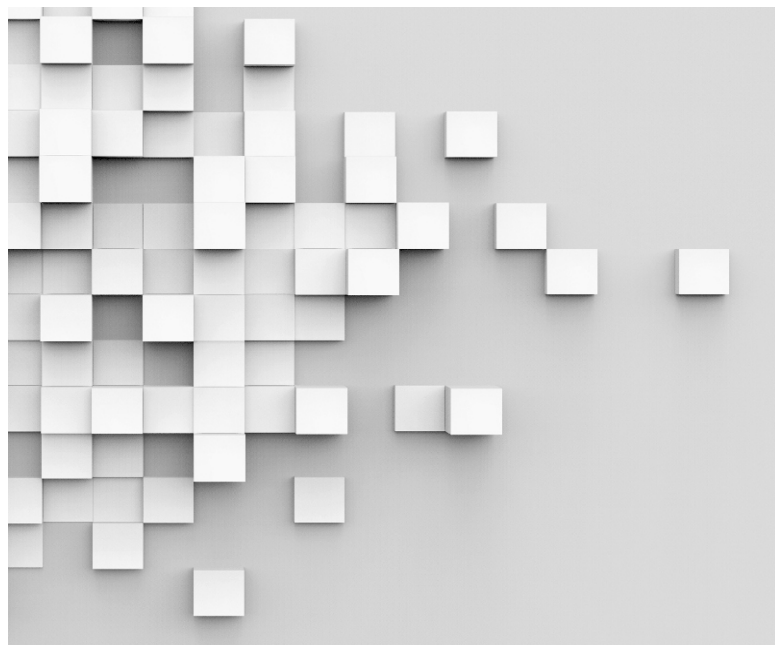


2023年 08期 (总39期) 月刊

四川恒和信律师事务所
劳动法律部

HENGHEXIN LAW FIRM

恒力尚法 和美信达





HENGHEXIN
LAW FIRM

恒 和 信



目录 CONTENT

01 关于恒和信

02 劳动法律部

03 新法速递

04 重点法规

05 热点案例

06 专题探讨

07 经典判决



关于恒和信

四川恒和信律师事务所成立于2001年，系一家大型综合性律师事务所。2019年，经四川省司法厅批准，变更为“特殊的普通合伙”律师事务所，也是西南地区少有的同时具有律师事务所资质和专利代理资质的“双证所”之一。恒和信秉承“恒力尚法、和美信达”的理念，着力建设“专业、责任、价值、奋进”的律师事务所。事务所拥有律师及工作人员300余名。20余名律师具有在美国、欧洲留学经历，30余名律师具有注册会计师资格、注册税务师资格、土地评估师、注册房地产估价师、专利商标代理人等专业职业资格。

四川恒和信律师事务所20余次荣获全国、省、市优秀律师事务所，50余名律师担任省、市、区律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。



四川恒和信律师事务所在政府法律顾问、公司并购与重组、金融与证券、私募股权、房地产开发与城市基础设施建设、项目投融资、涉外法律事务、知识产权、合同法律事务的处理等方面具有丰富的法律服务经验，为了高标准满足客户的需求，事务所一直以团队协作方式优化资源配置，以集体智慧解决法律问题，坚持走精品化的道路，向客户提供专业、优质、高效的法律服务，得到了客户广泛好评，赢得众多客户支持和信赖，成为中外客户出色的合作伙伴。



劳动法律部

恒和信劳动法律部现由30余名专业理论深厚、执业经验丰富的律师组成，10余名律师担任省市劳专委委员和劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。

◎ **办案经验丰富**：劳动法律部自成立以来，为数十家大型央企、地方国企、民营上市公司、高新技术企业等提供人力资源常年法律顾问服务，承办了大量案情复杂、标的巨大的劳动争议案件。

◎ **服务体系完整**：经过多年发展，劳动法律部形成了完整的专业服务体系，既能够为客户提供如用人力资源合规管理、规章制度制定、裁员安置、用工架构调整、股权激励等常规劳动法领域的专项服务，也能为客户提供各类重大、复杂劳动争议案件的代理服务。

◎ **企业劳动合规**：将劳动合规贯穿于“入职-在职-离职”全流程，协助企业做好人力资源管理，对已发生的劳动争议分析其发生原因，归纳出预防办法及法律对策，最大限度降低同类纠纷的发生。

◎ **关注新兴领域**：劳动法律部紧跟经济发展趋势，关注国内外前沿用工领域，能为客户提供如用灵活用工、涉外用工等劳动法新兴领域的专业法律服务。

◎ **变革思维**：提供跨领域“劳动法+”业务，从单一到复合型法律服务



近年来，越来越多的案件不再是简单的劳动争议纠纷，而是和多重法律关系交织在一起。劳动法和公司法、合同法等法律问题发生了交叉，从而使业务类型由单一变成了复合。恒和信劳动法律部加强专业融合，促进团队协作，提供跨领域专业化的“劳动法+”业务，满足客户的多元化需求。

新法速递

（一）国家发改委【发布《关于恢复和扩大消费的措施》通知】

7月31日，国务院办公厅转发国家发展改革委关于恢复和扩大消费措施的通知。其中提出，丰富文旅消费。全面落实带薪休假制度，鼓励错峰休假、弹性作息，促进假日消费。加强区域旅游品牌和服务整合，积极举办文化和旅游消费促进活动。健全旅游基础设施，强化智慧景区建设，提高旅游服务质量。鼓励各地制定实施景区门票减免、淡季免费开放等政策。在保障游客自主选择权的基础上，支持不同区域景区合作推行联票模式，鼓励景区结合实际实施一票多次多日使用制，更好满足游客多样化需求。推动夜间文旅消费规范创新发展，引导博物馆、文化馆、游乐园等延长开放时间，支持有条件的地区建设“24小时生活圈”。打造沉浸式演艺新空间，建设新型文旅消费集聚区。

