司提起上诉。二审审理过程中，泰帆公司申请撤回上诉。

江苏省泰州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一

款第五项、第一百七十三条规定，作出如下裁定：

准许泰帆公司撤回上诉，原审判决即发生法律效力。

【法官后语】

本案认定泰帆公司存在违法解除与卢桂萱劳动合同的事实并判令泰帆公司支付赔偿

金，赔偿金应按两倍经济补偿金计算，故难点在于如何确定卢桂萱的工作年限。由于卢桂

萱先后在泰帆布厂及泰帆公司工作，故应注重审查上述两个用人单位之间的关联程度，以

最大限度保护劳动者合法权益。

关联单位，是指与单位有以下关系之一的公司、企业和其他经济组织：1.在资金、经

营、购销等方面，存在直接或者间接的拥有或者控制关系；2.直接或者间接地同为第三者

所拥有或者控制；3.其他在利益上相关联的关系。实践中，不乏一些用人单位通过将劳动

者安排到其关联单位工作来规避劳动合同法上相关义务的情形存在。这极易导致劳动者合

法权益受损，加剧劳资关系紧张对立，反过来也不利于企业健康发展。

通过本案审理可总结出如下裁判观点：劳动者先后供职两个以上用人单位，如果各用

人单位在存续时间上具备前后连续或基本延续的特征，法定代表人、股东等人员完全或基

本相同，且劳动者社会保险费用缴纳亦呈连续状态，应认定上述用人单位为关联单位。如

之前的关联单位未对劳动者进行过经济补偿，现工作单位因法定事由需要支付经济补偿

金、赔偿金等费用，且应将劳动者在上述关联单位的工作年限合并计算，以最大限度保障

劳动者合法权益，防范部分用人单位利用单位变更的事实少算漏算劳动者的工作年限，变

相损害劳动者利益。

本案中，帮助法官加强内心确信的一个重要依据在于对泰帆布厂及泰帆公司系关联单

位的认定。随着经济社会的不断发展，劳动争议纠纷案件审理也越来越复杂，新情况、新

问题层出不穷，审理时，有时需要在一定程度上拓展裁判思路，在法律规定的框架下，坚

持倾斜保护劳动者合法权益及社会整体利益，兼顾用人单位利益，促进劳动关系和社会经

济得到和谐均衡发展的原则。本案以对“关联单位”的认定作为重要切入点，合并计算卢桂

萱在前后两个单位的工作年限，进而计算经济补偿金及赔偿金，对今后法院及劳动争议仲

裁机构审理类案件具有一定的指导意义和参考价值，为劳动者依法维权提供一定的借鉴参

考。

编写人：江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院 吴翔

49 劳动者以用人单位的工资欠条为据直接起诉用人单位请求支

付劳动报酬的，是否按普通民事纠纷处理

——郑伟永诉湖南鸿安电力建设有限公司追索劳动报酬案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院（2016）浙10民终1899号民事裁定书

2.案由：追索劳动报酬纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：郑伟永

被告（被上诉人）：湖南鸿安电力建设有限公司（以下简称鸿安公司）

【基本案情】

2014年4月3日，郑伟永与鸿安公司台州项目部签订《职工劳务合同》一份，经办人为

黄国锋。合同约定：郑伟永的岗位技能为施工现场材料员；固定期限自2014年2月10日起

至2016年12月30日止；劳动报酬为156000元/年（税后）。郑伟永称其于2014年10月离开

鸿安公司台州项目部。同月，郑伟永与黄国锋来过鸿安公司台州项目部，发现涉案工程已

由别人在做，郑伟永和黄国锋就此离开鸿安公司台州项目部，后未再去过。2015年8月5

日，郑伟永持《工资结算单》向法院起诉，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（二）》第三条之规定，要求鸿安公司支付劳动报酬103000元。该

《工资结算单》载明“欠郑伟永2014年在鸿安公司台州项目部上班工资103000.00元。（合

计工资为143000.00元，已发放40000.00元）”，并加盖印有“鸿安公司台州项目部”字样的

公章，落款时间为2014年12月28日，经办人为黄国锋。鸿安公司对该《工资结算单》的真

实性有异议，并否认其与郑伟永之间存在劳动关系。

【案件焦点】

劳动者以用人单位的工资欠条为据直接起诉用人单位请求支付劳动报酬的，是否按普

通民事纠纷处理。

【法院裁判要旨】

浙江省三门县人民法院经审查认为：根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规

定，在发生劳动争议后，只有先经过劳动争议仲裁裁决，对仲裁裁决不服的，才能向人民

法院提起诉讼。但如果劳动者以用人单位的工资欠条为证据，且诉讼请求不涉及劳动关系

其他争议的，亦能直接向人民法院提起诉讼，而无须先行仲裁。而郑伟永、鸿安公司对劳

动合同的效力以及双方是否存在劳动关系存在重大争议，且鸿安公司对郑伟永提交的《工

资结算单》的真实性等有异议，故本案不能援引《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（二）》第三条的规定直接提起民事诉讼，郑伟永应当先向劳动人

事争议仲裁委员会申请仲裁。

浙江省三门县人民法院依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十八条、第

五十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十四条第一款第三项，《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》第二百零八条第三款规定，作出如下裁

定：

驳回郑伟永的起诉。

郑伟永提起上诉。浙江省台州市中级人民法院经审查认为：对于用人单位拖欠劳动报

酬，劳动者直接按普通债务向法院起诉的，应当严格审查其是否符合《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（二）》第三条规定，即诉讼请求的支持证据

为用人单位出具的工资欠条；诉讼请求不涉及劳动关系其他争议。也就是说，双方对于劳

动报酬发生之事实、劳动报酬未按法律规定或约定支付的原因、劳动合同效力等都没有争

议。只有同时满足上述两个条件，劳动者方可以以普通债务直接向法院起诉。本案中，郑

伟永和鸿安公司对《工资结算单》的真实性以及劳动合同效力均存在争议。原审法院以本

案应遵循仲裁前置原则为由驳回郑伟永的起诉，并无不当。

浙江省台州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款

第一项、第一百七十一条规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原裁定。

【法官后语】

本案处理重点主要是对《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（二）》第三条的规定：“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，

诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受

理。”

首先，“劳动关系其他争议”是指使诉讼请求处于不稳定状态的涉劳动关系的有关事

实。例如，是否存在劳动关系、劳动报酬发生之事实、劳动报酬未按法律规定或约定支付

的原因、劳动合同效力、工资欠条制作的真实性等，这些涉劳动关系的事实内容系工资欠

条制作的事实基础，如果双方对这些事实内容中的任何一项存在争议，都说明工资欠条制

作的基础作为事实内容尚未明确，其真实性受到质疑，该工资欠条则失去作为支撑诉讼请

求的直接依据的作用，使劳动者主张的诉讼请求处于不确定、不稳定状态。

其次，“劳动关系其他争议”中的“争议”是指能够初步证明的用人单位提出的异议成

立。用人单位对双方的劳动关系或工资欠条提出异议，并非当然认为双方对诉讼请求所涉

劳动关系存在其他争议，认定存在“争议”，需要用人单位初步证明其提出的异议成立，或

者综合全案证据可以初步认定用人单位提出的异议成立。如果用人单位对劳动者提交的工

资欠条、劳动报酬发生之事实、劳动报酬未按法律规定或约定支付的原因、劳动合同效力

等提出异议，但未予初步证明，不应视为双方对此存有争议。

具体到本案，根据郑伟永提供的黄国锋与鸿安公司之间签订的授权委托书，以及黄国

锋离开鸿安公司台州项目部的时间为2014年10月，可认定黄国锋经办的涉案《职工劳务合

同》尚在其授权范围内，但黄国锋在2014年12月28日经手的《工资结算单》可能超出授权

范围，且郑伟永对此显然是明知的，故《工资结算单》的真实性存疑。据此，可初步认定

鸿安公司对《工资结算单》真实性的异议成立，即双方存在“诉讼请求涉及劳动关系其他

争议”。故郑伟永不能以工资欠条为据直接起诉鸿安公司请求其支付劳动报酬。

值得注意的是，用人单位提出的异议能够初步证明成立，并非当然支持用人单位的相

关意见，而应根据相关的庭审情况并综合全案证据予以认定。另外，在劳动关系中，劳动

者处于弱势地位，实务中应加强审查用人单位是否存在以“异议”替代“争议”并达到其拒绝

或拖延支付劳动报酬的目的，防止劳动者的合法权益受到侵害。

编写人：浙江省三门县人民法院 上官芳芳 方刚

50 如何认定用人单位在劳动者退休时提前发放的年终一次性奖

励的性质

——李玉荣诉高教社（天津）印务有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市东丽区人民法院（2017）津0110民初1753号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：李玉荣

被告：高教社（天津）印务有限公司

【基本案情】

李玉荣原系高教社（天津）印务有限公司印刷车间质量主管，实际工作至2016年5月

31日，同年6月，李玉荣退休。退休时，高教社（天津）印务有限公司根据上一年度标准

向其发放了5个月的年终一次性奖励4000元。2016年年底，高教社（天津）印务有限公司

实际向主管发放的一次性年终奖励提升了一倍多。

2017年2月17日，李玉荣向天津市东丽区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁，要求高

教社（天津）印务有限公司支付年终一次性奖励差额6000元。该委于当日出具津东丽劳人

仲不字〔2017〕第0019号不予受理通知书，以申请人主体不适格为由未予受理。

对于年终一次性奖励，高教社（天津）印务有限公司制定的《薪酬管理制度》第四项

第1条规定：“主管及以上管理人员实现年度经营管理目标考核的，年终给予一次性奖

励。”该单位另订有《管理人员目标管理考核办法》，该办法第四项第5条规定，年终考核

时（每年12月）不在职人员即考核期内离职的、退休的，不享受年终一次性奖励。

李玉荣向法院提出诉讼请求判决：高教社（天津）印务有限公司支付年终一次性奖励

实际兑现金额的差额部分6000元。

【案件焦点】

1.以完成一定考核为条件的年终一次性奖励是否属于劳动者工资薪酬的组成部分；2.

对于用人单位“在年终考核期内离职的、退休的，不享受年终一次性奖励”的内部规定，人

民法院应如何认定；3.员工在考核期内退休时，用人单位参照劳动者当年工作期限及上一

年年终奖标准，向劳动者发放年终一次性奖励并且劳动者已实际受领的，应如何认定。

【法院裁判要旨】

天津市东丽区人民法院经审理认为：高教社（天津）印务有限公司的年终一次性奖励

由该公司根据自身经营状况和支付能力，在年终时结合员工完成工作情况予以发放。高教

社（天津）印务有限公司《管理人员目标管理考核办法》中明确规定不在职人员即考核期

内离职的、退休的，不享受年终一次性奖励。另外，根据李玉荣本人的陈述，其于2016年

6月退休时，高教社（天津）印务有限公司已参考李玉荣的工作期间和上一年度年终一次

性奖励发放情况，向其发放了在职期间的年终一次性奖励4000元，李玉荣实际受领该笔款

项且并未对此金额提出异议，可以视为双方已对李玉荣在职期间的年终一次性奖励金额达

成合意并已实际履行。李玉荣于庭审中亦未能举证证实根据单位规章制度、双方合同约定

或单位承诺，其有权再行主张年终一次性奖励差额。因此，对李玉荣的诉讼请求，本院依

法不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国劳动法》第七十八条、《中华人民共和国民事诉讼

法》第六十四条规定，判决如下：

驳回李玉荣的诉讼请求。

【法官后语】

1.关于年终一次性奖励的定性

年终奖是企事业单位根据自身当年的经济效益给予员工的一种年终奖励，属于用人单

位内部自主管理的范畴，用人单位可以根据业绩来衡量是否发放、如何发放。年终奖的发

放一般存在以下三种情形：1.截留部分工资作为年终奖。将平时向劳动者发放的月工资的

一部分扣下来，等年终时作为年终奖一并发放，实际还是劳动者自己应得的那部分工资；

2.推迟发放年终奖。用人单位担心核心跳槽或者人员流失，推迟到次年年初或年中发放上

一年的年终奖；3.盲目发放年终奖。少数用人单位没有年终奖的发放标准，随意发放 [[5]](#p229) 。

本案高教社（天津）印务有限公司的年终奖究竟属于上述哪一种情况，对于考核期内

因退休终止劳动合同的李玉荣非常重要。在判定本案的年终奖能不能发、发多少前必须对

本案的年终一次性奖励进行定性。根据本案查明的情况，该年终奖每年都有发放，数额较

为固定，用人单位对于该年终奖有较为完备的计发、考核规定，故该年终一次性奖励不同

于偶然性收入，不属于盲目发放的年终奖励。《国家统计局在〈关于工资总额组成的规

定〉若干具体范围的解释》中规定，工资总额的计算原则应以直接支付职工的全部劳动报

酬为根据。各单位支付职工的劳动报酬以及其他根据有关规定支付的工资，不论是计入成

本的还是不计入成本的，不论是按国家规定列入计征奖金税项目的还是未列入计征奖金税

项目的，不论是以货币形式支付的还是以实物形式支付的，均应列入工资总额的计算范

围。并且在该解释中明确规定了年终奖属于奖金的范围。因此，工资总额包括年终奖，该

年终奖属于劳动报酬的组成部分。

2.在年终考核期内退休的，能否享受年终奖

按照高教社（天津）印务有限公司的内部规定，“年终考核时（每年的12月）不在职

人员即考核期内离职的、退休的，不享受年终一次性奖励”。李玉荣于年中5月退休，劳动

关系终止，不能享受年终一次性奖励。但用人单位并没有严格执行内部规定，而是参照前

一年的年终奖10000元折合五个月发放其4000元年终奖。2014年厦门市中级人民法院审理

的《福州新概念培训学校、厦门市湖里区新概念培训中心与杨淑琴劳动争议上诉案》 [[6]](#p229)

中，用人单位在劳动合同中与员工约定年薪中的一部分作为年终奖在年底发放，在单位的

规章制度中又规定员工提前离职的不予发放年终奖，由于该部分年终奖属于劳动者应得的

工资的范畴，单位有支付该部分工资的法定义务，法院最终认定这种排除劳动者权利的内

部约定无效。而对比北京市第二中级人民法院（2017）京02民终484号民事判决、北京市

高级人民法院（2015）高民申字第02898号再审裁定等相关案例，北京法院一般对于用人

单位内部规定在年终奖发放前离职不发年终奖的条款不予支持，对于用人单位与员工就年

终奖的发放在工资协议中有明确约定因具体情况导致中途离职而不予发放年终奖的，予以

支持，还有的法院结合《员工手册》有关单位制度按具体工作时限进行折算，由此可见，

除非在工资协议中明确约定不属于薪酬范围或者约定中途离职不予发年终奖的，一般来

说，法院对因中途离职而排除劳动者获得年终奖励的条款不予支持。

3.关于对提前受领年终奖补偿的认定

本案中，年终奖是否为劳动者每月工资的截留无法确认，但可以明确的是李玉荣受领

的4000元应是一种用人单位对在考核期内离职员工的补偿，用人单位有权自主决定年终奖

发放的条件、数额、时间等事宜，当用人单位与劳动者对年终奖的发放与受领达成合意并

实际履行，且劳动者并未提出异议时，即打破了内部规章对年终奖发放条件和方式的规

定，可以认为这是在不违反劳动法律法规强制性规定的情况下，双方协商一致对这一部分

薪酬作出的认可并达成的补偿协议，这种协议的约束力在用人单位与劳动者之间是高于内

部考核规定和管理规定的。

对于劳动者在受领奖励后又提出补足差额的诉讼请求，例如本案中，李玉荣退休当年

高教社（天津）印务有限公司发放的年终奖是往年的一倍多，在李玉荣退休时，该公司是

不能预料到年终奖励具体数额的，而且提前离职人员没有经过整个考核期，是否能完成全

年目标任务都不确定。提高年终奖有可能是因为李玉荣离职后在下半年整体业绩效益增长

突出而与劳动者并无直接联系。换言之，如果年终奖并没有提高而是减少，已受领奖励的

劳动者是否具有退回差额的义务或者用人单位是否可以主张返还差额？对此，法律、公司

内部规定也都没有涉及，可以说像本案中的做法已成为一种“默契”。因此，当用人单位与

劳动者双方对年终奖问题在劳动者离职时已经达成合意并实际履行完毕，双方在当时并没

有提出异议或者附加其他条件时，可以视为双方对于这一部分薪酬的一致认可，在其内容

不存在法定无效情形，也无劳动者离职时相应的内部管理规定作为新的证据时，任何一方

提出变更的诉请，法院均不予支持。

编写人：天津市东丽区人民法院 齐越

51 用工单位未代劳务派遣单位为劳动者缴纳保险金，应承担连

带赔偿责任

——北京华联综合超市股份有限公司滁州分公司、安徽安龙服务外包有限公司诉代庆

玲、戴方伟劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

安徽省滁州市中级人民法院（2016）皖11民终920号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京华联综合超市股份有限公司滁州分公司（以下简称华联滁州分

公司）

被告（上诉人）：安徽安龙服务外包有限公司（以下简称安龙服务外包公司）

被告（被上诉人）：代庆玲、戴方伟

【基本案情】

2014年1月1日，华联滁州分公司与安龙服务外包公司签订《保安管理服务合同》，约

定安龙服务外包公司负责华联滁州分公司的安保服务项目。方世收于2014年1月18日应聘

进入安龙服务外包公司上班，双方之间并未签订书面劳动合同。安龙服务外包公司将其安

排至华联滁州分公司从事保安工作，每月工资为1600元。2014年7月25日14时许，方世收

在华联滁州分公司二楼超市过道处工作时突然倒地猝死。滁州市琅琊区劳动人事争议仲裁

委员会于2014年11月6日认定方世收与安龙服务外包公司之间自2014年1月22日至7月25日

存在事实劳动关系，该裁决书同时还明确安龙服务外包公司与华联滁州分公司之间系劳务

派遣关系。2015年1月26日，滁州市人力资源和社会保障局作出工伤认定决定书，认为方

世收的死亡属于视同工伤范围，视同为因工死亡。代庆玲为、戴方伟分别为方世收的妻

子、儿子。代庆玲、戴方伟向滁州市琅琊区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁要求相关赔

偿。该委于2015年7月24日作出〔2015〕滁琅劳人仲裁字第31仲裁裁决书，华联滁州分公

司不服该裁决诉至法院。

【案件焦点】

安龙服务外包公司与华联滁州分公司之间是劳务外包关系还是劳务派遣关系，其在本

案中是否应当承担连带赔偿责任。

【法院裁判要旨】

安徽省滁州市琅琊区人民法院认为：用人单位以承揽、外包等名义，按照劳务派遣用

工形式使用劳动者的，按照《劳务派遣暂行规定》处理。职工在劳动关系所在单位输出劳

务期间遭受事故伤害的，由其劳动关系所在单位承担工伤保险责任，但实际用工单位存在

过错给工伤（亡）职工造成损害的，应当承担连带赔偿责任，该过错应当包括用工单位未

依法为劳动者代缴社会保险费。本案中，安龙服务外包公司以劳务外包名义派遣方世收至

华联滁州分公司工作，方世收因工死亡，根据生效仲裁裁决书的认定，方世收与安龙服务

外包公司之间存在事实劳动关系，与华联滁州分公司之间按劳务派遣关系处理。安龙服务

外包公司未在滁州设立分支机构，故依法应由劳务派遣公司华联滁州分公司代安龙服务外

包公司为方世收办理参保手续，缴纳社会保险费。而华联滁州分公司存在过错，并未为方

世收参保并缴纳该费用，加大了方世收近亲属的维权成本。故安龙服务外包公司与华联滁

州分公司应对代庆玲、戴方伟的合理赔偿承担连带责任。职工因工死亡，其近亲属可以领

取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。1.丧葬补助金。丧葬补助金为6个

月的统筹地区上年度职工月平均工资，即22578元（3763元/月×6月）。2.供养亲属抚恤

金。根据《因工死亡职工供养亲属范围规定》第三条规定，依靠因工死亡职工生前提供主

要生活来源，因工死亡职工供养亲属为其配偶的，女年满55周岁的即可按规定申请供养亲

属抚恤金。方世收因工死亡，其配偶代庆玲无业且已满55周岁，故代庆玲享有按月领取供

养亲属抚恤金的权利。具体标准按方世收生前工资40%的标准计算，即640元/月（1600元

×40%）。华联滁州分公司诉称代庆玲有劳动能力且戴方伟应当有自己的合法收入，故不

应支持供养亲属抚恤金的意见，因上述规定只是要求女性配偶年满55周岁或者丧失劳动能

力即可，而非同时具备两条件；华联滁州分公司也无证据证明戴方伟的收入情况及其对代

庆玲的供养情况，故对该诉称意见不予采纳。3.一次性工亡补助金。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，即539100元（26955元/年×20）。代

庆玲、戴方伟虽认为供养亲属抚恤金及一次性工亡补助金的适用标准偏低，但其并未在规

定的期限内向法院提起诉讼，视为其同意仲裁结果，对该答辩意见不予采纳。依照《中华

人民共和国劳动合同法》第九十二条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条，

《工伤保险条例》第三十九条第一款，《劳务派遣暂行规定》第十八条、第十九条、第二

十七条，《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条、第三条，《安徽省实施〈工伤保险

条例〉办法》第二十八条、第三十二条第一款规定，判决：

一、驳回华联滁州分公司的诉讼请求；

二、安龙服务外包公司于判决生效后十日内一次性支付代庆玲、戴方伟丧葬补助金

22578元；

三、安龙服务外包公司于判决生效后十日内一次性支付代庆玲、戴方伟一次性工亡补

助金539100元；

四、安龙服务外包公司自2014年8月起按月支付代庆玲、戴方伟供养亲属抚恤金640

元/月；

五、华联滁州分公司对上述二、三、四项中的款项承担连带赔偿责任。

华联滁州分公司、安龙服务外包公司不服一审判决，提起上诉。

安徽省滁州市中级人民法院经审理认为：本案二审的争议焦点是：1.安龙服务外包公

司与华联滁州分公司之间是劳务外包关系还是劳务派遣关系，其是否应当承担连带赔偿责

任。2.一审对供养亲属抚恤金的计算方式是否正确。

关于争议焦点1，华联滁州分公司与安龙服务外包公司签订有保安管理服务合同，从

合同涉及的服务内容、方式、权利义务、违约责任等条款分析，该合同符合劳务派遣协议

的实质。用人单位华联滁州分公司虽以外包的名义，但实质上按劳务派遣用工形式使用劳

动者方世收。安龙服务外包公司有无劳务派遣业务资质，按照《劳务派遣暂行规定》第二

十七条规定，不影响对本案用工性质的认定。原审判决认定方世收与安龙服务外包公司之

间存在事实劳动关系，与华联滁州分公司之间按劳务派遣关系处理正确，予以确认。安龙

服务外包公司未在滁州设立分支机构，根据《劳务派遣暂行规定》第十九条第二款规定，

应由劳务派遣公司华联滁州分公司代安龙服务外包公司为方世收办理参保手续，缴纳社会

保险费。但华联滁州分公司并未替方世收参保并缴纳该费用，存在过错，且导致方世收的

近亲属无法享受相关工亡保险待遇。《中华人民共和国劳动合同法》第九十二条规定，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。因此，

