保华月刊

Baohua Monthly

2021年4月刊
Apr.2021
第51期
NO.51

- 劳动者不认可规章制度的制定程序会导致规章制度无效吗?
- 试论中外合资经营企业的辞退制度

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

14 新分析：《涉高管劳动争议案件审判白皮书》
New Analysis: *White Paper on the Trial of Labor Disputes Cases Involving Senior Executives*

热点追踪
Hot Issues

18 劳动者不认可规章制度的制定程序会导致规章制度无效吗?
how to evaluate the validity of the rules and regulations when "the employee does not approve of the procedures of making the rules and regulations"

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

27 试论中外合资经营企业的辞退制度
On the Dismissal System of Sino-foreign Joint Venture

新闻总结

一、国常会：建立健全职工基本医保门诊共济保障机制

来源：中国政府网

摘要：4 月 7 日，李克强主持召开国常会，部署持续推进网络提速降费，更多惠企利民；确定建立健全职工基本医保门诊共济保障机制的措施，拓宽个人账户资金使用范围，减轻群众医疗负担。

会议确定，一是逐步将部分对健康损害大、费用负担重的门诊慢特病和多发病、常见病普通门诊费用纳入统筹基金支付。二是改进个人账户计入办法。三是拓宽个人账户使用范围。四是加强医保基金监督管理，完善稽核、内控等制度，严肃查处虚假住院、欺诈骗保等违法违规行为，完善与门诊共济保障相适应的付费机制。

Abstract： On April 7, Li Keqiang presided over the meeting of the Standing Committee of the State Council to deploy and continuously improve network speed and reduce network fees, so as to benefit enterprises and benefit the people; Determine the measures to establish and improve the mutual aid guarantee mechanism of basic medical insurance outpatient service for employees, broaden the scope of use of personal account funds, and reduce the medical burden of the masses. At the meeting, the measures to establish and improve the mutual aid guarantee mechanism for the basic medical insurance outpatient service of employees were determined, so as to broaden the use scope of personal account funds and reduce the medical burden of the masses.

At the meeting, it was determined that the first step is to gradually include some outpatient expenses for slow and special diseases, frequently-occurring diseases and common diseases that have great health damage and heavy cost burden into the overall fund payment; The second step is to improve the personal account counting method; The third step is to broaden the scope of personal accounts; The fourth step is to strengthen the supervision and management of medical insurance funds, improve the auditing and internal control systems, seriously investigate and deal with illegal behaviors such as false hospitalization, fraud and insurance fraud, and improve the payment mechanism compatible with outpatient mutual aid.

会议指出，按照党中央、国务院部署，近年来网络提速降费工作取得显著成效，固定宽带和移动网络速率大幅提高，资费大幅下降，为提升群众生活品质、降低企业成本发挥了支撑作用，促进了就业创业、数字经济发展和新动能成长。要落实《政府工作报告》要求，进一步推动网络提速降费，提升网络和服务质量。一是大力推进 5G 和千兆光网建设应用。开展千兆光网升级和入户改造，推动城市基本具备固定和移动“千兆到户”能力，今年实现千兆光网覆盖家庭超过 2 亿户。推动宽带网络实现行政村普遍覆盖，并向生产作业区、交通要道沿线等重点区域延伸。二是引导基础电信企业将中小企业宽带和专线平均资费再降低 10%，对老年人、残疾人等特殊群体实行资费优惠。三是坚决整治商务楼宇宽带垄断接入、强行加价等行为，确保终端用户享受到提速降费的实惠。适当降低宽带接入网业务准入门槛，支持民营企业等参与，以市场公平竞争促进资费下降。四是强化电信基础设施共建共享，提高网络资源使用效率。推进互联网骨干网间带宽扩容，改善跨网通信质量。

会议指出，我国新一轮医改建立了世界上规模最大、惠及十多亿人的基本医保网，对减轻群众就医负担、缓解看病贵发挥了重要作用。近年来，又将涉及众多患者的高血压、糖尿病等门诊慢特病纳入医保报销。下一步要深化医改，增强职工基本医保互助共济保障功能，将更多门诊费用纳入医保报销，进一步减轻患者负担。会议确定，一是逐步将部分对健康损害大、费用负担重的门诊慢特病和多发病、常见病普通门诊费用纳入统筹基金支付。政策范围内支付比例从 50%起步，适当向退休人员倾斜，今后随基金承受能力增强逐步提高保障水平。二是改进个人账户计入办法。在职职工个人缴费仍计入本人个人账户，单位缴费全部计

入统筹基金；退休人员个人账户由统筹基金按定额划入，划入额度逐步调整到统筹地区实施此项改革当年基本养老金平均水平的 2%左右。三是拓宽个人账户使用范围，允许家庭成员共济，可用于支付在定点医疗机构就医，以及在定点零售药店购买药品、医疗器械和医用耗材发生的由个人负担费用，探索用于家属参加城乡居民基本医保等个人缴费。四是加强医保基金监督管理，完善稽核、内控等制度，严肃查处虚假住院、欺诈骗保等违法违规行为，完善与门诊共济保障相适应的付费机制。会议强调，各省级政府可设置三年左右过渡期，逐步有序实现改革目标。会议同时要求，要同步完善城乡居民基本医保的门诊统筹并逐步提高保障水平。

二、卫健委：贯彻落实职业病诊断与鉴定管理办法

来源：职业健康司

摘要：为贯彻落实《职业病诊断与鉴定管理办法》，进一步做好职业病诊断与鉴定工作，4 月 9 日，卫健委办公厅公布《关于贯彻落实职业病诊断与鉴定管理办法的通知》。《通知》明确，职业病诊断工作专业性、公益性、政策性强，职业病诊断机构和诊断医师责任大，各级卫生健康行政部门要积极探索建立激励机制，关心关爱职业病诊断医师,进一步加大对职业病诊断工作的政策支持和资金投入力度，确保广大劳动者享受优质高效的职业病诊断服务。

Abstract： In order to implement the Administrative Measures for Diagnosis and Identification of Occupational Diseases and further improve the diagnosis and identification of occupational diseases, on April 9, the General Office of National Health Commission of the PRC announced the Notice on Implementing the Administrative Measures for Diagnosis and Identification of Occupational Diseases. According to the Notice, occupational disease diagnosis is professional, public welfare and policy-oriented, and occupational disease diagnosis is highly professional, public welfare and policy-oriented, and occupational disease diagnosis institutions and diagnosticians have great responsibilities. Health administrative departments at all levels should actively explore the establishment of incentive mechanisms and care for occupational disease diagnosticians, so as to further increase policy support and capital investment for occupational disease diagnosis, so as to ensure that the majority of workers enjoy high-quality and efficient occupational disease diagnosis services.

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团卫生健康委，疾控中心、监督中心、职业卫生中心：

为贯彻落实《职业病诊断与鉴定管理办法》（国家卫生健康委令第 6 号，以下简称《办法》），进一步做好职业病诊断与鉴定工作，现就有关工作要求通知如下：

一、提高思想认识，大力开展宣传培训

新修订的《办法》以《职业病防治法》为依据，深入贯彻落实习近平总书记关于职业病防治工作的重要指示批示精神和党中央、国务院有关决策部署，坚持问题导向，回应社会关切，从方便劳动者职业病诊断与鉴定、提高工作效率、加强质量控制、规范事中事后监管等方面作出明确规定，进一步明确了用人单位责任，优化了诊断与鉴定流程，缩短了办理时限，对促进职业病诊断与鉴定工作规范化、法制化、信息化，以及保障劳动者职业健康合法权益具有重要意义。地方各级卫生健康行政部门要充分认识修订《办法》的重要意义，把宣传贯彻《办法》作为当前和今后一个时期职业健康重点工作之一，加强组织领导，认真研究制定宣传贯彻措施，切实做好职业健康监管执法人员、职业病诊断与鉴定机构人员的培训，不断提高依法从业能力和服务水平，确保《办法》各项规定和要求得到严格执行。要面向用人单位和广大劳动者，组织职业病防治机构和有关专家，采取劳动者听得到、听得懂、听得进的

方式方法，深入开展《办法》解读释义工作，普及职业病诊断与鉴定相关知识，提高广大劳动者依法依规进行职业病诊断与鉴定和维权意识。要动员有关协会、学会、基金会等社会组织，利用各类媒体和载体宣传《办法》的重要意义和主要内容，为贯彻《办法》营造良好的氛围。

二、结合地方实际，切实抓好组织实施

地方各级卫生健康行政部门要结合当地实际，依据《办法》做好职业病诊断机构备案工作，及时向社会公布备案的职业病诊断机构和职业病鉴定办事机构相关信息。根据《办法》第十一条规定，被指定承担职业病诊断工作的医疗卫生机构应当在开展职业病诊断工作之日起十五日内备案，自觉依法履行《办法》规定的职责。设区的市级以上地方卫生健康行政部门应当加强对职业病鉴定办事机构的监督管理，严格落实《办法》有关职业病鉴定工作的要求。省级卫生健康行政部门要结合本辖区职业病发病的特点，确保职业病诊断机构实现区域覆盖，让劳动者得到便捷的诊断服务。要明确省级职业病诊断质量控制管理机构，组织开展职业病诊断机构质量控制评估。职业病诊断工作的实质是对劳动者所患疾病与其接触职业病危害之间联系的综合判定即归因诊断，要以归因诊断所涉及要素为质量控制评估重点，不断提升诊断质量与效率。要抓紧制定本地区职业病诊断医师培训考核办法，建立健全考核题库。要强化职业病诊断与鉴定专家库建设，建立管理制度，发挥专家作用。要进一步提高职业病诊断与鉴定信息化水平，确保职业病诊断与鉴定信息报告的准确性、及时性和有效性。

职业病诊断质量控制规范、职业病诊断医师培训大纲（2021 年版）、职业病诊断机构备案表、职业病诊断机构备案变更表、职业病诊断鉴定书格式附后（见附件 1-5）。

三、推动监管服务融合，着力提升工作成效

各级卫生健康行政部门要加强对职业病诊断机构的事中事后监管，加大对诊断机构监督检查力度，及时向社会公布相关信息。要强化用人单位履行职业病诊断与鉴定法定义务的监督检查，督促其依法落实主体责任。要把贯彻落实《办法》与职业病监测工作结合起来，推动职业健康检查机构和职业病诊断机构不断提高工作质量和业务水平；与完善职业病诊断标准和工作程序结合起来，不断总结提炼职业病诊断与鉴定工作中的有效经验和做法，及时发现和解决工作中存在的问题；与职业病诊断医师培训考核结合起来，将《办法》作为必须掌握的培训内容，使其准确把握《办法》各项规定的核心要义，深刻理解《办法》修订的精神实质，进一步增强职业病诊断与鉴定工作旨在保护劳动者职业健康权益的思想认识，不断提高做好职业病诊断与鉴定工作的使命感和责任感。

职业病诊断工作专业性、公益性、政策性强，职业病诊断机构和诊断医师责任大，各级卫生健康行政部门要积极探索建立激励机制，关心关爱职业病诊断医师，进一步加大对职业病诊断工作的政策支持和资金投入力度，确保广大劳动者享受优质高效的职业病诊断服务。

三、全总：重点监督用人单位违法超时加班等问题

来源：中工网

摘要：近日，中华全国总工会办公厅印发《工会劳动法律监督办法》，进一步规范和加强工会劳动法律监督工作，提升工会劳动法律监督实效和水平，充分发挥工会劳动法律监督在督促用人单位规范用工等方面的作用。《办法》规定，工会重点监督用人单位恶意欠薪、违法超时加班、违法裁员、未缴纳或未足额缴纳社会保险费等问题。对发现的有关问题线索，应当调查核实，督促整改，并及时向上级工会报告；对职工申请仲裁、提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。

Abstract： Recently, the General Office of the All-China Federation of Trade Unions issued the Measures for the Supervision of Labor Laws of Trade Unions to further standardize and strengthen the labor law supervision of trade unions, improve the effectiveness and level of

labor law supervision of trade unions, and give full play to the role of labor law supervision of trade unions in urging employers to standardize employment. The Measures stipulate that trade unions should focus on supervising employers' malicious wage arrears, illegal overtime, illegal layoffs, non-payment or insufficient payment of social insurance premiums, etc. The clues about the problems found should be investigated and verified, urged to rectify, and reported to the higher-level trade union in time; If an employee applies for arbitration or brings a lawsuit, the trade union shall give support and help according to law.

近日，中华全国总工会办公厅印发了《工会劳动法律监督办法》（以下简称《办法》），进一步规范和加强工会劳动法律监督工作，提升工会劳动法律监督实效和水平，充分发挥工会劳动法律监督在督促用人单位规范用工、贯彻落实劳动法律法规、推动构建和谐劳动关系等方面的作用。

依法对劳动法律法规执行情况进行监督，是法律赋予工会的一项权利，也是工会应当履行的责任。1995 年，中华全国总工会印发了《工会劳动法律监督试行办法》，有效规范和保障了工会劳动法律监督工作的开展。进入新发展阶段，为深入贯彻落实党中央有关文件精神和决策部署，更好发挥工会劳动法律监督作用，推动解决劳动关系领域新情况新问题，在深入调研、广泛征求意见基础上，中华全国总工会对 1995 年的试行办法进行了修订，起草印发了《工会劳动法律监督办法》。

《办法》明确，工会劳动法律监督工作应当遵循依法规范、客观公正、依靠职工、协调配合的原则。突出预防和协商的监督理念，强调工会建立隐患排查、风险研判和预警发布等制度机制，加强劳动关系矛盾预防预警、信息报送和多方沟通协商，把劳动关系矛盾风险隐患化解在基层、消除在萌芽状态。

《办法》规定，工会重点监督用人单位恶意欠薪、违法超时加班、违法裁员、未缴纳或未足额缴纳社会保险费等问题。对发现的有关问题线索，应当调查核实，督促整改，并及时向上级工会报告；对职工申请仲裁、提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。

《办法》强调，上级工会要强化对下服务、分类指导、督促检查。办法还总结推广近年来工会劳动法律监督实践中行之有效的劳动用工法律风险“体检”、“一函两书”、劳动用工监督评估等经验做法，完善了工会劳动法律监督方式、程序及工会劳动法律监督组织、监督保障等有关规定，明确要求各级工会为劳动法律监督员履职创造必要条件，依法维护其合法权益。

四、基本养老金 17 连调！上涨 4.5%

来源：养老保险司

摘要：4 月 16 日，人社部、财政部公布《关于 2021 年调整退休人员基本养老金的通知》。《通知》明确，全国总体调整比例按照 2020 年退休人员月人均基本养老金的 4.5%确定。各省以全国总体调整比例为高限，确定本省调整比例和水平。《通知》明确，调整范围为 2020 年 12 月 31 日前已按规定办理退休手续并按月领取基本养老金的退休人员。

Abstract： On April 16th, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and the Ministry of Finance of the People's Republic of China announced the Notice on Adjusting the Basic Pension for Retirees in 2021. According to the Notice, the national overall adjustment ratio is determined according to 4.5% of the monthly basic pension for retirees in 2020. Each province takes the overall adjustment ratio of the whole country as the upper limit to determine the adjustment ratio and level of the province. According to the Notice, the adjustment scope is for retirees who have gone through retirement procedures according to

regulations before December 31, 2020 and have already received basic pensions on a monthly basis.

各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构，新疆生产建设兵团：

经党中央、国务院批准，从 2021 年 1 月 1 日起调整企业和机关事业单位退休人员（以下简称退休人员）基本养老金水平。现就有关事项通知如下：

一、调整范围。2020 年 12 月 31 日前已按规定办理退休手续并按月领取基本养老金的退休人员。

二、调整水平。全国总体调整比例按照 2020 年退休人员月人均基本养老金的 4.5%确定。各省以全国总体调整比例为高限，确定本省调整比例和水平。

三、调整办法。采取定额调整、挂钩调整与适当倾斜相结合的办法,并实现企业和机关事业单位退休人员调整办法统一。定额调整要体现公平原则；挂钩调整要体现“多缴多得”、“长缴多得”的激励机制，可与退休人员本人缴费年限（或工作年限）、基本养老金水平等因素挂钩；对高龄退休人员、艰苦边远地区退休人员，可适当提高调整水平。继续确保安置到地方工作且已参加基本养老保险的企业退休军转干部基本养老金不低于当地企业退休人员平均水平。要进一步强化激励，适当加大挂钩调整所占比重。

四、资金来源。调整基本养老金所需资金，参加企业职工基本养老保险的从企业基本养老保险基金中列支,参加机关事业单位工作人员基本养老保险的从机关事业单位基本养老保险基金中列支。对中西部地区、老工业基地、新疆生产建设兵团和在京中央国家机关及所属事业单位，中央财政予以适当补助。未参加职工基本养老保险的，调整所需资金由原渠道解决。

五、组织实施。调整退休人员基本养老金，是提高保障和改善民生水平的重要措施，体现了党中央、国务院对广大退休人员的亲切关怀。各地区要高度重视，切实加强领导，精心组织实施，加强宣传解读，正确引导舆论，确保调整工作平稳进行。要按照党中央、国务院统一部署，结合本地区实际，制定具体实施方案，于 2021 年 4 月 30 日前报送人力资源社会保障部、财政部备案。要严格按照人力资源社会保障部、财政部备案同意的实施方案执行，把各项调整政策落实到位。要切实采取措施加强养老保险基金收支管理，提前做好资金安排，确保基本养老金按时足额发放，不得发生新的拖欠。未经人力资源社会保障部、财政部批准，不得自行提高退休人员基本养老金水平，不得通过设立最低养老金标准等方式变相提高待遇水平。对自行提高调整水平、突破调整政策、存在违规一次性补缴或违规办理提前退休的地区，将予以批评问责，并相应扣减中央财政补助资金和中央调剂金。在京中央和国家机关及所属事业单位的调整方案由人力资源社会保障部、财政部制定并组织实施。

人力资源社会保障部　财政部

2021 年 4 月 1 日

五、人社部公布 2021 年第一季度“最缺工”的 100 个职业排行

来源：人社部

摘要：4 月 26 日，人社部公布 2021 年第一季度全国招聘大于求职“最缺工”的 100 个职业排行。其中，排名前十的职业分别是：营销员、餐厅服务员、保安员、客户服务管理员、房地产经纪人、保洁员、家政服务员、快递员、汽车生产线操作工、包装工。

Abstract：On April 26, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China announced the ranking of 100 occupations of "the most

shortage of jobs″ in the national recruitment in the first quarter of 2021. Among them, the top ten occupations are: marketer, restaurant waiter, security guard, customer service administrator, real estate agent, cleaner, housekeeping waiter, courier, automobile production line operator and packer.

