



深圳律师



# 劳动法实务精要

The Essence of Employment and Labor Law Practice

第四辑

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

二〇二一年九月

## 序 言

就业，位于“六稳”“六保”之首。2021年8月14日，国家统计局公布了2021年7月份我国国民经济运行情况。尽管我国在过去的一年里遭遇了新冠肺炎疫情、河南洪涝灾害等突如其来的灾难，最新数据显示，我国国民经济运行目前仍保持着稳定的恢复态势，这与我国稳就业政策是分不开的。

企业作为稳就业中的主力军，不仅需要防范用工风险，在不稳定、不确定的市场环境中生存下来，还需要承担起相应的社会责任，与政府、劳动者等多方协调，积极扎实跟进、落实相应的政策，努力构建和谐劳动关系，进一步帮助、促进国民经济的回升。

同时，伴随着我国步入“民法典时代”，大量法律、司法解释、政策法规如雨后春笋般纷至沓来，给企业的人力资源管理、劳动关系调整及风险防控应对亦带来了新的挑战。

为探索企业在新时代、新环境下的管理路径，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会组织各位委员讨论、研究相关实务问题，并基于当前法律框架体系，结合自身专业经验，形成专业文章共17篇、裁判观点共63篇，最终汇编完成第四辑，即本书。希望以此向全市律师提供相关问题的思路与见解，帮助全市律师更好地理解实务中可能遇到的问题，提升处理劳动争议案件的业务水平。

本届市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会连续四年编写完成了四本《劳动法实务精要》，在此，对市律协领导、业务创新委、全体委员及对专业委员会工作一贯支持和鼓励的律师同仁，表示衷心感谢。如本书能为深圳律师的劳动关系与人力资源法律服务工作有所帮助，我们不胜荣幸！

曾凡新

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员主任

2021年8月

## 目 录

<b>一、专业文章篇</b> .....	<b>9</b>
1. 灵活用工是一笔好的经济账吗? .....	9
2. 建筑工程领域确认劳动关系疑难问题分析.....	15
3. 人事经理未签劳动合同要求双倍工资，法院：驳回.....	23
4. 金融机构薪酬递延支付的相关问题研究.....	26
5. 员工股权激励纠纷疑难问题与司法观点.....	35
6. 劳动关系中公司对员工信息数据保护问题研究.....	46
7. 用人单位对劳动者的病休证明存疑，如何合理行使复诊权? .....	51
8. 职工因身体不适离岗回公司宿舍休息时死亡，能否认定工亡? .....	58
9. 劳动者忠实义务的研究与合规建议.....	63
10. “在职竞业限制”的实务难点与合规建议.....	69
11. 签了竞业限制协议，企业缘何败诉? ---浅析实务中竞业限制协议“瑕疵” .....	78
12. 用人单位未支付竞业限制经济补偿金，劳动者是否需履行竞业限制义务? .....	89
13. 员工被委派出国工作，被辞退后其国内公司应否支付违法解除劳动关系 赔偿金? .....	95
14. 严重违反规章制度的裁判标准认定与探讨.....	101
15. 解雇不胜任工作员工，需要注意什么? .....	106

16. 律师参与员工离职谈判的道与术.....	111
17. 仲裁员是如何审理劳动争议案件的？ .....	117
<b>二、裁判观点篇 .....</b>	<b>122</b>
1. 达到法定退休年龄人员发生工伤，可获得一次性就业补助金、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金等工伤保险待遇吗？ .....	122
2. 合法生育子女的女职工在休产假期间，公司按基本工资照发工资是否合法？ .....	122
3. 劳动合同到期后未再续签的，公司需要向员工支付未签订书面劳动合同二倍工资差额吗？ .....	122
4. 公司与员工就入职时间发生争议，由哪一方承担举证不能的不利后果？ .....	123
5. 公司提出与发生打架事件的员工解除劳动合同，对其行为造成严重后果、严重影响公司形象如何举证？ .....	123
6. 女职工休假期间的生育津贴，需要由公司按照其原工资标准逐月先行垫付吗？ .....	123
7. 公司未在 22 日前向员工支付上月工资构成拖欠，员工可以此为由提出解除劳动合同并主张经济补偿吗？ .....	124
8. 违法解除劳动合同赔偿金，月工资达到上年度职工平均工资三倍以上的是否也受 12 个月的限制？ .....	124
9. 员工拒绝与公司签订书面劳动合同，公司是否还要承担二倍工资差额的法律 责任？ .....	125
10. 二倍工资差额的计算基数，是否包括加班工资在内？ .....	125

11. 《劳动合同》明确约定每月 22 日发放工资，该约定是否有效？	125
12. 夜间工作员工，公司没有证据证明已采取必要的降温措施使其工作场所温度低于 33℃的，还要向员工发放高温津贴吗？	126
13. 公司未在一个月内按员工要求依法缴纳社会保险费，员工可以解除劳动合同并主张公司支付经济补偿吗？	126
14. 员工因猥亵他人被行政拘留十日，公司有权依据劳动合同约定、规章制度规定解除劳动合同吗？	126
15. 公司提出续订劳动合同时，对维持劳动合同约定条件该如何理解？	127
16. 员工手册规定旷工超 3 天属于严重违反公司规章制度的行为，公司据此解除与员工之间劳动合同合法吗？	127
17. 建设工程层层发包，发包人对最终实际施工人员遭受人身损害要承担连带赔偿责任吗？	128
18. 达到法定退休年龄后，员工可以以公司未依法为其缴纳退休前社会保险费为由主张支付经济补偿吗？	128
19. 油漆岗位员工辞职时，公司是否要其进行离岗职业健康检查？	129
20. 约定的竞业限制范围，可以扩展到用人单位及其关联公司吗？	129
21. 员工主张加班费的，需要对加班事实的存在承担举证责任吗？	129
22. 员工能否对在职公司进行破产清算的申请？	

.....	130
23. 公司知晓员工一直处于病休期间，能以旷工为由提出解除劳动合同吗？	
.....	130
24. 保安不让员工进入公司上班，可以认定是公司单方解除劳动合同吗？	
.....	130
25. 公司未事先取得员工同意而将其月工资扣减为 0 元，员工据此可提出被迫解除劳动关系并主张经济补偿吗？	131
26. 签了《入职登记表》，可以认定为公司与员工订立了书面劳动合同吗？	
.....	131
27. 母公司是否要对全资子公司的劳动争议应付款项承担连带清偿责任？	
.....	131
28. 公司经营不善拖欠工资并非恶意，是否还要支付员工被迫解除劳动合同经济补偿？	132
29. 将工程发包给不具备用工主体资格的个人，对该个人拖欠的员工工资是否要承担连带清偿责任？	132
30. 公司法定代表人收到员工修改的劳动合同后称要转给法律顾问，公司是否还要承担未订立书面劳动合同的二倍工资差额？	133
31. 员工快递《被迫解除劳动合同通知书》由公司前台签收，公司主张未收到是否成立？	133
32. 《劳动合同》约定、《考勤管理制度》规定每日工作 8 小时、每周工作 5.5 天，用人单位是否还要支付休息日、法定节假日加班工资？	134
33. 员工每月工资被扣 2 元进入公司互助金账户，可否要求返还并主张被迫解除劳动合同经济补偿？	134

34. 已公证的钉钉记录显示很多日期工作时长为 7.5 小时，员工主张平时及周末加班工资法院支持吗？ .....	135
35. 第一份劳动合同期限届满后一年多都未续订劳动合同，公司是否要支付二倍工资差额？ .....	135
36. 公司办公场所退租而允许员工在家办公，后以员工未返岗构成旷工为由解除劳动合同是否合法？ .....	136
37. 总经理兼执行董事提交《劳动合同》约定工资为 5.5 万但公司主张月薪 1 万元，法院该如何裁判？ .....	136
38. 约定提成工资（绩效工资）已包含加班费、不再另行计算加班费，是否有效？ .....	137
39. 生产制造部门关停，公司是否可以对该部门员工无过失解除劳动合同或经济性裁员？ .....	137
40. 外勤工作人员存在晚到、早离开外出工作地点的情形，公司提出解除劳动合同是否合法？ .....	138
41. 多次告知员工应当进行职业健康检查但员工仍然拒绝，公司是否一直无权提出解除劳动合同？ .....	139
42. 员工主张公司支付垫付油费和出差费，是否属于劳动争议受案范围？ .....	139
43. 《职位申请表》和《劳动合同》证明员工为责任制包薪、不存在加班费，公司是否还要补付加班费？ .....	139
44. 员工参与其妻子企业的成立和经营、违反利益冲突政策，公司解雇是否合法？ .....	140
45. 挂靠个人工伤八级，能否主张被挂靠单位支付一次性伤残补助金、一次	

性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金？ .....	140
46. 公司违法解除无固定期限劳动合同，员工是否有权主张继续履行劳动合同？ .....	141
47. 新一年度未签署《销售激励薪酬计划》，工资标准是按上年度《销售激励薪酬计划》还是《劳动合同》执行？ .....	141
48. 车辆实际购买人借用公司的名义购车从事运营，双方是否形成劳动关系？ .....	142
49. 两家公司交叉、混同用工，对员工离职经济补偿是否要承担连带支付责任？ .....	143
50. 双方确认 26 天包月工资，员工还能主张休息日加班费吗？ .....	143
51. 诉求员工偿还公司补缴其社会保险费个人应缴部分的本金及利息，法院是否支持？ .....	144
52. 员工不服从工作调动、以违法调岗为由提出被迫辞职及经济补偿，能否获得支持？ .....	144
53. 公司支付员工产假工资标准低于其生产前 12 个月平均工资，是否还要补足差额？ .....	145
54. 员工作为高管称自己经常出差、很少在办公室，能否主张高温津贴？ .....	145
55. 卫生健康局以门诊部员工违规开展执业活动罚款 7 万元，门诊部能否主张员工赔偿经济损失？ .....	145
56. 员工在职业病检查、治疗期间，能否主张停工留薪期待遇？ .....	146
57. 公司依据规章制度决定不予发放 2018 年度年终双薪，是否违法？ ....	146



58. 员工收到岗位调动通知书后没有到新岗位报到，公司是否需要支付岗位调整之后的工资？ .....	146
59. 一审将未出庭证人的证言作为定案依据，二审如何裁判？ .....	147
60. 员工在工作时间总干与作无关的事，公司在没有“多次”警告情况下能直接以“屡教不改”解雇？ .....	148
61. “入职需知”载明了员工的工作岗位、试用期、工资标准等信息，能否视为签订了劳动合同，公司可否免付二倍工资差额？ .....	148
62. 公司法定代表人妻子在每月发放工资当日向员工转账一笔款项，是否属于工资的一部分？ .....	148
63. 员工主张项目提成（绩效奖励工资），可否申请法院调查项目工资薪酬核算办法？ .....	149
专业委员会简介.....	150
深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会.....	150
组成成员.....	150

## 一、专业文章篇

### 灵活用工是一笔好的经济账吗？

林乐军 广东德纳律师事务所

北大博士体验“劳动极限被撑开”，每天 30、40 单还能跑，甚至抱怨平台为什么不能再多派一些单子；人社局处长送外卖，12 小时跑了 5 单直言“钱不好挣、我太委屈了”；骑手被困在系统里的讨论也红极一时……

灵活用工看起来一片美好，能解决各方的难点和痛点，为何到了实际情况，却一地鸡毛？

#### 疫情后，用工讨论从火热的“共享”、“灵活”走向劳动条件保护

2021 年 5 月 19 日，我国多个社会组织共同发布《骑手生存与发展需求报告》。报告中显示，通过对 343 名骑手的深入调查，有 27.69%的骑手表示收入不能满足日常的生活需要，72.31%的骑手表示想要收入达到基本的生存需求，只能牺牲休息时间还有个人健康安全。

根据《中国共享经济发展报告（2021）》，2020 年我国共享经济参与者人数约为 8.3 亿人，其中服务提供者约为 8400 万人，平台企业员工数约 631 万人。网约车、外卖餐饮在网民的普及率分别达到 36.19%和 43.52%，可见，灵活用工形式已具有相当的市场规模。

北京市劳动和社会保障法学会的 2021 年年会，也对这一议题展开了一场“辩论”：新业态从业人员的劳动保障该由谁承担？

一边是骑手、滴滴司机等群体希望多接单提高收入的需求，一边是外卖等便捷服务被广大的消费者所需要；同时，新业态从业人员的劳动保护又严重不足，甚至威胁个人健康、存在法律风险……

由于法律具有滞后性，人们也习惯性地用传统劳动关系模型嵌入灵活用工情景下，导致新型灵活用工方式与传统劳动关系的认定产生剧烈冲突；企业对于灵活用工、控制成本的需求，与政府层面劳动保护的意愿产生剧烈冲突。

对于企业主来说，“灵活用工”的法律和管理风险，一定程度上变得紧张且模糊起来。

### 哪些企业合适灵活用工？ 能节省多少成本

灵活结算 员工自由 效能提升

个体合同承揽模式 适合直播、软件开发、项目分包、顾问咨询等收入场景		在线众包用工模式 适合餐饮、外卖、快递、家政等即时场景
典型用户案例：某头部移动互联网直播平台，签约艺人李某内容输出丰富，单月收入已达到数十万元，平台决定与其建立合作关系，李某在新合作关系下收入变化如下：		
李某	向直播平台直接劳务输出 (劳务关系)	通过灵活用工平台发包接单 (合作关系，由平台委托代征)
平台佣金支付	¥80,000	¥80,000 + ¥80,000*6.78% = 85,424
税负成本	主播个人所得税： $20000*20\% + (30000*30\% - 2000) + (30000*40\% - 7000) = 14,000$ 直播平台：企业无进项增值税 + 无成本企业所得税 $80000/1.06*6\% + 80000/1.06*25\% = 23,396$	主播按生产经营所得，核定征收1.5% (2.8万内免征) $80000*1.5\% = 1200$ 企业增值税专票：(可进项抵扣) 5424，可抵扣4800
实际收入	¥66,000	¥78,800
成本对比	企业税负：23,396 个人税负：个人所得税14,000	企业税负：624 个人税负：1200

### 哪些企业合适灵活用工？ 能节省多少成本

灵活结算 员工自由 效能提升

个体合同承揽模式 适合直播、软件开发、项目分包、顾问咨询等收入场景		在线众包用工模式 适合餐饮、外卖、快递、家政等即时场景
典型用户案例：某企业招聘快递员人员，快递员李某期望能够有更多的自由时间，并按单工作结算以便接其他平台单，平台决定与其建立众包		
张某某	按公司管理要求工作 (劳动关系)	通过灵活用工平台发包接单，自由工作 (合作关系，由平台委托代征)
企业费用支付	工资 ¥10,000 + 社保企业部分 ¥2950	劳务费 ¥10,000
社保及税负	个人：个人所得税 ¥119.31/月 + 社保个人 ¥1023/月 公司：社保成本 ¥2950	个人核定征收1.5% (2.8万内免征)：0 公司：企业无进项增值税 + 无成本企业所得税 $10000/1.06*6\% + 10000/1.06*25\% = 2925$
实际收入	¥8857.69	¥10,000
成本对比	企业总支出：¥12950 个人社保及个税：¥1142.31	企业总支出：¥12925 个人支出：¥0
其它	企业用工必须合规合法	灵活用工自由自愿

### 冲突：企业降本增效的需求与劳动保护的政策期望

#### a) 人力降本经济账，很大程度上意味着“去劳动化”

“去劳动化”全称为“去劳动关系化”，可以理解为，将企业与员工之间形成的劳动关系“去掉”，即：将已存在的劳动关系改造为民事关系，或者说采取劳务合同或其他给付合同形式，合法地规避劳动关系成立，进而避开复杂的劳动关系处理。

其直接结果是，企业规避建立劳动关系所赋予企业的法定义务，在降低直接用工成本的同时，使得用工方式更加灵活多变，追求“花同样的钱、甚至更少的钱，做更大的单位产出”；而员工在其中可寻求更高的工作自由和收益。

在此双赢的经济动因下，诞生了不少互联网用工平台、零工平台。我们来看

下“平台用工”所计算的经济账：

以上不难看出，在“去劳动化”平台用工上，要么企业花的钱变少了，要么员工拿的钱多了，企业招揽优秀人才的成本相对降低。这就不难理解，为何企业探索灵活用工，却不自觉追求“去劳动化”了……

企业探索、实施“灵活用工”的出发点，更多是在于节省用工成本的同时，尽可能地提升管理与生产效率。而这种探索本身，并不会让自己局限在劳动法律的框架内。同时也意味着，灵活的用工方式很大可能正游走在劳动法律的“灰色地带”。

#### **b) 政策和实务层面，员工均缺少有力的劳动保护**

市场上的滴滴打车、顺丰快递、美团跑腿、多种多样的零工平台等，均在很大程度上呈现了“去劳动化”的特征。以至于，中央及地方政府不得不正面回应市场上的这种“去劳动化”的用工问题。

从政府层面，提出灵活用工、灵活就业，是希望能够通过创新灵活的方式，来实现社会资源的优化配置。但这种创新，也应当是在能够保障社会群体稳定和维护员工利益的前提下展开的。若因为“灵活用工”方式而使得员工的基本权益无法得到保障、甚至无法可依，显然并不符合相关部门的政策初衷。

从此后的司法实践上看，无论是分析不同的地方政策，还是各地的裁判口径，地方政府与地方司法机关对此的态度，实质还是在向员工劳动权益保障方向倾斜，尽力优先在现有劳动法框架体系内解释、解决新型态下的劳动关系。

**我们来看下地方政府颁布的政策，在保障员工利益及灵活用工市场的探索与倒逼面前，所选择的态度与坚持：**

2020年2月，上海市政府，《上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展若干政策措施的通知》

因受疫情影响导致生产经营困难的企业，可通过调整薪酬、轮岗轮休、弹性工时、综合调剂使用年度内休息日等方式稳定工作岗位，具体方式由企业与企业

协商确定，同时强调依法保障劳动者合法权益。

2020 年 3 月，深圳市人力资源和社会保障局，《关于开展企业用工余缺调剂工作的通知》：

在加强企业用工余缺调剂指导服务力度，规范企业间“共享员工”劳动用工行为的同时，强调依照劳动合同法、劳动法保障劳动者权益。

2020 年 3 月 23 日，沈阳，《关于优化新业态灵活用工劳动关系服务的指导意见》：

为了顺应新业态经济发展需求的同时并保护从业人员和企业双方的合法权益，政府提出了合理界定新业态灵活用工的不同类型。对适用现行劳动保障法律法规的灵活用工，应当依法予以规范；对难以直接适用现行劳动保障法律法规的新业态从业人员，引导企业积极履行社会责任。

2021 年 5 月 7 日，南京市发布了《关于规范新就业形态下餐饮网约配送员劳动用工的指导意见（试行）》：

该意见指出“众包骑手”属于灵活就业人员，其与“平台企业”或“劳务外包企业”建立劳务、承揽等法律关系；其中虽然二者未订立任何合同或协议，但从执行、遵守企业作息制度、薪酬制度、规章制度等方面，具备劳动关系认定条件的，可以认定双方存在劳动关系。

### **企业主们到底是可以一路狂奔，还是审慎关注？**

地方法院在实务中对“去劳动化”的灵活用工模式，还是十分谨慎。例如：北京海淀法院在某“闪送平台与闪送员”是否存在劳动关系一案中，明确认为：当事人不可以协议约定的方式排除劳动法之适用；互联网企业不能因其采用了新的技术手段与新的经营方式而不承担本应由用人单位承担的法律责任与社会责任。

纵观全国，唯有民营经济发达的广东，对此种新型用工模式释放了相对宽松的态度：2018 年 7 月，广东省高院广东省劳动仲裁委员会《关于劳动人事争议

仲裁与诉讼衔接若干意见》明确认为：

网络平台经营者与相关从业人员之间的用工关系性质，原则上按约定处理。如双方属于自负盈亏的承包关系或已订立经营合同、投资合同等，建立了风险共担、利益共享的分配机制的，不应认定双方存在劳动关系。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

同时，广东省高级法院还认为，出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

相对北京地区法院的小心谨慎，广东省给网络平台用工留了个可以想象的小口子。

我们知道，2021 年迎来了中国法制史上的重大事件，中国首部《民法典》于 1 月 1 日正式施行。这部被誉为“市场经济基本法”的超级法典，不管是衣食住行、生老病死还是婚丧嫁娶、生产经营，都归它管。

但我们遗憾地看到，《民法典》没能收编劳动法、劳动合同法等劳动类内容、不能触碰用工相关的话题；但你说《民法典》完全不管用工吧，它在 1191 条又提了一嘴“用人单位与其工作人员在侵权责任中的关系”，甚至还点了“劳动派遣”的名。

从法律这一侧面看出，在“灵活用工”话题上，政府还是希望在劳动法律的领域处理“用工问题”，而不希望由民法体系来解决。

而企业追求的“去劳动化”，恰好是希望在民事法律体系来解决“灵活用工”问题。一些互联网灵活用工平台，实际也在利用国家的税收优惠政策、地方招商引资优惠政策，为企业实现形式上合法的“去劳动化”，其本质也是在民法体系内而不是在劳动法框架下，解决企业“灵活用工”的痛点。

但互联网灵活用工平台各式各样的“灵活用工”做法，到底是属于“钻制度漏洞”、涉嫌偷税漏税等，还是属于“灵活用工、解决就业”层面的模式创新，

则是仁者见仁、智者见智的争议了。

笔者认为，在新冠疫情持续影响下，灵活用工模式与互联网平台用工新形态的大趋势将不可阻挡，且会继续加速。劳动法、劳动合同法在此大趋势下，如不进行修订更新，会显得越来越力不从心。但从 2020 年上海查处了一批名为“灵活用工实为偷税漏税”的互联网平台、海南大批量取消/暂停一些企业“委托代征”资质、北京几起涉骗保刑事案件来看，企业主们在此道路上不宜盲目狂奔，以求稳为主。

让子弹再飞一会儿！

## 建筑工程领域确认劳动关系疑难问题分析

陈伟 浙江天册（深圳）律师事务所

建筑工程领域存在建设单位、施工总承包单位、建筑劳务公司、实际施工人、劳务工或者劳动者多个法律主体，在实务中，建设工程往往又存在专业分包或劳务分包，相关的人员往往与由实施施工人进行招聘，并由实际施工人直接进行用工管理，但实际施工人往往又不具有用工主体资格。一旦发生拖欠劳动报酬纠纷，或者劳动者因工作原因受伤之后想申请工伤认定，如何确认劳动关系的，将成为一个非常关键和核心的问题。

那么，建筑工程领域的劳动关系如何确认？法律对此作了哪些规定？能否确认实际施工人招用的劳动者与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系？达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止的确定标准是什么？

笔者依据现行有效的相关规定，通过分析研究，特撰写本文，希望对大家有所帮助。

### 一、工程违法分包或者转包情况下，实际施工人招用的劳动者与具有用工主体资格的发包人之间是否存在劳动关系？

第一种观点是认为双方之间应当存在劳动关系。

首先，《中华人民共和国建筑法》第 24 条明确规定“提倡对建筑工程实行总承包，禁止将建筑工程肢解发包”“不得将应当由一个承包单位完成的建筑工程肢解成若干部分发包给几个承包单位”，第 28 条规定“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”承包单位违法分包或者转包明显违反了法律规定。其次，依据是《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）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。”因为该规范性文件的标题就是“确立劳动关系”，上述规定放在第四条规定，所以从立法者的构思来讲，其目



的就在于只要建筑施工、矿山企业等用人单位存在违法分包或者转包行为，就应当认为该用人单位与实际施工人招用的劳动者之间存在劳动关系。这样，有利于劳动者的保护。

第二种观点认为双方之间不存在劳动关系。

《最高人民法院全国民事审判工作会议纪要（2011年）》在“八、关于劳动争议纠纷案件”部分，第59条规定：“建设单位将工程发包给承包人，承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的，不予支持。”

可见，最高人民法院的意见是双方之间不存在劳动关系。关于不予认定为劳动关系的理由，最高院通过答复的方式，作了详细的阐述和说明。

对最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条作出进一步释明的答复如下：

关于实际施工人招用的劳动者与承包人也就是建筑施工企业之间是否存在劳动关系，理论与实践存在两种截然相反的观点：第一种观点认为，实际施工人与其招用的劳动者之间应认定为雇佣关系，但实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系，也不存在劳动关系。理由是：建筑施工企业与实际施工人之间只是分包、转包关系，劳动者是由实际施工人雇用的，其与建筑施工企业之间并无建立劳动关系或雇佣关系的合意。另一种观点则认为，应认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，因为认定他们之间存在劳动关系，有利于对劳动者保护。

我们同意第一种观点。主要理由如下：

首先，实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间并没有丝毫的建立劳动关系的意思表示，更没有建立劳动关系的合意。我国《劳动合同法》第三条明确规定，建立劳动关系必须遵循自愿原则。自愿就是指订立劳动合同完全是出于劳动者和用人单位双方的真实意志，是双方协商一致达成的，任何一方不得将自己的意志加给另一方。自愿原则包括：订不订立劳

劳动合同由双方自愿、与谁订立劳动合同由双方自愿、合同的内容取决于双方的自愿。现实生活中，劳动者往往不知道实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、转包人或分包人是谁，承包人、转包人或分包人同样也不清楚该劳动者是谁，是否实际为其工程提供了劳务。在这种完全缺乏双方合意的情形下，直接认定二者之间存在合法劳动关系，不符合实事求是原则。如果实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人根本没有与劳动者订立劳动合同的意思，我们通过仲裁或者司法判决方式强行认定他们之间存在劳动关系，则等于违背了《劳动合同法》总则中对自愿原则的规定。

其次，如果认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，那么，将由具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人对劳动者承担劳动法上的责任，而实际雇佣劳动者并承担管理职能的实际施工人反而不需要再承担任何法律责任了，这种处理方式显然不符合公平原则。如果我们许可这样做，实际施工人反而很容易逃避相应的法律责任。此外，如果强行认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，还会导致产生一系列无法解决的现实难题：劳动者会要求与承包人、分包人或转包人签订书面劳动合同；要求为其办理社会保险手续；要求支付不签订书面劳动合同而应支付的双倍工资，等等。这些要求显而易见都是不应当得到支持的。

再次，《通知》第4条之所以规定可认定承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，其用意是惩罚那些违反《建筑法》的相关规定任意分包、转包的建筑施工企业。我们认为，承包人、分包人或转包人违反了《建筑法》的相关规定，应当承担相应的行政责任或民事责任。不能为了达到制裁这种违法发包、分包或者转包行为的目的，就可以任意超越《劳动合同法》的有关规定，强行认定本来不存在的劳动关系。

最后，虽然不认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，并不意味着劳动者的民事权益得不到保护。

《劳动合同法》第94条规定：“个人承包经营者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。”实践中个人承包经营者（也就是实际施工人）往往没有承担民事责任的足够财力，为了保

护劳动者的权益，在劳动者遭受损失时，承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。这是有利于对劳动者提供周全保护的。从诉讼程序看，劳动者既可以单独起诉实际施工人，也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告；从实体处理看，劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任，也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任，还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。

笔者认为，根据后法优于先法的效力认定原则，《关于确立劳动关系有关事项的通知》系 2005 年 5 月 25 日发布，《最高人民法院全国民事审判工作会议纪要（2011 年）》第 59 条的规定，系 2011 年 6 月发布，根据时间先后，应以最高院会议纪要的规定为准。

对此，广东省高院亦作出与最高院一致的规定。在广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（2012 年 6 月 21 日起实施）<sup>1</sup>第 13 条规定，发包单位将建设工程非法发包给不具有用工主体资格的实际施工人或者承包单位将承包的建设工程非法转包、分包给不具有用工主体资格的实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认其与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位存在劳动关系的，不予支持。

## 二、在建设工程非法转包分包情况下，如何才能确定实际施工人招用的劳动者与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位之间存在劳动关系？

笔者认为，劳动者需要举证证明双方之间存在事实劳动关系，司法实践中，关于事实劳动关系的认定，应以《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条和第二条规定为准。该通知第一条规定“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”第二条规定：“用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（二）用人单

<sup>1</sup> 本法规被《广东省高级人民法院关于废止部分审判业务文件的决定》（2020 年 12 月 31 日发布；2021 年 1 月 1 日实施）废止，仅供参考。

位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；（四）考勤记录；（五）其他劳动者的证言等。”

第一条讲的是认定是否存在事实劳动关系存在的实质要件，第二条讲的是认定是否存在事实关系的形式要件。如劳动者能完成举证责任，则应当认定双方之间为劳动关系，反之则反。具体而言，劳动者应当举证证明用人单位依法制定的各项规章制度适用于劳动者，并且用人单位对劳动者进行了有效管理，用人单位和劳动者之间形成管理与被管理的关系。

当然，还有一种情形，就是社会保险行政部门已作出工伤认定时，可依法认定双方是否存在劳动关系。

比如，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（2012年6月21日起实施）<sup>2</sup>第13条规定：“发包单位将建设工程非法发包给不具有用工主体资格的实际施工人或者承包单位将承包的建设工程非法转包、分包给不具有用工主体资格的实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认其与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位存在劳动关系的，不予支持，但社会保险行政部门已认定工伤的除外。劳动者依照《广东省工资支付条例》第三十二条、第三十三条或《广东省工伤保险条例》第四十二条与《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》直接主张由发包单位或者承包单位与实际施工人连带承担相应法律责任的，应予支持。”

笔者对于此条规定的理解是，工伤认定应当以双方存在劳动关系为前提条件，既然社会保险行政部门已经认定为工伤，那么，可以认定双方之间存在劳动关系。此处体现的是工伤职工的特殊保护。

### 三、达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止标准如何确定？

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕26号）第三十二条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险

<sup>2</sup> 本法规被《广东省高级人民法院关于废止部分审判业务文件的决定》（2020年12月31日发布；2021年1月1日实施）废止，仅供参考。

待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”根据这一条的规定，并非劳动者达到法定退休年龄就一定终止劳动关系，而是以“依法享受养老保险待遇或领取退休金”为前提条件。

笔者认为，上述规定应当适用于双方已经建立劳动关系，达到或者超过退休年龄的劳动者与用人单位的劳动关系何时终止的问题。

对此，最高人民法院民一庭在《关于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止的确定标准问题的答复》（[2015]民一他字第6号）上，回复山东省高级人民法院“关于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动关系终止的确定标准问题”请示时，答复意见为“对于达到或者超过法定退休年龄的劳动者（含农民工）与用人单位之间劳动合同关系的终止，应当以劳动者是否享受养老保险待遇或者领取退休金为标准。”

但是，深圳的特区立法对于达到退休年龄劳动关系是否终止的规定，与上述规定不一致，即《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第二十五条规定：“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。”深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件的裁判指引》第五十六条规定：“用人单位与其招用的已达到法定退休年龄的人员发生用工争议，应当按照劳务关系处理。”

#### **四、在无法认定承包或者分包单位与劳动者存在劳动关系的情况下，劳动者能否主张工伤保险待遇？**

虽然双方无法被认定存在劳动关系，但是，如果劳动者能够依法申请工伤认定的情况下，即社会保险行政部门认定建设单位、施工总承包单位或者具有用人单位资格的专业分包单位承担工伤保险责任情形下，如上述单位没有为劳动者购买工伤保险，则劳动者可以要求上述单位承担包括停工留薪期工资等工伤保险待遇。

