

数据库增值服务



中国法院 2020年度案例

国家法官学院
最高人民法院司法案例研究院◎编

劳动纠纷

(含社会保险纠纷)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法院 2020 年度案例 · 劳动纠纷

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2020年度案例·劳动纠纷：含社会保险纠纷/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院编.—北京：中国法制出版社，2020.3

ISBN 978-7-5216-0913-4

I.①中... II.①国...②最... III.①劳动争议-民事纠纷-案例-汇编-中国 IV.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2020）第034118号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：李小草 赵律玮 封面设计：温培英 李宁

中国法院2020年度案例·劳动纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2020 NIANDU ANLI·LAODONG JIUFEN

编者/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开 印张/14.5 字数/194千

版次/2020年3月第1版

2020年3月第1

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0913-4

定价：52.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031
66031119

传真：010-

网址：<http://www.zgfzs.com>
66071862

编辑部电话：010-

市场营销部电话：010-66033393
66033288

邮购部电话：010-

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

序

坚持和完善中国特色社会主义法治体系，是党的十九届四中全会作出的一项重要部署。作为其核心组成部分，高效的法治实施体系所要实现的就是让静态的法律制度在实践中得到良好实施。《中国法院年度案例》丛书的价值追求，即公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和价值理念，提炼裁判规则，助推司法标准统一。

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型年度案例丛书。丛书由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作，每年年初定期出版。此前，该中心坚持20余年连续不辍编辑出版了《中国审判案例要览》丛书近90卷，分中文版和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。作为一种全新的案例研究产品，

《中国法院年度案例》丛书旨在加强完善中国特色案例指导制度，探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例出版物的不足。该丛书2012~2019年已连续出版8套，一直受到读者的广泛好评，并迅速售罄。为更加全面地反映我国司法审判执行工作的发展进程，顺应审判执行实践的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分册即金融纠纷、行政纠纷、刑事案例，2015年度将刑事案例调整为刑法总则案例、刑法分则案例2册，2016年度新增知识产权纠纷分册，2017年度新增执行案例分册，2018年度、2019年度将刑事案例扩充为4个分册。现国家法官学院及时编撰推出《中国法院2020年度案例》系列丛书，共23册。

当前市面上的案例丛书百花齐放，又有裁判文书网，可以查询各级法院、各类的裁判文书，还有各种专门领域的案例汇编书籍，以及各种

案例指导、案例参考等读物，各具特色。而《中国法院年度案例》丛书则以开放务实的态度、简洁明快的风格，试图把案例书籍变得“好读有用”，故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000字以内；二是突出争议焦点，剔除无效信息，尽可能在有限的篇幅内为读者提供有效、有益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，《中国法院年度案例》丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例开发研究中心每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案件近万件，使该丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地多种类型的代表性案例。二是方便检索。为体现以读者为本，丛书分卷细化，每卷下还将案例主要根据案由分类编排，每个案例用一句话概括裁判规则、裁判思路或焦点问题作为主标题，让读者一目了然，迅速找到目标案例。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》丛书的出版，给了作者和编辑们巨大的鼓励。2018年、2019年连续推出数据库增值服务，2020年继续提供数据库增值服务并充实完善数据内容。购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免费查阅往年同类案例数据库。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍、挖掘案例价值的新路，更好地服务于学习、研究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参考和司法人员培训推荐教程，也是社会大众学法用法的极佳指导，亦是教学科研机构案例研究的精品素材。当然，案例作者和编辑在编写过程中也难以一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各种不足，甚至错

误，欢迎读者批评指正，我们愿听取建议，并不断改进，不断扩大案例研究领域，实现中国特色案例研究事业新发展。

从今年起，《中国法院年度案例》改由国家法官学院与最高人民法院司法案例研究院共同编辑。最高人民法院司法案例研究院是中编办批准设置的最高人民法院的司法案例专门研究机构，与国家法官学院合署办公，在最高人民法院领导下，秉持服务司法审判实践、经济社会发展、法学教育研究、中外法学交流、法治中国建设的办院宗旨，坚持“服务、创新、合作、开放、共享”工作原则，依托国家法官学院开展司法案例的收集、生成、研究、发布和国际交流工作。司法案例研究院的加入，必将使本套丛书的编辑力量更加壮大，案例质量将进一步提升。

