



深圳律师



劳动法实务精要

The Essence of Employment and Labor Law Practice

第一辑

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

二〇一八年三月

序 言

劳动是价值的重要源泉，劳动关系是现代社会最基础的社会关系。劳动法是我国社会主义法律体系中一个独立的、完整的法律部门，兼具公法属性和私法属性。在普通民事法律关系中，民事主体双方的地位完全平等，而在劳动关系中，劳动者因与用人单位存在人身属性，使得劳动者在劳动关系中相对处于弱势地位。因此，无论从立法宗旨，还是举证规则方面，均体现了有利于劳动者利益原则，体现了强烈的国家干预。

在习近平新时代中国特色社会主义思想指导下，我国正在全面推进依法治国，建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家。作为一名律师，如何利用专业法律知识，正确处理好劳动争议纠纷，化解社会矛盾，保护作为委托人的用人单位或者劳动者的合法权益，显得尤为重要。

在所有法律法规中，劳动法律法规是目前体系最复杂、内容最丰富的一个法律体系，最高人民法院关于审理劳动案件适用法律的司法解释就多达四个，除此以外，广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会、深圳市中级人民法院的各类意见、裁判指引，及深圳市劳动人事争议仲裁委员会的座谈会纪要等，都发挥着指导裁判、实现裁审统一的重要作用。

同时，在所有律师业务中，劳动争议业务是最受关注的一项业务，其原因在于，不管是党政机关，还是公司企业，甚至是个体工商户，都会涉及到人力资源管理，都会碰到大大小小的劳动争议纠纷。有些大型公司对于几百万标的额的经济纠纷未必高度关注，对于劳动争议案件却十分重视，原因就在于劳动关系案件会牵一发而动全身，并可能导致单位遭受巨大的法律风险及损失。与劳动争议案件的复杂性、重要性相比，深圳律师办理劳动争议案件的水平则显得参差不齐。本人在担任深圳市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员期间，在日常审理案件过程中，发现我市部分律师在办理劳动争议案件方面，其专业水平还有较大提升空间。

除劳动争议仲裁、诉讼业务外，用人单位内部规章制度的拟定、企业裁员等专项劳动法业务、员工股权激励机制的设计与实施、劳动合同条款的设计、离职

与辞退谈判、企业内部劳动用工培训、竞业限制与商业秘密的保护等方面，均存在巨大的法律服务需求，法律服务市场前景广阔，劳动法专业律师的专业优势越来越明显，可以说，深圳的劳动法律师大有可为！

随着社会的发展，以及新鲜事物的不断出现，各种新型重疑难劳动争议案件层出不穷，劳动争议标的额越来越大，所涉法律关系越来越复杂。比如：企业高管的劳动争议纠纷如何处理？不签劳动合同二倍工资的事实如何认定？股权激励中如何保护企业的商业秘密？工伤和侵权责任竞合情况下工伤和护理费如何处理？员工离职年终奖如何发放？劳动合同条款如何设计才能避免败诉风险？用人单位解除三职女职工的劳动争议如何处理？用人单位如何解雇违反利益冲突政策的员工？企业裁员方案如何设计？如何利用群体心理分析处理裁员项目？如此等等。

为帮助全市律师提高办理劳动争议案件的业务水平，提升深圳律师的专业形象，维护当事人合法权益，更好地履行律师职责，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，从投稿的众多劳动争议实务文章中，遴选出最有代表性的二十七篇，经过评审、修正，终于编辑完成此本《劳动法实务精要》。

此次编写工作，得到了各方面的关心和帮助，市律协领导高度重视此项工作，市律协业务创新委给予了大力支持与帮助。市律协劳专委各委员积极参与，提出许多宝贵意见和建议。在此，一并致谢。

但是，囿于我们的能力和水平限制，加之劳动争议司法实践突飞猛进，编写时间仓促，错漏难免，希望各位律师和各界贤达批评指正，不吝赐教！

如您阅读完后，能有所收获，我们将不胜荣幸！

陈伟

深圳市律师协会理事、劳动与社会保障法律专业委员会委员
深圳市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员

目 录

2015-2017 年一审劳动争议案件数量：广东逐年递减、深圳趋于稳定	5
2016 年度深圳劳动关系、劳动仲裁 16 项大数据报告	7
劳动关系是否存在的举证、查明与认定	11
互联网冲击下的劳动关系——劳动关系演变规律的经济学分析	15
“补签”和“倒签”劳动合同的法律后果评析	33
劳动合同约定合同期满后自动延续，是否有效？	36
劳动合同订立中的 20 个坑——如何打造完美的劳动合同	40
从败诉案件看完美劳动合同条款的设计	51
标准工时制的法律风险管理——基于 SWOT 法律风险管理实例	59
深圳区域女职工产假工资相关问题研究	64
用人单位如何利用用工自主权合理调整员工岗位？	70
因客观情况发生重大变化时解除劳动合同，切记要先行协商变更	75
达到法定退休年龄人员因工受伤，能否认定为工伤？	77
因工出境期间，员工周末宿舍突发疾病死亡，是否属工伤？	83
工伤和侵权责任竞合情况下工伤期间工资和护理费的处理	87
员工参加单位组织的体育活动中受伤，是否属于工伤？	90
股权激励能否保护企业的商业秘密？	96
用人单位未依法为员工缴交医疗保险费的法律风险责任分析	99
员工离职，年终奖该不该发？	102

浅谈人社部 481 号文的废止对补偿金和医疗补助费的影响.....	105
女职工劳动合同到期疑难问题处理的误区.....	109
违法解除劳动关系的赔偿金计算及年终奖支付.....	114
用人单位解雇违反利益冲突规章制度劳动者的案例研究报告.....	121
群体心理分析对“企业裁减人员项目”的影响.....	137
裁员方案设计有门道，兼顾合法合理更高效.....	140
用人单位与“三期”女职工的劳动关系解除问题.....	143
劳动合同履行地和用人单位所在地法院的诉讼管辖之争.....	147
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

2015-2017 年一审劳动争议案件数量：广东逐年递减、深圳趋于稳定

曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所

【数据统计】

1. 过去三年，广东全省劳动争议案件数量逐年递减，深圳全市法院劳动争议案件数量趋于稳定。

2. 过去三年，深圳全市法院年审结案件约 1.1 万宗上下，占广东全省一审劳动争议案件数量大约 25%。

3. 在 2017 年，广东“全省一审劳动争议收案 40883 宗、近三年全省一审劳动争议收案数平均逐年递减约 3000 宗”。

4. 过去四年，广东全省法院每年受理的一审劳动争议案件数量均在 4 万宗以上，占全国一审劳动争议案件数近 10%。

5. 广东全省劳动争议案件主要集中在经济发达的珠三角地区，如广州、深圳、佛山、东莞等地，4 个地区共占全省收案量的七成，其他 17 个地区总共占比三成。

6. 在 2015 年，深圳全市法院“坚持司法为民。妥善审理涉民生案件，助推民生幸福城市建设。一审审结劳动争议案件 10945 件，拒不支付劳动报酬犯罪案件 33 件，为劳动者追回劳动报酬等 16.6 亿元”。

7. 在 2016 年，深圳全市法院着力“充分发挥民商事审判的规范、调节、指引功能，维护市场秩序平稳有序，审结一审民商事案件 130983 件，诉讼标的金额 1238 亿元”，“保障民生权益。坚持法、理、情相结合，妥善审理事关群众切身利益、家庭幸福的民生案件，促进矛盾和谐化解……审结劳动争议案件 11766 件，为劳动者追回劳动报酬等 11.5 亿元”。

8. 在 2017 年，深圳全市法院“依法化解矛盾纠纷，审结一审民商事案件 182042 件，其中……劳动争议 11226 件，维护经济社会秩序，促进社会和谐”。

【参考文献】

1. 《劳动争议案件广深佛莞占七成》，新快报 2018 年 01 月 23 日 A09 版。
2. 深圳市中级人民法院院长万国营，《深圳市中级人民法院工作报告——2016 年 2 月 1 日在深圳市第六届人民代表大会第二次会议上》，深圳特区报 2016 年 03 月 13 日 A07 版。
3. 深圳市中级人民法院院长万国营，《深圳市中级人民法院工作报告——2017 年 1 月 14 日在深圳市第六届人民代表大会第三次会议上》，深圳特区报 2017 年 02 月 28 日 A05 版。
4. 深圳市中级人民法院院长万国营，《深圳市中级人民法院工作报告——2018 年 1 月 18 日在深圳市第六届人民代表大会第六次会议上》，深圳特区报 2018 年 03 月 01 日 A09 版。

作者简介：曾凡新，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会主任。大成律师事务所合伙人、中国区劳动与人力资源专业委员会副主任、深圳办公室公司与商业事务部副主任暨劳动与人力资源专业组负责人，拥有高级人力资源管理师、高级公司法律风险管控师资格。

2016 年度深圳劳动关系、劳动仲裁 16 项大数据报告

曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所

【数据整理】

一、劳动合同签订情况

1. 劳动合同签订率。截至 2016 年底，深圳市企业劳动合同签订率为 94.2%。

二、劳资纠纷调解及群体性纠纷

2. 劳动争议调解数量。2016 年，深圳市各级调解组织共调解劳动争议案件 25852 宗，其中调解达成协议或和解 22670 宗。调解劳动争议案件数量，2013~2015 年分别为 31872 宗、39047 宗、31471 宗；调解达成协议或和解的案件数量为 2015 年 26046 宗，调解成功率达 82.7%。

3. 三十人以上劳资纠纷数量。2016 年，深圳市劳动监察部门参与处置 30 人以上劳资纠纷 121 件，同比下降 44.2%。该项统计，2013~2015 年，分别为 404 件、318 件、217 件。

三、劳动争议仲裁案件数量

4. 仲裁立案案件数量。2016 年，深圳市各仲裁机构共立案受理劳动人事争议案件 32267 件，同比上升 1%，涉及 73862 人，同比下降 2%。其中受理 10 人以上集体争议案件 1155 件，涉及劳动者 42357 人。

5. 就业人口劳动争议比例。2016 年深圳市 96.2% 的劳动仲裁案件是由劳动者提出的，同期全市就业人口（按 2016 年 12 月底深圳市工伤保险参保人数 1083.37 万计）发生劳动争议比例约为 0.68%。即，相当于每 1000 个就业人员中约有 7 人提出仲裁申请。

6. 仲裁办结案件数量。2016 年，深圳市各仲裁机构共办结劳动人事争议案件 32205 件，结案金额达 16.6 亿元，同比上升 4% 和 68%。该项统计，2013~2015 年，分别为 27507 宗、28226 宗、30937 宗。2016 年的办结案件，从结案方式上看，以调解、撤诉方式结案案件 15045 件，同比上升 6%，调撤率为 46.9%；以一裁终局方式审结案件 5208 件，占裁决案件的 30.5%。

四、劳动争议高发领域及诉求

7. 劳动争议高发领域。2016 年，深圳市涉及制造业与批发零售业劳动争议案件分别为 10317 件和 6992 件，分别占立案总量的 32% 和 21.7%，共占据半数以上。

8. 三大案由占比。劳动争议仲裁案件仍集中在劳动报酬、解除或终止劳动合同、工伤保险三大案由（以诉求金额最高的诉求项确定），占立案总量比重高达 91.2%。

9. 常见诉求项占比。2016 年立案的案件，约 63% 的案件包含正常工作时间的劳动报酬，29.2% 的包含解除劳动合同的经济补偿（赔偿金），20.8% 的案件包含未签订劳动合同两倍工资差额。

五、劳动争议结案时间及进入诉讼、撤裁情况

10. 平均结案时间。2016 年，深圳市劳动仲裁受理案件平均结案时间为 30.98 天。

11. 进入诉讼阶段的劳动争议案件数量。2016 年，因不服仲裁处理结果而进入诉讼程序的案件比例约为 19.92%。

12. 终局裁决及撤裁案件数量。2016 年，深圳市仲裁机构以终局裁决方式结案案件 5208 件，其中有 735 件向深圳市中级人民法院申请撤销，仅 24 件被依法撤销，撤裁率为 0.46%。

六、社会保险复议诉讼及费用欠缴查处

13. 社会保险欠费查处情况。2016 年，全市共清理社会保险欠费企业 33779 家，清理社会保险欠费 28967.17 万元。

14. 深圳社保行政复议和行政诉讼案件数量。深圳市社会保险基金管理局 2016 年共处理行政复议和行政诉讼案件 923 宗。其中复议 259 宗，已收到决定 189 宗，维持 175 宗，维持率 93%；一审 471 宗，已收到判决 313 宗，维持 289 宗，维持率 92%；二审 193 宗，已收到判决 151 宗，维持 139 宗，维持率 92%。

七、住房公积金欠缴查处

15. 欠缴住房公积金查处情况。2016 年，深圳市住房公积金缴存执法案件立案 3414 件，结案 2531 件，为 1900 多名投诉职工追缴了住房公积金；对 2 家单位作出行政处罚决定；申请法院强制执行案件 357 件。

八、涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件

16. 欠薪罪案件数量。深圳劳动执法部门向公安机关移送涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件 108 宗。2013-2015 年，深圳市人力资源和社会保障部门向公安机关移送 300 宗涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件，公安机关立案 243 宗，刑事拘留 189 人。

【实务点评】

1. 劳动合同的签订问题不可忽视。截至 2016 年底，深圳市企业劳动合同签订率为 94.2%。每一千名员工，还有 58 名没有签订，公司面临二倍工资诉求的法律风险极大。20.8%的劳动争议案件里，包含有未签订劳动合同两倍工资差额的诉求项。是签订劳动合同的意识不强烈，还是操作、管理不当造成？值得深入检查、反思。

2. 劳动争议案件调解优先。仲裁、诉讼，耗时费力。劳资双方沟通不畅时，要善于借助外部力量来调解。加强依法治企、合规管理，让一切纳入法治化轨道，劳动争议纷争必将大大减少。

3. 千人劳动争议比例为 7 人。如果公司有 1000 名员工，而未发生一宗劳动争议案件，显然值得表彰。另一方面，也要祝贺法治深圳建设的有效推进，群体性事件越来越少，员工越来越倾向于通过法律途径解决劳动争议。

4. 工资、离职两项诉求占据较大比例。员工关系管理中，一定要特别注意将薪酬核算理清楚、离职管理整明白。至于工伤保险纠纷，条例规定的项目及金额是非常清楚，笔者给类似案件的建议是：能调解尽量调解。

5. 仲裁结案的力量很强。深圳仅有 1/4 的劳动争议案件经过劳动仲裁之后进入法院诉讼程序，其余 3/4 都在劳动仲裁阶段得到最终解决。如果遇到终局裁决的，申请撤裁成功的概率也是相当之低，因此，对可能一裁终局的案件必须倍加慎重对待。

6. 清理社会保险欠费企业达到 3 万多家，这个数量相当大。未足额缴纳社会保险费的公司，务必充分关注相应法律风险。

7. 拖欠农民工工资是万万不能的。深圳政府部门积极组织欠薪方面的专项检查，及时查处欠薪行为，对于拒不支付劳动报酬犯罪坚决打击。但是，对欠薪可能涉嫌犯罪的问题，公司经营者、管理层显然不够重视。

【参考文献】

[1] 汤庭芬等：《深圳劳动关系发展报告（2017）》，社会科学文献出版社，2017 年 8 月第 1 版。

[2] 《2016 年度深圳市社会保险信息披露通告》，深圳市人力资源和社会保障局，2017 年 4 月 28 日。

[3] 《深圳市住房公积金 2016 年年度报告》，深圳市住房公积金管理中心，2017 年 3 月 30 日。

劳动关系是否存在的举证、查明与认定

冼武杰，广东华途律师事务所

实务案件的处理中，首先要审查的第一个问题就是劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，所以，如果劳动者无法证明双方之间存在着劳动关系而用人单位又否认劳动关系的，则劳动者的各项请求，都会因无根之水而被全部驳回。

那么，怎样证明双方之间存在劳动关系呢？

司法实务中，以下这些证据（原件）可以证明劳动关系。

1. 劳动合同。

2. 工资发放的凭证或记录。比如：银行流水清单，在清单中会显示出公司的名称，摘要备注为代发工资或工资。如果不是公司账户，而是个人账户，法定代表人的账户，问题也不大，如果是其他人账户的，需要先证明其他人跟公司有关联，比如公司的财务、老板娘等，这一点证明难度相对较大。

3. 社保缴交记录。

4. 住房公积金缴交记录。

5. 盖有公司公章的工作证、出入卡。

6. 盖有公司公章的文件，能证明劳动者是公司员工的。比如：授权委托书，委托劳动者去相关部门办理公务，比如跟前程无忧的合作协议上面写联系人是该名劳动者、任命书等。

7. 法定代表人签字的文件。法定代表人签字的效力，某种程度上是等同于公司盖章的。

8. 公司其他人员签字的文件。比如：入职登记表、离职交接表等，有人事部负责人的签字，当然，劳动者得先证明签字的人是公司员工。

9. 公司网站网页的一些内容，能证明劳动者是公司员工的。网页，属于电子证据，易修改、易删除，所以，建议要及时做公证。

10. 法定代表人或劳动者的领导和劳动者往来的短信、微信聊天记录、QQ聊天记录等。当然，首先要先证明对方的手机号码或微信、QQ是单位的法定代表人或领导的号码才行，比如公司网站上刊登过这个号码、公司对外招聘中或对外业务活动中留过这个号码等。对于相关网页，需要做公证。

11. 劳动者使用企业电子邮箱往来的一些电子邮件，当然，劳动者要及时做公证，防止企业关闭劳动者的邮箱权限。

12. 证人证言。比如：同事的证言，当然，同事需要先证明他是公司的员工。比如：客户工作人员的证言，证明劳动者曾代表公司与客户进行业务交往。当然，首先要证明客户是客户，而且证人是客户的工作人员才行。这里会涉及到一条审判规则：劳动者已举证证明在用人单位劳动，但用人单位主张不存在劳动关系的，用人单位应当提交反证。需要说明的是，证人需要出庭接受质证，否则，证言一般不会被采纳。

如果以上这些证据，劳动者都没办法取得的。

13. 那就想办法做谈话的录音录像取证，谈话的内容足以证明劳动者是公司的员工。谈话，最好是跟法定代表人的谈话，如果是跟其他人的谈话，就要先证明其他人是公司的员工、具体职务等等。

如果连谈话的录音录像证据，劳动者都无法做得到的。

14. 那只剩最后一招了，就是申请劳动争议仲裁院或人民法院调查取证。当然，这个就具有不确定性了，因为中国当前的情况是案多办案人员少，所以，不可能做到每案都外出调查。

【案件链接】

深圳中院曾办过一个案件，劳动仲裁及一审皆认定双方之间不存在劳动关系。二审的时候，劳动者就详细地陈述了他作为仓库管理员的劳动用工细节，什么时

间入职、谁招用他的，工作地点在哪，岗位是什么，工作内容是什么，工资多少钱，怎么发放等细节，最后，还说他还有仓库的一把钥匙，于是庭审结束之后，法官就跟这个仓库管理员一起到了工作场所，劳动者就拿出保管的钥匙，把某个仓库给打开了。然后单位没办法解释为什么劳动者会有单位仓库的钥匙，法院最终认定双方之间存在着劳动关系。

【特别技巧】

所以说，如果我们作为劳动者离职了，没有什么证据能证明劳动关系的，那就自己留下办公桌的一把钥匙或者是进出大门的钥匙，甚至于在办公桌的某个不知名的位置刻上自己的名字说是这个公司什么岗位的员工等等，这些都是为将来申请调查取证反攻单位做一手准备啊。

【案件链接】

再说一个笔者作为仲裁员审理的案子。

单位也是否认劳动关系的，员工提交的证据中只有一张工作证明，盖了公司公章。但是单位否认公章的真实性。笔者比对一下授权委托书的公章，好像有点不同，笔者估计在工作证明上的公章不是公安局备案的公章。

说实话，如果公章不是真实的，则员工的证据还不足以证明双方之间存在着劳动关系。

其实，作为仲裁员来说，笔者内心是相信员工跟单位之间肯定是有关系的，否则，为什么员工不告别的单位，只告你单位呢？

那应该怎么去审理这个案子呢？

笔者想了想，于是，说了下面这么一番话。

“鉴于被申请人不确认劳动关系，而申请人主张劳动关系，故本案存在着一方当事人做虚假陈述的情况。本庭郑重告知双方当事人，接下来的仲裁调查，双方当事人要秉持诚实信用的原则，回答本庭的调查提问，如果一方有不诚信的行为，妨碍仲裁庭审的，我们会依法追究相应的法律责任。”

书记员把笔者说的这一段话，都记录在笔录里了。

笔者接着说：“我听说法院现在对这种虚假陈述，妨碍民事诉讼的，都有罚款几万块钱的，而且，说实话，这个说谎话欺骗劳动仲裁，也有点妨碍公务的味道。”

书记员又记下了，笔者赶忙说，这一段不用记。

完了，笔者宣布休庭 5 分钟，让双方当事人去核实一下是否存在着劳动关系，5 分钟后再恢复庭审。

10 分钟后，继续庭审。

笔者问：被申请人是否确认与申请人之间存在着劳动关系？

答：确认。

作者简介：冼武杰，广东华途律师事务所律师、深圳市劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员、十届深圳律协劳专委委员。

互联网冲击下的劳动关系——劳动关系演变规律的经济学分析

段海宇，广东瀛尊律师事务所

【内容摘要】

劳动关系的本质特征是劳动者对用人单位的组织从属性，但是，由于互联网平台对个人的赋能，过去必须多人协作才能完成的工作，现在一个人借助互联网平台就能实现了，即团队化向个体化的转变成为可能；用户也因为互联网平台完善的顾客体系、互动体系、支付体系、交付体系和监督体系，相对于与传统科层制的组织进行交易，节省了寻找成本、信息成本、决策成本和监督成本，也越来越信任平台上的个体供应商（这里的供应商特指企业家和员工，下同），此时，个体供应商自然地倾向于脱离传统的科层制组织，即不再寻求与组织建立劳动关系。

同时，由于大数据、云计算和人工智能技术的发展，现代组织对顾客的个性化需求的反应越来越敏捷，原来需要个体化才能完成的工作越来越变成标准化的生产（例如手工打造劳斯莱斯幻影的作业流程，但在未来的智能工厂会变成标准化的生产，个性化的特斯拉汽车就是例证）；原来需要近距离监督的事情在平台上可以轻易完成（例如钉钉可以将同一个群中所有成员的工作集成展示，所有成员的工作进度一目了然，又如滴滴打车软件就可以轻易完成对滴滴司机的过程监控），因此，跨组织的协作越来越容易，而且外部协作需要的监督成本近乎为零，这必然导致这类业务的外部交易成本会越来越低于内部管理成本，因此，组织也会倾向于尽可能少地雇佣员工，将大量的原来需要通过面对面或近距离监督完成的工作交由互联网来完成，即组织可以通过内部管理成本外部化来完成原来的工作，此时，组织对成员的人身监督不再必要，因此，组织也倾向于更少地建立劳动关系。

【关键词】 劳动关系 交易成本 管理成本 技术进步

根据蔡飞律师的总结，在劳动关系的认定上，我国司法实务经历了一个从宽到从紧的四个发展阶段。

第一阶段：将业务外包给无用工主体资格者，认定劳动关系。原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳部发（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。”该规定虽然没有明确将不具备用工主体资格的实际施工人聘用的员工与具备用工主体资格的建筑施工、矿山企业之间认定为劳动关系，但是在当时，很多仲裁员和法官就是以此认定双方存在劳动关系的。

第二阶段：将业务发包给不具备用工主体资格者，不存在劳动关系。2011年《全国民事审判工作会议纪要》（法办【2011】42号）第五十九条明确规定：“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”。2014年4月11日最高人民法院发布的《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》对于2005年12号文与2011年的纪要之间的冲突，再次进行了说明。该答复明确指出：“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。”

第三阶段：对于劳动关系认定，表明双保护的观点，任何劳动关系的认定均要从紧。《2015年全国民事审判工作会议纪要》除第62条再次明确，“对于发包人将建设工程发包给承包人，承包人又转包或者分包给实际施工人，实际施工

人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系的，人民法院不予支持”外，在关于劳动争议纠纷案件部分，也明确“会议认为，审理好劳动争议纠纷案件，对于经济发展新常态形势下，依法保障劳动者合法权益，维护用人单位的生存发展，构建和谐稳定的劳动关系，具有重要的意义。要按照中央、国务院今年3月发布的《关于构建和谐劳动关系的意见》要求，坚持促进企业发展、维护职工权益。在审理劳动争议案件时，要依法保护劳动者合法权益和维护用人单位的生存发展并重，避免杀鸡取卵，要严格依法合理区分劳动关系和劳务关系，切忌泛化劳动关系。”

第四阶段：O2O 模式下的合作或劳务关系，要避免认定存在劳动关系。《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》（2016年11月30日）六、关于劳动争议纠纷案件的审理“劳动争议案件的审理对于构建和谐劳动关系，优化劳动力、资本、技术、管理等要素配置，激发创新创业活力，推动大众创业、万众创新，促进新技术新产业的发展具有重要意义。应当坚持依法保护劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并重的原则，严格依法区分劳动关系和劳务关系，防止认定劳动关系泛化。”根据该规定，最高院不但对于外包关系，甚至是对于所有的业务，都明确了要“严格依法区分劳动关系和劳务关系，防止认定劳动关系泛化”。在强调“激发创新创业活力，推动大众创业、万众创新”的潜台词下，实质上是强调所有的劳动关系的认定都要从紧，对于新兴的业态，比如 O2O 模式类的合作或劳务关系，应予以否认劳动关系。

那么，这种演变的内在原因是什么呢？企业应当如何选择自己的用工模式呢？本文结合罗纳德·科斯（Ronald H. Coase）的交易成本和管理成本理论，从组织角度对劳动关系的演变规律做一些阐释和分析。

一、交易成本和管理成本

就像《公司的力量》里面说的那样，“今天，公司的力量已渗透到人们工作和生活的方方面面。公司无处不在。公司让人爱恨交织。公司似乎身不由己。全球化日渐加速的今天，一个不争的事实是：数百家乃至数十家跨国公司正左右着世界的经济运行”。

那么，公司为什么会产生呢？对此，科斯以“交易成本”和“管理成本”作出了经典的解释。

1937年科斯在《企业的性质》一文中提出了交易成本这个概念，该文虽然不过短短万余字，但是科斯因此获得了诺贝尔经济学奖，同时开创了一个经济学的新分支——交易成本经济学。它是后来的新制度经济学的起点，深刻地影响了二战后世界经济学领域的发展。

要理解这个理论的意义，我们首先需要从亚当·斯密发表于1776年的《国富论》说起。在这本书中，亚当·斯密提出了一个重要的结论：劳动分工和市场交易就会带来经济发展。但是问题在于，既然劳动分工和市场交易就可以带来经济发展，为什么还要组建科层制的公司组织呢？为什么不是每一个个体依靠市场这只无形的手就可以推动经济的发展呢？

在亚当斯密发表《国富论》直到科斯提出交易成本和管理成本理论之前，这些司空见惯的现象在学界其实没有人研究。

在《企业的性质》一文中，科斯敏锐地发现了前面的现象并给出了答案：“市场的运行是有成本的，通过形成一个组织，并允许某个权威（一个‘企业家’）来支配资源，就能节约某些市场运行成本。”企业家支配资源的组织形式就是企业，但是组织运行也是需要成本的，这个成本也就是科斯提出来的另一个重要概念——管理成本。

在科斯之后，Williamson在1975年将交易成本类型化为寻找成本、信息成本、议价成本、决策成本、监督成本和违约成本。其中寻找成本即寻找合适的交易对象的成本。例如品牌建设、市场拓展消耗的成本；信息成本即收集、分析潜在交易对象信息的成本；议价成本即针对双方之间要达成的合同，就标的、价格、质量等条款讨价还价的成本，也就是交易双方价格发现的成本；决策成本即针对交易进行相关决策和签订合同所需要的在内部形成一致意见的成本，例如形成股东会决议、董事会决议消耗的成本；监督成本即保证交易按照法律规定和约定进行的成本；违约成本，即顾客违约的风险成本。

管理成本经过也是科斯首先提出的,根据百度百科的介绍,它包括组织成本、机会成本、代理成本。其中组织成本包括构建正式组织结构框架所需要的成本和内部组织管理机制的运行成本;机会成本这里不是指管理者从事某项工作必须放弃另一项工作的损失,而是指管理机构和成员之间的摩擦与协调时间过长,从而导致组织资源的利息成本支出的损失以及由于拖延导致的市场、投资机遇等的错过而发生的代价。它存在于组织的各个层次,是对组织使用管理资源代价的一种度量,反映了组织继续使用管理资源的价值。这不是一种真实的成本付出,其意义在于可用来判断管理活动是否值得继续以及管理者的精力和时间分配是否合理;代理成本包括监督激励成本、承诺成本和剩余损失。所谓监督激励成本是指因为委托人和代理人的行动选择以各自利益最大化为导向,导致二者之间的利益偏差,因为出现这种偏差而导致的委托人的利益受到的损失。它实际上也是构成组织的一种管理成本。承诺成本是指在委托代理关系中,代理人(被委托人)可以保证不采取损害委托人(被代理人)利益的行动,或者承诺如果采取了损害委托人利益行动时愿意给予委托人的经济赔偿,代理人为此而产生的资源支出即为承诺成本,是委托-代理成本的一种重要形式。

就像后来的邓小平所说的“计划和市场都是发展生产力的方法”,企业运营管理显然是有计划的,因此,市场和企业其实都是经济的组织形式。企业的运营管理依赖于看得见的手段即科层制组织,它的运行会付出内部管理成本。市场的有效运行依赖于看不见的手段即价格机制,它的运行会付出外部交易成本。如果管理成本小于交易成本,供应商自然就会选择组成企业;如果管理成本大于交易成本,供应商自然就会选择解散企业。

二、人力资源交易和管理成本

人力资源成本,也可以分为外部的交易成本和内部的管理成本,简要分析如下:

(一) 人力资源交易成本

根据前面关于交易成本的分类,人力资源交易成本也可以分为寻找成本、信息成本、议价成本、决策成本、监督成本和违约成本,这些成本在劳动关系用工模式下实际上就是日常所讲的招聘成本。

第一，寻找成本，即招聘成本。例如有些企业为了吸引优秀人才，参加优秀雇主评比活动而支付的品牌建设费用、向人力资源服务机构或个人支付的广告费、摊位费、招聘人员面试应聘者期间的工资、介绍费、猎头或劳务派遣、劳务外包等中介服务等成本。

第二，信息成本，即收集、分析潜在人力资源信息的成本。例如，很多企业为了建立人才库而向人力资源服务机构购买简历而支付的费用、对员工进行背景调查支付的调查费、体检费、测评费等。