（二）人社部、财政部、四川省税务局【印发《关于公布2023年度全省养老保险缴费基数上下限具体标准的通知》】

2023年07月18日，人力资源社会保障部、财政部、四川省税务局印发《关于公布2023年度全省养老保险缴费基数上下限具体标准的通知》（以下简称《通知》）。《通知》根据四川省统计局公告的2022年四川省城镇全部单位就业人员平均工资（以下简称全口径工资）84912元的依据，按照现行养老保险缴费基数上下限确定机制，确定了2023年度全省职工基本养老保险缴费基数：缴费基数上限为全口径工资的300%，即21228元/月。缴费基数下限为全口径工资的60%，即4245.6元/月，按规定计算到元为4246元/月。全省各用人单位应按现行职工基本养老保险政策，据实申报应缴纳的基本养老保险费，职工个人实际缴费工资在公布的缴费基数上下限标准内确定。全省以个人身份参加企业职工基本养老保险的个体工商户和灵活就业人员，可在缴费基数上下限之间选择适当的缴费基数，具体缴费基数档次由各地继续按现行办法执行。

（三）四川省人社厅、四川省财政厅【印发《关于2023年调整退休人员基本养老金的通知》】

近日，经人力资源社会保障部、财政部批准，省政府同意，四川省人力资源和社会保障厅、四川省财政厅印发了《关于2023年调整退休人员基本养老金的通知》，正式公布了我省2023年退休人员基本养老金调整方案。调整增加的基本养老金从2023年1月1日起执行，于2023年7月31日前发放到位。其中调整标准为：（一）定额调整。退休人员每人每月增加33元。（二）挂钩调整。调整退休人员基本养老金与本人基本养老金水平和缴费年限（工作年限，下同）挂钩。与基本养老金水平挂钩部分，以社会保险经办机构核定的本人2022年12月的基本养老金为基数增加1.1%；与缴费年限挂钩部分，缴费年限15年及以下的每满一年增加0.7元/月，超过15年的部分每满一年增加1.9元/月。（三）适当倾斜调整。调整退休人员基本养老金时，对以下三类人员予以适当倾斜，同时符合以下情形的，可累加调整。退休人员的年龄，以干部管理部门或人力资源社会保障部门已确认的记载为准，计算至2022年12月31日。

（四）四川省【印发《人力资源市场场所和服务规范》】

近日，为全面贯彻党中央、国务院关于建立健全基本公共服务标准体系的决策部署，不断推进我省人力资源市场管理工作规范化、标准化、科学化，由四川省人力资源和社会保障厅指导，四川省人才交流中心主导编写的《人力资源市场场所和服务规范》（DB51/T3075-2023）地方标准获批发布，并于2023年8月1日起正式实施。规范主要内容涵盖场所、设施设备、视觉导视、人员要求、服务内容以及评价与改进等，从人力资源市场的选址、建筑结构、功能区、各类设施、标识等硬件要求以及服务人员、服务事项、服务评价等软性要求等方面，提出了标准化建设要求，为省、市（州）、县（市、区）各级人力资源市场确立了准则。该地方标准的发布将有效助力全、四川省人力资源市场建设迈上新台阶。

（五）天津市人社局【发布《天津市贯彻落实劳动合同法若干问题实施细则》】

近日，天津市人社局印发《天津市贯彻落实劳动合同法若干问题实施细则》，《细则》自2023年8月1日起施行。细则主要涉及加班费计算基数、竞业限制经济补偿、严重违纪解除时效、用人单位未足额缴纳社会保险费的责任、劳动合同终止时间、试用期解除等进行了明确规定。其中，第十五条规定劳动者有劳动合同法第三十九条第二项、第三项、第四项、第五项、第六项情形之一，用人单位与劳动者解除劳动合同的，应自知道或应当知道劳动者存在上述情形之日起六个月内作出解除劳动合同的决定；第十八条规定用人单位应当依法为劳动者缴纳社会保险费，因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费的，劳动者可以依据劳动合同法第三十八条规定解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿；第二十条规定用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，明确严重违反规章制度的情形，未明确的，用人单位不得依据劳动合同法第三十九条第二项规定与劳动者解除劳动合同。





重点法规：

天津市贯彻落实劳动合同法若干问题实施细则

(自2023年8月1日起施行)

第一条 为贯彻落实《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称劳动合同法),保护劳动者和用人单位的合法权益,根据劳动合同法和《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(以下简称劳动合同法实施条例)等有关法律法规,结合本市实际,制定本实施细则。

第二条 本市行政区域内的用人单位与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除或终止劳动合同,适用本实施细则。

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、解除或终止劳动合同,依照本实施细则执行。

第三条 用人单位与劳动者自用工之日起建立劳动关系,建立劳动关系应当订立书面劳动合同。

前款所称用工之日,是指劳动者开始接受用人单位管理,从事用人单位安排的工作的日期。用人单位安排劳动者参加上岗前培训,劳动关系自劳动者参加培训之日起建立。

第四条 用人单位通过互联网平台招用、管理劳动者,双方具有建立劳动关系主体资格,根据实际用工情况,用人单位对劳动者进行劳动管理、有明确的工作任务要求,双方自用工之日起建立劳动关系。

