



江苏省银行业劳动人事争议 法院审判案件白皮书 (2019-2021)

前 言

人才是推动银行业各项事业快速健康发展的中坚力量，人力资源管理在现代商业银行管理中，处于愈发重要的地位。时代的发展，经济环境的复杂，劳动者维权意识的提高，法律法规司法裁判尺度的变迁与区域性差异等等，均已并将继续对银行业人力资源管理提出更高的要求。持续优化人力资源管理业务流程，提高人力资源管理运营效率，控制用工风险，已然成为银行业人力资源管理体系改进的重要方向。

江苏法德东恒律师事务所劳动法业务部，基于长期劳动法业务研究、多年服务银行业及相关金融机构的经验，结合中国裁判文书网案件数据库，编写《江苏省银行业劳动人事争议法院审判案件白皮书》，以满足银行了解业内劳动人事纠纷涉诉情况、知悉银行业劳动人事纠纷领域的司法动向的需要，也为更好地向银行业提供高质量的人力资源专项法律服务储备行业信息。

本白皮书选择以下关键词进行案例检索：“案由：劳动争议、人事争议类”“地域：江苏”“行业：银行业”“文书类型：判决”，共检索到江苏地区 2019 年 1 月 1 日至 2022 年 3 月 31 日期间判决有效数据 212 条，在对判决书进行逐一研读的基础上，筛选分类，简明分析，作为编写《江苏省银行业劳动人事争议法院审判案件白皮书》的数据基础。

本白皮书将分四部分进行阐述。第一部分是 2019-2022 年江苏银行业劳动人事争议基本情况，总体分析涉诉现状。第二部分针对违规操作、递延奖金和风险金、员工离职闭环工作、时效、年终奖、实习员工管理、档案、规章制度、劳务外包等争议热点，结合典型案例进行深入分析，总结银行业劳动争议特点。第三部分是针对主要争议类型提出针对性的建议。第四部分是在第三部分的基础上提供高频法律规定、相关操作指引及办案札记，供业内专业人士研读参考。

最后需要说明的是，在为各银行提供人力资源专项法律服务的实践过程中，我们也注意到，大多数的银行业劳动人事纠纷并未最终走到诉讼阶段，一般在仲裁前内部沟通阶段及仲裁阶段就可以得到解决。因该部分纠纷未公开，无法作为

白皮书编写参考依据。但以上现象也反映出银行业劳动争议的两个特性。其一，各银行基于行业特殊监管要求和低舆情风险偏好，倾向于以非诉方式解决纠纷。其二，各银行有较好的规章制度制定基础及较规范的员工管理流程，这是双方和解、调解的基础。本白皮书编写结合最新法律、法规、司法解释及具体案件，一一详细阐述，以便对银行业劳动用工管理提出针对性建议，以期进一步为银行优化劳动人事业务流程，提高人事管理运营效率，控制劳动人事用工风险等提供参考。但针对细节性的实务问题，仍需要我们与各银行直接沟通，方能提供更具针对性的法律建议。

江苏法德东恒律师事务所劳动法业务部

2022 年 4 月 1 日

目录

一、2019-2022 年银行业劳动人事争议基本情况	1
(一) 涉诉主体	1
(二) 案件标的额	1
(三) 争议焦点	1
(四) 案件审级	1
(五) 高频法条	2
二、银行业劳动争议特点分析	5
(一) 以毕业留用为目的的实习员工管理工作存在上升的空间	5
(二) 延期支付绩效奖金争议频发	5
(三) 年终奖发放存在不规范情形	7
(四) 银行与员工签订《劳动关系解除协议》《内退协议》等协议后，仍存在劳动者要求认定协议无效的情况	7
(五) 员工违规操作，成为银行解除劳动关系的重要理由	8
(六) 分行或子公司援引总行规章制度存在程序瑕疵，引发诉讼风险	8
(七) 档案丢失频发于银行工作交接过程中	9
(八) 劳务外包工作存在管理疏忽	9
(九) 应对劳动争议案件时，时效是有效的抗辩理由之一	10
三、人力资源管理律师建议	12
(一) 做好以毕业留用为目的的实习员工管理工作	12
(二) 向员工发放工资时，同时进行工资发放告知，并要求劳动者进行确认	12
(三) 制定延期支付绩效奖金相关规章制度	13
(四) 引导员工学习银行业特殊规范，并及时制定相关规章制度，明确违规处罚内容，能有效降低诉讼风险	13
(五) 规范规章制度制定的民主与公示程序	14

（六）分行或子公司在援引总行规章制度时，应履行本单位的民主程序和公示程序	15
（七）注意员工离职（退休）环节风险管理	16
（八）加强劳务外包管理工作合规化	17
四、参考附件	19
附件一：高频法条	20
附件二：法德东恒《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》解读	29
附件三：用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动合同指南	39
附件四：规章制度制定指南	47
附件五：规章制度适用指南	60
附件六：协商解除后劳动者反悔案件的司法裁判尺度——上海某公司与秦某劳动争议纠纷办案札记	77
附件七：劳务外包与劳务派遣的认定——程某与北京某公司劳动争议纠纷案办案札记	83
五、法德东恒简介	87
（一）历史	87
（二）格局	87
（三）服务	88
（四）专业	88
六、法德东恒劳动业务简介	89
（一）非诉劳动争议解决	89
（二）劳动争议案件代理	89
（三）规章制度构建和优化	89

（四）人力资源管理合规专项法律服务	89
（五）人力资源常年法律顾问	90
（六）人力资源法律风险体检	90
（七）商业秘密保护专项法律服务	90
（八）股权激励方案设计与辅导	90
（九）企业社会保险管理	90
（十）企业重组并购、国企改制、收购兼并、裁员过程中的劳动关系处理	91
（十一）员工背景调查	91
（十二）企业高管法律风险防控	92
（十三）制定人力资源管理全流程文书模板	92
（十四）劳动用工管理专项法律培训	92
七、版权与免责申明	94
（一）版权	94
（二）免责	94
（三）联系我们	94

一、2019-2022 年银行业劳动人事争议基本情况

（一）涉诉主体

本次分析的 212 份劳动人事争议判决书，共涉及银行 57 家。其中某银行因涉及群体性案件，涉及 90 份判决书；另有 2 家银行涉及判决书 10 份以上；大多数银行劳动人事争议类案件涉诉均在 3 件以下。

（二）案件标的额

212 份判决书共涉案标的额为 11293 万元，平均每个案件涉案金额在 53.27 万元左右。其中，涉案标的额最高的是 250 万元，劳动者要求银行支付劳动报酬、社保、公积金、企业年金及相应损失等；部分案件未涉及标的额，劳动者仅要求确认劳动关系或继续履行合同。从统计数据来看，涉诉标的额主要集中在 20 至 60 万元区间。

（三）争议焦点

212 份判决书共涉及争议焦点 567 条，平均每个涉诉案件争议焦点有 2.67 个。争议焦点主要集中在工资、经济补偿金、制度文件适用、养老保险待遇及转移、劳动关系确认与解除、主体是否适格、时效、试用期、企业年金、赔偿金、年终奖、公积金、风险金、年休假、内退、内部发文衔接、合同、档案等。其中，关于工资的纠纷达到 154 条。

（四）案件审级

212 份判决中，一审案件有 108 件，二审案件有 103 件，再审案件有 1 件。由此可见，大多数案件的当事人对判决结果并不认可，选择进入二审程序。一审裁判结果显示：全部驳回的有 92 件，占比为 85.19%；全部/部分支持的有 16 件，占比为 14.81%。二审裁判结果显示：维持原判的有 96 件，占比为 93.20%；改判的有 6 件，占比为 5.83%；其他的有 1 件，占比为 0.97%。唯一的一件再审案件裁判结果为改判。

（五）高频法条

从统计数据来看，江苏省银行业劳动人事纠纷案件中被援引的高频法条，主要涉及：《中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）》《中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国劳动法（2009 修正）》《中华人民共和国劳动法（2018 修正）》

《中华人民共和国社会保险法（2018 修正）》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修订）》《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008 整理版）》等。其中，高频法条涉及条目见下表：（具体参见“附件一：高频法条”）。

序号	法规名称	条目数	引用频次
1	中华人民共和国合同法	第八条	52
2	中华人民共和国劳动法（2009 修正）	第四十七条	48
3	中华人民共和国劳动法（2018 修正）	第四十七条	45
4	中华人民共和国社会保险法（2018 修正）	第六十八条	29
5	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第二十九条	17
6	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第三十条	16
7	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第四十六条	13
8	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第二十六条	13
9	中华人民共和国合同法	第六十条	13
10	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第四条	11
11	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第十条	9
12	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第三十七条	8
13	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第三十八条	8
14	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第二条	8
15	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第五十条	7
16	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第四十三条	6
17	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第三十九条	6

18	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第三条	6
19	中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）	第四十四条	6
20	中华人民共和国劳动法（2009 修正）	第四十六条	6

高频程序法条涉及条目见下表：

序号	法规名称	条目数	引用频次
1	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第二十七条	105
2	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第一百四十二条	104
3	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第一百七十条第一款第一项	96
4	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释	第五十二条	89
5	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第四十八条	74
6	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第六十四条第一款	68
7	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第一百四十四条	36
8	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第六十四条	29
9	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第二百五十三条	18
10	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第六条	12
11	最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释	第九十条	9
12	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第一百七十条第一款第二项	7
13	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第三十九条第一款	7
14	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修订）	第二条	7
15	最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008 整理版）	第二条	6

16	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第二十七条第一款	5
17	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第二十七条第四款	5
18	中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）	第一百一十九条	3
19	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第二条	3
20	中华人民共和国劳动争议调解仲裁法	第五十条	3

二、银行业劳动争议特点分析

（一）以毕业留用为目的的实习员工管理工作存在上升的空间

基于不同的考虑，银行在不同的情况下会招用实习生，常见情形包括：岗位出现空缺，实习生作为岗位的临时补充；银行为了配合高校解决学生的实习要求，增加学生的实践经验；出于提前选拔毕业生的考虑，将校园招聘前置，对准毕业生进行实习生公开招聘等等。

我们发现，员工存在实习经历的，在实习后未被留用，或虽被留用但因故离职，提出劳动争议纠纷时，往往将实习期间劳动关系、薪资报酬、社会保险待遇等问题一并提出。

法院在处理上述一系列诉讼请求时，首要争议焦点是劳动关系的认定，基于认定结果的不同，薪资报酬、社会保险待遇的法律依据和判决结果也相应地变化。

对案例检索结果进行分析，通常在“在校学生勤工助学”或“以增进实践经验为目的参加学校组织的校外实习”情形下，法院认为银行与实习生之间不存在劳动关系，劳动报酬等根据银行与学校之间的协议确定。但如果是以毕业留用为目的进行实习，实习期间未签订任何协议的情况下，存在法院认定实习期间的法律关系为劳动关系的风险，在此基础上实习期间的薪资报酬需要满足试用期的基本规定。面对上述判决结果，银行需要补发工资，商业声誉也可能因此受到不良影响。

（二）延期支付绩效奖金争议频发

2010年3月，原银监会发布《商业银行稳健薪酬监管指引》（银监发〔2010〕14号）。其中，第十四条规定，中长期激励在协议约定的锁定期到期后支付。中长期激励的兑现应得到董事会同意。锁定期长短取决于相应各类风险持续的时间，至少为3年。第十六条规定，商业银行高级管理人员以及对风险有重要影响岗位上的员工，其绩效薪酬的40%以上应采取延期支付的方式，且延期支付期限一般不少于3年，其中主要高级管理人员绩效薪酬的延期支付比例应高于50%，有条

件的应争取达到 60%。在延期支付时段中必须遵循等分原则，不得前重后轻。商业银行应制定绩效薪酬延期追索、扣回规定，如在规定期限内其高级管理人员和相关员工职责内的风险损失超常暴露，商业银行有权将相应期限内已发放的绩效薪酬全部追回，并止付所有未支付部分。商业银行制定的绩效薪酬延期追索、扣回规定应同样适用离职人员。原银监会于 2013 年 7 月、2018 年 3 月，分别发布了《商业银行公司治理指引》（银监发[2013]34 号）、《银行业金融机构从业人员行为管理指引》（银监发〔2018〕9 号），以及中国银保监会 2021 年 2 月 5 日发布的《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》沿用了延期支付绩效奖金的有关规定，并明确了绩效薪酬追索扣回制度。

上述规定出台后，延期支付绩效奖金争议逐渐成为司法实践中常见的纠纷之一，即银行等金融机构根据规章制度延期（一般为三年）支付部分绩效奖金（一般为 40%），劳动者在上述期限未届满前离职，并诉讼要求用人单位提前支付绩效奖金，用人单位是否应当一次性足额支付。

对此，司法实践中曾经存在争议。部分法院认为，《中华人民共和国劳动法》规定“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资”，绩效奖金作为工资的形式之一，应当足额支付，不得扣发，用人单位关于延期发放绩效奖金的规章制度违反法律规定无效。另一部分法院认为，《工资支付暂行规定》第九条规定，劳动关系双方依法解除或终止劳动合同时，用人单位应在解除或终止劳动合同时一次付清劳动者工资。因此，虽然延期发放绩效奖金的规章制度合法有效，但在劳动者离职且用人单位无证据证明劳动者存在应当回扣奖金的情况，则应当一次性足额发放。

但近三年来，江苏地区司法实践逐渐趋向统一，认为绩效薪酬延期支付制度设置的初衷是针对银行经营中风险暴露的滞后性特征，对从业人员进行制约并管控风险。因此，相关绩效薪酬的延期支付不以员工在职为前提，离职人员同样适用该规则。故员工要求提前支付原本应延期支付的绩效薪酬缺乏依据，不予支持。

（三）年终奖发放存在不规范情形

除风险金和递延奖金发放问题外，由于大多数银行采取季度奖金发放与年终奖金发放的方式，却因为规章制度制定存在不完善情况，奖金考核规则不透明公开等原因，使得年终奖支付成为劳动争议高频诉求之一。加之员工离职的时间常见于年中下旬期间，多数银行倾向于对考核前离职的员工不发放年终奖，这更加具了双方间的矛盾。

《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。因此，银行应当对于是否向员工发放年终奖金承担举证责任。

在此前提下，法院一般认为，如果银行能够提供规章制度，明确年终奖计算方式、各计算数据来源，则认可用人单位的计算结果。反之，若银行未能提供相关证据，员工以前几年度年终奖数额进行参照，主张本年度年终奖的，法院倾向于支持劳动者主张。

而对于在年终考核前离职员工的年终奖发放，相关规章制度明确规定员工离职年终奖不予发放或当年度内任职满8个月以上才享有年终奖金等，银行以此主张无需发放年终奖的，则法院一般认可银行主张。

（四）银行与员工签订《劳动关系解除协议》《内退协议》等协议后，仍存在劳动者要求认定协议无效的情况

根据检索结果，存在员工与银行签订《协商一致解除劳动合同协议》《内退协议》后请求法院认定上述协议无效，要求恢复劳动关系或支付违法解除赔偿金，支付工资差额等情形。

对该类案件，法院一般从两个层面进行裁量。其一为，协议是否存在违反相关法律及行政法规的强制性规定的内容，是否有效。其二为，是否存在员工被欺诈、胁迫或显失公平的情形，即协议是否为员工的真实意思表示。

所谓“欺诈”指的是，故意告知虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使当事人作出错误意思表示。所谓“胁迫”指的是，以给自然人及其亲友的生命、身体、健康、名誉、荣誉、隐私、财产等造成损害或者以给法人、非法人组织的名誉、荣誉、财产等造成损害为要挟，迫使其作出不真实的意思表示。一般而言，员工所陈述的“银行人事要求签署，未说明情况”的主张，并不构成法律意义上的“欺诈”“胁迫”。因此，银行与员工签订的《协商一致解除劳动合同协议》《内退协议》等具有法律效力，银行根据协议内容主张权利，法院一般予以支持。

（五）员工违规操作，成为银行解除劳动关系的重要理由

所谓“违规操作”指的是员工存在违反规章制度或劳动纪律的行为。相较于一般行业中常见的旷工、徇私舞弊等情形，银保监等国家机关针对金融机构及其从业人员制定了特殊的规范要求。例如《中国银监会办公厅关于严禁银行业金融机构及其从业人员参与民间融资活动的通知》（银监办发〔2012〕160号）明确禁止银行业金融机构及其从业人员参加民间借贷、违规担保和非法集资活动。

员工从事上述相关违规操作的，一方面其个人可能因此面临民事纠纷，另一方面，由于其违规操作时往往凭借银行员工身份，取得他人信任，存在危害银行企业形象，引发舆论危机的可能性。银行发现相关情况的，通常会在第一时间进行稽查，并做出处分决定，严重的立即解除劳动合同，由此引发劳动争议纠纷。

根据近三年来江苏各法院裁判尺度，如果银行针对此类法律规定制定相应的规章制度的，员工应当遵守，员工在工作过程中违规操作，银行以严重违反规章制度为由解除劳动合同的，人民法院一般支持该主张。

（六）分行或子公司援引总行规章制度存在程序瑕疵，引发诉讼风险

银行子公司及各分行在发放递延发放风险金或其他奖金等薪资待遇、对员工采取奖惩措施时，引用总行规章制度的情形较普遍。但若援引有关规定的民主程序、公示程序存在瑕疵，则将面临较大的诉讼风险。

《江苏省高级人民法院关于审理劳动争议案件的指导意见（一）》第十八条

第三款规定，有独立法人资格的子公司执行母公司的规章制度，如子公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序，或母公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序且在子公司内向劳动者公示或告知的，母公司的规章制度可以作为处理子公司劳动争议的依据。因此，江苏地区法院认为，分行或子公司援引总行规章制度前，必须履行告知程序。

另外，《劳动合同法》明确，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬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。根据上述规定，部分地区（例如北京地区）法院认为，子公司或分行在引用总行规章制度时，还应经过法定民主程序。

在频发的劳动争议案件中，情况多为总行或控股单位的规章制度已经过本单位内部的民主程序和告知程序，分行或子公司在援引适用时却未经过本单位内部的告知、民主程序，因而面临相应的败诉风险。