第三，议价成本。即针对双方之间要达成的劳动合同或劳务合同或劳务派遣协议等，就薪酬、绩效等条款讨价还价的成本。

第四，决策成本。即针对人力资源招聘进行相关决策和签订合同所需要的在内部形成一致意见的成本，例如中芯国际为挖角台积电高层主管蒋尚义，决定让其担任独立董事，挖角三星的梁孟松（台积电前资深研发处长梁孟松）形成股东会决议、董事会决议消耗的成本。

第五，监督成本。即为了保证招用活动按照法律规定和约定进行而支付的风控成本。

第六，违约成本。即应聘者违约的风险成本，例如为了防止心仪的应聘者或者猎聘者爽约而支付的差旅费、住宿费、伙食费等各种费用。

（二）人力资源管理成本

从人力资源管理模块的角度，按照人力资源在组织的流动过程，对应人力资源管理的六大模块，可以将人力成本分成六个部分：

第一，人力管理体系构建成本。是指企业设计、规划和改善人力资源管理体系所消耗的资源总和，包括设计和规划人员的工资、对外咨询费、资料费、培训费、差旅费等，它对应人力资源战略规划。

第二，引进成本。是指企业从外部获得人力资源管理体系要求的人力资源所消耗的资源总和，包括人员的招聘费用（广告费、设摊费、面试费、资料费、中

介费等）、选拔费用（面谈、测试、体检等）、录用及安置费（录取手续非及调动补偿费等），它对应人力资源招聘和配置。

第三，培训成本。是指企业对员工进行培训所消耗的资源总和，以达到人力资源管理体系所要求的标准（如工作岗位要求、工作技能要求等），包括员工上岗教育费用、岗位培训及脱产学习费用等，它对应人力资源培训和开发。

第四，考核成本。指企业根据人力资源管理体系要求对所使用的人力资源进行考核和评估所消耗的资源总和，包括考核和评估人员工资、对外咨询费、其他考核和评估费用等，它对应人力资源绩效管理。

第五，保持成本。指企业支付给人力资源的薪酬福利待遇和根据人力资源管理体系要求对所使用的人力资源提供后勤服务消耗的资源总和，包括薪酬福利、交通费、办证费、文具费、医疗费、办公费用、保险费等，它对应人力资源薪酬管理。

第六，遣散成本。指企业根据人力资源管理体系要求对不合格的人力资源进行遣散所消耗的资源总和，包括终止或解除劳动合同时支付的经济补偿或者赔偿金、诉讼费、遣散造成损失费等，它对应人力资源离职管理。

（三）不同用工模式下的人力资源成本

用工模式即劳动力的组织方式。不同用工模式下的人力资源成本结构是不同的，详见下表：

法律 关系	用工 模式	人力资源成本	
		管理成本	交易成本
劳 动 关 系	标 准 工 时 制	标准工时制是主要的用工模式，国家对其劳动合同、休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动争议等细节问题有明确的强制性规定，法定人力资源成本最高。	招聘成本（详见前述人力资源交易成本），一般而言，招聘对象如果为基层员工、中层员工，招聘成本一般较低

	不 定 时 工 时 制	相对于标准工时制，除法定节假日加班按照当地规定需要支付加班费外，其他时段上班的，通常不存在加班问题，无须支付加班工资。	同上
	综 合 计 算 工 时 制	相对于标准工时制，综合计算周期内总实际工作时间超过总法定标准工作时间的部分，仅视为延长工作时间，只需按照正常工作时间工资 150% 支付加班费。法定节假日工作的，有些地方规定无需支付加班费。	同上
	非 全 日 用 工	相对于全日制用工，用人单位无须为员工除工伤保险费之外的社会保险费；无须订立书面劳动合同，因此不存在未签订劳动合同双边工资法律风险；可以随时终止用工，且无需支付经济补偿。	同上，一般而言，核心员工和高管，不会使用非全日制用工这种用工模式
非 劳 动 关	劳 务 派 遣	由于用工单位与被派遣劳动者之间不是劳动关系，因此，无须为其缴纳社会保险费，也省去了发放工资、缴纳社会保险费等用工管理负担；在退回被派遣劳动者后，也无须支付解除或者终止劳动合同补偿金，从而节省了包括引进成本、管理成本、社保成本和离职成本等，有利于	向劳务派遣机构支付的劳务派遣招聘服务费、用工管理费、社保代理费等

系		提高企业的经济效益和管理效率。	
	退休返聘	相对于劳动关系的用工模式，由于双方之间不是劳动关系，用人单位无需为其缴纳社会保险和住房公积金。无特别约定，不存在支付加班工资的问题；无特别约定的，解除或终止用工，无需支付经济补偿。	基本同招聘成本（详见前述人力资源交易成本）
	勤工助学	双方之间不是劳动关系，用人单位无需为其缴纳社会保险和住房公积金。无特别约定，不存在支付加班工资的问题；无特别约定的，解除或终止用工，无需支付经济补偿。	基本同招聘成本（详见前述人力资源交易成本）
	劳务外包	1. 双方之间不是劳动关系，用人单位无需为其缴纳社会保险和住房公积金。无特别约定，不存在支付加班工资的问题；无特别约定的，解除或终止用工，无需支付经济补偿。 2. 劳务人员在工作岗位发生意外的，其人身损害赔偿由其自己承担或者由其劳动关系所在用人单位承担。	向劳务外包机构支付的劳务工招聘服务费、用工管理费、社保代理费等

在科层制组织中，组织这个法律拟制的主体和其成员结成的关系就是我们所讲的劳动关系。在科层制下，供应商形成紧密的内部管理组织，对外表现的就是相互结成一个等级森严的组织并严格按照劳动规章制度进行运作。

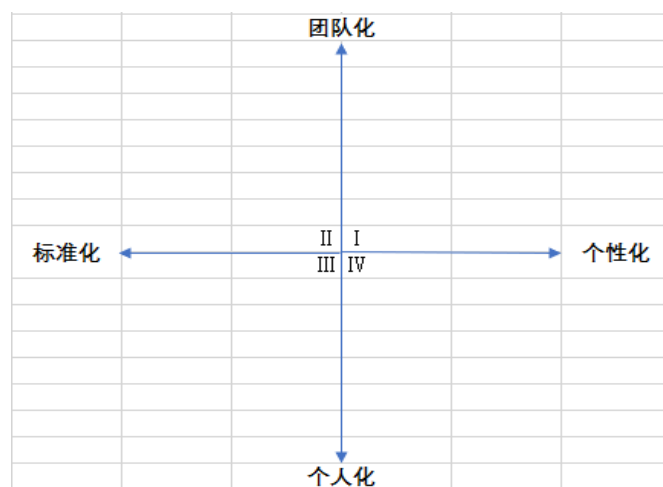
从上表可见，整体而言，劳动关系这种用工模式相比非劳动关系的用工模式，前者的人力资源成本主要为管理成本，后者的人力资源成本主要为交易成本。根据前面的分析，如果管理成本高于交易成本，则供应商自然会倾向于选择劳动关系，如果管理成本小于交易成本，则供应商自然会倾向于选择非劳动关系。

所以，利用科斯的交易成本和管理成本理论，我们不仅可以发现劳动关系是什么，而且可以通过内部管理成本和外部交易成本之间的比较，发现劳动关系的边界，如此，我们在选择与劳动者建立劳动关系还是非劳动关系时就有了科学的财务依据，这就是劳动力市场中的生产关系与生产力的关系。

三、互联网冲击下的人力资源交易成本

（一）交易成本和管理成本塑造作业类型

这里我们用一个象限图，根据不同产品及其作业的标准化/团队化程度，将作业分成四种不同类型。横轴代表产品的个性化/标准化程度，纵轴代表作业的个人化/团队化程度。之所以如此区分，是因为作业的标准化/团队化程度，会影响乃至决定一个团队的组织方式。



图一：作业类型象限图

其中，第一象限表示需要团队化协作才能完成、提供的是个性化产品的作业方式，这种作业常见奢侈品行业，例如手工打造劳斯莱斯幻影的作业流程，传统标准化工业流程无法满足顾客的个性化需求，但是随着大数据、人工智能、物联网技术进步，大规模定制（Mass Customization，是一种集企业、顾客、供应商、员工和环境于一体，在系统思想指导下，用整体优化的观点，充分利用企业已有的各种资源，在标准技术、现代设计方法、信息技术和先进制造技术的支持下，根据顾客的个性化需求，以大批量生产的低成本、高质量和效率提供定制产品和服务的生产方式）的实现已经不再是幻想，如在德国的工业 4.0、中国制造 2025 的规划下，智能工厂会越来越普遍，例如个性化的特斯拉汽车等。第二象限代表需要团队化协作才能完成、提供标准化产品的作业方式。自 1913 年，世界第一条汽车流水装配线在福特的工厂诞生之日起，现代社会大部分的工业产品都是如此打造的。第三象限代表个人即可完成的标准化产品，例如银行催收业务、交通事故案件的处理等，这类作业往往处理流程和涉及要素都是固定的，需要的知识和技能往往也是固定的，在各种办公软件和操作工具不断诞生，个人可以越来越容易被互联网平台和工具赋能的今天，越来越多之前需要团队化协作才能完成的业务，现在只需要一个人即可完成。第四象限代表个人即可完成、提供个性化产品的业务，例如手工艺品的制作。

一个作业的团队化或个人化为什么会出现呢？从交易成本和管理成本角度可以得到很好的解释。下面我们以上图一一分析：

纵轴越往上表示作业对团队化要求越高，它表示相关产品不是一个人能够完成的，顾客需要找到若干提供相关作业的个人，由他们协作提供产品。如果完全由市场来组织的话，则顾客的寻找成本、信息成本、议价成本、决策成本、监督成本、违约成本都会成倍地增加。但是，如果顾客与以劳动关系为纽带组织而成的科层制组织来完成的话，就可以让顾客免去了寻找供应商，与每一位供应商单独谈判的麻烦。组织的作业流程与监督机制也会使监督成本大大降低。在这里，顾客信任的是组织，而不是这个组织里的每个人。

纵轴越往下表示作业对个人化要求越高，它表示顾客只需与单个供应商协商，并监督这个供应商的生产、服务状况即可。例如顾客在寻找律师代理案件时一般都是直接可以通过人脉网络完成对律师的寻找，并且一对一地进行信息交流、讨

价还价、交易决策和跟踪监督。这时，科层制下的反应机制反而显得繁琐，顾客对个体供应商的信任很多时候高于该个体供应商所在的科层制组织。所以我们经常可以见到，在现实的个人化作业中，顾客往往首先知道的是办理该类业务的个人，而不是公司，公司之所以存在，往往是法律的强制性要求，例如《律师法》规定，禁止以律师名义接案、办案和收费。在这里，顾客信任的是个人，而不是这个人所在的组织。

横轴越往右表示作业个性化程度越高，这类作业所需的知识难以通过科层制的知识管理的方式被沉淀下来，而更依赖于个人的智慧。例如各种咨询服务，就更加依赖提供者的个人经验、智慧，科层制组织在降低这类作业的交易成本上的作用是有限的，更依赖个人根据特定情况的自主发挥。相反，科层制组织甚至可能限制这类作业的发展。

横轴越往左表示作业标准化程度越高，这类作业所需的知识容易通过科层制的知识管理体系沉淀下来，辅助个人提供更加高效和有质量保证的服务，从而降低作业的决策成本和监督成本。

（二）不同组织类型下的组织制度

不同作业类型需要不同的组织形式，不同的组织形式需要不同的组织制度。

对于位于第Ⅰ象限的团队化、提供个性化产品的作业来说，它对应的组织往往倾向于采取相对紧密的组织形式，参与者与组织之间往往倾向于建立具有高度人身隶属性的劳动关系，以便于统一管理，由统一的劳动规章制度来统一拓展市场，组织服务，分配利润。

对于位于第Ⅱ象限的团队化、提供标准化产品的作业来说，它对应的组织同样倾向于采取相对紧密的组织形式，参与者与组织之间也往往倾向于建立劳动关系，集合全组织之力来完成知识管理的工作并将成果应用于所有成员的工作。

对于位于第Ⅲ象限的个人化、提供标准化产品的作业来说，因为标准化作业流程的建立、维护和更新对于降低交易成本的作用同样重要，因此，这类作业的参与者与组织之间也倾向建立劳动关系，但由于成员之间的协作需求较低，公司

组织结构往往不如第Ⅱ象限业务对应的公司紧密，例如各种网络营销公司，营销平台的建立、维护和更新是标准化的，但是营销员的营销活动是个人化的。

对于位于第Ⅳ象限的个人化、提供个性化产品的作业来说，组织在降低交易成本上的作用有限，成员大多单独作业，组织结构更加松散，参与者与组织之间倾向于不建立劳动关系而是建立协作关系，这在那些提供大众化的生活服务领域例如网约车、美甲、理发等服务最为突出。

当然，以上的分析只是基于提供单品的组织而言。在现实中，顾客的需求是多元的，个体接触到的需求类型是多种多样的。但是，没有哪个人或者团队能够精通所有业务领域，即使是一个专业领域也难以做到，因此，协作的需求广泛存在。与更多不同领域的个体或团队协作，也成为了推动组织走向规模化的重要因素，这就是为什么即使如淘宝这样的平台型组织，其员工也数以万计的原因。

另外，以上的分析是基于提供大众化产品或服务的组织模型。如果提供的是专业化商品例如法律服务、医疗服务、高科技耐用品，这类商品，单品价格高、消费频次低，相应地，顾客的要求也非常高，因此，供应商需要的知识和技能储备和训练时间久，我们平时所讲的 10000 小时理论就是对他们而言的，例如律师、医生等，这导致他们的成长速度慢，即使能够单独完成作业，但是，他们在成长为大咖之前，知名度和美誉度缺乏，往往需要相当长时间的才能得到市场的广泛认可，而这需要消耗大量的搜寻成本、信息成本、议价成本，因此，他们也需要信用背书，也希望组织通过提供统一品牌、业务转介机制甚至更紧密的业务分发机制和协作平台，所以，他们在执业之初倾向于与组织建立劳动关系。

（三）互联网平台降低人力资源交易成本

在互联网特别是移动互联网的背景下，我们发现，互联网平台将大大降低人力资源交易成本。

第一，就搜寻成本来讲，原来的人力资源品牌建设和市场营销工作往往面临高昂的信息传播成本。一方面，由于传播技术的限制，搜寻的人力资源信息范围有限，另一方面，由于技术限制，信息传播速度很慢，但是随着大数据、云计算、人工智能等科技进步，人力资源的真实信息的获取越来越容易，加上传播范围越

来越广，传播速度越来越快，使得用人单位的人力资源品牌建设信息传播成本得到大大的降低。

第二，就信息成本来讲，互联网平台可以通过大数据、云计算实现对供应商的供应能力和顾客需求的精准分析，原有的因为技术限制导致的行业、专业、地域和认知限制将被突破，实现在更大范围内实现供应商即供给侧与顾客即需求端的精准匹配和跨地域合作的临时搭建，而且可以大大降低成本。但是其参与者并不需要全部参与作业流程的建立、维护和更新，例如滴滴司机就无须参与滴滴APP的开发、维护和升级就可以为乘客提供服务。

第三，就议价成本来讲，当所有用人单位和劳动者的岗位、职级、地区和薪酬、绩效等交易信息都在互联网上实现时，互联网平台交易系统就能够自然地解构出其中的价格信息，用一定的算法形成一整套定价机制。这样的交易价格是经过市场价格机制发现的，具有相对的公允性，用人单位和劳动者双方自然能够在此基础上更快地达成价格共识，从而降低价格发现的成本。

第四，就决策成本来讲，人力资源运营和管理团队的内部管理和协作能够通过SaaS等互联网手段大幅度降低。使得用人单位可以更低成本实现行业的信息化建设，帮助用人单位实现跨行业、地域的大数据共享，如此，势必降低决策成本。

第五，就监督成本来讲，当用人单位与劳动者可以通过共享的互联网协作平台，双方的协作可以更加便捷地在互联网上进行，用人单位和劳动者相互之间的监督成本也自然随之下降。

第六，就违约成本来讲，当类似于淘宝网、支付宝这样的第三方支付和信用工具得以引入人力资源管理，当就业市场的信用机制建立以后，任何一方的违约被发现的可能性得到大幅度提供。如果再加上就业市场共享信用数据，一处失信，处处受限，用人单位和劳动者的违约成本将大大提高，这势必降低双方的违约成本。

这也就意味着，互联网平台能够以比传统科层制组织更低的成本实现顾客与供应商的供需对接，并且帮助供应商找到合适的合作伙伴。组织不再需要为了整

合更多业务领域和地域资源而扩大规模，个体、团队和小公司都可以从互联网平台上获得顾客资源和协作资源，跨组织的无边界协作将越来越普遍。

（四）互联网冲击下不同作业类型下的劳动关系演变

互联网平台的发展，必然导致组织制度也在发生相应的变化，它们对作为组织劳动力的劳动关系的需要也在发生变化。

对第Ⅲ象限的标准化、个人化作业而言。这类作业因为一个人就可以完成，因此，对建立人身隶属性的组织没有需求，加上作业的标准化，相关知识和技能能够通过外部渠道模块化快速获得，其学习效率非常高，也不需要建立封闭性组织来学习。即使要建立组织，供应商也仅仅倾向于建立松散型组织来实现品牌和内部业务转介来降低信息成本。由于这类成本能够被互联网更大程度地降低，组织边界更容易被迅速打破，因此，这类作业领域往往会诞生大型的互联网平台例如阿里巴巴等。即使要建立劳动关系的组织形式，往往仅仅承担法定的执业资格管理的职能，其存在仅因为法律法规要求，例如很多从事简单诉讼法律服务这类标准化作业的律师事务所之所以存在，只是因为法律要求律师必须以律师事务所的名义对外执业。

对第Ⅱ象限的标准化、团体化作业而言。如前所述，这类作业因为其标准化，相关知识和技能能够通过外部渠道模块化快速获得，其学习效率非常高，另外，这类标准化作业对个体的要求相对较低，业务也更容易被拆分，互联网平台正好可以通过个体的临时组合和跨地域的协同作业来降低交易成本，原本以这类作业为主要类型的松散型组织的边界也将逐渐被打破，跨组织的个体通过互联网协作完成这类作业将越来越普遍，因此，他们越来越倾向于打破劳动关系的枷锁，建立松散的协作关系。但是，这类作业由于是团体化的，为了降低成员之间的磨合成本，因此，供应商对建立紧密的人身隶属关系即劳动关系有一定的需求。

对第Ⅰ象限的个性化、团队化作业而言。如前所述，这类作业提供的是个性化产品，不是标准化产品，供应商倾向于独自完成自己的作业流程，对组织的依赖性较低，加上这类作业的知识封闭性很强，组织对个人的监督也难以进行，因此，组织也倾向于不建立紧密型组织。但是由于这类作业往往非常复杂，例如装配一辆手工打造的幻影劳斯莱斯，其业务难以被拆分，需要固定团队的长期协作。

虽然组织的规模化倾向会因为互联网更低成本的资源配置而减弱，互联网组织这类交易的成本仍然难以低于紧密协作的线下组织，即使他们利用互联网，其目的不是打破相互之间的紧密关系，反而是为了建立更加紧密的协作关系，这类组织最终很可能会成为平台上紧密协作的团队。它们将保有在降低监督成本、协同成本上的优势，同时又将受惠于平台在降低搜寻成本、信息成本等方面的作用，例如需要团队化协作的 IPO 法律业务等。

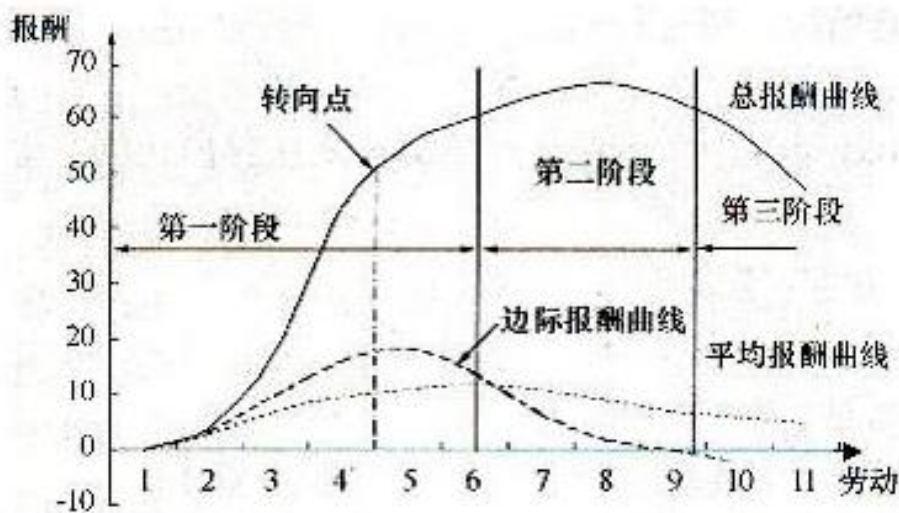
对第IV象限的个性化、个人化作业而言。如前所述，这类作业因为一个人就可以完成，因此，对建立人身隶属性的组织没有需求，但是这类作业由于提供的个性化产品，其互联网化速度比较慢，因为这类作业的知识封闭性比较强，导致对个性化作业的分析 and 在此基础上的资源调配依赖于相关领域的数据积累和技术发展，需要一定的过程，这就是为什么尽管互联网已经非常发达，但是大型的能够完全通过互联网提供个性化法律服务的互联网平台至今尚未出现的根本原因。不过由于这类作业一个人就可以完成，竞争非常激烈，供应商通过互联网平台来组织在降低这类作业的交易成本上发挥的作用本来就有限，随着技术的进步，互联网在资源配置上的优势也会很快显现，网约车的兴起就是典型例证。

在未来的互联网平台上，所有个体和团队都能获得顾客资源对接、协同工具等方面的支持。而通过这样的“大平台+小前端”的方式，为顾客提供的商品也将变得更加高效、灵活和低成本。

四、互联网冲击下的人力资源管理成本

根据前面的分析，可以发现，劳动关系是有缺陷的。尤其是，随着公司规模增大，两难困境愈加凸显：科层制强于纵向控制，但难以做到横向协同；能够强化集权控制，却容易压制分权创新。而且，更重要的是，随着公司规模增大，内部管理成本会越来越大，而收益却不会正比例增加。

这里就必须讲到另一个经济学概念——边际效应了。所谓边际效应，是指其他投入固定不变时，连续地增加某一种投入，所新增的产出或收益反而会逐渐减少。应用到人力资源领域就是指 10 个人可能完成 30 人的业绩，但是到了 100 人，可能只能完成 150 人的业绩。在科层制下，每个公司都面临一个同样的问题：总监你争我斗，中层偷奸耍滑，员工业绩萎靡。



图二：总报酬、平均报酬、边际报酬曲线图

而在今天的时代，互联网已经开始实现跨公司的大规模协作：外包越来越普遍，许多原本在公司内部完成的流程已经开始向外部转移；开源的技术贡献也逐渐成为主流，公司内部的技术正在无边界地向外扩张；更重要的是，互联网让社会化协作成为可能，无组织的组织力量开始显现，“百度百科”就是最典型的例子。

通过“后端云平台”加“前端灵活创新”的方式，互联网可以打破公司和劳动关系的边界，形成一种平台式的新架构和跨组织的协作关系。

在这样的平台上和关系中，由平台提供用户体系、支付体系、信用体系、交易流程、服务标准控制等多方面的基础服务，并且以数据为导向，更高效地匹配资源。每一个个人或者团队，都可以基于平台提供的技术模块和商业流程模块，提供灵活多样的商品，在平台上的协作也变得更加简单。

滴滴是最典型的例子。它并不拥有一辆出租车，但通过互联网，它让愿意提供出行服务的车主与有出行需求的人进行交易的成本降低了。这样的成本远远低于由出租车公司组织出行服务时的交易成本，传统的出租车公司因此变得不再必要，滴滴因此成为了我国最大的“出租车公司”。同时，由于平台的技术支持，大量的普通车主也拥有了提供出行服务的能力，闲置的社会资源因此被激活。

这实际上正是我们常说的互联网条件下平台对个人的赋能。一方面，平台提供的模块化支持可以帮助个人补足能力短板，例如滴滴司机无需像传统出租车司机那样开着空车寻找乘客；另一方面，开放式的平台帮助供应商突破了生产能力、市场能力、销售渠道等方面的限制，从而拥有更大的市场空间和发展潜力。

从根本上说，这是因为互联网的基础设施使得全社会的协同成本下降了。它打破了信息的不对称，去除了不必要的中间渠道，搭建了线上的协作平台和协作关系，从而使得平台组织交易的成本有可能低于甚至远远低于公司内部管理成本。这时，科层制和劳动关系就变得没有必要了。

所以说，去科层制和劳动关系是互联网带来的一次新的商业运动。在许多领域，过去的“公司+雇员”模式，都正逐渐被“平台+个人”模式取代。

五、劳动关系的位移

随着“公司+雇员”模式，逐渐被“平台+个人”模式取代，连接个人与组织之间的的关系也随之发生变化。

随着人工智能、大数据、云计算技术的进步，组织可以更加及时的响应并满足顾客的个性化需求，例如在工业 4.0 智能工厂，工厂可以非常迅捷地采集顾客的个性化数据并立即组织生产，如此，导致第四象限的个人化的个性化需求作业变成团队化的个性化需求业务。

而由于互联网平台对个人的赋能，过去必须要好几个人协作才能完成的工作，现在一个人借助互联网工具或许就能搞定了。如此，导致第二象限的团队化、标准化作业变成个人化、标准化作业。

“补签”和“倒签”劳动合同的法律后果评析

凌超，广东卓建律师事务所

【案情简介】

陈某于2016年6月1日入职深圳市某科技公司担任工程师一职，月工资为15000元/月，口头约定试用期为3个月。2016年9月13日，双方签订了期限为2016年6月1日至2018年5月31日的劳动合同。后双方因工作是否胜任问题发生争议。

【仲裁请求】

其中一项请求为要求某科技公司支付自2016年7月1日至2016年9月12日期间未签书面劳动合同的二倍工资差额37000余元。

【争议焦点】

案件的争议焦点之一即为该科技公司是否需要支付陈某未签劳动合同的二倍工资差额。

特别提示：本文的观点仅适用于深圳市内。

【案件评析】

虽然《劳动合同法》自2008年1月1日起实施以来已近十年，但据笔者经办及研究的案例显示，多数企业仍存在不签订或不及时签订劳动合同的情况，劳动争议案件中涉及未签订书面劳动合同二倍工资差额的案例比比皆是，实属不该。

本案即是情形之一。根据《劳动合同法》第八十二条的规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资；用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同

的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。因此，不签订书面劳动合同的法律后果还是比较严重的。

不过可堪告慰的是，出现未签订劳动合同的情况大多是合同到期后没有及时续签导致的，虽然情有可原，但对不起，不及时续签也属违法情形，仍需承担法律责任。所以，才出现了诸多“补签”和“倒签”劳动合同的情况。

那么，在深圳市的劳动争议审判实践中，“补签”劳动合同和“倒签”劳动合同在法律后果上有什么不同呢？

一、“补签”和“倒签”的区别

补签，顾名思义，就是企业方在发现没有和员工签合同后，事后签订劳动合同，把合同期限往前移，签订日期为补签合同的时间。

举个例子：

A 员工于 2017 年 1 月 1 日入职，本应在一个月内签订劳动合同，但是公司方忘记了，到了 2017 年 3 月 1 日才发现，于是补签了一份从 2017 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日的劳动合同，签合同的日期写成 2017 年 3 月 1 日。这个就叫补签。

倒签呢，与“补签”有细微的不同，同样是事后签合同，也把时间往前移，但是签订的时间写成合同期限开始的那一天，比如在上面的案例中，同样是 A 员工，但是双方把签合同的时间写成是 2017 年 1 月 1 日。

可见，“倒签”与“补签”之间最大的区别就在于签订合同的落款时间写在真正签订合同之时，还是写在劳动期限开始之时。

二、法律后果

通过上面的分析，我们可以看出，“补签”也好，“倒签”也罢，都是事后补，都把完整的合同期限写进去了，那么两者的后果会不会有所不同呢？

《劳动合同法》第八十二条的立法本意是约束用人单位在用工之初就及时与员工签订劳动合同，这样才能保障员工的利益，在发生争议时有据可查，避免用人单位任意侵犯员工权利的情形发生。

“倒签”与“补签”相比，客观上掩盖了劳动合同真实签订的时间，表面上侵害了员工的合法权益，似乎更应被追究责任。不过，根据《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第六十六的规定：“用人单位未按照法定期限与劳动者签订书面劳动合同，即使后来双方签订了劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资至签订之日的，应予支持。但双方将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内或者双方约定的劳动合同期间包含了已经履行的事实劳动关系期间的，应视为双方自始签订了劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，不予支持。”

至于补签劳动合同的行为，深圳市中级人民法院的意见是，此时应由员工方举证证明该书面劳动合同的补签行为存在胁迫、欺诈、乘人之危的情形，否则即视为员工方在签订劳动合同时同意将劳动合同期间溯及于之前的事实劳动关系期间，并视为员工放弃了要求该事实劳动关系期间未签订书面劳动合同的二倍工资请求。

可见，无论是“倒签”还是“补签”，深圳中院的处理意见并无不同，笔者的理解是，只要签名是真实的，都是双方真实的意思，代表双方就合同期限及有关权利义务达成了共识，并不违反《劳动合同法》的立法本意。所以，上述案例中陈某要求未签订书面劳动合同的二倍工资差额未获得支持。

不过，笔者以为，无论是“倒签”还是“补签”都是事后救济的方式，万一员工不同意续签呢？所以，追根究底，作为企业方，**还是及时签订或者续签劳动合同为好。**

劳动合同约定合同期满后自动延续，是否有效？

何志杰，广东联建律师事务所

劳动合同期满后，劳动者继续在用人单位工作的，用人单位依法应当与劳动者续签劳动合同。否则，用人单位则应向劳动者每月支付二倍工资。为应对这一法律规定，不少用人单位在实践中采取各种方式试图在规避支付未签劳动合同二倍工资的同时减轻其与劳动者续签书面劳动合同的义务，如用人单位与劳动者在劳动合同中约定“合同到期后乙方（劳动者）继续留在甲方（用人单位）工作，但没续签劳动合同的，视为原劳动合同的自动延续，直至重新订立新的书面劳动合同”。

但是，这种约定的法律效力究竟怎样呢，值得大家思考。下面，笔者通过案例与大家进行分析。

【基本案情】

案号：（2016）粤 0308 民初 925 号

2014 年 12 月 1 日，李某入职德邦物流公司（下称德邦公司），工作岗位为司机，签订了期限为 2014 年 12 月 1 日至 2015 年 12 月 31 日的劳动合同。劳动合同约定第九条第（六）款约定“乙方合同到期后继续留在甲方工作，但没续签劳动合同的，视为原劳动合同的自动延续，直至重新订立新的书面劳动合同”。