国家法官学院副院长

最高人民法院司法案例研究院负责人

蒋惠岭

- 一、确认劳动关系
 - 1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准
 - 2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议
 - 3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的人员与发包人不存在劳动关系
 - 4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关系的认定标准
 - 5 创业者与创业公司之间是否存在劳动关系
 - 6 公司的法定代表人可以与其他公司存在劳动关系
 - 7 公司股东请求确认劳动关系的认定标准
 - 8 特殊情形下达到或超过退休年龄者与用人单位的劳动关系认定
 - 9 劳动者能否以接受监事管理为由主张确认劳动关系
 - 10 双重劳动关系的认定标准
 - 11 通过互联网平台提供服务者的劳动关系确认
 - 12 在校大学生与用人单位能否建立劳动关系
- 二、劳动合同履行和变更
 - 13 公司营业转让时劳动者的知情同意权
 - 14 劳动合同能否继续履行需考虑行业特殊性 & 互信基础
 - 15 劳动合同中工作地点约定不明情形的处理规则
 - 16 劳动者在关联企业订立劳动合同次数不可当然累计计算
 - 17 用人单位维持或提高劳动合同约定条件续签劳动合同的界定
 - 18 多家用人单位混同用工的法律 责任承担
- 三、劳动合同解除和终止
 - 19 对于用人单位以孕期女职工严重违反规章制度为由行使单方解除权案件应进行严格审查

- [20 劳动者辞去职务不等于解除劳动合同关系](#)
- [21 劳动合同法第三十七条中劳动者行使单方解除权的理解与适用](#)
- [22 劳动者言论表达的边界认定](#)
- [23 “医疗期满不能从事用人单位另行安排工作”的司法认定](#)
- [24 以旷工为由解除劳动合同的合法性应全面考虑](#)
- [25 用人单位能否以证据为违反法律禁止性规定的方法取得为由解除与劳动者的劳动合同](#)
- [26 用人单位调职违反诚信原则造成劳动者辞职的视为“推定解雇”](#)
- [四、追索劳动报酬、经济补偿金](#)
 - [27 从事接触职业病危害工作的劳动者的法律保护](#)
 - [28 工伤职工提前恢复工作时劳动报酬的认定](#)
 - [29 公司管理人员能否因未订立书面劳动合同要求支付二倍工资](#)
 - [30 劳动者停职检查期间被降低工资数额是否构成“未及时足额支付劳动报酬”](#)
 - [31 企业因政策性原因外迁致使劳动合同无法履行时如何支付经济补偿](#)
 - [32 人格混同的关联公司应否就欠薪债务向劳动者承担连带责任](#)
 - [33 应签订无固定期限劳动合同却终止劳动合同的须支付赔偿金](#)
 - [34 用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的可归责性是适用二倍工资罚则的前提](#)
 - [35 诚信原则在劳动争议案件中突破具体规范的适度适用](#)
- [五、竞业限制](#)

- [36 附条件竞业限制协议的司法审查](#)
- [37 竞业限制违约金约定过高可调整](#)
- [38 竞业限制协议能否对第三人发生法律效力](#)
- [39 劳动者身为竞业公司实际控制人的竞业限制](#)
- [六、工伤保险和社会保险](#)
 - [40 工伤保险的法定义务不得约定免除，工伤保险赔偿与人身保险赔偿可以兼得](#)
 - [41 用人单位应承担工伤保险基金报销范围外的医疗费、合理的护理费](#)
 - [42 用人单位在住所地为跨区域被派遣劳动者缴纳社会保险的行为合法](#)
 - [43 职业病的认定及疑似职业病期间的医疗费用认定问题](#)
- [七、劳动争议仲裁](#)
 - [44 一审按撤诉处理将导致仲裁裁决书生效](#)
- [八、其他](#)
 - [45 当事人请求对事实行为进行确认不属于确认之诉的审理范围](#)
 - [46 “基于特殊待遇而设定的服务期”的司法认定](#)
 - [47 经协商的合法规章制度效力优先于劳动合同](#)
 - [48 具有初始培训费性质的引进费应作为飞行员离职时违约金的计算依据](#)
 - [49 劳动者对用人单位承担赔偿责任的认定标准](#)
 - [50 劳动者非因本人原因到新用人单位的工作年限和劳动关系存续期间的区别适用](#)
 - [51 用人单位不宜被认定为有权申请宣告劳动者死亡的利害关系人](#)
 - [52 事业单位聘用合同能否约定未到期辞职的违约金](#)