第五条 用人单位与劳动者协商一致,可以订立电子劳动合同。电子劳动合同应当按照劳动合同法、电子签名法等法律法规规定,通过电子劳动合同平台订立,以可视为书面形式的电子数据电文为载体,使用可靠的电子签名订立。

第六条 用人单位自用工之日起,超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同,应当按照劳动合同法实施条例第六条、第七条规定向劳动者每月支付二倍工资,不

足一个月的部分按日折算。二倍工资基数应按照劳动者正常工作时间应得工资计算,但不包括以下两项:

(一)支付周期超过一个月的工资报酬,如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等;

(二)未确定支付周期的工资报酬,如一次性奖金、特殊情况下支付的津贴、补贴等。

第七条 劳动合同期满,除劳动者有劳动合同法第四十二条规定劳动合同自动续延情形外,用人单位继续与劳动者保持劳动关系的,应当在一个月与劳动者续订书面劳动合同。

用人单位依照前款规定,维持或者提高劳动合同约定条件书面通知劳动者续订劳动合同,劳动者不与用人单位续订的,用人单位在劳动合同期满后一个月内书面通知劳动者终止劳动关系,无需向劳动者支付经济补偿。

用人单位超过一个月未与劳动者续订书面劳动合同,应当按照劳动合同法实施条例第六条、第七条规定向劳动者每月支付二倍工资,并与劳动者补订书面劳动合同;劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,并依照劳动合同法第四十七条规定支付经济补偿。

第八条 用人单位可以与劳动者在劳动合同中对加班加点工资计算基数进行约定,约定加班加点工资计算基数不得低于劳动者所在岗位应得的工资报酬。

前款所称劳动者所在岗位应得的工资报酬,不含支付周期超过一个月或支付周期不确定的工资报酬。

第九条 用人单位与劳动者在劳动合同中对加班加点工资计算基数没有约定或者约定不明确引发争议的,

用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定加班加点工资计算基数，以劳动者应得工资扣除加班加点工资后的数额作为加班加点工资计算基数。

第十条 经许可实行特殊工时工作制的用人单位，应当告知劳动者其岗位实行的工时制度，并在劳动合同中明确约定。

用人单位与实行综合计算工时工作制的职工在劳动合同中可以明确加班加点工资的结算周期，未明确的应当按照综合计算周期结算加班加点工资。

第十一条 女职工按照《女职工劳动保护特别规定》休产假的，用人单位应与女职工协商确定产假期间的待遇标准，该标准不得低于女职工休产假前12个月的月平均工资，女职工产假前在现用人单位连续工作不满12个月的，按照实际在用人单位工作的月份计算。

已参加生育保险的女职工，享受相应天数的生育津贴。女职工产假期间待遇标准除以30.4天乘以产假天数，高于生育津贴的，用人单位应将差额部分发放给女职工本人。未参加生育保险的，按照协商确定的待遇标准发放。

第十二条 用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款的，在约定违约金和经济补偿时应遵循公平、公正、适量、对等的原则。用人单位向劳动者支付竞业限制经济补偿的，应当在劳动合同解除或者终止后支付。

第十三条 用人单位与劳动者在劳动合同中可以约定根据生产经营情况单方调整劳动者工作岗位，岗位调整时应同时符合以下条件：

- （一）用人单位生产经营的客观需要；
- （二）调整后工作岗位的劳动报酬和劳动条件不存在明显不利变更，但依据劳动合同法第四十条第一项、第二项有关规定调整岗位的除外；
- （三）调整工作岗位不具有歧视性、侮辱性；
- （四）不违反法律法规的规定。

用人单位与劳动者签订的劳动合同未约定调整工作岗位有关内容，用人单位规章制度也未作相关规定的，除依据劳动合同法第四十条第一项、第二项有关规定调整工作岗位情形外，用人单位与劳动者协商一致，可以调整工作岗位。

第十四条 劳动合同经用人单位与劳动者协商一致并在劳动合同文本上签字或者盖章生效，双方签字或盖章日期不一致的，以最后一方的签字或盖章日期，为劳

动合同的生效时间。一方未署名签字日期的，以另一方签字日期为劳动合同生效时间。劳动合同期满之日的24时为劳动合同终止时间。

第十五条 劳动者有劳动合同法第三十九条第一项情形，在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位解除劳动合同的决定，应当在试用期内作出。

劳动者有劳动合同法第三十九条第二项、第三项、第四项、第五项、第六项情形之一，用人单位与劳动者解除劳动合同的，应自知道或应当知道劳动者存在上述情形之日起六个月内作出解除劳动合同的决定。

第十六条 劳动者在试用期内患病或者非因工受伤的，经用人单位与劳动者协商一致，试用期可以中止。

第十七条 用人单位与劳动者签订的固定期限劳动合同期满，因未能维持或提高劳动合同约定条件，致使劳动者不与用人单位续订劳动合同的，用人单位应依法向劳动者支付经济补偿。

用人单位变更劳动合同约定条件，难以确定是提高或降低，劳动者不与用人单位续签劳动合同且终止劳动关系的，视为用人单位未能维持或提高劳动合同的约定条件。

本条所称劳动合同约定条件，是指用人单位与劳动者在续订劳动合同时实际履行的标准和条件。

第十八条 用人单位应当依法为劳动者缴纳社会保险费，因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费的，劳动者可以依据劳动合同法第三十八条规定解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。

用人单位与劳动者约定不缴纳或少缴纳社会保险费的，双方约定无效，应视为因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费。

第十九条 劳动者提前三十日书面通知用人单位解除劳动合同，在解除前劳动合同应当继续履行。劳动者未依法与用人单位解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二十条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，明确严重违反规章制度的情形，未明确的，用人单位不得依据劳动合同法第三十九条第二项规定与劳动者解除劳动合同。