安龙服务外包公司与华联滁州分公司应当承担连带赔偿责任。

关于争议焦点2，被扶养人生活费属于侵权责任赔偿项目，供养亲属抚恤金属于工伤

责任赔偿项目，因侵权责任与工伤责任性质不同，供养亲属抚恤金与被扶养人生活费性质

也不相同，两者之间不具有类比性。供养亲属抚恤金的发放标准和计算方式应按照《工伤

保险条例》第三十九条的规定执行，该条规定，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，其中配偶每月

40%。并未对供养亲属抚恤金的领取年限进行限制。原审判决未对领取供养亲属抚恤金的

年限进行限制并无不当，予以确认。

综上，华联滁州分公司、安龙服务外包公司的上诉理由均不能成立，对其上诉请求均

不予支持。原判决认定事实清楚，判决结果正确，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：

驳回华联滁州分公司、安龙服务外包公司的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案例的争议核心在于劳务派遣用工中用工单位承担法定连带赔偿责任的问题。具体

而言，包括以下两个方面：

1.不符合劳务派遣资质的单位向用工单位派遣劳动者的，三者之间是否构成劳务派遣

关系？

《中华人民共和国劳动合同法》第五十七条规定，劳务派遣单位应当依照公司法的有

关规定设立，注册资本不得少于二百万元。在司法实践中，有些劳务公司成立时的注册资

金并没达到最低注册资金的要求。在这种情况下，如果以劳务公司不符合劳动法要求的主

体资格条件，认定劳务公司与劳动者之间不存在派遣与被派遣关系，难以有效保护劳动者

的合法权益。就本案而言，安龙服务外包公司提出其并不具备劳务派遣的资格，主张其与

方世收之间不存在派遣劳务关系，拒绝承担赔偿责任。但是，华联滁州分公司与安龙服务

外包公司之间签订的《保安管理服务合同》约定，安龙服务外包公司负责华联滁州分公司

的安保服务项目。根据《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定，用人单位以承揽、外包等

名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。虽然方世收和安龙服务外包

公司之间没有签订书面劳务派遣合同，但是依据该法条规定，应当认定方世收与安龙服务

外包公司形成了劳务派遣关系。从劳动者的角度来看，事实上方世收之所以到华联滁州分

公司，其接受的正是安龙服务外包公司的委派。在这种情况下，无论安龙服务外包公司有

无劳务派遣资质，都应当认定方世收和安龙服务外包公司之间形成了劳务派遣关系，从而

更有效地保护劳动者的合法权益。

2.在工伤赔偿案件中，给被派遣劳动者造成损害的，用工单位未代劳务派遣单位缴纳

社会保险，用人单位是否需要承担连带赔偿责任？

《劳务派遣暂行规定》第十八条规定，劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当在用

工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险。第十九条规定，劳务派遣单位在用工单位所

在地设立分支机构的，由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。劳务

派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动

者办理参保手续，缴纳社会保险费。本案中，安龙服务外包公司作为劳务派遣单位，并没

有在用工单位所在地设立分支机构，那么作为用工单位的华联滁州分公司就有义务代劳务

派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费，然而华联滁州分公司并没有履

行这一法定义务，显然劳务派遣单位安龙服务外包公司和用工单位华联滁州分公司未为劳

动者缴纳社会保险费均存在过错。

《中华人民共和国劳动合同法》第九十二条规定，劳务派遣单位违反本法规定，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。《中华人民共和国

劳动合同法实施条例》第三十五条规定，用工单位违反劳动合同法和本条例有关劳务派遣

规定，给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。该两条

法条明确了劳务派遣单位和用工单位违反劳动法，造成劳动者损害的，应承担连带责任。

然而，不为劳动者缴纳社会保险，是否属于该法条规定的“违反劳动合同法及条例，给被

派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任”的范畴？就本案而

言，劳务派遣单位和用工单位应当承担连带赔偿责任。原因在于，本案系劳动者在用人单

位工作期间猝死，构成了工伤。而劳务派遣单位安龙服务外包公司和用工单位华联滁州分

公司均未为劳动者缴纳社会保险费，致使劳动者的家属无法通过正常的工伤程序获得补

偿。不缴纳社会保险费的行为与劳动者无法获得工伤补偿的状况具有紧密的联系，所以安

龙服务外包公司和用工单位华联滁州分公司存在违反劳动法及条例的情形，应当认定两公

司对劳动者方世收的工伤承担连带赔偿责任。

编写人：安徽省滁州市琅琊区人民法院 王卫军

[[1]](#p190) 《劳争解释四》第五条规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付

经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终

止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单

位工作年限的，人民法院应予支持。用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于‘劳动者非因本人原因从原用人单位

被安排到新用人单位工作’：（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人

单位；（二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者

工作调动；（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；（五）其他合理情形。”

[[2]](#p194) 指符合《劳争解释四》第五条第二款的四种情形之一，且原用人单位未支付经济补偿为前提的举证责任分配。

[[3]](#p195) 仅适用符合《劳争解释四》第五条第二款的四种情形之一，且原用人单位未支付经济补偿的情形。

[[4]](#p209) 王泽鉴：《英国劳工法之特色、体系及法源理论》，载《民法学说与判例研究》（第二册），北京大学出版社

2009年版，第278页。

[[5]](#p222) 王林清：《劳动争议裁诉标准与规范》，人民法院出版社2014年版，第278页。

[[6]](#p222) 厦门市中级人民法院：（2014）厦民终字第375号民事判决书，载中国裁判文书网。

五、竞业限制

52 竞业限制条款能否解除

——贺欣诉清控科创控股股份有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01民终1377号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：贺欣

被告（反诉原告、上诉人）：清控科创控股股份有限公司（以下简称清控科创公司）

【基本案情】

2012年4月5日，贺欣入职启迪科创（北京）科技发展有限公司（系清控科创公司前

身）担任行政人事主管。双方签订有期限自入职之日起至2013年4月4日的劳动合同，后续

签至2016年4月4日。《岗位职责》载明：贺欣的岗位职责包括负责总经理办公会、公司工

作会议等会议记录，公司绩效考核与评优工作，公司员工的劳动关系管理等。2013年11月

12日，贺欣（乙方）与清控科创公司（甲方）签订《劳动合同变更协议书》，约定2013年

续订的劳动合同中公司名称由启迪科创（北京）科技发展有限公司变更为清控科创公司，

职位变更为人事主管，原劳动合同继续履行。

双方签订的《劳动合同》第25条载明，乙方若是甲方的高级管理人员或者其他掌握商

业秘密和知识产权的人员，应当遵循相关法律、法规和甲方的竞业限制规定。双方于2012

年4月5日签订的《员工商业保密协议》 （以下简称《保密协议》）载明：为便于规范乙

方在任职期间及离职以后遵守甲方保密及竞业限制的有关规定，订立本保密协议；公司的

商业秘密包括但不限于乙方通过其与甲方的雇佣关系，或者因为其与甲方的雇佣关系而知

悉的任何有形或无形信息或材料，技术秘密，员工的人事档案、工资及有关资料等；从甲

乙方劳动合同解除或者终止之日起12个月内，乙方不得到与本单位生产或经营同类产品、

业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或经营与本单位有竞争关系的同类

产品、业务，不得以任何方式影响甲方的正常经营、客户及潜在的客户关系，或从事其他

活动而对此造成负面影响；乙方违反竞业限制约定的，违约金数额为目前甲方已支付给乙

方的竞业限制补偿总额。《保密协议》中未约定具体的竞业限制经济补偿数额。

2015年1月29日，清控科创公司作出《关于解除劳动合同的通知》（以下简称《解除

通知》），载明：因贺欣于2015年1月22日至26日连续旷工三天，严重违反公司规章制度

中关于考勤制度的规定，经公司管理层批准，原劳动合同于2015年1月29日正式解除。

另查，贺欣以要求清控科创公司支付违法解除劳动合同赔偿金、竞业限制经济补偿、

拖欠工资、未休年假工资为由，向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申请，该委

于2015年7月22日作出京海劳人仲字（2015）第5364号裁决书，裁决如下：1.清控科创公

司向贺欣支付违法解除劳动合同赔偿金46965元；2.清控科创公司向贺欣支付2015年1月22

日至29日工资646.9元；3.清控科创公司向贺欣支付2015年1月30日至7月2日竞业限制补偿

12065.15元；4.清控科创公司向贺欣支付贺欣2014年度未休年假工资2519.2元；5.驳回贺欣

的其他仲裁请求。贺欣与清控科创公司均不服仲裁裁决，在法定期限内先后向法院提起诉

讼。

【案件焦点】

1.贺欣是否适用竞业限制条款；2.清控科创公司能否解除竞业限制条款。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：关于是否构成违法解除的问题，清控科创公司于

2015年1月29日作出的《解除通知》载明解除原因系贺欣连续旷工三天违反公司制度，但

贺欣主张因病已向其主管领导请假并提供《诊断证明书》和短信记录为证，尽管清控科创

公司以短信请假未回复视为未批准，但并未提供明确表示不批准其请假的证明，且双方签

订的劳动合同明确约定不得以旷工为由与哺乳期的女职工解除劳动合同，而清控科创公司

作出《解除通知》的时间正处于贺欣哺乳期内，显然违反法律规定及双方约定，属于违法

解除劳动合同，故清控科创公司应向贺欣支付违法解除劳动关系的赔偿金。关于计算基数

问题，双方认可贺欣的月工资标准为7820元加补助，但对于补助数额存在分歧，清控科创

公司作为负有管理责任的用人单位应就工资标准承担举证责任，现其未提交证据证明其主

张的每月补助为1050元，故采信贺欣主张的每月补助1200元。鉴于贺欣要求清控科创公司

支付违法解除劳动关系的赔偿金54000元未高于法定标准，法院不持异议。

关于是否拖欠工资的问题，鉴于双方于2015年1月29日解除劳动合同，贺欣于1月22

日、23日、26日至28日因病请假，故清控科创公司应向贺欣支付2015年1月22日至29日的

工资701.61元，关于贺欣要求支付2015年1月30日工资的主张，于法无据，不予支持。

关于竞业限制的问题，贺欣的工作岗位先后为行政人事主管和人事主管，其岗位职责

包括负责总经理办公会、公司工作会议等会议记录、公司绩效考核与评优工作、公司员工

的劳动关系管理等，且双方签订的《劳动合同》和《保密协议》明确约定贺欣需遵守清控

科创公司的保密及竞业限制的有关规定，清控科创公司以贺欣不属于高管、没有掌握公司

的商业秘密为由，主张贺欣不属于适用竞业限制条款的人员，无事实依据，不予采信。故

贺欣以其已履行竞业限制义务为由要求清控科创公司支付竞业限制经济补偿，于法有据。

同时，鉴于在竞业限制期限内，清控科创公司于2015年6月11日向贺欣送达了通知其无需

履行竞业限制义务的《告知函》，故根据《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（四）》第九条规定，应视为清控科创公司请求解除竞业限制协议，因而

其应向贺欣支付自2015年1月30日至9月11日期间的竞业限制经济补偿，基于《保密协议》

中并未约定经济补偿的具体数额，故依照《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（四）》第六条第一款规定的计算标准，清控科创公司应向贺欣支付上述

期间的竞业限制经济补偿20186.14元，对于贺欣主张的超出上述范围的金额，不予支持。

关于未休年假的问题，清控科创公司主张2014年度贺欣的年假已休完，并提交有OA 系统考勤记录及休假申请打印件，并主张2015年度贺欣的年假折算不足一天，无需支付未

休年假工资；贺欣不认可上述证据的真实性，其主张2014年度尚有3.5天年假未休，2015

年度5天未休。对此，清控科创公司关于贺欣已休2014年年假的证据不足，不予采信，对

贺欣自认2014年已休1.5天年假，予以采信，同时双方于2015年1月29日解除劳动关系，经

测算贺欣2015年度应享受年假不足1天，其要求支付2015年未休年假工资依据不足，不予

支持。故清控科创公司应向贺欣支付2014年度未休年假3.5天的工资为2903元。

综上所述，依据《中华人民共和国劳动法》第四十五条、第五十条，《中华人民共和

国劳动合同法》第二十三条、第二十四条、第八十七条，《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（四）》第六条第一款、第九条，《中华人民共和国民事

诉讼法》第六十四条第一款，判决：

一、清控科创公司于本判决生效之日起七日内向贺欣支付违法解除劳动合同赔偿金

54000元；

二、清控科创公司于本判决生效之日起七日内向贺欣支付2015年1月22日至29日期间

的工资701.61元；

三、清控科创公司于本判决生效之日起七日内向贺欣支付2015年1月30至9月11日期间

的竞业限制经济补偿20186.14元；

四、清控科创公司于本判决生效之日起七日内向贺欣支付2014年度未休年休假工资

2903元；

五、驳回贺欣的其他诉讼请求；

六、驳回清控科创公司的全部诉讼请求。

清控科创公司不服一审判决，持原审起诉意见提起上诉。北京市第一中级人民法院经

审理，以与一审相同的裁判理由认为，清控科创公司上诉请求改判，理由不能成立，不予

支持。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。

【法官后语】

竞业限制条款设置的初衷在于，在保护企业的核心资源和劳动者自由择业权之间寻求

一种平衡。

首先，适用对象。根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定，竞业限制的

人员限于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。换言之，

并非所有劳动者均需要遵守竞业限制条款。但是如何判断或者定义“其他负有保密义务的

人员”的概念呢？用人单位是否可以以“劳动者的工作内容不涉及保密信息，并非负有保密

义务的人员”为由进行抗辩，从而拒绝支付竞业限制补偿金呢？其一，必须明确竞业限制

条款/协议是劳动者和用人单位双方自由、平等协商的结果，并非劳动法律强制条款；其

二，对于何种人员应承担保密义务以及实际工作中何种任务是保密信息，是用人单位自行

判断的事实。故，一旦用人单位将某劳动者定义为负有保密义务的人员，并与之签订了竞

业限制条款/协议，则该条款就是有效条款，用人单位就不能以“劳动者的工作内容不涉及

保密信息，并非负有保密义务的人员”为由进行抗辩。正如本案中，双方签订的保密协议

明确将竞业限制条款规定其中，这是双方意思自治的表示，对于双方均具有约束力，双方

均应遵守。现清控科创公司以贺欣不属于承担保密义务的人员、其岗位职责不涉及公司的

商业秘密为由，拒绝支付相应补偿，显然于法无据。

其次，解除情况。当然，竞业限制条款作为协商一致条款，并非不可提前解除。其

一，劳动者因用人单位原因，三个月内未收到经济补偿金，即可请求解除竞业限制条款；

其二，用人单位可以依据《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

（四）》第九条规定，在竞业限制期限内，请求解除竞业限制协议。正如本案中，清控科

创公司发出解除竞业限制的函件，即应视为该公司请求解除竞业限制协议。

再次，补偿金额。法律一方面允许双方就补偿金额进行协商，但是另一方面，也规定

补偿金额不能高于造成的损失。除此之外，如果双方未就竞业限制补偿款进行约定，劳动

者履行了竞业限制义务，那么应依照《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（四）》第六条第一款规定，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%进行计算。

编写人：北京市海淀区人民法院 杨炎辉 常丽

53 竞业限制与商业秘密保护的关系

——李耀武诉北京国投公路建设发展有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市延庆区人民法院（2016）京0119民初7055号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：李耀武

被告：北京国投公路建设发展有限公司（以下简称国投公路公司）

【基本案情】

2011年6月9日，李耀武（乙方）与国投公路公司（甲方）签订劳动合同，约定李耀武

担任养护工程师，期限为2011年6月9日至2013年6月8日，其中试用期两个月。2013年6月9

日，双方再次签订劳动合同，李耀武的岗位为桥梁专业工程师，期限为2013年6月9日至

2016年6月8日。前述两份合同约定了李耀武的月基本工资及月绩效奖金。2011年6月9日，

李耀武（乙方）与国投公路公司（甲方）签订《保密和竞业禁止协议》，该协议第一项商

业秘密保护的第三条约定了乙方的保密义务，第四条约定了保密期限“自乙方经甲方许可

获取商业秘密起至甲方明确许可将该商业秘密公布于众之日止”；该协议第二项竞业禁止

的第六条、第七条约定了乙方的竞业禁止义务，期限为李耀武在国投公路公司工作期间。

李耀武在职期间，国投公路公司以其违反公司绩效考核制度为由，从2012年7月起至2015

年11月止，每月均扣减李耀武绩效分并扣发其相应的绩效奖金。国投公路公司根据《年终

奖励发放管理办法》第二条第二项“在当年度奖励发放之前，有下列情况之一者，不发放

年终奖励”中相关情形规定，以李耀武在职期间违反公司规章制度受到处罚，不符合年终

奖励发放条件为由扣发李耀武2013年及2014年的年终奖励。2015年10月11日，国投公路公

司向李耀武出具《解除劳动合同通知书》，载明因李耀武未按照通知要求提交中级工程师

（铁道工程）、公路桥梁养护工程师培训证件，致使公司不能对专业职称资质进行核查，

导致公司人事档案不健全，影响公司人才储备计划及管理经营的正常进行，属于严重违纪

行为，决定自2015年11月12日起解除劳动合同并不支付经济补偿金。2016年7月7日，李耀

武向北京市延庆区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称延庆仲裁委）申请仲裁，要求：国

投公路公司支付其违法扣发的绩效奖金、年终奖、竞业限制补偿金17647.15元。延庆仲裁

委驳回李耀武的仲裁请求。李耀武不服前述裁决，于法定期限内诉至法院，要求：1.判令

国投公路公司给付李耀武扣发的绩效奖金和2013年、2014年年终奖合计44930元，并加付

应得工资收入25%的赔偿费11232元，以上共计56162元；2.判令国投公路公司给付李耀武

竞业限制经济补偿金42353.17元。

【案件焦点】

国投公路公司与李耀武签订的保密协议是否为竞业限制条款。

【法院裁判要旨】

北京市延庆区人民法院经审理认为：关于绩效奖金。李耀武与国投公路公司在《劳动

合同书》第十条约定“在符合甲方规章制度规定的情况下，甲方可对乙方绩效奖金进行调

整”。李耀武在职期间每月均有违反国投公路公司绩效考核制度的情况，国投公路公司根

据其被扣减绩效分，进而扣发其相应的绩效奖金。李耀武本人对公司绩效考核制度及相应

扣分情况也是明知的。因此，对其要求国投公路公司支付其所扣发绩效奖金的诉讼请求，

不予支持。

关于年终奖。年终奖发放属于用人单位的自主权。单位可以自行决定发不发年终奖、

发放的条件和标准。李耀武在职期间有违纪情形，不符合年终奖发放的条件，因此对于其

要求国投公路公司支付其2013年、2014年年终奖的诉讼请求，不予支持。关于其主张的因

公司未支付其绩效奖金与年终奖而应加付其应得工资25%赔偿费的诉讼请求。因无法律依

据，不予支持。

关于竞业限制补偿金。《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条规定的竞业限制是

指对用人单位负有保密义务的劳动者，在终止或解除合同后的一定期限内不得在经营同类

业务或有其他竞争关系的用人单位任职，也不得自己经营同类业务。根据《中华人民共和

国劳动合同法》第二十四条之规定，限制时间由当事人约定，不得超过两年。李耀武与国

投公路公司在《保密和竞业禁止协议》第二项竞业限止第六条约定的竞业禁止期限为“乙

方在甲方工作期间”。该期限并非劳动合同终止或解除后的期限。李耀武称国投公路公司

与其约定的竞业限制期限为无限期，其所依据的是《保密和竞业禁止协议》第一项商业秘

密保护第四条规定的对商业秘密的保密期限。该期限并不是《中华人民共和国劳动合同

法》第二十四条所规定的竞业限制期限，两种期限是完全不同的概念。因此，李耀武的诉

称属于对法律概念及法律规定理解有误。本院在此予以释明。对于李耀武要求国投公路公

司支付其竞业限制补偿金42353.17元的诉讼请求，不予支持。

北京市延庆区人民法院作出如下判决：

驳回李耀武的诉讼请求。

【法官后语】

1.约定竞业限制的构成要件

竞业限制分为法定和约定两种。我国现行法律对约定竞业限制义务的规定存在于《劳

动合同法》当中。该法第二十三条规定：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。对负有保密义务的劳动者，用人单位可

以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合

同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。根据该条款的规定，约定竞业限制义

务有以下构成要件：

第一，必须有合同约定。用人单位和劳动者之间必须签订书面合同，对竞业限制作出

明确约定。义务主体为负有保密义务的一般劳动者。按照《劳动合同法》的规定，负有竞

业限制义务的主体应当为知悉单位商业秘密的人员，主体范围不得任意扩大。

第二，竞业限制应当区分为在职限制和离职限制。用人单位与劳动者之间约定的竞业

限制包括在职期间的竞业限制和离职后的竞业限制。在职期间的竞业限制以劳动者在用人

单位工作的期间为限。关于离职后的竞业限制期限，应当既考量对用人单位商业秘密的最

大限度保护，又考量对劳动者劳动权及择业自由的保护。《劳动合同法》规定竞业限制期

限不得超过二年。

第三，经济补偿金的问题。离职后的竞业限制，会导致劳动者的劳动权及择业自由受

到影响，进而造成其经济利益的损失，因此，用人单位应当在合理范围内给予劳动者经济

补偿。而劳动者在职期间，用人单位是否应当因为竞业限制条款而给付其经济补偿金？根

据《中华人民共和国劳动法》第三条第二款规定，劳动者有遵守职业道德的义务。笔者认

为，劳动者与用人单位之间签订劳动合同后，应当依法履行义务，自觉保护用人单位的商

业秘密，因此，在职期间的竞业限制，用人单位不必给付劳动者经济补偿。

综观约定竞业限制义务的要件，本案中，李耀武与国投公路公司签订的《保密和竞业

禁止协议》中约定的是李耀武应当于在职期间履行竞业限制义务，因此就不存在主张经济

补偿金的事实基础。

2.竞业限制与商业秘密保护的关系

随着商业秘密保护的加强，竞业限制制度随之产生。竞业限制只是保护商业秘密的一

种方式，商业秘密保护并不等同于竞业限制。具体区别在于：

第一，侵犯商业秘密的后果是法定的，违反竞业限制义务的违约金则是约定的。竞业

限制是契约行为，用人单位与劳动者之间秉持双方自愿的原则签订竞业限制合同，违反该

约定则承担违约责任。侵犯商业秘密承担的是侵权责任，即停止侵害、消除危险、赔偿损

失等。

第二，用人单位与劳动者签订竞业限制协议后，由于该约定对劳动者的劳动权、择业

自由等有一定限制，因此，用人单位需对劳动者进行必要的经济补偿。但劳动者一旦知晓

了用人单位的商业秘密，则必须依照法律规定保守秘密，用人单位无须向保守商业秘密的

劳动者支付经济补偿金。

具体到本案，李耀武与国投公路公司签订的《保密和竞业禁止协议》约定的商业秘密

的保密期限为“自乙方经甲方许可获取商业秘密至甲方明确许可将该商业秘密公布于众之

日止”。该条款是对李耀武承担保密义务期限的约定，不同于竞业限制期限。李耀武据此

条款要求国投公路公司支付其竞业限制补偿金没有依据。

编写人：北京市延庆区人民法院 曹倩

六、社会保险

54 用人单位将社会保险费以现金形式发放，解除劳动合同时应

向劳动者支付经济补偿

——田浩诉华蓥市溪口煤矿有限责任公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省广安市中级人民法院（2016）川16民终415号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：田浩