（七）档案丢失频发于银行工作交接过程中

对于离职时间较长或已退休的员工，归还原始工作档案或赔偿因档案丢失所产生的损失为常见诉求之一。此类案件审理过程中，员工需举证证明因银行原因导致档案丢失，若举证不能，法院一般判决驳回员工的诉讼请求。而在若档案丢失确系因银行造成的情况下，是否造成损失等民事责任问题，法院倾向于由劳资双方另行通过民事诉讼途径处理，通常不支持员工有关诉讼请求。

档案丢失争议案件频发于农村信用社改制而来的农村商业银行中，虽上述档案案件法院最后的判决结果有利于银行，但亦反映出银行对于离职员工的闭环管理工作的缺失以及档案管理工作的不足，建议银行密切关注离职员工或退休员工的心态，避免轻易承认档案丢失系因银行产生，做好档案移交、管理工作。

（八）劳务外包工作存在管理疏忽

根据检索结果，在以下三种情况下，易引发劳务外包纠纷：

1、银行与某外包公司签订《外包合同》，由外包公司提供劳务服务，但外包人员认为其与银行存在劳动关系，要求银行支付未签订劳动合同双倍工资、加班工资、年休假工资、经济赔偿金等。在《外包合同》约定较明确的情况下，法院通常不会支持外包人员主张。

2、银行决定将外包项目外包至新的外包公司，但由于未与原先外包人员做好沟通，劳动关系转移工作存在欠缺，导致批量纠纷的产生。此种情况下，由于银行与外包人员之间不存在劳动关系，外包人员劳动法相关诉求通常不被支持。但该类纠纷通常为批量案件，容易导致相关工作瘫痪的情况，也可能造成不好的舆论效应。

3、银行与原外包公司的合同到期后，将该项目外包给新外包公司，在外包人员与原公司的劳动合同到期的情况下，外包人员仍然继续在银行工作，但该外包人员未与新公司签订劳动合同，却由新公司管理、发放工资，此时则产生外包人员、新公司与银行之间劳务派遣和劳务外包法律关系不明的问题。此类诉讼较为复杂，需要根据具体举证情况判断，诉讼风险较大。

（九）应对劳动争议案件时，时效是有效的抗辩理由之一

根据现有检索结果，法院判决时引用时效有关规定的比例较高。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

因此，除拖欠劳动报酬纠纷外，员工自知道或者应当知道其权利被侵害之日起一年内应当提起仲裁，否则银行可以仲裁时效为由进行抗辩。而拖欠劳动报酬纠纷则适用特殊时效，自劳动关系终止之日起算。

在此需要强调“拖欠劳动报酬”与“克扣工资”的差别。《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于适用〈中华人民共和国劳动争议调解仲裁

法>若干问题的意见》第一条规定，拖欠劳动报酬争议的仲裁时效，适用《调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。但克扣工资争议的仲裁时效为自用人单位书面明示拒绝支付劳动者工资之日起计算一年。《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》进一步明确，根据原劳动部的相关规定，克扣工资与拖欠劳动报酬并非同一概念，因此在时效问题上应区别对待。克扣工资是指用人单位无正当理由扣减劳动者应得的工资（少发、明确表示拒绝发放剩余部分工资），双方对工资发放的数额存有异议。拖欠劳动报酬是指用人单位无正当理由超过规定和约定的付薪时间未支付劳动者工资报酬，用人单位与劳动者双方对劳动者应获得的劳动报酬的具体数额并无异议，用人单位并未拒绝发放劳动者工资，只是对支付时间有争议。因此，江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈中华人民共和国劳动争议调解仲裁法〉若干问题的意见》规定拖欠劳动报酬争议的仲裁时效，适用《调解仲裁法》第 27 条第 4 款的规定，即不受一年的时效限制；而克扣工资争议的仲裁时效则适用《调解仲裁法》第 27 条第 1 款的规定，即时效仍为一年。此外，根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。但在劳动关系存续期间，劳动者对于用人单位是否克扣其工资往往并不清楚，处理中也很难认定劳动者明知用人单位克扣其工资的具体时间。为了统一执法尺度，本《意见》明确克扣工资争议的仲裁时效自用人单位书面明示拒绝支付劳动者工资之日起计算一年。

当然，员工向所任职银行主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者用人单位同意履行义务的，仲裁时效中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

三、人力资源管理律师建议

（一）做好以毕业留用为目的的实习员工管理工作

银行应注意实习生的管理，尤其是校园招聘前置的情形下，为了避免银行与准毕业实习员工陷入用工风险，我们提出如下建议：

- 1、校园招聘后，银行确定招用该准毕业生，则及时向学校发出签约邀请，与该毕业生签订三方协议。
- 2、若经准毕业生申请后，银行安排实习，则与准毕业生签订实习协议，协议明确实习期间、实习工作内容、实习津贴及是否享有福利待遇，可为准毕业生购买意外保险，明确此期间内双方为实习关系而非劳动关系。
- 3、配套准毕业实习生管理制度，对准毕业实习生进行差异化实习管理。在管理过程中，用人单位也应尽量避免与正式员工无区别的管理，可适当削弱对实习生劳动强度的管理，包括避免安排加班等。

（二）向员工发放工资时，同时进行工资发放告知，并要求劳动者进行确认

鉴于员工离职后提及劳动争议诉讼时，会将在职期间所有的劳动报酬争议一并提出，有些争议历时已久，银行举证更为困难。但在银行做好工资发放告知与确认的情况下，可以援引“克扣工资”相关诉讼时效的规定，极大程度上避免诉讼风险。

告知工资发放的形式包括：

- 1、发放纸质工资条，明确相应时间段工资已全部发放完毕，并要求员工签字确认无异议。
- 2、发放电子工资条，明确相应时间段工资已全部发放完毕，并要求员工明确回复无异议，或在一定期限内书面提出异议，不提出的视为无异议。

在员工提出异议的情况下，银行应做出明确的肯定或否定回复，通过多渠道送达，并保留送达相关证据。据此主张，相应的劳动报酬争议属于“克扣工资”

争议，诉讼时效将自否定回复送达之日起算。

（三）制定延期支付绩效奖金相关规章制度

根据我们与诸家银行的合作，大多数银行已经制定了相关规章制度，明确适用绩效奖金延期支付与回扣制度，但仍存在因规定不全面、不明确，或规章制度履行过程中操作不够规范，证据留存意识不足等原因，仍面临诉讼风险。对此，我们作出如下建议：

1、明确劳动者在递延期限届满前离职的，出于维护金融安全考虑，离职不影响延期支付规定执行，期限届满后再予发放。或者明确劳动者离职后，因后续维护工作需要交由其他员工完成，剩余递延绩效奖金不予发放。

2、明确员工存在过失或未尽到审慎管理义务，导致职责范围内风险超常暴露的情形下，用人单位有权扣回延期支付的绩效奖金。同时注意列举员工存在过失的常见情形，并明确用人单位稽查员工过错程度的具体程序，根据稽查结果，结合员工职责、造成的损失以及产生的负面影响等因素，划分扣回比例区间。

3、在整个稽查过程中注意有关材料保存、谈话过程录音、笔录签字等。稽查结果与处罚结果分阶段告知，先告知稽查结果，后告知处罚结果。视具体情况采用向员工当面送达结果文书要求员工签字的方式；或通过邮寄、邮件、微信等多种方式告知员工结果，并明确一定时间内不提出异议视为认可该结果的方式。

具体参见“附件二：法德东恒《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》解读”。

（四）引导员工学习银行业特殊规范，并及时制定相关规章制度，明确违规处罚内容，能有效降低诉讼风险

商业银行所在行业属国家严格规范管理的金融行业，国家对于从业人员有相应的特殊规定，要求比普通劳动者更高。员工违反相关规定的情况下，如果银行未制定规章制度的，则只能援引《劳动合同法》中“劳动者徇私舞弊，给用人单位造成重大损失”，或《劳动法》中“劳动者严重违反劳动纪律”的条款，而司

法实践中对于“重大损失”与“劳动纪律”的认定，法院具有较大的自由裁量权，相应的，银行也就面临着更大的诉讼风险。

但是，在银行将有关法律法规、部门规章的要求转变为规章制度，明确惩处方式，并要求员工学习、签字确认的情况下，由于确实存在违法与违反规章制度的双重情形，法院通常会支持银行主张。这一方面有效规避了诉讼风险，另一方面能最大程度上维护银行的企业形象，避免舆情风险，甚至更大的金融风险。

具体参见“附件三：用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动合同指南”。

（五）规范规章制度制定的民主与公示程序

《劳动合同法》对规章制度制定的民主程序、公示程序进行了明确规定，具体要求如下：

1、民主程序

《劳动合同法》第四条第二款规定：“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。”

此处的“民主程序”主要包括三个步骤：

第一步是制定规章制度的讨论稿。规章制度内容重点为工时制度、加班制度、绩效考核制度、考勤制度、解除劳动合同等要根据银行的实际情况进行详细规定，并注意内容的合理性，譬如不能规定迟到一次就予以开除，属于严重违反规章制度等。

第二步是讨论程序，即通知与全体员工或职工代表讨论规章制度草案，全体职工或职工代表可提出方案和意见；本通知与规章制度的讨论稿同时发放。注意人数多需召开职工代表大会的，要求职工代表充分与员工进行沟通。

第三步是协商确定程序，即银行与工会或者职工代表协商确定规章制度文本。对于员工代表提出的意见可以选择性接受。当前司法实践对通过职工代表大会没有强制性要求。

同时，为免日后员工与银行就规章制度是否履行了民主程序发生争议，银行要注意留有证据意识，召开全体职工会议或职工代表大会讨论规章制度时，要有会议纪要，并让参会者签字；银行与工会或者职工代表平等协商最后确定规章制度时，要求记录《规章制度审核和确定会议纪要》以及参会者签字。

2、告知程序

经过公示是规章制度适用的必要前提，司法实践中欠缺民主程序的规章制度仍有被法院认可作为裁判依据的可能性，但欠缺公示程序的规章制度无法用于约束员工。公示或者告知的方式多种多样，常见方式包括签署《规章制度告知书》、组织规章制度学习、OA 系统公示并由员工签署《规章制度公示程序告知书》等。

无论是民主程序还是告知程序，需要员工本人签字的情形下，建议安排人员监督员工当面使用固定签字笔签署，避免他人代签、用左手签字或用特殊的笔签字的情况，导致不必要的诉讼风险。

具体参见“附件四：规章制度制定指南”、“附件五：规章制度适用指南”。

（六）分行或子公司在援引总行规章制度时，应履行本单位的民主程序和公示程序

分行、子公司援引总行规章制度时应严格履行告知程序。部分分行或子公司倾向于采用 OA 系统公示的方式完成告知，而劳动者通常以“银行未告知公示方式”“OA 系统不经常使用”为由进行抗辩，部分员工存在确实无权限查看总行规章制度的情况。而司法实践中，部分法院对分行或子公司的公示程序有更为严格的要求。因此我们建议，分行、子公司直接与员工签署《XX 规章制度知悉与遵守承诺书》。确实需要以 OA 系统方式进行公示的，与员工提前签署《规章制度公示方式确认书》，明确公示方式，并由员工承诺及时查看、学习相关规章制度。有

关规章制度出台的，在 OA 系统或工作群中进行通知，提示员工及时查看。对于涉及考核、调岗或劳动关系解除的奖惩规定、延期支付绩效奖金等易引发争议的规章制度，组织员工学习，并保留学习签到与确认记录。

分行、子公司援引总行规章制度时的民主程序，各地区法院要求严格程度不同，当前江苏地区大多数法院不要求提供子公司经过民主程序的证据。但基于谨慎考虑，我们建议分行、子公司在有条件的情况下，履行民主程序，并保留相关证据。履行民主程序的方式包括分行、子公司召开本单位的职工代表大会，也包括分行、子公司安排职工代表参加总行相关规章制度的职工代表大会。

另外，建议总行在制定规章制度时，明确规定该规章制度同时适用于子公司、分行的员工。

（七）注意员工离职（退休）环节风险管理

根据案例检索结果以及我们与多家银行客户的沟通，离职后仍在银行或其他金融机构内工作的员工通常不会采用仲裁、起诉等方式解决纠纷，即便仲裁或起诉的也较易调解、和解。但员工离职后更换行业、或员工退休的情形下，更易引发诉讼纠纷。据此，我们建议各银行注意员工离职（退休）环节风险管理，具体如下：

1、协商一致解除劳动合同的员工，严格签订《协商一致解除劳动合同协议》，对经济补偿、工资发放、社保公积金缴纳期限等进行具体约定，并明确双方在包括但不限于经济补偿（赔偿金）、劳动报酬（包括基本工资、奖金、绩效、年终奖、加班工资、年休假工资等一切劳动报酬类型）、各项员工福利等各项事宜上不再存在任何劳动争议纠纷，一方不得以任何理由提起劳动仲裁或民事诉讼。

2、主动离职的员工，要求员工提交离职申请，有 OA 审批要求的，要求员工在系统申请，及时向员工送达《离职证明》写明离职原因，员工签署回执。

3、员工退休的，依法及时办理退休手续，并及时向员工送达《劳动合同终止通知》，明确终止原因为退休。

4、劳动合同到期终止的，与员工充分协商，协商过程注意录音，并及时向员工送达《劳动合同终止通知》，明确终止原因为协商一致不再续签，或劳动者主动不续签。

参见“附件六：协商解除后劳动者反悔案件的司法裁判尺度——上海某公司与秦某劳动争议纠纷办案札记”。

（八）加强劳务外包管理工作合规化

为了进一步加强银行劳务外包业务工作的合规化管理，我们建议：

1、劳务外包合规化，严格管控合同风险。选中承包单位时，优先选用经营相应外包业务的规模大、信誉高、具有资质的人力资源类专业公司；发包银行与承包单位订立书面的劳务外包合同时，合同内容应对外包服务内容、管理权限、服务费用等作出明确约定；避免与劳务派遣协议的相关条款近似甚至混淆。

2、发包银行应注意监督承包单位就人员管理权限方面的工作，如：

（1）监督承包单位做好劳动合同管理工作：依法与外包人员签署、续订、终止、解除劳动合同，相关程序性文件复印件交由银行留存；

（2）监督承包单位做好薪酬福利管理工作：依法支付薪资、缴纳社保、发放福利保障；

（3）监督承包单位做好劳动安全管理工作：如安全生产教育、安全生产制度、工伤职业病管理；

（4）发包银行可定期抽查外包期限内劳务外包人员明细、定期确认的人员出勤记录、各月薪酬等。

3、发包银行可与劳务外包人员签订《外包人员承诺函》，避免劳务外包人员误认与发包银行存在劳动关系，从而规避确认劳动关系纠纷的发生。同时，在函件中可与外包人员明确，依据银行与外包单位签订的合同确定，银行有权对外包人员履行间接管理：如现场紧急处置、临时任务指令，避免对外包人员进行直接

管理。多数发包银行已经履行了较完备的外包协议签订、劳务外包服务费定期支付的手续，但外包人员仍认为与银行存在劳动关系，提起劳动争议诉讼，根本原因在于银行未明确告知外包人员，双方间仅为劳务用工关系，而非劳动关系。其实只需一纸承诺函便可有效规避同类争议的发生。

具体参见“附件七：劳务外包与劳务派遣的认定——程某与北京某公司劳动争议纠纷案办案札记”。

四、参考附件

附件一：高频法条

附件二：法德东恒《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》解读

附件三：用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动合同指南

附件四：规章制度制定指南

附件五：规章制度适用指南

附件六：协商解除后劳动者反悔案件的司法裁判尺度——上海某公司与秦某劳动争议纠纷办案札记

附件七：劳务外包与劳务派遣的认定——程某与北京某公司劳动争议纠纷案办案札记

附件一：高频法条

《中华人民共和国民事诉讼法（2017 修正）》

第三十九条

人民法院审理第一审民事案件，由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。合议庭的成员人数，必须是单数。

适用简易程序审理的民事案件，由审判员一人独任审理。

陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务。

第四十八条

公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。

法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

第六十四条

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

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

人民法院应当按照法定程序，全面地、客观地审查核实证据。

第一百一十九条

起诉必须符合下列条件：

- （一）原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织；
- （二）有明确的被告；
- （三）有具体的诉讼请求和事实、理由；
- （四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。

第一百四十二条

法庭辩论终结，应当依法作出判决。判决前能够调解的，还可以进行调解，调解不成的，应当及时判决。

第一百四十四条

被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

第一百七十条

第二审人民法院对上诉案件，经过审理，按照下列情形，分别处理：

（一）原判决、裁定认定事实清楚，适用法律正确的，以判决、裁定方式驳回上诉，维持原判决、裁定；

（二）原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；

（三）原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；

（四）原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审。

第二百五十三条

被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

《中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）》

第二条

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

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

第三条

【基本原则】订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约

定的义务。

第四条

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

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

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

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。

第十条

【订立书面劳动合同】建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

第二十六条

【劳动合同的无效】下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第二十九条

【劳动合同的履行】用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

第三十条

【劳动报酬】用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。

用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。

第三十七条

【劳动者提前通知解除劳动合同】劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

第三十八条

【劳动者单方解除劳动合同】用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- （一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- （二）未及时足额支付劳动报酬的；
- （三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- （四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- （五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

第三十九条

【用人单位单方解除劳动合同（过失性辞退）】劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

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

第四十三条

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

第四十四条

【劳动合同的终止】有下列情形之一的, 劳动合同终止:

- (一) 劳动合同期满的;
- (二) 劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的;
- (三) 劳动者死亡, 或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的;
- (四) 用人单位被依法宣告破产的;
- (五) 用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的;
- (六) 法律、行政法规规定的其他情形。

第四十六条

【经济补偿】有下列情形之一的, 用人单位应当向劳动者支付经济补偿:

- (一) 劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的;
- (二) 用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的;
- (三) 用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的;
- (四) 用人单位依照本法第四十一条第一款规定解除劳动合同的;

（五）除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，依照本法第四十四条第一项规定终止固定期限劳动合同的；