第二十一条 本实施细则自2023年8月1日起施行，2028年7月31日废止。

热点案例

01 总经理说气话辞退员工又反悔，法院：口头辞退有效，公司赔7.2万！

新闻简介（极目新闻）

雷某在上海某汽车销售公司任外贸销售员，双方签订了期限从2020年8月14日至2022年8月13日的劳动合同。

2021年7月，该公司总经理与雷某就解除劳动合同进行协商，但未达成一致意见，双方后来产生争执。总经理对雷某说：“我们打官司吧，好吧？下周一不要来了。”“明天，以后不要再见到你。”

口头辞退的当日晚上，总经理发微信给雷某，表示：“公司没有辞退你的想法。”

第二天开始，雷某未到公司上班，公司遂以雷某旷工为由辞退了雷某。

雷某申请仲裁，并提交了与总经理谈话的录音证据，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金72232元，得到仲裁支持。

公司不服，并认为，总经理说的是气话，系其个人行为，与公司无关。当晚总经理发给雷某的微信，也明确表示公司没有辞退雷某的想法，雷某不再来上班的行为，应视为其自动离职。于是，公司向法院提出起诉。

法院认为，总经理谈话的表述和当晚给雷某发送的微信，可反映其确实意在解除与雷某的劳动合同。法院认为，公司就解除与雷某劳动合同未提供充分的证据证明合法性，应支付违法解除劳动合同的赔偿金72232元。

点评分析

本案中，总经理作为公司日常经营管理的负责人，具有代表公司对劳动者进行管理的身份和职权，无论总经理出于什么原因，作出了让劳动者不要来上班的意思表示，其解除行为是有效的。虽然嗣后公司又以劳动者“旷工”为由，解除劳动合同。但是因劳动合同解除权在法律上属于形成权，一经作出即生效。本案中，总经理已经口头解除了劳动者合同，劳动者离职属于正当理由，不属于旷工，公司再次解除没有事实和法律依据。因劳动者本身没有劳动合同法第39条规定的情形，故总经理“气话”解除劳动者属于违法解除，公司应当按照劳动合同法第八十七条之规定，支付违法解除劳动者的赔偿金。

实务建议

实践中，为避免产生类似总经理“气话”解除劳动者合同的情形，建议用人单位做好如下两个方面：一方面，应建立健全公司人力资源管理制度，任何涉及劳动者解除或终止劳动合同事项，都必须以公司出具的书面证明为准；另一方面应加强公司高管的管理和法律意识，在日常管理中，不得随便口头“解除”劳动者，避免出现本案中的情形及法律后果。

02 女子提离职后数月才获批，要求单位给112万，法院：赔偿56万！

新闻简介（极目新闻）



聂某某（女）自2014年8月1日起入职北京某会计师事务所（特殊普通合伙企业，下称“会所”），双方签订无固定期限劳动合同，离职前12个月平均工资3万元。

2021年9月7日，聂某某通过微信向其单位所长提出解除劳动合同报告，微信聊天截图显示，“你把我的辞职报告签好，我的退伙手续办完我就滚，您告诉我，今天我怎么交接，您不是说我明天不用来了吗”等内容，所长口头回复需要时间找寻其继任者，此后聂某某继续在其单位工作，单位照常支付工资。

2021年12月13日，会所同意聂某某辞职申请为由与其解除劳动关系。

2022年1月13日，聂某某向北京丰台仲裁委员会提出仲裁申请，要求支付违法解除劳动合同赔偿金96万元。

2022年4月25日，丰台仲裁委员会裁决：会所支付聂某某违法解除劳动合同赔偿金56.76万元；驳回聂某某的其他仲裁请求。

会所不服，向北京市丰台区人民法院提起诉讼。

一审判决：北京市丰台区人民法院认为单位解除时间与劳动提出离职时间相距太远，已经超过合理时间，故一审法院判决会所支付聂某某违法解除劳动合同赔偿金56.76万元。

会所不服，向北京市第二中级人民法院提起上诉。

二审判决：北京市第二中级人民法院经审理后，驳回上诉，维持原判。

点评分析



本案例中核心问题在于劳动者提出离职后，用人单位在三个月后批准离职，并解除其劳动合同，为什么会被认定为违法解除？

首先，根据《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。本案中，劳动者于9月7日向用人单位提出离职，用人单位收到后没有及时同意或不同意，也未与劳动者办理离职手续。同时劳动者也没有在三十日内离职，而是继续工作。虽然劳动者提出了离职意思表示，但实际上并没有离职，公司也没有提出异议，故三十日后，双方劳动合同并没有解除，依然继续履行。

其次，劳动者在2021年9月7日向用人单位提出解除劳动合同，单位未予以回应，而是继续接受劳动者提供的劳动，应认定双方未就解除劳动关系协商一致，双方劳动关系此后继续存续。用人单位在3个月后的2021年12月13日，以“同意”劳动者辞职申请为由与其解除劳动关系，显然超过了用人单位处理劳动者申请离职的合理期间，且不属于《劳动合同法》规定的用人单位有权解除劳动合同的情形，故用人单位构成违法解除劳动合同。

最后，虽然根据《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者享有任意解除权，同时，劳动合同解除权属于形成权，一经作出即生效。但是，需要注意的是，劳动者提出离职后，用人单位应当在30日予以回复。如果劳动者超过30日没有离职，用人单位也没有提出异议，则视为双方劳动合同并未解除，而是继续履行。此时，用人单位则丧失了“同意”劳动者离职的权利，如果用人单位仍然适用“同意”劳动者离职并解除其劳动合同，则构成违法解除。