- [53 用人单位主张劳动者支付“猎头费”的处理方法](#)
- [54 劳动争议诉讼中公司法人格的突破](#)

一、确认劳动关系

1 被派至境外的劳动者劳动关系认定标准

——董某诉中国海外工程有限责任公司劳动争议案

【案件基本信息】

1.判决书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01民终2264号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（被上诉人）：董某

被告（上诉人）：中国海外工程有限责任公司（以下简称中海外公司）

【基本案情】

2013年1月，董某通过他人介绍，于2013年4月18日入职中海外公司。其于2013年4月17日从北京出境，于4月18日到巴布亚新几内亚。其在门迪至坎德普公路工程项目工作，担任工程技术人员。其直接领导是刘某，工资标准为每月1650美元，工资由中国海外工程有限责任公司巴

新公司（以下简称中海外巴新公司）直接汇入其在中国银行的账户，工资支付至2014年5月31日。2014年5月17日，其在工作中被打伤。另外，中海外巴新公司未给其缴纳社会保险。

董某为证明其主张，提供团体意外险保险单。该保险单显示中海外公司给董某投保了2013年8月10日至2015年8月3日期间的团体意外险。中海外公司认可该证据的真实性，但表示费用是由中海外巴新公司负担的。董某提供其与王某（中海外公司办公室人员）、刘某（中海外公司门迪至坎德普公路工程项目部项目经理）、吴某（中海外公司副总经理）等人的谈话。该谈话显示双方在协商工伤的处理事宜。中海外公司认可该证据的真实性，但表示王某是中海外巴新公司在国内办事处的人员，刘某是中海外巴新公司的项目经理，吴某时任中海外巴新公司的负责人，后于2015年5月28日任其公司主要负责人。

中海外公司主张，门迪至坎德普公路工程项目是其公司承包的工程。因其公司将部分工程分包给了中海外巴新公司，董某是中海外巴新公司的员工，与其公司没有劳动关系。其公司将部分员工派往中海外巴新公司工作，故其公司为这部分员工缴纳社会保险。董某的工资由中海外巴新公司支付。中海外公司为证明其主张，提供董某的劳动合同。该劳动合同显示甲方为“中海外巴新公司”，合同期限为2013年4月18日至2016年4月，共36个月。同时，该合同甲方处加盖有“中国海外工程有限责任公司巴新公司”字样的公章。董某认可其签名的真实性，但对于合同内容的真实性、合法性均不认可。

董某以要求确认其与中海外公司存在劳动关系为由向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称海淀仲裁委）提出申请，海淀仲裁委裁决：驳回董某的仲裁请求。董某不服上述裁决，在法定期限内向法院提起了诉讼。

【案件焦点】

1.董某是否由中海外公司招用并由其外派至境外的工程工作；2.董某在境外的工作项目是否由中海外公司承包；3.在董某与中海外巴新公司签订劳动合同后，董某与中海外公司之间是否还存在劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：从本案查明情况来看，董某在门迪至坎德普公路工程项目中工作，该工程项目是中海外公司承包的工程项目。中海外公司虽主张其公司将部分工程分包给中海外巴新公司，但针对该主张中海外公司未提供相应的证据证明，故法院对于中海外公司的该主张不予采信。中海外公司主张董某系中海外巴新公司的员工，针对该主张中海外公司提供了劳工许可证、劳动合同及工资明细。但中海外巴新公司为外国企业，没有直接从我国招募员工的资格，也不能直接与我国公民建立劳动关系。中海外公司针对中海外巴新公司的员工在其公司承包的工程项目中进行施工的原因，未提供相应的证据证明。加之中海外巴新公司是中海外公司的全资子公司，故中海外公司提供的上述证据不足以证明董某与中海外巴新公司存在劳动关系。综上所述，从保护劳动者合法权益的角度出发，法院确认董某与中海外公司存在劳动关系。鉴于此，中海外公司作为劳动关系中负有管理责任的用人单位一方，理应就董某的入职时间承担举证责任，现中海外公司对此未提出明确的意见，且其提供的劳动合同显示的合同起始时间与董某所主张的入职时间一致，故法院采信董某的主张，即其入职时间为2013年4月18日。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国劳动法》第七十九条，判决如下：

