

# 保华月刊

*Baohua Monthly*

2021年1月刊  
Jan. 2021  
第48期  
NO. 48

- 案例调研：辞职是否必然导致员工工作年限中断？
- 陕西省高院发布《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》



总编：董保华  
责编：董润青、杨杰  
编辑：于海红



保華律師事務所

---

---

2 **劳动法新闻资讯**

Labor Law News

**劳动新规详解**

Close Look at New Labor Regulations

10 新法规：《陕西省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》

New Regulation: *Answers of Shanxi Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Labor Dispute Cases*

**热点追踪**

Hot Issues

26 案例调研：辞职是否必然导致员工工作年限中断？

Case Study: Whether the employee's resignation will definitely cut off the employee's years of service?

**老董杂谈**

Professor Dong By-Talk

32 公司并购中的新话题——劳动合同的承继

A new topic in company merger and Acquisition -- the inheritance of labor contract

# 新闻总结



## 一、2021 年一次性工伤补助金标准调整为 876680 元

来源：国家统计局

摘要：近日，国家统计局最新公布，2020 年全年全国城镇居民人均可支配收入 43834 元。根据《工伤保险条例》规定，职工因工死亡，其近亲属可以领取的一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍，故 2021 年的一次性工亡补助金标准调整为：43834 元×20=876680 元。

Abstract: The National Bureau of Statistics recently announced that the annual per capita disposable income of urban residents nationwide in 2020 was CNY 43,834. According to the *Regulation on Work-related Injury Insurance*, if an employee dies due to work, the amount of the one-time work-related death benefit that his relatives can receive is 20 times of the per capita disposable income of urban residents throughout the whole country in the previous year. Therefore, the standard of the one-time work-related death benefit in 2021 has been adjusted to CNY 43,834 × 20 = CNY 876,680.

根据国家统计局统计，全年全国居民人均可支配收入 32189 元，比上年名义增长 4.7%，扣除价格因素实际增长 2.1%，与经济增长基本同步。按常住地分，城镇居民人均可支配收入 43834 元，比上年名义增长 3.5%，扣除价格因素实际增长 1.2%；农村居民人均可支配收入 17131 元，比上年名义增长 6.9%，扣除价格因素实际增长 3.8%。城乡居民人均收入比值为 2.56，比上年缩小 0.08。全国居民人均可支配收入中位数 27540 元，比上年名义增长 3.8%。按全国居民五等份收入分组，低收入组人均可支配收入 7869 元，中间偏下收入组人均可支配收入 16443 元，中间收入组人均可支配收入 26249 元，中间偏上收入组人均可支配收入 41172 元，高收入组人均可支配收入 80294 元。

全年全国居民人均消费支出 21210 元，比上年名义下降 1.6%，扣除价格因素实际下降 4.0%。按常住地分，城镇居民人均消费支出 27007 元，名义下降 3.8%；农村居民人均消费支出 13713 元，名义增长 2.9%。

总的来看，2020 年国民经济运行稳定恢复，稳就业保民生成效显著，决战脱贫攻坚取得决定性胜利，“十三五”规划圆满收官，全面建成小康社会胜利在望。同时应看到，疫情变化和外部环境存在诸多不确定性，我国经济恢复基础尚不牢固。下一步，要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党的十九届五中全会和中央经济工作会议精神，坚持稳中求进工作总基调，立足新发展阶段，贯彻新发展理念，构建新发展格局，坚定不移深化改革开放创新，巩固拓展疫情防控和经济社会发展成果，扎实做好“六稳”工作、全面落实“六保”任务，科学精准实施宏观政策，努力保持经济运行在合理区间，确保“十四五”开好局、起好步。

## 二、多部门发文倡导职工群众就地过节

来源：新浪网

摘要：近日，人社部等七部门印发《关于做好 2021 年春运工作和加强春运疫情防控的意见》通知，于 1 月 21 日至 3 月底在全国范围内开展“迎新春送温暖、稳岗留工”专项行动，鼓励引导农民工等务工人员留在就业地安心过年，为重点企业和其他春节期间有用工需求的用人单位提供用工保障。

Abstract: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and other 6 departments issued the Notice on

*Implementing the Opinions on Spring Festival Travel in 2021 and Strengthening Epidemic Prevention and Control in Spring Festival Travel*, launching a nationwide "Stabilize and Retain Employees in the Resident for the New Year" campaign from January 21 to the end of March, encouraging and guiding migrant workers and other migrant workers to stay in employment for the Spring Festival, providing employment protection for key enterprises and other employers with labor guarantees during the Spring Festival.

就地过年不仅是“防疫之需”“安全之需”，更是提振社会经济发展“必要之举”。在当前国内疫情多点散发和局部聚集性疫情交织叠加的严峻形势下，“外防输入、内防反弹”是一项常态化防疫工作，容不得丝毫麻痹、任何疏漏。“就地过年”不仅可以控制人员大规模流动，是防控疫情的硬举措，也在一定程度上缓解年后企业“用工恐慌”，对年初经济产业发展有提振作用。

吾心安处便是吾乡，就地过年既要“留得下”又要“过得好”。各地在出台相关政令之前，应精准研判当地疫情形势，既不能掉以轻心，也不能简单化、任务式、一刀切。尤其对于群众就地过年涉及到市场供应、公共交通、商业运营、物流等方面予以保障，对农民工、大学生、留守儿童、空巢老人等特殊群体，需做好周密安排和紧急预案，尽最大可能确保就地过年的群众安心、舒心、暖心。目前，已经有 24 个省份推出一揽子政策，如发放消费券、旅游门票、助企服务等“实招”“暖招”，倡导务工人员等在条件允许情况下“非必要不返乡”，“真心实意”留人过年。

春节是中国人最重视的节日，回家过年是每个“打工人”心中抹不去的“寻根情结”。在严峻的疫情防控形势下，共同守望就地过年背后的“民生温度”，知责于心、担责于身、履责于行，让今年春节意义与众不同，“神州万里同怀抱，共祝愿祖国好”。

### 三、李克强：有序做好法定税费征缴工作

来源：新华网

摘要：国务院总理李克强近日主持召开国务院常务会议，部署强化措施、完善制度，坚决制止涉企乱收费，有序做好法定税费征缴工作，确保不增加企业和群众不合理负担。

Abstract: Li Keqiang, Premier of the State Council, recently presided over the State Council executive meeting, deployed strengthening measures, improved the system, resolutely stopped arbitrary charges by enterprises, and carried out the collection of statutory taxes and fees in an orderly manner to ensure that the unreasonable burdens of enterprises and the masses were not increased.

会议指出，广大市场主体是发展社会主义市场经济的力量源泉，直接关系到亿万群众利益。要围绕支持和服务市场主体特别是中小微企业，多出实招帮他们解难题，减轻不合理负担，更大激发市场主体活力。近年来，各地区和有关部门落实党中央、国务院部署，大力清理规范涉企收费，中央设立的行政事业性收费和政府性基金分别减少 70%和 30%以上，各地也取消了一大批收费项目。特别是去年出台的减税降费、阶段性减免社保缴费等政策，对保住市场主体、稳住经济基本盘发挥了关键作用。

会议指出，当前疫情和经济形势复杂，市场主体仍面临不少困难，要标本兼治，持续治理乱收费，减轻企业负担，巩固经济稳定恢复的基础。一是在全国开

展涉企违规收费专项检查，严肃查处擅自设立收费项目、提高征收标准、扩大征收范围、乱摊派等问题，对企业反映强烈、社会影响恶劣的乱收费行为予以曝光。对行业协会商会收费全面开展自查抽查。二是规范交通、税务、应急等领域执法，科学制定裁量基准，对轻微交通违法、一般交通违法初犯偶犯等更多采取警告方式，慎用或不适用罚款，在税务执法领域研究推广“首违不罚”清单制度。落实和完善罚没管理制度，罚没收入全部上缴国库，实行“收支两条线”管理。三是继续清理规范重点领域收费。新设向企业收费的政府性基金必须严格遵循法定程序，到期基金能取消的一律取消，一时难以取消的也要降低征收标准。加强行政事业性收费项目管理，对收费标准明显偏高的要采取降标措施，取消体现一般性管理职能的收费项目。四是加强海港口岸收费监管，依法查处报关、物流、仓储、货物装卸等环节强制服务收费和明码标价不规范等违规行为。五是加快修订价格违法行为行政处罚等方面法规，及时修改或废除不合理的行政处罚事项，从制度上防止涉企乱收费。

会议要求，要做好法定税费正常征缴工作，不得自行对历史欠费进行集中清缴，不得因社保费征收职责划转使企业特别是中小微企业增加缴费负担。今年所有省份要保持社保费现行征收方式不变。要深化“放管服”改革，优化社保缴费业务流程，扩大“非接触式”服务范围，7月底前实现企业缴社保费基本能网上办理，年底前实现个人缴费基本能“掌上办理”。创新措施，充分保障老年人、重度残疾人等特殊人群缴费顺畅便捷。加强社保费征收情况监测分析，发现问题及时处理。强化监督检查，对违规行为依规依纪严肃问责。

#### 四、德国笔记本电脑零售商视频监控员工被罚款

来源：个人数据隐私保护资讯

摘要：近日，德国下萨克森州的数据监管机构对当地一家笔记本电脑零售商处以 1040 万欧元(1250 万美元)的巨额罚款，原因是这家零售商在过去两年中没有法律依据的情况下一直对其员工进行视频监控。这是根据 2018 年《通用数据保护条例》(GDPR)，在德国、乃至整个欧洲开出的最大罚单之一。

Abstract: Recently, the data regulator in Lower Saxony, Germany, imposed a huge fine of Euros 10.4 million (US\$ 12.5 million) on a local laptop retailer for the fact that the retailer has been conducting video surveillance on its employees for the past two years without legal basis. This is one of the biggest fines issued in Germany and even in Europe according to the *General Data Protection Regulations (GDPR)* of 2018.