（六）依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

第五十条

【劳动合同解除或者终止后双方的义务】用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。

用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二条

中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

（一）因确认劳动关系发生的争议；

（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；

（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；

（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；

（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；

（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

第六条

发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

第二十七条

劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

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

第五十条

当事人对本法第四十七条规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

《中华人民共和国合同法》

第八条

【依合同履行义务原则】依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

依法成立的合同，受法律保护。

第六十条

【严格履行与诚实信用】当事人应当按照约定全面履行自己的义务。

当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。

《中华人民共和国劳动法（2009 修正）》

第四十六条

工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。

工资水平在经济发展的基础上逐步提高。国家对工资总量实行宏观调控。

第四十七条

用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

《中华人民共和国劳动法（2018 修正）》

第四十七条

用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

《中华人民共和国社会保险法（2018 修正）》

第六十八条

社会保险基金存入财政专户，具体管理办法由国务院规定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》

第五十二条

民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

- （一）依法登记领取营业执照的个人独资企业；
- （二）依法登记领取营业执照的合伙企业；
- （三）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- （四）依法成立的社会团体的分支机构、代表机构；
- （五）依法设立并领取营业执照的法人的分支机构；
- （六）依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；
- （七）经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；
- （八）其他符合本条规定条件的组织。

第九十条

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。

在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修订）》

第二条

人民法院应当向当事人说明举证的要求及法律后果，促使当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证。

当事人因客观原因不能自行收集的证据，可申请人民法院调查收集。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008 整理版）》

第二条

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

附件二：法德东恒《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》解读

2021年2月5日，中国银保监会（以下简称“监管机构”）在正式发布《关于建立完善银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制的指导意见》（以下简称“指导意见”），指导意见明确银行保险机构可以向高级管理人员和关键岗位人员追回超额发放的所有绩效薪酬和其他激励性报酬，离职人员和退休人员同样适用绩效薪酬追索扣回机制，目的是健全绩效薪酬激励约束机制。

一、指导意见出台背景

（一）制度背景

2008年金融危机的爆发表明，许多国家金融业不当的薪酬制度安排导致了金融机构的过度冒险和逐利行为，并造成金融机构稳定性下降和行业不稳定。因此，加强对金融机构薪酬监管已成为各国金融监管当局的共识。2009年金融稳定理事会（FSB）发布了《稳健薪酬实践的原则》，并出台《稳健薪酬原则的执行标准》，对金融机构薪酬制度提出了一系列原则，提出了具体执行标准。2009年10月，巴塞尔委员会标准执行组薪酬项目组拟定了《薪酬原则和标准评估方法》，强调监管者在对银行薪酬体系进行检查时可以采取必要的监管措施。目前，瑞士、荷兰、英国等国家已相继开始制订并发布本国薪酬监管的法规指引；加拿大、西班牙等国家则确定直接运用FSB的准则对本国金融机构实施薪酬监管。

在此背景下，金融机构薪酬问题已引起党中央、国务院的高度重视，要求从建设社会主义和谐社会、促进金融业可持续发展的高度，切实重视并研究解决好金融机构薪酬管理问题。2009年，财政部下发了《关于国有金融机构2008年度高管人员薪酬分配有关问题的通知》。2009年9月，人力资源和社会保障部等六部委联合发布了《关于进一步规范中央企业负责人薪酬管理的指导意见》，要求财政部负责中央金融企业负责人的经营业绩考核及薪酬水平审核。2010年2月，财政部颁布了《中央金融企业负责人薪酬审核管理办法》。

2010年3月，原银监会发布《商业银行稳健薪酬监管指引》（银监发〔2010〕

14 号)。其中，第十四条规定，中长期激励在协议约定的锁定期到期后支付。中长期激励的兑现应得到董事会同意。锁定期长短取决于相应各类风险持续的时间，至少为 3 年。第十六条规定，商业银行高级管理人员以及对风险有重要影响岗位上的员工，其绩效薪酬的 40% 以上应采取延期支付的方式，且延期支付期限一般不少于 3 年，其中主要高级管理人员绩效薪酬的延期支付比例应高于 50%，有条件的应争取达到 60%。在延期支付时段中必须遵循等分原则，不得前重后轻。商业银行应制定绩效薪酬延期追索、扣回规定，如在规定期限内其高级管理人员和相关员工职责内的风险损失超常暴露，商业银行有权将相应期限内已发放的绩效薪酬全部追回，并止付所有未支付部分。商业银行制定的绩效薪酬延期追索、扣回规定应同样适用离职人员。

2013 年 7 月，原银监会发布了《商业银行公司治理指引》（银监发[2013]34 号）第二章对绩效等劳动报酬的激励约束机制进行了规定。其中，第一百一十一条规定，商业银行薪酬支付期限应当与相应业务的风险持续时期保持一致，引入绩效薪酬延期支付和追索扣回制度，并提高主要高级管理人员绩效薪酬延期支付比例。第一百一十二条规定，商业银行可以根据国家有关规定制定本行中长期激励计划。

2018 年 3 月，原银监会发布《银行业金融机构从业人员行为管理指引》银监发〔2018〕9 号，其中第 20 条规定，银行业金融机构应将从业人员行为评估结果作为薪酬发放和职位晋升的重要依据。银行业金融机构应针对高级管理人员及关键岗位人员制定与其行为挂钩的绩效薪酬延期追索、扣回制度。银行业金融机构应明确晋升的基本条件，未达到相关行为要求的从业人员不得晋升。

2020 年 10 月 16 日，中华人民共和国商业银行法(修改建议稿)发布，其中第 42 条规定，商业银行应当建立科学合理的薪酬、绩效考核等激励约束机制，确保薪酬水平和结构与本银行长期经营业绩相匹配，并建立与本银行风险水平相适应的薪酬延期支付和追索扣回机制。

可见，银行保险机构绩效薪酬追索扣回机制并非新创制度。但是此前的法律规定更多的是提出了方向性要求，并没有具体可直接适用的法律规定。

（二）社会背景

近些年来，金融机构风险事件频出。然而尽管各银行根据上述只读文件的指导指定了部分规章制度，但对相关责任人的问责追责仍存在缺失和不到位的现象。此次指导意见的出台，作为国家防范化解金融风险、维护金融稳定的重要配套措施，具有鲜明的背景特征。

指导意见除了对高级管理人员和关键岗位人员的绩效薪酬追索扣回机制提出了方向性要求之外，还首次对绩效薪酬和其他激励性报酬可以追索扣回和应当追索扣回的情形做出了具体规定。通过指导意见，进一步落实高管责任，强化风险意识，倒逼金融机构制定和采取措施，加强内部治理机制和风险处置机制，并最终落实到个人。归根结底，指导意见的出台是为了强化对风险责任人的问责追责。

（三）司法背景

在《指导意见》出台之前，司法实践中最常被引用的规范为《商业银行公司治理指引》，最常见的争议焦点为，银行等金融机构根据规章制度延期（一般为三年）支付部分绩效奖金（一般为 40%），劳动者在上述期限未届满前离职，并诉讼要求用人单位提前支付绩效奖金。

有少数法院认为，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。《中华人民共和国劳动法》规定“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资”。故本案宁乡沪农商银行方虽然经职工代表大会、董事会审议通过关于员工主动离职情形下扣除递延绩效薪酬的规定并在离职时双方签订《解除劳动合同协议书》，但其中内容与劳动法的规定相违背。同时，劳动部《工资支付暂行规定》规定“本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬”，故当然包括递延绩效薪酬。因宁乡沪农商银行方不得克扣孔菊芳方的递延绩效薪酬，故一审法院对宁乡沪农商银行的诉讼请求不予支持。（参考判决：（2020）湘 0124 民初 4619 号）

但绝大多数法院一般认为，绩效薪酬延期支付制度设置的初衷是针对银行经营中风险暴露的滞后性特征，对从业人员进行制约并管控风险。因此，相关绩效

薪酬的延期支付不以员工在职为前提，离职人员同样适用该规则。故员工要求提前支付原本应延期三年支付的绩效薪酬缺乏依据，不予支持。（参考判决：(2019)浙 0106 民初 6412 号、(2020)苏 03 民终 5093 号）

对于一些用人单位在规章制度中规定，劳动者主动离职或被解除的延期支付、尚未到期的绩效奖金不再支付的规定，法院通常也予以支持。例如“主磊与齐鲁银行股份有限公司劳动争议”一案中，一审法院认为，根据齐鲁银行制定的《齐鲁银行薪酬实施方案》规定，对自愿离职的、被解除劳动合同的、因违规违纪被辞退开除的，取消未行权的绩效奖金、递延奖金和其他奖金。朱元磊因嫖娼被济南市公安局天桥区分局行政处罚，并因违反《齐鲁银行从业人员职业操守》、《齐鲁银行员工行为规范之“十个严禁”承诺书》的规定，齐鲁银行于 2018 年 6 月 21 日作出《关于给予朱元磊开除处分的决定》，给予朱元磊开除处分并解除与其签订的劳动合同。综合上述情况来看，朱元磊因违规违纪已被辞退开除，其递延奖金亦被取消，故其主张要求齐鲁银行支付其递延绩效奖金 227600 元，无事实及法律依据，不予支持。山东省济南市中级人民法院二审予以维持。（参见（2019）鲁 01 民终 11775 号）。但也有法院认为，此类的规定，是对员工应发工资的克扣，违反了工资应当足额发放的原则，该部分条款应属无效。（参见（2019）浙 0424 民初 4608、4619 号）。另外，需要注意的是，由于“协商解除劳动合同”不属于“员工单方面解除劳动合同”的情形，因此，在双方协商一致解除劳动合同的情况下，不能拒发延期的绩效奖金。（参见（2020）鲁 15 民终 1859 号）

二、重要条款解析

重要条款	解析
第二条 绩效薪酬追索扣回制度包括绩效薪酬追索扣回的适用情形、追索扣回比例、工作程序、责任部门、争议处理、内部监督及问责等内容。银行保险机构根据本指导意见制定绩效薪酬追索扣回制度时，应当结合自身实际情况，充分征求相关人员意见，履行必要程序，人力资源部门	本条明确了绩效薪酬追索扣回制度应包含的内容、制定程序和实施主体

负责具体事项的落实，风险控制、合规管理、审计、财务等相关部门应积极参与配合。	
第三条 银行保险机构应根据绩效薪酬追索扣回制度，健全劳动合同，约定双方关于绩效薪酬追索扣回的权利义务以及争议的处置途径。	明确在劳动合同中可就绩效薪酬追索扣回制度进行约定，作为员工管理的操作依据。此外该条款强调用人单位应当对“绩效薪酬追索扣回的权利义务”和“争议的处置途径”进行明确。
第四条 银行保险机构发生下列情形之一的，银行保险机构可以追回向高级管理人员和关键岗位人员超额发放的所有绩效薪酬和其他激励性报酬： （一）银行保险机构发生财务报表重述等情形，导致绩效薪酬所依据的财务信息发生较大调整的； （二）绩效考核结果存在弄虚作假的； （三）违反薪酬管理程序擅自发放绩效薪酬或擅自增加薪酬激励项目的； （四）其他违规或基于错误信息发放薪酬的。	列出了几种主要的绩效薪酬和其他激励性报酬可以被追回的情形
第五条 银行保险机构要加强对薪酬制度激励效果的评估，注重员工教育，合理设置风险偏好。对于因存在明显过失或未尽到审慎管理义务，导致职责范围内风险超常暴露的高级管理人员和关键岗位人员，银行保险机构可以追索扣回其相应期限内的绩效薪酬。 银行保险机构应当根据其经营情况、风险状况、	明确银行保险机构可以追索扣回其相应期限内的绩效薪酬的一般性条件，即只员工存在明显过失或未尽到审慎管理义务，导致职责范围内风险超常暴露的情形。

绩效薪酬延期支付情况等因素，合理设定风险超常暴露标准及绩效薪酬追索扣回比例，并充分征求独立董事、监事、相关工作人员的意见。	同时，进一步细化绩效薪酬追索扣回制度应包含风险超常暴露标准及绩效薪酬追索扣回比例。一方面，有利于限制用人单位滥用追索扣回制度，保障劳动者获取劳动报酬的权利；另一方面，方便用人单位在诉讼过程中承担举证责任，连同第三条规定的“争议的处置途径”，实际上是有利于证据固定的。
第六条 对于存在违法、违规、违纪等情形的高级管理人员和关键岗位人员，银行保险机构应当根据情形轻重追索扣回其相应期限内的部分直至全部绩效薪酬。薪酬追索扣回比例应当结合高级管理人员和关键岗位人员所承担的责任、造成的损失以及产生的负面影响进行确定。	明确薪酬追索扣回比例确定应当考量的因素，包括职责、造成的损失以及产生的负面影响。
第七条 银行保险机构发生下列情形之一的，应当追索扣回负有主要责任的高级管理人员和关键岗位人员相应期限内的全部绩效薪酬，追索扣回其他责任人员相应期限内的部分绩效薪酬： （一）重要监管指标严重不达标或偏离合理区间的； （二）被银保监会及其派出机构或其他金融监管部门采取接管等风险处置措施的； （三）发生重大风险事件,对金融市场秩序造成恶	列明绩效薪酬应当全部追索扣回的情形，共性为对银行保险机构的财产、声誉等造成重大损害。

劣影响的； (四) 其他对银行保险机构的财产、声誉等造成重大损害的情形。	
第八条 对于高级管理人员和关键岗位人员拒不配合银行保险机构按照制度规定追索扣回绩效薪酬的，银行保险机构可以采取警告、调整工作岗位、司法诉讼等合理有效措施，并将相关情况报告银保监会或其派出机构。	明确银行保险机构可对不配合人员采取相关有效措施。
第九条 银行保险机构在披露薪酬信息时，应当增加披露绩效薪酬追索扣回的有关信息，不断加强薪酬信息披露的全面性和透明性。	明确披露义务，表明绩效追索扣回制度的重要目的之一为维护金融秩序的稳定。
第十条 银行保险机构董事会应每年对本公司的绩效薪酬追索扣回情况至少进行一次审核，并对薪酬管理负最终责任。	明确董事会的职责，发挥该制度自上而下进行管理，实现责任到人的作用。
第十三条 本指导意见所称关键岗位人员是指对银行保险机构经营风险有直接或重大影响的人员。银行保险机构应当根据自身机构类型与特点、市场规模大小、风险管控能力等因素确定关键岗位人员范围，并在绩效薪酬追索扣回制度中予以明确。 离职人员和退休人员适用绩效薪酬追索扣回机制。 在银行保险机构领取绩效薪酬的董事和监事参照适用本指导意见。	界定关键岗位人员的定义，明确离职人员和退休人员依然适用指导意见。
第十四条 本指导意见所称绩效薪酬追索扣回，包括追回已支付的绩效薪酬和止付未支付的绩效薪酬。鼓励银行保险机构研究探索绩效薪酬追	明确绩效薪酬追索扣回可以有多种形式，用人单位可以根据实际需要进行创新。

索扣回方式，可结合自身实际情况，采取其他有效方式实现对绩效薪酬的追索扣回。	
---------------------------------------	--

三、相关司法判例参考

（一）浙江稠州商业银行股份有限公司武义支行、徐冲劳动合同纠纷 （（2020）浙 07 民终 1665 号）

浙江省金华市中级人民法院认为，稠州银行武义支行单方解除劳动合同，系根据《浙江稠州商业银行违规行为处理办法》及补充条款规定，因徐冲作为客户经理、业务部门负责人期间，造成逾期欠息 90 天以上的风险资产或作为业务部门负责人，造成风险资产等情形。本院认为，风险资产的出现是银行的正常经营风险，稠州银行武义支行将相应的风险转嫁给劳动者，侵害劳动者的合法权益，且稠州银行武义支行并无证据证明 41 笔贷款逾期欠息 90 天以上等情形系由徐冲严重过错造成，故据此将全部责任归咎于徐冲，并由其承担 32 万余元风险责任金明显不公。再者，稠州银行武义支行在庭审中承认，其对徐冲作出除名处分及解除劳动合同后，41 笔贷款中部分贷款已经归还，徐冲名下责任金金额在逐渐减少，其亦同意据此扣除相应责任金金额，故稠州银行武义支行对徐冲的行为造成事实风险的证据是不充分、不确定的。

裁判要旨：法院对用人单位要求劳动者承担经营风险采取谨慎态度，用人单位除提供相关规章制度和劳动者办理业务确实存在逾期欠息情形外，还需要举证证明劳动者对不良贷的产生存在过错。

（二）中国光大银行股份有限公司上海分行、吴超劳动合同纠纷案 （（2017）沪 01 民终 7826 号）

一审法院认为，首先，关于光大银行上海分行依据 2015 年 2 月 3 日对吴超所作出的问责决定而扣减吴超相应绩效工资工资的争议。根据光大银行上海分行在问责决定中所引用的对吴超的问责条款以及光大银行上海分行在审理中所明确的其系依据《问责暂行办法》第三十四条第（一）、（五）、（七）三项规定对吴超作出扣减绩效工资 56.1 万元决定的陈述，虽然光大银行上海分行、吴超一致确认

了本案光大银行上海分行所称的 76 户钢贸企业的贷款系由吴超主办或由他人转给吴超经办以及上述贷款的不良贷款金额，但光大银行上海分行还应举证证明吴超在经办上述 76 户钢贸企业贷款中存在上述办法第三十四条第（一）、（五）、（七）三项所述的：贷款调查流于形式，在调查过程中对应发现的重大风险点未作出充分揭示和分析的；客户发生重大变化、发生突发事件或出现预警信号，未及时调查并采取必要措施的；未核实票据承兑、贴现业务或信用证业务的真实贸易背景的情形。对此，光大银行上海分行虽然提供了本案系争的 76 户钢贸企业 77 笔贷款的授信调查报告、批复、贷后检查报告以及相关违规责任认定表、不良贷款责任认定表、吴超对上海 A 有限公司贷款的情况说明作为依据，但一则，上述 77 笔贷款业务中有 62 笔贷款业务的授信调查报告、批复、贷后检查报告光大银行上海分行提供的仅是复印件或电脑打印件，并未提供原件，并不符合证据的形式要求，且吴超对其真实性不予认可，故对该 62 笔贷款业务的相关材料一审法院难以确认；二则对于光大银行上海分行提供原件且吴超予以认可的另 15 笔贷款业务的调查报告、批复、贷后检查报告，其上述内容亦无法直接反映吴超在主办或经办该 15 笔贷款业务中存在《问责暂行办法》第三十四条第（一）、（五）、（七）所规定的情形；三则，光大银行上海分行提供的违规责任认定表、不良贷款责任认定表也仅是光大银行上海分行单方面的结论性认定，并未载明相关事实依据，且吴超在上述认定表中亦对此提出异议，并对相关贷款情况作出了解释和说明，由此该认定表也并不能直接作为吴超存在《问责暂行办法》第三十四条第（一）、（五）、（七）所规定情形的依据。