2016 年 4 月 23 日，德邦公司以李某殴打同事，严重违反规章制度为由解除了李某的劳动合同。于是，李某据此提起仲裁，主张赔偿金、未签劳动合同的二倍工资差额（2016 年 2 月 1 日起至 2016 年 4 月 23 日止）与年休假工资等请求，仲裁委基本支持了李某的仲裁请求。德邦公司不服，依法提起诉讼。

关于未签订劳动合同双倍工资差额的问题。德邦公司辩称，双方在《劳动合同》第九条第（六）款约定“乙方（李某）合同到期后继续留在甲方工作，但没续签劳动合同的，视为原劳动合同的自动延续，直至重新订立新的书面劳动合同”，

李某劳动合同到期后仍在公司处工作，双方应受原劳动合同条款的约定。李某主张《劳动合同》第九条第（六）款的约定违反了法律规定，应属于无效条款。

【裁判结果】

一审法院认为，用人单位应与劳动者签订劳动合同，德邦公司在劳动合同中约定“劳动合同到期未续订劳动合同视为原劳动合同的自动延续”，剥夺了李某的合法权利，违反了法律强制性规定，属于无效条款。德邦公司在李某的劳动合同期满后未及时与李某签订劳动合同，依法应从劳动合同期满的次月开始支付未签订劳动合同的二倍工资差额，计算基数应为包括加班工资在内的当月应得工资。因此，一审法院确认被告应支付的未签订劳动合同双倍工资差额为 29520.8 元。

【律师说法】

对于用人单位与劳动者在劳动合同中约定“合同到期后乙方（劳动者）继续留在甲方（用人单位）工作，但没续签劳动合同的，视为原劳动合同的自动延续，直至重新订立新的书面劳动合同”的做法是否合法有效？用人单位是否需支付未签书面劳动合同的二倍工资？在司法实践中，还存在较大的争议。

第一种观点认为，这样的约定合法有效，用人单位无需再与劳动者签订书面劳动合同，无需支付未签订书面劳动合同的二倍工资。主要理由有：第一，该约定实际是对原劳动合同期限的变更，约定在劳动合同期满而未续签的情况下，劳动合同期限自动延长，故劳动合同并未到期，用人单位没有与劳动者签订书面劳动合同的义务；第二，虽然该规定使得双方的劳动合同期限不确定，但可通过认定双方的劳动合同为无固定期限劳动合同解决劳动者的相关权利问题；第三，《劳动合同法》要求双方订立书面劳动合同的立法目的在于明确双方的权利义务，而用人单位的此种做法也可以起到同样的作用，符合立法精神。

第二张观点认为，这样的约定无效，用人单位仍需与劳动者签订书面劳动合同，如未签劳动合同就需支付二倍工资。主要理由有：第一，与劳动者签订书面劳动合同是用人单位的法定义务，不能因劳动合同的约定免除，否则将实际免除了用人单位的主要责任，导致劳动者丧失法律规定的签订二次固定期限劳动合同后应签订无固定期限劳动合同的相关权利；第二，此种规定使双方的劳动合同期

限无法确定，如果司法实践认可这一做法，则用人单位可故意拖延不签订新的劳动合同，而逃避签订无固定期限劳动合同的义务；第三，如认可这种做法，则用人单位可随时以不重新签订新的劳动合同为由终止劳动关系，而规避其违法解除劳动合同应支付赔偿金的责任。

笔者赞同第二种观点，上述案件的法官同样也是持第二种观点。

《劳动合同法》第26条规定：“下列劳动合同无效或部分无效：……（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；……”而“合同到期后乙方（劳动者）继续留在甲方（用人单位）工作，但没续签劳动合同的，视为原劳动合同的自动延续，直至重新订立新的书面劳动合同”的约定，实际上就是免除了用人单位续签劳动合同的法定义务，排除了劳动者要求签订书面劳动合同的权利，所以应当认定为无效。上述约定的意图是将原劳动合同的期限无限延展，延展到此后的事实劳动关系存续期间。劳动合同存在的重要意义在于使双方的权利义务关系明确，然而，上述约定却使得作为劳动合同最核心要素的合同期限变得极不明确，有违合同法理，不能视为合同的变更。

但是，需要说明的是，如果劳动合同约定“合同期满时，如双方并未提出书面异议，本合同自动延续三年（或其他固定期限）”或其他类似约定，因为此类约定对合同顺延的期限是固定的，这样并未免除用人单位的法定义务、排除劳动者的权利，可视为劳动合同的变更，应属于有效的规定。

在（2012）深福法民四初字第1470号案件中，陈某与招商信诺人寿保险公司（下称招商人寿公司）的劳动合同中约定，合同期限为3年，合同期满后如双方没有提出书面异议，劳动合同自动延续3年。深圳市福田区人民法院认为，陈某与招商人寿公司签订的劳动合同是双方的真实意思表示，且不违反法律及行政法规的强制性规定，应当认定合法有效。该劳动合同约定三年期满后如果没有提出书面异议，应自动延续三年。因此，该劳动合同应当对陈某与招商人寿公司继续生效，陈某与招商人寿公司在合同到期后均没有提出书面异议，应当按照合同约定劳动关系延续三年。因此，陈某起诉称招商人寿公司没有签订书面劳动合同，要求支付二倍工资差额的主张没有事实依据。

【风险应对】

签订书面劳动合同，是用人单位的法定权利同样也是法定义务。劳动合同期满后，用人单位需继续劳动者提供劳动的，应在劳动合同期满前及时与劳动者续签书面劳动合同。否则，用人单位将面临支付二倍工资的法律风险。

如果用人单位采取本文讨论的劳动合同自动延续的方法，则应注意以下几个问题，首先，这种约定必须在劳动合同中进行明确约定，而非在规章制度进行约定。其次，应约定具体的延续期限。否则，用人单位类似的约定，很有可能会比裁判机构认定为无效，这样同样会面临支付二倍工资的法律风险。

备注：已在“威科先行劳动法库”发表。

作者简介：何志杰，广东联建律师事务所合伙人律师，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员，网站 HR730 特聘专家。长期从事劳动法实务，承办了大量重大疑难的劳动纠纷案件，并为多家企事业单位担任常年法律顾问或劳动法专项法律顾问，具有丰富的劳动法实务经验。

劳动合同订立中的 20 个坑——如何打造完美的劳动合同

段海宇，广东瀛尊律师事务所

企业订立劳动合同时所用的大部分合同都是当地人力资源和社会保障部门制定的劳动合同范本，这类劳动合同范本合法性当然不存在问题，但是从企业角度而言，还是存在很多法律风险漏洞的，做得好不如谈的好，谈的好不如写的好，劳动合同法律风险管理是劳资法律风险管理的基础，笔者根据常年劳资法律风险管理经验，在此对企业劳动合同订立过程中存在的 20 个坑总结如下：

一号坑：员工不分类

不同岗位的员工适用的用工模式和用工成本不同，例如非全日制用工模式下的用人单位用工成本相对就低了很多，管理起来也很方便。下表显示了不同岗位适用的用工模式及其用工成本。

建议：对不同岗位的员工制定不同的合同条款。

工作岗位	岗位特点	适合的用工模式	定义	用工成本
产线工人、处理事务性工作的办公室白领等	标准化作业； 关系稳定； 以时间计酬。	标准工时制	工作时间相对固定（每天 8 小时，每周 40 小时）的用工模式	加班费和社会保障成本高； 规定严密，违法成本高；
淡旺季明显的岗位	工作时间安排灵活；需要连续作业，无法实行标准工时制	综合计算工时制	以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间	非法定节假日加班按照 150% 计

外勤销售人员、查勘人员等	工作时间灵活；需机动作业，无法实行标准工时制度；工作成果无法用时间衡量	不定时工时制	没有明确工作时间的用工模式	加班成本低
快餐店的“小时工”、保洁工	用工灵活；单日工作量不大，工作时间较短	非全日制用工	每天工作不超过4小时，每周不超过24小时	加班成本、社保成本和离职成本低
保安、保洁、司机、文档作业员等	对技术或专业要求不高；临时性、辅助性、替代性	劳务派遣	由劳务公司派出员工到用工单位从事相关岗位工作的用工模式	若劳务派遣机构专业规范，则可节省社保、管理成本
IT 产品研发项目、保安保洁项目等	工作周期较短，独立性强、效果容易评价、技术要求较高/较低的工作项目	劳务外包	由劳务外包公司员工自主完成其他单位要求完成一定任务（项目）的用工模式	不适用劳动法，无须承担劳动法规定的加班、社保和离职等成本
体检医生、特殊险种的核保理赔员等	稀缺性强，能为公司带来较大价值的退休人员	退休返聘	用工单位续用达到退休年龄、办理完退休手续的人员的用工模式	不适用劳动法，无须承担劳动法规定的加班、社保和离职等成本

快餐店的“计时工”等	对技术或专业要求不高的临时性、辅助性、替代性工作岗位	勤工助学	学生在学校的组织下利用课余时间，通过劳动取得合法报酬，用于改善学习和生活条件的社会实践	不适用劳动法，无须承担劳动法规定的加班、社保和离职等成本
------------	----------------------------	------	---	------------------------------

二号坑：主体不明确——以谁的名义签订劳动合同

与员工签订劳动合同的主体必须是依法取得营业执照的法人或者分支机构，否则，将构成非法用工；同时，如果是企业集团，分支机构遍布不同地区，则还可以选择社保成本洼地所在用人单位签订劳动合同，然后派驻出去。这对我国社保成本负担沉重的企业而言，尤其必要。另外，不同地区政府和司法机关的执法和司法倾向性也不同，这无疑也会影响企业的用工成本。

建议：企业集团综合考虑用人单位主体资格、各地社保费率、不同地区政府和司法机关的执法和司法倾向性、用工编制和工资总额限制不同，有针对性地选择不同的分支机构与员工签订劳动合同。

三号坑：劳动合同期限一刀切

劳动合同分为固定期限、无固定期限和以完成一定任务为期限三种，人力资源管理实务中大多数用人单位，不加区分地采用同一种劳动合同期限，导致用工管理自主权降低或者增加用工成本，例如建筑项目、软件项目岗位，本可以签订以完成一定工作任务为期限劳动合同，项目完成完成即可终止劳动合同，如果签订固定期限劳动合同，则在期限届满之前项目完成，用人单位无法立即终止劳动合同，则将会增加后续工资和社保等用工成本。

建议：对普通员工，签订固定期限劳动合同，期限的长短可以按照工作岗位的需要确定；对建筑项目、软件项目岗位员工，可以采用完成一定工作任务为期限，但需要注意要明确约定工作任务完成的标志；对技术性或者管理型员工，则

可以签订长期固定期限或无固定期限，建立员工和单位的长期关系，增强员工的忠诚度和企业对核心人才的吸引力。

四号坑：工作地点约定不科学（适用企业集团、分支机构分布多地）

如前所述，现在各地社保费率、不同地区政府和司法机关的执法和司法倾向性、有的企业还存在用工编制和工资总额限制，因此，有必要针对性地选择不同的分支机构与员工签订劳动合同，这种情况下工作地点也就必须相应地做出约定。

建议：分支机构普遍多地的企业集团可以选择社保费率低的工作地点；选择倾向保护用人单位的工作地点；选择最低工资标准低的工作地点。另外，工作地点宜明确不宜模糊。例如像“中国”“广东”或者约定为“单位办公场所及其委派的其他工作场所”“职工自愿服从公司工作地点的安排”等等，法院或者仲裁部门会根据实际履行原则，以员工现有的工作地作为工作地点；宜面不宜点，例如深圳地区；与岗位相结合，例如对外勤、销售、采购人员等，这类员工的工作性质决定了其工作地点其需要在企业机构所在地以外的其他区域工作，以完成工作任务，因此，可以根据需要在劳动合同中约定“工作地点为：公司所在地XX市等，用人单位根据经营需要，可以对员工的工作地点在上述范围内作合理调整，员工同意并承诺在以上范围内服从公司的工作地点调整的安排”。

五号坑：岗位期限和合同期限不分

人力资源管理实务中，很多HR对调岗调薪手足无措，操作不当，可能被认定为擅自变更劳动合同，被员工以此为由解除劳动合同并支付经济补偿。则显然增加了用人单位的管理难度和成本。

建议：将劳动合同期限和岗位期限分开，单独约定岗位聘任期限，待岗位聘任期限届满，根据考核结果重新确定工作岗位。

六号坑：劳动报酬条款简单化

很多用人单位的劳动报酬条款过于简单、僵化，严重限制了用人单位的自主权，也失去了劳动报酬的激励性。

建议：

1. 报酬结构多元化。

例如基本工资+绩效工资+福利+年终奖+补贴的结构方式，并制定每类工资项目不同的支付办法，如基本工资依据岗位确定，绩效工资随考核，福利以级别职位为准，年终奖将个人报酬与企业效益相结合，补贴作为企业的自由支配项目。

2. 劳动报酬长期化

降低短期支付项目，加大长期支付项目。如年终奖、福利、补贴可以采用按年发放的方式，并将其发放与职工工作年限相结合股权激励——发股权、少发工资。

3. 劳动报酬的制度化

建立劳动报酬支付办法，实行劳动报酬的公平公正公开管理。具体操作是将劳动报酬结构、支付方式、支付时间、支付依据、晋升规则、保密规定集中作为企业的一项规章制度，实现劳动报酬成本的可控性。

七号坑：社保条款简单化

现在的劳动合同范本，社保条款基本上都是固定的，这固然省事，但是对用人单位风险不小，不利于节省社保成本和降低社保风险。例如将本能够福利化的项目作为工资发放，则会增加社保缴纳基数，增加社保成本，用工安全风险高的行业则还需要补充商业保险等等。

建议：

1. 社会保险缴费基数优化。社保缴费基数优化需要和工资结构、用工模式相结合，采用工资福利化、降低短期工资、增加长期工资数额和非劳动用工的方式降低社保缴费基数或无须缴纳社会保险费。

2. 社保外包。目前一些人力资源服务公司均能提供社保代理服务，可以通过社保业务外包降低社保操作的人工成本。

3. 异地缴纳。集团用工的，通过不同地区的社保费率差异降低社保费

4、商业保险补充。对工伤发生率高的企业，工伤保险基金虽然可以报销医疗费、住院伙食补助费、护理器具费、护理费、伤残津贴、一次性伤残补助金、一次性医疗补助金等大部分工伤保险待遇，但仍有停工留薪期待遇、市外就医交通、食宿费、一次性伤残就业补助金由企业本身承担，企业可以通过商业补充保险免除企业的赔付责任。

八号坑：员工赔偿条款不明确

根据《工资支付暂行规定》第十六条、《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第四条和《侵权责任法》的相关规定，劳动者因个人原因造成单位损失（例如员工不辞而别等违法解除、终止劳动合同造成的损失等），用人单位可以向劳动者主张损失赔偿责任。但上述规定都未明确损失的范围、计算标准等问题，增加了用人单位的操作困难。

建议：用人单位可在劳动合同中对劳动者因为过失或侵权造成是损失范围、计算标准等做出界定，如此，一旦发生，将有据可循，有利于约束员工的违法解除、终止劳动合同等违法或侵权行为，增强劳动合同对员工的约束作用，降低用工成本。

九号坑：无竞业限制义务解除条款

竞业限制对保护用人单位的商业秘密是必要的，但是它也是需要成本的，而且成本不菲。例如《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（四）》第六条规定，竞业限制经济补偿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。有些地方还高于这个标准，例如深圳、珠海、宁波都规定为员工离开企业前最后十二个月月平均工资的二分之一。

但是，在人力资源管理实践中，笔者看到有些用人单位滥用竞业限制，甚至与那些不接触商业秘密或者接触的商业秘密层级很低的员工签订竞业限制协议，在双方解除或终止劳动合同后，因为这些员工不像高级技术人员或者高级管理人员那样，就业时受到的行业限制小，其就业市场面很大，仍然可以在非竞争性行业或岗位很方便地找到工作，竞业限制协议事实上对他们的就业影响很少，例如

软件开发企业的前台，他们离职之后，可以很容易在非软件开发企业重新就业。相反，如果是软件开发企业的技术总监，他们离职后，要到非软件开发企业找到工作就比较困难。但是因为该协议的存在，原用人单位仍然得向该员工支付经济补偿，如此就加大了用人单位的用工成本。除此之外，这方面还存在未约定劳动者工作、通讯地址变更通知义务等，导致在将来解除竞业限制义务时因为无法送达通知书而陷入被动。

建议：在劳动合同或竞业限制专项协议中明确用人单位的竞业限制义务单方解除权或者解除条件和劳动者工作、地址变动通知义务。

十号坑：无工作交接条款

《劳动合同法》第五十条规定劳动者应按双方约定办理工作交接，但是，没有对具体交接程序和范围进行明文规定，实际上法律也无法一一列明，如果没有明确规定，将增加用人单位的操作难度。

建议：根据具体企业情况和所在岗位职责等约定交接程序、交接部门、交接时间/期限、交接形式等问题和员工未妥善交接、拒绝交接时的损害赔偿责任等。

十一号坑：无法律文书送达条款

法律文书不能送达的影响：

第一、法律文书例如违纪处罚单、续签意向书、解除劳动关系通知书等对员工不发生法律效力，以此作出的扣减工资将视为克扣工资、以此作出的解除劳动合同通知将视为违法解除劳动合同。

第二、增加用工成本——不辞而别期间的社保费、期间发生的意外伤害。

第三、增加离职成本——双方无法证明解除劳动关系的原因，视为用人单位提出协商解除劳动合同，须支付经济补偿。

第四、丧失仲裁时效利益——因解除或者终止劳动关系产生的争议，用人单位不能证明劳动者收到解除或者终止劳动关系书面通知时间的，仲裁时效起算以劳动者主张之日为准。

建议：在劳动合同中注明员工通讯地址和联系方式，并注明如邮递地址和联系方式变动应当及时通知企业。员工邮递地址和联系方式变动未履行通知义务的，企业按照原地址邮递送达，无论是否退回均视为送达。因此造成的法律后果由员工负担。

十二号坑：无禁止兼职条款

《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：（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。”鉴于证明员工“对完成本单位的工作任务造成严重影响”和“用人单位提出，拒不改正”比较困难，增加了操作难度。

建议：用人单位可以将兼职规定为严重违反单位规章制度，如此，只要有证据证明其兼职皆可立即解除劳动合同且无须支付经济补偿。

十三号坑：未约定违反计划生育规定、工作时间之外违反治安处罚法为可以解除劳动关系

对于女职工违反计划生育政策是否可以解除劳动合同，现在理论上和实务中莫衷一是，对员工在工作时间之外触犯治安管理处罚法能否解除劳动合同，也众说纷纭。这给用人单位带来了困惑。

建议：在用人单位所在没有明确规定禁止以女职工违反计划生育政策和工作时间之外违反治安处罚法为可以解除劳动关系的情况下，在劳动合同、规章制度或集体合同中明确约定、规定可以此为由解除劳动合同。

十四号坑：自动续签条款不明确

未及时续签劳动合同，将导致用人单位支付双倍工资或者视为签订无固定期限劳动合同。为此，实务中，有些用人单位在其劳动合同结尾加上类似“本协议期满自动续签”的条款。对此，司法实务中，很多裁判以该条款无具体的续签劳动条件、续签劳动待遇及续签期限，认定该条款无效。

建议：完善续签约定条款，明确续签的劳动条件、劳动待遇、续签期限以及合理期限内补签劳动合同的责任。

十五号坑：无禁止挖墙脚条款

禁止挖墙脚条款，是指禁止劳动者对用人单位的在职员工发出邀请，或通过其他途径或手段招揽在职员工与用人单位解除或终止劳动关系的行为的条款。实务中，有时候遇到掌握公司核心技术或者资源的人离开公司，然后挖走一大批人的情况，这对用人单位的影响非常大，根据《劳动合同法》尽管不能追究其违约责任，但是可以追究其损害赔偿或侵权责任。

建议：

1. 在劳动合同中约定不得挖公司的墙角；
2. 将因此导致的损失包括商业秘密损失、招录费用等包含在损害赔偿、侵权赔偿项目中。

十六号坑：无规章制度确认条款

《劳动合同法》第四条规定，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，否则，该规章制度将不能作为处理双方劳动纠纷的依据。

建议：在劳动合同中详细列明规章制度的名称。

十七号坑：调岗调薪条款粗陋，不具有操作性

人力资源管理中员工的薪酬常常需要适时变更，如此才能实现薪酬的约束和激励作用。一般而言，劳动者薪酬的变化因素包括工作岗位、工作地点等方面的调整。但是，很多用人单位在劳动合同中没有员工不胜任工作或不从事工作的认定标准，也没有薪随岗变明确约定，加上一整套合理的经过民主程序通过并公示的薪酬体系，导致用人单位欲调岗调薪时非常被动，强行为之，则有可能被认定擅自变更劳动合同，被员工以非经平等协商一致变更劳动合同为由解除劳动合同，并要求支付经济补偿。

建议：

1. 约定岗位胜任标准；
2. 完善绩效考核程序；
3. 做好证据收集固定工作；
4. 让员工本人或者无利益关系第三方确认。

十八号坑：无劳动合同中止条款

劳动合同的中止条款是指在劳动合同履行的过程中，出现法定或约定的状况，致使不能继续履行劳动合同，但是劳动关系仍继续保持期间双方劳动权利义务的条款。

根据原劳动部关于《贯彻执行劳动法若干问题的意见》第二十八条规定，劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕期间，用人单位可与其暂时停止劳动合同的履行。暂停履行期间用人单位可停发工资、生活费，停缴社保，不承担用工权利义务。《上海市劳动合同条例》第二十六条则扩大了劳动合同中止的范围，该条例规定，劳动合同期限内，有下列情形之一的，劳动合同中止履行：

- (一)劳动者应征入伍或者履行国家规定的其他法定义务的；
- (二)劳动者暂时无法履行劳动合同的义务，但仍有继续履行条件和可能的；
- (三)法律、法规规定的或者劳动合同约定的其他情形。

劳动合同中止情形消失的，劳动合同继续履行，但法律、法规另有规定的除外。

建议：与劳动者明确约定劳动合同中止的情形及其该期限内双方之间的权利义务，例如明确约定该情形存续期间不计算在用人单位应当订立书面劳动合同的一个月期限内、无须支付劳动报酬和缴纳社会保险费。如此，将节省用人单位的用工成本。

十九号坑：未界定工作时间

工作时间与劳动者的劳动报酬、工伤等密切相关，例如没有明确约定午休时间是否计入劳动时间，则可能导致双方之间就此期间是否应当支付工资发生争议。劳动者认为午休时间应当与其他生理需求如喝水、上厕所的时间一样计入劳动时间。用人单位则认为在此期间，劳动者可以自由支配自己的时间且没有提供正常劳动，不应计入劳动时间。

建议：如果午休时间，劳动者可以自由支配，明确约定将午休时间排除在工作时间之外。

二十号坑：未约定加班费的计算基数

我国的加班工资的倍数是比较高的，因此，对用人单位而言，是一个较大的成本。由于法律没有明确规定加班费的基数，因此，各地对此有不同的规定和司法实务，例如现实中就存在以基本工资、实发工资、标准工资、正常工作时间工资等多个观点。最高人民法院在 2011 年的《全国民事审判工作会议纪要》中罗列了约定基数及实发工资基数两种观点。

建议：如用人单位所在地区对加班费计算基数无地方规定，可以在劳动合同中约定加班费计算基数，只要不低于当地最低工资标准即可。

本文根据作者本人在三茅人力资源网的《劳动合同订立中的那些坑》讲座整理而成。

作者简介：段海宇，广东瀛尊律师事务所律师，2015 年度深圳优秀专业律师。擅长领域：劳动法。个人专著：《人力资源法律风险管控操作实务》《人力资源全流程法律风险管理手册》等。

从败诉案件看完美劳动合同条款的设计

冼武杰，广东华途律师事务所

案例 1（这个是笔者作为仲裁员审理的一个案子）

某保安员，2014 年 4 月 1 日入职，2017 年 3 月 25 日被公司解除劳动合同。保安员申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金、2014 年 4 月 1 日至 2017 年 3 月 25 日的加班费、2014 年至 2016 年的高温津贴。

备注：

本案例仅讨论高温津贴这一项仲裁请求（在广东，每年的 6-10 月份，单位是要给高温作业的员工发放高温津贴的）。

提醒：

当大家看到要 2014 年、2015 年、2016 年这三年高温津贴这一项仲裁请求时，第一时间，要想到仲裁时效。

法条链接：

《劳动争议调解仲裁法》

第二十七条 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（第一款，一般仲裁时效）。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出（第四款，劳动报酬的特殊仲裁时效）。

问题：

高温津贴是劳动报酬吗？

答案：

在广东，高温津贴的法律性质不是劳动报酬，所以，它不适用劳动报酬的特殊时效规定，它适用的是一般仲裁时效，1年。

结论：

2014年、2015年的高温津贴已经超过了仲裁时效。

风险提示：

如果单位在劳动仲裁阶段没有提出时效抗辩，有什么后果呢？

根据新的劳动仲裁办案规则规定，劳动仲裁不再主动审查时效，让时效回到当事人的抗辩权的范围，故单位没有提出时效抗辩的话，劳动仲裁将不理睬时效问题，径行作出实体裁决。

新的问题：

劳动仲裁，单位没提时效抗辩，诉讼期间再提时效抗辩，是否可以呢？

法条链接：

最高人民法院《2015年全国民事审判工作会议纪要》

54、当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构作出了实体裁决后，当事人在诉讼阶段以超过仲裁时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

警示：

大家处理劳动案件，脑海里的第一根弦，首先一定要想到，仲裁时效这个点。

庭审实录：

保安员主张：办公地点在公司大门的岗亭，夏天的时候，在太阳的直晒下，岗亭很闷热，所以，公司要支付高温津贴。

公司确认保安员的办公地点在岗亭，但辩解说：岗亭装有空调，可以有效降温在 33 度以下，公司无须支付高温津贴。

争议焦点：

岗亭有无安装空调？

安装的，支持公司，没有安装的，支持员工。

根据“谁主张、谁举证”的原则，公司主张安装空调了，应由公司对此承担举证责任，公司就提交了岗亭的一些照片，说明，岗亭是安装有空调的。

保安员先是不确认了照片的真实性，然后说，他在职期间，是根本没有安装有空调的，所以，即使现在岗亭有空调，也不能证明他在职期间是有空调的。

裁决结果：

鉴于公司不能证明保安员在岗期间，岗亭是安装有空调的，裁决了公司要支付高温津贴。

案例 2（这个是笔者作为公司律师代理的一个案子）

某木工是给公司做商城专柜的装修工作，其向公司索要高温津贴。

公司观点：员工做装修都是室内作业，不存在着高温作业，不用给高温津贴。

员工观点：员工做装修作业的时候，空间是封闭的，而且，要使用一些电锯之类的工具，房间很闷热。

提出问题：

员工主张高温津贴，是由员工来主张其是高温作业，还是由单位来举证证明员工不是高温作业？

实务处理：

由仲裁员或法官根据庭审情况，来进行自由裁量，判断到底举证责任分配给哪一方。

裁决结果：

鉴于公司不能举证证明员工不是高温作业，裁决了公司要支付高温津贴。

思考：

用人单位怎么样证明员工不是高温作业呢？

解题思路：

我们可以在劳动合同中增加这么一个条款：

乙方的工作内容（岗位或工种）_____，为 ☐高温作业 ☐非高温作业。

思考逻辑：

对于非高温作业的员工，我们在合同中明确其工作岗位是非高温作业（也就是在非高温作业选项上打勾），这样，员工再主张高温津贴，应由员工来举证证明他是高温作业了，而这个对于员工来说，还是很困难的。

逆袭：

只要有这么一个条款，案件的结果可能就发生了逆转了，公司就可以胜诉了。

案例 3（这个也是笔者作为仲裁员审理的一件案子）

某保安员，2009 年 12 月 10 日入职，入职后签订了劳动合同，期限是 2009 年 12 月 10 日至 2012 年 12 月 9 日。2013 年 11 月 22 日，是公司口头辞退该安员。2013 年 11 月底，保安员申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金、加班费、未签订劳动合同的二倍工资差额。

备注：

本案例仅讨论二倍工资这个仲裁请求。

分析：

这个案子，实际上是劳动合同到期后，公司继续用工而没有续签劳动合同的情况，这种情况要不要给二倍工资呢？

回答：

司法实务的意见是要给二倍工资。

新的问题：

二倍工资怎么给？

回答：

司法实务中有 2 种处理意见：

第一种意见（广东、浙江、江苏、重庆、青岛等绝大多数地区）：续签合同，参照入职时签订劳动合同的情况来处理，用人单位有一个月的宽限期，故支付 2013 年 1 月 9 日至 2013 年 11 月 22 日的二倍工资。

第二种意见（北京）：因为用人单位对原劳动合同期满和继续用工的法律后果均有预期，所以不需要再给一个月的宽限期，支付 2012 年 12 月 10 日至 2013 年 11 月 22 日的二倍工资。

裁决结果：

按第一种意见裁决。

总结：

在 HR 的工作实务中，劳动合同到期了，忘记续签劳动合同的现象，虽然不多见，但这样的情况，也是时有发生。

思考：

怎么避免这一错误呢？

解决思路：

我们可以在劳动合同中，增加一条劳动合同的自动续签条款：

固定期限劳动合同期届满，双方对延续劳动合同无异议的，则劳动合同期限自动延长___年。

如乙方满足《中华人民共和国劳动合同法》及相关法规规定的应签署无固定期限合同条件的，则双方续签的为无固定期限劳动合同。

思考逻辑：

司法实务中，多数地区还是认可这样的自动续签条款的效力的。

但有些地区也会认为自动续签的劳动合同期限延长几年，这个续签的还是固定期限合同，如果员工具备签订无固定期限合同条件的，这样的自动续签的约定损害了员工可以签订无固定期限劳动合同的权利，所以，我看到有些判决就认定这种自动续签的条款无效。

所以，我们要增加可以续签为无固定期限劳动合同的内容，不要损害员工的权益，

逆袭：

只要有这么一个条款，案件的结果可能就发生了逆转了，公司就可以胜诉了。

案例 4（这个随手编的一个案例）

某公司财务小丽，下班后会给另一个小公司兼职做账，某公司就以小丽兼职为由予以辞退。

法条链接：

《劳动合同法》

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

（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；

法条解读：

依据该项规定解雇员工，法律给了两个方案：

1. 对完成本单位的工作任务造成严重影响。

但什么情况才是严重影响，怎么样证明对完成本单位工作任务造成严重影响？估计 HR 会比较迷糊，所以，好像实操起来不是那么好用。

2. 经用人单位提出，拒不改正。

怎么提出，口头提出？万一小丽不承认呢？看来还是要书面提出。书面提出，又涉及到一个送达的问题，怎么证明书面通知已经送达到小丽了。还有，怎么样证明小丽拒不改正的问题，这些好像都是问题。