收信人是 notebooksbiller .de AG(以 NBB 的名义做生意)，这是一家在线电子商务门户网站和零售连锁店，专门销售笔记本电脑和其他 IT 用品。下萨克森州数据保护专员(LfD)表示，该公司两年前在其仓库、销售室和公共工作区安装了视频监控系统，以防止和调查盗窃以及跟踪产品移动。

官员们说，视频监控系统一直处于活跃状态，录像在公司的数据库中保存了 60 天之久。不过，尽管这家零售商认为自己运行的是一个平庸的视频监控解决方案(德国和世界各地的许多其他企业都有这种做法)，但德国数据监管机构认为，这严重侵犯了德国工人的权利。

“我们正在处理一起严重的公司视频监控案件，”下萨克森州负责人芭芭拉·蒂尔(Barbara Thiel)本月早些时候在一份新闻稿中表示。这名德国官员声称，视频监控不是用来作为防止犯罪的“威慑”手段，而是只在雇主对某些雇员有正当怀疑时才使用。在这种情况下，员工可以在有限的时间内被监视，直到怀疑被

证实，而不是连续数年。

此外，德国数据监管机构表示，NBB 还在客户不知情或未经其同意的情况下，在其销售场所测试设备时记录了客户的信息，这是另一个重大的隐私侵犯行为。

这是 LfD 办公室第二次对监控员工视频的公司处以罚款。总部位于汉堡的数据监管机构此前曾在去年 10 月对时尚零售连锁店 H&M 处以 3530 万欧元(合 4260 万美元)的罚款，原因是该公司一直对员工进行视频监控。

## 五、谷歌员工宣布成立工会 与管理层紧张关系升级

来源：新浪财经

摘要：近日，谷歌及其母公司 Alphabet 的员工周一宣布，已成立一个工会“Alphabet Workers Union”（Alphabet 工会）。分析人士称，这加剧了谷歌工人和管理层多年来的对抗。Alphabet Workers Union 表示，它将向所有员工和承包商开放，无论他们的角色或分类如何。工会将收取会费，支付组织人员的工资，并拥有一个选举产生的董事会。

Abstract: Recently, employees of Google and its parent company Alphabet announced on Monday that they had set up a trade union "Alphabet Workers Union". Analysts said that this intensified the confrontation between Google workers and executives for many years. Alphabet Workers Union said it will be open to all employees and contractors, regardless of their roles or classifications. Trade unions will collect membership fees, pay the salaries of their organizers and have an elected board of directors.

业内人士称，Alphabet Workers Union 的成立，在美国大型互联网公司中属于罕见行为。该工会还得到了“美国通信工人协会”（Communications Workers Of America）的支持，加入到 Alphabet Workers Union 工会的谷歌员工，也将成为“美国通信工人协会”的成员。

谷歌软件工程师迪伦·贝克（Dylan Baker）在一份声明中称：“我们将聘请熟练的组织者，以确保谷歌的所有员工都知道，如果他们真的想看到自己的公司体现自己的价值观，就可以与我们合作。”

分析人士称，一个成功的 Alphabet 工会，可能会限制公司高管的权力，同时也会在整个硅谷引发类似的努力。到目前为止，硅谷公司基本上避免了成立工会。Alphabet Workers Union 表示，将关注员工薪酬、员工分类，以及谷歌所从事的各种工作等问题。

这份声明没有具体说明，该工会是否会努力争取 Alphabet 员工的多数支持、Alphabet 的正式承认，或与公司进行集体谈判。

近年来，谷歌与员工发生了一些冲突，涉及到谷歌与军方签订的合同，对合同工的不同待遇，以及为一名因涉嫌性骚扰而被赶下台的高管提供了丰厚的离职方案。

## 六、智联招聘：国内求职的海归人数同比增长 33.9%

来源：中国网科技

摘要：近日，智联招聘发布《2020 中国海归就业创业调查报告》，报告显示，2020 年在国内求职的海归人数同比增长 33.9%，57% 的海归薪资不及预期。海归就业首选城市仍是京沪，深圳、杭州和广州位列三到五位。

Abstract: Recently, Zhaopin released *the Investigation Report on Employment and Entrepreneurship of Returnees in China in 2020*. The report shows that the

number of returnees seeking jobs in China increased by 33.9% year-on-year in 2020, and the salary of 57% of returnees fell short of expectations. Beijing and Shanghai are still the preferred cities for returnees, with Shenzhen, Hangzhou and Guangzhou ranking three to five.

从具体《调查报告》来看，2020 年在国内求职的海归人才质量优化，求职者呈现年轻化、高知化趋势；金融、互联网、文娱行业更受海归偏爱，45%海归期望扎根一线城市，京沪两城占 3 成多，45%海归期望月薪在 8000-15000 元，高于整体求职者。

在留学生群体之中，疫情促使 2020 年留学生回国求职同比增长 67.3%，二季度同比增幅高达 195%；留美学生归国发展期望最迫切，2020 年回国求职人数同比增长 86.8%。《调查报告》指出，国内疫情防控效果好成留学生选择回国首因，对国内人才政策、就业市场的未知成留学生回国发展主要障碍，近 9 成留学生回国后选择就业，求职时最看重薪酬福利

此外，据智联招聘数据显示，2020 年，向国内岗位投递简历、即有意在国内发展的海归人才数量增幅远高于 2019 年(5.3%)、2018 年(4.3%)的同比增幅。说明在近年来海归回国发展意愿持续增强的大趋势下，2020 年疫情黑天鹅事件及国际关系变化等因素明显起到助推作用，加速海归回国潮流。

## 七、广东：允许超龄劳动者和实习学生等人员单项参加工伤保险

来源：央广网

摘要：近日，广东省人力资源社会保障厅、广东省财政厅、广东省税务局出台了《关于单位从业的超过法定退休年龄劳动者等特定人员参加工伤保险的办法（试行）》（以下简称《办法》），创新政策首次将超过法定退休年龄劳动者、实习学生、见习人员、村居两委人员、家政服务机构从业的家政人员、新业态从业人员、从事公益活动的志愿者等未建立劳动关系特定人员纳入了工伤保险参保范围，可由所在从业单位（组织）自愿选择为其单项参加工伤保险、缴纳工伤保险费，参保人员可按规定享受工伤保险基金支付的各项工伤保险待遇。

Recently, the Human Resources and Social Securities of Guangdong Province, the Department of Finance of Guangdong Province and the Guangdong Provincial Tax Service, State Taxation Administration have issued the Measures for Participating in Work-related Injury Insurance by Specific Personnel, including Employees Exceeding the Statutory Retirement Age (Trial) (hereinafter referred to as the Measures). This is the first time that the innovative policy has included workers who have not established labor relations, such as workers beyond the legal retirement age, intern students, trainees, members of the two committees in villages, domestic workers in domestic service institutions, employees in new business forms, volunteers engaged in public welfare activities, etc., into the scope of work-related injury insurance, and their employers (organizations) can voluntarily choose to participate in work-related injury insurance and pay work-related injury insurance premiums for their individual items, and the insured persons can enjoy various work-related injury insurance benefits paid by the work-related injury insurance fund according to regulations.

超龄劳动者、实习学生等 8 类特定人员纳入政策范围

《办法》所纳入工伤保险参保对象范围的“特定人员”，主要包括在从业单位工作的超过法定退休年龄人员、已享受一级至四级工伤伤残津贴或病残津贴人员、实习学生、单位见习人员，以及在家政服务机构从业的家政服务人员等未建

立劳动关系的劳动者（以下简称从业人员）。此外，《办法》将村（社区）两委人员，提供网约车、外卖、快递劳务等新业态从业人员，依法组建的志愿服务组织招募从事特定公益活动（应急救援、公共卫生防控、大型活动等）的志愿者等特定人员也纳入了参保对象范围。

在《办法》试行期间，可根据评估情况动态调整适用的参保对象范围。据了解，国家将开展新业态从业人员职业伤害保障试点。为与国家相关试点衔接，对于新业态从业员工工伤保障问题，《办法》明确国家出台相应规定后将从其规定。

从业单位可自愿选择为特定从业人员单项参加工伤保险

根据《社会保险法》规定，与用人单位建立劳动关系的职工实行“五险统征”的参保模式。鉴于单位从业的超龄劳动者、实习学生等特定人员未与从业单位建立劳动关系，《办法》规定从业单位可按“自愿参保”原则选择为未建立劳动关系的上述从业人员单项参加工伤保险、缴纳工伤保险费。也就是说，非劳动关系特定人员并未要求“五险统征”，从业单位可自愿选择为其单项参加工伤保险，参保人员按规定享受工伤保险待遇。

同时《办法》明确，与用人单位建立劳动关系的职工和事业单位工作人员等应当依法参加社会保险，不属于单项参加工伤保险人员范围。用人单位也不得将应依法参加社会保险的职工改办单项参加工伤保险方式。

参保的特定从业人员可按规定享有工伤保险待遇权利

《办法》规定，已参保的特定从业人员因工受伤或者患职业病的，其工伤认定、劳动能力鉴定和由工伤保险基金负责支付的工伤保险待遇等执行《社会保险法》《工伤保险条例》《广东省工伤保险条例》以及国家、省相关规定。也就是说，特定从业人员单项参加工伤保险后，与劳动关系人员一样享有工伤保险基金支付的各项待遇权利，为参保人员提供了稳定保障。

《办法》明确，人社部门在受理从业员工工伤认定申请时，应审核其工伤保险参保缴费情况，已参保缴费的不要求提交劳动关系材料，未参保的且不属于劳动关系的则不予受理工伤认定申请（法律法规或国家、省另有规定除外）。要求工伤认定应与其单项参加工伤保险的行业类型、职业身份、从业活动等要素相一致。

针对非劳动关系的特定从业人员特点，《办法》规定了相应的待遇衔接办法：一级至四级因工伤残从业人员的伤残津贴与职工养老保险待遇，按照“不双重享受”和“待遇就高补差”原则处理；对五级至十级因工伤残从业人员，一次性工伤医疗补助金可根据申请而核发，在未申领期间可继续享有工伤保险基金支付的待遇权利，如果选择领取后则终结其工伤保险关系；工伤保险丧葬补助金、供养亲属抚恤金与养老保险丧葬补助金、抚恤金，只能两者选其中一种待遇；雇佣期、实习期、服务期、任职期满后仍需继续治疗且未终结工伤保险关系的从业人员，工伤保险基金继续按规定予以保障。

## 八、深圳中院：《深圳法院劳动争议审判白皮书（2005—2020）》

来源：法制现场

摘要：近日，广东省深圳市中级人民法院发布《深圳法院劳动争议审判白皮书（2005—2020）》，全面回顾深圳法院劳动争议专业化审判的发展历程，展现其在构建和维护和谐稳定劳动关系以及促进劳动法律制度完善等方面所作出的

努力和探索。

Abstract: Recently, *the White Paper on Labor Dispute Trial by Shenzhen Court (2005-2020)* was issued by Shenzhen Intermediate People's Court of Guangdong Province, which comprehensively reviewed the development process of Shenzhen Court in specialized labor dispute trial, and showed its efforts and explorations in building and maintaining harmonious and stable labor relations and promoting the improvement of labor legal system.