裁判要旨：用人单位的处理文件不足以作为劳动者对不良贷的产生存在过错的证据。

（三）小结

在《指导意见》出台之前，已经有一些银行保险机构制定并适用了绩效奖金追索扣回制度。但一方面此前法律规定较为概括，并没有明确的制度内容要求，银行保险机构在制定规章制度时，对追回机制启动的条件、追回比例的确定方式、争议处理途径等规定不够清新，在制度使用过程中对于证据的收集和保留当然也

就不够完善。另一方面，由于绩效奖金追回制度实际上实现了金融风险由银行保险机构向劳动者的转移，加重了劳动者责任，且与劳动法一直以来强调的保护劳动者及时获得足额劳动报酬的原则有所背离。所以法院在审理此类案件时尤为谨慎，对用人单位的举证要求较高，需要用人单位举证证明劳动者对金融风险的发生有过错，且用人单位单方的处理决定证明力不足。

这就要求银行保险机构在适用该制度时，根据《指导意见》的要求做出全面的规定，注意列举式条款与概括性条款相结合。对于劳动者过错的举证，除了个案中注意保留实体层面的证据外，程序层面，应当注意在规章制度中明确规定责任确定程序和争议提出、解决的途径，这将有利于提升用人单位处理结果的可信度，尤其是当劳动者在相关处理结果上签字，表明认可时，法院将更容易采信该证据。

附件三：用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动合同指南

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条之规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。

基于现行劳动法对于用人单位用工自主权的限制，用人单位解除劳动关系的有效路径显然较少。从立法技术及平衡劳资关系角度考虑，立法机关将“劳动者严重违反用人单位的规章制度”作为用人单位解除劳动关系的理由，显然是给予用人单位实现自身用工自主权的保护。

实践中，用人单位对于该法条的应用频率非常高，该法条应用背景下对于劳动者的负面影响不仅限于劳动者无法获得经济补偿，更为深远的影响是该解除背景下劳动者再就业将会遇到障碍。因此，矛盾难以调和的情况下诉诸劳动仲裁委员会、法院是唯一的选择，而作者在作为律师代理案件、仲裁员承办案件过程中发现，用人单位对于该解除选择存在诸多的错误认识和错误决定。

本文将实操指南为逻辑展开，以期帮助用人单位做好用工管理、建立和谐劳动关系。

一、搜集劳动者违规行为证据

用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动关系，须承担劳动者存在违反规章制度行为的举证责任。

而该证据的举证形式多样，实操性极强，在此进行举例说明。

举证目的：证明劳动者滕某存在旷工行为。

举证方式：通常举证证明滕某存在旷工行为用人单位需要举证考勤表、工作沟通记录、返岗通知书、通话录音、聊天记录、笔录等。

取证提示：因为证据的认定涉及真实性、合法性、关联性等复杂的逻辑论证过程及实践经验，用人单位在进行该部分工作时需要尤为谨慎，如有条件一定要在有经验的专业律师指导下进行。

二、确认规章制度合法、合理

法律赋予用人单位有制定规章制度的权利，但同时要求规章制度具有合法

性、合理性。

合法性方面用人单位正常可以做到合规，但是合理性经常出现争议，举例说明：

1、一家生产烟花爆竹的企业规定，职工在单位车间内吸烟，一经发现企业即可解除劳动关系。一家在写字楼里办公的商贸公司也规定，员工在办公室内吸烟，公司即可解除劳动合同。

对于生产烟花爆竹的企业，员工在车间内吸烟是极其危险的，因此，在规章制度中将吸烟作为劳动合同的解除条件是很有必要的，也是合理的；但是对于一般公司而言，吸烟行为就是一般的违纪行为，若企业将该行为作为解除条件，就存在很大的不合理性。

2、一家生产型企业规定，工厂流水线上的职工迟到两次，企业即可解除劳动合同。一家普通公司也规定，员工迟到两次，企业即可解除劳动合同。

对于生产型企业，流水线上的一名员工迟到可能会造成停产，给企业带来重大损失，因此，解除合同也不为过。但是对于普通公司而言，尤其是北京、上海、南京这样的城市，交通状况较为糟糕，这样的规定显然过于苛刻，缺乏合理性。

通过上述两个案例可以看出，关于“合理”标准，很难有一个统一的界定，必须具体情况具体分析。由于各行各业千差万别，同样的规章制度，放在不同的企业，其效力和适用结果很可能大相径庭。

三、确认规章制度已经民主程序

经过民主程序是规章制度合法的前提，对此劳动合同法有明确的规定：《劳动合同法》第四条规定，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。

但是实践中，存在用人单位就此难以举证，如因此判决用人单位违法解除

将导致实体上不公平现象。

由此江苏省高级人民法院于 2010 年 5 月 17 日发布的《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》作出了适当调整：

规章制度制定程序存在瑕疵时的效力认定

《劳动合同法》只是要求用人单位制定规章制度需与工会或职工代表协商确定，但是否实施规章制度的最终决定权仍在用人单位。表面上看这一规定徒具程序价值，并无实质意义，但是其对于强化集体协商机制，加强劳动关系的自我协调功能具有极其重要的意义，因此，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。为了贯彻这一立法目的，审判实践中对劳动规章制度的效力认定可作如下把握：

用人单位在劳动合同法施行前制定的规章制度，虽未经过劳动合同法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规及政策规定，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。

劳动合同法施行后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。

根据江苏省高院的审判指导意见，应适当对未经过民主程序的规章制度效力进行从宽认定。但这绝对不意味法院层面对于民主程序没有任何要求，用人单位不可在民主程序一项上掉以轻心。毕竟，各地法院尚没有直接认可未经民主程序的规章制度的合法性的地步。用人单位仍应尽量采取必要努力以固定协商程序，同时注意保管或收集员工签收规章制度的各种纸质凭证以防万一。

四、确认规章制度已经告知程序

《中华人民共和国劳动合同法》第四条规定：用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

《江苏省劳动合同条例》第四条规定：用人单位应当依法制定、修改或者决定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项，应当主动、如实告知劳动者，或者采取公告栏、书面文本、电子邮件、本单位网站等便于劳动者知晓的方式公示。

江苏省高级人民法院于2010年5月17日发布的《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》规定：劳动规章制度必须公示。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。“告知劳动者”可以有多种方式，如在劳动合同中约定，或在职工手册中告知，或者通过一些告示牌来告知，形式不限，关键在于必须使劳动者能够知悉该规章制度内容。

所有法律规范均要求用人单位需要严格履行告知程序，这需要用用人单位解除劳动合同前需要对该事实进行严格确认。

需要说明的是该事实的举证最好通过书面举证形式进行。

五、确认解除行为具有适当性

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条之规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。

以上条文中对“严重”未作界定和解释。由于法律没有明确的标准，司法实践操作存在困难，用人单位管理亦存在困难。

但是对于该标准的认知路径确系有章可循，违反规章制度的行为是否严重，应当根据不同行业、不同工作特点，以及违纪行为对工作产生或可能产生的危害性综合判断，但总体上，在审判时法院一般是从严审查，严格把握，以防止用人单位随意以严重违反规章制度为由解除劳动关系。

劳动者违纪存在严重违纪与一般违纪的区分。对于如何认定违纪行为属于严重，应结合企业生产内容、经营范围、劳动者岗位职责进行分析。如化工企业绝对禁止吸烟，因为关系到安全生产的大事，职工随便乱丢一根烟蒂或在工作场所抽烟，就是一种严重违纪行为。但是在一般企业，可能就算不上严重违纪。在食品企业，不戴手套、口罩可能也是严重违纪，因为关系到食品安全。

劳动者违反规章制度，有下列情形之一的，法院一般会支持用人单位解除行为：多次迟到、早退、旷工，消极怠工，影响生产、工作秩序；玩忽职守，严重违反操作规程，损坏设备、工具、浪费原材料、能源、给用人单位造成经济损失；工作态度不好，服务意识差；盗窃、赌博、假公济私、打架斗殴、犯有其他严重错误的。对于上述情形，用人单位应当进行及时教育，如果教育后，劳动者仍然不能或者不愿改正错误的，基于上述情形，用人单位可以直接与劳动者解除劳动合同关系。

六、确认解除行为已告知工会

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

由此，法院在审理该类案件时，可以根据用人单位未通知工会这一事实认定解除违法。

而根据《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（四）》第十二条，建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。

因此可以看出，用人单位解除劳动合同未事先通知工会，应当向劳动者支付赔偿金，是在程序上加大对劳动者权益的保护，以彰显法律的严肃性。但是，法律的目的不在于惩罚，而在于督促用人单位正确履行法定程序，依法行使解除权。只要用人单位通过合理方式补正了相关程序，及时通知工会并听取工会意见的，可不再承担赔偿金的责任。

但是对于用人单位未建立工会的问题，江苏省范围内存在一个司法尺度的演变过程。

在江苏省高级人民法院于2010年5月17日发布的《江苏省高级人民法院

劳动争议案件审理指南》规定：

用人单位单方解除劳动合同未将理由通知工会的如何处理

根据《劳动合同法》第 41 条、第 43 条的规定，用人单位进行经济性裁员或者单方解除劳动合同前，应当履行将理由通知工会、听取工会或职工的意见等义务。虽然用人单位的这一义务仅是程序性的，不论工会同意与否，最终决定权仍在用人单位，但是这一程序对于保障劳动者免受不公正解雇，促进劳资双方通过自我协调化解劳资纠纷有着不可或缺的作用，因此，如果用人单位未履行该程序的，应认定其解除劳动合同违法，劳动者请求用人单位继续履行劳动合同或主张赔偿金的，应予支持。

江苏省高级人民法院、江苏省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件的指导意见》第 17 条的规定不仅适用于用人单位根据《劳动合同法》第 41 条的规定实施经济性裁员的情形，也适用于用人单位单方解除劳动合同的其他情形。

实践中，很多用人单位尚未建立基层工会。由于组建工会是职工自身的权利，也是上级工会应尽的职责，企业虽应配合，但并无强制性的义务。因此，在用人单位没有建立工会的情况下，劳动者以用人单位未通知上一级工会为由主张用人单位违法解除劳动合同的，不予支持。

而江苏省第十届人民代表大会常务委员会第六次会议，于 2013 年 1 月 15 日对《江苏省劳动合同条例》进行了修订，修订后的第三十一条规定：用人单位解除或者终止劳动合同，应当符合法定的条件和程序。用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会；用人单位尚未建立工会的，通知用人单位所在地工会。

故，关于解除合同告知工会这一程序须告知工会，如单位没有工会，应通知用人单位所在地工会，通常是街道工会。

根据我们办案经验通知工会程序还有以下两点需要注意：

第一，通知工会程序补正时间为起诉前，实践中存在部分劳动争议案件在劳动仲裁程序中通过不予受理方式处理。如此，用人单位收到人民法院传票时

即已经错过了补正机会。因此，如没有在解除前完成通知工会程序，用人单位还是应在解除后第一时间完成补正通知程序。

第二，通知工会程序应保留好完善的证据，通常应保留好快递存单即快递签收记录。快递存单要求清晰明确的显现寄送、签收主体及文件内容，签收记录为网路查询所得，查询保存一方面是为了完成举证义务另一方面也是为了查验文件寄送结果。

七、意见和建议

用人单位，每一次根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条之规定，解除违反规章制度的员工都是对于自身日常管理及纠纷处理能力的考验，在纠纷处理过后应针对性地进行复盘，以提升管理水平，复盘可以从以下两个方面进行：

结合员工的入职管理、在职管理、离职管理进行统一的梳理，审视其中存在优化部分；

针对纠纷处理过程中证据搜集、论证过程、与外聘律师合作过程进行经验性复盘。

八、附件

（一）解除劳动合同的通知函与签收回执

(一) 解除劳动合同的通知函与签收回执

关于与_____解除劳动合同的通知函

_____工会：

因_____出现_____的行为，公司决定根据《劳动合同法》第_____条的规定和企业_____的规定，与_____解除劳动合同。

如工会认为有不妥之处，请工会在收到此函后____日内提出相关意见。如果工会在____日内没有复函，则视为工会同意公司的处理意见，公司将与_____解除劳动合同。

特此函告，盼复！

公司盖章：

年 月 日

签收回执

我工会收到_____有限公司发出的《关于与_____解除劳动合同的通知函》，通知内容与上述内容一致。

盖章：

签字：

年 月 日

附件四：规章制度制定指南

规章制度，是指由企业有权部门制定的，以书面形式表达的，并以一定方式公示的，关于企业内部劳动用工管理、明确企业和职工劳动权利和义务的规范总称。由于企业规章制度对企业范围内具有普遍性和强制性，企业和劳动者都必须遵守。因此从某种意义上来说，相当于企业内部的“法律”。

依法制定合法合理有效的劳动规章制度既可以降低用人单位劳动用工的法律风险，又让劳动者的合法权益得到保障。

一、用人单位为规章制度制定主体

根据《劳动法》第四条规定：“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。”

上述规定说明用人单位是劳动规章制度的制定主体。有权代表用人单位制定劳动规章制度的，应是企业行政系统中处于最高层次，对企业的各个组成部分和全体劳动者有权实行全面和统一管理的机构，如董事会、董事长、总经理等。

需要注意的是，用人单位在制定规章制度时，可以由某个部门起草，但对外发布时，不要以某个部门的名义，而要以公司的名义对外发布。否则，企业某个部门制定并以部门名义发布的规章制度则存在着法律效力风险。

二、规章制度的内容合法合理

《劳动合同法》第四条第二款规定：“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。”

该法条大致列出了劳动规章制度中应当具备的内容，包括：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。其中，这些内容需遵循以下要求：

（一）不违反国家法律、行政法规及政策规定

企业规章制度的内容不能与国家法律、行政法规和政策规定相冲突，如果相冲突的，冲突部分无效。

例如，《就业促进法》中规定，用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

劳动规章制度将末位淘汰规定或约定为终止或解除劳动合同的条件，亦不符合法律规定。从现行法律来看，用人单位单方解除劳动合同的法定情形主要规定在劳动法第二十六条，劳动合同法第三十九条、第四十条，末位淘汰并非用人单位可以解除劳动合同的法定情形。同时，最高人民法院先后通过指导案例、会议纪要的方式对末位淘汰的合法性问题作出回应。最高法院发布指导案例 18 号中兴通讯（杭州）有限责任公司诉王鹏劳动合同纠纷案、《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》，明确“用人单位在劳动合同期限内通过‘末位淘汰’或‘竞争上岗’等形式单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位继续履行劳动合同或者支付赔偿金”。

（二）不得与劳动合同和集体合同相冲突

《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 50 条第二款规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。最高人民法院的解释解决了集体合同、劳动合同与企业规章制度法律优先权问题。实践中，企业总是通过单方面制定规章制度，单方面变更劳动合同的设定，以增加劳动者的义务。由于劳动合同的效力高于规章制度，即使规章制度由职代会通过，如果与劳动合同冲突或者不一致，除非劳动者认可，否则无效。

（三）劳动规章制度条款应具有合理性

《江苏省高级人民法院关于审理劳动争议案件的指导意见》第十九条规定，用人单位以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同的，人民法院、仲裁机构应当审查用人单位规章制度的制定程序是否合法、劳动者的违纪行为在规章制度

中是否有明确规定、规章制度对劳动者严重违纪行为的规定是否公平合理等，以判断劳动者是否属于严重违反用人单位规章制度、用人单位解除劳动合同的行为是否合法有效。

在当前司法实践来看，裁判机关基本会对规章制度内容的合理性普遍进行了审查。

【参考案例】

案例一：用人单位制定规章制度应考虑合理性要件

✧ 基本案情：

原告蔡某于 1994 年起即在江苏省宝应县某胜电缆厂工作，后该厂改制为某胜公司，原告一直工作至今。2014 年 4 月 10 日上午，在人数众多且有高速运转机器设备的车间，原告与同事郭某因盘具使用问题发生口头谩骂，双方情绪激动，进而发生互相扯打。被告某胜公司根据公司《人事管理制度》第六章第二十四条第二十八款“在公司内外打架斗殴者予以解除劳动关系的处理”之规定，解除了与原告的劳动合同关系。

✧ 审判理由：

扬州市中级人民法院认为，用人单位单方解除劳动合同是否符合劳动合同法“严重违反用人单位的规章制度的”解除条件，关键在于对用人单位规章制度的合理性审查。可综合考虑的因素有：行业特点、工作岗位、行为地点的行为环境；对企业生产经营秩序的影响程度；劳动者的主观过错程度等。

三、规章制度制定程序合法

（一）规章制度制定应经过民主程序

《劳动合同法》第四条第二款对规章制度制定的民主程序提出了必须履行的严格要求，用人单位必须严格按劳动合同法的规定履行相应的民主程序。

首先，需对第四条第二款中的“规章制度”作广义的理解，是指企业为了加强劳动关系管理，在企业内部实施的规范劳动者义务和保障劳动者权利的全部行为准则，包括劳动合同管理制度、岗位职责制度、绩效考核制度、薪酬福利制度、考勤制度、休假制度、奖励与惩罚制度和培训制度等等。

《劳动合同法》制定时将民主程序，即经职工代表大会或者全体职工讨论作为必经程序，其目的是通过民主程序的方式听取职工建议、维护职工权益。该条款的表述为“经讨论”、“提出方案和意见”、“平等协商确定”。总的来说，凡是涉及劳动者切身利益的规章制度都应走民主程序。

其次，这里的“民主程序”主要包括三个步骤，第一步是制度草案制定，由单位管理部门或者外聘专家根据本单位的实际情况起草规章制度草案；第二步是讨论程序，即与全体职工或职工代表讨论规章制度草案，全体职工或职工代表可提出方案和意见；第三步是协商确定程序，即用人单位与工会或者职工代表协商确定规章制度文本。

