# Table of Contents

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[目录](#p7)

[序](#p5)

[一、确认劳动关系](#p11)

[1社区工作者与其所属街道办事处之间构成劳动关系](#p11)

[2符合劳动法律关系内涵的用工关系应当认定为劳动关系](#p21)

[3个人将工程建筑行业资格证挂靠获利的,若实际并未向单位提供劳动,应认定为个人与单位之间不成立劳动关系](#p25)

[4股东兼任公司法定代表人的,与该公司之间是否存在劳动关系](#p29)

[5网络共享经济下网约车劳动关系的确认](#p34)

[6社保挂靠是否能认定为建立劳动关系](#p39)

[7使用“工资”字样是否一定为劳动关系](#p46)

[8建设工程违法转分包情形下事实劳动关系如何认定](#p51)

[9经销商为销售人员代发工资的,能否据此认定双方存在事实劳动关系](#p55)

[10承包关系与劳动关系的根本区别是双方是否具有从属性](#p60)

[11关联企业混同用工情况下用人单位的认定标准](#p65)

[12用人单位需对非全日制用工性质承担重要举证责任](#p70)

[13事业单位编制外人员的人事关系认定](#p75)

[二、劳动合同履行和变更](#p82)

[14用人单位无权单方变更劳动合同](#p82)

[15劳动合同重要内容变更“默示推定”原则的适用](#p88)

[16调岗至存在职业病危害因素的岗位时,用人单位应当与劳动者协商一致](#p94)

[17续签劳动合同降低劳动条件的认定](#p98)

[18医师违反服务期约定医院要求其返还在职研究生期间劳动报酬的不应予以支持](#p104)

[19对“劳动合同确实无法继续履行”的认定](#p110)

[20情势变更原则在劳动合同履行过程中的适用](#p114)

[21未采用书面形式变更劳动合同的效力认定](#p119)

[22调岗调薪的合意基础分析](#p124)

[23未经劳动者同意的公司内部会议纪要不得擅自变更工时制度](#p129)

[三、劳动合同解除和终止](#p135)

[24达到法定退休年龄且享受新农合养老保险能否视为劳动合同终止事由](#p135)

[25单位以公告形式解除劳务合同应坚持确有必要和谨慎适用原则](#p140)

[26“负面曝光”的劳动失职行为的性质认定](#p145)

[27怀孕时协议解除劳动关系的效力认定](#p150)

[28解除劳动关系协议书的效力及重大误解情形的审查](#p155)

[29劳动合同是否解除应对双方实际行为均进行法律评价](#p159)

[30劳动关系解除后的后合同义务的范围](#p164)

[31劳务派遣单位解除与被用工单位退回的劳动者的劳动合同,必须有据可依,否则即属于违法解除,应向劳动者支付二倍赔偿金](#p168)

[32未经合法程序制定的规章制度不能作为解除劳动合同的依据](#p173)

[33用人单位能否以劳动者债务较多、不良征信为由单方解除劳动关系](#p178)

[34劳动者严重违反规章制度的认定标准](#p182)

[35用人单位自身亦应遵守该规章制度中所规定的处罚程序,且作出的处罚应与劳动者的岗位职责相匹配](#p187)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p193)

[36非因劳动者本人原因工作调动补偿金或赔偿金如何计算](#p193)

[37非全日制用工形式的加班费认定](#p199)

[38分公司注销后继续提供劳动,总公司应支付劳动报酬](#p204)

[39工作时间包含值班、休息时间的特殊岗位劳动者加班事实和加班工资的认定](#p207)

[40适用《公司法》法人人格否认制度保障关联公司混同用工下劳动者的合法权益](#p213)

[41劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实证据而拒不提供的,应依法推定加班事实成立](#p217)

[42劳动者自动离职后无权获得经济补偿金](#p222)

[43用人单位以原合同约定条件续订劳动合同,原合同约定条件违反法律规定的,劳动者有权拒绝续订,并有权主张经济补偿金](#p227)

[44公司股东或经理等高级管理人员欠薪的证明责任](#p231)

[五、竞业限制](#p236)

[45互联网平台经济下的竞业限制行为认定](#p236)

[46技术人员自愿签订竞业限制条款应当履行合同约定](#p242)

[47竞业限制违约金调整的考量因素](#p246)

[48劳动者违反保密义务和竞业限制义务的认定及违约责任的承担](#p252)

[49用人单位解除竞业限制协议应明确通知劳动者,解除通知送达劳动者之日起无需承担补偿义务](#p259)

[六、工伤保险和社会保险](#p268)

[50达到法定退休年龄的因工致残者是否应当继续享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金](#p268)

[51未经依法清算注销公司后股东对职工工伤保险赔偿责任的承担问题](#p275)

[52用人单位未依法为职工缴纳社会保险应对职工造成的损失承担赔偿责任](#p283)

[53劳动者因用人单位未依法缴纳社保而导致医疗保险待遇损失的认定](#p288)

[54单位因挂靠关系而承担工伤保险责任情形下不存在劳动者提出解除劳动关系的逻辑前提](#p293)

[55私了协议是否对工伤待遇有效](#p298)

[七、劳动争议仲裁](#p304)

[56如何认定未休年休假工资报酬仲裁时效的起算点](#p304)

[57劳动关系转为劳务关系的,劳动报酬仲裁时效何时起算](#p310)

[58劳动争议案件诉裁程序对接](#p314)

[59劳动仲裁中的自认事实在诉讼中的效力](#p319)

[八、其他](#p323)

[60劳动合同中的缔约过失责任承担](#p323)

[61借调期间竞岗任职不产生原劳动关系的变动](#p328)

[62劳动合同解除后劳动者与用人单位签订协议的认定](#p334)

[63劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p339)

[64破产企业营销职工业务费不能作为职工债权优先清偿](#p344)

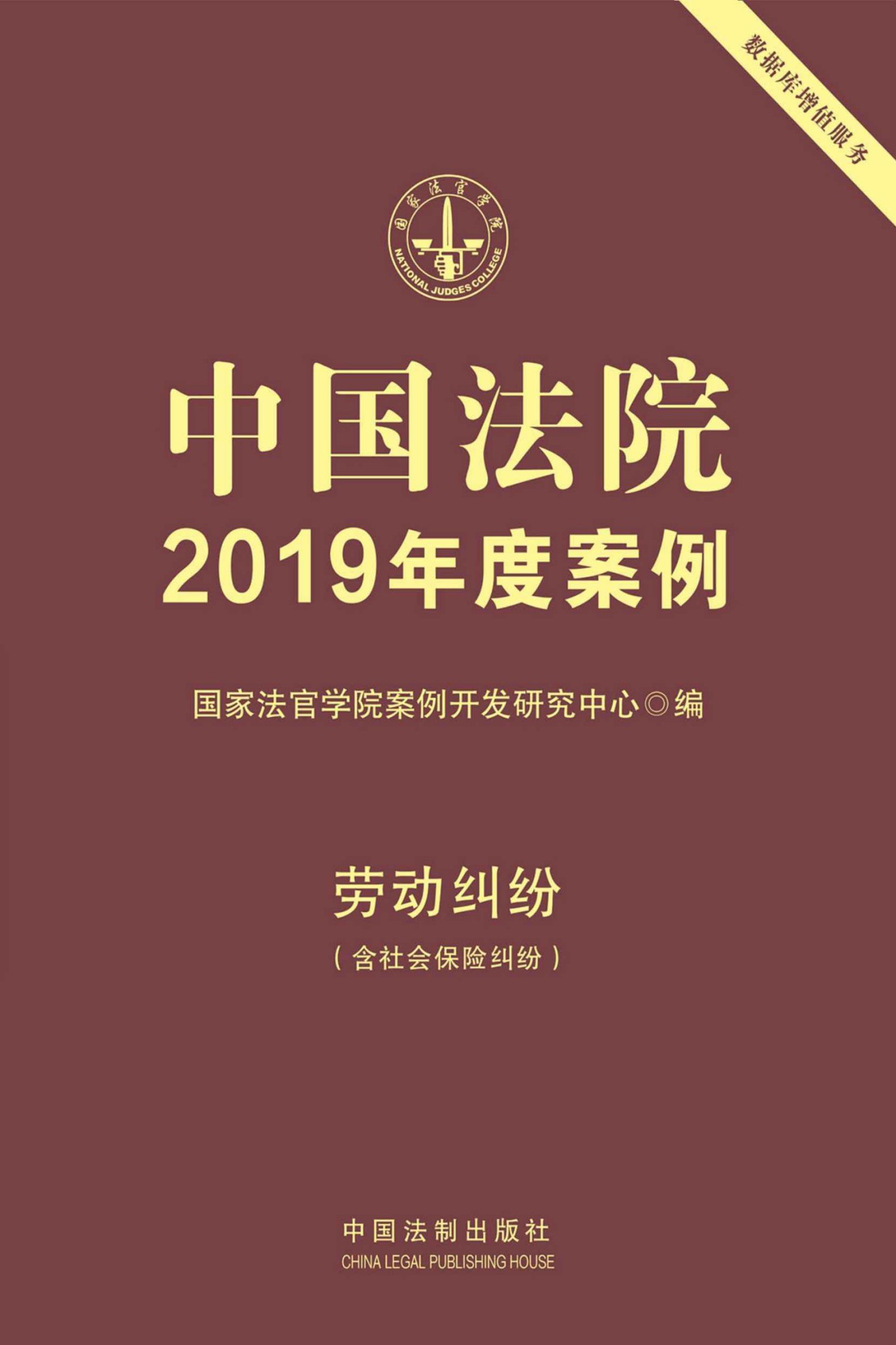
[65新金融产业模式下用人单位制定的激励性提成制度在给付条件上应如何进行定位与判断](#p348)

[66因用人单位行使用工管理权引发的股权激励争议属于劳动争议](#p353)

[67执行不定时工作制的高管是否应遵守考勤制度](#p362)

[68员工入职不满一个月,月平均工资如何认定](#p366)

[69带薪年休假的决定和豁免](#p371)





图书在版编目(CIP)数据

中国法院2019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,2019.4

ISBN 978-7-5216-0051-3

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(2019)第040377号

策划编辑:李小草(lixiaocao2008@sina.cn) 责任编辑:韩璐玮 赵律玮封面设计:温培英、李宁

中国法院2019年度案例·劳动纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2019 NIANDU ANLI·LAODONG JIUFEN

编者/

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开印张/ 18 字数/ 234千

版次/2019年4月第1版 2019年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0051-3定价:58.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031传真:010-66031119

网址:http://www.zgfzs.com编辑部电话:010-66071862

市场营销部电话:010-66033393邮购部电话:010-66033288

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

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2012~2018年已连续出版7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,2018

年将刑事案例扩充为4个分册。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2019年度案例》系列丛书,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,2019年继续

提供数据库增值服务并充实完善数据内容。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。

目录

封面

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[序](#p5)

[一、确认劳动关系](#p11)

[1社区工作者与其所属街道办事处之间构成劳动关系](#p11)

[2符合劳动法律关系内涵的用工关系应当认定为劳动关系](#p21)

[3个人将工程建筑行业资格证挂靠获利的,若实际并未向单位提供劳动,应](#p25)

[认定为个人与单位之间不成立劳动关系](#p25)

[4股东兼任公司法定代表人的,与该公司之间是否存在劳动关系](#p29)

[5网络共享经济下网约车劳动关系的确认](#p34)

[6社保挂靠是否能认定为建立劳动关系](#p39)

[7使用“工资”字样是否一定为劳动关系](#p46)

[8建设工程违法转分包情形下事实劳动关系如何认定](#p51)

[9经销商为销售人员代发工资的,能否据此认定双方存在事实劳动关系](#p55)

[10承包关系与劳动关系的根本区别是双方是否具有从属性](#p60)

[11关联企业混同用工情况下用人单位的认定标准](#p65)

[12用人单位需对非全日制用工性质承担重要举证责任](#p70)

[13事业单位编制外人员的人事关系认定](#p75)

[二、劳动合同履行和变更](#p82)

[14用人单位无权单方变更劳动合同](#p82)

[15劳动合同重要内容变更“默示推定”原则的适用](#p88)

[16调岗至存在职业病危害因素的岗位时,用人单位应当与劳动者协商一](#p94)

[致](#p94)

[17续签劳动合同降低劳动条件的认定](#p98)

[18医师违反服务期约定医院要求其返还在职研究生期间劳动报酬的不应](#p104)

[予以支持](#p104)

[19对“劳动合同确实无法继续履行”的认定](#p110)

[20情势变更原则在劳动合同履行过程中的适用](#p114)

[21未采用书面形式变更劳动合同的效力认定](#p119)

[22调岗调薪的合意基础分析](#p124)

[23未经劳动者同意的公司内部会议纪要不得擅自变更工时制度](#p129)

[三、劳动合同解除和终止](#p135)

[24达到法定退休年龄且享受新农合养老保险能否视为劳动合同终止事由](#p135)

[25单位以公告形式解除劳务合同应坚持确有必要和谨慎适用原则](#p140)

[26“负面曝光”的劳动失职行为的性质认定](#p145)

[27怀孕时协议解除劳动关系的效力认定](#p150)

[28解除劳动关系协议书的效力及重大误解情形的审查](#p155)

[29劳动合同是否解除应对双方实际行为均进行法律评价](#p159)

[30劳动关系解除后的后合同义务的范围](#p164)

[31劳务派遣单位解除与被用工单位退回的劳动者的劳动合同,必须有据](#p168)

[可依,否则即属于违法解除,应向劳动者支付二倍赔偿金](#p168)

[32未经合法程序制定的规章制度不能作为解除劳动合同的依据](#p173)

[33用人单位能否以劳动者债务较多、不良征信为由单方解除劳动关系](#p178)

[34劳动者严重违反规章制度的认定标准](#p182)

[35用人单位自身亦应遵守该规章制度中所规定的处罚程序,且作出的处](#p187)

[罚应与劳动者的岗位职责相匹配](#p187)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p193)

[36非因劳动者本人原因工作调动补偿金或赔偿金如何计算](#p193)

[37非全日制用工形式的加班费认定](#p199)

[38分公司注销后继续提供劳动,总公司应支付劳动报酬](#p204)

[39工作时间包含值班、休息时间的特殊岗位劳动者加班事实和加班工资](#p207)

[的认定](#p207)

[40适用《公司法》法人人格否认制度保障关联公司混同用工下劳动者的](#p213)

[合法权益](#p213)

[41劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实证据而拒不提供的,应依法](#p217)

[推定加班事实成立](#p217)

[42劳动者自动离职后无权获得经济补偿金](#p222)

[43用人单位以原合同约定条件续订劳动合同,原合同约定条件违反法律](#p227)

[规定的,劳动者有权拒绝续订,并有权主张经济补偿金](#p227)

[44公司股东或经理等高级管理人员欠薪的证明责任](#p231)

[五、竞业限制](#p236)

[45互联网平台经济下的竞业限制行为认定](#p236)

[46技术人员自愿签订竞业限制条款应当履行合同约定](#p242)

[47竞业限制违约金调整的考量因素](#p246)

[48劳动者违反保密义务和竞业限制义务的认定及违约责任的承担](#p252)

[49用人单位解除竞业限制协议应明确通知劳动者,解除通知送达劳动者](#p259)

[之日起无需承担补偿义务](#p259)

[六、工伤保险和社会保险](#p268)

[50达到法定退休年龄的因工致残者是否应当继续享受一次性工伤医疗补](#p268)

[助金和一次性伤残就业补助金](#p268)

[51未经依法清算注销公司后股东对职工工伤保险赔偿责任的承担问题](#p275)

[52用人单位未依法为职工缴纳社会保险应对职工造成的损失承担赔偿责](#p283)

[任](#p283)

[53劳动者因用人单位未依法缴纳社保而导致医疗保险待遇损失的认定](#p288)

[54单位因挂靠关系而承担工伤保险责任情形下不存在劳动者提出解除劳](#p293)

[动关系的逻辑前提](#p293)

[55私了协议是否对工伤待遇有效](#p298)

[七、劳动争议仲裁](#p304)

[56如何认定未休年休假工资报酬仲裁时效的起算点](#p304)

[57劳动关系转为劳务关系的,劳动报酬仲裁时效何时起算](#p310)

[58劳动争议案件诉裁程序对接](#p314)

[59劳动仲裁中的自认事实在诉讼中的效力](#p319)

[八、其他](#p323)

[60劳动合同中的缔约过失责任承担](#p323)

[61借调期间竞岗任职不产生原劳动关系的变动](#p328)

[62劳动合同解除后劳动者与用人单位签订协议的认定](#p334)

[63劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p339)

[64破产企业营销职工业务费不能作为职工债权优先清偿](#p344)

[65新金融产业模式下用人单位制定的激励性提成制度在给付条件上应如](#p348)

[何进行定位与判断](#p348)

[66因用人单位行使用工管理权引发的股权激励争议属于劳动争议](#p353)

[67执行不定时工作制的高管是否应遵守考勤制度](#p362)

[68员工入职不满一个月,月平均工资如何认定](#p366)

[69带薪年休假的决定和豁免](#p371)

一、确认劳动关系

1社区工作者与其所属街道办事处之间构成劳动关

系

——陈某林诉北京市朝阳区人民政府太阳宫地区办事处劳动争议案

【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11997号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(原审原告):陈某林

被上诉人(原审被告):北京市朝阳区人民政府太阳宫地区办事处(以

下简称太阳宫办事处)

【基本案情】

2002年7月1日,陈某林通过公开招聘进入太阳宫办事处所辖芍药居

一社区居委会工作。

2003年,陈某林经过选举担任芍药居一社区居委会副主任职务,并于

同年7月1日与太阳宫办事处签订了《太阳宫地区办事处社区专职工作者

聘用合同书》。任职期满后,陈某林不再担任该社区居委会副主任,但仍

为该社区居委会委员。此后至2009年5月18日前,双方当事人未签订合

同。

2009年5月18日,陈某林(乙方)与太阳宫办事处(甲方)签订《太阳宫

地区社区工作者服务协议书(B)》。合同约定:本协议为以完成一定工作

任务为期限的劳动合同。

2012年6月9日,陈某林(乙方)与太阳宫办事处(甲方)签订《太阳宫

地区社区工作者服务协议书(A)》。合同约定:本协议为固定期限劳动合

同。

2013年6月9日,陈某林(乙方)与太阳宫办事处(甲方)签订《太阳宫

地区社区工作者服务协议书(A)》。合同约定:本协议为固定期限劳动合

同。

以上三份服务协议书的正文第一段均载明:根据《中华人民共和国

劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《北京市社区工

作者管理办法(试行)》和有关规定,甲乙双方经平等自愿、协商一致签

订本协议,共同遵守本协议所列条款。第十七条均约定:甲乙双方解除或

终止本协议的其他情形,应当符合《中华人民共和国劳动合同法》和国

家及北京市有关规定。第二十一条均约定:双方因履行本协议发生争议

的,应协商解决;协商无效的,当事人可以向甲方劳动争议调解委员会申

请调解;调解不成的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方

也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。这三份服务协议书对陈某

林的工资、福利待遇、保险及考核制度等事项均进行了约定。

自陈某林入职之日起至2014年6月8日止,陈某林的工作岗位涉及日

常居民事务、人大换届选举、经济普查、司法民调、社区宣传以及妇联

工作,等等。陈某林的工资、社会保险、公积金等费用的支出,均由北京

市朝阳区财政通过公共服务经费统一拨付至太阳宫办事处,由太阳宫办

事处发放至陈某林处。

2014年6月8日,服务协议书到期后,太阳宫办事处未与陈某林签订新

的服务协议书,陈某林仍在牛王庙社区工作。

2014年7月15日,太阳宫办事处书面通知陈某林不再续签服务协议, 其不再续签服务协议的理由是服务协议书第十四条第二款“严重违反甲

方规章制度”及第十五条第二款“乙方不能胜任工作,经过培训或者调

整工作岗位,仍不能胜任工作的,甲方提前三十日以书面形式通知乙方或

者额外支付乙方一个月工资后,可以解除服务协议”的规定。现陈某林

的服务协议书到期且存在不能胜任本职工作的情况,故不再续签。

此后,陈某林不再上班。双方就此产生纠纷。

陈某林于2014年7月25日向北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会

申请仲裁。仲裁委以陈某林的申请请求不属于劳动争议仲裁范围为由, 书面通知陈某林不予受理。陈某林不服,诉至一审法院。

北京市社区工作者制度从2000年开始建立。2000年,北京市人事局

印发《北京市社区事业干部管理指导意见(试行)》(现已废止),社区干

部纳入事业编制管理。2002年8月,原北京市人事局、北京市民政局、原

北京市劳动和社会保障局联合出台了《北京市社区专职工作者管理意

见》(京人发[2002]89号,现已废止),将社区专职工作者的范围规定为专

门从事社区居委会工作的主任、副主任和委员,对社区专职工作者的选

举、聘用条件和管理等作出明确规定。2008年9月,北京市委、市政府出

台《北京市社区工作者管理办法(试行)》(京办发[2008] 20号),明确社

区工作者是指在社区党组织、社区居委会和社区服务站专职从事社区管

理和服务,并与街道(乡镇)办事处签订服务协议的工作人员。北京市社

区工作者与街道(乡镇)办事处之间签订《北京市社区工作者服务协议

书》。该管理办法第八条规定:目前已在社区党组织、社区居委会从事

社区管理和服务的专职人员,其签订的聘用合同继续有效,可按照本办法

有关规定享受相应待遇(其待遇从2008年1月1日起调整)。自下届换届选

举后,符合本办法有关规定的人员,统一实行服务协议制度,享受本办法

规定待遇。

根据《北京市社区服务站管理办法》规定,社区服务站是社区

居(村)民委员会专业服务机构,在社区(村)党组织和社区居(村)民委员

会的统一领导和管理下开展工作。

【案件焦点】

陈某林与太阳宫办事处之间是否构成劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第36763号民事裁定书认为

陈某林与太阳宫办事处之间发生的争议不属于劳动争议案件的受案范

围,故裁定驳回陈某林的起诉。陈某林不服该裁定书,提起上诉。

北京市第三中级人民法院审理后作出的(2015)三中民终字第10570

号民事裁定书认为,陈某林与太阳宫办事处签订了《太阳宫地区社区工

作者服务协议书》,协议书中明确该协议根据《中华人民共和国劳动合

同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《北京市社区工作者管

理办法(试行)》和有关规定,经双方平等自愿、协商一致签订。协议为

固定期限劳动合同,双方发生争议的,可向劳动争议仲裁委员会申请仲

裁。因此,陈某林与太阳宫办事处之间存在劳动关系。一审裁定认为陈

某林与太阳宫办事处之间发生的争议不属于劳动争议案件受案范围而驳

回陈某林的起诉,系认定事实和适用法律错误,应予纠正。故裁定撤销一

审裁定,指令一审法院进行审理。

北京市朝阳区人民法院审理后于2016年7月26日作出(2016)京0105

民初13160号民事判决,认为陈某林作为社区工作者与太阳宫办事处签订

有服务协议书,双方形成合同关系。现太阳宫办事处在其管理职责范围

内,根据双方之间服务协议书的相关约定与陈某林解除合同关系,并无不

妥,故判决驳回陈某林的诉讼请求。宣判后,陈某林提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为:公民、法人的合法权益受法

律保护。北京市社区工作者制度是为规范和加强北京市城市社区治理而

建立的。

关于太阳宫办事处与陈某林之间是否构成劳动关系的问题。首先, 从陈某林与太阳宫办事处签约情况来看,陈某林连续三次与太阳宫办事

处签订服务协议书,协议书均载明为劳动合同,争议解决途径为劳动争议

仲裁程序,双方就提供劳动力、支付报酬、福利待遇等基本要素均达成

一致意见。故可以认定,双方当事人在签约时均具备建立劳动关系的真

实意思表示,三份服务协议书的性质均为劳动合同。

其次,从陈某林与太阳宫办事处履约情况来看,双方当事人实际履约

情况,符合原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》

中认定劳动关系的标准:

1.用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格

《中华人民共和国劳动合同法》第二条第二款规定,国家机关、事

业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、

解除或者终止劳动合同,依照本法执行。

《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织

法》第六十八条第三款规定,市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级

人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。

太阳宫办事处系北京市朝阳区人民政府的派出机关,现无法律规定

限制其作为劳动关系的主体。故依据上述法律规定,太阳宫办事处具备

劳动关系的主体资格。陈某林作为具有行为能力的自然人,亦具备劳动

关系的主体资格。

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

根据双方当事人签订的服务协议书内容,陈某林的工作地点、岗位

教育培训、考核奖惩、工作时间和休假安排、工资以及保险待遇等事

项,均受太阳宫办事处的管理。从太阳宫办事处举证陈某林不胜任工作

的材料和考勤材料来看,亦可以体现太阳宫办事处对陈某林的管理情

况。陈某林的劳动报酬亦由太阳宫办事处发放。

3.劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分

《中华人民共和国城市居民委员会组织法》第二条规定,居民委员

会是居民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。不设

区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关对居民委员会的工作给予

指导、支持和帮助。居民委员会协助不设区的市、市辖区的人民政府或

者它的派出机关开展工作。

太阳宫办事处是北京市朝阳区人民政府的派出机构,太阳宫办事处

辖区内的居委会协助太阳宫办事处履行政府公共管理职能。根据《北京

市社区服务站管理办法》,社区服务站的设立、撤销、调整由居委会提

出,街道办事处决定。社区服务站是居委会的专业服务机构,在社区党组

织、居委会的统一领导和管理下开展工作。陈某林在居委会和社区服务

站的工作内容包括日常居民事务、人大换届选举、经济普查、司法民

调、社区宣传以及妇联工作等,都体现了社会公共利益的需要,属于太阳

宫办事处的公共管理职能范围。

最后,从北京市社区工作者制度的发展历程来看,该制度的发展状况

与现阶段中国劳动法领域的法律规定的变化密切相关。从北京市政府部

门发布的不同文件和配套合同可以看出,街道(乡/镇)办事处与社区工作

者之间的关系,逐步从事业编制的管理发展为劳动关系。2008年1月1日,

《中华人民共和国劳动合同法》施行,街道(乡/镇)办事处与社区工作者

之间最终形成清晰明确的劳动关系。同年,北京市委、市政府发布了

《北京市社区工作者管理办法(试行)》,并制定了配套的《北京市社区

工作者服务协议书(示范文本)》。该管理办法与服务协议书均载明依据

的法律规定是《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合

同法实施条例》;服务协议书中更是明确了协议属于劳动合同;该管理办

法亦规定:“目前已在社区党组织、社区居委会从事社区管理和服务的

专职人员,其签订的聘用合同继续有效,可按照本办法有关规定享受相应

待遇(其待遇从2008年1月1日起调整)。”

本案中,陈某林虽于2002年入职太阳宫办事处,但太阳宫办事处与其

之间用工关系的性质存在变化发展的过程,双方于2008年1月1日形成事

实劳动关系。

综上所述,从双方当事人签约的真实意思表示、合同履行情况及社

区工作者制度的发展历程来看,可以认定:太阳宫办事处与陈某林之间构

成劳动关系。太阳宫办事处认为双方之间属于特殊法律关系、不构成劳

动关系的意见,缺乏事实依据,本院不予采纳。上诉人陈某林主张与太阳

宫办事处之间构成劳动关系的意见,本院予以采纳。

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

百七十条第一款第二项之规定,作出如下判决:

一、撤销北京市朝阳区人民法院(2016)京0105民初13160号民事判

决;

二、北京市朝阳区人民政府太阳宫地区办事处于本判决生效之日起

七日内支付陈某林违法解除劳动关系赔偿金55440元;

三、北京市朝阳区人民政府太阳宫地区办事处于本判决生效之日起

七日内支付陈某林2014年6月9日至2014年7月15日期间未签订劳动合同

双倍工资差额955.86元;

四、驳回陈某林的其他诉讼请求。

【法官后语】

北京市街道办事处与社区工作者之间是否构成劳动关系的问题,目

前没有明确的法律规定,司法实践中的处理结果亦不统一,本案正是观点

分歧的集中体现。本案在历经仲裁机构的审理、一审的两次审查、二审

的两次审查后,最终确定北京市地区社区工作者与所属街道之间构成劳

动关系,同时考虑社区工作者制度的历史沿革,对认定劳动关系的溯及力

进行了确定。本案系北京市法院首次将北京市地区街道办事处与社区工

作者之间构成劳动关系进行明确,规范了此类用工行为和用工制度,对劳

动者权益的保护具有重大意义。

本案在认定社区工作者与街道办事处之间是否构成劳动关系的问题

上,从以下三个方面进行了考察:

1.双方是否具备签订劳动合同的合意。从社区工作者与街道办事处

签订的服务协议的内容上看,服务协议载明为劳动合同,争议解决途径是

劳动争议仲裁,并且双方对提供劳动力、支付报酬、福利待遇等劳动关

系的基本要素达成了合意,所以可以认定双方在签订服务协议时具备建

立劳动关系的意思表示。

2.履行合同的情况是否符合劳动关系的特征。本案中,按照原劳动

和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定,认定劳动

关系,应符合以下三个标准:第一,用人单位和劳动者符合法律、法规规

定的主体资格。街道办事处是政府的派出机关,具备劳动关系的主体资

格,社区工作者亦具备劳动关系的主体资格。第二,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。街道办事处对社区工作者进行培训、管理

和考核,社区工作者的工作地点、工作时间、工资保险待遇等均受到街

道办事处的管理,工作中亦受到街道办事处制定的各项规章制度的约

束。其报酬虽由财政统一拨付,但亦系由街道办事处发放至社区工作

者。第三,劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。街道办事处

是政府的派出机构,居委会协助街道办事处履行政府公共管理职能,而社

区服务站是居委会的专业服务机构,在社区党组织、居委会的统一领导

和管理下开展工作。社区工作者的工作岗位及内容都体现了社会公共利

益的需要,属于街道办事处的公共管理职能范围。综合以上三个方面考

虑,社区工作者与街道办事处的合同履行情况均符合劳动关系的认定标

准。

3.是否处于北京市社区工作者与街道办事处之间发展为劳动关系的

历史阶段。北京市社区工作者制度自2000年建立,其发展状况与现阶段

中国劳动法领域的法律规定的变化密切相关,因此,认定社区工作者与街

道办事处之间是否构成劳动关系,必须考察其所处的历史背景。2000年

北京市社区工作者制度建立之初,北京市发布了《北京市社区事业干部

管理指导意见(试行)》将社区干部纳入事业编制管理,2002年的《北京

市社区专职工作者管理意见》,将社区专职工作者的范围规定为专门从

事社区居委会工作的主任、副主任和委员。2008年1月1日,《中华人民

共和国劳动合同法》正式施行。同年北京市发布的《北京市社区工作者

管理办法(试行)》明确社区工作者是指在社区党组织、社区居委会和社

区服务站专职从事社区管理和服务,并与街道(乡镇)办事处签订服务协

议的工作人员,并制定了配套的《北京市社区工作者服务协议书(示范文

本)》。该管理办法与服务协议书均载明其依据的法律规定是《中华人

民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》;服务

协议书中更明确协议属于劳动合同。由此可以看出,街道办事处与社区

工作者之间的关系,逐步从事业编制的管理发展为劳动关系。

关于认定社区工作者与街道办事处之间的劳动关系的溯及力问题。

由于《中华人民共和国劳动合同法》自2008年1月1日起正式施行,现行

的《北京市社区工作者管理办法(试行)》中亦规定:“目前已在社区党

组织、社区居委会从事社区管理和服务的专职人员,其签订的聘用合同

继续有效,可按照本办法有关规定享受相应待遇(其待遇从2008年1月1日

起调整)”,故本案将认定社区工作者与街道办事处之间存在劳动关系的

时间点确定为2008年1月1日。

编写人:北京市第三中级人民法院 邓青菁 冯妍

2符合劳动法律关系内涵的用工关系应当认定为劳

动关系

——江苏澳吉尔生态农业科技股份有限公司诉曾某峰确认劳动关系

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院(2017)苏08民终2818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):江苏澳吉尔生态农业科技股份有限公司

被告(被上诉人):曾某峰

【基本案情】

2015年9月14日,江苏澳吉尔生态农业科技股份有限公司(甲方,以下

简称澳吉尔公司)与曾某峰(乙方)签订《劳务雇佣合同书》,约定:甲方

雇用乙方为明祖陵基地经理,乙方需在上述工作地点的日常生产经营和

管理方面提供劳务。劳务期限自合同签订之日起一年,期满前一个月双

方可协商续订;甲方于每月15号左右向甲方发放工资。乙方需根据甲方

制定的该岗位责任书内容和要求生产经营及管理,接受甲方考核,合同还

对工作岗位调整、遵守工作纪律等方面进行了约定。曾某峰于协议签订

之日入职澳吉尔公司担任基地经理,按公司要求从事相应工作,澳吉尔公

司也向其发放工作牌,按照公司管理制度对其进行考勤、考核并按月发

放工资。至2016年9月一年期满后,双方又续签一份合同。2016年12月18

日,曾某峰因在工作中受伤,双方就该事宜协商不成,曾某峰遂未再至澳

吉尔公司上班。2017年2月,被告曾某峰向盱眙县劳动人事争议仲裁委员

会(以下简称盱眙劳动仲裁委)申请确认与澳吉尔公司存在劳动关系,盱

眙劳动仲裁委经审理认为,双方虽签订的是劳务雇佣合同,但澳吉尔公司

制定的各项规章制度适用于曾某峰,曾某峰受澳吉尔公司的劳动管理,被

安排有报酬的劳动,该劳动是澳吉尔公司的义务组成部分,故支持了曾某

峰的仲裁请求。

经查明,被告曾某峰系盱眙县三墩电灌站职工,属事业单位在编人

员。但因官滩镇三墩电灌站属于财政定额补助的事业单位,自1998年起

该单位无法正常发放职工工资,部分年度也只能发放10000元左右不等的

生活费,曾某峰等多名职工外出自谋职业维持生计,仅在农忙灌溉季节自

行或委托家人回电灌站从事相应工作。

【案件焦点】

曾某峰的事业单位人员身份能否阻却其与澳吉尔公司形成劳动关

系。

【法院裁判要旨】

江苏省盱眙县人民法院经审理认为:澳吉尔公司与曾某峰签订合同

约定权利义务,向曾某峰发放工作牌,要求曾某峰遵守其单位制定的各项

规章制度,并以此对其考核、考勤并发放工作报酬,曾某峰依约提供劳动

并领取报酬,双方之间权利义务关系符合劳动法律关系的内涵。对于澳

吉尔公司的抗辩事由,经核实,被告虽与盱眙县三墩电灌站间存在人事关

系,但由于单位经费等多方面原因,双方并未保持正常的劳动关系履行状

态,盱眙县三墩电灌站发放的生活费亦不足以维持曾某峰的正常生活,曾

某峰在此情况下至澳吉尔公司就职以维持生计,是行使其基本且天然的

权利,于法并无不妥,澳吉尔公司所诉事由无依据,本院不予支持。另,澳

吉尔公司与曾某峰所形成的事实法律关系的性质并不因双方约定而改

变。

江苏省盱眙县人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第七条

之规定,作出如下判决:

确认原告澳吉尔公司与被告曾某峰间存在劳动关系。

澳吉尔公司提起上诉。淮安市中级人民法院经审理认为:合同性质

的认定不能仅凭合同名称而定,应当根据合同内容所涉法律关系,即合同

双方当事人所设立的权利义务内容来确定合同的性质。就本案而言,虽

然澳吉尔公司与曾某峰所签订的合同名称为《劳务雇佣合同书》,但该

合同内容却反映出以下事实:澳吉尔公司制定的各项规章制度适用于曾

某峰,曾某峰受上诉人的劳动管理,从事澳吉尔公司安排的有报酬的劳

动,且曾某峰提供的劳动是被澳吉尔公司业务的组成部分。因此,该合同

约定的权利义务内容并不符合劳务合同的法律特征,而与劳动关系法律

特征相符,应当认定本案合同性质为劳动合同。

虽然在澳吉尔公司与曾某峰签订合同之后,曾某峰仍然与盱眙县三

墩电灌站之间存在人事关系,但曾某峰既不为盱眙县三墩电灌站提供劳

动,盱眙县三墩电灌站也不提供工作岗位,其发放的生活费很难满足曾某

峰的生活需求,难以为曾某峰提供职业保障和职业发展,更不能为曾某峰

的人格发展提供条件。而反过来看,澳吉尔公司为曾某峰提供工作岗位, 曾某峰付出劳动,两者之间的关系符合劳动关系的一切特征,故应当认定

上诉人与被上诉人之间存在劳动关系。此外,公务员法中不得兼职的限

制条件是在保障公务员及相应人员正常的基本生活水平的前提下确定

的,现在盱眙县三墩电灌站发放的生活费难以维持曾某峰的生存,在此情

况下,曾某峰至澳吉尔公司工作,并不违反法律的限制性规定。

淮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】

本案中,双方的核心争议点在于曾某峰的事业单位人员身份能否成

为双方间形成劳动关系的阻却因素。随着城镇化的发展,乡镇“七所八

站”虽还保留着事业单位编制,但由于属于财政定额补助的事业单位,事

实上单位不能正常发放工资,亦无法提供工作岗位,在此情况下,绝大部

分人员选择外出自谋职业以维持生计。对于处于该种情况下的事业单位

人员,与新的工作单位间能否形成劳动关系,关系到该类人员能否享受到

劳动法上规定的劳动者的各类权利,如本案中,曾某峰之所以要求确认与

澳吉尔公司的劳动关系,主要是因为其能就其在工作中遭受的损伤享受

工伤保险待遇。澳吉尔公司的否定理由在于曾某峰作为事业单位人员, 应参照公务员法的规定管理,而《中华人民共和国公务员法》规定公务

员不得从事营利性兼职工作,但上述规定并不适用于本案,原因在于《中

华人民共和国公务员法》的规定适用于正常履职并领取工资的公务员, 而盱眙县三墩电灌站与曾某峰之间显然处于非正常履职状态,曾某峰在

澳吉尔公司工作也并不能纳入兼职范畴。排除上述因素,澳吉尔公司与

曾某峰之间的关系符合了劳动法律关系的一切特征,应当认定双方存在

劳动关系。

另外,劳动者以自己劳动获得报酬以维持生计,系行使其基本、天然

的权利,应当得到法律的保护,而一份劳动合同的正常履行,除了保障劳

动者的基本生存权之外,也为劳动者提供了能力及人格发展的保障,有利

于劳动关系的稳定发展。

编写人:江苏省盱眙县人民法院 王云云

3个人将工程建筑行业资格证挂靠获利的,若实际

并未向单位提供劳动,应认定为个人与单位之间不

成立劳动关系

——汤某生诉四川省国富建设工程有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市中级人民法院(2017)川01民终9603号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告(上诉人):汤某生

被告(被上诉人):四川省国富建设工程有限公司

【基本案情】

2015年2月9日,汤某生与四川省国富建设工程有限公司(下称国富公

司)签订《建造师聘用协议书》(简称《聘用协议》)一份,约定:“甲方

(国富公司)同意聘用乙方(汤某生)为二级建造师,并在乙方的配合下为

其办理初注手续,聘用期限为一年(即2016年2月9日到期),国富公司须按

时向汤某生支付聘用工资(房建转注成功按底薪3000元/月计算,市政专

业注册成功后按底薪3500元/月计算,每次出场200元,住宿费、交通费实

报实销),合同期间,国富公司仅有权使用乙方的资质证书用于招投标工

作,汤某生需配合国富公司出场参加投标。”其间,国富公司除安排汤某

生出场参加招投标外,未安排其参加其他工作,且《聘用协议》并未就汤

某生应当遵守的劳动纪律、劳动管理制度进行约定。汤某生也陈述“要

开标时公司通知我拿资料,然后去外地出差”。后双方发生纠纷,汤某生

起诉要求国富公司支付基于双方存在劳动关系产生的部分未签订书面劳

动合同二倍工资、赔偿金等款项。

【案件焦点】

汤某生与国富公司之间是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

成都市金牛区人民法院经审理认为:认定劳动关系是否存在,不仅应

审查是否有书面劳动合同,还应审查当事人之间是否符合劳动关系的实

质要件。存在用工或者提供劳动是成立劳动关系的关键,本案中,汤某生

与国富公司虽然签订了《聘用协议》,但该协议不具备劳动合同的基本

构成要件,《聘用协议》没有对工作内容、劳动保护、劳动条件、劳动

纪律等反映劳动关系的实质要件进行约定,而汤某生并未按国富公司的

规章制度上班提供劳动。《聘用协议》实际系对汤某生所持有的建造师

资格证的“使用”所作的约定,而非针对汤某生所提供劳动的约定,同

时,汤某生仅在国富公司进行招投标时出场,以配合国富公司完成招、投

标,并无其他实际工作内容。因此,该《聘用协议》既不符合劳动合同的

形式要件,也不满足劳动合同的实质要件,汤某生与国富公司之间的劳动

关系不成立。

成都市金牛区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十

四条第一款、《中华人民共和国劳动合同法》第十七条之规定,作出如

下判决:

驳回汤某生的诉讼请求。

汤某生持原审起诉意见提起上诉。成都市中级人民法院经审理认

为:首先,《聘用协议》并无具体工作内容、劳动条件、劳动纪律等反映

劳动关系实质要件的约定,其实质系对汤某生建造师资质使用相关事宜

的约定,而与汤某生作为建造师所从事的工作,即从事建筑活动的专业技

术无任何关联。一审法院认定双方签订的《建造师聘用协议》不具备劳

动合同的基本构成要件,不能作为双方建立劳动关系的依据并无不当。

其次,汤某生仅在国富公司进行招投标时出场,以配合国富公司完成招投

标,并无其他实际工作内容,其实质也系国富公司对汤某生建筑师资质的

使用。一审法院认定汤某生与国富公司之间劳动关系不成立并无不当。

成都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】

实践中,用人单位往往因资质申报、验收等需要专业人员参与其中, 于是通过“空挂资质”的形式规避法律,这种“空挂资质”的行为系以

合法形式掩盖非法目的的违法行为。

审理“空挂资质”案件的关键点,是判断个人与单位之间是否存在

真正的劳动关系。“空挂资质”用工关系的认定需要考虑以下几个因

素:第一,工作时间的审查。主要审查是否按照单位规定正常上下班,主

要依据考勤表、工资发放表等综合确定。第二,工作地点的审查。主要

审查是否在劳动合同指定的工作地点工作,同时要审查工作的连贯性、

持续性等。主要依据考勤表等确定,如出差还需结合工种以及出差的相

应材料综合认定。第三,工作内容的审查。主要审查是否提供劳动,且该

劳动应系工作的最主要内容,也是获取相应报酬的最直接来源。在“空

挂资质”的情况下,如投标等事宜可能也确需个人亲自处理,看似提供了

劳动,但此处的提供劳动并不是本质,而仅仅是一种“工具”,报酬更多

的是体现在资质证书的使用价值上。简言之,真实的劳动关系是“以劳

为本,以劳获酬”,而“空挂资质”是“以证为本,以证获利”。

本案中,《聘用协议》没有对工作内容、劳动保护、劳动条件、劳

动纪律等实质要件进行约定;在工作内容方面,仅约定劳动者需配合用人

单位出场参加投标,除此之外,并无其他工作安排;在劳动报酬方面,约定

的底薪实乃劳动者凭借挂靠建造师资质收取的报酬,而非因提供劳动取

得的报酬,且劳动者参加招、投标工作的报酬由单位另行支付。本案中

的现有证据难以证明双方之间存在实际用工,其本质系违法的“借资获

利”。

编写人:四川省成都市金牛区人民法院 游廷君 李雪 赵泽龙

4股东兼任公司法定代表人的,与该公司之间是否

存在劳动关系

——户某诉北京素裹繁衣服装有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市房山区人民法院(2017)京0111民初10858号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:户某

被告:北京素裹繁衣服装有限责任公司(以下简称繁衣公司)

【基本案情】

2011年7月20日,张乙、张丙与户某三人签订合作协议,约定成立繁

衣公司,进行网络、实体服装销售。2011年8月31日,繁衣公司注册成立, 户某为法定代表人,张乙为繁衣公司监事,张丙为繁衣公司经理,三人在

公司成立后共同筹备公司运营。2013年6月,户某与张乙、张丙发生纠

纷,此后,张乙、张丙未退出公司,也未参与公司经营,繁衣公司由户某一

个人负责经营。

2014年4月17日,张乙、张丙以合伙协议纠纷为由起诉户某,要求繁

衣公司进行清算并返还合伙收益1万元,后撤回起诉。2015年10月22日,

张乙、张丙以与公司有关的纠纷为由起诉户某,认为户某侵害出资人权

益,要求户某退出公司并返还投资收益1万元。经法院主持调解,双方自

愿达成一致协议:一、户某于2016年5月23日将其在繁衣公司的50%的股

权无偿转让给张丙,并配合张丙到工商行政部门办理股权变更登记手续; 二、户某将繁衣公司营业执照原件、组织机构代码证原件、公章及财务

章一并交付张乙;三、各方无其他争执。法院作出(2015)房民(商)初字

第15557号民事调解书,确认上述协议。

后,繁衣公司以损害公司利益责任纠纷为由,起诉户某至本院,2017

年3月17日,本院作出(2016)京0111民初16368号民事判决书,判决户某赔

偿繁衣公司2011年9月至2016年5月期间的经济损失165964.3元。户某不

服该判决,上诉至北京市第二中级人民法院。2017年8月30日,该院作出

判决:驳回上诉,维持原判。

2017年4月7日,户某向北京市房山区劳动人事争议仲裁委员会申请

仲裁,要求:1.确认其与繁衣公司2012年6月1日至2016年5月1日期间存在

劳动关系;2.繁衣公司支付其2012年6月1日至2016年5月1日期间工

资106863元。2017年6月15日,北京市房山劳动人事争议仲裁委员会以京

房劳人仲字[2017]第1244号裁决书,裁决驳回户某的仲裁请求。户某不

服仲裁裁决,诉至本院,要求法院确认2012年6月1日至2016年5月1日期间

原告与被告存在劳动关系;被告支付原告2012年6月1日至2016年5月1日

的工资106863元。

【案件焦点】

户某作为繁衣公司的法定代表人是否具备劳动法律关系中的劳动者

主体资格。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为:劳动关系的认定要考虑以下因

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业

务的组成部分。用人单位和劳动者之间是管理与被管理的关系,劳动关

系具有隶属性。

本案的争议焦点为户某作为繁衣公司的法定代表人是否具备劳动法

律关系中的劳动者主体资格。

首先,从法定代表人的身份定性来看,《中华人民共和国公司法》第

十三条规定:公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事

或经理担任,并依法登记。从该规定可知,不同于劳动者与公司之间所具

有的身份隶属关系和劳动管理关系,法定代表人与公司之间的关系突出

表现为投资关系、代表关系和控制关系。具体到本案,户某对内因公司

发起设立时投资入股而具备股东身份,对外因工商注册登记的公示效力

而具备法定代表人身份,且从繁衣公司的实际运作层面而言,户某完全支

配繁衣公司的经营、收益,自行决定劳动分配、工资数额及发放、社会

保险缴纳等所有事务,其具备对繁衣公司排他、完全的控制权。因此,无

论从其与公司的投资关系、代表关系还是控制关系来看,户某作为法定

代表人的身份定性都与劳动者明显不同。

其次,从关系建立的方式和途径来看,劳动者与用人单位建立劳动关

系的通常途径为应聘和招工,在用人单位对劳动者的劳动技能、素养进

行考量,劳动者对用人单位的薪资标准、福利待遇、劳动条件等进行比

较的基础上,双方经合意从而建立劳动关系。而法定代表人则依据公司

法和公司章程的规定,由董事会选举产生,经由董事会委任,在因股东人

数较少或规模较小而不设董事会的有限责任公司,也可由股东会委任。

本案中,繁衣公司未设董事会,但从其他股东从未质疑户某法定代表人身

份的情形来看,户某担任法定代表人系得到全部股东认可,其法定代表人

身份的任免受公司章程的规制,与劳动合同的订立、履行、终止、解除

规则完全不同。

最后,从劳动报酬的角度来看,户某自述系根据公司的经营收益而

定,主要体现的是对其经营管理的激励,而并非劳动者工资的对价性和保

障性的结合。

综上,从身份属性、产生方式和报酬性质等方面综合分析,户某作为

繁衣公司的法定代表人与普通劳动者存在显著区别,其要求确认与繁衣

公司2012年6月1日至2016年5月1日期间存在劳动关系的主张,本院难以

支持。户某基于劳动关系,要求繁衣公司支付上述期间工资的请求,本院

亦不予支持。

北京市房山区人民法院根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁

法》第六条规定,判决如下:

驳回原告户某的全部诉讼请求。

一审宣判后,双方当事人均未提起上诉,现一审判决书已经发生法律

效力。

【法官后语】

劳动关系的认定要考虑以下因素:(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业务的组成部分。用人单位和劳动者

之间是管理与被管理的关系,劳动关系具有隶属性。

法定代表人是否能与公司建立劳动关系,具体区分不同情况,在兼任

法定代表人的股东对公司具有全面控制权的情况下,应认定双方不存在

劳动关系。首先,从法定代表人的身份定性来看,《中华人民共和国公司

法》第十三条规定,公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执

行董事或经理担任,并依法登记。从该规定可知,不同于劳动者与公司之

间所具有的身份隶属关系和劳动管理关系,法定代表人与公司之间的关

系突出表现为投资关系、代表关系和控制关系。作为法定代表人的身份

定性与劳动者明显不同。其次,从关系建立的方式和途径来看,劳动者与

用人单位建立劳动关系的通常途径为应聘和招工,在用人单位对劳动者

的劳动技能、素养进行考量,劳动者对用人单位的薪资标准、福利待

遇、劳动条件等进行比较的基础上,双方经合意从而建立劳动关系。而

法定代表人则依据公司法和公司章程的规定,由董事会选举产生,经由董

事会委任,在因股东人数较少或规模较小而不设董事会的有限责任公司, 也可由股东会委任。其法定代表人身份的任免受公司章程的规制,与劳

动合同的订立、履行、终止、解除规则完全不同。最后,从劳动报酬的

角度,法定代表人系根据公司的经营收益而定,主要体现的是对其经营管

理的激励,而并非劳动者工资的对价性和保障性的结合。

综上,从身份属性、产生方式和报酬性质等方面综合分析,法定代表

人与普通劳动者存在显著区别,不宜认定双方存在劳动关系。当然,若法

定代表人并不具备股东身份,而为公司对外聘请的职业经理人的,应当认

定存在劳动关系。

编写人:北京市房山区人民法院 苏银华

5网络共享经济下网约车劳动关系的确认

——苏某重诉北京易快行技术服务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(2017)京02民终2073号民事裁定书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):苏某重

被告(被上诉人):北京易快行技术服务有限责任公司

第三人(被上诉人):北京冠华英才国际经济技术有限公司、北京东

方车云信息技术有限公司

【基本案情】

苏某重诉称,其自2014年12月22日入职北京易快行技术服务有限责

任公司(以下简称易快行公司),担任专职司机一职,工作至2015年7月31

日,月工资13000元,工资构成为基本工资、奖金、绩效工资、补贴,工资

收入与接单量相关,其每天必须出车,工作时间不固定,完成一定单数之

后可以自由支配时间。工作期间苏某重受易快行公司的管理,并按照该

公司的规定完成工作任务,并与其建立了劳动关系,但易快行公司未与苏

某重签订书面劳动合同,未缴纳社会保险,未付应休未休的年假补偿,未

支付未签订劳动合同双倍工资差额。易快行公司辩称,其与苏某重之间

不存在劳动关系,苏某重不是其单位员工,其没有向苏某重支付工资。

苏某重就其上述主张提交了驾驶员劳务协议、交通银行明细等证据

材料予以证明。驾驶员劳务协议显示,甲方为易快行公司,乙方为苏某

重,其上有易快行公司合同专用章及苏某重签字。该驾驶员劳务协议约

定:双方明确约定该协议性质为劳务合同,双方建立劳务关系,本协议不

在《中华人民共和国劳动法》调整范围内。上述交通银行明细显

示,2015年2月至7月存在多次转账,交易类型为“工资”,交易对手分别

为魏某某、易快行公司、北京冠华英才国际经济技术有限公司(以下简

称冠华英才公司)。易快行公司对驾驶员劳务协议表示不能确认,主张其

与魏某某、冠华英才公司之间均没有关系,2015年3月30日转款130元并

非工资,具体转款项目无法核实。

根据已经生效的(2015)丰民初字第06253号民事判决书中的部分内

容显示,北京东方车云信息技术有限公司(以下简称东方车云公司)系易

到用车网和易到用车手机客户端的经营者,通过网站和手机客户端向用

户提供互联网约租车服务平台。苏某重对上述查明的事实无异议,并认

可其通过易到用车平台接收订单后提供服务,并主张东方车云公司与易

快行公司之间系关联关系。易快行公司对上述查明的事实无异议,同时

主张经营平台不涉及劳动关系的认定。

【案件焦点】

苏某重与易快行公司之间是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:劳动合同较之一般合同必须符

合更多的国家强制性规定,但其实质仍是双方当事人合意的体现。因此, 劳动关系成立的标志,应是劳动者与用人单位达成了建立劳动关系

的“合意”。这种“合意”的建立应贯彻自愿、平等原则,“合意”的

具体内容则包括工作时间、休息休假、劳动报酬、社会保险等。在双方

未签订劳动合同的情况下,要判断双方是否存在劳动关系,应结合双方是

否存在建立劳动关系的“合意”、工资支付以及具体工作情况等因素进

行综合认定。本案中,苏某重与易快行公司就双方是否存在劳动关系各

执一词。易快行公司虽对苏某重提交的驾驶员劳务协议中的盖章不予认

可,但在本案诉讼过程中放弃鉴定,故本院对驾驶员劳务协议的真实性予

以采信。驾驶员劳务协议明确约定该协议性质为劳务合同,双方建立劳

务关系,本协议不在《中华人民共和国劳动法》调整范围内。苏某重作

为完全民事行为能力人在该协议中签字认可,应视为其意思表示真实。

故从驾驶员劳务协议的名称及具体内容上看,易快行公司与苏某重并未

有建立劳动关系的“合意”。此外,苏某重亦认可其工作时间不固定,在

完成一定接单量后可自己安排时间。故综合本案现有证据及查明的情

况,苏某重关于要求确认其与易快行公司自2014年12月22日至2015年7月

31日期间存在劳动关系的诉讼请求依据不足,本院不予支持。苏某重关

于要求支付其自2015年1月22日至2015年7月31日未签订劳动合同的二倍

工资差额90000元的诉讼请求缺乏依据,本院不予支持。因冠华英才公司

及东方车云公司经本院传票传唤,无正当理由未出庭应诉,应视为其放弃

诉讼的权利,由此产生的法律后果应由其承担。综上所述,判决如下: 驳回苏某重的全部诉讼请求。

苏某重持相同意见上诉至北京市第二中级人民法院,后撤回上诉。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十三条之规定,北京市第

二中级人民法院裁定:

准许苏某重撤回上诉。

【法官后语】

本案的处理重点主要在于在双方未签订劳动合同的情况下,如何判

断司机与网约车平台之间是否存在劳动关系。

以网约车为代表的网络共享经济为人们带来方便的同时,也为传统

的劳动法律关系带来了巨大的挑战,模糊了劳动关系与合作关系之间的

界限。《北京市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则》与《网络预

约出租汽车经营服务管理暂行办法》两份文件均对网约车的劳动关系建

立持开放性态度,“网约车平台公司……与驾驶员签订多种形式的劳动

合同或者协议”,随着网约车规模与日俱增,实务中如何确认劳动关系及

其判断标准的问题日益凸显。

目前,我国已经有215个文件提及“劳动关系”,但尚未有任何文件

明确给出其法律定义,更没有明文指出劳动关系的界定标准。现主要依

照《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一项之规定确认劳动关

系。“主体资格”“规章制度适用”“用人单位安排有酬劳动”“业务

组成部分”,以上构成了确认劳动关系的基本要素。在现有的从属性审

查模式下,除了“主体资格”之外,法院对“劳动管理”“规章制度适

用”“用人单位安排有酬劳动”“业务组成部分”等要素均有较大的裁

量空间。在已有的要素中,“业务组成部分”的内涵最为宽泛,进一步明

确的意义不大,而最应当加强解释的是“劳动管理”。在“劳动者受用

人单位的劳动管理”的状态下,同时存在“用人单位依法制定的各项劳

动规章制度适用于劳动者”与“从事用人单位安排的有报酬的劳动”这

两个下位补充条件,就可以断定符合确认标准。这也是确认劳动关系的

核心要素。

本案中,司机驾驶的车辆属于易快行公司,东方车云公司系易到用车

手机客户端经营者,为司机发放薪酬的是冠华英才公司,而支付押金的则

是名叫魏某某的个人,且此人并非易快行公司员工,但是在东方车云公司

上有社保。各涉案公司均未为司机缴纳社会保险,亦未签订劳动合同,且

均否认存在劳动关系。关于工作内容和用工管理,司机通过网络打车软

件平台提供服务,该项服务是东方车云公司业务组成部分。司机报酬来

源于冠华英才公司,但是其并不知晓该公司。

该案主体众多,每位主体均具有一定的确认劳动关系的要素,从提供

劳动工具、提供劳动场所、支付劳动报酬到支付押金来看,双方均符合

法律、法规规定的主体资格;在提供的劳动是用人单位的业务组成部分

的情况下,打车网络平台与原告之间是否存在“管理与被管理”的关系

成为确认存在劳动关系的关键。本案中,网络平台运营商是东方车云公

司,由网络平台给司机指令派单而展开工作,司机每天登录与退出时间均

有平台制度约束。基于“劳动管理”分析,可以证明司机并非与易快行

公司存在劳动关系,而是与运营网络平台的东方车云公司之间存在劳动

关系。本案中,在从业司机未能举证证明其提供的劳动为易快行公司的

业务组成范围、接受该公司的劳动管理、从事该公司安排的有报酬的劳

动的情况下,无法达到证明存在劳动关系的证明标准。

编写人:北京市丰台区人民法院 刘钟泽

6社保挂靠是否能认定为建立劳动关系

——厦门市老虎山新材料有限公司诉陈某勇劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02民终4428号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):厦门市老虎山新材料有限公司

被告(被上诉人):陈某勇

【基本案情】

被告陈某勇在原告厦门市老虎山新材料有限公司(以下简称老虎山

公司)处工作,双方未签订书面劳动合同,口头约定陈某勇的薪资组成是

底薪加抽成。2016年3月至10月,老虎山公司通过银行转账方式按月支付

工资给陈某勇:2016年3月14日支付8637.58元,2016年4月13日支付

7978.79元,2016年5月13日支付7756.18元,2016年6月15日支付11676.34

元,2016年7月13日支付12137.34元,2016年8月29日支付7445.97元,2016

年9月14日支付7270.97元,2016年10月13日支付4879.98元。

2017年1月9日,陈某勇向厦门市海沧区劳动争议仲裁委会(以下简称

海沧仲裁委)申请仲裁,请求裁决:1.老虎山公司向陈某勇支付2016年9月

未足额支付的工资9555元、2016年10月工资12397元、2016年11月工

资13786元、2016年12月工资11445元、2017年1月1日至1月9日工资3517

元;2.老虎山公司支付陈某勇2016年2月至12月未签劳动合同的二倍工资

差额93500元及全年提成39800元;3.老虎山公司支付陈某勇2016年5月至

10月的高温补贴1000元;4.老虎山公司向陈某勇支付差旅费2145元、餐

费1280元;5.老虎山公司支付陈某勇2016年未休年休假工资24448元。以

上共计212873元。2017年2月24日,海沧仲裁委作出厦海劳仲案【2017】

064号裁决书,裁决:1.本裁决书生效之日起十日内,老虎山公司应一次性

支付陈某勇工资及全年销售提成小计65329.76元,二倍工资差额

83881.61元,未休年休假工资10128.51元,以上款项合计159339.88元。

2.驳回陈某勇的其他申请请求。该裁决书于2017年3月15日送达老虎山

公司,老虎山公司因不服该裁决于2017年3月27日诉至海沧区人民法院。

被告陈某勇提交:1.《厦门市社会保险管理中心社会保险参保缴费

情况证明(个人)》,载明参保人姓名陈某勇,单位名称厦门集大科技发展

有限公司,费款所属期为2011年1月至2016年12月。2.厦门集大科技发展

有限公司出具的《证明》及《收款收据》,拟证明陈某勇医社保与住房

公积金挂靠在厦门集大科技发展有限公司,公司只是代陈某勇缴纳医社

保及住房公积金,陈某勇并非公司员工。3.《中国人民解放军士兵退出

现役证》,载明陈某勇于1993年12月1日入伍,1997年12月1日退伍,累计

工作时间已超20年。4.《2~12月总销售量报表》拟证明其销售业绩

为3377631元。5.老虎山公司与华润混凝土(厦门)有限公司2016年10

月、11月、12月的对账单各一份及《销售合同》一份,拟证明陈某勇完

成的销售任务,老虎山公司应支付底薪及销售提成。

另查,在诉讼过程中,被告陈某勇向海沧区人民法院提出保全申请, 请求对老虎山公司价值160000元的财产进行查封、扣押、冻结,并已交

纳保全费1320元。海沧区人民法院依法作出(2017)闽0205民初1177号民

事裁定书并采取保全措施。

【案件焦点】

在未签订书面劳动合同且存在挂靠第三方缴纳社保的情况下,如何

界定双方是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市海沧区人民法院经审理认为:

本案系劳动争议纠纷,争议问题如下:

第一,劳动关系存续期间的认定。老虎山公司主张为2016年2月至

2016年9月,陈某勇主张为2016年1月10日至2017年1月9日。关于入职时

间,老虎山公司发放给陈某勇第一笔工资的时间为2016年3月,与工资于

次月发放的习惯及陈某勇提交的《销售量报表》从2016年2月开始的记

录也能相互印证,本院依法认定陈某勇的入职时间为2016年2月。至于离

职时间,陈某勇主张为2017年1月,并提交《2~12月总销售量报表》、对

账单及《销售合同》予以证明。老虎山公司主张为2016年9月,但未提交

任何证据证明老虎山公司以口头方式向陈某勇提出解除劳动关系之事

实,老虎山公司依法应承担举证不能之不利后果。依法认定双方劳动关

系存续至2017年1月9日。

第二,月工资额标准的认定。老虎山公司与陈某勇均确认陈某勇的

工资为基础工资加提成。根据《厦门市企业工资支付条例》第十四条第

二款规定:“用人单位应当统计劳动者工资支付数据,编制工资支付表。

工资支付表应当载明支付单位、支付时间、支付对象的姓名、工作天数

或者完成的工作量、加班时间,以及应发和扣除的项目、金额等事

项……”老虎山公司作为用人单位,未能提交证据证明劳动者工资支付

数据、工资支付表,应承担举证不能的责任。陈某勇提交《银行转账流

水》《销售报表》以证明其月工资数额及销售提成按销售总量1%发放的

主张,本院予以采信。依据《银行转账流水》载明的陈某勇的工资发放

情况计算,陈某勇月平均工资是8472.89元。经核算,老虎山公司应当支

付陈某勇2016年9月部分工资3592.91元、2016年10月工资8472.89元、

2016年11月8472.89元、2016年12月工资8472.89元、2017年1月1日至1

月9日工资2541.87元(8472.89÷30×9)及全年销售提成33776.31元,合

计65329.76元。

第三,二倍工资差额的认定。陈某勇与老虎山公司于2016年2月12日

至2017年1月9日存在劳动关系但未签劳动合同,依据《中华人民共和国

劳动合同法》第十条、第八十二条及《中华人民共和国劳动合同法实施

条例》第六条的规定,老虎山公司应当支付陈某勇2016年3月12日至2017

年1月9日期间的二倍工资差额。经核算,老虎山公司应当支付陈某勇

2016年3月12日至2017年1月9日未签订劳动合同的二倍工资差额为

83881.61元(8472.89元×9.9个月)。老虎山公司辩称未与陈某勇签订劳

动合同系因陈某勇与案外人有劳动关系,并因此向陈某勇提出解除劳动

关系,但未提交证据证明老虎山公司曾向陈某勇提出解除劳动关系及过

错在陈某勇之事实。老虎山公司的辩解意见,依法不予采纳。

第四,未休年休假工资的认定。根据《职工带薪年休假条例》第三

条“职工累计工作已满1年不满10年的,年休假5天;已满10年不满20年

的,年休假10天;已满20年的,年休假15天……”和《企业职工带薪年休

假实施办法》第十二条“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……”之规定,陈某勇

累计工龄超过20年,依据2016年工作时间核算,陈某勇当年年休假为13

天。依据《厦门市企业工资支付条例》第十四条的规定,员工年休假请

休情况的举证责任在于用人单位,老虎山公司未举证,应当承担举证不能

之后果。故经核算,老虎山公司应支付陈某勇2016年度未休年休假工资

10128.51元(8472.89元/月÷21.75天/月×13天×200%)。

第五,陈某勇请求老虎山公司支付高温补贴、差旅费、餐费的请求

部分,海沧仲裁委予以驳回,陈某勇未就此提出起诉,本院依法予以照

准。另,陈某勇在诉讼过程中提出保全申请,并已交纳保全费1320元,陈

某勇请求此项费用由老虎山公司负担,有相应的法律依据,依法予以支

持。

福建省厦门市海沧区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第七条、第十条、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争议调解仲裁法》第六条,《中华人民共和国

民事诉讼法》第六十四条的规定,做出如下判决:

一、原告厦门市老虎山新材料有限公司于判决生效之日起十日内支

付被告陈某勇工资及销售提成65329.76元,二倍工资差额83881.61

元,2016年未休年休假工资10128.51元,以上款项合计159339.88元; 二、原告厦门市老虎山新材料有限公司于判决生效之日起十日内支

付被告陈某勇保全费1320元;

三、驳回厦门市老虎山新材料有限公司全部诉讼请求。

厦门市老虎山新材料有限公司不服一审判决,提起上诉。福建省厦

门市中级人民法院经审理认为:根据查明的事实,陈某勇在一审中提交

《厦门市社会保险管理中心社会保险参保缴费情况证明(个人)》、厦门

集大科技发展有限公司出具的《证明》及《收款收据》,证明案外人厦

门集大科技发展有限公司代陈某勇缴纳社保,双方之间并不存在劳动关

系的事实。由于老虎山公司对陈某勇的上述主张未提交相反的证据,其

关于解除与陈某勇之间的劳动关系系因为陈某勇与其他公司存在劳动关

系的上诉主张缺乏依据。而且,我国现有法律并不禁止个人挂靠单位缴

纳社保,老虎山公司主张其与陈某勇签订劳动合同可能涉嫌违法的主张, 缺乏法律依据。在一审中,陈某勇还提交了《银行转账流水》《销售报

表》,证明其月工资数额及销售提成按销售总量1%发放的主张。由于老

虎山公司未能提交相反的证据予以反驳,一审法院依据《银行转账流

水》载明的陈某勇的工资发放情况计算,认定陈某勇月平均工资是

8472.89元,同时核算老虎山公司应支付陈某勇2016年9月至2017年1月工

资及全年销售提成共计65329.76元,并无不当。由于陈某勇系公司的销

售经理兼销售人员,负责销售混凝土,老虎山公司关于公司提成制度不适

用于陈某勇的抗辩主张,显然缺乏依据。一审查明的事实清楚,判决理由

充分,判决结果适当。老虎山公司的上诉主张,因缺乏依据,不予采纳。

福建省厦门市中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第

六十四条、第一百七十条第一款第一项的规定,判决如下:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

劳动关系是指劳动者与用人单位依法签订劳动合同而在劳动者与用

人单位之间产生的法律关系。根据我国《劳动合同法》第七条的规

定:“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当

建立职工名册备查。”本案中双方争论的焦点主要是在未签订书面劳动

合同的情形下,如何界定劳资双方劳动关系的存续期间并以此来计算相

关工资及销售提成、二倍工资差额以及未休年休假工资等款项。

首先,我国法律并未禁止劳动者不得与用人单位建立双重劳动关

系。根据《劳动合同法》第六十九条规定,劳动者在一定条件下可以与

一个或一个以上的用人单位建立非全日制用工关系。且根据《劳动合同

法》第三十九条、第九十一条的规定可以看出,劳动者在不影响本职工

作且并未对用人单位造成损害的前提下,也能在全日制用工的情况下建

立双重劳动关系。因此,本案中老虎山公司认为因陈某勇与其他公司存

在劳动关系从而拒绝与陈某勇缔结劳动关系缺乏法律依据。

其次,我国现有法律并不禁止个人挂靠单位缴纳社保。根据《劳动

合同法》《社会保险法》的规定,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。也就是说,用人单位为职工缴纳社会保险费是强

制性义务,但并没有禁止用人单位为非本单位职工缴纳社会保险费用。

因此,老虎山公司主张其与陈某勇签订劳动合同可能涉嫌违法的主张,缺

乏法律依据。

再次,个人挂靠单位缴纳社保,并不必然认定存在劳动关系。根据

《劳动合同法》上述第七条的规定,劳动关系的建立并不以书面劳动合

同的签订为条件,而是以存在实际用工行为为前提。缴纳社会保险费仅

是认定劳动关系的一个参考因素,如双方仅存在代为缴纳社会保险费的

关系,但不具备劳动关系本质特征的,并不必然认定其存在劳动关系,应

依据具体情形认定双方之间存在委托代缴保险性质的法律关系。因此, 老虎山公司主张陈某勇与其他公司存在劳动关系的说法不成立。

最后,值得注意的是,用人单位代缴社会保险存在一定的法律风险。

发生此类风险一般是委托挂靠单位的非员工要求确认与用人单位之间存

在劳动关系,其通过提供社保缴纳记录或缴费凭证等证据证明劳动关系

的存在,从而进一步要求单位支付工资甚至索取经济补偿金。因此,被挂

靠的单位应完善相关制度,保存好委托代缴社保的相关协议,避免产生不

必要的损失。

综上所述,本案中被告陈某勇委托其他公司代缴社会保险费的行为

并不违反法律规定,也不能以此认定二者间存在劳动关系。原告老虎山

公司因主张陈某勇与其他公司存在劳动关系从而拒绝与陈某勇缔结劳动

关系缺乏法律依据。因此,双方的劳动关系建立时间应为实际用工之日, 即陈某勇的入职时间为2016年2月,离职时间为2017年1月。劳资双方应

该以这个劳动关系存续期间计算相关工资及销售提成、二倍工资差额以

及未休年休假工资等款项。

编写人:福建省厦门市海沧区人民法院 黄玉梅 沈雪婷

7使用“工资”字样是否一定为劳动关系

——刘某诉北京骑兵动力文化传播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(2017)京02民终6657号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):刘某