比如，最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第（四）（五）项规定，用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时

因工伤亡的，或者个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，用工单位或者被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发[2018]2号）第十四条规定：“建设单位、施工总承包单位或者具有用人单位资格的专业分包或劳务分包单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用人单位资格的组织或者自然人，社会保险行政部门认定建设单位、施工总承包单位或者具有用人单位资格的专业分包单位承担工伤保险责任，建设单位、施工总承包单位或者具有用人主体资格的专业分包单位以其与劳动者不存在劳动关系为由抗辩的，不予支持。劳动者依据工伤认定结论主张停工留薪期工资的，应予支持。”

深圳市中级人民法院《关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》第四条规定“用工单位违法将承包业务发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，该组织或自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位承担工伤保险责任。不具备用工主体资格的组织或自然人挂靠具有用工主体资格的单位对外经营，不具备用工主体资格的组织或自然人聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位承担工伤保险责任。前述两款规定的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任后，有权向有关组织、单位和个人追偿。”

需要说明的，发包单位、被挂靠单位承担工伤保险责任仅仅是基于相关法律的规定，并不意味着其与劳动者之间就存在劳动关系。也就是说，工伤保险责任与劳动关系并不是一一对应的，不能仅因发包单位、被挂靠单位承担了工伤责任就以此认定发包单位、被挂靠单位对承包人、挂靠人所招用的劳动者之间存在劳动关系。

## 五、建设工程工地的劳动争议主体如何确定？

广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》<sup>3</sup>第五条第二款：“在建设工程施工过程中，作为实际施工人的自然人与其非法招用的劳动者产生纠纷，劳动者

---

<sup>3</sup> 本法规被《广东省高级人民法院关于废止部分审判业务文件的决定》（2020年12月31日发布；2021年1月1日实施）废止，仅供参考。

申请仲裁或起诉的，应将具备用工主体资格的发包方列为被上诉人或被告，并可视案情需要将施工的自然人的转包人、违法分包人列为被上诉人或被告、第三人。”

因此，主体方面，劳动者为申请人，具备用工主体资格的发包方应列为被申请人，施工的自然人的转包人、违法分包人的主体地位则视具体情况而定。

## 人事经理未签劳动合同要求双倍工资，法院：驳回

周文斌 广东鹏浩律师事务所

### 【案情简介】

员工卢某于2019年10月28日入职深圳某公司，任职人事经理，其工作职责负责员工的合同签订和保管等，月工资15000元（含加班工资），公司通过微信和银行转账的形式发放工资。

2020年6月3日，卢某填写《员工离职申请单》，注明因“其他”原因离职。

2020年6月29日，卢某申请劳动仲裁，要求某公司支付未签劳动合同双倍工资135000元，休息日加班工资34482元，违法解除劳动合同赔偿金30000元。

某公司辩称：卢某系人事经理，公司规章制度规定，与员工签订及管理劳动合同是人事经理的工作职责，公司所有员工都签订了合同，其不可能没有签订。即使没有签订，作为人事经理来说，应当知道未签劳动合同对于公司来说具有重大的法律风险，将会支付未签劳动合同双倍工资，从而给公司带来巨大的不利后果。

因此，卢某工作失职，卢某具有重大过错，应当由卢某承担法律责任；其休息日加班工资已包含在其月工资中，而且其系主动以“其他”原因辞职，公司并未辞退，不存在违法解除劳动合同关系的情形。

故其要求未签劳动合同双倍工资、加班工资以及违法解除劳动合同赔偿金的诉求，没有事实和法律依据，应予驳回。

### 【仲裁结果】

宝安区劳动人事争议仲裁委员会认为，法律法规并未对用人单位高级管理人员、从事人事工作的劳动者签订劳动合同做出不同规定，从规范管理角度，用人单位对已签订的所有书面劳动合同应履行保管义务，对于高级管理人员及负责人事管理劳动者的书面劳动合同，也应安排他人另行保管。



因此，当用人单位与劳动者就是否签订了劳动合同发生争议时，应由用人单位承担举证义务。如用人单位举证不能，应依法承担未签订书面劳动合同的法律责任。

故裁决某公司支付卢某未签订劳动合同双倍工资 81000 余元，但对于卢某要求的加班工资及违法解除劳动合同赔偿金则不予支持。

### 【法院判决】

宝安区人民法院认为，卢某作为公司人事经理，全面负责公司人事管理事务，对劳动法律、法规的熟悉程度远超一般员工，应明确知道用人单位未与劳动者签订劳动合同的不利后果。即便公司未主动与其签订劳动合同，其本人也应当提出与公司签订。

卢某不能举证证明其已完全履行人事经理职责，并曾向公司提出签订自己的劳动合同，卢某与公司建立劳动关系超 7 个月不签订劳动合同，其自身存在过错，因此公司无需支付卢某未签劳动合同的双倍工资差额。

故判决确认公司无需支付卢某未签劳动合同双倍工资差额 81000 余元。

### 【评析】

在实践中，人事经理或者主管人事人员未签劳动合同的情况时有发生，对于这些人员来说，如果机械的套用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”的规定，那么公司应当支付卢某未签劳动合同双倍工资。

但，如果不加区分的将该条款适用于人事经理或者主管人事人员，对这些人只要未签劳动合同就支付双倍工资，则势必会增加用人单位的举证责任，同时也会促使部分人事经理或者人事人员利用其工作优势，恶意避免签订劳动合同进而向公司索要未签劳动合同双倍工资，获取非法利益，从而损害用人单位利益，对用人单位就会不公平。

毕竟，代表用人单位与员工(包括他们本身)签订劳动合同就是他们的职责，

他们在未尽到职责的情况下，反而要求用人单位支付双倍工资，如果得到支持，则助长了非法行为，有损司法公正。

因此，在实践中应当避免类似情况发生，使这些恶意取得非法利益的情况不能获得法律支持，从而维护公平公正的法律环境。

## 金融机构薪酬递延支付的相关问题研究

何志杰 北京德恒（深圳）律师事务所

**摘要：**劳动纠纷对金融机构而言，本来是司空见惯的情形。但是，2020年，原民生证券副总裁方某离职后向公司索要高达1035万经济补偿金与递延奖金（将近500万）一案却仍然引起全社会的关注。由此，在金融机构中司空见惯的薪酬（绩效奖金）递延支付制度成为人们热议的话题。律师作为专业的吃瓜群众，将通过本文对金融机构的薪酬递延支付制度的内容、大数据情况与实务争议焦点等问题进行全面系统的剖析，以期解答大家的疑惑。

### 一、薪酬（绩效奖金）递延支付制度是什么

众所周知，金融机构中普遍实施“固定+绩效奖金”的工资模式，其中的绩效奖金基本上采取递延支付的方式，尤其针对董事、监事、高级管理人员与关键岗位人员等重要岗位。

绩效奖金递延支付制度并非是一个准确的、标准的法律概念。简而言之，就是用人单位向劳动者支付的绩效奖金中，按照特定的时间点和条件分期（一般是分两至三年）向劳动者发放的制度。绩效奖金递延支付制度，主要是在金融机构实施，具体原因留待后续进行分析。

就金融机构实施的奖金递延制度，结合相关监管要求，主要有以下三个特点：

1、适用范围主要包括高级管理人员与关键岗位人员。但实际上，大部分金融机构基于管理的需要，实施绩效奖金递延支付的范围完全不再局限于上述范围，而是突破至大部分的从业人员，尤其是业务部门的从业人员。这也是因绩效奖金递延支付而导致金融机构劳动争议高发的重要因素。

2、递延支付的比例最低为40%（银行高管最低50%），即当年的绩效奖金最多只能领取60%。但需要注意的是，根据2018年12月25日施行的《证券投资基金经营机构债券投资交易业务内控指引》的规定，参与债券投资交易的人员，薪酬与激励合计超过100万元的，超过部分应当按照等分原则递延发放。这是从金额上直接进行了递延支付的规定。

3、递延年限基本至少递延 3 年，延期支付部分应当遵循等分原则。实务中，金融机构对于递延年限，一般与法规的最低要求保持一致。

综合上述三个特点并整理相关政策、规定，我们列表如下：

序号	行业	依据	适用范围	递延支付比例	递延支付年限
1	银行	《商业银行稳健薪酬监管指引》第 16 条	高级管理人员、对风险有重要影响岗位上员工	40%以上，高级管理人员应高于 50%，有条件的争取达到 60%	不少于 3 年，延期支付时段遵循等分原则
2		《商业银行公司治理指引》第 111 条			
3	保险	《保险公司薪酬管理规范指引》第 13、14 条	董事、监事、高管人员和关键岗位人员	不低于 40%，董事长和总经理不低于 50%	不少于 3 年，延期支付部分遵循等分原则
4	证券	《证券公司治理准则》第 65 条	高级管理人员、管理和执行投资银行类项目主要人员	40%以上	不少于 3 年，延期支付部分遵循等分原则
5		《证券公司投资银行类业务内部控制指引》第 30 条			
6	基金	《证券期货经营机构私募资产管理业务运作管理暂行规定》第 10 条	私募资产管理业务主要业务人员及相关管理团队、参与债权投资交易人员	不低于 40%	不少于 3 年
7		《证券投资基金经营机构债券投资交易业务内控指引》第 31 条		薪酬与激励合计超过 100 万元的，超过部分按等分原则递延发放	不少于 2 年

## 二、绩效奖金递延支付大数据分析

我们以威科先行法律信息库作为大数据检索平台，以“奖金递延”为关键词，裁判日期以最近三年作为条件，共检索得到 37 份裁判文书<sup>4</sup>（包括民事判决书与审判监督民事裁定书）。

从检索得到的结果来看，涉及奖金递延支付的案件有如下几个特点：

1、从审理法院来看，以北京、上海的法院居多。37 起案件中，其中北京地区法院审理了 15 起案件，占比 40%。上海地区法院审理了 11 起案件，占比 29%。坐拥广州、深圳两座一线城市的广东，仅仅审理了 3 起案件，大大出乎我们的意料。

2、从涉案的金融机构来看，涉及证券公司的案件最多，为 21 起，占比 56%，是涉及奖金递延支付制度案件最高发的金融机构。另外银行为 2 起案件，保险公司为 2 起案件，资产管理公司为 5 起案件，基金公司为 4 起案件，期货公司为 3 起案件。

3、从裁判结果来看，支持劳动者递延奖金诉求的案件为 14 起，不支持劳动者递延奖金诉求的案件为 15 起，未处理的为 8 起。从上述结果来看，支持劳动者诉求与不支持劳动者诉求的比例基本一致。

根据上述大数据，我们基本上对涉及绩效奖金递延支付的案件有了一个基本的了解，这样有助于我们进一步对此类案件进行研究。

## 三、金融机构实行薪酬递延支付制度的原因

首先，是国家监管机构的政策要求。金融行业是一个高风险、高收益的行业，而且涉及到广大的投资者，容易引发系统性、行业性风险。所以监管机构对金融行业的监管理所当然是较高的。

监管部门要求金融机构实行薪酬递延支付制度，主要是为了避免金融机构对

---

<sup>4</sup> 本次案例检索，如案件历经一审二审或直至再审程序的，按一个案件计算。因法律数据库数据跟新的滞后性，以及关键词设置等因素，实际发生的案件应会高于本次检索。

从业人员尤其是高级管理人员进行过度激励，避免不恰当的薪酬激励导致风险冒进和业务创新，降低系统性的金融行业风险，维护金融行业稳定。

其次，是为了提升从业人员的稳定性。金融行业从业人员的高流动率是众所周知的现象。从业人员的高流动率，一方面会影响金融机构的正常经营，另一方面还会导致从业人员为了谋求自身短期利益而忽视企业的长期风险。因此，金融机构实行薪酬递延支付制度，就赋予了金融机构对递延部分的发放设置一定的条件，如离职时递延部分不再发放，这样可很大程度上提高从业人员的离职成本，增强金融机构从业人员的稳定性。

再次，是为了适当降低金融机构的现金压力。除了固定工资外，金融机构从业人员很大一部分收入来源于年终的绩效奖金，这样容易在每年年终时给金融机构带来巨大的现金支付压力。通过薪酬递延支付制度，可将需要每年年底支付的高额奖金中至少 40% 的奖金递延至 3 年内进行支付，这样可以适当缓解金融机构在每年年底均会面临的巨大现金支付压力。

#### 四、薪酬递延支付制度常见的法律争议

根据我们的大数据分析，围绕薪酬递延支付制度所产生的争议，主要有以下几点：

1、金融机构的薪酬制度规定递延奖金发放前离职不予发放剩余的递延奖金，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？

2、金融机构的薪酬制度规定递延奖金发放期间劳动者负责的业务发生风险合规事件的不予发放剩余的递延奖金，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？

3、金融机构制定的递延奖金发放制度未向劳动者公示的，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？

4、劳动者主张递延奖金的仲裁时效从何时开始起算？

结合上述争议焦点，根据我们所检索到的案例，一一进行分析：

### （一）金融机构的薪酬制度规定递延奖金发放前离职不予发放剩余的递延奖金，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？

在朱元磊诉齐鲁银行股份有限公司劳动争议一案<sup>5</sup>与罗健诉德邦证券股份有限公司劳动争议一案<sup>6</sup>中，法院均认为用人单位有权根据本单位的情况，依法自主确定奖金发放条件、发放标准及不予发放奖金的情形，即认可用人单位将员工离职作为不予发放递延奖金的条件，从而驳回了劳动者主张递延奖金的主张。但是，在王旭诉中泰证券股份有限公司劳动争议一案<sup>7</sup>中，法院却认为中泰证券股份有限公司的绩效奖金制度对于主动离职的员工公司将止付全部或部分支付绩效奖金的约定，实际上限制了劳动者的相关权益，属于限制或免除用人单位在《劳动合同法》中所应当承担的义务或责任，根据《劳动合同法》第二十六条之规定，所以该条款无效，进而支持了王旭关于支付迟延奖金的主张。

因此，在司法实践中，法院对金融机构关于递延奖金发放前离职不予发放剩余递延奖金的规定是否有效是存在争议的。但就我们所检索的案例来看，法院认可金融机构可自主约定递延奖金的发放条件即认可劳动者提前离职可不发放递延奖金的案例居多，不认可的仅为个别案例。

### （二）金融机构的薪酬制度规定递延奖金发放期间劳动者负责的业务发生风险合规事件的不予发放剩余的递延奖金，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？

合规是金融机构的生命线，因此，金融机构经常会在薪酬制度中规定，在递延奖金发放期间，劳动者负责的业务发生风险合规事件的将不予发放递延奖金。那么，在司法实践中，这样的约定是否有效呢？

在马宁诉中信证券华南股份有限公司劳动争议一案<sup>8</sup>中，法院认为，无论是2015还是2016年度的递延奖金，马宁在2017年被判刑，都符合《2016纪要》所规定的“发生风险合规事件”“需承担责任”（被判刑，显然属于“需承担责

<sup>5</sup> 案号为（2019）鲁01民终11775号。

<sup>6</sup> 案号为（2018）沪0115民初6802号。

<sup>7</sup> 案号为（2018）京0102民初8272号。

<sup>8</sup> 案号为（2020）粤01民终21129、21130号。

任”）两个条件，因此中信证券有权扣发马宁的上述递延奖金。

因此，上述案例说明，如金融机构的薪酬制度对发生风险合规事件而不予支付递延奖金进行了规定，是可以得到法院的支持的。考虑到金融业务风险爆发的滞后性，即金融业务的风险经常需要一段时间甚至是长达数年才爆发，为保障金融机构的合法权益，防范从业人员为了短期利益而忽视甚至是藐视业务风险而进行违规操作，金融机构这样的规定完全具有充分的合理性。

### **（三）金融机构制定的递延奖金发放制度未向劳动者公示的，劳动者能否主张金融机构支付未发放的递延奖金？**

《劳动合同法》第四条，规定了用人单位在制定、修改有关劳动报酬等直接涉及劳动者切身利益的规章制度时，应当经过民主程序。依据上述法律规定，民主程序主要有四个步骤，第一步是公司制定或修改；第二步是职工代表大会或全体职工讨论；第三步是双方平等协商；第四步是公示或告知劳动者。

在我们所检索到的案例中，有多个案例因为薪酬制度的民主缺失而导致金融机构败诉。在刘洁与宏源期货有限公司劳动争议一案<sup>9</sup>中，二审法院认为：《递延试行办法》对递延奖金发放时间、发放条件做出了具体规定，直接涉及劳动者切身利益，宏源期货公司未就《递延试行办法》经过民主制定程序向法院出示证据，亦未有证据表明《递延试行办法》在制定时直接或间接征询过刘洁的意见。据此，二审法院认定宏源期货有限公司应当向刘洁支付 2015 年度年终奖金的递延部分。

因此，虽然大部分法院认为递延奖金的发放属于“自主”范围，但仍要求相关薪酬制度的制定程序应当遵守《劳动合同法》等相关规定，即应当经过民主程序，可谓“自主但不能任性”。

### **（四）劳动者主张递延奖金的仲裁时效从何时开始起算？**

众所周知，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。那么，就未发放的递延奖金，劳动者是否必须在离职后一年内申请劳动仲裁呢？仲裁时效应当从何时开始计算呢？

---

<sup>9</sup> 案号为(2017)京 02 民终 11016 号。



在李春诉民生证券股份有限公司劳动争议一案<sup>10</sup>中，法院认为，虽李春与民生证券公司的劳动关系已于2016年5月31日解除，但高管奖金的应支付时间与劳动关系终止时间并非同一概念，故本案中应以高管奖金递延部分相应的应支付时间作为计算仲裁时效期间的依据。李春主张2014年高管奖金的2017年递延部分的最晚应支付时间为2017年12月31日，2015年高管奖金的2017年、2018年递延部分的最晚应支付时间分别为2017年12月31日和2018年12月31日，仲裁时效应分别自2018年1月1日、2019年1月1日起算，故李春于2018年9月25日提出仲裁申请，未超过仲裁时效期间。

法院的认定是有法律依据支持的，《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。上述案例中，虽然李春于2016年5月31日离职，但2017年、2018年递延部分高管奖金的支付时间并未届满，即李春并不确定民生证券是否会发放，亦即李春并不确定其权利是否被侵害。因此，其仲裁时效应当从高管奖金递延部分相应的应支付时间起算仲裁时效期间。

## 五、合规建议

无论是基于符合监管机构的监管要求需要，还是基于薪酬递延制度在人力资源管理的需要，金融机构都有必要继续实施薪酬递延支付制度。但结合薪酬递延支付制度在实务当中所引发的争议，金融机构有必要对薪酬递延支付制度进行规范和管理，建立系统、合规的薪酬体系，规避实施流程中的法律漏洞与风险。结合大数据分析和实务中常见的争议焦点，有以下几点合规建议供金融机构参考：

### 1、明确绩效递延奖金的性质。

在实务中，奖金一般有两种类型，一种是用人单位基于劳动者过往某段时期的工作表现而给予的奖金，如年终奖、季度奖等，还有一种是基于对劳动者未来留用和工作表现的激励。在实务中，裁判机关更多地倾向认为绩效奖金属于用人单位授予劳动者的一种不确定性的期待权益，而非仅仅为发放时间延后的劳动报酬。即使奖金的数额和发放时间确定，用人单位仍然有权将劳动者离职设置为不予发放条件，如前述提及的朱元磊诉齐鲁银行股份有限公司劳动争议案和罗健诉德邦

<sup>10</sup> 案号为(2019)京0101民初1870号。

证券股份有限公司劳动争议案。

在递延奖金争议案件中，是否支持将员工不提前离职作为用人单位的发放条件，很大程度上取决于递延奖金的具体定性。用人单位如果不区分奖金性质，一律设定不得提前离职等条件，该条件仍有一定的风险被法院认定无效，并进而导致单位仍然需要向离职员工支付递延奖金的法律风险。

因此，金融机构应当在薪酬制度中明确绩效递延奖金的性质。中兴通讯公司的《递延奖金管理流程》就很有借鉴意义。《递延奖金管理流程》规定：递延奖金指关键岗位员工在未来一定时间内分享公司未来收益的一种权利，是公司在各种现金奖励等短期激励之外，特别对关键岗位员工提供的一种长期激励；每年的递延奖金均为5年递延奖金，即每年初分配上年度递延奖金额度，并从第二年开始分5年逐年兑现；递延奖金受益人未到递延奖金兑现时间离开公司的，将丧失尚未兑现的所有递延奖金。

## 2、明确绩效递延奖金的支付条件、支付标准与支付时间等。

根据我们所检索到的案例，裁判机关对金融机构就绩效递延奖金的支付设置支付条件的操作基本上是认可的。因此，金融机构在制定薪酬制度时，可将发放前离职、考核不合格或发生合规风险事件等约定为不予发放绩效递延奖金的条件。

同时，薪酬制度还应就递延发放的金额、时间与标准等进行约定。如约定员工2020年的绩效资金60%的金额于当年予以发放，剩余的40%的金额作为递延3年发放，即2021年发放15%，2022年发放15%，2023年发放10%，每期的递延金随当年最后一个月工资发放。

## 3、设置明确的追回或取消条件。

考虑到金融业务的高风险性与风险爆发的滞后性，金融机构的薪酬制度应当就绩效递延奖金设置追回或取消条件，如在绩效递延奖金发放期间，劳动者所负责的业务爆发合规风险的，金融机构有权向员工追回已发放的递延奖金。其中，《商业银行公司治理指引》第111条<sup>11</sup>就明确要求商业银行引入追索扣回制度。

---

<sup>11</sup> 《商业银行公司治理指引》第111条：商业银行薪酬支付期限应当与相应业务的风险持续时期保持一

#### 4、薪酬制度应当通过民主程序，确保制度对劳动者具有约束力。

金融机构在制定薪酬制度时，应严格按照《劳动合同法》的规定履行民主程序，包括经过职工代表大会/职工大会讨论与向劳动者公示等程序，并做好相关证据的保管工作。根据我们的大数据分析，有多起案件因为民主程序的缺失而导致金融机构败诉。

绩效奖金递延支付作为人力资源管理实践中一种新型激励模式，已经引起了越来越多人的关注，包括众多的无监管政策要求的非金融机构。通过本文，相信能够在一定程度上帮助大家绩效奖金递延支付制度的了解。鉴于绩效奖金递延支付在实务中存在的种种问题，尤其是动辄几十万甚至上百万元的争议标的，对于包括金融机构在内的企业而言，在制定一个绩效薪酬制度时，应当注意要符合法律规定的要求，并合理平衡保护劳动者的利益，从而有效地防范劳资法律风险，实现实施薪酬递延支付制度的目的。

#### 作者简介：

何志杰，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员，业务范围包括法律顾问、劳动法与破产清算等。2017年由法律出版社出版《HR应当知道的劳动法》。

---

致，引入绩效薪酬延期支付和追索扣回制度，并提高主要高级管理人员绩效薪酬延期支付比例。

## 员工股权激励纠纷疑难问题与司法观点

陈伟 浙江天册（深圳）律师事务所

股权激励作为用人单位留住人才的重要手段，在实践中的应用越来越广泛。在股权激励方案运行的过程中，激励对象因各种主客观原因，比如严重渎职、失职、索贿、受贿、泄露公司技术秘密、严重违反规章制度、辞职等等，可能不再适宜继续“被激励”，需要从激励对象中予以“除名”。面对这一情况，作为用人单位的公司一方通常的应对方式为解除劳动合同。

然而，实务中，公司主动与员工解除劳动关系被认定为违法解除的风险非常高。而一旦被认定为违法解除，员工通常会通过申请劳动仲裁、合伙企业纠纷、公司盈余分配权纠纷、退伙纠纷等方式，要求支付股权激励相关的权益，包括行使分红权、要求退伙，要求退还投资款并支付相对应的收益款项等。

目前，很多企业都在研究和制定员工持股股权激励计划，如果不深入了解员工股权激励纠纷的特征、表现形式，以及法院的裁决司法观点，就无法对员工股权激励的制度、计划及协议书等作出明确、具体、有效的约定，甚至花了很多人力物力作出来的员工股权激励协议，在实务执行中将会遇到非常多的问题。

为了帮助大家了解员工股权激励纠纷疑难问题与司法观点，本团队律师特研究了大量判例，并进行了总结和提炼，希望对大家研究、制定、实行员工股权激励计划，以及正确处理员工股权激励有所裨益。

一、员工与公司之间存在员工股权激励的合意，但未经被告股东会决议或经授权的董事会决议，员工股权激励合意是否生效？

### 【司法观点】

员工基于劳动关系认购公司股份，形式上属于公司股东以外的人因属于公司职工对公司进行增资，本质上属于公司内部对公司员工股权激励性质，依法应受公司法、合同法的约束调整。仅有员工入股合意，未经公司股东会决议或经授权的董事会决议，该合意并不生效。

## 【司法案例】

原告为被告公司员工，原告与公司签订协议，约定原告支付股权认购款后，如劳动合同解除时，公司应在 5 个工作日内向原告支付享有的股权对应的现金（数额的计算按照离职时，原告享有的对应的股权价值计算），如公司违约，应向原告支付与原玩味按本协议约定应当享有的股权价值相同的违约金。原告以双方存在上述约定为由，要求公司支付激励股权的市场价值相对应的现金 31 万元。

法院认为，有限公司设立后，股权合法取得方法为股东之间的股权转让、股东向股东以外的人股权转让、股权继受、股东以外的人对公司增资、强制执行程序下的股权转让或以其他形式合法继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。本案被告以认购确认书形式同意原告认购被告 50 万股，认购方式为自从出资或从工资按月扣款的方式认购被告的股份，不属于单纯的股东以外的人对公司增资，也不属于单纯的劳动合同关系，形式上属于被告股东以外的人因属于被告职工对公司进行增资，本质上属于被告内部对公司员工股权激励性质，依法应受公司法、合同法的约束调整。未见被告的公司章程，双方应依照公司法、合同法规定的合意条件和程序完成员工股权激励合意、批准和登记等手续。依照《中华人民共和国合同法》第四十四条的规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。《中华人民共和国公司法》第三十七条规定，对公司增加或减少注册资本，应当是公司权力机构股东会职权并形成有效决议；第四十六条规定，董事会对股东会负责，行使制订公司增加或减少注册资本、制定公司基本管理制度的职权。原告是被告的员工，双方形成员工入股合意。但仅有公司员工入股合意，未办理公司法规定的手续，即未经被告股东会决议或经授权的董事会决议该合意并不生效。原告提供的王永成发送给廖炳隆的邮件不能证明被告公司董事会就股权认购事宜形成了合法有效的董事会决议，依举证规则和参照《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（四）》第十五条的规定，原告未提交员工股权激励股东会或有效董事会决议，请求支付股权激励对应款项的，人民法院不予支持。故原、被告之间存在员工股权激励的合意，但未经公司法规定的批准程序，案涉员工股权激励合意未生效，原告不是被告的合法股东，原告主张的股权价值无基础事实

## 【案件索引】

《原告马翔与被告南京某某微电子科技有限公司股权转让纠纷一案的民事判决书》，审理法院：江苏省南京市浦口区人民法院，案号(2018)苏 0111 民初 8874 号，裁判日期 2019.06.18。

## 【实操建议】

员工与公司签订的员工股权激励协议，属于基于特定劳动关系产生的股权转让及认购协议，除需要股东同意以外，还需要符合《公司法》规定的批准及表决程序，根据《中华人民共和国公司法》第三十七条规定，对公司增加或减少注册资本，应当是公司权力机构股东会职权并形成有效决议；第四十六条规定，董事会对股东会负责，行使制订公司增加或减少注册资本、制定公司基本管理制度的职权。

员工与公司之间签订员工股权激励协议后，应当履行股东会决议或经授权的董事会决议的程序，员工股权激励合意才生效，否则存在股权激励协议无效的法律风险。

二、签订股权激励协议且处于隐名股东状态的员工，要求行使股东知情权，法院是否支持？

## 【司法观点】

股东知情权的主体应当且只能是股东。股东知情权的存在与行使具有股东身份的依附属性，不能脱离股东身份而独立存在。员工并非公司显名股东，因实际出资人实际是通过显名股东行使股东权利和承担股东义务，实际出资人处于隐名状态，外人无从得知，故实际出资人并不具备股东知情权诉讼的原告主体资格。

## 【司法案例】

员工基于《激励股权认购协议》提起股东知情权纠纷之诉，要求行使知情权。

一审法院认定，本案员工于某认为其根据《激励股权认购协议》的约定享有某帛公司的激励股权，是某帛公司的股东，故要求享有股东查阅的权利。股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告，但该权利是赋予公司显名股东的，根据某帛公司提供的《公司股东名册》、公司章程等，均显示于某不是某帛公司的显名股东，故于某的诉请依据不足，该院不予支持，故驳回起诉。

二审法院认为，股东知情权是指法律赋予股东通过查阅公司的财务会计报告、会计账簿等有关公司经营、决策、管理的相关材料以及询问与上述有关的问题，实现了解公司的运营状况和公司高级管理人员业务活动的权利。**股东知情权的主体应当且只能是股东。股东知情权的存在与行使具有股东身份的依附属性，不能脱离股东身份而独立存在。**本案中，于某并非某帛公司股东名册载明的显名股东。虽于某主张其为某帛公司的实际股东，**但因实际出资人实际是通过显名股东行使股东权利和承担股东义务，实际出资人处于隐名状态，外人无从得知，故实际出资人并不具备股东知情权诉讼的原告主体资格。**一审法院裁定认为于某提起本次诉请依据不足，认定事实清楚、适用法律正确，本院予以维持，故驳回上诉，维持原判。

### 【案件索引】

《于某与北京某帛电子商务股份有限公司股东知情权纠纷二审民事裁定书》，审理法院：北京市第三中级人民法院，案号：（2016）京03民终7598号，裁判日期：2016.07.06。

### 【实操建议】

根据《公司法》的规定，股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告，但该权利是赋予公司显名股东的，隐名股东应当通过显名股东来行使股东知情权。

建议双方在员工股权激励协议中约定员工的知情权如何实现，通过何种方式实现，以避免股东知情权纠纷。

三、劳动合同解除后，员工可否要求依股权激励约定授予股权，并办理工商变更登记手续？

**【司法观点】**

被告单位制定股权激励计划的目的是完善公司激励机制，进一步提高公司经营管理者积极性，因此其有权对激励人员的范围及方式进行规定。

**【司法案例】**

双方签订《员工股权激励协议书》，约定被告分三年授予原告共计总原始股份 1%的股权，后公司于 2018 年 9 月 14 日通过邮件通知原告，以原告不胜任工作为由而解除劳动合同。原告起诉的诉求之一为要求被告按照约定于 2018 年 10 月 3 日授予原告 0.3%股权，并办理工商变更登记手续。