需要注意的是，在我国，虽然司法解释要求劳动规章制度要“通过民主程序制定”才能具有法律效力，但对具体的民主制定程序要求并无明确的说明。考察我国相关法规政策，一般认为，民主制定包括工会同意、职代会通过、职工代表投票通过等几种方式。

【参考案例】

案例二：司法实践中要求用人单位制定规章制度需与工会或职工代表协商确定，对于具体的协商过程要求有征求意见即可，对于经过职工代表大会的具体方式没有进行强制性规定，也没有对于表决方式进行强制性规定，对于表决方式不进行严格审查 ——（2018）苏 05 民终 6577 号

✧ 基本案情：

劳动者提出，斯达克公司采用“职工代表”的方式制定《员工手册》，但 62 名代表仅是斯达克公司意志的体现，不是法律法规认可的职工代表，无权代表全体职工作出意思表示。斯达克公司将应当一次召开“员工代表大会”人为割裂成不同时间的两组，并允许参会人员自行选择会议组别，会议现场实际也未对《员工手册》进行讨论，“职工代表”在《员工手册》上签字也不符合无记名投票的表决方式。斯达克公司制定《员工手册》在程序上存在明显瑕疵，不符合《劳动合同法》第四条有关民主程序的要求，对劳动者不具有约束力。

✧ 审判理由：

苏州中级人民法院认为，斯达克公司在修订员工手册时就职工代表名额按照

各部门实际分配不同名额，各职工代表审议后签字确认，且周某作为人事专员亦参与了员工手册的制订过程，该员工手册可以作为斯达克公司处理周某违纪行为的依据。对周某提出的斯达克公司制订员工手册不符合民主程序要求，制定程序上存在瑕疵的上诉理由，不予采纳。

同时，为免日后劳动者与用人单位就规章制度是否履行了民主程序发生争议，用人单位要有证据意识，召开全体职工会议或职工代表大会讨论规章制度时，要有会议纪要，并让参会者签字；用人单位与工会或者职工代表平等协商最后确定规章制度时，要求记录《规章制度审核和确定会议纪要》以及参会者签字。具体民主协商程序和举证方式见下表：

序号	民主协商方式	具体操作方法	举证方式
1	征集意见表的方式	企业在《员工手册》制定后，向员工发放《员工手册征集意见表》，通过回收表单的方式来听取员工的意见，在必要时再与员工协商；	《征集意见表》
2	召开全体职工会议的方式征求意见	在会议上分部门发言，记录下员工意见，并当场协商决定；	会议签到表+《规章制度民主讨论、协商会议纪要》
3	召开职工代表大会的方式征求意见	在会议上分部门发言，记录下员工意见，并当场协商决定；	会议签到表+《规章制度民主讨论、协商会议纪要》
4	分部门讨论，收集意见后交 HR 汇总	《征集意见表》	《征集意见表》
5	召开工会代表及职工代表会议的方式	在会议上分部门发言，记录下各工会代表及职工代表意见，	会议签到表+《规章制度民主讨论、协商会议

	征求意见	并当场协商决定；	纪要》
--	------	----------	-----

表 1

（二）未履行民主程序的规章制度效力

1、法律规定

（1）《江苏审判指南》

《江苏审判指南》第三节第二条第二款第（2）点指出，“用人单位在劳动合同法施行前制定的规章制度，虽未经过劳动合同法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规及政策规定，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；劳动合同法施行后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。”

（2）《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》

《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》第十八条规定，用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条规定的民主程序，但其内容不违反法律、行政法规及政策规定，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，可以作为处理劳动争议的依据。

用人单位在《劳动合同法》实施后制定、修改规章制度，经法定民主程序与工会或职工代表协商，但未达成一致意见，若该规章制度的内容不违反法律、行政法规的规定、不存在明显不合理的情形，且已向劳动者公示或者告知的，可以作为处理劳动争议的依据。

（3）《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》

江苏省高级人民法院于 2010 年 5 月 17 日发布的《江苏省高级人民法院劳动

争议案件审理指南》对上述规定进一步进行了解释：

《劳动合同法》只是要求用人单位制定规章制度需与工会或职工代表协商确定，但是否实施规章制度的最终决定权仍在用人单位。表面上看这一规定徒具程序价值，并无实质意义，但是其对于强化集体协商机制，加强劳动关系的自我协调功能具有极其重要的意义，因此，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。为了贯彻这一立法目的，审判实践中对劳动规章制度的效力认定可作如下把握：

用人单位在劳动合同法施行前制定的规章制度，虽未经过劳动合同法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规及政策规定，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。

劳动合同法施行后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。

对该指南可做出两层理解：

a. 《劳动合同法》只是要求用人单位制定规章制度需与工会或职工代表协商确定，对于具体的协商过程要求有征求意见即可，对于经过职工代表大会的具体方式没有进行强制性规定，也没有对于表决方式进行强制性规定；

b. 虽未经过民主程序，但内容不违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或者告知的规章制度，仍可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

（4）全国及各地工会发布的法律规定

《企业民主管理规定》《江苏省企业民主管理条例》《上海市职工代表大会条例》《浙江省职工代表大会操作规程（试行）》《北京市企业民主管理及职工代表大会（暂行）办法》等全国及各地工会发布的法律规定对民主程序、职工代表大会的职权与程序进行了更为详细的规定，一定程度上相较于《劳动合同法》对国

有企业提出了更高的要求。

但上述规定在企业实际经营过程中难以落实，规章制度未经民主程序即实际适用的情况屡见不鲜，如果在司法实践中仅因此判决规章制度因程序违法无效，将不利于企业自主经营权的行使，也不利于实质公平。因此，人民法院通过司法解释的方式对裁判尺度进行了调整。

2、司法实践

【参考案例】

案例三：未经民主程序并不意味着规章制度无效——（2018）苏民申 300 号

✧ 基本案情：

劳动者提出，员工手册制定过程中，没有召开职工代表大会或职工大会，未采用无记名投票表决方式，且工会由人力资源负责人担任主席，其组织不合法，故该员工手册无效。

✧ 审判理由：

江苏省高级人民法院认为，陈某与奥林花园店之间签订的劳动合同约定，陈某应严格遵守公司各项规章制度和劳动纪律。2012 年 7 月 30 日，陈某在员工手册确认书上签字，确认收到并阅读了第五版员工手册，同意该手册作为劳动合同附件并遵守该手册规定。在此过程中，陈某并未对第五版员工手册制定程序或内容提出异议。故该手册应视为双方协商一致的劳动合同内容，用人单位与劳动者均应遵照履行。

四、规章制度的公示方法及要求

《劳动合同法》第四条第四款规定：“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”《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）》第五十条也规定，用人单位根据《劳动法》第四条的规定：“通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理案件的依据”。

也就是说，作为企业内部的规章制度必须对其适用的员工公示，未经公示的企业内部规章制度，对员工不具有约束力。

关于如何公示、公示的方式及形式，法律上均无明文规定。从证据效力、证

据留存等防范法律风险的角度来看，用人单位可通过如下方式（表2）公示规章制度或将规章制度告知劳动者：

序号	公示方法	要求	优点	缺点
1	OA 内部办公系统网站 附件： 《规章制度告知确认书》	要求员工阅读，打印《规章制度告知确认书》并签字，确保该系统对应账号为对应员工。	快捷、节省成本	/
2	电子邮箱、QQ、微信送达告知；并附《确认书》	要求员工阅读，打印《规章制度告知确认书》并签字确认，确保该账号为对应员工所有。	快捷、节省成本	/
3	公告栏张贴	拍照或录像+《规章制度告知确认书》签字	快捷、节省成本	增加举证成本
4	劳动合同约定+附件	在劳动合同中明确约定订立劳动合同时，已经阅读、理解规章制度的所有规定，愿意遵守规章制度，并且已经签收规章制度附件+劳动合同签字确认	降低企业的举证责任 有效预防劳动争议的发生	劳动合同的附件的制定耗费一定人力、物力，条款必须表述清晰、明确
5	员工手册	员工手册签收表签字确认并注明签收时间	员工签收，便于企业举证；同时便于员工随时学习	印刷成本高 修订、更改时易浪费
6	培训	员工签到表签字+培训会议纪要注明培训时间、内容并且参会人员签字确认+有条件的也可对培训过程拍照录像	员工签字，便于企业举证	增加培训成本
7	规章制度传阅	要求员工在规章制度告知确	快捷、节省成本	不便于员工随

	法	认书签字		时查阅和学习
8	视频会议法	员工签到+视频内容留存	适用于员工流动性较大、或因生病无法到会、不能及时到会的情形	增加举证成本

表 2

附件

- (一) 规章制度民主程序相关文件：会议纪要、签到表
- (二) 规章制度告知确认书
- (一) 规章制度民主程序相关文件：会议纪要、签到表

(一) 规章制度民主程序相关文件：会议纪要、签到表

XX 公司规章制度审核和确定会议纪要

会议时间：

会议地点：

会议主持：

会议记录人员：

参会人员：

会议纪要：

公司根据管理需要制定了《规章制度（征求意见稿）》，并于____年__月__日召开全体员工大会，由员工对意见稿进行讨论，提出方案和意见。公司结合全体员工的方案和意见，确定了《规章制度》。公司组织全体员工对《规章制度》进行审核和通过。会议由_____主持，现将会议的主要内容纪要如下：

会议确定的主题：

由全体员工与公司《规章制度》审核和通过。

参会人员：

会议应到____人，实到____人。

第一项议程：

由_____对《规章制度》进行讲解和说明。以下是主要内容：

1、_____；

2、_____；

3、_____。

第二项议程：

由全体员工就《规章制度》对征求意见稿的修改部分进行审核。经仔细审核，全体员工一致认为《规章制度》在征求意见稿的基础上，充分考虑了全体员工对

征求意见稿的方案和意见，体现了员工意志，体现了民主性。

第三项议程：

公司与全体员工一致确认《规章制度》为最终定稿，并确定于____年__月__日颁布施行。

附与会人员签到表

XX 公司 规章制度审核和确定会议签到表				
序号	参加人员	部门	签到	备注
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				
13				
14				
15				
16				
17				

(二) 规章制度告知确认书

规章制度告知确认书

本人_____（身份证号：_____）已详细阅读并已全面理解公司的 20XX 版 XXX 规章制度。

本人确认已知悉并认可公司通过网站、办公平台、办公室公告栏公告员工手册及其他规章制度文件。

本人承诺：将严格遵守公司的规章制度，如有违反，本人将接受公司按照相关规定进行的各类处理。

特此确认。

确认人：

年 月 日

附件五：规章制度适用指南

健全的规章制度是一个企业得以有效运行的基础，因此《劳动法》第四条、《劳动合同法》第四条明确规定，制定完善的规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务，是企业应当履行的法定义务。

同时，在劳动法规定倾向于保护劳动者这一情形下，作为企业内部“小宪法”的规章制度，是用人单位实现用工自主性的重要工具。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十九条规定，用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。因此，在法律允许的范围内充分利用规章制度，将极大有利于用人单位维护自身合法权益。

但在社会实践中，存在大量用人单位不知道可以适用规章制度或适用规章制度不合法的情况，使得本来具有合理性公司操作被认定为违法而被追究责任。

本篇指南结合法律规定、裁判现状及本团队在处理相关案件中的诉讼经验，主要分为两个部分，第一部分对规章制度的适用情形列举、介绍，第二部分将对规章制度的适用逻辑进行剖析。

一、规章制度的适用情形

劳动法介于公法与私法之间，一方面，劳动者相对于用人单位处于弱势地位，因此劳动法规定相较于合同法设置了更多强制性规定，体现出对劳动者的倾向性保护；另一方面，劳动关系重要内容之一为用人单位与劳动者之间的合同关系，所谓合同，就应当体现劳资双方之间的合意，因此劳动法规定在许多情形下留出了用人单位通过规章制度进行自主安排的空间，包括招录、试用期、绩效、年终奖、考勤、加班、培训、病假等方方面面，本指南就以下几个方面进行举例说明：

（一）招聘录用制度

《劳动合同法》第三十九条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的。但司法实践中用人

单位适用本条行使单方解除权时却有近一半被法院认定为违法解除，除去少数试用期时间约定过长不符合法律规定的情形，绝大多数用人单位败诉原因都是无法举证证明劳动者不符合录用条件。

【参考案例】

案例一：用人单位在试用期内不得随意解除劳动合同

✧ 基本案情：

周某于 2019 年 4 月 25 日入职某汽车公司从事销售工作。双方签订劳动合同，期限自 2019 年 5 月 1 日至 2022 年 5 月 31 日，其中试用期自 2019 年 5 月 1 日至 2019 年 7 月 31 日。2019 年 7 月 23 日，某汽车公司根据周某部门领导的评分，以周某试用期不合格为由单方解除劳动合同。周某申请劳动仲裁，要求支付违法解除劳动合同经济赔偿金。

✧ 审判理由：

六合区人民法院认为，用人单位以劳动者在试用期不符合录用条件解除劳动合同的，应当向劳动者明确告知录用条件及试用期考核内容与标准，就劳动者存在不符合录用条件的事实承担举证责任。本案中，某汽车公司未能证明已告知周某录用条件及试用期考核及存在不符合录用条件的事实，仅以公司部门领导的评分认定周某试用期不合格并解除劳动合同，违反法律规定，判决某汽车公司向周某支付违法解除劳动合同经济赔偿金。

可见，用人单位以“在试用期间被证明不符合录用条件”解除劳动合同的，应当满足以下条件：（1）用人单位有具体、合法、合理的录用条件；（2）有证据证明员工知晓用人单位的录用条件；（3）有证据证明员工不符合录用条件；（4）解除劳动合同的通知应当在试用期内做出。

满足以上四个条件较为便利的方法主要有两种，其一为，在劳动合同中就试用期录用条件、考核方式进行明确约定；其二为，在规章制度中对试用期录用条件、考核方式进行明确规定，并在与劳动者签署劳动合同后即向其送达规章制度并要求其签字表明知晓。以上两种方法有异曲同工之妙，用人单位可以根据自身需求设置明确的录用条件、考核方式，并完成了告知程序。试用期即将届满时，

用人单位根据劳动者的试用期表现对其作出考核不合格的决定后，再与其解除劳动合同，将极大程度上降低被认定为违法解除的风险。

（二）薪酬制度

绩效奖金、年终奖金的发放与否以及金额高低是用人单位与劳动者的主要争议焦点之一。《中华人民共和国劳动法》第四十七条规定，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。年终奖、绩效奖金不同于基本工资主要用于维持劳动者的基本生活，具有奖励劳动者辛勤工作、激励劳动者继续努力的作用，因此，用人单位对此具有较高的自主决定权，而自主决定权的合法适用以明确的规章制度为基础。

【参考案例】

案例二：用人单位可依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平

✧ 基本案情：

黄某于 2015 年 8 月 24 日进入某房地产公司从事商业管理工作，双方签订的劳动合同注明合同附件包括《新员工读本》、《企业文化手册》、规章制度等。根据该公司员工手册中薪资和福利部分规定，奖金与绩效考核挂钩，在职员工季度奖根据季度集团对事业部的考核、事业部对各条线/城市公司考核、每名员工考核结果核发，在职员工年终奖根据全年集团对事业部的考核、事业部对各条线/城市公司考核、每名员工考核结果核发，期间离职的员工不予发放。2018 年 10 月 18 日，黄某提交辞职申请，载明自 2018 年 11 月 2 日起解除劳动合同。后黄某申请劳动仲裁，请求某房地产公司支付应发奖金 104725 元。劳动仲裁委终止审理后，黄某诉至法院。

✧ 审判理由：

南京市中级人民法院认为，双方劳动关系于 2018 年 11 月 2 日解除，在某房地产公司进行 2018 年度考核时黄某已离职，黄某未提交其他有效证据证明其符合发放季度奖及年终奖金的条件，故黄某要求某房地产公司支付 2018 年第三季度的季度奖及 2018 年 1 月至 10 月的年终奖，不能成立。

由此可见，一般来说，奖金系由用人单位根据自身经营状况及员工的工作表

现来确定，属于企业用工管理自主权的范畴，用人单位可以在规章制度中明确奖金的发放对象、发放条件、发放时间等。一方面，用人单位在根据自身经营效益及稳定经营团队角度制定工资分配制度时，往往会从吸引人才、留住人才、培育人才等人力资源管理需要出发，考量工作年限、学历、年龄、是否在职、离职的突然性等不直接体现工作质效的内容。另一方面，对于用人单位实施的合理的人力资源管理方法和工资分配制度，司法实践一般应予以尊重。因此，在规章制度中将奖金发放进行倾向于用人单位的明确规定，有利于在仲裁、诉讼过程中减轻用人单位的举证负担，降低诉讼风险。

（三）工作时间及考勤制度

1、以考勤记录证明存在旷工、迟到早退事实

以旷工或迟到早退为由，根据《劳动合同法》第三十九条第二款与劳动者解除劳动合同，是用人单位最常使用的单方解除手段之一。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定，因用人单位做出的开除、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。因此，用人单位需要举证证明劳动者存在违反规章制度的旷工行为，而最简单的举证方式即在规章制度中规定明确的考勤制度，以考勤缺席记录作为证据。

此外，请假审批制度等规章制度条款的设置也同样有利于旷工天数的举证。

【参考案例】

案例三：请病假需遵守单位请假流程，未经审批擅自休假，单位可依法解除劳动合同。

✧ 基本案情：

曲某于2004年7月20日进入常州某运输公司工作。因罹患颈椎病，曲某自2018年1月26日起就医，3月1日之前，曲某按公司规定的流程履行了正常的病假申请审批手续；之后，曲某仅向公司邮寄三份建休单，即病休在家。期间，公司分别两次向曲某邮寄旷工返回通知书，催告曲某返岗，如需请病假，则必须按公司规定由其本人亲自携带病历及建休单办理手续，曲某置之不理。2018年4

日9日,公司以曲某未履行休假审批手续已构成旷工为由解除了与曲某的劳动合同。曲某认为公司单方解除劳动合同违反法律规定,于是申请劳动仲裁,要求公司支付赔偿金。

✧ 审判理由:

仲裁委认为,常州某运输公司制定适用的《考勤及休假管理办法》明确规定,员工请病假,需填写《病假审批单》,且附二级以上医院出具的休息证明及病历。曲某因患颈椎病,自2018年1月26日起至3月1日,按公司规定的病假审批流程履行了请假手续,其对公司病假请休流程规定是知晓的。但在3月1日后,曲某未再按病假审批流程履行请假手续,仅通过向公司邮寄建休单,未经审批同意即擅自进行休假不到岗上班。为严格员工管理,公司先后两次向曲某发出旷工返回通知书,要求曲某本人到公司按规定流程携带建休单、病历卡及医疗票据办理病假请假手续。曲某收到通知书后仍然置之不理。对于曲某未经审批同意即擅自休假不到岗的行为,公司有权根据依法制定的《考勤及休假管理办法》及《劳动关系终止管理办法》的相关规定进行处理。公司认定曲某连续旷工已达5日,对其作出解除劳动合同的处理并征求了工会意见,审慎合理,符合法律规定。故裁决不予支持曲某的仲裁请求。

2、以考勤记录、加班审批记录证明不存在加班的事实

相类似的,当用人单位与劳动者因加班工资发生争议时,用人单位是否在规章制度中就相关事项进行了明确的约定,也可能直接决定案件的审判结果。《江苏省高级人民法院关于审理劳动争议案件的指导意见(一)》第二十六条规定,劳动者与用人单位就加班工资发生争议的,对劳动者提供的证明其加班事实的证据和用人单位提供的否认劳动者加班的证据,人民法院、仲裁机构应审慎审查,综合分析,合理认定。用人单位提供的电子考勤记录、手工考勤记录、工资发放表等证据未经劳动者签字确认,但用人单位有证据证明根据规章制度规定或劳动合同约定,考勤记录、工资发放表等已通过一定方式向劳动者公示而劳动者在合理期限内没有提出异议的,应予采信。劳动者提供电子考勤记录主张加班工资,但用人单位有证据证明劳动者未加班的,对劳动者的主张不予支持。用人单位有

明确的加班审批制度，劳动者仅以电子考勤记录主张存在加班事实的，不予支持。
该条文应当做如下理解：

（1）劳动者对存在加班事实承担初步举证责任，用人单位不能提供反证的劳动者胜诉；

（2）用人单位提供的电子考勤记录、手工考勤记录、工资发放表等证据未经劳动者签字确认的，一般不能作为反证，但规章制度有明确约定的除外；

（3）规章制度中规定了明确的加班审批制度的，劳动者仅以考勤记录主张加班费的，不予支持。

综合上述几点，当用人单位在规章制度中规定了明确的考勤制度和加班审批制度后，在加班工资劳动争议中将处于较为有利的地位。

【参考案例】

案例四：规章制度明确约定加班审批制度的，劳动者不能提供相关手续证明的，其支付加班工资请求不予支持

✧ 基本案情：

黄彦坤于2018年7月18日入职博鳌公司从事销售工作。经通知工会后，博鳌公司于2018年12月16日对黄彦坤作出解除劳动合同通知书，以黄彦坤有严重违反其公司的规章制度和严重失职，营私舞弊，给其公司造成重大损害的情形为由，决定于当日解除与黄彦坤的劳动合同。黄彦坤遂提起诉讼要求判令违法解除经济补偿金、加班工资等。

✧ 审判理由

南京市中级人民法院认为，黄彦坤、博鳌公司双方签订的劳动合同和黄彦坤签字确认知悉的博鳌公司的员工手册《汇桔人手册》，均明确规定了员工加班需履行相应的申请、审批手续，而黄彦坤就其主张的加班，未能提供任何相关手续。综上，现有在案证据不足以证实黄彦坤根据博鳌公司的考勤要求，为完成博鳌公司规定的劳动定额，存在工作日延时加班和休息日加班的事实，故对黄彦坤主张的加班工资，一审法院不予支持。

当然，需要补充的是人力资源社会保障部、最高人民法院联合发布的《第二

批劳动人事争议典型案例》案例三明确，劳动者提交的考勤记录、与部门领导及同事的微信聊天记录、工作会议纪要等证据能够形成相对完整的证据链，证明确实存在加班事实时，即便没有经过加班审批程序，用人单位也应当支付加班工资。

（四）劳动安全卫生制度

建立健全安全卫生规章制度，完善保障措施，改善劳动条件，是用人单位应尽的义务，特别是在一些职业风险较高的行业，制定劳动安全卫生相关的规章制度是用人单位的法定义务。

例如，《安全生产法》第四条规定，生产经营单位必须遵守本法和其他有关安全生产的法律、法规，加强安全生产管理，建立、健全安全生产责任制和安全生产规章制度，改善安全生产条件，推进安全生产标准化建设，提高安全生产水平，确保安全生产。《职业病防治法》第二十四条规定，产生职业病危害的用人单位，应当在醒目位置设置公告栏，公布有关职业病防治的规章制度、操作规程、职业病危害事故应急救援措施和工作场所职业病危害因素检测结果。《煤矿作业场所职业病危害防治规定》（国家安全生产监督管理总局令第73号）第十五条规定，煤矿应当在醒目位置设置公告栏，公布有关职业病危害防治的规章制度、操作规程和作业场所职业病危害因素检测结果；对产生严重职业病危害的作业岗位，应当在醒目位置设置警示标识和中文警示说明。

（五）劳动纪律与员工惩罚制度

严重违反规章制度，是用人单位单方解除劳动合同时最常使用的理由，这也是用人单位用工自主权的重要体现。司法实践中，因解除劳动合同引发的纠纷也是最为常见的劳资纠纷，究其原因，在于依据严重违反规章制度单方解除劳动合同对于劳动者的负面影响不仅限于劳动者无法获得经济补偿，更会对劳动者再就业产生影响。在此情形下，诉诸于劳动仲裁委员会、法院是劳动者较为常见的做法。所以，用人单位在制定规章制度时应当对劳动纪律与员工惩罚有一个较为全面的规定，但同时也要注意条款内容的合理性。

二、规章制度的适用逻辑

本指南第一部分已经对规章制度适用的情形进行了列具介绍，主要解决的问题是，用人单位所制定的规章制度至少应当涉及哪些领域，对哪些方面应当进行更为详细的规定。但在实际操作过程中，存在用人单位已经制定了详尽的规章制度，但依旧败诉的情况，究其原因，是适用规章制度的逻辑存在问题。本部分将对规章制度的使用逻辑进行解释，以期帮助用人单位正确适用规章制度，降低用工风险。

（一）适用前提：合法合理的规章制度

首先，只有合法的规章制度才能作为定案的依据，而规章制度合法条件包括制定程序上以及实体内容上的合法性。

1、制定程序合法

（1）制定主体合法

有权代表用人单位制定劳动规章制度的，应是企业行政系统中处于最高层次，对企业的各个组成部分和全体劳动者有权实行全面和统一管理的机构，如董事会、董事长、总经理等。

（2）经过民主程序

《劳动合同法》第四条规定，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。因此，原则上规章制度必须经过法定民主程序。

但实践中，存在用人单位难以举证的情况，如因此判决用人单位违法解除将导致实体上不公平现象。所以江苏省高级人民法院于 2010 年 5 月 17 日发布的《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》做出了适当调整：

规章制度制定程序存在瑕疵时的效力认定：《劳动合同法》只是要求用人单位制定规章制度需与工会或职工代表协商确定，但是否实施规章制度的最终决定权仍在用人单位。表面上看这一规定徒具程序价值，并无实质意义，但是其对于强化集体协商机制，加强劳动关系的自我协调功能具有极其重要的意义，因此，

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。为了贯彻这一立法目的，审判实践中对劳动规章制度的效力认定可作如下把握：

用人单位在劳动合同法施行前制定的规章制度，虽未经过劳动合同法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规及政策规定，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。

劳动合同法施行后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。

在江苏地区，有独立法人资格的子公司执行母公司的规章制度，如子公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序，或母公司履行了《劳动合同法》第四条规定的民主程序且在子公司内向劳动者公示或告知的，母公司的规章制度可以作为处理子公司劳动争议的依据。

（3）经过告知程序

《中华人民共和国劳动合同法》第四条规定：用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。《江苏省劳动合同条例》第四条规定：用人单位应当依法制定、修改或者决定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项，应当主动、如实告知劳动者，或者采取公告栏、书面文本、电子邮件、本单位网站等便于劳动者知晓的方式公示。江苏省高级人民法院于2010年5月17日发布的《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》规定：劳动规章制度必须公示。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。“告知劳动者”可以有多种方式，如在劳动合同中约定，或在职工手册中告知，或者通过一些告示牌来告知，形式不限，关键在于必须使劳动者能够知悉该规章制度内容。

不同于民主程序存在瑕疵可以进行补正，未告知劳动者的规章制度当然地不对劳动者具有拘束力。

【参考案例】

案例五：职工未经同意请假被解除，公司为何还要支付赔偿金？

✧ 基本事实：

2013年10月15日，徐某应聘进入某物业公司从事会计工作，双方签订书面劳动合同，缴纳社会保险。2018年9月28日，徐某因事请假，向公司部门负责人递交了一份未写明具体天数的请假条，便开始休假。10月24日，公司以徐某未经公司批准请假情况下自行休假、严重违反单位规章制度为由，与其解除劳动合同关系，并办理了停保手续。徐某得知后，向公司讨要说法，认为其并不知晓公司规章制度有关内容，公司也未曾向其主动提供、告知或公开公示过公司规章制度，属于非法解除。物业公司则认为，徐某在未征得公司同意的情况下擅自不来上班，明显属于旷工行为，严重违反了单位规章制度，因此并不存在违法解除。协商未果后，徐某遂向当地劳动人事争议仲裁院申请仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

✧ 审判理由：

案件庭审中，该物业公司认为徐某应当知晓单位规章制度，但未能向仲裁庭出示企业规章制度制定程序及向员工公示或公告的相关证据。仲裁院认为，徐某虽然构成旷工，但未经公示或公告的公司规章制度尚未完全生效，公司单方面解除与徐某的劳动关系属于违法解除。根据《劳动合同法》第八十五条、八十七条有关赔偿金规定，仲裁院最终裁定，物业公司支付徐某违法解除劳动合同赔偿金。

因此，用人单位应当在与劳动者签订劳动合同后即应当将相关规章制度对其进行公示，并以书面形式等将已经告知的证据予以固定。

2、规章制度内容具有合法性

《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第十六条规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。因此，劳动规章制度的内容，不仅不得

违反法律、法规和政策的规定，而且不得违反集体合同的约定，即其规定的劳动者利益不得低于法律、法规、政策和集体合同规定的标准。

（二）适用原则：适当性原则

满足上述条件后，该规章制度已经满足制定层面的合法性，但是，用人单位在具体使用过程中，还必须注意适当性。例如，劳动法律规定允许用人单位在违章制度中确立调岗制度，但是当用人单位的调岗不具有适当性时，劳动者可以拒绝接受，因此旷工的，用人单位依据严重违反规章制度予以开除，亦系违法解除。

【参考案例】

案例六：用人单位用工自主权不能滥用

✧ 基本案情：

余某于 2013 年 12 月经招聘进入某公司工作，双方签订了期限自 2013 年 12 月 1 日至 2016 年 12 月 1 日止的劳动合同，劳动合同中约定试用期为 2 个月，工作岗位为文员，试用期工资为 2500 元/月，转正后工资 3000 元/月。

2015 年 11 月 17 日，公司在既未与余某协商一致，也未说明理由的情况下，书面通知余某由文员调整至化验员工作岗位，余某表示拒绝并仍在文员岗位上班。2015 年 12 月 4 日，公司以余某严重违反用人单位规章制度为由与余某解除劳动合同，余某即行离职。工作期间，公司按 3000 元/月的工资标准支付余某工资，公司已支付余某工资至 2015 年 11 月 15 日。

✧ 判决理由：

企业根据自身生产经营需要调整员工的工作岗位是其用工自主权的体现，但不得滥用而侵害职工合法权益。本案中公司对余某岗位调整的合法性与合理性未有说明，也未有证据证明公司已与余某协商一致。余某调动前后岗位工作性质、工作内容有较大变化，关联性不强，公司借此解除劳动合同应属违法解除。根据相关规定，用人单位违反规定解除劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同的，用人单位应当依照劳动者在本单位的工作年限，每满一年支付一个月工资的经济补偿金标准的两倍向劳动者支付赔偿金。

可见，用人单位可在劳动合同条款或规章制度中对岗位调整的情形进行明确

约定，只要这些约定不违反法律、行政法规的禁止性规定，一旦出现调整工作岗位的情形即可行使单位调整的权利。例如约定当用人单位的生产经营发生重大变化、岗位设置需进行重大调整等情形出现时，用人单位可自主调整员工工作岗位。需要注意的是，用人单位不能滥用其用工自主权，对于员工前后岗位的调整不宜出现太大的岗位差异性，更不能通过恶意调整岗位逼迫员工离职。调岗时，需要签订书面变更协议，协议要写明确双方变更后的权利义务，防止日后发生争议。

再例如，为了防止用人单位滥用解除权，立法上严格限定企业与劳动者解除劳动合同的条件，以保护劳动者的劳动权。《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二项规定，仅当劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。然而对于该“严重”尺度的把握，一直以来都是司法实践中的难题。综合来说，可以考虑以下几个因素：用人单位的规章制度是否通过合法程序制定并向劳动者公示；劳动者的违纪行为在规章制度中是否有明确规定；规章制度对于劳动者违纪行为的处罚是否合情合理；劳动者行为是否超出正常劳动纪律范畴；劳动者是否屡劝不改；劳动者是否有“故意”犯错之主观意图等等。

【参考案例】

案例七：劳动者严重违反规章制度用人单位可以解除劳动合同

✧ 基本案情：

张某系某快递公司派送员。2018年3月，张某因不及时取件被客户投诉。快递公司客服与张某进行沟通时，张某有辱骂行为。快递公司根据《员工手册》给予张某处分，并对张某进行短期培训。然张某拒收考试资料、拒绝做测试卷，在培训期间多次睡觉、玩手机。快递公司根据手册规定作出解除劳动合同的决定。双方就解除劳动合同产生争议。

✧ 审判理由：

法院经审理认为，张某违反公司劳动纪律明显，快递公司给予张某处理，属于用人单位对劳动者正常管理的自主权范畴。快递公司《员工手册》经民主程序制定及公示，可以作为解除劳动合同的依据。张某多次不当行为已严重违反劳动纪律，并达到《员工手册》规定的解除劳动合同情形，快递公司解除劳动合同，

符合法律规定。对张某要求违法解除劳动合同赔偿金的请求不予支持。

案例八：将劳动者“诚信、不欺骗”这类道德化要求，直接设定为用人单位单方解除劳动合同的情形，应当审查合理性

✧ **基本案情：**

陈某系外企公司员工，平时执行公司班车接送、进公司打卡的出勤制度，公司按打卡时间计算工时、结算工资。2018年10月22日，因班车延误，致陈某9:26到公司，因其担心少算工时和工资，就覆盖了机打考勤记录，手写“9:00忘打卡”。公司遂以陈某违反员工手册“2.不诚信、欺骗行为。包括但不限于：向公司编造、虚构莫须有的事实……”为由，单方解雇陈某。因劳动仲裁裁决公司支付陈某违法解除劳动合同的赔偿金，公司遂以法律已授权单位制定规章制度、单位有权惩处员工不诚信、欺骗行为为由诉至法院。

✧ **审判理由：**

法院经审理认为，陈某行为尚未达到严重违纪、足以解除劳动合同程度。规章制度对员工的惩戒，未虑及员工行为原因、过错、情节或后果等因素，有违劳动法原则，不宜参照适用。

用人单位弘扬企业优秀文化，在规章制度中明确要求员工诚信、不欺骗，应予倡导。但将劳动者“诚信、不欺骗”这类道德化要求，直接设定为用人单位单方解除劳动合同的情形，一要看是否与劳动组织管理有关，以免过度扩张企业用工自主权，二要看责任设定是否过重，是否侵害到了劳动者合法权益。法院有权审查此类规章制度合法性与合理性，考量劳动者行为是否对用人单位利益、劳动组织管理产生重大影响或造成严重后果。用人单位超越合理权限对劳动者设定义务、确定罚则的做法不尽妥当，单方解除劳动合同更是影响到劳动者生存权的最严厉惩处，对此必须慎重。本案中，员工因公司班车迟到，为避免工时、工资少算，自身劳动权益受损采取相应行为，事出有因且情有可原，根据劳动法原则，不宜参照适用用人单位的相关规章制度。

综上，一方面，制定规章制度时，应当注意涵盖范围的广度，适当设立兜底性条款；另一方面，适用规章制度时，对于已经有明确规定的情形，应当严格执

行规章制度规定，不宜向兜底性条款逃逸，以免被认定为违法解除。此外，适用兜底性条款或一般性条款时，应当注意遵循适当性原则，所谓适当性依据不同行业、不同工作特点各有不同，需要结合具体案情进行分析。

（三）适用过程：注意证据的搜集与保存

1、举证责任倒置

《劳动争议调解仲裁法》第六条规定，发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。可见在劳动争议案件中，一般情况下依旧遵循“谁主张谁举证”的基本原则，但是因为用人单位相较于劳动者通常处于强势地位，因此在相关证据由用人单位掌握时应当由用人单位承担举证责任。

《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》第十三条规定，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。此外，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）》第九条明确，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。可见，在加班工资的诉讼争议纠纷中，当劳动者完成初步举证责任后，应当由用人单位提供反证，否则劳动者的诉讼请求将获得支持。而上述条文中提及的情形单方解除劳动关系、减扣或拒发部分劳动报酬、加班工资发放等，都与规章制度息息相关。因此，注重相关证据的保留是正确适用规章制度的重要要求之一，否则，即便规章制度制定合理，实际使用也适当，但用人单位无法举证证明其合法性与适当性，将功亏一篑。（部分举证方法可参照附件一）

2、用人单位的文件保存义务

《工资支付暂行规定》第六条第三款规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。用人单位在支付工资时应向劳动者提供一份其个人的工资清单。

《中华人民共和国劳动合同法》第五十条第三款规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。根据该规定，用人单位对劳动合同文本应至少保存二年。