被告(被上诉人):北京骑兵动力文化传播有限公司

【基本案情】

刘某主张其2015年4月1日至2015年11月15日期间任职北京骑兵动力

文化传播有限公司(以下简称骑兵动力公司),公司尚未支付其2015年7月

至2015年11月15日期间工资,就此提交了“赵总”及“骑兵动力管理

群”微信聊天记录、《短期场地租赁协议》及录音资料为证。“骑兵动

力管理群”记载“赵总”发布信息“刘某:马连道家乐福,富丰桥欧

尚”;《短期场地租赁协议》系2015年5月25日刘某代表骑兵动力公司作

为承租方与出租方所签;录音资料内容系刘某与骑兵动力公司的“赵

总”就未付工资、提成事宜进行的沟通。骑兵动力公司对上述微信聊天

记录及《短期场地租赁协议》的真实性不持异议,对录音资料的真实性

不予认可,表示由于其需要对刘某招聘的督导员进行管理,所以让刘某加

入其管理群,并不意味着双方建立劳动关系,因刘某未注册公司,故以其

公司名义签订场地租赁合同。

骑兵动力公司主张刘某与其系合作关系,刘某于合作期间还借用其

公司名义与其他公司签订合同,就此提交期限为2015年4月27日至2015

年5月20日的《设计制作(委托)合同》、展会日期为2015年7月23日至

2015年7月26日的《协议书》为证。刘某对上述证据的真实性不持异议, 提出上述合同均为劳动关系之外的业务,与劳动关系无关。骑兵动力公

司表示双方仅约定按项目利润的30%提成,并全部支付了提成,其中2015

年6月1日支付的为4月、5月参与所有项目的提成12000元,就此提交北京

银行电子回单及转账记录查询为证,转账并非按月按时进行。“赵

总”提出2015年6月1日支付的为4月、5月的工资。

刘某表示骑兵动力公司通过微信、电话安排其进行工作,公司没有

办公地点,也不需要签到。骑兵动力公司表示其有固定的办公场所,正式

员工需要坐班,因刘某非其员工,故有工作时才联系刘某去洽谈场地。

【案件焦点】

在单位与个人未签署书面劳动合同且法律关系各执一词的情况下, 如何认定双方之间建立的是否为劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:虽然刘某于2015年4月至2015年

11月期间接受骑兵动力公司的安排,从事了有报酬的工作,骑兵动力公司

与刘某往来时使用了工资、提成这样的词汇,但骑兵动力公司仅在有工

作时通过微信、电话联系刘某,刘某无需接受骑兵动力公司的考勤管理, 刘某于上述期间借用骑兵动力公司名义从事了展台业务并赚取收益,双

方缺乏用人单位与劳动者之间稳定的隶属管理关系,其报酬支付方式亦

非按月按时支付,故对刘某关于双方系劳动关系的主张,法院难以采信。

刘某基于双方存在劳动关系要求骑兵动力公司支付工资及未签订劳动合

同二倍工资差额的诉讼请求,缺乏依据,法院不予支持。刘某关于骑兵动

力公司未足额支付报酬的事宜,可另行提起诉讼。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十

四条的规定,作出如下判决:

驳回刘某的诉讼请求。

刘某不服一审判决,提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为,劳动关系的成立,需同时具备

下列情形:用人单位和劳动者符合法律、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;劳动者提供的劳动是用人单位

业务的组成部分。虽骑兵动力公司与刘某往来时使用了工资、提成这样

的词汇,但报酬支付方式并非按月按时支付,不符合工资支付特征;骑兵

动力公司仅在有需要时通过微信、电话联系刘某,刘某无需进行考勤,亦

无证据证明其接受骑兵动力公司的劳动管理;虽刘某于2015年4月至2015

年11月期间接受了骑兵动力公司安排,从事了有报酬的工作,但刘某系借

用骑兵动力公司名义从事了展台业务并赚取收益,不符合劳动关系的特

征。故对刘某关于双方系劳动关系的主张,一审法院未予采信并无不

当。

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:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

关于事实劳动关系的认定,目前实践中均系按照2005年5月25日发布

的《关于确立劳动关系有关事项的通知》中所规定的三种情形进行判

定,即“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”。上述条文涵盖了事实劳动关

系的构成要件,即劳动关系的特定主体、劳动关系的特定客体以及权利

义务内容。

结合本案分析,首先,刘某与骑兵动力公司均符合劳动关系的主体要

件,即刘某系处于劳动年龄且具备劳动权利能力和劳动行为能力的自然

人,而骑兵动力公司则是依法设立的企业;其次,刘某从事了属于骑兵动

力公司业务范围内的场地租赁相关事务,符合劳动关系的客体构成要件; 最后,结合刘某与骑兵动力公司往来时使用了工资、提成这样的词汇,极

容易得出双方建立的系劳动关系的结论。但是,关于事实劳动关系的认

定,虽然上述规定中的主体资格以及业务组成部分是必备条件,但却非充

分条件,而第二条所规定劳动关系具有的从属性特征则是劳动关系成立

的核心要件。结合本案分析,骑兵动力公司仅在有需要时通过微信、电

话联系刘某,刘某无需进行考勤,亦无证据证明其接受骑兵动力公司的劳

动管理,双方之间缺乏管理与被管理的从属性关系;从刘某在其所主张的

劳动关系期间借用骑兵动力公司名义从事了展台业务并赚取收益的事实

来看,首先其能够自由安排时间,其次其与骑兵动力公司处于平等地位, 这也能够佐证其与骑兵动力公司之间不存在从属性特征这一判定;此外, 双方关于报酬的结算也非按月按时支付,不符合工资支付特征,只有建立

了稳定的劳动关系,其报酬支付才具有稳定的规律性。据此得出,双方法

律关系不符合劳动关系的特征。

现实生活中,个人与单位或者个人之间还能够建立劳务关系,劳务关

系与劳动关系的区别从不同分类角度来看有数十条之多,但最主要的区

别就在于劳务关系的主体之间的平等性、劳务关系内容的临时性,也就

是说提供劳务者并不接受对方的劳动管理,其提供的劳务是临时产生的, 其劳务报酬的结算标准以及结算期限均具有不固定性。日常交往中,劳

务关系双方也可能使用工资、提成这样的词汇。刘某与骑兵动力公司之

间所建立的法律关系特征即符合劳务关系的特征。因此,刘某基于双方

存在劳动关系要求骑兵动力公司支付工资及未签订劳动合同二倍工资差

额的诉讼请求,未得到法院支持。

编写人:北京市丰台区人民法院 曹静

8建设工程违法转分包情形下事实劳动关系如何认

定

——高碑店市欣泰建筑工程有限责任公司诉许某确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市中级人民法院(2017)川01民终14776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):高碑店市欣泰建筑工程有限责任公司

被告(上诉人):许某

第三人:文某

【基本案情】

高碑店市欣泰建筑工程有限责任公司(以下简称欣泰公司)承建成都

地铁7号线11标段武侯大道地铁站项目工程后,于2016年9月3日与第三人

文某签订《通风管道现场保温协议书》,约定将该项目的通风空调系统

保温工程分包给第三人文某,欣泰公司支付第三人文某通风管保温价

格15元/平方米,空调水管保温价格按10元/平方米,并由第三人文某自行

组织人力施工。2016年9月22日,许某经第三人文某的儿子介绍,到涉案

工程从事通风管保温工作,并由第三人负责安排许某的工作及工资发

放。2016年11月2日,许某在工作中摔伤,被送往医院治疗。

2017年2月21日,许某向成都市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 请求确认许某与欣泰公司存在劳动关系。2017年4月27日,该委作出成劳

人仲委裁字(2017)916号仲裁裁决:许某与欣泰公司存在劳动关系。原告

认为仲裁裁决属于认定事实错误,不服仲裁裁决,遂诉至法院。

【案件焦点】

建设工程违法转分包,许某与欣泰公司是否存在事实劳动关系。

【法院裁判要旨】

成都市武侯区人民法院经审理认为:劳动关系的财产属性及人身从

属性是确认事实劳动关系的重要依据。从劳动关系的财产属性看,劳动

关系的建立需要有双方的合意。从劳动关系的人身从属性看,劳动者应

接受用人单位的管理、约束、支配。本案中,第三人文某从原告处分包

了涉案保温工程,被告虽在该项目工地务工,但其由第三人招录、管理、

支付工资。原、被告之间未就工资、工作时间、劳动条件等劳动关系的

内容进行过协商,双方不具有形成劳动关系的合意,同时,被告的工作并

不由原告安排、不接受原告的管理,工资也不由原告发放。因此,原、被

告之间不存在劳动关系。成都市武侯区人民法院依照《中华人民共和国

劳动合同法》第三条、第七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十

四条第一款之规定,判决如下:

原告欣泰公司与被告许某之间不存在劳动关系。

许某持原审起诉意见提起上诉。成都市中级人民法院经审理认为: 首先,用人单位与劳动者建立劳动关系,系双方合意的结果。因此,认定

欣泰公司与许某之间是否存在劳动关系,首要应考量双方是否具有相应

意思表示的行为和意思表示的具体内容。本案中,并无证据证明欣泰公

司与许某就建立劳动关系具体事宜进行过商议、沟通。也即,并无证据

证明欣泰公司与许某就建立劳动关系存在合意。许某的“是文某的儿子

打电话介绍我去做保温工作。在电话中也说了工资问题,240元一天,每

天8个小时”的陈述,也能够印证上述事实。其次,《关于确立劳动关系

有关事项的通知》中规定:“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。”由此

可见,劳动关系中,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。也即,劳动关系中用人单位与劳动者

之间存在管理与被管理的人身隶属性。而本案中,许某在案涉项目工地

务工系事实,但许某系文某直接招用,其工作由文某安排,并接受文某管

理。许某也未提交证据证明其系接受欣泰公司管理。在无证据证明欣泰

公司与许某存在建立劳动关系合意、许某系在欣泰公司管理下工作的情

况下,一审法院认定双方不存在劳动关系并无不当。此外,《关于确立劳

动关系有关事项的通知》第四条虽有“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,但上述“用工主体责任”仅系用人单位在法定情形

下应承担相应责任,而并非指必然与提供劳动的一方建立了劳动关系。

故许某若认为欣泰公司将工程发包给不具备用工主体资格的第三人,致

使其权利遭受侵害,可依法另行主张权利。

成都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:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

发包单位或承包单位将建设工程违法转分包给不具备用工主体资格

的实际施工人的情况大量存在,此时,该不具备用工主体资格的实际施工

人招录工人的劳动关系认定较为复杂。实践中,工伤行政部门、仲裁委

员会及法院在工伤认定、仲裁裁决、民事判决及行政判决中的劳动关系

认定上存在肯定说及否定说的分歧。肯定说认为实际施工人招用的人员

与发包单位或承包单位之间存在劳动关系,否定说坚持双方不存在劳动

关系。然而,该情形下事实劳动关系的认定,是劳动争议案件和工伤行政

案件的重要争议点,不仅直接影响到劳动关系确认的结果,还直接决定了

劳动者后续诉权的选择及用人单位的责任承担。因此,在法院内部及劳

动行政部门统一裁判规则极为必要。

在建设工程领域,虽然拖欠农民工工资或损害赔偿纠纷大量存在,但

不能因“权利救济”的迫切性而强行认定发包单位或承包单位与实际施

工人招用的人员之间存在劳动关系。劳动关系认定应从民事责任构造

的“原因模式”出发,并受请求权基础法律规范构成要件的羁束,结合合

意理论,排除违法性审查,认定双方不存在劳动关系。同时,发包单位或

承包单位对实际施工人招用人员承担的劳务费支付及损害赔偿的法定连

带责任亦不能突破劳动法律关系的法理。此外,要在法院内部及劳动行

政部门统一劳动关系认定标准,以减少由于裁诉衔接不畅对统一裁审尺

度构成的障碍,切实保障当事人的合法权益,提高司法公信力,为今后的

裁审实践提供有益的思考路径。

编写人:四川省成都市武侯区人民法院 唐楠栋

9经销商为销售人员代发工资的,能否据此认定双

方存在事实劳动关系

——董某娟诉山东新星集团有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院(2017)鲁03民终2890号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告(上诉人):董某娟

被告(被上诉人):山东新星集团有限公司(以下简称新星集团)

【基本案情】

2011年至2016年期间,董某娟的工商银行账号收到户名为翟某鹏、

王某、张某峰的转账,其中翟某鹏、张某峰均系新星集团员工。2013年

至2015年期间,周某元、房某分别给刘某学发送电子邮件9次,名称为经

销商业务工资,工资表中的“卖场名称”为董某娟等。工资表时间、数

额与董某娟工商银行账号中的收款时间、数额基本一致。刘某学系新星

集团洗化品牌经理,周某元、房某系拜尔斯道夫日化公司(以下简称拜尔

公司)工作人员,刘某勇系拜尔公司淄博城市经理。2016年1月,刘某勇、

刘某学与董某娟协商工作岗位变动事宜未果。董某娟于2017年1月18

日、3月8日分别申请仲裁要求新星集团支付相关劳动报酬,劳动仲裁部

门均以“仲裁请求不属于劳动人事争议受案范围”为由决定不予受理。

董某娟遂起诉要求确认双方是事实劳动关系,要求新星集团支付经济补

偿金32500元、自2011年12月至2017年1月的双倍工资152500元、拖

欠2017年1月工资2500元及双倍工资2500元、差旅费270元,补缴各项社

会保险金及赔偿金75000元,赔偿因未给其缴纳五险一金而造成其被辞退

后不能领取失业金的损失14562元,支付因违法辞退造成无经济来源的损

失18000元。

【案件焦点】

董某娟与新星集团是否存在事实劳动关系。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市淄川区人民法院经审理认为:依照《关于确立劳动关

系有关事项的通知》第一条之规定,在未签订书面劳动合同的情况下,劳

动关系的确认应结合出勤考核、劳动人事管理、劳动业务联系、劳动报

酬支付等因素综合认定。依据董某娟自述,其上班不考勤,以电话和刘某

学通知为准,可见其并不受新星集团出勤制度约束,从其与刘某学、刘某

勇谈话的录音内容可知,其系拜尔公司经销商,负责该公司的品牌销售工

作,不参与新星集团的其他工作,并在其他商场销售品牌产品,故刘某学

与其电子邮件、电话往来内容均系经销商人员与其进行的工作协调,非

劳动管理,新星集团的劳动规章制度不适用于董某娟,双方不具有人身关

系的从属特征。董某娟主张翟某鹏、王某、张某峰从个人工商银行账户

向其转账的行为是代表公司发放工资职务行为,但根据拜尔公司工作人

员周某元、房某发给刘某学的电子邮件附件记载,董某娟的工资表系拜

尔公司山东省区队长协管人员工资表,其工资数额确定、发放时间不由

新星集团决定,而是根据拜尔公司制定的工资表发放,新星集团对董某娟

的工作量、工资数额等并不具有决定权,故双方之间也不具有财产关系

的从属特征。因此,董某娟要求确认与新星集团存在劳动关系并要求相

应劳动报酬的诉讼请求,无事实及法律依据,不予支持。据此,一审判决: 驳回董某娟的诉讼请求。

董某娟持原审起诉意见提起上诉。山东省淄博市中级人民法院认

为:比较双方证据,新星集团认可董某娟工资由其发放,依其提交的拜尔

公司人员周某元、房某邮件证明,董某娟的工资组成、数额、发放形式

完全由拜尔公司决定,新星集团没有决定权,对用人单位而言,工资组

成、数额、如何发放等恰恰是用人单位自主经营权主要组成部分。董某

娟在2010年12月被湖北丝宝日化公司聘用,在新星集团销售日化用品,湖

北丝宝日化公司被拜尔公司兼并后董某娟继续从事原工作,虽然负责区

域减少,但是工作内容并未改变,董某娟不能证明拜尔公司与其解除了劳

动合同,也不能证明其与新星集团达成了新的用工协议。综合来看,新星

集团的证据具有明显优势证明力,董某娟的证据不能证实其与新星集团

存在事实劳动关系,须承担举证不能法律后果。故对董某娟主张与新星

集团存在事实劳动关系及相关劳动报酬的主张,不予支持。据此,二审判

决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及的主要问题在于,经销商代发工资的行为能否作为认定其

与劳动者存在事实劳动关系的依据。

本案中,作为经销商的新星集团为董某娟发放工资,董某娟也据此主

张其与新星集团存在事实劳动关系,并进而主张其他劳动法上的权利。

司法实践中,对于事实劳动关系的认定,目前人民法院通常都是根据原劳

动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定, 即用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,一般认为同时具备以下三

种情形的,则劳动关系成立: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。据此,对于事实劳动关系应当

结合劳动者的出勤考核、人事管理、业务指导等人身隶属因素与报酬计

算、支付等财产隶属因素来综合予以认定。而本案中董某娟仅以新星集

团代发工资行为作为事实依据要求确认其与新星集团的事实劳动关系, 并未得到法院支持。这是因为:1.从工作管理看,董某娟并非新星集团的

正式员工,其出勤、到岗的安排均由拜尔公司人员具体负责,平时工作也

不受新星集团的绩效考核与规章约束,因此其与新星集团不存在劳动关

系中的人身隶属因素;2.在薪酬发放上,新星集团虽为其发放工资,但是

工资发放的数额、时间、方式均由拜尔公司人员自行确定,新星集团仅

单纯按其要求完成工资的发放行为,因此董某娟的薪酬不是基于其向新

星集团提供劳动所获得的,其劳动的内容、成果非新星集团显著的业务

组成部分;3.从劳动关系沿革看,初期董某娟是被湖北丝宝公司聘用,在

新星集团从事柜台销售工作,后该公司被拜尔公司兼并,其虽仍在新星集

团卖场继续从事销售工作,但这并不意味着其自动与新星集团形成新的

用工协议及与拜尔公司的劳动合同关系的当然解除。综上,董某娟仅依

据工资发放形式而要求确认与新星集团存在事实劳动关系并索要相应报

酬,于法无据。

本案事实认定还涉及劳动关系中举证责任分配问题。劳动者是劳动

关系中相对弱势的一方,其主张劳动关系存在时,只要尽到初步举证责任

即证明劳动关系存在的高度盖然性即可。而对用人单位来讲,其否定劳

动关系存在的举证责任较重,除了提出证据反驳劳动者对劳动关系存在

的主张、证据之外,还要对符合“证据推定”原则的潜在证据作出合理

说明,以消除法官的疑惑。本案中,董某娟提交的银行转账证明说明工资

是由新星集团员工以银行转账形式发放,其结合工作地点、电话录音来

主张事实劳动关系的存在,而新星集团所提交的邮件凭证与附件,明确显

示单位是依据拜尔公司人员的指示对董某娟发放工资。比较双方证据效

力大小与待证事实的真实性,董某娟证据的证明力明显不足,并且新星集

团的证据可构成完整的证据链条,说服力较强。因此,本案根据双方证据

能够认定董某娟与新星集团不存在事实劳动关系,故一、二审均未支持

董某娟的诉讼请求。

另外,通过本案我们还应认识到,随着社会经济的发展,劳动关系的

复杂性与日俱增。在对事实劳动关系的认定中应综合把握劳动关系中人

身、财产这两大隶属性,将代发工资的行为放在这一背景中,再结合与事

实劳动关系认定息息相关的劳动关系排他性、具体工作特点、报酬计算

方式等特征,才能对双方是否存在劳动关系作出正确的司法判断,而不应

简单地依据发放工资这一简单的表象行为就得出双方存在劳动关系的结

论。

编写人:山东省淄博市中级人民法院 荣明潇 杨富元

10承包关系与劳动关系的根本区别是双方是否具

有从属性

——陆某强诉珠海市连湾社区居民委员会确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省珠海市中级人民法院(2017)粤04民终2051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):陆某强

被告(被上诉人):珠海市连湾社区居民委员会(以下简称连湾居委

会)

【基本案情】

2014年5月7日,原告作为乙方与被告作为甲方签订《卫生保洁承包

合同书》,约定乙方承包甲方北水片区19、20、22小组的卫生保洁工作, 期限为一年,每月保洁费为2600元,环卫等工具由乙方自行负责。2016

年3月,原告作为乙方与被告作为甲方又签订《卫生保洁承揽协议书》, 内容如下:一、乙方承包甲方北水东、南、北的卫生保洁工作,承包期从

2016年1月1日至2016年12月31日;二、每月保洁费为人民币3400元,环卫

等工具由乙方自行负责,甲方按月发放承包保洁费3200元……七、双方

不存在劳动关系、雇佣关系等关系,双方仅是承包协议关系,在履行协议

过程中,乙方不得以劳动关系、雇佣关系等向甲方主张任何权利,乙方要

注意安全,防止各种事故,承担协议期内的一切安全责任事故,不得向甲

方主张除承包费外的任何权利……九、乙方必须服从甲方管理、监督、

检查。甲方不定期进行检查,检查两次以上达不到社区要求或受到上级

批评的,整改不到位的,甲方有权随时解除本承包协议,年内每次检查达

标,全年保洁工作没有受上级批评的,按每月200元计算,全年奖励2400元

于年终结算支付。如受到上级批评的将不给予本奖励。协议还对其他事

项作了约定。被告每月以工资或补贴的名义向原告转账3200元。2013

年7月1日,被告向原告发放平沙镇连湾社区环境卫生监督员工作证,显示

其管辖范围为北水片区。原告因2016年11月21日在保洁时被第三人用刀

刺伤向劳动仲裁委员会申请仲裁,仲裁委以原告主体不适格为由不予受

理。原告不服,依法向法院提起本案诉讼。

【案件焦点】

1.个人与居委会之间是否存在劳动关系;2.如何区分双方建立的是

劳动关系还是承揽关系。

【法院裁判要旨】

广东省珠海市金湾区人民法院经审理认为:劳动关系是用人单位与

劳动者之间依法签订劳动合同,劳动者按受用人单位的管理,从事用人单

位安排的工作,成为用人单位的成员,从劳动中获得报酬的权利义务关

系。本案中,原、被告签订的是《卫生保洁承揽协议书》,双方就社区卫

生保洁事项的承包达成一致,原告自行准备环卫工具按约定完成保洁工

作,定期获得报酬,并不受被告人事管理与考勤管理,不具有劳动关系的

从属性。虽然原告提交了卫生监督员的工作证,但这是被告为了方便原

告进出社区进行保洁工作而发放的,协议约定原告服从被告的监督、管

理、检查,针对的是保洁工作最终的劳动成果,指向的是卫生检查达标, 从本质上看双方是一种承包关系。综上,广东省珠海市金湾区人民法院

认为原、被告之间不存在劳动关系。

广东省珠海市金湾区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》

第六十四条第一款,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第

二条的规定,判决如下:

驳回原告陆某强的诉讼请求。

陆某强不服一审判决,提起上诉。广东省珠海市中级人民法院经审

理认为:陆某强与连湾居委会之间是否构成劳动关系,前提条件之一是双

方具有从属关系,亦即陆某强是在连湾居委会的管理、指示下从事保洁

工作。陆某强提交的环境卫生监督员工作证、连湾居委会每月以工资或

补贴名义向陆某强转账记录等证据,虽然可以作为认定劳动关系存否的

参照凭证,但并不足以确定双方之间的关系具有从属性。认定双方之间

是否具有从属性,应结合《卫生保洁承揽协议书》及双方之间的实际履

行情况确定。保持社区公共卫生虽然属于社区居民委员会的职责范围, 但并不意味着社区居民委员会必须自己聘用人员履行这一职责。社会居

民委员会将之承包给他人并不违法。从本案事实看,首先,无证据显示连

湾居委会有制定具体的劳动规章制度,并将其适用于陆某强。陆某强无

充分证据显示连湾居委会有规定陆某强的上班时间和对其进行考勤管

理,亦无证据显示陆某强在完成《卫生保洁承揽协议书》规定的保洁任

务外,只能从属于连湾居委会的管理,而不能从事其他工作。其次,从

《卫生保洁承揽协议书》第五条看,陆某强的义务为“每天进行一次以

上,全面清扫或保洁,时刻保持保洁范围内的无生活垃圾,常年保持清

洁”,属于对给付结果的约定。该条既没有明确以何种操作规范和方式

进行保洁,也没有明确何时进行全面清扫或保洁,陆某强就此享有自由选

择的独立性。最后,陆某强声称其受连湾居委会的管理、监督、检查。

从陆某强陈述的连湾居委会对其的“管理”来看,主要是请假需要连湾

居委会批准。就此,因陆某强本身负有保持其所负责区域清洁的义务,故

所谓的请假需要批准本身并不足以证实属于劳动者向用人单位的请假。

从陆某强提交的微信聊天记录看,即便属实,其所称的“管理”体现为管

理人员以拍照形式指出尚未清理的垃圾的情况,与“保持无生活垃

圾”“保持清洁”的要求是一致的,管理监督检查的对象同样为给付的

结果。

综上,陆某强所称的连湾居委会对其进行的所谓“管理”,并不属于

劳动法上的具有从属性质的用人单位对劳动者的管理,而属于承包关系

中发包人对给付结果的要求。除此之外,陆某强并未主张关于“管

理”的其他事实,连湾居委会对陆某强未主张的事实无需承担举证责

任。据此,陆某强与连湾居委会之间并不存在从属关系,陆某强与连湾居

委会之间不存在劳动关系。

广东省珠海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】

个人与居委会之间形成的是劳动关系还是承包、承揽关系,一直是

劳动关系纠纷案件中的审理难点。随着近年来用工形式的多变、复杂

化,确认劳动关系的要素、方法等再次引起劳动者、用人单位、劳动部

门以及裁判者的关注。

《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定:“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。”上述规定是法院认定个人与雇主之间是否成立

劳动关系的主要依据,第一点是关于主体资格的要求,第二、三点实质是

对个人与用人单位是否具有从属性的考量。关于居委会是否具有用工主

体资格,因此前没有法律法规明确将居委会纳入“企业、个体经济组

织、民办非企业单位、国家机关、事业单位、社会团体等组织”范畴, 因此,居委会的用工主体资格一直备受争议。直到《中华人民共和国民

法总则》颁布实施,居委会才正式被定性为“特别法人”,可以从事为履

行职能所需要的民事活动,其用工主体资格第一次有了明确的法律依

据。关于是否具有从属性,往往是认定个人与单位之间建立的是劳动关

系还是承包、承揽关系的关键。虽然案件总是千奇百怪,各有差异,但在

考察“从属性方面”均具有以下共性:个人是否需要遵守用人单位的规

章制度,是否需要考勤,是否要听从用人单位的管理安排,是否由用人单

位发放工资等。法官需要综合考察各方面的因素,再认定个人与用人单

位是否具有从属性,进而认定个人与用人单位是成立承包关系还是劳动

关系。回到本案,一、二审法官均是从“从属性”着手,综合双方签订的

《卫生保洁承担协议书》及履行协议的情况来分析认定双方之间形成的

是承包关系而非劳动关系。

现实生活中,成立承包关系的个人与单位之间往往没有签订任何协

议,以致发生纠纷到了法庭后事实处于真伪不明的状态,因此,当单位与

个人之间仅成立承包或承揽关系时,应当签订承包合同或承揽合同,合同

上必须明确双方是承包关系或承揽关系。另外,建议单位不要发放工作

证、工牌等会产生误解的证件,不要以“工资”的形式发放报酬。相反, 如果双方形成的是劳动关系,而用人单位为了规避用工责任而欲以承包

合同或承揽合同替代劳动合同的,劳动者要坚决反对,否则,劳动者的利

益会得不到保障。

编写人:广东省珠海市金湾区人民法院 吴明星 谢潇潇

11关联企业混同用工情况下用人单位的认定标准

——李某云诉常州宝佳针织有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省常州市中级人民法院(2018)苏04民终90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):李某云

被告(上诉人):常州宝佳针织有限公司

【基本案情】

李某云与常州市东南开发区华峰针织有限公司(以下简称华峰公司) 签订了自2013年8月1日至2017年7月31日的劳动合同1份,工种为销售员, 华峰公司于2014年9月1日为李某云参加了社会保险,2017年6月1日办理

了社会保险减少手续。李某云分别于2016年5月3日、10月24日以常州宝

佳针织有限公司(以下简称宝佳公司)的名义与常州常福纺织品有限公

司、常州凤辉针织厂签订了购销合同。李某云提交的银行交易明细清单

载明:宝佳公司支付李某云2016年12月工资2052元、2017年1月工资2703

元。2017年3月22日,李某云向宝佳公司请休婚假,宝佳公司未予批准。

2017年3月31日,宝佳公司以李某云严重违反劳动纪律为由解除了双方劳

动关系。2017年4月18日,李某云前往常州市武进中医医院,经彩超诊断:

已怀孕约17周5天。2017年6月15日,李某云向仲裁委申请仲裁,要求宝佳

公司支付2017年2月、3月工资6000元及赔偿金39691.36元。仲裁委于

2017年8月8日作出裁决:对李某云的仲裁请求,不予支持。李某云不服该

裁决,诉至法院。

另,华峰公司持有宝佳公司75%的股权,两个公司的法定代表人是同

一人。

【案件焦点】

关联企业混合用工情况下,劳动者签署劳动合同的用人单位与实际

接受提供劳动的用人单位不完全一致的,劳动合同签订、社会保险缴纳

并不足以认定双方存在实际的劳动关系,可根据劳动者的主张,结合工作

地点、工作内容、工资支付主体及劳动管理主体等具体因素来认定。

【法院裁判要旨】

常州市金坛区人民法院经审理认为:本案的争议焦点是与李某云存

在劳动关系的用人单位主体究竟是哪一家公司。华峰公司持有宝佳公司

75%的股权,两个公司的法定代表人是同一人,具备关联公司的特征即资

本的关联性和人的关联性。对此,劳动者与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。李某云虽与华峰公司签订了劳动合同,但李某云以宝佳公司的名义

履行签订购销合同的职务行为,工资由宝佳公司支付,且提出与李某云解

除劳动关系的主体是宝佳公司,故宝佳公司应向李某云支付2017年2月、

3月工资4755元。关于赔偿金:根据相关规定,用人单位违法解除或者终

止劳动合同的,应按经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金;用人单

位规章制度的生效条件即制定主体及程序合法、内容合法、规章制度必

须公示;用人单位以劳动者严重违反劳动纪律为由单方解除劳动关系,但

未按照《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条事先通知工会,劳动

者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的,人民

法院应予支持。因此,宝佳公司未提供证据予以证明规章制度制定过程

合法、经过民主、公示程序及解除李某云劳动关系前通知工会,应承担

举证不能的法律后果。因此,宝佳公司未提供证据证明其单方解除劳动

关系的合理性及合法性,构成违法解除情形。李某云主张支付赔偿金

19020元的诉请符合法律规定。

依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十条第一款,《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》第一百四十二条之规定,金坛区人民法院判决如下: 宝佳公司支付李某云工资4755元、赔偿金19020元,合计23775元。

宝佳公司不服一审判决,提起上诉。常州市中级人民法院经审理认

为:李某云以宝佳公司的名义对外签订购销合同、宝佳公司向李某云按

月发放工资、李某云向宝佳公司请假、宝佳公司对于李某云的请假予以

回复等事实,可以认定李某云接受宝佳公司的管理,从事宝佳公司安排的

劳动,并从宝佳公司领取报酬,李某云的劳动是宝佳公司的业务组成部

分。因此,李某云与宝佳公司之间构成劳动关系。常州市中级人民法院

判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

第一,明确什么是关联企业、混同用工。

根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第四项的规定,关

联关系是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与

其直接或间接控制的企业之间的关系。从上述规定可以看出,认定关联

关系需遵循两个标准,即资本的关联性或人的关联性。混同用工在当前

情形下主要有三类:一是用人单位主体混同(一套人马,两块牌子);二是

用人单位主体、用工均混同(总公司与分公司、子公司);三是关联企业

用工混同(资本关联或人的关联)。关联企业用工混同的最大问题是用人

单位难以确认。容易出现由某公司出面签署劳动合同,而实质并非该公

司用工的情形。该种隐蔽用工情形易造成劳动者维权的困境。对于关联

企业而言,通过安排劳动者在不同的关联企业工作,可以降低用工成本, 规避与劳动者签订无固定期限劳动合同,逃避连续工龄计算,因此,为维

护劳动者合法权益,用人单位的识别与规制是当前劳动争议案件的审理

难点之一,迫切需要解决认定劳动法律关系意义上的“用人单位”的主

体问题。

第二,何为劳动法律关系意义上的“用人单位”?

根据劳动合同法规定,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劳动合同。

用人单位是与劳动者建立劳动关系、订立劳动合同的一方主体,因

此,建立劳动关系和订立劳动合同为认定用人单位的两个标准。两个标

准之间具有三种情形:第一种情形,如果用人单位与劳动者签订了劳动合

同,劳动者在该用人单位工作,那么用人单位容易认定;第二种情形,用人

单位招用了劳动者,但未与劳动者签订劳动合同,如何来确定用人单位?

对此,可根据原劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项

的通知》规定认定用人单位;第三种情形,用人单位与劳动者签订了劳动

合同,但劳动者被安排在该单位的关联企业工作。从该种情形的表面上

看,劳动者可能存在双重劳动关系。但是,我国法律对于双重劳动关系的

认定主要体现在《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)》第八条中的四类特殊人员的规定。因此,我国现行劳动

法律对于劳动关系的认定是以单一劳动关系为基础,以双重劳动关系为

例外的确认理念,也就是劳动者在一般情形下在同一时间只能从属于一

个用人单位。

第三,关联企业混同用工情况下用人单位的认定。

针对关联企业混同用工,在不突破单一劳动关系确认的基础上,如何

认定用人单位呢?一方面,在劳动者签署劳动合同的用人单位与实际接受

提供劳动的用人单位不完全一致的情况下,可以结合工资支付主体、劳

动管理主体及工作地点、工作内容等与劳动关系最有紧密联系的特征来

认定。另一方面,在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者、工作

内容交叉重叠的情况下,作为劳动者难以对关联企业之间的关系作出准

确判断,在没有证据显示劳动者明确知悉或应当知悉与其建立劳动关系

的系其他企业的情形外,只要劳动者主观上有理由认为与其建立劳动关

系的用人单位系关联企业中某一企业,可根据劳动者的主张确认此企业

为劳动者的用人单位。该种确认行为可视为《中华人民共和国公司法》

第二十条第三款的规定在劳动争议案件处理中的体现。

编写人:江苏省常州市金坛区人民法院 王保民

12用人单位需对非全日制用工性质承担重要举证

责任

——北京呈色结构服饰有限公司诉庞某劳动争议案

【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9270号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京呈色结构服饰有限公司

被告(被上诉人):庞某

【基本案情】

庞某于2016年4月7日入职北京呈色结构服饰有限公司(以下简称呈

色服饰公司),任销售部业务员,双方未签订书面劳动合同,工作期间由庞

某个人自行缴纳养老保险费。呈色服饰公司在2016年5月18日向庞某支

付了2016年4月工资6419元,在2016年6月22日向庞某支付了2016年5月工

资6270元,在2016年8月3日向庞某支付了2016年6月工资6270元,在2016

年8月26日向庞某支付了2016年7月工资6270元,在2016年10月9日向庞某

支付了2016年8月工资6270元,在2016年11月30日向庞某支付了2016年9

月工资10070元,在2016年12月5日向庞某支付了2016年10月工资10000

元,在2017年1月23日向庞某支付了2016年11月、12月工资10060元。庞

某最后工作至2016年12月初。

呈色服饰公司主张庞某在其公司每天工作4小时,每周工作6天,其公

司与庞某之间属于非全日制劳动关系。庞某主张其在呈色服饰公司工作

期间每天工作8小时,每周工作6天,其与呈色服饰公司之间属于全日制劳

动关系。庞某为证明其主张提交了考勤表照片、谈话录音及其书面整理

材料。

2016年12月19日,庞某申请劳动仲裁,要求:1.呈色服饰公司支付

2016年11月1日至2016年12月7日期间的工资10070元;2.呈色服饰公司支

付2016年4月7日至2016年12月7日期间的法定节假日加班费2771元;3.呈

色服饰公司支付离职经济补偿金7695元;4.呈色服饰公司支付2016年4

月7日至2016年12月7日期间未签劳动合同的双倍工资差额58061元。

2017年5月17日,北京经济技术开发区劳动争议仲裁委员会作出京开劳仲

字[2017]第175号裁决书,裁决:1.呈色服饰公司向庞某支付2016年4月7

日至2016年12月7日期间未签劳动合同的双倍工资差额55210元;2.驳回

庞某的其他仲裁请求。双方后诉至法院。

【案件焦点】

用人单位与劳动者之间的用工性质为全日制用工或非全日制用工, 如何进行认定。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院认为,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。本案中,庞某于2016年4月7日入职呈色服饰公司,任销售部业务

员。庞某在呈色服饰公司实际工作到了2016年12月初。呈色服饰公司与

庞某之间的劳动关系为全日制劳动关系,而呈色服饰公司未与庞某签订

劳动合同,故其应从2016年5月7日起向庞某支付未签劳动合同的双倍工

资差额。庞某主张其与呈色服饰公司之间的劳动关系于2016年12月7日

解除,虽然呈色服饰公司对此不予认可,但结合呈色服饰公司未就此进行

举证的事实,对庞某的主张予以采信。综上,认定呈色服饰公司应向庞某

支付2016年5月7日至2016年12月7日期间未签劳动合同的双倍工资差额, 呈色服饰公司无需向庞某支付2016年4月7日至2016年5月6日期间未签劳

动合同的双倍工资差额。

一审法院判决:

一、呈色服饰公司于本判决生效之日起十日内支付庞某2016年5月7

日至2016年12月7日期间未签劳动合同的双倍工资差额53840.69元; 二、呈色服饰公司无需支付庞某2016年4月7日至2016年5月6日期间

未签劳动合同的双倍工资差额;

三、驳回呈色服饰公司的其他诉讼请求。

呈色服饰公司不服一审判决,提起上诉。北京市第二中级人民法院

经审理认为,根据《中华人民共和国劳动合同法》中的相关规定,非全日

制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作

时间不超过4小时,每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。非全日

制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。本案中,呈色服饰公

司主张庞某为非全日制工作人员,每天工作4小时;庞某称其系全日制工

作,每天工作8小时,双方对此各执一词。庞某就其主张提交了考勤表照

片、谈话录音及书面整理材料予以证明,呈色服饰公司虽对上述证据不

予认可,但其公司仅提交了单方制作的计时表作为证据,其上无庞某签字

确认,庞某亦表示不予认可;同时,呈色服饰公司未能就其公司所称招聘

条件明确为非全日制工作人员提供任何证据。而在此情形下,呈色服饰

公司作为用人单位应当对双方之间的用工性质承担主要举证责任。故一

审法院综合双方举证情况,并结合呈色服饰公司以月为周期向庞某发放

工资的事实,认为呈色服饰公司应承担举证不能的法律后果并认定双方

属于全日制劳动关系,并无不当。据此,庞某于2016年4月7日入职呈色服

饰公司后,一直工作至2016年12月初,呈色服饰公司未与庞某签订书面劳

动合同,应当按照法律规定支付相应的未签订劳动合同二倍工资差额。

呈色服饰公司以双方之间为非全日制用工为由不同意支付2016年5月7日

至12月7日期间的未签劳动合同二倍工资差额,理由不能成立,本院不予

支持。综上,呈色服饰公司的上诉请求不能成立,应予驳回;一审判决结

果正确,应予维持。二审法院判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及的问题是:用人单位与劳动者之间的用工性质为全日制用

工或非全日制用工,如何进行确定。关于非全日制用工,《中华人民共和

国劳动合同法》在第五章的第三节中有着明确规定。第六十八条规定, 非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每

日工作时间不超过4小时,每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。

第六十九条规定,非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。从事非

全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同; 但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。第七十条

规定,非全日制用工双方当事人不得约定试用期。第七十一条规定,非全

日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用

工,用人单位不向劳动者支付经济补偿。第七十二条规定,非全日制用工

小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标

准。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。

可以看出,非全日制用工是主流的全日制用工的补充形式,用工形式

比较灵活,并且劳动者可以从事多份工作,而用人单位所承担的义务相对

于全日制用工要少很多,如无需签订书面劳动合同、解除劳动合同时无

需支付经济补偿等,于是有些用人单位可能将全日制用工约定成非全日

制用工,以逃避相应的责任、不履行义务。

就本案而言,呈色服饰公司以月为周期向庞某发放工资是基本事

实。呈色服饰公司作为用人单位应当对双方之间的用工性质承担主要举

证责任。庞某就其全日制用工的主张提交了考勤表照片、谈话录音及书

面整理材料予以证明,呈色服饰公司虽主张双方为非全日制用工,但仅提

交了单方制作的计时表作为证据,其上无庞某签字确认,庞某亦表示不予

认可;同时,呈色服饰公司未能就其公司所称招聘条件明确为非全日制工

作人员提供任何证据。在此情形下,呈色服饰公司应承担举证不能的法

律后果,可以据此认定双方属于全日制劳动关系,并判令呈色服饰公司支

付相应的未签订劳动合同二倍工资差额。

非全日制用工常见于保洁、厨师等工种,实践中存在部分用人单位

企图借非全日制用工来规避责任的情况,是否属于非全日制用工还需根

据具体案情分析,而用人单位则应对此承担主要举证责任。

编写人:北京市第二中级人民法院 庞妍

13事业单位编制外人员的人事关系认定

——朱某佟诉首都医科大学附属北京同仁医院人事争议案

【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11024号民事判决书

2.案由:人事争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):朱某佟

被告(被上诉人):首都医科大学附属北京同仁医院(以下简称同仁医

院)

【基本案情】

原告自2012年5月起在被告单位财务部收费处实习工作,至2013年8

月双方签订第一次人事聘用合同,此后陆续在2014年8月、2015年8月再

次签订第二次和第三次聘用合同,2016年9月原告因病休假,10月在本院

住院治疗,11月被告单方发出《关于朱某佟同志终止聘用合同及医疗期

等有关事宜的送达告知书》,单方告知原告聘用合同顺延至医疗期满单

位决定将不再续订聘用合同,双方的聘用关系到期终止。2016年12月被

告再次单方发出《关于朱某佟办理离职和档案转移的送达告知书》,告

知原告聘用合同顺延至2016年12月3日(医疗期满)立即终止聘用合同,并

要求原告2016年12月16日前办理离职手续。

原告对被告发出的终止人事聘用合同通知不服,认为原告与被告之

间法律关系应适用《中华人民共和国劳动合同法》,依据《中华人民共

和国劳动合同法》第四十条的规定,原告医疗期满后,单位需证明原告不

能从事原工作,也不能从事单位另行安排的工作时,可提前30日通知终止

聘用合同,因此原告的终止行为违法,另外原告与被告已经连续签订二次

以上聘用合同,根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条的规定,连

续签订二次固定期限劳动合同后,应该签订无固定期限劳动合同,现在单

位未提出续订劳动合同即终止聘用合同也属于违法,因此单位应支付原

告违法终止劳动合同的赔偿金,另外被告于2016年12月3日单方终止了聘

用合同关系,就有义务向原告结清在职期间享有的全部工资福利包括底

十三薪和年终奖、医疗二次报销和住院补助费用,原告自2012年5月入职

被告单位财务部在收费处开始实习工作,提供了正常劳动,被告应按不低

于北京市当年度最低工资标准的金额支付2012年5月至2013年2月实习期

间工资。基于上述理由向本院提出如下请求:1.被告支付原告自2016

年10月1日至12月3日因病休假期间拖欠原告的应发工资差额27125元;2.

被告支付原告单方终止聘用合同的经济赔偿金138790元(13879元×5个

月×2倍);3.被告支付原告2016年年底十三薪1817元和年终奖10000

元;4.被告支付原告已申报的二次报销(补充医疗保险报销)的医疗

费5000元;5.被告支付原告工会职工住院补助费3500元;6.被告支付原告

延时加班费1100元;7.被告支付原告2012年5月至2013年2月实习工作期

间拖欠的应发(实习)工资差额7620元。

朱某佟以人事争议向北京市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁,要

求同仁医院支付工资差额、经济赔偿金、年终奖、延时加班费等,该委

以双方签订的人事聘用合同为依据于2017年2月21日作出京劳人仲

字[2017]第143号裁决,裁决:一、同仁医院支付朱某佟2016年11月病假

工资差额1138.6元;二、同仁医院支付朱某佟2016年7月12日和8月10日

每天延时加班两小时工资478.6元;三、驳回朱某佟其他仲裁请求和申

请。朱某佟不服裁决结果,向本院提起诉讼,诉如所请。

【案件焦点】

事业单位编制外人员与事业单位签订人事聘用合同时,双方之间建

立的是人事关系还是劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为:本案争议焦点之一就是双方基

础法律关系如何认定,具体就是指双方是存在人事关系还是劳动关系。

关于本案,从形式上看原告由单位公开招聘,入职后统一签订事业单位聘

用合同,聘用合同对于双方的权利义务进行了明确约定,同仁医院也属于

事业单位,可以与职工签订人事聘用合同,双方签订的事业单位聘用合同

真实有效;从实际管理方式看,原告入职后,单位也是按照事业单位人员

统一对其进行管理,享受与他人同等的各项福利待遇,包括年终奖、十三

薪、医疗保险待遇、加班补助均是按照全院统一标准发放;从编制管理

方式看,同仁医院属于北京医改试点单位,对于试点单位,人事编制和财

政补助均发生了改变,人事管理更加灵活,赋予了用人单位一定的自主

权,原告属于同仁医院编制改革后编制控制数额内人员,虽然“编制”含

义与原有概念不同,但也属于广义上的编制内人员,同仁医院有权与原告

签订事业单位聘用合同。综上所述,原告与被告之间形成的是人事关

系。

关于原告主张的违法终止赔偿金。根据原、被告签订的聘用合同约

定,合同到期届满即行终止,双方签订的最后一份聘用合同于2016年11月

30日到期,原告医疗期满后,合同顺延至2016年12月3日终止。根据《北

京市事业单位聘用合同制试行办法》第四十五条的规定,合同到期终止

不属于支付经济补偿金的情形,因此原告要求被告支付违法终止赔偿金

的请求,缺乏法律依据,本院不予支持。

关于原告主张的年终奖。被告同意按全勤奖75%的标准发放,本院不

持异议。关于原告主张的年底十三薪,被告同意按75%的标准发放,本院

不持异议。关于原告主张的病休期间工资,被告发放的2016年11月病假

工资373.4元和2016年12月3天病假工资260.7元,明显低于原告的病假工

资水平,被告应比照2016年10月病假工资予以补足差额6999元。

关于原告主张的延时加班工资,被告同意按仲裁裁决结果支付,该数

额不低于法定标准,本院予以确认。关于原告主张的二次补充报销款和

工会补助费,没有法律依据,本院不予处理。

关于原告主张实习期工资,根据实习协议,实习期间并没有工资而是

实习补贴,单位也支付了原告实习补贴,因此原告的主张缺乏依据,本院

不予支持。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第九十

六条,《北京市事业单位聘用合同制试行办法》第四十五条之规定,判决

如下:

一、自本判决生效之日起七日内,同仁医院支付朱某佟2016年10月1

日至2016年12月3日期间工资差额6999元;

二、自本判决生效之日起七日内,同仁医院支付朱某佟2016年年底

十三薪和年终奖共计11363元;

三、自本判决生效之日起七日内,同仁医院支付朱某佟延时加班工

资478.6元;

四、驳回朱某佟的其他诉讼请求。

原告对一审判决不服,持原审意见均提起上诉。北京市第二中级人

民法院经审理认为:同仁医院为北京医改试点的事业单位,事业编制控制

数额3916名,朱某佟属于编制控制数额内人员;朱某佟与同仁医院签订了

事业单位聘用合同,聘用合同明确约定了双方的权利义务;同仁医院按照

事业单位人员统一对朱某佟进行管理,享受与他人同等的各项福利待遇,

故综合上述情况考虑,一审法院认定朱某佟与同仁医院之间建立的是人

事关系,并无不当,双方之间的争议亦应适用人事法律法规解决。

关于单方终止聘用合同的经济赔偿金。《北京市事业单位聘用合同

制试行办法》第四十五条规定的聘用单位应根据受聘人员在本单位工作

的年限发给一定的经济补偿金的情形中没有规定合同到期终止应支付经

济补偿金,故朱某佟上诉要求同仁医院支付违法终止赔偿金,缺乏法律依

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: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及双方基础法律关系如何认定,具体就是指双方是存在人事

关系还是劳动关系。

一、认定人事关系的标准之争

审判实务中,对于签订有聘用合同是否就能认定为人事关系,存在编

制说与合同说两种不同的观点。一种观点认为,事业单位与工作人员只

要订立了聘用合同,就应认定双方存在人事关系。因此,本案朱某佟虽然

是编制外人员,但是单位与其签订的是人事聘用合同,应该按人事争议处

理,适用人事方面的相关法律。另一种观点认为,聘用合同仅系认定人事

关系的参考依据,具体还应该看劳动者人事档案中是否存在人社局审批

材料,也就是所谓的编制说。那么本案中,朱某佟系编制外人员,单位认

可档案中没有审批材料,因此双方虽然签订的是聘用合同,但是因缺乏人

社局审批备案,不能认定为人事关系,双方应该属于劳动关系。

二、编制外人员认定为劳动关系之弊

对于签订聘用合同的编制外人员,如果严格按照编制说,以档案中没

有编制审批表,否定了双方的人事关系,按劳动关系处理,会存在以下两

方面问题:一是从宏观上看,编制说与人事制度的改革精神不符。事业单

位人事制度改革的总体思路是从身份人到社会人的转变,也就是在逐渐

淡化编制带来的身份特权,打破铁饭碗,按需设岗,按岗设人。尤其是医

院、学校等单位,更是赋予用人单位自主权,实行人员自主双向流动管

理,对于人事关系的认定已经超出了原有的概念,编制在逐渐淡化,如果

因编制而认定编制外人员存在劳动关系,那么可能会与实际现状存在一

定程度的不符,也不利于医院进行人事制度改革。二是如果对于编制外

人员的聘用合同均认定为劳动合同,职工会依据劳动法主张相应的权利, 如未签订劳动合同二倍工资差额、加班工资、违法解除赔偿金等,将严

重冲击现有人事管理秩序,不利于社会稳定。

三、编制外人员认定为人事关系之不足

如果按照聘用合同将编制外人员认定为人事关系,在适用法律上存

在以下问题:一是改革过渡期编制外人员的权利得不到平等保护。编制

外人员虽然享受到了事业单位的福利待遇,但是与编制内人员相比,仍然

在职位晋升、社保等方面有一定差别。另外在解除或终止方面,也没有

体制内的安全保障,如果对于编制外人员严格适用聘用合同,在解除或终

止方面不给予补偿,又无法纳入劳动法的保护,将使这部分人员受到双层

歧视:既没有享受到全部的事业人员待遇,也未享受到劳动者应有的权利

保障。二是现有人事政策不完善,提供给编制外人员的法律保护措施有

限。现有人事方面的立法层次较低,没有法律层面的规定,仅有部门规章

和政策,而且政策规定分散,政策精神存在区域化、行业化的现象,法律

适用不统一,对于编制外人员的人事争议处理,原有规定已经跟不上改革

的步伐,但是新的改革精神又未上升到立法层面,所以造成了编制外人员

人事纠纷适用法律的困境,也就是适用《中华人民共和国劳动合同法》

或原有的人事政策均有失公允,无法保障编制外人员的权利。

四、聘用合同加人事管理标准之提出

事业单位第一阶段聘用合同制改革已经全面完成,但是事业单位分

类、分岗改革正在全面推进,人员管理存在人事和劳动交叉变更的过渡

期,那么对于改革过程中面临的问题不能搞“一刀切”,还应该结合事业

单位的具体类型和行业特点,对于事业单位人员的法律关系进行分类认

定,具体而言,应注意把握单位性质、人员岗位、人员结构等因素。对于

公益性财政补贴单位,也就是教育、医疗行业,为了解决上学难、就医难

问题,学校和医院的工作人员在逐年增加,原有人员编制数额保持不变, 对于增量人员均签订聘用合同,人员管理行政化色彩变淡,赋予了事业单

位更多的人事自主权,对于这类行业,应根据“老人老政策、新人新政

策”的过渡期方案,分类认定双方之间的法律关系,对于原有编制内人

员,即使双方未签订人事聘用合同,也应该以人事关系论;对于新聘用人

员,签订有人事聘用合同,并且在福利待遇和日常管理均是参照事业单位

人员管理,那么即使未进行编制备案,也应采用聘用合同加人事管理标准

认定为人事关系。

编写人:北京市东城区人民法院 李彦宏

二、劳动合同履行和变更

14用人单位无权单方变更劳动合同

——北京旺旺食品有限公司诉王某辉经济补偿金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2018)京03民终1349号民事判决书

2.案由:经济补偿金纠纷

3.当事人:

原告(上诉人):北京旺旺食品有限公司(以下简称旺旺公司) 被告(被上诉人):王某辉

【基本案情】

旺旺公司与大旺公司均系旺旺集团子公司。2009年9月26日,王某辉

入职旺旺公司,岗位为设备维修,双方签订了劳动合同。

2016年3月,旺旺集团总部出具方案,要求旺旺公司将生产线的资

产、人员及相关费用转入大旺公司。旺旺公司向全部员工提供两种安置

方案:同意并入大旺公司的,签订三方协议,劳动关系转移至大旺公司;不

同意签订三方协议的,继续履行与旺旺公司的原劳动合同。旺旺公司将

方案公布后,部分员工与旺旺公司解除劳动合同,与大旺公司签订劳动合

同。王某辉不同意转入大旺公司,正常工作至2016年4月10日。此后,因

双方未协商一致,旺旺公司不再安排王某辉工作,而是安排其在会议室培

训,培训内容为学习单位规章制度。培训期间,王某辉的工资水平较此前

大幅下降。

2017年2月23日,旺旺公司通知王某辉于2017年2月24日回浪味仙生

产线工作,工作岗位为封箱,王某辉未按通知回去工作。2017年3月7日, 旺旺公司再次通知王某辉于2017年3月9日回浪味仙生产线工作,工作岗

位为封箱,如不服从公司工作岗位安排与工作岗位调整,公司将与王某辉

解除劳动合同。王某辉仍未回去工作。2017年3月24日,旺旺公司向王某

辉发出《解除劳动合同通知书》,以王某辉不服从公司工作岗位安排与

工作岗位调整为由,依据劳动合同法、劳动合同、《奖惩管理办法》的

规定,自2017年3月24日解除与王某辉的劳动合同。

2017年3月9日,王某辉向北京市平谷区劳动人事争议仲裁委员会申

请仲裁,要求旺旺公司支付违法解除劳动合同赔偿金。2017年8月8日,该

仲裁委裁决旺旺公司支付王某辉违法解除劳动合同赔偿金35442.45元。

旺旺公司不服该仲裁裁决,起诉至法院,请求判令旺旺公司无须支付王某

辉违法解除劳动合同赔偿金。

【案件焦点】

1.旺旺公司是否有权单方变更劳动合同;2.旺旺公司解除与王某辉

的劳动合同是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市平谷区人民法院经审理认为:依法订立的劳动合同具有约束

力,用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定,全面履行各自的义务。

本案中,在旺旺公司依照旺旺集团总部要求将生产线、资产、人员等转

移至大旺公司的情况下,旺旺公司要将王某辉的劳动合同转至大旺公司, 即要求王某辉解除原劳动合同,重新与大旺公司签订劳动合同,应当征得

王某辉的同意,并就解除劳动合同及重新订立劳动合同的事宜与王某辉

协商一致。在双方无法协商一致且无法继续履行原劳动合同的情况下, 旺旺公司可以依法解除劳动合同,并向王某辉支付经济补偿。然而,在未

协商一致的情况下,旺旺公司不再安排王某辉从事原工作,而是安排“培

训”,培训期间王某辉的工资明显低于此前工资,旺旺公司已经单方对劳

动合同的履行做出了变更,该做法没有法律依据,不具有正当性。2017年

2月23日、2017年3月7日,旺旺公司在双方发生劳动争议未解决的情况

下,要求王某辉为大旺公司工作,且工作岗位由设备维修调整为封箱,旺

旺公司的上述行为明显不妥。结合王某辉提交的录音材料中旺旺公司管

理人员的表态,本院认定旺旺公司的以上工作安排不具有正当性与合理

性。在王某辉拒绝按旺旺公司要求到岗的情况下,旺旺公司以王某辉不

服从工作安排违反规章制度为由解除劳动合同,欠缺合法性及合理性,本

院认定旺旺公司系违法解除劳动合同,旺旺公司应当依法支付王某辉违

法解除劳动合同赔偿金。旺旺公司的诉讼请求,没有事实和法律依据,本

院不予支持。

北京市平谷区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三

条、第二十九条、第三十五条、第四十八条、第八十七条之规定,作出

如下判决:

旺旺公司于本判决生效后十日内支付王某辉违法解除劳动合同赔偿

金35442.45元。

旺旺公司不服一审判决,提起上诉。北京市第三中级人民法院经审

理认为:依法签订的劳动合同受法律保护,当事人非因法定情形无权单方

变更或者解除。旺旺公司要将王某辉的劳动合同转至大旺公司,在法律

意义上并非简单的劳动合同约定范围内调岗,而是要求王某辉解除原劳

动合同,与新的用工主体签订新的劳动合同,此种重大变更行为应充分尊

重王某辉的意愿,并与其协商一致,不得用不正当方式强迫或者变相强迫

劳动者妥协。旺旺公司因就变更劳动合同主体问题与王某辉无法协商一

致后,采用长期“培训”的方式使劳动者无法从事原岗位工作,经审查, 培训理由明显缺乏正当性,属于单方对劳动合同的履行进行变更,该做法

缺乏法律依据,不具有正当性。在双方劳动争议未解决的情况下,旺旺公

司要求王某辉为大旺公司工作,工作岗位由设备维修调整为封箱,结合录

音材料中旺旺公司管理人员的表态,应当认定旺旺公司的工作安排经超

出了合法调岗的界限和范围,不具有正当性与合理性。在王某辉拒绝到

岗的情况下,旺旺公司以王某辉不服从工作安排违反规章制度为由解除

劳动合同,欠缺合法性及合理性,原判决认定旺旺公司系违法解除劳动合

同应支付赔偿金定性准确。

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】

企业基于生产经营的需要,根据市场变化及时调整生产经营策略,需

要用工自主权以达到经营效率之目的,但变更劳动合同直接关乎劳动者

的切身利益。我国现行法律对此规定很少,无法解决复杂的现实问题。

实践中,我们审理案件经常需要在用人单位的用工自主权和劳动者权益

保护之间进行艰难的选择与权衡。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条规定,用人单位变更劳

动合同,应与劳动者协商一致,且必须采用书面形式。由于市场和劳动关

系都处于不断变化的状态,企业对员工工作岗位、工作地点、薪资进行

调整是经常发生的,特别是在市场经济形势急剧变化的今天,对劳动合同

进行适当变更几乎不可避免。如果片面强调变更劳动合同必须与劳动者

协商一致,僵化的用工机制必将束缚企业的发展。

正因如此,《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定,用人单位

在劳动者医疗期满后不能从事原工作、不能胜任工作以及客观情况发生

重大变化的情况下,可以依法行使预告解除权,但应当依法给予劳动者经

济补偿。《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)》第十一条进一步放宽条件,不再要求必须采用书面形式,允许双

方通过实际履行方式变更劳动合同。但现实中用人单位变更劳动合同的

动机多样,有的是正常的生产经营需要,也有的是滥用用工自主权,以调

岗为由,达到变相解雇的目的。

结合司法实践中的多数意见,我们认为应贯彻对企业用工自主权和

劳动者合法权益进行平衡保护的原则,结合个案实际对用人单位变更劳

动合同动机、变更合同内容对劳动者造成的实际影响、用人单位采取的

方式和手段等进行全面审查。对于用人单位确因生产经营需要,或者因

订立合同时所依据的客观情况发生重大变化,双方无法协商一致的,如果

变更劳动合同内容未对劳动者权益造成实质性影响,或者用人单位采取

合理的弥补措施,如调整岗位并辅之以相关培训,且薪酬待遇维持原标准

或适当提高,或在调整工作地点后提供班车、提供交通补贴等,可以有效

消除对劳动者影响的情况下,应当认定用人单位单方调整的正当性与合

理性;如果变更劳动合同给劳动者权益造成重大影响且无法消除,双方可

以提出解除劳动合同,由用人单位支付经济补偿金。对于用人单位动机

不正当,滥用用工自主权以达到解除劳动合同的目的,或者变相强迫劳动

者辞职的,则应认定用人单位的行为违法。

就本案而言,在旺旺公司要求员工与大旺公司重新签订劳动合同不

能协商一致的情况下,因客观情况发生了重大变化,双方均可以提出解除

劳动合同,并由旺旺公司支付劳动者解除劳动合同经济补偿金。如此处

理,对双方都是公平的。然而,旺旺公司为了达到不支付经济补偿金的目

的,采用长期“培训”、支付较低工资的方式使劳动者无法从事原岗位

工作,变相强迫劳动者辞职。旺旺公司单方变更劳动合同,动机不正当, 显然是违法的。为了进一步达到解除劳动合同且不支付经济补偿金的目

的,旺旺公司又将王某辉的工作岗位由多年的设备维修调整为封箱,该行

为同样不具有正当性与合理性。在王某辉拒绝按要求到岗的情况下,旺

旺公司认为已经达到了可以运用规章制度解除劳动合同的条件,即以王

某辉不服从工作安排,违反规章制度为由解除劳动合同。可以说,旺旺公

司的一系列行为动机不正当,单方调岗行为方式不合理,已经侵害了王某

辉的合法权益。在此情况下,旺旺公司以王某辉不服从工作安排为由,解

除劳动合同,属于违法解除劳动合同,应当支付王某辉违法解除劳动合同

赔偿金。

编写人:北京市平谷区人民法院 李晓明 孙媛苹

15劳动合同重要内容变更“默示推定”原则的适

用

——嘉立德(厦门)电子科技有限公司诉宋某才劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市海沧区人民法院(2017)闽0205民初2386号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:嘉立德(厦门)电子科技有限公司(以下简称嘉立德公司) 被告:宋某才

【基本案情】

2017年1月3日,嘉立德公司与宋某才签订《劳动合同》,约定:1.宋

某才同意在嘉立德公司安排的工作地点从事职员岗位;2.合同期限

为2017年1月3日起至2022年1月2日止;3.在合同期内,嘉立德公司因生产

工作需要确需调整宋某才工种的,须经双方协商;4.嘉立德公司对宋某才

所在岗位实行综合计算工时工作制度。合同还约定了双方的其他权利义

务及劳动合同的解除及终止等事项。2017年2月28日,欣众达公司与嘉立

德公司联合发布《通知》,载明“根据公司实际发展情况,原生产二课搬

运工岗位取消,从事相应岗位之员工将根据公司岗位需求安排至相应工

作岗位。原搬运工宋某才,于2017年3月1日将调至生产一课,具体工作由

生产一课负责人安排”。2017年3月15日、2017年3月16日,宋某才与嘉

立德公司因“公司领导调换岗位”“劳工纠纷”向当地派出所报警处

理。2017年3月23日,宋某才就其与嘉立德公司之间的劳动争议申请厦门

市同安区劳动争议仲裁委员会仲裁,请求解除双方劳动合同、支付经济

赔偿金、拖欠工资及补交社会保险等。2017年5月20日,同安区劳动仲裁

委作出同劳仲委[2017]213号裁决,该裁决书于2017年6月19日送达嘉立

德公司,嘉立德公司不服该裁决,于2017年7月4日诉至法院,提出嘉立德

公司不需要支付宋某才解除劳动合同经济补偿金等诉讼请求。庭审时, 双方确认宋某才的月平均工资为4054.38元。宋某才2017年2月的工资是

嘉立德公司发放的。宋某才提交的其在2017年2月至3月15日期间的打卡

记录显示,其2月均正常打卡上下班;而3月只有3月1日、3月3日及3月15

日有上班打卡记录。

【案件焦点】

1.用人单位与劳动者就调岗事项是否达成合意;2.用人单位是否需

要支付经济补偿金。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市海沧区人民法院经审理认为:嘉立德公司与宋某才就

调岗一事并未达成一致。根据嘉立德公司于2017年2月28日发布的通知, 宋某才的岗位调整是从3月1日才开始。该通知中用人单位单方调岗的意

思明确,与嘉立德公司声称的其早在2月即与宋某才就调岗一事达成合意

明显存在矛盾,亦不合常理:1.若双方就调整岗位已达成合意,通知的内

容完全可以体现该调整已与宋某才沟通并协调一致;2.岗位调整的时间

不应该从3月1日才开始;3.新岗位的工作内容不会在通知发出时仍处于

未知的、待安排的状态。此外,考勤表系事后签署,并无载明具体工作内

容,故考勤主体虽有变化,但并不足以证明宋某才岗位在2月即已发生变

化。另外,即便如嘉立德公司所述宋某才2月已在欣众达公司上班,但其2

月前3天在补休,2月4日才开始至新岗位工作,至3月1日起即无完整上下

班打卡记录,结合宋某才以往的打卡习惯及其向同安区劳动监察大队投

诉一事,足以认定宋某才自3月1日起即因岗位调整问题与嘉立德公司产

生冲突,不同意在新岗位工作;鉴于嘉立德公司与宋某才就调岗一事并未

达成书面更变协议,自2月4日起至3月1日,宋某才在新岗位工作未满一个

月即向嘉立德公司提出异议。综上,嘉立德公司与宋某才就变更岗位一

事并未达成合意,且新岗位与原岗位工种差异明显,用工主体亦不相同, 宋某才不同意岗位变更,嘉立德公司仍要求宋某才在新岗位工作,可以认

定嘉立德公司未能依据原劳动合同的约定提供劳动条件,宋某才据此要

求解除劳动合同的,嘉立德公司依法应向宋某才支付经济补偿金。福建

省厦门市海沧区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十九

条、第三十八条第一款第一项、第四十六条第一项、第四十七条和《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、宋某才与嘉立德公司自2009年11月起至2017年3月期间存在劳

动关系,双方劳动关系自2017年3月16日解除;

二、嘉立德公司于本判决生效之日起十日内支付宋某才解除劳动合

同经济补偿金30407.85元及2017年2月1日至3月15日期间的工资4617.6

元,合计35025.45元;

三、驳回嘉立德公司的其他诉讼请求。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

实践中,用人单位因生产经营需要调整劳动者工作岗位的现象比较

普遍,往往成为双方产生矛盾的源头,也常常成为劳动合同解除的导火

索,引发了大量的劳动争议。该类案件争议焦点常集中在:一是双方就调

岗事项是否达成合意;二是用人单位是否需要支付经济补偿金。因此,有

必要对用人单位调岗权的性质、经济补偿金的适用情形等进行进一步分

析梳理,以保障对因调岗引起的劳动争议司法裁判的公正性与合理性。

一、调岗属于劳动合同的变更

所谓调岗,又被称为调职,即“在相当长的一段时间内变更劳动者的

职务内容与工作场所”。企业是否有权单方调整劳动者的工作岗位取决

于对调岗权的性质的认定。一种观点认为,调岗属于劳动合同变更的范

畴,应以双方的合意为基础。另一种观点认为,调岗权属于用人单位经营

权,只要该调岗为企业经营生产所必需,劳动者就有服从安排的义务。笔

者赞同第一种观点,即调岗属于劳动合同的变更,应以双方的合意为基

础,理由如下:一是调岗往往涉及工作内容和工作地点及劳动报酬的调

整,依据《中华人民共和国劳动合同法》第十七条之规定,工作内容和工

作地点属于劳动合同的必备条款,而依据该法第三十五条之规定,变更劳

动合同约定的内容需用人单位与劳动者协商一致。二是调岗对劳动者影

响更大,工作岗位的变动涉及劳动者是否能够胜任新的工作以及劳动报

酬,若仅由单位单方面调整,将很可能会对劳动者产生不利影响。所以调

岗应以用人单位与劳动者取得合意为基础。

二、对调岗“合意”真实性的审查

本案中,嘉立德公司与宋某才签订的《劳动合同》约定“在合同期

内,嘉立德公司因生产工作需要确需调整宋某才工种的,须双方协商”, 所以对于“调岗需要双方合意”的问题并不存在争议,争议点在于双方

是否已经达成“合意”。第一,书面形式是《中华人民共和国劳动合同

法》关于变更合同的基本规则,而调整工作岗位属于劳动合同变更的范

畴,故调整工作岗位原则上应当采用书面形式。第二,虽然最高人民法院

在《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第十一条规

定中允许“默示推定”变更合同,但该规定适用的前提条件为“劳动者

自新岗位工作之日起一个月内未提出异议”。只要劳动者在一个月内提

出异议,则表明双方调岗合意不成立。所以,鉴于本案中嘉立德公司与宋

某才就调岗一事并未达成书面变更协议,宋某才在新岗位工作未满一个

月也向嘉立德公司提出了异议,故双方并未就调岗一事达成合意,由此可

认定嘉立德公司未依据劳动合同的约定提供劳动条件,宋某才可以解除

合同。

本案中,用人单位与劳动者在劳动合同中约定了调岗需双方协商。

倘若双方在劳动合同中未约定调岗权,为了保护用人单位的灵活经营权

及用工自主权,实践中一般赋予用人单位一定的调岗权,但这种调岗权的

行使应受到合理性的限制,故法院在审理此类案件中就要审查判断用人

单位岗位调整的合理性,可以参考黄程贯教授提出的“雇主调整劳工的

五原则”:“1.基于企业经营上所必需;2.不得违反劳动契约;3.对劳动

之薪资及其他劳动条件,未做不利之变更;4.调动后之工作与原有工作性

质为劳工之体能及技术所可胜任;5.调动地点过于远者雇主应予以必要

之协助。”