确认董某与中海外公司自2013年4月18日起存在劳动关系。

中海外公司不服，提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理认为：根据国务院《对外承包工程管理条例》的相关规定，对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同，按照合同约定向外派人员提供工作条件和支付报酬，履行用人单位义务。根据上述行政法规规定，中海外公司与董某之间是否存在劳动关系，关键在于以下三点：1.门迪至坎德普公路工程是否由中海外公司承包；2.董某是否由中海外公司招用并由其外派至门迪至坎德普公路工程工作；3.在董某与中海外巴新公司签订劳动合同以及董某的人身意外保险由中海外巴新公司出资投保后，董某与中海外公司之间是否还存在劳动关系。

第一，根据国务院《对外承包工程管理条例》之规定，对外承包工程的单位不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位。中海外公司在海淀仲裁委及法院审理本案期间，数次陈述门迪至坎德普公路工程是由中海外巴新公司承包或分包，但其所作的陈述前后均不一致，且其亦未提举其公司将部分工程转包或分包给中海外巴新公司的证据，故法院对于中海外公司所陈述的中海外巴新公司承包或分包门迪至坎德普公路工程的说法不予采信。在法院审理本案期间，中海外公司认可其承建门迪至坎德普公路工程，法院对此予以采信。故中海外公司作为对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同。

第二，根据国务院《对外劳务合作管理条例》第二条第二款之规定，国外企业、机构和个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。中海外巴新公司为外国企业，外国企业不具备直接招用中国雇员的资格，也不能直接与中国劳动者建立劳动关系、订立劳动合同，故董某如果不是通过中海外公司的招用，并由中海外公司将其外派出国提供劳务，其不可能到中海外公司承包的境外建设工程项目工作，故法院采信

董某的主张，认定董某系由中海外公司招用并由中海外公司外派出国，给中海外公司承包的工程提供劳动。

第三，根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定，属于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则。中海外公司作为中国国内的企业，承包境外建设工程项目，亦应当按照上述规定执行，与其外派人员签订劳动合同，履行用人单位的主体义务，且其不能通过协议的方式转嫁其用人单位的义务。因此，虽然董某在到达巴布亚新几内亚后，与中海外巴新公司签订了劳动合同，但对外承包工程的主体与外派人员之间的用工关系已由行政法规规定按照劳动关系进行调整，故中海外公司仍旧应当承担用人单位的主体责任。而根据《对外承包工程管理条例》的规定，对外承包工程的单位应当为外派人员购买境外人身意外伤害保险。中海外公司承包门迪至坎德普公路工程，作为外派单位必须为其外派的劳动者购买境外人身意外伤害保险，故中海外公司所陈述的系代中海外巴新公司给董某投保之说难以成立。

综上所述，中海外公司上诉称其与董某之间不存在劳动关系，中海外巴新公司与董某之间存在劳动关系的主张难以成立，法院对其上诉请求不予支持。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

为更好地参与“一带一路”建设，许多中国企业直接在境外注册成立子公司，从国内招收员工并将其派至国外子公司长期工作。因忽视这种

涉外用工的特殊性，一些企业招用员工行为不规范、不合法，本案即由此引发的新型涉外劳动争议案件。本案争议的核心问题为在境外子公司与外派劳动者签有劳动合同的情况下，中国企业与外派劳动者之间是否成立劳动关系。由此需要考虑以下几个问题：

（一）外派人员由谁招用

1.境外企业不合法招工方式

中国企业在境外注册设立的子公司，在法律上属于境外企业。根据《对外劳务合作管理条例》第二条第二款规定，国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。为了规避境外企业直接在境内招工，实践中，中国企业的境外子公司往往通过以下两种方式从境内招工：一是以境内母公司的名义招工，但要求劳动者与境外子公司签订劳动合同并将其派往境外工作；二是境外子公司在国内设立代表处，通过代表处从国内招工并派往境外工作。针对上述两种方式，首先，境外企业若想在我国境内招用人员，必须通过具备对外劳务合作经营资格的境内企业进行，不能直接以境内母公司名义招工的同时自行签订劳动合同。其次，根据《关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》，外国企业的常驻代表机构是不能与中国公民直接签订劳动协议的，须通过外服公司签订劳务派遣合同。因此，上述两种方式均为不合法的招工方式，外派劳动者不能通过上述方式直接与境外企业建立劳动关系。