被告（上诉人）：华蓥市溪口煤矿有限责任公司（以下简称溪口公司）

【基本案情】

2011年10月24日，田浩开始在溪口公司工作，任该公司总工程师，田浩根据所领工

资，计算出其2012年4月至2014年4月的月平均工资为21111元。田浩在溪口公司工作期

间，在重庆市参加了养老保险，并凭发票在溪口公司报销了应由该公司承担的部分，溪口

公司将失业和医疗保险费以现金的形式发给了田浩，没有为田浩办理社会保险，田浩向溪

口公司承诺不再要求该公司支付和补偿社会保险费。2013年5月12日，华蓥市煤炭管理局

通知溪口公司停止井下作业，溪口公司停产后，田浩离开再未返回。嗣后，溪口公司因没

有按照规定为田浩等人完全办理社会保险和缴纳社会保险费，未依法为工人进行职业健康

体检，与田浩等人产生劳动纠纷，2013年5月，华蓥市溪口镇人民政府组织双方进行调

解，田浩等人推荐的代表提出，如果溪口公司不补缴社会保险费等，将要求与溪口公司解

除劳动合同，并要求支付经济补偿金，溪口公司未明确答复田浩，亦未为其补缴社会保险

费。田浩认为溪口公司未依法为其完全缴纳社会保险费，其在华蓥市溪口镇人民政府组织

双方调解时已提出要求与溪口公司解除劳动合同，溪口公司应向其支付经济补偿金。溪口

公司则认为其已经将田浩的社会保险费计算出企业应当承担的部分，随每月工资一并发放

给田浩，田浩领取后自行参加保险，属于法律规定的参保形式，不应支付经济补偿金。

【案件焦点】

用人单位将社会保险费以现金形式发放，是否视为为劳动者办理了社会保险和缴纳了

社会保险费。

【法院裁判要旨】

四川省华蓥市人民法院经审理认为：用人单位为劳动者办理社会保险和缴纳社会保险

费是其法定的义务。根据《中华人民共和国社会保险法》第五十八条规定，“用人单位应

当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记”。田浩于

2011年10月24日开始在溪口公司工作，与溪口公司建立了劳动关系，溪口公司应当依法为

田浩办理社会保险。在田浩工作期间，溪口公司虽然为其报销了其个人缴纳的养老保险的

保险费中应当由单位承担的部分费用，将失业和医疗保险费以现金的形式发放给田浩，并

与其签署不再要求支付和补偿社会保险费的承诺书，但其行为违反了《中华人民共和国社

会保险法》的强制性规定，此约定与法律规定相悖，属无效约定和承诺。田浩在溪口公司

没有完全办理社会保险和缴纳社会保险费的情况下，提出要求与溪口公司解除劳动合同，

并请求溪口公司支付经济补偿金的理由充分，符合《中华人民共和国劳动合同法》的规

定，应予支持。2013年5月，华蓥市溪口镇人民政府组织双方代表进行调解时，田浩等人

推荐的代表提出如果不解决补缴社会保险等问题，将要求与溪口公司解除劳动合同，此时

田浩已经履行了解除劳动合同的告知义务，解除劳动合同的时间认定为2013年5月。

四川省华蓥市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第三

项、第四十六条第一款第一项、第四十七条，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第

十八条第一款第六项之规定，作出如下判决：

一、解除田浩与华蓥市溪口煤矿有限责任公司的劳动合同；

二、华蓥市溪口煤矿有限责任公司在本判决生效后十日内向田浩支付经济补偿

16594.80元。

溪口公司持原审起诉意见提起上诉。四川省广安市中级人民法院经审理，以与一审相

同的裁判理由认为，原审认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，法院应予维持。

四川省广安市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款

第一项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的处理重点在于用人单位能否将社会保险费以现金的形式发放给劳动者。社会保

险是一种为丧失劳动能力、暂时失去劳动岗位或因健康原因造成损失的劳动者提供收入或

补偿的社会和经济制度，具有强制性、福利性、基本保障性和互济性，兼具风险防范、稳

定社会生活、收入再分配等功能，使劳动者享受到社会保险福利，待其工伤、年老、失

业、生病之时获得相应社保补助等待遇，以维持劳动者的正常生活。因社会保险属于法律

规定的强制性保险，故其不具有协商性和自愿性。

《中华人民共和国社会保险法》第五十八条规定，“用人单位应当自用工之日起三十

日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记”。该法还规定，用人单位应为

职工缴纳养老、医疗、工伤、失业和生育保险。因此，为劳动者依法申请办理社会保险和

缴纳社会保险费是用人单位的法定义务，劳动关系双方不可通过协商的方式变更用人单位

的此项义务。

本案中，有关田浩的社保问题存在两种情况，一是溪口公司将其失业和医疗保险费以

现金的形式发放给其个人，田浩承诺“不再向公司要求支付和补偿社会保险费用”；二是田

浩在进入溪口公司工作之前参加了养老保险，其凭缴费发票在溪口公司报销应由单位承担

的部分。这两种情况是实践中经常发生的用人单位与劳动者就用人单位为劳动者申请办理

社会保险和缴纳社会保险费的法定义务约定的变通方式。首先，用人单位将社会保险费以

现金的形式发放给劳动者，此种变通，导致用人单位支付的现金不能实现社会保险费所具

有的社会保障的功能，故该部分现金实为工资的一部分。纵使用人单位支付的金钱与应缴

纳的社会保险费数额相同，亦不能认定其履行了缴纳社会保险费的义务。将社会保险费以

现金的形式发放给劳动者看似既提高了劳动者待遇，又方便了用人单位，实则剥夺了劳动

者享受社保福利的权利，还可能给用人单位造成巨大的经济损失，如劳动者工伤时用人单

位需支付高额的医疗费，双方解除合同时用人单位需支付经济补偿金等。用人单位将社会

保险费以现金的形式发放给劳动者同时降低了劳动者和企业双方抵御风险的能力，与立法

精神相违背，此种变通约定应属于无效。其次，个人参保、单位报销保险费的，因其行为

结果与单位申请办理社会保险登记和缴纳社会保险费的结果相同，故应认定单位为职工缴

纳了社会保险费。但为职工申请办理社会保险登记和缴纳社会保险费是单位的义务，而非

职工个人的义务，故应尽量避免采取此种方式，以免发生不必要的纠纷。

综上，本案中，溪口公司与田浩关于将社会保险费以现金的形式发放给田浩的约定因

与法律规定相悖，故属无效约定，溪口公司仍应承担未为田浩向社会保险经办机构申请办

理社会保险登记和缴纳社会保险费的法律责任。关于田浩的养老保险，因养老保险的账户

是唯一的，溪口公司因无法为其办理养老保险而采取为其报销养老保险费的方式，应认定

溪口公司为田浩缴纳了养老保险。

编写人：四川省华蓥市人民法院 刘亚平

55 用人单位没有足额缴纳社保，劳动者可否要求赔偿延期退休

待遇损失

——陈淑嫔诉广州江迅清洁服务有限公司、广州仕丰人力资源有限公司从化分公司劳

动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民终15976号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：陈淑嫔

被告（被上诉人）：广州江迅清洁服务有限公司（以下简称江迅公司）、广州仕丰人

力资源有限公司从化分公司（以下简称仕丰从化分公司）

【基本案情】

陈淑嫔与仕丰从化分公司于2012年6月1日签订期限为2012年6月1日至2014年5月31日

的固定期限劳动合同，约定由仕丰从化分公司派往江迅公司处任保洁员。2013年5月1日，

陈淑嫔与江迅公司签订期限为2013年5月1日至2015年4月30日的固定期限劳动合同，约定

陈淑嫔在江迅公司所承接项目从事保洁工作。2015年4月30日，陈淑嫔与江迅公司签订期

限为2015年5月1日至2015年8月31日的固定期限劳动合同，约定陈淑嫔在江迅公司所承接

项目从事保洁工作。劳动合同到期后双方没有续签，陈淑嫔于2015年9月26日达到法定退

休年龄，但截至庭审期间尚在江迅公司工作，未办理退休手续。

陈淑嫔向法院起诉，请求判令：1.仕丰从化分公司、江迅公司赔偿陈淑嫔延迟退休损

失（损失计算时间从2015年9月开始，到实际领取退休金时止）共13500元，其中基础养老

金=（上一年广东省待岗职工平均工资数5908元+个人月工资2000元）/2×15，再加上个人

账户资金；2.仕丰从化分公司、江迅公司赔偿陈淑嫔解除劳动合同经济补偿金2000元；3.

仕丰从化分公司、江迅公司为陈淑嫔足额补缴2012年6月至2013年2月共9个月社会保险

费；4.仕丰从化分公司、江迅公司为陈淑嫔足额补缴2012年6月至2015年9月所欠缴的住房

公积金。

庭审中，陈淑嫔主张仕丰从化分公司在其工作期间只为其缴纳了2012年6月到2013年2

月的工伤保险，没有足额缴纳其他社保险种，江迅公司没有为陈淑嫔缴纳任何社保费。

江迅公司认为陈淑嫔在工作期间提出由其自行在街道缴纳社会保险，不需要江迅公司

为其缴纳社会保险，因此江迅公司并未为陈淑嫔缴纳社会保险费，但陈淑嫔之前一共缴纳

养老保险91个月，后面的80个月是陈淑嫔一次性补缴的，即使加上江迅公司应为其缴纳的

9个月养老保险，陈淑嫔也远远达不到能够领取退休金的180个月的标准，根本不能办理退

休。仕丰从化分公司则称其曾催促陈淑嫔办理补缴社会保险，为此，仕丰从化分公司向陈

淑嫔发出《关于催促陈淑嫔缴交社保补缴个人部分费用通知书副本》，陈淑嫔确认收到该

通知，并认为社保机构核定的缴费月份不正确，故不同意先向仕丰从化分公司支付社会保

险个人应承担的部分费用，社会保险补缴的费用由被告全额支付，陈淑嫔应承担的个人部

分费用待办理退休手续后再返还给仕丰从化分公司。对于经济补偿金问题，陈淑嫔庭审中

明确为要求仕丰从化分公司支付解除与陈淑嫔签订的劳动合同的经济补偿。仕丰从化分公

司则称陈淑嫔系自动离职，且陈淑嫔要求支付经济补偿的诉讼请求已经超过了仲裁时效。

【案件焦点】

用人单位没有足额缴纳社保费，劳动者可否要求赔偿延期退休待遇损失？

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：关于陈淑嫔要求仕丰从化分公司、江迅公

司赔偿延迟退休损失问题。陈淑嫔提交的《缴费历史明细表》显示，2012年6月至2013年2

月期间，仕丰从化分公司仅为陈淑嫔缴纳社会保险工伤一项，2013年3月至2015年8月期间

的缴费单位为广州市海珠区官洲街道社区服务中心（广州市海珠区官洲街道劳动和社会保

障服务中心）。由此可见，陈淑嫔在与仕丰从化分公司存在劳动关系的最后期间由案外人

为其缴纳社会保险，陈淑嫔与江迅公司建立劳动关系时已经由该案外人为其缴纳社会保险

并缴费至2015年7月，且陈淑嫔2013年才一次性补缴80个月的养老保险费。因此，陈淑嫔

达到法定退休年龄时因社会保险费累计缴费不足十五年而未能及时享受养老保险待遇系由

其自身特殊原因造成，并非完全由于其与仕丰从化分公司、江迅公司存在劳动关系时仕丰

从化分公司、江迅公司未为其全额缴纳社会保险费所导致。而且，陈淑嫔接到仕丰从化分

公司的缴费通知后又拒绝支付其社会保险费个人应缴部分的金额，致使补缴工作无法及时

完成。陈淑嫔庭审中又以社保机构核定的缴费月份不正确为由不同意向仕丰从化分公司支

付社会保险个人应缴部分的金额，该扩大损失的后果应由陈淑嫔自行负担。综上，陈淑嫔

主张仕丰从化分公司、江迅公司赔偿其延迟退休损失的请求缺乏充分的事实依据，法院不

予支持。

综上所述，广东省广州市越秀区人民法院依照《中华人民共和国社会保险法》第十六

条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定，判决如下：

驳回陈淑嫔的诉讼请求。

陈淑嫔不服原审判决，提起上诉。

广东省广州市中级人民法院经审理认为：关于陈淑嫔要求仕丰从化分公司、江迅公司

赔偿延迟退休损失问题。根据《中华人民共和国社会保险法》第十条第一款规定，“职工

应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费”。陈淑嫔提交的

《缴费历史明细表》显示，2012年6月至2013年2月期间仕丰从化分公司仅为陈淑嫔缴纳社

会保险工伤一项，并未缴纳基本养老保险。截至2015年8月陈淑嫔累计缴纳养老保险费171

个月，未达到办理退休领取退休金的缴纳180个月的标准。如果仕丰从化分公司依法为陈

淑嫔缴纳社保，或者在2015年陈淑嫔法定退休年龄到来前及时补缴，陈淑嫔即可于2015年

9月及时办理退休并领取退休金。因此，仕丰从化分公司未依法按时为陈淑嫔缴纳社保是

导致陈淑嫔迟延退休的直接原因。仕丰从化分公司虽于2016年1月28日向陈淑嫔发出缴交

社保补缴个人应缴部分的通知，但因双方对于补缴事项未达成一致意见而未进行补缴，且

仕丰从化分公司发出上述通知书的时间晚于陈淑嫔依法可以退休的时间，延迟退休的事实

已经发生。现陈淑嫔自行办理了社保补缴并已办理退休手续，仕丰从化分公司无法也无需

再办理补缴手续，因此，陈淑嫔要求仕丰从化分公司赔偿其延期退休的待遇损失，按照每

月1113元计算12个月共13356元，法院予以支持。

综上所述，陈淑嫔的上诉有理，对于其上诉请求，法院予以支持。原审法院对于陈淑

嫔延迟退休待遇损失问题判决有误，法院予以纠正。广州市中级人民法院依照《中华人民

共和国社会保险法》第十条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款

第二项的规定，判决如下：

一、撤销广东省广州市越秀区人民法院（2015）穗越法民一初字第6433号民事判决；

二、仕丰从化分公司于本判决生效之日起七日内向陈淑嫔支付延迟退休待遇损失

13356元；

三、驳回陈淑嫔的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案的核心问题是用人单位没有足额缴纳社保，劳动者可否要求赔偿延期退休待遇损

失？具体涉及以下问题：

1.社会保险损失赔偿案件的受理

我国《劳动合同法》将社会保险纳入劳动合同的条款而成为劳动合同的内容之一，并

规定社会保险是劳动合同的必备条款，用人单位不履行缴纳社会保险费的义务，即为不履

行劳动合同，劳动者的社会保险利益受损，劳动者与用人单位形成了实际的债权债务关

系，由此引发的争议属于“因履行劳动合同的争议”，应具有可诉性。《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）》（以下简称《劳动争议司法解释

（三）》）第一条规定：“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办

机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，

人民法院应予受理，”明确将社会保险损失赔偿纠纷纳入诉讼解决，并将适用主体扩大到

在职的劳动者，适用时间不限于劳动者退休后。

2.适用社会保险损失赔偿的条件

根据《劳动争议司法解释（三）》第一条规定，劳动者请求用人单位赔偿社会保险待

遇损失，应同时具备：（1）用人单位未给劳动者足额缴纳社会保险；（2）社会保险机构

不能补办；（3）因为用人单位未缴纳，导致劳动者无法享受社保待遇。

3.如何计算未缴纳社会保险而给劳动者造成的损失

广东省高级人民法院出台了《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》，该指导

意见第二十四条规定，“劳动者依据《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）》第一条的规定起诉要求用人单位赔偿损失的，人民法院应根据不

同社会保险险种，判决用人单位按缴费标准或待遇标准补偿劳动者相应损失。用人单位所

在地设区的市级人民政府相关劳动政策对基本社会保险有明确补偿标准的，人民法院可以

按该标准判决。社会保险待遇损失难以界定的，人民法院可委托社会保险机构核定”。

4.劳动者自愿不缴纳社保费或与用人单位协商一致不缴纳社保费的效力问题

意思自治、平等协商是合同法的一大基本原则，但这种自治必须是在法律允许的范围

之内。不管是签订劳动合同还是书面承诺书，双方虽然在自愿、协商一致的基础上，但是

由于协议中有关社会保险的内容违反了国家现行法律、行政法规的强制性规定，从而导致

双方合同中约定的相关条款无效。我国《劳动法》规定，用人单位和劳动者必须依法参加

社会保险，缴纳社会保险费。从法律的规定我们可以看出，社会保险是国家强制性保险，

为职工办理社会保险是用人单位的法定义务，即使劳动者主动提出要求也不能免除用人单

位为职工参加社会保险的法定义务。劳动者虽主动要求用人单位不为其参加社会保险，并

作出书面承诺，但也有最终被认定为无效的风险，《民法通则》也明确规定违反法律或者

社会公共利益的民事行为无效。故用人单位把相应费用直接支付给劳动者本人而并未依法

缴纳社会保险费将给其带来不利的法律后果。《社会保险法》第八十六条规定：用人单位

未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或者补足。因此，

即使劳动者不想参加社会保险也不能免除用人单位为劳动者参保、缴纳保险费的法定义

务。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 高瑜曼

56 单位未为劳动者缴纳各项社会保险金的受理问题

——杜焕珍诉罗城仫佬族自治县文物管理所、罗城仫佬族自治县文化体育局劳动争议

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区罗城仫佬族自治县人民法院（2016）桂1225民初773号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：杜焕珍

被告：罗城仫佬族自治县文物管理所（又称仫佬族博物馆，以下简称县文物所）、罗

城仫佬族自治县文化体育局（以下简称县文体局）

【基本案情】

县文体局与县文物所属于行政隶属关系，县文物所具有独立的法人资格。2015年7月

10日，县文体局对外发布《2015年河池市罗城仫佬族博物馆（廉政馆）讲解员招聘启

事》，其中第七条“待遇”规定：“实行受聘人员试用期1个月，试用期间工资1800元。试用

期满，经单位考核合格，签订聘用合同，月工资2000元，并按劳动法有关政策享受工资、

福利、社会保险等待遇。”经县文体局面试考核，2015年8月15日，杜焕珍到县文物所担任

专职讲解员。杜焕珍在县文物所上班，上班期间的工资均由县文物所发放，2015年8月杜

焕珍领取的工资为900元，2015年9月至2016年7月杜焕珍每月领取的工资均为2000元。

2016年7月，县文物所曾起草一份空白《劳动合同》交予杜焕珍，该合同甲方为县文物

所，尔后，原告与县文物所因加班工资、社会保险费用缴纳等问题经协商不能达成一致，

双方一直未签订书面劳动合同，县文物所至今也没有为杜焕珍缴纳相关的社会保险费。

2016年8月1日，县文物所向杜焕珍下发解聘通知，内容为：“杜焕珍同志：你于2015年8月

15日开始被我所（馆）聘用为仫佬族博物馆和于成龙廉政文化展示馆临时讲解员，经过近

一年对你在各方面的综合表现进行考察，你的综合素质达不到讲解员岗位工作的要求。经

研究，决定从2016年8月1日起，不再聘用你为仫佬族博物馆和于成龙廉政文化展示馆临时

讲解员，请你于2016年8月12日前到我所（馆）办理相关工作移交手续。特此通知。”杜焕

珍收到该通知后，即于2016年8月2日向罗城仫佬族自治县劳动人事争议仲裁委员会提交劳

动仲裁申请书，同日，该仲裁委员会以县文物所在招用人员时没有按规定到人力资源和社

会保障局进行用工备案登记，没有与从业人员签订劳动合同为由作出不予受理案件通知。

杜焕珍收到上述解聘通知后也未再到县文物所上班。原告认为，县文物所、县文体局未与

其签订劳动合同违反劳动合同法，遂提起诉讼。

【案件焦点】

县文物所未为杜焕珍缴纳各项社会保险费，杜焕珍能否直接要求县文物所为此赔偿经

济损失，并为其补缴各项社会保险费。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区罗城仫佬族自治县人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国劳动

法》第一百条规定：用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴

纳；逾期不缴的，可以加收滞纳金。可见，用人单位未为劳动者办理社会保险、欠缴社会

保险费或未按规定工资基数足额缴纳社会保险费的，劳动者要求予以补缴的，不属于人民

法院受理劳动争议案件的范围，故杜焕珍要求县文物所、县文体局为其补缴各项社会保险

费不属于本案审理范围，杜焕珍可向劳动行政主管部门申请解决。《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）》第一条规定，劳动者以用人单位未为其

办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要

求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。按上述规定，受理该类案件应具

备两方面的条件：用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办

导致劳动者无法享受社会保险待遇。杜焕珍未经社会保险经办机构是否能补办的程序，故

杜焕珍应先到社会保险经办机构补办，如经补办未果，杜焕珍可再另案起诉，其在本案中

要求县文物所、县文体局支付失业金5880元的诉讼请求，法院不予受理。

广西壮族自治区罗城仫佬族自治县人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第九十八

条、第一百条，《中华人民共和国劳动合同法》第七条、第十条、第三十六条、第三十九

条、第四十条、第四十一条、第四十四条、第四十七条、第四十八条、第八十二条、第八

十七条，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条、第十九条、第二十五条，《中

华人民共和国社会保险法》第六十三条，《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）》第一条及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作

出如下判决：

一、县文物所于本判决生效之日起十五日内支付给杜焕珍2015年9月15日至2016年8月

1日的一倍工资共计21000元；

二、县文物所于本判决生效之日起十五日内支付给杜焕珍解除劳动合同的赔偿金4000

元；

三、驳回杜焕珍的其他诉讼请求。

【法官后语】

社会保险管理部门行使社会保险征管职能，因此，在界定社会保险争议范围和管辖分

工上，人民法院对用人单位未为劳动者缴纳各项社会保险费的社会保险争议案件的受理范

围，既不能越俎代庖，又不能敷衍塞责。本案纠纷发生背景是杜焕珍与县文物所对于是否

缴纳某一种社会保险费产生分歧，导致未能签订书面劳动合同，进而解除双方之间的事实

劳动关系。本案的焦点就在于哪种社会保险争议属于人民法院审理劳动争议案件的受案范

围。

1.不属于人民法院受理劳动争议案件的社会保险费争议。用人单位为劳动者缴纳社会

保险费属于行政法规定的强制缴纳，反映的是社会保险管理部门与缴费主体（用人单位和

劳动者）之间的一种管理与被管理的行政法律关系，并非劳动争议案件当事人之间的民事

关系。社会保险的缴费争议属于征收与缴纳之间的纠纷，由行政法律法规调整，是行政部

门的职责，不是单一的劳动者与用人单位之间的社会保险争议，应由社会保险管理部门处

理，不属于人民法院民事案件的受案范围。对此，《中华人民共和国劳动法》《社会保险

费征缴暂行条例》以及最高人民法院相继出台的3个劳动争议案件的司法解释都作出了明

确的规定。具体到本案中，杜焕珍要求县文物所为其补缴各项社会保险费，系社会保险费

征缴纠纷，不属于人民法院受理劳动争议案件的范围，其可向劳动行政主管部门申请解

决。由此，可延伸到实践中常见的以下情形：用人单位因未为劳动者办理社会保险，劳动

者主张要求补缴社会保险费；或者已为劳动者办理社会保险，但还欠缴社会保险费或者未

按规定的工资基数足额缴纳社会保险费，劳动者要求予以补缴的；或者劳动者请求用人单

位增加社会保险险种，补足缴费基数、变更参保地的；或者与用人单位因养老保险缴费年

限发生争议的。这些情形均属于行政主管范畴，不属于人民法院受理劳动争议案件的范

围。

2.属于人民法院审理劳动争议案件受案范围的社会保险争议。根据《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）》第一条规定：“劳动者以用人单位

未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为

由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”按该规定，受理该类案

件应同时满足两方面的条件：（1）用人单位未为劳动者办理社会保险手续，具体指用人

单位未为劳动者向社会保险经办机构申办社会保险登记，即开办社会保险账户。只要为劳

动者申请了社会保险登记，就属于用人单位已办理社会保险手续，之后是否足额缴纳社会

保险费的争议不适用本条规定。（2）能否补办社会保险手续应由社会保险经办机构先予

认定。换言之，用人单位没有为劳动者办理社会保险手续且社会保险经办机构不能办理补

缴手续导致劳动者无法享受社会保险待遇，并只有由此产生的劳动者要求用人单位赔偿损

失的纠纷，才属于人民法院审理劳动争议的受案范围。本案中，杜焕珍要求县文物所支付

失业金，但未经社会保险经办机构就是否能补办予以认定的程序，故其应先到社会保险经

办机构申请补办，如经补办未果，方可另行起诉。

实践中，对于用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费，劳动者自行缴纳后向用人单

位追偿保险费的，虽无明确规定，但应属于人民法院审理劳动争议案件受案范围的社会保

险争议的情形。社会保险费的缴与不缴，缴多缴少受行政法律法规强制性规定，这一点自

无疑义，然而此情形属于劳动者代用人单位履行了缴费义务后向用人单位追偿引发的争

议，实质是社会保险费在用人单位和劳动者之间如何分配的问题，具有民事权利义务属

性，与前述用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致劳

动者无法享受社会保险待遇的情形一样，都属于用人单位侵害劳动者合法权益、造成劳动

者财产损失的行为，劳动者可根据侵权责任法的相关规定，要求用人单位承担民事侵权责

任。

编写人：广西壮族自治区罗城仫佬族自治县人民法院 潘冰亦

57 企业未为员工缴纳养老保险，员工自行缴纳的不予认定

——王张怀诉炎陵阿尔发冶金化工有限责任公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省炎陵县人民法院（2016）湘0225民初399号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（反诉被告）：王张怀

被告（反诉原告）：炎陵阿尔发冶金化工有限责任公司（以下简称阿尔发公司）

【基本案情】

阿尔发公司于2003年11月26日注册成立，王张怀于2006年3月起在该公司冰机班工作

至2016年1月。阿尔发公司与王张怀一直未签订劳动合同，亦未为王张怀办理社会保险手

续、缴纳养老保险金和医疗保险金。2016年6月3日，王张怀向湖南省炎陵县劳动人事争议

仲裁委员会提出仲裁申请，同年7月5日，该仲裁委员会作出仲裁裁决，王张怀不服仲裁裁

决，诉至法院。

另查明，王张怀的经济补偿金年限为8年（2008年1月至2016年1月），其在请求解除

劳动合同前12个月的月平均工资为2055.03元。

【案件焦点】

1.王张怀、阿尔发公司之间是否存在劳动关系，如果存在劳动关系，是否应当解除；

2.如果解除劳动关系，王张怀诉请的经济补偿金、养老保险金、医疗保险金是否符合法律

规定；3.王张怀主张的未签订劳动合同的双倍工资是否超过诉讼时效。

【法院裁判要旨】

湖南省炎陵县人民法院经审理认为：本案系劳动合同纠纷案。根据《中华人民共和国

劳动合同法》的规定，阿尔发公司为王张怀提供了工作岗位，王张怀接受阿尔发公司规章

制度的管理，应认定王张怀、阿尔发公司之间建立了劳动关系。阿尔发公司自用工之日起

满一年未与王张怀订立书面的劳动合同，应视为阿尔发公司与王张怀订立了无固定期限劳

动合同。阿尔发公司未依法为王张怀缴纳社会保险费，王张怀可以解除劳动合同，阿尔发

公司应当根据《中华人民共和国劳动合同法》的有关规定向王张怀支付相应的经济补偿

金。《中华人民共和国劳动合同法》规定经济补偿按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。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个

月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿，经济补偿年限应以《中华人民共和国劳动合

同法》施行之日（即2008年1月1日）起计算。故王张怀因阿尔发公司未为其缴纳社会保险

费要求解除劳动关系并要求阿尔发公司支付经济补偿金的诉讼请求，符合法律规定，予以

支持，法院依法核定被告应支付王张怀经济补偿金的数额为16440.24元（2055.03元×8个

月）。

《中华人民共和国社会保险法》规定，职工应当参加基本养老保险、基本医疗保险，

由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费、基本医疗保险费，参加社会保险的劳动者依

照国家有关规定享受相关的保险待遇。故用人单位为劳动者办理社会保险登记、缴纳社会

保险费均系其法定义务，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，应由社会保险费征收机

构责令其限期缴纳或者补足，劳动者不享有向用人单位主张社会保险费的权利。故王张怀

要求阿尔发公司支付养老保险金及医疗保险金，于法无据，不予支持。

王张怀、阿尔发公司于2003年8月已建立劳动关系，《中华人民共和国劳动合同法》

施行后双方未签订劳动合同，阿尔发公司应自2008年2月起向王张怀每月支付二倍的工

资。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一

年，王张怀主张未签订劳动合同的双倍工资的诉讼时效应从2008年2月起开始计算1年。现

王张怀要求阿尔发公司支付双倍工资的请求已超过诉讼时效，且王张怀未能提供证据证明

存在诉讼时效中断的情况，应承担举证不能的法律后果，故法院不予支持。

综上所述，依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第三项、第四十六

条第一项、第四十七条、第九十七条第三款，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第

二十七条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条，《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、解除王张怀与阿尔发公司的劳动关系；

二、阿尔发公司在本判决发生法律效力后十日内给付王张怀经济补偿金16440.24元；

三、驳回王张怀其他诉讼请求。

【法官后语】

一、劳动合同的订立

根据《中华人民共和国劳动合同法》第七条规定：用人单位自用工之日起即与劳动者

建立劳动关系；第十条规定：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，

未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同；第十四条第

三款规定：用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应视为双方订

立了无固定期限劳动合同。

本案中，王张怀在阿尔发公司工作后，虽然双方未签订书面劳动合同，但存在合法的

劳动关系，应享有劳动者的权益。

二、劳动合同的解除及补偿

我国社会保险法规定，职工应当参加基本养老保险、基本医疗保险，由用人单位和职

工共同缴纳基本养老保险费、基本医疗保险费，参加社会保险的劳动者依照国家有关规定

享受相关的保险待遇。故用人单位为劳动者办理社会保险登记、缴纳社会保险费均系其法

定义务，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，应由社会保险费征收机构责令其限期缴

纳或者补足，劳动者不享有向用人单位主张社会保险费的权利。故原告要求被告支付养老

保险金及医疗保险金，于法无据，本院不予支持。原、被告于2003年8月已建立劳动关

系，劳动合同法施行后双方未签订劳动合同，被告应自2008年2月起向原告每月支付二倍

的工资。我国劳动争议调解仲裁法规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，原告主张

未签订劳动合同的双倍工资的诉讼时效应从2008年2月起开始计算1年。现原告要求被告支

付双倍工资的请求已超过诉讼时效，且原告未能提供证据证明存在诉讼时效中断的情况，

应承担举证不能的法律后果，故法院不予支持。

三、增加诉讼请求的处理

《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》第六条规定：人民

法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有

不可分性，应当合并审理；如属独立的劳动争议，应当告知当事人向劳动争议仲裁委员会

申请仲裁。王张怀在诉讼过程中提起支付医疗保险费的请求，本院认为该项请求属于独立

的劳动争议，依法应先经劳动争议仲裁委员会仲裁后，方能进入诉讼程序，故对该诉讼请

求予以驳回。

编写人：湖南省炎陵县人民法院 王丽荣

七、劳动争议仲裁

58 超法定退休年龄劳动者主张养老保险待遇损失仲裁时效的认

定

——施建琴诉南通博远机械制造有限公司养老保险待遇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市通州区人民法院（2016）苏0612民初4388号民事判决书

2.案由：养老保险待遇纠纷

3.当事人

原告：施建琴

被告：南通博远机械制造有限公司（以下简称博远公司）

【基本案情】

博远公司设立于2005年10月20日，股东为南通通星油嘴有限公司。施建琴于博远公司

成立时即在该公司工作。2010年10月8日，施建琴达到法定退休年龄，博远公司仍予以留

用。2012年12月6日，施建琴向博远公司出具书面申请，写明：“申请人已满53周岁，达到

了国家规定的退休年龄。现虽与公司终止了劳动合同，但由于自己身体原因尚可及家庭经

济方面的一些原因，申请人请求公司在生产形势允许的前提下给予我在公司继续工作的机

会……”2015年7月，博远公司通知施建琴不用再上班。2016年6月15日，施建琴为养老保

险待遇损失申请劳动仲裁，南通市通州区劳动人事争议仲裁委员会于2016年6月16日作出

不予受理通知书。2016年6月29日，施建琴向法院提起诉讼，要求博远公司赔偿养老保险

待遇损失。

关于本案是否超过仲裁时效，施建琴主张2011年至2015年，其每年均向博远公司主张

养老保险待遇损失，博远公司认为施建琴仅在2011年4月和2015年7月向博远公司其提出过

养老保险问题。

【案件焦点】

原告主张养老保险待遇损失是否超过仲裁时效。

【法院裁判要旨】

江苏省南通市通州区人民法院经审理认为：《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知

道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。本案中，施建琴于2010年10月8日达到法定退

休年龄，未能领取养老保险金，此时权利已经受到侵害。且施建琴在2011年4月向博远公

司提出过养老保险主张，其对自身权利受到侵害应为明知。2012年12月6日，在施建琴向

博远公司出具的书面申请中，明确与博远公司终止了劳动合同，施建琴应当及时主张自己

的权利。根据本案的证据，仅能认定施建琴在2011年4月和2015年7月向博远公司提出过养

老保险问题。施建琴于2016年6月15日申请劳动仲裁，已超过一年的仲裁时效。

江苏省南通市通州区人民法院依照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七

条第一款规定，判决如下：

驳回施建琴的诉讼请求。

【法官后语】

由于我国的社会保险制度尚不健全，实际生活中，用人单位未为劳动者缴纳社会保

险，导致劳动者在达到退休年龄后不能享受养老保险待遇的纠纷比较常见。此类纠纷因劳

动者在达到退休年龄后是否留任而存在两种不同情形：第一种情形是，劳动者在达到退休

年龄后即离职，与用人单位不再存在任何劳动关系；第二种情形是，劳动者在达到退休年

龄后，原用人单位仍予以继续留用，在留用一段时间后，用人单位不再留用而辞退劳动

者，此时劳动者向用人单位主张养老保险待遇损失。

对第一种情形，劳动者在达到退休年龄后即离职，其主张用人单位一次性赔偿其养老

保险待遇损失，仲裁时效从劳动者达到法定退休年龄时起算并无异议。对另一种情形，即

劳动者在达到法定退休年龄后，原用人单位予以继续留用，一段时期后用人单位辞退劳动

者，或劳动者主动要求辞职，双方为养老保险待遇损失发生争议，此时仲裁时效应从何时

开始计算。实践中，存在两种不同的观点：一种观点认为，仲裁时效应当从劳动者实际与

用人单位解除劳动关系时计算。其理由是，劳动者在达到法定退休年龄后，仍在原单位留

用，此时劳动者为了获得继续工作的机会，不可能向用人单位提出赔偿请求。如从劳动者

达到法定退休年龄时即开始计算仲裁时效，对劳动者过于苛刻。另一种观点认为，仲裁时

效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动者在达到法定退休年龄

时，未领取养老金，即应当明知用人单位未为其缴纳社会养老保险，劳动者应当及时主张

自己的权利。劳动者在达到法定退休年龄后一年内没有主张的，应当认定超过仲裁时效。

本案采纳了第二种观点。其主要理由：1.劳动仲裁的时效起算点法律有明确规定。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定，劳动争议申请仲裁的时效期间

为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。人民法院在

审理劳动争议案件时，应当依照法律的规定确定仲裁时效起算点。劳动者在达到法定退休

年龄时，没有能够领取到养老金，此时其权利即已受到侵害。2.劳动者应当知道其权利受

到侵害。随着法律法规宣传力度的加大，以及移动互联网的普及，劳动者的法律意识不断

增强，劳动者应当知道在退休时是否可以享受到养老保险待遇，也应当知道法律关于仲裁

时效的规定。本案中，施建琴即在达到法定退休年龄后向博远公司主张过养老保险待遇，

可见其应当明知自身权利受到侵害。3.用人单位不为劳动者缴纳社会保险，存在历史上的

原因，如单位效益不好、劳动行政部门执法不严等因素，实践中，用人单位不为劳动者缴

纳社会保险并非个案。在当前经济下行的情况下，如不严格适用仲裁时效，有可能引发劳

动者集团诉讼，导致企业无能力承担巨额赔偿而破产。基于维护企业正常运转、维护社会

稳定的价值判断，本案对仲裁时效适用了从严原则。

编写人：江苏省南通市通州区人民法院 金永南

59 关于劳动争议申请仲裁的时效问题

——吴大英诉广东粤运朗日股份有限公司阳春汽车客运站确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省阳春市人民法院（2016）粤1781民初1029号民事判决书

2.案由：确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告：吴大英

被告：广东粤运朗日股份有限公司阳春汽车客运站（以下简称粤运朗日公司阳春汽车

客运站）

【基本案情】

粤运朗日公司阳春汽车客运站的前身是阳江市汽车运输总公司阳春汽车客运站（以下

简称原阳春汽车客运站），阳春汽车站实业服务公司（以下简称实业服务公司）是其下属

公司。

2016年3月10日，吴大英作为申请人，以粤运朗日公司阳春汽车客运站作为被申请

人，向广东省阳春市劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）提出申请，认为其于

1989年5月15日与实业服务公司签订为期二年的《劳动合同书》，成为合同工人。合同期

满后经原阳春汽车客运站批准，双方又于1992年3月1日再次签订为期三年的《劳动合同

书》，成为合同制用工。两次劳动合同的期限是从1989年5月15日起至1995年2月28日止。

其间，在1989年10月至1993年9月，吴大英还与原阳春汽车客运站先后签订四份《临时工

人劳动合同书》，成为原阳春汽车客运站的临时工。实业服务公司于1993年改制，吴大英

所在的部门承包给本单位职工周某某，吴大英被原阳春汽车客运站安排跟随承包者继续工

作到1995年3月。合同期满后吴大英离开原阳春汽车客运站，原阳春汽车客运站没有为其

办理相关的手续。2009年起，吴大英就劳动合同存续期间补缴养老保险费问题，多次与粤

运朗日公司阳春汽车客运站协商及向有关部门信访反映，要求粤运朗日公司阳春汽车客运

站为其补缴劳动合同存续期间单位未缴纳的基本养老保险费。但粤运朗日公司阳春汽车客

运站予以拒绝，认为吴大英在1992年10月至1995年2月是给实业服务公司的承包者打工，

且实业服务公司早已注销，不承认吴大英在1992年10月至1995年2月与原阳春汽车客运站

之间存在劳动关系，不同意为其申请补缴劳动合同存续期间未缴纳的基本养老保险费，致

使其合法权益得不到保障。后，吴大英请求仲裁委确认其1992年10月至1995年2月与粤运

朗日公司阳春汽车客运站之间存在劳动关系。

2016年3月25日，仲裁委作出春劳人仲案字（2016）41号《不予受理通知书》，认为

吴大英的仲裁请求超过了仲裁请求时效，不符合受理条件，决定不予受理。

吴大英在收到上述通知后的法定期限内向法院提起民事诉讼，请求的内容、事实和理

由与仲裁申请相同。另外，2015年11月10日，粤运朗日公司阳春汽车客运站改制后的主管

部门书面回复吴大英，称吴大英在1992年10月至1995年2月是给实业服务公司的承包者打

工，且实业服务公司早已注销，不承认吴大英在1992年10月至1995年2月与原阳春汽车客

运站之间存在劳动关系，不同意为吴大英补缴劳动合同存续期间未缴纳的基本养老保险

费，吴大英此时才知道自己的权利受到侵害，故未超过仲裁时效。

还查明，2014年5月26日，吴大英就其劳动关系及补缴社保费问题向广东省阳春市人

力资源和社会保障局信访。同年6月25日，广东省阳春市人力资源和社会保障局对吴大英

的信访作出了《关于吴大英信访问题的答复》。2015年11月10日，广东阳江汽车运输集团

有限公司向吴大英作出《关于吴大英同志上访情况的回复》。

【案件焦点】

吴大英的仲裁请求是否超过仲裁时效期限？

【法院裁判要旨】

广东省阳春市人民法院经审理认为：本案确认劳动关系纠纷，属于劳动争议。吴大英

认为其与原阳江汽车客运站下属的实业服务公司存在劳动关系，向仲裁委申请确认其1992

年10月至1995年2月与粤运朗日公司阳春汽车客运站存在劳动关系。仲裁委以吴大英的仲

裁请求超过了仲裁请求时效，不符合受理条件为由，作出不予受理决定。吴大英不服仲裁

决定而向人民法院起诉，人民法院应当对吴大英的仲裁申请是否超过法定时效期间进行审

查。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定：“劳动争议申请仲裁的时

效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款

规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，

或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力

或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时

效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算……”劳动争议时效制度

是指权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，劳动人

事争议仲裁委员会或人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。劳动关系确认争议属

于《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的调整范围，应适用第二十七条有关仲裁时效

的规定。本案中，吴大英主张其与实业服务公司于1992年10月至1995年2月存在劳动关

系，并要求确认这段时间与粤运朗日公司阳春汽车客运站之间存在劳动关系。吴大英于

2014年5月26日就其劳动关系及补缴社保费问题向广东省阳春市人力资源和社会保障局信

访，2015年11月10日广东阳江汽车运输集团有限公司向吴大英作出《关于吴大英同志上访

情况的回复》，吴大英于2016年3月10日申请劳动争议仲裁，即使减除2014年5月至2016年

3月这段时间，但自1995年2月至2014年4月长达19年多的时间里，吴大英未能提供证据证

明在仲裁时效期间内有时效中断、中止的事由，吴大英的仲裁申请确已超过仲裁时效期

间，故，吴大英的诉讼请求应予驳回。综上所述，广东省阳春市人民法院依照《中华人民

共和国劳动争议调解仲裁法》第二条和第二十七条规定，判决如下：

驳回吴大英的诉讼请求。

【法官后语】

劳动争议纠纷中，时效是很重要的要素，在劳动仲裁和法院审理过程中首先要审核权

利人的请求是否超过时效。所谓劳动争议时效，是指劳动关系当事人在权利受到侵害时，

应在法定时效期间内行使自己的权利，如果期限届满，当事人没有主张自己的权利，那么

仲裁机构和法院将不再对其权利进行保护。《劳动争议调解仲裁法》规定劳动争议的时效

期限是一年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。除非是因不可抗力

或有其他正当理由，否则超过法律规定的申请仲裁时效期限的，当事人即丧失了胜诉权。

时效可以中止或中断。中断是待事由消除后时效重新计算；中止是暂停计算时效。比如，

向对方主张权利、向有关部门请求权利救济、向信访部门求助等是引起时效中断的事由；

受到自然灾害等不可抗力因素影响是引起时效中止的事由。

时效是很多劳动争议类案件双方当事人争议的焦点。本案亦是如此，吴大英认为其在

2015年收到粤运朗日公司阳春汽车客运站的书面回复后才知道权利受到侵害，时效应该从

这个时间算起，故其仲裁申请没有超过时效。而粤运朗日公司阳春汽车客运站却认为吴大

英是在2011年退休申领退休金时就知道自己的权利受到了侵害，故其仲裁申请超过了时效

规定。其争执焦点体现为对“知道或者应当知道其权利被侵害”时间的认定。法院审理案件

以证据作为查明事实的依据，而法律规定的“知道或应当知道”本来就是主观形态，外界无

法感知，只能通过客观证据来表明主观意识形态。吴大英主张原阳春汽车客运站在1992年

开始停止为其购买养老保险，一直到其1995年合同期满后离开，原阳春汽车客运站也没有

为其办理相关的手续，那么其应该知道其权利已经受到侵害，应在1995年离职之日起一年

内申请劳动仲裁，退一步讲，即使当时社会保障制度不完善，吴大英也确实没考虑到这个

问题的严重性，那么按社会常理判断，根据目前的社会养老保障相关管理制度，在其申请

办理退休、领取退休金时即在2011年左右就应该知晓其养老金断缴的事实，但其在一年内

仍没有选择申请劳动仲裁，并且吴大英自1995年离职到2014年并没有能证明其“不知道”的

证据，也没有诉讼时效中止、中断的情形，因此其仲裁时效已经经过，丧失了胜诉权。

编写人：广东省阳春市人民法院 麦李环

八、其他

60 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律关系及法律

后果

——张利生诉惠尔丰电子（北京）有限公司、惠尔丰（中国）信息系统有限公司劳动

争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第12329号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：张利生

被告（上诉人）：惠尔丰电子（北京）有限公司（以下简称惠尔丰北京公司）、惠尔

丰（中国）信息系统有限公司（以下简称惠尔丰中国公司）

【基本案情】

2010年3月1日，张利生以香港居民身份入职惠尔丰北京公司，担任亚太高级财务总

监。双方劳动合同约定张利生年薪926000元，另有住房补贴、伙食补贴和年度奖金；工作

地点位于惠尔丰北京公司注册地址。同月4日，惠尔丰北京公司为张利生办理了就业证。

2011年11月22日，案外人惠尔丰新加坡有限公司在天津独资设立惠尔丰中国公司。

2012年2月29日，张利生向惠尔丰北京公司提交辞职信，写明因个人原因辞职。同年3月1

日，张利生与惠尔丰中国公司签署劳动合同，约定张利生担任中国区高级财务总监；年薪

926000元，另有交通补贴、住房补贴、午餐补助和年度奖金；合同有效期至2015年3月31

日；工作地点与在惠尔丰北京公司时相同。惠尔丰中国公司未对张利生的就业证办理变更

手续。双方发生劳动争议后，惠尔丰北京公司于2014年5月21日将张利生的就业证交回北

京市人力资源和社会保障局并予以注销。

2012年11月26日至30日，张利生未正常出勤。对此，惠尔丰中国公司主张张利生在上

述期间休年假，并提供盖有其公章的放假通知；张利生主张惠尔丰中国公司于2012年11月

20日无故要求其签署协商解除劳动关系协议书，其拒绝签署，之后公司要求其离开一周，

而并非休年假，并提供其与代理律师王某、惠尔丰中国公司人力资源部工作人员杨某及惠

尔丰中国公司代理律师黎某在2012年11月27日的谈话录音，录音中王律师代表张利生要求

惠尔丰中国公司恢复张利生的工作岗位，继续履行劳动合同，黎律师则代表惠尔丰中国公

司表示张利生工作中存在失误，不可能恢复劳动关系。惠尔丰中国公司认可黎律师在该录

音中系其本人的声音，但认为该录音经过剪辑，但不对录音的真实性和完整性申请鉴定。

惠尔丰中国公司主张张利生在休假结束后未按期返岗；张利生则主张惠尔丰中国公司拒绝

向其提供工作岗位，并提供其于2012年12月4日与惠尔丰中国公司人力资源部工作人员杨

某以及之后二人与公安民警的谈话录音。惠尔丰中国公司不认可该录音的真实性，但同样

不申请鉴定。

张利生主张惠尔丰北京公司与惠尔丰中国公司为关联公司，因天津市税收优惠政策设

立惠尔丰中国公司，但对外一直宣称该公司是对惠尔丰北京公司名称的变更；惠尔丰中国

公司设立后，原惠尔丰北京公司的全体工作人员均提交辞职申请，全部转入惠尔丰中国公

司。张利生还申请证人余某、王某、曹某出庭作证，上述证人原为惠尔丰北京公司和惠尔

丰中国公司员工，均证明两公司的办公地点、工作人员以及所经营的业务、产品、客户均

相同，惠尔丰北京公司逐渐将业务和人员转入惠尔丰中国公司。

张利生主张惠尔丰中国公司的行为属于违法解除劳动合同，后申请劳动仲裁，仲裁委

决定对张利生的仲裁请求不予受理。故张利生起诉要求惠尔丰中国公司：1.继续履行与张

利生之间的劳动合同；2.支付其2012年12月1日至2014年6月30日的工资2052650.2元及25%

的经济补偿金513162.55元；3.支付其2012年未休带薪年休假工资212343.3元；4.惠尔丰北

京公司对上述第2项和第3项诉讼请求承担连带责任。

惠尔丰北京公司主张张利生于2010年3月1日入职惠尔丰北京公司，2012年2月29日书

面辞职。双方不存在任何劳动争议。

惠尔丰中国公司主张张利生于2012年3月1日入职惠尔丰中国公司，自2012年11月26日

开始休假，假期结束后未返岗，也未办理工作交接。另外，张利生系中国香港特别行政区

居民，惠尔丰北京公司为其办理了在内地的就业证，但张利生入职惠尔丰中国公司后，未

对就业证进行变更。张利生与惠尔丰中国公司签署的劳动合同应属无效。

【案件焦点】

张利生与惠尔丰中国公司之间的法律关系以及相应的法律后果。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：台、港、澳人员在我国内地就业实行就业许可制

度。用人单位拟聘雇或者接受被派遣台、港、澳人员的，应当为其申请办理《台港澳人员

就业证》（以下简称就业证）。张利生于2010年3月4日取得就业证，登记的用人单位系惠

尔丰北京公司。2012年3月1日，张利生入职惠尔丰中国公司，但截至双方发生劳动争议

前，惠尔丰中国公司一直未为张利生办理就业证的迁移手续。现张利生与惠尔丰中国公司

签署的劳动合同与张利生就业证的登记信息不符，违反了我国法律对台、港、澳人员就业

管理的法律规定，应属无效。

劳动合同被确认无效后，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。对

此，首先，惠尔丰北京公司与惠尔丰中国公司的法定代表人和投资人均相同，二者具有关

联关系。根据张利生提供的电子邮件的公证书以及三名证人的证言，惠尔丰北京公司与惠

尔丰中国公司因经营战略需要，将原惠尔丰北京公司的工作人员全部转入惠尔丰中国公

司，但工作地点、薪资构成及经营的业务均无变化，能够认定二者存在业务和人员上的混

同。张利生与惠尔丰中国公司签署劳动合同，并入职该公司工作，是因惠尔丰中国公司与

惠尔丰北京公司之间的混同用工所致，并非张利生擅自变更用人单位。其次，张利生提供

的两份录音证据显示，惠尔丰中国公司曾提出与张利生协商解除劳动合同，并要求张利生

离职，而张利生则表示拒绝，并明确提出返岗要求。据此，能够确认张利生并不存在休假

后拒绝返岗，不向公司提供劳动的情形。也就是说，张利生所作出的意思表示和行为，对

惠尔丰中国公司办理就业证的迁移，并不构成任何障碍。最后，为劳动者办理就业证的申

领和迁移系用人单位的法律义务。惠尔丰中国公司在明知张利生的书面劳动合同与就业证

登记信息不符的情况下，始终拒绝为张利生办理就业证的迁移，明显违反了用人单位的上

述法律义务，对双方劳动合同的无效负有过错，应当对张利生所受的工资损失承担赔偿责

任。

鉴于张利生在双方发生争议期间并未实际提供劳动，故综合考虑张利生的薪资数额、

工资构成以及惠尔丰中国公司的用人成本等因素，酌情确定张利生在2012年12月1日至

2014年6月30日期间的工资损失金额为880000元。因惠尔丰北京公司与惠尔丰中国公司存

在混同用工，故惠尔丰北京公司应当对张利生的上述工资损失承担连带责任。因惠尔丰中

国公司与张利生的劳动合同无效，使该合同在法律上存在履行不能，故张利生关于继续履

行劳动合同的诉讼请求，于法无据。张利生据此主张25%的经济赔偿金及未休年休假工

资，缺少法律依据，亦无法支持。综上，北京市朝阳区人民法院依照《台湾香港澳门居民

在内地就业管理规定》第四条，《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条，《中华人民

共和国劳动争议调解仲裁法》第六条规定，判决：

一、惠尔丰中国公司、惠尔丰北京公司于判决生效后七日内支付张利生2012年12月1

日至2014年6月30日期间的工资损失880000元；

二、驳回张利生的其他诉讼请求。

张利生和惠尔丰北京公司、惠尔丰中国公司不服一审判决，提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为：张利生系中国香港特别行政区居民，但惠尔丰

北京公司和惠尔丰中国公司均是依据中华人民共和国法律在中国境内设立的有限责任公

司，故张利生与惠尔丰北京公司、惠尔丰中国公司之间的劳动争议应适用中华人民共和国

法律。一审法院适用我国法律、行政法规作为处理本案争议的准据法正确，予以确认。

1.关于张利生与惠尔丰中国公司之间是否存在劳动关系以及相应的法律后果。《台湾

香港澳门居民在内地就业管理规定》第四条第一款规定：“台、港、澳人员在内地就业实

行就业许可制度。用人单位拟聘雇或者接受被派遣台、港、澳人员的，应当为其申请办理

《台港澳人员就业证》……香港、澳门人员在内地从事个体工商经营的，应当由本人申请

办理就业证。经许可并取得就业证的台、港、澳人员在内地就业受法律保护。”《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（四）》第十四条第一款规

定：“外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同，以

及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单

位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。”本

案中，张利生与惠尔丰中国公司之间签署的劳动合同与张利生的就业证登记信息不符，违

反了我国的就业许可制度，该劳动合同应属无效。张利生主张其与惠尔丰中国公司之间的

劳动合同合法有效，于法无据，不予支持。

关于无效劳动合同的法律后果。《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条规

定：“劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方

应当承担赔偿责任。”具体到本案而言：

首先，惠尔丰北京公司与惠尔丰中国公司的法定代表人相同，且根据张利生提供的电

子邮件的公证书以及三名证人的证言，惠尔丰北京公司与惠尔丰中国公司因经营战略需

要，将原惠尔丰北京公司的工作人员全部转入惠尔丰中国公司，但工作地点、薪资构成及

业务范围均无变化，能够认定二者存在业务和人员上的混同。张利生与惠尔丰中国公司签

署劳动合同并入职该公司工作，是因惠尔丰中国公司与惠尔丰北京公司之间的混同用工所

致，并非张利生擅自变更用人单位。

其次，惠尔丰中国公司曾提出与张利生协商解除劳动合同并要求张利生离职，张利生

拒绝离职并明确要求返岗，双方未能达成一致，后进入劳动仲裁及诉讼程序。因此，张利

生并不存在休假后拒绝返岗，不向公司提供劳动的情形，亦未妨碍惠尔丰中国公司重新为

其办理就业证。

最后，《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》第十四条规定：台、港、澳人员的

就业单位应当与就业证所注明的用人单位一致。用人单位变更的，应当由变更后的用人单

位到所在地的地（市）级劳动保障行政部门为台、港、澳人员重新申请办理就业证。因

此，为劳动者办理就业证系用人单位的法律义务。惠尔丰中国公司在明知张利生的书面劳

动合同与就业证登记信息不符的情况下，未为张利生申请办理就业证的迁移，明显违反了

用人单位的上述法定义务，对双方劳动合同的无效负有过错，应对张利生所受的工资损失

承担赔偿责任。

鉴于张利生在双方发生争议期间并未实际提供劳动，综合考虑张利生的薪资数额、工

资构成、惠尔丰中国公司的用人成本及其过错程度等因素，认为一审法院酌情确定张利生

在2012年12月1日至2014年6月30日期间的工资损失为880000元并无不当，予以维持。因惠

尔丰北京公司与惠尔丰中国公司存在混同用工，故惠尔丰北京公司应当对张利生的上述工

资损失承担连带责任。

因惠尔丰中国公司与张利生的劳动合同无效，且该合同已于2015年3月31日到期，使

该合同在法律上存在履行不能，故张利生关于继续履行劳动合同的诉讼请求，不予支持。

关于张利生主张的拖欠工资25%的经济补偿金，缺乏法律依据，亦不予支持。

2.关于张利生主张的2012年未休年休假工资是否应予支持。《企业职工带薪年休假实

施办法》第十二条规定：“用人单位与职工解除或者终止劳动合同时，当年度未安排职工

休满应休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年

休假工资报酬，但折算后不足1整天的部分不支付未休年休假工资报酬。”关于张利生要求

惠尔丰北京公司和惠尔丰中国公司连带支付其2012年未休年休假工资的请求，因2012年1

月1日至2月29日期间，张利生与惠尔丰北京公司之间的劳动合同合法有效，故张利生依法

应享有带薪年休假2天。现惠尔丰北京公司未能提供证据证明已安排张利生在2012年1月1

日至2月29日期间休年假，故其应向张利生支付上述期间的未休年休假工资14192元。因

2012年3月1日以后惠尔丰中国公司与张利生签订的劳动合同无效，故对于张利生主张的

2012年3月1日以后的未休年假工资不予支持。

3.关于一审法院是否存在程序违法。惠尔丰北京公司和惠尔丰中国公司主张，一审法

院越过了劳动仲裁程序，直接进入实体审理，属于程序违法。对此，北京市朝阳区仲裁委

依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条规定作出不予受理决定后，张利生诉

至一审法院，一审法院审查后对本案进行实体审理并无不当。另，惠尔丰北京公司和惠尔

丰中国公司以超审限为由主张原审判决严重违反法定程序，亦于法无据，不予支持。

综上，一审法院判决对于张利生2012年未休年假工资认定有误，予以改判。依照《中

华人民共和国劳动合同法》第二十六条、第八十六条，《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（四）》第十四条第一款，《职工带薪年休假条例》第三

条，《企业职工带薪年休假实施办法》第三条、第十二条，《台湾香港澳门居民在内地就

业管理规定》第四条第一款、第十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第

一款第一项、第二项规定，判决如下：

一、维持北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第15286号民事判决第一项；

二、撤销北京市朝阳区人民法院（2013）朝民初字第15286号民事判决第二项；

三、惠尔丰北京公司于本判决生效后七日内支付张利生2012年1月1日至2月29日期间

的未休年休假工资14192元；

四、驳回张利生的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案的处理重点主要在于对未办理就业证的香港居民在我国内地就业，与用人单位之

间所形成的法律关系以及法律后果如何认定。根据《中华人民共和国出境入境管理法》

《外国人在中国就业管理规定》《台湾和香港、澳门居民在内地就业管理规定》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（四）》第十四条规定，我国对

于外国人、台港澳居民在中国内地就业实行行政许可制度。外国人、台港澳居民获得中国

内地合法劳动者资格，必须经过相应的就业资格审批手续，并持有相关证件。国家实行就

业许可制度旨在保护本国劳动者的就业权利，就业许可制度应当属于效力性强制性规定，

违反该制度而签订的劳动合同应当认定为无效。未办理就业证的外国人、台港澳人员在我

国内地就业，与用人单位之间的关系属于无效的劳动合同关系，但双方之间的法律关系仍

应适用劳动法律规范的相关规定。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。为外国员工、台港澳员工办理就业证是用人单位的法定责任和义

务，用人单位未办理就业证存在过错，并给外国员工、台港澳员工造成损害的，应当赔偿

相应的工资损失。实践中，台港澳居民未取得就业证存在多种原因，有的是劳动者本身不

符合在中国内地就业的条件，故意不配合用人单位办理相关手续，或者在取得就业证后故

意在其他用人单位工作；有的是用人单位故意聘请未办理就业证的外国人或台港澳居民，

或者为逃避法定责任故意不办理就业证，致使双方之间的关系无法直接适用我国劳动法律

规范，并以此规避出现劳动争议时用人单位应当承担的劳动法上的相应责任。对此，应当

区分具体原因，根据双方过错来确定相应的法律责任。

本案中，张利生为中国香港特别行政区居民，其入职惠尔丰北京公司时，该公司为其

办理了就业证。张利生从惠尔丰北京公司离职后，次日即入职惠尔丰中国公司，但惠尔丰

中国公司始终未为张利生办理就业证的变更，并因此导致张利生与惠尔丰中国公司之间的

劳动合同无效。张利生与惠尔丰中国公司签署劳动合同，并入职该公司工作，系因惠尔丰

中国公司与惠尔丰北京公司之间的混同用工所致，并非张利生擅自变更用人单位，张利生

也不存在休假后拒绝返岗，不向公司提供劳动的情形，亦未妨碍惠尔丰中国公司为其办理

就业证的迁移。惠尔丰中国公司明知张利生的书面劳动合同与就业证登记信息不符，但始

终拒绝为张利生办理就业证的变更，明显违反了用人单位的相应义务，对双方劳动合同的

无效负有过错，应当对张利生所受的工资损失承担赔偿责任，惠尔丰北京公司因与应当承

担连带责任。

编写人：北京市第三中级人民法院 王奔 巴晶焱

61 劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿

——北京鸿达飞扬机电设备有限公司诉杜娟劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2017）京02民终223号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：杜娟

被告（上诉人）：北京鸿达飞扬机电设备有限公司（以下简称鸿达飞扬公司）

【基本案情】

杜娟曾于2014年7月至2015年5月期间在鸿达飞扬公司工作，工作岗位为财务经理。

2015年4月22日11时35分左右，杜娟在收到以鸿达公司总经理李梦飞名义发出的QQ消息

后，通知出纳人员以分12笔转账的形式自鸿达公司的账户转出60万元到陌生账户。其后，

鸿达公司总经理李梦飞发现上述转账情况后通知杜娟其并未向杜娟发出转账指令，杜娟认

为有人冒用李梦飞名义以QQ消息形式向其发送转账指令，故于当日向公安机关报案，但

转出的60万元款项仍未追回。

另查，本案诉讼前，鸿达飞扬公司曾向北京市房山区劳动人事争议仲裁委员会（以下

简称房山区仲裁委）申请仲裁，要求杜娟赔偿其经济损失。房山区仲裁委作出京房劳人仲

字〔2016〕第285号裁决书，裁决杜娟支付鸿达飞扬公司经济损失24万元。

【案件焦点】

劳动者履职过程中遭受网络诈骗给用人单位造成了巨额损失是否应当赔偿以及按照何

种比例赔偿。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为，本案的争议焦点是杜娟和鸿达飞扬公司就公司资

金被诈骗的过错责任、杜娟是否应对鸿达飞扬公司的经济损失承担责任以及如果杜娟应承

担责任，在多大程度上承担责任的问题。

就杜娟的过错责任而言。杜娟作为鸿达飞扬公司的财务工作人员，就公司的对外付款

业务有义务认真谨慎审查，在本次事件中，杜娟通过QQ接到要求汇款的信息后，在未认

真核实相关的汇款原因以及汇款相对人的基本信息，也未通过电话或直接确认的方式与公

司相关领导沟通确认的情况下，即直接通知出纳人员转账汇款，在此次事件中具有一定的

过错，应当承担一定的责任。

就鸿达飞扬公司的过错责任而言。在本案诈骗事件发生前，鸿达飞扬公司总经理李梦

飞确有通过QQ账号与杜娟交流确认收转账事项的事例，但QQ账号作为公开使用的互联网

聊天软件，在涉及财产交易时确实存在一定的风险。另，鸿达飞扬公司也确实存在通过

QQ账号指示杜娟先办理转账事宜，后补领导签字的情况，因而鸿达飞扬公司内部的财务

制度也确实存在管理不规范的情况，具有一定的漏洞。且在该次诈骗事件中出纳对外转账

时，分12笔用时15分钟左右方将60万元全部转出，鸿达飞扬公司在此期间也未及时通知杜

娟终止转账行为。综上，鸿达飞扬公司就此次事件的损失也存在一定的过错。

就杜娟相关责任的承担比例问题。在劳动者对用人单位的经济损失负有过错责任的情

况下，劳动者就相关损失承担比例的问题，鸿达飞扬公司未提供证据证明双方曾作出过相

关约定。故在确定劳动者赔偿责任时，应综合考虑劳动关系的隶属性、劳动者从事工作的

性质、薪酬情况、用人单位的经营利益和经营风险以及劳动者的过错程度等因素，并结合

权利义务相一致的原则综合确定劳动者的责任范围。另，该诈骗事项属于网络诈骗案件，

该案已经由公安机关受理，但被诈骗款项是否能够追回以及追回数额尚处于不确定的状

态。故酌情确定杜娟就鸿达飞扬公司的经济损失承担20%的责任。鸿达飞扬公司要求杜娟

支付利息的诉讼请求没有法律依据，不予支持。

北京市房山区人民法院判决：

一、杜娟于判决生效后十日内支付鸿达飞扬公司经济损失12万元；

二、驳回鸿达飞扬公司的其他诉讼请求；

三、驳回杜娟的其他诉讼请求。

鸿达飞扬公司和杜娟均不服一审判决，提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为，劳动者与用人单位的合法权益均受法律保护。

根据民事法律的公平原则及权利义务相一致的原则，劳动者在履行职务的过程中因故意或

者重大过失给用人单位造成损失的，应当承担相应的赔偿责任。本案中，杜娟作为专职财

务工作人员，在履行职务的过程中应当对大额转账项目尽到高于普通人的注意义务，但其

仅凭QQ消息指令，在未进行基本信息核实的情况下直接通知出纳人员汇款，表明杜娟未

能尽到财务人员的基本谨慎义务及工作职责，其在履行职务的过程中存在的过错已经达到

应当承担相应赔偿责任的程度。同时，鸿达飞扬公司未能严格执行规范的财务制度，其公

司内部在较长的时期内存在利用公共网络社交软件处理有关财务工作的情况，该公司亦应

就其不当管理自担相应责任。综合上述情况，一审法院在衡量劳动者及用人单位的过错程

度后，考虑双方对风险及损失的分担能力，判决劳动者按比例承担损失赔偿责任，正确合

理。鸿达飞扬公司上诉要求杜娟赔偿全部损失，杜娟上诉主张不承担赔偿责任，均不予支

持。依据《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。

【法官后语】

本类案件的审理，主要涉及三方面要点：

首先，权利义务相一致原则是用人单位求偿和劳动者承担赔偿责任的法理基础。有观

点认为调整劳动关系的法律法规中并没有明确规定用人单位可以就劳动者在工作过程中给

单位造成的经济损失向劳动者索偿，更有甚者还从《侵权责任法》第三十四条中“用人单

位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任”的规定出发进

行引申，认为劳动者在工作中致使他人损害都由用人单位代为承担侵权责任，那么劳动者

在工作中给用人单位造成的损失，用人单位也就不能要求劳动者承担赔偿责任。用人单位

能否就劳动者在工作中对其造成的损失提出赔偿请求，是处理此类案件时要解决的第一个

层次的问题。民事法律关系要求各方当事人的权利与义务相一致，简单地说，就是享有一

定的权利，就要履行相应的义务，如履行义务不当，则会产生相应的法律后果，而承担赔

偿责任即是法律后果中的一种。对应到劳动关系中，劳动者享有获取劳动报酬、休假以及

各种劳动保障的权利，同时也须对用人单位承担勤勉、忠诚、善尽工作职责的义务。法律

当然保护劳动者的权利，同时也会要求劳动者履行法定义务，所以当劳动者在工作中没有

尽到相应义务给用人单位造成损失的时候，法律便允许用人单位请求赔偿，这便是用人单

位求偿和劳动者承担赔偿责任的法理基础。

其次，过错责任原则是此类案件审判的重要依据。过错责任原则是民事法律中确定责

任比例的最基础的规则。其具体要求是只有当事人的过错达到应当承担法律责任的程度的

时候，才会被追究责任，而最终被确定所要承担的责任也一定要与行为的过错程度相适

应。因此，在审理用人单位向劳动者索偿的案件时，人民法院应从劳动关系的本质出发，

衡量造成损失的劳动者的过错程度，如果仅仅是轻度过失，当然在绝大多数情况下轻度过

失所造成的损失后果也往往程度较轻，在这种情形下，损失通常可以被理解为属于用人单

位应当负担的经营风险范围，故通常并不判决劳动者承担赔偿责任。但如果劳动者的行为

已经达到重大过失或故意的程度，就应判决劳动者承担相应赔偿责任。而何谓“重大过

失”，以劳动关系举例而言，劳动者未能尽到工作岗位所要求的最基本职责而造成用人单

位损失的或者只要以善意人最基本的注意义务就可以轻易察觉以避免损失却没有避免损失

的，均可以认为是达到“重大过失”的程度，劳动者应对损失承担相应的赔偿责任。如果是

劳动者的“重大过失”和用人单位的管理不当共同造成了损失结果，就要对比双方的过错程

度以确定其承担责任的比例。也就是说，劳动者只有在“重大过失”或者故意的情况下才有

可能进行赔偿，而这种赔偿并非简单的全额赔偿，是要根据劳动者和用人单位的过错对

比，再行确定劳动者承担责任的比例。

最后，个案衡平原则是确保同类案件中的个案判决达到最佳效果的有效措施。相同类

型的案件，甚至是相同类型的过错，造成的损失后果可能不同，而相同类型的损失对于不

同的用人单位所造成的影响亦可能不同，所以为了让个案的判决结果能够在最大限度上实

现公平，法官并不是机械地适用规则，而是在必要时会将过错程度结合损失后果、劳动者

与用人单位对于分担损失的承受能力等因素进行衡平考量，作出责任比例即赔偿比例的认

定。

编写人：北京市第二中级人民法院 刘洁

62 违法分包或转包情形下工伤保险责任与雇主责任的竞合

——杨福光、黄美芬诉中国路桥工程有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02民终4160号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：杨福光、黄美芬

被告（上诉人）：中国路桥工程有限责任公司（以下简称路桥公司）

【基本案情】

杨福光、黄美芬系夫妻关系，其二人之子杨加海（未婚无子女）在“京藏高速公路呼

和浩特至包头段改扩建工程”工作。2013年5月11日，杨加海受指派在施工现场执行摇旗警

示工作时，因发生交通事故死亡。该事故经交警认定，杨加海与案外人贺某堂负事故同等

责任。

路桥公司为“京藏高速公路呼和浩特至包头段改扩建工程”承包方，该公司将部分工程

转包给不具备施工资质的案外人史某才。杨加海系受史某才雇佣。

2014年6月，杨福光、黄美芬以侵权责任纠纷为由对路桥公司提起诉讼，要求路桥公

司赔偿死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金和被扶养人生活费，北京市东城区人民法院

经审理认为：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。路桥公司将

工程转包给无资质的史某才属违法分包，故应认定路桥公司为责任主体。虽交通事故相对

方贺某堂已部分赔偿杨福光、黄美芬的损失，但杨加海死亡亦系因工作原因所致，故杨福

光、黄美芬要求路桥公司赔偿另50%的损失，理由正当，予以支持。据此，北京市东城区

人民法院于2014年10月作出（2014）东民初字第07964号民事判决，判决：路桥公司赔偿

杨福光、黄美芬死亡赔偿金231500元、丧葬费13872元、被扶养人生活费15955元、精神损

害抚慰金25000元。该判决已执行完毕。

杨福光、黄美芬曾向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称东城仲裁委）

申请仲裁，要求确认2013年3月21日至5月11日期间杨加海与路桥公司存在劳动关系。2014

年9月30日，东城仲裁委裁决确认杨加海与路桥公司于2013年3月25日至5月11日存在劳动

关系。路桥公司不服该裁决，起诉至北京市东城区人民法院。北京市东城区人民法院于

2014年12月11日作出（2014）东民初字第13219号民事判决，判决：确认杨加海与路桥公

司2013年3月25日至5月11日期间不存在劳动关系。该判决经二审审理，予以维持。

后杨福光向北京市东城区人力资源和社会保障局申请认定工伤，2015年4月13日，该

局向杨福光作出《工伤认定申请不予受理决定书》。

后杨福光再次因工伤保险责任纠纷向东城仲裁委申请劳动仲裁。2015年10月，东城区

仲裁委作出不予受理通知书。杨福光、黄美芬不服，诉至法院，要求路桥公司承担工伤保

险责任，给付一次性工亡补助金491300元、丧葬补助金23526元、供养亲属抚恤金。路桥

公司辩称其与杨加海不存在劳动关系，故不同意杨福光、黄美芬的诉讼请求。

【案件焦点】

1.承包人路桥公司是否应对劳动者杨加海承担工伤保险责任；2.承包人路桥公司同时

承担工伤保险责任与雇主责任时，劳动者杨加海能否获得双重赔偿。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件

若干问题的规定》第三条第一款第四项规定：“用工单位违反法律、法规规定将承包业务

转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业

务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位。”《人力资源社会保障部关于执

行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七条规定：“具备用

工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资

格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该

具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”本案中，依据

已生效的判决书认定，路桥公司将部分工程转包给案外人史某才，而史某才并不具备施工

资质；杨加海在工作中系受史某才雇用。故路桥公司应对杨加海在从事史某才承包的业务

时的因工死亡承担工伤保险责任。

杨福光、黄美芬及路桥公司均认可本案中的一次性工亡补助金计算基数为24565元、

丧葬补助金的计算基数为3921元。依据《工伤保险条例》第三十九条的规定，路桥公司应

当承担向杨福光、黄美芬支付一次性工亡补助金491300元、丧葬补助金23526元的工伤保

险责任。

对于供养亲属抚恤金一节，依据《工伤保险条例》第三十九条第一款第二项“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”之规定。本案中，

杨福光、黄美芬共有三个子女，其未能提交证据证明其二人的生活来源主要系由杨加海生

前提供。但依据《因工死亡职工供养亲属范围规定》第三条第一款第三项“工亡职工父母

男年满60周岁、女年满55周岁的”可按规定申请供养亲属抚恤金之规定，杨福光于2015年

12月8日年满60周岁，黄美芬于2013年6月4日年满55周岁。故对于杨福光、黄美芬要求供

养亲属抚恤金的数额将以其主张的3921元为标准，并分别按照杨福光、黄美芬到达上述法

定年龄之日，以及杨福光、黄美芬子女的人数平均后，予以酌定。

另，《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第二款规

定：“前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保

险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追

偿。”由此可以看出，史某才才是杨加海最终责任的承担人，路桥公司对杨加海承担的工

伤保险责任是为史某才承担的替代性责任。

综上所述，依据《中华人民共和国劳动合同法》第九十四条，《工伤保险条例》第三

十九条，《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条，《人力资

源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第七条，《中华人民共和国民

事诉讼法》第六十四条第一款规定，判决：

一、自判决生效之日起七日内，路桥公司支付杨福光、黄美芬一次性工亡补助金

491300元；

二、自判决生效之日起七日内，路桥公司支付杨福光、黄美芬丧葬补助金23526元；

三、自判决生效之日起七日内，路桥公司支付杨福光2015年12月8日至2016年1月期间

供养亲属抚恤金784元；

四、自判决生效之日起七日内，路桥公司支付黄美芬2013年6月4日至2016年1月期间

供养亲属抚恤金12547元；

五、路桥公司自2016年2月1日起每月25日前支付杨福光、黄美芬供养亲属抚恤金每人

每月392元，至杨福光、黄美芬丧失领取供养亲属抚恤金条件止。

路桥公司持原审意见提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：原审判决及

（2014）东民初字第07964号民事判决均是基于同一法律事实及路桥公司存在违法转包的

过错而判决路桥公司向杨福光、黄美芬承担赔偿责任，先后两次赔偿所依据事实及原因均

存在一致性，故应予折抵。经综合考虑，决定对（2014）东民初字第07964号民事判决所

涉死亡赔偿金、丧葬费、被扶养人生活费及精神损害抚慰金共计286327元，在路桥公司应

向杨福光、黄美芬支付的一次性工亡补助金中予以折抵，折抵后路桥公司仍须向杨福光、

黄美芬支付一次性工亡补助金204973元。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第九十四条、《中华人

民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，作出如下判决：

一、维持北京市东城区人民法院（2015）东民初字第17078号民事判决第二、三、

四、五项；

二、变更北京市东城区人民法院（2015）东民初字第17078号民事判决第一项为：自

本判决生效之日起七日内，路桥公司支付杨福光、黄美芬一次性工亡补助金204973元；

三、驳回杨福光、黄美芬的其他诉讼请求。

【法官后语】

近年来，具备用工主体资格的承包单位（以下简称承包人）将承包业务违法分包或非

法转包给不具备用工主体资格的组织或自然人（以下简称组织或自然人），组织或自然人

招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的现象日益增多。目前多数意见认为：组织或自然

人与其招用的劳动者是雇佣关系，承包人与劳动者没有劳动关系。

1.承包人是否应对劳动者承担工伤保险责任

（1）承包人承担工伤保险责任的立法依据

2005年原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通

知》）第四条规定：“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不

具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资

格的发包方承担用工主体责任。”《通知》对承包人要对劳动者承担何种责任语焉不详。

为了弥补《通知》规定的缺失，2013年人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉

若干问题的意见》（以下简称《意见》）第七条规定：“具备用工主体资格的承包单位违

反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该

组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包

单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”《意见》首次对承包人应对劳动者承担

工伤保险责任作出规定。2014年《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规

定》（以下简称《规定》）第三条规定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保

险责任单位的，人民法院应予支持：……（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务

转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业

务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位……前款第（四）、（五）项明确

的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤

保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。”明确承包人承担工伤保险赔偿责任后

可向组织或者自然人追偿。

（2）承包人承担工伤保险责任的法理依据

《社会保险法》作为社会保障法的重要组成部分，以劳动关系为前提条件。虽然上述

三个法条规定了承包人承担工伤保险责任，但承包人与劳动者不存在劳动关系，劳动者为

什么可以向承包人主张工伤保险责任？

《工伤保险条例》首要立法宗旨是切实维护工伤职工的救治权与经济补偿权，属于社

会法领域的保护范围。劳动者的工伤保险关涉广大职工的切身利益，涉及面一定要广泛，

只要是处于劳动关系下的劳动者，都应当享受工伤保险待遇。但多年来，建筑工程领域的

违法分包现象一直屡禁不止。建筑领域违法分包、违法用工的现象使真正的用人单位“隐

身”了，严重影响了《工伤保险条例》在建筑施工领域的适用，直接导致用人单位劳动法

上的义务被规避。用工单位遵守劳动法用工需承担更重义务的工伤保险责任，反而是违法

分包的用人单位仅需承担较轻义务的雇主责任。因此，上述三个法条能够终结承包人将劳

动关系架空的游戏，让承包人承担本应对劳动者承担的工伤保险责任。因此，路桥公司对

杨加海应承担工伤保险责任。

2.承包人同时承担工伤保险责任与雇主责任时，劳动者能否获得双重赔偿

（1）承包人与组织或自然人连带承担雇主责任的立法依据

2003年《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》（以下

简称《解释》）第十一条规定：“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……雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或

者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主

承担连带赔偿责任。属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本

条规定。”《解释》明确雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害时，违法分

包或转包的承包人应与组织或自然人对劳动者连带承担雇主责任。至于该条第三款所规定

的“属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定”如何理

解，有观点认为既然劳动者可以向承包人主张承担工伤保险责任，那就属于《工伤保险条

例》调整的劳动关系和工伤保险范围，因此劳动者不得依据该条规定再向承包人和组织或

自然人主张连带承担雇主责任。对此笔者不赞同，理由如下：

第一，该款是对《工伤保险条例》这一法律作出的排除性说明，2003年制定《解释》

时《通知》、《意见》及《规定》尚未出台，故该款的立法本意是指属于《工伤保险条

例》调整范围的不再适用第十一条的规定，而并未有排除《通知》、《意见》及《规定》

的立法目的。

第二，雇佣关系不同于劳动关系，该款只是强调第十一条仅对劳动关系之外的雇佣关

系进行调整，至于处于劳动关系下的劳动者享受工伤保险待遇后，自然不能再根据第十一

条主张人身损害赔偿。而本案中，杨加海并非基于劳动关系根据《工伤保险条例》才享有

工伤保险待遇，而是基于史某才与杨加海系雇佣关系且存在违法转包的事实才向路桥公司

主张工伤保险待遇，因此本案不属于《解释》第十一条第三款所规定的排除情形。

《解释》的出台在侵权法领域填补了雇佣关系下劳动者因工受伤如何救济的法律空

白，而之后出台的《通知》、《意见》及《规定》又进一步从社会法领域规定了违法转包

或分包情形下雇佣关系中劳动者因工受伤的救济途径。两种法律规定的情形存在交叉，故

而产生竞合。

（2）工伤保险责任和雇主责任的竞合——禁止获得双重赔偿

关于竞合问题，现行立法没有规定。笔者认为，“双重赔偿”模式即允许劳动者同时获

得雇主责任赔偿和工伤赔偿的做法并不妥当，原因在于：第一，双重赔偿使受害人由于同

一伤害获得了重复赔偿，虽然生命和健康是无价的，但损失是可以计算并确定的。第二，

如果因劳动者与承包人是雇佣关系而可以获得双重赔偿，但劳动者在与承包人直接存在劳

动关系的情况下只能获得单一的工伤赔偿，对后者显然不公。

由于工伤赔偿和雇主责任赔偿的项目和金额不同，劳动者获得雇主责任赔偿之后，还

可以就工伤赔偿高于雇主责任赔偿的对应项目部分再向承包人主张工伤保险责任。如果劳

动者先向承包人主张工伤保险责任后再对承包人和组织或自然人主张雇主责任，则承包人

和组织或自然人应对工伤保险未涉及项目进行赔偿。

就本案而言，工伤保险责任项下的一次性工亡补助金、丧葬补助金及供养亲属抚恤金

与雇主责任项下的死亡赔偿金、丧葬费及被扶养人生活费在赔偿项目性质方面呈对应关

系。不管是在侵权责任纠纷还是劳动争议中，由于先后两次赔偿所依据事实及原因存在一

致性，故对性质呈对应关系的赔偿项目应予以折抵。

3.余论

本案是法院为填补法律空白而进行的积极探索和有益实践，维护了劳动者的合法权

益，但在程序上仍值得商榷。为规范民事诉讼和行政诉讼的交叉问题，建议尽快制定相关

法律，引导劳动者先到社会保险行政部门申请工伤认定和伤残等级鉴定，如社保行政部门

不予受理，劳动者应依法提起行政诉讼。由社保行政部门认定完工伤和等级后，再由法院

核算工伤待遇。

编写人：北京市东城区人民法院 程新桐

63 劳动争议案件中当事人自行达成调解协议效力的认定

——北京天越门窗制造有限公司诉张吉志劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市通州区人民法院（2015）通民初字第26970号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：北京天越门窗制造有限公司（以下简称天越公司）

被告：张吉志

【基本案情】

2007年9月4日，张吉志入职天越公司，从事塑钢加工工作。2007年9月4日至2011年6

月30日期间，天越公司未为张吉志缴纳养老保险。

此后，张吉志向劳动人事争议仲裁委员会提起劳动仲裁，要求天越公司支付：1.2007

年9月4日至2015年5月8日期间违法解除劳动合同赔偿金64000元；2.2007年9月4日至2011

年6月30日期间未缴纳养老保险损失赔偿金8834元。2015年12月1日，仲裁委经审理作出京

通劳人仲字（2015）第4332号裁决书，裁决天越公司支付张吉志：1.2007年9月至2011年6

月期间未缴纳养老保险损失赔偿金6151.2元；2.违法解除劳动合同赔偿金64000元。裁决作

出后，张吉志认可裁决结果，天越公司不服该裁决，向法院提起诉讼。

在本案审理过程中，天越公司同意支付张吉志2007年9月至2011年6月未缴纳养老保险

损失赔偿金，但主张张吉志在工作期间因私事打架斗殴违反公司规章制度，依照《员工手

册》，天越公司有权与张吉志解除劳动合同，且张吉志与张某涛已经签订调解协议，调解

协议中明确载明：2015年4月17日下午，张吉志与案外人张某涛在车间内发生斗殴，张吉

志被打破头部并致左臂骨折，构成伤害，考虑双方是同事，双方愿意友好协商解决，经厂

方出面调解，双方达成一致，由张某涛一次性支付费用（含：医疗费、误工费、精神损失

费、后期治疗费等）共计75000元。以后张吉志因此伤发生所有事宜与张某涛无关。调解

协议上有天越公司的经理、张吉志以及张某涛的签字确认。由此可见，张吉志已认可与案

外人张某涛发生斗殴，故天越公司不存在违法解除的情形，不应支付违法解除劳动合同赔

偿金。张吉志不同意天越公司的诉讼请求，辩称其与张某涛并非斗殴，而是在为张某涛安

排工作过程中被张某涛打伤，张吉志未打张某涛，故其行为没有违反《员工手册》的规

定，天越公司与张吉志解除劳动关系的行为系违法解除。

【案件焦点】

当事人之间达成的调解协议能否作为处理劳动争议案件的依据。

【法院裁判要旨】

北京市通州区人民法院经审理认为：天越公司同意支付张吉志2007年9月至2011年6月

未缴纳养老保险损失赔偿金，本院对此不持异议。天越公司主张张吉志的行为违反《员工

手册》相关规定，系合法解除，不应支付违法解除劳动合同赔偿金，并提供调解协议予以

证明。张吉志认可调解协议系其本人签字，虽辩称不是其本人真实意思表示、与张某涛并

未斗殴，但未能提供确实有效的证据证实其主张。应当指出的是，张吉志作为完全行为能

力人，应当对调解协议的内容以及签字行为的法律后果具有明确的认识，故对张吉志关于

调解协议非本人真实意思表示的主张，难以采信，天越公司要求不支付张吉志违法解除劳

动合同赔偿金的诉请，于法有据，予以支持。综上，依照《中华人民共和国民事诉讼法》

第六十四条第一款之规定，判决：

一、天越公司支付张吉志2007年9月至2011年6月期间未缴纳养老保险损失赔偿金

6151.2元；

二、天越公司不支付张吉志违法解除劳动合同赔偿金64000元。

【法官后语】

本案涉及企业劳动争议调解协议是否可以作为处理劳动争议案件的证据。调解是纠纷

当事人双方以平等协商、相互妥协的方式解决纠纷。对调解协议的效力问题，不能简单地

划一处理，而应该综合考虑、区别对待。

1.一般情况下，合法有效的调解协议可作为仲裁证据

根据意思自治原则以及《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四条“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”之规定，劳动者与用人单位之间可就劳动争议自行达成和解协议，该行为并不为

法律法规所禁止，其效力原则上应当认定为合法有效。另根据人力资源和社会保障部《企

业劳动争议协商调解规定》第十一条规定：“协商达成一致，应当签订书面和解协议。和

解协议对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。经仲裁庭审查，和解协议程序和内容

合法有效的，仲裁庭可以将其作为证据使用。但是，当事人为达成和解的目的作出妥协所

涉及的对争议事实的认可，不得在其后的仲裁中作为对其不利的证据。”第二十八条规

定：“……一方当事人在约定的期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲

裁。仲裁委员会受理仲裁申请后，应当对调解协议进行审查，调解协议合法有效且不损害

公共利益或者第三人合法利益的，在没有新证据出现的情况下，仲裁委员会可以依据调解

协议作出仲裁裁决。”《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

（二）》（法释〔2006〕6号）第十七条第一款规定：“当事人在劳动争议调解委员会主持

下达成的具有劳动权利义务内容的调解协议，具有劳动合同的约束力，可以作为人民法院

裁判的根据。”由此可见，在一般情况下，当事人之间协商达成一致并签字确认的书面和

解协议是合法有效的，并可以作为仲裁以及诉讼的证据使用。

2.调解协议不能作为证据使用的例外情形

根据上述《企业劳动争议协商调解规定》第十一条规定以及《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（三）》第十条之规定：“劳动者与用人单位就解

除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成

的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形

的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民

法院应予支持。”由此可见，调解协议不能作为证据使用的例外情形主要表现为以下几个

方面：

（1）调解协议不是双方当事人真实意思表示，主要体现为一方当事人在签订协议时

采用欺诈、胁迫、乘人之危等手段迫使相对方签订协议。此种情况，根据《合同法》的规

定，受欺诈、胁迫、乘人之危一方可以请求人民法院或仲裁机构变更或者撤销。

（2）调解协议违反法律、行政法规强制性规定，包括程序违法和内容违法。其中程

序违法多表现为调解组织者违反双方当事人的意愿，强迫当事人达成调解协议；内容违法

主要表现为调解的结果违反了法律及行政法规的强制性规定。

（3）调解协议存在重大误解或显失公平情形。实践中，该种情况主要表现为用人单

位利用劳动者不熟悉劳动争议处理规则和流程、不了解赔偿标准与劳动者签订调解协议，

劳动者事后发现调解结果与通过仲裁或司法程序的结果相较而言显失公平，对于此种情

况，劳动者亦有权请求人民法院撤销。

（4）当事人为达成和解的目的作出妥协所涉及的对争议事实的认可，不得在其后的

仲裁或诉讼中作为对其不利的证据。实践中，当事人在签订调解协议时为促成调解意向的

达成往往会做出一些让步，但此种妥协和让步所涉及的对争议事实的认可，不能在此后的

仲裁中作为对承诺一方不利的证据，但若该争议事实的认可系涉案争议的重要事实，在无

相反的证据证明不是真实意思表示的情况下，不适用该条的规定。

结合本案，涉案调解协议由天越公司经理、张吉志以及张某涛签字确认，系当事人的

真实意思表示，内容没有显失公平，没有违反有关法律、行政法规的强制性规定，也没有

损害公共利益或第三人合法权益，该调解协议合法有效，且已经实际履行完毕，张某涛已

经依照调解协议赔偿张吉志75000元，张吉志虽辩称涉案调解协议不是其真实意思表示，

双方并非斗殴而是被张某涛打伤，但未提供证据予以证明。张吉志作为完全行为能力人，

应当对调解协议的内容以及签字行为的法律后果具有明确的认识，故对张吉志关于调解协

议非其本人真实意思表示的主张，难以采信，故应认定涉案调解协议有效。

编写人：北京市通州区人民法院 梁联林

64 劳动争议当事人以约定管辖为由的管辖权异议能否获支持

——唐守成诉北京洁丽雅保洁有限公司劳动争议纠纷管辖权异议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院（2015）渝一中法民管异终字第01295号民事裁定书

2.案由：劳动争议纠纷管辖权异议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：唐守成

被告（上诉人）：北京洁丽雅保洁有限公司（以下简称洁丽雅公司）

【基本案情】

2011年12月3日，唐守成与洁丽雅公司签订为期五年的劳动合同，约定唐守成从事列

车保洁工作，工作地点在重庆。其中第十二条约定劳动争议处理方式为：“发生劳动争

议，双方不能协商解决的，双方只能向丰台劳动争议仲裁委员会申请仲裁、复议，对仲

裁、复议裁决不服的，双方只能向丰台区人民法院起诉。”2013年8月22日凌晨3时许，唐

守成在重庆火车北站动车车库清洁动车时不慎受伤，经诊断为右侧第9肋骨骨折。重庆市

北部新区管委会经调查核实，作出渝新委伤险认决字〔2013〕1173号《认定工伤决定

书》，认定唐守成所受事故伤害属于工伤。由于洁丽雅公司没有给唐守成办理养老、工

伤、失业等社会保险，2014年4月10日，唐守成向重庆市北部新区劳动争议仲裁委员会申

请仲裁未被受理，后起诉至重庆市渝北区人民法院，要求与洁丽雅公司解除劳动关系，并

由洁丽雅公司支付其医疗费、护理费、伤残补助金、鉴定费等费用。一审提交答辩状期

间，洁丽雅公司以双方劳动合同中有约定管辖为由提出管辖权异议。

另查明，洁丽雅公司住所地为北京市丰台区马家堡东路×号506室，涉案劳动合同第

十二条系格式条款。

【案件焦点】

劳动争议经劳动仲裁裁决后，劳动者向有管辖权的人民法院起诉的，用人单位以有诉

讼管辖约定为由提出管辖权异议的，人民法院应否支持？

【法院裁判要旨】

重庆市渝北区人民法院经审理认为：唐守成系因劳动争议纠纷向本院提起诉讼。根据

《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》第八条第一款规

定：“劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。”唐守成

在重庆火车北站处做清洁时受伤，涉案劳动合同履行地在本院辖区内。因此，本院对该案

有管辖权，洁丽雅公司提出管辖权异议的理由不成立。重庆市渝北区人民法院依照《中华

人民共和国民事诉讼法》第一百二十七条规定，作出如下裁定：

驳回洁丽雅公司管辖异议申请。

洁丽雅公司提起上诉。重庆市第一中级人民法院经审理认为：结合唐守成的诉讼请

求、事实理由以及起诉依据来看，本案系因劳动争议纠纷提起的诉讼。本案中，用人单位

与劳动者双方虽在劳动合同中约定劳动争议的处理只能向北京市丰台区人民法院起诉。但

该约定管辖条款系劳动合同中的格式条款，排除了劳动者的诉讼权利，给劳动者诉讼造成

不便利，该条款应属无效。根据《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》第八条规定：“劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民

法院管辖。”结合本案而言，劳动合同履行地在重庆市渝北区，因此，重庆市渝北区人民

法院依法对本案享有管辖权。洁丽雅公司的上诉理由不能成立，法院不予采纳。一审裁定

正确，应予维持。重庆市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七

十条第一款第一项、第一百七十一条、第一百七十五条规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原裁定。

【法官后语】

本案的核心在于劳动者与用人单位发生劳动争议，在劳动仲裁裁决之后向有管辖权的

人民法院起诉，用人单位以劳动合同中有仲裁和诉讼管辖约定为由提出管辖权异议的，是

否应获得人民法院支持？

这一问题的正确处理，离不开对劳动争议特殊解决机制的理解。与一般民商事二审终

审制的程序安排不同的是，劳动争议纠纷实行“一裁二审”解决机制，争议发生后，能否由

当事人在劳动合同中或者以其他形式约定管辖的劳动仲裁委员会和法院？换言之，能否约

定管辖？目前，法律并没有明确规定，法律漏洞亟需填补。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条规定：“合同或者其他财产权益纠纷

的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物

所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，……”因此，法律允许平等民事主体

基于自身的真实意思表示，对可能发生的合同或其他财产权益纠纷协议管辖。但劳动法律

关系不同，用人单位和劳动者双方不具有完全平等的民事主体地位，表现在：一是劳动合

同一般为用人单位提供的格式合同，劳动者对其中的格式条款进行变更的可能性很小，要

么签要么不签的“非此即彼”选择，凸显了劳动者在缔结劳动合同之时即处于相对弱势地

位；二是劳动者对用人单位具有依附性。在劳动合同履行过程中，劳动者接受用人单位管

理、遵守用人单位规章制度约束，必须以自己的劳动获得用人单位支付报酬，对用人单位

具有一定的人身依附性和财产依附性。故劳动争议纠纷管辖不符合协议管辖的适用条件。

回归涉及劳动争议案件劳动仲裁委和法院的管辖确定，依据《中华人民共和国调解仲

裁法》第二十一条、《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》第

八条，劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动仲裁委员会、基层人民法院分别

在“裁”“审”上有管辖权。用人单位无权利用其优势地位变相剥夺劳动者的选择自由。

因此，劳动争议发生后，劳动者依法向有管辖权的劳动仲裁委员会、人民法院提起诉

讼，用人单位以劳动合同中有劳动仲裁和诉讼管辖约定为由提出管辖权异议的，人民法院

不应支持。否定劳动争议纠纷案件中约定管辖的效力，有利于减少甚至避免用人单位以管

辖权异议为由不当拖延诉讼，也能充分维护处于弱势地位的劳动者的合法权益。

需要指出的是，用人单位所在地和劳动合同履行地的劳动仲裁委和人民法院在仲裁阶

段、诉讼阶段的管辖原则有所不同。依据《劳动争议仲裁法》和《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》的相关规定，仲裁阶段遵循“劳动合同履行地优

先管辖”，后者则恪守“先受理”原则。本案劳动者唐守成受伤，依法向重庆市北部新区劳

动争议仲裁委员会申请仲裁未获受理后，起诉至重庆市渝北区人民法院。而用人单位洁丽

雅公司并未依法申请劳动争议仲裁或起诉。故唐守成并没有违背劳动争议案件的管辖规

定，重庆市渝北区人民法院依法享有本案管辖权。

编写人：重庆市第一中级人民法院 潘国伟 王坤

65 疑似公章被盗用情形下协议真伪的司法认定与法律适用

——欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司诉俞秋萍劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终9320号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司（以下简称欧文斯伊利诺

斯公司）

被告（上诉人）：俞秋萍

【基本案情】

2011年4月16日，欧文斯伊利诺斯公司向俞秋萍发出入职offer。同年5月18日，欧文斯

伊利诺斯公司、俞秋萍签订一份期限自2011年5月16日至2014年5月15日的《劳动合同》。

2014年5月13日，双方续签一份期限自2014年5月16日至2014年12月15日的《劳动合同》，

约定俞秋萍的岗位为中国区薪酬福利经理。俞秋萍在职期间，曾于2014年10月23日前保管

欧文斯伊利诺斯公司的公章。上述劳动合同到期后，因欧文斯伊利诺斯公司所在集团公司

业务调整，对所涉的关联公司及本公司员工进行大幅裁员，欧文斯伊利诺斯公司不再与包

括俞秋萍、欧文斯伊利诺斯公司原人力资源总监洪某在内的员工签订新的劳动合同。公司

裁员期间，由被告负责起草与员工的劳动合同终止书、草拟与员工的补偿协议并计算相应

补偿金等。2014年12月9日前，洪某负责协商与俞秋萍终止劳动合同后的补偿等事宜，俞

秋萍明确提出其2011年、2012年年终奖及2012年未休年休假工资应予补偿，但洪某表示其

无权限未作回应，俞秋萍为此与欧文斯伊利诺斯公司的法定代表人Paul Sutcliffe Marsden 进行协商，但Paul Sutcliffe Marsden明确表示不会支付2011年、2012年年终奖。

2014年12月9日，洪某代表欧文斯伊利诺斯公司与俞秋萍签订《劳动合同终止书》，

该终止书载明：双方确认，就双方终止劳动关系相关事宜，达成以下共识：（1）劳动合

同到期终止经济补偿金共计149532.12元；（2）欧文斯伊利诺斯公司支付俞秋萍2014年度

奖金（MIC），共计金额为29748元；（3）如果俞秋萍能顺利和欧文斯伊利诺斯公司交

接，欧文斯伊利诺斯公司将支付俞秋萍37383元奖励至俞秋萍原工资支付账户；（4）欧文

斯伊利诺斯公司将在俞秋萍完成移交手续后于2014年12月15日支付上述经济补偿金、奖金

及奖励，总计216663.12元至俞秋萍原工资支付账户……（6）俞秋萍确认，双方无其他劳

动权益纠纷，俞秋萍承诺放弃基于双方劳动关系而可能存在的其他权益……

2014年12月15日，欧文斯伊利诺斯公司向俞秋萍支付了上述款项并为俞秋萍出具了上

海市单位退工证明。当日，俞秋萍已无法登录欧文斯伊利诺斯公司电脑系统。2015年1月

20日，俞秋萍以欧文斯伊利诺斯公司未按约履行附加协议约定的特别奖金112149元为由向

市仲裁委申请仲裁，要求欧文斯伊利诺斯公司支付特别奖金112149元。市仲裁委作出裁

决，裁令：欧文斯伊利诺斯公司一次性支付俞秋萍特别奖金112149元。嗣后，欧文斯伊利

诺斯公司不服裁决，遂诉至法院。

另查明，俞秋萍提供的附加协议载明：甲方欧文斯伊利诺斯公司，乙方俞秋萍，双方

经友好协商，达成如下一致协定，约定条款如下：（1）甲乙双方劳动合同于2014年12月

15日到期终止结束。按之前甲乙双方签订的《劳动合同终止书》约定，甲方于2014年12月

15日支付劳动合同到期终止经济补偿金，共计216663.12元。（2）甲方将于2015年1月15

日一次性支付乙方特别奖金，共计金额112149.00元。（3）乙方确认，甲乙双方再无其他

劳动权益纠纷，乙方承诺放弃基于双方劳动关系而可能存在的其他权益……该协议左下角

盖有欧文斯伊利诺斯公司的公章并有俞秋萍的签名、右下角有“2014年12月15日”的落款日

期。

仲裁庭审中，欧文斯伊利诺斯公司申请对附加协议上“欧文斯伊利诺斯（上海）管理

有限公司”印文与打印字迹形成的先后顺序进行鉴定。2015年4月3日，司法鉴定机构出具

鉴定意见：附加协议上需检的“欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司”印文与打印字迹形

成的先后顺序是先有黑色打印字迹，后盖红色印文。本案诉讼过程中，欧文斯伊利诺斯公

司申请对附加协议上“欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司”印文与2014年12月9日《劳

动合同终止书》上留有的“欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司”印文是否由同一枚印文

盖章形成进行鉴定，2015年10月30日，司法鉴定机构出具《司法鉴定意见书》，结论为：

附加协议上“欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司”印文与2014年12月9日《劳动合同终

止书》上留有的三枚“欧文斯伊利诺斯（上海）管理有限公司”印文均是同一枚印章盖印形

成。

诉讼过程中，欧文斯伊利诺斯公司提供了一份由美利坚合众国俄亥俄州的公证员盖章

的宣誓书，载明：Julio Ramirez经正式宣誓，声明如下：……2.本人身为Owens-lllinois，

Inc.（以下简称O-I）全球信息安全经理，自2013年3月1日至今一直担任这一职位……4.O-I IT安全部门在与全球IT安全团队成员协商之后，认定Jennifer Yu的电子邮件账户尚未发