所以，法律虽然给了两个方案，但两个方案，好像都不是很好用。

裁决结果：

公司败诉。

思考：

员工有兼职行为，我们如何才能更好更合法地辞退员工呢？

解题思路：

我们可以在劳动合同中增加这么一个条款：

未经甲方允许，乙方不得与其他单位建立劳动关系或劳务关系或者自营网店或做微商等，否则，视为乙方严重违反劳动纪律或严重违反甲方规章制度，甲方有权解除劳动合同。

思考逻辑：

有了这样一个条款，我们实际上是把它转化成严重违反劳动纪律或严重违反规章制度来处理，而不是套用兼职条款来处理。

逆袭：

有了这样一个条款，我们的解雇，就可以很简单了，员工再有兼职行为的，我们想怎么解雇就怎么解雇，so easy，老板再也不用担心我们不会炒人了。

作者简介：冼武杰，广东华途律师事务所律师、深圳市劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员、十届深圳律协劳专委委员。

标准工时制的法律风险管理——基于 SWOT 法律风险管理实例

段海宇，广东瀛尊律师事务所

分析背景

所谓标准工时制，是指劳动者按照标准工时（每日不超过 8 小时，每周不超过 40 小时，每周至少休息一天）提供劳动的用工模式。所谓标准工时，是指在正常的操作条件下，用规定的作业方法和设备，普通熟练作业者以标准的作业方法，在合理的劳动强度和速度下完成符合质量要求的工作所需的时间。

标准工时制的 SWOT 分析

所谓 SWOT 分析，即基于内外部竞争环境和竞争条件下的态势分析，就是将与研究对象密切相关的各种主要内部优势、劣势和外部的机会和威胁等，通过调查列举出来，并依照矩阵形式排列，然后用系统分析的思想，把各种因素相互匹配起来加以分析，从中得出一系列相应的结论，而结论通常带有一定的决策性。

运用这种方法，可以对研究对象所处的情景进行全面、系统、准确的研究，从而根据研究结果制定相应的发展战略、计划以及对策等。



S（strengths）是优势、W（weaknesses）是劣势，O（opportunities）是机会、T（threats）是威胁。按照企业竞争战略的完整概念，战略应是一个企业“能够做的”（即组织的强项和弱项）和“可能做的”（即环境的机会和威胁）之间的有机组合。

首先对标准工时制进行内部层面即用人单位和员工本身的分析，即 **SW** 优势分析。

S 分析

优势一：用人单位操作熟练

标准工时制是大多数用人单位的用工模式，大多数单位对其使用时间最长，范围最广，因此用人单位对此制定了完善的劳动用工管理制度，培养了大批专业队伍人员，积累了丰富的用工管理经验和技巧。

优势二：容易实现对员工的管控

标准工时制下，员工自主性也很少，用人单位可以通过规章制度等方式对劳动者进行严密的管理，因此，有利于用人单位的管控。

优势三：有利于劳资关系稳定和谐

标准工时制是对员工保护最有力的一种用工模式，有利于增强员工对企业的归属感、忠诚度，利于建立稳定和谐的劳资关系。

W 分析：

劣势一：用人单位用工自主性小

标准工时制是主要的用工模式，国家对其劳动合同、休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动争议等细节问题有明确的规定，用人单位用工过程中选择空间相对于其他用工模式小。

劣势二：员工的积极性、创造性低

标准工时制下的员工从事的大部分是事务性的工作，不需要多大的创造性劳动，因此其劳动报酬计算依据主要是劳动时间，因此，这些员工往往倾向于只追求完成自己的份内工作，不会主动去做工作职责之外的工作，因此，他们的积极性和创造性低，从而导致他们为企业创造的财富也少。

O 分析：

机会一：劳动力数量充足

劳动力市场上不具有创造性的员工毕竟占大多数，因此，对企业而言，适用标准工时制的劳动力往往是最多的。

机会二：政府劳动力法律政策支持

为了解决就业问题，维持稳定的社会关系，政府往往倾向于支持有时候甚至强制企业长期雇佣员工，这就是为什么《劳动合同法》千方百计要求企业与员工签订长期甚至无固定期限劳动合同的原因。而标准工时制下企业和员工之间的关系无疑正符合政府的胃口，因此，企业适用标准工时制对政府而言，是支持的，相应地也是政策风险最少的。

T 分析

威胁一：用工成本较高

劳动者加班用人单位须支付加班工资；须为员工缴纳社会保险费；在员工患病或者非因工负伤须支付病假工资，在员工发生工伤须承担一定的补偿责任。

威胁二：不利于人力资源的顺畅流动

在标准工时制下，法律对员工进行倾斜性保护，企业变更、解除或者终止劳动合同的条件非常严苛，实体上和程序上操作稍微不慎，就很可能构成违法变更、解除或者终止劳动合同，并承担经济补偿甚至赔偿责任，法律风险极大，因此，企业对于那些不适用岗位需求或者不适用本企业需要的员工不得不继续保持劳动合同关系，这不但加大了企业的持有成本，也无疑导致合适的员工无法进入。

综合上述分析，标准工时制只适用符合如下条件的岗位：

1. 作业条件标准化，即作业条件全面具体明确；
2. 作业方法标准化，即按照明确的作业方法作业并使用固定设备；

3. 作业能力标准化，即要求作业人员具备中等偏上的熟练度与必要的技能；

4. 作业强度标准化，否则，要么无法实现生产设备的效能最大化，要么对作业人员肉体、精神产生不利的影响；

5. 品质要求标准化，即品质评价标准明确具体统一。

如果将不符合上述条件的工作岗位（例如长途运输司机、需要经常出差的业务岗）适用标准工时制或者将适用上述工作环境的员工（例如创造能力强的研发人员、喜欢自主安排的业务人员等）配置到实行标准工时制的岗位，将抑制这些岗位或者员工的职能发挥，甚至导致他们用脚投票，离开所在企业。

标准工时制的风险管理

1. 及时签订劳动合同

根据《劳动合同法》规定，用人单位应在用工之日起1个月内签订劳动合同。否则，从第2个月起将向员工支付额外一倍的工资，超过1年的，将被认定为无固定期限劳动合同

2. 及时告知规章制度

应通过新员工手册和新员工培训等途径告知员工重要的规章制度（如违纪行为处理标准等），并保留书面证据。否则，相关制度将不能作为处罚违纪员工的依据

3. 妥善处理加班工资

严格依照法律和单位加班管理制度支付员工加班工资。否则，员工有权单方解除劳动合同，并要求公司支付经济补偿金。如当地政策允许，可在劳动合同中约定加班工资的计算基数。

4. 依法变更劳动合同

变更劳动合同，非因法定原因须与劳动者协商一致，或者符合当地的规定（例如在广东，只要调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要，调整工

作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当，不具有惩罚性和侮辱性且不违反其他违反法律法规的情形，就可以单方调整工作岗位），否则，劳动者可以此为由解除劳动关系并要求支付经济补偿。

5. 合法解除劳动合同

公司单方解除劳动合同应以法律和公司制度作为依据，并有相应的证据。否则，违法解除劳动合同将导致公司支付“双倍的赔偿金”

6. 强化证据意识

日常用工管理中应强化证据意识，形成和保存相关的证据。没有证据支持，将导致公司在劳动争议仲裁/诉讼中承担较重的法律责任。

7. 充分使用其他用工模式

根据前面的分析，标准工时制用工的用工成本较高，因此，企业应当在合法的前提下尽可能少地使用标准工时制，例如临时性、替代性或辅助性岗位，就可以依法使用被派遣劳动者，对平均每日工作时间不超过4小时，每周累计工作时间不超过24小时的工作岗位可以使用非全日制员工等。

作者简介：段海宇，广东瀛尊律师事务所律师，2015 年度深圳优秀专业律师。擅长领域：劳动法。个人专著：《人力资源法律风险管控操作实务》《人力资源全流程法律风险管理手册》等。

深圳区域女职工产假工资相关问题研究

凌超，广东卓建律师事务所

随着全面放开二孩政策的深入推进，越来越多的女性加入到了生二孩的行列，而随之而来的关于女职工产假事宜所产生的纠纷则有所增加，包括就业歧视、产假天数、产假工资、“三期”待遇等。笔者试图通过本文探讨并揭示深圳地区女职工产假天数及产假工资标准。

一、产假天数

1.1 法律是如何规定的

从全国层面而言，关于女职工的产假天数，规定于国务院于 2012 年 4 月 28 日公布并施行的《女职工劳动保护特别规定》之中，其中第七条规定：

「女职工生育享受 98 天产假，其中产前可以休假 15 天；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。

女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。」

由于 2015 年 12 月 27 日新修订的《人口与计划生育法》于 2016 年 1 月 1 日起实施，在全国范围内放开二孩生育，并将符合计划生育政策的奖励办法赋予地方政府及立法机关制定。因此，广东省人民代表大会常务委员会于 2015 年 12 月 30 日修订了《广东省人口与计划生育条例》，将符合计划生育的奖励假延长至 30 天，其后又于 2016 年 9 月 29 日重新修订《广东省人口与计划生育条例》，将奖励假天数延长至 80 天，具体条文如下：

「**第三十条** 符合法律、法规规定生育子女的夫妻，女方享受八十日的奖励假，男方享受十五日的陪产假。在规定假期内照发工资，不影响福利待遇和全勤评奖。」

2016年11月3日，广东省人民政府通过了《广东省实施〈女职工劳动保护特别规定〉办法》，该办法于2017年2月1日起施行，其中第第十一条规定：

「女职工生育享受98天产假，其中产前可以休假15天；生育时遇有难产的，增加30天产假；生育多胞胎的，每多生育1个婴儿，增加15天产假；符合法律、法规规定生育子女的，按照《广东省人口与计划生育条例》的有关规定享受奖励假。

女职工怀孕未满4个月终止妊娠的，根据医疗机构的意见，享受15天至30天产假；怀孕4个月以上7个月以下终止妊娠的，享受42天产假；怀孕满7个月终止妊娠的，享受75天产假。

《广东省职工生育保险规定》对女职工生育享受生育津贴的产假天数的规定与本条第二款规定不一致的，按照本条第二款规定执行。」

具体到深圳经济特区而言，2015年12月24日修订的《深圳经济特区人口与计划生育条例》第三十五条规定：

「职工实行晚育并符合计划生育政策的，除按国家、广东省有关规定享受假期优待外，女方增加产假十五天。」

由于《人口与计划生育法》和《广东省人口与计划生育条例》已经对计划生育政策、再生育条件、生育奖励和社会保障、服务管理、社会抚养费征收等内容予以了明确规定。计划生育现处于逐步放开趋势，计划生育政策应当严格按照国家、省的规定执行，不宜通过特区立法予以突破，于是在2017年3月21日举行的深圳市六届人大常委会第十五次会议上将《深圳经济特区人口与计划生育条例》予以废止。

1.2 结论

根据上述行政法规及地方性法规的规定，目前深圳市女职工产假天数如下：

第一种情形：未能顺利生产

- （1）怀孕未满4个月流产的，产假天数为：15-30天；
- （2）怀孕已满4个月不满7个月流产的，产假天数为：42天；
- （3）怀孕满7个月流产的，产假天数为75天。

第二种情形：顺利生产

- （1）正常休假天数为：98天+80天=178天；
- （2）难产（含剖腹产）产假天数为：178+30天=208天；
- （3）多胞胎生育的，每多生育1个婴儿增加15天产假。

1.3 特别说明

鉴于《深圳经济特区人口与计划生育条例》是在2017年3月21日才被废止，而《广东省人口与计划生育条例》在2016年9月29日将奖励假从原来的30天延长至80天。因此，会出现不同时期女职工产假天数不同的情况，比如：

2016年9月29日之前，深圳女职工产假天数为98（全国）+30（广东）+15（深圳）=143天

2016年9月29日至2017年3月20日期间，深圳女职工产假天数为98（全国）+80（广东）+15（深圳）=193天

至于不同产假天数的适用问题，笔者以为由于实践中女职工从申请产假到公司批准休产假再到实际开始休产假，会有一定的流程和期限，故，从公平合理的角度而言，产假天数长短的界定应以婴儿出生的时间点作为确定标准，也即女职工在2016年9月29日之前分娩的，其依法可以享受的产假天数为143天，依此类推。

二、产假工资

2.1 法律规定

《广东省实施〈女职工劳动保护特别规定〉办法》

「**第七条** 用人单位不得在劳动合同或者聘用合同中与女职工约定限制其结婚、生育等合法权益的内容；不得因性别原因在薪酬调整、职务晋升等方面歧视或者限制女职工。」

第九条 女职工需要在劳动时间内进行婚前检查的，用人单位应当给予便利。

第十三条 女职工按照规定休产假或者计划生育手术假的，享受国家和省规定的生育保险待遇。用人单位未参加生育保险或者欠缴生育保险费，造成女职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本省及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向女职工支付费用；其中生育津贴低于女职工原工资标准的，用人单位还应补足差额部分。

前款所称女职工原工资标准，是指女职工依法享受产假或者计划生育手术假前12个月的月平均工资。前12个月的月平均工资按照女职工应得的全部劳动报酬计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货币性收入。前12个月的月平均工资低于女职工正常工作时间工资的，按照正常工作时间工资标准计算。女职工享受假期前在用人单位工作未满12个月的，按照其实际参加工作的月份数计算。」

《深圳市员工工资支付条例》

「**第三条** 本条例所称工资，是指用人单位依据国家有关规定和劳动关系双方的约定，以货币形式支付给员工的劳动报酬。但依据法律、法规、规章的规定，由用人单位承担或者支付给员工的下列费用不属于工资：

社会保险费；劳动保护费；福利费；用人单位与员工解除劳动关系时支付的一次性补偿费；计划生育费；其他不属于工资的费用。」

第四条 本条例所称标准工资，是指员工在正常工作时间内为用人单位提供正常劳动应得的劳动报酬，但不包括下列各项：

支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；无确定支付周期的劳动报酬，如一次性的奖金、津贴、补贴等；用人单位支付给员工的标准工资不得低于最低工资。

第二十二条 员工依法享受产假、看护假、节育手术假等假期的，用人单位应当视为提供正常劳动并支付工资。」

2.2 法院判例检索结果

「截至2017年3月26日，经笔者通过无讼案例检索深圳市地域内2015年、2016年产假工资关键词，共检索到79份判决书，其中2015年38份，2016年41份。」

该79份判决书中部分判决书涉及的员工的工资部分比较复杂，比如某医院医生的工资构成由正常工作时间工资、福利费、周六加班费、交通餐饮补贴、安全绩效奖金及绩效工资构成，法院在核定该医生产假工资时将其工资所有构成项目均计入产假工资计算基数，其中绩效工资每月并不固定，故法院将其休产假期间的绩效工资基数按其休产假前十二个月的平均绩效工资核算并纳入产假工资计算基数。

再比如某保险公司法务的工资由基本工资+岗位绩效奖金构成，一审法院依照其平均工资核算其产假工资；再比如某培训学校教师的工资结构由基本工资+职务津贴+绩效奖金+业绩提成+交通、食宿、通讯补贴构成，法院在计算其产假期间工资时，将上述工资均纳入计算基数，至于业绩提成，法院核算其休产假前十二个月的平均工资核算，而各类补贴，法院认为性质上属于用人单位对员工正常出勤时相应支出的专项补贴，员工产假期间未实际出勤，故对补贴类收入法院未支持，至于绩效奖金，法院也未支持但未说明理由。

2.3 本律师意见及结论

在《女职工劳动保护特别规定》出台时候，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会专门开过一个研讨会，就女职工休产假期间，用人单位按照什么标准发放其工资问题进行了专门讨论，即提成工资、绩效工资、加班工资等要不要算作产假工资的组成部分，当时研讨的意见有两种：

一种意见是从公平角度来看，员工休产假属于客观事件，不属于因员工的主观原因不能参加劳动，故其产假工资应当按其休产假前的工资标准发放。另一种意见认为，员工休产假期间，视为提供正常劳动，但是不能为用人单位提供额外劳动，故其加班工资因不存在加班事实可不予发放。其他工资项目，如属于在休产假前每月均固定发放的，如工龄奖，应当继续发放，如属于不固定发放的，具有浮动性的项目，如业务提成、绩效奖金等，则可以不予发放。

但根据前述法规的规定、深圳市审判实践，法院原则上取上述第二种意见，即按照女职工原工资待遇核算其产假工资，如涉及不固定工资构成部分的，例如加班费、提成、绩效工资等，法院原则上认定属于产假工资构成，具体计算时以休产假前十二个月的平均工资核算其具体金额。至于每月固定发放的工资，比如基本工资、职务津贴、岗位津贴、工龄工资等，均计入产假工资计算基数。

另外，本律师也观察到，有部分判决书在核算产假工资时未支持通讯、交通、餐饮补贴及绩效工资，故本律师认为实践中，用人单位计算女员工工资构成时尚具备操作空间，应当将员工的工资根据其实际构成进行分门别类，由其在目前女职工奖励假天数增加且奖励假期间社保部门并不支付生育津贴的情况下，对用人单位而言，如何科学合理地设计员工工资构成具有很强的现实意义，争取既不损害女职工的合法权益，也有效控制用人单位的用工成本，实现用人单位与员工之间的利益平衡。

用人单位如何利用用工自主权合理调整员工岗位？

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

用人单位因生产经营的需要，调整劳动者的工作岗位。但劳动者收到调岗通知后，以双方未协商一致，本人不同意调岗为由，不到新岗位报到上班。用人单位以此为由，直接辞退劳动者。在此情况下，用人单位的行为是否属于违法解除劳动合同的行为？劳动者以此为由要求用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金，是否能得到法院的支持？法律上关于调岗是如何规定的？

这种调岗劳动争议纠纷在现实生活中大量存在。实际上，主要是涉及到用人单位能否对劳动者岗位进行单方面调整，以及如何调岗才算是合法有效等等法律问题。

首先，我们来了解什么是调岗？

调岗，是指用人单位根据生产经营需要，为最大限度地降低用工成本，实现效益最大化，对劳动者的工作岗位进行调整和变更的用工自主行为。

用人单位基于经营和管理需要，在不违反法律规定的情形下，应当拥有用工自主权和管理权，在不违反劳动合同的约定及降低工资待遇的情况下，可以对劳动者岗位进行调整。

先来看一则深圳的真实案例。

基本案情：

戴某于2013年5月6日入职某公司，岗位约定为管理。2014年6月3日，公司因生产经营需要，将戴某自工程部的管理岗位调至项目部的管理岗位，级别和待遇均未降低。但是戴某以公司未与其协商一致擅自调岗为由不服从公司安排，公司对其发出8次警告，要求其到新岗位上班，但是戴某一直未服从安排，公司因此以戴某严重违反规章制度为由辞退戴某。戴某不服申请仲裁，认为系违法辞退，要求支付赔偿金。仲裁及一审均裁决戴某败诉，戴某上诉至深圳中院。

法院查明的事实：

伟某力公司以戴某调整工作岗位后，不服从安排，先后给予八次警告，以戴某严重违纪为由，辞退戴某。戴某上诉主张伟某力公司单方调岗行为违法，未与其协商一致，侵害了戴某的合法权益，且伟某力公司的员工手册未经民主程序制定和公示，不能作为处罚的依据。

经查，戴某与伟某力公司签订的劳动合同约定的工作岗位为“管理”岗位，伟某力公司主张公司 26 级以上的人员均为管理人员，戴某调岗前后均为 27 级，岗位均为管理岗位。戴某确认其调岗前后的级别均为 27 级，但认为其入职后一直是工程部经理，调岗后只是技术组的技术员，工作岗位和内容均发生了改变，伟某力调岗行为违法。

法院认为：

用人单位基于经营和管理需要，在不违反法律规定的情形下，应当拥有用工自主权和管理权，在不违反劳动合同的约定且未降低劳动者的待遇的情况下，用人单位应当拥有合理的调整岗位的权利。伟某力公司作为用人单位，基于公司的经营需要对部分人员的工作内容及相关部门构架进行了调整，并非仅针对戴某个人的行为，双方劳动合同约定的工作岗位也仅是“管理”，并非戴某主张的工程部经理，戴某工作调整前后的级别及待遇并未改变，且依据双方确认的组织构架图可以确认，戴某仍然为经理层级，直接归属于项目部高级经理管理，因此伟某力公司的调岗行为并未违反双方劳动合同的约定。戴某应当服从公司的工作安排，其在收到工作变更通知后，既未向公司基层工会进行申诉，又拒绝公司的工作安排，其行为违反了伟某力公司的规章制度。因戴某签名确认知晓伟某力公司的《员工手册》，该员工手册并不违反法律规定，伟某力公司依据该手册对戴某作出八次警告处分，认为戴某严重违纪，按照《劳动合同法》第 39 条第 2 款的规定与戴某解除劳动关系，符合法律规定，依法无需支付违法解除劳动合同赔偿金。

法院裁决结果：

驳回上诉，维持原判。

通过上述案例，我们要考虑如下几个问题：

一、用人单位能否单方面调整劳动者的工作岗位？

笔者认为，用人单位作为生产经营单位，对生产经营及员工管理有自主经营管理权，劳动合同是静态的书面约定。为了开展生产经营活动，用人单位当然有权出于生产经营需要，调整劳动者的工作岗位，否则，劳动者的工作岗位僵化，无法实现用人单位的经营自主权和用人自主权。因此，用人单位有权根据生产经营需要，调整劳动者的工作岗位。

对劳动者的调岗主要包括协商一致调岗、单位生产经营需要调岗、用人单位依法调岗几大类，由于双方协商一致基本上无争议，故后面两种，也可称为用人单位单方面决定调岗，所引起的争议较多。

二、用人单位对劳动者调岗需要具备什么条件？

对此问题，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》作出了明确的规定。

该纪要第 22 条规定，用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：（一）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；（二）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；（三）不具有侮辱性和惩罚性；（四）无其他违反法律法规的情形。

用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

根据以上规定，用人单位对劳动者调岗需同时具备四个要件，缺一不可。

如用人单位的调岗行为不符合上述规定的，劳动者可以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿。同时，在调岗行为不符合上述规定的情况下，用人单位以劳动者不服从工作安排、旷工等为由作

出辞退行为，将被视为违法解除劳动合同，并存在依据《劳动合同法》第八十七条的规定，支付相当于经济补偿金二倍赔偿金的风险。

同时，是否符合上述四个条件，举证责任在于用人单位，而不在于劳动者。

而调岗的核心又在于“调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当”“不具有侮辱性和惩罚性”这两个核心要件上。如何界定调岗后劳动者的工资水平“基本相当”，省高院的纪要没有作出更进一步的说明和解释，需要司法实践中结合案件实际情况予以综合确定。是否存在“侮辱性和惩罚性”，也需要结合调岗前后劳动者的人格是否受到侮辱、可否存在社会评价降低、是否存在处罚的事实等进行了综合认定和判断。

三、本案之所以用人单位能胜诉，主要在于：

1. 在不违反劳动合同的约定且未降低劳动者的待遇的情况下，用人单位应当拥有合理的调整岗位的权利；

2. 双方劳动合同约定劳动者的工作岗位仅是“管理”，戴某工作调整前后的级别及待遇并未改变。

3. 公司因生产经营需要对部分人员的工作内容及相关部门构架进行调整的行为，并非仅针对具体个人的行为，因此不具有侮辱性和惩罚性。

第 1 条解决了合法性、合理性问题，第 2 条解决了薪资水平大致相当的问题，第 3 个问题不仅解决了合理性问题，同时不具备侮辱性和惩罚性。在此情况下，戴某拒绝公司的 8 次通知，公司以严重违反规章制度为由予以辞退，属于行使用工自主管理权的行为，应当认定为依法辞退。

四、如何正确处理调岗行为，使其合法有效？

建议一、最好是双方协商一致，并签订《劳动合同变更书》，或者《变更工作岗位确认书》等书面文书，明确调整薪资、工作岗位情况系经双方协商一致。

建议二、在《劳动合同书》签订之初，就应当约定如下条款：

“甲方因生产经营需要可以调整乙方的工作岗位、工作内容，不视为甲方违反合同，经协商可变更本合同主体或部分内容，合同其他内容仍然有效，变更通知书或调动通知书经乙方签认后作为本劳动合同的附件……”

“乙方理解和认同甲方经营特点，愿意配合甲方经营需要而进行的岗位调整……”

上述条款写在《员工手册》中也可以达到相同效果。有上述约定，可解决合法性问题。

建议三、薪资水平大致相当，且不能有歧视性和侮辱性，这主要是要解决合理性问题。由于合理性问题很难界定，前面已经讲到，用人单位基于经营和管理需要，在不违反法律规定的情形下，应当拥有用工自主权和管理权，在不违反劳动合同的约定且未降低劳动者的待遇的情况下，用人单位应当拥有合理的调整岗位的权利，但是何为“合理”？在多大范围内属于“合理”？需要结合具体案情作出认定和判断。

总之，在处理调岗劳动者工作岗位争议时，应当遵循劳动法律规定，充分保障劳动者合法权益，并应当具备“调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当”、“不具有侮辱性和惩罚性”等核心要件。在此情况下，用人单位可拥有合理的调整岗位之权利。

备注：文中人物为化名，案件来自广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法劳终字第 3224 号民事判决书。

因客观情况发生重大变化时解除劳动合同，切记要先行协商变更

何志杰，广东联建律师事务所

【导言】

《劳动合同法》第40条第1款第（三）项规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化时，企业可行使预告解除权。

但是，企业因上述情形行使预告解除权时，企业往往比较关注解除劳动合同的情形是否属于客观情况发生重大变化这一实体问题，而完全忽视了与劳动者协商变更劳动合同这一程序问题，由此给企业带来违法解除劳动者劳动合同的法律风险。下面，我们通过一个案例来进行讨论。

【基本案情】

2016年1月16日，信立泰公司向王某出具《解除劳动合同通知书》，以公司业务调整，公司决定撤销药品第二事业部宝安厂区中试车间，且不再设定相关职能为由，因与王某协商未达成一致，而通知王某解除其劳动合同。随后，信立泰公司向王某支付了经济补偿金与代通知金。

王某对公司解除劳动合同的决定不服，认为信立泰公司根本未与其协商变更工作岗位，且其不同意解除劳动合同，公司解除劳动合同的行为属于违法解除劳动合同。因此，王某向仲裁委提起仲裁，并历经一审与二审。

二审法院认为，本案的争议焦点在于信立泰公司解除王某劳动合同是否符合法律规定。根据《劳动合同法》的相关规定，在劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位可以提前三十日以书面形式通知或者额外支付劳动者一个月工资后，解除劳动合同。本案中，信立泰公司提交的双方在2016年4月7日的谈话录音中并未显示王某有认可信立泰公司在解除劳动合同前就岗位变更一事与其进行过协商，信立泰公司亦未提供其他充分有效的证据证

明双方进行过协商的事实。因此，二审法院认为，在客观情况发生重大变化的情况下，信立泰公司未与吴某协商变更劳动合同而直接解除劳动合同，信立泰公司与王某解除劳动合同的行为不符合法律规定，构成违法解除，依法应支付其违法解除劳动合同的赔偿金。

【案例评析】

根据《劳动合同法》第 40 条第（三）项的规定，如果劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，用人单位和劳动者可以协商变更合同，协商不成的，用人单位应该提前 30 日书面通知劳动者，或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除合同。这是法律赋予用人单位的一项权利。

企业依据上述条款解除劳动者的劳动合同时，除需证明解除劳动合同的情形属于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，还应先行与劳动者就劳动合同的变更进行协商，充分尊重劳动者的意愿。协商不成的，企业才可依法解除劳动合同。如果未经协商，而直接解除劳动合同，则会构成违法解除劳动合同。

在本案中，信立泰公司正是因为协商变更劳动合同程序的缺失，而导致被认定为违法解除劳动合同。

因此，本案提醒企业，企业根据《劳动合同法》第 40 条第（三）项解除劳动合同时，除了重视“客观情形发生重大变化”的实体要求之外，还应重视协商变更劳动合同的程序要求。

作者简介：何志杰，广东联建律师事务所合伙人律师，深圳市律协劳动与社会保障法律专业委员会委员，网站 HR730 特聘专家。长期从事劳动法实务，承办了大量重大疑难的劳动纠纷案件，并为多家企事业单位担任常年法律顾问或劳动法专项法律顾问，具有丰富的劳动法实务经验。

达到法定退休年龄人员因工受伤，能否认定为工伤？

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

很多达到法定退休年龄的人员，因其具有丰富的工作经验、技术熟练、身体健康，且也有继续工作的意愿，故并没有享受退生活，而是继续到单位工作。部分单位因客观原因也愿意录用达到法定年龄的人员，尤其在物业管理企业、建筑施工企业、建设工程监理企业大量存在这种情形。

达到法定退休年龄的人员，既包括退休返聘人员，也包括超过法定退休年龄的务工农民，有的已经在享受养老保险待遇，有的则没有享受养老保险待遇（上述情形可能存在交叉）。那么，关于达到法定退休年龄人员因工受伤，能否认定为工伤？说到底，是关于双方之间的法律关系，是劳务关系，还是劳动关系。

这一问题，由于立法及司法解释不统一，导致司法实践中一直存在重大争议。

法律关系的界定和认识，将直接影响到案件的定性、争议机构的管辖、法律的适用、赔付标准的确定、赔付款项的数额，并最终涉及到单位和退休人员的切身利益。比如定性为工伤，那么应当由劳动人事争议仲裁机构管辖，实行无过错责任原则，适用《工伤保险条例》的规定，按工伤保险法律法规处理；如定性为雇员在从事雇佣活动中受伤，则属于劳务纠纷，一般通过民事诉讼解决（如有商事仲裁条款，则由仲裁机构管辖），实行过错责任原则，适用《民法总则》、《合同法》等民事法律处理。

因此，思考并解决这一法律问题，对于如何此类劳动争议案件，帮助用人单位制定风险防范措施与方法，正确解决此类纠纷，具有十分重要的现实意义。

第一种观点认为，达到法定退休年龄人员因工受伤，不能认定为工伤，主要理由如下：

1. 法定退休年龄的人员与单位之间属于劳务关系，发生工伤的，应通过民事诉讼处理。

《劳动合同法》第四十四条将“法律、行政法规规定的其他情形”作为劳动合同终止的条件之一。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条规定，“劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止”，既然《劳动合同法实施条例》第二十一条规定了“劳动者达到法定退休年龄的”这一劳动合同终止的情形，那么该情形就属于“法律、行政法规规定的其他情形”中的“行政法规规定的其他情形”，属强行性规定。退休年龄法定，不可作随意调整，更不可作扩张解读。故达到法定退休年龄，劳动关系法定终止，双方之间形成劳务关系。

2. 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第7条规定，用人单位与其聘用的已经依法享受养老保险待遇或者已经领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院起诉的，人民法院应当按劳务关系处理。部分地方高院也持该观点。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》第十一条规定，用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

可见，退休返聘人员与用人单位之间的关系属于劳务关系而非劳动关系，而工伤认定的前提是存在劳动关系，既然劳动关系都不存在，发生工伤事故时当然不按《工伤保险条例》处理。

3. 《中共中央办公厅国务院办公厅转发<中央组织部、中央宣传部、中央统战部、人事部、科技部、劳动保障部、解放军总政治部、中国科协关于进一步发挥离退休专业技术人员作用的意见>的通知》第4条第2款规定，离退休人员因工作发生职业伤害与用人单位发生争议的，可通过民事诉讼解决。因此，退休返聘人员发生工伤事故的，与用人单位之间的争议应通过民事诉讼解决，不是通过劳动仲裁解决。

第二种观点认为，法定退休年龄的人员因工受伤，应当认定为工伤，并适用《工伤保险条例》进行处理，但应当分别情形对待。

情形一、单位已为离退休人员缴纳工伤保险费的，在受聘期间因工作受到事故伤害的，适用《工伤保险条例》，可按工伤处理。

该处理意见来源于最高人民法院行政审判庭《关于离退休人员与现工作单位之间是否构成劳动关系以及工作时间内受伤是否适用工伤保险条例问题的答复》（[2007]行他字第6号），在该答复中，最高法院认为，根据《工伤保险条例》第二条、第六十一条等有关规定，离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作受到事故伤害的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定处理。

需要提醒的是，这个答复适用的前提是，“现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费”，我们理解为，离退休人员在离退休以前，已经为该员工缴纳了工伤保险费，或者某些地方政府允许单位为已经达到退休年龄的人员缴纳工伤保险费。一般而言，达到法定退休年龄的人员，单位是无法为其缴纳工伤保险费的，故此条在现实生活中很难得到真正的适用。

情形二、超过法定退休年龄的务工农民，因工伤亡的，适用《工伤保险条例》有关规定进行工伤认定。

该处理意见来源于最高人民法院行政审判庭《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用工伤保险条例请示的答复》（[2010]行他字第10号），在该答复中，最高法院认为，用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。

上述答复中特别强调受伤人员的身份，即“务工农民”！其初衷是想对进城务工农民给予特殊照顾和保护。但是，不是务工农民能不能用？又没有做出规定。比如《广东省工伤保险条例》明确规定，劳动者达到法定退休年龄的，不适用本条例。

情形三、离退休人员受聘期间，因工受到伤害的，可通过民事诉讼处理，参照工伤保险待遇处理。

该处理意见来源于国务院法制办公室对《关于重新进入劳动生产领域的离退休人员能否享受工伤保险待遇的请示》的复函（[2005]310号），国务院法制办在该复函中认为，关于离退休人员重新就业后发生工伤如何处理的问题，现行法

律、行政法规没有明确规定。我们认为，应当参照《中共中央办公厅转发<中央组织部、中央宣传部、中央统战部、人事部、科技部、劳动保障部、解放军总政治部、中国科协关于进一步发挥离退休专业技术人员作用的意见>的通知》（中办发[2005]9号）的规定办理。该通知规定：“离退休专业技术人员受聘工作期间，因工作发生职工伤害的，应由聘用单位参照工伤保险的相关待遇妥善处理；因工作发生职业伤害与聘用单位发生争议的，可通过民事诉讼处理。”

国务院法制办这个复函的意思表达得很清楚，离退休专业技术人员因工作发生职工伤害的时，可以参照工伤保险待遇给，但是要去法院告。或者换一句话说，走的是民事诉讼处理途径，但是审判标准却是适用工伤保险法律法规。这个规定虽能让人有点不知所措，但是在实务中适用这个复函应该没有什么问题。

情形四、达到退休年龄的人员因工受伤，如由行政庭审理，则可能认定为工伤。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。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》第十一条规定，用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

故如没有经过工伤认定，如双方发生争议，没有经过工伤认定程序，而是在劳务纠纷中主张适用工伤保险条例，民事审判庭的法官引用上述规定，认为双方是劳务关系是没有问题的。既然按劳务关系处理，社保部门自然不会认定工伤。

实务中，工伤是要经过工伤认定这一程序的。如工伤部门认定是工伤，则属于行政诉讼。到了法院自然归行政庭审理，行政庭通常不会依这个司法解释三来，行政庭的法官会拿出最高人民法院行政审判庭《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用工伤保险条例请示的答复》（[2010]行他字第10号），引用“在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定”的规定，直接维持工伤认定部门的认定结果。

最高院的上述所有司法解释均回避或者忽略了一个问题，即用人单位与其招用的未享受养老保险待遇但达到退休年龄的人员，是否应当认定为工伤？这个问题如何处理没有明确，交由各地方法院视具体情况予以处理。

情形五：2016年人社部出台了一个处理意见。

人力资源社会保障部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见（二）》（人社部发〔2016〕29号）第二条区分退休人员不同情况做出了2个规定：

1. 对于达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续，或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。

2. 用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇企业职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。

律师解读：

北京市炜衡（深圳）律师事务所陈伟律师认为，从目前司法实践来看，对于离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作受到事故伤害时，认定为工伤，适用《工伤保险条例》予以处理，这一做法单位基本上不会提出异议，因为有缴纳工伤保险，社保基金会支付大部分的工伤赔偿待遇费用。争议比较大的是进城务工人员。退休人员在工作中受到事故伤害的案例中，通常发生在进城务工人员身上比较多，该部分人员因为年龄偏大，早已经不符合缴纳工伤保险的条件，故单位无法也没有为其缴纳工伤保险费。

尽管《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理，或者地方高院如广东省高院规定，用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理；但是，一旦发生工伤事故，工伤认定部门仍然严格适用最高院行政庭的规定，即一

—最高人民法院行政审判庭《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用工伤保险条例请示的答复》（[2010]行他字第10号），认定属于工伤，并对社保工伤认定部门关于工伤认定的结果予以维持，或者撤销工伤认定部门关于不予认定为工伤的行政行为。在此情况下，退休人员的工伤赔偿待遇将全部由用人单位承担。

或者可以理解为，达到法定退休年龄的人员，与单位之间形成的是劳务关系，双方均不持异议。但是，一旦达到退休年龄人员因工作原因受到事故伤害时，工伤认定部门认定为工伤之后，由此产生的一切工伤赔偿待遇风险，将全部由用人单位承担。

上述做法体现了向工伤员工特殊保护的立法意图，对于退休人员发生工伤时的权益维持是有好处的，但加重了用人单位的用工风险。

因此，建议用人单位在录用年龄较优大的人员时，应当加强安全教育和劳动安全保护，做好安全防范，了解其有无达到法定退休年龄、有无办理退休手续、有无依法享受城镇职工基本养老保险待遇，是否是进城务工农民，并评估发生因工作发生职业伤害事故后，可能产生的赔付风险，并为其购买一定的商业保险，以弥补无法为其参加工伤保险费所带来的赔付风险。

作者简介：陈伟，毕业于西南政法大学，本科学历，律师执业十三年，北京市炜衡（深圳）律师事务所律师/高级合伙人，具有律师、国家一级人力资源管理师、人力资源市场从业资格、劳动人事争议仲裁员等从业资格。目前任深圳市律师协会理事、深圳市律协宣传工作委员会主任、深圳市劳动人事争议仲裁委员会仲裁员（兼职）、深圳前海合作区人民法院律师调解员、深圳市律师协会劳动和社会保障专业委员会委员、深圳市律师协会实习律师考官、深圳市消费者委员会律师志愿团成员、《深圳律师》杂志执行主编兼栏目编辑、深圳电视台都市频道及深圳电台特邀嘉宾，曾获2011年度深圳律师法律文书写作比赛一等奖等荣誉。

因工出境期间，员工周末宿舍突发疾病死亡，是否属工伤？

彭湃、陈琳，广东卓建律师事务所

【关键点】

- 一、因工外出期间受伤或死亡的，满足何条件应认定属于工伤？
- 二、在用人单位分配的宿舍内休息为何被认定为在工作时间及工作岗位上？
- 三、因工出境期间的工伤认定案件是否具有特殊性？

【案情介绍】

王某是某技术有限公司（下称“公司”）的员工，2015年1月公司派王某至阿根廷工作，岗位为网络解决方案产品经理。因工作需要，公司拉美地区分部安排王某2015年11月19日开始出差玻利维亚拉巴斯市（以下简称“拉巴斯市”）支持当地工作，工作内容主要是对拉巴斯市当地网络解决方案提供技术支持并参与几个项目的答标工作。拉巴斯市地处玻利维亚高原地带，海拔高达3577米，环境比较艰苦，与中国存在12个小时的时差。因工作任务较为繁重，王某总将工作带回公司分配的宿舍内加班完成；为了工作对接，有时当地深夜时间也需在宿舍与国内公司开会。

2016年3月26日为拉巴斯市当地周末，上午11时左右王某在床上休息时突然口吐白沫，不停抽搐。其妻曾某马上拨打医院急救电话并向邻居四处求助，救护车于12时10分到达，到达医院时王某已丧失生命体征。2016年3月27日，尸检报告显示王某的死因为胃内容物进入呼吸道而窒息，并在硬膜颞骨岩部附近见脑溢血。2016年5月6日，公司向深圳市人力资源和社会保障局申请工伤认定，2016年6月20日深圳市人力资源和社会保障局作出深人社认字（南）[2016]第440506XXX号不予认定工伤的认定书。王某之妻曾某对该认定书不服，故委托广东卓建律师事务所彭湃律师向深圳市人民政府提出行政复议。

【案件结果】

深圳市人民政府经过复议审查，认为王某依法符合视为工伤的情形，建议深圳市人力资源和社会保障局变更认定结果。故 2016 年 11 月 4 日，深圳市人力资源和社会保障局撤销原不予认定工伤的认定书，重新作出[2016]第 440959XXXXXX 号工伤的认定书，认定王某符合《广东省工伤保险条例》第十条第一项“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”规定的情形，认定王某视同工伤。

【案例评析】

王某的工伤认定案，与其他普通的工伤认定案件存在许多不同之处，其突发疾病的时间并非常规工作时间，而是在周末、于床上正在休息时；其发病的地点也并非常规工作场所，而是在公司分配的宿舍内，初步看来较难被认定为工伤。而彭湃律师在进行深入的分析后认为，按照现行法律规定，王某是可能符合在工作时间和工作岗位突发疾病死亡的情况的。而经过不懈的努力，彭湃律师的观点也最终被深圳市人民政府行政复议办公室采纳。周末休息时如何被认定为工作时间，公司宿舍内如何被认定为在工作岗位上，与国内工伤案件相比，境外工作的情况又是否具有特殊性，现整理了本案相关的思路以供参考和探讨。

一、因工外出期间受伤或死亡的，满足何条件应认定属于工伤？

本案中，王某被公司外派至阿根廷工作，后又被公司拉美分部派至拉巴斯市出差，因此王某出差至拉巴斯市期间乃至整个被派至阿根廷工作期间实际均属于因工作需要而外出的期间，符合《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》第五条第一款有关“因工外出期间”的规定。该条第二款规定“职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持”，该法条应当理解为：员工因工外出期间，只要未从事与工作无关的个人活动，但受伤或死亡的，均应被认定为工伤。

法律之所以规定员工因工外出期间只要未从事私事而受伤或死亡的应认定为工伤，是因为因工外出具有一定的特殊性。因工外出期间，工作场所及工作时间均非固定，工作内容也常常需和娱乐及外出相关联，如此性质不宜也较难清晰地工作进行工作时间和非工作时间的区分；且员工接受公司的指派外出期间并非代表

个人，而是代表公司，且完全服务于公司利益，因此才一般将因工外出期间受到的伤害视为是工作原因导致，除非有充分证据证明劳动者因工外出期间是因私事或与工作完全无关的活动而受到伤害的，才不认定为工伤。

另外，规定中所称的与工作无关的个人活动应当理解为是完全因个人原因而进行的活动，例如非公司组织或非工作所需的个人外出娱乐活动、非与工作有关的私人活动或任何违法活动等，而不包括为保证正常工作所需的休息、进食、生活活动或因工作需要而进行的娱乐活动等。王某是于宿舍内休息时突发疾病，其休息并非完全为个人原因而进行，休息也是为了更好服务工作而必须进行的活动，因此休息不应被理解为与工作无关的个人活动。故既然王某发病时正在休息，并未从事与工作无关的个人活动，则依据上述规定应认定属于工伤。

二、在用人单位分配的宿舍内休息为何被认定为在工作时间及工作岗位上？

如前所述，由于因工外出期间的工作性质特殊，难以清晰地严格区分工作时间和非工作时间，故往往将因工外出期间完整地理解为皆为因公，审判实践一般也认定员工因工外出期间，无时无刻不处于工作岗位及工作时间，除非员工在此期间私自从事与工作无关的个人活动。而本案中还有一个因素也导致王某在宿舍内休息突发疾病被认定为在工作时间及工作岗位上。

本案中，王某被公司外派至拉巴斯市工作期间，公司为其安排了宿舍供其饮食起居，但实际上该宿舍却不仅仅只是王某休息的场地。拉巴斯市位于南美洲，与国内存在 12 小时的时差，因此为交接及汇报工作，王某总要在当地夜晚时间与国内公司开会。王某之妻曾某提交了王某公司员工微信群的聊天记录，显示无论是平时工作日还是休息日，王某总是经常工作至晚上一两点。公司方面也开具了说明，证明王某工作内容大多是任务型的，有些工作需要员工在非上班时间完成，因王某工作性质特别，作为一名出差员工其经常需在单位安排的宿舍内办公。

可见王某居住的宿舍已经是涉及工作内容的区域，宿舍根本就是其工作场所的自然延伸，且视其繁重的加班情况，可以认为王某出差至拉巴斯市期间实际上无时无刻不处于工作时间及工作岗位上。对于工作岗位及工作时间的理解，不能狭隘地局限于用人单位的经营区域和法定工作时间，而应考虑相关的场合和时间是否与工作有关，是否属于工作涉及的及自然延伸的合理领域。

三、因工出境期间的工伤认定案件是否具有特殊性？

因工外出具有特殊性，而因工出境工作相较之下更为特殊。因工出境工作期间，国外陌生的生活环境、社会习惯及语言交流障碍等，使工伤认定时考虑的因素与国内工伤案件存在差异，以王某案件为例进行分析：

1. 地理环境差异导致人体生理承受能力的差异。

本案中王某被公司外派出差所至的拉巴斯市地处玻利维亚高原地带，海拔高达 3577 米，环境相当艰苦，还素有“外交官坟墓”之称。长期在如此高海拔的地方生活和工作会导致大脑长期缺氧、血液粘度加大和高血压，个别人甚至心脏肥大且无法恢复。而王某在未作任何过渡和训练的情况下进入这种环境生活，甚至还要在如此恶劣的环境下长期高强度的工作、加班，已势必对王某的血液、心脏、大脑等脏器官造成损伤，身体生理状况也必定受到不利影响。因此工作引起的过度疲劳和恶劣环境引发的身体机能下降应当是王某突发疾病事件中隐藏的重要诱因，大脑的长期缺氧导致其突发疾病时大脑意识丧失，无法控制剧烈抽搐而引起胃内容物返流窒息，并最终丧失抵抗防御能力，致使身体多处脏器官缺氧而亡。

2. 医疗条件落后及语言障碍导致救治条件的差异。

同时，当地落后的医疗条件也导致了王某因得不到及时的治疗而死亡，其上午 11 点发病，其妻子曾某多次拨打医院的救援电话后才得以接通，但救护车直至 12 时 10 分才将王某接至当地医院，已错失了黄金急救时间，到达医院时王某已基本丧失生命体征。且在曾某向邻居求助过程中，也因语言不通导致求助屡遇阻碍。从王某发病后的情况来看，其求助的方式及效果与国内有明显差别，在拉巴斯市显然更容易导致病发的损害结果加重，如果在国内可能并不会造成如此严重的后果。因此对于被外派出国工作的王某，在认定是否构成工伤时应客观考虑上述因单位外派出境工作才导致出现的情况。

可见对于被外派出国工作的员工，由于国外的生活环境、社会习惯及语言交流等方面的差异，相比国内工作的一般情况具有特殊性，因此在进行工伤认定过程中应客观考虑境外相关的特殊因素。

工伤和侵权责任竞合情况下工伤期间工资和护理费的处理

周文斌，广东鹏浩律师事务所

【基本案情】

2014年5月，徐某在下班途中发生交通事故负伤，徐某承担事故次要责任；2014年7月，深圳市社保局作出工伤认定，认定徐某属于工伤；2015年8月，徐某被评定为工伤9级伤残，医疗终结日为2015年4月30日。因工伤赔偿部分未达到要求，徐某于2016年7月向宝安区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求用人单位支付工伤医疗期工资差额19532.5元，工伤期间护理费10400元，一次性工伤伤残补助金差额10543.5元，律师费6000元。

【裁判结果】

宝安区劳动人事争议仲裁委员会裁决用人单位支付徐某工伤期间工资15024.05元，支付护理费6834元，支付一次性工伤伤残补助金差额9211.5元，支付律师费4411.86元。

用人单位不服，提起诉讼，宝安区法院一审认为徐某的误工费在交通事故侵权责任中已经由侵权责任人赔付12172.9元，该已经赔付的误工费与工伤医疗期间工资性质相同，应予扣除；护理费也因侵权责任人已经赔付了3314.88元，对该已经赔付的护理费部分，不得要求用人单位重复赔付，也应扣除；一次性伤残补助金予以支持。故判决用人单位支付徐某工伤期间工资差额3979.53元，一次性伤残补助金9211.5元，护理费差额3519.12元，律师费2298.51元。

徐某不服一审判决，提起上诉，深圳市中院二审认为根据劳动法律相关规定劳动者工伤系当事人侵权所致，劳动者先获得侵权赔偿的，不影响其享受除医疗费之外的工伤保险待遇。因此，本案中徐某在道路交通事故损害赔偿获得的误工费和护理费，不影响其关于停工留薪期工资和住院护理费工伤保险待遇诉请的支持，原审予以扣减不当，应予纠正。对双方已经确认用人单位已经按照一审判决支付的费用予以扣减。故判决撤销一审关于工伤医疗期工资和护理费的二项判决，

变更判决用人单位支付徐某医疗期间工资差额 12172.9 元，变更判决用人单位支付护理费差额 3314.88 元，变更判决用人单位支付徐某律师费差额 2113.35 元。

【律师评析】

该案经过仲裁和一二审三个阶段，除仲裁裁决外，一审和二审的判决结果截然相反！二审判决与仲裁裁决的结果基本一致，均认为工伤医疗期工资以及住院期间护理费在交通事故侵权赔偿案件以及工伤事故责任纠纷中，员工均有权享受，不得因交通事故侵权赔偿误工费 and 护理费后就要扣减员工工伤医疗期工资和护理费；而一审法院却认为工伤医疗期工资以及住院期间护理费与交通事故侵权赔偿误工费和护理费性质相同，应予扣减。实践中，这二种观点仍然存在。

笔者同意仲裁委和二审法院的观点。

《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……生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。”《广东省工伤保险条例》第二十六条规定“职工因工伤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……工伤职工在停工留薪期间生活不能自理需要护理的，由所在单位负责。所在单位未派人护理的，应当参照当地护工从事同等级别护理的劳务报酬标准向工伤职工支付生活护理费。”这二条法律规定均确认了工伤职工在停工留薪期间工资待遇不变，以及生活不能自理需要护理的，由用人单位负责，同时，也规定了如果用人单位未派人护理，则应当支付护理费；且并没有规定涉及第三人侵权所发生的工伤事故第三人已经赔偿了停工留薪期间误工费和护理费，则应从员工工伤医疗期工资和护理费中扣除。

《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（2002 年 9 月 15 日粤高法发（2002）21 号）第二十五条规定“劳动者的工伤系第三人侵权所致，劳动者先获得侵权赔偿的，用人单位承担的工伤补偿应扣除已支付的医疗费和丧葬费。”《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》（粤高法（2012）284 号）第 6 条规定“劳动者工伤由第三人侵权所致，第三人已承担侵权赔偿责任，劳动者

或者其近亲属又请求用人单位支付工伤保险待遇的，用人单位所承担的工伤保险责任应扣除医疗费、辅助器具费和丧葬费。”这二份规范性文件均直接列举出如果工伤系由第三人侵权所致，其工伤赔偿应当扣除的项目是医疗费、辅助器具费和丧葬费，但均未提到应当扣除工伤医疗期工资以及住院期间护理费。因此，徐某的工伤医疗期工资以及住院期间护理费仍应当由用人单位支付，而不应扣除。

作者简介：周文斌，广东鹏浩律师事务所律师、高级合伙人，本科学历，广东省五一劳动奖章获得者，广东省维护职工权益杰出律师，中国法学会会员，中国律师协会会员，深圳市律师协会劳动与社会保障专业委员会委员，深圳市律师协会实习律师考官，湛江仲裁委员会仲裁员。

员工参加单位组织的体育活动中受伤，是否属于工伤？

陈伟，北京市炜衡（深圳）律师事务所

工伤认定在实务是一个比较复杂的问题，如何认定，涉及到对工伤职工的保护以及法律的正确实施。

通常情况下，员工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害，应当认定为工伤，这一点大家都没有争议。《工伤保险条例》第十四条和第十五条将“认定为工伤”和“视为工伤”的情形，都规定了列举式的规定。但是，员工在参加单位组织的体育活动中受伤，是否应当认定为工伤，实务中却存在不同的观点，并进而导致出现了不同的判例。

国务院法制办公室对《关于职工参加单位组织的体育活动中受到伤害能否认定为工伤的请示》的复函（国法秘函〔2005〕311号）规定：“作为单位的工作安排，职工参加体育训练活动而受到伤害的，应当依照《工伤保险条例》第十四条第（一）项中关于‘因工作原因受到事故伤害的’的规定，认定为工伤”。

《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》法释〔2014〕9号第四条规定：“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：……（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；……”，以及第五条规定：“社会保险行政部门认定下列情形为‘因工外出期间’的，人民法院应予支持：（一）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；……”

根据以上规定，员工在参加单位组织的体育活动或者其他集体活动中受伤，应当认定为工伤。

但是，根据人力资源社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（二）[人社部发〔2016〕29号]第四条又规定：“职工在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中受到事故伤害的，应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。”那么，参加单位组织的体育活动，是否属于“参

加与工作无关的活动”？法律没有做出进一步的明确规定。换一句话说，什么叫“与工作无关的活动”，在法律上如何定义，没有做进一步的法律解释或者规定，这让人很疑惑。如将参加单位的体育活动，理解为“与工作无关的活动”，则不应当认定为工伤；反之，如将参加单位的体育活动，理解为“视为工作原因”，且“与工作有关的活动”，当然应当认定为工伤。

笔者认为，员工在参加单位组织的体育活动中受伤，应当认定为工伤，主要理由如下：

第一，依据《工伤保险条例》第十四条的规定，职工在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤。根据国家劳动法律法规侧重于保护劳动者的立法宗旨和司法实践，以及对工伤职工进行特殊保护的立法原意，在认定“工作原因”“工作时间”和“工作场所”时，不能单独、机械、绝对地进行拆分理解，应当作广义和扩大的理解，即只要是用人单位从自身利益出发，给职工安排或组织的与工作或单位利益有关的各项任务、活动，包括外出旅游、集体聚餐、各项体育运动，都可以视为工作。因此，职工参加单位组织的各类体育活动及比赛（如篮球、足球、拔河、跑步等）活动中受伤，可以视同职工参加单位临时指派的一项工作而受伤，是职工工作的延伸，应视为因工作原因而受伤。

第二，用人单位组织员工参加体育活动，其目的是为了增强员工的凝聚力，提高员工的归属感，锻炼和提升员工的体质，从而提高员工的工作积极性，最终还是为了用人单位的利益，让用人单位承担员工工伤的责任，符合公平合理原则，也有利于加强用人单位对集体活动的组织管理，保护员工的利益。

第三，根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释〔2014〕9号]第四条规定，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，应当认定为工伤，只要员工有证据证明体育活动是由用人单位组织的活动，或者是受用人单位指派参加其他单位组织的活动，且员工能证明是在体育运动或者活动中受伤，均应当认定为工伤。

第四，关于工伤认定的标准和尺度，应当从特别保护工伤员工的角度出发，采取宜宽不宜严的原则。包括在证据审查和事实认定方面，均不宜过严，而宜采取相对较宽的认定标准。只要有证人证言及病历等相关证据，能证明员工在参加

用人单位组织的体育活动中受伤，以及基础证据显示体育活动与受伤的结果之间存在因果关系这些关键事实，均应认定为工伤。

案例一：员工参加拔河比赛受伤，认定为工伤。

朱某新系湖南省某辉人力资源服务有限公司（以下简称某辉公司）员工，被派遣到益阳火车站工作。2009年12月24日上午九时左右，朱某新在参加益阳火车站组织的拔河比赛中，突然出现大汗、心闷、心痛，当即被送往益阳市中心医院救治，诊断为急性心肌梗塞。在参加拔河比赛前，朱某新有高血压和冠心病史。2010年10月15日，朱某新向长沙市人力资源和社会保障局（以下简称市人社局）提出工伤认定申请，市人社局以朱某新突发疾病不符合工伤认定条件为由，不予认定为工伤。

朱某新不服，向省人社厅申请复议，2011年4月6日，省人社厅作出行政复议决定维持不予认定工伤决定，朱某新不服，于同年向长沙市芙蓉区人民法院提起行政诉讼，该院驳回了朱某新的诉讼请求，长沙市中级人民法院于2011年11月1日作出（2011）长中行终字第0169号行政判决驳回朱某新上诉，维持原判。

此后，湖南省人民检察院提起抗诉，湖南省高级人民法院提审再审后认为，因工作原因导致劳动者突发疾病应当认定工伤，经朱某新再审前自行委托的鉴定机构鉴定朱某新参加拔河比赛在其心脏疾病发作的参与度为60%，该鉴定结论尚有待依法查证认定，因此朱某新突发心肌梗塞与其参加拔河比赛有无因果关系的事实，作为工伤确认机关市人社局应当依法查证认定，据此，湖南省高院终审行政判决：一、撤销长沙市中院（2011）长中行终字第0169号行政判决和长沙市芙蓉区人民法院（2011）芙行初字第28号行政判决；二、撤销市人社局作出的长人社工伤认字（2010）0075号《工伤认定决定书》；三、限令长沙市人力资源和社会保障局于三个月内重新作出工伤认定。

市人社局重新启动工伤认定程序后，委托湖南省芙蓉司法鉴定中心对朱某新参加拔河比赛与其突发心肌梗塞的因果关系及参与度进行鉴定，2014年1月24日，湖南省芙蓉司法鉴定中心作出司法鉴定，鉴定意见为朱某新参加拔河比赛运

动是发生急性心肌梗死的诱因，参与度为 30%。2014 年 1 月 27 日，市人社局作出不予认定工伤决定。

朱某新再次提起行政诉讼要求撤销该决定并重新作出认定决定，2014 年 9 月 29 日，长沙市芙蓉区人民法院经审理后认为，朱某新参加体育运动与其突发心肌梗塞存在因果关系，根据《工伤保险条例》第十四条第一项及最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条的规定，劳动者参加用人单位组织的体育活动受伤应当认定为工伤，市人社局对工伤保险条例第十四条第一项中的“事故伤害”作限制性解释，将劳动者参加体育活动诱发急性心肌梗塞排除在事故伤害范围之外，系适用法律错误，因此该院作出（2014）芙行初字第 102 号行政判决：一、撤销市人社局不予认定工伤决定书行政确认具体行政行为；二、市人社局对朱某新是否构成工伤重新作出工伤认定决定。

市人社局不服该判决提起上诉，长沙市中级人民法院审理后认为，市人社局不予认定工伤的理由“在工作时间和工作岗位突发疾病，而突发疾病不论其是否系工作原因，均应不予认定为工伤，即因工作原因导致突发疾病的不应认定为工伤”与省高级人民法院就朱某新的情形是否应予认定为工伤所作出的生效判决不一致，据此对朱某新不予认定为工伤，不予支持，故于 2015 年 2 月 12 日作出（2015）长中行终字第 00016 号行政判决驳回上诉维持原判，该两份判决已经发生法律效力。

2015 年 4 月 12 日，市人社局根据长沙市芙蓉区人民法院（2014）芙行初字第 102 号判决、长沙市中级人民法院（2015）长中行终字第 00016 号行政判决，作出长人社工伤认字（2015）620 号认定工伤决定书，认定朱某新为工伤。

用人单位不服，提起一审二审，长沙中院于 2016 年 6 月 6 日作出终审判决，维持了工伤认定这一结果。

案例二：员工参加踢毽活动受伤，认定为工伤。

2014 年 8 月 15 日中午，北国某林木业有限公司出资让员工聚餐，当日下午踢毽比赛中孔某春受伤。孔某春申请工伤认定，安宁市劳动和社会保障局认定为工伤。公司方不服，提起行政诉讼，一审二审均维持工伤认定结果。公司向黑龙

江省高院申请再审，称孔某春既不是为比赛练习踢毽，也不是有目的的参加某项活动，而是民事自愿行为。孔某春所受伤害不应认定工伤，请求撤销原审判决，撤销安宁市劳动和社会保障局作出的工伤认定。

宁安市劳动和社会保障局辩称：孔某春在参加单位组织的活动时间、在单位安排的活动场地，为了迎接后续活动作准备而受伤，完全符合工伤认定“工作时间、工作地点、工作原因”的条件。其认定孔某春属于工伤正确。请求驳回安林木业的再审申请。孔某春同意宁安市劳动和社会保障局的答辩意见。

黑龙江省高院经审理认为，国务院法制办公室《对<关于职工参加单位组织的体育活动受到伤害能否认定为工伤的请示>的复函》（国法秘函【2005】311号）规定：“作为单位的工作安排，职工参加体育训练活动而受到伤害的，应当依照《工伤保险条例》第十四条第（一）项中关于‘因工作原因受到事故伤害的’的规定，认定为工伤。”《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》（法释【2014】9号）第四条第（二）项规定“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：（二）职工参加用人单位组织的活动受到伤害的”。根据现有证据能够证实，2014年8月15日的聚会活动系安林木业所组织，同时安林木业又安排了当日下午的踢毽比赛。孔某春因为下午踢毽比赛而练习所受伤害，属于在参与单位所组织的活动中所受伤害，宁安市劳动和社会保障局认定为工伤并无不当。据此，2016年11月4日，黑龙江省高院作出裁定，维持工伤认定。

实操建议：

一、员工在参加单位组织的体育活动中受伤，一般情况下均应当认定为工伤。对于劳动者而言，应当保留“单位组织体育活动”的相关证据，包括召集、组织是否由公司的管理层人员主导，活动费用的承担，场地的租赁费用承担，以及在活动中受伤的相关证据，比如病历、医疗费发票、用药清单等；而对于用人单位而言，应当在组织活动时，了解员工的特殊体质，并对某些患有高血压、冠心病史等不适宜参加某些运动的员工，应当予以劝阻；

二、用人单位组织员工举行体育运动，应当选择安全场地，选择适用普通人员的常规体育运动，且做好安全防范。对于力量型的运动，包括足球、篮球、拔河等，应当有专业的运动员予以指导，避免伤害事故发生；

三、为最大限度地减少和降低风险，建议用人单位就组织某一专项体育活动，购买相应的商业保险，以减少因社会保险不足而造成的其他损失。

四、积极为员工缴纳工伤保险，且做好安全教育工作，对于组织的场地、活动时间、运动内容均应当量力而为，如发生伤害事故，应当第一时间寻求医疗机构进行专业治疗救助，同时做好治疗期间的陪护等工作，以保护劳动者的合法权益。

作者简介：陈伟，毕业于西南政法大学，本科学历，律师执业十三年，北京市炜衡（深圳）律师事务所律师/高级合伙人，具有律师、国家一级人力资源管理师、人力资源市场从业资格、劳动人事争议仲裁员等从业资格。目前任深圳市律师协会理事、深圳市律协宣传工作委员会主任、深圳市劳动人事争议仲裁委员会仲裁员（兼职）、深圳前海合作区人民法院律师调解员、深圳市律师协会劳动和社会保障专业委员会委员、深圳市律师协会实习律师考官、深圳市消费者委员会律师志愿团成员、《深圳律师》杂志执行主编兼栏目编辑、深圳电视台都市频道及深圳电台特邀嘉宾，曾获 2011 年度深圳律师法律文书写作比赛一等奖等荣誉。

股权激励能否保护企业的商业秘密？

王强，广东德纳律师事务所

在很多企业的经营过程中，商业秘密通常会为核心竞争力的组成部分，如何有效保护商业秘密也是企业非常关注的问题，在现行法律框架之下，保护企业的商业秘密主要有以下几种途径：一是依据《劳动合同法》第二十三条规定，企业与员工签订保密协议或竞业限制协议；二是依据《公司法》第一百四十八条规定，禁止公司的高级管理人员从事同行业竞争，从事同业竞争所获得的利益应归公司所有；三是依据《反不正当竞争法》第九条规定，向侵权人主张侵权责任。

那么，对于 IPO 和新三板上市的公司，是否可以通过股权激励方案达到保护商业秘密的目的呢？我们以一个案例进行探讨。

【典型案例】

深圳市某检测认证公司诉孔某合同纠纷案（案号：（2015）深宝法民二初字第 293 号）

2005 年 6 月孔某入职深圳市某检测认证公司，2010 年 12 月起担任纺织品事业部总经理。2007 年 9 月公司制订《员工股权激励限制性增发计划》，决定向包括孔某在内的高级管理人员及主要技术、业务骨干等员工增发新股。计划规定，激励对象应当遵守竞业禁止的守则，激励对象在任职期间或离职后的竞业期内，不得直接或间接以任何方式从事与公司业务相似或相竞争的业务，未经公司书面同意或未与公司签订相关协议，不得在公司之外的其他企业任职，也不得直接或间接为上述企业提供服务，否则，公司有权以孔某取得股份的成本价格回购其所持有的全部股份。

2007 年 10 月 6 日，公司与孔某签订《认股协议书》，约定主要内容为：孔某以每股 1.21 元的价格购买公司发行的限制性股份 80000 股，共计 96800 元。孔某所持的股份存在 3 年的解锁期。2009 年 10 月 30 日公司在深交所创业板上市。2010 年 4 月 12 日至 2015 年 4 月 4 日期间，孔某将其获得的公司转增股份

累计 36 万股全部售出，获得收入 4,416,656 元。2014 年 5 月孔某因个人原因离职。

孔某离职后，深圳市某检测认证公司经调查发现，孔某在任职期间，以他人代持股份的方式注册成立了一家检测技术公司，经营范围与其所任职的公司基本相同，遂向法院起诉，请求判决确认孔某违约，并请求判决公司以每股人民币 1.21 元行使回购权，以人民币 96,800 元回购孔某所持深圳市某检测认证公司股份 36 万股；如孔某将股份已出售，应赔偿公司损失 580 万元，计算标准以开庭之日公司股价×孔某因股权激励所获得的股份数 36 万股。

【法院判决】

法院认为：孔某的行为已构成违约，应当承担违约责任。因孔某基于期权获得的股份已全部卖出，应按卖出股票时的实际收入赔偿给公司，判决孔某赔偿深圳市某检测认证公司损失 4,665,779 元。

【律师点评】

我们在之前已做阐述，企业通常可以采取三种方式来保护商业秘密，但是，均有一些不足之处。

第一种方式是依据《劳动合同法》第二十三条规定，与员工签订保密协议或竞业限制协议，但是，由于保密协议不能约定违约金，无异于“没有牙齿的老虎”，对违约行为没有威慑力。而竞业限制协议虽然可以约定违约金，对于竞业限制违约金的数额上限，《劳动合同法》并未做出明确规定，但依据最高法院相关司法解释，企业与员工有约定竞业限制违约金的，法院会依据员工的偿付能力等实际情况酌定减少违约金的数额，这在一定程度上削弱了竞业限制协议对员工的威慑和约束作用。

第二种方式是依据《公司法》第一百四十八条规定，企业可以主张“归入权”，但追诉的主体只能是董事和高级管理人员，无法追究其他员工侵犯商业秘密的行为，而且，企业必须证明侵权人因从事同业竞争所获得的不法收益，这无疑增加了企业举证的难度。

第三种方式是依据《反不正当竞争法》第九条规定，通过民事诉讼的方式主张侵权责任，但需要企业举证证明，侵权人有使用不正当手段获取、使用了企业商业秘密的行为，还须证明侵权人因此给企业造成的实际损害，这两个方面的举证责任给企业带来极大的障碍，影响了企业维权的效率。

企业实施股权激励的目的，一方面是为了对董事、监事、高级管理人员或其他核心员工进行长期性激励，另一方面也是为了弥补劳动法等相关法律对企业权利保护的不足，更好地维护企业核心员工的人力资源稳定性、保护企业的商业秘密。

实施股权激励的公司在与接受股权激励的员工签订认股协议书时，不仅可以就激励股权的发行对象、发行方式、发行价格等做出约定，还可以对接受股权激励员工的服务期限、竞业限制义务以及违约责任进行约定。

在前述案例中，孔某作为公司的高级管理人员，与公司签订的股权激励认股协议书约定，员工应遵守竞业禁止守则，在任职期间或离职后的竞业期内，不得直接或间接以任何方式从事与公司业务相似或相竞争的业务，否则，公司有权以孔某取得股份的成本价格回购其所持有的全部股份。由于检测认证公司举证证明，孔某在职期间有从事同业竞争业务，已违反股权激励认股协议的约定，法院判决孔某赔偿公司 466 万余元的损失。

股权激励认股协议的竞业禁止约定与《劳动合同法》中有关竞业限制的规定非常相似，但由于股权激励不属于劳动争议范围，属于民事合同的范畴，受《合同法》调整。因此，公司与员工双方做出的竞业禁止约定，不受《劳动合同法》有关竞业限制违约金的限制性约束。而且，与《公司法》的“归入权”和《反不正当竞争法》规定的侵权之诉相比，企业通过股权激励认股协议方式维权所承担的举证责任要小得多，但威慑力和约束力却大得多，在员工关系管理中也起到了良好的示范效应。

用人单位未依法为员工缴交医疗保险费的法律责任分析

凌超，广东卓建律师事务所

【案情简介】

李某于2014年6月入职深圳市A设备公司担任销售经理一职，双方签订了为期一年的劳动合同，并约定了1个月的试用期，李某入职后，该公司未给其购买社会保险。2014年10月，李某身患胆结石入院治疗，先后辗转两家医院住院治疗，住院近2个月，共花去医疗费15万余元。由于李某未参加医疗保险，且其无力承担该医疗费用，故大部分医疗费用尚未向医院结清。此外，李某住院期间，A公司以李某未办理请假手续构成旷工为由，于2014年10月上旬即解除了与李某的劳动合同。李某伤愈出院后因医疗费用承担等问题与A公司沟通未果，李某申请劳动仲裁，要求A公司支付违法解除劳动合同赔偿金、病假工资及医疗费等。

【争议问题】

李某支出的医疗费用该用人单位是否应承担责任？

【法律规定】

《深圳市社会医疗保险办法》规定：

第三条 本市所有用人单位、职工及其他人员应当按照本办法的规定参加社会医疗保险。

第七条 用人单位和职工应当共同缴纳社会医疗保险费。用人单位应当为其本市户籍职工参加基本医疗保险一档，为其非本市户籍职工在基本医疗保险一档、二档、三档中选择一种形式参加。

第四十五条第二款 参保单位、参保人中断缴交医疗保险费的，自中断缴交的次月1日起，停止享受医疗保险统筹基金支付的医疗保险待遇，但其个人账户余额可继续使用。

第一百条第二款 用人单位未按本办法规定缴纳社会医疗保险费的，由市社会保险行政部门责令限期改正并补缴应当缴纳的社会医疗保险费；逾期未履行的，处以与欠缴数额等额的罚款。

第一百零二条第一款 用人单位应当参加社会医疗保险而未参加的，其职工发生的医疗费用，由用人单位按照本办法规定的待遇标准支付。

【公司答辩】

关于医疗费用承担问题，A公司提出两点答辩意见，一是李某的医疗费用并没有实际支付，所以公司无需承担李某未支付部分的损失；二是李某在第二家医院治疗前，公司已经与李某解除了劳动合同，因此，该医疗费用与A公司无关。

【裁判结果】

本案历经仲裁、一审、二审，法院最终判定A公司最终赔偿李某医疗费8万余元，并支持了李某关于违法解除劳动合同赔偿金及病假工资的请求。

【律师评析】

通过上述法律规定不难看出，作为用人单位，为其员工缴纳社会保险是其法定义务，医疗保险属于社会保险的一种，自然属于用人单位应当缴纳的范畴。如果用人单位未依法为员工购买医疗保险的，其法律责任主要为以下两个方面：

1. 行政责任方面：社保行政部门有权要求用人单位补缴应当缴纳的社会医疗保险费并承担滞纳金，逾期不补缴的，还可能面临与欠缴金额相当的罚款。

2. 民事责任方面：员工发生的医疗费用，依照《深圳市社会医疗保险办法》的规定本可以通过医保报销的部分，那么将由用人单位依法承担。

那么，作为用人单位，应当承担的费用怎么来确定呢？

1. 本案中，李某为非深圳市户籍居民，用人单位在其就职期间可为其选择参加基本医疗保险一档、二档、三档其中任一种参保。

2. 仲裁委员会和法院一般根据最低一档标准，根据深圳市社会保险基金管理局的核算可报销金额进行确定。

本案中，A 公司依法负有为李某购买社会保险的义务，但 A 公司未购买。李某主张 A 公司承担医疗费，实际上是要求 A 公司承担因其未为李某购买医疗保险而导致的损失，该损失实际上就是李某依法可以报销的医疗费用。虽然李某还没有结清医院的医疗费用，但该费用已经实际产生并且金额明确，至于与医院之间如何解决欠付的医疗费，该争议属于李某与医院之间的纠纷，不影响 A 公司应承担的法律责任。至于 A 公司主张李某之后治疗时双方的劳动关系已经解除，但李某系在法定的医疗期内，A 公司不得在医疗期内解除与李某的劳动关系。即便李某是在与 A 公司合法解除劳动关系后患病，也不影响 A 公司承担医疗保险待遇的赔偿责任。

综上所述，为员工购买社会保险是法律赋予用人单位的强制义务，对于员工而言，如用人单位未为其购买工伤保险及医疗保险，其在发生工伤或患病后将无法享受相应的社保待遇，因此而产生的损失也将尤为重大，用人单位最终还是须对此买单。所以，作为用人单位，为员工购买社保的意义重大，切莫因小失大。

员工离职，年终奖该不该发？

杨敏，广东晟典律师事务所

张艳，广东晟典（前海）律师事务所

【关键点】

一、胡某于2017年5月2日申请劳动仲裁，是否超过劳动争议仲裁时效？

二、胡某是否符合奖金发放条件？

【案情介绍】

2015年1月19日，胡某入职某公司。双方签订了《劳动合同》，胡某签收了《薪酬管理办法》、《员工入职制度学习手册》等规章制度。2015年10月16日，胡某因个人原因离职。2016年7月28日，公司将经胡某同意后用预支的2015年上半年奖金额度46万元认购的产品份额强制赎回，资金划入公司账户。2017年5月，胡某向深圳市劳动人事争议仲裁委员会提起劳动仲裁，诉请：1、公司支付2015年度的奖金的100万元；2、支付未及时获得劳动报酬的利息损失10000元。

【裁判结果】

仲裁阶段：仲裁委认为胡某离职时，双方之间的奖金争议尚未发生，故不能以劳动合同解除时间作为争议发生之日。2016年7月28日，公司将胡某用预支奖金认购的理财产品份额强制赎回，资金划入公司账户应视为公司不予发放胡某2015年度奖金，故理财产品赎回之日为双方争议发生之日，胡某于2017年5月2日就此提请劳动仲裁，未超过一年的劳动争议仲裁时效。

双方签订的《劳动合同》第十三条对年度奖金的发放条件进行了明确约定。该约定未违反法律、行政法规的强制性规定，且未有证据证实该约定违背胡某的真实意思表示，属合法有效。胡某于2015年10月30日因个人原因离职，且未参加当年的年度考核，不符合劳动合同约定的奖金发放条件，且胡某在《承诺书》

及《承诺函》中确认 2015 年上半年预支奖金数额仅为预估金额，并非实际应得奖金数额，并承诺在任何情况下，不以预估奖金数额的部分或全部未实际发放为由向被胡某主张任何权利，故胡某不符合奖金发放条件，裁决驳回胡某全部仲裁请求。

一审阶段：胡某不服仲裁裁决，向一审法院提起诉讼。一审法院判决驳回胡某的诉讼请求。

【案例评析】

一、胡某于 2017 年 5 月 2 日申请劳动仲裁，是否超过劳动争议仲裁时效？

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。胡某离职时签署了《承诺书》及《承诺函》，确认 2015 年上半年预支奖金数额仅为预估金额，并非最终实际发放的奖金数额。2015 年的奖金发放条件尚未成就，当年度奖金数额应根据公司全年经营状况经财务审计并综合公司、胡某所在部门及胡某年度考核结果后最终确定。2016 年 7 月 28 日，公司将胡某用预支奖金认购的理财产品份额强制赎回，资金划入公司账户，胡某此时方知晓公司不予发放其 2015 年度奖金，胡某于 2017 年 5 月 2 日就此提请劳动仲裁，未超过一年的劳动争议仲裁时效。

二、胡某是否符合奖金发放条件？

本案中，胡某与公司签订的《劳动合同》第十三条对年终奖的发放进行了明确约定。该约定未违反法律、行政法规的强制性规定。胡某因个人原因离职，且未参加当年的年度考核，不符合约定的奖金发放条件，且胡某在《承诺书》及《承诺函》中确认 2015 年上半年预支奖金数额仅为预估金额，并非实际应得奖金数额，并承诺在任何情况下，不以预估奖金数额的部分或全部未实际发放为由向被胡某主张任何权利，因此，法院认为胡某不符合奖金发放的条件。

可见，法院对公司是否应支付奖金，除审查公司是否有发放奖金发放的事实外，还对劳动者是否符合奖金发放条件进行审查。也就是说，如果公司对奖金的发放设立了相应的条件，劳动者只有在符合相应条件的情况下，才能得到奖金。

【建议】

年度奖金（年终奖）非法定的由用人单位支付的劳动报酬项目，奖金的发放应以规章制度规定或劳动合同约定为依据，企业对奖金的发放标准、时间、方式具有经营自主权。《深圳市员工工资支付条例》第十四条明确约定“员工工资应当从用人单位与员工建立劳动关系之日起计发至劳动关系解除或者终止之日。劳动关系解除或者终止时，员工月度奖、季度奖、年终奖等支付周期未了的工资，按照员工实际工作时间折算计发。”本案中，公司在《劳动合同》、《薪酬管理办法》等规章制度中对奖金的发放条件进行了明确的约定，包括但不限于适用人员范围、考核标准、发放条件等。员工是否符合领取年终奖的条件具有明确的核定标准，且该标准通过民主表决程序并已送达劳动者，客观公正透明，仲裁委、一审法院据此才认为胡某不符合年终奖金的发放条件，驳回胡某的诉请。

作者简介：

杨敏，毕业于湖北工业大学法学院，法学学士。现为广东晟典律师事务所律师，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员、广东省劳动法律专业委员会委员。专业领域：企业法律顾问服务、公司规章制度制定、商事合同的起草与修改、劳动争议、合同纠纷、等民商事诉讼、仲裁案件的代理。

张艳，毕业于中南民族大学法学院，现为广东晟典（前海）律师事务所律师。专业领域：企业法律顾问、劳动争议纠纷、婚姻继承纠纷等民商事领域。

浅谈人社部 481 号文的废止对补偿金和医疗补助费的影响

王强，广东德纳律师事务所

2017 年 11 月 24 日，人社部公布了第五批宣布失效和废止文件目录，其中，最引人关注的是，废止文件目录中包含了《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发[1994]481 号），废止的理由是“已有新规定替代”。这个 481 号文件在劳动法司法实务领域中具有举足轻重的地位，所以，一经公布被废止，立即引起了广泛的争论和关注。那么，481 号文件究竟有何等魅力能引发如此大的关注呢？我们先对这份文件的“前世今生”谈起：

1995 年 1 月 1 日实施的《劳动法》首次规定了“经济补偿金”的概念，并对支付经济补偿金的情形、条件做出了规定，但并未对发放的具体标准作出规定，481 号文明确规定了“经济补偿金”的发放标准，主要是以下内容：

1. 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。

2. 劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的 50%，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的 100%。

3. 劳动者不胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位工作的年限，工作时间每满一年，发给相当于一个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。

4. 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议，由用人单位解除劳动合同的，

用人单位按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金。

5. 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，必须裁减人员的，用人单位按被裁减人员在本单位工作的年限支付经济补偿金。在本单位工作的时间每满一年，发给相当于一个月工资的经济补偿金。

如果我们将以上规定与《劳动合同法》的相应条款对比一下，可以发现有许多相同和不同之处。

先说相同之处：一是，都是根据劳动者在本单位工作年限，每满1年发给相当于1个月工资的经济补偿金。二是，补偿金的工资计算标准是按劳动者解除合同前12个月的月平均工资。三是，《劳动合同法》并未有医疗补助费的规定，故在司法实务中，是继续按照481号文规定执行的，即：劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位除了要向劳动者支付1年（工龄）1个月工资的经济补偿金以外，还要支付不低于6个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的50%，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的100%。

再说不同之处：一是，481号文件没有对高收入劳动者的补偿金标准做出封顶规定，而《劳动合同法》规定，对于劳动者的月工资高于用人单位所在地区上年度职工月平均工资3倍的（以下简称“社平工资”），经济补偿金的计算基数，是按照3倍封顶计算的，而且，经济补偿金的支付年限不超过12年。二是，481号文对协商一致解除劳动合同的情形、劳动者不能胜任工作解除劳动合同的情形，规定了最长补偿年限为12年（即12个月的工资），而《劳动合同法》除了针对超过社平工资3倍的员工补偿年限规定为不超过12年以外，其他情形解除劳动合同均未规定补偿年限的上限。三是，481号文仅对是否满1年做出界定，未对是否满6个月做出界定，而《劳动合同法》规定了不满6个月和满6个月不满1年的两个时间段，并分别按0.5个月和1个月的工资计算补偿金。

但是，问题来了，当劳动者在本单位的工作年限跨越了《劳动合同法》实施的2008年1月1日的，就会因为经济补偿金的计算标准不同导致的差异和矛盾。

对此，《劳动合同法》第九十七条特别规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。这就是著名的补偿金“分段计算”的来源。

至于高收入劳动者的补偿金标准，是否以 2008 年为界分段计算，各地又有不同的规定。依据广东省高院的会议纪要，广东省的做法是，经济补偿金的计算基数是劳动合同解除前 12 个月平均工资且受社平工资 3 倍的限制，不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算。

这就意味着，2008 年 1 月 1 日之前的补偿年限需要按两种情况分别计算：一是对于在协商一致解除劳动合同的情形、劳动者不能胜任工作解除劳动合同的情形，2008 年 1 月 1 日之前的补偿年限不得超过 12 年；二是对于除前述情形之外的，在《劳动法》和《劳动合同法》中均规定需要支付补偿金的情形，2008 年 1 月 1 日之前的补偿年限没有 12 年的限制。同时，在两种情形下，经济补偿金的计算标准均有不超过社平工资 3 倍的限制。

现如今，当 481 号文件被废止后，是否意味着经济补偿金年限的分段计算被取消了？另外，患病劳动者医疗期满的医疗补助费，是否也被取消了呢？对于这两个问题，劳动法业内争议很大，可谓是众说纷纭。2018 年 1 月 17 日，北京市人力资源与社会保障局专门发布了《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉（劳部发[1994]481）被废止后劳动争议处理若干问题的意见》（以下简称“意见”），针对经济补偿金是否分段计算以及医疗期满解除或终止劳动合同医疗补助费问题，做出了明确规定：

首先，对于在《劳动合同法》颁布前入职的劳动者解除劳动合同经济补偿金计算问题，《意见》规定，481 号文被废止后，对于在《劳动合同法》颁布前入职的劳动者解除劳动合同经济补偿金的计算，仍应依法以 481 号文有关规定为标准，但在制作裁决书时不再提及 481 号文，而直接表述为“依据《劳动合同法》第九十七条第三款的规定”。

其次，关于医疗期满解除或终止劳动合同医疗补助费问题，《意见》规定，关于医疗补助费不仅在 481 号文中有规定，在原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309 号）（以下简称 309 号文）、《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354 号）等文件也有类似规定，因此，劳动者患病、非因工负伤在解除或终止劳动合同时，主张医疗补助费的，仍应按照上述相关规范性文件的规定予以执行。

尽管这只是北京市人社局的文件，对其他地区没有法律效力，但对于我们正确理解和适用 481 号文被废止之后的实务问题，具有很好的借鉴作用。我们也期待最高法院和人社部能够对这些问题及时做出明确规定，以避免裁审口径的巨大变动导致司法实践出现新的矛盾冲突。

女职工劳动合同到期疑难问题处理的误区

冼武杰，广东华途律师事务所

两个案例都很简单，不少 HR 都知道。

但两个案例背后的东西，才是智慧……

一、女职工劳动合同期满终止后，发现怀孕了，怎么办？

案例 1：

李某于 2014 年 6 月 1 日入职某公司，双方签订了 3 年期限的劳动合同（2014 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日）。

2017 年 5 月 31 日，劳动合同期满，公司与李某终止劳动合同。双方办理了工作交接，公司依法支付了经济补偿。

2017 年 6 月 5 日，李某感觉身体不适，去医院检查，发现自己已怀孕 1 个多月。

2017 年 6 月 6 日，李某找到公司人事部经理，出示医院证明，说明在职时自己已经怀孕的事实，要求恢复劳动关系。

人事部经理表示：李某在劳动合同终止前未告知公司，其已经怀孕的事实。如果告知的话，公司是不会终止的。并且，双方已经办理了离职交接手续，公司已经支付经济补偿，双方劳动关系已经终止，无法恢复。

2017 年 6 月 8 日，李某申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。

【法条链接】

《中华人民共和国劳动合同法》

第四十五条 劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

第四十二条 劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

【案例解析】

按照法律规定，女职工在三期之内，劳动合同期满的，劳动合同是不能到期终止，要延续至三期情形消失时才能终止。

虽然公司与李某在终止劳动合同时不知道李某已经怀孕的事实，但李某离职后几天，自己觉得不舒服，去医院检查了，才发现已怀孕一个多月了。由此证明，李某在劳动合同期限内就已经存在着怀孕的事实。

由于女职工在受孕后都有一个待发现的过程，从客观受孕到主观上认识已经怀孕，本身就有一个时间过程。因此，公司以李某在劳动合同终止前未告知其已经怀孕的事实来进行抗辩不应得到支持。

故，公司的终止是违法的，李某要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同，应该获得支持。公司已经支付的终止劳动合同经济补偿，李某应全额退回。

二、女职工签订离职协议书并离职后，发现怀孕了，怎么办？

案例 2：

李某于 2014 年 6 月 1 日入职某公司，双方签订了 3 年期限的劳动合同（2014 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日）。

2016 年 5 月 31 日，公司找李某谈话，与其协商：因近来公司经营情况不好，想与李某提前解除劳动合同，并按法律规定支付给李某相关补偿。李某正好也觉得公司的经营状况不良好，于是，双方谈妥条件后，签订了《协商一致解除劳动合同协议书》，当日办理了离职手续。公司依法支付了经济补偿。

2016年6月5日，李某感觉身体不适，去医院检查，发现自己已怀孕1个多月。

2016年6月6日，李某找到公司人事部经理，出示医院证明，说明在职时自己已经怀孕的事实，要求恢复劳动关系。

人事部经理表示：双方已经签订了《协商一致解除劳动合同协议书》，并且，办理了离职交接手续，公司已经支付经济补偿，双方劳动关系已经解除，无法恢复。

2016年6月8日，李某申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系，继续履行劳动合同。

【法条链接】

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》

第十条 劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。

前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

【判决结果】

一审法院认为：根据法律规定，并未禁止怀孕妇女与用人单位协商解除劳动合同，现李某主张其已经怀孕，故某公司不得解除劳动合同而要求恢复劳动关系缺乏法律依据，本院不予支持。

二审法院认为：双方签订的《协商一致解除劳动合同协议书》系双方当事人真实意思表示，协议签订过程中并不存在欺诈、胁迫的情形，李某在签协议时不知晓自己已怀孕，亦不属于法律规定的重大误解、显失公平的范畴，协议不具有可撤销的事由，应为合法有效，双方均应恪守履行。

因双方协商解除劳动合同并非用人单位单方解除，故李某认为某公司无权与已经怀孕的妇女解除劳动合同，双方签订的《协商解除劳动合同协议书》无效的主张，于法无据，本院不予采纳。

【解析】

为什么不属于重大误解？

虽然李某在签订协议时不知道自己已怀孕，但不能因此而理解为她对行为（签订协议）的性质产生错误认识，因为是否怀孕，法律都不限制双方协商一致解除劳动合同。再说，双方签订协议的行为也不会直接给劳动者“造成较大损失”。虽然现实中怀孕后再就业有一定困难，但也不排除能找到更好的工作的可能性，因此造成较大损失并不必然存在，难以认定这是重大误解。

【法条链接】

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

71. 行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失的，可以认定为重大误解。

为什么不属于显失公平？

某公司按李某的工龄依法支付经济补偿，不存在显失公平。也没有办法说是某公司利用优势或李某没有经验来让李某签订《协商一致解除劳动合同协议书》的。

【法条链接】

《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

72. 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。

【案例启示】

1. 女员工们，签订离职协议书前赶紧去趟医院吧，否则，协议一签深似海，从此单位是路人。

2. 单位们，女职工劳动合同到期了，我们应该怎么处理，是不是到期终止呢？

NO! 应该把劳动合同到期终止转化为协商一致解除劳动合同，签订离职协议书去处理。

原因：

经济成本（经济补偿）是一样的：劳动合同到期终止：N；协商一致解除劳动合同：N。

但法律后果就大大不一样：劳动合同到期终止，存在着恢复劳动关系的可能性；协商一致解除劳动合同，不能恢复劳动关系。

作者简介：冼武杰，广东华途律师事务所律师、深圳市劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员、十届深圳律协劳专委委员。

违法解除劳动关系的赔偿金计算及年终奖支付

彭湃、陈琳，广东卓建律师事务所

【关键点】

一、违法解除月平均工资高于当地上年度职工月平均工资三倍的员工，赔偿金计算是否受十二年限制？

二、违法解除劳动关系或劳动者中途离职的情况下，企业如何规范和规避年终奖的发放？

【案情介绍】

吴某于1993年12月4日入职某银行深圳分行任职高级文员。后双方签订期限自2007年4月1日起的无固定期限劳动合同，约定月工资人民币17513.17元。合同约定银行可根据自身经营状况与吴某的工作表现、贡献大小确定是否向吴某发放奖金。2002年至2013年期间，银行每年均有发放吴某花红（年终奖）。2015年2月10日吴某骨折，医院开具了《病假证明书》建议全休7天。2015年2月16日上午，银行告知吴某其原岗位被取消，且没有适合吴某的岗位，并当日书面告知自2015年2月16日起与吴某协商一致解除劳动合同。

吴某认为，银行并未就变更劳动合同与其协商一致，银行是单方解除劳动合同关系，故要求银行支付违法解除劳动合同的赔偿金。因吴某月工资高于深圳市2013年职工月平均工资（人民币5218元）的三倍（人民币15654元），故吴某要求赔偿金应以人民币15654元为计算基数，年限自用工之日起计算21.5年，赔偿金共计人民币673122元。并要求支付2014年的花红（年终奖）。

银行主张是因客观情况发生重大变化，双方无法协商一致变更劳动合同后合法解除劳动合同，故无需支付赔偿金，即使应当支付赔偿金，计算也应以十二年为限。又因2014年经营状况不佳，且吴某于发放年终奖之前便离职，年度考核也为D级不达标，故不符合年终奖发放条件，无需予以发放。

后吴某一一审阶段提交银行仍在职的多名员工的电话录音证明银行有向其他员工发放 2014 年度的年终奖。

【裁判结果】

仲裁阶段：仲裁委认为无证据显示银行在吴某岗位被取消后，曾就劳动合同岗位变更一事与吴某协商，故认定系银行单方解除劳动合同，属于违法解除劳动合同，依法应支付赔偿金。因吴某离职前十二个月平均工资高于深圳市上年度职工月平均工资三倍，故以三倍为限作为计算基数，年限自用工之日起计算，裁决银行支付赔偿金共计人民币 673122 元。至于年终奖，因企业有权根据自身经营状况自主决定是否发放年终奖，银行已主张其 2014 年经营状况不佳，故银行可自主决定不予发放年终奖，且吴某也未证明其 2014 年的年终奖金额，故吴某要求支付年终奖缺乏事实依据，裁决不予支持。

一审阶段：吴某与银行均不服仲裁裁决，各自向一审法院提起起诉。一审法院认为：虽然银行取消吴某原岗位属于客观情况发生重大变化的情形，但银行并未提供任何可供吴某选择的工作岗位，故不能认定银行已与吴某协商变更劳动合同，且银行还于吴某医疗期未满期间解除劳动合同，故因上述二理由认定银行构成违法解除劳动合同，依法应当支付赔偿金。仲裁委有关赔偿金金额的计算正确，一审法院予以准照。其次，关于 2014 年年年终奖，因双方对年终奖有基础约定，只是年终奖的标准由银行确定而已。故只有在不符合年终奖发放标准情况下，银行才可不予发放。银行在劳动仲裁阶段主张因经营状况不佳不予发放，诉讼中又主张 2014 年年年终奖根据业绩确定，吴某考核因不合格故不予发放，不仅辩解理由前后矛盾，且也未对经营状况及如何对吴某进行考核提交证据，故不予采信银行的辩解，判决银行参照吴某 2011-2013 年度的年终奖平均值发放 2014 年的年终奖。

二审阶段：一审判决后，银行不服该判决，又向深圳市中级人民法院提起上诉。深圳市中级人民法院终审判决驳回上诉，维持原判。

【案例评析】

一、违法解除月平均工资高于当地上年度职工月平均工资三倍的员工，赔偿金计算是否受十二年限制？

【解析】

实践中，许多人存在误区，认为违法解除类似于本案吴某该种月平均工资高于当地上年度职工月平均工资三倍，且工龄超过12年的高薪老员工，赔偿金计算应受十二年限制。原因在于：依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条、第四十七条规定，用人单位违法解除或者终止劳动合同的，以经济补偿标准的二倍计算赔偿金。而经济补偿金的计算以当地上年度职工月平均工资三倍为上限，计算年限最高不超过十二年，因此推知，违法解除月平均工资高于当地上年度职工月平均工资三倍的高薪员工，赔偿金计算当然也应以十二年为限。

这显然是对法律的错误理解。一方面，《劳动合同法》第八十七条并未就赔偿金的计算标准是否也受“经济补偿金的年限最高不超过十二年”限制作出明文规定；另一方面，《劳动合同法实施条例》第二十五条也明确规定了：用人单位违法解除或者终止劳动合同，依照《劳动合同法》第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算”。该条文并非下位法与上位法的矛盾，而恰恰是立法者欲通过《劳动合同法实施条例》第二十五条，对经济补偿金计算年限与赔偿金计算年限进行明确的区分。《劳动合同法》第四十七条明确的仅是计算经济补偿金时才适用的规定；而第八十七条也只是对违法解除劳动合同赔偿金为经济补偿金二倍这一惩罚性计算原则的明确。因此无法直接推定赔偿金也受“经济补偿金计算最高不超过十二年”的限制。基于赔偿金的惩罚性质，及《劳动合同法实施条例》第二十五条“自用工之日起计算”的明确规定，可以理解为：赔偿金的计算年限不受最高十二年的限制。而该理解在本案仲裁至二审阶段也均得到司法的认可和支撑。

【建议】

因违法解除劳动关系需要支付双倍经济补偿金，且如前所述，是自员工入职之日起算年限，故对于动辄月薪上万，且工龄较长的员工而言，企业违法解除该类高薪老员工的成本十分高昂。因此律师在此建议：

1. 工龄较长的高薪员工，应当尽量通过协商一致解除劳动合同的方式解除劳动关系，避免支付高额赔偿金；

2. 对于无法胜任工作、患病或非因工负伤且不愿通过协商一致解除劳动合同的员工，应当按照《劳动合同法》第四十条规定程序合法予以解除劳动关系。若直接解除劳动合同，将导致构成违法解除，进而需支付高额赔偿金。

二、违法解除劳动合同或劳动者中途离职的情况下，企业如何规范和规避年终奖的发放？

【解析】

本案中，由于银行与吴某于合同中约定银行可根据自身的经营状况、吴某的工作表现、吴某的贡献大小确定是否予以发放年终奖及奖金金额，且银行 2002 年至 2013 年也均有向吴某发放花红，因此法院认定，银行与吴某之间就年终奖发放既存在基础约定也存在发放惯例，应当认定银行存在发放年终奖的事实，故只有吴某不符合上述任一发放条件时，银行才可不予发放年终奖；相反，只要吴某符合劳动合同约定的条件时，银行就应当支付年终奖。

可见法院在判定企业是否应当发放年终奖时，除了审查是否存在年终奖发放的事实，也审查劳动者是否符合年终奖发放的条件。也即如果企业为年终奖设置了发放前提，劳动者只有在满足发放条件时才得以取得年终奖，而如果企业制度或劳动合同中不作任何限制和约定，一旦产生纠纷，只要最终认定企业存在发放年终奖的事实，则年终奖将被视为无条件予以发放。因此从有效规范和规避年终奖发放的角度出发，建议企业合理地年终奖设置一些发放条件的限制，不仅能在劳动者主张发放年终奖时进行有效抗辩，规避诉讼风险，同时也可更好实现年终奖的激励目的。

那本案的银行已经预先设置了年终奖发放条件，为何仍难逃败诉的命运？显然，有关年终奖发放条件的操作还大有文章。

银行主张其 2014 年经营状况不佳故不满足年终奖发放条件，但其并未提交任何证据证明其经营亏损或经营困难的状况；甚至还被吴某证明当年度银行有向其他员工发放年终奖。这显然属于自相矛盾的情况。区别于个人业绩和工作表现

等因人而异的因素，经营状况不佳属于具有普适性的原因，不因员工个体表现而有所区别。因此如果企业确实已向其他所有员工发放当年度年终奖的，出于公平原则，即使企业经营状况确实不佳，也应当一视同仁予以发放。故存在有向其他员工发放年终奖情况的，诉讼中不建议再采用经营状况不佳作为不予发放年终奖的抗辩理由，往往难以为法院认可。

银行还主张其规章制度规定通过业绩考核确定年终奖发放，因吴某考核不达标故不满足年终奖发放条件。但因银行未举证规章制度已经民主制定及公示程序，也未证明吴某相关考核情况，故该辩解也不被法院采信。依据谁主张谁举证的原则，当事人对主张的事实应当提交证据予以证明。若依据考核不达标情况不予发放年终奖的，企业应当就规章制度规定以业绩考核结果确定年终奖的事实、规章制度经民主制定及公示程序的事实、以及员工考核不达标的事实进行举证，否则该主张也将难以得到法院的认可。

银行还主张吴某于发放年终奖之前便离职，故不予发放年终奖。事实上这也是许多企业对中途离职的员工，不予发放年终奖时惯常采用的理由。大部分企业认为，年终奖顾名思义于年终发放，以奖励员工为企业服务满一整年所作出的贡献，因此提前离职未能工作满一整年度的，当然不满足发放条件。这个理由看似合理，但最终却因不具有合法性未能得到法院的支持。依据《深圳市员工工资支付条例》第十四条规定：劳动关系解除或者终止时，员工月度奖、季度奖、年终奖等支付周期未届满的工资，按照员工实际工作时间折算计发。可见企业直接规定发放年终奖之前离职的员工不享有年终奖，显然已经违反法律规定。特别是企业违法解除劳动关系的情形，员工中途离职完全是用人单位违法解除导致的结果，并非劳动者个人原因导致，因此更不能以该理由不予发放年终奖。

那员工中途离职的，或企业违法解除劳动关系的，企业是否就无法规避年终奖发放呢？也不必然。企业不可规定中途离职的员工不予发放年终奖，但结合前述企业可设置年终奖发放条件的做法，企业的规章制度可以规定公司依据年度经营及盈利状况，在实现何种经营目标或盈利目标情况下，由董事会决定是否予以发放年终奖，年终奖总额与盈利金额挂钩，占盈利部分百分比确定。则无论员工是在何种情况下离职（包括企业违法解除情形），只要员工离职前未到年度审计周期，企业未召开董事会议，便无法确认自身盈利状况也无法得知是否能达到发

放年终奖的条件，也即员工主张年终奖的条件仍未满足及成就，年终奖金额也无从确定，则此时劳动者主张年终奖将缺乏事实依据。企业便可合法地规避年终奖的发放。

【建议】

结合上述案例分析，在企业违法解除劳动合同或劳动者中途离职的情况下，建议通过以下方法及诉讼策略规范和规避年终奖的发放：

1. 在劳动合同中约定或在规章制度中设置年终奖发放条件，约定符合条件时才予以发放；则即使企业违法解除劳动合同，若员工不满足年终奖发放条件的，也可不予发放；

2. 企业可约定或规定年终奖依据年度经营及盈利状况，在实现何种经营目标或盈利目标情况下，由董事会决定是否予以发放；年终奖总额与盈利金额挂钩，占盈利部分百分比确定。；

3. 企业可以通过经民主制定及公示的规章制度约定以业绩考核结果确定年终奖发放及金额。在违法解除劳动合同情况下，若员工存在考核不达标情况的，也可不予发放年终奖。同时建议应当尽量将考核的过程及结果书面固定并经员工签名认可，以作为证明员工考核不达标的证据；

4. 当年度有向其他员工发放年终奖的，不建议采用经营不佳作为辩解理由。且主张经营不善不予发放年终奖的，应当就经营不佳情况进行举证。司法实践中，第三方评估机构出具的财会审计报告及年度审计报告均可作为有效证明；

5. 主张员工不满足年终奖发放条件的理由可以多个，但应尽量一次性进行主张，避免于仲裁及诉讼两个程序中分别提出，易被法院认定为辩解前后矛盾而不予采信。

作者简介：彭湃，广东卓建律师事务所执业律师。毕业于中山大学法学专业，2000年进入深圳大型外资企业担任行政及法务总监，2002年通过司法资格考试，

2003 年开始从事律师工作。彭湃律师现为广东卓建律师事务所高级合伙人、管理委员会委员，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员、深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员、深圳市劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员，广东卓建律师事务所劳动法律事务部团队主任。彭湃律师长期从事企业法律顾问工作，目前共有 18 家企业聘请彭湃律师作为常年法律顾问。仅 2016 年彭律师已成功协助深圳市宝安区西乡共乐荒某制衣厂、先某精密金属制品（深圳）有限公司等多家企业进行经济性裁员，为企业节省裁员费用超过人民币 3000 万元。

擅长领域：公司裁员方案设计、公司社保审计处理、劳动争议案件处理、公司绩效、股权激励制度设计、企业法律风险防范、公司规章制度制定、合同审查与修改等。

用人单位解雇违反利益冲突规章制度劳动者的案例研究报告

曾凡新、于亦佳、崔丽影、林琳、彭聪

北京市大成（深圳）律师事务所

前言

利益冲突为很多用人单位重视，不少单位在其规章制度中对违反利益冲突的行为及相应后果进行明确规制。但是，国内司法实践对利益冲突的定义、认定、违规严重性判断等存在诸多争议，劳动者因违反利益冲突管理制度引发的劳资纷争，屡见不鲜。本文通过总结实践案例与裁判口径，针对利益冲突的概念、常见类型、产生原因及应对方式展开探讨，为用人单位提出合理的操作建议，以及防范法律风险的管理意见。

一、利益冲突的概念及法律依据

（一）利益冲突的理解

在签订劳动合同时，用人单位在与劳动者通常有条款约定：“员工不得做出任何损害公司利益的行为”。因此，用人单位管理层据此认为，员工的任何言论或行为一旦与公司利益相悖，即可称之为利益冲突，用人单位便可对该员工实施解除劳动合同之处分。实际上，利益冲突表现形式多样，情节也分轻重，并非所有违反利益冲突的行为都足以构成用人单位提出与劳动者解除劳动合同的实体要件。

结合人力资源管理实践，一般而言，利益冲突是指劳动者本人及其亲属等与劳动者本人有现实或潜在利害关系的人员（下称特定关系人）实施的行为与用人单位利益之间的冲突，该行为可能涉及用人单位自身经营管理与业务发展，也可能涉及用人单位现有的或潜在的竞争对手、供应商、客户和合作伙伴等，该行为劳动者本人或特定关系人参与方式多样，可能是作为投资人、担任董监高、任职一般员工，也可能是担当顾问、提供咨询或合作等，可能是显名的也可能隐名存

在。正是由于双方利益以某种形式发生对抗，进而可能导致用人单位利益受损或有可能带来管控、产品或服务的品质下降。

这里的利益，包括财产性利益和非财产性利益。财产性利益是能为劳动者本人或其特定关系人带来具有经济价值的利益；非财产性利益是指利用职权和职务上的便利或影响，在内部审批、人事管理等方面谋取利益。

这里的利益，应当包括直接利益或间接利益，直接利益显而易见，间接利益则不易判断和把握。

（二）利益冲突的法律依据

对于利益冲突，现行政策法规中有直接条款，亦有很多间接条款体现。

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

《劳动合同法》第二十四条明确了保密义务人员可以约定竞业限制，“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员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、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年”。这里的竞业限制，可以扩展理解为包含在职期间的竞业限制。

《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：……（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……”

《中华人民共和国公司法》（下称《公司法》）第一百四十七条规定，“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”

《公司法》第一百四十八条规定，“董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（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；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。”

上述两条规定，旨在约束董事、监事和高管在履行各自基本职责的同时，要将公司利益凌驾于个人利益之上，不得利用职权和公司资源为自己或特定关系人谋取非法利益，不得使个人利益和公司利益发生冲突，反而应当避免产生利益冲突。

《中华人民共和国劳动法》（下称《劳动法》）第三条第二款做出概括性规定：“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。”在此，可以将避免利益冲突的义务理解为劳动者应当遵守的劳动纪律和职业道德的一种，由此进一步约束员工的行为规范。

二、如何判断劳动者构成违反利益冲突的规章制度或合规政策

实践中，用人单位对利益冲突的规定，较多体现在劳资双方签订的劳动合同、用人单位制订的规章制度中。利益冲突表现形式多样，该如何判断劳动者构成违反利益冲突规定，通过一系列案例，本报告通过总结并解析常见的利益冲突情形，对用人单位如何应对提出针对性建议。

（一）劳动者本人在外设立公司、员工兼职

劳动者本人在外设立公司，而劳动者又利用自己所在的用人单位的职务便利为该公司发展提供业务资源或技术秘密、与该公司发生业务往来，是较为常见的利益冲突表现形式。

此外，仅查实劳动者系在外设立公司的股东，并不意味着劳动者的行为必然给用人单位造成利益损失。也就是说，即使证明了劳动者有其他公司股东身份，若用人单位仅以此为由便认定劳动者存在利益冲突行为，直接与其解除劳动合同，仍有被法院认定为违法解除的可能。在认定利益冲突时，应当进一步举证证明劳动者的行为给用人单位造成经济损害、负面影响等。

案例 1：北京外企人力资源服务有限公司等与石某劳动争议案¹

石某于 2010 年 9 月入职北京外企人力资源服务有限公司（下称外服公司），被外服公司派遣至加拿大测量国际有限公司北京代表处（下称加拿大测量北京代表处）工作，担任销售代表。

2015 年 3 月 24 日，加拿大测量北京代表处向外服公司发出退回通知书，退回理由为石某在工作期间存在营私舞弊，投资设立北京中测精仪国际科技有限公司（下称中测公司），为自己谋取属于公司的商业机会的商业腐败行为；利用职务便利侵占公司财产；多次持续旷工。3 月 27 日，外服公司向石某做出《解除劳动合同通知书》，以加拿大测量北京代表处提供的事实和理由解除了与石某的劳动合同。

法院认为，石某作为加拿大测量北京代表处的工作人员，在职期间以股东身份成立中测公司已属不妥，中测公司的业务范围与实际经营情况确与加拿大测量北京代表处形成利益冲突，加之石某对中测公司相关的销售合同并不能做出合理说明，故石某的行为与加拿大测量北京代表处构成了利益冲突。

本案中，加拿大测量北京代表处提交了《外贸合同》与石某代表中测公司委托天航公司购买 MI 产品的录音文字资料、与石某关于名片的录音及文字整理、《租赁合同》等多份证据，用以证明石某利用其在加拿大测量北京代表处的职务便利，多次通过中测公司与客户沟通，并从中赚取利益。由此可见，加拿大测量

¹ 北京市第三中级人民法院（2016）京 03 民终 7158 号二审民事判决书。

北京代表处通过多项证据，层层证明，石某在外设立公司及相关行为已经实质上损害了加拿大测量北京代表处的利益。

（二）劳动者为其他公司有偿或无偿提供技术支持

未经用人单位许可，劳动者向与用人单位存在竞争关系的企业提供任何服务，不论是有偿的还是无偿的，都应认定已构成利益冲突。

案例 2：艾默生网络能源有限公司与王某劳动合同纠纷案²

王某 1996 年 12 月入职艾默生网络能源有限公司（下称“艾默生公司”）。艾默生公司查得，王某明知深圳英飞源技术有限公司（下称英飞源公司）与艾默生公司存在竞争关系，仍积极长期为英飞源公司提供服务，违反了《艾默生员工商业道德规范手册》的规定，因此向王某发出解除劳动合同通知。

《艾默生员工商业道德规范守则》“利益冲突”规定：员工不能持有任何违背对公司之忠诚及责任的个人、商业财务利益（简称利益冲突），并指出员工正在向供应商、客户、竞争者提供任何服务都可能会构成利益冲突。

法院认为，根据艾默生公司提交的证据，可以认定王云飞对其为英飞源公司提供服务是明知的，其行为违反了《员工行为管理规范》及《商业道德规范手册》中的相关规定，属于严重违反了用人单位规章制度的行为，损害了艾默生公司的合法权益。因此，艾默生公司依据上述规章制度以及《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条的规定解除与被告之间的劳动关系，符合法律规定，公司无须支付王某违法解除劳动合同的赔偿金。

员工为其他单位提供技术咨询服务等帮助与员工在外设立公司不同，在举证方面要求更加繁重。王某为存在竞争关系的公司提供产品咨询服务的行为属于利益冲突，结合本案进行举证要求及判断规则分析如下：

首先，要证明员工存在为其他公司提供服务的**事实**。本案中，艾默生公司提供王某的多封电子邮件，证明王某长期参与英飞源公司产品的研发。多封邮件中

² 广东省深圳市南山区人民法院（2016）粤 0305 民初 1845 号一审民事判决书。

显示的文件属“英飞源技术”及《访谈录音》，证明王某对于自己提供服务的产品属于英飞源公司的产品系知情的。

其次，需要证明员工提供服务的公司与用人单位存在竞争关系。本案中，艾默生公司提交的工商备案信息，该备案信息显示两家公司的经营范围均涉及电源、控制器等产品的研发和销售。此外，产品彩页手册、用户手册、物料清单对比等证据被法官认可，证明两家公司存在竞争关系。

最后，还要证明提供服务的事实已经构成利益冲突。本案中，《艾默生员工商业道德规范手册》有关“面对竞争者”的利益冲突规定：“员工向竞争企业提供任何服务的，属于涉及利益冲突的行为。”对哪种行为属于、构成利益冲突，进行了明确规定，表述清晰、直观、明了。对于《艾默生员工商业道德规范守则》《员工行为管理规范》，均被法院认定为依法制定，而员工亦确认签收并经过相关培训。

（三）由劳动者亲友引起的利益冲突

1. 劳动者利用职务便利，招聘亲属进入用人单位

劳动者利用自己的职务便利推荐或招聘自己的亲属进入用人单位工作，是否构成利益冲突，需要各用人单位根据自身实际情况进行认定，并在公司规章制度中载明。

一些公司认为，举贤不避亲，处于成立初期的公司，往往急需用人，对于介绍过来的熟人，比较熟悉彼此情况。还有公司认为，只要是有利于公司发展的人才，只要在招聘的时候不隐瞒，并及时与公司做好沟通，不禁止录用员工的亲属。

然而，也有公司认为，人情招聘的泛滥会给公司带来潜在腐败或管理难题，进一步影响公司利益，因此应明令禁止，以避免带来利益冲突。

惠普公司施行的政策取后一种观点。³2014年初，惠普公司发现其员工伍某利用自身工作职位与工作条件之便，招录亲属并隐瞒关系。经查，伍某的丈夫黎先生为惠普公司中国地区某部门总经理，伍某为该部门经理，两者具有间隔一层

³ 来源：<http://news.sina.com.cn/c/2017-05-03/doc-ifyexxhw2105416.shtml>；最后访问时间 2018 年 3 月 25 日。

的汇报关系；伍某曾参与对弟媳的招聘面试，现弟媳已升任该部门人事经理，并直接向黎先生汇报工作；伍某弟弟也在该部门任系统及软件工程师。然而，伍某并没有汇报过公司人事这些亲属关系。公司遂以伍某严重违反单位规章制度为由解除双方劳动合同。

法院认为，伍某入职时所签的认知函“员工应就潜在利益冲突及时向领导汇报”，且其未能提供已向惠普公司报告前述招录亲属情况的证据，故惠普公司根据合同规定进行解约并无不当。

2. 用人单位与劳动者的亲属进行有关交易

若是劳动者本人设立公司，取证较为容易，工商信息查询或调查就能证实劳动者系某公司股东或董监高，能够直接、有力地证明劳动者与该公司的直接利益关系。然而，若公司是由劳动者的近亲属，如父母、配偶、子女等作为公司的股东或董监高，此类间接利益关系举证的难度较大。实践中，还存在更为复杂情形，如某公司的股东系劳动者的前妻、前夫、恋人。

案例 3：戴某与扬州三盛商业管理有限责任公司劳动争议案⁴

扬州三盛商业管理有限责任公司（下称三盛公司）认为其员工戴某在职期间，未向公司申报其关联人与公司的交易事实，违反了公司《利益冲突管理制度》，属于利用职务便利徇私舞弊的行为，给三盛公司造成了巨大经济损失。遂与其解除劳动合同。

法院查明，扬州三盛房地产开发有限公司将扬州三盛国际广场的房屋租赁给宁波公司。宁波公司同时与三盛公司签订《扬州三盛国际广场商铺管理服务协议》。四个月後，承租方由宁波公司变更为戴某的堂弟“戴鑫”，相关权利和义务内容不变。

法院认为，三盛公司的《利益冲突申报管理制度》未经民主程序制定。另，即使三盛公司的制度对戴某存在约束力，也不能认定戴某的行为违反该制度。因为：1、三盛公司未有证据证明戴鑫参与了宁波公司与三盛公司的租赁协议的协商和签订，故三盛公司给予宁波公司的优惠是原合同固有的，而非直接针对戴鑫，

⁴ 江苏省扬州市邗江区人民法院（2016）苏 1003 民初 2672 号一审民事判决书。

戴鑫仅是承继了原租赁合同的权利和义务；2、三盛公司给予宁波公司的优惠是三盛公司的固有经营策略，并非戴某通过隐瞒利益冲突情况额外获取的非三盛公司固有的优惠；3、三盛公司与戴鑫和宁波公司签订租赁主体变更协议，系经过三盛公司的法务、财务、总经理等相关职能部门或人员签字认可的。

可见，该案中，劳动者的亲属与劳动者所在单位签订合同，劳动者未向公司告知有关情况，并不能直接得出劳动者违反有关利益冲突规定的结论。员工的堂弟通过承继租赁合同，享受了用人单位之前给予原承租人的优惠，而员工并未向公司披露他们之间的亲属关系，用人单位并不能直接认定员工违反利益冲突申报制度。

本案中，公司本来就是要给予承租人优惠，这种优惠从给予原承租人变更为给予新承租人，对公司的利益并未产生负面影响。即使劳动者未向公司报告新承租人与其的亲属关系，新承租人享受的优惠，仍未对公司造成损失。但是，如果公司并无给予承租人 or 客户优惠的政策或管理，劳动者利用自身职务便利，或自己作为公司员工的便利，使与自己亲属关系的承租人 or 客户享受了优惠，而又未向公司告知，则劳动者的行为易被认定构成利益冲突。

三、利益冲突争议产生的原因及应对方法

利益冲突产生的原因，既有劳动者有意或无意为之，也有用人单位管理不善或操作不当。以果溯因，有利于用人单位更好地分析利益冲突发生的缘由。用人单位应当从如下层面思考、做好利益冲突管理工作。

（一）明确界定利益冲突行为

如本文第二章节所述，对于是否属于利益冲突、如何认定在实践中存在着较大分歧。有鉴于此，对用人单位来说，应当细化利益冲突可能涉及的人员及事项。

1. 关于特定关系人应当明确界定

对于劳动者本人以外的特定关系人，应当在制度上加以明确规定，不宜宽泛也不宜过窄。如是亲属，也应列明包括哪些亲属。如下的几份政策文件，可供用人单位在明确特定关系人时参考。

《国家海洋局工作人员防止利益冲突暂行办法》第四条规定，“本办法所称特定关系人是指国家海洋局工作人员的配偶、子女及其配偶，父母、兄弟姐妹，配偶的父母及兄弟姐妹，以及其他共同利益关系人等”。

《浙江省国土资源工作人员防止利益冲突试行办法》第七条规定，“（二）涉及夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲以及近姻亲的利害关系的”“（三）可能影响公正执行公务的其他利害关系的”，国土资源工作人员在办理相关事项时，应当回避。

《温州市防止领导干部利益冲突办法（试行）》第五条规定，本办法所称特定关系人，是指领导干部的近亲属、拟制血亲、近姻亲和其他共同利益关系人等。

（一）“近亲属”，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。（二）“拟制血亲”，包括养父母、养子女、继父母、继子女。（三）“近姻亲”，包括配偶的父母、配偶的兄弟姐妹及其配偶，子女的配偶及子女配偶的父母。

2. 关于利益冲突行为的界定

何为利益冲突行为，不同公司也有不同判断标准。针对本单位的具体情况，有必要列出全面、翔实的利益冲突行为，为员工忠实履约提供规范和指引。当然，随着公司业务扩张或认知提升，利益冲突行为的判断也可进行调整。

（二）建立利益冲突披露制度

利益冲突披露，是当用人单位利益与劳动者个人利益或特定关系人利益发生冲突及存有冲突的可能性时，应及时向用人单位报告的一项制度。用人单位要求劳动者及时、如实、全面披露其自身及特定关系人已有或潜在的利益冲突信息，有利于做好利益冲突管理工作，有利于防范劳资争议。

《劳动合同法》第八条规定，“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。”利益冲突披露是诚实信用原则、员工忠实义务在劳动关系领域的具体显现，也是用人单位合理知情权的延伸，用人单位要求员工披露，劳动者也有义务如实说明。当然，关于合理性界定、隐私权问题，不排除劳动者提出疑问，用人单位应当及时予以解释和说明。

利益冲突披露并非员工的法定义务，因此，用人单位有必要在规章制度（如制订《利益冲突申报办法》）中予以明确，或者以承认书、保证书、反馈函、调查表等形式让员工签署，并明确未尽到披露义务的后果。对于需要披露的信息，可以分为三类：1. 过往的（如过去两年内）；2. 现在的（当下正在进行的）；3. 将来的（如有发生应当第一时间向用人单位报告）。

（三）重视规章制度的民主程序

规章制度须经过民主程序，为《劳动合同法》第四条规定的应有之义。大中型企业、集团型企业往往更加重视利益冲突管理，在员工手册、利益冲突管理办法等规章制度会有明确、具体规定，需要注意的是，“直接涉及劳动者切身利益的规章制度”应当履行民主程序。

有些集团公司在利益冲突管理办法中明确规定，“该办法也应当适用于集团所有公司，包括其分公司、子公司”。那么，集团的利益冲突管理规定，子公司、分公司是否需要再走一遍民主程序？

员工在劳动争议案件中常以此为由提出抗辩，认为其所在分公司或子公司对有关利益冲突规定并未经过民主程序，因此，其违反利益冲突的行为不构成违反公司规章制度。

前述戴某与扬州三盛商业管理有限责任公司劳动争议案⁵中，就规章制度的民主程序问题，该案审理法院认为，对于《利益冲突管理制度》，“三盛公司未能提供证据证明该制度经过民主的程序制定，而以集团公司的规章制度在集团公司下的分公司或者支公司适用无需经过相关程序为由，直接要求员工签字执行，在程序上存在欠缺。”可见，对于集团制定的相关制度并不当然适用于分公司或子公司，分公司或子公司仍需再履行一遍民主程序，以达到《利益冲突管理制度》的程序合法之效果。

案例 4：陈某与西门子（中国）有限公司大连分公司劳动合同纠纷案⁶

⁵ 江苏省扬州市邗江区人民法院（2016）苏 1003 民初 2672 号一审民事判决书。

⁶ 辽宁省大连市甘井子区人民法院（2016）辽 0211 民初 8714 号一审民事判决书。

本案与前述案例3存在截然不同的观点，该案审理法院认为，总公司的《员工手册》已经履行民主程序，应当适用于分公司及其员工。

陈某于2016年3月1日与西门子（中国）有限公司下称西门子公司）大连分公司（签订无固定期限劳动合同。《劳动合同》《员工手册》《西门子商业行为准则》中均对员工应避免利益冲突的行为有所描述。

大连雾特贸易有限公司（下称雾特公司）成立于2013年3月29日，法定代表人为李华（李华系陈某前妻）。雾特公司与西门子公司存在合作关系。2014年10月，陈某作为西门子公司大连分公司销售代表参与了与雾特公司白山项目的交易。

法院认为，西门子公司《员工手册》合法有效，并已履行告知程序，陈某具有违反规章制度的行为，故西门子公司依据《员工手册》解除与原告的劳动合同，符合法律规定的事由和程序，属于合法解除。

法院对分公司的管理问题明确了意见和态度，根据公司法相关原理，分公司是指公司在其住所以外设立的以自己的名义从事活动的分支机构。分公司不具有独立的公司法人的权力机关和意思决定机构，无自己的章程，分公司可以对外开展业务活动，是劳动法意义上适格的用工主体，但不独立承担民事责任，即分公司有营业资格而无法人资格，其民事责任由总公司承担。

纵观全案，用人单位对于陈某问题的处理，均是以“西门子（中国）有限公司”的名义进行，比如，西门子公司《员工手册》系向全体员工征求意见后，与工会协商讨论制定，其工会、员工讨论文件经北京市方正公证处保全。实践中，将工会、员工等经过民主程序的相关文件进行公证的操作较少，但西门子公司这一举动，无疑为用人单位增加了证据证明力，更有利于法官确认民主程序。对于解除劳动合同的决定，亦有通报西门子公司工会。

（四）重视规章制度的制定及员工对有关制度的知悉

近年来，在大量涉及利益冲突的劳动争议案件及合规调查项目中，劳动者一方常常对公司的利益冲突制度、合规政策、合规培训相关证据的真实性不予认可。在合规调查时，与涉嫌利益冲突的员工谈话，一些员工虽认可公司有禁止利益冲

突的合规政策，但对自己或其亲属所作所为是否构成利益冲突存在缺乏准确认知，对违规的严重性认识不足。因此，做好合规培训势在必行。

在前述陈某与西门子公司大连分公司劳动合同纠纷案中⁷，西门子公司大连公司之所以能被认定为“合法解除劳动合同”，与公司有关“利益冲突”的规章制度完善设计分不开。

在西门子公司与陈某的签订的《劳动合同》第 9.4 条排他性雇佣条款便载明：“在雇佣期限内，员工不得为自己或第三方从事任何商业行为。在未事先获得公司书面同意的情况下，员工不得接受任何私有性组织或公共性组织的职位聘任……在未事先获得公司书面批准的情况下，员工不得享有任何与公司利益矛盾或冲突（无论何种形式）的外部利益，不得享有任何对员工工作表现有不良影响的外部利益。”