2.应认定由中国企业招工

既然劳动者不能由境外企业直接招用至境外工作，也不能由其国内的代表机构进行招用，而招工主体又是确定劳动关系的重要因素，因此

如何认定显得至关重要。此时应当考察招工信息的发布主体、海外工程承包主体以及公司之间的关联关系等因素，不能简单凭借劳动合同的签订主体来认定。通常招工主体为境外企业的境内母公司即中国企业，因为招工信息通常由其发布，海外工程也由其承包，中国企业既是实际的招工主体也是实际的用工主体。本案中劳动者就是由中海外公司招用，并与中海外公司的境外子公司中海外巴新公司签订了劳动合同，不能简单地通过劳动合同签订主体来认定招工主体。

（二）外派人员的工作项目由谁承包

对外承包工程，是指中国的企业或者其他单位承包境外建设工程项目的活动。承包的工程也是外派人员的工作内容，判断是否存在劳动关系的一项重要因素即劳动者所从事的劳动是否是用人单位的业务组成部分。因此，确定对外承包工程的承包主体对于明确用人单位至关重要。

对外承包工程的企业应当具备国家规定的相应资质，作为对外承包工程的企业同时应当承担其相应的义务。根据国务院《对外承包工程管理条例》的相关规定，对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同，按照合同约定向外派人员提供工作条件和支付报酬，履行用人单位义务。实践中，确定工程承包主体并不难，但可能会出现工程分包的情况，对此也有相关规定，即对外承包工程的企业不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位，同时若承包主体主张将工程分包给其他公司亦应举证证明。本案中，中海外公司认可在巴布亚新几内亚的门迪至坎德普公路工程由其承包，虽然中海外公司主张将工程分包给了中海外巴新公司，但其对分包情况未能举证说明而且陈述前后不一。不过无论是否分包给中海外巴新公司，中海外公司都应当承担对外承包工程企业的义务，即应与其招用的外派人员订立劳动合同，而不是将该义务转嫁给境外子公司。

（三）已签订的劳动合同能否对抗法律规定

通过上述分析基本可以明确招工主体与承包主体均为境外企业的境内母公司即中国企业。根据《对外承包工程管理条例》第十二条规定，中国企业应当与外派人员订立劳动合同，如果双方未订立，则应当认定双方存在劳动关系。但如果外派人员已经与境外企业签订了劳动合同，那么此劳动合同是否有效、是否可以阻却外派人员与中国企业之间建立劳动关系呢？

首先，劳动合同与劳动关系尽管有牵连，但二者也是可以割裂的，有劳动合同，并不一定存在劳动关系。外国企业不具备直接从我国招用员工的资格，也不能直接与我国公民建立劳动关系，故中海外巴新公司与董某之间的劳动关系应认定无效。无论中海外巴新公司是否与董某签订劳动合同，其与董某之间都不存在劳动关系。其次，外派人员与承包主体之间的用工关系已为行政法规所确定按照劳动关系调整，且该条规定属于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则，所以不受已经签订的劳动合同影响。本案中，中海外公司作为中国企业，承包境外建设工程项目，应当按照上述规定执行，与其外派人员签订劳动合同，履行用人单位的义务，且不能通过协议的方式转嫁其用人单位的义务。因此，虽然董某与中海外巴新公司签订了劳动合同，但双方之间并不存在劳动关系，董某与中海外公司存在劳动关系，中海外公司依然应当承担用人单位的主体责任。

编写人：北京市第一中级人民法院 范楷强

2 高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议

是否具备劳动合同的效力取决于其具体约定和内容

——蔡某诉广东杰威咨询顾问有限公司劳动争议案

【案件基本信息】

1. 判决书字号

广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终15382号民事判决书

2. 案由：劳动争议纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：蔡某

被告（上诉人）：广东杰威咨询顾问有限公司（以下简称杰威公司）

【基本案情】

2017年5月8日，蔡某作为甲方与杰威公司作为乙方签订《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》，约定“甲方与乙方双方通过供需见面、双向选择达成如下协议：一、甲方已如实向乙方介绍本单位情况以及乙方工作岗位情况，并通过对乙方的了解、考核，同意录用乙