为了更好服务于用人单位招聘用工和劳动者应聘求职，同时为职业技能培训工作提供数据参考，中国就业培训技术指导中心近期组织102个定点监测城市公共就业服务机构，收集汇总2021年第一季度人力资源市场供求关系较为紧张的招聘、求职需求职业岗位信息，形成“2021年第一季度全国招聘大于求职‘最缺工’的100个职业排行”，现向社会公布。有关情况说明如下：

一、数据来源

本期数据来源于全国102个定点监测城市公共就业服务机构填报的人力资源市场招聘、求职数据。

二、数据构成

本期数据由“序号”“职业名称”“职业代码”“职业定义”“需求典型城市”“上期排位”六个部分组成。“职业名称”“职业代码”“职业定义”适用《中华人民共和国职业分类大典（2015版）》的职业分类标准。“需求典型城市”是指填报该职业需求的典型城市名单，排在前面的城市需求缺口大于排在后面的城市。“上期排位”表示上期（2020年第四季度）该职业的排位情况。

三、编制方法

本期数据采集各定点监测城市公共就业服务机构人力资源市场“招聘需求人数”和“求职人数”缺口排名前20的职业岗位信息，综合考量岗位缺口数量、填报城市数量等因素，经加工汇总整理形成，按“招聘需求人数”与“求职人数”岗位缺口数量和填报城市数量加权取值后从大到小排列，排在前面的职业需求缺工程度大于排在后面的职业。

四、数据说明

按照上述方法，汇总形成《2021年第一季度全国招聘大于求职“最缺工”的100个职业排行》。按照《中华人民共和国职业分类大典（2015版）》分类标准，100个职业中，42个属于第六大类——生产制造及有关人员，36个属于第四大类——社会生产服务和生活服务人员，16个属于第二大类——专业技术人员，5个属于第三大类——办事人员和有关人员，1个属于第一大类——党的机关、国家机关、群众团体和社会组织、企事业单位负责人。

与2020年第四季度相比，本期“排行”有以下特点：

一是招聘需求和求职人数环比均明显上升，一季度人力资源市场活跃度明显增强，供求关系整体仍旧偏紧。从“最缺工”的100个职业看，招聘需求人数从四季度的141.8万人增加到166.5万人（增长17.42%）；求职人数从四季度的48.9万人增加到60.9万人（增长24.54%）；缺口数从四季度92.9万人上升到105.5万人（上升13.56%），首次突破100万人关口，居本排行发布以来的历史最高位；总体求人倍率（招聘需求人数与求职人数的比值）虽从去年四季度2.90下降至2.73（下降5.86%），但市场总体供求关系仍偏紧。

二是制造业人才需求继续保持旺盛势头。新进排行29个职业中，有20个与制造业直接相关，占比69.0%。其中与汽车生产、芯片制造等相关的职业需求明显上升，如“汽车生产线操作工”首次进入排行前十，“汽车零部件再制造工”“电池制造工”“印制电路制作工”“半导体芯片制造工”等职业新进排行。

三是服务业不同类别职业需求有升有降。生活服务类职业需求有所缓解，“保育员”“婴幼儿发展引导员”“养老护理员”等排位下降；与餐饮、旅游等相关的消费类职业需求加大，“中式烹调师”“客房服务员”“前厅服务员”“餐厅服务员”等职业排位上升。

此外，排行“前十”职业略有变化，本期“快递员”“汽车生产线操作工”“包装工”进入前十，“商品营业员”“车工”“焊工”退出前十。

六、江苏苏州：拟修订企业职工基本养老保险规定

来源：苏州市政府

摘要：近日，苏州市政府办公室公布《苏州市住房公积金支持租赁住房发展实施办法》。其中，《办法》明确，发放支持政府投资的公共租赁住房建设贷款。住房公积金管理中心在优先保证缴存职工提取住房公积金和发放个人住房公积金贷款，并留足备付准备金后，资金运用率低于 85%时，适时开展利用住房公积金贷款支持政府投资的公共租赁住房建设工作。

Abstract： Recently, the Suzhou Municipal Government Office announced the Implementation Measures for the Development of Rental Housing Supported by Suzhou Housing Provident Fund. Among them, the Measures clearly stipulate that public rental housing construction loans supporting government investment will be issued. The Housing Provident Fund Management Center will, after giving priority to ensuring that paid workers withdraw housing provident fund, issue individual housing provident fund loans and keep sufficient reserve, carry out the construction of public rental housing with housing provident fund loans to support government investment in a timely manner when the capital utilization rate is lower than 85%.

市政府办公室关于印发苏州市住房公积金支持租赁住房发展实施办法的通知

苏府办〔2021〕88 号

各市、区人民政府，苏州工业园区、苏州高新区、太仓港口管委会；市各委办局，各直属单位：

经市政府同意，现将《苏州市住房公积金支持租赁住房发展实施办法》印发给你们，请结合实际，认真组织实施。

苏州市人民政府办公室

2021 年 4 月 17 日

（此件公开发布）

苏州市住房公积金支持租赁住房发展实施办法

根据住建部“大力发展租赁住房，解决好大城市住房突出问题，开展住房公积金支持租赁住房发展试点”的改革导向，为进一步发挥住房公积金的保障作用，加大住房公积金对租赁住房发展的支持力度，结合苏州实际情况，制定本实施办法。

一、总体要求

（一）指导思想。

坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的十九大和十九届二中、三中、四中、五中全会以及中央经济工作会议精神，以“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”为目标，坚持“房子是用来住的，不是用来炒”的定位、因城施策，优化住房公积金使用政策，为发展租赁住房提供资金支持，支持职工住房租赁消费，促进房地产市场平稳健康发展，助力构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局。

（二）基本原则。

1．坚持公积金属性。住房公积金制度是我国保障职工基本住房权利的重要制度安排，要突出住房公积金制度的保障性、互助性和长期性，始终把解决缴存职工住房问题作为工作的出发点和落脚点。

2．坚持资金安全。支持租赁住房发展的资金要严格实行专款专用、规范使用、封闭运行，确保资金安全。

3．坚持普惠共济。更加注重住房公积金制度发展的普惠性和公平性，通过政府主导，相关部门提供政策支持，助推租赁住房发展，加大对广大中低收入家庭和新市民“租”房需求的保障力度。

（三）目标任务。

坚持“房子是用来住的，不是用来炒的”定位，在确保资金安全的前提下，探索改进使用和收益分配政策，为发展租赁住房提供资金支持，支持职工租赁住房消费，推动实现职住平衡，为改革完善公积金制度积累经验。

二、重点工作

（一）持续优化租房提取业务。

1．强化资金支持。根据住房公积金资金运行情况，住房公积金管理中心制定住房公积金归集使用计划，合理安排租房提取的工作任务和资金运用。使用计划中预留不少于 50 亿元资金用于支持缴存职工租赁住房消费。

2．加大惠及力度。通过开展现场服务、集中为租住单位宿舍或集宿楼的职工办理委托提取等方式，进一步满足职工租赁消费需求。根据住房公积金资金运行情况，经苏州市住房公积金管委会批准后，适时调整租房提取额度。

3．简化办理材料。通过与公安、民政、资规（不动产）等部门实现数据共享，简化办理业务时所需的身份证件、婚姻关系证明、无房证明和银行卡等材料。

4．完善系统功能。在“苏州公积金”APP 内新增租房委托提取协议续签功能。做好租房提取政策支持的租房职工人数、租赁住房套数、租赁住房面积等数据统计和分析。

（二）利用建设城市廉租住房补充资金支持公共租赁住房。

1．资金来源：住房公积金管理中心上缴的建设城市廉租住房的补充资金（以下简称“廉租房补充资金”）。

2．住房公积金管理中心向财政上缴廉租房补充资金（根据财综〔2014〕11 号文件规定：住房公积金管理中心上缴的建设城市廉租住房补充资金用于公共租赁住房项目支出）后，由财政统筹分配给各市（区），各市（区）安排用于公共租赁住房项目支出。

3．使用住房公积金管理中心上缴的廉租房补充资金建设的公共租赁住房建成后，公共租赁住房产权归属当地政府，由各市（区）住房保障部门或住房租赁公司负责运营。

4．各市（区）向苏州市住房公积金管委会申请动用当年度公共租赁住房建设补充资金，应当填报上年度当地申请动用的《公共租赁住房建设补充资金使用情况统计表》（详见附件）。

5．住房公积金管理中心应定期汇总使用廉租房补充资金建设的公共租赁住房的筹集和使用情况。

（三）发放支持政府投资的公共租赁住房建设贷款。

住房公积金管理中心在优先保证缴存职工提取住房公积金和发放个人住房公积金贷款，并留足备付准备金后，资金运用率低于 85%时，适时开展利用住房公积金贷款支持政府投资的公共租赁住房建设工作。住房公积金管理中心发放公共租赁住房建设贷款应当按照住房和城乡建设部等七部委《关于印发利用住房公积金贷款支持保障性住房建设试点实施意见的通知》、中华人民共和国国家标准《住房公积金支持保障性住房建设项目贷款业务规范》和《苏州市住房公积金支持保障性住房建设项目贷款实施办法（试行）》等相关规定执行。

三、保障措施

（一）加强组织领导。

建立由市住房公积金管委会主要负责同志牵头，市公安局、市民政局、市财政局、市资源规划局、市住建局、市住房公积金管理中心等部门和人民银行苏州市中心支行共同参与的住房公积金支持租赁住房发展推进机制，加强统筹协调和工作指导。各市（区）、各相关部门要认真履行工作职责，落实职能分工。

（二）强化宣传引导。

各有关部门要充分认识到住房公积金支持租赁住房发展的重要意义，加大宣传引导力度，准确解读相关配套政策，积极回应群众关切、凝聚各方共识，形成工作合力，营造良好的社会环境和舆论氛围。

（三）确保责任落实。

各市（区）要抓好当地住房公积金支持租赁住房发展的统筹推进工作。住房公积金管理中心要切实履行牵头职责，有效发挥协调作用，加强组织引导；财政部门要配合做好廉租房补充资金的统筹分配，并对廉租房补充资金的运行情况进行跟踪分析、监督管理；住建部门要加强对廉租房补充资金支持的公共租赁住房运营管理；人民银行要加强对公共租赁住房建设贷款发放和管理工作的监督指导；公安、民政、资规（不动产）部门要及时提供租房职工的身份证件、婚姻关系证明和无房证明等相关信息。

本实施办法自发文之日起执行。此前有关规定与本实施办法不一致的，按本实施办法执行。

七、宁夏：专项整治劳务中介

来源：人社部

摘要：宁夏回族自治区将部署开展劳务中介专项整治行动，为期 7 个月，从 4 月起，分三个阶段实施。此次行动重点整治未经许可擅自从事职业中介活动或经营劳务派遣业务、人力资源服务机构发布虚假或含有歧视性内容招聘信息(含网络招聘)、以“返费”等方式哄抬或操纵人力资源市场价格、向劳动者收取押金、假外包真派遣等违法违规行为。

Abstract： Ningxia Hui Autonomous Region will deploy a special rectification campaign for labor intermediary, which will last for 7 months and be implemented in three stages from April. This campaign focuses on rectifying illegal behaviors such as engaging in professional intermediary activities or operating labor dispatch business without permission, publishing false or discriminatory recruitment information (including online recruitment) by human resources service agencies, driving up or manipulating the market price of human resources by means of "returning fees", collecting deposits from workers, and falsely outsourcing real dispatch.

宁夏：专项整治劳务中介

宁夏回族自治区将部署开展劳务中介专项整治行动。此次行动重点整治未经许可擅自从事职业中介活动或经营劳务派遣业务、人力资源服务机构发布虚假或含有歧视性内容招聘信息(含网络招聘)、以“返费”等方式哄抬或操纵人力资源市场价格、向劳动者收取押金、假外包真派遣等违法违规行为。

专项整治行动为期 7 个月，从 4 月起，分三个阶段实施。在专项执法中，人社部门将会同市场监管、行政审批等部门建立协同工作机制，共同组织开展对重点地区重点时段劳务中介用工服务的专项监察执法。重点检查代工企业较集中和企业招用工矛盾突出地区人力资源服务机构业务开展情况，依法查处各种违法违规行为。结合开展 2020 年人力资源服务机构年度报告公示工作，组织开展“返费”自查，强化对人力资源市场的日常监管。此外，还将

推进人力资源市场诚信体系建设，将人力资源服务机构的信用数据和失信情况等纳入市场诚信体系，实行“红黑名单”制度管理，实施信用分级分类监管，推动形成优胜劣汰的竞争机制。

八、广东：实施省级统筹工伤保险行业基准费率标准

来源：广东省人社厅

摘要：广东省人社厅、省财政厅、国家税务总局广东省税务局公布《关于实施省级统筹工伤保险行业基准费率标准有关事项的通知》，明确行业工伤风险类别按照国家规定从低到高划分为一类至八类，其省级统筹工伤保险行业基准费率标准分别为0.2%、0.4%、0.6%、0.8%、0.9%、1.0%、1.2%、1.4%。

Abstract： Human Resources and Social Security Department of Guangdong Province, Department of Finance of Guangdong Province, and Guangdong Provincial Tax Service， State Taxation Administration promulgated the Notice on Relevant Matters Concerning the Implementation of the Benchmark Rate Standard of Industrial Injury Insurance Industry in Guangdong Province, which clarified that the industrial injury risk categories are divided into one to eight categories from low to high according to the state regulations, and the benchmark rate standards of industrial injury insurance at the provincial level are 0.2%, 0.4%, 0.6%, 0.8%, 0.9%, 1.0%, 1.2% and 1.4% respectively.

广东省人力资源和社会保障厅 广东省财政厅国家税务总局广东省税务局关于实施省级统筹工伤保险行业基准费率标准有关事项的通知

粤人社规〔2021〕4号

各地级以上市人力资源和社会保障局、财政局、税务局，省社会保险基金管理局，国家税务总局珠海市横琴新区税务局、广州市南沙区税务局，国家税务总局广东省税务局第三税务分局：

根据《人力资源社会保障部 财政部关于调整工伤保险费率政策的通知》(人社部发〔2015〕71号)、《人力资源社会保障部 财政部关于工伤保险基金省级统筹的指导意见》（人社部发〔2017〕60号）和《广东省人力资源和社会保障厅 广东省财政厅 国家税务总局广东省税务局关于印发广东省工伤保险基金省级统筹实施方案的通知》（粤人社规〔2019〕20号）等有关规定，现就实施省级统筹工伤保险行业基准费率标准有关事项通知如下：

一、关于工伤保险行业基准费率标准实施办法

行业工伤风险类别按照国家规定从低到高划分为一类至八类，其省级统筹工伤保险行业基准费率标准分别为0.2%、0.4%、0.6%、0.8%、0.9%、1.0%、1.2%、1.4%（见附件1）。

在实施工伤保险基金省级统筹（2019年7月1日）时，原市级工伤保险行业基准费率标准高于省级统筹行业基准费率标准的，自2021年5月1日起调整至省级统筹行业基准费率标准执行；原市级及省本级工伤保险行业基准费率标准低于省级统筹行业基准费率标准的，根据地区情况实施平稳过渡办法，自2024年7月1日起统一至省级统筹行业基准费率标准（见附件2）。

在落实《广东省供给侧结构性改革降成本行动计划（2016—2018年）》部署期间，有关市及省本级所出台阶段性下调部分工伤保险行业基准费率标准的政策措施未规定具体结束期限的，其原政策措施执行期统一至2021年12月31日结束，今后由省按照国家部署统一规定阶段性下调工伤保险费率有关政策。

省级统筹工伤保险行业基准费率标准今后根据我省经济产业结构变动、行业工伤风险程度变化、工伤保险费使用和工伤保险基金运行等情况适时调整。

二、关于用人单位工伤保险行业基准费率确定及调整办法

根据用人单位商事登记注册（法人登记）和主要经营生产业务等情况，由税务机关按照国家有关规定和本通知规定具体确定其适用的行业工伤风险类别和行业基准费率标准，并及时传输信息至社会保险经办机构按规定记录建档（深圳、东莞市按照当地规定的流程程序办理）。

用人单位因登记注册内容及主要生产经营业务变化等原因导致其行业工伤风险类别变更的，应及时到税务机关确认相关变更信息，由税务机关根据经确认的相关变更信息对其适用的行业工伤风险类别及行业基准费率标准进行调整，并及时传输信息至社会保险经办机构按规定记录建档（深圳、东莞市按照当地规定的流程程序办理）。用人单位变更行业工伤风险类别的，其原确定的浮动费率档次在该浮动周期内仍继续执行。

税务机关和社会保险经办机构应加强对工伤保险行业类别归类情况的抽查、稽核，发现用人单位行业工伤风险类别划分错误的应及时按规定予以调整。

三、关于工伤保险行业基准费率浮动档次及浮动办法

通过费率浮动的办法确定每个行业内的费率档次。按照国家规定，一类行业分为三个档次，即在基准费率的基础上，可向上浮动至 120%、150%；二类至八类行业分为五个档次，即在基准费率的基础上，可分别向上浮动至 120%、150%或向下浮动至 80%、50%。工伤保险最低费率不低于一类风险行业基准费率。

根据用人单位的工伤保险费使用、工伤发生率、职业病危害程度等因素，定期确定其费率是否浮动及浮动的费率档次。全省统一的工伤保险费率浮动办法由省人力资源社会保障厅会同省财政厅、省税务局另行制定。在全省统一的工伤保险费率浮动办法出台实施前，各市及省本级仍暂实施原本地区费率浮动办法，在按照本通知规定调整本地区行业基准费率标准时仍同步执行原浮动周期所确定的各参保单位浮动费率档次。

四、关于延续实施阶段性降低工伤保险费率政策规定

按照国家有关部署，自 2021 年 5 月 1 日至 2022 年 4 月 30 日期间，在实施本通知规定的工伤保险行业基准费率标准和继续执行费率浮动办法的基础上，全省各用人单位的工伤保险缴费费率统一阶段性下调 50%执行。

本通知自 2021 年 5 月 1 日起实施，有效期 5 年。各地区在执行中遇有新情况新问题，请及时向省有关部门反映。

《涉高管劳动争议案件审判白皮书》

White Paper on the Trial of Labor Disputes Cases Involving Senior Executives

上海市第一中级人民法院

Shanghai No.1 Intermediate People's Court

上海一中院于 4 月 28 日召开新闻发布会，通报该院 2019 年 1 月 1 日至 2021 年 3 月 31 日期间涉高管劳动争议案件审理情况，并发布十个典型案例，即《涉高管劳动争议案件审判白皮书》（下称“白皮书”）。

Shanghai No.1 Intermediate People's Court held a press conference on April 28, informing the court of the trial of labor dispute cases involving senior executives from January 1, 2019 to March 31, 2021, and publishing ten typical cases, namely the *White Paper on Trial of Labor Dispute Cases Involving Senior Executives* (hereinafter referred to as the "White Paper").

一、白皮书对 2019 年以来涉高管劳动争议案件数据分析

1. The White Paper analyzes the data of labor dispute cases involving senior executives since 2019

从基本情况、涉诉主体、案件标的额以及上诉情况四个角度分析涉高管劳动争议案件与其他类型的劳动争议案件的区别所在。

The White Paper analyzes the differences between senior executives' labor dispute cases and other types of labor dispute cases from four angles: the basic situation, the subject involved in litigation, the amount of cases and the appeal situation.

二、白皮书对涉高管劳动争议案件特点进行分析

2. The White Paper analyzes the characteristics of labor dispute cases involving senior executives

从诉请内容多元、收入构成复杂、举证能力相当、岗位恢复困难四个角度分析涉高管劳动争议案件的特点。

The White Paper analyzes the characteristics of labor dispute cases involving senior executives from four aspects: diverse application content, complex income structure, equivalent ability of proof and difficulty in post recovery.

三、白皮书对涉高管劳动争议案件审理难点进行分析

3. The White Paper analyzes the difficulties in the trial of labor dispute cases involving senior executives

从法律关系辨析难、交叉领域适法难、薪资福利确定难、双方合意认定难四个角度对涉高管劳动争议案件审理的困难点进行总结。

The White Paper summarizes the difficult points in the trial of senior executives' labor dispute cases from four angles: the difficulty in distinguishing legal relations, the difficulty in applying

laws in cross-fields, the difficulty in determining salaries and benefits, and the difficulty in determining mutual agreement.

四、白皮书对涉高管劳动争议案件审理举措进行总结

4. The White Paper summarizes the trial measures of labor dispute cases involving senior executives

从助力优化营商环境，协力落实“六稳”“六保”至平衡保护双方利益，构建和谐劳动关系，再至多措提升审判质效，合力促进适法统一，最后表明需注重法治宣传引领，多元化解矛盾纠纷。

The White Paper helps optimize the business environment, makes concerted efforts to implement the "six stabilities" and "six guarantees", balances and protects the interests of both parties, builds harmonious labor relations, and at most improves the quality and efficiency of trials, and makes concerted efforts to promote the unification of applicable laws. Finally, it shows that it is necessary to pay attention to the publicity and guidance of the rule of law and solve contradictions and disputes in a diversified way.

五、白皮书涉及案例种类繁多

5. The White Paper White Paper covers a wide range of cases

白皮书从基本案情、裁判结果、法官提示三个角度对其中所罗列的各典型案例进行分析，并在每个案例前做总结性提示，对读者阅读而言更加清晰易懂。

The White Paper analyzes the typical cases listed in it from three angles: the basic case, the judgment result and the judge's prompt, and makes a summary prompt before each case, which is more clear and understandable for readers.

而所罗列的案例涉及到劳动关系的认定、股东分红还是奖金的区分、涉案主体的举证责任的划分、涉案主体身份特殊的考量、实际经营情况的审查、涉案主体工作内容与报酬的对价与否、股权争议是否做劳动争议处理、竞业限制的诚信履行、补偿金的标准约定以及恢复劳动关系的审查要件等多个方面，覆盖范围较广，参考价值较高。

The listed cases are related to the identification of labor relations, the distinction between shareholders' dividends and bonuses, the division of the burden of proof of the subjects involved, the special consideration of the identity of the subjects involved, the examination of actual business conditions, the correspondence between the work content of the subjects involved and the consideration of remuneration, whether the dispute over equity has been handled by labor disputes,

the honest performance of non—competition, the standard agreement of compensation and the examination requirements for resuming labor relations, etc., which cover a wide range and have high reference value.

转载自：上海一中法院公众号

链接：《涉高管劳动争议案件审判白皮书》原文

上海市第一中级人民法院
涉高管劳动争议案件审判
白 皮 书

二〇二一年四月

目　录

上海市第一中级人民法院涉高管劳动争议案件审判情况通报 …… 1
一、2019 年以来涉高管劳动争议案件数据分析 …… 2
（一）基本情况 …… 2
（二）涉诉主体 …… 2
（三）案件标的额 …… 3
（四）上诉情况 …… 4
二、涉高管劳动争议案件特点 …… 5
（一）诉请内容多元 …… 5
（二）收入构成复杂 …… 6
（三）举证能力相当 …… 6
（四）岗位恢复困难 …… 7
三、涉高管劳动争议案件审理难点 …… 7
（一）法律关系辨析难 …… 7
（二）交叉领域适法难 …… 8
（三）薪资福利确定难 …… 9
（四）双方合意认定难 …… 10
四、涉高管劳动争议案件审理举措 …… 11
（一）助力优化营商环境，协力落实“六稳”“六保” …… 11
（二）平衡保护双方利益，构建和谐劳动关系 …… 12
（三）多措提升审判质效，合力促进适法统一 …… 12
（四）注重法治宣传引领，多元化解矛盾纠纷 …… 13

上海市第一中级人民法院涉高管劳动争议案件典型案例 …… 15
一、法定代表人与用人单位之间是否存在劳动关系，仍需依实际履行原则加以判断 …… 15
二、判断股东分红还是业绩奖金，要探寻双方订立协议的原意 …… 17
三、高管提供存疑的盖有公章的书证主张权利的，应加重其举证责任 …… 19
四、用人单位不对高管进行考勤管理的，高管未遵守考勤管理制度不能成为认定用人单位解除行为合法的充足依据 …… 21
五、用人单位经营困难情况下仍决议为高管加薪和支付加班费的，应做实质性审查 …… 23
六、用人单位应否另行支付高管为关联公司工作的工资，应按实际履行原则加以认定 …… 26
七、股权争议一般不宜作为劳动争议案件处理 …… 28
八、高管应诚信履行竞业限制约定，否则应承担违约责任 …… 30
九、用人单位与高管自愿约定高于法定标准的离职补偿，应认定为有效 …… 32
十、高管主张恢复劳动关系的，应严格审查是否具备继续履行客观条件 …… 35

上海市第一中级人民法院
涉高管劳动争议案件审判情况通报

上海作为我国经济和金融中心，始终以“海纳百川”的城市精神接纳国内外人才。人才是企业核心竞争力，高级管理人员（以下简称高管）更是对企业经营发展起到举足轻重的作用。按照现代企业治理结构，高管需要承担决策和执行等多重职能，兼具管理者和劳动者双重属性。如何在劳动争议案件审理中权衡这种特殊属性，不仅会对高管的个人发展、企业人力资源管理产生重要影响，而且会影响企业的经营发展，甚至是市场竞争环境。在优化营商环境，促进“六稳”“六保”的新发展格局下，如何平衡保护高管权益与企业经营发展，给新时代的人民法院带来了挑战。

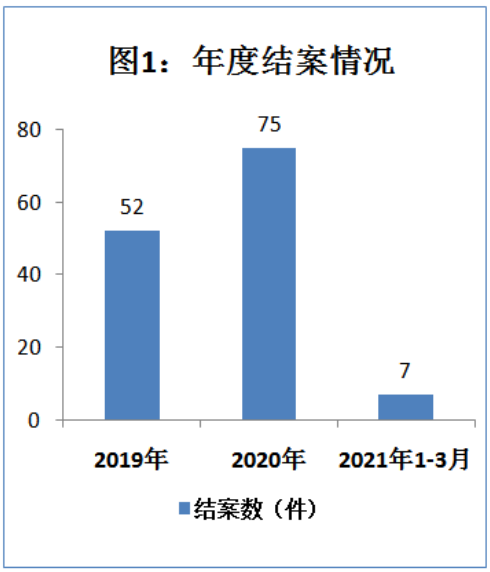
在公司法语境中，高管是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。劳动法语境中未直接对高管予以定义。本白皮书中所称高管，不仅包含公司法中所列举人员，也将在企业中实际履行高级管理职能的人员纳入讨论范畴。

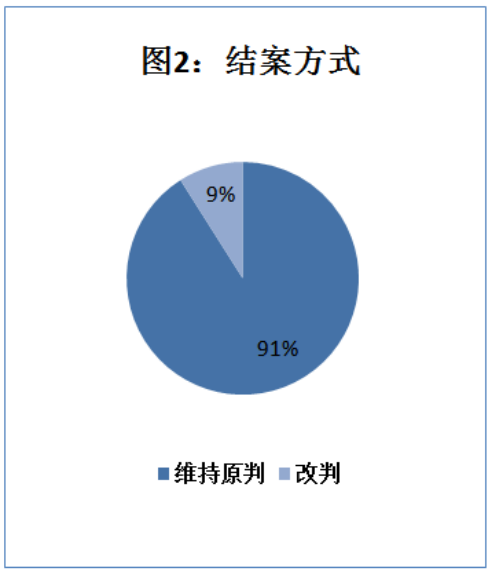
上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）在处理涉高管劳动争议案件中，注重双方利益平衡保护，促进双方纠纷最终化解，着力构建和谐劳动关系。为此，上海一中院对 2019 年 1 月至 2021 年 3 月期间审理的涉高管劳动争议案件进行梳理，对案件数据、案件特点以及审理难点、审理举措进行分析，并选取历年典型案例予以发布。

一、2019 年以来涉高管劳动争议案件数据分析

（一）基本情况

2019 年 1 月 1 日至 2021 年 3 月 31 日期间，上海一中院共以判决方式审结涉高管劳动争议二审案件 134 件，占同期以判决方式审结的劳动争议案件总数的 3.3%。其中，2019 年为 52 件，2020 年为 75 件，2021 年（截至 3 月 31 日）为 7 件。就案件数据而言，2020 年审结数较 2019 年增加了 44.2%，幅度较大，应引起重视。就结案方式而言，134 件案件中，维持原判 122 件，占比 91%；改判 12 件，占比 9%。具体详见图 1、图 2：

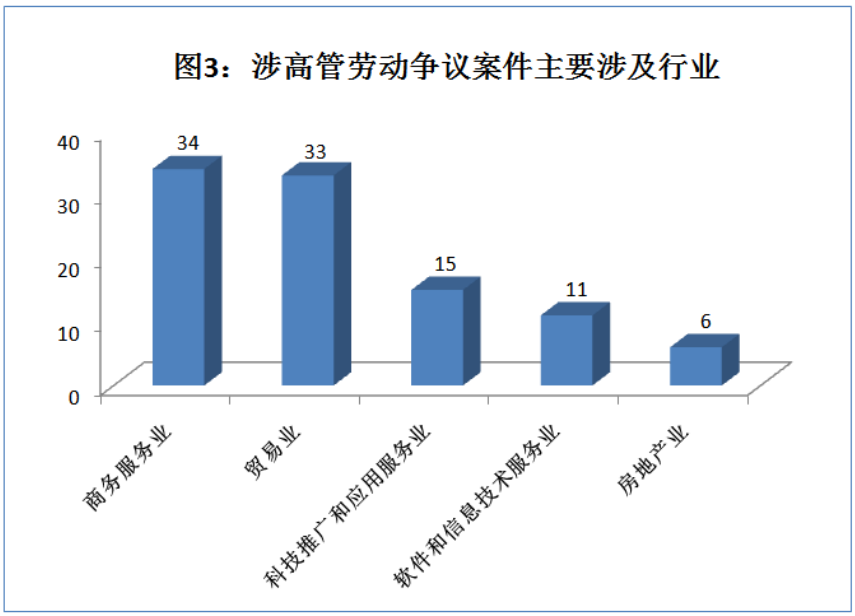


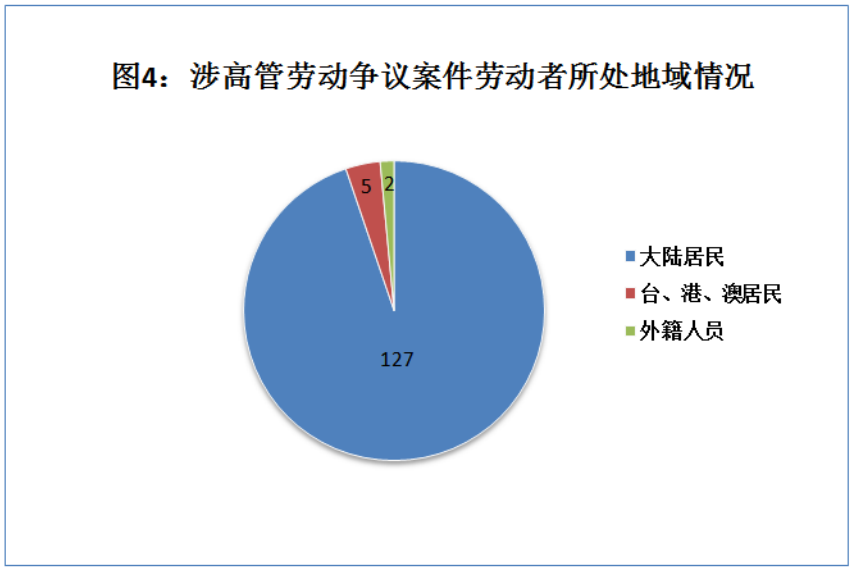


（二）涉诉主体

前述 134 件涉高管劳动争议案件中，用人单位主要涉及行业领域分布如下：涉商务服务业案件 34 件；涉贸易业案件 33 件；涉科技推广和应用服务业案件 15 件；涉软件和信息技术服务业案件 11 件。从劳动者所处地域看：劳动者为大陆居民案件 127 件；劳动者为台、港、

澳居民案件 5 件；劳动者为外籍人员案件 2 件。具体详见图 3、图 4：

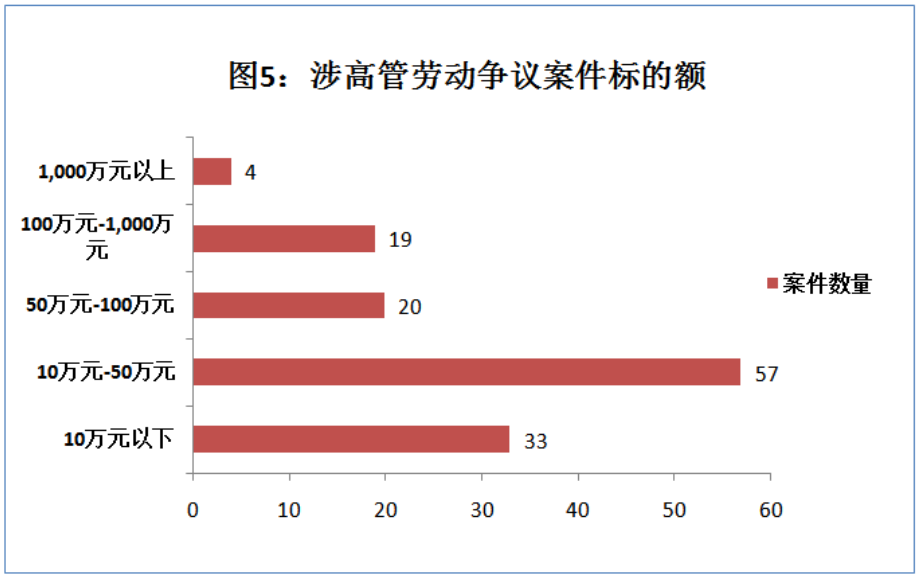




（三）案件标的额

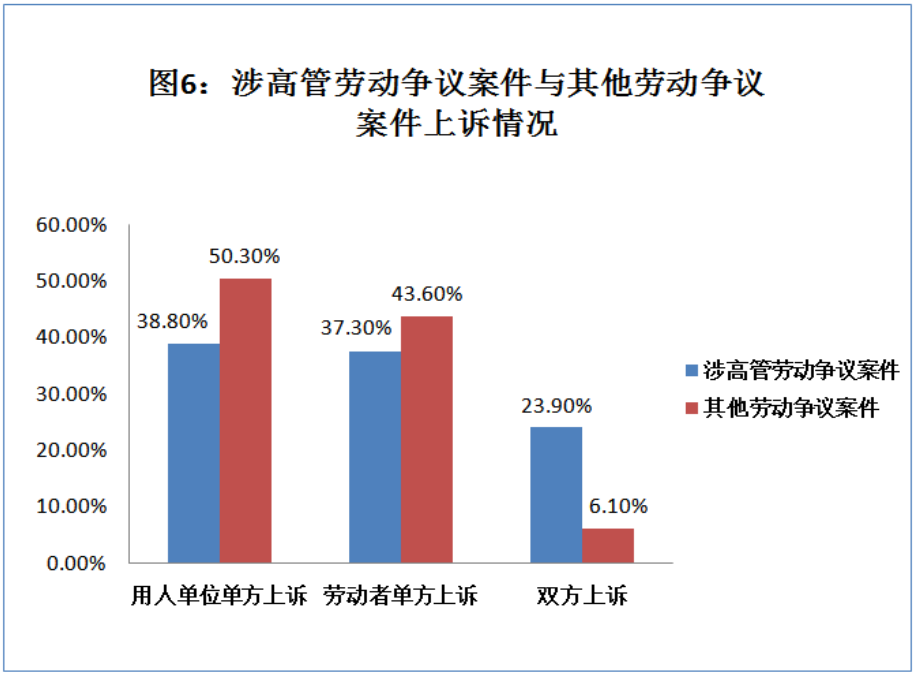
前述 134 件涉高管劳动争议案件中，有 1 件因属于确认劳动关系纠纷而不涉及案件标的额；其余 133 件案件中，77 件标的额超过人民币 20 万元，占比 57.5%，明显高于其他劳动争议案件。该 133 件案件标的额分布为：10 万元以下 33 件；10 万元至 50 万元 57 件；50 万

元至 100 万元 20 件；100 万元至 1,000 万元 19 件；1,000 万元以上 4 件。具体详见图 5：



（四）上诉情况

前述 134 件涉高管劳动争议案件中，双方上诉案件 32 件，用人单位单方上诉案件 50 件，劳动者单方上诉案件 52 件。而同期，上海一中院以判决方式审结的 3,884 件其他劳动争议案件中，双方上诉案件 236 件，用人单位单方上诉案件 1,954 件，劳动者单方上诉案件 1,694 件。涉高管劳动争议案件中，双方上诉案件的比例明显高于其他劳动争议案件。具体详见图 6：



二、涉高管劳动争议案件特点

对 2019 年 1 月以来涉高管劳动争议案件审理情况分析发现，此类案件凸显以下特点：

（一）诉请内容多元

高管既是用人单位运营的核心人物，具备管理者的属性，又与普通劳动者一样，受用人单位规章制度的制约，通过劳动取得报酬。管理者与劳动者的双重身份属性使得高管相较于普通劳动者而言，与用人单位存在更多利益关联。审理中发现，涉高管劳动争议案件诉讼请求内容呈现更加多元化的特征。诉请内容除了常见的工资差额、加班工资、未休年休假工资外，还有名目繁多的奖金、股权期权以及经济补偿金、恢复劳动关系等等。此外，由于高管身份的特殊性，用人单位还会与部分高管签订竞业限制协议，因此审判实践中亦常见竞业限

制纠纷案件。不少用人单位以高管年收入的倍数来约定竞业限制违约金，高管主张劳动报酬案件的结果也会影响竞业限制纠纷案件的审理。

（二）收入构成复杂

相较于普通劳动者，高管的工作内容更加多样，与用人单位的运营状况、发展前景有更加直接的关联，责任比较大，收入较普通劳动者更高，因此涉高管劳动争议案件在诉讼标的额上较普通劳动争议案件而言更大。同时，不同于普通劳动者简单的工资结构，为体现责、权、利相结合，高管的收入构成也更为复杂，除工资、绩效奖金、津补贴外，还可能会有股票期权、风险奖金等浮动收入。相较于普通劳动者相对稳定的收入，高管的收入往往与市场周期、行业状况、公司规模、经营状况等紧密联系，并随着这些因素的变化而波动。

（三）举证能力相当

在劳动关系中，用人单位对劳动者进行管理，用人单位是管理的一方，劳动者则是被管理的一方。用人单位在管理时有专门的人事部门、法务部门进行分析、预判、决策，对法律、法规、规章制度的理解更加准确。同时作为管理的一方，用人单位掌握着劳动合同履行过程中的各种证据。与此相对应，普通劳动者诉讼能力比较弱，诉讼中尤其是举证方面困难重重。不同于普通劳动者，高管通常具备一定的文化水平，有的还具备法律专业知识，具有更强的维权意识和证据意识。而且，高管更加了解用人单位的情况，同时行使一定管理权，能

够接触、收集、掌握证据，其举证能力较强，形成与用人单位方的平衡对抗。

（四）岗位恢复困难

司法实践中不乏高管主张恢复劳动关系的案件。能否恢复劳动关系，一方面要考虑到高管的工作岗位通常具有特定性和紧迫性。基于经营管理的需要，用人单位决定解除高管的劳动合同后，通常会立即任命接替的人员。由于原岗位已没有空缺，劳动合同不能继续履行，劳动关系难以恢复。另一方面要考虑到高管身居关键岗位，其对用人单位的运营有重大影响。用人单位一旦决定解除劳动合同，则意味着对该名高管不再信任。恢复劳动关系应当是基于双方能继续履行的期待，而不是对用人单位的惩罚。劳动关系的恢复需要重建双方的信任，由于高管涉及的岗位职责更加重大，涉及的面也更广，其信任的重建也比普通劳动者更加困难。

三、涉高管劳动争议案件审理难点

（一）法律关系辨析难

审判实践中发现，一些高管与用人单位之间仅有任命书或聘用合同，双方并未签订书面劳动合同。高管与用人单位之间法律关系的认定涉及具体的法律适用，若双方不存在劳动关系则不适用劳动法相关规定，故一些案件中当事人往往对是否存在劳动关系产生争议。如一案中高管同时具有四重身份：股东、法定代表人、执行董事以及总经理，双方并未订立书面劳动合同。高管认为其与用人单位存在劳动关

系，并据此主张系争期间的工资及经济补偿金；用人单位则主张高管并非劳动者，双方系委托经营关系。

由于我国劳动法并未将高管排除在劳动关系主体范畴之外，审判中还需以实际履行的权利义务内容认定双方是否属于劳动关系。一般而言，对于劳动关系的认定应以是否具备劳动关系的从属性特征为切入点，如何把握从属性程度进而对高管与用人单位是否具备劳动关系进行认定，往往需要视实际履行情形去更加审慎地判断。

另外，对于一些规模较大的集团公司，存在一些高管同时在多家关联公司任职的情况，或是由集团公司直接任命子公司高管，此时高管系与集团公司建立劳动关系还是与子公司建立劳动关系，需要予以厘清。部分高管同时为多家关联公司服务，工作内容边界不清，对法律关系主体的认定也造成一定障碍。

（二）交叉领域适法难

高管具有双重属性，同时受公司法和劳动法调整，但是公司法与劳动法对高管的法律规制不尽相同。公司法的立法目的在于实现股东利益最大化，而劳动法的立法目的在于倾斜保护劳动者的利益，因此不可避免地会出现法律规则相冲突的情况。如解除经理职务中，为确保股东意志之贯彻与公司运行之高效，公司法规定，董事会有权对经理无因解聘；但劳动法规定公司单方解除与劳动者劳动关系必须符合法定情形，否则构成违法解除，公司需支付高额赔偿金或恢复劳动关系。公司法的无因解聘与劳动法的解雇保护之冲突，即是这类案件审

理中需要解决的问题。

又如公司法规定，股份有限公司董事的报酬由股东会决定，经理的报酬由董事会决定。而根据劳动法规定，双方对报酬有明确约定的以双方约定为准。在一案中，公司经理即依据公司发放的薪酬确定书要求补足工资差额，而公司则抗辩称该工资标准未经董事会决议，由此导致纠纷。

另外，作为掌握用人单位核心商业秘密的高管，在职时负有忠实勤勉义务，离职后又是竞业限制主体，其因竞业限制产生的纠纷，有时又与知识产权法、反不正当竞争法存在交叉。而上市公司或证券公司高管在合同履行过程中的职权行使，亦可能受证券法等相关规定约束。如何协调好交叉领域的适法冲突，是审理中所面临的难题。

（三）薪资福利确定难

涉高管工资、违法解除劳动合同赔偿金及各类奖金的劳动争议案件中，需要对高管的劳动报酬进行认定。相较于普通劳动者而言，高管的薪酬总体金额高、组成部分及分配方式复杂，浮动薪酬占比较大，一般表现为相应的提成或绩效。因此相应的薪酬计算依据、基数及方式的确定亦相对更为复杂。

如一案中高管与用人单位在约定基本工资之外，还在绩效奖励方案中约定项目投成奖金、退出收益奖金、资金募集奖金，由此需要进一步确定所涉项目收益等，同时双方对相应奖金系归属于该高管一人还是团队成员存在争议，由此亦需查明。

对高管薪酬标准进行认定时，对于同时又具备股东身份的高管，对于部分收入是基于股东身份的股东权益还是基于劳动者身份的劳动报酬或存争议，因股权争议一般不作为劳动争议案件处理，故需进一步分析相应收入的性质，进而确定高管的工资标准。

（四）双方合意认定难

案件审理中往往需要依据举证质证情况对合同订立时双方的合意进行判断，但一方面，不排除高管利用职权双重代理甚至谋取私利的情形，另一方面也存在一些用人单位以高管特定身份和特殊职权为屏障而恶意否认证据的真实性。相较于其他劳动争议案件，涉高管劳动争议案件中双方举证的证据更易趋向真伪不明的状态，导致双方合意难以判断。

如一案中，高管提交一份加盖用人单位公章的提成计算明细，据此要求用人单位支付相应提成，用人单位则抗辩称基于高管的管理职能，存在使用用人单位公章或出具相关文件的便利，该份明细系高管利用职权便利私自加盖的公章。对于普通劳动争议案件，加盖用人单位公章的证据材料一般可确认真实性，但在涉高管劳动争议案件中则需要法官充分发挥主观能动性，从高度盖然性角度对真伪难辨的证据进行审查，据此判断双方是否达成合意。

另外，审判实践中存在部分已经进入破产清算程序或者濒临破产的企业，高管依据加盖公章的文件或合同主张高额工资或经济补偿金，而用人单位也未作相应抗辩，此时不应轻易对相关证据予以采信，

审理中还需要排除虚假诉讼的可能性。

四、涉高管劳动争议案件审理举措

（一）助力优化营商环境，协力落实“六稳”“六保”

新发展阶段下，企业作为经济发展的基本载体，高管是核心竞争力。为适应经济转型，抓住发展机遇，各地都在积极引进高层次人才，高管的合法权益能否得到维护，司法环境是否公平公正，将成为高管择业的重要考量因素。同样，市场竞争是否公平有序，用工成本是否合理可控，也是企业对营商环境的关键诉求。为此，上海一中院自觉提高政治站位，充分发挥司法职能作用，致力于营商环境的持续优化，依法妥善化解企业与高管相关劳动争议纠纷，为稳就业、保民生、促发展贡献司法力量。

就业就是最大的民生，“六稳”第一稳是稳就业，“六保”第一保是保就业主体。公正的司法审判系统，才能为高端人才的吸引与劳动者权益保护、企业正常经营发展与知识产权保护等提供强有力的司法保障。在涉高管劳动关系认定中，注重审查双方有无建立劳动关系的合意，注意区分委任关系和劳动关系的不同；在审理劳动报酬纠纷案件中，合理把握企业因资金困难拖欠高管劳动报酬和恶意欠薪的界限，尤其对于受疫情影响的企业，要稳定企业复产用工，注重保护企业生存发展；在竞业限制纠纷案件中，加大商业秘密司法保护力度，维护公平的市场竞争秩序；在高管追索绩效奖金争议中，注重探寻双方约定的真实意思表示，让辛勤付出的高管能够得到对应的回报。

（二）平衡保护双方利益，构建和谐劳动关系

作为重要的社会关系之一，劳动关系是否和谐，不仅关系到广大劳动者和用人单位的切身利益，也关系到国家经济的发展、社会的繁荣，建立和谐劳动关系的意义不言而喻。法院作为居中裁判者，需要运用公正善良之术，平衡保护双方利益，构建和谐劳动关系，最终实现公平公正，以达到法律效果和社会效果的统一。

劳动法对普通劳动者注重倾斜保护，而审理涉高管劳动争议案件应注重回归契约本身，对双方利益进行平衡保护，更注重审查双方的真实合意。举例来说，对用人单位承诺给予远高于法定标准的离职补偿金，在认定是其真实意思表示的情形下，应认定为有效；又如，实行不定时工作制的高管主张非法定节假日加班工资、主管人事的高管主张未签劳动合同双倍工资、高管被解除劳动合同后主张劳动关系恢复的，一般需从严把握；高管提供存疑的盖有公章的书证主张权利的，应加重其举证责任，需结合高管是否享有保管或任意使用公章的职权、是否有接触公章的便利、公章加盖的时间等多方面因素对相关证据鉴别真伪；再比如，对于在企业经营困难且未见好转的情形下仍决议为高管加薪和支付高额加班费的，不能仅凭用人单位形式自认，应做进一步实质审查，审慎地审查相关诉请，排除双方恶意串通进行虚假诉讼的可能性，避免损害债权人利益等。

（三）多措提升审判质效，合力促进适法统一

涉高管劳动争议案件往往诉请复合、案情复杂，还会涉及其他部门法交叉适用，审理难度较大。如前述高管劳动报酬、高管解聘案件，易产生公司法和劳动法衔接问题，竞业限制纠纷常涉及反不正当竞争法等领域相关规则。民、商事领域的法官由于背景知识和裁判理念的不同，易出现劳动争议审判条线和商事争议审判条线的差异。相应案件审理中应准确把握各部门法的立法目的，进行正确的法律适用。面对交叉领域的法律适用问题，上海一中院更加注重审判机制创新，视案情召开由民事庭和商事庭法官共同参与的专家法官会议，在现有规范体系下形成一致而妥善的裁判规则，把提升审判质效摆在首要位置。

此外，审判实践中，仲裁、一审、二审对一些疑难问题的处理并不一致，导致部分案件裁审分离，亦增加当事人的讼累，延长纠纷解决时间。对此，上海一中院及时召开适法统一会议，本次白皮书发布前就由上海一中院召开由市高院、市人社局、市仲裁院、高校、辖区法院等多部门参加的“妥善处理高管劳动争议 助力构建和谐劳动关系”研讨会，以研促判，就部分疑难问题达成统一或多数意见，形成统一的裁判规则，促进适法统一。

（四）注重法治宣传引领，多元化解矛盾纠纷

涉高管劳动争议案件较易引发社会关注，应做好普法宣传，引领正确舆论导向。此前，上海一中院审理的腾讯公司与离职高管竞业限制纠纷案，因判赔金额高达 2,000 万，引发广泛关注，并被业界称为

“竞业限制第一案”，有力地震慑了高管竞业期内设立公司从事不正当竞争的不法行为，普法效果显著。此外，上海一中院还发布《竞业限制纠纷案件审判白皮书》、出版《劳动争议典型案例以及裁判观点》等专著，并发表涉劳动争议类案裁判方法总结近十篇，发布劳动争议法律适用微课程五部。上海一中院还通过上海法院庭审公开网等进行同步庭审直播，并利用微信官方公众号“案件速递”“欣法官”等栏目，对涉高管劳动争议案件进行普法宣传，发挥典型案例的示范引领作用，产生了良好的社会反响。

在本次推出的白皮书中，也引用了大量现实案例（公司名称和高管姓名均为化名），为涉高管劳动争议案件的审判提供参考，也为用人单位和高管提供行为指引，提示高管合法维权，注重己方权利的书面约定，并忠实勤勉地履约；提示用人单位规范用工行为，完善企业管理制度和权力制衡机制，加强公章、证照的管理，防止高管利用公司制度漏洞损害公司利益。

同时，上海一中院积极履行社会责任，2019 年至今向 8 家用人单位发出《司法建议函》， 其中高管案件 3 篇，涉用工管理、绩效考核、合同解除等，均收到复函。相关用人单位提出了对应的整改措施，取得了良好的社会效果。上海一中院还注重涉高管劳动争议的最终化解，借助调解机构和工会组织等多元化纠纷解决机制，促进双方纠纷得到及时有效地解决。

上海市第一中级人民法院
涉高管劳动争议案件典型案例

一、法定代表人与用人单位之间是否存在劳动关系，仍需依实际履行原则加以判断

【基本案情】

赵某原系A公司法定代表人、董事长、总经理、股东，后由于股东纠纷，2013年1月8日起，赵某不再担任A公司董事长、总经理，此后，A公司未另行安排赵某工作，也未要求赵某上班。2013年8月起A公司的办公场所搬迁至新址后，赵某未至新址上班，但称另外租赁办公地点单独办公。2014年5月16日，赵某不再担任A公司法定代表人。2013年1月以前，A公司每月向赵某发放工资，此后A公司未再向赵某支付工资，但为赵某缴纳社会保险直至2014年11月。2014年11月26日，A公司为赵某开具退工证明。2014年11月30日，赵某提起劳动仲裁要求A公司支付2013年1月1日至2014年11月27日期间的工资等。仲裁委以赵某与A公司之间的争议不属于该会受理范围为由不予受理。

【裁判结果】

一审法院认为，赵某担任A公司法定代表人和董事长，其身份具

有特殊性，法定代表人基于股东会任命而产生，对外代表公司，对内受股东会委托管理公司，赵某与 A 公司之间并非管理与被管理的关系，并不符合劳动关系的本质特征，故驳回赵某全部诉请。

上海一中院认为，赵某基于法定代表人、总经理的身份，实际履行了公司的日常经营管理职责，并非仅仅是挂名法定代表人，A 公司也按月支付其工资，每月为其缴纳社保，还为其办理了退工手续，双方之间的法律关系符合劳动关系的特征，故应当认定双方已形成劳动关系。赵某先后被免去董事长、总经理、法定代表人职务后，A 公司并未同时解除双方的劳动关系，而是直至开具退工单时才真正解除双方的劳动关系。此期间，赵某未提供劳动并非其主观上拒绝履行劳动义务，而是客观上 A 公司不提供劳动条件所致，属被动缺勤，故 A 公司仍应向赵某支付劳动报酬。上海一中院遂改判支持赵某要求 A 公司支付工资的诉请。

【法官提示】

法定代表人同时作为用人单位的高管，身份具有双面代表的特殊性。对于法定代表人与用人单位之间不能一概否定劳动关系，仍需从双方劳动力交换的实际情况，依据从属性特征作出判断。解除法定代表人的职务并不等同解除其劳动关系，法定代表人职务被解除后，若因用人单位原因导致高管客观不能继续提供劳动，则用人单位仍需支付相应劳动薪酬。需要提示的是，对于企业的现任法定代表人要求企业支付薪酬的纠纷，劳动争议处理机构不予受理。

二、判断股东分红还是业绩奖金，要探寻双方订立协议的原意

【基本案情】

康某为 B 公司股东、法定代表人。2014 年 8 月，钱某进入该公司担任董事、总经理等职务。2015 年 10 月 15 日，两人签订会议纪要，内载："康某将转让 B 公司 26.25%股份给钱某。自 2015 年 10 月 1 日起，B 公司实行合伙人负责制，康某、钱某分别独立带领一个团队管理一二级市场的业务。未来 B 公司发行的所有产品的业绩报酬和管理费都按照 30%归公司，70%归相应合伙人分配的管理模式。B 公司现有的存量产品中，由钱某或康某担任基金经理的产品，产品续存期内产生收益中归合伙人分配的部分由两人平均分配。B 公司未来的日常营运费用及所有人员的工资成本由公司承担，所有人员的奖金由各合伙人在其分配收益中支取。"后因奖金分配争议，钱某申请仲裁，要求 B 公司支付 2014 年 8 月至 2017 年 11 月期间某支基金奖金 500 万元，未获仲裁支持，遂涉诉。

【裁判结果】

一审法院认为，本案中钱某曾担任 B 公司董事、总经理及投资总监，同时亦曾是 B 公司隐名股东，钱某系依据与康某签订的会议纪要主张基金业绩奖金，对此康某既是 B 公司法定代表人，也是 B 公司股东。双方签署的会议纪要，对 B 公司股权结构、经营模式及未来收益作了相应约定，该会议纪要是钱某与康某基于股东身份而签署。钱某

依据会议纪要的约定主张某支基金产品的业绩奖金，依据不足，一审法院不予支持。

上海一中院认为，本案的争议焦点为会议纪要中关于“产品续存期内产生收益中归合伙人分配的部分由两人平均分配”的约定是与股东权益有关的约定还是与钱某劳动报酬有关的约定。首先，从双方签署会议纪要时的身份来看，康某当时是B公司的股东、法定代表人，钱某当时仅具有劳动者(基金经理)的身份，尚未取得B公司股东(隐名)身份。即使之后钱某成为了B公司的隐名股东，其与B公司的劳动关系并未终结，钱某仍具有劳动者的身份。其次，从上述约定的性质来看，第二部分中关于现有存量基金产品的业绩报酬和管理费的分配并未涉及公司股东分红、股权激励等公司法意义上与股东权益相关的事项，故应认为属钱某担任基金经理期间劳动报酬的约定，而非股东权益的约定。一审仅基于钱某具有股东身份就认定会议纪要中的所有约定均属股东权益的约定，有所不妥，应予以纠正，故上海一中院改判支持钱某诉请。

【法官提示】

奖金为劳动法上劳动者因付出劳动所获得的对价，分红为公司法上股东基于出资所享受的所有者权益，对两者的区分主要还是应当依据当初双方协议的约定，应当探寻双方真实的意思表示。法院作为居中裁判方，应将当事人法律上的身份进行厘清，以明晰请求权基础，不能顾此失彼，既要保障股东利益，又要注重高管基本劳动权益的保护。

三、高管提供存疑的盖有公章的书证主张权利的，应加重其举证责任

【基本案情】

2013 年 6 月 17 日，孙某入职 C 公司，双方签订三年期劳动合同，约定孙某任 C 公司总经理、法定代表人，年薪为 240 万元。2014 年 12 月 1 日，C 公司唯一股东以书面方式免去孙某各项职务并于次日解除与孙某的劳动合同。孙某申请仲裁，要求 C 公司支付未履行劳动合同期间工资等，仲裁未予支持。

一审中，孙某提供一份加盖 C 公司原公章印文的补充协议，上约定：如 C 公司提前解除劳动合同，C 公司应向孙某支付剩余劳动合同期间的工资等。C 公司对该协议不予认可，称公章为孙某私自加盖。经鉴定：该协议上公章印文与 C 公司原公章印文相符，形成于 2013 年 10 月 8 日之后。孙某自认其于 2014 年 11 月 28 日之后保管 C 公司原公章。而 C 公司曾对孙某提起公司证照返还纠纷之诉，要求孙某返还原公章、营业执照。

【裁判结果】

一审法院认为，补充协议上公章印文经鉴定是真实的，且于 2013 年 10 月 8 日之后形成。而孙某系于 2014 年 11 月 28 日起才占有 C 公司原公章，因此不能排除该公章印文形成于 2013 年 10 月 9 日至 2014 年 11 月 27 日期间的可能性。现 C 公司未能证明孙某私自加盖公章，故该协议真实有效，C 公司应按约履行。一审法院判决 C 公司支付孙

某尚未履行劳动合同期间的工资。

上海一中院另查明：孙某在申请仲裁时称补充协议于 2013 年 6 月 17 日签订；仲裁庭审陈述签订时间为 2013 年 6 月，具体时间不清楚，一审第一次庭审时又表示协议于 2013 年 6 月 17 日签订；第二次庭审时，称协议是在 2013 年 6 月 17 日后一个星期签订，C 公司盖章的时间肯定是在其签字之后。

上海一中院认为，孙某就补充协议的签署日期多次陈述不一，虽经鉴定补充协议上 C 公司公章印文属真实，但鉴定的加盖时间为 2013 年 10 月 8 日之后，与孙某的陈述不一致，亦不能排除该公章印文于 2014 年 11 月 28 日之后形成的可能性。孙某曾担任 C 公司法定代表人及高管，且曾与该公司就公章返还事宜产生诉讼。在存在诸多疑点的情况下，该补充协议难以作为判定本案双方权利义务的唯一依据。综上，孙某未能提供充分证据证明补充协议属其与 C 公司达成的真实意思表示，故其仅依据补充协议所主张的相关期间的工资，难以支持。上海一中院遂改判无需支付孙某未履行劳动合同期间的工资。

【法官提示】

与自然人签字即可推定为其本人真实意思表示不同，高管基于特殊权限，具有代替用人单位进行意思表示之便利。当高管自身的利益与用人单位利益相冲突时，用人单位之印章并非当然代表该拟制主体之意思表示。因此，高管仅凭存疑的盖有用人单位公章的协议向用人单位主张权利的，还应就协议的磋商过程、合意结果等事宜承担进一步举证的责任，否则需承担举证不能的法律后果。

四、用人单位不对高管进行考勤管理的，高管未遵守考勤管理制度不能成为认定用人单位解除行为合法的充足依据

【基本案情】

李某为D公司股东，原系D公司法定代表人王某姐夫。2015年1月28日李某与D公司签订劳动合同，任业务开发主管一职。D公司员工手册规定，每月旷工连续3天及以上或累计5天及以上者，公司有权与其解除劳动合同。2019年11月27日起，李某未至D公司处工作，但在公司微信工作群中与公司员工沟通、安排工作。2019年12月2日，李某在山西老家民政局办理离婚手续。2019年12月3日，D公司以李某连续旷工6天为由，解除其劳动合同。之后，李某申请仲裁，要求D公司支付违法解除劳动合同赔偿金，该请求得仲裁裁决支持。D公司对此不服，提起诉讼。

【裁判结论】

一审法院认为，李某自2019年11月27日至2019年12月3日期间未提供劳动属实，也未举证证明其向D公司履行过请假批准手续，李某实际未提供劳动天数已经达到3天，违反了员工手册的规定，故D公司以李某严重违反规章制度为由解除劳动合同，并无不当，遂判决D公司无需给付李某违法解除劳动合同赔偿金。

二审中，李某主张其与D公司另两名股东分别担任市场部、设计部、工程部主管，三人均不需要考勤，不受考勤请假等制度约束。D

公司认可对三位股东的缺勤不实施扣款，公司规章制度未规定部门主管请假的审批流程。

上海一中院认为，综合本案的事实，李某的旷工行为难以成立，理由如下：首先，D公司虽在规章制度中规定员工需考勤，并由部门主管审批，但对李某并不实际进行考勤，公司规章制度也未规定部门主管请假的审批流程。其次，李某在离开公司期间，仍通过公司微信工作群与员工沟通安排工作，法定代表人王某也在微信群中，故旷工事实难以成立。最后，李某是公司股东之一，办理离婚手续之前还系法定代表人王某姐夫，如李某不告而别，公司不与李某联系就直接解除劳动合同，亦有违常理。上海一中院遂改判D公司支付李某违法解除劳动合同赔偿金。

【法官提示】

考勤管理制度系用人单位对劳动者进行用工管理，判断劳动者出勤与否、有无旷工的重要依据。但高管因其岗位职责需要，存在不定时或弹性工作、在家办公等多样化劳动提供形式。如用人单位不对高管进行考勤管理的，仅凭高管未按照考勤管理制度进行打卡等行为，不足以认定高管构成旷工，用人单位据此解除劳动合同依据不足。

五、用人单位经营困难情况下仍决议为高管加薪和支付加班费的，应做实质性审查

【基本案情】

E 公司为股份有限公司，自 2017 年初起资金链紧张，至 2017 年 6 月已拖欠 100 余名员工三个月工资，并对外负有债务约 8,000 万元，此后亦持续无法正常经营。周某于 2017 年 6 月接任 E 公司董事长、总经理，后于 2018 年 3 月 5 日辞去总经理职务。

周某持有一份显示其与 E 公司于 2017 年 6 月 6 日签订的期限为当日至 2020 年 6 月 5 日的劳动合同，约定周某担任总经理，每月工资 3 万元。周某自述，2017 年 6 月 2 日董事会任命其为董事长兼总经理，但该次董事会上未对其薪酬进行讨论，上述劳动合同系 E 公司人事与其签订。

2018 年 6 月 20 日，E 公司由周某作为主持人召开董事会，并对周某 2017 年度欠薪及加班工资补发问题进行讨论。周某提出，其担任董事长、总经理以及核心小组成员期间，工资按合同标准为月薪 5 万元，需要补发 18 万元，期间每周上班达 100 小时，需要支付加班工资 60 万元，但考虑到公司困难，只要补发 50 万元。董事会决议记录“其他与会人员没有异议”。周某随后与 E 公司人事签署月薪 5 万元的补充合同。

基于上述董事会决议及劳动合同，周某提起仲裁、诉讼，要求 E

公司支付 2017 年 6 月至 2018 年 10 月期间工资差额、2018 年 1 月至 6 月期间加班工资等。

【裁判结果】

一审法院认为，本案中，E 公司处于非正常经营状态且有巨额债务未清偿，而劳动报酬属于优先受偿范围，E 公司形式上对欠薪事实的自认，将会影响其他债权人的受偿。为防止当事人之间恶意串通，通过诉讼方式侵犯他人合法权益，应严格审查双方当事人诉讼行为及背后的动机，并对证据的真实性进行严格查证。周某虽然提供了劳动合同、补充合同、董事会相关会议记录等证据，但一方面，周某在与 E 公司签订劳动合同时，为 E 公司法定代表人、董事长、总经理，双方的人格和意志同一；另一方面，E 公司在经营困难并存在巨额债务未清偿的情况下，仍通过董事会决议及补充合同的形式确认支付周某高额工资、加班工资，缺乏合理性。故一审法院对周某请求不予支持。

上海一中院认为，首先，根据公司法规定，股份有限公司董事的报酬事项由股东会决定，经理的报酬事项由董事会决定，周某作为 E 公司董事长的报酬争议不属于劳动争议案件处理范畴。周某提交的董事会记录中虽显示有对周某欠薪及加班工资问题的讨论，但从会议记录内容看，会议的主持人为周某本人，周某在会上所称的其月薪 5 万元与其当时所持劳动合同约定的月薪 3 万元不相符，该 5 万元金额也未区分董事长和总经理报酬。其次，周某所持期限为 2017 年 6 月 6 日至 2020 年 6 月 5 日的劳动合同虽显示月薪 3 万元，但从周某所述

的劳动合同签订过程看，难以认定该薪酬标准系E公司与周某根据合法程序、代表E公司真实意思所做约定。最后，周某对所主张的每周加班60小时高强度工作量，除其自述外，并无其他证据予以佐证，在E公司经营状况未见好转的情况下，E公司董事会仍经周某主持讨论确定支付周某高额欠薪及加班工资之行为，亦有悖常理。故周某提供的董事会会议记录及劳动合同难以成为其诉求成立的充足依据，上海一中院遂判决维持原判。

【法官提示】

对于兼任股份有限公司董事（长）职务的公司高管所涉追索劳动报酬纠纷，应注意：合理把握劳动争议案件处理范围，不扩大至处理董事（长）职务对应报酬；结合案件实际情况，判断高管主张的劳动报酬标准是否为用人单位真实意思表示；即便高管的薪酬标准经过董事会决议，但如相关决议内容存在违反法律、行政法规之无效情形的，也不能作为非善意高管主张薪酬的依据。

六、用人单位应否另行支付高管为关联公司工作的工资，应按实际履行原则加以认定

【基本案情】

吴某 2012 年 1 月 1 日到 F 公司工作，劳动合同约定月薪 1 万元。2014 年 3 月 13 日，N 集团人力资源部出具人事任命书，内载“……任命吴某为 N 集团副总裁，全面负责集团管理工作”。2017 年 4 月 13 日，F 公司向吴某出具终止劳动合同通知函，双方的劳动关系于 2017 年 4 月 30 日终结。一审另查明，N 集团为 F 投资中心的股东，F 公司为 F 投资中心的全资子公司。2017 年 4 月 21 日，吴某申请仲裁，要求 F 公司以其担任集团副总裁的月薪 5 万元的标准支付其 2014 年 3 月 1 日至 2017 年 4 月 30 日期间工资 200 万元。F 公司则认为应为合同约定的 1 万元/月。仲裁审理期间，该会追加 F 投资中心为被申请人。仲裁裁决对吴某的仲裁请求均不予支持。一审中为证明其所主张的 5 万元/月之工资标准，吴某提交任命书、收入证明、部分月份银行交易明细以及由 F 投资中心股东朱某签字的结算清单作为证据。

【裁判结果】

一审法院认为，工资标准变更属劳动合同内容的重大变化，劳动关系双方对于薪资调整应有明确之意思表示。F 公司处于 N 集团公司架构底层，吴某主张因其承担 N 集团公司其他工作而增长的工资部分应由 F 公司承担，应当提交充分明确之证据予以证明。本案中吴某虽

然提交任命书、收入证明及朱某签字的结算清单等作为证据，然收入证明系为劳动者用于购房、出国等用途而出具，得不出吴某在F公司的实际月薪为5万元的结论;结算清单中朱某并非F公司法定代表人，在F公司予以否认之情况下，吴某欲以由朱某签字之结算清单作为证明其薪资水平的证据亦难以成立。结合F公司一直以来的经营及管理状况和工资实际发放情况，一审法院认为，吴某提交的上述证据无法形成完整证据链，一审法院遂按照1万元/月判决F公司支付吴某系争期间工资。

上海一中院认为，吴某主张因担任N集团公司副总裁而月薪变更为5万元，在F公司不予认可的情形下应提供证据予以证明。鉴于吴某在F公司一直实际领取的月薪只有1万元，吴某虽主张其在F公司工资标准为5万元，但从其一审中提供的证据银行交易明细来看，曾支付工资奖金的主体也并不限于F公司。现吴某仅要求F公司按每月5万元标准支付工资，明显依据不足。故上海一中院维持原判。

【法官提示】

高管主张同时为关联企业工作而要求原工作单位另行支付工资的，应提供证据证明劳动合同约定的工资标准已发生了变更，证明原工作单位同意一并支付关联企业的工资或者实际发放了关联企业的工资，如不能证明，则对高管主张的工资标准不予支持。

七、股权争议一般不宜作为劳动争议案件处理

【基本案情】

郑某 2015 年 12 月 3 日入职 G 公司，任人力资源总监，双方劳动合同中明确：郑某将获得公司授予的股票期权激励，公司将在未来几个月，与某律师事务所合作，定义员工股票期权计划，包括执行价格，归属期，股票评估办法，股票期权的地理位置等。2016 年 12 月 13 日，G 公司首席执行官通过邮件向郑某发送《员工股票期权计划》一份，通知将授予郑某 G 公司截止 2016 年 12 月 13 日的股票期权，并写明了期权数量、授予期限、行使价格、行权/届满期限等。若达到行权条件不能支付，则将向郑某支付 100 万元。2016 年 12 月 14 日，G 公司首席执行官找郑某谈话，希望郑某同意将《员工股票期权计划》截止日从 2016 年 12 月 13 日延长至 2016 年 12 月 31 日，郑某表示拒绝。2016 年 12 月 16 日，郑某向首席执行官发送电子邮件，要求 G 公司向其支付未按时发放股票期权的赔偿金 100 万元。2016 年 12 月 26 日，G 公司以郑某在职期间严重违纪为由，解除郑某劳动合同。2017 年 1 月 10 日，郑某申请仲裁，要求 G 公司恢复劳动关系并支付公司股票期权补偿金 100 万元等。仲裁对郑某的请求未支持。

【裁判结果】

一审法院认为，本案争议焦点在于，该项期权发放计划是否因违反诚信原则而无效。首先，劳动合同中确实未对股票期权的授予数量

进行约定，郑某的主张缺乏相应合同依据。其次，从股票期权的设立目的看，公司赋予高管在某约定时期内以约定的认股价格购买一定数量股票的权利，旨在提高雇员的责任感，激励雇员实现工作目标，长期稳定地为公司提供服务。本案中，因双方的劳动关系已不再存续，且解除原因为郑某严重违纪，在此情况下，G 公司的行为难以认为违反了诚信原则。基于上述理由，对郑某关于股权的诉请不予支持。

上海一中院认为，郑某诉讼请求判令 G 公司支付郑某未付期权的惩罚补偿 100 万元，该请求系基于双方对于股票期权约定引起的争议，本案股权情形不属于劳动争议案件处理范围，应当不予处理。一审判决对此项请求做出实体处理，有所不妥，上海一中院对此予以更正，对该项诉请不予处理，郑某有权依法另案提起诉讼。

【法官提示】

用人单位为吸引高管入职，有时会给予相应的股权期权做激励，但是股权本身既不属于劳动报酬也不属于福利待遇。劳动争议调解仲裁法对劳动争议受案范围有明确规定，并不包含股权，且上述纠纷涉及股权激励约定效力如何认定、授予股票或者股票期权的主体是否适格、行权条件如何成就等问题，专业性较强，有专门的公司法、证券法等加以调整，一般不宜作为劳动争议案件处理，高管有权依法另行救济。

八、高管应诚信履行竞业限制约定，否则应承担违约责任

【基本案情】

H 公司地图事业部负责高精地图和无人车核心技术的研发，王某是该部门负责人。王某任职期间，H 公司与其签订了竞业限制协议，约定若王某离职，一年内不得从事与 H 公司及关联公司相竞争的业务，H 公司支付月工资的 50%作为竞业限制补偿金。另约定如王某违反协议，需返还所有经济补偿并支付 3 倍数额的违约金。王某于 2018 年 3 月 30 日辞职，后 H 公司按约定支付了 2018 年 4 月至 10 月的竞业限制补偿 89 万余元。2018 年 5 月 14 日，王某经过筹备，作为唯一股东发起设立 L 公司，经营范围为人工智能行业应用软件开发等，其担任法定代表人、总经理。后王某又陆续投资设立了多家企业，并担任董事等职位。2018 年 7 月，H 公司申请劳动仲裁，请求王某履行竞业限制义务，返还竞业限制补偿金 89 万余元，并支付违约金 459 万余元等。仲裁委支持了 H 公司的部分请求。

【裁判结果】

一审法院认为，根据工商登记信息，L 公司登记的经营范围与 H 公司存在部分重合，L 公司在招聘网站上公开宣传“专注于打造可实时更新的高精地图服务能力”，并且已公开招聘视觉算法研发工程师，与王某离职前从事的地图事业部的工作内容有一定重合，王某作为 L 公司唯一股东和法定代表人可认定其违反了竞业限制义务，应当继续

履行，并按约返还竞业限制补偿、支付违约金。结合王某离职前担任岗位的涉密程度、竞业限制经济补偿所占王某月基本工资的比例、王某违约的方式及时间等，一审法院判定王某返还竞业限制补偿金 89 万余元，并酌情判决其支付竞业限制违约金 260 万元。

上海一中院认为，根据工商登记信息及 L 公司公开发布的招聘信息显示，L 公司与 H 公司经营范围、实际开展的业务均存在一定的重合，可以认定两公司存在竞争关系。王某系 L 公司的唯一股东并担任法定代表人，违反了竞业限制义务。H 公司支付的竞业限制补偿为 89 万余元，一审依据约定判决王某予以返还并无不当。一审法院根据本案违反竞业限制义务的认定等，结合违约责任的约定，酌情调整王某承担的违约金，并无不当。上海一中院遂维持原判。

【法官提示】

作为掌握用人单位商业秘密的高管人员，知悉用人单位经营信息和技术信息，在职期间对用人单位负有忠实勤勉义务，离职后为竞业限制适格主体。竞业限制是悬在高管头顶的“达摩克利斯之剑”，如允许离职高管竞业限制期内从事竞争业务，将会造成原用人单位的商业秘密泄露，影响原用人单位的核心竞争力，并破坏公平的市场竞争秩序，因此离职高管需诚信履行竞业限制义务，否则要承担相应的违约责任。

九、用人单位与高管自愿约定高于法定标准的离职补偿，应认定为有效

【基本案情】

2017 年 6 月 3 日，冯某与 I 公司签订劳动合同，约定冯某任总裁，同日，双方签署股份转让协议，其中约定“……5. 甲方(I 公司)正式录用乙方(冯某)五年内，如甲方要求乙方离职，则一次性补偿人民币 200 万元，甲方有足够证据证明乙方严重违反公司管理制度给公司造成损失或违法违规的除外……”。同日，双方再签署一份补充协议，约定“……甲方正式录用乙方五年内，如甲方要求乙方离职，则一次性补偿人民币 200 万元。甲方与乙方签订的补充协议中第 5 条一旦触发，以本条为优先条款。”2018 年 11 月 29 日 I 公司向冯某发送解除通知书，以冯某隐瞒担任案外公司负责人的事实，严重违反约定为由，解除冯某劳动合同。冯某遂提起仲裁，要求 I 公司支付违法解除劳动合同赔偿金及协议约定的离职补偿 200 万元，仲裁仅支持冯某违法解除赔偿金请求。

【裁判结果】

一审法院认为，本案中，冯某与 I 公司签署的劳动合同、股份转让协议、补充协议中落款处均有 I 公司的盖章及法定代表人手写签名，且 I 公司法定代表人到庭陈述上述协议是其代表公司签署，因此应认定上述协议的签订是双方真实意思表示，且该协议不违反法律强

制性规定，合法有效。本案中，系 I 公司主动解除冯某劳动合同，冯某有权根据补充协议要求 I 公司支付一次性补偿 200 万元。一审法院根据案件事实，认定 I 公司构成违法解除，鉴于根据双方协议约定的补偿金总额已高于法律规定违法解除赔偿金应得数额，故冯某要求 I 公司另行支付违法解除赔偿金的诉讼请求不再支持。

上海一中院认为，本案中双方当事人先后签订股份转让协议及补充协议，两份协议均是当事人的真实意思表示，且未违反法律法规的禁止性规定，依法有效，对双方当事人均有约束力。且补充协议签署在后，应以该约定为准，补充协议 200 万元补偿金支付的唯一条件，即是 I 公司要求冯某离职，并没有其他的但书规定，且相关法律未限制用人单位可以高于法定标准支付离职补偿。冯某有权要求 I 公司支付双方约定的离职补偿。一审认定的 I 公司构成违法解除，经审查并无不当。鉴于双方当事人已经就 I 公司单方面要求冯某离职的法律后果做了约定，该约定不论是适用条件上还是支付标准上，均远高于法定标准，故应当认定此约定系包含了法定支付金额，冯某仍要求 I 公司按照法定标准支付违法解除赔偿金，没有法律依据，不予支持。故上海一中院判决维持原判。

【法官提示】

因高管具有稀缺性，在入职时与用人单位之间的缔约能力较强，用人单位为了吸引人才往往会给出较为优厚的待遇，其中就可能包含远高于法定标准的离职补偿，相关法律法规对此也并未禁止，因此在

判定相关协议的签订是双方真实意思表示时，应认定协议有效。但是因约定离职补偿标准远高于法定标准，应视为已经包含了经济补偿或赔偿金，高管主张公司还需支付经济补偿金或赔偿金的，则不再支持。

十、高管主张恢复劳动关系的，应严格审查是否具备继续履行客观条件

【基本案情】

2018 年 9 月 17 日，陈某、J 公司订立劳动合同，约定陈某担任资管部总经理,月工资 50,000 元,有效期为 2018 年 9 月 17 日至 2020 年 9 月 16 日，其中“前贰个月为试用期”。2018 年 9 月，陈某入职 J 公司处。2018 年 11 月 2 日，J 公司向陈某发送书面通知，以陈某“在试用期间被证明不符合录用条件”为由，通知陈某解除劳动合同，双方劳动关系于 2018 年 11 月 2 日解除。2018 年 11 月 3 日，J 公司与案外人韩某续签劳动合同，约定韩某担任资管部总经理。2018 年 12 月 10 日，陈某申请仲裁，要求 J 公司恢复劳动关系并支付恢复期间的工资。仲裁裁决对陈某的请求事项未支持。

【裁判结果】

一审法院认为，本案中，J 公司主张陈某在试用期内表现不符合录用条件，但 J 公司并无证据证明其与陈某约定了具体录用条件，其现有证据也难以证明陈某存在违反公司管理规定应解除劳动合同的行为，故 J 公司以“试用期内不符合录用条件”为由解除劳动合同，属违法解除。本案中，J 公司以陈某工作内容及岗位已由他人代为履行为由拒绝恢复劳动关系，并且提供了相应的证据加以佐证，一审法院对此予以采信。由于陈某原岗位已经由他人代替，客观上导致了双

方的劳动合同不能继续履行，陈某要求恢复与J公司劳动关系并支付工资的诉讼请求，一审法院难以支持。J公司违法解除与陈某的劳动合同，依法应支付陈某违法解除劳动合同赔偿金。

上海一中院认为，首先，一审认定J公司解除与陈某劳动合同的行为属于违法解除并判令J公司支付相应的违法解除赔偿金，J公司未对此提起上诉，视为对一审判决的认可，在双方对J公司违法解除劳动合同的事实都无异议的基础上，判断双方劳动关系能否恢复的关键在于是否具备继续履行原劳动合同的客观条件。其次，J公司以陈某原岗位已被案外人韩某代替为由拒绝恢复与其的劳动关系，为此提供了J公司与韩某的劳动合同、岗位变动记录、劳动合同续签记录、J公司的任命书等相关证据予以佐证。J公司、陈某双方均确认陈某原所在的岗位仅设置一位人员，鉴于该岗位已于2018年11月3日起由他人任职，导致陈某与J公司原劳动合同不具备继续履行的客观条件，故双方劳动关系难以恢复，J公司应当支付陈某违法解除劳动合同的赔偿金。上海一中院故维持原判。

【法官提示】

用人单位违法解除后，高管主张恢复劳动关系的，应严格审查是否具备继续履行的客观条件。首先，用人单位和高管之间需要很强的信任关系做基础，一旦进入劳动仲裁或诉讼，双方的信任关系便不复存在，强制恢复可能会使公司管理陷入僵局；其次，高管的岗位往往比较稀缺且不能长时间空置，一旦高管原岗位被他人替代，用人单位

又很难再为高管创设新岗位，也会导致原劳动合同不具备继续履行的客观条件。故结合案件特点，在向高管行使释明权后，改为支付高管违法解除赔偿金则更有利于和谐劳动关系的构建。

上海市第一中级人民法院

中国·上海

上海一中法院微信公众号

劳动者不认可规章制度的制定程序会导致规章制度无效吗？

How to Evaluate the Validity of the Rules and Regulations When "the Employee does not Approve of the Procedures of Making the Rules and Regulations"

上海保华律师事务所 郭旭瑾

Baohua Law Firm Elaine Guo

引言：古语云“不以规矩，不能成方圆”。规章制度作为用人单位人力资源管理的重要依据，包罗了劳动者在职期间的众多权利义务，在实务中必然受到用人单位和劳动者双方的重视。与此同时，《劳动合同法》第四条也对用人单位规章制度的制定及送达程序提出了要求。若双方能诚信履职，合规执行，本也可实现古语的终极目标。可在信息实时分享的当下，我们常常坐着地铁，刷着抖音就有机会捕捉到类似的话题：单位因劳动者违纪而解除劳动关系，劳动者抗拒执行，更有甚者上演武行戏码，各种吸睛的词汇也悄悄地爬上了社会新闻热搜榜。其中是非曲直很难从一段新闻、一个短视频里判定结果，但用人单位和劳动者原本相互吸引，共谋前程的“姻缘”，最终却落得此种收场，实在是“金井锁梧桐，长叹一阵风”。好在就笔者所见，武行戏码并不是此类事件的常客，更多遇到此类事项的劳动者和用人单位就像是过了离婚冷静期的夫妻，痛定思痛，对簿公堂。这时“规章制度”就好比求婚时的“约法三章”，讲的是什么理，约的是什么规，清清楚楚明明白白都得一一陈堂。哪个是我的锅，哪些是你的活，法官面对此种家务事上的分工明细又该如何决断？

笔者查询了北京、上海、江苏三地近期的部分案例，发现三地对于规章制度有效性的审查，特别是“劳动者不认可规章制度的制定程序”时规章制度的效力该如何认定这一问题上，有一些不一样的理解。所以虽说本是个“家长里短”的小事，却也尝试说上一说。如能为读者在今后的实务操作中提供一些借鉴，也可避免不必要的风险。

Introduction：As the old saying goes, “Nothing can be accomplished without norms or standards.” As an important basis for human resource management of employers, the rules and regulations regulating many rights and obligations of employees during their employment are certain to be put emphasis on by both the employers and employees in their practice. In addition, Article 4 of the Labor Contract Law also imposes requirements on the formulation and service procedures of the rules and regulations put forward by employers. If both parties perform with integrity and compliance, the ultimate goal of the above old saying could have been achieved easily. However, in the Information Age when we can share and access information in real time, we usually come across articles with such topics as “The employer terminates the employment relationship because of the employee's serious discipline violation, and the employee objects and refuses to accept it”. What’s worse, sometimes there are even physical conflicts between the employer and the employee, exaggerated descriptions and words making the news hot search. Actually, we cannot tell the exact fact about whose performances are legitimate and whose are not just from a piece of news or a short video. However, what arouses our pity is that the relationship between employers and employees who were attracted by each other and expected to work together to make achievements as loving couples finally break down to this point. Luckily, the physical conflicts are not so common, and, instead, more employers and employees under such circumstance, acting as couples who have passed the divorce cooling—off period, tend to take the matter to court in hope of getting fair results. During that time, the rules and regulations are, metaphorically speaking, "the covenants" made during the marriage proposal, which means, these agreements need to be taken out again and examined one by one to clarify the rights and obligations of both parties and to clarify the boundaries of responsibilities.

How should a judge decide on such “family matters”?

I have searched and obtained some recent cases in Beijing, Shanghai and Jiangsu, finding that there are different understandings and practices on the review of the validity of the rules and regulations, especially on the issue how to evaluate the validity of the rules and regulations when "the employee does not approve of the procedures of making the rules and regulations". Although these are small "family matters", for the sake of better labor market order and more harmonious society, we need to try to elaborate on them and then solve them. This essay may provide some references for readers in future practice and even help avoid unnecessary risks.

一、规章制度的制定程序和送达程序

《劳动合同法》第四条包括以下内容：

"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。"

以上第一项针对规章制度的制定程序。用人单位应当在制定、修改或者决定规章制度的时候，将规章制度内容与职工代表大会或者全体职工讨论，听取其意见，并与工会或职工代表平等协商。可见规章制度虽属于单决制文件，但用人单位在决定内容的过程中需要听取员工意见。

以上第二项针对规章制度的送达程序。用人单位决定了规章制度的内容还应当通过合适的方式告知员工。发布公告、发送邮件、印刷签收、培训学习，原则上都是可以接受的告知方式。

现在很多用人单位往往将重点放在第二项要求上，普遍可以做到送达程序，但是对第一项制定程序要求往往容易出现偏差，有些是不执行，有些是打折扣执行，有些是执行了但没有保存有效证据，到了劳动争议案件庭审中就容易被劳动者就此问题提出异议。搞清楚了法律要求以及与规章制度效力相关的两个重要程序后，那么来看以下案例，看看在劳动者单方不认可规章制度的制定程序或者用人单位可以证明规章制度已送达劳动者，司法人员是否会必然认可规章制度的效力呢？

二、制定程序与规章制度效力问题的司法案例

1. 上海

案例一

【案情介绍】

余某 2017 年 9 月入职 A 公司，担任公司 IT 部门人员。余某在 2019 年 2 月及 3 月分别两次收到书面警告信。两次书面警告信均依据员工手册 8.5 条及 8.6 条的规定而做。该公司员工手册同时规定了因违反公司规章制度，在一个日历年度内得到 2 次书面警告的，将被解聘。

据此上述书面警告所记载事件及员工手册规定，A 公司在 2019 年 3 月 7 日解除了余某的劳动合同。余某对此提出劳动仲裁，要求恢复劳动关系，并经一二审法院审理结案。

庭审中，余某确认收到第一次书面警告，并对有关第二次书面警告的谈话录音的真实性无异议。A 公司提供了余某入职时签署的员工手册签收确认函，所载内容包括“兹确认，本人已经阅读《员工手册》（2016 年版），并理解本人工作中享有的权利、义务、职责和责任。本人承诺，本人将严格遵守本《员工手册》的各项规定……”余某上诉时提出公司员工手册未经民主程序。

【法院判决】

本案经两级法院审理，均驳回了余某的请求。关于《员工手册》效力问题，二审法院做了如下论述：

对于余某有关《员工手册》未经过民主程序之异议，从在案证据反映的余某之行为看，余某相关行为本已严重有违劳动者应遵守的一般劳动纪律和职业道德，且 A 公司一审中提供的《员工手册》签收确认函亦显示余某确认理解其工作中享有的权利、义务、职责和责任，并承诺严格遵守《员工手册》的各项规定，在此情况下，余某该异议难以成为认定 A 公司构成违法解除的充足依据。

案例二

【案情介绍】

李某于 2019 年 8 月 8 日入职 B 公司，合同约定：试用期 6 个月，李某担任销售总监。根据月度绩效考核表显示：2019 年 8 月李某考核得分 64 分，2019 年 9 月李某考核得分 76 分，李某在上述月度绩效考核表被考核者处签字。2019 年 10 月考核得分 64 分，李某未在该考核表上签字。

B 公司《员工手册》规定：试用期员工绩效考核分数低于 80 分视为不合格者，按自动解除劳动合同处理。2019 年 8 月 15 日，李某在《员工手册》签收单上签字，确认已学习 B 公司各项规章制度并收到《员工手册》。

2019 年 11 月 12 日，B 公司出具离职通知书，以李某试用期考核不合格为由，于当日解除了与李某的劳动合同。李某对此解除行为提出劳动仲裁，要求 B 公司支付违法解除赔偿金，并经一二审法院审理结案。

李某上诉时提出自己签收确认的《员工手册》与 B 公司提供的《员工手册》

内容不一致，故主张 B 公司《员工手册》无效。

【法院判决】

本案经两级法院审理，均驳回了李某的请求。关于《员工手册》效力问题，二审法院做了如下论述：

李某对 B 公司提供的《员工手册》真实性虽不予认可，然 B 公司提供李某签名的《员工手册》签收单可证明 B 公司已向李某明示和发放了《员工手册》。李某称其签收的《员工手册》与 B 公司提供的《员工手册》不相一致，但对此未提供充分证据予以证实，故其认为 B 公司《员工手册》无效的意见，本院不予采纳。

2. 江苏

案例三

【案情介绍】

2012 年 9 月 3 日，陈某入职 C 公司。2018 年 5 月 8 日，C 公司以陈某严重违反规章制度为由解除劳动合同。陈某诉求违法解除赔偿金。

一审中，C 公司提供《关于公司奖惩制度政策及其修改的意见征求》（有陈某签字）、《员工奖惩管理规定》（2015 年 1 月 1 日施行）和《讨论的会议纪要》（会议时间 2015 年 7 月 21 日），证明《员工奖惩管理规定》通过民主程序制定并告知员工。陈某对签名真实性认可，但称此为意见征询稿，最终版没有公布和签字，且没有职工代表大会讨论或决议通过的证据，规章制度未经合法程序制定和公布，不能用于解除与其的劳动合同。

二审中，C 公司提供关于公司员工守则，考勤管理制度，差旅管理制度及其修改的意见征求稿，证明 C 公司在修改员工守则、考勤管理制度、公司奖惩制度政策时告知所有员工并向其征求意见，陈某及与其同批入职 C 公司的高某均在征求意见稿上签字，陈某明确知晓 C 公司关于员工守则、考勤管理制度、公司奖惩制度政策的修改内容。该证据也证明陈某应与高某在同一个部门同时参加了同样的会议和培训。C 公司又提供了与高某劳动争议案件的生效判决，该判决认定 C 公司对《员工手册》及《员工奖惩管理规定》的内容在部门会议上进行了宣讲，认可《员工手册》及《员工奖惩管理规定》作为审理劳动争议案件的依据。同时也证明了员工手册和员工奖惩管理规定制定程序合法，并已公布告知员工本人。

【法院判决】

一审法院认为，C 公司提交的《员工奖惩管理规定》实施时间是在会议纪要之前，未能提交充分证据证明《员工奖惩管理规定》已经过合法的程序制订，不能做为处理劳动争议的依据。

经过 C 公司补充新证据后，二审法院认为，C 公司在二审中提交的《关于公司奖惩制度政策及其修改的意见征求》及《关于公司员工守则，考勤管理制度，差旅管理制度及其修改的意见征求》中有陈某的签名，可以证明 C 公司针对相关规章制度的修改已经征求了包括陈某在内的员工代表的意见。根据已生效的高某案件的判决，亦可证明上述规章制度的制订和修改已经经过了民主程序，合法有效，可以作为审理劳动争议案件的依据。

案例四

【案情介绍】

马某 2019 年 3 月底进入 D 公司处工作。2019 年 9 月 27 日，D 公司以严重违纪为由与其解除劳动合同。马某对此提出劳动仲裁，要求违法解除赔偿金，并经一二审法院审理结案。庭审中，马某未就公司规章制度的合法性、是否经过民主流程等问题提出异议或主张。

【法院判决】

一审法院认为，D 公司未举证证明其规章制度的制定履行了民主程序，且即使其制定的规章制度履行了民主程序，其亦未举证证明其未能及时取得食品安全许可证系马某造成，其主张马某严重违反其规章制度亦不能成立。

二审法院认为，用人单位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。本案中 D 公司提供的规章制度仅系照片打印件，不能证明制度内容的来源。D 公司主张该规章制度是其母公司制定，直接在 D 公司适用，但 D 公司亦未举证证明其所主张的规章制度的制定经过民主程序。最终二审法院未认定 D 公司规章制度效力。

3. 北京

案例五

【案情介绍】

2011 年 8 月 1 日，郑某与 E 公司签订劳动合同，约定除劳动合同外，郑某还应遵守公司员工手册。同时，郑某签收了日期为 2011 年 4 月 15 日的 E 公司员工手册。该员工手册载明：有些行为和事件性质非常严重，违反一次通常都会导致立即解雇：不符合正当并忠实履行您的职责的欺诈、不诚实或不当行为；不诚实或虚假陈述，包括伪造或篡改报告、记录或文件，或故意不准确完成报告、记录或文件；从事将给公司带来严重声誉、监管或法律风险的行为。

2013 年 1 月 11 日，E 公司向郑某作出《解除劳动合同通知书》，认为郑某在职期间有虚假报销，属于欺诈不诚实的行为，因此解除劳动关系。郑某对此提出

劳动仲裁，要求恢复劳动关系，并经一二审法院审理，于 2017 年结案。

【法院判决】

本案两级法院对此解除合法性问题作出了不同的判决，特别是二审法院，从规章制度制定过程未经民主流程的角度做了重点论述，并认定郑某签署的员工手册不能作为解除依据。限于篇幅，以下仅提炼要点。

一审法院认为：郑某在上述两次报销中存在违背诚信原则的行为，应当认定为严重违反用人单位的规章制度，E 公司据此解除与郑某的劳动关系应认定为合法。一审法院并未侧重论述规章制度的有效性问题。

二审法院认为：E 公司制定的员工手册并未经过劳动合同法第四条所规定的民主程序，主要认定理由是 E 公司未提交有效的证据证明制定过程中，员工参与提议和讨论，E 公司提交的证据仅能证实其向全体职工送达了员工手册。郑某则从 E 公司未给予其申辩或自我纠正的权利、员工手册的相关规定过于宽泛等角度提出规章制度过苛以及对 E 公司滥用解除权的质疑，鉴于防止用人单位通过宽泛且缺乏处罚程序规制的规章制度可能导致劳动者在履行劳动合同过程中极易陷入不安之中的价值判断，本院认为郑某的质疑具有一定的合理性。因此，即便郑某在 E 公司工作期间存在多次不实报销行为，本院亦认为 E 公司不能依据未经民主程序制定的员工手册作出解除劳动合同决定，并以此案例警示用人单位在制定规章制度过程中应当落实劳动合同法第四条有关民主程序的规定。

案例六

【案情介绍】

孙某于 2017 年 9 月 4 日入职 F 公司。2019 年 6 月 14 日 F 公司因经营困难，发布停工通知，要求员工回家等待，办公设备不能带回家中。同日，包括孙某在内的多名员工将 F 公司部分办公设备转移至其中一名员工姚某家中。F 公司随即报警。2019 年 6 月 24 日 F 公司对孙某作出《劳动合同解除通知书》。

F 公司《员工手册》第三章第二节第五条载：“员工必须严格遵守公司的保密制度规定，不得私下谈论和泄露公司机密，不得将公司相关资料物品私自带出公司范围，不得私下讨论员工个人工资和奖金情况。”第八条载：“违反以上内容的，视为重大违纪，将根据情节轻重，给予降职（降薪）直至辞退、开除等处分。”《员工手册》签收存根载：“我已收到并认真阅读了《员工手册》。作为公司一员，我愿意遵守手册中的规章制度。”领取人签字处显示孙某签字，领取日期显示 2019 年 2 月 13 日。庭审中，孙某对签字的真实性予以认可，但不认可员工手册真实性。

孙某对解除事宜提出劳动仲裁，要求支付违法解除赔偿金，并经一二审法院审理，于 2021 年 3 月结案。

【法院判决】

法院认为，F 公司提交的《员工手册》签收存根显示孙某签收了《员工手册》，孙某虽不认可 F 公司提交的《员工手册》的真实性，但未提交相反证据，故一审法院对 F 公司提交的《员工手册》的真实性予以认可，该《员工手册》载明不得将公司相关资料物品私自带出公司范围，否则可以解除双方劳动关系，故 F 公司依据该《员工手册》的规定提出解除双方劳动关系并无不妥。

三、律师简评

小结上述三地的司法案例结果，并结合当地的裁审指导意见的文件，笔者发现：

上海地区更侧重审查规章制度的送达程序，以及双方是否在诚实信用的基础上有效地履行了规章制度或劳动合同中的相关内容，在送达程序完备且双方切实履行的情况下，上海司法案例不轻易否定规章制度的效力。并结合谁主张谁举证的基本原则，在没有反证的情况下，上海地区更倾向于认定规章制度的效力。这体现出较为尊重双方当事人自主合议，以及合理行使及处分自身权利的思维。这一思维与 2009 年上海市高级人民法院关于适用《劳动合同法》若干问题的意见第十一条比较类似。该指导意见指出："劳动合同的履行应当遵循依法、诚实信用的原则。……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。"

江苏地区对规章制度民主程序尤为看重，在劳动者对制定程序提出异议的情况下，一旦用人单位无法充足举证，即面临规章制度无法作为定案依据的结果。更为重要的，即使劳动者对规章制度的制定程序未提出异议或者主张，江苏地区的司法人员依然会主动全面地审查规章制度的制定程序是否符合法律规定。这一审理倾向源自 2010 年《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》中有关"规章制度制定程序存在瑕疵时的效力认定"问题的意见。该《审理指南》指出："在劳动争议案件审理中，应当将该民主程序的经过作为认定规章制度生效的强制性要件，以此发挥裁判本身具有的行为规范功能，促使用人单位主动发展与劳动者的协商机制。"该《审理指南》为贯彻上述立法目的，要求当地审判实践中，针对劳动合同法施行后制定、修改或决定的规章制度，应当注意"未经过劳动合同法第四条规定的民主程序，一般不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据。但是，如果该规章制度或者重大事项的内容不违反法律、行政法规的规定，且不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或者告知的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。"这一审理思路及在实践案例中落实的情况，应当引起江苏地区用人单位对规章制度制定程序的重视。

北京地区的案例中案例五与案例六体现出了不太一致的认定思路。案例五劳动争议发生在 2013 年，结案在 2017 年，体现该阶段北京司法部门对规章制度制定程序的高度关注，要求用人单位严格遵照《劳动合同法》第四条的规定完成民

主程序，反之该规章制度即使已经全员公布、个别签收均无法作为处理劳动关系解除的合法依据。该案件同时也是 2018 年北京二中院发布的 2008-2017 劳动争议典型案例。北京二中院在论述“程序正义原则”问题时发布了该案例，并指出“劳动者作为用人单位劳动管理的亲历者，对涉及切身利益的规章制度内容最敏感也最有发言权，因此保障劳动者适当参与规章制度制定程序的权利，是对规章制度最重要最有效的合理规制手段。用人单位应当强化程序观念，在劳动管理中体现“程序正义”，在公平公正的程序基础上与劳动者构建现代劳动关系。”这一认定思路在北京地区，特别是二中院辖区具有比较强的指导意义。

在案例五结案同期，北京高院开始对违纪案件适用规章制度的口径进行调整。2017 年 4 月北京市高级人民法院与北京市劳动人事争议仲裁委员会联合发布《关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》，该《解答》中虽未就规章制度制定程序问题如何处理作出直接说明，但北京高院及劳动仲裁委认为：“《劳动法》第三条第二款中规定：‘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，即便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》第三条第二款的规定与劳动者解除劳动合同。”该解答体现了北京地区就规章制度问题的认定口径上有放宽的趋势，即使在没有规章制度的情况下，司法人员也应对劳动者行为是否违反基本的职业道德和劳动纪律做衡量。该司法口径放宽在 2017 年后体现的日益明显。北京地区案例六是发生在北京三中院辖区的 2021 年案件，这一案件则是通过送达程序即确认了规章制度效力，观点论述与上海地区的司法案例比较接近，也结合了谁主张谁举证的基本原则，在劳动者没有反证的情况，倾向性认定规章制度的效力。这正体现了北京地区裁审口径放宽的趋势，值得北京地区用人单位在违纪案件处理适用规章制度时引起注意。

由于劳动争议既可以在劳动合同履行地处理也可以在用人单位注册地处理，工作中又可能涉及到异地用工的情况，用人单位不仅应关注单位注册地司法案例对此问题的裁审倾向，又要兼顾到可能涉及的劳动合同履行地司法案例对此问题的裁审倾向，尽可能地完善规章制度的制定流程，以免不同地区的处理思维可能导致举证责任、以及制度效力最终认定的差异。

试论中外合资经营企业的辞退制度

本文将结合各国的立法情况和我国对国营企业的有关立法，分析我国中外合资经营企业辞退法律制度的特征，并试图提出若干立法建议，以求教于从事理论和实践工作的同志们。

(一)

辞退是由中外合资经营企业解除所属工人职员工作的法律行为。辞退决定一般是由合资经营企业行政方面作出，其后果是结束原已存在的劳动法律关系。

辞退和辞职是不同的，两者的后果虽然都是结束原已存在的劳动关系，但提出解除劳动关系要求的当事人不同。辞职是工人、职员根据劳动法规或者劳动合同的规定，在一定条件下申请并被批准离开原合营单位的行为；而辞退是由企业行政提出并决定解除劳动关系的行为。辞退和开除也是不同的。两者虽然都是由合营单位行政方面行使的权利，但开除是对企业各项规章制度、情节严重、屡教不改的职工给予的一种行政处分的形式；而辞退则不具有这种行政处分的性质。

我国合营企业辞退职工的制度是作为改善投资环境的一项措施而提出，并沿着扩大合营企业用人自主权的思路逐步形成的。

我国在 1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国中外合资经营企业法》以及 1980 年 7 月 26 日国务院发布的《中外合资经营企业劳动管理规定》(以下简称《劳动管理规定》)中确认了合营企业用人自主权。当时将合营企业解除所属职工工作的法律行为称为“解雇”。这一时期对解雇的规定尽管还比较原则，但已经形成了我国辞退制度的基本轮廓。从确认合营企业用人自主权出发，在以上两个祛律文件中突光了契约的作用。合营企业的劳动关系不仅受劳动法规的调整，而且受取得法律效力的劳动合同的调整。适用“解雇”的条件也可以相应地分为法定条件和约定条件。所谓法定条件是国家在立法中明确规定的辞退条件。《劳动管理规定》第四条规定：“合营企业对于生产、技术条件发生变化而多余的职工，经过培训不能适应要求，也不宜改调其他工种的职工可以解雇”。只要出现了经试用或培训不合格或企业生产技术条件发生变化而人员富余的情况，不管劳动关系当事人双方有无约定，合营企业都可以行使辞退权。所谓约定条件是指国家允许合营企业和职工通过劳动合同这一法律形式对辞退条件自行约定。《劳动管理规定》第二条规定：“合营企业的雇佣、解雇和辞职……等事项，通过订立劳动合同加以规定。”属于约定条件的，只有在出现了劳动合同中约定的条件，合营企业才能辞退职工。在实践中，合营企业往往把职工违反企业的规章制度、劳动纪律作为企业予以辞退的约定条件。这样我国合营企业

董保华，论文转载自《中国劳动》2012 年第 9 期。

的解雇权既可以在职工违反劳动纪律时行使，也可以在生产条件发生变化时行使，构成了我国合营企业解雇权(辞退权)的特征。与之相适应，当时还规定，被解雇职工要由企业按照劳动合同的规定予以补偿，并由企业主管部门或劳动管理部门另行安排工作。

1983 年 9 月国务院发布了《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》，1984 年 1 月 19 日劳动人事部颁发了《中外合资经营企业劳动管理规定实施办法》。这些法规总的精神是进一步放宽政策，适当扩大合营企业的自主权，并使 1979 年和 1980 年的立法更加具体化。在这些法律文件中不再采用“解雇”的提法，而代之以“辞退”的提法，并对辞退的程序和待遇规定得更为详细。在程序上，规定辞退职工须提前一个月通知企业工会组织和被辞退职工本人；在待遇上规定合营企业须根据职工在本企业工作年限发给一定的补偿金。

1986 年 10 月 11 日国务院《关于鼓励外商投资的规定》、劳动人事部 1986 年 11 月 10 日《关于外商投资企业用人自主权和职工工资、保险福利费用的规定》，1988 年 5 月 5 日国务院办公厅转发的劳动部、人事部《关于进一步落实外商投资企业用人自主权的意见》等文件中，除了重申已经确定的各项规定外，还规定外商投资企业可以根据生产经营需要辞退职工；外商投资企业按照合同和有关规定辞退职工，任何部门、单位或个人不得干预。

上述一系列规定，形成了我国合营企业的辞退制度。概括起来包括如下要点：1、合营企业的辞退权是合营企业行政行使的一项重要权利，任何部门、单位、个人不得干预；2、辞退职工条件分为法定条件和约定条件，既可适用于违纪职工，也可以适用于生产经营条件发生变化的情况；3、辞退职工要提前一个月预作通知；4、辞退职工要由企业方面依据工龄给职工以补偿。

（二）

当立法者着眼于解决国家和企业的相互关系时，落实合营企业用人自主权，主要表现为减少不必要的行政干预，使外商投资企业具有灵活经营的能力。外商投资是资本超越国界的流动。投资环境是吸引外资所提供的必要条件，也是外国投资方择定投资去向的重要依据。我国丰富的劳动力是吸引外商投资的因素之一，然而我国长期以来形成的僵化的管理模式，又阻碍了对劳动力有效的进行开发和使用。因此，赋予外商投资企业用人自主权成为改善投资环境的重要措施。

合营企业辞退制度所体现的用人自主权可以通过与国营企业辞退制度的比较加以认识。

国营企业目前主要实行两种用工制度，即固定工制度和劳动合同制。固定工制度是国家对劳动者的就业实行统包统配而形成的用工制度。职工和企业根据国家的行政命令建立劳动关系，这种劳动关系没有期限的规定，职工就业后长期在一个单位内从事生产和工作。国家

通过劳动法规和行政命令来调整工资、福利、劳动保护、劳动保险等劳动关系的各个方面。除了国家的统一规定外，职工无权离职，企业也无权辞退职工。国营企业实行的劳动合同制赋予用人单位较大的用人自主权，但与合营企业相比仍有较强的行政因素。我国国营企业的辞退制度与这两种用工制度相适应，并成为共重要的组成部分。合营企业的辞退条件和国营企业辞退条件相比，有以下区别：

1、合营企业可以通过劳动合同来约定辞退条件，而国营企业是没有这个权利的。实行固定工制度的职工由于不签订劳动合同，不存在约定条件的问题；对实行劳动合同制的职工，企业也不能在劳动合同中约定辞退条件。按照我国规定，辞退是解除合同的一种形式。《国营企业实行劳动合同制暂行规定》规定：劳动合同期限未满，又不具备企业可以依法解除合同的条件，不得解除劳动合同。我们国家把包括“辞退”在内的劳动合同的解除严格限制在法律规定的范围内，企业只能依据法定条件，行使辞退权。

2、生产经营情况的变化可以成为合营企业辞退职工的法定条件，而国营企业只有在职工严重违纪的情况下才能予以辞退。所谓严重违纪，从法律特征上着，有三层涵义：（1）要有严重违纪的事实存在；（2）职工必须有过错，从《国营企业辞退违纪职工暂行规定》规定的七种情况看，主要是职工在明知的情况下故意违纪；（3）还必须是经过教育或行政处分仍然无效的。三个要件必须同时具备，才构成辞退职工的条件。因此，国营企业对职工的辞退，是对严重违反劳动纪律，又不符合开除、除名条件而采取的一种处理办法。国营企业对由于生产经营情况变化而出现的超员不能通过提前解除劳动关系的形式加以辞退。对于因生产条件变化而出现的超员，国营企业实行劳动合同制的职工除了企业破产或濒临破产处于法定整顿的情况外，一般只能待合同期满终止劳动关系；而固定工中的超员目前尚无可以辞退的制度。由于目前 80%以上的职工仍实行固定工制度，在企业内已淤积了大量的冗员，因此，已成为当前劳动制度改革的难点。

从以上两个方面的比较中，可以看到：在国家和企业的关系中，合营企业的用人自主权使合营企业的辞退制度比较灵活，有利于合营企业的合理经营。

（三）

当立法者着眼于调整合营企业的劳动关系时，如果仅强调落实外商投资企业的用人自主权，就会带来一些片面性。因为在权利和义务两方面，用人自主权只强调了权利；在企业和职工的双方当事人中，用人自主权只强调了用人单位。我国合营企业辞退制度的一些不完善之处，恰恰是由此产生的。笔者认为，我国辞退制度的问题主要是两方面：从辞退法律制度的内部看，主要是对职工有过错和无过错不加区别；从辞退法律制度的外部看，主要是辞退

制度和辞职制度不相配套。

我们首先来讨论辞退制度内关于职工过错问题，这个问题涉及到劳动纪律和劳动合同的相互关系。

劳动合同是确立劳动关系的法律形式。劳动合同的一方当事人是劳动者，是劳动力的所有者；另一方当事人是用人单位，是生产资料的经营者(所有者)。通过签订劳动合同，劳动者有偿地让渡劳动力的使用权，实现自己的劳动权，用人单位在合同规定的期限内，取得劳动力的使用权，并和它所掌管的那一部分生产资料直接结合，实现对劳动者和生产资料的经营管理权。在现代化大生产的条件下，企业对劳动力的支配、使用主要是通过执行劳动纪律来实现的。所以在签订劳动合同的情况下，劳动纪律是劳动合同的必然延伸。我国《劳动管理规定》第二条将劳动纪律规定为可以通过劳动合同来约定的一项具体内容，实际上是把劳动、纪律置于劳动合同附件的地位。也就是说，职工在签订劳动合同时，应该对劳动纪律有所了解，并在合同中作出守纪的承诺，劳动合同一旦依法签订，职工也就负有遵守劳动纪律的义务，违纪实际上也就构成了违约。

世界各国在解除劳动关系上，有一些不同的分类方式。有些国家侧重于是否构成违约，例如，阿根廷关于“劳动合同由于正当原因而解除”的规定就是把“一方当事人不履行合同规定的义务，对另一方当事人产生不利影响”作为另一方当事人解除劳动合同的条件；也有一些国家侧重于是否构成违纪，例如保加利亚关于“纪律性解职”的规定就是把违反劳动纪律作为解除劳动关系的条件，波兰关于“非废止性地解除劳动合同”的规定也是把职工违纪作为工厂有权解除劳动合同的主要条件。但是，当我们局限于企业辞退制度的讨论时，这两类划分标准是一致的，都是以劳动者是否具有过错作为认定的依据。

对于没有过错的劳动者，有些东欧的社会主义国家，禁止在合同期满前解除劳动关系，但是大部分国家都还是允许在一定条件下解除合同期内的劳动关系，主要形式是“裁员”，但一般对“裁员”的条件和程序作严格的限制。

我国允许合营企业根据生产技术条件变化而采取裁员性的辞退，有利于合营企业灵活经营，是我国辞退制度的优点。但是，不加区别地用同一种形式来解除有过错和无过错职工的劳动关系必然带来的问题是：或者是对有过错的职工太宽；或者是对无过错的职工太严；或是两者兼而有之。目前我国的现实情况是：从职工方面看，容易把辞退理解为一种违纪处理，当生产情况发生变化而解除一部分职工的劳动关系时，职工往往证明自己没有过错，不该辞退，有时甚至干扰合营企业的正常管理；从外商方面看，对不管我国职工有无过错，采用同样的辞退方式，发给同样的补偿金，往往感到不理解，而且职工违反劳动纪律后，要在通知

职工一个月后才能解除劳动关系，也不利于合营企业的劳动管理。

笔者认为，根据我国的实际情沉，有必要对我国合营企业的辞退制度作进一步修正。辞退应分为无过失辞退和有过失辞退两类。参考国外的立法经验，可以从以下几方面区别：

1、适用条件的区别。职工无过错，只能依据法定条件辞退；职工有过错的辞退则主要应该依据约定条件来确认。世界各国一般是从稳定劳动合同关系的角度，对无过错的辞退严加限制。主要有两种做法：第一种做法是必须出现法定的原因，才允许企业裁员。例如香港的《雇佣条例》对裁员的条件规定为企业停业、搬迁、紧缩。第二种做法是成立专门的机构对企业裁员进行审查。例如委内瑞拉就成立由劳工部、雇主和劳动者的代表组成的三方委员会来对解雇进行审定。按照《委内瑞拉反对无理解雇法》的规定，企业不论人数多少，如果因技术或经济的需要必须减少人员时，雇主应将其认为必须采取这项措施的理由呈报三方委员会，由三方委员会在 30 天内做出决定。根据我国的情况，以采取第一种做法为宜。

2、辞退程序的区别。对于裁员，企业有提前通知的义务，以使职工有时间寻找新的工作。有的国家规定提前一个月通知，也有的规定一周或十五天。而由于职工过错，违反劳动纪律或违反劳动合同则不需要预先通知就可以解除劳动关系。例如，匈牙利劳动法规定："只有作为纪律处分，企业才能立即有效地取消职工的劳动关系"，保加利亚劳动法规定："职工因违犯纪律而被解职"可以"在不预先通知情况下由企业终止劳动合同；香港的法律规定，在雇员有意违背合理、合法的命令，行为失当，不能忠实履行其职责，犯有欺骗罪或不诚实，一贯忽视其职责的情况下，雇主可以不事先通知而终止雇佣契约。这些规定，我国也可以借鉴。

3、辞退待遇的区别。裁员必须支付遣散费，而职工因违约或违纪而被解除劳动关系则不必支付遣散费。也有些国家规定给予少量的补贴。我国由于社会保障系统不完善，也还需要给予一定的补贴，但数量上应与带有遣散费性质的补偿有明显的区别。

从辞退制度的外部联系看，辞退制度与辞职制度有密切的关系。

劳动合同经过双方当事人协商取得一致意见，并依法签订，产生了约束双方行为的法律效力，一般只有双方当事人通过协商一致，才能解除劳动关系。但是，事物是复杂的，法律也允许在某些主、客观情况发生变化时，由劳动关系的一方当事人、单方面解除劳动关系。辞退就是这样一种制度，法律允许用人单位在一定条件下单方面解除劳动关系。按照权利与义务相统一的原则，法律在赋予用人单位这一权利时，也应赋予劳动者同样的权利，劳动者的权利主要是通过辞职制度来规定的。因此辞职的规定应与辞退的规定相配套。

各国关于辞职的规定大致有两类：一类是职工辞职必须由职工申请，并得到用人单位的

同意，实际上是双方协商一致而解除劳动关系。这类规定一般是和禁止辞退无过错职工相适应。例如，我国的固定工制度，职工辞职是要经过企业、同意，而企业辞退职工是无须职工同意，但企业是不能任意辞退职工的，只有存在法定的严重违纪情况时，才允许辞退。这些规定是把单方面解除劳动关系限定在对方过错的范围内。另一类是只要符合法律规定的条件和程序，职工辞职可以不必征得用人单位的同意，它通常是和用人单位有裁员的权利相对应的。企业可以在生产经营情况出现变化时依法裁减工人，工人也可因情况变化而依法辞去职务和工作。我国目前合营企业的辞职制度属于前一类；而合营企业的辞退制度属于后一类，两者不配套。

笔者认为，我国应从平衡辞退和辞职的相互关系出发，完善我国的辞职制度。如果辞职权是用人单位行政单方面行使的权利，辞职权也应该是职工单方面行使的权利；辞退应该根据职工是否有过错作不同的规定，辞职也应该根据合营企业是否有过错相应区别。在合营企业一方没有过错的情况下，职工只能依据法定理由提出辞职，并要提前预告，解除劳动关系时企业不支付遣散费；在合营企业有过错的情况下，(通常是不按法律或合同支付工资，提供劳动条件等等)职工可以因企业违反法律或合同规定而提出辞职，可以不提前通知，而且用人单位还应根据法律或合同给予赔偿或补偿。

这样规定会不会遭到外商反对，而不利于我国吸引外资？不会。因为外商一般只要求按国际惯例来进行经营。这样的规定是符合国际惯例的。资本主义国家的劳动法学认为。在实行契约自由、平等协商的情况下，由干劳动关系存在着从属性，劳动者处于不利的地位，应该通过劳动立法对劳动者一方给予特殊保护，才能使劳动者和用人单位大体平衡。因此，我国的立法赋予外商投资企业和劳动者以平等的权利一般是不会影响我国的投资环境的。在实践中，外商投资企业对于工人的辞职要求，一般都是同意放行的。相反，我国有些地方的做法是：仅从法律条款看，外商投资企业似乎有特权，然而合营企业真正行使辞退权时，往往会有许多部门出面干预。这种通过行政干预来保护工人劳动权的做法，是既不符合国际惯例，也会使外商投资企业反感的。

综合以上论述，笔者认为，立法者不应仅将目光限于外商投资企业的用人自主权，从克服我国传统的僵化体制着眼，更应强调按契约化的要求来管理劳动关系。劳动合同不仅是对企业权利的肯定，也是对企业权利的限制。但是这种限制不同于行政干预，劳动合同是在双方当事人自愿的基础上形成的具有法律约束力的文件，因此它既体现了合营企业的用人自主权的要求，也体现了劳动者择业权、劳动权的要求。辞退作为一种单方面解除劳动关系的法律形式，如果和劳动合同联系起来分析，就会认识的更加全面和完整。

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