《保障农民工工资支付条例》第十五条规定，用人单位应当按照工资支付周期编制书面工资支付台账，并至少保存3年。根据该规定，对于农民工工资支付台账应至少保存3年。

在以上情形下，用人单位要注意依法保存相关人事档案，否则在举证不能时，将面临败诉的风险。

三、规章制度适用建议

规章制度最大程度上体现了劳动法规定赋予用人单位的用工自主权，用好这一工具，对于用人单位提高权威性和降低诉讼后风险具有重要意义，基于此我们提出如下建议：

（一）依照法定程序制定规章制度

规章制度的适用以制定为前提，在制定规章制度时，既要注意实体上的广度与深度，又要注意程序合规。所谓“实体上的广度与深度”指的是，规章制度涉及劳动者从招录、入职，到工资发放、休息休假、工作纪律，再到离职、脱密、竞业限制等方方面面，而每一方面，根据实际管理需要与司法实践经验，又可以不断细化深入，内容局限或泛泛而谈都无法发挥规章制度的最大价值。程序合规主要指规章制度制定应当经过法定民主程序、告知程序。

（二）合理适用规章制度

规章制度适用时遵循三段论的原则，注意比对事实与制度规则之间的匹配程度，需要强调的是，“事实”须有证据支撑，证据以劳动者自认为最佳，而其他客观证据在用人单位有良好的运营程序与证据保存意识的情况下，通常能在日常工作记录中轻松取得，而良好的运营程序则反过来有赖于清晰的规章制度规定与日常落实。

（三）善于寻找外部专业助力

鉴于规章制度的重要意义，与其制定、有效落实的客观难度，建议用人单位聘请有丰富经验的专业法律团队，针对自身用工需求，在对已有制度进行梳理的基础上，进行规章制度的顶层设计，并对有关管理员工进行培训，从而实现规章制度的落实。

四、附件

（一）附件一：举证清单

(一) 举证清单

争议焦点	用人单位可提供的证据
确认劳动关系	相应的劳动合同或就工资领取、社会保险、福利待遇及工作管理提供相关证据材料
两倍工资	(1) 证明已签订、补签、续签劳动合同或已签订了无固定期限劳动合同。 (2) 证明用人单位书面通知签订、续订劳动合同而劳动者拒签
克扣、拖欠、未足额发放工资	(1) 有劳动者签字的工资发放情况表 (2) 减发劳动者工资等报酬的，依据的规章制度，劳动者违反规章制度的证据，例如迟到的提供考勤表、因个人过失给用人单位造成损失的证据等 (3) 用人单位延期支付劳动者工资等报酬的，延期支付的原因、与劳动者、工会协商的事实。
加班工资	(1) 劳动者有证据证明用人单位掌握的考勤、工资表能够证明加班事实的，由用人单位提交考勤、工资表。 (2) 审批制度、审批情况
提成、年终奖、补贴、津贴、婚假、丧假、病假、非因工死亡等待遇的发放	(1) 用人单位制定的规章制度、发放的员工手册或签订的合同内有明确规定或约定的，由用人单位举证。 (2) 当前及往年发放情况
自动离职	(1) 员工自动离职（旷工）的事实根据； (2) 企业依法制定的规章制度； (3) 依法制定的规定制度已经公示或告知员工； (4) 单位依规章制度做出了解除员工劳动合同的决定； (5) 该员工“已经知道或应当知道”解除劳动合同决定的相关材料； (6) 其它可以证明用人单位依法行使相关权利的资料。
劳动者严重违纪或违反规章制度	(1) 劳动者存在严重违反纪律或用人单位规章制度的事实； (2) 用人单位规章制度的制定程序及内容合法并已向职工公示。

附件六：协商解除后劳动者反悔案件的司法裁判尺度——上海某公司与秦某劳动争议纠纷办案札记

案件承办律师

李成龙

办案札记撰写

李成龙 胡敏仪

关键词：协商解除、解除劳动合同、合理性

一、基本案情

秦某于 2018 年 11 月 14 日进入某湾科技有限公司处工作，双方签订期限自 2018 年 11 月 14 日至 2021 年 11 月 14 日止的劳动合同。

《劳动合同》第四条约定，甲方应按制定的薪酬制度和考核制度向乙方发放工资。公司向秦某寄送的《录用通知》写明，薪酬构成为税前基本工资 3.5 万元/月，税前绩效工资 1.5 万元/月，年终奖金包括年度服务奖金（相当于 2 个月薪资，即 10 万元）、年终绩效奖金（根据年终奖金政策进行确定）。经与公司核实确认，公司每月均按上述标准支付秦某工资。

2020 年 1 月 17 日，双方协商一致解除劳动合同，并签订《协商一致解除劳动合同协议书》，协议书中约定某湾科技有限公司向秦某支付协商解除劳动合同的经济补偿金、代通知金、法定福利等各项费用总计人民币 94995 元，并约定双方再无其他争议，秦某不得再向某湾科技有限公司主张任何权利。

2020 年 8 月 17 日，秦某向上海市劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请，要求公司支付 2019 年度服务奖金 10 万元。

二、法律分析

（一）《协商一致解除劳动合同协议书》约定要点

根据《劳动合同法》的规定，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同，用人单位应当向劳动者支付经济补偿金。

秦某于 2018 年 11 月 14 日入职，2020 年 1 月 17 日离职，在公司的工作年限为一年零两个月，公司应当向其支付 1.5 倍月工资。因秦某的月工资高于上

海市 2019 年度职工月平均工资三倍（ $9580 \times 3 = 28740$ ），公司向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，即 43110 元（ 28740×1.5 ）。

本案《协商一致解除劳动合同协议书》进行了兜底性约定，约定“某湾科技有限公司向秦某支付协商解除劳动合同的经济补偿金、代通知金、法定福利等各项费用总计人民币 94995 元”，即除经济补偿金 43110 元外，剩余 51885 元为其他费用。

而该笔款项与 10 万元年度奖金的差异过大，并且《协商一致解除劳动合同协议书》未明确约定工资待遇被包含在内，存在法院认为 94995 元并不包含 10 万元年度奖金的风险。

1、《协商一致解除劳动合同协议书》应明确约定各笔款项构成

【参考案例】

案例一：劳动者应得款项未包含在《协商一致解除劳动合同协议书》的，用人单位应当支付

——上海市第一中级人民法院（2017）沪 01 民终 6012 号

✧ 基本案情：

周某于 2012 年 10 月 29 日进入某杜上海公司工作。2016 年 3 月 21 日，周某、某杜上海公司签订“协商解除劳动关系协议”，内容如下：“经公司提出，公司（即某杜上海公司）与雇员（即周某）同意协商提前解除雇员与公司劳动关系，经协商双方现达成一致意见如下：一、劳动合同解除日期为 2016 年 3 月 21 日；二、公司一次性支付雇员人民币贰拾肆万元整（RMB240,000）的款项作为协议解除金，作为解除劳动关系的良好及充分对价，上述协议解除金包含应当由雇员自行缴纳或应由某杜代雇员缴纳的个人所得税及社会保险、住房公积金等。同时，上述协议解除金为双方劳动关系存续期间对双方权利义务的一次性了结，不存在其他争议；……四、在雇员妥善完成离职手续的前提下，某杜将不迟于 2016 年 4 月 30 日将前述款项直接划入雇员事先书面制定的银行账户；……”。

2016年9月26日，上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会又立案受理了周某要求某杜上海公司支付2016年1月至3月十三薪3,727.50元的仲裁申请。

✧ 审判理由：

一审法院认为，周某、某杜上海公司签订的“协商解除劳动关系协议”虽约定某杜上海公司支付周某协议解除金240,000元后双方劳动关系存续期间对双方权利义务的一次性了结，不存在其他争议，但从某杜上海公司人事2016年4月26日、8月8日发送给周某的电子邮件以及某杜上海公司人事与周某2016年3月21日的谈话录音中，均可明确，对于周某当时所主张的2016年1-3月的十三薪3,727.50元，某杜上海公司均确认是不包含在上述协议解除金240,000元之内的，且某杜上海公司在周某2016年4月的工资清单中的应支付款项中也明确列明在240,000元之外还应支付上述十三薪。由此，对于周某所主张的其与某杜上海公司协商解除时关于其2016年1-3月的十三薪3,727.50元并不包含在协议解除金240,000元之内的意见，可予采信，某杜上海公司应当向周某支付2016年1月至3月十三薪差额人民币3,727.50元。

二审过程中，由于某杜上海公司举证证明1月至3月十三薪差额人民币3,727.50元已于2016年4月支付，二审予以改判。

在该案代理的过程中，代理律师首先通过明确秦某每一笔应得款项的计算数额，细化协议补偿费用的计算方式，确定《协商一致解除劳动合同协议书》约定94995元的合理性；其次，代理律师结合公司现有规章制度、年终奖发放规定等，证明秦某不具备获得该项金额资格；综上论证《协商一致解除劳动合同协议书》的合理性。

2、协议应注明劳动者主动放弃权益

若协商解除协议中实际给予劳动者经济补偿的数额与应当给予劳动者经济补偿数额存在差额，应当在协议中注明系劳动者主动放弃该权益。

案例二：协商解除协议应明确系劳动者主动放弃权益

——苏州工业园区法院（2014）园民初字第0740号

✧ 基本案情：

原、被告于2011年5月10日签订了期限为2011年5月1日起至2013年4月30日止的劳动合同。被告用人单位派遣原告至威某公司江苏代表处工作。2013年4月18日，被告向原告发出一份《通知函》通知原告，鉴于威某公司江苏代表处拖欠被告2013年2月至4月的社保和公积金费用，并且总公司的银行账户被冻结，原告的劳动合同将于2013年4月30日到期的原因，劳动合同期满后不再与原告续签劳动合同。2013年4月28日，被告（甲方）与原告（乙方）签订了一份《协商解除协议》，约定：“1、甲方与乙方的劳动合同在2013年4月30日到期后不再续签，甲方自2013年5月1日起与乙方解除劳动合同关系，并于15个工作日内为乙方办理退工手续。2、因美国威某有限公司苏州代表处已拖欠甲方2013年2月、3月、4月共计三个月的社保公积金服务费（人民币19971元），同时拖欠甲方代发乙方2013年2月、3月、4月共计三个月的工资（人民币32843.4元），签订本协议后七个工作日内，甲方将三个月工资支付到乙方的农业银行个人账户中。乙方因考虑到总公司拖欠三个月费用，因此放弃在甲方的2个月经济补偿金，但是保留对总公司的经济补偿金追溯权。如果将来总公司支付拖欠乙方的所有费用，乙方应将此次甲方支付给乙方的三个月工资退还给甲方。3、甲乙双方在平等自愿的前提下签订此协议，无任何外界因素干扰或影响。此协议生效后不再更改，甲乙双方不再有任何劳动关系，同时双方无任何劳动纠纷。4、此协议一式两份，甲乙双方各执一份，自签字盖章之日起生效”。

✧ 审判理由：

法院认为，从协议内容中表明，原告在明知劳动合同终止可获得经济补偿金的情形下自愿放弃经济补偿金，属于原告对其实体权利作出的自行处分，不违反法律规定，也不属于显失公平的情形。原、被告双方在《协议书》中对终止劳动合同达成一致，原告自愿放弃经济补偿金并确认双方劳动关系终止后不再与被告有任何劳动争议纠纷。现原告再行向被告主张经济补偿金，有悖诚实信用的原则，本院对此不予支持。

（二）显失公平或欺诈胁迫乘人之危撤销

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）》第十条规定，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

由于秦某主张某湾科技有限公司欠付服务奖金 10 万元，该金额与《协商一致解除劳动合同协议书》上约定的总金额相差过大，因此存在秦某与某湾科技有限公司签订的《协商一致解除劳动合同协议书》因显失公平可被撤销的风险。

【参考案例】

案例三：一般而言，无符合合同撤销事由，协商解除劳动合同有效

——南京市中级人民法院(2020)苏 01 民终 2057 号

✧ 基本案情：

许某于 2013 年 7 月 31 日入职装饰公司，双方签订了劳动合同，合同约定许某的岗位为工程师，工资 20000 元/月，每月 25 日前支付上月工资。装饰公司已实际发放工资至 2017 年 1 月。

2017 年 2 月，许某向装饰公司提出离职申请，后双方签订了《解除劳动合同（关系）协议书》，约定：1. 双方同意于 2017 年 3 月 31 日起解除之前订立的劳动合同（关系）；2. 许某于本协议书签署前完成了同装饰公司的工作交接，并未在装饰公司承建（监）的建设工程项目中继续担任项目负责人；3. 截至本协议书签署日，双方间不存在任何纠纷及未了结的债权债务。

✧ 审判理由：

当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方当事人诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案中，许某称其与装饰公司签订《解除劳动合同（关系）协议书》系装饰公司欺诈、胁迫，故该协议第三条应无效。本院认为，本案中许某未能提供证据证明装饰公司就签订

《解除劳动合同（关系）协议书》对其存在欺诈、胁迫，即使转移注册证书需要装饰公司配合，亦不能当然推导出装饰公司系以欺诈和胁迫手段，使许某在违背真实意思的情况下签订上述协议。故许某应承担举证不能的不利后果。

三、办案感悟

本案案情并不复杂，劳动者已与用人单位签订协商解除劳动合同协议，协议中亦注明了并不再存在任何争端。虽然劳动者签订协商解除劳动合同协议后反悔，但只要协商解除协议并无合同撤销事由的存在，协议金额补偿的差额会被法院认定为当事人主动放弃经济差额部分属于对自己的权利作出的处分。

因此，用人单位需注意，在签署《协商一致解除劳动合同协议书》的过程中，依法依规、据实计算劳动者的工作年限及工资基数，依法将属于工资构成的费用纳入经济补偿计算基数计算劳动者的经济补偿金，细化劳动者每一笔应得款项的计算过程，并最终让劳动者签字确认，不得损害劳动者的合法权益。

附件七：劳务外包与劳务派遣的认定——程某与北京某公司劳动争议纠纷案办案札记

案件承办律师	李成龙	办案札记撰写	李成龙 胡敏仪
--------	-----	--------	---------

关键词：劳务外包、劳务派遣、劳动关系确认

一、基本案情

程某主张其于 2019 年 5 月 25 日入职北京某公司，担任中控员岗位，月工资 4500 元，北京某公司未与其签订劳动合同，正常工作至 2020 年 3 月 10 日北京某公司与其解除劳动关系。2020 年 5 月 18 日，程某向北京市某某区劳动仲裁委申请仲裁，要求北京某公司支付未签劳动合同的双倍赔偿金 45000 元以及补发 2019 年 2 月 1 日至 2 月 28 日、5 月 25 日至 5 月 31 日的欠缺工资。

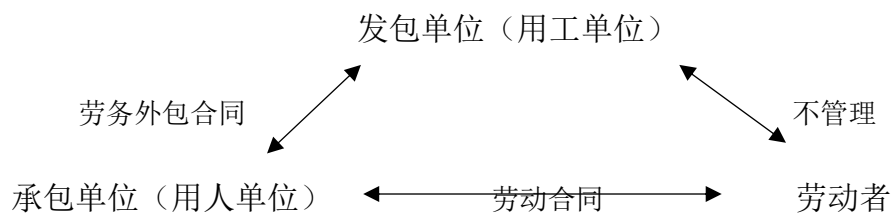
代理律师在接受北京某公司的委托后，向北京某公司确认了其与程某的关系。经确认，2019 年 6 月 18 日，程某与上海某公司签订《劳务合同》，合同期限为 2019 年 5 月 25 日至 2020 年 5 月 24 日。

2019 年，北京某公司均与上海某公司签订的《保安服务协议》，协议约定：上海某公司向北京某公司派送相应人数的保安队伍，从事保安护卫工作。

二、法律分析

本案的争议焦点为北京某公司与程某是否存在劳动关系；若不存在劳动关系，则构成何种法律关系。从简单的案情分析，无法辨别二者之间为劳务外包关系还是劳务派遣关系，需通过北京某公司与程某的日常管理模式辨别。

1、劳务外包



劳务外包并非法律上的专业术语，三方一般构成以上法律关系，呈现以下特

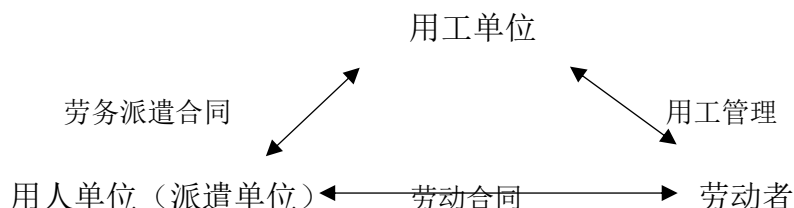
点：

（1）承包单位与发包单位之间本质上成立承揽合同关系，承包单位须根据发包单位的要求完成一定工作，交付工作成果，发包单位向承包单位支付一定报酬，该报酬的标的为“服务”。

（2）承包单位与其招聘完成该项工作的劳动者之间成立劳动关系，承包单位不仅负有与其签署劳动合同、向其发放工资、为其缴纳社会保险等义务，还须承担员工管理、劳动过程控制等用工管理责任。

（3）发包单位与劳动者之间则不存在任何法律关系，劳动者提供的仅仅是发包单位要求的劳动成果。发包单位无须对劳动者进行管理，亦无需承担劳动合同签订、工资支付、社会保险缴纳等义务。

2、劳务派遣



《劳务派遣暂行规定》、《劳务派遣行政许可实施办法》等法律法规均对劳务派遣单位主体资格和派遣人员具有严格的规定。

劳务派遣则构成以上法律关系，并呈现以下特点：

（1）用工单位与派遣单位签订的合同为《劳务派遣合同》，合同标的是以“人”为单位，用工单位向派遣单位的支付方式通常以人员数量进行结算。

（2）用工单位与劳动者之间，劳动者应当服从用工单位的管理，在提供劳动服务过程中，遵守用工单位的公司制度，服从用工单位的安排并受其约束。

结合北京某公司与程某的日常管理模式，在诉讼准备过程中，代理律师准备以下两组证据，证明北京某公司与程某不存在劳动关系，北京某公司、上海某公司与程某之间为劳务外包关系。