方，乙方已如实向甲方介绍自己情况，并通过对甲方的了解，愿意到甲方就业并在规定或约定期限内报到；二、乙方到甲方报到后，双方应按有关法律法规的规定，订立劳动合同，并办理有关招工手续，劳动合同订立后，本协议自动终止；三、经甲乙双方协商达成如下条款：1.甲方聘用乙方为文职翻译，服务期贰年，试用期从2017年7月1日算起，工作地点为广州；2.甲方为乙方提供的工作条件和劳动保护应符合国家有关规定；3.乙方被录用后试用期收入为人民币贰仟元/月，试用期满后由双方共同约定的收入为人民币贰仟元/月，录用为公务员的按国家规定办理；4.甲方为乙方提供的福利包括社会统筹养老保险、医疗保险、工伤保险、生育保险、失业保险和住房公积金；5.如有违约，违约方支付违约金叁仟元……奖金按照公司经营状况及个人绩效另行处理”。中国南方人才市场在地方毕业生就业主管部门签章处盖章，蔡某所在学校在学校就业管理部门处盖章。2017年6月26日，蔡某毕业。2017年7月1日，蔡某与杰威公司开始建立劳动关系，除上述协议外，双方没有签订书面劳动合同。蔡某在杰威公司处工作至2017年11月11日。

蔡某主张，上述协议书不能代替劳动合同，不完全具备劳动合同必须具备的条款和效力，且杰威公司应支付未签订劳动合同的双倍工资差额20000元。

杰威公司认为，上述协议书已经基本具备劳动合同的条款，杰威公司从未拖欠工资和社保缴纳，不应局限于法律文本规定和有无劳动合同要式规定，否则不仅存在明显的不公正情况，还可能由此引发潜在道德风险，故不同意支付未签订劳动合同的双倍工资差额。

【案件焦点】

1.双方签订的《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》是

否具备劳动合同的效力；2.杰威公司是否需要向蔡某支付未签订劳动合同的双倍工资差额。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：虽然蔡某与杰威公司签订了《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》，但该就业协议书不能代替劳动合同。首先，从签订主体而言，该就业协议书的签订主体是用人单位、高校毕业生、学校就业管理部门，而劳动合同的签订主体是用人单位与劳动者；其次，从签订目的而言，该就业协议书用于用人单位与高校毕业生明确建立劳动关系意愿、学校就业管理部门以及教育行政部门进行就业管理，而劳动合同的签订目的是明确用人单位与劳动者的权利义务关系和平衡保障双方的合法权益；再次，从签订后果而言，该就业协议书约定的是违约金，类似于合同法上的违约责任，而劳动合同中一般情形下不能约定劳动者的违约责任，且实践中高校毕业生正式毕业报到后仍需与用人单位签订书面劳动合同；最后，从签订内容而言，虽然该就业协议书对于工作岗位、工作地点、工资等有基本约定，但并未完全具备劳动合同的基本必备要素，约定甚为简单。综上，杰威公司主张以该就业协议书代替劳动合同缺乏法律依据，杰威公司应以蔡某月均工资标准2000元向蔡某支付未签订劳动合同的双倍工资差额6735.63元。

广东省广州市越秀区人民法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第十条、第十七条、第四十七条、第八十二条之规定，判决如下：

一、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支付2017年8月1日至11月11日期间未签订劳动合同的双倍工资差额6735.63元；

二、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支付2017年10月1日至2017年11月11日工资2735.63元；

三、杰威公司于判决发生法律效力之日起五日内，一次性向蔡某支付2017年10月的提成160元；

四、驳回蔡某的其他诉讼请求。

宣判后，杰威公司、蔡某均不服上述民事判决，提起上诉。广东省广州市中级人民法院经审理认为：虽然双方未签订书面的劳动合同，但从双方签订的《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》的内容来看，协议包括蔡某的工资、岗位、劳动期限、福利等，该协议具备劳动合同本质特征，应当认定双方已经订立了书面的劳动合同。杰威公司上诉请求无需支付未签订书面劳动合同的二倍工资，法院予以支持。

广东省广州市中级人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项、第二项之规定，判决如下：

一、维持广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号民事判决第三项、第四项；

二、变更广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号民事判决第二项为：杰威公司自本判决书送达之日起五日内向蔡某支付2017年10月1日至11月11日的工资6839元；