白皮书总结了 15 年来深圳法院劳动争议审判的特点：诉讼案件总量仍保持高位运行；劳动合同短期化现象仍较突出；新类型劳动争议案件不断增多；劳动者法律意识不断提高，维权意愿高涨；用工管理不规范现象仍然较多，劳动者胜诉比例较高；案件审理难度大，诉讼调解较为困难等。

白皮书介绍，15 年来，深圳法院在劳动争议审判改革方面进行了诸多有益探索：在 2005 年，全国法院系统第一个审理劳动争议案件的专业审判庭；坚持“绿色通道”审理制度，自 2006 年开始，对所有劳动争议案件实行“一宽（时效从宽）二不（不预交受理费、不预交执行费）三快（快立、快审、快执）”审理制度；推行标准化办案，统一裁判尺度；构建包括劳动纠纷在内的社会矛盾“大调解”工作格局，妥善化解劳资纠纷；对简单案件推行门诊式庭审和令状式裁判，当庭宣判、制作和送达裁判文书；与深圳市劳动仲裁机构建立法律适用及疑难问题研讨机制等等。

据了解，2005 年 1 月至 2020 年 10 月间，深圳两级法院依法公正高效化解了大量劳动纠纷，共受理劳动争议诉讼案件 368686 件、审结 346231 件。其中，深圳中院受理二审劳动争议诉讼案件 118221 件、审结 101193 件，受理申请撤销仲裁裁决案件 8749 件、审结 7916 件；各基层法院共受理劳动争议诉讼案件 241716 件、审结 237122 件。生效裁判确认劳动者被拖欠的工资、经济补偿金及工伤待遇等共计 193.32 亿元。

下一步，深圳法院将进一步探索完善劳动争议审判工作机制，如继续探索繁简分流制度；探索追索工资报酬、医疗费用、工伤赔付等民生类案件简化审判；探索完善平衡保护劳资权益，保障企业正当合理用工自主权，激活企业人力资源活力和竞争力，促进企业经营发展，引导劳动者忠诚勤勉履职、诚信维权的裁判规则和导向机制；探索促进裁审衔接机制建设，发挥仲裁前置审理效能，减少进入诉讼案件数量。

法规名称：《陕西省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》

Regulation: Answers of Shaanxi Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Labor Dispute Cases

文号：陕高法（2020）118号

Document No. : S. G. F. (2020) No. 118

发布机构：陕西省高级人民法院

Published by Shaanxi Higher People's Court

公布日期：2020年12月18日

Published on 12/18/2020

概要：为统一陕西省各级人民法院在审理劳动争议案件中对新情况、新问题的认识和裁判尺度，通过对新问题的梳理研判，陕西省高级人民法院根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等相关法律以及最高人民法院关于审理劳动争议案件相关司法解释的规定，印发了《陕西省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》（以下简称“《解答》”）。

Abstract: In order to unify the cognition and judgment standards of people's courts at all levels in Shaanxi Province on new situations and new problems in the trial of labor dispute cases, Shaanxi Higher People's Court issued the Answers of Shaanxi Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Labor Dispute Cases (hereinafter referred to as "Answers") in accordance with the Labor Law of the People's Republic of China, the Labor Contract Law of the People's Republic of China, the Labor Dispute Mediation and Arbitration Law of the People's Republic of China and the Supreme People's Court's regulations on judicial interpretation related to the trial of labor dispute cases.

重点：

highlights

一、 劳动关系认定方面

The identification of labor relations

- 1、 快递员、送水员、促销员等从业人员自带工具，没有底薪，以包片等名义或者签订委托协议等形式为单位工作，对于双方的用工关系有约定的从约定；无约定的或约定不明确的，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》（劳社部发〔2005〕12号）第一条规定判断是否属于劳动关系。该规定与绝大多数地区口径相似。

Where couriers, water delivery workers, promoters and other employees bring their own tools, do not have a basic salary, and work for a certain unit in the name of contract system or in the form of signing an entrustment agreement, if both parties have a useful employment relationship, they will follow the agreed employment relationship. If there is no agreement or the agreement is indefinite, it shall be judged whether it belongs to labor relations according to Article 1 of the Notice of the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China on Relevant Matters Concerning the Establishment of Labor Relations (L.S.B.F. [2005] No.12). This regulation is similar to that of most regions.

详见《解答》第五条。

See Article 5 of the *Answer* for details.

- 2、 用人单位与已达到法定退休年龄，但未依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员（仅享受城乡居民基本养老保险待遇的人员也包括在内）之间形成的用工关系系劳动关系，用人单位不能以员工达到法定退休年龄为由终止劳动合同。In view of the employment relationship between the employer and those who have reached the statutory retirement age but have not enjoyed the basic old-age insurance benefits or received pensions according to law (including those who only enjoy the basic old-age insurance benefits for urban and rural residents), the employer cannot terminate the labor contract on the grounds that the employees have reached the statutory retirement age.

详见《解答》第十条。

See Article 10 of the *Answer* for details.

## 二、 劳动合同签订方面

### Signing labor contracts:

- 1、 用人单位与劳动者虽未签订书面劳动合同，但双方所签订的明确了双方主要劳动权利义务的入职申请表、应聘登记表、聘用通知书、员工登记表等文件可以视为双方订立了书面劳动合同，用人单位无需向劳动者支付未签订书面劳动合同的二倍工资。

Although the employer and the employee have not signed a written labor contract, the employment application form, application registration form, employment notice, employee registration form and other documents signed by both parties, which clearly define the main labor rights and obligations of both parties, are deemed to have signed a written labor contract, and the employer does not need to pay the employee double wages without signing a written labor contract.

详见《解答》第十三条。 See Article 13 of the *Answer* for details.

- 2、 用人单位未依法自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同，补签劳动合同时，如将日期补签到实际用工之日，劳动者无权主张用人单位支付未签订书面劳动合同的二倍工资；未补签到实际用工之日，劳动者可以主张实际用工满一个月之日与补签劳动合同之日的时差所对应的二倍工资。

Where the employer fails to conclude a written labor contract with the employee within one month from the date of employment according to law, if the signing date of the labor contract is set onto the actual employment date when signing the labor contract, the employee has no right to claim that the employer pays double wages for the written labor contract unsigned; If the signing time of the labor contract is not set onto the date of actual employment, the employee can claim the double wages corresponding to the time difference between the date of actual employment for one month and the date of actual time point for signing the labor contract.

详见《解答》第十六条。

See Article 16 of the *Answer* for details.

- 3、 应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而未订立，劳动者可以要求用人单位支付自应当订立无固定期限劳动合同之日起十二个月内未签订无固定期限劳动合同的二倍工资。

Where a non-fixed-term labor contract should be concluded with an employee but has not been concluded, the employee may ask the employer to pay double wages of the non-fixed-term labor contract within twelve months from the date when the non-fixed-term labor contract should be concluded.

详见《解答》第十七条第一款第（3）项。

See Item (3) of Paragraph 1 of the Article 17 of the *Answer* for details.

- 4、二倍工资差额部分属于惩罚性赔偿，不属于劳动报酬，适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，从用工之日满一年的次日起开始计算仲裁时效。

Double wages are punitive damages, not labor remuneration, which are applicable to the provisions of Item 27, Paragraph 1, of the *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law of the People's Republic of China*, and the arbitration statute of limitations shall be calculated from the next day after one year of employment.

详见《解答》第十七条第二款。

See Paragraph 2 of the Article 17 of the *Answer* for details.

### 三、 劳动合同的履行方面：

#### Performance of labor contract:

- 1、与用人单位约定实行年薪制的企业高级管理人员、高级技术人员，以及其他难以用标准工时衡量工作时间、劳动报酬而与用人单位实行较高年薪制的劳动者，以及虽未经劳动行政部门审批，但用人单位已按照行业惯例对其实行不定时工作制的收发人员、清洁工、水电维修工、锅炉工、保安、门卫、宿管员、运输员、外勤人员等特殊岗位人员，无权主张加班费；申请法定节假日的加班费除外。

All senior managers and technical personnel of enterprises who have agreed to implement the annual salary system with their employers, and other employees who are difficult to measure their working hours and labor remuneration by standard working hours and implement a higher annual salary system with their employers, and special post personnel such as receiving and dispatching personnel, cleaners, water and electricity maintenance workers, boiler workers, security guards, doormen, housekeepers, transporters and field personnel who have not been examined and approved by the labor administrative department but whose

employers have implemented irregular working hours according to industry practice have no right to claim overtime pay; Except for overtime pay applied for legal holidays.

详见《解答》第十二条。

See Article 12 of the *Answer* for details.

新法规链接：

## 陕西省高级人民法院印发《陕西省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》的通知

陕高法（2020）118号

各市中级、基层人民法院，西安铁路运输中级、基层法院：

《陕西省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》已于2020年12月10日经本院2020年第二十五次民事审判专业委员会讨论通过，现印发你们，请认真贯彻执行。执行中出现的问题，请及时报告省法院。

2020年12月18日

为统一我省各级人民法院在审理劳动争议案件中对新情况、新问题的认识和裁判尺度，通过对新问题的梳理研判，根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等相关法律以及最高人民法院关于审理劳动争议案件相关司法解释的规定，本院经研究后，解答如下：

### 一、裁审衔接

1. 问：对于劳动争议仲裁申请人依法提出的仲裁请求，仲裁裁决遗漏未予处理，当事人向人民法院起诉，人民法院如何处理？

答：人民法院审理劳动争议案件时，发现仲裁程序遗漏了部分当事人或仲裁裁决遗漏了部分仲裁事项，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第六条的规定，不应要求申请人重新申请劳动争议仲裁，应直接进行处理。

人民法院对仲裁裁决确认是否存在劳动关系一项认为有误的，无论当事人是否提出诉讼请求，均可以直接予以认定，并根据认定的事实作出相应裁判。

2. 问：仲裁裁决作出后当事人未起诉，或裁决有多项内容，当事人仅就部分内容

起诉，人民法院如何处理？

答：仲裁裁决作出后当事人在法定期限内仅就部分内容起诉，人民法院只需审理当事人在法定期限内提出的诉讼请求，保持当事人的诉讼请求与审理内容的一致性。

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十七条的规定，对于当事人均未起诉的仲裁结果部分，属于人民法院受理案件范围的，可在“本院认为”中予以确认，并直接写入判决主文。

3. 问：劳动者与用人单位就未休年休假的工资报酬发生争议，申请仲裁的时效期间及起算点应如何确定？

答：根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十七条第一款的规定，劳动者请求用人单位支付其未休年休假工资的仲裁时效期间，从应休年休假年度的次年1月1日起计算。用人单位允许劳动者跨年度休年休假，请求权时效顺延至下一年度的次年1月1日起计算。劳动关系已经解除或者终止的，从劳动关系解除或者终止之日起计算。

4. 问：当事人未在仲裁阶段提出仲裁时效抗辩，在诉讼阶段提出的，人民法院如何处理？

答：当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动仲裁机构作出实体裁决后，当事人在诉讼阶段又以超过仲裁时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

劳动仲裁机构以当事人的仲裁申请超过法定时效期间为由，未经实体审理直接作出不予受理的决定，或者劳动仲裁机构未在法定时限内作出仲裁裁决，当事人向人民法院起诉，在一审辩论终结前提出仲裁时效抗辩的，人民法院应当对当事人的仲裁申请是否超过法定时效期间进行审查，但当事人在诉讼期间未以仲裁申请超过法定时效期间抗辩的除外。

## 二、劳动关系认定

5. 问：快递员、送水员、促销员等从业人员自带工具，没有底薪，以包片等名义或者签订委托协议等形式为单位工作，双方的用工关系如何认定？

答：劳动者以包片等名义或者以签订委托协议等形式为单位提供服务，一般应按约定认定双方之间的法律关系。在双方无协议约定，或者协议约定不明确时，双方之间的用工关系符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》

（劳社部发〔2005〕12号）第一条规定成立劳动关系的情形，应认定双方劳动关系成立。

6. 问：个人承包、挂靠、借用他人营业执照经营情形下的用工关系及责任承担如何确定？

答：个人承包、挂靠他人经营或借用他人营业执照经营的，承包人、挂靠人或借用人自行招用的劳动者不受发包人、被挂靠人或出借人管理和支配，劳动者的工资也并非由发包人、被挂靠人或出借人支付，双方之间的关系不符合劳动关系的特征。因此，被招用的劳动者主张与其具有用工主体资格的发包人、被挂靠人或出借人存在劳动关系的，人民法院不予支持。

挂靠在其他单位名下进行生产经营的挂靠人以其自身名义招用劳动者，挂靠人侵害劳动者的合法权利，劳动者主张的权利涉及给付内容的，挂靠人不具有用工主体资格，由挂靠人、被挂靠人承担连带责任；挂靠人具有用工主体资格由挂靠人承担责任，被挂靠人不承担责任。

挂靠人以被挂靠人名义招用劳动者，被挂靠人未提供证据证明其已提出反对并将挂靠事实告知劳动者，挂靠人侵害劳动者的合法权利，劳动者主张的权利涉及给付内容的，挂靠人不具有用工主体资格，由被挂靠人承担责任；挂靠人具有用工主体资格，由挂靠人、被挂靠人承担连带责任。

7. 问：“长期两不找”的案件如何处理？

答：劳动者长期未向用人单位提供劳动，用人单位也长期不再向劳动者支付劳动报酬等相关待遇，双方互不履行劳动关系项下的义务，可以认定双方在此期间不享有劳动法赋予的权利和承担劳动法规定的义务。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第一条第二项的规定，不能以超过仲裁时效为由驳回当事人的请求，应从劳动者的诉请不符合权利义务对等的事实理由驳回其劳动争议项下的请求。但劳动者要求用人单位出具解除劳动关系证明及办理档案和社会保险关系转移手续的，人民法院应予支持。

8. 问：未达到法定退休年龄的内退、停薪留职、下岗待岗、企业经营性停产放长假等人员，与新用人单位发生用工争议，如何处理？

答：劳动者与新用人单位建立用工关系，符合劳动关系成立的法律特征，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第八条的规定，人民法院应当按劳动关系处理。劳动者请求在新用人单位享受法定劳动报酬、

劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害保护、福利待遇等劳动关系项下的合法权利，人民法院应予支持。

原用人单位已为劳动者缴纳社会保险费，劳动者请求新用人单位为其缴纳社会保险（除工伤保险外），因该项请求不属于人民法院的受案范围，人民法院不予支持。劳动者以新用人单位未为其缴纳社会保险为由提出解除劳动合同并要求支付经济补偿，人民法院不予支持。

9. 问：关联公司混同用工情况下，劳动关系如何认定？

答：有关联关系的用人单位以交叉、轮换等方式使用劳动者，劳动者要求确认劳动关系，参照下列原则处理：

（1）订立书面劳动合同的，劳动者要求按书面劳动合同确认劳动关系，人民法院应予支持。但订立书面劳动合同的用人单位提供证据证明劳动者在关联企业工作，且非为履行双方书面劳动合同的行为，或劳动合同已经解除或终止的情形除外；

（2）未订立劳动合同的，可以根据审判需要将有关联关系的用人单位列为当事人，根据有关联关系的用人单位对劳动者进行考勤管理、发放工资、缴纳社会保险、安排工作及工作地点、工作内容等方面，综合判断双方是否存在劳动关系；

（3）在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可由有关联关系的任一用人单位承担责任，或由多家具有关联关系的用人单位承担连带责任。

10. 问：对已达到退休年龄但未依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员，及达到退休年龄享受城乡居民基本养老保险待遇的人员，与用人单位的用工关系如何认定？

答：已达到法定退休年龄，但未依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员，继续在用人单位工作，双方形成的用工关系应当按照劳动关系处理，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二项的规定，不得因劳动者达到退休年龄而认定双方的劳动合同终止。

双方建立劳动关系后，用人单位未给劳动者缴纳养老保险费，或者缴纳养老保险尚未达到享受职工养老保险待遇的最低年限，在劳动者达到退休年龄后开始享受城乡居民基本养老保险待遇，但未享受职工养老保险待遇，继续在用人单位工作，双方形成的用工关系应当按照劳动关系处理，不得因此认定双方的劳动合同终

止。

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的，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条的规定，人民法院应当按劳务关系处理。

11. 问：劳动者和用人单位都认可劳动关系已经解除，但双方对离职原因的说法不一致时，如何认定？

答：劳动者与用人单位均认可劳动关系已经解除或终止，但各方均无法证明劳动者的离职原因，可视为用人单位提出且经双方协商一致解除劳动合同，依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第二项、第四十七条之规定，用人单位向劳动者支付经济补偿。

12. 问：实行不定时工作制的劳动者主张加班费，如何处理？

答：与用人单位约定实行年薪制的企业高级管理人员、高级技术人员，以及其他难以用标准工时衡量工作时间、劳动报酬而与用人单位实行较高年薪制的劳动者，主张用人单位支付加班费的，人民法院不予支持。

未经劳动行政部门审批，但用人单位已按照行业惯例对收发人员、清洁工、水电维修工、锅炉工、保安、门卫、宿管员、运输员、外勤人员等特殊岗位人员实行不定时工作制，劳动者主张按照标准工时计算加班报酬的，人民法院不予支持。但用人单位安排劳动者在法定节假日期间加班，劳动者主张加班费的，人民法院应予支持。

### 三、劳动合同

13. 问：入职申请表、应聘登记表等文件是否可视为双方已经订立了书面劳动合同，及用人单位是否应向劳动者支付未签订书面劳动合同的二倍工资？

答：用人单位与劳动者虽未签订书面劳动合同，但双方所签订的入职申请表、应聘登记表、聘用通知书、员工登记表等文件中仅约定了工作岗位、工作期限、劳动报酬等部分内容，不完全具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定劳动合同的必备条款，但明确了双方的主要劳动权利义务，符合劳动合同的本质特征，可以视为双方订立了书面劳动合同。用人单位无需向劳动者支付未签订书面劳动合同的二倍工资，上述有效的劳动合同条款对双方都具有约束力。

14. 问：如何认定用人单位规避签订无固定期限劳动合同，及劳动者的工作年限是否应予合并计算？

答：有下列情形之一，可以认定用人单位规避签订无固定期限劳动合同：

- (1) 为减少计算劳动者的工龄，用人单位迫使劳动者与其解除或终止劳动合同，在间隔一段时间后又重新签订劳动合同的；
- (2) 通过设立关联用人单位，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；
- (3) 用人单位仅就劳动合同的终止期限进行变更，但无法作出合理解释的；
- (4) 采取注销原单位、设立新单位的方式，将劳动者重新招用到新单位，且新单位的经营内容与原单位无实质性变化，或者劳动者在新单位的工作内容与原单位基本一致的；
- (5) 其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

用人单位有规避签订无固定期限劳动合同的行为，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。

15. 问：用人单位高级管理人员、人事管理部门负责人或主管人员未与用人单位订立书面劳动合同，以此为由主张二倍工资的，是否应予支持？

答：上述人员依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张二倍工资，人民法院应予支持。用人单位有证据证明其已主动履行订立劳动合同义务，但上述人员拒绝订立劳动合同，或者上述人员利用其主管订立劳动合同的职权故意不签订劳动合同，以及其他非因用人单位的客观原因致使双方无法及时订立劳动合同，上述人员主张用人单位支付未订立书面劳动合同的二倍工资，人民法院不予支持。

16. 问：用人单位与劳动者补签劳动合同，劳动者主张未订立书面劳动合同的二倍工资，是否应予支持？

答：用人单位与劳动者建立劳动关系后，未依法自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同，在双方劳动关系存续一定时间后，用人单位与劳动者在签订劳动合同时将日期补签到实际用工之日，视为用人单位与劳动者达成合意，劳动者主张用人单位支付未签订书面劳动合同的二倍工资，人民法院不予支持。但劳动者有证据证明补签劳动合同并非其真实意思表示的除外。

用人单位与劳动者虽然补签劳动合同，但未补签到实际用工之日，实际用工之日与补签劳动合同之日的时差，依法扣减一个月订立书面劳动合同的宽限期后，劳动者主张用人单位在该期间未订立书面劳动合同的二倍工资，人民法院应予支持。

17. 问：如何计算未订立书面劳动合同“二倍工资”的起止时间及确定未订立书面劳动合同“二倍工资”的仲裁时效起算点？

答：应分情况作区别处理：

(1)用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同，根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条的规定，自用工之日满一个月的次日起开始计算未订立书面劳动合同的二倍工资，截止点为双方订立书面劳动合同的前一日，最长不超过十一个月。

(2)自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同，根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第七条的规定，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同，劳动者主张确认其与用人单位之间系无固定期限劳动合同关系，人民法院应予支持。在此情形下，劳动者主张用人单位支付用工之日满一年后未订立书面劳动合同的二倍工资，人民法院不予支持。

(3)用人单位违反《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款、第八十二条第二款规定，应当与劳动者订立无固定期限劳动合同而未订立，劳动者要求用人单位支付自应当订立无固定期限劳动合同之日起十二个月内未签订无固定期限劳动合同的二倍工资，人民法院应予支持。

二倍工资中属于劳动者正常工作时间取得的劳动报酬部分，适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定计算仲裁时效。用人单位应支付的二倍工资差额部分属于惩罚性赔偿，不属于劳动报酬，适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，从用工之日满一年的次日起开始计算仲裁时效。

18. 问：如何确定解除或终止劳动合同经济补偿的月工资基数？

答：劳动者的月工资包括基本工资、奖金、提成、津贴、补贴、加班工资等货币性收入，不包括用人单位代扣代缴的个人所得税和应由个人缴纳的社会保险费。根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第三款的规定，经济补偿按照劳动者在解除或者终止劳动合同前十二个月的平均工资作为月工资基数进行计算，但不得低于当地最低工资标准。月工资基数无需分段计算。工作不满十二个月的，经济补偿按照劳动者实际工作月数的平均工资作为月工资基数进行计算，但不得低于当地最低工资标准。劳动者在解除或终止劳动合同前十二个月未工作且无工资收入，或者用人单位在停工期间向劳动者发放基本生活费，且低于当地最低工

资标准的，经济补偿按照当地最低工资标准作为月工资基数进行计算。

19. 问：用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者坚持要求继续履行劳动合同，但劳动合同已不能继续履行的，如何处理？

答：劳动者主张继续履行劳动合同，但劳动合同已无法继续履行的，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条的规定，人民法院告知劳动者可以变更请求为用人单位违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金。同意变更的，人民法院对劳动者变更后的诉讼请求依法作出裁判。不同意变更的，应当驳回其该项诉讼请求，并告知劳动者可以另行主张用人单位违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金。

有下列情形之一的，可以认定劳动合同已经不能继续履行：

(1) 用人单位被宣告破产、吊销营业执照、责令关闭撤销，或者用人单位决定提前解散的；

(2) 劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄，符合享受职工养老保险待遇条件的；

(3) 劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止，且不存在《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；

(4) 劳动者的原工作岗位对用人单位开展正常业务具有不可替代性和唯一性(如总经理、财务负责人等)，且劳动者的原工作岗位已被取消或者被他人替代，双方不能就新工作岗位达成一致意见的；

(5) 劳动者已入职新用人单位的；

(6) 仲裁或诉讼过程中，用人单位向劳动者送达复工通知，要求劳动者继续工作，但劳动者明确表示拒绝的，或者劳动者虽未明确表示拒绝，但在接到通知后未按要求到单位复工，可视为劳动者拒绝继续工作；

(7) 其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。

劳动者的原工作岗位具有可替代性，且已被用人单位取消或者被他人替代，用人单位以此为由抗辩劳动合同确实无法继续履行的，人民法院不予支持。

20. 问：用人单位调整劳动者工作岗位、工作地点的，如何认定和处理？

答：劳动合同中对劳动者工作岗位、工作地点有约定的，按照约定履行；没有约定的，用人单位具有合理事由可以调整劳动者工作岗位、工作地点，用人单位调整劳动者工作岗位工作地点的事由不合理，以劳动者拒不履行为由解除或终止劳动合同，劳动者主张用人单位违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金，人民法院

应予支持。

用人单位调整劳动者的工作岗位、工作地点并无不合理的情形，劳动者在新工作岗位、工作地点工作超过一个月未提出异议，后又根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第一项规定，向用人单位提出解除劳动合同并支付经济补偿的，人民法院不予支持。

有下列情形之一的，可以认定用人单位合理调整劳动者工作岗位、工作地点：

(1) 符合劳动合同约定或者单位管理制度；

(2) 符合单位生产经营的客观需要；

(3) 调整后工作岗位、工作地点的劳动待遇水平与原工作岗位、工作地点相当，但根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项和第二项的规定，因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而被调整岗位，或者因劳动者不能胜任工作而调整岗位的除外；

(4) 调整工作岗位、工作地点不具有歧视性、侮辱性；

(5) 不违反法律法规的规定。

劳动者既未到新的工作岗位、工作地点报到，也未到原工作岗位、工作地点上班，按照用人单位的管理规章制度构成严重违纪的，用人单位以此为由提出解除劳动合同，人民法院应予支持。

21. 问：劳动者以用人单位违法解除或终止劳动合同为由主张赔偿金，但审理认为应当支付经济补偿时，以及其他情形应如何处理？

答：劳动者以用人单位违法解除或终止劳动合同为由主张用人单位支付赔偿金的请求不成立，经人民法院审理认为符合用人单位支付经济补偿的情形，应告知劳动者可以变更诉讼请求，同意变更的，人民法院对变更后的诉讼请求依法作出裁判。不同意变更的，人民法院应当驳回该项诉讼请求，并告知劳动者可另行主张经济补偿，不能径行裁判用人单位支付经济补偿。

劳动者以用人单位解除或终止劳动合同为由，主张用人单位支付经济补偿的理由不成立，经人民法院审理认为用人单位构成违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金的情形，应告知劳动者可以变更诉讼请求。同意变更的，人民法院对变更后的诉讼请求依法作出裁判。不同意变更的，人民法院应当驳回劳动者该项诉讼请求，并告知劳动者可另行主张用人单位违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金，不能径行裁判用人单位违法解除或终止劳动合同并支付赔偿金。

#### 四、工伤保险待遇

22. 问：劳动者发生工伤后未经工伤认定，向人民法院起诉主张工伤保险待遇，如何处理？

答：当事人申请工伤认定未超过法定期限，根据《工伤保险条例》第十七条第二款的规定，应当告知当事人进行工伤认定。当事人不同意申请工伤认定，人民法院可以裁定驳回起诉。

当事人申请工伤认定超过法定期限而无法进行工伤认定，劳动者以普通人身损害赔偿案件向用人单位提出赔偿请求的，根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条第一款的规定，人民法院不予支持。劳动者因工负伤，双方均未申请工伤认定，但用人单位认可劳动者的工伤性质、伤残及劳动能力鉴定等情况，人民法院在征询工伤认定机构或者鉴定机构的意见后，可以参照工伤待遇标准对劳动者主张的工伤保险待遇作出相应裁判。

23. 问：劳动者在工作期间因第三人侵权造成损害，主张民事侵权赔偿是否影响工伤保险待遇？

答：劳动者在工作期间因第三人的侵权行为受到伤害，同时构成工伤的，根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条的规定，可依法享受工伤保险待遇，也可以获得民事侵权赔偿。在第三人承担赔偿责任后，劳动者有权请求用人单位支付除医疗费之外的工伤保险待遇。侵权第三人已经全额给付劳动者不可能重复发生的医疗费后，用人单位无需再重复给付，用人单位先行垫付工伤保险待遇的，可以就医疗费用在第三人应承担的赔偿范围内向其追偿。

24. 问：建设工程的承包单位将工程非法转包、违法分包给不具备用工主体资格的实际施工人，实际施工人自行招用劳动者的用工关系如何认定，及劳动者在工程施工中受到伤害能否主张劳动关系项下的权利？

答：建设工程的承包单位与非法转包、违法分包的实际施工人自行招用的劳动者之间不存在劳动关系。劳动者向建设工程的承包单位主张社会保险待遇损失（不含工伤保险待遇）、支付经济补偿、赔偿金等涉及劳动关系项下权利的诉讼请求，人民法院不予支持。

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款的规定，劳动者因工受伤或者死亡的，由最近的上一层转包、分包关

系中具备合法用工主体资格的单位和不具备用工主体资格的实际施工人承担连带赔偿责任。

# 案例调研：辞职是否必然导致员工工作年限中断？

Case Study in Shanghai: Whether the employee's resignation will definitely cut off the employee's years of service?

上海保华律师事务所 张宗法

**引文：**员工在用人单位的工作年限与员工切身利益息息相关，从实质性的福利待遇看，很多用人单位都会根据不同员工的工作年限来确定员工可以享受的年休假天数、病假天数、工龄津贴等待遇。特别是在计算支付经济补偿或赔偿金时，也是以员工在用人单位的工作年限为计算基数。从隐性待遇看，员工在用人单位的工作年限，也会影响员工在公司内部晋升、级别认定、职业发展等。在2008年《劳动合同法》实施之前，华为7000多名员工先集体辞职中断工龄，再竞争上岗的新闻，更是在业界及社会舆论中引起了极大的讨论和影响。《劳动合同法》实施多年来，通过辞职来中断工龄的新闻更是不绝于耳。那么，在员工向用人单位提交了书面辞职信的情况下，是不是一定会导导致员工的工作年限中断？司法实践中，又是如何来认定辞职对工作年限的影响？笔者在本文中收集了上海地区具有代表性的案例，这些案例也体现了上海司法实践中在处理该问题的裁判思路。希望通过本文的介绍能够对员工工作年限连续计算问题有更为清晰的认识，并能够为读者在处理该问题时有所借鉴，在后续实务操作中避免不必要的法律风险。

Introduction: The years of services of an employee in an employer are closely related to his/her substantial interests. From the perspective of substantive benefits, many employers will determine the number of annual leave days and sick days, as well as the seniority allowances of an employee depend on his/her years of service. Further, the years of service will also be the calculation basis for severance payment or compensation for termination/expiration. From the perspective of underlying benefits, the years of service will also affect an employee's internal promotion, level recognition, and career development. Before the implementation of the "Employment Contract Law" in 2008, the news that more than 7,000 Huawei employees resigned collectively to cut off their working years, and then competed for posts aroused disputable discussion and influence in the industry and public. The "Employment Contract Law" has been implemented for many years, while similar news of cutting of years of service by resignation are still reported time to time. Thus, whether the years of service of an employee will be definitely cut off if he/she submits a written resignation letter to the employer? and what influences of resignation may be rendered to the year of service in judicial practice? In this article, the author has collected representative cases in Shanghai which reflect the way of handling such issues in Shanghai judicial practice. We hope that this article could offer clear understandings and references for readers to deal with such issue, so as to prevent unnecessary legal risks in the subsequent practices.

就员工工作年限连续计算的相关法律规定，主要是《劳动合同法实施条例》第十条的规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。”对于如何理解该条法律规定中的“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的”，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条进行了进一步的解释说明，并列举了五种具体情形，包括（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

关联企业劳动者轮流订立劳动合同；（五）其他合理情形。

**观点1：**员工前后两家公司在工作场所、工作岗位及工资支付情况均未发生变化的，即使员工提交了从前用人单位《离职申请书》，仍符合“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形，工作年限应当连续计算。

**案例1：案情介绍：**

丁某于2011年11月19日与方胜公司签订一份期限为2011年11月19日至2013年12月31日的劳动合同，约定方胜公司派遣丁某至上海德邦物公司从事货运驾驶员工作。2013年11月30日，丁某签署一份《离职申请书》，主要内容为：现因个人自身原因，申请解除劳动合同，于2013年11月30日与方胜公司解除（终止）劳动关系。方胜公司出具了《解除（终止）劳动关系证明书》，确认其与丁某的劳动关系于2013年11月30日解除。2013年12月1日，丁某、深圳德邦公司签订一份期限为2013年12月1日至2015年12月31日的劳动合同。同日，深圳德邦公司将丁某借调至上海德邦公司工作，岗位为货运驾驶员。丁某工作至2015年5月14日，当天深圳德邦公司以丁某严重违纪为由解除了与丁某的劳动合同。丁某主张深圳德邦公司系违法解除劳动合同，并主张其工龄应当自2011年11月19日起算。

**法院判决：**

就本案中丁某的工龄是否应当连续计算，一审法院认为，丁某2011年11月19日至2013年11月30日期间系与方胜公司存在劳动关系，并于2013年11月30日签署《离职申请书》，因个人自身原因离职，之后于2013年12月1日与深圳德邦公司建立劳动关系，丁某主张其系应深圳德邦公司要求签署《离职申请书》，并非因个人原因离职，但丁某未提供证据证明其签署《离职申请书》时存在欺诈、胁迫等情形，且丁某作为一名完全民事行为能力人，应对其签字确认的《离职申请书》内容承担相应的责任，故法院对丁某的主张不予采纳。根据《离职申请书》，丁某系因个人原因与方胜公司解除劳动关系，故对丁某关于其在方胜公司的工作年限应合并计入在深圳德邦公司处的工作年限的主张，法院不予采纳。

一审判决作出后，丁某上诉至上海市第二中级人民法院，二审法院认为，丁某与深圳德邦公司签订劳动合同前，与方胜公司签订劳动合同，并被派遣至上海德邦公司工作。丁某与深圳德邦公司签订劳动合同后，仍然在上海德邦公司工作，工资支付情况也无变化。据此，二审本院认为，虽然深圳德邦公司在原审中出具的《离职申请书》形式上系载明丁仁朋因自身原因离职，但鉴于《离职申请书》系统一的打印格式，而事实上，丁某在次日即与深圳德邦公司签订了劳动合同，签订劳动合同后仍然被派至上海德邦公司工作，且仍由上海德邦公司支付工资，可见其工作场所、工作岗位及工资支付情况均未发生变化。丁某在本案中的情况符合司法解释规定的应当认定属于“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”的情形，法院认定丁某的工作年限应当自2011年11月19日起连续计算。

**案例2：案情介绍：**

冯某于2013年11月1日与某劳务派遣公司签订期限自2013年11月1日起至

2015年10月31日止的劳动合同。同日，双方还签订一份派遣协议书，约定该劳务派遣公司于2013年11月1日起将冯某派遣至德莎公司处工作，工作岗位为助理会计-应收账款。德莎公司、冯某于2015年6月12日签订一份“聘用书”，该聘用书所载的冯某职位为会计-应收账款，入职日期为2015年7月1日，合同期为3年。2015年6月15日德莎公司、冯某签订期限自2015年7月1日起至2018年6月30日止的劳动合同，约定冯某在德莎公司处的职位为会计-应收账款。该劳动合同第12.1条约定，冯某应在公司规定时间内向德莎公司提供本人与原单位解除劳动关系的离职证明、办理录用所必须的有关资料、超过期限或有意不提供者视为不符合录用条件，德莎公司可以终止本合同并不承担任何赔偿责任。2015年6月30日冯某向劳务派遣公司提交“辞职信”，内容为：“本人由于转为德莎胶带正式员工，故辞去公司的应收工作，申请2015年6月30日离职”。2018年5月31日德莎公司向冯某出具“终止劳动关系通知书”，告知冯某劳动合同到期终止。后，冯某提起针对德莎公司的劳动仲裁诉讼，认为德莎公司在支付其终止劳动合同经济补偿金时，应从2013年11月1日起计算，向德莎公司主张经济补偿金差额。

### 法院判决：

就本案中冯某的工龄是否应当连续计算，一审法院认为，本案中，冯某自2013年11月1日起由派遣公司派遣至德莎公司处工作，并于2015年7月1日起与德莎公司建立劳动关系。自2015年7月1日起，冯某的工作场所虽未发生变化，但其工作岗位已由原来的助理会计-应收账款岗位变更为会计-应收账款岗位。加之，冯某于2015年6月30日主动向派遣公司提出辞职，并于2015年7月1日起与德莎公司建立劳动关系，故认定冯某在派遣公司的工作年限不应合并计算为在德莎公司处的工作年限。

一审判决作出后，冯某上诉至上海市第一中级人民法院，二审法院认为，本案中，冯某于2013年11月1日与派遣公司建立劳动关系，被派遣至德莎公司处工作，德莎公司于2015年6月中旬向冯某提出建立劳动关系，2015年6月30日冯某以转为德莎公司正式员工为由向派遣公司提出解除劳动关系，且在与德莎公司建立劳动关系后冯某的工作场所、工作岗位均未发生变化，上述情形显然符合非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的情形，故德莎公司应当自2013年11月1日起计算支付冯某经济补偿金的工作年限。

**观点2：**员工提交的辞职材料，系员工从上家单位离职时提交，并非系上家用人单位与其解除劳动合同，在员工未提供确凿的证据证明系由上家公司安排至下家公司处工作的，员工主张工作年限连续计算的，依据不足。

### 案例3：案情介绍：

邓某于2017年8月10日与来三公司签订了期限从2017年8月1日至2020年7月31日止的劳动合同，约定邓某担任数据产品经理岗位。2019年7月22日来三公司处高某向包括邓某在内的全体员工口头宣布来三公司破产解散而解除与全体员工的劳动合同。邓某主张来三公司系违法解除劳动合同，并认为其自2013年12月23日入职上海顶势公司，担任产品经理，2016年12月6日续签期限从2016年12月23日至2019年12月22日止的劳动合同。2017年8月，邓某系在上海顶势公司的安排下与来三公司签订了期限从2017年8月1日至2020年7月31日止的劳动合同，

继续担任产品经理。故，邓某认为，其工龄应当自2013年12月23日起算。

来三公司认为，邓某原在上海顶势公司工作，其在2017年7月31日因个人原因从该公司离职，因此等某在上海顶势公司的工作年限与来三公司无关。三来公司提供了邓某签署的“离职交接单”作为证据提交。邓某认可该文件系其上海顶势公司时填写的。但邓某认为，该证据原件现在来三公司处，说明来三公司与上海顶势公司存在混同，而且交接单上总经理意见一栏审批人为高某，高某为该公司法定代表人，而同时高某系被告处 CEO，说明这两家系关联公司，故邓某2017年8月1日入职来三公司处系两家公司安排，按照相关规定其的工作年限应从入职上海顶势公司起计算。

### 法院判决：

法院经审理认为，本案中，邓某主张其在案外人上海顶势公司处的工作年限应计算在来三公司处。对此，经查实，虽然高某在来三公司处担任 CEO，其同时亦为案外人上海顶势公司的法定代表人，两家存在一定的关联性。但从邓某在案外人上海顶势公司处填写的“离职交接单”中“离职原因”一栏填写为“个人原因”，说明邓某当时从该公司离职时系其自己原因离职的，并非系该公司与其解除劳动合同，且邓某亦未提供确凿的证据证明由上海顶势公司安排其至来三公司处工作，因此，邓某要求将其在上海顶势公司处工作年限计算在来三公司处，依据不足。