法院认为，关于股权及办理工商变更登记手续。被告单位制定股权激励计划的目的是完善公司激励机制，进一步提高公司经营管理者积极性，因此其有权对激励人员的范围及方式进行规定。被告已提供证据证明原告在调整岗位之后，并不在激励岗位的范围之内，故原告主张被告应于 2018 年 10 月 3 日授予原告 0.3%的股权，并办理工商变更登记手续的诉讼请求，本院不予支持。

**【案件索引】**

《汪某某与上海 B 网络科技有限公司劳动合同纠纷一审民事判决书》，审理法院：上海市青浦区人民法院，案号：（2018）沪 0118 民初 20896 号，裁判日期：2019.03.26

**【实操建议】**

用人单位可以规定员工股权激励授予的对象，包括股权期权授予计划，以及符合激励标准的岗位等，比如可以约定运营部总经理、运营管理部、财务部等岗位负责人为股权期权授予岗位，上述约定通常会被认定为有效。

四、在通过合伙企业作为股权激励持股平台的情形下，员工可否以劳动合同解除为由提出要求退伙并退还投资款项？



## 【司法观点】

除有合伙协议所约定的或法律规定的情形，未经执行事务合伙人同意，有限合伙人在合伙企业存续期不可以退伙

## 【司法案例】

A 公司成立于 2006 年 7 月 7 日，周某系该公司员工。在 B 企业成立之前，部分合伙人作为投资人向 B 企业、A 公司出具承诺书，其内容包含：1、B 企业为 A 公司的员工股权激励持股平台，通过 B 企业享有 A 公司的股权。2、A 公司及其关联公司重大决策均以投资人（合伙人）决议或股东会决议方式做出，全体合伙人对生效决议承担集体责任和连带责任，每个合伙人需无条件遵守，执行生效决议。3、自然人合伙人之间为劳动关系，自然人合伙人既是 B 企业的合伙人，又是 A 公司或其关联公司的员工。2015 年 11 月 6 日，A 公司召开股东会，同意接受 B 企业为公司的新股东。周某有签订股权激励协议，约定通过成为 B 企业的合伙人，实现间接持有 A 公司股权的目的。2018 年 1 月 4 日，周某与该公司解除劳动合同。该员工起诉到法院，要求退伙并要求退还合伙投资款 60 万元以及投资收益款项。

一审法院认为，本案为退伙纠纷。虽然合伙协议未对合伙人被 B 企业的投资公司辞退的情形提供解决方案，但根据双方当事人的陈述及协议约定的内容分析，B 企业系为对员工实施股权激励计划而设立的持股平台。在周某已经与 A 公司解除劳动关系的情况下，周某不再是 B 企业投资公司的员工，则不再是 B 企业实施员工股权激励计划的对象，应从 B 企业退伙。一审法院认定周某于 2018 年 1 月 4 日从 B 企业退伙。依据《合伙协议》，周某已经出资 60 万元。而至周某退伙之日（2018 年 1 月 4 日），A 公司尚未实现其上市计划，对于 B 企业投资 1200 万元的收益问题，因涉及 A 公司，该问题在本案中无法确认，亦无法评估。因此仅判令 B 企业退还周某 60 万元。对于投资的收益问题，周某可另循法律途径解决。梁某某依据《合伙协议》第三条关于“对本企业的债务承担连带无限责任”的约定，对上述给付义务承担连带清偿责任。关于周某是否因发生同业竞争情形而导致 A 公司遭受损失，相关方可另循法律途径解决。综上所述，依照《合伙企业法》第四十五条第一款第（三）项、第四十八条第一款第（四）项、第三款规定，判

决：一、确认周某于 2018 年 1 月 4 日在 B 企业退伙；二、B 企业于本判决生效之日起十日内退还周某投资款 60 万元。

二审中，经查，B 企业对外唯一投资为 A 公司，二审中周某亦认可 B 企业为 A 公司的员工持股平台，而周某作为被投资企业 A 公司负责销售的副总，其主张的梁某某没有按期召开合伙人大会、没有报告合伙事务执行情况及企业的经营和财务状况、未分配过收益等情形不属于涉案合伙协议约定及《合伙企业法》第四十五条、四十八条规定的可以退伙或当然退伙的情形。被上诉人依据该事由主张退伙的理由不成立，本院不予支持。二审期间，B 企业、梁某某、周某均认可涉案合伙协议并未特别约定合伙人须具备相应资格，原判决依据《合伙企业法》第四十八条、以周某已与 A 公司解除劳动关系，认定周某从 B 企业退伙不当，欠缺法律依据，应予纠正。被上诉人周某主张之前离职的合伙人均已退伙，经查，涉案《合伙协议》明确约定，除有合伙协议所约定的或法律规定的情形，未经执行事务合伙人同意，有限合伙人在合伙企业存续期不可以退伙，被上诉人提交的退伙申请书等证据载明离职的合伙人向执行事务合伙人提出退伙申请并征得其同意，与上诉人提交的合伙企业财产份额转让协议书能够印证一致。即梁某某同意受让有限合伙人股份，有限合伙人始得退伙。而本案中，梁某某明确表示不同意被上诉人周某退伙。因此，被上诉人周某主张退伙的诉讼请求不符合合伙协议约定及合伙企业法规定，本院不予支持。

故二审法院撤销原判，并驳回被上诉人周某的诉讼请求。

### 【案件索引】

《青岛 B 股权投资管理企业、某某退伙纠纷二审民事判决书》，审理法院：山东省青岛市中级人民法院，案号：（2020）鲁 02 民终 4819 号，裁判日期：2020.07.30。

### 【实操建议】

上述案例中，为 A 公司为实施员工股权激励计划，设立 B 企业，并以此企业作为员工股权激励持股平台，让员工通过 B 企业享有 A 公司的股权。一审法院认为周某已经与 A 公司解除劳动关系的情况下，周某不再是 B 企业投资公司的员

工，则不再是B企业实施员工股权激励计划的对象，应从B企业退伙，故支持了员工退伙的请求，但是二审法院认为，要严格按《合伙协议》执行，而协议又规定“除有合伙协议所约定的或法律规定的情形，未经执行事务合伙人同意，有限合伙人在合伙企业存续期不可以退伙”，故二审法院认为退伙事由不成立，故驳回了员工退伙的请求。

在通过合伙企业作为股权激励持股平台的情况下，建议在员工股权激励协议明确约定如出现在劳动关系解除情形时，一方要求退出合伙企业时，其他合伙人应当予以同意退伙并办理投资款结算手续，同时还应当约定相应的违约责任。

**五、在通过合伙企业作为股权激励持股平台的情形下，合伙企业以劳动合同解除为由对持股合伙人作出除名决议是否有效？**

#### **【司法观点】**

通过合伙企业作为股权激励持股平台时，合伙企业将合伙人除名是否有效，要看合伙企业作出的除名决定是否符合法律规定或者合伙协议约定的可以将合伙人除名的情形，如不符合则除名决议无效。

#### **【司法案例】**

被告吕某入职某某公司，2018年7月18日，某某的合伙人马某雄、某庆某与受让出资份额的某某公司的28名员工（包括本案被告吕某）签订了一份《惠州市某某企业管理咨询合伙企业（有限合伙）出资份额协议》，该协议约定，某某是某某公司为员工股权激励目的设立的员工持股平台，持有公司15%的股权，对应注册资本900万元，马某雄、某庆某是公司的实际控制人，也是某某的合伙人，受让人是经公司确定的激励对象，由马某雄和某庆某将其二人持有的某某的100%的出资额中的80.0511%以人民币1元/份的价格分别转让给28名受让人，其中被告吕某自马某雄处受让份额为498000元，占某某的出资份额为5.5333%，占某某股份比例为0.83%。后被告与某公司的劳动合同因故解除。

合伙企业诉到法院，要求确认被告吕某在某某企业退伙；并要求吕某某协助办理退伙工商变更手续。

法院认为，双方争议的焦点是原告的合伙人通过决议将被告吕某除名是否符合《合伙企业法》规定以及原告合伙协议的约定，该除名决定是否具有法律效力。

《合伙企业法》第四十九条规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（一）未履行出资义务；（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由。根据上述法律规定，合伙企业将合伙人除名，首先要经其他合伙人一致同意，其次要符合法律规定或者合伙协议约定的可以将合伙人除名的情形。本案中，原告将被告除名，已经由除被告之外的原告的其他合伙人表决一致同意。因此，原告将被告除名是否有效就要看原告将被告除名是否符合法律规定或者合伙协议约定的可以将合伙人除名的情形。根据本案查明的事实，原告将被告除名的理由是被告已于2018年11月22日与某某公司解除了劳动合同，该情形显然不符合《合伙企业法》第四十九条第一款第（一）、（二）、（三）项规定的可以将合伙人除名的情形。同时，根据原告的合伙协议中约定的可以将合伙人除名的具体情形，也并未将合伙人与某某解除劳动合同作为可以除名的情形之一，原告将被告除名也不符合原告合伙协议中约定的可以将合伙人除名的情形。因此，原告将被告除名既不符合《合伙企业法》第四十九条规定的可以将合伙人除名的法定情形也不符合原告合伙协议约定的可以将合伙人除名的约定情形。原告作出的将被告除名的决定违反法律规定，该除名决定不发生法律效力。原告的诉讼请求没有事实和法律依据，本院不予支持。

据此，法院驳回原告某合伙企业的起诉。

### 【案件索引】

《惠州市某某企业管理咨询合伙企业与吕某某退伙纠纷一审民事判决书》，审理法院：广东省惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院，案号：（2019）粤1391民初13号，裁判日期：2019.12.25。

### 【实操建议】

从上述案例不难看出，在将合伙企业作为员工股权激励目的设立的员工持股平台情形下，劳动合同的解除并不必然成为将合伙人除名的法定理由。案例中，

**因员工的劳动合同解除，合伙企业**将被告除名，已经由除被告之外的合伙企业的其他合伙人表决一致同意，但是法院依然认定其既不符合法定的除名事由，也不符合约定的除名事由，故法院认为除名依法不具有法律效力。

因此，如要将劳动合同的解除作为合伙企业除名的情形，应当有书面约定，否则，将存在被法院认定为除名决议无效的风险。

在通过合伙企业作为股权激励持股平台时，为避免争议，关于退伙，推荐可以考虑如下约定条款：

1、若发生任何下列情形，合伙企业有权要求受让方退伙，由公司实际控制人或其指定的回购受让方持有的份额，回购价格按照受让方认购时的原始实缴出资额或届时的公司净资产值孰低确定：

（1）受让方严重渎职、失职或涉嫌刑事犯罪被司法机关采取强制措施的；

（2）受让方由于索贿、受贿、泄露公司技术秘密（包括在正常离职后的约定时间内发生前述情形）等不正当行为损害公司利益或声誉的；

（3）受让方违反竞业限制协议约定从事与公司及其子公司业务相同或相类似的相关工作的；

（4）受让人因严重违反公司规章制度等原因解除与某某公司的劳动合同的；

（5）公司认定的其他严重违反公司有关规定或严重损害公司及其子公司利益的情形。

2、若受让方拒绝配合完成退伙手续，将构成严重违约，合伙企业的执行事务合伙人有权要求受让方继续配合完成退伙的转让手续，并要求受让方按照届时对应的公司净资产值的3倍支付违约金，若受让方行为给公司及其子公司造成损失的，还应向公司承担赔偿责任。

## 结束语

总之，员工股权激励制度的设计及实施，可能涉及到《公司法》《劳动法》《劳动合同法》《合伙企业法》等诸多法律法规，需要全面综合考虑如何确定激励人员的范围及方式、员工股权激励合意如何才能有效、处于隐名股东状态的员工如何行使股东知情权、通过合伙企业作为股权激励持股平台的情形下如何解决除名及退伙等问题，本文所涉问题，只是员工股权激励纠纷中很少的一部分，旨在提醒大家，要用专业的眼神和战略的思维，全面考究员工股权激励相关法律风险，依法制定并实施，使其能够在法律框架下运用，并真正发挥到其应用的作用。

## 劳动关系中公司对员工信息数据保护问题研究

于亦佳 北京大成（深圳）律师事务所

2020年10月21日，全国人大常委会发布《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》并公开征求意见。2021年4月，经过修订后的《中华人民共和国个人信息保护法（草案二次审议稿）》再次被发布并公开征求意见。

2021年6月，十三届全国人大常委会通过了《中华人民共和国数据安全法》，并将于9月1日起施行。

2021年1月1日起实施的《民法典》第一千零三十五条对个人信息处理也作出了规定：“处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：（一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；（二）公开处理信息的规则；（三）明示处理信息的目的、方式和范围；（四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。”

可见，近年来国家越来越重视个人数据信息保护，司法实践也越来越强调公司履行对员工信息数据的合规和保护义务。

### 一、公司日常管理中可能涉及到的员工个人信息收集和保护问题

#### 1. 入职时公司对员工信息的收集

公司在为员工办理入职手续时，往往会要求员工填写《入职登记表》等文件，由此掌握到包括员工照片、联系电话、地址、身高体重、健康状况、婚育情况、过往学历等在内的基本信息。为方便日常对员工的管理，人力资源部门往往会将收集到的员工信息上传至公司内部系统，或制成表格储存在公司网络客户端或工作电脑中。

此时对于收集到的员工基本信息，就涉及到对信息数据的保护问题。在日常管理中，公司需要对人力资源部门或其他保存信息的部门及人员进行严格管控，

可以通过设置查阅规则和访问权限等形式，比如明确公司哪些部门、哪些人员可以查看员工的个人信息，哪些情况可以查看或复制，查阅的记录是否留痕。

## 2. 公司对员工进行背景调查

员工的背景调查环节的员工信息保护问题，主要体现在两个方面：员工入职前，公司对员工或应聘者进行背景调查；以及员工离职后，公司收到员工新单位的背景调查请求时，公司应如何处理。

关于前者，目前大部分公司的操作是提前取得员工本人的背景调查授权许可，并在授权书等文件中载明授权公司调查的范围，一般包括基本履历信息、家庭信息、犯罪记录、个人信用信息等。

关于后者，可能会有很多公司忽略，员工离职后，同样可能涉及到披露员工本人信息的问题，即使只是向新用人单位提供员工的基本个人信息，或者披露的是公司原来合法收集的信息，要是没有被收集者即员工的同意，就会存在风险。

因此，建议公司在入职前除了让员工明确提供背景调查的授权同意外，还需获得员工授权同意公司在其离职后将此前采集的信息和履行劳动合同过程中形成的信息提供给做背景调查的用人单位。

此外，如果员工在原用人单位如果存在违纪或其他违规行为，肯定是不愿意原用人单位披露这类信息的。如果公司在背景调查或离职证明上直接告知或载明员工的违规违纪行为或其他信息，可能会被员工主张侵权，甚至可能因为侵犯公民个人信息而被追究刑事责任。

## 3. 人脸识别或指纹信息

越来越多公司通过对员工收集的人脸识别或指纹信息，用于员工考勤打卡或者出入门禁的设置。而人脸面部识别和个人指纹属于生物识别信息，同样被列入《民法典》及其他法律规定所保护的个人信息范畴。

2021年7月27日，最高人民法院发布了《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（下称《规定》），明确了将



人脸信息的处理界定为人脸信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等各个环节,这使得日后公司对员工的人脸和指纹信息收集和运用问题越来越受到关注,建议公司在获取员工人脸信息时,从如下几个方面考量:

1) 单独获得员工的同意,以书面形式进行留存;

2) 公司建立好信息收集、储存和保密系统,确保收集到的员工人脸信息不被滥用;

3) 公司可设置有关人脸识别信息保护的相关规则、制度,告知员工使用的目的、方式、范围,并做好承诺,严格限制适用范围,体现公司对员工信息数据保护的态度。

#### 4. 员工工作中产生的信息数据

部分公司会通过网络后台等技术对员工日常的工作,比如工作通话记录、软件聊天记录、互联网浏览、电子邮件记录等过程对员工的行为表现进行跟踪、检查。另外,也有公司在对员工开展工作调查的过程中要求查看甚至复制员工手机或电脑中的信息。此时容易涉及对员工信息和数据,甚至隐私权的问题,引发争议。对于公司设置监控系统对员工工作进行监测的行为,实践中也存在不同的观点。

在(2019)鲁06民终7145号二审案件中,法院认为,为了企业经营、管理、办理业务等工作需要,公司在所有办公电脑上安装了超级眼电脑监控软件,是为了便于工作,是公司的自我管理行为,其目的是正当的,并不具有窥探员工个人隐私的主观故意,因此公司在办公用电脑中安装超级眼电脑监控软件的行为并非违法行为。而公司委托公证处对办公电脑保存在公司服务器主机上的QQ、微信聊天记录进行下载、证据保全,并作为证据提交,属于依法举证行为。故公司在办公用电脑上安装超级眼电脑监控软件,以及下载、保存员工使用办公电脑时的微信、QQ聊天信息的行为,主观上没有过错,不构成侵犯员工的隐私权。

但在(2020)京0108民初14100号一审案件中,法院则认为,员工虽同意公司工作人员查看其手机,但并未同意查看全部内容,更未同意导出其手机中信息。公司未经员工允许获取其私人微信对话记录,侵犯了员工的隐私权。公司虽

主张信息并未泄露，不属于严重侵害他人合法权益的行为，但对此行为性质的判断，必须考虑双方当事人之间的关系、及所要保护的法益。当时员工是在公司的办公场所接受公司内审部门的调查，双方的地位不是完全对等的，公司利用用人单位的管理权，在特定场合向劳动者施加压力获取对方手机信息，侵害了劳动者的隐私权，属于严重侵害劳动者合法权益的行为，其因此取得的微信对话记录不得作为认定案件事实的依据。

## 二、公司对员工信息数据保护的合规操作建议

可以看出，目前我国法律法规对于个人数据的收集前提，更多地开始强调本人的同意以及对收集到的个人信息数据的保护和合理使用。因此，公司在员工信息数据管理实践中，可以从这两方面进行考量。

### 1. 如何获得员工本人真实有效的同意？

过往公司习惯使用的做法，比如在员工入职登记表或劳动合同中的某一条款中笼统地载明员工同意公司适用其全部个人信息数据等规定或约定，并让员工统一在落款处签名，今后这种做法可能会遭到质疑。参照《规定》第四条，对人脸信息的同意应当排除“捆绑授权”的规定，即人脸信息处理的同意应当与其他的个人信息处理行为区分开，并分别征得个人的同意。因此，员工在劳动合同落款处的签名，并不当然意味着员工对公司收集并处理其全部个人信息数据的直接同意。

此时，公司可以考虑单独设计有关数据收集的同意书，在员工充分了解公司可能发生的数据收集范围或内容、使用目的、方式及处理规则的基础上，作出同意的确认，以确保员工的知情权。

### 2. 公司对员工信息数据的保护使用

首先，公司应采取必要的措施保护员工个人信息和数据，即在日常经营管理中，公司通过建立完善的信息数据保护制度和系统、明确责任部门（如人力资源部、信息技术部等）、日常监督与定期审计、做好员工个人数据浏览或查阅留痕等，均可在一定程度上证明公司采取了必要保护措施。

其次，公司使用员工的个人信息时应当遵循“合理、合法、正当”的基本原则，并且根据《民法典》第一千零三十八条，公司作为员工信息处理者，也者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息。

此外，公司自身做好数据合规的同时，也可在与员工签订的保密协议中，将员工信息作为公司保密信息的其中一个部分，要求员工对自己和其他同事的个人信息履行严格的保密义务履行保密。

在新的数字化时代背景下，公司和员工都将越来越重视数据安全，数据保护也越来越成为考察公司竞争力不可或缺的因素。公司在日常劳动用工同样面临对员工个人信息和数据保护的合规要求。因此，公司在处理员工个人信息数据时要坚守合规意识、加强风险管理。

**于亦佳**，北京大成（深圳）律师事务所律师。毕业于美国康奈尔大学，获法学硕士学位。主笔《2014-2016 年度全国劳动争议纠纷大数据报告》《用人单位解雇违反利益冲突规章制度员工的案例研究报告》《调岗、调薪、调整工作地点案例研究报告》《广东省高级人民法院劳动争议案件司法观点集成》。

## 用人单位对劳动者的病休证明存疑，如何合理行使复诊权？

彭聪 北京大成（深圳）律师事务所

用人单位在日常用工管理中，为预防劳动者泡病假，会在规章制度中规定“公司可要求员工到指定医院复诊”的条款，用人单位是否有权要求员工复诊，用人单位要求员工复诊是否侵犯员工的就医自主权，法律均未明确规定，用人单位如操作不当，容易引发争议。

通过以下案例，在司法裁判角度，对用人单位如何合理行使复诊权，进行分析。

### 一、用人单位行使复诊权常见争议焦点及裁判规则

1. 用人单位以未经民主程序制定的规章制度要求劳动者复诊、对劳动者进行处分是否合法？

#### 【基本案情】

2014年6月10日，李某入职某轮胎公司。2016年5月8日至11月7日期间，李某连续请病假23次。2016年8月1日、8月12日李某请事假公司未批准。

10月14日，公司通过邮件发布关于修改《考勤管理规定》的公告；10月26日，公司向李某发送修改后的《考勤管理规定》。《考勤管理规定》中规定“累计病假天数在15天以上者，要在公司指定医院就医，并出具病休证明”、“申请病假累计5天以上者，须前往三级医院就医……若坚持不前往三级医院或公司指定医院就医，公司将不予认可其病假申请，视为旷工处理”

11月8日，公司以李某累计记过10次以上为由解除双方劳动合同。李某申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

#### 【裁判观点】

法院认为：公司虽然在《考勤管理规定》中规定“累计病假天数在15天以

上者，要在公司指定医院就医，并出具病休证明”、“申请病假累计5天以上者，须前往三级医院就医……若坚持不前往三级医院或公司指定医院就医，公司将不予认可其病假申请，视为旷工处理”，并提交了2016年10月14日关于修改《考勤管理规定》的公告的邮件截图，但公司并未举证证明此前的《考勤管理规定》系通过民主程序制定。

另，公司仅提供邮件显示其于2016年10月26日向李某发送了修改后的《考勤管理规定》，亦未提交证据证明此前曾向李某告知送达过《考勤管理规定》。结合李某于2016年5月8日即开始请病假的事实，难以认定《考勤管理规定》系经民主程序制定并对李某发生效力。故，公司依据《考勤管理规定》对李某记过10次并以此为由认定李某严重违反公司规章制度而与李某解除劳动合同，依据不足，属于违法解除劳动合同。

可见，用人单位依据规章制度要求劳动者复诊、对劳动者进行处分，涉及劳动者的切身利益，如果该规章制度未经民主程序制定，对劳动者不发生效力，不能作为单位管理的依据。

【案例索引：（2019）京03民终4043号】

## 2. 劳动者复诊病情与初诊病情一致，用人单位能否以其旷工为由解除劳动合同？

### 【基本案情】

2004年12月22日，梁某入职某公司。公司《假期管理流程》规定，5.3.4公司有权根据员工的实际情况，要求员工到公司指定医院复查和审核假期。复检意见与病假证明不一致的，公司有权按复检意见处理。5.3.6病情属实的，病假方为有效。若经核实，病情不属实的，已产生的病假以旷工处理。梁某知晓上述制度内容。

2019年5月23日，梁某在上海市东方医院就诊，该医院诊断为神经根型颈椎病，并开具了5月24日至6月6日的病情证明单。

6月6日，梁某在上海东方医院就诊，该医院诊断为混合型颈椎病，并开具

6月7日至6月20日病情证明单。6月12日，公司要求梁某去上海市第一人民医院复检，6月13日梁某至上海市第一人民医院进行复检，诊断结论为神经根型颈椎病但未开具病假证明。

6月14日，公司书面通知梁某，因梁某递交的6月13日至上海市第一人民医院复检的病假材料中没有医生及院方开具的病假单，故对梁某所提出的病假请求，不予批准。

公司通知梁某于2019年6月17日至牡丹江店报到上班，如未按通知要求按时报到的，公司将按旷工处理。梁某收到该通知后未上班。2019年6月21日，公司以截止2019年6月21日8:30分，梁某未到公司报到上班，已连续旷工四天，按照公司《纪律管理政策》第2.2.3.1条规定，解除与梁某的劳动合同。

梁某申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。仲裁裁决公司支付梁某赔偿金，公司不服，提起诉讼。

### 【裁判观点】

法院认为：根据梁某提供的就医记录和病情证明单等证据，能够证明梁某此前申请的病假期间至2019年6月20日止，且应公司要求的复检病情与梁某此前的病情一致，能够证明梁某在2019年6月17日至6月20日期间存在疾病需休息，并非虚假陈述病情。但公司认为复检医院未开具病假证明，故梁某无需病假休息。对此，梁某解释公司要求其复检的是病情，并非复检病假，考虑此前医院开具的病假尚未到期，故复检医院未重复开具病假证明。梁某的陈述尚属合理，如果公司仍对梁某的病假存有异议，也应当向出具病假的医院进一步核实，但公司并无证据推翻梁某的上述病假证明，因此，公司要求梁某停止休病假，恢复工作的要求并无事实和法律依据，公司进而以梁某连续旷工严重违纪为由解除了双方劳动合同关系，该行为显然不妥，违反法律规定，因此公司要求不支付梁某违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求，于法无据，不予支持。

可见，劳动者按照用人单位要求到指定医院复诊，复诊与初诊病情一致，用人单位如果仍对劳动者的病假存有异议，应当向出具病假证明的医院进一步核实，在没有证据推翻劳动者的病假证明的情况下，用人单位以劳动者旷工为由解

除劳动合同，被认定违法解除劳动合同的风险较高。

【案例索引：（2020）沪 01 民终 2962 号】

### 3. 对劳动者不配合复诊的行为，用人单位能否给予处分？

#### 【基本案情】

2008 年 6 月 16 日，徐某入职某公司，劳动合同约定公司的员工手册及所有规章制度为合同附件，徐某已知悉同意遵守。

员工手册第五章考勤管理制度中 5.2.3.3 规定“公司有权要求员工前往公司指定医院复诊。”第十二章违纪管理规定“35. 无正当理由拒不提供必要个人信息或提供虚假薪资资料；36. 无正当理由拒绝公司要求其前往指定医院检查或复查；”给予书面警告处分。“63. 自收到第一次书面警告后，有效期内收到第二次书面警告的。”给予解除劳动合同处分。“未按规定提供假期证明或提供虚假的假期证明；”视为旷工。

11 月 22 日，徐某向公司请病假，后提交病历、病假证明照片，11 月 23 日，公司工作人员告知徐某需于 11 月 24 日上午至苏大附一院复诊，提交复诊资料以便公司审核请假，徐某要求说明原因；11 月 24 日下午，公司再次通知徐某当日下午至苏大附一院复诊，徐某未回复；11 月 27 日，徐某告知公司当日上午至苏大附一院复诊，提交病历、病假证明。徐某 2017 年 11 月 16 日的病假证明显示右腕背腱鞘炎建议理疗休息二天、11 月 22 日显示右肘腕腱鞘炎建议休息一周、11 月 27 日苏大附一院诊断为右肩部及腕关节痛建议休息一周。

11 月 24 日，公司以徐某无正当理由拒绝公司要求至指定医院复检，给予一次书面警告处分。后续，公司以徐某有效期内收到第二次书面警告，解除劳动合同，徐某要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

#### 【裁判观点】

法院认为：员工手册中明确规定，公司有权要求员工至指定医院检查或复查，根据公司提供的微信、电话录音，公司确曾多次通知徐某至指定医院复查，并安

排两次复查时间，而徐某均无故未能前往。公司作为用人单位，依法享有用工自主管理权，其依照企业管理规则审核员工的病假单，要求员工至指定医院复查，并未侵犯劳动者的就医自主权，公司给予徐某书面警告处分，事实依据充分。

可见，劳动者的健康状况对履行劳动合同有重要影响，用人单位对劳动者的健康状况依法拥有知情权，可以依据规章制度审核劳动者的病假证明，并要求劳动者至指定医院复查，并未侵犯劳动者的就医自主权，对劳动者不配合复诊的行为，公司可以给予处分。

【案例索引：（2018）苏 05 民终 9415 号】

4. 劳动者拒不配合用人单位的复诊要求，用人单位对劳动者病假申请不予批准，并按旷工处理是否合法？

#### 【基本案情】

2008 年 9 月 28 日，周某入职某人才公司。周某签收的《促销员管理规定》：“旷工：下列情况均以旷工论处：(1) 不办理请假手续或请假未获批准而擅自不到岗的……”；“病假：……(4) 促销员连续请病假 1 个月及以上的，需到公司指定的医院进行检查……”；“解除劳动关系：……(5) 连续 6 个月累计旷工三天者……”

2019 年 7 月 15 日至 8 月 25 日，周某连续休病假。2019 年 8 月 27 日、8 月 29 日，公司向周某两次发出通知，要求周某到指定医院复查病情，并在第二份通知中明确告知“若仍然不按时到达配合复查，公司有权认定为虚假病假，给予辞退；如复查后，检查诊断结果与前期提供的病假有争议，公司将保留追责的权利。”周某收到上述两份通知后，均未予以理睬。

2019 年 9 月 3 日，公司向周某发送解除劳动合同通知书，载明双方劳动合同自 2019 年 9 月 5 日解除，解除理由为周某虚假病假且旷工超过 3 天。

周某认为公司违法解除劳动合同，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

#### 【裁判观点】



法院认为：《促销员管理规定》明确促销员连续请病假1个月及以上的，需到公司指定的医院进行检查。周某与公司确认周某于2019年7月15日至8月25日期间连续休病假，已超过1个月，故公司有权按照规章制度要求周某到指定医院检查。公司分别于2019年8月27日和8月29日通知周某到指定医院复查，但周某均未前往。因此，公司对周某提出的2019年8月26日至9月8日的病假申请未予批准，并无不当。《促销员管理规定》还规定，不办理请假手续或请假未获批准而擅自不到岗的以旷工论处，连续6个月累计旷工三天可解除劳动合同。此后，周某未到岗上班应认定为旷工，公司解除与周某的劳动关系符合法律规定，对周某要求公司支付赔偿金的诉求不予支持。

可见，劳动者请休病假时间较长，用人单位对劳动者病假真实性存疑的，可要求劳动者到指定医院进行检查。对劳动者拒不配合复诊的行为，用人单位对劳动者病假申请不予批准，并按旷工处理，符合法律规定。

【案例索引：（2020）沪02民终10834号】

## 二、司法判例对用人单位行使复诊权的启示

案例研究的目的在于指导实践。通过对前述案例的研究，对用人单位行使复诊权，可以得出如下5点启示。

**1. 用人单位行使复诊权必须有制度依据，且相关制度须经过民主程序制定，并向劳动者告知。**

根据《劳动合同法》第四条的规定，涉及劳动者切身利益的规章制度，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度公示或告知劳动者。用人单位依据规章制度要求劳动者复诊，涉及劳动者的切身利益，须经过民主程序制定，并向劳动者告知，才能作为用人单位管理的依据。

**2. 对劳动者不配合复诊的行为，规章制度可设置处分条款。**

用人单位的规章制度一般仅规定“公司有权根据员工的实际情况，要求员工到公司指定医院复查”，但对劳动者拒不配合复诊的行为没有对应的处理措施。

为让规章制度具备执行力,可对劳动者不配合用人单位合理复诊要求的行为设置相应的处分。

### **3. 用人单位行使复诊权必须具备合理性。**

法律未规定劳动者需要提供哪一类医院的病假证明才可申请休病假,在劳动者请休病假未产生可疑情况下,用人单位要求劳动者前往指定医院复查不具备前提基础。如果劳动者提供的病假证明存在重大瑕疵,或劳动者的请假行为足以引起单位的合理怀疑,如单次或累计请假时间较长、同一疾病请假多次等,此时,用人单位要求劳动者进行复诊则具备合理性。

### **4. 用人单位对劳动者配合复诊产生的合理费用。**

用人单位对劳动者的病情存疑而提出复诊要求,故劳动者配合复诊产生的合理费用应由用人单位承担,除非复诊结果推翻劳动者提供的病假证明。

### **5. 用人单位行使复诊权的过程中,应履行善意提示义务。**

患病的劳动者处于弱势地位,用人单位在要求劳动者复诊时,应对劳动者的病情予以体谅,如果劳动者拒绝复诊,用人单位就直接给与处分,可能会被认为欠缺合理性。因此,对劳动者未及时回应用人单位的复诊要求,用人单位也应给与劳动者复诊机会。

### **作者简介:**

**彭聪**,北京大成(深圳)律师事务所律师。毕业于广东外语外贸大学,获法学、金融双学位,深圳市人力资源和社会保障局专业性劳动争议调解员授课讲师。承办案例入选第二届及第三届大成律师事务所十大劳动争议案例,主笔《2014-2016 年度全国劳动争议纠纷大数据报告》《广东省高级人民法院劳动争议案件司法观点集成》。

## 职工因身体不适离岗回公司宿舍休息时死亡，能否认定工亡？

### ——李某诉深圳市人力资源和社会保障局工伤认定纠纷案

曾凡新 北京大成（深圳）律师事务所

#### 【基本案情】

陆某某系深圳某公司员工，生前患有严重哮喘病。李某系陆某某之妻。

2012年12月19日，深圳某公司采购经理陆某某上午8:10打卡签到，在10点多时因身体不适便回宿舍休息，后其电话一直无人接听，保安到宿舍敲门亦无人回应。下午13:30左右，陆某某被发现倒在宿舍洗手间地上，14:30左右120急救车到达现场确认陆某某已死亡。

深圳市横岗医院急诊出诊记录表上记载出诊时间为2012年12月19日14:17，患者陆某某主诉（应为他人代诉）“被发现不省人事30分钟”，初步诊断“猝死：急性心肌梗”。法医学死亡证明书记载死亡原因为“符合摔跌损伤头部死亡”。

2012年12月21日，深圳某公司向深圳市人力资源和社会保障局（下称“深圳人社局”）申请工伤认定。

2013年1月29日，深圳人社局作出深人社字（龙）（2013）第620133001号《工伤认定书》，认定陆某某不属于或不视同工伤。

李某不服，向深圳市人民政府申请行政复议，深圳市人民政府作出复议决定书，维持了深圳人社局作出的具体行政行为。李某遂向深圳市福田区人民法院（下称“福田法院”）提起诉讼。

#### 【一审裁判】

福田法院认为，双方争议的焦点在于陆某某的死亡情形是否属于在工作场所、因工作原因死亡。虽可以认定陆某某在死亡当日上午打卡上班后，在厂区因身体不适返回宿舍休息，之后被发现死于宿舍洗手间的事实，但，据死亡证明书的记

载，其死亡原因系摔跌损伤头部死亡。故，虽然其系在工作时间、工作场所发生不适症状，但无证据证明其系因突发疾病死亡，因此其死亡情形不符合《工伤保险条例》第十五条第一款第（一）项的规定。

另外，根据深圳市某公司的考勤记录，陆某某仍需要打卡考勤，以此可以推定陆某某通常的工作场所是公司办公室或车间，陆某某离开其通常的工作场所回到宿舍，并在宿舍摔倒损伤头部致死，显然并非在工作场所因工作原因死亡，宿舍也不应视为工作场所的延伸。故，其死亡情形并不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条的规定。

深圳人社局作出的《工伤认定书》，认定该员工死亡情形不属于工伤，程序合法，理据充分，依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第（四）项的规定，判决驳回李某的诉讼请求。

### 【二审裁判】

李某不服原审判决，向深圳市中级人民法院（下称“深圳中院”）提出上诉，请求撤销一审判决及认定书，认定陆某某死亡属于或视同工伤死亡。李某在二审阶段补充提交了深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队于2014年3月17日制作的《法医学死亡证明书》作为新证据，载明陆某某的死亡原因符合“支气管哮喘猝死”。

深圳中院认为，根据《广东省工伤保险条例》第十条第一款第（一）项的规定，职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在四十八小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤。本案中，对于陆某某在原审第三人宿舍死亡的事实各方没有争议，争议的焦点在于陆某某是否在工作时间和工作岗位突发疾病死亡。需要说明的是，在工伤认定行政程序中，深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队出具的《法医学死亡证明书》载明陆某某的死亡原因符合“摔跌损伤头部死亡”，深圳人社局遂依此认定陆某某死亡不符合《广东省工伤保险条例》第十条第一款第（一）项视同工伤的情形并无不当。

然而，在二审调查阶段，李某提交了深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队新制作的《法医学死亡证明书》，该证明书载明陆某某的死亡原因符合“支气管

哮喘猝死”，即法定的职能部门对陆某某的死亡原因作出了重新认定，认定陆某某属于突发疾病死亡。在有新证据出现的情况下，深圳人社局提交的现有证据不足以排除陆某某死亡符合《广东省工伤保险条例》第十条第一款第（一）项视同工伤的情形。对于陆某某死亡情形是否应认定工伤或视同工伤，深圳人社局应进一步调查核实。故，深圳人社局作出《工伤认定书》应予以撤销，遂根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第（二）项第1目及第六十一条第（三）项的规定，于2014年6月9日作出判决：一、撤销深圳市福田区人民法院作出的（2013）深福法行初字第474号行政判决；二、撤销深圳市人力资源和社会保障局作出深人社认字（龙）（2013）第620133001号《深圳市工伤认定书》的具体行政行为；三、深圳市人力资源和社会保障局应在本判决生效之日起六十日内对陆某某死亡是否属于工伤重新作出认定。

### 【律师评析】

本案是因员工死亡问题引发的工伤认定行政诉讼案件，其中主要涉及视同工伤情形的认定、二审阶段新证据的判定两大问题。

#### 一、《广东省工伤保险条例》第十条第一款第（一）项视同工伤的情形认定

《广东省工伤保险条例》第十条第一款第（一）项规定，职工有“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在四十八小时之内经抢救无效死亡的”情形的，“视同工伤”。在“视同工伤”的处理过程中，经常会涉及到工作时间、工作岗位、死亡原因、突发疾病、48小时认定等诸多方面的问题。

##### 1、关于工作时间、工作地点、工作原因的判断

“三工”的判断和认定，是类似工伤认定案件的重点和难点所在。根据深圳市某公司的考勤记录，陆某某在死亡当日上午仍然有打卡考勤，而且众多证据证实其系在厂区里因身体不适返回宿舍休息。可见，突感不适的时间和地点，应当认定在工作时间和工作地点。

需要我们特别关注的是，自2014年9月1日起施行的《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》第四条有如下规定：“社会保险行政部门认定下列情形为工伤的，人民法院应予支持：（一）职工在工作时间和工作场

所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的；（二）职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的；（三）在工作时间内，职工来往于多个与其工作职责相关的工作场所之间的合理区域因工受到伤害的；（四）其他与履行工作职责相关，在工作时间及合理区域内受到伤害的”。可以看出，员工在工伤时间、工作场所内受到伤害，原则上都认定为工伤，如果用人单位或社会保险行政部门认为是非工作原因，必须承担举证责任、举出强有力的证据证明，否则就应当认定为系工作原因造成。

## 2、关于死亡原因的判断

本案二审之所以改判，一个重要的原因便是死亡原因的重新认定。在工伤认定行政程序中，深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队出具的《法医学死亡证明书》载明陆某某的死亡原因符合“摔跌损伤头部死亡”。本案至二审调查阶段后，李某提交了深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队于 2014 年 3 月 17 日新制作的《法医学死亡证明书》，载明陆某某的死亡原因符合“支气管哮喘猝死”。

正是法定职能部门对陆某某的死亡原因作出了重新认定，二审法院改判认定陆某某属于“突发疾病死亡”，而不属于在公司宿舍“摔跌损伤头部死亡”。

## 3、关于突发疾病与 48 小时的判断

《劳动和社会保障部关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》有对于“突发疾病”和“48 小时”有着明确的处理意见：三、条例第十五条规定“职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤”。这里“突发疾病”包括各类疾病。“48 小时”的起算时间，以医疗机构的初次诊断时间作为突发疾病的起算时间。

由于“突发疾病”包括曾经患过的各类疾病，陆某某生前虽患有严重哮喘病，但是由于这一病因突发而死亡，也不能影响“突发疾病”的判断。另外，本案突发疾病至死亡的时间较短，故在 48 小时之内当事人双方并无争议。

二、《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十二条中新证据的认定

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十条规定，“在第二审程序中，对当事人依法提供的新的证据，法庭应当进行质证；当事人对第一审认定的证据仍有争议的，法庭也应当进行质证”。第五十二条规定，“本规定第五十条和第五十一条中的‘新的证据’是指以下证据：（一）在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；（二）当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第二审程序中调取的证据；（三）原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。”

本案中，李某在二审阶段重新提交了深圳市公安局龙岗分局刑警大队四中队于2014年3月17日制作的《法医学死亡证明书》，对于这份证据，深圳人社局认为不论是在真实性、合法性都存在重大的缺陷，应不予采信。但是，深圳中院审查后认为，新提交的《法医学死亡证明书》系法定职能部门出具，符合行政诉讼中新证据的要求，予以采信。

在行政诉讼程序中，法官是通过审查行政机关提供的事实证据来判定行政机关认定的事实是否清楚。在本案中，李某向深圳人社局提交的第一份《法医学死亡证明书》载明陆某某的死亡原因符合“摔跌损伤头部死亡”，通过该份证据显然陆某某死亡并非突发疾病而死亡。为了澄清真相，李某就死亡原因进行再次查证的努力，最终在二审阶段提交了新的《法医学死亡证明书》，载明死亡原因为“支气管哮喘猝死”。第二份《法医学死亡证明书》较第一份属于最新出具，实质上推翻了深圳人社局事实核查的基础。另外，当前后两份死亡证明存在冲突时，从倾斜于保护劳动者权益、对行政机关从严要求的原则处理，也应采纳后一份死亡证明书。故，深圳中院认定第二份《法医学死亡证明书》符合新证据要求，并据此改判。

## 劳动者忠实义务的研究与合规建议

何志杰 北京市德恒（深圳）律师事务所

**摘要：**2013 年的“上海维珍航空空姐吐槽案”是劳动者忠诚义务进入公众视野并引起热议的标杆性案件，但我国立法中迄今并未正式使用过“劳动者忠实义务”这一概念。本文将对“劳动者忠实义务”的相关问题进行研究，以帮助读者对劳动者忠实义务有全面的了解，并基于劳动者忠实义务就企业劳动用工的合规层面提出建议，以指导企业的用工实务。

### 一、什么是劳动者忠实义务

“上海维珍航空空姐吐槽案”的背景是：维珍航空公司在其官方微博上宣布，上海起飞的航班启用全新的“精致餐食”服务。两名空姐转发并评论称：“东西少，又难吃，光改餐具有什么用？公司以其所发表的微博内容影响恶劣、对公司造成损害、两人严重违反公司规章制度为由将其解雇。

法院审理后认为，劳动者应对用人单位负有忠诚义务，忠诚义务能平衡双方当事人利益，是劳动契约的本质要求。两名空姐作为维珍航空员工为维珍航空服务，应忠诚于维珍航空，忠诚义务要求劳动者不得发表对用人单位不利的言论。本案中两空姐虽然于非工作时间在微博上发表了对维珍航空不利的言论，但该言论对维珍航空的影响是持续的。作为劳动者，其在非工作时间对涉及公司对外经营形象的言行亦应尽谨慎态度，以维护公司利益。基于微博开放性以及在现代社会的影响力和传播力，两名空姐的言论已经对维珍航空的声誉以及品牌建设造成了实质性的不利影响威胁，其行为违反了维珍航空的内部规定，且违反了劳动者应尽的忠诚义务。

但何谓忠实义务？无论是理论界还是立法，均没有一个公认的准确定义。一些学者只是对劳动者忠实义务的内涵进行描述性的说明，另一些学者则将劳动者忠实义务作为不言自明的概念，故而直接结算其分类及其下位概念。例如，我国学者史尚宽先生认为：“忠实义务可分为三种，即服务义务、秘密义务及增进之



义务是也”<sup>12</sup>。

我国学者许建宇教授在《劳动者忠实义务论》一文中则认为，劳动者忠实义务，是指为了维护和实现用人单位的利益，基于诚实信用原则及劳动关系、劳动合同的人身性和继续性特征，劳动者应对用人单位履行的以服从、注意、增进利益等为主要内容的各项不作为义务和作为义务的总称。

相比较而言，笔者较为赞同许建宇教授对劳动者忠实义务含义的界定。许建宇教授在对忠实义务进行界定时，明确了忠实义务的法理基础，即诚实信用原则与劳动合同的人身性、继续性。

## 二、劳动者忠实义务的法理基础

劳动者为何应负忠实义务，其法理基础是什么呢？笔者总结，劳动者忠实义务主要有以下两点法理基础：

### 1、劳动关系的人身性特征

劳动关系的人身性特征主要表现为：劳动者隶属用人单位，必须接受用人单位的监督、管理，工作时间内的人身自由受到一定的限制，其工作任务须由劳动者亲自履行，不能转让和继承，而由用人单位拥有劳动力使用权。因此，劳动者必须服从用人单位的指挥、管理和控制，否则用人单位的权利将无法得到实现。这种忠实义务恰是劳动关系人身性特征的题中之义，是用人单位行使劳动力使用权的必然要求。

### 2、诚实信用原则

诚实信用原则是市场经济活动的一项基本道德准则，诚实信用原则要求民事主体在民事活动中维持双方的利益以及当事人利益与社会利益的平衡，忠实履行应尽义务。

我国《劳动合同法》并未明确劳动者忠实义务的概念，但仔细分析却能发现许多规定实为诚信原则与劳动者忠实义务的体现。例如，第3条第1款：“订立

---

<sup>12</sup> 参见史尚宽《劳动法原论》（1934年上海初版），（台湾）正大印书馆1978年重刊版，第24页。

劳动合同，应当遵循诚实信用的原则”。第22条第2款：“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。”第23条第1款：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。”第23条第2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。”第29条：“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”第90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。”

### 三、劳动者忠实义务的内容

劳动者忠实义务可区分为作为义务和不作为义务两大类型<sup>13</sup>，作为义务包括服从义务、善意义务、服务期义务、告知义务与后合同义务，不作为义务包括保密义务、竞业限制义务、不为伤害单位之言论和行为的义务与多重劳动关系限制义务。

#### 1、劳动者忠实义务中的作为义务

（1）告知义务。劳动者应将履行劳动合同直接相关的个人情况，及其所获知的涉及用人单位利益的重要信息，如实及时告知用人单位。

（2）善意义务。劳动者应当遵守职业道德，在工作过程中竭尽“最大注意”；正确使用和妥善维护单位的设施设备；努力学习职业知识，提高自身职业技能；忠于职守、恪守职责、勤恳完成本职工作。

（3）服务期义务。如用人单位与劳动者签订了服务期协议，劳动者应遵守协议内容，履行服务期义务，一旦违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

（4）服从义务。劳动者在劳动过程中，应当认真遵守用人单位的各项规章制度，服从用人单位的指挥、管理、控制和监督。

---

<sup>13</sup> 劳动者忠实义务的类型，在理论界并无统一的观点。如王全兴教授主张“列举法”，史尚宽先生则主张“分解法”，亦有学者采取“三分法”。相较而言，笔者赞同采用“二分法”，即将劳动者忠实义务区分为作为义务和不作为义务两大类型。

（5）后合同义务。在劳动合同解除或者终止时，劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。

## 2、劳动者忠实义务的不作为义务

（1）保密义务。劳动者应按约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项，不得违反约定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。

（2）竞业限制义务。用人单位与劳动者有竞业限制约定的，劳动者在终止或解除劳动合同后的一定期限内不得在生产同类产品、经营同类业务或有其他竞争关系的用人单位任职，也不得自己生产与原单位有竞争关系的同类产品或经营同类业务。

（3）双重或多重劳动关系的限制义务。我国法律并不禁止双重或多重劳动关系，但要求不得对完成本单位的工作任务造成严重影响；否则经用人单位提出，拒不改正的，用人单位可以要求其解除与前单位的劳动关系或者解除现劳动关系。

（4）其他限制义务。包括：劳动者不得发表损害雇主名誉的不利言论；不得从事损害和出卖本单位利益以及与本单位利益相冲突的行为等。

## 四、劳动者忠实义务在司法审判中的适用

经笔者检索，在我国的劳动争议处理实践中，并没有发现裁判机关直接运用劳动者忠实义务的法理进行裁判的具体案件，主要是因为《劳动合同法》等法律法规并没有直接规定劳动者忠实义务的具体法律规定。

竞业限制义务与保密义务是劳动者忠实义务的最核心的内容，因此在实践中，法院在审理涉及竞业限制与商业秘密的劳动争议案件时，法官在认定劳动者违反竞业限制义务（尤其是在职期间）与泄露商业秘密的情况下，法官会同时认定劳动者违反竞业限制义务与泄露商业秘密的行为违反了忠实义务，进而认定劳动者应对承担法律责任。

如张扬与北京威拓国际投资顾问有限公司劳动争议一案（【2018】京 03 民

终 955 号)中,就张扬在职期间是否负有竞业限制义务这一争议焦点,法院认为,从劳动者忠实义务分析,根据《劳动法》第三条与《劳动合同法》第三条的规定,在劳动关系存续期间,劳动关系的两个相对方均应相互尊重、互守诚信。用人单位应对劳动者尽保护义务,劳动者应对用人单位尽忠实义务。劳动者的忠实义务是诚实信用原则和劳动者职业道德的自然延伸。一方面,劳动者在职期间的竞业限制,属于劳动合同的附随义务,来源于诚实信用原则。另一方面,在职期间竞业限制义务是劳动法社会属性的应有之义。劳动者在职期间应当遵守职业道德,不得损害用人单位利益。

如在上海中原物业顾问有限公司深圳分公司与刘杨竞业限制纠纷一案(【2018】沪 02 民终 3203 号)中,法院认为,中原公司与刘杨在劳动合同中约定劳动者在职期间及离职后竞业限制义务及保守商业秘密义务,并约定违反竞业限制义务违约金。刘杨在职期间创立与中原公司存在竞争关系的家诚公司,有违劳动者忠实义务及职业道德。

## 五、基于劳动者忠实义务的合规建议

### 1、在规章制度中明确忠实义务的内容

劳动法层面的忠实义务,适用对象并不仅仅限于高级管理人员,而是所有与企业建立劳动关系的劳动者。因此,企业应当在规章制度明确忠实义务的内容。我们认为,忠实义务主要包括如下义务:保密义务、竞业限制义务、不为伤害单位之言论和行为的义务、多重劳动关系限制义务、服从义务、善意义务、服务期义务、告知义务与后合同义务。同时,规章制度与劳动合同还应规定劳动者在严重违反忠实义务的情况下,可能面临的处罚,严重者甚至会面临被解除劳动关系。

### 2、及时签订保密协议或/和竞业限制协议

保密义务与竞业限制义务是劳动者忠实义务最基本的内容。因此,劳动者入职时,企业应当根据劳动者的工作岗位、工作性质和接触公司商业秘密的承担,及时签订保密协议。如果是高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员,企业还需要与他们签订竞业限制协议。

### 3、定期对劳动者进行职业道德教育

由企业内部合规部门或外聘律师对劳动者尤其是高级管理人员进行职业道德教育和合规风险的培训，帮助劳动者树立正确的职业道德观念，全面了解忠实义务的内容，促进劳动者个人品行的提升。并可设置定期考核，考核结果可与绩效工资、升职加薪等进行关联。

#### 4、加强对劳动者履职行为的监督

劳动者忠实义务贯穿于劳动者整个履职期间。因此，企业可以建立规范的考核机制，对劳动者的履职行为进行全面考核。劳动者出现违反忠实义务的行为时，企业应按照规章制度的流程进行调查、处理，以匡正管理秩序，并警示其他劳动者应对遵守忠实义务。

#### 作者简介：

**何志杰**，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员，业务范围包括法律顾问、劳动法与破产清算等。2017年由法律出版社出版《HR应当知道的劳动法》。

## “在职竞业限制”的实务难点与合规建议

周旻、郭含笑 北京德恒（深圳）律师事务所

**摘要：**员工在职期间的竞业限制义务来源于劳动关系中的忠实义务，无需双方约定即存在。在职竞业限制与离职后竞业限制、商业秘密保护路径在法理依据、适用主体、费用支付、期限、保密方式和实践等多方面均具有不同之处。在职竞业限制的两大实务难点在于隐蔽竞业限制行为难以认定，损害赔偿金额较难明确。因此，建议企业完善规章制度和竞业限制协议的内容，从员工入职、在职到离职后期间内全流程管控风险。

### 一、“在职竞业限制”的定义及来源

#### （一）“在职竞业限制”的定义

目前我国法律体系下的竞业限制主要分为两类：第一类是公司法范畴内的法定竞业限制，主要指公司董事及高管不得利用职务便利，为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务<sup>14</sup>；第二类是劳动法视角下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，基于与用人单位的约定或劳动关系中的诚实信用忠实义务，在职期间或离职后不实施到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的行为。

本文主要探讨的是前述第二类中劳动者在职期间的竞业限制义务，即劳动者在劳动合同履行期间内基于忠实义务，不实施前述同业竞争性行为的不作为义务。

#### （二）“在职竞业限制”来源于忠实义务，无需双方约定即存在

当前理论与实践主流观点均认为，劳动者在职期间负有的竞业限制义务，天然来源于劳动关系中的忠实义务，不是基于双方约定而产生。

忠实义务从理论上来说，就是指为了维护和实现用人单位的利益，基于诚实信用原则以及劳动关系、劳动合同的人身性和继续性特征，劳动者应对用人单位

---

<sup>14</sup> 《公司法》第148条：董事、高级管理人员不得有下列行为：（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

履行的以服从、注意、保密、增进利益等为主要内容的各项不作为义务和作为义务的总称。<sup>15</sup>其中，服从义务指劳动者在劳动过程中服从单位的统一指挥和监督；保密义务指不得泄露单位的商业秘密；增进义务指劳动者应该爱护生产材料和设备，与单位保持相互信任的合作义务。<sup>16</sup>

从我国目前法律规定来看，劳动者忠实义务的内容主要来源于《劳动法》第三条<sup>17</sup>及《劳动合同法》第二十三条<sup>18</sup>和第三十九条<sup>19</sup>，具体来说主要有：劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德，劳动者在劳动合同履行期间应该为用人单位保守商业秘密，遵守用人单位的规章制度，忠实履职，不徇私舞弊，不与其他单位建立对本职工作有影响的劳动合同关系等。

## 二、“在职竞业限制”与“离职后竞业限制”、“保护商业秘密”路径的区别

### （一）“在职竞业限制”与“离职后竞业限制”的区别

“在职竞业限制”与“离职后竞业限制”在义务来源、适用期限、补偿金支付等方面均存在差异，但核心区别点主要在于义务来源和补偿金支付两方面。

#### 1、“在职竞业限制”无需约定即存在，“离职后竞业限制”的基础是双方达成合意

基于本文第一部分的论述，“在职竞业限制”是基于劳动关系中劳动者的忠实义务而产生的，但“离职后竞业限制”系基于劳动者和单位的约定而产生，双方达成合意是离职后竞业限制协议有效的基础。这一区别体现在实践中主要是，用人单位无需在劳动合同、补充协议或规章制度中另外约定劳动者在职期间需履

<sup>15</sup> 许建宇.“劳动者忠实义务论.” 清华法学 000.006（2014）:117-132.

<sup>16</sup> 史尚宽编. 劳动法原论. 台湾正大印书馆, 1978.

<sup>17</sup> 《劳动法》第3条：劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。

<sup>18</sup> 《劳动合同法》第23条：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

<sup>19</sup> 《劳动合同法》第39条：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（二）严重违反用人单位的规章制度的；

（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。

行竞业限制义务，该义务即天然存在，如劳动者违反该义务，用人单位有权解除与劳动者的劳动关系，并要求劳动者承担损害赔偿责任。

如在（2017）粤 01 民终 16714 号案中，法官经审查认为，劳动者在劳动过程中应秉持诚实、善意的动机为正当行为，忠实维护用人单位的合法权益。此为劳动者之忠诚义务，是劳动关系中诚实信用原则的体现和要求，亦是劳动关系的附随义务，系劳动者理应遵守的基本职业道德。因此，劳动者在职期间，基于忠诚义务，未经用人单位许可不得从事与用人单位有竞争性的同类工作或类似工作，这种竞业限制义务无需约定即存在。

但在法院审查离职后双方签订的竞业限制协议是否有效时，双方是否达成合意是重要审查要件，用人单位不能仅通过规章制度、员工手册等形式设定劳动者离职后的竞业限制义务，同样，劳动者也不能仅通过规章制度要求用人单位支付补偿金，因为规章制度属于用人单位单方制定，无法体现双方合意。

如在（2020）粤 0305 民初 15071 号案中，法官认为离职后的竞业限制义务并非劳动者的法定义务，在涉及相关竞业限制问题上，依法需由用人单位与劳动者协商一致，竞业限制协议方可成立并产生法律效力，而非一方单方意思表示或单方行为即能成立并生效。

## **2、“在职竞业限制”中单位无需额外支付补偿金，离职后签订竞业限制协议的，单位需按月支付劳动者经济补偿金**

针对离职后的双方签订的竞业限制协议，根据《劳动合同法》第二十三条<sup>20</sup>规定，用人单位与劳动者约定竞业限制条款的，应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。该种做法主要是为了补偿劳动者在离职后的自由就业权受到了限制，为保障用人单位的商业秘密不受侵犯，不能任意的选择工作。如果用人单位未约定经济补偿金或在法定期间三个月内未足额支付经济补偿金的，劳动者在履行催告义务或者通过诉讼方式行使解除权之后，双方之前订立的竞业限制协议即告解除，劳动者重新恢复择业自由。

---

<sup>20</sup> 《劳动合同法》第 23 条：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。



但劳动者在职期间内，用人单位已根据其提供的劳动支付其劳动报酬，劳动者的工作权和生存权已得到保障，此时再要求单位额外支付补偿金显属不妥。实践中，如劳动者以单位未约定或未支付经济补偿金的进行抗辩的，法院通常不会支持。<sup>21</sup>如在（2019）京 0105 民初 7874 号案中，法院认为，在职期间用人单位已经充分保障劳动者就业机会、薪资待遇、工作场所等权利，不宜支付在职期间竞业限制补偿金。

## （二）“在职竞业限制”与“保护商业秘密”路径的区别

竞业限制与商业秘密保护是两个完全不同的法律概念，二者在法理依据、适用主体、费用支付、期限、保密方式和实践等多方面均具有不同之处。侵犯商业秘密案件属于事后救济的侵权之诉，实践中诉讼举证难度较大，竞业限制属于事先防范机制，产生争议后需先进行劳动争议仲裁前置程序。司法实践中，二者概念却极易混淆，经常会有法律从业人员以劳动者从事了竞业限制行为，即认为劳动者侵犯了单位的商业秘密，以此要求劳动者承担损害赔偿责任。

如在（2018）粤 0307 民初 9495 号一审案件中，公司方代理律师以劳动者在职期间私设网店的行为，认为其违反了保密协议约定，要求劳动者承担违反保密协议的违约金。一审法官经审理认为，劳动者在职期间遵守竞业限制义务是劳动合同附随的忠实义务，现劳动者利用在工作期间获取的信息，与案外人私自开设另一淘宝店铺销售公司的产品，明显违反了保密协议约定的义务，理应向公司承担违约责任。

但本案审判存在问题的地方在于，双方签订的保密协议中并没有约定禁止劳动者在职期间的竞业禁止行为，只是约定劳动者应严格保守商业秘密，不得披露使用商业秘密。二审中公司方代理律师仍以劳动者违反保密协议约定要求支付违约金，但二审法官却按照商业秘密侵权的审判思路（构成商业秘密+一致性+接触可能性-合法来源）进行审理，最终认定公司未能证明其主张的客户信息属于商

<sup>21</sup> 山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要  
八、关于在职期间劳动者违反竞业限制义务的责任承担问题

用人单位与劳动者约定在职期间与离职后的竞业限制义务和违约责任，劳动者在职期间违反该竞业限制协议，用人单位以此为由要求劳动者承担责任的，劳动者应当按照合同约定履行竞业限制义务，用人单位要求劳动者就其在职期间违反竞业限制约定的行为承担责任的，应予支持。

劳动者要求用人单位就其在职期间履行竞业限制义务支付经济补偿，或者以用人单位未支付经济补偿为由主张在职期间竞业限制约定无效的，不予支持。

业秘密，公司方请求缺乏权利基础和事实依据，撤销了一审判决。

又如在（2020）粤1973民初12845号案中，企业方代理律师主张劳动者在职期间开办了另外一家企业，属于违反劳动纪律及职业道德的行为，要求劳动者支付违约金及赔偿损失，法院确认劳动者在任职期间作为股东投资开办另一企业并担任监事的事实，但认为公司没有提交证据证明劳动者在任职期间属于掌握商业秘密的人员，也没有证明劳动者窃取公司的客户资源并造成经济损失，故劳动者在职期间投资开办另一公司并担任监事，并不属于违反职业道德的行为。本案中，在公司方已明确劳动者违反了在职竞业限制义务的请求，但法院仍适用商业秘密审判思路进行认定，明显违背了忠实义务对劳动者的要求。

从上述案例可发现，该类案件中必须明确代理或审判思路，商业秘密侵权纠纷与竞业限制协议纠纷分属于两类保护路径，二者不存在逻辑上的必然联系，不能相互混淆。并且，商业秘密侵权纠纷在诉讼中面临的举证难度更大，尤其是对于“是否属于商业秘密”方面，由于企业没有良好的保密意识，没有建立完善的保护措施，极易导致败诉。因此，企业在面对此类事件时，诉讼路径的选择十分关键。

### 三、“在职竞业限制”的实务难点：隐蔽竞业限制行为的认定与损害赔偿金额的确定

#### （一）隐蔽竞业限制行为的认定：结果论或行为论

实践中，常有劳动者反侦查意识较强，通常采用其近亲属或朋友的名义注册公司，实际自己负责经营，或采用与一家名义上无竞争关系的企业签订劳务协议、合作协议等方式规避企业监管，企业在该类诉讼中面临的举证难度较大。经检索目前案例发现，企业在诉讼中可能会采取申请法院调取员工银行流水信息、纳税记录、工商登记信息，或提交员工固定频率出现在某公司的录像，或假扮第三方客户联系员工进行录音取证等灵活方式进行举证。

法院在实际审理过程中，针对该类隐蔽竞业限制行为的认定标准亦较为模糊，笔者认为主要有两派观点。第一类是结果论，即法院认定标准为劳动者行为实质是否损害了公司利益。如劳动者与其配偶或亲属本身属于同行，并未实质损害公

司利益的，不能认定违反在职竞业限制。如劳动者在职期间在外兼职，但并未利用在职期间获得的竞争优势，也未对完成本单位的工作任务造成严重影响的，也无法认定违反在职竞业限制。在较为典型的（2016）沪02民终9855号案中，法院认为无论劳动者是否以自己的名义或第三人代表或代理人名义所进行的在职竞业行为，抑或以更隐蔽的方式委派或指使他人按其意志从事与其所任职用人单位的竞业活动，实质损害公司利益的，该行为即应当被认定为违反在职竞业限制。

第二类是行为论，即只要劳动者在本职工作外从事竞业性行为，法院不会再审查是否给企业造成了损害，即认定劳动者违反在职竞业限制。在（2020）粤03民终28740号案中，劳动者抗辩其本人的身份证被第三公司的法定代表人何某借去，其对担任该公司的监事一事并不知情，亦未在该公司参股、出资、分红，没有参与实际经营管理，法院则认为因竞业限制规制目的是为了排除用人单位与知识产权有关的信息泄露或者被利用的可能，并不需要审查劳动者违约损害后果事实，本案劳动者上述消极行为难以审查认定且并不影响对其违约行为的构成认定。

上述两类观点均有其合理性，因此企业在诉讼过程中应围绕“实质损害公司利益”这一核心认定标准，从多种途径灵活取证证明“劳动者的竞业性行为”，适时向裁判机关申请调查令，以影响法官的裁判心证。

## **（二）损害赔偿金额应结合企业损失金额、劳动者过错程度、劳动者薪酬情况综合确定**

经检索目前案例，该类诉讼中涉及金额的诉讼请求主要有：违法解除劳动合同赔偿金、保密费返还、违约金及赔偿损失。首先，关于违法解除劳动合同赔偿金，企业在发现员工竞业性行为后，通常会直接解除员工，员工进而申请劳动仲裁，请求确认解除行为的违法性，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。裁判机关会就公司解除行为的合法性进行审查，需特别提醒注意的是，法院认定劳动者的行为构成在职竞业限制，是认定企业合法解除劳动合同的必要但不充分条件，除此之外，企业还需注意解除前征求工会意见的程序要件。

其次，不少企业会将员工的工资结构拆分出一项作为保密费，保密费届时能否诉请返还，仍应从员工违反保密义务和返还保密费是否有合同依据两方面进行考虑，如上文对“在职竞业限制”与“保护商业秘密”路径区别的论述，员工违

反在职竞业限制并不等同于违反了保密义务。

最后，有关违约金和赔偿损失的金额在实践中不确定性较高。部分案例中，法院会尽可能依照双方约定的违约金金额作为判决依据，但基于“劳动者本身在合同签订时并没有太多话语权”、“普遍合同中约定违约金过高，与实际情形不相符合”、“大多数劳动者并非公司高管，实际薪酬水平也较低”等因素考量，大部分案例中法院仍会酌情调低违约金，部分案例中法院会以“公司无法证明其存在损失”为由判决劳动者无需支付违约金或赔偿损失。

针对这一问题，上海二中院的陈樱法官在“劳动者违反忠实义务的司法认定标准”<sup>22</sup>中观点为，第一，劳动者承担损害赔偿责任的的前提条件是有损害事实的产生，这部分主要由用人单位举证证明；第二，劳动者主动有意实施违反在职竞业限制行为的，应承担主要责任，但单位在内部管理方面存在疏忽，缺乏有效监管，也应承担部分责任；第三，劳动者的薪酬是其所承担责任和从业风险的风向标，要求较低薪酬的劳动者承担很高的从业风险，不能得到社会普遍认可。

#### 四、对企业的合规建议

公司在对负有竞业限制义务员工进行管理时，应从在职和离职两方面入手综合管控。首先从公司规章制度入手，明确员工在职期间的竞业限制义务，并规定违反规定后的解除后果；其次在相关部分员工入职时将竞业限制协议与劳动合同一并签订，并逐步完善竞业限制协议的条款设计；最后，公司针对确需在离职后履行竞业限制义务的员工，应做好履约过程中的合理管控，积极应对风险事件。

##### （一）规章制度中明确在职竞业限制义务

基于本文的上述分析，在职期间的竞业限制义务来源于劳动者的忠实义务，无需双方约定即存在。但我们仍建议企业在员工手册、规章制度中明确符合法定要求的员工在职期间应遵守的保密及竞业限制义务，主要价值在于企业可以规定员工违反前述义务后，属于严重违反企业规章制度，企业有权直接解除劳动合同，并不支付任何经济补偿或赔偿金。

如企业并未在规章制度等内部管理文件中明确规定上述条款，企业仍可在发

<sup>22</sup> 陈樱. "劳动者违反忠实义务的司法认定标准." 法制与经济 000.006 (2014):26-27.

现员工的在职竞业性行为时，以劳动者严重违反劳动纪律和违反忠实义务为由解除劳动合同关系，主流司法裁判观点也对此予以认可。

## （二）完善竞业限制协议内容设计

实践中有部分企业采取在员工入职签订的劳动合同中约定竞业限制一般条款，并约定在劳动者离职时根据公司发布的具体通知决定是否履行竞业限制义务，以及需履行多长时间的竞业限制义务。这种做法的好处在于，由于人员流动和晋升的不确定性，一般企业在员工入职时并不能衡量判断离职后是否需要该员工履行离职后竞业限制义务，但在员工离职时再去协商签订竞业限制协议会面临诸多阻力，在办理入职手续时一并与员工签订则会方便许多。基于竞业限制义务的基础是双方达成的合意，因此竞业限制协议的内容设计十分关键，我们建议应从以下三方面入手完善企业的竞业限制协议条款。

第一，主体范围。目前的司法观点支持将企业的母子公司、总分公司和关联公司均纳入竞业限制范围，但针对是否可将劳动者的直系亲属纳入限制范围，仍处于争议之中。基于目前针对此条款司法效力不确定的状态，我们仍建议企业将劳动者的直系亲属纳入协议约定范围内，提前预防劳动者离职后可能采取的隐蔽竞业性行为。

第二，违约条款。企业应在协议中明确，劳动者如违反竞业限制义务的，不仅应承担违约金和其他损失赔偿责任，还应约定应返还劳动者已领取的竞业限制补偿金。至于违约金数额的约定，不建议对所有劳动者都采取固定数额，建议与该劳动者的过往薪酬待遇相结合，尽可能就高不就低。

第三，就业情况及时报告义务。为有效管理劳动者在离职后的就业情况，建议企业在协议中增加约定“劳动者应每月固定时间向公司指定人选报告就业情况，并附随社保缴费清单、入职通知书、劳动合同等证明材料”，以便于企业在发现其他情况时及时掌握相关证据。

## （三）协议履行过程中进行合理管控

一方面，企业在接收劳动者每月发送的就业情况报告时应进行严格审查，针对劳动者与无关联第三方签订的劳动合同应进行全方面排查，结合劳动者的办公

场所、工资报酬、工作内容等综合考量。一旦发现劳动者可能存在竞业性限制行为时，企业应积极应对，采取灵活方式多途径固定证据，并在专业人士的指导下明确诉讼路径，有效防控风险。

另一方面，企业在招聘人员时也应审慎进行入职风险排查，了解员工之前是否与原单位签订了竞业限制协议，并要求该员工签署书面承诺，承诺未与原单位签署竞业限制协议。必要时可委托第三方机构进行排查，并向前单位询问确认相关事宜，固定相关证据，避免在未来的仲裁或诉讼中承担连带赔偿责任。

#### **作者简介：**

**周旻**，湖南衡阳人，曾任职于深圳市劳动局，深圳市律师协会第八届理事会理事。现任广东省律师协会劳动法律专业委员会副主任，深圳市人大常委会立法基地法律专家，2017年由法律出版社出版《HR 应当知道的劳动法》。

**郭含笑**，主要从事劳动法领域常年法律顾问、专项法律服务及劳动仲裁诉讼业务。

## 签了竞业限制协议，企业缘何败诉？---浅析实务中竞业限制协议“瑕疵”

邹兵、陈妍利 广东鹏乾律师事务所

### 【前言】

笔者从近期做企业法治体检调查问卷过程中了解到，企业管理者和企业法务人员重点关注的一个领域是：商业秘密的法律保护。这说明，随着最近几年各高新技术企业研发力度的加强，企业管理人员更加重视对商业秘密的保护及其配套竞业限制义务的严格履行。然而，在保护商业秘密这一场没有硝烟的战役中，由于界限模糊，竞业限制、竞业禁止边界感缺失，导致企业的竞业限制条款存有大量瑕疵，并导致萌生大量仲裁、诉讼纠纷。

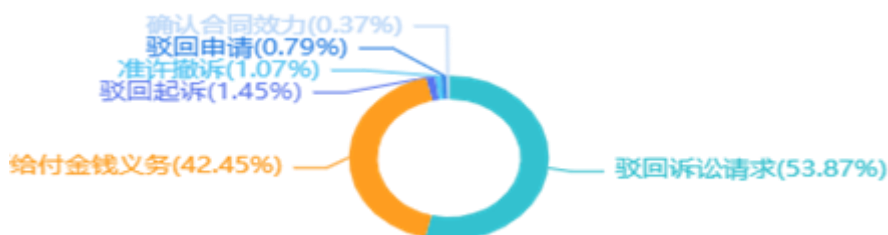
笔者现以聚法网广东地区最近十年的案例和自己办理的真实案例为例来浅析竞业限制约定，对《竞业限制协议》中常见“瑕疵”给予初步描述，辅之法律完善建议，希冀对相关企业和劳动者有所裨益。

### 第一篇 竞业限制纠纷大数据分析篇

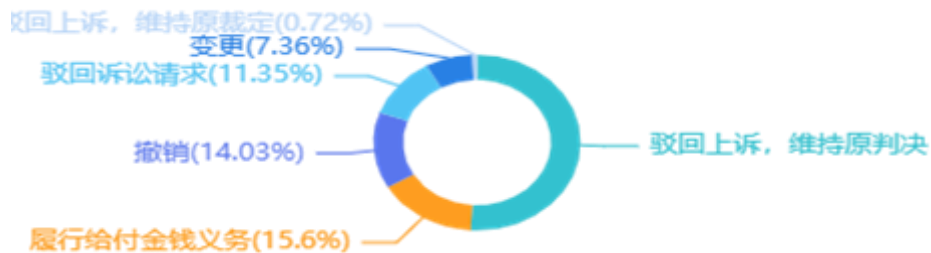
检索关键词：竞业限制 地域：广东省 年份：2012—2021

案例来源：聚法网 文书数量：3168 份 统计截止日期：2021 年 08 月 05 日

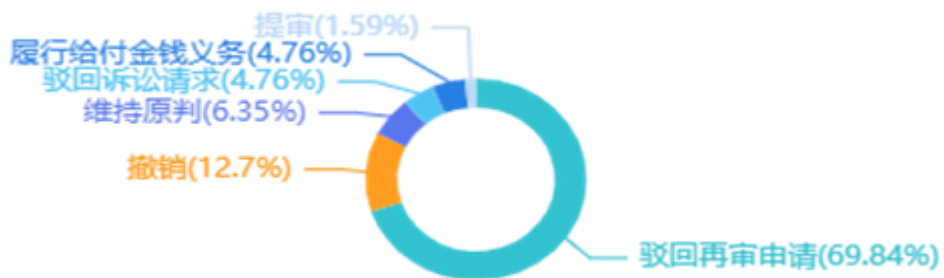
#### 1、一审裁判结果



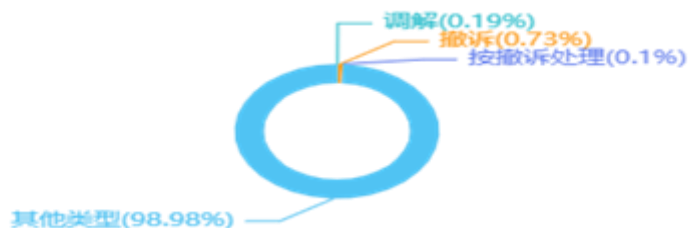
## 2、二审裁判结果



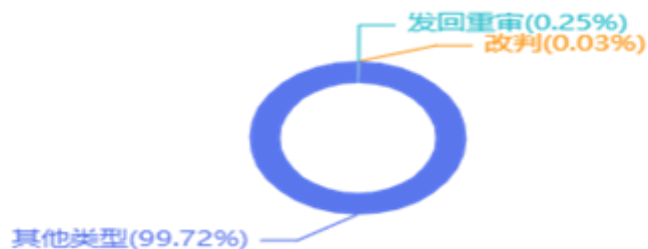
## 3、再审裁判结果



## 4、调撤案件



## 5、发改案件



## 6、法院层级

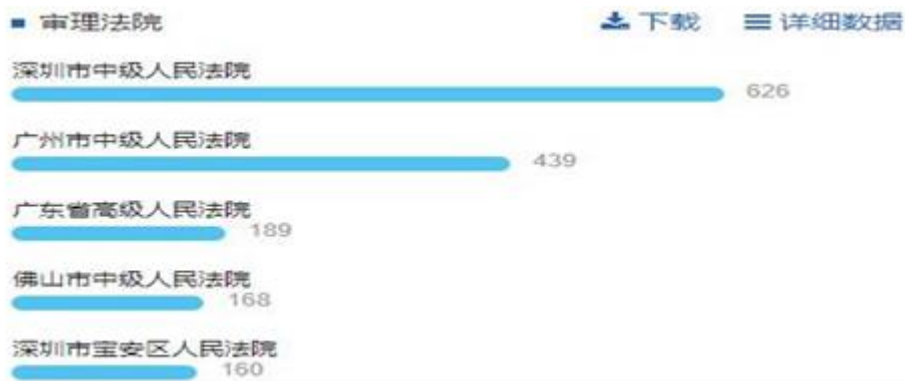




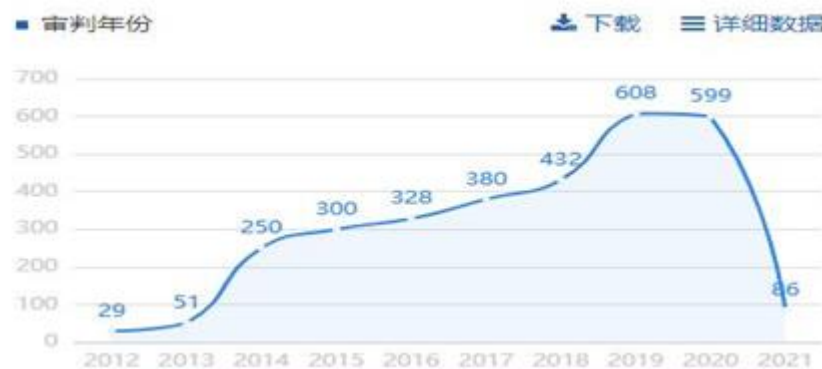
## 7、实体法条引用



## 8、审理法院



## 9、审判年份



## 第二篇 实务案例分析篇

王某是一家医疗公司的普通研发工程师，在 2020 年 8 月 24 日离职的时候签订了一份《竞业限制协议》。该协议并未对任职期间的岗位（如所涉及的技术秘密、范围、领域）作出详细的约定，且对竞业限制补偿金的金额没有具体约定，但是约定了违约金：要一次性向医疗公司支付相当于任职期间年收入的三倍。竞

业限制还约定，医疗公司通过发出《竞业限制通知书》明确王某需要履行竞业限制义务。

王某于2020年8月31日办理离职交接手续，医疗公司从9月开始支付竞业限制补偿金，10月公司与王某沟通后按深圳市特区50%标准支付并且补齐差额。医疗公司主张王某在职期间就已确认好新公司，离职后即进入这家经营产品与医疗公司同类的公司工作。医疗公司遂提起劳动仲裁，要求王某支付竞业限制违约金并返还竞业限制补偿。

**争议焦点：王某是否要履行竞业限制义务、返还竞业限制补偿？**

### **【裁判要旨 1】**

仲裁委审理后认为，医疗公司未向仲裁委提交证据证明在王某离职以后，已按照双方签署的《竞业限制协议》第四条约定，发出《竞业限制通知书》。故，王某有权主张其离职以后因未收到《竞业限制通知书》，而无需履行竞业义务。据此，医疗科技公司要求王某履行竞业限制义务以及请求支付违反竞业限制义务的违约金，没有事实依据，予以驳回。

### **【裁判要旨 2】**

仲裁委审理后认为，双方签订有竞业限制的协议，故依据该协议，王某违反竞业限制约定义务时，应支付竞业限制违约金；虽然在案证据证明王某离职后确有竞业限制违约行为，但鉴于医疗科技公司未向王某发出《竞业限制通知书》，故双方约定的违约金经计算为0元。

最终，裁决王某返还医疗公司支付的竞业限制补偿金，驳回医疗公司要求王某支付违约金的诉讼请求。

### **【裁判依据】**

《劳动合同法》第24条第1款规定“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员”。

《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。”

《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第二十四条对竞业限制补偿金作出了明确的规定即“**竞业限制协议约定的补偿费，按月计算不得少于该劳动者离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一。**约定补偿费少于上述标准或者没有约定补偿费的，补偿费按照该劳动者离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一计算。”

### 【律师分析】

在极度商业化的今天，商场犹如战场，企业之间的宏伟版图已经从物质资源的争夺转到对人才、知识产权、科学技术的争夺，究其核心还是对商业秘密及知识产权的保护。

在实务操作中，大部分企业认为最行之有效的便是竞业限制。但是，竞业限制的滥用或误用又在一定程度上限制了身为劳动者的就业权。两种权利彼此冲突不断，特别是疫情期间，更是达到一个新的饱和高点，所涉仲裁诉讼累累。

### 【竞业限制纠纷常见争议焦点及成因】

此类纠纷企业提起劳动仲裁、诉讼时绝大多数都是以违反竞业限制为由，而劳动者常常主张不存在违约竞业行为。

裁判中，对竞业的界定不仅需根据一般经营范围和经营产品中存有与本企业有竞争关系的事实进行初步判断，还要结合企业营业执照和公司实际所涉产品领域来判断。如没有以上叙述的重合和类似，一般不认为有竞争关系。

在前述案例中，劳动者离职以后就进入新的公司就职，仲裁委判断竞业限制的标准就是在国家知识产权局检索到劳动者之前所在公司和现就职公司是相同行业、生产同类产品。

在我国数字经济蓬勃发展的大背景下，有大量涉及新型商业秘密的竞业限制纠纷需要法院来确认，而判断有关信息是否属于商业秘密，应该建立在“有价值

基础之上”。这需从法律、行业标准、市场价值、竞争价值与个案结合来谨慎认定，同时这也是判断竞业限制有没有存在价值的首要条件。

### **【律师建议】**

企业在与劳动者签署竞业限制协议时，为了避免日后出现不必要的纠纷，企业要尽量做到如下几点：

1、增强可操作性，细化竞业限制协议条款、范围、内容等，或在公司制度、劳动者管理制度、劳动者手册等处将竞业限制约定明朗化、直观化

劳资之间的竞业限制相关协议散乱、内容不规范引发了大量纠纷，双方就是否存在竞业限制约定成为了案件的首要争论点。

纠纷处理过程中，常见到保密协议和竞业限制协议的混乱，两者常常混用。保密义务与竞业限制义务虽然均保护企业的商业秘密，但二者属于不同的法律概念，保密协议保护企业商业秘密的价值比起竞业限制协议要小的多。换言之，劳动者违反竞业禁止义务可能在实际中可能并不会侵犯其商业秘密，也未造成损害，但依旧要赔偿。

竞业限制协议内容上，因为企业法务部门的尴尬地位和法务人员专业水平的参差不齐，有的协议逻辑千疮百孔且条文冗长复杂，连法官、仲裁员等专业人员也需看半天才能抽丝剥茧找到关键所在。

### **2、单独使用《竞业限制协议》的文本**

在文本中，公司可以尽量列明竞业限制的范围明细、限制地区、时间范围、保密事项、补偿金金额、支付时长、支付方式、竞业启动程序、违约金计算方法、具体金额等内容，并对竞业限制协议中这些事项加粗字体以示提示，并尽量使文本专业简洁、一眼明了。

3、公司严格遵守劳动法律法规的强制性规定，采取一对一方式与劳动者协商、签订《竞业限制协议》

### **4、完善离职手续办理流程以及是否执行跟进流程**

公司通过完善上述流程，以避免像前述案例一样，因为没有发出《竞业限制通知书》等竞业启动程序以及竞业调查取证问题，从而遗漏对劳动者是否负有竞业限制的审查、通知、提示及竞业的劝阻、对违约行为的调查取证与追责等风险点。

### 第三篇 竞业限制“瑕疵”完善篇

#### 1、问：企业能否以“职务发明创造”代替竞业限制协议？

**答：**在涉及与离职劳动者有关的职务发明创造的认定时，既要维护原单位对确属职务发明创造的科学技术成果享有的合法权利，鼓励和支持创新驱动发展，同时也不宜将专利法实施细则第十二条第一款第三项规定的“有关的发明创造”作过于宽泛的解释，导致在没有法律明确规定或者竞业限制协议等合同约定的情况下，不适当地限制研发人员的正常流动或者限制研发人员在新的单位合法参与或开展新的技术研发活动。

**律师建议<sup>23</sup>：**企业必须与劳动者另行签署《劳动者竞业限制协议》。

#### 2、问：劳动者违反竞业限制协议，企业能否跟踪调查取证？

**答：**根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定，以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。

**律师建议<sup>24</sup>：**在处理违反竞业限制约定案件中，用人单位要调查取得劳动者违反竞业限制的证据难度较大，除了被动委托专业机构调查取证、获取相关资料信息外，首先更应主动利用竞业限制协议来完善和强化劳动者如实披露和汇报离职后遵守竞业限制情况的约定，使得这一限制的实施更有操作性，也更符合客观实际的需要，节约企业成本。

#### 3、问：竞业限制协议的补偿金支付标准能否仅有一个计算标准？

<sup>23</sup> 最高人民法院（2019）最高法民申 6342 号指导案例 158 号：深圳市卫邦科技公司诉李坚毅、深圳市远程智能设备公司专利权权属纠纷

<sup>24</sup> 佛山市中级人民法院（2020）粤 06 民终 1486、1487 号（赖春华与广东美的厨卫电器制造公司、佛山市云米电器科技公司、中山坚峰电子科技有限公司劳动合同纠纷一案民事二审判决书）

**答：**《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条规定，当事人在劳动合同中或者保密协议约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务的，要求用人单位按照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，人民法院予以支持。第三十九条规定：在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议时，人民法院应予支持。在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。

**律师建议<sup>25</sup>：**《劳动合同法》没有明确规定竞业限制补偿金的标准，但是为了降低争议发生概率，笔者建议竞业限制协议中应尽量明确竞业限制补偿金的标准。一般情况按《劳动争议司法解释一》也就是劳动者离职前 12 个月平均工资 30%的标准。而对于高收入人群，笔者建议约定较高金额：比如高于当地平均工资的两倍到五倍，降低违反竞业限制的动因，避免纠纷，也公平合理。

#### 4、问：签了竞业限制协议，劳动者违约，企业能否要求支付违约金？

**答：**《劳动合同法》第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

**裁判口径**也认为关于竞业限制义务以及违约责任可由双方自行约定，而判断违约金是否过高，需从劳动者的主观过错程度、用人单位自身损失程度、用人单位支付的竞业限制补偿金数额、公平原则、对等原则及诚实信用原则，兼顾协议的履行情况等方面综合考量。

**律师建议<sup>26</sup>：**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》<sup>27</sup>第二十九条规定“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减

<sup>25</sup> 广州市中级人民法院（2020）粤 01 民终 22999、23000 号（杨卫平、瀚阳国际工程咨询公司劳动争议二审民事判决书）

<sup>26</sup> 中山市中级人民法院（2021）粤 20 民终 178 号（中山市科朗卫浴设备公司与周宏波、张武科合同纠纷一案民事二审判决书）

<sup>27</sup> 本法规被《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》（2020 年 12 月 29 日发布；2021 年 1 月 1 日实施），仅供参考。

少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。”因此，违约金不宜约定过高，建议定为当地平均工资的两倍到五倍。

#### 5、问：企业在竞业限制协议中是否可以排除劳动者解除的权利？

**答：**不能。《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》第二十五条规定，竞业限制补偿费应当在劳动者离开企业后按月支付。用人单位未按月支付的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内，可以要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支付的，可以通知用人单位解除竞业限制协议。第二十六条规定，技术秘密已经公开的，当事人可以解除竞业限制协议。据此，法律法规是有赋予劳动者在特定情况下享有对《竞业限制协议》的解除权的。

**律师建议<sup>28</sup>：**如果竞业限制协议有类似条款，属排除对方权利的格式条款，且违反了法律法规的相关规定，属无效条款，企业应尽量避免。

#### 6、问：企业能否提前解除竞业限制协议，是否还需支付经济补偿？

**答：**《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十九条规定“在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制时，人民法院应予支持”，该解释对用人单位解除竞业限制协议的权利，是从司法裁判的角度进行规定的，但这并不意味着用人单位单方解除竞业限制协议的权利必须通过人民法院确认方可行使，用人单位可通过任何劳动者知道或应当知道的方式行使解除权，解除的通知一经送达即视为生效。

**律师建议<sup>29</sup>：**因为用人单位单方面请求解除竞业限制协议时，劳动者可以请求用人单位额外支付三个月的竞业限制经济补偿金。所以企业在和劳动者签署竞业限制协议时，应当慎重，尽量缩小商业秘密知悉范围。

#### 7、问：劳动者已支付竞业限制违约金，在2年期内是否还要继续履行竞业

<sup>28</sup> 深圳市中级人民法院（2018）粤03民终13259号（王平与方大物业公司劳动合同纠纷二审民事判决书）

<sup>29</sup> 深圳市中级人民法院（2016）粤03民终2077号（吴志圣与深圳市康达信房地产管理顾问公司劳动合同纠纷二审民事判决书）

## 限制协议？

**答：**要履行，支付了违约金并不代表义务的免除。《劳动合同法》第24条规定，在解除或者劳动合同终止后，前款规定的人员到与本单位生产或经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或自己开业生产或经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过两年。

**律师建议<sup>30</sup>：**劳动者跳槽须谨慎，违法成本比较高。

### 8、问：劳动合同无效会否导致竞业限制协议必然无效？

**答：**不会。裁判口径认为，双方签订的《保密（竞业限制）承诺书》或《竞业限制协议》是签订时双方的真实意思表示，不违反国家法律、行政法规的强制性规定，双方应当严格履行。从竞业限制协议产生的原因来看，劳动合同与竞业限制协议处于制约与被制约的关系，竞业限制协议的订立必须以劳动合同的存在为前提，没有劳动合同关系，竞业限制协议的存在亦无意义，竞业限制协议要依赖于劳动合同，在此意义上，劳动合同与竞业限制协议处于主从关系。但即使是主从合同关系，劳动合同关系无效并不会必然导致竞业限制协议无效。

**律师建议<sup>31</sup>：**如果不加以区分一概认为劳动关系消灭必然导致竞业限制协议消灭，会导致竞业限制条款难以发挥其应有功能，造成利益失衡的后果。劳动者在提供劳务过程中应秉持诚实、善意的动机为正当行为，忠实维护公司的合法权益，这是劳动者理应遵守的基本职业道德，也是诚实信用原则的基本体现。如果劳动者违背基本的忠诚义务，损害公司的合法权益，导致双方诚信关系的根本破裂，劳资关系赖以存续的信赖基础丧失。而竞业限制协议的存在则为公司寻求法律上的救济途径，为劳动者违法成本的付出提供了保障和依据。因此，如果仅仅认为劳动关系无效，从而否定竞业限制协议的效力，这与该制度设立的初衷和宗旨是相悖的。但是为了避免日后出现纷争，希望企业注重法务部门的存在和管理，完善各类合同。

<sup>30</sup> 中山市中级人民法院（2021）粤20民终178号（中山市科朗卫浴设备公司与周宏波、张武科合同纠纷一案民事二审判决书）

<sup>31</sup> 佛山市中级人民法院（2019）粤06民终10345号（秦崇德与广东爱旭科技股份有限公司合同纠纷一案民事二审判决书）



## 9、问：因竞业协议引起的纠纷，劳动者可采取什么样的维权方式？

**答：**因竞业禁止、竞业限制合同/协议引起的纠纷，在涉及违约责任与侵权责任竞合时，当事人有权选择提起合同纠纷或是侵权诉讼主张其权利。从违约角度来看，劳动者违反了合同约定，泄露、使用权利人的商业秘密，应当承担违约责任。从侵权角度来看，劳动者泄露、使用权利人的商业秘密，侵害权利人的商业秘密权，符合侵权责任的归责原则，应当承担侵权责任。竞业限制或禁止合同虽然在劳动关系存续期间或解除劳动关系时订立，但仍属于平等主体之间订立的合同。因此，权利人可以依据该合同，按照劳动法律的相关规定提起违约之诉，也可以以该合同为证据，提起侵权之诉。

**律师建议<sup>32</sup>：**由于违约责任与侵权责任在归责原则、举证责任、法律后果、责任主体范围及法律适用等方面均存在差异，故当事人若提起违约之诉，则属于劳动合同争议；若提起侵权之诉的，则属于知识产权中侵犯商业秘密的不正当竞争纠纷，选择的时候，注意举证等问题。

## 10、问：劳动者没有收取（比如退回）企业给予的竞业限制义务补偿金，是否还要遵守相关协议？

**答：**在竞业限制补偿金实际支付数额与约定数额不存在显著差异的前提下，企业已经履行支付竞业限制补偿金的义务，劳动者对竞业限制补偿金予以退回应视为对其权利的自由处分，但是不能免除其竞业限制义务。

**律师建议<sup>33</sup>：**双方已约定竞业限制条款，如果劳动者对其本人在离职期间收到的竞业限制补偿款项没有立即提出异议，且对每次收款后均如数退回的行为又未能作出合理解释，则应当承担举证不能的责任，并且依旧要遵守竞业限制协议。

**总之，企业唯有特别关注，常用、善用竞业限制协议才能更好的维护其合法的商业秘密权利和经营利益。<sup>34</sup>**

<sup>32</sup> 佛山市中级人民法院（2019）粤06民终10345号（秦崇德与广东爱旭科技股份有限公司合同纠纷一案民事二审判决书）

<sup>33</sup> 佛山市中级人民法院（2019）粤06民终10345号（秦崇德与广东爱旭科技股份有限公司合同纠纷一案民事二审判决书）

<sup>34</sup> 本文其他参考案例：

（1）广东省高级人民法院（2016）粤民再177号民事判决书（吴志圣与深圳市康达信房地产管理顾问公司劳动争议再审案）；

## 用人单位未支付竞业限制经济补偿金，劳动者是否需履行竞业限制义务？

凌超 广东卓建律师事务所

### 【前言】

随着商业秘密在各类企业尤其是创新型高新技术企业的重要性日渐凸显，大多数企业尤其是民营企业通常会选择与接触到公司商业秘密的员工签订保密协议及竞业限制协议，要求其员工保守公司商业秘密并且在离职后一定期限内（一般为1至2年）不得从事与该企业经营范围相同或相近的业务。但根据笔者多年的实务经验，员工离职后，大多数企业尤其是中小型民营企业一般不会主动支付竞业限制经济补偿金。那么，此时竞业限制协议是否仍然有效？员工是否需要继续履行竞业限制义务？如果员工违反了竞业限制义务，是否需要承担违约责任？下面，笔者通过两个案例展开分析。

**【案例一】来源：人力资源社会保障部最高人民法院 2020 年 7 月 10 日发布的第一批典型案例 12（以下简称公报案例）**

### 基本案情

2013 年 7 月，乐某入职某银行，在贸易金融事业部担任客户经理。该银行与乐某签订了为期 8 年的劳动合同，明确其年薪为 100 万元。该劳动合同约定了保密与竞业限制条款，约定乐某需遵守竞业限制协议约定，即离职后不能在诸如银行、保险、证券等金融行业从事相关工作，竞业限制期限为两年。同时，双方还约定了乐某如违反竞业限制义务应赔偿银行违约金 200 万元。2018 年 3 月 1

---

（2）深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民终 6561 号民事判决书（深圳市瑞丰基建筑工程公司与陈飞鸿劳动合同纠纷二审案）；

（3）深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 28740 号民事判决书（深圳市粤汉贸易公司与李文中竞业限制纠纷案）

（4）深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 28181 号二审民事裁定书（深圳市老树坊文化发展公司与林云帆竞业限制纠纷案）；

（5）深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 29052 号二审民事判决书（深圳市龙歧房地产经纪公司与陈木程竞业限制纠纷案）

（6）深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 22848 号二审民事判决书（深圳市悦舞圈文化发展公司与高莉娜竞业限制纠纷案）

（7）深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 17138 号二审民事判决书（深圳市电明科技股份有限公司与王守学竞业限制纠纷）

（8）深圳市南山区劳动人事争议仲裁委员会深南劳人仲裁【2021】636 号

曰，银行因乐某严重违反规章制度而与乐某解除了劳动合同，但一直未支付乐某竞业限制经济补偿。2019年2月，乐某入职当地另一家银行依旧从事客户经理工作。2019年9月，银行向劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）申请仲裁。要求乐某支付违反竞业限制义务违约金200万元并继续履行竞业限制协议。

### 处理结果

仲裁委驳回银行的仲裁请求。

### 裁判观点

针对上述案件，人力资源社会保障部和最高人民法院发布的案例评析如下：根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第八条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。”用人单位在劳动合同解除或终止后未履行竞业限制经济补偿金的支付义务，并不意味着劳动者可以“有约不守”，但劳动者的竞业限制义务与用人单位的经济补偿义务是对等给付关系，用人单位未按约定支付经济补偿已构成其在竞业限制约定中承诺的主要义务。在该案中，银行在竞业限制履行期间长达11个月未支付经济补偿，造成乐某履行了竞业限制义务却得不到相应补偿的后果，于法不公。因此，仲裁委认为，劳动合同解除或终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，应视为劳动者以其行为提出了解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担违反竞业限制的违约责任的，不予支持。

**【案例二】来源：广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终13035号**

### 基本案情

钟某于2016年10月入职深圳某光电公司担任总工程师，月薪为2万元，双方签订了为期5年的劳动合同，并签订了《保密协议》，协议约定，钟某在离职后两年内不得到生产同类或经营同类业务且具有竞争关系的其他用人单位任职，公司支付给钟某的日常工资中已包含竞业限制的经济补偿，不再额外支付给钟某经济补偿。钟某违反竞业禁止条款约定，经查证属实的，应一次性向公司支付相

当于在职期间平均月工资收入 20 倍的违约金。2018 年 2 月，钟某离职。次月，钟某入职某科技公司，该公司的经营范围与光电公司存在重合。2018 年 7 月，光电公司申请仲裁，要求钟某支付违反保密协议的违约金 40 万元并支付泄密违约金及经济损失 150 万元，继续履行竞业限制义务。

钟某在仲裁庭审中提出解除竞业限制约定。

## 处理结果

该案经仲裁、一审、二审，最终结果均为钟某支付光电公司竞业限制违约金 40 万元并继续履行《保密协议》中除竞业禁止外的其余约定。

## 裁判观点

法院认为，光电公司与钟某签订的《保密协议》合法有效，《保密协议》中关于竞业限制已包含在工资之内的约定虽然不当，但竞业限制的约定并不因此无效。光电公司未在钟某离职后按月向其支付竞业限制补偿金，钟某可请求光电公司承担相应的法律责任，但不得以此违反其竞业限制义务。钟某在未解除竞业限制约定前即入职某科技公司，双方存在竞争关系，且钟某作为光电公司的前任总工程师，属公司高管，其在任上获知的商业及技术信息与普通员工不可等量齐观，应承担相对更加严格的竞业限制义务。故法院作出上述裁判。

## 【律师评析】

### 一、关于竞业限制的法律规定

#### 1. 适用于全国

在全国层面而言，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条至第四十条构成了劳动者与用人单位竞业限制的核心条款。其中，第三十六条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，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者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。前款规定的月平均工资的 30%低

于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。”

第三十七条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。”

## 2. 适用于深圳市

深圳市早于 1996 年即颁布并实施了《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》，对技术秘密保护及竞业限制作出了较为全面的规定。其中，第二十四条规定：“竞业限制协议约定的补偿费，按月计算不得少于该员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一。约定补偿费少于上述标准或者没有约定补偿费的，补偿费按照该员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一计算。”

第二十五条规定：“竞业限制补偿费应当在员工离开企业后按月支付。用人单位未按月支付的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内，可以要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支付的，可以通知用人单位解除竞业限制协议。”

由于深圳属于经济特区，全国人大赋予了其特别立法权，因此，在深圳范围内，优先适用深圳地区的地方性法规。综合而言，在全国范围内及深圳市范围内，关于竞业限制的差异主要体现在如下两个方面：

区域	竞业限制补偿费标准	解除权行使期限
全国	有约定，从约定； 未约定，≥离职前月均工资的 30%	未支付竞业限制补偿达 3 个月
深圳	≥离职前月均工资的 50%	未支付竞业限制补偿超过 30 天

## 二、关于用人单位未支付竞业限制经济补偿金情况下员工是否需履行竞业限制义务分析

根据上述法律规定及立法本意可以看出，竞业限制义务属于用人单位对负有保密义务的劳动者在其在职期间及离职后一定期限内的择业权进行限制的约定，作为对价，用人单位需向劳动者支付一定的经济补偿。如果用人单位未支付或未及时支付经济补偿，员工方是否需要继续履行竞业限制义务既取决于双方的约定，也取决于后续的履行情况。

鉴于最高人民法院公报案例在全国范围内具有指导意义，结合本文前述两个案例，笔者认为，关于是否违反竞业限制义务，大体可以得出如下结论：

1. 劳动合同或保密协议、竞业限制协议等约定竞业限制补偿已包含在每月支付的工资中或未约定竞业限制经济补偿金标准的，竞业限制补偿标准为每月不低于该员工离职前1年平均工资的30%（全国和深圳地区标准有差异，详见上表），且员工方不得以未约定竞业限制补偿标准否定竞业限制协议效力。

2. 竞业限制协议在签订后被解除前，对用人单位和员工双方均有约束力。用人单位需按月支付竞业限制补偿，员工则不得到和用人单位具有竞争关系的单位任职。如果用人单位未支付或未及时支付竞业限制补偿，则员工方具有解除权（行使期限在深圳及深圳以外地区有所不同，详见上表）。

3. 在用人单位一直不支付竞业限制补偿的情况下，如果员工在职期间及离职后3个月内即违反了竞业限制义务，用人单位有权要求员工继续履行竞业限制义务并支付违约金；但如果员工离职后超过3个月才实施违反竞业限制协议行为的，则用人单位将丧失追究员工违反竞业限制违约责任的权利。

### 【结论及启示】

尽管行业迥异，但鉴于商业模式及技术更迭的快速性，竞业限制的黄金期通常为员工离职后的半年至1年内，对于用人单位尤其是快速成长型企业而言，如要充分发挥竞业限制制度的作用，可从如下几个方面提升：

1、用人单位应在员工离职前（入职时最佳）签订书面的竞业限制协议，明确约定竞业限制范围、期限及补偿金标准，并尽量在该员工离职前明确告知其是否需履行竞业限制义务。

2、员工离职后，不论其是否存在违反竞业限制义务行为，用人单位应及时按月向员工支付竞业限制经济补偿金。

3、用人单位如不确定员工是否存在违反竞业限制行为的，可于该员工离职后3个月内通过多方询问及调查等方式及时跟进其入职情况，搜集该员工的就职或创业信息，以便及时掌握员工动态，固定证据，以做追究员工违约责任之用。

#### **作者简介：**

**凌超**，十年律师执业经历，现任广东卓建律师事务所劳动法律专业委员会副主任、第十届深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会委员。专业领域：企业用工筹划及风险防范、企业裁员/解聘方案设计、劳动争议、合同纠纷等民商事诉讼代理。

## 员工被委派出国工作，被辞退后其国内公司应否支付违法解除劳动合同关系赔偿金？

周文斌 广东鹏浩律师事务所

### 【案情简介】

员工李某某于 2007 年 3 月入职深圳某公司，2014 年 4 月签订了无固定期限劳动合同。

2015 年 2 月，深圳某公司法定代表人王某以香港某公司名义与李某某签订一份《协议书》，约定李某某去深圳某公司李董事在缅甸开办的缅甸某公司协助生产，时间 2 年，李某某在缅甸某公司工资 12000 元，李某某在《协议书》上签名，王某代表香港某公司在《协议书》上签名。

李某某在缅甸工作期间的工资由深圳某公司的员工肖某银行账户代发，其社保除 2018 年 4 月至 7 月在鹰某公司（与深圳某公司均为同一香港公司全额控股公司）购买外，均在深圳某公司购买。

2017 年 9 月，李某某工资被提升为 21000 元/月，2018 年 3 月被提升为 27000 元/月。

2018 年 9 月某日，缅甸某公司投资人同时也是深圳某公司李董事给李某某发出微信，称根据雇佣合约，如果任何一方欲终止合约，可以一个月的工资作为代通知金给另一方，故给予一个月工资作为代通知金，李某某在公司的工作终止，最后工作日为 2018 年 10 月 3 日。

李某某认为，其系深圳某公司违法解除劳动关系，故申请劳动争议仲裁，要求深圳某公司支付违法解除劳动关系赔偿金及未休年休假工资共计人民币 60 余万元。

仲裁驳回了李某某的全部仲裁请求，李某某遂提起诉讼。

### 【本案争议焦点】



**本案争议焦点有二：一是李某某的劳动关系究竟是不是深圳某公司？二是李某某是否被违法解除劳动关系而应当由深圳某公司支付违法解除劳动关系赔偿金？**

**针对第一个问题，深圳某公司辩称：**李某某与其的劳动关系已经于 2015 年 2 月终止，因为李某某与香港某公司在当天签署了《协议书》，其已经与香港某公司形成了劳动关系或者雇佣关系，且其系香港某公司委派到缅甸某公司工作，与其无关，李某某工资系香港某公司委托其公司员工肖某代发，社保也是香港某公司委托深圳某公司为其代买，故深圳某公司与李某某不存在劳动关系。

**李某某则认为：**其与深圳某公司存在劳动关系。因为其在入职后一直在深圳某公司工作，从未辞职。2015 年 2 月所签的《协议书》，虽然协议甲方是香港某公司，但签名却是深圳某公司的法定代表人王某，香港某公司并未盖章，而且从始至终都是王某与李某某商谈，李某某从未见到过香港某公司的人员，其工资也是深圳某公司发放，社保也是深圳某公司购买，故劳动关系系与深圳某公司成立。

**针对第二个问题，深圳某公司辩称：**由于李某某与其公司于 2015 年 2 月已经终止劳动合同关系，李某某在缅甸被缅甸某公司辞退，与其公司没有关系。故其公司没有支付违法解除劳动关系赔偿金的义务。

**李某某则认为：**缅甸某公司系深圳某公司李董事投资，其去缅甸某公司也是受深圳某公司法定代表人王某委派，缅甸某公司名称与深圳某公司名称一样，2018 年 10 月 3 日又受深圳某公司李董事微信解除劳动关系，该解除劳动关系的行为系李董事代深圳某公司作出，该行为没有法律依据，系违法解除劳动关系。李某某与深圳某公司一直存在劳动合同关系，现被违法解除劳动关系，故深圳某公司应当支付违法解除劳动关系赔偿金。

### **【法院判决】**

**深圳市宝安区人民法院判决：**1、深圳某公司于本判决生效之日起 10 日内支付李某某违法解除劳动合同赔偿金 588000 元；2、深圳某公司于本判决生效之日起 10 日内支付李某某 2016 年 1 月 1 日至 2018 年 10 月 3 日未休年休假工资 29287 元。

**深圳市中级人民法院二审判决：驳回上诉，维持原判！**

**【裁判理由】**

**深圳市宝安区人民法院认为：**《协议书》中称，缅甸某公司系由香港某公司的股东投资设立，营业执照载明的投资人为 MR. LEE CHUN FAI，结合原告提供的微信聊天记录可知，MR. LEE CHUN FAI 即为李董事，缅甸某公司系由李董事投资设立。

关于劳动关系解除时间问题。首先，深圳某公司与缅甸某公司名称相同，缅甸某公司的投资人亦为深圳某公司的董事，且将李某某派往缅甸某公司工作的《协议书》系由深圳某公司法定代表人与李某某签订，因此，深圳某公司与缅甸某公司系关联公司的事实具有高度盖然性。

其次，深圳某公司主张与李某某于 2015 年 2 月即解除了劳动关系，但并未提交双方已解除劳动关系的相关证据，且李某某在缅甸工作期间的社保继续由深圳某公司缴纳，工资亦由深圳某公司员工肖某的个人账户发放，深圳某公司关于代缴社保和代发工资的抗辩意见无证据证明且不合情理。

结合深圳某公司与缅甸某公司系关联公司的事实，本院认为李某某与深圳某公司 2015 年 2 月并未解除劳动关系，李某某前往缅甸某公司工作实际系受深圳某公司的派遣。最后，2018 年 10 月 3 日的终止工作通知虽无李董事的中文签名，但李某某与李董事的微信聊天记录能够佐证该通知的真实性，该通知书可视为李董事或者缅甸某公司代表深圳某公司与李某某解除了劳动关系，因此，确认李某某与深圳某公司的劳动关系于 2018 年 10 月 3 日解除。

由于深圳某公司无正当理由解除与李某某的劳动关系，构成违法解除劳动关系。故判决深圳某公司支付李某某违法解除劳动关系赔偿金 588000 元，以及判决支付未休年休假工资 29287 元。

**深圳市中级法院认为：**深圳某公司主张 2015 年 2 月之后与李某某建立劳动关系的是香港某公司，但自始至终合同的签订和履行都是深圳某公司，代表香港某公司在《协议书》上签名的是深圳某公司的法定代表人王某，发放工资的是深

圳某公司员工肖某的账户，社保也均在深圳某公司缴交，李某某在缅甸工作的缅甸某公司也与深圳某公司同名。

一审认定事实并无不当，深圳某公司称其前述行为受客户委托，其与香港某公司无任何关联关系的辩解，无充分证据予以证明，不予采信。

故判决驳回上诉，维持原判。

### 【评析】

该案的诉求比较简单，辞退的事实也相对清楚。关键的是，李某某究竟与哪个公司形成劳动关系？究竟将哪个公司作为被申请人申请仲裁？从证据来看，形成劳动关系有三种可能：

一是李某某与深圳某公司形成劳动关系；

二是李某某与香港某公司形成劳动关系；

三是李某某与缅甸某公司形成劳动关系。

如果属于第二、三这二种情况，则对李某某极为不利。香港某公司并未在大陆注册，而缅甸某公司则在缅甸注册，如果这2个公司与申请人构成劳动关系，则大陆法院没有管辖权，而如果李某某去境外维权，则李某某的维权成本会很高，同时结果如何也未可知。

那么，李某某是否与香港某公司或者缅甸某公司构成劳动关系呢？答案是否定的，李某某与香港某公司或者缅甸某公司不构成劳动关系。

《中华人民共和国劳动合同法》第二条规定“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”

香港某公司系境外企业，其不具有在大陆招聘员工的主体资格，而李某某与缅甸某公司没有签订任何协议或者合同，故李某某与香港某公司或者缅甸某公司均不具有劳动关系。那么，剩下唯一可能就是李某某与深圳某公司建立劳动关系。

同时，深圳某公司作为与李某某建立劳动关系的用人单位，是有充分证据支撑的：

1、李某某 2007 年 3 月即入职深圳某公司，与深圳某公司建立了劳动关系，从未办理离职手续。

2、2015 年 3 月的《协议书》，表面上看代表香港某公司签字的为深圳某公司法定代表人王某，但实际上是不是香港某公司的意思表示李某某也无法知道，《协议书》也没有盖香港某公司的印章，香港某公司更不能在深圳聘用员工，且自始至终李某某也没有见过香港某公司的人员，整个过程都是深圳某公司的法定代表人王某与李某某进行沟通，因此，完全可以视为是深圳某公司派遣李某某去缅甸某公司工作。

3、缅甸某公司的投资人为深圳某公司的董事李董事，且缅甸某公司的名称与深圳某公司的名称相同，可以视为关联公司。

4、李某某的社保还在深圳某公司缴交，如果没有劳动关系，深圳某公司没有理由为李某某缴交社保。

5、李某某的工资系从深圳某公司员工肖某的个人账户发放。

6、2018 年 10 月 3 日终止劳动关系的通知是深圳某公司李董事发出的，且无任何解除劳动关系的理由。

李某某向宝安区劳动人事争议委员会申请仲裁后，深圳某公司极力把李某某的劳动关系描述为与香港某公司成立劳动关系，并提交了香港某公司的香港注册资料，以及为了应诉而在深圳某公司持有的《协议书》上加盖了香港某公司的印章，作为对其有利的证据。

仲裁员未加区分判断，错误的采信了深圳某公司的抗辩意见，驳回了李某某的仲裁请求。

李某某不服而提起诉讼，最终，一二审法院通过审理，对李某某与深圳某公司的劳动关系作出了正确的判断，判决支持了李某某要求深圳某公司支付违法解除劳动合同及未休年休假工资的诉讼请求，这完全符合客观事实以及法律规定。

## 严重违反规章制度的裁判标准认定与探讨

陈伟 浙江天册（深圳）律师事务所

在劳动争议中，用人单位辞退劳动者有一个比较常用的理由，即“严重违反用人单位的规章制度”。用人单位认为，只要适用这一理由，加之有相关的法律依据，那么用人单位的辞退行为，就属于依法解除劳动合同，无需支付经济补偿金或者赔偿金了。

那么，何为“严重违反规章制度”？严重程度的认定标准是什么？违反规章制度的合法性和合理性如何进行界定？如何正确理解和适用“严重违反规章制度”，并进而认定是否属于违法解除劳动合同？由于《劳动法》和《劳动合同法》均对何为“严重违反规章制度”作出进一步细化规定，导致司法实践中，对如何正确理解和适用“严重违反规章制度”存在千差万别，并直接影响到案件事实的认定，并决定了案件的成败。

为帮助大家准确界定《劳动合同法》第三十九条所规定的“严重违反规章制度”的立法宗旨和原意，引用此条法律规定正确处理劳资纠纷，笔者作为一名律师及劳动仲裁员，结合实务经验，予以分析和论证。

先来看一下法律规定的原文规定。

《劳动法》第二十五条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；……”《劳动合同法》第三十九条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的；……”毫无疑问，两部法律规定均规定了劳动者在“严重违反用人单位规章制度”的情况下，用人单位可以解除劳动合同，因属于依法解除，故免除了用人单位违法解除的赔偿责任。所不同的地方在于，《劳动法》多了一个“严重违反劳动纪律”，换言之，如果劳动者确实存在严重违反“劳动纪律”的行为，用人单位要辞退劳动者，只能依据《劳动法》，而不能依据《劳动合同法》，否则存在违法辞退的风险。

以“严重违反规章制度”为由解除劳动合同，应当同时具备三个条件，如下：

## 一、规章制度必须依法制定

根据《劳动合同法》第四条第二款规定，“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、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直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”第四条第四款同时又规定“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

即直接涉及到劳动者切身利益的规章制度，比如解除劳动合同的规定，“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”，同时还要“公示，或者告知劳动者”。

实务中部分律师认为，规章制度尽管有员工签名，但是“未经职工代表大会或者全体职工讨论”，故属于无效制度。由此引申出一个问题，在制定时缺少民主程序，存在一定瑕疵的规章制度，该如何认定其效力？

对此，实务中有两种不同的观点。

第一种观点认为，尽管规章制度未经职工代表大会或者全体职工讨论”，但是已告知劳动者，故仍符合法定程序。

如广东省高院和广东省劳动仲裁委员会，比如在《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第二十条就规定“《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。”

第二种观点认为，用人单位的规章制度没有经过民主制定程序，将不予以适用。

如《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》（一）第十九条明确规定，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，不违反国家法律法规及政策规定，并已经向劳动者公示的，可以劳动争议案件的依据。也就是说，如果用人单位的规章制度没有经过民主制定程序，将不予以适用。

何为《劳动法》第二十五条、《劳动合同法》第三十九条中的“依法制定”？原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第四条规定，“依法”应当作广义理解，指所有的法律、法规和规章，包括宪法、法律、行政法规、地方法规，民族自治地方，还要依据该地方的自治条例和单行条例，以及关于劳动方面的行政规章。

## 二、违反规章制度的行为必须达到严重的程序

何为“严重违反规章制度”？达到什么程度才能认定为“严重违反”？法律没有作出进一步的规定，对此，用人单位拥有很大的自主经营权，同时也存在一定的法律风险。

举例说明，对于连续旷工三天，如果用人单位的规章制度并没有规定“连续旷工属于严重违反规章制度的行为”，在此情况下，用人单位辞退员工，仍存在被认定为违法辞退的风险。还比如员工辱骂公司管理层领导，如果用人单位没有将此行为界定为严重违反规章制度的行为，用人单位以此为由辞退员工，仍存在其辞退行为被认定为违法辞退的风险。

当然，这里还有一个严重违反规章制度的合理性问题，我下面还会讲到。

## 三、解除劳动合同通知的程序应当合法，如成立了工会的用人单位，还应当告知工会

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十七条规定：“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，……”



换言之，即便双方均确认规章制度均没有问题，也确认劳动者的行为属于严重违反规章制度的行为，在工会组织的情况下，没有告知工会，此行为仍属于违法辞退。

解决规章制度的合法性之后，是否只要用人单位规定了“属于严重违反规章制度”的行为，就必然属于《劳动合同法》第三十九条所规定的“严重违反规章制度”的行为而可以解除劳动合同无需支付赔偿金或者经济补偿金呢？

当然不是的，在司法实践中，仲裁员及审判员有权对规章制度规定情形的合法性及合理性进行双重审查。用人单位制定的规章制度，尽管具备合法性原则，包括程序、制定过程均合法，仲裁机构、审判机构仍有权对其合理性进行审查。

在深圳市中级人民法院于 2014 年 03 月 24 日就沃尔玛深国投百货有限公司深圳新安罗田分店、沃尔玛深国投资百货有限公司与郑旭枝劳动合同纠纷上诉案，作出的（2013）深中法劳终字第 5434 号《民事判决书》中，用人单位的《员工购物规定》规定“员工在购物时若出现上述规定购买商品范围或违反上述购买行为规范的即视为不诚实行为，将受到相应的纪律处分，最高可导致解聘。”后用人单位以员工上班期间购买药物，构成不诚实行为为由，辞退员工，员工提起诉讼，一审法院认为“解除劳动关系是用人单位对员工最严厉的处罚措施之一，郑旭枝违规购买商品属实，但其并不存在经教育后仍不改正的情形，其行为根据上述规章制度也不足以达到解雇的严重程度”，故认定构成违法辞退。

深圳中院认为，“《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的用人单位单方解除劳动合同情形属于法定事由，对于严重违反规章制度的认定，不仅是违反用人单位规章制度严重程度的事实问题，也是是否属于严重违反规章制度的法律解释和适用问题。上诉人的规章制度中，对于劳动者违反规章制度的后果存在不一致的规定，同样的违反规章制度行为既存在根据程度予以分别处理或处分直至严重者可解除劳动合同的规定，也存在直接视为严重违反规章制度可解除劳动合同的规定。用人单位规章制度自行作出的严重违反规章制度的规定，效力并不等同于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条关于严重违反用人单位规章制度的规定。”基于此分析，深圳中院认为公司方的辞退行为，并非正当行使用人单位权利的行为，近而认定构成违法辞退。

在上述判例中，法官的观点非常清晰，即用人单位规章制度自行作出的严重违反规章制度的规定，其效力并不等同于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条关于严重违反用人单位规章制度的规定，法院有权根据案件实际情况，判定规章制度是否合理。结合案件事实，法院实质上否定了“不诚实”行为可辞退员工的一刀切做法，而是提出关于严重违反规章制度的认定，应当慎重考虑是否属于严重违反规章制度的法律解释和适用问题。也就是说，即使用人单位将某一类行为界定为“严重违反规章制度的行为”，法院仍将对其合理性进行审查，并做出最终的裁决认定。

因此，为了同时解决以“严重违反规章制度”为由解除劳动合同带来的不确定因素的风险，笔者建议用人单位在注意相关规章制度合法性，即内容合法、过程合法的情况下，还应当更多地关注一个合理性的问题，只有一个规章制度达到了一定的、高度概然的合理性，才有作为一个处理和衡量员工关系、协调员工纠纷的依据，而不是一昧地以用人单位单方面的规定，就直接套用《劳动法》第二十五条、《劳动合同法》第三十九条之规定，予以处理，否则将导致用人单位的利益受损，也不利于劳资纠纷的解决。

关于如何才能达到合理性，则需要根据行业特点、企业自身实际情况、量化要求、证据固定等多个角度去综合认定，这就需要用人单位规范管理、防止用工处理方面的单一和片面，必要时应当固定相关证据材料，以还原纠纷事实，使用人单位关于“严重违反规章制度”的规定更加具体、明确、合法，并与立法原意与宗旨达到高度一致。

## 解雇不胜任工作员工，需要注意什么？

洗武杰 北京竞天公诚（深圳）律师事务所

这一天，Mark 律师正在跟实习律师小园讲解着劳动法律师工作的一些注意事项。前台带着一个男子走进 Mark 的办公室。

原来是某地产公司的人事部经理陈军，只见陈军一脸苦色地说：“Mark，我这里遇到了一个麻烦，你帮我参谋参谋，我应该怎么处理？”

“具体是什么麻烦呢，说来听听。”

“我们公司营销部门有个销售组长，这几个月的工作表现不好，业绩很差，而且，工作态度也不好，我觉得留着他在团队里，简直是一颗老鼠屎会坏掉一锅粥的，会给团队的其他成员带来不良榜样的，所以，我想辞退他。”

“那你打算用什么理由辞退掉他呢？” Mark 问到。

“他业绩不好，我打算说他不胜任工作，然后处理掉他。”

“你说他不胜任工作，有证据吗？要知道，打官司的时候都是打证据的”

“我们营销部门每个月初，对于每个销售人员，都是签订了销售任务书的，比如他，我们是规定了每月 50 万的销售额，但是，这几个月，他每个月完成的销售额都不到 10 万，距离月 50 万的销售任务额相距甚远，我想，这个应该足以证明他不胜任工作了吧？”

“销售任务书有他的签字吗？”

“有的。”

“销售业绩有他的确认吗？”

“这个也是有的，他要确认了销售业绩，财务部才能给他计算提成。”

说完，陈军打开手上的公文包，拿出几张纸来。“诺，这些就是这几个月，他的销售任务书以及销售业绩确认单。”

Mark 接过来一看，销售任务书和销售业绩确认单上的数据写得清清楚楚的，而且，都有销售人员的签字。

“凭这些材料，足以认定他不胜任工作了，但是，现在还不能辞退他。” Mark 说到。

“为什么啊，我们都有证据了，怎么还不能辞退他呢？”陈军有些着急了。

“陈军，你不用急，你听我说，《劳动合同法》规定得很清楚，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，这种情况下，用人单位才可以辞退劳动者。也就是说，法律规定的是，员工不能胜任工作，不能直接解除，公司要先培训或者调岗，即，或者培训，或者调岗，这2件事情，公司至少要做一件，做完了之后，公司还要再次证明员工不胜任工作。这样子，才能辞退员工，这样的辞退也才是合法的，否则，公司的辞退程序就做得不到位，就属于违法解除。”

“辞退一个不胜任工作的员工，要这么麻烦了。”陈军有些泄气了。“好吧，那我还是给他调岗吧，对了，Mark，如果我给他调岗到别的部门去，要征得他的同意吗？”

“这个问题嘛，实务中认为，当员工不胜任工作的情况下，公司给员工调岗，是公司的用工自主权，所以，可以不要征得员工的同意。”

“那我就把他调岗到我们公司打扫清洁。”陈军恶狠狠地说。

“这样操作是不行的。虽然公司有用工自主权，但这并不意味着公司就可以随意调岗，我们还是要注意调岗的合理性，否则会被认为恶意调岗而不被司法所认可。比如说，他是做销售的，他的工作技能中没有审计的专业知识，我们把他调岗做审计，这种会被认定为是调岗不合理的。又比如说：一个总经理，不胜任工作，我们把他调岗为清洁工，这种也会被认定为调岗不合理的。”

“我把他从销售组长，调岗为普通销售员，这样合理了吗？”陈军问到。

“如果是这样调岗的，基本还是可以认定是合理的。”

“我给他调岗之后，还能不能给他调薪呢？Mark。”

听到陈军的这一提问，Mark 转向小园，吩咐说：“小园，你把我们给公司设计的劳动合同打印一份过来。”

过了一小会，小园把打印好的劳动合同拿过来。

Mark 翻开劳动合同，指着某个条款跟陈军说：“我们在帮你们公司拟定劳动合同时，对于这个问题，有这样的约定。陈军，你看。”

陈军小声读了出来：“乙方不胜任工作的，甲方有权调岗乙方到\_\_\_\_\_岗位或下一级别岗位上工作，乙方的月工资标准按\_\_\_\_\_元执行（或按原工资标准下调 20%执行），乙方应服从甲方的调岗安排，如不同意甲方的岗位调整，视为乙方严重违反劳动纪律或公司规章制度，甲方有权解除劳动合同并不支付任何经济补偿。”

Mark 说：“有了这个条款，当员工不胜任工作后，公司想调岗再调薪，也能获得支持了，因为，这个是双方事先约定好的。”

“我明白了，我先操作看看吧，有问题我再来麻烦你。”陈军总算舒了一口气。

临出门前，陈军又想到一个问题：“对了，Mark，如果调岗后他还不能胜任工作，这个属于他的过错吧，那公司辞退他，是不是可以一分钱不要赔偿呢？”

“有很多管理者以为，员工因不胜任工作被辞退的，公司不用给经济补偿金。但这种认识实际上是错误的。按照劳动合同法的规定，公司适用不胜任工作条款去解雇员工时，公司是要按照员工在本公司的工作年限支付经济补偿的。”

陈军终于离去了。

小园在一旁听着 Mark 跟陈军的交谈，感觉也学习到很多东西。但是，她还有一个疑问没有获得答案，于是她开口问道：“师傅，我也有一个问题，想请教你。”

“你有什么问题不明白呢，小园？”

“像这个员工，他是做销售的，所以，他的工作任务和工作成果，都可以用数值来量化，完不成数值的，就认定为不胜任工作。如果有一些岗位，他的工作是没办法用数值来量化的，那我们怎么样证明他不能胜任工作呢？”

“嗯，小园动脑筋了，这个是一个非常好的问题。” Mark 鼓励道。“关于这个问题，我的思路是，我们每个月准备两份报表让员工填写，月初一份工作计划报表，月尾一份工作总结报表，两份报表对照起来，员工自己写的工作计划，自己又没有完成，那就可以推理出员工不胜任工作，这种判断逻辑，裁判者一般也都容易接受。”

“哇，师傅，你真的好厉害啊，懂得这么多东西，我要向你好好学习。” 小园由衷地赞赏说。

#### **法律依据：**

#### **《中华人民共和国劳动合同法》**

**第四十条** 有下列情形之一的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同：

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

**第四十六条** 有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

（三）用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的；

#### **小结：**

1、不胜任工作的辞退流程有三步：证明员工不胜任工作、经过培训或者调岗、再次证明不胜任工作。

2、不胜任工作的调岗无需征得员工的同意，但需要注意调岗要合理。

3、不胜任工作调岗的，建议公司事先在劳动合同中约定可以调薪以及调薪的具体数额，这样子操作调薪可以获得支持。

4、辞退不胜任工作的员工，是需要支付经济补偿的。

5、如何证明员工不胜任工作？如果工作岗位可以用数值量化的，则可以用数值来证明；如果工作岗位不能用数值量化的，可以采用员工签字的两份报表来进行证明。

## 律师参与员工离职谈判的道与术

何志杰 北京德恒（深圳）律师事务所

突如其来的疫情，让很多企业来了个措手不及，业务一下子陷入了困境。由此，无论是大企业，还是中小企业，或多或少都迎来了一波“辞退潮”、“裁员潮”，企业都希望通过裁员来缩减经营成本，以确保企业能够在这波疫情中活下来。

李商隐的一句“相见时难别亦难”道尽了情人间对离别的不舍。但职场当中的离别，却是与温情脉脉毫无瓜葛，更多的对于各自利益你争我夺。根据大数据调查，80%的劳动争议是在离职时爆发的，这个现象是很好理解的。无论是任何场景下的分手，十有八九都是伤人的，真正能够做到体面的分手是难之又难的。相比较而言，员工主动要求分手，除职务、岗位特殊，或是员工别有所图外，对企业而言都是相对简单的。但企业要主动分手，在现有法律框架下，则是掣肘多多。

在这样的背景下，律师参与到企业的员工离职谈判项目中可以说是大有可为。近年来，我们以专项的方式参与了大量的员工离职谈判项目。在项目中，我们以一个律师的身份面对着各色员工、各种让你意向不到的诉求/主张，也同时面对着各色企业，与员工的谈判过程虽不能说惊心动魄，但也确实是异常艰辛、斗智斗勇。

今天，我们将通过我们的项目经验，跟大家探讨一下律师参与员工离职谈判的“道”，同时也跟大家介绍一些我们认为非常重要的“术”。

### 一、员工离职谈判的“道”

#### （一）离职谈判不是零和博弈

任何谈判都离不开以下三种结果，一是双方相互妥协，达成一个都不太满意的结果；二是零和博弈，一方妥协另一方获得最大限度的利益；三是找到替代方案，形成双赢的结果。



最理想的状态当然是企业与员工能够找到替代方案，形成双赢结果。但在实践中，谈判的双方往往都希望达成“零和博弈，一方妥协，另一方获得最大限度的利益”，而且妥协的一方又不是自己。但理想很丰满，现实很骨感，因为在很多情况下并不一定能够找到替代方案更为重要的是，在离职谈判中企业和员工都希望自己能够赢，而要求对方做出让步。

但是，无论是企业还是员工，都要切记离职谈判永远不是零和博弈。任何谈判，都是一个相互妥协的过程。不过，即使一方抱着零和博弈的想法参与离职谈判，也很有可能只是一种谈判策略，律师千万不要望而却步。我们始终认为，双赢才是真正符合劳动关系核心价值的。仲裁诉讼的困扰从来都是双向的，企业与员工没有必要互相伤害，互相折磨。

## （二）N+1 的经济补偿认知

在我们的日常顾问服务中，经常有 HR 提到，老板向辞退一名员工，但要求在任何情况下都不能向员工支付经济补偿金。老板这样的要求，经常让 HR 无所适从，更是无能为力。

根据《劳动合同法》的规定，除非员工严重违纪辞退或试用期内不符合录用条件而辞退企业无需向员工支付经济补偿金外，其他解除劳动合同的情形下，公司均需要向员工支付经济补偿金。

而在当下的用工环境下，在员工的认知中，只要是企业提出解除劳动合同，企业至少应当向员工支付 N+1 的经济补偿金，甚至是要求支付 2N 的赔偿金。如果公司要求律师在与员工协商离职时不愿意支付或只愿意支付较少的经济补偿，甚至恶意地逼迫员工自己离职，而又不能发生仲裁诉讼，基本上也只能是一个遥不可及的梦想而已。

因此，律师在前期介入员工离职谈判项目时，就应当向企业灌输这一观念，只有企业对 N+1 的经济补偿环境/认知的认同，才能顺利推进整个项目的进展。

## （三）随时保持中立

作为企业委托的律师，员工天然地会对律师存在难以消除的戒心。在离职谈判中，员工经常问到的一句话是“你们是公司请的律师，肯定是代表公司的利益吧？”，或者一听说是律师，甚至会直接退场，拒绝与律师进行协商。员工认为律师是专业人士，担心被律师套话，或者认为律师说的话都是代表公司利益甚至认为是假的。员工的这种顾虑或者是反应，完全是可以理解的。

在这种情况下，律师必须第一时间消除员工的顾虑，应当真诚地向员工进行解释，并说明公司的协商目标，要始终保持有理有据、专业中立的形象，而不能让员工误认为律师是公司请来的“说客”、“骗子”。否则，协商将无从开启。

## 二、员工离职谈判的“术”

员工离职谈判的“术”即具体的技巧、方法非常多，如何利用合适的技巧开展、推进协商工作是重中之重。今天我们主要介绍以下几个技巧：

### （一）如何确立协商目标

任何协商、谈判，在正式开始之前都应确立具体的目标。协商的目标，必须是可实现的，不宜定过高的、不切实际的协商目标。同时，在协商过程中，不能推翻之前的协商条件。

在我们参与的一个项目中，员工的工龄为15年，平均月薪为3.5万。前期HR已经与员工进行了协商，协商过程中，HR将补偿标准提高到50万，员工的诉求从75万下调到60万。我们介入后对项目进行了全面分析，我们建议将协商目标确定为54万。企业提出能否低于50万。当时我们就认为，HR之前已经给出了50万的条件，即使员工当时不接受，但是员工的心理预期肯定是高于50万的。所以如果我们介入后确定的目标少于50万的，协商成功的概率就会很低。

那么，确定目标需要考虑哪些因素呢？主要有以下三个：

1、法律规定。律师在介入协商时，尊重法律是一个最为基本的条件。所以，在核算员工的经济补偿金时，应当按照法律的规定进行核算，这是最体现协商诚意的一个环节。

2、公司传统。公司的传统，很大程度会影响员工的心理预期。比如有些公司以前的协商离职中都会在N+1的基础上额外支付2个月的补偿。这是如果现在需要与一名员工协商离职，但公司却不愿意支付额外的2个月补偿了，这样员工心里就会有落差而增加协商的难度。

但是，公司传统并非是一成不变的。在上述案例中，如果公司不愿意支付额外的2个月补偿，就需要跟员工做好思想工作，解释为什么不再支付额外的补偿。比如以前支付2个月的额外补偿的原因是因为企业的业务非常好，现在企业的经营已经发生严重困难等等。

3、员工自身的特殊性。公平是协商谈判的最基本要求，在设计协商目标时，千万不能让后走的员工获得更多，或者是不能让坚持不协商的员工获得更多，更不能让威胁公司的员工获得更多。但在坚持公平原则的基础上，也需要考虑员工的特殊性，比如因工负伤的员工、工龄超过10年的员工或是家里唯一经济来源的员工等等，在设计协商目标时都可以给予特殊考虑。

## （二）如何分析员工的诉求

员工往往会基于对法律规定的误解，或者是为了争取更多的利益而提出较高的诉求，律师对此应当有心理准备。律师需要做的是全面的对员工的诉求进行分析。根据我们的经验，员工的诉求包括以下几种：（1）索要经济补偿金/2N赔偿金；（2）要求继续履行；（3）要求补缴社保/住房公积金；（4）要求赔礼道歉；等等。

员工的诉求，有些是基于法律规定与合同约定而提出的，也有些是基于因果关系而提出的，比如一名员工在职时患上抑郁症而要求公司支付高额的经济补偿，这就是基于因果关系所提出的诉求。员工诉求提出的基础不同，妥协性与坚持性都会不一样，基于法律规定而提出的诉求，一般妥协性差，坚持性强。而基于情理提出的诉求，一般妥协性强，坚持性弱。

需要注意的是，员工在提出诉求时也往往会隐含着员工的真实想法，比如员工提出的诉求是要求继续履行劳动合同，但同时又提出如果要求员工离职公司就

必须支付 2N 的赔偿。这样的诉求，其实也反映了员工内心已经认可协商离职的方向了，要求继续履行劳动合同仅仅是为了争取更多的补偿。

因此，律师在收到员工的诉求后，一定要进行全面分析，分析员工每项诉求的逻辑、理由，分析员工的真实目的，并确定员工的诉求是否具有妥协性。

### （三）如何设计协商方案

设计协商方案时，我们认为最基本的要求包括尊重基本的事实，遵守法律，尊重公司的传统，同时也要考虑员工的核心利益。就如前文提到，协商离职不是零和博弈，在设计协商方案时，一定要考虑员工的核心利益，而不能以公司的利益最大化为目标。否则，这将注定协商的失败。

同时，从管理的角度来看，任何一次协商离职都不是一个独立的事件。一个员工事件的协商，后面往往有一大批同样或者类似的员工在期待，这将为后续确定一个协商的规则与范本。比如涉及的社保的问题，因为大部分企业都没有按照员工的实际工资标准为员工缴纳社保，在协商离职时员工基本上会要求补缴社保或者给予现金补偿。企业如何处理这个问题，将会成为公司后续处理类似事件的一个标准。因此，在设计协商方案时，需要平衡个体与群体、现在利益与未来利益。

设计协商方案时，应当包括补偿方案、施压方案和操作方案。补偿方案是对员工诉求的回应，涉及到具体的补偿标准与补偿方式。施压方案则是在无法协商的情况下，如何对员工进行施压，促使员工回到正常协商的程序中，以限制员工过高的心理预期。比如，某员工出现了严重违纪的情形，公司希望该员工自行辞职，但员工却提出支付经济补偿金的诉求。这种情况下，公司就要收集员工严重违纪方面的证据，确保在员工不愿意辞职且放弃经济补偿的情况下，公司能够以严重违纪的事实对员工进行施压。而操作方案则是推进协商进程的具体实操性方案，目的在于进行取证、形成协商的有利形势，以确保在协商不成的情况下确保企业能够合法单方面解除劳动合同。

## 三、结语

《在云端》是一部 HR 必看的电影，男主角瑞恩是裁员专家，在金融危机的背景下，瑞恩每天都要面对失望、愤怒、激动、迷茫甚至要自杀的“淘汰者”，他的工作就是要完成裁员任务并且安抚被裁员工的心情，以防止出现极端情绪行为。娜塔莉作为公司的新人，发明了互联网远程会议系统，让裁员变得轻松省事，也更节约成本。但在一次裁员工作后，一位被裁的妇女跳楼自杀，这使得娜塔莉重新审视自己的工作，视频裁员的方式被叫停。

对于普通劳动者，因为被裁而失业无论如何都是非常残酷的，所以，作为裁员专家的瑞恩懂得温和行事，以理晓之，以情动之，甚至帮助员工准备好援助计划，沟通从“心”，充分给予员工尊重。瑞恩说“我的工作很残酷，很打击人，但我的方法是有尊严的”。

因此，离职谈判最根本的“道”就是以人为本，所有的“术”仅仅是手段、技巧。律师在参与员工离职谈判时，无论是个别员工的离职谈判，还是群体性的人员裁减，始终都应当坚持以人为本的理念，在法律的框架下，以有温度的沟通来促进协商，并能够平衡企业与员工的利益与诉求，达到双赢的结果。

借用瑞恩的话，“我们让地狱变的可以容忍，帮受伤的灵魂度过恐惧之河，让他们看到渺茫的希望”。如果企业与律师在处理员工协商离职项目时，都能够这么有温度、这么人性，相信裁员、离职将不会那么的残酷，也能够很大程度上减少劳动仲裁/诉讼案件的发生。

**何志杰**，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员，业务范围包括法律顾问、劳动法与破产清算等。2017 年由法律出版社出版《HR 应当知道的劳动法》。

## 仲裁员是如何审理劳动争议案件的？

冼武杰 北京市竞天公诚（深圳）律师事务所、深圳市劳动人事争议仲裁委员会  
兼职仲裁员

仲裁员审理劳动争议案件，其实是通过举证责任的分配来进行审理的。那劳动争议案件的举证责任分配到底是怎么样的？

**法条链接：**

《劳动争议调解仲裁法》

**第六条** 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

**法条解读：**

这一条规定由 2 句话组成，怎么去理解这 2 句话呢？

第一句话是法律上举证责任的基本原则，叫做谁主张谁举证。谁提出的什么主张，谁就有责任提供证据证明自己的主张，能证明的，就采信，不能证明的，就不采信。

第二句话是劳动争议案件特殊的举证责任，叫做举证责任的倒置，原本的法律原则是谁主张谁举证的，但是，劳动案件因为比较特殊，很多证据材料是保存在单位这里，由单位掌握和管理的，比如说，员工主张他是 2018 年 3 月 5 日入职的，这个是员工的主张，如果是谁主张谁举证的原则，应该是员工来举证证明他的入职时间的，举证不了的，就不采信。但是因为入职登记表是单位保管的，这种情况下就实行举证责任倒置，由单位来举证证明员工的入职时间，单位举证不了的，就承担不利的后果，就采信员工的主张。

下面这个看起来有点高段位、复杂的案例可以让你看到：在劳动争议案件里面，仲裁员是如何分配举证责任的，以及举证责任分配对案件结果的重大影响。

**案例：**

员工申请劳动仲裁，主张：单位不安排工作，要求单位支付工资。

单位辩称：多次通知员工上班但员工不上班，所以不发放工资。

单位申请了主管出庭作证，主管的证词同单位的说法。

员工对主管的证词不予确认，说主管跟单位有利害关系，做虚假的证词，所以，证词不采信。

在这段期间，单位仍给员工缴纳社保。

总结：单位确实没有发该期间的工资，但双方对没有发放的原因各自都有不同的主张。而且，双方对自己的主张，也都没有充分有效的证据予以证明。

**问题：劳动仲裁要不要裁决该期间的工资给员工呢？为什么？**

**仲裁员的思考：**

**问题 1：如果单位不要员工工作的，员工还要不要来上班？**

关于这个问题，我个人觉得，劳动既是权利，也是义务，当单位不要员工履行劳动的义务的时候，如果还要求员工出勤，就有点强人所难了，也就是说，司法实践中，仲裁员大多会认可这种情况下，员工不来上班有合理性。

**问题 2：举证责任如何分配？**

这个案件中，双方都举证不能。那到底要支持哪一方呢？

就看这个案子，到底是谁的举证责任？

应该谁举证的，谁举证不能，就承担不利后果，我们就支持另一方。

基础事实 1、公司未支付工资。

基础事实 2、员工没有来出勤。对此，双方各执一词，员工说单位不安排工

作，单位就回应说多次通知员工上班但员工不上班。

下面，进行法律上的分析了，这是很多人最迷糊的地方。

很多人都认为，单位没有支付工资，故单位应该对没有支付工资的原因进行举证，但这样子认识是错误的。

为什么是错误的呢？

我们在法律上判断，单位没有支付工资的原因是什么呢，是员工没有来出勤。员工没有出勤，单位在法律上就可以不支付工资。

现在分歧在这里：对于没有出勤的原因，单位说多次通知员工上班但员工不上班；员工说单位不安排工作。

那么，员工没有出勤的原因，到底是谁的举证责任呢？

可能有人会说员工，有人会说单位。

**换一个例子：**员工缺勤，员工说生病休病假了，单位说员工旷工，各自都不能证明各自的说法，这种情况下，在已经确认缺勤的情况下，谁应该对缺勤的原因举证？很显然，员工主张其生病休病假导致其无法出勤，员工应该对缺勤原因，即其生病休病假的事实举证。

弄清楚这个问题之后，我们回到案例本身。单位只需证明什么，只需证明员工缺勤就可以了，因为，缺勤一般可以理解未提供劳动，这种情况下，员工想要获得工资的，就要证明自己有合法事由缺勤的，比如：请病假了，或者是休年休假了或者是依法参加其他社会活动或者是单位不安排工作导致无法出勤了等等。所以，员工应该对未出勤的原因进行举证。

单位虽然对未出勤的原因也有自己的说法，但我们还是要看到，这个未出勤的原因，是员工的举证责任，现在员工无法举证单位不安排其工作，应承担举证不能的后果，这种情况下，员工缺勤的时候，单位可以拒绝支付工资，所以，案件应该支持单位。



这就是一个看起来非常高级的举证责任分配案例，其实，我们一步一步拆解的话，好像也并不是那么地高级，也挺简单的。

**再举一个例子：**

员工主张 2019 年未休年休假工资的仲裁请求，仲裁员会怎么审理呢？

仲裁员一般是这样子思考的，

1、员工 2019 年的应休年休假天数是多少天？

2、2019 年已经休了多少天年休假？

这 2 个问题查清楚了，员工 2019 年还剩余多少天年休假未休就很清楚了。

3、员工 2019 年剔除加班工资的月平均工资是多少钱？

这个是计算基数问题。

这三个问题查清楚了，未休年休假工资按照公式（月平均工资 $\div$ 21.75 $\times$ 未休年休假天数 $\times$ 200%）就可以裁决了。

1、员工 2019 年的应休年休假天数是多少天？

假如员工主张是 10 天，公司主张是 5 天。

因为应休年休假天数跟累计工作年限有关，累计工作年限 10 年以下是 5 天，10 年至 20 年是 10 天，20 年以上是 15 天。

那累计工作年限是谁的举证责任呢？员工主张每年休 10 天，也就是员工主张其累计工作年限在 10 年以上 20 年以下或者主张按照公司员工手册的规定，他可以休 10 天的年休假。根据谁主张谁举证的原则，应该是员工对他的主张予以举证，员工应举证证明其累计工作年限 10 年以上 20 年以下或举证公司员工手册有这样的规定。能举证的，就采信员工的主张，不能举证的，就驳回员工的主张，采信公司的主张。

## 2、2019 年已经休了多少天年假？

假如员工主张一天没休，公司主张全休完了。

休了多少天年假，涉及到假期申请和考勤管理，是单位掌握管理的材料，举证责任倒置，应该由单位来举证证明员工全休完了，能举证的，举证休了多少天，就采信多少天，不能举证的，就承担不利后果，采信员工的主张。

## 3、休假前 12 个月剔除加班工资的月平均工资是多少钱？

假如员工主张是 A 数，公司主张是 B 数。

因为工资发放是单位掌握管理的材料，举证责任倒置，由单位举证证明员工的剔除加班工资的月平均工资是多少钱，单位能举证的，就采信单位的主张，认定是 B 数。单位举证不了的，就承担不利后果，采信员工的主张，认定是 A 数。

仲裁员就是像这样子通过庭审调查和举证责任的分配来认定事实，进而裁决员工的每一项仲裁请求。这就是仲裁员审理劳动争议案件的内在思考逻辑。

## 二、裁判观点篇

曾凡新律师团队 北京大成（深圳）律师事务所

### 1. 达到法定退休年龄人员发生工伤，可获得一次性就业补助金、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金等工伤保险待遇吗？

#### 【裁判观点】

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》第十六条规定，劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位参照《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

达到法定退休年龄人员受到伤害被认定为工伤的，其可获得的工伤保险待遇为一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、护理费、伙食补助费、停工留薪期工资。【深圳市中级人民法院（2020）粤03民终24146号】

### 2. 合法生育子女的女职工在休产假期间，公司按基本工资照发工资是否合法？

#### 【裁判观点】

女职工休产假期间，公司主张按其基本工资2200元的标准支付其工资，与《广东省人口与计划生育条例》第三十条的规定相悖，工资差额部分，公司应予补足。【深圳市中级人民法院（2020）粤03民终24739号】

### 3. 劳动合同到期后未再续签的，公司需要向员工支付未签订书面劳动合同二倍工资差额吗？

#### 【裁判观点】

公司与员工签订的劳动合同到期后，员工继续在公司处工作，双方未再续签书面劳动合同，公司依法应向员工支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 24739 号】

#### 4. 公司与员工就入职时间发生争议，由哪一方承担举证不能的不利后果？

##### 【裁判观点】

公司依法应对员工的入职时间承担举证责任。公司未能举证证明员工的入职时间，应承担举证不能的不利后果。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25374 号】

#### 5. 公司提出与发生打架事件的员工解除劳动合同，对其行为造成严重后果、严重影响公司形象如何举证？

##### 【裁判观点】

公司主张员工在工作中顶撞上级，与上级发生肢体冲突并发生打架事件，公司以员工严重违反公司规章制度，给公司形象带来严重负面影响为由提出解除劳动合同。

在根据现有证据既无法认定员工系打架事件的主要责任方，又无法认定造成严重后果的情况下，公司主张员工的行为严重影响公司形象并达到了足以解除劳动合同的程度，缺乏证据支持，公司应当承担举证不能的不利后果，应当向员工支付违法解除劳动合同经济赔偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 24866 号】

#### 6. 女职工休假期间的生育津贴，需要由公司按照其原工资标准逐月先行垫付吗？

##### 【裁判观点】

公司主张已为女职工购买生育保险，其产假期间工资应由社保机构支付，但并无证据显示员工已领取生育津贴，公司应当按照职工原工资标准先行垫付女职工产假期间工资。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 4729 号】

## 7. 公司未在 22 日前向员工支付上月工资构成拖欠，员工可以此为由提出解除劳动合同并主张经济补偿吗？

### 【裁判观点】

公司至迟应于每月 22 日前发放上月工资，公司与员工约定每月 25 日发放上月工资，违反了《深圳市员工工资支付条例》第十一条、第十二条规定，即公司未在 22 日前向员工支付上月工资已构成拖欠工资。

依据《劳动合同法》第三十八条、第四十六条规定，员工以公司未及时足额支付工资为由解除劳动合同，公司应向员工支付解除劳动合同的经济补偿。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25204 号】

## 8. 违法解除劳动合同赔偿金，月工资达到上年度职工平均工资三倍以上的是否也受 12 个月的限制？

### 【裁判观点】

根据《劳动合同法》第四十七条、第八十七条规定标准进行计算，员工月工资高于深圳市上年度职工月平均工资三倍，经济补偿的标准应按职工月平均工资三倍的数额支付，同时支付经济补偿的年限最高不超过十二年；以上述经济补偿标准的二倍计算，赔偿金的数额应当为 601056 元（8348 元/月×3 倍×12 个月×2 倍）。一审法院判决公司支付员工违法解除劳动合同赔偿金 1277244 元（25044 元/月×25.5 个月×2=1277244 元），适用法律有误，二审法院予以纠正。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 12083 号】

## 9. 员工拒绝与公司签订书面劳动合同，公司是否还要承担二倍工资差额的法律责任？

### 【裁判观点】

即使是员工拒绝与公司签订书面劳动合同，公司也应在法定期限内书面通知员工终止劳动关系。公司在法定期限内未提出终止劳动关系，而是继续用工，在此情况下，应视为公司放弃了终止劳动关系的权利，应当承担未签订书面劳动合同二倍工资差额的法律責任。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25136 号】

## 10. 二倍工资差额的计算基数，是否包括加班工资在内？

### 【裁判观点】

未签订书面劳动合同二倍工资差额的计算基数，应为包括加班工资在内的当月应得工资。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25908 号】

## 11. 《劳动合同》明确约定每月 22 日发放工资，该约定是否有效？

### 【裁判观点】

公司与员工在《劳动合同》中明确约定每月 22 日发放工资，属于员工本人书面同意延长工资支付日的情形，员工主张该约定无效，缺乏依据。

公司在实际履行合同过程中，有时存在延期发放的情形，但都在延期数日内发放，且在员工提出离职主张前，均已足额发放，员工再以公司拖欠工资为由提出辞职并主张解除劳动合同经济补偿金，不符合法律规定和司法惯例，不予支持。

【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 5634 号】

## 12. 夜间工作员工，公司没有证据证明已采取必要的降温措施使其工作场所温度低于 33℃的，还要向员工发放高温津贴吗？

### 【裁判观点】

员工岗位工作内容为夜间搬运装卸，工作时间为晚上七点至次日凌晨。根据广东省和深圳市关于劳动保护相关规定，高温天气均指气象主管部门发布的最高气温达到 35℃以上的天气，并未区分日间或夜间。用人单位无证据证明已采取必要的降温措施使劳动者的工作场所温度低于 33℃的，应当向劳动者发放高温津贴。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 29926 号】

## 13. 公司未在一个个月内按员工要求依法缴纳社会保险费，员工可以解除劳动合同并主张公司支付经济补偿吗？

### 【裁判观点】

公司作为用人单位，应当依法及时与作为劳动者的员工签订劳动合同。即使补缴社会保险需以签订补缴时间段的劳动合同为前提，双方未能补签劳动合同而导致未能补缴养老保险，此后果亦系因公司未依法及时与员工签订劳动合同而导致。

且公司未举证证明其已向社保局申请为员工补缴养老保险。故，员工在向公司提出补缴养老保险一个月后以公司未为其缴纳养老保险为由提出被迫解除劳动合同，有事实和法律依据，公司应当依法支付解除劳动合同经济补偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 22077 号】

## 14. 员工因猥亵他人被行政拘留十日，公司有权依据劳动合同约定、规章制度规定解除劳动合同吗？

### 【裁判观点】

员工因猥亵他人被行政拘留十日，公司根据双方劳动合同的约定及员工手册的规定解除劳动合同，属于合法解除劳动合同，无需支付解除劳动合同赔偿金。

【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 20990 号】

## 15. 公司提出续订劳动合同时，对维持劳动合同约定条件该如何理解？

### 【裁判观点】

在续订劳动合同时，公司表示愿意维持原待遇条件不变，但维持劳动合同约定条件应当包括劳动期限、工作岗位、工作地点、工资福利待遇等各方面内容，而不仅仅局限于工资福利待遇条件，对此，应当由公司对其维持劳动合同约定条件的主张承担举证责任。

公司没有举证证明续订劳动合同新岗位的各方面条件已经维持或提高了劳动合同的约定条件以及其调岗具有合理性，与员工未能就劳动合同续签、岗位调整等问题达成一致，劳动关系已无法存续，公司应当依据《劳动合同法》第四十六条规定向员工支付经济补偿金。【广东省高级人民法院（2020）粤民再 106 号】

## 16. 员工手册规定旷工超 3 天属于严重违反公司规章制度的行为，公司据此解除与员工之间劳动合同合法吗？

### 【裁判观点】

员工明确知道公司的考勤方式，且其本人亦按规定方式进行签到，但有一些工作日没有进行签到。员工未能提供证据证实其在上述日期有工作任务或有按公司规定上班签到，故法院对员工存在旷工超三天的情况予以采信。

依据公司《员工手册》的规定，员工旷工超三天属于严重违反公司规章制度的行为，公司解除与员工之间的劳动合同，并未违反法律规定。【广东省高级人民法院（2020）粤民申 10429 号】



## 17. 建设工程层层发包，发包人对最终实际施工人员遭受人身损害要承担连带赔偿责任吗？

### 【裁判观点】

钢结构工程本质上仍属建设工程范畴，公司分包给个人的钢结构工程应认定为建设工程，双方签订的《钢结构工程包工承包合同》应认定为建设工程合同。

最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]20号）第十一条第二款规定，雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

《安全生产法》第十七条明确规定，生产经营单位应当具备本法和有关法律、行政法规和国家标准或者行业标准规定的安全生产条件；不具备安全生产条件的，不得从事生产经营活动。

因此，如果发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，即是没有履行法律规定的义务，同时发包人、分包人在选任雇主时没有尽到自己的注意义务，对于损害的发生是有过错的，为遭受人身损害的雇员能实现充分救济，法律要求其承担连带赔偿责任。【广东省高级人民法院（2020）粤民再297号】

## 18. 达到法定退休年龄后，员工可以以公司未依法为其缴纳退休前社会保险费为由主张支付经济补偿吗？

### 【裁判观点】

达到法定退休年龄人员与公司的劳动关系已于2019年2月5日因其到法定退休年龄时终止，其以公司未依法为其缴纳社会保险为由，要求公司支付其1991年7月15日至2019年2月5日经济补偿金缺乏事实和法律依据，二审判决不予支持亦无不当。【广东省高级人民法院（2020）粤民申11190号】

## 19. 油漆岗位员工辞职时，公司是否要其进行离岗职业健康检查？

### 【裁判观点】

油漆含有苯、甲醛等有毒、有害物质，油漆工作属于接触职业病危害项目的作业。

根据《劳动法》第五十四条：“用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查”和卫生部《职业健康监护管理办法》 第九条第一款：“用人单位应当组织接触职业病危害因素的劳动者进行离岗时的职业健康检查”的规定，油漆岗位员工离岗时，公司应当组织其进行离岗时的职业健康检查。【广东省高级人民法院（2020）粤民再 233 号】

## 20. 约定的竞业限制范围，可以扩展到用人单位及其关联公司吗？

### 【裁判观点】

员工与用人单位签署的《员工保密及竞业限制协议》约定的竞业限制范围包括了与用人单位及其关联公司有竞争关系的公司及其关联公司，但所在单位关联公司的具体名称不明，约定的竞业限制范围不清且过于宽泛，过度剥夺了劳动者的择业机会，该约定与保护用人单位商业秘密的目的不成比例，该约定范围有失公平合理。对不合理的竞业限制范围，应调整和纠正，即对不合理的竞业限制范围应认定无效。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 4998 号】

## 21. 员工主张加班费的，需要对加班事实的存在承担举证责任吗？

### 【裁判观点】

劳动者主张加班费的，应就加班事实的存在承担举证责任。员工除单方陈述外，既无证据显示其存在超出正常工作时间的平时加班和休息日加班、法定节假日加班情形，亦无证据显示其在职期间曾就加班费问题向公司提出过主张或异议，也未能提交公司曾支付过加班费的证据以印证存在加班惯例，故应由

员工承担举证不能的不利后果。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 19431 号】

## 22. 员工能否对在职公司进行破产清算的申请？

### 【裁判观点】

员工的债权已经生效法律文书确认，且已经过执行程序，仍无法清偿。公司系有限责任公司，已经不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力，具备破产原因。员工对公司破产清算的申请符合法律规定，应予受理。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 破申 757 号】

## 23. 公司知晓员工一直处于病休期间，能以旷工为由提出解除劳动合同吗？

### 【裁判观点】

员工处于病休期间，公司提交的撤销病假申请显示员工曾通过系统申请过病假。在员工一直陆续去医院就诊并开具了病假证明的情况下，员工主张其一直有向公司提交病假证明申请病假，具有高度盖然性。故，公司在明知员工工伤且一直有医院出具病假证明的情况下，仍以旷工为由解除劳动合同，违反法律规定。员工主张继续履行劳动合同予以支持。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 16147 号】

## 24. 保安不让员工进入公司上班，可以认定是公司单方解除劳动合同吗？

### 【裁判观点】

视频显示员工被保安拦住不让进入公司上班。公司主张员工是以个人原因离职，保安拦住不让进公司上班是因为其已经不是公司员工。但公司并未提交

证据证明员工是以个人原因离职，故可以认定是公司单方解除劳动合同。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 26845 号】

## 25. 公司未事先取得员工同意而将其月工资扣减为 0 元，员工据此可提出被迫解除劳动关系并主张经济补偿吗？

### 【裁判观点】

公司未事先取得员工同意，即以向员工多发销售提成款为由将员工月工资扣减为 0 元，违反了《劳动法》第四十八条的规定，不符合我国最低工资保障制度，员工据此提出被迫解除劳动关系具有事实和法律依据，其主张经济补偿，应予支持。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 4656 号】

## 26. 签了《入职登记表》，可以认定为公司与员工订立了书面劳动合同吗？

### 【裁判观点】

公司一审主张不予支付的原因在于员工不配合签订书面劳动合同，二审则主张《入职登记表》视为书面劳动合同，公司关于不予支付二倍工资差额的理由在一、二审并不一致，且《入职登记表》未具备劳动合同的法定要素，无法认定双方之间签订了书面劳动合同，故公司应向员工支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25137 号】

## 27. 母公司是否要对全资子公司的劳动争议应付款项承担连带清偿责任？

### 【裁判观点】

《中华人民共和国公司法》第六十三条规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

X 公司系 Y 公司的全资子公司，Y 公司未能提供证据证明 X 公司的财产独立于自己的财产，应当承担举证不能的责任，Y 公司应就未支付员工工资及解除劳动合同的经济补偿金承担连带清偿责任。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 21670 号】

## 28. 公司经营不善拖欠工资并非恶意，是否还要支付员工被迫解除劳动合同经济补偿？

### 【裁判观点】

公司主张因经营不善导致未及时发放工资，并非恶意拖欠工资，故无须支付解除劳动合同的经济补偿金。

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定，用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：……（二）未及时足额支付劳动报酬的；……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：（一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；……

公司未及时足额向何某支付劳动报酬，侵犯了员工的合法权益，员工向公司送达《被迫解除劳动合同关系通知书》，双方解除劳动合同关系，则公司应当向员工支付经济补偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 21670 号】

## 29. 将工程发包给不具备用工主体资格的个人，对该个人拖欠的员工工资是否要承担连带清偿责任？

### 【裁判观点】

劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。

《深圳市员工工资支付条例》第五十三条规定，在建筑活动中，建设单位、施工总承包企业等单位违法将工程发包、分包或者转包给未经工商登记不具备用工主体资格或者不具备相应资质条件的组织或者个人，该组织或者个人拖欠员工工资的，发包单位应当向员工垫付拖欠的工资。

公司在将案涉工程发包给不具备用工主体资格且不具备相应资质条件的个人的情况下，其作为发包方承担垫付拖欠工资的责任，即应当与承包的个人承担连带清偿责任。公司在清偿相关工资之后，与承包的个人之间的权利义务关系，另循法律途径解决。【深圳市中级人民法院（2021）粤03民终1553-1582号】

### 30. 公司法定代表人收到员工修改的劳动合同后称要转给法律顾问，公司是否还要承担未订立书面劳动合同的二倍工资差额？

#### 【裁判观点】

员工按照公司要求修改并发送劳动合同给法定代表人之后，双方并未签订劳动合同，公司无法证明未签订劳动合同应归责于员工，应当按照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定，向员工支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。【深圳市中级人民法院（2021）粤03民终66号】

### 31. 员工快递《被迫解除劳动合同通知书》由公司前台签收，公司主张未收到是否成立？

#### 【裁判观点】

EMS 快递单显示，寄件人为员工，收件人为公司，文件名为“被迫解除劳动合同通知书”，物流信息显示该快递已经由前台代为签收。故，公司主张未收到《被迫解除劳动合同通知书》的理由不能成立。

因公司确实存在拖欠员工工资的情形，员工已经将被迫解除劳动合同的意思表示通知给公司，对员工诉求解除劳动合同经济补偿金，予以支持。【深圳市中级人民法院（2021）粤03民终13362号】

### 32. 《劳动合同》约定、《考勤管理制度》规定每日工作 8 小时、每周工作 5.5 天,用人单位是否还要支付休息日、法定节假日加班工资?

#### 【裁判观点】

《劳动合同》约定员工的工作时间为标准工时制即每日工作 8 小时,每周工作 5.5 天,每周至少休息一天,且《考勤管理制度》亦规定“正常工作时间为每周 5.5 日制,每周工作时间合计为四十四小时,即每周固定加班 0.5 天”,在无充分有效证据予以反证的情况下,足以认定员工存在休息日和法定节假日加班的情形。

在用人单位提供证据不足以认定已经发放的工资中包括固定加班 0.5 天的休息日加班工资以及法定节假日加班工资的情况下,用人单位应当承担相应的举证不能的不利后果。用人单位提交的证据不足以证明其关于已经安排补休的主张,且安排补休亦不能免除履行支付法定节假日加班的加班费的法定义务。故,用人单位应当依法支付劳动者休息日加班工资、法定节假日加班工资。【深圳市中级人民法院(2020)粤 03 民终 25590 号】

### 33. 员工每月工资被扣 2 元进入公司互助金账户,可否要求返还并主张被迫解除劳动合同经济补偿?

#### 【裁判观点】

公司主张自员工入职之日起,每月工资均有扣除 2 元纳入公司互助金账户,员工一直未提出异议,且该互助金制度在员工手册、公司宣传栏中均有体现,故公司无需返还。

法院认为,扣减劳动者工资作为互助金客观上减少了劳动者的劳动报酬,应当具有约定或者法定事由,扣减劳动者工资作为互助金并非工会的法定权力,用人单位应获得劳动者本人明确同意,不应以默示推断劳动者同意,公司未提交证据证明该扣取获得员工同意;且公司设立互助基金,没有根据基金管理办法向有关部门审批备案,也未单独列账,而是将互助金扣入到公司账户管理,故,公司扣减员工工资作为互助金没有约定及法定扣减事由,应予以返还。



员工在劳动仲裁时当庭以公司未依法足额支付劳动报酬通知公司被迫解除劳动合同关系,双方之间的劳动关系应视为此时解除,员工主张经济补偿金于法有据,应予支持。【深圳市中级人民法院(2021)粤03民终894号】

### 34. 已公证的钉钉记录显示很多日期工作时长为 7.5 小时, 员工主张平时及周末加班工资法院支持吗?

#### 【裁判观点】

最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第四十二条的规定,劳动者就存在加班事实承担举证责任。而根据《深圳市员工工资支付条例》第十五条规定,用人单位支付工资应当制作工资支付表,记载劳动者具体的工作时间等,且工资支付表至少应当保存两年。

根据双方当事人所提及的工资发放表、考勤记录、加班时长统计表均可以证明劳动者存在加班事实及用人单位对劳动者实行考勤制度。因此,用人单位应就劳动者近两年来的工作时间承担举证责任。公司所提交的钉钉考勤记录(有公证书)、指纹考勤记录、月报表、工资单均没有员工的签名确认,内容也存在自相矛盾之处,且公司未能就此作出合理说明。

依据公司提交的工资发放表、考勤记录等证据,足以认定员工存在平时加班及周六加班的情形,公司未能提交充分有效的证据证明员工加班时长及其已经足额支付加班费,故对员工加班工资诉求予以支持。【深圳市中级人民法院(2021)粤03民终1486-1492号】

### 35. 第一份劳动合同期限届满后一年多都未续订劳动合同, 公司是否要支付二倍工资差额?

#### 【裁判观点】

用人单位自用工之日起一个月内应与劳动者订立书面劳动合同,自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同,视为双方已订立无固定期限劳动合同。



此内容含义是指满一年之后的期间内，双方形成了无固定期限劳动合同关系，无需支付未签劳动合同二倍工资差额，但在用工满一个月至一年内，只要未超过仲裁时效，用人单位仍需依法向劳动者支付未签劳动合同二倍工资差额。

在公司与员工第一份劳动合同期限届满后一个月至一年内，只要员工申请劳动仲裁未超过仲裁时效，公司仍需依法向员工支付未签劳动合同二倍工资差额。

【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 27172 号】

### 36. 公司办公场所退租而允许员工在家办公，后以员工未返岗构成旷工为由解除劳动合同是否合法？

#### 【裁判观点】

公司因办公场所退租而允许员工在家办公，且员工的主要工作内容系通过网络进行线上办公，在没有充分证据显示员工在吉林家中办公期间需要在深圳进行线下工作的情况下，在何处办公并未对工作造成实质不利影响。

公司在发出解除劳动合同通知前亦未通知要求员工必须返岗，即以旷工为由解除劳动合同，不具有合理及合法性，属于违法解除劳动合同，应当向员工支付违法解除劳动合同赔偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 30601 号】

### 37. 总经理兼执行董事提交《劳动合同》约定工资为 5.5 万但公司主张月薪 1 万元，法院该如何裁判？

#### 【裁判观点】

员工曾担任 X 公司的法定代表人、总经理、股东、执行董事并全面负责公司业务，王某提交的约定月工资数额为 5.5 万元的《劳动合同》即形成于上述期间。

《中华人民共和国公司法》第三十七条规定，“股东会行使下列职权：（一）决定公司的经营方针和投资计划；（二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（三）审议批准董事会的报告；（四）审议批准监事会或者监事的报告；（五）审议批准公司的年度财务预算方案、决

算方案；（六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（七）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（八）对发行公司债券作出决议；（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（十）修改公司章程；（十一）公司章程规定的其他职权。对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。”

从上述法律规定可以看出，董事、监事的报酬事项决定权是股东会，员工虽然提交了《劳动合同》，但仍应当就该《劳动合同》的产生过程承担说明及证明义务，综合审查员工提交的证据及 X 公司提交的反驳证据，可以看出员工未完成其举证责任，不能得出其主张的工资数额系与 X 公司平等协商达成的一致结果。

相反，公司提交的微信聊天记录和实际支付款项能够相互印证，支持公司主张的月工资数额为 1 万元。故，对员工工资数额的认定，采信公司的主张。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 28336 号】

### 38. 约定提成工资（绩效工资）已包含加班费、不再另行计算加班费，是否有效？

#### 【裁判观点】

公司与员工签订的《劳动合同》约定“确认并同意提成工资（绩效工资）中已包含加班费，双方不再另行计算加班费”，系双方真实意思表示，且经核算员工的时薪并未低于深圳最低工资标准，故双方关于加班费的约定有效。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 29347 号】

### 39. 生产制造部门关停，公司是否可以对该部门员工无过失解除劳动合同或经济性裁员？

#### 【裁判观点】

公司坪山工厂生产制造部门关停，导致公司与该部门员工签订劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化，双方劳动合同已无法继续履行，公司符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十条、第四十一条所规定的无过失性解除劳动合同或者经济性裁员的条件。

在上述情况出现后，双方就变更劳动合同内容进行了协商，公司在《坪山工厂全面停产相关事宜公告》中明确告知协商人员范围、协商时间、协商地点及协商内容等事项，员工未在规定时间内向公司提出异地安置或就地转岗要求，在前述公告所确定的协商时间过后，双方仍通过律师函、微信或在政府部门协调下进行多次的协商，虽涉及变更劳动合同的具体内容，但双方此时亦未就变更劳动合同内容达成一致。

在双方就变更劳动合同内容达成一致情况下，公司依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十条、第四十六条、第四十七条的规定解除与员工的劳动合同，符合法律规定，且足额支付解除劳动合同的经济补偿金和一个月工资金额的代通知金后，员工主张公司解除劳动合同程序违法并应支付违法解除劳动合同的赔偿金差额，不能成立，不予支持。【深圳市中级人民法院（2021）粤03民终3304-3313、3315-3316号】

#### 40. 外勤工作人员存在晚到、早离开外出工作地点的情形，公司提出解除劳动合同是否合法？

##### 【裁判观点】

公司没有提供证据要求外出工作的员工需于 9:00 前到达外出工作地点、17:30 后才可离开外出工作地点，故公司以此为由主张员工存在迟到早退情形，与其日常管理不符，理据不足。

员工考勤表的表格栏目具迟到次数、旷工天数等标识，但对该员工并未作迟到早退的标注，可见公司在制作该考勤表时并未认为员工存在迟到早退的情形。

公司以该员工 2018 年 11 月、12 月存在多次迟到早退情形，进而做出解除劳动合同的决定，应当向员工支付违法解除劳动合同赔偿金。【深圳市中级人民法院（2019）粤 03 民终 23623 号】

#### 41. 多次告知员工应当进行职业健康检查但员工仍然拒绝，公司是否一直无权提出解除劳动合同？

##### 【裁判观点】

公司已在相关公告中明确告知离职体检的时间，也在后续多次通过口头、电话、微信、快递等形式要求员工进行职业健康检查，在公司明确告知员工参加职业健康检查并不代表员工同意解除劳动合同的情形下，员工仍拒绝进行职业健康检查，公司已尽通知义务，未能进行职业健康检查的责任应由员工本人承担，员工关于未进行职业健康检查前公司无权解除劳动合同的主张，依法不能成立，不予支持。【深圳市中级人民法院（2021）粤 03 民终 3304-3313、3315-3316 号】

#### 42. 员工主张公司支付垫付油费和出差费，是否属于劳动争议受案范围？

##### 【裁判观点】

员工因工作原因产生已垫付的油费和出差费，公司应当支付给员工。对于垫付油费、出差费产生的争议，属于劳动争议案件的审理范围，经查证属实的，人民法院应当予以审理并依法做出裁判。【深圳市中级人民法院（2021）粤 03 民终 14 号】

#### 43. 《职位申请表》和《劳动合同》证明员工为责任制包薪、不存在加班费，公司是否还要补付加班费？

##### 【裁判观点】

《职位申请表》仅确定了薪资福利待遇的金额，并未对工作时间作出约定，且薪资福利待遇的组成中并未明确包含加班工资。

《劳动合同》中关于工作时间和薪资支付方式的内容，系公司打印生成的格式文本，未作为留空待填部分，无法证实该内容系经与员工协商而确定。

员工的工作岗位为保安，并不属于“合理安排工作时间，按照甲方的要求完成工作任务”的情形。

根据公司的主张，员工每天工作 12 小时（未扣除两餐饭的吃饭时间），每月双休日工作 6 天，责任包薪制 2800 元/月（不再另行计算加班费），计算出员工的单位时间工资已低于深圳市最低工资标准。

综上，公司应当向员工支付延长工作时间加班工资、休息日加班工资。【深圳市中级人民法院（2021）粤 03 民终 4463 号】

#### 44. 员工参与其妻子企业的成立和经营、违反利益冲突政策，公司解雇是否合法？

##### 【裁判观点】

X 公司员工的妻子在其仍在职的情况下成立了 Y 公司，通过一系列事实足以推断该员工在履行劳动合同期间，擅自参与了 Y 公司的成立和经营，损害了所在公司的利益，已严重违反了 X 公司的规章制度。

公司对员工作出解除劳动合同的决定符合法律规定，无需支付经济补偿或赔偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 16743 号】

#### 45. 挂靠个人工伤八级，能否主张被挂靠单位支付一次性伤残补助金、一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金？

##### 【裁判观点】

公司虽与个人之间不存在劳动关系，但《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第五项规定，社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

公司作为个人的挂靠公司，为个人缴纳社保至 2019 年 12 月，《深圳市工伤认定书》也认定其作为工伤保险责任单位，因此，公司应当承担工伤保险责任。

【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 26554 号】

#### 46. 公司违法解除无固定期限劳动合同，员工是否有权主张继续履行劳动合同？

##### 【裁判观点】

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”即在用人单位违法解除或终止劳动合同的情况下，劳动者可以要求继续履行劳动合同，也可以主张违法解除劳动合同的赔偿金，选择权在于劳动者。

员工与公司签订了无固定期限劳动合同，在公司违法解除劳动合同后，员工坚持主张继续履行劳动合同。公司虽不同意继续履行劳动合同，但并未提交证据证明与陈某的劳动合同存在客观不能实际履行的情况，二审仅因公司主观上不愿意继续履行劳动合同即认定双方劳动合同不具备客观实际履行的条件不当，公司应当继续履行与陈某的无固定期限劳动合同。【广东省高级人民法院（2021）粤民再 53 号】

#### 47. 新一年度未签署《销售激励薪酬计划》，工资标准是按上年度《销售激励薪酬计划》还是《劳动合同》执行？

##### 【裁判观点】

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

《销售激励薪酬计划》系一年一签，每份《销售激励薪酬计划》都有明确的有效期，内容亦不相同。

公司主张按照《销售激励薪酬计划》向员工支付工资，但未能提交 2019 年度《销售激励薪酬计划》对工资标准予以证明，亦未能提交其他有效证据证明双方当事人已协商一致延续了 2018 年度《销售激励薪酬计划》的薪资发放标准，依法应当承担举证不能的不利后果。工资标准应按照双方当事人签订的《劳动合同》执行，公司应向员工支付工资差额。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 20522 号】

#### 48. 车辆实际购买人借用公司的名义购车从事运营，双方是否形成劳动关系？

##### 【裁判观点】

认定双方是否存在劳动关系，应当判断双方关系是否符合劳动关系的实质特征。本案中，虽然个人要接受公司的用车调度，但是基于双方签订的《按揭购车协议》的约定，双方均对购买车辆及运营事项负有一定的义务，具有对等性，不具备劳动关系中劳动者的从属性特点。同时，公司与个人结算费用也是结算运费，并非按月向个人支付工资。

依据双方签订的《深圳市道路集装箱货物运输车辆合作经营合同》的内容可以看出，双方是以平等的民事主体身份就车辆运输业务的合作经营进行约定，支付工资、缴纳社保费用、承担运营成本、享受经营收益的均为个人，与劳动关系中，用人单位应当向劳动者支付工资、购买社保，用人单位享有运营收益、承担运营成本、承担违法运营的后果完全不同。

结合《汽车买卖合同》、《车辆转让协议》来看，个人为车辆实际购买人，借用公司的名义购车从事运营，双方实际为挂靠关系，并非劳动关系。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 26554 号】



## 49. 两家公司交叉、混同用工，对员工离职经济补偿是否要承担连带支付责任？

### 【裁判观点】

X 公司主张员工从其处离职后已与 Y 公司建立新的劳动关系，但未能举证证明其与员工就劳动关系的存续、解除曾进行处理，X 公司对于其仍逐月持续向员工发放报销款的情况亦未能作出合理解释。结合 X 公司与 Y 公司在人员、办公地址、业务范围等存在交叉情况，且交替为员工发放工资、缴纳社保，可以认定 X 公司与 Y 公司对员工构成混同用工，X 公司依法应承担对员工的连带支付责任。

X 公司作为 Y 公司的唯一股东，未能提交证据证明财产相互独立，亦应依法对 Y 公司的涉案支付义务承担连带清偿责任。【深圳市中级人民法院（2021）粤 03 民终 7956-7969 号】

## 50. 双方确认 26 天包月工资，员工还能主张休息日加班费吗？

### 【裁判观点】

双方一致确认，员工每月工作 26 天，休息 4 天，8000 元为包月工资。经核算员工在职期间的时薪均不低于深圳市同期最低工资标准，故可以认定员工的工资中已包含加班工资。

公司还陈述如每周不能休息一天，则按每天 100 元补助，故公司还是存在超过每月 26 天的加班情形。由于公司未提交考勤表，应承担举证不能的法律不利后果，法院采信员工提出 2017 年 9 月至 2018 年 12 月期间每月上班 29 天的主张。故，公司还应当支付 2017 年 9 月至 2018 年 12 月期间每月 3 天的差额加班工资 25390 元 $[8000 \div (174 + 4.25 \times 8 \times 200\%) \times 3 \times 8 \times 200\% \times 16]$ 。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 13569 号】



## 51. 诉求员工偿还公司补缴其社会保险费个人应缴部分的本金及利息，法院是否支持？

### 【裁判观点】

收到深圳市社会保险基金管理局出具的《深圳市社会保险费限期缴纳（补足）指令书》后，公司为员工补交社会保险费本金及滞纳金合计 45549.57 元，其中代员工缴纳其社保个人应缴部分金额共计 12996.84 元，员工依法应当偿还。

公司诉请员工支付利息（以 12996.84 元为基数，自 2020 年 4 月 16 日起按全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算至员工实际付清之日止），无法律依据，不予支持。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 26678 号】

## 52. 员工不服从工作调动、以违法调岗为由提出被迫辞职及经济补偿，能否获得支持？

### 【裁判观点】

用人单位可以根据生产经营需要对劳动者进行调岗，但用人单位对劳动者的调岗应当符合下列条件：1. 用人单位对劳动者的调岗是基于企业的生产经营需要；2. 劳动者调整工作岗位前后的工资水平基本相当；3. 该次调岗不具有侮辱性和惩罚性；4. 不违反法律法规的规定和双方劳动合同的约定。

公司向员工发送《调动通知书》、《关于工作调动补充说明》，载明因工作需求对员工进行工作调动，调动后维持原职务不变。结合员工岗位调整系在深圳市范围内，且无证据证明该调岗具有侮辱性和惩罚性，员工以公司违法调岗为由提出被迫解除劳动合同，缺乏事实依据，不予支持解除劳动合同经济补偿。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 24684 号】

### 53. 公司支付员工产假工资标准低于其生产前 12 个月平均工资, 是否还要补足差额?

#### 【裁判观点】

根据《广东省职工生育保险规定》第十七条之规定, 生育津贴高于职工原工资标准的, 用人单位应当将生育津贴余额支付给职工; 生育津贴低于职工原工资标准的, 差额部分由用人单位补足。职工原工资标准是指职工依法享受产假或者计划生育手术休假前 12 个月的月平均工资。

公司未按照员工生产前 12 个月的平均工资发放员工产假工资, 相应的差额部分应由公司补足。【深圳市中级人民法院 (2021) 粤 03 民终 4676 号】

### 54. 员工作为高管称自己经常出差、很少在办公室, 能否主张高温津贴?

#### 【裁判观点】

员工属于公司高级管理人员, 依据常理, 办公地点应当为室内。员工主张经常出差, 很少在办公室, 应当提供证据予以证明, 否则应承担举证不能的法律后果。员工主张高温津贴, 不予支持。【深圳市中级人民法院 (2020) 粤 03 民终 25150 号】

### 55. 卫生健康局以门诊部员工违规开展执业活动罚款 7 万元, 门诊部能否主张员工赔偿经济损失?

#### 【裁判观点】

员工入职时, 门诊部作为用工单位和经营者, 理应知道或者应当知道员工的助理身份。区卫生健康局以门诊部多名工作人员违规开展执业活动, 合并处罚其人民币 70000 元, 员工仅为上述多名工作人员之一。

员工作为劳动者，是应门诊部要求提供相应劳动技能，而门诊部作为用人单位和经营者，理应清楚未依法依规开展营业活动的后果，否则，应自行承担相应法律责任。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 28465 号】

## 56. 员工在职业病检查、治疗期间，能否主张停工留薪期待遇？

### 【裁判观点】

《工伤保险条例》第三十三条规定，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。

对员工所提职业病诊疗住院期间被计提的浮动工资和被扣减工资部分，公司不应进行扣，公司应当补发相应工资待遇。【贵州省高级人民法院（2020）黔民申 4840 号】

## 57. 公司依据规章制度决定不予发放 2018 年度年终双薪，是否违法？

### 【裁判观点】

员工主张在其入职时公司即明确有年终双薪，每年均有固定发放，已形成既定事实。

根据公司提交的《员工手册》中对于年终奖励的规定，公司有权依据业绩和经营状况自主发放，双方并未对年终双薪作出明确约定，故公司不予发放年终双薪并未违反法律规定，对员工诉求 2018 年度年终双薪不予支持。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 24684 号】

## 58. 员工收到岗位调动通知书后没有到新岗位报到，公司是否需要支付岗位调整之后的工资？

### 【裁判观点】

公司向员工送达了《岗位变动通知书》。该通知上明确写明了工作岗位及直接上级,并附上了直接上级的联系方式,并不存在员工主张的岗位不明确的情形。

公司在调岗前也已经与员工进行过沟通,所调岗位已明确薪资待遇不变,不存在侮辱性、歧视性等情形,该调岗行为并不违反法律规定,员工应当服从公司安排,到新岗位上班。

即使对新岗位的安排有异议,也应当在不影响工作安排的前提下,与公司进行沟通,其直接拒绝到新岗位工作超过三天,应当认定为严重违反劳动纪律,公司解除与员工的劳动关系并不违反法律规定,依法无需支付违法解除劳动关系赔偿金。

员工应当在收到《岗位调动通知书》后到新岗位报到,其主张在原岗位继续工作,并不属于公司所要求的工作内容,公司无需支付岗位调整之后的工资。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 25150 号】

## 59. 一审将未出庭证人的证言作为定案依据, 二审如何裁判?

### 【裁判观点】

在民事诉讼过程中, 人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果。2020 年 5 月 1 日施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条第三款的规定: 无正当理由未出庭的证人以书面等方式提供的证言, 不得作为认定案件事实的根据。

双方当事人均出具了证人的书面证言, 在证人未到庭的情况下, 一审法院采信其中由员工取得的证言作为定案证据, 违反了上述规定。依照《民事诉讼法》第一百七十条第一款第(三)项规定, 裁定撤销原一审民事判决、发回重审。【深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民终 28918 号】

## 60. 员工在工作时间总干与作无关的事，公司在没有“多次”警告情况下能直接以“屡教不改”解雇？

### 【裁判观点】

根据《员工守则》的规定，员工违反公司规定，出现“屡教不改、造成严重损失或有其他恶劣情形的”，公司可即时辞退员工并不进行任何补偿。

本案中，虽然公司主张员工多次违反《员工守则》的行为、X公司多次警告徐某，但是，即使公司提交的证据可以证明员工在工作时间进行了与工作无关的事，公司提交的证据亦不足以证明公司对员工“多次”进行警告或作出其他处罚，也不足以证明员工“屡教不改”或“造成严重损失或有其他恶劣情形”。

因此，公司解除劳动关系的事实依据不足，构成违法解除，依法应当支付员工解除劳动关系的赔偿金。【深圳市中级人民法院（2020）粤03民终20024号】

## 61. “入职需知”载明了员工的工作岗位、试用期、工资标准等信息，能否视为签订了劳动合同，公司可否免付二倍工资差额？

### 【裁判观点】

公司主张与员工签订的“入职登记表”、“入职需知”等材料可视为签订了劳动协议。但公司提交的“入职需知”仅载明员工的工作岗位、试用期、工资标准及11条入职须知，并不具备劳动合同的必备要素，不符合《劳动合同法》第十七条的规定，据此可以认定双方之间未签订书面劳动合同，公司应向员工支付未订立书面劳动合同的二倍工资。【深圳市中级人民法院（2020）粤03民终27963号】

## 62. 公司法定代表人妻子在每月发放工资当日向员工转账一笔款项，是否属于工资的一部分？

### 【裁判观点】

公司法定代表人的妻子每月在发放工资的当日向员工发放一笔款项，公司并无证据证明银行交易记录的该笔款项为报销款，故采信员工的主张，认定公司法定代表人妻子发放的款项属于工资的一部分。【深圳市中级人民法院（2020）粤03民终15575号】

### 63. 员工主张项目提成（绩效奖励工资），可否申请法院调查项目工资薪酬核算办法？

#### 【裁判观点】

员工主张项目提成即绩效奖励工资，但未能举证公司具有其所述新三板业务部门项目工资薪酬核算办法，进而亦未举证该核算办法的具体内容、依该办法其已达到可予分配取得项目提成的条件，故，员工应承担举证不能的不利后果，对其关于调取该核算办法的申请不予准许。【深圳市中级人民法院（2019）粤03民终27776号】

## 专业委员会简介

### 深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

律协各专业委员会是律协理事会根据律师业务的发展情况设置的负责组织会员进行学习和交流，指导律师开展业务活动的机构。其宗旨是发动会员积极学习专业知识，提高律师业务素质和服务水平，拓展律师业务领域，促进律师专业化分工，增强深圳律师的整体实力。

律协业务创新与发展专门委员会负责管理、协调各专业委员会开展工作，律协秘书处业务部负责专业委员会的日常工作。

根据深圳市律师协会第十届理事会第一次会议决定，市律协设立 30 个专业委员会，劳动与社会保障法律专业委员会是其中之一，本委员会致力于提高律师劳动与社会保障法律服务水平，拓展劳动与社会保障业务领域，制定劳动与社会保障律师业务指引，撰写有关劳动与社会保障法律专业论文，积极参与人大、政府的劳动与社会保障法律领域重要法律法规和司法解释的征求意见工作。

### 组成成员

**主任：**曾凡新（大成所）

**副主任：**周旻（德恒所）、王强（德纳所）、张福军（深坪所）

**委员：**陈伟（天册所）、冼武杰（竞天公诚所）、彭湃（卓建所）、张金寿（卓建所）、邹兵（鹏乾所）、李小鹊（卓建所）、吴意诚（联建所）、孟庆杰（盈科所）、凌超（卓建所）、何志杰（德恒所）、吴贵刚（深宝所）、周文斌（鹏浩所）、田晓峰（盈科所）、马振勇（华途所）、袁吉松（前海所）、林乐军（华途所）、谭冬梅（百瑞所）、罗娟（华商<龙岗>所）、周艳军（瀛尊所）、何佳宾（盈科所）、唐塘（俭德所）、杨敏（晟典所）、丁海洋（普罗米修所）、郑锦川（旭晨所）、樊天升（鹏星所）、彭万红（顺创所）。

——本书由深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会整理、编辑（相关著作权归原权利人所有）