



劳动与社会保障法

22年秋

目 錄

第一讲 劳动法概述.....	21
一、现代劳动法的起源与复杂性.....	21
二、劳动法的概念和调整对象.....	21
1. 教科书定义.....	21
2. 劳动合同与劳动关系.....	22
3. 事实劳动关系与事实契约关系.....	22
三、劳动关系的建立：“用工” / “合意”？.....	24
四、劳动法/劳动关系的特点——大陆法系的观察.....	25
1. 持续性债务关系.....	26
2. 生存依赖性.....	27
3. 劳动者的弱势地位.....	28
4. 组织上的约束性.....	28
五、劳动法的体系.....	28
（一）劳动立法的回应.....	29
1. 国家强制规定.....	29
2. 个体自治机制.....	31
3. 集体自治机制.....	31
（二）从劳动立法的回应看劳动法体系.....	34
1. 个体劳动法——以劳资个体自治为出发点.....	34
2. 集体劳动法——集体自治“保驾护航”.....	34
3. 劳动基准法——保护雇员的安全与健康.....	35
六、劳动法的地位与定位.....	35
（一）劳动法与民法.....	35
（二）劳动法与社会法.....	35
1. 社会法的定义.....	35
2. 社会保障法的体系分类.....	36
（三）劳动法与行政法.....	37
（四）劳动法与经济法.....	37

(五) 劳动法的地位与定位	37
七、劳动法的法源	38
(一) 劳资自治的法源	38
1. 个体自治确立的“法”	38
2. 集体自治确立的“法”	39
3. 习惯法?	48
(二) 国家管制的法源	49
1. 裁判依据的法源——规范法源	49
2. 裁判理由的法源——“准”规范法源	55
(三) 非正式法源	56
1. 地方性的“软法”: 通知、意见、纪要、解答	56
八、劳动法法源的适用规则	58
(一) 不同位阶的劳动法法源的适用规则	59
基本原则 I: 位阶原则	59
基本原则 II: 更有利劳工原则	61
(二) 相同位阶的劳动法法源的适用规则	63
基本原则 I: 替代原则	63
基本原则 II: 特殊原则	64
第二讲 劳动关系	66
一、劳动者/劳动关系概说	66
1. 劳动者、用人单位、劳动合同、劳动关系	66
2. 劳动者/劳动关系概念意义重大	66
(1) 对雇员: 社会保护意义	66
(2) 对雇主: 经济意义	66
二、劳动关系认定	67
(一) 劳动关系的法律定义	67
在立法中寻觅	67
【思考】既然不存在劳动者的统一定义, 如何认定劳动关系呢?	68
(二) 劳动关系认定的主观标准——当事人合意(意思自治)	68
(德国) 教义学背后体现的深层问题: 当事人基于意思自治选择合同类型的边	

界在何处?	69
（三）劳动关系认定的客观标准——司法界和学术界的合力发展	70
【引入】	70
【思考】德民 611a 条的“劳动合同定义”体现了传统民法决定合同类型的什么原则?	71
A 劳动合同	71
B 为他人提供有偿劳动	72
C 从属性	74
（四）德国法教义学视角下的劳动关系认定	87
A 类型概念方法论	87
B 雇员 / 劳动者——类型概念（Typusbegriff）	88
C 对类型概念观点的反对	88
D Wank 教授 经营风险理论	88
三、我国劳动关系的认定	89
（一）关于确立劳动关系有关事项的通知的分析检讨	89
（二）辅助标准的分析检讨	90
（二）我国劳动关系认定的理论概述	91
1. 学说概况	91
2. 司法实践	92
（三）认定劳动关系的经典案例	95
1. 传统出租车司机案	95
2. 郭懿诉江苏益丰大药房	100
3. 高级管理人员确认劳动关系争议的经典案例——孙起祥吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议	100
4. 蔺纪全与重庆兴平建筑劳务有限公司等工伤行政确认纠纷再审案	101
5. 聂美兰案	101
6. 轰动全国的闪送员案——工伤引发的认定劳动关系争议	101
（四）劳动关系的举证责任	103
四、我国劳动立法中特殊劳动者的法律问题	103
（一）公益性岗位人员	103

(二) 合伙人、股东、经理、机构成员与管理职员	104
1. 合伙人、股东	105
2. 经理	106
3. 组织机关成员	111
4. 管理岗位职员	112
3. 退休人员以外的特殊人员	113
五、我国劳动立法中的用人单位	122
(一) 适用本法的用人单位	122
1. 企业	123
2. 个体经济组织	123
3. 民办非企业单位	124
4. 用人单位的分支机构	125
(二) “依照本法执行”的用人单位	126
1. 国家机关	126
2. 事业单位	127
3. 社会团体	128
4. 用人单位的“反面清单”	129
六、中国式劳动者认定小结	130
立法参考	130
Step 1 主体适格审查：实则反映“基于私法性质的劳动合同建立劳动关系”	130
Step 2 劳动关系的认定	130
七、劳动关系与相邻概念的区别	131
(一) 本课程使用的“劳务关系”概念	131
【注意 1】自主的“劳务关系”非指以下劳务关系！	131
【注意 2】本课程使用的“合同法”意义的劳务关系非指以下“侵权法”意义的 劳务关系	132
(二) 本课程使用的“事实劳动关系”概念	132
(三) 本课程建议采纳“有瑕疵的劳动关系”	132
(四) 与合同法意义的“雇佣关系”	133
1. 本课程不使用“劳动法律关系”	133

2. 我国民法典并无典型的“雇佣合同”	133
3. 劳动合同与雇佣合同区别的学理探讨	133
（五）劳动关系与委托关系	134
（六）劳动关系与承揽关系	134
1. 给付标的不同	134
2. 提供劳务的独立性不同：劳动从属性的有无	135
3. 内部承包	135
4. 外部承包	136
（1）建筑领域的分包、转包	137
（2）运输领域的挂靠	140
（3）转包分包和挂靠中的赔偿责任	141
第三讲 劳动合同的缔约磋商	143
一、反就业歧视	143
（一）数据 / 算法歧视	143
1. 传统算法：缺乏自主获取信息能力的算法	143
2. 当代算法	143
（二）性别歧视	144
（三）就业歧视的法律内涵	145
（四）待深入探讨的问题	145
（五）立法框架	145
1. 《宪法》	145
2. 《劳动法》	146
3. 分类	146
（六）法律救济	149
1. 诉讼问题	149
2. 就业歧视的法律责任	154
（七）行政救济	158
（八）“乙肝就业歧视案”	159
二、劳动合同的缔约过失责任——以资方作为切入点	161
（一）缔约过失责任的内涵	161

(二) 缔约过失责任的法理基础和规范意旨、性质	162
1. 法理基础	162
2. 规范意旨	162
3. 规范性质	163
(三) 缔约过失责任的发生前提	164
1. 合同磋商 / 谈判的开始	165
2. 合同准备	165
3. 类似的交易上接触：兜底条款	165
(四) 缔约过失责任的“构成要件”	166
1. 违反先合同义务	166
2. 缔约相对方受到损失	176
3. 违反先合同义务与损失之间有因果关系	176
4. 违反先合同义务有过错	176
(五) 缔约过失责任的法律后果	177
1. 法律后果：损害赔偿责任	177
2. 关于具体范围引发极具争议的两大问题	177
3. “契约责任”性质下的损害赔偿责任	178
4. “侵权责任”性质下的损害赔偿责任	180
5. “电脑工程师乙肝歧视案”	181
三、缔约磋商中的义务——雇主的禁止义务	181
第四讲 劳动合同的订立	183
一、资方劳动合同订立自由的限制	183
(一) 限制类型	183
1. 缔约禁止 Einstellungsverbote/Abschlussverbote	183
2. 用工禁止 Beschäftigungsverbote	183
3. 雇佣请求权 (Einstellungsanspruch)	185
4. 雇佣义务 (Einstellungspflicht)	185
二、劳动合同的订立——要约与承诺	186
(一) 订立劳动合同的原则	186
(二) 劳动合同及其订立	187

1. 劳动合同	187
2. 最普遍的订立劳动合同方式	187
3. 要约的构成要件	187
4. 要约 v.s. 要约邀请	188
三、劳动合同的成立	190
（一）必备条款达成合意	190
1. 两部法律的对比	190
2. 中德对比	191
3. 劳动合同缺乏必备条款的法律后果	192
（二）约定条款达成合意	193
四、劳动合同的效力瑕疵	193
（一）表意人自身因素类	194
1. 判断能力型——从事法律行为的入场券	194
2. 有意的意思保留型	196
3. “无意的”意思保留型	197
（二）他人因素类	201
1. 表意不自由型	201
2. 事务处置型	218
（三）秩序因素类	220
1. 违反强制性规定	221
2. 违反法律禁令	224
3. 违背公序良俗	226
4. 违反形式强制合同的订立形式	228
五、劳动合同整体无效的法律后果	233
（一）无效或部分无效的确认	233
（二）针对劳动合同无效之法律后果的总括性规定	234
（三）德国的“瑕疵劳动关系”理论	234
1. 当合同尚未履行即未给付劳动——适用民法一般规则	234
2. 针对劳动合同已经履行的情况	235
（四）我国的“瑕疵劳动关系”理论？	238

六、劳动法中内容自由的限制——内容审查	238
七、针对某些劳动合同条款的解读	239
（一）劳动合同期限	239
1. 常见的期限类型	239
2. 固定期限劳动合同成常态化和主流形式的原因	239
3. 现行规定	240
（二）试用期条款	247
1. 试用期概述	247
2. 试用期的新规定	248
3. 试用期限限制	248
4. 违法约定试用期的法律责任	250
（三）限制和禁止约定的条款	250
违约金条款	250
第五讲 劳动合同的内容及履行	252
一、劳动合同内容的概述	252
二、工作义务的全面适当履行	252
（一）工作给付义务的债务人	253
亲自履行	253
（二）工作给付义务的债权人	254
例外 1 法定的“债权债务的承继”实质受领人变更 ➡ 合并分立	254
例外 2 约定“向 / 由第三人履行（提供劳务）”	255
（三）工作义务的确定	257
1. 确定工作义务的依据概述	257
2. 劳动合同	257
2. 规章制度	257
3. 指令权	258
三、工作内容（职位描述）	263
（一）劳动合同的约定：第17条第1款第4项	263
（二）指令权	264
（三）从事工作的行为规范	264

四、工作地点.....	264
五、工作时间.....	265
（一）履行期限.....	265
1. 履行期限的含义：何时履行？	265
2. 履行期限的形式	265
3. 期限不明时的履行——民法典第 511 条第 4 项	266
（二）履行总量、方式.....	266
1. 履行总量	266
2. 履行方式	266
（三）工作时间：劳动给付的时间	267
1. 工作时间	267
2. 工作时间的表现形式	267
3. 主要问题	267
4. 延长工作时间——加班	277
六、工作品质.....	293
（一）评判标准.....	293
（二）德国联邦劳动法院BAG的观点	294
七、劳动合同的变更.....	294
（一）劳动合同变更概述	294
1. “内在”需要	294
2. 含义	295
3. 常态：调岗	295
4. 机制与类型	296
（二）我国现行法下的劳动合同变更类型	296
1. 劳资协商变更	296
2. 法定的资方单方变更	297
八、劳方附随义务	303
（一）劳动合同之债的义务群	303
1. 主给付义务	304
2. 从给付义务	304

3. 附随义务	304
4. 高管、管理性人员的忠诚 / 信义义务	305
(二) 劳方附随义务的请求权基础	306
(三) 劳方附随义务的特点	306
1. 丰富性	306
2. 开放性	306
3. 解除权非例外	307
(四) 忠诚 / 实义务的“扬弃”	307
(五) 劳方附随义务的范围与内容	308
1. 劳方的作为附随义务	308
2. 劳方的不作为附随义务	310
九、资方主给付义务：工资	325
(一) 工资义务概述与立法框架	325
1. 工资概述	325
2. 立法框架	326
3. 工资给付义务的请求权基础	326
(二) 工资给付义务的债务人	327
(三) 工资给付的地点	328
(四) 工资给付的时间	328
1. 履行期限概述	328
2. 履行期限的确定：民法典第 510 条	329
3. 工资给付的时间	329
(五) 工资的内容	332
1. 工资的法律定义	332
(六) 工资的构成	335
1. 货币工资（Geldlohn）——通例	336
2. 实物工资（Naturallohn）——例外	336
3. 基本工资	336
4. 辅助工资	337
5. 不列入工资总额的范围	338

(七) 最低工资制度	338
1. 法律定义	339
2. 最低工资标准的确定和调整	340
3. 确定和调整最低工资标准须考量的因素	341
4. 确定和调整最低工资标准的程序——最低工资规定 2004 第 8、9 条	341
5. 最低工资的组成	342
6. 用人单位异地用工	343
7. 违反最低工资标准的法律后果	343
(八) 勤工助学酬金	344
(九) 工资支付保障	345
1. 工资请求权的保障概述	345
十、服务期制度	358
(一) 服务期条款概述	358
1. 服务期条款潜藏的“法律定义”	358
2. 服务期条款的利益格局	358
3. 约定服务期条款的前提条件	359
(二) 服务期条款的内容期限	363
(三) 服务期与劳动合同期限的关系——针对固定期限劳动合同	364
(四) 违约金的数额	364
1. 限制	364
2. 违约金给付效力的发生	365
(五) 支付特殊待遇的服务期问题	372
十一、资方附随义务	374
(一) 资方附随义务的概述	374
1. 资方之附随义务背后的思想	374
2. 忠诚义务 ☒ 附随义务 ☒	374
(二) 资方的附随义务	375
1. 作为附随义务	375
第六讲 劳动合同关系的结束	389
第一节 “终止”概述	389

一、劳动合同关系结束之概述	390
二、结束原因的类型	390
类型 1 基于双方意思表示结束劳动关系	390
类型 2 基于单方意思表示结束劳动关系	391
三、解除与终止的概念辨析	392
四、劳动合同的“终止”概述	395
（一）劳动合同的“约定”终止——劳动合同期满及其例外	396
（二）劳动合同的“法定”终止	397
法定情形 1：劳方主体资格丧失	398
法定情形 2：资方主体资格丧失	398
（三）劳动合同的“终止”与“中止”	398
五、劳动合同的“解除” / 终止	399
（一）劳动合同的“解除”分类	399
（二）劳动合同的协商解除	399
（三）劳动合同的单方解除	400
六、意思表示的规范解释	404
（一）意义	404
（二）单方解除意思表示的生效	404
（三）“单方解除”劳动合同的生效	405
七、劳动者单方解除劳动合同	411
（一）劳动者预告 / 期解除	411
（二）劳动者即时解除	412
第二节 即时解雇——《劳动合同法》第39条	415
一、即时解雇概述	415
二、共同的实体、程序构成要件	416
三、即时解雇事由	417
（一）试用期间不符合录用条件	417
（二）严重违反用人单位的规章制度	419
（三）严重失职，营私舞弊	450
（四）兼职	451

(五) 被依法追究刑事责任	453
第三节 非基于劳动者过错的辞退 & 经济性裁员——第40、41条LCL.....	456
一、用人单位预期解除——第40条	456
(一) 非基于劳动者过错的预期解除概述	456
(二) 共同的实体、程序构成要件	456
(三) 患病或非因工伤的预期解除——第 40 条第 1 项	457
二、不能胜任工作的预期解除——第40条第2项	459
(一) 不能胜任工作解除的要件	461
三、客观情况重大变化的预期解除——第40条第3项	462
(一) 客观情况重大变化之预期解除的检讨	462
(二) 客观情况重大变化之预期解除的具体适用	467
四、经济性裁员（形同具文）——第41条	468
(一) 概述	468
(二) 实体要件	469
(三) 程序要件	470
(四) 经济性裁员的社会保护原则	471
五、工会在资方预期解除中的监督作用——第43条	472
(一) 劳动合同法第 43 条、劳动法第 30 条、工会法第 21 条第 2 款.....	472
第七讲 劳动合同关系结束后劳资双方的权利义务	474
一、概述	474
(一) 劳资双方的“后合同”义务	474
(二) 后合同义务的请求权基础	474
1. 绝对权请求权	474
二、用人单位的“后合同”义务	475
(一) 作为义务	475
1. 出具解除证明	475
2. 办理转移手续	475
3. 支付经济补偿	476
4. 保存合同文本义务	476
(二) 不作为义务	476

不得扣押物品	476
(三) 用人单位违反后合同义务的法律后果	476
三、劳动者的“后合同”义务	477
(一) 工作交接	477
(二) 离职竞业限制	477
1. 隐藏的法律定义：劳动合同法第 24 条第 2 款	479
2. 冲突的利益格局	479
附录：答疑解惑	485
1. 目前中国在受雇人与具有用工主体资格的违法转包、分包的用工单位之间，否定“个别劳动法意义”的劳动关系，承认“社保法工伤意义”的受雇关系是一种“事实劳动关系”吗？	485
2. “国家机关、事业单位、社会团体和与其建关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”如何理解“依照”？	486
3. 勤工助学和勤工俭学在劳动法意义上是同一法律概念吗？	487
4. 兼职和大学生勤工助学又是同一法律概念吗？	488
5. 兼职、勤工助学和（非就业）实习如果不是劳动关系，分别是什么法律关系呢？	489

【课前引言】

○ 劳动法专业书阅读参考

郑尚元著：《劳动合同法的制度与理念》，中国政法大学出版社2008年3月第1版

王全兴著：《劳动法（第四版）》，法律出版社2017年版

董保华著：《劳动合同立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版

林嘉著：《劳动法的原理、体系与问题》，法律出版社2016年版

姜颖著：《劳动合同论》，法律出版社2006年版

台湾劳动法学会编：《劳动基准法释义——施行二十年之回顾与展望》，新学林出版社2011年版

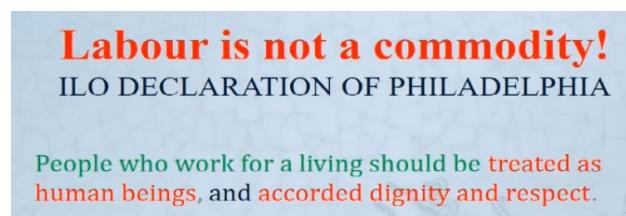
黄越钦：《劳动法新论（第四版）》，翰芦图书出版公司2012年版

黄程贯著：《劳动法》（修订再版三刷），空中大学出版社2001年版

林更盛著：《劳动法案例研究（一）》，翰芦图书出版公司2002年版

刘志鹏：《劳动法理论与判决研究》元照出版有限公司2002年版

下图展示的是国际劳工组织在美国费城做的宣言，这一组织目前已经是联合国的下属机构，负责劳工权益等事宜。



“劳动不是商品”，突出了劳动法作为研究人的劳动的部门法的特殊性。

现在的提法更多是“decent work”，与国际劳工组织的宪章说法相一致。

Decent Work 体面劳动

- The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity.
 - 21st century expression of ILO constitutional mandate
concept of decent work encompasses individual and collective dimensions
-

【新冠可能在疫情中引发的劳动法问题】

一、劳动合同订立阶段

(1) 企业能够在招聘广告中明确拒绝一切来自新冠疫情中高风险地区，或曾经感染过新冠抑或进入方舱隔离的应聘者？

(2) 企业能否在网上面试中，询问应聘者一切有关可能感染新冠肺炎的细节问题？

(3) 劳方有义务在面试中主动告知与自己相关的感染新冠肺炎的信息吗？

二、劳动合同履行阶段

➤ 思考的起点：劳动合同义务群

1. 劳方

工作主给付义务，在约定的地点、时间、方式提供符合约定的劳动其他附随义务→产生的问题：能否工作？是否居家？→如果居家，工作时间如何计算？如果发生意外伤害能否认定工伤？加班费如何计算？

2. 资方

工资主给付义务，按约足额支付劳动报酬其他附随义务

焦点问题：劳方因各种原因未提供劳动时，资方是否有义务继续支付工资？→工资（对待给付）**风险负担！**未劳动，无工资（ohne Arbeit kein Lohn）？

➤ “无”工作义务

不能履行：非因停劳资双方导致履行不能

(1) 政府下令企业停工停产

(2) 政府下令劳工居家隔离或禁止工作

(3) 疫情引发的交通中断、封城等客观原因造成劳动者无法履行

(4) 疫情引发原料短缺、supply chain disruption等导致企业客观上无法经营

焦点问题：不可归咎于劳资一方的客观原因导致资方无法受领劳动的工资风险分配？

➤ “有”工作义务

新冠期间如何履行工作义务？

1. 工作地点：能否居家办公？如果答案是肯定的，依据是什么？

2. 工作时间：能否延长或缩短工作时间？如何计算工资？不带薪休假、年休假或公司额外福利如何安排？

(1) 劳方可否主张带薪休年假或不带薪休假？

(2) 资方能否强制劳方休带薪年假或企业年假？

➤ 资方的附随义务

1. 资方应当采取必要的防疫措施

应尽的保护员工健康的附随义务，如测温、提供消毒液、提供口罩

如果不提供，劳方能否提出解除合同？

2. 资方有及时告知员工有同事被感染新冠的义务吗？是否需要点名道姓？

应尽的保护员工健康的附随义务

【外卖骑手、团购问题】

➤ “众包”

群众外包（crowdsourcing）是一种特定的获取资源的模式，在该模式下，个人或组织可以利用大量的网络用户来获取需要的服务和想法。

“众包”是在2005年混合群众（crowd）和外包（outsourcing）词义而产生的混成词，这种通过将工作先分配给很多参与者再合成为最终结果的模式，在电子时代来临之前就已经获取了成功。

- 甲居民在小区的团购群委托乙团长代购两箱牛奶，乙将订货信息汇总并预收货款之后，向牛奶供应商丙订货，丙随即通过丁平台企业经营的app下单，在该平台注册的骑手戊接单后，承接了运单任务，并在接单后的次日将牛奶运送到小区。到货后，戊和乙团长取得联系，手机通知其验货并组织分发给订货的小区居民，乙随即到小区门口清点货物后在群里通知订货居民在家等待志愿者送货上门。居民接到通知后都纷纷在群里晒图已拿到牛奶并表示谢意。而甲居民未能拿到牛奶，只得私信团长询问相关情况，甲如何维权？

【思考】甲、乙丙、丁、戊之间的法律关系？

【解答】事实回放：“丙随即通过丁平台企业经营的app下单，在该平台注册的骑手戊接单后，承接了运单任务”→中介/居间的关系？

《民法典》第961条 【中介合同定义】

中介合同是中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

《民法典》第809条 【运输合同的定义】

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

《民法典》第832条 【承运人货损赔偿责任和免责事由】

承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是因不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿责任。

- 丙和平台/骑手订立货运合同，承运人对运输过程中货物的灭失需承担赔偿责任。→承运主体的确定涉及到了另一个问题：骑手和平台之间成立什么关系？
-

《民法典》第1191条第1款 【用人者责任】

用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

《民法典》第1193条 【承揽责任】

承揽人在完成工作过程中造成第三人损害或者自己损害的，定作人不承担侵权责任。但是，定作人对定作、指示或者选任有过错的，应当承担相应的责任。

民法典中的用人者责任和承揽责任是不一样的，如果适用用人者责任，骑手便不用承担责任，由公司承担；但如果骑手本身便是独立的承揽人，就需要自己承担责任。

这引出了一个劳动法的世界性难题：平台用工究竟是劳动者（employee）还是自雇者（independent contractor）？

《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》

（人社部发〔2021〕56号）20210716

一、规范用工，明确劳动者权益保障责任（二）

符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。

不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。

个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。

【思考1】上述文件是否是在“劳动者”和“自雇者”之外增加了第三类劳动者？

【思考2】集体劳动法在平台用工中的适用：平台从业者能自由组建工会与强势的平台企业商谈公平合理的劳动条件吗？

- 甲和乙成立中介合同，乙受到甲的委托

○ 考试总共三题，第一题简答，大概 25 分左右，后面是两道案例题，一道占45- 50分，一道大概 35 分左右。

第一讲 劳动法概述

一、现代劳动法的起源与复杂性

1. 现代劳动法是工业革命后的产物，历史并不悠久。

劳动者拥有“双重自由”：一方面，由于打破了等级制度，赢得了农民的解放，可以自由支配劳动力；另一方面，他们没有任何生产资料，只能出卖劳动力，自由得一无所有。

2. 现代意义之劳动法的复杂性

劳动法和很多学科有关，且非常复杂。

- (1) 劳动法与政治
- (2) 劳动法与经济
- (3) 劳动法与价值观
- (4) 劳资利益冲突激烈
- (5) 新兴技术的挑战

二、劳动法的概念和调整对象

1. 教科书定义

法律规范的总和，调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系，包括：劳动行政关系、社会保险关系、劳动市场服务关系、劳动团体关系、劳动争议处理关系等。

2. 劳动合同与劳动关系

《劳动法》第1条 【立法目的】

为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。

《劳动合同法》第1条 【立法宗旨】

为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利及义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

3. 事实劳动关系与事实契约关系

- 民法中的事实契约关系理论出台的背景是纳粹统治（1941），该理论下，存在无需意思表示即可成立的契约，主要分类如下：

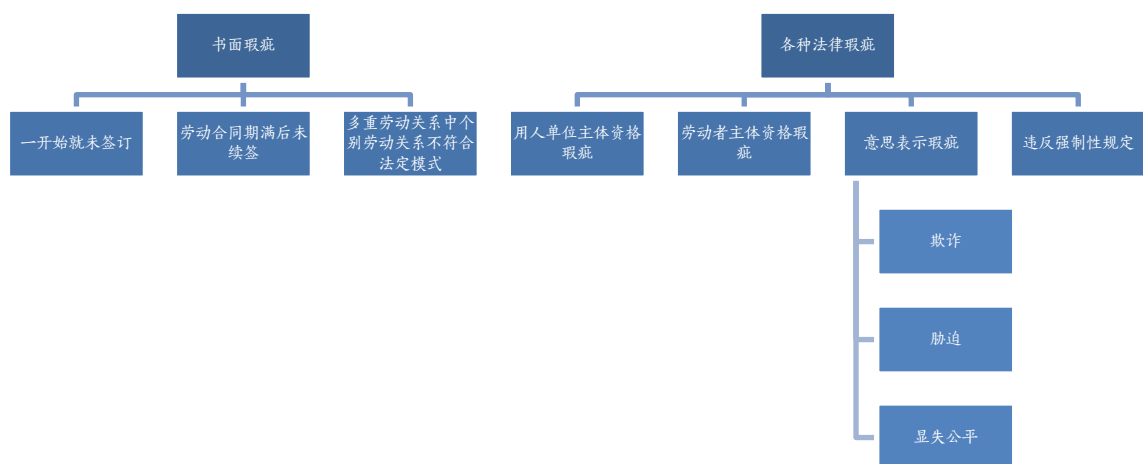
- （1）基于社会接触的事实契约，如涉及缔约过失问题
- （2）基于团体关系的事实契约，如事实合伙与事实劳动关系
- （3）基于社会给付义务的事实契约，如供用水电煤的大量交易关系

- 当然，德国民法学界已经抛弃实施契约理论，原因有二：

一方面，传统的要约-承诺理论已经足以提供解释，另一方面，这一新兴理论会导致合理的法律制度被颠覆。值得一提的是，Larenz先生在《民法总则》教科书明确表示放弃修正的事实契约理论——“社会典型行为”。

- 我国民法学者对这一理论的态度尚有分歧：韩世远先生在《合同法》中似有特定情形下的保留之意（未成年人无票乘车/未签劳动合同但事实上存在用工关系）；朱庆育先生在《民法总论》中明确放弃。

总体而言，可以认为我国劳动法学界对事实劳动关系的看法有弄巧成拙之嫌——将一切具有“法定瑕疵”的劳动关系都算在“事实劳动关系”内。



➤ 我国劳动立法者的态度——立法演变中的追根溯源

关于全民合同制工人合同期满后形成事实劳动关系问题的复函劳办力字
[1992] 19号

根据《国营企业实行劳动合同制暂行规定》第九条第二款“劳动合同期限届满，应立即终止执行的规定，劳动合同到期后，该合同所确定的劳动关系也就终止，企业与职工应及时办理终止或续订合同的手续。如果合同期满后又没有续订，形成了事实上的劳动关系，这种劳动关系是不符合法律规定的，企业与职工应尽快补办终止或续订合同的手续。”

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）

二、劳动合同和集体合同

（一）劳动合同的订立

第17条第1句 用人单位与劳动者之间形成了事实劳动关系，而用人单位故意拖延不订立劳动合同，劳动行政部门应予以纠正。

劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知（劳部发 [1996] 354号）

第14条第1句

有固定期限的劳动合同期满后，因用人单位方面的原因未办理终止或续订手续而形成的事实劳动关系的，视为续订劳动合同。

【思考】我国劳动法立法者对“事实劳动关系”的理解是什么？

和民法学上的“事实契约关系”不同，我国立法者并未强调这种劳动关系无需意思表示，而认为只是有形式上的法律瑕疵（欠缺书面劳动合同的劳动关系）。无论如何，我国劳动立法者的立场值得褒奖——至少从规定解读来看，我国立法者坚持了私法自治的理念。

【总结】应当回归法理逻辑，将“事实劳动关系”表述为“有书面形式瑕疵”的劳动关系。

注意：“事实劳动关系”属于劳动争议！

“贯彻执行《劳动法》意见”劳部发[1995]309号

82. 用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否订立劳动合同，只要存在事实劳动关系，并符合劳动法的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围，劳动争议仲裁委员会均应受理。

三、劳动关系的建立：“用工” / “合意”？

《劳动合同法》第7条

用人单位自**用工之日**起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

《劳动合同法》第10条

建立劳动关系，**应当订立书面劳动合同**。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者**在用工前**订立劳动合同的，劳动关系**自用工之日起建立**。

【思考1】为何立法者要求建立劳动关系应当订立书面劳动合同，但又同时否定其能够建立劳动关系，而强调“用工”最终建立劳动关系？

老师认为，这是立法者自我纠结后得出的有悖法理的结果。一方面，立法者希望保护众多没有签订书面劳动合同的劳动者（第7条首先承认“用工”建立劳动关系，但又不愿意承认这是非书面形式的劳动合同，担心无法改善书面签订率低的现状）；另一方面又希望强制提高书面劳动合同签订率（第10条第1款：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同）。

但总体而言，这两条是立法者对现实的尊重与妥协，立法宗旨是保护广大未签订书面劳动合同的劳动者。

【思考2】既然劳动法本身并不契合法理，如何对“用工建立的劳动关系”做符合契约法理的解读呢？

（1）对用工建立的劳动关系作符合契约法理的解读

这一劳动关系的含义是：通过明示或默示行为建立的已经开始履行的，以具体权利义务为内容的口头“劳动合同”建立的劳动关系。

（2）对尚未用工建立的劳动关系作契合契约法理的解读

尚未用工时建立的劳动关系不等于不存在，而只是一种尚未履行的，以具体权利和义务为内容的书面或口头的“劳动合同关系”。

【思考3】重新反思用工和书面合同的联系

（1）情形一：已签订书面劳动合同但尚未用工

书面劳动合同成立并生效，发生法律效力：“尚未实际履行”的劳动合同关系已经建立。

【思考1】劳动和报酬支付的义务？

履行期未到，所以当事人双方不负有相应义务。

【思考2】劳动者拒不入职或用人单位拒绝劳动者入职？

劳方构成预期违约/履行不能；资方构成预期违约/受领迟延

（2）情形二：先用工后签订书面劳动

此时，“实际履行”的劳动合同关系已经订立

口头劳动合同成立并生效，发生法律效力。

当事人之间存在通过用工这一默示行为达成的合意，只是这一合意尚未书面化。

（不存在没有合意的用工，除非是强迫劳动）

书面合同只是对于用工开始时已经达成的合意的证明记录。

【注意】法考时，要以“用工”为标准建立劳动关系！《劳动合同法》认可的合法劳动关系是“书面劳动合同+实际用工”

四、劳动法/劳动关系的特点——大陆法系的观察

劳动关系的特点要牢记

1. 持续性债务关系

➤ 根据时间因素是否对给付内容及范围发生影响，区分债之类型为：

（1）“一时的”债务

又称一次给付或单纯的合同，合同内容因一次给付便能实现，如：买卖合同、赠与合同

（2）“持续性”债务

老师认为不应采用“继续性”债务的说法，否则有中断后再继续之嫌，与原意不符。

劳动关系属于其中的“持续性”债务，“一时性”债务的给付是自始确定的。

持续性债务关系，典型如合伙、保管、租赁合同等，具有四点特色：

- 1) 合同内容并非因一次给付即可实现，在或长或短的时间期限内持续地实现
- 2) 有期限或不定期限
- 3) 以持续性作为或不作为为其内容（持续性债务可以以不作为为内容，例如“持续性的竞业禁止”等）
- 4) 随着时间的经过在契约当事人间不断产生新的权利义务

核心特征：总给付范围取决于持续给付的时间长度

➤ 【思考】分期买卖合同是持续性还是一时性合同？

【答】一时性合同。原因是总给付自始确定，时间因素对给付内容和范围没有影响，只是采用分期给付的履行方式而已。

➤ 【思考】预付费合同（如一次性充固定值的美发卡）是什么类型的合同？

【答】定性为持续性合同更合理，最开始的大量充值更多是出于商业考虑，而之后的具体消费金额和次数并未固定，仍然由消费者自己决定。

➤ 劳动合同是典型的持续性合同，这是德国教科书中常见的定义：

劳工在或长或短的时间期限内，将自己的劳动力提供给雇主使用的持续性债务关系。

➤ 持续性特征带来的结果

1) 劳动关系内容的“框架性”

一方面是因为，时间长度决定了合同无法事先巨细靡遗的规定工作内容的所有细节，否则不经济，将会带来巨大的交易成本；

另外是出于制度需求：劳动合同实际上是根据实际情况具体化工作内容的机制/工具。

2) 时间长度决定劳动关系“易受外界因素影响”

对于劳动合同而言，有法律、技术、经济三大外部条件可能带来冲击（e.g. 新冠疫情对各行各业的影响）

从制度需求来说，劳动合同是变更劳动条件的工具，使劳动关系与时俱进，保持“弹性”。

3) 时间长度决定了劳动关系更重视“信赖基础”

劳动关系的履行和维持建立在充满信任的合作基础之上，这意味着劳动法需要处理两个问题：1）如何维持信赖基础；2）如何应对信赖基础的丧失。

4) 时间长度决定了劳动关系“结束的特殊性”

劳动合同的时间跨度较长，这要求劳动法设置：1）多种终止机制；2）特殊的法律后果。

《民法典》第563条第2款

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

民法的条件：不定期合同+随时解除+合理期限之前通知对方

劳动法的条件：出于社会保护等考量，不能随时解除，只有在特殊条件下可以中止，其中止不仅有特殊性，而且有必要性。

5) 时间长度决定了劳动关系的“社会保护性”

由于雇员长时间有义务为某企业亲自提供劳动力，须臾与其人身不可分离，所以劳动法需要保证劳动条件合理，具有浓厚的社会保护色彩。

2. 生存依赖性

生存依赖性体现在三个方面：1）经济基础（最低工资、病假工资、解雇保护）；2）健康基础（劳动安全和卫生）；3）人格权基础（生命、健康、身体、数据信息、名誉、婚姻自主等）。

3. 劳动者的弱势地位

弱势地位体现在：1）不同的经济状况（雇员：往往依赖于某份工作；雇主：通常不依赖于某个雇员）；2）劳动给付的特点（通常是长期在企业的组织架构内，在资方的管理监督下提供劳动）

4. 组织上的约束性

劳动关系不只是劳资个体之间的关系，劳动中的大量团体协作还涉及员工与同事之间的关系。

如休假协调：

《职工带薪年休假条例2008》第5条

单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。

或者资方指令疑似感染新冠的员工立即就医，以及《民法典》中规定的性骚扰。

《民法典》第1010条

违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任。

机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

五、劳动法的体系

世界上最早进行现代劳动立法的国家：英国

英国《学徒健康与道德法》

1802年英国政府终于通过了一项纺织工厂童工工作时间的法律《学徒健康与道德法》。

英文：Health and Morals of Apprentices Act 1802，亦称 Factory Act 1802

这一法律规定，禁止纺织工厂使用9岁以下学徒，并且规定18岁以下的学徒其劳动时间每日不得超过12小时和禁止学徒在晚9时至次日凌晨5时之间从事夜间工作。该法被认

为是资产阶级“工厂立法”开端，是一部最早的工作时间的立法，从此揭开了劳动立法史的新的一页。

【思考】就倾斜保护弱势劳动者的劳动立法如何建言献策？→首先想到的是用国家强制力保底。

（一）劳动立法的回应

1. 国家强制规定

现代劳动法开始于保护劳工的强制性规定——以“**限制资方契约自由**”为特点。

（1）对缔约自由的限制

《妇女权益保障法》第23条第1款 各单位在录用职工时，除不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

《残疾人保障法》第33条第2款 国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位应当按照规定的比例安排残疾人就业，并为其选择适当的工种和岗位。

（2）对内容自由的限制

- 工资保护 e. g. 最低工资制度
- 健康保护 e. g. 休假、工时制度
- 劳动合同内容的合法、合理性审查

（3）对解约自由的限制

和无理由终止民事持续性合同的规定迥异

《民法典》第563条第2款 以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限内通知对方。

民法当中可以解除合同，而劳动法有岗位保护（如解雇保护）。

《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：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）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。

第四十一条 有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

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：（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第四十三条 用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

国家干预通常以劳动基准的强制规定方式限制“最低的”合同自由，演变成一种race to the bottom（探底竞争）

【思考】劳工仅依赖国家保护是否可行？国家管制下的劳动法是否会“私法公法化”？

2. 个体自治机制

私法/个体自治运行的前提有二：1) 双方谈判力量势均力敌；2) 充分的市场竞争。

劳动合同很难具备上述两个前提。一方面，持续性、生存依赖性和从属性决定了劳方通常处于结构上的劣势地位，只具有形式平等。另一方面，劳动力过剩和高失业率背景导致了恶性的探底竞争，不具有充分竞争的条件。

【注意】高管没有从属性，是例外，需要个案分析。当然，也不排除普通劳动者队伍中的一部分人拥有高精尖的技术专业能力，其议价能力也可以达到和资方平等的水平。

综上，个体自治在劳动法中无法正常运行，故而《劳动合同法》进行了相对应的设计：

(1) 强制性规定多于任意性规定；(2) 合同条款的内容审查制度（*劳动法中并没有这样的制度，法官也很少会涉及或引用*）。

劳动者只能联合起来。

3. 集体自治机制

(1) 集体合同制度

集体合同制度是劳动法迥异于民法的地方。

A 集体合同的订立主体

劳方：工会或者上级工会指导劳动者推举的代表（无工会的情况下）

资方：用人单位或其团体

B 集体合同的调整内容

a) 规范部分

该内容如同“法律”对集体合同所覆盖/调整的个别劳动关系产生直接强制效力

集体合同规定2004 第8条第1-10项

(一) 劳动报酬；(二) 工作时间；(三) 休息休假；(四) 劳动安全与卫生；(五) 补充保险和福利；(六) 女职工和未成年工特殊保护；(七) 职业技能培训；(八) 劳动合同管理；(九) 奖惩；(十) 裁员；

b) 债法部分

仅得拘束集体合同的**订立主体**的内容，如工会和雇主或其团体

集体合同规定2004 第8条第11-14项

（十一）集体合同期限；（十二）变更、解除集体合同的程序；（十三）履行集体合同发生争议时的协商处理办法；（十四）违反集体合同的责任；

C 集体合同的法律效力

a) 规范效力

i. 直接效力

指由外至内直接对个别劳动关系产生影响，既无需成为劳动合同内容，也无需个别劳工知悉或同意的必要

正是因为集体合同具有直接效力，其常具示范作用。

- 前提：劳资双方属于集体合同的适用范围
- 优点：直接效力将极大便于资方统一劳动条件

LCL第54条第2款 依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力

- 例外：不是所有地方的集体合同都有规范效力。例如，英国的集体合同对劳资个体之间并不具有法律约束力，除非具有以下两个条件：1）集体合同的内容适合纳入劳动合同；2）被劳资方明示或默示纳入劳动合同。

ii. 强制效力

资方不得偏离集体自治性规范作出不利于雇员的约定

- 优点：确保劳方获得统一、稳定、合理劳动条件！

LCL第55条 集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准；用人单位与劳动者订立的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。

- 例外：1）更有利于劳工原则：劳动合同可以约定比集体合同更好的劳动条件；2）开放式授权规则：集体合同规定某条款为任意性；3）集体合同到期终止：集不再有效，自然不再具有强制效力。

b) 债法效力

仅得拘束集体合同的订立主体，如工会和雇主或雇主团体，而不能对第三人，如雇员产生任何拘束力

债法效力的主要内容可以分为：

- i. **履行**义务：切实履行集体合同的义务，但不拘束团体的个别成员，团体可督促成员从事符合集体合同的行为
- ii. **和平**义务（**对我国没有意义**）
 - 1）绝对的和平义务：集体合同有效期内不得采取任何劳动斗争行为
 - 2）相对的和平义务：集体合同有效期内仅对个别或某些事项，如工资，休假，不得采取任何劳动斗争行为
- iii. **其他**合同义务：如履行集体合同发生争议时的协商处理办法

D 对集体自助机制的评价

集体合同是劳动法独有的制度，也是真正的私法自治在集体层面的实现。它可以让劳工与雇主分庭抗礼，也可以排除雇员方面的恶性劳动条件的探底竞争。**集体合同的本质是服务于个体自治的，目的是解决原本的失灵。**

总体而言有四大功能：保护、秩序、分配、和平。

（2）职工参与制度

A 职工参与制度

职工民主管理——参与权

职工直接/间接地参与企业内部事务

B 职工参与和集体合同的区别

职工参与不是对抗性地平等协商，而是合作性地参与或决定。

【注意】中国并无此本质区别！劳方的对抗性斗争在现行法中已无实体法依据。宪法曾有罢工规定，自1982年宪法修订后，罢工权利即被删除了。

现行法：

《工会法》2009 第27条 企业、事业单位发生停工、怠工事件，工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商，反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求，企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作，尽快恢复生产、工作秩序。

C 我国职工民主管理的两种主要形式

在判断是否是职工参与的时候，要关注：1) 事项的内容；2) 职工能参与到什么程度。

a) 职工代表大会制度——基本形式，劳动法第8条

- 职工民主选举所产生的职工代表组成的，代表全体职工行使民主管理权力的机构
- 具体表现：职工对法定事项享有不同程度的参与权
- 最高程度：劳资共决
- 其他较弱程度：知情权、表达权、监督权、建议权、听取意见

b) 企业机关内的职工代表制度——职工代表参加企业的决策、监督等机关，如职工董事、职工监事

直接参与经营管理决策，社会政治目标“资本与劳动平权”

《全民所有制工业企业法》（2009修订）

第五十条 职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构。

职工代表大会的工作机构是企业的工作委员会。企业工会委员会负责职工代表大会日常工作。

（二）从劳动立法的回应看劳动法体系

1. 个体劳动法——以劳资个体自治为出发点

以“劳动合同”为中心

关注劳资个体双方之间的权利义务关系

涉及缔约磋商、订立、履行、终止、终止后的一系列法律问题

2. 集体劳动法——集体自治“保驾护航”

（1）集体合同制度

- 团体之间：工会与雇主或雇主团体
- 团体内部：团体与其内部成员之间

- 团体协议：集体合同

（2）职工民主管理制度

3. 劳动基准法——保护雇员的安全与健康

（1）技术层面的劳动保护法——与生产过程相伴的技术风险

- 安全生产法、职业病防治法

（2）社会层面的劳动保护法——对雇员群体的保护

- 对所有雇员——工时、工资方面的立法
- 对特定雇员——女职工劳动保护规定、未成年工特殊保护规定

六、劳动法的地位与定位

（一）劳动法与民法

个体劳动法：遵循契约原理，必要时作出偏离性适用。

集体劳动法：异于民法，特别是集体合同制度和职工参与制度在民法中并无规定。

（二）劳动法与社会法

1. 社会法的定义

我国学界对“社会法”定义尚无定论，德国文献的社会法定义是：能够实现下列社会安全任务的法规范。社会法保障合于人性尊严的生存条件，实现个人自由发展之均等机会，保护及促进家庭，实现个人就业自由以达其生活保障，降低或均衡特别生活负担。

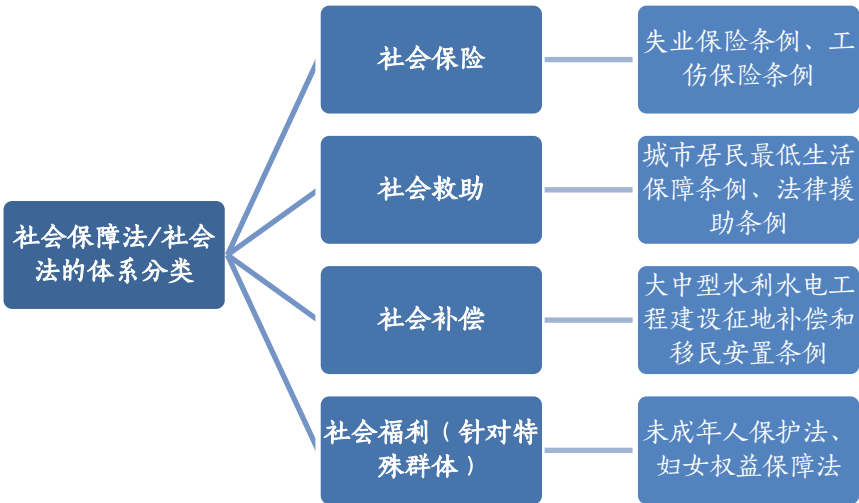
社会法应能在个案中实现基本法中社会原则的要求，而且是公共行政来主导上述给付任务，以消除或降低个体间的生活差异。

参考德国文献的社会法定义，钟秉正教授作出了如下定义：“以社会公平与社会安全为目的之法律，其作用在透过社会给付制度的建立于运作，以消除现代工业社会所产生的各种不公平现象。”

- 社会公平：指每个人都有机会达到与自己能力相当的社会地位
- 社会安全：一种人民普遍可以依靠的经济基础，个人可在此基础上自由地构筑符合其人性尊严的生活样态

社会法的部门法定性——特别行政法的一支

2. 社会保障法的体系分类



老师认为，不应使用“社会法”这一充满争议的概念，而要使用“社会保障法”。社会保障法属于特别行政法的一支，与劳动法有所不同。

《社会保险法》第十条第1、2款 职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。

从上述两款可以看出，养老保险的适用主体范围和劳动关系不能等同，前者比后者宽泛。学界通说认为社会保险关系与“劳动关系”松绑，两者不等同，前者的具体范围取决于各社会保险的宗旨。例如，各国工伤保险关系通常宽泛于劳动关系。

（三）劳动法与行政法

1. 劳动保护法对劳工权益保障起到保驾护航的作用

- 注意1：诸多强制性规范绝不改变劳动法的私法属性
- 注意2：行政法中行政机关与公民的不平等关系切不可与劳动法中劳资不平等关系相混淆，
引人误解的“隶属关系”

计划经济体制的残存：

企业职工奖惩条例（国发[1982]59号）第11条 对于有下列行为之一的职工，经批评教育不改的，应当分别情况给予行政处分或者经济处罚。（已经废止）

2. 劳动法与行政法之法规范目的完全不同

- 行政法：规制国家机关的公权力行使
- 劳动法：规范劳资私主体的权利义务

（四）劳动法与经济法

个别劳动法属于特别私法，与经济法无关

经济法：国家对经济的干预而发生的宏观和微观调控关系，对市场失灵和绝对的经济自由主义的回应

（五）劳动法的地位与定位

现代社会专门调整劳动关系的独立部门法

劳资私人自治为“主”，国家公力干预为“辅”

终极目标：基于“劳资自治”调整劳动条件的真正实现

七、劳动法的法源

对于同一事项，劳动法中可能同时有多个制度进行规定。

劳动法的法源即劳动法的具体表现形式。劳动法具有纷繁芜杂且十分特殊的法律渊源，且编排十分杂乱。

【思考】遇到劳动争议的时候首先会找到哪些依据维权？

首先看当时订立的合同——劳动合同法作为特别私法理应想到自治的法源（个体/集体合同）。

成文法国家的法源以立法为主，非成文法国家以case law为主，成文法为辅。但要注意：大陆法系同样重视案例，且成文法的与时俱进本就仰赖于法官与学界互动下对法律的解释和适用。英美法系也在日渐重视成文法，经常会将判例法形成的稳定规则汇编成为法律。→但英美劳动法除外，由于劳资的不平等地位，国家必须进行强制干预，故成文法非常之多。

德国帝国劳动法院1932年7月的判决：对企业的人格从属性程度是区分商事辅助人（劳动者）和商事代理人（自雇者）的决定性标准。

（一）劳资自治的法源

1. 个体自治确立的“法”

劳动合同就是约束劳资双方的首要规范

《劳动合同法》 第17条第1款 劳动合同应当具备以下条款：

劳资双方主体信息

- （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；

劳方的主给付义务——提供劳动

- （三）劳动合同期限；
- （四）工作内容和工作地点；
- （五）工作时间和休息休假；

资方的主给付义务——支付工资

(六) 劳动报酬；

资方的附随义务

(七) 社会保险；

(八) 劳动保护、劳动条件和职业危害防护；

兜底事项

(九) 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

生活案例

刚硕士毕业的R入职一家律所，劳动合同约定的职位是劳动法业务部门的律师助理，其上司是部门合伙人P。某周一上午，P要求R搜索一下徐汇区近半年来有关离职竞业禁止的案例，下午让R校对一份规章制度的英文版。次日，由于上午9点要开一个有关高级管理人员解雇纠纷的庭，P要求R比劳动合同约定的8点开始上班时间早到一个小时来所里，作开庭前最后的材料核对审查。

【思考】试问R需要遵照以上P的所有要求吗？

需要，劳动法中的特殊法源——雇主指令权

2. 集体自治确立的“法”

(1) 集体合同：劳动法的独特法源

第51条 【集体合同的订立和内容】

第52条 【专项集体合同】

企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

第53条 【行业性集体合同、区域性集体合同】

在县级以上区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。

- a) 内容宽泛：劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项
- b) 特殊的“法规范效力”

- i. 直接效力：直接成为劳动合同中个别权利义务的依据， § 54 II LCL
 - ii. 强制效力：作为劳动报酬、劳动条件等的最低基准， § 55 LCL
- c) 无异于劳资自治的“私人立法”

(2) 劳动规章制度：劳动法的独特法源

e. g. 典型的劳动规章制度：厂规厂纪

劳动规章制度作为劳动法的独特法源并无问题，在《劳动合同法》中也已经作了相应的规定。

《劳动合同法》第4条第1、2、4款

用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

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。

规章制度作为“确定双方权利义务的依据”的前提：《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》（法释[2020]26号）第50条、劳动合同法第4条

- a) 经民主程序制定——劳动合同法第4条第2款
 - i. 先民主——经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见
 - ii. 后集中——与工会或者职工代表平等协商确定
- b) 不违反国家法律、行政法规及“政策”规定
- c) 并向劳动者公示——劳动合同法第4条第4款

【思考】规章制度是什么，究竟是何法律性质？

A. 我国劳动规章制度的历史

在计划经济体制时期，并无“劳动规章制度”的说法，

只有“内部劳动规则”。

计划经济体制时期立法对规章制度的定位：

不足：忽略了工会同意的集体自

治，只强调企业被授权制定规章

的行政特色

国内第一本统编劳动法教材——关怀主编：
《劳动法学》，群众出版社1983年版

- ◆ “授权法规说”原型：企业内部劳动规则是**厂规厂纪**，是根据国家法令制定的**行政规章制度**，具有**法律的强制性**，对于企业行政和职工都有约束力，无论何方违反都要受到处分或制裁

在转型时期，贯彻了审查同意的体制（“审查同意或否决企业的工资调整方案、将近分配方案…”）。随后在《企业职工奖惩条例》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》（均已废止）中首次使用了“规章制度”的概念，弃用了“内部劳动规则”，但保留了“劳动纪律”的说法。

此时全民所有制企业和城镇集体所有制企业虽然仍被定为“行政主体”并被赋予行政处分权，计划经济时期的“劳资共决”程度的职工参与被延续，但企业实行民主管理的基本形式已经变成了“职工代表大会”。

市场经济体制确立后，讨论的规章制度限于私有企业和个体经济组织的劳动规章制度。

《劳动法》对制定规章制度的价值取向：1）对制定程序、具体内容和法律效力均未作规定；2）立法背景：继续推进国企改革并进一步落实经营管理自主权；3）立法价值：确立了用人单位单方面制定规章制度的基调，但单方制定的性质已经改变，彻底和计划经济下“行政经济主体制定规范”相决裂，改成了市场经济下“私主体制定规范”的理念。

此处产生的核心问题是：职工参与资方的单方制定吗？

◆ 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 法释〔2001〕14号废止！ ◆ 第19条 ◆ 用人单位根据《劳动法》第四条之规定 ◆ 通过民主程序制定的规章制度 ◆ 不违反国家法律、行政法规及政策规定 ◆ 并已向劳动者公示的 ◆ 可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据	◆ 解释（一）法释[2020]26号 ◆ 第50条第1款 ◆ 用人单位根据劳动合同法第四条规定， ◆ 通过民主程序制定的规章制度， ◆ 不违反国家法律、行政法规及政策规定， ◆ 并已向劳动者公示的， ◆ 可以作为确定双方权利义务的依据。

对于上面提到的解释2001第19条的正确理解是：只是“讨论听取意见”，而不是协商一致通过的“劳资共决”，从法律结果的角度来看，未能改变用人单位在个体自治层面单方决定规章制度的本质，体现了优先保护用人单位经营管理的自主权。

但是，最高院所提到的“民主程序”释放了积极信号：希望借助民主参与限制用人单位滥用单方制定权来损害劳方权益的情况。民主程序背后的劳动法法理思想是：通过劳工集体自治平衡先天被资方的强势地位所打破的情况，使得劳工的个体自治能够在集体层面得到真正实

现。

《劳动合同法》第4条第2款 用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

人大法工委解释该条为“在充分听取意见，经过民主程序后，由用人单位确定”的规章制度。这一解释点名了当今职工参与的民主程序不影响资方单独决定的事实。换言之，“讨论、提出方案和意见”是没有任何制度保障的，只是任由资方决定采纳与否及多寡的集思广益而已。实务界和学界认为：协商过程中出现的意见对制定结果只有参考意义，没有决定意义，否则就等同于共同制定。

【思考】为什么地方裁审和最高院对“民主程序”作为生效要件作出了一致的让步和妥协？

1) 防止打开诉讼的闸门；2) 立法者尚且没有规定相应的生效要件，司法者不能超越之。

B 司法实践中的民主审查概览

陈XX与无锡公司经济补偿金纠纷上诉案

对于一审认定事实，陈XX提出异议：1. 被上诉人的第五版员工手册，未经过有效的民主程序。

从被上诉人提供的授权书和《备忘录》来看，潘俊卿既代表公司又代表公司，无法证明规章制度经过合法的民主程序；

从被上诉人提供的《员工手册（第五版、草案）意见收集表》来看，经理和主管的人数超过《江苏省企业民主管理条例》规定的比例，其余签字人员的身份不明，被上诉人亦未证明系职工代表；从被上诉人提供的照片来看，既不是原始文件，也不能证明进行了民主讨论，照片上的在场人员也未被证明系职工代表身份，且连相应的民主讨论的书面记录都没有。

现实当中民主讨论要做到两点：1) 告知；2) 让对方知悉、签字。例如，现实中经常见到劳动合同中提及：“本章制度已经作为劳动合同的附件，我已详细阅读知悉”，并签字。换言之，不仅要有民主的程序，还要有告知的过程。

法官在这里只是稍作训诫，要求完善制定，但不影响作为依据。

劳动争议案件对用人单位据以接触劳动关系的规章制度的审查，主要看是否通过了民主制定的程序，内容是否合法合理，是否与单位的劳动管理相关，劳动者是否知晓相关的内容，而对用人单位民主制定的具体程序，包括代表的产生、代表资格等进行严格全面的实质审查，涉及司法审查与**公司自治**的边界，不属于劳动争议案件的审理范围。对于纪亮关于本案应审查职代会、职代组长联席会成员是否过半数选举产生的上诉意见，本院不予支持。

本案法院直接将民主程序算入公司自治的边界，到了公司法，和劳动法毫无关系——法院没有意识到这是劳动法的“集体自治”、“职工参与”。

【复习】《劳动合同法》第4条的双重价值取向
该条发生了革命性的转变——融入了“集体自治”的元素。
一审稿：（最初的梦想）“共议共决”，这是真正经过与职工民主协商一致确定通过的规章制度。
“现行法”：（最终的妥协）“资方单决”。人大法工委的释义：不能达成一致由用人单位单方决定。
最终导致的就是《劳动合同法》第4条的双重价值取向——个体自治+集体自治。

C 规章制度的性质——各说的分析和检讨

各种学说	基本内涵	具体瑕疵	内在共识	
			一	二
授权法规说	国家授权资方单独制定规章制度	资方立法权的正当性无解	解释论	他治
格式条款说	资方单独预先拟定规章制度，须劳方个别同意	迁就资方的生产经营而宽松认定或拟制劳方同意		个体自治
劳动力支配权转移说	劳方明确/概括承诺遵守具体/未明确列出的规章制度	迁就资方的生产经营通过概括承诺的宽松解释而放弃劳方同意		
内容二分说（部分I）	资方单独决定的行为规则和用工规则，无需劳方同意	擅自划定无需劳方同意的事项范围		
内容二分说（部分II）	合同订立阶段，资方单方草拟劳动条件，须征得“劳方个别同意”	与格式条款说同样的瑕疵		

	合同存续期间，若企业 有利变更劳动条件，则 “无需劳方同意”	颠覆契约合意的 逻辑基础		
	合同存续期间，若企业 不利变更，须征得“原 劳动者的集体同意”	擅自划定集体自 治的事项范围， 违背现行法个体 自治的价值取向	立法论	集体自治
集体合意说	规章制度生效须经劳工 集体同意	违背现行法的个 体自治价值取向		

授权法规说属于他治：当时是计划经济，企业作为行政单位直接发布规则，地位类似立法者。

D 规章制度法律性质——“性质二分说”

1) 立法价值作为基点：《劳动合同法》第4条的双重取向

2) 两种性质

老师观点：立法者没有做出决断之前，不存在恒定的法律性质，而是有两种。

- i. 第一种性质：“现行法实然层面的个体自治性规范”。在个别劳动关系的调整机制下，由劳资单方或双方基于个体自治创制的规范。
除非能证明经过了共议共决，否则就是现行法的个体自治规范。
- ii. 第二种性质：“立法论应然层面的集体自治性规范”。在集体劳动关系的调整机制下，由资方与劳方自由选举的代表或建立的组织行使集体自治创制的规范。

3) 个体自治性规范和集体自治性规范分别可能对应的我国现行法下的法律形态

I 个体自治性规范之规章制度的法律形态

- a) 一般抽象指令：仅限于以执行工作之行为规范为内容的指令
 - i. 满足企业经营的必要需求。我国企业普遍会制定统一的劳动纪律/行为规范来维持生产经营的有序性，如禁止吸烟、安全操作流程等。
 - ii. 降低指令权滥用的风险。要特别警惕和防范资方动辄将指令权与“经营权”挂钩，为单独制定变更规章制度中的劳动条件正名，进而架空劳动合同和集体合同。
- b) 格式劳动合同条款，符合《民法典》第496条第1款对格式条款的法律定义

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

- i. 为了重复使用
- ii. 预先拟定
- iii. 在订立合同时未与对方协商

【思考1】格式劳动合同条款在被确定为规章制度的时候，法条里明确要求“讨论听取职工意见，然而民法典中却指出“订立合同时未与对方协商”。格式劳动合同条款作为个体自治性规范，自然应当符合《民法典》的规定，如何应对上述冲突？

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

【答】民法典中要求的是“实质的协商”——由一方提出的意见可以事先拟定，但必须予以相对方充分的讨论、修改空间。换言之，相对方有促成使用方变更或者修改相关条款的能力。然而，《劳动合同法》中的“讨论、听取意见”其实并非是实质的协商，因为由劳方提出的经过讨论、听取的意见最终任由资方决定是否采纳。这意味着，《劳动合同法》并未规定与《民法典》格式合同所不具的“实质协商”相冲突的事项。不存在矛盾。

【思考2】如何回应围绕“劳方同意”针对契约说提出的下两点质疑？

第一，宽松认定或拟制劳方同意。

这是集体自治缺失的必然后果，无法通过草率否定个别劳工同意解决。照此逻辑，民法中的消费者格式合同都会因为“宽松认定或拟制同意”而无效或可撤销。

应对方式：劳方集体自治机制运行不畅的情况下，应**健全格式条款的规制体系**来抵御强势使用方滥用契约自由的风险。

第二，认定劳动者未同意，甚至不知悉的规章制度有效——必须完全反对。

这是未严格贯彻契约说的后果，坚持“资方告知并征得劳方明示或默示同意”的必备生效条件是格式条款说必须坚守的最后底线。资方动辄以“满足生产经营的需要”为理由而又没有集体自治的保障的前提下，放弃认定劳方同意无异于架空契约说双方合意的根基，回到法规说，严重忽视劳方的权益。

II 立法论下“集体自治性规范”之规章制度的法律形态

【思考1】“劳资共决”的规章制度具有何种法律形态？

【德国法的观察】特有的集体自治双轨制，一轨是工会，一轨是企业自治委员会

(1) 工会管理集体合同，由《集体合同法》进行调整

(2) 企业职能部门Betrieb¹协议：《企业职能部门组织法》

德国企业职能部门协议能独立于集体合同的根本原因：《企业职能部门组织法》特为企业职能部门Betrieb层面的集体自治，专设企业职能部门委员会Betriebsrat（类似于职工委员会，由员工自由组建，无资方代表，连管理岗位的职员都会被排除）。

【我国情况】我国职工在参与制定规章制度的过程中没有独立于工会的自治组织。有关职工民主管理的国家和地方法律无一例外地规定，所有企业的职工民主管理由工会组织和领导，企业工会或其委员会是企业职代会的工作机构。

全民所有制工业企业法第50条第2款

职工代表大会的工作机构是企业的工会委员会。

我国立法者借助工会力量推动职工民主管理的良好期望可以理解，但导致了两个无法回避的问题：

- 1) 工会作用的失灵。根据学者的实证调研，我国工会普遍存在对企业行政的依附性，缺乏实际的代表能力，工作场所的劳动关系呈现企业主导的现状，难以落实员工参与管理权。
- 2) 工会与职代会两个层面“集体自治”的混同。工会舍弃了“集体协商之本”，逐“民主管理之末”，埋下了规章制度架空集体合同层面的集体自治的严重隐患。

【结论】只有当立法者为职代会设置独立于工会的工作机构时，职工参与共决的规章制度才具有自己的法律形态——独立于集体合同的集体自治性规范，否则只能与集体合同混同，陷入难以区分的境地。

【思考2】独立于集体合同的“劳资共决”之劳动规章制度与集体合同的区别？

《劳动合同法》第4条第2款

¹ 大企业下属的小部门也可以组件职能部门职工委员会，与资方进行谈判，满足自己部门的特殊诉求。

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

《劳动合同法》第51条第1句

企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。

从《劳动合同法》的规定来看，集体合同和劳动规章调整的事项并无太多不同。

《一审稿》第5条

用人单位应当依法建立和完善劳动安全卫生、劳动纪律、职工培训、休息休假以及劳动定额管理等方面的规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务（第1款）。用人单位的规章制度直接涉及劳动者切身利益的，应当经工会、职工大会或者职工代表大会讨论通过，或者通过平等协商作出规定（第2款）

《一审稿》第7条第2款

工会组织或者职工代表有权与用人单位通过平等协商，就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项签订集体合同。

从一审稿来看，集体合同的调整事项多了“劳动报酬、工作时间”，这两样是劳动合同中的一对主给付义务。

集体合同和劳动规章的不同，表面看是法律形式的不同，实质上是[规章制度层面的集体自治](#)和[集体合同层面的集体自治](#)的冲突与协调。如果两种形式都能调整某个事务，应当以谁为准？

换言之，劳资双方可能可以利用“更有利劳工原则”，通过共决规章制度架空集体合同调整劳动条件的功能，此时工会会被架空。

【思考3】从一审稿到现行法，这一前后有关规章制度调整事项的条文变化意味着什么？

《一审稿》曾经的价值取向是集体合同自治优先，其对规章制度采取的是“劳资共决”的集体自治立法模式。但是，劳资共决的规章制度会和集体合同自治产生竞争，一审稿有意将劳动合同的核心事项“劳动报酬和工作时间”交给集体合同调整，防止其通过“更有利劳工原则”侵蚀甚至架空集体合同层面集体自治的根基。

总之，还是在突出工会的主导作用。

【思考4】《劳动合同法》为何没有为集体合同保留特定的调整事项？

本质原因：现行法对劳动规章制度采取的是“资方单决”的个体自治立法模式，而不是集体自治。集体合同并不阻碍劳资双方通过个体自治的规章制度达成更好的劳动条件——甚至是乐观其成，不会产生侵蚀集体合同自治的危险。

“性质二分说”下的劳动规章制度及其法律形态 ²			
《劳动合同法》	价值取向	性质二分	法律形态
第4条	最终的个体自治	现行法实然层面的 “个体自治性规范”	一般抽象性指令 (仅限于行为规范) 格式条款
	最初的集体自治	立法论应然层面的 “集体自治性规范”	“劳资共决”的独立于集体合同的规范

3. 习惯法？

- (1) 习惯法的含义：非由立法者通过立法程序正式制定公布的法律。
- (2) 习惯法形成的前提要件：

民总解释第2条（法释〔2022〕6号）

“长期为一般人从事民事活动时普遍遵守” “不得违背社会主义核心价值观，不得违背公序良俗”

- A 法律共同体成员的长期实践
- B 普遍的法律确信，对其已形成法律效力之信念
- C 不得违背公序良俗，以抵制陋俗恶习！

注意：“习惯法”在劳动法中几乎没有！

- (3) 政策与习惯法的关系：政策不属于习惯法

² 《论我国劳动规章制度的法律性质》——“性质二分说”的提出与证成；

《〈劳动合同法〉第4条“平等协商确定”的再解读》

《民法通则》第6条

民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策

从《民法通则》的规定来看，政策似乎具有习惯法的地位，然而民法典无相应规定。

“解释2001”第19条

用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

【结论】政策不属于习惯法

【原因】国家、政党为实现一定历史时期的路线和任务而制定的行动规则为“政策”。从内容来看，政策具有强烈的目标指向性，以管制为基本取向。从程序上看，无法定制定程序，没有相应的救济措施，具有极强的任意性。

当然，法院基于政策出台的指导意见也常有真知灼见，要取其精华以用之。

例如：最高人民法院印发《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》的通知（法发〔2009〕41号）[这一文件中对“离职竞业禁止”的规定就十分到位。](#)

（二）国家管制的法源

最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定（法释〔2009〕14号）

第1条第1句 人民法院的裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性法律文件作为裁判依据。

第4条 民事裁判文书应当引用法律、法律解释或者司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或者自治条例和单行条例，可以直接引用。

第6条 对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。

1. 裁判依据的法源——规范法源

法律、法律解释、司法解释、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例，对法院具有拘束力，应予援引适用！

(1) 法律

劳动法1995、劳动合同法2008、劳动争议调解仲裁法2008

安全生产法(2021修正)

第4条第2款 平台经济等新兴行业、领域的生产经营单位应当根据本行业、领域的特点，建立健全并落实全员安全生产责任制，加强从业人员安全生产教育和培训，履行本法和其他法律、法规规定的有关安全生产义务。

就业促进法、工会法、职业病防治法、安全生产法

妇女权益保障法、未成年人保护法、残疾人保障法

法律是劳动法的躯干，其中《安全生产法》刚刚进行修订，规定得很不错。

(2) 法律解释

《立法法》

第四十五条 法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：（一）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（二）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。

第五十条 全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。

第六十五条 国务院根据宪法和法律，制定行政法规。

行政法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（二）宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。

应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。

(3) 行政法规

劳动合同法实施条例2008、工伤保险条例2011修订

劳动保障监察条例、职工带薪年休假条例、国务院关于修改《全国年节及纪念日放假办法》的决定

残疾人就业条例、禁止使用童工规定、女职工劳动保护规定

(4) 司法解释

《最高人民法院关于司法解释工作的规定》

第五条 最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。

第六条 司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。

对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式。

根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式。

对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式。

修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕26号）

20210101，后简称“解释（一）”

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2001，后简称为“解释2001”（废止）

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）2006，后简称为“解释二”（废止）

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）2010，后简称为“解释三”（废止）

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）2012，后简称为“解释四”（废止）

(5) 地方性法规

上海市劳动合同条例2002；江苏省劳动合同条例2013修订

A 省、自治区、直辖市的人大及其常委会

《立法法》第72条第1款 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。

例如：江苏省劳动合同条例2013修订

B 设区的市的人大及其常委会

《立法法》第72条第2款 设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、环境保护、历

史文化保护等方面的事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。

（6）自治条例和单行条例

民族自治地方的人大

《立法法》第七十五条 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准后生效。

自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

（7）经济特区法规（解释没提到）

经济特区所在地的省、市人大其常委会经全国人大授权制定。

《立法法》第七十四条 经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。

（8）宪法

宪法：分配与限制国家权力，是政府组织规则的公法

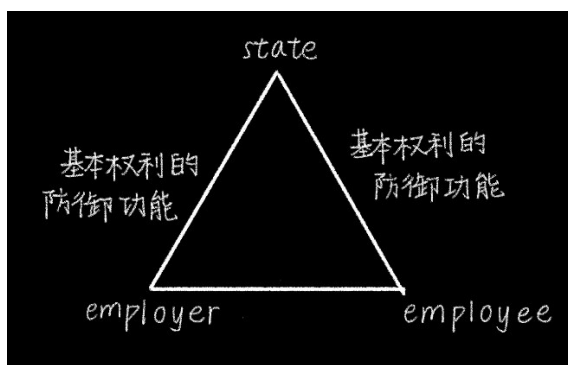
立法法第87条 宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

基本权利—宪法第二章

第42条—劳动权利

第43条—休息权

基本权利作用于公法关系——传统的公民对抗国家的防御权，“把权力关进制度的笼子里”



基本权利能否作用于私法关系？

若能，如何作用？

在德国，基本权利不只是一种纸面上的权利，还是一种客观的价值秩序。

【思考】作为传统防御权的基本权利作用于私法关系？

可以。基本权利作为“客观价值秩序”适用于所有法域。—BVerfG 1. Senat 07.02.1990

宪法并非价值中立的秩序，它通过基本权利一章确立了一种“客观价值秩序”（objektive Wertordnung）。该由基本权利构建的价值体系以人格和人性尊严在社会共同体中自由发展为中心，它必须作为宪法的基本决定（verfassungsrechtliche Grundentscheidung）适用于所有法域；立法、行政以及司法均从该价值体系汲取指示和启迪。由此，基本权利的价值体系当然也会影响民事法律；任何民事法律规定都不得与该价值体系相抵触，都必须在其精神下予以解释。

A 宪法基本权利的双重功能/性质

（a）基本权利的防御权功能：消极面向

针对来自国家的侵害，要求国家不作为

（b）基本权利的保护义务功能：积极面向，衍生于“客观价值秩序”

针对来自第三人的侵害，要求国家作为

- i. 立法机关的保护义务：适时制定新法、补充修改现行法以符合基本权的价值秩序
- ii. 司法机关的保护义务：解释和适用法律使基本权的价值秩序发生效用
- iii. 行政机关的保护义务：依法行政符合基本权之价值秩序的要求

B 第三人效力说

基本权利作用于私法关系—第三人效力说，基本权利作为“客观价值秩序”适用于所有法域

i. 直接第三人效力说—Hans Carl Nipperdey, “单身条款案”

基本权利在私法关系中产生直接的规范性效力，并在私主体之间形成相应的权利义务

ii. 间接第三人效力说—Günter Dürig, 德国学界的主流观点

基本权利虽不能在私法关系中直接适用，但可以作为价值标准通过私法中的概括条款对私法关系产生影响，目前基本权利主要是通过间接第三人在私法中发挥效用，常以诚实信用条款等作为中介。

C 宪法中的基本权利

- 人权—第33条第3款
- 人身自由和人格尊严—第37、38条
- 职业自由权—第42条第1款
- 言论自由—第35条
- 结社自由—第35条
- 宗教信仰自由—第36条
- 休息权—第43条
- 平等权—第48条
- 人身自由和人格尊严—《宪法》第37、38条

适用领域广阔，维护劳动者自由和尊严的利器。包括：就劳请求权、信息保护、防御监控等。

民法典 第一编 总则 第五章 民事权利

第109条 自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。

第110条 自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。

第111条 自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

【whistle blower保护】例如：某员工反映自己的超市卖地沟油，或者反映自己的面包房卖运用过期的面粉而遭到解雇。此时涉及员工的言论自由以及资方的经营自由之间的冲突。此时要进行利益权衡，才能在判别这种解雇有无合法性。

➤ 职业自由权——宪法第二章第42条第1款

劳方：岗位存续利益的保护，解雇保护，自由流动择业的保护，服务期、违约金、特殊补贴

各国对于解雇的保护程度不同，美国奉行完全的解雇自由，而德国奉行完全的解雇保护。

资方：有关劳动力任用方面之经营决策的保护，关停并转引起的解雇

➤ 平等权——宪法第48条

中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

➤ 基本权利之“信息保护”

中华人民共和国个人信息保护法 2021.11.01

欧洲联盟：于2018年5月25日出台《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，简称GDPR）

德国：《德国联邦数据/信息保护法》Bundesdatenschutzgesetz，该法主要是转化欧盟指令而来，其中“信息自决权”属一般人格权下重要的具体人格权。

2. 裁判理由的法源——“准”规范法源

主要包括部门规章、地方政府规章及其他政府规定。虽具有规范性，但对于法院无拘束力，法官可经自由裁量选择适用！

【注意】劳动法是彻底的例外，准规范法源举足轻重，甚至包括各地裁审部门的纪要和意见，但通常不会在判决理由中被正式引用！

（1）中央部委规章

劳动法的特殊性：此类的劳动法部规章在劳动法中长期并继续占据着最重要的作用。

劳动部的历史沿革：劳动部；劳动和社会保障部+人事部=人力资源和社会保障部

人力资源和社会保障部地位特殊，其中还内设了国家公务员局，严格而言，公务员与国家之间的关系并不归于劳动法所调整。可见，此处适用的是非常之广义的“劳动关系”概念。

关于《中华人民共和国劳动法》若干条文的说明劳办发[1994]289号（以下简称“劳动法条文

说明”或“289号文”）

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劳部发[1995]309号（以下简称“劳动法贯彻意见”或“309号文”）

（2）地方政府规章

地方政府规章：省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府

立法法第82条

I……可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。

II地方政府规章可就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。……

（三）非正式法源

1. 地方性的“软法”：通知、意见、纪要、解答

a. 地方劳动保障行政主管部门发布的“规范性文件”

关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知（沪劳保关发（2002）13号）

黑龙江省关于审理劳动人事争议案件若干问题的处理意见（一）黑人社发[2011]132号

b. 地方裁审机构发布的“规范性文件”

（1）地方劳动争议仲裁委员会

劳动争议的解决一般要求先仲裁后审理，因而地方劳动争议仲裁委员会也会发布相关文件。

江苏省劳动人事争议疑难问题研讨会纪要（苏劳人仲委[2017]1号）

浙江省劳动争议仲裁委员会关于印发《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》的通知2009

（2）地方法院发布的“规范性文件”☆☆

上海市高级人民法院关于印发《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》的通知沪高法[2009]73号

浙江省《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》（浙高法民一〔2019〕1号）2019年6月21日

（3）地方裁审机构联合发布的“规范性文件”☆☆

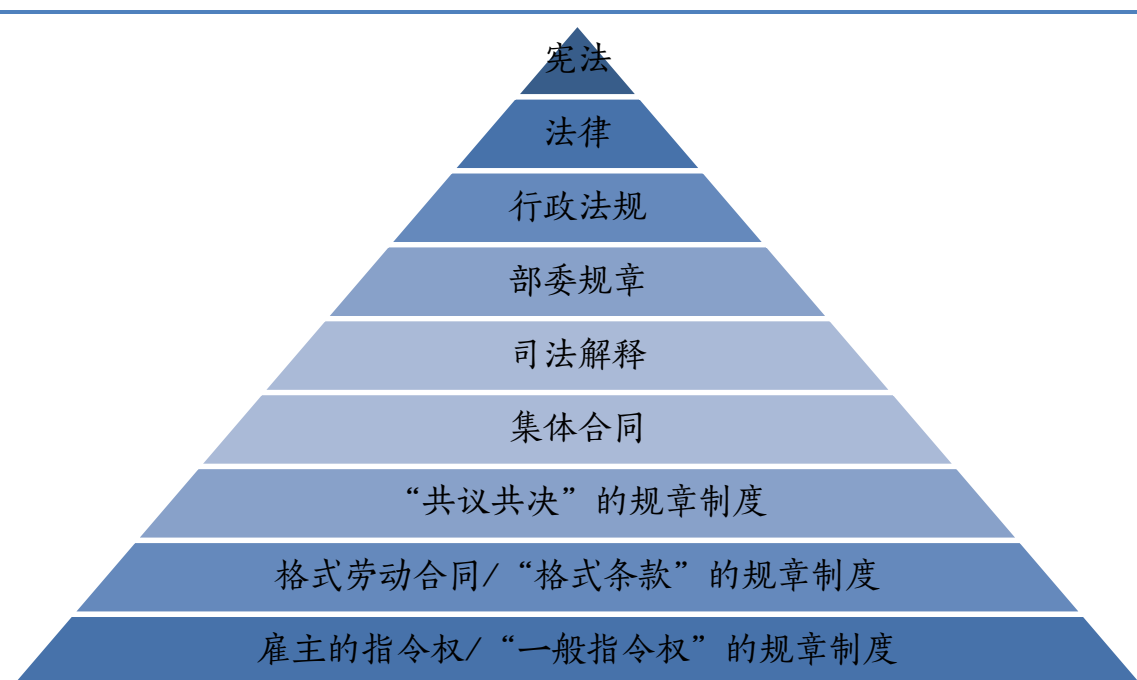
由于现在强调仲裁和审理的衔接，裁审机构有时会联合发布相关文件。

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见-粤高法发[2018]2号

江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会印发《关于审理劳动争议案件的指导意见》的通知2009.12.14

北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答2017

山东高院、省人社厅《关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要》2019.06.10



劳动法法源的示例图

集体自治无非是想让受到干扰的个体自治在另一个层面达到平等协商议定劳动条件的地位。

因此，劳动法的法源图中，除了最上面的强制性规定，就是下面的集体自治。当然，最重要

的肯定是劳动部的部委规章（数量上也最多）。

集体自治就是集体合同和共议共决的规章制度——集体自治的功能是作为保底和基准，因而肯定不希望个体自治随意突破。否则，集体自治可能会被个体自治架空。

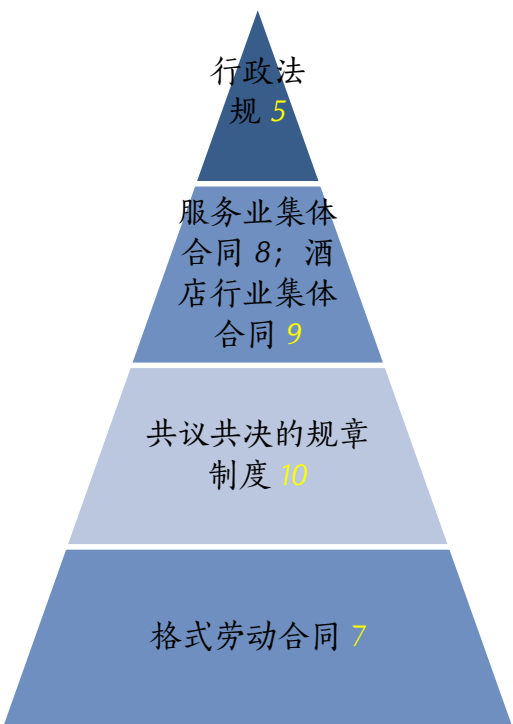
更有利原则指的是，如果个体自治规定得比集体自治更好，则以个体自治为准即可。但是一定要注意：更有利原则是在不同位阶上适用的原则！

集体自治内部发生冲突——即，集体自治和共议共决的规章制度的规定不同的情况下，集体合同优先（工会集体自治优先）。这是为了保证工会的地位。

德国的工会集体自治优先是非常彻底的——只要是已经由集体合同调整了，则共议共决的规章制度在相关事项上就会失去适用的余地。

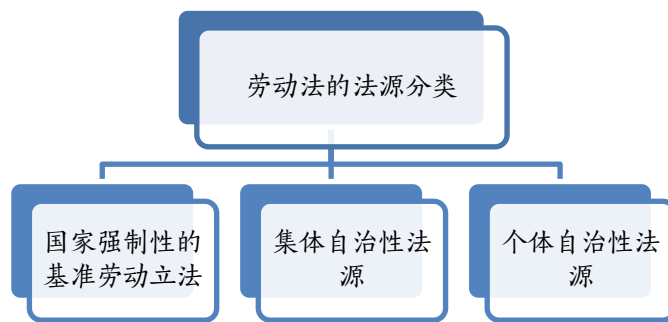
八、劳动法法源的适用规则

年休假案例——同一事项被不同的劳动法法源调整



H君入职U酒店，双方签订了从2020.01.01至2022.12.31为期三年的**格式劳动合同**，其中第6条约定“职工累计工作已满1年的，年休假7天”。国家《**年休假条例**》第3条规定“职工累计工作已满1年的，年休假5天。适用于H和U，有效期至2023年底的**服务行业集体合同**第7条规定“职工累计工作已满1年的，年休假8天，但劳动合同另有约定的除外。”2022.01.01新近签订的适用于H和U，有效期至2023年底的**酒店行业集体合同**第8条规定“职工累计工作已满1年的，年休假9天。”在2021年，职工代表大会与U酒店通过**共议共决**的方式修订了酒店的**劳动规章制度**，其中第9条规定“工龄满1年的职工享有年休假10天。试问：刚入职满一年的H职工可享受年休假几天？

拿到多种劳动法法源后，首先要根据进行分类。例如，本案中2个集体合同和共议共决的规章制度都属于集体自治，而格式劳动合同属于个体自治。



➤ 背景：劳动法法源的多样性和复杂性

法律、行政法规、部门规章

地方性法规、地方政府规章

自治条例和单行条例

特区规定

劳动法的特殊法源：集体合同、规章制度、资方指令权

➤ 核心问题：若同一事项为多种法源同时调整，应适用哪种法源

➤ 前期准备：1) 厘清案中不同的法源；2) 之后按法源位阶排序 → “从下往上”

(一) 不同位阶的劳动法法源的适用规则

基本原则 I：位阶原则

位阶原则：上位法优于下位法，下位法不得与上位法抵触

1. 适用前提

(1) 上位法源是否适用

法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章（部门规章、地方政府规章）的适用范围

回到年休假案例：国家强制性的劳动基准立法《年休假条例》高于集体自治性法源（服务业集体合同=酒店行业集体合同）

【思考】上述两个劳动集体合同是否高于共议共决的酒店劳动规章制度？

【注意】集体合同是否适用

前提：劳资双方受集体合同约束，即劳方是工会的成员，资方是订立主体或资方团体的成员

（2）上位法源是否具有强制性

a. 非任意法性质，从法律规定或解释法律得知

类型1. 单边强制性规范

出于保护弱势劳方仅针对资方规定了强制的最低基准，对此只可做更有利于劳方的偏离性约定，遂在这层意义上是“单边强制性”的
劳动法中多为单边强制资方的规范，例如：

§ 33 LL 用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日

类型2. 双边强制性规范

强制双方当事人的强制规范，任一方不得偏离，包括两种情况：

a) 无关有利原则适用的规定，如强制的书面规定， § 10 I LCL

b) 出于特殊公共利益的规定，如 针对女职工特殊期间的用工禁止，

女职工劳动保护特别规定 § 4 I 附录：女职工禁忌从事的劳动范围 四、
女职工在哺乳期禁忌从事的劳动范围：……

b. 未针对某事项授权下位法源可另行约定

法律规定直接授权下位法源可以作出偏离的另行规定，如上位强行法授权集体合同可对其做不利于劳动者的另行约定。

例如：

《年休假法律》第3条规定“职工累计工作已满1年不满10年的，年休假5天，但集体合同另有约定的除外。”

集体合同第7条规定“职工累计工作已满1年不满10年的，年休假3天。”
则职工可享受3天年休假

2. 抵触的法律后果

（1）原则：违反强制性规定无效

(2) 例外：在劳资自治性法源之间，不导致下位法源无效，而只是在上位法源有效期内暂时排除下位法源的适用

示例：劳动合同约定年休假10天与有效期至2019年底的集体合同规定15天/年相冲突，劳动合同约定并非无效，只是从2020.1.1起方才适用

回到最开始的年休假案例：由于下位的格式合同规定的年假比上位的集体合同少，故不予适用。

基本原则II：更有利劳工原则

更有利劳工原则：下位法内容较上位法更利于劳工时，优先适用下位法。

➤ 无明文规定更有利劳工原则，可从法理推论

法理思想：劳动法的历史发展就是持续改善劳工权益地位，当然无意于干涉劳资双方基于自治达成更好的劳动条件

集体合同规定 § 6 I 符合本规定的集体合同或专项集体合同，对用人单位和本单位的全体职工具有法律约束力。II 用人单位与职工个人签订的劳动合同约定的劳动条件和劳动报酬等标准，不得低于集体合同或专项集体合同的规定。

1. 具体适用

(1) 集体合同与格式劳动合同

集体自治性法源：

服务行业集体合同——有效期至2023年底

第7条 “职工累计工作已满1年的，年休假8天

酒店行业集体合同——新近签订的，有效期至2023年底

第8条 “职工累计工作已满1年的，年休假9天。

个体自治性法源

格式劳动合同——2020.1.1至2022.12.31为期三年

第6条 “职工累计工作已满1年的，年休假7天”

【思考】刚入职满一年的H职工可享受年休假几天？格式合同与上位法源集体合同抵触不予适用，故H至少可享有8或9天的年休假，究竟几天？

（2）共决的劳动规章制度与格式合同

集体自治性法源

酒店劳动规章制度：于2021年共议共决方式修订

第9条“工龄满1年的职工享有年休假10天”

个体自治性法源

格式劳动合同：2020.1.1至2022.12.31为期三年

第6条“职工累计工作已满1年的，年休假7天”

【思考】刚入职满一年的H职工可享受年休假几天？格式合同还与上位法源共决的劳动规章制度抵触不予适用，故H可享有10天的年休假？

（3）集体合同与资方单决的规章制度

A 集体合同与“一般指令权”形态的规章制度

因属于维持企业内部秩序的劳动纪律而不适用更有利原则，事实上也很难比较，无法判断“更有利”。

B 集体合同与“格式条款”形态的规章制度

转化为集体合同与格式劳动合同的问题

（4）集体合同与“共议共决”的规章制度

集体自治性法源

- ◆ 服务行业集体合同：有效期至2023年底
 - ◆ 第7条“职工累计工作已满1年的，年休假8天
- ◆ 酒店行业集体合同：新近签订的有效期至2023年底
 - ◆ 第8条“职工累计工作已满1年的，年休假9天。
- ◆ 酒店劳动规章制度：于2021年共议共决方式修订
 - ◆ 第9条“工龄满1年的职工享有年休假10天”

个体自治性法源

- ◆ 格式劳动合同：2020.1.1至2022.12.31为期三年
 - ◆ 第6条“职工累计工作已满1年的，年休假7天”

试问：刚入职满一年的H职工可享受年休假几天？

格式合同与上位法源两份集体合同和共决的劳动规章制度抵触不予适用，故H可享有8或9天，还是10天的年休假？

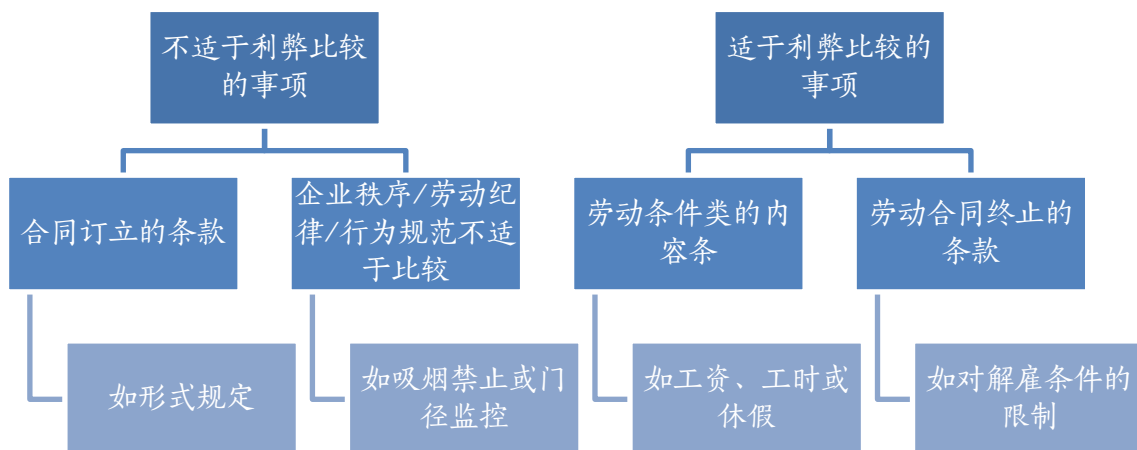
【答案】8/9天，确保集体合同自治调整劳动条件的优先地位。此处没有更有利原则的适用，

对集体合同层面集体自治的优先保护。

如果可以证明真的是“共议共决”，又强调集体自治优先，则此处不再有更有利劳工原则的适用。这一事项只能由集体合同调整，保护工会的谈判地位。

2. 排除适用

排除适用的情形1：不适于利弊比较的事项



排除适用的情形2

上位法是双边强制性规范 → 立法者排除了利弊比较

排除适用的情形3

对集体合同层面集体自治的优先保护

例：某企业集体合同规定月工资3000元。企业内部经“劳资共议共决”的规章制度规定3500元的月工资。试问：员工的月工资是多少？

答案：3000元，按照《劳动合同法（一审稿）》的立法价值取向，**确保工会通过集体合同自治调整劳动条件的优先地位。**

（二）相同位阶的劳动法法源的适用规则

基本原则I：替代原则

替代原则：新法优于旧法。

前提：调整同一事项。

例： 某君根据《职工带薪年休假条例》第3条第1款享有5天年休假。2016年12月31日

到期的集体合同给予该雇员7天带薪年假。2017年1月1日新订立并生效至今的集体合同规定了6天的带薪年假。某君现在可以主张享有几天带薪年假？

答案：6天，无更有利劳工原则”之适用。

因为是同一立法”主体对相同事项作出新的利益权衡决策——即使新法源相较于旧法源对劳动者不利。

基本原则II：特殊原则

特殊原则：特别法优于一般法

前提：调整同一事项且有特殊和一般之分。

服务行业集体合同：有效期至2023年底
• 第7条“职工累计工作已满1年的，年休假8天
酒店行业集体合同：新近签订的有效期至2023年底
• 第8条“职工累计工作已满1年的，年休假9天。
答案：9天，酒店行业集体合同是相较于服务业行业集体合同更特别针对“酒店”服务业的集体合同，如果有专项或者“本酒店的集体合同”则是更特殊合同！
• 注意：同样无“更有利劳工原则”之适用，也跟订立时间的先后无关！

理念：越往下细分，集体自治利益的代表越精细化、具体化。

【思考】下列例子如何比较？

集体合同规定5000元/月，年休假10天，劳动合同规定4000元/月，年休假15天

集体合同规定周工作36小时，月工资7200元，劳动合同约定周工作40小时，月工资8000元

集体合同规定5000元/月，资方终止劳动合同须提前60天，劳动合同规定6000元/月，资方终止劳动合同须提前40天

集体合同规定周工作35小时，月工资7000元，企业面临经济压力，变更劳动合同下调月工资至6300元，周工时不变，但资方为此放弃经济性裁员

【课后思考】集体合同or劳动合同？

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）法释[2020]26号第五十条

用人单位根据劳动合同法第四条规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为确定双方权利义务的依据。

用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

规章制度需要分析究竟属于集体自治共议共决的结果，还是个体双方协商得到的格式合同。

但解释一当中规定的是，合同适用优先于规章制度，这是典型的最有利原则的表述。

这意味着，此处的合同是个体自治，而规章制度应当属于集体自治层面。

第二讲 劳动关系

劳动关系的认定是本门课程中最为重要的一讲，事实上，劳动关系也是决定劳动法是否独立的关键。

一、劳动者/劳动关系概说

1. 劳动者、用人单位、劳动合同、劳动关系

是同一法律现象的不同侧面。

- (1) 订立主体“劳动者、用人单位”：描述劳动关系或劳动合同的当事人
- (2) 通过双方法律行为“劳动合同”：双方意思表示达成一致的约定
- (3) 建立持续性的债务关系“劳动关系”：两个人之间的法律关系

劳动关系是一种：由劳动者、用人单位作为订立主体的通过双方法律行为建立的持续性债务关系。

2. 劳动者/劳动关系概念意义重大

(1) 对雇员：社会保护意义

开启劳动和社会保障法的保护和救济的钥匙，决定相关保护性法律的主体适用范围。

(2) 对雇主：经济意义

劳动和社会保障法的保护性规定带来用工成本。如：病假工资、休假、产假、父育假、社保费用。

恣意错误定性劳动关系的消极后果：在德国法上，雇主要补缴所有的全部费用。

二、劳动关系认定



（一）劳动关系的法律定义

在立法中寻觅

《劳动法》第2条

在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。

国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依本法执行。

在《劳动法》中并未发现。

劳部发〔1995〕309号第2-4条、12条

上述意见文件也未能给出定义，但是排除了一些可以建立劳动关系的主体。

《劳动合同法》第2条

中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终

止劳动合同，适用本法。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

同理，《劳动合同法》、《就业促进法》、《安全生产法》、《工会法》等法律中也未能找到。在部门法和单行法中，并没有找到立法者对“劳动者”明确的定义。

换言之，立法者保持了缄默，将认定“劳动者”的难题交给了学者和司法者。

由此引发的问题是：**真的存在统一的劳动者概念吗？认定劳工的标准整齐划一吗？**

为了保证法律体系的稳定性，一般来说同一概念、同一用语都应该做相应的解释，但这不是绝对的。**劳动者的概念是不统一的**——根据各个部门法的立法宗旨会有相应的差异，在认定标准上也会有一定的差异。

【思考】既然不存在劳动者的统一定义，如何认定劳动关系呢？

李相国与北京同城必应科技有限公司劳动争议案（2017）京0108民初53634号

合作协议主要内容为：甲方（同城必应科技公司）向乙方（闪送员）提供取、送货服务的信息，乙方收到前述信息后为用户提供取、送货服务。……双方确认，甲方及甲方的关联公司与乙方之间是商业合作关系，不存在劳动人事关系，不受劳动法律法规调整。甲乙之间不存在缴纳相关社会保险的义务，乙方在同甲方合作的过程中，由于患病或者工作期间负伤，乙方应自行承担相关责任，与甲方无涉。

在判断劳动关系是否存在时，首先想到的肯定就是双方当事人的合同，由此引出的问题是一——合意在认定劳动关系的过程中究竟扮演了什么角色？

（二）劳动关系认定的主观标准——当事人合意（意思自治）

【注意】在这节课中，使用“劳务合同”作为一个统称的上位概念，覆盖所有以提供劳务为内容的有名和无名合同。

【引入】比较中央层面颁布的有关网约工的条例的征求意见稿和最终稿之间的区别

◆ 网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）

◆ 第18条第1款 网络预约出租汽车经营者应当保证接入平台的驾驶员具有合法从业资格，与接入的驾驶员签订劳动合同，开展有关法律法规、职业道德、服务规范、安全运营等方面的岗前培训和日常教育，并将接入的驾驶员相关信息向服务所在地道路运输管理机构报备。

◆ 网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法

◆ 第18条第1款第1句 网约车平台公司应当保证提供服务的驾驶员具有合法从业资格，按照有关法律法规规定，根据工作时长、服务频次等特点，与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议，明确双方的权利和义务。

征求意见稿中要求经营者和驾驶员直接签订劳动合同，建立劳动关系，这样的规定违背了意思自治。

从征求意见稿到最终稿发生的变化其实可以侧面说明：合意在劳务关系的认定中还是有作用的。

（德国）教义学背后体现的深层问题：当事人基于意思自治选择合同类型的边界在何处？

德国联邦劳动法院认为，原则上，当事人可以自由选择合同类型。但是在法律中有一些类型强制——劳动合同就是典型的类型强制，它是立法者为了倾斜保护劳动者而构建的。如果没有这样的强制，资方很容易滥用合同自由。正是因为这样的风险的存在，劳动法中存在内容审查制度。

→审查：“合同类型选择”的内容审查

➢ 自治受限程度：取决于合同类型受强行法规制的色彩

➢ 劳动合同：受强行规范居多的劳动法规制

劳动法的宗旨：限制自主选择合同类型以贯彻其特殊的秩序和保护宗旨——平衡劳资双方由立法者推定的结构性不平等。所以，如果一方滥用合同自由，基本上就等于劳动法被架空了。

→ 这一审查制度唯一的例外：必须确实是接受劳务方与提供劳务方在真正平等协商基础上做出的选择。即在雇佣合同类型中，只有在自由协商和平等地位未受干扰的情况下订立的合同中，合意具有优先地位。

例如，初为人母的程序员为了平衡家庭和工作，向软件公司动议从今往后以自由职业者的身份提供劳务，按工时或按编程计酬。

德国联邦劳动法院一贯的司法实践是：以审查“**合同的实际履行**”作为合同内容审查。具体而言在合意审查的时候有两种：1）最常见的就是**格式条款**的审查（条款模糊不清则作出对资方不利的解释；条款构成对主要权利的不当侵害，此时有影响到合同目的实现的限制，可能会被判定无效）；2）针对**个别磋商**的审查：必须是真正与劳方真正平等协商达成的条款。

如果存在异议，就要按照合同的实际履行——以客观标准来认定劳动关系。

最高人民法院指导案例179号聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案

裁判要点

1. 劳动关系适格主体以“合作经营”等为名订立协议，但协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况等符合劳动关系认定标准，劳动者主张与用人单位存在劳动关系的，人民法院应予支持。

“裁判要点1”已经承认了这种“实际履行”。双方订立的协议的名称并不重要，关键是实际履行的情况和劳动关系的标准要符合。

（三）劳动关系认定的客观标准——司法界和学术界的合力发展

【引入】

- ◆ **Erfurter** Kommentar zum Arbeitsrecht. 22 Auflage 2022
 - ◆ 学者编著应用最广，每年更新的劳动法典，以联邦劳动法院所在地“埃尔福特”命名！
- ◆ **Münchener** Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021
- ◆ Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl. 2021 联邦劳动法院法官主编
- ◆ HWK, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl. 2020

德国劳动法评注

德国最近颁布的劳动合同的定义：§ 611a Arbeitsvertrag BGB

I¹ 劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的，由他人决定的人格从属性劳动。² 指令权可涉及所从事工作的内容、履行、时间和地点。³ 受指令约束是指某人基本 / 实质上不能自由 / 主安排自己的工作 / 活动并决定自己的工作时间。⁴ 人格从属性程度也取决于每项工作的特性。⁵ 认定

是否存在劳动合同须综合考量所有情形。⁶若合同关系的实际履行表明是劳动关系，则与合同称谓无关。

II雇主有义务支付约定的报酬。

【思考】德民611a条的“劳动合同定义”体现了传统民法决定合同类型的什么原则？

雇主给付义务界定合同的类型，指债主给付义务之关系上固有、必备，并用以决定债之关系类型的基本义务。

A 劳动合同

§ 611a Arbeitsvertrag BGB

(1) ¹Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zu Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.

劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的，由他人决定的人格从属性劳动。

从上述的条文可以看出，要排除以公法上的行政行为建立的“劳动关系”，包括：1）国家机关的公务员；2）比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员（例如证监会、银保监会等）。

劳部发[1995]309号第4条

《公务员法》第2条：本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。

《公务员法》第106条：法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员，经批准参照本法进行管理。

另外，还要排除合法的“强制劳动”，如监狱服刑人员踩缝纫机；以及排除基于婚姻家庭关系内提供劳务的情形。

【注意】这并不意味着家庭内百分之百不能建立劳动关系！

我国计划经济体制时期，劳动法上的劳动关系有两个特点：1）强调劳动关系的**意识形态色彩**——社会主义下不受剥削的劳动者之间互相合作的关系，与资本主义的雇佣关系有本质区别；2）强调劳动关系的**普遍性**。当时以行政方式确立劳动关系为主，劳动合同确立劳动关系为辅。后来转入经济体制改革时期。1980–1986是劳动合同制的实验探索期。1986–1994是劳动合同制度的推广期。1994年以后，全部推行劳动合同制度。这一得到全面推广的劳动合同制度并非毫无缺点：消极后果——**劳动关系认定上的形式主义**。“认合同，不问事实”，**传统作为干部的管理人员在改革中成为劳动法上劳动者**。

劳部发[1996]51号《劳动部关于订立劳动合同有关问题的通知》

党委书记、厂长、经理作为劳动者签订劳动合同。

这样的立法缺陷埋下了我国劳动法未按倾斜保护弱势劳动者的现代劳动法宗旨确定劳动者范围的祸根，高管人员同样受到保护，直至劳动合同法也未改变！

B 为他人提供有偿劳动

§ 611a BGB Arbeitsvertrag

Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet.

劳动者基于劳动合同有义务**为他人提供**受指令约束的，由他人决定的人格从属性**劳动**。

Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

雇主有义务支付约定的**报酬**。

为他人提供有偿劳动的三重含义

(1) 有偿：支付对价/报酬

【注意】这一因素的意义不大，因为很多劳动合同都是有偿的。例如：有偿的劳动合同、委

托合同。

（2）为他人主要是为了区别基于“股东 / 合伙协议”提供劳动，如合伙人根据合伙协议执行合伙事务

合伙企业法2006 第六十七条

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

老师认为：不宜认定劳动关系，执行事务合伙人依然是在为自己的事业在劳动，而非为他人。

（3）劳动——行为之债非结果（效果）之债

【思考】难道资方通过签订劳动合同就不追求他所期望的“工作结 / 成果”，能否对此约定？

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）

第56条 在劳动合同中，双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力。

【反思】劳动乃行为之债非结果之债的标准

其一，很麻烦不确定的标准

如委托现场监工指挥，律师受托代理案件，牙医受托拔智齿或补牙

其二，倒果为因之嫌

在认定劳动关系之前，怎么知道是行为还是结果之债？

【深思】区分行为之债与效果之债背后的深意究竟是什么？

资方在劳方提供的劳动没有达到其预期的结果的时候，资方依然还要支付一定的对价。

【注意】报酬的诸多细节都不是认定劳动关系的决定标准！

（1）报酬的明确约定

若考虑个案的客观实际情况，通常能推定有报酬的期待。——《劳动合同法》第18条

（2）报酬的计算方式

按时间计酬不一定就是劳动合同，例如手工艺人、翻译服务等。

按成果计酬不一定是承揽合同，例如计件工资。

(3) 报酬的支付方式：固定/浮动

(4) 报酬的支付时间：月结、周结、日结

(5) 报酬的具体名称：是否称为“工资”并不重要。

C 从属性

I 人格/劳动从属性

人格从属性是国内以及德国法中首推的认定劳动关系的核心标准。

§ 611a I BGB Arbeitsvertrag

劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的由他人决定的人格从属性劳动persönlicheAbhängigkeit.

指令权可涉及所从事工作的内容、履行、时间和地点。

受指令约束是指某人基本上不能自由 / 主安排自己的工作 / 活动并决定自己的工作时间。

人格从属性程度也取决于每项工作的特性。

认定是否存在劳动合同须综合考量所有情形。

若合同关系的实际履行表明是劳动关系，则与合同称谓无关。

【反思】“人格从属性”这一翻译的表述之不当！

(1) 可能会产生矮化劳工人格的不当联想

(2) 历史成因：当时的德国关于劳动关系的理念——“人格共同体”的残留印记。这一理论认为，劳动关系不是通过劳资之间定义的劳动合同建立的，而是通过劳动者事实上进入工厂提供劳动建立的。又称“融入或者加入理论”。这一理论很容易让人联想到民法的事实契约以及现代劳动合同法让人生疑的“用工”。

(3) 进展：“人格共同体”理论已经被德国学界于上世纪60年代废弃，一方面是出于二战后对人格尊严和发展的敬畏，一方面是“人格共同体”理论固有的缺陷——在劳动的合同约定的履行期限届至，资方/劳方拒绝用工/入职，此时又是什么法律关系？

➡ 由此，持续性合同理论回归。

【老师的观点】用“劳动从属性”替代“人格从属性”。一方面，它没有赋予资方对劳方人格任何的干涉、干预的权利；另一方面，它无非是指劳方在资方决定的生产经营组织中提供指令约束性的劳动。换言之，资方约束的是劳方的工作履行，而不是人格。

改称并不意味着即可放松警惕。相较于其他民事关系，劳动关系因持续性的不平等特征浅层了更容易“侵犯劳工人格权”的巨大风险。

① 劳动从属性的具体内涵

指受指令约束，被纳入到由他人决定的工作组织中提供劳动

§ 611a BGB Arbeitsvertrag

劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的，由他人决定的人格从属性劳动。

【思考】“受指令约束的”，“由他人决定的”和“人格从属性”三者之间的关系如何？

有观点认为，人格从属性与指令约束应当同等对待。但主流观点还是认为，人格从属性是上位概念，并无独立内容，而要由“指令约束”和“他人决定”予以充实。

② 劳动从属性认定的主要标准

(i) 指令约束性

德国立法的情况

§ 611a BGB I 指令约束性

劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的，由他人决定的人格从属性劳动。

指令权可涉及所从事的工作的内容、履行、时间和地点。

受指令约束是指某人实质/基本上不能自由/主安排自己的工作/活动并决定自己的工作时间。

德国立法者对上述规定的解释是，将德国已有的判例以“圆盘复制”的方式固定下来，但事实上其中暗含了自己的价值判断：

§ 106 GewO 《工商业法》

第106条 如果劳动合同、企业职能部门协议、集体合同或者法律未作另行约定或规定，雇主有权合理裁量确定劳动给付的内容、时间和地点，还包括劳方在工作场所内的秩序和行为。

德国《工商业法》中规定了劳动纪律，然而被立法者所忽略。

事实上，德国《商法典》中早就有关于“自雇者”的定义——而在定义“劳动者”的时候，德国的立法者就直接将这一定义反过来进行了传承。

第84条第1款第1句商业代表 (Handelsvertreter) 是独立的自营业者，持续性受托为他企业主媒介交易机会或以该企业主的名义订立合同。
第84条第1款第2句：独立性是指某人实质/基本上可以自由安排自己的工作/活动并决定工作时间。

不行使指令权？

【思考】如果资方根据劳动合同享有指令权，但在工作履行中很少行使——甚至从未行使，能否因此否定指令的约束性？

资方不行使指令权的原因可能有两种：1）针对低技能工作：只要少量指令即可；2）针对高技能工作：无需发布专业指令。但这并不意味着没有指令权！

○ 不导致指令约束性无的情况

- 指令权无须事无巨细地涉及到工作的每个细节指令权的行使方 / 形式无关紧要
- 个别指令或一般指令均可指令权是否实际行使亦无妨，只要雇主在特定的时间段内对劳动者的劳动给付有“支配”权
- 资方根据劳动合同享有对劳动力如何“使用”的指令权
- 指令权不因劳动合同的精巧安排被否定，即雇主通过劳动合同对工作任务的完成做了详尽的安排以至于履行过程中无需就具体事项下达指令

老师的观点是：资方基于劳动合同享 / 保有“随时待用”的指令权！

网约车问题

网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（2019修正）

第四章 网约车经营行为

第18条第1款第2句 网约车平台公司应当维护和保障驾驶员合法权益，开展有关法律法规、职业道德、服务规范、安全运营等方面的岗前培训和日

常教育，保证线上提供服务的驾驶员与线下实际提供服务的驾驶员一致，并将驾驶员相关信息向服务所在地出租汽车行政主管部门报备。

第19条 网约车平台公司应当公布确定符合国家有关规定的计程计价方式，明确服务项目和质量承诺，建立服务评价体系和乘客投诉处理制度，如实采集与记录驾驶员服务信息。在提供网约车服务时，提供驾驶员姓名、照片、手机号码和服务评价结果，以及车辆牌照等信息。

第20条 网约车平台公司应当合理确定网约车运价，实行明码标价并向乘客提供相应的出租汽车发票。

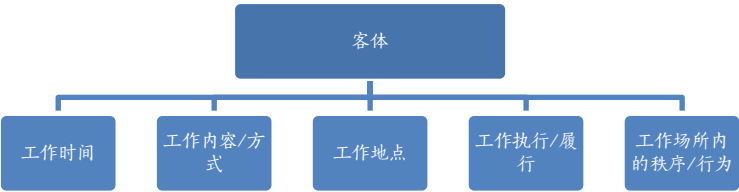
【思考】平台根据“暂行办法”管理驾驶员的公法义务是否是一种“劳动管理”的指令约束？

不是，这只是平台在遵守**基于公法的义务**，而不是基于私法上的合同行使劳动法意义上的“指令约束”。但是，如果平台方打着“规范公法义务之旗”行“劳动管理之实”，或者出现逾越的情况，则需个案审查。

内涵

指令约束性：劳方在工作过程中受雇主指令权的约束，雇主基于指令权可以在劳动合同的框架内对工作进行补充细化。

指令约束之程度和范围的法定斟酌要素，即指令权的客体包括：



指令约束程度检验时要注意两点

第一，**不需要五个要素同时成立**才能建立劳动关系。根据不同个案或者不同的职业性质，只要能得出：**资方具有支配性的指令权领域**即可。

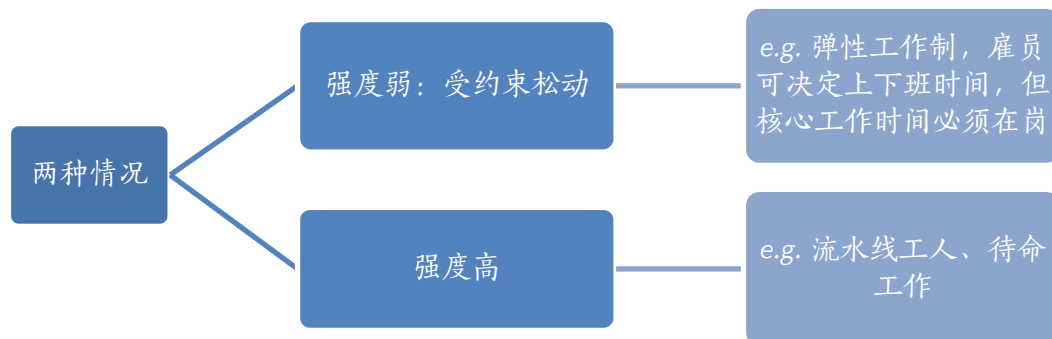
第二，五个要素在不同个案或职业中的权重有差异。在某些个案中，对指令约束程度的检验会较为宽松，但不影响劳动关系的认定→**“被稀释的指令权”**。

不同客体

a) 工作时间

从工时量和工作时间约束来进行考察。

- 资方决定工时长度、每日工作的起止、工作时间的分配等，劳方通常无权对此自由决定
- 侧重考察：员工在多大程度上还有机会自主安排使用自己的时间
如自由决定何时工作 / 收工、工作多长时间、何时完成工作、如何分配自己的工作时间等
- 注意：从事随时待命工作的人通常被认定为劳工，如海岸救生员
- 资方对工作时间的约束并不体现在每一个个案中，合同如果已经对时间做出了事先的拘束性约定的也可以。例如：合同约定了日工作起止时间、日最低工作时间等。
- 注意：承诺在特定时刻提供劳动或者完成工作并不必然代表具有劳动法意义上的时间受约束指令束的意义。例如，承揽人等自雇者也可以和客户约定这样的约束，或者承诺何时开工、何时完工。
- 现实当中的两种情况



b) 工作地点

内涵

资方有权决定劳方在单独某地或者某几个特定点从事工作，而劳方通常没有自由选择工作地点的权限。

典型例子：资方在劳动合同规定“根据工作需要有权调换工作地点”的概括条款。（当然这一条款是有审查的必要的）

工作地点在不同个案的约束程度强度不一

例外无地点约束的特殊职业，如记者、远程办公人员，对于这些特殊职业者，时间或专业上的指令约束性居于更高的地位。

【冲击】数字、技术化劳动对工作地点约束性带来的巨大影响，物理空间约束日渐式微，随处办公成为可能。

c) 工作内容/方式

资方决定工作的具体内容和细节，包括工作履行的方式和专业的指令。

通常而言，专业指令是认定劳动关系的重要指标。针对劳动者个人下达的以特定方式履行工作的指令通常也是从属性劳动的重要标志。

【注意】这和承揽合同中定作人针对工作成果下达的指令是不同的，劳动合同中更典型的是与具体工作相伴的指令。

专业指令弱的情况	高端专业人士→资方无法提供与专业相关的工作指令（只是专业方面的指令宽松，不代表资方没有其他方面的指令权，更不代表劳动从属性的丧失）

专业指令强的情况	专业性/技术性不强的工作

d) 工作执行/履行

有观点认为，这一标准没有存在的必要性，因为已经被前面的工作时间、工作地点和工作的内容/形式等要素所涵盖。但也有观点认为，立法者之所以设置这一标准是为了突出指令与劳动给付人身性特征密切关联。换言之，是为了强调“亲自履行”。

如果提供劳务的一方有权让第三人替代其亲自提供劳动，通常会被认为工作执行不受指令约束。

e) 工作场所内的秩序和行为

这一点体现在《工商业法》中，是非常好的要素，最能体现资方指令的“劳方人身性”特征（规制劳方在企业内提供符合生产经营秩序的劳动），且可以生动地体现企业组织内劳资的上下级不平等关系（劳方在资方负责组织安排的工作环境中提供劳动）。

也因此，该因素体现了指令双重层面约束的功效——工作行为约束和生产组织约束。

(ii) 他人决定性

“组织从属性”

“他人决定性”这一判定标准在新规颁布前常被表述为“组织从属性”，指**纳入由雇主单方设定的生产组织内**，换言之，在他人决定的工作组织中提供劳动。

工作地点约束 v.s. 组织从属性	
工作地点约束	组织从属性
被约束在资方制定的物理区域内	被纳入生产经营的流程和组织中提供劳动，利用资方的生产资料与其他同事共同协作（更抽象一些）

新规颁布之前，学界和司法界认为组织从属性通常可以从**雇主享有的广泛指令权**或者**合同内容、合同履行推知**（如医院的主任医师虽然在专业工作方面无需接受院方的指令，但在医院安排的组织架构内工作）。

不能简单认定/否定组织从属性的情形	
单纯在用人单位的工作场所/使用其工具	e.g. 常驻客户企业做审计的会计师（自由职业者）
从使用自备的工具不能简单否定组织从属性	e.g. 自备电动车的快递小哥

上述内容说明：在新规颁布之前，都是使用指令约束性来考察“他人决定性”的，只是最后推理的终点是“在事实上融入由他人决定的生产组织”。

可说明具有他人决定性的事实	依赖于资方的生产组织提供劳动（e.g. 拥有自己独立的工作室和生产工具通常说明不具备该特征）
	工作的方式和组织（e.g. 接受监控、报告工作、遵循排班表）
	遵守工作场所内的秩序和行为规范
	服从下达在特定生产部门与其他员工共同完成工作的指令，如典型的 team work

由此产生的困惑：

指令约束性与组织从属性/他人决定性究竟有什么区别？

组织从属性通常可以从宽泛的指令约束性中推出，其功用是：担负起将因工作性质某些方面受指令约束较弱的提供劳务者纳入劳动法保护的重任（e.g. 外勤人员、高级技术人员）。

【老师的观点】指令约束性与组织从属性具有的**共同本质是，劳方都受指令权约束**。组织从属性作为抽象的受指令约束的标准可以弥补由某些方面受指令约束薄弱，甚之进而导致的认定劳工方面的不足。

或者说，**指令约束性和组织从属性根本没有本质区别**，其本质内涵是相同的——劳工通过合约融入了资方单方决定的工作组织捏，赋予了资方单方决定工作给付的指令权。

他人决定性 v.s. 组织从属性

【思考】新规突出他人决定性的意义，与原本组织从属性的区别？

有观点认为，他人决定性可以作为扩大劳动关系认定的标准。即德国立法者想通过“他人决定性”概念特征的开放包容性去适应劳动世界的新变化，避免对新兴职业的“劳动从属性”置若罔闻。

立法者希望通过新概念特征涵盖新兴行业和职业，尤其是应对数字化和平台用工的挑战——传统的“工作地点”、“工作时间”、“工作方式”、“工作成果”等无形的约束下，数字化时代的雇主可以隐形。

当然，上述只是作为一种观点而存在，事实如何还有待德国劳动法院后续的判决来决定。

③ 劳动从属性认定的辅助标准

常见的无用因素	备注
合同当事人的称谓选择	要透过现象看本质，根据个案客观事实，以实际履行为准。
	缺陷：被强势方规避劳动法
存在劳动合同的典型约定	如：基本/固定工资、病假工资、带薪假期、用工方提供的生产工具等
	缺陷：倒果为因，其他合同亦可约定
代扣代缴所得税或社保费用	缺陷：倒果为因

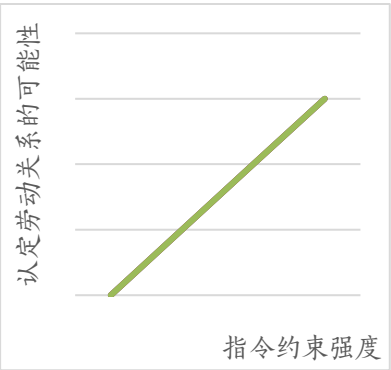
工作时间的长度	通常只能为一家提供劳动
	缺陷：自雇者也有可能只为一家提供服务劳动给付的“高度人身性”
通常只能亲自履行，不可雇请他人代劳	缺陷：有限的代劳授权不影响劳动关系认定
生产工具的提供	通常由资方提供，但亦有劳工自带工具
	缺陷：排除自带劳动工具的人员之劳动保护
交易 / 社会观念通常被认为是属于劳动者的职业	缺陷：不违法和违背善良风俗的行为都可以成为职业行为，会导致从事新兴职业的人员被不当排除在劳动法保护之外
社会保护需求	如供职于某公司的房二代，街边揽活给别人做小工，上有老下有小的自由职业者，谁更值得保护？
	缺陷：宽泛空洞且与合同类型界定无关

德国各项单行法保护的内容都是有等待期的，以解雇保护来说，需要职工能连续工作六个月才能享受。

(i) 劳动从属性程度的确定

§ 611a IBGB

劳动者基于劳动合同有义务为他人提供受指令约束的，由他人决定的人格从属性劳动。



指令约束强度是决定劳动从属性程度的核心因素。考察程度的时候可以从内容和范围的角度出发。

劳动从属性也与不同工作的特性有关。根据劳工群体和职业或者行业的不同，劳动从属性的程度依然会有相应的差别。具体而言，依然要从工作时间、地点、内容和方式来考察由指令的约束导致的他人决定。

§ 611a IBGB

认定是否存在劳动合同须综合考量所有情形。

【争议】法官能否因为行业或者职业的特点需要，以及基本权利价值保护的需要而超脱法定标准，发展出特殊的认定劳动关系的特征？

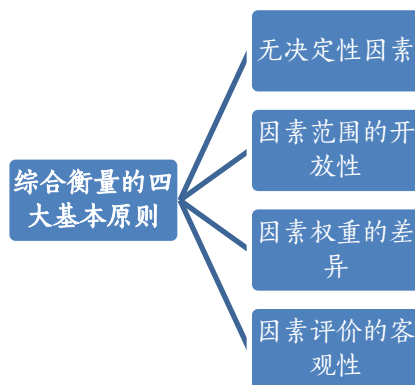
（ii）劳动从属性认定的基本原则

劳动从属性认定的综合衡量原则

综合斟酌个案中所有对劳动从属性有影响（消极和积极）的因素，以得出该合同的劳动从属性程度达到认定劳动关系的水平。

结论是：考虑到该职业群体的情况，基本不能自主安排自己的工作任务和工作时间。

“不能自主安排自己的工作任务和工作时间”这一点很重要，考虑了积极和消极的因素之后还要进一步考虑。



因素的开放性不等于什么因素都可以纳入；因素权重的差异也是笼统的表述；因素评价必须要客观，否则就会出现现在有些法官那样被政策牵着鼻子走的情况——因为政策而不敢认定劳动关系，于是选择了相应的因素，这是一种倒果为因。

劳动从属性认定的实际履行原则

国际劳工组织将其翻译成“事实第一原则”。

真实的法效意思要从合同约定探明，但如果实际履行与合同约定不符，则以前者推断为当事

人的真实意思。

核心法理：与合同的称谓无关，为防止强势资方滥用契约自由规避劳动法，所以在存有疑义的时候，以合同的实际履行为准，

- 用于辅助判断实际履行的表征：1）全部劳动力仅供资方使用，没有其他兼职；2）报酬形式（月工资）；3）代扣代缴所得税和社保；4）提供年假…

II 经济从属性

经济从属性的第一重内涵是生存依赖意义上的，意味着仅靠出卖劳动力获得的工资收入构成其生存基础。

- 生存依赖意义上的经济从属性：雇员的生存基础仅靠提供劳动获得的工资，工资收入作为主要的经济来源。

工业革命早期最普遍的劳工是工厂工人，他们都是赤贫的无产阶级，完全靠着出卖劳动力为生，工作收入是唯一的经济来源。

RAG帝国劳动法院曾经认为，劳动关系的核心特征是这一生存依赖意义上的“经济从属性”。

① “生存依赖”意义上的经济从属性——德国司法实践以及法律目前对经济从属性的理解
现在依旧将生存依赖意义上的经济从属性作为理解的核心，但是不是认定劳动关系的核心。

（i）表面原因

经济从属性本身是认定劳动关系的辅助参考标准，它既不充分（具有生存经济从属性的人不一定是劳工，比如作为自由职业者的注册会计师多年为同一家公司提供服务），也不必要（不具有生存经济从属性的人也可能是劳工，例如富二代去房地产公司做销售员工）。

当然，上述观点是值得商榷的，因为在不考虑个人财产的情况下，全日制的工作其实都是如此。老师认为：谈论劳动关系的时候不应当考虑私人财产，否则会遮掩劳动的本质（如果一个人八小时都在打工，那么ta所获得的收入当然是用于维持生存）。

（ii）深层原因

德国劳动法中存在着一类本质上是自雇者的“类雇员”（自主经营、自负盈亏），而对雇员和类雇员的核心区分标准之一就是生存经济从属性。类雇员被赋予部分劳动法和社会保障法的保护。如果将生存经济从属性作为认定劳动关系的核心标准，会让类雇员被泛化地认定为劳动者，从而获得全部的劳动法和社会保障法的保护，与现行德国劳动法抵触。

(iii) 二分格局

【Notice!】德国劳动法针对提供劳务者不是三分格局，而是传统的二分

劳动者		具有劳动从属性的提供劳务者
自雇者	真正的自雇者	劳动从属性 ✗ 生存经济从属性 ✗
	类雇员的自雇者	劳动从属性 ✗ 生存经济从属性 ✓

德国的类雇员也没有统一的法律定义，而是依不同部门法的规定而有所不同。最典型并为其他德国单行法所借鉴的就是集体合同法第 12 条第 1 款。

《集体合同法》

类雇员是指具有经济从属性而且如同可类比的劳工一样具有社会保护需求的人。

(1) 类雇员与雇员的本质区别：有无劳动从属性

e. g. 类雇员无需或者很少受到劳务受领方的支配与指挥，通常没有融入其经营组织。因此，劳务受领方的请求权基础可以是承揽合同、委托合同等其他一切提供劳务类的合同。本质：类雇员是“自主经营自负盈亏的自雇者”。

(2) 类雇员须对于劳务受领方有经济从属性，也就是说类雇员从该合同关系中获得的收入构成了他主要的经济来源。

如果类雇员同时为几家客户服务，那么只要他和其中一家的合作至关重要、从中所得收入占到整体收入一半以上，也可以认定类雇员对这个合同相对方的经济从属性。

不是只要满足生存从属性就可以简单地直接认定为类雇员，获得相应保护。例如，高端法务一年挣一两百万，只给一家 500 强提供法律服务。这类法务至少从收入上来看似乎没有什么受到保护的必要。所以德国对类雇员的定义又加了一个限制性的概括条款——经与可类比劳动者比较后，具有保护需求。

(3) 类雇员须经与可类比劳工比较之后具有社会保护需求。具体而言，应当结合个案的具体情况，比如收入水平高低、是否几乎没有帮手、自行完成工作任务等因素，再根据社会交易观念来判断，如果合同一方对合同相对方的依赖程度往往只会在劳动关系中出现，同样的工作一般来讲也都是劳工在从事，那么也可以肯定他是类雇员。

联邦劳动法院就“赛车手案”所为的判决 BAG, Beschluß vom 17. 6. 1999 – 5 AZB 23/98, NZA 1999, 1175

该赛车手于1997年间迄11月之期间共工作87日，基于工作时间之不规律性，致其不可能再从事其他足以构成生存基础的收入来源，加上该工作需亲自履行、以及考虑收入之水平，认定该赛车手具有类雇员之身份。

(iv) 有限的社会保护

德国的类雇员只能享受部分的劳动法保护	
个体劳动法领域	《联邦休假法》（BUrlG）主张四个星期的法定带薪年假
	《一般等待遇法》（AGG）即“反歧视法”
	《劳动安全保护法》（ArbSchG）
	数据保护法、基因数据法
集体劳动法领域	《集体合同法》集体合同的双方可以签订适用于类雇员的集体合同
社会保障法	《改善企业补充养老保险法》 加入企业养老系统
程序法	《劳动法院法》 法院对类雇员和合同相对方之间纠纷的管辖权

自雇者受到的劳动法保护显然比劳动者少，例如自雇者不受到解雇保护等。从逻辑来看这是很显然的，毕竟他们不是劳动者，不能将本应属于劳动者的保护给他们。但是上述法律实际上都涉及到了基本人权的价值，甚至还包括了数据保护和基因数据的保护，保护范围更广。

德国“类雇员”这一群体概念的设置折射了他们劳工自治力量的强大，类雇员可以通过结社进行谈判、议价。

我国针对网约工目前存在的一个很热烈的辩论是：究竟是否应当给予网约工类似类雇员的结社权利？

【注意】德国类雇员只能享受法律明确规定的有限的劳动法和社会保障法的保护，除此之外的劳动法律规范一般不适用于类雇员，如《解雇保护法》、《工资继续支付法》，且基本上被排斥在了法定社会保险制度之外。

当然也存在个别例外，如《社会保险法典》第六部第2条中规定，没有雇佣别的人手且长期基本上只为一家客户服务的类雇员有义务参加法定养老保险。

【总结】“生存依赖”意义上的经济从属性只是德国劳动法的狭义理解。

② “为他人经营” 意义上的经济从属性

“为他人经营” 是经济从属性的第二层内涵，指的是雇员为他人的经营事业提供劳动，非自主经营、自负盈亏，而由雇主承担市场经营的风险。

III 组织从属性

➤ 指令约束性 v.s. 组织从属性

老师的观点：指令约束性和组织从属性有共同的本质——劳方受到指令权的约束。二者没有本质区别，本质内涵都是劳工通过合约融入了资方单方决定的工作组织内，赋予了资方单方决定工作给付的指令权。受指令约束的组织从属性可以被纳入劳动从属性。

➤ 另有一种组织从属性：“为他人劳动” 意义上的组织从属性

德国联邦劳动法院利用为他人劳动意义的组织从属性认定劳动关系。例如，记者、编辑和编导在专业和地点方面约束很少的自由从业者引发争议时，法院只能借助电视台提供了机械设备而推具有劳动从属性，最终认定劳工。

老师的观点：为他人劳动意义的组织从属性可以被纳入“为他人经营” 的经济从属性，也没有单独存在的必要。

(四) 德国法教义学视角下的劳动关系认定

A 类型概念方法论

传统概念	抽象、固定、封闭 一个概念由多个封闭的下位概念特征构成，某客观事实若能满足所有特征则满足位阶概念的定义
类型概念	并不由封闭的构成要件涵摄确定，而是通过一系列要素来界定和描述。不仅要素之间存在有机关联，甚至可以舍弃某些要素来保持类型的品性。

德国的通说和司法实践都认为劳工是一个类型概念。

B 雇员／劳动者——类型概念 (Typusbegriff)

- 法院“应依据合同履行的全部事实”，要依据“类型化方法” (Typologische Methode)，对法律类型的归入要求在具体案件中评估和权衡所有作为指标反对和支持成为劳动关系或自主工作关系的标志
- 最终做出判断：是否“支持成立劳动关系之所有标志 / 情形重于否定劳动关系的情形”，若是，则人格从属性占上风，也就达到了认定劳动关系的人格从属性程度
- 德国法院视劳动者为类型概念的主要原因：无法为所有劳动关系设立统一抽象的认定标准
- 受雇关系是指非自主性劳动，尤其在劳动关系中。说明是社保受雇关系的特征 / 依据有：
1) 根据指令提供劳动；2) 融入发号指令者的生产组织内

C 对类型概念观点的反对

Preis教授的主要驳斥理由：

- 不可定义
- 法的不确定
- 依赖于法官造法
- 已经有明确的法律定义
- 违宪的嫌疑

德国联邦法院至今未表态

D Wank教授 经营风险理论

Wank教授的劳动者概念：以“自愿承担市场经营风险和机遇”为标准将提供劳务者群体划分为从属的劳动者和自负盈亏、自主经营的自雇者。

- 对Wank教授的反驳：1) 也是类型概念；2) 认定难度高，只是对于传统标准的补充。
- 正确的核心思想

认定劳动者不能浮于表面，要想到其将劳动力交付资方支配这一核心。

自雇者： 直接参与市场竞争，为实现自己的经营目的，用筹集的资金招录员工或建立经营场所与组织，一方面自行承担经营失败的风险，另一方面也能自主把握成功的机遇	参与市场竞争的经营者，自主经营自负盈亏
劳动者： 将自己全部的劳动力都交由雇主支配，服务于雇主设定的经营目标，不管雇主亏损还是盈利，都不能影响雇员主张其劳动报酬	回避市场风险，将自己的劳动力提供给他人使用，代价是放弃自主经营的权利

三、我国劳动关系的认定

我国立法层面唯一的昙花一现：

《劳动合同法（一审稿）》2006.03.20 第3条第1款

用人单位招用劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供有报酬的劳动。

台湾地区《劳动契约法》（并未实施）第1条

劳动契约当事人之一方（劳工）对于他方（雇主），在从属的关系，提供其职业上的劳动力，而由他方给付报酬的契约。

（一）关于确立劳动关系有关事项的通知的分析检讨

关于确立劳动关系有关事项的通知（劳社部发〔2005〕12号）2005年5月25日 第1条

针对未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：

（一）用人单位和劳动者符合法定的主体资格

（二）劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动

（三）提供的劳动是用人单位业务的组成部分

有观点认为，这是一种“同时具备”各要件的认定模式

（一）符合法定的主体资格

（二）劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动

重要性未能凸显，规定得太过简略。老师认为这一条就应当直接解读为“劳动从属性”，可供研究的重点是究竟如何认定“劳动管理”。

（三）提供的劳动是用人单位业务的组成部分

（对于第三项）【思考】“业务的组成部分”的确切含义为何？

【质问】软件公司的保洁阿姨由于从事的是非公司主营业务的事项，所以就不能和公司建立劳动关系了吗？

老师认为应当按照“从属性理论”进行解构：

“符合法定的主体资格”必不可少——这是中国劳动法政策使然，与认定劳工法理无关

- 劳动从属性：劳动规章制度适用于劳动者；劳动者受用人单位的劳动管理
- 经济从属性：从事用人单位安排的有报酬的劳动；提供的劳动是用人单位业务的组成部分

（二）辅助标准的分析检讨

关于确立劳动关系有关事项的通知（劳社部发〔2005〕12号）第2条第1款

针对未订立书面劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录

（二）“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件

（三）招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录

（四）考勤记录（第四项作为工作时长的记录，本应属于标准，而不能认为是“参考凭证”，其地位远远不止于此。）

（五）其他劳动者的证言等

(津高法【2017】246号)

【认定劳动关系的基本要素】确定当事人之间是否成立劳动关系，可以综合考虑下列因素：

- (1) 用人单位与劳动者订立劳动合同；（合意）
- (2) 劳动者实际接受用人单位的管理、指挥与监督；
- (3) 用人单位向劳动者支付工资性劳动报酬；
- (4) 劳动者被纳入用人单位的组织体系中从事劳动，而不是从事独立的业务或者经营活动；
- (5) 劳动者无权将工作分包给他人完成；
- (6) 生产资料一般由用人单位提供；
- (7) 劳动者提供的劳务是继续性的而不是一次性的；
- (8) 用人单位为劳动者缴纳社会保险费。

上述几项可进行分类如下：

合意	(1) 用人单位与劳动者订立劳动合同
劳动从属性	(2) 劳动者实际接受用人单位的管理、指挥与监督
	(4) 劳动者被纳入用人单位的组织体系中从事劳动，而不是从事独立的业务或者经营活动
	(5) 劳动者无权将工作分包给他人完成
经济从属性	(6) 生产资料一般由用人单位提供
	(3) 用人单位向劳动者支付工资性劳动报酬
辅助特征	(7) 劳动者提供的劳务是继续性的而不是一次性的
	(8) 用人单位为劳动者缴纳社会保险费

(二) 我国劳动关系认定的理论概述

1. 学说概况

主流：从属性标准

➡ 人格、经济、组织从属性

理解不统一，有待梳理。

2. 司法实践

刘力、钟嫣然法官：[《类案裁判方法：确认劳动关系纠纷案件的审理思路和裁判要点》](#)（以下简称“沪一中裁判要点”）

上海市第一中级人民法院官方微信公众号发布 2019年7月

该文紧扣认定劳动关系的核心理论“从属性”，具有引领全国法院认定劳动关系的重大指导意义。目前是对“劳动部通知”解读、发展最为系统、详实的文章，将劳动法学理与司法实践紧密结合。

沪一中裁判要点

- 一、典型案例
- 二、确认劳动关系纠纷案件的审理难点
 - （一）当事人双方真实意思表示认定难
 - （二）劳动关系与其他民事法律关系区分难
 - （三）对于劳动关系从属性特征判断难

法院确认劳动关系一般参考原劳动和社会保障部2005年《关于确立劳动关系有关事项的通知》所列三项要件

- （一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；
- （二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；
- （三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

三、确认劳动关系纠纷案件的审理思路及裁判方法

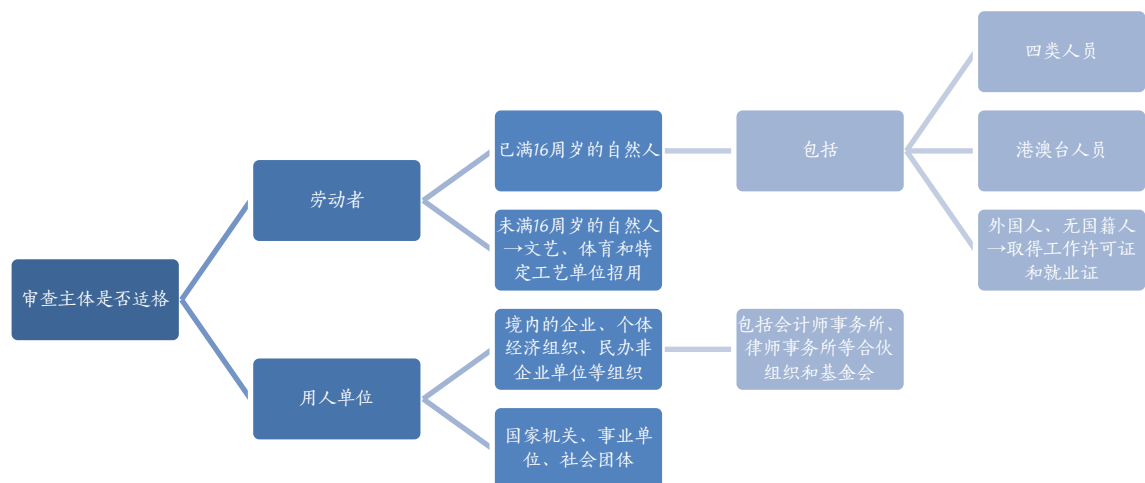
审理确认劳动关系纠纷案件

法院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权并重的原则

审慎衡量个人与单位双方的利益，注重各方利益的平衡，防止认定劳动关系泛化

（一）审查主体是否适格

建立劳动关系的主体只能是劳动者和用人单位，法院审理确认劳动关系纠纷案件时首先应当审查双方的主体资格。



（二）确定双方达成的合意

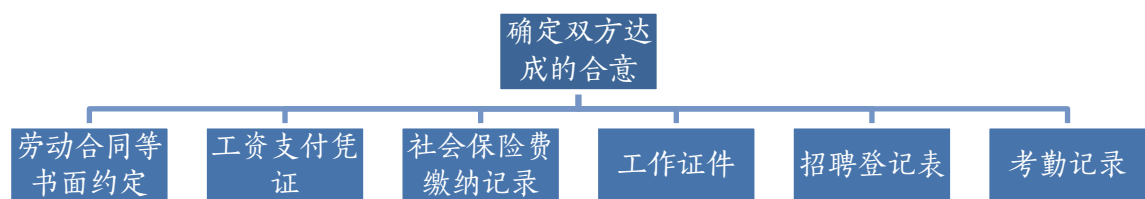
劳动关系的简历需要具备双方当事人的合意，这种合意无需特定的形式要求，但必须要有足够的证据予以证明。请求确认劳动关系的一方应当对双方建立劳动关系的合意承担举证责任。

存在书面约定的时候，法院在确定双方合意的过程中：一是不能拘泥于合同名称，应着重审查合同中关于权利义务的约定；

二是不能囿于合同的书面约定而割裂地将其作为判定依据，要将书面约定与其他证据相结合，将约定内容与实际履行的内容相结合。若实际履行与既存约定相悖，则应注重对劳动力交换的实际状况进行审查，发现双方真实的意思表示。

暗含了“以双方实际履行为准”的深层意思

在没有书面约定的情况下，法院应当通过当事人提交的证据材料审查双方当事人的实际履行情况，从而根据经验法则和逻辑推理去推断双方是否存在建立劳动关系的合意。



一中院将参考凭证都放在这里用于确定合意，老师认为过于牵强。

（三）审查双方实际履行情况

1. 确定实际权利义务内容

法院应当依据当事人提交的证据材料及陈述梳理双方具体的实际履行内容，通过实际履行内容确定具体的权利义务内容。另外，应注意履行过程中双方权利义务内容是否发生变化。因为**劳动力的交换是一个继续性合同关系，故应对用工周期内的劳动力交换、权利义务履行情况进行全面审查**，并对履行内容是否变更加以确认，从而对双方是否存在劳动关系及劳动关系的存续期间进行认定。

【华彩】“劳动力的交换是一个继续性合同关系”，可以体会出一中院是如何结合持

续性和持续履行的具体权利义务内容的。这里的深层含义是：劳动关系是可能会发生变化的，甚至可能从劳动关系变成自雇关系。要看当下实际履行的内容。

2. 比对劳动关系特征

法院应当比对劳动关系特征进行审查，确定具体的权利义务内容中**是否包含劳动关系的交换内容，及从属性特征**。

（1）是否符合一方提供劳动另一方支付对价的交换形式

劳动关系的基本特征之一在于劳动力的交换形式，即劳动者提供劳动、用人单位支付对价。法院首先应审查单位是否向个人支付劳动报酬、个人是否向单位提供劳动。若没有证据证明则不足以认定双方关系符合劳动力的交换形式，难以确认劳动关系。

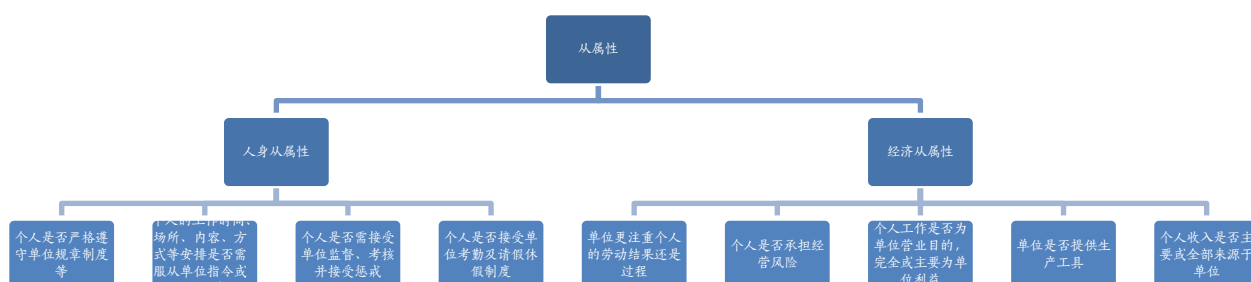
此外，劳动关系与劳务关系等一般民事法律关系的区别主要表现在三个方面：一是劳动者享有获得劳动报酬的权利，即便法定节假日中不提供劳动，用人单位仍需支付劳动报酬；二是劳动者享有休息休假、医疗期等，在这些法定情形下用人单位不得强制劳动者提供劳动；三是不可归责于双方当事人的风险由用人单位负担。

（2）是否符合劳动关系从属性特征

劳动关系的另一基本特征在于其从属性，包括经济从属性及人身从属性。前者主要在于劳动者对用人单位经济上依赖，后者则主要在于用人单位对劳动者的指挥、控制和支配。双方用工关系只有同时满足两项从属性才能构成劳动关系。法院应围绕权利义务内容，以人身从属性为核心，结合人身与经济从属性做出综合判断。具体案件可参考如下标准进行判定，标准契合度越高则越能体现劳动关系的从属性特征。

此处的人身从属性和劳动从属性是重合的，但经济从属性表述很模糊，组织从属性完全没有提及。

老师认为，经济从属性当中的最后一项最不重要。



认定人身从属性的主要参考标准

第一，审查单位是否存在《员工手册》等具体化的规章制度、个人是否知晓这些规章制度并需要在日常工作中严格遵守。

第二，审查个人对工作安排的自主性，对于工作时间、场所、内容、方式等安排是否由单位指定或者需经其同意，是否需服从单位对工作日、上班时间的安排等管理行为。

第三，审查单位是否对个人实行月/季度/年度考核、绩效考核等，是否根据个人的工

作表现及考核结果对其进行相应奖惩。

第四，审查个人是否需接受单位的考勤管理（如上下班打卡、钉钉考勤等），考勤结果是否与个人工资报酬有着直接而紧密的关联性，单位是否有相应的请休假制度并对个人产生约束力。

认定经济从属性的主要参考标准

第五，审查单位对个人的用工过程是否进行全程的监督、管理、控制。劳动关系注重劳动提供的过程，但其他类似关系如承揽关系则更注重劳务提供的成果，至于如何达成最终成果则在所不问。

第六，审查个人的工资报酬是否稳定，是否并不参与单位利润分配。劳动关系中经营风险由用人单位承担，用人单位向劳动者支付的劳动报酬并非参与利润分配的结果，而是用人单位根据自身生产经营特点、经济效益和劳动岗位的不同依法自主决定。

第七，审查个人的工作内容是否构成单位业务的组成部分，个人是否对外以单位名义从事相关工作。劳动关系中劳动者提供劳务的行为属于职务行为，其更多地以单位名义对外经营而非以个人名义，而在合作关系中，双方则更多地为己方利益履行相应义务。

第八，审查个人劳动的生产工具是否由单位提供，尤其应注意相应劳动所必备的生产工具，如送餐员及快递员所需要的电瓶车和手机、保洁员所需要的清洁工具等，以及服装、工牌等指示性工具。若生产工具均由单位提供，则构成从属性认定的积极因素。

第九，审查个人的收入是否主要或全部来源于单位。

（三）认定劳动关系的经典案例

1. 传统出租车司机案

[一审判决书](#)

[二审判决书](#)

（一）基本事实

荣通公司系从事出租客运的企业，属重庆悦达汽车运输有限公司下设分公司。2014年底，因登记在荣通公司名下的27辆出租车到期报废，该公司遂向本地道路运输管理主管部门提交申请，请求重新核定并投放出租车指标。2014年12月2日，原梁平县道路运输管理所作出《关

于“双到期”出租汽车指标重新投放的批复》，该批复的主要内容为同意指标编号为360254等27个“双到期”出租汽车指标重新投放荣通公司，指标经营权有偿使用期为六年，从车辆登记之日起算。

2014年12月2日同日，甲方重庆悦达汽车运输有限公司与乙方曾耀伟签订《劳动合同书》一份，该劳动合同书主要内容为：一、劳动合同期限。本合同经甲乙双方协商一致，同意采取下列形式，即有固定期限：自2014年12月2日起至2020年12月31日止……二、工作地点和工作内容。1、乙方担任甲方驾驶员，工作区域或工作地点为：随车在甲方的经营范围内的所有地方。2、乙方必须严格遵守甲方的各项规章制度，应按照甲方《员工手册》，规章制度及甲方指定的各岗位工资规范，按时完成工作量，达到规定的数量和质量要求。……四、劳动报酬。1、甲方依据国家的法律、法规和政策的规定，结合企业生产经营实际情况确定制定各条线路驾驶员工资方案，进行实施执行。即：甲方对乙方实行工资=基本工资+补贴+奖金，其基本工资不低于当年地方政府公布的最低工资标准，由甲方按月支付给乙方。……

2015年1月6日，曾耀伟向荣通公司提出书面申请，申请参加荣通公司渝F80×某某号车的考核，服从公司管理，遵守公司有关规定，按期交纳目标任务，车辆到期后将车辆手续交回公司。同日，甲方荣通公司、乙方曾耀伟共同签订《经营目标和安全目标责任书》（以下简称《责任书》），主要约定内容如下：一、车辆所有权、经营权、管理权及考核目标和责任金。1、车辆由甲方全额出资购买，车辆所有权、该出租车经营权和管理权均属甲方享有。2、目标考核经营车辆：牌照号渝F80×某某号出租车，车辆类别轿车，行业编号360271，车辆营运区域为法律法规规定和行业主管部门核定的区域……。

同日，甲方荣通公司、乙方曾耀伟还另行签订了《目标考核经营协议》（以下简称《经营协议》），该经营协议主要内容包括：一、目标考核标的、期限及费用缴纳。……二、甲方的权利义务。1、在目标考核经营期间，甲方有对乙方经营活动依法依约监管、检查以及制定各种安全营运管理制度等权利，并有要求乙方和乙方选择的，且经甲方审查同意备案的副驾驶员贯彻执行的权利。……三、乙方的权利和义务。1、在乙方未违约前提下，目标考核经营期间除乙方向甲方缴纳车辆目标考核费用以外的收益权属乙方。……3、乙方依法依约并按甲方规定为所目标考核经营车辆购买机动车保险，具体含：①机动车交通事故强制保险；②商业保险：第三者责任险、车损险、车上人员责任险、承运人责任险、自燃险；③国家其他强制保险等。其他商业保险险种由乙方自愿选择购买，并均委托甲方代为办理。……6、协议约定车辆在目标考核经营期间因事故造成的损失及损害赔偿的，由乙方先垫付费用，待保险公司理赔结算后，不足部分仍由乙方自行承担。甲方代理乙方处理事故及各种纠纷期间的一切必要费用也应由乙方承担。……五、协议的变更、解除及违约责任。1、协议约定的各条款，各方当事人均必须遵照履行，不得违约。若一方有违法约定条款之一者，应由违约方向守约方支付违约金20000元。……

同日，甲方荣通公司、乙方曾耀伟再次签订了《补充协议》，其主要内容为：一、乙方于2015年1月1日至2018年12月31日期间，每月应向甲方缴纳车辆营收任务款基数7706元，大写柒仟柒佰零陆元。于2019年1月1日至2020年12月31日期间，每月应向甲方缴纳车辆营收任

务款基数6846元，大写陆仟捌佰肆拾陆元。……四、协议履行期间，乙方每月除了向甲方规定应缴的目标营收任务款后，余下的经营性收入均由乙方自行处置。……七、本协议履行期间，车辆营运产生的燃油费、通行费、维修材料工时费、审验车辆及各项营运手续、车船使用税、计价器年审费、座套清洁费等费用概由乙方自行承担，相关票据依约定及时交付甲方。

除上述协议的签订外，同日，荣通公司向曾耀伟发放《签订〈车辆经营目标和安全目标责任书〉及相关〈协议〉告知书》（以下简称《告知书》）。内容包括：一、我公司的目标责任制考核经营客运车辆投资总额包括车价款、接车和办理车辆入户、营运手续所发生的工本费、人员差旅费、车辆保险费、检测费、油料费、通行费、车购税、CNG装置、车辆计价器、GPS安装费用及其他设施设备费用之和。二、你从签订合同之日起的前四年应缴纳的目标考核经营营收任务款基数为7706元/月，后两年应缴纳的营收任务款基数为6846元/月，你需当月25号到公司缴纳次月营收任务款，超过当月30号未缴清的，我司每天按欠款的3%进行累计叠加滞纳金。三、公司需承担以下几项成本费用：1、管理成本费用740元/月。2、你及副驾驶员的工资由公司统一按月发放，社保由公司统一办理。3、车辆折旧及资金利息，按四年计算，每月等额为860元。4、目标考核经营车辆驾驶员（含副驾驶员共二人）的社会统筹保险842元/月.人……5、……失业补偿130/月.人。7、GPS服务费60元/月。8、车辆保险费12733元/年，折算1062元/月（保险费以目标考核标的车辆当年实际缴纳为准）。六、考核期满，你应无条件退出该车经营，并将车辆及证照于3日内归还我公司，车辆由我公司自行处置，你无权要求我公司补偿任何费用。七、你在我公司参与该车目标责任制经营期限为72个月……。

2015年1月21日，曾耀伟向荣通公司交纳目标考核经营责任金12.5万元，该费用约为荣通公司核定的购车、上户等各项费用包括有偿使用费总额的80%。另外，曾耀伟按约定另外向荣通公司交纳了目标考核安全责任金2万元。上列手续履行完毕后，渝F80×某某号出租车一直由曾耀伟及其副班驾驶员经营。

2018年6月28日，被告曾耀伟雇请的驾驶员杜莎驾驶渝F80×某某号出租车与行人陈杰发生交通事故，经重庆市万州区人民法院于2019年4月8日做出的（2018）渝0101民初15045号民事判决书判决，由原告荣通公司赔偿陈杰65196.89元，负担诉讼费972元。荣通公司于2019年5月20日将赔偿款及原告垫付的诉讼费共计66168.89元汇入陈杰账户内。另查明，渝F80×某某号出租车在天安财产保险股份有限公司投保有交强险和商业三者险、车损险、承运人责任险、车上人员险，无不计免赔。

（二）一审判决及相关质疑

二审强调实际履行，依旧从一系列协议出发，突出但书（认为纳入了公司的目标经营考核），其实就是在为之后的“自主经营”这一结论做铺垫。

收入的分配被二审视为认定劳动关系时重要的理由——曾先生无论盈亏都要向公司支缴

固定费用。但是这一理由是不应当成立的，因为报酬的细节无论如何不应当被纳入认定劳动关系时的决定性标准，只能作为参考。然而，实践中，报酬细节已经成为否定劳动细节的温床。

本案的争议焦点为：原、被告双方是否存在劳动关系？民事法律关系性质的判定，不能仅凭合同表象而定，也不能单凭其中一份合同来定，而应根据双方当事人之间签订的所有合同所约定的内容所涉法律关系，即合同双方当事人所具体设立的权利义务关系进行全面理解和准确判定。本案中，2014年12月2日重庆悦达汽车运输有限公司与被告曾耀伟签订了《劳动合同书》；2015年1月6日，曾耀伟与荣通公司签订了《经营目标和安全目标责任书》、《目标考核经营协议》、《补充协议》、《签订〈车辆经营目标和安全目标责任书〉及相关〈协议〉告知书》等，双方是否真正形成了劳动关系，应从上述一系列协议所确定的双方权利义务关系进行理解和认定。

根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定，确立劳动关系主要从以下三个方面进行判断：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。本案中，被告在与重庆悦达汽车运输有限公司签订《劳动合同书》后，双方未办理正常的入职手续；作为被告主要生产资料、生产工具的出租汽车，其作为被告经营权实现的主要载体，系被告与荣通公司签订完毕《责任书》和《经营协议》、《补充协议》后，以责任考核的方式取得了出租车经营权，从事出租车营运，并承担缴纳营收任务款、车辆保险费、社会保险费等费用，享受被告为其代为参保的权利，以及缴纳营收任务款后余下的经营性收入均由自己自行处置的权利，

可见此时被告的工作岗位及工作内容、报酬获得方式等并非公司安排，系其通过协议约定获得。其次，在被告签订完毕《责任书》和《经营协议》、《补充协议》并交纳相关费用后，其获得的是对出租汽车的占有、使用、收益的权利，其具体表现为：1、被告实际从事营运过程中，其何时上班、下班，原告均没有实际进行考勤、管理，对车辆停放于何处，原告亦未进行监管。被告的副驾驶员也由其自行选择，只需原告方同意备案即可，这体现了被告对车辆享有自由的占有、使用权利；2、在实际运营过程中，被告除向原告每月缴纳固定金额的目标营收任务款外，不再缴纳其他费用；被告每天实际收益数额，以及实际支付的运营成本，如燃料费、维修保养费等，均是被告自行享有、承担，这完全体现了被告自行组织生产，独立获得了劳动成果的事实。

事实回顾：难道《劳动合同书》不代表双方建立劳动关系合意？

一、**劳动合同期限**。本合同经甲乙双方协商一致，同意采取下列形式，即有固定期限：**自2014年12月2日起至2020年12月31日止.....**

二、**工作地点和工作内容**。

1、乙方担任甲方驾驶员，工作区域或工作地点为：**随车在甲方的经营范围内的所有地方。**

2、**乙方必须严格遵守甲方的各项规章制度**，应按照甲方《员工手册》，规章制度及甲方指定的**各岗位工资规范**，**按时完成工作量，达到规定的数量和质量要求。**.....

四、**劳动报酬**。1、甲方依据国家的法律、法规和政策的规定，**结合企业生产经营实际情况**确定制定各条线路驾驶员工资方案，进行实施执行。即：甲方对乙方实行工资=**基本工资+补贴+奖金**，其基本工资不低于当年地方政府公布的最低工资标准，由甲方按月支付给乙方.....

虽然双方《劳动合同书》约定了工资计算和支付方式、且每月向原告支付了一定数额的“工资”，但在根本上未能体现与劳动者付出的具体劳动相匹配的报酬实质，同时双方《补充协议》第四条约定：协议履行期间，乙方每月除了向甲方规定应缴的目标营收任务款后，余下的经营性收入均由乙方自行处置，被告每月所获得的实际收入大部分是从余下的经营性收入中获得，并非系被告发放。因此，双方约定的“工资”及发放的“工资”不能认定为被告获得了从事原告安排的有报酬劳动的证据。最后，原告仅是出于行业管理的需要，对公共服务质量进行了一定程度的监督，至于原告对被告所进行的安全、教育培训，系基于出租汽车作为公共服务平台的行业要求，又符合考核书的约定，故不能单独以此作为认定原告对被告进行了劳动管理的依据。

事实回顾：难道以下监管不是“劳动管理”？

《劳动合同书》二、工作地点和工作内容。2、乙方必须严格遵守甲方的各项规章制度，应按照甲方《员工手册》，规章制度及甲方指定的**各岗位工资规范**，**按时完成工作量，达到规定的数量和质量要求。**

.....

《经营目标和安全目标责任书》：.....

《目标考核经营协议》二、甲方的权利义务。1、在目标考核经营期间，**甲方有对乙方经营活动依法依约监管、检查以及制定各种安全营运管理制度等权利**，并有要求乙方和乙方选择的，且经甲方审查同意备案的副驾驶员贯彻执行的权利。.....

非劳动关系意义的指令约束：遵守公法规定的针对所有人的义务

◆ **原因：非资方基于私法合同指令约束工作！**

综上所述，从双方的合同约定以及合同履行情况看，虽然双方之间看起来有劳动合同关系存在的一些表象，但原、被告具体主要履行的《责任书》、《经营协议》、《补充协议》和《告知书》约定的相关内容，被告系通过缴纳目标考核经营责任金和目标考核任务款的方式取得的出租车经营权，取得出租车经营权后被告自主经营、自负盈亏，并不受用人单位的劳动管理，并未从事用人单位安排的有报酬的劳动，虽然原、被告签订了《劳动合同书》，但双方关系不符合劳动关系成立的全部法律要件，双方当事人并未形成劳动关系。

因此，被告曾耀伟作为雇主雇请杜莎为驾驶员，杜莎驾驶出租车辆发生交通事故应由雇主曾耀伟承担责任。同时，根据原告方与被告方签订的《目标考核经营协议》约定，被告承

包经营期间发生的交通事故，应由被告方自行承担。故，2018年6月28日，被告曾耀伟雇请的驾驶员杜莎驾驶渝F80×某某号出租车与行人陈杰发生的交通事故，重庆市万州区人民法院判决由原告荣通公司赔偿陈杰不计免赔部分及诉讼费共计66168.89元，荣通公司已于2019年5月20日将该笔款项汇入陈杰账户内。现原告荣通公司根据《目标考核经营协议》约定请求被告曾耀伟支付其已经垫付的赔偿款66168.89元，本院予以支持。被告辩称本案系原告方未购买不计免赔导致保险公司未赔付完毕，应由原告方自行承担责任。因双方《目标考核经营协议》中对购买交强险和商业三者险进行了明确约定，并载明其他商业保险险种由被告方自愿选择购买，并均委托原告方代为办理。商业三者险不计免赔项目属双方未约定是否投保的项目，应由被告方自愿选择购买。现被告方未向本院提交充分证据证实其曾选择购买商业三者险不计免赔项目，则应承担相应后果。原告请求被告承担违约金20000元，因双方当事人系对双方权利义务关系产生分歧，并非被告故意违约，原告请求被告支付违约金，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国侵权责任法》第三十五条第一款、《中华人民共和国合同法》第八条第一款、《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决如下：

由被告曾耀伟在本判决生效后十日内支付原告重庆悦达汽车运输有限公司荣通出租汽车分公司垫付的赔偿款66168.89元。

驳回原告重庆悦达汽车运输有限公司荣通出租汽车分公司其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

2. 郭懿诉江苏益丰大药房

[判决书](#)

3. 高级管理人员确认劳动关系争议的经典案例——孙起祥吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议

[判决书](#)

➤ 我国职工民主管理的两种主要形式

（1）职工代表大会制度——基本形式，劳动法第8条

职工民主选举所产生的职工代表组成的，代表全体职工行使民主管理权力的机构具体表现：职工对法定事项享有不同程度的参与权

最高程度：劳资共决

其他较弱程度：知情权、表达权、监督权、建议权、听取意见

（2）企业机关内的职工代表制度——职工代表参加企业的决策、监督等机关，如职工董事、职工监事

直接参与经营管理决策，社会政治目标“资本与劳动平权”

4. 蔺纪全与重庆兴平建筑劳务有限公司等工伤行政确认纠纷再审案

[判决书](#)

5. 聂美兰案

[判决书](#)

法官经常说，在签订劳动合同的时候双方是平等的，可以平等协商——其实根本就不平等。

6. 轰动全国的闪送员案——工伤引发的认定劳动关系争议

[判决书](#)

○ 預習材料

《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第4条

四、建筑施工、矿山企业等用人单位工程(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。

《全国民事审判工作会议纪要》（法办〔2011〕42号）第59条

59、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。

人力资源和社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（人社部发〔2013〕34号）第7条

七、具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。

最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定（法释〔2014〕9号）2014年6月18日 第3条

第三条 社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：

（一）职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位；

（二）劳务派遣单位派遣的职工在用工单位工作期间因工伤亡的，派遣单位为承担工伤保险责任的单位；

（三）单位指派到其他单位工作的职工因工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位；

（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；

（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。

（四）劳动关系的举证责任

民事诉讼法2021修正 第67条

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据——“谁主张，谁举证”

当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知

二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负有举证责任。

四、我国劳动立法中特殊劳动者的法律问题

（一）公益性岗位人员

公益性岗位人员由于不是私法劳动合同调整范围，所以不做讨论。

劳动合同法实施条例第12条

- ◆ 地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门
- ◆ 为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗位
- ◆ 其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定以及支付经济补偿的规定

就业促进法第53条

- ◆ 政府投资开发的公益性岗位，应当优先安排符合岗位要求的就业困难人员。被安排在公益性岗位工作的，按照国家规定给予岗位补贴。

（二）合伙人、股东、经理、机构成员与管理职员

公司法216条所列举的高管只是公司法层面上的分类。

公司法“高管”的基本分类	公司法216条 本法下列用语的含义：（一）高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。
公司机关层面的人员	有限/股份公司的经理、董事、监事
公司管理岗位的员工	人事经理、销售经理以及其他部分负责人……

企业集团的高管问题更为复杂。

我国刚开始全面实行劳动合同的时候，所有人都签，所以只看形式不看实质。

劳动部关于全面实行劳动合同制的通知（劳部发）19940824

四、有关政策 [1994] 360号

1. 关于厂长、经理签订劳动合同问题。厂长、经理应与聘用部门签订劳动合同。实行公司制的企业厂长、经理和有关经营管理人员，应根据《中华人民共和国公司法》有关经理和经营管理人员的管理规定与董事会签订劳动合同。

1. 合伙人、股东

(1) 合伙企业

合伙人：人合企业的股东，包括普通合伙企业的合伙人、特殊的普通合伙企业的合伙人、有限合伙企业的普通合伙人。

《合伙企业法》2006 第61条

有限合伙企业由两个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。

有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。

【注意】排除有限合伙人

《合伙企业法》2006 第68条

有限合伙人执行合伙事务，不可对外代表有限合伙企业。

(2) 有限责任公司

股东自己负责公司的经营管理

李建军诉上海佳动力环保科技有限公司决议撤销纠纷案

原告李建军是被告的股东+总经理，被告公司的股权结构为：葛40%，李建军46%，王持股14%。三位共同组成董事会，由葛担任董事长，另两个人为董事。

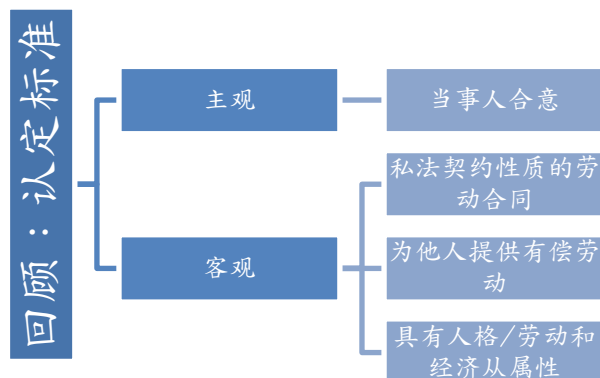
公司法2018修订 第24条

有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

第78条

设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

【思考】执行事务合伙人、负责公司运营管理的有限公司股东是劳动者吗？



➤ 执行事务合伙人

执行事务合伙人执行事务的请求权基础是合伙协议（由全体合伙人协商一致，以书面形式订立的合同）→主观上不符合。

与“为他人提供有偿劳动”、“从属性”均有冲突，他们执行事务完全源于合伙协议，是合伙人基于自己的意思参与并决定的内容，不存在接受他人指令的约束提供劳务可言。

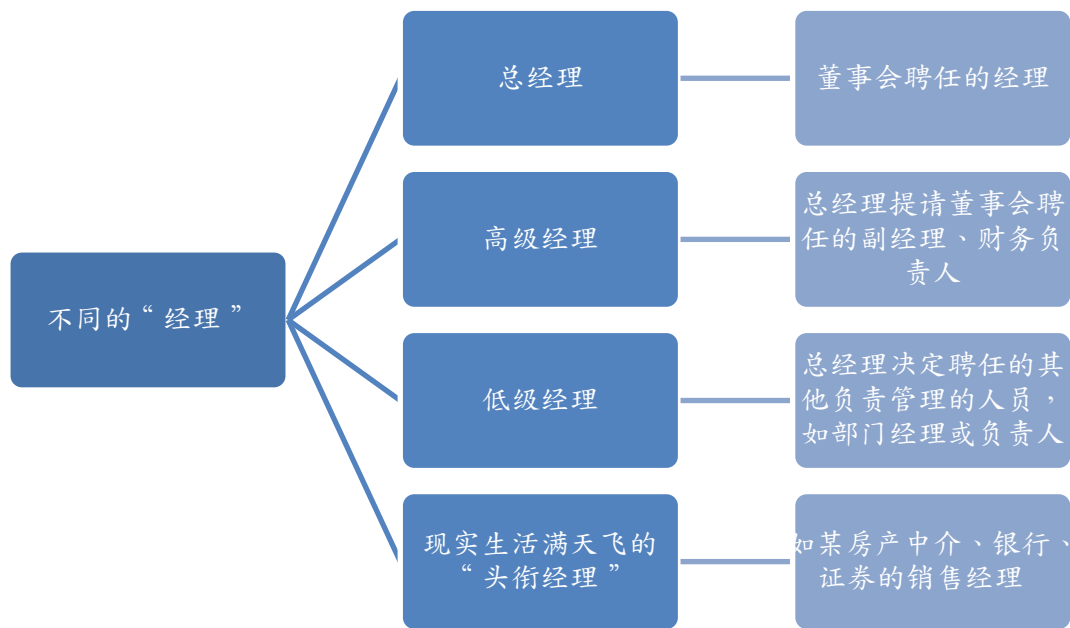
→客观上也不符合。

➤ 股东

公司章程是由股东共同制定的，调整的是公司的机构及其职权，其法律性质是共同行为
→股东主观不符合。

股东完全可以影响公司经营决策，享有表决权已经可以充分说明其和普通劳动者的不同——股东是在做经营的事业，而非为他人提供劳动。

2. 经理



董事会聘任的总经理一般不是劳动者，总经理提请聘任的副经理、财务负责人可能构成可能不构成，头衔经理依旧是劳动者。

(1) 有限公司不持股经理

公司法2018
第二章 有限责任公司的设立和组织机构
第二节 组织机构
第四十六条 董事会对股东会负责，行使下列职权：
 （一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（二）执行股东会的决议；（三）决定公司的经营计划和投资方案；……（八）决定公司内部管理机构的设置；（九）**决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；**（十）制定公司的基本管理制度；（十一）**公司章程规定的其他职权。**

- 德国法上认为，董事会聘任或者解聘不持股经理的决议属于公司法层面的组织行为，要遵守董事会的议事程序和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。原则上，可以随时、无理由地作出，除非公司章程另有规定。
- 经理身份/地位的确立和丧失
 - 聘任/任命：确立公司组织中的经理地位，由此承担法律或章程规定的职权，尤其包括对外代表公司、对内处理公司事务
 - 解聘/解任：被剥夺法律或章程规定的经理身份
- 德国法规定了聘任合同，是经理和公司之间债法关系的确立，明确经理和公司之间债法

契约的权利义务，确定经理的给付以及公司的对待给付的内容和范围。

这一合同在德国法上不属于劳动合同，而要适用民法规定，是以公司法组织意义上的聘任/任命行为的基础法律关系。

➤ 独立于公司法的组织行为的“聘任合同”的法律定性

A) 联邦最高法院：否定劳动者身份，视聘任合同为自由的雇佣合同（具有有偿事务处理的性质）

主要反对其获得劳动者身份的理由：1) 经理身份及其职权即表明缺失认定劳动者身份所必要的劳动从属性程度；2) 经理通常作为利益的对立面代表雇主面向劳动者行使雇主职能，发号广泛的指令。

尽管可能受到董事会或者股东会广泛的指令约束，但并非是劳动关系意义上的，而是公司法意义上的指令权。因为这源于且局限于公司法组织层面的任命关系，不会穿透影响到债法的聘任合同关系。

B) 联邦劳动法院：视聘任合同为自由的雇佣合同，理由和联邦最高法院相同

存在极端的例外：有限公司在其构建的工作组织架构中除发号与公司法相关的指令外，也会对经理下达劳动法的、与工作相伴且以流程为导向的施令并借此决定调控提供劳动的具体方式，此时可以肯定劳动者身份。

老师认为：联邦劳动法院无非是谨遵推行认定传统的从属性理论，上述例外实践中非常罕见，实质上与联邦最高法院的一贯判例没有本质区别。

(2) 非劳动者的经理——劳动法适用问题

- 原则上，适用于劳动者的保护规定通常不能适用，相关聘用合同适用民法规定
- 法定层面的限制适用

“**适用除外**”是指**工作时间、加班报酬**等劳动基准法强制性保护措施以及**劳动者结社、集体谈判**等集体劳动关系法不适用于高级经理。
“**特别规制**”是指劳动法给予承担一定管理职能/事务的低级（部门）经理以特定保障。
注意：皆为立法论的结果，非解释论所能！

- 自治层面的限制适用——例外基于意思自治的约定

- ◆ 双方可约定适用某些劳动法规定
 - ◆ 如可约定病假工资、休假津贴、带薪休假、
 - ◆ 可约定适用《劳动合同法》或劳动法院审理相关争议
 - ◆ 注意：通常不会约定加班费！
- ◆ 注意：例外并无毫无限制，鉴于公司法的优先地位，约定不得干涉法律或章程规定的企业机关架构，否则会侵害公司的功能效率！

➤ 聘用合同的终止问题

“指导案例10号”李建军诉称：被告上海佳动力环保科技有限公司（简称佳动力公司）免除其总经理职务的决议所依据的事实和理由不成立，且董事会的召集程序、表决方式及决议内容均违反了公司法的规定，请求法院依法撤销该董事会决议。

- ◆ 2009年7月18日，佳动力公司董事长葛永乐召集并主持董事会，三位董事均出席，会议形成了“鉴于总经理李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失，现免去其总经理职务，即日生效”等内容的决议。

一二审判决不一，争议焦点：“公司决议解聘经理的事由是否属于司法审查范围”。

“关于董事会与经理之间的关系，法学界一般认为是委托代理关系。经理之所以能够参与公司的经营管理,能够对外进行交易行为,是源于董事会的聘任，董事会聘任合同的法律性质即是委托合同，基于该委托而使经理人拥有经理的身份,授权其行使各种职权。”

“……委托合同是以当事人之间的信任关系为基础的，而信任关系属于主观信念的范畴，具有主观任意性，没有严格的判断标准。如果当事人在信任问题上产生疑问或者动摇，即使强行维持双方之间的委托关系，也势必会影响委托合同目的的实现，故委托合同中当事人具有任意解除权。合同法第四百一十条规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。根据委托代理关系的法律性质，董事会可以随时解聘经理，法院也无须审查其解聘事由。”

法院认为双方之间成立的是委托合同，所以可以随时解聘。但是在新的民法典中对这种任意解除权进行了细化，分成了无偿和有偿。

合同法第四百一十条
委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。

- ◆ 民法典第九百三十三条
- ◆ 委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，
- ◆ 无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，
- ◆ 有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。

指导案例10号的理解与参照：“因解聘给对方造成损失的，除不可归责于公司的事由以外，公司应当赔偿损失。合同法第四百一十条规定：委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同给对方造成损失的，除不可归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。董事会无正当理由在聘任期限未届满之时解聘经理，并给经理造成损失的，被解聘的经理可以向公司请求赔偿损失。因为董事会决议是公司的意思表示，其法律后果应由公司承担。”但该请求与公司决议撤销之诉是不同的法律关系，被解聘的经理可以另行主张
质疑：赔偿损失就可以使无理由解聘正当化了？如何证明公司归责性，如何计算损失范围？

➤ 德国法的处理

德国法上，坚持分离原则，适用民事雇佣合同的规定。

情形1：固定期限的聘用合同

620 BGB

通常不可预期终止，而是到期终止。（但可以基于重大事由即时终止）

民法典563条第2款

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

情形2：无固定期限的聘用合同

可以分成无理由的预期终止和基于重大事由的即时终止。

- 无理由的**预期**终止，§ § 620 II, 621 BGB
 - 终止**预告的期限**与**劳动关系**有别 § 622
 - 民法典第563条第2款 以持续履行的债务为内容的**不定期**合同，当事人**可以随时解除合同**，但是应当在合理期限之前通知对方。
- 基于**重大事由**的**即时**终止，§ 626

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（五）（2019年4月22日最高人民法院审判委员会第1766次会议审议通过，自2019年4月29日起施行 **法释〔2019〕7号**）（**2020修正**）

第三条 I **董事任期届满前**被股东会或者股东大会有效决议解除职务，**其主张解除不发生法律效力的，人民法院不予支持**。II 董事职务被解除后，**因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的**，人民法院应当依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定，**综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素，确定是否补偿以及补偿的合理数额。**

最高法院出台的文件表述得很笼统→要不要补偿？多少？

3. 组织机关成员

董事、监事

德国法：判断劳动者身份的规则和经理一致

孙起祥与吉林麦达斯轻合金有限公司劳动争议纠纷再审案

充分体现了中国目前没有将高管排除在劳动者行列之外的一种纠结。

一审开篇就提及，我国没有建立独立的经理人制度，所以董事长在身份之外是可以成立劳动关系的。一审完全从实体法出发，认定了劳动关系。

二审想否定劳动关系，所以从合意出发。这一点是值得讨论的，没有签订所谓的书面劳动合同不等于没有建立劳动关系。

这里其实和德国法理论可以匹配——孙似乎没有受到劳动法意义上的指令约束。

二审其实就是为了不支持他的诉求，否定了这种劳动关系。

最高法回到现行法，迫于无奈支持了劳动关系的存在，但是没有支持其权利。

4. 管理岗位职员

《公司法》（2018年修正）

第四十九条 有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使以下职权：（一）…；（六）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（七）决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；

第二百一十六条 本法下列用语的含义：（一）高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程的其他人员。…

（1）德国法的处理

高级管理人员：经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员
《公司法2018》第216条（一）

A 不可一概而论——坚持“从属性标准”检验

- 宽泛的指令权，行使雇主的职能
- 不受指令约束，工作时间，工作内容，工作方式
- 信息和经济方面的实力

B 可一概否定劳动者身份的高级管理人员

国有企业中由政府有关部门委任或任命的人员

德国企业职能部门组织法（Betrieb层面职工参与法）§ 5Abs. 3 BetrVG

除非本法另有明确规定，本法不适用于管理岗位的职员leitende Angestellte. 管理职员指这类人员，其根据劳动合同和在企业Unternehmen或企业职能部门Betrieb中的职位

1. 有权自主决定聘用和解聘企业职能部门的员工立法价值：享有人事权的员工属于资方阵营，如聘用的缔约磋商，签订劳动合同，发出解雇，协商终止等或

2. 享有概括代理权Generalvollmacht或对雇主来说非同小可的营业代理权

或3. 通常处理其他对企业或企业职能部门存续和发展具有意义的事务，且这些人员在处理这些事务时，凭借其特殊经验和知识可基本不受指令地自主做出决定，或对做出决定施加决定性影响；这尤其可体现在根据法律规

定，计划或指令以及与其他管理职员共同制定规划的情形。

（2）“劳动者型”高级管理人员分类意义

“劳动者分层”的劳动保护

劳动者分层是中国劳动法学界想做的事。

首先要把不具有从属性的高管人员排除在劳动法之外。在剩下的这些劳动者中，要分出管理性的职员和普通职员。普通职员享受全部的劳动者待遇，而在德国，管理性职员没有加班费，最高工时和最低工资的限制不予适用，解雇管理性职员更为轻松，集体合同法中对管理性职员也做出了不同的安排。德国的这种分层，并不只是在解释论的层面上进行的安排，而是立法论的结果。

这一分层的标准其实就是从属性，因而比较复杂，在中国目前难以实现。

个别劳动法

- 工时特殊规定
- 工资特殊规定
- 解雇特殊规定

.....