三、经济补偿金的适用情形

《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条详细规定了用人单位应

当向劳动者支付经济补偿金的七种情形,可进一步梳理为:(一)劳动合同

解除:1.协商解除。依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条、

第四十六条第二项规定,用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动

者协商一致解除劳动合同的,应当向劳动者支付经济补偿。也就是说,如

果是由劳动者提议的,用人单位就不需要支付经济补偿金。2.单方解

除。若由劳动者提出解除的,只有在劳动者没有过错而用人单位有过错

的情况下适用经济补偿。若由用人单位提出解除的,在用人单位“无过

失性辞退”的情形下,即劳动者虽不能胜任本职工作,但亦没有重大的过

错,用人单位仍需支付经济补偿金。此外,因企业经济性原因导致经济性

裁员时,用人单位也需要支付经济补偿金。(二)劳动合同终止。一种情

形是劳动合同期满,用人单位不同意续订或降低劳动合同约定条件致使

劳动者不同意续订的,用人单位需支付经济补偿金。另一种情形是因用

人单位破产、提前解散等而终止劳动合同的,用人单位需支付经济补偿

金。本案属于劳动者基于用人单位有过错而提出解除劳动合同的情形, 用人单位依法应向劳动者支付经济补偿金。

编写人:福建省厦门市海沧区人民法院 陈进杰 陈纬纬

16调岗至存在职业病危害因素的岗位时,用人单位

应当与劳动者协商一致

——江阴挪赛夫玻璃钢有限公司诉顾某峰经济补偿金案

【案件基本信息】

1.调解书字号

江苏省江阴市人民法院(2017)苏0281民初10237号民事调解书

2.案由:经济补偿金纠纷

3.当事人

原告:江阴挪赛夫玻璃钢有限公司

被告:顾某峰

【基本案情】

顾某峰系江阴挪赛夫玻璃钢有限公司(以下简称挪赛夫公司)员工, 双方签订的劳动合同约定:“甲方根据工作需要,按照合理诚信原则,可

依法变动乙方的工作岗位。”2017年3月30日,挪赛夫公司书面通知顾某

峰调岗,要求原从事安装工作的顾某峰调至金加工车间从事打磨工作。

原岗位无职业病危害因素,调整后的岗位存在“噪声+矽尘”的危害因

素。顾某峰不同意,挪赛夫公司就以顾某峰未有合理正当理由拒绝岗位

调整、违反规章制度为由,书面通知顾某峰解除劳动合同。

经民主程序修订、顾某峰签收并阅读过的员工手册规定:员工不服

从公司合理的工作调动,给予解除劳动合同。

顾某峰以挪赛夫公司违法解除劳动合同为由申请仲裁,要求支付赔

偿金16万多元。仲裁裁决支持了顾某峰。挪赛夫公司不服,诉至法院。

【案件焦点】

挪赛夫公司单方解除与顾某峰的劳动合同是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为:首先,《中华人民共和国职业病

防治法》(以下简称《职业病防治法》)规定,劳动者在已订立劳动合同

期间因工作岗位或者工作内容变更,从事与所订立劳动合同中未告知的

存在职业病危害的作业时,用人单位应当向劳动者履行如实告知的义务, 并协商变更原劳动合同相关条款。否则,劳动者有权拒绝从事存在职业

病危害的作业,用人单位不得因此解除与劳动者所订立的劳动合同。本

案中,挪赛夫公司将顾某峰调至具有职业病危害因素的岗位,依据《职业

病防治法》的规定应当协商变更原劳动合同相关条款。其次,从《中华

人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)的规定来讲,变更

劳动合同的内容应当由双方协商一致。尽管本案中双方有调岗授权的约

定,但调岗仍应当具备合理性,更不能违反《职业病防治法》的相关规

定。本案的调岗将对顾某峰的身体健康产生不利影响,显然不符合合理

性原则,属于变更劳动合同的行为,挪赛夫公司应当与顾某峰协商一致, 否则调岗无效。综上,挪赛夫公司因顾某峰不服从调岗而单方解除劳动

合同是违法的。经本院调解,双方最终达成了调解协议:挪赛夫公司撤销

解除劳动关系决定,双方协商解除劳动关系,挪赛夫公司一次性支付顾某

峰经济补偿金13万元。

【法官后语】

在供给侧改革的影响下,不少企业因为去产能、调结构、降成本而

关停了一些生产部门并转而对部分劳动者作出调整工作岗位的决定,因

此,近几年因调岗引发的劳动争议呈上升态势。

调整工作岗位所涉及的法律问题就是劳动合同内容的变更。对于劳

动合同内容的变更,《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条中明确

规定:“用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内

容……”《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)》第十一条又作出了对上述条款的书面形式的有条件地突破的规

定:“变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行了口头变更的劳动

合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国

家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更

无效的,人民法院不予支持。”但上述两项规定均未完全否定用人单位

的用工自主权,在审判实践中应当注意把握用人单位的用工自主权与劳

动者生存权保护之间的动态平衡。

实践中,不少企业与劳动者签订的劳动合同中包含了与本案类似的

调岗授权的约定,应当认定为合法有效。但企业并不能据此认为有了绝

对的调岗权,而应当遵循合理的原则:如果调岗存在合理性,则不构成劳

动合同的变更,自然无需双方协商一致;如果调整岗位具有明显不合理情

形的,应当认定构成劳动合同的变更,企业必须与劳动者协商一致,否则

调岗将被认定为无效。本案的调岗因为涉及职业病危害因素,属于劳动

合同内容的变更,所以应当经过劳动者同意。《职业病防治法》基于对

劳动者的劳动保护作出了相关规定,其法理基础与《劳动合同法》是一

致的。

除了上文提到的调岗授权的约定的情形之外,存在以下情形的换岗

也可以认定为不构成劳动合同变更:(1)在同一生产线内或相同生产线之

间的类似岗位,不同部门的通用岗位间进行岗位调换的。(2)用人单位基

于业务需要,临时性、短期性地指派劳动者至本单位其他部门支援工作, 或指派至用人单位外工作。(3)如果调岗未采用书面形式,但已经实际调

岗超过一个月,且该调岗符合合理原则。存在以下情形的换岗可以认定

为劳动合同的变更:(1)合同中明确约定的特定岗位,且该岗位有专业技

术特征或特殊资格要求的,调整属于劳动合同变更。(2)调整岗位具有明

显不合理情形的。由此可见,调岗并不必然导致劳动合同的变更。

用人单位调岗如违反合理性,则该调岗行为应被认定为无效。一旦

调岗被认定为无效,用人单位将分以下情形承担相应的法律责任:如果劳

动者要求继续履行原劳动合同,用人单位应当安排劳动者回原岗位或协

商同意在新岗位上班;如果因此造成劳动者辞职的,则应当视为“推定解

雇”,用人单位应当依法支付经济补偿金;如果用人单位以劳动者不到新

岗位上班构成旷工为由解除劳动合同的,属于违法解除,应当依法支付赔

偿金。

编写人:江苏省江阴市人民法院 曹鸣红

17续签劳动合同降低劳动条件的认定

——穆某亭诉北京市银山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

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终1337号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(原审被告):穆某亭

上诉人(原审原告):北京市银山出租汽车有限责任公司(以下简称银

山出租公司)

【基本案情】

2001年7月10日,穆某亭到银山出租公司工作,工作岗位为出租车司

机,运营方式为单班工作制,双方签订了劳动合同。2008年6月1日,签订

了《劳动合同书》,合同约定:本合同为固定期限劳动合同,自2008年6

月1日起至2015年5月31日止;银山出租公司安排穆某亭执行不定时工作

制度;银山出租公司支付穆某亭月工资按照《承包营运合同书》中双方

约定的内容执行,但不低于北京市最低工资标准;合同还规定了其他条

款。同日,穆某亭与银山出租公司签订了《承包营运合同书》,合同约

定:银山出租公司向穆某亭提供现代牌出租车一辆(车牌号京BM62××); 运营方式为单班;运营期限为2008年6月1日至2015年5月31日;穆某亭的

承包定额为5175元,每月30日前足额缴纳;穆某亭的报酬为穆某亭向银山

出租公司缴纳承包定额后的运营收入减去穆某亭合理运营成本支出的剩

余部分及银山出租公司支付给穆某亭的岗位补贴之和;穆某亭的岗位补

贴为545元;合同还规定了其他条款。合同签订后,穆某亭承包了银山出

租公司出租车(车牌号京BM62××)一辆进行运营。2015年5月30日,穆某

亭与银山出租公司续订了劳动合同,劳动合同期限延展至2016年5月31

日。

2016年4月20日,银山出租公司向部分车辆下发了《2016年车辆更新

合同到期告知书》,该告知书载明:银山出租公司与您签订的劳动合同于

2016年5月30日期满;届时银山出租公司将根据劳动合同及双向选择,签

订、终止(解除)劳动合同;根据《关于调整北京市出租汽车报废年限的

通告》,自2015年5月1日起本市更新或新增的汽油出租汽车执行6年强制

报废标准的文件精神变更为双班工作制;车辆更新后如执行单班工作制, 企业将面临亏损甚至倒闭,单班承包费5175元/月,扣除岗位补贴、社

保、折旧、税金、GPS、计价器等直接费用和财务、管理、税金等间接

费用,单车净利润171元/月,社保费用又在逐年增加,企业将没有利润产

生,最终会导致无法经营,员工失业;因此,企业要保障正常运转,只能执

行双班工作制;请您按照下表内容填写……如您选择服从公司安排,请到

办公室提交申请;如您选择终止意向,将视作提出终止劳动合同申请,公

司将如期办理劳动合同终止手续;请于2016年5月10日前将您的本人意愿

反馈给公司。2016年5月10日后,穆某亭没有书面答复银山出租公司。

2016年5月16日,穆某亭驾驶的京BM62××到报废年限报废。穆某亭不同

意续签双班工作制运营承包合同,为此,双方发生争议。穆某亭于2016

年6月15日申诉至劳动争议仲裁委,请求:1.支付不续签劳动合同经济补

偿金36472元;2.支付未休年休假工资16768元。劳动争议仲裁委于2016

年9月5日做出京昌劳人仲字[2016]第2683号裁决书,裁决:1.银山出租公

司支付穆某亭终止劳动合同经济补偿金34000元;2.驳回穆某亭的其他申

请请求。裁决后,银山出租公司不服该裁决,于2016年9月14日诉至法院,

穆某亭未就该裁决书提起诉讼。

【案件焦点】

出租汽车公司将出租车运营方式由单班经营变为双班经营是否属于

降低劳动合同约定条件。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为:当事人对自己的主张有提供证

据的义务,如未提供相应证据,应承担举证不能的后果。银山出租公司与

穆某亭构成劳动合同关系。本案争议的焦点就是银山出租公司将出租车

运营方式由单班经营变成双班经营是否属于降低劳动合同约定条件。单

班变成双班运营,出租车司机享有的岗位工资、油补及车辆保险等原有

福利待遇未变,且承包金减少、运营压力减少,并未降低劳动合同约定的

条件。根据出租车司机与公司之间的劳动合同和承包运营合同,出租车

司机的月劳动报酬为司机向公司缴纳承包定额后的营运收入减去一方合

理营运成本的剩余部分及公司支付的岗位补贴之和;出租车司机自行安

排营运时间和休息时间。可见,不论双班还是单班运营,出租车司机的收

入状况、工作时间和强度均在很大程度上取决于其自身安排。在实践

中,不同的出租车司机对收入的预期不同、身体状况不同、生活习惯不

同甚至居住地点不同等,都会导致运营和休息的时间和方式的变化,并进

而在不同的出租车司机个体之间产生对单班还是双班运营喜好的不同以

及收入的差异。此外,出租车行业作为公共交通系统的一个重要补充,具

有一定的公益性和服务性,政府对出租车行业实行行政管制,通过双班率

调节出租车运力是北京市政府的管制手段之一。从这个角度看,出租车

的运营方式是单班还是双班,不完全属于出租车公司和司机约定的范

畴。因此,根据银山出租公司将涉诉出租车的运营方式由单班调整成双

班这一事实,很难认定银山出租公司在征求穆某亭是否续签劳动合同的

意向时存在降低劳动合同约定条件的情形。关于银山出租公司不同意支

付穆某亭终止劳动合同经济补偿金34000元一节,银山出租公司的该项诉

讼请求理由正当,法院予以支持。

据此,一审法院判决:

银山出租公司无需支付穆某亭终止劳动合同经济补偿金34000元。

宣判后,穆某亭提起上诉。穆某亭认为,一审判决认定穆某亭不同意

续签双班工作制劳动合同,属于认定事实错误;一审判决遗漏了“银山出

租公司是否应当与穆某亭签订无固定期限劳动合同”这一重要的争议焦

点,导致一审判决结果的错误;一审法院在遗漏重要争议焦点的情况下, 依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第一款第一项、第四十

六条第一款第五项作出判决,属于适用法律错误。

北京市第一中级人民法院经审理认为:穆某亭上诉主张一审法院遗

漏了“银山出租公司是否应当与穆某亭签订无固定期限劳动合同”这一

争议焦点。从银山出租公司2016年4月20日所发《2016年车辆更新合同

到期告知书》来看,《2016年车辆更新合同到期告知书》上并未注明续

签劳动合同的期限为固定期限,穆某亭亦没有证据证明其曾向银山出租

公司提出过续签无固定期限劳动合同,故本院对其该项上诉主张不予采

信。

关于银山出租公司将出租车营运方式由单班营运变成双班营运是否

属于降低劳动合同约定条件问题。首先,单班变成双班营运,综合承包定

额和各项补贴情况,出租车司机应向银山出租公司缴纳的费用减少、运

营压力减少。其次,出租公司采取不定时工作制度,出租车司机可以自行

安排营运时间和休息时间,不论双班还是单班营运,出租车司机都可以就

工作时间和强度进行自主调整。最后,出租车行业作为公共交通系统的

一个重要补充,具有一定的公益性和服务性,通过调增双班率进行出租汽

车总量动态调控以提高出租车运力水平,也是政府的相应管理措施。综

上,根据银山出租公司将出租车的营运方式由单班调整成双班这一事实,

不足以认定银山出租公司在征求穆某亭是否续签劳动合同的意向时存在

降低劳动合同约定条件的情形。一审认定银山出租公司无需向穆某亭支

付终止劳动合同经济补偿金34000元是正确的,本院予以确认。

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,二审法院判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《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

期满的,劳动合同终止。《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第

五项进一步规定,除用人单位维持或提高劳动合同条件续订劳动合同,劳

动者不同意续订的情形外,依照本法第四十四条第一项规定终止固定期

限劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。根据上述规定, 当用人单位与劳动者的劳动合同期限届满时,用人单位提出续订劳动合

同的,如果是“维持或提高劳动合同约定条件”,劳动者不接受的,用人

单位终止劳动合同,可以不支付经济补偿金;如果是“降低了劳动合同约

定条件”,劳动者拒绝的,用人单位终止双方的劳动合同,应当支付经济

补偿金。

此处涉及一个非常重要的问题,那就是如何判定劳动合同约定条件

的维持、提高或降低?法律条款的原则性较强,缺乏相应的司法解释,且

没有客观恒定的判断标准,导致在实践当中出现是维持还是降低的有关

争议时,用人单位和劳动者往往各执一词。

审判实践中判断维持或降低劳动合同约定条件,可以遵循以下原则: 一是比较分析原则。可以从以下几个方面来比较分析:第一,劳动者

正常履行劳动义务时,劳动报酬的标准是否降低;第二,是否增加了劳动

者应履行的义务;第三,是否减少了劳动者的权利或权益;第四,是否对劳

动者作出了更加严苛的约束性规定。如果用人单位续订劳动合同时,增

加了劳动者的义务或者减少了劳动者的权益,就应当认定为降低了劳动

合同约定条件。本案中,单班变成双班运营,出租车司机享有的岗位工

资、油补及车辆保险等原有福利待遇未变,且承包金减少、运营压力减

少,可见劳动者的权益并未减少,甚至还有所增加,同时出租车公司也没

有增加劳动者的义务和约束性规定。

二是全面性原则。劳动合同约定条件有很多,如劳动报酬、工作内

容和工作地点、工作时间和休息休假、社会保险、劳动保护、劳动条件

和职业危害防护等。如果用人单位只是单纯维持或降低某一个或几个劳

动合同条件,判断起来就比较容易;如果续订的劳动合同,有些条件提高

了,有些条件降低了,应当如何认定?鉴于劳动合同约定的整体性,因此, 从有利于保护劳动者权益出发,当有些条件降低、有些条件提高时,仍然

应认定为降低了劳动合同约定条件。本案除劳动报酬相关问题外,劳动

者还主张单班改为双班制增加了工作时间和强度,但出租车司机都是自

行安排营运时间和休息时间,因此不论是双班还是单班运营,出租车司机

的收入状况、工作时间和强度均很大程度上取决于其自身安排,所以也

不能认定在工作时间和强度上降低了劳动合同约定条件。

三是合理性原则。劳动合同约定条件是否降低,应考察条件的变更

是否具备合理性。本案中,出租车公司将单班制变更为双班制有相应的

政策背景和考量。出租车行业作为公共交通系统的一个重要补充,具有

一定的公益性和服务性,通过调增双班率进行出租汽车总量动态调控以

提高出租车运力水平,也是政府的相应管理措施。从这个角度看,出租车

的运营方式是单班还是双班,不完全属于出租车公司和司机约定的范

畴。因此,单双班改制这一劳动条件的变更是具备合理性的,也属于因续

订劳动合同时的客观情况发生变化,致使续订的劳动合同内容有所变更

的情形。

编写人:北京市第一中级人民法院 范楷强

18医师违反服务期约定医院要求其返还在职研究

生期间劳动报酬的不应予以支持

——中国人民解放军第一七四医院诉李某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02民终4730号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):中国人民解放军第一七四医院

被告(上诉人):李某

【基本案情】

李某于2012年7月3日入职中国人民解放军第一七四医院(以下简称

一七四医院),双方签订有三份劳动合同,合同期限分别为2012年7月3日

至2015年6月30日、2015年7月1日至2016年6月30日、2016年7月1日至

2017年6月30日,李某的岗位均为神经外科医师。李某于2013年攻读安徽

医科大学在职研究生,其间李某与一七四医院签署《一七四医院在职教

育协议书》(以下简称《协议书》),约定安徽医科大学接受一七四医院

委托招收李某为2013级攻读神经外科学专业硕士学位研究生,李某攻读

研究生期间实行带薪学习,但毕业后必须在一七四医院工作满8年,否则

须返还读研期间一七四医院支付的培训费用,包括“福利待遇+住房公积

金+社保+奖金+报销学费……”李某在安徽医科大学读完五个月的理论

课程后,跟随其导师即一七四医院神经外科主任姚某在该院临床实习。

2016年,李某研究生毕业后,向一七四医院递交辞职申请。一七四医院要

求李某按照《协议书》返还培训费用,即攻读研究生期间工资、住房公

积金、社会保险费、奖金等。李某未返还上述费用,一七四医院作为申

请人,以李某作为被申请人向厦门市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 要求返还2013年9月至2016年7月期间的培训费用172065元。李某提出反

请求,要求一七四医院支付2013年1月1日至2016年8月31日期间的加班

费,返还人事档案,并为李某办理档案转移手续。仲裁裁决一七四医院为

李某办理档案转移手续,并驳回双方其他仲裁请求,双方不服,遂诉至法

院。

【案件焦点】

1.李某是否需要返还一七四医院2013年9月至2016年7月期间的培训

费172065元;2.一七四医院是否需要支付李某2013年1月1日至2016年8月

31日期间的加班费。

【法院裁判要旨】

厦门市思明区人民法院经审理认为,关于一七四医院要求李某支付

172065元,因一七四医院与李某本案签订的《协议书》约定的内容明显

加重了李某的义务,排除了权利,根据《中华人民共和国劳动合同法》第

二十六条之规定,应认定此约定内容无效。另外,学习期间李某与一七四

医院也续签了劳动合同,李某为一七四医院提供了相应的劳动,故一七四

医院已经支付给李某的工资和福利待遇款,李某不需要返还。关于李某

要求一七四医院支付加班费,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存

在承担举证责任,李某要求一七四医院支付加班费,依据不足,不予支

持。关于李某要求一七四医院办理档案转移手续,双方劳动关系已经于

2016年8月31日解除,一七四医院应为李某办理档案转移手续。依照《中

华人民共和国劳动合同法》第二十二条、第五十条,《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)》第九条,《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、一七四医院应自判决生效之日起七日内为李某办理档案转移手

续;

二、驳回一七四医院的诉讼请求;

三、驳回李某的其他诉讼请求。

一七四医院、李某不服一审判决,提起上诉。厦门市中级人民法院

经审理认为:首先,《中华人民共和国劳动合同法》及《中华人民共和国

劳动合同法实施条例》规定的培训费用,包括用人单位为了对劳动者进

行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及

因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。一七四医院明确要求返还

的是李某在职研究生期间的工资、住房公积金、社会保险费、代办费及

奖金,实际上即李某该期间所获得的劳动报酬,而非因培训产生的费用, 故一七四医院要求李某返还该费用于法无据。其次,根据查明事实,双方

签订的劳动合同覆盖2013年9月10日至2016年7月1日,一七四医院有法定

义务按约支付李某该期间的劳动报酬。一七四医院虽上诉主张李某在上

述期间内脱产学习,但亦承认李某只在学校学习五个月,之后跟随其导师

即一七四医院神经外科主任姚某在该院临床实习。而且根据一七四医院

提供的考勤统计表,李某接受一七四医院的考勤管理,与其他在职工作人

员并无区别。李某在研究生期间的大部分时间仍在一七四医院正常上

班,为一七四医院付出劳动,应依法享有该期间正常的劳动报酬。李某主

张加班事实的证据不足,此外,医院工作具有特殊性,值夜班期间医院同

时提供了睡觉休息场所而并不需要持续工作,李某将值夜班等同于加班

并提出加班费的请求,缺乏依据。故李某要求一七四医院支付177172元

加班费的上诉请求,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之规定,判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

许多行业领域的知识变化日新月异,为确保专业技术水平的与时俱

进,劳动者接受单位委培或者自己主动继续深造接受在职教育是非常普

遍的现象。在这种情况下,用人单位与接受继续教育的劳动者通常会约

定服务期条款,如劳动者违反服务期约定的需支付一定的违约金。《中

华人民共和国劳动合同法》第二十二条对服务期条款作出了规定:“用

人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该

劳动者订立协议,约定服务期。劳动者违反服务期约定的,应当按照约定

向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费

用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所

应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的,不影响按照正常

的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。”

服务期条款的立法目的是在一定程度上保护用人单位的权益,因为

用人单位在专业技术培训过程中所付出的先期资产和人力资源投入必然

寻求一定期限内的利益回报,希望经过培训的劳动者能为本单位提供更

多的服务。但是,劳动者在某一领域的专业技术和实际操作能力得到提

升后必然寻求更高的劳动力价格,希望获取更多的劳动报酬或者丰厚的

福利待遇。虽然用人单位为培养劳动者付出了相应的代价,但劳动者的

择业自主权关乎劳动者的生存权,是基本权利之一,在权利位阶上高于用

人单位相对应的权利,因此在司法实践中需明确一个原则:即违约金设置

的目的不是惩罚劳动者或担保劳动合同的履行,而是补偿因为劳动者辞

职给企业造成的损失,一方面要依法保护用人单位按照服务期条款主张

违约金的权利,另一方面也要保护劳动者的用工自主权及在用人单位工

作期间已依法取得和享有的劳动报酬权利。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条的具体适用中,有以下

几个问题需要注意:首先,违反服务期的违约金不能超过用人单位提供的

培训费用,该培训费用的范围不宜进行扩张解释,如本案中用人单位主张

培训费用包括劳动者在职研究生期间的工资、住房公积金、社会保险费

及奖金等,这大大超出了培训费用概念的范畴。并且用人单位对支付了

哪些培训费用负有举证责任,如用人单位无法举证的不应予以支持。其

次,违约金不得超过服务期尚未履行的部分所应分摊的培训费用,根据劳

动者已工作的年限对违约金进行相应的折抵,在劳动者已履行部分服务

期的情况下,应当根据已履行服务期在原约定服务期中所占比例,相应减

少违约金数额,该规定兼顾了用人单位与劳动者双方的权利,符合公平对

等的原则。最后,追究劳动者违反服务期的违约责任,不能因此损害劳动

者在用人单位工作期间已依法取得和享有的劳动报酬权利。劳动者在接

受继续教育期间,依然属于用人单位的一员,依法享有获得劳动报酬及劳

动福利待遇的法定权利,不能因为劳动者服务未满合同约定的期限,就追

回其应当取得的工资及福利待遇。本案李某虽然读了安徽医科大学的在

职研究生,但其导师同时为一七四医院的科室主任,在攻读研究生三年的

时间内,大部分时间是在一七四医院实习工作,接受一七四医院的考勤管

理,故在此期间内医院支付的工资等福利待遇属于李某依法享有的劳动

报酬,医院要求返还于法无据。

此外,在服务期条款的缔约过程中,用人单位仍然处于强势一方,在

司法实践中仍然需要审查服务期条款是否违反《中华人民共和国劳动合

同法》第二十六条的规定。《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条

第一款对劳动合同可能无效的情形作出了规定:“下列劳动合同无效或

者部分无效:(一)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)用人单位免除自己的法定

责任、排除劳动者权利的;(三)违反法律、行政法规强制性规定

的。”虽然本案中,一七四医院抗辩认为与李某签订的约定有服务期条

款的协议书不属于劳动合同的组成部分,因此不受上述法律的约束,但服

务期条款的缔约双方仍为用人单位与劳动者,虽在签署的文本上可能独

立于劳动合同,但其内容仍然是关于劳动合同履行过程中就服务期这一

专项问题双方所达成的一致约定,当然应当受到《中华人民共和国劳动

合同法》的调整与约束。本案中,用人单位与劳动者的服务期条款中规

定如劳动者违反服务期约定就需返还工资,显然免除了用人单位依法支

付劳动报酬的法定责任,故属于无效条款。

编写人:福建省厦门市中级人民法院 纪赐进 李仁莹

19对“劳动合同确实无法继续履行”的认定

——联联新产业投资基金管理(北京)有限公司诉费某佳劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院(2017)京0108民初24639号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:联联新产业投资基金管理(北京)有限公司

被告:费某佳

【基本案情】

费某佳于2016年11月21日入职联联新产业投资基金管理(北京)有限

公司(以下简称联联新公司),任总经理职务,双方签订期限自当日起至

2019年11月20日止的《劳动合同书》,约定试用期至2017年2月20日止。

2017年1月,联联新公司向费某佳送达了《通知书》,《通知书》内容以

费某佳“试用期内的表现不能胜任公司总经理职务”为由,与其解除试

用期用工关系,并要求费某佳办理完工作交接后于2017年1月25日前往综

合管理部办理离职手续,《通知书》的落款时间为2017年1月23日。联联

新公司诉称,费某佳在入职两个月后的考核中,未能达到公司考核标准, 按照劳动合同约定,联联新公司决定予以解除与费某佳试用期劳动关系, 并向费某佳发送了董事长签发的考核结果及解除劳动关系通知书。联联

新公司提出的诉讼请求如下:无需继续履行劳动合同。

【案件焦点】

劳动合同违法解除后,费某佳要求继续履行劳动合同,如何认定“劳

动合同确实无法继续履行”。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:根据《最高人民法院关于民事

诉讼证据的若干规定》第六条之规定,在劳动争议纠纷案件中,因用人单

位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动

者工作年限等决定而发生劳动争议的,由用人单位负举证责任。本案中, 联联新公司以试用期内的表现不能胜任公司总经理职位为由与费某佳解

除劳动合同,并就其主张提交了相应的考核标准及考核结果予以证明。

首先,从《高管季度考核实施标准》的内容看,该标准中规定的考核结果

系作为判定岗位薪资的依据,并未显示该考核系费某佳是否符合录用条

件的依据。其次,《高管季度考核实施标准》虽约定了试用期的考核标

准,但也约定了考核周期为季度考核,现联联新公司仅考核了两个月,亦

无法客观反映是否达到试用期的考核标准。最后,《高管季度考核实施

标准》约定考核评定须考核双方签字确认,而《基金公司总经理考核》

上并没有费某佳的签字确认。综上,联联新公司以此作为的考核依据存

在不当,继而判定费某佳不能胜任总经理工作亦缺乏依据,因此联联新公

司以此为由与费某佳解除劳动合同亦存在不当,本院确认联联新公司与

费某佳解除劳动合同违法。

根据《中华人民共和国劳动合同法》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。本案中,首先,联联新公司与费某佳解除双方劳动关系后,联联新公

司已经聘请了新的总经理,费某佳的原工作岗位已被他人替代,故费某佳

要求继续回联联新公司担任总经理的事实基础已不存在;其次,费某佳主

张如果没有总经理岗位的情况下,其同意在不调薪的情况下调到其他岗

位,但是费某佳曾是联联新公司的最高管理者,因此其要求以最高管理者

的薪资水平去其他岗位工作缺乏合理性,显然双方无法就新的岗位达成

一致意见;最后,无论从联联新公司表述的其公司现阶段的架构看,还是

从费某佳在职期间对公司搭建的设想看,联联新公司均是一个十人左右

规模的小公司,因此联联新公司无法提供费某佳新的岗位亦具有合理

性。综上,本院对联联新公司要求确认双方无需继续履行劳动合同的请

求,予以支持。如前所述,联联新公司系违法解除劳动合同,故费某佳仍

可就违法解除赔偿金的请求另行主张权利。

综上所述,依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条之规定, 判决如下:

确认联联新公司与费某佳无需继续履行原劳动合同。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

《中华人民共和国劳动合同法》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,用人单位应当依照该法第八十七条规定支付赔偿金。

用人单位违法解除劳动合同后,下列情形属于“劳动合同确实无法

继续履行”:(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《中华人民共和国劳动合同法》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(如总经理、财务负责人等),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。

本案中,法院已经认定联联新公司属于违法解除劳动合同,判断双方

是否确实无法继续履行成为案件的争议焦点。通常,劳动者原岗位已被

他人替代的,用人单位仅以此为由进行抗辩,不宜认定为“劳动合同确实

无法继续履行”的情形。费某佳为联联新公司的总经理,其岗位已经被

他人替代,双方均认可联联新公司为十几人的小规模公司,公司可以提供

的就业机会有限,因此联联新公司无法向费某佳提供新的岗位也属于常

理。费某佳要求如果总经理岗位被替代,其可以在不调薪的情况下接受

其他岗位,但是费某佳曾是联联新公司的最高管理者,因此其要求以最高

管理者的薪资水平去其他岗位工作缺乏合理性,显然双方无法就新的岗

位达成一致意见。本案的情况就属于上述“劳动合同确实无法继续履

行”的第4项情形。综上,法院认定双方无需继续履行原劳动合同。

编写人:北京市海淀区人民法院 刘晓

20情势变更原则在劳动合同履行过程中的适用

——戴尔(中国)有限公司北京分公司诉邵某劳动争议案

【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10830号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:戴尔(中国)有限公司北京分公司(以下简称戴尔公司) 被告:邵某

【基本案情】

邵某于2013年6月5日入职戴尔公司,双方签有期限为2013年6月5日

至2016年6月5日的劳动合同。邵某工作至2015年7月31日,戴尔公司于当

日向邵某送达《解除劳动合同通知书》,以因公司业务调整,目前的工作

岗位已取消,导致劳动合同无法继续履行为由解除了劳动合同。后戴尔

公司向邵某支付了经济补偿金人民币73807.88元。

戴尔公司称,因为邵某所在部门与另一个部门进行重组合并,其所在

的岗位被取消,公司与其进行了多次沟通,鼓励并推荐其申请公司的其他

岗位,但双方未协商达成一致,公司试图与邵某协商解除劳动合同,其拒

绝协商,所以公司依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条的规定

解除了劳动合同,且公司在解除劳动合同前已就解除事宜征求了工会意

见,工会同意公司与邵某解除劳动合同。戴尔公司就其主张提交了《协

商变更劳动合同沟通函说明》,显示公司并未找到适合邵某的替代职

位。邵某对《协商变更劳动合同沟通函说明》的真实性认可,但主张该

说明不能证明订立劳动合同的客观情况发生重大变化。

邵某承认公司内部确实存在合并重组,但仅是将两个部门的人员进

行调整,合并成一个部门,与其同级别的在北京工作的员工有两个人,除

邵某外,另一名员工现在仍在职,公司确实协商过调岗,但与其从事的原

岗位工作不符,其未同意,且部门的合并重组与其所从事岗位工作并不冲

突,公司的组织结构发生变化,亦不构成法定的客观情况发生重大变化, 所以其认为公司违法解除劳动合同,并要求继续履行劳动合同。另邵某

认可收到了戴尔公司支付的经济补偿,并同意返还该款项。

邵某向北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称朝阳仲裁

委)申请劳动仲裁,后朝阳仲裁委出具裁决书,裁决:双方继续履行劳动合

同。戴尔公司不服,提起本次诉讼,请求法院判令双方无需继续履行劳动

合同。

【案件焦点】

1.如何理解“订立劳动合同时的客观情况发生重大变化,致使劳动

合同无法继续履行”的内涵;2.戴尔公司与邵某解除劳动合同的行为是

否符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项的规定。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:本案中,戴尔公司主张解除劳动

合同的法律依据系《中华人民共和国劳动合同法》第四十条,并主张部

门合并重组,导致客观情况发生重大变化,致使原合同无法履行,经协商

调岗无果而解除劳动合同。但公司内部组织架构调整,是企业的可控情

形,在此过程中产生的人员变动不构成法定的客观情况发生重大变化,故

戴尔公司的解除行为不符合法定情形,系违法解除劳动合同,戴尔公司关

于确认其解除劳动合同通知有效的请求于法无据,本院不予支持。另外, 双方劳动合同于2016年6月5日到期,故仲裁裁决双方继续履行劳动合同

至2016年6月5日并无不当,本院予以支持;因该合同现已到期,戴尔公司

并未同意续签劳动合同,故双方的劳动合同到期终止,戴尔公司自2016年

6月5日后无需继续履行劳动合同。

综上,依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条,《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:

一、戴尔公司继续履行与邵某签订的劳动合同至2016年6月5

日,2016年6月5日后戴尔公司无需继续履行与邵某签订的劳动合同; 二、驳回戴尔公司的其他诉讼请求。

戴尔公司与邵某均不服原审判决,提起上诉。北京市第三中级人民

法院认为:本案中,邵某工作岗位的取消,系因内部部门合并而致,该调整

并非订立合同时所依据的客观经济情况发生的重大变化。同时,就变更

岗位一事,邵某并未同意,戴尔公司也明确表示未找到适合邵某的替代岗

位,故一审法院认定戴尔公司的解除系违法解除并无不当。鉴于戴尔公

司违法解除了与邵某的劳动合同,故邵某要求继续履行合同并无不当。

因双方劳动合同的到期日为2016年6月5日,故一审法院认定双方继续履

行劳动合同至2016年6月5日,之后无需继续履行并无不当。

综上所述,戴尔公司、邵某的上诉请求均不能成立,应予驳回;一审

判决认定事实清楚,适用法律正确,应予维持。依照《中华人民共和国民

事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点在于用人单位以订立劳动合同时所依据的客观情况

发生重大变化,致使劳动合同无法履行为由,与劳动者解除劳动合同的, 该解除行为的效力如何认定。因此,本案主要涉及的是对《中华人民共

和国劳动合同法》第四十条第三项适用原则的理解。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项的规定,劳动

合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经

用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的,用人单位

提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资

后,可以解除劳动合同。上述条文是情势变更原则在劳动合同法中的体

现,根据该条文的规定,当双方订立劳动合同时所依据的客观情况发生重

大变化,致使劳动合同无法履行时,用人单位可以解除劳动合同,但是必

须满足以下4个条件:

1.出现了导致劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化的客

观事由,致使劳动合同无法继续履行,如发生不可抗力或出现致使劳动合

同全部或部分条款无法履行的客观情况等。2.用人单位与劳动者就变更

劳动合同事项进行过协商,如变更工作岗位或工作地点等,但双方未能就

合同变更协商一致。3.用人单位在解除劳动合同前,事先将解除理由通

知了工会,《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条规定:“用人单位

单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行

政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正。用人单

位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。”4.用人单位应

在解除劳动合同前提前30日书面通知劳动者或者额外支付1个月的工

资。

首先,戴尔公司与邵某解除劳动合同的起因在于其内设机构的合并

导致工作岗位的撤销,但不论是机构合并还是岗位撤销,均属于企业自主

可控的情形,戴尔公司并未就其存在撤销邵某所在岗位的必要性进行举

证。从戴尔公司现有举证情况看,本次内设机构合并及岗位的调整,不属

于订立合同时所依据的客观经济情况发生的重大变化,所以戴尔公司的

解除行为不满足上述第1个条件。其次,戴尔公司并未就其与邵某针对劳

动合同的变更进行过充分协商并举证,其所提交的证据显示戴尔公司明

确表示无法提供适合邵某的替代职位,该证据不能证明双方系平等地对

劳动合同的变更进行了协商,所以戴尔公司也不满足上述第2个条件。因

此,戴尔公司与邵某解除劳动合同的行为不适用《中华人民共和国劳动

合同法》第四十条第三项的规定,应认定为违法解除劳动合同。

编写人:北京市朝阳区人民法院 白星晖

21未采用书面形式变更劳动合同的效力认定

——王某永诉恩梯梯通信系统(中国)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

北京市第三中级人民法院(2017)京03民终10265号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.诉讼双方

原告(反诉被告、被上诉人):王某永

被告(反诉原告、上诉人):恩梯梯通信系统(中国)有限公司北京分

公司

【基本案情】

王某永于2010年5月1日与北京外企人力资源服务有限公司签订劳动

合同,当日被派遣至恩梯梯通信系统(中国)有限公司北京分公司(以下简

称恩梯梯公司)。此后,王某永与恩梯梯公司直接签订了劳动合同,约定: 期限为2012年1月1日至2012年4月30日;工资构成如下:基本工资8200元/

月、职务补贴(技能补贴)4700元/月、城市补贴4000元/月、特别补

贴7749元/月,上述合计24649元/月。2012年4月30日,双方签订《续订劳

动合同协议书》,约定:劳动合同续签至2015年4月30日;在上述期限内, 原劳动合同的部分内容做如下变更:(1)基本工资8200元/月;(2)工作场

所或岗位;(3)原劳动合同的其余条款继续有效……

王某永主张其工资标准为每月24649元,《续订劳动合同协议书》也

注明原劳动合同的其余条款继续有效,证明双方工资标准从未改变,但自

2012年5月起,恩梯梯公司擅自降低标准,按照每月18500元发放,每月少

发6149元,其曾向总部提出过异议及要求补足差额,但公司仍旧没有补齐

工资,并出示了上述劳动合同、《续订劳动合同协议书》、银行明细等

予以佐证。恩梯梯公司主张公司确实从2012年5月开始按照每月18500元

降薪后工资标准支付工资,但此已与王某永口头协商过,且王某永表示同

意,其未曾就降薪一事要求公司补足差额;另外,王某永在担任企划部部

长期间负责总务、人事及财务工作,其公司会与员工签订《工资明细签

收单》,明确工资构成及标准,但王某永的签收单不见了,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)》第十一

条,该工资已经实际履行超过一个月,且王某永没有提出异议,表示该口

头变更实际发生且生效。王某永对此予以否认。

王某永就本案劳动争议向北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员

会(以下简称朝阳仲裁委)提出仲裁申请,双方均不服该仲裁裁决,诉至法

院。王某永要求恩梯梯公司支付2012年5月1日至2015年4月30日扣发的

工资差额221364元;恩梯梯公司要求不支付违法解除劳动合同赔偿金和

病假工资。

【案件焦点】

用人单位以《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)》第十一条规定抗辩与劳动者口头约定变更劳动合同并生

效时,如何认定其是否生效。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:关于工资标准,双方签订的劳动

合同中明确约定了月工资为24649元及相应构成,2012年4月30日订立的

《续订劳动合同协议书》亦明确基本工资8200元/月及原劳动合同的其

余条款继续有效,由此可见,双方未就工资标准进行变更。在此情况下, 双方再随即以口头协议的形式将月工资标准降为18500元明显与常理不

符;同时,王某永作为劳动者,属于工资报酬的被动接收方,即使其没有证

据证明其曾要求恩梯梯公司补足工资差额,但也不能反推出双方存在过

口头降薪协议及王某永已默认降薪的事实,且相关法律规定劳动报酬的

仲裁时效可在劳动关系终止一年内提出。因此,恩梯梯公司所主张的降

薪理由难以成立,法院以劳动合同约定的为准,恩梯梯公司应向王某永支

付2012年5月至2015年4月工资差额。

依照《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款第三项、第八

十七条,《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条、第二十七条

之规定,法院判决:

恩梯梯公司于判决书生效之日起三日内给付王某永2012年5月1日至

2015年4月三十日工资差额221364元。

判决书送达后,恩梯梯公司不服该判决,上诉至北京市第三中级人民

法院。二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

劳动合同的变更,是指双方当事人依法对已经成立但尚未履行或尚

未完全履行的合同的内容和条款进行修改和增减的行为。《中华人民共

和国劳动合同法》第三十五条中规定:“变更劳动合同,应当采用书面形

式。”可见,为了维护劳动关系的稳定、保护当事人的权益,劳动合同的

变更采用书面的形式十分重要和必要,书面形式的变更也是诉讼认定的

主要依据。但是在实践中,很多劳动合同内容的变更并未采用书面的形

式,从而产生很多纠纷。对于未采用书面形式对劳动合同进行的变更,如

何确认该变更的效力是司法实践中一个难点。

《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)》第十一条规定:“变更劳动合同未采用书面形式,但已经实际履行

了口头变更的劳动合同超过一个月,且变更后的劳动合同内容不违反法

律、行政法规、国家政策以及公序良俗,当事人以未采用书面形式为由

主张劳动合同变更无效的,人民法院不予支持。”该条文对劳动合同的

变更形式做出了扩展,允许双方口头变更劳动合同的内容。但是在实践

中,往往会出现部分当事人以已经口头变更为由提出抗辩,以便对不法行

为做出“合法”解释。实践中,还应该充分理解该条文的规定:(1)口头

变更劳动合同内容应当具备两个条件。其一,已经实际履行该口头变更

的劳动合同超过一个月;其二,变更后的劳动合同内容不应违反法律、行

政法规、国家政策以及公序良俗。(2)变更的内容应当是局部变更,一般

不是对劳动合同主体的变更。(3)上述两个条件只是口头变更劳动合同

的必要不充分条件,而非充分必要条件。具体来说,如果一个情形现在已

经持续超过一个月,同时也未违反法律、行政法规、国家政策以及公序

良俗,但是不能反推出这个情形是由于已经出现了口头变更的事实后形

成的情形。

充分理解了该条文后,在处理此类案件的过程中应当梳理以下审查

思路:首先,查明变更劳动合同的基础事实是否存在,即双方当事人是否

真实存在口头变更劳动合同内容并达成合意的事实,就此,主张存在该口

头变更劳动合同内容事实存在的一方应当承担相应的举证责任。其次, 审查该变更内容是否实际履行超过一个月,变更后的内容是否违反法

律、行政法规、国家政策以及公序良俗。最后,还应当注意审查该变更

的具体内容为何,根据具体的变更内容把握具体的审判尺度,如审查过程

中对变更是属于用人单位的“内部管理权”还是对劳动者的单方权利滥

用,就需要用人单位举证说明其“充分合理性”。

具体到本案,恩梯梯公司主张与王某永口头协商变更劳动合同的工

资条款,但王某永对此不予认可,恩梯梯公司也未就此口头变更确实存在

进行举证,该基础事实未能得到证明,因此恩梯梯公司应当承担不利后

果。

可见,在认定未采用书面形式变更劳动合同效力的审查中,应当避免

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

(四)》第十一条的误解,避免走入逻辑误区。只有充分以事实为基础处

理此类案件,才能维护劳动关系的稳定。

编写人:北京市朝阳区人民法院 孙霜悦

22调岗调薪的合意基础分析

——北京大风车教育科技发展有限公司诉魏某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市东城区人民法院(2017)京0101民初15773号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:北京大风车教育科技发展有限公司(以下简称大风车公司) 被告:魏某

【基本案情】

2015年7月20日,经北京燕山石油化工有限公司社会保险管理中心同

意,魏某办理了正常内退手续,《北京市基本养老保险待遇核准表》显示

其职工身份为干部。2016年6月20日,魏某与大风车公司签订3年期劳动

合同书,约定试用期至2016年9月19日止,从事园长岗位工作。同日,魏某

签署《新员工试用期协议书》,约定试用期3个月,月薪9600元。双方认

可按照劳动合同书约定,魏某转正后工资12000元/月。

2016年9月20日,大风车公司人力资源部向魏某发出《延期转正通知

书》,载明“……经部门领导考核评估,您在工作上的专长、特长技能还

未能完全体现出来,但是您具有较好的潜力。经公司决定,暂时延长试用

期3个月,即2016年12月19日止,延长期限过后将再作进一步考核评定,考

核合格后予以转正。如经考核未能保质保量按期完成公司既定安排的工

作,视为考核不合格,公司将与您解除劳动关系……”魏某在“员工签字

确认”处签字,但对该通知书内容不认可。

2016年12月19日,大风车公司作出《人事异动申请书》,将魏某从北

京园所管理部园长调整为北京园所管理部督导,“异动类型”显示为调

职,工资级别从9600元(试用期)变更为8000元(转正后),“异动原因”显

示为公司业务调整,生效日期为2016年12月19日。2016年12月27日,大风

车公司向魏某发出大风车人字(2016)第04号《员工调岗通知书》,将魏

某从直营园管理部公安部幼儿园园长岗位调往加盟园管理部运营督导岗

位,调岗从2017年1月1日开始执行,调岗后工资参照该岗位职级薪酬标准

及公司绩效制度执行,并要求魏某最晚于2016年12月30日前将工作交接

完毕到新岗位报到,逾期不报到者将按考勤管理规定处理。大风车公司

认为魏某在试用期间多次职能考评和公众测评均达不到要求,故只能对

其作出降职调岗处理,不违反法律规定,不应支付相应工资差额。魏某则

主张大风车公司约定两次试用期违反法律规定,未经其同意调岗降薪亦

不符合法律规定。

【案件焦点】

如何确认劳动者与用人单位之间关于调岗调薪等劳动合同重大内容

的变更是否达成合意。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为:

第一,关于试用期。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用

期。大风车公司与魏某签订的劳动合同约定试用期自2016年6月20日至9

月19日,魏某虽在2016年9月20日大风车公司向其出示的《延期转正通知

书》上签字,但该通知书应视为双方订立了第二次试用期,违反了法律规

定,故魏某的试用期应于2016年9月19日到期,自2016年9月20日起,大风

车公司应向魏某发放转正后的月薪。

第二,关于调岗降薪。魏某与大风车公司签订的劳动合同约定其从

事园长岗位工作,魏某虽收到大风车公司发出的《人事调整通知书》,但

对该调岗降薪不予认可;大风车公司提交的《人事异动申请书》系办公

系统中填写的表格,其未提交与魏某就该调岗降薪进行协商并得到魏某

同意的证据;且两份证据中载明的调岗原因均为公司业务调整,与大风车

公司主张的魏某在试用期间职能考评和公众测评达不到公司规定要求、

不能胜任工作不符;另,大风车公司在2016年12月30日各级领导批复同意

之前已于2016年12月27日通知魏某调岗,亦不符合法定程序,故对大风车

公司调岗降薪的主张,不应予以采信。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第十九

条第二款、第三十条、第三十五条第一款,《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》第十三条之规定,作出如下判决: 一、确认原告大风车公司与被告魏某自2016年6月20日至2017年2月

27日期间存在劳动关系;

二、自本判决生效之日起七日内,原告大风车公司支付被告魏某

2016年9月1日至2017年1月31日期间工资差额4149.18元; 三、自本判决生效之日起七日内,原告大风车公司支付被告魏某

2017年2月1日至2月27日期间工资4557.24元; 四、驳回原告大风车公司的诉讼请求。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

劳动关系的建立是劳动者与用人单位就双方之间劳动权利义务达成

合意的结果。用发展和变化的眼光看待劳动关系长期和稳定的履行过程

可以发现,劳动关系的履行不仅在建立时需要双方的合意,还需要依靠履

行过程中双方达成的一系列不断变化的新的合意来维持。也即在个别劳

动关系的履行过程中,劳动者与用人单位一系列合意的整体才是劳动合

同的本来和完整面目, [[1]书](#p134)面劳动合同仅是其中的一个片段,这是双方

的共同选择,也是诚实信用的基本要求。

审判实践中,法院对劳动关系基本情况及双方权利义务的认定,主要

依据劳动者与用人单位订立的书面劳动合同。而作为劳动关系中最重要

的组成部分,劳动者的岗位和薪酬如何在劳动关系履行过程中发生变化

和调整,如何确认劳动者和用人单位已就该变化达成了新的合意,主要应

从形式和实体两个方面进行审查:

1.形式要件

根据《中华人民共和国劳动合同法》的规定,用人单位与劳动者协

商一致,可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采用书面形

式。实践中的书面形式非常丰富,多为“劳动合同变更协议书”或“调

岗调薪通知单”等,但无论名称形式如何,其中必须明确劳动合同的变更

事项:工作部门、工作岗位、级别、变更后的薪酬标准(如有变更)等。

另一项必备内容是劳动者的签字确认。劳动者与用人单位达成建立劳动

关系的合意后,虽然该劳动合同的本质仍是劳动者向用人单位提供劳动, 获得用人单位付出的劳动对价,但因劳动这一资源是以人本身为载体的, 劳动的环境、要求等需要受到用人单位管理的限制,劳动者对用人单位

就产生了人身依附性,此时很难说双方依然是传统民法理论中的平等地

位。因此在涉及劳动者根本的劳动权利义务内容发生变化时,更需要查

明劳动者本人对这种变化及其后果是否明确知晓并同意。

但是,在个别劳动关系的履行过程中,这种变更也并不是完全按照前

款法律规定以书面形式体现的。因此,《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)》第十一条修正了这一形式要求。

由该条规定可见,法律关于劳动合同变更的规定,最根本的原则还是要查

明并遵循当事人合意。

2.实体审查

当事人是否达成了合意、合意的内容是什么、如何判断这种合意是

否是劳动者的本意,就要涉及对合意的实体审查。实践中劳动合同变更

最容易产生的争议主要集中在调岗和调薪两个方面。对于岗位的调整, 一般涉及晋升、平调和降职三种,而薪酬的调整,无外乎增加和减少两

类。通常情况下,岗位变动只要不涉及薪酬降低,都不易发生争议。进入

劳动争议仲裁或诉讼领域的主要是降职和降薪引发的矛盾。

关于降职的争议,主要是从领导岗位到普通员工岗位的变化,多体现

为劳动者在竞聘上岗中落选。这类案件中对于劳动者是否同意调岗的审

查主要应集中于用人单位关于岗位竞聘的办法是否经过民主程序制定、

是否向全体劳动者公示说明,竞聘过程是否公开公正,竞聘结果是否向全

体劳动者公示,是否向落聘人员送达、说明岗位调整方案并得到劳动者

认可等几个方面。

关于降薪的争议,容易出现的审理难点在于调薪文件中并没有载明

调整后的明确薪酬标准,而只是简单载以“按照公司相关规定”,如部分

用人单位制定的以岗定薪的薪酬制度等。此时审查的重点就应当放在用

人单位是否曾向或在调整薪酬时向劳动者送达、说明调整后的薪酬制

度,该制度本身是否经过民主程序制定、是否符合行业惯例及通常认知, 调整后的薪资水平是否与劳动者岗位调整相适应等方面。

编写人:北京市东城区人民法院 王玫

23未经劳动者同意的公司内部会议纪要不得擅自

变更工时制度

——北京瑞友科技股份有限公司诉郑某雄劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民申215号民事裁定书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

再审申请人(原审被告):北京瑞友科技股份有限公司(以下简称瑞友

公司)

再审被申请人(原审原告):郑某雄

【基本案情】

郑某雄于2007年11月1日入职瑞友公司,双方签订有劳动合同。2014

年郑某雄被瑞友公司任命为副总裁,2015年继续被任命为副总裁,但对分

管的事务进行了调整。2015年11月20日瑞友公司出具《解除劳动合同通

知书》,以郑某雄旷工已经超过五个月,严重违反制度规定为由解除劳动

合同。2015年11月25日该解除通知送达给郑某雄。2015年8月14日郑某

雄以要求瑞友公司按原岗位继续履行劳动合同,并向其支付工资为由向

北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申诉。2015年11月27日仲裁

委员会作出京海劳人仲字[2015]第10571号裁决书,裁决如下:一、双方

按原岗位继续履行劳动合同;二、瑞友公司向郑某雄支付2015年6月至7

月工资44000元。瑞友公司不服该仲裁裁决,于法定期限内向法院提起诉

讼,要求确认双方无需按原岗位继续履行劳动合同,并确认公司无需支付

郑某雄2015年6月至7月工资44000元。

【案件焦点】

用人单位对高层管理人员的不定时工作制的适用问题。用人单位在

未经与劳动者协商一致的情况下,能否可以变更劳动合同中关于工时制

度的约定,以及公司内部关于劳动工时制度的会议决议能否对劳动者发

生效力。

【法院裁判要旨】

一审法院认为,2015年6月前瑞友公司一直不对郑某雄进行考勤,郑

某雄实行不定时工作制。瑞友公司主张2015年5月28日董事会开会决定

对公司高管人员实行考勤管理,但该会议纪要未曾送达给郑某雄,故对郑

某雄不具有约束力。此外,瑞友公司主张自2015年6月1日对郑某雄实行

考勤管理,缺乏相应依据。最终判决:

瑞友公司应向郑某雄支付2015年6月至7月期间工资39030元。

再审法院支持一审法院的结果,认为瑞友公司在原审庭审中始终以

郑某雄旷工为由主张不应支付其6月至7月工资,除此之外并未主张郑某

雄存在其他违反制度规定的行为,原审将郑某雄是否构成旷工作为审查

焦点并无不当。申诉阶段申请人称所谓严重违反制度规定的行为系指郑

某雄不服从公司安排,违反公司组织纪律,但申请人未有充分证据证明郑

某雄实施了严重违反公司制度规定的行为。从郑某雄在原审中提供的证

据来看,其在6月至7月主要通过邮件进行部门工资审核、项目款项支

付、法律培训讲座等的工作事务,其作为一名高层管理人员,上述通过邮

件沟通进行事务决策的工作方式符合其以往工作岗位的要求。瑞友公司

并未提供对郑某雄应当承担的劳动内容及方式有何特殊要求及明确约定

的证据,原审据此认定郑某雄在6月至7月间从事了劳动的认定及应取酬

的处理并无不当。遂裁定:

驳回瑞友公司的再审申请。

【法官后语】

本案系一起劳动争议,劳动者系该单位的高层管理人员,因劳动者的

特殊岗位性质,争议双方在劳动工时约定、劳动质量判断等方面都存在

较大争议。本案应当首先对高层管理人员的身份在劳动法律关系中予以

界定,再根据工时制度的约定和提供劳动的判断标准入手进行审判。

一、高层管理人员在劳动法中的主体身份界定

虽然从其他多数国家的劳动法中可以看到存在对高级管理人员的例

外规定,但是我国劳动法律法规没有对高级管理人员和普通员工加以区

分。因此,当下我国劳动法没有将高级管理人员排除在保护范围之外,经

理等高级管理人员也被视为普通劳动者受到劳动法的调整。综观我国劳

动法律法规,“高级管理人员”一词使用甚少,与劳动争议相关的法律均

未对高级管理人员作出明确的界定。而在公司法领域,《中华人民共和

国公司法》第二百一十六条对高级管理人员的范围作了列举性的认定。

但《中华人民共和国公司法》的立法宗旨更多在于规制公司管理制度等

方面,与劳动法的立法宗旨相去甚远,不宜简单套用《中华人民共和国公

司法》中对高层管理人员的主体身份界定。

笔者以为,对高级管理人员范围的界定可以参考但又不拘泥于公司

法的相关规定,即高级管理人员系指经理、副经理、财务负责人,上市公

司董事会秘书,公司章程规定的高级管理人员以及实际行使上述职权的

管理人员。从劳动法律关系来看,高层管理人员通常是指对整个组织的

管理负有全面责任的人,其主要职责是制定组织的总目标、总战略,掌握

组织的大致方针。对高层管理人员主体身份的界定有利于对其劳动性质

和劳动质量的判断。

从本案来看,郑某雄于2007年11月1日入职瑞友公司后,于2014年被

瑞友公司任命为副总裁,2015年继续被任命为副总裁,但对分管的事务进

行了调整,主要从事对产品质量事务的分管。郑某雄在本案纠纷发生期

间在单位的身份系副总裁,属于高级管理人员。

二、高层管理人员的工时制度的约定及变更

高级管理人员劳动内容、性质的特殊性决定了其工作时间的自主决

定性和不确定性。在很多公司,高级管理人员根本没有明显的上下班工

作时间标准,表现为上下班不需要在考勤机上打卡,出差和休假时间也往

往可自由决定。考虑到高级管理人员工时的特殊性,原劳动部《关于企

业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》明确规定,企

业可对高级管理人员实行不定时工作制。不定时工作制,是指因工作性

质和工作职责的限制,劳动者的工作时间不能受固定时数限制,而直接确

定职工劳动量的工时制度。它可适用于企业中从事高级管理、推销、货

运等特殊职位。本案中郑某雄虽于2007年入职瑞友公司时签订了劳动合

同,约定郑某雄采取定时工作制,但自从郑某雄被任命为副总裁后,瑞友

公司不再对其进行考勤,郑某雄亦不再需要坐班,而系通过邮件等方式远

程办公。对此,瑞友公司亦认可2015年6月前瑞友公司不对郑某雄进行考

勤,郑某雄无需每天坐班。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十

五条的规定,用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内

容,未经劳动者同意,不得变更劳动合同。因此,瑞友公司与郑某雄之间

已通过双方协商实际约定了郑某雄采取了不定时工作制。

对此,瑞友公司主张,公司决定自2015年6月开始对公司所有总经理

及以上高层人员严格按照《员工手册》的规定开始考勤,并根据考勤情

况支付工资,并提交了《关于对公司高层考勤等事宜的会议记录》予以

证明,从而主张郑某雄也应当遵守该公司内部规定。但根据《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)》第十六条的

规定,用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内

容不一致,劳动者请求优先适用合同约定的,人民法院应予支持。因此, 在郑某雄对此不予认可的情况下,瑞友公司内部关于劳动工时制度的会

议决议不能对郑某雄发生效力。

三、高层管理人员提供劳动的判断标准

一般情况下,普通劳动者所从事的劳动多是程序固定、内容单一、

重复性高、替代性强的工作,因此他们付出的大多为时间性的价值,其工

作定额容易量化和监督,劳动成果也可以用时间来衡量计算。然而公司

高级管理人员所从事的经营管理活动并非一般的体力劳动,而是一种更

为复杂的脑力劳动,因此他们的劳动成果便很难被量化处理。现实生活

中,公司在聘任高级管理人员时看重的是他们的商业知识技能与综合管

理能力能否给公司带来高利润、好业绩,而不是这些高级管理人员工作

的时间长短。因此,对于高级管理人员的劳动成果,只能从宏观方面,如

通过利润指标、股票市场、公司业绩等来衡量分析。

本案中瑞友公司主张,郑某雄在2015年6月至7月期间仅通过邮件处

理了极少量的工作,基本未提供其应有的劳动量。但是高管人员通过公

司账号邮箱处理日常工作事务是非常普遍的工作方式。郑某雄提供的公

司邮箱截屏显示其2015年6月2日至7月5日期间处理了项目款项支付、部

门工资审核、法律培训讲座、下属工作报告等分管的工作事务,为瑞友

公司提供了劳动。考虑到郑某雄无需考勤、无需每天坐班的工作模式, 瑞友公司仅以郑某雄未到公司坐班为由即认定郑某雄旷工未提供劳动, 缺乏相应依据。

编写人:北京市第一中级人民法院 蒋慧

[[1].董保华、陆胤:《论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原](#p127)

[则》,载《中国劳动》2005年9月25日。](#p127)

三、劳动合同解除和终止

24达到法定退休年龄且享受新农合养老保险能否

视为劳动合同终止事由

——浙江兴土桥梁临时钢结构工程有限公司诉彭某明确认劳动关系

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省福清市人民法院(2017)闽0181民初6699号民事判决书

2.案由:确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告:浙江兴土桥梁临时钢结构工程有限公司(以下简称兴土公司) 被告:彭某明

【基本案情】

2016年9月19日彭某明经老乡介绍到兴土公司工作,入职时从事电焊

工作,后在模板班组工作,工作地点在福清市纵二线海口特大桥主桥工

地,双方未签订劳动合同。2017年1月7日彭某明在工作时眼睛受伤,因兴

土公司拒绝配合彭某明申请工伤认定,彭某明向福清市劳动争议仲裁委

员会申请仲裁,福清市劳动争议仲裁委员会于2017年9月11日作出融劳仲

决(2017)085号裁决,确认申请人与被申请人之间存在事实劳动关系。另

查明,彭某明于1956年10月8日出生,于2016年10月7日年满60周岁,彭某

明自认其在老家有参加新农合养老保险并已开始领取养老金。

【案件焦点】

1.彭某明达到法定退休年龄后与兴土公司之间是否仍存在劳动关

系;2.享受新农合养老保险能否视为劳动合同终止事由。

【法院裁判要旨】

福建省福清市人民法院经审理认为:彭某明与兴土公司双方虽无签

订劳动合同,但彭某明在兴土公司管理和安排下工作,兴土公司按月向彭

某明支付了劳动报酬,据此可以认定双方存在事实劳动关系;2016年10月

8日彭某明达到法定退休年龄后双方劳动关系仍然延续,并无实际终止。

首先,《中华人民共和国劳动法》并未对达到法定退休年龄仍然从事劳

动的人员作出禁止性规定。其次,《中华人民共和国劳动合同法》第四

十四条规定:“有下列情形之一的,劳动合同终止……(二)劳动者开始依

法享受基本养老保险待遇的……”《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。”根据上述规定,可见

依法享受基本养老保险待遇或领取退休金是认定劳动合同终止或劳动者

与用人单位之间形成劳务关系的前提。本案中,虽然彭某明自认其在老

家有参加新农合养老保险并已开始领取养老金,但是新农合养老保险金

属于地方政府政策性补贴,不同于国家法律规定的社会养老保险,故不宜

依照上述法律及司法解释的规定确认劳动合同终止或认定为劳务关系。

最后,《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。”该条例应理解为达到法定退

休年龄是劳动合同终止的事由,即通常情况下,自然人建立劳动关系的能

力资格始于用工年龄,终于退休年龄,故自然人在退休年龄之后的就业, 不应认定为劳动关系;但鉴于劳动者达到退休年龄只是劳动合同终止的

事由,终止劳动合同需要办理相关手续,对于劳动者达到退休年龄,但未

办理终止劳动合同手续的,其劳动关系可延续至实际办理终止劳动合同

时止。本案中,彭某明达到法定退休年龄后,兴土公司并未办理终止劳动

合同手续,双方劳动关系尚未实际终止。综上,依照《中华人民共和国劳

动合同法》第四十四条,《中华人民共和国劳动合同法实施条例》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(三)》第七条规定,判决如下:

一、驳回兴土公司的诉讼请求;

二、彭某明与兴土公司之间存在事实劳动关系。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

劳动关系的认定往往与工伤认定、薪资报酬、年休假等休戚相关, 尤其是工伤认定案件中多以劳动关系的认定为前提条件。达到退休年龄

的劳动者继续在原单位工作的是属于劳动关系、劳务关系还是其他关

系?这个问题各方争议较大,司法实践中判例往往有所不同,主要观点有: 第一种观点认为依照《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(三)》第七条“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”的规定,达到法定退休年龄时劳动者与

用人单位之间不存在劳动关系,而是劳务关系。江苏省高级人民法院、

江苏省劳动争议和仲裁委员会《关于审理劳动争议案件的指导意见》就

持该观点,认为应按劳务关系处理。

第二种观点认为达到法定退休年龄只是劳动合同终止的事由,终止

劳动合同需要办理相关手续,对于劳动者达到退休年龄,但未办理终止劳

动合同手续的,其劳动关系可延续至实际办理终止劳动合同时止。

笔者赞同第二种观点。理由如下:

1.从现有法律禁止性规定来看,劳动权是我国宪法规定的法定权利,

《中华人民共和国劳动法》以及其他法律法规规定了劳动者最低年龄要

求为16岁,这是对劳动者年龄下限的规定,但对年龄上限却并未规定,即

未对达到法定退休年龄仍然从事劳动的人员作出禁止性规定; 2.从现有的养老待遇看,《中华人民共和国劳动合同法》第四十四

条规定:“有下列情形之一的,劳动合同终止……(二)劳动者开始依法享

受基本养老保险待遇的……”根据上述规定,可见依法享受基本养老保

险待遇或领取退休金是认定劳动合同终止或劳动者与用人单位之间形成

劳务关系的前提。对于劳动者已开始依法享受基本养老待遇的,应严格

按照相关司法解释的规定,劳动者与用工单位发生争议,按劳务关系处

理。劳动者参加新农合养老保险并已开始领取养老金的,由于新农合养

老保险金属于地方政府政策性补贴,不同于国家法律规定的社会养老保

险,故不宜依照上述法律规定确认劳动合同终止或认定为劳务关系。但

是,对于已达到法定退休年龄,且用人单位与其已解除劳动关系,但因劳

动者社会保险费缴费年限不够,不能享受养老保险待遇的,劳动者只要依

照有关规定补缴社保费后即可享受养老保险待遇,其再就业与用工单位

发生争议的,按劳务关系处理。

3.从退休手续办理情况来看,因为劳动者达到退休年龄只是劳动合

同终止的事由,终止劳动合同需要办理相关手续,《上海市高级人民法院

劳动争议案件审理要件指南(一)》第八条明确指出,用人单位主张其与

招用的退休人员之间不存在劳动关系的,应举证证明该退休人员已达到

法定退休年龄且已与原用人单位解除劳动关系并按规定办理了退休手

续。故对于劳动者达到退休年龄,但未办理终止劳动合同手续的,其劳动

关系可延续至实际办理终止劳动合同时止。

编写人:福建省福清市人民法院 叶秀清

25单位以公告形式解除劳务合同应坚持确有必要

和谨慎适用原则

——汤某生诉南京建通官塘水泥有限公司劳务合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终4740号民事判决书

2.案由:劳务合同纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):汤某生

被告(上诉人):南京建通官塘水泥有限公司(以下简称官塘水泥公

司)

【基本案情】

汤某生原在南京官塘水泥厂工作。后南京官塘水泥厂改制为官塘水

泥公司。2010年10月2日,官塘水泥公司任命汤某生为副书记兼代工会主

席,协助党委书记抓好党务工作,分管党群、纪检、工会、精神文明建

设、信访,兼管老厂(南京官塘水泥厂)托管人员等方面的工作。2011年1

月28日,官塘水泥公司聘任汤某生为公司代工会主席。2012年9月,汤某

生退休。后官塘水泥公司返聘汤某生继续从事老厂托管人员等方面的工

作,双方未签订书面协议。汤某生的工资待遇按退休前的标准发放,但每

月工资数额不固定。2013年12月起,官塘水泥公司未及时足额支付员工

工资。

2014年1月25日,官塘水泥公司在公司门口张贴《关于企业启动歇业

停产相关事宜的通知》,通知第2条载明“从2014年2月1日起对已办理退

休手续领取退休工资的聘用人员全部解除劳务聘用关系”。2014年2月

至2015年11月期间,汤某生为傅某某等官塘水泥公司员工办理退休手

续、为张某某办理离休干部生活补贴发放、为军队转业干部发放生活补

贴等。2015年9月,官塘水泥公司向汤某生支付了2013年12月、2014年1

月的工资及未按时足额支付劳动报酬的赔偿金。2015年9月后,汤某生未

继续从事原工作。2015年11月,汤某生将其保管的档案材料交回至官塘

水泥公司。后汤某生起诉要求官塘水泥公司支付其2014年2月后的工

资。

【案件焦点】

1.官塘水泥公司主张2014年2月1日已经与汤某生解除劳务关系能否

成立;2.以张贴公告方式作出解除通知是否合理。

【法院裁判要旨】

江苏省南京市江宁区人民法院经审理认为:汤某生在2014年2月之后

一直从事原工作内容,有退休人员花名册、退休证及养老金存折登记

表、收条、军队转业干部生活补贴清单等证据予以证明。官塘水泥公司

主张2014年2月之后汤某生所做的工作并非基于其公司的委托,双方已于

2014年2月1日解除劳务关系,对此应由官塘水泥公司承担举证责任。第

一,当事人一方主张解除合同的,应当通知对方。合同自通知到达对方时

解除。官塘水泥公司提交了2014年1月25日的通知及公示照片,主张汤某

生在2014年1月26日到公司领取工资时应当看到了该通知,对此汤某生不

予认可,官塘水泥公司亦未提交其他证据证明就解除通知送达汤某生。

第二,通知应以合理方式作出。官塘水泥公司在可以采取直接送达、邮

寄送达等方式的情况下而采取在公司传达室张贴公告的方式,不具有合

理性。第三,2014年2月之后汤某生因办理职工退休手续、发放补助等事

宜与官塘水泥公司其他工作人员存在工作上的联系,官塘水泥公司主张

系因汤某生拒不交出其所保管的档案材料而不得已配合,对此官塘水泥

公司未提交证据证明在2014年2月至2015年9月期间曾要求汤某生移交档

案材料而汤某生拒不交出。第四,退一步讲,即使官塘水泥公司在2015年

9月之前曾要求汤某生移交档案材料,该行为也并不当然具有解除劳务关

系的意思表示。综上,官塘水泥公司关于其与汤某生之间的劳务关系已

于2014年2月1日解除,其后双方并非劳务关系的抗辩意见,证据不足,法

院不予采纳。因2015年9月双方就劳务报酬产生争议,汤某生自认2015年

9月之后未继续从事原工作,故法院认定官塘水泥公司与汤某生之间的劳

务关系一直延续至2015年9月解除。官塘水泥公司应支付汤某生2014年2

月至2015年9月的劳务报酬。劳务报酬标准按照汤某生2013年1月至2014

年1月获取的劳务报酬进行计算。

江苏省南京市江宁区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第九

十六条、第一百零九条之规定,作出如下判决:

官塘水泥公司于判决发生法律效力之日起十日内支付汤某生劳务报

酬43211元。

官塘水泥公司不服一审判决,提起上诉。江苏省南京市中级人民法

院经审理认为:根据法院查明的事实,汤某生曾担任官塘水泥公司副书记

兼代工会主席,协助党委书记抓好党务工作,分管党群、纪检、工会、精

神文明建设、信访,兼管老厂(南京官塘水泥厂)托管人员等方面工作,汤

某生一审中举证证明其在2014年1月之后仍办理了有关退休人员、军队

转业干部等相关事宜,对其主张的2014年2月之后其仍一直为官塘水泥公

司工作,初步完成了举证责任。而官塘水泥公司对其陈述汤某生退休后

拒不交出其所保管的档案材料以要挟公司的情形,未提供证据予以证明, 法院不予采信。汤某生自2012年9月退休后与官塘水泥公司之间存在未

签订书面协议的劳务关系,官塘水泥公司主张解除劳务关系的,应依据合

法理由以合理方式作出,但官塘水泥公司未提交证据证明已将解除通知

以合理方式送达汤某生,且与2014年2月之后汤某生仍办理职工退休手

续、发放补助等事宜的事实不符,故对官塘水泥公司此项主张,法院不予

支持。根据汤某生所从事的工作内容和性质及其一审中提供的证据,汤

某生在官塘水泥公司停产后的工作内容和范围没有明显减少,且在企业

停产职工面临困境的情况下,作为从事党群、工会、信访等方面工作的

人员,汤某生认为其肩负更为重要的职责亦符合常理,故本院对汤某生在

2014年2月至2015年9月期间正常从事工作的主张予以采信。据此,一审

法院按照汤某生2013年1月至2014年1月获取劳务报酬的标准予以支持, 并无不当。

江苏省南京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】

实践中,用人单位通过报纸等媒体或直接在单位公告栏张贴通知公

告辞退职工的做法相当普遍。这种做法并非不可以,但公告作为一种拟

制送达手段,应有严格的适用条件,不能滥用。

1995年7月,《关于通过新闻媒介通知职工回单位并对逾期不归者按

自动离职或旷工处理问题的复函》(2017年11月24日废止)明确规定,企

业对有旷工行为的职工做除名处理,必须符合规定的条件并履行相应的

程序。因此,企业通知请假、放长假、长期病休职工在规定时间内回单

位报到或办理有关手续,应遵循对职工负责的原则,以书面形式直接送达

职工本人;本人不在的,交其同住成年亲属签收。直接送达有困难的可以

邮寄送达,以挂号查询回执上注明的收件日期为送达日期。只有在职工

本人下落不明,或者用上述送达方式无法送达的情况下,方可公告送达, 即张贴公告或通过新闻媒介通知。自发出公告之日起,经过三十日,即视

为送达。在此基础上,企业可对旷工和违反规定的职工按上述法规作除

名处理。能用直接送达或邮寄送达而未用,直接采用公告送达,视为无

效。《中华人民共和国民事诉讼法》第九十二条第一款中规定,受送达

人下落不明,或者用本节规定的其他方式无法送达的,公告送达。从上述

规定可以得出,只有相对人下落不明,或直接送达、邮寄送达等方式无法

送达的情况下,才能视情况采用公告方式。即公告方式只能在确有必要

的情况下谨慎适用。

本案中,官塘水泥公司在可以采取直接送达、邮寄送达解除通知的

情况下,径行采用张贴公告的方式解除与汤某生的劳务关系,违反了公告

方式的确有必要和谨慎适用原则,不能视为解除通知达到相对人。

编写人:江苏省南京市江宁区人民法院 葛云云

26“负面曝光”的劳动失职行为的性质认定

——国某诉北京某某客运公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市延庆区人民法院(2017)京0119民初3905号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:国某

被告:北京某某客运公司

【基本案情】

原告国某自2004年9月入职被告北京某某客运公司,岗位是司机,双

方签订了劳动合同,合同期限至2016年9月14日。2013年10月1日,国某在

告知书上签字确认,告知书概括内容为:被告知人对《北京某某客运公司

劳动合同管理办法》《北京某某客运公司员工岗位规范考核管理规定实

施细则》等文件及具体内容已知晓,并予以认可。

2016年8月5日,被告北京某某客运公司找原告谈话,告知原告因其在

德胜门场站主动向旅客介绍旅游性质的黑车,并主动向黑车司机索要烟, 被北京电视台《锐观察》栏目曝光,要求其停止上班。2016年8月30日, 被告作出解除劳动合同证明书和参保通知单,2016年9月8日,被告作出解

除劳动合同通知书,并于2016年9月11日邮寄送达原告,原告认可已收到

上述三份文件。

2017年2月20日,国某申请仲裁至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),要求被告恢复其工作,与其签订无固定期限

劳动合同。2017年4月7日,延庆仲裁委作出京延劳人仲字〔2017〕第156

号裁决书,裁决驳回国某的仲裁请求。国某不服该裁决,于法定期限内诉

至法院,要求被告恢复其工作,与其签订无固定期限劳动合同。

【案件焦点】

被“负面曝光”的劳动失职行为的性质程度如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市延庆区人民法院经审理认为:原告主张被告基于2016年8月2

日北京电视台的不实报道与其解除劳动关系,但其未提交充分证据予以

证明上述报道为不实报道。公交车作为公共交通工具,属于公共服务领

域,乘客对于公交车司机具有一定的信赖性。原告作为公交车司机,其带

领暗访的记者乘坐不具备营运资质的车辆(俗称黑车),并向司机索要烟, 后在记者表示因为价格太贵不准备乘坐黑车去八达岭时,原告建议其拼

车去,其上述行为明显不当。此过程被北京电视台《锐观察》栏目曝

光。北京电视台作为传播媒体,其具有一定的社会影响力,特别是在北京

地区,其具有较大的社会影响力,考虑到媒体传播信息的快速性与发散性

等特点,原告的上述行为经曝光,势必会给公司造成恶劣影响。

另,原告已签字确认对《北京某某客运公司劳动合同管理办法》等

文件及具体内容已知晓,该管理办法第四章第二十八条规定,员工有下列

情形之一的,依照劳动合同法规定的条件、程序,用人单位可以与劳动者

解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务

为期限的劳动合同,其中具体规定,员工严重失职、营私舞弊给用人单位

造成直接经济达一万元以上或者造成恶劣影响的责任者。同为工作人

员,其他人员面对暗访的记者,均未做出与自己身份不符的不当行为,原

告则向黑车司机索要烟,谋取私人利益,其行为符合《北京某某客运公司

劳动合同管理办法》规定的公司可以解除与劳动者劳动合同的情形。故

本院对原告要求法院判决被告恢复其工作,与其签订无固定期限劳动合

同的诉讼请求不予支持。

北京市延庆区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

九条第二项之规定,作出如下判决:

驳回原告国某的全部诉讼请求。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

如今媒介日益渗透社会生活,劳动者履职情况不再单纯被用人单位

考核,更被推到了大众视野下接受检验。传统单方辞退案件中出现了舆

论与传播的因素,给劳动者失职行为定性带来了新问题。本文特此解

说“负面曝光”对劳动者失职行为定性的影响。

(一)“负面曝光”与失职行为的关联性

“负面曝光”对证明劳动者违纪行为、用人单位损失等主要案件事

实没有任何实质推进作用时,应认为其与本案无关,不予采纳。

第一,“负面”应明确涉及劳动者与用人单位,否则不应被采纳用于

评价劳动者失职行为。不点名式新闻报道中的“负面曝光”,旨在反映

社会中存在的问题,未明确指向涉事对象,即便用人单位能从“隐

晦”的“负面曝光”猜到自身涉及其中,普通社会公众也无法推知“负

面曝光”涉及的对象。不点名式“负面曝光”也就无法引起社会公众对

用人单位的负面评价。

第二,一般认为,只有被曝光的失职行为直接、主要导致社会公众对

用人单位产生与曝光行为相关事项的负面评价,才可以认定“负面曝

光”与劳动者失职行为存在法律上的因果关系。

第三,用于评价劳动者是否失职、营私舞弊和违反用人单位规章制

度的劳动纪律主要包括从事特定工作所必须遵从的职业技能、操作规范

和职业道德。其中职业技能、操作规范属于明确的规定,职业道德属于

相对抽象的观念。

(二)“负面曝光”的举证责任

用人单位对其提出的公开投诉、曝光、新闻报道等“负面曝光”的

客观真实性负证明责任。考虑到信源受限,新闻真实不等于客观真实,只

要新闻报道的主要内容接近客观事实即属于新闻真实。新闻报道内容与

用人单位调查核实的劳动者严重失职行为或违反用人单位劳动规章制度

的行为能相互印证,用人单位就完成了新闻报道客观真实的初步证明责

任。劳动者在此基础上提出新闻报道失实抗辩,须对此承担证明责任。

(三)“负面曝光”对失职行为的放大作用

介入劳动争议的传播媒介自身的影响力、公信力,对于衡量投诉、

曝光或新闻报道的真实性以及对用人单位产生的负面影响有显著意义。

由于普通公众的微博、博客、朋友圈、人气不足的本地论坛等自媒

体公信力和影响力都不高,上述渠道的“负面曝光”对劳动者失职行为

的放大作用有限;报刊、电视台、电台等主流传播媒体的公信力和影响

力相对较高,其“负面曝光”对劳动者失职行为的放大作用相对显著。

对于传播媒介的传播效果,可从各类传播主体的粉丝数、点击量、

阅读量、留言评论数、转载量、是否在一定范围内形成舆论(是否形成

热议话题)等维度综合考虑。

总之,劳动者基础行为本身明显严重违反职业技能、操作规范或职

业道德时,无论劳动者是否出现负面曝光信息,都不影响用人单位合法单

方辞退劳动者;劳动者基础行为违反职业道德或职业伦理未达到严重

时,“负面曝光”可能会放大对用人单位的损害后果,从而达到被辞退的

条件;劳动者基础行为明显只是轻微违反职业技能、操作规范或职业道

德,即使出现超出期待可能性的“负面曝光”也不会导致劳动者被用人

单位单方辞退。

编写人:北京知识产权法院 赵书博

北京市延庆区人民法院 鲁文娟

27怀孕时协议解除劳动关系的效力认定

——朱某诉广州某电子公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终22911号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告:朱某

被告:广州某电子公司(以下简称广州某公司)

【基本案情】

朱某于2000年10月5日入职广州某公司,此后签订无固定期限劳动合

同。2016年12月28日,广州某公司召开会议并发布通告,以经营困难为

由,决定对LCD事业部实施经济性裁员。方案内容如下:“一、经济性裁

员涉及人员为LCD事业部员工和其他部门部分职员共96人。二、2016

年12月28日全面停止LCD事业部的生产工作,2017年1月31日遣散员工。

三、工资发放和经济补偿金方案。1.于2016年12月28日发布通告后,属

本次裁员范围的员工按照公司指示休假或进行其他工作。公司继续发

放2016年12月28日至2017年1月31日工资。2.属本次裁员范围的员工可

自愿申请在2017年1月11日前与公司签订《协商解除劳动合同协议书》, 签订后,公司将向员工发放2017年1月全月工资、经济补偿金、2016年年

终奖、代通知金。3.属本次裁员范围的员工没有在2017年1月11日前与

公司签订《协商解除劳动合同协议书》的,公司将在2017年1月25日向该

员工送达《解除劳动合同通知书》,依照经济性裁员解除公司与该员工

之间的劳动合同关系,在2017年1月25日向该名员工工资账户发放2017

年1月工资、经济补偿金以及2016年年终奖……”

双方于2016年12月29日签订《协商解除劳动合同协议书》,载

明“双方协商一致,于2017年1月31日正式协商解除劳动关系……公司将

根据协商结果支付经济补偿金212521.4元、2017年1月工资6784元、

2016年年终奖11058元、代通知金10875.86元……公司支付以上款项后, 员工保证不向公司提出任何要求(包括但不限于工资、补偿金、社保、

住房公积金)”。落款时间为2017年1月31日。同日,朱某在《不在孕产

期确认表》上签字确认未怀孕,确认在签订协议书及离职时并没有怀孕

或待产事实。公司称因工资支付到1月,故协议书落款时间为2017年1

月31日。

2017年1月21日,朱某经诊断为早期妊娠并向广州某公司邮寄《申请

函》和《怀孕诊断证明》,要求重新协商解除或继续履行劳动合同,公司

不同意,朱某请求按照经济性裁员时对有怀孕员工的经济补偿标准支付

孕期、产期、哺乳期工资及经济赔偿金差额。

【案件焦点】

1.朱某与广州某公司的劳动关系解除方式;2.朱某要求广州某公司

经济赔偿金差额及三期工资的事实依据是否成立。

【法院裁判要旨】

一审法院认为:朱某与广州某公司劳动关系系协商解除。尽管本案

中广州某公司因经营问题导致经济性裁员,但根据双方提交的证据及陈

述可知,广州某公司并未采取裁员方式解除与朱某的劳动关系。法律未

规定女员工怀孕期间不能与用人单位进行协商解除劳动关系。双方签订

了《协商解除劳动合同协议书》,朱某也未提供证据证明广州某公司系

在以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使其在违背真实意思的情况下订

立协商解除劳动关系协议书,该协议书内容亦未违反法律禁止性规定。

因此,无论朱某当时是否妊娠状态,该解除行为不违反《中华人民共和国

劳动合同法》第四十二条的规定。

关于双方签订的《协商解除劳动合同协议书》的效力问题。一方

面,朱某在与广州某公司签署《协商解除劳动合同协议书》时,应当知道

协商解除劳动合同以及签名确认其无怀孕情况的法律后果,对于如此重

要的行为需经过谨慎的确认。朱某在合同解除后发现怀孕属于对自身客

观情况判断有误,广州某公司更无法预知这一情况,因此朱某主张重大误

解不能成立。朱某提出其他怀孕女员工按照“有妊娠”补偿方案获得了

补偿金,但《协商解除劳动合同协议书》是广州某公司在依据朱某本人

的陈述前提下,根据签订协议时的客观情况而与其达成协议。广州某公

司存在“有妊娠”员工补偿方案并据此与已确认怀孕的员工协商解除劳

动合同,足以表明广州某公司在与员工协商解除劳动合同时对怀孕职工

有额外补偿。朱某若不确定自己是否怀孕可以不在本案的协议书上签

字,等广州某公司以裁员方式解除劳动关系即可。朱某因自身客观情况

的变化主张其与广州某公司签订的《协商解除劳动合同协议书》显失公

平不能成立。另一方面,虽然协议书落款处打印日期为2017年1月31日, 但该协议签订时间为2016年12月29日,双方同意将朱某工资结算至2017

年1月31日。朱某实际向广州某公司提供劳动止于签订协议书之日,双方

的劳动关系于2016年12月29日终止。

广州市南沙区人民法院判决如下:

驳回朱某的全部诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见并维持原判。

【法官后语】

本案涉及怀孕女职工与用人单位签订协商解除劳动关系的效力问

题。从表面看,本案系广州某公司出现经营问题导致经济性裁员而引发

的,但实际上广州某公司并不是采取裁员方式解除与朱某的劳动关系。

即解除劳动关系时,朱某客观上是否怀孕对于本案劳动关系解除并无影

响。但是,若用人单位采取裁员方式解除与朱某的劳动关系,其在事后发

现自己怀孕了则另当别论。基于此,用人单位在实施经济性裁裁员时应

慎之又慎,应当严格按照法律规定进行。

法律规定,用人单位与劳动者协商一致,可以解除劳动合同。对于用

人单位在女员工怀孕期间是否能够与之进行协商解除劳动关系并无禁止

性规定。劳动法具有私法、公法的双重性,在协商解除劳动关系上,双方

可以就是否解除、如何补偿等问题进行磋商,只要不违反法律规定,法律

一般不会干涉。从这一角度讲,双方就劳动关系达成协商解除协议属于

私权处分范畴,用人单位在女员工怀孕期间完全可以协商解除劳动关系, 而不论女员工在协商过程结束前是否发现自己怀孕。实际上,对于是否

知晓女员工是否怀孕的这一情况看,双方明显处于信息不对称状态,员工

对于是否怀孕的信息掌握得明显要比用人单位多,故是否怀孕的状态必

须由女员工来确认。本案中,用人单位在协商过程中要求朱某确认事发

怀孕并无不妥。如果朱某不能确定自己是否怀孕,完全可以不协商、不

签字,另行处理双方合同解除事宜。

至于在已怀孕状态下协商解除劳动关系但事后发现怀孕,是否影响

协议的效力呢?实践中,女职工在签订协议时可能不知道怀孕,事后检查

出才发现,其会以属于重大误解为由,要求推翻协议。但这种情况一般也

不应支持,理由如下:第一,怀孕一般是必须通过性行为并经过一定过程

才能产生的生理现象。女员工在怀孕前的同房行为会导致怀孕应当有预

见性,具体到本案中,朱某的生理周期不规律且有生育一胎的经验,在不

采取任何避孕措施情况下的同房行为极有可能会导致怀孕。第二,重大

误解的通常理解是行为人因对行为的性质,对方当事人,标的物的品种、

质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造

成较大损失。朱某在签署《协商解除劳动合同协议书》时,应当知道协

商解除劳动合同以及签名确认其无怀孕情况的法律后果,对于如此重要

的行为当然要经过谨慎的确认。朱某在合同解除后发现怀孕属于对自身

客观情况判断有误,广州某公司更无法预知这一情况,并不能构成重大误

解。《协商解除劳动合同协议书》是广州某公司在依据朱某本人的陈述

前提下,根据签订协议时的客观情况而与其达成协议。广州某公司存

在“有妊娠”员工补偿方案并据此与已确认怀孕的员工协商解除劳动合

同,足以表明广州某公司对已怀孕职工有额外补偿,这是建立在公平协商

的基础上的,不存在显失公平情形。故朱某主张“三期”工资及恢复劳

动关系或经济赔偿金均不能成立。

编写人:广东省广州市南沙区人民法院 胡秋玲 王祝珠

28解除劳动关系协议书的效力及重大误解情形的

审查

——林某桂诉华睿泰科技(北京)有限公司海淀分公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终2462号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):林某桂

被告(被上诉人):华睿泰科技(北京)有限公司海淀分公司(以下简称

华睿泰海淀分公司)

【基本案情】

2015年7月27日林某桂入职案外公司,2015年10月3日入职华睿泰海

淀分公司,双方建立劳动关系,工作年限自2015年7月27日起连续计算。

2016年5月6日林某桂与华睿泰海淀分公司签订《解聘函》及《协商解除

劳动关系免责协议》,约定双方通过协商一致于当日解除劳动关系,华睿

泰海淀分公司向林某桂支付解约金105889.33元,该解约金总额包括但不

限于任何应支付的代通知金以及补偿金、法律所规定的经济补偿金;另

约定在解约日后,并且当公司收到一份适当签署的本协议文件后,公司将

向员工支付5707.40元,该笔款项将在扣除适用的税款后支付,相当于

2016年该员工的年度激励计划下其按比例所得款项的75%。当日,林某桂

办理了离职交接手续。华睿泰海淀分公司已向林某桂支付了协议约定的

上述款项。

2016年5月9日林某桂经医院诊断怀孕17周,当日其向华睿泰海淀分

公司发送电子邮件,内容为“我上周五签了解约免责协议,但今天我查出

已经怀孕17周,故希望重新协商解约免责协议”。林某桂主张签订协议

时并不知已怀孕的事实,如果知晓则一定不会签,因其对自身怀孕状态的

错误认识,其错误地认为公司有权利解聘她,而该错误认识与协议的签订

具有明确的因果关系,故其对签订协议的重要前提条件存在重大误解,基

于此签订的协议应予撤销。华睿泰海淀分公司对此不予认可,表示解除

劳动关系协议书是双方自愿签订的。

林某桂以要求华睿泰海淀分公司按照《劳动合同》约定工作岗位继

续履行劳动合同为由向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申

诉,仲裁委员会裁决驳回林某桂的仲裁请求。林某桂不服该裁决结果,于

法定期限内向法院提起诉讼。

【案件焦点】

劳动者主张签订协议时不知自己已怀孕,是否构成重大误解。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:林某桂与华睿泰海淀分公司签

订了解除劳动关系协议,载明双方经协商一致解除劳动关系,并约定了补

偿金的数额。现协议已履行完毕,林某桂已办理完毕离职手续。经审查

协议内容并不违反法律、行政法规的强制性规定,而林某桂提举的证据

不足以证明存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形,应自行承担相应的法律

后果。

双方当事人争议之处在于,若林某桂在订立协议时确不知晓自身怀

孕这一主张属实,则此情形是否构成重大误解?本院认为,《中华人民共

和国民法通则》第五十九条规定:“下列民事行为,一方有权请求人民法

院或者仲裁机关予以变更或者撤销:(一)行为人对行为内容有重大误解

的;(二)显失公平的。被撤销的民事行为从行为开始起无效。”可见民

事法律意义上“重大误解”指向的客体仅限于针对行为内容。具体到签

订解除劳动合同协议这一情形时,行为内容系指劳动者与用人单位之间

订立协议的内容。在劳动者对协议内容不存在重大误解,仍在协商一致

解除劳动关系协议中签字,且协议内容不存在显失公平之处的,则作为民

事行为能力人,其理应知悉并须承担其签字行为产生的法律后果。至于

具备完全民事行为能力的劳动者在订立协议时,对主观动机、客观环

境、自身状态等因素是否存在认识偏差,并不构成法律意义中重大误解

的范畴。有鉴于此,林某桂所持其订立协议时不知晓怀孕的主张,并不构

成足以撤销协议的重大误解情形,故其要求撤销双方订立的解除劳动关

系协议,并基于此要求华睿泰海淀分公司按原劳动合同约定的工作岗位

继续与其履行劳动合同的请求,并无事实与法律依据,本院不予支持。

北京市海淀区人民法院依照《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(三)》第十条之规定,判决如下: 驳回林某桂的全部诉讼请求。

林某桂不服一审判决,提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理

认为,林某桂的上诉请求不能成立,应予驳回;一审判决认定事实清楚,适

用法律正确,应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七

十条第一款第一项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及的首要法律问题为:劳动者与用人单位针对解除劳动关系

签订的协议是否有效?就此,《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)》第十条第一款规定:“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。”司法裁判过程

中,首先应当审查解除劳动关系协议书是否存在违反法律、行政法规的

强制性规定这一情形,这属于法官的主动审查范畴;其次审查是否存在欺

诈、胁迫或者乘人之危情形,这属于对主张方举证情形的审查范畴,如主

张方未能提出充分有效的证据,则对其主张不予采纳。

进而,本案所涉的第二个法律问题为:林某桂主张其签订协议时不知

已怀孕的情形,是否构成重大误解情形,在此基础上,解除劳动关系协议

是否应予撤销?学理上的观点认为,重大误解必须是本质性的误解,一般

涉及行为性质、标的物、对方身份等重要因素。涉及重大误解相关的法

律规定为《中华人民共和国民法通则》第五十九条,行为人对行为内容

有重大误解的,或者民事行为显失公平的,有权请求人民法院或者仲裁机

关予以变更或者撤销。从该规定的内容看,民事法律意义上“重大误

解”指的是对行为的内容构成重大误解。具体到本案中,行为的内容是

指劳动者与用人单位之间订立协议的内容。至于具备完全民事行为能力

的劳动者在订立协议时,对于协议内容以外的自身状况、企业发展趋

势、社会环境等外界因素是否存在认识偏差,并不属于法律意义上的重

大误解的范畴,否则订立的协议很容易被推翻,不符合维护法律关系稳定

性的要求,亦不利于诚实信用价值体系的建立。

编写人:北京市海淀区人民法院 王琰

29劳动合同是否解除应对双方实际行为均进行法

律评价

——冯某忠诉宝鸡市石油矿山机械配件厂劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

陕西省宝鸡市中级人民法院(2017)陕03民终1323号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):冯某忠

被告(被上诉人):宝鸡市石油矿山机械配件厂(以下简称宝鸡石油配

件厂)

【基本案情】

1993年5月,冯某忠应聘到宝鸡石油配件厂的前身处上班,担任车

工。2008年,双方签订《劳务用工合同》,合同期限为2008年1月1日至

2010年12月31日。2012年1月,宝鸡瑞格泰克石油机械有限责任公司(成

立于2009年4月22日,其股东与宝鸡石油配件厂相同)与冯某忠签订无固

定期限《劳动合同》。2015年1月,宝鸡石油配件厂与冯某忠签订无固定

期限《劳动合同》,约定:每月1日发放工资,按照国家规定办理各项社会

保险;任何一方要求解除劳动合同,应当提前30日以书面形式通知另一

方。2016年9月19日,宝鸡石油配件厂再次以无活为由,通知冯某忠回家,

后再未向冯某忠支付工资,亦未按规定及时足额缴纳相关社会保险费,也

未发放2016年降温费和取暖费。2017年4月1日,冯某忠以违法解除合同

为由提出仲裁申请,后仲裁委作出《不予受理通知书》。现冯某忠不服, 起诉至法院,请求法院判令宝鸡石油配件厂向冯某忠支付违法解除劳动

合同的经济赔偿金、失业保险金、取暖费、降温费;补缴社会养老保险

费;出具解除劳动关系的证明;并办理养老保险和各种劳动关系的转移手

续。

冯某忠在劳动合同解除前十二个月的平均工资为3624元。

【案件焦点】

1.用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费,劳动者也不愿再回用

人单位工作,劳动者是否可单方解除劳动合同;2.劳动者单方解除劳动合

同,是否受劳动合同中约定解除劳动合同的条件限制。

【法院裁判要旨】

陕西省宝鸡市金台区人民法院经审理认为:冯某忠与宝鸡石油配件

厂之间存在劳动关系,双方应按照劳动合同约定履行义务。劳动合同约

定任何一方解除劳动合同,应提前30日以书面形式通知另一方。冯某忠

主张劳动合同已于2016年9月19日解除,宝鸡石油配件厂不认可。冯某忠

提供的5份证人证言均与冯某忠情形一致,但证人均与本案结果存在间接

利害关系,且该证言不足以证明双方劳动合同已经被宝鸡石油配件厂违

法解除,故对冯某忠基于此提出的要求宝鸡石油配件厂支付违法解除劳

动合同经济赔偿金、失业保险待遇、出具解除劳动关系证明、办理养老

保险和各种劳动关系的转移手续之请求,不予支持。冯某忠主张补交社

会养老保险费,属于行政管理的范畴,不属于民事案件的受案范围。冯某

忠主张取暖费、降温费,符合法律规定。

陕西省宝鸡市金台区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第二十九条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、

《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、《陕西省人力资源和社会保障厅、陕西省财政厅关于调整夏季

防暑降温费和高温津贴标准的通知》《陕西省财政厅关于调整冬季取暖

费标准的通知》之规定,作出如下判决:

一、宝鸡石油配件厂向冯某忠支付2016年取暖费600元、降温费920

元,共计1520元。

二、驳回冯某忠的其他诉讼请求。

冯某忠不服一审判决,提起上诉。陕西省宝鸡市中级人民法院经审

理认为:冯某忠认为宝鸡石油配件厂系违法解除合同,也不同意回去继续

工作。冯某忠提交的证据系与其情形一致的其他工人出具的证言材料, 与本案结果存在间接利害关系,又无其他证据相互佐证。结合本案客观

具体情况,考虑到宝鸡石油配件厂未按照劳动合同法相关规定为劳动者

办理相关社会保险,冯某忠不愿继续回去上班,可单方解除劳动合同。

故,双方劳动关系应于2016年9月19日解除。宝鸡石油配件厂应向冯某忠

支付解除劳动合同的经济补偿金72480元。一审法院虽认定冯某忠提供

的证据不足以证实宝鸡石油配件厂违法解除劳动合同,但未对冯某忠已

明确表示不再回原工作单位工作的实际状态进行法律评价,亦未对此作

出法律上的结论,不利于保护劳动者基本的合法权益。

宝鸡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,作出如下判决:

一、维持陕西省宝鸡市金台区人民法院(2017)陕0303民初1550号民

事判决第一项及一审案件受理费免收;

二、撤销陕西省宝鸡市金台区人民法院(2017)陕0303民初1550号民

事判决第二项;

三、宝鸡石油配件厂向冯某忠支付经济补偿金72480元; 四、驳回冯某忠的其他诉讼请求。

【法官后语】

某些用人单位以无活可干为由,通知劳动者回家,后拒绝向劳动者支

付工资和缴纳相关社会保险。劳动者主张用人单位违法解除劳动合同, 用人单位则依据劳动合同约定的解除条款,认为劳动合同并未解除。现

劳动者提供的证据不足以支持其主张。双方对劳动合同是否解除在司法

实践中争议较大,并具有一定的普遍性。

从相关劳动立法、劳动合同立法和社会保险立法来看,保护劳动者

是其主要立法目的。《中华人民共和国劳动法》第一条规定:“为了保

护劳动者的合法权益……”《中华人民共和国劳动合同法》第一条和

《中华人民共和国社会保险法》第一条中,也均体现了该立法目的。劳

动合同解除属于劳动法律关系的范畴,双方具有主体的不平等性。劳动

关系一经缔结,劳动者就成为用人单位的职工,用人单位就成为劳动力的

支配者和劳动者的管理者。虽说劳动者与用人单位之间可以相互选择和

平等协商,但实质上劳动者仍处于弱势地位。处理劳动争议适用法律过

程中,应遵循保护劳动者的立法价值取向。应该严格按照劳动法律法规

的规定,综合全案,多角度考虑,以减轻劳动者的举证责任,实现保护劳动

者合法权益、维护社会秩序的价值和作用。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款“用人单位

有下列情形之一的,劳动者可以解除劳动合同……(二)未及时足额支付

劳动报酬的;(三)未依法为劳动者缴纳社会保险费的……”的规定,用人

单位存在违反法律的强制性规定的行为,劳动者也以实际行为表示不愿

再回单位上班,在用人单位和劳动者双方关于解除劳动合同有明确约定

的情况下,要对双方当事人的行为分别作出法律认定,不应简单依据劳动

合同中的解除条款,认定劳动合同并未解除。就本案而言,冯某忠主张宝

鸡石油配件厂违法解除劳动合同,但其提交的证据不足以证实宝鸡石油

配件厂已经违法解除。但宝鸡石油配件厂通知劳动者回家后拒绝向劳动

者支付工资和按时足额缴纳相关社会保险费的行为,已经严重违反了法

律的强制性规定。虽然宝鸡石油配件厂庭审时希望冯某忠回去上班,但

冯某忠明确表示不愿意。双方已经以各自的实际行为表示不愿继续履行

劳动合同,劳动者可单方解除劳动合同,并不受双方签订的无固定期限劳

动合同中约定解除劳动合同的条件限制。

编写人:陕西省宝鸡市金台区人民法院 惠小刚

30劳动关系解除后的后合同义务的范围

——童某雷诉北京中科联众科技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(2017)京01民终7819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):童某雷

被告(上诉人):北京中科联众科技股份有限公司(以下简称中科联众

公司)

【基本案情】

2015年9月6日,童某雷入职中科联众公司工作,双方订立了期限

为2015年9月6日至2018年9月30日止的《劳动合同书》,约定岗位为研发

总监。自2016年9月开始,中科联众公司未发放童某雷工资。2016年12

月2日,童某雷签署《个人声明》,载明其组织三人伪造中关村信用促进

委员会工程验收材料中的专家签名。当日,童某雷与中科联众公司签订

《工作交接协议》,约定“童某雷承诺在离职前将完成:1.依照中关村信

用促进委员会要求完成项目验收事宜,要求获得三名高级职称专家签字, 且该三名专家具有行业影响力;2.完成物联网项目验收工作交接,由公司

确定的交接人出具书面验收报告;3.在完成上述工作后,公司会在一天之

内结清其工资。如果相关工作无法顺利完成,会接受公司相关处理”。

2016年12月5日,中科联众公司作出开除童某雷的决定。

后中科联众公司向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会(以下简

称仲裁委)申请劳动仲裁,要求童某雷办理工作交接、支付给公司造成的

直接经济损失187555.88元。仲裁委出具了京海劳人仲字[2017]第6192

号裁决书,裁决童某雷按照《工作交接协议》办理工作交接,并驳回中科

联众公司的其他仲裁请求。中科联众公司认可该裁决结果,童某雷对此

不服,诉至法院。

另查,童某雷曾申请劳动仲裁要求中科联众公司支付其工资、绩效

工资及25%的经济补偿金等,仲裁委出具京海劳人仲字[2017]第1526号裁

决书,支持了童某雷的部分仲裁请求。中科联众公司对该裁决书不服,向

法院提起诉讼,该案正在审理中。

庭审中,童某雷主张其离职时无接替人员、中科联众公司未提供工

作交接条件故无法交接;且上述协议中载明的“中关村信用促进委员会

项目验收”应由项目甲方(即中关村信用促进委员会)进行,验收工作不

属于童某雷的岗位职责。中科联众公司认可中关村信用促进委员会项目

验收应由甲方进行,但主张中科联众公司作为乙方有配合验收的义务,同

时认可在童某雷离职时,无人接替其未完成的工作。

【案件焦点】

如何认定解除劳动合同后的劳动者需要履行的“工作交接”的后合

同义务的内涵。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:劳动者的合法权益受法律保

护。本案根据查明的事实,童某雷与中科联众公司签订了《工作交接协

议》,但该协议中载明的两项交接内容(第一项为“按照中关村信用促进

委员会要求完成项目验收”,第二项为“完成物联网项目验收工作交接, 由公司确定的交接人出具书面验收报告”)并非就其工作状况及进展情

况与公司确定的交接人进行说明,亦非将其未完成的工作内容和已完成

的工作成果等转移给他人,不是实际意义上的工作交接。另外,考虑到中

科联众公司已经与童某雷解除了劳动合同,童某雷现已离职超过半年,其

亦明确表示无法继续完成上述工作,故上述工作内容已经不具备履行的

条件。因此,对童某雷要求无需履行双方签订的《工作交接协议》,本院

予以支持。

北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国劳动法》第七十九条

之规定,作出如下判决:

确认原告童某雷无需履行与被告中科联众公司在2016年12月2日签

订的《工作交接协议》。

中科联众公司不服一审判决,提起上诉。北京市第一中级人民法院

经审理,同意一审法院裁判意见,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】

后合同义务,是指在合同终止后,当事人根据诚实信用原则而应当履

行的旨在维护给付效果或者妥善处理合同终止事宜的通知、协助、保密

等义务。违反后合同义务给对方当事人造成损失的,应当承担赔偿责

任。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十条对劳动合同解除或者终止

后双方的义务作出了规定。其中用人单位的法定的后合同义务是为离职

员工出具解除或者终止劳动合同的证明,并在15日内为劳动者办理档案

和社会保险关系转移手续。上述用人单位应当承担的后合同义务,系基

于劳动关系的强制性的附随义务,法律为用人单位添设的这一强制性后

合同义务,不是建立在互负给付义务的双务合同之上,而是基于对劳动弱

势群体的保护,该义务在劳动关系中具有一定的独立性,不受其他因素的

制约,不因员工的过错而免除。

对于劳动者的法定的后合同义务是“按照双方约定,办理工作交

接”。对于工作交接的内容,法律并无明确规定。大多数情况下,对于工

作交接的内容,可以根据双方的约定,按照约定内容进行交接,但是实践

中,用人单位基于其强势性地位,在劳动者离职时,对于工作交接的内容

作出了较多的约定,有些事项甚至无法继续履行,因此对于办理工作交接

的实质意思,需要予以明确。在判断是否履行上述工作交接协议时,不仅

要根据当事人意思自治原则确认协议的效力,还应当实质审查交接协议

的内容是否符合离职后办理工作交接的应有之义。

本案涉及劳动合同法规定的解除劳动合同后,劳动者应当办理工作

交接手续的后合同义务。作者认为,工作交接指的是劳动者就其工作状

况及进展情况与公司确定的交接人进行说明,将其未完成的工作内容和

已经完成的工作成果转移给他人。本案中,童某雷与中科联众公司签订

的《工作交接协议》中载明的第一项、第二项交接内容,系双方约定的

童某雷在离职前需要继续完成的未完成的工作任务,而非就其工作状况

及进展情况与公司确定的交接人进行说明,亦非将其未完成的工作内容

和已完成的工作成果等转移给他人,不属于童某雷在劳动合同解除后应

当履行的后合同义务。因此,法院支持了童某雷的诉讼请求。

编写人:北京市海淀区人民法院 龚莉婷

31劳务派遣单位解除与被用工单位退回的劳动者

的劳动合同,必须有据可依,否则即属于违法解除,

应向劳动者支付二倍赔偿金

——上海永久自行车有限公司诉陈某、丹阳市人才派遣有限公司劳

动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省镇江市中级人民法院(2016)苏11民终2897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):上海永久自行车有限公司

被告(上诉人):陈某、丹阳市人才派遣有限公司

【基本案情】

陈某于2013年9月6日由丹阳市人才派遣有限公司派遣到上海永久自

行车有限公司丹阳片区工作,任调度驾驶员,月平均工资2300元。2015

年3月2日上午10时许,陈某与上海永久自行车有限公司丹阳片区经理张

某华发生纠纷,陈某将张某华打伤。后上海永久自行车有限公司以陈某

违反公司规定为由,将其退回至被告丹阳市人才派遣有限公司,丹阳市人

才派遣有限公司解除了与陈某的劳动关系。陈某认为丹阳市人才派遣有

限公司及上海永久自行车有限公司侵犯了其合法权益,依法提起仲裁申

请,要求支付带薪年休假工资2420元,违法解除劳动合同赔偿金10000元

及失业金。丹阳市劳动人事争议仲裁委员会审理后,作出丹劳人仲案字

〔2015〕第354号仲裁裁决,裁决上海永久自行车有限公司一次性支付陈

某赔偿金9200元。上海永久自行车有限公司不服该仲裁裁决,故提起诉

讼,要求撤销仲裁裁决。

另查明,上海永久自行车有限公司的员工手册员工奖惩管理办法

第6.5.6条规定,对同事主动施以暴力者,给予违纪解除劳动合同处理。

【案件焦点】

1.劳务派遣用工中,劳动关系的确定;2.劳务派遣中劳动合同的解除

条件。

【法院裁判要旨】

江苏省丹阳市人民法院经审理认为:上海永久自行车有限公司的员

工手册及相关规章制度由职工代表大会通过,并组织员工学习传达,劳动

者应当遵守。陈某在工作过程中与上海永久自行车有限公司丹阳片区经

理张某华发生争执后殴打张某华,导致张某华受伤的事实清楚,陈某的行

为违反公司规章制度,上海永久自行车有限公司以此为由将陈某退回丹

阳市人才派遣有限公司后,丹阳市人才派遣有限公司据此解除与陈某的

劳动关系符合法律规定。陈某要求上海永久自行车有限公司支付违法解

除劳动合同赔偿金于法无据,本院不予支持。陈某主张带薪年休假工资

未提交相关证据,本院不予支持。

江苏省丹阳市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

九条第一款第二项、《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》第十九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条

第一款、第一百四十二条的规定,作出如下判决:

驳回陈某要求上海永久自行车有限公司支付赔偿金、带薪年休假工

资的请求。

陈某不服一审判决,提起上诉。江苏省镇江市中级人民法院经审理

认为:《中华人民共和国劳动合同法》第六十五条第二款的规定,被派遣

劳动者有本法第三十九条规定情形的,用工单位可以将劳动者退回劳务

派遣单位,劳务派遣单位依据本法有关规定,可以与劳动者解除劳动合

同。一审法院根据上海永久自行车有限公司提供的证据,能够证明陈某

的行为违反了上海永久自行车有限公司规章制度,上海永久自行车有限

公司以此为由将陈某退回丹阳市人才派遣公司符合法律规定。根据上述

规定,派遣单位与劳动者解除劳动合同亦应当符合劳动合同法的相关规

定。本案中,丹阳市人才派遣公司系本案的用人单位,其在《关于与陈某

同志解除劳动合同的通知》中以陈某“严重违反用人单位规章制度《公

司员工手册》员工奖励管理办法第6.5.6条”为由,与陈某解除劳动合

同。此处的《公司员工手册》是用工单位上海永久自行车有限公司的规

章制度,但用人单位丹阳市人才派遣公司未能提供其单位规章制度,与陈

某解除劳动关系的依据不足,故丹阳市人才派遣公司与陈某解除劳动关

系属违法解除。一审法院认定丹阳市人才派遣公司与陈某解除劳动合同

符合法律规定,系适用法律错误,应依法予以纠正。根据《中华人民共和

国劳动合同法》第八十七条的规定,用人单位违反规定解除或者终止劳

动合同的,应当依照经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金。本案

一审查明,陈某平均月工资为2300元,工作年限从2013年9月至2015年3

月,丹阳市人才派遣公司应当支付陈某赔偿金9200元(2300元/月×2个月

×2)。故陈某请求丹阳市人才派遣公司支付违法解除劳动合同赔偿金

9200元,本院依法予以支持。陈某要求上海永久自行车有限公司支付解

除劳动合同赔偿金9200元的请求,于法无据,本院不予支持。陈某在二审

中撤回了要求上海永久自行车有限公司和丹阳市人才派遣公司支付带薪

年休假工资2420元的上诉请求,予以准许,对该项上诉请求本院不予理

涉。综上,陈某的上诉请求部分成立。

江苏省镇江市中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第

六十五条第二款、第八十七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百

七十条第一款第二项之规定,作出如下判决:

一、撤销江苏省丹阳市人民法院(2016)苏1181民初3955号民事判

决;

二、丹阳市人才派遣有限公司于本判决生效后十日内支付陈某赔偿

金9200元;

三、驳回陈某的其他诉讼请求。

【法官后语】

劳务派遣属于一种特殊的用工方式。和一般劳动合同用工相比较, 劳务派遣用工的特殊性主要体现为:在劳务派遣法律关系中存在派遣单

位、用工单位和派遣劳动者三方主体、多重法律关系。劳务派遣用工中

的劳动关系解除比一般劳动合同中用工中的劳动关系解除要复杂一些。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十八条中明确规定:“劳务派

遣单位是本法所称用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义

务……”由此可见,从我国现有法律规定来看,在劳务派遣中,派遣单位

与劳动者建立劳动关系是明确的。至于用人单位与派遣劳动者之间是什

么关系,法律未明确规定,学界对此的争论亦此起彼伏。基于传统劳动关

系的理论限制,即劳动关系的人身属性,一个劳动者只能建立一重劳动关

系,加上我国法律对此未有明确规定,因此不宜认定用人单位与派遣劳动

者之间存在劳动关系。本案中,陈某与上海永久自行车有限公司之间不

是劳动关系,陈某与丹阳市人才派遣有限公司之间构成劳动关系。

《中华人民共和国劳动合同法》第六十五条第二款规定,被派遣劳

动者有本法第三十九条规定情形的,用工单位可以将劳动者退回劳务派

遣单位,劳务派遣单位依据本法有关规定,可以与劳动者解除劳动合同。

根据上海永久自行车有限公司提供的证据,能够证明陈某的行为违反了

上海永久自行车有限公司的规章制度,上海永久自行车有限公司以此为

由将陈某退回丹阳市人才派遣有限公司符合法律规定。

同时根据上述规定,在用人单位将劳动者退回劳务派遣单位后,派遣

单位要与劳动者解除劳动合同,亦应当符合劳动合同法中关于劳动合同

解除的相关规定。本案中,丹阳市人才派遣有限公司系与陈某存在劳动

关系的单位,其与陈某解除劳动合同是基于陈某“严重违反用人单位规

章制度《公司员工手册》员工奖励管理办法第6.5.6条”。然而此处的

《公司员工手册》是上海永久自行车有限公司的规章制度,丹阳市人才

派遣有限公司并未能提供其单位规章制度。因此,丹阳市人才派遣有限

公司与陈某解除劳动关系的依据不足,属违法解除。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定,用人单位

违反规定解除或者终止劳动合同的,应当依照经济补偿金标准的二倍向

劳动者支付赔偿金。因此,丹阳市人才派遣有限公司应向陈某支付赔偿

金。

编写人:江苏省丹阳市人民法院 刘利权

32未经合法程序制定的规章制度不能作为解除劳

动合同的依据

——陈某平诉武汉新业商品砼有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂01民终6399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):陈某平

被告(上诉人):武汉新业商品砼有限责任公司(以下简称新业公司)

【基本案情】

陈某平于2004年5月8日入职新业公司从事搅拌车驾驶员工作,双方

签订了书面的劳动合同,劳动合同期限于2016年3月1日届满。2015年8

月14日,陈某平在工作中利用职务之便私自放行了同事李某一车C20强度

的TM3混凝土(损失已被追回)。同年8月24日,陈某平针对此事做了检

讨。次日,新业公司以其严重失职为由将其从公司除名(解除劳动合同), 并罚款500元。2016年4月18日,陈某平向武汉市江夏区劳动人事争议仲

裁委员会申请仲裁,要求新业公司支付解除劳动关系经济补偿金100008

元。该委于2016年5月18日裁决驳回了原告陈某平的仲裁请求。陈某平

不服,诉至本院,要求新业公司支付违法解除劳动合同赔偿金100008元,

新业公司承担本案的诉讼费用。

【案件焦点】

用人单位以劳动者违反公司规章制度为由解除劳动合同的行为是否

合法。

【法院裁判要旨】

湖北省武汉市江夏区人民法院经审理认为:本案争议焦点在于新业

公司解除劳动合同的行为是否违法。陈某平利用职务之便,私自放行同

事李某一车C20强度的TM3混凝土,此行为确属违纪,但其事后主动书写检

讨并保证今后在工作中做好本职工作,此种违纪行为并非经常性行为,且

经济损失已被追回。陈某平能够认识错误,在公司连续工作十年以上,本

人也年近五十岁,能有一份稳定的工作实属不易,新业公司作为用人单位

对待一名老员工的一时之错,若能人性化管理,给以理性对待,给犯错者

一个改过自新的机会,则能让犯错的人在自责之余感激与反省,故本院认

为新业公司本应可采取不涉及劳动合同解除的其他方式对陈某平进行处

罚,直接解除劳动合同欠妥。此外,本案中的陈某平对新业公司辞退的依

据《规章制度汇编》不予认可,公司也未提供任何证据证实《规章制度

汇编》经过了民主程序的制定,并已将内容进行了公示或告知劳动者。

综上,新业公司解除双方之间劳动合同的行为系违法解除。

湖北省武汉市江夏区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第八十七条、第四十七条第一款,《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》第九十条的规定,作出如下判决: 一、新业公司于本判决生效之日起十日内向陈某平支付违法解除劳

动合同的赔偿金95841元;

二、驳回陈某平的其他诉讼请求。

新业公司不服一审判决,提起上诉。湖北省武汉市中级人民法院经

审理认为:企业、单位在制定规章制度后,该规章制度在本单位范围内对

全体职工都具有法律约束力,但并不等于若职工违反规章制度,均要产生

解除与用人单位劳动合同的法律后果,而对能导致解除与职工劳动关系

这一最严重惩罚后果的事实,用人单位应当承担举证责任。否则,应由举

证不能的一方承担不利后果。而且,为保证规章制度的内容合法合理,用

人单位制定规章制度时应当遵循一定的程序,若用人单位制定的规章制

度没有遵循法定的程序,则对劳动者没有约束力。本案中,首先,新业公

司是以陈某平严重违反公司规章制度为由解除劳动合同,在二审审理中, 新业公司明确表示,陈某平违反的条款为《规章制度汇编》中“惩罚制

度”的第4项第7条,该条所指向的行为为:营私舞弊、谋取私利,私吃回

扣,索贿、受贿。对于陈某平是否存有上述行为,新业公司应承担举证责

任,但新业公司在本案审理过程中,并未提供证据证明陈某平是为谋取私

利而与新业公司的另一员工合谋,侵吞新业公司的财物以及存在私吃回

扣,索贿、受贿的行为,对此新业公司应承担举证不能的不利后果。同

时,新业公司另一员工在事后已将所涉混凝土的款项交于新业公司,新业

公司未产生实际损失。其次,新业公司未提供《规章制度汇编》在制定

过程中经过了民主程序并已将内容进行了公示或告知了陈某平的证据, 对此,新业公司亦承担举证不能的不利后果。故,新业公司解除与陈某平

之间的劳动合同的行为系违法解除。

武汉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

十条第一款第一项的规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

用人单位享有一定的用工管理自主权,可根据单位实际情况制定相

应的规章制度,保证劳动者履行劳动义务,从而使单位得到良性运转。同

时,用人单位也应履行依法建立和完善规章制度的义务,保障劳动者享有

劳动权利。那么,用人单位的规章制度如何才能合法有效,如何才能成为

人民法院审理劳动争议案件的依据?程序合法是不可或缺的要件,程序是

正义的保障,劳动规章制度程序合法包含两个方面,即制定程序合法、公

示程序合法。

一、制定程序合法

制定程序合法指公司规章制度在制定过程中应经民主程序。通过民

主程序可以保障劳动者的参与权,有利于规章制度的顺利执行;同时,也

可以限制用人单位随意制定规章制度,损害劳动者利益。

用人单位对涉及劳动者切身利益的规章制度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。

职工人数在一百人以上的企业应当召开职工代表大会讨论,代表人数一

般占职工总数的5%~20%;职工人数不足一百人的企业一般应当召开全体

职工大会讨论。用人单位应保留相应的书面证据(如会议签到表、参加

者签字的会议记录、讨论稿征求意见表等),以证明规章制度的制定经过

了民主程序,法院通过对上述证据的审查来确定规章制度的制定程序是

否合法。未经民主程序制定的规章制度无效。

二、公示程序合法

公示程序合法指公司规章制度制定后,应通过一定的方式让劳动者

知悉。通过公示可以保障劳动者的知情权,有利于规范劳动者的行为,使

其明确知晓哪些行为是提倡的、哪些行为是禁止的,以及行为的后果;同

时,经过公示的规章制度即对劳动者产生约束力,劳动者应按照规章制度

行事,如有违反,用人单位可据此进行相应处罚。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度公示。公示方

式有多种,如通过单位内部电子邮件系统公示、通过公告栏公示、通过

员工手册公示、通过培训公示、通过劳动合同附件公示等。上述公示方

法各有利弊,综合来看,用人单位可在劳动合同附件中载明规章制度,向

劳动者送达,并让劳动者签字确认,再组织劳动者进行规章制度的学习培

训,做好培训记录签字,这样有利于保留证据,法院可通过这些证据来审

查规章制度是否予以公示。未经公示的规章制度对相应的劳动者不产生

约束力。

综上所述,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“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”的规

定,用人单位的规章制度只有经民主程序制定并向劳动者公示才能作为

人民法院审理劳动争议案件的依据,否则,用人单位以劳动者严重违反规

章制度为由解除劳动合同就属于违法解除,应支付经济赔偿金。

编写人:湖北省武汉市江夏区人民法院 王倩

33用人单位能否以劳动者债务较多、不良征信为

由单方解除劳动关系

——滨海县公安局诉姜某丰劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省盐城市滨海县人民法院(2017)苏0922民初3549号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:滨海县公安局(以下简称公安局)

被告:姜某丰

第三人:滨海县保安服务有限公司(以下简称保安公司)

【基本案情】

2010年4月1日,被告姜某丰与第三人保安公司签订为期一年的《全

日制劳动合同书》,双方约定合同履行地在滨海县,被告根据第三人的要

求从事协警工作,第三人可以根据工作要求,变动被告岗位,试用期

为2010年4月1日至5月1日。合同签订后,第三人将被告派遣至原告公安

局交警队工作。

2014年3月29日,原告在《滨海公安政工网》上发布《关于对〈滨海

县公安局辅警管理工作规定〉(讨论稿)征求意见的通知》;2014年4月14

日,原告制定《滨海县公安局辅警管理工作规定(试行稿)》;2015年7

月20日,被告在《交警大队辅警守纪承诺书》签字承诺。

2016年9月,因被告在外借债不能偿还,债权人将“姜某丰在我司贷

款已严重逾期且多次逃避还款,现已涉嫌金融合同诈骗,我司将向法院提

起诉讼,烦请转告当事人”发送到原告单位的工作微信群内。另外,原告

单位帮助被告担保的同事也反映,因被告逾期未还贷款,金融机构向同事

催缴欠款。在原告向被告核实情况时,被告表示其信用卡等一直按规定

使用,无不良现象。但中国人民银行《个人征信报告》显示,原告信用卡

透支及逾期情况严重,长时间处于不良信用的状态。

2016年9月25日,鉴于被告存在欠债等问题,原告就辞退被告征求了

工会意见。2016年9月30日,原告书面通知被告,因其违反了《滨海县公

安局辅警管理工作规定》第二十二条第十项规定“其他不适合继续从事

辅警用工的情形”,对被告予以辞退。

后被告向滨海县劳动仲裁委申请仲裁,要求原告支付未签书面劳动

合同11个月双倍工资16524.9元、违法解除劳动关系经济赔偿金39101.4

元,仲裁委裁决原告支付被告经济赔偿金38287.76元,原告不服,诉至法

院。

【案件焦点】

滨海县公安局能否以姜某丰欠债不还、不良征信为由单方解除劳动

关系。

【法院裁判要旨】

江苏省滨海县人民法院经审理认为:在劳动者严重违反用人单位规

章制度的情形下,用人单位可以解除劳动合同,以保障用人单位的用工自

主权,但为了防止用人单位滥用解除权,法律法规在解除条件上也作了严

格的限制。

本案中,原告以被告欠债不还、不良征信等违反“其他不适合继续

从事辅警用工的情形”为由解除劳动关系,是否具有合法、合理性?该院

认为,被告所欠民间、金融机构等债务毕竟属于“个人债务”,原告也未

能证明被告因负债导致无法正常履职,即被告尚未达到对原告规章制

度“严重违反”的程度,此时,原告以“其他情形”为由解除劳动关系, 明显依据不足。对于劳动者对外负债、不良征信等,如不影响履职,用人

单位不应单方解除劳动关系;如某一工作岗位对劳动者的征信有“特殊

要求”的,用人单位应在劳动合同中与劳动者明确约定。

综上,江苏省滨海县人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第三十九条、第四十七条、第八十七条之规定,判决如下:

原告滨海县公安局于本判决发生效力起十五日内向被告姜某丰支付

人民币15041.62元。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

近年来,随着国家加强诚信社会建设,失信人员在工作中受到限制, 如失信被执行人无法乘坐飞机、高铁等,一些岗位对个人征信提出

了“特殊要求”,用人单位甚至以此行使任意解除权。笔者认为,对此应

当具体问题具体分析:

用人单位针对特定的岗位可以设定“特殊要求”。《中华人民共和

国劳动法》第三条第二款规定,劳动者应当完成劳动任务,提高职业技

能,遵守劳动纪律和职业道德。劳动义务的履行依赖于用人单位与劳动

者之间的高度信赖,鉴于现代劳动岗位的多样性,在特定行业中可以设定

某些合理约束。当然,用人单位对劳动者提出“特殊要求”,应当基于职

业本身的内在需求,存在正当性。就本案而言,辅警协助执法,一定程度

上代表公安机关形象,个人严重负债确实会增加履职风险以及道德风险,

原告当然可以对辅警岗位提出“特殊要求”,如要求辅警保持良好的个

人征信记录、不能成为“失信被执行人”等,但前提是符合劳动法的相

关规定,即有合法制定并公示的规章制度,相关要求在规章制度中有明确

规定,规章制度中的处罚规定合情合理等。

对岗位的“特殊要求”应当在劳动合同中明示。《中华人民共和国

劳动合同法》第八条规定,用人单位招用劳动者时,应当如实告知劳动者

工作内容、职业危害等,以及劳动者要求了解的其他情况。为保障劳动

者的就业权、知情权,除明显违反公序良俗和社会公德,如吸毒、赌博、

嫖娼等行为无需明示告知外,用人单位对劳动者执行职务、工作岗位

的“特殊要求”应当在劳动合同中明确约定,在规章制度中应当予以细

化,即劳动者所犯的违纪行为在规章制度中有“明确的”规定。在本案

中,原告以规章制度中“其他不适合继续从事辅警用工的情形”辞退被

告,因“其他情形”的不确定性,故应当认定原告未将被告对外负债、不

良征信等“禁止性要求”纳入规章制度或者明确约定于劳动合同之中, 原告对被告的辞退属于违法解除劳动关系。

编写人:江苏省滨海县人民法院 蒋晓明

34劳动者严重违反规章制度的认定标准

——丁某梅诉上海新型建材岩棉大丰有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省盐城市中级人民法院(2017)苏09民终736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):丁某梅

被告(上诉人):上海新型建材岩棉大丰有限公司(以下简称岩棉公

司)

【基本案情】

2014年12月19日,丁某梅与岩棉公司签订劳动合同一份,合同约定了

劳动合同的期限、丁某梅的岗位、工时制度、工资标准、奖惩办法等。

当日,丁某梅即在岩棉公司上班,从事客服专员岗位工作。

2015年10月20日,丁某梅在承接客户订单时,在款项未完全支付的情

况下,安排订单生产并出库。2015年12月3日,岩棉公司作出关于对客服

中心员工丁某梅违反订单操作流程的处理决定,认为丁某梅未按照客服

中心订单处理的规范进行操作,之后未及时反馈情况,导致事态严重,错

失最佳处理时期,不仅增加了各种成本,还给应收账款的回收带来了极大

的风险,损害了公司利益。根据《员工手册》相关规定,公司对其做出如

下处理:给予丁某梅口头警告及扣除当月岗位工资20%的经济处罚。当

月,岩棉公司扣发原告岗位工资900元。后岩棉公司减半发放丁某梅2015

年年终奖(第十三个月的工资)及2016年元旦过节费共计2500元。

2015年11月17日,丁某梅联系公司新客户深圳三鑫北京嘉德艺术中

心项目(以下简称深圳三鑫)。因产品第一次送检出现失误,被告单位需

提供第二批产品进行送检。而第二批送检产品没有及时到位,第二次送

检再次失败,最终深圳三鑫要求与岩棉公司解除该项目合同。岩棉公司

认为,丁某梅工作疏忽,没有及时跟进送样产品进展,其间出现样品无法

送检的情况,丁某梅没有及时上报上级领导解决此事,导致第二批送检产

品没有及时到位,送检再次失败。深圳三鑫要求与岩棉公司解除该项目

合同,造成直接损失约83000元,严重影响岩棉公司2016年在北京地区业

务的拓展。2016年1月15日,岩棉公司将与丁某梅解除劳动合同的通知工

会函送达上海新型建材岩棉有限公司工会委员会。2016年1月29日,岩棉

公司作出关于与客服中心人员丁某梅解除劳动合同的处理决定,决定与

丁某梅解除劳动合同。2016年1月30日,岩棉公司将此决定邮寄给丁某

梅。丁某梅在被告单位实际工作到2016年1月29日。

【案件焦点】

岩棉公司与丁某梅解除劳动合同关系是否违法。

【法院裁判要旨】

江苏省东台市人民法院经审理认为,岩棉公司的《员工手册》第九

章第二条中规定,以下违纪行为根据情节严重程度给予撤职、解除劳动

合同处理,并不给予经济补偿金:违反岗位职责、岗位操作规程或安全操

作,造成严重损失的(经济损失2万元及以上的);一个自然年度受到一次

口头警告和一次书面警告(两次书面警告)的。根据岩棉公司陈述,丁某

梅第一次违反操作规定,造成损失7000元,给予口头警告;丁某梅第二次

违规的事实系负责的新客户深圳三鑫两批样品送检失败,造成该项目合

同解除,公司损失约83000元。首先,解除合同造成的损失约83000元无充

分证据证实;其次,送检样品需多部门配合,棉岩公司提供的证据不足以

证明丁某梅负全部责任或主要责任。即使是丁某梅的责任,单位首先应

出具书面警告,而不是直接解除劳动合同。另外《中华人民共和国劳动

合同法》第三十九条规定的是严重违反用人单位的规章制度,用人单位

可以解除劳动合同。丁某梅第一次违反操作规定主观上是为了单位的效

益,岩棉公司与新客户之间项目解除的全部责任归并于丁某梅,失之偏

颇。而以上述两次事实认定丁某梅严重违反规章制度过于严厉、苛刻, 故被告以此解除劳动合同系违法解除。

依照《中华人民共和国劳动法》第三十九条,《中华人民共和国劳

动合同法》第三十九条、第四十七条、第八十七条,《江苏省工资支付

条例》第六十二条,《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,作出如下判决:

一、被告岩棉公司于本判决生效之日起十五日内支付原告丁某梅赔

偿金13500元、返还扣发的年终奖及过节费2500元,合计16000元; 二、驳回原告丁某梅的其他诉讼请求。

岩棉公司不服一审判决,提起上诉。江苏省盐城市中级人民法院经

审理同意一审法院的裁判意见。

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,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《中华人民共和国劳动法》第四条规定,用人单位应当依法建立和

完善劳动规章制度,保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。该规定

一方面体现了用人单位的经营权和用工自主权,另一方面要求用人单位

不得滥用管理权。本案中,岩棉公司以丁某梅多次违反公司规章制度且

在业务过程中给公司造成严重经济损失为由解除与丁某梅之间的劳动关

系,岩棉公司是否合法行使管理权解除双方的劳动关系,需要从以下几个

方面进行审查:

第一,用人单位的规章制度应合法有效。合法有效是指规章制度的

制定内容、制定程序、内容公示都要合法。规章制度的内容不能与法律

法规相抵触,不能有损害劳动者权利的内容。规章制度要经过必要的民

主程序,并且要向劳动者公示。本案用人单位的员工手册规定了被告单

方解除劳动合同的情形,员工手册经过职工代表的讨论并已告知员工,从

内容上看,员工手册符合国家法律、行政法规及政策规定。

第二,劳动者要有违反规章制度的事实。劳动者存在违反规章制度

的事实,是用人单位解除劳动合同的事实依据。对此,用人单位要有证据

证实。本案中,丁某梅在承接客户订单过程中出现违反订单操作流程的

行为,并给公司造成一定的损失,存在用人单位所称的原告违反公司规章

制度的事实。

第三,劳动者违反用人单位规章制度的情形应达到严重程度。《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,用人单位可以即时解除劳动合同。因此,用人单位

行使合同解除权必须以劳动者有违反规章制度的行为发生为前提,并且

该行为必须达到严重程度。对于什么是“严重违反”,目前没有明确的

法律界定,一般可以从违反规章制度的动机、次数、后果、影响、损失

等几个方面考虑,如造成的后果或者影响是否严重、是否多次违反、是

否造成了重大损失、是否影响生产工作秩序等。如果偶尔发生或者损失

不大、影响很小的,一般不宜认定为“严重”。本案中,丁某梅第一次违

反操作规定主观上是为了单位的效益。后丁某梅跟踪新项目时,因送检

产品没有及时到位,最终岩棉公司与新客户之间解除项目合同,岩棉公司

将全部责任归并于丁某梅,失之偏颇。而以上述两次事实认定丁某梅严

重违反规章制度过于严厉、苛刻,故被告以此解除劳动合同系违法解

除。

编写人:江苏省东台市人民法院 姜小健

35用人单位自身亦应遵守该规章制度中所规定的

处罚程序,且作出的处罚应与劳动者的岗位职责相

匹配

——北京佳某福商业有限公司良乡店诉高某劳动争议案

【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9133号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京佳某福商业有限公司良乡店(以下简称佳某福公

司)

被告(被上诉人):高某

【基本案情】

高某于2010年11月26日入职佳某福公司,双方于同日签订劳动合同

并于2012年11月26日续签劳动合同。2015年11月26日,双方签订无固定

期限劳动合同,约定劳动者登记的现居住地址为通信地址。员工手册构

成合同组成部分,与合同具有同等效力,员工手册第五版被列为合同附

件。高某的岗位为杂货处处长,离职前月工资标准7200元。2016年8月3

日,佳某福公司以高某失职为由作出三级警告,高某于违章违纪单上签字

确认。2016年8月26日至同年12月8日、12月12日至12月21日,高某因病

休息。2016年12月22日,双方劳动关系因佳某福公司的解除行为终止。

佳某福公司员工手册第六版为高某离职前在用版本,其中第十四

章“违纪及失职”部分第二条“惩处程序”第2.3条规定,员工在受到第

一次违纪或失职处分后,12个月内如再有处分,则受到累计的处分如

下……2.3.4三级警告(但公司未立即辞退)+一级或一级以上警告(或在

三个月内由于事态发展变化或造成的损害影响扩大,经公司重新评估损

失后认为应当立即辞退的)=三级警告(立即辞退),并不支付任何经济补

偿。第2.4条规定每项违纪或失职处分都应当通知受处分员工,公司要求

员工签收,员工有权对处分提出意见。第2.4.4条规定,最终处分一旦作

出,员工必须在处分决定上签字确认,如员工不签字,部门主管及人力资

源部门人员将以挂号信或其他法定形式送达员工,处分自送达之日起生

效。

高某于2017年3月3日向北京市房山区劳动人事争议仲裁委员会申请

仲裁,请求佳某福公司支付:1.

2010年11月26日至2016年8月31日每周

六、周日加班工资14068.18元;2. 2010年11月26日至2016年12月22日期

间违法解除劳动合同赔偿金86400元;3.未提前一个月告知解除劳动合同

支付一个月工资7200元;4.

2016年12月21日至2017年3月31日期间工

资21600元。2017年5月2日,仲裁委员会作出京房劳人仲字[2017]第968

号裁决书,裁决:佳某福公司支付高某2010年11月26日至2016年12月22日

期间违法解除劳动合同赔偿金86400元,驳回高某的其他申请请求。佳某

福公司不服该仲裁裁决,起诉至一审法院。

【案件焦点】

1.用人单位依照规章制度作出处罚决定,其单位自身是否应当遵守

该规章制度中所规定的处罚程序;2.用人单位对劳动者所作出的处罚,是

否应当与劳动者的工作内容及职责相匹配。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为:因用人单位作出的解除劳动合

同决定而发生的劳动争议,用人单位应负举证责任。本案中,佳某福公司

系适用规章制度作出解除决定,但该解除行为存在明显瑕疵。第一,佳某

福公司以高某在12个月内先后受到三级警告以及一级警告为由作出解除

行为,则佳某福公司需证明高某受到的两次处分均合法有效。佳某福公

司所适用的员工手册第2.4条明确赋予了员工对处分提出异议的权利及

用人单位送达处分的必要程序;第2.4.4条规定,最终处分一旦作出,员工

必须在处分决定上签字确认,如员工不签字,部门主管及人力资源部门人

员将以挂号信或其他法定形式送达员工,处分自送达之日起生效。但是, 佳某福公司于2016年12月12日作出的一级处分单缺少高某签字确认,其

亦未能证明该处分决定送达高某,即该一级处分尚未生效。第二,佳某福

公司主张高某于2016年12月9日到岗上班并于12月10日至11日期间在家

通过微信分派员工工作。即使依佳某福公司主张,12月9日系高某于病休

三个月之后首次到岗,但亦系唯一一天在岗时间,其对任务的熟悉度、工

作的管控度、员工的指挥度均无法与其连续在岗时的状态相比,亦无法

与其病休期间的代行职权管理者处于同一水平;在此情况下,佳某福公司

以12月12日货架序列号及货架单品数存在多处错误对高某作出处分,并

在此基础上直接作出解除决定,与高某的工作内容、职责难以匹配。故

佳某福公司所作出的解除行为缺少事实基础,系违法解除劳动合同。

用人单位违反法律规定解除或者终止劳动合同,劳动者不要求继续

履行劳动合同的,用人单位应当依照经济补偿标准的二倍向劳动者支付

赔偿金。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。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。经核算,佳某福公司应支

付高某2010年11月26日至2016年12月22日期间违法解除劳动合同赔偿金

82136元,佳某福公司要求无需支付解除赔偿金的合理部分,法院予以支

持。

北京市房山区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十

七条、第四十八条、第八十七条之规定,作出如下判决:

一、佳某福公司于本判决生效后十日内支付高某2010年11月26日至

2016年12月22日期间违法解除劳动合同赔偿金82136元; 二、驳回佳某福公司的其他诉讼请求。

佳某福公司不服一审判决,提起上诉。北京市第二中级人民法院经

审理认为:佳某福公司提交了关于员工手册的草案民主讨论会登记表、

意见表以及领取签收单。高某认可登记表及意见表的真实性,虽然高某

否认签收单上签字的真实性,但其明确表示不申请鉴定,本院对佳某福公

司所出示的上述证据真实性均予以采信。佳某福公司主张依据员工手册

的规定,员工如果在一年以内累计受到一次三级警告与一次一级警告后, 佳某福公司可以解除双方之间的劳动合同并不支付任何经济补偿。因佳

某福公司是以高某在一年以内连续出现可以达到辞退程度的违纪行为解

除了双方的劳动关系,故其应当对高某存在的违纪行为提供充分的证据

予以证明,否则佳某福公司应当对此承担不利后果。佳某福公司主张高

某分别于2016年8月3日以及12月12日受到了三级警告与一级警告。对于

8月3日的违纪警告,佳某福公司提交了有高某签字的违章违纪单,高某对

于违纪单中其本人签字的真实性予以认可,本院对佳某福公司作出的此

次违纪警告予以采信,但佳某福公司于2016年12月12日作出的违纪警告

并无高某签字,佳某福公司主张其已通过邮寄方式送达高某,无需经过员

工签字,高某对此次处罚不予认可,称其处于病假休息期间不存在佳某福

公司所主张的未完成工作任务的违纪行为。

佳某福公司为证明高某于2016年12月9日至12日期间存在未完成工

作任务的违纪行为,提交了2016年12月9日卖场视频、向高某发送电子邮

件的截图,微信群聊截图、检查表、员工证言等证据,证明高某回岗以后

已经安排其要对货架序列号与货架单品数的检查做好准备,以及高某收

到邮件后通过微信管理杂货处工作,并且高某负责的部门在12月12日的

检查中被发现存在多处错误。高某对邮件截图、微信群聊截图的真实性

不予认可,因以上截图证据均为佳某福公司单方出具,且其仅能提交以上

证据的截图打印件,本院对此难以采信。关于佳某福公司提交的员工证

言,因六名证人的书面证言内容一致,但证人于庭审作证中的陈述在有关

是否见到高某本人驾车到工作场所以及是否于12月12日当天发生多名杂

货处员工均签收到一级警告单等细节的描述上存有出入,且六名证人均

为佳某福公司的员工,与本案一方当事人存有利害关系,本院对以上证人

证言亦不予采信。关于证明高某工作存在多处错误的检查表,其上仅有

其他员工签名并无高某本人签字,佳某福公司亦不能提交其他有效证据, 证明对于高某当天工作的检查结果为不符合工作要求,故佳某福公司现

有的证据不足以证明高某存在第二次违纪行为,佳某福公司据此解除劳

动关系缺乏相应依据,一审法院认定佳某福公司解除劳动合同的行为构

成违法并无不当,高某主张违法解除劳动合同的赔偿金于法有据,应予支

持。一审法院核算的赔偿金数额符合法律规定,本院予以确认。

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的规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案中,在审查用人单位所作出的解除行为是否合法时,对以下原则

予以考量:第一,因用人单位作出的解除劳动合同决定而发生的劳动争

议,用人单位应负举证责任;第二,出于对劳动者权利的保护,用人单位亦

应当是规章制度制约的主体,如果规章制度中规定了解除行为的程序,则

用人单位应当遵守;第三,用人单位对劳动者所作出的处罚应当与该劳动

者的工作内容及岗位职责相匹配。

规章制度,是用人单位制定的组织劳动过程和进行劳动管理的规则

和制度的总和,对双方的权利义务均有重大影响。《中华人民共和国劳

动合同法》第四条第一款规定,用人单位应当依法建立和完善劳动规章

制度,保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。《中华人民共和国劳

动合同法》第三十九条规定:“劳动者有下列情形之一的,用人单位可以

解除劳动合同……(二)严重违反用人单位的规章制度的……”由此可

见,规章制度不仅仅是对劳动者依章履行义务提出要求,亦不单单是用人

单位解除劳动者时的依据,同时也应当是劳动者保障其自身权利的工具; 即用人单位应当执行规章制度中赋予劳动者权利的各项规定。本案中, 佳某福公司在用版本的员工手册明确体现了劳动者对违纪或失职处分享

有提出意见的权利,以及处分自送达之日起生效。佳某福公司系以两次

处分相叠加而对高某最终作出解除行为,但第二次处分并未有效送达,亦

未保障劳动者的异议权,故该次处分程序欠缺合理性。

用人单位对劳动者作出的处罚不应当超出该劳动者的工作内容范围

及岗位职责权限。法院在审查用人单位内部处分的实体合法性时,既应

当尊重用人单位的用工自主权,避免过度干预;也应当在合法性、合理性

的适度范围内进行考量。本案劳动者的特殊之处在于其休假后短暂返回

公司即因失职受到了第二次处分。但是, 2016年12月9日系劳动者于病

休三个月之后首次到岗,亦系唯一一天在岗时间,劳动者对任务的熟悉

度、工作的管控度、员工的指挥度均无法与其连续在岗时的状态相比, 亦无法与其病休期间的代行职权管理者处于同一水平;因此,在此情况

下,用人单位以三日后的工作检查中发现问题并由此认定劳动者存在工

作失误为由对其进行处分,欠缺事实依据。故而,法院认定佳某福公司解

除行为违法,并判处违法解除劳动合同经济赔偿金。

编写人:北京市房山区人民法院 吴奕晗

四、追索劳动报酬、经济补偿金

36非因劳动者本人原因工作调动补偿金或赔偿金

如何计算

——刘某荣诉巍然屹立服装服饰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(2017)京02民终6288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):刘某荣

被告(上诉人):巍然屹立服装服饰有限公司(以下简称巍然屹立公

司)

第三人:北京章氏时代服装服饰有限公司(以下简称章氏时代公司)

【基本案情】

2015年6月2日,刘某荣到大兴仲裁委申请劳动仲裁,请求:1.确认辞

退证明无效并要求退还;2.巍然屹立公司支付违法解除劳动关系赔偿金

87413元;3.巍然屹立公司支付2015年4月1日至2015年5月20日期间工

资7284元。2016年3月1日,大兴仲裁委作出京兴劳人仲字[2015]第2458

号裁决书,裁决:1.巍然屹立公司支付刘某荣2015年4月工资2600元;2.巍

然屹立公司支付刘某荣2015年5月1日至20日基本生活费719.63元;3.驳

回刘某荣的其他申请请求。刘某荣不同意上述裁决,诉至北京市大兴区

人民法院。

刘某荣向法院提出诉讼请求:1.巍然屹立公司支付违法解除劳动合

同赔偿金87413元;2.巍然屹立公司支付2015年4月1日至2015年5月20日

期间工资7284元。事实与理由:刘某荣于2003年4月11日至2015年3月31

日一直为章氏时代公司和巍然屹立公司工作,先后在北京的城乡华懋商

厦、北京北苑华堂商场、北京右安门华堂商场担任导购,以香港鼎盛时

代国际集团有限公司名义销售服装。2015年3月31日,北京右安门华堂商

场关闭,巍然屹立公司的法定代表人让刘某荣在家等通知,重新安排工

作。2015年5月21日,巍然屹立公司给刘某荣发来通知,告知将其辞退,辞

退时间从2015年4月1日开始计算。巍然屹立公司的法定代表人让刘某荣

必须在辞退书上签字,才将2015年3月的加班工资发还。刘某荣为章氏时

代公司和巍然屹立公司工作了十二年,巍然屹立公司只答应给两个月工

资的补偿,刘某荣不予认可。刘某荣从章氏时代公司安排到巍然屹立公

司工作,并不是其本人原因。章氏时代公司一直给刘某荣缴纳社会保险

至2015年3月。章氏时代公司和巍然屹立公司的法定代表人是兄弟关系, 章氏时代公司负责生产制作服装,巍然屹立公司负责在北京几个商场以

香港鼎盛时代国际集团有限公司的名义进行销售。刘某荣从章氏时代公

司到巍然屹立公司工作,是两个公司的安排,并非本人原因。巍然屹立公

司和刘某荣解除劳动关系过程中违反法律规定,刘某荣要求将章氏时代

公司的工作年限合并计算至巍然屹立公司,由巍然屹立公司支付赔偿

金。刘某荣不服北京市大兴区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称大兴

仲裁委)作出的京兴劳人仲字[2015]第2458号裁决书,特向法院起诉。

【案件焦点】

1.巍然屹立公司与刘某荣解除劳动关系是否构成违法解除;2.如果

构成违法解除,在计算支付赔偿金的工作年限时,刘某荣请求把在原用人

单位即章氏时代公司的工作年限合并计算为新用人单位即巍然屹立公司

工作年限的,是否支持。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为:章氏时代公司的法定代表人章

甲和巍然屹立公司的法定代表人章乙系兄弟关系。章乙在同刘某荣的谈

话录音中谈及2013年公司接手事宜,章氏时代公司庭审中亦认可章氏时

代公司在2013年将所有商场柜台交给巍然屹立公司负责。结合章氏时代

公司及章乙银行账户给刘某荣发放工资的情况、巍然屹立公司与刘某荣

签订劳动合同及章氏时代公司给刘某荣缴纳社会保险直至2015年3月的

事实,认定刘某荣从章氏时代公司到巍然屹立公司工作符合法律规定的

劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的情形。

关于违法解除劳动关系赔偿金问题。巍然屹立公司以华堂商场右安

门店关闭为由辞退刘某荣,并未与刘某荣协商变更劳动合同且未履行提

前通知义务,不符合法律规定,应属违法解除,依法应支付刘某荣违法解

除劳动关系赔偿金。刘某荣非因本人原因从章氏时代公司到巍然屹立公

司工作,章氏时代公司亦未证实已向刘某荣支付经济补偿,在计算支付赔

偿金的工作年限时,应将刘某荣在章氏时代公司的工作年限合并计算为

巍然屹立公司工作年限。

关于2015年4月1日至2015年5月20日期间工资问题。刘某荣非因本

人原因于2015年4月1日至2015年5月20日不能正常工作,巍然屹立公司应

当支付刘某荣2015年4月工资及2015年5月1日至2015年5月20日基本生活

费。

综上所述,判决如下: 一、巍然屹立公司自本判决生效之日起十日内支付刘某荣违法解除

劳动关系赔偿金87413元;

二、巍然屹立公司自本判决生效之日起十日内支付刘某荣2015年4

月1日至2015年5月20日工资及基本生活费4417.19元; 三、驳回刘某荣的其他诉讼请求。

巍然屹立公司不服一审判决,提起上诉。北京市第二中级人民法院

经审理同意一审法院裁判意见。判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及的主要是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,在解除、终止劳动合同时补偿金或赔偿金如何计算的问

题。

劳动者的工作年限是其享受单位工龄工资、福利及解除或终止劳动

关系时计算补偿金或赔偿金的重要依据,对劳动者来说意义重大。一般

情况下,劳动者在单一或彼此独立无关联的用人单位工作,计算解除或终

止劳动关系补偿金或赔偿金的工作年限比较容易确定。随着经济的发

展、劳动者的流动、企业间相互关联的加剧及用人形式的多元化,一些

用人单位在劳动合同法实施后有意通过更换用工主体来规避签订无固定

期限劳动合同、支付经济补偿金或赔偿金等法定义务,实践中本案所出

现的劳动者非因本人原因被安排到其他用人单位的情形已经屡见不鲜。

为了使劳动合同法的相关规定能够更好地落实适用,应对实践中出现的

新情况、新问题,《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十条规

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的,劳

动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。原用

人单位已经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳

动合同计算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位

的工作年限。”《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)》第五条第一款规定:“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。”需要注意的是,如果原用人单位已

经向劳动者支付经济补偿的,新用人单位在依法解除、终止劳动合同计

算支付经济补偿的工作年限时,不再计算劳动者在原用人单位的工作年

限。

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

用人单位工作的情形存在较大争议,为此,《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:“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。”本案综合刘某荣的工作场所、

工作岗位,章氏时代公司和巍然屹立公司法定代表人之间的特殊关系及

刘某荣的工资发放、社保缴纳情况等认定刘某荣从章氏时代公司到巍然

屹立公司工作符合法律规定的劳动者非因本人原因从原用人单位被安排

到新用人单位工作的情形,且原用人单位章氏时代公司未举证证明已支

付过刘某荣经济补偿,故法院在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限

时,把在原用人单位即章氏时代公司的工作年限合并计算为新用人单位

即巍然屹立公司的工作年限,切实保障了劳动者的合法权益。

编写人:北京市大兴区人民法院 刘恩水

37非全日制用工形式的加班费认定

——马某超诉中国华冶科工集团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(2017)津02民终3463号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):马某超

被告(被上诉人):中国华冶科工集团有限公司

【基本案情】

2011年7月22日原、被告签订非全日制劳动合同,约定原告在被告处

从事门卫工作。被告向原告提供伙食并安排其在保卫室住宿。自2011

年8月至2012年5月被告以月为周期向原告支付工资,自2012年6月开始被

告以15日为周期结算工资。原告在被告处工作期间还自主经营货物买

卖、从事京东快递送达工作。2016年8月10日被告向原告告知终止劳动

合同,此后原告未到被告处工作。2016年11月15日原告向天津市劳动人

事争议仲裁委员会申请仲裁,2017年1月10日天津市劳动人事争议仲裁委

员会作出津劳人仲裁字(2017)第17号裁决书驳回了原告仲裁请求,故成

讼。

【案件焦点】

1.原、被告之间是否属于非全日制用工形式;2.原告是否存在加班

事实,被告是否应当对原告给予一定的补偿。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院经审理认为:原告主张双方为全日制用工

形式,但首先原告在被告处工作期间自主经营货物买卖和从事京东快递

送达工作,其次原告属于门卫工作性质,其工作、休息均在被告处,对于

原告在被告处每日提供劳动的时间无法确定,最后原告所提供的证据不

能对其主张予以证实,因此本院认为原告属于非全日制工作。原告主张

被告支付解除劳动合同赔偿金20000元的诉讼请求,依据《中华人民共和

国劳动合同法》第七十一条的规定,非全日制用工双方当事人任何一方

都可以随时通知对方终止用工。终止用工,用人单位不向劳动者支付经

济补偿,因此该诉讼请求本院不予支持。原告主张被告支付2011年7月至

2016年8月加班费50370元,法定节假日加班费15180元的诉讼请求,依据

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》

第九条的规定,劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责

任。原告未提供充足有效的证据证明其出勤情况和加班时间,因此该诉

讼请求本院不予支持。原告主张被告支付未休假工资6900元的诉讼请

求,关于累计工作时间的确定,《企业职工带薪年休假实施办法》第四条

中的“累计工作时间”,包括职工在机关、团体、企业、事业单位、民

办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位从事全日制工作期间,原告

属于非全日制用工,因此该诉讼请求本院不予支持。

天津市滨海新区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第六

十八条、第七十一条,《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(三)》第九条,《人力资源和社会保障部办公厅关于

〈企业职工带薪年休假实施办法〉有关问题的复函》第二项,《中华人

民共和国民事诉讼法》第六十四条的规定,作出如下判决:

驳回原告马某超的诉讼请求。

马某超不服一审判决,提起上诉。天津市第二中级人民法院经审理

认为:上诉人与被上诉人签订的劳动合同注明了适用于非全日制从业人

员。上诉人主张其与被上诉人为全日制劳动合同关系,工作时间每天8小

时,存在加班情况,对此被上诉人予以否认,上诉人没有证据证明其主张, 故应按照双方签订的劳动合同内容认定上诉人属于非全日制工作制。上

诉人主张的解除劳动合同赔偿金、加班费、法定节假日加班费和未休假

工资等没有事实和法律依据。综上所述,马某超的上诉请求不成立,应予

驳回。

天津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

百六十九条第一款、第一百七十条第一款第一项的规定,作出如下判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

一、原、被告之间是否属于非全日制用工形式

在日常办案中,法官会自觉或不自觉地运用自己的生活经验对案件

事实进行认定。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条

第三项规定“根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则,能推定

出的另一事实”,我们可以清楚地看出运用经验法则推定事实的结构。

其结构图可表示为“已知事实+日常生活经验法则→另一事实”。(1)原

告主张双方为全日制用工形式,但原告在庭审中承认自己在被告处工作

期间自主经营货物买卖、从事京东快递送达工作,这正如很多劳动者的

情况一样,利用正常工作时间以外的时间打零工,所以劳动者利用休息日

工作的,不应当按加班处理。本案中原告有多个兼职,双方之间应当是非

全日制用工形式;(2)原、被告双方签订了一份劳动合同书,合同书的填

写说明第一项为“本合同书适用于公司使用非全日制从业人员”,且该

劳动合同书是双方真实意思表示,不违反相关法律法规的规定,应当认定

为合法有效;(3)根据《中华人民共和国劳动合同法》中的相关规定,非

全日制用工劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时, 每周工作时间累计不超过24小时,劳动报酬结算周期最长不得超过15

日。综上,双方应为非全日制用工形式。在对事实的认定方面,法院依据

了日常生活常识和本案相关证据。

关于原告主张被告支付解除劳动合同赔偿金20000元的诉讼请求,依

据《中华人民共和国劳动合同法》第七十一条的规定,非全日制用工双

方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工,用人单位

不向劳动者支付经济补偿,因此该诉讼请求本院不予支持。

二、原告是否存在加班事实,被告是否应当对原告给予一定的补偿

如前文所述,原、被告之间是非全日制用工关系,非全日制用工与全

日制用工之间最大的区别是工作时间,非全日制用工在工作时间安排上

具有较大的灵活性。正是为了与全日制用工形式相区别,法律法规未对

非全日制用工每天具体的工作时间作出明确规定,自然无法区分加班与

正常上班,亦不能区分工作日与休息日,另根据《工资支付暂行规定》, 其以“法定标准工作时间”为基础计算加班费,综合计算工时制的劳动

者在超出法定标准工作时间的部分,视为加班,应按规定支付加班费,不

定时工时制的劳动者不适用上述规定。因此本案原告无法主张延时加班

费和休息日加班费。

庭审中原告提供了电话录音材料一份和两份证人证言,证明其工作

时间和加班情况。本院针对原告提供的与被告办公室主管的录音材料, 原告主张其曾与被告单位主管进行通话,以证明其工作时间,因被告对该

真实性不认可,且原告亦无其他证据佐证录音中另一人为被告单位主管, 无法证明原告的证明目的,法院对该证据不予采信。对原告提供的同单

位工作人员的证人证言,因证人无正当理由未出庭作证,未接受法庭及

原、被告质证,对该证据不予采信。

根据我国宪法的规定,劳动者有休息的权利,因此对于非全日制用

工,虽其在双休日工作不应视为加班,但如在法定节假日工作应视为加

班。但原告工作、休息均在被告处,同时还从事其他兼职工作,对于原告

在被告处每日提供劳动的时间无法确定,原告所提供的证据不能对其主

张予以证实。原告主张被告支付2011年7月至2016年8月加班费50370元, 法定节假日加班费15180元的诉讼请求,依据《最高人民法院关于审理劳

动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第九条的规定,劳动者主张

加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。原告未提供充足有效

的证据证明其出勤情况和加班时间,因此该诉讼请求本院不予支持。原

告主张被告支付未休假工资6900元的诉讼请求,关于累计工作时间的确

定《企业职工带薪年休假实施办法》第四条中的“累计工作时间”,包

括职工在机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个

体工商户等单位从事全日制工作期间,原告属于非全日制用工,因此该诉

讼请求法院不予支持。

编写人:天津市滨海新区人民法院 刘风星 刘晓文

38分公司注销后继续提供劳动,总公司应支付劳动

报酬

——四川星星建设集团有限公司诉王某福劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省广安市中级人民法院(2017)川16民终1367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):四川星星建设集团有限公司

被告(上诉人):王某福

【基本案情】

2010年11月,王某福到四川星星建设集团有限公司(以下简称星星公

司)设立的宜昌分公司工作。2011年3月1日,王某福与宜昌分公司签订

《书面劳动合同书》,约定:王某福职位为副总经理,合同期限为自2011

年3月1日起至2013年12月31日止;基本工资为8000元/月。2013年3月7

日,宜昌分公司发出通知明确:因分公司要转为子公司,法律主体和法人

会有相应变化,所有签订了《劳动合同书》到期的员工,合同继续有效, 顺延一年。2014年2月18日,宜昌分公司发出通知,载明又聘请王某福担

任其分公司副总经理,聘期为2014年1月1日至2016年12月31日,但未再签

订书面劳动合同。2012年11月20日至2012年12月30日,宜昌分公司的负

责人叶某以个人账户按8000元/月的标准向王某福发放了劳动工资。

2013年1月1日至2014年9月30日,叶某又以个人账户按10000元/月的标准

向王某福发放了劳动工资。2015年11月4日,巴东县丽佳置业有限公司代

宜昌分公司向王某福支付了2014年10月至12月的工资3万元。之后,王某

福未再领取到工资。2015年9月28日,工商行政管理部门根据星星公司的

申请注销了宜昌分公司,但星星公司未对宜昌分公司的债权债务组织清

算。宜昌分公司注销后,有证据显示王某福仍在以宜昌分公司副总经理

或星星公司代表的身份处理分公司遗留事务以及星星公司委托的其他事

务。2016年8月8日,王某福因未领取到工资申请仲裁,要求星星公司

按10000元/月的标准补发2015年1月至2016年6月期间的工资18万元,该

项请求得到了仲裁庭的支持。星星公司对仲裁裁决不服,起诉请求:判令

星星公司与王某福无劳动关系,星星公司无须支付王某福2015年1月至

2016年6月期间工资18万元。

【案件焦点】

王某福与星星公司是否构成劳动关系,星星公司是否应当向王某福

支付从2015年1月至2016年6月工资。

【法院裁判要旨】

四川省广安市中级人民法院经审理认为:宜昌分公司是星星公司依

法设立并领取营业执照的分支机构,其不具有法人资格,法律责任应由星

星公司承担。虽然星星公司2015年9月28日申请注销了宜昌分公司,但是

星星公司没有依法对宜昌分公司的债权债务进行清算及职工进行安置。

2011年3月1日,宜昌分公司与王某福签订《书面劳动合同书》,虽然到期

后,宜昌分公司没有与王某福再续签劳动合同,但本案证据显示,星星公

司在将宜昌分公司注销后,王某福一直都还在宜昌分公司工作,依然在为

星星公司提供劳动,故应当认定星星公司与王某福在2015年1月至2016年

6月期间存在劳动关系,判决:

星星公司支付王某福2015年1月至2016年6月期间的工资共18万元。

【法官后语】

本案系一起分公司管理人员在分公司注销后继续提供劳动并被拖欠

工资所产生的劳动争议纠纷。王某福作为宜昌分公司副总经理在书面劳

动合同到期后,虽未续签合同,但在之后2年多的时间里一直以宜昌分公

司副总经理的身份为该分公司提供劳动,并且在分公司注销之后,受总公

司委派继续处理遗留事务。《中华人民共和国劳动合同法》第三十条第

一款规定,用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足

额支付劳动报酬。宜昌分公司仅支付了2014年12月之前的工资,对之后

王某福的应得工资一直处于拖欠状态,显然违反了《中华人民共和国劳

动合同法》的规定。2015年9月28日宜昌分公司被注销,并不意味着王某

福获得劳动报酬的权利丧失。根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第六

条的规定,用人单位被吊销营业执照、被责令关闭、撤销以及用人单位

决定提前解散、歇业,不能承担相关责任的,依法将其出资人、开办单位

或主管部门作为共同当事人。根据《中华人民共和国公司法》第十四条

第一款的规定,分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担。因星星

公司设立的宜昌分公司已经被注销,不能再作为诉讼主体,星星公司有义

务对宜昌分公司的债权债务进行清算,并依法对职工进行安置。即从法

律意义上讲,分公司注销后,总公司应做好善后工作。本案王某福在分公

司存续时被拖欠的工资以及分公司被注销后继续提供劳动,总公司星星

公司应承担支付劳动报酬等责任。

编写人:四川省广安市中级人民法院 王敏 罗乔军

39工作时间包含值班、休息时间的特殊岗位劳动

者加班事实和加班工资的认定

——南昌恒兴物业管理有限公司青山湖分公司诉聂某平劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省南昌市中级人民法院(2017)赣01民终1278号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):南昌恒兴物业管理有限公司青山湖分公司(以下简称

恒兴物业青山湖分公司)

被告(被上诉人):聂某平

【基本案情】

聂某平于2015年8月入职在恒兴物业青山湖分公司,担任恒茂梦时代

商业区水电工,后于2016年3月1日提出离职,双方劳动合同终止。后聂某

平向南昌市青山湖区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁,要求恒兴物业

青山湖分公司向其支付:1.法定节假日加班工资3252.42元;2.休息日加

班工资10118.64元;3.未签劳动合同双倍工资18340元;4.经济补偿金

2620元;5.补交社会保险。仲裁结果为恒兴物业青山湖分公司向聂某平

支付:1.法定节假日加班工资1927.36元;2.休息日加班工资6504.84

元;3.经济补偿金2620元;4.二倍工资15720元;5.驳回申请人其他请求。

裁决后,恒兴物业青山湖分公司诉至一审法院。

聂某平在二审庭审中陈述,其每天上8小时班,每天都上班,晚班没有

事情的情况下可以休息睡觉,每个规定的时间点要去巡视,发现问题要检

修。恒兴物业青山湖分公司则主张,聂某平在正常营业时间需要巡视,晚

上12点以后就可以去休息室睡觉,直至早上7点起来巡视,再办理交接

班。二审法院经对照双方分别提供的排班表和考勤表认定,两份表格关

于聂某平的上班记录基本一致,均为每天上班,B、C班依次轮流,B班时间

是17 ∶00~1 ∶00,C班时间是1 ∶00~8 ∶30。另有供水房签字本记载

聂某平的巡视签字有18 ∶00(19 ∶00)、23 ∶00、7 ∶00。

聂某平在一审庭审中陈述,其系2015年8月1日入职,2016年2月28日

离职,工作期间恒兴物业青山湖分公司未为其缴纳社保。恒兴物业青山

湖分公司在二审庭审中认可,其与聂某平未签订书面劳动合同。

【案件焦点】

1.聂某平的月工资金额;2.恒兴物业南昌分公司是否应向聂某平支

付休息日加班工资;3.法定节假日加班工资;4.解除劳动合同经济补偿

金;5.未签书面劳动合同二倍工资及各项具体金额。

【法院裁判要旨】

江西省南昌市青山湖区人民法院经审理认为:聂某平在恒兴物业青

山湖分公司工作,用人单位自用工之日起与劳动者即建立劳动关系。聂

某平要求恒兴物业青山湖分公司支付其法定节假日、休息日加班工资、

经济补偿金及二倍工资,于法有据,予以支持。聂某平要求恒兴物业青山

湖分公司补缴社会保险的请求,不属于人民法院受理劳动争议案件的范

围,故对此不予审理。综上,依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十

八条、第四十六条第二项、第四十七条第三款、第八十二条,《中华人

民共和国劳动法》第四十四条之规定,判决:

一、恒兴物业青山湖分公司支付聂某平法定节假日加班工资

1927.36元;

二、恒兴物业青山湖分公司支付聂某平休息日加班工资6504.84元; 三、恒兴物业青山湖分公司支付聂某平经济补偿金2620元; 四、恒兴物业青山湖分公司支付聂某平二倍工资15720元; 五、驳回恒兴物业青山湖分公司的其他诉讼请求。

恒兴物业青山湖分公司不服,提起上诉。江西省南昌市中级人民法

院经审理认为:

一、关于聂某平月工资金额。结合聂某平提供的工资银行流水及庭

审陈述,一审认定其月平均工资2620元,二审予以维持。

二、关于加班。(一)休息日。聂某平排班时间大部分是商业场所的

非营业时间,根据日常生活常识,该排班与普通意义上的上班明显不同, 实际上包含了值班,且和休息时间交织。即便需要巡视和检修,但大部分

时间仍是休息时间,在非营业时间内,水电工8小时不眠不休地进行巡

视、检修明显违反常理。综合考虑到聂某平的岗位性质和排班时间,二

审法院认为,聂某平的日常工作日和休息日不能机械地按日划分,一审判

决不当,二审予以改判,对聂某平休息日加班工资的主张不予支持。(二) 法定节假日。聂某平每月工资较为稳定,日薪在120元左右,众所周知,10

月法定节假日较为集中,如用人单位依法发放了该项加班工资,则聂某平

该月工资金额较之其他月应超出至少1000元,但其工资流水并未反映出

这一变化。仅在2016年2月有一笔941元的额外收入,但该月系春节期间, 不排除系年底双薪或年终奖的可能。综合考虑,二审法院认为,恒兴物业

青山湖分公司主张已向聂某平支付法定节假日加班工资,证据不足,其主

张已安排调休,亦未提供证据且不符合法律规定,故一审判决法定节假日

加班工资1927.36元,二审予以维持。

三、关于解除劳动合同。恒兴物业青山湖分公司存在未缴纳社保等

情形,一审判决经济补偿金2620元,二审予以维持。

四、关于未签书面劳动合同双倍工资。因聂某平在仲裁中有此项诉

请,且仲裁裁决了15720元,一审判决未违反不告不理原则,二审予以维

持。

综上,一审判决认定事实不清,二审法院予以补充查明;适用法律基

本正确,判决结果部分错误,二审法院予以部分改判。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、维持一审判决第一、三、四项;

二、撤销一审判决第二、五项;

三、驳回恒兴物业青山湖分公司的其他诉讼请求;

四、驳回聂某平的其他诉讼请求。

【法官后语】

劳动争议审判实践中,物业公司类型的用人单位属案件高发领域,就

该类案件的争议事项而言,又属加班工资争议占绝大多数。究其缘由,在

于物业公司因经营性质而导致其所提供的岗位往往存在特殊性,主要表

现为工作时间弹性大、工作时间与生活时间相互交织、上班时间、值班

时间、加班时间、休息时间难以区分等特点,如双方在加班方面未明确

约定,极易发生争议。

就此类特殊岗位加班争议的审理,涉及两个方面:一是加班事实;二

是加班工资。关于前者,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法

律若干问题的解释(三)》第九条规定,劳动者主张加班费的,应当就加班

事实存在承担举证责任。审判实践中,劳动者一方往往仅以单位规章制

度、打卡记录、考勤记录等对应普通岗位的日常上、下班时间及固定工

作制主张加班事实,各法院在认定加班事实方面,标准并不统一,不免存

在未考虑其岗位特殊性而直接套用日常固定工作时间、机械认定加班事

实的问题。笔者认为,各行各业分工不同,特殊岗位是客观存在的,用人

单位根据特殊岗位的职责需要灵活安排劳动者的工作方式和工作时间, 属于其用工自主权,只要不违反法律强制性规定,均应认定为合法。劳动

者在入职这类岗位之初,即清楚知晓其岗位的性质和具体工作时间,但其

在工作期间内未提出异议,却在离职之后主张在职期间的所有加班工资, 应提供充分证据,如仅以单位规章制度、打卡记录、考勤记录等主张加

班事实,应不予支持。关于后者,包括延时加班工资、休息日加班工资、

法定休假日加班工资,依照《中华人民共和国劳动法》第四十四条的规

定,上述各项加班工资的发放标准分别是不低于劳动者正常工作时间工

资的150%、200%、300%。从本条规定还可以看出,法定休假日与休息日

不同,不存在补休,此因法定节假日系有特殊意义的假日,存在不可替代

性。根据劳动部《工资支付暂行规定》第六条第三款,用人单位必须书

面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字,并保存

两年以上备查。故在加班事实已经确认的基础上,对加班工资的发放,应

主要由用人单位负举证责任。法定在认定加班工资的金额时,则应区分

加班工资的类型,结合证据和查明的事实合理推算,综合认定。同理,用

人单位主张就休息日加班已安排补休的,亦应就安排补休的事实负举证

责任。

本案一审未经充分说理,直接判决用人单位支付法定节假日及休息

日加班工资,存在明显错误。就休息日加班,二审在补充查明相关事实的

基础上,结合案涉岗位的特殊性及实际工作情况,对劳动者主张的休息日

加班事实不予认定。就法定节假日加班,用人单位并未否认加班事实,仅

主张其已安排调休及发放加班工资,但未提供充分证据。二审法院依据

劳动者每月工资发放的金额,推算出用人单位未发放法定节假日加班工

资的事实,对劳动者该项主张予以支持。

编写人:江西省南昌市中级人民法院 黄琳

40适用《公司法》法人人格否认制度保障关联公

司混同用工下劳动者的合法权益

——广州市新宽联数码科技有限公司诉广州市新泛联数码科技有限

公司、李某珍劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民终16766、16767号民事判

决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(16766号案原审原告,16767号案原审被告):广州市新宽联数

码科技有限公司

被上诉人(原审被告):李某珍

被上诉人(16766号案原审被告,16767号案原审原告):广州市新泛联

数码科技有限公司

【基本案情】

李某珍自2004年起先后入职广州市新宽联数码科技有限公司(以下

简称宽联公司)与广州市新泛联数码科技有限公司(以下简称泛联公

司)。在2012年3月10日至2015年3月9日期间,与李某珍签订劳动合同的

是宽联公司;2015年3月6日,李某珍与泛联公司签订劳动合同,合同期限

至2018年3月8日止。李某珍在2004年3月至2012年11月期间的社会保险

费是由宽联公司缴纳的,在2012年12月至2016年10月期间的社会保险费

则由泛联公司缴纳。2016年10月20日,泛联公司向李某珍发出《辞退通

知书》,称因经营存在困难,提前解除双方劳动关系。

2016年10月31日,李某珍申请劳动仲裁,仲裁委裁决确认李某珍与泛

联公司于2016年10月20日解除劳动关系,泛联公司向李某珍支付工资、

经济补偿金、代通知金等,并裁决宽联公司对上述给付义务承担连带责

任。宽联公司不服,诉至一审法院。

【案件焦点】

宽联公司应否对泛联公司应向李某珍承担的赔偿责任承担连带清偿

责任。

【法院裁判要旨】

一审法院认为,关于宽联公司应否承担连带责任的问题,根据劳动合

同及社保缴费历史明细,泛联公司与李某珍的劳动关系自2015年3月6日

才建立,但从2012年12月起(宽联公司与李某珍合同期内),泛联公司已为

李某珍缴纳社会保险费。宽联公司及泛联公司均确认李某珍在入职泛联

公司前曾在宽联公司工作,但又未举证证明李某珍是在宽联公司离职后

才入职泛联公司的。结合两公司名称、经营地点、股东的情况,对李某

珍提出两公司混同用工的主张,一审法院予以采信,判决:

宽联公司应承担连带清偿责任。

宽联公司不服一审判决,上诉至二审法院,主张其与泛联公司是相互

独立的法人,不存在混同用工的可能。二审法院认为宽联公司与泛联公

司虽在表面上彼此独立,但二者在名称、办公地点、股东、经营范围等

方面高度相似,且李某珍先后与二者签订劳动合同,在李某珍与其中一公

司的劳动合同期限内,其社保由另一公司缴纳,可认定两公司存在混同用

工的情形,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

商事登记制度改革极大地释放和激发了市场主体活力与民间投资潜

力,中小型公司的数量呈现出快速增长的态势,公司与公司之间也出现了

各种形式的联合。在实践中,一些在人员、机构、业务、财务、财产等

多方面高度统一的“关联公司”往往利用公司法人独立性人格特征,采

取由其中一家公司与劳动者签订劳动合同,通过安排劳动者在该公司与

其关联公司之间工作,混同用工,以降低用工成本,提高公司利润。这种

关联公司混同用工的形式,模糊了用工义务主体,规避了与劳动者签订无

固定期限劳动合同以及支付经济补偿金等义务,不利于保护劳动者的合

法权益。

《中华人民共和国公司法》调整的对象是单一公司,对上述关联公

司的概念并未作出规定,亦未对其产生的相关问题进行法律规制。在产

生劳动争议纠纷时,各关联公司之间互相推诿,若法院只是基于劳动关系

构成要素,简单地认定由其中一家公司承担用工责任,则容易导致判决公

司承担的给付义务无法执行到位,不利于保护劳动者的合法权益。但若

判决关联公司承担连带用工责任,则须适用法人人格否认制度,突破公司

法人人格独立原则。例如,本案一、二审法院在认定宽联公司与泛联公

司混同用工的前提下,判决宽联公司对李某珍承担连带给付义务。由于

现行劳动法与社会保障法等法律法规并未对关联公司混同用工损害劳动

者合法权益的问题作出规定,故本案的意义在于探究判决关联公司对劳

动者承担连带清偿责任的法律依据与法理基础。

法人人格独立是《中华人民共和国公司法》的基本原则,但若滥用

法人人格、以法人的独立人格作为损害债权人或劳动者利益的工具和保

护伞,则违背了诚实信用原则和权利不得滥用原则,故《中华人民共和国

公司法》第二十条对法人人格否定制度进行了规定。法人人格否认分为

顺向否认和逆向否认。法人人格的顺向否认即《中华人民共和国公司

法》第二十条所直指的股东式法人人格否认,因股东滥用公司独立人格

逃避债务,进而由股东为公司之债务负连带责任的模式。但这种情形只

是滥用公司法人人格行为的一种,实践中,公司与其他公司之间没有严格

的区别,人格、财产、业务等发生混同,“一套人马、两块牌子”等情形

亦不鲜见,这些公司法人表面上虽彼此独立,但实质上构成人格混同,极

易导致公司利用其关联公司逃避法律责任。强烈的实践需要要求对公司

法人人格进行逆向否认,即公司的债权人诉请该公司的关联公司对该公

司的债务承担连带责任。在处理劳动关系的司法实践中,为规制关联公

司混同用工,保护劳动者的合法权益,亦应对混同用工的关联公司适用法

人人格的逆向否认,否认关联公司的独立法人人格,将其视为同一用工主

体,对劳动者请求支付的工资、经济补偿金等承担连带清偿责任。

本案中,在认定宽联公司与泛联公司混同用工的前提下,适用《中华

人民共和国公司法》第二十条规定的“法人人格否认制度”,判决宽联

公司承担连带用工责任,突破了法人人格独立性原则。本案从《中华人

民共和国公司法》的视角出发,填补了《中华人民共和国劳动合同法》

关于混同用工规定的缺失,合理地解决劳动争议纠纷,维护了劳动者的合

法权益。

编写人:广东省广州市中级人民法院 文琳

41劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实证据

而拒不提供的,应依法推定加班事实成立

——韩某诉北京市均豪物业管理股份有限公司淄博分公司劳动合同

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(2017)鲁03民终3503号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告(上诉人):韩某

被告(被上诉人):北京市均豪物业管理股份有限公司淄博分公司(以

下简称均豪物业)

【基本案情】

2015年4月1日至2016年3月21日期间,均豪物业将韩某安排至名尚银

泰城(淄博)商业发展有限公司从事空调维修工作,使用银泰城考勤机来

考勤。后因发生劳动争议,韩某要求均豪物业支付2015年4月1日至2016

年3月21日的延时加班费4987.5元与2015年10月1日、10月3日的法定节

假日加班费786.21元。

均豪物业提供手写考勤表证明韩某在2015年10月1日、3日没有加

班,均豪物业陈述该考勤表是根据银泰城考勤打卡记录制作的,但均豪物

业仅提供了2015年10月4日至2015年10月31日原始的打卡记录。韩某提

供2015年2月2日至2016年1月30日指纹考勤打印件证实2015年10月1日、

3日加班的事实。经核实,均豪物业提供的2015年10月4日至2015年10

月31日原始的打卡记录与韩某提交的2015年2月2日至2016年1月30日指

纹考勤打印件中2015年10月4日至2015年10月31日的上下班时间完全一

致。韩某的工作时间分别为8 ∶30至17 ∶30或8 ∶00至17 ∶00、14

∶00至23 ∶00或13 ∶00至22 ∶00。

【案件焦点】

本案能否认定均豪物业掌握韩某加班事实证据但未提供而推定加班

事实成立。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市淄川区人民法院认为:韩某所称工作时间均为在岗时

间,韩某的岗位是均豪物业的空调维修员,工作中在岗的时间并不能绝对

等同于工作时间,韩某也认可中间需要吃饭、买饭,但其未提交在用餐时

间进行工作的证据,因此对其延时加班的主张,不予采信。韩某对确认单

上签名的真实性未提出有效异议,并且不申请笔迹鉴定,故对确认单予以

采信。确认单载明均豪物业已支付包含加班费等在内的全部费用,故韩

某主张的延时加班和延时加班费证据不足,不予认定。韩某称其2015年

10月1日、3日加班,均豪物业则称韩某在这两天未上班。均豪物业虽然

未能提供原始电子考勤资料,但提交了考勤表和工资表。考勤表和工资

表上虽没有韩某的签字,但记载的考勤情况与工资表吻合、与韩某收到

的工资数额吻合,且韩某在确认单中并未提及上述两天的加班费未发

放。韩某为证明其主张提交了电子考勤书面记录、考勤文件光盘、证人

证言和排班表。但韩某的证人未能证明考勤电子文件的最初来源,其提

交的排班表也只是证明排班情况而非事实上加班的情况,故对韩某提交

的上述证据不予采信。综上,韩某主张的2015年10月1日、3日加班证据

不足。据此,一审判决:

驳回韩某的诉讼请求。

韩某不服一审判决,上诉称:其在均豪物业从事维修工作,上班期间

不允许离岗,其上班用餐时间应计入工作时间,不应扣除;其在2015年国

庆节期间加班两天,均豪物业应支付法定节假日三倍工资。山东省淄博

市中级人民法院认为,《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《劳动争议解释三》)第九条规

定:“劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳

动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据,用人单位不提供的, 由用人单位承担不利后果。”韩某提供的2015年2月2日至2016年1月30

日指纹考勤打印件中2015年10月4日至2015年10月31日的考勤记录与均

豪物业提交的2015年10月4日至2015年10月31日原始的打卡考勤记录完

全一致,均豪物业一审时提交手写的考勤表也是根据原始的打卡记录制

作。在此情况下,均豪物业应掌握韩某在其他时间的原始考勤记录,但均

豪物业未提交,应当承担不利后果。故对韩某主张的2015年10月1日、3

日加班的事实予以采信。韩某提供的工资发放银行交易明细、社保部门

出具的淄博市社会保险参保缴费证明、住房公积金管理部门出具的公积

金职工流水账证明其2015年10月应发工资2850元,因此,其2015年10月1

日、3日的法定节假日加班工资为786.21元。韩某主张每天工作9小时, 均豪物业主张其中包括一小时的吃饭时间,均豪物业的抗辩理由符合日

常生活常识,予以采信,故韩某主张每日延时加班工资的理由不成立。综

上所述,韩某主张2015年10月1日、3日加班工资的上诉请求成立,予以支

持;韩某主张每日延时加班工资的上诉请求不成立,不予支持。依照《劳

动争议解释三》第九条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条

第一款第二项的规定,判决:

一、撤销一审判决;

二、均豪物业于本判决生效后十日内支付韩某主张的2015年10月1

日、3日加班工资786.21元;

三、驳回韩某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案主要涉及劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实证据而拒不

提供的情形下依法推定加班事实成立的问题。

关于加班费的问题,《劳动争议解释三》第九条明确规定:“劳动者

主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据

证明用人单位掌握加班事实存在的证据,用人单位不提供的,由用人单位

承担不利后果。”根据该条规定,劳动者对于其主张的加班事实承担举

证责任,如果劳动者不能举证证明其主张的加班事实存在,则应当承担举

证不能的法律后果;不过如果劳动者提供的证据虽然不能直接证明加班

事实存在,但能证明用人单位掌握加班事实存在的证据的,若用人单位拒

不提供该证据,则由用人单位承担不利后果。之所以如此规定,是因为加

班并非在正常劳动时间内提供劳动,故加班事实的举证责任首先在于劳

动者。但考虑到劳动者在劳动关系中一般处于弱势地位,关于其加班事

实的证据如考勤记录、签到表等均由用人单位一手掌握,劳动者从用人

单位处固定并取出证据从而进行法庭举证的能力明显不足。因此,该规

定又设置了相应的证据推定规则,即在劳动者初步举证证明用人单位掌

握劳动者加班事实证据的前提下,当用人单位无法予以有效反驳且拒不

提供相关证据时,人民法院可直接推定劳动者主张的加班事实存在并依

法判令用人单位支付加班费。

尽管《劳动争议解释三》第九条确认了加班事实的证据推定规则, 但不可否认的是,能否适用证据推定,与办案法官的个人素养、审判经

验、所处环境、案件难易等因素息息相关,其难免带有一定的主观性色

彩,这也导致司法实践中对该证据推定规则的运用难免存在分歧。如本

案中对于韩某主张的2015年10月1日、3日加班事实问题,一审对此未予

认定,二审则适用《劳动争议解释三》第九条规定的对加班事实的证据

推定规则而对此予以认定。而这主要涉及对于全案证据的一个综合把握

认定的问题,即如果综合劳动者和用人单位提供的证据能够让审判人员

内心确信用人单位对于加班事实存在应当有证据但其不予提供的,则可

以依法推定加班事实存在而判令用人单位承担不利法律后果。例如,在

本案中,劳动者韩某系被用人单位均豪物业安排至名尚银泰城(淄博)商

业发展有限公司从事空调维修工作,使用银泰城考勤机来考勤。一方面, 韩某提供的2015年2月2日至2016年1月30日指纹考勤打印件来证实

其2015年10月1日、3日加班的事实,其中2015年10月4日至2015年10月31

日的考勤记录与用人单位均豪物业提供的原始考勤文件中对应上下班时

间记录完全一致;但另一方面,均豪物业提供的手写考勤表却显示韩某

在2015年10月1日、3日没有加班,且其陈述该考勤表也是根据银泰城考

勤打卡记录制作。综合上述证据所反映的情况,审判人员有理由相信均

豪物业提供的手写考勤表有可能并非真实情况的反映,而且均豪物业应

当掌握韩某在其他时间的原始考勤记录,但均豪物业对此未予提供。此

时本案证据所反映的情况已经符合用人单位对于加班事实存在应当有证

据而不予提供的情形,故可以适用证据推定规则来确认韩某主张的2015

年10月1日、3日加班事实的存在。本案二审对该加班费通过推定予以认

定无疑是正确的。

编写人:山东省淄博市中级人民法院 荣明潇 杨富元

42劳动者自动离职后无权获得经济补偿金

——胡某林诉乳源瑶族自治县名瑶酒店有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省乳源瑶族自治县人民法院(2017)粤0203民初415号民事判决

书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告:胡某林

被告:乳源瑶族自治县名瑶酒店有限公司(以下简称名瑶酒店公司)

【基本案情】

2016年6月2日,胡某林入职名瑶酒店公司担任出品部行政总厨,并于

当日签订了一份《劳动合同》,约定合同期限为一年(自2016年6月2日起

至2017年6月1日止),正常工作时间月工资为6300元/月,同时约定了加班

工资、社会保险、带薪假期等内容。工作期间,名瑶酒店公司未为胡某

林购买社会保险。2017年2月27日、28日,双方发生劳动争议;3月1日起, 胡某林不再到名瑶酒店公司处上班。3月13日,胡某林向乳源瑶族自治县

劳动人事争议仲裁院提出劳动仲裁申请,请求解除双方劳动关系,裁决名

瑶酒店公司支付2017年2月工资6300元、解除劳动关系1个月经济补偿金

6300元、法定节假日加班工资6864元、法定休息日加班工资6480元、拖

欠总工资25%的经济补偿金20592元。该仲裁院于4月28日作出乳劳人仲

案字[2017]13号《裁决书》,裁决解除双方劳动关系,驳回胡某林其他仲

裁请求。胡某林不服该裁决,诉至法院,诉讼请求与仲裁请求相同。诉讼

中,胡某林表示其因名瑶酒店公司拖欠加班工资以及未办理社会保险的

原因于2017年2月中旬口头通知了名瑶酒店公司离职事宜;名瑶酒店公司

表示未收到胡某林书面或口头离职通知,且认为胡某林所称的离职原因

不属实。

【案件焦点】

胡某林违反用人单位劳动纪律规定或劳动合同约定,未经用人单位

批准或履行相关手续,主动离开所在用人单位,用人单位是否需支付劳动

者经济补偿金。

【法院裁判要旨】

广东省乳源瑶族自治县人民法院经审理认为,胡某林因不服劳动仲

裁结果而提起本案诉讼,法院对胡某林提出的各项请求进行认定: 1.解除劳动关系认定问题。本案中,名瑶酒店公司在胡某林工作期

间未为其办理社会保险,根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八

条第一款第三项的规定,胡某林享有特别解除权,可无须向名瑶酒店公司

预告就可通知其解除劳动合同。其自2017年3月1日起主动离开名瑶酒店

公司的行为,属于自动离职,双方的劳动关系自胡某林离开之日即2017年

3月1日起解除。

2.是否支付解除劳动关系经济补偿金的问题。本案中,胡某林自动

离职,自身存在过错,属于违法解除劳动合同,其应当承担相应的责任。

且《中华人民共和国劳动合同法》并没有关于劳动者自动离职后有权获

得经济补偿金的规定,对胡某林关于支付解除劳动关系经济补偿金6300

元的主张,理据不足。

3.关于名瑶酒店公司是否应向胡某林支付法定节假日、法定休息日

加班工资的问题。本案中,胡某林主张其在名瑶酒店公司工作期间法定

节假日加班时间为8天、法定休息日加班时间为36天;胡某林就其加班主

张提供《中国农业银行业务凭证》《支付证明单》《酒店员工工资

表》,该证据不能证实其确实存在加班的事实,也不足以证明名瑶酒店公

司掌握有加班事实存在的证据,故对胡某林要求名瑶酒店公司支付法定

休息日和法定节假日加班工资的主张依法不予支持。

法院判决:

原告胡某林与被告名瑶酒店公司之间的劳动关系自2017年3月1日起

解除;驳回原告胡某林的其他诉讼请求。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

在劳动争议纠纷案件审理中,对劳动合同的解除问题,《中华人民共

和国劳动合同法》对劳动者与用人单位协商解除、劳动者提前通知解

除、劳动者单方解除、用人单位单方解除以及劳动合同解除后双方的义

务作出了具体规定。在本案中,胡某林是否属于自动离职、名瑶酒店公

司是否有义务支付解除劳动合同经济补偿金,是本案裁判关键之所在。

(一)自动离职的概念

劳动合同法上的离职是指劳动者与用人单位解除或终止劳动合同后

离开用人单位,导致双方劳动关系终结的结果。根据《关于自动离职与

旷工除名如何界定的复函》的规定可知,“自动离职”是指劳动者擅自

离职的行为。而擅自离职,是指劳动者违反用人单位规章制度或双方劳

动合同约定,在未通知用人单位或未征得用人单位同意以及未办理工作

交接手续的情况下,擅自离开所在用人单位的行为。从劳动争议处理实

践来看,劳动者自动离职主要是劳动者因本人的原因或因不满用人单位

导致劳动者未通知以及未征得用人单位同意并办理相关手续就不辞而

别,超过规定的时间未回到或不愿意再次回到用人单位用处工作,是劳动

者的单方行为。

(二)自动离职审查认定标准

对劳动者自动离职的认定,在审查认定时,应把握以下几个方面:1.

劳动者是否是基于自己的意志主动离开用人单位。2.劳动者离开前是否

有通知用人单位或征得用人单位的批准同意并办理相关手续。3.劳动者

离开后是否有再次回到用人单位处工作。4.劳动者离开是否存在用人单

位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的以及违

章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全等立即解除劳动合同的情

形。

(三)劳动者自动离职无权获得经济补偿金

《中华人民共和国劳动合同法》没有规定劳动者自动离职后有权获

得经济补偿金的情形,且《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议

仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》以及

《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》明确规

定劳动者以用人单位存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第

一款情形为由主张被迫解除劳动合同,应当在离职时明确提出;劳动者在

离职时未以用人单位存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第

一款情形为由主张被迫解除劳动合同,其之后又以用人单位存在《中华

人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款情形为由主张被迫解除劳动

合同经济补偿金的,一般不予支持。

在本案中,胡某林自动离职,丧失了本该属于自己的合法利益,尽管

用人单位有在先的未为其办理社会保险的违法行为,胡某林最终也无法

获得法定的经济补偿金。

编写人:广东省乳源瑶族自治县人民法院 陈茂娣 李雄财

43用人单位以原合同约定条件续订劳动合同,原合

同约定条件违反法律规定的,劳动者有权拒绝续

订,并有权主张经济补偿金

——戴某昌诉无锡申达电机有限公司经济补偿金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终第2539号民事判决书

2.案由:经济补偿金纠纷

3.当事人

原告(上诉人):戴某昌

被告(被上诉人):无锡申达电机有限公司

【基本案情】

2014年3月10日,戴某昌与无锡申达电机有限公司(以下简称申达公

司)签订《全日制劳动合同书》,约定戴某昌在申达公司从事销售工作, 工作期限为2014年3月10日到2015年8月31日,劳动报酬为基本工资1000

元、奖金提成按公司规定执行,工作地点在宁波办事处。2014年3月11

日,戴某昌与申达公司签订《2014年2月~2015年1月电机销售任务客户经

理责任书》,约定戴某昌负责宁波地区销售业务,薪酬结构为月基本工

资+社保+提成+差旅费,固定基本工资为2500元/月、电话费150元/月,在

外房租费与差旅费由申达公司实报实销,合同有效期为2014年2月1日

到2015年1月31日。

入职后,戴某昌为申达公司在张家港地区从事销售业务。在2014

年12月之前申达公司按照2500元/月标准向戴某昌支付月基本工资,从

2015年1月起申达公司按照1000元/月标准向戴某昌支付月基本工资至

2015年7月,戴某昌2015年8月、9月的工资申达公司尚未支付。从2014

年11月起,申达公司为戴某昌缴纳社会保险,戴某昌每月自行负担的社会

保险费用从戴某昌月基本工资中予以扣除。戴某昌向申达公司出具承诺

书,确认因其未向公司提交相关材料,导致2014年3月至10月的社保未缴

纳,由此产生的责任由其本人承担,与公司无关。

2015年9月15日,申达公司与戴某昌协商续签劳动合同事宜,申达公

司认为双方劳动合同关系到2015年8月31日终止,要求按照原劳动合同标

准续签劳动合同。申达公司采取面谈、发短信通知、邮寄劳动合同续签

通知等方式通知戴某昌续签劳动合同,但双方就续签劳动合同事宜未能

达成一致意见,戴某昌自2015年9月15日起未再到申达公司上班,并由申

达公司收回了租房钥匙等。2015年9月19日,申达公司向戴某昌户籍地邮

寄终止劳动合同通知书,认为因戴某昌不同意续签劳动合同,并未再前来

上班,故要求自2015年9月19日起终止双方之间劳动合同关系,要求戴某

昌于9月24日前到公司办理工作交接、退工、工资结算等手续。

【案件焦点】

原劳动合同期满后,申达公司要求按原劳动合同标准续签劳动合同, 但原劳动合同约定条件违反当下最低工资标准的,申达公司是否需要向

戴某昌支付经济补偿金。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市新吴区人民法院认为,戴某昌与申达公司原劳动合同

期满后,申达公司提出按原劳动合同约定条件续订劳动合同,但双方对此

未能达成续约合意。审查原劳动合同标准,戴某昌自2015年1月起月基本

工资为1000元、应得业务费1661元,核算戴某昌在劳动期间的月平均工

资,已低于无锡市地区当年最低工资标准1630元/月,故申达公司要求按

原劳动合同标准与戴某昌续签劳动合同,已明显侵犯了戴某昌最低薪酬

保护利益,不符合法律鼓励用人维持或提高合同约定条件续订劳动合同

的本意,双方就续签劳动合同协商无果的非正当性缘由在于申达公司所

提供的原劳动报酬标准违反了法律规定,申达公司不应受《中华人民共

和国劳动合同法》第四十六条第五项规定中除外情形之保护。基于此, 申达公司虽无需向戴某昌支付违法解除劳动合同赔偿金,但申达公司的

行为符合终止劳动关系后应支付相应经济补偿金的法律规定。从保护劳

动者权利考量,在本院向戴某昌释明后,戴某昌确认如果符合支付经济补

偿金情形则要求在本案中一并主张,故本院确认申达公司应支付戴某昌

经济补偿金3840元。

无锡市新吴区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十

四条第一项、第四十六条第五项、第四十七条第一款之规定,作出如下

判决:

一、申达公司于本判决发生法律效力之日起十日内支付戴某昌经济

补偿金3840元。

二、驳回戴某昌的其他诉讼请求。

戴某昌不服,提起上诉。无锡市中级人民法院经审理认为,一审判决

事实认定清楚,法律适用正确,程序适当,应予维持。根据《中华人民共

和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定,作出如下判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定:“有下列情形之

一的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿……(五)除用人单位维持或

者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依

照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的……”根据该规

定,劳动合同期满时,用人单位同意续订劳动合同,且维持或者提高劳动

合同约定条件,劳动者不同意续订的,劳动合同终止,用人单位无须支付

经济补偿,除此之外,劳动合同期满的,用人单位均应向劳动者支付经济

补偿。该项法律规定旨在鼓励用人单位继续留用原劳动者,且不降低劳

动条件与劳动报酬,鼓励建立长期稳定用工关系,保护劳动者继续就业的

权利。但原劳动合同约定条件可能存在侵犯劳动者合法权益情形,如果

继续按原约定条件续签新劳动合同,则属于对劳动者权益的“明知故

犯”,另外,地区最低工资标准等劳动条件也在逐步逐年提高,如继续沿

用原合同约定标准续签新合同,也属于明显违反劳动法律规定。因此,在

审查用人单位是否属于“维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合

同”的,首先必须审查原劳动合同约定条件是否符合劳动法律或政策规

定,还应审查维持或者提高劳动合同约定条件是否满足当下的法律或政

策规定,“维持或者提高劳动合同约定条件”仅是续订合同且待遇不降

低的外在形式要求,续订合同还应满足不违法的实质要求。用人单位若

在维持或者提高的劳动合同约定条件后依然违反劳动法律的强制性规

定,其后果系损害劳动者合法权益,其本质系降低了劳动者法定待遇条

件,劳动者当然有权拒绝按此条件续订劳动合同,用人单位当然应向劳动

者支付相应经济补偿。

编写人:江苏省无锡市新吴区人民法院 李庆玲 戴雷

44公司股东或经理等高级管理人员欠薪的证明责

任

——叶某诉广西金瑶山农业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

广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2017)桂13民终62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):叶某

被告(上诉人):广西金瑶山农业生物科技有限公司

【基本案情】

叶某在广西金昊生物科技有限公司(以下简称金昊公司)工作期间, 任经理一职,2015年11月辞职。叶某提交了金昊公司制作的“金昊公司

2014年8月至2015年10月未发工资表”,载明叶某在2014年8月、10月、

11月、2015年1月至10月每月实际工资11200元,共计156800元;并自认

在2015年12月9日收到金昊公司支付的80000元工资,尚有76800元未得到

支付。2016年3月3日金昊公司办理工商登记手续,更名为广西金瑶山农

业生物科技有限公司(以下简称金瑶山公司),法定代表人由李甲变更为

李乙,同时对经营范围、管理人员、股东进行了变更。同年9月5日,金瑶

山公司办理变更登记手续,对法定代表人、经营范围、管理人员、股东

进行变更。2016年8月29日,叶某向来宾市劳动人事争议仲裁委员会申请

仲裁。2016年9月26日,仲裁机构作出仲裁裁决书,对叶某的仲裁请求不

予支持。同年10月10日,叶某诉至法院。

在二审中,杨某书、李甲、李丙均出庭作证,三位证人均陈述叶某在

金昊公司担任总经理。杨某书系原金昊公司法定代表人、股东,李丙原

系金昊公司的股东、出纳,李甲因购买金昊公司股权与叶某商谈相关事

宜,这些人均了解公司的相关情况,且陈述相互印证,故叶某在金昊公司

工作并担任总经理的事实可以确认。叶某举证证实其欠薪的直接证据即

加盖了金昊公司公章的2014年8月至2015年10月未发工资表。叶某称系

由公司财务人员李丙制作,但李丙出庭作证时予以否认。叶某提交的公

司微信群聊天记录、借记卡账户历史明细清单反映了补发80000元工资, 没有记载欠薪的事实与数额。出庭的三位证人对于欠薪均表示不知情。

【案件焦点】

欠薪事实是否存在,以及由此解除劳动关系而产生经济补偿金的支

付问题。

【法院裁判要旨】

来宾市兴宾区人民法院经审理认为:劳动者的合法权益受到法律保

护。叶某主张金昊公司拖欠本人工资并提供盖金昊公司印章的“金昊公

司2014年8月至2015年10月未发工资表”佐证。金瑶山公司以该未发工

资表违反公司财务制度为由,否认“金昊公司2014年8月至2015年10月未

发工资表”的真实性,但在庭审中又称金昊公司拖欠的工资已经全部支

付,金瑶山公司陈述既互相矛盾又没有证据佐证,故对金瑶山公司的辩解

意见不予采纳。叶某自认已在2015年12月9日收到金昊公司支付的工资, 仅主张余下的76800元,予以支持。金昊公司拖欠工资属实,故叶某主张

经济补偿金符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六

条的规定,予以支持。叶某主张从2012年开始在金昊公司工作并计算经

济补偿为33000元,但未提供证据佐证其从2012年开始在该公司工作,结

合“金昊公司2014年8月至2015年10月未发工资表”,根据《中华人民共

和国劳动合同法》第四十七条的规定,按叶某的工作时间2014年8月至

2015年10月计算经济补偿为16800元(11200元/月×1月/年+11200元/月

÷2)。前述劳动报酬76800元、经济补偿16800元,系金昊公司对外产生

的债务,虽然该公司对公司名称、法定代表人、股东都进行了变更,但均

不影响变更后的公司对变更前的债务的承继。因此,金瑶山公司对前述

两项债务承担清偿责任。依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十八

条、第四十六条、第四十七条的规定,作出如下判决:

一、金瑶山公司支付叶某劳动报酬76800元;

二、金瑶山公司支付叶某经济补偿16800元;

三、驳回叶某的其他诉讼请求。

金瑶山公司不服一审判决,提起上诉。

来宾市中级人民法院经审理认为,金瑶山公司系由原金昊公司经过

几次的股东变更、法定代表人变更、公司名称变更演变而来。叶某原为

金昊公司的股东、总经理。金昊公司的性质系有限责任制公司,依据公

司法理论,公司债务不因公司名称、股东等变更而消亡。因此,叶某仍享

有对金瑶山的诉权。本案的争议焦点为欠薪事实是否存在,以及由此解

除劳动关系而产生经济补偿金的支付问题。叶某证实欠薪事实的主要证

据为加盖了金昊公司公章的2014年8月至2015年10月未发工资表。按公

司财务制度的相关规定,未发工资表的制作应属财务人员的职责范围。

二审期间,金瑶山公司申请了原公司财务人员李丙出庭,李丙否认制作过

该表格,该证据来源存疑。叶某提交的其他证据没有记录欠薪的内容或

佐证未发工资表的真实性。因此,叶某提交的证据没有形成锁链证实欠

薪事实的存在。叶某主张的欠薪形成于股权转让之前,股权转让涉及公

司债务的清理,若确实存在欠薪的事实,同为公司股东法定代表人的杨某

书、财务人员李丙以及购买公司股权的李甲均不知情,不符合常理。在

公司微信群聊天中,涉及公司股权转让、财产债务清理的内容时,若存在

欠薪,在提及补发工资时,对欠薪的问题包括叶某本人在内只字不提,也

不符合逻辑。综上,对于欠薪的事实不予认定。叶某系自行从公司辞职

的,欠薪事实不能认定,公司也不存在《中华人民共和国劳动合同法》第

三十八条规定的其他行为,公司不应向其支付经济补偿金。一审认定欠

薪事实存在错误,判决金瑶山公司支付所欠劳动报酬和经济补偿金不符

合法律规定,本院予以纠正。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、撤销来宾市兴宾区人民法院(2016)桂1302民初3757号民事判

决;

二、驳回被上诉人叶某的诉讼请求。

【法官后语】

从事商业经营活动的企业,在其发展过程中常常存在公司合并、分

立、股权转让等变更,由此引起原用人单位、新设立企业对劳动者承

担“用人单位”的权利义务问题。在企业发生变更后,原公司股东或经

理等高级管理人员能否仅凭加盖原公司公章的未发工资表主张欠薪。

1.企业变更对“用人单位”承担权利义务的影响

《中华人民共和国劳动合同法》第三十三条、第三十四条分别规

定,用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项,不

影响劳动合同的履行;用人单位发生合并或者分立等情况,原劳动合同继

续有效,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。据此,用人

单位通过股权转让或资本运作成立新实体,将资产整体出售,原用人单位

已经不复存在,那么相应的劳动关系也应当随之转移,应由新成立的实体

承担用人单位的责任。在本案中,金瑶山公司系由原金昊公司经过几次

的股东变更、法定代表人变更、公司名称变更演变而来。金昊公司系有

限责任制公司,依据公司法理论及劳动合同法的规定,用人单位的责任不

因公司名称、股东等变更而消亡。因此,叶某仍享有对金瑶山公司的诉

权。

2.原公司股东或经理等高级管理人员可否仅凭加盖原公司公章的未

发工资表主张欠薪事实

在诉讼过程中,当事人负有向法院提交证据证明其主张的义务,否则

要承担对自己不利的裁判后果。对于欠薪的问题,仍然适用谁主张谁举

证的证明原则,并不适用举证责任倒置。一般情况下加盖公司印章的书

证,能说明当下的真实情况,况且用人单位应制作并保存工资支付记录账

册两年以上。在本案中,叶某提供加盖金昊公司公章的2014年8月至2015

年10月未发工资表作为证据证明存在欠薪事实。但二审中,作为时任金

昊公司的财务人员李丙在出庭作证时,否认制作过该表格。按照公司财

务制度,未发工资表的制作应属于财务人员的职责范围。这就使得该未

发工资表来源存疑,证明力减弱。加之叶某时任金昊公司总经理,身份特

殊,并且接触公司公章的机会非常多,涉案未发工资表的真实性仍需其他

证据相印证才能确认。但叶某提交的其他证据也没有记录欠薪的内容或

佐证未发工资表的真实性。叶某所主张的欠薪在金昊公司股权转让之

前,股权转让肯定会涉及公司债务的清理和核算,而作为时任金昊公司的

股东及法定代表人、财务人员李丙以及购买该公司股权的李甲对该欠薪

均表示不知情,并且在公司微信聊天群中涉及公司股权转让、财产债务

清理的内容,提及补发工资,但对于欠薪的问题包括叶某本人在内只字不

提。因此,叶某提交的证据无法证实欠薪事实的存在。

编写人:广西壮族自治区来宾市中级人民法院 韦霄倩

五、竞业限制

45互联网平台经济下的竞业限制行为认定

——北京市东城区学而思培训学校诉安某劳动争议案

【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10918号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(被告、上诉人):北京市东城区学而思培训学校(以下简称东城

学而思)

被告(原告、上诉人):安某

【基本案情】

2014年5月29日,东城学而思(甲方)与安某(乙方)签订《劳动合同

书》,约定劳动合同于2014年5月4日生效(试用期至2014年7月31日止), 于2017年6月30日终止。2016年3月22日,双方签订《竞业限制合同》,约

定在解除或终止劳动合同后6个月内,乙方不得自营或者为他人经营与甲

方相同或类似的行业,包括但不限于:1.乙方单独从事或与他人合伙从事

与甲方营业相同或类似业务;2.在从事与甲方营业相同或类似的单位任

职、提供咨询或与之合作或作为股东;3.未经甲方同意,接受与甲方营业

相同或类似业务的单位提供的培训、资助、财物或其他利益。从乙方离

职后开始计算竞业限制时起,甲方向乙方支付竞业限制补偿金,每月补偿

费的金额为1000元,共计6000元。乙方违反本合同规定的义务的,乙方除

应向甲方全额返还甲方已向乙方支付的竞业限制补偿金外,乙方还应向

甲方支付违约金人民币10万元。乙方因违约行为所获得的收益应当返还

甲方。

2016年7月29日,双方劳动关系解除。后东城学而思发现安某在竞业

限制期内入职与其存在竞争关系的北京乐课力分校任课。在经公证的乐

课力网页的北京乐课力秋季报名部分显示,教师安某的授课年级为五年

级、六年级,学科为数学。安某称其并没有去北京乐课力分校任职,只是

帮忙授课,未领取报酬,北京乐课力分校亦未为其缴纳社保。经本院至北

京乐课力分校调查,该校表示安某并非其单位教师,并称安某自2017年2

月之后在其单位租用教室,学校作为校区只是提供平台,并不负责教学, 老师租用该校场地并自己负责生源。安某离职后,其个人所得税的代扣

代缴单位及社保缴费单位为北京一鲜良品生物技术有限责任公司及北京

健坤天地咨询有限公司。

后东城学而思申请仲裁,要求安某继续履行竞业限制义务;支付违约

金10万元及其获得的全部收益20万元。仲裁期间,东城学而思分三笔向

安某支付竞业限制补偿金6000元。安某认可已收到上述款项,但主张东

城学而思并未在其离职后按规定支付其竞业限制补偿金,故其没有履行

竞业限制的义务。东城区仲裁委裁决:一、安某支付东城学而思违反

《竞业限制合同》的违约金10万元;二、驳回东城学而思其他申请请

求。双方均不服裁决结果,提起诉讼。

【案件焦点】

1.安某作为老师,是否属于竞业限制的主体;2.安某在未与北京乐课

力分校建立劳动关系的情况下,能否认定安某存在违反竞业限制的行

为;3.双方合同约定的竞业限制违约金与竞业限制补偿之数额是否失

衡、如何调整。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为:本案中,安某熟悉东城学而思的

授课体系,掌握大量教研信息,且其自愿与东城学而思对于保密及竞业限

制进行约定,故其应属于负有保密义务的人员,符合履行保密及竞业限制

义务的主体资格。根据现有证据,安某确实存在竞业限制违约行为,故其

应承担违约责任。虽然东城学而思未严格按月支付竞业限制补偿,但安

某并未在东城学而思未按规定支付竞业限制补偿金的情况下提出过解除

竞业限制合同,故安某应受该《竞业限制合同》的约束。虽然双方约定

了违约条款,但双方约定的每月1000元的竞业限制补偿金的数额与10万

元竞业限制违约金的数额显失平衡;且该每月1000元的竞业限制补偿也

显著低于劳动者劳动合同解除前十二个月平均工资的30%。现单位并未

提交相关证据证明安某离职给其造成的实际损失,综合考虑用人单位支

付的经济补偿数额、劳动者的工资收入水平、劳动者的职务、劳动者的

主观过错程度以及给用人单位造成的损害等因素,根据公平原则和诚实

信用原则予以衡量,法院对竞业限制违约金数额进行酌减。现已超过双

方约定的六个月的竞业限制期间,故安某无需继续履行竞业限制义务。

安某自东城学而思离职后的收益系其劳动所得,而并非安某违反竞业限

制义务给东城学而思造成的损失。现东城学而思未向本院提交证据证明

安某离职后所获得的全部收益,且双方通过签订竞业限制合同已经约定

了竞业限制违约金,用以平衡用人单位和劳动者之间的利益。故用人单

位要求安某返还收益,证据不足,不予支持。

综上,北京市东城区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》

第二十三条、第二十四条第一款,《中华人民共和国民事诉讼法》第六

十四条第一款,《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:

一、安某支付东城学而思竞业限制违约金60000元;

二、驳回东城学而思其他的诉讼请求;

三、驳回安某其他的诉讼请求。

后双方均不服一审判决,上诉至北京市第二中级人民法院。二审法

院同意一审法院裁判意见,并依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项的规定,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案是一起典型的互联网平台经济下的竞业限制纠纷。

首先,关于适用主体,安某系教育培训机构的老师,有观点认为老师

作为传授知识的人,知识本身并不构成商业秘密或者技术秘密,故不应当

将老师作为承担竞业限制义务的主体。但是考虑到如今教育培训市场的

发达,各个教育培训机构均研发其特有的授课体系及大量教研信息以获

得竞争优势。本案的用人单位在中小学数学、英语培训市场中占有一定

的竞争优势,其授课讲义、教研信息等是其获得竞争优势的根本所在。

安某作为任教老师,掌握用人单位的核心教育信息且自愿与用人单位对

于保密及竞业限制进行约定,故其应属于负有保密义务的人员,符合履行

保密及竞业限制义务的主体资格。

其次,互联网平台经济的兴起增加了认定违反竞业限制义务的困

难。本案用人单位诉称的北京乐课力分公司系一家教育培训市场中的互

联网平台公司。与传统教育培训机构不同,北京乐课力分公司利用互联

网为知名教师搭建授课平台,向教师提供授课场所,并协助学生报名,但

并不与任课教师建立清晰的劳动关系;任课教师“挂靠”在平台,在平台

上发布授课信息或授课视频。这种新型的经营模式导致互联网平台与劳

动者之间建立了一种非典型的劳动关系。劳动者实际提供劳动的单位与

社会保险、个税代扣代缴单位的脱钩,使得人民法院无法直接通过查询

社保缴费单位或个税代扣代缴单位认定劳动者是否存在违反竞业限制义

务的行为。上述从业模式,亦明显超过了《中华人民共和国劳动合同

法》第二十四条第二款明确禁止的竞业限制行为范围。因此,在处理互

联网平台经济下的竞业限制纠纷时,人民法院应从劳动者实际是否存在

违反竞业限制义务行为出发,尽可能周延竞业限制保护的行为范围。

最后,竞业限制经济补偿标准与竞业限制违约金的失衡是现行竞业

限制纠纷的核心焦点,如何平衡二者亦是审理的难点。笔者认为,《最高

人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题若干问题的解释(四)》第

六条的适用条件为双方未约定经济补偿。在双方约定有经济补偿时,不

应适用该条款的规定。但作为对择业权限制的补偿,竞业限制补偿金应

符合公平原则。在违约方请求人民法院调整违约金数额时,本案在审理

中要求违约方提供违约金过高的初步证据后,将举证责任转移至守约方, 达到了让合同当事人正视违约金条款的目的。同时,本案通过用人单位

支付的经济补偿数额、劳动者的工资收入水平、职务、主观过错程度以

及给用人单位造成的损害五方面因素,将过高的违约金予以酌减,最大限

度地寻求用人单位与劳动者之间的最佳平衡点和结合点,符合立法精神

和现今的裁判理念。

需要注意的是,用人单位往往不能按照立法本意及双方约定按期给

付经济补偿,如果劳动者迫于生计从事了违反竞业限制义务的行为,但未

及时要求解除竞业限制合同,那么将不可避免地承担竞业限制的违约责

任。故负有竞业限制义务的劳动者在离职后,首先应遵守竞业限制义务, 在用人单位未按期给付经济补偿时,要及时主张解除竞业限制合同,以维

护自己的择业权。

编写人:北京市东城区人民法院 王红 游煜聪

46技术人员自愿签订竞业限制条款应当履行合同

约定

——张某亮诉常州鑫仁超声波设备有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省常州市中级人民法院(2017)苏04民终701号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):张某亮

被告(被上诉人):常州鑫仁超声波设备有限公司(以下简称鑫仁公

司)

【基本案情】

被告鑫仁公司于2005年1月注册成立,其经营范围为:超声波清洗

剂、工业冷水机、蒸馏回收机、超声波塑焊机、不锈钢制品、机械零部

件的制造、加工及销售;五金、交电、化工的销售。原告张某亮于2007

年9月进入被告处工作。双方于2012年1月1日签订《劳动合同》及《保

守技术、商业秘密协议书》。原、被告在《劳动合同》中约定,原告从

事技术部副经理工作。原、被告在《保守技术、商业秘密协议书》中约

定了原告在职期间及离职后应当履行的保密义务。2014年7月31日,原告

在被告不知情的情况下与其爱人及其他第三人作为股东共同出资注册成

立了常州富源清洗设备有限公司,该公司的经营范围为:超声波清洗剂、

喷淋清洗设备、烘干设备、自动化电气控制柜的制造、加工、销售;自

动化清洗工程施工。2016年4月19日,原告以个人原因为由向被告提出离

职,被告对此予以同意。原告离职前十二个月的工资收入总和为69758

元。被告鑫仁公司以原告张某亮违反竞业限制义务、应当继续履行保守

技术、商业秘密义务并承担违约金、赔偿损失为由向新北仲裁委申请劳

动仲裁。后新北仲裁委作出新劳人仲案字[2016]第439号仲裁裁决书: 一、原告继续履行保守技术、商业秘密义务;二、原告向被告支付违约

金70000元;三、不予支持被告的其他仲裁请求。嗣后,原告不服并向一

审法院提起诉讼。

【案件焦点】

1.张某亮是否应履行《保守技术、商业秘密协议书》约定的竞业限

制义务;2.若是,则张某亮是否违反前述义务。

【法院裁判要旨】

一审法院认为:在劳动关系存续期间,劳动关系双方当事人应当严格

遵守法律规定或合同约定的各项义务。如有违反,则应承担相应的法律

责任。本案中,原、被告所签订的《保守技术、商业秘密协议书》系双

方真实的意思表示,内容不违反法律禁止性条款,其效力应当予以确认, 对双方当事人均具有约束力。双方在《保守技术、商业秘密协议书》明

确约定了被告向原告支付800元/月保密费,保密费列入原告每月的薪酬

总额内,同薪发放,原告对于每月领取的薪酬签字确认且并未提出异议, 本院对被告主张其在双方签订协议至原告离职前已按约支付保密费的意

见依法予以采纳。原、被告关于竞业限制的约定明确且具体。原告在被

告公司任职期间与他人共同开设与被告具有竞争性的公司的行为,显然

违反了上述协议的约定,应当承担相应的法律责任。原告虽提供了部分

证据试图证明其并未实际经营,也未给被告造成任何实质性的损害,但其

行为的违约性与过错性是显而易见的,故应当承担相应的违约责任。至

于原告辩称双方在协议中所约定的违约金过高,因违约金是否过高应综

合考虑用人单位应支付的经济补偿数额、是否及时支付经济补偿金、劳

动者在用人单位工作年限、劳动者的职务、劳动者主观过错程度以及给

用人单位造成的损害等因素,新北仲裁委酌情调整为70000元并无不当, 本院依法予以确认。至于原告是否需要继续履行保守技术、商业秘密义

务,被告在庭审中明确表示不需要原告继续履行,系被告对其民事权利的

自由处分,本院依法予以确认,本案不再审理被告在仲裁阶段的该项请

求。

综上,在本案的审理过程中,本院依法组织调解,但因双方差距过大, 致使调解未果。依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条、第二

十四条和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定,判决

如下:

一、原告张某亮于本判决生效之日起十日内向被告常州鑫仁超声波

设备有限公司支付违约金70000元。

二、驳回原告张某亮的诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见,维持原判。

【法官后语】

竞业限制条款是用人单位对负有保守用人单位秘密的劳动者,在劳

动合同、知识产权权利归属协议或技术保密协议中约定的条款。商业秘

密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权

利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密的保护,对于企业

发展具有非常重要的意义。在劳动关系存续期间,用人单位可根据实际

需要与具有特定身份条件的劳动者签订保密协议并约定竞业限制条款。

劳动者在获得相应保密费的同时,亦有义务严格履行竞业限制约定。劳

动者行为的违约性和过错性即可作为违约责任承担的判断标准,该责任

无需以造成实际损失为前提。本案用人单位通过与技术人员签订保密协

议等措施对技术信息做了保密措施,技术人员自愿签订竞业限制条款,且

原、被告所签订的《保守技术、商业秘密协议书》系双方真实的意思表

示,内容不违反法律禁止性条款,其效力应当予以确认,对双方当事人均

具有约束力,原告应当履行合同约定,与企业共同维护技术信息的保密

性。原告在被告公司任职期间与他人共同开设与被告具有竞争性的公司

的行为,显然违反了上述协议的约定,应当承担相应的法律责任。原告虽

提供了部分证据试图证明其并未实际经营,也未给被告造成任何实质性

的损害,但其行为的违约性与过错性是显而易见的,故应当承担相应的违

约责任。至于原告辩称双方在协议中所约定的违约金过高,因违约金是

否过高应综合考虑用人单位应支付的经济补偿数额、是否及时支付经济

补偿金、劳动者在用人单位工作年限、劳动者的职务、劳动者主观过错

程度以及给用人单位造成的损害等因素,70000元并无不当。

笔者认为,本案被告关于竞业限制的约定明确且具体,是对员工离职

后的行为进行的约束。即使员工违约后没有实际造成用人单位的损失, 其结果并不影响其违约的定性,即并不减免其承担违约责任。

编写人:江苏省常州市新北区人民法院 柏刚

47竞业限制违约金调整的考量因素

——赵某诉北京市海淀区乐加乐培训学校劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终6738号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):赵某

被告(被上诉人):北京市海淀区乐加乐培训学校

【基本案情】

赵某曾系北京市海淀区乐加乐培训学校(以下简称乐加乐学校)职

工,从事教学工作,双方签订的最后一份劳动合同期限为2015年1月1日至

2017年12月31日。双方于2016年8月9日解除劳动关系。赵某在职期间曾

与乐加乐学校签署竞业限制合同,合同约定:“第一条 在解除或终止劳

动合同后6个月内,乙方(赵某)不得自营或为他人经营与甲方(乐加乐学

校)相同或类似的行业,包括但不限于:1.乙方单独从事或与他人合伙从

事与甲方营业相同或类似业务;2.在从事与甲方营业相同或类似业务的

单位任职、提供咨询或与之合作或作为股东;3.未经甲方同意,接受与甲

方营业相同或类似业务的单位提供的培训、资助、财务或其他利益……

第四条 从乙方离职后开始计算竞业限制时起,甲方向乙方支付竞业限制

补偿金,每月补偿费的金额为1000元,共计6000元。补偿金的支付方式为

按月支付。支付时间为每月10日前……第七条 乙方违反本合同第一条

规定的义务的,乙方除应向甲方全额返还甲方已向乙方支付的竞业限制

补偿金外,乙方还应向甲方支付违约金人民币10(壹拾)万元。若因乙方

给甲方造成的损失超过人民币壹拾万元的,甲方有权就该超过部分要求

乙方赔偿。乙方因违约行为所获得的收益应当返还甲方。”乐加乐学校

自2016年10月至2017年2月期间分5次向赵某支付竞业限制补偿金共计

6000元。乐加乐学校主张赵某自该单位离职后入职“北京乐课力分

校”从事数学教学工作。乐加乐学校为证明赵某存在违反竞业限制义务

行为提交了(2016)京方圆内经证字第25038号公证书予以佐证,该公证书

系网页截屏,网站抬头标识显示为“乐课力”,其中北京乐课力秋季报名

中显示有赵某姓名,代课课程均为小学数学,公证时间为2016年9月28

日。庭审中,本院曾关注“乐课力在线”微信公众号,该公众号“名师信

息”中仍载有赵某个人信息,显示教学校区为海淀校区,教学内容为数

学。赵某对公证书的真实性、关联性均不予认可,其主张未入职“北京

乐课力分校”,仅帮助宣传、接受家长咨询,未收取报酬。2017年6月15

日,赵某曾向本院提交书面意见表示因法律意识淡薄,发生了离职后违反

竞业限制的行为,现已认识到错误,并主张竞业限制合同中违约金约定畸

高,请求本院予以酌减。乐加乐学校主张根据授课老师的行业收入水

平、赵某在“北京乐课力分校”的授课价格及竞业限制期限,酌情要求

赵某支付因违反竞业限制义务行为产生的收益共计200000元。

【案件焦点】

赵某的行为是否构成违反竞业限制约定、如构成违约金是否可以酌

减。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:竞业限制,是指负有特定义务的

员工在任期期间或者离开岗位后的一定时间内不得自营或为他人经营与

其所任职的企业同类的经营。《中华人民共和国劳动合同法》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。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约

金。本案中,赵某系于乐加乐学校从事教学工作,其所掌握的课程安排、

课程规划、课程讲义等确属乐加乐学校商业秘密,属于负有保密义务的

劳动者,符合签署竞业限制协议的主体资格。鉴于此,本院对于赵某所持

并非适格的竞业限制义务主体之抗辩理由不予采信。加之,赵某作为具

有一定文化水平的成年人,理应知晓签署《竞业限制合同》之法律后果, 其主张系被强迫所签,但未能就此提交相应证据。综上,本院确认双方签

署的《竞业限制合同》合法有效,乐加乐学校与赵某均应按照《竞业限

制合同》约定内容履行相关权利义务。

乐加乐学校提交的公证书公证时间为2016年9月28日,此时“乐课

力”网站中所推荐的秋季课程已载有赵某姓名及其开设的课程,而本院

于庭审中关注“乐课力在线”微信公众号,该公众号中亦有赵某的教师

信息介绍,本院有理由相信赵某存在违反竞业限制义务之行为。赵某亦

曾向本院提交书面意见,认可离职后存在违反竞业限制的行为,故赵某应

向乐加乐学校支付违反《竞业限制合同》的违约金。鉴于赵某与乐加乐

学校约定乐加乐学校每月支付赵某竞业限制补偿金数额为1000元,而违

约金数额为100000元,确属违约金约定畸高的情形,故本院就违约金数额

予以酌减。

赵某与乐加乐学校签署的《竞业限制合同》约定竞业限制期限

为“在解除或终止劳动合同后6个月内”,而赵某于2016年8月9日离

职,2017年2月9日竞业限制期满,故赵某无需继续履行与乐加乐学校签订

的《竞业限制合同》。乐加乐学校要求赵某自“北京乐课力分校”离职

后继续履行《竞业限制合同》,缺乏事实与法律依据,本院对此不予支

持。

就返还违约行为产生的收益一节,《竞业限制合同》中约定的“收

益”系因赵某违约行为产生,并非乐加乐学校之实际经济损失,其实质是

对于双方约定“违约金”数额之调整。鉴于本院已酌情判令赵某向乐加

乐学校支付违反《竞业限制合同》的违约金,故对乐加乐学校要求赵某

支付因违约行为所获得的收益的诉讼请求,本院不予支持。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十

三条之规定,判决如下:

一、赵某无需继续履行与乐加乐学校签署的《竞业限制合同》; 二、赵某于本判决生效后七日内支付乐加乐学校违反《竞业限制合

同》的违约金五万元;

三、驳回乐加乐学校的其他诉讼请求。

赵某、乐加乐学校均坚持原审起诉意见并提起上诉。北京市第一中

级人民法院经审理认为:赵某、乐加乐学校的上诉请求均不能成立,应予

驳回;一审判决认定事实清楚,适用法律正确,应予维持。依照《中华人

民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项的规定,作出如下判

决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

一、对于竞业限制违约金是否可以调整的问题

实践中存在两种观点:观点一是现行劳动法律法规中并未规定法院

有权调整竞业限制违约金的金额,且竞业限制违约金属于双方约定范畴, 在相当程度上具有罚责色彩,劳动者在签署竞业限制协议时即明知违约

行为所伴随的违约责任。因此,在劳动者违反竞业限制约定时,应基于意

思自治原则,依据双方约定,判决劳动者支付违约金。观点二是虽然现行

劳动法律法规中并未明确规定法院有权调整竞业限制违约金的金额,但

是依据合同法的有关规定及公平合理的基本原则,当竞业限制违约金约

定过高,且劳动者明确提出违约金过高时,法院有权对竞业限制违约金的

金额做出调整。相较之下,笔者认为应以劳动者在与用人单位订立劳动

合同时,双方是否具备平等磋商基础、劳动者是否能够充分预见违约法

律后果为审查前提,区别对待。若劳动者在订立竞业限制协议时,与用人

单位处于对等地位、具有平等磋商能力,能就竞业限制范围、期限、竞

业限制补偿、竞业限制违约金充分与用人单位进行沟通,并可充分预见

违约责任时,法院仍应遵循当事人意思自治、契约自由的原则,对违约金

不予调整。若劳动者与用人单位在签订竞业限制协议时,劳动者与用人

单位并不具备平等协商地位,劳动者无法充分表达个人意愿,无法对竞业

限制补偿、竞业限制违约金数额提出异议时,如法院对竞业限制高额违

约金不加以调整,则势必加剧竞业限制违约金的高涨趋势,一定程度上会

损伤劳动者的生存权益。从立法初衷出发,虽现行劳动法、劳动合同法

中并未规定竞业限制违约金的酌减问题,但2006年3月21日全国人大办公

厅的《中华人民共和国劳动合同法(草案)》曾提出:“劳动者违反竞业

限制约定的,应当向用人单位支付违约金,其数额不得超过用人单位向劳

动者支付的竞业限制经济补偿的3倍。”虽最终施行的劳动合同法中未

见该条款,但不容否认的是劳动合同是一种公力可以干预的合同,同样遵

循合同的一般规律;而公力之所以能介入用人单位与劳动者间的私领域, 其初衷即平衡用人单位与劳动者间平等地位,为维护推进合法、公平、

平等自愿、协商一致、诚实信用的劳动关系,避免用人单位利用资源优

势地位损害劳动者的合法权益。为避免用人单位过度使用竞业限制制

度,基于劳动法律法规平衡劳动者与用人单位双方利益的立法初衷,法院

作为裁判机关确有必要在双方约定竞业限制违约金过高,而劳动者一方

提出抗辩的情况下,行使自由裁量权,对于“畸高”情形下的竞业限制违

约金做出调整。

二、竞业限制违约金调整的考量因素

1.劳动者工资标准。劳动者在职期间的劳动报酬系其劳动成果的对

价,在一定程度上可以反映出用人单位商业秘密的价值。

2.劳动者在用人单位从业时间。劳动者在用人单位工作时间的长

短,决定其对原用人单位商业秘密的掌握、熟悉程度。

3.竞业限制补偿金标准。竞业限制补偿金是用人单位通过向劳动者

支付费用,从而使劳动者让渡出自由职业的权利,该金额支付的多寡,亦

能反映出用人单位对劳动者掌握商业秘密价值的评估。

4.用人单位损失情况。考虑到竞业限制违约金具有损失补偿的性

质,法院在酌减违约金之时,仍应以弥补单位损失为前提。

5.劳动者主观恶意。违约金也兼具惩罚的性质,故基于此,考虑违约

金酌减时也应将劳动者违约行为是否具备主观恶意作为考量因素。

6.是否采取弥补措施。用人单位在向劳动者明确要求劳动者履行竞

业限制义务时,劳动者如能及时从存在竞争的企业离职、采取弥补措施, 避免原用人单位损失,也可作为考量违约金酌减的因素。

编写人:北京市海淀区人民法院 李正

48劳动者违反保密义务和竞业限制义务的认定及

违约责任的承担

——闫某东诉北京中天星云科技有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02民终7813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,上诉人):闫某东

被告(反诉原告,上诉人):北京中天星云科技有限公司(以下简称中

天星云公司)

【基本案情】

2008年10月30日,闫某东与中天星云公司建立劳动关系,任大客户运

营部部门经理职务,闫某东同时也是中天星云公司的股东之一。同日,中

天星云公司(甲方)与闫某东(乙方)签订《保密与竞业限制协议》,协议

约定甲方雇用乙方,乙方愿意为甲方工作;甲方每月向乙方发放一定数额

的保密费和竞业限制补偿费,乙方已知悉《北京中天星云科技有限公司

保密规定》的内容,自愿接受甲方发放的保密费和竞业限制补偿费并遵

守甲方的保密和竞业限制有关规定;若乙方违反本协议规定,擅自披露、

使用或允许他人使用其所掌握的甲方的秘密或违反竞业限制规定,应当

返还在甲方领取的保密和竞业限制补偿费,并支付给甲方相当于保密和

竞业限制补偿费十倍的违约金,给甲方造成损失的,还应当赔偿甲方的经

济损失,违反刑法的,交司法机关追究其刑事责任;协议所称的秘密是甲

方的商业秘密,也即一切能为甲方带来经济利益、具有实用性并经甲方

采取保密措施的技术信息和经营信息,其具体内容和范围参见协议之附

件;协议所称竞业限制是指甲方与乙方约定在乙方解除劳动关系后三年

内,乙方不得在生产同类产品的其他单位任职,或者自己从事与甲方同类

产品的生产经营。中天星云公司提交的闫某东离职前两年内的工资表显

示,中天星云公司每月支付闫某东技术保密费2700元。闫某东在中天星

云公司工作期间,同时也是东君胶美公司的股东之一,任东君胶美公司的

监事,东君胶美公司的法定代表人为闫某东的妻子,东君胶美公司生产销

售的“新令”牌密封胶与中天星云公司的“西令”牌密封胶为同类产

品。2015年11月17日,中天星云公司与闫某东解除劳动关系。2016年1

月27日,闫某东向北京市房山区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称房山

仲裁委)申请仲裁,要求中天星云公司支付2015年10月23日至2015年11

月17日工资、违法解除劳动关系双倍赔偿金、未报销的业务费用、暖气

费补助金等。在仲裁审理过程中,中天星云公司提出反申请,要求闫某东

返还保密费和竞业限制补偿费并赔偿违反保密义务和竞业限制义务的违

约金。2016年6月13日,房山仲裁委裁决中天星云公司支付闫某东未报销

的业务费用、违法解除劳动合同赔偿金、2015年10月23日至2015年11

月4日期间工资等,驳回了中天星云公司的仲裁反请求。

【案件焦点】

如何认定劳动者违反保密义务和竞业限制义务的行为并确认劳动者

违法保密义务和竞业限制义务的违约责任。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为:闫某东与中天星云公司于2008

年10月30日签订的保密与竞业限制协议关于保密义务、保密费支付及违

反保密义务的相关责任的约定为双方真实意思表示,不违反相关法律规

定,应为有效。闫某东作为中天星云公司的大客户运营部部门经理,为中

天星云公司的高级管理人员,应遵守与中天星云公司签订的保密和竞业

限制协议中关于保密义务相关条款的约定,履行相应的保密义务。中天

星云公司的经营范围包括制造、加工密封材料,“西令”牌密封胶是中

天星云公司制造加工的主要产品。东君胶美公司生产销售的“新令”牌

密封胶与中天星云公司主营业务相同,而闫某东为东君胶美公司的股东

之一,闫某东的妻子为东君胶美公司的股东兼法定代表人,综合以上事实

可以认定闫某东违反其与中天星云公司签订的保密和竞业限制协议中约

定的保密义务,根据双方签订的保密与竞业限制协议,闫某东应该按一定

标准返还已经从中天星云公司领取的保密费并对中天星云公司承担相应

的违约责任。中天星云公司与闫某东签订的保密和竞业限制协议中约定

的违约金标准过高,法院酌情调整为闫某东按领取保密费的五倍的标准

向中天星云公司支付违约金。中天星云公司与闫某东签订的保密与竞业

限制协议中约定中天星云公司每月向闫某东发放一定数额的保密费,闫

某东也曾在部分月的技术保密费领取表上签字确认,由以上事实和证据

看出闫某东应该知道其每月领取的工资中包含了一定数额的保密费。但

中天星云公司和闫某东签订的保密与竞业限制协议中未约定保密费的具

体数额,中天星云公司提交的技术保密费领取表上也未显示其公司每月

为闫某东发放保密费的具体数额;且中天星云公司和闫某东签订的保密

与竞业限制协议中约定中天星云公司每月向闫某东发放一定数额的保密

费和竞业限制补偿费,也即中天星云公司每月支付闫某东的工资中包含

了保密费和竞业限制补偿费两项内容,但竞业限制补偿费是对劳动者离

职后一定年限内从事相关职业进行限制而由用人单位在劳动者离职后的

竞业限制年限里向劳动者按月支付的经济补偿,根据竞业限制补偿费的

性质,该笔费用不应在劳动者在职期间支付。综上,鉴于中天星云公司每

月支付闫某东的保密费数额无法核定,法院酌情参照中天星云公司提交

的2014年11月至2015年10月期间(闫某东与中天星云公司解除劳动关系

前12个月)的闫某东工资表显示的技术保密费总额作为计算闫某东应返

还中天星云公司的保密费和向中天星云公司支付违反保密义务违约金的

基数。

北京市房山区人民法院依照《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、第四十八条、第八十七

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: 一、中天星云公司于本判决生效后十日内支付闫某东2015年10月23

日至2015年11月17日期间工资670.78元。

二、中天星云公司于本判决生效后七日内支付闫某东违法解除劳动

合同赔偿金117000元。

三、中天星云公司于本判决生效后七日内支付闫某东报销费用

65045.32元。

四、闫某东于本判决生效后十日内返还中天星云公司保密费32400

元。

五、闫某东于本判决生效后十日内支付中天星云公司违反保密义务

违约金162000元。

六、驳回闫某东的其他诉讼请求。

七、驳回中天星云公司的其他诉讼请求。

闫某东、中天星云公司均不服一审判决,提起上诉。北京市第二中

级人民法院判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

认定劳动者是否违反了保密义务和竞业限制义务,需具备以下几个

条件:(1)保密人员和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;(2)竞业限制义务需用人单位与

劳动者加以约定,同时用人单位还应在解除或终止劳动合同后的竞业限

制期限内按月支付劳动者经济补偿;(3)负有保密义务的劳动者在劳动关

系存续期间实施了泄露商业秘密或者技术秘密的行为和负有竞业限制义

务的劳动者在离职后到与原单位生产或经营同类产品、从事同类业务的

有竞争关系的其他用人单位或者自己开业生产或者经营同类产品、从事

同类业务。

本案中,闫某东在中天星云公司对其岗位进行调整之前任大客户运

营部部门经理职务,同时闫某东也为中天星云公司的股东之一,因而闫某

东在中天星云公司为高级管理人员。根据其工作岗位的性质,闫某东应

该掌握有中天星云公司的大客户人员名单和销售数据,闫某东也与中天

星云公司签订了保密与竞业限制协议,约定了保密和竞业限制义务,因而

闫某东应就其掌握的中天星云公司的商业秘密负有保密义务。中天星云

公司的经营范围包括制造、加工密封材料,“西令”牌密封胶为中天星

云公司生产加工的主要产品,而闫某东作为股东之一和监事的东君胶美

公司生产销售的“新令”牌密封胶与中天星云公司的主营业务相同,且

东君胶美公司从2008年6月18日即开始申请“新令XINLING”商标,在闫

某东与中天星云公司劳动关系存续期间,以上事实可以证明闫某东违反

了其与中天星云公司约定的保密义务。

但对于闫某东是否违反了竞业限制义务,还不能直接加以认定。因

为保密义务和竞业限制义务不能等同,保密义务的外延更广,包括在职期

间的保密义务和离职后的竞业限制义务。在职期间的保密义务为劳动者

的法定义务,不以劳动者与用人单位的约定为前提。而离职后的竞业限

制义务则需用人单位与劳动者加以明确约定,且用人单位在与劳动者约

定及竞业限制条款的同时,同时也应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付劳动者经济补偿。因此,竞业限制补偿费是因

对劳动者离职后一定年限内从事相关职业进行限制而由用人单位在劳动

者离职后的竞业限制年限里向劳动者按月支付的经济补偿。根据竞业限

制补偿费的性质,该笔费用不应在劳动者在职期间支付。用人单位与劳

动者约定劳动者在职期间每月向劳动者支付的款项里包含竞业限制补偿

费的,应属无效条款。而在职期间的保密费,用人单位则可以在在职期间

支付,劳动者违反在职期间的保密义务,用人单位可以要求劳动者返还保

密费并支付违约金。本案中,中天星云公司与闫某东在《保密与竞业限

制协议》中约定,中天星云公司每月向闫某东发放一定数额的保密费和

竞业限制补偿费,闫某东履行相关的保密义务和竞业限制义务,闫某东违

反保密义务和竞业限制义务,应向中天星云公司返还领取的保密费和竞

业限制补偿费,并支付中天星云公司相当于保密和竞业限制补偿费十倍

的违约金。

根据以上论述,该协议中关于竞业限制补偿费约定应为无效条款,中

天星云公司未提供证据证明在闫某东离职后支付竞业限制补偿费,因而

不宜认定闫某东违反了竞业限制义务,也不能判决闫某东承担违反竞业

限制义务的违约责任。但闫某东违反了与中天星云公司约定的保密义

务,中天星云公司也支付了闫某东保密费,中天星云公司可以要求闫某东

承担返还保密费并承担违反保密义务的违约责任。但双方当事人约定的

违约责任过高的,法院可以酌情予以调整。因中天星云公司与闫某东约

定的十倍保密费的违约金数额过高,法院酌情调整至五倍。同时因为中

天星云公司和闫某东没有明确约定每月支付闫某东保密费的具体数额, 中天星云公司约定每月支付闫某东的保密相关费用中包括了在职期间的

保密费和竞业限制补偿费,而竞业限制补偿费不应在劳动者在职期间支

付,因此法院并未完全支持中天星云公司的诉讼请求,酌情参照中天星云

公司与闫某东解除劳动关系前12个月领取的技术保密费总额作为计算闫

某东应返还中天星云公司的保密费和承担违反保密义务违约金的基数。

编写人:北京市房山区人民法院 孟瑞

49用人单位解除竞业限制协议应明确通知劳动者, 解除通知送达劳动者之日起无需承担补偿义务

——北京法意科技有限公司诉柴某伟竞业限制案

【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4367号民事判决书

2.案由:竞业限制纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京法意科技有限公司(以下简称法意公司) 被告(上诉人):柴某伟

【基本案情】

2012年3月12日,法意公司与柴某伟签订合同期限为2012年3月12日

至2014年3月11日的劳动合同书及保密协议,该协议第四条第二款约定: 柴某伟在其不再任职于公司之后的2年期间,不会接受或者取得与公司生

产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位的任

何权益或者职位,或者向这些用人单位提供任何咨询服务或其他协助,或

者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。否则,公司有权要

求柴某伟承担违约或损害赔偿责任。劳动合同解除或者终止时,公司拥

有单方面的权利决定柴某伟是否受本协议第四条“竞业限制”第二款的

约束;如果公司要求柴某伟承担协议第四条第二款规定的“竞业限

制”义务,则除柴某伟任职期间公司每月已经支付的竞业限制补偿金外, 公司再额外向其支付两个月工资作为2年期间竞业限制补偿。张某剑在

该协议法定代表人或委托代理人处签字并加盖法意公司公章。

2014年3月31日,法意公司为柴某伟出具离职证明,离职证明中记

载“柴某伟于2012年3月至2014年3月在我公司就职,任职于政法事业部

售前工程师岗位,其劳动合同于2014年3月11日到期,现因个人原因于

2014年3月31日与我公司解除劳动关系,并已办理完毕相关离职手续。

附:柴某伟已与法意公司签署保密协议并承诺:柴某伟在与法意公司有雇

佣关系期内以及该关系终止后的所有时间内,不会以任何方式直接或间

接地向任何人、企业、合伙企业或其他组织使用或泄露与公司任何成员

有关的任何保密或专有信息(包括但不限于产品、技术、财务、销售、

市场等方面的保密信息)。此外,法意公司有权要求柴某伟承担为期两年

的竞业限制义务”。

法意公司主张柴某伟离职时已明确告知其不用履行竞业限制义务, 后2014年12月5日柴某伟再次向法意公司询问此事,法意公司再次明确表

示其不用履行竞业限制义务,并于2014年12月8日将无需履行竞业限制义

务的书面声明通过发电子邮件和快递方式告知。柴某伟对此不予认可。

法意公司提交了其公司人力资源部经理张某剑的通话记录查询单,其上

显示:2014年12月5日、8日柴某伟拨打了张某剑的该电话号码,通话时间

分别为25分50秒、48秒,证明告知过柴某伟无需履行竞业限制义务。柴

某伟对该证据真实性不予认可,称不记得给其打过电话。法意公司提交

电子邮件截图及附件声明,显示2014年12月8日,法意公司向柴某伟的邮

箱发送声明邮件,内容为:法意公司与柴某伟于2012年3月12日签订劳动

合同。现因柴某伟于2014年3月11日提出离职申请,双方劳动关系于当

月31日终止。根据《保密协议》,法意公司有权要求柴某伟履行竞业限

制义务,但在柴某伟离职后,法意公司并未实际要求其履行该义务,柴某

伟也无需履行竞业限制义务。柴某伟对该证据真实性不予认可,称收信

邮箱不是其邮箱,也未收到该邮件。一审中,张某剑出庭作证,称“员工

离职时,公司会出具离职证明,离职证明有固定模板,模板会要求员工履

行竞业限制义务。柴某伟2014年3月找过我,对竞业限制提出异议,会对

其就业有影响。我告知柴某伟,这是公司的模板,让其去找公司法务咨

询,我也明确交代过,如其找到新公司可以让新公司的人来找公司做背景

调查。2014年12月5日,柴某伟给我打过电话,说其找到工作了,公司看了

离职证明不敢录用他,我让他跟新公司说,或公司给其出一个证明,公司

不会要求其履行竞业限制义务,因其不是核心技术人员。我让公司的员

工周某妍给柴某伟发过声明邮件,后电话沟通给柴某伟发了快递,快递内

容是公司声明没有要求柴某伟履行竞业限制义务。公司竞业限制人员范

围是公司高管和核心技术人员,柴某伟不属于公司规定的竞业限制人员, 公司出具的离职证明中注明保密协议内容是固定模板”。证人周某妍出

庭作证,称:“我是2014年7月17日在法意公司入职,2015年2月13日离

职。我在职期间,负责员工关系的工作,所属人力资源部。2014年冬天, 人力主管张某剑给法务部看了一个声明,关于柴某伟不用履行竞业限制

的声明,我打电话管柴某伟要的邮箱,用公司邮箱给柴某伟发了邮件,后

打电话告知柴某伟问其意见,柴某伟说没有问题,希望尽快快递给他,并

向其问了地址发了快递,且快递是到付。”经法庭询问,对于声明内容, 证人周某妍表示内容不记得了。法意公司对证人证言无异议,认为柴某

伟不属于竞业限制人员,无需履行竞业限制义务。柴某伟对证人身份认

可,对其证明内容不认可。证人张某剑仍系法意公司员工,证人周某妍已

从法意公司离职。法意公司所述其发送的邮箱系柴某伟的邮箱,未向法

院提供其他证据。法意公司所述柴某伟不属于竞业限制人员,除提交的

劳动合同、保密协议、邮件、证人证言外,未提交其他证据。柴某

伟2013年4月至2014年3月间工资合计50318.89元,平均月工资为4193.24

元。

2016年1月13日,柴某伟向北京市西城区劳动人事争议仲裁委员会申

请仲裁,要求法意公司支付2014年3月31日至2016年3月30日竞业限制经

济补偿金41280元(北京市最低月工资1720元×24个月)。该仲裁委员会

于2016年3月2日作出裁决书,裁决法意公司支付柴某伟2015年1月14日至

2016年2月18日期间竞业限制补偿22359.54元,驳回柴某伟其他申请请

求。2016年2月18日仲裁庭审时,法意公司主张柴某伟无需履行竞业限制

义务,并已超过仲裁时效。法意公司不服仲裁裁决,起诉至一审法院。

【案件焦点】

1.适用竞业限制义务的主体范围;2.用人单位解除竞业限制协议的

通知义务。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为,当事人在劳动合同或者保密协

议中约定了竞业限制和经济补偿,当事人解除劳动合同时,除另有约定

外,用人单位要求劳动者履行竞业限制义务,或者劳动者履行了竞业限制

义务后要求用人单位支付经济补偿的,人民法院应予支持。柴某伟属于

竞业限制人员并履行了竞业限制义务,故法意公司应给付柴某伟竞业限

制补偿金。对于补偿标准,双方未进行约定,柴某伟要求按北京市最低工

资标准为基数进行补偿,符合法律相关规定,法院不持异议。对于给付期

限,根据法律规定,劳动争议申请仲裁时效为一年,法意公司仲裁时已主

张超过仲裁时效,柴某伟在2016年1月13日提起仲裁申请,2016年2月18日

法意公司仲裁时提出柴某伟无需履行竞业限制义务,视为已经告知柴某

伟,故在法意公司给付竞业限制补偿金的时间为2015年1月14日至2016年

2月18日。对于给付的具体数额,由法院核定。判决:

一、自判决生效之日起10日内,法意公司给付柴某伟2015年1月14日

至2016年2月18日竞业限制补偿金22050.58元; 二、驳回法意公司的其他诉讼请求。

法意公司不服,提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为,法

意公司主张在柴某伟离职时已明确告知其不用履行竞业限制义务,后

2014年12月5日柴某伟再次向法意公司询问此事时,法意公司再次明确表

示其不用履行竞业限制义务,并于2014年12月8日将无需履行竞业限制义

务的书面声明通过电子邮件和快递方式告知柴某伟,并提交了张某剑与

柴某伟的通话记录查询单、电子邮件截图及附件声明、证人证言等为

证。从通话记录查询单来看,相应通话系柴某伟主叫,且柴某伟并未对此

提供相反证据予以反驳;法意公司称经之前的电话沟通,已向柴某伟提供

的电子邮箱发送无需柴某伟履行竞业限制义务的声明,证人周某妍一审

时亦出庭作证。依据本院向深圳市腾讯计算机系统有限公司、中国移动

通信集团北京有限公司调取的相关信息可知,上述QQ账号所绑定的密保

手机号码系柴某伟之妻蔡某林登记使用,蔡某林亦曾系柴某伟仲裁、一

审及二审阶段的委托代理人,柴某伟及蔡某林虽坚持否认电子邮箱系蔡

某林使用,但未能就此作出令人信服的合理解释。综合双方当事人的陈

述、举证质证情况及本院调查收集证据情况,对法意公司上述关于已告

知柴某伟无需履行竞业限制义务的主张,本院予以采信。法意公司上诉

请求无需支付柴某伟竞业限制补偿金,本院予以支持。柴某伟上诉请求

法意公司支付其2014年4月1日至2016年2月18日的竞业限制补偿金及额

外3个月的竞业限制补偿金,无事实和法律依据,本院不予支持。另,仲裁

裁决未支持柴某伟关于2014年4月1日至2015年1月13日期间竞业限制补

偿金的请求,柴某伟未起诉,其仲裁时亦未提出额外3个月的竞业限制补

偿金的请求,故本院对其相应的上诉请求亦不予支持。

综上所述,法意公司的上诉请求成立,予以支持。柴某伟的上诉请求

不成立,不予支持。依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条和

《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、撤销北京市西城区人民法院(2016)京0102民初8309号民事判

决;

二、法意公司无需支付柴某伟2015年1月14日至2016年2月18日期间

竞业限制补偿22359.54元。

【法官后语】

竞业限制,也称竞业禁止,是指负有特定义务的员工在任职期间或者

离开岗位后一定期间内不得自营或者成为他人经营与其所任职企业同类

的经营。竞业限制关乎用人单位商业秘密权与劳动者就业权的平衡与博

弈,旨在保护用人单位的商业秘密权,维护企业的竞争利益,系诚实信用

原则及其衍生的雇员对雇主忠实义务在法律上的要求。因竞业限制行为

法律规范较少,需要借助是否有违诚实信用原则加以认定,故诚实信用原

则是规定有关竞业限制行为的基准。

(一)竞业限制的适用条件

根据法律规定,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,竞业限制的范围、地域、期限

由用人单位与劳动者约定,竞业限制的约定不得违反法律、法规的规

定。但目前的法律规定中很少提及具体的竞业限制的范围、地域、期限

等,基本均由用人单位与劳动者约定在适用竞业限制协议过程中,争议集

中在两方面:保护利益之存在及保护范围之合理。

1.保护利益之存在

企业有依竞业禁止特约保护的利益存在,也即企业的固有知识和商

业秘密有保护之必要,这是竞业禁止协议有效的前提条件。对于没有特

别技能、技术,且职位较低的员工,因为其任职期间无法接触企业的商业

秘密,即使离职后到相同或类似业务的企业任职,只要企业需保护的利益

存在、泄露原企业的商业秘密会妨碍原企业的经营,就存在约定竞业禁

止的必要。

2.保护范围之合理

根据法律规定,竞业限制协议保护范围之合理主要包含三方面:主体

合理性、地域合理性和期限合理性。后两者均有具体的法律规定,但对

于主体合理性,在司法实践中未有明确法律规定、用人单位人事管理制

度粗糙的情况下,因部分公司缺乏细致化区别,以条文方式统一规定竞业

限制义务,如何甄别判断竞业限制的对象、如何确定竞业限制协议适用

的主体范围至关重要。

竞业限制的对象限于接触或有可能接触用人单位商业秘密的人,主

要有:高级经营管理人员,如总经理、副总经理、各部门负责人;高级研

究开发人员、技术人员及关键岗位的技术工人;市场计划和营销人员等

能够接触到商业秘密的其他人员。目前司法实践中存在两种倾向:竞业

禁止的对象扩大化,对于不可能有机会接触到商业秘密的普通员工亦受

限制其在熟悉的领域自由择业,将严重削弱甚至剥夺其生存权利;竞业禁

止的对象狭隘化,即认为只有技术人员和管理人员才是竞业禁止的对

象。

(二)竞业限制的解除

1.解除权主体

当竞业限制期满或用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定

了竞业限制条款,用人单位如在此后认为劳动者不必履行竞业限制约定

的,系解除劳动者竞业限制义务的行为,此时适用合同解除的相应规则。

竞业限制协议或条款系双方意思自治的表现,是否解除由双方当事人决

定。根据相关法律规定,因竞业限制重在保护用人单位的商业秘密,用人

单位享有单方解除权,可以随时解除竞业禁止协议或条款,劳动者是承担

后合同义务的一方,不享有合同解除权。只有在特别情况下,劳动者才享

有解除竞业限制的法定解除权。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)》第八条之规定,当事人在劳动合同

或保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因

用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿,劳动者请求解除竞业限制

约定的,人民法院应予支持。

2.解除权行使方式

依据合同法规定,当事人行使合同解除权应当通知对方,合同自通知

到达对方时解除。竞业限制协议中,用人单位享有单方解除权,系享有合

同利益的体现,具有自主性,用人单位可在合同解除和请求继续履行之间

选择。当用人单位解除竞业限制协议的约束、解除劳动者的竞业限制业

务时,应向劳动者发出解除该协议的意思表示,该解除的意思表示到达劳

动者时发生解除效力。根据举证原则,主张解除法律关系的一方当事人

应对解除行为承担举证责任,该举证责任包括两方面:作出解除的意思表

示、该意思表示已经到达另一方当事人。故用人单位行使解除权的方式

必须是以劳动者知道或者应当知道的方式、以书面通知等足以使劳动者

明确知悉竞业限制协议已经解除的方式,方可实现竞业限制协议的解除, 难点在于证明该解除通知已送达到劳动者。

在实践中,经常有劳动者在向用人单位请求支付竞业限制补偿金时, 用人单位提出并未要求或者已经解除对劳动者的竞业限制补偿的抗辩, 或者是通过在劳动合同或竞业限制协议中约定某些模糊的策略或条件, 以此拒绝向劳动者支付竞业限制补偿金。在此情况下,应当注意查明竞

业限制协议是否已经实际解除,而判断是否已经解除的关键,就在于用人

单位是否已经明确通知了劳动者,或者说劳动者是否已经明知不必再受

竞业限制协议确定的择业限制。在劳动者已经履行了竞业限制协议义

务,而用人单位又不能举证证明已经以劳动者明确知悉的方式告知其解

除竞业限制协议或协议不生效时,用人单位仅以未支付竞业限制经济补

偿因而该协议未生效为抗辩,不应获得支持。

3.解除权行使效果

针对用人单位解除竞业限制协议解除时,便会出现如下两种情况:

(1)用人单位通知劳动者无需履行竞业限制协议时,劳动者无需继续履行

竞业限制的义务,免除劳动者继续承担竞业限制的义务,就业时可以到与

本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单

位进行就业,或者自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务。(2)在

用人单位告知前劳动者已按约定履行竞业限制义务,用人单位应支付经

济补偿。该阶段的竞业禁止义务已经履行,故应按照合同约定支付经济

补偿。

综上,正如终审判决所言,民事诉讼应当遵循诚实信用原则,在适用

竞业限制协议时,用人单位与劳动者均应恪守诚实信用原则,依法行使自

己的诉讼权利,履行自己的诉讼义务,实现用人单位与劳动者利益的均衡

保护。

编写人:北京市第二中级人民法院 王丰伦 曹成成

六、工伤保险和社会保险

50达到法定退休年龄的因工致残者是否应当继续

享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补

助金

——吴某光诉上海锦悦家具有限公司工伤保险待遇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终5764号民事判决书

2.案由:工伤保险待遇纠纷

3.当事人

上诉人(原告):吴某光

被上诉人(被告):上海锦悦家具有限公司

【基本案情】

吴某光系农村户籍外来从业人员,上海锦悦家具有限公司(以下简称

锦悦家具公司)未为吴某光缴纳社会保险。2013年1月4日吴某光在工作

中受伤,此后一直未再去上班。2013年6月8日上海市某区人力资源和社

会保障局认定吴某光之伤为工伤。2013年12月26日,吴某光年满60周岁, 达到法定退休年龄。2015年3月20日吴某光之伤被鉴定为因工致残,程度

九级。2016年3月29日吴某光就工伤待遇事宜向上海市某区劳动人事争

议预防调解委员会申请调解。2016年4月7日吴某光曾提起仲裁,要求锦

悦家具公司支付其一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金等。

2016年8月1日,仲裁委裁决对吴某光一次性伤残就业补助金、一次性工

伤医疗补助金的请求不予支持。

嗣后,吴某光向一审法院起诉,要求锦悦家具公司支付其一次性伤残

就业补助金、一次性工伤医疗补助金等。一审法院以吴某光已经达到法

定退休年龄为由,驳回吴某光的一次性伤残就业补助金、一次性工伤医

疗补助金两项诉讼请求。吴某光不服提起上诉。

【案件焦点】

吴某光在仲裁、诉讼时已经达到退休年龄,但没有证据能够显示吴

某光可以通过社保部门依法享受养老及医疗保险待遇。在此情况下,吴

某光能否享受一次性工伤医疗补助金与一次性伤残就业补助金。

【法院裁判要旨】

法院生效裁判认为:吴某光系外来务工人员,经鉴定为工伤九级伤

残。其在锦悦家具公司工作期间,锦悦家具公司并未依法为其缴纳社会

保险,发生事故后不久虽因其达到法定退休年龄而导致劳动合同终止,但

并无证据显示吴某光达到法定退休年龄后已经可以通过社保部门依法享

受养老及医疗保险待遇,其仍需通过提供劳动维持生计,其因工伤产生的

医疗困难及劳动能力下降带来的就业困难并无相应的弥补途径,在此情

况下,剥夺其享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的权

利,违背立法精神。根据法律规定,九级伤残的一次性工伤医疗补助金和

一次性伤残就业补助金分别为6个月上年度全市职工月平均工资。鉴于

锦悦家具公司未为吴某光缴纳社会保险费,相应由工伤基金承担的工伤

待遇部分亦应由该公司负担。2013年12月26日吴某光达到法定退休年

龄,吴某光亦未再提供劳动,双方劳动合同终止。而此前上一年度全市职

工月平均工资为4692元。锦悦家具公司应支付吴某光该日前发生的工伤

医疗费并支付吴某光劳动合同终止后的一次性工伤医疗补助金28152元

和一次性伤残就业补助金28152元。

【法官后语】

目前,我国生产力总体上显著提高,社会生产能力在很多方面进入世

界前列。在这个大背景下,越来越多的行业得以涌现,精细化劳动、复杂

性劳动成为社会劳动结构发展的总体趋势,劳动者在从事劳动过程中遇

到风险的可能性也越来越高。

(一)工伤保险制度与工伤保险待遇

工伤保险制度即针对劳动者在从事劳动过程中遇到风险(意外事

故、职业病等)而导致的伤、残、疾病、死亡等人身损害的一种医疗保

障制度,被认定为工伤的职工可以依法从国家和社会获得一定的物质帮

助。工伤保险是社会保险的一种,在《中华人民共和国社会保险法》中

有明确规定, [[1]由](#p302)国务院颁布的《工伤保险条例》具体落实和实施。此

外,在《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》以及

国务院颁布的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》、最高人民法院

颁布的《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)》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(三)》(以下简称《劳动法解释三》)中也有所补充。

工伤保险制度以采取无过错原则和用人单位承担缴费义务为主要特

征。[[2]即](#p302)无论过错在谁,受到伤害的劳动者均可以获得赔偿,工伤保险

的缴纳义务完全由用人单位承担,劳动者不承担此义务。若用人单位未

为劳动者缴纳工伤保险而发生工伤的,由用人单位承担相应的赔偿义

务。[[3]](#p302)

我国工伤保险待遇共分为工伤医疗期间待遇、工伤伤残待遇和工亡

待遇。本案中吴某光主张的一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补

助金,即属于工伤伤残待遇。

受到职业伤害致残的劳动者都会产生劳动力损失,工伤伤残待遇具

有弥补这一劳动力损失并且保障受到劳动力损失后的劳动者基本生活的

重要作用。根据社会风险理论,现代社会的风险是广泛且难以预防的,社

会中的人依靠个人的力量不再拥有传统的安全。为了防范现代社会的风

险,必须对社会中的公民提供最基本的风险防范机制。工伤保险伤残待

遇作为防范现代社会的风险的重要措施,其主旨不是损害赔偿,而是对工

伤职工及其家属提供生存支援。[[4]因](#p302)此,发生工伤之后,劳动者经过劳

动能力鉴定且被认定为因工致残的,应当享受工伤伤残待遇。

我国《工伤保险条例》规定,劳动者发生工伤后,经过治疗病情相对

稳定之后仍存在残疾、影响劳动能力的,应当进行劳动能力鉴定并评定

劳动能力障碍程度和生活自理障碍程度的等级,劳动功能障碍共有十个

伤残等级,其中最重的为一级,最轻的为十级。[[5]劳](#p302)动者因工致残被鉴

定为七级至十级伤残的,享受伤残补助金,劳动合同、聘用合同期满终

止,或者职工本人提出解除劳动合同、聘用合同的,享受一次性工伤医疗

补助金和一次性伤残就业补助金。[[6]](#p303)

由于我国各地区生活水平差异较大,我国各地区工伤保险具体政策

存在一定的差异,各地区工伤伤残待遇的水平也因此存在差异。《工伤

保险条例》规定,一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具

体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

(二)达到退休年龄的劳动者是否必然不能享受一次性工伤医疗补助

金和一次性伤残就业补助金

1.我国法律法规中关于工伤医疗补助的规定

关于一次性医疗补助金和一次性伤残就业补助金,《中华人民共和

国社会保险法》、国务院颁布的《中华人民共和国劳动合同法实施条

例》《工伤保险条例》均有相应规定。其中,2011年7月1日起施行的

《中华人民共和国社会保险法》明确规定,工伤职工终止或者解除劳动

合同时,应当依照工伤保险条例规定享受一次性医疗补助金和一次性就

业补助金。国务院颁布的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》规定

用人单位依法终止工伤职工的劳动合同的,除依照《中华人民共和国劳

动合同法》第四十七条的规定支付经济补偿外,还应当依照国家有关工

伤保险的规定支付一次性工伤医疗补助金和伤残就业补助金。国务院颁

布的《工伤保险条例》还明确一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业

补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

2.上海市政府出台的规章对国家法律作出具体化规定

基于《工伤保险条例》的规定,《上海市工伤保险实施办法》对一

次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准作出了细化的

规定:因工伤人员退休或者死亡使劳动关系终止的,不享受一次性工伤医

疗补助金和一次性伤残就业补助金, [[7]明](#p303)确将因“退休”或“死亡”致

使劳动关系终止作为享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助

金的排除条件。但“退休”一词并非法律概念,对《上海市工伤保险实

施办法》中该条款应当如何理解,系解决争议的关键所在。

(1)“退休”的内涵

在司法实践中,对《上海市工伤保险实施办法》中的“退休”的含

义理解存在分歧。“退休”与“达到法定退休年龄”不应混为一谈。对

于“法定退休年龄”,有学者做出如下解读:设定“法定退休年龄”,是

出于保护劳动者身体健康的目的,而不是禁止有劳动能力的劳动者继续

劳动。随着年龄的增长,劳动者的脑力和体力状况日趋下降,无限期的工

作势必对劳动者的身体健康造成影响,设定“法定退休年龄”就是规定

了劳动者有结束工作的权利。然而,作为一项终止性的权利,劳动者既可

以行使也可以放弃。[[8]](#p303)

有学者认为,“退休不仅是一种劳动者在符合法律规定的退休要求

并离开工作岗位后能够依法获得退休待遇的法律行为,也是一种劳动者

不再需要继续通过劳动维持生活而由国家保障的事实状态” [[9]。](#p303)笔者

认为,“退休”之所以得名,应当是指因为某种原因不能再成为劳动关系

的主体,即与“死亡”者一样,不再需要医疗保险待遇的救济。因而此处

的“退休”不应指达到退休年龄,而应当是指劳动者开始依法享受基本

养老保险待遇,劳动合同因此终止的情形。对此,虽无明文规定,但是有

迹可循:《中华人民共和国劳动法》仅对雇用未满16周岁的童工设置禁

止性规定,并未明确禁止用人单位与达到或超过法定退休年龄的人员建

立劳动关系;最高人民法院《劳动法解释三》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。开始依法享受

养老保险待遇或者退休金的人员再与用人单位发生用工方面争议的,不

再视作劳动争议,即无法再成为劳动关系的主体。

(2)劳动者达到法定退休年龄但未享受养老保险待遇的应当给予享

受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的待遇

一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金属于工伤伤残待

遇。依据我国劳动法律制度,劳动者在因工致残并鉴定为五级至十级伤

残的,应当享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。劳动

者在遭受因工致残后,劳动能力或多或少会受到一定的影响,工伤保险基

金和用人单位因此分别对其给予一定的补偿,保障劳动者在面临工伤时

能够维持基本的生活水平,同时也可以缓解其在没有找到新的工作、没

有收入来源的时期所面临的生存压力和就业困难。

劳动者达到退休年龄,仅代表其已经被认为不再适合参加劳动,并不

代表其不能或者不可以再提供劳动以获取收入来源。我国社会保障制度

实施时间不长,还未实现社会保障全覆盖的目标。而当今社会,越来越多

的超过法定退休年龄的“劳动者”身体状况良好,愿意继续工作,发挥余

热,创造社会财富,对于这类人员应当给予相应保障。对于已经达到退休

年龄,但却不能享受到基本养老保险待遇及医疗保险待遇,不得不继续以

提供劳动的方式来获取劳动报酬的人,如果剥夺其享受一次性工伤医疗

补助金和一次性伤残就业补助金的权利,显然违背了工伤保险的立法精

神,背离了建立工伤保险制度的初衷。

(三)结论

是否达到退休年龄并非确定因工致残者能否享受一次性工伤医疗补

助金和一次性伤残就业补助金的唯一标准,对于虽然已经达到退休年龄, 但却不能享受养老保险待遇或医疗保险待遇、仍继续提供劳动以维持生

计的人员,应当给予其继续享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就

业补助金的待遇。

本案中,发生工伤事件后,吴某光经过伤残鉴定为九级伤残,虽然吴

某光在伤残鉴定时已经达到退休年龄,但是没有证据能够显示吴某光当

时已经可以通过社保部门依法享受养老及医疗保险待遇,即其仍需通过

提供劳动维持生计,其因工伤产生的医疗困难及劳动能力下降带来的就

业困难并无相应的弥补途径。基于此,吴某光应当享受一次性工伤医疗

补助金和一次性伤残就业补助金。

编写人:上海市第二中级人民法院 徐丹阳

51未经依法清算注销公司后股东对职工工伤保险

赔偿责任的承担问题

——寇某昌诉刘某丰劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终1680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):寇某昌

被告(上诉人):刘某丰

【基本案情】

2011年11月20日,寇某昌入职北峰杰公司,月工资标准为6000元。

2012年5月1日,寇某昌因工受伤。经有关部门认定,寇某昌构成工伤,达

到职工工伤与职业病致残等级标准四级,护理依赖程度为部分护理依

赖。北峰杰公司为寇某昌缴纳了2014年4月至11月期间的工伤保险,未为

寇某昌缴纳在职期间其余月的工伤保险。

北峰杰公司为自然人独资公司,股东为刘某丰。2014年1月1日刘某

丰与案外人签订股权转让协议,但上述股权转让未办理工商变更登记。

2015年11月11日,北峰杰公司向工商行政部门申请办理注销登记,工商材

料显示,股东“刘某丰”签字决定成立清算组注销公司,公司注销后的未

尽事宜由全体股东承担,全体股东一致确认清算报告内容;郑重承诺显示

清算组负责人“刘某丰”签字承诺提交的注销登记材料真实。当天工商

行政部门核准北峰杰公司注销。

寇某昌曾向北京市丰台区人民法院起诉要求北峰杰公司支付停工留

薪期工资等,该院作出(2015)丰民初字第01094号民事判决书,判决北峰

杰公司向寇某昌支付2012年5月1日至2013年4月30日停工留薪期工资、

一次性伤残补助金、2014年4月至7月伤残津贴、生活护理费等。寇某昌

申请强制执行,因北峰杰公司在执行过程中注销,执行程序终结。

2016年7月14日,寇某昌(甲方)与刘某丰(乙方)签订《协议书》,约

定:“鉴于北峰杰公司现已注销,无力继续履行赔偿责任,现甲乙双方就

甲方2012年5月1日工伤事故赔偿一事达成以下协议:1.乙方一次性支付

甲方2012年5月1日工伤事故赔偿款人民币壹拾捌万元整(人民币180000

元整)。乙方支付该款项后,有权向北峰杰公司受让股东安某和追偿该款

项。2.该赔偿款包括:(2015)丰民初字第01094号判决,以及甲方因此次

工伤的后续治疗费、生活护理费、伤残津贴等一切费用。从此双方互不

负权利义务,甲方不能再以此工伤事故为由追究乙方的赔偿责任。3.甲

方若对此协议反悔,并再以2012年5月1日工伤事故为由起诉乙方请求赔

偿的,则应先退还此次乙方已支付的人民币180000元整和同期人民银行

贷款利息。”刘某丰向寇某昌支付了上述180000元。

寇某昌起诉,要求刘某丰向其支付2014年8月至2017年2月的伤残津

贴、2014年8月至2017年2月的生活护理费。

【案件焦点】

北峰杰公司未为寇某昌缴纳工伤保险,发生工伤后,北峰杰公司未经

依法清算进行注销,寇某昌作为工伤职工的权利如何继续得到保护,北峰

杰公司股东刘某丰是否应当承担工伤保险赔偿责任?

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为,《工伤保险条例》第六十二条

第二款规定:“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的

用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待

遇项目和标准支付费用。”第六十二条第三款规定:“用人单位参加工

伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后,由工伤保险基金和用

人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。”本案中,寇某昌工作中

受伤,被鉴定为工伤四级、部分护理依赖,而北峰杰公司只为寇某昌缴纳

了部分工伤保险,且北峰杰公司已于2015年11月11日注销,无法为寇某昌

补缴在职期间其余欠缴月的工伤保险,导致寇某昌的工伤保险属于欠缴

状态,无法从工伤保险基金领取2014年8月起的伤残津贴和生活护理费, 故根据上述规定,北峰杰公司需支付相应的伤残津贴和生活护理费。同

时,《北京市实施〈工伤保险条例〉若干规定》第二十三条规定:“参加

工伤保险的用人单位破产、解散的,其一级至四级伤残职工、享受供养

亲属抚恤金待遇的人员、退休的工伤人员享受的由工伤保险基金支付的

工伤待遇,由街道办事处或者乡、镇人民政府设立的社会保障事务机构

发放。”根据上述规定,2015年11月11日北峰杰公司注销后,寇某昌作为

该公司的四级工伤职工按月享有的伤残津贴和生活护理费应当不变。尽

管刘某丰与案外人签订了《股权转让协议》,但未办理股权转让的工商

变更登记,故刘某丰仍为北峰杰公司的唯一股东。北峰杰公司在办理工

商注销登记时提交的股东决定显示该公司注销后的未尽事宜由全体股东

承担,即由刘某丰承担。因此,寇某昌2014年8月起至2016年11月28日本

案庭审时止的伤残津贴和生活护理费,应由刘某丰支付。

刘某丰主张,依据《协议书》第四条第二款的约定,其在支付工伤一

次性赔偿180000元后,寇某昌不能再就工伤主张赔偿。法院认为, (2015)丰民初字第01094号民事判决书确定的寇某昌享有的停工留薪期

工资、一次性伤残补助金、2014年4月至7月伤残津贴和生活护理费共计

222951.6元,已经超过180000元。且根据寇某昌的年龄及每月享有的伤

残津贴和生活护理费标准,计算2014年8月起至死亡时,寇某昌可能获得

的伤残津贴和生活护理费总额,将远远超过180000元,若按照《协议书》

约定,寇某昌不能再就工伤主张赔偿,势必会侵害寇某昌作为工伤职工的

合法权益,造成双方权利义务的严重失衡,属于显失公平的情形,故该约

定应予以撤销,法院对刘某丰的上述主张不予采信。判决:

一、刘某丰于本判决生效后七日内向寇某昌支付2014年8月1日至

2016年11月28日期间伤残津贴125637.93元和生活护理费55198.38元; 二、驳回寇某昌的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

公司未经依法清算进行注销后,原工伤职工的权利如何继续得到保

护,公司股东是否应当承担相应的责任?这就涉及劳动法与公司法的交叉

适用问题。本案的争议焦点在于北峰杰公司注销后,该公司原股东刘某

丰是否应向寇某昌支付相关工伤待遇,双方签订的《协议书》的效力如

何认定。

一、公司注销与工伤职工工伤待遇赔偿之间的矛盾解决

1.公司未经依法清算,股东承担民事责任的法律基础。根据公司法

的规定,公司解散后必须进行清算,清算结束后,清算组应当制作清算报

告,报股东会、股东大会或人民法院确认,并报送公司登记机关,申请注

销公司登记,公告公司终止。《公司登记管理条例》亦明确规定,公司解

散后必须进行清算,公司清算组应当自公司清算结束之日起30日内向原

公司登记机关申请注销登记,经公司登记机关注销登记,公司终止。根据

上述法律规定可知,清算是公司终止的前置程序,未经清算公司不得办理

注销登记。但实践中,公司股东或第三人向登记机关承诺负责清理债权

债务,但公司未经清算即办理注销登记的情形大量存在,基于该种情形,

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定

(二)》第二十条第二款明确规定,公司未经依法清算即办理注销登记,股

东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责

任,债权人主张其对公司债务承担相应民事责任的,人民法院应依法予以

支持。

另外,《中华人民共和国公司法》第一百八十五条第一款规定,清算

组应当自成立之日起十日内通知债权人,并于六十日内在报纸上公告。

可见,通知、公告债权人是公司清算的法定必经程序。本案中,北京市丰

台区人民法院作出判决,确认北峰杰公司应向寇某昌支付停工留薪期工

资、一次性伤残补助金、伤残津贴及生活护理费。该判决生效并进入执

行程序后,北峰杰公司申请了注销登记,该公司明知该债权的存在,但在

进行注销登记前并未通知债权人寇某昌,也没有履行公告其他债权人的

法定程序,上述行为明显没有依法履行公司清算的法定义务,构成未经依

法清算即办理注销登记的情形,且根据工商资料显示,刘某丰签字决定成

立清算组并承诺公司注销后的未尽事宜由全体股东承担。据此,根据上

述《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定

(二)》的规定,北峰杰公司未经依法清算即办理了注销登记,该公司股东

亦进行了对公承诺,应当由股东对公司的债务承担相应的民事责任。

2.工伤职工作为债权人主张权利的法律依据。为劳动者缴纳社会保

险是用人单位的法定义务,但规避该项义务的用人单位在实践中也是屡

见不鲜,劳动者的相关社会保障权益无法得到实现。为惩戒用人单位的

上述违法行为,社会保险法、工伤保险条例等法规均作出明确规定,除需

要接受罚款等行政处罚外,职工所在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。本案中,北峰杰公司未为

寇某昌缴纳工伤保险,寇某昌发生工伤后,依照上述规定,北峰杰公司应

向寇某昌支付相应的工伤保险待遇。上述规定也就成为北峰杰公司未依

法清算,股东应承担相应责任的债权依据的法律渊源。

本案的特殊性在于寇某昌所受工伤构成伤残四级,护理依赖程度为

部分护理依赖。根据《工伤保险条例》的规定,职工因工致残被鉴定为

一级至四级伤残的,保留劳动关系,退出工作岗位,享受一次性伤残补助

金、伤残津贴等工伤待遇,经鉴定需要生活护理的,从工伤保险基金按月

支付生活护理费。按照该规定,寇某昌达到工伤四级,北峰杰公司未为寇

某昌缴纳工伤保险,应当由北峰杰公司向寇某昌按月支付伤残津贴及生

活护理费,但北峰杰公司登记注销后,该公司主体资格灭失,与工伤职工

的劳动关系无法维系,类似寇某昌的职工的后续生活保障如何满足就成

为一道难题。对于该种情况,《北京市实施〈工伤保险条例〉若干规

定》第二十三条规定,参加工伤保险的用人单位破产、解散的,其一级至

四级伤残职工、享受供养亲属抚恤金待遇的人员、退休的工伤人员享受

的由工伤保险基金支付的工伤待遇,由街道办事处或者乡、镇人民政府

设立的社会保障事务机构发放。根据上述规定,只要用人单位依法为劳

动者缴纳了工伤保险,即使用人单位解散、破产,仍然可以通过社会保障

继续保障一级至四级伤残职工的合法权益。但本案中,北峰杰公司未履

行缴纳工伤保险的法定义务,该公司注销后,寇某昌的工伤保险待遇支付

无法实现社会化,而北峰杰公司在办理注销登记前又没有依法进行清算, 根据前述公司法及劳动法律法规的规定,应当由股东承担向寇某昌支付

工伤保险待遇的义务。

二、未经工商变更登记的股权转让效力问题

我国公司法对工商登记是否为股权转让合同和股权转让发生效力的

要件并未作出规定,通说认为办理工商变更登记是股权转让的法定程序, 而非股权转让合同的生效要件。实际上,工商登记仅是公司股权发生变

化后的对外公示程序,属于形式要件。而商法的一项重要基本原则即维

护交易安全,公示主义和外观主义就是维护交易安全的基本表现形式,公

示主义主要体现为公司登记、信息公开等。正因如此,对于第三人或者

公司的相对人而言,考虑到形式要件的对外功能,根据上述公示主义和外

观主义的原则,股东变更未经工商登记的,不得对抗第三人。

本案中,刘某丰即抗辩其已将股权转让给案外人,其与北峰杰公司已

经没有任何关联,并提交了股权转让协议等证据。但刘某丰所述之股权

转让并未进行工商变更登记,因此寇某昌向其主张权利时,上述股权转让

协议无法对抗第三人寇某昌,且在工商注销登记时,亦应当以登记的股东

刘某丰作为唯一的股东办理相关清算、注销手续。也正是考虑到未经变

更登记的股权转让协议无法对抗第三人,法院最终判决由刘某丰承担赔

偿寇某昌工伤保险待遇的责任。

三、关于双方就工伤赔偿达成协议的效力认定

用人单位和劳动者签订的和解协议效力的认定,2009年北京市高级

人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会作出的《关于劳动争议案件法律

适用问题研讨会会议纪要》曾规定,用人单位与劳动者解除或者终止劳

动合同时,自愿签订的和解协议,不违反法律和行政法规的强制性规定, 在履行完毕后,一方当事人反悔,主张双方约定无效的,一般不予支持。

但协议中双方的权利义务明显失衡,仲裁委或人民法院可予以适当调

整。用人单位与劳动者就工伤保险待遇达成的协议在履行完毕后,劳动

者以双方约定的给付标准低于法定标准为由,在仲裁时效内要求用人单

位按照法定标准补足差额部分的,应予支持。2010年出台的《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示公平情形,当事人请求撤销的,人

民法院应予支持。上述司法解释从程序、适用情形、法律后果等方面作

出了更完善的规定。总体而言,在处理双方签订的和解协议效力案件中, 目前的司法尺度为充分尊重并维护双方协议约定的效力,除法定情形外

不宜撤销双方的和解协议。值得注意的是,前述会议纪要单独将工伤赔

偿案件作为一种特殊情形,专门规定了对工伤赔偿协议效力的认定条款, 这是充分考虑工伤职工权利保护的特殊性而决定的,而从司法解释的规

定来看,也提出了显失公平情形下协议的撤销权。而对于显失公平的理

解,是指双方当事人的权利义务明显不对等,使一方遭受重大不利。其构

成要件为:双方当事人的权利义务明显不对等;这种不对等违反公平原

则,超过了法律允许的限度。

本案中,丰台区人民法院作出判决后,北峰杰公司注销,北峰杰公司

股东刘某丰与寇某昌达成了关于工伤赔偿的和解协议。该和解协议约定

刘某丰一次性向寇某昌赔偿工伤全部损失18万元,寇某昌不得就工伤再

次主张赔偿。但仅前述丰台法院判决书确定的截至2014年7月的工伤赔

偿总金额已经达到22万余元,根据寇某昌的年龄及其每月享有的伤残津

贴和护理费标准,2014年8月起至其死亡,其可能获得的工伤待遇将远远

超过18万元。在双方约定的赔偿金额尚不足以覆盖生效判决数额,且与

寇某昌可能获得的工伤待遇总额之间存在巨大差额的情况下,若按照双

方和解协议的约定,寇某昌不能再就工伤待遇主张赔偿,势必会侵害寇某

昌作为工伤职工的合法权益,构成双方权利义务的严重失衡,且远远超过

了法律允许的限度,该和解协议明显属于显失公平的情形,人民法院可以

撤销。而对于撤销的程序要求,合议庭认为从诉讼便利的角度出发,不必

要求当事人必须首先提出一个撤销之诉再主张后续的权利,只要在诉讼

请求中包含了协议应撤销的主张即可。故最终判决撤销双方签订的和解

协议,刘某丰应当按照法律规定向寇某昌支付相应工伤保险待遇。

编写人:北京市第一中级人民法院 刘佳洁

52用人单位未依法为职工缴纳社会保险应对职工

造成的损失承担赔偿责任

——俞某鑫诉莆田市涵江区私立银河学校劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省莆田市中级人民法院(2017)闽03民终2811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):俞某鑫

被告(上诉人):莆田市涵江区私立银河学校(以下简称银河学校)

【基本案情】

俞某鑫于2002年10月被银河学校聘用为幼教。双方于2015年6月12

日签订一份《教职工聘用合同书》,约定合同期限自2015年9月1日起至

2017年6月30日止,俞某鑫的工资构成为基本工资+课时补贴+奖金,其中

基本工资为每月1350元。在职期间,银河学校自2005年起为俞某鑫缴纳

职工基本养老保险至2016年2月底,且2017年1月之前,银河学校未为俞某

鑫缴纳职工基本医疗保险。2015年10月国庆休假期间,俞某鑫因身体不

适到莆田附属医院检查,发现有肿瘤,需要做手术。国庆休假过后,俞某

鑫又到福建医科大学附属协和医院检查,于2015年11月9日诊断为右乳

癌。俞某鑫于2015年10月开始未到银河学校上班,此期间银河学校亦停

发了俞某鑫的工资。患病期间,俞某鑫花费医疗费共计127280.58元,其

中俞某鑫自费支出89979.58元,向新农合机构报销37301元。俞某鑫认为

银河学校应当支付其2015年10月至今的工资,且银河学校未为其缴纳职

工基本医疗保险,导致其患病后无法向职工基本医疗保险机构核报医疗

费,故应当承担其自费支出的医疗费。银河学校认为俞某鑫属于自行离

职,不应支持其工资的诉讼请求,俞某鑫自行向新农合机构报销了37301

元,导致原本可向职工基本医疗保险核报的金额不明,应当由俞某鑫向保

险机构核报确定损失。

【案件焦点】

1.患病职工法定医疗期内病假工资保护问题;2.用人单位未依法为

职工缴纳社会保险,对职工造成的损失如何保护。

【法院裁判要旨】

福建省莆田市涵江区人民法院经审理认为:对于俞某鑫患病的事实, 银河学校应当知道。俞某鑫在聘用期内患病,银河学校理应予以关怀、

了解病情进展和治愈程度,待其痊愈及时通知履职。俞某鑫现尚处在法

定医疗期内,银河学校可及时催告俞某鑫补办相关病假手续,其认定俞某

鑫系自动离职,不符合法律规定,不予支持。因俞某鑫患右乳癌,符合

《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》规定的

特殊疾病,应当享受24个月的医疗期,故俞某鑫尚处于法定医疗期内。参

照《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十

九条的规定,银河学校主张应按涵江区月最低工资标准1350元支付俞某

鑫的病假期工资,于法有据,予以支持。经核算,俞某鑫的病假期工资为

1350元/月× 15个月=20250元(2015年10月至2017年1月5日)。《中华人

民共和国社会保险法》第五十八条第一款规定:“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。

未办理社会保险登记的,由社会保险经办机构核定其应当缴纳的社会保

险费。”银河学校应当为俞某鑫缴纳职工基本医疗保险,但其一直未按

规定缴纳,致使俞某鑫患病后无法向职工基本医疗保险机构核报医疗费, 只能向新农合机构报销,故银河学校应当赔偿该差额损失。经鉴定,俞某

鑫治疗费用中职工基本医疗保险可报销费用为85539.92元,且其已向新

农合机构报销医疗费37301元,因新农合与城镇职工基本医疗保险均具有

补偿性质,只能择一参保,不能重复享受待遇,故银河学校应当补足其中

的差额部分共计48238.92元。对俞某鑫要求超出的部分,本院不予支

持。

福建省莆田市涵江区人民法院依照《中华人民共和国社会保险法》

第五十八条第一款、第六十三条,参照原劳动部《关于贯彻〈企业职工

患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》、原劳动部《关于贯彻执行

〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十九条之规定,作出

如下判决:

一、银河学校应在本判决生效之日起五日内赔偿俞某鑫医疗费

48238.92元;

二、银河学校应在本判决生效之日起五日内支付给俞某鑫病假期工

资20250元;

三、驳回俞某鑫的其他诉讼请求。

银河学校不服一审判决,提起上诉。福建省莆田市中级人民法院经

审理认为:俞某鑫在与银河学校存在劳动关系期间患病,其依法享有法定

的医疗期和病假工资。银河学校主张其对俞某鑫的病情不知情,俞某鑫

系自动离职没有事实依据。医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停

止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。银河学校主张按照住院天数

计算医疗期没有法律依据,且其在一审已主张应按照最低工资标准计算

病假工资,一审采纳其主张进行判决亦不违反法律规定,现银河学校又主

张只能按照最低工资的80%计算,本院不予支持。根据社会保险法的相关

规定,用人单位应当依法为劳动者缴纳医疗保险。2017年1月前银河学校

未为俞某鑫缴纳医疗保险,导致2015年10月至2017年1月前俞某鑫患病所

花费的医疗费无法获得医保报销,故银河学校应当予以赔偿差额损失,一

审对此判决并无不当。银河学校在明确认可俞某鑫上述期间的医疗费无

法报销的情况下,却主张因其在2012年12月至2013年1月有为俞某鑫办理

医保登记故无需赔偿损失的理由不能成立,本院不予支持。

福建省莆田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】

随着经济体制改革的不断深化和产业结构的调整,我国劳动力供给

量过大,远远超过了就业需求量,劳动者的就业压力非常大。这种背景

下,劳动者就业方面的劣势地位日益突出,也间接导致了劳动者在劳动权

利受到侵害的情况下为了保住工作而放弃自身合法权益,从而放任用人

单位的侵权行为。因此,随着劳动争议案件日益增多,如何保护劳动者的

合法权益将关系到社会的稳定和经济的持续发展,也关系到我国依法治

国的进程。

用人单位侵害劳动者权益集中体现在工资待遇支付及社会保险费缴

纳方面。本案涉及劳动者病假期工资的问题和用人单位未缴纳医疗保险

给劳动者造成损失的赔偿问题。因劳动法律法规明确规定劳动者患病依

法享有法定的医疗期和病假工资,对该问题不再赘述。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“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”的规定,劳动者在用人单位工作期间,用人单

位未按照国家规定为劳动者缴纳基本医疗保险费,导致劳动者因病产生

的医疗费不能享受医保基金补贴,而职工医疗保险费属于预缴保险费又

不能实行补缴,必然造成劳动者的损失,为保护劳动者的合法权益,用人

单位应当予以赔偿。但若劳动者已自行参加农村医保,该损失如何赔偿

在实践中存在争议。一种意见认为,虽然劳动者和用人单位均未履行缴

纳职工基本医疗保险费义务,但劳动者已自行参加农村医保并已获得赔

偿,故不存在损失赔偿的问题;另一种意见认为,因职工医疗保险的补贴

高于农村医保的补贴,不能重复得到医保补贴,用人单位应对上述差额部

分进行赔偿。本判决采纳后一种意见。因用人单位未履行缴纳保险义务

造成职工损失,在法律没有明确规定的情况下,需寻求双方利益的平衡

点。劳动法律法规调整的是用人单位与职工的权利义务关系,用人单位

缴纳保险是法律的强制性规定,未履行义务造成的损失不能直接引用侵

权法律法规,《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)》第一条是对程序性问题的规定,旨在保护职工的利益不受

损失,也是对用人单位违反缴纳义务后的一种惩罚。故即使劳动者已自

行参加农保,用人单位仍应对其未履行法律强制义务给劳动者造成的损

失承担赔偿责任。

编写人:福建省莆田市涵江区人民法院 肖剑楠

53劳动者因用人单位未依法缴纳社保而导致医疗

保险待遇损失的认定

——深圳市玉禾田物业清洁管理有限公司厦门市分公司诉廖某泽劳

动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2018)闽02民终91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):深圳市玉禾田物业清洁管理有限公司厦门市分公

司(以下简称玉禾田厦门分公司)

被告(上诉人):廖某泽

【基本案情】

廖某泽于2015年3月1日入职玉禾田厦门分公司从事保洁工作,玉禾

田厦门分公司未为廖某泽办理社保登记并缴纳社保费用。2016年6月2

日,廖某泽因突发疾病至厦门市中医院住院治疗,后于2015年7月18日出

院、期间住院47天;廖某泽上述住院治疗期间共自付医疗费95025.34元, 其中急诊医疗费2422.9元、住院医疗费92602.44元。廖某泽在玉禾田厦

门分公司实际工作至2016年6月2日,之后因发病、治疗未再回玉禾田厦

门分公司上班。廖某泽曾就其2016年6月2日突发疾病事宜向有关部门申

请认定工伤,但已生效的法律文书认定廖某泽2015年6月2日入院治疗的

原因并非工伤。

另查明,《厦门市2015年度外来从业人员医疗保险划拨与待遇》规

定:缴费基数为上年度全市职工月平均工资的60%、3036.6元,缴费比例

为6%、182.19元(其中单位4%、121.46元,个人2%、60.73元),每月划拨

金额为个人账户92.65元、健康账户16.67元;具体医疗保险待遇为:门诊

医疗费——先由个人账户支付,个人账户支付完,在个人支付限额内的医

保范围内费用由医保统筹支付70%,个人自付30%;住院医疗费——每次住

院先由个人医疗账户、本人健康账户、家庭医疗共济网的资金或现金支

付住院级别的住院起付标准,其余在个人支付限额内的医保范围内费用

由医保统筹支付85%、个人现金自付15%;医保统筹支付最高限额为10万

元,其中连续参保半年以内,门诊和住院最高限额比例为30%即3万元。

本案审理过程中,玉禾田厦门分公司申请对廖某泽2015年6月2日至

2015年7月18日在厦门市中医院住院治疗期间产生的医疗费95025.34元

中的非医保费用数额进行鉴定。本院依法同意并委托福建鼎力司法鉴定

中心厦门分所对上述事项进行鉴定,后该所于2017年7月13日作出[2017]

临证字第555号《法医临床司法鉴定意见书》,鉴定意见为:廖某泽医疗

费95025.34元中的非医保费用为34032.11元。

【案件焦点】

玉禾田厦门分公司是否应赔偿廖某泽未享受的医疗保险待遇损失。

【法院裁判要旨】

湖里区人民法院认为:《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。本

案中,玉禾田厦门分公司作为用人单位,在廖某泽于2015年3月1日入职

后,未依法为其办理社保登记手续并缴纳社保费用,导致其2015年6月2日

至2015年7月18日期间因病住院后无法享受相应的医疗保险待遇,依法应

对廖某泽由此产生的实际损失承担赔偿责任。廖某泽系于2015年3月1日

入职、2015年6月2日住院治疗、2015年7月18日治愈出院,而廖某泽并未

举证证明其系具有本市城镇户籍的从业人员且已在厦门市连续参保,故

参照《厦门市2015年度外来从业人员医疗保险划拨与待遇》的相关规

定,即使玉禾田厦门分公司在廖某泽入职当月即为其依法办理社保登记

并缴纳社保费用,截至2017年7月(连续参保5个月),廖某泽因门诊和住院

实际可享受的医保统筹支付最高限额比例亦仅为3万元(连续参保半年以

内的标准);至于截至2015年7月,廖某泽因玉禾田厦门分公司未依法为其

缴纳社保费用而产生的个人账户及健康账户划拨款项等损失,因双方后

续社保费用的缴纳、补缴、划拨等相关事宜尚未发生,廖某泽是否会实

际产生损失尚无法确定,故廖某泽应待上述损失实际发生后另行主张。

因经鉴定廖某泽2015年6月2日至2015年7月18日在厦门市中医院住院治

疗期间产生的医保范围内的费用为60993.23元,已超过前述本院认定的

廖某泽依法可享受的医保统筹支付的最高限额,故本院认定廖某泽2015

年6月2日至2015年7月18日患病住院治疗期间,实际因玉禾田厦门分公司

未依法为其办理社保登记并缴纳社保费用产生的医疗费损失为30000元, 玉禾田厦门分公司对此应承担赔偿责任。据此,依照《中华人民共和国

社会保险法》第五十八条、第六十三条,《中华人民共和国劳动争议调

解仲裁法》第六条之规定,判决:

玉禾田厦门分公司应于本判决生效之日起十日内,支付廖某泽医疗

费损失30000元。

宣判后,廖某泽提起上诉,二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

司法实践中,用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险的情形时有发

生,而该情形必将导致劳动者无法享受包括医疗保险待遇在内的相关社

会保险待遇,故人民法院对于劳动者所主张的相关社会保险待遇损失,应

依法予以审查、认定。

首先,社会保险待遇纠纷最核心的问题就是人民法院的司法权与社

会保险征缴部门的行政权如何分工,即何种纠纷属于劳动争议,应向劳动

仲裁机构或人民法院提出;何种纠纷不属于劳动争议,应向社会保险征缴

部门提出。《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。由此,相关司法解释

已明确将全部社会保险待遇损失的赔偿纳入诉讼解决,但依法应当具备

以下三个条件:一是用人单位未为劳动者办理社会保险手续,二是社会保

险经办机构不能补办,三是因不能补办导致劳动者无法享受社会保险待

遇而遭受损失。

其次,在满足以上三个条件后,有关医疗保险待遇损失的赔偿标准, 又应如何确定?笔者认为,劳动者可依法主张的医疗保险待遇损失,并不

同于其实际已产生的相关医疗费用,该待遇损失应当严格依照假定用人

单位依法缴纳社会保险、劳动者依法实际可享受的医疗保险待遇标准进

行核算:第一,《中华人民共和国社会保险法》第二十八条规定:“符合

基本医疗保险药品目录、诊疗项目、医疗服务设施标准以及急诊、抢救

的医疗费用,按照国家规定从基本医疗保险基金中支付”,故劳动者主张

的相关医疗保险待遇损失范围,应当限于基本医疗保险基金按照国家规

定所应支付的部分,即医保统筹支付部分;第二,《中华人民共和国社会

保险法》第二十六条规定:“职工基本医疗保险、新型农村合作医疗和

城镇居民基本医疗保险的待遇标准按照国家规定执行”,故劳动者主张

的相关医疗保险待遇损失数额,应当限于劳动者根据国家有关基本医疗

保险规定可实际享受的待遇标准,即医保统筹支付限额。劳动者主张的

医疗保险待遇损失超出上述两部分的,依法不应予以支持。

最后,结合本案的医疗保险待遇损失纠纷,玉禾田厦门分公司作为用

人单位,在廖某泽入职后未依法为其办理社保登记手续并缴纳社保费用, 导致其后续生病住院后无法享受相应的医疗保险待遇,依法应对廖某泽

由此产生的实际损失承担赔偿责任。虽然廖某泽住院治疗期间自付的医

疗费数额达95025.34元之多,但一方面,经鉴定其医保范围内的医疗费用

仅为60993.23元;另一方面,廖某泽并未举证证明其系具有本市城镇户籍

的从业人员及已在厦门市连续参保达半年以上,而根据《厦门市2015年

度外来从业人员医疗保险划拨与待遇》的规定,即使玉禾田厦门分公司

在廖某泽入职当月即为其依法办理社保登记并缴纳社保费用,截至廖某

泽2017年7月出院(连续参保5个月),廖某泽因门诊和住院实际可享受的

医保统筹支付最高限额比例亦仅为3万元(连续参保半年以内的标准)。

因此,根据前述医疗保险待遇损失范围及数额的界定原则,本院依法判令

玉禾田厦门分公司仅就廖某泽实际可享受的医保统筹支付最高限额3万

元承担赔偿责任。

编写人:福建省厦门市湖里区人民法院 田炜

54单位因挂靠关系而承担工伤保险责任情形下不

存在劳动者提出解除劳动关系的逻辑前提

——淄博驰程运输有限公司张店分公司诉李某新劳动争议案

【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3599号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):淄博驰程运输有限公司张店分公司(以下简称驰程运

输)

被告(被上诉人):李某新

第三人(被上诉人):王某亮

【基本案情】

李某新在监督挂靠于驰程运输名下的鲁CB98××号汽车装运硫酸过

程中受伤。人社部门认定李某新为工伤,驰程运输为承担工伤保险责任

的单位。后经鉴定李某新的劳动功能障碍程度为九级,无生活自理障

碍。被告以因原告未给其购买工伤保险,原告应作为承担工伤保险责任

单位为由申请劳动仲裁,要求原告承担工伤保险责任。劳动仲裁部门裁

决原告支付被告停工留薪期工资21600元、住院伙食补助费264元、一次

性伤残补助金32400元、一次性工伤医疗补助金29512元、一次性伤残就

业补助金50592元。原告不服该裁决,提起诉讼主张其与被告无劳动合

同,也没有事实上的劳动关系,因此无义务为被告缴纳劳动保险,在被告

受伤后,原告也无义务为此承担劳动保险责任,为此要求判决原告不支付

被告停工留薪工资21600元、住院伙食补助费264元、一次性伤残补助金

32400元、一次性工伤医疗补助金29512元、一次性伤残就业补助金

50592元。被告李某新辩称,仲裁裁决符合法律规定,请求依法支持。第

三人王某亮述称,同意原告的诉讼请求及事实和理由。

【案件焦点】

驰程运输应否对李某新承担工伤保险责任,其以李某新未提供解除

劳动合同的证据为由主张不支付一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就

业补助金是否成立。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市张店区人民法院经审理认为:李某新被认定为工伤,驰

程运输为承担李某新工伤保险责任的单位,已由劳动行政部门作出认定, 予以认可。因李某新申请仲裁时主张一次性工伤医疗补助金、一次性伤

残就业补助金,且仲裁裁决支持其申请,现驰程运输以李某新未提供解除

劳动合同的证据为由要求不支付一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就

业补助金的辩解理由不成立,不予采信。据此,一审判决:

驰程运输向李某新支付停工留薪期工资21600元、住院伙食补助费

264元、一次性伤残补助金32400元、一次性工伤医疗补助金29512元、

一次性伤残就业补助金50592元。

驰程运输上诉,称李某新系由王某亮雇用管理并发放工资,李某新受

伤后应向王某亮主张权利,与驰程运输无关;因李某新未与王某亮解除事

实劳动关系,故李某新不应获赔一次性工伤医疗补助金及一次性伤残就

业补助金。山东省淄博市中级人民法院认为:关于工伤责任主体问题,驰

程运输应对李某新所受伤害承担工伤保险责任的事实已由工伤行政部门

作出生效认定,具有法律效力,应予采信,原审认定的工伤保险责任主体

准确,并无不当。驰程运输以李某新系由王某亮雇用管理为由,主张王某

亮应系本案工伤保险责任主体,该主张不能成立,依法不予采信。关于工

伤待遇项目问题。本案中,李某新主张的一次性工伤医疗补助金、一次

性伤残就业补助金均系法定工伤待遇,驰程运输作为工伤保险责任主体, 应予赔偿。相关法律虽规定一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补

助金的支付前提系劳动者提出与用人单位解除劳动关系,但因驰程运输

在本案承担工伤保险责任系基于法律对挂靠关系的特殊规定,而非基于

双方之间存在劳动关系,故李某新在主张上述两项工伤待遇时并不存在

解除劳动关系的逻辑前提。一审判决认定事实清楚,适用法律正确,应予

维持。二审判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案主要涉及的问题在于,在单位因挂靠关系而承担工伤保险责任

的情形下,是否存在劳动者提出解除劳动关系的逻辑前提。具体而言就

是此情形下劳动者主张一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金

是否需要劳动者提出解除劳动关系。

本案中涉案的鲁CB98××号汽车挂靠于驰程运输名下,而实践中像

这样的机动车挂靠某一单位进行经营的方式也较为常见。在这种经营模

式下,挂靠人(通常是个人)出资购买机动车辆,系车辆的实际所有权人, 而被挂靠单位则是车辆的登记车主,挂靠人以被挂靠单位的名义从事经

营。而在挂靠人雇用的人员因工受伤后,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》(以下简称《规定》)第三条的规

定,被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。但对于单位因挂靠关系而

承担工伤保险责任的情形而言,此情形下是否还需要以劳动者解除劳动

关系为前提,因《规定》对此未再明确规定,实践中当事各方对此也往往

各执一词。本案即是如此。本案中驰程运输主张李某新未与王某亮解除

事实劳动关系,而相关法律规定一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就

业补助金的支付前提系劳动者提出与用人单位解除劳动关系,故李某新

不应获赔一次性工伤医疗补助金及一次性伤残就业补助金。但本案经过

一审、二审诉讼,法院并未采纳驰程运输的主张,而是最终确认驰程运输

承担工伤保险责任系因法律对挂靠关系的特殊规定,而非基于双方之间

存在劳动关系,故李某新在主张工伤待遇时并不存在解除劳动关系的逻

辑前提。

应当说本案中人民法院认定单位在因挂靠关系而承担工伤保险责任

情形下不存在解除劳动关系的逻辑前提是正确的。这是因为,《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……(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……”该规定

首次以司法解释的形式确定了不等同于“用工单位”的“承担工伤保险

责任单位”这一概念,同时该规定明确了“转包关系”和“挂靠关

系”中职工和承担工伤保险责任的用人单位之间并不存在真实的劳动关

系,该工伤认定不以是否存在真实劳动关系为前提。因为该项规定是从

有利于作为弱势群体的劳动者的权利角度出发,并“不以是否存在真实

劳动关系为前提,这是对工伤保险条例将劳动关系作为工伤认定前提的

一般规定之外的特殊情形处理” [[10]](#p303)。也就是说,一般情形下认定单位

承担工伤保险责任的前提是双方必须存在劳动关系,而《规定》第三条

第一款第五项的规定对此实际上是有所突破的,即在其规定的情形下即

使双方不存在劳动关系,也可认定由被挂靠单位承担工伤保险责任,其目

的就在于更好地维护作为弱势群体的受害人的权益。不过由于挂靠关系

中挂靠人聘用的人员和承担工伤保险责任的被挂靠单位之间并不存在真

实的劳动关系,这样处理工伤问题虽然有利于保护受害人的合法权益,但

在责任承担上会出现免除实际侵权人赔偿责任的不公平现象,为此《规

定》第三条在其第一款第五项规定由被挂靠单位承担工伤保险责任的同

时,也在其第二款明确规定了被挂靠单位在承担了工伤保险责任后可向

实际侵权人行使追偿权。[[11]换](#p303)句话说,对于车辆实际所有人聘用的人

员而言,真正的用工主体仍然是对其进行管理并支付劳动报酬的车辆实

际所有人,被挂靠单位并非其用工主体。只不过是为了保护在工作中受

害的聘用人员的合法权益,才让被挂靠单位承担工伤保险责任,而这种责

任只是一种替代责任,被挂靠单位在承担工伤保险责任后有权依法追

偿。所以说在个人车辆挂靠单位经营的情形下,被挂靠单位根据《规

定》承担工伤保险责任并非基于车辆实际所有人聘用的人员与被挂靠单

位之间存在劳动关系,车辆实际所有人聘用的人员向被挂靠单位主张一

次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金等法定工伤待遇亦不存在

劳动者提出解除劳动关系的逻辑前提。

具体到本案中,王某亮将车辆挂靠于驰程运输名下,由王某亮对外经

营运输服务,王某亮聘用李某新从事押运工作。虽然一次性工伤医疗补

助金、一次性伤残就业补助金的支付前提系劳动者提出与用人单位解除

劳动关系,而李某新与驰程运输之间并不存在劳动关系,但实际车主王某

亮将个人车辆挂靠于驰程运输并对外经营运输服务,王某亮与李某新之

间又存在聘用关系。根据《规定》,李某新发生工伤后,被挂靠单位即驰

程运输应当承担工伤保险责任。但驰程运输在本案承担工伤保险责任系

基于法律对挂靠关系的特殊规定,而非基于双方之间存在劳动关系,故李

某新在主张上述两项工伤待遇时并不存在提出解除劳动关系的逻辑前

提。

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

55私了协议是否对工伤待遇有效

——北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司诉王某虎劳动

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(2017)京03民终7868号民事裁定书

2.案由:劳动争议纠纷

3.诉讼双方

原告(上诉人):北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司

被告(被上诉人):王某虎

【基本案情】

被告于2013年6月5日入职原告,担任保安岗位,月工资2200元;被告

主张其于2013年11月9日在送餐时摔伤,双方于2015年3月30日签订《协

议书》,约定:原告一次性给付被告4800元,被告明确知道根据《中华人

民共和国劳动法》与《中华人民共和国劳动合同法》等相关法律规定可

以得到更多补偿,但本人自愿放弃并承诺与原告无任何劳动关系及工

资、补偿金、赔偿金等相关争议……2015年6月5日北京市朝阳区人力资

源和社会保障局作出《认定工伤决定书》,认定其为工伤,受伤部位为: 腰二椎体爆裂骨折、右肩胛骨骨折;2015年7月28日北京市朝阳区劳动能

力鉴定委员会作出《劳动能力鉴定、确认结论通知书》,根据其受伤情

况确认其达到职工工伤与职业病致残等级标准八级,并下发《工伤

证》。经核准,被告一次性伤残补助金为34474元、一次性医疗补助金

为58167元。原告未为被告缴纳工伤保险。2015年9月28日,被告以原告

未缴纳社保、拖欠工资为由提出解除劳动关系。

被告就本案劳动争议向北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会(以

下简称朝阳仲裁委)提出仲裁申请,要求原告支付相关工伤待遇费用,仲

裁委作出仲裁裁决,支持被告请求,原告不服该仲裁裁决,诉至法院,认为

在被告发生工伤后,双方已达成协议,原告已支付给被告4800元作为劳动

关系终止的补偿,被告也予以认可,并承诺了与原告再无任何争议,双方

对协议结果都予以签字认定,双方的劳动争议也已经得到了解决,所以不

应该支付被告工伤待遇费用,其向法院提出诉讼请求:1.不支付被告2013

年11月10日至2014年5月8日停工留薪期工资13098.85元;2.不支付被告

一次性伤残补助金34474元、一次性工伤医疗补助金58167元、一次性伤

残就业补助金58167元。

【案件焦点】

用人单位和劳动者在发生工伤后签订私了协议,该协议是否有效。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:双方就仲裁裁决的劳动关系存

续期间均无异议,法院予以确认。

虽然双方就无争议问题签订了《协议书》,但该协议书签订的日期

为2015年3月30日,而被告的工伤认定发生于2015年6月5日,晚于上述协

议书的签订,故已支付的补偿不应包括被告应享受的工伤待遇,故原告应

向被告支付6个月的停工留薪期工资、一次性伤残补助金、一次性工伤

医疗补助金、一次性伤残就业补助金。仲裁裁决计算数额符合法律规

定,法院予以确认。

依照《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》第三十三条之规定,判决如下:

一、确认原告北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司与被

告王某虎于2014年3月26日至2015年3月30日期间存在劳动关系; 二、原告北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司于本判决

生效之日起三日内给付被告王某虎2013年11月10日至2014年5月8日停工

留薪期工资13098.85元;

三、原告北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司于本判决

生效之日起三日内给付被告王某虎一次性伤残补助金34474元、一次性

工伤医疗补助金58167元、一次性伤残就业补助金58167元; 四、驳回原告北京戮力达停车场管理有限责任公司朝阳分公司的诉

讼请求。

判决书送达后,原告不服,上诉至北京市第三中级人民法院。二审期

间,原告撤回上诉。

【法官后语】

劳动者在发生工伤后,用人单位为了杜绝“后顾之忧”,于是私下和

劳动者签订协议,一次性解决双方已经产生或将会产生的纠纷,意欲涵盖

所有基于劳动关系产生的所有纠纷。这种私了协议的赔偿数额往往比

《工伤保险条例》所确定的工伤赔偿数额低,因而纠纷依然不可避免地

被引发。

一方面,《中华人民共和国劳动法》第五十七条规定,国家部门、有

关部门和用人单位应当依法对劳动者在劳动过程中发生的伤亡事故和劳

动者的职业病状况进行统计、报告和处理。由于工伤的认定和工伤赔偿

是国家强制执行的范围,须通过劳动保障部门来处理,协议在一定程度上

破坏了国家关于伤亡事故报告和处理制度,从这个角度看似乎协议应该

为无效。另一方面,《中华人民共和国劳动法》第七十七条第一款规

定:“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲

裁、提起诉讼,也可以协商解决。”《工伤保险条例》第五十四条规

定:“职工与用人单位发生工伤待遇方面的争议,按照处理劳动争议的有

关规定处理。”从这个角度理解,一定程度上应该尊重用人单位和劳动

者的自主合意,那么协议也有可能是有效的。在司法实践中,不应该“一

刀切”来认定双方的协议对于工伤待遇是否有效或者无效,应该具体进

行审查,在审判过程中应该注意把握以下几点:

1.工伤发生后,用人单位是否向劳动保障部门申报认定工伤。若用

人单位并未给劳动者申报认定工伤,而以协议的方式笼统地一次性解决

双方的纠纷,一方面逃脱了劳动监管部门的监管,另一方面也损害了劳动

者的健康权利,很容易造成劳动者在对工伤待遇相关数额并不知情的情

况下签订了协议。因而,若在工伤认定前就签订了协议的,一般应认定该

协议无效。

2.双方签订协议的数额是否明显低于法定工伤待遇的标准。若用人

单位和劳动者签订的协议约定的赔偿金额明显低于法定的工伤待遇标

准,应当认定该协议无效,应该按照法定的工伤待遇标准支付劳动者工伤

待遇。

3.协议是否有具体的条款约定。若协议已经具体明确约定款项中包

含劳动者的工伤待遇,并且数额没有明显低于法定的工伤待遇标准的,在

向劳动者充分释明后,即便未先经过工伤认定,该协议也应认定有效。原

因在于,工伤赔偿程序周期较长,使得劳动者不能及时得到赔偿和救助, 同时社会资源也在一定程度上被占用了。所以合理合法的协议约定在一

定程度上可以及时维护劳动者权益,这种情况下应该认定为有效。

具体到本案中,首先,劳动者和用人单位协议签订在工伤认定之前,

[劳动者在一定程度上对自己的工伤待遇标准处于不知情的状态;其次,该](#p271)

[协议约定款项为4800元,远远低于劳动者应当获得的工伤待遇赔偿;最](#p271)

[后,用人单位并未为劳动者缴纳工伤保险,因而,双方签订的协议应当是](#p271)

[无效的,用人单位应当按照核定的工伤待遇标准支付给劳动者应享有的](#p271)

[工伤待遇。](#p271)

[综上,在审理此类案件时,应当把握法律强制性规定和双方自主合意](#p271)

[的统一协调,同时还应考虑到当事人的救济效率最大化、社会资源占用](#p271)

[最小化的实现。](#p271)

[编写人:北京市朝阳区人民法院 孙霜悦](#p271)

[[1].《中华人民共和国社会保险法》第二条规定,国家建立基本养老保](#p270)

[险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度,](#p270)

[保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会](#p270)

[获得物质帮助的权利。](#p270)

[[2].郭捷主编:《劳动法与社会保障法》,法律出版社2011年版,第369](#p270)

[页。](#p270)

[[3].《工伤保险条例》第六十二条第二款规定,依照本条例规定应当参](#p271)

[加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的,由该用人单](#p271)

[位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。](#p271)

[[4].吴亚伟:《我国工伤保险伤残待遇水平地区差异及成因研究》,华东](#p271)

[师范大学2016年硕士学位论文。](#p271)

[[5].参见《工伤保险条例》第二十一条、第二十二条第二款。](#p271)

[[6].《工伤保险条例》第三十七条规定,职工因工致残被鉴定为七级至](#p271)

[十级伤残的,享受以下待遇:(一)从工伤保险基金按伤残等级支付一次性](#p271)

伤残补助金,标准为:七级伤残为13个月的本人工资,八级伤残为11个月

的本人工资,九级伤残为9个月的本人工资,十级伤残为7个月的本人工

资;(二)劳动、聘用合同期满终止,或者职工本人提出解除劳动、聘用合

同的,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次

性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的

具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

[[7].参见《上海市工伤保险实施办法》第四十条、第四十一条。](#p272)

[[8].黄晶:《超龄劳动者工伤保险待遇问题》,载《辽宁科技大学学报》](#p273)

[2010年第2期。](#p273)

[[9].郑尚元:《企业职工退休金请求权即权利塑造》,载《清华法学》](#p273)

[2009年第9期。](#p273)

[[10].马永欣、李涛、杨科雄:《〈最高人民法院关于审理工伤保险行政](#p296)

[案件若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民法院报》2014年8月21](#p296)

[日,第4版。](#p296)

[[11].《规定》第三条第二款规定:“前款第四、五项明确的承担工伤保](#p297)

[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](#p297)

[工伤保险待遇后,有权向相关组织、单位和个人追偿。”](#p297)

七、劳动争议仲裁

56如何认定未休年休假工资报酬仲裁时效的起算

点

——谢某奇诉北京北内柴油机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(2017)京02民终6123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):谢某奇

被告(上诉人):北京北内柴油机有限责任公司

【基本案情】

谢某奇1979年11月参加工作,于2005年入职北京北内柴油机有限责

任公司(以下简称北内柴油机公司),双方签订有书面劳动合同,最后工作

至2016年7月8日。2016年7月4日,谢某奇以北内柴油机公司为被申请人

申请仲裁,请求北内柴油机公司支付2005年1月1日至2016年7月8日未休

年休假工资63442.5元及2005年1月1日至2016年7月8日休息日加班工

资3000元。仲裁委员会作出裁决:北内柴油机公司支付谢某奇2014年1

月1日至2015年12月31日未休年假工资4185.97元及2014年1月1日至2015

年12月31日休息日加班工资2319.23元。

谢某奇主张其1979年11月参加工作,每年应享受15天的年休假,2008

年至2016年期间未休年休假,工作期间存在休息日加班,北内柴油机公司

应支付其未休年休假工资、2005年至2013年及2016年加班费。北内柴油

机公司主张谢某奇2014年加班7天,倒休3天,2015年加班6.5天,倒休4天, 谢某奇2015年之前每年年休假为5天,2015年及2016年每年年休假为10

天,对谢某奇2014年的年休假情况不清楚,2015年谢某奇自愿放弃休

假,2016年谢某奇已休年休假6天;北内柴油机公司于仲裁阶段主张谢某

奇未休2014年年休假。

【案件焦点】

谢某奇于2016年7月4日申请仲裁时其关于2014年未休年休假工资报

酬的主张是否超出一年的仲裁时效期间。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为,根据《中华人民共和国劳动争

议调解仲裁法》第二十七条第一款之规定,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,谢某奇于2016年7月4日申请仲裁,其要求北内柴油机公

司支付其2008年至2013年期间的未休年休假工资已经超过仲裁时效,北

内柴油机公司对此亦提出时效抗辩,故谢某奇要求支付2008年至2013年

期间未休年休假工资的诉讼请求缺乏依据,本院不予支持。北内柴油机

公司主张其不清楚谢某奇2014年年休假情况,但该主张与其在仲裁阶段

关于谢某奇2014年年休假未休的主张不一致,且未就谢某奇2014年年休

假的情况提供充分的证据予以证明,应承担举证不能的不利后果,故本院

对谢某奇关于其未休2014年年休假的主张予以采信。北内柴油机公司主

张谢某奇自愿放弃2015年年休假,但未能提供证据予以证明,应承担举证

不能的不利后果。北内柴油机公司主张谢某奇2016年已休年休假6天,但

未提供充分的证据予以证明,谢某奇对此亦不予认可,应该承担举证不能

的不利后果。谢某奇每年应休年休假天数为15天,故北内柴油机公司应

支付谢某奇2014年1月1日至2016年7月8日期间未休年休假工资13288.02

元。

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)》第九条“劳动者主张加班费的,应当就加班事实的存在承担举

证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据,用人

单位不提供的,由用人单位承担不利后果”之规定,谢某奇应当对其主张

的加班事实承担举证责任。北内柴油机公司与谢某奇均认可仲裁裁决第

二项即北内柴油机公司应支付谢某奇2014年1月1日至2015年12月31日休

息日加班工资2319.23元,本院对此予以确认。谢某奇关于要求支付其

2005年1月1日至2013年12月31日及2016年1月1日至2016年7月8日期间休

息日加班工资的诉讼请求,证据不足,本院不予支持。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

条,《企业职工带薪年休假实施办法》第三条,《企业职工带薪年休假实

施办法》第十二条及《北京市工资支付规定》第二十七条之规定,作出

如下判决:

一、北内柴油机公司于本判决生效之日起七日内支付谢某奇2014年

1月1日至2016年7月8日未休年休假工资13288.02元; 二、北内柴油机公司于本判决生效之日起七日内支付谢某奇2014年

1月1日至2015年12月31日休息日加班工资2319.23元; 三、驳回谢某奇的其他诉讼请求。

北内柴油机公司不服原审判决,提起上诉。北京市第二中级人民法

院经审理认为,双方当事人对北内柴油机公司应当支付谢某奇2014年4月

1日至其离职前的休息日加班工资2319.23元均未提起上诉,本院对此不

持异议并予以确认。关于未休年休假工资,依据法律对于劳动争议申请

仲裁时效的规定以及未休年休假工资的支付期间和方式,一审法院认定

谢某奇主张2014年度未休年休假的工资未超出仲裁时效期间并无不当。

本院对北内柴油机公司关于不应支付谢某奇2015年之前的年假工资的上

诉请求不予支持。本院二审期间,北内柴油机公司认可2015年及2016年

谢某奇的年休假为15天,但主张2016年谢某奇已经休年假6天,分别为

2016年5月31日至6月3日、6月6日以及6月30日,并主张上述期间的年休

假工资应予扣减。谢某奇对此不予认可,因北内柴油机公司并未提交证

据证明上述时间内,谢某奇是因为休年假而未予出勤,本院对其谢某奇已

休6天年假的主张不予采信。一审法院核算的谢某奇未休年休假工资数

额并无不当,本院应予确认。北内柴油机公司的上诉请求不能成立,应予

驳回。一审判决认定事实清楚,适用法律正确,本院予以维持。

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:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案主要争议焦点在于谢某奇关于2014年未休年休假工资的请求是

否超过仲裁时效,即谢某奇于2016年7月4日申请仲裁时其关于2014年未

休年休假工资报酬的主张是否超出一年的仲裁时效期间。

我国《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。对劳动者应休未休的年休假天数,单位应当按

照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。劳动者要求用人单位

支付其未休带薪年休假工资中法定补偿(200%福利部分)诉请的仲裁时效

期间为一年,从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。根

据《职工带薪年休假条例》第五条第一款、第二款的规定,单位根据生

产、工作的具体情况,并考虑职工本人意愿,统筹安排职工年休假。年休

假在一个年度内可以集中安排,也可以分段安排,一般不跨年度安排。单

位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的,可以跨一个年

度安排。《企业职工带薪年休假实施办法》第九条规定:“用人单位根

据生产、工作的具体情况,并考虑职工本人意愿,统筹安排年休假。用人

单位确因工作需要不能安排职工年休假或者跨1个年度安排年休假的,应

征得职工本人同意。”从上述两条规定可知,考虑年休假可以集中、分

段和跨年度安排的特点,故劳动者每年未休带薪年休假应获得年休假工

资报酬的时间从第二年的12月31日起算。因此,未休带薪年休假的工资

报酬应当适用仲裁时效“宽松一年时效说”。

本案中,北内柴油机公司主张谢某奇于2016年7月4日申请仲裁,其关

于2014年及之前的年休假工资请求均已经超过一年的仲裁时效期间,不

应得到支持。依据法律对于劳动争议申请仲裁时效的规定以及未休年休

假工资的支付期间和方式,谢某奇关于2014年未休年休假应获得年休假

工资报酬的时间应该是从第二年的12月31日起算,也就是从2015年12

月31日起算,该起算点在谢某奇2016年7月4日提请仲裁的一年时效期间

内,故谢某奇2014年未休年休假工资报酬未超出一年的仲裁时效。在该

期间内,谢某奇是否休了年休假应当由单位负举证责任,北内柴油机公司

于仲裁阶段认可谢某奇2014年未休年休假,应当支付谢某奇2014年未休

年休假工资报酬。

该案在审理中对劳动者的未休年休假工资报酬适用了仲裁时效“宽

松一年时效说”,也符合现在大多数的审判思路和观点。值得注意的是, 关于未休年休假工资报酬应当考虑年休假可以集中、分段和跨年度安排

的特点,从第二年的12月31日起算,不能简单地适用一年的仲裁时效。

编写人:北京市丰台区人民法院 全敏敏

57劳动关系转为劳务关系的,劳动报酬仲裁时效何

时起算

——北京倪氏海泰餐饮有限公司诉赵某香劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终7523号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(原审原告):北京倪氏海泰餐饮有限公司(以下简称倪氏海泰

公司)

被上诉人(原审被告):赵某香

【基本案情】

赵某香于1962年8月7日出生,为农业户口,赵某香于2005年11月3日

入职倪氏海泰公司,工作至今,倪氏海泰公司从未为赵某香缴纳社会保

险。

赵某香于2017年7月17日以要求倪氏海泰公司支付2005年11月3日至

2017年6月30日期间未缴纳的养老保险赔偿金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,该委作出不予受理案件的决定,赵某

香不服该决定,向北京市海淀区人民法院起诉。

倪氏海泰公司抗辩赵某香于2012年8月7日达到法定退休年龄,双方

劳动关系于该日终止,之后,双方形成劳务关系。赵某香应当在劳动关系

终止之日起一年内主张劳动报酬,而被上诉人于2017年7月17日主张,明

显超过一年时效,故倪氏海泰公司无需支付养老保险赔偿金。

【案件焦点】

劳动关系转化为劳务关系,但劳动者提供劳动一直处于延续且无间

断的状态,就拖欠劳动报酬发生争议的,仲裁时效期间何时起算。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院认为:2005年11月3日到2012年8月7日期间, 双方存在劳动关系。因倪氏海泰公司在双方劳动关系存续期间未为赵某

香缴纳养老保险,且赵某香系农业户籍,倪氏海泰公司应向赵某香支付未

缴纳养老保险的赔偿金。2012年8月7日之后,赵某香仍在倪氏海泰公司

工作,双方之间形成劳务关系。双方之间法律关系的性质虽存在变化,但

赵某香向倪氏海泰公司提供有偿劳动一直处于延续且无间断的状态,故

对倪氏海泰公司提出的时效抗辩意见不予采纳。

北京市海淀区人民法院判决:

一、倪氏海泰公司支付赵某香2005年11月3日至2011年6月30日期间

未缴纳养老保险赔偿金9395.4元;

二、驳回赵某香的其他诉讼请求。

北京市第一中级人民法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

本案的关键在于如何理解《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二十七条第四款。从文义上看,劳动报酬请求权的仲裁时效从劳动关

系终止之日起算。“劳动关系终止”应指劳动者不再提供劳动、用人单

位不再支付劳动报酬,不局限于《中华人民共和国劳动合同法》中规定

的劳动合同终止的情形。

劳动报酬请求权的仲裁时效期间适用特殊的起算点,其正当性基础

是:第一,在劳动关系存续期间不能期待劳动者积极行使自己的权利。第

二,劳动关系存续期间,双方存在相互信任关系;在双方互相信任时,争议

之解决往往是私下协商,很难期待其诉于仲裁委。劳动者在用人单位工

作常常是几年甚至是几十年,双方不仅是一种管理与被管理的关系,亦是

一种长期友好合作关系或是比较熟悉的关系,存在信任。这种信赖关系

能够产生经济利益。因此,法律应尽量维持当事人之间的信任关系,促进

双方的友好合作。

但仅凭这两点,尚不足以论证劳动报酬请求权不受仲裁时效期间的

限制。因为劳动者对用人单位主张其他的合法权益,也会面临上述困境, 但是依然受仲裁时效期间的限制。这主要是因为劳动报酬请求权相比一

般债权具有特殊性。一方面,劳动报酬请求权具有人权属性。例如,《世

界人权宣言》第二十三条第二款和第三款规定人人有同工同酬的权利, 不受歧视;每一个工作的人,有权享受公正和合适的报酬,保证使他本人

和家属有一个符合人的生活条件,必要时并辅以其他方式的社会保障;我

国宪法亦规定男女同工同酬。可见劳动报酬权是公民生存的基础,保障

了公民的人格尊严。相比其他债权,其更为重要。另一方面,劳动报酬请

求权是继续性债。继续性债是指债的内容,非一次给付可完结,而是继续

的实现,其基本特色系时间因素在债的履行上居于重要的地位,总给付内

容与给付时间的长度相关。如果对每笔劳动报酬分别计算仲裁时效,劳

动者会因担心债权“过期”而频繁主张权利,这不仅可能导致当事人频

繁主张权利而激化矛盾,不利于维持当事人之间劳动关系稳定,损害信

任,还会因频繁起诉,造成诉累,浪费司法资源。因此,个人与公司之间只

要持续产生劳动报酬,其仲裁时效就未起算。

劳动报酬请求权的产生不仅因双方存在劳动关系而产生,当双方存

在劳务关系时,亦可产生。所以,从立法目的上看,在劳务关系存续期间, 拖欠劳动报酬发生争议的,诉讼时效期间可适用《中华人民共和国劳动

争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。

本案中,公司拖欠的养老保险金是赵某香提供劳动所应得之对价,公

司只承担代扣代缴义务,属于劳动报酬。其从2005年入职工作至今,一直

在接受公司的指挥监督,且其在单位已经工作十几年,对单位具有很大的

信任。另外,其对倪氏海泰公司的劳动报酬请求权持续、不间断地产生

至今。很难期待在此期间,赵某香向仲裁委主张自己的劳动报酬请求

权。所以,倪氏海泰公司的时效抗辩,不应予以支持。

编写人:北京市第一中级人民法院 王飞

58劳动争议案件诉裁程序对接

——北京一路平安汽车救援服务有限公司诉刘某光劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01民终7338号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京一路平安汽车救援服务有限公司

被告(被上诉人):刘某光

【基本案情】

刘某光于2009年6月到北京一路平安汽车救援服务有限公司(以下简

称一路平安公司)担任汽车救援技工。为此,双方签订了固定期限劳动合

同:第一次期限为2009年7月25日至2010年7月24日,第二次期限为2010

年7月25日至2011年7月24日,第三次期限为2011年7月25日至2013年1

月24日,第四次期限为2013年1月25日至2015年1月24日,第五次期限

为2015年1月25日至2017年1月24日。刘某光于2013年2月5日因公受伤, 不能再从事汽车救援技工岗位工作,然后先后在热车、客服等岗位工

作。刘某光所受伤情于2013年10月22日被正式认定为工伤,于2014年10

月16日被鉴定为伤残八级。刘某光曾于2016年12月向一路平安公司提出

续订无固定期限劳动合同,一路平安公司于2016年12月26日向刘某光发

出终止劳动合同通知书。

刘某光于2017年2月4日向仲裁委申请仲裁,仲裁委于2017年3月24日

作出裁决:1.确认刘某光与一路平安公司2009年6月24日至2017年1月24

日期间存在劳动关系;2.一路平安公司于裁决书生效之日起七日内与刘

某光签订自2017年1月25日起的无固定期限劳动合同;3.驳回刘某光的其

他仲裁请求。一路平安公司不服该仲裁裁决,于法定期限内起诉至北京

市门头沟区人民法院,要求依法撤销京门劳人仲字(2017)第120号裁决书

第二项的内容,改判一路平安公司与刘某光依法解除或终止劳动关系。

【案件焦点】

1.劳动争议案件中,对双方当事人均未起诉的仲裁结果部分应如何

处理;2.劳动争议案件中,劳动者要求与用人单位签订书面劳动合同的请

求应如何处理。

【法院裁判要旨】

北京市门头沟区人民法院经审理认为,刘某光与一路平安公司连续

订立了二次以上固定期限劳动合同,且无《中华人民共和国劳动合同

法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形,刘某光向一路

平安公司提出了订立无固定期限劳动合同的主张,有事实及法律依据,符

合签订无固定期限劳动合同的情形。一路平安公司提出的诉讼请求,于

法无据,不予支持。依据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二

款的规定,判决:

驳回一路平安公司的诉讼请求。

一路平安公司不服,提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认

为:

针对案件焦点一,京门劳人仲字(2017)第120号裁决第一项确认刘某

光与一路平安公司自2009年6月24日至2017年1月24日期间存在劳动关

系,双方当事人对此项裁决均未起诉,法院应予以确认,并直接写入判决

主文。但一审判决并未将该项仲裁结果写入判决主文,系处理不当。故

二审法院对此予以纠正,在终审判决主文第二项确认刘某光与一路平安

公司自2009年6月24日至2017年1月24日存在劳动关系。

针对案件焦点二,《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款

规定,用人单位与劳动者协商一致,可以订立无固定期限劳动合同。有下

列情形之一,劳动者提出或同意续订、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;(二)用人单位初次实行劳动合同制度或者

国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满十

年且距法定退休年龄不足十年的;(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。综合本案事实可知,刘某光符合签订无固定期限合同

的条件。但本案中双方就劳动合同必要条款未达成一致,直接判令双方

签订书面劳动合同将有违当事人意思自治原则,亦无法确定具体执行内

容和申请强制执行,故一审法院应在一审程序中向刘某光释明其应变更

诉讼请求为确认存在无固定期限劳动关系。鉴于本案一审法院未进行释

明,二审程序亦不允许刘某光再行变更诉讼请求,故本案中,刘某光要求

与一路平安公司签订自2017年1月25日起的无固定期限劳动合同的请求

不能成立。刘某光可以另行主张确认双方存在无固定期限劳动关系。

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的

规定,判决如下:

一、撤销北京市门头沟区人民法院(2017)京0109民初2345号民事判

决;

二、确认刘某光与一路平安公司自2009年6月24日至2017年1月24日

存在劳动关系;

三、驳回一路平安公司的诉讼请求。

【法官后语】

根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动争议调解

仲裁法》的规定,我国对劳动争议案件采取“一调一裁两审、仲裁前

置”的处理模式。基于劳动仲裁前置程序的制度设计,人民法院在审理

劳动争议案件时需对仲裁请求与诉讼请求的范围进行审查。仲裁裁决做

出后当事人未起诉,或裁决有多项内容,当事人仅就部分内容提起诉讼

的,法院只需审理当事人在法定期限内起诉的请求,保持当事人诉讼请求

与审理内容的一致性。因此,对于双方当事人均未起诉的仲裁结果部分, 一般应在“本院认为”中予以确认,并直接写入判决主文。

劳动争议案件中,劳动者要求与用人单位签订书面劳动合同的请求

较为常见。对于符合条件的劳动者提出与用人单位签订书面劳动合同的

请求(包括但不限于本案中的无固定期限劳动合同),仲裁委或法院应区

分不同情况进行处理。

劳动合同虽较为特殊,但其仍应遵循合同制度的基本共性,即契约自

由及合同主体的选择空间。订立书面劳动合同需要当事人意思表示一

致,由劳动者与用人单位平等协商,以确定合同期限、工作内容、劳动报

酬等事项。因此,如果经劳动者与用人单位协商,双方就劳动合同必要条

款达成一致,那么仲裁委、法院可以裁判双方订立书面劳动合同,并在裁

判文书中就达成一致的条款予以表述。

但是,如果双方就劳动合同必要条款不能达成一致,由仲裁委裁决或

法院直接判令双方订立书面劳动合同将有违当事人意思自治原则,亦无

法确定具体执行内容和申请强制执行。故在此情况下,劳动者要求与用

人单位订立书面劳动合同的,仲裁委、法院可让当事人变更请求,主张确

认双方存在劳动关系,并依据事实和法律做出确认与否的裁判。而对于

未变更请求的劳动者,则应裁判驳回其诉讼请求。

编写人:北京市第一中级人民法院 李湉

59劳动仲裁中的自认事实在诉讼中的效力

——李某立诉常德金仙耐磨材料有限公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省汉寿县人民法院(2017)湘0722民初298号民事判决书

2.案由:确认劳动关系纠纷

3.当事人

原告:李某立

被告:常德金仙耐磨材料有限公司(以下简称金仙公司)

【基本案情】

李某立自2015年3月20日起进入金仙公司工作,担任车间操作工,双

方未签订书面劳动合同。2015年4月9日,李某立在金仙公司生产车间进

行机械操作时致左手手指损伤。2015年9月28日,李某立向汉寿县劳动人

事仲裁会员会提交申请,请求确认与金仙公司之间存在事实劳动关系。

汉寿县劳动人事仲裁委员会以(2015)汉劳人仲字51号立案受理,并于

2015年11月6日向金仙公司送达《劳动争议仲裁告知书》等法律文书。

后因金仙公司承认与李某立之间存在劳动关系,李某立于2015年11月17

日向汉寿县劳动人事仲裁委员会提出撤诉申请,汉寿县劳动人事仲裁委

员会予以准许。撤回仲裁申请后,李某立陈述其与金仙公司就工伤待遇

赔偿问题进行协商,双方约定由李某立自行申请工伤认定,后因金仙公司

盖章确认与李某立之间存在劳动关系的书面文件遗失,李某立无法进行

工伤认定,双方协商未果。李某立于2017年2月10日向汉寿县劳动人事仲

裁委员会再次提交申请,请求确认与金仙公司之间存在事实劳动关系。

2017年2月11日,汉寿县劳动人事仲裁委员会以申请人的仲裁请求不属于

劳动人事争议处理范围为理由作出(2017)汉劳人仲不字1号不予受理通

知书。2017年2月23日,李某立向湖南省汉寿县人民法院起诉,请求确认

与金仙公司之间存在事实劳动关系,并要求金仙公司赔偿损失167682.5

元。为证明诉讼主张,李某立提交了汉寿县太子庙镇永兴村村民委员会

出具的证明及村秘书张某的当庭证言、汉寿县劳动人事争议仲裁委员会

送达回证、李某立于2015年11月17日以“用人单位主动盖章确认劳动关

系”为理由向汉寿县劳动人事争议仲裁委员会提交的撤诉申请书、汉寿

县劳动人事争议仲裁委员会出具的案件情况说明及仲裁员盛某的当庭证

言等证据材料,证明其与金仙公司之间存在事实劳动关系。

金仙公司在庭审中当庭推翻了其在仲裁程序中的自认,认为与李某

立之间不存在劳动关系,且认为李某立既未在受伤后一年内申请工伤认

定,亦未在受伤之日起一年内提起民事诉讼,本案既已超过工伤认定申请

期限,又已超过民事诉讼时效,李某立已丧失胜诉权。为证明其辩称意

见,金仙公司向法院提交了工资表、安全生产管理台账、安全生产管理

文件及目标责任书,证明与李某立之间不存在劳动关系。

【案件焦点】

1.李某立与金仙公司是否存在事实劳动关系;2.李某立向汉寿县劳

动人事仲裁委员会申请仲裁是否超过法律规定的仲裁申请时效,李某立

向湖南省汉寿县人民法院起诉是否超过法律规定的诉讼时效;3.李某立

主张金仙公司赔偿其损失167682.5元的诉讼请求是否应予支持。

【法院裁判要旨】

湖南省汉寿县人民法院经审理认为:

一、关于是否存在事实劳动关系的问题。李某立、金仙公司符合法

律规定的用工和劳动者主体资格,李某立已提交证据证明其因在金仙公

司工作时受伤,故李某立与金仙公司之间存在事实上的劳动关系。金仙

公司在仲裁程序中已认可双方之间存在劳动关系,其未在诉讼程序中提

交相反证据足以推翻在仲裁程序中所认可的上述事实,故对该辩称意见

不予采纳。

二、关于本案是否超过仲裁申请时效及诉讼时效的问题。李某立在

第一次撤回仲裁申请后与金仙公司就工伤待遇问题进行协商,金仙公司

表示同意赔偿,已构成仲裁时效中断。申请仲裁期间中断后,李某立一直

就赔偿事宜主张权利,申请仲裁时间并未超出仲裁时效。关于本案是否

超过诉讼时效的问题,李某立系在收到不予受理通知书之日起15日内向

湖南省汉寿县人民法院提起诉讼,故本案未超过诉讼时效。

三、李某立要求赔偿损失的诉讼请求是否应予支持。李某立因在工

作中受伤后的赔偿问题与金仙公司发生纠纷,该争议属于工伤保险待遇

纠纷。李某立未就该项请求申请劳动仲裁,违反法定程序,且社保行政部

门亦未作出工伤认定结论,故对该项诉讼请求不予处理。

湖南省汉寿县人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第三条,

《中华人民共和国劳动合同法》第七条,《中华人民共和国劳动争议调

解仲裁法》第二条、第五条、第二十七条、第五十条,《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》第二条的规定,判决: 李某立与金仙公司之间存在事实劳动关系。

【法官后语】

在劳动争议中,劳动仲裁是前置程序,当事人在仲裁阶段自认的事

实,尤其是对其不利的自认事实,除非经对方当事人同意,或者有充分证

据证明与事实不符的,可以作为人民法院认定事实的依据。本案系确认

劳动关系纠纷案,涉及“禁反言”原则在劳动争议案件中的适用。被告

金仙公司在仲裁程序中已认可双方之间存在劳动关系,其未在诉讼程序

中提交相反证据足以推翻在仲裁程序中所认可的事实,故法院根据“禁

反言”原则判决确认原、被告之间存在事实劳动关系。

“禁反言”系基于纠纷解决程序中一方当事人对于对方陈述的信

赖,以及裁判机关关于当事人初次的陈述可能更为谨慎、可信的内心推

定。劳动仲裁作为处理劳动争议纠纷的一项重要程序设置,具有程序的

严肃性,要求当事人提出主张时务必严谨、明确。在仲裁程序中认可的

案件事实,在诉讼中予以否认的,除非存在合理的理由并有确凿证据足以

推翻原有陈述,否则不予采信。法院在认定案件的事实时,应当遵循证据

的客观性,对于当事人随意改变陈述且没有充分证据证明其陈述、自认

与事实不符,其应当承担不诚信的法律后果。

值得注意的是,人民法院在审判实践中,这种自认也有例外的情形, 如涉及可能损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的事实、众

所周知的事实,根据法律规定或者已知事实和日常生活经验法则能推定

出的另一事实等,如果自认的事实与免证事实相反,除非有足够证据,否

则应认定该自认无效,法院不能以明显虚构的事实作为裁判的基础。

编写人:湖南省汉寿县人民法院 赵胜兰

八、其他

60劳动合同中的缔约过失责任承担

——赵某诉北京丽贝亚建筑装饰工程有限公司合同纠纷案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市石景山区人民法院(2017)京0107民初20238号民事判决书

2.案由:缔约过失责任纠纷

3.当事人

原告:赵某

被告:北京丽贝亚建筑装饰工程有限公司(以下简称丽贝亚公司)

【基本案情】

2017年9月4日,丽贝亚公司通过电子邮件向赵某发送面试邀请函。9

月11日,赵某至丽贝亚公司面试。9月15日,赵某向丽贝亚公司发送电子

邮件:“打扰一下,10月是休8天,我是10月9日入职吗,谢谢。”9月18日, 丽贝亚公司通过电子邮件向赵某发送入职通知函。

2017年9月22日,北京信永房地产开发有限公司向赵某出具离职证

明,载明员工赵某,入职时间:2007年11月13日,在我公司担任会计核算部

(部门)的财务主管职务,由于个人原因于2017年9月22日从公司离职,并

于离职日办理完成工作交接,劳动关系自离职之日起解除,且与我公司无

劳动争议及经济纠纷。我公司配合以上员工的背景调查工作。9月26日

下午,被告的人事部门工作人员电话告知原告财务内部调整不需要人了, 让原告重新找工作。原告的离职手续已办理完毕,被告的缔约过失行为

导致原告现在处于失业状态,给原告造成严重后果及重大经济损失,故要

求对方赔偿损失。

被告答辩称:不同意原告的诉讼请求,被告于2017年9月18日向原告

发送的入职通知函,其性质为要约,需经过原告的承诺方能生效。在要约

有效期内,原告并未承诺,并未签订书面同意书并交给被告,原、被告之

间未建立劳动关系,责任不在被告。原告未证明其主张的损失已实际发

生且损失与被告存在因果关系。

【案件焦点】

1.劳动合同缔约过失责任制度的归责原则;2.劳动合同不成立时缔

约过失责任的承担;3.劳动合同缔约过失责任赔偿范围的确定。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为:当事人行使权利、履行义务

应当遵循诚实信用原则,当事人在订立合同过程中有违背诚实信用原则

的行为,给对方造成损失的,应当承担赔偿责任。本案中,赵某于2017年9

月11日至丽贝亚公司面试,丽贝亚公司于9月18日向赵某发送入职通知

函。入职通知函载明了录用赵某的意向、提供的职位、劳动合同期限、

试用期、薪酬福利、报到时间及需要准备的材料等具体确定的内容,故

该入职通知函的性质为丽贝亚公司向赵某发出的要约,并希望与赵某订

立正式的劳动合同,具有劳动关系预约合同的性质,具备独立的法律效

力。赵某基于合理信赖认为自己可以入职丽贝亚公司,故与原单位办理

了解除劳动关系的手续。根据赵某与丽贝亚公司的电子邮件、离职证

明、电话录音,可以认定赵某为入职丽贝亚公司积极做准备,劳动合同未

订立的责任在丽贝亚公司,故丽贝亚公司应承担缔约过失责任。对于损

失的具体数额,因赵某已从原单位离职,丽贝亚公司未与赵某订立劳动合

同,赵某另谋职业必然花费一定时间,客观上会受到一定损失,结合入职

通知函中载明的工资标准,法院酌定丽贝亚公司应赔偿赵某损失12000

元。综上所述,依照《中华人民共和国合同法》第四十二条之规定,判决

如下:

丽贝亚公司于本判决生效后七日内赔偿赵某损失12000元。

【法官后语】

缔约过失责任是指在合同订立过程中,一方因违背其依据诚实信用

原则所应负的义务,而致另一方的信赖利益的损失,并应承担的责任。而

劳动合同中的缔约过失责任,是在劳动合同生效前的缔约阶段而发生

的。

一、劳动合同缔约过失责任制度的归责原则

归责原则,是指确定责任的依据。依照我国《民法通则》和其他民

事法律的规定,民事责任的归责原则包括过错责任原则、无过错责任原

则和公平责任原则。在民事缔约过失责任制度中,当事人承担责任的归

责原则是过错责任原则,即当事人主观上是否有过错作为承担责任的要

件。过错包括故意和过失两种心理状态。

但在劳动关系中,劳动者和用人单位实质上处于不平等的法律地位, 所以当一个具体的劳动合同产生争议时,要求处于弱者地位的劳动者证

明用人单位存在过错会非常困难,所以,劳动合同并不完全适用过错责任

原则。又因为用人单位履行劳动合同时主要承担法定义务,所以用人单

位承担缔约过失责任的原则应该是无过错责任原则,即劳动者只要证明

自身在缔约过程中不存在过失,那么就可以将责任归结于用人单位一

方。

二、劳动合同不成立时缔约过失责任的承担

劳动合同不成立是指在劳动合同缔结过程中,因双方当事人的意思

表示不能达成一致意见而导致双方之间的合同不成立,虽然劳动合同中

双方是以最终订立劳动合同为目的,但是合同不成立的情形也很普遍,当

此种情况发生,并非所有的当事人都应承担缔约过失责任,只有在缔约过

程中未尽到注意和告知义务,违背诚实信用原则而导致合同不成立,从而

造成对方损失的情况下,才需要承担相应的缔约过失责任,因为在合同不

成立的情形下,由于双方之间未订立劳动合同,也无事实的劳动关系,违

约责任无从谈起,适用侵权责任法显然对受损害方不利,无法全面地保护

受损害方的利益,适用缔约过失责任则可以更好地维持当事人的合法利

益。而且从缔约过失责任的根源上分析,其设立该制度的最终目的就是

解决合同不成立之下的损害赔偿问题。

三、劳动合同缔约过失责任赔偿范围的确定

民事相关缔约过失责任中的赔偿范围仍应以信赖利益为限,虽然对

于信赖利益现实中存在争议,但是实践中信赖利益仍应考虑直接损失和

间接损失。直接损失是指当事人为缔结合同而造成的直接经济利益损

失,包括因信赖相对方而与对方发生联系所产生的交通、住宿、体检等

费用及为履约而准备材料等产生的合理支出,也包括劳动者因信赖相对

方而终止与原单位劳动关系所产生的工资收入损失。至于间接损失则是

劳动者丧失与第三方另订劳动合同的机会损失,或者用人单位再次招聘

所花费的费用,若劳动者能证实确实因信赖相对方而放弃了与其他单位

的商谈,并因此产生该期间的工资损失,法院亦应予以支持。对于工资损

失的计算标准,应考虑用人单位在双方缔约过程中承诺的工资待遇或者

劳动者在前工作单位的工资待遇,若两者都没有,则应考虑该地区、该工

种的行业工资标准。

但是在考虑信赖利益损失的赔偿范围过程中,仍应注意以下几点: (1)可预见性,即一方在缔约时已经预见或者应当能够预见的因其缔约中

的过失行为而造成的损失,在劳动合同中就是当合同完全履行后用人单

位所需支付的劳动报酬;(2)过失相抵,就是要将权利人的过失和义务人

的过失进行比对,最终确定赔偿义务人有无赔偿义务或者赔偿责任的大

小;(3)减损原则,即信赖人明确知道损失发生后,应根据诚实信用原则积

极采取措施防止损失的进一步扩大,其本人应对扩大后的损失承担一定

的责任。

本案中,原告参加被告公司的面试后,基于对被告公司及其发出的

《入职通知书》的信任,辞掉了之前从事的工作,后被告公司又因自己公

司的原因未与被告公司订立劳动合同,导致原告在一段时间内未能参加

工作而产生工资损失。被告公司因违背诚实信用原则,应承担相应的缔

约过失责任,但原告在明确知道自己不被录用的情况下,未积极寻求新的

工作,对于扩大的损失亦应承担相应的责任。

编写人:北京市石景山区人民法院 周炳旭

61借调期间竞岗任职不产生原劳动关系的变动

——朱某勇诉中国信达资产管理股份有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02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):朱某勇

被告(被上诉人):中国信达资产管理股份有限公司

第三人:中国信达资产管理股份有限公司湖北省分公司

【基本案情】

1999年6月朱某勇入职中国信达资产管理股份有限公司湖北省分公

司(以下简称第三人公司)。2001年,双方签订无固定期限劳动合同。

2010年5月朱某勇通过选聘,借调至被告公司资产处置审查部工作, 期限1年。借调函载明,朱某勇的人事档案关系以及基本工资、社会保

险、福利待遇仍由第三人公司负责;其绩效工资由被告公司发放。上述

借调期满后,被告公司又分三次续借朱某勇至2013年6月30日。

2012年5月,经第三人公司同意,朱某勇参加了被告公司总部职能组

主管竞聘,并于6月竞聘任职被告公司业务审核部综合业务组主管。对

此,朱某勇认为自己与被告公司就员工纵向调配达成合意,直接导致隶属

关系与劳动关系的改变,产生了原告与第三人公司之间的劳动合同解除

或终止、原告与被告公司建立劳动关系的效力。

全部借调到期后,朱某勇填写了《借调期满考核表》,被告公司亦向

第三人公司发函,确认朱某勇借调期满,并限期返回第三人公司。2012

年8月起,被告公司不再向朱某勇支付绩效工资、岗位补贴、年度奖金。

其后,第三人公司三次向朱某勇发出返岗通知,但朱某勇均以自己已与被

告公司建立劳动关系为由拒绝到岗。

2014年原告以被告公司为被申请人向北京市西城区劳动争议仲裁委

员会申请仲裁,请求撤销被告公司《借调结束函》,调入被告公司、恢复

工作岗位;支付拖欠的工资、年度奖金及相应的赔偿金等。上述仲裁委

经审理后作出裁决书,驳回了朱某勇的全部申请请求。裁决后,朱某勇不

服,以相同的事实及请求提起诉讼。

【案件焦点】

朱某勇的劳动关系是否在借调期间因参加借调单位竞聘上岗而发生

变动。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:朱某勇在借调期间征得第三人

公司许可后,以分公司借调人员身份通过公开竞聘程序担任被告公司业

务审核部综合业务组主管的事实,并不能产生原告与第三人公司无固定

期限劳动关系解除或终止、原告与被告公司建立劳动关系的效力。理由

如下:

首先,劳动关系的解除或终止应由劳动者或用人单位按照《中华人

民共和国劳动合同法》的规定,通过主张权利或协商一致的形式明确作

出。本案中,朱某勇与第三人公司签订的劳动合同一直延续,双方均没有

做出解除或终止合同关系的意思表示,第三人公司至今仍在向朱某勇履

行着支付基本工资、缴存社会保险及住房公积金的用人单位义务,且朱

某勇一直未就此事实表示任何异议,故在此情况下,认定朱某勇与第三人

公司劳动关系解除或终止没有事实及法律依据。

其次,被告公司在朱某勇借调期间与第三人公司之间有连续、完整

的借调手续,且该手续在朱某勇竞岗前后均对借调期内的权利义务关系

进行了明确的约定,不存在任何朱某勇与被告公司建立劳动关系的意思

表示。朱某勇虽表示对后三次借调延续手续不知情、不认可,但该主张

与其在借调期满后自行书写的《借调结束函》和《工作调动申请书》中

对自身系借调人员的身份确认、借调起止期限以及向被告公司提出为其

办理正式调动手续的记载明显不符。法院无法认定朱某勇与被告公司就

建立劳动关系存在意思联络并达成了合意。

最后,用人单位对劳动者的借调、聘用、选任均为其内部人力资源

管理事宜,在不违反法律、法规强制性规定或侵犯第三人合法权益的情

况下,用人单位自主进行的内部人力资源管理行为,人民法院无需调整。

本案中,被告公司在其集团范围内借调、聘用、选任员工,手续正当、期

限明确。朱某勇虽对其他借调人员最终正式调入被告公司提出疑问,但

未就被告公司在借调期内不为原告正式办理调动手续存在违法、违规行

为加以证明,法院不予采纳。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三

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》

第六条之规定,作出如下判决:

驳回朱某勇的诉讼请求。

朱某勇不服一审判决,提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理

认为:

首先,在被告公司的竞聘公告等文件中没有对于借调人员竞聘上岗

后劳动关系归属问题做出明确说明。

其次,朱某勇与第三人公司签有无固定期限劳动合同,双方均未做出

过解除或终止合同关系的意思表示,也未办理相关手续,第三人公司在朱

某勇被信达总公司借调后履行着支付基本工资、缴存社会保险及住房公

积金的用人单位义务,并且在朱某勇竞聘上岗后亦未发生过变化。另外, 被告公司没有与朱某勇签订过劳动合同。

再次,在朱某勇借调期间,被告公司与第三人公司之间履行着连续、

完整的借调手续,该手续在朱某勇竞岗前后均对借调期内的权利义务关

系进行了明确的约定,其中并无被告公司与朱某勇建立劳动关系的意思

表示。朱某勇虽表示对后三次借调延续手续不知情、不认可。但朱某勇

在借调期满后自行填写的《借调期满考核表》和《工作调动申请书》中

对自身系借调人员身份及借调起止期限均有所确认。

最后,信达总公司在其集团范围内借调、聘用、选任员工,手续正

当、期限明确,并无证据证明存在违法、违规之处。

综上所述,朱某勇要求确认与信达总公司存在劳动关系以及继续履

行劳动合同、恢复工作岗位及相应劳动条件、支付工资、年度奖金等的

上诉请求,缺乏事实依据,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:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

劳动关系的解除或终止是关系到劳动者、用人单位之间的劳动关系

项下权益、义务的重大事项,所以《中华人民共和国劳动合同法》对各

种解除、终止情形及适用都作出了明确的规定。在司法实践中必须严格

参照法定程序并结合具体案情予以谨慎考量。

本案中,2010年5月朱某勇借调至被告公司,并在借调期间竞聘上岗, 但这仅为原告借调期间工作岗位的变动,并不能产生其与第三人公司之

前建立的无固定期限劳动合同关系的变动。程序上没有任何一方提出过

解除的意思表示,实体上第三人公司一直在履行为朱某勇支付基本工资, 正常缴纳社会保险及住房公积金的用人单位法定义务,不存在劳动关系

的相对方变动的法律事实。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条“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”的规定,朱某勇作

为劳动者,对于劳动关系的相对方是负有举证责任。其以第三人公司借

调人员身份竞聘担任被告公司业务主管的事实,认为自己已经解除了与

第三人公司的劳动关系并与被告公司建立了劳动关系,未提交有效证据

加以证明,法院无法认定。相反,被告公司提交的借调函能够证明在朱某

勇借调期间,被告公司与第三人公司之间履行着连续、完整的借调手续, 且该手续在原告竞岗前后均对借调期内的权利义务关系进行了明确的约

定。朱某勇虽表示对后三次借调延续手续不知情、不认可,但该主张与

其在借调期满后自行书写的《借调结束函》和《工作调动申请书》中对

自身系借调人员的身份确认、借调起止期限以及向被告公司提出为其办

理正式调动手续的记载明显不符且自相矛盾,法院不予采信。

用人单位有自主制定人事调动、管理制度的权利,这是现代企业在

市场经济中自我调节、自我管理的体现。只要是通过民主程序、采用公

示公信的方式,且不违反法律法规强制性规定、不免除自身应尽义务、

不排除劳动者或第三人合法权益的均应得到法律的认可与尊重。本案中

,被告公司在其集团范围内借调、聘用、选任员工,手续正当、期限明

确,并无证据证明存在违法、违规之处,体现了上述企业自主自治的原

则,法院不宜干涉调整。朱某勇关于自身情况符合人员调配管理制度流

程,被告单位违反规定的陈述,是其以谋求自身利益为出发点的一己之

言,没有事实及法律依据,不能得到认定与支持。

编写人:北京市西城区人民法院 肖成效

62劳动合同解除后劳动者与用人单位签订协议的

认定

——陈某诉北京航天航嘉管业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(2017)京02民终5927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):陈某

被告(上诉人):北京航天航嘉管业有限公司

【基本案情】

陈某自2007年7月至2013年7月在北京航天航嘉管业有限公司(以下

简称航天航嘉公司)工作,从事波纹管销售业务。其间,陈某向中阳钢厂

销售波纹管。陈某于2013年7月23日与航天航嘉公司解除劳动关系,2013

年9月26日,航天航嘉公司与其就中阳钢厂销售项目签订《协议》,确认

其应享受57.0739万元项目收益。该《协议》载明:“甲方北京航天航嘉

管业有限公司,乙方陈某……一、甲方通过乙方向中阳钢厂销售波纹管

产品7913466元,已回款6250000元,产品出厂价为6117842.85元,未回

款1663466元,乙方要配合甲方尽力回款;二、合同全部执行完毕,甲方应

再向乙方支付应享受57.0739万元的项目收益;三、今后每笔项目回款的

50%用于完全支付乙方收益(57.0739万元),直至支付完毕;四、项目的新

签合同按照每项合同单独约定执行;五、乙方的个人所得税由乙方自行

缴纳;六、2014年12月31日前如未完全支付乙方收益,甲方可以起诉中阳

钢厂,诉讼回款需完全保证乙方收益。”现航天航嘉公司不予支付该笔

款项。

【案件焦点】

陈某与航天航嘉公司劳动合同解除后,双方之间签订的协议是否属

于劳动争议。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:原、被告双方签订协议时,原告

虽已离职,但双方在协议中约定的内容系原告在职期间从事的工作,即双

方争议标的发生在劳动关系存续期间,故本案应作为劳动争议予以处

理。2016年11月8日,被告法定代表人廖某辉在协议上确认该协议继续有

效,故本案并未超过时效。劳动者在劳动关系解除后难以掌握货款实际

回收情况,因第三人违约等非因劳动者原因致使货款未能按期回收,属于

用人单位的正常经营风险,不应由劳动者承担该风险的后果,考虑到被告

并未起诉中阳钢厂主张权利,且一直与中阳钢厂有业务往来,属于怠于行

使权利,其应向原告支付双方约定的项目收益。综上所述,据此判决如

下:

航天航嘉公司于本判决书生效之日起七日内支付陈某项目收益

57.0739万元。

航天航嘉公司不服,要求改判无需支付陈某项目收益57.0739万元, 北京市第二中级人民法院经审理认为:劳动争议案件的范围不仅限于正

在履行过程中的劳动合同产生的争议。虽然双方签订协议时陈某已离

职,但协议内容涉及的标的产生在劳动关系存续期间,属于劳动报酬的一

部分,故一审法院将本案作为劳动争议予以处理并无不当。2016年11月8

日,航天航嘉公司法定代表人廖某辉在协议上确认该协议继续有效,故本

案未超过时效。航天航嘉公司以中阳钢厂未向其回款为由拒绝支付陈某

项目收益,而航天航嘉公司未能举证证明未支付回款的原因在于陈某,且

陈某在劳动关系解除后难以掌握回款情况或主动行使航天航嘉公司权

利,且航天航嘉公司与中阳钢厂一直有业务往来,怠于行使权利,不能成

为拒付陈某项目收益的理由,故一审法院判令航天航嘉公司支付陈某项

目收益并无不当。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劳动合同解除后劳动者与用人单位签订协

议的是否依旧属于劳动争议。

从协议内容来看,该份协议系销售提成协议,并非追回回款协议。该

协议约定的支付提成的对价条件是销售成功这一状态。劳动者仅有销售

义务及协助回款义务,并无追回回款义务。成功销售这一状态发生在劳

动关系存续期内,提成收益亦系发生在劳动关系存续期间。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》第一条的规

定:“劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷,属于《劳动法》第二条规

定的劳动争议……(一)劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的

纠纷……”故本案纠纷应属于劳动争议。

从款项性质来看,本案中签订的《协议》中的项目收益为提成。根

据国务院批准的《关于工资总额组成的规定》第四条的规定:“工资总

额由下列六个部分组成:(一)计时工资;(二)计件工资;(三)奖金;(四)津

贴和补贴;(五)加班加点工资;(六)特殊情况下支付的工资。”第六条规

定:“计件工资是指对已做工作按计件单价支付的劳动报酬。包括……

(三)按营业额提成或利润提成办法支付给个人的工资。”《中华人民共

和国劳动法》第四十七条规定:“用人单位根据本单位的生产经营特点

和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。”因此, 用人单位制定提成制度或者与劳动者签订提成协议符合《中华人民共和

国劳动法》有关工资分配方式的规定。本案中项目收益系工资性质,争

议的项目收益系提成工资,故本案纠纷应属于劳动争议。

从订立依据来看,提成协议是指用人单位与劳动者之间在劳动合同

之外签订的有关提成款的协议。提成协议是相对于已经存在的劳动合同

的附属,提成协议就是通过协议方式补充已经存在的合同中存在的漏

洞。因此,本案中已经存在的劳动合同与协议之间是主从合同关系。已

经存在的劳动合同是主合同,协议是从合同。已经存在的劳动合同作为

主合同不以协议的存在为前提,或者说不受协议的制约而独立存在。反

之,协议必须以已经存在的劳动合同的存在为前提,自身不能独立存在。

提成协议依据劳动合同订立,与劳动合同密不可分,是劳动合同这个主合

同履行过程中的附随合同。《中华人民共和国劳动合同法》第二条第一

款规定:“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单

位等组织(以下称用人单位)与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变

更、解除或者终止劳动合同,适用本法。”从两者关系上来说,提成协议

应该属于劳动合同的附件,应当纳入劳动合同的范畴。故本案争议属于

陈某履职期间代表航天航嘉公司销售过程中发生的争议,其系劳动争

议。

由以上分析可以看出,虽然陈某与航天航嘉公司于劳动合同解除后

签订协议,但协议内容涉及陈某代表航天航嘉公司履职销售工作中产生

的收益,且该收益亦产生于劳动关系存续期间,属于劳动报酬的一部分。

因此,陈某与航天航嘉公司于劳动合同解除后签订协议,由该协议产生的

争议属于劳动争议。该协议并非合同合作关系,其性质并不因签订时间

在解除劳动关系之后而不再是劳动争议。本案法官正是基于这种考虑,

支持了陈某主张支付项目收益的诉讼请求。

编写人:北京市丰台区人民法院 刘钟泽

63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某劳动争议案

【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

上诉人(原审互为原、被告):北京鸿达飞扬机电设备有限公司(以下

简称鸿达公司)

上诉人(原审互为原、被告):杜某

【基本案情】

杜某曾于2014年7月至2015年5月期间在鸿达公司工作,工作岗位为

财务经理。2015年4月22日11时35分左右,杜某在收到以鸿达公司总经理

李某飞的名义发出的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,鸿达公司总经理李某飞发

现该笔转账情况后通知杜某其并未向杜某发出转账指令,杜某认为有人

冒用李某飞的名义以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。

【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:杜某作为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。在本次诈骗事件中,杜某

通过QQ接到诈骗人要求汇款的信息后,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,即直接通知出纳转账汇款,杜某在此次事件中具

有一定的过错,应当承担一定的责任。而鸿达公司长期使用互联网社交

软件处理涉及公司财务的核心事项,公司内部的财务制度亦存在管理不

规范的现象,存在管理不当的过错。因双方对损失产生均有过错,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承担赔偿

责任的比例。

北京市房山区人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第六十

四条和《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定,判决如下: 一、杜某于判决生效后十日内支付鸿达公司经济损失十二万元; 二、驳回鸿达公司的其他诉讼请求;

三、驳回杜某的其他诉讼请求。

双方持原审请求及理由提起上诉。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。杜某作

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。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,表明杜某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。

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的规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本类案件的审理,主要涉及三个方面的要点:

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《中华人民共和国侵权责任法》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,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

位是不是不能要求劳动者承担赔偿责任了呢?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做到权利与义务相一致, 简单来说,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,

则要产生相应的法律后果,而承担赔偿责任即法律后果的其中一种。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一项规则。它的具体要求是只有当

事人的行为达到了应当承担法律责任的程度的时候,才会被追究责任,而

最终确定所要承担的责任也一定要与行为中的过错程度相适应。因此, 在审理用人单位向劳动者索偿的案件时,人民法院会从劳动关系的本质

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,损失后

果也程度较轻,那么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,通常并不判决劳动者承担赔偿责任。但如果情况严重,劳动者的

行为已经达到了重大过失或故意的程度时,就会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

作岗位的最基本职责而造成损失的或者只要善意人尽到最基本的注意义

务就可以轻易察觉避免损失而却没有避免损失的,均可以认为是达到

了“重大过失”的程度,需要对损失承担相应的赔偿责任。劳动者

的“重大过失”和用人单位的管理不当可能共同造成了损失结果的产

生,这时就要对比双方的过错程度来确定承担责任的比例。也就是说,劳

动者只有在达到“重大过失”或者故意的情况下才有可能被追究赔偿责

任,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,再确定劳动者承担责任的比例的。

最后,个案平衡原则是确保同类案件中的个案判决到达最佳效果的

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的程度上确保公平,合议庭并

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平衡考量,做出责任

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

64破产企业营销职工业务费不能作为职工债权优

先清偿

——陈某星诉无锡市沪安电线电缆有限公司破产职工债权确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终3920号民事判决书

2.案由:职工破产债权确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):陈某星

被告(被上诉人):无锡市沪安电线电缆有限公司

【基本案情】

2006年2月11日,陈某星与无锡市沪安电线电缆有限公司(以下简称

沪安公司)签订劳动合同书一份,合同期限自2005年8月4日起至2010年8

月3日止,工作性质为管理工作。2006年4月28日,沪安公司将录用情况在

宜兴市劳动和社会保障局进行备案登记。2014年2月8日,沪安公司与陈

某星签订经营承包责任书一份,约定陈某星作为沪安公司业务人员从事

业务承包,负责承包产品销售和货款回笼等事务。

2015年5月12日,沪安公司向陈某星出具业务明细一份,载明至2015

年1月1日,沪安公司结欠陈某星201938.03元,此后截至2015年5月7日,沪

安公司合计结欠陈某星219345.62元。该阶段明细单包括货款期初欠

款、到账率、借支费用等内容。

同年5月20日,宜兴市官林镇人力资源和社会保障所与沪安公司共同

出具解除、终止劳动合同通知单一份,载明陈某星与沪安公司因劳动合

同期满,于2015年4月30日终止劳动合同。同年11月30日,陈某星向宜兴

市劳动人事争议仲裁委员会(以下简称裁决委员会)申请仲裁,要求裁决

沪安公司支付尚欠其工资及业务款等合计219345.62元,裁决委员会认

为,陈某星在劳动关系存续期间从事营销工作,所得的业务费属于工资性

质,但因沪安公司进入破产清算程序,应向管理人申报债权,故裁决委员

会裁决对陈某星的仲裁请求不予受理。

2015年12月2日,宜兴法院裁定受理广德亨通铜业有限公司对沪安公

司的破产清算申请,沪安公司管理人接管沪安公司后,陈某星向沪安公司

管理人申报了职工债权,沪安公司管理人经审核后,对该债权金额及性质

未予核定。

【案件焦点】

1.陈某星与沪安公司之间是否存在劳动关系;2.陈某星主张的上述

债权是否属于职工债权。

【法院裁判要旨】

江苏省宜兴市人民法院经审理认为:本案中,首先,备案登记和缴纳

社会保险等证据说明双方具有建立劳动合同关系并受劳动合同法律关系

约束的真实意思表示;其次,从沪安公司颁布的关于经营工作的规定来

看,包括陈某星在内的营销经理均受沪安公司该规定的约束,体现了劳动

关系从属性的特征;最后,陈某星作为沪安公司工作人员,向沪安公司提

供劳动力,沪安公司以支付工资的形式换取劳动力,体现了双方具有的人

身关系属性与财产关系属性相结合的劳动关系特征。因此,应当认定陈

某星与沪安公司之间存在劳动关系。

但是,因陈某星在担任公司工作人员的同时亦从事电缆销售业务,且

关于经营工作的规定也明确了营销经理自负盈亏、对应收款负连带责

任,故双方属于平等民事主体之间的债权债务关系,未能体现劳动关系中

从属性的特征,已经超出了劳动者和用人单位基于劳动关系所能约束的

范围,业务费也明显不属于劳动法所保护的工资、福利、补偿金等范

畴。因此,陈某星与沪安公司之间除存在劳动关系外,还存在基于平等民

事主体之间的债权债务法律关系,属于两种法律关系的竞合。

对于争议焦点二,本案中,业务明细中结算欠款实质上属于普通平等

民事主体之间债权债务结算的约定,已经超出了劳动法律关系及劳动法

所保护的工资范围。据此判决:

驳回陈某星的诉讼请求。

此后陈某星不服一审判决,提起上诉。无锡市中级人民法院经审理

后认为:双方之间既形成了劳动合同关系,也形成了买卖合同关系。宜劳

人仲案字(2015)第1584号仲裁裁决书虽认定陈某星主张的款项为工资, 但沪安公司已提供证据证明涉案款项为买卖合同关系项下的费用结算, 故并不能免除陈某星就其主张进一步举证的责任。且陈某星自认销售工

作开展期间每月收到沪安公司对账单,其对《陈某星业务明细》的形成

具有举证能力,也负有举证责任,故应承担就该主张举证不能的责任。据

此,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

在司法实践中,确定劳动关系的主要法律特征应包括:(1)主体具有

特定性;(2)劳动者将劳动力使用权让渡给用人单位进行分配安排;(3)人

身关系属性和财产关系属性相结合;(4)人身依附性,劳动者服从雇主,遵

守雇主的劳动纪律和规章制度。在我国对职工债权进行特殊保护,是各

方共同分担社会与经济改革成本的需要。我国《企业破产法》明确规定

了破产职工债权的优先性,同时,企业在破产时还应当提交企业职工情况

和安置预案,以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

然而,破产立法的根本目的是解决在债务人丧失清偿能力时的债务

公平清偿问题,包括但不限于对职工债权的公平清偿。因此,在司法实践

中,有必要对职工债权在性质、数额等方面进行细致甄别,防止权利的滥

用而损害他人合法权益。从立法本意上看,破产劳动债权应当是指在企

业破产清算中应优先分配的因破产宣告前的劳动关系而发生的债权,包

括破产企业所欠劳动者的工资(劳动报酬)、工资性待遇、因企业破产解

除劳动合同依法应支付给劳动者的经济补偿金和欠缴的社会保险费用。

它具有三个方面的特征:(1)劳动债权权利的主体特定性,即具有劳动能

力、已经同破产企业建立劳动合同关系、事实劳动关系或聘用制劳动关

系的劳动者。(2)劳动债权存在的时间性,即劳动债权必须是破产宣告前

因为劳动关系而产生的债权,对于企业宣告破产后产生的其他一系列和

劳动者相关的债权都不能列入劳动债权。(3)劳动债权的程序性,即劳动

债权必须由法院指定的破产管理人予以公示后记入企业的债权表才有权

在破产财产中优先受偿。

破产法优先保护的工资、劳动保险费用等职工债权是职工实现其生

存权的近乎唯一的方式,在个案中对于工资认定可能相对宽松,但破产涉

及全体债权人利益,基于“衡平居次”等原则应当对职工债权进行合理

限制,从而综合保护各方利益,实现“僵尸企业”的顺利处置,维护社会

大局的稳定有序。

编写人:江苏省宜兴市人民法院 陈豪 董大友

65新金融产业模式下用人单位制定的激励性提成

制度在给付条件上应如何进行定位与判断

——周某诉无锡金投通商融资租赁有限公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终3527号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告:周某

被告:无锡金投通商融资租赁有限公司

【基本案情】

2014年8月18日,周某入职无锡金投通商融资租赁有限公司(以下简

称通商公司)任项目经理,双方于2016年2月15日解除劳动关系。通商公

司于2015年5月19日以邮件形式向部分员工发出《2015年度平台业务营

销激励方案》(以下简称激励方案),载明:“公司提供融资平台获取收益

的项目当收益率标准为无风险通道项目年化实际收益不低于1%时,提成

计发比例:按承销、承做、承揽职能贡献不同予以不同方式提成计发。

实现承销融资成功团队按实际收益额10%提奖;承做和承揽团队由团队负

责人根据贡献下发激励费用总额中自行确定提成额度或用于团队建设、

开拓业务费用;提成计价基数:实际收益额=收益额-所得税前应缴纳的税

金及附加;本方案激励对象面向全体员工;执行日期自2015年5月12日起

至2015年12月31日止。”

2015年9月30日,通商公司与无锡市藕塘职教园区开发建设有限公司

(以下简称开发公司)签订《融资租赁合同(回租)》,约定开发公司将租

赁物明细表项下182项资产(水务管网、燃气管网、变电设备及管线)在

购置原始发票36349.760431万元的情况下作价28000万元转让于通商公

司,并由开发公司回租,服务费186万元(此项目概称为藕塘项目)。同日, 通商公司、陆家嘴国际信托有限公司、开发公司签订《应收账款转让合

同》,约定将通商公司因向开发公司出租《融资租赁合同》项下的租赁

物而享有的应收租金债权转让于信托公司。信托公司又于当日与无锡惠

新资产经营管理有限公司签订《保证合同》,约定惠新公司为信托公司

在主合同项下对开发公司的全部债权提供不可撤销的连带责任保证,通

商公司不承担任何责任。另外,开发公司主管部门无锡职教园财政审计

局书面承诺对藕塘项目承担不可撤销保证责任。可证明周某为藕塘项目

承揽、承做、承销的主要实施主体的证据包括:(1)工作计划表;(2)项目

前期资料;(3)项目内部流程材料;(4)签约材料。为证明藕塘项目系公司

运作、团队参与,并非由周某一人承揽、承做、承销,以及激励方案未生

效、藕塘项目不属于无风险通道项目、计算方法错误等抗辩成立,通商

公司举证包括:(1)公司章程,拟证明激励方案未经董事会审批而不生效; (2)内部审批及运作材料;(3)2015年度审计报告,拟以当年净利润及综合

收益总额占销售收入占比计算提价基数为506944元;(4)商务部相关规定

等,拟以证明藕塘项目存在法律及政策风险,并非无风险项目。

【案件焦点】

1.有通过公司决议程序发布的激励性提成制度是否有效;2.如何确

定特定员工提成条件是否成就以及提成比例的合理性。

【法院裁判要旨】

无锡市新吴区人民法院经审理认为: 第一,激励方案发送时并未注明系征求意见,实际发送日期却在方案

规定的执行期范围内,该激励方案明显已在执行过程中;激励方案发布

后,通商公司没有对该激励方案有任何征求意见或否定该方案的行为;在

公司内部无论应履行怎样的流程均属公司管理规范的执行问题,并不能

由周某对此承担对其不利的后果,故通商公司通过邮件形式向公司员工

发送的激励机制当属有效。

第二,通商公司例称藕塘项目存在的风险包括政府融资平台项目、

国家机关作出还款承诺、租赁物所有权在通商公司、通商公司具有国资

性质等,但是在融资租赁通道业务中“真正无风险的通道业务”是不存

在的,融资租赁公司实施通道业务的目的在于通过通道机构的牌照功能

获得融资、发放融资并因此获得收益,在运作过程中主要的目标之一是

规避风险,从而尽可能地接近无风险状态,其方法不外乎藕塘项目中的运

作流程与合约保障,如保证合同中的债务人为开发公司、通商公司为见

证人且不承担任何责任、设定不可撤销保证、设定独立保证以及由无锡

职教园财政审计局出具承诺书承诺履行保证等,即使前述保障手段确实

存在通商公司所述可能之法律风险,但就本项目的运作而言风险极小,亦

因有前述保障手段而成为通过公司审批的主要原因之一,现实结果亦能

印证。故本院认定藕塘项目属于激励方案中的“无风险通道项目”。

第三,关于激励方案中可以提成的收益率标准中“无风险通道项目

年化实际收益不低于1%”的认定,因藕塘项目经签订及履行《应收账款

转让合同》致融资租赁的资金端由信托公司提供,通商公司所收取的服

务费186万元在整个通道业务中系纯收益,故不应当适用按照[(投资内收

益÷本金)÷投资天数䦒365䦒100%]这一公式来计算年化实际收益率,藕

塘项目符合激励方案中可激励提成的要求。

第四,关于周某在藕塘项目中是否应当给予一定提成奖励的问题,本

院认为藕塘项目确应定位为公司项目,无论周某在此项目中发挥的作用

有多大,均离不开通商公司作为通道机构的牌照功能和平台作用,同时公

司内部的各个职能部门、各个相关人员均为该项目的推进做出了贡献, 但从证据的角度看,公司亦绝不能否定周某在藕塘项目中于承揽、承

做、承销各个环节中是主要的角色与力量,无论周某是项目经理还是业

务员,其所付出的努力应当是藕塘项目成功的关键;但周某主张承揽、承

做、承销各按10%比例提成,因激励方案仅对承销提供按10%提成的机会, 而承揽、承做是否应当提成、如何提成以及奖励用途的表述并不明确, 缺少公司意志的体现,综合周某在藕塘项目中的作用地位、通商公司业

务部及其他部门对藕塘项目的参与度及贡献以及按年计算的实际收益率

等因素,本院确定周某在藕塘项目上按1个10%提成17.4184万元,对其他

提成主张不予支持。

无锡市新吴区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十

六条、第四十七条、第四十八条、第八十七条、第八十九条,《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、通商公司于本判决发生法律效力后十日内支付周某违法解除劳

动合同赔偿金23152.83元、业务提成174184元,合计197336.83元。如果

未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的,应当依照《中华人民共和

国民事诉讼法》第二百五十三条之规定,加倍支付延迟履行期间的债务

利息。

二、驳回周某的其他诉讼请求。

双方当事人均不服一审判决,提起上诉。二审法院经审理同意一审

法院裁判意见。

【法官后语】

本案是一起新金融产业模式下激励性提成制度中的疑难问题与争议

解决。提成制度的创设可在劳动合同中约定,也可通过制定奖励办法设

定。与规章制度不同,奖励办法的制定不需要通过民主程序,其权利在用

人单位,一旦公示或送达特定人员即应生效,用人单位不得以内部审批程

序存在瑕疵而进行效力否定。同理,员工亦应接受激励机制、奖励办法

的效力。但提成机制充斥着用人单位意志和管理行为,对于用人单位免

除自己的法定责任、排除劳动者权利的内容,员工有权主张否定该部分

的效力,至少工资加奖励的总和不得低于当地最低工资标准。在提成的

核算上,计量依据一般分为项目收入和毛利,前者以项目达成时约定或实

际的收入为准;后者则可能存在项目成本、完成费用是否应当扣除的争

议,在没有约定或制度规定的情况下,应当依照“谁负担、谁收益”的原

则处理,超出预算部分的成本、费用应当依照“谁决定、谁负担”的原

则处理,但如本案中激励方案已经明确方法的,用人单位再以其他成本、

费用主张进一步扣除甚至主张以单位年度净利润及综合收益总额占比来

计算提成计量依据,都是不正确的。业务项目完成主体的构成对提成给

付与分成存在重大影响,但其核心标准即对项目完成的贡献大小,当由特

定人员独立完成承接、承做、承销,用人单位仅起到“平台作用”“牌

照功能”时,提成则应按实给付至该人员;但如用人单位不仅仅起到配合

的作用,而是在各个环节或主要环节进行参与并发挥作用时,则应依实际

贡献大小考量特定人员提成的比例。

编写人:江苏省无锡市新吴区人民法院 严海涛

66因用人单位行使用工管理权引发的股权激励争

议属于劳动争议

——文某诉博彦科技(深圳)有限公司、博彦科技股份有限公司劳动

争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终1326号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(原审被告、互诉原告):博彦科技(深圳)有限公司(以下简称

博彦深圳公司)

上诉人(原审被告):博彦科技股份有限公司(以下简称博彦股份公

司)

被上诉人(原审原告、互诉被告):文某

【基本案情】

文某与博彦深圳公司于2012年10月签订无固定期限劳动合同,约定

《知识产权、保密以及防止商业利益冲突协议》《博彦科技(深圳)有限

公司员工手册》与劳动合同同时生效,若文某违反协议影响公司经营或

导致公司利益受损,博彦深圳公司可以不给予通知或任何补偿立即解除

双方劳动合同。文某从2014年1月起担任SA3部门总监,应发工资为每

月31988.31元。2014年7月博彦股份公司(博彦深圳公司母公司)授予文

某4万股“博彦科技”限制性股票,授予日起12个月后、24个月后、36个

月后分三期可分别解锁40%、30%、30%股票。2014年度文某负责的SA3团

队奖金系数为0.8,总额为1136680.54元,文某个人年终奖为54000元。

2015年6月文某上级领导李某成对文某2014年度业绩评核意见等级为B, 人资部确认文某考核等级为B。后文某被告知公司考核委员会决议确定

其考核等级为C,第一解锁期股票1.6万股将被回购注销。2015年7月博彦

深圳公司以文某在Accela项目中严重失职,给公司造成重大经济损失,同

时违反公司规章制度,严重违纪为由解除与文某的劳动关系,博彦股份公

司决定回购注销文某其余两期的限制性股票。“博彦科技”于2015年5

月起停牌(股价83.81元),同年8月10日复牌后大跌,至第一期限制性股票

解锁日即同月24日跌至49.49元。博彦股份公司2015年度整体利润未达

到规定的解锁条件,所有激励对象的第二期限制性股票均被回购。文某

主张公司解除劳动合同及回购限制性股票违法,申请劳动仲裁要求公司

支付违法解除劳动合同赔偿金435888元及赔偿限制性股票回购损

失2831602.2元等。劳动仲裁裁决支持文某解除劳动合同赔偿金请求,但

对限制性股票回购损失赔偿不予支持。文某不服,提起本案诉讼。博彦

深圳公司、博彦股份公司则主张解除与文某的劳动关系合法有据,亦提

起诉讼。

【案件焦点】

1.博彦深圳公司解除与文某的劳动关系是否合法;2.文某限制性股

票回购损失是否属于劳动争议,文某该请求应否得到支持。

【法院裁判要旨】

广东省深圳市前海合作区人民法院经审理认为:

关于劳动合同解除是否合法问题,关于文某是否存在严重失职、严

重违纪行为,结合双方提交的往来电子邮件显示:1.文某与凌云公司沟

通、协调系应Accela公司要求而为;2.与凌云公司开会、协商解决技术

问题的博彦深圳公司员工还包括施某、Alan、Jessie等人;3.施某出具

的《情况说明》显示Accela公司要求博彦深圳公司、凌云公司两个团队

管理者定期召开会议,协调项目进度,会议内容为协调Accela公司产品项

目开发及测试进行,不涉及博彦深圳公司的商业秘密,《情况说明》与文

某陈述内容以及相关电子邮件内容能够相互印证;4.文某曾于2013年8

月、2014年8月通过邮件向公司反映凌云公司对博彦深圳公司Accela项

目的威胁和竞争;5.根据Accela公司首席运营官Jeff于2014年5月向博彦

股份公司董事长王某发出的电子邮件,Accela公司希望博彦深圳公司与

凌云公司进行全面合作。王某将邮件转发给博彦深圳公司法定代表人马

某,马某又将邮件转发给文某的上级李某成,并表示以积极的态度回应

Jeff的要求,可见,博彦深圳公司领导层对于凌云公司作为竞争对手的存

在以及双方之间的必要协调是清楚的;6.有关博彦深圳公司Accela项目

团队裁员事宜,Accela公司分别于2014年6月、2014年8月向博彦股份公

司发出邮件告知,其中后一封邮件于2014年9月转发给文某。综上,可以

认定博彦深圳公司提交的证据不足以证明文某存在严重失职、严重违纪

的情形,博彦深圳公司主张Accela项目团队裁员并造成遣散员工补偿损

失系文某作为Accela项目负责人未及时报告所致的主张亦缺乏证据支

持。因此,博彦深圳公司解除与文某的劳动关系属于违法解除行为,应当

依法向文某支付赔偿金。因文某工资标准高于2014年深圳市职工月平均

工资(6054元)的3倍,按照上述3倍职工平均工资标准及文某工作年限,博

彦深圳公司依法应向文某支付违法解除劳动合同赔偿金435888元

(6054×3×12×2)。

关于股票回购损失是否属于劳动争议,首先,从文某获授限制性股票

的原因考察,是基于文某与博彦深圳公司长时期劳动关系及文某的工作

业绩、贡献、地位和作用;其次,从文某获授股票解禁的条件考察,文某

需年度绩效评价在B级以上而且不能违反法律和公司规章制度;最后,限

制性股票收益应视为用人单位为劳动者提供的福利待遇。上述三个方面

均体现了劳动者接受用人单位管理的劳动关系典型特征,因此双方限制

性股票回购注销纠纷属于劳动争议。

关于纠纷应如何处理,第一,针对博彦深圳公司、博彦股份公司应否

赔偿文某限制性股票回购损失问题:一是依据文某负责的SA3团队2014年

度奖金系数为0.8,总额为1136680.54元;文某2014年度年终奖为54000

元;文某上级领导李某成对文某2014年度业绩评核等级为B;博彦股份公

司人力资源部初评文某绩效考核等级为B,并请文某向公司证券部提交解

锁申请。可见,从事具体考核工作的相关部门、文某上级反馈结果显示

文某2014年度考核符合解禁条件;二是博彦股份公司薪酬与考核委员会

依据博彦深圳公司认定文某具有前述严重失职、严重违纪行为而决定回

购注销文某全部限制性股票,基于前述分析,博彦深圳公司主张文某严重

失职、严重违纪依据不足。因此,文某诉请公司赔偿其限制性股票被回

购注销损失应予以支持;三是博彦股份公司作为博彦深圳公司的控股公

司,是涉案限制性股票激励计划的发布、实施主体,有关考核工作以及回

购注销文某所持限制性股票均系其实施,故应依法承担连带责任。第二, 针对损失如何确定问题,考虑到“博彦科技”股票自复牌后股价大跌,至

第一期解锁日跌至49.49元,文某主张以公司决定回购之日的股价83.81

元进行赔偿不合理,法院酌情按照起诉之日前20个交易日股票平均收盘

价格52.36元支持文某损失诉求。第二期限制性股票因公司整体利润未

达到解锁条件而全部被回购,故不予支持。第三期限制性股票由于公司

整体利润能否达到解锁条件不能确定,文某应再寻途径救济。

综上,依照《中华人民共和国劳动合同法》第三条、第二十九条、

第四十七条、第四十八条、第八十七条,《中华人民共和国劳动法》第

七十六条第二款,《职工带薪年休假条例》第五条,《企业职工带薪年休

假实施办法》第十二条,《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第五

十八条,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百四

十二条之规定,作出如下判决: 一、博彦深圳公司应于本判决生效之日起十日内向文某支付违法解

除劳动合同的赔偿金435888元;

二、博彦深圳公司应于本判决生效之日起十日内向文某支付未休年

休假工资50004.71元;

三、博彦深圳公司应于本判决生效之日起十日内向文某支付克扣工

资16326.67元;

四、博彦深圳公司应于本判决生效之日起十日内向文某支付第一期

限制性股票回购损失629440.88元;

五、博彦深圳公司应于本判决生效之日起十日内向文某支付律师费

5000元;

六、博彦股份公司对本判决第四项确定的博彦深圳公司债务承担连

带清偿责任;

七、驳回文某的其他诉讼请求;

八、驳回博彦深圳公司的诉讼请求。

博彦深圳公司、博彦股份公司不服一审判决,提起上诉。广东省深

圳市中级人民法院经审理认为:关于解除是否违法的问题,除原审分析理

由外,针对文某是否应对博彦深圳公司为遣散博彦Accela项目员工支出

巨额补偿承担责任问题,法院分析了以下几方面因素:一是博彦股份公司

于2012年8月通过签订购买股权方式,受让了Achievo公司持有的美国

Accela公司软件外包和现场外派服务业务,即文某所在部门负责的

Accela项目业务。而于2013年1月,即仅在五个月后美国Accela公司即确

定凌云公司为其第二供应商。在短短四五个月内美国Accela公司增加第

二供应商,完全将其中责任归咎于文某对Accela团队的领导和管理能力

和水平不合乎情理。而且,美国Accela公司Jeff的邮件亦表示系基于自

身公司发展考虑需要吸纳第二供应商,故根据现有证据,博彦Accela项目

业务缩减不能归咎于文某对博彦Accela项目团队的管理能力与表现。二

是从文某提交经鉴证的邮件显示,文某已于2013年8月针对凌云公司对公

司Accela项目团队业务的竞争和威胁向其上级李某成进行了汇报,而且

美国Accela公司亦早于2014年6月6日向博彦股份公司告知裁减博彦

Accela项目员工事宜,不存在公司因无法及时与美国Accela公司沟通而

导致博彦Accela项目团队业务萎缩及裁员后果问题。因此,博彦深圳公

司将博彦Accela项目团队裁员归责于文某未及时报告依据不足,理由不

能成立。博彦深圳公司提交的证据并不足以证明文某存在严重失职、严

重违纪的行为,应依法承担举证不能的法律后果。原审认定博彦深圳公

司解除与文某的劳动关系违法,应依法支付解除劳动合同赔偿金正确,应

予以维持。原审核算的赔偿金数额符合法律规定,应予以确认。

关于股票回购损失是否属于劳动争议,文某获授限制性股票起因系

基于其高管身份及对公司的贡献,体现了用人单位对劳动者基于身份关

系及劳动成果予以奖励的特征;公司授予股票的目的系希望文某继续为

公司服务且需符合绩效考核,体现了用人单位对劳动者激励管理的特征; 文某实现收益的条件系其年度绩效评价合格并不得违反规章制度以及公

司整体业绩盈利,体现了用人单位对劳动者考核管理的特征;从文某获得

的限制性股票的法律性质来看,根据《上市公司股权激励管理办法》中

关于公司董事会下设的薪酬和考核委员会负责拟订股权激励计划草案的

规定以及财政部、国家税务总局《关于个人股票期权所得征收个人所得

税问题的通知》中关于员工股权激励行权收益按“工资、薪金所得”适

用的规定计算缴纳个人所得税的规定,限制性股票收益均被定性为用人

单位因劳动者的突出劳动贡献以及激励劳动者继续积极工作而向劳动者

支付附条件的经济性薪酬。因此,本案双方限制性股票纠纷属于劳动争

议。

关于博彦深圳公司、博彦股份公司应否赔偿文某限制性股票回购损

失,除原审分析理由外,博彦股份公司第二届董事会考核委员会第八次会

议对文某2014年度的考核结果为:任务绩效得分52,管理绩效得分55,能

力绩效得分57,周边绩效得分41,考核复审结果为C,但董事会并未提交其

对文某上述考核得分的事实依据;博彦股份公司第二届董事会考核委员

会第九次会议基于文某2014年未完成绩效指标,同时违反公司规章制度, 对公司造成重大经济损失,而建议维持考核委员会第八次会议审议通过

的文某2014年度考核不合格考核结果,但根据前述认定,上述理由不能成

立,故董事会考核委员会第九次会议维持八次会议对文某2014年度考核

不合格决定理由不能成立。因此,博彦深圳公司、博彦股份公司回购注

销文某获授的限制性股票事实依据不足,应赔偿文某相应损失。原审就

损失确定问题处理正确,二审法院予以维持。

综上,广东省深圳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。

【法官后语】

股权激励[[1]争](#p376)议属于新类型案件,涉及公司、证券、劳动等领域, 性质复杂而模糊。司法实务早期普遍作为合同纠纷处理,近些年作为劳

动争议处理的逐渐增多。[[2]由](#p376)于缺乏统一界定标准,同类案件裁判结果

不一的问题十分突出。股权激励争议法律属性的确定直接影响到争议处

理的程序选择乃至裁判结果。案情相同的案件,选择适用劳动法律还是

适用商事法律可能出现截然相反的裁判结果,因此,准确厘清并界定此类

纠纷性质十分必要。

由于股权激励纠纷情况复杂,对其属性不宜简单机械界定,应从激励

对象身份、引发争议起因、诉讼请求等综合分析判断。概括来讲,一是

根据激励对象身份确定争议属性。股权激励作为企业薪酬制度改革产

物,其传统激励对象是公司高管、技术骨干等内部员工,不过随着发展, 激励对象变得十分广泛,不再限于内部员工。[[3]对](#p376)于不存在劳动关系的

激励对象与企业直接的纠纷显然不属于劳动争议。二是根据诉讼请求确

定争议属性。内部员工就行使股东权益与企业发生的纠纷应排除在劳动

争议范围之外。三是根据引发争议的原因确定争议属性。因激励对象违

反劳动法律义务, [[4]用](#p376)人单位行使用工管理权而引发的股权激励纠纷应

属于劳动争议。此类纠纷主要包括激励对象授权之后、行权之前用人单

位行使用工管理权导致激励对象被退出而引发的返还股权或赔偿损失纠

纷,以及激励对象获得行权收益之后因违反股权激励协议中约定的劳动

法义务而引发的返还收益纠纷。

将此类纠纷确定为劳动争议的理由有:

1.双方符合劳动关系适格主体条件,我国现行劳动法律未将公司高

管排除在劳动法适用对象之外,股权激励纠纷双方主体符合劳动关系认

定条件。

2.争议内容属于劳动关系权利义务纠纷。所谓劳动争议是指劳动关

系的当事人之间因执行劳动法律、法规和履行劳动合同而发生的纠纷, 即劳动者与所在单位之间因劳动关系中的权利义务发生的纠纷。这是劳

动争议区别于普通民事纠纷的本质特征。股权激励获得条件是劳动者特

定身份及其对企业的贡献和价值;企业授予目的是建立促进激励对象与

企业保持长期劳动关系并积极工作的奖励机制;激励对象想要获得收益, 除需满足解禁期或行权期时间限制外还需符合绩效考核要求。由此,双

方形成的权利与义务表现为:企业具有要求激励对象积极履行劳动义务

的权利,同时承担支付股权的义务;激励对象则与此相对应在积极履行劳

动义务时,具有获得股权并自主行权的权利。双方因股权激励协议形成

的权利义务与劳动合同的权利关系实质上具有重合性和补充性。

3.股权激励收益性质上属于劳动者劳动对价(基薪)以外的附条件奖

励,属于广义上的经济性薪酬。从股权激励制度的产生和发展来看,其属

性一直是激励对象薪酬组成部分,是公司薪酬制度变革的产物。当前股

权激励实践模式虽然五花八门,但其基薪外的激励性风险收入的薪酬本

质并未发生本质改变。我国现行立法对于工资的专门性规定出台于20世

纪90年代初,反映了计划经济向市场经济转轨的企业工资管理实际及认

识。当前,工资(劳动报酬)计算依据动态化(浮动性收入)、工资(劳动报

酬)支付形式多样化(货币和非货币形式)发展特征明显,现有工资(劳动

报酬)界定滞后于现实,再以此为标准界定股权激励收益是否属于“工

资”或者“劳动报酬”显然失之偏颇。不过,在重新界定之前,股权激励

收益可以归为“按规定未列入工资总额的各种劳动报酬”。我国现行劳

动立法对于基准意义上的工资[[5]规](#p376)定比较明确,而且要求需以法定货币

形式支付,对于劳动报酬的规定比较宽泛, [[6]支](#p376)付无硬性规定。从现行

规范[[7]对](#p376)股权激励制度设计、授予和行权条件等方面规定来看,股权激

励可以归为附条件的“按规定未列入工资总额的劳动报酬”。相关行政

管理规范[[8]印](#p376)证了股权激励收益法律性质属于劳动报酬。

4.将此类纠纷纳入劳动争议有利于裁判机关适用劳动法律对用人单

位用工管理权的行使正当合法与否进行准确评判。此类纠纷审理的核心

焦点是用人单位对激励对象行使用工管理权是否符合劳动法律规定,这

属于典型的劳动争议审理范围,适用劳动法律程序性规定和实体规范予

以裁处十分必要。

编写人:广东省深圳市中级人民法院 罗映清

67执行不定时工作制的高管是否应遵守考勤制度

——文思海辉技术有限公司诉符某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2018)京01民终1091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):文思海辉技术有限公司(以下简称文思海辉公司) 被告(上诉人):符某

【基本案情】

符某原系文思海辉公司高级管理人员,双方订立无固定期限劳动合

同;劳动合同第四十四条约定,连续2天或半年内累计3天旷工、月累计迟

到/早退8次以上者,属于严重违反甲方(文思海辉公司)规章制度行为,甲

方可以解除劳动合同,且不给予任何经济补偿。

2016年7月5日,文思海辉公司向符某发出《解除劳动合同通知书》, 以符某在2016年6月12日至7月5日期间累计旷工达12天,严重违反劳动合

同约定为由,依据劳动合同第四十四条第二款,经研究决定于2016年7月6

日与其解除劳动合同。

双方就文思海辉公司解除与符某劳动合同的合法性存在争议。文思

海辉公司主张:符某2016年5月31日提交6月12日至6月16日的事假申请,6

月14日提交6月27日至7月1日的事假申请,7月1日提交7月4日、5日的事

假申请,该公司均未批准,符某请事假未经批准即擅自缺勤,属于旷工,该

公司解除行为合法。符某则称:其系高级管理人员,执行不定时工作制, 文思海辉公司不对其进行考勤管理,其不存在旷工;其2016年5月31日提

交的6月12日至6月16日的事假申请,文思海辉公司系在其休假完毕的6

月21日才接到不批准上述事假的通知;6月28日公司人事经理给其打电话

其才知晓未批准6月27日至7月1日的事假申请;7月1日提交的7月4日、5

日的事假申请直至7月5日才知道未批准。文思海辉公司对符某的主张不

予认可,称于2016年6月21日驳回符某提交的6月12日至6月16日的事假申

请;于2016年6月21日、22日通过系统驳回其提交的6月27日至7月1日的

事假申请, 6月27日发现符某未上班,故于6月28日催促其上班,符某予以

拒绝;7月5日以向符某发出解除劳动合同通知书的方式拒绝其7月4日、7

月5日的事假申请。

【案件焦点】

执行不定时工作制的高级管理人员是否需遵守用人单位关于考勤制

度的管理规定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:

首先,符某虽为高级管理人员,执行不定时工作制,但执行不定时工

作制不代表可以不遵守用人单位制定的规章制度,包括考勤管理制度。

本案中,从符某请休年假、事假均在文思海辉系统中进行填报的事实可

见,其知晓相关的考勤管理制度并受其约束,并非可以擅自休假。换言

之,符某请休事假需经文思海辉公司的批准。文思海辉公司作为用人单

位自然可以根据经营状况决定是否批准符某的事假申请。

其次,符某于2016年6月14日提出事假申请,请休6月27日至7月1日期

间的事假,理由是母亲突发急病,需要陪同就医和日常陪护。但第一,符

某自2016年5月25日至2016年7月1日一个多月时间内的请假理由均为上

述理由;第二,其6月14日请休6月27日至7月1日事假,其提前十几天即预

知母亲此后一直处于生病状态并不完全符合常理;第三,根据符某提交的

病历资料,2016年6月27日至7月1日期间,除6月27日外其余日期其母亲并

无就医或就诊信息。

综上,文思海辉公司有根据经营状况决定是否批准符某的事假申请

之权利,且符某于2016年6月14日提出事假申请的理由并不充分,因此文

思海辉公司拒绝其请假申请之行为并无不当。在此情况下符某仍擅自休

假,属于违反劳动纪律行为,文思海辉公司将其擅自休假的行为认定为旷

工,并无不当。因此,文思海辉公司基于劳动合同的约定,以符某旷工为

由解除双方劳动合同并无不当。

综上所述,依据《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定,判决

如下:

确认文思海辉技术有限公司无需向符某支付违法解除劳动合同赔偿

金510192元。

符某不服一审判决,提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理后

同意一审法院裁判意见,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及对于执行不定时工作制的高级管理人员的考勤管理问题。

高级管理人员兼具劳动者与管理者的双重身份,实践中,由于高级管理人

员的工作内容和工作性质特殊,很多用人单位对于高管执行不定时工作

制或者弹性工作制,不对其进行严格的上下班打卡考勤管理,但是这并不

意味着高级管理人员可以不接受用人单位的管理而为所欲为,反之,高级

管理人员作为管理者,更应当遵守用人单位制定的包括考勤管理制度在

内的各项规章制度。

《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

重违反用人单位规章制度的,用人单位可以解除劳动合同。而《中华人

民共和国劳动法》第三条第二款规定,劳动者应当遵守劳动纪律和职业

道德。因此,劳动者严重违反劳动纪律和职业道德的行为当属严重违反

用人单位规章制度的应有之义。但是现实中,由于种种原因,用人单位的

规章制度不可能穷尽劳动者严重违反劳动纪律和职业道德的行为。因

此,劳动合同中如约定——劳动者出现严重违反劳动纪律和职业道德的

种种行为,用人单位可以解除合同——则应当对该约定进行审慎审查,如

经审查,约定的劳动者行为确属严重违反劳动纪律和职业道德,则该约定

可以视为对用人单位规章制度的补充,应属有效。

就本案而言,劳动者此前请休事假的审批记录足以证明单位对其进

行了考勤管理,其请假需要经过用人单位的批准。而此后其在请事假未

获准的情况下擅自休假,其连续旷工的行为显属严重违反劳动纪律和职

业道德的行为,用人单位将此行为视为旷工,进而据此解除双方劳动关系

并无不当,故无需向劳动者支付违法解除劳动合同赔偿金。

编写人:北京市海淀区人民法院 张慧敏

68员工入职不满一个月,月平均工资如何认定

——东莞市道滘天洋模具加工店诉李某劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省东莞市第一人民法院(2017)粤1971民初2936号民事判决书

2.案由:劳动合同纠纷

3.当事人

原告:东莞市道滘天洋模具加工店(以下简称天洋加工店)

被告:李某

【基本案情】

2016年6月12日,李某进入天洋加工店工作,双方没有签订劳动合同, 天洋加工店没有为李某参加工伤保险。2016年7月10日,李某发生受伤事

故。2016年10月18日,东莞市社会保障局对李某受到的事故伤害予以认

定为工伤。2016年11月11日,东莞市劳动能力鉴定委员会作出鉴定书,鉴

定李某为伤残十级。李某工伤后没有回天洋加工店上班,双方已经解除

劳动关系。

关于李某的工作时间制度以及工资报酬标准。天洋加工店主张双方

约定李某每周工作5天,每天工作8小时,工资构成是底薪1510元+职位津

贴50元+补助30元,加班费另行计算,李某工伤前的月平均工资是1510元/

月;因李某入职不满一个月即发生工伤事故,李某的工资报酬应参照同岗

位即学徒员工的工资报酬,或者参照东莞市2015年人力资源市场工资指

导价位中金属制品业的低位数工资24871元/年。李某主张其任职模具师

傅,双方约定李某每月工作28天,每天工作8小时,固定月薪6500元,包括

津贴、补贴、加班费等,李某工伤前的月平均工资是6500元。

关于李某2016年6月、2016年7月的出勤情况以及工资报酬情况。李

某主张其2016年6月、2016年7月的出勤天数分别是17天、8.5天(1日休

息),每天工作8小时,天洋加工店已支付李某2016年6月的工资3900多

元,2016年7月的工资尚未核算和支付。天洋加工店主张李某2016年6

月、2016年7月的出勤天数分别是15天、8天或9天(1日、2日休息),每天

工作8小时,李某2016年6月的工资是1530元,但尚未支付给李某,天洋加

工店的确已经支付4000元给李某,但并非李某所述的3900多元,也并非工

资,而是医疗费,李某2016年7月的工资尚未核算。

【案件焦点】

1.李某入职不满一个月即发生工伤事故,李某工伤前的月平均工资

如何认定;2.李某的工伤待遇如何计算。

【法院裁判要旨】

东莞市第一人民法院经审理认为:对于李某工伤前的月平均工资问

题。天洋加工店作为用人单位应对李某的工资报酬支付情况负举证责

任。天洋加工店提供的工资条没有李某的签名确认,且根据工资条显示

李某的出勤情况,天洋加工店核算李某的工资数额亦低于东莞市同期最

低工资标准,故对于工资条不予采纳。天洋加工店确认已支付李某4000

元,并主张是支付医疗费,并非支付工资,但未能提供医疗费发票、收据

等证据予以证明其该主张,且李某确认天洋加工店已支付李某3900多元, 并主张是支付2016年6月的工资。结合李某于2016年6月12日入职的事

实,以及双方提供的证据以及陈述,故采信李某的主张,认定李某每月工

作28天,每天工作8小时,固定月薪6500元,李某工伤前的月平均工资是

6500元。

天洋加工店与李某之间的劳动关系已解除,李某因工伤致十级伤残, 依据《工伤保险条例》《广东省工伤保险条例》的相关规定,天洋加工

店应支付李某一次性伤残补助金45500元、一次性工伤医疗补助金6500

元和一次性伤残就业补助金26000元。

对于李某停工留薪期工资的问题。李某因工伤需要暂停工作接受工

伤医疗,在停工留薪期内,原工资福利待遇不变。原工资福利待遇应指正

常工作时间的工资待遇,并不包括加班费。根据李某的工作时间制度以

及工资报酬标准,经折算,李某的时薪为23.72元,即正常工作时间的工资

待遇为4127.28元/月。天洋加工店与李某确认李某的停工留薪期为2016

年7月10日至2016年9月15日,天洋加工店应支付李某停工留薪期工资

8942.44元。

广东省东莞市第一人民法院依照《广东省工伤保险条例》第三十四

条、第三十五条、第五十七条、第六十六条之规定,作出如下判决: 一、确认天洋加工店与李某之间的劳动关系已解除;

二、天洋加工店支付李某2016年7月的工资1991.94元、一次性伤残

补助金45500元、一次性工伤医疗补助金6500元、一次性伤残就业补助

金26000元、停工留薪期工资8942.44元;

三、驳回天洋加工店的其他诉讼请求。

双方当事人均未提起上诉,本案判决现已生效。

【法官后语】

在劳动争议案件的处理中,工资的认定是最核心、最关键的问题,涉

及工伤待遇、经济补偿金、年休假工资等数额的计算。

一、工资的分类

在司法实践中,根据工资的内涵和外延,工资可以分为应得工资、实

得工资;也可以分为离职前的月平均工资、工伤前的月平均工资、正常

工作时间工资、月缴费工资等。

1.离职前的月平均工资,也称之为劳动合同解除或终止前的月平均

工资,是指劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资。依照《中华人

民共和国劳动合同法》第四十七条第三款的规定,计算经济补偿的月工

资是指劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资,即离职前

的月平均工资,是指月平均应得工资。

2.工伤前的月平均工资,是指劳动者发生工伤事故前十二个月的月

平均应得工资。依照《广东省工伤保险条例》第三十五条、第六十六条

的规定,按工伤职工工伤前十二个月平均月缴费工资计发一次性伤残补

助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金,若工伤职工工

伤前十二个月平均月缴费工资低于解除或终止劳动关系前十二个月平均

工资,则按解除或终止劳动关系前十二个月平均工资计发一次性工伤医

疗补助金、一次性伤残就业补助金。

3.正常工作时间工资,是指劳动者在法定工作时间内提供正常劳动

所获得的工资报酬。依照《工伤保险条例》第三十三条第一款的规定, 劳动者停工留薪期内,原工资福利待遇不变,是指工伤前正常工作时间的

工资待遇,不包括加班费。

二、工资报酬支付情况的举证责任问题

《广东省工资支付条例》第十六条第一款明确规定,用人单位应当

按照工资支付周期如实编制工资支付台账,工资支付台账应当至少保存

二年。可见,用人单位对于劳动者的出勤情况和工资报酬支付情况负有

举证责任。用人单位应当按月如实编制工资支付台账,列明具体工资项

目、数额,由劳动者核实签名确认,并保存工资支付凭证。本案中,天洋

加工店已支付李某4000元,结合李某的入职时间、工作天数,可以折算得

出李某工伤前的月平均工资。

实务中,有劳动者入职不满一个月即解除劳动关系或者发生工伤事

故的情形,由于工作时间不足一个工资支付周期,尚未实际支付工资,故

无法核算月平均工资。在此种情况下,为了保障双方的合法权益,在劳动

者入职时双方应及时签订书面劳动合同,并明确约定工资报酬的构成和

数额。在双方没有任何书面凭证以证明工资报酬的情况下,根据举证责

任的分配原则以及双方的举证情况作出裁判,也可以参照当地职工月平

均工资或者同岗位劳动力市场工资指导价位酌情裁判。

编写人:广东省东莞市第一人民法院 梁园园

69带薪年休假的决定和豁免

——温某明诉安华高半导体科技(上海)有限公司北京海淀分公司劳

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(2017)京01民终8213号民事判决书

2.案由:劳动争议纠纷

3.当事人

上诉人(原审原告):温某明

被上诉人(原审被告):安华高半导体科技(上海)有限公司北京海淀

分公司

【基本案情】

温某明系安华高半导体科技(上海)有限公司北京海淀分公司(以下

简称安华高半导体海淀分公司)研发测试工程师。2016年11月23日,双方

签订《解除劳动合同协议书》,约定双方之间的劳动关系于2017年1月31

日解除;工资、奖金、津贴及其他有关福利和补偿的结算日为2017年1

月31日。该协议的附件一中载明,温某明的入职时间为2014年12月15日, 月基本工资为59104.83元,未载明未休年休假工资的数额;在附件一的

(B)款约定,以上补偿中的未休假期的补偿将由工资系统自动计算,以上

所列金额为估算数据仅供参考,最终数额以工资系统自动计算得出的结

果为准。

上述协议签订后,温某明即开始进行工作交接。2017年1月11日,安

华高半导体海淀分公司通过发送电子邮件、快递的方式通知温某明,截

至2017年1月6日,温某明的剩余年休假(年休假额度计算至2017年1月31

日)为130.19187小时,公司要求温某明在2017年1月13日至1月26日期间

休假,年休假先从剩余法定年休假中扣除。2017年1月12日,温某明通过

电子邮件回复安华高半导体海淀分公司拒绝休假。后安华高半导体海淀

分公司通过银行转账支付了温某明离职补偿款,其中包含了50.19小时的

未休年休假工资17048.54元。

2016年1月11日,温某明向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员

会(以下简称海淀仲裁委)申请劳动仲裁,要求安华高半导体海淀分公司

支付其未休年休假工资。后海淀仲裁委出具京海劳人仲字〔2017〕

第4021号裁决书,裁决驳回温某明的仲裁请求。安华高半导体海淀分公

司认可该裁决内容,温某明不服该裁决内容,诉至一审法院,请求判令安

华高半导体海淀分公司支付其未休年休假工资115623.328元。

【案件焦点】

安华高半导体海淀分公司是否应当支付温某明80个小时未休年休假

工资。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为:劳动者的合法权益受法律保护, 当事人应当对自己的主张提供证据予以证明。根据查明的事实,原、被

告均认可截至2017年1月31日离职日,原告总计应休年休假的额度为

130.19187小时,本院对此不持异议。现原告主张上述时间均为法定未休

年休假,被告主张部分为法定、部分为公司奖励假,但未就此提供确实、

有效的证据予以证实,应当承担举证不能的法律后果,故本院采信原告关

于130.19187小时均为法定年休假的主张。

根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第二款的规定,用人

单位安排职工休年休假,但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的, 用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。现被告为原告安排了

2017年1月13日至1月26日共计10天(80小时)的年休假,原告通过电子邮

件回复予以拒绝,被告无需支付原告上述期间的未休年休假工资。剩余

的未休年休假50.19187小时,被告仅支付原告补偿17048.54元,该数额低

于法定的补偿标准,应当予以补足。故对原告主张的未休年休假工资的

合理部分,本院予以支持,对于其过高的诉请,依据不足,本院不予支持。

据此,原审法院判决:

一、安华高半导体海淀分公司于判决生效之日起七日内支付原告温

某明未休年休假工资17050.1元;

二、驳回温某明的其他诉讼请求。

一审判决后,温某明提起上诉,请求改判安华高半导体海淀分公司支

付其80个小时的未休年休假补偿54345元,理由为:安华高半导体海淀分

公司已按一审判决支付了50个小时的未休年休假工资,仍有上述80个小

时的未休年休假工资未支付。安华高半导体海淀分公司于温某明提起仲

裁申请后强制要求其2017年1月13日至26日休假(共计80小时),温某明通

过电子邮件表示不同意并拒绝在休假通知上签字,安华高半导体海淀分

公司的做法违反了温某明的个人意愿并给其造成一定的经济损失。

北京市第一中级人民法院经审理认为:根据双方的诉辩主张,本案二

审争议焦点为安华高半导体海淀分公司是否应当支付温某明80个小时未

休年休假工资。对此,安华高半导体海淀分公司主张其已于2017年1月11

日通过电子邮件和快递的方式要求温某明2017年1月13日至1月26日期间

休假,上述期间共计80个小时,但是温某明通过电子邮件方式予以拒绝。

根据相关法律规定,用人单位安排职工休年休假而职工本人因个人原因

且书面提出不休年休假的,用人单位可以只支付其正常工作期间的工资

收入。现温某明上诉要求安华高半导体海淀分公司支付其上述期间的未

休年休假工资,依据不足,本院不予支持。

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的

规定,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

劳动者依法享受与本人工作年限相关的法定带薪年休假,是法律赋

予劳动者的休息权。而如何配置决定具体休假时间的权利,则成为带薪

年休假法律规制的核心问题。《职工带薪年休假条例》第五条既规定了

用人单位在带薪年休假的决定权方面具有极大的主导权,同时又要求用

人单位在统筹安排年休假时必须考虑劳动者的意愿,以试图平衡双方的

利益,但却导致在实践中用人单位和劳动者极易因此产生争议。本案争

议的焦点即为用人单位安排劳动者休年休假,而劳动者书面提出不休年

休假,用人单位是否可以豁免支付300%未休年休假工资报酬的责任。对

此,应当从以下几个方面考量:

首先,从带薪年休假制度的立法本意看。带薪年休假制度是保证劳

动者在享有基本工作权利基础之上同时享有与之相辅相成的休息休假

权,从而保障劳动者劳动力的恢复提高,以充沛的体力和精力投入新的劳

动和工作,其立法本意在于保护劳动者的休息权。之所以规定用人单位

按照300%支付年休假工资报酬,只是一种替代和补偿措施,其根本目的仍

在于倒逼用人单位切实保护劳动者的休息权。因此,带薪年休假的强制

性不仅是对用人单位,而且也是对劳动者而言的,不区分情形地一律强制

用人单位支付补偿将会造成双方的利益失衡,与立法本意亦不相符。

其次,从带薪年休假的性质理解《职工带薪年休假条例》第五条。

劳动者休假权不仅是劳动者的自由,更关系到企业的经营状况,所以,年

休假权不是纯粹意义上的形成权,用人单位在年休假问题上有一定的决

定权。从该条规定的文义看,用人单位只需“考虑”劳动者本人意愿,但

无需劳动者同意。也就是说,休年休假是由用人单位主动安排的,是用人

单位的强制法定义务,而非必须由劳动者主动提出休年休假申请才实

施。即使劳动者没有提出休年休假的申请,用人单位也应当主动安排,而

不能视为劳动者自动放弃。从用工实际看,带薪年休假的最终实现,一般

有赖于劳动者的主动申请和用人单位的批准,而是否批准劳动者休假则

体现了用人单位统筹安排的法定义务和自主经营权利。如果劳动者以积

极的明示的方式表示其不休年休假,则属于其考量自身利益后作出的选

择,用人单位就没有义务为其另外安排补休或者额外支付工资。

最后,从诱发道德风险的角度理解《企业职工带薪年休假实施办

法》第十条的制度设计。劳动者在年休假期间享受与正常工作期间相同

的工资收入,而未休年休假则可享受到300%的工资报酬,所以用人单位未

安排年休假的用工成本要远高于安排年休假。实践中,确实存在部分劳

动者因个人动机不休年休假的情形,如用人单位安排劳动者休息,劳动者

为了三倍的工资报酬或其他目的不休;劳动者提前三十天通知用人单位

解除劳动合同,在通知期内,劳动者有机会休年休假,但劳动者未要求

休。基于此,用人单位安排劳动者休年休假有防范用工风险和节约用工

成本的合理动机,同时也要在一定程度上限制劳动者“放弃”带薪年休

假权利。

具体到本案中,劳动者与用人单位达成解除劳动合同的合意后,用人

单位有足够的时间安排工作交接以及处理劳动关系存续期间的未尽事

宜,劳动者未休年休假即属于未尽事宜范畴,且离职前集中休年休假合理

可行。既然用人单位有证据证明其主动安排过法定带薪年休假,而劳动

者无法休息系其本人原因造成并以书面形式提出放弃,那用人单位就可

以免除支付应休未休年休假额外工资报酬的责任。

编写人:北京市第一中级人民法院 邾映映

[[1].限制性股票与股票期权是当前常见的股权激励形式。](#p359)

[[2].当前学界亦存在两种观点分歧:一是肯定说,认为属于劳动争议;二](#p359)

[是否定说,认为属于合同纠纷。](#p359)

[[3].只要是有资源的人、对公司发展有利的人或机构都可以成为公司股](#p360)

[权激励的对象,如格力集团用股权绑定经销商、喜临门家具股份公司通](#p360)

[过设立基金的方式让经销商增持公司股票等。](#p360)

[[4].包括劳动法定义务、合同义务、规章制度义务以及股票期权协议中](#p360)

[所约定的义务(从实践来看,股票期权协议约定的激励对象义务往往与劳](#p360)

[动活动有关)。](#p360)

[[5].包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资、特](#p361)

[殊情况下支付的工资。](#p361)

[[6].《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五](#p361)

[十三条将未列入工资总额的根据国家规定发放的创造发明奖、合理化建](#p361)

[议和技术改进奖等界定为劳动报酬。](#p361)

[[7].主要包括证监会制定的《上市公司股权激励管理办法》等。](#p361)

[[8].《上市公司股权激励管理办法》第三十三条规定,上市公司董事会](#p361)

[下设的薪酬与考核委员会负责拟订股权激励计划草案;财政部、国家税](#p361)

[务总局《关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》规定对于](#p361)

[股权激励收益按“工资、薪金所得”缴纳个税。](#p361)

# Document Outline

* [扉页](#p2)
* [版权信息](#p3)
* [目录](#p7)
* [序](#p5)
* [一、确认劳动关系](#p11)
  + [1社区工作者与其所属街道办事处之间构成劳动关系](#p11)
  + [2符合劳动法律关系内涵的用工关系应当认定为劳动关系](#p21)
  + [3个人将工程建筑行业资格证挂靠获利的,若实际并未向单位提供劳动,应认定为个人与单位之间不成立劳动关系](#p25)
  + [4股东兼任公司法定代表人的,与该公司之间是否存在劳动关系](#p29)
  + [5网络共享经济下网约车劳动关系的确认](#p34)
  + [6社保挂靠是否能认定为建立劳动关系](#p39)
  + [7使用“工资”字样是否一定为劳动关系](#p46)
  + [8建设工程违法转分包情形下事实劳动关系如何认定](#p51)
  + [9经销商为销售人员代发工资的,能否据此认定双方存在事实劳动关系](#p55)
  + [10承包关系与劳动关系的根本区别是双方是否具有从属性](#p60)
  + [11关联企业混同用工情况下用人单位的认定标准](#p65)
  + [12用人单位需对非全日制用工性质承担重要举证责任](#p70)
  + [13事业单位编制外人员的人事关系认定](#p75)
* [二、劳动合同履行和变更](#p82)
  + [14用人单位无权单方变更劳动合同](#p82)
  + [15劳动合同重要内容变更“默示推定”原则的适用](#p88)
  + [16调岗至存在职业病危害因素的岗位时,用人单位应当与劳动者协商一致](#p94)
  + [17续签劳动合同降低劳动条件的认定](#p98)
  + [18医师违反服务期约定医院要求其返还在职研究生期间劳动报酬的不应予以支持](#p104)
  + [19对“劳动合同确实无法继续履行”的认定](#p110)
  + [20情势变更原则在劳动合同履行过程中的适用](#p114)
  + [21未采用书面形式变更劳动合同的效力认定](#p119)
  + [22调岗调薪的合意基础分析](#p124)
  + [23未经劳动者同意的公司内部会议纪要不得擅自变更工时制度](#p129)
* [三、劳动合同解除和终止](#p135)
  + [24达到法定退休年龄且享受新农合养老保险能否视为劳动合同终止事由](#p135)
  + [25单位以公告形式解除劳务合同应坚持确有必要和谨慎适用原则](#p140)
  + [26“负面曝光”的劳动失职行为的性质认定](#p145)
  + [27怀孕时协议解除劳动关系的效力认定](#p150)
  + [28解除劳动关系协议书的效力及重大误解情形的审查](#p155)
  + [29劳动合同是否解除应对双方实际行为均进行法律评价](#p159)
  + [30劳动关系解除后的后合同义务的范围](#p164)
  + [31劳务派遣单位解除与被用工单位退回的劳动者的劳动合同,必须有据可依,否则即属于违法解除,应向劳动者支付二倍赔偿金](#p168)
  + [32未经合法程序制定的规章制度不能作为解除劳动合同的依据](#p173)
  + [33用人单位能否以劳动者债务较多、不良征信为由单方解除劳动关系](#p178)
  + [34劳动者严重违反规章制度的认定标准](#p182)
  + [35用人单位自身亦应遵守该规章制度中所规定的处罚程序,且作出的处罚应与劳动者的岗位职责相匹配](#p187)
* [四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p193)
  + [36非因劳动者本人原因工作调动补偿金或赔偿金如何计算](#p193)
  + [37非全日制用工形式的加班费认定](#p199)
  + [38分公司注销后继续提供劳动,总公司应支付劳动报酬](#p204)
  + [39工作时间包含值班、休息时间的特殊岗位劳动者加班事实和加班工资的认定](#p207)
  + [40适用《公司法》法人人格否认制度保障关联公司混同用工下劳动者的合法权益](#p213)
  + [41劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实证据而拒不提供的,应依法推定加班事实成立](#p217)
  + [42劳动者自动离职后无权获得经济补偿金](#p222)
  + [43用人单位以原合同约定条件续订劳动合同,原合同约定条件违反法律规定的,劳动者有权拒绝续订,并有权主张经济补偿金](#p227)
  + [44公司股东或经理等高级管理人员欠薪的证明责任](#p231)
* [五、竞业限制](#p236)
  + [45互联网平台经济下的竞业限制行为认定](#p236)
  + [46技术人员自愿签订竞业限制条款应当履行合同约定](#p242)
  + [47竞业限制违约金调整的考量因素](#p246)
  + [48劳动者违反保密义务和竞业限制义务的认定及违约责任的承担](#p252)
  + [49用人单位解除竞业限制协议应明确通知劳动者,解除通知送达劳动者之日起无需承担补偿义务](#p259)
* [六、工伤保险和社会保险](#p268)
  + [50达到法定退休年龄的因工致残者是否应当继续享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金](#p268)
  + [51未经依法清算注销公司后股东对职工工伤保险赔偿责任的承担问题](#p275)
  + [52用人单位未依法为职工缴纳社会保险应对职工造成的损失承担赔偿责任](#p283)
  + [53劳动者因用人单位未依法缴纳社保而导致医疗保险待遇损失的认定](#p288)
  + [54单位因挂靠关系而承担工伤保险责任情形下不存在劳动者提出解除劳动关系的逻辑前提](#p293)
  + [55私了协议是否对工伤待遇有效](#p298)
* [七、劳动争议仲裁](#p304)
  + [56如何认定未休年休假工资报酬仲裁时效的起算点](#p304)
  + [57劳动关系转为劳务关系的,劳动报酬仲裁时效何时起算](#p310)
  + [58劳动争议案件诉裁程序对接](#p314)
  + [59劳动仲裁中的自认事实在诉讼中的效力](#p319)
* [八、其他](#p323)
  + [60劳动合同中的缔约过失责任承担](#p323)
  + [61借调期间竞岗任职不产生原劳动关系的变动](#p328)
  + [62劳动合同解除后劳动者与用人单位签订协议的认定](#p334)
  + [63劳动者履职中因受网络诈骗造成单位损失如何赔偿](#p339)
  + [64破产企业营销职工业务费不能作为职工债权优先清偿](#p344)
  + [65新金融产业模式下用人单位制定的激励性提成制度在给付条件上应如何进行定位与判断](#p348)
  + [66因用人单位行使用工管理权引发的股权激励争议属于劳动争议](#p353)
  + [67执行不定时工作制的高管是否应遵守考勤制度](#p362)
  + [68员工入职不满一个月,月平均工资如何认定](#p366)
  + [69带薪年休假的决定和豁免](#p371)