1、第一组证据：证明北京某公司与上海某公司之间是劳务外包关系，北京某公司是发包单位，上海某公司是承包单位，上海某公司负责选派保安人员至北

京某公司提供保安服务。包括：

- (1) 北京某公司与上海某公司签订的《保安服务协议》
- (2) 北京某公司每月向上海某公司支付保安费用的付款凭证

2、第二组证据：证明程某接受上海某公司的用工管理，由上海某公司负责发放程某工资

- (1) 提供程某与上海某公司签订的《劳务合同》
- (2) 提供周某向程某发放薪资的银行流水
- (3) 提供周某与上海某公司签订的《劳动合同》
- (4) 提供上海某公司的企业公示信息，证明周某担任上海某公司的法人代表

表

三、办案感悟

劳务外包作为一种新型的用工形式，劳务外包具备发包单位与劳务外包人员之间不建立劳动关系、无需受劳动法调整、无需承担用工风险等优点。但是在实务当中由于发包单位的用工管理、结算方式的不规范，甚至存在“假外包”、“真派遣”的情形，给用人单位造成了极大的法律风险。

《江苏省劳动合同条例》第三十六条第三款规定，企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者在企业的生产经营场所使用企业的设施设备、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动，以及其他名为劳务外包实为劳务派遣的，其劳动者的人数纳入前款规定的比例计算。为了避免被认定为劳务派遣这一用工形式，用人单位应避免直接管理劳务外包人员。

本案北京某公司用工管理模式较为规范，作为发包单位，已与承包单位上海某公司签订劳动外包合同，并在合同中约定劳务外包人员接受承包单位的用工管理；北京某公司亦根据合同约定每月向承包单位定期支付服务费用，由承包单位负责发放劳务外包人员的工资。但仍存在一定诉讼风险，一是北京某公司在接受上海某公司的选派保安人员程某时，未明确告知程某公司与其不存在劳动关系，未与其签订《外包人员承诺函》，导致此次纠纷发生；二是程某的薪酬从周某的账户支付，北京某公司在初步提交证据时，未提供周某为上海某公司职工的证据，

不能充分证明由上海某公司负责程某的薪酬发放。经代理律师查询，周某为上海某公司的法定代表人，因此在庭审时代理律师补充提供了上海某公司的企业公示信息、周某与上海某公司签订的《劳动合同》，证明周某为上海某公司的法人代表，并以此证明由上海某公司负责程某的工资发放。最终北京某某区仲裁委裁定驳回了劳务外包人员的全部仲裁请求。

结合本案，用人单位在选择劳务外包的用工形式时，应当注意以下几个方面：

（一）劳务外包合规化，严格管控合同风险。发包单位需与承包单位订立书面的劳务外包合同，劳务外包合同的标的应为具体的服务内容，而非某个岗位的服务人员，即对“事”不对“人”。如约定服务范围为承包单位向发包单位提供保洁、保安、装卸、仓储等服务。

（二）发包单位与劳务外包人员签订《外包人员承诺函》，有利于避免劳务外包人员误认与发包单位存在劳动关系，从而规避确认劳动关系纠纷的发生。

（三）避免直接管理劳务外包人员。对于发包单位，直接对劳务外包人员进行用工管理存在“真派遣”、“事实劳动关系”等法律风险，发包单位具体的工作安排可通过承包单位对劳务外包人员进行间接的指挥与管理来实现。

五、法德东恒简介

（一）历史

江苏法德东恒律师事务所始创于 1979 年，是我国改革开放恢复律师制度后南京成立的第一家律师事务所。经过 40 多年的卓越发展和品牌磨砺，法德东恒律师事务所已成为江苏本土区域规模最大、专业实力领先的综合性律师事务所，获评全国优秀律师事务所称号以及钱伯斯（Chambers）和亚洲法律杂志（ALB）等国际知名评级机构的认可与推荐。

（二）格局

总部办公地址位于南京市鼓楼区汉中门大街 305 号河海科技大厦 3 层/5 层/7 层，坐拥逾 5000 m²现代化办公场所，在上海、苏州、徐州、泰州、南通、吴江、溧水、无锡、连云港、宿迁、盐城、淮安等地设有分所。经过 40 多年的发展壮大，法德东恒已经成长为一家业务领域齐全、业务队伍强大、业务素质过硬、业务素养优良的大型综合律师事务所，在全国有影响、在江苏有地位，于 2008 年被中华全国律师协会评为“全国优秀律师事务所”，2021 年被司法部评为“全国优秀律师事务所”，并曾荣获全国律师行业“争先创优”先进集体，被《亚洲法律杂志》（ALB）评为江苏最佳律师事务所、15 佳长江角地区本地律所，被全球著名法律评级机构千伯斯评选为公司/商事领域东部沿海（江苏）第一等。

江苏法德东恒律师事务所积极倡导并推动全行业的发展进步。为适应律师业规模化、专业化、品牌化的趋势，打造中国律师业的航空母舰，更好地为客户提供优质服务，江苏法德东恒律师事务所集合全国主要城市十余家知名律师事务所、近千名执业律师，实现了统一的市场运作、统一的规范管理、统一的质量监督、统一的人才互动，全方位、各领域、多维度地满足客户的法律服务需求。2017 年，江苏法德东恒律师事务所成为江苏首家业务收入过亿元的律师事务所，合伙人及律师的平均创收在全省名列前茅。

（三）服务

作为被业界广泛认可的综合性律师事务所，法德东恒的律师分别专精于特定的法律专业领域，成功地为国内外各行各业客户的商业活动提供全面的法律支持和保障。凭借着丰富的法律实务操作经验，法德东恒律师团队办理了一大批在业界引起较大影响的案件。法德东恒的主要客户包括但不限于：江苏省政府、江苏省国资委、南京市政府、南京市国资委、江北新区管委会、南京河西建设指挥部、南京市工商联、南京青奥中心、金陵大报恩寺、雨花经济开发区、江苏省沿海集团、江苏省盐业集团、国信舜天集团、苏豪控股、南京新工投资集团、南京城建集团、中国建筑、保利地产、明发集团、新地集团、丰盛集团、宝馨科技、苏宁环球、华为技术、腾讯、中兴、国家开发银行、南京银行、紫金商行、平安保险、南京地铁、江苏省监狱管理局、南瑞集团等政府机关、大型企业、上市公司或金融机构。

（四）专业

法德东恒的公司化运营模式有别于业界普遍存在的个体户式的运营模式。针对每个法律服务项目，我们按律师的专业特长组建项目小组提供团队服务。我们的实践表明：团队式服务可有效避免单兵作战的专业局限及时间难以调剂的缺点。在法德东恒的项目小组，每个人的意见、想法均会得到尊重和讨论，充分利用集体的智慧有效保证了我们的服务达到甚至超越了客户的期望。

法德东恒律师在办理大量法律事务的过程中与国内外知名的专家学者、律师同仁之间建立了良好的协作关系。法德东恒还积极参与、承办国内外大型法律、商务论坛，引领业界潮流。这些都有助于法德东恒律师及时、准确地掌握各行业、法律实务前沿、立法及司法的最新动态，也有助于对相关法律纠纷的高效处理。无论在政府部门还是企业界，凭借法德东恒律师团队服务的特色，我们依据对客户行业的深刻理解，借助现代化的网络、内部图书资料、数据库及专家顾问所提供的后台支持，我们的律师团队能为客户把握商业机会提供及时的律师帮助。

六、法德东恒劳动业务简介

法德东恒深刻理解劳动法事务对客户的重要性，高度重视劳动人事领域的法律服务，组建了专业化程度高、司法实务经验丰富的专业劳动法律师团队。

法德东恒既擅长帮助客户搭建合规的人力资源管理体系，也擅长解决突发事件与争议处理。服务客户范围包括大中型国有企业、民营企业、外商投资企业、商业银行等。

（一）非诉劳动争议解决

基于劳动争议人身属性特性的针对特殊人群、问题员工、疑难问题、沟通僵局等情形提供法律谈判服务，以非诉化的方式，定纷止争。协助客户对疑难问题员工制定问题解决方案、谈判、调解，并最终签订协议、化解各类风险。

（二）劳动争议案件代理

分析事实与法律、确定诉讼策略、出具诉前案件分析报告；指导证据搜集与整理，拟定、提交各类法律文书、证据材料；参与谈判、调解，出庭庭审，为客户澄清事实、主张权利；与客户、相关人员保持畅通，应客户要求作相应工作汇报；结案后向客户简析案件产生原因，提示法律风险并提出建议。

（三）规章制度构建和优化

根据《劳动合同法》规定，用人单位有权制定规章制度，合法合理的规章制度可以作为法院审判的依据。因此，规章制度对于用人单位的重要性不言而喻，作为法律赋予用人单位的权杖，是保护用工自主权的有力武器。同时，用人单位往往无法制定一份符合自身用工特征的规章制度，甚至无法保证其合法性、合理性。为此，我们提供完备的解决方案，协助用人单位进行规章制度的构建和优化。

（四）人力资源管理合规专项法律服务

根据企业用工实际情况，提供定制专项法律服务，构建、完善 HR 规章制度及运行体系、梳理规章制度文件、制定人力资源管理全流程法律文书、为人力资源管理提供全面合规操作指引。

（五）人力资源常年法律顾问

人力资源日常法律咨询、问题解答；年度人力资源法律风险体检；审查、拟定人力资源法律文书合法性；审查、拟定人力资源配套法律文件、流程表单、相关函件、通知；审查劳动规章制度的合法性、合理性；审查用工形式、工时制度；法律培训；参加重大人力资源相关会议或谈判；提供与解读最新法律、政策资讯；提供年度工作述职报告；代理劳动争议纠纷案件的仲裁与诉讼。

（六）人力资源法律风险体检

了解管理现状，量身定制“体检表”；多形式自检与访谈，精细而全面调研；收集诊断相关规章制度、流程表单、法律文本；深入分析仲裁或诉讼、“体检表”、重大问题；综合调研情况，运用专业经验，精准剖析突出问题与重点法律风险、制定解决方案；解读体检报告，指导企业规范化、高效率管理。

（七）商业秘密保护专项法律服务

精准摸底、专业分析，开展专项体检；制定、沟通专项法律服务实施方案；以培训、讲解提升管理水平和法律意识；建立健全保护体系，规范企业管理行为；指导企业采购、安装、使用保密软硬件；协助企业试运行，指导实施保密措施；协助开展商业秘密保护企业文化建设；参与重大涉密事项谈判，提供专业意见；全方位高效服务模式，让保护有效落地。

（八）股权激励方案设计与辅导

充分沟通，精确摸底，给予专业意见；提供个性化股权激励方案设计；全方位管控，全过程配套文件设计；股权激励方案实施全过程辅导；提供与解读最新法律法规、政策资讯。

（九）企业社会保险管理

企业社会保险管理法律服务至少包含以下内容：从法律层面依据现行法律法规制定合法合规的社会保险管理方案，为社会保险管理项目确立合法基础；通过梳理现有人员目前的基本信息了解相关法律风险并合法合规地确定缴费基数从

而核算缴费成本。

（十）企业重组并购、国企改革、收购兼并、裁员过程中的劳动关系处理

尽职调查，摸清难点，确定目标；专业化劳动关系处理方案设计；全程配套文件审查与设计；劳动关系处理全程专业辅导；以专业知识、丰富经验与员工、工会及政府部门协商沟通、谈判；专业、高效解决劳动争议案件。具体包括：

1. 筹划人员合理化方案、计划

- （1）说明有关人员合理化的法律法规，回答相关法律问题；
- （2）听取贵司对人员合理化的背景、目的的说明；
- （3）以上述两项为基础与贵司共同制定合理的方案、计划；
- （4）协商决定经济补偿金标准；
- （5）协商决定劳动合同变更及解除的理由及方法。

2. 人员合理化的实施准备

- （1）制作人员合理化日程计划；
- （2）确认经济补偿金计算明细；
- （3）就人员合理化计划准备状况的确认、推进进行商谈；
- （4）制作劳动合同变更、协商解除协议书、Q&A 等必要文件；
- （5）对贵司相关管理人员进行培训（法律法规依据及向员工的答复技巧）。

3. 人员合理化计划的实施

- （1）向政府部门、劳动部门事先报告、沟通；
- （2）指导贵司与工会部门进行沟通、协商；
- （3）指导或直接与相关员工进行面谈，变更或解除劳动合同。

（十一）员工背景调查

背景调查的主要内容：员工身份信息；核实学历及教育经历、工作经历、职业资质等信息的真实性；是否与原单位终止或解除劳动关系；是否与原单位签订竞业限制协议、保密协议以及履行情况；是否与原单位存在未了结劳动人事争议纠纷；是否存在不良信用信息或不良职业业绩信息等；有无违纪记录、犯罪记录

等；其他与企业管理有关的员工背景信息。

（十二）企业高管法律风险防控

为企业提供以下高管风险防控、培训：薪酬绩效、经营决策、金融犯罪、职务犯罪、劳动关系、股权激励、税收筹划、私人问题等。建立企业长效、立体高管法律风险防控机制。

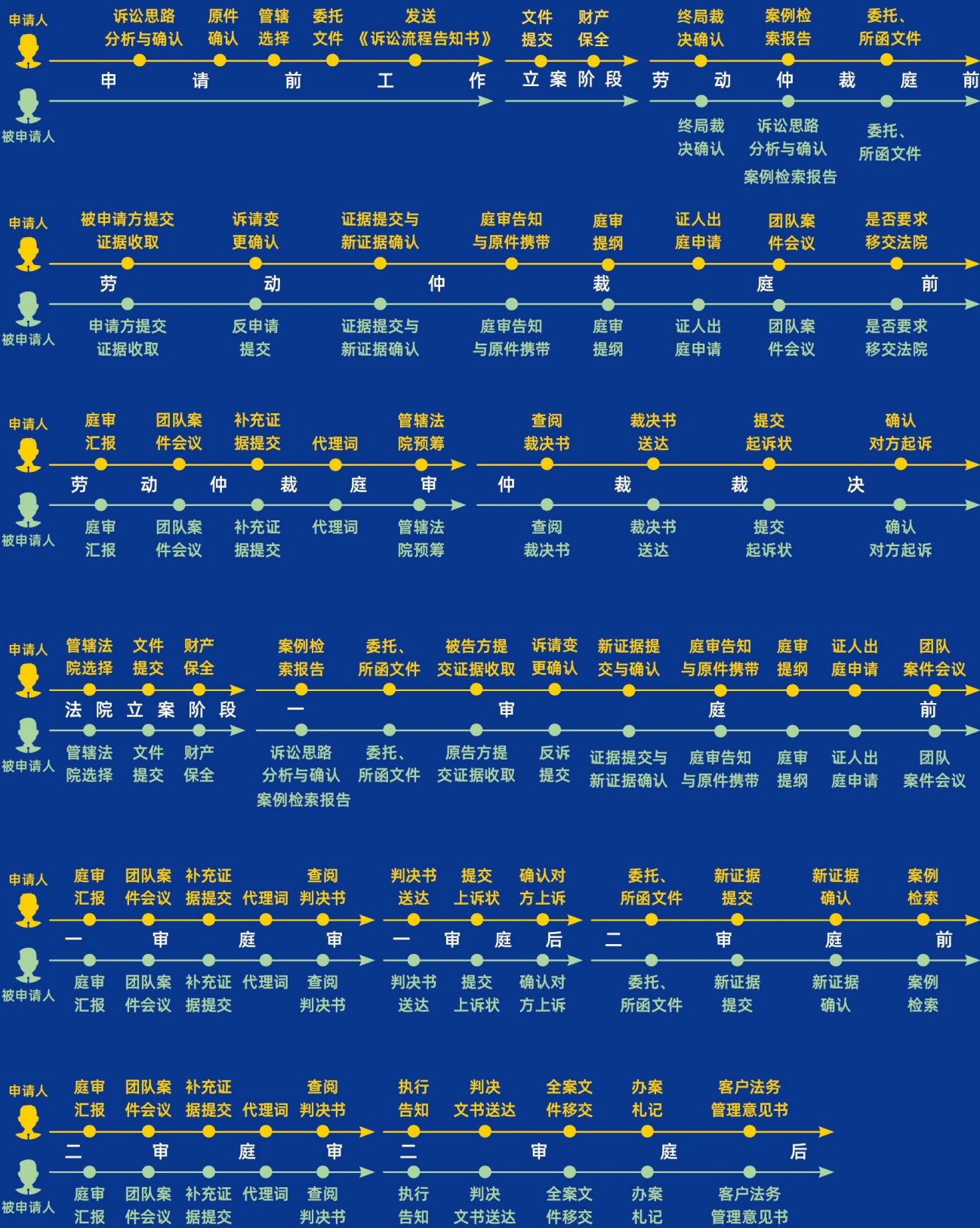
（十三）制定人力资源管理全流程文书模板

法律文书模板：劳动合同、劳务派遣合同、保密协议、竞业限制协议、工伤和解协议、脱密管理协议、禁止招徕协议、离职承诺等。流程表单模板：招聘、录用、转正、调岗、调薪、考核、请假、劳动合同解除、终止等。

（十四）劳动用工管理专项法律培训

为用人单位提供系统的人力资源法律培训，收集并分析用人单位培训需求，制作专属培训课程，为用人单位高层管理者、中层管理人员、HR 工作人员及全体员工提供不同层面的劳动法律培训。特有的体验式培训不仅让培训生动实用，还结合了互联网大数据技术的应用，掌握主流司法观点和裁判尺度。

劳动争议案件代理工作流程



七、版权与免责申明

（一）版权

本白皮书所有作品的著作权均归版权人享有，版权人授权法德东恒保留向侵犯本白皮书作品著作权的行为人追责。未经法德东恒书面同意，任何人不得以任何形式通过任何方式从事复制、转载、修改本白皮书作品的行为。

（二）免责

本白皮书不代表法德东恒对有关法律问题的法律意见，任何依照本白皮书的全部或部分内容而做出的作为或不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。

（三）联系我们

江苏法德东恒律师事务所劳动法业务部致力于为客户提供专业、全面、及时、有效的劳动用工法律服务，每月根据最新立法、司法情况制作《法德东恒劳动法专刊》。如果您希望进一步了解本白皮书内容，或需要专业的法律意见，您可以通过以下方式联系我们

地址：中国 江苏 南京汉中门大街 305 号河海科技大厦 5 层

邮编：210036

电话：86-25-83657365

传真：86-25-83657366

意见信箱：ruying@fddhlaw.com



扫码关注更多内容