女员工产假期间绩效奖金如何发放？

（一）案情展示

案例一：企业有绩效发放规定，法院判决不予补差。

袁某于2011年7月25日到成都某公司处从事人力资源管理招聘主管职务，双方签订了期限为2011年7月25日起至2014年7月25日的书面劳动合同，约定袁某的工作地点为成都，成都某公司因工作需要及袁某的能力和表现，依照成都某公司规章制度的规定、标准，在向袁某书面通知后，可以调动袁某的工作岗位，袁某的工资、奖金、福利等各项待遇随其调整后岗位的统一标准相应改变。成都某公司为袁某缴纳2011年10月至2013年11月的社会保险。2012年11月26日至2013年4月3日期间袁某休产假，并领取生育津贴7081.3元。2013年11月15日成都某公司作出人事调动通知决定将袁某由人力资源部调至子公司客户服务部工作，袁某于2013年11月18日书面回复成都某公司不同意变更工作岗位。2013年11月26日成都某公司以袁某拒不到新岗位报到为由解除了与袁某的劳动合同关系。袁某于2013年11月30日离职，袁某离职前一年的月平均工资为6000元。袁某于2014年1月22日向成都市新都区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，成都市新都区劳动人事争议仲裁委员会作出的新都劳人仲委案字（2014）第075号仲裁裁决书，后袁某不服，诉至法院。

一审法院：新都区人民法院认为，根据袁某、成都某公司举证的《成都某有限公司薪酬福利管理制度修订版》第十一条第四项“产假期间只发放基本工资，取消岗位工资及相关福利”的规定，袁某在产假期间已领取了基本工资2400元/月，故对袁某要求兴茂公司支付产假期间未足额发放工资17680元，产假期间福利补贴800元及三八妇女节福利补贴200元的请求，不予支持。

对于袁某要求成都某公司支付2012年产假期间年终绩效奖金1000元、2013年度年终绩效奖金8280元。由于袁某未向本院举证其应领取2012年年终绩效奖金、2013年度年终绩效奖金的有效证据，本院认为绩效考核系成都某公司作为用人单位对其员工进行工作成果评论的方法，绩效考核奖不属于工资的范畴，系用人单位行驶其管理权的范畴，不属于人民法院的审查范畴，故对袁某主张成都某公司支付2012年年终绩效奖金1000元、2013年度年终绩效奖金8280元的诉讼请求，法院不予支持。

二审法院：成都市中级人民法院认为，袁某产假期间的工资差额部分应予补足；但对于袁某主张的产假期间绩效奖金1000元及2013年度的绩效奖金8280元，袁某并未提供证据证明其应当获得绩效奖金及具体的数额，且绩效奖金是否发放及数额的多少均属于用人单位自主管理范畴内事项，袁某主张以上金额缺乏法律依据，法院不予支持。

案例二：企业无具体绩效发放规定，法院判决按平均工资补差。

王某某2016年4月25日入职深圳某公司，工作岗位为商务经理，工资结构为基本工资6000元+绩效工资。2017年10月25日，王某某开始休产假。

2017年10月1日至2018年3月31日产假期间，公司按照6000元工资标准支付产假工资，公司认为产假期间绩效为0，因此未支付绩效工资。

2018年7月1日，公司向王某某送达《解除/终止劳动关系通知书》，以其存在《劳动合同法》第三十九条第三项——即严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害情形为由，解除双方劳动合同。

王某某申请仲裁，请求违法解除劳动合同经济赔偿金4.25万元；产假期间绩效工资差额2.92万元。仲裁委

经过审理后裁决，公司支付违法解除劳动合同赔偿金4.25万元及补足产假期间工资1.5万元。

一审判决：深圳市罗湖区人民法院认为，公司单方与王某某解除劳动关系理由不成立，应依法支付解除劳动合同赔偿金。依据法律规定，用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资，王某某休产假前每月平均工资为8500元，故公司以6000元的标准支付其上述产假期间工资的行为不符合法律规定，其应依法予以补足支付。综上，法院判决公司支付违法解除劳动合同赔偿金4.25万元及补足产假期间工资1.5万元。

二审判决：驳回上诉，维持原判。

（三）观点评析

根据《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十八条“用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资和福利待遇，限制女职工晋职、晋级、评聘专业技术职称和职务，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议……”、《女职工劳动保护特别规定》第五条“用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。”等以上法律规定及精神，用人单位不得因女职工享受产假而降低其工资待遇，该待遇应当包括工资、绩效和福利等，并不单独指工资。《中华人民共和国社会保险法》第五十四条规定：“用人单位已经缴纳生育保险费的，其职工享受生育保险待遇；职工未就业配偶按照国家规定享受生育医疗费用待遇。所需资金从生育保险基金中支付。生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。”，同时该法第五十六条规定，女职工因生育享受产假的，应依法享受生育津贴。但是，社会保险法并未规定女职工在产假期间仅能享受生育津贴。同

时，《成都市生育保险办法》第七条规定：“女职工的生育保险待遇包括生育医疗费及生育津贴，社保机构按照该规定拨付给用人单位的费用不足支付女职工在生育、产假期间应享受的工资及福利待遇的，其差额由女职工所在单位补足”。我国法律法规对女职工采取特殊保护，用人单位应保障女职工不因生育而降低其应享受的工资及福利待遇。生育保险的目的是为了保障女职工在生育期间的基本权益，用人单位为职工缴纳了相应的生育保险后，其职工享受的生育保险待遇由生育保险基金予以支付，即生育保险机构分担了用人单位在女职工生育期间应承担的部分义务，但对于女职工因生育而减少的收入，即生育保险待遇不足以弥补的部分理由由用人单位予以补足。这是我国法律对女职工保护的基本态度，也是全国各地执行生育保险制度的基本做法。