集体劳动法

- 集体合同
- 职工参与

3. 退休人员以外的特殊人员

最高人民法院解释（一）第32条第2款

企业停薪留职人员

未达到法定退休年龄的内退人员

下岗待岗人员

企业经营性停产放长假人员

与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理

这些人员在改革过程中，都被认为可以和新的用人单位建立劳动关系。

(1) 党群专职人员

实施《劳动法》中有关劳动合同问题的解答 第2条

党委书记、工会主席等党群专职人员也是职工的一员，按照《劳动法》的规定，应当与用人单位签订劳动合同。对于有特殊规定的，可以按有关规定办理。

- 老师的观点：党委书记一般不是劳动法意义上的劳动者，而工会主席需要结合具体情况进行分析。

赵志诉北京百合时代投资管理有限公司劳动争议案

【法官后语】2. 是否成立劳动关系的标准不是该劳动者是不是法定代表人，而要根据该人是否符合法律规定的劳动者身份。根据《关于确认劳动关系有关事项的通知》第一条、《关于全面实行劳动合同制的通知》（劳动部发[1994]360号）、《实施〈劳动法〉中有关劳动合同问题的解答》（劳动部发[1995]202号）可以看出，除在国有公司和企业中，法定代表人本身是国家公务人员的身份时与公司企业不构成劳动关系外，其他情况下，公司的法定代表人都可以与公司建立劳动关系。

(2) 上海的“特殊劳动关系”

关于特殊劳动关系有关问题的通知（沪发（2003）24号）

2003. 04. 25发布

一、本通知所称特殊劳动关系是现行劳动法律调整的标准劳动关系和民事法律调整的劳务关系以外的一种用工关系，其劳动者一方用人单位从事有偿劳动、接受管理，但与另一用人单位存有劳动合同关系或不符合劳动法律规定的主体条件。

【思考】这两种“特殊劳动关系”的法律性质？

上海的特殊劳动关系绝不是民事劳务关系，也不是中间类型，而是劳动关系。

之所以不符合主体条件，是因为我国的劳动政策将一部分人员排除在了劳动关系之外。然而，他们本质是具有从属性，成立了劳动关系的。

二、用人单位使用下列人员之一的形成特殊劳动关系：

- 1. 协议保留社会保险关系人员；
- 2. 企业内部退养人员；
- 3. 停薪留职人员；
- 4. 专业劳务公司输出人员；→其实就是劳务派遣人员，目前已由劳务派遣规则调整
- 5. 退休人员；→注意：解释（一）第32条第1款定性为“劳务关系”用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。在比较法上，只要存在实际上的从属性，退休人员成立劳动关系并无障碍。
- 6. 未经批准使用的外来从业人员；→注意：现在这种户籍用工限制已打破！
- 7. 符合前条规定的其他人员。

三、用人单位与劳动者形成特殊劳动关系，应当参照执行以下劳动标准：

- 1. 工作时间规定；2. 劳动保护规定；3. 最低工资规定。形成特殊劳动关系的双方当事人可以协商约定有关的劳动权利义务。

【复习】为何德国立法者没有像上海这样，赋予类雇员这些劳动基准保护？

德国的类雇员就是自雇者，除了人身健康的保护之外无需其他劳动者享有的保护。而上海所认定的特殊劳动者本身就是劳动者，之所以未能被认定为劳动者是因为其他的原因，然而他们也是需要相应的保护的。

(3) “反面清单”

A 因用人单位原因而被“否定”劳动者资格的人

因用人单位原因而被“否定”劳动者资格的人	
被无用人单位主体资格雇佣的人	非个体工商户的自然人雇佣的劳动者（如“家庭保姆”）
	农村承包经营户雇佣的“农村劳动者”
	外国企业常驻代表机构
被不具备合法经营资格的	无营业执照或者未经依法登记、备案的单位

用人单位雇佣的人 ³	被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位
	营业执照过期

B 被排除的“勤工助学学生”

- “勤工助学”指的不是现在的实习，勤工助学是有严格的法律定义的，而且需要学校统一组织和管理：

劳部发[1995]309号第12条

在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

高等学校学生勤工助学管理办法（2018年修订）教育部、财政部

第三条 本办法所称学生是指学校招收的**本专科生和研究生**。

第四条 本办法所称勤工助学活动是指**学生在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实践活动**。

第六条 勤工助学活动由学校统一组织和管理。**学生私自在校外兼职的行为，不在本办法规定之列**。

- “勤工俭学”要区别于职校实习生

职业学校学生实习管理规定（教职成[2016]）

第三十五条

推动建立学生**实习强制保险制度**。职业学校和实习单位应根据国家有关规定，**为实习学生投保实习责任保险**。责任保险范围应覆盖实习活动的全过程，包括学生实习期间遭受意外事故及由于被保险人疏忽或过失导致的学生人身伤亡，被保险人依法应承担的责任，以及相关法律费用等。学生**实习责任保险的经费可从职业学校学费中列支**；免除学费的可从免学费补助资金中列支，不得向学生另行收取或从学生实习报酬中抵扣。职业学校与实习单位达成协议由实习单位支付投保经费的，实习单位支付的学生**实习责任保险费**可从实习单位成本（费用）中列支。

职业学校学生实习管理规定（教职成[2021]4号）

第六章 保障措施

第三十四条 **加快发展**职业学校学生**实习责任保险**和适应职业学校学生实习需求的**意外伤害保险产品**，提高职业学校学生实习期间的风险保障水平。鼓励保险公司对学徒制保险专门确定费率，实现学生实习保险全覆盖。**积极探索职业学校实习学生参加工伤保险办法**。

【复习】发现有关劳动者概念的积极信号？

已经开始积极探索职业学校实习学生参加工伤保险办法的路径。在德国，职校生安全已经被明确规定纳入到工伤保险，一旦他们在实习的企业发生伤亡，直接由工伤保险进行赔付。而

³ 老师的观点：值得商榷。不应当因为违反了行政的强制性规定而影响劳动合同的效力。

我们国家还在探索这一点。

职业学校学生实习管理规定（**教职成〔2021〕4号**）

第六章 保障措施

第三十五条 职业学校和实习单位应当根据法律、行政法规，**为实习学生投保实习责任保险**。责任保险范围应当覆盖实习活动的全过程，包括学生实习期间遭受意外事故及由于被保险人疏忽或过失导致的学生人身伤亡，被保险人依法应当承担的赔偿责任以及相关法律费用等。

学生实习责任保险的费用可按照规定从职业学校学费中列支；免除学费的可从免学费补助资金中列支，不得向学生另行收取或从学生实习报酬中抵扣。职业学校与实习单位达成协议由实习单位支付学生实习责任保险投保经费的，实习单位支付的投保经费可从实习单位成本（费用）中列支。

鼓励实习单位为实习学生购买意外伤害险，投保费用可从实习单位成本（费用）中列支。

职校生权利保障令人担忧，存在被迫实习充当廉价劳动力的风险。为了弘扬“工匠精神”修订完善相关立法刻不容缓，需要切实保障职校生权益。

浙特殊人员工伤保险试行规定

浙江省人力资源和社会保障厅等3部门关于试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作的指导意见（浙人社发【2018】85号）

浙江省人力资源和社会保障厅

浙江省财政厅国家税务总局

浙江省税务局

2018年7月18日

一、指导思想

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，全面贯彻党的十九大、省第十四次党代会精神，坚持以人民为中心的发展思想，紧紧围绕加强社会保障体系建设的总体要求，完善工伤保险制度，逐步探索扩大工伤保险制度覆盖范围，让工伤保险惠及更多人群，大力支持实体经济发展，化解用人单位的工伤风险，切实保障劳动者权益，促进社会和谐稳定。

二、基本原则

（一）坚持稳妥有序。各地推进试行参保工作应以稳妥为先，试行工作初

期参保范围适当从紧，待取得较成熟经验后再逐步有序推开。

（二）坚持因地制宜。各地可结合当地实际情况，针对产业结构特点，在诉求强烈群体、管理较规范区域开展试行参保工作。

（三）坚持制度统一。各地纳入试行参保的实习生和超龄就业人员，其参保缴费、工伤认定、劳动能力鉴定、待遇标准等按照《工伤保险条例》《浙江省工伤保险条例》及相关配套规定执行。

三、政策措施

（一）合理确定参保范围。纳入试行参保的实习生暂限于由职业院校集中统一安排的学期性实习学生，且年龄不小于16周岁；纳入试行参保的超龄就业人员暂限于未享受机关事业单位或城镇职工基本养老保险待遇人员，且男性不超过65周岁，女性不超过60周岁。各地可同时开展实习生和超龄就业人员试行参保，也可选择其中之一先行试行参保。各地应为要求参加试行参保的用人（实习）单位和实习生、超龄就业人员开辟工伤保险单险种参保途径。

（二）合理确定缴费标准。实习生和超龄就业人员难以确定劳动报酬的，其月缴费基数可按全省上年度职工月平均工资计算，其缴费费率统一按所在用人（实习）单位的费率标准执行。

（三）明确工伤保险参保和责任主体。实习生和超龄就业人员按照规定参加工伤保险的，由工伤保险基金按规定支付待遇，由用人（实习）单位承担用人（实习）单位应承担的工伤保险责任。实习生按规定参加工伤保险的，用人（实习）单位可与相关学校签订实习协议，约定补偿办法。属于当地试行参保范围的未参保人员发生工伤事故或患职业病的，不适用《工伤保险条例》《浙江省工伤保险条例》等法规。

（四）明确相关待遇标准。已参保超龄就业人员因工致残被鉴定为五级至十级的，由工伤保险基金和用人单位按照规定标准分别计发一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，工伤保险关系同时终止。

已参加试行参保的实习生和超龄就业人员与用人（实习）单位发生工伤待遇方面的争议，按照处理劳动争议的有关规定处理。

四、工作要求

各地增设“实习生和超龄人员工伤”征收品目（社保方代码2850800，税务方代码1020401012330006），专门用于实习生和超龄就业人员的工伤保险征收工作。该征收品目缴费基数、费率和应缴费额由社保经办机构核定后，传递税务机关征收入库。

各地要摸清当地实际情况，分析用人单位和劳动者的需求，可以在本指导意见的框架范围内制定规范性文件，并报省人力社保厅备案。各设区市要加强对辖区内实习生和超龄就业人员试行参保工作的统筹指导和跟踪评估，确保试行工作平稳有序推进。对于推进试行参保工作有困难的地区，省、市人力社保部门将适时进行联合督查指导。在试行工作中遇到问题请及时与省人力社保厅工伤保险处联系。

【争议】勤工助学生和实习生能否成为劳动者？

➤ 否定说：不具从属性，仍然依附于学校，实习是一种继续学习

➤ 肯定说

劳部发〔1995〕309号第12条与劳动法立法宗旨不符

劳部发〔1995〕309号第12条与其第2条有冲突——劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法；另外也有违宪之嫌问。

【思考】是不是所有在校生都能成为劳动者？

郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案

事实概要：原告郭懿系江苏广播电视大学（南京市莫愁中等专业学校办学点）药学专业2008届毕业生，于2008年7月毕业。2007年10月26日原告郭懿向被告益丰公司进行求职登记，并在被告益丰公司的求职人员登记表中登记其为南京市莫愁职业高级中学2008届毕业生，2007年是其实习年。2007年10月30日原告与被告签订劳动合同书一份，期限三年，从2007年10月30日起至2010年12月30日止；其中试用期60天，从2007年10月30日起至2007年12月30日止。合同还约定，录用条件之一为具备中专或中专以上学历；原告从事营业员工作；试用期满后月工资收入不少于900元，试用期工资标准不低于同工种同岗位职工工资的80%等。2008年7月21日，被告向南京市白下区劳动争议仲裁委员会提出仲裁申请，请求确认其与原告之间的劳动关系不成立。

裁判概要：（**非常正确地认定了劳动关系**）即将毕业的大专院校在校学生以就业为目的与用人单位签订劳动合同，且接受用人单位管理，按合同约定付出劳动；用人单位在明知求职者系在校学生的情况下，仍与之订立劳动合同并向其发放劳动报酬的，该劳动合同合法有效，应当认定双方之间形成劳动合同关系。

要分情况对待：

教学实习生	不是劳动法意义上的劳动者
带薪实习生	老师的观点：只要有从属性，就可以作为劳动者受到保护。 “劳动协议”、“实习协议”…等名称对劳动者认定并无妨碍
就业实习生	以就业为目的与用人单位签订劳动合同，按合同约定付出劳动，且受用人单位管理

C 退休人员

退休返聘人员：由于政策导向是要优先解决适龄人员的就业问题，所以一般不将退休返聘人员认定为劳动关系。

劳动部办公厅对《关于全面实行劳动合同制若干问题的请示》的复函（劳办发[1995]19号）

第2条 关于离退休人员的再次聘用问题

各地应采取适当的调控措施，优先解决适龄劳动者就业和再就业问题。

对被再次聘用的已享受养老保险待遇的离退休人员，根据劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354号）第13条的规定，其聘用协议可以明确工作内容、报酬、医疗、劳动保护待遇等权利、义务。

离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务，聘用协议约定提前解除书面协议的，应当按照方约定办理，未约定的，应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第28条执行。

离退休人员与用人单位发生争议，如果属于劳动争议仲裁委员会受案范围的，劳动争议仲裁委员会应予受理。

第28条

用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。

劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》[劳部发[1996]354号]

第13条 已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议。

《劳动合同法》第44条

有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）…；（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的……；（六）法律、行政法规规定的其他情形。

《劳动合同法实施条例》第21条

劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

解释（一）2020第32条第1款

用人单位与其享受养老保险待遇或者领取退休金的已经发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

解释（三）2010第7条

用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

【注意】司法实践不一！！

四、（四）3. 被排除的“未取得就业证的外国人与无国籍人”

- ◆ 外国人：外国人在中国就业管理规定2017修订
- ◆ 第5条 用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可，经获准并取得《外国人就业许可证书》后方可聘用。

D “未取得就业证的外国人与无国籍人”

外国人

《外国人在中国就业管理规定》（2017修订）

第5条 用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可，经获准并取得《外国人就业许可证书》后方可聘用。

解释（一）第33条第1款

外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。

解释（四）第14条第1款

外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同，以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区居民未依法取得就业证件即与内地用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。

【注意】台湾香港澳门居民在内地就业管理规定失效2018年8月23日，故免除“港澳台居民”的就业许可，就是本国享有就业权的国民。

五、我国劳动立法中的用人单位

我国劳动立法中的用人单位出现了转变——从封闭式；列举变成了开放式列举

劳动合同法 第2条

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

国家机关、事业单位和社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

（一）适用本法的用人单位



如果按照我国民法典目前的规定，上述这些都可以作为主体。

《劳动合同法》第2条第1款

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

【注意】必须具备合法经营资格，即须经过工商登记注册、取得营业执照方具有用人单位资格。

1. 企业

企业——以营利为目的的经济性组织

法人组织

《民法典》第76条

以取得利润并分配给股东等出资人为目的成立的法人，为营利法人。

营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。

“其他企业法人”→如转为企业的“事业单位II”

2. 个体经济组织

个体经济组织：个体工商户

《民法典》第54条 自然人从事工商业经营，经依法登记，为个体工商户。个体工商户可以起字号。

《民法通则》第26条 公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以起字号。

【思考】个体工商户是企业，还是自然人？

不是企业，而是自然人的特殊形态——商自然人

历史成因：是意识形态的产物，不是要在法律上创设“户”的主体，而是以家庭为单元的个体经济，可以避免“剥削经济”的嫌疑，因而排斥“雇佣”引入“用人单位”的概念，也客观催生了“个体工商户”的疑似“单位”的地位。

解释（二）失效 第9条

劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议诉讼，人民法院应当以营

业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。

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）第1条

“个体经济组织”是指一般雇工在7人以下的个体工商户。

【疑惑】7人这个数字从何而来？幸运数字？——

城乡个体工商户管理暂行条例（1987年8月5日国务院发布 失效）

第4条第2款 个体工商户可以根据经营情况请一、二个帮手；有技术的个体工商户可以带三、五个学徒。

个体工商户条例2016修订第2条第1款

有经营能力的公民，依照本条例规定经工商行政管理部门登记，从事工商业经营的，为个体工商户。

第20条第1款

个体工商户可以根据经营需要招用从业人员。个体工商户应当依法与招用的从业人员订立劳动合同，履行法律、行政法规规定和合同约定的义务，不得侵害从业人员的合法权益。

【思考】在社会主义市场经济体制下，个体工商户招用人员还有人数限制吗？

从现在的规定来看，已经完全没有人数限制了。

3. 民办非企业单位

《民办非企业单位登记管理暂行条例》第2条

企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织，如民办医院、图书馆、博物馆、科技馆等。

【疑惑】非营利性的民办非企业单位是什么法律性质的组织形式？法人抑或非法人组织？——

《民办非企业单位登记管理暂行条例》第12条第1款

准予登记的民办非企业单位，由登记管理机关登记民办非企业单位的名称、住所、宗旨和业务范围、法定代表人或者负责人、开办资金、业务主管单位，并[根据其依法承担民事责任的不同方式](#)，分别发给《民办非企业单位（法人）登记证书》、《民办非企业单位（合伙）登记证书》《民办非企业单位（个体）登记证书》。

4. 用人单位的分支机构

内涵：法人总部设立的执行其部分业务的法人分部，其活动范围限于法人的活动范围内。它是法人的组成部分，其行为后果由法人承受。

《民法典》第74条

法人可以依法设立分支机构。法律、行政法规规定分支机构应当登记的，依照其规定。

分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。

➤ 分公司不具有法人资格

公司法2018修订第十四条I

公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

➤ 子公司非分支机构，具有独立的法人资格

公司法2018修订第十四条II

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

劳动合同法实施条例第4条

1. 依法取得营业执照或登记证书⁴的，可作为用人单位与劳动者订立劳动合同。如各银行的分行或支行、保险公司设在各地的分支机构
2. 未依法取得营业执照或登记证书的，受用人单位委托⁵可以与劳动者订立劳动合同

【思考】上述情形中劳动合同的用工主体？

取得营业执照的，就是分支机构本身；未能取得营业执照的，就是用人单位。

（二）“依照本法执行”的用人单位

劳动合同法第2条第2款

事业单位、国家机关、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

此处虽然使用了“依照”这一表述，但只要是签订了劳动合同，与前面所使用的“适用”就不存在区别。

1. 国家机关

民法典第96条特别法人——机关法人

国家机关：权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关

内部的工作人员类型

- 公务员和聘用制公务员——公务员法第2、95条→不适用本法
- 签订劳动合同的工勤人员→适用本法

⁴ 我国特别强调要用工必须要有合法的经营主体资格。

⁵ 本质上是民法中的“代理”。

2. 事业单位

(1) 内涵

非营利法人包括：民法典第87条第2款

事业单位的法律定义：国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织

事业单位登记管理条例第2条第1款、事业单位登记管理条例实施细则第4条

(2) 事业单位中的工作人员类型

A 具有公共管理职能的事业单位（如证监会、银监会、保监会）

公务员法2018 第112条

法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员，经批准参照本法进行管理。

I 参照公务员法管理的工作人员——公务员法2017修正第106条→“不适用”本法

II 签订劳动合同的工勤人员→适用本法

B 从事生产经营活动，实行企业化管理的事业单位中的工作人员

都是签订劳动合同的工勤人员，一律适用本法，无所谓依照。

C 从事公益服务的事业单位聘用的人员——人事关系

比照国家机关管理的人事制度：人事行政部门

法律属性：转型期的特殊劳动合同

有点像公务员有点又像劳动合同，转型是想转到劳动合同

- 由身份管理向岗位管理转变
- 由行政任用关系向平等协商的聘用关系转变

劳动合同法第96条

法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

《关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》（国办发〔2002〕35号）

《人事争议处理规定》（2011修正）

法律、行政法规没有另有规定的，直接适用劳动合同法的规定，所发生的争议也是人事争议而非劳动争议。劳动争议仲裁委员会中，有专门的人负责人事争议。

【注意】台湾地区劳动法之“事业”和“事业单位”

- 事业→行业（industry），劳动基准法第3条
- 事业单位的法律定义：适用本法各业雇用劳工从事工作之机构，劳动基准法第2条第5款

3. 社会团体

（1）内涵

社会团体登记管理条例1998第2条第1款

是指中国公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织

（2）社会团体中的工作人员类型

- 参照公务员管理的工作人员→不适用劳动法
党派团体
列入国家编制序列的团体，如工会、共青团、妇联、工商联、法学会、医学会等
- 签订劳动合同的工勤人员→适用劳动法

4. 用人单位的“反面清单”

(1) 无用人单位主体资格的人或组织

A 非个体工商户的自然人

- 家庭或者个人
- 个体工匠

解释（一）第2条

下列纠纷不属于劳动争议：（四）家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷；（五）个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷

B 农村承包经营户

解释（一）第2条

下列纠纷不属于劳动争议：农村承包经营户与受雇人之间的纠纷

民法典第55条

农村集体经济组织的成员，依法取得农村土地承包经营权，从事家庭承包经营的，为农村承包经营户。

【注意】非第96条特别“农村集体经济组织法人”

非企业，也是自然人的特殊形态——商自然人，扮演着促进农村商品经济发展的重要角色，与活跃于城市代表个体经济的个体工商户遥相呼应。→历史成因：计划经济意识形态的产物。

C 外国企业常驻代表机构

《外国企业常驻代表机构登记管理条例》第2条

指外国企业依照本条例规定，在中国境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构。代表机构不具有法人资格。

第14条第1款

可以从事与外国企业业务有关的下列活动：（一）与外国企业产品或者服务有关的市场调查、展示、宣传活动；（二）与外国企业产品销售、服务提供、境内采购、境内投资有关的联络活动。

《国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》第11条

常驻代表机构租用房屋、聘请工作人员，应当委托当地外事服务单位或者中国政府指定的其他单位办理。

六、中国式劳动者认定小结

立法参考

关于确立劳动关系有关事项的通知第1、2条

劳动合同法（草案）2006. 03. 20第3条第1款

Step 1 主体适格审查：实则反映“基于私法性质的劳动合同建立劳动关系”⁶

I. 劳动者符合法律、法规规定的主体资格

II. 用人单位符合法律、法规规定的主体资格

Step 2 劳动关系的认定

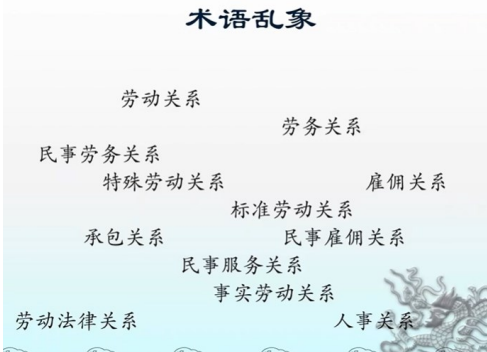
I. 基于私法契约

II. 为他人

III. 提供从属性劳动

⁶ 我国特有的

七、劳动关系与相邻概念的区别



（一）本课程使用的“劳务关系”概念

“合同法”意义层面的“劳务关系”

由劳务合同建立：作为上位概念，涵盖所有以劳动为给付标的的合同族群，涵盖所有有名或无名的劳务合同，分为两大类：

- 1) 从属的“劳务关系”：劳动合同
- 2) 自主的“劳务关系”：民事合同（涵盖一切提供劳务的有名或者无名的合同）
承揽合同、委托合同、行纪合同、居间合同

【注意1】自主的“劳务关系”非指以下劳务关系！

这些人其实属于真正的劳动关系。

解释（一）第32条第1款

用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。

→ 正解：若有劳从，实为被中国劳动法政策排除的劳动关系。

关于特殊劳动关系有关问题的通知（沪劳保关发（2003）24号）2003. 04. 25发布并实施

二、用人单位使用下列人员之一的形成特殊劳动关系：5. 退休人员；三、用人单位与劳动者形成特殊劳动关系，应当参照执行以下劳动标准：1. 工

作时间规定；2. 劳动保护规定；3. 最低工资规定。

【注意2】本课程使用的“合同法”意义的劳务关系非指以下“侵权法”意义的劳务关系

民法典第1192条第1款 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。接受劳务一方承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的提供劳务一方追偿。提供劳务一方因劳务受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

◆ 侵权责任法第35条第1句 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。

（二）本课程使用的“事实劳动关系”概念

尊重立法者对“事实劳动关系”的理解：仅具形式上法律瑕疵——欠缺书面劳动合同的劳动关系。

与不要求合意成立契约的理念并无相关。

（三）本课程建议采纳“有瑕疵的劳动关系”

老师认为：可以采纳上位概念——“有瑕疵的劳动关系”来包括一切有法律瑕疵的劳动合同而生的劳动关系。

例如：未签订书面劳动合同

用人单位主体资格瑕疵

劳动者主体资格瑕疵

意思表示瑕疵如欺诈、胁迫、乘人之危

违反法律、行政法规的强制性规定

（四）与合同法意义的“雇佣关系”

1. 本课程不使用“劳动法律关系”

内涵：劳动法学界实则模仿“民事法律关系”，指劳动法调整的，无任何法律瑕疵的劳动关系

- 劳动者符合法律、法规规定的主体资格
- 用人单位符合法律、法规规定的主体资格
- 签订书面劳动合同
- 劳资双方意思表示真实一致
- 劳动者基于私法契约为他人提供从属性劳动
- 不违反法律、行政法规强制性规定

2. 我国民法典并无典型的“雇佣合同”

目前我国民法中“雇佣”概念唯一出现在侵权责任法领域的——

人损解释2003(失效) 第9条第1款

雇员在活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。

3. 劳动合同与雇佣合同区别的学理探讨

（1）德国派的“异质说”

雇佣合同是上位概念，以从属性的不同区分		
自主	自由的，不具有劳动从属	如律师、税务师、医师、私教等自由职业者
雇佣	性的雇佣合同	Independent contractor订立的contract for service
从属	非独立的，具有劳动从属	Employee订立的contract of service/employment，建

雇佣	性的雇佣合同，即“劳动立employment relationship 合同

（2）日本派的“同质说”

- 雇佣合同=劳动合同
- 自由的雇佣合同被归为有偿委任 / 托
- 调整结果：雇佣合同覆盖的均非独立的，具有劳动从属性的雇佣合同，即“劳动合同”
本质上和德国的学说是一样的

（五）劳动关系与委托关系

给付标的相同

- 劳动关系：行为之债，一定时间内提供劳动
- 委托关系：行为之债，提供处理事务的劳动

民法典第919条

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

【疑惑】用什么标准？以提供劳务过程是否受指令约束？以从属性为准，委托关系中的从属性的质和量与劳动关系不可同日而语。

民法典第922条

受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。需要变更委托人指示的，应当经委托人同意；因情况紧急，难以和委托人取得联系的，受托人应当妥善处理委托事务，但是事后应当将该情况及时报告委托人。

（六）劳动关系与承揽关系

1. 给付标的不同

- 劳动关系：行为之债，一定时间内提供劳动

- 承揽关系：结果之债，交付工作成果

民法典 § 770

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。

一个常见的说法：劳动关系是行为，承揽是结果。

老师的观点：倒果为因，无法作为标准。劳动关系也有计件工资。判断的标准依旧应回到劳动从属性。在承揽关系中，承揽人是独立完成工作的，定做人的指示也只是对要定做的东西的提醒或者要求，不会影响到承揽人开展工作的独立性。

2. 提供劳务的独立性不同：劳动从属性的有无

- 劳动关系：劳动者接受雇主的指示命令工作
- 承揽关系：承揽人自己独立完成工作，定作人的指示的质和量更不可与劳动关系中的指令约束相提并论

§ 779 CC 承揽人在工作期间，应当接受定作人必要的监督检验。定作人不得因监督检验妨碍承揽人的正常工作。

3. 内部承包

“内部承包”和“外部承包”这样明显不属于法律术语的描述是和中国的经济改革有关的，当时为了提升经济的活跃度，某些企业就将自己经营的某些部分承包给职工了，双方签订了承包合同。因此，企业认为这些职工就不再属于劳动者了。

对此，劳动部发文表示，如果符合劳动属性的，还是可以认定为劳动者——当然，当时的这一规定较为形式化。

劳动部办公厅《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》
(劳办发[1993]224号)

宁波市劳动局：你局《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的请示》（甬劳仲函字[1993]第011号）收悉。经研究，函复如下：

企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别，一般不属于劳动合同，因此在工作中应防止用承包合劳动合同的倾向。但是，如果承包合同中包含有工资福利等应在劳动合同中规定的劳动权利义务方面的内容，（依旧是从合意入手加以认定）则该合同带有劳动合同的某些属性。职工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议，属于劳动争议。当地仲裁委员会根据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》规定的受案范围予以受理。

【思考】如何理解评价“如果承包合同中包含…劳动权利义务方面的内容，则该合同带有劳动合同的某些属性”？

思考的切入点比较简单——还是想从合意出发，即既然约定了劳动关系的内容，那么就是劳动关系。

劳部发[1995]309号第15条

租赁经营（生产）、承包经营（生产）的企业，所有权并没有发生改变，法人名称未变，在与职工订立劳动合同时，该企业仍为用人单位一方。

依据租赁合同或承包合同，租赁人、承包人如果作为该企业的法定代表人或该法定代表人的授权委托人，可代表该企业（用人单位）与劳动者订立劳动合同。

【思考】如何理解这里的“代表”之意？

此处的代表完全可以理解为民法上的“代理”。劳动关系本身的认定和建立不会受到干扰。

4. 外部承包

外部承包指的是将一部分业务承包出去。

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 浙高法民一[2014]7号)

三、饭店实行“包厨”，承包人招用的厨师或者厨房其他工作人员与饭店之间的法律关系应如何认定？

答：实行“包厨”的饭店，认定厨师及厨房工作人员是否与饭店构成劳动关系，**一般应区分以下情况：**

如承包人招用的厨师和厨房工作人员是饭店内部职工，**应认定双方为劳动关系；**

如厨师和厨房工作人员系承包人从外部招用，工作期间这些人员**只接受承包人的指挥和管理**，由承包人支付其工资，则不应认定其与饭店之间存在劳动关系。承包协议另有约定的，从其约定。

【思考】酒店餐饮企业等将其不具有独立经营资格的内部机构承包给他人，承包人招用的劳动者与企业是否构成劳动关系？

四川和浙江的规定有些类似，秉持的都是“谁管理谁用人”的判断标准。当然，也有细微的差别。浙江认为只要是内部职工，都认定具有劳动关系；而四川则认为，可能有“同时”的情况，此时更倾向于认定和原单位的劳动关系。

四川省高院民一庭关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（川高法民一〔2016〕1号）

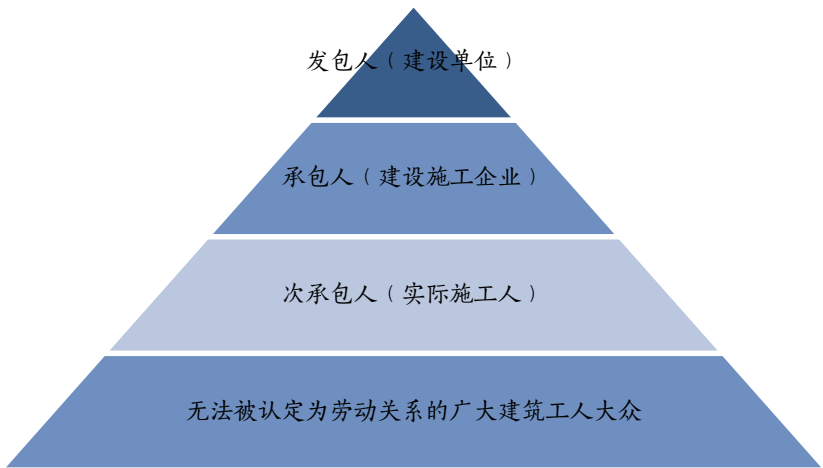
16. 一般应进行如下区分：

如劳动者同时受企业管理、遵守企业依法制定的规章制度、企业向劳动者发放“工作证”或“服务证”等身份证件，应认定双方存在劳动关系；

如劳动者未与企业签订劳动合同，系承包人招用，工作期间只接受承包人的指挥和管理，并由承包人支付工资的，则企业与劳动者之间不存在劳动关系。

【思考】发包人、外部承包人与招用的人三者之间的法律关系的定性取决于什么？

(1) 建筑领域的分包、转包



次承包人是问题的重灾区，也是实际施工人。海量的问题都出在不具备用工主体资格的组织或者自然人。这些组织和自然人招来的工人如果发生伤亡，自然会希望能认定劳动关系，此时就会发生问题。

四、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**。

【争议】学界为了保护工人，出现了这样的质疑：“承担用工主体责任”是否意味着劳动者与发包方企业存在劳动关系？

最高院在民商事会议之后，从个别劳动法的角度出发，否定存在劳动关系的说法。

全国民事审判工作会议纪要（法办〔2011〕42号，以下简称“民事纪要2011”）

八、关于劳动争议纠纷案件第59条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。

但是问题还在——发生伤亡后到底谁来担责呢？人社部率先发表意见，让具备用工主体单位资格的承包单位承担工伤保险责任。最高院也随后跟进，表示虽然不存在劳动关系，但是要承担工伤保险责任。

最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定（法释〔2014〕9号）2014年6月18日第3条第1款

社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：

（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；

【思考】目前司法解释是否承认受雇人与具有用工主体资格的违法转包、分包的用工单位存在事实上的劳动关系？

不承认。“民事纪要2011”中指出：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。

【追问】如何理解后续针对工伤保险的司法解释又规定，违法转包或者分包的“用工单位为承担工伤保险责任的单位”？

老师认为，这和民事普通侵权责任不同，本质上是属于社会保障法领域的“工伤保险责任”。

对于两者之间存在的关系——肯定不是个别劳动法意义上的劳动关系，而至于是否是社保工伤的关系，也不能一概而论。社保工伤关系虽然在双方明知的情形下略显牵强，但国家出于救济让用工单位承担相应责任。

但是，承担工伤保险责任是要提供劳动关系的证明的，还要做劳动能力的鉴定。要有工伤认定决定书才能有工伤的待遇。

这意味着，如果想要落实工伤保险责任，在我国实践中存有障碍。

工伤保险条例2010 第三章 工伤认定 第十八条第1款

提出工伤认定申请应当提交下列材料：

（一）工伤认定申请表；（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料；（三）医疗诊断证明或者职业病诊断证明书（或者职业病诊断鉴定书）。

第二十条第1款

社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定的决定，并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。

工伤职工劳动能力鉴定管理办法2014(人力资源和社会保障部、国家卫生和计划生育委员会令第21号) 第二章 鉴定程序

第八条 申请劳动能力鉴定应当填写劳动能力鉴定申请表，并提交下列材料：

（一）《工伤认定决定书》原件和复印件；（二）有效的诊断证明、按照医疗机构病历管理有关规定复印或者复制的检查、检验报告等完整病历材料；（三）工伤职工的居民身份证或者社会保障卡等其他有效身份证明原件和复印件；（四）劳动能力鉴定委员会规定的其他材料。

【思考】按照目前我国关于工伤认定和劳动能力鉴定的相关规范群，受雇人向具有用工主体资格的违法转包、分包的用工主体主张“工伤保险责任”有障碍吗？

有。缺失了工伤认定的前提——“与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料”，进而会影响到后续的劳动能力认定。

【疑惑】“工伤保险责任”是画饼充饥？

（2）运输领域的挂靠

是我国的特殊问题。有些单位没有运输资格，于是挂靠到有资格的单位进行经营活动，出现的问题是：挂靠人招用的人和被挂靠公司是否存在劳动关系？

06 年最高院的行政庭认为：可以认定跟被挂靠单位存在事实劳动关系。

解释（一）（法释〔2020〕26号）第30条

未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。

最高人民法院行政审判庭关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复

2007年12月3日（〔2006〕行他字第17号，以下简称“行他字17号答复2006”）失效！

安徽省高级人民法院：你院（2006）皖行他字第0004号《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的请示》收悉。经研究，答复如下：可以认定存在事实劳动关系。

2013年劳动合同法颁布后，民一庭不顾行政审判庭先前的答复，给出了意见相左的答复——“民一他字16号答复2013”。对于这一转变，可以理解为原本的行政庭根据的是工伤的背景，认为需要认定。现在民一庭根据个别劳动关系予以了否定。总之，现在对于这一劳动关系的认定，肯定是采取否定的态度了。

但是，最高院审理工伤保险行政案件时，做出了和建筑领域一样的政策性规定，被挂靠单位是要承担工伤保险责任的。

安徽省高级人民法院：

经研究，答复如下：

个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的，根据2008年1月1日起实施的《劳动合同法》规定的精神，其聘用的司机与……

最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定（法释〔2014〕9号） 2014年6月18日 第3条第1款

社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

【思考】目前司法解释承认受雇人与具有用工主体资格的挂靠单位存在（事实）劳动关系吗？

不承认——民一他字16号答复2013

【追问】如何理解后续针对工伤保险的司法解释规定“被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位”？

老师认为，这与民事普通侵权责任不同，属于社会保障法领域的工伤保险责任。

（3）转包分包和挂靠中的赔偿责任

这一赔偿责任的性质究竟为何？《劳动合同法》和当时有效的人损解释中有规定。

劳动合同法第94条

个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

人身损害赔偿解释（法释〔2003〕20号 失效）第11条第2款

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

【思考】上述两个赔偿是一个性质的吗？是一个性质。

根据法工委的解释，劳动合同法第94条的“连带赔偿责任”既包括社保法上用工主体的工伤保险责任，也包括侵权法上的侵权责任。

【追问】如何处理请求权基础多元的问题？

由于国家没有统一的答案，导致司法实践中，对于这一问题的回应混乱不一。两者最大的区别是：社保法中没有精神损害赔偿。

工伤保险条例（2010修订）无精神损害抚慰金！ 人损解释（法释〔2020〕17号）

- ◆ 第二十条 赔偿义务人请求以定期金方式给付残疾赔偿金、辅助器具费的，应当提供相应的担保。人民法院可以根据赔偿义务人的给付能力和提供担保的情况，确定以定期金方式给付相关费用。但是，一审法庭辩论终结前已经发生的费用、死亡赔偿金以及精神损害抚慰金，应当一次性给付。

→ 推荐阅读《劳灾补偿与侵权行为损害赔偿⁷》，载王泽鉴著《民法学说与判例研究（第三

⁷ 社保法其实就脱胎于侵权法，而又独立于侵权法。之所以独立，是因为适用传统意义上的侵权法对劳工权利

册)》，北京大学出版社2009年版，第196页：

四种解决类型——

1) 以劳灾补偿替代侵权责任；在德国，要求用人单位为每一个员工缴纳工伤保险费，我国也是类似的。这意味着国家的工伤保险基金可以替代民事上的侵权责任赔偿。王志坚先生介绍，劳灾补偿已经完全作为一种“特殊的工商领域的侵权责任”，已经取代了民法的普通的侵权责任。

2) 选择；然而我国因为没有规定，所以就存在选择——侵权or社保。但是我国的问题较为复杂，工伤赔偿可能无法成功获得。还有兼得的，就有的说两个都可以得。那这个一般很少还有一种是补充，就是你没有的。比如说你工商不是没有精神虫爱菲章吗，我可以主张侵权的再把这部分再要回来。

3) 兼得；一般而言较难得到

4) 补充

“连环转包的瓦工案”——重庆兴平建筑劳务有限公司与兰州市人力资源和社会保障局等确认上诉案，（2017）甘行终266号

最高院完全维护了自己扩大工伤保险制度的理念，既然已经存在违法分包转包，所以无需以是否存在劳动关系为前提，而是另有规定。

【思考】目前中国承认受雇人与具有用工主体资格的违法转包、分包的用工单位存在（事实）劳动关系吗？

Jaen! =Ja+Nein

否定“个别劳动法意义”的劳动关系，承认“社保法工伤意义”的受雇关系。→社会保障法领域的“工伤保险责任”。社保领域的关系应当和劳动关系松绑。

的保护非常不利。侵权法需要由被侵权人承担对损害、因果等要件的证明责任，而工商上基本是无过错责任。

第三讲 劳动合同的缔约磋商

【引入】在正式签订劳动法合同之前，就会发生很多有意义的生活事实。严格而言，此时尚未建立资方和劳方的关系，而只是招聘者和应聘者。招聘者会进行职位发布，而应聘者则会进行求职申请——如寄送求职材料、网申填写个人信息或求职调查问卷，为了面试还可能发生一定的必要支出，如差旅食宿费用等。

一、反就业歧视

（一）数据／算法歧视



当代社会的就业歧视已经从传统的人种、肤色、性别歧视发展到了数据、算法歧视。

e.g. 意大利骑手案：平台会根据骑手的跑单情况决定如何派单、发单，还有一种专门的算法用于决策。

1. 传统算法：缺乏自主获取信息能力的算法

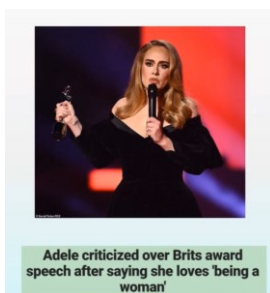
意大利“算法歧视第一案”：户户送公司主要采集骑手不在预定时间工作的次数，及在周末高峰时段送餐的次数，据此评价骑手的可靠性和参与性并形成评分，据此决定骑手是否有权在午餐时段接单

2. 当代算法

其一，具有较强的**自主性**。

其二，凭借大数据的输入，当代算法有能力从已知数据准确**推测未知信息**。大数据通常是指总量（volume）大、样态（variety）多、变化（velocity）快，即具有所谓“3V”特征的数据集。

（二）性别歧视



阿黛尔获奖大喊“做女人很骄傲遭狂骂？

网友：侮辱跨性别

从阿黛尔的案例可以看出，在公共场合，性别歧视已经成为“红线”，甚至有矫枉过正之嫌。

然而，在现实当中，性别歧视依旧无处不在：



人力资源社会保障部、教育部等九部门关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知（2019-02-21）

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）、教育厅（教委）、司法厅（局）、卫生健康委（卫生计生委）、国资委、医保局、总工会、妇联、人民法院：

男女平等是我国基本国策。促进妇女平等就业，有利于推动妇女更加广泛深入参加社会和经济活动，提升社会生产力和经济活力。党和政府对此高度重视，劳动法、就业促进法、妇女权益保障法等法律法规对保障妇女平等就业权利、不得实施就业性别歧视作出明确规定。当前我国妇女就业情况总体较好，劳动参与率位居世界前列，但妇女就业依然面临一些难题，尤其是招聘中就业性别歧视现象屡禁不止，对妇女就业带来不利影响。为进一步规范招聘行为，促进妇女平等就业，现就有关事项通知如下：……

六、支持妇女就业。加强就业服务，以女大学生为重点，为妇女提供个性化职业指导和有针对性的职业介绍，树立正确就业观和择业观。组织妇女参加适合的培训项目，鼓励用人单位针对产后返岗女职工开展岗位技能提升培训，尽快适应岗位需求。促进3岁以下婴幼儿照护服务发展，加强中小学课后服务，缓解家庭育儿负担，帮助妇女平衡工作与家庭。完善落实生育保险制度，切实发挥生育保险保障功能。加强监察执法，依法惩处侵害女职工孕期、产期、哺乳期特殊劳动保护权益行为。对妇女与用人单位

间发生劳动人事争议申请仲裁的，要依法及时快速处理。

从上面这一九部门联合发布的通知来看，导致女性受困的依旧是现实原因（e.g. 生育问题→国家希望促进生育，以及女性因生育而在职场受到歧视的问题是密切相关的）。

（三）就业歧视的法律内涵

劳动法第13条第2句

在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

1. 基于特定职业内在需要以外的因素——“性别为由”
2. 在就业机会或待遇上录用标准
3. 任何侵害就业平等权的区别、排斥、或优待措施——“拒绝录用或者提高录用标准”

（四）待深入探讨的问题

1. 为何反就业歧视？
2. 如何反就业歧视？
3. 从经济学角度反思反就业歧视的法律手段

（五）立法框架

在我国，反就业歧视的立法框架其实早已经完备。

1. 《宪法》

第33条第2款

中华人民共和国公民在法律面前一律平等。

42条第1款

中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。

第48条

中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。

国家保护妇女的权利和利益，实行男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。

从人民所享有的基本权利可以推出国家具有的保护义务，即立法机关的义务。

2. 《劳动法》

第二章“促进就业”

第12条：劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。

第13条：妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

第14条：残疾人、少数民族人员、退出现役的军人的就业，法律、法规有特别规定的，从其规定。第46条第1款：工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。

3. 分类

(1) 针对所有劳动者的立法

就业促进法（2015修正）

第一章“总则”

第3条 劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。

劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

第三章“公平就业”

第25条 各级人民政府创造公平就业的环境，消除就业歧视，制定政策并采取措施对就业困难人员给予扶持和援助。

第26条 用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。

就业服务与就业管理规定（2018修订）第二章 求职与就业

第4条 劳动者依法享有平等就业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

第三章 招用人员

第19条 用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

用人单位招用人员，除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清学指标作为体检标准。

第20条 用人单位发布的招用人员简章或招聘广告，不得包含歧视性内容。

第六章 职业中介服务

第45第2款 本规定所称职业中介机构，是指由法人、其他组织和公民个人举办，为用人单位招用人员和劳动者求职提供中介服务以及其他相关服务的经营性组织。

第58条 禁止职业中介机构有下列行为：（一）提供虚假就业信息；（二）发布的就业信息中包含歧视性内容；……

根据上述规定，乙肝病毒已经不能作为入职体检的项目了。

（2）针对特定劳动者

就业促进法（2015修正）第三章 “公平就业”

第二十七条 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。

用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

第二十八条 各民族劳动者享有平等的劳动权利。

用人单位招用人员，应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾。第二十九条 国家保障残疾人的劳动权利。

各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划，为残疾人创造就业条件。

用人单位招用人员，不得歧视残疾人。

第三十条 用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

第三十一条 农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利，不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。

妇女权益保障法2022修正第五章 劳动和社会保障权益

第四十一条 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利和社会保障权利。

第四十三条 用人单位在招录（聘）过程中，除国家另有规定外，不得实施下列行为：

- （一）限定为男性或者规定男性优先；
- （二）除个人基本信息外，进一步询问或者调查女性求职者的婚育情况；
- （三）将妊娠测试作为入职体检项目；
- （四）将限制结婚、生育或者婚姻、生育状况作为录（聘）用条件；
- （五）其他以性别为由拒绝录（聘）用妇女或者差别化地提高对妇女录（聘）用标准的行为。

从上面这部刚刚修正的《妇女权益保障法》的第43条，就可以看出对女性求职者歧视的原因主要聚焦于生育方面。

残疾人保障法 第3条

残疾人在政治、经济、文化和家庭生活等方面享有同其他公民平等的权利。

禁止歧视、侮辱、侵害残疾人。在职工的招用、聘用、转正、晋级、职称评定、劳动报酬、生活福利、劳动保险等方面，不得歧视残疾人。

第4条

国家采取辅助方法和扶持措施，对残疾人给予特别扶助，减轻或者消除残疾影响和外界障碍，保障残疾人权利的实现

第5条 农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的就业权利，不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。

第三章 招用人员

第18条 用人单位招用人员，不得歧视残疾人。

(六) 法律救济

1. 诉讼问题

(1) 提起反就业歧视之诉的诉讼主体

➤ 原告：求职者，指在劳动力市场中求职但尚未和用人单位建立劳动关系的劳动者

就业促进法第62条：违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。

➤ 被告：用人单位和职业中介机构

就业促进法第26条：用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。

职业中介机构其实在现实中已经越来越少了，不过有可能平台基于其算法机制是可以构成职业中介机构的。

(2) 诉讼类型

对于反就业歧视之诉的诉讼类型，由于立法未能明确，实践中有巨大的争议——究竟属于劳动争议还是民事争议？

对于劳动争议和民事争议的区分意义重大，在多个方面都有很大的差异：

劳动争议		民事争议	
诉讼管辖	“一裁二审”制，即劳动争议当事人首先必须向劳动仲裁机构申请仲裁，对劳	级别管辖+地域管辖	

	动仲裁机构的仲裁不服的，可以向人民法院起诉	
诉讼时效	劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼	普通诉讼时效为3年
举证责任	因用人单位作出开除、辞退、除名、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任	谁主张，谁举证
诉讼费用	劳动仲裁免费，劳动争议案件每件交纳10元案件受理费	民事案件分为财产案件和非财产案件，财产案件按诉讼请求的金额或价额按比例收取诉讼费；非财产类案件有分类的规定
法律责任	确认劳动关系成立，补缴社保等	恢复原状、赔偿损失等

但是，通过检视法律，可以发现：专门的《劳动争议调解仲裁法》中并未明确规定就业歧视属于劳动争议的受理范围：

劳动争议调解仲裁法第2条

中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

- （一）因确认劳动关系发生的争议
- （二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议
- （三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议
- （四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议
- （五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议
- （六）法律、法规规定的其他劳动争议→在就业歧视法中也没有找到规定的劳动争议。

目前，司法实践对此也态度不一，因而只能从民事案由上进行切入——但是，《民事案件案由规定2011》（法〔2011〕42号）中并未规定歧视这一案由。

转换思路——反就业歧视之诉是否会是侵权之诉，由用人单位负侵权责任呢？理论而言，可能有操作的空间。

民法典

第120条 民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。

第990条 I人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。

II除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。

终于，到了2018年，最高院发布了关于增加民事案由的通知，在人格权纠纷的三级案由中设立了一类“平等就业权纠纷”。这似乎意味着，反就业歧视之诉将会被纳入民事争议进行处理。

最高人民法院关于增加民事案件案由的通知（法〔2018〕344号）

经研究，现就在《民事案件案由规定》中增加两类案由问题通知如下：

一、在第一部分“人格权纠纷”的第三级案由“9、一般人格权纠纷”项下增加一类第四级案由“1、平等就业权纠纷”；

本通知自2019年1月1日起施行。最高人民法院2018年12月12日

（3）就业歧视的构成要件

如果要根据上述民事案由主张权利，自然需要明确就业歧视的构成要件，因而需首先回到劳动法的规定：

劳动法第13条第2句：在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

① 歧视特征	性别
② 歧视行为	拒绝录用或者提高录用标准

③ 因果关系	以性别为由拒绝录用/提高录用标准→歧视特征和歧视行为之间的因果关系
④ 无合理抗辩事由	除国家规定的…

① 歧视特征

劳动法第12条：“不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”

就业促进法（2015修正）第3条第2款：劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

《就业促进法》中对于歧视特征做了开放式列举（“等”），而不限于传统意义。

有重点针对，渐进式发展！

② 歧视行为

劳动法第13条第2句：拒绝录用或者提高录用标准

1958年消除就业和职业歧视公约：基于……的任何区别、排斥和优待

【思考】反歧视行为是仅限于求职阶段吗？

不是，反歧视行为不仅限于就业阶段，而是会贯穿于劳动合同的订立、履行和终止的各阶段。

例如，女性在职场中可能面对的晋升天花板问题等。

对于就业歧视的形式和认定标准，无任何立法规定。一般而言可以将歧视分成两种，不过我国并无立法规定。

- 直接歧视：雇主直接对带有某歧视特征的雇员采取与其相类比雇员不利的差别对待
- 间接歧视：雇主表面上实行中立的无歧视性的统一标准，但实质上对带有某一特征的雇员群体造成不利影响，例如在招聘中将学历、身高、体重等条件作为特别要求。

③ 因果关系

生活中，面临隐性歧视的时候，受歧视者可能很难证明自己是因为歧视特征而受到了不公正

的对待。在国外，立法者在反歧视之诉中的举证责任分配做出了有利于受歧视者的倾斜。

- 应聘者：只要能够提供初步表象的证据，能够说明存在歧视
- 招聘者：承担反驳的举证责任，存在合理的抗辩事由

遗憾的是，我国尚无相关的法律规定。

④ 无合理抗辩事由

此处，用工单位可以援引就业歧视的抗辩事由。抗辩事由可以分成法定抗辩事由和一般抗辩事由。

宗旨：划清用工自主权与平等就业权之间的界限——一边是自由用工的权利，一边是对劳动者的保护，可见用工单位的自由是有界限的自由。

法定抗辩事由	
劳动保护规定	《就业促进法》第27条：国家规定的不适合妇女的工种或者岗位，可以以性别为由拒绝录用妇女
就业优惠规定	《就业促进法》第28条：用人单位招用人员，应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾
公共利益需要	《就业促进法》第30条：经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作

【疑惑】针对就业歧视有无一般的抗辩事由？

比较法上，有“真实职业资格（genuine occupational qualifications）”这一一般抗辩事由，即判断原告是否具有在特定行业（a particular business）正常运营（normal operation）合理必要（reasonably necessary）的职业资格

1958年《消除就业和职业歧视公约》第1条

对特定职业基于其内在需要的区别、排斥或优惠不视为歧视

遗憾的是，我国实体法并无一般抗辩事由的规定。

【思考】实施歧视行为是否要求雇主主观上可归责 / 有过错（故意、重大过失、一般过失）？

此处，各国立法出现了意见分歧，有两派观点：

- 认为需要证明主观责任的：受歧视者举证难度太高，因而会在制度设计的层面适度降低。
- 认为不需要证明主观责任的：为了更彻底地发挥对就业歧视的威慑作用，干脆无需证明。

2. 就业歧视的法律责任

就业促进法（2015修正）第八章 法律责任

第68条 违反本法规定，侵害劳动者合法权益，造成财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《就业歧视法》中规定了“财产损失或者其他损害”，根据民法常识，与“财产损失”对立的往往是“精神损害”。但是由于在法律中并未对此做出规定，存有较大的争议。

上述条文引发的两个问题：1）“财产损失”（物质损害）的内容与范围？；2）“其他损害”是指非物质损害 / 精神损害？

最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释（法释〔2020〕17号）第1条

因人身权益或者具有人身意义的特定物受到侵害，自然人或者其近亲属向人民法院提起诉讼请求精神损害赔偿的，人民法院应当依法予以受理。

最高人民法院对于确定民事侵权的精神损害赔偿问题早有司法解释，在民法典出台后又进行过修正。结合前文提到的，最高院希望将反就业歧视之诉纳入侵权之诉的范围内，则似乎可以认为：在理论上，因就业歧视而主张精神损害赔偿的，从人身权益的侵权角度出发应当室友主张权利的渠道的。然而，从程序法的角度，实践中精神损害的举证责任依旧是难题。

（1）“财产损失”的内容与范围

A 先决问题：就业促进法（2015修正）第68条的规范宗旨？

就业歧视的损害赔偿问题最终可能涉及定范围等有一定的空间的问题，对此，有德国学者提出：应当厘清反就业歧视的立法宗旨为何。例如，立法者对反歧视是否采取威慑作用的价值观？

在德国等欧盟国家中，由于其国内的反就业歧视立法都是从欧盟的指令转化而来，所以都体

现了欧盟的威慑价值观，对就业歧视问题的打击非常严厉。威慑由此成为了德国等欧盟国家此类案件的出发点。

第一条 为了促进就业，促进经济发展与扩大就业相协调，促进社会和谐稳定，制定本法。

从我国的规定来看，很难得出其规范宗旨，只能领会出其对于经济发展等社会层面问题的重视。

B 该条“民事责任”的性质究竟是合同责任还是侵权责任？

最高院的态度是将就业歧视问题作为侵权问题来处理的，相应地，用工单位承担的也是侵权责任。然而，由于还涉及劳动合同的问题，也可能可以作为缔约过失责任来处理。由此产生了分歧——合同责任和侵权责任的构成要件、内容和范围都有所不同。

假设该条涉及的是契约法框架下合同缔约阶段的过失责任——

我国民法学界主流观点认为，合同的缔约阶段发生的是先合同义务。德国法中规定的则是此类歧视构成了对合同义务的违反，这主要是为了维持德国法逻辑体系上的一致。

“一般平等对待法” 明定就业歧视为违反合同义务 § 7

Benachteiligungsverbot (3) Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten. (*Prohibition of Discrimination (3) Discrimination according to paragraph 1 by employers or employees is a violation of contractual obligations.*)

在契约责任的逻辑下，需要将损害赔偿责任区分为履行利益和信赖利益：

履行利益的损害， 又称为积极利益	指于法律行为发生的债务得到履行时，债权人（受害人）可获得的利益，换言之，将受害人置于如同合同已经被适当履行时所处的状态
信赖利益的损害， 又称为消极利益	指债权人（受害人）因信赖法律行为有效成立所受损害，换言之，将受害人置于如同合同没有被订立时所处的状态

随后，不妨以全日制工为例来进行讨论——全日制工作为应聘者时责任范围到底是履行利益还是信赖领域？换言之，损害赔偿的范围究竟是即将要签订的合同如得到履行可以获得的利益，还是在违约的法律行为没有发生的情况下所应当处于的状态？

➤ 情形1：假设是履行利益

→于法律行为发生的债务得到履行时，债权人（受害人）可获得的利益。换言之，此时要将受害人置于如同合同已经被适当履行时所处的状态。

【思考】此时受害人可能会主张什么履行利益损害？

直接损害：适当履行待签劳动合同时可获得的报酬→进一步产生的问题是：如何确定这类损害的大小？不课以限制显然是不合理的，否则一个就业歧视的受害人甚至可以因此而一辈子衣食无忧。一种已经被提出的方案是：判断同行业、同类工作的工作者找到一份工作所花费的时间是多少，例如外卖小哥找到下一份同类工作的平均时间可能是三个月，则用工方的损害赔偿便应当以这三个月为基础进行计算。

➤ 情形2. 若为信赖利益

→ 债权人（受害人）因信赖法律行为有效成立所受损害。换言之，要将受害人置于如同合同没有被订立时所处的状态。

【思考】此时受害人可能会主张什么信赖利益损害？

直接损害：缔约费用、履行准备费用等支出；间接损害：所丧失的其他缔约机会。

直接损害	若歧视导致辞去原先工作，则之前劳动合同结束前可获得的报酬？
	若终止原租赁契约，在新工作地点通过中介租赁了更贵的新房
间接损害	受害人为与责任人缔约而放弃与第三人缔约所遭受的不利益

在此处的信赖利益当中也出现了和之前一样的问题——当事人如果原本要与另一家企业签订合同而放弃，此时损害赔偿范围如何确定？时间的期限如何确定？

【更大的争议】损害赔偿范围究竟是“履行利益”，还是“信赖利益”？

民法中的通说是：赔偿范围应仅限于信赖利益，不能超过履行利益。在德国法中则规定了“在具体个案可以超过履行利益”，不绝对以履行利益为限。

德国法关于缔约过失责任的主流观点，虽也认为赔偿责任范围通常应该限于“信赖利益”，但在具体个案可以超过履行利益。对于这一规定的解释，详见之后的“缔约过失责任”。

➤ 德国劳动法学界主流观点：从履行利益出发，损害赔偿的范围没有最高额度的限制。背后的原因是，德国法的学者受到了欧盟指令贯彻反歧视的威慑功能的影响。

针对歧视的物质损害赔偿的责任范围**无最高额限制**。

- 差额说：基于赔偿法的补偿功能，将受到歧视的现实财产状况与未受到歧视的假设财产状况进行对比

总之，如果在契约法的框架下理解损害赔偿的问题，势必要将其分成履行利益和信赖利益，并探讨此处的损害赔偿范围究竟及于履行利益还是信赖利益。进一步地，如果按照主流观点那样将其限定于“履行利益”，又会面临具体范围如何划分的问题。例如：1）应聘者是否可以强行要求资方订立劳动合同，行使“雇佣请求权”？2）未来工资损失的赔偿和计算应如何进行？…

假设该条涉及的是侵权责任——

侵权责任只需要从损害赔偿的原理出发确定原告究竟受到了什么损失即可，无需进行信赖利益和履行利益的区分。换言之，只需要帮助原告恢复到未受到侵权的状态即可。

《民法典》第1182条

侵害他人人身权益造成财产损失的，按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿；被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定，被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致，向人民法院提起诉讼的，由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。

侵权责任也需要区分直接损失和间接损失，进而会引发下列问题：

- 1）求职的损失（准备缔约的费用，差旅费等）？
- 2）若歧视导致辞去原先工作，则原劳动合同结束前可获得的报酬？
- 3）因歧视放弃其他的缔约机会所能获得的报酬？

【注意1】固定期限和无固定期限不同，相当复杂。

【注意2】在侵权责任的框架下，不需要再考虑丧失其他缔约机会带来的损失，因为该事实尚未发生。

（2）“其他损害的”，包括非物质损害/精神损害吗？——立法不明

对于这一问题，立法不明，学者态度也不明。

林嘉教授：一般劳动者在就业中受到歧视的，可以认定用人单位侵犯劳动者作为民法上的人所享有的一般人格权，受侵害的劳动者可以提起侵权行为诉讼，要求用人单位承担侵权责任。

德国一般平等对待法 § 15 II

针对歧视的精神损害赔偿的责任范围有最高额限制。

在德国法下，反歧视的物质损害赔偿并未限于履行利益，而精神损害赔偿倒是规定了最高额的限制。它的限制是：**如果应聘者即使在未歧视的情况下也不会被聘用，则精神损害赔偿的金额不得超过三个月的工资。**

民法典第996条

因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成**严重**精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

第1183条

侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成**严重**精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。

从上面的规定当中，可以看出，无论是通过民法典的人格权编还是侵权责任编，想要主张损害赔偿都很困难，且需要达到“严重”的程度。

（七）行政救济

歧视监管机关不明确

就业促进法第25条：各级人民政府创造公平就业的环境，消除就业歧视，制定政策并采取措施对就业困难人员给予扶持和援助。

劳动保障监察条例2004（国务院令第423号）第11条 未明确规定反歧视为监察事项

已废止的劳动监察规定第8条曾把“单位招聘职工的行为”列为监察内容

⁸ 林嘉：《河南社会科学》，载《论我国就业歧视的法律调控》2006年第5期。

（八）“乙肝就业歧视案”

肖某与环胜电子（深圳）有限公司纠纷上诉案

案情：肖某于2008年3月12日通过了电子公司的生产主管面试，2008年3月14日到该公司指定的医院门诊部参加入职体检。电子公司将乙肝抗原作为指定体检项目。肖某的体检结论为：（1）双眼近视；（2）乙肝两对半，五阳性，乙肝病毒携带者，传染性弱；（3）其余检查科无异常。

之后，电子公司未与肖某签订劳动合同。电子公司称未与肖某签订的理由是该岗位择优录取，且已有其他候选人。肖某称其曾与电子公司工作人员交涉，并有录音，其提交的录音光盘播放效果不清晰，但可分辨有一位女性工作人员在向肖某解释不招录有传染病的人。电子公司以不能确定谁在说话和不能确定录音内容为由对录音光盘不予认可。

2009年1月16日，肖某以电子公司侵犯其就业平等权，要求电子公司与其订立劳动合同为由，向深圳市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。2009年1月19日，深圳市劳动争议仲裁委员会以肖某的申请不符合立案条件决定不予受理案件，主要理由系肖某与电子公司不存在劳动关系，根据劳动法第二条的规定，双方关系不属劳动法调整范围。仲裁裁决后，肖某向广东省深圳市南山区人民法院起诉，请求：1. 电子公司与肖某订立劳动合同；2. 电子公司赔偿肖某损失47520元。

广东省深圳市南山区人民法院经审理认为，劳动者依法享有平等就业和依法择业的权利，用人单位有自主用人的权利。用人单位招用人员时，可以根据实际需要将肝功能检查项目作为体检标准，但不得以应聘者是乙肝病毒携带者为由拒绝录用。肖某提交的录音光盘播放的录音音质模糊，不能确定系电子公司工作人员的声音，其证明力不足，且电子公司不予确认，加之肖某未能提交其他证据证明电子公司系以肖某是乙肝病毒携带者为由拒绝录用，因此，肖某认为电子公司对其存在就业歧视缺乏事实依据。

一审法院基于因果关系要件否认了就业歧视，二审中原告继续进行了举证。

宣判后，肖某不服一审判决，向广东省深圳市中级人民法院提起上诉。

电子公司在二审调查时认可，到其公司应聘的员工进入体检环节后，如体检结论显示应聘者无明显的心脏病、肺结核或谷丙转氨酶指数大于40的情况，就会对其录用。

广东省深圳市中级人民法院经审理认为，劳动者依法享有平等就业和依法择业的权利，用人单位有自主用人的权利。用人单位招用人员时，可以根据实际需要将肝功能检查项目作为体检标准，但不得以应聘者是乙肝病毒携带者为由拒绝录用。

本案中，肖某于2008年3月12日经过电子公司面试后，于2008年3月14日到由电子公司安排的医院门诊部进行体检。肖某提交的体检表上加盖有“电子公司体检专用章”字样的印章，电子公司将乙肝抗原作为体检项目。肖某的体检结论为：（1）双眼近视；（2）乙肝两对半，五阳性，乙肝病毒携带者，传染性弱；（3）其余检查科无异常。之

后，与电子公司未签订劳动合同。

二审做了偏向于受歧视者的举证责任的安排。

电子公司认可其招聘员工的过程中，一般经过笔试、面试，且双方对工作待遇、工作岗位均协商一致后才会安排应聘者体检。

电子公司主张未与肖某签订劳动合同的理由是公司实行择优录取，且已有其他更适合该岗位的候选人。肖某的体检结论并未显示其有明显的心脏病、肺结核或谷丙转氨酶指数大于40的情况，电子公司主张有更合适的人选，但未就该主张进行举证。肖某的体检结论确实显示其为乙肝病毒携带者，从肖某提交的录音光盘中，亦可分辨出有一位女性工作人员在向肖某解释电子公司不招录有传染病的人。综合电子公司录用员工的环节和程序，应认定，电子公司是以乙肝病毒携带者的理由拒绝录用肖某。

肖某已通过电子公司的笔试、面试，并就工作待遇、工作岗位达成了一致意见，我国法律规定，用人单位不得以劳动者是乙肝病毒携带者而被拒绝录用，肖某有合理的理由相信电子公司将与其签订劳动合同。

法院开始进入给予赔偿的说理，因而进入事实回放→电子公司认可其招聘员工的过程中一般经过笔试、面试，且双方对工作待遇、工作岗位均协商一致后才会安排应聘者体检。广东省深圳市中级人民法院经审理认为，基于此，肖某会为与电子公司签订劳动合同而支付一定的费用，但电子公司以肖某是乙肝病毒携带者为由，拒绝录用肖某，从而使肖某遭受一定的财产损失，以及有可能丧失与其他用人单位签订劳动合同的机会，基于公平原则，电子公司应赔偿肖某因此造成的财产损失。因肖某未举证证明其损失的准确数额，法院酌情认定电子公司应赔偿肖某经济损失5000元。

问：“支付一定的费用”和“丧失与其他用人单位签订劳动合同的机会”分别是什么损失？直接损失和间接损失。

在反歧视中，强制缔约不能作为法律责任后果。

法官评析：为了弥补对劳动权利救济缺陷，确立劳动合同缔约过失责任制度是必要和可行的。由于劳动合同兼具公法和私法属性，与民事交易合同在属性上有较大差异。鉴于此，劳动合同缔约过失责任制度与传统民法中的缔约过失责任制度相比，在适用主体、归责原则、适用范围和赔偿范围等方面有其特殊性。

劳动合同缔约过失责任的适用不仅可以弥补劳动法立法上的缺失，对于维护劳动者和用人单位的合法权益、完善劳动权利救济体系也至关重要。尤其在当今就业歧视普遍存在的情况下，构建劳动合同缔约过失责任制度不失为一条可行之策。

劳动合同缔约过失责任制度能够实现对劳动者公平就业权的保护。劳动合同缔约过失责任制度要求订立劳动合同的一方在订立劳动合同时，不得故意隐瞒与订立劳动合同有关的重要情况或者提供虚假情况，要保护对方的商业秘密或个人隐私，保护对方的人身权益，不得歧视女性或乙肝病毒携带者等等，如违反上述义务造成订立劳动合同

的一方财产损失或人身损害，应承担损害赔偿责任。

二、劳动合同的缔约过失责任——以资方作为切入点

（一）缔约过失责任的内涵

概念：缔约过失责任是一种合同前的责任，即缔约人由于过错违反先合同义务而依法应当承担的民事责任。

CL第四十二条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。

CC第五百条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：

（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。

我国《民法典》和《合同法》对缔约过失责任的规定基本一致，而劳动法中并无相关规定。

唯一能跟缔约过失责任挂上钩的就是《劳动合同法》，强调了诚实信用原则。

LCL第2条【基本原则】

订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

信息披露可能引发缔约过失责任：

LCL第8条

用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地、点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

劳动法中的缔约过失责任规定？

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）
（2009年7月讨论稿）第2条

用人单位或劳动者以对方在订立劳动合同过程中违反了《劳动合同法》第8条、第9条之规定给其造成损失为由，请求赔偿的，应予支持。

LCL第九条用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

【注意】此调整的缔约过失情形有限，如有违诚信缔约磋商和中断缔约的情形未被涵盖。

（二）缔约过失责任的法理基础和规范意旨、性质

1. 法理基础

承认先合同之保护义务的深层原因，即缔约过失责任的法理基础——源于诚信原则的合理信赖

- 缔约磋商引发缔约各方均应注意照顾到对方权利、法益和利益的合理期待
- 基于该合理期待，缔约各方才赋予对方更多影响自身权益的可能。一旦该期待因一方有违诚信的行为受挫，理应得到相应的救济，方属正当。

2. 规范意旨

- 民法典第500条（缔约过失责任）的规范分析→ 不涉及合同效力问题，即不解决意思自由何时可支撑起一个有效合同的问题，涉及的是损害赔偿问题。
- 民法典第500条的规范意旨→ 首先，损害填补；其次，对违背诚信原则的过失行为的抑制。一方面可以在意思自治的维护 and 不当行为的抑制之间保持平衡，另一方面可以防止行为抑制功能的过分发挥伤及意思自治。

缔约过失责任解决的是赔偿的问题，而损害赔偿的产生本就是对违反诚信的缔约行为给他方造成的损失进行赔偿。但是这种违反诚信的缔约行为也不能过于泛滥和泛化，否则就会导致

动辄就要承担缔约过失责任。

3. 规范性质

【思考】我国民法典第500条的缔约过失责任是违约责任，还是侵权责任，抑或是不同于两者的独立责任类型？

区分这两种责任的意义：违约责任和侵权责任的构造差异体现在多个方面，例如保护客体、构成要件、诉讼时效等。

目前来看，学界对于这一性质的判定存在很大分歧，有两派观点：

➤ 观点1 独立的给付障碍类型

观点1还是将其理解为一种广义的“违约责任”（打引号是因为此时毕竟连合同都没有成立），这是一种契约性质的观点，主要是受到德国影响。在德国，缔约过失责任被置于契约法的框架下进行调整，主要理由是，当事人之间的关系在进入合同磋商阶段后，比侵权关系更为紧密，注意义务也会因此更高，形成了一种特殊的信赖关系，因而应当在契约法中调整。

违反先合同的保护义务，保护强度高于侵权法上的注意义务。该义务“通常要比侵权行为法所要求的注意义务为重”，是“特殊的信赖关系”中的义务。契约法有促进交易安全的使命，比定位于侵权责任更符合其制度目的。

➤ 观点2 侵权责任

虽然缔约协商已经使缔约者进入“一个比较紧密的关系”之中，但由此而生的先合同义务，“与侵权行为法上所确认的一般安全注意义务相比并没有本质的区别”。

➤ 观点2的升级版 侵权责任

从法律适用角度厘清德国将缔约过失责任置于合同法的根由。这类观点从德国要将缔约过失责任置于契约法框架下的原因出发，以中国的法律规定一一回应，最终说明了为什么在中国缔约过失责任并没有独立于侵权责任的必要。

1) 从侵权法保护的客体范围来看，我国缔约过失责任无需独立于侵权责任

我国侵权法有一般条款，不仅保护绝对权益，而且保护其他人身、财产权益

民法典第一编总则第八章民事责任第186条

因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

民法典第七编 侵权责任第一章一般规定第1165条第1款

行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

无德国的“小”侵权条款缺陷。德国的侵权法规定的是一个范围很小的一般条款，它列举了一些绝对的权益以及对其他某些保护性法律的违背，导致很多利益无法通过侵权法调整，只能通过合同法调整。但是我国侵权法保护的利益是非常管法规范的，并没有德国侵权法的缺陷，无需逃逸到合同法领域。

2) 从侵权法的用人者责任制度来看，我国缔约过失责任独立于侵权责任的价值或理由不能成立

我国侵权法的用人者责任实施无过错责任——民法典第七编 侵权责任第三章 责任主体的特殊规定 第1191条的用人者责任采无过错责任原则，和德国法雇主可举证免责的过错推定责任不同。另外，我国实体法并无合同法的履行辅助人制度。

德国法的用人者责任制度采用的是过错推定，但是用人者可以通过举证自己尽到了监督选任的义务来免除承担雇员对第三人的侵权责任。当然，这一制度在德国的效果并不好，因为在现实中，用人者往往很轻易就能举证说明自己已经尽到了相关的义务，导致其他的第三人权益得不到保障。但是德国的合同法上有履行辅助人的制度，例如作为汽车修理厂的职工，L在帮其他人修车的时候损坏了他人座椅或者导致了对外的侵权，此时他履行辅助人的身份可以让这类责任直接归于修理厂。通过将缔约过失责任放在合同法中，德国法弥补了自己在侵权法中规定过错推定责任的不当。

但是，我国侵权法规定的本就是无过错责任，并没有相关的需要。

➤ 德国法上缔约过失责任的性质

立法体系：位于债编总则，第三章约定债之关系，第311条

有观点认为：是介于契约责任和侵权责任之间的责任

其一，与契约责任有别于：缔约过失责任中尚无通过法律行为负担的给付义务

其二，与侵权责任的区别：两者之间已产生了一定的特别联系

(三) 缔约过失责任的发生前提

【注意】此处探讨的是发生的前提，而不是构成的要件。

民法典第500条【缔约过失】

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：……

“订立合同过程中”的解读——缔约过失责任

1. 合同磋商／谈判的开始

阶段：始于磋商开启，终于磋商结束或合同订立。关于招／应聘的往来沟通的电子邮件、亲自面试或线上面试、电话面试均可视作磋商谈判。

老师认为：在生活中，劳资不平等是一种常态，很少有能对合同内容进行实质性探讨的平等谈判，所以对这里的磋商谈判不能作太高的要求。

2. 合同准备

时间上经常先于合同磋商谈判发生，主要指从投出应聘简历时，或发出招聘广告时即开始。

在民法中有个常见的例子：下大雨时L进入商店避雨，不慎踩到地上的香蕉皮摔跤而受伤，此时为了保护其利益，弥补侵权法的力所不逮，传统民法认为，不应当对确定的订约目的作硬性要求——例如L必须是以购买东西为目的进入商店等。但是在劳动法中，一般都应以具有缔结劳动合同的明确目的为标准之一判定是否符合合同准备阶段的特征，这也是求职的实践常态。

3. 类似的交易上接触：兜底条款

在劳动法中，此处的“类似的交易”无非就是要找工作，劳动法适例可能很少见。少数合适的例子是：就业指导中心或者老师或者其他职业中介机构对应聘者做背景调查或者相关的调查的过程中，是否会产生缔约过期责任。

(四) 缔约过失责任的“构成要件”

民法典第500条【缔约过失】

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：

- 1. 缔约人一方违反先合同义务
- 2. 相对方受到损失
- 3. 违反先合同义务与损失之间有因果关系
- 4. 违反先合同义务者有过错

1. 违反先合同义务

合同履行中的附随义务

民法典第三编 合同 第一分编通则 第四章合同的履行

第509条第2款

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

“先合同义务”的法律性质并不是契约法层面的、基于法律行为负担的主给付义务、从给付义务和附随义务，而只是因为当事人违反了合同缔约过程中的谨慎注意义务而产生。换言之，“先合同义务”的契约性质值得检讨。

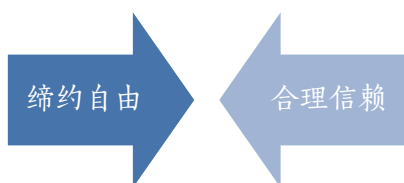
民法典对“先合同义务”作了以下分类（民法典第500条）：

a.诚信缔约义务	第1项：假借订立合同，恶意进行磋商
b.说明告知义务	第2项：故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况
c.有其他违背诚信原则的行为	第3项：安全照顾义务及其他义务

【注意】有违诚实信用原则的解释不可避免地会具有因须契合于个案和情境而生的弹性。C中的兜底不能太过于宽泛。

a. “假借订立合同，恶意进行磋商”

- 常态：进入磋商阶段，合同当事人不可避免地会为开启和继续磋商进行一定程度的缔约上的成本投入，或放弃其他缔约机会，若磋商违反一方的意愿而中断或终止时，该方的缔约成本投入或丧失其他缔约机会即可能成为损失。
- 原则：当事人享有缔约自由，可选择随时中止或中断合同磋商，不会产生损害赔偿义务。
- 基于诚信原则的例外：一方有违诚信地引起对方产生订立合同的合理信赖，以恰当平衡一方的缔约自由和另一方的合理信赖。



一方缔约自由要受到诚信原则限制，当事人不能假借订立合同，恶意磋商，引发对方不必要的缔约投入。

一方的合理信赖也要受到避免缔约强制的限制，当事人若在合同成立前贸然进行过大的投入，则应承受合同不能订立带来的投入落空的风险，否则，无异于强使他人缔约，不合缔约自由之精神。

民法典第500条第1项 典型是一方有违诚信地引起对方产生订立合同的合理信赖，指一方当事人在无意与对方当事人订立合同的情况下**未订立有效的合同**。一方当事人虽然出于恶意假装磋商的意图，但是从来没有发生有效合同的外观，“进行磋商”，具体包括恶意开始磋商、恶意继续磋商和恶意中断磋商。

对于恶意中断磋商的情形，有学者主张由第500条第3项兜底条款调整。

未订立有效的合同须例外承担缔约过失责任的前提条件

① 缔约一方进行假意磋商（只是“做做样子”）	开始谈判或在已不欲缔约的时刻之后仍继续谈判。有学者认为不限于“恶意”，假借也可。
② 引起相对方期待缔结合同的特殊信赖，并由 此实施了不利于其财产的处分	如支出费用或错过其他缔约机会

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发〔1995〕223号）第二条

用人单位有下列情形之一的，对劳动者造成损害的，应赔偿劳动者损失：
（一）用人单位故意拖延不订立劳动合同，即招用后故意不按规定订立劳动合同以及劳动合同到期后故意不及时续订劳动合同的；

【思考】上述规定是民法典第500条第1项的适例吗？换言之，是假借订立合同恶意进行磋商

的缔约过失类型吗？

不属于，上述规定的重点其实是要求用人单位尽快和劳动者订立书面合同。

b. 违反说明告知义务

“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”

➤ 实践中更多是因过失违反说明告知义务

【争议】是否仅限于“故意”情形？ 对此，学界存有争议。有的学者认为可以放到兜底条款，不一定非要规定为“故意”，此处只是一种列举。也有学者认为，如果不以故意为限，可能会泛化缔约过失责任的范围。

反对观点：援用第民法典第500条第3项“有其他违背诚实信用原则的行为”的兜底条款，认为

为民法典第500条第2项仅具有示范作用。

【追问】不以故意为限，会不会因不当泛化说明告知义务而伤及缔约的意思自治？如果规定“故意”，如何和民法上的欺诈制度区分开？

➤ 市场经济下缔约双方告知义务的基本规则

→ 原则：无主动告知义务，各方负责获取评估缔约风险和机会的所有信息

注意：民法典第500条第2项只是一个例外规定，不能被解释为缔约当事人负有一般性的说明义务，当事人应当自己获取信息来进行谈判，防止行为抑制功能的过分发挥伤及意思自治。

→ 例外：当事人在例外情况下也可能负有主动披露的义务

例外：基于诚信原则主动披露“与订立合同有关的重要事实”

a.所谓“与订立合同有关” 应指影响相对人订约意愿和订约条款安排的事实和情况

b.所谓“重要” 只能就特定的交易情形结合具体的合同类型和交易惯例等加以具体的判断

➤ 劳动法中在求职阶段最重要的先合同义务——劳资各方的说明、告知义务

劳动合同法第8条

用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

在劳动合同法第8条中，明显在求职阶段设计了对应聘者的倾斜保护，加重了招聘者资方的说明告知义务。

出发点：双方意图订立的合同是劳动合同，这种合同有特殊性。一方面，双方所希望订立的劳动合同属于持续性合同，未来的长期维系非常注重互相之间的信赖，如果未能尽到说明告知义务，可能会损害此种信赖。另外，订立劳动合同对应聘者的经济意义很大。以及，劳资双方之间本就处于信息不对称的地位中，通常招聘资方在智识和经济上居于强势。

I 雇主的告知义务

主动告知的信息：应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬

被动告知的信息：雇员要求了解的其他情况，如有关合同履行的信息

【思考】雇员的知情权是无限的吗？雇员的知情权不是无限的，而是局限于所要应聘的岗位的相关信息。通过招聘来刺探资方的商业秘密或者与竞争有关的信息自然是不受法律允许的。雇主的告知义务要么来自法定，要么是可以从合同中推定出来：

安全生产法2021修订

第44条第1款

生产经营单位应当教育和督促从业人员严格执行本单位的安全生产规章制度和安全操作规程；并向从业人员如实告知作业场所和工作岗位存在的危险因素、防范措施。

职业病防治法（2018修正）

第33条第1款用人单位与劳动者订立劳动合同（含聘用合同，下同）时，

应当将工作过程中可能产生的职业病危害及其后果、职业病防护措施和待遇等如实告知劳动者，并在劳动合同中写明，不得隐瞒或者欺骗。

【思考】除法定告知义务所涉的信息以外，雇主还有什么与信息需要披露？

并无确切答案，须根据个案，基于诚信原则划定雇主须主动告知的信息范围。德国法中出现的一些典型的信息在我国也可用作参考：

1) 阻碍签订有效劳动合同的重要情形，如外国人就业许可的办理；2) 经济状况恶化，即将不能支付工资；3) 可能提早结束劳动关系的重要信息，如即将进行部门裁撤或经济性裁员。

II 雇员的缔约告知义务

➤ 制度设计：雇员的缔约告知义务是法定的，雇主有询问权--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。

但是，相较于其他针对“物”的交易关系，劳动关系之所以特别敏感、复杂而紧张，就在于此种关系所具有的“人身性”特征。

主要涉及对求职者的人格权保护，尤其是其私人领域：

民法典第四编人格权第一章一般规定

第990条

I人格权是民事主体享有的生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权等权利。

II除前款规定的人格权外，自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益

➤ 原则：雇主对问题的回答具有合法、合理、正当和值得保护的利益。

雇主享有知情权的前提：经过个案衡量，与雇员的人格权利相比，雇主获得信息的利益更加值得保护。

限定于“与劳动合同直接相关的”的解读：相关问题对申请的职位或将要从事的工作具有意义，影响雇主订约意愿和订约条款安排

➤ 在现实中，资方似处于并未被约束的状态，我国可以借鉴德国的“信息分层”制度。

层级	属性	内容	距离
第一层	必须主动告知的信息，	须告知无法从事工作或	如未获得执业许可或就

	依诚实信用原则，§ 311CL	者至少是会严重影响工 业许可、传染病、离职 作的信息，即影响合同 效力或合同履行的信息
第二层	可以询问的信息	主要指关于能否胜任应 聘职位的信息 如工作经验、专业技能
第三层	禁止询问的信息	与歧视特征相关的信 息、个人隐私 如财产状况、婚姻状 况、性取向、私生活

总之，问题与职位关联性越低，与求职者个人越相关，则禁止询问的几率越高。

【思考1】学历，甚至是高校类别，毕业高中是否属于“可以询问的信息”？

从能否胜任而言并不具有直接联系，但实践中也无法避免。

III 现实问题

招聘者能否询问关于女性怀孕的事宜？

德国对此问题的先后四个阶段的发展		
阶段	内容	评价/后续
1) BAG: 可以问	BAG认为可以问女性求职者，母亲保护法只保护在职女性	显然构成对广大求职女性的性别歧视
2) BAG的区分解 决方案	全是女性应聘者，可以问	本质依旧是对女性性别的直接歧视，因为同类事项不会在男性求职者身上发生。 EuGH（1990年的Dekker案）否定了BAG的区分解决方案。
3) BAG 更换说辞	放弃区分方案，但为了保护女性应聘者 and 待产婴儿 的身体健康，可以问	依旧是对女性性别的直接歧视，此种所谓的保护性规定反而会构成对女性就业和职业发展的阻碍。 EuGH（2000年的Mahlburg案）否定BAG。
4) EuGH（2001年	无论签订的是无固定期	德国司法判决：BAG未明确表态

的Tele Danmark 限，还是固定期限的合
案） 同，都禁止提问

“治本之道则是在国家、用人单位、女性劳动者及其伴侣之间公平分配生育成本，消除算法歧视产生的根源。”⁹

老师认为，反对歧视女性是全社会的共同责任，不宜让资方承担全部负担，否则会适得其反，国家应通过预算分配和社会保险方式解决此社会问题。

与残疾有关的事宜

原则：身体、智力或精神状况是否是将来要从事工作的本质且决定性的职业要求，即严重影响将来工作的履行

残疾人保障法第33条第2款

国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位应当按照规定的比例安排残疾人就业，并为其选择适当的工种和岗位。达不到规定比例的，按照国家有关规定履行保障残疾人就业义务。国家鼓励用人单位超过规定比例安排残疾人就业。

与疾病有关的情形

1) 由于患病而健康状况欠佳，长期性或者经常性地不能从事约定的工作；2) 疾病是否具有传染性，可能危及同事或者客户的安全；3) 双方约定了劳动合同开始的时间，但是雇员应聘时正在生病而且预计到应该上班的时候还没有痊愈，或者那时正好安排了手术或者疗养。

⁹ 阎天 | 女性就业中的算法歧视：缘起、挑战与应对

现实中出现的新型问题



左图显示的是一种在坏天气情况下可以服用的药剂，含有16种草药和维生素C。

【思考】艾滋病、抑郁症、手机控，其他日渐普遍的疾病在劳动关系中应当如何处理？

入职体检——从第三方间接获取健康信息

- 体检项目与知情信息范围一致
- 通常不得强行安排体检，事先须征得求职者同意，除非职业以上岗体检为前提——如食品制造、空乘人员等。→ 注意：中国实践并非如此
- 医疗机构的保密义务：医生只得告知雇主健康是否符合岗位要求，不得透露诊断结果的细节

民法典第1226条

医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任。

犯罪前科

前科是指曾经被宣告犯有罪行或者因犯罪被判处刑罚的事实。

刑法2020修正第100条第1款

依法受过刑事处罚的人，在**入伍、就业**的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。

【思考】如何评价该条规定？

应当从将来所需从事的职业出发进行判断，如果一律不予区分地要求披露，将会对此类人员融入社会造成极大的障碍。

陈晨、姚雪乔：《刑满人员求职频频碰壁》《南方日报》2013年1月6日，第A09版

2013年，有媒体报道，两名曾经有过犯罪前科的“失足男子”分别在网上发帖表示，

此前的服刑经历导致他们在找工作时频频遭拒，好不容易找到工作，一旦被发现曾服过刑也会很快遭到劝退，这使得他们对未来生活无限迷茫。他们就此质疑，为什么社会不肯给他们一个改过自新的机会？

德国对犯罪前科问题的规定

原则：禁止提问

《德国联邦中央登记法》第53条第1款：已从犯罪记录簿删除的犯罪前科视为未受犯罪处罚

例外：与招聘的工作岗位相关的犯罪前科

司机：交通肇事犯罪；银行职员：财产犯罪；青少年辅导员：性犯罪，因侵犯儿童的行为受过刑罚。

我国的规定当中，免除了一定的报告义务，但不够彻底：

刑法2020修正第100条第2款

犯罪的时候不满十八周岁被判处有期徒刑以下刑罚的人，免除前款规定的报告义务。

《深圳3000多专车司机有“前科”曾涉吸毒、重大刑事犯罪；多部门约谈滴滴、优步、易到等平台》

深圳网约车平台“5宗罪”，其中一条为“驾驶员招录普遍把关不严，市民乘车安全难保障”。

网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（2016年第60号）第14条

从事网约车服务的驾驶员，应当符合以下条件：（二）无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪记录，无吸毒记录，无饮酒后驾驶记录，最近连续3个记分周期内没有记满12分记录；（三）无暴力犯罪记录；

公司法（2018修正）第146条第1款

有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

新修正的《未成年人保护法》规定了应当主动告知的义务，有可取之处：

未成年人保护法（2020修订）第62条第1款

密切接触未成年人的单位招聘工作人员时，应当向公安机关、人民检察院查询应聘者是否具有性侵害、虐待、拐卖、暴力伤害等违法犯罪记录；发现其具有前述行为记录的，不得录用。

IV 雇员对“越界”问题的正当合法防御

雇员有“撒谎的权利”，可以作不实回答而不构成欺诈。

招聘企业“不仁在先”，应当赋予应聘者相应的“自力救济”。

我认为，此种正当合法防御的设置是非常巧妙的。雇员和雇主本就处于不平等的地位，是雇员“有求于”雇主，面对雇主的越界问题，要求雇员直接举报或正面还击并不现实，且本就不算是额外的救济。而“不实陈述”的权利则可以达到以四两拨千斤的效果。

V 雇主从第三方渠道获得信息

民法典第四编人格权

第六章隐私权和个人信息保护第1134-1139条

e. g. 前雇主处、社交网络（微信、微博、QQ空间、领英、人人）、人肉搜索

判断是否合法的简易规则：通常雇主可以采集搜取公开的信息，如要从第三人处获知相关信息，必须经应聘者同意；禁止侵入求职者的私人社交网络。

c.其他违背诚实信用原则的行为

I 违反安全照顾义务

指因一方疏于尽到义务导致对方的人身或财产的固有利益受到侵害（和侵权行为的规定有重叠）。如应聘者去企业处，不慎在面谈前，在湿滑地面上摔倒，导致骨折。

【注意】王泽鉴先生另有观点认为，我国台湾地区的现有侵权法规定已能足以保护被害人，故不必将此与缔约准备或磋商的案型纳入缔约过失责任范畴。

老师认为，此种行为不应当被纳入缔约过失责任的范畴，侵权法本身足以涵盖。

II 违反信息保护义务

指不妥善处理应聘材料包含的个人信息而给应聘者造成损害。

民法典第一编总则第五章民事权利第111条

自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

民法典第四编人格权第六章隐私权和个人信息保护第1134-1139条

个人信息保护法第一章 总则 第二条

自然人的个人信息受法律保护，任何组织、个人不得侵害自然人的个人信息权益。

2. 缔约相对方受到损失

损失：因违反缔约中的先合同义务而受到实际损害。

民法典第五百条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：……

【思考】包括哪些损失？

3. 违反先合同义务与损失之间有因果关系

4. 违反先合同义务有过错

民法典第500条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：

- （一）假借订立合同，恶意进行磋商；
- （二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；
- （三）有其他违背诚实信用原则的行为。

主流观点：除第1、2项外，不以故意为限，根据第3项其他情形为过错即可。

老师的提醒：按照主流观点可能会导致缔约过失责任泛化。既然立法者在制定法律的时候纳入了“恶意”、“故意”的考量，显然是希望能限定在较为严重的情形。

（五）缔约过失责任的法律后果

1. 法律后果：损害赔偿責任

民法典第500条

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：……

- 损害赔偿的首要功能：**补偿**
- 损害赔偿的基本原则：使受害人处于未违反缔约磋商义务时所应有的状况，即恢复被害人至损害发生前的状况。
- 损害赔偿的出发点：自然损害概念下的“差额说”，指两相比较损害事实发生前与损害事实发生后的状况，被害人所受之损失即为损害。

2. 关于具体范围引发极具争议的两大问题

问题1：缔约过失的损害赔偿責任，究竟是履行利益，还是信赖利益？

主流观点认为，缔约过失的损害赔偿責任应当是信赖利益。此时又会出现问题2——

问题2：若为信赖利益，缔约过失的损害赔偿范围应否以不超过履行利益为限？

老师认为，这些争议和缔约过失责任的规范性质有关，即本质上依旧是如何定性缔约过失责任的问题。

债务不履行与侵权行为在民事责任体系上，各有其不同之适用范围、保护客体、规范功能及任务分配

- 合同法保护的客体：债务不履行的契约责任主要为债权人之给付利益（履行利益）
- 侵权法保护的客体：侵权行为引发的侵权责任

民法典第1165条第1款

行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

原则：主要保护被害人之固有利益（又称持有利益或完整利益），因此侵权法所保护之法益，通常限于人身或财产权的固有利益

例外：及于绝对权利之外的利益，如现代侵权法保护纯粹经济 / 财产损失获赔的利益，但要谨慎处理，不得泛化。

3. “契约责任”性质下的损害赔偿

【思考1】损害赔偿的具体范围？

合同债务领域对损害的一种基本分类（出发点）	
履行损害 / 利益，又称积极利益	一方当事人因另一方没有履行而遭受的损害，须使被害人处于如同债务被适当履行下他所应处的状态
信赖损害 / 利益，又称消极利益	因信赖法律行为的有效性而遭受的损害，对此赔偿使被害人处于如同他未听说该行为时所应处的状态

学界通说：原则上只是“信赖利益”，而非“履行利益”。此种信赖利益一般包括：

所受损害，又称积	指现存利益的积极减少	典型如缔约费用、准备履行的费用、

极 / 直接损害	辞去原工作遭受的损失等
所失利益，又称消极 / 间接损害	消极妨害新财产的取得，本应获得的利益丧失 典型如丧失缔约机会

民法典第1165条第1款

行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。

- 理由：缔约磋商阶段尚未订立合同，只是产生了一个无给付义务的债之关系，履行利益自然也无从谈起。另外，缔约磋商制度的立法目的是补偿受挫的信赖 / 期待，而不是要使得该信赖“成真”，所以没有“雇佣请求权”的适用余地。
- 劳动法中的赔偿后果：让求职者处于损害行为如同没有发生时应有的利益状况。

【思考2】虽通说认为仅为“信赖利益”，但是否意味着该损失赔偿不得超过履行利益？

- 通说所认为的信赖 / 消极利益不以履行 / 积极利益为限的例外案型：“违反保护义务”造成对方人身或财产权益遭受损害的缔约过失责任。但是，这一例外实际上是无需考虑的，因为本就已经落入了侵权责任的规制范围，与合同的履行利益没有关系。
- 老师认为，不应考虑违反保护义务侵害绝对权益的案型——与缔约疏远，仅涉及侵害绝对权益的案例，它们与侵权案型无本质差异。
- 典型如违反保密义务：

民法典第501条

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

以下聚焦于影响合同成立生效的案型。

其一、违反诚信缔约义务的缔约过失责任案型

I 含义

合同根本未成立，从未发生有效合同的外观

“假借订立合同，恶意进行磋商”具体包括：1）恶意开始磋商；2）恶意继续磋商；3）恶意

中断磋商

II 赔偿范围

① 所受损害 / 直接损害	典型如应聘者或企业方白白支出的应聘 / 招聘费用；辞去原工作
② 所失利益 / 间接损害	典型如应聘者或企业方丧失与他方缔约的机会

难题：如何计算和限制？

其二、违反说明告知义务的缔约过失责任案型

两类违反说明告知义务构成缔约过失的情形		
① 未订立有效的合同	合同成立外观存在，但合同不生效力	待深思：劳动法适例 e.g. 未及时为外国人办理就业许可证
② 订立了有效的不利合同	合同已经成立，但是对某一方/双方当事人不利	待深思：劳动法适例，“信赖利益”损失范围

应聘者可能对公司的宣讲会产生了误信而进入公司/招聘者可能对应聘者的面试表现产生了误信而聘用之→劳动法上本已经设置了相应的制度：辞职/试用期。

4. “侵权责任”性质下的损害赔偿

【思考】损害赔偿责任的范围？

- 损害赔偿的出发点：自然损害概念下的“差额说”
- 损害赔偿的原则：使受害人处于未违反缔约磋商义务时，所应有的利益状况

案型I 绝对权利 / 固有利益受到侵害

实质：与侵权责任法无异，只不过发生在缔约磋商过程中的当事人之间而已。如人身权、所有权受到的侵害。

案型II 赔偿权利之外的利益，纯粹经济损失

- 纯粹经济损失：非因人身或所有权等权利之外的利益受侵害而产生的财产损失。如挖断甲公司的电缆致其停电期间不能生产遭受损失。
- 损害赔偿范围

出发点	“差额说”恢复被害人损害发生前应有的利益状况
侵权法的损害赔偿类型	探明直接损失和间接损失(具体的赔偿项目)并根据个案辅以适用必要的限制赔偿责任规则
	【注意】无合同法框架下的履行利益与信赖利益之分，因为已经到了侵权责任的框架下，只有直接和间接损失之分。

5. “[电脑工程师乙肝歧视案](#)”

赔偿高铁明因受就业（乙肝）歧视而遭受的经济损失29250元（从2007年5月11日起至同年11月26日止，按每月4500元计算，计算6个半月）；

事实回放：2007年5月11日，高铁明正式办理了达丰（上海）电脑有限公司的离职手续，其离职前的平均工资为2703.5元。

2007年11月26日，高铁明与另一公司签订劳动合同，担任结构工程师职务，每月工资为4500元

【思考】如何评价原告主张的工资损失？

原告是按照所找到的新工作的工资主张的损失，这是不可行的，因为新公司的工资并不属于丧失利益。原告如果不对新公司产生信赖，推出的状态是继续在原本的公司工作，而非来到新公司。

三、缔约磋商中的义务——雇主的禁止义务

三项禁令剑指用人单位“收受钱物”

劳动合同法第9条

用人单位招用劳动者

1. 不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件
 2. 不得要求劳动者提供担保
 3. 以其他名义向劳动者收取财物
-

➤ 劳动合同履行过程中“收受钱物”的法律责任：劳动合同法第84条

第3款“秋后算账”：劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚

第1款 证件：由劳动行政部门责令限期退还并给予处罚

第2款 财物：由劳动行政部门责令限期退还并给予处罚、损害赔偿

第四讲 劳动合同的订立

一、资方劳动合同订立自由的限制

原则：资方享有订立自由

例外：但在劳动法领域出于倾斜保护劳动者存在诸多限制资方缔约自由的例外

（一）限制类型

1. 缔约禁止 Einstellungsverbote/Abschlussverbote

受禁止劳动合同的订立，直接导致订立的劳动合同无效，如禁止使用童工。

劳动法第15条第1款

禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。

未成年人保护法（2020修订）第61条第1款

任何组织或者个人不得招用未满十六周岁未成年人，国家另有规定的除外。

2. 用工禁止 Beschäftigungsverbote

非禁止缔约，而是暂时禁止资方使用所雇员工（用工），并不导致劳动合同无效。换言之，可以签合同，只是暂时禁止资方给员工安排（某些）工作。

如对妇女和孕妇的用工保护：

女职工劳动保护特别规定（2012修订）第4条第1款

用人单位应当遵守女职工禁忌从事的劳动范围的规定。用人单位应当将本单位属于女职工禁忌从事的劳动范围的岗位书面告知女职工。

妇女权益保障法（2022修订）第47条

I 用人单位应当根据妇女的特点，依法保护妇女在工作和劳动时的安全、健康以及休息的权利。

II妇女在经期、孕期、产期、哺乳期受特殊保护。

一、女职工禁忌从事的劳动范围：

（一）矿山井下作业；

二、女职工在经期禁忌从事的劳动范围：

（一）冷水作业分级标准中规定的第二级、第三级、第四级冷水作业；……

三、女职工在孕期禁忌从事的劳动范围：

（一）作业场所空气中铅及其化合物、汞及其化合物、苯、镉、铍、砷、氰化物、氮氧化物、一氧化碳、二硫化碳、氯、己内酰胺、氯丁二烯、氯乙烯、环氧乙烷、苯胺、甲醛等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业；……

四、女职工在哺乳期禁忌从事的劳动范围：

（一）孕期禁忌从事的劳动范围的第一项、第三项、第九项；

（二）作业场所空气中锰、氟、溴、甲醇、有机磷化合物、有机氯化物等有毒物质浓度超过国家职业卫生标准的作业。

有一种观点认为，法定建立劳动关系是法定的强制缔约。

➤ 与用人单位订立无固定期限劳动合同的法定情形：

第14条第2款

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；

（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形续订劳动合同的。

签订了两次劳动合同之后，除非劳方不愿意签，就需要续订，有人认为这是一种强制缔约。

➤ 合并或分立下，新用人单位自动承继原劳动合同的法定情形

第34条

用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

【质疑】是否对原用人单位职工的意思自治欠考虑？合并分立并不等于单位的境况变好，反而可能导致劳动者的境况变差，应当仿照德国，在与新的单位建立劳动关系之前征求员工的意见。

3. 雇佣请求权 (Einstellungsanspruch)

某具体雇员有权请求雇主订立劳动合同

A 法定的？

第41条第3款【经济性裁员】

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

该条争议很大，尤其是对于何为“同等条件”，何为“优先”的解读，众说纷纭。

B 司法实践认可的？

C 集体合同规定的？

4. 雇佣义务 (Einstellungspflicht)

雇主虽有雇佣的义务，但具体的求职者并无与此相对应的请求权。

残疾人保障法第33条第2款

国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位应当按照规定的比例安排残疾人就业，并为其选择适当的工种和岗位。达不到规定比例的，按照国家有关规定履行保障残疾人就业义务。国家鼓励用人单位超过规定比例安排残疾人就业。

【思考】上述条文是否可以解读为：资方被国家课以雇佣残疾人的强制义务？

残疾人保护法的确是为了保护、鼓励残疾人就业而制定的，但这并不意味着残疾人具有雇佣请求的权利。残疾人的就业义务可以用残疾人保障金制度来解决：

残疾人就业条例第8条

用人单位应当按照一定比例安排残疾人就业，并为其提供适当的工种、岗位。用人单位安排残疾人就业的比例不得低于本单位在职职工总数的1.5%。具体比例由省、自治区、直辖市人民政府根据本地区的实际情况规定。用人单位跨地区招用残疾人的，应当计入所安排的残疾人职工人数之内。

第9条

用人单位安排残疾人就业达不到其所在地省、自治区、直辖市人民政府规定比例的，应当缴纳残疾人就业保障金。

二、劳动合同的订立——要约与承诺

（一）订立劳动合同的原则

劳动合同法第一章 总则

第3条第1款：订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

注意：劳动合同法中规定的虽然是订立合同要遵循以上原则，但显然不限于订立阶段，在劳动合同运行的始终都贯穿着上述原则的适用。

民法典第4-6条

原合同法第3、4、5、7条

(二) 劳动合同及其订立

1. 劳动合同

因方向相对的双方意思表示一致而成立的双方法律行为

- 资方：“使用劳动”支付工资
- 劳方：“提供劳动”获得工资

2. 最普遍的订立劳动合同方式

民法典第471条 当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。

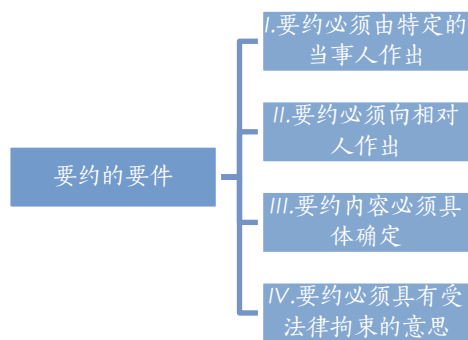
劳资双方为意思表示		
要约	民法典第472条（合同法第14条）	希望和他人订立合同的意思表示 内容具体确定 表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束
承诺	民法典第479条（合同法第21条）	受要约人同意要约的意思表示

3. 要约的构成要件

民法典第472条

要约是希望（I）与他人（II）订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列条件：

- （一）内容具体确定（III）；
- （二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束（IV）。



4. 要约 v.s. 要约邀请

案例分析

录用函“2012年3月14日，被告向原告出具录用函，录用函载明被告决定录用原告为UHT特渠、团购经理，……；工作起始日期为2012年4月15日，试用期六个月，将签订3年劳动合同；原告试用期税前月度薪酬总额为10,000元；录用函有效期为2012年3月14日至2012年3月19日，并载明如原告接受聘用的，请在此信下方确认处签名。

【思考1】此录用函的法律性质？

是一个带有承诺期限的预约的要约→签一个预约录用函→约定将来在入职的时候再签订一个三年劳动合同。

【思考2】此录用函可以撤销吗？

民法典第476条

要约可以撤销，但是有下列情形之一的除外：（一）要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；……

- IV.须具有受法律拘束的意思——要约应当“表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束”(Rechtsbindungswille)。含有“缔结合同目的”的法效意思，是要约之所以作为意思表示并区别于要约邀请的核心要件。
- 要约邀请的概念

民法典第473条第1款第1句 要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。

- 学理解释：当事人一方发出的希望他人向自己发出要约的事实行为

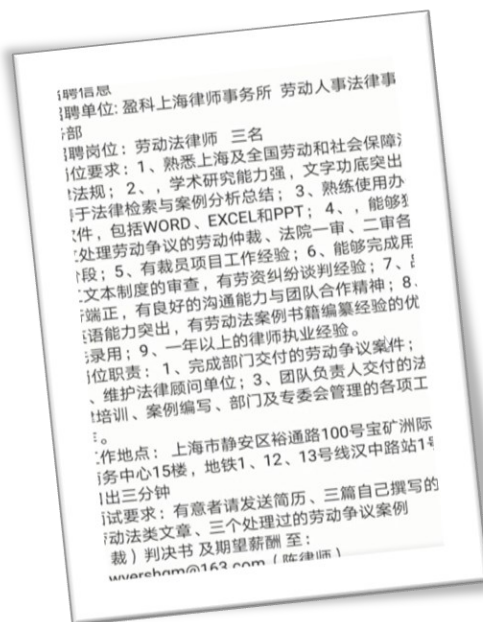
- 与要约的本质区别：欠缺受法律拘束的意思

要约：民法典第472条 要约是希望与他人订立合同的意思表示，

要约邀请：表达希望对方向自己作出缔结合同之意思表示的意愿。

- 要约和要约邀请的区分**事关履约法律风险的分配**，来解释何方最终拥有是否缔约的决定权，以及何方“具有受法律拘束的意思”。

案例：招聘广告的法律性质？



无法看出有“发出要约后受到法律拘束的
意思”，缺乏核心要件，属于要约邀请。

要约应当“表明经受要约人承诺，要约人
即受该意思表示约束”

- 若为“要约”——对企业不利，可能面
临履行不能的违约风险，岗位有限
- 若为“要约邀请”——对企业有利，不
仅可以避免违约风险，还可保留挑人
的机会

三、劳动合同的成立

（一）必备条款达成合意

1. 两部法律的对比

劳动法第19条第1款	劳动合同法第17条第1款
◆ （一）劳动合同期限； ◆ （二）工作内容； ◆ （三）劳动保护和劳动条件； ◆ （四）劳动报酬； ◆ （五）劳动纪律； ◆ （六）劳动合同终止的条件； ◆ （七）违反劳动合同的责任。	• （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人； • （二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码； • （三）劳动合同期限； • （四）工作内容和工作地点； • （五）工作时间和休息休假； • （六）劳动报酬； • （七）社会保险； • （八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护； • （九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

《劳动合同法》第17条似乎比《劳动法》规定得详细很多，给予了劳动者更明确的权利义务的预期，但是《劳动法》第19条中的（五）-（七）项都未在《劳动合同法》中规定。

➤ 劳动纪律被放在《劳动合同法》中，希望通过职工参与的方式共同制定：

劳动合同法第4条第2款

用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、、、、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度。

当然，共议共决只是个美好的愿望，现实中主要还是资方单决。

➤ 劳动合同终止的条件原本的确是可以约定的，但这样一来，解雇保护的相关制度就被架空了。因而，被《劳动合同法实施条例》所完全禁止，只允许法定终止条件的存在，不允许约定：

劳动合同法实施条例第13条

用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。

➤ （最具争议）违反劳动合同的责任。违约责任属于民法中纠纷较多的部分，然而在劳动

法中处于式微。

违约金被限制在少量情形：

劳动合同法第25条【违约金】

除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

承担违约、赔偿责任的，也被劳动合同法限定在特定情形：

劳动合同法第86条【订立无效劳动合同的法律责任】

劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

劳动合同法第90条【劳动者的赔偿责任】

劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

老师认为，这其实是我国劳动法不顾法理地进行倾斜保护造成的后果，反而在现实中引发了很多争议。

2. 中德对比

德国的规定很务实，红色字恰恰解决了中国的不少争议。

§ 2 I S. 2 Nachweisgesetz

- ◆ 1. 合同当事人的姓名和住址
- ◆ 2. 劳动关系的起始的时间
- ◆ 3. 固定期限的劳动关系情形下：预计的劳动关系期限
- ◆ 4. 工作地点，若雇员不仅在同一工作地点工作，则提示指明雇员可能会在不同的工作地点工作
- ◆ 5. 简要描述工作的特性和内容
- ◆ 6. 劳动报酬的组成及数额，包括补助、津贴、奖金、特殊补贴以及其他组成部分；报酬支付时间
- ◆ 7. 工作时间
- ◆ 8. 年休假的期限
- ◆ 9. 解雇的期限
- ◆ 10. 提示指明适用于劳动关系的集体合同、、、、

劳动合同法第17条第1款

- （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- （三）劳动合同期限；
- （四）工作内容和工作地点；
- （五）工作时间和休息休假；
- （六）劳动报酬；
- （七）社会保险；
- （八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- （九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

3. 劳动合同缺乏必备条款的法律后果

通常并不导致劳动合同因不成立而无效，除非是对“合同当事人”和“工作内容”做出的约定。

以劳动报酬和劳动条件约定不明为例

原因：出于保护劳动者，合同无效对劳方更不利，通过事后补充解释即可

“录用信纠纷案”法官评析：“法律并未将第十七条所列的必备条款作为合同有效订立的必要条件，必备条款的欠缺并不必然阻碍劳动合同的有效订立。”

形式上与民法的规定不符合，合同法上，必备条款的缺失很可能会导致合同的无效；但是实质上与劳动者的意思相符——劳动者很可能不希望因为一个条款的缺失而导致整体合同的无效。

民法典第510条

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

劳动合同法第18条

◆ 劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

对于劳动报酬和劳动标准约定不明的：协商（当事人意思，个体自治）→集体合同（集体自治）→国家标准（强行法）。这一填补顺序可以明显看出劳动法的色彩。

缺乏必备条款、不提供劳动合同文本的法律责任！

大部分条款的缺失是不会影响合同的成立的，但若是未能约定工作内容等必备条款，可能会影响劳动合同的成立。

劳动合同法第81条

用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者由劳动行政部门责令改正；给劳动者

造成损害的，应当承担赔偿责任。

我国法律规定的责任形式（先责令改正再赔偿）在现实中可能很难做到。

（二）约定条款达成合意

其他可约定的条款——劳动合同法第17条第2款

- 试用期
- 培训
- 保守秘密
- 补充保险和福利待遇等其他事项

四、劳动合同的效力瑕疵

【思考】劳动合同的效力瑕疵有哪些类型？

如劳动合同法第26条第1款——

下列劳动合同无效或者部分无效：

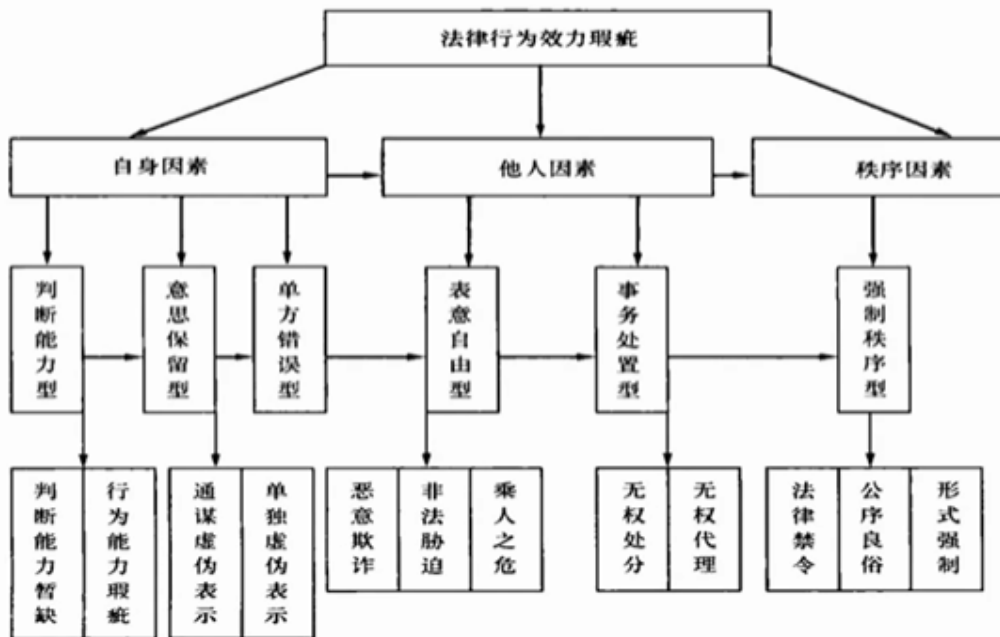
（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。 ➡ 劳动法中有很多强制性规定

下图展示了常规情况下法律行为效力的瑕疵情形——

朱庆育《民法总论》



(一) 表意人自身因素类

对于因订立主体本身的原因导致的效力瑕疵，在劳动法中能相关联的就是判断能力。

1. 判断能力型——从事法律行为的入场券

判断能力型：是否具有足够的理性判断能力从事法律交往行为

劳动者主体适格：具有完全民事行为能力

民法典第18条

第1款 成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

第2款 十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

不违反禁止使用童工的规定——劳动法第15条第1款，禁止使用童工规定

第2条第1款

禁止用人单位招用未满16周岁的未成年人。

通常而言，完全民事行为能力人可以订立合同。但是，在劳动法中，16周岁以上的以自己的劳动收入为主要生活来源的，也可以建立劳动关系。当然，16岁以下的依旧是不可以建立劳

动关系的，否则就会违反禁用童工的禁止性规定。

但是，我国对于文艺体育、特种公益单位的小朋友有特殊规定——

例外——劳动法2018修正第15条第2款

文艺、体育和特种工艺单位招用未满16周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，并保障其接受义务教育的权利。（2018修正，删除履行审批手续）

经未成年人的父母或者其他监护人同意——民法典第19条、禁止使用童工规定第13条第1款

（1）被排除劳动者资格的人员——劳动者的“反面清单”

- 勤工助学的在校生（注意：就业实习生）
- 退休人员
- 未取得就业证的外国人与无国籍人

（2）用人单位主体适格

正面清单

- 依法登记注册的组织
- 企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织会计师事务所、律师事务所等合伙组织、基金会
- 国家机关、事业单位、社会团体用人单位的分支机构

“反面清单”

- 不具备合法经营资格的用人单位
- 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位
- 被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位
- 营业执照过期

尽管我国的规定是只有具有合法经营资格的用工单位才能订立劳动关系，但这是不对的。此种行政管理性的规定不应当对劳动合同的效力有影响。

解释（一）（法释〔2020〕26号）

第二十九条 劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出人列为当事人。

三十条 未办理营业执照、营业执照被吊销或营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。

【争议】不具有合法经营资格的单位是否用人单位主体适格

《最高人民法院劳动争议司法解释（三）理解与适用》

- 一种观点：属于劳动关系，行政违法行为不应影响到法律行为——劳动合同的效力。老师
对此种观点表示赞成，这一观点也得到了《民法典》的承认。

民法典第153条第1款 违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

- 另一种观点：不属于劳动关系，不具备合法经营资格因违反法律规定属于无效劳动合同。

2. 有意的意思保留型

有意的意思保留型：基于诚信表意人所为应即所想，有意的口心不一

（1）通谋虚伪表示

民法典第146条

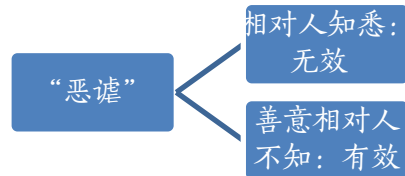
行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。➡表面行为
（外部伪装行为）无效

以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。
➡隐藏行为（内部真实行为）未必无效，根据一般规则确定效力

在劳动法中，有意的意思保留如通谋虚伪等都没有，非常少见。

(2) 单独虚伪表示

A 内心保留



B 非诚意表示

“善谑”：作出意思表示时并无诚意，并且期待对方不至于对此产生误认，无效
单方错误（表意人由于自己的原因导致意思表示和发生错误）在劳动法中也非常少。

3. “无意的”意思保留型

单方错误型：无意的意思保留，无意的心口不一

民法典第147条

基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

民通意见第71条

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。

民意第68条

一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的。

注意：本节仅讨论“单方错误”非受他人影响所致，专指存在于表意人自身原因的错误，故不包括欺诈（受他人影响）和双方错误（如主观行为基础丧失）。

（1）“意思表示阶段”的单方错误型

A 意思表示错误——意思表示表达阶段的错误

I 表示错误——表达行为本身的错误，误用表示符号

使用错误的表示符号，而该符号所指向的法律效果非其所欲

典型如说错、写错，将“100元”错说成“200元”

劳动法中少见！——报酬数额书写 / 打印错误

II 内容错误——表达内容的错误，误解表示意义

使用正确的表示符号，而该符号所指示的内容发生理解错误

同一性错误：表意人所指称的人或物，与实际欲指称的人或物不具同一性，即指错交易对象。

如将丙误认为乙、指桃为李。

III 行为类型错误

如误买卖为赠与

劳动法中的适例少见！

（2）“意思形成阶段”的单方错误型

I 意思表示形成阶段的错误

动机错误

- 动机错误：表意人在形成意思表示时，错误理解了对法效意思具有重要意义的情形
- 原则：通常不得考虑动机错误，非效力瑕疵事由，须合目的性限缩解释
- 理由：不为外人所知的动机千差万别，未构成意思表示内容，动辄影响意思表示效力会危及交易安全。如为观看烟火订房，为庆生买蛋糕，为结婚买婚戒。

例外：被视为内容错误的劳动法中人的性质错误

- 例外：合目的性扩张解释

民意第71条，表意人在形成意思表示时，错误地认识了交易上视作重要的人或物的性质

➡ 可能会对应劳动法中的性质错误，与之前学习的订立合同时劳资双方的知情权可以联系起来。

实质：这类本属无关紧要之动机错误被法律例外地拟制（视为）为意思表示内容的错误。

其一，人的性质。在劳动法实践中具有重要意义

应聘者的以下人身性质 / 特性 / 特质 / 属性：体弱多病、宗教信仰、外强中干、忠诚
信赖、性征、党派、怀孕

其二，物的性质

即使是考虑性质错误，也只能考虑这些人所具有的持久的、稳定的、固有的性质，且此种性质可能会影响资方订立劳动行为的决策。

- 适例：资方基于人之重要性质错误的撤销权。指资方对应聘者之重要的人身特征、精神特质或事实及法律状况认识错误，且该重要性质会对将来从事工作造成影响。

德国劳动法中对人的性质做了一个简单的分类，例如自然因素（如疾病、怀孕），客观因素（如不具备律师证）、有无前科等。这些因素被认为可能会对订立合同与否产生影响。但是，对于招用前后个人表现预期的落差问题，一般是通过试用期来解决的。

疑惑：劳动法中人的性质之重要性的判断标准？

- 以“造成较大损失”作为判断标准？

不可，经济后果作为判断标准偏离正确的轨道！

原因：错误制度旨在为表意人提供更正错误意志表达的机会，而非弥补错误行为的损失

“民通意见”第71条

行为人因 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。

简单规则：如果企业知道该性质，就不会雇佣某人。

- 以客观重要性作为评价标准？即表意人经理智评价，即不会作出意思表示

劳动法：对将来应聘者是否适合从事约定工作有影响，根据法律交往中的客观观念使得劳动者不适宜履行劳动合同约定之工作义务的性质

- ✓ 人的自然属性：疾病，其他影响工作的身体状况
- ✓ 人的客观状况：工作必备的职业能力、宗教信仰
- ✓ 人的法律状况：与从事工作相关的犯罪前科、离职竞业限制

有关性质的重要案型

案型1 工作给付能力

例：招聘单位招到一位入职后工作能力低于其预期的求职者，招聘单位有权以“人之性质错误”解除劳动合同吗？

- 原则：给付能力高低通常不是人之重要性质，故错误估计应聘者的工作给付能力非属于人的性质错误
- 例外：不知应聘者不具备将来从事约定工作的重要性质，从而影响雇主作出错误的聘用决定，如从未受过从事特定工作所必备的专业培训。
- 注意：资方在缔结劳动合同时对应聘者的个人或给付能力的错误设想由“解雇制度”调整

第39条LCL

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

第40条LCL

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

- （二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；
-

案型2 健康状况

非暂时性的身体状况欠佳，而是健康状况使得应聘者缺乏从事约定工作的能力，或会对从事工作产生长期持续的严重影响。如癫痫，严重残疾。

案型3 怀孕

不属于人的性质：暂时性

与资方的知情权一致：出于对女性员工的绝对保护，完全禁止。

争议：是否适用于固定期限的劳动合同？

案型4 犯罪前科

与资方的知情权一致：仅限于影响将来从事工作相关的前科

所有雇主不能询问的“人的性质”都不能作为后续主张“认识错误”的理由，因为此时此种

性质甚至不能作为形成意思表示的基础。

II 意思表示形成阶段的动机错误

劳动法中不具备客观重要性的人的性质

1. 在应聘过程中雇主不得询问的人身特性，如带有歧视的人身特性且无合法的豁免事由。
2. 非暂时性的特征，如怀孕，但这也同时符合禁止询问的歧视特征。

(二) 他人因素类

1. 表意不自由型

表意不自由型：因外在原因使行为人作出非真实的意思表示

劳动合同法第26条第1款第1项

下列劳动合同无效或者部分无效：

(一) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

(1) 当事人欺诈

A 当事人欺诈的构成要件

【思考】从“民意”法条文义推知的欺诈构成要件是？

民意第68条

一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为

① 告知或故意隐瞒

欺诈行为：作为（告知）或不作为（隐瞒）

② 诱使

因果关系：欺诈行为与作出意思表示之间存在联系

③ 故意

主观归责：故意告知或隐瞒

其一，欺诈行为

旨在引起、强化或维持对方不正确看法的行为

- 告知虚假情况——“作为”欺诈，如应聘者对招聘问卷表上的问题作出不实回答。
注意：问题本身需属于可为招聘企业询问的范畴。
- 隐瞒真实情况——“不作为”欺诈，以负有告知义务为前提，如应聘者对食品企业隐瞒其身患传染性疾病。

其二，因果关系——双重性特征

一方面，相对人因欺诈陷于错误——对事实的认识陷入错误，或加深、维持错误。换言之，相对人因欺诈对据以形成意思表示的（事实）基础认识有误。如误以为应聘者取得注册会计师从业资格等。另一方面，相对人因错误作出意思表示——若无该错误，相对人不会作出这一内容的意思表示。

【注意1】如果受欺诈者并未因不实陈述陷入错误，并因此做出欺诈人所期望的意思表示，那么第一层因果关系就会被切断。毕竟此时无论应聘者是否做出虚假陈述，其都会被招聘。

【注意2】欺诈所导致的任何动机错误都构成意思表示的瑕疵事由，无论是否涉及重要的人或物的性质，因为此时表意人的意志形成自由受到了侵犯。

此处的因果链条为：表意人的欺诈行为 → 相对人陷入错误A → 相对人因该错误作出意思表示B

其三，故意认识到或者应当认识到告知或隐瞒的信息对相对人作出意思表示具有决定性意义
故意也具有双重性特征

“直接故意”	欺诈人必须认识且希望通过欺诈行为引起表意人发出具体的意思表示	实施欺诈行为的故意——认识到欺骗相对人
		使相对人因此陷入错误并基于此为意思表示的故意——欺诈的“意图，希

		望使相对人陷入错误
“间接故意”	欺诈人认识到其欺诈行为可能引起表意人作出具体的意思表示，并放任其发生	

求职夸大工作履历案：北京威利龙电子科技有限公司与张志彬等劳动争议案

威利龙公司诉称，张晓光曾系我公司员工，于2013年11月6日死亡。张晓光在入职我公司时夸大其工作经历，导致我公司将其录用，且其在职期间一直称其叫张恒，亦从未向我公司出具其身份证，并拒绝签订劳动合同，导致社会保险无法缴纳，故导致其死亡后不能享受工伤保险待遇的过错在于张晓光，不应由我公司承担相应赔偿责任。现我公司不服仲裁裁决，故诉至法院，请求判令：1、我公司无需支付张志彬、位玉乔一次性工亡补助金491 300元；2、我公司无需支付张志彬、位玉乔丧葬补助金31 338元。

张志彬、位玉乔共同辩称，张晓光于2013年11月6日去世，我方是张晓光的父母，张晓光并无配偶及子女。2011年7月15日至2013年11月6日期间，张晓光在威利龙公司从事销售工作，双方间存在劳动关系，该项事实已经过生效判决确认。张晓光在职期间威利龙公司未为其缴纳社会保险，不存在我方隐瞒姓名或拒绝提交身份证复印件的情况，张晓光的姓名威利龙公司的人员都知道。劳动行政部门已认定张晓光死亡视同工伤，故威利龙公司应支付相应的工亡待遇。综上，我方同意仲裁裁决结果，不同意威利龙公司的诉讼请求。

经审理查明，已发生法律效力（2014）海民初字第13574号民事判决书已查明：张晓光（身份证号×××）于2013年11月6日死亡。张志彬为张晓光之父，位玉乔为张晓光之母，威利龙公司未为张晓光缴纳社会保险，并判决确认2011年7月15日至2013年11月6日期间张晓光与威利龙公司之间存在劳动关系。2014年9月25日北京市海淀区人力资源和社会保障局作出京海人社工伤认（1080T0275571）号认定工伤决定书，认定2013年11月6日下午16时许，威利龙公司职工张晓光前往该单位位于海淀区知春路豪景大厦15层的库房取代销的集成电路，后被路人发现其躺在13层步行梯处，急救人员赶到现场，确认其当场死亡。张晓光同志受到的事故伤害，符合《工伤保险条例》第十五条第一款第（一）项之规定，属于工伤认定范围，现予以认定为视同工伤。本案庭审过程中，经本院释明，张志彬与位玉乔表示张晓光生前未婚，无子女，再无其他第一顺序继承人，威利龙公司对此表示认可。双方当事人均确认，张晓光死亡后威利龙公司向其亲属支付丧葬费用20 000元，张志彬与位玉乔均表示同意从应付丧葬补助金中作以抵扣。另，威利龙公司主张张晓光在职期间一直隐瞒真实姓名，未提供身份证件，导致其公司无法为张晓光办理社会保险缴纳手续，故张晓光存在过错，而未缴纳社会保险的工伤赔偿责任不应由其公司承担。张志彬、位玉乔对此不予认可。张志彬、位玉乔以要求威利龙公司支付丧葬补助金、一次性工亡补助金为由向北京市

海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申请，该委裁决：1、威利龙公司向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金31 338元；2、威利龙公司向张志彬、位玉乔支付一次性工亡补助金491 300元。威利龙公司不服该裁决，于法定期限内向本院提起诉讼。上述事实，有双方当事人陈述、（2014）海民初字第13574号民事判决书认定工伤决定书、工伤证、员工入职登记表、员工登记表、说明、京海劳人仲字[2015]第3303号裁决书等证据材料在案佐证。

本院认为，张晓光（身份证号×××）于2013年11月6日死亡，张晓光的父母张志彬、位玉乔作为其第一顺序继承人，于本案中就相关民事赔偿事宜主张权利，符合法律规定。为劳动者缴纳社会保险是用人单位的法定义务。威利龙公司所持因张晓光拒绝提供身份证件导致其公司未为其缴纳社会保险、故其公司不应承担工伤赔偿责任的主张缺乏依据，本院不予采纳。张晓光与威利龙公司自2011年7月15日至2013年11月6日期间存在劳动关系，张晓光的死亡情形经行政部门认定为视同工伤，而威利龙公司未依法为张晓光缴纳社会保险，故根据《工伤保险条例》第三十九条、第六十二条之规定，威利龙公司应当向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金31 338元及一次性工亡补助金491 300元，其中，张志彬、位玉乔同意将威利龙公司已支付的丧葬补助金20 000元从中予以抵扣，本院对此不持异议。综上所述，本院依据《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定，

判决如下：一、北京威利龙电子科技有限公司向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金三万一千三百三十八元，其中已支付二万元，余款一万一千三百三十八元由北京威利龙电子科技有限公司于本判决生效之日起七日内向张志彬、位玉乔支付；二、北京威利龙电子科技有限公司于本判决生效之日起七日内向张志彬、位玉乔支付一次性工亡补助金四十九万一千三百元。

上诉人北京威利龙电子科技有限公司（以下简称威利龙公司）因与被上诉人张志彬、位玉乔劳动争议一案，不服北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第20922号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭，公开开庭进行了审理。上诉人威利龙公司之委托代理人孙航、朱光伟、被上诉人张志彬、位玉乔及共同委托代理人程西付均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

威利龙公司在一审法院诉称，张晓光曾系威利龙公司员工，于2013年11月6日死亡。张晓光在入职威利龙公司时夸大其工作经历，导致威利龙公司将其录用，且其在职期间一直称其叫张恒，亦从未向威利龙公司出具其身份证，并拒绝签订劳动合同，导致社会保险无法缴纳，故导致其死亡后不能享受工伤保险待遇的过错在于张晓光，不应由威利龙公司承担相应赔偿责任。请求判令：1、威利龙公司无需支付张志彬、位玉乔一次性工亡补助金491 300元；2、威利龙公司无需支付张志彬、位玉乔丧葬补助金31 338元。

张志彬、位玉乔在一审法院辩称，张晓光于2013年11月6日去世，张志彬、位玉乔是张晓光的父母，张晓光并无配偶及子女。2011年7月15日至2013年11月6日期间，张晓

光在威利龙公司从事销售工作，双方间存在劳动关系，该项事实已经生效判决确认。张晓光在职期间威利龙公司未为其缴纳社会保险，不存在张晓光隐瞒姓名或拒绝提交身份证复印件的情况，张晓光的姓名威利龙公司的人员都知道。劳动行政部门已认定张晓光死亡视同工伤，故威利龙公司应支付相应的工亡待遇。

一审法院经审理查明，已发生法律效力（2014）海民初字第13574号民事判决书已查明：张晓光（身份证号×××）于2013年11月6日死亡。张志彬为张晓光之父，位玉乔为张晓光之母，威利龙公司未为张晓光缴纳社会保险，并判决确认2011年7月15日至2013年11月6日期间张晓光与威利龙公司之间存在劳动关系。

2014年9月25日北京市海淀区人力资源和社会保障局作出京海人社工伤认（1080T0275571）号认定工伤决定书，认定2013年11月6日下午16时许，威利龙公司职工张晓光前往该单位位于海淀区知春路豪景大厦15层的库房取代销的集成电路，后被路人发现其躺在13层步行梯处，急救人员赶到现场，确认其当场死亡。张晓光同志受到的事故伤害，符合《工伤保险条例》第十五条第一款第（一）项之规定，属于工伤认定范围，现予以认定为视同工伤。

本案一审庭审过程中，经法院释明，张志彬与位玉乔表示张晓光生前未婚，无子女，再无其他第一顺序继承人，威利龙公司对此表示认可。双方当事人均确认，张晓光死亡后威利龙公司向其亲属支付丧葬费用20 000元，张志彬与位玉乔均表示同意从应付丧葬补助金中作以抵扣。

威利龙公司主张张晓光在职期间一直隐瞒真实姓名，未提供身份证件，导致公司无法为张晓光办理社会保险缴纳手续，故张晓光存在过错，而未缴纳社会保险的工伤赔偿责任不应由公司承担。张志彬、位玉乔对此不予认可。

张志彬、位玉乔以要求威利龙公司支付丧葬补助金、一次性工亡补助金为由向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出申请，该委裁决：1、威利龙公司向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金31 338元；2、威利龙公司向张志彬、位玉乔支付一次性工亡补助金491 300元。威利龙公司不服该裁决，于法定期限内向法院提起诉讼。

一审法院认定上述事实，有双方当事人陈述、（2014）海民初字第13574号民事判决书认定工伤决定书、工伤证、员工入职登记表、员工登记表、说明、京海劳人仲字[2015]第3303号裁决书等证据材料在案佐证。

一审法院认为，张晓光（身份证号×××）于2013年11月6日死亡，张晓光的父母张志彬、位玉乔作为其第一顺序继承人，于本案中就相关民事赔偿事宜主张权利，符合法律规定。

为劳动者缴纳社会保险是用人单位的法定义务。威利龙公司所持因张晓光拒绝提供身份证件导致其公司未为其缴纳社会保险、故其公司不应承担工伤赔偿责任的主张缺乏依据，法院不予采纳。张晓光与威利龙公司自2011年7月15日至2013年11月6日期间存在劳动关系，张晓光的死亡情形经行政部门认定为视同工伤，而威利龙公司未依法为张晓光缴纳社会保险，故根据《工伤保险条例》第三十九条、第六十二条之规定，威

利龙公司应当向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金31 338元及一次性工亡补助金491 300元，其中，张志彬、位玉乔同意将威利龙公司已支付的丧葬补助金20 000元从中予以抵扣，法院对此不持异议。

综上所述，一审法院依据《中华人民共和国劳动法》第七十九条之规定，判决：一、威利龙公司向张志彬、位玉乔支付丧葬补助金三万一千三百三十八元，其中已支付二万元，余款一万一千三百三十八元由威利龙公司于本判决生效之日起七日内向张志彬、位玉乔支付；二、威利龙公司于本判决生效之日起七日内向张志彬、位玉乔支付一次性工亡补助金四十九万一千三百元。

威利龙公司不服一审法院上述民事判决，向本院提起上诉，请求撤销一审判决，依法改判威利龙公司无需支付丧葬补助金31 338元和一次性工亡补助金491 300元。理由是：张晓光以张恒的虚假身份入职，导致不能享受工伤保险待遇；对于不能享受工伤保险待遇的损失，应适用过错原则，根据双方的过错大小分担责任。

张志彬、位玉乔答辩称：威利龙公司认为张晓光应该承担主要责任没有任何依据，一审判决正确，请求驳回威利龙公司的上诉请求。

二审期间，双方当事人均未提交新证据。本院经审理查明的事实与一审法院查明的事实一致。

本院认为：当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方的诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明。威利龙公司未能提供证据证明张晓光入职的身份不真实，亦未提供证据证明未为张晓光缴纳社会保险系张晓光的原因所致，故威利龙公司关于不承担工伤赔偿责任的上诉请求不能成立，本院不予支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

就此本院认为，其一，工作经历是用人单位在招聘时，考察和判断应聘人员工作能力的间接因素之一，用人单位对劳动者提供的该项信息应负有基本的注意和审查义务。现威利龙公司在张晓光入职前怠于履行上述义务，

.....

【思考1】法院强调用人单位基本的注意审查义务意在说明本案“夸大工作经历”是什么欺诈行为？

强调审查注意义务虽然可以否定“不作为”欺诈，因为工作经历不属于主动告知信息，但不能排除“作为”欺诈。

【进一步思考】“怠于履行上述义务”意在说明什么？

应聘者“主动夸大工作履行”已经构成了作为欺诈。但是，对于究竟是否影响了表意人的意志形成自由，还要进一步检验因果关系要件——资方会否因为此种夸大而在做出订立聘用合同的意思表示时受到影响。

本案中，就此本院认为，其一，工作经历是用人单位在招聘时，考察和判断应聘人员工作能力的间接因素之一，用人单位对劳动者提供的该项信息应负有基本的注意和审查义务。现威利龙公司在张晓光入职前急于履行上述义务，而在张晓光入职其公司后度过试用期，并工作逾两年后，以其虚构工作经历存在欺诈为由主张双方间不存在劳动关系，显然有失公允亦缺乏依据。

【思考2】“度过试用期，并工作逾两年后”再以虚构工作经历主张欺诈为何“显然有失公允”？

法院此处其实是希望通过公平原则限制资方通过主张欺诈来结束劳动关系。撤销权或解除权在劳动关系持续性的作用下有其特殊性，订立合同时的撤销事由可能会随着时间的流逝而淡化或失去其存在的意义。

撤销权/解除权因劳动关系“持续性”特征所引发的特殊性

撤销事由的意义可能 撤销事由产生与撤销权行使之间存在时间差

随时间流逝渐渐丧失 事由的产生：通常源于订立合同时的事实

撤销的行使：劳动关系履行之后。如入职时虚假陈述自己不常跳槽，之后在企业工作了3年

撤销相对人的信赖保

护

【进一步思考】可以借助什么法律思想/工具来平衡企业的撤销/解除利益与劳动者的信赖保护利益，以判断企业能否再行使撤销/解除权？（深入思考法官裁判背后所暗含的可能正确的法理）

解除权在急于行使的情况下，由于其是形成权，因而有除斥期间的规定。可惜对此《劳动合同法》中没有规定。

可以联系民法的帝王条款——诚实信用原则。

诚实信用原则的功能

宪法基本权利的价值接引功能→基本权利的间接第三人效力

补充功能：主要指补充契约未明定的从给付义务和附随义务

从给付义务：妥善包装物品

附随义务：说明、通知、协助、保护

法律和合同的矫正功能→慎之又慎

修订法律以应对新的需要/交易基础丧失情况下的合同调整

限制功能：主要指作为权利的内在界限以及控制权利行使的准则，要求权利人应顾及他

禁止自相矛盾的行为权利人不得事后作出与之前已让相对方信赖其创造的一种

人利益，以正直的方式行使权利	事实或权利状态相悖的行为

限制行为提及的自相矛盾行为的一种特例就是**权利失效（Verwirkung）**。权利人长时间不行使权利，以至于对方带来了“不会行使”的信赖。此时即使并未经过诉讼时效，但由于现在行使对相对人来说难以承受，该权利也告失效，不能再行使。

由于权利失效的后果十分严重，故而其构成要件也相对严格。

权利失效的构成要件	
时 间 因 素 (Zeitmoment)	权利人自能够行使权利时起长时间不行使
状 况 因 素 (Umstandsmoment)	相对人从权利人长期不作为产生了其将来不再行使权利的信赖，并以此作为自身从事行为的出发点，以至于推迟行使会给相对人带来难以承受的不利

例如，当事人虽然在入职时夸大了履历，但在后续工作的两年期间，资方都没有行使解除权。如果两年后再行使权利，将可能让当事人无法承受。

权利失效看似与除斥期间有一定的类似——

民法典第152条

- 有下列情形之一的，撤销权消灭：
- （一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；
 - （二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；
 - （三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

但是，从法律规定就可以看出两者有所不同：

除斥期间与权利失效的不同		
	除斥期间	权利失效
是否仅以一定期间不行使权利的事实为要件	☒	☐ 还须让债务人产生信赖和不可期待
适用对象是否仅限于形成权	☒	☐ 源于诚信原则，适用一切权利，如请求权和抗辩权

介绍了权利失效后，回到刚才的案件：

其一，时间因素？✅

权利人自能够行使权利时起长时间不行使➡度过试用期，并工作逾两年后

其二，状况因素？✅

相对人从权利人长期不作为产生了其将来不再行使权利的信赖，并以此作为自身从事行为的出发点，以至于推迟行使会给相对人带来难以承受的不利。

➡ 张晓光（另名张恒）于2011年7月15日至2013年11月6日期间在威利龙公司从事电子产品的销售工作，而上述工作为威利龙公司的业务组成部分；威利龙公司对张晓光实施考勤管理；威利龙公司按月向张晓光支付工资报酬。

【思考3】“对该岗位的任职经历有明确的要求且如不满足将一概不予录用”，法官意在否定欺诈的何要件？

意在否定第一层因果关系，因为“任职经历”非企业形成聘用意思表示的（事实）基础。但是，法院的说理是有待讨论的，因为工作经历是单位进行招聘判断的间接因素之一。这项内容对于工作是有影响的。

【进一步思考】判断“任职经历”是否为影响雇主决定聘用的基础事实需要明确要求吗？

特殊事实和理由回放：“就此本院认为，其一，工作经历是用人单位在招聘时，考察和判断应聘人员工作能力的间接因素之一。用人单位对劳动者提供的该项信息应负有基本的注意和审查义务。现威利龙公司在张晓光入职前怠于履行上述义务，……

综上本院认为，在张晓光与威利龙公司均符合建立劳动关系的主体条件的情形下，本院依法确认2011年7月15日至2013年11月6日期间张晓光与威利龙公司存在劳动关系。

法官的最终结论是否定了欺诈，这一结论有待讨论。

总之，本案反映了不同层面上的欺诈的构成要件以及欺诈所致的形成权如何行使的问题。

隐婚“欺诈案”

目前劳动法中最普遍的就是已婚欺诈/隐瞒怀孕等所谓欺诈引发的纠纷。

对此，法工委的释义也有所回应，对于此种立法材料，要带着批判的眼光去阅读，很多法工委内部的工作人员在法理方面有待加强。

您的入职表填写的是未婚!



信春鹰、阚珂主编：《中华人民共和国劳动合同法释义第2版》，中国法制出版社2013年版，第91页 第26条释义

2. 订立劳动合同因采取欺诈、威胁等手段而无效。欺诈是指当事人一方故意制造假象或隐瞒事实真相，欺骗对方，诱使对方形成错误认识而与之订立劳动合同。欺诈的种类很多，包括：

(1) 在没有履行能力的情况下签订合同。如根据劳动法的规定，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。应聘的劳动者并没有这种资格，提供了假的资格证书。

(2) 行为人负有义务向他方如实告知某种真实情况而故意不告知的。如一家小型化工企业招聘三班倒的化工工人，所以不能用孕妇。但有的妇女来应聘，故意隐瞒其已经怀孕的情况，应聘上岗后不久就提出已经怀孕不能倒班上岗。采取欺诈手段订立的劳动合同是无效的。

此处法工委的观点是构成欺诈。

女人事专员隐婚“欺诈案”

林某于2017年4月7日入职麦某公司处，岗位为人事行政专员，双方签订了书面劳动合同，合同期限为2017年4月7日至2020年4月6日，试用期为3个月，试用期月工资3500元，合同期满月工资4000元。

2017年6月14日，麦某公司解除与林某的劳动关系并向林某邮寄送达了《辞退通知书》辞退理由为：林某在应聘时提交的《应聘信息登记表（A面）》及《新员工入职申请表》中“婚姻状况”所填写的内容与事实不符，严重违背相关法律法规及《应聘信息登记表（A面）》及《新员工入职申请表》中关于资料真实性的约定条款。同日林某签收了该《辞退通知书》。

2017年6月15日，林某向广州市白云区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求麦某公司支付解除劳动关系赔偿金20万元，广州市白云区劳动人事争议仲裁委员会于2017年12月12日作出穗云劳人仲案字【2017】514号裁决书，驳回林某的仲裁请求。林某不服仲裁裁决，于2018年2月7日诉至原审法院。

原审法院另查明，林某于2017年4月23日在广州中医药第一附属医院检验，确认已怀孕，于2017年6月9日在广东省人民医院行超声检查，检查提示宫内妊娠约13+周（胎儿存活）

庭审中，林某称其于2015年9月28日办理结婚登记手续，由于个人认知偏差，以为摆酒后才算结婚，故在《应聘信息登记表（A面）》及

《新员工入职申请表》中婚姻状况一栏填写未婚，婚姻状况属于个人隐私，林某没有告知麦某公司的义务，……

原审法院认为：麦某公司入职林某处，双方建立了合法的劳动关系，林某、麦某公司的合法权益受法律保护。关于解除劳动合同赔偿金。林某在应聘时提交的《应聘信息

登记表（A面）及《新员工入职申请表》中“婚姻状况”所填写的内容与林某已婚的事实不符，麦某公司以此为由于2017年6月14日辞退林某，并向林某邮寄送达了《辞退通知书》。林某入职过程中未如实填写自己的个人信息，该行为是不妥当，其在以后的工作生活中应恪守诚信。

《新员工入职申请表》中虽有个人申明若有不实，愿无条件接受公司处罚甚至辞退，可林某从事的是人事行政工作，**婚姻状况不是其工作能力的影响因素，也不是林某从事人事行政工作的必需条件**，且**麦某公司未提交公司章程证明林某隐瞒已婚的事实属于严重违反公司管理制度的情形，也未提交其他确切的证据证实林某隐瞒已婚的事实不符合法律规定试用期录用的条件**，故麦某公司以林某《应聘信息登记表》及《新员工入职申请表》中“婚姻状况”所填写的内容与事实不符为由辞退林某，·····，麦某公司应向林某支付解除劳动合同赔属于违法解除劳动合同。法院此处前后的说理似有不契合之处。后一句（蓝色）意味着，只要隐瞒结婚严重违反规章制度，或者约定了隐瞒结婚就不符合试用期规定这种条件就可以解除劳动合同。这一观点和前一句（红色）是衔接不上。

判后，麦某公司不服，向本院提起上诉称：林某于2017年4月7日入职我司，在新员工入职申请表的婚姻状况栏填写“否”，个人简历也显示“未婚”，其在入职申请表中填写承诺“其填写的内容真实无误，若有不实，承诺与用人单位解除劳动关系，接受公司的处理，不要求任何经济补偿。”林某与我司签订书面劳动合同，合同期限为3个月。后经核实，林某于2015年9月28日登记结婚。林某入职时提供虚假的个人信息，有违诚实信用原则，我司在试用期内解除劳动关系并不违法，无需支付林某解除劳动关系赔偿金。

林某答辩称：我国法律保护劳动者的平等就业权，劳动者不因民族、性别、宗教信仰的不同而受到歧视，女性的婚姻状况并非从事工作的性质要件，也非企业进行正常营运的合理需要，更非应聘所需的基本职业资格，属于与劳动合同不直接相关的事项。用人单位在录用员工时，不对已婚女性实行差别对待，应当保证所有女性享有平等的就业权。麦某公司提供的员工入职申请表属于格式条款，其中关于可以辞退的条款违反了法律关于平等就业权的强制性规定，应认定无效。

本院认为，《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。依照上述规定，劳动者的告知义务是附条件的，只有在用人单位要求了解的是劳动者与劳动合同直接相关的基本情况时，劳动者才有如实说明的义务。劳动者与劳动合同直接相关的基本情况一般应包括健康状况、知识技能、文化程度、工作技能、工作经历、职业资格等，劳动者不如实说明就可能构成重大误解、甚至构成欺诈、构成对用人单位知情权的侵害。对于与劳动合同没有直接联系的信息如身高、体重、婚姻状况、血型等信息的填写，除非用人单位在招聘时已对某项信息作出明确的要求（令人错愕的自相矛盾的说法）。否则即使有不实之

处，用人单位也不能以此为由解除与劳动者的劳动合同。二审理由回放：《劳动合同法》第八条规定...劳动者的告知义务是附条件的，只有在用人单位要求了解的是劳动者与劳动合同直接相关的基本情况时，劳动者才有如实说明的义务。

本案中，麦某公司未举证证明其在招聘时对林某的婚姻状况有明确要求，且本案林某应聘的岗位为人事行政，婚姻状况不是其工作能力的影响因素，也不是林某从事人事行政工作的必需条件，麦某公司也未提交公司的规章制度等证明林某隐瞒已婚的事实属于严重违反公司管理制度的情形。

二审理由回放：但用人单位不能为了解情况而侵害劳动者的隐私，劳动者对于那些与工作无关且侵害个人隐私权的问题有权拒绝说明。对于与劳动合同没有直接联系的信息，劳动者即使未如实说明，也不能认定为构成欺诈。对于实践中用人单位“若有不实处，愿无条件接受公司处罚甚至辞退”的规定，应理解为劳动者对与劳动合同直接相关的基本情况如健康状况、学历、专业、工作经历、教育背景等的填写如有不实的，用人单位可解除劳动合同。

本案中，麦某公司未举证证明其在招聘时对林某的婚姻状况有明确要求，且本案林某应聘的岗位为人事行政，婚姻状况不是其工作能力的影响因素，也不是林某从事人事行政工作的必需条件，麦某公司也未提交公司的规章制度等证明林某隐瞒已婚的事实属于严重违反公司管理制度的情形。

二审理由回放：但用人单位不能为了解情况而侵害劳动者的隐私，劳动者对于那些与工作无关且侵害个人隐私权的问题，有权拒绝说明。对于与劳动合同没有直接联系的信息，劳动者即使未如实说明，也不能认定为构成欺诈。对于实践中用人单位“若有不实处，愿无条件接受公司处罚甚至辞退”的规定，应理解为劳动者对与劳动合同直接相关的基本情况如健康状况、学历、专业、工作经历、教育背景等的填写如有不实的，用人单位可解除劳动合同。

◆ 欺诈的构成要件

- ◆ 劳动合同法第26条（一）（民总第68条：一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。）

- ◆ 其一，欺诈行为；引起、强化或维持对方不正确看法的行为
- ◆ 其二，因果关系；陷入错误并因此作出意思表示
- ◆ 其三，故意；认识到或者应当认识到告知或隐瞒的信息对招聘者作出订立劳动合同的决定具有决定意义

◆ Q. 除上述三项构成要件，还隐藏了何构成要件？

◆ “故意”背后的违法性！

从事实来看，因果关系的确受到了影响——用人单位的确就是不想招一个已经怀孕了
的职员。但是，因果关系还有违法性的要求。之前学习德国法的时候曾经提及，当
事人在面对雇主的违法的问题时，有撒谎权。此种情况下，虽然表面上的确提供了不
实信息，具有违法性，但实质上不具有违法性。既然不具有违法性，欺诈自然不能成立。

【思考1】“故意”隐瞒招聘企业询问的或《员工入职表格》/《应聘表》/《员工登记表》上的婚姻状况，是否构成违/不法性？

从字面意义来看，应持肯定。

【思考2】如果招聘企业问了不应该问的问题，应聘者对此作了虚假陈述，还具有不法性吗？

撤销制度只保护表意人因“不法欺诈”而受到侵害的意志自由，不保护其因其自身违法行为招致的所谓欺诈。此时，须对文义宽泛的民意第68条“合目的性限缩解释”。

其四，欺诈行为的不法性Rechtswidrigkeit

不法性要件在劳动法领域具有特殊意义。

不法性的认定取决于告知义务或问题性质。

➤ 作为：明确告知对方虚假情况

允许的提问：具有违法性

禁止的提问：不具违法性，既可以拒绝，也可以“撒谎”

➤ 不作为：隐瞒真实情况

以告知义务为前提，若无，则隐瞒不具违法性！

意思表示不自由——劳动合同法第26条（一）欺诈的构成要件
其一，欺诈行为——旨在引起、强化或维持对方不正确看法的行为

- ◆ 作为：告知对方虚假情况
- ◆ 不作为：隐瞒真实情况

其二，违法性——不具有正当性，从告知义务或问题性质来判断

- ◆ 允许的提问：具有违法性
- ◆ 禁止的提问：不具违法性，既可以拒绝，也可以“撒谎”
- ◆ 若无告知义务，隐瞒则不具违法性

其三，因果关系

- ◆ 相对人因欺诈陷于错误：对事实的认识陷入错误
- ◆ 相对人因错误作出意思表示：若无该错误，相对人根本不会或不会作出这一内容的意思表示

其四，故意，即认识到或者应当认识到告知或隐瞒的信息对招聘者作出订立劳动合同的决定具有决定意义

- ◆ 直接故意：明知并有意使其发生
- ◆ 间接故意：预见其发生，而其发生并不违背其本意

B 隐瞒结婚、怀孕是否构成欺诈的各界观点

- 司法界的主流意见：不构成欺诈，认为应聘者对婚姻状况无告知义务，不属于与劳动合同直接相关的状况。可见，目前尚未从隐瞒行为不具有“违法性”出发，而是直接否定不存在欺诈行为。

【思考】是否可以主张“禁止获知的信息本身就无法构成因果关系的基础事实”来否定欺诈？

➤ 学术界的观点

韩世远：构成欺诈，但限制雇主行使撤销权

王泽鉴、朱庆育：不构成欺诈，阻却不法性。

C 劳动法中的撤销权？

撤销权制度又是一个明显的劳动法与民法脱钩之处。从前面的案例也可以看出，用人单位全部没有提及撤销权，而都在主张因违反规章制度而解除合同。

在劳动合同法的一审稿草案中，对撤销权是有所规定的——

劳动合同法（一审稿草案）20060320

第十八条 有下列情形之一的，劳动合同无效：

（一）用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的；

资方：欺诈、胁迫订立劳动合同；

劳方：欺诈、胁迫订立劳动合同的法律后果？ ➡ 劳方也有可能欺诈、胁迫，但一审稿草案中对此并未涉及。《劳动合同法》由于太过于偏向于劳方做出了有悖于法理的规定。

（二）用人单位和劳动者恶意串通，损害国家利益、社会公共利益或者其他合法权益的；

第十九条

对存在重大误解的劳动合同或者显失公平的劳动合同，用人单位和劳动者均有权请求劳动争议仲裁机构、人民法院予以撤销。

劳资双方：单方错误和显失公平

用人单位乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立劳动合同，劳动者有权请求劳动争议仲裁机构或者人民法院予以撤销。

资方：乘人之危

劳方：乘人之危？ ➡ 未能规定

第二十条

具有撤销请求权的用人单位或者劳动者自知道或者应当知道劳动合同撤销事由之日起1年内没有行使撤销请求权的，该撤销请求权消灭。用人单位或者劳动者因不可抗力或者其他障碍不能行使撤销请求权的，撤销请求权时效中止。自中止时效的原因消除之日起，撤销请求权时效期间继续计算。

颁布《劳动合同法》后，一审稿中的撤销权的相关规定都被删除了，但都规定了无效的法律后果。这一制度逻辑与《民法通则》十分类似，都是将欺诈、胁迫等直接规定为无效。更令人难以理解的是，《劳动合同法》还将解除作为了无效的事由之一。

LCL第26条第1款第1项

下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

LCL第39条第5项

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

.....

（二）严重违反用人单位的规章制度的；

（三）严重失职，营私舞弊给用人单位造成重大损害的；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的。

【思考】“因劳动者欺诈无效”与“因劳动者过错行为解除”可以等同对待吗？

欺诈胁迫与乘人之危对应的后果都是表意的不自由。然而，39条中的用人单位基于劳动者的过错解雇的规定对应的是严重的违约情形。这两个制度是完全不同而且互不冲突的。解除权是赋予雇主结束难以继续维系的具有持续性的劳务关系的一种权利，源于劳动关系的持续性这一特征。

“撤销权”与“解除权”的并存的竞合是我国的立法败笔——《劳动合同法》第26条作为特殊规定已将“欺诈、胁迫和乘人之危归入劳动合同无效的瑕疵事由。

欺诈权与撤销权的不同

欺诈

撤销

结束劳动合同的原因不同	保护表意人不受他人干扰自由地作出意思表示，重在矫正被侵扰的意志自由	赋予雇主结束不可期待其继续维持之劳动关系的权利——持续性特征的内在要求
结束劳动合同的原因产生阶段不同（顾丽案）	劳动合同的订立阶段	劳动合同的履行阶段
劳动合同的法律效果不同	劳动合同自始附有瑕疵地“生效”——二阶性确定有效（未终局） 无效	劳动合同自始纯洁无暇地生效，之后由资方基于法定解雇事由而结束

“王丹案”：求职申请表中的声明约定：“如应聘者在申请表中提供的个人信息以及工作经历存在伪造情况，公司有权停止雇佣，公司对其欺骗行为予以解除劳动合同。”

“顾丽案”：《员工手册》第4条第12项的规定为：“向公司提交虚假的人事资料（身份证、个人简历、学历、资格证书等），进入公司者，属于员工严重违反公司规章制度，公司将予以辞退的情形。劳动合同第八条E款第2项约定，如乙方在聘用过程中提供虚假的个人信息，甲方有权作辞退处理。”

【疑惑】这两个制度既然已经被错误地归置在了一起，实务中如何应对撤销制度的缺失？
大部分用人单位会尽可能详细地将一切事项规定在规章制度中，因为撤销权于法没有规定，法律只承认无效事由。

民法典第152条

有下列情形之一的，撤销权消灭：

- （一）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；
- （二）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；
- （三）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

第563条II

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

第564条

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

(2) 第三人欺诈

民法典第149条

第三人实施欺诈行为，使一方（表意人）在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方（表示受领人）知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方（表意人）有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。



红圈所HR修改简历
倾情助力法律人的
秋招季!



据某媒体报到：
疫情期间就业困难，
有企业提供包装美化简历服务，
包您被聘，
需缴纳一定费用

猎头、修改简历…都可能因为过度美化而构成欺诈。

网络招聘服务管理规定 2020 第三章 网络招聘服务规范

第19条第1款 从事网络招聘服务的人力资源服务机构，不得以欺诈、暴力、胁迫或者其他不正当手段，牟取不正当利益。

(3) 非法胁迫

民法典第150条

一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

民意第69条

以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实的意思表示的。

订立劳动合同时罕见，在协商解除劳动合同时更可能出现。实务中的谈判往往是“胡萝卜加大棒”，很难说究竟是“协商”成功了，还是让当事人屈从了。

2. 事务处置型

事务处置型瑕疵源于抵触“我的事情我做主”的自治原则。在法律语境下，“我的事情我做主”可能有两种情况——1) 当事人自己实施法律行为；2) 代理¹⁰人以被代理人的名义实施法律行为。

事务处置型瑕疵在民法中的典型例子包括：无权处分、无权代理。在劳动法中，无权处分出现的可能性很小，更有可能出现的是无权代理，例如代签行为。

代签行为

劳动者的劳动合同被他人代可能有多种情况：

A 资方以外的第三人“代签行为”

例：疫情下就业形势严峻，大学生甲的室友或父母出于好心帮甲代签了某公司给甲寄来的劳

¹⁰ 代理：行为人以被代理人名义实施法律行为，法律效果直接归属于被代理人。民法典第162条：代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生效力。

动合同书，并寄回给某公司，甲与某公司之间订立了劳动合同吗？

情形一：得到同意的代签行为 → **授权代理**，由被代签的劳动者直接承受法律效果

情形二：未获同意的代签行为 → 准用**无权代理**，被代签的劳动者享有追认权

其中，当事人的“同意”也可以分成两种情形：

- **明示**：向资方或无权代签人表示追认与否
- **默示**：已开始履行合同义务，原合同法解释（二）第12条

第三人代签的情形下，作为相对人的资方享有**催告或撤销权**

- **催告权**：催告被代签的劳动者追认
- **撤销权**：善意情形下，在被代签的劳动者追认前撤销

B 资方的“代签行为”

情形一：注册为个体工商户的自然人作为劳动者的代理人

个体工商户的本质其实就是自然人，此种情形下一般是无效的。

某注册为个体工商户的自然人甲经营一家小饭馆，雇佣了一名厨师乙，为避免未签书面劳动合同的双倍工资罚，赶在用工前就代厨师签订了自己事先拟定好的劳动合同书，厨师与小饭馆之间订立了劳动合同吗？

自我缔约：代理人以被代理人名义与自己实施法律行为，被代理人于代理人为代理行为的双方当事人 → 法律后果：自我行为原则上无效，除非有被代理人的同意或者追认，因为此时法律行为并没有可识别性，利益冲突也在所难免。

民法典第168条

代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

情形二：人事经理入职前代签

某有限责任公司新近聘任了数名应届生，为避免未签书面劳动合同的双倍工资罚给公司带来不必要的高额损失，人事经理在学生入职前就赶紧帮他们代签了公司事先拟定好的劳动合同书，应届生与有限公司之间的劳动合同成立生效了吗？

此种情形可构成**自我行为的例外有效**，前提是自我行为（包括自我缔约和数方代理）事先得到被代签人的许可或事后得到追认。

民法典第168条

代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。

劳方：须有明确的事前同意

资方：在数方代理下，无需资方的同意或追认，因为人事经理本就是资方的合法代理人

可以将此种情形理解为数方代理——人事经理代理公司，同时又代理岗聘用的应届生，依然是原则上无效，得到劳方同意或者确认的除外。

（三）秩序因素类

由于劳动法中充斥着大量的强制性法律规范，所以劳动合同更有可能因违背社会公益的一般秩序而导致无效。

强制秩序型：指违反代表公共秩序的“抽象他人”，可能包括法律禁令、公序良俗、形式强制。

对于违反强制性法律规定的后果，之前《合同法》以及后来的《民法典》都有规定，只要违反即原则上无效。

民法典第153条

违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

《劳动合同法》也追随了民法的脚步，认为违反强制性规定的无效。但是在劳动法中，很大一部分都是单边强制性规范——虽然有一定的强制性，但基于最有利于劳动者的原则，就可以突破；对于剩下的双边强制性规范，若有违反才更可能对法律行为的效力有所影响。

劳动合同法第26条

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

1. 违反强制性规定

违反法律禁令：违反法律、行政法规强制性规定——劳动合同法第26条（三）

“瑕疵常态”：劳动法中充斥着矫正劳资先天不平等地位的强制性规定。

类型1 单边强制性规范

单边强制性规范是劳动法强制性规范的“常态”，符合劳动法的发展和宗旨。指仅强制资方的主体半强制规范，旨在保护弱势劳方，可偏离强制性劳动基准作出对劳方更有利的约定，对劳方来说是“任意性”。

年休假条例第3条第1款

职工累计工作已满1年不满10年的，年休假5天；已满10年不满20年的，年休假10天；已满20年的，年休假15天。

类型2 双边强制性规范

双边强制性规范指的是对劳资双方来说均不得偏离的规定，通常涉及社会公共利益。

女职工劳动保护特别规定第4条第1款

用人单位应当遵守女职工禁忌从事的劳动范围的规定。用人单位应当将本单位属于女职工禁忌从事的劳动范围的岗位书面告知女职工。

【思考】违反强制性规定的劳动合同一概无效？

最高人民法院早已对合同法第52条第5项“违法=无效”这一机械的裁判思路进行了反思与否定——

原最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）
（2009.04.24）

第14条“合同法第五十二条第（五）项规定的强制性规定”，是指效力性强制性规定。

按照现在的民法学界主流观点，“效力性”规定本身的存疑，且认定上也有问题，有时还会出现同义反复。事实上，核心无非是要探究强制性规范的目的是否是要使得有所违背的民事法律行为直接无效。

【注意】违反强制性规定的劳动合同是否无效不可一概而论

民法典第153条第1款

违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

民法典第153条第1款第2句的践行

确定强制性规定的类型



判断合同的效力

Step 1: 确定强制性规定的类型

在这一步中主要需判断该规定本身是否已经明确了违反的法律后果，部分强制性规定会明确若违反则民事法律行为无效。

- 本身明确规定违反自身规定将导致民事法律行为无效的规定
- 本身未明确规定违反自身规定将导致民事法律行为无效的规定

有观点认为，此时其实根本没有劳动合同法适用的必要，直接适用相关的法律条款即可，因为此种法律条款已经具备了法律后果的规定。《劳动合同法》中的“但书”是为了并不完整的法律条款所准备的。

Step 2: 判断合同的效力

对于已经明确规定若有违反则无效的规定，合同自然无效。对于并未明确的强制性规范，则需在权衡相互冲突的利益基础之上，探求该强制性规定的目的是否有必要使合同无效。

最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号2009.07.07）

人民法院应当综合法律法规的意旨权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。

如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。

如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

【思考】与无照经营的用人单位签订的劳动合同效力？

无照经营查处取缔办法（2011修订）第4条

下列违法行为，由工商行政管理部门依照本办法的规定予以查处：

（一）应当取得而未依法取得许可证或者其他批准文件和营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；

（二）无须取得许可证或者其他批准文件即可取得营业执照而未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；

（三）已经依法取得许可证或者其他批准文件，但未依法取得营业执照，擅自从事经营活动的无照经营行为；

上面这一规定在劳动法中被屡次提及——无照经营的主题依然被认为会影响劳动关系的订立。这是典型的混淆。用原本的术语来分析，这就是典型的所谓的“行政管理型规范”影响到了民事法律行为的效力。

其实最高院本来就有正确的观点，认为行政违法行为不影响民事行为的效力。

用人单位主体适格：不具备合法经营资格的用人单位对劳动合同效力的影响

《最高人民法院劳动争议司法解释（三）理解与适用》，奚晓明主编，最高人民法院民事审判第一庭编著，人民法院出版社2010年版

对于这一问题，有两种观点。第一种观点认为，属于劳动关系，行政违法行为不应影响到民事行为的效力。第二种观点则认为，不属于劳动关系，因为不具备合法经营资格因违反法律规定属于无效合同。

2. 违反法律禁令

劳动合同法第26条

下列劳动合同无效或者部分无效：

（三）违反法律、行政法规强制性规定

【思考】违反强制性规定是否必然会导致劳动合同整体无效？

原则上，违反强制性规定只会导致劳动合同的部分无效，因为整体的无效有悖保护劳工的宗旨。例外情形下才会导致劳动合同的整体无效，例如违反禁止使用童工的规定或违反执业法律规定¹¹。

民法典第156条

民事法律行为部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

常见的被违反的强制性规定如：原合同法第56条第2句、劳动合同法第27条、劳动法第18条第2款第2句、违反劳动基准法的约定（如超过最高工时、低于最低工资、不缴纳个人所得税或社保费用的约定）。

船员讨薪案

船员是一类非常特殊的群体，在德国对他们的专门的劳动法研究。

原审法院查明：62300号渔船所有权证书记载：登记所有人为鑫马公司；船长32.54米，型

宽6.2米，型深2.85米；总吨位138，净吨位482010年12月，鑫马公司与张有文、案外人常某某签订渔船租赁合同，约定鑫马公司将62300号渔船（原为“鲁广渔2300”）出租给张有文、常某某。张有文负责船舶经营，将62300号渔船与“鲁寿渔65203”号渔船配对作业。

2013年5月4日，齐玉与张有文签订“劳动合同书双方约定：张有文雇佣齐玉为船员，齐玉的劳动报酬为年工资5万元（保底）每干完一个月，张有文向齐玉支付3000元，剩余工资合同期满一次性付清。2013年5月9日，62300号渔船与“鲁寿渔65203”号渔船自石岛商港出海作业，但是未按照休渔制度按时回港休渔。同年7月17日62300号渔船与“鲁寿渔65203”号渔船因涉嫌违反禁渔期的规定进行捕捞，被东营市渔政渔港监督监

¹¹ 典型的执业法律规定如执业医师法第14条第2款。

察大队查封(扣押)同年12月,鑫马公司交纳罚款10万元。

2013年7月19日,张有文向62300号渔船船员出具了拖欠工资的清单,其中写明:船员:齐玉,(替班)2013年6月1日上船,下船2013年7月8日,每天260元,现在已干36天,欠工资9400元。张有文在清单下部写明:欠款情况属实。

2013年7月26日,原审法院依据齐玉等十名船员的申请,扣押了62300号渔船。案外人刘新国等十四名船员申请扣押“鲁寿渔65203”号渔船。齐玉等二十四名船员共向山东慧缘融资性担保有限公司支付担保费9600元。

海商法

第二十一条【优先权的概念】

船舶优先权,是指海事请求人依照本法第二十二条的规定,向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求,对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。

第二十二条第1款【优先权范围】

下列各项海事请求具有船舶优先权:

(一)船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求;

(二)在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求;

2013年9月15日,东营市渔政渔港监督监察大队解除对62300号渔船的查封(扣押)。

2013年11月1日,案外人宋兰霞为62300号渔船及“鲁寿渔65203”号渔船船东向原审法院提供了担保金64万元。原审法院当日解除了对渔船的扣押。

张有文在经营62300号渔船过程中雇佣齐玉为该船船员,齐玉按照张有文的指示提供了劳务,张有文向船员出具了拖欠工资清单,齐玉等船员与张有文均在拖欠工资清单上签字,齐玉与张有文对拖欠的工资数额没有争议。

本案的争议焦点是齐玉作为船员在禁渔期从事捕捞作业,其在禁渔期间的报酬是否应当获得保护以及对当事船舶是否具有船舶优先权。

原审法院认为:《中华人民共和国渔业法》规定,禁止在禁渔区、禁渔期进行捕捞。违反关于禁渔区、禁渔期的规定进行捕捞的,应受到渔业行政部门处罚,处罚的对象是船舶经营人。张有文违反《中华人民共和国渔业法》的规定受到渔业行政部门的处罚,其与渔业行政部门形成行政法律关系。渔业行政部门的处罚行为,对张有文与齐玉的劳务合同效力不构成影响,不影响齐玉对劳动报酬的追索权。因此,齐

玉有权依据与船舶经营人之间的劳动关系获得劳动报酬。张有文应当给付齐玉拖欠的9400元工资。

事实回放：2013年5月4日，齐玉与张有文签订“劳动合同书”。双方约定：张有文雇佣齐玉为船员，齐玉的劳动报酬为年工资5万元（保底），.

依据《中华人民共和国海商法》第二十二条的规定，船员工资、其他劳动报酬等给付请求是具有船舶优先权的海事请求。齐玉作为船员对当事船舶主张船舶优先权符合该条法律规定。因此齐玉主张的劳动报酬对62300号渔船具有船舶优先权，鑫马公司作为该渔船的船舶所有人对张有文拖欠的工资负有在船舶优先权范围内清偿的义务。

上诉人鑫马公司上诉称：二、在齐玉和张有文禁渔期非法捕鱼的情况下，原审法院仍判决鑫马公司在62300号渔船船舶优先权范围内对齐玉工资款承担连带清偿责任违反公序良俗原则。齐玉的诉请不应享有船舶优先权。在禁渔期内，张有文雇佣齐玉进行涂抹船号、更换手机等行为躲避渔政，违法捕捞作业，破坏了我国渔业公共资源，损害了社会公共利益。

该两人从事违法行为产生的报酬不应受到船舶优先权的特殊保护，否则，势必导致非法捕鱼行为的增多，危害国家渔业资源和生态环境，与船舶优先权制度的设立宗旨和原则不符，亦不符合《民法通则》第七条及《合同法》第七条的规定。此外，《中华人民共和国劳动法》第十八条规定，违反法律及行政法规的合同无效。基于无效合同产生的非法劳动报酬不应享有船舶优先权。

本院认为：关于第二个焦点问题。齐玉作为雇员，受雇主张有文指示从事海上捕捞活动，其提供劳务的成果也归属于雇主张有文。故违反《中华人民共和国渔业法》关于禁止在禁渔期内进行捕捞的规定、应承担行政责任的是雇主张有文，而非雇员齐玉。张有文与齐玉签订、履行雇佣合同并不以损害社会公共利益为目的，该雇佣合同合法有效，齐玉有权基于该船员劳务合同向张有文主张船员工资。根据《中华人民共和国海商法》第二十二条第一款第（一）项的规定，船员合法的工资请求具有船舶优先权。原审法院判决鑫马公司对齐玉的船员工资请求在船舶优先权范围内承担连带清偿责任，并无不当。

3. 违背公序良俗

损害社会公共利益——被赋以“公序良俗”之称

民法典第153条第2款

违背公序良俗的民事法律行为**无效**。

民法通则第7条、第58条第1款第5项

(1) 违反公序良俗的案型（参照德国法）

其一，悖俗的劳务行为，如雇佣他人从事打手服务或暴力讨债。

其二，限制劳动者的经济自由 → 劳动合同终身期限、离职竞业限制期限超长

民法典第七百零五条第1款

租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效。II租赁期限届满，

当事人可以续订租赁合同；但是，约定的租赁期限自续订之日起不得超过二十年。

其三，转嫁经营风险，如让雇员分担企业的经济风险、不合理超高的违约金。 → 资方本应自负盈亏

e.g. 生产过程中对生产工具造成的损害由员工全额赔偿 → 德国对此有专门的研究（“劳动者在工作过程中导致雇主损害的赔偿责任问题”）

【注意】员工持股是另一复杂的法律问题

其四，给付义务与对待给付义务处于失衡 / 明显不成比例的关系

【注意】与德国法不同，在我国很有可能不属于违背善良风俗的特殊类型，而是被归入影响意志表达自由（显失公平）情形。

《民法典》151条

一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

(2) 法律后果

违反公序良俗的法律后果与违反强制性规定一样。

原则上部分无效（所涉悖俗条款无效）。相较于市场工资水平,报酬条款与劳动给付极不成比例无效。如某“魔圈律所”给实习生的报酬为1500元,每周工作6天,每天平均工作12小时以上。

更有甚者是无报酬的“金融圈小黑工(券商实习生)。

例外情况下劳动合同才会整体因悖俗无效，如雇佣诈骗惯犯演示教导他人话术如何网上行骗。

4. 违反形式强制合同的订立形式

(1) 原则：形式自由

形式的类型：民法典第135条、第469条第1款

- 书面形式：书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。——民法典第469条第2、3款
- 口头形式
- 其他形式：从双方的行为推断

(2) 法定书面形式

- 书面要式行为：民法典第135条后半句、第490条第2款 ➡ 法律、行政法规规定采用特定 / 书面形式的当事人约定采用特定 / 书面形式的
- 法定书面形式的目的和功能：1) 澄清与证据目的；2) 信息与公示功能；3) 警告功能；4) 咨询功能
- 违反法定或约定书面形式原则无效。该后果可以通过反面解释民法典第490条第2款（原合同法第36条）得出：

法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

《民法典》中规定了履行治愈的规则，但是劳动法中没有。

【注意】在我国实证法中，法定与约定的书面形式被视为等同的。实际上，应当要探究书面形式背后的规范意旨才能判断其效力。如果书面形式具有创设效力，其他形式无效；如果书面形式仅具宣示效力，则依旧是有效的。

(3) 劳动合同的形式——法定书面形式

- 劳动合同应当以书面形式订立：劳动法第19条第1款
建立劳动关系，应当订立书面劳动合同：第10条第1款
- 唯一的例外是非全日制工，他们可以订立口头协议——第69条第1款

劳动合同法第16条

……并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。

劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

【注意】如果秉持严格的文义解释，则劳动合同的书面形式不包括数据电文。

【思考】如何看待劳动法对于书面形式的强调？

有人认为此种强调是多此一举，也有观点认为此种做法更符合我国的国情——强推书面合同这么多年，我国依旧存在大量的资方不签订合同的现象，也有劳动者称公司将合同自己保存了等等。

民法典第469条第3款

以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

德国的规定是，解雇的时候必须采用纸质的书面通知，不能使用数据电文形式。这一规定背后的含义是，在需要对劳工进行特别倾斜保护的领域，可以对合同做出与民法不同的规定。

BGB § 623 Schriftform der Kündigung Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen. 通过终止或终止协议终止雇佣关系必须以书面形式生效；电子形式不包括在内。

但是，目前我国也已经松动，出现了电子版的劳动合同。从资方的角度而言，能签书面合同得就签，最为保险。不能订立的，务必要按照下面的通知签订电子合同，否则将面临双倍工资罚。

电子劳动合同订立指引的通知（人社厅发〔2021〕54号）2021.07.01颁布
并实施第一章 总 则

第一条 本指引所指电子劳动合同，是指用人单位与劳动者按照《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国电子签名法》等法律法规规定，经协商一致，以可视为书面形式的电子数据电文为载体，使用可靠的电子签名订立的劳动合同。

第二条 依法订立的电子劳动合同具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

电子邮件能否代替书面合同？

【基本案情】海盈船舶公司、陈光贤双方劳动关系存续期间：2014年6月9日至2015年1月19日，约定工资为9000元/月。海盈船舶公司未与陈光贤签订劳动合同。海盈船舶公司主张其在陈光贤入职时已通过电子邮件向陈光贤发送了雇佣合同，雇佣合同条款具备了劳动合同的必备条款，且陈光贤收到后回复邮件对雇佣合同内容进行确认，应视为双方签订了书面劳动合同。海盈船舶公司为此提供了雇佣合同，但无双方签名。

【法官后语】本案重点在于：电子邮件在缺乏劳动合同实质要件的情况下能否视为已经签订书面劳动合同的问题。

首先，随着电子通讯、信息交换技术的发展，以电子邮件往来作为签订书面劳动合同的形式应当予以采纳，且劳动合同法中也明确规定电子邮件属于书面形式的一种，因此如果电子邮件的内容已具备书面劳动合同的必备要件，则应当视为已签订书面劳动合同。

法官的说理很正确，没有机械地适用双倍工资罚。

【思考】书面形式是劳动合同的生效要件吗？

对于书面形式的作用，需结合规定劳动合同书面形式的背景，探寻背后的立法目的。从历史角度，早在劳动合同制推广期就对书面形式做出了要求。

企业与被招用的工人签订劳动合同时，以书面形式明确规定双方的责任、义务和权利——国营企业实行劳动合同制暂行规定（已废止）第7条第1句

之所以要进行此种规定，是因为当时的资方往往会为了逃避劳动监察、为劳动者投保社会保险等，避免与劳动者签订合同，签订率较低。另外，我国的集体合同制度不发达，无法提供基准参照。

- 立法目的：书面劳动合同作为主要的证据，有利于纠纷解决，也便于劳动行政部门的行政执法。
- 某些学者和权威解释看法认为：书面是劳动合同的唯一合法形式
- 主流见解：书面形式不是劳动合同的生效要件

(4) 用工、订立书面劳动合同与建立劳动关系的关系

劳动合同法第7条

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。

劳动合同法第10条

建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

单从法条文义出发可知：建立劳动关系以“用工”标准

(5) 未签书面劳动合同的双倍工资罚问题

因用人单位未订立书面劳动合同的法律后果，由弱至强。自用工之日起计算的期间：

	时间	对应法条	法律后果
“宽限期”	无书面合同状态≤1个月	第10条第2款	无不利后果，尽快订立书面合同
“惩罚期”	1个月<无书面合同状态<1年	第82条第1款、实例第6条	每月支付2倍工资，直到补订书面合同为止 支付2倍工资的期间：自用工之日起满1个月的次日至补订书面劳动合同的前1日
“强制拟定无固定期限合同”	1年<无书面合同状态	第14条第3款，实例第7条	视为已订立无固定期限劳动合同，补订书面合同 支付2倍工资的期间：自用工之日起满1个月的次日至满1年的前1日

【思考】无书面劳动合同状态超过1年的二倍工资罚是否有上限？

上限规定：第14条第3款，第82条第1款、实例第6、7条——11个月

每月支付2倍工资，并视为已订立无固定期限劳动合同，尽快补订书面合同

支付2倍工资的期间：自用工之日起满1个月的次日至满1年的前1日

➡ 用人单位的两难：要么辞退，要么签约

自用工之日起，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的无书面合同状态≤1个月：实例第5条

应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但要支付实际工作时间的劳动报酬。

【思考】需要支付两倍工资吗？

观点一：支付

观点二：不支付。用人单位举证劳动者对不签书面合同有过错。

➤ 法理检讨：该规定于法理不合，混淆了合同订立和形式意义。

实施严苛的“二倍工资”规定引发的系列法律问题

➤ 二倍工资的法律性质究竟是工资还是罚款？这两者在劳动争议仲裁法中的时效不同，请求权基础对应的时效也不同。	但之后仍未补订书面合同，还需支付二倍工资吗？
➤ 二倍工资的计算基数？	➤ 与法定代表人未签书面劳动合同？
➤ 二倍工资的排除事由？	➤ 与人力资源经理未签书面劳动合同？
➤ 二倍工资的仲裁时效？	➤ 入职申请表等文书能否代替书面劳动合同？
➤ 自用工之日起一年未签订书面劳动合同，视为已订立无固定期限劳动合同，	➤ 劳动合同期满后未续签劳动合同？
	➤ 劳动合同期满存在法定顺延情形？
	➤ 补签，倒签劳动合同？

部分高管没有签订合同也要求双倍工资罚，法院一般是不支持的，认为此时是高管自己的过错。

五、劳动合同整体无效的法律后果

（一）无效或部分无效的确认

《劳动法》第18条第3款

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

劳动合同法第26条第2款

劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

根据我国《民法典》的规定，合同无效或者被撤销无非就是两种后果——返还和赔偿：

民法典第157条

民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。

有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。

民法典第566条第1款【解除的效力】

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施、并有权要求赔偿损失。

韩世远老师：合同法对于继续性合同终止的特殊性关注不足，仅在第97条对解除的后果是否就已履行的部分恢复原状等，以“根据履行情况和合同性质”的表述，作灵活的应对。

（二）针对劳动合同无效之法律后果的总括性规定

劳动合同法（一审稿）第二十二条

劳动合同被确认无效或者被撤销，劳动者已付出劳动的，除用人单位与劳动者有恶意串通，损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的情形外，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参考用人单位同类岗位劳动者的劳动报酬确定；用人单位无同类岗位的，参照用人单位所在地设区的市级人民政府公布的劳动力市场工资指导价位确定。

相较之下，《劳动合同法》的规定精简了许多，但与一审稿的精神还是一致的，大意就是付出劳动的，应有的劳动报酬还是要获得。

劳动合同法第28条

劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

（三）德国的“瑕疵劳动关系”理论

1. 当合同尚未履行即未给付劳动——适用民法一般规则

➤ 劳动合同自始、当然、确定、绝对无效

劳动法第18条第2款第1句

原合同法第56条第1句

➤ 根据不当得利相关规定返还不当利益。如返还资方已预付劳方的报酬或差旅费

民法典第二十九章 不当得利

【疑惑】若劳动合同已经履行即已提供劳动 / “实际用工”，仍然适用民法一般规则？

○ 联邦劳动法源对劳动者“实际用工”的界定更为细致：到工作地点上班，获得分配的工作，并开始从事劳动。

针对已经履行的劳动合同，由于劳动关系具有持续性，不能溯及既往地无效，以免发生不当得利适用的窘境。然而，如果完全套用不当得利的规则，也会面临不少困境：1）劳动给付无法以“原状”返还给劳动者；2）确定不当得利的价值范围很困难；3）与劳动关系所关联的

附随义务无法回复，且必须存续以保护劳动者。

➡ 德国联邦劳动法院的“瑕疵劳动关系理论”应运而生，出发点有二：一是避免返还清算的困难，二是出于劳工保护的需要。

2. 针对劳动合同已经履行的情况

(1) 瑕疵劳动关系理论的具体内容

“表见”劳动关系	无效的劳动关系在已履行 / 逝去的期间内被当做“无瑕疵的劳动关系”对待 ¹²
劳动报酬请求权	给劳动者保留了劳动报酬请求权
请求脱离	任一方均可向将来单方宣布脱离 (lossagen) 该“瑕疵的劳动关系”
无效的溯及力	劳动关系无效不溯及既往，而仅得从任一方宣布脱离时刻起向将来发生效力 (ex-nunc-Wirkung)，发生“类似终止的效力” (k ü ndigungsähnliche Wirkung)

(2) “瑕疵劳动关系理论”的适用前提要件

积极要件	有瑕疵的意思一致	尊重意思自治下合意订立契约，即使是瑕疵，也要有合意。
	劳动关系已经履行	因返还清算的困难而有适用该理论的必要
消极要件	瑕疵不能如此严重，以至于根本无法容忍劳动关系的存续	
	不能抵触刑法或违背公序良俗，如没有医师职业资格证而从业，此种情况下是完全无效的。	

这一理论是对特殊的劳动关系的一种偏离民法意旨的处理，自然也会有排除适用的情形。要回到理论诞生的宗旨进行探寻。

排除适用“瑕疵劳动关系理论”的前提要件有二：

➤ 其一，**无返还清算的困难**。若在任何一方单方宣布脱离之前，劳动关系已于某时刻停止

¹² 德国文献中可能会将此种关系称为“事实劳动关系” (factish)，要谨防误导。此处的“事实劳动关系”是特有所指，不能简单理解为民法中的无需合意即可建立的事实合同关系。

履行，则无效溯及既往至此时刻。当然，停止履行的事由可以是客观的，如员工生病，工厂因疫情被迫歇业停工。

原因：从这一时刻起，已无返还清算的困难。

- 其二，**无劳工保护的需要**。以劳方原因导致劳动合同瑕疵为前提，如雇员通过欺诈获得职位，此时需禁止雇员因自己的违法行为通过该理论“渔利”。

【思考】从什么法律原则推导出？

“笔迹欺诈案德国案例赏析

基本案情：F女士应聘G公司某部门负责人的职位。G公司让F尽快寄来手写的简历，因为笔迹对公司筛选应聘者很重要。F让其擅长书法的邻居R律师先生代笔书写了简历，签名并随简历附注说明：“本人也非常认同笔迹鉴定，只要贵公司能够辅以先进科学的心理学方法进行鉴定”。之后的笔迹鉴定结果非常积极，由于G公司向来都以机构的鉴定结果为发放职位的前提，遂与F签订了劳动合同。

F女士4月1日正式报到上班，但自7月1日以后即生病休假，之后再未到公司上班。7月12日，G公司总经理外地出差归来，又随意翻看了F女士的应聘材料，发现其简历非由本人亲笔书写，当即就以欺诈为由向F发了撤销劳动合同的通知，通知于7月27日送达至F女士。

G公司主张撤销权，并拒绝向F女士支付从7月1日起的病假工资，能胜诉吗？

“笔迹欺诈案”的案例解析：病假工资的请求权基础？《工资继续支付法》第3条第1款第1句。本案焦点是F女士是否因撤销使得劳动合同自始无效而不再具有劳动者身份，从而不能再享有病假工资请求权。

I. 存在有效的撤销？

1. 存在撤销事由

本案中他人代笔的简历可能构成欺诈的撤销事由。

a. 存在欺诈行为，即旨在引起、强化或维持对方不正确看法的行为。

“手写简历”对于普通的受领人来说只能被理解为公司要求“亲笔书写”。正如F在附注说明中所说的那样，她也是这么理解的。所以，F以作为的方式向公司实施了旨在引起公司不正确看法的欺诈行为。

b. 欺诈行为具有违法性。

本案中G公司要求其他机构鉴定笔迹涉嫌侵犯应聘者的一般人格权，从而阻却F女士欺诈行为的违法性，但若应聘者事先同意则没有问题。本案中F的附注说明正体现了她事前对笔迹鉴定的同意。所以，F的欺诈行为违法。

c. 欺诈行为的双重因果关系。

(1) G公司因欺诈陷于错误。

G公司因假笔迹的鉴定结果而对F女士产生了积极的印象。

(2) G公司因错误作出意思表示。

G公司也基于该积极的笔迹鉴定结果而做出了与F女士订立劳动合同的意思表示。

2. G公司做出了撤销的意思表示。

a. 总经理有权代表公司做出了撤销的意思表示。

b. 总经理在除斥期间内做出了撤销的意思表示。

II. 存在自始无效的撤销法律后果。

1. 自始无效的撤销法律后果受到了“瑕疵劳动关系理论的限制。”

a. “瑕疵劳动关系理论”的适用前提

(1) 有瑕疵的意思表示一致

因欺诈订立劳动合同

(2) 劳动关系已经履行

F已入职上班

(3) 不存在根本无法容忍劳动关系暂时存续的严重瑕疵

本案无违反刑法、强行法或善良风俗的情形

b. “瑕疵劳动关系理论”的适用后果

(1) “过去”

G公司的撤销仅得使劳动合同从7.27起发生无效的后果，从而因欺诈订立的劳动合同在“逝去的时间”内被视为有效

(2) “将来”

瑕疵的劳动关系因任一方宣布脱离而向将来无效

或由撤销权人行使撤销权而向将来无效

因此，F女士可能享有7.1-7.27期间的病假工资请求权

2. 排除适用“瑕疵劳动关系理论”的例外前提

a. 无返还清算的困难

在任何一方宣布脱离之前，本案中存在客观上导致劳动关系停止履行的原因，即F女士从7.1起生病休假，自此停止工作，遂无返还清算困难，无效后果溯及既往至病假首日。

b. 无劳工保护的需要

本案中因劳方F女士的欺诈导致劳动合同瑕疵，遂此时无劳工保护需要，禁止雇员因自己的违法行为而“获利。”

因此，G公司的撤销使劳动合同从7.1起发生无效的后果

III. 案例分析结论

F女士不享有7.1-7.27期间的病假工资请求权。

→ 我国的“瑕疵劳动关系”理论？有无借鉴德国理论的可能？

（四）我国的“瑕疵劳动关系”理论？

劳动合同法（一审稿）第22条

劳动合同被确认无效或者被撤销，劳动者已付出劳动的，除用人单位与劳动者有恶意串通，损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益的情形外，劳动报酬的数额，参考用人单位同类岗位劳动者的劳动报酬确定；

劳动合同法第28条

劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，……。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

一审稿当中提及的损害公共利益情形和德国的“缺乏职业资格证”可能可以对应。

人大法工委对劳动合同法第28条的释义：除恶意串通，损害国家利益，社会公共利益或他人合法权益外，双方约定高于同岗位工资水平的，劳动报酬按照实际履行的内容确认。

人大法工委所强调的约定与德国法不谋而合

六、劳动法中内容自由的限制——内容审查

➤ **合法性审查**：广义内容审查，司法机关基于整个法律制度对劳动合同内容是否与上位法源之**强制性规定**抵触作审查 → 法律、行政法规、部委规章、地方性法规和集体合同。
老师认为，不包括“解释一”第19条规定的“政策规定”。

➤ **合理性Angemessenheit审查**：狭义内容审查，司法机关审查劳动合同约定否适当地平衡了劳资双方利益。按照民法精神，此种审查原本应被禁止，因为合同内容是平等的双方进行博弈后形成的，但劳动法由于劳资双方先天的合同不平等性而作为了例外。

【注意】合理性审查不针对**主给付义务**（典型如工作内容和报酬）、**原文复述法律的条款、集体自治性约定**。

中国目前没有狭义的格式条款审查规范，然而其实我国的劳动合同以及劳动规章制度往

往以格式条款为常态。

- 审查格式条款的原因：1）防止雇主滥用其单方面制定条款的权利；2）改善信息不对称的情况；3）改善“Take it or leave it”状况。

七、针对某些劳动合同条款的解读

（一）劳动合同期限

1. 常见的期限类型

- 固定期限劳动合同（定期劳动合同）
- 无固定期限劳动合同（不定期劳动合同）
- 以完成一定工作任务为期限的劳动合同
- 用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同

合同期限的确定以**意思自治**为原则，只要双方协商一致，即可订立任何期限的劳动合同。

2. 固定期限劳动合同成常态化和主流形式的原因

从历史的角度看，立法者之所以最开始以定期合同为主流，是为了打破铁饭碗，促进劳动力的自由流动。从当时的规定可见一斑——

国营企业实行劳动合同制暂行规定1986（已废止）第2条第2款

长期工：五年以上的

短期工和定期轮换工：一年至五年的

临时工、季节工：一年以内的。

我国对无固定期限的认识有误区，认为类似于“铁饭碗”。

劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知劳部发〔1996〕354号第2条

在固定工制度向劳动合同制度转变过程中，用人单位对符合下列条件之一的劳动者，如果其提出订立无固定期限的劳动合同，应当与其订立无固定期限的劳动合同：

（1）按照《劳动法》的规定，在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的；

（2）工作年限较长，且距法定退休年龄十年以内的；

（3）复员、转业军人初次就业的；

（4）法律、法规规定的其他情形无固定期限“优待”例外

然而，固定期限的合同有其弊端：

- 1) 无固定期限劳动合同被边缘化
- 2) 劳动合同短期化问题严重
- 3) 无限制的屡次签订，压榨雇员的“黄金年龄”
- 4) 不利于雇员稳定职业和不断提高职业技能

考虑到上述弊端，立法者在《劳动合同法》的制定过程中进行了重新定位，要求在保持劳动力合理有序流动的前提下保持劳动关系的相对稳定。

3. 现行规定

（1）应当订立无固定期限劳动合同的情形

劳动法第20条第2款

劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。

劳动合同法第14条第2款、实例第11条第1句

劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

劳动者在该用人单位连续工作满十年的；用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满

十年且距法定退休年龄不足十年的；连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

A 在该用人单位连续工作满十年的——劳动合同法第14条第2款（一）

《劳动合同法》第14条

无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

- 1、劳动者在该用人单位连续工作满十年的；
- 2、用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；
- 3、连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。用人单位名称、法定代表人、主要负责人或投资人的变更——第33条

用人单位的合并或者分立——第34条

用人单位同一系统或集团内的工作调动

非因本人原因被安排到新单位工作的，在原单位的工作年限合并计算为新单位的工作年限。——

实例第10条第1句

司法解释已经规定，只要不是因为本人原因而调来调去，时间通通都要合并计算。

解释（一）（法释〔2020〕26号）第46条第2款

用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

（一）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；

（二）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；

（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；

（四）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；

（五）其他合理情形。

连续工作满十年满10年的起始时间，应当自用人单位用工之日起计算，包括劳动合同法施行前的工作年限——实例第9条

无论是定期合同年限还是以完成一定工作为期限的合同年限

无论是书面合同还是未签订书面合同的工作期限

【现存问题】何情况下打断“十年”的连续性？

对于何时中断的问题，立法者没有做回答，地方上的解释五花八门。

➤ 法工委举例解释：离职到别的单位工作2年

➤ 学界举例解释：不超过劳动报酬结算支付周期

注意：地方立法政策性质的意见纪要中对这一问题或有回答。

【争议】法定医疗期是否中断“连续性”？“十年”是否包括因劳动合同法第42条（一）（三）和（四）而续延的期限？

劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

e.g.1 员工A还有三个月满十年的时候由于生病请假三个月

e.g.2 员工B怀孕后休孕假，结束后已过十年期

上述两种情况下，员工是否能主张签订固定期限合同？

劳动部曾发文表示，连续工作的时间是不能扣除医疗期的，但是对于限定固定期限的十年期间能否扣除医疗期又依各地的政策而有所不同。

劳动部办公厅对《关于如何理解“同一用人单位连续工作时间”和“本单位工作年限”的请示》的复函劳办发〔1996〕191号

二、按照《劳动法》及有关配套规章的规定，劳动者患病或非因工负伤，依法享有医疗期，因此在计算“同一用人单位连续工作时间”时，不应扣除劳动者依法享有的医疗期时间

三、在计算医疗期、经济补偿时，““本单位工作年限”与“同一用人单位连续工作时间”为同一概念，也不应扣除劳动者此前依法享有的医疗期时间。

沪高法（2009）73号第四条（三）持否定态度

（三）因法定顺延事由，使得劳动者在同一单位工作时间超过十年的，是否作为签订无固定期限劳动合同的理由？

劳动合同期满，合同自然终止。合同期限的续延只是为了照顾劳动者的特殊情况，对合同终止时间进行了相应的延长，而非不得终止。《劳动合同法》第四十五条也明确规定：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当延续至相应的情形消失时终止。”在法律没有对终止的情况做出特别规定的情况下，不能违反法律关于合同终止的有关规定随意扩大解释，将订立无固定期限合同的后果纳入其中。由此，法定的续延事由消失时，合同自然终止。

B 初次实行劳动合同制度或者国有企业改制

劳动合同法第14条第2款（二）“双十”条件

- 用人单位初次实行劳动合同制度
- 国有企业开始实行劳动合同制，原固定工初次签订劳动合同
- 事业单位开始实行聘用制劳动合同，原固定工初次签订合同
- 或者国有企业改制重新订立劳动合同时
- 劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的

立法背景：照顾老职工。

C 连续订立二次固定期限劳动合同

劳动合同法第14条第2款第2句

有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（三）连续订立二次固定期限劳动合同且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形（➡可以被解雇的情形），续订劳动合同的

劳动者此时已经可以凭单方的意志要求续签，但也正是这一制度在实践中带来了巨大的分歧。

【争议】“连续订立二次固定期限劳动合同”的理解分歧：用人单位是否可以在第二次固定期限劳动合同到期后不续签？

按照民法的制度，资方无疑是可以拒绝续签的。

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 浙高法民一〔2014〕7号）[➡ 没有允许](#)

五、用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同，第二次劳动合同到期后，劳动者要求订立无固定期限劳动合同的，应予支持？

答：用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第二次固定期限劳动合同期满后，劳动者根据劳动合同法第十四条第二款第三项的规定提出续订劳动合同并要求订立无固定期限劳动合同的，应予支持。对劳动合同的内容，双方应当按照合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则协商确定；对协商不一致的内容，依照劳动合同法第十八条的规定执行。

上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》沪高法（2009）73号[➡ 全国仅上海一家，规定的是双方续约，在第二次的时候进行了阻断。](#)

四、涉及无固定期限劳动合同的几个问题。

（四）用人单位与劳动者连续订立几次固定期限劳动合同以后，续订合同应当订立无固定期限合同

《劳动合同法》第十四条第二款第（三）项的规定，应当是指劳动者已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同后，与劳动者第三次续订合同时，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的情形。

【疑】“第三次续订”究竟如何理解？仍作“劳资双方同意续延”，还是“劳动者提出”即可？

【疑】续订次数的起算时刻？

劳动合同法第97条第1款

本法施行前已依法订立且在本法施行之日存续的劳动合同不计入“连续订立次数”，“连续订立次数”自本法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。

劳动合同法第14条第2款（三）

且劳动者没有本法第39条和第40条第1项、第2项规定的情形，续订劳动合同的

第39条——6种基于**雇员过错**的解除情形

第40条——2种**非基于雇员过错**的解除情形

该要件没有实质意义，仅是一种宣示意义。

签订无固定期限劳动合同引发的广东高院再审案——莫飞与东莞公司因签订无固定期限劳动合同引发纠纷的再审案

基本案情：莫飞于2009年9月10日入职奈那卡斯公司，担任二次加工主管职务。入职当日，莫飞与奈那卡斯公司签订固定期限劳动合同，期限从2009年9月10日起至2012年9月9日止。2012年9月10日，双方续订固定期限劳动合同，期限自2012年9月10日起至2015年9月9日止。

2015年9月7日，奈那卡斯公司向莫飞发出《劳动合同到期不再续签通知书》，内容包括您与本公司的劳动合同将于2015年9月9日到期，经公司考量，以及结合您的表现，双方就续签合同事项未达成一致，本公司决定不与您续签劳动合同，特通知如下：

一、双方签署的劳动合同到期后终止.....”。同日，莫飞向奈那卡斯公司提出要求续签无固定期限劳动合同，不接受补偿方案。莫飞在奈那卡斯公司处工作至2015年9月9日，同日，奈那卡斯公司以劳动合同期满不同意续签为由终止双方劳动关系。

2015年9月9日，莫飞向东莞市劳动人事争议仲裁院大朗仲裁庭申请仲裁，请求奈那卡斯公司向其支付违法解除劳动合同赔偿金112124.88元。东莞市劳动人事争议仲裁院大朗仲裁庭于2015年10月26日作出东劳人仲院大朗庭案字〔2015〕678号仲裁裁决书裁决：

（一）在裁决书生效后五日内由奈那卡斯公司一次性支付莫飞解除劳动关系的经济补偿54090元；

（二）驳回莫飞的其他请求事项。

一审法院另查明，莫飞在职期间的工资领取至2015年8月，离职前12个月的月平均工资为9343.74元。东莞市上年度企业职工月平均工资为3005元。➡由于我国将高管也列入了劳动者的行列，为了防止给资方带来太大负担，如果高于职工平均工资三倍的，按照三倍计算。

一审认为：莫飞与奈那卡斯公司签订了二次定期限劳动合同，但在续签之前，奈那卡斯公司确表示不再与莫飞续签劳动合同，可见双方并未续订劳动合同的意愿，即便莫飞提出续签无固定限劳动合同，奈那卡斯公司亦无需与其签订无固定期限劳动合同。莫飞与奈那卡斯公司的劳动合同期满终止，奈那卡斯公司应当按照莫飞在公司工作的年限向其支付经济补偿。因莫飞的月工资高于东莞市上年度企业职工月平均工资的三

倍，故奈那卡斯公司向莫飞支付经济补偿的标准应当按东莞市上年度企业职工月平均工资的三倍计付。奈那卡斯公司应向莫飞支付的经济补偿金数额为54090元（3005元/月x3倍x6个月=54090元）。

二审认为：本案争议的焦点是：莫飞主张奈那卡斯公司支付违法解除劳动合同赔偿金能否支持。首先，双方签订的劳动合同于2015年9月9日到期，奈那卡斯公司已经于2015年9月7日向莫飞送达《劳动合同到期不再续签通知书》，莫飞分别于2015年8月28日、2015年9月8日通过电子邮箱及对《劳动合同到期不再续签通知书》书面异议的形式二次要求奈那卡斯公司续签无固定期限劳动合同，由于奈那卡斯公司没有续订劳动合同的意愿，一审认定双方没有续订劳动合同的合意，并无不当。

本院再审认为：本案争议焦点是：（一）莫飞是否有权请求奈那卡斯公司与其订立无固定期限合同；（二）奈那卡斯公司是否应向莫飞支付解除劳动合同赔偿金。关于莫飞是否有权请求奈那卡斯公司与其订立无固定期限劳动合同的问题。《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款规定“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

本院再审认为：至于赔偿金的数额问题。《劳动合同法》第八十七条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。莫飞离职前12个月的月平均工资为9343.74元，高于奈那卡斯公司所在地广东省东莞市上年度企业职工月平均工资3005元的三倍，故莫飞的赔偿金应按照9015元/月（3005元/月x3倍）的标准予以计算。莫飞自2009年9月10日入职奈那卡斯公司至2015年9月9日离职，工作年限为6年。据此，奈那卡斯公司应向莫飞支付赔偿金108180元（9015元/月x6个月x2倍）。➡违法解除的，经济补偿要双倍。

D 无固定期限劳动合同的法定拟制情形

劳动合同法第14条第3款

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的

（2）未签订无固定期限合同的法律后果

自“应当订立无固定期限劳动合同之日”起支付二倍工资——第82条第2款

➤ 在该用人单位连续工作满十年的

如某君于1998年11月11日开始工作，则从2008年11月11日起

➤ 在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年

H先生年满52岁时已工作10年，如初次实行劳动合同制度或者重新订立劳动合同之日为2008年10月10日

➤ 连续订立两次固定期限劳动合同，

第二次固定期限期满的次日

【思考】未签订无固定期限劳动合同的二倍工资是否有上限？

对此，从第82条第2款无法获知。

【思考】超过一年未签订书面劳动合同而拟制订立的无固定期限合同（第14条第2款）能否作为例外？

（二）试用期条款

1. 试用期概述

试用期是劳资双方双向考察的期间。

用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期——
劳部发[1995]202号第19条第1句

雇主考察雇员的能力是否符合录用条件，防范用工风险；雇员考察雇主的情况是否符合自己预期，防范劳动风险。

劳动法第21条

劳动合同可以约定最长不得超过六个月的试用期

在实践中，试用期被滥用导致的乱象迭出，具言之，包括以下几种情况：

- 任何劳动岗位都约定
- 试用期次数任意约定
- 最长试用期约定
- 试用期待遇过低

2. 试用期的新规定

劳动法第21条

- ◆ 劳动合同可以约定试用期。试用期最长不得超过六个月

劳动合同法第19条

- ◆ 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。
- ◆ 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。
- ◆ 以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。
- ◆ 试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

3. 试用期限制

（1）试用期的适用范围限制——劳动合同法第19条第3款

以完成一定工作任务为期限的劳动合同以及劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期情形。

（2）试用期的约定次数限制——劳动合同法第19条第2款

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

对此，实践中理解有争议。有观点认为，应根据续订劳动合同后工作岗位是否发生实质性变更区别对待，若发生实质性变更仍可以在同一用人单位再次约定。

【疑】变更工作岗位能否再与同一用人单位约定试用期？

劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知（劳部发〔1996〕354号）

3. 按照《劳动法》的规定，劳动合同可以约定不超过六个月的试用期。劳动合同期限在六个月以下的，试用期不得超过十五日；劳动合同期限在六个月以上一年以下的，试用期不得超过三十日；劳动合同期限在一年以上两年以下的，试用期不得超过六十日。

试用期包括在劳动合同期限内。

4. 用人单位对工作岗位没有发生变化的同一劳动者只能试用一次。

（3）试用期的期限限制——劳动合同法第19条第1款

- 3个月 ≤ 劳动合同期限 < 1年：≤ 1个月
- 1年 ≤ 劳动合同期限 < 3年：≤ 2个月
- 3年 ≤ 劳动合同期限：≤ 6个月
- 无固定期限的劳动合同：≤ 6个月

【注意】根据劳动合同法第19条第4款，试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。

（4）试用期的工资数额的保护限制

劳动合同法第20条

劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

实例第15条

劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

但是，上述两条规定对试用期工资的表达均有歧义。人大法工委和最高法院法官对“不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%”解释不同，前者认为应当两者取其高，后者认为应当两者取其一。

老师认为，这一问题属立法论问题，有待立法者的定夺。

4. 违法约定试用期的法律责任

（1）违法约定的情形

- 不该约而约
- 超期约定
- 超次约定
- 仅约定试用期

（2）违法约定试用期的法律责任——劳动合同法第83条

尚未实际履行违法约定的试用期的，由劳动行政部门责令改正；

已经实际履行违法约定的试用期的，用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

（三）限制和禁止约定的条款

违约金条款

劳动合同法实施之前允许约定违约金，见劳动法第19条第7项【违反劳动合同的责任】、《劳动法》有关劳动合同规定的赔偿办法劳部发[1995]223号第4条第4项【劳动合同约定的其他赔偿费用】、劳动部关于企业职工流动若干问题的通知劳部发[1996]355号等规定。

劳动部关于企业职工流动若干问题的通知劳部发[1996]355号

三、用人单位与职工可以在劳动合同中约定违约金。解除劳动合同，应当按照《劳动法》的有关规定执行。未经当事人双方协商一致或劳动合同中约定的工作任务尚未完成，任何一方解除劳动合同给对方造成损失的，应当按照《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》承担赔偿责任。

实践中，滥用“违约金条款”的现象严重。资方往往会就劳动者违反劳动合同期限约定“天价”违约金，或者约定劳动者如违反合同期限，需负违约金。

对此，法工委认为当属无效。一方面，劳动者往往是被迫接受的，这一点从通常没有对等的针对用人单位的违约金约定便可见一斑；另一方面，劳动者有权即时辞职，也有择业自主权。

目前，违约金可约定的范围仅限于两种情形——1) 提供专项培训费用约定服务期；2) 离职竞业禁止约定。

【注意】司法实务中针对是否能针对在职竞业禁止约定违约金存有巨大分歧。

第五讲 劳动合同的内容及履行

一、劳动合同内容的概述

LL第17条第2款

劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。

LCL第29条

用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

CC第509条

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

表述的变化：从“规定”→“约定”，值得肯定，可以体现是当事人在自治地约定劳动关系。

劳动合同——从双务合同衍生出双方的权利与义务 → 劳动合同法第29条、劳动法第17条第2款。

劳资双方的主给付义务决定债务类型的基本义务——雇员提供（从属性的）劳动，雇主支付劳动报酬。

劳资双方的附随义务：为劳动合同目的实现，承担相互注意、保护及促进的义务。附随义务的内容决定于劳动关系的从属性、持续性特点。

二、工作义务的全面适当履行

工作义务的请求权基础：劳动合同

劳动合同法第29条【劳动合同的履行】

用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

全面适当履行工作义务? --工作义务的“内容”

工作义务的内容——四W"原则 Wer, Was, Wann, Wo		
Wer	履行主体和受领人	对的“劳工”和“雇主”：谁是债务人,债权人?
Was	履行标的	对的“工作” Gegenstand: 工作内容
Wann, Wo	履行方式	对的“时间” Zeit: 工作时间
		对的“地方” Ort: 工作地点

(一) 工作给付义务的债务人

劳工：债务履行人

LCL § 29

用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

民法典 § 923

受托人应当亲自处理委托事务。经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意或者追认的，委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意或者追认的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任；但是，在紧急情况下受托人为了维护委托人的利益需要转委托第三人的除外。

亲自履行

工作义务履行的首要原则：亲自履行。通常不得由第三人代为履行，“雇（用工）的就是你”。

亲自履行原则的三大后果	
劳工无权让他人代为履行	如找人代班，顶班，替班
	消极法律后果：最严重情况下会被解雇
劳工无义务找人代为履行	如雇员因病，休假或其他客观原因而无法亲自履行时，无需操心找人代班➡资方使用劳动力，自然要承担用工风险
劳工死亡则劳动合同终止	不存在“世袭”

LCL § 44Nr. 3 (三)

劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；

CC § 934

委托人死亡、终止或者受托人死亡、丧失民事行为能力、终止的，委托合同终止；但是，当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。

亲自履行这一原则与劳动给付的高度人身性有关，因此继承人不得承继劳动关系，也不得继承与人身性相关的权益。

例：未休的年休假，计划经济时期的顶岗制度对于与人身性无关的债权则可继承，未支付的工资，未休年休假的金钱补偿对于与人身性无关的义务则须履行。雇主的生产工具和生产资料需要归还。

(二) 工作给付义务的债权人

资方：履行受领人

原则：通常也是劳工必须向资方提供劳务

原因：劳动给付的专属性

劳动给付的专属性在《民法典》中也有所体现

民法典第545条第1款

债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：

(一) 根据债权性质不得转让；

如具有高度人身性的工作义务

(二) 按照当事人约定不得转让；

(三) 依照法律规定不得转让。

例外1 法定的“债权债务的承继”实质受领人变更→合并分立

劳动合同法第34条【用人单位合并或者分立】

用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继

其权利和义务的用人单位继续履行。

CC第67条

法人合并的,其权利和义务由合并后的法人享有和承担。

法人分立的,其权利和义务由分立后的法人享有连带债权,承担连带债务,但是债权人和债务人另有约定的除外。

这种情况下其实已经不能算是严格的打破专属性,而是原本合同已经消灭了,出现了新的主体。

真正的例外还是下面这种情况:

例外2 约定“向/由第三人履行(提供劳务)”

民法典第522条

当事人约定由债务人向第三人履行债务,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的,应当向债权人承担违约责任。

法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务,第三人未在合理期间内明确拒绝,债务人未向第三人履行债务或履行债务不符合约定的,第三人可以请求债务人承担违约责任;债务人对债权人的抗辩,可以向第三人主张。

○ 涉他合同:突破合同相对性,将第三人纳入合同履行,向第三人履行的合同,即利他/为第三人的合同。合同当事人在合同中约定由债务人向第三人履行的合同 → 受领主体债权人资方变为第三人

民法典第522条

当事人约定由债务人向第三人履行债务,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的,应当向债权人承担违约责任。

体现在劳动法中,对应的就是劳务派遣制度:

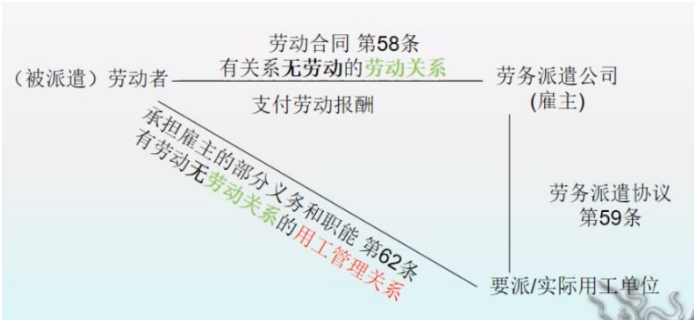
第58条第1款LCL

劳务派遣单位是本法所称用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同,除应当载明本法第十七条

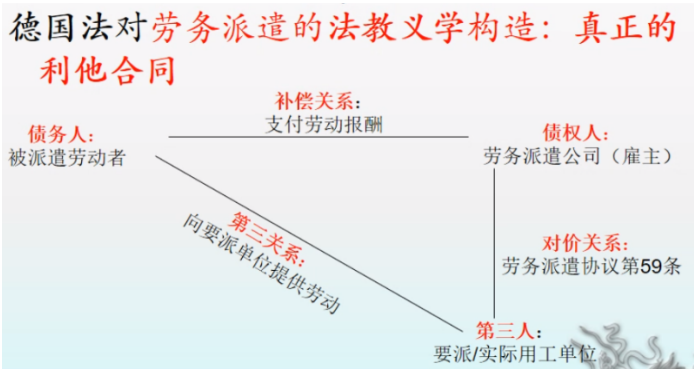
规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

第59条第1款LCL

劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。



劳务派遣公司可以被理解为人力资源公司，哪个用工主体需要用人，就派人过去，而对应的用工主体就是实际的用工单位。劳务派遣公司会和被派遣的劳动者签订劳动合同。但是，劳务派遣公司和劳动者之间的关系很微妙，并无实际的劳动，而只是把劳动者储备在那。当然，劳务派遣公司和用工单位之间会签订一个劳务派遣协议。



○ 与劳务派遣相区别的临时“借调”——指的不是专门经营劳务派遣的企业将劳动者派遣至需要使用特定劳动力的其他企业提供劳动，而是某企业将本企业员工派至其他企业暂时提供劳动，劳动关系保持在原单位不变。

（三）工作义务的确定

1. 确定工作义务的依据概述

工作义务：内容、地点和时间Art, Ort und Zeit

工作义务的确定以个体自治层面的“法”为主，上位法源和集体自治层面的“法”为辅。

其中，个体自治层面的法以劳动合同为基础，“资方单决”的规章制度、雇主的指示命令为补充。上位法包括法律、集体合同，以及“劳资共决”的规章制度，这些文件往往是针对不特定多数人的，因此很少约定具体的工作意图，所以只能居于补充地位。

2. 劳动合同

劳动合同法第3条第2款、第29条

- （一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；
- （二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；
- （三）劳动合同期限；
- （四）工作内容和工作地点；
- （五）工作时间和休息休假；
- （六）劳动报酬；
- （七）社会保险；
- （八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；
- （九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

（三）-（六）是专门和主给付义务有关的规定。

2. 规章制度

规章制度：劳动法第4条，劳动合同法第4条

- 组织劳动过程和进行劳动管理的规则和制度
- 直接涉及劳动者切身利益的规章制度之内容-第4条第2款

✓ 劳动报酬	✓ 保险福利
✓ 工作时间	✓ 职工培训
✓ 休息休假	✓ 劳动纪律
✓ 劳动安全卫生	✓ 劳动定额管理等

3. 指令权

(1) 指令权的由来

指令权的由来：确定工作义务必要的辅助依据。指令权的存在原因有二：

一是**劳动合同具有持续性的特征**，因而只能是一种框架性的合同，不可能事无巨细地预见将来所有的可能性，必须要给资方一个工具，能让资方适时调整工作义务的履行情况；

二是为满足企业应对合同订立时无法预计的发展变化情形，**调适工作义务的需要**。

【重点】始终要牢记，指令权必须在劳动合同的框架下，因为这是双方当事人自行约定的。

(2) 指令权的概念

资方对上位法源（主要指劳动合同）规定之工作义务的单方面的具体细化权。

(3) 指令权的客体（内容）

I. 填充或具体化工作义务——在劳动合同框架下，具体情况具体指示

a. 工作内容

如劳动合同约定为办公室职员，不得通过指令安排勤杂工作，但可对职员今天主要工作内容下达指令，如今天集中整理旧文档

例外：在紧急情况下，雇主可指令雇员从事一切可期待的工作

b. 工作时间（注意：**非工作长度！**）

➤ 工作时间的开始和结束

➤ 工作时间的**安排和分配**

【注意】此处不包括 / 涉及工作长度，因为**工作长度涉及到工作主给付义务的“量”**，事关

双务合同的核心，与工资对待给付密切相关，意义重大。例如，若合同约定日工作7小时，则不得依指令权随意延长到8小时。

c. 工作方式，即如何履行 / 执行工作

例如究竟使用PS进行工作还是美图秀秀。

d. 工作地点

如更换一下办公场所，从五楼调至三楼。

但是，若合同约定在上海市内工作，不可命令雇员到昆山工作。

II. 与提供劳动相关 / 相伴的行为规范（劳动纪律）

（1）目的

此种劳动纪律的订立目的是：

- 无摩擦的共同协作
 - 员工和谐相处
 - 维持企业内部秩序
 - 保护生产经营资料，如禁止吸烟、着装要求、门禁限制、工作场所的电子设备使用限制
- 同理，劳动纪律中也不能涉及主给付义务的量”，包括雇主的对待给付（工资“量”）以及雇员的对待给付（工时“量”）。

（2）指令权的形式

① 个别具体的指令	个案中针对具体雇员的指令
② 一般抽象的指令	针对不特定多数的雇员发布的统一指令

（3）资方享有指令权的法律依据

劳动合同（ 主要 ）	无论劳动合同中是否约定了指令权，资方都可据此享有指令权，因为这是 劳动合同/关系的应有之义 ，也是 从属性劳动 的固有内涵。在劳动合同中，劳资双方已经达成了服从指令权的默

	示合意。
为立法承认	对劳动合同法第32条第1款（劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同）作反面解释

（4）指令权的法律性质和特点

- 性质：单方决定给付的权利，属于**形成权**。资方无需劳动者同意，即可对其权利义务直接产生影响。
- 特点：劳动关系存续期间一直存在，而非一次用尽。¹³

（5）指令权的行使和生效

- 性质：形成权性质的单方决定给付权
- 行使：作出指令，在法律上如何理解？
- 生效：**到达**

个别指令：适用民法到达的一般规则

一般指令：企业内部公示的惯常方法，如小黑板公告 / 布告栏，企业内部官网公示，人事部门群发邮件等皆可

（6）指令权的界限

国家立法层面	宪法	基本权的基本价值辐射
	法律	劳动保护规定，禁止指令强迫劳动，冒险作业 如劳动合同法第32条第1款、女职工权益保护法
	行政法规	
	其他强制性规定	
劳资自治层面法源的限制	集体自治层面	集体合同：劳动合同法第54条第2款、第55条 “共议共决”的规章制度
	个体自治层面	劳动合同和“资方单决”的规章制度构成指令权的框架界限。指令权只能填充或具体化劳动合同，而不能扩充僭越——

¹³ 不同于传统民法的撤销权、解除权“一次而终”。

指令权范围的简易规则：取决于劳动合同具体约定。约定越具体，指令空间越小；约定越宽泛，指令空间越大。

合理行使指令权：禁止权利滥用思想，植根于诚实信用原则，体现于第32条第1款

合理行使的指令：非恣意妄为的指令

- 资方：雇主下达指令有客观合理的原因，如符合生产经营的合理需要和必要性。
- 劳方：指令的工作行为可期待雇员从事，可供斟酌评判的因素如雇员的教育程度、身体状况、年龄、迄今为止的工作。
- 考虑个案中重要情形和宪法基本权的客观价值

（7）指令权的法律后果

- 合法指令的法律后果：劳方遵照执行，避免[违约](#)的消极后果，如解雇。
- 违法指令的法律后果：劳方可[拒绝执行](#)——劳动合同法第32条第1款。劳方基于诚信原则应该提示雇主，让其[重新作出新指令](#)。若雇主坚持违法指令，则其将陷入受领迟延，劳方依然享有报酬请求权。

（8）指令权受限制的必要性

对资方指令权需进行必要限制，以防恣意侵害劳方。

现实原因：1）我国从计划经济体制向市场经济转型后，过分夸大了企业经营自主权；2）集体自治监管和约束的缺失；3）职工参与的民主制度薄弱。

[一旦资方的指令权被滥用，劳动制度以及解雇保护、变更机制等都可能被架空。](#)

（9）限制目标

- 防止“架空”劳动合同调整劳动条件的功能
- 防止“架空”劳动合同的变更机制
- 防止“架空”劳动法的强制性解雇保护机制

徐杰诉常州超级科技发展有限公司因劳动纠纷案，载《江苏省高级人民法院公报》

经审理查明：原告徐杰于2003年8月4日到、被告超级科技公司工作。2008年7月，双方签订一份劳动合同书，约定原告工作岗位为叉车工，合同期限从2008年7月1日起到2011年6月30日止。

2010年3月24日下午，被告生产部经理要求原告协助、配合投料工的工作，即指令原告将内燃叉车开至投料工的工作区域，将该区域地面上装有面粉的铁质货架（其上堆放有几十袋袋装面粉，每袋25公斤）用叉车抬高，并使之保持在离地面1米左右的高度，方便叉车旁的投料工取卸面粉进行投料操作。原告认为该指令有违安全操作规程，且存在事故隐患，遂拒绝服从。第二天（即3月25日）上午，被告生产部副经理同样要求原告照此操作，原告亦予以拒绝。

2010年4月1日和4月6日，被告分别向原告作出书面通知，其中4月1日的通知主要内容为：“徐杰在2010年3月25日上班期间第二次当场拒绝部门经理的工作安排，且态度恶劣，同时顶撞公司领导，在公司内造成极坏的负面影响，……。

……通知主要内容为：“……该行为已严重违反《员工守则》中关于“拒绝听从管人员合理指挥监督，经劝导仍不听从”及故意不服从上级指示”的条款，属较重违纪为，现给予徐杰书面警告处分。同时根据《员工守则》规定，员工在一年内如犯有一次一般违纪和一次较重违纪行为的，累计升级为严重违纪；两次较重违纪的，累计升为严重违纪，公司可立即辞退员工，并不支构成严重违纪

常州市戚墅堰区人民法院认为：本案当事人之间的争议系由被告单方提前解除与原告的劳动合同而引发，而被告单方提前解除与原告的劳动合同，是基于原告严重违反公司规章制度，即原告存在多次拒绝听从部门经理工作安排的事实，因此，被告单方解除劳动合同的行为是否具有充分事实依据、其理由能否成立即为本案审查的重点，为此需审查被告对原告的工作指令及原告拒绝该指令的正当性问题。

经对原告、被告双方的陈述、证人证言等进行综合分析，结合向有关专业培训机构的调查，可认定本案所涉被告要求原告将叉车装货后抬高以协助、配合投料工工作的指令确有违安全操作规程。理由是：

（1）被告要求原告按此操作的目的是减轻投料工的劳动强度，方便其取用货架上堆放的面粉进行投料操作，而内燃叉车系厂内机动车，按其用途和功能，应当作起重或运输货物之用，被告的部门经理要求原告驾驶叉车协助、配合投料工操作显然是将叉车作为其他工种人员的辅助器具，这与叉车的正规使用目的不相符合。

（2）若原告按被告的指令驾驶叉车将装载有面粉的铁质货架抬高并使之保持在离地面1米左右的高度，由于叉车旁的投料工不断从该货架上取卸面粉，将会使整个货架重心逐渐偏移，而投料工的该操作完全系其自主行为，所产生的货架重心偏移的结果并非驾驶叉车的原告能够掌握或控制，故此种协作配合可能带来安全隐患，即可能发生叉车侧翻伤人事故。

（3）被告提交的机动工业车辆安全规范国家标准中就叉车的载荷搬运（起升或堆垛）

和运

行（驾驶）有“只允许搬运排列稳定或安全的载荷”、“除了堆垛作业外，不得起升载荷等规定，原告提交的由江苏省劳动厅编印的江苏省特种作业人员安全技术培训教材更是明确规定“叉车停车后，禁止将货物悬于空中”而从被告指令原告操作的具体内容看，显然属于上述规范的禁止之列。

原告系被告单位的特种作业人员，且经过专门机构的安全教育培训，其有义务遵守培训教材中关于安全操作方面的禁止性规定。而常州市人民法院咨询调查的常州市劳动保护教育中心是对企业特种作业人员进行安全教育培训的专门机构，其对本案所涉争议问题提出的看法亦能支持原告徐杰的主张。有鉴于此，原告以被告部门经理的指令有违安全操作规程，且存在事故隐患为由拒绝服从，具有正当性，不能以此归责于原告。

常州市中级人民法院认为，作为特种作业人员的徐杰，其作业的特殊性就在于：（1）必须持有专业上岗证；（2）能够对特种作业的操作过程是否符合规范作出判断，使自己的操作行为符合规范。因此，上诉人超级科技公司的生产部经理发出不符合叉车操作规范的指令时，被上诉人徐杰应当拒绝执行。

本案中，上诉人超级科技公司解除与徐杰的劳动合同所依据的事实依据是2010年3月25日徐杰上班时，部门经理安排徐杰开叉车进行铲面粉作业，其两次当场拒绝部门经理的工作安排；所依据的管理规定是该公司的《员工守则》第九章“员工违纪及惩处”中“拒绝听从主管人员合理指挥监督，经劝导仍不听从”及“故意不服从上级的指示”之条款。

但超级科技公司的生产部经理在2010年3月25日向徐杰发出的工作指示，违反了劳动部门关于内燃叉车驾驶安全操作规程，故徐杰拒绝执行上述工作指示，并不构成违反该公司《员工守则》第九章“员工违纪及惩处”中“拒绝听从主管人员合理指挥监督，经劝导仍不听从”及“故意不服从上级指示”的条款。

原审认定属于违法解除是正确的。

三、工作内容（职位描述）

（一）劳动合同的约定：第17条第1款第4项

- 可宽泛，如商事职员、律师助理
- 可具体，如销售企业软件的商事职员、劳动法的律师

意义不可小视：工作给付的“边”与“界” ➡ 后续具体确定工作内容，及与其相关一系列义

务的内容与范围

（二）指令权

指令权：在劳动合同的框架内填充或具体化工作内容。约定的工作内容越宽泛，指令权空间越大；约定的工作内容越具体，指令权空间越小。

重要的考量因素：通常所理解的职业内容 / 形象

例外：在紧急情况下，基于诚信原则可以指令雇员从事约定之外的工作

（三）从事工作的行为规范

- 命令：如律所要求西装革履
- 禁止：如工作时禁止吸烟、玩智能手机
- 基本界限：为执行工作所要求，不得侵犯劳工的人格权

四、工作地点

第29条LCL【劳动合同的履行】

用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

劳动合同的约定：LCL第17条第1款第4项

对于工作地点的约定可以宽泛，在很大的地域空间，如整个企业；也可以具体，在很具体的地方，如某个特定部门。

意义：对变更工作地点非常重要。资方只能在劳动合同的框架内填充或具体化工作地点。约定的工作地域越宽泛，指令权空间越大；约定的工作地域越具体，指令权空间越小。

重要的考量因素：工作性质。例如，外勤人员，卡车司机，高级职员的工作地点相对灵活机动。

民法典第511条

当事人就有关内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

劳动合同法第18条

劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确、引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的，适用国家有关规定。

民法典中关于工作地点的规定一般无法被适用于劳动法。

五、工作时间

【思考】你看到工作时间会联想到什么？

工作时间的内涵：三个丰富的维度 → 1）履行“期限”；2）履行“总量”；3）履行“方式”。

（一）履行期限

1. 履行期限的含义：何时履行？

债务人应为履行的时期：债务人原则上应在履行期届至时履行债务

2. 履行期限的形式

（1）期日：确定的履行时刻，如2017年6月1日交付

（2）期间：履行的一段期间，如2017年6月底前交付

（3）履行期限的确定——民法典第510条

当事人明确约定：意思自治优先

约定不明的补救：

a. 协议补充

b.补充协议未果,按照合同相关条款或者交易习惯确定

3. 期限不明时的履行——民法典第511条第4项

债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间
老师认为，此项不宜适用于劳动关系。

【思考1】劳动关系中工作义务的履行期限？

思考原点：持续性的债务关系

用工的第一天：履行劳动合同的初始日期

用工后的每天：通常固定，如每天9点上班

【思考2】劳动合同中工作义务和支付报酬的履行顺序？

自行约定同时履行/有先后的顺序；如果没有约定，一般还是先提供工作义务。

（二）履行总量、方式

1. 履行总量

- 最高工时（Höchstdauer der Arbeitszeit）：8h，法定的工作时间上限
- 具体长度（konkrete Dauer der Arbeitszeit）

2. 履行方式

- 具体的时间分配和安排（konkrete Lage der Arbeitszeit）
- 每日工作时间的起止（包括休息）Beginn und Ende an den einzelnen Arbeitstagen
- 如何分配工作时间至具体的工作日 Verteilung der Arbeitszeit auf die verschiedenen Wochentage

(三) 工作时间：劳动给付的时间

1. 工作时间

劳动合同或集体合同约定的劳动者在一天或一周内从事生产或者工作的时间，即劳动者每天应工作的时数或每周应工作的天数。

2. 工作时间的表现形式

- 工作小时：非全日制用工的主要形式
- 工作日：全日制用工的基本形式
- 工作周

3. 主要问题

最高工时：劳动保护基准；工时种类；加班和加班费：延长工作时间及其补偿

(1) 最高工时

目前，最高工时有缩短趋势，原因在于：

➤ 生产率的提高	➤ 最高工时的两大功能
➤ 保护劳工的身心健康	➤ 劳动保护基准
➤ 边际效率递减	➤ 灵活工时框架
➤ 劳工斗争的结果	

国务院关于职工工作时间的规定（国务院令 第174号）19940301

第1条

为了合理安排职工的工作和休息时间，维护职工的休息权利，调动职工的积极性，促进社会主义现代化建设事业的发展，根据宪法有关规定，制定本规定。

第2条

本规定适用于在中华人民共和国境内的国家机关、社会团体、企业事业单

位以及其他组织的职工。

第3条

每日工作8小时、平均每周工作44小时。

国务院关于职工工作时间的规定1995修订

国务院关于修改《国务院关于职工工作时间的规定》的决定（1995年2月17日国务院第8次全体会议通过）

国务院决定对《国务院关于职工工作时间的规定》作如下修改：

一、第三条修改为：“职工每日工作8小时、每周工作40小时。”

原第3条 每日工作8小时、平均每周工作44小时。

标准工时制度

- 日最高工时：8小时
- 周最高工时：40小时

劳动部贯彻《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法（劳部发[1995] 143号）

1995. 03. 25

第3条

职工每日工作8小时、每周工作40小时。实行这一工时制度，应保证完成生产和工作任务，不减少职工的收入。

【注意】针对特殊人群（三期女职工，残疾人士）的最高工时法律
与之配套的休息时间规定

劳动法第38条

用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

本条应理解为：用人单位必须保证劳动者每周至少有一次24小时不间断的休息。——劳办发[1994] 289号第38条

现在有很多欧美学者讨论员工下班后是否可以拒接老板电话的问题。

原则：一周休息两天

国务院关于职工工作时间的规定1995

第7条

国家机关、事业单位实行统一的工作时间，星期六和星期日为周休息日；企业和不能实行前款规定的统一工作时间的事业单位，可以根据实际情况灵活安排周休息日。

第8条

本规定由劳动部、人事部负责解释；实施办法由劳动部、人事部制定。

例外：因工作性质和生产特点，每周至少休息一天即可

《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答》劳部发〔1995〕187号

一、问：1995年2月17日《国务院关于职工工作时间的规定》（以下简称《规定》）发布后，企业职工每周工作时间不超过40小时，是否一定要每周休息两天？

答：有条件的企业应尽可能实行职工每日工作8小时、每周工作40小时这一标准工时制度。有些企业因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度的，应将贯彻《规定》和贯彻《劳动法》结合起来，保证职工每周工作时间不超过40小时，每周至少休息1天；有些企业还可以实行不定时工作制、综合计算工时工作制等其他工作和休息办法。

（2）工作时间的范围

- 实际工作时间
- 非实际工作时间：从事与工作有密切联系的相关活动的时间或法律规定应当视为工作时间的
工作前准备的时间、下班后交接的时间？

上下班在途时间？工间歇息时间、排除动力、设备故障的短暂停工时间？

怀孕女职工在劳动时间内的产前检查时间、女职工哺乳未满1周岁婴儿的哺乳时间——女职工

劳动保护特别规定

依法参加社会活动的时间等——工资支付暂行条例

【思考】以下特殊情形的工作时间的总量/范围怎么计算？

情形1 门卫保安的工作时间

情形2 资方指令某员工在某处待命,没有事的时候,他可以自由做自己的事情,但一旦有事,要保证能够随叫随到

情形3 者三某员工可自由选择一个地点侯勤，仅须保证雇主能够联系到他后，其可以在适当的时间内立即展开工作？

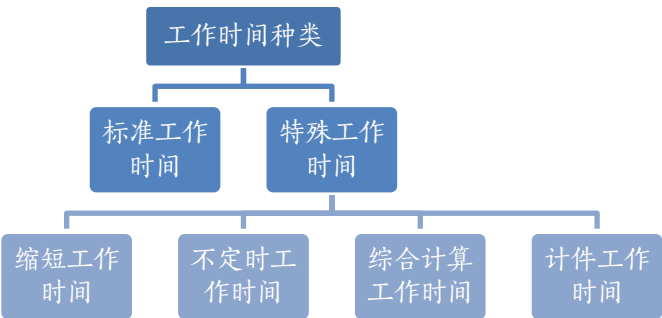
江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会印发《关于审理劳动争议案件的指导意见》的通知——苏高法审委〔2009〕47号

第24条第2款

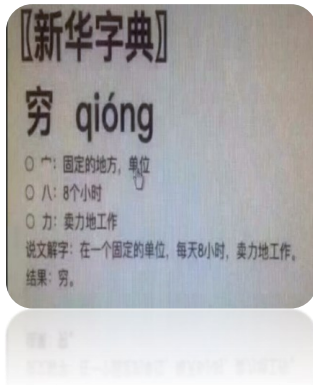
对于劳动者工作时间长，但劳动强度与工作时间明显不一致的；或者长期处于等待状态且等待期间有休息场所可以休息、完全认定为工作时间明显不合理的，在认定时可以根据用人单位规章制度或者劳动合同的约定，对工作时间进行合理的折算。

折算的风险是：资方说多少就是多少。

(3) 工作时间的种类



A 标准工作时间



马斯克再“发威”，结束推特远程办公，每周至少办公室待40小时！

早在疫情初期，Twitter就实行宽松的工作制度，如果员工愿意，可以“永远”在家工作。马斯克则公开表示反对远程工作。今年6月，马斯克给特斯拉全体员工发邮件表示，远程办公已经过去，如果在公司每周待不满40小时，就离开公司。

标准工作时间：法律规定的、劳动者在正常情况下从事工作的时间。标准工时是其他特殊工时制度的计算依据和参照标准。

我国标准工时的基本内容

- 日工作时间 ≤ 8 小时，周工作时间 ≤ 40 小时
- 每周至少有一次24小时不间断的休息

劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知
(劳社部发[2008]3号)第1条

制度工作时间的计算

年工作日：365天-104天（休息日=52周 $\times$ 2天）-11天（法定节假日）=250天

季工作日：250天 $\div$ 4季=62.5天/季

月工作日：250天 $\div$ 12月=20.83天/月

劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知
(劳社部发[2008]3号)第1条

制度工作时间的计算

工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的8小时

月工作小时：20.83天 $\times$ 8=166.64小时

季工作小时：62.5天 $\times$ 8=500小时

年工作小时：250天×8=2000小时

月平均制度工作日与月平均计薪天数因计算不同而有别！

月平均制度工作日：250天（365天-104天休息日-11天法定节假日）÷12月=20.83天

【注意1】扣除11天不工作的法定休假日

【注意2】不同于实践中月实际工作天数 / 出勤天数

月平均计薪天数：（365天-104天休息日）÷12月=21.75天

【注意1】无需扣除带薪的法定节假日

【注意2】异于实践中月实际计薪天数

B 特殊的工作时间

劳动法第39条、国务院关于职工工作时间的规定1995第4、5条

- 缩短工作时间
- 不定时工作时间
- 综合计算工作时间
- 计件工作时间

特殊工时管理规定(征求意见稿)人力资源和社会保障部20120508 [➡ 再无音讯](#)

I 缩短工时

缩短工作时间：法定的短于标准工作时间的工时制度

其他依法可以缩短工时的情况

国务院关于职工工作时间的规定1995第4条

在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要适当缩短工作时间的，按照国家有关规定执行。

劳动部贯彻《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法第4条

在特殊条件下从事劳动和有特殊情况，需要在每周工作40小时的基础上再适当缩短工作时间的，应在保证完成生产和工作任务的前提下，根据《中华人民共和国劳动法》第三十六条的规定，由企业根据实际情况决定。

II 不定时工时

对于不定时工时并无法律定义。

不定时工作时间：无固定工作时间限制（工时总量和工时安排都不确定）的工时制度

- 日工作时间有时长于标准工时
- 日工作时间有时短于标准工时
- 每日工作时间无固定起讫时点

不定时工作时间的法律依据：

国务院关于职工工作时间的规定1995第5条

因工作性质或者生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，按照国家有关规定，可以实行其他工作和休息办法

劳动部贯彻《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法第5条

因工作性质或生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，可以实行不定时工作制或综合计算工时工作制等其他工作和休息办法，并按照劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》执行

实行不定时工时在我国是要审批的。

不定时工作时间的主体适用范围：

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法劳部发（1994）503号 第4条

（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；

（二）企业中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；

（三）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

【注意】此处的“高管”，值得称道，否则高管非常容易动用职务之便谋取利益。

在所有的工作时间制度中，只有不定时工时是不算加班费的。有些地方会做出突破——法定节假日如果被安排了工作，即使是不定时工时也需要支付加班费。

《国务院关于职工工作时间的规定》问题解答（劳部发〔1995〕187号）
1995. 04. 22

五、问：哪些企业职工可实行不定时工作制？

答：不定时工作制是针对因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间衡量或需要机动作业的职工所采用的一种工时制度。

例如：企业中从事高级管理、推销、货运、装卸、长途运输驾驶、押运、非生产性值班和特殊工作形式的个体工作岗位的职工，出租车驾驶员等，可实行不定时工作制。鉴于每个企业的情况不同，企业可依据上述原则结合企业的实际情况进行研究，并按有关规定报批。

特殊工时管理规定(征求意见稿)

第四条【特殊工时制度的休息休假】

企业安排劳动者在特殊工时制度岗位上工作的，应当事先与劳动者协商一致，并制定科学合理的劳动定额、工时考勤、休息休假、薪酬支付等办法，确保劳动者的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

第五条【实行不定时工作制的岗位范围】

企业可以按照本规定申请在下列岗位实行不定时工作制：

(一)对企业经营管理负有决策、指挥等领导职责的高级管理岗位,包括董事长、总经理、副总经理、董事、监事等；

(二)劳动者可以自主安排工作时间且无考勤要求的技术、研发、创作等岗位；

(三)需要机动作业、由劳动者根据工作需要安排工作时间的 外勤、推销、长途运输等岗位。

不定时工作时间的 审批 手续	
关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法劳部发(1994)503号第7条	
中央直属企业	经国务院行业主管部门审核

	报国务院劳动行政部门批准
地方企业	由各省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定
	报国务院劳动行政部门备案
例外：有地方意见纪要对高管人员可不报批	

III 综合计算工时

- 综合计算工作时间：针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的一部分职工
- 工时“总量”的计算特殊：**按周期综合计算** ➡ 不以日为基本单位计算劳动时间而以**周、月、季为周期**综合计算劳动时间
- 综合计算工作时间的法律依据：

国务院关于职工工作时间的规定1995第5条

因工作性质或者生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，按照国家有关规定，可以实行其他工作和休息办法

劳动部贯彻《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法第5条

因工作性质或生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，可以实行不定时工作制或综合计算工时工作制等其他工作和休息办法，并按照劳动部《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》执行

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法劳部发（1994）503号第5条

企业对符合下列条件之一的职工，可实行综合计算工时工作制，即分别以周、月、季、年等为周期，综合计算工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同

（一）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；

（二）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；

（三）其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

六、问：哪些企业职工可实行综合计算工时工作制？

答：综合计算工时工作制是针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的部分职工，采用的以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的一种工时制度，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。主要是指：交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需要连续作业的职工；

地质、石油及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；亦工亦农或由于受能源、原材料供应等条件限制难以均衡生产的乡镇企业的职工等。

另外，对于那些在市场竞争中，由于外界因素影响，生产任务不均衡的企业部分职工也可以参照综合计算工时工作制的办法实施。

➤ 综合计算工作时间的审批手续：

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法劳部发〔1994〕503号第7条——与不定时工作制审批手续相同

中央直属企业	经国务院行业主管部门审核
	报国务院劳动行政部门批准
地方企业	由各省、自治区、直辖市人民政府劳动行政部门制定
	报国务院劳动行政部门备案

审批制度虽然有存在的意义，可以防止资方滥用不定时工时和综合计算工时，但是也有其弊端。审批的结果无非是批准或者不予批准，缺乏灵活性，不如集体自治制度有效。

劳动部关于职工工作时间有关问题的复函劳部发〔1997〕271号-针对广州市劳动局《关于职工工作时间有关问题的请示》穗劳函字〔1997〕127号

九、本市拟在审批综合计算工时过程中强制性地附加“保证劳动者每周至少休息一天”和“每日实际工作时间不得超过11小时”两个条件，是否妥当？

实行综合计算工时工作制是从部分企业生产实际出发，允许实行相对集中工作、集中休息的工作制度，以保证生产的正常进行和劳动者的合法权益。因此，在审批综合计算工时工作制过程中不宜再要求企业实行符合标准工时工作制的规定。但是，在审批综合计算工时工作制过程中应要求企业做到以下两点：

1. 企业实行综合计算工时工作制以及在实行综合计算工时工作中采取何种工作方式，一定要与工会和劳动者协商。→体现了劳动法的集体自治。事实上，德国的教科书上甚至没有提及

特殊工时，因为他们都可以通过工会解决。

2. 对于第三级以上（含第三级）体力劳动强度的工作岗位，劳动者每日连续工作时间不得超过11小时，而且每周至少休息一天。

IV 计件工作时间

计件工作时间：以劳动者完成一定劳动定额为计酬标准的工时制度。实为标准工时的特殊转化形式

劳动法第37条

对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准

- 劳动定额：衡量在一定的生产和技术条件下劳动或工作效率的标准
- 工时定额：为完成单位合格产品或工作量所预先规定的工时消耗标准，如组装1台空调2小时
- 产量定额：在单位时间内预先规定的完成合格产品数量或工作量的标准，如6小时内组装3台空调

现实当中，劳动定额制定和管理目前基本处于无序状态。20世纪90年代前，相关管理制度由劳动保障部门会同企业主管部门制定，然而劳动定额管理委员会已被裁撤。劳动定额的规章制度，LCL第4条第2款也“形同虚设”。

4. 延长工作时间——加班

在德国通常禁止延长工作时间，他们的劳动合同中往往也不会约定加班的事宜，资方严格贯彻的是年假、休息制度、工资等。即使有加班的情况，也会先安排或事后补上休假，因为休息权在他们看来更重要。在中国，加班的原因是非常多元的——工资太低想提升收入水平、资方逼迫等。

(1) 概念

- 延长工作时间：超过法定的标准工作时间
- 加班的法律定义——工资支付暂行规定劳部发〔1994〕489号第13条第1款
用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的
- 加班内容包括——劳动部关于职工工作时间有关问题的复函 劳部发〔1997〕271号第3条
 加点：正常工作日超过法定标准工作时间
 加班：休息日和法定休假日工作

(2) 适用范围

A 以工时种类为角度

工时种类		是否适用延长工作时间
标准工作时间		☒
特殊工作时间	计件工作时间（标准工时的特殊转化形式）	☒
	缩短工作时间	☒
	综合计算工作时间 ¹⁴	☒
	不定时工作时间	☐

B 以主体为角度

延长工作时间的限制：对特殊劳动者不得延长。

- 1) 女职工——劳动法第61、63条
- 2) 哺乳未满1周岁婴儿——女职工劳动保护特别规定第9条
- 3) 怀孕7个月以上——女职工劳动保护特别规定第6条第2款

¹⁴ 虽无计算周期内某具体日或周的加班之说，但周期内综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，应视为延长工作时间，并按本规定支付劳动者延长工作时间的工资。

【疑】是否允许未成年工加班？

未成年人保护法没有提到劳动时间问题，劳动和社会保障部办公厅对《关于童工问题的请示》的复函也未涉及，足见国家对未成年工加班坚决否定。

从这一角度出发，劳动法第15条第2款值得反思：

文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须遵守国家有关规定，并保障其接受义务教育的权利

（3）延长工作时间的条件、程序限制——一般情形

➤ 由于生产经营需要——劳办发〔1994〕289号第41条

来料加工、商业企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务等情况

➤ 与工会和劳动者协商——劳部发〔1995〕309号第71条

（4）延长工作时间的长度限制——一般情形

➤ 一般每日≤1小时

➤ 因特殊原因：每日≤3小时，且每月≤36小时

（5）变相延长工作时间的禁止——一般情形

劳动合同法第31条第1句

用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班

（6）特殊情形

劳动法第42条

延长工时的条件、程序和长度皆不受限制的特殊情形包括：

发生自然灾害、事故或者其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；

生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必

须及时抢修的；

法律、行政法规规定的其他情形。

劳动部贯彻《国务院关于职工工作时间的规定》的实施办法劳部发〔1995〕143号第7条 ➡ 增加了两种情形

- 必须利用法定节日或公休假日的停产期间进行设备检修、保养的
- 为完成国防紧急任务，或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务，以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的

（7）延长工作时间的补偿

A 标准工作时间

I 补偿形式

劳动法第44条：

- 补休
- 休息日安排劳动者工作
- 加班工资
 - ✓ 普通工作日：支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬
 - ✓ 休息日（公休日）：安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬
 - ✓ 法定休假日：另外支付不低于工资的百分之三百的工资报酬

II 部分公民放假的节日

关于部分公民放假有关工资问题的函（劳社厅函〔2000〕18号）回复上海市劳动和社会保障局《关于部分公民放假有关问题的请示》

部分公民放假的节日期间，用人单位安排职工工作，如何计发职工工资报酬？

正常工作日：对参加社会或单位组织庆祝活动和照常工作的职工，单位应支付工资报酬，但不支付加班工资。

恰逢公休日：应当依法支付休息日的加班工资

劳动法第44条安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。

III 补休与加班工资的关系

劳动部关于职工工作时间有关问题的复函（劳部发〔1997〕271号）第四条

休息日安排劳动者加班工作的应首先安排补休，补休时间应等同于加班时间。不能补休时，应支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。

法定休假日安排劳动者加班工作的一般不安排补休，应另外支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

对于补休与加班工资的关系，实务和学界见解不一。

老师认为，应当以休息权优先，否则休息制度设计会被架空。适用一般情形下的加班补偿，因为除了延长时间不受限制外，其他都符合。

IV 补偿的计算

a. 加点的补偿

正常工作日超过法定标准工作时间→普通工作日-延长的时数×小时工资×150%

b. 加班的补偿

休息日和法定休假日工作要分情况计算

工作若干小时	休息日 = 延长的时数 × 小时工资 × 200%
	法定休假日 = 延长的时数 × 小时工资 × 300%
工作整天	休息日 = 日工资 × 200%
	法定休假日 = 日工资 × 300%

c. 工时计算基数

怎么计算一个周期超时的工作时间？

劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知劳
社部发〔2008〕3号

一、制度工作时间的计算

- 年工作日：250天；
- 季工作日：62.5天；
- 月工作日：20.83天

二、工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的8小时

- 月工作小时：20.83天×8=166.64小时
 - 季工作小时：62.5天×8=500小时
 - 年工作小时：250天×8=2000小时
-

月工作日与月计薪天数计算方式不同，前者扣除11天法定节假日，而后者无需（因为法定节
假日照样计薪）

月平均制度工作日：250天÷12月=20.83天 / 月

注意：不同于月实际工作天数 / 出勤天数

月平均计薪天数=（365天-104天）÷12月=21.75天

注意：不同于月实际计薪天数！

d. 工资计算基数

实践中争议很大，我国学界也没有好好研究。

关于工资总额组成的规定1990

第四条

工资总额由下列六个部分组成：

- （一）计时工资；（二）计件工资；（三）奖金；（四）津贴和补贴；
- （五）加班加点工资；（六）特殊情况下支付的工资

二、关于加班工资计算基数如何确定的问题

我们认为，用人单位与劳动者对月工资有约定的，加班工资基数应按双方约定的正常工作时间的月工资来确定；

如双方对月工资没有约定或约定不明的应按《劳动合同法》第18条规定来确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为加班工资的计算基数。

如按《劳动合同法》第18条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间的月工资确定。

上海市企业工资支付办法(沪人社综发(2016)29号)第9条第1、2款

企业安排劳动者加班的,应当按规定支付加班工资。劳动者在依法享受婚假、丧假、探亲假、病假等假期期间,企业应当按规定支付假期工资。

加班工资和假期工资的计算基数为劳动者所在岗位相对应的正常出勤月工资,不包括年终奖,上下班交通补贴、工作餐补贴、住房补贴,中夜班津贴、夏季高温津贴、加班工资等特殊情况下支付的工资。

上海市企业工资支付办法(沪人社综发(2016)29号)第9条第3款

加班工资和假期工资的计算基数按以下原则确定:

(一)劳动合同对劳动者月工资有明确约定的,按劳动合同约定的劳动者所在岗位相对应的月工资确定;实际履行与劳动合同约定不一致的,按实际履行的劳动者所在岗位相对应的月工资确定。

(二)劳动合同对劳动者月工资未明确约定,集体合同(工资专项集体合同)对岗位相对应的月工资有约定的按集体合同(工资专项集体合同)约定的与劳动者岗位相对应的月工资确定。

(三)劳动合同、集体合同(工资专项集体合同)对劳动者月工资均无约定的,按劳动者正常出勤月依照本办法第二条规定的工资(不包括加班工资)的70%确定。

上海市企业工资支付办法(沪人社综发(2016)29号)第9条第4款

加班工资和假期工资的计算基数不得低于本市规定的最低工资标准。法律、

法规另有规定的，从其规定。

劳动和社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知劳社部发〔2008〕3号

二、日工资、小时工资的折算

按照《劳动法》第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的11天法定节假日。

据此，日工资、小时工资的折算为：

- 日工资：月工资收入÷月计薪天数
 - 小时工资：月工资收入÷（月计薪天数×8小时）
 - 月计薪天数＝（365天-104天）÷12月＝21.75天
-

e. 150%、200%、300%的理解

对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定劳部发〔1995〕226号

二、关于加班加点的工资支付问题

凡是安排劳动者在法定工作日延长工作时间或安排在休息日工作而又不能补休的，均应支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准150%、200%的工资安排在法定休假节日工作的，应另外支付给劳动者不低于劳动合同规定的劳动者本人小时或日工资标准300%的工资。

门卫被解雇主张加班费案——标准工时的加班补偿计算

基本案情：原告于2007年4月2日进入被告公某，担任门卫内保一职。双方签订了书面劳动合同，最后一份劳动合同期限自2015年4月2日至2017年4月1日。

原告于2013年12月2日接受被告关于《三星重工业（宁波）有限公某劳动规则》的教育。该规则第九十条第5款规定：员工有下列情形之一的，属于严重违纪行为，公某将予以单方面解除劳动合同并不支付补偿金。

2015年7月，原告等人因福利待遇问题在公某大门两侧聚集举横幅数日。2015年7月9日，被告将解除原告劳动关系的通知送达公某工会，工会出具意见表示同意公某的处理意见。

2015年7月15日，被告向原告发出解除劳动合同通知书，解除与原告的劳动合同关系。

原告2013年7月-2014年2月的基本工资为2175元/月，双休日加班天数为34天。2014年3月-2015年2月的基本工资为2348元/月，双休日加班天数为54天。

2015年3月-2015年7月的基本工资为2459元/月，双休日加班天数为20天。原告的双休日上班情况为12小时一班。

2013年7月-2015年7月，被告已支付原告的双休日加班工资为65205.28元。

本院认为：关于双休日加班工资，因被告无法提供考勤表或其他证据以证明原告的实际双休日加班天数，本院以原告主张天数为准。

自2013年7月至2015年7月，原告的双休日加班天数为108（34+54+20）天，结合一班12小时的事实，原告应得的双休日加班工资为34472元

$(2175元/月 \div 21.75天 \div 8小时 \times 12小时 \times 34天 + 2348元/月 \div 21.75天 \div 8小时 \times 12小时 \times 54天 + 2459元/月 \div 21.75天 \div 8小时 \times 12小时 \times 20天) \times 2。$

月平均制度工作日：250天 $\div$ 12月=20.83天/月

月平均计薪天数=（365天-104天） $\div$ 12月=21.75天

根据月薪明细表，被告在这段期间实际已支付的双休日加班工资远大于34472元，因此对原告关于被告未足额支付双休日加班工资的主张，本院不予支持。

B 计件工时

I 工资支付暂行规定第13条第2款“双超”标准

1. 实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后“超额”：超过计件定额任务
2. 由用人单位安排延长工作时间的“超时”：超过日8小时工作时间
3. 应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资

无非是通过定额来对照标准工时计算加码而已。

II 计件工时制下延长工作时间的补偿原则

8小时以内是否完成工作定额	雇主延长工作时间是否属于加班	超额工作时间是否算加班费
未完成劳动定额	不属加班 $\Rightarrow$ 若出于倾斜保护劳动者的考虑，从行为之债角度分析值得商榷	不计加班费

超额完成任务	/	超额部分不计加班费，仅按计件报酬标准支付工资
完成劳动定额	雇主延长工作时间属加班	计加班费

III 不定时工时

原则上不定时工时构成延长工作时间支付费用的例外，但是地方的规定中对此有所突破（法定节假日支付加班费）。

劳部发〔1995〕309号第67条：持否定态度

经批准实行不定时工作制的职工，不受劳动法第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制，但用人单位应采用弹性工作时间等适当的工作和休息方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

上海市企业工资支付办法（沪人社综发〔2016〕29号）第13条第4款

经人力资源社会保障行政部门批准实行不定时工时制的劳动者，在法定休假日由企业安排工作的，按本条第（三）项的规定支付加班工资。

C 综合计算工时

- 综合计算工作时间：针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制企业的部分职工，不以日为基本单位计算劳动时间，而以周、月、季、年为周期综合计算劳动时间。

工资支付暂行规定（劳部发〔1994〕489号）第13条第3款

综合计算工作时间[超过法定标准工作时间的部分](#)视为延长工作时间的部分
支付相应[补偿](#)并应按本规定[支付劳动者延长工作时间的工资](#)

劳部发〔1995〕309号

第60条

经批准实行综合计算工时工作制的企业，应当按照劳动法的规定支付劳动者延长工作时间的工资报酬

第62条

工作日正好是周休息日的，属于正常工作，不属于加班。

【注意】周休息日被法定视为普通工作日。**工作日正好是法定节假日时，要依照劳动法第四十四条第（三）项的规定支付职工的工资报酬。**法定节假日“不被豁免”！

劳动部关于职工工作时间有关问题的复函〔1997〕271号

广州市劳动局《关于职工工作时间有关问题的请示》（穗劳函字〔1997〕127号）收悉，经研究，函复如下：

五、实施综合计算工时工作制的用人单位，在计算周期内若日（或周）的平均工作时间没超过法定标准工作时间，但某一具体日（或周）的实际工作时间超过8小时（或40小时）“超过”部分是否视为加点（或加班）且受《劳动法》第四十一条的限制？

在综合计算周期内，某一具体日（或周）的实际工作时间可以超过8小时（或40小时），但综合计算周期内的总实际工作时间不应超过总法定标准工作时间。

超过部分应视为延长工作时间并按《劳动法》第四十四条第一款的规定支付工资报酬，其中法定休假日安排劳动者工作的，按《劳动法》第四十四条第三款的规定支付工资报酬。

综合工时制不区分工作日与公休日——契合劳部发〔1995〕309号第62条。而且，延长工作时间的小时数平均每月不得超过36小时。

劳动部关于职工工作时间有关问题的复函劳部发〔1997〕271号

七、劳部发〔1994〕489号文第十三条中“其综合工作时间超过法定标准工作时间部分”是指日（或周）平均工作时间超过，还是指某一具体日（或周）实际工作时间超过？

实行综合计算工时工作制的企业，在综合计算周期内，如果劳动者的实际工作时间总数超过该周期的法定标准工作时间总数，超过部分应视为延长

工作时间。

如果在整个综合计算周期内的实际工作时间总数不超过该周期的法定标准工作时间总数，只是该综合计算周期内的某一具体日（或周、或月、或季）超过法定标准工作时间，其超过部分不应视为延长工作时间。

综合计算工时“加班”补偿的计算



Step1：确定“视为延长工作时间”的部分

- 在整个综合计算周期内（或周、或月、或季）的实际工作时间总数超过该周期的法定标准工作时间总数的部分
- 某一具体日（或周）的实际工作时间可以超过8小时（或40小时），其超过部分不被视为延长工作时间
- “视为延长工作时间”的计算
 - 以周为周期：周实际工作时间总数→40小时
 - 以月为周期：月实际工作时间总数→166.64小时
 - 以季为周期：季实际工作时间总数→500小时

Step 2：补偿标准

工作日和公休日“同等”补偿（周一到周日同等对待）	整个综合计算周期内“视为延长”的时数×小时工资×150%
法定节假日的补偿	整个综合计算周期内“视为延长”的时数×小时工资×300%
另外支付日工资×300%	

日工资、小时工资的计算

- 日工资：月工资收入÷21.75天
- 小时工资：月工资收入÷174小时（21.75天×8）
- 月计薪天数=（365天-104天）÷12月=21.75天

（8）高管职员能否主张加班费？

有观点认为，取决于实行的工时制类型。采标准工时制的应当支付，不定时工作制的不支付，无加班可言。

关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法劳部发
[1994] 503号第4条第1项

企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。

（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工

观点发生分歧的根本原因还是要回溯到我国劳动关系认定方面的疏漏。我国从属性认定劳动关系的标准依旧没有建立，以至于高管也被视为是劳动者，引发了加班费的问题。老师认为，要从劳动者的认定和合同约定来分析。

（9）加班事实的举证责任分配

第一种观点：用人单位承担举证责任

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定2019修正

已删除原最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008调整）第7条在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。

第二种观点：用人单位承担“有限”的举证责任

申请仲裁之日起两年内未加班的事实由用人单位承担；申请仲裁之日起两年前的加班事实由劳动者承担。

工资支付暂行规定第6条第3款

用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。

第三种观点：劳动者承担举证责任

劳动争议调解仲裁法2008第6条

- 原则：劳动者——“**谁主张，谁举证**”。发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据
- 例外：用人单位——“**视举证能力而定**”

与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

加班事实的举证责任分配



最高法院意见：解释（一）第42条

劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。

但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

（10）违法延长工作时间的法律责任

劳动法第90条

用人单位违反本法规定，延长劳动者工作时间的，**由劳动行政部门给予警告**；责令改正，并可以处以罚款

劳动合同法第85条第3项

安排加班不支付加班费的先**由劳动行政部门责令限期支付加班费**。逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

都需要由行政部门来履行前置程序。

美团外卖小哥加班费案

刘金虎与北京三快在线科技有限公司等劳动争议案（全国法院系统2019年度优秀案例二等奖）

一审法院认定事实：刘金虎于2017年2月8日入职点米公司工作，工作地点为西城区西直门站点，双方于同日签订了期限至2020年2月7日的劳动合同，约定：刘金虎的工作

岗位为服务人员 / 配送员，工作地点北京、上海、广州、深圳、杭州等地内，点米公司根据工作需要作岗位和工作地点，工作岗位、职责，

行为规范具体见《员工手册及岗位说明等文件，刘金虎已经完整详细地阅读相关文件，并清晰无误地理解其中所有内容；

刘金虎同意遵守点米公司根据工作需要依法制定的标准工时制或经劳动部门批准的综合计算工时制，不定时工时制，点米公司因工作需要安排刘金虎加班加点的，刘金虎应服从统一安排，点米公司按规定支付加班加点的报酬，以保证刘金虎合法权益，刘金虎加班工资计算基数为合同履行地的最低工资，刘金虎加班需填写《加班申请单》并获点米公司批准，否则刘金虎同意点米公司不支付加班费，若因刘金虎个人原因需超时完成工作任务，不能算作加班；双方协商月基本工资1890元，其他各项补贴、加班费、服务提成等根据实际工作情况支付，点米公司保证刘金虎工资不低于其劳动所在地的最低工资标准；劳动合同期限内若外包项目撤销、或根据项目进度客户需求变化等需要调整服务项目的情形不影响双方劳动合同的继续履行，点米公司会积极安排员工到相关新项目继续工作，在此过程中刘金虎应积极配合公司安排，在停工期间点米公司会按照刘金虎工作所在的生活费标准给予生活费并正常缴纳社会保险。

刘金虎主张点米公司将其派遣至三快在线公司工作，但未就此提交证据。点米公司及三快在线公司否认上述情况，三快在线公司提交了2017年及2018年上海三快科技有限公司与点米公司签订的《服务外包合作协议》，期限分别为2016年11月1日至2017年10月31日和2017年11月1日至2018年8月31日，注明其关联企业上海三快科技有限公司负责美团网外卖配送业务，主张以此证明三快在线公司与点米公司存在服务项目外包关系。刘金虎对该协议真实性不认可。

刘金虎主张其工资构成是基本工资2000元加补助1080元加提成，点米公司主张刘金虎的工资标准为保底工资2000元加提成。刘金虎提交了其银行交易记录证明实际发放工资的数额，点米公司对该证据的真实性认可，同时提交了刘金虎2017年2月至2018年3月工资单，该工资单显示刘金虎的工资构成包括基本工资、其他奖励、高温补贴、加班费、单量提成、假日三薪。

2017年2月基本工资为1287.36元，2017年3月至2018年2月基本工资为2000元，2018年3月基本工资为1535.71元，其他奖励每月数额不等，加班费数额不等。点米公司主张该部分加班费为双休日如果刘金虎跑单，支付刘金虎的提成加补贴，假日三薪为法定节假日跑单的骑手发放的提成和补贴。

在仲裁庭审中，刘金虎主张加班费、未休年休假工资均按照3080元作为基数予以计算。

事实回放：刘金虎主张其工资构成是基本工资2000元加补助1080元加提成，点米公司主张刘金虎的工资标准为保底工资2000元加提成。

关于加班情况，刘金虎提交了北京市长安公证处（2018）京方正内民证字第6733号公证书，刘金虎通过手机登陆APP软件，登录后，显示刘金虎的身份为点米公司西直门站员工。在相应的界面，显示有当月应出勤天数、已出勤天数、请假天数、未出勤天

数，同时，在界面下方显示有效出勤时长。

刘金虎依此自行制作加班统计表，根据界面上显示的有效出勤时长、出勤天数主张延时加班工资、双休日加班工资及考勤表记载的法定节假日出勤天数主张法定节假日11天加班工资。点米公司对公证书真实性认可，对关联性及证明目的不认可。三快在线公司认为公证书有程序瑕疵，应该用公证员自己的手机操作。刘金虎认可在线时长不等于工作时长，在线时间可以自行控制。同时刘金虎主张每月超过28天的出勤天数是自愿加班。

2018年4月8日，点米公司向刘金虎发出解除劳动合同通知书，通知刘金虎双方之间的劳动合同于该日解除。解除合同的原因：刘金虎自2018年4月2日起离开公司，未提交任何请假申请，行为严重违反了公司的规章制度，对公司运营造成重大损失，根据劳动合同约定，无故旷工两天或全年累计旷工三天以上的，公司可以即时解除劳动关系。通知刘金虎于2018年4月23日之前办理离职手续。

一审法院认为，刘金虎对其岗位的特殊性和工作时间的特殊性是明知的，配送员的工作时间包括外出送餐时间和待命时间，其提供的服务为餐饮产品的配送，特殊的岗位性质决定无法按照标准工作时间安排工作，其工作时间也不限于工作日，其外出送餐按照订单数量享受相应的提成，并呈阶梯式的增长，送单提成是其收入的绝大构成部分。

在刘金虎不进行外送待命的情况下，其仍然享有保底工资，其多付出的劳动通过提成的形式予以体现。对刘金虎要求点米公司支付延时加班费及双休日加班费的请求不予支持。

关于法定节假日加班工资，双方均认可仲裁裁决，法院予以确认。

【思考】支付加班费的结果等于之前的什么特殊工时制？

二审法院认为，刘金虎主张延时加班费、双休日加班费及法定假日加班费，但其举证所证明的在线时间不足以证明系实际工作时间，刘金虎认可的自愿加班，亦不足以证明系符合劳动合同约定的由点米公司安排的加班或者填写《加班申请单》并获点米公司批准的加班，综合上述情况，并考虑刘金虎所从事的外卖派送员工作岗位特征以及报酬取得方式等客观情况，本院对刘金虎提出的延时及双休日加班费诉讼请求难以支持。

六、工作品质



例：2022年临近岁末，各企事业单位都要进行员工年度考核。某大学法学院亦不例外，科研秘书给有老师群发Excel表格，让老师们自行填写上报今的科研业绩（论文、专著、科研项目）。其中三名教师的科研业绩引起了院领导的注意。

甲老师：法核三大刊1篇，科研项目

乙老师：普通法核2篇

丙老师：尚无论文发表

院领导对丙业绩颇为不满，遂询问人事老师，能否以“末位淘汰”或“非升即走”即走辞退。试问如何评价三位老师的工作业绩 / 品质？

从之前对计件工时的学习来看，可以发现，每个人的工作能力有高下之分。

（一）评判标准

劳动部关于<劳动法>若干条文的说明劳办发〔1994〕289号第26条第2款

本条第（二）项中的“不能胜任工作”，是指不能按要求完成劳动合同中约定的任务或者同工种、同岗位人员的工作量。用人单位不得故意提高定额标准，使劳动者无法完成。

在这条规定中似乎出现了两条标准，一是劳动合同中约定的工作量，二是可比对的客观标准。

而且还特别强调了，用人单位不能故意提高此种标准。此种规定暗含着对劳动者个人主观给付能力的考虑。

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号第56条

在劳动合同中，双方当事人约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力。

（二）德国联邦劳动法院BAG的观点

Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, so gut, wie er kann. 劳工必须劳其应所劳，尽其所能得好。

老师认为，工作品质的判定应当有约定从约定，并接受合理性审查，无约定则采纳主客观相结合的标准。

- 主观标准：从劳工个体的给付能力出发，劳工必须劳其应所劳，尽其所能得好。
- 客观标准：同工种、同岗位人员的工作的质与量

七、劳动合同的变更

（一）劳动合同变更概述

1. “内在”需要

（1）持续性债务关系所决定

劳动合同的“框架性”

劳动关系受外界因素影响，如经济、社会条件

（2）资方的经营需要

改变经营战略、内部整合、技术革新、合并分立等

人力资源管理--知人善任，人尽其才

(3) 劳方的自身需要

知识、业务技术水平提高对职位要求的改变

自身客观条件（健康、体力和精力）

2. 含义

- 合同严守原则（pacta sunt servanda）➡ 合同变更构成对契约严守的突破
- 劳动合同的变更——狭义的合同变更：劳资单方或双方修改劳动合同内容的法律行为

非第33条：用人单位名称、法定代表人等的变更

用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

非第34条：广义的合同变更中的主体变更

用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

3. 常态：调岗

用人单位内的调岗，是指用人单位基于人事资源配置的需要，长期性地变更劳动者工作内容和工作地点，实质是劳动合同条款变更（非主体变更）。

【注意】区别于“外调”➡指因临时性或特定性需要，用人单位命令劳动者暂时支援他单位或出差则不属于此问题，实质是暂时性借调或外地出差。

4. 机制与类型

法律层面，依据相关法律；集体自治¹⁵层面较为少见；个别的变更通常是通过个体自治来完成的，可能是协商后的双方变更，有可能是单方的变更。

（二）我国现行法下的劳动合同变更类型

1. 劳资协商变更

劳动法第17条第1款

订立和变更劳动合同应当遵循平等自愿协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

劳动合同法第35条

用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

（1）协商变更的前提要件：平等自愿、协商一致

- 要约：清楚说明变更的理由、内容和条件等
- 承诺：在合理期限内及时作出答复

（2）形式要求：书面

（3）功能：

- 证据功能——变更内容的重要证据
- 保护功能——有利于日后的审查监督及纠纷解决

（4）因客观情况发生重大变化（如国家清理教辅行业）：

¹⁵ 包括集体合同和规章制度（必须由与工会或职工代表真正平等协商一致确定）

劳动合同法第40条第3项

（三）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。

【注意】此处规定的并不是单方变更，而是法定的协商变更。

（5）劳动合同协商变更的反思

劳动合同法似乎仅强调“合意”协商变更，具有其局限性。此种强调一方面忽视了劳动关系的持续性债务特点，脱离现实劳动生活，无法满足实践中用人单位单方变更的需要；另一方面，对书面形式的要求也会产生以此为生效要件的误导。

2. 法定的资方单方变更

我国并不是完全没有单方变更，只不过集中于法定的雇主单方变更权。

（1）针对所有雇员的规定

劳动法第26条和劳动合同法第40条

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（2）针对特定雇员的规定

女职工劳动保护特殊规定第6条第1款

女职工在孕期不能适应原工作的，用人单位应当根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的工作。

工伤保险条例（2010修订）第36条第1款第2项第1句

职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（二）保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，由用

用人单位按月发给伤残津贴，标准为：五级伤残为本人工资的70%，六级伤残为本人工资的60%，并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

职业病防治法（2018修订）第56条第3款

用人单位对不适宜继续从事原工作的职业病病人，应当调离原岗位，并妥善安置。

（3）雇主单方变更权的限制

法律规定 ➡ 集体劳动法：劳工利益代表的保护

工会法2001 第17条第1款

工会主席、副主席任期未满时，不得随意调动其工作。因工作需要调动时，应当征得本级工会委员会和上一级工会的同意。

第51条第1款

违反本法规定，对依法履行职责的工会工作人员无正当理由调动工作岗位，进行打击报复的由劳动行政部门责令改正、恢复原工作；造成损失的，给予赔偿。

集体合同规定2004

第28条第2款

职工一方协商代表履行协商代表职责期间，用人单位无正当理由不得调整其工作岗位。

【疑】我国是否有法定外的雇主单方变更权？

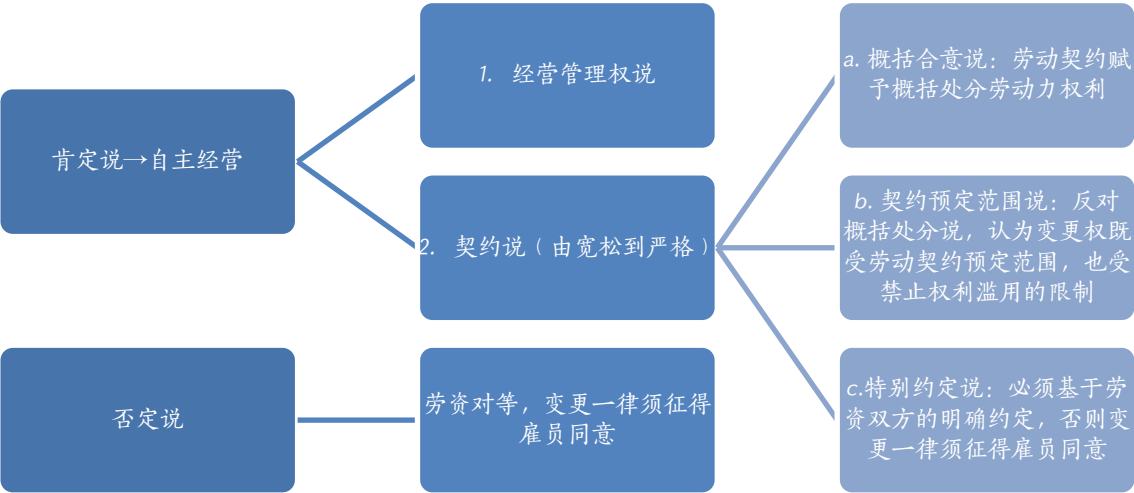
对此，我国的法律并未规定，因此存在争议。

→ 劳动合同可以规定雇主的单方变更权吗？

→ 规章制度可以规定雇主的单方变更权吗？

(4) 法定外的雇主单方变更权

A 学理综述



B 司法实践的探索

关于审理劳动争议案件若干问题的解答(上海市高级人民法院民一庭2002年2月6日)(十五)

劳动合同中约定用人单位有权随时调整劳动者岗位发生争议的,应如何处理?

答:用人单位和劳动者因劳动合同中约定,用人单位有权根据生产经营需要随时调整劳动者工作内容或岗位,双方为此发生争议的,应由用人单位举证证明其调职具有充分的合理性用人单位不能举证证明其调职具有充分合理性的,双方仍应按原劳动合同履行。

浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)(浙法民一2009第83号)第42条

用人单位调整劳动者工作岗位,一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容,或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需,且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的,劳动者有服从安排的义务。

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22条第1款

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。

“解释一” 2020第43条

用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

最高院显然没有做出任何表态↑

C 变更之书面形式要求的“松动”——司法实践的探索

上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答2006

六、关于用人单位调整劳动者工作内容和工资报酬的问题

（一）用人单位与劳动者对调整工作内容和工资报酬有明确的书面约定，或者虽无明确书面约定但已通过实际履行等方式默示调整了原合同约定的，视为双方对变更达成一致。

上海已经有要实行履行治愈规则的意思了。

江苏高院关于审理劳动争议案件的指导意见2009 第十四条

用人单位因生产经营困难、资金周转等原因而采取降薪保职、降薪休假等变更劳动合同措施，且与劳动者以相关文字记载或实际履行行为达成变更后，劳动者又以用人单位变更劳动合同未采用书面形式为由请求确认劳动合同变更无效的，不予支持。

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22条第2款

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。

解释（一）2020第43条

原解释（四）第11条

用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。	变更劳动合同未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

协商一致变更合同 v.s. 变更劳动合同 ➡ 解释四更宽泛

民法典第490条 【履行治愈原则】

当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

解释（一）2020第43条

用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，且变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规、国家政策以及公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持。

D 口头变更合同的有效要件

“实际履行”的法律意义：**可推知的默示“承诺”**意思表示

【注意】实际履行不等于不作为的单纯“沉默”（无意表达）。

民法典第140条第2款

沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

对具有默示同意变更的“实际履行”的判断标准	
① 知情	劳方知悉条款变更及变更后的内容
② 变更程度	变更直接对劳动关系产生影响,以至于劳方能够立即感受到其权利义务状况的变化
③ 实际履行	未提出异议地继续履行

【思考1】若劳工辩称“无异议的继续工作”没有“表示意思”，准确说没有接受变更的法效意思，如何处理？

BAG并没有过度偏袒劳动者，而是认为此事无关紧要。只要资方是作此理解且雇员在尽到必要的注意时，也应当对此认识到即可（以受领人资方视角的规范解释为准，保护资方的信赖利益）。

【思考2】1个月作为统一标准是否合理？一个月期限的由来？

参照月薪制工资支付周期，1个月有利于及时稳定业已形成的劳动关系。

【思考3】1个月如何起算？知悉口头变更的劳动合同之时，还是变更实际产生影响之时？

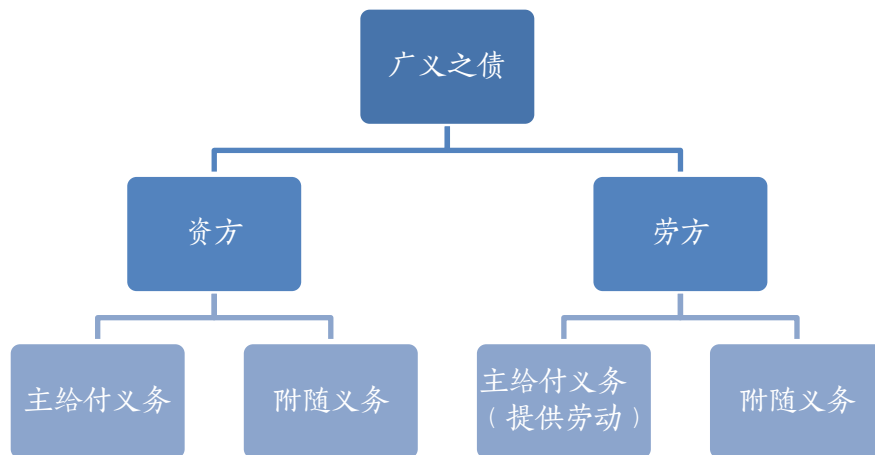
老师认为，自**变更能为劳工知悉且实际产生影响**之时起算。

【思考4】口头变更合同理论上虽然可行，但如何满足书面的证据功能呢？

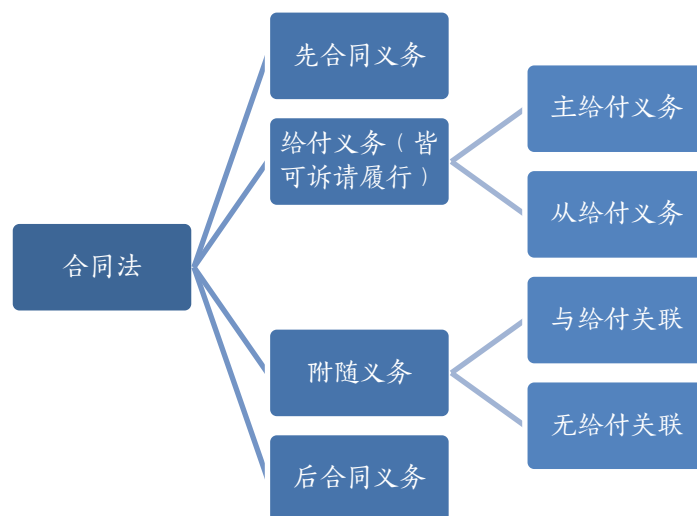
变更后，限期让资方及时提供书面文件载明变更的条件即可。

八、劳方附随义务

（一）劳动合同之债的义务群



- 劳动者提供劳动，用人单位支付工资
- 劳动者不得损害生产工具
- 劳动者不得在职竞业
- 劳动者向资方报告安全生产隐患
- 劳动者向资方出具医嘱病假证明
- 资方为劳方提供安全的生产工具
- 劳方在紧急状况下须提供本职工作以外的劳动，以避免资方的生产资料或经营成果受损



1. 主给付义务

主给付义务：合同关系所固有的、必备的并决定债之类型的基本义务。

- 买卖合同：移转所有权和支付价款
- 劳动合同：提供劳动和支付工资

【注意】有观点认为当事人根据意思自治，可自行约定 / 决定何为主给付义务，哪些义务可处于相互牵连性关系，如同当事人可自由决定什么是必要之点、要素、常素和偶素一样。

2. 从给付义务

从给付义务：具有辅助主给付义务的功能，不能决定债之类型，但可以确保债权人的给付利益获得最大的满足，按产生原因分为：

A 法定的从给付义务

资方须为劳方提供劳动保护和安全的生产条件

B 约定的从给付义务

如劳动合同约定，劳方下班后不得从事竞争的职业

如买卖合同约定交付质量合格 / 品级证明书

C 基于诚信原则及补充的合同解释

3. 附随义务

附随义务¹⁶（Nebenpflicht）的含义：主给付义务、从给付义务以外的，旨在维护债权人利益的义务，主要可分为两类：

I. 与给付义务相关的，促进实现主给付义务，使债权人的给付利益获得最大可能满足的义务（辅助功能）

如资方为劳方投社会保险（法定强制义务）

如淘宝店主妥善包装易碎货品，交付使用说明书

II. 与给付并无关联，避免侵害债权人人身或财产上的固有利益或完整利益的义务

¹⁶ 还有其他多种称谓，如保护义务、其他的行为义务、非独立的从义务等。

如劳方工作中不得故意损害生产工具→这是侵权法完全可以调整的，是出于各种其他法体系、法政策的原因放在此处。

如洗车人员在清洗车辆时不得污损车内饰

【思考】叉车工严格按照安全操作手册使用叉车，属于什么义务？

兼具两类功能的附随义务

- 资方的给付利益：安全操作叉车的适当履行
- 资方的固有利益：安全操作以避免叉车受损

老师认为，第I类附随义务其实完全可以等同于从给付义务，将附随义务限定在第II类更清晰，以免不必要的概念重叠。将附随义务限于保护相对人固有利益更能突出该义务的本质。

德国民法典第241条明确区分了“给付”和“附随”两大类义务，前者主要包括主 / 从给付义务，后者则明定于目前的民法典第241条第2款。

【注意】学者和判例在附随义务术语使用上亦存在混乱不一的现象，须结合上下文内容，探明其具体所指→ weitere Verhaltens 、 Schutz 、 Rücksichtnahme 、 Sorgfalts 、 Nebenpflichten

4. 高管、管理性人员的忠诚／信义义务

公司法2018修正

第一百四十七条

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。

第一百四十八条

董事、高级管理人员不得有下列行为：……（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；……（八）违反对公司忠实义务的其他行为。

（二）劳方附随义务的请求权基础

1. 劳动合同
2. 规章制度
3. 集体合同
4. 法律规定
5. 诚实信用原则作为解释原则，补充无法穷尽的附随义务

民法典第509条

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

合同法第6条、第60条第2款

（三）劳方附随义务的特点

1. 丰富性

附随义务的范围与内容：不可一概而论，须根据合同之债的类型或强度而定

【思考】丰富性因劳动合同的什么特点而生？

一方面，劳动关系具有**持续性**，强度高于一次性债之关系，其中的“时间长度”给予了劳方对资方的权利、法益和其他利益更大的影响可能。

另一方面，劳动关系具有**人身性**，使得合同当事人联系更为紧密，所应尽到的注意保护义务自然也更高。

2. 开放性

立法者不可能穷尽列举，而劳动关系的持续性特征又要求当事人在长时间的特别结合关系中更应该信守诚实信用原则，尽力遵守由此衍生出的各种附随义务，以维护对方的利益。由此，

开放性自然成为了劳方附随义务的应有之义。这也是和复杂的劳动生活现实相对应的。

事实上，劳方附随义务实在过于纷繁复杂，不胜枚举，以至于被学界冠以了“**忠诚义务**”的一般称谓。

3. 解除权非例外

【思考】违反附随义务是否有解除 / 终止权？

在民法中，违反附随义务原则上不会发生解除权的效果，除非已经严重到导致合同目的无法实现或双方的信赖基础破裂，难以继续维系合同效力。

然而，在劳动法中却非例外，而是常态，这也是劳动关系的持续性所决定的。

劳动法第25条第2项

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（二）严重违反劳动纪律或者；

劳动合同法第39条第2项

用人单位规章制度的项劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（二）严重违反用人单位的规章制度的；

（四）忠诚 / 实义务的“扬弃

德国劳动法有“前车之鉴”在先，而他们目前已经重新回到了基于诚信原则的劳动合同附随义务。尽管偶尔仍然可以见到“忠诚义务”表述，但也只是一种符号 / 别称，源于诚信原则的附随义务本质已成共识。

英美劳动法则仍然保留了忠实 / 诚义务（fiduciary obligation）的表述

- 信赖关系（confidential / fiduciary relationship）
- 明示或默示条款（express / implied term）

老师认为，我国没必要拾人牙慧，改称符合劳动合同理念的附随义务更好，可以防止因表述不当而泛化劳方义务。另外，我国“主仆”效忠，愚忠的封建余孽思想相对较重，目前还存有类似于人格共同体的思潮，更是要慎之又慎。

（五）劳方附随义务的范围与内容

附随义务内容虽丰富，但要警惕不当的泛化

- 有益于实现劳动合同目的行为
- 符合资方之合法合理利益的行为
- 与劳方的职位及其性质有关

如IT team-leader，大堂领班的义务范围比普通员工更广；长期工作的老员工要比新入职员工的范围广

- 与企业的类型和性质有关

餐饮企业、IT行业、研发企业

1. 劳方的作为附随义务

（1）基本原则和分类

- **从给付义务=附随义务I**，劳方应从事一切可合理要求其做的行为，以使合同的工作切实履行，使资方的主给付利益获得最大化
- **保护义务=附随义务II**，劳方有义务从事一切对其可能并可期待的活动，以避免资方的生产经营受到阻碍或侵害或减少业已发生的损害

【注意】虽然本课程为避免术语混乱，将从给付义务排除在附随义务之外，但德国劳动法文献将附随义务作为从给付义务和保护义务的上位概念为常态！

上海市第六人民医院		
门诊 样本号:2110119334		
姓名: 朱军	性别: 男	年龄: 39岁
卡号: B502B3850	检验科室:	床号:
报告医生: 杨乐元	样本种类: 鼻咽拭子	
采样日期: 2021-10-11 19:40:45	备注:	
项目	结果	参考值
新型冠状病毒核酸检测	阴性	阴性
收样日期:2021-10-11 19:40:45		
报告日期:2021-10-11 20:42:10		
检验:方蕴琪 核对:沈云岳		
**代表已复做项目,以上结果仅供临床参考.		

(2) 示例

从给付义务=附随义务I	汇报工作进展、与上司商谈工作
	因病不能工作时,向资方简要汇报迄今为止的工作进展
	进修义务,若进修对适当从事工作必要且对员工可期待返还因履行劳动合同所获取的物
	及时向资方汇报会影响工作履行的个人情况,如生病、怀孕、履行法定义务
	告知工作发明、实用新型和改善建议等
	有义务申请和使用电子签名,若对适当从事工作必要且对员工可期待
保护义务 = 附随义务II	及时汇报一切直接影响安全和健康的重大风险以及保护系统中确证的瑕疵
	报告工作领域的障碍和损害,如原材料瑕疵、生产工具损害、原料供给短缺
	在紧急状况下,提供本职工作以外的劳动,以避免资方的生产资料或经营成果受损

(3) 从给付义务=附随义务I

报告义务

I 与履行主给付义务相关的报告义务

如实报告与工作相关的信息，如类比合同法第401条

向资方报告一切有可能影响工作的情形（如生病、怀孕、事假、参加法定的社会活动）

II 防止资方的生产经营受干扰或危害的报告义务

安全生产法（2021修正）第59条

从业人员发现事故隐患或者其他不安全因素，应当立即向现场安全生产管理人员或者本单位负责人报告

职业病防治法（2018修正）第34条第3、4款

第3款

劳动者发现职业病危害事故隐患应当及时报告。劳动者不履行前款规定义务的，用人单位应当对其进行教育。

(4) 保护义务=附随义务II

遵守劳动保护规定义务

劳动法第56条第1款

劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程

安全生产法（2021修正）第57、58条

从业人员在作业过程中，应当严格落实岗位安全责任，遵守本单位的安全生产规章制度和操作规程，服从管理，正确佩戴和使用劳动防护用品。

从业人员应当接受安全生产教育和培训，掌握本职工作所需的安全生产知识，提高安全生产技能，增强事故预防和应急处理能力。

职业病防治法（2018修正）第34条第3、4款

劳动者应当学习和掌握相关的职业卫生知识，增强职业病防范意识，遵守职业病防治法律、法规、规章和操作规程，正确使用、维护职业病防护设备和个人使用的职业病防护用品。劳动者不履行前款规定义务的，用人单位应当对其进行教育。

此类义务很复合，既有保护资方固有利益的考虑，也有辅助工作义务更好地执行的功能。

2. 劳方的不作为附随义务

(1) 基本原则

员工有义务不从事一切威胁或阻碍实现劳动合同目的活动或与劳动关系相关，有损资方合法值得保护利益的行为。

如不得诱使同事违约，用不当言论破坏企业内和平，对同事进行性骚扰，集体排挤某劳方，向第三人泄露商业秘密等。

(2) 保密义务

劳动法第22条

劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

劳动合同法第23条

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

民法典 第三编 合同 第一分编 通则

第二章 合同的订立

第五百零一条 当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者**其他应当保密的信息**，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者**信息**，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

第七章 合同的权利义务终止

第五百五十八条 债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、**保密**、旧物回收等义务。

浙江省技术秘密保护办法（2008修订）

浙江省人民政府令第246号 2008.07.08

第9条第1款

权利人要求本单位或者与本单位合作的涉及技术秘密的相关人员（以下简称相关人员）保守技术秘密的，应当签订保密协议或者在劳动（聘用）合同（以下统称合同）中作出明确具体的约定。相关人员应当严格按照保密协议或者合同约定履行义务。

没有签订保密协议或者没有在合同中作出约定的相关人员不承担保密责任。

保密协议或者合同约定的部分内容不明确的，相关人员只对约定明确的内容承担保密义务。

第9条第2款

签订保密协议或者合同约定的相关人员，合同终止后仍负保密义务的，应当书面约定，双方可以就是否支付保密费及其数额进行协商。

上面的规定暴露了立法者在法理上的不明。

【疑惑】“相关人员”的范围？涉密的劳工在职期间或离职之后是否仅在明确约定的情况下负有在职或离职保密义务？支付保密费？

保密义务的依据是对资方固有利益（如知识产权）的保护，无论是否约定都不能随意侵犯，浙江对于书面形式的强调是不合理的。从侵权法的角度来看，员工没有必要支付保密费，如果支付，可以解读为一种合同约定的义务。

劳动合同法第23条第1款

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

根据义务发生的时间阶段，保密义务可划分为：

- 劳动合同缔结前的保密义务
- 劳动合同履行中的保密义务
- 劳动合同终止后的保密义务

问：各自的请求权基础，内容与范围，以及违反的法律后果？

A 缔约前的保密义务

I 请求权基础

有观点认为，请求权基础是基于合同产生的先合同义务。

老师表示不赞同，认为请求权基础无需采用合同法角度。从侵权法角度，劳工本就负有不得侵害对方当事人固有利益的义务，不得泄露或擅自使用在缔约前或过程中获知的雇主智慧财产权信息。

II 内容与范围

应聘者所可能知悉的秘密信息

III 违反的后果

损害赔偿

B 在职保密义务

I 请求权基础

➤ 契约角度

此时已经订立劳动合同，无需明确约定即可适用附随义务，因为诚信原则是劳动合同的应有之义。劳工在职期间当然负有不得损害资方竞争利益的不作为义务，不能吃里扒外。

可见，前面所提到的《浙江省技术秘密保护办法（2008修订）》第9条第1款第2句“没有签订保密协议或者没有在合同中作出约定的，相关人员不承担保密责任。”是一种立法瑕疵。

➤ 侵权法角度

即使没有约定，依侵权法等法律也负有不得侵害对方当事人固有利益之义务，因而当然负有在职期间不得泄露或擅自使用雇主智慧财权的保密义务。

民法典第一编总则第八章民事责任

第176条

民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

第186条

因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

➤ 法定的在职保密义务

反不正当竞争法2019修订第9条第2、3款

公司法2018修订第148条第1款第7项

董事、高级管理人员不得有下列行为：

（七）擅自披露公司秘密

【注意】有些人是不具有从属性的普通劳动者！

II 内容与范围

劳动合同法第23条第1款 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

【疑】是否仅限于商业秘密信息？“与知识产权相关的保密事项”？资方能够约定扩大保密范围？资方能否约定保守在职期间所知道一切信息？

一般主要旨在保护商业秘密，但是也可约定超出商业秘密的秘密信息，前提是满足：1）与员工职位相关，如高管人员通常保密义务较为宽泛；2）资方对保密有合法合理的利益。

“一切保密条款All-Klausel”的合法合理性存疑。

III 保密费

资方原则上不需要为在职保密义务支付对价，即在职保密补偿。

因为保密义务并没有限制在职劳工的职业自由权，只是“不能说”，而不是“不能做”。

当然，资方主动愿意支付报酬的，无可厚非。

IV 违反的法律后果

损害赔偿；即时解雇

第九十条LCL【劳动者的赔偿责任】

劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

C 离职保密义务

【疑】顾名思义，在职保密义务仅限于劳动关系存续期间，还延续至劳动关系结束之后？

第92条CL

合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

民法典第558条

债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

原则上，劳工没有保密义务。基于职业自由权，劳动者有权在新的工作岗位，自由利用在资方处积累的知识和获得的技能

例外：针对维持原资方正当竞争利益的商业秘密或者其他应当保密的信息，离职劳方须承担离职保密义务，否则将会构成不正当竞争

I 请求权基础

➤ 契约法角度

契约法上的请求权基础并非来自于后合同义务，因为合同已终止，后合同义务无必要也略显牵强。若要建立合同义务，需要明确约定。

可以是诚信原则推导出的附随义务。

➤ 侵权法角度

即使未约定，依侵权法等法律，劳工也负有不得侵害对方当事人固有利益之义务，当然负有于离职期间不得泄露或擅自使用原雇主智慧财权的保密义务。

民法典第一编总则第八章 民事责任

第176条

民事主体依照法律规定或者按照当事人约定，履行民事义务，承担民事责任。

第186条

因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。

II 内容与范围

值得思考的问题：与在职保密义务的内容是否范围一致？

III 违反的后果

- 法定后合同义务下的损害赔偿责任
- 明确约定下的损害赔偿责任
- 侵权损害赔偿责任

(3) 竞业限制 / 禁止义务

LCL第二十三条

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

LCL第二十四条

竞业限制的人员限于用人单位高级管理人员、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，前款规定的人员不得与

本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的单位或者其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的限制期限，不得超过二年。

公司法2018修正第148条第1款第5项

董事、高级管理人员不得有下列行为：

（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；

根据义务发生的时间阶段，严格区分为：

- 在职竞业限制 / 禁止义务
- 离职竞业限制 / 禁止义务

A 在职竞业限制义务

I 请求权基础

老师认为，立法者已经指明了答案：

劳动合同法第1条【立法宗旨】

为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。

基于“劳动合同”的“**不作为附随义务**”既可以由当事人明确约定，无明确约定的情况下也可基于诚信原则推定。

基本思想：当劳方依赖于企业的收入谋生的时候，当然不应该同时再以自营或他营方式与资方竞争，侵害其盈利能力

遗憾的是，学术界和司法界因对在职和离职竞业义务的混淆，对这一问题的认识不统一。

在职竞业限制义务与在职保密义务具有一定的共性：

- 源于诚信原则须遵守的劳动合同存续期间的不作为附随义务
- 无须明确约定（实务中约定更好）
- 无须支付经济补偿
- 未限制职业自由权（实务中资方约定补偿作为激励也无妨）

II 内容与范围

LCL 第24条II

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。

公司法2018修正第148条第1款第5项

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

值得思考的问题：与离职竞业限制义务的内容与范围一致？

简单原则：不得从事对资方合法竞业优势产生任何损害的自营或他营活动。

例：作为原公司长期负责销售业务的部门经理，其在职期间即筹划准备设立新公司并在离职之后利用该新公司与原公司开展同类业务的竞争，可否？

III 违反的法律后果

损害赔偿、即时解雇

第九十条LCL【劳动者的赔偿责任】

劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。



B 离职竞业限制义务

I 隐藏的法律定义：劳动合同法第24条第2款

- “离” ➡ 离职之后，在解除或者终止劳动合同后
- “竞” ➡ 竞争性质
- “他营竞业” ➡ 劳方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

- “自营竞业” ➡ 或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务
- “业” ➡ 职业行为

II 冲突的利益格局

- 资方：合法的商业利益，阻止离职劳方从事竞争性职业行为给其造成不利的经济后果
- 劳方：职业自由基本权，充分利用自己的知识经验谋求职业发展社会
- 自由公平竞争：对原雇主的过度保护会造成垄断而影响资方之间竞争
- 人才自由流动：过多束缚有碍劳工自由施展才能，会降低劳动力市场的配置效能，进而危害社会大众获得技术成熟劳工提供服务的一般利益

最高法院《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》
(法发〔2009〕41号)

第10条

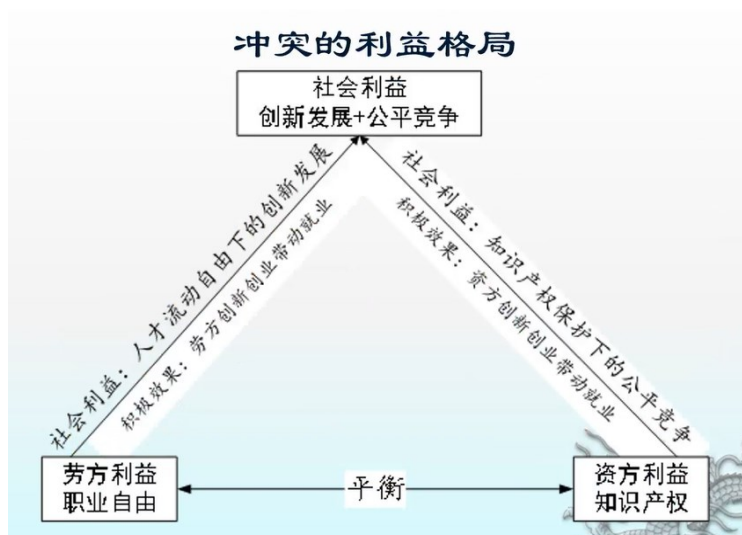
在审理竞业限制纠纷案件时，要充分考虑到我国经济和科技发展的实际水平，坚持以社会公共利益为基点，既要维护社会主义市场经济的公平竞争秩序，又要注意平衡市场主体的利益关系。

基点：社会主义市场经济的公平竞争秩序

离职竞业限制协议：平衡市场主体的利益关系

劳方：要防止因不适当扩大竞业限制的范围而妨碍劳动者的择业自由，

资方：要保护用人单位的商业秘密等合法权益，最大限度实现立法本意和目的——禁止通过侵害维持同行之竞争优势信息不正当竞争，禁止“搭便车”，“不劳而获”。



III 请求权基础

【思考1】在职竞业限制的请求权基础是劳动合同，无须明确约定，那离职竞业限制是附随义务，亦或是忠诚义务？

都不是，因为劳动合同已经结束了。此时既没有衍生于诚信原则，以限制离职雇员职业自由权的附随义务，也没有以劳动关系存续为前提的忠诚义务。

【注意】摒弃忠诚义务更好，这是由身份转向契约的历史残余，在合同理念下对应的实际上是衍生于诚信原则的附随义务。

【思考2】是离职保密义务的延伸吗？

不是。保密义务是“不说”，而非“不做”！

请求权基础是离职竞业限制义务，此种义务必须：1）劳资明确约定，无法从诚信原则和结束的劳动合同推导出来；2）支付经济补偿，因为涉及了对职业自由权的限制。

第23条第1款

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

老师认为，上述条文中规定的“保密义务”既可指约定的“**在职保密义务**”，亦可指约定的“**离职保密义务**”。即使未约定，员工亦须遵守，因为立法者进将保密内容限于“商业秘密和与知识产权相关的保密事项”等资方的智慧财产权。

LCL第23条第2款

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。

LCL第24条第1款

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。

老师认为，根据文义、体系解释（第24条第2款）以及在职和离职竞业制度的法理差异可知，上面两条指的只是**离职竞业限制**。

在职竞业限制义务、在职保密义务	源于诚信原则须遵守的劳动合同存续期间的附随义务
	无须明确约定
	无须支付经济补偿——未限制职业自由权
离职保密义务	例外情况下须遵守的劳动合同结束之后的附随义务
	无须明确约定
	无须经济补偿——未限制职业自由权，有新的收入
离职竞业限制义务	必须明确约定的义务——无法从诚信原则和结束的劳动合同推导出
	必须支付经济补偿的义务——限制职业自由权

IV 违反离职竞业限制义务的形态

不是要证明侵犯了商业秘密或者其他应受保护的权益，只要证明**某人可能从事“自营”或“他营”竞业的违约行为**即可。劳资约定的义务是限制劳工离职后不得从事有害于前雇主的竞业行为。

原因：离职竞业限制对离职雇员的职业行为加以约定的限制就是为了**避免或减轻证明侵权的难度**。

- 防“患” ➡ 侵害商业秘密或其他应受保护利益的巨大隐患
- 于“未然” ➡ 在侵害发生前提前签订离职竞业协议预防

（4）兼职禁止

计划经济时期由于实行“铁饭碗”制度，兼职是不可能的。

A 劳动合同法实施之前兼职禁止的立法

劳动合同法实施之前兼职禁止的立法	
针对科技人员	原则上不影响本职工作前提下可以兼职——国家科委关于科技人员业余兼职若干问题的意见1987、国家科委关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见1997
针对普通劳动者	劳动法未明确表态——第99条仅规定连带责任
	劳动部持限制态度——关于职工从事业余兼职劳动发生劳动争议如何处理的复函劳办发〔1995〕209号 如果职工不属于规定允许业务兼职的人员范围，仲裁委员会应要求其停止兼职劳动

B 法律规定

劳动合同法草案 2006. 03. 20	第39条第4项
第31条第4项 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系， 对完成工作任务造成严重影响，经用人单位提出，拒不改正的	劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系， 劳动者同时与本单位的工作任务造成严重影响， 响， 或者 经用人单位提出，拒不改正的

上述两条的区别在于，《劳动合同法》中加上了用人单位可以直接提出要求员工不得兼职。
这意味着，原本资方还需顾及兼职对本职工作的影响，现在可以直接对权利加以限制。

劳动合同法第69条第2款
从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

从第39条第4项、第69条第2款的文义出发，兼职禁止主要针对全日制用工。

禁止的两种情形：1）对完成本单位的工作任务造成严重影响；2）经用人单位提出，拒不改正的。

对于非全日制用工，原则上没有兼职禁止，除非后订立的劳动合同影响先订立的劳动合同的履行。

C 全日制用工兼职禁止的情形

I. 对完成本单位的工作任务造成严重影响

在职竞业 / 严重影响本职工作

如企事业的全日制班车司机能否在工作之外，开网约车。

II. 经用人单位提出，拒不改正的

【疑】这一规定是否可以解读为，资方可以通过劳动合同或规章制度单方禁止劳方从事一切兼职？

老师持否定态度，认为要进行合目的性限制解释。

- 宪法第42条——职业自由基本权、劳动法第3条和就业促进法第3条第1款。
- 除非：有损原资方的合法利益——严重影响原单位的本职工作,如晚上开网约车至凌晨，或者违反禁止性法律规定，如违反休假、最高工时规定。

III. 基于双方约定的兼职禁止？

除非资方要求劳方完全投入工作具有合理的利益，防止因过度侵害劳方的自由职业权而违背善良风俗。

针对公司董事、高级管理人员，禁止在职兼职：公司法2018修正第69、148条第5项

国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

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

(5) 不得收受商业贿赂

不得受贿是基于诚实信用原则负担的义务。

企业职工奖惩条例1982（已废止）第11条第6项

对于有下列行为之一的职工，经批评教育不改的，应当分别情况给予行政处分或者经济处罚：

（六）有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他

违法乱纪行为的

公司法2018修正第147条第2款

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。

刑法2020修正第163条第1、2款

非国家工作人员受贿罪

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

(6) 工作外的行为义务

张建明诉京隆科技（苏州）公司支付赔偿金纠纷案

载《最高人民法院公报·案例》（2014年第7期）

案件事实：原告张建明于2007年11月5日进入被告京隆公司工作，于2007年12月26日与京隆公司签订劳动合同，期限自2007年12月26日起至2010年12月6日止，约定张建明从事设备维护工程师工作，月工资为2542元。2009年4月13日上午10点左右，张建明乘坐牌照为苏E8D891的车辆前往京隆公司宿舍区。2009年4月20日，京隆公司向张建明发出离职通知单，以张建明乘坐非法营运车辆为由与张建明解除劳动合同。

被告京隆公司于2008年9月8日召开职工代表大会，通过“不允许乘坐黑车，违者以开除论处”的决议。经双方确认，2009年4月13日原告张建明休息。张建明离职前十二个月月平均工资为2600元。张建明于2009年6月就本案诉讼请求申诉至苏州工业园区劳动争议仲裁委员会。该仲裁委员会于2009年7月27日裁决驳回张建明的全部仲裁请求。

一审法院：规章制度既要符合法律、法规的规定，也要合理。被告京隆公司有权通过制定规章制度进行正常生产经营活动的管理，但劳动者在劳动过程以及劳动管理范畴以外的行为，用人单位适宜进行倡导性规定，对遵守规定的员工可给予奖励，但不宜进行禁止性规定，更不能对违反此规定的员工进行惩罚。

京隆公司以乘坐非法营运车辆存在潜在工伤危险为由，规定员工不允许乘坐黑车，违者开除，该规定已超出企业内部劳动规则范畴，且乘坐非法营运车辆行为应由行政机

关依据法律或法规进行管理，用人单位无权对该行为进行处理。工伤认定系行政行为，工伤赔偿责任是用人单位应承担的法定责任，京隆公司通过规章制度的设置来排除工伤责任，没有法律依据，因此亦属无效定。

二审法院：规章制度既要符合法律、法规的规定，也要合情合理，不能无限放大乃至超越劳动过程和劳动管理的范畴。本案中，被上诉人张建明乘坐黑车行为发生之日正值其休息之日，劳动者有权利支配自己的行为，公司不能以生产经营期间的规章制度来约束员工休息期间的行为。单位职工乘坐何种交通工具上班是职工的私人事务，用人单位无权作出强制规定，如果劳动者确有违法之处，也应由国家行政机关等有权进行处罚。

通常没有此种附随义务，工作要与私人生活分开。

根据《民法典》中人格权相关规定，资方不能妨碍劳方的个人生活。

劳方可以自由安排自己的私人生活：资方不是道德的守护者，如中国人常说的“生活作风”问题。

例外：工作外的不当行为与劳动关系有关联，会对资方的工作履行利益产生实质的消极影响。

如网络平台销售的员工在外到处发表“网络店不如实体店，经常以次充好”的谣言。

再如员工生病后在家有积极康复义务。

九、资方主给付义务：工资

第一套（1948-1955）



第二套（1955-1964）



第三套（1962-2000）



第四套（1987-1997）



（一）工资义务概述与立法框架

1. 工资概述

- 工资名称繁多：劳动报酬、工资收入、劳动收入、薪水、薪酬等。
- 工资意义重大：对于劳工而言，工资是劳动价值的体现、经济补偿金、加班费、社会保险缴费基数；对于资方而言，工资是企业成本、薪酬管理的根据。

2. 立法框架

(1) 劳动法 第五章 工资

(2) 劳动部的系列部委规章

- 关于《劳动法》若干条文的说明
- 关于贯彻执行《劳动法》若干问题的意见
- 工资支付暂行规定（劳部发〔1994〕489号）
- 对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定（劳部发〔1995〕226号）
- 最低工资规定2004（劳动和社会保障部令第21号）
- 企业最低工资规定（劳部发〔1993〕333号）〔失效〕

3. 工资给付义务的请求权基础

劳动合同法	工资支付暂行规定劳部发〔1994〕489号
第30条第1款	第3条
法律用人单位应当按照劳动合同 约定 和 国家 规定 向劳动者及时足额支付劳动报酬	本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同 的 规定 ，以各种形式支付给劳动者的工资报 酬。

《劳动合同法》的进步之处在于，已经使用了“约定”而非“规定”这一表述。

【注意】国家规定绝非请求权基础，而只是公法对劳动保护基准的强制干预。

个体自治层面的“法”——劳动合同

【注意1】视为“格式条款”的“资方单决”的规章制度非请求权基础，但若有工资规定，并被纳入劳动合同作为其组成部分，则构成请求权基础（本质仍为劳动合同）

【注意2】集体自治层面的集体合同亦非请求权基础，只是影响工资的集体自治性“基准规范”

我国目前尚在发展之中，大多集体合同主要是对法定劳动基准的复述

(二) 工资给付义务的债务人

资方：工资给付义务的债务人

劳动合同法第30条第1款

用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。

无须亲自履行，与工作义务形成鲜明反差

工资支付暂行规定(劳部发[1994]489号)

第6条第2款 用人单位可委托银行代发工资 →此乃实务常态“转账打卡”

劳工：工资给付义务的债权人

劳动合同法第30条第1款

用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬

工资支付暂行规定劳部发 [1994] 489号

第6条第1款第1句：用人单位应将工资支付给劳动者本人

第6条第1款第2句：劳动者本人因故不能领取工资时，可由其亲属或委托他人代领--受领人例外

注意：这不是对工资债权的转让，可以解释为委托他人从事受领给付的行为，即代领工资。
实践中已经很少出现了。

全面适当履行工资给付义务	
对的“人员”	谁是债务人，谁是债权人
对的“地方”	工资给付地
对的“时间”	工资给付时间
对的“工资”	工作数额/内容

（三）工资给付的地点

民法典第510条

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

民法典第511条

当事人就有关合同内容约定不明确，依据前条规定仍不能确定的，适用下列规定：（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

【疑】按民法规定在劳工所在地履行？

工资给付地点依交易习惯确定。一般是在用人单位的经营地，而非“在接受货币一方所在地履行”，否则交易成本太高，公司还要派人前往每个员工的住所地。

因电子支付的盛行，工资给付的地点在劳动实践中已不重要。

工资支付暂行规定第6条第2款：用人单位可委托银行代发工资。

（四）工资给付的时间

1. 履行期限概述

（1）履行期限的含义

债务人应为履行的时期

债务人原则上应在履行期届至时履行债务

（2）履行期限的形式

期日：确定的履行时刻，2017年6月1日支付

期间：履行的一段期间，2017年6月下旬支付

2. 履行期限的确定：民法典第510条

(1) 当事人明确约定：意思自治优先

(2) 约定不明的补救

a. 协议补充

b. 不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定

期限不明时的履行：民法典第510条第4项

债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

老师认为，上面这条不宜适用于劳动关系。

3. 工资给付的时间

(1) 全日制用工

工资支付暂行规定第7条：非完成一次性临时劳动或某项具体工作

第1句：工资必须在约定的日期支付

意思自治优先：合同约定

意义：决定了提供劳动和给付报酬的顺序

【思考】“约定的日期”说明是哪种履行期限形式？

从文义上看，似乎限定于履行期日。但是老师认为，若是尊重意思自治，约定履行期间也无妨，如劳资约定“工资在每月下旬支付”。

工资支付暂行规定第7条第1句：非完成一次性临时劳动或某项具体工作，工资必须在约定的日期支付。

【思考】约定履行期限的意义？

涉及到履行抗辩权的行使。

民法典第五百二十五条

当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。

合同法第66条【同时履行抗辩权】

民法典第五百二十六条

当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。

合同法第67条【先履行义务】

【思考】约定履行期限的意义？

确定支付工资和提供劳动的履行顺序，明确约定支付日期。

- 资方先履行，如约定月初支付当月工资
- 劳方先履行，如约定月末支付当月工资
- 未明确约定支付日期，也未能补救确定

【思考】适用民法典第525条同时履行？

(2) 与工作义务的先后履行关系

合同未明确约定支付日期，也未能补救确定

民法典第928条

受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

民法典第782条

定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。
工资支付暂行规定第8条：完成一次性临时劳动或某项具体工作，应按有关协议或合同规定在其完成劳动任务后即支付工资。

合同未明确约定支付日期，也未能补救确定

老师认为，上述立法隐藏的价值判断是，应当完成劳务后支付报酬。

民法典第928条

受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

民法典第782条

定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付；工作成果部分交付的，定作人应当相应支付。
工资支付暂行规定第8条：完成一次性临时劳动或某项具体工作，应按有关协议或合同规定在其完成劳动任务后即支付工资

法规性质：任意性规定。透露劳工负有先履行义务，但可为约定排除适用或另行约定。

可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

老师认为，“先工作，后付钱”更符合实践常态。

（3）工资给付时间的周期

A 全日制用工

工资支付暂行规定第7条：非完成一次性临时劳动或某项具体工作

履行期日：国家尊重自治下的强制保护干预

第2句：如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付

履行周期：国家尊重自治下的强制保护干预

第3句：工资至少每月支付一次，实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资

B 非全日制用工

第72条 第2款LCL

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

国家在尊重意思自治前提下，特别针对“非全日制用工”的履行周期强制干预。

（五）工资的内容

1. 工资的法律定义

工资定义涉及三个层次的法律问题：

（1）报酬是否上升为权利，具有请求权基础？

此时所能包含的报酬种类可以非常多，只要资方承诺给付即可，因而可以包括非劳动对待给付，本质上不属于工资范畴的报酬。如婚丧嫁娶的补贴(生日酬金、结婚礼金、生育津贴、奠仪)。

（2）究竟何为工资？

这涉及劳动给付的对价问题。

（3）不同种类经济补偿的计算基数

- 加班费补偿
- 年休假补偿
- 解雇经济补偿
- 离职竞业补偿

工资支付暂行规定劳部发〔1994〕489号第3条

本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬。

劳部发〔1995〕309号第53条第1、2句

劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定（授课人注：主要指最低工资标准）或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬

一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等

工资”是劳动者劳动收入的主要组成部分

劳动者的以下劳动收入不属于工资范围：

（1）单位支付给劳动者个人的社会保险福利费用，如丧葬抚恤救济费、生活困难补助费、计划生育补贴等；

（2）劳动保护方面的费用，如用人单位支付给劳动者的工作服、解毒剂、清凉饮料费用等；

（3）按规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如根据国家规定发放的创造发明奖、国家星火奖、自然科学奖、科学技术进步奖、合理化建议和技术改进奖、中华技能大奖等，以及稿费、讲课费、翻译费等。

原因：不是劳动给付的对价。

国家统计局关于工资总额组成的规定1990

工资总额是指各单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额-第3条工资总额由下列六个部分组成：一第4条

（一）计时工资

（二）计件工资

（三）奖金

（四）津贴和补贴

（五）加班加点工资

（六）特殊情况下支付的工资

个人所得税法实施条例（2018修订）第6条

（一）工资、薪金所得，是指个人因任职或者受雇取得的工资、薪金、奖金、年终加薪、劳动分红、津贴、补贴以及与任职或者受雇有关的其他所得。

（二）劳务报酬所得，是指

个人从事劳务取得的所得，包括从事设计、装潢、安装、制图、化验、测试、医疗、法律、会计、咨询、讲学、翻译、审稿、书画、雕刻、影视、录音、录像、演出、表演、广告、展览、技术服务、介绍服务、经纪服务、代办服务以及其他劳务取得的所得。

总之，劳动法上并没有工资的法律定义。

劳动部关于工资的政策性定义-劳部发〔1995〕309号第53条第1、2句

用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬。

上述规定是援引统计局的规定和解释后作出政策性规定，并未从劳动法角度出发对工资作界定。

全部劳动报酬——人大法工委法律释义

- 货币工资
- 实物报酬
- 社会保险？

2. 工资的学理定义

（1）工资内涵的三种学说：

- I. 劳动对价说：因受资方指令而提供劳动的报酬
- II. 折中说：劳工于一定时间将其劳动力交由资方支配使用（处分）的对价
- III. 劳动关系说：非劳动，而系劳动关系之对价，契约所约定之报酬均属工资

老师认为，要紧扣工资的劳动对价性本质。

推荐阅读：林更盛：《工资的“迷思”》

（2）域外视角

台湾地区劳动基准法第2条第3款

本法用辞定义如左：

一、劳工：谓受资方雇用从事工作获致工资者。

二、资方：谓雇用劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人。

三、工资：谓劳工因工作而获得之报酬；包括工资、薪金及按计时、计日、计月、计件以现金或实物等方式给付之奖金、津贴及其他任何名义之经常性给与均属之。

台湾地区劳动基准法实施细则第10条

本法第二条第三款所称之其他任何名义之经常性给与系指左列各款以外之给与。

一、红利。

二、奖金：指年终奖金、竞赛奖金、研究发明奖金、特殊功绩奖金、久任奖金（忠勤奖）、节约燃料物料奖金及其他非经常性奖金。

三、春节、端午节、中秋节给与之节金。

四、医疗补助费、劳工及其子女教育补助费。

五、劳工直接受自顾客之服务费。(小费)

六、婚丧喜庆由资方致送之贺礼、慰问金或奠仪等。

七、职业灾害补偿费。

八、劳工保险及资方以劳工为被保险人加入商业保险支付之保险费。

九、差旅费、**差旅津贴**及交际费。

十、工作服、作业用品及其代金。

十一、其他经中央主管机关会同中央目的事业主管机关指定者。

（六）工资的构成

[illegible]

1. 货币工资（Geldlohn）——通例

劳动法第50条第1句；工资支付暂行规定第5条第1句

2. 实物工资（Naturallohn）——例外

实物工资在我国被劳动部明令禁止。

工资支付暂行规定第5条第2句、劳办发〔1994〕289号第50条第1句
不得以实物及有价证券替代货币支付

矛盾的是国家统计局《关于工资总额组成的规定》当中，又承认了实物工资。

一、关于工资总额的计算不论是以货币形式支付的还是以实物形式支付的，
均应列入工资总额的计算范围

3. 基本工资

国家统计局《关于工资总额组成的规定》若干具体范围的解释1990第五条

基本工资，即标准工资。指按规定的工资标准计算的工资，包括实行结构工资制的基础工资、职务工资和工龄津贴。

辅助工资，即非标准工资，指标准工资以外的各种工资。

- （1）固定性，通常一定期间内固定不变
- （2）主干性，通常占工资总额较大比重
- （3）等级性，反映劳动者岗位或技能的差异
- （4）基准性，通常作为最低工资法、工资集体协商及其他收入的计算基准

4. 辅助工资

(1) 奖金

关于工资总额组成的规定第7条、关于工资总额组成的规定若干具体范围的解释第2条
指支付给职工的超额劳动报酬和增收节支的劳动报酬。

- 生产奖：
- 节约奖：与劳动对价无关
- 劳动竞赛奖：与劳动对价无关
- 机关、事业单位的奖励工资：与劳动对价关系不明
- 其他奖金

(2) 津贴和补贴

关于工资总额组成的规定第8条、关于工资总额组成的规定若干具体范围的解释第3条

津贴：为了补偿职工特殊或额外的劳动消耗和因其他特殊原因支付给职工的津贴

补偿职工特殊或额外劳动消耗的津贴：与劳动对价有关。如中夜班津贴、夏季高温津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴。

- 保健性津贴：与劳动对价无关
- 技术性津贴：与劳动对价无关
- 年功性津贴及其他津贴：与劳动对价关系不明
- 物价补贴：指为了保证职工工资水平不受物价影响支付给职工的补贴。老师认为此种补贴与劳动对价关系不明。

(3) 其他辅助工资

- 延长工作时间的工资报酬
- 按规定支付的加班工资和加点工资
- 特殊情况下支付的工资
- 附加工资、保留工资

根据国家法律、法规和政策规定，因病、工伤、产假、计划生育假、婚丧假、事假、探亲假、定期休假、停工学习、执行国家或社会义务等原因按计时工资标准或计时工资标准的一定比例支付的工资

年薪制主要针对企业高管人员，如职业经理人，不是劳动法中普通劳动者的工资形式，因此不是本课程关注的对象。

5. 不列入工资总额的范围

国家统计局关于工资总额组成的规定第11条

下列各项不列入工资总额的范围：

- （一）根据国务院发布的有关规定 颁发的创造发明奖、自然科学奖、科学技术进步奖和支付的合理化建议和技术改进奖以及支付给运动员、教练员的奖金；
 - （二）有关劳动保险和职工福利方面的各项费用；
 - （三）有关离休、退休、退职人员待遇的各项支出；
 - （四）劳动保护的各项支出；
 - （五）稿费、讲课费及其他专门工作报酬；
 - （六）出差伙食补助费、误餐补助、调动工作的旅费和安家费；
 - （七）对自带工具、牲畜来企业工作职工所支付的工具、牲畜等的补偿费用；
-

（七）最低工资制度

工资制度现存的问题：

- 工资内涵和外延不明
- 工资集体协商远未成熟，尚处于发展阶段

1. 法律定义

最低工资标准：

最低工资规定2004. 03. 01（劳动和社会保障部令第21号）第3条第1款

劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。

劳部发〔1995〕309号第54条第1句劳动法第四十八条中的“最低工资”是指劳动者在法定工作时间内履行了正常劳动义务的前提下，由其所在单位支付的最低劳动报酬。



2011年-2021年本市企业职工最低工资标准汇总表

执行日期	标准（元/月）	文件依据
2011.04.01	1280	沪人社综发〔2011〕24号
2012.04.01	1450	沪人社综发〔2012〕18号
2013.04.01	1620	沪人社综发〔2013〕16号
2014.04.01	1820	沪人社综发〔2014〕6号
2015.04.01	2020	沪人社综发〔2015〕10号
2016.04.01	2190	沪人社综发〔2016〕11号
2017.04.01	2300	沪人社规〔2017〕12号
2018.04.01	2420	沪人社规〔2018〕6号
2019.04.01	2480	沪人社规〔2019〕5号
2021.07.01	2590	沪人社规〔2021〕18号



关于调整本市最低工资标准的通知

沪人社规〔2021〕18号

各区人力资源和社会保障局，各委、办、局，各有关用人单位：

经市政府同意，从2021年7月1日起，本市调整最低工资标准。现就有关事项

通知如下：

一、月最低工资标准从2480元调整到2590元。下列项目不作为月最低工资的组成部分，由用人单位另行支付：

（一）延长工作时间的工资。

（二）中夜班津贴、夏季高温津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴

（三）伙食补贴、上下班交通费补贴、住房补贴。

（四）个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金。

二、小时最低工资标准从22元调整为23元。小时最低工资不包括个人和单位依法缴纳的社会保险费。

三、月最低工资标准适用于全日制就业劳动者，小时最低工资标准适用于非全日制就业劳动者。

上海市人力资源和社会保障局

2021年6月22日

2. 最低工资标准的确定和调整

劳动法第48条第1款

国家实行最低工资保障制度，最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。

沪人社规〔2021〕18号

经市政府同意，从2021年7月1日起，本市调整最低工资标准。

省、自治区、直辖市范围内的不同行政区域可以有不同的最低工资标准——

—最低工资规定2004第7条

最低工资标准发布实施后，如本规定第六条所规定的相关因素发生变化，应当适时调整。最低工资标准每两年至少调整一次——最低工资规定2004第10条

沪人社规〔2021〕18号、沪人社规〔2019〕5号，为何？

3. 确定和调整最低工资标准须考量的因素

- **月最低工资标准**——最低工资规定2004第6条第1款
- 当地就业者及其赡养人口的**最低生活费用、城镇居民消费价格指数、职工个人缴纳的社会保险费和住房公积金、职工平均工资、经济发展水平、就业状况**等因素
- **小时最低工资标准**——最低工资规定2004第6条第2款
- 应在颁布的月最低工资标准的基础上，考虑单位应缴纳的**基本养老保险费和基本医疗保险费**因素，同时还应适当考虑非全日制劳动者在工作稳定性、劳动条件和劳动强度、福利等方面**与全日制就业人员之间的差异**

4. 确定和调整最低工资标准的程序——最低工资规定2004第8、9条

- I. 拟定方案-由省、自治区、直辖市人民政府劳动保障行政部门会同同级工会、企业联合会 / 企业家协会研究拟订最低工资标准的确定和调整方案
- II. 报送人力资源和社会保障部一并将拟订的方案报送劳动保障部
- III. 征求意见-劳动保障部在收到拟订方案后，应征求全国总工会中国企业联合会 / 企业家协会的意见。
劳动保障部对方案可以提出修订意见，若在方案收到后14日内未提出修订意见的，视为同意
- IV. 报批-省、自治区、直辖市劳动保障行政部门应将本地区最低工资标准方案报省、自治区、直辖市人民政府批准
- V. 发布-批准后7日内在当地政府公报上和至少一种全地区性报纸上发布
- VI. 报备-省、自治区、直辖市劳动保障行政部门应在发布后10日内将最低工资标准报劳动保障部

5. 最低工资的组成

劳办发〔1994〕289号第48条第2句	劳部发〔1995〕309号第54条第2句
最低工资包括：加点工资、特殊劳动条件下的津贴	最低工资不包括延长工作时间的工资报酬以货币形式支付的住房和用人单位支付的伙食补贴中班、夜班、高温、低温、井下、有毒、有害等特殊工作环境和劳动条件不的津贴国家法律、法规、规章规定的社会保险福利待遇。
不包括：国家规定的社会保险和福利待遇	

各地最低工资扣除项目不一。

- 共同扣除项目：加班工资、特殊劳动条件下的津贴
- 不同扣除项目：个人缴纳的社会保险费、住房公积金、住房补贴、伙食补贴、交通费补贴

后果：各地最低工资标准**缺乏直接的可比性**。

最低工资扣除项目：人大法工委法律释义

- 加班工资
- 特殊劳动条件下的津贴
- 个人缴纳的社会保险费
- 住房和伙食补贴

上海最低工资扣除项目：沪人社规（2021）18号

一、月最低工资. 2590元。下列项目不作为月最低工资的组成部分，由用人单位另行支付：

共同扣除项目：加班工资、特殊劳动条件下的津贴

（一）延长工作时间的工资。

（二）中夜班津贴、夏季高温津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴。

上海扣除项目：个人缴纳的社会保险费、住房公积金、住房补贴、伙食补贴、交通费补贴

（三）伙食补贴、上下班交通费补贴、住房补贴。

（四）个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金。

6. 用人单位异地用工

LCL实例第14条

劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项

原则：按照劳动合同履行地的有关规定执行

例外：从约定就高

用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。

注意：地方立法政策有例外，按照有利于劳动者原则确定。

7. 违反最低工资标准的法律后果

违反和解除劳动合同的经济补偿办法1994（失效）第4条

用人单位支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，要在补足低于标准部分的同时，另外支付相当于低于部分百分之二十五的经济补偿金。

最低工资规定2004第13条

违反本规定第十二条规定的，由劳动保障行政部门责令其限期补发所欠劳动者工资，并可责令其按所欠工资的1至5倍支付劳动者赔偿金，

劳动合同法第85条第2项

用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（二）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的。

（八）勤工助学酬金

高等学校勤工助学管理办法(2018年修订)

第二十五条

校内固定岗位按月计酬。以每月40个工时的酬金原则上不低于当地政府或有关部门制定的最低工资标准或居民最低生活保障标准为计酬基准,可适当上下浮动,

第二十六条

校内临时岗位按小时计酬。每小时酬金可参照学校当地政府或有关部门规定的最低小时工资标准合理确定,原则上不低于每小时12元人民币

第二十七条

校外勤工助学酬金标准不应低于学校当地政府或有关部门规定的最低工资标准,由用人单位、学校与学生协商确定,并写入聘用协议。

顶岗实习生酬金:

教育部等五部门关于印发《职业学校学生实习管理规定》的通知（教职成〔2016〕3号）

第二条

本规定所指职业学校学生实习,是指实施全日制学历教育的中等职业学校和高等职业学校学生(以下简称职业学校)按照专业培养目标和人才培养方案安排,由职业学校安排或者经职业学校批准自行到企(事)业等单位(以下简称实习单位)进行行业技能培养的实践性教育教学活动,包括认识实习、跟岗实习和顶岗实习等形式。

认识实习是指学生由职业学校组织到实习单位参观、观摩和体验,形成对实习单位和相关岗位的初步认识的活动。

跟岗实习是指不具有独立操作能力、不能完全适应实习岗位要求的学生,由职业学校组织到实习单位的相应岗位,在专业人员指导下部分参与实际辅助工作的活动。

顶岗实习是指初步具备实践岗位独立工作能力的学生,到相应实习岗位,相对独立参与实际工作的活动。

[2016] 3号)

第十七条 接收学生顶岗实习的实习单位，应参考本单位相同岗位的报酬标准和顶岗实习学生的工作量、工作强度、工作时间等因素，合理确定顶岗实习报酬，原则上不低于本单位相同岗位试用期工资标准的80%，并按照实习协议约定，以货币形式及时、足额支付给学生。

(九) 工资支付保障



1. 工资请求权的保障概述

在劳动法中有两种非常重要的工资保障类型：

- 1) 保护已经产生的工资请求权
- 2) 维持 / 保障工资请求权：“未工作，有工资”

本质：突破民法的“对待给付风险规则”

(1) 保护已经产生的工资请求权

A 禁止克扣或拖欠工资

劳动法第50条、劳动合同法第30条

- 克扣工资即未足额支付，无正当理由扣减劳动者应得工资：对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定第3条
- 拖欠工资即完全未支付。无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资：对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定第4条

法律性质：两者皆属于履行迟延！

B 不属克扣工资的情形——工资支付暂行规定第15条，法定代扣项目

- 用人单位代扣代缴的个人所得税；
- 用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；
- 法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- 法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

以上情形均是员工必须履行的法定义务

C 不包括以下减发工资的情况——对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定第3条

- 国家的法律、法规中有明确规定的；
- 依法签订的劳动合同中有明确规定的；
- 用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；
- 企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地最低工资标准）； ➡ 这是在把企业的经营风险转嫁给劳动者
- 因劳动者请事假等相应减发工资等。

老师认为，这些不应是所谓的“扣减”，而是不能得到工资的对待给付而已。

D 不包括以下扣除工资的情况——《工资支付暂行规定》第16条

因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求劳动者赔偿。

经济损失可从工资中扣除，每月扣除额不得超过当月工资的20%，且扣除后的剩余工资不得低于当地月最低工资。

对于上述规定，部分地方立法有变动。有些为扣除工资设置了前提条件（如书面通知），有些则废除了20%的扣除上限，但保留了最低工资下限。

(2019) 1号) 2019年6月21日

五、劳动者履行工作职责或执行工作任务时因过错给用人单位造成损失，用人单位请求劳动者赔偿损失的，能否予以支持？

答：劳动者履行工作职责或执行工作任务时给用人单位造成损失的，属于用人单位经营风险，劳动者一般不承担赔偿责任。但劳动者因故意或重大过失给用人单位造成经济损失的，应予赔偿。

在确定赔偿金额时，应当根据劳动者过错程度、单位或其他配合履职的劳动者有无过错等原因力比例、损失大小、劳动报酬水平、劳动合同是否继续履行等因素综合确定。

阅读：朱军《劳工在工作中致资方损害的责任减轻规则——基于案例分析的比较研究》

E 不属无故拖欠的情况——对《工资支付暂行规定》有关问题的补充规定第4条

(1) 用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因、无法按时支付工资；

【思考】金钱债务有履行不能的情况？

极端情况下可能也有，如银行停止转账金融服务。

(2) 用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，在征得本单位工会同意后，可暂时延期支付劳动者工资，延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。

延期履行？ ➡ 各地的规定不同。上海：1个月、浙江：15日、江苏：30日

解释（一）（法释〔2020〕26号）第15条

劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，按照普通民事纠纷受理。

F 针对克扣或拖欠工资的措施

I 支付令

劳动合同法第30条第2款： 支付令

用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令

民事诉讼法2021修订第221-224条：支付令被书面异议削弱 / 架空的风险

第223条第2、3款

债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。

第224条

人民法院收到债务人提出的书面异议后，经审查，异议成立的，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效。支付令失效的，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。

劳动者虽然可以根据《劳动合同法》申请支付令，但是根据《民事诉讼法》的规定，只要资方书面提起异议，支付令就失效了。

II 劳工单方解除劳动合同

第38条第1款第2项

未及时足额支付劳动报酬的

III 支付赔偿金

第85条第1项

先由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。

IV 欠薪支付保障制度

上海市企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定2007

深圳经济特区欠薪保障条例2008修订

恶意欠薪定罪入刑——刑法修正案（八）第41条

恶意欠薪罪入刑之后动用的次数不多，学界对此批评的声音很大，认为让资方入狱不能增加整个社会的福利。

G 破产时的工资债权优先受偿？

问：工资债权优先于一般债权？

工资债权一般是优于一般债权的，但是要让破产费用和共益债务优先受偿，这是为了破产的公共的目的。

企业破产法2006第113条第1款第1项

破产财产在优先清偿**破产费用和共益债务**后，依照下列顺序清偿：

（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金

（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款

（三）普通破产债权

对于工资债权能否优先于担保债权的问题，我国经过修改后目前的规定和德国一致，原则上不能优先于有担保的债权。

企业破产法2006第109条

对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。

企业破产法2006第132条：以本法公布之日为节点区别对待

- 2006年8月27日前所欠职工的工资优先于有担保的债权
 - 2006年8月27日后所欠职工的工资不优先于有担保的债权
-

第一百一十三条

破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：

（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；

（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；

（三）普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

禁止降低女职工特殊期间的工资

女职工劳动保护特别规定2012第5条

用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资

（2）维持工资请求权 “未工作，有工资”

双务合同中的对待给付义务风险负担

- 基本原则：对待给付风险负担于给付义务完全履行之前均应停留于债务人方面
- 法理原因：双务合同义务（存续上）具有牵连性。一方义务给付不能，另一方义务应自动消灭，但同时根据债务人是否享有免责事由而不同对待。

劳动合同：未劳动，无工资 Ohne Arbeit kein Lohn

例外：劳动合同中对待给付义务 / 工资风险规则，构成对基本原则的突破 / 特殊化。

A 社会活动期间支付工资

工资支付暂行规定1994第10条

劳动者在法定工作时间内依法参加社会活动期间，用人单位应视同其提供了正常劳动而支付工资

（一）依法行使选举权或被选举权；

（二）当选代表出席乡（镇）、区以上政府、党派、工会、青年团、妇女联

合会等组织召开的会议出任人民法庭证明人；

(三) 出席劳动模范、先进工作者大会；

(四) 《工会法》规定的不脱产工会基层委员会委员因工会活动占用的生产或工作时间；

(五) 其它依法参加的社会活动。

B 各种假的期间支付工资

劳动法第51条、工资支付暂行规定第11条

- 法定休假日
- 年休假
- 探亲假
- 婚假
- 丧假

C 停工、停产期间支付工资

工资支付暂行规定第12条

非因劳动者原因造成单位停工、停产，在一个工资支付周期内用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。

超过一个工资支付周期，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准。

若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

注意：地方有不同的立法政策性规定，尤其是疫情爆发以后。

D 医疗期间支付病假工资或救济费

医疗期的法律定义（其实是一个解雇保护期）：

企业职工患病或非因工负伤医疗期规定 劳部〔1994〕479号第2条

企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息，不得解除劳动合同的时限。

这段时间中还要支付定价工资。

注意：并不意味着绝对不能解除，因劳方过错行为的即时解雇除外，如根据劳动合同法第39条（二）严重违纪解雇。

医疗期的长度：3-24个月不等

具体确定的“双标准”依据：1）实际参加工作的年限；2）本企业工作年限

医疗期和累计病休时间计算的长度：

实际工作 年限	10年以下		10年以上				
	5年以下	5年以上	5年以下	5-10年	10-15年	15-20年	20年以上
本单位工 作年限							
医疗期月 数	3	6	6	9	12	18	24
累积病休 时间计算	6	12	12	15	18	24	30

在本单位工作的年限：5年一个档次来看。实际工作年限：要叠加之前在其他单位工作的年限。

→ 在上表中对号入座。

病假期间支付工资

医疗期是否计算在“同一用人单位连续工作时间”？

劳动部办公厅对《关于如何理解“同一用人单位连续工作时间”和“本单位工作年限”的请示》的复函劳办发〔1996〕191号

上海市劳动局：你局《关于如何理解“同一用人单位连续工作时间”和“本单位工作年限”的请示》（沪劳保字〔1996〕18号）收悉，经研究，现函复如下：

一、“同一用人单位连续工作时间”是指劳动者与同一用人单位保持劳动关系的时间。

二、按照《劳动法》及有关配套规章的规定，劳动者患病或非因工负伤，

依法享有医疗期，因此在计算，同一用人单位连续工作时间”的

三、在计算医疗期、经济补偿时，“本单位工作年限”与“同一用人单位连续工作时间”为同一概念，也不应扣除劳动者此前依法享有的医疗期时间。

一九九六年九月十六日

上面这一文件意味着，医疗期限可以算入本单位的工作年限，自然也会算在实际的工作年限中。这是对资方非常不利的。

特殊疾病之医疗期“适当延长”的例外：

劳部发〔1995〕309号第76条第2句、关于贯彻《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的通知（劳部发〔1995〕236号）第2条第1款

对于某些患特殊疾病的职工（如癌症、精神病、瘫痪等），在二十四个月内尚不能痊愈的，经企业和当地劳动部门批准，可以适当延长24个月的医疗期。

【注意】目前抑郁症等精神疾病是极具争议的问题！

企业职工患病或非因工负伤医疗期规定（劳部发〔1994〕479号）第3、4条

【疑】劳动部医疗期规定表明劳动合同期限内员工是只能享受一次医疗期，还是可以享受多次？

按规定可以有多次。

注意：地方有不同的立法政策性规定！

《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》的通知（沪府发〔2015〕40号）

二、医疗期按照劳动者在本用人单位的工作年限设置。（单标准而非双标准）劳动者在本单位工作第1年，医疗期为3个月；以后工作每满1年，医疗期增加1个月，但不超过24个月。

五、劳动者在本单位工作期间累计病休时间超过按照规定享受的医疗期，用人单位可以依法与其解除劳动合同。

七、本规定自2015年5月1日起施行，有效期至2020年6月30日。

上海对劳动部的规定进行了巨大的突破，对用工单位较为有利。

上海市人民政府关于延长《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》有效期的通知(沪府规[2020]13号)

各区人民政府,市政府各委、办、局:

经评估,2015年8月市政府印发修订后的《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》(沪府发[2015]40号)需继续实施,有效期延长至2025年6月30日。

特此通知

上海市人民政府

2020年6月22日

《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》的通知沪府发(2015)40号

四、下列情形中关于医疗期的约定长于上述规定的,从其约定:

- (一) 集体合同对医疗期有特别约定的;
 - (二) 劳动合同对医疗期有特别约定的;
 - (三) 用人单位内部规章制度对医疗期有特别规定的。
-

【思考】医疗期内劳动合同期满如何处理?

资方不得解除劳动合同,应当续延至相应的情形消失时终止劳动合同。

LCL第42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:

- (三) 患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;

LCL第45条

劳动合同期满,有本法第42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。

LCL第40条

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

【进一步思考】如何理解“相应的情形消失”？

劳动部办公厅关于因病或非因工负伤医疗期管理等若干问题的请示的复函
（劳办函〔1996〕40号）

针对广州市劳动局《关于因病或非因工负伤医疗期管理等若干问题的请示》
（穗劳函字〔1996〕第077号）

第1条

职工临近劳动合同期满才发病，累计医疗期未满而劳动合同期已满，

1. 需停工休息治疗的

原则：劳动合同的期限应自动延续至医疗期期满为止

例外：在医疗期内医疗终结的，医疗终结之日即可终止劳动

合同；对鉴定为完全丧失劳动能力的，可办理退休、退职

2. 不需停工休息治疗者

只要合同期满，便可终止劳动合同

病假工资发生的变化：

劳动保险条例（1953修正）第13条乙款

工人与职员疾病或非因工负伤停止工作医疗时，其停止工作医疗期间连续在六个月以内者，按其本企业工龄的长短，由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资，其数额为本人工资百分之六十至一百

停止工作连续医疗期间在六个月以上时，改由劳动保险基金项下按月付给疾病或非因工负伤救济费，其数额为本人工资百分之四十至百分之六十，至能工作或确定为残废或死亡时止。详细办法在实施细则中规定之

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号第59条

职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费

病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。

注意：地方存在有利于劳动者的规定！

劳动保险条例（1953修正）第13条乙款

工人与职员疾病或非因工负伤停止工作医疗时，其停止工作医疗期间连续在六个月以内者，按其本企业工龄的长短，由该企业行政方面或资方发给病伤假期工资，其数额为本人工资百分之六十至一百。

停止工作连续医疗期间在六个月以上时，改由劳动保险基金项下按月付给疾病或非因工负伤救济费，其数额为本人工资百分之四十至百分之六十，至能工作或确定为残废或死亡时止。

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）第59条

职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其**病假工资或疾病救济费**……

前后的区别在于：前者规定了六个月的期限，而后者没有。企业的责任由此加重了。

此处是两种不同的救济渠道，第一种是资方出于用工需求提供的有限的社会保护，6个月应当是没问题的。此处和德国的规定不谋而合。第二种是由企业完全负担。

老师更赞同《劳动保险条例》，现在的规定给企业带来了过重的负担。由此也更能理解，如果完全按之前劳动部的规定来执行，企业是承受不了的。

劳动部关于印发《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》的通知(劳部发〔1994〕481号)废止

第六条

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百分之五十,患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。

医疗补助费已经被废,企业不必再支出医疗补助费。

上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告

一、病假待遇

疾病休假工资标准:

职工疾病或非因工负伤连续休假在6个月以内的,企业应按下列标准支付疾病休假工资:

- 1、连续工龄不满2年的,按本人工资的60%计发;
 - 2、连续工龄满2年不满4年的,按本人工资70%计发;
 - 3、连续工龄满4年不满6年的,按本人工资的80%计发
 - 4、连续工龄满6年不满8年的,按本人工资的90%计发
 - 5、连续工龄满8年及以上的,按本人工资的100%计发
-

女职工特殊期间支付工资

女职工劳动保护特别规定2012

第8条第1款后半句

对未参加生育保险的,按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付

E 实务问题

- 员工病假属实,未按规定请病假,资方是否支付病假工资?
- 员工泡病假如何处理? 资方是否有权要求员工返还已支付病假工资?
- 如何防止员工滥用医疗期?

实务对策

- 建立完善的病假制度
- 充分查实病假真伪
- 建立复查制度
- 建立薪酬福利的利益刺激机制
- 严重违章解除

十、服务期制度

（一）服务期条款概述

1. 服务期条款潜藏的“法律定义”

隐藏在《劳动合同法》中：

劳动合同法第22条第1款

劳资双方约定的由资方出资培训劳工并约束劳工于将来一定期限内为资方工作的条款

2. 服务期条款的利益格局

- 资方的合理利益：为培训劳动者支出大量培训费，当然有利益要求智识和技能提高的劳工尽可能长时间地为其服务
- 劳方的合理利益：职业自由基本权；人往高处走，防止“一纸约定困终身”，因而要求在一定期限内

3. 约定服务期条款的前提条件

劳动合同法第22条第1款

用人单位为劳动者提供**专项培训费用**对其进行**专业技术培训**

专业技术培训与人力资源管理中入职培训、岗前培训、在职培训等概念有所区别：

(1) 入职培训

- 培训时间：主要是在劳动者入职前后
- 培训内容：用人单位向其介绍单位的结构框架、经营理念、工作流程、规章制度、劳动纪律、工作要求等
- 培训目的：在于使新入职劳动者迅速掌握企业的通识性信息，熟悉自身工作岗位的职责和要求，快速适应新的工作环境

(2) 岗前培训

- 主要是从事新的岗位前所作的有一定专业技能要求的培训，经常与入职培训一起进行
- 目的在于使劳动者胜任新的岗位
- 入职培训通常只能针对新入职的劳动者进行一次，既可单独，也可对全体新入职员工一起进行
- 岗前培训根据变换岗位的次数有可能进行多次，针对的可能是新入职的劳动者，也可能是新换岗的劳动者，一般对新换岗的劳动者分别进行，但也不排除一批员工换岗集中培训，如部门裁撤

(3) 在职培训

LL第六十八条【职业培训制度】

用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。

从事技术工种的劳动者，上岗前必须经过培训。

- 使用经费的专门性：使用按国家规定提取的职业培训经费
- 培训开展的计划性：有计划地对劳动者进行的职业培训
- 目的在于提升劳动者在现有岗位的专业技能，包含技术工种的岗前培训

○ 在职培训 LL第六十八条的历史局限：

其一，制定该条的时候，向劳动合同理念转型的进程刚刚拉开帷幕，因而所有制意识形态和计划经济色彩依然浓重，行政化的用工管理观念尚未转变。随着市场经济的成熟，此种培训也不被认为应当是强制进行的了。

其二，“应当”字眼并非意指强制性规定，而是倡导性规定，鼓励各类企业根据本单位的经营实际，有计划地进行在职培训。

LL第六十八条的“立法解释”

LCL第22条

用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

LCL三审稿第22条

用人单位在国家规定提取的职工培训费用以外提供专项培训费用，对劳动者进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

解读：市场经济体制下，大多用工主体已非国有企业或集体企业，遂LCL立法者已未再刻意区分专业技术培训与使用职工培训费用的在职培训

换言之，**使用经费的专门性**不再是区分专业技术培训的主要决定性标准。

（4）专业技术培训

问：现在究竟应以何标准判断“专业技术培训”？

文义解释：专业技术培训是对劳动者履行特定岗位职责所需的专门性知识和专业性技能所作的培训，更多是在岗中进行，进行的主要是**提升性培训**。不同于入职培训或岗前培训，这两项进行的是熟悉性培训或胜任性培训，是资方使用劳动力所必须进行的培训。

A 专业技术培训认定的基本标准

- **对象的特定性：**已经满足了企业的基本要求的劳工，区别于入职培训或岗前培训
- **内容的专业性：**特定岗位职责所需的专业知识和职业技能所提供的培训
- **培训的提升 / 升值性：**为提高劳工的职业技能和素养，使其在劳动力市场上升值提高了其求职竞争力

B 专业技术培训认定的辅助标准

在一审稿中，立法者原本试图通过时间和形式来判断是否是专业技术培训：

LCL一审稿第15条第1句

用人单位为劳动者提供培训费用，使劳动者接受6个月以上脱产专业技术培训的，可以与劳动者约定服务期以及劳动者违反服务期约定应当向用人单位支付的违约金。

LCL二审稿第23条第1款第1句

用人单位提供培训费用，对劳动者进行1个月以上脱产专业技术培训或者职业培训的，可以与劳动者约定服务期。

I 专业技术培训的形式

- 脱产：离岗培训
- 半脱产：“半离岗”培训
- 不脱产：在岗培训

为避免出现“名为培训、实为工作”的情况,可斟酌以下因素来认定是否存在专业技术培训：

- 培训是否有明确目标
- 是否拟定并执行了详细周密的培训计划
- 是否安排了指导人员
- 劳工的知识技术水平是否有明显提高

采取上夜校、远程教育等工作时间和培训时间并不重合的不脱产方式,则要注意精确计算培训期限.

II 受训者的认可

劳动者事先确认培训的具体内容，事后也确认所受培训的专业技术性。

注意：用人单位单方拟制的虚假认可不在此列。

III 培训的方式和期限

- 方式：并无法律限制，可以是课堂讲授或视频教学，也可是现场观摩、操作，或者是专人带教下的师徒式地学习。培训可由本公司或关联公司的人员进行，也可由其他公司或专门培训机构的人员进行。
- 期限：较长期限的脱产、半脱产学习，更为接近专业技术培训。

IV 培训的费用（多重客观角度审视）

- 培训费用是否确已支出
- 关联性，即支出费用是否用于该劳动者
- 必要性，即该费用支出是否为培训所必须
- 数额大小，如支出的培训费用数额较大的培训

C 专项培训费用

专项培训费用：为提高劳动者的专业知识和职业技能专门支出的费用，“三性”特征：

- 客观性（确实已经支出）——有凭证
- 关联性（用于该项培训）
- 必要性（为培训所必须）

劳动合同法实施条例第16条、劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

实践中专项培训费用的支付较为复杂：

其一，包含在买卖价款中的培训费用

公司引进新技术、新设备时，涉及对相关人员知识或技能更新的培训，培训多由卖方或其指定人员进行。

- 卖方提供基础性的技术指导培训通常是买卖合同的约定或附随义务，不收培训费。
- 超出基础性指导之外的培训卖方一般会收取服务费用。该费用可能由买方另行支付，也可能已经包含在买卖价款中，对于是否构成培训费用的问题，须谨慎认定。
- 后续的维护费用不是培训费。

其二，在本公司或关联公司培训的费用支出有些规模较大的企业或集团,对员工的专业技术培训可能由本公司或关联公司的人员进行,而基于各种原因未另行支付培训费用。

对此必须明确，专业技术培训的核心是受训劳动者劳动技能和水平的提升，而不是有直接凭据的费用支出。上述情形下,用人单位客观上已经存在相关费用的支出，故对专业技术培训应从严判别，对培训费用支出宜放宽审查。

D 非专项培训费用

按工资总额提取的职工培训费用：企业的普遍性义务

劳动法第68条第1款、关于企业职工教育经费提取与使用管理的意见第3条第1项

【注意】劳动合同法已经不做区分，必须做实质认定！

技术工种正式上岗前支出的培训费用：“岗前”培训——劳动法第68条第2款

（二）服务期条款的内容期限

问：劳动合同法对服务期未作限制，是否可以任意约定？

对此，观点不一。

- 以劳动合同期限为服务期期限？
- 统一固定的期限？
- 以培训费金额除以劳动者月工资，所得商数即为服务期月数？

公平合理,禁止滥用权利,须综合衡量

须斟酌培训期的长短

培训费用的数额

培训对劳动者市场竞争力提升的程度等存在直接的关联

（三）服务期与劳动合同期限的关系——针对固定期限劳动合同

其一，服务期短于或等于劳动合同期限，服务期的履行不会和劳动合同到期终止发生任何冲突。

其二，服务期长于劳动合同期限，劳动合同应当续延至服务期满，双方另有约定的，从其约定。

【注意】资方可放弃剩余服务期的权利，但不得向劳工追偿培训费。

老师对上述制度设计表示赞成，认为与服务期的性质相符——劳动者以在一定期限内限制自己的职业自由权作为接受专业技术培训的对价。

对于劳工而言，可以视为一种为用人单位工作的最低年限，是一种“更具约束力”的合同期限。

有法官认为：服务期的约定限制了劳动者预告解除权的行使。

（四）违约金的数额

1. 限制

约定的违约金数额的限制 I

劳动合同法持总额限制立场：第22条第2款第2句

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

约定的违约金数额的限制 II

培训费用的范围限制——实例第16条

- 进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用
- 培训期间的差旅费用
- 因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用

老师认为，违约金数额经过上述两层限制已完全丧失其应有的督促履约功能。

2. 违约金给付效力的发生

（1）排除违约金条款发生效力的情形

实例第26条第1款

用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

劳动合同法第38条

用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- （一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- （二）未及时足额支付劳动报酬的；
- （三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- （四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- （五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

实例第26条第2款

有下列情形之一的，用人单位与劳动者解除约定服务期的劳动合同的，劳动者应当按照劳动合同的约定向用人单位支付违约金：

- （一）劳动者严重违反用人单位的规章制度的；
- （二）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

- （三）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；
- （四）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- （五）劳动者被依法追究刑事责任的。

第三十九条→最具争议

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

服务期未届满情况下违约金给付效力发生与否的图表		
劳动关系结束类型	具体情形	违约金适用
劳资双方合意解除	雇主先提出/动议,第36条	
	雇员先提出/动议,第36条	
雇员单方解除	违法解除(违反预告期)	
	预期解除,第37条第1句	
	基于雇主的过错解除,第38条	否
雇主单方解除	违法解除	
	基于雇员的过错解除,第39条	是
	无过失性辞退,第40条	
	经济性裁员,第41条	
劳动合同终止	劳动合同期满,第44条第1项	
	依法享受基本养老保险待遇,第44条第2项	
	雇员主体资格丧失,第44条第3项	

劳动合同的结束在我国分为两种机制：终止和解除。

（2）违约金条款发生效力的情形

实例第26条第2款：资方根据第39条基于可归责于劳方的事由即时解除劳动合同

隐藏的立法价值判断：如果是因劳方原因而违反了服务期约定，导致资方丧失服务期的利益，自然要支付违约金。

实例第26条第2款之外，须合目的地扩张解释覆盖至所有“源于劳方领域”的辞职

- 劳工违反第37条第1句不守预告期辞职
- 劳工根据第37条第1句遵守预告期辞职

（3）违约金条款不发生效力的情形

实例第26条第1款

劳方根据第38条基于可归责于资方的事由即时解除劳动合同

隐藏的立法价值判断：资方因为自己的原因丧失或放弃服务期的利益，自然无需劳方支付违约金。

实例第26条第1款之外，须合目的地扩张解释覆盖至“源于资方领域”或“源于不可归责于劳方领域”的事由

- 劳资双方协商解除
- 资方合法预期解除、经济性裁员→资方主动放弃
- 劳资一方或双方的主体资格灭失→服务期履行无意义，客观的履行不能

机长服务期争议案

罗明旭、东方航空云南有限公司劳动争议二审民事判决书

一审原告罗明旭的诉讼请求：1、人民法院按实际专项培训次数及其产生的费用依法改判违约金数额；2、撤销仲裁裁决结果第五项：自本裁决生效之日起三十日内向东航云南公司返还2017年5月17日以后的工资、社保等费用（最终以返还之日实际发放和代缴的金额为准）；3、本案诉讼费由被告承担。

一审原告东航云南有限公司的诉讼请求：1、原告罗明旭继续履行与被告东航云南有限公司的劳动合同；2、如法院判决解除劳动合同，则判令原告罗明旭赔偿违约金495万元，

并返还自劳动合同解除之日起至实际返还之日为其发放及代缴的工资和社保等福利待遇（返还金额最终以返还之日实际发放代缴的金额为准）；3、如法院判决解除劳动合同，应仅在劳动争议范围内进行判决，办理飞行技术档案转移手续和出具安保评估证明等不属于民事争议范围。

一审法院经审理认定事实如下：2010年1月21日，原告罗明旭（乙方）入职被告东航云南分公司（甲方）从事飞机驾驶工作，双方签订了无固定期限劳动合同，合同第一条约定：“…合同期从2010年1月21日起至法定或约定的解除（终止）合同条件出现时止，必须服务期从2010年1月21日起至2016年11月5日止，乙方从获得机长资格之日起为甲方工作的必须服务期为八年，若乙方获得机长以上的技术等级（A类：航线教员、B类：模拟机教员、C类：本场教员），其必须服务期在上述约定的基础上再增加八年，乙方在甲方从事飞行驾驶工作期间每参加一次机型复训或转机型培训，增加一年的必须服务期，所有必须服务期的年限累计计算，不重叠适用，至乙方法定退休年龄为止。”第三十五条约定：“甲乙双方任何一方违反本合同，应按《劳动法》第八十九条至一百零二条承担法律责任，给对方造成经济损失或损害的，应依法承担经济赔偿责任。因不可抗力造成本合同不能履行的，不属违约，可以不承担违约责任。”第三十六条约定：“乙方在必须服务期内单方提出解除劳动合同的，依以下标准承担违约责任：1、飞行教员：违约金500万元；2、责任机长：违约金450万元；3、飞行员正驾驶：违约金350万元；4、飞行员副驾驶：违约金250万元；5、飞行学员：违约金200万元；乙方自获得以上1、2、3、4项资格起，每增加一公历年，分别在该项违约金标准上追加5%。”合同对工作内容、工作时间及其休息时间、劳动合同的变更、解除、终止、续订等亦作了明确约定。2010年7月27日，中国东方航空股份有限公司与云南省人民政府国有资产监督管理委员会合作成立被告东航云南有限公司。2011年8月2日，原告罗明旭的劳动关系用人单位变更为被告东航云南有限公司，原用人单位的权利和义务由被告东航云南有限公司继续履行。2015年12月3日起原告罗明旭被聘为B737机型机长。2010年10月至2016年10月期间，原告共参加复训13次。2017年4月17日，原告向被告东航云南有限公司递交《辞职信》并作公证。2017年5月17日，原告离开了被告东航云南有限公司。其后，被告东航云南有限公司继续发放原告工资及为其缴纳社会保险等福利待遇。经原告申请及被告东航云南有限公司反申请，云南省劳动人事争议仲裁院作出云劳人仲案字（2017）371号、440号《仲裁裁决书》，裁决：1、确认罗明旭与东航云南有限公司劳动合同于2017年5月17日解除；2、东航云南有限公司于裁决生效之日起十五日内为罗明旭出具解除劳动合同关系证明，以及办理劳动人事、工资档案、企业年金及社会保险关系转移手续；3、东航云南有限公司依照民航管理部门的相关规定为罗明旭出具安保评估证明，为罗明旭办理或协助办理飞行技术档案[包括飞行记录簿复印件、飞行执照关系、空勤登机证、体检鉴定档案（健康记录本）、体检合格证关系]的移送手续；4、罗明旭自裁决生效之日起三十日内向东航云南有限公司支付418.71万元违约金；5、罗明旭自裁决生效之日起三十日内向东航云南公司返还2017年5月17日以后工资、社保等费用（最终以返还之日实际发放和代缴的金额为准）；

6、驳回东航云南有限公司的其他反申请请求。双方均不服该仲裁裁决诉至一审法院主张上述诉请。

一审法院认为，关于劳动合同的解除问题，《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”劳动合同解除权是法律赋予劳动者的权利，本案原告罗明旭于2017年4月17日向被告东航云南有限公司书面提出解除劳动合同，系行使其法定权利，受法律保护。依照上述法律规定，原告与被告东航云南有限公司的劳动关系依法于2017年5月17日解除，被告东航云南有限公司诉请原告继续履行与其的《劳动合同》于法无据，一审法院不予支持。关于办理飞行技术档案和安保评估证明的问题。《中华人民共和国劳动合同法》第五十条第一款规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”该法律规定表明，劳动关系双方之间因档案转移引发的争议属于劳动争议案件受案范围。原告罗明旭的飞行技术档案、安保评估证明系其在从事飞行员工作中形成和取得的关于飞行技术水平、工作表现的评价材料，是其职务晋升的依据，也是其再就业的前提，具有人事档案的本质属性。另外，根据《民航西南地区飞行人员流动管理暂行办法》第十二条“新用人单位接收流入的飞行人员之后，应按规定为其办理相关证照变更等流动手续……办理空勤登机证时提交的材料应包括：1. 原空勤登机证复印件；2. 原用人单位对流动飞行人员的安保评价”的规定，安保评估证明应属空勤登机证的附件，被告东航云南有限公司作为用人单位为作为劳动者的原告罗明旭出具安保评估证明也是其规定的义务。被告东航云南有限公司抗辩依据的《大型飞机公共航空运输承运人运行合格审定规则》并不适用于解除劳动合同的纠纷，飞行技术档案移交当地民航地区管理局暂存保管，也不影响当地民航地区管理局对飞行员的管理。故一审法院对被告东航云南有限公司主张的不为原告罗明旭办理飞行技术档案转移手续、不为其出具安保评估证明的请求，依法不予支持。关于违约金的问题，《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。”本案原告罗明旭与被告东航云南分公司自愿签订书面劳动合同，系双方真实的意思表示，应受法律保护。虽合同履行过程中原告用人单位变更为被告东航云南有限公司，但原告与被告东航云南有限公司继续履行原劳动合同，双方仍受原劳动合同的约束。原劳动合同明确约定原告从获得机长资格之日起为被告工作的必须服务期为八年，原告在被告处从事飞行驾驶工作期间每参加一次机型复训或转机型培训，增加一年的必须服务期，所有必须服务期的年限累计计算，原告在必须服务期内单方提出解除劳动合同的，责任机长承担违约责任的标准为450万元。飞行员系特殊行业，其从

业具有较强专业技术性，航空公司势必要为其提供专业技术培训并产生相应费用。仲裁裁决根据双方在劳动合同中约定的违约金和服务期计算出原告罗明旭应支付被告东航云南有限公司违约金418.71万元，具有合理性，一审法院予以支持。关于返还工资和代缴社保等费用的问题。如前所述，一审法院已确认双方劳动关系于2017年5月17日解除，但被告东航云南有限公司在原告罗明旭离岗后仍向其发放工资及代缴社保等费用，原告在劳动关系解除之后所获工资及社保等费用无法律依据，依法应予返还。故对被告东航云南有限公司诉请原告返还自劳动关系解除之日起支付的工资和社保等福利待遇，一审法院予以支持。另，本案原、被告对仲裁裁决的第二项即“东航云南有限公司自裁决生效之日起十五日内为罗明旭出具解除劳动合同关系的证明，以及办理劳动人事、工资档案、企业年金及社会保险转移手续”均未提起诉讼，视为双方均认可该项仲裁裁决，且该裁决内容系被告东航云南有限公司的法定义务，故一审法院一并予以确认并处理。综上，一审法院依照《中华人民共和国合同法》第二十二条、第二十五条、第二十九条、第三十七条、第五十条第一款及《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款之规定，判决：一、原告（被告）罗明旭与被告（原告）东方航空云南有限公司之间的劳动合同于2017年5月17日解除；二、被告（原告）东方航空云南有限公司于本判决生效之日起十五日内为原告（被告）罗明旭出具解除劳动合同的证明，以及办理劳动人事、工资档案、企业年金及社会保险关系转移手续；三、被告（原告）东方航空云南有限公司依照民航管理部门的相关规定为原告（被告）罗明旭出具安保评估证明，为原告（被告）罗明旭办理或协助办理飞行技术档案[（包括飞行记录簿复印件、飞行执照关系、空勤登机证、体检鉴定档案（健康记录本）、体检合格证关系）]的移送手续；四、原告（被告）罗明旭于本判决生效之日起三十日内支付被告（原告）东方航空云南有限公司违约金4187100元；五、原告（被告）罗明旭于本判决生效之日起三十日内向被告（原告）东方航空云南有限公司返还2017年5月17日以后的工资、社保等费用（最终以返还之日实际发放和代缴的金额为准）；六、驳回原告（被告）罗明旭的诉讼请求；七、驳回被告（原告）东方航空云南有限公司的其他诉讼请求。

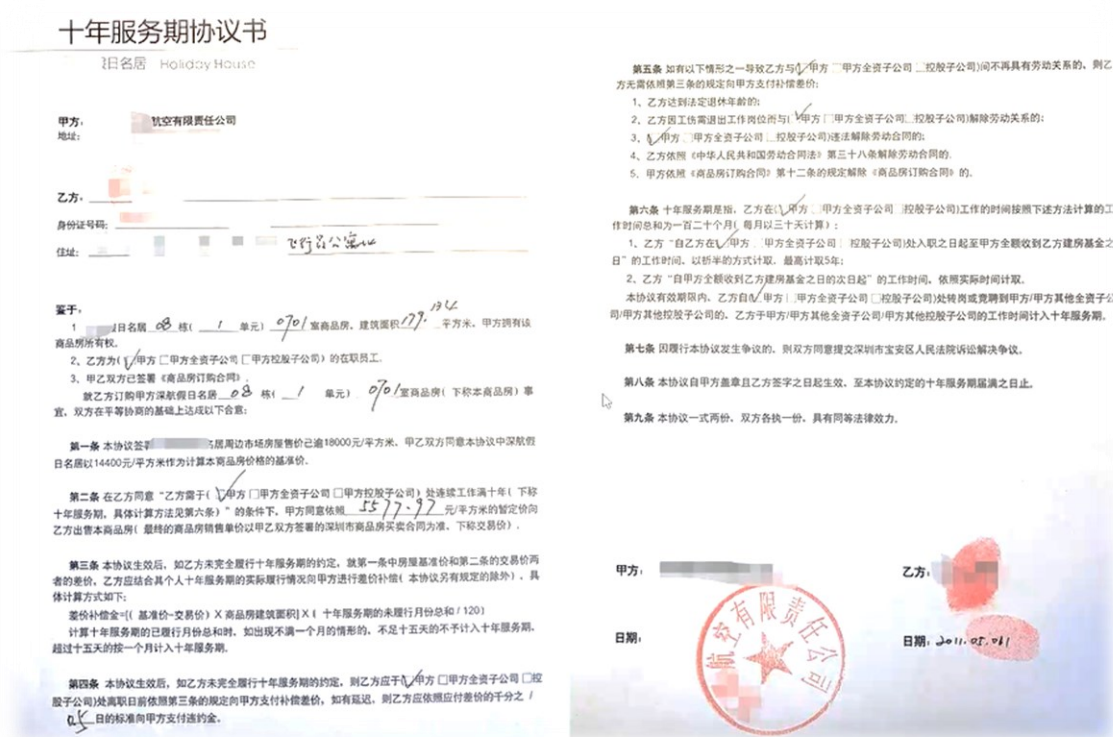
二审期间，上诉人罗明旭提交《助学贷款合同》及《合同》各一份，欲证明罗明旭的实际培训费用总数为97.231万元。上诉人东航云南有限公司提交《关于公司合同制员工变更劳动合同关系主体的通知》以及签收登记表、培训费资料各一份，欲证明双方之间发生过劳动合同关系主体的变更。东航云南分公司未补充提交证据。经质证，东航云南有限公司对罗明旭提交的证据的真实性未提出异议，但不认可其证明目的，认为应当按劳动合同约定的违约金计算。罗明旭对东航云南有限公司提交的证据真实性予以认可，东航云南分公司的质证意见同东航云南有限公司。

对两上诉人二审中补充提交的证据，鉴于双方对证据的真实性均无异议，本院予以确认。二审经审理，对一审判决确认的事实予以认定，并补充认定：2011年8月12日，东航云南分公司以文件形式对公司合同制员工变更劳动合同主体进行了通知，对东航云南有限公司成立后，管控模式中已明确继续留在东航云南分公司的员工外，其余员工劳动合同的

用人单位变更为东航云南有限公司，原有劳动合同在有效期内继续生效，其权利和义务由东航云南有限公司继续履行，罗明旭于2011年8月26日签收了该通知文件。

本院认为，本案主要争议的问题有：一、涉案的劳动合同是否应继续履行；二、在涉案劳动合同解除的情况下，上诉人罗明旭应承担的违约金数额以及是否应判决东航云南有限公司为罗明旭办理出具安保评估证明和飞行技术档案的移送手续。首先，对于涉案的劳动合同，虽然签订主体为东航云南分公司与罗明旭，但2011年8月12日，东航云南分公司以文件形式对公司合同制员工变更劳动合同主体进行了通知，涉案劳动合同用人单位变更为东航云南有限公司，原有劳动合同在有效期内继续生效，其权利和义务由东航云南有限公司继续履行。罗明旭在该份通知的签收登记表上签字确认。对于罗明旭认可其签字的真实性，但认为没有收到该份通知的意见，本院不予采纳。罗明旭在签收该通知后继续履行原劳动合同的行为，罗明旭以书面形式向东航云南有限公司提出解除劳动合同的要求以及其辞职信的具体内容，可认定罗明旭是清楚并认可用人单位主体的变更，罗明旭上诉称其与东航云南有限公司之间不存在书面劳动合同关系的相关意见，本院不予采纳。根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条的规定，劳动者可以采取提前通知用人单位的方式解除劳动合同。本案中，罗明旭以书面形式向东航云南有限公司提出解除劳动合同的方式和具体程序符合上述法律规定，一审法院认定双方之间的劳动关系于2017年5月17日解除正确，本院予以维持。至于东航云南有限公司主张罗明旭的辞职未按照五部委《意见》的具体规定办理。对此本院认为，五部委《意见》关于飞行人员个人提出解除劳动合同的，应当由新用人单位与原用人单位进行接洽，妥善处理好相关问题的规定，是为了规范飞行人员的流动、保障行业经营的管理性规定，并不能因此认为罗明旭的提前通知解除劳动合同的行为不发生法律效力，且也无法律规定飞行人员这类职业不在劳动合同法规范的范围内，故东航云南有限公司认为罗明旭不能单方解除劳动合同，应与其继续履行合同的上诉理由不成立，对该项上诉请求本院不予支持。其次，对涉案劳动合同解除的情况下，罗明旭应向东航云南有限公司支付的违约金及东航云南有限公司认为罗明旭单方解除劳动合同应赔偿的违约金问题。本案中，上诉人罗明旭与东航云南分公司签订的劳动合同合法有效，各方均应按照约定履行相应的合同义务，虽在履行合同过程中，用人单位主体发生变更，但东航云南分公司已经进行了通知，且罗明旭亦签字确认收到变更通知，并已实际履行了合同义务，上诉人罗明旭与东航云南有限公司之间受原劳动合同的约束，上诉人罗明旭未按照约定履行相应合同义务，已构成违约，应承担相应的违约责任。至于违约金数额，上诉人东航云南有限公司主张按合同计算违约金应为495万元，因双方劳动合同约定的违约金标准在取得相应资格起逐年按5%递增的内容，与《劳动合同法》第二十二条关于违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用的规定不相符，本院对双方劳动合同中关于违约金逐年递增的约定不予采纳。一审法院根据《劳动合同》约定违约金及服务期计算罗明旭应支付违约金数额为418.71万元并无不当，本院亦予以维持。第三、关于上诉人东航云南有限公司认为原审判决第三项由东航云南有限公司依照民航管理部门的相关规定为罗明旭出具安保评估

飞行员的特殊之处在于：必须要有飞行技术档案才能履职，现实中资方会借此拿捏飞行员。



- **出资培训：**劳动者从专业技术培训中获取的劳动力价值提升，是一种内在的、仅仅存在变现可能的利益，或表现为工作技能上的竞争优势，或表现为获得晋升的可能机会，是与劳动者人身不可分离的特定利益。➡ 直接开发、培育劳动力资源，属开发型人才竞争
- **提供其他特殊待遇：**劳动者从中获取的，是一种外在的、确定的、一般可用金钱衡量的经济利益，可与劳动者人身相分离。➡ 争夺、挖掘现有的劳动力资源，属争夺型人才竞争

沪高法（2009）73号

七、劳动者违反合同约定的期限解除劳动合同，用人单位要求劳动者返还特殊待遇的处理。用人单位向劳动者支付报酬，劳动者付出相应的劳动，是劳动合同双方当事人的基本合同义务。用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质。

劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。因此，用人单位以劳动者未完全履行劳动合同为由，要求劳动者按照相应比例返还的，可以支持。

各地有不同的规定。

十一、资方附随义务

（一）资方附随义务的概述

1. 资方之附随义务背后的思想

基于诚信原则负有普遍的维护劳方利益的注意义务

为合同目的实现，负担注意、保护及促进的义务。

要么源于劳动合同的约定，要么来自法律规定，其余的可以从诚信原则的解释中推导出来。

民法典第509条

当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。

原合同法第6条、第60条第2款

植根于劳动关系的特点：从属性、持续性

劳方被置于由资方单方面决定和设置的工作环境中,接受指令,提供劳动

资方对劳方的权利、法益和其他利益之影响可能性甚大

2. 忠诚义务❌ 附随义务✅

基于诚信原则衍生的附随义务更具代表性和科学性。

老师认为，应弃用对应“忠诚义务”的“照顾义务”表述。不可将照顾义务理解得漫无边际，资方也有追求自己合理正当利益的权利

如在转产、技术革新、调整经营方式下解雇冗员

资方附随义务的内容丰富，同时包括作为义务和不作为义务。

（二）资方的附随义务

1. 作为附随义务

（1）保护劳动者的生命、身体和健康

劳动的从属性特征决定了资方具有劳动保护的义务。资方需要为劳动者构建安全卫生的工作环境，防患于未然，预防工业风险。

资方之劳动保护义务的请求权基础有二：1）约定义务；2）法定义务→所有与劳动保护有关的法律法规，如劳动法第六章劳动安全卫生、安全生产法，以及矿山安全法、劳动防护用品管理规定等单行法。

安全生产法2021修正

第五十二条

生产经营单位与从业人员订立的劳动合同，应当载明有关保障从业人员劳动安全、防止职业危害的事项，以及依法为从业人员办理工伤保险的事项。

生产经营单位不得以任何形式与从业人员订立协议免除或者减轻其对从业人员因生产安全事故伤亡依法应承担的责任。

五十三条

生产经营单位的从业人员有权了解其作业场所和工作岗位存在的危险因素、防范措施及事故应急措施，有权对本单位的安全生产工作提出建议。

职业病防治法2017修正

第三十九条

劳动者享有下列职业卫生保护权利：

（一）获得职业卫生教育、培训；

（二）获得职业健康检查、职业病诊疗、康复等职业病防治服务；

（三）了解工作场所产生或者可能产生的职业病危害因素、危害后果和应当采取的职业病防护措施；

（四）要求用人单位提供符合防治职业病要求的职业病防护设施和个人使用的职业病防护用品，改善工作条件；

- （五）对违反职业病防治法律、法规以及危及生命健康的行为提出批评、检举和控告；
 - （六）拒绝违章指挥和强令进行没有职业病防护措施的作业；
 - （七）参与用人单位职业卫生工作的民主管理，对职业病防治工作提出意见和建议。
- 用人单位应当保障劳动者行使前款所列权利。因劳动者依法行使正当权利而降低其工资、福利等待遇或者解除、终止与其订立的劳动合同的，其行为无效。

女职工和未成年工的特殊劳动保护

劳动法第58条第1款

国家对女职工和未成年工实行特殊劳动保护

女职工的劳动保护

女职工劳动保护特别规定2012

未成年工的劳动保护

未成年工特殊保护规定1994

未成年工：16周岁≤劳动者<18周岁——劳动法第58条第2款

（2）防止制止性骚扰

特殊的劳动保护：防止、制止性骚扰

女职工劳动保护特别规定第11条

在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰

注意：男职工同样存在避免性骚扰的保护需求

民法典第1010条

违背他人意愿，以言语、文字、图像、肢体行为等方式对他人实施性骚扰的，受害人有权依法请求行为人承担民事责任

机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

（3）保护劳方的人格权

A 概述

保护人格权：相较于劳动保护，一个相对“年轻”的领域

- “一般”人格权——基于人格尊严的保护！

民法典第109条

自然人的人身自由、人格尊严受法律保护。

- 具体人格权——法律明确列举的典型人格权

民法典第110条

自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

- 保护劳方的数据信息

民法典第111条

自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

慎用摄像装置监控工作岗位

防止“集体排挤 / 挤兑”行为（Mobbing）→集体针对某劳工施加经常性的、长期的不良行为。

劳动者人格权的保护日益急迫和紧要！

- 技术的迅猛发展，催生了新兴的侵权形式
- 劳动者抵御防范受害风险的意识逐步提高
- 劳动法学应当非常重视和紧密关注宪法学和民法学领域的理论发展，不可等闲视之

(4) 休息时间制度

A 休息时间制度概述

广义的休息时间：工作时间之外，可供劳动者自由支配的时间

狭义的休息时间：休息和休假

➤ 休息

- 工作日内的间歇休息时间
- 工作日之间的休息时间
- 工作周之间的休息时间

➤ 休假

- 法定节假日制度
- 年休假制度
- 探亲假制度
- 其他休假

B 工作日内的间歇休息时间

法律依据？

每4小时一次间歇休息，最短不少于半小时

C 工作日之间的休息时间

一个工作日结束至下一个工作日开始之间的休息时间

【思考】推导出标准工时下，工作日之间的休息时间？

每日工作时间不超过8小时→保证劳动者每天至少有一次不短于16小时不间断的休息

D 公休假的休息时间

原则：一周休息两天

国务院关于职工工作时间的规定1995第7条

国家机关、事业单位实行统一的工作时间，星期六和星期日为周休息日。

企业和不能实行前款规定的统一工作时间的事业单位，可以根据实际情况灵活安排周休息日
例外：因工作性质和生产特点，每周至少休息一天即可

《国务院关于职工工作时间的规定》问题解答劳部发〔1995〕187号第1条

问：1995年2月17日《国务院关于职工工作时间的规定》（以下简称《规定》）发布后，企业职工每周工作时间不超过40小时，是否一定要每周休息两天？

有条件的企业应尽可能实行职工每日工作8小时、每周工作40小时这一标准工时制度。有些企业因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度的，应将贯彻《规定》和贯彻《劳动法》结合起来，保证职工每周工作时间不超过40小时，每周至少休息1天；有些企业还可以实行不定时工作制、综合计算工时工作制等其他工作和休息办法。

应当保证劳动者每周至少休息一日：劳动法第38条

本条应理解为：用人单位必须保证劳动者每周至少有一次24小时不间断的休息。劳办发〔1994〕289号第38条

（5）休假制度

A 法定节假日制度——全体公民放假的节日

全国年节及纪念日放假办法2013第2条

新年,放假1天(1月1日)

春节,放假3天(农历正月初一、初二、初三)

清明节,放假1天(农历清明当日)

劳动节,放假1天(5月1日)

端午节,放假1天(农历端午当日)

中秋节,放假1天(农历中秋当日)

国庆节,放假3天(10月1日、2日、3日)

全国年节及纪念日放假办法2013第6条第1句

如果适逢星期六、星期日,应当在工作日补假

B 部分公民放假的节日及纪念日

全国年节及纪念日放假办法2013第3条

妇女节（3月8日），妇女放假半天

青年节（5月4日），14周岁以上的青年放假半天

儿童节（6月1日），不满14周岁的少年儿童放假1天

中国人民解放军建军纪念日（8月1日），现役军人放假半天

全国年节及纪念日放假办法2013第6条第2句

如果适逢星期六、星期日，则不补假

有趣的问题：青年节（5月4日），14周岁以上的青年放假半天，年龄上限是多少？

经国务院法制办同意，“青年节”放假适用人群为14至28周岁的青年

中共中央国务院印发《中长期青年发展规划（2016-2025年）》

本规划所指的青年，年龄范围是14-35周岁（规划中涉及婚姻、就业、未成年人保护等领域时，年龄界限依据有关法律法规的规定）

（四）青年婚恋

4. 保障青年在孕期、产假、哺乳期期间享有的法定权益。全面落实女性青年在怀孕、生育和哺乳期间依法享有的各项权利。鼓励条件成熟的地方探索在物质、假期等方面给予青年更多支持。

C 少数民族习惯的节日

全国年节及纪念日放假办法2013 第4条

少数民族习惯的节日，由各少数民族聚居地区的地方人民政府，按照各该民族习惯，规定放假日期

全国年节及纪念日放假办法2013 第5条

二七纪念日、五卅纪念日、七七抗战纪念日、九三抗战胜利纪念日、九一八纪念日、教师节、护士节、记者节、植树节等其他节日、纪念日均不放假！



“动物园99%的动物是人” 嘲讽了谁？



成渝钪钛科技有限公司《奋斗者自愿申请书（模板）》

公司转型升级和快速发展，要靠集体的奋斗；个人的成长发展，和公司一样，也要靠个人的奋斗。我愿意通过不懈的奋斗，追逐人生理想，实现人生价值，成就自己的事业！我愿意成为与公司共同奋斗的目标责任制员工，与公司“利益共享，风险共担”，共同致力于公司发展，努力实现公司价值。

基于以上认识和理解，我自愿申请成为公司奋斗者：自愿进行非指令加班，在公司需要时，自愿放弃带薪年假、带薪年假假期薪金、节假日加班费。我愿以责任与奉献来衡量回报，当我能力不能满足公司要求时，



华为奋斗者协议

我向我所任职的华为投资股份有限公司或其股份关联公司（下称公司）承诺我深刻了解公司所处行业充满风险和不确定性，竞争激烈而残酷，按部就班的工作只能获得基本的劳动报酬，如果不努力工作，不艰苦奋斗，就不能获得更好的发展和机会。为获得分享公司长期发展收益的机会，我愿意长期艰苦奋斗，努力工作，自愿放弃享受部分福利待遇。

我承诺：自愿成为奋斗者，自愿放弃在公司工作期间的带薪年假，带薪年假工资，在公司工作期间，不申请带薪年假，不申请带薪年假工资，即使从公司离职，我无权也不会要求公司支付未休带薪年假工资。

“华为奋斗者协议”纠纷案

案情：一、原告的入职时间及工作岗位：2012年11月19日，产品经理。

二、原告的离职时间及离职原因：2018年5月6日，被告向原告出具一份解除劳动合同通知书，内容为“曾梦，因您连续旷工三天，严重违反劳动纪律及公司规章制度，根据《中华人民共和国劳动法》第二十五条第二款、《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二款规定，公司决定于2018年5月28日解除与您的劳动合同”。

劳动法第25条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；
- （四）被依法追究刑事责任的。

◆ **劳动合同法第39条** 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

三、原告的年休假情况：2016年至2018年期间未休年休假。

四、原告的涉案休假情况：2018年5月10日原告通过被告处内部系统向被告请休假，5月11日提醒上级主管审批，主管回复“等下说，我在会上”；5月18日，原告再次提醒审批，被告未答复；5月19日，原告发出一条询问“请问下周有工作安排给我吗？如果没有，我想继续休假，可以么？”，原告上级主管回复“在开对标会”。原告于2018年5月14日至18日期间休假。

五、原告加班审批情况：华为公司考勤管理实施细则第三章记载：“加班分为指令性加班和非指令性加班”两种情形的加班均需审核或审批。

六、原告获得年终奖情况：被告支付了原告2015年度年终奖17万元，2016年度年终奖8万元。

十一、其他：2017年3月30日，原告手写了一份成为奋斗者协议书，内容为：“为了获得分享公司长期发展收益的机会，自愿放弃享受部分福利待遇，自愿放弃在公司工作期间的带薪年假和带薪年假工资即使从公司离职，我无权也不会要求公司支付未休年休假工资

D 年休假制度

I 立法沿革

中共中央、国务院关于职工休假问题的通知（中发电〔1991〕2号）

劳动法1995第45条

国家实行带薪年假制度。劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年假，**具体办法由国务院规定。**

→ 整整等了13年

职工带薪年假条例2008中华人民共和国国务院令（第514号）

企业职工带薪年假实施办法2008中华人民共和国人力资源和社会保障部令（第1号）

机关事业单位工作人员带薪年假实施办法2008

迟来的“春天”？

II 适用要件

职工带薪年假条例第2条第1句、企业职工带薪年假实施办法第2、3条

① 与用人单位建立劳动关系的职工

注意：劳务派遣单位的职工符合条件也享受年休假--企业职工带薪年假实施办法第8条第1款

② 连续工作1年以上的

【思考】在同一单位还是不同单位？

人社厅关于《企业职工带薪年休假实施办法》有关问题的复函

人社厅函〔2009〕149号-针对沪人社福字〔2008〕15号

既包括职工在同一用人单位连续工作满12个月以上的情形，也包括职工在不同用人单位连续工作满12个月以上的情形。

III 年休假的标准

企业职工带薪年休假实施办法第4条

年休假天数根据职工累计工作时间确定。累计工作时间包括在同一或者不同用人单位工作期间以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间。

职工带薪年休假条例第3条

1年≤累计工作<10年：年休假5天

10年≤累计工作<20年：年休假10天

20年≤累计工作：年休假15天

【注意】不计入年休假的假期包括：

1. 法定节假日、休息日
2. 探亲假、婚丧假、产假等国家规定的假期以及因工伤停工留薪期间——企业职工带薪年休假实施办法第6条

IV 不享受年休假的情形

➤ 不享受当年的年休假：职工带薪年休假条例第4条

- 1) 职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的
- 2) 累计工作满1年不满10年的职工，请病假累计2个月以上的
- 3) 累计工作满10年不满20年的职工，请病假累计3个月以上的

4) 累计工作满20年以上的职工，请病假累计4个月以上的

➤ 不享受下一年度的年休假：企业职工带薪年休假实施办法第8条

职工已享受当年的年休假，年度内又出现条例第四条第（二）、（三）、（四）、（五）项规定情形之一的

➤ 特别针对劳务派遣单位的职工——企业职工带薪年休假实施办法第14条第2款

被派遣职工在劳动合同期限内无工作期间由劳务派遣单位依法支付劳动报酬的天数多于其全年应当享受的年休假天数的，不享受当年的年休假。

少于其全年应当享受的年休假天数的，劳务派遣单位、用工单位应当协商安排补足被派遣职工年休假天数。

V 年休假的安排

职工带薪年休假条例第5条第1、2款和企业职工带薪年休假实施办法第9条

根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿统筹安排

年休假在1个年度内可以集中安排，也可以分段安排，但是一般不跨年度安排，除非单位因生产、工作特点确有必要。

应征得职工本人同意

【思考】如何理解“分段安排”？为何一般不跨年度安排带薪年休假？

年假本就是给予劳工一段集中的时间休息的，如果过度碎片化，就会导致此种宗旨落空。

广东省劳动和社会保障厅关于广东省企业贯彻实施职工带薪年休假制度的 若干意见2009（废止）

七、用人单位因工作原因当年不能安排职工年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数的，经征得职工本人同意后，可以跨1个年度安排，一般不允许连续两年不休假，年休假分段安排的，除用人单位和职工双方协商同意外，一般不超过三段。

VI 资方不安排或少安排年休假的例外

职工带薪年休假条例第5条第3款

企业职工带薪年休假实施办法第10条

单位确因工作需要

经职工本人同意

VII 资方不安排或少安排年休假的补偿标准

职工带薪年休假条例第5条第3款

企业职工带薪年休假实施办法第10条

应当在本年度内对职工应休未休年休假天数

按照其日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬

注意：与法定节假日加班工资是另行支付不同，未休年休假的补偿其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。

职工书面放弃年休假的补偿标准

企业职工带薪年休假实施办法第10条第2款

只支付其正常工作期间的工资收入

用人单位安排职工休年休假

职工因本人原因且书面提出不休年休假的

职工书面放弃年休假的天数×日工资收入=正常工作收入

对员工施以经济负面效应促使其休假

【疑】是否会存在资方强迫的潜在风险？

一审认为：关于年休假工资，原告曾梦在其个人书写的奋斗者承诺书中承诺自愿放弃在职期间的带薪年假和带薪年假工资，属于其个人自愿放弃年休假和年休假工资的情形，被告华为公司可只支付其正常工作期间的工资收入，原告曾梦诉请被告支付2016年1月1日-2018年5月28日期间应休未休年休假工资，一审法院不予支持。

二审认为：关于年休假工资，根据以上规定，享受带薪年假虽然是劳动者的权利，但并非强制性、不允许当事人协商变更的规定。根据用人单位和劳动者的协商，劳动者可以不休年休假，而由用人单位支付300%的年休假工资报酬；可以跨1个年度安排

年休假；经劳动者书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。故选择何种方式处分年休假，劳动者和用人单位可以自愿协商决定。

关于年假工资，本案曾梦在书面的《成为奋斗者承诺书》中承诺“自愿放弃在公司工作期间的带薪年假”，并无证据证明该承诺书是在欺诈、胁迫或者乘人之危之情形下出具，故可以认定承诺书是曾梦的真实意思表示，华为公司只需支付其正常期间的工资收入，一审的处理并无不当。

“华为奋斗者协议”纠纷案

广东省高级人民法院 民事裁定书

(2020)粤民申2577号

再审申请人（一审原告、二审上诉人）：曾梦，男，1980年8月22日出生，汉族，住广东省广州市白云区大岭南路18号。

委托诉讼代理人：张威，广东鼎方律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审上诉人）：华为技术有限公司，住所地：广东省深圳市龙岗区坂田华为总部办公楼。

法定代表人：赵明路。

委托诉讼代理人：赖秀兰，广东瀚诚律师事务所律师。

再审申请人曾梦因与被申请人华为技术有限公司（以下简称华为公司）劳动合同纠纷一案，不服广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终5236号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

曾梦申请再审称：华为公司应支付其休息日加班工资87393元，平时加班工资303372元，应休未休年休假工资49674元。据此，请求依法予以再审。

华为公司提交意见称，曾梦关于休息日加班费的诉求已经仲裁裁决认定，双方均未就该裁决事项起诉，曾梦就该项请求申请再审

没有依据，不应支持。曾梦在职期间已经自愿放弃年休假相关待遇，其诉求不应支持。二审判决认定事实清楚，适用法律正确，曾梦的再审申请没有事实及法律依据，依法应予驳回。

本院认为，关于曾梦主张的休息日加班工资问题，因曾梦未就此问题起诉，本院不予审查。关于曾梦主张的平时加班工资问题，《华为公司考勤管理实施细则（中国大陆）》第三章规定加班分为指令性加班和非指令性加班，均需审核或者审批，故曾梦主张加班费用，应当证明其经公司审核或者审批进行了加班，但曾梦既未能证明其进行了加班，也未能证明该加班经过公司审核或者审批，二审判决不予支持并无不当。关于曾梦主张的未休年休假工资，曾梦在书面的《成为奋斗者承诺书》中承诺“自愿放弃在公司工作期间的带薪年假”，并无证据证明该承诺书是在欺诈、胁迫或者乘人之危之情形下出具，故可以认定承诺书是曾梦的真实意思表示，华为公司只需支付其正常期间的工资收入，二审判决的相关认定亦无不妥。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十五条第二款规定，裁定如下：

驳回曾梦的再审申请。

VIII 现存问题

- 立法位阶低：行政法规
- 立法目标模糊：《职工带薪年休假条例》第1条“维护职工休息休假权利,调动职工工作积极性
- 法律责任不具威慑力：第七条单位不安排职工休年休假又不依照本条例规定给予年休假工资报酬的,由县级以上地方人民政府人事部门或者劳动保障部门依据职权责令限期改正;对逾期不改正的,除责令该单位支付年休假工资报酬外,单位还应当按照年休假工资报酬的数额向职工加付赔偿金。

见

十二、非全日制用工不享受职工带薪年假待遇。

广东省劳动和社会保障厅关于广东省企业贯彻实施职工带薪年假制度的若干意见2009（废止）

十、非全日制职工不享受年休假。

四川省劳动和社会保障厅关于贯彻执行《企业职工带薪年假实施办法》有关问题的通知（川劳社〔2009〕35号）

第1条第2句：从事非全日制工作职工的休息休假仍由用人单位和职工双方协商约定。

【存在的问题1】主体适用范围被地方规定不当地缩小。

【存在的问题2】职工不敢行权，意愿考虑不足，安排年休假的决定权仍在资方

国务院办公厅关于印发国民旅游休闲纲要（2013-2020年）的通知国办发〔2013〕10号

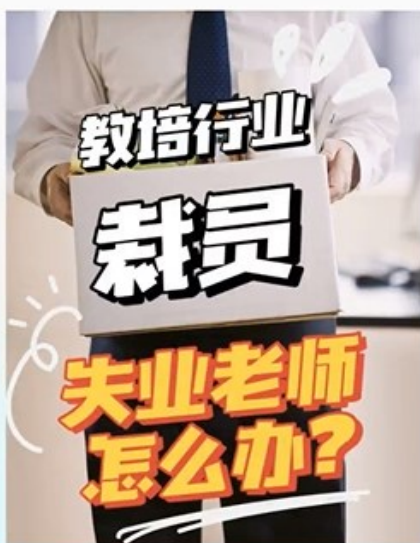
（三）保障国民旅游休闲时间。落实《职工带薪年假条例》，鼓励机关、团体、企事业单位引导职工灵活安排全年休假时间，完善针对民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工的休假保障措施。加强带薪年假落实情况的监督检查，加强职工休息权益方面的法律援助。

背后原因：工会支持力度不大。

第六讲 劳动合同关系的结束

第一节 “终止”概述

教育双减政策引发的裁员





劳动关系的结束肯定是劳动法中最具争议的一个领域，因为它引发了劳资双方之间的激烈冲突。

一、劳动合同关系结束之概述

劳动关系结束是劳动法中最复杂和最具争议的领域。劳动关系的持续性、生存依赖性特征决定了双方激烈的利益冲突。

- 对于劳方而言，维持现有工作的意义包括：稳定劳动关系、生存的经济基础、自我价值的实现、就业压力大。
- 对资方而言，解雇的意义包括：节省不必要的用工成本、解雇冗员（如严重违纪的员工）、经济性裁员。

解雇制度须平衡劳资双方利益 ➡ 劳方：劳动关系存续 v.s. 资方：用工自主权

二、结束原因的类型

劳动关系的结束从法律上面来分析，分为以下几个类型：

类型1 基于双方意思表示结束劳动关系

第一，基于双方的意思表示，也就是协议（合意、约定）解除。

原本劳资双方是可以约定终止的条件，但是在《劳动合同法实施条例》中被排除了，主要

是为了防止架空解雇保护法。

约定终止期限，即订立固定期限的劳动合同，被列为了“劳动合同终止”的原因。此种约定本质上也是协商的结果。

LCL第44条 有下列情形之一的，劳动合同终止：（一）劳动合同期满的；

类型2 基于单方意思表示结束劳动关系

在现实中最常见的是基于单方意思表示结束劳动关系。

➤ 终止（Kündigung）：针对持续性合同关系

资方单方终止 ➡ 解雇，不能约定，法律设置了很多解雇限制和条件

劳方单方终止 ➡ 辞职，法律对辞职除预告期外没有任何限制

一般而言，针对持续性的合同应当采用“终止”这一术语，但是我国并未这样规定。资方的单方终止就是解雇，劳方的单方终止就是辞职。

➤ 撤销（Anfechtung）：我国劳动法未规定

【注意】与撤销有关的规定都已经被删除，欺诈、胁迫和乘人之危都被LCL第26条第1款归为无效事由，并被LCL第39条第5项错误地与其他终止事由等同对待了。（见之前的课程）

一、劳动合同关系结束之概述

解除与终止的概念辨析

债务关系消灭Beendigung der Schuldverhältnisse

- ◆ 基于**双方意思**使债务关系消灭的制度
 - ◆ 合意终止的合同Aufhebungsvertrag
- ◆ 基于**单方意思**使债务关系消灭的制度
 - ◆ **解除**Rücktritt—针对**一次性**合同关系
 - ◇ 使债务关系**自始消灭**的意思表示
 - ◇ **溯及既往地**使债务关系无效
 - ◆ **终止**Kündigung—针对**持续性**合同关系
 - ◇ 使债务关系**仅向将来消灭**的意思表示
 - ◇ **非溯及既往地**使债务关系自始无效



三、解除与终止的概念辨析

债务关系消灭（Beendigung der Schuldverhältnisse）可以分成基于双方意思使债务关系消灭的制度和基于单方意思使债务关系消灭的制度。

其中，前者指的是合意终止的合同（Aufhebungsvertrag），后者则可能包括两种情况——解除和终止。一般而言，解除针对的是一次性合同关系（如买卖合同），是一种可以使债务关系自始消灭的意思表示，溯及既往地导致债务关系的无效。终止针对的则是持续性的合同关系（如劳动合同、租赁合同），只会使得债务关系面向未来消灭，不溯及既往。

债务关系消灭				
		对应的合同	面向	是否溯及既往
基于双方意思		合意终止的合同	/	/
基于单方意思	解除	一次性合同	过去	☒
	终止	持续性合同	未来	☐

根据是否有终止期限，终止/单方解除可以分为以下两个类型：

1) 即时终止，在德文中也有很多学者把它翻译为非正常终止；之前学到的劳动法第39条中提及的严重违纪、严重违章都属于没有预期的终止，如果员工对企业造成了严重损害，可以直接被解雇。

2) 正常终止，或称之为预期终止，如劳动者提前 30 天辞职。

【思考】“随时解除”是什么类型的终止？

民法典第563条第2款

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

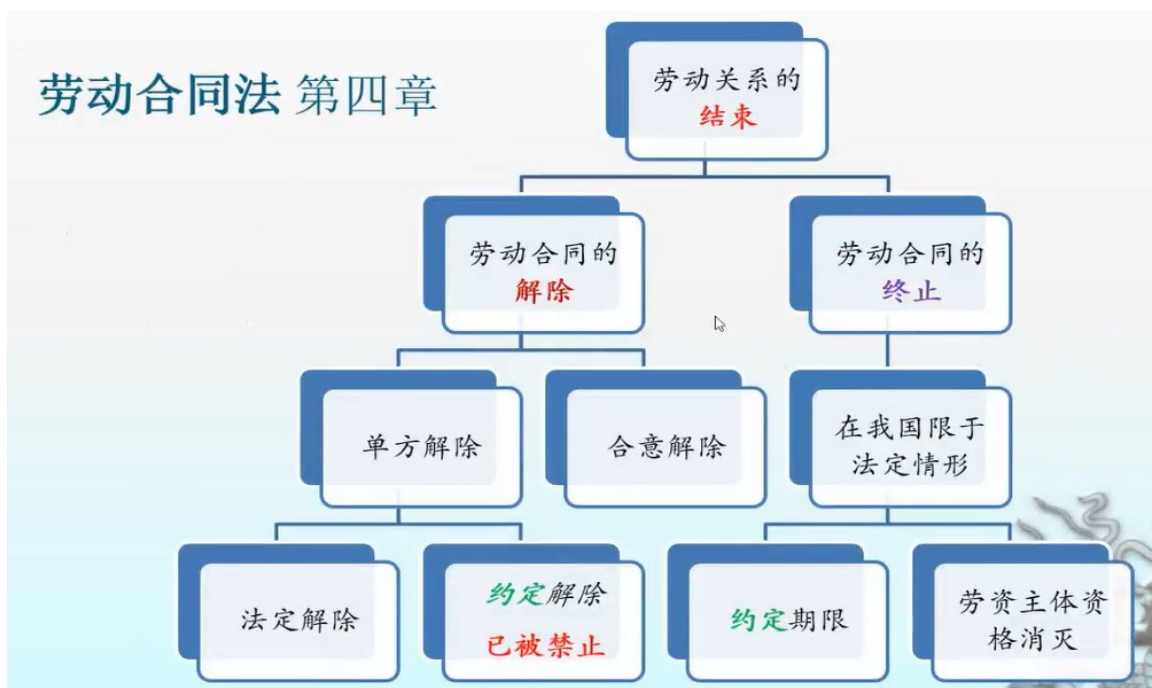
《民法典》之前一直以一时性合同为立法起点，现在也开始对持续性合同投入了一定的关注，如第563条第2款规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人在合理期限之前通知对方后可以解除”，涉及的是不定期继续性合同的随时解除权制度。这一制度和劳动法所说的提前30天预期终止本质上是一样的。

LCL第37条

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。



在民法中，最上位的概念是“终止”，下面全部使用解除，与德国不同。



老师则是将劳动关系的结束作为上位概念，下分两大类型，解除和终止。终止被我国限定在了一些法定情形，解除则基于当事人的意思表示。

固定期限的合同不属于法定终止情形，而是唯一一个例外地允许双方当事人约定的终止情形。这是因为劳动合同究竟持续多久本就是当事人约定的。可以说，双方在当事人在建立劳动关系的一开始，就已经确定了劳动关系的终止符。这是唯一一个在法定终止里面“不法定”，而是约定的情形，其他都不能由当事人约定。

LCL第七十一条

非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

我国的“解除”和“终止”的概念使用得很混乱，但是在非全日制用工的规定中，《劳动合同法》反而歪打正着，在“随时通知对方终止用工”中使用的是“终止”。

对于我国“解除”和“终止”的关系，有包容说和并列说，其中并列说是目前的通说。这意味着，尽管中国劳动实体法中的“解除”与“终止”不符合法学属于逻辑的用法，但已经形成了两套独立的劳动关系结束机制，且有了对应的习惯术语，只能接受之。

四、劳动合同的“终止”概述

劳动法第23条	劳动合同法第44条
劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。	有下列情形之一的，劳动合同终止 (一) 劳动合同期满的； (二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的 (三) 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的 (四) 用人单位被依法宣告破产的 (五) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的； (六) 法律、行政法规规定的其他情形

《劳动法》规定的是“当事人约定的劳动合同终止条件”，《劳动合同法》颁布之后，实施条例排除了劳动当事人可以约定终止条件的情形，以防解雇保护被架空。

唯一的例外就是“劳动合同期满”可以由当事人约定。

LCL实施条例第13条

用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。

【注意】这意味着，原劳动法第23条规定的“约定终止条件”已经被实例第13条禁止。

劳动法第23条

劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。

（一）劳动合同的“约定”终止——劳动合同期满及其例外

1. 劳动合同期满

第44条第1项LCL

有下列情形之一的，劳动合同终止：

（一）劳动合同期满的；

【思考】劳动合同期满是否属于法定终止情形？

期满不属于法定终止情形，而且是唯一的约定终止情形。“期满”的表现形式可能包括：1）规定期限；2）完成一定的工作任务。

定期本质上是双方合意预设的休止符，即劳动合同关系的结束时点。

2. 例外

（1）个别劳动法的“逾期终止

第45条第1句

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。

从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的

患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的

女职工在孕期、产期、哺乳期的

在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的

法律、行政法规规定的其他情形

个体劳动法：处在特殊的期间，如女职工在三期、医疗期，或者工伤情况下，进行鉴定后也有相关的规定。

(2) 集体劳动法的“逾期终止”

集体合同规定2004第28条第1款

职工一方协商代表在其履行协商代表职责期间劳动合同期满的，劳动合同期限自动延长至完成履行协商代表职责之时，除出现下列情形之一的，用人单位不得与其解除劳动合同：

（一）严重违反劳动纪律或用人单位依法制定的规章制度的。（二）严重失职、营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的。（三）被依法追究刑事责任的。

集体劳动法中也有预期终止，主要是为了保障集体利益的代表不被随意地解除劳动关系。如职工协商代表在协商履职期间、工会主席任期间。当然，这些并不排除因严重违反规章制度而被开除。

工会法第18条

基层工会专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其劳动合同期限自动延长，延长期限相当于其任职期间。

非专职主席、副主席或者委员自任职之日起，其尚未履行的劳动合同期限短于任期的，劳动合同期限自动延长至任期期满。

但是，任职期间个人严重过失或者达到法定退休年龄的除外。

(二) 劳动合同的“法定”终止

法定终止对应的要么是劳方的主体资格丧失了，如退休人员、死亡，要么是资方的主体资格丧失了。

法定情形1：劳方主体资格丧失

劳动者主体资格丧失情形：第44条第2、3项

- 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的 ➡ 已退休且个人缴费年限累计满15年或者个人缴费和视同缴费年限累计满15年

上述规定与实例第21条有冲突——“劳动者达到法定退休年龄”。根据人力资源社会保障部对十三届全国人大二次会议第6979号建议的答复（人社建字〔2019〕37号），目前均以劳动者达到法定退休年龄为准。

- 劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪

法定情形2：资方主体资格丧失

用人单位主体资格丧失情形：第44条第4、5项

- 用人单位被依法宣告破产
- 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散

劳动合同如果到期终止，用人单位是否需要提前通知？对此，各地有不同规定（江苏似乎要求提前通知）。

（三）劳动合同的“终止”与“中止”

关于“终止”和“中止”，现在《劳动合同法》已经将其删除了，原本的草案是有的：

中华人民共和国劳动合同法（草案）20060320

第二十七条 劳动者应征入伍或者离职履行国家规定的其他义务的，劳动合同应当中止或者部分中止履行。

劳动者因被依法限制人身自由而不能履行劳动合同约定义务的，劳动合同可以中止或者部分中止履行。

用人单位与劳动者中的一方因不可抗力不能履行劳动合同的，另一方可以根据不可抗力的影响，中止或者部分中止履行劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以中止或者部分中止履行劳动合同。

中止履行劳动合同的情形消失，除劳动合同已经无法履行外，劳动合同应当恢复履行。

劳动合同中止期限最长不得超过5年。

第二十八条 中止或者部分中止履行劳动合同期间，用人单位和劳动者双方暂停履行劳动合同的有关义务。中止履行劳动合同的期间，不计入劳动者在用人单位的工作年限。

第28条可能会被资方滥用，所以最终被删掉了。

劳动合同的“中止”指的是劳动合同履行因不同原因暂时处于停滞状态，劳资双方的权利义务暂停主张和履行，主要有以下情况：

- 1) 双方约定
- 2) 履行国家法定义务，如服兵役
- 3) 被限制人身自由，如治安管理处罚的行政拘留
- 4) 不可抗力

【注意】某些地方有自己的相应规定。

五、劳动合同的“解除”／终止

（一）劳动合同的“解除”分类

- 劳资双方协商解除
- 单方解除
 - 劳方的单方解除——辞职
 - 资方的单方解除——解雇

（二）劳动合同的协商解除

劳动合同法第36条

- ◆ 用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

劳动法第24条

- ◆ 经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。

协商解除的新旧规定没发生什么变化，对于采取的形式需要书面还是口头即可也观点不一。

如果协商解除是在资方动议下进行的，协商解除要支付经济补偿。

协商解除中存在怎么避免规避解雇保护的问题，但现在的研究还比较少。典型的避免雇主规避解雇保护的手段包括：

- 1) 举证倒置，雇主负担举证谁动议解除的事实；
- 2) 雇主负有告知雇员协商解除的后果义务；
- 3) 防止意思表示有瑕疵，比如受胁迫，乘人之危，欺诈，或重大误解。

（三）劳动合同的单方解除

1. 意思表示的法律性质

对劳动合同的单方解除的研究可以从对劳方和资方单方解除的意思表示的法律性质的分析开始。

劳方或资方的“单方解除”意思表示的法律性质是：单方、需受领的、形成权性质的意思表示。此种意思表示可以直接产生结束劳动关系的法律效果，无需受领方的同意。

2. 意思表示的分类

(1) 劳方的单方解除

- ◆ **LCL第37条** 劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。
 - ◆ **劳动法**第31条 劳动者解除劳动合同，**应当**提前三十日以书面形式通知用人单位。
- ◆ **LCL第38条 I**用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；……**II** 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段**强迫劳动者劳动的**，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业**危及劳动者人身安全的**，劳动者可以**立即解除**劳动合同，不需事先告知用人单位。

在劳方的单方解除中可以看到第37条规定的预期解除，以及第38条规定的基于用人单位的过错的即时解除。

(2) 资方的单方解除

- ◆ **LCL第40条** 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：
- ◆ **LCL第39条** 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；……

资方的单方解除包括第40条的预期解除和第39条的因劳方过错发生的即时解除。

(3) 意思表示的基本分类

根据是否含有终止期限，单方解除可以分为即时终止和预期终止。

其中，预期终止又称为“预告/随时终止”。

民法典第563条第2款

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

LCL第37条

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

我国的《劳动合同法》没有针对固定期限和无固定期限做出区分，都规定了预期终止。《民法典》当中又将可以预期终止的持续性合同限定为无固定期限，

由此引发的问题是：是《劳动合同法》更合理还是《民法典》更合理？

前面提及，法定终止里面的唯一例外是“期限到期终止”。《劳动合同法》的规定有瑕疵，《民法典》的规定更合理。固定期限是双方约定的，已经说好了持续到某年，按道理而言不能随便预期解除，否则当时约定的持续时间就没有效力了。无定期本身就没有这样的终点，规定预期终止也不会导致制度的自相矛盾。

【思考1】以劳动者预期终止为例：某员工于2019年12月31日向资方的人事经理当面递交了辞职信，欲单方结束原约定于2020年底到期的固定期限劳动合同或已续签的无固定期限劳动合同，劳动合同何时发生结束的法律效果？

LCL第37条

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

劳动合同于2020年1月30日结束。

【思考2】终止期限是什么法律性质，如何理解提前30日或3日？具有强制性吗？

3. 终止期限的法律性质

终止期限指的是，终止意思表示到达相对人后，需经一段期间才实际发生终止的法律效果。

法律性质的解释1：预期终止权人所附的期限

第一种解释认为，预期终止意思表示是一种附期限的法律行为，终止的法律效果要等终止期

间经过后才会实际发生，和附期限条件很类似。

这种解释的容易引发的疑惑是：形成权这种单方法律行为怎么能附期限呢？从制度上看，是自相矛盾的。

当然，此种疑惑不是不可以解释的。可以将其解释为劳动法为了平衡劳资双方的利益而做出的特殊规定。

一方面，这一规定不会给劳方和资方带来法律关系不确定的消极后果。形成权之所以不允许附条件和期限，就是因为本身会直接改变双方之间的法律关系，如果再附上条件，可能会导致双方之间的关系处于更为不确定的不利位置。但是在劳动法中，时间是已经确定的，30天后一切就尘埃落定，这传统意义上的“附条件”还是很不同的。

另一方面，这种安排对双方都有好处。对于劳方而言，还可以有一定的时间去找新的工作，在有限的时间内享有存续利益保护。对于资方而言，也可以留出充分的时间适应人事变动，做好人力的安排。

劳动合同的“单方解除”

意思表示的基本分类

终止期限Kündigungsfrist的法律性质

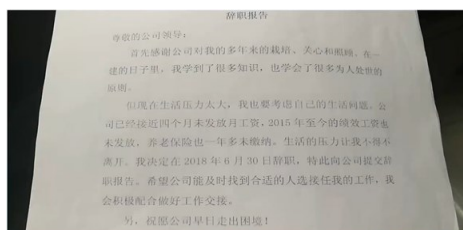
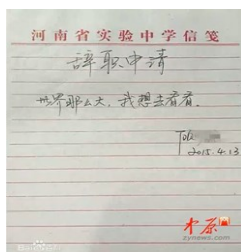
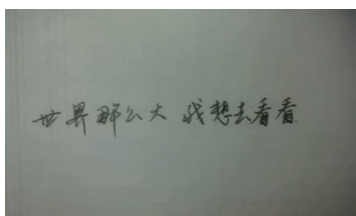
法律性质的解释2：预期终止权人的法效意思，即“经过一段期间才实际发生终止的法律效果”

优点：可能避免单方形成权性质的法律行为为何附期限的诘问

法律性质的解释2：预期终止权人的法效意思

第二种解释认为，终止权人的法效意思是指向未来的，要经过一段期间才实际发生终止的法律效果。这种解释的好处是可以避免前述的“单方形成权为什么可以附期限”的诘问。老师对此种解释表示青睐，但似乎大部分学者更喜欢解释一。

六、意思表示的规范解释



(一) 意义

劳动合同终止意思的规范解释非常重要。

第一要判断它是单方终止还是协商终止，是基于一方的还是双方的意思。

第二要判断到底是预期终止还是即时终止。

第三是判断劳动合同是否以及何时结束的准确时刻。这些都是对意思表示进行规范解释的时候肯定能做到的。

(二) 单方解除意思表示的生效

1. “单方解除”意思表示的具体确定

如果要单方的意思表示生效，首先结束劳动关系的意愿一定要具体、确定，非常明确。基本上都是要说明是预期还是即时、具体何时结束等问题。

其次，单方的意思表示原则上不得附任何条件。

法理：解除系形成权，会直接产生变动法律关系的效果，要避免受领方因附条件而长期处于法律状态不明的窘境。

2. “单方解除”意思表示的形式

【思考】是否需要书面？

预期解除明定须书面--劳动合同法第37、40条

但是，对于即时解除竟然没有规定一定要采用书面形式--劳动合同法第38、39条

当然，《劳动合同法》中虽然对即时终止的形式没有要求，但从实务来看最好肯定还是要采用书面的。之前的课上也提过，如果是劳动关系终止，无论是即时终止还是预期终止，都不能采用电子形式。

域外立法：BGB § 623

Schriftform der Kündigung Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

(三) “单方解除”劳动合同的生效

民法典第一百三十七条

以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，从其约定。

1. “发出”

解除一般要把书面的解雇信或者辞职信写好，投递或者寄出。

2. “到达”

“单方解除”意思表示的到达之法律意义

(1) 预告期起算的时点

劳动合同法第37条

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

劳动合同法第40条

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：……

(2) 仲裁时效起算的时点

劳动争议调解仲裁法第27条第1款

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。

到达的意义是很重大的。一个是预告期起算的时点到达以后才可以开始起算，否则对方不可能知道要单方解除。一个是仲裁时效起算的时点，因为对方需要等到“到达”之后才能知道究竟是合法解除还是非法解除，非法解除的情况下是要及时维权的。

【思考】对于需受领的解雇通知是否到达如何判断？

- 在场人→对话方式做出
- 非在场人→非对话方式做出

A 以非对话方式作出的判断

I “单方解除”意思表示的到达不在场人的判断

民法典第137条第2款第2句第1分句

以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；

合同法16条第2款第1分句

采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数

据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；

【解读】立法者隐含着要进入受领人可控领域的意思。

II “单方解除”意思表示的到达不在场人的判断

例1：周一上午，邮递员将解雇通知投入雇员的信箱，但雇员疏忽当日未查收信箱，何时到达？

例2：因邮递员疏忽，直到周一晚10点才将忘记在邮包里的解雇通知信件投入雇员的信箱，何时到达？

例3：周一上午，邮递员向雇员投递解雇通知挂号信，但雇员不在家，邮递员遂留下自行去邮局“通知待取”的条子，何时到达？

对于这一情境，以前的通说是“绝对知悉说”，以受领人实际知悉为生效时刻。此种学说不可采纳，它完全忽视了表意人的利益，由表意人单方承担知悉风险并不公平，因为受领人能否实际知悉并非表意人所能影响的。

目前的通说是“相对知悉说” / “受领说”，不需要受领人表示实际的知悉，只要表意人能够合理期待受领人在通常情形下能够知悉意思表示即可。换言之，双方各自承担一定的风险。表意人承担发出和在途的风险，受领人承担意思表示到达后是否知悉的风险。

一般而言，发出的终止意思表示要进入受领人的支配领域，比如住所、信箱、经营地。

a. 进入受领人（如劳方）的支配领域

通常是指进入受领人空间可支配的领域，如住所、指定的信箱等，也包括其他供接收的支配领域，如接收数据电文的特定系统。

【注意】解雇通知书面形式有可能被排除数据电文形式，如德国民法典第623条。

b. 在通常情形下可期待受领人知悉内容

“通常情形下可以期待受领域知悉”是最重要的标准。上面提及的进入支配领域实质上无非是进入到一个“可以期待对方知悉的领域”。

指根据交易习惯、社会一般观念、生活规律，可以期待受领人有获 / 知悉的可能。

被投入信箱之书面意思表示的到达时刻：信箱通常被打开的时刻。如员工的私人信箱可以期待其工作日的早晨（也包括周六）知悉。但是，在深夜投递的信件无法期待受领人当天知悉。

【疑】利用现代通讯手段发出之意思表示的到达时刻判断有无特别之处，以电邮为例？

【注意1】知悉可能性是一种“抽象的”判断

如果受领人在具体个案中因为某些事由无法知悉，但是表意人不知道，那么并不妨碍，依旧可以坚持受领人有知悉的可能性。但是如果表意人明知，则上述判断不能成立。

【注意2】对到达时点起最终决定意义的仍是知悉可能性

如进入受领人的支配领域早于知悉可能性：午夜投递私人信箱，非营业时间投递

c. 法院公告送达

不确知相对人或相对人下落不明，以至于无法以正常私人方式送达意思表示的，可通过法院公告送达。

民事诉讼法2021修正第95条第1款

受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过三十日，即视为送达。

原第92条第1款

受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。

B 以对话方式作出的判断

C 到达障碍

在劳动关系的结束过程中由于利益发生冲突，有可能会存在一些障碍，影响通知。

例如：

1. 雇主当面对雇员作出解雇时出言不逊，如侮辱性词汇——“你这个废物赶紧给我滚蛋！”
2. 雇主寄出的解雇信上的地址信息不清，影响邮递员识别并投递
3. 雇员得知雇主将发送解雇通知信，遂故意不接收
4. 雇员有意向雇主提供错误地址或涂鸦信箱
5. 雇员搬家，但未及时告知雇主新地址

- 6. 雇员因疏忽未设置信箱、信箱上的姓名标记错误
- 7. 雇员因病住院或休假在外

到达障碍：意思表示因表意人的行为、受领人的行为或其领域内的其他原因而没有或迟延到达。

存在到达障碍的时候，对于怎么判断是否、何时到达，要权衡表意人和受领人之间的利益，探究到达障碍究竟是出于何方的原因。

I 受领拒绝

a. 有权拒绝

受领拒绝的情况下，要区分是否有权拒绝。如果到达障碍是出于表意人领域的原因，那么受领人有权拒绝，进而意思表示就算作没有到达。例如，采用到付的方式寄送信件、信件地址书写不清晰、使用侮辱性的词汇等。

b. 无权拒绝

在没有障碍的时候，信件本应进入受领人的支配领域。受领人有意阻碍或迟延意思表示的到达的，可以拟制为到达，类推适用民法上因违背诚信而促成条件的成就与不成就的规定。如雇员明知是解雇信而拒绝受领；邮局通知领取信件，雇员怠于及时前往领取，导致信件被退回。

民法典第159条

附条件的民事法律行为，当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

要注意，此处的拟制到达不以表意人的再次尝试为前提，因为此时再次尝试是一种徒劳。

到达时刻是若无到达阻碍，原本进入受领人支配领域并可期待其知悉的那一时刻。

II “受领设施缺失或瑕疵”类

指用于受领的设施缺失或存在瑕疵，通常存在于对不在场人的书面表示场合。如未设置信箱、信箱上姓名牌模糊不清、传真机出现故障、电子邮箱已满等。

【注意】要排除受领人有意造成受领缺失或瑕疵的情况

【思考】受领设施缺失或瑕疵的法律效果是否可以类推适用到达拟制？

有人认为，应当与到达阻碍作相同处理。因为受领设施的缺失或瑕疵也是在受领人支配领域内的，对于意思表示到达的阻碍或延迟理应自担风险，受领人不值得保护。

但是，从情节上看，拒绝受领和设施的问题似乎有所不同，直接类推适用有些勉强。德国学者于是做了精细的分类：

受领设施缺失或瑕疵与“无权受领拒绝”的区别		
	受领设施缺失/瑕疵	无权受领拒绝
有无正当理由		☐
有无延迟/阻碍意思表示的故意		☒
法理基础	违反不真正义务，不以受领人的主观过错为前提	基于诚信原则，受领人有义务采取必要的措施

德国学者指出，拒绝受领是“故意为之”，后者则是违反了“不真正义务”。

并非所有归因于受领人的到达障碍都可以基于违背诚信原则的考虑类推适用“不正当地阻止或促成条件成就”的规则。

“无权拒绝”可类推适用在受领人无理由有意阻碍或延迟意思表示的到达，或对须接受的具有法律行为意义的表示置之不理的情形。但是，“受领设施缺失或瑕疵”并非都可以归因于受领人有意/恶意阻碍或延迟，是一种强度较弱的对不真正义务的违反。

从归因的强度来说，拒绝受领的归因力度更强。在这样的比较之下，德国新近的学说就放弃了到达拟制。

德国新近通说采用了赋予表意人弹性选择方式的路径，指向两种法律效果：

- 如果表意人什么都不做，则意思表示未到达，因“受领设施缺失或瑕疵”而不再能合理期待受领人知悉。
- 如果表意人采取了所有可期待的与客观情况相应的必要措施，毫不迟延地再次尝试以适当方式将表示送达至受领人的支配领域，则迟延的意思表示被拟制及时到达，视为如同第一次尝试送达时到达成功。此时，受领人不得主张免除其应承担的到达风险（如要求表意人承担意思表示迟延到达的后果）。

可见，新近学说的优点是对表意人而言更有弹性，且兼顾了受领人的利益。

七、劳动者单方解除劳动合同

(一) 劳动者预告／期解除

劳动法第31条

劳动者解除劳动合同，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。

劳办发〔1994〕289号第31条

本条规定了劳动者的辞职权，除此条规定的程序外，对劳动者行使辞职权不附加任何条件。但违反劳动合同约定者要依法承担责任。

劳动合同法第37条

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

《劳动合同法》的第37条可以分为试用期内的预告解除和试用期外的预告解除，前者需提前3日，后者需提前30日。

LCL第37条		
	试用期内的预告解除	试用期外的预告解除
预告期限	3日	30日
形式	未规定	书面形式
是否需要给出理由	无需	无需

试用期内的预告解除是《劳动合同法》的新规，如果违反预告期，会触发赔偿责任办法，这是原来劳动部的规定。当然这一赔偿责任办法本身也是值得检讨的。

- ◆ 承担赔偿责任——第90条、劳动法第102条、劳办发[1994]289号第31条第2句
- ◆ 赔偿责任的范围——劳动部关于发布《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的通知（劳部发[1995]223号）第4条
 - ◆ （一）用人单位招收录用其所支付的费用
 - ◆ （二）用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理
 - ◆ （三）对生产、经营和工作造成的直接经济损失
 - ◆ （四）劳动合同约定的其他赔偿费用

（二）劳动者即时解除

在现实中引发争议的主要是劳动者的即时解除。

一方面，劳动法原来的规定是，在试用期可以随时通知即时解除了，现在被改为提前 3 天。

另一方面，《劳动合同法》在第 38 条第1款也增加了很多劳动者可以单方解除的情形。

劳动法第32条	劳动合同法第38条【劳动者单方解除劳动合同】
有下列情形之一的，劳动者可以随时通知用人单位解除 劳动合同： （一）在试用期内的； （二）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的； （三）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。	用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同： （一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的； （二）未及时足额支付劳动报酬的； （三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的； （四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的； （五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的； （六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

随时通知解除

随时通知用人单位解除对应的是《劳动合同法》第38条第1款的第1-4项。

对此，可以根据之前学习的义务体系来解读：

- （1）雇主违反主给付义务，未及时足额支付劳动报酬；
- （2）雇主违反附随义务，未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未依法为劳动者缴纳社会保险费（法定义务）等。
- （3）雇主的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益。常见的违法包括内容、程序的违法，或者不合理地侵害了劳工权益。

【争议】这一条款之所以引起了巨大的争议，是因为劳动者根据这一条不仅可以即时解除，而且还可以向资方主张损害赔偿，工龄一年算一个月。问题于是产生了：这条当中列出的很多条件究竟怎么理解？例如，是否因为在新冠期间没有戴口罩就可以主张解除？没有支付报酬的是欠薪多久才可以解除？欠多少？规章制度的造成权益风险是潜在还是现实的？另外，究竟是否需要采用书面形式？

【反思】随时通知用人单位解除的反思——第38条第1款第1至4项

这些问题导致的后果是劳方可以滥用这一条，他们动辄就可以找一个理由将劳动合同解除，索要经济赔偿，忽视资方利益的同时，也不一定就真正能有利于雇员。

老师认为，为了防止滥用，第38条不能简单适用。违约救济在先，解除合同应该垫后，要从严解释。

现在对地方对这一条的适用也是较严格的。

上海高院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见

九、劳动者以用人单位未“及时、足额”支付劳动报酬及“未缴纳”社保金为由解除合同的，“及时、足额”支付及“未缴纳”情形的把握

用人单位依法向劳动者支付劳动报酬和缴纳社保金，是用人单位的基本义务。但是，劳动报酬和社保金的计算标准，在实际操作中往往比较复杂。而法律规定的目的就是要促使劳动合同当事人双方都诚信履行，无论用人单位还是劳动者，其行使权利、履行义务都不能违背诚实信用的原则。如果用人单位存在有悖诚信的情况，从而拖延支付或拒绝支付的，才属于立法所要规制的对象。因此，用人单位因主观恶意而未“及时、足额”支付劳动报酬或“未缴纳”社保金的，可以作为劳动者解除合同的理由。但对确因客观原因导致计算标准不清楚、有争议，导致用人单位未能“及时、足额”支付劳动报酬或未缴纳社保金的，不能作为劳动者解除合同的依据。

劳动者以存在《劳动合同法》第三十八条规定的其他情形为由主张解除劳

动合同的，应当遵循合法、合理、公平的原则，参照前款精神处理。

【疑】如何理解解除“无效劳动合同”？

第38条第1款第5项

因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；

- （一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- （二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；
- （三）违反法律、行政法规强制性规定的。

对于“无效劳动合同”只能用德国的瑕疵劳动关系理论来理解。

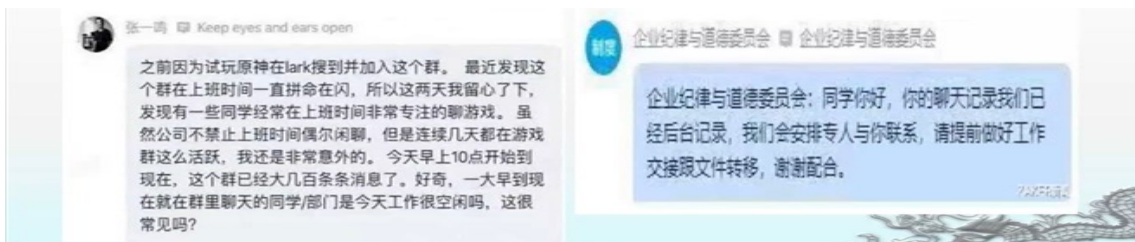
瑕疵劳动关系理论的主要内容	
“表见”劳动关系	无效的劳动关系在已履行／逝去的期间内被当做“无瑕疵的劳动关系”对待 ¹⁷
劳动报酬请求权	给劳动者保留了劳动报酬请求权
请求脱离	任一方均可向将来单方宣布脱离（lossagen）该“瑕疵的劳动关系”
无效的溯及力	劳动关系无效不溯及既往，而仅得从任一方宣布脱离时刻起向将来发生效力（ex-nunc-Wirkung），发生“类似终止的效力”（kündigungsähnliche Wirkung）

¹⁷德国文献中可能会将此种关系称为“事实劳动关系”（factish），要谨防误导。此处的“事实劳动关系”是特有所指，不能简单理解为民法中的无需合意即可建立的事实合同关系。

第二节 即时解雇——《劳动合同法》第39条

现实中，严重违纪/违章的情形可以说是形形色色：旷工、迟到、菜盆洗内裤、辱骂领导、偷吃一个猕猴桃、服务人员拿了宾馆住客遗失的手表、饭店厨师跟不满的食客发生争吵……

张一鸣炮轰员工上班沉迷原神



一、即时解雇概述

即时解雇在中国非常普遍也非常重要，因为资方可以通过适用第 39 条，避开第38条的经济补偿，节省解雇成本。

劳动法第25条	劳动合同法第39条
劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同： (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的； (二) 严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的； (三) 严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的； (四) 被依法追究刑事责任的。	劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同： (一) 在试用期间被证明不符合录用条件的； (二) 严重违反用人单位的规章制度的； (三) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的； (四) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的； (五) 因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的； (六) 被依法追究刑事责任的。

和原来的第 25 条相比，《劳动合同法》只是简单地规定了兼职，还有第五项的无效，改动不算大。

劳动合同法第39条

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

(一) 在试用期间被证明不符合录用条件的；

(二) 严重违反用人单位的规章制度的；

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的。

第39条中，和后续的事由相比，第一项的理由不是很融洽。根据通说，试用期考察的是员工是否能胜任工作，和其本身的过错关系不大，因为不是有意为之。

二、共同的实体、程序构成要件

I. 具有即时解除的重要事由：第39条规定的事项之一

II. 将理由通知工会并征求意见：第43条

用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

【疑】未通知工会的法律后果？

对于未通知工会的后果，我国的《劳动合同法》并未规定。

III. 作出解雇的意思表示

法律性质：单方的、需要受领的、具有形成权性质的意思表示：雇主表明立即结束劳动关系的意愿。

对于是否需要用书面形式，第39条没有规定，第40条明确了要使用书面形式。一般而言，最好用书面形式，且要保留送达的证据。

没有预告期，即时解除。

三、即时解雇事由

(一) 试用期间不符合录用条件

1. 试用期间不符合录用条件和“试用期内解除”不同

试用期内解除的一般要件：劳动合同法第21条在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

首先，劳动者具备法定的可被解雇的理由

- 第39条规定的情形
- 第40条第1项规定的情形
- 第40条第2项规定的情形

试用期内解除的一般情形中，少列举了客观情况、重大变化和经济性裁员。至于为什么这些情形没有规定在试用期内，不得而知。

其次，雇主须说明解雇理由。雇主说明理由是试用期解除中的一个特殊规定。

2. 构成要件

(1) 约定了合法的试用期

对“合法的试用期”的限制		
	对应的规定	具体内容
试用期的适用范围限制	劳动合同法第19条第3款	不得约定试用期情形 以完成一定工作任务为期限的劳动合同 劳动合同期限不满三个月的
试用期的约定次数限制	劳动合同法第19条第2款	同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期
试用期的期限限制	劳动合同法第19条第1款	
禁止仅约定试用期	劳动合同法第19条第4款	劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳

		劳动合同期限

（2）试用期间解除合同

不得在试用期满后,以试用期不符合录用条件为由解除劳动合同。

➤ 劳动合同法第19条第1款

3个月≤劳动合同期限<1年： ≤1个月

1年≤劳动合同期限<3年： ≤2个月

3年劳动合同期限≤6个月

无固定期限的劳动合同： ≤6个月

➤ 对关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示的复函1995——针对四川省劳动厅

若超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

（3）雇员不符合录用条件

雇主须证明雇员在试用期内不符合录用条件。

评判的标准：录用条件

人大法工委的法律释义认为，一般情况下应当包括以法律、法规规定的基本录用条件以及用人单位在招聘时规定的知识文化、技术水平、身体状况、思想品质等条件。

不符合录用条件

试用期解除在现实中还是蛮常见的，法院也对此比较宽容，毕竟试用期本就是劳资双方互相了解的一个阶段。容易引起争议的就是对于“录用条件”的解释。对此，人大法工委的释义是要么是法定的基本录用条件，要么是道德品质等。老师认为，“基本录用条件”在此处的作用有限，无非是职业资格等。

【思考】哪些可以作为录用条件？

与将来所要从事的职业具有关联，雇主“不得任性”地恣意确定。

与工作无关的条件，如歧视性条件不能纳入录用条件。

观点一	招聘广告中列明的条件、面试中招聘企业提出的条件 合同约定的条件
观点二	不仅是在招聘时提出的条件，还包括：试用期间提出的条件、某职业所应具备的通常条件
观点三：观点一与观点二的折中	限定解释：针对岗位条件，须事前列明或说明。如身体、文化程度、个人专业及岗位技能。 宽泛解释：针对素养条件，可事后补充或说明。如道德素养（忠诚度）、为人素养（团队精神）。

观点三虽然调和了前面两个观点，但是对“素养”的解释还是有很大的弹性空间的，反而可能增大在试用期被解雇的这种风险。

（二）严重违反用人单位的规章制度

1. 立法框架

劳动法第25条第2项 严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的	劳动合同法第39条第2项 严重违反用人单位的规章制度的

这一款在现实中——特别是《劳动合同法》第39条第2项做了变更之后，引发了巨大的争议。修改之后，《劳动合同法》将劳动纪律删除了，只剩下了“违反用人单位规章制度”。

2. 构成要件

- 存在有效的规章制度
- 严重违反规章制度的客观行为
- 主观上的归责？——通常认为须有过错
- 严格按照规章制度的实体性和程序性规定处理

阿里五名技术员工抢月饼事件



“9月12日，安全部4位同学和阿里云安全团队的1位同学，用编写脚本代码方式，在公开秒杀月饼的内部活动中秒到了133盒月饼。首席风险官刘振飞及阿里云总裁胡晓明在与上述同学经过非常坦诚的沟通之后，公司对上述同学做出了劝退的决定。”

劝退不是个法律术语，可能对应的是协商解除，也可能对应的是辞退。

在制定规章制度的时候，阿里巴巴肯定无论如何也想不到还有这种违规的行为。那么员工抢月饼既不是第39条封闭列举的事由，也不是用人单位明定的解雇事由，那资方还能否根据《劳动合同法》第39条继续解除？

如果完全机械适用第39条，得出的答案就是不能解除，因为没有任何一个事由可以让资方去解除劳动合同。

➡ “阿里巴巴”事件触发的劳动法深层问题：如果劳动者的过错行为既非《劳动合同法》第39条列举的解雇事由，也非用人单位规章制度明确规定的解雇事由，资方能否根据《劳动合同法》第39条即时解除劳动合同？

因此，要对《劳动合同法》的第39条进行检讨。

《劳动合同法》第39条

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的。

《劳动合同法》第39条的分析检讨

A. 合同法理上的检讨

（1）无法单方解除持续性的劳动关系

无固定期限合同的情况下，若是员工实施的行为既不能找到一个法定事由，也不能找到一个规章制度明令禁止的事由，那么就可能永远无法终止，进而带来非常可怕的后果。劳动关系毕竟是人身性很强的持续性合同，双方是有一定的信赖基础的。也正是基于对持续性合同维系的考虑，民法典才会针对不定期合同规定预期的终止。

固定期限合同的情况下，也不能如愿立即解除。

如此一来，合同本身要实现的根本价值——自我决定，就被过度地限制了。

（2）忽视持续性劳动关系得以存续的信赖基础

劳动关系具有人身性，强调劳资双方互相的信赖以及亲自提供劳务的原则。通过封闭模式将劳资双方束缚在已经丧失信赖的关系中并不合理，有违可期待性这一一切合同约束之边界。

（3）忽略了持续性劳动关系之附随义务的开放性

雇员附随义务的内容和范围要强于一时性之债中的附随义务，因为持续性劳动关系大大增加了劳方对资方权益施加影响的可能性，从而要求劳方应尽到更高的注意保护义务。

之前在学习附随义务的时候，就曾经提到过，由于劳动合同是持续性的，根本无法穷尽列举所有的附随义务。阿里技术员工抢月饼的事情无疑是违反了主给付义务/附随义务。

封闭列举模式不可能完全涵盖各种各样的违纪行为，不足以应对复杂的劳动生活现实。

B. 立法政策上的检讨

第39条“封闭列举模式”引发始料未及的有悖于立法政策的三大消极后果：

（1）“虚严而实松”的封闭列举模式有违倾斜保护劳方原则

从表面上看，将劳动纪律删掉好像是从严。但是规章制度本就是资方的一个口袋，想要什么都可以规定，这样的立法很粗疏。另外，司法审查的制度也比较粗糙，之前一再强调的职工参与制定规章制度基本形同虚设。而且，封闭式列举限制了企业的解雇权，妨碍了用工的自由。甚至还有一些企业根本就没有规章制度，现在为了量身打造一个可以用的规章制度可能还需要聘请律师，大大增加了成本。

（2）有过度限制企业用工自主权之嫌

封闭式列举严重限制了企业的解雇权，尤其是中小微企业，额外大大增加了企业的交易成本。为了实现不可实现的穷尽列举，规章制度 / 员工手册“越编越厚”！

（3）阻碍了无固定期限劳动合同的推广

它可能附着反而阻碍了无固定期限劳动合同的推广。无固定期限合同既有预期解除，也有即时解除。如果连违纪解雇都不畅，企业更不愿意签订无固定期限合同了。

域外即时解雇制度的考察

1. 我国台湾地区的即时解雇模式：“有争议的完全列举+民法概括条款替补”

（1）“有争议的完全列举”

《劳动基准法》第12条第1项规定：“劳工有左列情形之一者，雇主得不经预告终止契约：

- 一、于订立劳动契约时为虚伪意思表示，使雇主误信而有受损害之虞者。
- 二、对于雇主、雇主家属、雇主代理人或其他共同工作之劳工实施暴行或有重大侮辱之行为者。
- 三、受有期徒刑以上刑之宣告确定，而未谕知缓刑或未准易科罚金者。
- 四、违反劳动契约或工作规则，情节重大者。
- 五、故意损耗机器、工具、原料、产品，或其他雇主所有物品或故意泄漏雇主技术上、营业上之秘密，致雇主受有损害者。
- 六、无正当理由继续旷工三日，或一个月内旷工达六日者。

（2）“民法概括条款替补”

《民法》第489条第1项：当事人之一方，遇有重大事由，其雇佣契约，纵定有期限，仍得于期限届满前终止之。

(3) 法定的解雇宣告期

《劳动基准法》第12条第2项

雇主依前项第一款、第二款及第四款至第六款规定终止契约者，应自知悉其情形之日起，30日内为之。

2. 德国即时解雇模式的立法变迁

曾经两种即时解雇模式并存：《工商业法1891》中针对不同雇员群体存在两种立法例——

- “封闭列举事由”：针对“产业工人”
- “概括条款+列举事由”：针对“产业职员”

(1) 针对“产业工人”封闭列举的8种即时解雇事由——《工商业法1891》第123条第1款：

- 欺诈缔结合同或欺骗不存在其他劳动关系
- 偷盗、侵占、贪污和欺诈或放荡的生活作风
- 擅自离岗或顽固拒绝履行合同义务
- 警告后仍不谨慎处理火或光
- 殴打或严重侮辱雇主或其家庭成员
- 故意给雇主或同事造成物质损害
- 诱导或试图诱导雇主或同事从事违法或悖俗行为，或与上述人员共同从事该行为
- 丧失工作能力或罹患恐慌的疾病

(2) 针对“产业职员”

“概括条款”：《工商业法》第133b条先规定了基于“重大事由”的即时解雇

“列举事由”：《工商业法》第133c条第1款列举6种事由

现今单一的“概括条款”即时解雇模式：《德国劳动法梳理法1969I》为定期和不定期劳动合同统一引入《民法典》第626条第1款：如果因为出现某些事实，在考虑到个案中的全部情况并权衡合同双方当事人利益之后，无法期待合同任一方将雇佣关系持续到终止期限届满或约定的雇佣合同终止之时，那么该合同方可基于重大事由终止雇佣合同，无需遵守终止期限。

概括条款的司法实践——两步骤的严密审查体系	
Step1 存在重大事由	联邦劳动法院通常认为：在不考虑个案的情况下，“客观事实本身适宜构成重大事由”即可
Step 2 不可期待性，“三原	第一，预测原则

则”检验体系	第二，最后手段原则 第三，过度禁止原则

两周的法定解雇宣告期：《德国民法典》第626条第2款

雇主从知悉对解雇具有决定性意义的事实时起两周内须作出即时解雇表示。

德国现在采用的是单一的概括条款。目前民法典在讨论非违约方解除，问题其实就在于我国目前还没有引入“基于重大事由可以解雇”这一制度，以至于现在还有人陷入违约方和非违约方的误区，而不能从持续性合同的法理出发进行思考。既然都已经无法期待另一方的正常合同行为，当然可以终止。至于违约方、非违约方承担什么责任，则是另外的法律问题。

德国的劳动法学习了一般的债法，第626条本来是适用于劳动关系的，现在专门制定了针对其他持续性合同的第314条。

我国地方完善《劳动合同法》第39条的“探索

我国的第39条既然已经存在了这一问题，地方上是如何完善的？

沪

《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》的通知（以下简称“上海意见”）2009

渝

重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见2018年9月25日

浙

《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》2009（以下简称“浙江意见”）

《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）》（以下简称“浙江解答二”）

浙江省《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》（浙高法民一（2019）1号）2019年6月21日

《宁波市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（二）》（以下简称“宁波解答二”）

《宁波市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（三）》（以下简称“宁波解答三”）2015.5

京

《北京市劳动合同若干规定（草案送审稿）》2014（以下简称“北京草案”）

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》2017.4（以下简称“北京解答”）

粤

《广东省中山市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的参考意见2011》（以下简称“中山意见”

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》（以下简称“深圳指引”）
2015.9)

宁

《银川市关于处理劳动争议案件若干问题的指导意见》（银人社发〔2009〕154号，以下简称“银川意见”）

概括而言，有一类是引入即时解雇的概括性条款，这也是最为彻底的一种做法，如上海意见：

十一、用人单位要求劳动者承担合同责任的处理。劳动合同的履行应当首要遵循依法、诚实信用的原则。劳动合同的当事人之间除了规章制度的约束之外，实际上也存在很多约定的义务和依据诚实信用原则而应承担的合同义务。如《劳动法》第三条第二款关于“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”等规定，就是类似义务的法律基础。因此，在规章制度无效的情况下，劳动者违反必须遵守的合同义务，用人单位可以要求其承担责任。劳动者以用人单位规章制度没有规定为由提出抗辩的，不予支持。但在规范此类行为时，应当仅对影响劳动关系的重大情况进行审核，以免过多干涉用人单位的自主管理权。

其实上海很早的时候就已经提出，在规章制度外，还有一些义务纪律是可以通过诚信原则或者职业道德推演出来的。所以在规章制度无效的情况下，劳动者违反必须遵守的合同义务，用人单位可以要求其承担责任。劳动者不能以用人单位没有规定为由。规章制度没有规定有不予支持。

当时这条09年上海的这一规定虽然并没有提到第39条的弊端，但显然已经发现了规章制度可能导致雇主可能无法解雇。

率先“扩大解释”劳动者义务的依据：除规章制度外，合同约定的、依据诚信原则应承担的合同义务

法律基础：《劳动法》第3条第2款关于“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”通过扩充解释劳方义务的依据，间接地突破了解雇事由囿于规章制度之局限，隐含了“劳动纪律和职业

道德作为概括事由”的潜台词。

宁波解答三

八、用人单位没有建立规章制度或规章制度对具体违纪行为规定不明确,若劳动者存在多次

旷工、工作中多次打架斗殴等情形的,用人单位以“严重违反劳动纪律”为由与劳动者解除劳动合同是否合法?

答:如劳动者明显违反职业操守等行为确实存在且情节严重的,应当认定用人单位的解除行为合法,但对于“情节严重”的认定,应当从事实、证据及世俗、情理等角度从严把握。

宁波中院采“列举事由+严重违纪概括条款”的即时解雇模式溢于“文”表。

深圳指引、深圳指引说明

深圳指引第89条劳动者严重违反劳动纪律,用人单位可以依据《劳动法》第二十五条的规定解除劳动合同。深圳指引说明第22条第八十九条是关于用人单位能否以劳动者违反劳动纪律为由解除劳动合同的问题。

虽然《劳动合同法》第三十九条未将《劳动法》第二十五条规定的“违反劳动纪律”作为解除劳动合同的条件之一。但对于一些被普遍认可的劳动纪律,应为劳动者所知晓和遵守。这些劳动纪律即便未在用人单位的规章制度中规定,也构成劳动者的一项专门的劳动纪律。同时,由于《劳动法》并没有被废止,仍然具有法律效力。因此,劳动者严重违反劳动纪律的,用人单位有权依据《劳动法》的有关规定解除劳动关系。

北京解答、北京解答的政策解读

北京解答13.

在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下,劳动者严重违反劳动纪律和职业道德的,用人单位是否可以解除劳动合同?

《劳动法》第3条第2款中规定:“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”。上述规定是对劳动者的基本要求,即使在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下,如劳动者存在严重违反劳动纪律或职业道德的行为,用人单位可以依据《劳动法》第3条第2款的规定与劳动者解除劳动合同。

北京解答的政策解读第13条

《劳动法》第三条第二款的适用。劳动法保护劳动关系的稳定性，无法定或约定情形，不得解除劳动合同。《劳动合同法》第三十九条用人单位单方解除劳动合同规定仅六项，无兜底条款，本条起到兜底的作用。

此处涉及了劳动法和劳动合同法关系的问题。深圳指引做得更符合法理，因为只有第25条才能作为解除权的依据。北京解答说的根据《劳动法》第3条解除是不符合法理的。

第13条的问题更严重，这一条认为第3条第2款可以作为兜底条款，这是绝对不合理的。但是像上海意见就很聪明地指出，第3条第2款义务的范围大，规章制度没有明确规定也不要紧，可以用劳动纪律。总之，北京有些失策。

重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见

2018年9月25日

一、用人单位能否以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同的问题

市高法院倾向认为，用人单位依法制定并公示的规章制度中对劳动纪律有明确规定的，用人单位只能依据规章制度之规定解除劳动合同。用人单位没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示，但劳动者存在严重违反劳动纪律的行为，且该行为依据通常情理判断属于严重违背社会主义核心价值观、公序良俗、诚实信用原则的行为，用人单位可以以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同。

浙江现在最新的意见：

浙江省《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（五）》

浙高法民一〔2019〕1号2019年6月21日

十一、在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位是否可以解除劳动合同？

答：在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可以依据《劳动法》第二十五条第二项规定解除劳动合同。

浙江也是回到劳动法第25条第2项，是跟着北京走的。

第二类是谨慎地增加解雇的事由，代表如浙江意见、银川意见、中山意见

即使“规章制度无规定”，也可以谨慎地增加旷工（无正当理由未办理请假手续擅自离岗）

作为“严重违纪”解雇事由。

“浙江意见”第45条第1款¹⁸

“银川意见”第29条：连续超过15日

“中山意见”第9.5条：连续超过五日或者六个月内累计超过十日

《劳动合同法》第39条的修订构想：“列举事由+概括条款”

第一，可以列举事由，但必须要加概括条款，而且还要设立即时解雇权的除斥期间。

第二，要增加所列举的具体的即时解雇事由。

以前这些已经失效的规定反而是规定了很不错的解雇事由，可以参考：

《国营企业内部劳动规则纲要1954》（以下简称《纲要》）

《企业职工奖惩条例1982》（以下简称《奖惩条例》）

《国营企业辞退违纪职工暂行规定1986》（以下简称《辞退规定》）

上面三个已经失效的文件所列举的辞退事由与他国和地区相比毫不逊色，人大法工委释义明确援引过后两法中的诸多辞退事由作为解释《劳动合同法》第39条第2、3项的依据。

列 举	违 反 义 务 类 型	履 行 障 碍 类 型	《纲要》第16条、第 17条	《奖惩条例》第11条第1款、第24 条	《辞退规定》第2条第1款
	主 给 付 义 务	履 行 不 能	无 正 当 理 由 而 迟 到、早退	1.违反劳动纪律,经常迟到、早 退、旷工	1.严重违犯劳动纪律,影响 生产、工作秩序
			在 工 作 时 间 内 游 荡、旷工者	2,无正当理由不服从工作分配和 调动	4,不服从正常调动
				2.无正当理由不服从指挥	
	不 完 全 履 行	在 工 作 时 间 内 怠 工		1,消极怠工,没有完成生产任务或 者工作任务	3、服务态度很差,经常与 顾客吵架或损害消费者利 益
				4.工作不负责任,经常产生废品	
	附 随 义 务	违 反 附 随 义 务		2.无理取闹,聚众闹事,打架斗殴, 影响生产秩序、工作秩序和社会 秩序	6,无理取闹,打架斗殴,严重 影响社会秩序
				3、玩忽职守,违反技术操作和安 全规程	

¹⁸ 注意：已改采概括即时解雇条款--浙高法民一〔2019〕1号。

				3.或者违章指挥,造成事故,使人民生命、财产遭受损失的	
				4.、工作不负责任,损坏设备工具,浪费原材料、能源,造成经济损失	2,违反操作规程,损坏设备、工具,浪费原材料、能源,造成经济损失
				6.有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他违法乱纪行为	5.贪污、盗窃、赌博、营私舞弊,不够刑事处分的
				第24条弄虚作假、骗取奖励	
概括			违反劳动纪律的情节严重,使企业遭受重大损失者	7.犯有其他严重错误的	7.犯有其他严重错误的

旧法中仍符合时宜的可作为拟增加的备选事由	
第一类 违反工作义务的事由	(1) 经常迟到早退、旷工
	(2) 无正当理由不服从工作分配和调动
	(3) 无正当理由不服从指挥
	(4) 消极怠工,屡次未完成工作任务
第二类 违反附随义务的事由	(1) 无理取闹、聚众闹事、打架斗殴,严重影响生产 工作秩序
	(2) 不够刑事处分的贪污、盗窃
	(3) 与工作相关的弄虚作假

概括条款本身是我国的立法传统，从纲要到奖惩条例都有。司法机关审查资方因“严重违反劳动纪律或规章制度”即时解雇之合法性的实质时，也始终在解释和适用“概括条款”。

《纲要1954》第16条

《奖惩条例1982》第11条第1款、《辞退规定,1986》第2条第1款，

《劳动法1995》第25条第2项，

《劳动合同法2008》第39条第2项

与其让资方恣意滥用单方制定的规章制度，实现“口袋事由”功能，不如正式引入概括条款，

将审查基于各种事由之即时解雇的合法性纳入法律框架。

➡ 既然是劳动合同，就应该从劳动合同法理念出发去解决问题，不要用劳动纪律。

劳动合同和用人单位规章制度是对我国来说最重要的法源，直接修改成“严重违反劳动合同或者用人单位的规章制度”不仅符合“为了完善劳动合同制度”的立法宗旨，而且也更有利于从合同义务类型来认定解雇事由，突破劳动纪律的局限。

【修改后的条文】

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：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

~~（二）严重违反用人单位的规章制度的；~~

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重

影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的；

（六）严重违反劳动合同或者用人单位的规章制度的。

概括事由条款的具体适用与操作

如果向原则性条款逃逸，就会出现很难适用的问题。

我国法院审查因“严重违反劳动纪律或规章制度”即时解雇之合法性的体系是：首先，判断是否“存在符合解雇事由的过错行为”。其次，判断是否构成“严重违反”。

未来可在继续沿用和完善此审查体系的基础上，谨慎适用新增概括事由条款——严重违反劳动合同。在适用概括条款的时候有两个步骤，首先要认定存在此种违约的行为，其次要此种违约行为要具有一定的严重性。

1. 存在违约行为：正当解雇事由的初步筛查

首先，初步参考《奖惩条例》和《辞退规定》中符合时宜的辞退事由。

在参考的时候要注意摒弃旧规中违反现行法律法规或与市场经济相悖的事由。

人大法工委选择性地援引了两法规中的事由：“例如，违反操作规程，损坏生产、经营设备造成经济损失，不服从用人单位正常工作调动，不服从用人单位的劳动人事管理，无理取闹，打架斗殴，散布谣言损害企业声誉”。

其次，根据合同义务类型检验构成解雇事由的违约行为。

有助于裁审人员基于主给付义务和附随义务群灵活、全面地因应实践中纷繁芜杂的雇员过错行为，也更有利于裁审人员从契约法理审查阻却违约的情形，避免违法解雇，主要有：

（1）规章制度将不合法合理的义务规定为解雇事由

不允许乘坐黑车，违者以开除论处

（2）未违反基于约定或诚信原则应遵守的义务，如拒绝违法加班或调岗

“员工因海关报批材料非其工作范围有权拒绝工作安排”

（3）其他合法的抗辩权，如因迟延支付工资或强令冒险作业而拒绝工作

2. 违约行为的严重性

违约行为之严重性审查的实质

- 劳资之间的利益权衡
- 用工自主 v.s. 岗位稳定
- 何者胜出决定解雇的合法和社会正当性！

之所以立法者加了“严重性”这一定语，无非是为了平衡资方的自主权和劳方岗位存续的稳定的利益。

（1）“严重违法”规章制度的认定——学界观点概述

对于严重性标准的探讨，在之前的案例调研文章当中，学界的探讨是很薄弱的，且也没有多少法律规定。

没有定论，观点不一

- 有保留地参考企业职工奖惩条例和国营企业辞退违纪职工暂行规定
- 法律规定的标准和规章制度对其细化的标准，但语焉不详
- 规章制度的标准，但要受司法审查

(2) “严重违法”规章制度的认定——立法综述

劳办发[1994]289号第25条第1款

本条中“严重违法劳动纪律”的行为，可根据《企业职工奖惩条例》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》等有关法规认定。

【疑】是否参照奖惩条例和辞退规定？

《职工奖惩条例》等规定中都只是对具体的事由进行一个个的列举，和严重没有关系。

企业职工奖惩条例1982（已废止）

第十一条 对于有下列行为之一的职工，经批评教育不改的，应当分别情况给予**行政处分或者经济处罚**：

- (一) 违反劳动纪律，经常迟到、早退、旷工，消极怠工，没有完成生产任务或者工作任务的；
- (二) 无正当理由不服从工作分配和调动、指挥，或者无理取闹，聚众闹事，打架斗殴，影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的；
- (三) 玩忽职守，违反技术操作规程和安全规程，或者违章指挥，造成事故，使人民生命、财产遭受损失的；
- (四) 工作不负责任，经常产生废品，损坏设备工具，浪费原材料、能源，造成经济损失的；
- (五) 滥用职权，违反政策法令，违反财经纪律，偷税漏税，截留上缴利润，滥发奖金，挥霍浪费国家资财，损公肥私，使国家和企业在经济上遭受损失的；
- (六) 有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他违法乱纪行为的；
- (七) 犯有其他严重错误的。

职工有上述行为，情节严重，触犯刑律的，由司法机关依法惩处。

第十三条 对职工给予**开除处分**，须经厂长（经理）提出，由**职工代表大会或职工大会讨论决定**，并报告企业主管部门和企业所在地的劳动或者人事部门备案。

第十八条 职工无正当理由经常旷工，经批评教育无效，**连续旷工时间超过十五天**，或者**一年内累计旷工时间超过三十天**的，企业有权予以除名。

国营企业辞退违纪职工暂行规定1986（已废止）

第一条 为加强**国营企业**（以下简称企业）劳动纪律，提高职工队伍素质，增强企业活力，促进社会主义建设，特制定本规定。

第二条 企业对有下列行为之一，经过教育或行政处分仍然无效的职工，**可以辞退**：

- (一) 严重违犯劳动纪律，影响生产、工作秩序的；
- (二) 违反操作规程，损坏设备、工具，浪费原材料、能源，造成经济损失的；
- (三) 服务态度很差，经常与顾客吵架或损害消费者利益的；
- (四) 不服从正常调动的；
- (五) 贪污、盗窃、赌博、营私舞弊，不够刑事处分的；
- (六) 无理取闹，打架斗殴，严重影响社会秩序的；
- (七) 犯有其他严重错误的。

符合除名、开除条件的职工，按照《企业职工奖惩条例》的规定执行。

第三条 企业辞退职工应当征求本企业工会的意见，并报企业主管部门和当地劳动人事部门备案。

奖惩条例1982（已废止）和辞退规定1986（已废止）都是计划经济时代的产物，针对的还是全民所有制企业和城镇集体所有制企业，而且没有覆盖全体职工，只覆盖率固定工。

立法者废止奖惩条例和辞退规定的用意一是要转变企业的角色——从行政管理模式到市场经

营者管理模式；二是要赋予法院审查权限。

老师认为，奖惩条例和辞退规定与市场经济体制下的劳动合同制度不相适应，不应简单参照。

更何况这两个规定已经被废止，且其中规定的标准也不是很明确。

劳动合同法的态度是根据规章制度，但规章制度时至今日依旧是一个资方单决的产物。➡ 规章制度满足有效要件+规章制度必须清楚明确

在实务中，运用规章制度是很重要的，对于何种情况下是严重，何种情况下是违反，可以去探索，一般来说法院都会予以认可。

信春鹰、阚珂主编：《中华人民共和国劳动合同法释义》，法律出版社2013年版

人大法工委释义指出何为“严重”一般应根据劳动法规所规定的限度

劳办发〔1994〕289号第25条第1款：本条中“严重违反劳动纪律”的行为，可根据《企业职工奖惩条例》和《国营企业辞退违纪职工暂行规定》等**有关法规**认定和企业规章制度**依此限度所规定的具体界限为准**

但是，一方面，对于劳动法规规定的限度，地方立法也乏善可陈。唯一可称之为具体标准的当属《深圳经济特区劳动合同条例（2004）》（已失效）第18条第2项规定的“影响工作、生产”。人大法工委亦有此意：“这些都给用人单位的正常生产经营秩序和管理秩序带来了损害。最后，用人单位对劳动者的处理是按照本单位规章”。

另一方面，“企业规章制度依此限度规定的具体界限为准”的说法也是不成立的，因为无所依据，自然也没有所谓的“具体界限”了。

与立法和学者相比，我国法院在充实《劳动合同法》第39条第2项概括条款方面表现得更为活跃。案例调研充分展现司法界在实质审查严重违反时，已发展和形成独立于规章制度的主流裁判模式——综合衡量个案中多重因素认定（下称“综合衡量模式”）。

对于严重性的判断必须回归案例，因为法院碰到形形色色的违纪事由的时候只能进行实质性的审查。

“两审分歧”的“沃尔玛超市解雇案”

深圳沃尔玛百货零售有限公司青岛台东分店与张丽华劳动争议纠纷上诉案，山东省青岛市中级人民法院（2016）鲁02民终9734号

基本案情：张丽华于2010年10月入职沃尔玛公司，双方先后签订了一份固定期限劳动合同和2014年1月15日起的无固定期限劳动合同。张丽华负责沃尔玛公司食品干货区70类商品的管理和维护工作。2016年2月某日，张丽华将已从正常价格降价的70类清仓商品5盒好丽友派放于后仓，并于当天下班后以降价价格购买5盒好丽友派，共计31

元。同日，张丽华以要买好丽友派为由，向好丽友派厂家促销员索要赠品。

2016年3月3日，沃尔玛公司对张丽华的行为进行调查后，经工会同意，以张丽华严重违反公司制度为由解除了与张丽华的劳动合同。2016年3月4日向张丽华送达解除劳动合同通知。在此前沃尔玛公司已安排张丽华进行了沃尔玛公司《员工手册》《员工购物规定》的培训和学习，张丽华均有签字认可。

沃尔玛公司员工手册第8.1条规定：在本手册中，列举了一些不诚实行为，无论该不诚实行为所涉及的金额的大小，违反这些规则或未包括在此员工手册中的其它规则将会受到相应的纪律处分，严重者将直接导致解聘。

第8.1条第（5）项规定：不得“上班时间挑选商品、藏匿商品以便稍后购买；购买或委托他人购买未上货架或清仓未超过24小时的商品。”“禁止向供应商索要赠品”

第8.2.4条第（3）3.2项规定：员工的某些错误行为会立即导致解聘，包括严重违反公司劳动纪律或规章制度，不诚实行为或不坚持诚信原则。……所有不诚实行为，不论其所涉金额的大小，均构成手册规定的严重违反。

本案的焦点问题在于张丽华索要商品赠品的行为是否构成严重违反规章制度的行为。

一审：虽认为张某购买未上货架的降价商品并向厂家促销员索要赠品商品的行为构成违纪，但在综合考虑该行为非多次，数额不大，未造成重大损害，且张某工作多年为公司做出一定贡献等多重因素的基础上，最终认定不构成严重违纪。

二审：判定严重违纪！主要理由是所涉金额虽不高，但该行为属于《员工手册》规定的所有不论金额大小均构成严重违反的不诚实行为，张某违反了合同履行的基本诚信原则且受到违纪处理后未对其行为进行反思，进而驳斥一审基于履职时间、违纪次数和金额否定严重违纪不符合基本的法律逻辑。

认定严重违反劳动规章制度的困境

在案例研究的基础上，从解释论角度构建“认定严重违反规章制度”的规范体系化方案，重点围绕以下问题展开批判性研究：

第一，认定严重违反规章制度的法理基础何在？

第二，法院运用综合衡量模式认定严重违反时，具体斟酌哪些因素？

第三，法官援引具体因素认定时，赋予各要素何等含义和评价，有无检讨之处？

第四，如何体系化被综合衡量的诸多因素？

第五，正确运用综合衡量模式应遵循什么原则？

对严重违反规章制度的认定

（一）认定严重违反规章制度的“法理基础”——持续性合同

1. 《劳动合同法》

首先，认定严重违反规章制度的法律基础自然是持续性合同，这也是我国劳动法确定的。

《劳动合同法》第1条开宗明义，明定“为了完善劳动合同制度”为立法宗旨之一，为裁审部门指明了解释适用第39条第2项的统一法理基础——劳动合同。

认定严重违反规章制度的正当性自然应从劳动合同的意义和目的去探寻。

劳动合同异于《合同法》主要规范之一时性之债的首要特征：

1. 持续性 ➡ 劳动合同异于一般民事持续性合同的核心特征
2. 生存依赖性
3. 劳动从属性

2. 劳资利益衡量

“认定严重违反规章制度”的劳资利益衡量，即具有正当性的立法价值：

- 资方：用工自主权益
- 劳方：劳动关系存续

结果：前者优于后者

“认定严重违反规章制度”的法理基础

- 持续性合同的一般法理
- 劳动合同的特殊法理

3. 资方用工自主权的法教义学解读

保护用工自主权源于劳动合同持续性特征的内在要求：长期履行中更易发生不易预见的违约行为，也就必然需要提早的结束机制。永不可终止 / 结束的持续性结合关系将会过分限制合同的根本价值——自我决定。

上述内在需求较抽象，回到具体的劳动合同进行分析：

用工自主权的正当利益

A 生产经营利益

劳动关系是资方为持续实现特定生产经营目的订立的经济交换关系

认定：应首先关注劳方违约行为是否实际侵害资方的生产经营利益或有侵害之虞，且程度如此之严重，以至于危及劳动合同目的的实现。

B 信赖基础利益

劳动关系维系更强调和重视劳资间的相互信任——持续性特征大大增加了劳资对彼此权益施加影响的可能性，劳动给付之人身性特征使劳资间关系愈加深入紧密。

认定：重点考察劳资间的信赖基础是否受到严重侵害，导致不可期待资方继续维持劳动关系

4. 劳方之劳动关系存续的法教义学解读

劳方最重要的合同利益是岗位稳定利益 / 劳动关系存续利益

源于劳动关系在经济交换关系之外的生存依赖性，亦有称人身性。

第39条第2项通过“严重违反”清晰地表达了限制资方滥用解雇权，来保护该权益的立法价值
案例调研表明,劳动权的保护则更突出体现在法院认定严重违反时运用综合衡量模式，以及主要遵循的预测原则和利益权衡原则。

（二）司法实务“综合衡量认定严重违反规章制度”梳理与检讨

相较于立法的不足，司法实务其实在综合衡量认定言论违反规章制度方面做得还是比较出色的。

1. 调研案例遴选说明

北大法宝

基础案例：针对《劳动合同法》第39条的关联案例总共约2723宗

首先甄别出涉及第39条第2项的案例，之后剔除因各种原因未涉及到“实质认定严重违反”的案例。最后筛选出符合研究要求的案例198宗
官方出版物：“严重违纪”和“严重违反规章制度”的判决13宗。

2. 调研案例分析说明

官方出版物案例和北大法宝案例经常共同援用的14种代表性斟酌因素

1 违反基本原则	7 职位	13 资方或第三人的与有过失
2 过错及其程度	8 工龄	14 最后手段原则 → 以“权衡方式”和“解雇胜败”观察统计
3 危害生产经营秩序	9 一贯工作表现	
4 造成企业损失 / 影响	10 违约后的措施	
5 企业性质	11 违约行为的顽固性	
6 职责	12 违约行为的次数	

权衡方式	案例来源	解雇胜败	违反基本规则 / 原则	过错及其程度	危害生产经营秩序	造成企业损失 / 影响	企业性质	职责	职位	工龄	一贯工作表现	违约后的措施	违约行为的顽固性	违约行为的次数	资方或第三人的与有过失	最后手段原则
单一因素 (82)	官方发布	胜 1				1										
	官方发布	败 1														1
	北大法宝	胜 74	14	14	9	11	1	4	3				12	4	2	
	北大法宝	败 6		1		1									1	3
多重因素 (129)	官方发布	胜 8	3	4	4	4	1	2	2	1			2	3		
	官方发布	败 3		3	2	3		1				1	1	1	2	1
	北大法宝	胜 95	27	30	37	42	7	34	12	10	1	2	22	13	1	
	北大法宝	败 23	3	8	5	15	1	3	1	1	1	2	1	5	5	9
总计		211	47	60	57	77	10	44	18	12	2	5	38	26	11	14
胜诉		178	44	48	50	58	9	40	17	11	1	2	36	20	3	0
败诉		33	3	12	7	19	1	4	1	1	1	3	2	6	8	14

只考虑一个因素就认定严重违反的有 82 宗，两个因素以上的大约有129宗。从上面的数据来看，多重因素在实质认定的时候还是略占多数的。

3. 法院“认定严重违反”时综合衡量之典型因素的梳理

第一，不考虑解雇合法与否，官方出版物案例和北大法宝案例经常援用的因素高度一致，主要有以下9种：违反基本规 / 原则、过错及其程度、危害生产经营秩序、造成企业损失 / 影响、职责、职位、违约行为的顽固性、违约行为的次数和最后手段原则。

第二，若单从引用频次观之，大致分为三个梯队：

- 位居首列：造成企业损失 / 影响、危害生产经营秩序、过错及其程度
- 第二梯队：违反基本规 / 原则、职责、违约行为的顽固性和次数。
- 第三梯队：职位、最后手段原则、工龄、资方或第三人的与有过失和企业性质。

名列前三甲的依次是：

1. 造成企业损失 / 影响

2. 过错及其程度

3. 危害生产经营秩序

被斟酌最少的两个因素：一贯工作表现违约后的措施

无论是解雇、合法还是非法情形下，下面三个因素都是最常考虑的：

第三，若区分解雇合法与否，“前三甲”仍为最常引用的因素。

- 造成企业损失 / 影响
- 危害生产经营秩序
- 过错及其程度

解雇违法案件中显著被斟酌的因素：

➤ 资方或第三人的与有过失	才可以解雇。
➤ 最后手段原则	➤ 企业性质
注意：该因素无一例外地出现在解雇	➤ 职位
无效的案，由此推断该原则对法院	➤ 工龄
审查解雇正当性具有决定性意义。	➤ 违约行为的顽固性和次数
最后手段原则指的是解雇应当是最后	➤ 职责
的手段，在解雇之前应当穷尽一切更	➤ 违反基本规 / 原则
轻度的手段。只有万不得已的情况下	

特别是前4个因素对解雇合法性的影响甚剧

法院“认定严重违法”时衡量之典型因素的规范评价

1. 造成企业损失 / 影响

内涵：造成企业损失 / 影响指劳方不当行为给企业造成的不利 / 消极后果。

避免误读误用的意涵要点

其一，损失类型非仅指物质损害，还包括非物质损害。

川绵阳涪民初字第2962号：法官指出劳动者应当知道打架斗殴将严重影响正常经营并造成公司商誉下降

注意：只是从物理形态出发，法人无精神损害，商誉下降直接导致财产损害！

其二，损失不限于已实际造成的损害，亦包括将来可能发生的损害

苏南京（2016）苏01民终9767号：法院认为伙同他人串换公司液化气钢瓶，可能会造成重大安全隐患

其三，损失数额绝非判断严重与否的决定性标准，须结合个案中其他因素综合认定。

如劳方在职竞业，财务人员从事悖于财务规则的行为

指导案例：侵占6元车票解雇案

其四，损失数额虽可作为判断严重与否的参考，但不应也无法确定统一的金额标准。

一则是无论以绝对金额还是相对金额为准都与综合衡量模式相悖，且有违即时解雇的宗旨。

➤ 绝对金额：1万，2万还是更高？

➤ 相对金额：以损失占价值总额的比例为准，又不免对价值总额基数大的案例不公

例如，对100万元的月营业额造成1%的损失，与价值1万元的生产工具遭受50%的损害，何者严重？

二则是不同个案使得统一损失金额不可能。

《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第87条

《劳动法》第25条第3项的“重大损害”应由企业内部规章来规定，不便于在全国对其作统一解释。若劳资存有争议，则由劳动争议仲裁委员会根据企业的类型、规模和损害程度等情况，对企业规章中规定的“重大损害”进行认定。

三则是非物质损害在客观上难以确定。

与物质损害相比，侵害经营秩序、企业信誉商誉等非物质利益本身就难以确定损失或以具体损失来衡量，从目前调研案例来看难以归纳出确定的标准。

2. 危害生产经营秩序

内涵：劳方不当行为给企业生产经营的正常运行造成了消极影响，属于抽象的非物质利益，究竟受损至何程度方可对严重违反认定具有分量，并无可量化的确定标准

蔡中清与宝胜科技创新股份有限公司等劳动合同纠纷上诉案，（2015）扬民终字第434号，载《人民司法》2015年第24期

对打架行为危害生产经营秩序的程度予以详细说理“原告蔡中清在人数众多的厂区打架，对企业的正常生产管理秩序影响极坏，且在车间内存在高速运转的机器，如有不慎即会发生更为严重的生命或财产事故，因此从对企业生产经营秩序影响来看，其应属于严重违反规章制度。

3. 过错及其程度

我国学界往往称第39条为“过错解雇”即可见该因素重要的衡量意义。

过错因素：反映劳方违约或侵权时主观状况的重要指标，之所以能名列第三被高频引用，缘于其本身的主观归责内涵。

过错程度：从级别上反映劳方违约的主观责难性，进而可作为信赖受损程度的量化指标。劳工过错程度越高，信赖受损程度越重，由此推断不可期待资方继续维持劳动关系就越具正当性。

过错及其程度的引用很高频，它是反映一个人主观状况的重要指标，可以用于反映劳方违约的主观归责性，进而作为信赖受损程度的一种量化指标。劳方越是故意为之，资方的信赖自然受损越严重。

在民法中，过错等级一般分为故意、重大过失和一般过失。如果能正确认定，就可以发挥它程度量化指标的功能。例如，最高等级的过错程度——故意通常可力排其他有利斟酌因素，对雇员做无限制地不利斟酌。

但现有的司法实践中，可能是碍于劳动法和民法的疏离的关系，法院并没有按照过错程度去认定。经常用“明知故犯”、“恶意”等法律术语来考虑过错程度。

4. 职责

内涵：从事工作的具体内容，而非责任承担!合乎法理的斟酌因素：职责作为劳方主给付义务的内容,直接决定违约与否的先决判断，进而影响“严重违反”的判定

褒奖：目前司法实务均重点从劳方负责和承担的工作任务范围来判断其不当行为的严重性

成都(2017)川0106民初1527号

法官基于城市管理协管员不同于一般工作岗位的特殊性，认为在此岗位旷工、脱岗更可能造成严重的不良后果

5. 职位

司法实践中的两层意义

(1) 与职责同：描述雇员具体负责的工作内容

(2) 岗位级别：衡量其对认定严重违反的影响

具体言之,不少案例特别从管理岗职员(如班长、店长、部门负责人等)不同于普通员工的“管理身份或职务级别”出发，强调该群体理应身先士卒，以身作则，起到带头严格遵守规章制度的作用，否则其产生的消极示范影响和后果更严重。

6. 违约行为的顽固性

内涵：指劳方从事不当行为后并无改正,仍再犯。

拒不悔改在《劳动合同法》第39条第4项的“兼职”里面有所体现——“经用人单位提出，拒不改正的”。

斟酌意义：不利评价的消极因素。从质的维度作为判断劳方主观过错程度的标准，作为向将来负面预测劳动合同履行的重要指标，即劳动者不断违约的事实使得资方难以继续维持仍会受到干扰的劳动关系。

(2009)成民终字第2216号：法官虑及熊某多次性骚扰女同事，且拒不接受教育管理，拒不承认错误的事实,认定该“顽固行为”达到解雇的严重程度超市解雇案：受到违纪处理后未对其行为进行反思

可以理解为违约行为的顽固性，是从质的角度判断劳方主观过错程度的标准。

7. 违约行为的次数

顾名思义，此因素偏重从数量上衡量劳方不当行为对严重程度的影响。

斟酌意义：与顽固性因素相辅相成，从量的角度反映劳方的过错程度。亦可作为预测劳动合同履行是否仍会受到侵扰的重要标志。

实践中，资方经常在规章制度中将违纪行为次数规定为严重违反的认定标准。

宜昌（2017）鄂05民终340号：法院将“一个月内先后多达13次私自改变公交车辆运营线路”作为认定司机严重违反客运公司规章制度的不利因素之一。

8. 工龄

内涵：指员工在同一用人单位连续工作的年限，斟酌缘于劳动合同的持续性和人身性特征

具体衡量：长期工作的给付事实应作为劳方人身利益与资方生产经营利益对比权衡，对工龄的利弊评价须依个案而定

有利评价：案例较少！

在“沃尔玛超市解雇案”，一审虑及张某工作多年为公司做出一定贡献，二审未考虑！

不利评价：案例很多。

非从人身利益,而从过错出发,以工作多年更清楚规章制度及其违反后果为由作出对劳方不利的评价。

老师对此种现象表示不赞同：基于劳动法法理，似不可简单对工作多年就做不利评价,毕竟劳资双方已因长期工作关系建立起相对稳固的信赖基础，尚需结合其他因素审慎认定，尤其是需要结合一贯的工作表现来加以判断。

例外的不利的评价：若资方特别信赖老员工而对其不监管，该员工却辜负信任从事侵害财产行为。

对于老员工而言，工龄反而是一个很不利因素。法院可能认为，资方都已经信赖员工如此之久，员工还严重违纪，更加不能容忍。

9. 一贯工作表现（憾而被最少斟酌）

一贯的工作表现很少被斟酌，但还是应当予以考虑，因为劳动关系是持续性的，不能以孤立的眼光去看。

内涵：指劳工在解雇前的整体工作表现。

正解：劳动关系的持续性特征反对以孤立眼光而应结合劳动合同持续至今的运行发展来综合评价引发解雇的过错行为

斟酌意义：既可全面地反映资方的履行利益，也可在合同目的实现的意义上，客观预测履行利益是否仍会受到侵害，从而起到“向将来预测”来判定严重违反以检验解雇正当性的功效。

具体斟酌：“长期无误工作”的有利评价。

原因：劳资间已形成的牢固信赖关系通常不会因一次过错行为被彻底破坏。

农业银行解雇案湘祁东县（2007）祁民一初字第10号）：法院衡量“平时表现较好”做有利于劳工评价

10. 违约后的措施

内涵：指劳方从事不当行为之后的表现，包括认错态度、改正、补救措施等对劳动合同履行和劳资间信赖产生影响的情形。

斟酌意义：具有预测劳动关系是否仍会受到干扰的功能

具体斟酌

有利评价：劳方事后能积极改过或补救

玩具公司解雇案（粤东莞）：法院对张某承认辱骂行为的错误作出有利斟酌

不利评价：劳方违约后态度消极或不知错就改

酒店设备用品公司解雇案（沪）：劳方擅自挪用代收货款后未及时上交，且对此事实百般否认

11. 资方或第三人的与有过失

内涵：指他方对构成解雇事由之劳方不当行为的发生具有过失。

斟酌理由：体系解释第39条的结果，因为即时解雇的正当性之一在于解雇事由源于劳方领域与有过失作为限制损害赔偿范围的规则，可与过错及其程度和造成企业损失 / 影响的两因素相互关联的综合衡量

运用与有过失背后的思想——受害人因过失行为对损害发生具有原因 / 贡献力。

国美电器解雇案（沪）

资方以刘芳未经书面授权从仓库提出手机为由解雇，但系通讯科因担心物流问题致手机无法及时到店销售而指示刘芳非常规操作而起。二审正确指出应从行为原因和造成结果考量是否严重违反规章制度，最终以该行为因刘芳服从指令而发生，更应归咎于公司内部管理的瑕疵。

农业银行解雇案

法院基于银行设定的监控系统未及时发现差错、不顾员工7天未休息仍安排其上岗以及人员安排失当等三大事实酿成转款数额差错的原因为由，做出减轻劳方严重违反程度的有利判定。

12. 企业性质

内涵：指资方所属行业的特殊性

具体斟酌：法院通常会对员工遵守符合企业特殊性质的行为规范课以更严格的要求，从而企业性质对员工有悖于此之行为的严重认定具有决定性分量

- 食品安全：食品企业员工销售过期食品
- 卫生条件：客房清扫人员用浴巾清理淋浴间
- 防火要求：纸浆企业员工在厂区内吸烟

13. 违反基本规 / 原则（摒弃为妥）

违反基本规 / 原则：统一概括法官援引诚实信用、忠诚 / 实义务、职业道德、劳动纪律、勤

义务等原则或一般性概念来认定严重违反的方式。

反思：严格讲，原则对认定程度本身没有太大作用，无非是法官已经有判断的结果后用于加强说理之用，最好摒弃。有学者正确地指出，此种判断方式为非正面回应严重程度的认定，是法官以原则性方式判定或者辅助判定劳动者违纪行为已达到可以被解除的程度是可行的

14. 最后手段原则

并不是因素，而是一种原则。

内涵：由学界援用公法中比例原则的必要性子特征发展而来，被运用于解雇保护制度，指穷尽其他所有可能的、温和的手段之后，如警告、调岗等，解雇才是消除劳动关系干扰的最后必要手段。

注意：我国法官从未使用“最后手段原则”术语，却在符合该原则的实质意义上适用，经常以“解雇前应听取劳方意见或辩解，给予警告或批评教育，罚过相当，另行选择其他替代的惩罚措施”等要求表达此意。

- 比较法：德国劳动法院发展该原则并运用于解雇保护之诉，英国亦有
- 我国学术界：早有学者主张适用
- 我国司法界：亦有体现，但并未成为主流
- 我国实证法：未明确承认，涉及解雇保护制度的法政策，最终应由立法者定夺！

老师认为，这已经涉及了解雇保护制度的法政策，不是学者能鼓吹的。司法界应该慎用此规则。

苏州市中级人民法院、苏州市劳动争议仲裁委员会劳动争议研讨会纪要 (一) 2010

2010年4月29日，苏州市中级人民法院民四庭、苏州市劳动争议仲裁委员会就《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动争议调解仲裁法》施行以来劳动争议仲裁与审判中疑难问题，结合省仲裁委、省高院《关于审理劳动争议案件的指导意见》（苏高法审委【200】47号）的理解与适用，进行友好会商。现将已形成的统一意见下发，供参考。

二、劳动合同解除的若干问题

(一) 用人单位以劳动者严重违反规章制度等为由解除劳动合同

- 1、用人单位以劳动者严重违反规章制度等解除劳动合同，应给予劳动者申辩机会以符合基本的正当程序要求；用人单位不能证明已给予劳动者申

辩机会，劳动者主张用人单位违法解除劳动合同的，应予支持。用人单位是否已给予劳动者申辩机会，应根据劳动者过错行为是否处于持续状态，综合判断。

总之，斟酌因素之多令人眼花缭乱。

认定严重违反规章制度的方案规范体系化的“综合衡量模式”

“认定严重违反规章制度”的规范构建。

立足：持续性劳动合同的法理基础

1. 综合衡量之典型因素的规范体系化

资方的两大合同利益：生产经营和相互信赖。

类别一：与“生产经营利益”相关的因素。具体干扰生产秩序和损害经营目的的因素	
类别二：与“信赖基础利益”相关的因素	子类一：影响“信赖受损程度”的因素。这是侧重从劳方不当行为损害信赖之具体程度的视角分类
	子类二：影响“预测信赖修复和合同适当履行”的因素。这是侧重从向未来预测受损信赖可否修复及合同能否适当履行的角度分类。

2. 涉及劳方合同利益之斟酌因素的体系化

劳方的合同利益：岗位稳定

主要斟酌反映劳动给付总体状况的工龄和一贯工作表现

注意：为避免不当忽视资方利益和斟酌因素的泛化，进而导致严重违反认定的结果不可预测。

故不予考虑雇员的年龄、家庭状况、抚养义务、经济状况和即时解雇造成的就业歧视后果等

情形均不予衡量，因为它们通常与过错行为无关。

主体	因素的体系化分类	法理基础	具体因素
资方	I. 与“生产经营利益”相关的因素	资方订立劳动合同的目的和首要利益	危害生产经营秩序
			造成企业损失/影响
	II. 与“信赖基础利益”相关的因素	劳动合同的持续性和从属性特征	
	1. 侧重影响“信赖受损程度”的因素		过错及以下影响其具体程度认定或评价的因素
			职责/工作岗位
			职位
			企业性质/行业特点
			工龄
			资方或第三方对解雇事由发生的与有过失
	2. 侧重影响“预测信赖可否修复及合同能否适当履行”的因素		违约行为的顽固性
			违约行为的次数
			违约后的措施
			一贯工作表现
劳方	与“岗位稳定利益相关”的因素	劳动合同的持续性和从属性特征	工龄
			一贯工作表现

3. 运用综合衡量模式的基本原则

（1）预测原则

劳动关系的持续性特征决定了应从“向将来预测”的角度认定严重违反，指资方根据某些事实因素可以预测仍会出现劳动合同履行障碍。

理由：这与解雇保护的立法价值相符，因为解雇非以惩戒劳方过去行为为目的，而是旨在避免劳动关系将来受到干扰而结束。

不可期待资方继续维持之劳动关系的权利。

我国总是出现以解雇来“杀一儆百”的现象，这和解雇保护的立法宗旨不符。

（2）利益权衡原则

立法者使用限制定语“严重”明确了“利益权衡原则”，即为防止资方滥用解雇权，要求裁审机构通过审查严重违反来权衡用工自主权是否高于劳动权，以实现劳资利益平衡。

第一，无决定性因素；指认定严重违反不取决于单一或数个特定因素，而须在衡量个案中所有对劳方有利或不利因素的基础上综合判断。

第二,因素范围的开放性;指斟酌因素的范围不仅限于上述14种典型因素。

第三,因素评价的客观性;指应从客观理性的第三人角度评价因素,以避免偏向于劳资任何一方。

第四,因素权重的差异性;指即便是同一因素也不意味着在每次衡量时被等量齐观,因个案事实不同会有不同的评价。故以上根据援引频次的排序绝非表明因素之间有高低优劣之分,各因素对严重认定的具体权重仍须法官结合个案裁量。

【思考】制度完善至此就结束了吗?

实践中用人单位对因劳动者严重违纪等情形的解雇久拖不决或处理时限过长的现象普遍。会产生什么法律问题?应当如何应对?

用人单位做出解雇的意思表示基于的是形成权,应要设置除斥期间。

北京草案、浙江解答二

I. 法定限制具体期限类

北京草案第15条

资方依《劳动合同法》第39条第2~6项事由“解除劳动合同的时限”,自事实证据确凿之日起不得超过5个月

浙江解答二对“问题八”的解答

劳动者违反用人单位规章制度,……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

宁波解答二

II. 司法酌定合理期限类

宁波解答二对“问题十”的回答

用人单位在知道或应当知道《劳动合同法》第39条规定的解除条件成就后,可在合理期限内发出解除劳动合同的通知。如用人单位在相当期间内未行使该权利,且接受劳动者继续履行劳动合同,足以使劳动者“对其不再行使解除权产生信赖”,则之后再以此为由解除劳动合同因明显违背诚信原则而违法。至于合理期限之确定,法院可依案件的具体情况酌定。

之前学习诚信原则的时候曾经提及权利失效的问题。宁波的法官已经很正确地指出,在没有除斥期间的情况下,劳动法是需要动用诚信原则来斟酌究竟多长是合理期限,此后才能行使。设立即时解雇权的除斥期间的制度考量:是采“具体的除斥期间”设计(如“北京草案”和

“浙江解答二”明定5个月）还是采“概括的合理期限”方案？➡法学方法论上借助衍生于权利失效制度为即时解雇权设立时限，如“宁波解答二”要求法院根据个案酌定。

设计除斥期间自然是好的，但不能很长，毕竟是即时解雇，德国规定的是两周，中国可以考虑30天。

老师认为，在立法未作规定前，法官暂可根据诚信原则酌定“合理期限”作为权宜之计，日后立法明定具体期限为长远之计。

其一，既尊重我国的立法传统，也符合域外规定具体时限的普遍性。

其二，有利于法的安定性和预见性。鉴于我国法官专业素质水平整体不高的事实，若解雇权失效均依赖于法官裁量的合理期限，将导致劳资双方对嗣后确定不一的时限无所适从。

像宁波这样设计一个合理期间是一种权宜之计，立法者既然没有明确规定，法官自然只能求助于诚信原则。但是长远来看，还是需要规定一个准确的合理期限。

究竟“多长的除斥期间”方为合理？

民法典第564条第2款

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

民法典中倒是有相关的规定，但是有点太长了，无法直接引用。

【疑】能否直接参照“民法典第564条第2款 自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，……”认为一年即为合理？

老师认为不能。因为劳动法有其特殊性，从各国劳动法以及我国废止的规定来看，均未规定长达一年的除斥期。

除斥期间不宜过长，理由有三：

其一，过长与除斥期间的制度意旨相悖；

其二，过长亦与即时解雇的制度目的冲突；

其三，过长不利于劳动关系和谐。

具体设置多长的除斥期间？

➤ 《纲要》第18条第3句：自证实错误之日起，一般应在一个月以内给予处分，如已超过三

个月尚未给予处分者，则不应给予处分。

- 《奖惩条例》（废止）第20条第1款：审批职工处分的时间，从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过五个月，其他处分不得超过三个月。
- “北京草案”和“浙江解答二”径直沿用《奖惩条例》（废止）规定的5个月，失之草率
- 我国台湾地区、俄罗斯和德国依次规定了30天，1个月和2周的较短除斥期间

《劳动合同法》将来规定30天的除斥期间为妥，自资方知悉或应当知悉解雇事由时起算。

最后须简要说明决定除斥期间正常运转的起算细节问题：

其一，知悉人的范围应限定在有权作出解雇意思表示的人，通常为雇主及其代理人，如总经理、人事经理。

其二，知悉与否的判断。

为避免除斥期间从“督促雇主及时行权异化为“迫使雇主仓促行权，应当以雇主可靠且尽可能全面地了解决定解雇的客观事实为准，从雇主为查清事实采取的必要调查结束时起算，如听取雇员意见后。

考虑到调查与否及进度完全由雇主掌控，为防止其规避除斥期间。以“除因情节复杂，有正当理由者外”作为不起算的例外前提，否则雇主的调查应于30天内完成

《纲要》第18条第4句：除因情节复杂，有正当理由者外，企业行政负责人，不如期处理时，应受一定的处分。“情节复杂程度”可作为法院审查资方调查时间是否合理的标准

其三，除斥期间在持续违约时的起算。

对于持续或屡次违约行为，如连续旷工、经常迟到等，除斥期间应从相同违约行为中的最后一个行为结束时起算。

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：✚

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；✚

~~（二）严重违反用人单位的规章制度的；✚~~

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；✚

（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；✚

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；✚

（六）被依法追究刑事责任的；✚

（六）严重违反劳动合同或者用人单位的规章制度的。✚

用人单位依前款第一项之外的事由解除劳动合同的，应自知悉或应当知悉其情形之日起，三十日内行使解除权，除因情节复杂，有正当理由者外。✚

[回到對解雇事由的列舉講解](#) 

(三) 严重失职，营私舞弊

1. 立法框架

劳动法	劳动合同法
◆ 第25条第3项	◆ 第39条第3项
◆ 严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的	◆ 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的

严重失职，营私舞弊解除与“严重违反规章制度”解除的关系：更为特殊具体的解雇事由，起到替补作用——规章制度无效或没有规章制度；规章制度未明确规定此类违纪行为导致解除。

2. 构成要件

存在严重失职或营私舞弊的客观行为	严重失职：未按照有关规定履行职责岗位义务 注意：前置问题——工作职责范围的界定
	营私舞弊：利用职务之便谋取私利
主观上可归责	严重失职：偏重于过失、重大过失，不排除故意
	营私舞弊：故意给用人单位造成重大损害
损害的后果	损害的重大

3. 重大损害的认定

(1) 损害类型

- 物质损害
- 非物质损害，如企业形象因员工的行为受损

【思考】是否一定要有重大损害？

不一定，在故意违约 / 侵害雇主利益的情况下不需要。另外，将来有具体的造成雇主重大损害的潜在风险的时候，双方的信赖关系也已被严重侵害。

（2）重大的标准？

没有统一标准，取决于个案情形。

劳办发〔1994〕289号第25条第2款

本条中的“重大损害”由企业内部规章来规定。因为企业类型各有不同，对重大损害的界定也千差万别，故不便于对重大损害作统一解释。若由此发生劳动争议，可以通过劳动争议仲裁委员会对其规定的重大损害进行认定。

（四）兼职

1. 《劳动合同法》的态度

劳动合同法草案2006.03.20	劳动合同法
◆ 第31条第4项 ◆ 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成工作任务造成严重影响，经用人单位提出，拒不改正的	◆ 第39条第4项 ◆ 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 ◆ 第69条第2款 ◆ 从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行

第39条第4项、第69条2款规定了劳工的不作为附随义务。

兼职禁止主要针对全日制用工，禁止的两种情形分别是：1）对完成本单位的工作任务造成严重影响；2）或者经用人单位提出还拒不改正的。

对于非全日制用工，原则上没有兼职禁止，除非后订立的劳动合同会影响先前订立的劳动合同的履行。

2. 全日制工兼职解除构成要件

情形一

(1) 与其他用人单位建立劳动关系 ➡ 包括劳动关系和事实劳动关系

(2) 对完成本单位的工作任务造成严重影响

如在职竞业、与原雇主有竞争关系或业务关联、体力精力透支、影响雇员工作信条等。

用人单位在招人的时候要仔细考察员工之前的劳动关系有没有被解除。

情形二

(1) 与其他用人单位建立劳动关系

(2) 经用人单位提出，拒不改正的

老师对这一情形持保留态度。另外，在实务中最好要区分兼职岗位，建立兼职申报制度，对兼职岗位进行业绩管理。

3. 兼职解除可能产生的赔偿责任

劳动法第99条

◆ 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

劳动合同法第91条

◆ 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

赔偿责任的范围——劳动部关于发布《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》的通知

(劳部发[1995] 223号) 第6条

用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的百分之七十。向原用人单位赔偿下列损失：

(一) 对生产、经营和工作造成的直接经济损失；

（二）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。赔偿本条第（二）项规定的损失，按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。

（五）被依法追究刑事责任

1. 立法框架

劳动法第25条第4项

◆ 被依法追究刑事责任的

劳动合同法第39条第6项

◆ 被依法追究刑事责任的

2. 追究刑事责任的内涵

（1）劳动部的解释

劳办发[1994]289号第25条第3款

◆ 本条中“被依法追究刑事责任”，具体指：

（一）被人民检察院**免于起诉**的；

（二）被人民法院判处刑罚（刑罚包括：主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑；附加刑：罚金、剥夺政治权利、没收财产）的；

（三）被人民法院依据刑法第32条免于刑事处罚的。

劳部发[1995]202号第29条第2、3款

◆ “被依法追究刑事责任”是指：

被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处罚的。

◆ 劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位**可以解除**劳动合同。

（2）刑事诉讼法对劳动部解释的影响

刑诉法发生的变化和刑法的理念有关。司法没有最终做出有效力的判决之前，只能称呼被告为“犯罪嫌疑人”。

刑事诉讼法1979

第一百零一条 依照刑法规定**不需要判处刑罚或者免除刑罚**的，人民检察院可以**免于起诉**。

刑事诉讼法1996修正

- ◆ 第一百四十二条 犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出**不起诉决定**。
- ◆ 对于**犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚**的，人民检察院可以作出**不起诉决定**。

刑事诉讼法2012修正

- ▶ 第173条 【法定不起诉的条件】犯罪嫌疑人没有犯罪事实，或者有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出**不起诉决定**。
- ▶ 【酌定不起诉的条件】对于犯罪情节轻微，依照刑法规定**不需要判处刑罚或者免除刑罚**的，人民检察院可以作出**不起诉决定**。
- ▶ 【不起诉案件的处理】人民检察院决定**不起诉**的案件，应当同时对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

刑事诉讼法2018修正

- ◆ 第177条 犯罪嫌疑人没有犯罪事实，或者有本法第十六条规定的情形之一的，人民检察院应当作出**不起诉决定**。
- ◆ 对于犯罪情节轻微，依照**刑法**规定**不需要判处刑罚或者免除刑罚**的，人民检察院可以作出**不起诉决定**。
- ◆ 人民检察院决定**不起诉**的案件，应当同时对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结。对被不起诉人需要给予行政处罚、处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，移送有关主管机关处理。有关主管机关应当将处理结果及时通知人民检察院。

刑诉法一直在改动，人社部的文件最后也改动了：

(3) 劳动部的自我修正

如果做出**不起诉决定**是不属于被依法追究刑事责任的，自然不能以此为由要求解除。

劳动和社会保障部办公厅关于职工被人民检察院作出不予起诉决定用人单位能否据此解除劳动合同问题的复函（劳社厅函〔2003〕367号）

人民检察院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十二条第二款规定作出**不起诉决定**的，不属于《劳动法》第二十五条第（四）项规定的被依法追究刑事责任的情形。因此，对人民检察院根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十二条第二款规定作出**不起诉决定**的职工，用人单位不能依据《劳动法》第二十五条第（四）项规定解除其劳动合同但其行为符合《劳动法》第二十五条其他情形的，用人单位可以解除劳动合同。

追究刑事责任的内涵

不属于追究刑事责任的情形！

◆ 涉嫌违法犯罪——劳部发[1995]202号第28条

- ◆ 劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。
- ◆ 暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。

◆ 治安行政处罚——治安管理处罚法第2条

- ◆ 扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利，妨害社会管理，具有社会危害性，依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关依照本法给予治安管理处罚。

◆ 劳动教养——已成历史！

- ◆ 劳部发[1995]202号第31条：劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动合同。

（4）不属于追究刑事责任的情形

涉嫌违法犯罪——劳部发[1995]202号第28条

劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。

治安行政处罚——治安管理处罚法第2条

扰乱公共秩序，妨害公共安全，侵犯人身权利、财产权利，妨害社会管理，具有社会危害性，依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由公安机关依照本法给予治安管理处罚。

劳动教养——已成历史！

劳部发[1995]202号第31条：劳动者被劳动教养的，用人单位可以依据被劳教的事实解除与该劳动者的劳动合同。

第三节 非基于劳动者过错的辞退 & 经济性裁员——第40、41条LCL

劳动合同法第40条 ➡ 非基于劳动者过错的辞退

劳动合同法第41条 ➡ 经济性裁员

一、用人单位预期解除——第40条

(一) 非基于劳动者过错的预期解除概述

劳动法第26条	劳动合同法第40条
有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：	有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：
（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；	（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；	（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；
（三）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的。	（三）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。

《劳动合同法》相比于《劳动法》的规定并未发生很大的变化。

(二) 共同的实体、程序构成要件

1. 具有预期解除的重要事由：第40条规定的事由
2. 将解雇理由通知工会并征求意见：第43条
3. 作出预期解除的意思表示

(1) 法律性质：单方的、需要受领的、具有形成权性质的意愿表示——资方表明

预期结束劳动关系的意愿

（2）形式

➤ 第40条明确需要使用书面形式，实务中还要注意保留送达证据。

➤ 提前30日的预告期——第40条第1款

例外：省去预告期变为“即时”解雇的新规——“代通金制度，即额外支付劳动者1个月工资。额外支付的工资标准：上1个月的工资，实例第20条

（三）患病或非因工伤的预期解除——第40条第1项

1. 立法框架

劳动法第26条第1项

劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的

劳动合同法第40条第1项

劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的

2. 构成要件——劳动合同法第40条第1项

劳动者患病或者非因工负伤，

在规定的医疗期满后

不能从事原工作，

也不能从事由用人单位另行安排的工作的

（1）患病或非因工负伤

对于患病没有法律定义，非因工负伤指的是非职业病或工伤。

（2）医疗期届满

医疗期的法律定义——企业职工患病或非因工负伤医疗期规定劳部发〔1994〕479号第2条

企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限：

- 患病或非因工负伤
- 停止工作治病休息
- 不得解除劳动合同的时限

医疗期和累计病休时间计算的长度——企业职工患病或非因工负伤医疗期规定劳部发〔1994〕

479号第3、4条

实际工作 年限	10年以下		10年以上				
本单位工 作年限	5年以下	5年以上	5年以下	5-10年	10-15年	15-20年	20年以 上
医疗期月 数	3	6	6	9	12	18	24
累积病休 时间计算	6	12	12	15	18	24	30

【思考1】医疗期内劳动合同到期如何处理？

劳动合同法第45条：劳动合同期满，有本法第42条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

劳部发〔1995〕309号第34条：除劳动法第25条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。

【思考2】如何理解“相应的情形消失”？

劳办函〔1996〕40号

一、职工临近劳动合同期满才发病，累计医疗期未滿而劳动合同期已滿，不需停工休息治疗者

只要合同期满，便可终止劳动合同

需停工休息治疗的

- 原则：劳动合同的期限应自动延续至医疗期期满为止
- 例外：在医疗期内医疗终结的，医疗终结之日即可终止劳动合同；对鉴定为完全丧失劳动能力的，可办理退休、退职

（3）不能从事原工作和另行安排的工作

- 不能从事原工作：缺乏或丧失从事原工作的能力
- 也不能从事另行安排的工作：缺乏或丧失从事“新”工作的能力

【注意】资方应当安排其力所能及的工作，而非变相提高工作岗位。

实务中用人单位在合法解雇前必须履行“另行安排工作”的义务。

老师认为，这是解雇保护的“最后手段原则”体现。

二、不能胜任工作的预期解除——第40条第2项

劳动合同法第40条第2项（二）

劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

关键绩效指标（KPI，Key Performance Indicator）是通过对组织内部流程的输入端、输出端的关键参数进行设置、取样、计算、分析，衡量流程绩效的一种目标式量化管理指标，是把企业的战略目标分解为可操作的工作目标的工具，是企业绩效管理的基础。

OKR（Objectives and Key Results）即目标与关键成果法，是一套明确和跟踪目标及其完成情况

情况的管理工具和方法，由英特尔公司创始人安迪·葛洛夫（Andy Grove）发明。并由约翰·道尔（John Doerr）引入到谷歌使用，1999年OKR在谷歌发扬光大，在Facebook、LinkedIn等企业广泛使用。2014年，OKR传入中国。2015年后，百度、华为、字节跳动等企业都逐渐使用和推广OKR。

凯原法学院2021年度科研考核表 【公示版】20211222

A	B	C	D	E	F	G
	论文（著作）题目	刊物（出版社）	年卷期页 （出版年日期）	类目	字数 （万）	计 分
庄加园	动产担保物权的默示延伸	法学研究	2021, 43 (02): 35-54	一线论文B1	3.2	240
朱军						

指导案例18号：中兴通讯（杭州）有限责任公司诉王鹏劳动合同纠纷案

基本案情

2005年7月，被告王鹏进入原告中兴通讯（杭州）有限责任公司（以下简称中兴通讯）工作，劳动合同约定王鹏从事销售工作，基本工资每月3840元。该公司的《员工绩效管理办法》规定：员工半年、年度绩效考核分别为S、A、C1、C2四个等级，分别代表优秀、良好、价值观不符、业绩待改进；S、A、C（C1、C2）等级的比例分别为20%、70%、10%；不胜任工作原则上考核为C2。王鹏原在该公司分销科从事销售工作，2009年1月后因分销科解散等原因，转岗至华东区从事销售工作。2008年下半年、2009年上半年及2010年下半年，王鹏的考核结果均为C2。中兴通讯认为，王鹏不能胜任工作，经转岗后，仍不能胜任工作，故在支付了部分经济补偿金的情况下解除了劳动合同。2011年7月27日，王鹏提起劳动仲裁。同年10月8日，仲裁委作出裁决：中兴通讯支付王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额36596.28元。中兴通讯认为其不存在违法解除劳动合同的行为，故于同年11月1日诉至法院，请求判令不予支付解除劳动合同赔偿金余额。

裁判结果

浙江省杭州市滨江区人民法院于2011年12月6日作出（2011）杭滨民初字第885号民事判决：原告中兴通讯（杭州）有限责任公司于本判决生效之日起十五日内一次性支付被告王鹏违法解除劳动合同的赔偿金余额36596.28元。宣判后，双方均未上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为：为了保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》对用人单位单方解除劳动合同的条件进行了明确限定。原告中兴通讯以被告王鹏不胜任工作，经转岗后仍不胜任工作为由，解除劳动合同，对此应负举证责任。根据《员工绩效管理办法》的规定，“C（C1、C2）考核等级的比例为10%”，虽然王鹏曾经考核结果为C2，但是C2等级并不完全等同于“不能胜任工作”，中兴通讯仅凭该限定考核等级比例的考核结果，不能证明劳动者不能胜任工作，不符合据此单方解除劳动合同的法定条件。虽然2009年1月王鹏从分销科转岗，但是转岗前后均从事销售工作，并存在分销科解散导致王鹏转岗这一根本原因，故不能证明王鹏系因不能胜任工作而转岗。因此，中兴通讯主张王鹏不胜任工作，经转岗后仍然不胜任工作的依据不足，存在违法解除劳动合同的情形，应当依法向王鹏支付经济补偿标准二倍的赔偿金。

这个案子没有几乎没有任何指导意义，唯一的作用是宣传价值观。当然，这也是值得肯定的。

（一）不能胜任工作解除的要件

资方须对以下三点事实证明：

1. 劳动者不能胜任工作
2. 经过培训或者调整工作岗位

老师认为，这是解雇保护的“最后手段原则”体现。

3. 仍不能胜任工作

1. 劳动者不能胜任工作

【思考】不能胜任工作包括的类型？消极怠工属于“不能胜任”吗？换言之，“能为而不为”可以被第40条第2项涵盖吗？

该项仅适用于非因劳工过错的解雇。有能力而有意消极怠工,应根据第39条第2项和第3项按基于劳方过错行为解雇来处理。

不能胜任工作的评判标准：不能采纳客观的一般标准的深层次原因是劳动给付不是结果之债，从属性劳动。

- 结果之债的标准
- 合同约定的标准
- 中等品质

2. 经过培训或者调整工作岗位

对职员的工作能力进行有针对性的培训

或结合职员的工作能力将其调整到力所能及的工作岗位

老师认为，这是解雇保护的“最后手段原则”体现

3. 仍不能胜任工作

经过培训仍不能胜任原（约定的）工作岗位

或不能胜任新（调整的）工作岗位

三、客观情况重大变化的预期解除——第40条第3项

（一）客观情况重大变化之预期解除的检讨

1. 情事变更原则于劳动法适用的检讨

情势变更的问题在劳动法中现在非常重要。《劳动合同法》第41条现在在实践中是会被规避的，因为达到一定人员规模就会被要求审批。但是，第41条第3项就没有。

劳动合同法 第40条【无过失性辞退】

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（三）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。

◆ 民法典 第533条

◆ 第1款 合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。

◆ 第2款 人民法院或者仲裁机构应当结合案件实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

第40条从文义上面看好像和民法典的情事变更原则是很类似的，于是很多民法的学者认为可以将情势变更原则运用在劳动法中。但是，这样的适用是需要受到检讨的。

【疑】劳动合同法第40条第3项的客观情况发生重大变化＝民法的情势变更？



解读第40条第3项为劳动法的情事变更原则不妥。¹⁹

首先，有不当过分限制用人单位的解除权之嫌。

民法中“情势变更”原则的适用：慎之又慎。即使是09年经济危机之时，对情势变更原则的适用都非常保守，需要报批。这是因为我国强调的是合同严守原则。

《关于正确适用合同法解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法〔2009〕165号）对于合同法解释（二）第26条“各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应提请最高人民法院审核。

劳动法中“情势变更”原则的适用：

有观点认为，出于倾斜保护劳工，应当更加严格适用。也有人对此表示质疑，民法已排除不可抗力 and 所有商业风险于适用之外，如果适用于劳动法更加严格，那么究竟要遇到何种极端的情况，才能允许用人单位解除劳动合同？——王倩，第179页

仲裁和法院适用劳动合同法第40条第3项“宽松”

王倩学者按照事由数量对2016年北京司法实践梳理：

¹⁹ 详见王倩：《论基于客观情况发生重大变化的解雇》，载《法学》2019年第7期。

全部或部分停止生产经营89

公司并购重组解散19

组织结构变化导致撤销部门或岗位18 ➡ 注

意：有1 / 2案件被否定

政策变化15

经营方式调整或转产8

科技进步7

经营困难7

搬迁5

外包5

王倩学者按照事由数量对2016年上海司法实践梳理：

完全或部分停止生产经营60

搬迁24

组织结构变化导致撤销部门或岗位24 ➡ 注

意：有1 / 3案件被否定

业务萎缩15

经营困难9

外包3

并购重组3

政策变化1

经营方式调整1

2016年北京司法实践梳理

全部或部分停止生产经营
89

公司并购重组解散 19

组织结构变化导致撤销部
门或岗位 18

◆ 注意：有1/2案件被否定

经营方式调整或转产 8

◆ 外包 5

经营困难 7

搬迁 5

政策变化 15——外部原因

科技进步 7——外部原因

◆ 2016年上海司法实践梳理

◆ 全部或部分停止生产经营
60

◆ 公司并购重组 3

◆ 组织结构变化导致撤销部
门或岗位 24

◆ 注意：有1/3案件被否定

◆ 经营方式调整 1

◆ 外包 3

◆ 经营困难 9

◆ 搬迁 24

◆ 业务萎缩 15

◆ 政策变化 1——外部原因

生产经营停止、公司并购重组、组织结构变化导致部门裁撤、岗位裁撤、经营方式调整转换和经营困难这 5 大理由，都可以被归类为公司内部的原因。

而经营困难、搬迁、政策变化、科技进步，前两个既可以算作内部，也可以算作外部；后两个肯定是外部原因。

客观情况发生重大变化的解除

情事变更适用于劳动法的检讨

其次，情事变更原则的适用要件和行权方式与第40条第3项不合

- ◆ 当事人缔约时不可预见与劳资双方可能预见相悖
 - ◆ 资方：将来生产经营中可能发生的转产、停产、重大技术革新、搬迁等情形
 - ◆ 劳方：劳动者的健康状况、工作能力等变化
- ◆ 变更或解除的形成诉权“模式”与资方的预期解除权冲突
 - ◆ 劳资先行协商变更劳动合同的内容
 - ◆ 未果后资方单方预告解除劳动合同



其次，情事变更原则的适用要件和行权方式与第40条第3项不合

当事人缔约时不可预见与劳资双方可能预见相悖

- 资方：将来生产经营中可能发生的转产、停产、重大技术革新、搬迁等情形
- 劳方：劳动者的健康状况、工作能力等变化变更或解除的形成诉权“模式”

与资方的预期解除权冲突

- 劳资先行协商变更劳动合同的内容
- 未果后资方单方预告解除劳动合同

情势变更意味着面对的情况是双方当事人都无法预见的，而 40 条第3项很多是可以被预见的。

情势变更原则的行使依赖的是形成权，需要提起诉讼，而资方的与其解除只需要协商未果。

最后，我国民法学界就情事变更原则尚存诸多争议，对劳动法的学理支撑力不从心

他山之石：德国民法典基本排除情势变更原则适用于劳动法

德国民法典第313条针对情势变更原则的特殊规定，于第3款第2句明定，对于继续性合同，以终止

- Kündigung ➡ 针对持续性合同关系，替代解除
- Rücktritt ➡ 针对一次性合同关系

极端例外：情势变更原则适用于劳动法

德国劳动法的解雇体系

- 即时解雇：适用《德国民法典》第626条
- 预期解雇：适用《解雇保护法》第1条
- 变更解雇：适用《解雇保护法》第2条

德国民法典的第313条明确地指出，要以终止代替情势变更原则。所以德国劳动法的解雇体系要么是即时解雇，要么是预期解雇，要么是变更解雇。

德国民法典的第626条所讲的重大事由和我国的第39条很类似。客观情况的重大变化很多都是企业的经营原因，德国就有一个专门基于经营原因的预期结果。

变更解雇是一个很特殊的制度。

2. 情事变更原则于劳动合同特点的检讨

（1）会导致单方解除持续性劳动关系异常困难

严格适用情事变更于劳动合同，会导致解除劳动合同极其困难甚或不可能的后果 ➡ 永不可结束的持续性结合关系 ➡ 过分限制合同本身欲实现的根本价值——自我决定。

民法典第563条第2款

以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

【思考】固然情事变更原则适用于劳动法不妥，但是否意味着宽泛认定“客观情况发生重大变化”？

劳动关系的特征：持续性和生存依赖性 ➡ 应保护劳工对合同关系的安定性利益，因为劳动合同通常构成其生存基础，故对解约自由进行必要的限制。

第40条（三）

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。

核心问题：如何具体适用客观情况发生重大变化的预期解除，以平衡劳资利益？

- 资方：用工自主权益
- 劳方：劳动关系存续

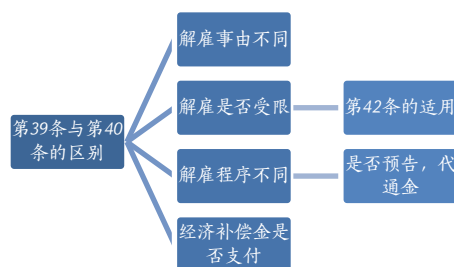
（二）客观情况重大变化之预期解除的具体适用

劳动合同法 第40条	劳动合同法 第40条
（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的； （二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；	（三）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。 ◆ 注意：体系解释第3项更侧重于源自资方领域的解雇情况变化！

对比1、2项来看，第3项更强调的是客观情况。首先的问题于是就是怎么认定客观情况的重大变化。

1. 认定发生重大变化的客观情况

2. 认定协商变更劳动合同未果



第40条肯定是要受到限制的，而第39条的严重违纪是不受限的。第40条需要提供预期，要支付经济补偿金。

四、经济性裁员（形同具文）——第41条

（一）概述

1. 经济性裁员

概念：因生产经营状况发生变化而出现劳动力过剩，进而批量（集体）辞退员工，实为无过失性辞退的一种特殊形式。

2. 经济性裁员的利益格局

资方 → 经营自主权（生产、用人自主）

劳工 → 稳定劳动关系

涉及众多劳工，社会影响大，影响劳动政策，所以程序和条件多有限制。

3. 立法框架

经济性裁员的立法框架

- 劳动法第27条
- 劳办发[1994]289号第27条
- 劳部发[1995]309号第25条
- 企业经济性裁减人员规定1995劳部发[1994]447号
- 劳动合同法第41条
- 人力资源社会保障部关于《企业裁减人员规定（征求意见稿）》公开征求意见的通知
2014年12月31日

劳动法第27条

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**，确需裁减人员的，应当提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动行政部门报告后，可以裁减人员。用人单位依据本条规定裁减人员，在六个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。

劳动合同法第41条

有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

- （一）依照企业破产法规定进行重整的；
- （二）生产经营发生严重困难的；
- （三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- （四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- （一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- （二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- （三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照本条第一款规定裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

劳动合同法第41条第1款

有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

（一）依照企业破产法规定进行重整的；

（二）生产经营发生严重困难的；

（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

（二）实体要件

1. 法定情形I

依照企业破产法规定进行重整——第41条第1款第1项

三种重整的情形：企业破产法第2条

- 企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务
- 企业法人不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力
- 企业法人不能清偿到期债务，并且有明显丧失清偿能力可能

2. 法定情形II

生产经营发生严重困难——第41条第1款第2项

难以为继，不得不裁员——资方负担举证责任

“生产经营状况发生严重困难”可以根据地方政府规定的困难企业标准来界定——劳办发

[1994] 289号第27条第2句

3. 法定情形III

企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的——第41条第1款第3项

➡ 对资方的限制。调整并不必然导致裁员，出于社会保护课以资方以变更合同方式来转岗的义务。

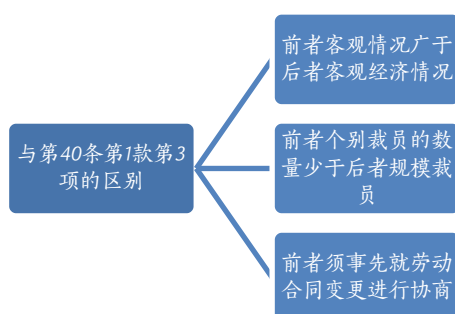
4. 法定情形IV

其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况

发生重大变化，致使劳动合同无法履行的——第41条第4项，兜底条款

客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行

【注意】要谨慎适用，严格解释，与第40条第1款第3项同。



(三) 程序要件

经济性裁员的程序要件的法律框架：

- 劳动合同法第41条第1款
- 劳动法第27条
- 企业经济性裁减人员规定（劳部发〔1994〕447号第4条）
- 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）第25条

1. 说明情况

提前30日向工会或者全体职工（未建立工会的情况）说明情况，主要指提供生产经营状况的资料。

注意：根据“条文说明”（劳办发〔1994〕289号）第27条第3句“报告”仅指说明情况，没有批准的含义。

2. 听取意见

将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见并对方案进行修改和完善

3. 报告劳动行政部门

向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见，并听取劳动行政部门的意见。

【注意】非审批，只是报备，让行政部门及时了解劳动力市场可能发生的变动，以作社会政策上的应对。

实务现实：已经“异化”为“审批” ➡ 劳动行政部门可能拒绝出具任何回执。

4. 公布裁减人员方案

劳部发〔1995〕309号第25条第5项

用人单位正式公布裁减人员方案与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照有关规定向被裁减人员本人支付经济补偿金，出具裁减人员证明书。

（四）经济性裁员的社会保护原则

1. 裁减人员时，应当优先留用下列人员——第41条第2款

（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的

- (二) 与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- (三) 家庭无其他就业人员，有需要抚养的老人或者未成年人的

2. 优先招用被裁减的人员——第41条第3款

在6个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

资方几乎是不会适用第41条的，一般都是通过第40条“各个击破”，一对一地进行解雇。

五、工会在资方预期解除中的监督作用——第43条

劳动法第30条

用人单位解除劳动合同，工会认为不适当的，有权提出意见。如果用人单位违反法律、法规或者劳动合同，工会有权要求重新处理；劳动者申请仲裁或者提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。

劳动合同法第43条

用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

工会在资方预期解雇中的监督作用规定得还算全面，无论是预期解雇还是即时解雇。

从《劳动合同法》的变化可以看出，工会的地位是变得更重要了。用人单位在单方解除劳动合同之前，是要将解雇事由告知工会的。从动机来看，劳动合同法是想加强工会的集体自治。

(一) 劳动合同法第43条、劳动法第30条、工会法第21条第2款

1. 工会的知情权

用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会

根据第39至41条单方解雇的必经程序，资方未事先告知工是否会导致解雇无效？法律并没有做出消极的后果规定。

2. 工会的纠正权

用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。

“法律、法规”：与解除劳动合同有关的现行法律、法规——劳办发〔1994〕289号第30条
用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

对于工会是否接受，是否要由工会做出反馈，法律也没有进行消极的后果规定。

最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）（法释〔2020〕26号）第47条

建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

原文照搬原解释（四）第12条。最高院竟然在第47条指出，如果当时没有按照规定告知，只要起诉前补正有关程序即可。这条问题非常大。《劳动法》本身就没有规定不事先告知的后果，最高院出台的这解释无疑是雪上加霜。第40条的初衷是让工会事先介入，结果却被架空了。

第七讲 劳动合同关系结束后劳资双方的权利义务

一、概述

（一）劳资双方的“后合同”义务

注意：这一说法其实欠妥，与合同并无太大关联，而是基于诚信原则负有普遍的维护对方利益的谨慎注意义务。

这种义务的存在是为了维护给付效果，协助对方处理劳动合同终了的善后事务，内容丰富，包括作为和不作为两种形态。

（二）后合同义务的请求权基础

1. 绝对权请求权

（1）保密义务

法律规定：

劳动合同法第50条第1款

出具解除或者终止劳动合同的证明，办理档案和社会保险关系转移手续

（2）诚实信用原则

民法典第558条

债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。

二、用人单位的“后合同”义务

（一）作为义务

1. 出具解除证明

LCL第50条第1款前半句

用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明。

劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知

劳部发〔1996〕354号第15条

用人单位应当出具终止、解除劳动合同证明书，作为该劳动者按规定享受失业保险待遇和失业登记、求职登记的凭证。

证明书应写明劳动合同期限、终止或解除的日期、所担任的工作。如果劳动者要求，用人单位可在证明中客观地说明解除劳动合同的原因。

实务提醒：要避免招用尚未结束劳动关系的员工，防止根据LCL第91条承担连带责任。

劳部发〔1996〕354号第17条

用人单位招用职工时应查验终止、解除劳动合同证明，以及其他能证明该职工与任何用人单位不存在劳动关系的凭证，方可与其签订劳动合同。

2. 办理转移手续

LCL第50条第1款后半句：办理档案转移手续

企业职工档案管理工作规定第18条：办理社会保险关系转移手续

时间限制：用人单位应当在解除或者终止劳动合同15日内

3. 支付经济补偿

第50条 第2款 第2句

用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

重要意义：确定了支付经济补偿金的时间。

4. 保存合同文本义务

第50条 第3款

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查

意义：发挥证据功能，有利于事后监督和争议处理

(二) 不作为义务

不得扣押物品

暗含于第84条第3款，与第9条的先合同义务前后呼应

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

(三) 用人单位违反后合同义务的法律后果

第84条 第3款

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

处罚措施：第84条第2款

由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款。

给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

三、劳动者的“后合同”义务

（一）工作交接

第50条第2款第1句

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。

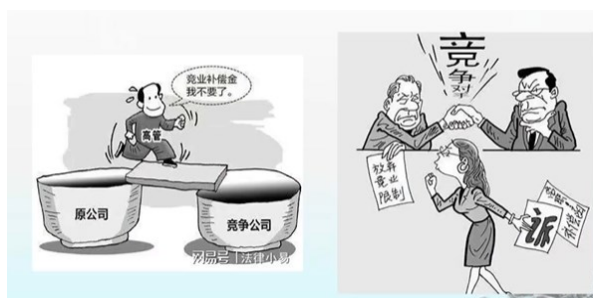
注意——即使无约定，也基于绝对权请求权（Anspruch aus absoluten Rechten）和诚信原则负担此义务。

- 返还公司的物品（如工具、公司车辆）
- 资料的交接

（二）离职竞业限制







1. 隐藏的法律定义：劳动合同法第24条第2款

“离” → 离职之后，在解除或者终止劳动合同后

“竞” → 竞争性质

- “他营竞业”：劳方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
- “自营竞业”：或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务

“业” → 职业行为

2. 冲突的利益格局

- 资方：合法的商业利益
阻止离职劳方从事竞争性职业行为给其造成不利的经济后果
- 劳方：职业自由基本权
充分利用自己的知识经验谋求职业发展
- 社会自由公平竞争
对原雇主的过度保护会造成垄断而影响资方之间竞争
- 人才自由流动
有碍劳工自由施展才能而降低劳动力市场的配置效能
危害社会大众获得技术成熟劳工提供服务的一般利益

最高院《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》
(法发〔2009〕41号)

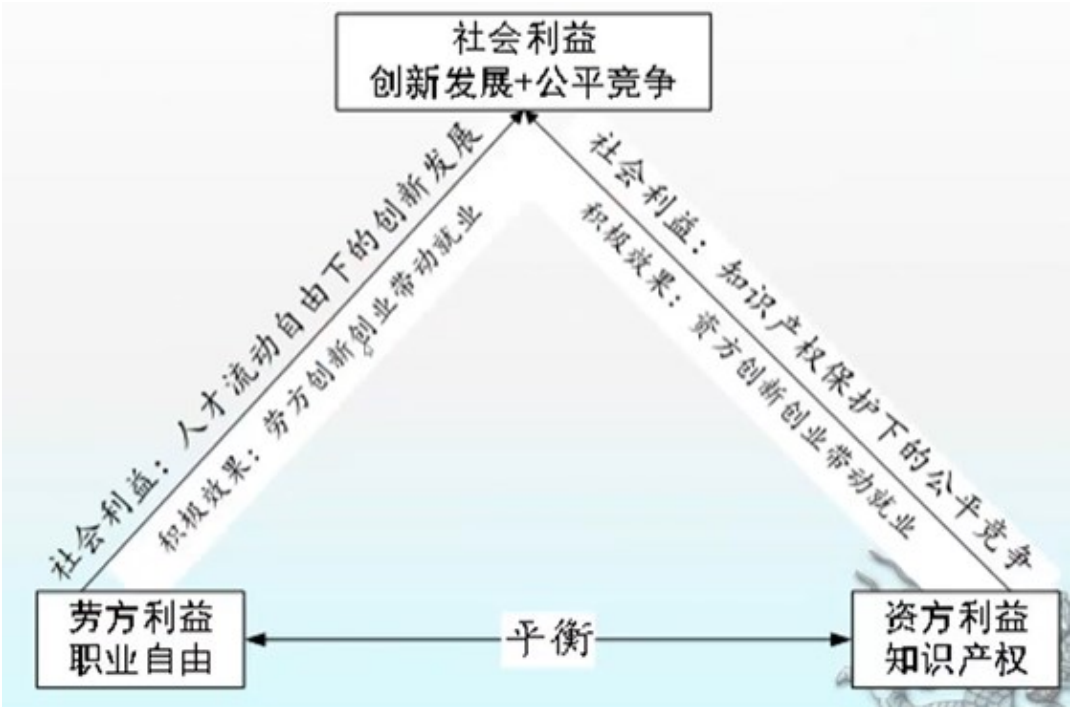
在审理竞业限制纠纷案件时，要充分考虑到我国经济和科技发展的实际水平，坚持以社会公共利益为基点，既要维护社会主义市场经济的公平竞争秩序，又要注意平衡市场主体的利益关系。

基点：社会主义市场经济的公平竞争秩序

离职竞业限制协议：平衡市场主体的利益关系

劳方：既要防止因不适当扩大竞业限制的范围而妨碍劳动者的择业自由，

资方：又要保护用人单位的商业秘密等合法权益，最大限度地实现设立竞业限制制度的立法本意和目的——禁止通过侵害维持同行之竞争优势信息“不正当竞争，禁止“搭便车”，“不劳而获”。



在职竞业限制义务、在职保密义务	源于诚信原则须遵守的劳动合同存续期间的附随义务
	无须明确约定
	无须支付经济补偿——未限制职业自由权
离职保密义务	例外情况下须遵守的劳动合同结束之后的附随义务
	无须明确约定
	无须经济补偿——未限制职业自由权，有新的收入
离职竞业限制义务	必须明确约定的义务——无法从诚信原则和结束的劳动合同推导出
	必须支付经济补偿的义务——限制职业自由权

指导案例190号：王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案

裁判要点

人民法院在审理竞业限制纠纷案件时，审查劳动者自营或者新入职单位与原用人单位是否形成竞争关系，不应仅从依法登记的经营范围是否重合进行认定，还应当结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面是否重合进行综合判断。劳动者提供证据证明自营或者新入职单位与原用人单位的实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等不相同，主张不存在竞争关系的，人民法院应予支持。

基本案情

王山于2018年7月2日进入万得信息技术股份有限公司（以下简称万得公司）工作，双方签订了期限为2018年7月2日至2021年8月31日的劳动合同，约定王山就职智能数据分析工作岗位，月基本工资4500元、岗位津贴15500元，合计20000元。

2019年7月23日，王山、万得公司又签订《竞业限制协议》，对竞业行为、竞业限制期限、竞业限制补偿金等内容进行了约定。2020年7月27日，王山填写《辞职申请表》，以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020年8月5日，万得公司向王山发出《关于竞业限制的提醒函》，载明“……您（即王山）从离职之日2020年7月27日起须承担竞业限制义务，不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金，请您在收到竞业限制补偿金的10日内，提供新单位签订的劳动合同及社保记录，若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务，请于10日内予以改正，继续违反竞业协议约定的，则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金，违约金标准为20万元以上，并应将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……”。

2020年10月12日，万得公司向王山发出《法务函》，再次要求王山履行竞业限制义务。另查明，万得公司的经营范围包括：计算机软硬件的开发、销售，计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。

王山于2020年8月6日加入上海哔哩哔哩科技有限公司（以下简称哔哩哔哩公司），按照营业执照记载，该公司经营范围包括：信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

王山、万得公司一致确认：王山竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日；万得公司已支付王山2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6796.92元。

2020年11月13日，万得公司向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求王山：1. 按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务；2. 返还2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6796元；3. 支付竞业限制违约金200万元。2021年2月25日，仲裁委员会作出裁决：王山按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务，

王山返还万得公司2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6796元，王山支付万得公司竞业限制违约金200万元。王山不服仲裁裁决，诉至法院。

裁判结果

上海市浦东新区人民法院于2021年6月29日作出（2021）沪0115民初35993号民事判决：一、王山与万得公司继续履行竞业限制义务；二、王山于本判决生效之日起十日内返还万得公司2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6796元；三、王山于本判决生效之日起十日内支付万得公司违反竞业限制违约金240000元。王山不服一审判决，提起上诉。上海市第一中级人民法院于2022年1月26日作出（2021）沪01民终12282号民事判决：一、维持上海市浦东新区人民法院（2021）沪0115民初35993号民事判决第一项；二、撤销上海市浦东新区人民法院（2021）沪0115民初35993号民事判决第二项、第三项；三、上诉人王山无需向被上诉人万得公司返还2020年7月28日至2020年9月27日竞业限制补偿金6796元；四、上诉人王山无需向被上诉人万得公司支付违反竞业限制违约金200万元。

裁判理由

法院生效裁判认为：关于王山是否违反了竞业限制协议的问题。所谓竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者，于离职后在约定的期限内，不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及业务，不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利，从而抢占了原用人单位的市场份额，给原用人单位造成损失。所以考量劳动者是否违反竞业限制协议，最为核心的是应评判原用人单位与劳动者自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。

需要说明的是，正是因为竞业限制制度在保护用人单位权益的同时对劳动者的就业权利有一定的限制，所以在审查劳动者是否违反了竞业限制义务时，应当全面客观地审查劳动者自营或入职公司与原用人单位之间是否形成竞争关系。一方面考虑到实践中往往存在企业登记经营事项和实际经营事项不相一致的情形，另一方面考虑到经营范围登记类别是工商部门划分的大类，所以这种竞争关系的审查，不应拘泥于营业执照登记的营业范围，否则对劳动者抑或对用人单位都可能造成不公平。故在具体案件中，还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，以还原事实之真相，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。

本案中，万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。而哔哩哔哩公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。对比两家公司的经营范围，确实存在一定的重合。但互联网企业往往在注册登记时，经营范围都包含了软硬件开发、技术咨询、技术转让、技术服务。若仅以此为据，显然会对互联网就业人员尤其是软件工程师再就业造成极大障碍，对社会

人力资源造成极大的浪费，也有悖于竞业限制制度的立法本意。故在判断是否构成竞争关系时，还应当结合公司实际经营内容及受众等因素加以综合评判。

本案中，王山举证证明万得公司在其Wind金融手机终端上宣称Wind金融终端是数十万金融专业人士的选择、最佳的中国金融业生产工具和平台。而万得公司的官网亦介绍，“万得公司（下称Wind）是中国大陆领先的金融数据、信息和软件服务企业，在国内金融信息服务行业处于领先地位，是众多证券公司、基金管理公司、保险公司、银行、投资公司、媒体等机构不可或缺的重要合作伙伴，在国际市场中，Wind同样受到了众多中国证监会批准的合格境外机构投资者的青睐。此外，知名的金融学术研究机构 and 权威的监管机构同样是Wind的客户；权威的中英文媒体、研究报告、学术论文也经常引用Wind提供的数据……”由此可见，万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构。而反观哔哩哔哩公司，众所周知其主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络空间供用户上传视频、进行交流。其受众更广，尤其年轻人对其青睐有加。两者对比，不论是经营模式、对应市场还是受众，都存在显著差别。即使普通百姓，也能轻易判断两者之差异。虽然哔哩哔哩公司还涉猎游戏、音乐、影视等领域，但尚无证据显示其与万得公司经营的金融信息服务存在重合之处。在此前提下，万得公司仅以双方所登记的经营范围存在重合即主张两家企业形成竞争关系，尚未完成其举证义务。且万得公司在竞业限制协议中所附录的重点限制企业均为金融信息行业，足以表明万得公司自己也认为其主要的竞争对手应为金融信息服务企业。故一审法院仅以万得公司与哔哩哔哩公司的经营范围存在重合，即认定王山入职哔哩哔哩公司违反了竞业限制协议的约定，继而判决王山返还竞业限制补偿金并支付违反竞业限制违约金，有欠妥当。

关于王山是否应当继续履行竞业限制协议的问题。王山与万得公司签订的竞业限制协议不存在违反法律法规强制性规定的内容，故该协议合法有效，对双方均有约束力。因协议中约定双方竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日，目前尚在竞业限制期限内。故一审法院判决双方继续履行竞业限制协议，并无不当。王山主张无需继续履行竞业限制协议，没有法律依据。需要强调的是，根据双方的竞业限制协议，王山应当按时向万得公司报备工作情况，以供万得公司判断其是否违反了竞业限制协议。本案即是因为王山不履行报备义务导致万得公司产生合理怀疑，进而产生了纠纷。王山在今后履行竞业限制协议时，应恪守约定义务，诚信履行协议。

老师点评：劳动法领域的竞业限制制度正是通过保护商业秘密和与知识产权相关的保密事项，与反不正当竞争法协力维护市场公平竞争秩序和优化营商环境的重要抓手。近些年来，竞业限制纠纷呈现出缔约强势的用人单位不当泛化滥用该制度的趋势。本指导性案例揭开登记经营范围的面纱，实质认定两家互联网企业不存在竞争关系，进而正确判定离职劳动者没有违反竞业限制约定。本案通过平衡劳资利益贯彻社会公共利益的宗旨，力图从源头上使离职竞

业限制重归正轨，以实现其应有的制度功能无疑具有深远的指导意义。

附录：答疑解惑

下面几个问题都和劳动关系有关：

1. 目前中国在受雇人与具有用工主体资格的违法转包、分包的用工单位之间，否定“个别劳动法意义”的劳动关系，承认“社保法工伤意义”的受雇关系是一种“事实劳动关系”吗？

不可一概而论。

无书面合同的劳动关系

异于>劳动关系的社保工伤关系

之前的课上学习违法转包、分包的时候提及，要求有用工主体资格的单位承担工伤保险责任，但是最高院的解释也指出，并未建立劳动关系。此处的劳动关系指的只是不能建立个体劳动法意义上的劳动关系，然而，劳动者的概念并不拘泥于个体劳动法，可以按照各个部门法的立法宗旨有其独特的主体适用范围。劳动关系、劳动者的称谓虽然可以继续使用，但是不能一概而论。

一方面，此处可能构成事实劳动关系。事实劳动关系就是绝对没有书面形式的一种劳动关系。另一方面，也可能是和个体劳动法的劳动关系不同的一种社保工伤关系。此种关系一般是比个体劳动法的范围广泛的，是由社会保障法和工伤法所决定的。

对于劳动关系，经过层层转包分包后，最初的发包商可能的确完全不知情。在我国，不注册为个体工商户的又不能建立劳动关系，此时自然人包工头招用的人员如果寻溯上级主体希望认定劳动关系，肯定会被否定的。

对于社保工伤关系，在双方甚至未能达成合意的情况下，也能认定吗？这一问题值得深思。此种情况下，老师认为不存在社保工伤关系，只不过是出于政策上的考量，要求违法发包分包的主体承担后续的责任而已。

2. “国家机关、事业单位、社会团体和与其建关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。” 如何理解“依照”？

劳动合同法第96条【事业单位聘用制劳动合同的法律适用】

事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

我国法律是根据主体的范围来确定劳动关系的范围的。对于题干中的“国家机关、事业单位…依照执行”的理解需结合《劳动合同法》第96条来理解。该条是专门针对事业单位的规定，其中也出现了两个“依照”。

此时出现的问题是：这两个“依照”意思是否相同？和题干中的“依照”又有何异同？

对于题干中提及的条款，之前上课的时候已经提及，只要订立了劳动合同+符合从属性标准，建立了劳动关系，其实就不存在所谓的“依照”、“参照”，可以直接适用劳动法。第96条之所以要专门对事业单位做出规定，对应的是事业单位中的人事关系，例如大学教师。《劳动法》中的“依照”或无意义，《劳动合同法》中的“依照”还是有其意义的——

事业单位人事管理条例 (国务院令 第652号) 2014

第十二条 事业单位与工作人员订立的聘用合同，期限一般不低于3年。

第十三条 初次就业的工作人员与事业单位订立的聘用合同期限3年以上的，试用期为12个月。

劳动合同法第十九条 【试用期】

第1款 劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

此处，“依照”的意义体现在了对试用期的约定上——《劳动合同法》第19条根据固定期限的年限不同规定了相应可以约定的试用期，《事业单位人事管理条例》对初次就业的工作人员签订的合同也规定了试用期，但是，两者的试用期长度不同，另外，限定条件也不同。后者做出了“初次用工”的限定，存在一定的解释空间，例如：在不同的事业单位之间转换工作是否纳入？

总之，我国法律对于“依照”的适用略显随意，其实在《劳动法》中完全可以直接规定“适用本法”。

3. 勤工助学和勤工俭学在劳动法意义上是同一法律概念吗？

劳部发〔1995〕309号

第12条 在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

高等学校学生勤工助学管理办法（教财〔2018〕12号）2018.08.20

第4条 本办法所称勤工助学活动是指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实践活动。

第6条 勤工助学活动由学校统一组织和管理。学生私自在校外打工的行为，不在本办法规定之列。

这问题来自我国劳动用工的特殊情况，核心就是对劳动关系的认定。

根据劳动部的发文，勤工俭学已经有了明确的法律定义，主要是学校组织的。例如，在学校图书馆值班的同学肯定符合勤工俭学的定义。但最普遍的其实是第6条，例如自己找的律所实习。

勤工俭学的确不符合劳动关系的定义，一方面没有建立劳动关系的合意，另一方面具有一定的公益色彩，目的是改善贫困孩子的生活条件。

全国中小学勤工俭学暂行工作条例国发〔1983〕25号

第2条 勤工俭学的主要任务是：

1. 通过劳动实践对学生进行思想政治教育，培养学生热爱劳动、热爱劳动人民、热爱科学、爱护公共财物、有理想、讲文明、懂礼貌、守纪律、艰苦奋斗的道德品质。
2. 理论联系实际，结合教学开展一些科学实验、科学种田活动，培养学生运用理论知识解决实际问题的能力，并使学生学到一定的生产知识和劳动技能。
3. 搞好生产，创造物质财富，为改善办学条件和师生福利提供一定的条件。

第3条 要从实际出发，因地制宜地积极开展多种形式的勤工俭学活动，要坚持社会主义方向和自力更生、艰苦创业的精神，根据当地的自然条件和学校的可能，宜工则工、宜农则农（含林、牧、副、渔），为教学和科研服务，为生产服务，为人民生活服务，有条件的也要为外贸出口服务。

上面这个1983年的通知今天仍旧是有效的。老师小时候有劳技课，学习的是篆刻手工制作等，

课程内容和劳动关系的确不吻合，只能算是广义上的劳动。

第5条

校办工厂、农场独立实行经济核算，自负盈亏。要加强经营管理，有计划地生产，建立健全各项管理制度，积极提高经济效益。

各级教育部门和财政部门，要根据教育部、财政部1982年7月3日发布的《全国中小学勤工俭学财务管理暂行办法》，加强对勤工俭学财务工作的领导和监督。

以前的洪山小学有校办工厂，类似小作坊，校长兼任厂长，部分老师也会在其中进行工作。

全国中小学勤工俭学暂行工作条例国发〔1983〕25号 第二章 生产劳动

第6条 要按照中、小学教学计划的规定，组织学生参加生产劳动或公益劳动。要正确处理教育与生产劳动的关系，使生产劳动与政治思想教育生产劳动与教育学结合起。不得随意增减教学和劳动时间，防止学生不参加劳动或参加劳动过多的偏向。

第7条 组织学生参加生产劳动，必须注意学生的年龄性别、健康状况和知识水平。要加强领导和管理，做好防护工作，保证学生安全。要教育学生严格遵守劳动纪律，服从指导，按操作规程进行操作。严禁组织学生参加有毒、有害和危险的生产作业，以及过重的劳动

教育和生产劳动是可能会产生冲突的，所以要处理好两者的平衡。

4. 兼职和大学生勤工助学又是同一法律概念吗？

高等学校学生勤工助学管理办法（教财〔2018〕12号）2018.08.20

第4条 本办法所称勤工助学活动是指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实践活动。

第6条 勤工助学活动由学校统一组织和管理。学生私自在校外打工的行为，不在本办法规定之列。

5. 兼职、勤工助学和（非就业）实习如果不是劳动关系，分别是什么法律关系呢？

兼职≠非全日制；

（非就业）实习：

目前来看，中国不会认定为个别劳动法的劳动关系！

对于兼职的最普遍的理解是非全日制职工，但学界也有不同的理解。例如，对于一个主要在从事业余爱好的歌手而言，ta可能签订了一份完整的劳动合同，此时，有部分学者会认为ta所从事的工作是兼职，主职是歌手。

从劳动关系角度来看，兼职能否直接与非全日制画上等号的确是有待商榷的。

德国几年前就已经注意到了实习生被普遍滥用的现象，因而出台了《实习生法》，规定在特定条件下可以承认劳动关系。在中国，除非是之前案例中即将毕业的实习生与公司签订的以就业为目的的合同，否则不会认定实习生和公司之间存在个别劳动关系。

但是，这不意味着不能成为集体劳动法意义上的劳动者——

工会法1950、1992、2009、2021

工会法1950

第一条 工会是工人阶级自愿结合的群众组织。凡在中国境内一切企业、机关和学校中以工资收入为其生活资料之全部或主要来源之体力与脑力的雇佣劳动者及无固定雇主的雇佣劳动者，均有组织工会之权。

工会法1992修正

第三条 在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。

以兼职为主要生活来源的，可以成为集体劳动法的劳动者。工会法经过多次修订，都保留了“以工资收入为主要生活来源”的规定。这对应的其实就是生存意义上的经济从属性，工会之所以采用这一标准，是为了扩大其主体适用范围。

1950年的工会法中规定的“无固定雇主的雇佣劳动者”甚至和自雇者非常类似，可见《工会法》覆盖面之广。

工会法2001修正

第三条 在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、

教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制。

工会法2009修正

第三条 在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制。

工会法2021

第三条 在中国境内的企业、事业单位、机关、社会组织（以下统称用人单位）中以工资收入为主要生活来源的劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。任何组织和个人不得阻挠和限制。

工会适应企业组织形式、职工队伍结构、劳动关系、**就业形态**等方面的发展变化，依法维护劳动者参加和组织工会的权利。

工会法最近的修订也十分值得称道，其中提及了要适应“就业形态”。如此一来，平台用工就可能可以被组织起来与平台进行谈判。