### 律师简评

从上述案例可以看出：

1. 对于员工工作年限是否在两用人单位之间连续计算的争议，司法实践中，法院的审查核心在于是否属于法律规定的“**劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的**”。对于该条法律规定的理解和使用，笔者认为应当分为两个层面进行理解，首先，应当确定用人单位和员工的举证责任分担，即由哪一方承担举证责任证明待证事实；其次，承担举证责任的一方，应当举证证明哪些要件事实；
2. 就举证责任的分担问题，笔者认为，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十四条规定：“**因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。**”就本文所涉及的争议，下家用人单位与员工对于计算员工的工作年限的起算点存在争议，显然属于计算劳动者工作年限的劳动争议，该司法解释已经明确了，对于计算工作年限的劳动争议，若双方均无法举证证明，最终应当由用人单位承担举证责任。

在具体案件中的举证分配中，笔者认为，对于用人单位和员工应有所区分：若员工前后的工作岗位场所不同的，用人单位只要举证证明本单位工龄，员工需要举证证明系由用人单位安排；若员工已经举证证明前后

用人单位的工作岗位、工作场所均相同的，则用人单位要举证系因员工本人原因从上家用人单位离职，并入职下家用人单位；若在案件中，双方均有举证的情况下，若用人单位仅提供辞职信等材料证明系员工本人原因的，人民法院常会根据实际履行情况作出认定。

3. 就用人单位需证明的要件事实，笔者认为，其核心在于证明员工系“非因本人原因”。在本文讨论的案件中，下家用人单位往往提供员工向上家用人单位提交的辞职信等文件，用以证明员工系主动辞职与上家用人单位解除了劳动合同，故员工系“因本人原因”离职，不符合工龄连续计算的条件。
4. 从形式上看，员工有从上家用人单位辞职的材料，可以证明员工系因本人原因而至下家用人单位工作。但是，劳动关系显著特点之一是其具有人身性，这就导致了劳动关系的实质履行情况往往优于双方的书面化约定。在实际履行情况与书面约定明显不一致的情况下，应当按照“实际履行原则”确定双方权利义务关系。

通过上述案例可以看出，对于下家用人单位提供的辞职信等证据材料，员工均通过劳动关系的实际履行情况抗辩，证明在两家用人单位实际履行前后并无实质性变动，其就是非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的。在此情况下，根据上述举证责任分配，笔者认为，人民法院在审理中，也应当进一步要求用人单位举证证明前后实际履行不同，从而证明员工系因本人原因从上家用人单位离职。

在案例1和案例2中，虽然一审法院仅从形式上的辞职信，即认定员工是因本人原因离职。但是，在二审中，二审法院还是重点审查了劳动关系的实际履行情况，认定员工前后两家公司在工作场所、工作岗位、工资支付情况均未发生变化的，且在前后时间连贯的情况下，仍然认定员工符合“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”的情形，工作年限应当连续计算。

5. 笔者认为，除双方当事人举证证明外，人民法院在审理该类型案件中，也应当依职权主动查明员工在前后两家用人单位的实际履行情况，例如前后的工作岗位、工作地点、工资报酬等事宜。在案例3中，从披露的判决书看，员工并未提供充分证据材料证明其劳动关系的实际履行情况并未发生变化，法院最终也做出了对员工不利的判决。
6. 就本文所涉及的事宜，笔者提醒用人单位，若员工在不同单位之间流动，仅仅有员工向上家用人单位辞职的材料，并不能当然确保员工工作年限中断。下家用人单位作为独立的用人单位，还应当从劳动关系的实际履行出发，体现出员工的辞职确有“一出，一进”的实际效果。若上下家用人单位并不能从工作地点、工作岗位、劳动报酬发放、离职入职时间等方面体现出员工辞职前后的变化。员工工作年限将连续计算的法律风险，对下家用人单位较大。

## 公司并购中的新话题——劳动合同的承继



公司并购往往是以企业分立、合并来进行的，由于涉及旧公司、新公司、劳动者三方主体，在实际操作中极为复杂，也极易产生纠纷。新公布的《劳动合同法》将劳动合同承继作为处理企业分立、合并的基本模式，值得关注。

## 一、劳动合同承继在《劳动合同法》中的引入

劳动合同的承继是在发生企业分立、合并等企业主体变化的情况下，原企业与职工签订的劳动合同不解除，由新企业替代原企业继续履行，其实质上是一种劳动合同的主体变更，这种主体变更只限于用人单位。《民法通则》第 44 条第 2 款规定：“企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担”。劳动合同的承继是根据民法通则演变出来的一种劳动合同主体变化而内容不变的形式，由新主体执行旧合同。

2001 年《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》(以下简称《劳动争议司法解释》)引入承继的方式来处理分立、合并的劳动争议案件中的程序性问题。该解释第 10 条规定：用人单位与其它单位合并的，合并前发生的劳动争议，由合并后的单位为当事人；用人单位分立为若干单位的，其分立前发生的劳动争议，由分立后的实际用人单位为当事人。用人单位分立为若干单位后，对承受劳动权利义务的单位不明确的，分立后的单位均为当事人。”《上海市劳动合同条例》引入了“劳动合同承继”制度，从实体上处理改制中形成的劳动关系。该条例第 24 条规定，“用人单位合并、分立的，劳动合同由合并、分立后的用人单位继续履行；经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以变更或者解除；当事人另有约定的，从其约定。”在这一规定中，劳动合同承继成为一种基本模式，在合并、分立的情况下，劳动合同由合并、分立后的用人单位继续履行。劳动合同双方当事人可以在事前另行约定或在改制时经协商一致达成变更或解除协议。如果事前没有约定，改制时也无法达成新的协议，双方就应按法定的承继方式确定权利义务。

《劳动合同法》对《劳动争议司法解释》和《上海劳动合同条例》中合同承继的方式进行了肯定并予以借鉴，其第 34 条规定：“用人单位发生合并或者分立

---

董保华，论文转载自《中国人力资源开发》2007 年第 9 期，人大复印资料 2007 年 12 期《人力资源开发与管理》转载。

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。”在劳动关系主体发生变化时，通过劳动合同承继的方式可以实现平稳转轨。劳动合同主体变化而内容不变的形式，有利于保持劳动关系的稳定，符合《劳动合同法》稳定劳动关系的立法宗旨，因而被劳动合同法确定为企业分立、合并过程中劳动关系处理的基本模式。

劳动合同承继的基本特点是“新主体执行旧合同”，即一变一不变：其变化的方面是劳动合同的主体，实现了新旧主体的变化；其不变化的方面是劳动合同的内容，原劳动合同继续有效，仍执行旧合同。

### 1. 劳动合同主体变化

劳动合同的主体变化有两种形式，一是劳动合同主体自身发生了某种变化，如企业名称的变化、经营方向的改变；二是劳动合同主体变化涉及第三方。劳动合同的承继仅指后一种情况，只有存在着第三方的情况下才出现权利义务的承继。在改制、并购中通过分立、合并等形式，原有的主体可能消失，新的主体可能产生，劳动合同的主体发生某种变化。

按照《公司法》的规定<sup>1</sup>，合并是指两个以上的用人单位合并为一个用人单位，包括新设合并和吸收合并。新设合并指两个以上用人单位合并成为一个新的用人单位，原用人单位解散；一个用人单位吸收其他用人单位为吸收合并，被吸收的用人单位解散，其权利义务一并由另一个用人单位承担。分立是指一个用人单位分成两个或两个以上的用人单位，分立包括创设式分立和存续式分立两种形式。创设式分立指一个用人单位分成两个或两个以上新的用人单位，原用人单位解散；存续式分立指用人单位分出一个或一个以上新的用人单位，原用人单位继续存在。用人单位发生合并分立的直接后果是一部分劳动者要为新的用人单位提供劳动，用人单位发生了实质性的改变。

### 2. 劳动合同内容不变

在分立合并的情况下，用人单位这一劳动合同主体虽然发生变化，但原劳动合同继续有效，劳动合同所确立的期限、岗位、工资等各方面的内容均不变化，分立、合并中形成的新主体替代旧主体成为劳动关系一方当事人，劳动关系双方当事人仍履行原有的劳动合同。《公司法》第 175 条规定：“公司合并时，合并各

---

<sup>1</sup> 《中华人民共和国公司法》第一百七十三条、第一百七十五条、第一百七十七条。

方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

劳动合同承继中最重要的内容是工龄连续计算。劳动法律中诸多标准和工龄挂钩，在劳动关系承继模式中，原单位和新单位的工龄需要连续计算，对于承继权利义务的用人单位，将会导致多项劳动成本的提高。例如，员工医疗期和病假工资的计算，工龄越长，医疗期越长，病假工资标准越高；再如，经济补偿金根据工龄计算，工龄越长，经济补偿金越高。又如，无固定期限合同和工作时间、合同签订次数相联系，工龄越长，越易于签订无固定期限合同。

另外，劳动法律变化较快，原有合同签订时的法律和并购时的法律可能并不一致，如果继续履行原有合同，有时可能意味着企业要遵守原有合同签订时的法律，不同的法律可能会有不同的劳动标准。

## 二、劳动合同承继性质的界定

要想清晰地界定劳动合同承继的性质，必须将其与劳动合同中的其他几种制度进行比较。劳动合同承继作为一种合同主体变化而合同内容不变的形式，与劳动合同履行、变更、解除均有区别。劳动合同的履行、变更、解除只是在原有的两方主体之间履行权利义务或者消灭权利义务，不涉及第三方；劳动合同的承继则是由新的用人单位代替原用人单位履行义务，涉及第三方主体。

劳动合同履行是劳动合同双方当事人完全按照事先的约定来履行各自的权利义务。劳动合同承继也是一种劳动合同的履行形式。劳动合同的承继是在发生企业分立、合并等企业主体变化的情况下，原企业与职工签订的劳动合同不解除，由新企业替代原企业继续履行。两者的区别是，劳动合同履行是在劳动合同主体、内容都不变的情况下，劳动合同设立的权利义务得以实现；劳动合同承继是在劳动合同主体发生变化的情况下，实现原劳动合同设定的权利义务。《劳动合同法》第33条规定：“用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。”显然，将这些情况归至劳动合同履行而非劳动合同承继来处理，这是由于这种形式涉及的也只是劳动合同的双方主体，而不涉及第三方，劳动合同主体的这类变化不应影响劳动合同的内容，一般作为劳动合同的履行。另外，按照《劳动合同法》的规定，在公司的股东变化、企业的出资人、合伙人变化时，劳动合同的履行都不会受到影响。