实践中，不同法院不同法官对于女职工产假期间应享受的工资及福利待遇认定不一致。比如案例一中，法院将产假期间的绩效认定为企业自主考核发放范畴，与工资进行区分适用，对于产假期间未出勤的绩效工资不予支持，而对于产假期间节假日福利也不支持。而案例二中，虽然企业没有具体的绩效标准，但是法院直接以员工产假前12个月平资工资为参照标准，判决补足绩效部分，有利于保护生育女职工的权益，更符合女职工权益保护规定。





案件要旨

2021年1月1日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十三条第一款规定，外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。但《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》第四条规定，凡持有中国《外国人永久居留证》的外籍人员可免办《外国人就业证》在中国就业，可以直接与我国企业签订劳动合同，享有劳动者的相应权利及承担相应的义务。

陆某某与南京某机械制造有限公司劳动争议二审民事判决书

案件来源：南京市中级人民法院发布2021年度劳动人事争议十大典型案例

审理法院：南京市中级人民法院

案由：劳动争议

案号：（2021）苏01民终498号

上诉人（原审原告）：陆某某，男，19XX年XX月XX日出生，新加坡共和国国籍，现住中华人民共和国上海市。

被上诉人（原审被告）：南京某机械制造有限公司，住所地中华人民共和国江苏省南京市。

法定代表人：ROBERTCHARLEXXXXX，该公司董事长。

上诉人陆某某因与被上诉人南京某机械制造有限公司（以下简称南京机械公司）劳动争议一案，不服江宁经济技术开发区人民法院（2019）苏0191民初3198号民事判决，向本院提起上诉。本院于2021年1月6日立案受理后，依法组成合议庭对本案进行了审理。现已审理终结。

陆某某上诉请求：撤销一审判决，改判南京机械公司按照2019年南京市职工平均工资标准支付赔

偿金312128.3元（118906元/年÷12月/年×3×10.5月）、销售提成1466254元。事实与理由：1.其与南京机械公司签订的劳动合同约定月工资标准为2.1万元，住房补贴为1.5万元，总额为3.6万元，该数额高于当地的月工资标准的3倍，故应当按照当地月工资标准的3倍支付其违法解除劳动合同的赔偿金。2.南京机械公司与美国CPM公司为同一投资人设立的两家关联公司，该两家公司在同一场所办公，且部分工作人员同时供职于两家公司。虽本案所涉佣金协议系陆某某与CPM公司签署，但南京机械公司向陆某某承诺，将参照陆某某与CPM公司之间的佣金协议的提成比例，支付其为南京机械公司及关联公司实现销售后的销售佣金。故应根据此事实，判令南京机械公司支付相应的销售佣金。综上，一审判决认定事实不清，适用法律错误，请求依法改判。

南京机械公司辩称，双方劳动合同约定月工资标准2.1万元，补充协议约定的月住房补贴1.5万元系福利，不应作为工资计算，且该补贴系每月实报实销，故应当按照2.1万元标准计算赔偿金。陆某某主张销售提成缺乏依据，应不予支持。综上，一审认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

陆某某向一审法院起诉请求：判令南京机械公司支付销售提成1470400元、经济赔偿金756000元（36000元/月×10.5月×2）。

一审法院认定事实：2018年6月5日，陆某某与南京机械公司签订自2018年6月1日至2019年5月31日的固定期限劳动合同，约定陆某某的岗位为亚太区销售经理，月薪每月2.1万元。该劳动合同在“乙方（职工）陆某某……在本单位工作起始时间”一栏注明2009年2月。同日，双方又签订《关于工资的补充协议》，约定“每月乙方享受甲方住房补贴和商业保险补贴福利，分别为住房补贴1.5万元/月（人民币），商业保险补贴5063.04元/月（人民币）。此项福利是乙方向甲方提供发票实报实销，且商业保险乙方需向甲方提供明细。”

2019年4月30日，南京机械公司向陆某某发出《合同到期终止及办理离职交接手续通知书》，告知陆某某签订的劳动合同将于2019年5月31日到期，将不再与陆某某续签劳动合同，并要求陆某某办理离职交接手续。

2019年7月29日，陆某某向南京市江宁区劳动人事仲裁委提起仲裁，要求南京机械公司支付销售提成1142400元、赔偿金738000元。同年9月16日，该仲裁委作出仲裁决定书，终结审理该案。

一审另查明，皇冠XX工程技术（武汉）有限公司（原名武汉皇冠XX工程有限公司，以下简称皇冠公司）的股东为皇冠并购公司（美国）、CPM/Pacific（Private）Limited；南京机械公司的股东为南京XXXX装备有限公司、CPMAcquisitionCorporation。2013年12月24日、2016年3月31日、同年5月6日，南京机械公司

各出具授权书，授权陆某某代表南京机械公司从事设备销售业务。

一审中，陆某某提交与皇冠公司签订自2009年2月15日至2011年2月15日的劳动合同、邮件记录、其单方签字的皇冠公司劳动合同（未约定合同期限）拟证明自2009年2月15日即被CPM公司安排在皇冠公司从事烘干机销售业务，并代表南京机械公司签订销售合同。陆某某陈述其单方签字的皇冠公司劳动合同即为无固定期限劳动合同，其劳动关系在皇冠公司期间日常工作受CPM公司的管理，不受皇冠公司的管理。南京机械公司对邮件记录、陆某某单方签字的劳动合同均不予认可，但认可陆某某在皇冠公司工作的事实，南京机械公司认为陆某某与南京机械公司劳动合同上虽然注明陆某某“在本单位工作起始时间”为2009年2月，但仅代表其认可陆某某在皇冠公司的工作年限连续计算，对于劳动报酬因其公司与皇冠公司系独立法人，陆某某向其主张与皇冠公司劳动合同存续期间的提成没有依据。