三、撤销广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初3201号民事判决第一项。

【法官后语】

为了加强高校应届毕业生的管理工作，及时掌握、了解高校应届毕业生的就业动向，在高校应届毕业生找到第一份工作时，高校应届毕业生需要与高校管理部门、用人单位签订三方协议。原则上，学生毕业后到用人单位处报到后需要以劳动者身份与用人单位签订劳动合同，明确双方的权利和义务关系，但实践中有的用人单位因各种原因未及时签订劳动合同，以为三方协议即具备劳动合同的效力。目前劳动和教育法律法规对这一问题并未作出统一规定，而三方协议是否具备劳动合同的效力则是由各地法院依据各自对劳动合同法第十七条关于劳动合同应当具备条款的规定确定处理意见，实践中存在诸多争议，甚至出现同案不同判现象。

对于本案例涉及的高校应届毕业生与用人单位签订的三方协议是否具备劳动合同的效力主要有三种观点：第一种观点是三方协议具备劳动合同的效力，也就是不管三方协议有何具体约定和内容，只要双方签订了三方协议，该三方协议就可以代替劳动合同，具备劳动合同的效力；第二种观点是三方协议不具备劳动合同的效力，也就是不管三方协议有何具体约定和内容，一概不能代替劳动合同，不具备劳动合同的效力（实际上前面两种观点都是从形式特征上考虑三方协议与劳动合同之间的关系）；第三种观点是三方协议是否具备劳动合同效力取决于三方协议的具体约定和内容，也就是劳动者与用人单位虽未签订名为劳动合同的书面协议，但双方签订的包含工资、岗位、工作时间、劳动期限等内容的三方协议，具备劳动合同本质特征和必备条款的，应当认定双方已经订立书面劳动合同。

笔者同意第三种观点，本案例的二审判决实际上也是采取的第三种观点。虽然双方未签订书面的劳动合同，但从双方签订的《普通高等学校毕业生、毕业研究生就业协议书》的内容来看，协议包括工资、岗

位、劳动期限、福利等，该协议具备劳动合同本质特征和必备条款，应当认定双方已经订立了书面的劳动合同。从三方协议的具体约定和内容出发，结合劳动合同法第十七条关于劳动合同应当具备条款的规定，认定相关约定和内容具备劳动合同的效力。虽然用人单位未及时与高校应届毕业生签订劳动合同欠妥，但鉴于三方协议相关约定和内容具备劳动合同的效力，并未损害劳动者的合法权益，为了平衡用人单位和劳动者的权利义务关系以及双方的利益，故不再支持劳动者主张的未签订劳动合同支付双倍工资差额的主张。不过用人单位在用工实践中，为了符合法律规定及避免争议和矛盾，即使在招聘时与高校应届毕业生签订了三方协议，在高校应届毕业生报到后还是需要及时签订劳动合同。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 陈本聪

3 不具备用工主体资格的自然人所雇佣的人员与发包人不存在劳动关系

——欧申国际文化传媒有限公司诉刘某劳动争议案

【案件基本信息】

1.判决书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03民终9184号民事判决书

2.案由：劳动争议纠纷

3.当事人

原告（上诉人）：欧申国际文化传媒有限公司（以下简称欧申国际公司）

被告（被上诉人）：刘某

【基本案情】

刘某为案外人聂某雇佣的结构施工人员，其劳动报酬系由聂某支付。刘某于2015年12月12日进行展台拆卸工作时受伤，受伤后由聂某送至医疗机构救治并支付了医疗费。该展台的搭建及撤展工作系由欧申国际公司发包给聂某。受伤后，刘某向成都市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求确认与欧申国际公司存在劳动关系。劳动仲裁期间，刘某称“聂某带领我进去做工”“工作是聂某带我们去”。仲裁员问：“除了给

被申请人做展台，是否前后一直在跟聂某做工？”刘某答：“谁找聂某，我们就跟聂某去做。”

欧申国际公司提交了与聂某、刘某签订的“关于2015年12月12日世纪城会展中心1号馆外施工人员被伤事件”的协议、就搭建其他展台与聂某签订的承包协议等证据，证明欧申国际公司与刘某不存在劳动关系。欧申国际公司、刘某及聂某的三方协议签订时间为2015年12月13日，其中写明林某为本次所施工结构的发包方，聂某为承包方，刘某为聂某雇佣的结构施工人员。

成都市劳动仲裁委裁决确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。欧申国际公司不服裁决诉至法院，要求判决欧申国际公司与刘某不存在劳动关系。