作为劳动合同的附件，《西门子商业行为准则》对利益冲突的形式包括种类进行了列举并强调“西门子所有员工均应在履行职责时识别并避免利益冲突甚至是利益冲突的迹象，这一点非常重要。”同时，对员工从事竞争活动做出了限制，并规定有关利益冲突的事项“必须向其人事部门披露该事实”。

西门子公司区域合规监察办公室通过电子邮件的方式，向中国所有员工发送避免利益冲突的通告。该通告列举了包括员工或员工亲属自营与西门子竞争、员工兼职等 8 种可能出现利益冲突的情况。

可见，西门子公司在规章制度的设计方面考虑得十分周全，不仅在《劳动合同》及《员工手册》《西门子商业行为准则》等附件中反复强调禁止员工从事于公司利益相冲突的行为或活动，亦通过电子邮件发布有关通告。如此，在争议举证时，足以证实用人单位多方式、多途径提示劳动者“不要从事与公司利益相冲突的行为”。而且，通过全体员工都能收到的电子邮件等方式通告，亦对用人单位举证提供便利，从而使法官感受到用人单位对此类事件的重视及坚决态度。

⁷ 辽宁省大连市甘井子区人民法院（2016）辽 0211 民初 8714 号一审民事判决书。

《员工手册》的公示告知工作，有必要通过各种方式做到位，最好选择让劳动者本人对有关文件签名确认。如此，既可体现用人单位已履行告知程序，也可进一步证明员工对于自己产生利益冲突的行为系“明知故犯”。

（五）用人单位行使劳动合同解除权的合理期限

在合规调查项目中，用人单位经常遇到保密级别极高、约束过多、取证能力受限、证据固定不易等问题，从而启动调查至解雇处理的时限较长。因此，一旦收到举报线索，就应当立即进行初步判断分析、决定是否启动调查，而后及时调查、尽早处理，不宜时过境迁再翻陈年旧账。

已经废止的《企业职工奖惩条例》⁸第 20 条曾规定，“审批职工处分的时间，从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过 5 个月，其他处分不得超过 3 个月。”依据该条规定，劳动者违纪并经调查核实后，做出解除劳动合同处理的，用人单位应当在证实劳动者犯错误之日后 5 个月内进行处分。需要注意的是，“劳动者犯错误之日”与“证实劳动者犯错误之日”并不一定必然是同一日。

《浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》（2014 年 4 月 14 日）提出明确答复意见，“劳动者违反用人单位规章制度，符合用人单位与其解除劳动合同的条件，用人单位一般应在知道或者应当知道之日起 5 个月内行使劳动合同解除权”。

“用人单位一般应在知道或者应当知道之日起 5 个月内行使劳动合同解除权”，可以作为解除权行使合理期限的参考。

案例 5：广州市好又多百货商业广场有限公司广源分公司与张某劳动争议纠纷案⁹

广州市好又多百货商业广场有限公司广源分公司（下称好又多百货）认为其员工张某存在私自收受供应商购买的购物卡及违规将员工折扣卡外借给顾客使用的行为，属于严重违反公司制度，决定与其解除劳动合同，并依法定程序通报

⁸ 《企业职工奖惩条例》于 1982 年 4 月 10 日生效，已被《国务院关于废止部分行政法规的决定》（2008 年 1 月 15 日发布；2008 年 1 月 15 日实施）废止。

⁹ 广东省广州市中级人民法院（2016）粤 01 民终 10235 号二审民事裁定书。

工会。张某称自己没有接受供应商的任何购物卡，其确实外借员工折扣卡给亲戚使用，其亲戚享受的折扣优惠没有达到解除劳动合同的条件。

法院认为，张某虽有违规使用员工折扣卡的行为，但享受优惠的金额少于250元，尚未达到解聘的程度。且“从保护劳动合同关系的稳定性出发，用人单位行使劳动合同的解除权应在合理期限内行使。”消费交易发生在2013年5月21日，好又多百货在2014年6月24日对被张某进行了调查谈话，好又多百货总部也于2014年8月25日做出了调查报告，如果好又多百货认为张某存在违规行为，严重违反了公司的规章制度，就应及时做出处理，但好又多在2015年10月13日即调查后一年多才做出解除劳动关系的决定，“超出了合理期限，又未能做出合理解释”。

本案中，对于员工违规使用员工折扣卡导致产生违反公司利益冲突政策的严重后果，且违反公司利益冲突政策，接受供应商或从供应商处购买购物卡，确实存在利益冲突，即其利用公司资源处理私人事务、为了个人利益而进行不正当的交易。公司亦通过《保证书》、《店内员工须知》《员工手册》《道德操守规范》等制度明确了利益冲突的相关规定，但是《员工折扣卡政策》明确规定“员工违规使用折扣卡，享受优惠高于人民币250元，则将直接导致解聘”。

法院认为用人单位对于劳动者的违规行为经过两年多才进行处理，属于“超出合理期限”。可见，用人单位如发现员工的违规行为，应尽快进行处理，以免发生即使证据充足，却因处理时间“超出合理期限”而被认定为违法解除劳动合同的后果。

（六）用人单位规章制度虽未约定，员工违反利益冲突行为仍有可能被认定为构成违反“忠实、诚信”义务

规章制度对于劳动者实际涉及违反利益冲突的情形并未明确界定，有些单位因而产生能否直接解除劳动合同的疑问。实际上，劳动者的行为，如果严重违反对用人单位的忠实、诚信、勤勉尽责、遵守职业操守及职业道德等义务，用人亦可提出解除劳动合同。

案件 6：楼某与圣戈班（中国）投资有限公司劳动合同纠纷案¹⁰

楼某任职圣戈班（中国）投资有限公司（下称圣戈班公司）上海公司总经理。圣戈班公司的《员工手册》规定，“员工与公司存在利益冲突的行为或情形之一，公司将立即终止劳动合同：员工成为其他企业的股东或拥有相应利益者未事先主动告知公司的；利用工作之便或公司的资源牟取利益的……”

2015 年 3 月 27 日，钰湾新材料技术（上海）有限公司（下称钰湾公司）注册成立，楼某系该公司法定代表人。该公司主要经营范围与圣戈班公司类似。2016 年 1 月 12 日，圣戈班公司以楼某违反《员工手册》和劳动合同为由，向楼某出具《解除劳动合同通知书》，后双方发生争议。

法院认为，劳动者任职期间应当忠于职守，勤勉工作，不应有任何可能危害用人单位合法利益的行为。楼某组建与圣戈班公司经营范围相类似的钰湾公司的行为，未主动向圣戈班公司进行汇报，亦未在仲裁中主动向仲裁委提及，该行为显然属于为自己谋取不正当的利益的行为。楼某之上述行为，既违反双方约定，亦有违职业道德，更有失诚信，未忠实维护用人单位的合法权益。故圣戈班公司与楼某解除劳动合同的行为，并不违法，无需支付其违法解除劳动合同赔偿金。

圣戈班公司《员工手册》中对与员工违反利益冲突的行为及后果有所载明，但楼某在庭审中“否认收到并知晓”该《员工手册》。对于《员工手册》是否已经过公司民主程序，公司并未提及或举证证明，但是法院却判决公司解除劳动合同属于合法。法院给出的理由和观点并非从劳动者违反公司《员工手册》等规章制度的角度出发，而是认为，“即便规章制度中未规定利益冲突的内容”，楼某作为公司高管，也应对公司负有“诚实信用和忠实义务”的义务。

《劳动法》第三条规定，劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德。在这里，法官认为，对于利益冲突的行为及后果，不管用人单位与劳动者有无约定或如何约定，劳动者的忠实义务是隐藏在劳动合同之中的一种默示义务，即劳动者与用人单位签订劳动合同后，就视作其应当“恪守尽职，忠于职守，尽可能的避免发生利益冲突”。

¹⁰ 上海市第二中级人民法院（2016）沪 02 民终 7024 号二审民事判决书。

本案中，楼某成为钰湾公司的股东、存在利用工作之便或公司资源为钰湾公司牟取利益的可能，已经是违反了其“恪守尽职，忠于职守”的义务。

由此，可以得出另外一种思路，在用人单位对于利益冲突的问题没有约定，或者约定不明确的情况下，考虑以劳动者应承担遵守劳动纪律和职业道德义务来提出解除劳动合同。当然，劳动者具有诚信、忠实义务，并不当然意味着用人单位可以就此忽视或忽略规章制度的制定工作。

（七）鼓励各种类型的举报

对于劳动者违反利益冲突行为的线索，来源广泛，有网络公开渠道调查，有外部举报，也有内部举报。据悉，美国的合规调查案件中，有 25%是通过公司内部“告密者”提供线索。¹¹

用人单位可以建立完善的内部举报体系，鼓励内部举报、弘扬廉正风气，如果员工认为或发现同事存在违反利益冲突的行为，可以通过电话、电邮、信件举报给公司的合规部门甚至直接报告给董事会。

结语

运营发展中，用人单位会存在各种各样的利益，当劳动者或特定关系人的行为已经或可能与用人单位利益发生冲突时，需要在公平合理的基础上协调和平衡各方利益。对此，公司的规章制度应如何具体规定，如何认定存在利益冲突，何种行为才能认定“公司利益受损”，对于利益冲突行为的处理等问题，都需要公司根据自身发展及实际情况，审慎思考及对待。

作者简介：曾凡新，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员，深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会主任。大成律师事务所合伙人、中国区劳动与人力资源专业委员会副主任、深圳办公室公司与商业事务部副主任暨劳动与人力资源专业组负责人，拥有高级人力资源管理师、高级公司法律风险管控师资格。于亦佳、崔丽影、林琳、彭聪，皆为大成律师事务所中国区劳动与人力资源专业委员会委员、曾凡新律师团队成员。

¹¹ 《中国企业法务观察》第三辑第7页，法律出版社2017年1月第1版。

群体心理分析对“企业裁减人员项目”的影响

周旻，广东联建律师事务所

市场行为瞬息万变，作为全球经济一体化产业链上的一环，中国企业也要适应这些变化。从经济发展趋势、企业战略转型、产品结构调整等角度，企业有时候必须做出裁减人员的安排来适应市场的变化，以求得生存和发展。在此先跟大家介绍一下“企业裁减人员”的六种情形：企业解散、搬迁地址、战略转型、股权收购、合并分立、经济性裁员，以让大家了解企业出现哪些情况时劳动法专业律师可以介入提供服务：

一、企业解散

有的加工型企业已经搬迁过地址，但仍不能改善经营局面，最后不得不选择关停企业；还有的企业因为追求快速扩张导致资金链断裂，被供应商追债，以致企业经营无以为继，只能选择解散企业。

二、搬迁地址

汪洋在广东主政时就提出“腾笼换鸟”，深圳有很多制造型企业感受到地方政府的态度，加上人力资源成本上升对经营利润的压缩，纷纷迁往内地甚至越南等东南亚国家。

三、战略转型

当企业外部环境尤其是所从事的行业业态发生重大变化时，企业必须通过战略转型来适应市场的变化；当企业步入新的发展阶段，需要对生产经营与管理模式进行战略调整时，企业就要选择新的生存与成长模式。

四、股权收购

当收购方购买目标公司一定比例的股权，从而获得经营控制权。而未取得经营控制权的收购称之为投资。收购完成后，持股 50% 以上的收购方是为了获得控制权，而投资的目的则可能是看准了此项投资未来有较高的回报率。

五、合并分立

公司合并包括吸收合并和新设合并两种形式：前者是指两个以上的公司合并中，其中一个公司因吸收了其他公司而存续，后者是指两个或两个以上的公司通过合并创设了一个新的公司。

公司分立包括存续分立和解散分立：存续分立是本公司继续存在并设立一个以上新的公司，解散分立是本公司解散并设立两个以上新的公司。

六、经济性裁员

经济性裁员，是指用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难时，用人单位一次性辞退部分劳动者，以此作为改善生产经营状况的一种手段。其目的是保护自己在市场经济中的竞争和生存能力，以度过暂时的难关。

再从群体心理分析角度出发，笔者从认为对“企业裁减人员项目”可能产生影响的三个方面，做如下介绍和说明：

一、企业负责人不要先站出来。

员工一旦因为企业裁减人员而结成群体，就会觉得自己人多势众，有一种不可战胜的力量。他们容易接受暗示，会服从引导者，能够做出与自己性格习惯完全不同的事情来。他们凭本能做事、失去自控、充满暴力，具有原始人那样的英雄主义。

因此，我们反对负责人首先出现与员工代表接触，有的董事长或总经理觉得自己平时对部下和员工有情有义，认为自己不会遇到什么危险。但实际上群体已经没有理性，丧失了正常的推理能力，也谈不上什么智力水平。所以，在企业裁

减人员项目中发生了多起企业负责人被扣留公司现场的情形，最后不得不依靠警力把人“抢”出来，有时甚至要动用反恐防暴大队。

这时人事部经理去谈也不行，因为此时人事部经理不会被员工信任，最好的办法是先成立工作组，再由工作组集体与员工见面；等补偿安置方案确定下来之后，可以由企业负责人来做说明。

二、积极与政府沟通，由政府出面刺破谣言。

一旦结成群体，无论是文盲还是学者都会失去观察能力，他们感情粗暴，缺乏理性，极其轻信；会把想象歪曲的东西与真实的事件混为一谈，会把头脑中唤起的形象当作是真的，而这些东西往往与实际情况相距甚远。

在项目实践中，如有员工散布公司领导贪污受贿、在员工福利上截流款项、克扣员工加班费等不实信息，在员工群体中几乎人人信以为真。这时企业需要加强与政府沟通，由政府出面来刺破谣言，避免员工群体偏听偏信、丧失理智，最后酿成悲剧。

三、先制定好预案，降低发生暴力事件的可能性。

残忍与破坏的本能与生俱来，它蛰伏在我们每个人身上。群体极易产生这种狂热的感情，这种感情能让个人在崇拜与服从中得到幸福和满足，并随时准备为自己的偶像而牺牲。

企业应提前制定好突发应急处置预案，并设立突发应急处置小组，确定小组成员分工。而要不要请外保，何时请外保、请多少外保、要不要安插线人、如何安插、线人向谁报告……这些问题都应当包含在预案中。

当发生阻拦交通工具、围堵企业领导层、罢工停产时，企业要及时发现苗头并上报情况，为动用政府资源化解矛盾和打压势头做准备。

裁员方案设计有门道，兼顾合法合理更高效

彭湃、陈琳，广东卓建律师事务所

【关键字】

提前解散 经济补偿金计算年限 涉港文书效力

【案情简介】

荒某制衣厂（下简称“制衣厂”）是一家“三来一补”企业，2015年4月其港资投资方通过提前解散制衣厂的董事会决议。解散必然面临全部员工的安置及遣散，因此制衣厂委托广东卓建律师事务所彭湃律师处理员工的安置遣散问题。

2015年6月24日，提前解散决议经过中华人民共和国司法部委托香港律师进行了公证，并由中国法律服务（香港）有限公司于2015年6月25日办理专递。2015年6月26日，制衣厂向深圳市宝安区西乡街道办经济科技科递交《提前解散申请书》，申请于2015年6月29日向员工宣布正式解散。2015年6月29日，制衣厂以粘贴《公告》的方式向所有员工宣布提前解散决定，并通知将依法支付经济补偿金，经济补偿金计算年限自2008年1月1日起算。

后胡某等25人向深圳市宝安区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，认为制衣厂在劳动合同终止之前单方提前解散属于违约，且依据《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》，制衣厂提前解散应报相关审查机关批准，但制衣厂一直未提供获准解散的批文，因此属于违法提前解散及违法解除劳动关系，应当支付赔偿金；同时员工还主张即使制衣厂是依法提前解散的，因1993年10月1日至2009年5月25日期间有效的《深圳经济特区劳务工条例》曾规定，用人单位提前解散的应支付经济补偿金，因此经济补偿金计算年限应当自1993年10月1日之后的实际入职之日起算，而非自2008年1月1日起计算。

【裁判结果】

本案经仲裁、一审、二审，最终深圳市中级人民法院认定制衣厂提前解散合法，判决制衣厂向胡某等 25 名员工支付经济补偿金，经济补偿金年限为 2008 年 1 月 1 日以后的实际工龄。

【争议焦点归纳】

1. 制衣厂的提前解散程序是否合法；
2. 胡某等 25 名员工 2008 年 1 月 1 日之前的工作时间是否应计入终止劳动合同经济补偿金年限。

【裁判要旨】

关于提前解散程序是否合法问题，深圳中院认为制衣厂经投资方通过董事会决议提前解散，解散决议经法定程序公证及送达已生效，制衣厂作为三来一补企业，并非中外合作经营企业，故无需适用《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》有关规定，其提前解散无需相关部门审批，因此制衣厂提前解散程序合法。而提前解散是用人单位正当行使经营自主权的行为，符合《中华人民共和国》第四十四条第一款第五项规定的法定终止劳动合同的情形，故制衣厂终止与所有员工的劳动合同合法，应依法支付经济补偿金。

关于 2008 年 1 月 1 日之前的工作时间是否应计入终止劳动合同经济补偿年限问题，深圳中院认为 1993 年施行的《深圳经济特区劳务工条例》虽然曾规定用人单位依法解散的，应当发放经济补偿金，但规定经过 1998 年和 2004 年两次修订后，现均已失效。故员工要求经济补偿金年限自入职之时开始计算的诉讼请求没有法律依据，制衣厂依法仅需按照 2008 年 1 月 1 日之后的实际工龄计算经济补偿金。

【律师解读】

1. 合理设计裁减人员方案，可大幅节省裁员费用。本案中制衣厂在卓建律师指导下，采用提前解散企业的方式进行裁员，相比经济性裁员方式，实际中为企业节省逾百万的裁员成本。主要的成本差距在于经济补偿金的计算。劳动合同法于 2008 年 1 月 1 日实施，其中第九十七条规定“本法施行前按照当时有关规

定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行”。因此由于1995年1月1日生效的《劳动法》第二十八条已明确规定，实施经济性裁员的，企业应当支付经济补偿金，故采用经济性裁员方式的，经济补偿金计算年限为1995年1月1日后的实际工龄，由此会导致老员工人数较多的企业经济补偿金额大幅上升。而如果采用提前解散方式进行裁员，因《劳动合同法》2008年1月1日实施之前，法律并未规定企业解散而终止劳动关系的需要支付经济补偿金，因此采取提前解散方式裁员的将无需对2008年1月1日之前的工龄支付经济补偿金。制衣厂作为一家已经经营几十年的老厂，厂中有相当数目的员工为2008年前入职，因此本次采用提前解散公司的方式遣散员工，相比经济性裁员为企业节省了许多成本支出。不同的裁员方案有不同的成本承担，建议企业在律师指导下合理设计裁员方案后再进行裁员，可为企业大幅节省裁员费用。

2. 关于企业提前解散事宜，因我国公司法第一百八十一条第二款已规定，股东会或股东大会决议解散的，公司解散。因此，非特殊企业的提前解散是用人单位行使经营自主权的行为，依法无需经批准。本案员工主张应适用《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》审理用人单位解散合法性，但律师认为：首先本案制衣厂属于三来一补企业，并非中外合作经营企业，因此并不属于《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》规范的主体范围；其次该法的规定是针对中外合作企业清算程序所作的特别规定，其中并未规定企业与员工之间劳动合同关系的清理也应当依清算程序进行；最后本案作为劳动合同纠纷，《劳动合同法》作为特别法和上位法，根据特别法优于一般法，上位法优于下位法的原则，从法理层面分析本案也应当优先适用《劳动合同法》对本案进行审理。

3. 最高人民法院、司法部《关于涉港公证文书效力问题的通知》中明确对于发生在香港地区的有法律意义的事件和文书，均应委托公证人出具并经司法部中国法律服务（香港）有限公司审核加章转递的公证证明，相关文书未经公证加专递的不具有证明效力和执行效力。本案中，提前解散决议产生于香港，因此律师指导进行了公证及转递，保证了解散决议具有合法的效力，也是本案胜诉的重要一环。

用人单位与“三期”女职工的劳动关系解除问题

——深圳市某某供应链服务有限公司与张某某解除劳动合同纠纷案

丁海洋，广东普罗米修律师事务所

【案号】

深劳人仲案[2015]7811 号

【案例要旨】

司法实践中，用人单位以严重违反公司规章制度和劳动纪律为由解除劳动合同的情况时有发生，然而如果操作不当被判定违法解除的风险非常大，对于“三期”女职工尤甚。我国《劳动法》《劳动合同法》《女职工劳动保护特别规定》和《广东省人口与计划生育条例》等法律法规对女职工做出了特别保护，对用人单位解除“三期”女职工的劳动合同进行了限制，对用人单位在仲裁诉讼中的举证证明责任更为严苛，公司解除“三期”女职工劳动合同应慎之又慎。

【案情简介】

张某某 2014 年 10 月 26 日入职深圳市某某供应链服务有限公司（以下简称公司），担任业务总监，劳动合同期限为 2014 年 10 月 27 日至 2017 年 10 月 26 日，合同约定每月固定工资 12000 元。张某某上班至 2015 年 5 月 26 日，而后休产假，公司正常发放了 2015 年 6 月、7 月工资。2015 年 8 月 28 日，公司向张某某电子邮箱发了一封《关于劳动纪律警告的通知》的邮件，该通知记载“张某某：自 2015 年 5 月 22 日起至今未到公司报到，且无任何说明和请假证明，已严重违反公司劳动纪律和考勤制度。现限你于 2015 年 8 月 31 日上午 10:00 前到公司办理相关手续，逾期未办理公司将视你为自动离职，并按公司制度规定旷工三天以上扣除相应工资办理”。张某某未在邮件通知的期限内到公司办理手续，于是公司未发放张某某 2015 年 8 月工资。2015 年 9 月，因未收到 8 月工资，张某某打电话到公司人事处，人事处工作人员告知因其未能履行请假手续，严重违反公司规章制度，公司已解除与其劳动合同关系。2015 年 11 月，张某某向深圳市劳

动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请，请求：1、支付2015年8月1日至10月3日（产假）期间的工资30455.17元；2、支付2014年1月至2015年7月期间的提成工资74620.64元；3、支付违法解除劳动合同的赔偿金36000元；4、支付2015年10月7日至2016年5月31日（哺乳期）期间的工资94540.23元。各项请求合计235616.04元。

张某某主张工资由基本工资12000元和提成工资构成，公司在2015年5月18日已通过银行转账发放50000元提成，并提交了《薪酬管理制度》、业务提成表、银行流水和证人证言拟证明。公司主张没有提成工资，劳动合同也未约定提成工资；确认向张某某发放50000元，但该款项属于奖金；《薪酬管理制度》并未正式实施。

【代理意见】

针对张某某的仲裁请求，本律师代表公司发表了如下代理意见：

1. 关于支付2015年8月1日至10月3日（产假）期间的工资，从2015年8月31日开始，公司已依法解除与张某某劳动关系，无需再支付工资。

2. 关于支付2014年1月至2015年7月期间的提成工资，根据双方的书面劳动合同约定，张某某的工资为每月固定工资12000元，双方并没有关于业务提成的约定。张某某的主张与证人的陈述存在出入，也未就公司有业务提成的规定、业务提成的支付时间、支付标准以及计提提成的业务由其完成等举证证明。

3. 关于支付违法解除劳动合同的赔偿金，由于张某某自2015年5月22日开始一直未到公司报到，也无请假、休假申请和办理手续，在公司给予的合理期限内仍拒不到公司说明和办理相关手续，已严重违反公司规章制度。虽然张某某是“三期”女职工，公司仍可依劳动合同法第三十九条解除与其劳动关系，无需支付赔偿金。

4. 关于请求支付哺乳期工资，根据法律规定，产假休完后，员工应当正常上班，没有任何法律法规规定员工可以在哺乳期不上班而享受工资待遇。而且从2015年8月31日开始，公司已解除与张某某劳动关系，无需再支付工资。

【处理结果】

仲裁委经审理认为：

1. 双方劳动关系自 2015 年 8 月 31 日解除，故张某某诉请 2015 年 8 月 31 日之后的工资没有法律依据。2015 年 8 月仍处于休产假期间，公司应当视为提供正常劳动并支付产假工资。

2. 张某某未就存在业务提成的事实举证，要求公司支付提成工资的证据不足，不予支持。

3. 公司支付了 2015 年 6 月、7 月工资，应视为公司知晓张某某休产假的事实，但仍向张某某发出《关于劳动纪律警告的通知》的邮件，并解除劳动关系。公司仅通过一封电子邮件的方式告知张某某补办请假手续，属于未通过合理方式告知，其解除劳动合同关系属于违法解除，应支付赔偿金。

4. 双方劳动关系自 2015 年 8 月 31 日解除，要求公司支付上述期间哺乳期的工资没有法律依据。

仲裁委最终裁决如下：

1. 公司支付张某某 2015 年 8 月份产假工资 12000 元；
2. 公司支付违法解除劳动合同赔偿金 34454 元；
3. 驳回张某某其他仲裁请求。

仲裁裁决作出后，双方均未起诉，裁决发生法律效力。

律师提醒

1. 考虑到女职工在“三期”期间的特殊身体状况，我国立法上对女职工的劳动保护做出了特殊保护性规定。女职工“三期”管理历来被认为是最令公司头疼的事务之一，其中在处理“三期”女职工劳动关系中岗位变更、合同解除与终止问题时，一定要咨询专业律师。本案的发生就由于公司在解除张某某前并未咨询律师意见。

2. 用人单位要求劳动者严格履行请假程序，以及对医疗证明、请假材料等有特别要求，最终以请假程序瑕疵或请假材料瑕疵为由解除劳动合同时，一定要慎之又慎。

3. 本律师后来了解到，张某某本科学习法律，具备一定法律知识，于是未委托律师而自行申请仲裁。然而，本案张某某的仲裁策略选择不当，产假期间计算错误。如果张某某仲裁要求公司继续履行劳动合同，支付违法解除劳动合同期间的工资，那最终被支持的金额将会翻番。

劳动合同履行地和用人单位所在地法院的诉讼管辖之争

何志杰，广东联建律师事务所

【基本案情】

张某系深圳某幕墙装饰工程有限公司（下称幕墙公司）在安徽省合肥市某幕墙工程项目的生产经理，工作地点在合肥市包河区。

2016年，张某与幕墙公司因工资发放、劳动合同解除等事宜发生争议，张某向其劳动合同履行地的安徽省合肥市劳动争议仲裁委员会申请劳动仲裁。合肥市劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决后，幕墙公司与张某均不服仲裁裁决，深圳幕墙公司于2016年8月1日向所在地的深圳市福田区人民法院（下称福田区法院）提起诉讼，张某则于2天后的8月3日向安徽省合肥市包河区人民法院（下称包河区法院）提起诉讼，幕墙公司据此向包河区法院提出管辖权异议，认为公司已向福田区法院提起诉讼，且福田区法院先于包河区法院受理本案，应由福田区法院管辖。

【裁判结果】

包河区法院经审查认为，依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第九条第二款的规定“当事人双方就同一仲裁裁决分别向有管辖权的人民法院起诉的，后受理的人民法院应当将案件移送给先受理的人民法院”，在受理本案之前，幕墙公司已就同一仲裁裁决在福田区法院起诉了张某，且福田区法院业已受理，故本院不具有管辖权，金粤公司申请将本案移送至福田区法院审理，符合法律规定。

据此，包河区法院依据相关规定，认定幕墙公司对本案提出的管辖权异议成立，本案应移送至福田区法院审理。

【案例评析】

众所周知，各地劳动争议仲裁委员会和法院在审理劳动争议案件时，除了依据国家法律、行政法规外，还要结合符合本地区实际的地方性劳动法规、政策、裁审实务操作口径等作出裁审依据。因此，案件管辖地不一样，就有可能导致裁审结果不一样，这主要是由于法律适用上地区差异性导致的。也正因为如此，劳动争议案件的双方当事人对案件的管辖权自然就互不相让，争夺的异常激烈。那么，在劳动合同履行地和用人单位所在地不一致时，究竟应当有哪里管辖呢？基于劳动争议案件“一裁两审”的程序性特征，以下就劳动争议仲裁阶段与诉讼阶段的管辖分别进行探讨。

在劳动争议仲裁阶段，根据《劳动争议调解仲裁法》第21条规定，劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。从上述规定来看，确定仲裁管辖的原则是“劳动合同履行地优先管辖”。双方当事人分别申请仲裁的，无需区分时间先后，都是由劳动合同履行地优先管辖。在本案中，张某向劳动合同履行地的合肥市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，合肥市劳动争议仲裁委员会依法享有管辖权。

在诉讼阶段，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第8条的规定，劳动争议案件由用人单位所在地或劳动合同履行地的基层人民法院管辖。同时第9条规定，当事人双方就同一裁决分别向有管辖权的人民法院起诉的，后受理的人民法院应当将案件移送给先受理的法院。从上述司法解释规定来看，劳动争议案件在诉讼阶段确定管辖的原则是“先受理优先管辖”，即由先受理的法院优先管辖。

在本案中，张某与幕墙公司均不服仲裁裁决，先后向合同履行地与用人单位所在地的法院提起诉讼。但是，从立案时间来看，幕墙公司向福田区法院起诉在前，张某向包河区法院起诉在后。根据最高院的相关司法解释，本案依法应由立案在先的用人单位所在地的人民法院管辖。因此，包河区法院裁定将张某起诉幕墙公司的案件移送至立案在先的福田区法院审理是符合法律规定的。

【实务建议】

在诉讼阶段，仲裁委所在地的人民法院并不当然享有诉讼管辖权。因此，基于劳动争议案件管辖的重要性，在劳动合同履行地与用人单位所在地不一致的情况下，如企业希望由更有利于其自身利益的人民法院管辖，则应在领取仲裁裁决后尽快向劳动合同履行地或单位所在地的人民法院起诉。一旦劳动者先于企业向有管辖权的人民法院起诉，则企业将就此丧失选择诉讼管辖地的主动权。作为劳动者，同样如此。

需要提醒的，有部分企业与劳动者签订的劳动合同中约定了管辖的仲裁机构或法院。但是，如果约定的管辖仲裁和法院机构不属于劳动合同履行地或用人单位所在地，则是属于违反法律规定的约定，是没有法律效力的。

作者简介：何志杰，广东联建律师事务所合伙人律师，深圳市律协劳动与社会保障法律专业委员会委员，网站 **HR730** 特聘专家。长期从事劳动法实务，承办了大量重大疑难的劳动纠纷案件，并为多家企事业单位担任常年法律顾问或劳动法专项法律顾问，具有丰富的劳动法实务经验。

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（联建所）、王强（德纳所）、张福军（深坪所）

委员：陈伟（炜衡所）、冼武杰（华途所）、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（联建所）、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）。

——本资料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，仅用于交流学习，不用于商业用途，相关著作权归原权利人所有。