陆某某另提交九份关于销售提成的证据，并据此主张应获得销售提成1466254元。南京机械公司对上述由其签订的合同不持异议，但认为其并非提成的支付主体，应由CPM公司支付提成，且陆某某一直在与CPM公司洽谈提成事宜。陆某某又提交了CPM公司制作的佣金协议以证明其获得佣金的依据，南京机械公司认为该协议与其无关。关于陆某某的月应发工资，陆某某认为应为3.6万元（月薪2.1万元+住房补贴1.5万元），南京机械公司认为应为2.1万元，住房补贴1.5万元需陆某某凭票据报销。

一审法院认为，用人单位违法终止劳动合同，应当支付赔偿金。本案中，虽陆某某与南京机械公司仅签订2018年6月1日至2019年5月31日的固定期限劳动合同，但根据该劳动合同注明陆某某“在本单位工作起始时间”为2009年2月、南京机械公司自2013年起即授权陆某某从事设备销售业务的事实以及南京机械公司自认的经济补偿金计算方式可

以综合认定，陆某某为南京机械公司工作的年限为2009年2月至2019年5月，经济补偿金应按10.5个月计算。因陆某某在南京机械公司及其关联公司已连续工作10年以上，南京机械公司应当与陆某某订立无固定期限劳动合同，现南京机械公司未与陆某某订立无固定期限劳动合同，已构成违法终止劳动合同，应向陆某某支付赔偿金。关于陆某某的月应发工资，因《关于工资的补充协议》已明确约定1.5万元住房补贴属福利待遇性质，故应认定为2.1万元。关于陆某某主张的销售提成，陆某某未举证证明南京机械公司曾向其发放或者承诺向其发放提成，且陆某某在沟通提成时大多通过邮件与CPM公司沟通，陆某某提交的佣金协议也并非南京机械公司制定，故陆某某要求南京机械公司支付提成依据不足，不予支持。南京机械公司认为陆某某系外国人，其公司终止与陆某某的劳动合同不构成违法终止，没有事实和法律依据，不予支持。综上，南京机械公司应向陆某某支付赔偿金44.1万元（2.1万元/月×10.5月×2）。

据此，一审法院依照《中华人民共和国劳动合同法》第十四条、第四十四条、第四十七条、第四十八条规定，判决：一、南京机械公司于判决发生法律效力之日起10日内向陆某某支付赔偿金441000元；二、驳回陆某某的其他诉讼请求。

二审中，双方当事人对一审认定的事实不持异议。本院对一审认定的事实依法予以确认。

二审期间，陆某某提交由保罗史密斯发给其（英文名为马丁）的七份电子邮件、加盖南京机械公司印章的关于对瑞克的授权书（含2021年2月拍摄的郭某手持该授权书的照片打印件）、经瑞克签字对郭某的出差报销单复印件（含2021年2月拍摄的郭某手持该报销单的照片打印件）、经瑞克签字对楼同英劳动合同续签意见的复印件。拟证明其工资实际为3.6万元，拆分为工资2.1万元，房贴1.5万元。瑞克有权代表南京机械公司向其支付相应的工资报酬或提成。南京机械公司经质证认为，上述证据不能作为二审新证据，且真实性无法确认。保罗史密斯并非其公司工作人员，即使邮件内容真实是为了避税，但获得1.5万元也需要发票报销。既然陆某某认为其与保罗史密斯商谈关于工资或提成的问题，现又主张瑞克可以代表公司逻辑错误，且瑞克仅是负责采购和运营，与销售岗位没有关联性。郭

某已经于2017年离职，其2021年2月手持拍照的报销单、授权书的真实性更无法确认。

二审中，陆某某陈述拆分1.5万元是为了避税。

本院认为，本案因陆某某系新加坡国籍，其与南京机械公司之间的纠纷系涉外民事纠纷，应当按照涉外民事纠纷处理，涉及准据法的确认。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条规定，劳动合同适用劳动者工作地法律。因陆某某的工作地为中华人民共和国江苏省南京市，故本院确定中华人民共和国法律作为解决本案纠纷的准据法。

虽2021年1月1日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十三条第一款规定，外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。但《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》第四条规定，凡持有中国《外国人永久居留证》的外籍人员可免办《外国人就业证》在中国就业。本案虽陆某某未办理外国人就业证件，但其持有我国永久居留身份证，故可免于办理外国人就业证，可以直接与我国企业签订劳动合同，享有劳动者的相应权利及承担相应的义务。

二审中，陆某某陈述拆分1.5万元是为了避税。

本院认为，本案因陆某某系新加坡国籍，其与南京机械公司之间的纠纷系涉外民事纠纷，应当按照涉外民事纠纷处理，涉及准据法的确认。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条规定，劳动合同适用劳动者工作地法律。因陆某某的工作地为中华人民共和国江苏省南京市，故本院确定中华人民共和国法律作为解决本案纠纷的准据法。

虽2021年1月1日实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十三条第一款规定，外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。但《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》第四条规定，凡持有中国《外国人永久居留证》的外籍人员可免办《外