劳动合同的变更通常是在劳动关系的内容须作某种调整时发生的，是对原劳

动合同的内容作部分的修改、补充或废除。通过劳动合同的变更，使劳动法律关系主体双方的权利义务得到改变。劳动合同承继也发生了某种变更，这是其与劳动合同变更相类似的地方。两者的区别是，劳动合同的变更是在合同主体不变的情况下，劳动合同内容变化；劳动合同承继是在劳动合同内容不变的前提下，劳动合同主体变化。

劳动合同解除或终止是原劳动关系权利义务的消灭。劳动合同承继是权利义务的保留。两者的区别是劳动合同解除或终止的劳动合同的效力丧失，既涉及到主体也涉及到内容；劳动合同的承继则只涉及劳动合同的主体而不涉及劳动合同的内容。在承继这种用人单位一方主体变化，而劳动合同内容不变的模式下，用人单位是否需要与劳动者协商一致，履行与劳动合同内容变更相类似的手续呢？《劳动合同法》没有直接规定，应当理解为没有这一要求。

我国于 2006 年实施的《公司法》第 18 条规定：“公司研究决定改制以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。”企业的分立、合并应当作为“改制以及经营方面的重大问题”来认识。从《公司法》规定来看，用人单位应当通过民主管理的形式，听取员工的意见。笔者认为，企业的分立、合并也可以成为集体合同的内容，由工会代表劳动者进行集体谈判。用人单位的分立、合并应当作为劳动关系的中观层次来进行调整，这是由于分立、合并涉及的是员工的整体利益，而不仅仅是员工的个别利益，不宜由用人单位与员工个别协商。劳动合同承继这种形式是用人单位一方主体的变化，法律并未要求由劳动合同的相对方来签字确认，但这并不意味着劳动合同承继完全排斥个别协商，劳动者更不是在这一调整过程中完全没有权利。如果主体变化导致客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行的，涉及劳动合同的变更、解除等个别调整。

就用人单位而言，客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行的，用人单位有义务与劳动者通过平等协商来变更劳动合同，变更合同无法达成一致的，可以依法解除合同，这类解除需要提前通知，并支付经济补偿金。如果这种解除涉及“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”，还须按照《劳动合同法》第 41 条的裁员性规定处理。就劳动者而言，如果用人单位的这种客观情况变化致使其劳动报酬、劳动条件、社会保险等利益发生

影响，可以按照《劳动合同法》第 38 条的规定，行使辞职权。劳动者的这类解除，用人单位也是需要支付经济补偿金的。

通过对劳动合同承继与履行、变更和解除的比较，可以发现，劳动合同承继的实现需要第三方当事人的介入，它是在企业分立、合并这样的特殊状态下对劳动关系做的保持劳动内容的一种处理。

### 三、劳动合同承继对现实的影响

用人单位合并或分立后，新的单位与原有劳动者的关系如何处理，目前的规定中有四种形式，除承继这种形式外，还有劳动合同变更、劳动合同解除重签、劳动合同彻底切断等模式。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 37 条规定，用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。可以说，劳动部给出了三种方案，用人单位可以在这些方案中进行选择。从劳动部的规定看，并无承继这种形式，各地大部分都是按劳动部规定执行的。随着承继成为基本模式，各地的规定必然要做出一些调整。

#### 第一个方案：劳动合同变更

按劳动部的上述规定，用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位与原用人单位的劳动者须遵循平等自愿、协商一致的原则变更劳动合同。这一方案可以说是劳动合同的主体伴随着内容一起变更。由于其主体变更的同时也涉及内容变更，自然应当遵循平等自愿、协商一致的原则。在劳动部的设想中，旧主体执行旧合同，新主体执行新合同。从旧主体到新主体，从旧合同到新合同，应当以平等自愿、协商一致为桥梁。然而，劳动部的规定中，没有回答当这种协商不成时应当如何处理，而这恰恰是这一制度安排的难点，会出现左右为难的两个回答。

一是，分立或合并后的用人单位如不能与原用人单位的劳动者达成一致，仍由原用人单位执行原合同，也就是说，当新主体无法与劳动者就新合同达成协议时，仍由旧主体执行旧合同。然而，旧主体不消灭，新主体是无法产生的，由旧主体执行旧合同，等于认定分立、合并无效。这样的规定将使个人利益与整体利益发生严重的冲突。有时某项分立、合并是整个企业重整的唯一出路，只要有个人

别员工不同意，就放弃改制，将可能使企业丧失重整的机会，最终也损害了劳动者的整体利益。

二是，分立或合并后的用人单位如不能与原用人单位的劳动者达成一致，用人单位取得劳动合同的单方解除权，也就是说，当新主体产生后，如果劳动者不愿接受新合同，新主体有权解除劳动合同，这样的规定又可能使改制成为一部分用人单位甩包袱的手段，不利于员工利益的保护。

在这两个回答中，大部分地方是选择了第二个方案。例如，《海南省劳动合同管理规定》、《新疆维吾尔自治区劳动合同劳动合同管理办法》等一些地方规定都是将“用人单位分立、合并、停产、转产或者其他客观情况发生重大变化的”作为变更劳动合同的依据，要求分立或者合并后的用人单位与原用人单位的劳动者协商变更劳动合同。由于分立、合并与客观情况发生重大变化直接等同，对于劳动者来说，这种协商已经成为“城下之盟”劳动者拒绝协商或协商无法达成一致，用人单位就可以行使劳动合同的单方解除权。

当《劳动合同法》做出承继的规定时，上述的一些地方规定显然就需要做出修改。如果用人单位在分立、合并过程中并未对劳动合同内容做出变化，换言之，分立、合并后的用人单位如果完全承继了前一用人单位的权利义务，由于对劳动者的利益并无影响，劳动者并无理由拒绝。劳动者如果不愿与新用人单位保持劳动关系，应当选择提前 30 日通知，解除劳动合同。反之，用人单位如果对劳动者的利益有任何调整，都应当通过平等协商的方式来进行，如果有重大利益的调整，更要按照劳动合同解除或经济性裁员的规定来执行。

#### 第二个方案：旧劳动合同解除，新劳动合同重签

劳动部要求用人单位发生分立或合并后，分立或合并前的用人单位与劳动者解除原劳动合同并由劳动者与分立或合并后用人单位签订劳动合同。表面看这是一个典型的劳动合同的解除与劳动合同的订立，旧主体与劳动者解除旧合同，新主体与劳动者签订新合同。但劳动部更愿意将这两个过程理解为一个变更过程。

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 37 条规定：“在此种情况下的重新签订劳动合同视为原劳动合同的变更，用人单位变更劳动合同，劳动者不能依据劳动法第 28 条要求经济补偿。”既然是劳动合同解除，为什么劳动者不能要求经济补偿，为什么要作为变更来理解呢？回答这一问题依然会陷入

与第一个方案类似的两难境地。

将旧合同解除与新合同签订当作一个变更过程来理解，是为了强调两个过程的连续进行，然而这种变更如何体现双方协商一致？

将旧合同解除与新合同签订前后两个过程理解为独立的过程，一也会陷入新的问题：前后两个行为均应遵循平等自愿、协商一致的原则，协商不一致应当如何处理？如果可以单方解除合同，协商一致形同虚设；如果不得解除合同，原用人单位必须保留，分立、合并会因少数人的抵制而流产。

当《劳动合同法》做出承继的规定时，其实也赋予劳动部上述规定的合理性。承继可以说是法律认定的一种合同主体变更而合同内容不变，在分立或合并的情况下，劳动合同的自动进入这样一种新主体执行旧合同的履行状态。劳动合同的双方当事人都不满足于这种状态，通过协商一致的方式解除与重签。如果协商不一致，仍回复这种状态，劳动者不能因个人的原因而反对分立、合并；用人单位也不能以分立、合并为由改变原合同内容。

#### 第三个方案：劳动关系解除

劳动部的规定中将解除限定在协商解除。上海<sup>2</sup>、湖北<sup>3</sup>允许双方协商解除，上海<sup>4</sup>、湖南<sup>5</sup>、湖北<sup>6</sup>还允许双方另行约定处理方式。杭州市允许用人单位以分立、合并为由，在协商不成的情况下解除劳动合同。《杭州市劳动合同条例》第 31 条将“遇不可抗力或者用人单位跨地区迁移、兼并、分立、合资、转(改)制、转产、进行重大技术改造等致使劳动合同所确定的生产、工作岗位消失”认定为“客观情况发生重大变化”，依照《劳动法》第 26 条行使劳动合同的单方解除权。

在分立、合并的情况下，协商解除显然只能作为方案之一，而不能成为唯一方案，否则会面临前述协商不成如何处理的难题。反之，不分情况，一概作为“客观情况发生重大变化”而允许用人单位行使单方解除权，则对劳动者不够公平，也使劳动法的规定容易被规避。

当劳动合同承继作为基本模式被引入后。双方协商解除与用人单位的单方解除都被进行了重新定位。就双方协商解除而言，承继模式并不排斥双方当事人在

<sup>2</sup> 见《上海市劳动合同条例》第二十四条。

<sup>3</sup> 见《湖北省劳动合同规定》第二十六条。

<sup>4</sup> 见《上海市劳动合同条例》第二十四条。

<sup>5</sup> 见《湖南省劳动合同规定》第二十一条。

<sup>6</sup> 见《湖北省劳动合同规定》第二十六条。

这一模式基础上的进一步协商；就用人单位的单方解除而言，分立、合并确定了新主体执行旧合同的基本格局，如果用人单位在改制后，出现了“客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”的情形，依然可依据《劳动法》或《劳动合同法》进行解除合同。

当然，我们不应该由此得出劳动关系应当稳定到凝固的地步。如果分立、合并等改制措施已经使得生产资料的具体形态发生变化。一个纺织企业在分立、改制后从事建筑经营，要求企业再去保留一批纺织工人，无论对企业还是对员工都是不公平的，这时应当在承继之后，通过裁员的方式调整劳动力结构。



地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室

Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050

Postcode: 200050

[www.baohualaw.com](http://www.baohualaw.com)