出或收取与该第二份解雇合同有关的邮件（截至该用户解雇之日其收件箱、已发邮件或垃

圾箱中没有该等电子邮件）。5.O-I尚未删除或净化该用户电子邮件账户发出的一切邮件

文件。

一审中，就盖有欧文斯伊利诺斯公司公章、落款日期为“2014年12月15日”的附加协议

的形成，欧文斯伊利诺斯公司申请测谎，但俞秋萍表示不同意。二审中，俞秋萍提出申请

测谎，但是要求免除测谎费用。欧文斯伊利诺斯公司表示不同意测谎。

【案件焦点】

俞秋萍提供的附加协议是否是欧文斯伊利诺斯公司的真实意思表示，对双方是否具有

法律约束力。

【法院裁判要旨】

上海市奉贤区人民法院经审理认为：本案中，虽然附加协议形式上盖有欧文斯伊利诺

斯公司的公章，但其是否是欧文斯伊利诺斯公司的真实意思表示，还应结合该协议形成的

原因、协商以及签订的过程而定。第一，从附加协议形成的原因来看，俞秋萍陈述在协商

签订《劳动合同终止书》时，其曾就附加协议所涉而《劳动合同终止书》未涵盖的2011

年、2012年年终奖及2012年未休年休假工资向欧文斯伊利诺斯公司提出过支付请求，但欧

文斯伊利诺斯公司的法定代表人明确表示不予支付。然而在一个月内，按照俞秋萍的陈

述，由于其掌握人力资源总监洪某的补偿情况，进而向法定代表人发电子邮件要求更多补

偿，法定代表人不在公司即发电子邮件予以应允并主动提出另加3个月数额达10余万元的

特别奖金，并在几天内亲自制作附加协议后向其发送电子邮件，俞秋萍的上述陈述明显有

违日常生活经验法则。在第四次庭审中，欧文斯伊利诺斯公司的法定代表人亲自出庭并与

俞秋萍对质，矢口否认其于2014年12月9日后与俞秋萍有邮件往来，并申请对双方进行测

谎，但俞秋萍以欧文斯伊利诺斯公司存在故意拖延诉讼，附加协议上的公章真伪、公章盖

印与文字形成先后顺序已经鉴定为由不予同意，经合议庭释明仍坚持己见。第二，从附加

协议协商的过程来看，从《劳动合同终止书》的内容看，对于终止劳动合同之后俞秋萍应

获的补偿金等，双方已作出一揽子的处理，其中补偿金的标准远高于法定标准，无法排除

双方通过协商对俞秋萍2011年、2012年年终奖及2012年未休年休假工资亦已作出一揽子的

处理。法院亦注意到《劳动合同终止书》上除欧文斯伊利诺斯公司公章外，还有原人力资

源总监洪某的签名，而附加协议仅有公章而无任何欧文斯伊利诺斯公司方面的人员签名。

俞秋萍未对劳动合同终止后双方又在短短一周内达成附加协议的合理性作出令人信服的解

释。相反，对于洪某的补偿，欧文斯伊利诺斯公司关于洪某为公司裁员工作做出较大贡

献，其补偿标准较高并上报集团公司批准的解释较为合理。另，俞秋萍亦提及其与欧文斯

伊利诺斯公司法定代表人协商的邮件由欧文斯伊利诺斯公司保存，但欧文斯伊利诺斯公司

已提供相关证据予以否定。第三，就附加协议签订的过程，俞秋萍在仲裁庭审、法庭庭审

中的陈述不完全一致，且在诉讼过程中俞秋萍不同意对附加协议的形成过程进行测谎，由

于其作为薪酬福利经理曾保管过公司的公章，无法排除其私自加盖的情形，致法院无法确

认附加协议是欧文斯伊利诺斯公司的真实意思表示。综上，难以认定诉争的附加协议系双

方的真实意思表示，故对于欧文斯伊利诺斯公司的诉讼请求，予以支持。依照《中华人民

共和国民事诉讼法》第六十四条第一款规定，判决：

欧文斯伊利诺斯公司无需支付俞秋萍特别奖金112149元。

俞秋萍不服一审判决，提起上诉。上海市第一中级人民法院经审理认为：原审中系欧

文斯伊利诺斯公司申请测谎，经法庭释明，俞秋萍坚持不同意测谎。在二审审理过程中，

俞秋萍提出申请测谎，但是要求免除测谎费用，欧文斯伊利诺斯公司则不予同意，在此情

况下，对俞秋萍的测谎申请不予准许。二审期间，当事人没有提交新证据，原审认定事实

正确，依法予以确认。针对俞秋萍依据《附加协议》向欧文斯伊利诺斯公司主张特别奖金

112149元，作如下分析：其一，在原审第四次庭审中，欧文斯伊利诺斯公司的法定代表人

亲自出庭并与俞秋萍对质，矢口否认其于2014年12月9日后与俞秋萍有邮件往来，并申请

对双方进行测谎，但俞秋萍以欧文斯伊利诺斯公司存在故意拖延诉讼，附加协议上的公章

真伪、公章盖印与文字形成先后顺序已经鉴定为由不予同意。欧文斯伊利诺斯公司在其提

供的一份由美利坚合众国俄亥俄州的公证员盖章的宣誓书中，亦表示Jennifer Yu的电子邮

件账户尚未发出或收取与该第二份解雇合同有关的邮件。其二，俞秋萍陈述在协商签订

《劳动合同终止书》时，其曾就附加协议所涉而《劳动合同终止书》未涵盖的2011年、

2012年年终奖及2012年未休年休假工资向欧文斯伊利诺斯公司提出过支付请求，但欧文斯

伊利诺斯公司的法定代表人明确表示不予支付。《劳动合同终止书》签订于2014年12月9

日，附加协议显示的订立时间为同月15日，并且根据附加协议的内容，明显与《劳动合同

终止书》载明的条款内容相矛盾，俞秋萍又未能对劳动合同终止后双方又在短短一周内达

成附加协议的合理性作出令人信服的解释。其三，在2011年5月及2014年5月欧文斯伊利诺

斯公司与俞秋萍签订的劳动合同、2014年12月9日欧文斯伊利诺斯公司与俞秋萍签订的

《劳动合同终止书》中，公司方一栏处除有公司的公章外，均有公司负责人的个人签名，

而附加协议的公司方一栏中只有公章，没有公司负责人的个人签名。其四，就附加协议签

订的过程，俞秋萍在仲裁庭审、法庭庭审中的陈述不完全一致，并且其作为薪酬福利经理

曾保管过公司的公章。基于存有上述情况，俞秋萍仅仅依据附加协议主张特别奖金，难以

支持。至于俞秋萍要求支付特别奖金的相应利息的上诉请求，因未经过一审程序，不予处

理。据此，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。

【法官后语】

1.意思确认——加盖印章在民商事活动的法律意义

合同成立的本质是合意，即通过要约和承诺的方式使双方当事人达成意思一致，从而

构成民事法律行为。而构成民事法律行为的要件之一就是“意思表示真实”。通常情况下，

自然人作出意思表示以签字确认，而法人的意思表达主要以加盖印章来体现。公司印章作

为公司行使权利、进行内部管理和对外开展活动的象征，它代表着公司法人这一拟制主体

的意志。根据《中华人民共和国合同法》第三十二条规定：“当事人采用合同书形式订立

合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”该条明确了当事人在合同书上签字或

盖章可以产生合同成立的法律效果。盖章的意义在于确认合同内容为盖章方的真实意思表

示，盖章方自愿接受合同权利义务的约束，同时具有证明行为人主体、确认民事法律行为

等效力。经当事人盖章的合同是当事人达成合意的体现，对双方当事人具有法律拘束力。

因此，只要没有充分证据或证据链能够证明加盖的公章是伪造或被盗用的，则通常认为其

体现于合同上的意思表示即为真实，即“公章真，合同有效”。

2.意思背离——盗用印章造就印章意思与真实意思相悖的司法困境

就证据层面而言，合同书上的印章具有证据作用，印章真实一般可以推定印章加盖方

意思表示真实，进而认定合同真实。然而在司法实践中，时常出现印章真实与意思表示真

实相背离的情形，最典型情形为盗用公司印章行为。根据盗用印章是否基于职权便利，可

将其分为依职权盗用印章和非依职权盗用印章两类。依职权盗用印章仅指那些有权合法占

有、使用印章的人，如印章的保管人。非依职权盗用印章的人，指具有特殊身份以外的单

位工作人员，通过不正当途径获得印章进行偷盖。为谋取不当利益，盗用方一般先单方捏

造债权债务确认协议，继而采用秘密方式加盖被盗用方印章，炮制成经双方盖章确认的协

议，然后凭借该虚假协议提起诉讼向被盗用方主张权利。由于印章系在被盗用方不知情的

情况下加盖，故盖章行为实质上违背了被盗用方的真实意思。盗用行为直接造就了协议亦

真亦假的迷局，即印章为真，而协议为假，真实印章给协议真伪的司法认定带来了巨大困

难。盗用公司印章的行为，不仅损害了当事人的合法权益，同时还扰乱社会市场秩序，破

坏了诚信的社会环境。

3.去伪存真——如何揭开盗用印章所成虚假协议的面纱

法律规范的僵硬性与现实生活的流动性之间的矛盾，主要通过司法裁量加以消弭，在

适用法律的时候，不仅仅是机械地照搬法条，而且要考虑具体案件公正的因素。一般而

言，被盗用人主张公司公章被盗用，则被盗用人应当对其主张承担充分的举证责任，否则

应承担举证不力的法律后果。但在对协议存在合理怀疑的情形下，则印章真实不能直接推

定合同真实，印章仅属于证明协议真实性的初步证据而并非决定性证据。在综合现有证据

足以怀疑甚至否定系争协议内容的真实性，且又无其他证据能够印证时，法院可以认定系

争协议不能作为认定案件事实的依据，即“公章真，合同无效”。在对系争合同存在合理怀

疑的情形下，司法认定的过程即是合同证伪的过程。如何揭开盗用印章形成的虚假协议的

面纱，需要发挥法官的智慧，抽丝剥茧，层层深入，通过对全案证据的综合判断来认定合

同的真实性，从而得出正确的裁判结论。

（1）审查合同成立过程是否有证据印证

根据证据规定，主张合同关系成立的，应当就合同成立的事实承担举证责任。对合同

存在合理怀疑的情形下，主张合同成立的一方，即协议持有方应当对合同的成立承担完全

举证责任，证明合同成立经历了要约、承诺和签订正式合同文本等全过程。因此，首先应

审查协议持有方是否有相应证据证明协议的协商过程真实发生，合同成立是否经过了要约

和承诺过程。其次，审查合同签订时双方是否存在经办人。在司法实践中，造假方的合同

上多为仅有对方公司的公章而无具体经办人，造假者在客观上难以证明书证的具体经办人

是谁。因此，可以要求协议持有方陈述对方的具体经办人，必要时传呼该经办人到庭陈述

情况，并与协议持有方经办人进行对质。再次，审查协议持有方关于该合同成立过程的陈

述前后是否矛盾。在不同场合，造假者对于出具时的具体情况可能前后说法矛盾，尤其是

在时间、地点、在场人、内容协商的过程等具体细节难以吻合，从而给查明事实提供了突

破口。

本案中，俞秋萍虽陈述了系争协议的成立过程，却未能提供相应证据予以佐证协议协

商过程真实发生。俞秋萍提供的系争协议仅有欧文斯伊利诺斯公司公章而无经办人员签

名，俞秋萍虽辩称欧文斯伊利诺斯公司的经办人系其欧文斯伊利诺斯公司法定代表人，但

欧文斯伊利诺斯公司的法定代表人亲自出庭并与俞秋萍对质，矢口否认其于2014年12月9

日后与俞秋萍有邮件往来，且俞秋萍关于系争协议签订过程在各阶段的陈述不完全一致，

故关于系争协议的成立过程，俞秋萍的举证明显不足。

（2）审查合同内容是否符合事实和常理

一般情况下，盗用人伪造合同的目的无外乎以该合同作为关键证据，意图从被盗用方

获取不当利益，故盗用人无中生有的合同所载内容必定为虚假内容。因此，从合同内容入

手是查明合同真伪的重要途径。首先，应审查合同内容是否符合事实。针对合同所载内

容，增加各方当事人举证责任负担，同时加大法院的调查取证力度，通过举证责任分配和

调查核实，最大限度地检验合同内容是否虚假。其次，审查合同内容是否符合常理，是否

符合日常经验法则。如果协议内容过于离谱、违反常理，则协议持有方须对此作出必要解

释，如其解释不具有合理性，则增加了协议虚假的可能性。

本案中，俞秋萍陈述，在协商签订《劳动合同终止书》时，欧文斯伊利诺斯公司法定

代表人已明确表示不予支付其相关奖金和工资。可双方为何又在之后的短短一周内达成明

显与《劳动合同终止书》载明的条款内容相矛盾的附加协议，俞秋萍对此未能作出令人信

服的解释。因此，俞秋萍的陈述明显有违日常生活经验法则，系争合同内容的真实性存在

重大疑点。

（3）审查合同形式是否存在瑕疵

一般而言，由于未经双方充分协商，造假方持有的合同在形式上可能与正常交易习惯

下签订的合同存在明显差异，故从合同形式入手也是查明合同真伪的重要突破口。首先，

可以借助司法鉴定技术查明合同真伪。实践中，往往存在盗用方先在空白文本上偷盖公

章，在需要时再在文本上打印文字内容的情形。因此，必要时可对印章加盖时间和合同书

上文字打印时间的先后顺序进行鉴定。如果经鉴定系盖章在先打印文字在后，则该份合同

的形成方式有违常理，合同本身存在重大瑕疵。其次，应审查合同格式是否符合一般行文

习惯。如审查盖章位置是否压在合同落款处，合同中盖章页格式、纸张颜色与其他页是否

一致等。再次，审查系争合同是否符合双方之间的交易习惯，与双方之前签订的合同是否

存在明显差异。

本案中，俞秋萍提供的系争协议上印章加盖和文字打印的先后顺序经司法鉴定虽无瑕

疵，但当事人欧文斯伊利诺斯公司、俞秋萍双方于之前签订的合同中，公司方一栏处除有

公司的公章外，均有公司负责人的个人签名，而系争协议的公司方一栏中仅有公章而无任

何人员的签名，故系争协议形式上存在一定瑕疵。

（4）审查协议持有方是否存在盗用公章的可能性

如协议持有方提供协议的真实性被对方所否认，那么协议持有方即存在盗用公章的可

能性。协议持有方要排除这种可能性，最佳途径就是证明其不存在盗用的机会。若持有方

实际存在这种机会，则不能仅根据合同印章确认合同的真实性。首先，应审查持有方的具

体职务身份，有无接触公章的便利。如果基于特殊职务身份曾经接触过或保管过公章，则

持有方存在私盖公章的可能性。其次，应审查异议方公司是否存在规范的用印管理制度。

公司一般对于公章的保管比较严格，有登记审查程序。如果系争合同的用章未进行过申报

登记，则存在公章被盗用的可能。

本案中，由于俞秋萍作为薪酬福利经理曾保管过欧文斯伊利诺斯公司的公章，客观上

存在盗用公章的可能性。

（5）审查其他情况以提高盖然性

案件审理中，如果系争协议无论是内容还是形式均存在瑕疵，持有方陈述的成立过程

又无证据能够佐证，且持有方还存在盗用公章的可能性，虽基本上能够否定合同的真实

性，但一般还应审查其他情况以提高盖然性。如审查除系争协议外，是否还有其他证据能

够相互印证持有方的说法。必要时，可在征得协议持有方和异议方同意的情况下，引导双

方进行测谎鉴定，以检验各方陈述意见的可信度。

本案中，俞秋萍虽提供了系争合同作为关键证据，但该证据本身存在重大疑点，且又

无其他证据相互印证，证明力明显不足。在欧文斯伊利诺斯公司法定代表人以所谓经办人

身份到庭对质并申请对双方进行测谎时，俞秋萍又借故不予同意，俞秋萍虽在二审期间申

请测谎，但又拒付测谎费，故增加了系争合同系其俞秋萍盗用公章形成的盖然性。

编写人：上海市奉贤区人民法院 谭文忠

中国法院2012、2013、2014、2015、2016、

2017、2018年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心 编

简便易用、权威实用——打造“好读有用” 的案例

1. 权威的作者：

国家法官学院案例开发研究中心持续20余年编辑了享誉海内外的

《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《中国法院年度案例》丛书，旨在探索编辑案

例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。

2. 强大的规模：

2012、2013年各推出15本，2014年推出18本，2015年推出19本，

2016年推出20本，2017年推出21本，2018年推出23本，含传统和新近的所有热点纠纷，所

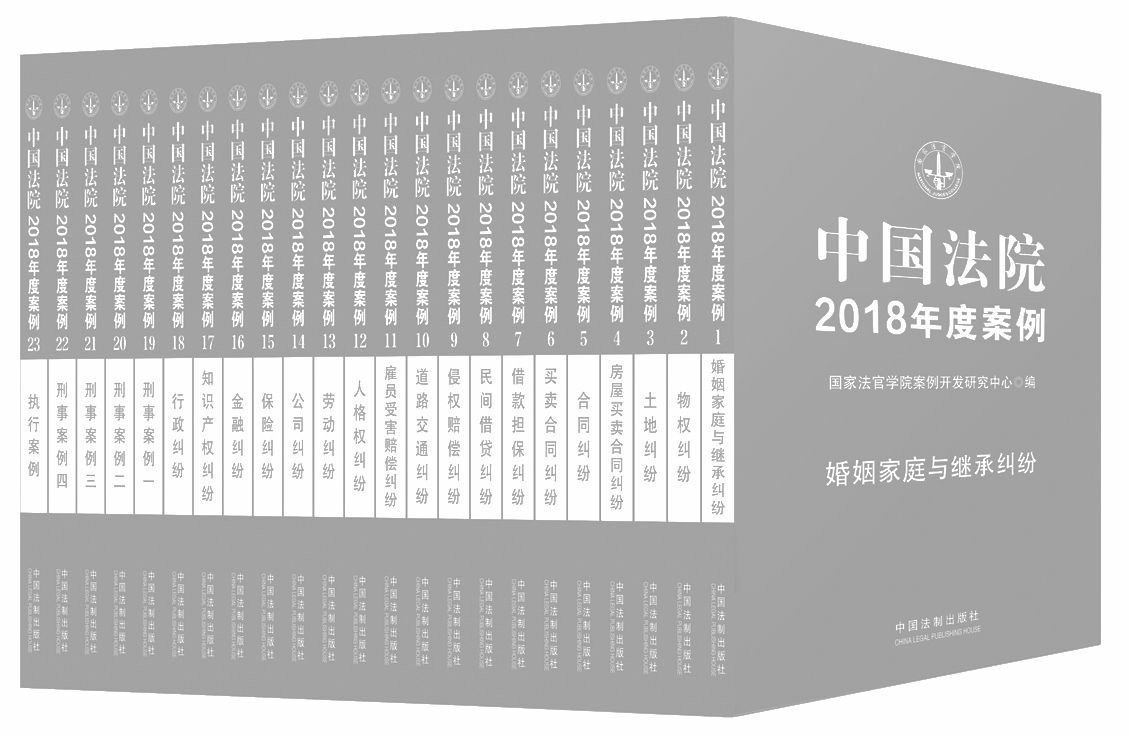
有案例均是从全国各地法院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有

广泛的选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：

不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突出争议焦点问

题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现裁判思路方法。



1.婚姻家庭与继承纠纷

2.物权纠纷

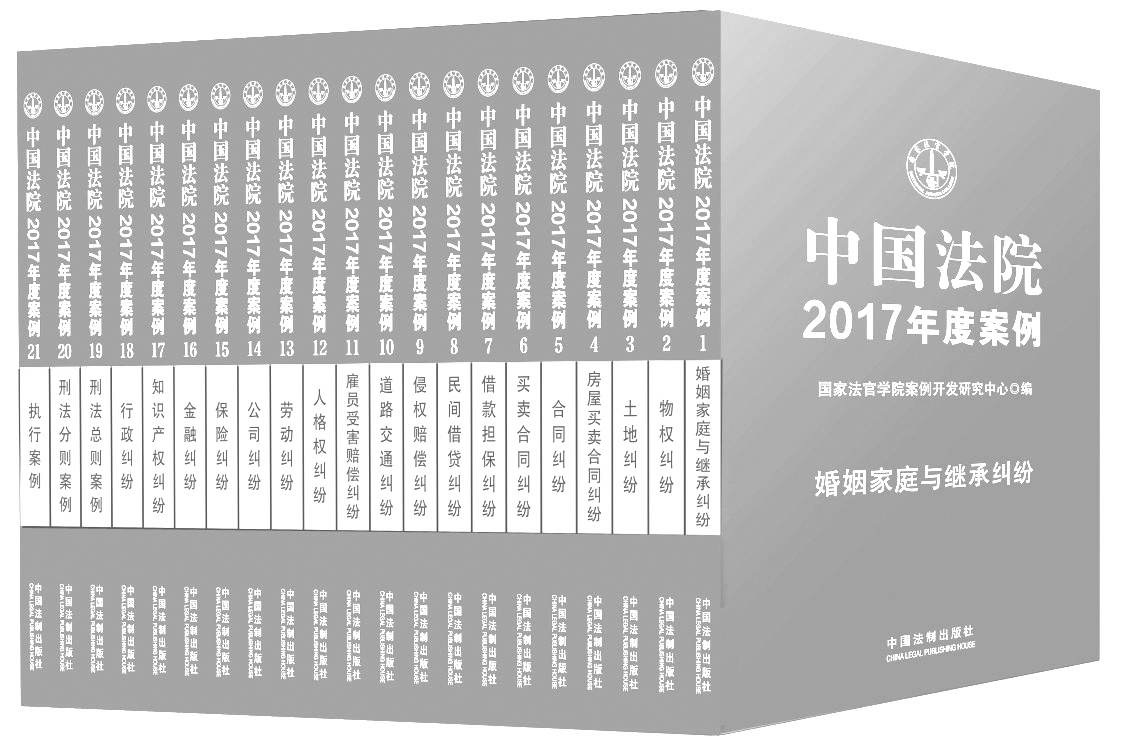
3.土地纠纷（含林地纠纷）

4.房屋买卖合同纠纷

5.合同纠纷

6.买卖合同纠纷

7.借款担保纠纷



8.民间借贷纠纷

9.侵权赔偿纠纷

10.道路交通纠纷

11.雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）

12.人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠纷）

13.劳动纠纷（含社会保险纠纷）

14.公司纠纷



15.保险纠纷

16.金融纠纷

17.知识产权纠纷

18.行政纠纷

19.刑事案例一

20.刑事案例二

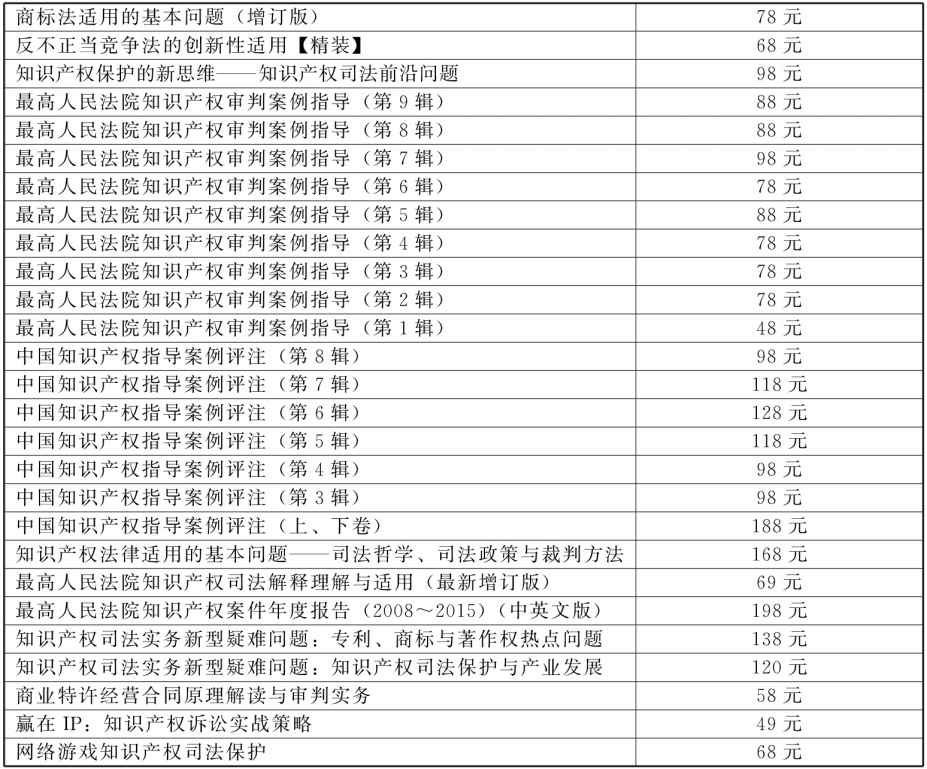
21.刑事案例三

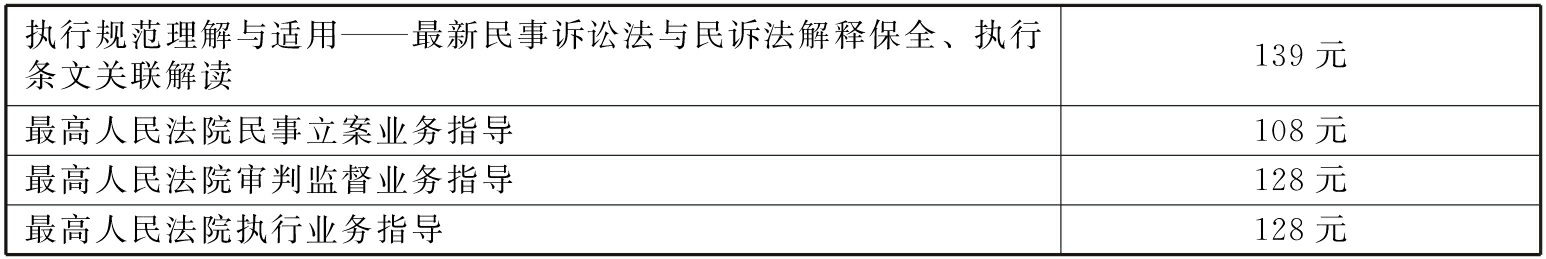
22.刑事案例四

23.执行案例

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列

最高人民法院知识产权审判实务系列





最高人民法院审判指导书系

# Document Outline

* [书名页](#p3)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p7)
* [一、确认劳动关系](#p10)
  + [1 违法转包情形下劳动者权益保障](#p10)
  + [2 劳务派遣形式下的劳动关系认定](#p13)
  + [3 未取得教师资格证情形下劳动合同的效力认定](#p17)
  + [4 关联公司之间如何认定劳动关系](#p20)
  + [5 事实劳动关系认定问题](#p25)
  + [6 内部承包协议具有劳动合同属性的认定与处理](#p29)
  + [7 企业与合伙人间劳动关系的认定](#p36)
  + [8 法定代表人可以与公司建立劳动关系，并享受相关劳动权益保障](#p41)
  + [9 学徒与个体工商户之间是个体工匠与学徒的关系还是劳动关系](#p45)
  + [10 确认事实劳动关系案件中的证据认定问题](#p48)
  + [11 已超过退休年龄且未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员与单位之间是否成立劳动关系](#p52)
  + [12 学生暑期打工是否构成劳动关系](#p57)
  + [13 社会保险权益记录并非劳动关系存在的充分证据](#p61)
  + [14 缴纳社会保险是否是认定劳动关系存在的依据](#p64)
  + [15 承担用工主体责任是否等于确立劳动关系](#p67)
  + [16 游走于劳动关系与非劳动关系之间的用工主体责任](#p70)
  + [17 冒名劳动者发生工伤，用人单位应否承担责任](#p76)
  + [18 民事诉讼时效和劳动仲裁时效的关系界定与正确适用](#p81)
  + [19 域外劳务用工关系中我国劳动法的选择适用](#p84)
* [二、劳动合同履行和变更](#p90)
  + [20 单位应签而拒签无固定期限劳动合同的责任承担](#p90)
  + [21 用人单位在招聘时与劳动者签订到职约定协议书能否视为双方已订立书面劳动合同](#p94)
  + [22 连续十年签订以完成一定工作任务为期限的劳动合同是否应当订立无固定期限劳动合同](#p98)
  + [23 违法解除情形下“继续履行”的裁判问题](#p104)
  + [24 劳动合同无法继续履行之判定标准](#p108)
  + [25 在一方当事人不同意的前提下能否继续履行劳动合同](#p112)
  + [26 “劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”情形中关联企业的正确认定](#p114)
  + [27 劳动者的违纪行为是否属于严重违反用人单位的规章制度](#p119)
  + [28 劳动者给用人单位造成损失时的赔偿责任](#p124)
  + [29 劳动者的加班与值班应如何正确区分认定](#p128)
  + [30 停工留薪期时长与待遇的确定](#p131)
  + [31 劳动者是否完成了工作职责的事实认定](#p137)
  + [32 劳动合同解除后不能再行主张签订无固定期限合同](#p141)
  + [33 内退是否自愿及相关管理办法是否合法的认定](#p145)
* [三、劳动合同解除和终止](#p150)
  + [34 “末位淘汰”合法还是违法](#p150)
  + [35 判断劳动者辞职行为有效的审查标准](#p153)
  + [36 经济性裁员合法性的认定标准](#p158)
  + [37 用人单位合法解除权的认定](#p164)
  + [38 劳动争议中胁迫解除行为的认定](#p169)
  + [39 不服从工作地点调整导致劳动合同解除是否构成违法解除](#p173)
  + [40 退休再就业人员签订的“劳动合同”能否随意解除](#p178)
  + [41 综合工时加班费计算及终止劳动合同协议效力的认定](#p182)
* [四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p186)
  + [42 《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（四）》第五条“非因劳动者本人原因”的判断标](#p186)
  + [43 女职工生育津贴与正常工资差额的计算标准](#p195)
  + [44 法定代表人起诉公司案件中，诉讼代表人的确立及法律关系的认定](#p199)
  + [45 浅析未签劳动合同二倍工资差额相关规定](#p202)
  + [46 二倍工资支付责任之例外](#p206)
  + [47 用人单位未与其人事主管订立书面劳动合同，人事主管诉请用人单位支付未订立书面劳动合同的二倍工资能否支](#p209)
  + [48 确定经济补偿金、赔偿金应将劳动者在“关联单位”的工作年限合并计算](#p213)
  + [49 劳动者以用人单位的工资欠条为据直接起诉用人单位请求支付劳动报酬的，是否按普通民事纠纷处](#p216)
  + [50 如何认定用人单位在劳动者退休时提前发放的年终一次性奖励的性质](#p220)
  + [51 用工单位未代劳务派遣单位为劳动者缴纳保险金，应承担连带赔偿责任](#p224)
* [五、竞业限制](#p230)
  + [52 竞业限制条款能否解除](#p230)
  + [53 竞业限制与商业秘密保护的关系](#p235)
* [六、社会保险](#p240)
  + [54 用人单位将社会保险费以现金形式发放，解除劳动合同时应向劳动者支付经济补偿](#p240)
  + [55 用人单位没有足额缴纳社保，劳动者可否要求赔偿延期退休待遇损失](#p243)
  + [56 单位未为劳动者缴纳各项社会保险金的受理问题](#p248)
  + [57 企业未为员工缴纳养老保险，员工自行缴纳的不予认定](#p252)
* [七、劳动争议仲裁](#p257)
  + [58 超法定退休年龄劳动者主张养老保险待遇损失仲裁时效的认定](#p257)
  + [59 关于劳动争议申请仲裁的时效问题](#p260)
* [八、其他](#p264)
  + [60 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律关系及法律后果](#p264)
  + [61 劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p271)
  + [62 违法分包或转包情形下工伤保险责任与雇主责任的竞合](#p275)
  + [63 劳动争议案件中当事人自行达成调解协议效力的认定](#p283)
  + [64 劳动争议当事人以约定管辖为由的管辖权异议能否获支持](#p287)
  + [65 疑似公章被盗用情形下协议真伪的司法认定与法律适用](#p290)
* [中国法院2012、2013、2014、2015、2016、2017、2018年度案例系列](#p300)