国人就业证》在中国就业。本案虽陆某某未办理外国人就业证件，但其持有我国永久居留身份证，故可免于办理外国人就业证，可以直接与我国企业签订劳动合同，享有劳动者的相应权利及承担相应的义务。

关于陆某某工资标准问题。双方在劳动合同及补充协议中约定，陆某某月薪为2.1万元，住房补贴每月为1.5万元，亦明确该住房补贴为福利，并通过发票实报实销，且双方均陈述拆分工资的目的就是避税。首先，双方已经在合同或补充协议中对1.5万元款项的性质明确为福利，且需要提供发票报销，故不能认定为普通意义上的工资。其次，因避税行为为法律所禁止，不允许当事人通过不正当手段达到避税的目的，法律更不保护当事人的违法行为。故即使陆某某的月工资总额为3.6万元，因其为了达到避税的目的，进行了有意的拆分，故对其主张按照月工资3.6万元计算其月工资的主张，不予支持，对其按照南京市职工平均工资3倍主张违法解除劳动合同赔偿金的请求，亦不予支持。

关于销售提成问题。《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》第九十条规定，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。本案中，因陆某某主张的销售提成双方并未就提成进行书面的约定，也无明确的规定。陆某某据以主张的仅为保罗史密斯、瑞克之间的电子邮件载明的内容，且保罗史密斯、瑞克在南京机械公司的关联公司也存在任职情形，陆某某亦存在南京机械公司的关联公司工作的客观事实，双方之间的电子邮件的发生时间也超出了陆某某与南京机械公司签订劳动合同的期间。故在不能完全认定保罗史密斯、瑞克仅代表南京机械公司，且在南京机械公

司否认双方之间有销售提成约定或规定的情形下，该两人向陆某某发送的电子邮件，也不能得出南京机械公司必然要向陆某某支付销售提成的结论。陆某某虽在二审提交了相应的证据来证明其主张，但该证据不足以达到证明目的，故本院对该证据不予采信。因陆某某提交的证据不足以证明其主张，故应当承担举证不能的法律后果。

综上所述，陆某某的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，判决结果正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费10元，由陆某某负担，本院予以收取。

本判决为终审判决。

审判长 姜欣

审判员 蔡晓文

审判员 吴勇

二〇二一年三月二十九日

法官助理 孙传涛

书记员 杨文艳

本刊主编



梁辉律师

四川恒和信律师事务所劳动法律部副部长

多家上市公司、大型国企、人力资源公司劳动人事专项法律顾问，为超2000家企业提供劳动人事法律培训。



邱鑫锐律师

毕业于西南大学法学院，深度了解劳动人事、民商事诉讼、建设工程合同纠纷、民间借贷纠纷等多个领域。

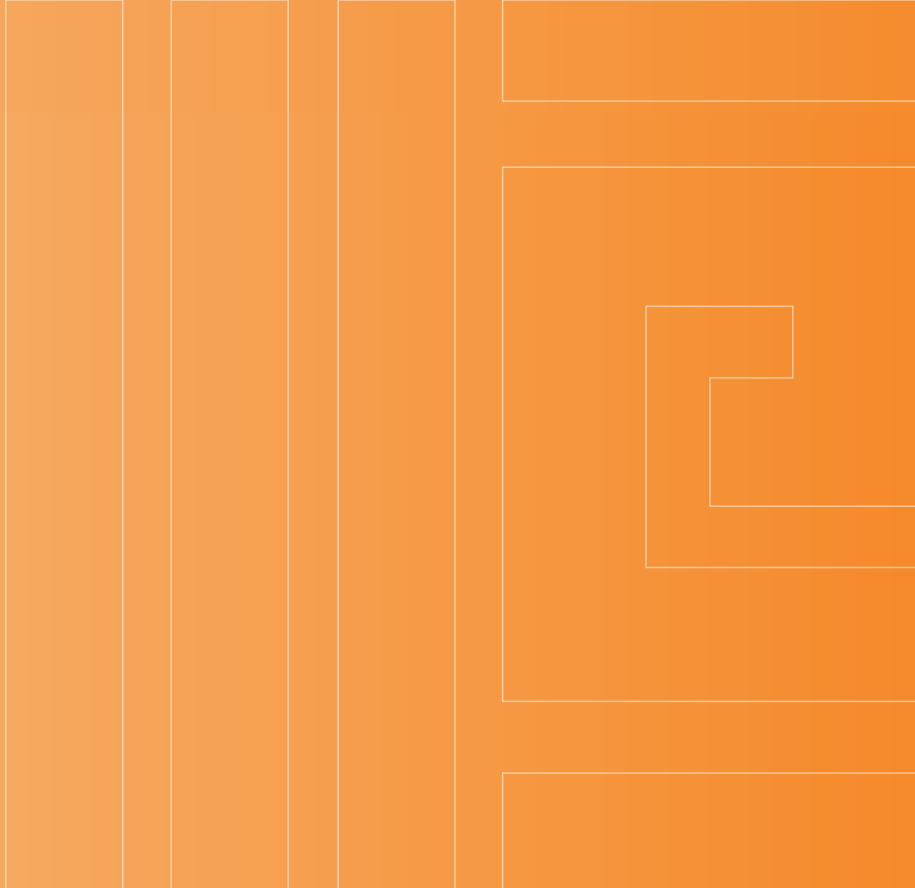


林芬律师

恒和信专职律师，翻译专业硕士研究生，担任多家大型国有企业常年法律顾问，在公司法、劳动法等专项法律服务和争议解决方面具有丰富经验。



恒和信公众号



◎ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐、林芬

 恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM
