# Table of Contents

[书名页](#p2)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p8)

[一、确认劳动关系](#p12)

[1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准](#p12)

[2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议](#p20)

[3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的人员与发包人不存在劳动关系](#p26)

[4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关系的认定标准](#p31)

[5 创业者与创业公司之间是否存在劳动关系](#p38)

[6 公司的法定代表人可以与其他公司存在劳动关系](#p44)

[7 公司股东请求确认劳动关系的认定标准](#p50)

[8 特殊情形下达到或超过退休年龄者与用人单位的劳动关系认定](#p55)

[9 劳动者能否以接受监事管理为由主张确认劳动关系](#p61)

[10 双重劳动关系的认定标准](#p67)

[11 通过互联网平台提供服务者的劳动关系确认](#p73)

[12 在校大学生与用人单位能否建立劳动关系](#p78)

[二、劳动合同履行和变更](#p84)

[13 公司营业转让时劳动者的知情同意权](#p84)

[14 劳动合同能否继续履行需考虑行业特殊性及互信基础](#p91)

[15 劳动合同中工作地点约定不明情形的处理规则](#p97)

[16 劳动者在关联企业订立劳动合同次数不可当然累计计算](#p103)

[17 用人单位维持或提高劳动合同约定条件续签劳动合同的界定](#p108)

[18 多家用人单位混同用工的法律责任承担](#p114)

[三、劳动合同解除和终止](#p120)

[19 对于用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由行使单方解除权案件应进行严格审查](#p120)

[20 劳动者辞去职务不等于解除劳动关系](#p126)

[21 劳动合同法第三十七条中劳动者行使单方解除权的理解与适用](#p132)

[22 劳动者言论表达的边界认定](#p139)

[23 “医疗期满不能从事用人单位另行安排工作”的司法认定](#p146)

[24 以旷工为由解除劳动合同的合法性应全面考虑](#p151)

[25 用人单位能否以证据为违反法律禁止性规定的方法取得为由解除与劳动者的劳动合同](#p157)

[26 用人单位调职违反诚信原则造成劳动者辞职的视为“推定解雇”](#p163)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p169)

[27 从事接触职业病危害工作的劳动者的法律保护](#p169)

[28 工伤职工提前恢复工作时劳动报酬的认定](#p174)

[29 公司管理人员能否因未订立书面劳动合同要求支付二倍工资](#p180)

[30 劳动者停职检查期间被降低工资数额是否构成“未及时足额支付劳动报酬”](#p185)

[31 企业因政策性原因外迁致使劳动合同无法履行时如何支付经济补偿](#p190)

[32 人格混同的关联公司应否就欠薪债务向劳动者承担连带责任](#p196)

[33 应签订无固定期限劳动合同却终止劳动合同的须支付赔偿金](#p202)

[34 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的可归责性是适用二倍工资罚则的前提](#p207)

[35 诚信原则在劳动争议案件中突破具体规范的适度适用](#p213)

[五、竞业限制](#p219)

[36 附条件竞业限制协议的司法审查](#p219)

[37 竞业限制违约金约定过高可调整](#p224)

[38 竞业限制协议能否对第三人发生法律效力](#p229)

[39 劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业限制](#p235)

[六、工伤保险和社会保险](#p241)

[40 工伤保险的法定义务不得约定免除，工伤保险赔偿与人身保险赔偿可以兼得](#p241)

[41 用人单位应承担工伤保险基金报销范围外的医疗费、合理的护理费](#p247)

[42 用人单位在住所地为跨区域被派遣劳动者缴纳社会保险的行为合法](#p252)

[43 职业病的认定及疑似职业病期间的医疗费用认定问题](#p257)

[七、劳动争议仲裁](#p263)

[44 一审按撤诉处理将导致仲裁裁决书生效](#p263)

[八、其他](#p268)

[45 当事人请求对事实行为进行确认不属于确认之诉的审理范围](#p268)

[46 “基于特殊待遇而设定的服务期”的司法认定](#p273)

[47 经协商的合法规章制度效力优先于劳动合同](#p278)

[48 具有初始培训费性质的引进费应作为飞行员离职时违约金的计算依据](#p284)

[49 劳动者对用人单位承担赔偿责任的认定标准](#p290)

[50 劳动者非因本人原因到新用人单位的工作年限和劳动关系存续期间的区别适用](#p295)

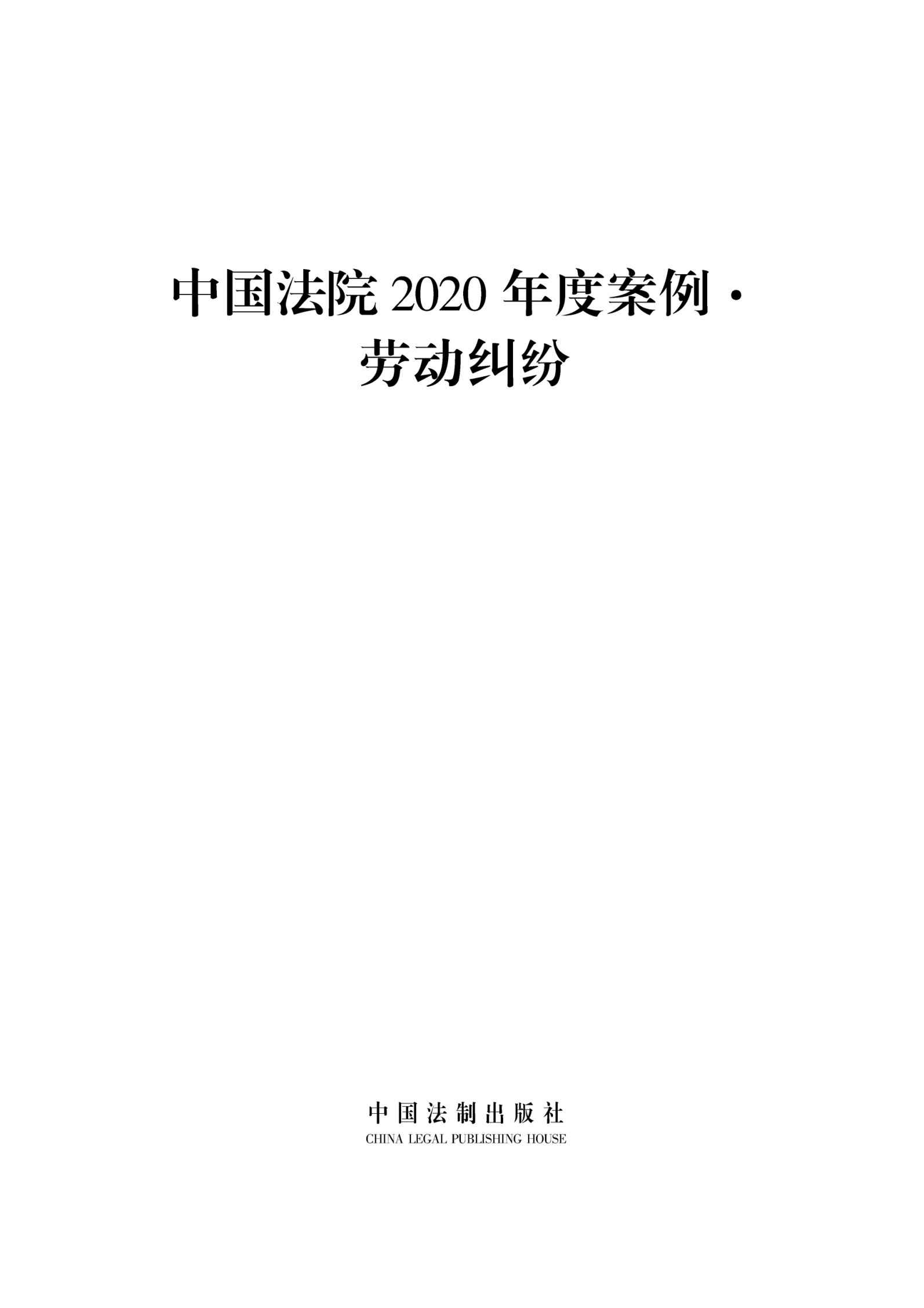
[51 用人单位不宜被认定为有权申请宣告劳动者死亡的利害关系人](#p302)

[52 事业单位聘用合同能否约定未到期辞职的违约金](#p307)

[53 用人单位主张劳动者支付“猎头费”的处理方法](#p314)

[54 劳动争议诉讼中公司法人格的突破](#p322)





图书在版编目（CIP）数据

中国法院2020年度案例.劳动纠纷：含社会保险纠纷/国家法官学

院，最高人民法院司法案例研究院编.—北京：中国法制出版社，2020.3

ISBN 978-7-5216-0913-4

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国…②最… 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（2020）第034118号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：李小草　赵律玮　　　　　　　　　封面设计：温培

英　李宁

中国法院2020年度案例·劳动纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2020 NIANDU ANLI·LAODONG JIUFEN

编者/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米

16开　　　　　　　　　印张/14.5　字

数/194千

版次/2020年3月第1版　　　　　　　　　　　　　2020年3月第1

次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0913-4　　　　　　　　　　定价：52.00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

坚持和完善中国特色社会主义法治体系，是党的十九届四中全会作

出的一项重要部署。作为其核心组成部分，高效的法治实施体系所要实

现的就是让静态的法律制度在实践中得到良好实施。《中国法院年度案

例》丛书的价值追求，即公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和

价值理念，提炼裁判规则，助推司法标准统一。

《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

版的一套大型年度案例丛书。丛书由国家法官学院案例开发研究中心具

体承担编辑工作，每年年初定期出版。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。作为一种全新的案例研究产品，

《中国法院年度案例》丛书旨在加强完善中国特色案例指导制度，探索

编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例出版物的不足。该丛

书2012～2019年已连续出版8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执行工作的发展进程，顺应审判执

行实践的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分册即金融纠纷、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年度、2019年度将刑事案例扩充为4个分册。现国家法官学

院及时编撰推出《中国法院2020年度案例》系列丛书，共23册。

当前市面上的案例丛书百花齐放，又有裁判文书网，可以查询各级

法院、各类的裁判文书，还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，各具特色。而《中国法院年度案例》丛书

则以开放务实的态度、简洁明快的风格，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

审结的典型案例近万件，使该丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新

近发生的全国各地多种类型的代表性案例。二是方便检索。为体现以读

者为本，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，迅速找到目标案例。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》丛书的出版，

给了作者和编辑们巨大的鼓励。2018年、2019年连续推出数据库增值服

务，2020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往年同类案例数据库。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

中也难以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，不断扩大案例

研究领域，实现中国特色案例研究事业新发展。

从今年起，《中国法院年度案例》改由国家法官学院与最高人民法

院司法案例研究院共同编辑。最高人民法院司法案例研究院是中编办批

准设置的最高人民法院的司法案例专门研究机构，与国家法官学院合署

办公，在最高人民法院领导下，秉持服务司法审判实践、经济社会发

展、法学教育研究、中外法学交流、法治中国建设的办院宗旨，坚

持“服务、创新、合作、开放、共享”工作原则，依托国家法官学院开展

司法案例的收集、生成、研究、发布和国际交流工作。司法案例研究院

的加入，必将使本套丛书的编辑力量更加壮大，案例质量将进一步提

升。

国家法官学院副院长

最高人民法院司法案例研究院负责人

[一、确认劳动关系](#p12)

[1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准](#p12)

[2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议](#p20)

[3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的人员与发包人不存在](#p26)

[劳动关系](#p26)

[4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关系的认定标准](#p31)

[5 创业者与创业公司之间是否存在劳动关系](#p38)

[6 公司的法定代表人可以与其他公司存在劳动关系](#p44)

[7 公司股东请求确认劳动关系的认定标准](#p50)

[8 特殊情形下达到或超过退休年龄者与用人单位的劳动关系认](#p55)

[定](#p55)

[9 劳动者能否以接受监事管理为由主张确认劳动关系](#p61)

[10 双重劳动关系的认定标准](#p67)

[11 通过互联网平台提供服务者的劳动关系确认](#p73)

[12 在校大学生与用人单位能否建立劳动关系](#p78)

[二、劳动合同履行和变更](#p84)

[13 公司营业转让时劳动者的知情同意权](#p84)

[14 劳动合同能否继续履行需考虑行业特殊性及互信基础](#p91)

[15 劳动合同中工作地点约定不明情形的处理规则](#p97)

[16 劳动者在关联企业订立劳动合同次数不可当然累计计算](#p103)

[17](#p108)

[用人单位维持或提高劳动合同约定条件续签劳动合同的界](#p108)

[定](#p108)

[18 多家用人单位混同用工的法律责任承担](#p114)

[三、劳动合同解除和终止](#p120)

[19](#p120)

[对于用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由行使单](#p120)

[方解除权案件应进行严格审查](#p120)

[20 劳动者辞去职务不等于解除劳动关系](#p126)

[21](#p132)

[劳动合同法第三十七条中劳动者行使单方解除权的理解与](#p132)

[适用](#p132)

[22 劳动者言论表达的边界认定](#p139)

[23 “医疗期满不能从事用人单位另行安排工作”的司法认定](#p146)

[24 以旷工为由解除劳动合同的合法性应全面考虑](#p151)

[25](#p157)

[用人单位能否以证据为违反法律禁止性规定的方法取得为](#p157)

[由解除与劳动者的劳动合同](#p157)

[26 用人单位调职违反诚信原则造成劳动者辞职的视为“推定解](#p163)

[雇”](#p163)

[四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p169)

[27 从事接触职业病危害工作的劳动者的法律保护](#p169)

[28 工伤职工提前恢复工作时劳动报酬的认定](#p174)

[29](#p180)

[公司管理人员能否因未订立书面劳动合同要求支付二倍工](#p180)

[资](#p180)

[30 劳动者停职检查期间被降低工资数额是否构成“未及时足额](#p185)

[支付劳动报酬”](#p185)

[31](#p190)

[企业因政策性原因外迁致使劳动合同无法履行时如何支付](#p190)

[经济补偿](#p190)

[32](#p196)

[人格混同的关联公司应否就欠薪债务向劳动者承担连带责](#p196)

[任](#p196)

[33](#p202)

[应签订无固定期限劳动合同却终止劳动合同的须支付赔偿](#p202)

[金](#p202)

[34](#p207)

[用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的可归责性是适用](#p207)

[二倍工资罚则的前提](#p207)

[35 诚信原则在劳动争议案件中突破具体规范的适度适用](#p213)

[五、竞业限制](#p219)

[36 附条件竞业限制协议的司法审查](#p219)

[37 竞业限制违约金约定过高可调整](#p224)

[38 竞业限制协议能否对第三人发生法律效力](#p229)

[39 劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业限制](#p235)

[六、工伤保险和社会保险](#p241)

[40](#p241)

[工伤保险的法定义务不得约定免除，工伤保险赔偿与人身](#p241)

[保险赔偿可以兼得](#p241)

[41](#p247)

[用人单位应承担工伤保险基金报销范围外的医疗费、合理](#p247)

[的护理费](#p247)

[42](#p252)

[用人单位在住所地为跨区域被派遣劳动者缴纳社会保险的](#p252)

[行为合法](#p252)

[43 职业病的认定及疑似职业病期间的医疗费用认定问题](#p257)

[七、劳动争议仲裁](#p263)

[44 一审按撤诉处理将导致仲裁裁决书生效](#p263)

[八、其他](#p268)

[45](#p268)

[当事人请求对事实行为进行确认不属于确认之诉的审理范](#p268)

[围](#p268)

[46 “基于特殊待遇而设定的服务期”的司法认定](#p273)

[47 经协商的合法规章制度效力优先于劳动合同](#p278)

[48](#p284)

[具有初始培训费性质的引进费应作为飞行员离职时违约金](#p284)

[的计算依据](#p284)

[49 劳动者对用人单位承担赔偿责任的认定标准](#p290)

[50](#p295)

[劳动者非因本人原因到新用人单位的工作年限和劳动关系](#p295)

[存续期间的区别适用](#p295)

[51](#p302)

[用人单位不宜被认定为有权申请宣告劳动者死亡的利害关](#p302)

[系人](#p302)

[52 事业单位聘用合同能否约定未到期辞职的违约金](#p307)

[53 用人单位主张劳动者支付“猎头费”的处理方法](#p314)

[54 劳动争议诉讼中公司法人格的突破](#p322)

一、确认劳动关系

1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准

——董某诉中国海外工程有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01民终2264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）：董某

被告（上诉人）：中国海外工程有限责任公司（以下简称中海外公

司）

【基本案情】

2013年1月，董某通过他人介绍，于2013年4月18日入职中海外公

司。其于2013年4月17日从北京出境，于4月18日到巴布亚新几内亚。其

在门迪至坎德普公路工程项目工作，担任工程技术人员。其直接领导是

刘某，工资标准为每月1650美元，工资由中国海外工程有限责任公司巴

新公司（以下简称中海外巴新公司）直接汇入其在中国银行的账户，工

资支付至2014年5月31日。2014年5月17日，其在工作中被打伤。另外，

中海外巴新公司未给其缴纳社会保险。

董某为证明其主张，提供团体意外险保险单。该保险单显示中海外

公司给董某投保了2013年8月10日至2015年8月3日期间的团体意外险。

中海外公司认可该证据的真实性，但表示费用是由中海外巴新公司负担

的。董某提供其与王某（中海外公司办公室人员）、刘某（中海外公司

门迪至坎德普公路工程项目部项目经理）、吴某（中海外公司副总经

理）等人的谈话。该谈话显示双方在协商工伤的处理事宜。中海外公司

认可该证据的真实性，但表示王某是中海外巴新公司在国内办事处的人

员，刘某是中海外巴新公司的项目经理，吴某时任中海外巴新公司的负

责人，后于2015年5月28日任其公司主要负责人。

中海外公司主张，门迪至坎德普公路工程项目是其公司承包的工

程。因其公司将部分工程分包给了中海外巴新公司，董某是中海外巴新

公司的员工，与其公司没有劳动关系。其公司将部分员工派往中海外巴

新公司工作，故其公司为这部分员工缴纳社会保险。董某的工资由中海

外巴新公司支付。中海外公司为证明其主张，提供董某的劳动合同。该

劳动合同显示甲方为“中海外巴新公司”，合同期限为2013年4月18日至

2016年4月，共36个月。同时，该合同甲方处加盖有“中国海外工程有限

责任公司巴新公司”字样的公章。董某认可其签名的真实性，但对于合

同内容的真实性、合法性均不认可。

董某以要求确认其与中海外公司存在劳动关系为由向北京市海淀区

劳动人事争议仲裁委员会（以下简称海淀仲裁委）提出申请，海淀仲裁

委裁决：驳回董某的仲裁请求。董某不服上述裁决，在法定期限内向法

院提起了诉讼。

【案件焦点】

1.董某是否由中海外公司招用并由其外派至境外的工程工作；2.董

某在境外的工作项目是否由中海外公司承包；3.在董某与中海外巴新公

司签订劳动合同后，董某与中海外公司之间是否还存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：从本案查明情况来看，董某在

门迪至坎德普公路工程项目中工作，该工程项目是中海外公司承包的工

程项目。中海外公司虽主张其公司将部分工程分包给中海外巴新公司，

但针对该主张中海外公司未提供相应的证据证明，故法院对于中海外公

司的该主张不予采信。中海外公司主张董某系中海外巴新公司的员工，

针对该主张中海外公司提供了劳工许可证、劳动合同及工资明细。但中

海外巴新公司为外国企业，没有直接从我国招募员工的资格，也不能直

接与我国公民建立劳动关系。中海外公司针对中海外巴新公司的员工在

其公司承包的工程项目中进行施工的原因，未提供相应的证据证明。加

之中海外巴新公司是中海外公司的全资子公司，故中海外公司提供的上

述证据不足以证明董某与中海外巴新公司存在劳动关系。综上所述，从

保护劳动者合法权益的角度出发，法院确认董某与中海外公司存在劳动

关系。鉴于此，中海外公司作为劳动关系中负有管理责任的用人单位一

方，理应就董某的入职时间承担举证责任，现中海外公司对此未提出明

确的意见，且其提供的劳动合同显示的合同起始时间与董某所主张的入

职时间一致，故法院采信董某的主张，即其入职时间为2013年4月18

日。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九

条，判决如下：

确认董某与中海外公司自2013年4月18日起存在劳动关系。

中海外公司不服，提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认

为：根据国务院《对外承包工程管理条例》的相关规定，对外承包工程

的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同，按照合同约定向外

派人员提供工作条件和支付报酬，履行用人单位义务。根据上述行政法

规规定，中海外公司与董某之间是否存在劳动关系，关键在于以下三

点：1.门迪至坎德普公路工程是否由中海外公司承包；2.董某是否由中

海外公司招用并由其外派至门迪至坎德普公路工程工作；3.在董某与中

海外巴新公司签订劳动合同以及董某的人身意外保险由中海外巴新公司

出资投保后，董某与中海外公司之间是否还存在劳动关系。

第一，根据国务院《对外承包工程管理条例》之规定，对外承包工

程的单位不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位。中

海外公司在海淀仲裁委及法院审理本案期间，数次陈述门迪至坎德普公

路工程是由中海外巴新公司承包或分包，但其所作的陈述前后均不一

致，且其亦未提举其公司将部分工程转包或分包给中海外巴新公司的证

据，故法院对于中海外公司所陈述的中海外巴新公司承包或分包门迪至

坎德普公路工程的说法不予采信。在法院审理本案期间，中海外公司认

可其承建门迪至坎德普公路工程，法院对此予以采信。故中海外公司作

为对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同。

第二，根据国务院《对外劳务合作管理条例》第二条第二款之规

定，国外企业、机构和个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。

中海外巴新公司为外国企业，外国企业不具备直接招用中国雇员的资

格，也不能直接与中国劳动者建立劳动关系、订立劳动合同，故董某如

果不是通过中海外公司的招用，并由中海外公司将其外派出国提供劳

务，其不可能到中海外公司承包的境外建设工程项目工作，故法院采信

董某的主张，认定董某系由中海外公司招用并由中海外公司外派出国，

给中海外公司承包的工程提供劳动。

第三，根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定，属

于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则。中海外公司作

为中国国内的企业，承包境外建设工程项目，亦应当按照上述规定执

行，与其外派人员签订劳动合同，履行用人单位的主体义务，且其不能

通过协议的方式转嫁其用人单位的义务。因此，虽然董某在到达巴布亚

新几内亚后，与中海外巴新公司签订了劳动合同，但对外承包工程的主

体与外派人员之间的用工关系已由行政法规规定按照劳动关系进行调

整，故中海外公司仍旧应当承担用人单位的主体责任。而根据《对外承

包工程管理条例》的规定，对外承包工程的单位应当为外派人员购买境

外人身意外伤害保险。中海外公司承包门迪至坎德普公路工程，作为外

派单位必须为其外派的劳动者购买境外人身意外伤害保险，故中海外公

司所陈述的系代中海外巴新公司给董某投保之说法难以成立。

综上所述，中海外公司上诉称其与董某之间不存在劳动关系，中海

外巴新公司与董某之间存在劳动关系的主张难以成立，法院对其上诉请

求不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。北京

市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条

第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

为更好地参与“一带一路”建设，许多中国企业直接在境外注册成立

子公司，从国内招收员工并将其派至国外子公司长期工作。因忽视这种

涉外用工的特殊性，一些企业招用员工行为不规范、不合法，本案即由

此引发的新型涉外劳动争议案件。本案争议的核心问题为在境外子公司

与外派劳动者签有劳动合同的情况下，中国企业与外派劳动者之间是否

成立劳动关系。由此需要考虑以下几个问题：

（一）外派人员由谁招用

1.境外企业不合法招工方式

中国企业在境外注册设立的子公司，在法律上属于境外企业。根据

《对外劳务合作管理条例》第二条第二款规定，国外的企业、机构或者

个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。为了规避境外企业直接

在境内招工，实践中，中国企业的境外子公司往往通过以下两种方式从

境内招工：一是以境内母公司的名义招工，但要求劳动者与境外子公司

签订劳动合同并将其派往境外工作；二是境外子公司在国内设立代表

处，通过代表处从国内招工并派往境外工作。针对上述两种方式，首

先，境外企业若想在我国境内招用人员，必须通过具备对外劳务合作经

营资格的境内企业进行，不能直接以境内母公司名义招工的同时自行签

订劳动合同。其次，根据《关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规

定》，外国企业的常驻代表机构是不能与中国公民直接签订劳动协议

的，须通过外服公司签订劳务派遣合同。因此，上述两种方式均为不合

法的招工方式，外派劳动者不能通过上述方式直接与境外企业建立劳动

关系。

2.应认定由中国企业招工

既然劳动者不能由境外企业直接招用至境外工作，也不能由其国内

的代表机构进行招用，而招工主体又是确定劳动关系的重要因素，因此

如何认定显得至关重要。此时应当考察招工信息的发布主体、海外工程

承包主体以及公司之间的关联关系等因素，不能简单凭借劳动合同的签

订主体来认定。通常招工主体为境外企业的境内母公司即中国企业，因

为招工信息通常由其发布，海外工程也由其承包，中国企业既是实际的

招工主体也是实际的用工主体。本案中劳动者就是由中海外公司招用，

并与中海外公司的境外子公司中海外巴新公司签订了劳动合同，不能简

单地通过劳动合同签订主体来认定招工主体。

（二）外派人员的工作项目由谁承包

对外承包工程，是指中国的企业或者其他单位承包境外建设工程项

目的活动。承包的工程也是外派人员的工作内容，判断是否存在劳动关

系的一项重要因素即劳动者所从事的劳动是否是用人单位的业务组成部

分。因此，确定对外承包工程的承包主体对于明确用人单位至关重要。

对外承包工程的企业应当具备国家规定的相应资质，作为对外承包

工程的企业同时应当承担其相应的义务。根据国务院《对外承包工程管

理条例》的相关规定，对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人

员订立劳动合同，按照合同约定向外派人员提供工作条件和支付报酬，

履行用人单位义务。实践中，确定工程承包主体并不难，但可能会出现

工程分包的情况，对此也有相关规定，即对外承包工程的企业不得将工

程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位，同时若承包主体主张

将工程分包给其他公司亦应举证证明。本案中，中海外公司认可在巴布

亚新几内亚的门迪至坎德普公路工程由其承包，虽然中海外公司主张将

工程分包给了中海外巴新公司，但其对分包情况未能举证说明而且陈述

前后不一。不过无论是否分包给中海外巴新公司，中海外公司都应当承

担对外承包工程企业的义务，即应与其招用的外派人员订立劳动合同，

而不是将该义务转嫁给境外子公司。

（三）已签订的劳动合同能否对抗法律规定

通过上述分析基本可以明确招工主体与承包主体均为境外企业的境

内母公司即中国企业。根据《对外承包工程管理条例》第十二条规定，

中国企业应当与外派人员订立劳动合同，如果双方未订立，则应当认定

双方存在劳动关系。但如果外派人员已经与境外企业签订了劳动合同，

那么此劳动合同是否有效、是否可以阻却外派人员与中国企业之间建立

劳动关系呢？

首先，劳动合同与劳动关系尽管有牵连，但二者也是可以割裂的，

有劳动合同，并不一定存在劳动关系。外国企业不具备直接从我国招用

员工的资格，也不能直接与我国公民建立劳动关系，故中海外巴新公司

与董某之间的劳动关系应认定无效。无论中海外巴新公司是否与董某签

订劳动合同，其与董某之间都不存在劳动关系。其次，外派人员与承包

主体之间的用工关系已为行政法规所确定按照劳动关系调整，且该条规

定属于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则，所以不受

已经签订的劳动合同影响。本案中，中海外公司作为中国企业，承包境

外建设工程项目，应当按照上述规定执行，与其外派人员签订劳动合

同，履行用人单位的义务，且不能通过协议的方式转嫁其用人单位的义

务。因此，虽然董某与中海外巴新公司签订了劳动合同，但双方之间并

不存在劳动关系，董某与中海外公司存在劳动关系，中海外公司依然应

当承担用人单位的主体责任。

编写人：北京市第一中级人民法院 范楷强

2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方

协议

是否具备劳动合同的效力取决于其具体约定和内容

——蔡某诉广东杰威咨询顾问有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终15382号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：蔡某

被告（上诉人）：广东杰威咨询顾问有限公司（以下简称杰威公

司）

【基本案情】

2017年5月8日，蔡某作为甲方与杰威公司作为乙方签订《普通高等

学校毕业生、毕业研究生就业协议书》，约定“甲方与乙方双方通过供

需见面、双向选择达成如下协议：一、甲方已如实向乙方介绍本单位情

况以及乙方工作岗位情况，并通过对乙方的了解、考核，同意录用乙

更多法律资料分享微信：15678922341

方，乙方已如实向甲方介绍自己情况，并通过对甲方的了解，愿意到甲

方就业并在规定或约定期限内报到；二、乙方到甲方报到后，双方应按

有关法律法规的规定，订立劳动合同，并办理有关招工手续，劳动合同

订立后，本协议自动终止；三、经甲乙双方协商达成如下条款：1.甲方

聘用乙方为文职翻译，服务期贰年，试用期从2017年7月1日算起，工作

地点为广州；2.甲方为乙方提供的工作条件和劳动保护应符合国家有关

规定；3.乙方被录用后试用期收入为人民币贰仟元/月，试用期满后由双

方共同约定的收入为人民币贰仟元/月，录用为公务员的按国家规定办

理；4.甲方为乙方提供的福利包括社会统筹养老保险、医疗保险、工伤

保险、生育保险、失业保险和住房公积金；5.如有违约，违约方支付违

约金叁仟元……奖金按照公司经营状况及个人绩效另行处理”。中国南

方人才市场在地方毕业生就业主管部门签章处盖章，蔡某所在学校在学

校就业管理部门处盖章。2017年6月26日，蔡某毕业。2017年7月1日，

蔡某与杰威公司开始建立劳动关系，除上述协议外，双方没有签订书面

劳动合同。蔡某在杰威公司处工作至2017年11月11日。

蔡某主张，上述协议书不能代替劳动合同，不完全具备劳动合同必

须具备的条款和效力，且杰威公司应支付未签订劳动合同的双倍工资差

额20000元。

杰威公司认为，上述协议书已经基本具备劳动合同的条款，杰威公

司从未拖欠工资和社保缴纳，不应局限于法律文本规定和有无劳动合同

要式规定，否则不仅存在明显的不公正情况，还可能由此引发潜在道德

风险，故不同意支付未签订劳动合同的双倍工资差额。

【案件焦点】

1.双方签订的《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》是

更多法律资料分享微信：15678922341

否具备劳动合同的效力；2.杰威公司是否需要向蔡某支付未签订劳动合

同的双倍工资差额。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：虽然蔡某与杰威公司签

订了《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》，但该就业协议

书不能代替劳动合同。首先，从签订主体而言，该就业协议书的签订主

体是用人单位、高校毕业生、学校就业管理部门，而劳动合同的签订主

体是用人单位与劳动者；其次，从签订目的而言，该就业协议书用于用

人单位与高校毕业生明确建立劳动关系意愿、学校就业管理部门以及教

育行政部门进行就业管理，而劳动合同的签订目的是明确用人单位与劳

动者的权利义务关系和平衡保障双方的合法权益；再次，从签订后果而

言，该就业协议书约定的是违约金，类似于合同法上的违约责任，而劳

动合同中一般情形下不能约定劳动者的违约责任，且实践中高校毕业生

正式毕业报到后仍需与用人单位签订书面劳动合同；最后，从签订内容

而言，虽然该就业协议书对于工作岗位、工作地点、工资等有基本约

定，但并未完全具备劳动合同的基本必备要素，约定甚为简单。综上，

杰威公司主张以该就业协议书代替劳动合同缺乏法律依据，杰威公司应

以蔡某月均工资标准2000元向蔡某支付未签订劳动合同的双倍工资差额

6735.63元。

广东省广州市越秀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第十条、第十七条、第四十七条、第八十二条之规定，判决如下：

一、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支

付2017年8月1日至11月11日期间未签订劳动合同的双倍工资差额

6735.63元；

更多法律资料分享微信：15678922341

二、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支

付2017年10月1日至2017年11月11日工资2735.63元；

三、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支

付2017年10月的提成160元；

四、驳回蔡某的其他诉讼请求。

宣判后，杰威公司、蔡某均不服上述民事判决，提起上诉。广东省

广州市中级人民法院经审理认为：虽然双方未签订书面的劳动合同，但

从双方签订的《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》的内容

来看，协议包括蔡某的工资、岗位、劳动期限、福利等，该协议具备劳

动合同本质特征，应当认定双方已经订立了书面的劳动合同。杰威公司

上诉请求无需支付未签订书面劳动合同的二倍工资，法院予以支持。

广东省广州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第

一百七十条第一款第一项、第二项之规定，判决如下：

一、维持广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号

民事判决第三项、第四项；

二、变更广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号

民事判决第二项为：杰威公司自本判决书送达之日起五日内向蔡某支付

2017年10月1日至11月11日的工资6839元；

三、撤销广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号

民事判决第一项。

【法官后语】

更多法律资料分享微信：15678922341

为了加强高校应届毕业生的管理工作，及时掌握、了解高校应届毕

业生的就业动向，在高校应届毕业生找到第一份工作时，高校应届毕业

生需要与高校管理部门、用人单位签订三方协议。原则上，学生毕业后

到用人单位处报到后需要以劳动者身份与用人单位签订劳动合同，明确

双方的权利和义务关系，但实践中有的用人单位因各种原因未及时签订

劳动合同，以为三方协议即具备劳动合同的效力。目前劳动和教育法律

法规对这一问题并未作出统一规定，而三方协议是否具备劳动合同的效

力则是由各地法院依据各自对劳动合同法第十七条关于劳动合同应当具

备条款的规定确定处理意见，实践中存在诸多争议，甚至出现同案不同

判现象。

对于本案例涉及的高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议是否

具备劳动合同的效力主要有三种观点：第一种观点是三方协议具备劳动

合同的效力，也就是不管三方协议有何具体约定和内容，只要双方签订

了三方协议，该三方协议就可以代替劳动合同，具备劳动合同的效力；

第二种观点是三方协议不具备劳动合同的效力，也就是不管三方协议有

何具体约定和内容，一概不能代替劳动合同，不具备劳动合同的效力

（实际上前面两种观点都是从形式特征上考虑三方协议与劳动合同之间

的关系）；第三种观点是三方协议是否具备劳动合同效力取决于三方协

议的具体约定和内容，也就是劳动者与用人单位虽未签订名为劳动合同

的书面协议，但双方签订的包含工资、岗位、工作时间、劳动期限等内

容的三方协议，具备劳动合同本质特征和必备条款的，应当认定双方已

经订立书面劳动合同。

笔者同意第三种观点，本案例的二审判决实际上也是采取的第三种

观点。虽然双方未签订书面的劳动合同，但从双方签订的《普通高等学

校毕业生、毕业研究生就业协议书》的内容来看，协议包括工资、岗

更多法律资料分享微信：15678922341

位、劳动期限、福利等，该协议具备劳动合同本质特征和必备条款，应

当认定双方已经订立了书面的劳动合同。从三方协议的具体约定和内容

出发，结合劳动合同法第十七条关于劳动合同应当具备条款的规定，认

定相关约定和内容具备劳动合同的效力。虽然用人单位未及时与高校应

届毕业生签订劳动合同欠妥，但鉴于三方协议相关约定和内容具备劳动

合同的效力，并未损害劳动者的合法权益，为了平衡用人单位和劳动者

的权利义务关系以及双方的利益，故不再支持劳动者主张的未签订劳动

合同支付双倍工资差额的主张。不过用人单位在用工实践中，为了符合

法律规定及避免争议和矛盾，即使在招聘时与高校应届毕业生签订了三

方协议，在高校应届毕业生报到后还是需要及时签订劳动合同。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 陈本聪

更多法律资料分享微信：15678922341

3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的

人员与发包人不存在劳动关系

——欧申国际文化传媒有限公司诉刘某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终9184号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：欧申国际文化传媒有限公司（以下简称欧申国际

公司）

被告（被上诉人）：刘某

【基本案情】

刘某为案外人聂某雇佣的结构施工人员，其劳动报酬系由聂某支

付。刘某于2015年12月12日进行展台拆卸工作时受伤，受伤后由聂某送

至医疗机构救治并支付了医疗费。该展台的搭建及撤展工作系由欧申国

际公司发包给聂某。受伤后，刘某向成都市劳动人事争议仲裁委员会申

请仲裁，要求确认与欧申国际公司存在劳动关系。劳动仲裁期间，刘某

称“聂某带领我进去做工”“工作是聂某带我们去”。仲裁员问：“除了给

更多法律资料分享微信：15678922341

被申请人做展台，是否前后一直在跟聂某做工？”刘某答：“谁找聂某，

我们就跟聂某去做。”

欧申国际公司提交了与聂某、刘某签订的“关于2015年12月12日世

纪城会展中心1号馆外施工人员被伤事件”的协议、就搭建其他展台与聂

某签订的承包协议等证据，证明欧申国际公司与刘某不存在劳动关系。

欧申国际公司、刘某及聂某的三方协议签订时间为2015年12月13日，其

中写明林某为本次所施工结构的发包方，聂某为承包方，刘某为聂某雇

佣的结构施工人员。

成都市劳动仲裁委裁决确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。欧

申国际公司不服裁决诉至法院，要求判决欧申国际公司与刘某不存在劳

动关系。

【案件焦点】

不具备用工主体资格的自然人所雇佣的个人与发包人是否构成劳动

关系。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：欧申国际公司将搭建、拆除展

台的工作发包给案外人聂某，刘某虽系聂某雇佣，但系在施工中受伤，

因此应当确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。刘某经传票传唤未到

庭，法院依法缺席判决。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第七

条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定，判决如下：

确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。

更多法律资料分享微信：15678922341

欧申国际公司不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院

经审理认为：刘某自认“聂某带领做工”“谁找聂某，就跟聂某去做”，三

方协议中亦明确了刘某为聂某雇佣的结构施工人员，加之刘某的劳动报

酬系由聂某支付，故可以认定刘某与聂某存在雇佣关系。依据《最高人

民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定，用工

单位仅为承担工伤保险责任单位，不能仅根据受伤事实即当然认定刘某

与欧申国际公司存在劳动关系，而欧申国际公司是否应对刘某所受伤害

承担工伤保险责任则不属于本案审理范围。综上，刘某主张与欧申国际

公司存在劳动关系，缺乏充分的事实和法律依据，一审法院对此认定有

误，法院予以更正。刘某因伤所受损失，可另行合法主张其权利。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第七

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规定，

判决如下：

一、撤销北京市朝阳区人民法院（2017）京0105民初19973号民事

判决；

二、欧申国际公司与刘某不存在劳动关系。

【法官后语】

本案涉及的是企业将业务（或者工程）发包、转包给不具备用工主

体资格的自然人，对该自然人招用的个人，如何认定其与发包企业的关

系。

有观点认为，此时应确认不具备用工主体资格的自然人所雇佣的个

人与发包企业之间存在劳动关系。主要理由是《劳动和社会保障部关于

更多法律资料分享微信：15678922341

确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定，建筑施工、矿山企业等用

人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自

然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方

承担用工主体责任。劳动合同法第九十四条规定：个人承包经营违反本

法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营

者承担连带赔偿责任。

我们认为，该观点是不正确的。承包人雇佣的个人与承包人构成雇

佣关系，与发包方不存在劳动关系。主要理由如下：

第一，劳动合同法第九十四条规定属于有关民事责任性质的规定，

不是认定劳动者与发包人之间具有劳动关系的法律依据。劳动关系是指

用人单位雇佣劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供由用

人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。劳动者与用人单位是否

构成劳动关系，要从实质上判断双方是否符合劳动关系的特征，包括用

人单位和劳动者具有法律规定的主体资格、用人单位指定的规章制度是

否适用于劳动者、劳动者是否接受用人单位的管理、劳动者提供的劳动

是否是用人单位业务的组成部分、劳动者是否从事用人单位安排的有报

酬的劳动等。

第二，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第

四条规定的用工主体责任实际上指的是承担工伤保险责任。《人力资源

社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第七条规定，

具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、

分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用

的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单

位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。《最高人民法院关于审理

工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定，用工单位违反法律、

更多法律资料分享微信：15678922341

法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该

组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，社会保险行政

部门认定用工单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持。同

时，该条还规定，承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险

经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位

和个人追偿。2015年《全国民事审判工作会议纪要》第六十二条明确，

对于发包人将建设工程发包给承包人，承包人又转包或者分包给实际施

工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系

的，人民法院不予支持。综上，可以看出用工主体责任不同于劳动关

系。

第三，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第

四条规定适用于特定主体，即建筑施工、矿山企业，不能任意扩大适

用。本案中，欧申国际公司并非上述类型企业，不能适用该通知规定，

且刘某自认“聂某带领做工”“谁找聂某，就跟聂某去做”，三方协议中亦

明确了刘某为聂某雇佣的结构施工人员，加之刘某的劳动报酬系由聂某

支付，故可以认定刘某与聂某存在雇佣关系。

编写人：北京市第三中级人民法院 王世洋 金妍熙

更多法律资料分享微信：15678922341

4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关

系的认定标准

——徐某诉中国太平洋人寿保险股份有限公司江阴支公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终62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）：徐某

被告（被上诉人）：中国太平洋人寿保险股份有限公司江阴支公司

（以下简称太平洋保险江阴公司）

【基本案情】

2014年11月11日，徐某在太平洋保险江阴公司签订了个人代理合

同，被代理方为中国太平洋人寿保险股份有限公司无锡分公司（以下简

称太平洋保险无锡公司，甲方），个人代理人为徐某（乙方），合同约

定：乙方的身份为寿险营销业务人员，乙方与甲方自签订本合同起即建

立代理关系；本合同非劳动合同。合同期限自2014年11月11日起至2017

年11月10日止。乙方同意甲方依照太平洋保险总公司制定的《管理规

更多法律资料分享微信：15678922341

定》以及太平洋保险总公司和甲方有关职能部门所规定的保险代理佣金

支付标准和方式，向乙方支付佣金。

徐某签订个人代理合同后即在太平洋保险江阴公司先后兼职、专职

从事寿险营销，根据业务量获得提成，其间一直自行缴纳社保。自2016

年下半年开始，徐某至太平洋保险江阴公司云亭营销服务部参加每日的

早会和培训。

个人代理合同还约定：甲方有权对乙方在代理期限内的行为进行管

理、培训；甲方有权要求乙方参加必要的培训、教育等活动；甲方有权

按照本合同及其附件的约定和规定，就乙方未参加或未按照约定参加前

述活动，视情节对乙方采取包括扣减佣金作为违约金、解除本合同在内

的处理措施。太平洋保险江阴公司云亭营销服务部张贴的无锡分公司寿

险营销业务人员出勤管理办法，规定了专职人员及兼职人员的出勤天数

以及办理请假手续的相关要求。按照该规定，徐某作为专职人员每周一

至周五应按时参加公司早会，每月出勤天数≥20天视为满勤，无故缺勤

及事假需乐捐相应的管理费，每月最多乐捐200元；每天的早会及险种

培训结束后，由徐某自行安排工作内容。徐某主张其接受太平洋保险江

阴公司的考勤管理，与公司存在极强的人身依附性，故双方之间为劳动

关系。

2016年10月18日8时9分，徐某在前往云亭营销服务部途中遭遇交通

事故，致其左上肢受伤无恢复可能。江阴市公安交警大队于2016年11月

11日出具道路交通事故认定书，认定徐某不负事故责任。后徐某申请工

伤认定，因太平洋保险江阴公司否认与其存在劳动关系，工伤认定中

止。2017年4月7日，徐某就要求确认其与太平洋保险江阴公司存在劳动

关系向江阴市劳动仲裁委申请仲裁，但未获支持，故诉至法院。

更多法律资料分享微信：15678922341

【案件焦点】

徐某与太平洋保险江阴公司在2016年10月18日是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：保险代理人是根据保险人的委

托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的

机构或者个人。本案中，徐某与太平洋保险无锡公司签订个人代理合

同，该合同明确约定双方系保险代理关系，双方意思表示真实，徐某的

权利义务及工作内容也均未超出该合同约定，故徐某与太平洋保险无锡

公司系保险代理关系。第一，从发放给徐某的报酬数额和支付形式上

看，发放数额不等且有相差较大的报酬，与其保险业绩、团队人数提成

计算有关，并通过佣金账户支付，该报酬与劳动关系中的工资有本质区

别。第二，徐某主张其与太平洋保险江阴公司之间存在极强的人身依附

性，但保险行业系特殊行业，根据合同约定及《中华人民共和国保险

法》第一百一十二条的规定，保险公司有权按照国家法律或其规章制度

对其业务员进行相应的管理培训，太平洋保险江阴公司作为太平洋保险

无锡公司的下级机构，对在江阴范围内从事代理太平洋保险无锡公司保

险业务的个人代理人徐某有内部管理的权利与义务，且是为了确保保险

代理业务健康有序地开展，并不影响徐某与太平洋保险无锡公司平等自

愿建立的代理关系，也并不能因此而确认双方之间存在劳动关系，更不

能据此确认代为管理的下级机构与个人代理人之间存在劳动关系。徐某

主张与太平洋保险江阴公司存在劳动关系，于法无据，故无法确认徐某

和太平洋保险江阴公司于2016年10月18日存在劳动关系。

据此，江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国保险法》第一

百一十二条、第一百一十七条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若

更多法律资料分享微信：15678922341

干规定》第二条之规定，判决如下：

驳回徐某的诉讼请求。

徐某不服一审判决，提起上诉，请求撤销一审判决，改判双方存在

劳动关系。江苏省无锡市中级人民法院经审理后同意一审法院的裁判意

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，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

保监会官网发布的2017年保险行业运行报告显示：截至2017年年

底，我国保险代理人数已达806.94万人。保险公司大量采用代理人制

度，主要是基于节约劳动法上用工成本的考量。但近年来，保险公司对

个人保险代理人的管理方式引发了大量诸如本案的争议。我国保险从业

人员数量庞大，准确认定个人保险代理人与保险公司之间的关系意义重

大，亦是本案的重点。

（一）个人保险代理关系与劳动关系的区别

在本案审理过程中存在两种不同观点：一种观点认为个人保险代理

人与保险公司之间系劳动关系；另一种观点认为双方之间的关系是保险

代理关系。笔者倾向于第二种观点，认为保险代理关系是平等民事主体

之间的民事委托法律关系，一方基于授权或委托关系，以另一方名义完

成保险代理活动，并收取保险代理费用（佣金）；被代理方对代理方的

代理行为承担民事责任，双方的权利义务遵循合同约定履行，受合同法

调整。就本案而言，徐某与太平洋保险无锡公司签订的个人代理合同系

更多法律资料分享微信：15678922341

双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，对双方均

具有约束力，故徐某与太平洋保险无锡公司之间满足保险代理关系成立

的要件。

个人保险代理关系与劳动关系的区别主要体现在以下几方面。

1.表现形式不同：保险代理关系是个人代理人经与保险公司签订保

险代理合同确定的；而劳动关系的确立则须由用人单位与劳动者签订书

面劳动合同。个人代理人开展业务的行为属于个人代理行为，劳动者的

劳动行为系职务行为。

2.报酬方面不同：在保险代理关系中，保险代理人所获报酬为佣

金，主要由保险代理人完成的保险销售业务量决定佣金的多少，同时还

会结合团队人数、提成计算方法等因素计算，通常都没有底薪，每月的

佣金收入不稳定；而劳动关系中的报酬则有最低工资保障，且不以劳动

成果交付为要件。

3.从属性不同：保险代理关系是建立在平等民事主体之间的，而劳

动关系中的劳动者与用人单位之间是管理与被管理的关系，具有较强从

属性。从法律性质上看，平等民事主体之间无管理权，但《中华人民共

和国保险法》第一百一十二条规定，保险公司应当建立保险代理人登记

管理制度，加强对保险代理人的培训和管理，不得唆使、诱导保险代理

人进行违背诚信义务的活动。这赋予了保险公司对保险代理人一定的管

理权。保险公司行使该管理权时应当以为了完成法定的保险代理培训义

务为限度，且该种管理权与劳动关系中的用人单位对劳动者享有的管理

权有本质上的区别，也是区分二者的关键。而个人保险代理人往往主张

其与保险公司之间存在劳动关系的根据则在于：保险公司在实际经营

中，个人保险代理人与保险公司的员工在提供劳动、获得报酬方面表现

更多法律资料分享微信：15678922341

出了高度相似性。

（二）存在劳动关系的认定标准

我国劳动法对于劳动者与用人单位之间双重劳动关系的存在并未给

予正面的回应，缺乏对双重劳动关系的总括性规定，导致双重劳动关系

的合法性受到质疑。而个人保险代理关系属于普通民事法律关系，不属

于劳动法所调整的劳动法律关系范畴，因而不受劳动法关于双重劳动关

系规定的制约，即为个人保险代理人与保险公司之间在个人保险代理关

系之外可能存在劳动关系预留了空间。

因此，保险代理关系与劳动关系虽然是存在显著区别的两种关系，

但并非只能择一而存在。就本案而言，徐某与太平洋保险无锡公司之间

建立了保险代理关系也并不妨碍双方之间可能存在劳动关系，故不能必

然断定徐某与作为下属机构的太平洋保险江阴公司之间不存在劳动关

系。是否构成劳动关系，应当以是否符合劳动关系的实质要件作为判断

依据。

劳动关系的本质特征在于劳动者与用人单位之间的从属性，劳动者

被纳入用人单位的组织体系之中，在用人单位的指挥、命令、管理下提

供劳动，用人单位对劳动者拥有广泛的指示权，二者之间存在较强的人

身依附性，具有隶属关系。就本案而言，太平洋保险江阴公司作为下属

机构，仅在保险销售专业知识方面对徐某等个人保险代理人进行管理培

训，其目的是提升保险代理人的专业程度、保护投保人及被保险人的利

益、防止保险代理人违背诚信义务销售保险；徐某完成的保险销售业绩

也并非在保险公司的指挥、控制下完成，销售保险的时间、地点、客户

人群都由徐某自主选择决定，不存在劳动法意义上相对固定的工作时

间、工作地点及工作内容。可见，双方之间并不满足劳动关系上的人身

更多法律资料分享微信：15678922341

依附性，故本案徐某关于其与代为管理的下属机构太平洋保险江阴公司

存在劳动关系的诉讼主张不应受到支持。

编写人：江苏省江阴市人民法院 张峥莉 沈琪晔

更多法律资料分享微信：15678922341

5 创业者与创业公司之间是否存在劳动关

系

——北京鲜树叶科技发展有限公司诉郭某劳动争议案

【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1073号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：北京鲜树叶科技发展有限公司（以下简称鲜树

叶公司）

被告（上诉人）：郭某

【基本案情】

郭某曾提起劳动仲裁，要求确认与鲜树叶公司存在劳动关系并主张

工资款项。仲裁裁决认定双方2015年5月28日至2016年9月8日期间存在

劳动关系、鲜树叶公司应向郭某支付工资458275.86元。鲜树叶公司不

服裁决结果，提起诉讼。

鲜树叶公司称其公司与郭某之间无劳动关系，无需支付工资；主张

更多法律资料分享微信：15678922341

郭某与公司实际经营控制人、原法定代表人王某为朋友关系，二人曾共

同创业成立北京心物网网络科技发展有限公司（以下简称心物网），后

发生纠纷。郭某辩称，其与鲜树叶公司之间存在劳动关系，职务为首席

运行官，月工资30000元，鲜树叶公司从未支付工资。

鲜树叶公司成立于2013年8月1日，现法定代表人为仇某，原法定代

表人及公司实际经营人为王某。心物网成立于2016年7月14日，法定代

表人王某，股东王某、郭某、魏某。除本案纠纷外，鲜树叶公司、王

某、郭某之间另涉及租赁合同纠纷、借款纠纷等多起诉讼。

鲜树叶公司曾出具委托书，载明郭某为公司COO，有权代为签订合

同。郭某曾参与审批鲜树叶公司租房申请、员工工资表（其中未见郭

某、魏某、王某三人工资信息）。郭某与鲜树叶公司之间无劳动合同，

无社保、无公积金、无个人所得税缴纳记录；鲜树叶公司从未向郭某支

付工资。2015年6月，郭某自北京某工程公司办理停薪留职手续，该公

司为郭某缴纳社会保险至2017年2月。

微信聊天记录显示，自2014年年末起郭某与王某之间微信交流频

繁，话题多集中于股票、投资等内容。其中，2015年4月30日，王某表

示“你可以提前参与参与”。2015年5月27日，郭某称“写完财务总结我就

可以找机会摊牌了”。

经责令郭某、王某、魏某、仇某四人到庭并分别询问，四人陈述基

本指向：鲜树叶公司是王某的创业企业，郭某、魏某因看好行业发展而

加入公司。王某、郭某、魏某各司其职，王某曾与二人谈及待公司二轮

融资到位后分配股权。

【案件焦点】

更多法律资料分享微信：15678922341

郭某与鲜树叶科技公司之间是否存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：劳动法的立法宗旨是保护劳动

者的合法权益，构建和维护和谐有序的劳动关系，因此应坚持依法保护

劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并重的原则，在认定双方之间

是否存在劳动关系的问题上，应依法严格审查，防止认定劳动关系泛

化。有鉴于此，对于鲜树叶公司与郭某之间是否存在劳动关系，法院从

以下两个层面分析论述。

从法律法规层面分析：其一，郭某与鲜树叶公司之间无劳动合同、

无工资支付记录、无个人所得税扣缴记录、无社保及公积金缴费记录。

其二，2015年6月12日郭某向案外公司提出停薪留职，该公司为郭某缴

纳社会保险至2017年2月。其三，郭某无证据证明双方之间存有关于工

资标准30000元的书面或口头约定。其四，郭某为公司月工资表的审核

人，明知鲜树叶公司并未将其纳入月工资支付人员范围，却并无证据证

明其在职期间曾就此提出异议。故结合以上几点，郭某主张双方之间存

在劳动关系，鲜树叶公司拖欠工资458275.86元，明显存疑。

再从法理层面分析：本案中，虽郭某持有加盖鲜树叶公司公章的授

权委托书等材料，但结合郭某所述与王某相识经过、入职鲜树叶公司经

过，王某、魏某、仇某分别陈述的鲜树叶公司设立、经营情况，郭某与

王某之间微信聊天内容可知，郭某虽在鲜树叶公司工作，但其并非处于

被管理层面的劳动者，其与鲜树叶公司之间缺乏以管理行为为核心特征

的人身隶属性，郭某入职鲜树叶公司的实质更偏向为与王某共同创业关

系。

更多法律资料分享微信：15678922341

综上，法院对郭某所持其与鲜树叶公司之间存在劳动关系、鲜树叶

公司拖欠工资458275.86元的主张无法予以采信。北京市海淀区人民法

院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定，判决如下：

一、确认2015年5月28日至2016年9月8日鲜树叶公司与郭某之间不

存在劳动关系；

二、鲜树叶公司无需向郭某支付前述期间工资458275.86元。

判决作出后，郭某持原审起诉意见上诉至北京市第一中级人民法

院。该院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

本案争议指向郭某与鲜树叶科技公司之间是否存在劳动关系，其实

质为创业者与创业公司之间是否为劳动关系。

近年来，在降低公司创立门槛、简化行政审批流程、放宽微小企业

贷款要求、建立创业园区及产业孵化基地等利好政策帮扶下，大批微小

型创业企业纷纷创立。因创业引发的劳动争议案件亦日趋涌现。其中，

劳动关系认定类案件占据相当比例，而囿于创业者身份的特殊性与复杂

性，创业者与创业公司之间是否存在劳动关系，往往观点不一，冲击着

传统的劳动争议审判理念。

以本案为例，就郭某与鲜树叶公司之间是否存在劳动关系，裁审阶

段审理结果截然不同。具体而言，劳动仲裁认为双方之间存在劳动关

系，理由为《授权委托书》等证据充分证明郭某参与过公司业务。法院

则认为双方并非劳动关系，理由为双方缺乏以管理为核心特征的人身隶

属性。

更多法律资料分享微信：15678922341

以上裁判差异，源于对2005年5月25日劳动和社会保障部发布的

《关于确立劳动关系事项的通知》（本案以下简称《通知》）的不同理

解与适用。

方法一：依据《通知》第二条，进行“要素式”审查。

方法二：依据《通知》第一条，进行“实质性”审查。

笔者认为：相较于第一条对于劳动关系抽象的描述，第二条要素式

的例举在实践中似乎更加具有可操作性、便捷性，更能适应劳动争议案

件审判专业化、裁判标准统一化的要求，但法律天然具有滞后性，在日

趋复杂的经济运营模式中，尤其是在创业背景下，第二条中的要素并无

法准确勾勒“劳动关系”之神韵。因此，在创业背景下讨论劳动关系认定

问题时，确应回归本源，对劳动关系的实质内核进行考察。

以本案为例，郭某系应鲜树叶公司创办人王某邀请，以经营者之一

的主观意愿进入鲜树叶公司，其并未以劳动者身份与鲜树叶公司建立劳

动关系、接受鲜树叶公司管理向其提供劳动的主观意愿；其预期的收益

也并非指向劳动报酬，而是创业收益。在此后的实际执行过程中，郭某

确系以经营者的身份参与企业运营，其并非鲜树叶公司管理下的劳动

者，而是代表用人单位对内行使管理权，参与企业经营决策等，即双方

并未以实际行为对此前共同创业的合意进行变更。因此，郭某与鲜树叶

公司之间缺乏建立劳动关系的合意，亦缺乏劳动用工过程中势必形成的

隶属性，二者之间的关系有别于法律意义上的劳动关系。

2015年12月23日至24日，最高人民法院在北京召开第八次全国法院

民事商事审判工作会议。该次会议指出，劳动争议案件的审理对于构建

和谐劳动关系，优化劳动力、资本、技术、管理等要素配置，激发创新

更多法律资料分享微信：15678922341

创业活力，推动大众创业、万众创新，促进新技术新产业的发展具有重

要意义，应当坚持依法保护劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并

重的原则，严格依法区分劳动关系和劳务关系，防止认定劳动关系泛

化。

法律的滞后性天然决定了在很多情况下，裁判者需要基于公平、诚

信等基本价值对案件进行认定、裁量。鉴于劳动关系本质上仍源自契约

关系，因此在更多的情形下，裁判者更应以客观、谦抑为品格。

编写人：北京市海淀区人民法院 蔡笑

更多法律资料分享微信：15678922341

6 公司的法定代表人可以与其他公司存在

劳动关系

——刘某诉中航馨禄昌（北京）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

北京市昌平区人民法院（2018）京0114民初2329号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：刘某

被告：中航馨禄昌（北京）生物科技有限公司（以下简称中航生物

公司）

【基本案情】

2017年6月23日，中航生物公司出具聘书，内容为：兹聘任刘某为

福禧养生馆总经理，全面负责福禧养生馆的运营工作。2017年7月2日，

刘某向祁某发送短信，内容含“工资12000元/月，福禧养生馆负责解决

以上三人的食宿、五险一金能否落实？”2017年7月14日，刘某向祁某提

出需要签书面协议，祁某让刘某草拟。刘某于2017年7月21日拟好协议

草稿，显示“甲方每月×日按时支付乙方（空白）元工资（税前？税

更多法律资料分享微信：15678922341

后）”和其他福利待遇（奖金、五险一金等）。2017年8月8日，中航生

物公司出具授权书，内容为：兹授权刘某为北京福禧养生馆总经理，全

面负责福禧养生馆的运营工作。同日，中航生物公司在《合作协议》上

盖章，内容与刘某草拟的协议不同，有“利益分配：1.甲方于福禧酒窖按

规定每月结算后，剩余流水的50%，除去甲方产品的成本外，公司参加

流水10%的分配，剩余90%的流水由乙方刘某分配。2.福禧养生馆在经

营中通过努力无利益可取，公司将酌情给予工资补贴”。刘某陈述因该

协议无工资数额、签约日期不应是8月8日等，故未在协议上签字。2017

年8月11日，祁某给刘某发送短信，内容含“咱俩已经交流几次了，如果

你按应聘上班领工资来做事就大大低估了你的能力……你非得要工资保

底就按你的想法提出申请”。2017年10月11日，刘某提交辞职书，内容

为：由于公司一直拖欠我工资，我今日（2017年10月11日）提出辞去福

禧养生馆总经理一职，希望公司将拖欠我的工资结清于我。当日，祁某

在出货单上签字，证明：除盛世无糖1盒、享瘦5盒做市场用外，其余财

物无缺少。庭审中，刘某陈述祁某为中航生物公司的总经理。中航生物

公司不予认可，陈述祁某为本公司法定代表人的指导老师。

另查，2017年8月8日，福禧会餐饮公司（甲方）与中航生物公司

（乙方）签订《福禧养生馆运营合作协议》，约定：甲乙双方决定在位

于海淀区万柳东路稻香园西里8号福禧酒窖三楼西侧指定房间开设福禧

养生项目，甲方提供场地，乙方负责运营；甲乙双方先试行合作六个

月，合作自2017年8月15日起至2018年2月14日止。六个月满后，双方无

异议顺延至2018年8月14日；乙方负责养生馆运营并提供两名固定工作

人员进行工作，薪酬保险等所有人力资源费用由乙方负责。祁某为中航

生物公司的签字人。

再查，刘某为西海岸公司的法定代表人。2017年9月6日，刘某代表

更多法律资料分享微信：15678922341

西海岸公司（乙方）与中航生物公司（甲方）签订《合作协议》，内容

为：一、甲方负责提供产品、产品资料、糖尿病健康讲座等事宜。二、

利益分配原则：（一）乙方负责开拓市场，全权代理甲方产品，乙方开

拓市场发展的客户和产生的业绩，永久归乙方所有。（二）结算价格：

1.盛世无糖复合果蔬蛋白固体饮品甲方按每盒660元与乙方结算。2.享瘦

产品甲方按每盒210元与乙方结算。祁某仍为中航生物公司的签字人。

庭审中，刘某陈述其工作内容为策划和运营福禧会馆，用微波治疗仪进

行治疗并收费，会馆内摆放盛世无糖、享瘦等养生产品作为样品。中航

生物公司陈述微波治疗仪是免费使用，吸引客户，然后推销上述养生产

品，即2017年9月6日的合作协议中的合作事项。

刘某于2017年10月16日向北京市昌平区劳动人事争议仲裁委员会提

出仲裁申请，请求：1.支付2017年6月23日至7月22日的工资12000元及

拖欠工资的经济补偿金6000元；2.支付2017年7月23日至10月11日未签

订劳动合同的双倍工资61600元；3.支付2017年8月15日至10月9日延时

加班费6600元（每天加班2小时，共加班44天）。该委于2017年12月18

日作出京昌劳人仲字〔2017〕第3849号裁决书，裁决：驳回刘某的仲裁

请求。刘某对该裁决书不服，持所诉请求诉至法院。中航生物公司对裁

决书无异议。

【案件焦点】

个人作为某公司的法定代表人，为被告公司提供劳动，双方之间究

竟是合作关系还是劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：当事人对自己提出的诉讼请求

更多法律资料分享微信：15678922341

所依据的事实或者反驳对方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。依据刘某提交的聘任书、授权委托书、中航生物公

司和福禧会餐饮公司之间的合作协议，可以认定刘某作为中航生物公司

福禧养生馆总经理进行工作。但通过刘某与祁某的微信聊天记录可以看

出，双方对于劳动关系还是合作关系也有过讨论和协商。在双方各自提

出协议草稿未达成一致的情况下，刘某代表西海岸公司与中航生物公司

签订《合作协议》，视为双方对双方之间的关系达成新的一致意见。故

法院认定刘某与中航生物公司2017年6月23日至2017年9月5日存在劳动

合同关系。2017年9月6日至2017年10月11日为中航生物公司和西海岸公

司的合作关系。

刘某要求支付2017年6月23日至2017年7月22日拖欠的工资12000

元，中航生物公司未举证证明刘某的工资情况，且在微信聊天时未对刘

某提出的月工资12000元提出异议，对刘某的该项请求，法院予以支

持。刘某要求支付拖欠工资的经济补偿金，依据不足，法院不予支持。

刘某要求支付2017年7月23日至2017年10月11日未签订劳动合同的双倍

工资，依据上述陈述，法院予以支持2017年7月23日至9月5日的双倍工

资差额，具体数额为（12000元+12000元÷21.75天×10天）×2=35034.48

元。刘某要求支付延时加班费，其提交的考勤表无中航生物公司相关人

员签字，故不足以认定其存在加班事实，对该项请求不予支持。

北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、

第八十二条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，作出

如下判决：

一、被告中航生物公司自本判决书生效之日起十日内支付原告刘某

2017年6月23日至2017年7月22日工资12000元；

更多法律资料分享微信：15678922341

二、被告中航生物公司自本判决书生效之日起十日内支付原告刘某

2017年7月23日至2017年9月5日未签订书面劳动合同的双倍工资

35034.48元；

三、驳回原告刘某的其他诉讼请求。

【法官后语】

《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》对劳动

关系中劳动者和用人单位双方的权利义务进行专门规定，众多的法规、

规章、办法等对劳动关系所涉及的主体、范围、劳动者的工资、保险等

情形也作了详细规定。《中华人民共和国劳动法》第二条规定，在中华

人民共和国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者，

适用本法；第十六条规定，建立劳动关系应当订立劳动合同。但现实生

活中，由于用工方式的形式多样化和某些用人单位为逃避劳动关系中的

种种义务，不与劳动者签订书面劳动合同或与劳动者签订其他性质的书

面合同的情形越来越多，如劳务合同、合作协议、承包合同等内容。这

给双方是否存在劳动关系的认定增加了审理难度。《劳动和社会保障部

关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定，用人单位与劳动者未

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

制定的各项劳动规整制定适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管

理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用

人单位业务的组成部分。

本案中，笔者做如下分析：第一，刘某虽为西海岸公司的法定代表

人，但不能排除他可以作为普通劳动者的身份。劳动者是指在法定就业

年龄范围内，具有劳动权利能力和行为能力，在用人单位管理下独立提

更多法律资料分享微信：15678922341

供劳动并获取劳动报酬的自然人。刘某作为自然人，未满法定退休年

龄，可以自由支配自己的劳动能力。中航生物公司作为依法设立的企

业，亦具有用人单位的主体资格。第二，刘某的工作地点在福禧养生馆

内，福禧养生馆系中航生物公司与第三方公司签订《合作协议》后由第

三方公司提供的场所，故工作地点由中航生物公司指定；刘某与祁某的

微信记录显示，祁某对刘某工资和保险问题有过沟通和确认。中航生物

公司虽不认可祁某的总经理职位，但中航生物公司与第三方公司签订的

协议、与西海岸公司签订的协议均由祁某代表中航生物公司进行签字，

足以证明祁某系中航生物公司具有一定管理职责的职员；中航生物公司

与第三方公司签订的《合作协议》亦明确显示，由中航生物公司提供工

作人员，并负责工作人员的薪酬等工作；中航生物公司向刘某出具聘

书、授权书，明确聘任刘某为福禧养生馆的总经理。第三，中航生物公

司与第三方公司签订的《合作协议》中约定由中航生物公司进行福禧养

生馆的运营，而刘某的工作内容是经营福禧养生馆，刘某提供的劳动系

中航生物公司的业务组成部分。故笔者认定在双方签订《合作协议》之

前，双方虽就合作的内容和方式进行一定程度的洽谈，但双方的实际工

作方式和内容符合劳动关系的各项条件，故双方在签订正式《合作协

议》之前的关系为劳动关系。

编写人：北京市昌平区人民法院 王开艳

更多法律资料分享微信：15678922341

7 公司股东请求确认劳动关系的认定标准

——北京莹彩益文化发展有限公司诉唐某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终9053号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：北京莹彩益文化发展有限公司（以下简称莹彩

益公司）

被告（上诉人）：唐某

【基本案情】

2004年7月9日，原告公司注册成立，注册资金为100000元，登记股

东为柯乙（占股52%）、唐某（占股48%）。原告法定代表人柯乙表示

公司是其兄柯甲向其借款出资设立，实际控制人就是柯甲。唐某认可柯

甲曾系公司实际控制人。唐某与柯甲于2007年2月登记结婚，2010年年

底协议离婚，唐某称离婚后双方仍共同生活，其从未领取工资，生活费

由柯甲承担。对于出资成立莹彩益公司的原因，唐某称“希望与我之前

的客户继续合作，所以柯甲与我合资成立一个公司，我全权负责公司的

更多法律资料分享微信：15678922341

业务，柯乙没有什么业务，负责现场的施工、安装售后服务，柯甲负责

成本核算、采购等”。唐某称自己是原告业务经理，曾向柯乙要过工资

但未果，其未从莹彩益公司领取过分红，但柯甲、柯乙领取过分红。莹

彩益公司为唐某缴纳了2004年8月至2011年的社会保险。

唐某提交其代表莹彩益公司做业务使用的授权委托书、介绍信、业

务款发票等复印件，证明其做过业务工作。莹彩益公司认可部分文件的

真实性，主张唐某做业务是为了获得提成，双方没有关于支付工资的约

定。唐某曾提交四份劳动合同，经鉴定有烟熏做旧痕迹，且公章与从银

行调取的原告公司公章不一致。

【案件焦点】

2004年8月1日至2016年1月17日，股东唐某为莹彩益公司做业务工

作，双方是否形成劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：首先，唐某要求确认与莹彩益

公司存在劳动关系，应就劳动关系的建立、履行及相关权利义务关系的

事实承担举证责任。但其提交的用工合同上加盖的公章经鉴定与莹彩益

公司公章不符，且有人为做旧痕迹，法院不予采信；其次，如存在劳动

关系，作为劳动者的唐某在长达十余年中从未领取过劳动报酬且未提起

任何仲裁或诉讼，有悖常理，唐某亦未作出合理解释，法院不予认定；

最后，唐某是莹彩益公司工商登记信息中的在册股东，虽有可能参与公

司的业务经营，但应与劳动关系下管理与被管理的人身依附属性加以区

分，如唐某认为股东权益受损，可另案解决。据此，法院认定双方不存

在劳动关系。依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二

条规定，判决如下：

莹彩益公司不支付唐某2004年8月1日至2016年1月17日工资343000

元。

唐某不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：《劳

动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定确立了

认定劳动关系的三个特征。本案中，唐某是莹彩益公司股东，其提交的

证据能够证明其为莹彩益公司做业务工作，本案的争议焦点是双方之间

的关系是否属于劳动关系。法院认为，股东在提供劳动过程中遵守用人

单位的劳动规章制度，接受用人单位的劳动管理，与用人单位建立起以

提供劳动和支付报酬为内容的稳定性对价关系，应依法确认双方存在劳

动关系。但如果股东所提供劳动的主要目的是获得股东权益，义务来源

系完成具体事项的临时性委托等，提供劳动的持续性、稳定性以及受用

人单位劳动规章制度约束性较弱，报酬金额并非依据适用于用人单位职

工的薪酬待遇制度确定，报酬的发放时间也不具有周期性特征，则一般

不能认定其与用人单位存在劳动关系。

首先，根据唐某陈述，成立莹彩益公司的目的是利用其原有客户资

源，与柯甲、柯乙分工合作，获取经营收益，故唐某利用其客户资源为

莹彩益公司获取业务，实质上是一种投资经营行为，而非作为受雇者的

劳动行为。其次，唐某未提交证据证明莹彩益公司对其进行劳动管理，

相反，其陈述的为莹彩益公司做业务的行为具有明显的主动性和独立

性，故法院难以认定其工作行为具有从属性。最后，从报酬上看，唐某

未提交证据证明双方曾约定莹彩益公司向其支付工资，亦未提交证据证

明其2016年1月17日前曾向该公司索要过工资，唐某对其长达十余年中

从未领取过劳动报酬不能作出合理解释，故法院无法认定双方曾就莹彩

益公司向唐某支付劳动报酬做出过约定。考虑到唐某与莹彩益公司实际

控制人柯甲之间的关系，莹彩益公司为唐某缴纳社会保险的事实，不能

证明双方建立了劳动关系。综上所述，双方关系不符合劳动关系的特

点，唐某基于劳动关系要求莹彩益公司支付其2004年8月1日至2016年1

月17日工资343000元，没有事实依据。

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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

股东请求确认与公司存在劳动关系的案件，在司法实践中存在争

议。股东为获取公司经营收益，自主参与、帮助公司经营的行为，不符

合劳动关系的从属性特征，不能确认为股东与公司之间建立了劳动关

系。

首先，在劳动关系的判断标准上，我国劳动法并未对劳动关系作出

定义。通常认为，劳动关系是指劳动者加入用人单位成为其成员，在用

人单位的管理下从事用人单位安排的、有报酬的劳动，由此形成一个受

劳动法律法规调整、旨在实现劳动过程的社会关系。劳动关系区别于一

般民事法律关系的基本特征是劳动者对用人单位的从属性，包含人身从

属性、经济从属性和组织从属性。《劳动和社会保障部关于确立劳动关

系有关事项的通知》也是从双方主体资格和从属性方面确立的判断劳动

关系的标准。

其次，现行劳动法并未禁止股东与其投资的公司建立劳动关系，但

应注意区分股东的投资经营行为和劳动行为。股东为公司工作呈现多种

样态，如经股东会选举为董事直接参与公司经营、受公司委托处理一些

公司事务、利用自身资源为公司经营提供帮助、以高管或普通员工身份

为公司提供劳动等。当股东请求确认与公司存在劳动关系时，应抓住劳

动关系的从属性特征这个主要矛盾，做到具体问题具体分析。股东在为

公司工作过程中遵守公司的劳动规章制度，接受公司的劳动管理，双方

建立起以提供劳动和支付报酬为内容的长期、稳定关系的，应依法确认

双方存在劳动关系。股东为公司工作的主要目的是获得经营收益，基于

完成具体事项的临时性委托等原因替公司处理事务，提供劳动的持续

性、稳定性不强，受公司规章制度约束程度较弱，报酬数额及发放时间

也不具有周期性特征的，一般不能认定其与用人单位存在劳动关系。上

述特征有时表现得不够清晰，应结合公司的具体情况进行综合判断。

本案确立的认定股东劳动关系的思路，能防止劳动关系泛化，防止

股东利用劳动争议解决股东权益纠纷。

编写人：北京市第二中级人民法院 张玉贤

8 特殊情形下达到或超过退休年龄者与用

人单位的劳动关系认定

——郭某诉南通忠仁水产有限公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院（2018）苏06民终2093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）：郭某

被告（被上诉人）：南通忠仁水产有限公司（以下简称忠仁公司）

【基本案情】

忠仁公司经营范围为水产加工品生产，紫菜育苗、养殖、收购，鳗

鱼养殖，销售自产产品。郭甲自2016年起至忠仁公司工作，其已年满60

周岁，但未享受基本养老保险待遇。2017年2月2日18时50分左右，郭甲

驾驶电动自行车在G328国道157千米+130米路段发生交通事故，于同月

5日死亡。

2018年1月3日，郭某（郭甲之女）向海安县劳动人事争议仲裁委员

会申请，要求忠仁公司给付劳动报酬，2018年1月15日，双方在海安县

劳动人事争议仲裁委员会主持下进行调解，后郭某以进一步补充证据为

由申请撤回调解。

2018年1月31日，郭某向海安县劳动人事争议仲裁委员会提交仲裁

申请书，请求确认郭甲与忠仁公司在2016年7月1日至2017年2月2日存在

劳动关系。海安县劳动人事争议仲裁委员会认为郭甲已于2009年8月2日

达到法定退休年龄，郭甲与忠仁公司不存在劳动关系，不属于其受理范

围，故决定不予受理，向郭某出具海劳人仲不字〔2018〕第11号不予受

理通知书。郭某对不予受理通知书不服，向法院起诉。请求法院确认郭

甲与忠仁公司于2016年7月1日至2017年2月2日存在劳动关系。

郭某认为，其父虽达到退休年龄，但其仍在忠仁公司正常提供劳

动，双方之间构成劳动关系。忠仁公司认为，郭甲系年满60周岁才开始

至忠仁公司工作，双方之间形成的应是雇佣关系，而非劳动关系。

【案件焦点】

达到或超过退休年龄人员在原用人单位或新单位继续就业，双方之

间是否构成劳动关系。

【法院裁判要旨】

江苏省海安县人民法院经审理认为：依据我国劳动法律、法规的规

定，劳动者正常退休年龄为男满60周岁。本案中，郭甲到忠仁公司工作

时已经达到法定的退休年龄，其在忠仁公司工作时已不再具备劳动法意

义上的劳动者主体资格，用人单位忠仁公司直接招用已达法定退休年龄

的劳动者，双方之间不能成立劳动关系。因此，对于郭某要求确认郭甲

生前与忠仁公司之间存在劳动关系的诉讼请求无法律依据，法院不予支

持。

江苏省海安县人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第二

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，判决如下：

驳回郭某的诉讼请求。

判决后，郭某不服，提起上诉。江苏省南通市中级人民法院经审理

认为：用人单位与其招用的已达到或超过退休年龄但未享受基本养老保

险待遇或领取退休金的员工发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动

关系特征的，应当按照劳动关系的特殊情形处理。本案中，郭甲自2016

年起至忠仁公司工作，并未享受退休待遇，其在忠仁公司从事紫菜接港

工作，接受忠仁公司的管理与指挥，忠仁公司向其支付劳动报酬，郭甲

提供的劳动属于忠仁公司的业务组成部分，双方之间符合劳动关系的法

律特征，应当按照劳动关系的特殊情形处理。劳动者请求享受《中华人

民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》规定的劳动报酬、劳

动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇

的，应予支持。但劳动者请求签订无固定期限劳动合同、支付二倍工

资、经济补偿、赔偿金的，不予支持。双方另有约定的除外。达到或超

过退休年龄的劳动者，依据《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第二

十八条第一款规定，不能享受一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗

补助金。综上，郭某的上诉请求成立，法院依法予以支持。一审法院对

双方当事人之间的法律关系认定有误，二审法院依法予以纠正。

江苏省南通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规定，作出如下判决：

撤销江苏省海安县人民法院（2018）苏0621民初1094号民事判决，

改判为：郭甲与忠仁公司2016年7月1日至2017年2月2日的法律关系按照

劳动关系的特殊情形处理。

【法官后语】

随着老龄化社会的到来，越来越多达到退休年龄的劳动者选择退而

不休，被原单位返聘或另行到新的用人单位就业，继续为社会发挥余

热。达到或超过退休年龄的劳动者在工作中积累并掌握了一定的知识技

术或劳动技能，其继续就业有利于促进技术传承、成本节约及劳动效率

的提高，我国法律并未禁止达到退休年龄的劳动者在原用人单位或新单

位继续就业。由于这一群体在现实社会中不断发展壮大，对其相关劳动

权利的保护就显得十分迫切，其与就业单位之间的法律关系也成为近几

年学界讨论的热点问题。

对于达到或超过退休年龄的人员与用人单位之间是否构成劳动关

系，本案一审与二审的裁判结果截然不同，分别代表了审判实务中两种

对立的观点。我国目前达到或超过退休年龄的人员分为两种情形：一种

是纳入养老保险范畴、业已享受养老保险待遇的劳动者；另一种是并未

纳入养老保险范畴、未曾享受退休待遇的劳动者。对于前者，《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）》第七条

已经明确界定，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。考虑到享受养老保险待遇的相关人员已经具有相应退休

保障，所以对其与用人单位之间的法律关系不宜认定为劳动关系，而应

按劳务关系认定。但对于未享受养老保险待遇的达到或超过退休年龄的

人员，法律及相关司法解释并未明确界定，若不对其权利给予适当保

护，必然会大大挫伤其继续就业的积极性，不利于形成人尽其才的稳定

社会风气。将此类人员完全按照正常的劳动关系认定，因其毕竟已经达

到或超过退休年龄，对于一些专属于未达到退休年龄劳动群体的权利保

障措施如一次性伤残就业补助金等待遇，若不加区分地让其一概享有，

又将损害年轻劳动群体的整体利益。

笔者认为，对于用人单位与其招用的已达到或超过退休年龄但未享

受基本养老保险待遇或领取退休金的员工发生用工争议，双方之间用工

情形符合劳动关系特征的，应当按照劳动关系的特殊情形处理。在此情

形下，劳动者请求享受《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳

动合同法》规定的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休

假、职业危害防护、福利待遇的，应予支持。但劳动者请求签订无固定

期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金的，不予支持。双方

另有约定的除外。达到或超过退休年龄的劳动者，用人单位能够依法为

其缴纳工伤保险的，在发生工伤事故后其可以获得一次性伤残补助金等

工伤保险待遇，但不能享受一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补

助金。这样保护了年轻劳动群体的整体保障体系不受影响，既给予达到

或超过退休年龄的劳动者适当的劳动权利保障，也维护了用人单位的合

法权益，体现了平等保护的公平原则。将劳动关系区分为普通劳动关系

与特殊情形的劳动关系两种不同情形，对相应劳动者的劳动权利予以区

分保护，可以有效促成多类型劳动者共存的良性就业局面实现，更加精

准地保护不同类型劳动者的合法权益。

经过几十年的不断发展，我国保险业已经形成多险种并存、全方位

服务的格局。对于达到或超过退休年龄的劳动者，保险部门专门设置了

特殊年龄就业人员意外伤害险等险种供用人单位投保，用人单位应及时

为其招用的达到或超过退休年龄的劳动者投保相应险种。本案中，郭某

之父郭甲生前在忠仁公司从事紫菜接港工作，并未享受退休待遇，郭甲

提供的劳动属于忠仁公司的业务组成部分，双方之间符合劳动关系的法

律特征，但考虑到郭甲已经达到退休年龄，故双方之间形成特殊情形的

劳动关系。达到或超过退休年龄的劳动者因工作原因遭受事故伤害，有

获得医疗救治和经济补偿的权利。依法为劳动者缴纳工伤保险是用人单

位应尽的法定义务，忠仁公司在与郭甲建立特殊情形劳动关系后，应及

时依法为其缴纳相应工伤保险。《中华人民共和国社会保险法》第四十

一条规定，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。忠仁公司作为用人单位，未依法为

郭甲缴纳工伤保险，应依照前述论证及《工伤保险条例》之规定，支付

郭甲特殊劳动关系下的赔偿待遇。在确认双方当事人之间存在特殊情形

劳动关系以后，郭某可以进一步主张相应赔偿待遇。

本案认定郭甲与忠仁公司之间构成特殊情形劳动关系，为其进一步

合法维权奠定了法律基础，突破了对达到或超过退休年龄劳动者正当劳

动权利不敢维护的认识禁锢，有利于促进这一特殊群体在我国社会主义

建设事业中更好地贡献才智。

编写人：江苏省南通市中级人民法院 郭相领

9 劳动者能否以接受监事管理为由主张确

认劳动关系

——刘某诉北京实先环境工程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（2018）京02民终1377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

被告（上诉人）：北京实先环境工程科技有限公司（以下简称实先

环境公司）

【基本案情】

刘某诉称，其于2016年10月9日入职实先环境公司，担任水暖工，

由公司提供工作证及工服，由公司监事彭某作为代表负责工地工作。

2016年11月10日上午，因公司未提供安全措施，刘某在工作中从高处坠

落受伤。刘某受伤后，彭某代表公司缴纳医疗费及之后分4次转账5400

元。刘某要求确认双方自2016年10月9日至2017年6月27日存在劳动关

系，并支付2016年11月11日至2017年6月27日的工资。

实先环境公司辩称，刘某与其公司之间不存在劳动关系。2017年9

月20日，北京市丰台区劳动争议仲裁委员会作出京丰劳人仲字〔2017〕

第1202号裁决书：驳回刘某的各项仲裁请求。实先环境公司实行工程劳

务作业分包制度，刘某应当与劳务公司之间存在关系。且其公司彭某系

职工监事，其本职工作为工程部采购员，并非公司高级管理人员，无资

格代表公司。彭某于2016年10月17日从公司离职，但监事身份保留，待

股东大会决议后予以解聘。刘某受伤时彭某并非公司员工，其是否探望

刘某并支付医疗费及后续转账钱款，实先环境公司均不知情，故请求驳

回刘某的诉讼请求。

对于上述主张，刘某出具工服、住院病案、与彭某通话录音、彭某

四次转账记录等证据材料，其中工服及住院病案均载有彭某联系电话，

转账记录均载有彭某姓名。实先环境公司对于上述证据的真实性、证明

目的及关联性均不认可，其主张与刘某之间不存在劳动关系，据此提交

案外公司劳务分包合同、银行对账单等证据材料，用以证明公司员工中

没有刘某，从未向其支付过工资，刘某应与案外公司存在劳务关系。

【案件焦点】

劳动者能否以接受监事管理为由主张确认劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：实先环境公司主张彭某已经于

2016年10月17日离职，但仍为其发放2016年10月、11月、12月工资，且

彭某担任实先环境公司监事的时间为2011年2月15日至2017年8月16日；

彭某为刘某支付了住院期间费用，后彭某陆续向刘某妻子账户转账四

次。对于以上事实，实先环境公司作出的答辩意见均不符合常理。结合

刘某向法院提交的相关证据材料，考虑双方举证能力以及劳动争议案件

举证规则，对于刘某主张双方在2016年10月9日至11月10日存在劳动关

系、日工资为260元的主张，法院予以采纳。对于受伤之后的劳动权

益，刘某可待确认工伤之后另行主张。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第七

条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、刘某与北京实先环境工程科技有限公司在2016年10月9日至

2016年11月10日存在劳动关系；

二、驳回刘某其他诉讼请求。

实先环境公司持原审答辩意见提起上诉。北京市第二中级人民法院

经审理认为：实先环境公司主张彭某已经于2016年10月17日离职，但仍

为其发放2016年10月、11月、12月工资，且彭某担任实先环境公司监事

的时间为2011年2月15日至2017年8月16日。再加上北京市顺义区人民法

院（2017）京0113民初12082号民事判决书查明的事实，均与实先环境

公司主张彭某离职时间不符，且该公司亦未能够作出合理的解释，因此

法院对实先环境公司主张的彭某离职时间不予采信。通过上述事实，法

院认为彭某自2016年6月至2017年6月一直在实先环境公司工作，在刘某

受伤后，彭某为刘某支付了住院期间费用，之后陆续向刘某妻子账户转

账四次，在实先环境公司对此未能作出合理解释的情况下，法院对其上

诉意见均不予采纳。法院认为彭某系实先环境公司的监事，对刘某进行

了管理，刘某从事的工作也系实先环境公司业务的组成部分，原审法院

综合分析刘某提供的证据材料，考虑双方举证能力，认定刘某与实先环

境公司于2016年10月9日至2016年11月10日存在劳动关系，日工资260元

以及受伤后的劳动权益，可待确认工伤后另行主张。

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者接受用人单位监事的劳动管理，是

否能以此确认劳动者与用人单位之间的劳动关系。本案中刘某诉请的依

据是《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。

1.我国法律中对于确认劳动关系的规定

审判实务中，对劳动关系的认定遵循了一个从书面到行为的渐进过

程。劳动法第十六条第二款规定，“建立劳动关系应当订立劳动合同”。

劳动合同法出台后，拓宽了劳动法关于劳动关系认定的相关规定。劳动

合同法第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。

劳动合同法比劳动法进一步从用工角度确认劳动关系。而关于用工角度

的判断则要基于《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通

知》，其中第一条规定了确认劳动关系的主体资格、劳动管理、业务组

成部分这三个要素。该通知第二条亦规定了用人单位未与劳动者签订劳

动合同时，认定双方存在劳动关系的凭证，包括工资支付凭证或记

录、“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件、劳动者填写的“登记

表”“报名表”等招用记录、考勤记录、其他劳动者证人证言。本案中刘

某出具其“工作证”和“工服”，其上均显示有监事彭某的联系电话，此电

话与彭某在住院病历中留有的联系电话一致。银行打款记录中打款人亦

显示为彭某。这些均为证据锁链的重要环节。

2.探望并支付医疗费及后续转账钱款的行为是否系劳动管理

劳动管理来源于劳动关系中劳动者对用人单位的人身依附性。体现

的是一种管理与被管理、控制与被控制、支配与被支配、命令与服从关

系。劳动法和劳动合同法的第四条均规定了用人单位履行管理的义务：

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。其中劳动合同法第四条进一步规定了用人单位在制

定、修改或者决定有关劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律

以及劳动定额管理等重大事项的确定问题。本案的探望并支付医疗费及

后续转账钱款的行为可以视为用人单位劳动管理行为的一种体现，但并

非等同于劳动管理。单纯的垫付医疗费用仅能说明受伤经过及垫付医疗

费情况，不足以证明双方之间系劳动关系。但是这种行为表象也属于劳

动管理的体现形式之一。如果要证明存在劳动关系，还需要其他证据予

以佐证。本案中，刘某还向法院出具了工服、与彭某通话的录音等证据

材料。刘某住院病历及其工服均载有彭某联系电话，转账记录中记载有

彭某的姓名。这些证据足以形成完整的证据锁链，其证明目的均指向彭

某对刘某实行劳动管理。

3.监事身份是否可用于判断员工与用人单位之间存在劳动关系

依据《中华人民共和国公司法》第五十一条规定，监事通常由股东

代表和职工代表组成，且不得兼任董事或经理。判断双方之间是否存在

劳动关系，不能以监事身份来判断。如果监事由股东代表担任则属于外

部监事，则不存在劳动关系；如果监事由职工代表担任则属于内部监

事，则存在劳动关系。本案中，实先环境公司主张彭某系职工监事。职

工监事系由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选

举产生。故职工监事前提须是公司职工。故本案彭某属于公司内部监

事。实先环境公司的答辩意见中关于彭某事发时并非其公司员工的主张

与常理不符。其公司无法合理解释彭某于2016年10月17日离职后，实先

环境公司依旧向彭某发放工资。实先环境公司亦无法合理解释彭某离职

后的监事工资与其职工工资为何在数额上一致。故彭某与实先环境公司

之间存在劳动关系。

编写人：北京市丰台区人民法院 刘钟泽

10 双重劳动关系的认定标准

——李某诉爱玛客服务产业（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

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终9146号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：李某

被告（被上诉人）：爱玛客服务产业（中国）有限公司北京分公司

（以下简称爱玛客北京分公司）

【基本案情】

2013年3月29日，李某入职爱玛客北京分公司，双方签订期限为

2013年3月29日至2015年8月1日的《劳务协议书》。李某签收《员工手

册》，该手册第五章第5.3款载有“当月连续旷工两天或当月累计旷工达

三天且拒不改正者，该员工将按违纪而被公司解除劳动合同”。

李某主张因爱玛客北京分公司不缴纳社保且待遇低，故其于2015年

8月10月入职光大置业有限公司，光大置业有限公司为其缴纳社会保

险。入职该公司后，李某继续在爱玛客北京分公司工作，两家公司的工

作时间完全错开。

2015年8月1日、2016年8月1日、2017年8月1日，爱玛客北京分公司

与李某分别签订了三份一年期的《劳务协议书》，约定李某担任维修工

等职务。2017年1月11日，爱玛客北京分公司向李某送达《工作时间确

认信》，与李某确认其所在岗位的班次，李某在员工签名处签字。2018

年1月3日，爱玛客北京分公司向李某发出《员工违纪通知单》，载明违

纪情形，并扣除当月绩效工资200元。2018年1月25日，爱玛客协和项目

工程部向李某发出通告，告知李某工作时间调整情况，要求其按调整后

的班次上岗。对此，李某主张爱玛客北京分公司在未与其协商的情况下

调整其工作时间，导致其无法从事光大置业有限公司的工作，故其没有

按照公司的要求出勤。

2018年1月30日，爱玛客北京分公司向李某发出《员工违纪通知

单》及《违纪解聘通知书》，告知因李某因其违反《员工手册》第五章

第5.3款而解除劳动合同。李某认可收到上述通知。

2018年2月1日，李某向劳动人事争议仲裁委员会提出劳动仲裁申

请，要求确认与爱玛客北京分公司2013年3月29日至2018年1月31日存在

劳动关系，并要求爱玛客北京分公司支付其违法解除劳动关系赔偿金等

诉求。仲裁委裁决：确认双方2013年3月29日至2015年8月9日存在劳动

关系，驳回李某的其他仲裁请求。李某不服，持原申请意见起诉至法

院。

【案件焦点】

在李某与光大置业有限公司建立劳动关系后，其与爱玛客北京分公

司是否具有劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：李某自述其2015年8月10日入

职光大置业有限公司并与之建立劳动关系，光大置业有限公司亦自当月

起为李某缴纳社会保险，且李某与爱玛客北京分公司之间签订的系《劳

务协议书》，故李某要求确认与爱玛客北京分公司之间2015年8月10日

至2018年1月31日存在劳动关系的诉讼请求，不予支持。因李某与爱玛

客北京分公司之间的事实劳动关系自2015年8月10日基于李某与光大置

业有限公司建立劳动关系而终止，故李某要求爱玛客北京分公司支付违

法解除劳动关系赔偿金等诉讼请求，法院不予支持。

北京市东城区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第七

条、第十条，《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，判决如下：

一、确认李某与爱玛客北京分公司2013年3月29日至2015年8月9日

存在劳动关系；

二、驳回李某的其他诉讼请求。

李某不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：鉴于

双方当事人在2015年8月10日至2018年1月31日存在实际用工的情况，故

双方之争议焦点实际为该用工的性质问题。爱玛客北京分公司认可李某

于上述期间在其公司工作，李某的工资由其公司发放，李某受其公司管

理，2015年8月10日入职光大置业有限公司后李某继续在爱玛客北京分

公司工作，其工作内容与之前没有变化。综合考虑李某2013年3月29日

至2018年1月31日在爱玛客北京分公司的履职情况，可以认定李某与爱

玛客北京分公司2015年8月10日至2018年1月31日亦存在劳动关系。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第七

条、第三十条、第三十九条，《职工带薪年休假条例》第三条、第五

条、第十条、第十一条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条

第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销北京市东城区人民法院（2018）京0101民初11399号民事

判决第二项；

二、变更北京市东城区人民法院（2018）京0101民初11399号民事

判决第一项为：确认李某与爱玛客北京分公司自2013年3月29日至2018

年1月31日存在劳动关系；

三、爱玛客北京分公司于本判决生效后七日内支付李某2013年3月

29日至2018年1月31日未休年假工资1520.92元；

四、爱玛客北京分公司于本判决生效后七日内支付李某2017年12月

工资200元；

五、驳回李某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对双重劳动关系的理解和认定问题。具体到

本案中，一审、二审法院审理思路出现分歧，其主要原因在于对劳动者

是否可以建立双重劳动关系的不同理解。

一审法院认为李某与爱玛客北京分公司之间的事实劳动关系于2015

年8月10日因李某与光大置业有限公司建立劳动关系而终止。但二审法

院认为劳动关系不会因劳动者与另一家用人单位建立劳动关系而自行终

止，即并不能因劳动者与另一家用人单位建立劳动关系而直接否认双重

劳动关系的存在，双重劳动关系的认定仍然应以符合劳动关系的认定标

准来进行判断。本案中，李某一直在爱玛客北京分公司提供劳动，爱玛

客北京分公司为其发放劳动报酬并对其进行实际管理，因工作时间完全

错开，爱玛客北京分公司称其公司在本案诉讼前并不知晓李某在光大置

业有限公司工作，在入职光大置业有限公司后，李某在爱玛客北京分公

司的工作没有任何变化，直到爱玛客北京分公司以旷工违纪为由将李某

解聘。故根据上述实际用工情况，双方符合劳动关系的要素，可以认定

双方存在劳动关系，二审法院遂对一审判决予以改判。

值得注意的是，第一，实践中存在双重劳动关系的现象，我国法律

亦并不禁止双重劳动关系的建立，故对于符合劳动关系认定标准的案件

应当依法认定。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和《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）》第

八条的具体规定可以看出，我国法律并未禁止对双重劳动关系的认定，

且上述司法解释第八条的规定并不应该理解为认定双重劳动关系的案件

限于内退、下岗待岗及放长假人员。故对于认定双重劳动关系的案件，

可从以下三个方面来考察是否构成劳动关系：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。如果均

符合，则可依法认定。

第二，劳动关系的终止应依照劳动法、劳动合同法相关规定进行，

无自行终止一说，双重劳动关系的建立无导致劳动关系终止的法律效

果。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四章的相关规定，劳动关系

的解除一般可分为用人单位单方解除、劳动者单方解除及双方协商一致

解除三种形式，除此之外，《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条

还规定了劳动合同终止的具体情形，而双重劳动关系的建立不属于该条

规定的任何一种情形，所以建立双重劳动关系并不能产生终止另一劳动

关系的法律效果。

第三，我国法律并不鼓励双重劳动关系的建立，劳动者与另一用人

单位建立劳动关系后，后一劳动关系的工作内容不应影响前一劳动关

系，否则用人单位可依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第

四项的规定单方解除劳动关系。从上述规定可以看出，我国法律虽然不

禁止劳动者与前一用人单位建立劳动关系后再与后一用人单位建立劳动

关系，但是建立后一劳动关系不应对前一劳动关系产生影响，如果对完

成前一用人单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出而拒不

改正，前一用人单位可以单方解除劳动合同，而无需支付补偿金或赔偿

金。

编写人：北京市第二中级人民法院 管元梓

11 通过互联网平台提供服务者的劳动关系

确认

——梁某诉北京家电卫士信息技术服务有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市东城区人民法院（2018）京0101民初16704号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：梁某

被告：北京家电卫士信息技术服务有限公司（以下简称家电卫士公

司）

【基本案情】

2016年11月10日，梁某在家修汇APP上注册成为维修工程师。家电

卫士公司通过该APP根据梁某特长或居住地点等向其进行派单。

梁某主张双方未签订劳动合同，未缴纳社保，约定实行计件工资

制。2017年8月11日，梁某去马驹桥一个用户家里维修空调，途中发生

交通事故导致锁骨骨折，经交管部门认定梁某无责。事发后家电卫士公

司拒不为梁某办理工伤事宜，故梁某要求确认与家电卫士公司存在劳动

关系。

双方均认可家修汇APP上无法自主抢单，如无法接单，可打电话向

公司告知；梁某工作中使用的交通工具和维修工具由其自行准备，耗材

可从公司领取或自行采购；梁某每月没有固定工资标准，按照维修成功

率进行提成，每月通过银行转账支付，2017年7月之前的提成已支付完

毕；家电卫士公司对梁某的工作量、工作时长、工作区域等没有强制性

要求。家电卫士公司主张其仅为梁某提供服务信息的平台，故不同意梁

某的诉讼请求，主张双方之间系承揽关系。

【案件焦点】

通过互联网平台提供服务的劳动者，其劳动关系归属如何确认。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：根据双方庭审陈述和各自提交

的证据，首先，双方认可从未签订过书面劳动合同，且梁某提交了双方

签订的《居间协议》，其中约定梁某（甲方）委托家电卫士公司（乙

方）提供家电设备的安装、维修、保养信息，居间成功后甲方同意向乙

方计付居间费用。虽梁某主张该合同是发生交通事故后在医院倒签的，

但未就该主张向法院提交证据加以证明，故法院对该协议的真实性予以

确认，根据该协议条款无法认定双方之间存在劳动关系。其次，综合家

电卫士公司的经营范围和梁某的工作内容及方式，家电卫士公司的经营

范围仅为“技术咨询、技术服务”，而梁某的工作内容为家电维修，并非

家电卫士公司的经营范围；从工作方式来看，虽梁某主张经过面试入职

家电卫士公司，但其仅是安装了家修汇APP并注册了相关信息，家电卫

士公司根据其自身技能、居住地点等通过APP或客服人工向其派送客户

报修单；梁某无法接单时仅需向客服说明，家电卫士公司可再次向他人

派送该单，并非劳动关系中用人单位对于劳动时间、地点、内容的单方

决定；梁某自备交通工具和维修工具，耗材可从公司购买或自行采购，

无需到公司坐班，家电卫士公司亦未对其工作量、工作时长、工作区域

等有强制性要求；从报酬获得来看，梁某每月没有固定工资，按照维修

单数及维修成功率进行提成，其自述如不接单就在家休息，休息期间没

有固定收入。综合上述各方面情况，梁某所从事的工作非家电卫士公司

经营范围，其日常工作中使用的并非家电卫士公司提供的工具，亦无需

接受家电卫士公司的考勤或其他制度管理，双方之间不存在紧密的人身

依附性；虽家电卫士公司每月通过银行转账方式向梁某支付报酬，但该

报酬系根据梁某的接单数量、维修成功率等进行核算，梁某每月并无固

定工资。综上，双方之间不存在劳动法意义上的从属性，不具备劳动关

系的法律特征。

北京市东城区人民法院依法作出如下判决：

驳回原告梁某的诉讼请求。

【法官后语】

随着互联网平台的飞速发展，“互联网+”模式在劳动用工领域得到

广泛应用，并因其特点为劳动者提供了丰富的就业选择和灵活的用工方

式。如何在积极发挥互联网对劳动力资源进行优化配置优势的同时，充

分保障劳动者的合法权益，成为劳动法领域日益突出的课题，其中首要

的问题就是如何在现行劳动法的框架内确认通过互联网平台提供服务者

的劳动关系归属。

劳动关系是劳动者与用人单位之间由劳动者提供劳动、用人单位支

付劳动对价的法律关系。劳动关系具备人身依附性和财产性的双重属

性。在实际审理此类案件时，应当着重从以下两个方面进行分析。

第一，确定提供服务的互联网平台性质。互联网上的信息非常繁

杂，但每个确定的网址均有备案，且与注册该网址的公司挂钩。审判中

首先需要确定的就是该互联网平台所属的公司性质，可根据其营业执照

中登记的经营范围确定。一般情况下，此类案件中的互联网公司经营范

围可分为提供服务信息、技术支持和提供服务两大类。需要明确的是仅

提供服务信息、技术支持，与实际参与提供服务是完全不同的业务性

质。如该互联网平台仅为客户和提供服务的劳动者提供双向选择的信

息，是否订立服务合同仍需由客户和劳动者之间协商确定，则互联网平

台仅发挥了中介的作用，难以认定其与劳动者之间存在劳动关系。如该

互联网平台为客户提供自营服务，而提供服务的劳动者又是经该互联网

平台选择录用，互联网平台不仅提供服务和服务者，还提供咨询、收

费、售后等链式服务，则可考虑认定劳动者与互联网平台之间存在劳动

关系。

第二，考察互联网平台是否与提供服务的劳动者签订书面协议。在

实际生活中，不同民事主体之间签订的书面协议尽管名称各不相同，但

根据其协议内容，尤其是权利义务的约定，可将这些书面协议归于法律

规定的有名合同项下，也不排除存在协议名称与协议内容不一致的情

形。这就需要审理者根据具体案情进行具体分析，在适当的时候突破协

议名称，根据当事人约定的权利义务确定双方之间的基础法律关系。如

互联网平台与劳动者订立“合作协议”或“劳务协议”，但实际条款内容却

更符合法律关于劳动合同条款的规定，则理应确认双方之间存在事实上

的劳动关系。或者互联网平台与劳动者订立了“劳动合同”，但实际上双

方之间的人事工作管理、劳动报酬获取等方式明显属于法律规定的其他

合同，亦应以双方之间的实际工作模式确定其法律关系。

第三，根据劳动者与互联网平台之间人身依附关系的紧密程度进行

确认。如前所述，劳动关系区别于其他自然人和法人之间民事法律关系

的重要特征之一，就是紧密的人身依附关系。劳动者受雇于用人单位，

用人单位为劳动者提供劳动条件和工具，对劳动者在工作量、工作效

果、工作时间、工作场所等方面进行管理，并根据前述成果按照固定周

期向劳动者支付相对固定的劳动报酬。在这一过程中，劳动者的人身自

由受到一定程度的限制。日常生活中，如互联网平台提供的仅为服务信

息，劳动者依据自己的劳动技能、采用自己的劳动工具、按照自己的时

间安排向客户提供专业技术服务，则与互联网平台之间不存在紧密的人

身依附性，不符合现行法律规定的劳动关系。如互联网平台提供的是实

际服务，甚至特殊类型的服务，或需要获得法律规定的行政许可、资质

要求等，且虽不需要提供服务的劳动者按时打卡上下班，但对其实际工

作时间、工作成果等内容负有一定的监管职责，则可考虑认为劳动者与

互联网平台之间建立了较为紧密的人身依附关系，可认定存在劳动关

系。

编写人：北京市东城区人民法院 王玫

12 在校大学生与用人单位能否建立劳动关

系

——韩某诉北京××学院劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市昌平区人民法院（2018）京0114民初7018号判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：韩某

被告：北京××学院

【基本案情】

韩某于2017年7月1日进入北京××学院从事传媒工作室干事工作，双

方约定韩某每月基本工资3200元，并签订了《劳动合同书》，劳动合同

期限为2017年7月1日至2020年6月30日，其中试用期为2017年7月1日至

2017年12月31日。北京××学院为韩某缴纳了社会保险和住房公积金。

2017年9月起，韩某同时在北京××学院另一部门兼任英语教师。2017年

11月1日，因客观原因，传媒工作室的所有工作停止，韩某在传媒工作

室也没有具体的工作内容，但韩某主张其每周三都在北京××学院为学生

授课。北京××学院支付韩某2017年11月工资1149.8元，2017年12月工资

504.8元，其中韩某2017年11月、12月每月社会保险等个人缴费部分为

732.2元，2017年11月课时费为300元，2018年12月课时费为244元，

2017年11月缺勤扣款为1618元，2017年12月缺勤扣款为2207元。韩某要

求北京××学院支付2017年11月1日至2017年12月31日未发放的基本工资

6400元。

经查，韩某原系中国戏曲学院学生。2017年7月，韩某在中国戏曲

学院本科毕业并考入中国戏曲学院国际文化交流系硕士研究生，9月开

学后继续学习。北京××学院主张韩某入职时并未告知其马上就读全日制

研究生的事实，韩某向学院提供了本科毕业证书和学位证书，双方的本

意是建立劳动关系，正常情况下应该坐班。韩某亦认为双方系劳动关

系，当时已经告知北京××学院即将就读研究生的情况，并约定无需坐

班。北京××学院提交了考勤表、课时记录表，考勤表显示韩某在2017年

11月15日之前均为全勤，自2017年11月16日起，除了2017年12月6日到

岗之外均显示“没来”。课时记录表显示韩某在2017年11月8日和11月15

日有课时记录，2017年12月6日有课时记录。北京××学院主张2017年11

月15日之前均为全勤，因为在拍宣传片。

韩某曾于2018年1月25日向北京市昌平区劳动人事争议仲裁委员会

提出仲裁申请，要求北京××学院：一、支付韩某2017年11月1日至2017

年12月31日应发的基本工资6400元；二、支付韩某无故解除劳动合同赔

偿金19200元。该委于2018年3月19日作出京昌劳人仲字〔2018〕第1099

号裁决书，裁决：一、驳回韩某要求支付2017年11月1日至2017年12月

31日应发的基本工资6400元的仲裁申请；二、驳回韩某要求支付无故解

除劳动合同赔偿金19200元的仲裁申请。韩某对该裁决不服，持所诉请

求诉至法院。

【案件焦点】

在校大学生与用人单位能否建立劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：北京××学院以招聘应届毕业生

的名义录取韩某，双方签订了劳动合同，韩某受北京××学院的管理，并

从事北京××学院安排的有报酬的劳动，北京××学院亦为韩某缴纳了社

会保险和住房公积金。并且，从北京××学院提供的考勤表来看，韩某在

2017年11月15日之前均为全勤，并未体现韩某系兼职性质。故韩某与北

京××学院之间符合劳动关系的基本特征，双方系劳动关系。韩某于2017

年7月1日入职，正常工作至2017年12月31日，故法院认定韩某与北京××

学院2017年7月1日至2017年12月31日存在劳动关系。

关于韩某主张工资一节，首先，传媒工作室在2017年11月初没有具

体工作内容，北京××学院提交的课时记录表显示韩某在2017年11月8日

和11月15日有课时，2017年12月6日有课时，考勤表却显示韩某2017年

11月1日至11月15日全勤，之后均显示“没来”，2017年12月6日显示全

勤，2017年12月其他时间均显示“没来”，故法院对北京××学院提交的考

勤表的真实性不予认可；其次，北京××学院提交的考勤表亦显示韩某在

2017年11月15日之前均为全勤，结合韩某就读研究生的实际情况，法院

对韩某主张的无需坐班予以采信；最后，2017年11月之后系北京××学院

的原因导致传媒工作室没有具体的工作内容，且韩某同时在北京××学院

为学生授课，相关课时费也显示在北京××学院提交的工资表中，2017年

11月课时费为300元，2018年12月课时费为244元，相比其他月并未明显

减少，故韩某在2017年11月、2018年12月仍然为北京××学院提供劳动。

综上，北京××学院提交的证据并未显示韩某需要坐班，且韩某在2017年

11月、12月仍在北京××学院授课，在此期间传媒工作室没有相应的工作

内容并非韩某本人原因造成，故北京××学院在2017年11月、12月工资中

对韩某的缺勤扣款没有依据，北京××学院应当支付韩某2017年11月1日

至2017年12月31日工资差额3825元。

关于解除劳动合同支付经济补偿金一节，北京××学院未提交双方解

除劳动关系的相关证据，结合传媒工作室没有具体工作内容和工作人员

的情况，法院对韩某主张的北京××学院称无法提供工作解除劳动合同予

以采信。法院认定由北京××学院提出，双方协商一致解除劳动合同，北

京××学院应支付韩某解除劳动合同经济补偿金3200元。

北京市昌平区人民法院根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十

条、四十六条、第四十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四

条之规定，判决如下：

一、被告北京××学院于本判决生效后十日内支付原告韩某2017年11

月1日至2017年12月31日工资差额3825元；

二、被告北京××学院于本判决生效后十日内支付原告韩某解除劳动

合同经济补偿金3200元；

三、驳回原告韩某的其他诉讼请求。

【法官后语】

近年来，由于社会需求、个人发展、就业压力等多方面因素影响，

中学生、大学生在校期间，特别是在最后一学年离校之前入职企业就业

的情况在实践中屡见不鲜。在校未毕业学生的劳动权益如何保护，其与

用人单位之间是否存在劳动关系，用人单位、学校、个人相互之间的权

利义务如何界定，还有待理论进一步探讨、立法进一步明确。

主张用人单位与在校生可以建立劳动关系的意见认为，第一，法律

平等保护每一个劳动者的合法权益。对于年满16周岁的在校学生，他们

如果参加了社会劳动，就应该包括在劳动法律规定的“劳动者”之列，其

劳动权利受到法律保护。在校学生，未毕业与已毕业，只是是否取得文

凭的区分。实践中，不管是中学生、大学生或更高文凭或学历的毕业

生，即使是没有文凭的人，只要年龄符合法律规定、有劳动能力、有就

业需求，就应该依法获得就业权利，并得到法律保护。第二，劳动法等

法律法规规章并没有将在校生排斥在保护范围内。《就业服务与就业管

理规定》第六条规定：“劳动者依法享有自主择业的权利。劳动者年满

16周岁，有劳动能力且有就业愿望的，可凭本人身份证件，通过公共就

业服务机构、职业中介机构介绍或直接联系用人单位等渠道求职。”法

无禁止即可为。既然并没有明文规定在校学生不具有劳动关系主体资

格、不可以被用人单位录用并订立劳动合同，那么劳动者建立劳动关系

的合法权益应该得到保护。第三，从主体资格来说，《劳动和社会保障

部关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，“用人单位和劳动者符合

法律、法规规定的主体资格”。实践中，作为用人单位，如主体不适

格，多指未进行合法登记、未经合法程序成立的单位或组织。作为劳动

者，多指未满16周岁、身体残疾失去劳动能力的自然人等。并没有说在

校生不符合建立劳动关系的主体资格。

而主张用人单位与在校生不能建立劳动关系的意见认为，在校学生

在外打工并不是劳动法意义上的劳动者。其主要依据就是《劳动部关于

贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十二条，在校

生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订

劳动合同。因此，在校学生肯定也就不受劳动法调整和保护。对此问

题，笔者认为，该意见第十二条规定针对的是学生仍以在校学习为主，

不以就业为目的，利用业余时间在单位进行社会实践，打工补贴学费、

生活费的情形。勤工助学和实习时，学生与单位未建立劳动关系，可以

不签订劳动合同，不需要明确岗位、报酬、福利待遇等。

笔者认为，对于在校生与用人单位是否存在劳动关系不能一概而

论，应依据劳动关系的基本要素综合评定。实习是以学习为目的，到相

关单位参加社会实践，没有工资或补助性质，不存在由实习生与用人单

位签订劳动合同、明确岗位、报酬、福利待遇等情形。如用人单位以招

聘应届毕业生等名义录取劳动者，双方自愿签订劳动合同，用人单位对

劳动者的情况完全知情，双方在此基础上就应聘、录用达成一致意见，

签订了劳动合同，而且明确了岗位、报酬，则该情形不应视为实习。在

校生受用人单位的管理，并从事用人单位安排的有报酬的劳动，用人单

位甚至有为在校生缴纳社会保险和住房公积金等情形，应认定在校生与

用人单位存在劳动关系。

在校生受雇于用人单位提供劳动，有些劳动权利是必须保护的，如

提供必要的安全防护措施、不得超时加班。但有些方面与非在校生则存

在明显的差别，如社会保险问题。如何划分在校生与非在校生劳动者保

护的界限，还有赖于理论的进一步深入与立法的进一步明确。

编写人：北京市昌平区人民法院 高琳琳

二、劳动合同履行和变更

13 公司营业转让时劳动者的知情同意权

——华某诉中国移动通信集团北京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（2018）京02民终3491号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：华某

被告（反诉原告、上诉人）：中国移动通信集团北京有限公司（以

下简称中国移动公司）

第三人：中移在线服务有限公司北京分公司（以下简称中移在线公

司）

【基本案情】

2007年12月28日，华某与中国移动公司签订了无固定期限劳动合

同，约定华某从事移动通信相关工作。2016年2月1日，中国移动公司决

定将各省公司客服中心集中运营的业务全部划转至中移在线公司，同时

要求业务涉及的全部在册从业人员整建制划转至中移在线公司。2016年

8月17日，中国移动公司将客服业务部门人员劳动关系主体变更为中移

在线公司的情况告知了华某。2016年8月24日至11月14日，华某到中国

移动公司人力资源部报到，之后其一直在原工作岗位工作至今。

华某曾申诉至北京市劳动人事争议仲裁委员会，要求与中国移动公

司继续履行原劳动合同。2016年11月，该仲裁委裁决驳回华某的仲裁请

求。华某不服，于2016年11月起诉至法院，要求：继续履行2007年12月

28日与中国移动公司签订的原无固定期限劳动合同。2016年12月，法院

作出（2016）京0101民初21542号民事判决书，该判决在“法院认为”部

分写道：“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。本案中，华某原劳动合同合法有效，

且中国移动公司依然存在，并未发生解除或终止与华某之间的无固定期

限劳动合同的行为，双方之间的劳动合同仍在履行过程中，不存在继续

履行劳动合同的事实前提，故华某要求继续履行原劳动合同，没有事实

和法律依据，法院不予支持。”故判决驳回华某的诉讼请求。双方均未

提起上诉，该判决已生效。

2017年，华某再次向北京市劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申

请，要求中国移动公司支付相关工资待遇。中移在线公司列为第三人。

2017年6月，该仲裁委裁决：1.中国移动公司支付华某2016年10月至12

月工资差额10573.39元；2.驳回华某的其他仲裁请求。

华某不认可中国移动公司所述的劳动关系主体已变更，主张中国移

动公司主体仍存续，没有发生分立情况。2016年8月24日至11月14日，

华某到中国移动公司人力资源部报到，是为解决主体变更问题，之后一

直在原工作岗位工作至今，故仍持原仲裁请求诉至法院。中国移动公司

亦不服该裁决诉至法院，认为根据劳动合同法的规定，关于主体变更已

告知华某，没有侵害华某的利益，因用人单位组织员工调动，说明整建

制员工调动不必经过员工同意。

【案件焦点】

中国移动公司因某业务划转至中移在线公司而单方变更劳动合同主

体的行为是否需要经过华某同意。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：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。现中国移动公司未经华某同意，单方变

更劳动合同主体的行为无效；且生效判决已确认华某与中国移动公司原

劳动合同合法有效，双方之间的劳动合同仍在履行过程中。因此，中国

移动公司应对华某继续承担用工主体责任。

2016年10月至11月14日华某到中国移动公司人力资源部报到，上述

期间华某虽未实际提供劳动，但其是为了解决合同主体变更的个人重大

问题，且中国移动公司单方变更行为无效，故上述期间华某未提供劳动

的主要责任在于中国移动公司。华某之后一直在原工作岗位工作，故中

国移动公司应支付华某2016年10月至12月的工资差额10573.39元。

中移在线公司已按绩效考核结果支付华某2017年1月工资，应视为

已代替中国移动公司履行义务，华某虽不认可绩效考核结果，但未能提

供证据反驳，华某要求中国移动公司支付2017年1月工资差额2726.02元

的诉讼请求，缺乏依据，法院不予支持。

关于2016年年终奖49000元，企业有权根据员工的绩效考核情况核

定福利待遇，中国移动公司按18693.18元加2150元的标准支付华某2016

年年终奖并无不妥，华某主张按其2015年年终奖标准及2016年同岗人员

年终奖标准支付年终奖，没有事实与法律依据，法院对华某的该项诉求

不予支持。

华某要求中国移动公司支付2016年7月至2017年1月交通费5600元。

华某的工作是对前台10086的录音、工单、反映问题的回复进行监督；

中国移动公司并不能证明其提出的交通费是按照工作需要实报实销；中

国移动公司以应向中移在线公司主张为由不予报销，理由不能成立，故

对华某的该项诉求，法院予以支持。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

条、第三十五条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，

判决如下：

一、自本判决生效之日起七日内，中国移动公司支付华某2016年10

月至12月工资差额10573.39元；

二、自本判决生效之日起七日内，中国移动公司支付华某2016年7

月至2017年1月交通费5600元；

三、驳回华某的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

本案的争议焦点在于中国移动公司因某业务划转至中移在线公司而

单方变更劳动合同主体的行为是否需要经过华某同意。笔者认为，要想

回答这个问题，需要厘清营业转让与公司分立之间的区别。

营业转让是指将具有一定营利目的、有组织的机能性财产及事实关

系的全部或其重要部分进行转让的商事合同行为。为了更好地调整经营

战略、发展公司业务，实践中许多公司会选择将某部门的整体业务划转

至新公司，并要求该部门的劳动者与新公司重新签订劳动合同。根据

《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条“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。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份”的规定，用

人单位因营业转让而变更与劳动者签订的劳动合同主体属于劳动合同的

约定内容发生重大变化，应当与劳动者协商一致。因此，用人单位没有

单方决定权，用人单位除了履行告知义务，还应当征得劳动者同意。即

劳动者享有知情同意权，“知情”和“同意”缺一不可。

而用人单位分立是指用人单位将其一部分分出去成立一个新的用人

单位，或者用人单位分割为两个以上的新用人单位。前者是派生分立

（存续分立），后者是新设分立。无论是哪种分立，用人单位都应当依

法处理其分立前与他人发生的各种关系，以维护正常的社会秩序，保证

国家持续稳定发展。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十四

条“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”的规定，用人单位发生分

立，用人单位与劳动者在分立前订立的劳动合同，并不因为分立而失

效，仍具有法律效力，应当予以履行。在这种情况下，劳动关系双方无

需签订新的劳动合同，只是因为原用人单位已经发生变化或不再存在，

所以履行劳动合同的用人单位一方，应当是承继原用人单位权利义务的

用人单位，即应当由分立后继续享有原用人单位权利并继续承担原用人

单位义务的用人单位履行。也正是因为劳动合同仍有效，也没有变更劳

动合同约定的内容，所以在分立的情形下无需征求劳动者同意。

通过上面的分析可以看出，营业转让与分立是相互独立、彼此并列

的两个法律概念。二者主要有以下不同。

一是目的不同。营业转让作为一种重要的并购重组手段，以营利为

目的。而公司分立既能提高企业的经营管理效率，又能有效地进行税收

筹划，提高企业的核心竞争力。

二是公司关系不同。营业转让之间的公司均是独立法人，一般没有

直接关系。新设分立是原公司法律主体资格取消而新设两个及以上的具

有法人资格的公司。派生分立即原公司法律主体仍存在，但将其部分业

务划出去另设一个新公司，原公司继续存在但注册资本减少。

三是权利义务不同。发生营业转让的公司之间权利义务的承担主要

依据双方签订的营业转让合同，营业转让双方当事人可以在不影响企业

经营的情况下，约定将某些财产或债务排除于转让范围之外。而为防止

企业借分立转移债务、逃避责任，《中华人民共和国民法总则》第六十

七条第二款规定：“法人分立的，其权利和义务由分立后的法人享有连

带债权，承担连带债务，但是债权人和债务人另有约定的除外。”《中

华人民共和国合同法》第九十条规定，“当事人订立合同后分立的，除

债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的

权利和义务享有连带债权，承担连带债务”。《中华人民共和国公司

法》第一百七十六条规定：“公司分立前的债务由分立后的公司承担连

带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有

约定的除外。”因此，公司分立后，原有的一切债权债务原则上依法由

分立后的公司承担。

上述营业转让与分立的不同属性，在劳动法领域中就体现为《中华

人民共和国劳动合同法》第三十四条和第三十五条对是否需要重新签订

劳动合同及是否需要征求劳动者同意的不同内在要求。从法理上分析，

这种不同要求的深层理由是，营业转让情形下不能保证劳动者享有的原

福利待遇不变，而分立情形下原劳动合同继续有效，劳动关系双方的权

利义务均不发生改变，能够有效保护劳动者的原有福利待遇。本案中，

中国移动公司与中移在线公司在股权结构上并非公司分立关系，只是发

生营业转让的情形，因此中国移动公司未经华某同意，单方变更劳动合

同主体的行为应属无效。

编写人：北京市东城区人民法院 程新桐

14 劳动合同能否继续履行需考虑行业特殊

性及互信基础

——中信信托有限责任公司诉杨某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终10173号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：中信信托有限责任公司（以下简称中信信托）

被告（被上诉人）：杨某

【基本案情】

杨某于2011年2月21日入职中信信托，双方签订期限为2011年2月21

日至2014年2月20日的劳动合同，后劳动合同续签至2017年2月20日。中

信信托主张：杨某在担任“中信××投资基金集合资金信托计划”的信托执

行经理期间，在发生保管的艺术品丢失事件中，杨某存在严重失职行

为。杨某辩称：中信信托在未查明物品丢失的时间与原因以及是否与杨

某有关联的情况下解除与杨某的劳动合同，属于违法解除。中信信托提

交了该项目的公文审批件复印件，以证明杨某在涉案信托项目中承担管

理职责，杨某认为中信信托提交的项目计划文件内容不符、页码有误。

经查，涉案信托项目中的艺术品系通过向银行租用保管箱的方式进

行保管。中信信托为证明杨某在保管艺术品过程中存在失职行为，提交

了两份保管箱租用协议及开箱记录清单，其中一份协议由中信信托以单

位名义与中国工商银行签订，后因中国工商银行业务变化，于2015年2

月6日转由杨某以个人名义签订，但整个过程杨某都有参与。开箱记录

单显示杨某参与了16次开箱，在2015年2月6日后杨某以个人名义单独开

箱5次，杨某对此予以认可。经询，每次开箱中信信托都会委派多名员

工一起前往，但将物品从保管箱中取出只能由合同约定的开箱人进行。

中信信托就艺术品丢失事件向杨某进行了调查问责，杨某在调查谈话中

自认存在失职行为，故中信信托依据全员问责制度第4.2.12条“在资产管

理中因失职或徇私舞弊导致资产损失、丧失诉讼时效、债权不能落实，

形成风险隐患或造成经济损失”的规定，于2017年1月24日以杨某严重失

职给公司造成重大损失为由，向杨某发出编号为2017-001的解除劳动合

同通知书。杨某对此不予认可，其认为在调查中未自认存在失职行为，

并就本案提起劳动仲裁，仲裁裁决撤销2017-001解除劳动合同通知书，

双方恢复劳动关系。中信信托不服诉至法院，要求确认中信信托解除与

杨某的劳动关系合法，无需撤销编号为2017-001的解除劳动合同通知

书，无需恢复与杨某的劳动关系。

【案件焦点】

1.用人单位以劳动者存在严重失职为由解除劳动合同的认定标准；

2.在认定用人单位违法解除后，在何种情形下可以判定“劳动合同已经不

能继续履行”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：中信信托向杨某送达解除劳动

合同通知书时，艺术品丢失事件虽已报警，但公安机关尚未查明丢失原

因。法院依据现有证据难以认定杨某在涉案信托项目中应承担的具体工

作职责以及涉案信托项目艺术品丢失的原因及与杨某工作职责之间的关

联性，故法院认为中信信托作出的解除劳动合同通知书缺乏证据支持，

应予撤销。双方签订的劳动合同已于2017年2月20日到期，杨某提出的

要求签订无固定期限劳动合同符合法律规定，故双方应恢复劳动关系。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第十四

条、第四十八条之规定，作出如下判决：

一、撤销中信信托作出的编号为2017-001的解除劳动合同通知书，

恢复中信信托与杨某之间的劳动关系；

二、驳回中信信托的诉讼请求。

中信信托不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院经审

理认为：对于一审认定的中信信托系违法解除与杨某的劳动关系，二审

不持异议。本案二审主要的争议焦点为双方之间的劳动合同是否应当继

续履行。法院认为涉案劳动合同已经不具有继续履行的条件，理由如

下：

第一，基于信托行业的特殊性，信托即委托人基于对受托人的信

任，将其财产权委托给受托人进行管理。中信信托丢失委托人的财产，

严重损害了中信信托在信托行业的信誉。第二，信托行业从业人员需要

发挥比其他行业更大的主观能动性和勤勉精神。此事件虽然一直未能查

明原因，但杨某作为负责该项目的小组成员、信托执行经理、保险箱的

开箱人之一，即便艺术品丢失并非杨某所为，杨某对财产的丢失也有难

以推卸的责任。第三，双方之间已失去相互信任基础，现双方发生劳动

争议已两年有余，中信信托一直明确表示拒绝与杨某恢复劳动关系，且

双方在调查、交涉此事过程均提交了诸多谈话录音作为证据，可以看

出，因财产丢失事件，杨某与中信信托矛盾颇深，继续履行劳动合同已

失去相互信任的基础条件，势必会对中信信托的正常经营产生重大影

响，同时杨某也无法顺利开展工作。第四，杨某之前的岗位已经取消，

根据中信信托的陈述，杨某的工作能力和学历已不满足中信信托目前招

聘工作人员的工作要求，且杨某有两年多未实际工作，客观上亦不具备

继续履行劳动合同的条件。

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（2018）京0105民初3293号民事判

决第一项、第二项；

二、撤销中信信托作出的编号为2017-001的解除劳动合同通知书，

中信信托与杨某之间的劳动关系于本判决生效之日起解除；

三、驳回中信信托的其他诉讼请求。

【法官后语】

该案件在用人单位以劳动者存在严重失职为由解除劳动合同的认定

上，以及在认定违法解除后判断劳动合同是否存在继续履行的条件方面

均具有一定的特殊性，在继续履行的考量上尤其具有典型意义。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条虽从最大限度地保护劳

动者的角度考虑，规定以继续履行为优先、经济赔偿为例外，但是不能

简单理解为只要劳动者主张继续履行劳动合同，法院或仲裁委就必须对

其主张无条件地予以支持，应考虑案件中是否存在“劳动合同已经不能

继续履行”的情形，而对于该情形的认定也是实践中争议较大的问题及

审理难点。笔者认为，对于该情形的认定，应结合具体案情，考虑到企

业所处的行业背景、岗位对于人才要求及岗位变化情况、劳动者自身履

职能力以及双方是否还存在互信基础等因素予以综合评定，其中互信基

础往往是劳动合同能否继续履行的关键。

从互信基础是否存在的客观因素分析，本案中，企业所处行业特

殊，根据《中华人民共和国信托法》第二十五条规定，受托人应当遵守

信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托

财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。信托

公司因有“受人之托，代人理财”的行业特点，其对员工的注意义务要求

应该比一般的行业要高，对于其失职的认定也应比一般行业严格。虽经

审查认定杨某的行为未能构成劳动合同法第三十九条第三项的情形，但

鉴于委托人的信托财产丢失，杨某作为受托人之一并作为一段时间的独

立开箱人，在一定程度上未能尽到应有的注意义务。这一行为也导致公

司内部及委托人对其任职能力和履职能力失去了一定的信任基础。

从互信基础是否存在的主观因素考量，用人单位单方解除劳动合

同，从某种意义上就象征着信任危机的爆发，即便解除是违法的、不成

立的。但从实质性解决劳动纠纷的角度考虑，劳动关系的构建基础是劳

动关系双方的互信，劳动关系的存续同样需要靠互信来维系。本案中，

双方从仲裁到二审持续两年多，用人单位一直态度坚决，而且从双方提

交的短信往来可以看出，出现艺术品丢失事件后，经过了多轮的调查沟

通，双方已陷入僵持状态，信任关系已经出现重大裂痕，难以修复。

从客观上是否存在继续履行劳动合同的条件及从执行的角度出发，

本案也不宜再判决继续履行。首先，本案中，杨某所在的岗位已经取

消，部门也发生重大变更和调整，且信托行业业务结构随着监管方向及

市场方向不断发生变化，杨某已有两年多未能工作，杨某目前的学历条

件已经不符合信托行业对于人员招聘的要求，客观上已经欠缺了继续履

行劳动合同的条件；其次，从执行及彻底解决劳动关系双方矛盾的角度

考虑，中信信托态度坚决，对杨某又处于完全不信任的状态，在用人单

位非自愿的情形下，强行判决劳动合同继续履行，用人单位可能拒绝让

劳动者向其提供劳动或者以管理为借口将劳动者依法解雇，从长远看来

更不利于对劳动者的保护。在此情形下，法院判决不能继续履行劳动合

同比较适宜，劳动者可以另案主张仲裁及诉讼时间段的劳动补偿及解除

劳动合同赔偿金等。

编写人：北京市第三中级人民法院 李淼 高赫男

15 劳动合同中工作地点约定不明情形的处

理规则

——永安财产保险股份有限公司南通中心支公司诉陈某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院（2018）苏06民终667号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：永安财产保险股份有限公司南通中心支公司（以

下简称永安保险公司）

被告（被上诉人）：陈某

【基本案情】

2011年3月，陈某到永安保险公司海安营销部从事内勤工作，实际

工作地点为海安。2012年1月起，永安保险公司开始为陈某缴纳社会保

险。2015年1月1日，双方签订无固定期限劳动合同，约定陈某的工作地

点为江苏，但未明确填写具体的工作地点。合同约定，陈某服从永安保

险公司对其工作岗位和工作地点的调动。2017年5月15日，永安保险公

司通知陈某自2017年6月1日起其内勤岗位办公地点由海安营销服务部调

整至永安保险公司在南通的办公地点。2017年6月4日，陈某通过快递方

式书面通知永安保险公司不同意其单方面调整工作岗位。2017年6月20

日，永安保险公司以陈某旷工达13天（6月1日起未到新工作地点报到，

不含周末），严重违反公司规章制度为由与陈某解除劳动合同。

陈某在海安居住，永安保险公司为陈某缴纳了住房公积金。2016年

6月至2017年5月，陈某个人承担的住房公积金为184元/月、社会保险费

为267.8元/月，个人所得税为2295.08元；永安保险公司通过银行转账的

方式支付陈某工资56306.65元（为实发工资）。审理过程中，双方确认

陈某月平均工资为4409.5元。

永安保险公司认为，其调整陈某的工作地点或岗位，符合劳动合同

约定，是合法行使劳动合同解除权，请求判决确认永安保险公司无需向

陈某支付赔偿金。

陈某认为，本案双方合同约定的工作地点为江苏，过于宽泛，有违

一般人的理解和认知，属于用人单位滥用自主权的行为，严重损害劳动

者的利益，请求判决永安保险公司支付赔偿金57323.5元。

【案件焦点】

1.劳动合同中工作地点约定不明的情形应如何处理；2.举证责任应

如何分配。

【法院裁判要旨】

江苏省海安县人民法院经审理认为：我国劳动合同法规定，用人单

位对于劳动者的工作地点、工作岗位变动以协商达成一致为原则。虽然

此规定并不排斥用人单位在一定幅度内的自主决定权，但在涉及岗位及

工作地点调整导致劳动者上下班时间、往返经济成本、付出的日常生活

成本大幅度增加的情况下，用人单位不与劳动者协商达成一致意见的，

不得任意变更工作岗位及工作地点。否则，用人单位构成权利滥用。本

案中，南通与海安之间交通状况良好时驾驶汽车单程尚需1个小时左

右，未见永安保险公司提出对于被告陈某工作地点由海安改为南通后，

公司提供交通、住宿、饮食起居等方面有效的替代解决方案，故陈某当

然有权拒绝此种不合理的调整。此外，须知陈某作为永安保险公司的普

通员工，不同于薪资不菲的公司高级管理人员，普通员工的薪资主要用

于养家糊口，一旦调整至远离家庭的工作地点势必导致实际收入大幅减

少。永安保险公司不能假借所谓现代金融监管企业的要求，而任意损害

普通的底层员工的合法正当利益。现代企业管理的高要求，与关爱、关

注最底层普通员工，从来是不矛盾、不冲突的。综上，永安保险公司不

经协商即将陈某调整到远离其居住地的南通工作，并以陈某违反规章制

度为由将其开除，不符合法律的规定，构成违法解除劳动合同，应当按

照4409.5元/月的标准支付赔偿金57323.5元（计算6.5个月并计算2倍）。

江苏省海安县人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十

九条、第四十七条、第四十八条、第八十七条，《中华人民共和国民事

诉讼法》第六十四条之规定，判决如下：

一、永安保险公司支付陈某赔偿金57323.5元，于本判决发生法律

效力后十日内履行；

二、驳回永安保险公司的诉讼请求。

判决后，永安保险公司不服，向江苏省南通市中级人民法院提起上

诉。江苏省南通市中级人民法院经审理认为：订立劳动合同，应当遵循

合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。本案中，永安保

险公司与陈某订立劳动合同，约定聘用陈某从事内勤岗位工作。结合双

方劳动合同中对陈某工作岗位的约定分析，陈某从事内勤工作，不同于

销售、维修服务等工作对象分布广泛的岗位，内勤岗位服务对象相对固

定，工作地点亦相对固定。虽然双方的劳动合同约定工作地点为江苏，

但该约定工作地点范围并不明确，合同履行过程中陈某的实际工作地点

为江苏省海安县。永安保险公司作为劳动合同格式文本的提供方，其理

应提供工作地点约定明确的合同文本供双方使用，但永安保险公司提供

的合同文本中工作地点仅显示为“江苏”，并无明确的县市范围。因该约

定地点不明致使双方产生理解上的分歧，对相关条款应根据合同解释规

则并结合合同履行情况，按照公平的原则进行解释。

陈某自2011年3月到永安保险公司海安营销部从事内勤工作，至

2017年6月永安保险公司解除双方的劳动合同，长达六年时间的工作地

点均在江苏省海安县，该长期履行的实际工作地点应为双方合意一致的

约定工作地点。陈某已在长期工作地点购房置业，固定居住在海安县，

永安保险公司如欲调整其至相距较远的地点工作，应与陈某协商确定。

现永安保险公司未经协商即将陈某调整至远离其居住地的南通市区工

作，且未提供交通、住宿等方面有效的替代解决方案，致使作为普通员

工的陈某收入相对减少，陈某予以拒绝具有合法正当的理由。永安保险

公司以违反规章制度为由将陈某开除，属用人单位权利滥用，该行为违

反了我国劳动合同法的规定，构成违法解除劳动合同，永安保险公司依

法应向陈某支付赔偿金。

江苏省南通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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是因用人单位单方面调整工作地点引发的劳动纠纷。工作地点

是劳动合同的重要内容，也是劳动者考虑是否与用人单位建立劳动关系

的重要因素之一，明确具体的工作地点是劳动合同的必备内容。在履行

劳动合同过程中，劳动关系双方时常因为工作地点的变更导致纠纷发

生，调整工作地点系劳动合同内容的重要变更，应经双方当事人协商一

致决定或事先在劳动合同中明确约定。判断用人单位调整工作地点是否

具有合法性，应当结合劳动合同的约定内容、合同解释规则、合同履行

情况等因素综合分析判断。

用人单位在与劳动者订立劳动合同过程中负有告知义务，应明确告

知劳动者工作地点、劳动报酬、福利待遇等基本情况。《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、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动

报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳

动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。该条法律规定的立

法目的在于，要求劳动关系双方如实告知对方自己的基本情况，让合同

双方当事人在充分了解的基础上决定是否建立劳动关系。本案中，永安

保险公司作为用人单位提供了劳动合同的格式文本，但该合同文本中关

于劳动地点的约定仅写明为江苏，在其后并未明确填写清楚具体的县

市，导致劳动关系双方对工作地点的理解产生分歧。因海安县属于江苏

省的管辖范围，且陈某自入永安保险公司以来长达六年多的时间一直在

海安县工作，故其坚持认为工作地点应为永安保险公司在海安的营业单

位。永安保险公司则认为陈某的工作地点应为江苏省行政管辖区域的全

部范围。双方劳动合同中对陈某工作岗位约定为内勤，这一岗位并不同

于销售、维修服务等工种，工作服务对象分布广泛，在合同约定的前提

下可以在全省范围内任意调动工作地点。通常情况下，从事保险推销、

售后服务、保险理赔等工作地点变动随意性较大的劳动者，也会结合自

己的工作特点，选择在省会城市或距离服务区域较近的地区购房置业，

以适应用人单位对于工作地点的频繁调整。与此同时，用人单位也往往

会给予此类人员高于普通人员的薪酬待遇，以弥补劳动者因工作变动及

长期出差造成的损失。但本案中陈某从事内勤岗位，其服务对象、工作

地点相对固定，薪酬待遇一般。自2011年3月工作以来，长达六年多的

工作地点均在江苏海安，陈某二审中亦提供房产证等证据证明自己已在

海安买房定居。永安公司作为劳动合同格式文本的提供方，其提供的合

同条款中对工作地点约定不明导致双方产生理解上的分歧，根据合同解

释规则应作出对其不利的解释。结合本案合同的实际履行情况，双方当

事人长期履行的实际工作地点海安县应为双方合意一致的约定工作地

点。永安公司若确因工作需要调整陈某的工作地点，应当提供住房、交

通等保障条件或与劳动者协商一致，不让劳动者因工作变动而导致实际

收入大幅度减少。

现代企业因商业竞争环境等因素的影响，时常存在降低成本、追逐

最大利润的本能冲动，往往采取延长工作时间、调整工作地点等手段压

缩用工成本。有些跨国企业甚至仅仅在劳动合同中约定工作地点为“中

国”或“中国某省”，这种笼统模糊的约定严重侵害了劳动者在建立劳动

关系过程中基本的知情权。本案对劳动合同条款的理解及解除劳动合同

违法性的认定，充分考虑了劳动关系双方的基本地位、客观条件、真实

意思表示及合同实际履行情况，对现代商业环境下劳动关系双方的权利

义务的分配具有一定参考价值。

编写人：江苏省南通市中级人民法院 郭相领

16 劳动者在关联企业订立劳动合同次数不

可当然累计计算

——陈某诉中科智库物联网技术研究院江苏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（2018）苏02民终4912号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：陈某

被告（被上诉人）：中科智库物联网技术研究院江苏有限公司（以

下简称中科公司）

【基本案情】

陈某原系江苏物联网中心员工，于2010年入职，与该中心签订过两

次劳动合同，最后一期劳动合同至2015年6月21日。2015年1月10日，中

国科学院物联网研究发展中心（以下简称中科院物联网中心）、江苏物

联网中心作为甲方，与作为乙方的中科公司签订《协议书》，载明：中

科公司系甲方教育培训中心转制而组建的股份制单位（甲方以品牌评估

形式占乙方20%股份），承担甲方原教育培训中心人员接受与安置，甲

方委托乙方代管相关方向研究生的日常服务及后勤工作，甲方授权乙方

负责物联网相关培训、实训等教育项目的日常运营、组织管理及品牌推

广等工作，教育培训中心仍为甲方部门，甲方原教育培训中心员工按照

平等自愿的原则，全部解除与甲方的劳动关系，由乙方安置。2015年2

月1日，陈某与中科公司签订《入职协议书》，载明陈某系江苏物联网

中心原“教育培训中心”员工，陈某自愿解除与江苏物联网中心的劳动关

系，并办理入职中科公司的手续，中科公司保证各项待遇不低于原单

位。同日，双方签订劳动合同，劳动合同期限至2018年1月31日。

中科公司于劳动合同期满前向陈某发出劳动合同终止通知书，通知

陈某双方劳动合同期满终止。双方未就续签劳动合同事宜达成一致意

见，陈某遂申请仲裁，要求中科公司支付违法终止劳动合同赔偿金。仲

裁委驳回陈某关于中科公司违法终止劳动合同支付赔偿金的诉讼请求。

陈某不服仲裁裁决，遂诉至法院。

另查明，中科公司由中科院物联网中心与感知世界（北京）物联网

技术研究院依托中科院物联网中心教育培训中心联合成立。中科院物联

网中心与江苏物联网中心系由中国科学院与江苏省政府分别成立，以建

设中国物联网研究发展中心。中科院物联网中心与江苏物联网中心共同

使用域名为www.ciotc.org的网址。2015年2月设立中科公司时，江苏物

联网中心通过江苏中科物联网创业投资有限公司持有中科公司20%的股

份。

【案件焦点】

劳动者在关联企业订立劳动合同次数是否累计计算，中科公司是否

应当在合同期满后与陈某签订无固定期限劳动合同。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市新吴区人民法院经审理认为：当事人主张权利应当于

法有据。法律对用人单位应当签订无固定期限劳动合同的条件进行了明

确的列举，即劳动者符合在该用人单位连续工作满十年，或连续订立二

次固定期限劳动合同等情形。本案中，陈某于2010年进入江苏物联网中

心工作，2015年2月1日与中科公司建立劳动关系，即便按其主张的两段

工作年限累计计算，亦不符合连续工作满十年之条件。因此，中科公司

是否应当与陈某签订无固定期限劳动合同的关键是陈某是否符合连续订

立二次固定期限劳动合同的情形，即陈某与江苏物联网中心订立的劳动

合同次数是否应当与其在中科公司订立劳动合同次数累计计算。陈某主

张应当连续计算的理由是其分别与江苏物联网中心、中科公司两家关联

单位签订劳动合同，关联单位之间的劳动合同次数应当比照工作年限进

行累计计算。根据中科公司的设立目的、设立过程、股权结构、业务范

围、经营管理、人员组成等方面，可以认定中科公司与江苏物联网中心

存在关联关系。但法律并无规定劳动者在关联企业签订劳动合同的次数

应当累计计算，陈某主张关联企业之间订立劳动合同次数应累计，没有

明确的法律依据，不予支持，在2018年1月31日劳动合同期满后，中科

公司无需与其签订无固定期限劳动合同。2018年1月31日，中科公司与

陈某之间劳动合同因期满终止，中科公司并非违法解除或终止劳动合

同，故无需支付赔偿金。

江苏省无锡市新吴区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第十四条第一款第三项，《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（四）》第五条之规定，判决如下：

驳回陈某的诉讼请求。

陈某不服一审判决，持一审起诉意见提起上诉。江苏省无锡市中级

人民法院经审理认为：中科公司与江苏物联网中心虽为关联企业，但系

两个独立承担民事责任的用人单位，故陈某与江苏物联网中心签订的劳

动合同次数不应累计计入中科公司。陈某与中科公司只签订了一次劳动

合同，故陈某并不符合“已连续订立二次固定期限劳动合同次数”的情

形，且从陈某的工作年限来看，陈某于2010年至江苏物联网中心工作，

于2018年合同期满后解除与中科公司的劳动关系，亦不符合“在用人单

位连续工作满十年”的情形，故在合同期满后，中科公司无需与陈某签

订无固定期限劳动合同。中科公司与陈某之间的劳动合同因合同期满终

止，中科公司并非违法解除或终止劳动合同，故陈某要求中科公司支付

违法终止劳动合同的赔偿金的上诉请求，于法无据，法院不予支持。

江苏省无锡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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在处理是否应当签订无固定期限劳动合同的情形时，劳动者在关联

企业签订的劳动合同次数不能当然地累计。主要基于以下理由：

一、要求累计没有明确法律依据。《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单

位工作的，其原单位的工作年限可以累计，但不能以此比照适用于签订

劳动合同次数的计算，劳动者在关联企业签订劳动合同的次数累计问

题，则没有相关法律依据。

二、要求累计忽略了企业的独立性。对相互关联的企业，既要认清

其关联性，又要正视其独立性，不能将其当然地视为同一企业。劳动合

同法关于订立劳动合同的次数，应理解为劳动者与本单位即最后用人单

位订立劳动合同的次数，作为生产、管理、财务、人员均相互独立的企

业，人为地将其同一化，违背了独立法人制度的初衷，也没有法律依

据。

三、要求累计未考虑劳动者的选择性。在市场经济下，用人单位与

劳动者对劳动合同的订立是双方选择的结果，劳动者并非一定处于被动

状态。有些情况是劳动者自己主动在前合同到期后，与关联的另一企业

订立新合同，有些情况是前合同到期后，新旧用人单位与劳动者协商一

致，劳动者出于各种考虑（如职务、薪酬、工作内容、个人发展等），

自愿终止原合同，与新用人单位订立新合同，不应机械理解为非劳动者

本人原因。

对劳动者在关联企业签订的劳动合同次数是否累计，应当综合考虑

劳动关系变动的原因、双方对前合同和新合同的处理方式及具体约定、

原用人单位和新用人单位的经营管理紧密程度等因素，既应保障劳动者

合法权利，又不损害用人单位的用工自主权、不增加企业负担。

编写人：江苏省无锡市新吴区人民法院 程加干

17 用人单位维持或提高劳动合同约定条件

续签劳动合同的界定

——北京威泰科生物技术有限公司诉赵某劳动争议案

【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9926号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京威泰科生物技术有限公司（以下简称威泰科

公司）

被告（被上诉人）：赵某

【基本案情】

赵某于2011年9月9日入职威泰科公司，担任储运部主管一职。双方

签订过两份劳动合同，最后一份劳动合同期限为2015年1月1日至2017年

12月31日。赵某月工资标准为7570元，离职前十二个月平均工资为

7585.83元。

威泰科公司于2018年1月2日向赵某送达了劳动合同到期终止通知

书，载明：赵某同志，你的劳动合同于2017年12月31日终止，在劳动合

同到期前，公司已经多次与你沟通劳动合同续签事宜，在公司维持原有

薪资福利等不变的情况下，你个人拒绝续签同类型或同岗位的劳动合

同，公司与你自2017年12月31日起不再存在任何劳动关系。

赵某主张，其在威泰科公司储运部工作，储运部包括常温库和冷

库。此后因有员工离职，人手不够，需要其长期在冷库工作，故其于

2017年12月初告知威泰科公司因身体原因不能进入冷库工作，希望公司

招聘工作人员。威泰科公司提到三种方案，但未说续签劳动合同的事

情，2017年12月29日下午，威泰科公司告知其劳动合同要到期了，让其

做商务助理，因商务助理与其此前的工作内容不相同，故其不同意续签

劳动合同，这是岗位问题，不是薪水问题。其于2018年1月2日表示同意

不低于原工资标准，按原岗位续签劳动合同，可以进冷库工作。但威泰

科公司仍出具了劳动合同到期终止通知书，违法终止劳动合同。

就其主张，赵某提交邮件截图打印件予以证明。威泰科公司人力行

政部门工作人员周某发送给赵某的邮件中，显示威泰科公司告知赵某，

公司希望其能像以前一样继续在原岗位上工作；公司表示也可以不用进

入冷库工作，但原有岗位的工作内容必将缩减，故需要调整薪资；继续

原岗位工作和削减工作内容调整薪资的方案赵某均不同意，公司可以帮

其调整到销售岗或内勤岗，赵某均未同意。

威泰科公司主张，其公司一般的工作流程为商务部下订单，储运部

打印订单、发货。商务部助理的工作内容为用电脑下订单。赵某于劳动

合同到期前一个月就称因身体原因不能进冷库工作，因劳动合同于2017

年12月31日到期，其公司口头告知赵某要续签劳动合同，就续签劳动合

同内容其公司提出三种方案：第一，可以不进冷库，调岗至商务部做商

务助理，不降薪，赵某不同意；第二，可以不调岗，但因赵某不进冷

库，需降薪，赵某也不同意；第三，维持原劳动合同不变，赵某仍不同

意。因双方就续签劳动合同事宜未达成一致意见，且赵某在其公司限定

的截止日期前一直未给予答复，其公司于2018年1月2日向赵某出具了终

止劳动合同通知书。

威泰科公司提交录音、续签劳动合同通知书予以证明。录音有数

段，2017年12月27日，周某与赵某的对话内容大致为周某询问赵某的想

法，提出三种方案，赵某均予以否认。续签劳动合同通知书载明：赵

某，你的劳动合同即将到期，请你确定是否续签新的劳动合同，请你于

2017年12月29日签署意见，过期不予回复则视为自动放弃与公司续签劳

动合同。

赵某以要求确认与威泰科公司存在劳动关系，威泰科公司支付违法

终止劳动合同赔偿金、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，仲裁委员会作出京海劳人仲字〔2018〕第6566号裁决书，

裁决如下：1.确认威泰科公司与赵某于2011年9月9日至2017年12月31日

存在劳动关系；2.威泰科公司支付赵某2011年9月9日至2017年12月31日

未休带薪年休假工资2088.28元；3.威泰科公司支付赵某违法终止劳动合

同赔偿金98615.79元；4.驳回赵某其他仲裁请求。威泰科公司不服仲裁

裁决，于法定期限内提起诉讼。

【案件焦点】

1.威泰科公司与赵某终止劳动合同是否属于威泰科公司维持或者提

高劳动合同约定条件续订劳动合同，赵某不同意续订的情形；2.威泰科

公司与赵某协商未果后，终止劳动合同是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：赵某与威泰科公司之间签订的

第二份劳动合同至2017年12月31日止。从威泰科公司提交的录音可知，

赵某所在的储运部需要其进入冷库工作，威泰科公司于劳动合同到期前

告知赵某将续签劳动合同，因赵某提出不宜再进冷库，双方就新的工作

岗位及薪资进行协商。多次协商过程中威泰科公司提出了三种方案，赵

某均予以否认。威泰科公司于录音及发送的电子邮件中均明确告知赵某

因公司提出的三种方案均被其否认，公司将安排其从事商务助理的工

作，希望其于2017年12月31日前回复是否同意续签劳动合同，否则劳动

合同于当日到期终止。从该协商过程中可见威泰科公司在续签劳动合同

一事中，提及了维持原劳动合同约定条件的续签方案，但被赵某予以否

认。赵某明知劳动合同将到期并且威泰科公司已经告知其应当就是否同

意续签劳动合同于2017年12月31日前回复，赵某仍以身体不舒服为由未

在劳动合同到期前予以回复，该后果应当由赵某自行承担。因此，威泰

科公司于2018年1月2日向赵某送达劳动合同到期终止通知书，终止与赵

某的劳动关系并无不当，进而法院对于威泰科公司无需向赵某支付违法

终止劳动合同赔偿金的主张予以支持。

北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十

六条第五项之规定，判决如下：

一、确认威泰科公司与赵某于2011年9月9日至2017年12月31日存在

劳动关系；

二、威泰科公司于本判决生效后七日内支付赵某2011年9月9日至

2017年12月31日未休带薪年休假工资2088.28元；

三、确认威泰科公司无需支付赵某主张违法终止劳动合同赔偿金

98615.79元。

威泰科公司不服一审判决，提起上诉。北京市第一中级人民法院经

审理认为，威泰科公司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。

北京市第一中级人民法院依照依照《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《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……

劳动合同到期前，如果用人单位向劳动者提出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况下，用人单位免除

支付终止劳动合同经济补偿金的义务，否则用人单位应当向劳动者支付

终止劳动合同的经济补偿金。

但就举证义务的分配，笔者认为，劳动关系双方均负有不同的举证

义务。劳动者就双方劳动合同到期终止的事实承担举证责任；用人单位

不同意支付终止劳动合同经济补偿金的，应举证证明在用人单位维持或

者提高劳动合同约定条件续订劳动合同的情况下，劳动者不同意续订劳

动合同的事实。

根据劳动合同法第十七条规定，劳动合同应当具备以下条款：

（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳

动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳

动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休

假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和

职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

根据劳动合同应当具备的条款，除双方信息和法规有明确规定外，其他

应该都属于劳动合同约定条件。

在司法实践中，审查是否属于维持或者提高劳动合同约定条件时，

应当重点审查续签劳动合同时，劳动者的工资待遇、工作地点、工作岗

位、工作内容、工作时间、休息休假等关乎劳动者的切身利益条款是否

与原劳动合同约定的条件一致。如果发生变化，上述条件是否降低了原

劳动合同条件、对劳动者是否产生不利影响。如果用人单位提出续签劳

动合同时并未降低劳动合同约定条件，而劳动者不同意续订，则用人单

位有权终止固定期限劳动合同。

本案中，赵某原本的工作岗位需要进冷库工作，现其提出要求不宜

再进入冷库工作，威泰科公司与赵某就原工作岗位、新工作岗位及薪资

进行过多次协商。威泰科公司已经完成了其公司提出维持劳动合同约定

条件续订劳动合同的举证义务。在双方沟通过程中赵某明确表示不同意

原工作岗位的工作内容，并且赵某并未在劳动合同到期前回复是否同意

续签劳动合同，因此，威泰科公司终止与赵某的劳动合同并无不当。

编写人：北京市海淀区人民法院 耿余

18 多家用人单位混同用工的法律责任承担

——杜某诉北京敏数科技有限公司、北京

茁学教育科技有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01民终5907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）：杜某

被告（反诉原告、上诉人）：北京敏数科技有限公司（以下简称敏

数公司）

被告（上诉人）：北京茁学教育科技有限公司（以下简称茁学公

司）

【基本案情】

2016年4月15日，杜某与茁学公司、敏数公司分别签订了合同期限

为2016年4月15日至2019年4月14日的《劳动合同》，同日，与两家公司

分别签订了保密协议，其中约定保密信息的范围包括“专有技术、设

计、程序、代码、文档、数据”等；保密义务及保密期限中约定员工不

得使他人获得、使用或计划使用这些信息，负有保护涉密信息安全、防

止被窃密的责任。

2017年4月13日，杜某与敏数公司签订了《解除劳动合同协议

书》，约定：1.自2017年4月13日起解除双方签订的劳动合同；2.工资结

算至2017年4月13日，支付时间为2017年4月15日、2017年5月15日；3.

结余的加班天数24天按正常工作日工资结算，支付时间为2017年4月15

日……8.本协议是解决双方之间劳动争议的所有安排和规定，双方之间

不再存在其他劳动争议。同日，杜某与茁学公司亦签订了《解除合同协

议》，约定双方的合同于2017年4月13日解除，自解除之日起，原合同

约定的权利义务终止。此后，杜某办理了工作交接，并签署了《离职人

员应办手续清单》。

另查，茁学公司为杜某缴纳了社会保险及住房公积金。杜某2016年

4月、5月的工资由茁学公司和张凯支付，并由茁学公司代扣代缴个人所

得税，自2016年6月开始由敏数公司和张凯支付；敏数公司未支付杜某

2017年3月1日至4月13日的工资、未支付《解除劳动合同协议书》中载

明的加班费；杜某在职期间的月均工资为40260元。

杜某离职后，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，要求敏数公司、茁学公司支付其解除劳动合同

经济补偿金、2017年3月1日至4月13日工资、周六日加班工资、未休年

假工资。

【案件焦点】

多家用人单位混同用工，对劳动者涉及给付内容的主张，多家用人

单位是否应承担连带责任。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：劳动者的合法民事权益受法律

保护；当事人对自己的主张有责任提供相应的证据予以证明。杜某与敏

数公司之间已经签订了《解除劳动合同协议书》，双方就工资、加班工

资进行了明确的约定，上述协议系双方真实意思的表示，不违反法律法

规的规定，系合法有效，双方均应予以恪守。现敏数公司主张不支付杜

某工资、加班工资，缺乏事实依据，法院对此不予支持，故根据杜某的

月均工资数额，按照双方约定的标准核算其应得的工资和加班工资，故

对杜某主张的工资、加班工资的合理部分，法院予以支持，对于其过高

部分，依据不足，法院不予支持。

关于茁学公司是否承担连带责任，法院认为，茁学公司与敏数公司

均与杜某签订了期限一致、岗位一致的劳动合同书，敏数公司、茁学公

司的经营地点一致，且茁学公司的工商登记为开业状态，茁学公司为杜

某缴纳了社会保险及住房公积金，可以认定双方存在混同用工的情况。

且考虑到茁学公司未在法定期限内就仲裁裁决书提起诉讼，视为其认可

承担连带责任，故对杜某主张茁学公司承担连带责任的诉请，法院予以

支持。关于敏数公司主张茁学公司不应承担连带责任的诉请，系代替茁

学公司主张权利，属于诉讼主体不适格，法院对此不予处理。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九条

之规定，判决如下：

一、敏数公司于本判决生效之日起七日内支付杜某2017年3月1日至

2017年4月13日的工资56919.31元，茁学公司承担连带责任；

二、敏数公司于本判决生效之日起七日内支付杜某2016年5月17日

至2017年4月13日的加班工资44424.83元，茁学公司承担连带责任；

三、驳回杜某的其他诉讼请求；

四、驳回敏数公司的其他诉讼请求。

双方均不服一审判决，提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理

认为：关于茁学公司是否承担连带责任问题，茁学公司虽主张其与敏数

公司不存在混同用工，不应承担连带责任，但茁学公司与敏数公司均与

杜某签订了期限一致、岗位一致的劳动合同，敏数公司、茁学公司的经

营地点一致，且茁学公司的工商登记为开业状态，茁学公司为杜某缴纳

了社会保险及住房公积金，可以认定双方存在混同用工的情况。同时，

茁学公司未在法定期限内就仲裁裁决提起诉讼，应视为其认可承担连带

责任，故对茁学公司要求不承担连带责任的上诉请求，法院不予支持。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是一起关联企业之间混同用工引发的争议。杜某同时与两家公

司签订劳动合同，其为两家公司提供劳动，两家公司的不规范用工行为

导致对杜某的用工高度混同。

审理此类案件，我们应该把握以下几点。

1.实践中不宜突破劳动者同一时期内只能与一个用人单位建立劳动

关系的原则

由于劳动关系具有身份专属性，原则上同一时期内一个劳动者只能

与一个用人单位建立劳动关系。我国现阶段的社会保障制度与单一的劳

动关系具有紧密联系，承认双重劳动关系会导致以下问题：对劳动者来

说，尤其是在全日制用工情况下，劳动者出于多劳多得的心态，其工作

时间可能大大超出国家工时制度的要求，使得其人身健康处于一定危险

之下，亦会影响生产安全。劳动者在不同企业同时任职，尤其是技术型

劳动者，如果司法认定双重劳动关系的合法性，企业之间的知识产权、

商业秘密将处于极不安全的状态；劳动者处于双重义务之下，会陷入利

益冲突境地，不利于其聪明才干的发挥，最终造成劳动市场的混乱。承

认双重劳动关系，极不利于政府管理，使得劳动者的收入及个人税收无

法监控，无法保障政府监督劳动者是否获得最低收入，也无法保障政府

应获得的税收，亦会使得社会保险的缴纳主体不明确，使得多个用人单

位之间就其对劳动者的义务互相推诿。更为重要的是，从我国现有立法

的角度看，亦不鼓励劳动者与用人单位建立双重劳动关系。当劳动者同

其他用人单位建立劳动，对完成本单位工作任务造成严重影响，或者经

用人单位提出，拒不改正的，立法上授予了用人单位单方解除权。所

以，原则上劳动者同一时期内只能与一个用人单位建立劳动关系。

2.关联企业混同用工，应注重事实调查，确认劳动关系

公司法中对关联关系有明确界定，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者间接控制的企业之间的关

系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但在劳动法领域，还有一

些企业很难归入公司法中“关联关系”企业的范畴，如几个企业的控制人

是亲属、同学、老乡、甚至只是熟人的关系，劳动者与A公司签订劳动

合同、B公司给劳动者缴纳社保、上班地点在C公司。它们如此操作往

往是为了逃避用工主体责任。所以，法院在认定劳动者与哪家企业建立

劳动关系，还是应从事实劳动关系角度作出判断，不能仅凭书面的劳动

合同或者社会保险缴纳情况来认定劳动关系，而是从劳动者为谁提供劳

动、其提供的劳动构成了哪家单位的业务组成部分、劳动者受哪家单位

的管理等角度来判断。

3.从保护劳动者权益的角度出发，优先考虑劳动者的诉求，减少劳

动者的成本

实践中，劳动者主张相应的权利，并不请求法院确认其与哪家用人

单位建立劳动关系，而是要求两家单位就给付内容承担连带责任。在两

家单位均对劳动者存在交叉用工的情况下，即劳动者均为这两家单位提

供过劳动，应由两家单位共同向劳动者承担相应责任。就如本案，茁学

公司、敏数公司的法人相同，经营地点一致，两家公司均与杜某签订了

期限一致、岗位一致的劳动合同，茁学公司为杜某缴纳了社会保险及住

房公积金，亦支付过工资和代缴过个人所得税，杜某既然没有要求法院

确认其与哪家单位建立劳动关系，法院也就不需进行审理，以免增加当

事人的诉累，拖延审判效率。本案中，茁学公司与敏数公司交叉使用杜

某，工作内容亦有交叉重叠，对杜某涉及给付内容的主张，两家单位均

应承担连带责任。

编写人：北京市第一中级人民法院 王飞

三、劳动合同解除和终止

19 对于用人单位以孕期女职工严重违反规

章制度为由行使单方解除权案件应进行严

格审查

——袁某诉美赞臣营养品（中国）有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终8725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）：袁某

被告（上诉人）：美赞臣营养品（中国）有限公司（以下简称美赞

臣公司）

【基本案情】

袁某于2015年3月23日入职美赞臣公司，双方签订了期限为2015年3

月23日至2018年3月31日的固定期限劳动合同，美赞臣公司最后向袁某

支付工资至2016年8月31日。袁某于2016年8月1日至2016年8月14日因先

兆早产休病假两周，美赞臣公司已批准上述期间休假申请，病假到期后

其未到岗工作，因其于2016年8月5日前往美国待产，医生开具的《证

明》显示建议其应在家休病假，袁某向美赞臣公司申请继续休病假，美

赞臣公司不认可医生开具《证明》的真实性，该申请未获得美赞臣公司

批准，故要求袁某继续到岗工作。2016年9月21日，美赞臣公司以袁某

旷工为由单方解除劳动合同。

袁某起诉请求：一、撤销美赞臣公司于2016年9月21日对袁某作出

的违法解除决定并要求继续履行双方的劳动合同；二、判令美赞臣公司

支付2016年9月1日至2017年12月12日违法解除劳动合同造成的工资损失

334176.96元。

美赞臣公司辩称：不同意袁某的诉讼请求。袁某在赴美前已明知

2016年8月14日后的假期申请因无支持材料并未获公司批准，同时美赞

臣公司已告知继续申请病假所需提交的材料以及可能被认定为旷工的法

律后果，其未到岗行为存在明显的主观过错，应属旷工行为。

【案件焦点】

对于用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由行使单方解除权

的，法院应如何进行事实审查。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：袁某已提前四个月向公司告知

其到美国生产，双方就请病假事宜曾多次沟通，袁某亦申请公司协助出

具签证所需材料并按照公司要求提供了相应的资料，在病假期间前往美

国待产。美赞臣公司在未能证明医生开具的《证明》虚假伪造或存在其

他违反相关法律规定情形下，以袁某连续旷工为由作出《解除劳动合同

通知书》，应属违法解除行为。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

条、第四十八条，《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第

二条、第三条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条

之规定，判决如下：

一、撤销美赞臣公司于2016年9月21日作出的《解除劳动合同通知

书》，继续履行与袁某签订的期限为2015年3月23日至2018年3月31日的

劳动合同，并于2018年3月31日双方劳动合同到期终止；

二、美赞臣公司于判决生效后七日内支付袁某2016年9月1日至2017

年12月12日工资损失257273.04元；

三、驳回袁某其他诉讼请求。

美赞臣公司不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院经

审理认为：其一，美赞臣公司并未提供任何证据证明公司存在关于不接

受境外医疗机构出具的病假建议的规章制度并对劳动者依法履行了告知

程序。其二，袁某在因身体状况不能正常上班期间已经向美赞臣公司申

请了病假并提供了诊断证明。美赞臣公司并不能证明该证明内容系虚假

或伪造。而且，美赞臣公司知晓袁某曾两次流产并于此次怀孕期间存在

先兆早产的症状，其未能证明袁某提供的诊断证明系虚假、伪造或存在

其他违反相关法律规定，亦未依据《员工手册》的规定，等待袁某康复

上班时向公司提交请假申请及医院出具的有效“病假建议书”和“病历”，

以袁某连续旷工为由解除劳动合同，不符合用人单位依法行使单方解除

权的法定情形，属于违法解除。

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】

孕期女职工处于特殊的生理期，劳动能力受到影响。根据《中华人

民共和国劳动合同法》第三十九条规定，劳动者严重违反用人单位的规

章制度的，用人单位可以行使劳动合同的单方解除权。一些用人单位即

依照上述规定以孕期女职工严重违反公司规章制度为由解除劳动关系。

故此类案件应当对于用人单位是否违法解除劳动关系进行严格审查，以

防用人单位以行使单方解除权为名行就业歧视之实。

（一）案件主要特点：多与请假不符合规定有关

用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由解除劳动关系的情形

主要有：一是因劳动者未请假，以连续旷工或累计旷工达到一定天数，

违反公司规章制度为由解除劳动关系。这一解除理由占比较大，本案即

为这样的情况；二是劳动者多次提供虚假病假条，违反公司规章制度；

三是以劳动者不能胜任原工作，进行调岗降薪后，不服从管理进而违反

规章制度。

（二）秉持理念：倾斜保护孕期女职工的合法权益

如果说普通劳动者相对于用人单位来说在“强资本、弱劳动”的人力

资源市场中是弱者，那么孕期女职工则属于弱者中的弱者，更易在工作

中受到歧视性的待遇。我国劳动法、劳动合同法、妇女权益保障法等法

律对于孕期女职工作出了特别保护的规定，但是用人单位在实际经营过

程中仍存在给予歧视性待遇的可能性。故对于用人单位以孕期女职工严

重违反用人单位的规章制度为由行使单方解除权的案件，应以保护孕期

女职工的合法权益、实现实质公平为出发点，从严审查解除行为的合法

性。

（三）审查范围：严格审查解除行为的依据

对于用人单位以孕期女职工严重违反公司规章制度为由行使单方解

除权的情形，法院在审判实践中应主要从以下几个方面进行严格审查。

1.规章制度的制定程序与内容是否合法

关于规章制度，作出解除劳动合同的用人单位应当证明以下几点：

其一，企业有通过合法程序制定并向劳动者公示的规章制度；其二，劳

动者所犯违纪行为在规章制度中有明确规定。实践中用人单位是否向劳

动者履行了告知义务多是双方争议的焦点之一。用人单位若能提供员工

在规章制度文本如《员工手册》上的签名，可视为其完成了此部分的举

证责任。如果劳动者不认可签名，必须提供相反的证据予以证明，否则

法院对其主张不予采信。如果劳动者主张规章制度违反了法律规定、公

序良俗或并不合理，应由劳动者就此进行举证。

2.劳动者的行为是否违反了公司的规章制度

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条规定：“在

劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合

同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由

用人单位负举证责任。”故用人单位应当就劳动者实施了其所主张的违

反规章制度的行为进行举证。

女性劳动者是社会人力资源的“半边天”。审判实践中，对于用人单

位以违反规章制度为由对孕期女职工行使单方解除权的行为应进行严格

审查。唯有秉持保护孕期女性劳动者合法权益之理念，方可达到用司法

之盾保护弱者权益、维护公平正义之目的。

编写人：北京市第三中级人民法院 高贵 郭琳

20 劳动者辞去职务不等于解除劳动关系

——张某诉北京京城国际商务航空有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终5851号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：张某

被告：北京京城国际商务航空有限公司（以下简称京城航空公司）

【基本案情】

张某于2014年1月1日入职京城航空公司。双方于2014年1月2日签订

了期限为2014年1月1日至2018年12月31日的固定期限劳动合同，岗位为

飞行员。2014年1月7日，京城航空公司经董事会同意决定聘任张某为运

行副总裁。2016年5月5日，张某向京城航空公司提交辞呈，辞去其运行

副总裁职务。2016年5月29日，京城航空公司回复同意张某辞去运行副

总裁职务，但不同意将张某调到其他岗位。2016年6月7日，京城航空公

司支付了张某2016年5月工资后开始停发张某工资。2017年4月10日，京

城航空公司向张某发《告知函》，要求张某于2017年4月30日前，前去

公司协商解决劳动合同解除等相关问题。京城航空公司为张某缴纳社会

保险至2017年5月。2017年9月26日，张某申请劳动仲裁，在仲裁过程

中，京城航空公司提出反申请，请求裁定解除双方劳动合同关系。后京

城航空公司又撤回了该请求。2017年12月18日，密云仲裁委作出裁决，

张某不服，诉至法院。

庭审中，京城航空公司辩称张某于2016年5月5日递交辞呈，辞去运

行副总裁职务时，双方的劳动关系已经解除，其公司之所以为张某缴纳

社会保险费至2017年5月是因为张某与其公司协商时请求其公司代缴保

险，保险费公司和个人部分均由张某自己承担。故公司不同意支付张某

2016年6月以后的工资及张某垫付的保险费等费用。

【案件焦点】

张某提出辞去职务后双方的劳动关系是否解除。

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：一、从原告2016年5月5日提出

辞呈的内容及被告2016年5月29日的回复内容可以看出，原告辞去的只

是运行副总裁职务，并无解除劳动合同的意思表示，被告的回复也无解

除劳动关系的意思表示；二、在原告提出辞呈后到2017年5月，被告仍

在为原告缴纳社会保险；三、2017年4月10日，被告向原告出具《告知

函》，又称此《告知函》表达意思错误，但法院认为该《告知函》上加

盖了被告公司公章，代表公司的意思；四、仲裁阶段，被告反请求书中

请求裁定解除双方劳动合同关系，可以看出，被告是认可双方仍然存在

劳动关系的；综上所述，法院认定原被告的劳动关系并未解除。

北京市密云区人民法院依据《职工带薪年休假条例》第三条、第五

条，《北京市工资支付规定》第二十七条，《最高人民法院关于民事诉

讼证据的若干规定》第二条之规定，判决如下：

一、京城航空公司于本判决生效后十日内支付张某2016年6月至

2017年9月基本生活费20888元；

二、京城航空公司于本判决生效后十日内支付张某出差补贴35566

元；

三、京城航空公司于本判决生效后十日内支付张某2015年度、2016

年度未休带薪年休假工资191718.09元；

四、京城航空公司于本判决生效后十日内返还张某垫付的社会保险

费6025.6元；

五、驳回张某的其他诉讼请求。

张某和京城航空公司不服原审判决，提起上诉。北京市第三中级人

民法院经审理认为：法律规定，劳动者和用人单位可以协商一致解除劳

动合同，也可以依法行使单方解除权。因本案纠纷发生在劳动关系存续

期间，故双方之间是否就解除劳动关系达成一致意思表示是审查的核

心。从张某提交的《辞呈》，京城航空公司提交的《关于张某同志辞职

申请的回复》《告知函》等证据可以看出，张某辞去的是运行副总裁的

职务，京城航空公司同意张某辞去该职务，但不同意张某调离其他岗位

的请求，由此可以认定，张某本人并未作出解除劳动合同关系的意思表

示，双方此时并不存在解除劳动合同的基础。另，京城航空公司在2017

年4月10日又向张某发出《告知函》，明确告知张某于2017年4月30日

前，前往京城航空公司协商解决劳动合同关系解除等相关问题，京城航

空公司认为是其法务人员操作失误所致，但是在张某提出辞呈后到2017

年5月，京城航空公司仍在为张某继续缴纳社会保险，各种证据显示，

双方之间的劳动关系并未解除。一审法院对此论理充分、认定正确，法

院予以维持。京城航空公司主张其与张某于2016年5月29日协商解除劳

动关系，缺乏事实依据，法院对其相关上诉请求不予支持。

北京市第三中级人民法院依照《职工带薪年休假条例》第三条、第

五条，《北京市工资支付规定》第二十七条，《中华人民共和国民事诉

讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、维持北京市密云区人民法院（2018）京0118民初295号民事判

决第一项、第二项、第四项；

二、撤销北京市密云区人民法院（2018）京0118民初295号民事判

决第三项、第五项；

三、京城航空公司于本判决生效后十日内支付张某2015年度、2016

年度未休带薪年休假工资287577元；

四、驳回张某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案的争议焦点之一为2016年5月5日张某提出辞去运行副总裁职

务，2016年5月29日，京城航空公司同意张某辞去职务的申请，但明确

表示不同意将张某调离到其他岗位，此时双方的劳动关系是否解除。类

似问题多发生在公司的高级管理人员身上，这类人员具有双重身份，既

有普通劳动者身份，又兼任管理职务。当此类人员提出辞去管理职务

时，如果未明确表示辞职，双方的劳动关系并不解除。辞去职务并不等

于辞职，如果公司因此与劳动者解除劳动关系，将承担违法解除的法律

后果。本案中，京城航空公司认为张某辞去运行副总裁职务且公司不同

意将张某调到其他岗位，双方的劳动关系就解除了，这是对辞职的错误

理解。

解除劳动合同应该以明示为原则，特殊情况下才可以采取默示的方

式。明示的方式有很多种，如书面通知、口头通知等，甚至直接申请仲

裁或者诉讼都是明示的方式。一方在明确表示解除劳动关系时应该说明

理由及解除时间。《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条和四十条

规定了提前三十日书面通知解除劳动合同，这是关于明示的法律规定。

默示解除劳动关系是特殊情况下采取的方式，审判中对默示解除劳动关

系的认定要谨慎从严。例如，劳动者未提出解除劳动关系就不到公司上

班，亦未向公司说明不上班的理由，一段时间后，劳动者到其他公司工

作并签订劳动合同。这种情况下，可以认为劳动者以默示的方式解除了

劳动关系，因为我们可以从劳动者到其他公司上班并签订劳动合同的行

为来推知。

本案中，张某提出辞去运行副总裁职务的申请，是明确表示其不担

任该职务的意思，但他并没有明示解除劳动关系，且从京城航空公

司“不同意你本人要求调离其他岗位”的回复来看，张某不但没有提出解

除劳动关系，还作出了申请调换岗位继续履行劳动合同的意思表示，在

这种情况下，京城航空公司提出在张某提出辞去运行副总裁职务其公司

同意后双方的劳动关系就已解除的意见明显与事实不符。此外，结合

2017年4月10日京城航空公司给张某发的《告知函》，要求张某到公司

协商解决劳动合同关系解除等相关问题，京城航空公司为张某缴纳社会

保险至2017年5月，京城航空公司在仲裁阶段提出反仲裁申请要求裁定

解除双方劳动合同关系等证据，可以推断京城航空公司在同意张某辞去

运行副总裁职务并拒绝为他调换岗位时，没有解除双方劳动关系的意

图。故认定2016年5月29日双方的劳动关系并未解除。

编写人：北京市密云区人民法院 马静茹

21 劳动合同法第三十七条中劳动者行使单

方解除权的理解与适用

——程某诉正大畜牧投资（北京）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（2018）京02民终10944号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：程某

被告（被上诉人）：正大畜牧投资（北京）有限公司（以下简称正

大畜牧公司）

【基本案情】

1996年12月1日，程某与正大集团农牧企业中国区签订劳动合同。

2010年9月7日，程某与正大畜牧公司签订无固定期限劳动合同。2016年

3月8日，程某提交了《离职申请书》，内容为“……由于家庭及身体原

因，特申请与集团协商解除劳动合同，请予以批准为盼”。3月25日，程

某提交了《关于撤回“离职申请书”的申请》，主张没有人在程某的离职

申请书上签署同意的意见，等程某身体彻底康复后再议。2016年4月7

日，程某未再到岗上班。

2016年7月15日，程某提交《要求安排合同约定的工作职务及支付

2016年3月1日至今薪资通知函》，内容为“我于2016年3月8日申请与正

大集团下属的任职公司协商离职，但至今单位未有相关人员和我协商此

事，且到2016年4月8日后未给我安排任何工作岗位，且未发放我3月至

今的薪资，鉴于我目前待岗的实际情况，请求公司及相关领导于2016年

7月31日前给我安排相应的工作岗位，并支付拖欠我的相应期限的薪

资，敬请回复”。2016年7月25日，正大畜牧公司回函给程某，告知“你

于2016年3月8日提交《离职申请书》，自2016年4月8日起未到公司上

班……你与正大畜牧投资（北京）有限公司签订的劳动合同已于2016年

4月8日解除”。

另查，仲裁委作出裁决：1.正大畜牧公司支付程某2016年3月1日至

4月7日工资19831.9元；2.正大畜牧公司支付程某2015年及2016年未休年

休假工资26689.66元；3.驳回程某的其他仲裁请求。程某不同意仲裁裁

决第3项，诉至法院。

【案件焦点】

离职申请是否需经用人单位批准，程某于2016年3月8日申请离职

后，又于2016年3月25日作出“撤回离职申请的申请”是否发生法律效

力。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：劳动者提前三十日以书面形式

通知用人单位，可以解除劳动合同。程某于2016年3月8日向公司提交了

离职申请书，其已作出单方解除劳动合同的意思表示，且公司已收到其

离职申请书。程某提交撤回离职申请的申请是在公司收到其离职申请书

之后，故其离职申请不能撤回。法院认定双方劳动合同因程某辞职于

2016年4月8日解除。故程某要求正大畜牧公司支付违法解除劳动合同赔

偿金的诉讼请求，无事实依据，法院不予支持。双方劳动合同解除后，

正大畜牧公司无需支付程某工资。故程某要求正大畜牧公司支付2016年

4月8日至2016年7月25日工资的诉讼请求，无事实依据，法院不予支

持。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。现程

某提供的证据不足以证明其存在休息日加班。故程某要求正大畜牧公司

支付2015年3月至2016年3月休息日加班工资的诉讼请求，证据不足，法

院不予支持。

北京市东城区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十

条、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、《职工带薪年

休假条例》第五条之规定，判决如下：

一、自判决生效之日起七日内，正大畜牧公司支付程某2016年3月1

日至4月7日工资19831.9元；

二、自判决生效之日起七日内，正大畜牧公司支付程某2015年及

2016年未休年休假工资26689.66元；

三、驳回程某的其他诉讼请求。

程某不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：程某

于2016年3月8日向公司提出离职申请，此属于劳动者行使单方解除权的

行为，不以用人单位的同意为构成要件，亦不能在用人单位收到后撤

回。一审法院认定双方劳动关系因程某辞职于2016年4月8日解除，符合

法律规定。因此，程某要求正大畜牧公司支付违法解除劳动合同赔偿

金，事实及法律依据均不足，一审法院驳回程某该诉请，并无不当。关

于2016年4月8日至2016年7月25日工资，如前所述，因双方劳动关系于

2016年4月8日解除，一审驳回程某要求正大畜牧公司支付其上述期间工

资的请求，并无不当。关于加班工资，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。程某提供的证据不足以证明其主张的加班

事实，一审法院驳回程某关于加班工资的诉请，并无不当。程某上诉坚

持其请求，因事实依据不足，法院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及的是劳动者的单方解除权的性质问题。劳动者的单方解除

权属于民法中的形成权，形成权是指民事权利中，权利人凭借其单方意

思表示就能导致法律关系的发生、变更或消灭的权利。形成权的行使，

无需相对人意思或行为的回应，相对人认可或否定都不影响该形成权的

实现，只要形成权人变动法律关系的意思表示表达出来，为相对人所知

悉，即产生法律规定或约定的相应法律后果。《中华人民共和国劳动合

同法》第三十七条（本案以下简称第三十七条）规定，劳动者提前三十

日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提

前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。该条款赋予了劳动者单方解

除劳动合同的权利，是一种典型的形成权。结合本案的争议焦点需要探

讨两个问题：一是“提前三十日”或“提前三日”这一要求的性质如何界

定；二是劳动者根据第三十七条行使单方解除权后，能否撤回或撤销解

除劳动合同的意思表示。

首先，如何界定“提前三十日”或“提前三日”的性质。一种观点认为

该要求是预告解除权的体现，是附加在该形成权之上的条件，预告期满

时解除劳动合同的行为才发生法律效力；另一种观点认为单方解除劳动

合同的意思表示送达权利相对人即生效，“提前三十日”或“提前三日”是

单方解除权行使之后继续履行职务的附随义务，意在平衡形成权之下相

对人的利益。

从劳动合同法的立法本意来看，第三十七条劳动者的单方解除权是

基于弱者利益倾斜保护的特殊理念，赋予劳动者的一项特殊权利。除了

第三十七条之外，《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第三十

九条分别规定了劳动者的单方解除权和用人单位的单方解除权。与第三

十七条不同的是，该两条都须以权利相对人存在列举的不符合法律规定

或约定的相关情形为前提，可以说是有条件的形成权。而第三十七条基

于劳动者相对于用人单位的弱势地位，为了保障劳动者择业的自由，使

劳动者仅需满足“提前三十日”或“提前三日”时即可行使单方解除权。矫

枉不能过正，倾斜保护原则需要一定尺度的防线，劳动者是构成用人单

位正常运行的必要环节，只有环环相扣才能保证用人单位正常生产经

营，若劳动者享有无条件的解除权，势必扰乱生产经营秩序。因此，有

必要给予用人单位一定期限与劳动者完成交接工作以及安排合适的人员

替代该劳动者。所以，“提前三十日”或“提前三日”是基于保障用人单位

正常生产经营的需求，赋予用人单位的权利，是劳动者形成权实现后的

附随义务，“提前三十日”或“提前三日”的要求并不影响劳动者解除劳动

合同的意思表示一经送达用人单位即生效的形成权特质。

其次，劳动者根据第三十七条行使单方解除权后，能否撤回或撤销

解除劳动合同的意思表示。根据一般法理，撤回针对未生效的法律行

为，撤销针对已生效的法律行为。民法理论认为行使形成权的单方法律

行为可以撤回但不可以撤销，即变动法律关系的意思表示到达相对人之

前可以撤回该意思表示，停止形成权的行使；当该意思表示已经到达相

对人，为相对人所知悉后，该单方法律行为即已生效，形成权已经实

现，不可再请求撤销。

权利人行使单方解除权时，权利相对人只能被动接收相关意思表

示，无须认可亦无权干预。权力相对人对行使单方解除权的结果预期是

肯定的、不加期待的。为了平衡双方利益，应该保障行使单方解除权的

结果停留在一个安分的、不生变故的状态。因此，单方解除权人不可在

相关意思表示到达权利相对人后，撤销该意思表示。除非，权力相对人

同意接受撤销该意思表示的请求。

综上，劳动者根据第三十七条行使单方解除权具有解除劳动合同的

意思表示一经送达用人单位即生效的形成权特质，不可反悔，不可撤

销，即解除劳动合同的法律效果已经产生。劳动者根据三十七条行使单

方解除权需要承担“三十日”或“三日”继续履职的附随义务。另外，虽然

劳动合同由于劳动者行使单方解除权而解除，但由于继续履职期间，双

方劳动关系事实上还在存续，在司法实践中认定劳动者与用人单位劳动

关系存续期间及用人单位支付工资的期间，应该截至附随义务完成之

时，即“三十日”或“三日”期满之时，或者该期限未满，但用人单位认可

附随义务已经履行完毕之时。法理上的依据是，类比劳动关系的建立自

用工之日起算而非劳动合同签订之日，劳动关系的结束也非取决于劳动

合同解除之时，而是终止提供劳动之日。

具体到本案，正大公司于2016年3月8日收到程某提出的离职申请

后，无需批准，即发生单方解除劳动合同的效力，程某于三十日之内提

出“撤销离职申请”并不影响行使单方解除权的法律后果。因程某有提前

三十日通知的义务，且程某也继续工作至三十日届满，故双方劳动关系

存续期间应该截至2016年4月7日。另，虽程某主张公司收到离职申请后

未批准该申请并对其进行了挽留，但程某并未答应，不符合公司同意其

撤销单方解除劳动合同意思表示的情形。

编写人：北京市第二中级人民法院 周珍

22 劳动者言论表达的边界认定

——天脉聚源（北京）教育科技有限公司诉马某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终970号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：天脉聚源（北京）教育科技有限公司（以下简称

天脉聚源公司）

被告（被上诉人）：马某

【基本案情】

马某于2010年3月1日入职天脉聚源公司，岗位为商务经理，月薪

9000元。2017年5月17日，天脉聚源公司向马某发出了解除（终止）劳

动合同通知书，内容是：因您于2017年5月16日严重违反我公司规章制

度泄露公司资料，根据《中华人民共和国劳动法》第三十九条及相关规

定，经公司管理层批准，依法与您终止劳动关系。现特此通知，原劳动

合同于2017年5月17日正式解除，请您于2017年5月19日之前到人力资源

部办理相关离职工作交接。请您立即删除在您微信朋友圈中发布的公司

信息，对于您泄露公司资料可能给公司造成的损失，公司保留进一步追

诉的权利。马某收到了解除通知，对解除理由不认可。

关于解除理由，天脉聚源公司称2017年5月16日马某在朋友圈中发

布公司领导给员工的内部邮件截图及员工激励计划讲话内容截图，天脉

聚源公司认为上述内容泄露了公司的财务信息和商业秘密。公司称5月

17日中午就马某的微信朋圈进行了公证并提供了微信公证书。马某认可

发布微信的事实，但称5月17日下午就已经删除。关于解除依据，天脉

聚源公司提供了《员工手册》及《保密协议》：“第一条 保密信息……

6.财务文件、计算机程序……有关公司之业务状况、人员、运营和资产

等方面的信息。第二条 保密义务……3.员工不得使任何第三人获得、使

用或计划使用公司保密信息……4.员工不得利用保密信息从事不利于公

司的行为……第三条

违纪处分，若员工违反本协议的保密责任和义

务，公司有权制止，并视给公司造成的损失大小情况，依据公司规定给

予调岗、解除劳动合同的处分……”天脉聚源公司称公司的员工激励计

划属于内部信息、保密信息，马某不应泄露。马某发布公司生产经营困

难的信息，并且让公司客户知道，严重影响了公司的声誉，降低了外部

对公司的评价。马某认可《员工手册》和《保密协议》，但主张其微信

朋友圈发布的公司激励计划是截图，附件并不能打开，况且激励计划的

讲话内容是公司在年会上发布的，并不属于秘密信息。天脉聚源公司并

未就马某的行为给公司造成损失提供证据证明。马某提供了邮件、工资

打卡明细、公司年会视频及公司在内网发布的员工激励计划，证明公司

存在拖欠工资、提成、绩效奖金等事实，自己只是通过吐槽反映公司拖

欠的事实。天脉聚源公司认可真实性，不认可证明目的。

2017年5月23日，马某向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申

请仲裁，要求天脉聚源公司支付违法解除劳动关系赔偿金、项目提成、

激励奖、电话费、未休年假工资、绩效奖金。2017年9月13日，该委作

出京东劳人仲字〔2017〕第2305号裁决书，裁决：一、天脉聚源公司自

裁决生效之日起十日内，一次性支付马某违法解除劳动关系赔偿金

135000元；二、天脉聚源公司自裁决生效之日起十日内，一次性支付马

某2016年未休年假工资413.79元；三、驳回马某的其他申请请求。天脉

聚源公司不服该裁决，提起诉讼。

【案件焦点】

马某在微信朋友圈转发的截图是否损害了公司的利益，超越了劳动

者享有的表达自由范围，是否属于不当的言论表达，公司据此解除劳动

合同是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：劳动者作为公民享有言论表达

的自由，但是劳动者的言论自由应该受到劳动关系一般原则的限制，也

就是不得侵犯公民、法人的名誉权、荣誉权、商业秘密等权利。尤其是

劳动者在发表涉及公司事务的言论时，应该负有更高的注意义务。

本案中，马某在公司发出薪资减发通知后，先是发表了“寒心、我

的心路历程”的评论，此后又在朋友圈发布了公司激励计划讲话截图、

公司内部薪资减发通知截图，马某称上述朋友圈的内容仅是一种私人情

绪的感性记录，朋友圈人数有限，并未产生公开影响。但是马某将涉及

公司内部事务的信息发布至朋友圈后，引起了他人的评论，确实造成了

公司内部经营信息和商业信息的传播和泄露。不论发布的信息是否属于

商业秘密，马某作为一名员工均不应该将公司内部信息随意发布至社交

媒体。这么做显然有违员工忠实义务，属于对欠薪行为的一种过激表

达。

那么对于员工的过错行为给予什么样的处罚，需要遵循比例原则，

也就是劳动者的过错行为与用人单位的处罚手段之间程度上要相当。本

案中，无论是根据单位的《员工手册》还是双方签订的《保密协议》，

均要求根据员工给公司造成损失大小来给予员工警告、调岗再到解除劳

动合同的处分。马某发布的信息虽然给公司造成了一定的影响，但是公

司并未证明马某一事给公司造成的损失及后果。况且马某事后已经认识

到自己行为有一定的不妥，也及时删除了上述信息，消除了影响。即使

根据公司的规章制度，公司也应先给予警告处分或调岗，而不是直接解

除劳动合同。因此，天脉聚源公司解除劳动合同的行为欠妥，应依法支

付马某违法解除劳动合同赔偿金。对于赔偿金的具体数额，双方认可马

某离职前月平均工资，结合马某的工作年限核算，裁决数额不高于法定

标准，予以确认。关于仲裁裁决的2016年1天未休年休假工资413.79

元，双方认可裁决结果，予以确认。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三

条、第四条、第三十九条、第八十七条之规定，判决如下：

一、于本判决生效之日起七日内，天脉聚源公司支付马某违法解除

劳动合同赔偿金135000元；

二、于本判决生效之日起七日内，天脉聚源公司支付马某2016年未

休年休假工资413.79元。

天脉聚源公司对一审判决结果不服，持原审意见提起上诉。北京市

第二中级人民法院经审理认为：本案中，天脉聚源公司上诉主张马某在

微信朋友圈发布有关其公司的信息系泄露其公司商业秘密，违反其公司

规章制度及劳动纪律，使其公司遭受重大损失，故解除与马某的劳动合

同行为合法有据。马某则称其在朋友圈发布的有关天脉聚源公司的信息

仅仅是针对天脉聚源公司的欠薪行为而实施的个人不满情绪的表达。虽

然马某的上述行为确有不妥，可能会对天脉聚源公司造成一定的不良影

响，但其事后认识到自己行为的不当并及时删除朋友圈的信息，且天脉

聚源公司并未提供证据证明马某的行为给其公司造成重大损失，故一审

法院认定天脉聚源公司据此解除马某的劳动合同违法，应该向马某支付

违法解除劳动合同赔偿金，并无不当，二审法院予以维持。

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】

随着移动媒体的发展，以微博、微信为代表的社交媒体的兴起，拓

展了劳动者表达意见的渠道，劳动者可以通过微信记录自己的生活状

态、表达情绪，同时由于劳动者社交媒体中生活与工作的混同以及受众

的不确定性，难免在表达自己的情绪时将对工作的意见夹杂在微信朋友

圈中一并记录。这就涉及劳动者在表达自己的情绪时，对用人单位管理

行为的批评与用人单位的商业秘密和管理秩序的冲突与平衡，也因此会

引发劳动纠纷。那么劳动者对用人单位的管理权表达意见时，如何把握

劳动者言论表达的范围和边界成为自媒体时代面对的一个突出问题。

一、劳动者在社交媒体发表言论的范围

劳动者作为公民享有言论表达的自由，这种表达自由不因表达手段

的不同而改变，言论自由在劳动关系中也应该得到保障。但是劳动者的

言论自由应该受到劳动关系一般原则的限制，也就是不得侵犯公民、法

人的名誉权、荣誉权、商业秘密等权利。以微信为代表的社交媒体的兴

起，拓展了劳动者表达意见的渠道，劳动者可以通过微信记录自己的生

活状态、表达情绪，但是社交媒体并不是法外之地，劳动者在自媒体发

表言论时也要遵循社会规范。劳动者对于私人生活或事务的表达，不能

违反社会公序良俗，不能侵犯社会公共利益。劳动者对用人单位的管理

行为有参与权，也有批评建议的权利，但是劳动者在表达自己意见的时

候，也要注意表达方式和表达范围。尤其是选择自媒体进行表达时，言

词上不能带有诽谤、污辱性的语言，内容上不能泄露公司的商业秘密，

不能妨害公司的管理秩序。

二、劳动者对工作问题发表意见的法律界限

劳动关系具有一定的人身从属性，是在劳动关系双方相互信任的基

础上建立起来的一种组织管理关系。在这个过程中，劳动者除负有提供

劳动的主要义务外，还负有维护劳动秩序的从义务，也就是所谓的忠实

义务，劳动者有义务在可期待的范围内维护用人单位的商业利益，对于

劳动者的诉求表达应最先谋求在用人单位内部请求解决。即使选择在社

交媒体发表自己的情绪和不满，也不能将涉及公司内部事务的信息和商

业信息随意发布至朋友圈，因为朋友圈不同于微信聊天群，朋友圈具有

一定的开放性，朋友圈的内容也可能会被他人转发，发朋友圈的人并不

能控制信息的传播。因此，朋友圈并不是一个私密空间而是属于公共空

间，在发布朋友圈和评论时，应该对自己所发表的内容负有更高的注意

义务，要对发表内容引发的后果承担法律责任。

三、用人单位的处罚要与不当言论后果具有相当性

对于员工的过错行为给予什么样的处罚，需要遵循比例原则。对劳

动者的不当言论进行处罚时，需要考虑不当言论发表后传播的范围，是

否给用人单位造成实际的损失，劳动者事后是否采取了积极补救措施防

止影响的进一步扩大等因素。本案中，虽然马某未先与公司协商工资发

放事宜就直接发表相关内容的行为欠妥，但是事后马某已经及时删除了

评论，也未给公司造成严重后果，况且事件的起因在于公司一方，即使

马某发表了上述内容，公司也应该先行通过内部批评教育，给予马某改

正的机会，而不是直接解除双方劳动合同，因此天脉聚源公司解除劳动

合同的行为不具有相当性，违反了比例原则。

编写人：北京市东城区人民法院 李彦宏

23 “医疗期满不能从事用人单位另行安排

工作” 的司法认定

——秦某诉北京东陶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（2018）京01民终7140号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：秦某

被告（上诉人）：北京东陶有限公司（以下简称东陶公司）

【基本案情】

1994年5月18日，秦某入职东陶公司工作。2004年6月1日，双方订

立了无固定期限劳动合同书，约定秦某在生产部门工作。2014年3月8日

开始，秦某休病假，依法享受医疗期24个月。2016年3月7日，秦某的医

疗期满。此后，秦某继续向东陶公司提供全休假条并申请休病假，最后

一份休假申请表的休假时间为2017年8月3日至2017年8月16日，东陶公

司均准予秦某休病假，并继续为秦某支付病假工资。东陶公司在征求其

工会意见之后，于2017年8月8日作出并送达秦某《劳动合同解除告知

书》，载明因秦某的医疗期于2016年3月7日期满，由于身体原因（颈椎

病）持续休病假至今，不能从事原工作，也不能从事由公司另行安排的

工作，因此根据劳动合同法第四十条的规定，于2017年8月16日解除劳

动关系，终止尚未履行完的劳动合同，并进行经济补偿。经核实，秦某

离职前12个月的月均工资为1669元，该数额低于秦某离职时的北京市最

低工资标准1890元。

秦某向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称海淀区仲

裁委）提起劳动仲裁，要求东陶公司支付其违法解除劳动合同赔偿金

28.2万元。海淀区仲裁委出具京劳人仲字〔2017〕第772号裁决书，裁

决驳回秦某的仲裁请求。秦某不服该裁决内容，诉至法院。

【案件焦点】

1.秦某在医疗期满后继续提交全休假条，东陶公司以此认定其无法

从事原岗位工作并推定其无法从事用人单位另行安排的工作是否恰当；

2.东陶公司以秦某在医疗期满后继续提交全休假条为由解除劳动合同是

否合法。

【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。用人单位与劳动者解

除劳动关系，应当同时具备事实依据与制度依据。请长病假的职工在医

疗期满后，能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；不能从事原工作

的，用人单位应当为其另行安排工作。如果劳动者亦无法从事用人单位

另行安排工作的，用人单位可以解除劳动合同，并与劳动者协商确定离

职待遇。双方对医疗补助费等待遇无法协商一致，用人单位应当在办理

离职手续之前，为劳动者申请劳动能力鉴定，根据鉴定结论给予相应的

离职待遇。秦某在2016年3月7日医疗期满之后，继续向东陶公司申请病

假，东陶公司亦准予其休病假至2017年8月16日。东陶公司未能举证证

明在2017年8月8日作出解除劳动合同决定时，已为秦某另行安排过工作

或按照相关规定安排秦某进行了劳动能力鉴定以确定其待遇，东陶公司

仅根据秦某提交病假申请即确认秦某不具备劳动能力、无法从事公司安

排的任何工作，在秦某尚处在公司批准的病假期间的情况下，直接作出

解除劳动关系的决定，缺乏事实与法律依据，系违法解除，东陶公司应

当支付秦某违法解除劳动关系赔偿金，对秦某主张的违法解除劳动关系

赔偿金的合理部分，法院予以支持，对于其过高的诉请，依据不足，不

予支持。

北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十

七条、第八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款

之规定，判决如下：

一、东陶公司于本判决生效之日起七日内支付秦某违法解除劳动关

系赔偿金88830元；

二、驳回秦某的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

医疗期是指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。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的

意见》第三十五条规定，请长病假的职工在医疗期满后，能从事原工作

的，可以继续履行劳动合同；医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事

由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程

度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗

位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的

退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并

按规定支付经济补偿金和医疗补助费。根据《中华人民共和国劳动合同

法》第四十条、第四十六条规定，劳动者患病或者非因工负伤，在规定

的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排工作的，

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，应向劳动者支付经济补偿金。

劳动者因患病或非因公负伤，医疗期满后不能从事原工作时，用人

单位的正确处理方式应当是先根据劳动者的身体状况给劳动者另行安排

工作岗位；如劳动者仍无法从事用人单位另行安排的工作时，劳动者应

当配合用人单位进行劳动能力鉴定。

近年来，司法实践中用人单位以“劳动者患病或者非因工负伤，在

规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排工

作”为由解除劳动合同引发纠纷的案件时有发生。相关案件争议焦点集

中在“不能从事用人单位另行安排工作”的认定标准上。劳动者主张用人

单位不存在“另行安排工作”这一行为即解除劳动关系，系违法解除。用

人单位的抗辩意见为：劳动者医疗期满后继续提交全休假条的行为等于

不能出勤，根本无法提供劳动，更遑论另行安排工作。通过对大量案件

的审理过程统计分析发现，劳动者在医疗期满后继续提交假条的主观动

因往往是身体状况尚无法从事原岗位工作，医院是否为劳动者继续出具

假条往往也将劳动者的工作内容及工作强度作为重要考量因素，如同是

肌肉损伤，医生会给体力劳动者出具假条而不一定会给脑力劳动者出具

假条；在颈腰椎疾病非急性发作期间，医生往往会偏向于为工作需久低

头、久坐的患者出具假条。因此，不能因劳动者存在医疗期满后继续提

交假条的行为直接推定劳动者必然不能从事用人单位另行安排的工作，

用人单位在不另行安排工作的情况下径行解除劳动合同一般应认定为违

法解除。当然，相关案件审理过程中还应具体问题具体分析，如果劳动

者在医疗期满后还处于住院阶段，根本无法出勤，此时以用人单位未为

劳动者另行安排工作为由认定违法解除劳动合同，则属矫枉过正，用人

单位应及时联系劳动者做劳动能力鉴定，根据鉴定结果做出相应处理。

编写人：北京市海淀区人民法院 龚莉婷 董洪辰

24 以旷工为由解除劳动合同的合法性应全

面考虑

——黄某诉北京居然安康超市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（2018）京02民终2882号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：黄某

被告（被上诉人）：北京居然安康超市有限责任公司（以下简称居

然安康公司）

【基本案情】

黄某原系居然安康公司美食总监，双方签订了期限为2017年4月10

日至2022年4月9日的劳动合同，试用期为2017年4月10日至2017年10月9

日。2017年8月15日，居然安康公司通知黄某解除劳动合同。

关于劳动合同的解除，黄某主张因居然安康公司不满其工作业绩，

于2017年8月15日将其辞退，提交劳动合同、试用期员工辞退通知书

等。劳动合同载明：“甲方：居然安康公司……乙方：黄某……乙方有

下列情形之一的，甲方可以提前解除本合同，不需支付乙方任何补偿

金……违反《考勤管理办法》达到辞退条件的……”试用期员工辞退通

知书载明，“黄先生：试用期间发现你不能胜任本职工作，未能完成入

职时签订的KPI考核指标且差距较大。根据劳动合同法第三十九条第一

项规定，在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以予以辞

退。且根据你在2017年7月的出勤情况，有多次无故旷工行为。按照公

司相关规定及劳动合同法规定，单位有权无条件解除劳动合同……居然

安康公司，2017年8月15日”。

居然安康公司主张黄某的离职原因为2017年7月存在旷工以及不能

胜任本职工作情况，据此与黄某解除劳动合同，并提交2017年4月12日

至7月31日考勤记录、薪酬与绩效考核确认书、《考勤管理办法》、

2017年7月工资表等予以证明。考勤记录未显示黄某2017年7月3日、4

日、18日考勤情况，7月5日、7日、10日12日至14日、17日、21日、24

日至28日未显示黄某下班考勤记录。考勤管理办法部分内容载明：公司

员工上下班实行指纹打卡，未打卡者按旷工处理……年内累计迟到及早

退达3次者或旷工1次者，公司予以辞退并解除劳动关系。7月工资表显

示黄某试用期工资40040元，缺勤扣款30735.66元，实发金额4440.22

元。黄某主张未见过《考勤管理办法》，2017年7月部分未显示出勤情

况或出勤半天的原因为单位安排其出外勤办理业务；对2017年7月工资

表中缺勤扣款其不予认可，实发金额其已收到。公司主张未安排黄某7

月出外勤办理业务。

后黄某提起仲裁，要求公司支付解除劳动合同经济补偿等未获支

持，其不服并就此起诉至法院。

【案件焦点】

以旷工为由解除劳动合同的合法性问题。具体而言，即在判断用人

单位以旷工为由解除劳动合同是否合法时应当考虑哪些因素。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：黄某就其2017年7月单位多次

安排其出外勤办理业务、未见过单位《考勤管理办法》的主张，未提交

相关证据加以证明，难以采信。依据劳动合同载明内容，对居然安康公

司提交的《考勤管理办法》的真实性予以采信。依据《考勤管理办法》

载明内容，结合黄某2017年7月考勤记录，居然安康公司依据《考勤管

理办法》与黄某解除劳动合同，并无不妥。黄某主张居然安康公司支付

其解除劳动合同的经济补偿的诉讼请求，缺乏事实依据，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》第七

条、第三十九条，《职工带薪年休假条例》第三条，《企业职工带薪休

假实施办法》第十条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规

定，判决如下：

一、居然安康公司于判决生效之日起七日内支付黄某未休年休假工

资11045.51元；

二、驳回黄某其他诉讼请求。

黄某不服，提起上诉，请求改判支持其一审诉讼请求。北京市第二

中级人民法院经审理认为：双方对黄某在职期间的出勤记录以及2017年

5月、6月的考勤异常审批均无异议，应予采信。依据黄某5月、6月的出

勤记录与考勤异常审批，其在5月、6月中每月均存在超过10天的考勤异

常情形，居然安康公司也以审批方式在月末予以认可，说明因开展业务

需要每月10次以上的异常考勤情形属于黄某的正常工作状态。在黄某

2017年7月的考勤记录与此之前的出勤情况并无明显差异的情况下，居

然安康公司以黄某多次无故旷工为由解除劳动合同，属违法解除，应支

付违法解除劳动合同赔偿金。二审法院对此予以改判。

北京市第二中级人民法院依照《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，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规

定，判决如下：

一、维持北京市丰台区人民法院（2017）京0106民初29711号民事

判决第一项；

二、撤销北京市丰台区人民法院（2017）京0106民初29711号民事

判决第二项；

三、居然安康公司于本判决生效之日起七日内支付黄某违法解除劳

动合同赔偿金40040元；

四、居然安康公司于本判决生效之日起七日内支付黄某2017年7月1

日至2017年7月31日的工资差额30000元；

五、驳回黄某其他诉讼请求。

【法官后语】

本案中，一审、二审法院均注意到居然安康公司与黄某对2017年7

月考勤记录的真实性不持异议，但得出了相反的结论。一审法院从表面

上的“旷工”入手，依据黄某认可真实性的劳动合同内容而采信了《考勤

管理办法》，从而将2017年7月十余天未显示考勤情况的举证责任分配

给了黄某，而黄某作为劳动者难以就缺勤这一否定性事实充分举证，导

致一审法院认为黄某符合《考勤管理办法》所规定的旷工情形，进而认

定居然安康公司以旷工为由解除与黄某的劳动合同合法。二审法院则

从“未显示考勤情况”这一事实入手，通过对比2017年7月之前的2017年5

月、6月考勤情况，力求还原真相。通过分析该三个月的考勤情况，发

现黄某每月均存在十余天的考勤异常情形，5月、6月均是在月末提交当

月的异常考勤申请，且居然安康公司均予以批准。在2017年7月的考勤

记录与此之前的出勤情况并无明显差异的情况下，居然安康公司仅以其

未同意当月的异常考勤申请即主张黄某构成了多次无故旷工，难以令人

信服。

劳动合同的解除是用人单位和劳动者在劳动合同履行中的重大事

项，用人单位单方解除与劳动者之间的劳动合同，应当具备充分理由，

且符合法律规定。本案中，居然安康公司主张黄某在2017年7月存在多

次无故旷工行为，并据此解除了双方之间的劳动关系，居然安康公司应

当提供充分证据予以证明，否则其应当承担不利后果。通过上述分析，

居然安康公司主张黄某存在旷工行为，未能提交充分证据予以证明，未

能就其公司以旷工为由解除与黄某的劳动合同的合法性作出合理解释，

故二审法院认定该解除行为违法，并判令居然安康公司支付黄某违法解

除劳动合同赔偿金。

通过对本案的分析，应当对以旷工为由解除劳动合同的合法性判断

问题予以重视，对于旷工的认定应当全面考虑。即使考勤记录存在多处

异常，也不必然认定为旷工，应结合劳动者出勤规律及用人单位审批规

律综合认定；反之，即便劳动规章制度未规定旷工多日的法律后果，劳

动者亦应遵守该项社会公众认可并接受的劳动纪律，不能仅以制定或送

达程序存在瑕疵为抗辩理由。总之，在判断用人单位以旷工为由与劳动

者解除劳动合同是否合法时，对于旷工的认定应当全面考虑，可结合以

下几方面因素综合判断：一是劳动者的岗位特点及出勤规律。1.劳动者

的岗位是否能够做到每天按时出勤，如医药、保险等行业的销售人员，

家具、家电安装工人，售后维修人员，需经常出差的人员等不具备每天

按时出勤的条件；2.发生劳动争议之前，劳动者每月的出勤情况是否基

本一致，是每月都有大致相当的天数缺勤，还是劳动关系的最后一段时

间出勤情况突然变差，对于旷工的认定可能得出不同的结论。二是劳动

规章制度的制定或送达程序应当完备，但是对于较为严重的旷工行为，

即便用人单位的劳动规章制度未明确规定旷工多日的法律后果，或者该

规章制度的制定和送达程序有一定瑕疵，按照用人单位的工作时间要求

到岗工作作为社会公众所认可的基本劳动纪律，也应当被劳动者所遵

守，劳动者严重违反的，用人单位据此解除劳动合同的决定并无不妥，

不宜认定为违法解除。

编写人：北京市第二中级人民法院 金铭

25 用人单位能否以证据为违反法律禁止性

规定的方法取得为由解除与劳动者的劳动

合同

——中国邮政集团公司济南市分公司诉郑某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省济南市中级人民法院（2018）鲁01民终1360号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：中国邮政集团公司济南市分公司（以下简称邮政

济南分公司）

被告（被上诉人）：郑某

【基本案情】

郑某自2004年起经劳务派遣在邮政济南分公司工作，2015年12月26

日，双方订立书面劳动合同，期限自2015年12月26日起至2021年12月25

日止。劳动合同中约定“乙方（郑某）确认收到甲方（邮政济南分公

司）依法制定的企业规章制度（包含但不限于《济南市邮政局员工手

册》《山东邮政企业员工奖励与违规违纪处理实施细则》《山东邮政企

业员工退出管理办法（试行）》），并已详细阅读，充分理解了其中各

项条款的内容，同时保证自觉遵守企业规章制度的所有规定，自愿按照

条款执行，并对因个人违反企业规章制度所造成的不良后果承担责

任”。《山东邮政企业员工奖励与违规违纪处理实施细则》第十三条第

四项规定，员工不执行验视规定或验视不认真而收寄具有爆炸性、易燃

性、腐蚀性、放射性等禁止寄递和不明性质物品的，属于严重违反企业

的规章制度，企业可以与其解除劳动合同。

2016年6月，邮政济南分公司与北京信通博雅管理咨询有限公司订

立《中国邮政集团公司济南市分公司营业网点神秘访客服务检测项目委

托合同》，合同约定：邮政济南分公司委托北京信通博雅管理咨询有限

公司在2016年6月1日至2016年6月30日，对营业网点进行神秘访客服务

检测活动。2016年6月20日，北京信通博雅管理咨询有限公司的工作人

员对邮政济南分公司邮电新村支局进行神秘访客服务检测活动，郑某作

为前台营业员当班营业。2016年7月26日，邮政济南分公司向郑某出具

终止（解除）劳动合同证明书，写明因郑某2016年6月28日违反企业规

章制度而解除合同。郑某于2016年9月1日与济南吉飞快递公司订立劳动

合同，并由该单位为其缴纳社会保险。郑某表示可以随时与济南吉飞快

递有限公司解除劳动合同，该劳动合同不影响郑某与邮政济南分公司建

立劳动合同关系。邮政济南分公司对该劳动合同的真实性无异议。郑某

于2017年5月30日向济南市劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请，该

委于同年8月4日作出济劳人仲案〔2017〕182号仲裁裁决书，“裁定被申

请人与申请人解除劳动合同违反法律规定，被申请人应当在本裁决生效

之日起立即恢复与申请人的劳动关系”。邮政济南分公司不服该裁决，

在法定期限内诉至法院。

【案件焦点】

用人单位能否以证据为违反法律禁止性规定的方法取得为由解除与

劳动者的劳动合同。

【法院裁判要旨】

山东省济南市市中区人民法院经审理认为：《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》第十三条规定，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的劳动争议，用人单位负举证责任。本案中，邮

政济南分公司以郑某违反企业规章制度为由解除双方之间的劳动合同，

但其提供的《山东邮政企业员工奖励与违规违纪处理实施细则》第十三

条规定，员工不执行验视规定或验视不认真而收寄具有爆炸性、易燃

性、腐蚀性、放射性等禁止寄递和不明性质物品的，属于严重违反企业

的规章制度，企业可以与其解除劳动合同。但未对在“神秘访客服务检

测活动”之类暗访中，员工出现上述行为是否也属于严重违反企业的规

章制度，企业是否可以与其解除劳动合同作出明确规定。且法院认为暗

访的目的是督促、提醒员工严格执行企业的规章制度，而不是与员工解

除劳动合同。因此，在没有明确规定的情况下，《山东邮政企业员工奖

励与违规违纪处理实施细则》第十三条不适用于本案所出现的暗访情

况。同时，邮政济南分公司所提供的证据也不足以认定郑某存在违反

《山东邮政企业员工奖励与违规违纪处理实施细则》第十三条的行为。

综上，邮政济南分公司以郑某违反企业规章制度为由解除双方之间的劳

动合同，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

山东省济南市市中区人民法院依据《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》第十三条之规定，作出如下判决：

撤销邮政济南分公司于2016年6月28日作出的与郑某解除劳动合同

的决定，从判决生效之日起恢复邮政济南分公司与郑某的劳动关系。

邮政济南分公司不服一审判决，提起上诉。山东省济南市中级人民

法院经审理认为：本案中，邮政济南分公司主张郑某在工作中不执行验

视规定，违反邮政济南分公司的规章制度，其与郑某解除劳动合同符合

法律规定。为此，提交北京信通博雅管理咨询有限公司出具的《有关中

国邮政集团公司济南市分公司邮电新村支局服务检查情况的说明》、郑

某书写的《关于邮件验视说明》复印件等证据并申请证人出庭作证证

实。北京信通博雅管理咨询有限公司出具的《有关中国邮政集团公司济

南市分公司邮电新村支局服务检查情况的说明》载明，调查员在检查

中，邮寄了禁寄物品打火机。《中华人民共和国邮政法》第二十四条规

定，邮政企业收寄邮件和用户交寄邮件，应当遵守法律、行政法规以及

国务院和国务院有关部门关于禁止寄递或者限制寄递物品的规定。《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》（本案以

下简称《民诉法解释》）第一百零六条规定，对以严重侵害他人合法权

益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的

证据，不得作为认定案件事实的根据。据此，《有关中国邮政集团公司

济南市分公司邮电新村支局服务检查情况的说明》系通过违反禁止性规

定方法取得的证据，不具有合法性，法院不予采信，邮政济南分公司提

交的其他证据不足以证实郑某存在违反单位规章制度的情形，故邮政济

南分公司解除双方之间的劳动合同不符合法律规定。郑某要求撤销邮政

济南分公司作出的解除劳动合同决定，法院予以支持。鉴于邮政济南分

公司的解除决定已被撤销，且郑某表示与案外人济南吉飞快递有限公司

订立的劳动合同可以解除，故对郑某要求恢复与邮政济南分公司劳动合

同关系的主张，法院予以支持。综上所述，邮政济南分公司的上诉请求

不能成立，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。

山东省济南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规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

用人单位行使劳动合同解除权，系用人单位用工管理权和用工自主

权的重要体现，但是用人单位行使劳动合同解除权，其应当证明解除劳

动合同符合法律规定，否则不能取得解除劳动合同的法律效果。

首先，用人单位应当承担证明其解除劳动合同符合法律规定的举证

证明责任。《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》第十三条规定：“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的劳动争

议，用人单位负举证责任。”既然邮政济南分公司以郑某违反规章制度

为由作出解除劳动合同的决定，那么邮政济南分公司应当证明该决定符

合法律规定。

其次，用人单位证明解除劳动合同决定符合法律规定的重要内容之

一，系需要证明解除劳动合同所依据的事实真实存在，即本案需要证明

郑某具有违反规章制度的行为，该待证事实需要有充分有效的证据作支

撑。《民诉法解释》第一百零八条第一款规定：“对负有举证证明责任

的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实

的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。”故邮政济南分公司

应当提供证据证明郑某具有违反规章制度行为这一待证事实具有高度可

能性，达到足以认定该事实真实存在的程度。

最后，用人单位证明解除劳动合同所依据的事实真实存在的证据应

当具有合法性。《民诉法解释》第一百零六条规定：“对以严重侵害他

人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或

者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据。”本案中，《中华人民

共和国邮政法》第二十四条规定：“邮政企业收寄邮件和用户交寄邮

件，应当遵守法律、行政法规以及国务院和国务院有关部门关于禁止寄

递或者限制寄递物品的规定。”邮政济南分公司主张郑某违反公司规章

制度的行为并非正常情况下邮政企业工作人员收寄邮件和用户交寄邮件

的业务，而是邮政济南分公司委托相关机构进行的对营业网点进行神秘

访客服务检测活动的非正常业务，该非正常业务本身即违反了《中华人

民共和国邮政法》第二十四条的禁止性规定，不具有合法性，因此该以

违反法律禁止性规定的方法取得的证据不能作为认定郑某违反公司规章

制度的根据。

由此可见，邮政济南分公司未完成证明其解除劳动合同符合法律规

定的举证证明责任，郑某请求法院撤销邮政济南分公司作出的解除劳动

合同决定，符合法律规定，应当予以支持。

编写人：山东省济南市中级人民法院 唐鸣亮

26 用人单位调职违反诚信原则造成劳动者

辞职的视为“推定解雇”

——苏州海星汽车销售服务有限公司诉陆某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2018）苏05民终2084号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：苏州海星汽车销售服务有限公司（以下简称海星

公司）

被告（被上诉人）：陆某

【基本案情】

2010年4月，陆某入职海星公司从事销售工作，2015年4月1日开始

担任销售副经理。2016年11月17日，双方签订《全日制劳动合同书》，

约定期限为2016年12月1日至2019年11月30日，甲方根据工作需要，按

合理诚信原则可依法变动乙方工作岗位，劳动合同履行地为集团及其下

属公司。附页第二条约定：鉴于甲方系集团型企业，根据甲方或母公司

发展情况，需要将乙方调到关联企业任职的，乙方同意甲方的安排，并

与新的单位签订劳动合同，同时本劳动合同解除，乙方被调到甲方母公

司或其他关联公司任职时，乙方在甲方的工龄可延续计算至新的单位。

第三条约定：乙方奖金中已包含了国家规定的加班加点工资部分。2016

年12月16日，海星公司经理刘某与陆某进行谈话，要求陆某至无锡上班

（原在苏州上班），岗位、劳动期限、薪酬待遇、是否签订劳动合同等

待定。陆某不同意调职，海星公司封锁陆某邮箱等系统权限，陆某无法

开展工作。2016年12月21日，陆某书面要求海星公司恢复劳动条件，海

星公司不予理睬。2017年1月19日，陆某为此向海星公司邮寄解除劳动

合同通知书，要求单位支付经济补偿金、经济赔偿金及拖欠的加班工资

等。

对于陆某的工资情况，海星公司表示未保存工资发放、绩效考核相

关原始材料，陆某的工资及奖金均已足额支付。陆某向法院提供其从公

司OA系统中打印的销售经理薪资审核表、经其签字同意的2016年销售

副经理考核方案复印件及2015年度、2016年度工资发放银行明细。销售

经理薪资审核表反映月绩效计算基数为4050元，2016年10月应发绩效为

3907.18元，基本工资为9000元；2016年销售副经理考核方案反映月基

本工资为9000元，绩效奖金共计162000元，包括十二个月绩效合计

48600元（每月绩效4050元）、四个季度绩效合计89100元（每季度绩效

22275元）、年度绩效24300元。银行工资流水反映陆某2015年度收入为

178012.84元（含张乙支付的2015年年终奖金57536.45元）、2016年度收

入为164752.18元（含张甲支付的第二、第三季度奖金42080.84元）。张

甲与张乙系母女关系，该二人系海星公司关联公司苏州海昌集团公司高

管。海星公司认为，陆某主动离职，无需赔偿。另外，陆某提供的工资

材料均为复印件，不予认可。案外人张甲、张乙支付陆某的款项与本案

无关。

【案件焦点】

1.海星公司对劳动者陆某调职是否合理；2.海星公司是否应支付陆

某加班工资；3.如何确定陆某工资构成，以便确定计算经济补偿金基

数。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市吴中区人民法院经审理认为：海星公司与劳动者签订

的《全日制劳动合同书》约定，单位根据工作需要，按照合理诚信原则

可依法变动劳动者工作岗位。用人单位根据特约行使调职权时应受到权

利不得滥用的严格限制，应遵循合理诚信原则。刘某与陆某的谈话录音

反映，对陆某进行调职时并未就调职决定具有经营上之必要性进行说

明，且未就调职后岗位工作期限、薪酬待遇、劳动合同签订等基本事项

进行协商，亦未就调职后对劳动者家庭和社会生活带来不利影响有所考

虑，径直要求陆某在限定的短时间内完成工作交接，明显有违诚信、合

理。在此情形造成陆某辞职，应当视为“推定解雇”，陆某主张海星公司

支付经济补偿金应予以支持。

关于是否应支付陆某加班工资。《全日制劳动合同书》附页第三条

明确约定劳动者奖金中已包含了国家规定的加班加点工资部分。即海星

公司支付陆某奖金部分已包含了加班工资。另外，陆某系销售经理，基

于销售业绩计发奖金，该奖金包含加班费亦属合理，故陆某主张海星公

司另行支付加班工资167347.25元，不予支持。

关于应支付的经济补偿金金额。对于2016年度绩效奖及第一、第四

季度绩效奖问题。用人单位应当书面记录支付劳动者工资的应发项目及

数额、实发数额、支付日期、支付周期、依法扣除项目及数额、领取者

姓名等内容，用人单位应当将工资支付给劳动者本人，并同时提供本人

的工资清单。陆某与海星公司签订的劳动合同明确约定劳动者的工资实

行基本工资和绩效工资相结合的内部工资分配办法，其中基本工资为

1820元，以后根据内部工资分配办法予以调整，其中绩效工资根据劳动

者的工作业绩、劳动成果、实际贡献按照内部分配办法考核确定。对此

陆某提供了销售经理薪资审核表、2016年销售副经理考核方案证据及张

乙于2016年2月6日支付其2015年度奖金57536.45元、张甲于2016年12月

19日支付其2016年第二、第三季度奖金42080.84元的银行转账材料予以

佐证。海星公司表示没有保存工资发放明细的记录及绩效考核原始材

料。在处于举证优势地位的单位未能提供证据且未能作出合理说明，劳

动者提供了初步证据，该初步证据未存在疑点且反映的部分信息能够相

互印证的情形下，海星公司应当承担举证不能的不利后果。另外，考虑

张甲、张乙的身份及苏州海昌集团公司与海星公司系关联关系，且陆某

表示其与张甲、张乙平时并无经济往来，法院对陆某陈述张甲于2016年

12月19日支付其2016年第二、第三季度奖金42080.84元予以采信。据此

陆某主张补发2016年度第一、第四季度绩效奖合计42080.84元具有合理

性，法院予以支持。综上，根据陆某2016年度实发工资、第二、第三季

度奖金42080.84元及第一、第四季度奖金42080.84元进行核算，海星公

司与陆某解除劳动关系前十二个月的平均工资为每月17236.09元。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，六个月

以上不满一年的，按一年计算。陆某工作期间为2010年4月至2017年1

月，海星公司应支付陆某7个月工资的经济补偿金120652.60元。

江苏省苏州市吴中区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第三十条第一款、第三十八条、第四十六条、第四十七条第一款规定，

判决如下：

一、海星公司于本判决生效之日起十日内支付陆某经济补偿金

120652.60元；

二、海星公司于本判决生效之日起十日内支付陆某2016年第一、第

四季度绩效奖金合计42080.84元；

三、驳回陆某的其他诉讼请求。

海星公司不服一审判决，提起上诉。江苏省苏州市中级人民法院同

意一审法院裁判意见。

【法官后语】

首先，用人单位应依法规范薪酬支付。实践中，用人单位支付劳动

者报酬不规范现象较普遍，特别是用人单位在支付高管各种名义的高额

奖金、补贴时不规范现象较为突出，甚至有时劳动者基于各种因素考

虑，主动要求用人单位不规范发放。一旦用人单位与劳动者发生争议，

在认定案外人支付劳动者款项是否为劳动报酬时，劳动者举证及法院审

理均会出现较大困难。

其次，劳动合同法第三十五条规定，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。在本案中，用人单位与劳动者在劳动合

同中就概括性调岗授权进行了约定，用人单位享有对劳动者进行调岗的

权限。但用人单位在行使调职权时应符合合理性，可以从以下几个方面

进行判断：1.劳动基准法的限制。用人单位不得违反法律基准性规定，

安排劳动者从事法律禁止从事的工作。2.权利不得滥用的限制。具体可

从以下几个方面判断：其一，用人单位所作的调职决定须具有经营上之

必要性，如无必要，则无合理性；其二，用人单位所作的调职决定不应

使劳动者技能或尊严受损。用人单位对劳动者有保护照顾义务，如调职

使劳动者过去的技能突然被否定、使其在行业内失去尊严，则此项调职

即已违反了雇主保护照顾义务；其三，用人单位所作的调职决定不应影

响劳动者家庭生活和社会生活利益。用人单位调岗时应适度考虑劳动者

的家庭状况，如是否有老年人或家庭成员需要照看，上班路途变远是否

导致休息时间减少、交通成本增加等。如变动岗位对上述方面均带来不

利而不予补偿，则有不合理之嫌。

最后，用人单位调职如违反合理性，造成劳动者辞职的，应视

为“推定解雇”，用人单位应依据劳动合同法第四十七条第三项规定支付

经济补偿金。如用人单位以劳动者不到新的岗位上班构成旷工为由解除

劳动合同，属违法解除，应依据劳动合同法第八十七条规定支付赔偿

金。

就劳动争议案件，用人单位对劳动关系的发生、变更、解除等法律

要件事实的证明始终处于举证优势地位，而劳动者在未发生劳动争议之

前一般不太注重相关证据的收集。故法官在审理劳动争议案件时，应依

照法律、司法解释的规定，科学、合理确定举证责任的承担，结合日常

经验对双方提供的证据综合研判，甚至在个别案件中，应适度强化法院

探知职权，以便最大限度地贴合客观事实，有力保障劳动者的合法权

益。

编写人：江苏省苏州市吴中区人民法院 杜荣尚

四、追索劳动报酬、经济补偿金

27 从事接触职业病危害工作的劳动者的法

律保护

——吴某诉江苏省明天农牧科技有限公司经济补偿金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南京市中级人民法院（2018）苏01民终4457号民事判决书

2.案由：经济补偿金纠纷

3.当事人

原告：吴某

被告：江苏省明天农牧科技有限公司（以下简称农牧科技公司）

【基本案情】

2010年3月，吴某入职农牧科技公司从事兽医工作，双方签订了劳

动合同，最后一期劳动合同期限为2014年11月1日至2017年10月31日。

2017年10月31日，因双方劳动合同期限届满，农牧科技公司与吴某终止

劳动关系，农牧科技公司给付吴某终止劳动合同的经济补偿金25360

元。

吴某认为，农牧科技公司在其处于疑似职业病病人在诊断医学观察

期间内，以劳动合同到期为由解除劳动合同，不符合法律规定，故要求

农牧科技公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

【案件焦点】

农牧科技公司与吴某终止劳动合同是否符合法律规定。

【法院裁判要旨】

江苏省南京市六合区人民法院经审理认为：根据《中华人民共和国

职业病防治法》的规定，对从事接触职业病危害的作业的劳动者，用人

单位应当按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织

上岗前、在岗期间和离岗时的职业健康检查，并将检查结果书面告知劳

动者。对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订

立的劳动合同。职业健康检查应当由取得《医疗机构执业许可证》的医

疗卫生机构承担。《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条规定，劳

动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至

相应的情形消失时终止。劳动合同法第四十二条第一项规定，从事接触

职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病

病人在诊断或者医学观察期间的。劳动合同期满，劳动合同应当延至相

应的情形消失时终止。本案中，吴某在农牧科技公司就职期间，从事的

是接触职业病危害的兽医工作，农牧科技公司以劳动合同期满为由与吴

某终止劳动合同前应为吴某安排离岗前的职业健康检查。农牧科技公司

在劳动合同期满前安排原告在江苏省人民医院体检，该体检项目为常规

体检，并非职业病的健康检查。况且吴某已于2017年5月向南京市职业

病防治院申请职业病诊断，属于疑似职业病病人在诊断期间，2018年1

月17日，吴某被诊断为职业病。综上，农牧科技公司在此期间以劳动合

同期满为由与吴某解除劳动合同违反法律规定，应向原告支付违法解除

劳动合同赔偿金。

江苏省南京市六合区人民法院依照《中华人民共和国职业病防治

法》第三十五条，《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条、第四十

五条、第四十八条、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，作出如下判决：

一、自本判决书生效之日起十日内，农牧科技公司向吴某支付违法

解除劳动合同赔偿金35840元；

二、驳回吴某的其他诉讼请求。

农牧科技公司不服一审判决，提起上诉。江苏省南京市中级人民法

院经审理认为：本案的争议焦点为农牧科技公司与吴某终止劳动合同是

否合法。

本案中，农牧科技公司主张吴某2017年4月即在江苏省人民医院确

诊为布鲁氏菌病，但因江苏省人民医院不属于经卫生行政部门批准的职

业病诊断机构，该医院也并未对吴某是否属于职业病病人作出诊断，故

对农牧科技公司的该项主张不予采信。吴某在一审提交了南京市职业病

防治院出具的2018年1月4日职业病诊断延期通知书及2018年1月17日职

业病诊断证明书，能够证明南京市职业病防治院于2017年5月3日接受吴

某的职业病诊断申请，在农牧科技公司于2017年10月31日与吴某终止劳

动关系时，吴某作为疑似职业病病人仍处于诊断期间。农牧科技公司另

主张其已安排吴某于2017年10月23日至江苏省人民医院进行离职前职业

健康检查，但其一审提交的体检报告不能体现出该体检系职业健康检

查，对其该项主张亦不予采信。根据《中华人民共和国劳动合同法》第

四十二条第一项及第四十五条规定，从事接触职业病危害作业的劳动者

未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察

期间的，劳动合同期满，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

农牧科技公司于2017年10月31日与吴某终止劳动合同的行为，违反上述

法律规定，应当依法向吴某支付违法终止劳动合同的赔偿金35840元。

综上，农牧科技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。

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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

《中华人民共和国职业病防治法》和《中华人民共和国劳动合同

法》以强制性法律规范保护职业病劳动者的合法权益。第一，职业病诊

断医疗卫生机构具有特定审批性。《中华人民共和国职业病防治法》第

四十三条第一款规定，医疗卫生机构承担职业病诊断，应当经省、自治

区、直辖市人民政府卫生行政部门批准。省、自治区、直辖市人民政府

卫生行政部门应当向社会公布本行政区域内承担职业病诊断的医疗卫生

机构的名单。第二，用人单位与职业病劳动者的解除劳动合同权受法律

限制。《中华人民共和国劳动合同法》规定，从事接触职业病危害作业

的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者

医学观察期间的，劳动合同期满，劳动合同应当续延至相应的情形消失

时终止。《中华人民共和国职业病防治法》也规定，未进行离岗前职业

健康检查的劳动者，用人单位不得解除或者终止与劳动者订立的劳动合

同。

本案中，吴某从事的是接触有职业病危害的兽医工作，用人单位以

劳动合同期满为由与吴某终止劳动合同前，须为吴某进行离岗前职业健

康检查，且职业健康检查应当由省级以上人民政府卫生行政部门批准的

医疗卫生机构进行。非经审批获准的医疗卫生机构，无权进行职业健康

检查及职业病的诊断，非具有职业病诊断资质医疗卫生机构作出的职业

病诊断不具有合法性，也无法享受国家规定的职业病待遇。且农牧科技

公司与吴某终止劳动合同时间处于吴某申请职业病鉴定的诊断期，不符

合法律规定。故法院判决农牧科技公司解除劳动合同违法，应向吴某支

付解除劳动合同的赔偿金。

本案有利于促进用人单位建立健全从事接触职业病危害劳动者的工

作保护机制，为劳动者创造符合国家职业卫生标准和卫生要求的工作环

境和条件，保障劳动者获得职业卫生保护，从源头上预防、控制和消除

职业病危害。

编写人：江苏省南京市六合区人民法院 赵红肖

28 工伤职工提前恢复工作时劳动报酬的认

定

——沈某诉上汽依维柯红岩商用车有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院（2017）渝01民终5807号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：沈某

被告（被上诉人）：上汽依维柯红岩商用车有限公司（以下简称依

维柯公司）

【基本案情】

2013年3月1日，沈某与依维柯公司签订书面劳动合同，约定沈某在

依维柯公司下属车间从事涂装喷漆工作。2016年3月1日，沈某与依维柯

公司签订无固定期限劳动合同。2016年7月1日起，依维柯公司安排沈某

在该公司多技能培训中心学习，并按照正常上班时间进行考勤。

2016年8月23日，沈某被重庆市疾病预防控制中心诊断为职业性中

度噪声聋。2016年10月26日，沈某被认定为工伤。2017年1月12日，沈

某被重庆市两江新区劳动能力鉴定委员会鉴定为九级伤残，无护理依

赖。2017年1月16日，沈某向依维柯公司提交解除劳动关系的申请书，

主要载明：因车间关闭转入多技能培训中心学习，根据自身的实际情

况，认为不适应公司安排的相关岗位，希望公司按照相关的法律法规给

予经济补偿，并与公司协商解除劳动合同，望公司批准。2017年1月17

日，沈某与依维柯公司签订《协商解除劳动合同协议书》，约定双方协

商一致解除劳动合同（但未约定解除时间），后依维柯公司依约支付了

沈某经济补偿金13386.52元。从2017年1月24日起，沈某未到依维柯公

司多技能培训中心学习。2017年2月6日，依维柯公司通知沈某解除劳动

关系，解除时间为2017年2月6日。当天，沈某正式从依维柯公司离职。

2015年8月至2016年7月，沈某每月工资分别为3985.87元、3744.33

元、3971.77元、3806.37元、3996.43元、4022.62元、4545.58元、3857.9

元、4298.01元、4121.26元、4041.32元、3968.70元，另发放2015年第13

个月工资3147.50元，共计51507.66元，平均每月工资4292.31元。从

2016年7月沈某参加学习起，依维柯公司每月向沈某发放的工资为1375

元。

2017年2月13日，沈某以依维柯公司为被申请人向重庆市劳动人事

争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁决依维柯公司支付2016年8月至2017

年1月停工留薪期工资差额19200元等。后该委以依维柯公司支付的工资

标准不能低于合同履行地最低工资标准1500元/月为由，裁决依维柯公

司支付沈某2016年8月至2017年1月停工留薪期工资差额1536.3元等。沈

某不服，向重庆市渝北区人民法院提起诉讼。

【案件焦点】

劳动者在停工留薪期间正常向用人单位提供劳动，但用人单位未按

正常劳动报酬标准向劳动者支付劳动报酬的，劳动者能否要求用人单位

补足。

【法院裁判要旨】

重庆市渝北区人民法院经审理认为：职工因工作遭受事故伤害或者

患职业病需要暂停工作接受工伤治疗的，在停工留薪期内，原工资福利

待遇不变，由所在单位按月支付。本案中，沈某虽然于2016年8月23日

被诊断为职业性中度噪声聋，但沈某并没有暂停工作接受治疗。沈某没

有享受停工留薪期，停工留薪期工资无从谈起，故沈某请求停工留薪期

工资差额缺乏事实依据，不予支持。

重庆市渝北区人民法院依照《工伤保险条例》第三十三条之规定，

判决如下：

驳回沈某的诉讼请求。

沈某不服一审判决，提起上诉。重庆市第一中级人民法院经审理认

为：劳动者在发生工伤或者患职业病停止工作接受治疗时，依法享有正

常工作时单位应当支付的各项待遇。本案中，沈某被诊断为职业性中度

噪声聋，根据《重庆市工伤职工停工留薪期分类目录（试行）》的规

定，沈某对应的停工留薪期为6个月。《重庆市工伤职工停工留薪期管

理办法》第七条规定，工伤职工停工留薪期未满，但经工伤医疗服务协

议机构证明工伤治愈的，停工留薪期终止。依维柯公司没有举示工伤医

疗服务协议机构出具的工伤治愈证明来证明沈某已工伤治愈，故不能以

沈某未暂停工作为由认定沈某的工伤不需要治疗，并认定沈某不符合享

受停工留薪期待遇的条件。沈某工伤后继续在依维柯公司多技能培训中

心学习期间，依维柯公司按照正常的上班时间对沈某进行考勤，故该期

间应视为沈某正常上班。在停工留薪期内，依维柯公司每月向沈某支付

的工资仅为1375元，不仅低于沈某正常劳动报酬标准，也低于合同履行

地最低工资标准，即沈某上班比不上班所获待遇还低，与法律规定相抵

触，也于理不符。对沈某主张的停工留薪期待遇差额，法院予以支持。

一审判决以沈某没有暂停工作接受治疗，而是继续在依维柯公司工作为

由，不予支持沈某停工留薪期待遇不妥，法院予以纠正。

重庆市第一中级人民法院依照《工伤保险条例》第三十三条，《重

庆市工伤职工停工留薪期管理办法》第三条、第七条，《中华人民共和

国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销重庆市渝北区人民法院（2017）渝0112民初6846号民事判

决；

二、依维柯公司在本判决生效后十日内支付沈某停工留薪期工资差

额15081.25元；

三、驳回沈某的其余诉讼请求。

【法官后语】

本案处理重点在于对停工留薪期的理解。国务院《工伤保险条例》

第三十三条第一款规定：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要

暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由

所在单位按月支付。”该条款明确了停工留薪期的内涵，指职工因工负

伤或者患职业病停止工作，接受治疗，继续享受原有待遇的期限。因

此，停工留薪期是工伤职工依法享受的一项工伤保险待遇。停工留薪期

既包括工伤职工在医院接受治疗的期间，也包括工伤职工在出院后休养

恢复期间。

一般情况下，工伤职工治疗、康复的期间与停工留薪期目录或者劳

动能力鉴定委员会确定的停工留薪期一致。司法实践中，由于工伤职工

伤情的具体程度、个人体质、年龄、治疗状况等的差异，工伤职工在停

工留薪期内可能会出现三种情况：第一种是停工留薪期满后，工伤职工

尚未完全恢复，仍需进一步治疗；第二种是停工留薪期未满，但工伤职

工经工伤医疗机构证明已经治愈；第三种是停工留薪期未满，工伤职工

也未经工伤医疗机构证明已经治愈，工伤职工已经恢复工作。对于第一

种情况，工伤职工可以依据《工伤保险条例》第三十三条第二款规定，

经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认后适当延长停工留薪期。对于第

二种情况，各地的规定不完全一致，可按照当地具体规定来执行，如

《重庆市工伤职工停工留薪期管理办法》第七条规定：“工伤职工停工

留薪期未满，但经工伤医疗服务协议机构证明工伤治愈的，停工留薪期

终止。”《北京市工伤职工停工留薪期管理办法》第七条规定：“工伤职

工停工留薪期未满，但经工伤医疗机构证明工伤治愈的，经劳动能力鉴

定后终止停工留薪期。”对于第三种情况，司法实践中工伤职工提前恢

复工作的原因通常有以下几种：用人单位强行要求工伤职工恢复工作、

工伤职工在不了解停工留薪期的情况下继续工作、工伤职工期望通过工

作来增加额外收入以及工伤职工基于对工作的热爱主动在未治愈的情况

下恢复工作等。工伤职工在停工留薪期间，本可以不参加工作而获得原

有的工资待遇。现工伤职工提前恢复工作，不论基于何种原因，如果获

得的工资待遇还要少于原有的工资待遇，即工作比不工作获得的工资待

遇还低，于法、于情、于理都不符。因此，用人单位未按照正常劳动报

酬标准向工伤职工支付劳动报酬的，工伤职工可以请求用人单位予以补

足。

具体到本案中，一审、二审法院审理思路出现分歧，其主要原因即

在于对停工留薪期的不同理解。一审法院认为沈某被诊断为职业病后未

停止工作、接受治疗，故不存在停工留薪期，不应享受停工留薪期待

遇。但二审法院认为沈某被诊断为职业病，依法享有停工留薪期，在依

维柯公司没有举证证明沈某停工留薪期内已工伤治愈的情况下，沈某提

前上班所获得的劳动报酬低于合同履行地最低工资标准和正常劳动报酬

标准，于法、于情、于理均不符，遂对一审判决予以改判。

编写人：重庆市第一中级人民法院 黄灵攀

29 公司管理人员能否因未订立书面劳动合

同要求支付二倍工资

——蓝某诉厦门市扬权纸品包装有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2018）闽02民终4559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）：蓝某

被告（上诉人）：厦门市扬权纸品包装有限公司（以下简称扬权公

司）

【基本案情】

蓝某于2017年7月6日入职扬权公司，任厂长职位。双方未签订书面

劳动合同。扬权公司未为蓝某缴交社会保险。蓝某于2017年11月1日申

请离职，于2018年1月16日办完离职手续，于2018年2月3日离开扬权公

司。2018年3月28日，蓝某以扬权公司为被申请人向厦门市同安区劳动

人事争议仲裁委员会提请仲裁，请求裁决杨权公司支付“1.2017年8月至

2018年2月未签订书面劳动合同的二倍工资41097元。2.2017年8月至

2018年2月平时加班费合计7120元和周末加班费11586元”。厦门市同安

区劳动争议仲裁委员会经审理作出厦同劳仲案〔2018〕209号裁决书，

驳回申请人蓝某全部仲裁请求。该裁决书送达后，蓝某对该裁决结果不

服，于法定期限内向厦门市同安区人民法院提起诉讼。庭审中，扬权公

司辩称原告受聘于被告从事厂长管理岗位工作，负责全权管理工厂，包

含员工人事方面等一切事务，其作为厂长故意规避签订劳动合同属于严

重失职，原告必须自行承担责任。

【案件焦点】

1.扬权公司是否需要因未与蓝某签订书面劳动合同而支付二倍工

资；2.工资是否包含加班费。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为：1.关于二倍工资差额。

即使蓝某的职责包括签订劳动合同事项，也不能自行经手代表扬权公司

与自己签订书面劳动合同，而应当由扬权公司的法定代表人或有权代理

的人经手与蓝某签订书面劳动合同。故未签订书面劳动合同的责任在于

扬权公司。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款“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”之规定，扬权公司应向蓝某支

付未签订书面劳动合同的二倍工资。因蓝某于2017年7月6日入职，故未

签订书面劳动合同的二倍工资应从2017年8月6日起计算。扬权公司应向

蓝某支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额为39927.38元

［（6194+1075） ×26÷31+6484+6512.8+6090+6755+7989］。2.关于加

班费问题。被告举示了工资条，工资条显示工资中包含加班费，虽然原

告对此不予确认，但原告自己举示的考勤表中计算工资公式显示“上班

24天6461.5元（7000元÷26×24） -个税171.1元-200元=实付6090元”（11

月工资）、“上班25.5天7000元-个税245元=6755元”（12月工资），公式

中印证双方约定的工资为7000元，也印证双方约定的工资为包薪制，即

每月支付固定月薪，用人单位与劳动者约定的工资已经包含加班工资。

所以原告主张加班费无事实和法律依据。

福建省厦门市同安区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第十条、第八十二条，《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：

一、扬权公司应于本判决生效之日起三日内支付蓝某未签订书面劳

动合同二倍工资差额39927.38元；

二、驳回蓝某的其他诉讼请求。

扬权公司不服一审判决，上诉至福建省厦门市中级人民法院。福建

省厦门市中级人民法院经审理认为：扬权公司主张蓝某的工作职责包含

人事管理工作，应就其主张承担举证责任，但其未能举证证明蓝某的工

作职责包含主管人事工作、签订劳动合同。所以扬权公司关于蓝某利用

主管人事等职权故意不签订劳动合同的主张不予采信。另，扬权公司主

张工资是包含加班费，计算二倍工资时应予扣除。扬权公司应对此承担

举证责任，但其举示的工资条上无蓝某签名，蓝某也不予认可，所以对

工资条不予采信。扬权公司无法证明其发放工资包含加班费，故承担举

证不利后果，一审法院认定双方约定工资包含加班费属于事实认定错

误，应予以纠正。因此，扬权公司主张计算二倍工资时应扣除加班费缺

乏事实和法律依据。综上所述，一审判决认定蓝某与扬权公司约定的工

资已包含加班费，认定事实错误，予以纠正，但一审裁判结果正确。故

对扬权公司的上述请求不予支持。

福建省厦门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、《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》第三百三十四条规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

关于公司管理人员能否因未订立书面劳动合同要求支付二倍工资，

本案可以做一个拆分：一是公司管理人员是否属于劳动者，需不需要订

立书面劳动合同；二是公司管理人员能否代替公司与自己订立书面劳动

合同。

劳动合同法要求用人单位与劳动者之间必须订立书面劳动合同，旨

在完善劳动合同制度，保护处于弱势地位的劳动者的合法权益，构建和

谐稳定的劳动关系。为了确保该规定的有效实施，《中华人民共和国劳

动合同法》有“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工资”的惩罚性规定。

正所谓“口说无凭”，订立书面劳动合同具有显著的现实意义：首先，有

利于明确劳动关系双方的权利和义务，互相明确自己的权利和义务范

围；其次，书面劳动合同是双方行使权利、履行义务的法定依据，有利

于避免和减少劳动争议的发生，促进及时有效化解纠纷；最后，订立书

面劳动合同有助于有关部门进行监督，对不当行为及时惩处，规范用工

市场秩序。

公司的管理人员是否需要与公司签订书面劳动合同？在本案中，蓝

某受聘于扬权公司从事厂长一职，假如其确实全权负责管理工厂，包括

负责公司员工的人事方面和生产、销售等一切事务，那么其是否属于劳

动法意义上处于“弱势地位”的劳动者？笔者认为，蓝某受公司相关制度

的约束，为扬权公司工作，且并非公司法定代表人，只是其工作岗位较

为特殊，但相较于扬权公司，蓝某仍是处于弱势的劳动者。而与劳动者

签订书面劳动合同是法律的强制性规定，蓝某入职后与扬权公司成立事

实劳动关系，扬权公司依法应当与蓝某订立书面劳动合同。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款还存在例外规

定：劳动者拒绝签订的，用人单位可以书面通知解除劳动关系，且不必

支付二倍工资。若因劳动者过错导致未能签订劳动合同，最后不利后果

由用人单位承担显然有违公平原则。蓝某作为管理人员，自己没有和公

司签订劳动合同是否属于严重失职，其是否有权代替公司与自己订立书

面劳动合同？笔者认为，即使蓝某的职责包括签订劳动合同事项，但其

不能自行经手代表扬权公司与自己订立劳动合同。原因在于：首先，劳

动合同是特殊的合同，必须由双方当事人达成合意方能签订，若管理人

员能够代替用人单位与自己订立劳动合同，则双方主体存在事实竞合，

并不符合合同成立的一般要件。如果允许此种做法，身为劳动者的管理

人员就能毫无顾忌地“坐地起价”，显然有违劳动合同法的立法目的。其

次，管理人员负责签订劳动合同本身就是用人单位的一种授权委托，代

替公司与自己签订劳动合同这种“自己代理”也是法律所规制的行为。根

据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十一

条的精神，蓝某应当与聘任他的上级部门或董事会签订劳动合同。综

上，公司管理人员无权自己经手代表公司与自己签订劳动合同。所以蓝

某未与扬权公司签订书面劳动合同过错在于扬权公司，在扬权公司无明

确证据证明系蓝某拒绝签订书面劳动合同等过错的情况下，扬权公司不

能以此拒绝支付二倍工资。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 林思婕

30 劳动者停职检查期间被降低工资数额是

否构成“未及时足额支付劳动报酬”

——王某诉江苏省苏盐连锁有限公司无锡分公司劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终1931号民事判决书

2.案由：劳动合同纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：王某

被告（被上诉人）：江苏省苏盐连锁有限公司无锡分公司（以下简

称苏盐无锡公司）

【基本案情】

2003年10月，王某入职苏盐无锡公司。2015年12月和2016年12月，

苏盐无锡公司经过党政领导办公会研究通过，分别印发施行《基层单位

经营者年薪制实施方案》，规定了经营者年薪的构成、分配管理和确定

办法，还规定形成坏账造成公司损失的，酌情扣减绩效年薪的5%～

100%。苏盐无锡公司按实施方案支付王某薪酬，但决定对2015年度和

2016年度5%的绩效年薪暂缓发放。2016年9月，王某被调往健康厨房商

贸公司工作，此时支付王某的工资制度变更为按月考核的效益工资。

2016年11月，苏盐无锡公司向王某发出《通知》，主要内容为：据反

映，王某曾以外省盐业公司员工名义在市场上做出不利于食盐市场稳定

和企业利益的言行，经公司研究，对王某实施停职处理，配合调查，调

查期间工资按无锡市最低生活标准发放。自2016年12月起，苏盐无锡公

司停发了王某的效益工资，仅支付王某基本工资和补贴。2017年2月13

日，王某向苏盐无锡公司发出《律师函》，要求苏盐无锡公司在收到

《律师函》之日起三日内撤销对王某的停职处理决定，为王某恢复工作

并补发克扣的工资，否则将依据劳动合同法行使权利。2017年2月18

日，王某向苏盐无锡公司发出《解除劳动合同的通知》，通知苏盐无锡

公司解除劳动合同，并要求补发绩效年薪和效益工资、支付经济补偿并

办理相关手续。2017年5月，王某经过仲裁前置程序，向法院提起诉

讼，要求苏盐无锡公司支付经济补偿378102元，支付2015年度、2016年

1月至8月的绩效年薪，并支付2016年12月至2017年2月效益工资。苏盐

无锡公司答辩认为，其因王某存在违纪行为而作出停职处理，但依据相

关规定发放了岗位工资，并不存在剥夺王某劳动权利和获得报酬权利的

事实，王某提出支付经济补偿的请求并无法律依据，请求驳回王某的诉

讼请求。

【案件焦点】

劳动者停职检查期间被降低工资数额是否构成《中华人民共和国劳

动合同法》规定的“未及时足额支付劳动报酬”。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市梁溪区人民法院经审理认为：双方争议的苏盐无锡公

司是否应支付经济补偿问题，关键看苏盐无锡公司的行为是否属于劳动

合同法规定的未及时足额支付劳动报酬的情形。王某被停职后苏盐无锡

公司实际按基本工资标准支付薪酬，现双方发生纠纷，应对该公司调整

王某薪酬的合法性和合理性进行审查。由于实施方案确定了基层单位经

营者较高的薪资待遇，停职调查期间按基本工资标准调整薪酬后，王某

工资与之前相比差额较大，但是，王某停职接受调查期间不再履行原职

务，按基本工资标准支付工资，既不违反法律的规定，也符合按劳取酬

的原则；王某对停职调查的决定不服有正常的救济途径，苏盐无锡公司

停职调查的期间也并未明显超出合理的范围，王某并不构成被迫解除劳

动关系，故法院认定苏盐无锡公司的行为并不构成劳动合同法规定的未

及时足额支付王某劳动报酬的情形，王某主张支付经济补偿的理由不能

成立。

江苏省无锡市梁溪区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第三十条第一款，《江苏省工资支付条例》第十条、第三十四条之规

定，判决如下：

一、苏盐无锡公司于本判决发生法律效力之日起十五日内支付王某

2015年度5%绩效年薪5852.10元；

二、驳回王某其他诉讼请求。

王某不服，提起上诉。江苏省无锡市中级人民法院经审理认为：二

审审理中，苏盐无锡公司提供的证据可以证明其对王某采取停职措施源

于群众的反映，公司在作出停职措施前已经初步掌握了王某违反劳动纪

律的事实，在调查过程中，公司亦向王某出示了有关证据，因此公司通

知王某停职配合调查并不违法。王某在2017年2月13日发函催促公司恢

复工作，在2月18日即发函解除劳动合同，王某未为公司预留必要的合

理期间，在诉讼中王某亦未证明公司有故意拖延等滥用措施的行为。因

此，王某应当自行对解除劳动合同的后果负责，对于其主张的经济补偿

不予支持。

江苏省无锡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，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

随着社会经济发展和反腐倡廉深入开展，劳动争议也出现一些新的

特点。用人单位发现劳动者有违纪行为而按纪律处分程序处理时，双方

如何在法律和政策规定的框架内保护自身的民事权益，既是当事人需要

关注的新问题，也是人民法院审理劳动争议面临的新课题。本案审理中

出现的争议，对我们处理此类问题有一定借鉴意义。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第二项、第

四十六条第一项的规定，用人单位未及时足额支付劳动报酬的，劳动者

可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。本案中，苏

盐无锡公司因王某的违纪行为，对王某实施停职调查处理，调查期间工

资按无锡市最低生活标准发放。认定王某停职调查期间被降低工资数额

是否构成《中华人民共和国劳动合同法》规定的“未及时足额支付劳动

报酬”，关键看苏盐无锡公司行使停职权利行为的合法性，一审、二审

法院从以下四个方面进行了综合审查。第一，审查确定苏盐无锡公司印

发有关于纪律处理的文件规定。第二，审查确定苏盐无锡公司掌握王某

违纪行为的证据，二审法院认定苏盐无锡公司在作出停职措施前已经初

步掌握了王某违反劳动纪律的事实，并在调查过程中向王某出示了有关

证据。第三，审查确定降低报酬并未违反法律规定，苏盐无锡公司降低

后的工资金额达到无锡市的最低工资水平，并未构成违法。第四，审查

确定苏盐无锡公司行使停职调查权并未超出合理限度。一是停职调查的

期间还在合理范围之内，二是王某对停职调查决定不服有相应的救济途

径，其发函催促单位恢复工作，五天之后即发函解除劳动合同，并不构

成单位滥用职权导致劳动者权益受到侵犯而被迫解除劳动合同。

从本案中对苏盐无锡公司行为的合法性审查分析，可以得出处理类

似纠纷的参考性意见，即用人单位对劳动者违纪行为进行停职处理时发

生劳动者提出解除劳动关系的争议，认定劳动者停职期间被降低劳动报

酬是否构成《中华人民共和国劳动合同法》规定的“未及时足额支付劳

动报酬”，关键在于审查劳动者被降低劳动报酬是否具备合理性。如用

人单位的停职处理无相关的依据，或降低劳动报酬低于法律规定的最低

工资标准，或行使停职权利超过合理的限度，此情况下劳动者被降低劳

动报酬并不具备合理性，即构成《中华人民共和国劳动合同法》规定

的“未及时足额支付劳动报酬”的情形，劳动者支付经济补偿的理由成

立，支付经济补偿的请求应予支持；否则认定劳动者停职期间被降低劳

动报酬具备合理性，并不构成《中华人民共和国劳动合同法》规定

的“未及时足额支付劳动报酬”，对劳动者支付经济补偿的请求不予支

持。

编写人：江苏省无锡市梁溪区人民法院 钱荣根

31 企业因政策性原因外迁致使劳动合同无

法履行时如何支付经济补偿

——北京驰创达空气悬架有限公司诉赵某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终7470号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京驰创达空气悬架有限公司（以下简称驰创达

公司）

被告（被上诉人）：赵某

【基本案情】

赵某于2010年4月19日入职驰创达公司，任生产部员工，双方签订

了劳动合同。驰创达公司与赵某未明确约定工资标准。驰创达公司与赵

某约定的工作地点为北京市北京经济技术开发区东区新城工业园×号，

赵某的实际工作地点位于北京市通州区张家湾镇陆辛庄村。

2017年7月27日，北京市通州区张家湾镇人民政府发布通知，决定

从2017年8月至2017年10月在全镇范围内开展安全生产大检查，深化重

点行业领域专项整治。2017年9月1日，驰创达公司按照上述专项整治要

求将生产部搬迁至河北省霸州市胜芳镇，并向包括赵某在内的生产部员

工发布生产部搬迁通知，通知内容为：其公司应政府检查部门要求自8

月25日起全部停产，为确保维持正常的生产经营活动，公司经研究决定

自2017年9月1日起将生产部迁至河北省霸州市胜芳镇，生产部员工自

2017年9月5日起至该地点上班，原有管理模式及薪资福利保持不变；若

有未按规定时间到岗者，视同员工自行提出离职，不给予任何补偿；为

了将对员工的生活和工作带来的不利影响降到最低，迁至霸州市胜芳镇

后，公司免费为需要住宿的人员提供集体宿舍。赵某接到通知后，未按

上述搬迁通知的要求到新地点上班。驰创达公司与赵某均认可双方之间

的劳动合同于2017年9月8日解除。驰创达公司认为赵某未按规定时间到

新地点工作视为自动离职，不同意支付经济补偿。

2017年9月11日，赵某向北京市通州区劳动人事争议仲裁委员会申

请劳动仲裁，要求确认与驰创达公司2010年4月19日至2017年9月8日存

在劳动关系，并要求驰创达公司支付解除劳动合同经济补偿金48000

元、解除劳动合同代通知金6000元、未休年休假工资8276元。北京市通

州区劳动人事争议仲裁委员会于2018年1月5日作出裁决：确认赵某与驰

创达公司2010年4月19日至2017年9月5日存在劳动关系，驰创达公司向

赵某支付解除劳动合同经济补偿金45000元、代通知金6000元、未休年

休假工资3310元，驳回赵某的其他仲裁请求。驰创达公司同意上述裁决

书中的第一项裁决，不同意其他项裁决，于法定期限内提起诉讼。

【案件焦点】

1.驰创达公司将赵某未到新地点工作直接视为自动离职不予补偿是

否构成违法解除劳动关系；2.赵某主张的解除劳动合同经济补偿金及代

通知金是否应当得到支持。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：驰创达公司的生产部于2017年

9月1日搬迁至河北省霸州市，该公司于同日向生产部员工发出搬迁通

知，要求员工从2017年9月5日起到位于河北省霸州市的新工作地点上

班，并提出为员工提供免费宿舍。但即便如此，新旧工作地点之间的距

离亦超过社会通常认知的可预见的合理范围，劳动合同继续履行对赵某

显失公平，结合驰创达公司生产部搬迁的政策背景，足以认定双方劳动

合同订立时所依据的客观情况已经发生重大变化。因驰创达公司不能提

供证据证明其公司曾就上述事项与劳动者进行过协商，结合驰创达公司

发出的搬迁通知中关于未按规定时间到岗者视同自行离职的表述，可以

认定驰创达公司在发出搬迁通知时已经对不到新工作地点上班的员工做

出了解除劳动合同的意思表示。驰创达公司与赵某解除劳动合同的行为

明显不当，赵某关于驰创达公司应向其支付解除劳动合同经济补偿金及

解除劳动合同代通知金的主张并无不合理之处，法院予以支持。遂判

决：

一、驰创达公司与赵某在2010年4月19日至2017年9月5日存在劳动

关系；

二、驰创达公司于判决生效之日起十日内向赵某支付解除劳动合同

经济补偿金31111.28元；

三、驰创达公司于判决生效之日起十日内向赵某支付解除劳动合同

代通知金4148.17元；

四、驰创达公司无需向赵某支付未休年休假工资3310.34元；

五、驳回驰创达公司的其他诉讼请求。

驰创达公司不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认

为：驰创达公司因政策及政府行政管理原因，将其公司生产部自北京市

通州区迁往河北省霸州市，考虑到上述两地之间的客观距离，此次搬迁

导致的工作地点变更势必对劳动者的工作及个人生活造成重大影响，据

此可以视为双方劳动合同订立时所依据的客观情况已经发生重大变化。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项对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的情形作出了明确规

定。驰创达公司本应依照前述法律规定与劳动者协商，经双方协商未能

就变更劳动合同达成协议的，方可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解除劳动合同。但驰创达公司并未

依照上述法律规定履行法定程序，而是径直向劳动者发出短期内不到新

工作地点上班即视为自行离职且不予补偿的通知，该公司的上述作为已

经足以构成解除劳动合同的不当行为，应当就此承担不利后果。现双方

均认可劳动关系已经解除，而劳动者仅就解除劳动合同补偿金及代通知

金提出诉讼请求，请求的数额并未超过驰创达公司就其不当行为应承担

的赔偿责任，一审法院予以支持，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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

近年来，随着首都经济功能调整及部分特殊企业外迁政策的逐步落

实，因用人单位外迁导致工作地点改变，而劳动者无法到新地点工作，

致使原有劳动合同无法继续履行，用人单位与劳动者就此产生争议的案

件数量有所增长。其中，解除劳动合同补偿金问题是用人单位与劳动者

双方争议的核心。应当说，用人单位遇有政策原因导致的搬迁或外迁，

致使劳动合同无法继续履行的情况，可以认定为劳动合同订立时所依据

的客观情况发生重大变化的情形，而发生这种客观情况时，用人单位应

当如何处理，劳动者应当如何维权，都是需要并且可以通过具体案件的

处理指明方向的。事实上，劳动合同法第四十条第三项已经对劳动合同

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的情况如

何处理作出了明确规定，并且上述规定是同时包含实体和程序要求的完

整规定。但是，现实中劳动关系的履行状态经常呈现多样化的复杂趋

势，而部分用人单位的管理不规范和劳动者依法维权意识的不足，导致

此类案件的处理结果经常带有敏感性和复杂性的双重特征。对于此类案

件的处理，应当从以下三个方面进行考察。

一是用人单位是否严格按照法律规定处理外迁导致劳动合同履行不

能时的经济补偿问题。劳动合同法第四十条第三项对劳动合同订立时所

依据的客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行时，用人单位应当

如何处理的规定是明确的，即应先履行与劳动者协商变更劳动合同的程

序，协商无法达成一致后，方可以提前通知劳动者本人或者以支付代通

知金的形式行使单方解除劳动合同的权利，并且解除时还应按照劳动合

同法第四十六条第三项的规定支付经济补偿。用人单位未按照上述规定

作出实质处理，或者没有按照法定程序去处理，如不协商也不支付补

偿，直接通知劳动者到新地点工作并将不到岗者一律按照自动离职处理

的，不但可能要被判决支付经济补偿，严重的还有可能构成违法解除劳

动合同，被判决支付违法解除劳动合同赔偿金。

二是劳动者是否存在过度维权情形。劳动争议案件的审理首先应当

关注劳动合同本身。遇到用人单位外迁，劳动者也可能主动提出解除劳

动合同。但现实中有的劳动合同双方事先已经约定了工作地点为不同城

市的，此时发生用人单位外迁导致工作地点在不同城市之间发生变化，

劳动者不服从安排，未履行劳动合同约定，反而提出解除劳动合同并要

求用人单位支付补偿金时，是不宜予以支持的。另外，还有更特殊的情

况是，劳动者提前了解到国家有关产业疏解和经济结构调整的政策，预

见到自己所在的用人单位可能发生外迁，便提前停止正常工作，甚至结

成团体提前向用人单位要求赔偿，对用人单位的正常生产经营造成不良

影响，此种情形构成严重违反劳动纪律及用人单位规章制度的，劳动者

提出的经济补偿请求也很有可能无法得到支持。

三是外迁时用人单位与劳动者均未提出解除劳动合同导致陷入僵局

时如何处理。外迁的客观事实已经发生，但用人单位没有按照劳动合同

法第四十条第三项的规定行使单方解除权，劳动者主张被用人单位辞退

又无证据证明用人单位确有解除行为，此时参考双方对劳动关系解除原

因各执一词又均未能就各自主张提供充分证据的情况，应比照双方协商

一致解除劳动关系进行处理，由用人单位支付劳动者法定经济补偿为

宜。而上述处理在法律后果上实际亦与劳动合同法第四十条第三项的规

定保持了一致，对于外迁中无法继续履行原有劳动合同的用人单位与劳

动者都是相对公平的结果。

编写人：北京市第二中级人民法院 刘洁

32 人格混同的关联公司应否就欠薪债务向

劳动者承担连带责任

——凤某诉和昌（福建）食品有限公司、昌林（福建）食品有限公司追索劳动

报酬案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05民终4575号民事判决书

2.案由：追索劳动报酬纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：凤某

被告（上诉人）：和昌（福建）食品有限公司（以下简称和昌公

司）

被告：昌林（福建）食品有限公司（以下简称昌林公司）

第三人：协昌（泉州）发展有限公司（以下简称协昌公司）

【基本案情】

协昌公司成立于1988年12月15日，股东为泉州市侨恩经济发展有限

公司、香港和昌实业（集团）有限公司，经营范围为生产各种饲料、畜

牧及其副产品加工。昌林公司成立于1992年6月1日，股东为泉州市侨恩

经济发展有限公司、香港和昌集团和昌产务有限公司，经营范围为禽畜

屠宰、肉食品、水产品等食品加工及副产品综合加工。和昌公司成立于

1993年11月6日，股东为香港和昌实业（集团）有限公司，经营范围为

培育、饲养、屠宰优良禽畜产品（不含我国特有的珍贵优良品种），生

产饲料、肉类、面类、水产、果蔬加工（产品出口不含配额许可证管理

品种）。

上述三家公司的住所地均位于福建省泉州市洛江区马甲和昌中心，

法定代表人、董事长均为林某，三家公司的管理人员存在交叉任职情

形，如1999年8月3日，和昌公司的副董事长由吴甲变更为吴乙，2003年

12月30日，协昌公司的副董事长、副总经理由吴甲、吴丙变更为吴乙，

2003年12月30日，昌林公司的副董事长由林某变更为林某、吴甲。凤某

曾任职于协昌公司，董某曾任职于和昌公司，庄某曾任职于昌林公司，

2010年4月至2010年11月，三人的工资均由客户名称为和昌公司、账号

相同的银行账户在同一时间进行发放。凤某与协昌公司劳动争议一案，

福建省泉州市洛江区人民法院于2016年3月21日作出（2015）洛民初字

第871号民事判决：一、确认凤某与协昌公司之间的劳动关系于2015年5

月15日解除；二、协昌公司应于本判决生效之日起十日内支付凤某工资

7410元；三、协昌公司应于本判决生效之日起十日内支付凤某经济补偿

金31200元；四、驳回凤某的其他诉讼请求。2016年7月25日，凤某在上

述判决生效后向法院申请强制执行。同年12月23日，泉州市洛江区人民

法院在执行过程中，经调查未发现协昌公司有可供执行的银行存款、房

产等财产，作出终结本次执行程序的裁定。

2017年8月11日，凤某诉诸法院，要求和昌公司、昌林公司对协昌

公司欠其的上述劳动报酬承担连带清偿责任。

【案件焦点】

和昌公司、昌林公司是否应对协昌公司欠凤某的劳动报酬承担连带

清偿责任。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市洛江区人民法院经审理认为：和昌公司、昌林公司、

协昌公司三家公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但注

册地址一致，法定代表人系同一个人，经营范围存在交叉情况，管理人

员存在交叉任职情形，曾共用一个账户在同一时间分别给三家公司的工

人发放工资，故三家公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等）

高度混同，各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同，应认

定为关联公司。公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司

的独立人格也突出地表现在财产的独立上，当关联公司的财产无法区

分，丧失独立人格时，也就丧失了独立承担责任的基础。协昌公司尚欠

凤某工资及经济补偿金38610元无力清偿，损害了凤某的利益，其关联

企业和昌公司、昌林公司应当对协昌公司的上述债务承担连带清偿责

任。法院于2016年12月23日作出终结本次执行程序的裁定，凤某方知自

己的利益受到损害，其于2017年8月11日提起诉讼，并未超过诉讼时

效。和昌公司提出凤某起诉已过诉讼时效的意见，缺乏事实和法律依

据，不予采纳。

福建省泉州市洛江区人民法院依照《中华人民共和国民法总则》第

一百八十八条，《中华人民共和国公司法》第三条第一款、第二十条第

三款，《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

四条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解

释》第九十条规定，作出如下判决：

一、和昌公司、昌林公司应对协昌公司尚欠凤某的工资款和经济补

偿金共计38610元承担连带清偿责任；

二、驳回凤某的其他诉讼请求。

一审判决后，和昌公司提起上诉。福建省泉州市中级人民法院经审

理认为：根据一审查明的事实，和昌公司、昌林公司、协昌公司各自财

产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。协昌公司尚欠凤某工资

及经济补偿金38610元，且已无力清偿，损害了凤某的利益，故协昌公

司的关联企业和昌公司、昌林公司应当对该债务承担连带清偿责任。和

昌公司上诉称，其与凤某之间不存在劳动关系，其与昌林公司、协昌公

司为各自独立的法人，应各自承担责任，本案不存在三家公司人员、业

务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分、丧失独立人格的

情况，但其未能提出充分证据加以证明，亦未能提出足以反驳的相反证

据，故法院对其上诉理由，不予采纳。一审判决认定的基本事实清楚，

处理结果适当，二审予以维持。

福建省泉州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第

一百七十条第一款第一项规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

公司之间人格混同的法律适用属于应用法学问题，常见于商业性质

的公司之间债权债务纠纷，在劳动法领域案件中尚不多见。

所谓公司之间人格混同，是指两个或多个公司之间表征人格的因素

（人员、业务、财务等）或特征高度混同。在公司之间人格混同是否适

用公司法第二十条第三款“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限

责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连

带责任”所规定的法人人格否认制度问题上，学界和实务界有以下两种

不同观点。第一种观点认为，二者在规范对象、违背法律规则方面不尽

相同，前者规范的是彼此独立的公司与公司之间的关系，属于“横向否

认”，而后者调整的是公司股东与公司之间的关系，属于“纵向否认”；

在我国公司法对法人人格否认制度所规制的责任主体已作出明确规定的

情况下，不得以反向刺破公司面纱制度逆向否认公司人格。第二种观点

认为，公司法第二十条第一款是针对公司法人人格否认法理的总括性规

定，只要是股东滥用法人人格和股东有限责任的情形，无论是哪种扩张

情形，均在本款的规制范围之内。

笔者认为，第二种观点较为合理。主要原因有：一是符合公平原则

和诚实信用原则。二是符合公司法的立法本意和法理。三是得到最高人

民法院指导案例的肯定。最高人民法院在第15号指导案例（徐工集团工

程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案）

的裁判要点中指出“关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联

公司相互之间对外部债务承担连带责任”，而根据《〈最高人民法院关

于案例指导工作的规定〉实施细则》第九条关于“应当参照相关指导性

案例的裁判要点作出裁判”的规定可知，指导性案例的裁判要点对类案

起着标杆的作用，类案的裁判标准不得与其相违背。按照该指导案例确

定的裁判要点和裁判思路，公司之间人格混同可参照适用公司法第二十

条第三款。

本案系追索劳动报酬纠纷，在对争议焦点即和昌公司、昌林公司是

否应对协昌公司欠凤某的劳动报酬承担连带清偿责任问题的处理上，一

审、二审法院运用公司之间人格混同理论，并以上述第二种观点为基础

进行裁决，其结果较好地维护了劳动者的权益，值得肯定。

编写人：福建省泉州市洛江区人民法院 林前枢

33 应签订无固定期限劳动合同却终止劳动

合同的须支付赔偿金

——北京宁夏大厦有限责任公司诉佟某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终9431号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京宁夏大厦有限责任公司（以下简称宁夏大厦

公司）

被告（被上诉人）：佟某

【基本案情】

2008年11月6日，佟某入职宁夏大厦公司，双方签订了期限为2008

年11月6日至2011年11月5日的劳动合同，后又续签至2014年11月5日，

再次到期后又续签至2017年11月5日。佟某离职前月工资2500元。

关于劳动合同续签过程，宁夏大厦公司称2017年11月5日之前，多

次与佟某商谈续签劳动合同事宜，但佟某表示不同意续签，2017年11月

7日上午由人事部经理马某与佟某就合同签订进行谈话，宁夏大厦公司

积极挽留佟某，当时佟某回复合同到期，不同意续签，并提交了当日录

音。佟某认可录音真实性，但是辩称2017年11月5日劳动合同到期前宁

夏大厦公司从来没有找过佟某要续签劳动合同，11月6日，宁夏大厦公

司让佟某签订一份三年期固定期限劳动合同，佟某认为应该签订无固定

期限劳动合同，没有同意。11月7日，宁夏大厦公司又找佟某谈签订劳

动合同事宜，佟某要求签订无固定期限劳动合同，宁夏大厦公司不同

意，录音中的内容是佟某不同意签订固定期限劳动合同，所以才离职。

2017年12月14日，佟某向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申

请仲裁，要求宁夏大厦公司：1.支付2014年11月6日至2017年11月5日未

续签劳动合同二倍工资差额49697.52元；2.支付违法解除劳动合同赔偿

金74546.28元。2018年5月7日，该委作出京东劳人仲字〔2018〕第820

号裁决书，裁决：一、宁夏大厦公司支付佟某违法终止劳动合同赔偿金

52531.2元；二、驳回佟某的其他仲裁请求。宁夏大厦公司对该裁决不

服，起诉至北京市东城区人民法院。

【案件焦点】

二次（或二次以上）固定期限劳动合同到期后，用人单位终止劳动

合同，劳动者主张违法终止劳动合同的赔偿金，应否支持。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：用人单位应当在劳动合同到期

前三十日，向劳动者提出是否续订劳动合同，并且对于订立劳动合同的

期限承担举证责任。本案中，双方第三次劳动合同于2017年11月5日到

期，但是宁夏大厦公司并未提供证据证明提前与佟某协商过续签劳动合

同，即使其提交的2017年11月7日录音也未明确载明用人单位要与佟某

签订无固定期限劳动合同，而佟某不同意续签，因此在双方符合签订无

固定期限劳动合同的条件时，宁夏大厦公司不能证明曾提出签订无固定

期限劳动合同而佟某明确拒绝的情况下，应当由宁夏大厦公司承担举证

不能的不利后果。双方劳动合同因宁夏大厦公司未提出签订无固定期限

劳动合同而终止，属于违法终止，应承担违法终止劳动合同赔偿金的责

任。具体给付数额，根据佟某的工作年限和离职前应发工资核算，仲裁

裁决数额不高于法定标准，法院予以确认。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第十四

条、第八十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条之规定，

判决如下：

自判决生效之日起七日内，宁夏大厦公司支付佟某违法终止劳动合

同赔偿金52531.2元。

宁夏大厦公司不服一审判决，提起上诉。北京市第二中级人民法院

经审理认为：《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定，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，劳动者提出或者同意续订、

订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无

固定期限劳动合同。宁夏大厦公司与佟某之间的劳动合同于2017年11月

5日到期，但宁夏大厦公司并未提交证据证明在此之前曾与佟某协商过

续签劳动合同。因宁夏大厦公司已与佟某签订过三次固定期限劳动合

同，故佟某符合订立无固定期限劳动合同的条件，除佟某提出订立固定

期限劳动合同外，宁夏大厦公司应与佟某订立无固定期限劳动合同。宁

夏大厦公司提交的2017年11月7日录音未明确载明其公司提出与佟某签

订无固定期限劳动合同，而佟某不同意续签，故一审法院认定在此情况

下应由宁夏大厦公司承担举证不能的不利后果，双方劳动合同因宁夏大

厦公司未提出签订无固定期限劳动合同而终止，属于违法终止，宁夏大

厦公司应向佟某支付违法终止劳动合同赔偿金，并无不当。宁夏大厦公

司不同意支付佟某违法终止劳动合同赔偿金的上诉请求，缺乏事实依

据，法院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点在于二次（或二次以上）固定期限劳动合同到期后，

用人单位终止劳动合同，劳动者主张违法终止劳动合同的赔偿金，应否

支持。

为什么会出现上述问题，这还要从我国劳动法律关于连续订立二次

固定期限劳动合同后，劳动者可以要求用人单位签订无固定期限劳动合

同的权利说起。《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定：“无固

定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合

同。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，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提

出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳

动者在该用人单位连续工作满十年的；（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。用人单位自用工之日起满一年不与劳

动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳

动合同。”该条法律规定第二款第三项即劳动者在连续订立二次（含）

以上固定期限劳动合同后享有无固定期限劳动合同签约权的法律依据。

根据该项规定，劳动者有权选择订立固定期限劳动合同或者终止劳动合

同，用人单位无权选择订立固定期限劳动合同或者终止劳动合同。上述

情形下，劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单

位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

在连续订立二次（含）以上的劳动合同，劳动者享有无固定期限劳

动合同签约权的情况下，用人单位在劳动合同到期后，应当如何做呢？

《北京市劳动合同规定》第四十条规定：“劳动合同期限届满前，用人

单位应当提前30日将终止或者续订劳动合同意向以书面形式通知劳动

者，经协商办理终止或者续订劳动合同手续。”因此，用人单位应当在

劳动合同期限届满前提前三十日通知劳动者其终止或续订劳动合同的意

向，如用人单位未履行上述义务，而劳动者又没有《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，用人单

位在二次（或二次以上）固定期限劳动合同到期后直接发出终止劳动合

同通知，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款第三项

之规定，应认定为违法终止劳动合同，劳动者主张违法终止劳动合同的

赔偿金，于法有据，应予支持。

编写人：北京市第二中级人民法院 祝兴栋 宋猛

34 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同

的可归责性是适用二倍工资罚则的前提

——博明斯自动化设备江阴有限公司诉元某劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终3251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）：博明斯自动化设备江阴有限公司（以下简称博

明斯公司）

被告（上诉人）：元某

【基本案情】

2017年1月5日，元某至博明斯公司工作。三个月左右后博明斯公司

的赵某给元某一份劳动合同并要求元某签订，其中保密协议第四条约定

劳动者调离用人单位或合同期满，应承担不对外泄露商业秘密的义务，

并保证在五年内不从事与用人单位商业秘密有关的工作，并不得在同类

竞争企业任职或者从事同类产品和同类业务，违反竞业限制约定的，除

赔偿因此给用人单位带来的直接损失外，还应当向用人单位支付违约金

10万元。元某查看上述合同后以竞业限制条款及违约金过高为由提出异

议，拒绝签订，并告知博明斯公司没有上述不合理条款他就签订，博明

斯公司则答复元某条款不能改，在其公司干就要签订劳动合同。元某工

作至2018年1月2日，后未再提供劳动。

另查明，元某自行在东台市缴纳职工养老保险，2017年2月至11

月，博明斯公司每月通过银行打卡的方式支付元某3500元，2017年12月

支付元某4855元。

2018年2月2日，双方曾就合同条款事宜进行协商。同年2月8日，元

某向江阴市仲裁委申请仲裁，要求博明斯公司支付未签订书面劳动合同

的二倍工资差额及经济补偿金等，得到支持。后博明斯公司不服仲裁裁

决，诉至法院。

关于劳动合同的签订协商过程，一审中，元某主张在发现合同条款

不合理后他未签订，后来为表示退让，他提出降低违约金金额就签订，

再后来又退让，表示如果其他员工都签订他就签订，但其他员工没有签

订，公司也没有找过他，故一直没有签订。博明斯公司则主张其公司多

次要求元某签订劳动合同，但元某以需要考虑为由拒绝签订，直至2018

年2月2日双方还在协商合同条款事宜，并非元某所称的一直没有找他。

【案件焦点】

博明斯公司是否需要支付元某未签订书面劳动合同二倍工资差额。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：劳动合同的订立和履行，应当

遵循诚实信用原则。签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，逾期不

与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资，但

确系特殊原因导致未签订劳动合同的，应当考虑用人单位是否履行诚实

磋商的义务以及是否存在劳动者拒绝签订等情况。《中华人民共和国劳

动合同法》第八十二条第一款的立法初衷是限制和惩戒用人单位故意不

订立书面劳动合同、规避劳动合同义务的行为。本案中，博明斯公司提

供给元某的劳动合同基本条款具备，元某对于博明斯公司要求与他签订

劳动合同的事实不予否认，但主张条款不合理故拒绝签订，并非用人单

位故意不订立，不符合二倍工资罚则制度的立法目的。从双方陈述的劳

动合同签订过程可以看出双方就劳动合同条款曾有过协商，且元某在未

提供劳动后尚与博明斯公司进行协商。故博明斯公司不应承担支付二倍

工资的法律责任。

江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三

条、第八十二条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规

定，作出如下判决：

驳回元某要求博明斯公司支付未签订书面劳动合同的二倍工资

39355元的请求。

元某不服一审判决，提起上诉，请求撤销一审判决，改判博明斯公

司支付二倍工资差额。江苏省无锡市中级人民法院经审理认为：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，

应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍的工资，

并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同

的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。根据此规定，劳动者

不愿意签订劳动合同的，用人单位可以书面通知劳动者终止劳动关系，

继续留用则须支付二倍工资。

一审法院适用法律错误，二审法院予以改判。元某的上诉请求成

立，予以支持。江苏省无锡市中级人民法院依照《中华人民共和国劳动

合同法》第八十二条第一款、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第六条、《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，判决如下：

一、撤销江阴市人民法院（2018）苏0281民初6382号民事判决；

二、博明斯自动化设备江阴有限公司于本判决生效之日起十日内支

付元某未签订书面劳动合同二倍工资差额39355元。

【法官后语】

在本案审理过程中，一审法院与二审法院出现了两种不同观点：一

审法院认为，劳动者拒绝签订劳动合同，并非用人单位故意不与其订立

书面劳动合同的情形，并没有违反二倍工资罚则惩戒用人单位故意规避

劳动合同义务的立法目的，用人单位不应承担支付二倍工资的法律责

任。二审法院则认为，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人

单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，如要继续留用则须支付二倍工

资。

出现这样两种不同观点的原因在于，从该二倍工资罚则的立法目的

出发，如何把握用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的可归责性，是

劳动争议案件司法实践中的一个难点。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款规定的二倍工资

罚则制度，设置的目的是规范和引导用人单位与劳动者订立书面劳动合

同，限制和惩治用人单位故意不订立书面劳动合同、规避劳动合同义务

的行为。不订立书面劳动合同，劳动者和用人单位之间的权利义务内容

就不清楚，当发生劳动争议时，劳动者往往因为没有签订书面劳动合同

而拿不出维护自己权益的有力证据。因此，将与劳动者订立书面劳动合

同作为用人单位的法定义务，更有利于保障劳动者的权益，也符合劳动

关系双方的利益平衡。

应当注意的是，在适用该条款时，不能简单机械地认为只要用人单

位未与劳动者签订书面劳动合同就一定满足二倍工资罚则的适用，还应

当在满足形式条件的同时考虑用人单位不签订书面劳动合同的可归责

性。

劳动合同在本质上还是合同，其订立与否取决于劳动关系双方的合

意。如果是用人单位的原因导致未签订书面劳动合同，用人单位应当支

付二倍工资；如果是其他不可归责于用人单位的原因，用人单位则不需

要支付二倍工资。

本案中，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的原因系双方就合

同条款未能协商一致，劳动者因而不同意与用人单位订立劳动合同，根

据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条的规定，在此种情形

下，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系。本案的用人单位没有

依法终止用工，继续任用没有签订书面劳动合同的劳动者，过错在于用

人单位，故应当支付劳动者二倍工资。

通过检索相关案例，我们发现未签订劳动合同不可归责于用人单位

的情形比较有限，一般是用人单位已经尽到诚实信用、谨慎注意义务，

且对于未签订劳动合同确实无过错，完全是由于劳动者的原因未签订劳

动合同，后又主张二倍工资罚则的，人民法院才不予支持。综上，当用

人单位在日常管理中遇到不愿意签订书面劳动合同的劳动者时，应当严

格地依法终止双方之间的用工关系，而不应继续任用，这既可以完善用

工制度，也可以在一定程度上降低用工风险。

编写人：江苏省江阴市人民法院 张峥莉 沈琪晔

35 诚信原则在劳动争议案件中突破具体规

范的适度适用

——王某诉洪泰财富（青岛）基金销售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（2018）京02民终5604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）：王某

被告（反诉原告、被上诉人）：洪泰财富（青岛）基金销售有限责

任公司（以下简称洪泰财富公司）

【基本案情】

2017年3月1日，王某入职洪泰财富公司，当日双方签署《聘用函》

及《劳动合同》，约定王某的职位、劳动合同期限、工资标准，并约定

王某保证其向洪泰财富公司提供的本人居民身份证、学历证书、就业状

况、工作经历、职业技能、原工作单位离职证明、体检健康证明等个人

资料和证明均为真实、合法、有效，如果违反上述任何一项确认或保

证，公司有权单方在任何时候无条件撤销函件，立即解除劳动合同。王

某确认已阅读并完全理解、接受了其中的内容，并承诺将严格遵守。

在劳动合同履行过程中，洪泰财富公司发现王某提交公司的北京中

天嘉华财富管理咨询有限公司（以下简称嘉华财富公司）的《离职证

明》（员工留存联）的入职及离职时间有涂改痕迹，遂与嘉华财富公司

核实情况。2017年10月11日，洪泰财富公司出具《违纪行为处分通知

书》，以王某存在提供虚假离职证明的行为，属于《员工守则》中向公

司提供本人不真实资料而被公司录用的情形为由，决定自2017年10月11

日起，公司解除双方之间的劳动合同。王某实际工作至2017年10月11

日，洪泰财富公司支付王某工资至2017年10月11日。

2017年10月，王某向仲裁委申请仲裁，2018年1月9日，仲裁委做出

京西劳人仲字〔2017〕第3388号裁决书，裁决洪泰财富公司支付王某：

1.违法解除劳动合同的赔偿金50050元；2.2017年3月1日至2017年10月11

日未休年假200%法定补偿部分报酬2301.15元；3.2017年8月、2017年9

月个税代理费400元。洪泰财富公司不服，遂成讼。

【案件焦点】

洪泰财富公司以王某存在提供虚假离职证明的行为、违反约定及公

司规定为由，解除双方之间的劳动合同是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：民事法律行为应当遵守诚实信

用的原则。王某入职时与洪泰财富公司签署的相关文件中明确约定王某

应确认及保证所提供文件、资料、信息的合法、真实、完整和准确，同

时确认提供虚假离职证明属于严重违纪，公司可以解除劳动合同。王某

提供的《离职证明》存在涂改，与公司留存联不一致，其所述工作经历

亦与实际工作经历不符。离职证明能够反映出劳动者的工作经验及胜任

工作的能力，影响用人单位的录用选择，而且洪泰财富公司作为金融公

司，对员工诚信的考量理应更加严格。王某上述行为违反了诚实信用的

原则，洪泰财富公司解除与王某的劳动关系，属于合法解除。王某与洪

泰财富公司签署的文件约定，洪泰财富公司可以根据经营管理的需要，

依法制定和修改关于薪酬、福利、考勤、奖惩等方面的规章制度，公司

有权利对所有的奖金计划做出调整，并享有最终解释权。洪泰财富公司

作为用人单位有权根据生产经营特点和经济效益自主确定年终奖金的分

配方式和工资水平。

北京市西城区人民法院依法判决：

一、洪泰财富公司无需支付王某违法解除劳动合同的赔偿金50050

元；

二、洪泰财富公司支付王某2017年3月1日至2017年10月11日未休年

休假200%法定补偿部分报酬2301.15元；

三、洪泰财富公司支付王某2017年8月、2017年9月个税代理费400

元；

四、驳回王某的诉讼请求。

王某不服，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认为：本案

争议的焦点是一审法院认定王某向洪泰财富公司提供虚假履历、陈述虚

假工作经历的事实是否正确，洪泰财富公司解除双方之间的劳动合同是

否合法。诚实信用原则是民事主体应当遵守的最基本的原则。用人单位

和劳动者在订立劳动合同时均应当遵循诚实信用的原则。用人单位有权

了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。王

某否认系其个人修改嘉华财富公司开具的《离职证明》，并主张该离职

证明入职时已交由洪泰财富公司保管，存在他人修改的可能。故王某在

嘉华财富公司的工作时间，成为判断王某是否存在提供不实履历的重要

环节。王某确认其在嘉华财富公司的工作时间为《离职证明》上修改后

所记载的时间阶段，即2014年5月21日至2016年8月23日，共计两年多，

与洪泰财富公司所述2015年5月21日至2016年8月23日共计一年多的时间

阶段存在差异，一审法院调取了嘉华财富公司《离职证明》留存联进行

核实，王某又认为嘉华财富公司可能出具不利于其个人的证据，对一审

法院庭审质证未出具留存联原件提出质疑。二审法院审理中，调取了王

某的社会保险缴纳记录，与王某签字确认的《员工资料表》中工作履

历，时间上存在差异，故王某存在向洪泰财富公司提供虚假履历、陈述

虚假工作经历的事实。王某入职时与洪泰财富公司签署的相关文件确认

其提供虚假离职证明属于严重违纪，公司可以解除劳动合同。王某的行

为已然违反了公司规章制度，亦违反了诚实信用原则，洪泰财富公司据

此解除与王某的劳动关系，符合法律规定。关于年度奖金的分配问题，

二审法院同意一审法院裁判意见。

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规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

改革开放以来，用工制度的改变，是人民生活中一项重大的改变。

为了建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，国家出台了一系列

的劳动法律，大部分法律的立法目的与宗旨，都着重于保护劳动者的合

法权益，对于用人单位单方解除劳动合同或者劳动关系规定较为严格。

司法实践中，对用人单位的解除事由的实质审查、举证责任、制度程序

等均有较为严格的要求。用人单位要合法地单方解除劳动合同，须具有

合法完善的制度以及较高水平的管理能力。

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：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，

给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳

动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提

出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致

使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。除了第二项，其他

规定的情形均较为具体，故在实践中，用人单位行使其管理权力，往往

倾向于适用第二项的规定。

随着社会主义市场经济的劳动制度的不断发展与完善，劳动者的劳

动报酬与用人单位的管理水平和用人要求亦存在较大程度的提高。用人

单位在建立与完善用人单位制度时，在不违反法律法规的前提下，根据

其职能与经营性质，规定较为明确细致及严格的要求，不能成为其制度

违法的理由。王某与洪泰财富公司签署的《劳动合同》及相关文件和

《员工守则》中均明确约定或规定王某应确认及保证所提供文件、资

料、信息的合法、真实、完整和准确，同时确认提供虚假离职证明属于

严重违纪，公司可以解除劳动合同，并且依法不支付经济补偿金。洪泰

财富公司作为金融公司，对员工诚信的考量理应更加严格。这既是对劳

动者义务的约定，也是劳动合同法诚实信用基本原则的体现，更符合社

会对于诚实信用的整体要求。

案件处理过程中，王某在一审法院调取了嘉华财富公司《离职证

明》留存联进行核实后，王某仍以其不知晓涂改原因、嘉华财富公司可

能出具不利于其个人的证据等理由否认其涂改《离职证明》的事实，对

一审法院庭审质证未出具留存联原件提出质疑，其理由及质疑，既无证

据证明，也无法合理解释与其确认在嘉华财富公司工作两年的事实冲

突，反而反映出其存在不诚信的可能性。

诚信原则作为劳动合同法的基本原则，虽然在具体解除条款中没有

直接规定，但应当是用人单位与劳动者从始至终都应当遵循的原则。在

司法实践中，对于法律尚待修订完善的一些情形，可以根据案件情况适

度适用，但也要注意不能滥用，以免违反劳动合同法保护劳动者合法权

益的宗旨。

编写人：北京市第二中级人民法院 王晓云

五、竞业限制

36 附条件竞业限制协议的司法审查

——赵某诉北京小度信息科技有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108民初45621号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：赵某

被告：北京小度信息科技有限公司（以下简称小度信息公司）

【基本案情】

赵某原系小度信息公司员工，双方签署了期限自2017年4月1日起的

劳动合同，其中第38条竞业限制义务约定了竞业限制的范围，第39条约

定了竞业限制补偿金的支付方式；第40条约定保密及竞业限制期限为劳

动合同有效期内及劳动合同终止或解除后一年。双方在劳动合同中还就

竞业限制补偿金计算标准及违约责任等做出了约定。双方于2017年9月

20日解除劳动合同，当日签署离职交接单，“本人确认如下内容”处印

有“……3.如本人收到公司发出的《竞业限制补偿金通知》，则本人将严

格履行竞业限制义务。否则，如本人未收到公司发出的《竞业限制补偿

金通知》，则本人认可并同意：公司无需向本人支付竞业限制补偿金且

本人无需履行竞业限制义务”。下方有赵某签字确认。2017年11月30

日，小度信息公司通过向赵某发送电子邮件的方式通知赵某离职后需要

履行双方《劳动合同》中约定的竞业限制义务，并单方载明竞业限制期

限共计6个月，补偿金分4次支付。小度信息公司向赵某支付的竞业限制

补偿金共计77912.64元。小度信息公司在赵某离职时并未明确告知其是

否需履行竞业限制义务。

小度信息公司向北京市劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁

委）申请仲裁，要求赵某继续履行竞业限制义务并向该公司返还竞业限

制补偿金、支付违反竞业限制义务的违约金，仲裁委作出京劳人仲字

〔2018〕第605号仲裁裁决书，裁决赵某返还小度信息公司竞业限制补

偿金77912.64元；驳回小度信息公司的其他仲裁请求。小度信息公司认

可裁决的结果，赵某不服仲裁裁决的结果，诉至法院。

【案件焦点】

1.小度信息公司与赵某就竞业限制协议约定生效条件是否合法；2.

小度信息公司在赵某离职两个月后要求其履行竞业限制义务是否合法。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：用人单位与劳动者可以在劳动

合同中约定保密义务。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以与劳动

者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制

期限内按月给予劳动者经济补偿。根据本案查明的事实，赵某与小度信

息公司签署的《劳动合同》中虽然约定了赵某离职后一年内需履行竞业

限制义务，但双方签署的《离职交接单》明确将小度信息公司是否向员

工发出《竞业限制补偿金通知》作为确认员工是否需履行竞业限制义务

的附加条件，故赵某是否需履行竞业限制义务以小度信息公司是否向其

发送《竞业限制补偿金通知》为准。鉴于竞业限制义务系对劳动者自主

择业权利的限制，为保障权利义务的确定性，用人单位应在解除或劳动

合同终止的同时向劳动者履行告知义务。现小度信息公司并未在赵某离

职时向其发送《竞业限制补偿金通知》，要求其履行竞业限制义务，故

赵某无需履行竞业限制义务。小度信息公司于2017年11月30日向赵某发

送《竞业限制补偿金通知》的行为明显超过合理期限，对赵某不产生效

力。小度信息公司所持以2017年11月30日通过向赵某发送《竞业限制补

偿金通知》的方式要求其履行竞业限制义务的主张不合常理，违背了基

本的诚实信用原则，且小度信息公司并未举证证明该公司于赵某离职后

两月有余的时间才通知其履行竞业限制义务的合理性，小度信息公司上

述意见依据不足，法院不予采信。鉴于赵某无需履行竞业限制义务，小

度信息公司亦无需向赵某支付竞业限制补偿金，因小度信息公司实际向

赵某发放竞业限制补偿金金额为77912.64元，故赵某应当对此予以返

还。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九

条、《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：

一、赵某自本判决生效之日起七日内向北京小度信息科技有限公司

返还竞业限制补偿金77912.64元；

二、驳回赵某的诉讼请求。

【法官后语】

竞业限制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

期间内不得自营或为他人经营与其所任职的企业同类的业务。法律允许

用人单位与劳动者订立竞业限制协议的目的是防止知悉企业重要信息的

人员在离职后给用人单位造成损失。竞业限制在保护用人单位利益的同

时，必然对劳动者的自主择业权构成影响，因此通过用人单位与劳动者

的约定来确定各自的权利义务，有利于劳动者和用人单位权益的平衡。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条之规定，用人单位与劳

动者可以在劳动合同中约定竞业限制条款，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。

随着商业秘密和知识产权的价值在企业竞争力比拼中的意义被广泛

认可，大量企业尤其是高新技术产业相关企业，为保护自己商业秘密及

抵御竞争企业高薪挖人的行为，多与掌握相关商业秘密的员工签署竞业

限制协议，甚至一刀切地将竞业限制协议作为劳动合同的附件之一要求

劳动者签署。在竞业限制协议签署过程中，一般由用人单位提供协议条

款，劳动者仅有签署权，协商余地不足。鉴此，劳动合同法和相关司法

解释为保护劳动者合法权益，对竞业限制条款及劳动者权利进行了相关

规定，如将竞业限制的人员限定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；将竞业限制的最长期限规定为两年；

在用人单位不支付竞业限制补偿金的情况下赋予劳动者解除权等。

近年来，司法实践中用人单位出现对竞业限制协议额外设定生效及

解除条件条款的行为，如在竞业限制协议中载明“竞业限制义务自用人

单位向劳动者发出竞业禁止履行通知且依法支付竞业禁止补偿之时起生

效”“用人单位将在离职日开始的3个月内通知劳动者是否需要履行竞业

限制义务，如果届时未通知，则视为无须履行”等条款，企图通过这种

方式限制劳动者权利，免除己方义务。在相关案件审理中，承办法官不

应仅依照书面约定对当事人的权利义务进行判断，应在公平、诚信的基

础上通过对用人单位在竞业限制协议中明显免除己方义务，侵害劳动者

合法权益的格式条款进行无效认定或对劳动者的损失依法予以填平的方

式平衡双方权益。

编写人：北京市海淀区人民法院 龚莉婷 董洪辰

37 竞业限制违约金约定过高可调整

——昆山国宝过滤机有限公司诉张某竞业限制案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院（2018）苏05民终2523、2524号民事判

决书

2.案由：竞业限制纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：昆山国宝过滤机有限公司（以下简称国宝公

司）

被告（上诉人）：张某

【基本案情】

张某原系国宝公司副总经理，于2016年5月4日离职，离职前分管销

售，月平均工资为13296元。2015年1月1日，张某与国宝公司签订《保

密与竞业限制协议》，协议明确国宝公司的经营范围为化学药液过滤

机、化工泵等，并约定张某在工作期间以及离职之日起二十四个月内，

不得在与国宝公司及国宝公司关联公司有竞争关系的单位内任职或以任

何方式为其服务，也不得自己生产、经营与国宝公司及国宝公司关联公

司有竞争关系的同类产品或业务。劳动合同解除后，国宝公司须向张某

支付竞业限制补偿费为1680元/月。张某若违反协议约定，无论是否造

成国宝公司经济损失，国宝公司都可追索全部张某已领取的补偿费，要

求张某赔偿国宝公司因此遭受的经济损失（若有），并向国宝公司支付

违约金1000000元。张某离职后，国宝公司按照最低工资标准共计向张

某发放了竞业限制补偿金23660元。2017年6月7日，张某以泰兴市三川

宏环保科技有限公司销售员名义向江苏通慧景成环境工程有限公司出售

了一批化学泵。

后国宝公司向昆山市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求裁

决：1.张某返还竞业限制补偿金23660元；2.张某支付国宝公司违约金

1000000元。该委作出裁决：1.张某支付国宝公司违反竞业限制协议违

约金40000元；2.张某返还国宝公司支付的竞业限制补偿金23660元。国

宝公司不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【案件焦点】

1.双方当事人在《保密与竞业限制协议》中约定的竞业限制违约金

金额是否合理；2.如不合理，应当如何进行调整。

【法院裁判要旨】

江苏省昆山市人民法院经审理认为：张某离职后领取了国宝公司按

月发放的竞业限制补偿金，但未能履行竞业限制义务，应当支付违约

金，双方在《保密与竞业限制协议》约定的违约金为1000000元，该金

额过高，应当适当调低，考虑张某离职前在国宝公司担任的职务以及工

资收入情况，酌情认定违约金为500000元。

江苏省昆山市人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十

四条、第二十五条之规定，作出如下判决：

一、张某于判决生效之日起十日内返还国宝公司竞业限制补偿金

23660元；

二、张某于判决生效之日起十日内支付国宝公司违反竞业限制义务

的违约金500000元。

张某不服一审判决，提起上诉。江苏省苏州市中级人民法院经审理

认为：本案双方协议约定违约金为1000000元，但国宝公司每月应支付

的补偿金仅为1680元，不足张某离职前月平均工资的15%，远低于法定

标准。竞业限制补偿是对劳动者履行竞业限制的对价，也是竞业限制期

间劳动者的生活来源之一，用人单位支付补偿金标准过低往往会成为劳

动者无法恰当履行竞业限制义务的诱因。法院认为，《保密与竞业限制

协议》约定的权利义务明显不对等，一审法院将违约金调整为约定的二

分之一仍显过高，不利于双方利益的平衡，故有进一步调整的必要。竞

业限制违约金的调整既要考虑劳动者竞业行为给用人单位带来的实际损

失，还应当适度体现对劳动者违约行为的惩罚。因国宝公司并未举证其

损失数额，可以参照张某在国宝公司创造的劳动价值也即工资收入情况

做出推定。张某在离职一年后发生违约行为，其年收入约为160000元，

此可以作为认定国宝公司损失的参考金额，同时综合考虑竞业限制补偿

金数额、张某违约情节等因素，并适度体现对劳动者违约行为的惩罚

性，法院酌情将张某应当支付的违约金调整为300000元。

江苏省苏州市中级人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第

二十四条、第二十五条，《江苏省劳动合同条例》第二十八条，《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、维持昆山市人民法院（2017）苏0583民初17150、17581号民事

判决第一项；

二、撤销昆山市人民法院（2017）苏0583民初17150、17581号民事

判决第二项；

三、张某于本判决生效之日起十日内向国宝公司支付违反竞业限制

义务违约金300000元；

四、驳回国宝公司的其他诉讼请求。

【法官后语】

劳动合同法上的竞业限制违约金在性质和功能上有别于合同法上的

违约金。合同法上的违约金兼具补偿和惩罚的特性，但主要是为了弥补

违约行为给当事人造成的损失，而竞业限制违约金则具有“惩罚性”，即

通过对劳动者的再就业自主权作出限制，进行事先预防以达到保护用人

单位商业秘密的目的。劳动者在签订竞业限制协议时就对违约责任的承

担有一定的预期，因此如果劳动者违反竞业限制约定，根据当事人意思

自治的原则，一般应当按照约定支付违约金。

但是约定的竞业限制违约金过高或者过低，都不利于双方权利义务

的平衡，更不利于竞业限制制度的有效发挥，此种情况下法院需要酌情

对竞业限制违约金进行调整。调整时，要综合考虑竞业限制补偿金的数

额、劳动者违约行为的情节、给用人单位带来的实际损失、劳动者非法

获益等多种因素，并根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，还应当适

度体现竞业限制违约金对劳动者违约行为的惩罚特性。本案中，《保密

与竞业限制协议》约定国宝公司应支付张某的竞业限制补偿金仅为1680

元/月，违约金却高达1000000元，双方权利义务明显不对等，故有调整

的必要。在对违约金进行调整时，可将用人单位支付的竞业限制补偿金

额和用人单位遭受的实际损失这两个可量化的因素作为考量的基础。申

言之，如以竞业限制补偿金为考量因素，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）》第六条的规定，双方在

竞业限制协议中未约定给予劳动者经济补偿的，劳动者履行了竞业限制

义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月平均

工资的30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。照此规定，可将

劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月平均工资的30%作为用人单位

支付竞业限制经济补偿的法定最低标准。本案中，国宝公司每月实际支

付的竞业限制补偿金不足张某离职前月平均工资的15%，远低于法定标

准，根据权利义务相对应的原则，也可将违约金1000000元调整至相应

的比例，也就是150000元。如以用人单位遭受的实际损失为考量因素，

因国宝公司无法证明张某竞业行为导致的损失数额，可将张某创造的劳

动价值即年收入作为参考标准，张某在离职一年后发生违约行为，其年

收入约为160000元，此可以作为认定国宝公司损失的参考金额。基于以

上两种情况，兼具考虑竞业限制违约金对劳动者违约行为的惩罚特性，

我们认为将违约金调整至300000元较为合适。

编写人：江苏省苏州市中级人民法院 姚栋财

38 竞业限制协议能否对第三人发生法律效

力

——北京恒天易开科技股份有限公司诉谭某劳动争议案

【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9486号民事裁定书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京恒天易开科技股份有限公司（以下简称北京

公司）

被告（被上诉人）：谭某

第三人：芜湖恒天易开软件科技股份有限公司（以下简称芜湖公

司）

【基本案情】

芜湖公司主营电动汽车分时租赁，以集团方式在全国拓展业务，在

各地的落地形式为成立独资子公司或与当地政府成立合资子公司，有自

己的APP应用“易开出行”。芜湖公司属于集团实际运营中心。北京公司

并未实际运营，仅作为集团全部高管和部分技术人员的入职平台及技术

研发中心。

2016年3月1日，谭某作为联合创始人加入芜湖公司，双方签订《保

密及竞业禁止协议》，约定谭某自离职之日起一年内须履行竞业限制义

务，否则须支付相当于已支付竞业禁止补偿金数额双倍的违约金。

2016年6月1日，芜湖公司与谭某签订《保密和不竞争协议》，约定

谭某自离职次日起两年内须履行竞业限制义务，否则须支付相当于芜湖

公司应支付的竞业禁止补偿费双倍的违约金。

2016年8月1日，谭某的劳动关系自芜湖公司转移至北京公司，约定

芜湖公司与谭某签订的劳动合同及与双方劳动关系相关的文件（包括但

不限于双方签订的合同、协议、约定、备忘录和其他文件）项下所有权

利和义务由北京公司承继。

2016年10月12日，北京公司与谭某签订《补充协议》，约定谭某需

遵守《保密及竞业禁止协议》规定的竞业禁止条款，并作出了一些特别

约定：竞业限制期限为六个月，谭某不得正式或临时受雇于与芜湖公

司、北京公司存在竞争关系的单位。

2016年11月8日，北京公司与谭某解除劳动关系。

2016年11月9日，谭某入职竞争性企业北京首汽智行科技有限公

司，担任总经理。

谭某在芜湖公司及北京公司工作期间原负责芜湖地区业务拓展、运

营及技术研发，之后谭某招聘并带领团队，负责全国范围内的业务拓

展。北京公司并未向谭某支付竞业限制补偿金。

北京公司主张援引《补充协议》以及《保密和不竞争协议》，要求

谭某支付竞业限制违约金，并返还在竞业公司所获收益。谭某主张援引

《补充协议》，表示基于合同相对性原理，与芜湖公司签订的竞业限制

协议无效。

【案件焦点】

谭某与芜湖公司签订的竞业限制协议在谭某劳动关系转移至北京公

司后是否对北京公司有效。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：其一，基于各方确认的芜湖公

司与北京公司之间的关联关系及“集团”形式以及三方在《劳动关系转移

协议书》中明确作出的“芜湖公司在其与谭某签订的劳动合同及与双方

劳动关系相关的文件项下所有权利和义务将由北京公司承继”的约定，

本案中谭某与芜湖公司、谭某与北京公司之间的两段劳动关系及所对应

期间的竞业限制协议文本不应僵化地割裂看待。其二，本案中涉及竞业

限制义务的多份协议文本，其约定内容未违反相关法律规定，均属有效

协议。其三，数份协议均属有效协议，本案中应以双方最新、最近协

议，即2016年10月12日《补充协议》为准。其四，《补充协议》中明确

双方应遵守《保密及竞业禁止协议》所约定的内容，在此基础上，双方

以特别约定的形式，对竞业限制期间、经济补偿金等问题达成了新的合

意。综上，谭某与北京公司之间竞业限制约定应以《保密及竞业禁止协

议》中的约定为准；如《保密及竞业禁止协议》与《补充协议》所作出

特别约定相冲突，则以《补充协议》中“特别约定”内容为准。

谭某于在职期间掌握了公司的商业秘密，并于离职后到竞争性企业

就职，故谭某存在违约行为，应承担违约责任。根据约定，违约金金额

为“已支付竞业禁止补偿金数额的双倍”。因客观上公司并未向谭某支付

竞业限制补偿金，则谭某应向北京公司支付的竞业限制违约金为0元。

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：

驳回北京公司的全部诉讼请求。

北京公司不服，提起上诉，后于2018年11月26日申请撤回上诉。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

三条规定，裁定如下：

准许北京公司撤回上诉。一审判决自本裁定书送达之日起发生法律

效力。

【法官后语】

司法实践中，经常发生劳动者会在不同关联公司之间变换用工主体

的情形。如果关联公司中仅有一家公司与劳动者签订了竞业限制协议，

则该竞业限制协议能否在其他关联企业间适用？新用人单位能否援引劳

动者与原用人单位签订的竞业限制协议而主张权益？

首先，以遵守合同相对性为原则。

从本质上而言竞业限制协议也是合同的一种，只是其订立主体限定

于存有劳动关系的用人单位和劳动者，但同样应适用合同相对性原则。

根据合同相对性原则，合同项下的权利义务仅对缔结合同的双方具有法

律拘束力，而对合同关系以外的第三人不产生法律拘束力。故未与劳动

者签订竞业限制协议的用人单位，无权依据关联公司与劳动者签订的竞

业限制协议而主张权益。而且竞业限制协议是以一定程度上限制劳动者

离职后的择业自由为代价，以保护企业的商业秘密的制度设计，因此其

制度设计应谨慎对待劳动者就业权的保护。从此角度而言，也不应允许

竞业限制协议的过度扩张适用。

其次，以存在混同用工及三方协商一致为例外。

笔者认为，并非在所有情形下该竞业限制协议均不可适用，正如本

案。即如果案件情形满足以下条件，新用人单位可以援引劳动者与原用

人单位签订的竞业限制协议而主张权益。

其一，企业以集团方式经营。所谓集团方式，也即各公司之间存在

十分紧密的管理上、业务上关联关系。本案中，芜湖公司与北京公司之

间具有高度的关联关系，在讨论竞业限制问题上，不应机械地割裂芜湖

公司与北京公司在业务上、管理上的实质性关联关系。谭某实际受芜湖

公司的管理，并且所有管理经验、商业秘密来源也均为芜湖公司，只是

与北京公司签订了劳动合同，具有形式上的劳动关系，而芜湖公司与北

京公司存在关联关系，二公司对谭某构成了混同用工，故对其商业秘密

也应考虑芜湖公司的情况。

其二，劳动关系转移时已经对竞业限制问题进行了约定。结合谭

某、芜湖公司、北京公司三方在《劳动关系转移协议书》中明确作出

的“芜湖公司在其与谭某签订的劳动合同及与双方劳动关系相关的文件

项下所有权利和义务将由北京公司承继”的约定，可知其包含了竞业限

制协议。

总之，如果关联公司中仅有一家公司与劳动者签订了竞业限制协

议，根据合同相对性原则，该竞业限制协议不能在其他关联企业之间适

用。但如果各关联企业之间在管理上、业务上存在紧密的关联关系，且

三方已经对相关权利义务问题进行了协商，则该竞业限制协议可以在劳

动者与被转移劳动关系后的企业之间适用。

编写人：北京市海淀区人民法院 常丽

39 劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业

限制

——智行时代国际传媒（北京）有限公司诉汪某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终5836号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：智行时代国际传媒（北京）有限公司（以下简称

智行时代公司）

被告（被上诉人）：汪某

【基本案情】

智行时代公司诉称，汪某于2015年7月23日入职其公司，担任网站

运营部运营总监，于2017年1月24日离职。汪某于任职期间，以陈某某

和刘某的名义注册了新互动传媒（北京）有限公司（以下简称新互动公

司），以左某的名义注册了北京鑫尚广告有限公司（以下简称鑫尚广告

公司），两家公司的实际管理者均为汪某，且两家公司的业务均在其公

司的业务范围之内；故汪某在2015年11月25日至2017年1月24日的经营

所得均为侵害其公司商业机密和利益的非法所得，应全部赔偿其公司。

对于上述主张，智行时代公司出具劳动合同、声明、解除劳动合同

公告予以佐证，其中劳动合同含有保密协议条款。声明载明，汪某自认

于任职期间存在窃取商业机密，并实际侵权的行为。汪某对劳动合同真

实性认可，对于其他证据的真实性、证明目的及关联性均不认可，但认

可声明中签字系本人签字，其主张不存在侵犯公司商业秘密的行为。

汪某辩称，本案不属于劳动争议范畴。根据《中华人民共和国劳动

争议调解仲裁法》第二条及《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用

法律若干问题的解释》第一条的规定，智行时代公司诉讼请求及事实理

由，不符合该规定中劳动争议的范畴；不存在“侵害商业机密”的行为；

智行时代公司所谓“商业机密”，不属于我国法律所规定的商业秘密。参

照《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条规定，商业秘密，是指不

为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息和经

营信息。智行时代公司所谓的“商业机密”并不符合该定义。

【案件焦点】

劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业限制如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：当事人对自己的主张，有责任

提供证据，没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有

举证责任的当事人承担不利后果。智行时代公司各项诉讼请求，均证据

不足，法院难以支持。

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

四条之规定，判决如下：

驳回智行时代公司的诉讼请求。

智行时代公司持相同诉讼请求提起上诉。北京市第二中级人民法院

经审理认为：智行时代公司应当提供证据证实该公司确有损失发生，且

该损失的发生与汪某的行为之间存在必然的因果关系，但智行时代公司

提供的证据不足以证实该公司的实际损失，以及实际损失与汪某的行为

之间存在因果关系，因智行时代公司的各项上诉请求均无充分证据证

实，故法院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项规定，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者身为竞业公司实际控制人的竞业限

制问题。本案中智行时代公司诉讼请求依据的是反不正当竞争法第九条

第一款第三项之规定，即“（三）违反保密义务或者违反权利人有关保

守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘

密”。

1.劳动法、公司法、反不正当竞争法中竞业禁止、限制的竞合

公司法第一百四十八条所规定的竞业禁止义务最主要的特征在于其

为一种具有强制性或半强制性的法定竞业禁止义务，公司有权将公司负

责人违反法定竞业禁止义务之特定行为所获利益归公司所有。劳动法中

竞业限制的特点在于用人单位与劳动者在劳动合同中约定竞业限制条

款。劳动合同法第二十三条规定：“……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。”即劳动者“应当”支付违约金，

而非公司法中规定“归公司所有”。公司法中的竞业禁止限于约定的在职

竞业禁止，而劳动法中的竞业禁止不仅限于约定的离职竞业禁止，还包

括对约定的在职竞业禁止的限制。反不正当竞争法第九条第四款明确了

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个

人泄密，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的行为的性

质。商业秘密侵权诉讼中，侵权行为人共同侵害权利人依法享有的商业

秘密，侵权的劳动者依法应当承担连带责任。竞业限制问题可涉及不同

法律体系的法律法规，除劳动争议外，还可能存在违约、侵权等交叉情

形，情节严重的还可能涉及刑事犯罪。

2.约定在职期间竞业限制的效力

劳动合同法第二十三条第二款规定，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。由于该规定有“在解除或者终止劳动合同后”的限制性条件，故

对该款规定是否排斥用人单位与劳动者就在职期间的竞业限制义务进行

约定，形成了两种不同的意见。第一种意见认为，该条款排斥用人单位

与劳动者就在职期间的竞业限制义务进行约定。竞业限制作为劳动合同

的后合同义务，离职是其生效要件，故排除了在职期间的竞业限制义务

约定。第二种意见认为，该条款不排斥用人单位与劳动者在职期间的竞

业限制的约定。本人同意第二种意见，如果当事人在劳动合同中明确约

定了在职期间的保密义务和竞业限制义务，则该义务源于双方签订的合

同；如果当事人未明确约定，则该义务则根源于合同解释规则对劳动合

同作出的解释结论。可推知法律不排斥双方约定在职期间的竞业限制。

竞业限制义务根源于合同义务，其依附于劳动合同而自始存在。

3.劳动者违反竞业限制义务的举证问题

劳动争议纠纷中，劳动者违反竞业限制义务的举证问题有别于反不

正当竞争法第九条、第十七条规定之举证责任。反不正当竞争法第九

条、第十七条系法定义务，而劳动法中的竞业限制系约定义务；反不正

当竞争法第十七条第三款规定：“因不正当竞争行为受到损害的经营者

的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计

算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定……赔偿数额还应当包括经

营者为制止侵权行为所支付的合理开支。”举证主要围绕是否属于商业

秘密、劳动者是否与竞业公司恶意侵犯商业秘密、侵权行为与损失的因

果关系、实际损失数额、侵权获利数额、制止侵权行为的合理开支进

行。而劳动法中的竞业限制举证主要围绕商业秘密的范围、侵犯商业秘

密的行为是否存在、竞业限制的有效性等角度评判。用人单位主要举证

内容包含如下几个方面：被侵害的事项是否属于商业秘密、劳动者的行

为是否属于竞业限制范围、是否存在违反竞业限制的行为、劳动者是否

在竞业限制期内入职有竞业关系的其他用人单位、用人单位受到的损失

数额、损失与违反竞业限制行为之间的因果关系、用人单位与劳动者约

定的竞业限制协议等。

因此，本案中智行时代公司在劳动争议纠纷中，依据反不正当竞争

法第九条第一款第三项之规定，以汪某侵犯其公司商业秘密之行为起

诉，同时依据公司法第一百四十八条规定求偿，其法律依据并不属于劳

动争议范畴。智行时代公司主张汪某违反竞业限制义务，仅提供证据证

明汪某有兼职竞业公司实际控制人的行为，但其公司是否确有损失发

生、发生损失的具体数额、其损失与汪某兼职行为之间的因果关系并未

举证证明。本案法官正是有鉴于此，驳回了智行时代公司主张汪某支付

其公司侵犯商业秘密的诉讼请求。

编写人：北京市丰台区人民法院 刘钟泽

六、工伤保险和社会保险

40 工伤保险的法定义务不得约定免除，工

伤保险赔偿与人身保险赔偿可以兼得

——东莞某某有限公司无锡分公司诉李某某工伤保险待遇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终3064号民事判决书

2.案由：工伤保险待遇纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：东莞某某有限公司无锡分公司（以下简称东莞某

某公司无锡分公司）

被告（被上诉人）：李某某

【基本案情】

2016年1月21日，李某某入职东莞某某公司无锡分公司，双方未签

订劳动合同，东莞某某公司无锡分公司未为李某某缴纳社会保险费。李

某某签订承诺书，载明：因本人自身原因无法办理社会保险，由此造成

的责任均由本人自行承担。现同意公司为本人购买商业保险并承诺凡本

人在工作期间发生的工伤、意外伤害，均由公司为本人购买的商业保险

理赔为准，不再要求公司任何赔偿及工伤待遇。2016年1月28日，李某

某发生伤残事故。2017年2月9日，无锡市锡山区人力资源和社会保障局

作出工伤认定决定书，认定李某某的伤残事故属工伤性质。2017年6月9

日，无锡市劳动能力鉴定委员会对李某某作出伤残八级的鉴定结论。

2018年1月4日，李某某向无锡市锡山区劳动人事争议仲裁委员会提出仲

裁申请，请求裁令东莞某某公司无锡分公司支付工伤费用。2018年2月

12日，东莞某某公司无锡分公司不服仲裁结果，向法院提起诉讼，要求

不支付工伤费用。

【案件焦点】

1.劳动者自愿承诺不缴纳社会保险费，发生工伤的，能否免除用人

单位的工伤保险赔偿责任；2.劳动者自愿承诺工伤损失以保险公司理赔

为准的，人身保险赔偿与工伤保险赔偿能否兼得。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为：本案的法律争议之核心

在于用人单位与劳动者能否约定免除工伤保险待遇赔偿责任；劳动者能

否同时获得工伤保险赔偿和人身保险赔偿。

关于问题一。《工伤保险条例》第二条第一款规定，中华人民共和

国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师

事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户（以下称用人单

位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工

（以下称职工）缴纳工伤保险费。根据该规定，为职工缴纳工伤保险费

是用人单位的法定义务，该法定义务不得通过任何形式予以免除或变相

免除。劳动者自愿承诺不缴纳社会保险费，发生工伤的，并不能免除用

人单位的工伤保险待遇赔偿责任。用人单位应当依法参加工伤保险，为

本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。应当参加工伤保险而未参加

的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照《工伤保险条例》规定

的工伤保险待遇项目和标准支付费用。因此，为劳动者缴纳工伤保险费

系用人单位的法定义务，当劳动者发生工伤时，并不因劳动者自愿承诺

不缴纳社会保险费，而免除用人单位的工伤保险待遇赔偿责任。

关于问题二。法律及司法解释并不禁止受工伤的职工或其家属获得

双重赔偿。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规

定》第八条第一款规定，“职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行

政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔

偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法

院不予支持”，第三款规定，“职工因第三人的原因导致工伤，社会保险

经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支

付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用

除外”。由此可见，上述规定并不禁止受工伤的职工同时获得民事赔偿

和工伤保险待遇赔偿。用人单位为劳动者投保了人身意外伤害保险的，

即使劳动者作出承诺，亦不能免除用人单位的赔偿责任。本案中，东莞

某某公司无锡分公司为李某某投保了团体人身保险，该保险不属于责任

险，受益人为李某某，其可以兼得。因此，李某某虽获得了保险理赔

款，但并不能在赔偿款中予以扣除，亦不能免除东莞某某公司无锡分公

司应承担的工伤保险待遇赔偿责任。即使李某某承诺以保险公司理赔为

准，但保险公司理赔款与其应获得的工伤保险待遇差距甚大，显失公

平，李某某也以提出仲裁申请的方式明示推翻了原先作出的承诺。东莞

某某公司无锡分公司应当依法支付李某某各项工伤保险待遇。

江苏省无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第五

十四条第一款第二项，《工伤保险条例》第二条、第三十七条、第六十

二条第二款，《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第二十七条，《中

华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条之规定，判决：

一、由东莞某某公司无锡分公司支付李某某一次性伤残补助金

32703元、一次性工伤医疗补助金80000元、一次性伤残就业补助金

35000元、医疗费69409.59元、住院伙食补助费440元，合计217552.59

元，该款于本判决生效之日起十日内付清；

二、驳回东莞某某公司无锡分公司的诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

实践中，在一些流动性大的行业，为了操作方便，用人单位不缴纳

工伤保险，其为规避风险会与劳动者书面约定不缴纳工伤保险或者给员

工统一购买团体人身意外险，这种做法并不能防范用人单位的风险，反

而可能会增加用工成本。

工伤保险是为了维护社会稳定与安全而设立的，具有社会属性，缴

纳工伤保险是用人单位的法定义务，不得约定免除。

团体人身意外险是商业性质的保险，用人单位为投保人，已参加工

伤保险的用人单位员工为被保险人。保险责任为支付工伤员工工伤待遇

中的“医疗费用”“安装康复器具费用”给投保单位，支付“一次性工伤医

疗补助金和一次性伤残就业补助金”给被保险人。用人单位购买上述险

种的初衷是好的，投保该补充工伤保险并非用人单位应尽的法定义务，

其投保的目的是将用人单位支付工伤保险待遇的风险转移给保险公司。

就其投保的出发点而言，有助于更好地保障劳动者及用人单位的利益，

应予保护和提倡。但从法律上分析，上述险种在性质上属于商业保险中

的人身保险，被保险人只能是用人单位的员工，且受益人一般也指定为

被保险人。此时，一旦发生保险事故，保险公司支付保险金的对象是被

保险人，即工伤员工。此时，员工获得赔偿是基于商业保险合同的约

定，其性质属保险公司赔付的保险金，而工伤保险中的一次性工伤医疗

补助金和一次性伤残就业补助金属于工伤待遇，支付该工伤待遇是用人

单位的法定义务。用人单位不得以保险公司已支付商业保险理赔款为

由，主张免除其向工伤员工支付工伤保险待遇的义务。虽然投保时用人

单位支付了保险费，但用人单位购买这种商业保险并非用人单位的法定

义务，只能认定是用人单位给予员工的一种“福利”。

雇主责任险是被保险人所雇佣的员工在受雇过程中从事与被保险人

经营业务有关的工作而遭受意外或者患与业务有关的国家规定的职业性

疾病，所致伤、残或死亡，被保险人根据有关法律及劳动合同应承担的

医药费用及经济赔偿责任，由保险公司在规定的赔偿限额内负责赔偿的

一种保险。雇主责任险也属于商业性质，但是与团体人身意外险不同的

是，雇主责任险的受益人为用人单位而非劳动者，在招用不符合缴纳工

伤保险条件的劳动者时，可以为其投保雇主责任险，以此来分担用工风

险。

综上，就本案而言，李某某签订的不缴纳工伤保险的承诺书免除了

东莞某某公司无锡分公司的法定义务，是无效的。东莞某某公司无锡分

公司在没有为李某某缴纳工伤保险的前提下，李某某的工伤费用应由该

公司支付。虽然该公司为李某某购买了团体人身意外险，但该保险赔偿

只能作为给李某某的福利，不得抵扣用人单位要支付的工伤费用。对于

招用符合缴纳工伤保险条件的劳动者，用人单位应当为其依法按时足额

缴纳工伤保险。对于招用不符合缴纳工伤保险的劳动者，用人单位可以

为其投保雇主责任险，从而分担企业用工风险。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 邓方媛 赵玲洁

41 用人单位应承担工伤保险基金报销范围

外的医疗费、合理的护理费

——杨某诉蒂森电梯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（2018）京03民终2903号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：杨某

被告（上诉人）：蒂森电梯有限公司北京分公司（以下简称蒂森电

梯北京分公司）

【基本案情】

蒂森电梯北京分公司为其职工杨某缴纳了医疗及工伤保险，并购买

一款商业医疗保险。2007年7月13日，杨某因工受伤，2008年5月7日被

认定构成工伤。2009年11月27日，杨某经鉴定已达到工伤职工工伤与职

业病致残等级标准一级，护理依赖程度为完全护理依赖。2009年12月23

日，社保中心对杨某核准工伤待遇，伤残津贴及护理费给付起始日期为

2009年12月。商业保险及社会保险（医疗及工伤保险）报销了杨某部分

医疗费用、护理费。蒂森电梯北京分公司在杨某的救治过程中，给予其

700607元的经济援助。杨某起诉要求蒂森电梯北京分公司支付其保险未

予报销的医疗费用、护理费用等合计220余万元。

【案件焦点】

用人单位是否应承担工伤保险基金报销范围外的医疗费、合理的护

理费。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：本案争议焦点为蒂森电梯北京

分公司是否应当负担杨某工伤保险基金报销范围外的医疗费、护理费。

当前法律法规未对此作直接明确的规定，应依据工伤保险立法精神、相

关法律、司法解释以及法理进行综合、体系考量。

工伤保险基金报销范围外的医疗费，应由用人单位负担。理由如

下：首先，工伤保险制度的首要目的是及时救治、补偿工伤职工，同时

分散用人单位的工伤风险，但分散风险并不代表免除全部损害赔偿责

任。其次，立法对劳动者在工伤保险外主张民事赔偿的权利持肯定态

度。再次，先在程序上主张工伤保险责任，并未否定劳动者就其他损失

向用人单位主张赔偿的实体权利。最后，法律对劳动者的保护力度不应

小于对雇员的保护力度，否则有悖法律体系的内在逻辑，也有悖公平。

与医疗费同理，职工因工伤事故生活不能自理，接受护理、使用呼吸机

等辅助器具属维持生命所需，是基本人权的体现。故工伤保险基金报销

范围外合理的护理费、辅助器具费应由用人单位负担。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国侵权责任法》第三十

五条，《中华人民共和国职业病防治法》第五十九条，《中华人民共和

国安全生产法》第五十三条，《工伤保险条例》第一条、第十七条、第

三十三条、第三十五条，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适

用法律若干问题的解释》第十一条、第十二条之规定，判决如下：

一、蒂森电梯北京分公司于本判决生效之日起三日内支付杨某2007

年7月13日至2015年12月31日社会保险及商业保险未予报销的医疗费用

（含辅助器具费）共计110万元；

二、蒂森电梯北京分公司于本判决生效之日起三日内支付杨某2010

年1月1日至2016年4月25日社会保险未予报销的护理费用共计42万元；

三、驳回杨某的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

《工伤保险条例》第三十条第三款规定，治疗工伤所需费用符合工

伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，

从工伤保险基金支付。至于超出上述目录和标准、不由工伤保险基金支

付的医疗费，由用人单位还是工伤职工负担，当前法律法规未作直接明

确的规定，应依据工伤保险立法精神、相关法律、司法解释以及法理进

行综合、体系考量。具体分析如下：

首先，从立法目的来看。工伤保险制度的首要目的在于及时救治、

补偿工伤职工，同时通过社会化负担方式分散用人单位的工伤风险，但

分散风险并不代表免除用人单位的全部损害赔偿责任。《工伤保险条

例》也没有规定用人单位对工伤保险基金不予支付的部分免除赔偿责

任。《工伤保险条例》是有关权利保障的行政法规，在行政法规本身规

定不明确的条件下，应尽可能朝着有利于劳动者利益的角度进行理解。

从保护处于弱势地位的劳动者以及工伤救治客观需要考虑，该部分费用

由工伤职工负担有违公平；而用人单位作为危险源的开启者、最有能力

的危险源控制者和生产活动的受益者，对劳动者负有安全保障义务，该

部分费用由用人单位负担更为合理。

其次，从请求权的角度来看，民法和劳动法各自从人身损害和社会

保险的角度对工伤事故加以规范，不可避免地使工伤事故具有民事侵权

赔偿和社会保险赔偿双重性质。不同国家对此有不同的救济模式，包括

取代救济模式、双重救济模式、补充救济模式。依据《最高人民法院关

于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款规

定，雇主对雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的，应当承担赔偿责

任；依据该条第三款规定，符合工伤保险范围的不适用雇主责任，但该

条款并未对雇员在工伤保险范围外的损失排除由雇主承担。第十二条规

定，依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者，因工伤事故遭受

人身损害，劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事

赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。该条款也没有排

除劳动者就工伤保险基金以外的费用向用人单位主张赔偿的实体权利。

再次，从现行法律规定来看，《中华人民共和国职业病防治法》第

五十八条规定，职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法

律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求。《中华人

民共和国安全生产法》第五十三条规定，因生产安全事故受到损害的从

业人员，除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权

利的，有权向本单位提出赔偿要求。从上述规定可以看出，在适用工伤

保险赔偿之外，存在劳动者向用人单位主张民事侵权赔偿的情形。

复次，对于工伤保险基金不予支付的部分，由用人单位实际负担更

符合法律规定的内在逻辑与规范精神。如前所述，《最高人民法院关于

审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条规定了雇主

无过错赔偿责任。而对于劳动者的保护，若以工伤保险基金完全排除用

人单位的人身损害赔偿责任，则会导致工伤保险基金不予支付的部分只

能由劳动者自行负担，既违反法律体系的内部逻辑，也会对受害人或者

家属有所不公。

最后，根据“举重以明轻”的法理分析，《中华人民共和国侵权责任

法》第三十五条规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造

成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自

己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。举重以明轻，法

律对劳动关系中劳动者的保护力度应不小于对劳动关系中雇员的保护力

度。《工伤保险条例》第三十三条关于用人单位应支付劳动者停工留薪

期的工资福利待遇的规定，即说明用人单位在工伤保险基金支出范围

外，仍应负担劳动者的部分工伤待遇。且停工留薪期待遇属于职工因暂

停工作而发生的可得利益损失，属间接损失；工伤医疗费是职工因接受

医疗而遭受的既有利益损失，属直接损失。举重以明轻，间接损失尚且

获赔，直接损失更应获赔。

综上所述，由用人单位实际负担工伤保险基金不予支付的部分，既

分散了用人单位风险，减轻了用人单位负担，又避免受害人获得双份利

益，保证受害人得到完全赔偿。工伤保险基金报销范围外的医疗费，应

由用人单位按无过错原则负担。同理，工伤职工生活不能自理，接受护

理是其基本人身权利的体现，呼吸机、咳痰机等辅助器具属维持生命所

需，也与工伤事故存在相当的因果关系，故工伤保险基金报销范围外合

理的护理费、工伤辅助器具费亦应由用人单位负担。

编写人：北京市朝阳区人民法院 肖唯

42 用人单位在住所地为跨区域被派遣劳动

者缴纳社会保险的行为合法

——杭某诉广州市华才人力资源顾问有限公司从化分公司、宝洁（中国）营销

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（2018）苏02民终4053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）：杭某

被告（被上诉人）：广州市华才人力资源顾问有限公司从化分公司

（以下简称华才从化分公司）、宝洁（中国）营销有限公司（以下简称

宝洁营销公司）

【基本案情】

杭某与华才从化分公司先后签订三份劳动合同，均约定“双方按照

国家和当地有关社会保险的规定参加社会保险，履行缴纳社会保险费的

义务……”。第二份、第三份劳动合同约定，杭某被派遣至宝洁营销公

司工作。三份劳动合同履行期间，杭某实际是在无锡任美容顾问。

从2010年7月到2016年5月，华才从化分公司都是在广州为杭某办理

的基本医疗保险，但是在不同期间名称有所不同。2016年2月19日至3月

15日，因宝洁营销公司劳务派遣比例问题，华才从化分公司向杭某发放

召回通知、待岗通知、返岗通知等。2016年3月31日，杭某向华才从化

分公司发出解除劳动合同通知书，主要有两点理由：（1）自入职起至

2015年7月，华才从化分公司一直未依法缴纳企业职工基本医疗保险，

根据《劳务派遣暂行规定》的相关规定，华才从化分公司应该在用工单

位所在地即上海为其缴纳社会保险，但华才从化分公司一直在广州缴

纳，这种行为已构成未依法缴纳社会保险费；（2）2016年2月29日，华

才从化分公司无故要求杭某待岗并降低工资报酬，属于未按劳动合同约

定提供劳动条件，所以请华才从化分公司接到通知后依法补缴社会保险

费、支付解除劳动合同的经济补偿金46953元并办理退工手续。华才从

化分公司在接到通知书后给予回复，认为其已为杭某购买了社会保险，

不存在违法行为，故不同意杭某以不实理由单方解除劳动合同，也不存

在需要支付经济补偿金的情况。杭某起诉至法院，请求法院判令：1.华

才从化分公司支付经济补偿金46953元；2.宝洁营销公司对上述付款义

务承担连带责任。

【案件焦点】

华才从化分公司是否依法为杭某缴纳社会保险。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市梁溪区人民法院经审理认为：华才从化分公司在与杭

某劳动关系的存续期间，已按《中华人民共和国社会保险法》及其所在

地的规定要求为杭某办理社会保险登记并缴纳社会保险费（包括基本医

疗保险费），并根据当地政策的调整要求自2015年7月起为杭某办理职

工社会医疗保险。华才从化分公司的上述行为并不违反法律法规的禁止

性规定，且无不当之处，故根据现有证据并结合本案实际情况，可认定

华才从化分公司作为用人单位已依法履行为杭某办理并缴纳社会保险费

之义务。杭某认为用人单位未参保具体单项社会保险险种并依据《劳务

派遣暂行规定》有关参保地的规定认为参保地不当，可通过向社会保险

经办机构或劳动行政部门投诉举报等途径维护其权益，但据此解除劳动

合同并主张经济补偿金，依据不足，不予支持。

江苏省无锡市梁溪区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七

十八条，《中华人民共和国劳动合同法》第二十九条、第三十七条、第

三十八条第一款第一项和第三项、第四十六条第一项、第五十八条，

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第七十三条之

规定，判决如下：

驳回杭某的诉讼请求。

杭某不服一审判决，提起上诉。江苏省无锡市中级人民法院经审理

认为：首先，《劳务派遣暂行条例》的施行日期是2014年3月1日，其对

2014年3月1日之前劳务派遣社会保险费的缴纳并无溯及力，不能以此评

价2014年3月1日前华才从化分公司的缴纳行为。其次，华才从化分公司

缴纳社会医疗保险依据的是《广州市社会医疗保险条例》，该条例的效

力等级为地方性法规，《劳务派遣暂行条例》的效力等级为部门规章。

根据《中华人民共和国立法法》第九十五条的规定，地方性法规、规章

之间不一致时，由有关机关依照法律规定的权限作出裁决。杭某认为华

才从化分公司依据的地方性法规与规章冲突，应按照法定程序呈请相关

部门解决，华才从化分公司依据《广州市社会医疗保险条例》缴费的行

为并未被认定违法。最后，华才从化分公司并无主观上不为杭某缴纳社

会保险的故意，客观上也不存在不缴纳的行为，且其缴纳行为严格按照

《中华人民共和国社会保险法》及用人单位所在地广州的规定进行。自

杭某入职华才从化分公司以来，华才从化分公司已经按照相关规定的要

求为杭某办理社会保险登记并缴纳社会保险费（包括基本医疗保险

费），并根据政策的调整自2015年7月起为杭某办理职工社会医疗保

险。可以看出，华才从化分公司已经依法尽到用人单位缴纳社会保险的

义务。

江苏省无锡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】

在竞争激烈的全球化经济发展过程中，用工弹性化是企业强化竞争

优势的方法之一，而劳务派遣方式正是产业工作形态顺应弹性化多元发

展的结果。劳务派遣以及跨区域劳务派遣的迅速发展，在一定的时期内

解决了大量劳动者的就业问题，在一定程度上维护了社会稳定，提高了

经济效益，但是发展也必然伴随问题出现。在众多的新问题中，社会保

险的缴纳问题日益突出。根据社会保险法的规定，缴纳社会保险是用人

单位的法定义务，故派遣单位应当依法为被派遣劳动者缴纳各类社会保

险。在跨区域劳务派遣用工形式中，劳务派遣单位应以何种标准、在何

地为被派遣劳动者缴纳社会保险，法律层面仍属空白。

2014年3月1日起施行的《劳务派遣暂行规定》第十八条规定，劳务

派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者

参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，被派遣劳

动者按照国家规定享受社会保险待遇。在本案中，劳务派遣单位即用人

单位为位于广州的华才从化分公司，用工单位为注册地在上海的宝洁营

销公司，杭某的实际工作地点在无锡。华才从化分公司未依照《劳务派

遣暂行规定》在用工单位所在地上海而是以用人单位住所地广州的标

准，在广州为杭某缴纳社会保险，是否构成依法为杭某缴纳社会保险？

首先，从法的溯及力分析，《中华人民共和国立法法》第九十三条

规定，法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯

及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的

特别规定除外。该条法律规定为我国法律在溯及力问题上确立了“从旧

兼有利”原则。“从旧”即原则上法不溯及既往，“有利”即在新法更有利

于维护私权利的情况下适用新法。在本案中，《劳务派遣暂行规定》的

施行日期是2014年3月1日，其对2014年3月1日之前劳务派遣社会保险费

的缴纳并无溯及力，不能以此评价2014年3月1日前华才从化分公司的缴

纳行为。

其次，从法的效力位阶分析，华才从化分公司缴纳社会医疗保险依

据的是《广州市社会医疗保险条例》，该条例的效力等级为地方性法

规，《劳务派遣暂行条例》的效力等级为部门规章。根据立法法第九十

五条的规定，地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关依照法律规

定的权限作出裁决。杭某认为华才从化分公司依据的地方性法规与规章

冲突，应按照法定程序呈请相关部门解决，华才从化分公司依据《广州

市社会医疗保险条例》缴费的行为并未被认定违法，故华才从化分公司

依照此规定履行缴纳社会保险费是依法履行义务的行为。杭某以未依法

缴纳社会保险为由要求华才从化分公司支付经济补偿金，没有事实依

据，法院不予支持。

编写人：江苏省无锡市中级人民法院 许晓倩

43 职业病的认定及疑似职业病期间的医疗

费用认定问题

——周某诉万某（清新）鞋业有限公司工伤保险待遇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省清远市中级人民法院（2018）粤18民终2818号民事判决书

2.案由：工伤保险待遇纠纷

3.当事人

原告：周某

被告：万某（清新）鞋业有限公司（以下简称清新鞋业公司）

【基本案情】

周某于2003年4月1日入职广州万某公司，后于2006年10月1日调到

清新鞋业公司担任胶水股工作。2015年5月12日，清新鞋业公司与周某

解除劳动合同。周某于2015年5月21日的职业健康体检报告结论为未发

现疑似职业性慢性苯中毒。2015年7月至2016年3月，周某在湖南凯某鞋

业有限公司工作。周某从2003年4月1日至2015年7月工作，由用人单位

为其缴纳社会保险费。

2016年3月16日至2016年4月26日，周某在中南大学湘雅医院住院治

疗期间，被诊断为急性淋巴细胞性白血病L2型。2016年5月13日，周某

向广东省职业病防治院要求进行职业病诊断，该院于2016年10月8日向

清新鞋业公司发出《职业病诊断有关处理通知书》，认为周某可定为疑

似职业性肿瘤病人，并通知清新鞋业公司提交周某所从事工种的工艺流

程图和所在车间的平面图等材料。

2017年2月17日，广东省职业病防治院出具《职业病诊断证明

书》，依据：1.周某诊断为急性淋巴细胞性白血病L2型；2.目前资料不

能排除周某在清新鞋业公司工作期间有六个月以上过量苯职业接触史；

3.潜伏期两年以上。诊断结论认为周某所患疾病为职业性肿瘤（苯所致

白血病）。清新鞋业公司对该职业病诊断结论有异议，向广州市职业病

诊断鉴定委员会申请二次鉴定。广州市职业病诊断鉴定委员会于2017年

6月14日出具《职业病鉴定书》，鉴定结论为职业性肿瘤（苯所致白血

病）。2017年3月8日，清新鞋业公司向清远市清新区人力资源和社会保

障局提出工伤认定申请，该局于2017年6月29日作出《工伤认定决定

书》，认定周某于2003年4月至2015年5月造成职业性肿瘤（苯所致白血

病）属工伤。2017年7月14日，清远市劳动能力鉴定委员会作出《初次

鉴定（确认）结论书》，确定周某劳动功能及生活自理障碍等级、停工

留薪期（即医疗期）。

2018年1月2日，周某向清远市清新区劳动人事争议仲裁委员会申请

仲裁，请求清新鞋业公司向其支付1078145.58元，包括医疗费、护理

费、住院伙食补助费、交通费。清远市清新区劳动人事争议仲裁委员会

于2018年4月9日作出《仲裁裁决书》，裁决驳回周某的所有仲裁请求。

周某不服该仲裁裁决，遂于2018年5月9日起诉。

【案件焦点】

周某职业病认定问题及疑似职业病期间产生的相关治疗费用承担问

题。

【法院裁判要旨】

广东省清远市清新区人民法院经审理认为：本案系因周某患职业性

肿瘤，不服劳动仲裁而引起的工伤保险待遇纠纷。根据周某和清新鞋业

公司的诉辩意见，法院根据庭审查明的事实，归纳本案的争议焦点为：

一是周某所主张的相关费用应否由清新鞋业公司支付；二是周某所主张

疑似职业病期间治疗的费用如何确定。

关于周某所主张的相关费用应否由清新鞋业公司支付的问题。周某

于2016年5月13日向广东省职业病防治院职业病诊断办公室要求进行职

业病诊断，广东省职业病防治院职业病诊断办公室于2016年10月8日认

定其为疑似职业性肿瘤病人，其疾病于2017年2月17日经广东省职业病

防治院诊断为职业性肿瘤（苯所致白血病），于2017年6月14日经广州

市职业病诊断鉴定委员会维持原职业病诊断结论，于2017年6月29日经

清远市清新区人力资源和社会保障局认定为工伤。法院认为，广东省职

业病防治院和广州市职业病诊断鉴定委员会均依据周某、清新鞋业公司

和湖南凯某鞋业有限公司提交的资料认定，不能排除周某六个月以上过

量苯职业接触史，潜伏期两年以上。周某从清新鞋业公司处离职至发现

疾病，不超过两年，且在工作期间有接触苯，法院对广州市职疾病诊断

鉴定委员会认定的鉴定结论即周某属职业性肿瘤（苯所致白血病）予以

认定。清新鞋业公司认为湖南凯某鞋业有限公司应承担周某疑似职业病

期间的损失，但未提交有效证据来证明其主张，法院不予认定。

根据《中华人民共和国职业病防治法》第五十五条第三款规定，周

某于2016年10月8日被广东省职业病防治院认定为疑似职业性肿瘤病

人，其疾病于2017年2月17日经广东省职业病防治院诊断为职业性肿瘤

（苯所致白血病），其于2016年3月16日到2017年2月17日治疗疾病所花

费的医疗费用属于疑似职业病病人在诊断、医学观察期间的费用，应由

用人单位承担。周某参加城乡居民医疗保险，属于其依法享有的社会福

利，其所产生的医疗费，扣除医保统筹报销及补偿部分后，应由清新鞋

业公司予以支付。

关于周某所主张的费用如何确定的问题。根据提交的证据和相关法

律规定，法院认定周某所主张的费用为：医疗费312329.47元、护理费

46273.55元、住院伙食补助费16170元、交通费5000元，合计379733.02

元。

广东省清远市清新区人民法院依照《中华人民共和国职业病防治

法》第五十五条第三款、第五十七条、第五十八条，《广东省工伤保险

条例》第二十五条、第二十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六

十四款第一项规定，判决：

一、清新鞋业公司应向周某支付医疗费312329.47元、护理费

46273.55元、住院伙食补助费16170元、交通费5000元；

二、驳回周某的其他诉讼请求。

清新鞋业公司向广东省清远市中级人民法院提起上诉。广东省清远

市中级人民法院经审理认为：一是清新鞋业公司提出该职业病的诊断结

论的效力异议问题，经查明该诊断结论确是广东省职业病防治院职业病

诊断办公室向清新鞋业公司发出职业病诊断有关业务处理通知书，但

《职业病诊断证明书》是广东省职业病防治院出具，该院具有承担职业

病诊断资质的医疗卫生机构，加盖的是广东省职业病防治院职业病诊断

专用章。清新鞋业公司对该职业病诊断结论有异议，向广州市职业病诊

断鉴定委员会申请二次鉴定，二次鉴定维持了鉴定结论，故广东省职业

病防治院作出的诊断结论能作为证据使用，具有证据的证明力。二是周

某于2017年2月17日之前治疗的相关费用应由清新鞋业公司承担。

广东省清远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】

本案是工伤保险待遇纠纷中职业病相关事由的典型案例。在打赢脱

贫攻坚战的决战期，健康扶贫是关键战役，其中因病致贫、因病返贫带

来的家庭贫困是重大难题，因此在司法实践中对于劳动者的职业病认定

问题更需谨慎。《职业病诊断与鉴定管理办法》和《中华人民共和国职

业病防治法》规范了职业病诊断鉴定工作，为实际工作提供了法律依

据。关于周某职业病的认定问题，主要争议点在于：一是职业病机构的

认定问题；二是结合周某的工作情况与疾病的相关性分析；三是治疗疑

似职业病期间产生的费用承担问题。

关于争议点一：法律规定了“职业病诊断应当由取得《医疗机构执

业许可证》的医疗卫生机构承担”，广东省职业病防治院具有承担职业

病诊断资质的医疗卫生机构，作为复议机关的广州市职业病诊断鉴定委

员会维持了原职业病诊断结论，鉴定程序合理合法，可作为认定职业病

的依据。关于争议点二：根据《工伤保险条例》第十七条的规定，周某

被认定为职业病后应及时进行工伤认定，但因周某先后在两个单位就

职，需结合工作事实予以综合认定。周某在清新鞋业公司离职两个月后

在湖南凯某鞋业有限公司工作六个月病发，根据《职业病诊断证明书》

认定“不能排除周某在清新鞋业公司工作期间有六个月以上过量苯职业

接触史，潜伏期两年以上”，结合周某的工作时间和疾病产生时间，即

其于2003年4月1日至2015年5月12日在清新鞋业公司工作，工作岗位存

在接触苯，于2015年7月至2016年3月在湖南凯某鞋业有限公司工作，工

作岗位不存在接触苯的可能性，直至于2016年3月16日生病住院，上述

事实可认定清新鞋业公司与周某职业病具有相关性，且周某职业病被认

定为工伤，因此，清新鞋业公司应负责周某的工伤医疗待遇。关于争议

点三：《中华人民共和国职业病防治法》规定了疑似职业病治疗期间的

相关费用由用人单位即工伤认定单位承担，且该疾病属于职业病的前期

治疗，周某该期间所产生的相关医疗费用应由清新鞋业公司负责。在此

需注意的是，疑似职业病治疗期间所产生的医疗费用，清新鞋业公司需

承担的部分为扣除医保统筹及补偿部分后的费用，周某不能重复主张。

若劳动者离职后怀疑为职业病，应及时对疾病进行职业病检查，再

申请工伤认定，以维护自身权益。

编写人：广东省清远市清新区人民法院 李芬

七、劳动争议仲裁

44 一审按撤诉处理将导致仲裁裁决书生效

——段某诉北京肯德基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（2018）京02民终10406号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：段某

被告（被上诉人）：北京肯德基有限公司（以下简称肯德基公司）

【基本案情】

段某于2014年1月22日入职肯德基公司，签订期限为2014年1月22日

至2017年1月21日的劳动合同。2014年11月26日，段某在宣武门分店工

作时受伤；2015年4月1日，东城区劳动能力鉴定委员会向段某发放工伤

证；2017年3月14日，段某工伤等级被认定为十级。2017年4月20日，北

京市西城区社会保险基金管理中心核定段某一次性伤残补助金24332

元；2018年1月2日，肯德基公司向段某支付一次性伤残补助金24332

元。

段某曾就公司应支付其2017年4月28日至2017年5月28日医药费1000

元申请仲裁，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出京东劳人仲字

〔2017〕第2405号裁决书，认定双方劳动关系于2017年3月14日终止，

驳回段某仲裁请求。段某不服该裁决，起诉至人民法院，后因无正当理

由拒不到庭，北京市东城区人民法院作出（2017）京0101民初17386号

裁定书，裁定按段某撤诉处理。

段某再次申请仲裁，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出京

东劳人仲字〔2018〕第1146号裁决书，裁决驳回段某仲裁请求。段某不

服该裁决，起诉至北京市东城区人民法院，要求：1.肯德基公司支付段

某伤残补助金24656.45元；2.肯德基公司继续履行与段某之间的劳动合

同。后北京市第二中级人民法院作出（2018）京02民辖57号民事裁定

书，裁定本案由北京市西城区人民法院审理。

【案件焦点】

劳动争议案件中，法院根据民事诉讼法的规定按撤诉处理后，仲裁

裁决书是否发生法律效力。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：肯德基公司已按照北京市西城

区社会保险基金管理中心核定金额向段某支付一次性伤残补助，现段某

再次主张该项补助，无法律依据，法院不予支持。京东劳人仲字

〔2017〕第2405号裁决书认定双方劳动关系于2017年3月14日终止，段

某起诉后无正当理由拒不到庭，人民法院按撤诉处理，京东劳人仲字

〔2017〕第2405号裁决书生效，双方劳动关系于2017年3月14日终止，

段某要求继续履行劳动合同的诉讼请求，无事实及法律依据，法院依法

予以驳回。

北京市西城区人民法院依照《工伤保险条例》第三十七条之规定，

判决如下：

驳回段某的诉讼请求。

段某不服一审判决，提起上诉。北京市第二中级人民法院经审理认

为：段某在法院审理阶段提交的证据均不足以推翻已生效的北京市东城

区人民法院（2017）京0101民初17386号裁定书，因此京东劳人仲字

〔2017〕第2405号裁决书生效，段某与肯德基公司之间的劳动关系于

2017年3月14日终止。故段某要求继续履行劳动合同的诉讼请求，无事

实及法律依据，法院对其该项上诉请求不予支持。因一次性伤残补助金

的金额由北京市西城区社会保险基金管理中心核定，并非段某自行核定

的数额，且肯德基公司已向段某支付一次性伤残补助金，故段某再次主

张该项补助，无事实及法律依据，法院对其该项上诉请求亦不予支持。

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，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议焦点在于劳动争议案件中，原告不服劳动仲裁在法定期限

内提起诉讼后，无正当理由拒不到庭参加诉讼或者未经法庭许可中途退

庭，法院根据民事诉讼法的规定按撤诉处理后，仲裁裁决书是否发生法

律效力。我国现行法律法规对此并没有明确规定，仍属于立法空白，因

此有必要填补该法律漏洞。

首先，仲裁裁决书经原告起诉后并非绝对不发生法律效力。如果仅

认为仲裁裁决书经原告起诉后绝对不生效，易造成仲裁裁决书效力空

白，当事人将失去获得司法保护的权利凭证，无法申请强制执行。

其次，可比照“期满不起诉”的裁决书生效规则。《中华人民共和国

劳动争议调解仲裁法》第五十条规定：“当事人对本法第四十七条规定

以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之

日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效

力。”参照该规定，原告提起诉讼后无正当理由拒不到庭参加诉讼或者

未经法庭许可中途退庭的，法院将按撤诉处理，这就相当于法院没有对

劳动纠纷和劳动仲裁进行审判，类比“期满不起诉”的法律效果，仲裁裁

决书应当认定为发生法律效力。

再次，可参考民事诉讼一二审程序中的文书效力规定。1998年通过

的《最高人民法院关于第二审法院裁定按自动撤回上诉处理的案件第一

审法院能否再审问题的批复》规定：“在民事诉讼中，上诉人不依法预

交上诉案件受理费，或者经传唤无正当理由拒不到庭，由第二审人民法

院裁定按自动撤回上诉处理后，第一审判决自第二审裁定确定之日起生

效。”因此，在裁审文书效力衔接方面，亦应当参考民事诉讼法及相关

批复中关于一二审程序中文书效力的有关规定。

最后，应当指出的是，《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》第三百八十一条规定：“当事人认为发生法律效

力的不予受理、驳回起诉的裁定错误的，可以申请再审。”对当事人自

动撤回上诉处理的裁定，因法院已就案件实体争议进行审判，当事人不

服生效的一审判决可通过对该判决申请再审获得救济。我国民事诉讼法

相关规定已明确当事人不服因按自动撤回上诉而生效的一审判决的救济

途径，但生效的仲裁裁决书如果确有错误，当事人的救济途径就会缺乏

法律依据。因此，笔者建议在立法层面上尽快制定按撤诉处理后仲裁裁

决书的效力问题及当事人的救济途径。

综上，劳动争议案件中，原告不服劳动仲裁在法定期限内提起诉讼

后，无正当理由拒不到庭参加诉讼或未经法庭许可中途退庭，法院按撤

诉处理后，仲裁裁决书将发生法律效力。

编写人：北京市东城区人民法院 程新桐

八、其他

45 当事人请求对事实行为进行确认不属于

确认之诉的审理范围

——北京罗兰盛世音乐教育科技有限公司诉贺某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终14898号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京罗兰盛世音乐教育科技有限公司（以下简称

罗兰盛世公司）

被告（被上诉人）：贺某

【基本案情】

2011年12月19日，贺某入职罗兰盛世公司，担任研发主管，双方先

后签订四份劳动合同，最后一份合同期限为2014年2月1日至2017年1月

31日。

贺某与罗兰盛世公司分别于2012年2月1日、2014年2月1日签订“保

守商业秘密协议书”，约定由罗兰盛世公司负责ROLAND产品在中国市

场的宣传、销售。因此，罗兰盛世公司在经营方式、销售政策、价格体

系、产品信息等方面存在许多商业秘密。“为了保护这些商业秘密，罗

兰盛世公司采取了相应的保密措施，并制定了相应的保密制度。贺某违

反本保密协议，应支付给罗兰盛世公司违约金。具体的标准（以贺某工

作年限为计算依据）：1～2年，支付违约金20000元；3～5年，支付违

约金50000元；6～10年，支付违约金100000元；10年以上，支付违约金

150000元；中层以上干部，在所支付的违约金的基础上另加10%；高层

管理人员，在所支付的违约金的基础上另加20%……”2016年1月20日，

贺某从罗兰盛世公司离职，后入职乐斯公司。

罗兰盛世公司主张其利用三年时间开发了一款音乐教育软件，贺某

掌握其中的商业秘密，负有保密义务。贺某入职乐斯公司后，利用从罗

兰盛世公司取得的商业秘密，不到半年即制作出与罗兰盛世公司软件相

类似的软件并向市场推广，构成违约。罗兰盛世公司遂向法院起诉，请

求：1.判令贺某支付违约金55000元；2.确认贺某违反“保守商业秘密协

议书”的约定，向其现工作单位乐斯公司泄露罗兰盛世公司的商业秘

密。

【案件焦点】

1.罗兰盛世公司向贺某主张违约金的依据以及罗兰盛世公司与贺某

之间违约金约定之效力；2.罗兰盛世公司第二项诉讼请求之可诉性。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：关于第一项争议焦点。经询，

罗兰盛世公司主张双方签订的协议性质为保密协议，罗兰盛世公司明确

其要求贺某支付违约金的依据系其泄露了商业秘密，违反了保密条款。

根据法律规定，除非劳动者违反服务期约定或劳动者违反竞业限制约

定，否则用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。因罗兰盛世

公司主张违约金的理由亦系认为贺某泄露商业秘密，而非违反竞业限制

约定，故罗兰盛世公司要求贺某支付违约金的诉讼请求，违反法律禁止

性规定，法院不予支持。

关于第二项争议焦点。罗兰盛世公司要求确认贺某违反“保守商业

秘密协议书”的约定，向乐斯公司泄露罗兰盛世公司的商业秘密，首

先，罗兰盛世的该项诉讼请求系对事实的确认，在学理上，不属于民事

诉讼中“确认之诉”的审理对象。其次，判断贺某是否违约是考量贺某是

否应当支付违约金的前提条件，因罗兰盛世公司的两项诉讼请求具有不

可分割性，其要求确认贺某违约、泄露商业秘密的请求不属于民事诉讼

中独立的诉讼请求。最后，根据罗兰盛世公司的举证，不能形成完整证

据链证明贺某做出过泄露罗兰盛世公司商业秘密的行为，因此罗兰盛世

公司的主张，因证据不足，法院不予采信。法院鉴于对其要求贺某支付

违约金的诉讼请求不予支持，对于该项诉讼请求，亦一并予以驳回。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十

五条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条之规定，判决如

下：

驳回罗兰盛世公司的全部诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

在司法实践中，“确认违约”是否可以单独作为诉讼请求由人民法院

审理？其与学理上的“确认之诉”具有怎样的区别与联系？上述问题直接

关乎当事人的诉讼权益保障和司法程序的严肃性，而实践中的不同处理

与应对也在一定程度上导致了裁判效力的冲突和司法公信力的下降。因

此，以本案为契机，有必要对相关问题予以厘清。本案原告提出的“请

求确认被告存在违约行为”，系主张对事实或状态的确认。该项诉讼请

求是否属于“确认之诉”的审理范围、人民法院是否应当受理并审理，涉

及对“确认之诉”之内涵的理解。

虽然我国立法未对确认之诉作出一般性规定，但是在司法实践中，

参照最高人民法院2011年修改的《民事案件案由规定》，明确使用“确

认”的案由分别是物权确认纠纷、确认合同效力纠纷、请求确认人民调

解协议效力、确认不侵害知识产权纠纷、企业出资人权益确认纠纷、股

东资格确认纠纷、确认债务人行为无效纠纷、破产债权确认纠纷、证券

权利确认纠纷、确认票据无效纠纷、申请确认仲裁协议效力、确认收养

关系纠纷和共有权确认纠纷。

综合理论及司法实践，确认之诉的内涵应当是原告请求法院确认其

主张的法律关系存在或不存在，不具有给付内容；诉讼标的应当是法律

关系。从民事诉讼的原理和确认之诉的逻辑出发，其提起的前提应当是

法律关系处于不稳定之状态，即原告提出确认之诉，应当具备独立的诉

讼利益。对于本案中原告要求确认被告存在违约行为的诉讼请求，本案

判决认定其不属于“确认之诉”的范围。理由在于：“存在违约行为”属于

要求被告承担违约责任的前提性事实，应当由法院在诉讼过程中进行认

定，以便确定违约责任，但其本身并不能在原有的合同之债关系之外形

成独立的法律关系，不能构成确认之诉的诉讼标的。

在学术理论界，有观点主张将确认之诉的范围扩张至对于事实的认

定，笔者对此持否定态度。原因在于：确认之诉审理范围的扩张将导致

诉讼标的对司法约束的失灵。诉讼标的在民事诉讼中承担着明确审判的

对象、禁止重复起诉、厘清既判力范围、识别诉的合并与变更等作用。

诸如本案请求确认违约之类的对于事实行为的确认，实质上是对于违约

请求权等诉讼标的构成要件或前提条件的确认，如果将确认之诉的范围

扩张至此，等同于将单独一个给付之诉、形成之诉，甚至对法律关系确

认之诉拆解为多个诉，将导致诉讼标的理论与规则的失灵，亦将造成司

法资源的浪费和当事人诉累的增加。

编写人：北京市朝阳区人民法院 汪洋

46 “基于特殊待遇而设定的服务期” 的司法

认定

——北京合康新能科技股份有限公司诉孙某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02民终1285号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京合康新能科技股份有限公司（以下简称合康

新能公司）

被告（上诉人）：孙某

【基本案情】

孙某于2012年7月11日入职合康变频公司（后更名为合康新能公

司），任研发工程师；双方签订了2012年7月11日至2015年7月10日、

2015年7月11日至2018年7月10日的劳动合同。

2012年9月4日，合康变频公司（甲方）与孙某（乙方）签订《劳动

合同补充协议》，载明：“1.甲方将依据国家及北京市办理进京户口的相

关规定，协助乙方办理在北京的落户手续，乙方已充分了解甲方对自己

的工作安排和相关待遇，并保证在甲方的服务年限不低于五年。2.乙方

同意，如乙方不能在甲方连续工作五年而提前离职，甲方可以按照国家

的相关规定将乙方户口返回原籍或不予协助乙方办理相关的户口转出手

续，除非乙方将提前离职给甲方造成的实际损失（不低于200000元）在

离职前支付给甲方。3.保密条款：乙方知道甲方并非为在甲方工作的每

一位员工办理进京户口，基于此，乙方同意对签署和履行本协议的情

况，对甲方的其他员工承担保密义务。”后合康变频公司为孙某办理了

北京户口。

2016年12月12日，孙某向合康新能公司提交辞职申请，以“因为一

些个人原因”为由提出离职，双方的劳动合同于2017年1月17日解除。孙

某陈述其离职前12个月的平均工资为11040元。后合康新能公司提起仲

裁及诉讼，要求孙某赔偿损失200000元。

【案件焦点】

1.服务期的内涵是什么；2.劳动合同法第二十二条是否排除了基于

专业技术培训之外的特殊待遇而设定服务期的可能；3.基于特殊待遇服

务期而设定的违约金是否受到限制以及如何限制。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：孙某明知进京户口指标为重要

的稀缺资源，亦知晓在其服务期满前单方提出辞职违反诚实信用原则，

且会给合康新能公司造成不低于200000元的损失。孙某在双方约定的五

年服务期满前的辞职行为，确实会给合康新能公司在人才引进及招录同

岗位人员等方面带来隐性损失。合康新能公司有权基于违反诚实信用原

则要求孙某赔偿其服务期尚未履行部分所对应的损失。

北京市大兴区人民法院作出如下判决：

一、孙某于判决生效之日起十日内向北京合康新能科技股份有限公

司赔偿损失20000元；

二、驳回北京合康新能科技股份有限公司的其他诉讼请求。

合康新能公司、孙某均不服一审判决，提起上诉。北京市第二中级

人民法院经审理认为：孙某所享有的进京落户指标属于稀缺资源，为孙

某办理进京落户手续并非合康新能公司的法定义务。因此，合康新能公

司为孙某办理进京落户手续的行为属于用人单位为劳动者提供特殊待遇

的范畴，双方基于上述情况并考虑孙某的岗位特性订立《劳动合同补充

协议》，其中关于五年最低工作年限及孙某提前离职所需要承担的损失

赔偿责任的约定应当参照适用劳动合同法第二十二条之规定。孙某既可

以选择工作至五年期限届满，也可以选择将户口迁回原籍，亦可以选择

提前离职并向合康新能公司支付相应损失。现孙某在明知双方存在五年

服务期之约定的情况下，仍然选择在工作约四年半之时提前离职，且从

未表达将户口迁回原籍的意思表示，表明其基于谋求更高待遇等想法自

愿选择了最后一种方式，理应向合康新能公司予以赔偿。在确定损失方

面，孙某工作满四年不满五年，一审法院基于合同法第一百一十四条第

二款以及劳动合同法第二十二条第二款的规定，酌情确定孙某赔偿合康

新能公司损失20000元，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规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对于第一个问题，服务期应当是和劳动自由原则尤其是契约自由相

关联的概念。劳动自由原则是法律自由价值在劳动法中的体现，主要体

现为劳动者的契约自由、结社自由和团体自治、禁止强迫劳动。在劳动

合同法领域，契约自由主要包括劳动者的缔约自由以及辞职自由，也就

是劳动者通常可以决定是否与某一用人单位建立劳动关系、签订劳动合

同，可以自主决定是否继续履行劳动合同，仅需遵守相关的程序性规

则，即可解除劳动合同。服务期则是对劳动者辞职自由的一种限制，但

这种限制并非针对劳动者的人身自由，劳动者仍享有遵守程序性规则前

提下的辞职自由，但需要以承担一定数额的违约金为代价。基于保护劳

动者辞职自由的原则，服务期的约定应当受到严格限制，也就是说只有

当用人单位为劳动者提供了特殊待遇或出资招用、培训的情况下，经双

方协商一致才能设定服务期。因此，服务期是指用人单位和劳动者约定

的、对劳动者有特殊约束力的、劳动者因获得特殊的条件而应当与用人

单位保持劳动关系的期限。

对于第二个问题，劳动合同法第二十二条第一款规定：“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。”该条款属于授权性规范，即授予用人单位

可以自行抉择是否通过对劳动者进行专业技术培训的方式约定服务期，

但无法据此推出对劳动者进行专业技术培训是实现约定服务期的唯一方

式。在现实的劳动合同履行过程中，用人单位通过提供住房、汽车、现

金补贴等方式与劳动者约定服务期的情况屡见不鲜。虽然劳动合同法第

二十五条规定“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单

位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金”，但并未规定其法律后果。

从社会效果上看，如果一概认定专项技术培训之外的服务期约定无效，

不仅会造成与此相关联的劳动关系的不稳定性，而且会导致劳动者需要

承担全额返还特殊待遇的后果，反而不利于劳动者权益的保护，也不符

合劳动合同法第三条所规定的公平原则。因此，笔者认为，在用人单位

为劳动者提供足以与专业技术培训相对等的特殊待遇的情况下，应当参

考适用劳动合同法第二十二条之规定，并据此确定用人单位与劳动者的

权利义务。

对于第三个问题，基于特殊待遇服务期而设定的违约金是否受到限

制以及如何限制，笔者认为，劳动合同法第二十二条之所以未将特殊待

遇对应的服务期予以明确列举和规定，是基于对开发型人才竞争方式的

鼓励，即鼓励用人单位通过对劳动者进行专项技术培训的方式提升人才

的数量和质量，从而增加全社会人力资源的总供给，实现人力资源的良

性竞争以及人力资源市场秩序的稳定。而与特殊待遇服务期对应的争夺

型人才竞争方式，属于人才存量的竞争，争夺的是现有的人力资源，对

于增加人力资源供给的积极作用小于开发型人才竞争方式，因此争夺型

人才竞争方式应当得到有效的规制，以避免对开发型人才竞争方式形成

抑制作用。有鉴于此，对于基于特殊待遇服务期而设定的违约金，应当

予以严格限制，即原则上该违约金应当低于基于专业技术培训服务期而

设定的违约金标准。具体而言，该违约金应当受到合同法第一百一十四

条第二款以及劳动合同法第二十二条第二款的限制。

编写人：北京市第二中级人民法院 窦江涛

47 经协商的合法规章制度效力优先于劳动

合同

——江西吉安某长运有限公司诉雷某某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省吉安市中级人民法院（2018）赣08民终1765号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（反诉被告、被上诉人）：江西吉安某长运有限公司

被告（反诉原告、上诉人）：雷某某

【基本案情】

被告雷某某自2004年至2017年在原告处担任董事长职务。2006年10

月，原告与被告签订协议约定，推荐被告担任原告董事长，任期三年，

任期内每年的净资产收益率不低于10%，任期三年每年必须完成当年利

润总额预算目标任务，确认达到上述目标，未发现存在隐藏的并确认为

任职期间产生的、影响上述工作目标结果真实性的管理责任，可获得公

司300000元现金奖励（含税）；原告无需承担被告的工资、劳动保障和

社会保险等费用，合同自2004年1月1日起生效。2004年至2006年，原告

超额完成了协议、激励方案中约定的任务。2006年12月28日，原告召开

第一届董事会第二十一次会议，后申报通过了激励方案，并通过了关

于“另外因公司董事长合同约定300000元，高出本方案标准25200元，同

意按就高不就低原则，给予奖励董事长300000元……”的申报意见。

2017年1月31日，第一次临时股东会会议以通信表决方式通过了激励方

案。方案规定，方案仅适用于本公司高层管理人员，包括公司决策层和

执行层成员，高层管理人员包含专职董事长，决策层、执行层成员的全

部报酬包括年薪、在职消费（含保险、福利待遇）和本方案所指的激励

奖金三项之和，不再享受其他任何方式的工作报酬。同时规定对前述人

员的奖励，如在此之前已有其他奖励约定的，应根据就高不就低原则进

行奖励，但不得重复奖励。

【案件焦点】

规章制度与劳动合同的约定就奖励规定不一致时，哪个效力应该优

先。

【法院裁判要旨】

江西省吉安市吉州区人民法院经审理认为：江西吉安某长运有限公

司与雷某某签订的协议书，虽然约定了30万元的奖励，但此后制订的激

励方案经法定程序通过，雷某某参与并同意了激励方案的表决，该激励

方案合法有效，且系公司规章制度，对雷某某具有拘束力。该激励方案

的奖励条件与协议基本相同，但方案明确了在此之前有其他奖励约定

的，应按照就高不就低原则奖励，并且不得重复奖励。该部分内容明确

无疑义。且申报意见中也明确了协议300000元与激励方案的关系，雷某

某对此明知。雷某某在任职的很长时间中未提出协议奖励的300000元，

迟至任期届满才提出，不符合常理。雷某某提供的公司认可300000元协

议奖励的证据系雷某某利用职务之便自行盖章获得，不应采信。

江西省吉安市吉州区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》

第二条、第七条、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、第六条、第八条第一款、第六十五条、第六十九条第

一款、第七十条第一款第一项，第七十二条第一款，《中华人民共和国

民事诉讼法》第六十四条第一款、第一百六十四条第一款之规定，判决

如下：

一、驳回雷某某的反诉请求；

二、江西吉安某长运有限公司无需向雷某某支付奖励300000元；

三、驳回江西吉安某长运有限公司的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

本案审理中，就应否支持劳动者激励奖之外的300000元奖励存在两

种意见。一种意见认为，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（以下简称第十六条）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。”规

章制度可理解为“用人单位为组织劳动过程、进行劳动管理，依法制定

和实施的规则和制度的总和，一般适用于本单位的全体劳动者或大部分

劳动者”。[[1]其](#p327)目的是建立单位内部的秩序，明确劳动者的权利义务和

各行政部门的职责，从而保障生产经营或服务活动能够有序进行。规章

制度往往是一种集体意志，具有一般性。规章制度更易被用人单位滥

用，将劳动合同本应约定或调整事项向规章制度转移，导致劳动合同被

架空，借少数人的民主侵害多数职工依法享有的民主权利，规章制度是

用人单位强加给劳动者不得不接受的格式条款。而劳动合同是用人单位

与个别劳动者就劳动权利义务单独作出的约定，劳动者在缔约过程中享

有更多的平等自主权，更能适应单个劳动关系的即时需求，更利于保护

劳动者合法权益。正是基于此，上述司法解释作出了劳动合同与规章制

度不一致时，劳动合同优先适用的规定。激励方案属于用人单位的规章

制度，本案激励方案的程序、实体虽然合法合规，但是适用劳动合同约

定，劳动者可以获得两次奖励，生存权系劳动者的基本权利，裁判应有

利于劳动者，在本案中法官应主动向劳动者释明该规定，在劳动者提出

优先适用要求后，应优先适用劳动合同约定，支持劳动者的诉讼请求。

另一种意见认为，应适用用人单位的激励方案，用人单位无需再向

劳动者支付激励奖之外的协议奖励。理由为，第十六条并不是一旦出现

不一致的情形就应适用。首先，第十六条的适用应以劳动者提出为前

提，法院不应主动释明、适用。其次，即使规章制度与劳动合同的内容

不一致，“由于企业规章制度是对个别劳动合同之共同内容作出的适用

于用人单位全体劳动者的规则，企业规章制度与劳动合同在法律效力上

的关系，表现为企业规章制度的效力高于劳动合同” [[2]。](#p327)只有在规章制

度违反法律、法规规定，损害劳动者权益的情况下，才从保护劳动者角

度优先适用劳动合同的规定。最后，《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》第十九条规定：“用人单位根据《劳动

法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、

行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳

动争议案件的依据。”规章制度依法可以作为裁判依据，其不应被理解

为格式条款，它是企业进行自主管理对劳动者所制定的一般性规定，在

程序实体合法的情况下，规章制度应予以适用，如一味地强调劳动者权

利保护，无视规章制度，实质是通过裁判侵害了企业经营自主权，不利

于企业健康发展。因此，不能无限扩大适用第十六条。

法院裁判最终选择了第二种观点，除了前述理由，还有一点就是，

本案中的激励方案的通过是在劳动合同之后，而且被告作为高层管理人

员全程参与并同意了激励方案的通过。其实，激励方案在某种程度上也

是被告对之前劳动合同内容的协议更改，激励方案对奖励的规定才是

原、被告对奖励执行方式的最终真实意思表示。

规章制度与劳动合同不一致时，两者的效力哪个应该优先？第十六

条虽然规定劳动合同效力高于规章制度，但适用的前提在于尊重与保障

劳动者的诉请选择，对于两者效力的高低并没有作正面解释。导致学术

界和司法实践对于规章制度和劳动合同存在前述两种观点。就审判层面

而言，在第十六条的适用中，应该注意以下几个方面：

1.第十六条设置劳动者选择权的目的在于，给用人单位和劳动者更

多的自主、协商空间，同时为复杂的司法实践预留裁量空间。因而在劳

动者未主动提出的情况下，法院不应向劳动者释明。

2.当规章制度与劳动合同不一致，劳动者提出优先适用要求时，应

按照第十六条优先适用劳动合同。

3.当规章制度与劳动合同不一致，劳动者未提出优先适用要求时，

首先从内容、程序上审查规章制度是否符合法律法规要求，其次应注意

审查案件中的特殊情况，如规章制度是用人单位依据既定程序单方面通

过的，还是企业与劳动者协商一致通过的，对于后一形式的规章制度，

实质上规章制度已经演化为劳动合同的一部分。在规章制度程序实体合

法，在劳动合同之后通过，且通过程序经过了协商程序的情况下，则应

适用规章制度，即使规章制度的适用不利于劳动者。在有证据表明用人

单位在制度的制定过程中存在利用强势地位，将对劳动者不合理的规定

借助民主程序转化为规章制度，或者劳动者有证据证明规章制度的制定

程序不合法，规章制度未公示，存在违反法律法规等情形时，则应优先

适用劳动合同。

规章制度与劳动合同的选择适用中，应有效平衡用人单位经营自主

权与劳动者权利保护二者之间的关系，一味地强调劳动者为弱势群体，

不加以区分从有利于劳动者角度裁判，将导致企业经营自主权受限，部

分劳动者滥用劳动救济权利，纯粹为追求高额赔偿而滥诉。过分强调企

业经营自主权，无视劳动者在经济、缔约、举证上的弱势地位，则会导

致用人单位滥用强势地位侵害劳动者合法权益。因此，在此类劳动按争

议案件的审理中，应尽量避免走这两个极端，而应该基于案件本身在证

据事实上的特殊性，在依法的情况下，有效平衡用人单位和劳动者之间

的合法权利。

编写人：江西省吉安市吉州区人民法院 王婉冰

48 具有初始培训费性质的引进费应作为飞

行员离职时违约金的计算依据

——陈某诉北京华彬天星通用航空股份有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终4151号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：陈某

被告（被上诉人）：北京华彬天星通用航空股份有限公司（以下简

称华彬航空公司）

【基本案情】

陈某于2014年3月8日取得美国飞行执照，2014年9月2日入职华彬航

空公司，同日，双方签订2014年9月2日至2015年9月1日的劳动合同，合

同约定陈某担任飞行员职务。2015年5月4日，陈某取得中国飞行执照。

2015年8月31日，陈某离职，离职原因为调往集团。2015年12月1日，双

方再次签订2015年12月1日至2030年11月30日的劳动合同。两份合同均

将员工手册作为附件之一，陈某签字确认已了解相关内容。2017年7月

20日，陈某与华彬航空公司解除劳动关系。

华彬航空公司主张双方签订服务期协议，公司为陈某支付引进费及

培训费927000元。对此，华彬航空公司提交下列证据：

1.2014年5月20日签订的委托引进协议，甲方为华彬航空公司、乙

方为珠海横琴蓝天投资控股有限公司（以下简称珠海横琴公司），协议

约定华彬航空公司委托珠海横琴公司向中美加州航空飞行学院（以下简

称加州飞行学院）引进8名飞行员，引进费为每名飞行员人民币630000

元，具体人数以实际引进人数为准。引进费暂由珠海横琴公司代华彬航

空公司支付，华彬航空公司分期向珠海横琴公司偿还，拟引进人员名单

为陈某等8人。华彬航空公司主张实际引进人数为6人。

2.2014年8月1日签订的委托书，内容为加州飞行学院委托山东中联

通用航空有限公司（以下简称山东中联航空公司）代为向来美国学习私

人或商业飞行员课程的中国学员或任何第三方机构收取行政费用以及学

费；2014年9月23日签订的人才输送合同，甲方为珠海横琴公司、乙方

为加州飞行学院，合同约定珠海横琴公司从加州飞行学院已完成培训学

员中选聘8名学员到珠海横琴公司工作，并支付加州飞行学院费用作为

人才引进费，约定每录用一名飞行员，珠海横琴公司向加州飞行学院支

付人民币630000元，其中包括学员在美国的全部学费和人才引进费用；

中国工商银行网上银行电子回单2张，回单显示付款人为珠海横琴公

司、收款人为山东中联航空公司，金额分别为756000元和3024000元；

珠海横琴公司记账凭证2张，摘要分别为“预支付山东中联航空公司培训

费—引进飞行员”和“支付山东中联航空公司培训费—引进6名飞行员尾

款”。

3.2015年12月1日陈某签订的飞行员承诺书，承诺将履行十五年的

劳动合同服务责任，且如果因为本人原因无法完成该十五年的劳动合同

服务责任，本人将承担相应的经济损失，并将引进费偿还给公司；2015

年12月1日双方签订的补充协议及同日的补充协议变更书；2016年2月19

日、2016年3月16日、2016年7月16日、2017年2月16日、2017年4月16日

补充协议变更书；2015年12月1日（2张）、2016年2月19日（2张）、

2016年3月16日、2016年7月16日、2017年2月16日、2017年4月16日陈某

签字确认的借款单共计8张，上述补充协议及借款单载明华彬航空公司

对陈某进行了R66机型培训、407改机型、R44熟练检查、R44旅游观

光、R44特情训练等培训并支出培训费用297000元。

【案件焦点】

飞行员引进费的性质。

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：关于飞行员引进费的性质问

题，从字面理解“引进费”确实不符合专业技术培训费用的含义，但考虑

到飞行员职业的特殊性，华彬航空公司为引进陈某并与之建立劳动关系

确实支付了该笔费用，在人才输送合同中亦明确载明该费用包括学员在

美国的全部学费及人才引进费用，应属于初始培训费用范畴，且陈某在

承诺书中签字确认如因个人原因无法完成十五年服务期限，本人将引进

费偿还给公司，而在此后签订的数份补充协议及补充协议变更书中亦对

该630000元作为引进费培训费加以明确，陈某对此并未提出异议，并签

字确认。陈某与华彬航空公司签订的数份补充协议及补充协议变更书均

系双方当事人真实意思表示，应属合法有效，双方均应按照约定行使权

利和履行义务。故法院认为该引进费亦属于华彬航空公司对陈某在美国

学习期间以及争取与其建立劳动关系的一种培训性支出。

北京市密云区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第二十

二条、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，

作出如下判决：

一、陈某于本判决生效之日起十日内给付被告华彬航空公司培训费

297000元；

二、驳回陈某的诉讼请求。

陈某不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认

为：关于培训费的赔偿问题，陈某提出双方签订的承诺书、补充协议和

补充协议变更书应属无效、引进费以及297000元的费用支出并非专项培

训支出的上诉理由。对此法院认为，一方面，陈某与华彬航空公司签订

数份补充协议和补充协议变更书，陈某并未提交证据证明上述协议非本

人真实意思表示，在陈某确认本人签署上述协议亦未提交反证的情况

下，陈某主张上述补充协议和补充协议变更书应属无效，缺乏事实和法

律依据，法院对此不予采信；另一方面，结合一审查明事实，考虑飞行

员的职业特殊性以及补充协议和补充协议变更书中对于引进费培训费的

明确约定，一审法院认定引进费属于华彬航空公司对陈某的一种培训性

支出以及297000元培训费系属专业技术性培训支出，并无不当。

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】

飞行员离职时通常要向航空公司支付违约金。在航空公司支付的相

关费用中，引进费的性质如何界定、是否能根据其支付情况将其认定为

培训性支出而要求飞行员承担，对此进行如下分析：

关于违约金的法律依据问题，劳动合同法第二十二条第一款规

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”。该条虽然没有明确界定

服务期的概念，但规定了服务期适用的情形，根据上述规定可以厘清服

务期的构成。第一，服务期应由用人单位与劳动者约定，该约定属于劳

动合同所涵盖的内容，与劳动合同中约定的诸如工作岗位、工资、工时

制度、劳动条件等其他内容共同确定服务期期限内劳动关系双方的权利

义务。也就是说，服务期应以用人单位与劳动者之间存在劳动合同关系

为前提，并且以双方约定的形式存在。第二，服务期的约定以用人单位

向劳动者提供专项培训费用，对劳动者进行专业技术培训为条件；由于

服务期具有限制劳动者自由择业的法律后果，其适用条件必须受到严格

限制，以免使其成为用人单位损害劳动者利益的工具。应明确的是，此

处的“培训费用”应当是“专项的”，“技术培训”也应当是“专业的”，不是

任何培训费用和技术培训都构成约定服务期的条件。劳动法第六十八条

第二款规定：“从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。”这种类

型的岗前培训是面对从事该技术岗位的所有劳动者的，不属于专项培训

的范畴，因而不能成为约定服务期的条件。第三，劳动者违反服务期的

约定将导致违约责任。劳动合同法第二十二条第二款规定，“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”。这是劳动合

同法中规定的能够对劳动者适用违约金的情形之一。用人单位对劳动者

进行培训是一种人力资源投资，劳动者因违反服务期约定必然会给用人

单位造成一定损失，因此由劳动者给付用人单位一定的违约金是正当

的，并且法律为了平衡双方利益亦对违约金的上限作出了规定，即“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”。

综上，航空公司之所以能向离职飞行员索要违约金，其前提是双方

有关于服务期的约定，航空公司向飞行员提供专项培训费用，对其进行

专业技术培训。本案中，双方有关于服务期的约定，问题的关键在于对

航空公司引进飞行员时支付的引进费性质的认定问题。引进费虽然名称

上与专项培训费用存在差异，但对于专项培训费用的理解不应仅仅局限

于字面意思，还应综合考虑对引进费的支付主体、支付对象、支付时包

含的内容等方面进行认定，在符合由招用飞行员的航空公司为引进飞行

员而向培养飞行员的航空学校支付相关费用用于支付学费以及引进费的

情况下，应认定为航空公司为与飞行员建立劳动关系的一种培训性支

出。

编写人：北京市密云区人民法院 曲明辉

49 劳动者对用人单位承担赔偿责任的认定

标准

——苏州宝利辰表行有限公司诉无锡优派人力资源服务有限公司等劳动合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终724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）：苏州宝利辰表行有限公司（以下简称宝利辰公

司）

被告（上诉人）：李某、张某

被告：陈某、无锡优派人力资源服务有限公司（以下简称优派公

司）

【基本案情】

2014年6月13日，宝利辰公司与优派公司签订员工派遣服务协议，

约定由优派公司向宝利辰公司派遣员工。协议签订后，优派公司将其员

工陈某、李某、张某派遣至宝利辰公司从事导购工作，工作地点在宝利

辰公司无锡分公司。按照无锡分公司工作制度，上早班员工下班时，必

须与上晚班员工进行统计手表数量等方面交接工作；上晚班人员要统计

一天的销售金额、手表数量，还要统计当月销售金额、手表数量；经手

销售手表的员工负责在销售登记本上登记；撤柜的手表应锁入柜子里保

管。

2016年6月30日，宝利辰公司将97只各种品牌、规格型号的手表调

拨给无锡分公司用于促销活动，由陈某经手。2016年8月13日，陈某接

到手表撤柜指令，便与张某一起将44只手表撤柜放入临时找来的满身缠

满黄色胶带的一个纸箱内，张某在纸箱封口处贴了写有“44只手表”的黄

色便利贴，后将该纸箱放在手表柜台内部的纸箱上，未按规定将手表锁

入柜子保管。2016年8月14日，陈某下班与李某交接时，未交接撤柜手

表方面的事项，也未交接手表数量。当天，店长杨某要求当班的李某、

张某清理店内垃圾，李某见店内音响旁边有三个纸箱（其中包含装有撤

柜手表的纸箱），李某便将这些纸箱都当作垃圾清出店内，摆放在店门

外一侧，后由荟聚购物中心的清洁工收走了上述纸箱。次日，陈某得知

纸箱被李某扔掉后报警求助，但寻找未果。事后，李某及张某先后以个

人原因为由辞职离开宝利辰公司。李某、张某、陈某2016年在职时月平

均收入为3800元左右。手表丢失给宝利辰公司造成了损失，遂诉至法院

请求判令优派公司、李某、张某、陈某连带赔偿44只手表的损失344688

元。

【案件焦点】

1.李某、张某、陈某及优派公司是否应对宝利辰公司遗失的44只手

表承担赔偿责任；2.李某、张某、陈某及优派公司之间是否存在连带赔

偿责任。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为：劳动者在履职过程中存

在重大过失而给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。本案中，张

某、陈某未按规定将撤柜的手表锁入手表柜内保管，而是随意摆放，陈

某又未与李某交接手表撤柜方面的事宜，此乃遗失手表的诱因。李某在

清理店内垃圾时未认真核查，将店堂内的纸箱随意当作垃圾清理，张某

也未尽到注意义务。因此，李某、张某、陈某对造成宝利辰公司44只手

表遗失均负有重大过失责任。鉴于事件发生在履行劳动合同期间，劳动

关系具有人身依附性，用工单位与劳动者的法律地位不同，且用工单位

支付给劳动者的对价即劳动报酬与劳动者创造的劳动成果具有不对等

性，故用工单位作为劳动成果的享有者，亦应承担一定的经营风险，再

则用工单位管理缺失也是造成损失发生的因素之一。考虑本案三位劳动

者工资收入情况，结合本案实际，酌定李某赔偿经济损失20000元，张

某、陈某各赔偿经济损失15000元。宝利辰公司在本案中要求优派公司

承担赔偿责任，于法无据；要求优派公司承担连带责任也缺乏劳动法律

关系中的法律依据及书面约定，故对优派公司的诉讼请求应予驳回。

江苏省无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第三

条第二款、《中华人民共和国劳动合同法》第二十九条、《工资支付暂

行规定》第十六条、《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、李某于本判决生效后十日内赔偿宝利辰公司经济损失20000

元；

二、张某于本判决生效后十日内赔偿宝利辰公司经济损失15000

元；

三、陈某赔偿宝利辰公司经济损失15000元，上述赔偿款自本判决

生效后的次月起每月在陈某本人工资中扣除，但每月扣除的部分不超过

其当月工资的20%，若扣除后的剩余工资低于无锡市最低工资标准，则

按最低工资标准支付，直至结清为止；双方劳动合同解除或者终止时，

陈某应一次性付清赔偿款；

四、驳回宝利辰公司的其他诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

处理有关因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的案件的法律

依据有《中华人民共和国劳动合同法》第九十条“劳动者违反本法规定

解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给

用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任”及《工资支付暂行规定》第

十六条“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按

照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者

本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的

20％。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工

资标准支付”。可见，立法上对于劳动者承担赔偿责任的方式、范围、

标准等缺乏明确规定，需要在实践中探索出能够广泛适用的裁判规则。

第一，确定归责原则。在劳动关系中，劳动者对用人单位存在人

身、财产上的从属性、依附性，劳动者接受用人单位的管理、指挥与监

督。因此，采用过错责任原则符合劳动立法保护劳动者、平衡劳动关系

中双方利益的宗旨。

第二，确定赔偿标准。劳动关系区别于普通民事关系，如果不加限

制地要求劳动者为其任何程度的过错均承担全部的损害赔偿责任，是有

失公允的。因此，从立法宗旨与社会认同的角度出发，在案件处理中，

要衡量劳动者的过失程度，属一般过失的不宜要求劳动者承担赔偿责

任；属于重大过失的，劳动者承担的赔偿责任应限于用人单位的直接经

济损失。具体确定赔偿额度及比例时，根据过错的大小、损害的程度，

参照劳动者的工资收入水平，确定劳动者应赔偿的数额。如劳动者故意

造成经济损失的，则应承担全部的损害赔偿责任。

第三，确定赔偿依据。用人单位要求劳动者承担赔偿责任的，需举

证证明劳动者存在重大过失，另外需举证双方在劳动合同或规章制度中

对赔偿事由、赔偿范围、额度和比例等作过约定或规定。但是根据案件

实际情况，如劳动者的行为明显与其应尽的工作职责不相适应，违反了

职业道德与职业操守，那么即使没有劳动合同或者规章制度的约定，也

应依法对用人单位造成的损失承担相应的赔偿责任。

劳动者并非无责主体，因自身过错造成用人单位财产损失的，理应

承担相应的赔偿责任，应当对劳动者的赔偿责任制度加以完善规制，否

则将不利于用人单位财产权的保护，造成劳动关系的另一种失衡。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 赵玲洁 高益新

50 劳动者非因本人原因到新用人单位的工

作年限和劳动关系存续期间的区别适用

——付某诉威远县侨生能源有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省内江市中级人民法院（2018）川10民终82号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：付某

被告（上诉人）：威远县侨生能源有限公司（以下简称侨生公司）

【基本案情】

付某系侨生公司职工，自2005年10起至2017年7月，侨生公司为其

缴纳了工伤保险，其中2010年3月至2013年4月没有缴纳工伤保险记录。

付某于2009年2月25日至3月5日参加煤矿职工安全培训，其单位为侨生

公司。

2015年3月31日至2015年4月3日，付某因慢阻肺急性加重、肺心病

等在威远县中医医院住院治疗3天。2015年7月6日至2015年7月10日，付

某又因慢性阻塞性肺病伴急性加重、慢性肺源性心脏病在四川省自贡市

第一人民医院住院治疗4天。2017年7月26日，侨生公司向威远现代医院

出具介绍信一封，其中载明“付某从1993年至2015年从事掘进等工作，

接触粉尘有害因素22年”。2017年7月28日，威远现代医院向付某出具职

业健康体检报告，载明“本次职业健康体检未发现明显与职业相关的健

康损害”，该报告上载明本次检查系“离岗”检查，同时载明付某总工龄

22年、接触职业危害工龄22年、职业史起始时间为1993年1月、结束时

间为2015年7月（工种为掘进）。该介绍信和检查报告均签盖有侨生公

司公章。

2017年8月22日，付某向威远县劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁

申请，威远县劳动人事争议仲裁委员会以超过仲裁时效为由决定不予受

理后，付某向法院提起诉讼。

2017年9月14日，四川谨诚司法鉴定所出具司法鉴定意见书一份，

载明：“1.付某肺部功能障碍评定为八级病残。2.付某职业病与其职业有

因果关系。3.付某职业病未达到大部分丧失劳动能力的程度。”

诉讼中，侨生公司辩称付某是从威远县俊龙矿业有限公司转来，与

侨生公司在2010年2月至2013年5月解除了劳动关系，认可付某与侨生公

司2014年8月至2015年3月存在劳动关系，侨生公司只为付某购买了工伤

保险，没有购买其他社会保险。付某、侨生公司双方均认可付某于2015

年3月起就没有在侨生公司上班。

【案件焦点】

付某与侨生公司劳动关系的存续时间。

【法院裁判要旨】

四川省威远县人民法院经审理认为：结合侨生公司出具的职业健康

体检报告、介绍信，付某提供的培训证书，侨生公司当庭确认的2014年

8月至2015年3月双方存在劳动关系及侨生公司自2005年为付某缴纳工伤

保险至2017年7月的事实，应当确定付某与侨生公司于1993年至2015年3

月存在劳动关系。付某于2015年3月开始停止工作治疗疾病，依法应自

2015年3月起享有二十四个月的医疗期，在此期间，侨生公司不能解除

双方劳动合同关系。付某主张劳动关系于2017年7月26日解除，且侨生

公司未提供证据证明双方于2015年3月解除劳动合同，并结合侨生公司

于2017年7月28日出具离岗检查介绍信、侨生公司为付某缴纳工伤保险

至2017年7月等事实，应确定双方劳动关系于2017年7月26日解除。故双

方劳动关系存续时间依法确定为1993年1月至2017年7月26日。

四川省威远县人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十

六条、第三十七条、第三十八条、第四十条、第四十一条、第四十六

条、第四十七条、第九十七条，《中华人民共和国社会保险法》第六十

三条，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条、第一百四十二条、

第一百五十二条，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二

条第二款，《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》第九十条规定，判决如下：

一、确认付某与侨生公司自1993年起至2017年7月26日存在劳动关

系；

二、侨生公司于本判决生效之日起十日内向付某支付经济补偿金等

64191元；

三、驳回原告付某的其他诉讼请求。

侨生公司、付某不服一审判决，提起上诉。四川省内江市中级人民

法院认为：结合侨生公司出具的介绍信、职业健康体检报告、工伤保险

缴费明细及侨生公司在一审中陈述付某是从其他公司转过来的事实，根

据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十条的规定，对付某的工

作年限应依法连续计算即自1993年起至2017年7月28日。因侨生公司系

2000年7月25日成立，侨生公司作为合法的用工主体与付某之间的劳动

关系存续时间应从2000年7月25日起计算至2017年7月28日。

四川省内江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规定，判决如下：

一、维持四川省威远县人民法院（2017）川1024民初2528号民事判

决第二项、第三项，即“侨生公司于本判决生效之日起十日内向付某支

付经济补偿金等64191元”“驳回付某的其他诉讼请求”；

二、撤销四川省威远县人民法院（2017）川1024民初2528号民事判

决第一项，即“确认付某与侨生公司自1993年起至2017年7月26日存在劳

动关系”；

三、付某与侨生公司自2000年7月25日起至2017年7月28日存在劳动

关系。

【法官后语】

长期以来，受能源结构调整、环保政策变化等因素影响，煤矿企业

效益普遍下滑，大量的煤矿企业退出煤炭行业，煤矿企业间的合并、更

替也衍生出一系列的法律问题，其中劳动者工作场所、工作岗位未变化

但用人单位变更的情况屡见不鲜，从业人员权益保护问题突出。《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（四）》第五

条明确规定，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的，应当认定为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，工作年限合并计算为新用人单位工

作年限。本案中，一审、二审法院在认定劳动关系存续期间的不同认识

和判决，在一定程度上反映了当前司法实践中存在将合并计算的工作年

限与劳动关系存续期间混淆适用的问题。

在劳动者非因本人原因变更用人单位的情况下，合并计算的工作年

限与劳动关系存续期间是不完全相同的概念。区别主要表现在：

一、内涵与外延不同。合并计算的工作年限是一种法律拟制的劳动

者连续工作年限，指劳动者在一个或者若干个单位工作，按规定连续计

算的工作时间。劳动关系存续期间是指自劳动者与用人单位建立劳动关

系起直至劳动关系终止或解除的期间。劳动关系存续期间是狭义的本单

位工作年限，包含在合并计算的工作年限中，合并计算的工作年限是广

义的本单位工作年限。

二、来源不同。劳动关系存续期间来源于劳动合同法第七条规定，

合并计算的工作年限规定体现在《中华人民共和国劳动合同法实施条

例》第十条、《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（四）》第五条。

三、计算方式不同。劳动关系存续期间自用人单位用工之日起计

算，合并计算的工作年限是若干用人单位按规定计算的工作年限的总

和。

四、适用不同。本案中，虽一审、二审认定的劳动关系存续期间不

同，但最终判决的经济补偿金等并无差别，这反映了合并计算工作年限

的优越性，但并不意味着劳动关系存续期间和合并计算的工作年限的区

别无意义，两者在适用上有严格的区别。

（一）合并计算的工作年限的适用情形：1.原用人单位未支付经济

补偿金的，经济补偿金按合并计算的工作年限，每满一年支付一个月工

资的标准支付；2.用人单位违法解除或者终止劳动合同的，按经济补偿

金标准的二倍向劳动者支付补偿金；3.职工患病或非因公负伤，需要停

止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和本单位工作年限，给予三

个月到二十四个月的医疗期；4.劳动者在用人单位工作满十年，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；5.劳

动者在用人单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年，用人

单位不得依照无过失性辞退、经济性裁员的规定解除劳动合同，且劳动

合同期满延续。

（二）劳动关系存续期间适用的情形：1.已建立劳动关系，未同时

订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同，

自用工之日起超过一个月不满一年未订立书面劳动合同的，应当向劳动

者每月支付二倍的工资；2.用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订

立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合

同；3.用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工申办社会保险登

记；4.劳动者与原工作单位因拖欠劳动报酬发生争议的，应当与原工作

单位自劳动关系终止之日一年内提出。

综上所述，在具体司法实践中，面对企业合并、更替频繁的行业，

应特别注意结合行业特点、用人单位经营时间及其他劳动关系存在的证

据，综合认定劳动者的劳动关系存续期间、合并计算的工作年限，并进

行区别适用。

编写人：四川省内江市中级人民法院 雷琳

51 用人单位不宜被认定为有权申请宣告劳

动者死亡的利害关系人

——沧州渤海新区荣翔海运有限公司申请宣告公民死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州海事法院（2018）粤72民特64号民事裁定书

2.案由：宣告公民死亡纠纷

3.当事人

申请人：沧州渤海新区荣翔海运有限公司（以下简称荣翔公司）

被申请人：杨某某

【基本案情】

2017年6月21日，杨某某与荣翔公司订立劳动合同，约定杨某某的

岗位为“荣翔66”轮的轮机长，合同期限至2020年6月20日。

2017年8月23日，受2017年第13号台风“天鸽”影响，“荣翔66”轮在

珠江口沉船，船上11人落水，6人死亡，杨某某和另一名王姓船员失

踪。

2017年9月23日，就杨某某失踪一事，荣翔公司与杨某某家属杨某

（杨某某之子）、高某某（杨某某之妻）等人签订和解协议，约定荣翔

公司一次性补偿杨某某近亲属112万元，协议还约定杨某某近亲属取得

前述款项需提交法院宣告杨某某死亡的民事判决。2017年10月30日，杨

某某之子杨某代表杨某某近亲属领取了共计112万元的和解赔偿款项。

2017年11月16日，广州沙角海事处出具证明，载明根据事故发生的

天气、海况以及船员失踪的时间判断，杨某某生还可能性不大。

后荣翔公司要求杨某某近亲属向法院申请宣告杨某某死亡，杨某某

近家属以情感上难以接受等理由拒绝。荣翔公司遂向广州海事法院申请

宣告杨某某死亡。

【案件焦点】

劳动者的用人单位能否被认定为民法总则第四十六条规定的宣告劳

动者死亡的利害关系人。

【法院裁判要旨】

广东省广州海事法院经审理认为：申请人荣翔公司与杨某某之间订

有书面劳动合同，系杨某某的用人单位。虽然申请人在杨某某家属未能

提供宣告杨某某死亡判决的情形下向杨某某家属支付和解补偿款，可能

遭受申请人自称的法律风险，但其遭受的前述自称法律风险并不足以使

申请人具有宣告杨某某死亡的利害关系人资格。至于申请人自称面临的

法律风险，申请人可循其他合法途径予以解决。故申请人关于宣告杨某

某死亡的申请于法无据，应予驳回。

广东省广州海事法院依照《中华人民共和国民法总则》第四十六

条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条、第一百七十八

条、第一百八十四条、第一百五十四条第一款第十一项的规定，裁定如

下：

驳回申请人荣翔公司宣告杨某某死亡的申请。

【法官后语】

根据民法总则第四十六条规定，自然人有下列情形之一的，利害关

系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡：（一）下落不明满四年；

（二）因意外事件，下落不明满二年。因意外事件下落不明，经有关机

关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受二年时间的限制。台

风作为一种自然现象，由其作为原因力引起的海难事故，在宣告失踪和

宣告死亡事故中作为“意外事件”处理较为合理。故荣翔公司申请宣告杨

某某死亡的事实要件（意外事件）、时间要件（不受二年时间限制）均

已满足。本案焦点问题是荣翔公司是否为民法总则第四十六条规定

的“利害关系人”。

民法总则施行后，在未有明确法律或司法解释规定时，《中华人民

共和国民法通则》以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国

民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）与民

法总则冲突的条文不予适用，没有冲突的条文仍具法律效力。民法总则

并未明确规定该法第四十六条“利害关系人”包括哪些主体。根据《民通

意见》第二十五条的规定，有权申请宣告自然人死亡的主体为该自然人

的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子

女以及其他有民事权利义务关系的人，且前述主体在申请宣告自然人死

亡时有顺序的要求，顺序在先者不申请的，顺序在后者即使申请亦不应

准许。但在民法总则施行之后，根据民法总则第四十七条“对同一自然

人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的利害关系人申请宣告失踪，符

合本法规定的宣告死亡条件的，人民法院应当宣告死亡”的规定，前述

有权申请宣告死亡的顺序限制不再适用。

因此，有权宣告杨某某死亡的利害关系人应包括杨某某的配偶、父

母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女等近亲属

以及与杨某某有其他民事权利义务关系的人。荣翔公司并非杨某某的近

亲属，因此应判断荣翔公司是否为与杨某某有其他民事权利义务关系的

人。

目前法律法规或司法解释并未明确规定与被宣告死亡自然人有民事

权利义务关系的人的具体范围。此时应结合宣告死亡制度的目的予以判

定前述主体范围。宣告死亡的制度目的是及时了结下落不明人与他人的

财产关系和人身关系，维护正常的社会秩序。从反向规制看，也需避免

他人恶意利用宣告死亡制度损害失踪人利益的问题。从主体构成要件层

面上看，申请宣告死亡的利害关系人是与失踪的自然人具有利益关系的

主体；从利益实现层面上看，需满足如不宣告该自然人死亡则其利益不

能实现。也就是说，只要能通过其他制度保护其利益的，就不宜允许该

主体宣告失踪自然人死亡的权利。由此推之，“与被宣告死亡自然人有

民事权利义务关系的人”可以包括：受遗赠人、人寿保险合同的受益

人。而可以通过其他诉讼程序维护其债权的失踪人的普通债权人以及可

通过其他行为或诉讼程序了结与失踪人债务关系的债务人则无权申请宣

告自然人死亡。而与失踪自然人存在劳动合同关系的用人单位，劳动者

的失踪必然影响其与劳动者的劳动关系是否应该存续、是否需继续承担

对劳动者缴纳社会保险等重大利害关系，其可以通过宣告自然人失踪实

现其利益。在此情形下，不宜赋予其通过宣告劳动者死亡这种具有重大

后果的制度维护其权益。

就本案而言，荣翔公司与杨某某近亲属达成的协议中包括杨某某近

亲属需向法院申请宣告杨某某死亡的条件。荣翔公司在该条件尚未成就

之时，即基于人道主义考量向杨某某近亲属全额支付了112万余元和解

款项。虽然之后杨某某近亲属未及时向法院申请宣告杨某某死亡，可能

使荣翔公司遭受保险公司的索赔等实际损失，但荣翔公司的前述自称损

失可以通过以杨某某近亲属为被告，以杨某某近亲属未履行合同义务或

者存在不当得利为由，以诉讼程序予以救济。而申请宣告杨某某死亡并

不是该公司实现其利益的唯一选择。故法院裁定驳回荣翔公司的申请。

驳回荣翔公司申请后，承办法官向杨某某近亲属释明了其全额收取和解

款项但未向法院申请宣告杨某某死亡可能存在的法律风险。后杨某某配

偶高某某以申请人身份向法院申请宣告杨某某死亡。法院根据事实和法

律规定，准许了高某某的申请。

编写人：广东省广州海事法院 徐春龙

52 事业单位聘用合同能否约定未到期辞职

的违约金

——苏某诉北京市密云区中医医院人事争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）民终字第11431号民事判决书

2.案由：人事争议纠纷

3.当事人

原告：苏某

被告：北京市密云区中医医院（以下简称密云中医院）

【基本案情】

苏某为密云中医院外埠引进大学生。2013年10月22日，密云中医

院、苏某、北京市密云县人力资源服务中心（以下简称密云人力资源中

心）签订了《服务中心合同书》。在违约责任部分约定：乙方因特殊原

因在服务期内调离本县的，经甲方同意，丙方批准后，每少服务一年，

缴纳3000～5000元的补偿费。同日，密云中医院（甲方）与苏某（乙

方）签订《卫生局引进毕业生协议书》和《聘用合同书》。其中，《卫

生局引进毕业生协议书》关于服务期限及违约责任的约定内容为：乙方

毕业后到甲方指定的医疗卫生单位工作，服务期限不少于10年。乙方因

自身原因在服务期内调离的，经甲方同意，并报有关部门批准后，每少

服务一年，向甲方支付50000元的违约金。《聘用合同书》在违反聘用

合同的责任第二项乙方违约责任中约定：乙方经甲方出资培训，原约定

的服务期未满而提出解除本合同的，应当向甲方赔偿培训费，标准为：

以实际发生的培训费为准，按培训结束后每服务一年递减20%执行。

2013年10月17日，密云中医院对苏某进行规范化培训，培训至2016

年7月31日。自2016年8月1日起，苏某以照看生病的岳父为由请事假，

同年11月10日，向密云中医院邮寄了辞职报告。密云中医院于2016年11

月28日批准其辞职申请，苏某于2016年11月30日正式离职。2017年2月

17日，密云中医院向密云仲裁委申请仲裁，密云仲裁委裁决苏某支付密

云中医院违约金341667元。苏某不服仲裁裁决，诉至法院，要求无需向

密云中医院支付违约金。

【案件焦点】

1.双方关于违约金的争议是否当然适用劳动法的相关规定；2.密云

中医院能否以《卫生局引进毕业生协议书》主张违约金；3.《卫生局引

进毕业生协议书》约定违约金数额是否违反相关规定。

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：本案争议焦点一为双方关于违

约金的争议是否当然适用劳动法的相关规定。本案中，苏某与密云中医

院系人事聘用关系，而非劳动关系。依据《最高人民法院关于事业单位

人事争议案件适用法律等问题的答复》，苏某与密云中医院因是否支付

违约金产生的争议属于实体审理问题，不应当然适用劳动法的相关规

定，故苏某根据劳动合同法的相关规定认为密云中医院不得约定违约金

的主张，法院不予采纳。争议焦点二为苏某与密云中医院签订了《卫生

局引进毕业生协议书》《服务中心合同书》《聘用合同书》三份合同，

密云中医院能否以《卫生局引进毕业生协议书》主张违约金。密云中医

院与苏某签订的《卫生局引进毕业生协议书》具有针对性，针对的是外

埠引进人才或定向委培人才。在苏某作为外埠引进人才，在《卫生局引

进毕业生协议书》中已经约定违约金的情形下，密云中医院有权依据

《卫生局引进毕业生协议书》向其主张违约金。《卫生局引进毕业生协

议书》只是该协议书的名称，与苏某签订协议的甲方是密云中医院，密

云中医院作为密云卫计委的下属单位，在招聘人员时统一使用密云卫计

委的制式表格并无不妥。苏某未提交在签订合同协议时存在欺诈、胁迫

等情形的相关证据。且在协议书上签字，应视为其认可该协议内容。综

上，苏某关于密云中医院不能依据《卫生局引进毕业生协议书》要求违

约金的主张，法院不予采纳。争议焦点三为《卫生局引进毕业生协议

书》约定违约金数额是否违反相关规定。《北京市事业单位聘用合同制

试行办法》第四十三条规定，违约金数额由双方当事人在聘用合同中自

行约定。故密云中医院与苏某在《卫生局引进毕业生协议书》中约定的

违约金数额并不违反法律规定。综上所述，密云中医院有权依据双方的

约定要求苏某支付违约金，故对苏某要求不支付密云中医院违约金的诉

讼请求，法院不予支持，关于违约金的具体数额，根据协议约定及苏某

的服务期限予以核算。

北京市密云区人民法院依据《最高人民法院关于人民法院审理事业

单位人事争议案件若干问题的规定》第三条之规定，判决如下：

一、苏某于本判决生效之日起十日内给付密云中医院违约金341667

元；

二、驳回苏某的诉讼请求。

苏某不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认

为：双方当事人争议焦点主要集中为以下几点。

第一，双方是否系协商一致解除合同，苏某的离职行为是否构成违

约。首先，根据查明的事实，苏某并未提交充分证据证明其主张的系因

不可抗力而提出提前解除人事聘用合同关系的事实成立；其次，密云中

医院虽然在苏某提出解除合同的同时并未主张违约责任，但其后密云中

医院已经通过申请仲裁的方式明确要求苏某承担合同约定的违约责任，

故苏某以密云中医院在解除合同的同时并未提出要求承担违约责任，属

于协商一致解除为由主张其不应承担违约责任，缺乏事实和法律依据，

法院不予采信。

第二，苏某与密云中医院签订了《卫生局引进毕业生协议书》《聘

用合同书》，应以哪份合同作为认定违约责任的依据。虽然苏某与密云

中医院签订的协议名称不同，但从协议签订的主体、协议内容和密云中

医院招聘人员岗位的性质来看，《卫生局引进毕业生协议书》和《聘用

合同书》的性质本质均为人事聘用合同书，而《聘用合同书》属于岗位

合同书，有效期限短，适用于所有密云中医院事业编制人员；《卫生局

引进毕业生协议书》则更具有较强针对性，主要针对的就是外埠引进人

才或定向委培人才，苏某作为外埠引进人才，在违反该协议约定的服务

期规定的情况下，密云中医院有权据此向其主张违约金。

第三，《卫生局引进毕业生协议书》中关于服务期的违约金约定，

是否应适用劳动合同法调整。苏某与密云中医院系人事聘用关系，而非

普通劳动合同关系。根据前文的分析，人民法院对事业单位人事争议案

件的实体处理应当适用人事方面的法律规定，除涉及事业单位工作人员

劳动权利的内容在人事法律中没有规定的，适用《中华人民共和国劳动

法》的有关规定。而《北京市事业单位聘用合同制试行办法》第四十三

条规定，违约金数额由双方当事人在聘用合同中自行约定。故密云中医

院与苏某在《卫生局引进毕业生协议书》中约定的违约金数额并不违反

相关人事法律的规定。

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的规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案主要涉及事业单位聘用合同关于违约金约定的相关争议问题。

目前，我国《人事管理条例》未对事业单位与受聘人员签订的聘用合同

能否约定违约金问题进行明确规定。相关规定主要散见于各种地方性法

规中。对于双方是否可以在聘用合同中约定违约金以及违约金数额能否

调整的问题，司法实践中争议较大。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条、第二十三条、第二十

五条规定，确立了劳动法意义上的违约金制度，并对违约金在劳动合同

中的适用及数额方面作出了限制规定，如只能适用于对劳动者进行专项

培训和负有保密义务两种情形。且在劳动者违反服务期约定的情况下，

违约金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。如此规

定的原因在于，劳动合同与民事合同在合同主体地位、合同标的等方面

存在本质上的区别。有鉴于此，为突出保护劳动者的权益，国家对于劳

动合同必须进行干预，为此劳动合同法更多地体现出社会法的特质，不

能完全运用民事合同中的意思自治原则，而劳动合同中的违约金问题也

不能完全由双方自由约定。此外，目前劳动合同法规定的违约金的功能

仍然是以补偿性为主、惩罚性为辅。考虑到劳动合同的上述特性，劳动

合同中的违约金应当是补偿性而非惩罚性的，应与违约造成的实际损失

相适应，而不能脱离劳动者的实际支付能力。因此，对于不合理的违约

金条款，应当赋予当事人调整违约金的请求权。

关于违约金引发的人事争议的法律适用问题。劳动合同法第九十六

条规定，事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或

者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规

定；未作规定的，依照本法有关规定执行。据此，对于事业单位聘用合

同中的违约金问题应当适用劳动合同法进行调整。

1.根据上位法优于下位法、新法优于旧法的原则，劳动合同法系全

国人大常委会2007年制定的基本法，在法律位阶及效力上均优于最高人

民法院2003年颁布的《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争

议案件若干问题的规定》。

2.事业单位的聘用合同虽然有别于劳动合同，特别是约定服务期的

在编受聘人员往往能够享受到落户等福利政策。但是事业单位的聘用合

同仍然是以受聘人员的劳动行为作为主要合同标的的合同，同样应当具

有保护受聘人员权益、尊重受聘人员择业自主权等特质，必须受到国家

干预，不能完全运用民事合同中的意思自治原则。而对于违约金问题，

亦不能完全由双方自由约定，应当适用劳动合同法的相关规定。对于聘

用合同中关于违约金问题不合理的约定，应当赋予当事人进行调整的权

利。当然，基于事业单位管理的地域性特色，在违约金具体数额的确定

上，可以由地方性法规进行补充规定，但是在立法价值上应当遵循劳动

合同法的基本原则和精神。

编写人：北京市密云区人民法院 徐秀丽

53 用人单位主张劳动者支付“猎头费” 的处

理方法

——北京中广上洋科技股份有限公司诉宁某劳动争议案

【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8065号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：北京中广上洋科技股份有限公司（以下简称中广

上洋公司）

被告（被上诉人）：宁某

【基本案情】

宁某于2016年6月2日入职中广上洋公司，双方订立了固定期限劳动

合同。2017年7月10日，宁某因个人原因以电子邮件形式向中广上洋公

司提交了离职申请，此后未再出勤。

中广上洋公司主张，其公司收到宁某的离职申请后，于2017年7月

11日起多次通过电子邮件的方式告知宁某应办理工作交接，但宁某提出

离职后便离开工作岗位未再出勤，未提前30日向其公司提出离职申请，

未办理离职工作交接。此外，宁某等12人还串通同时离职并入职竞争对

手的公司，对销售工作造成不良影响，导致其公司重新招录、培训、试

用员工，产生了费用，给其公司造成经济损失。同时，宁某等12人的离

职打断了其公司正常的研发、经营工作，导致产品的研发停滞，无法按

期交付，给其公司造成巨大经济损失。宁某应当对上述损失承担赔偿责

任。为证明其主张，中广上洋公司提交电子邮件打印件、付款通知书、

支出凭单、增值税发票予以证明。电子邮件发件方为中广上洋公司。其

中2017年7月11日发送的电子邮件中要求宁某自提交辞职申请之日起30

日内，应当继续在公司正常履职并协助公司完成工作交接。2017年7月

13日发送的电子邮件中载明宁某提出离职申请后未进行任何交接善后，

未完成工作交接并对公司产品造成影响的，公司将保留追究法律责任的

权利。付款通知书显示出具方为埃摩森人力资源（北京）有限公司（以

下简称埃摩森公司），付款详情为咨询费，并载有“宁某”字样，金额共

计40000元。支出凭单中载明猎头费（宁某）、增值税发票显示付款方

为中广上洋公司，收款方为埃摩森公司，名称为咨询服务。宁某对电子

邮件的真实性不认可，主张该邮箱为工作邮箱，其于2017年7月10日提

出离职后，当日发现其已没有登录该邮箱的权限。宁某不认可付款通知

书、支出凭单的真实性，认可增值税发票的真实性。

宁某主张，其已经办理了离职交接，交接给部门经理马某（马某与

中广上洋公司亦有劳动争议案件在审），中广上洋公司提交的增值税发

票中并未见其个人信息，其并不知晓存在招聘费用。即使中广上洋公司

确实发生了与招聘相关的费用，也是其公司自愿支出，并非法律规定其

公司必须支出，也并非其本人要求中广上洋公司所支出，此类费用为中

广上洋公司的经营成本，与其无关。

【案件焦点】

1.中广上洋公司能否证明“猎头费”为招聘宁某所支出的必需费用；

2.中广上洋公司能否证明宁某违法离职所造成的损失。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：宁某因个人原因于2017年7月

10日向中广上洋公司提出离职，此后便停止工作未再出勤，该行为确实

存在不当之处。中广上洋公司主张宁某赔偿因违反法律规定解除劳动关

系造成的损失，中广上洋公司应当举证证明损失的客观存在以及损失系

因宁某未提前三十日通知解除劳动关系的行为所致。现中广上洋公司主

张诉讼请求的金额包括招聘宁某的费用以及其公司依据宁某工作内容的

重要程度估算得出，中广上洋公司并未提交证据证明宁某所造成损失的

客观存在以及损失与宁某的辞职行为存在因果关系，中广上洋公司应当

承担举证不能的法律后果。综上，中广上洋公司的诉讼请求，缺乏事实

依据，法院不予支持。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九条

之规定，作出如下判决：

驳回中广上洋公司的诉讼请求。

中广上洋公司不服一审判决，提起上诉。北京市第一中级人民法院

经审理认为：中广上洋公司主张宁某应赔偿的损失包括其公司招收录用

宁某所支付的费用和因违法解除劳动关系造成的经济损失，招录费具体

指其公司向埃摩森公司支付的猎头费40000元。现中广上洋公司提交的

证据不足以证明该40000元为其公司招录宁某所产生的费用，且中广上

洋公司与宁某亦未在劳动合同中对猎头费的承担予以约定，故法院对中

广上洋公司的该主张不予支持。中广上洋公司主张宁某赔偿因其违法解

除劳动关系造成的损失，应举证证明损失的客观存在以及损失系因宁某

未提前三十日通知解除劳动关系的行为所致。现中广上洋公司未能提交

证据予以证明，应承担举证不能的法律后果。对中广上洋公司要求宁某

赔偿违法解除劳动关系对其公司造成的经济损失的上诉请求，法院不予

支持。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一

百七十条第一款第一项之规定，作出如下判决：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

用人单位主张劳动者赔偿违法离职给用人单位造成的损失，一般指

因劳动者未提前三十日（试用期内为三日）通知用人单位，给用人单位

造成的直接经济损失。而在现代经济多元化发展的背景下，用人单位不

再单纯地依靠人事部门招聘员工，为了更好更快地寻找到符合需求的人

才，往往要借助猎头公司的力量，支出一笔不菲的猎头费。这在互联网

行业、科技行业、设计行业等新兴行业尤为盛行，而此类行业跳槽率居

高不下，也就意味着涉及猎头费的劳动争议案件有极大的增加的可能

性，而该争议在立法中尚属空白，司法观点也并不一致。当通过猎头公

司招募进来的劳动者选择主动离职时，用人单位往往将猎头费计算进用

人成本或劳动者离职导致的损失，向劳动者主张，由劳动者承担或承担

一定比例的猎头费。本案用人单位主张的损失便包括了猎头费，虽然根

据全案的事实情况，未支持用人单位的主张，但具有拓展研究意义。

一、猎头费的性质

1.内涵

“猎头”（headhunting）一词源于欧美国家，历史不过五十年左右。

猎头公司是“高级管理人员代理招募机构”的俗称，是为用人单位搜寻高

层管理人才和关键技术岗位人才的招募服务的组织，由用人单位支付搜

寻和推荐候选人所需的相应佣金，即猎头费，收费类型多为“服务

费”“咨询费”，数额按招募岗位年薪的一定比例计算，价格不菲。优点

是能够提供专业性、有针对性的服务，保密性高，节约时间，已成为现

代经济体下的重要组成部分。

2.相关案例

通过在中国裁判文书网上搜索，笔者发现包含“猎头费”关键词的劳

动争议案件寥寥可数，多集中于居间合同纠纷、服务合同纠纷和委托合

同纠纷，案情多为猎头公司要求对方当事人按双方约定支付服务费及违

约金。用人单位与猎头公司签订《猎头服务合同》，对拟招聘的岗位名

称、薪资、付款时间、付款条件、付款方式等作出约定，由猎头公司寻

找合适目标员工，进行推荐。《猎头服务合同》中通常只对岗位的条件

进行描述和要求，不针对具体的某个人。

3.结论

通过对案例的搜寻和对猎头行业业务流程的考察发现，猎头与中介

不同。中介是连接需求双方的桥梁，处于中间立场，而猎头的服务对象

是客户公司，关注的是客户公司的想法，满足的是客户公司的岗位需

求。从《猎头服务合同》的格式和内容也可以看出，该合同效力仅及于

客户公司和猎头公司双方，并非客户公司、猎头公司与劳动者三者之间

产生的法律关系。猎头费的收费模式大致分为按过程收费、按结果收费

和打包收费，但无论是哪种收费模式，付款方均为客户公司，因此猎头

费为客户公司基于与猎头公司签订的服务合同向猎头公司的劳动支付的

对价。而现实中，通过猎头公司寻找的目标岗位，多为技术岗或管理

岗，符合岗位需求的劳动者可以通过劳动为用人单位创造较高的价值，

而客户公司也往往会与猎头公司约定保证期限，在该保证期限内推荐的

劳动者无法为公司提供劳动的，猎头公司重新为客户公司搜寻下一个合

适的人选，在一定程度上减少客户公司承担的风险。将猎头费视为用人

单位自主选择的运营方式产生的成本较为适宜。

二、本案猎头费未得到支持的理由

1.中广上洋公司未能证明招用宁某支出了40000元猎头费

本案中，中广上洋公司主张其公司通过猎头公司招用的宁某，支出

了猎头费用40000元，并提交了付款通知书，显示出具方为埃摩森公

司，付款详情为咨询费，并载有“宁某”字样，金额共计40000元；提交

的支出凭单中载明猎头费（宁某）、增值税发票显示付款方为中广上洋

公司，收款方为埃摩森公司，名称为咨询服务。但上述证据仅载有宁某

名字，无其他信息，无法证明是中广上洋公司招用宁某支出的费用。

2.中广上洋公司与宁某的劳动合同中未对猎头费进行约定

（1）合同相对性原理

如上所述，猎头公司与客户公司之间的合同效力，不及于第三人；

猎头费是客户公司基于与猎头公司签订的服务合同向猎头公司的劳动支

付的对价。根据合同相对性原理，在用人单位与劳动者没有特殊约定的

情况下，用人单位为其单位的利益而支出的猎头费，不应转嫁在劳动者

身上。

（2）缺乏“期待可能性”

本案中，中广上洋公司与宁某签订的劳动合同中，对猎头费没有进

行约定，该公司也未提举证据证明与宁某以其他方式有过该约定。在此

情况下，从法律上讲，宁某对此并没有产生预期，即宁某不知自己的离

职会产生赔付40000元猎头费的法律后果。

三、若双方在劳动合同约定了猎头费，是否能得到支持

首先，需判断用人单位提交的证据是否能证明该劳动者是通过该猎

头公司的推荐入职公司，并确定用人单位实际支付猎头公司的猎头费数

额。

其次，若用人单位与劳动者在劳动合同中约定了劳动者违反法律规

定或劳动合同约定离职，赔付用人单位支出的全部或者一定比例的猎头

费，则需查明劳动合同中将该项约定为什么性质。通过司法实践来看，

用人单位多将该项约定在违约金项下。但2008年劳动合同法施行后，法

律禁止在法定情形之外为劳动者约定违约金，也不得在法律规定之外限

制劳动者解除合同的权利。用人单位与劳动者约定由劳动者承担违约金

的情形只有两种。一种是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。另一种是对负

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，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。除以上两种情况外，约定违约金条款都为无效条

款。

最后，若双方在劳动合同中单独约定该项如何处理？虽然司法实践

中暂未出现该情形的案例，但在日后该类案件的处理上，法院应在尊重

双方平等自愿、协商一致的基础上，以利益衡量和个案分析为原则，结

合猎头费的性质，综合考虑全案事实，行使自由裁量权。

编写人：北京市第一中级人民法院 高天琪

54 劳动争议诉讼中公司法人格的突破

——黄某诉王某、武某劳动争议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市东城区人民法院（2018）京0101民初5988号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告：黄某

被告：王某、武某

【基本案情】

2007年8月，黄某入职孝昌县比得福建筑劳务有限公司（以下简称

比得福公司）工作。12月22日，黄某在比得福公司承建的原崇文区广渠

门外南街危改小区工地施工中受伤，被认定为工伤，评定为五级伤残。

后经生效裁决，比得福公司支付黄某相应工伤待遇。

2017年5月20日，比得福公司申请注销，6月20日在《长江商报》刊

登注销公告，7月29日该公司召开股东会，就公司注销作如下决议：

一、同意公司注销。二、同意成立清算组，清算组成员为张某、周某、

王某，张某任清算组组长。三、同意将上述决定登报公告公司注销情况

及告知公司债权债务人。四、向公司登记机关申请注销登记。该决议落

款处有股东“张某、陈某、王某、武某”四人签名。2017年7月31日，落

款为“孝昌县光耀商贸有限公司”的清算报告中关于债权债务清偿情况载

明“清算费用0.00元。截至2017年7月31日，公司债权债务已清算完毕，

剩余财产已分配完毕”，但该报告落款处加盖的是比得福公司公章。

2017年8月4日，经孝昌县工商行政管理局核准，比得福公司办理了注销

登记。注销时，王某、武某为比得福公司自然人股东。

2018年3月16日，黄某再次向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员

会提出仲裁申请，要求比得福公司的股东给付工伤赔偿及继续治疗费用

168000元。2018年3月23日，该委以被申请人主体不适格为由作出不予

受理通知书。黄某不服不予受理通知书，诉至法院，主张比得福公司注

销时未对此前欠其的工伤赔偿款进行责任承担的结算，故应承担二次手

术及康复费用。

【案件焦点】

用人单位已于发生劳动争议前注销的，劳动者是否可通过劳动争议

诉讼获得相应补偿。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：根据公司法的相关规定，公司

清算时，清算组应当按照公司法规定，将公司解散清算事宜书面通知全

体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围，在全国或者公司注册

登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知

和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算

组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

本案中，根据生效的法院判决书及劳动争议仲裁委员会裁决书，比得福

公司自然人股东之一的王某明知其担任法定代表人期间公司与黄某之间

存在涉及工伤赔偿给付义务的劳动争议，且黄某医治其所受工伤时植入

内固定物需要取出。但在该公司准备注销时，王某作为清算组成员，未

向黄某明确告知要求其申报债权。比得福公司在清算过程中，亦未对黄

某工伤的后续治疗费用予以考虑，且未在清算报告中载明注销后对公司

债务的责任承担方案，由此导致黄某工伤医疗费的债权未能通过清算程

序得以清偿。王某、武某对此存在不当之处。

另经核实，比得福公司四名自然人股东中，张某与武某实为同一

人，陈某查无此人，但比得福公司却向工商行政管理部门提供了有四名

股东签字确认的关于办理公司注销并成立清算组的股东会决议；且清算

报告落款处公司名称为“孝昌县光耀商贸有限公司”，却加盖比得福公司

公章，属于提交虚假的办理注销及清算手续、骗取公司登记机关办理法

人注销登记。比得福公司股东王某、武某亦应承担对黄某债务的赔偿责

任。

北京市东城区人民法院依照《工伤保险条例》第六十二条第二款，

《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）》第十一条、第十九条之规定，作出如下判决：

一、自本判决生效之日起七日内，王某、武某支付原告黄某工伤二

次手术及康复费用25000元；

二、驳回黄某的其他诉讼请求。

【法官后语】

劳动关系是劳动者与用人单位之间的法律关系，从民法的角度来

看，一般情形下关系的一方是自然人，另一方是法人。法人作为民事主

体活动，享有法律赋予其的拟制人格，始于成立，终于消灭。法人成立

前以法人名义进行的民商事活动的效力及法律后果，和法人消灭后可能

产生的附随义务，亦为近年来民商法领域所重视，陆续以司法解释等形

式作出规定。但在劳动法领域，作为劳动关系一方的法人，仅能在其存

续期间才有可能雇用自然人并与其建立劳动关系，并承担相应的权利义

务。

同样，法人作为劳动争议中的诉讼主体，亦须以其民事主体的身份

存在为前提。在目前的审判实践中，如作为用人单位的法人在仲裁、诉

讼过程中注销，法院可直接依据司法解释的相关规定变更被注销公司股

东为当事人继续进行审理。但本案碰到的“瓶颈”是作为用人单位的法

人，在与劳动者尚未产生劳动争议时即办理了注销登记，劳动争议仲裁

委员会即是以被申请人主体不适格为由作出的不予受理决定。劳动者据

此诉至法院时，是应当告知劳动者按照公司法的相关规定追究公司的清

算注销责任，还是在劳动法框架内直接进行审理。这涉及民事案件中当

事人资格审查的前提问题，也是劳动争议案件审理中确认原、被告之间

是否存在劳动关系这一基础法律关系的基本问题。本案中的处理方式即

为直接在劳动法框架下进行实体审理并作出判决，但在采用该种方式、

突破民法和公司法对于“注销法人拟制人格已消灭”这一基本限制、直接

以公司股东为被告进行劳动争议案件的审理时，应注意审查以下几个方

面。

一、劳动者与被注销法人是否存在劳动关系

劳动者与用人单位存在劳动法律关系，是所有劳动争议案件审理的

基础，任何案件的进一步审理均以此为前提。劳动关系存在的最直接证

据包括劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放记录、个税缴纳记录等，此

外还有已发生法律效力的判决书、调解书、裁决书等法律文件。如劳动

者均无法提供上述证据，则需要根据审理一般确认劳动关系案件中适用

的相关规定，来确定劳动者与被注销法人是否曾存在劳动关系，并进而

确认劳动者直接起诉被注销法人的股东是否符合法律规定。

二、该法人是否在双方发生劳动争议前即已注销

根据法律的明确规定，与劳动者建立劳动关系的系用人单位，而非

自然人。因此，如劳动者提出劳动仲裁或提起诉讼时，作为用人单位的

法人仍然存在，则仲裁委员会和法院应当以该法人为当事人立案，在仲

裁或诉讼过程中法人实体因注销而消灭的，依职权变更其股东为诉讼主

体。如法人在劳动仲裁阶段注销，仲裁委员会依职权变更当事人为法人

股东并作出实体裁决后，劳动者不服的，可直接以股东为被告提起诉

讼；裁决承担实体责任的法人股东不服的，亦可以其个人名义就仲裁裁

决提起诉讼，但应与本案的处理方式相区别。

三、劳动争议纠纷的发生在注销时是否可预期

此处的可预期是指注销时的公司股东是否知道或应当知道与其员工

可能在公司注销后产生劳动争议纠纷。因劳动争议的仲裁时效通常情况

下长于公司注销程序所需时间，故公司股东在清算或办理注销登记时是

否已知晓或应当知晓存在尚未进入仲裁或诉讼程序的劳动争议纠纷，就

成为能否直接适用该办法进行处理的关键审查点之一。例如，本案中劳

动者尚有工伤二次手术费用未支付，或其他劳动者存在医疗、生育、失

业等社会保险问题需要解决，或其他涉及工商、税务等行政部门主管范

围内的纠纷尚未处理完毕的，则可视为存在可预期的劳动争议纠纷。

四、清算报告中是否就注销后发生的债务分担作出约定

根据公司法的规定，有限公司的出现及存在意义就是以其公司自有

财产对外承担有限责任，出资人则以其出资份额对公司债务承担有限责

任，而不应将公司债务负担无限扩张至出资人。但为了规制出资人对公

司对外债务的恶意规避等行为，法律也要求清算时应当对公司资产、债

权债务分担等作出约定，并对未来可能出现的公司债权债务作出安排。

劳动关系可以说是任何一家有限公司都不可避免产生的法律关系，故对

公司曾有劳动权利义务的处理是债权债务安排中的一个重要方面。如公

司股东在明知存在可预期劳动争议纠纷的情况下，清算报告中未对注销

后的债权债务处理作出安排，则应视为清算组未按规定履行通知和公告

义务，可直接在劳动争议案件中要求作为清算组成员的股东承担相应法

律责任。

五、是否存在以虚假清算报告骗取注销登记的行为

对于发生劳动争议时已注销的公司，调取其工商登记资料为必要工

作。其中，需要着重审查的就是清算报告。如本案中比得福公司四名自

然人股东的身份信息经法院核实存在不实之处，且清算报告落款公章名

称与比得福公司名称不符，显然属于提交虚假的办理注销及清算手续、

骗取公司登记机关办理法人注销登记的行为，作为公司股东理应承担相

应责任。

编写人：北京市东城区人民法院 王玫

[[1]](#p280)

董保华：《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第

387页。

[[2]](#p281)

常凯主编：《劳动关系学》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第348

页。

# Document Outline

* [书名页](#p2)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p8)
* [一、确认劳动关系](#p12)
  + [1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准](#p12)
  + [2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议](#p20)
  + [3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的人员与发包人不存在劳动关系](#p26)
  + [4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关系的认定标准](#p31)
  + [5 创业者与创业公司之间是否存在劳动关系](#p38)
  + [6 公司的法定代表人可以与其他公司存在劳动关系](#p44)
  + [7 公司股东请求确认劳动关系的认定标准](#p50)
  + [8 特殊情形下达到或超过退休年龄者与用人单位的劳动关系认定](#p55)
  + [9 劳动者能否以接受监事管理为由主张确认劳动关系](#p61)
  + [10 双重劳动关系的认定标准](#p67)
  + [11 通过互联网平台提供服务者的劳动关系确认](#p73)
  + [12 在校大学生与用人单位能否建立劳动关系](#p78)
* [二、劳动合同履行和变更](#p84)
  + [13 公司营业转让时劳动者的知情同意权](#p84)
  + [14 劳动合同能否继续履行需考虑行业特殊性及互信基础](#p91)
  + [15 劳动合同中工作地点约定不明情形的处理规则](#p97)
  + [16 劳动者在关联企业订立劳动合同次数不可当然累计计算](#p103)
  + [17 用人单位维持或提高劳动合同约定条件续签劳动合同的界定](#p108)
  + [18 多家用人单位混同用工的法律责任承担](#p114)
* [三、劳动合同解除和终止](#p120)
  + [19 对于用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由行使单方解除权案件应进行严格审查](#p120)
  + [20 劳动者辞去职务不等于解除劳动关系](#p126)
  + [21 劳动合同法第三十七条中劳动者行使单方解除权的理解与适用](#p132)
  + [22 劳动者言论表达的边界认定](#p139)
  + [23 “医疗期满不能从事用人单位另行安排工作”的司法认定](#p146)
  + [24 以旷工为由解除劳动合同的合法性应全面考虑](#p151)
  + [25 用人单位能否以证据为违反法律禁止性规定的方法取得为由解除与劳动者的劳动合同](#p157)
  + [26 用人单位调职违反诚信原则造成劳动者辞职的视为“推定解雇”](#p163)
* [四、追索劳动报酬、经济补偿金](#p169)
  + [27 从事接触职业病危害工作的劳动者的法律保护](#p169)
  + [28 工伤职工提前恢复工作时劳动报酬的认定](#p174)
  + [29 公司管理人员能否因未订立书面劳动合同要求支付二倍工资](#p180)
  + [30 劳动者停职检查期间被降低工资数额是否构成“未及时足额支付劳动报酬”](#p185)
  + [31 企业因政策性原因外迁致使劳动合同无法履行时如何支付经济补偿](#p190)
  + [32 人格混同的关联公司应否就欠薪债务向劳动者承担连带责任](#p196)
  + [33 应签订无固定期限劳动合同却终止劳动合同的须支付赔偿金](#p202)
  + [34 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的可归责性是适用二倍工资罚则的前提](#p207)
  + [35 诚信原则在劳动争议案件中突破具体规范的适度适用](#p213)
* [五、竞业限制](#p219)
  + [36 附条件竞业限制协议的司法审查](#p219)
  + [37 竞业限制违约金约定过高可调整](#p224)
  + [38 竞业限制协议能否对第三人发生法律效力](#p229)
  + [39 劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业限制](#p235)
* [六、工伤保险和社会保险](#p241)
  + [40 工伤保险的法定义务不得约定免除，工伤保险赔偿与人身保险赔偿可以兼得](#p241)
  + [41 用人单位应承担工伤保险基金报销范围外的医疗费、合理的护理费](#p247)
  + [42 用人单位在住所地为跨区域被派遣劳动者缴纳社会保险的行为合法](#p252)
  + [43 职业病的认定及疑似职业病期间的医疗费用认定问题](#p257)
* [七、劳动争议仲裁](#p263)
  + [44 一审按撤诉处理将导致仲裁裁决书生效](#p263)
* [八、其他](#p268)
  + [45 当事人请求对事实行为进行确认不属于确认之诉的审理范围](#p268)
  + [46 “基于特殊待遇而设定的服务期”的司法认定](#p273)
  + [47 经协商的合法规章制度效力优先于劳动合同](#p278)
  + [48 具有初始培训费性质的引进费应作为飞行员离职时违约金的计算依据](#p284)
  + [49 劳动者对用人单位承担赔偿责任的认定标准](#p290)
  + [50 劳动者非因本人原因到新用人单位的工作年限和劳动关系存续期间的区别适用](#p295)
  + [51 用人单位不宜被认定为有权申请宣告劳动者死亡的利害关系人](#p302)
  + [52 事业单位聘用合同能否约定未到期辞职的违约金](#p307)
  + [53 用人单位主张劳动者支付“猎头费”的处理方法](#p314)
  + [54 劳动争议诉讼中公司法人格的突破](#p322)