【案件焦点】

不具备用工主体资格的自然人所雇佣的个人与发包人是否构成劳动关系。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：欧申国际公司将搭建、拆除展台的工作发包给案外人聂某，刘某虽系聂某雇佣，但系在施工中受伤，因此应当确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。刘某经传票传唤未到庭，法院依法缺席判决。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国合同法》第七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条规定，判决如下：

确认欧申国际公司与刘某存在劳动关系。

欧申国际公司不服一审判决，提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认为：刘某自认“聂某带领做工”“谁找聂某，就跟聂某去做”，三方协议中亦明确了刘某为聂某雇佣的结构施工人员，加之刘某的劳动报酬系由聂某支付，故可以认定刘某与聂某存在雇佣关系。依据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定，用工单位仅为承担工伤保险责任单位，不能仅根据受伤事实即当然认定刘某与欧申国际公司存在劳动关系，而欧申国际公司是否应对刘某所受伤害承担工伤保险责任则不属于本案审理范围。综上，刘某主张与欧申国际公司存在劳动关系，缺乏充分的事实和法律依据，一审法院对此认定有误，法院予以更正。刘某因伤所受损失，可另行合法主张其权利。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国合同法》第七条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第二项规定，判决如下：

一、撤销北京市朝阳区人民法院（2017）京0105民初19973号民事判决；

二、欧申国际公司与刘某不存在劳动关系。

【法官后语】

本案涉及的是企业将业务（或者工程）发包、转包给不具备用工主体资格的自然人，对该自然人招用的个人，如何认定其与发包企业的关系。

有观点认为，此时应确认不具备用工主体资格的自然人所雇佣的个人与发包企业之间存在劳动关系。主要理由是《劳动和社会保障部关于

《确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。劳动合同法第九十四条规定：个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

我们认为，该观点是不正确的。承包人雇佣的个人与承包人构成雇佣关系，与发包方不存在劳动关系。主要理由如下：

第一，劳动合同法第九十四条规定属于有关民事责任性质的规定，不是认定劳动者与发包人之间具有劳动关系的法律依据。劳动关系是指用人单位雇佣劳动者为其成员，劳动者在用人单位的管理下，提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系。劳动者与用人单位是否构成劳动关系，要从实质上判断双方是否符合劳动关系的特征，包括用人单位和劳动者具有法律规定的主体资格、用人单位指定的规章制度是否适用于劳动者、劳动者是否接受用人单位的管理、劳动者提供的劳动是否是用人单位业务的组成部分、劳动者是否从事用人单位安排的有报酬的劳动等。

第二，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定的用工主体责任实际上指的是承担工伤保险责任。《人力资源社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第七条规定，具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定，用工单位违反法律、

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，社会保险行政部门认定用工单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持。同时，该条还规定，承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。2015年《全国民事审判工作会议纪要》第六十二条明确，对于发包人将建设工程发包给承包人，承包人又转包或者分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系的，人民法院不予支持。综上，可以看出用工主体责任不同于劳动关系。

第三，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条规定适用于特定主体，即建筑施工、矿山企业，不能任意扩大适用。本案中，欧申国际公司并非上述类型企业，不能适用该通知规定，且刘某自认“聂某带领做工”“谁找聂某，就跟聂某去做”，三方协议中亦明确了刘某为聂某雇佣的结构施工人员，加之刘某的劳动报酬系由聂某支付，故可以认定刘某与聂某存在雇佣关系。

编写人：北京市第三中级人民法院 王世洋 金妍熙

4 个人保险代理人与保险公司之间劳动关系的认定标准

——徐某诉中国太平洋人寿保险股份有限公司江阴支公司确认劳动关系案

【案件基本信息】

1. 裁判文书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2018）苏02民终62号民事判决书

2. 案由：确认劳动关系纠纷

3. 当事人

原告（上诉人）：徐某

被告（被上诉人）：中国太平洋人寿保险股份有限公司江阴支公司（以下简称太平洋保险江阴公司）

【基本案情】

2014年11月11日，徐某在太平洋保险江阴公司签订了个人代理合同，被代理方为中国太平洋人寿保险股份有限公司无锡分公司（以下简称太平洋保险无锡公司，甲方），个人代理人为徐某（乙方），合同约定：乙方的身份为寿险营销业务人员，乙方与甲方自签订本合同起即建立代理关系；本合同非劳动合同。合同期限自2014年11月11日起至2017年11月10日止。乙方同意甲方依照太平洋保险总公司制定的《管理规