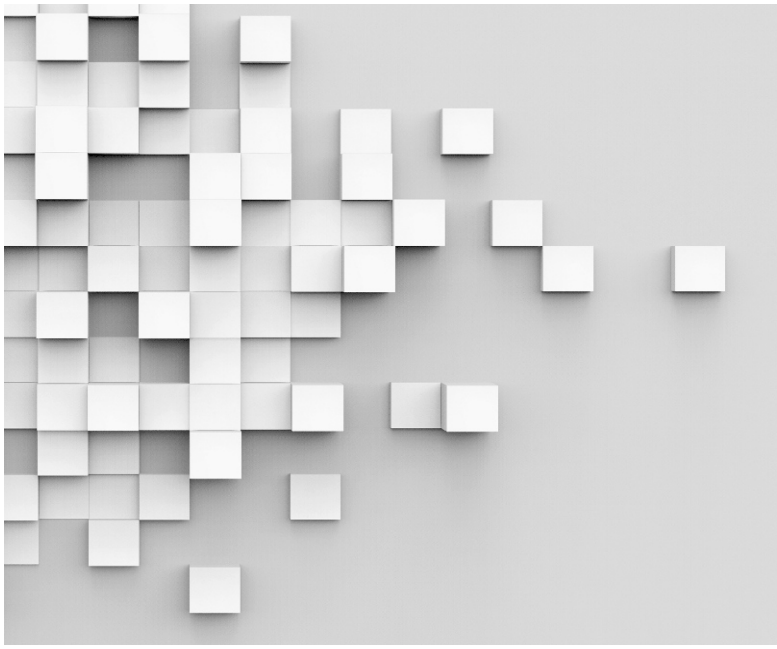
2021年 06期（总13期）

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

恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM


HENGHEXIN
LAW FIRM
恒和信

目录 CONTENT

关于恒和信 01

劳动法律部 02

新法速递 03

重点法规 05

热点案例 13

专题探讨 16

经典判决 18



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，变更为“特殊的普通合伙”制。事务所秉承“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。恒和信拥有一流办公面积近4000平米，律师及工作人员200余名。多名律师具有在美国、欧洲留学经历，多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。恒和信多次荣获全国、省、市优秀律师事务所，多名律师担任省、市律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。

劳动法律部

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，部门律师担任多家大型国有企业、上市公司、高新技术企业等常年法律顾问、人力资源专项常年法律顾问，积累了丰富的服务经验。

劳动法律部自成立以来，承办了大量案情复杂、标的额巨大的劳动争议案件。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工风险测评、劳动合同设计、企业内训、员工手册制订、裁员安置、离职管理等传统劳动法领域的专项服务；也能为客户提供各种重大、复杂的劳动争议案件的代理服务。同时，劳动法律部紧跟经济发展趋势，时刻关注国内外前沿用工领域，能为客户提供如高端员工背景调查、“共享员工”、外国人用工管理、跨国用工等新兴劳动法领域的专业法律服务！









新法速递

【全国】规范金融控股公司董监高任职备案管理

2021年5月1日起，中国人民银行发布的《金融控股公司董事、监事、高级管理人员任职备案管理暂行规定》生效施行。《规定》按照人员适当性原则，结合金融控股公司特点，明确董监高任职条件和备案程序，应具备与岗位相适应的技能、经验和知识，并加强任职管理，防控关键岗位人员风险，规范兼职等行为。同时，《规定》明确人民银行负责对金融控股公司董监高进行备案和监督管理，加强事中事后监管，强化责任追究力度。

【北京】统一城乡劳动者失业保险政策

北京市人社局发布的《关于统一城乡劳动者失业保险政策的通知》，于2021年5月1日起实施。其中，就统一参保缴费，《通知》明确，用人单位招用的农民合同制工人统一按照城镇职工的缴费比例缴纳失业保险费。在阶段性降低失业保险费率期间，本市失业保险费率为1%。本市失业保险单位和个人缴费的比例由8:2调整为5:5。即，失业保险单位缴费比例为0.5%，个人缴费比例为0.5%。

【北京】人力资源服务业首次纳入高精尖产业目录

北京市政府颁布的《北京市促进人力资源市场发展办法》，自2021年5月1日起施行。《办法》首次将人力资源服务业纳入本市高精尖产业登记指导目录，综合运用各类产业政策重点支持发展；鼓励人力资源服务行业组织、经营性人力资源服务机构，制定和发布国际领先的团体标准、企业标准，参与国际标准化活动；鼓励用人单位使用人力资源测评、招聘流程管理、人力资源培训、管理咨询、绩效评估、薪酬福利管理等专业化人力资源服务；支持人力资源服务机构应用大数据、人工智能、区块链、云计算等新技术，为用人单位和求职者提供个性化服务，提高服务效率。

【天津】规范用人单位劳动保障信用分级分类监管

2021年5月1日起，天津市人社局公布的《天津市用人单位劳动保障信用分级分类监管办法（试行）》施行，有效期至2023年4月30日。《办法》明确，用人单位认为自身劳动保障信用信息的采集、归集、应用和信用等级评价等过程中存在错误、遗漏等情形或者侵犯其商业秘密、个人隐私和其他个人信息等合法权益的，可以按照有关规定向市人社行政部门或公共信用管理机构提出异议申请。





重点法规：

《广西壮族自治区劳动人事争议调解仲裁条例》

（2021年5月26日广西壮族自治区第十三届人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过，2021年7月1日实施）

第一章 总 则

第一条 为了公正、及时处理劳动人事争议，规范争议处理程序，保护当事人的合法权益，促进劳动人事关系和谐稳定,根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《事业单位人事管理条例》《中国人民解放军文职人员条例》等法律、法规，结合本自治区实际，制定本条例。

第二条 本条例适用于本自治区行政区域内劳动人事争议的预防、调解和仲裁。

对劳动人事争议范围的界定依照国家劳动人事争议有关法律、法规的规定执行。

第三条 处理劳动人事争议应当遵循合法、公正、及时、着重调解的原则，坚持预防为主、基层为主、调解为主，依法保护当事人的合法权益。

第四条 各级人民政府应当加强对劳动人事争议预防、调解和仲裁等工作的领导，建立劳动人事争议预警机制和处理协调、考核机制，加强专业性劳动人事争议调解与人民调解、行政调解、仲裁调解、司法调解的衔接联动。

第五条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门负责指导本行政区域内的劳动人事争议处理工作，组织协调处理跨地区、有影响的重大劳动人事争议，负责仲裁员的管理、培训等工作。

公安、司法行政、财政、住房城乡建设、交通运输、水利、税务、市场监管、地方总工会、用人单位代表组织、社会保险经办机构、金融机构等有关单位应当按照各自职责做好劳动人事争议处理相关工作。

第六条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门应当会同工会、用人单位代表组织健全协调劳动人事关系三方机制，建立劳动人事争议处理平台，研究解决劳动人事争议重大问题，预防和化解劳动人事争议。

第七条 发生劳动人事争议，当事人双方可以协商解决；当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除法律另有规定外，可以依法向人民法院提起诉讼。

第八条 发生劳动人事争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商。对劳动者一方在十人以上并有共同请求的集体劳动人事争议或者履行集体合同发生的劳动人事争议，经劳动者申请，工会应当及时指导和协助其与用人单位进行协商，并可以根据劳动者的委托派员参加调解活动，提供法律服务。

第九条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门和司法行政部门、地方总工会等单位共同推进劳动人事争议法律援助工作。

劳动人事争议案件多发的地区，司法行政部门、地方总工会可以在劳动人事争议调解组织、仲裁委员会派驻法律服务工作人员。

第十条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门及有关单位当加快劳动人事争议预防、调解和仲裁信息化建设，提升劳动人事争议处理信息化水平。

处理劳动人事争议的有关单位可以通过互联网为当事人提供调解仲裁申请、案件信息查询、文书送达、网上调解和远程庭审等便利服务。

第十一条 劳动人事争议调解、仲裁工作经费依法由同级财政予以保障。劳动人事争议调解员参与调解工作、劳动人事争议办案人员进行仲裁活动的，按照有关规定给予办案补助。

处理劳动人事争议可以依法采用政府购买服务的方式。政府购买服务包括委托社会力量参与劳动人事争议预防和调解、政策研究、咨询、培训以及宣传等服务。

第十二条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门根据需要建立劳动人事争议处理专家库。处理劳动人事争议的有关单位可以邀请专家库的专家参与劳动人事争议处理，听取专家咨询意见或者建议。

第十三条 发生重大传染病疫情等突发事件，县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门应当会同有关单位制定突发事件引发的劳动人事争议应对方案，加强劳动人事争议矛盾和风险预警，及时指导用人单位与劳动者进行协商；劳动人事争议调解组织应当创新调解方式方法，加大调解力度,实现用人单位与劳动者互利共赢；仲裁委员会应当完善简易处理流程，依法优先、快速处理。

第二章 预 防

第十四条各级人民政府应当建立健全构建和谐劳动关系的领导协调机制，开展和谐劳动关系创建活动，形成全社会协同参与的工作合力，预防发生劳动人事争议的矛盾和风险。

第十五条各级人民政府统筹推进乡镇（街道）、村（社区）基层劳动就业社会保障公共服务平台建设，完善基层劳动关系工作职能，充实基层劳动关系协调、劳动人事争议调解和劳动保障监察人员。

鼓励用人单位配备企业劳动关系协调、劳动保障法律监督工作人员。

县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门、地方总工会应当加强劳动关系工作人员业务培训，提高队伍素质。

第十六条县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门联合地方总工会、用人单位代表组织等单位建立劳动人事争议预警机制，通过大数据共享，开展劳动人事争议矛盾和风险的监测研判。

第十七条用人单位应当依法保障劳动者劳动报酬、休息休假、劳动安全卫生保护、社会保险等基本权益。用人单位在制定、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，应当按法定程序进行，其内容不得违反法律、法规规定。在规章制度和重大事项实施过程中，劳动者或工会认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商以修改完善。

用人单位与劳动者建立劳动关系应当订立书面劳动合同，采用数据电文形式订立的劳动合同视为书面劳动合同。

第十八条用人单位工会依照法律规定通过职工代表大会或者其他形式，组织职工参与本单位的民主决策、民主管理和民主监督。

出现劳动人事争议矛盾和风险的，工会当支持和协助劳动者与用人单位协商，及时化解矛盾和风险。

第十九条用人单位代表组织应当支持和指导用人单位开展劳动人事争议预防工作，教育和引导用人单位承担社会责任，依法维护用人单位和劳动者的合法权益。

第二十条用人单位当建立与劳动者的沟通协商机制，畅通劳动者诉求渠道，及时回应劳动者诉求。

发生劳动人事争议时，用人单位与劳动者应当积极进行沟通协商，协商达成一致的，应当签订书面和解协议。和解协议对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

第二十一条县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门与工会、用人单位代表组织协调配合，依法推动用人单位与劳动者就劳动报酬、工作条件、劳动定额、女职工特殊保护等开展集体协商，维护劳动者合法权益。

第二十二条 需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占用人单位劳动者总数百分之十以上的，用人单位制定裁减人员方案应当提前三十日向工会或者全体劳动者说明情况,听取工会或者劳动者的意见，并向有关人力资源社会保障行政部门报告。方案的内容应当包括拟采用的人员调整方案、劳动合同变更、解除或者终止以及重新签订办法等。

有关人力资源社会保障行政部门以及其他有关行政部门、工会、用人单位代表组织应当根据需要或者用人单位、劳动者的请求，及时给予指导帮助。

第二十三条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门负责本辖区内人力资源社会保障领域严重失信人名单的具体实施管理工作，发展改革等有关部门对人力资源社会保障领域严重失信人依法予以限制和惩戒。

第三章 调 解

第二十四条 自治区健全多层次劳动人事争议调解组织，建立有效的劳动人事争议调解解决机制。

下列调解组织依法调解劳动人事争议：

（一）用人单位劳动人事争议调解组织；

（二）人民调解组织；

（三）乡镇（街道）劳动人事争议调解组织；

（四）区域性、行业性劳动人事争议调解组织；

（五）其他依法设立的具有劳动人事争议调解职能的组织。

用人单位设立的劳动人事争议调解组织，可以调解本单位及其管理的单位发生的劳动人事争议。没有设立调解组织的小微型企业，可以由劳动者和企业共同推举人员开展调解工作。

第二款第一项、第三项和第四项所规定的调解组织为本条例所称的专业性劳动人事争议调解组织。

第二十五条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门应当会同地方总工会、用人单位代表组织等



单位推动专业性劳动人事争议调解组织建设。

专业性劳动人事争议调解组织设立和人员组成情况应当及时向有关人力资源社会保障行政部门备案。

第二十六条 专业性劳动人事争议调解组织履行下列职责：

（一）协助用人单位建立劳动人事争议预防预警机制；

（二）调解劳动人事争议；

（三）督促调解协议的履行；

（四）宣传劳动人事法律、法规和政策；

（五）聘任、管理调解员，并制作本组织调解员名册；

（六）法律、法规规定的其他职责。

第二十七条 专业性劳动人事争议调解组织根据实际需要配备专职调解员或者兼职调解员。调解员应当由公道正派、联系群众、热心调解工作，具有一定法律知识、政策水平和文化水平的成年公民担任。

第二十八条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门建立和管理劳动人事争议调解员库。鼓励专业性劳动人事争议调解组织根据需要从调解员库选择调解员开展调解工作。

县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门会同地方总工会、用人单位代表组织等单位负责劳动人事争议调解员的业务培训工作，共同指导专业性劳动人事争议调解组织开展调解工作。

第二十九条 发生劳动人事争议，当事人可以书面或者口头向调解组织申请调解，也可以由调解组织在征得双方当事人同意后主动开展调解。

第三十条 有下列情形之一的，调解组织应当终止调解：

（一）当事人自行和解；

（二）一方或者双方当事人拒绝或者退出调解；

（三）自调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议，且双方当事人又未同意延期，或者双方当事人同意延期但在期限内仍未达成调解协议；

（四）调解期间一方或者双方当事人申请劳动人事争议仲裁；

（五）存在无法继续调解的其他情形。

调解组织终止调解，应当通知双方当事人并予以记录，除前款第一项、第四项规定的情形外，还应当告知当事人可以依法申请劳动人事争议仲裁或者向有关部门投诉，并为申请仲裁的当事人提供指引和协助。仲裁委员会可以委托调解组织办理仲裁申请的收件工作。

第三十一条 经调解组织调解达成调解协议的，双方当事人认为有必要的，可以自调解协议生效之日起十五日内，共同向有管辖权的仲裁委员会提出仲裁审查申请；仲裁委员会受理后，经审查认为调解协议的形式和内容合法有效的，出具调解书。双方当事人也可以自调解协议生效之日起三十日内，共同向人民法院申请司法确认。

第四章 仲 裁

第一节 仲裁机构及仲裁员

第三十二条自治区人民政府按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则，可以决定在自治区、设区的市、县（市、区）、自由贸易试验区、开发区等区域设立仲裁委员会。仲裁委员会不按行政区划层层设立。

仲裁委员会由有关人力资源社会保障行政部门以及其他有关部门代表、军队文职人员工作管理部门代表、工会代表和用人单位代表等组成。

仲裁委员会下设劳动人事争议仲裁院，具体承担争议调解仲裁等日常工作。仲裁委员会可以根据案件处理需要，在其管辖区域内设立仲裁分院。

第三十三条仲裁委员会应当有专门仲裁场所，配备符合法定仲裁庭组成要求、满足案件处理需要的专职仲裁员以及记录、安保、案卷管理等辅助工作人员，配备仲裁所需要的专业设施、设备。

第三十四条仲裁委员会应当建立仲裁员名册,从符合法律规定的仲裁员条件的人员中聘任专职仲裁员或者兼职仲裁员。

第三十五条仲裁委员会依法聘任的兼职仲裁员在仲裁活动中享有和专职仲裁员同等权利，履行同等义务。兼职仲裁员进行仲裁活动，所在的单位应当予以支持。



第三十六条仲裁委员会裁决劳动人事争议案件应当组成仲裁庭，实行一案一庭制。仲裁庭由三名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动人事争议案件可以由一名仲裁员独任仲裁。仲裁庭应当配备书记员等办案辅助人员。

仲裁工作人员履行职责时应当统一着装，佩戴仲裁徽章。

第二节 仲裁管辖

第三十七条当事人申请劳动人事争议仲裁的，应当符合法定条件。

有下列情形之一，申请人基于同一事实、理由和仲裁请求又申请仲裁的，仲裁委员会不予受理：

（一）仲裁委员会已依法出具不予受理通知书；

（二）案件已经在仲裁、诉讼过程中或者调解书、裁决书、判决书已经发生法律效力；

（三）调解协议已经人民法院司法确认有效。

第三十八条劳动人事争议仲裁的管辖依照国家和自治区有关规定执行。

仲裁委员会应当公布其管辖范围。仲裁委员会之间因管辖权发生争议，应当进行协商；协商不成的，应当报请共同的上一级仲裁委员会主管部门指定管辖。

第三十九条当事人提出管辖异议的，应当在答辩期满前书面提出。

仲裁委员会应当在五个工作日内审查当事人提出的管辖异议，并作出决定。异议成立的，将案件移送至有管辖权的仲裁委员会并书面通知当事人；异议不成立的，应当书面决定驳回。

第三节 仲裁参加人

第四十条发生劳动人事争议的劳动者和用人单位为劳动人事争议仲裁案件的双方当事人。

劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

第四十一条未依法取得营业执照或者登记证书的用人单位分支机构与劳动者发生劳动争议的，以具有用工主体资格的用人单位为当事人。依法取得营业执照或者登记证书的用人单位分支机构与劳动者发生劳动争议的，以该分支机构为当事人，并可以根据案件处理需要，以该用人单位为共同当事人。

个体工商户为用人单位的，以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应当同时注明该字号经营者的基本信息。营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者与实际经营者为共同当事人。个体工商户注销登记或者被吊销营业执照的，以经营者为当事人。

第四十二条劳动者因工死亡的，其近亲属与用人单位发生的丧葬、抚恤、救济和补助等争议，劳动者的近亲属为当事人。

劳动者死亡前与用人单位发生的劳动报酬、经济补偿、赔偿金等争议，劳动者在申请仲裁前死亡的，其继承人可以作为当事人申请仲裁；劳动者在仲裁期间死亡的，仲裁委员会应当及时通知其继承人作为当事人参加仲裁。没有继承人或者继承人放弃仲裁权利的，仲裁终结。

第四十三条与劳动人事争议案件的处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加仲裁活动或者由仲裁委员会通知其参加仲裁活动。

经依法通知，第三人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，不影响案件的审理。

仲裁庭可以依法裁决第三人承担责任；第三人对仲裁裁决不服的，除法律另有规定外，可以依法向人民法院提起诉讼。

第四十四条当事人、法定代理人可以委托一至二名代理人参加仲裁活动。

下列人员可以被委托为仲裁代理人：

（一）律师、基层法律服务工作者；

（二）当事人的近亲属或者工作人员；



（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

前款第三项规定的仲裁代理人应当依照规定向仲裁委员会提交当事人所在社区、单位或者有关社会团体的推荐证明等相关材料。

第四节 仲裁程序

第四十五条申请人申请仲裁，仲裁申请书可以通过仲裁委员会指定的互联网渠道或者邮寄、传真等方式提交,也可以当面提交。

第四十六条仲裁委员会收到仲裁申请之日起五个工作日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动人事争议事项向人民法院提起诉讼。

第四十七条仲裁委员会处理劳动人事争议，应当坚持调解优先，引导当事人通过协商、调解方式解决争议。劳动者一方在十人以上并有共同请求的集体劳动人事争议、履行集体合同发生的劳动人事争议等重大劳动人事争议，仲裁委员会可以组织地方总工会、用人单位代表组织或者用人单位主管部门等有关方面代表参加仲裁调解活动，协助解决争议。

第四十八条承担举证责任的当事人应当在仲裁庭指定的期限内提供有关证据。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向仲裁庭申请延长期限，仲裁庭根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，仲裁庭应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，仲裁庭根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫。

第四十九条举证期限届满后，仲裁庭可以根据查明案件事实的需要，要求当事人在指定期限内补充提交证据并组织质证。对方当事人应当对补充提交的证据进行质证，无正当理由拒不质证的视为放弃质证权利。

第五十条仲裁委员会根据当事人申请或者审理案件需要，可以依法调查收集证据，也可以根据需要委托其他仲裁委员会或者其他单位调查取证。

仲裁委员会调查取证时，不得少于二人，并应当向被调查人出示工作证件和介绍信。仲裁委员会调查收集证据时，有关单位和个人应当予以协助配合，不得收取费用。

第五十一条当事人申请鉴定或者仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定机构进行鉴定，当事人没有约定或者无法达成约定的，由仲裁庭指定或者组织各方在具有资质的鉴定机构中随机确定。当事人申请鉴定，应在庭审结束前提出。

当事人申请鉴定的，鉴定费用由申请鉴定方先行垫付。仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，应当向当事人释明，并指定提出鉴定申请的期间；鉴定费用由对需要鉴定的待证事实负有举证责任的当事人先行垫付。当事人在指定期间内无正当理由不提出鉴定申请或者不先行垫付鉴定费用，致使待证事实无法查明的，应当依法承担不利后果。案件处理终结后，鉴定费用由鉴定结果对其不利方承担。鉴定结果不明确的，鉴定费用由申请鉴定方或者对需要鉴定的待证事实负有举证责任的当事人承担。劳动能力鉴定及职业病的鉴定费用承担按照国家和自治区有关规定处理。

当事人拒绝配合鉴定，应当依法承担不利后果。

第五十二条有下列情形之一的，经仲裁委员会主任或其委托的劳动人事争议仲裁院负责人批准，可中止劳动人事争议仲裁案件审理，并书面通知当事人：

（一）劳动者一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加仲裁；

（二）劳动者一方当事人丧失民事行为能力，尚未确定法定代理人参加仲裁；

（三）用人单位终止的，尚未确定权利义务承继者的；

（四）一方当事人因不可抗拒事由的，不能参加仲裁；

（五）案件审理需要以其他案件的审理结果为依据，且其他案件尚未审结；

（六）案件处理需要等待工伤认定、伤残等级鉴定以及其他鉴定结论；

（七）案件涉及法律适用问题，需要有解释权的机关作出解释或者确认；

（八）其他应当中止审理的情形。

中止审理的情形消除后，仲裁庭应当恢复审理。

第五十三条下列期间，不计入劳动人事争议仲裁案件审理期限：

（一）委托其他仲裁委员会或者其他单位调查取证的期间；

（二）处理当事人提出的管辖异议以及仲裁委员



会之间管辖权争议的期间；

（三）当事人申请庭外和解的期间；

（四）中止审理和公告送达的期间；

（五）其他依法不计入审理期限的期间。

第五十四条仲裁委员会送达仲裁文书可以依法采取直接送达、留置送达、委托送达、邮寄送达、电子送达、转交送达等方式。

第五十五条受送达人是军人的，通过其所在部队团以上单位的政治机关转交。

受送达人被依法限制人身自由的，仲裁委员会可以通过其所在看守所、监狱或者其他执法机关转交仲裁文书，有关单位应当予以配合。

代为转交的机关、单位收到仲裁文书后，应立即交受送达人签收，以送达回证上的签收日期为送达日期。

第五十六条经受送达人同意，仲裁委员会可以采用传真、电子邮件、短信、微信等能够确认其收悉的方式送达仲裁文书，但是仲裁调解书、仲裁裁决书除外。

采用前款方式送达的，以传真、电子邮件、短信、微信等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。

第五十七条因受送达人下落不明，或者以本条例第五十四条规定的方式无法送达的，可以通过设区的市级以上报刊或者仲裁委员会所在地政府及其人力资源社会保障行政部门网站、信息公众号等方式公告送达仲裁文书，自发出公告之日起经过六十日即可视为送达。

仲裁调解书不得采用公告方式送达。

第五十八条利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定在申请劳动人事争议仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。

仲裁过程中,当事人申请财产保全的，应当通过仲裁委员会向人民法院提交申请书以及仲裁案件受理通知书等相关材料。

第五十九条仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决；必要时可以根据案件审理需要询问各方当事人及其仲裁代理人并听取其意见。

第六十条仲裁参加人和其他人应当配合安全检查，禁止非法携带国家管制物品，易燃、易爆、有腐蚀性等危险物品，未经仲裁委员会允许的各种录音、录像、摄影器材等限制物品进入仲裁场所。

第六十一条仲裁参加人和其他人参加仲裁活动，不得有下列行为：

（一）干扰仲裁活动，违反仲裁庭纪律，以暴力、威胁或者其他方法阻碍仲裁工作人员执行职务；

（二）伪造、毁灭证据；

（三）故意损毁仲裁庭笔录等仲裁文书；

（四）对仲裁工作人员、当事人和其他仲裁参加人进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复；

（五）未经过准许录音、录像、摄影或者传播庭审活动；

（六）其他妨害仲裁活动的行为。

第五章 法律责任

第六十二条违反本条例规定的行为，法律、法规已有法律责任规定的，从其规定。

第六十三条仲裁参加人和其他人违反本条例第六十条规定，不配合安全检查的，仲裁委员会可以拒绝其进入仲裁场所；非法携带国家管制物品，易燃、易爆、有腐蚀性等危险物品，未经仲裁委员会允许的各种录音、录像、摄影器材等限制物品进入仲裁场所，构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十四条仲裁参加人和其他人违反本条例第六十一条规定的，仲裁委员会可以批评教育、责令改正；构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

第六十五条劳动人事争议调解员、仲裁员以及其他工作人员在劳动人事争议调解仲裁活动中，有下列行为之一的，视情节轻重，劳动人事争议调解组织或者仲裁委员会应当予以批评教育、解聘等处理；属于国家工作人员的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）与当事人串通，损害国家、集体或者第三人的合法权益；

（二）帮助当事人伪造、毁灭证据；

（三）私自收取费用，接受当事人及其代理人的财物或者其他利益；

（四）泄露在劳动人事争议调解、仲裁活动中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私；

（五）偏袒一方当事人或者侮辱当事人；

（六）其他滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的行为。

第六章 附 则

第六十六条本条例所称用人单位代表组织是指企业与企业家联合会、工商业联合会等。

第六十七条本条例自2021年7月1日起施行。

热点案例



01 绩效考核不合格，调岗不从遭开除！ZX证券被判赔偿员工180万

新闻简介（每经网）

周某于2012年入职ZX证券，担任研究部高级经理，工资标准为55000元/月。ZX证券主张周某2018年绩效考核不合格，因此将其调整至营业部。对此，周某不认可。ZX证券以周某拒绝到岗的行为系严重违反规章制度而解除劳动关系继而拒绝支付2016年、2017年“忠诚奖”和2018年年度绩效奖金。

律师点评

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第（二）项的规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

对于劳动者能否胜任工作的认定标准，不应当单凭单位的绩效考核结果来认定。本案中，ZX证券上诉主张对周某调岗的原因是周某2018年的年度绩效考核结果为不合格，但ZX证券并未提交公司员工年度绩效考核具体评分相关规章制度，根据其提交的周某2018年度《员工年度绩效考核结果确认单》，其中研究员考核分数、模拟组合收益得分、常规工作报告得分均无依据和制度来源。且周某亦明确表示不予认可该项考核结果。ZX证券提交的《同岗位员工工作对比》仅能证明员工之间的工作能力存在差异，亦不能证明周某年度绩效考核不合格。

因此ZX证券公司的调岗不具有合法性和合理性。企业滥用用工自主权，其不合理调岗的行为侵害了劳动者权益致使劳动者拒绝接受安排到岗工作的，不构成对单位规章制度的违反，劳动者拒绝到新岗位工作是劳动者应有的权利，用人单位以此为由解除劳动合同构成违法解除劳动合同，劳动者有权选择继续履行劳动合同或者解除劳动合同并要求用人单位支付赔偿金。

根据《ZX证券绩效考核制度》和ZX证券年度报告，ZX证券存在向员工发放忠诚奖的相关制度。结合周某提交的其与ZX证券相关领导的谈话录音可以看出，各方就忠诚奖进行了多次协商，可以推定ZX证券与周某存在关于忠诚奖的约定，且周某享有获得忠诚奖金的权利。此外，本案中忠诚奖金应属于工资的一部分。因此用人单位应支付欠发的工资。



02 男子入职3天索赔14万，“职业碰瓷”被罚5万元

新闻简介（光明网，广东省高级人民法院发布劳动争议十大典型案例）

2018年9月3日，康某入职某家具厂。2018年12月6日，康某以被违法解除劳动关系为由，请求家具厂支付赔偿金等近14万元。家具厂主张康某入职该工厂只有3天时间，实为“职业碰瓷”。经司法鉴定，康某持有的《计件工资确认书》中落款处“确认人：林某某（系家具厂负责人）”的形成时间，先于《计件工资确认书》中康某工作成果等内容。自2013年以来，康某在江西赣州、福建莆田、深圳、广州、东莞、惠州、中山、江门等地参与了近30件案件的诉讼。其中仅2018年，康某在中山地区劳动仲裁机构以及法院提起的诉讼达10件，涉及9个用人单位。

律师点评

《中华人民共和国劳动合同法》第三条规定：“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。”本案中，康某与用人单位签订劳动合同的行为是出于“碰瓷”谋利，无论是从《劳动合同法》还是《民法典》来看都不具备真实意图，其行为严重违反了《劳动合同法》诚实信用原则。同时，就其篡改重要证据这一行为，应依据《民事诉讼法》第一百一十一条诉讼参与人妨碍诉讼之规定，对其进行罚款、拘留，构成犯罪的应该依法追究刑事责任，以此来引导劳动者诚信诉讼。

03 员工为女儿结婚请假，未经批准擅自离岗被辞退

新闻简介（劳动报社）

徐X连于2015年5月进入上海CL餐饮设备有限公司工作，担任操作工岗位。2019年4月24日，徐X连以女儿结婚为由向CL公司提交请假日期为2019年4月24日至2019年5月7日的请假单后，当日离开公司。

2019年4月25日CL公司通过短信告知徐X连，因请假时间过长且无正当理由，公司不予批准。2019年5月6日CL公司通过短信告知徐X连，其旷工行为已经违反了员工手册的规定，达到了公司解除劳动合同的条件，希望其务必于2019年5月7日到公司面谈。2019年5月8日徐X连至CL公司上班，公司以其旷工行为达到了公司解除劳动合同的条件，主张解除劳动合同。

律师点评

一方面，尽管职工请假都需单位审核批准，但是对于不同的假期种类单位的批准权限也不一样。对于请病假、丧假等，用人单位只有形式上的审核权，只要符合条件的职工履行了合法的请假手续，用人单位就应当批准。对于请婚假、年休假、探亲假等，原则上只要符合条件的职工履行了合法的请假手续，用人单位也有安排的义务，但是双方可以协商合理的休假时间。对于请事假，用人单位可根据经营状况及劳动者的实际情况决定是否予以准假，但是如果员工确有正当的请假理由，用人单位也应当予以批准或按事假处理。

另一方面，职工对于工作有勤勉的义务，同时作为一个自然人、公民也有其他义务需要履行。当两者在时间安排上发生冲突时，用人单位应当统筹兼顾，作出合理安排。本案中，劳动者因子女结婚而提出的事假申请，虽符合一般人情常理，但在父母就子女结婚并不享有法定假期的情况下，用人单位对于劳动者因该事由提出的事假申请，享有根据本单位实际情况审核决定是否批准之用工管理权。

本案中，员工因女儿结婚而请休事假，虽系合理事由，但并非其法定义务。且CL公司对于未予批准徐X连请假之原由，已予以说明。从徐X连2019年4月24日请假未经批准就擅自离岗之事实、其有关2019年5月8日“等得烦了就走了”之自述看，徐X连不服从CL公司用工管理之行为明显。再结合徐X连所述的其女儿办婚礼之时间，徐X连在CL公司未批准其请假的情况下，自2019年4月24日起擅自离岗，至2019年5月8日到CL公司后又再次离开之行为，确有违劳动者应遵守的一般劳动纪律。CL公司主张徐X连存在旷工行为，且旷工时间已达到员工手册规定的解除劳动合同条件，确有依据。

因此，CL公司据此解除徐X连的劳动合同，不构成违法解除。



专题探讨



法定节假日加班工资及未休年休假工资是否适用一年时效？

案例来源：中国裁判文书网

案例简介

李X忠于2015年10月10日起在MR酒店厨房工作，担任厨师长职务。MR酒店每月据考勤表制作工资表，李X忠在财务室工资表上签字后，财务室现金发放李X忠工资，双方未签订劳动合同，MR酒店也未为李X忠缴纳社会保险。李X忠的月领取工资包含：标准工资10800元、工龄工资200元（工龄工资每年50元）、全勤工资100元，合计11100元。2019年10月的考勤表显示国庆节被安排休假1天，国庆法定假剩余2天、元旦1天，共计3天未休假，但未支付加班工资。MR酒店未安排李X忠2019年的年休假5天，也未发放年休假工资。疫情后酒店倒闭，通知李X忠自谋职业，后李X忠提起仲裁及诉公。

裁判结果

【一审】一审法院认为，原告提供的证据仅显示2019年10月休国庆假1天，没有提供其之前的考勤表或者证据来证明其假期未休情况，故被告应支付原告之后的法定假3天补差工资4552元（11000元/月÷21.75天×3天×3）；根据年休假可以跨1个年度安排的规定，被告应支付原告2019年未休带薪年休假5天工资7586元（11000元/月÷21.75天×5天×3）。

一审法院判决：“三、被告眉山市东坡MR大酒店有限公司支付原告李X忠法定假3天补差工资4552元；四、被告眉山市东坡MR大酒店有限公司支付原告李X忠2019年未休带薪年休假工资7586元”。

【二审】二审法院支持了一审法院的判决，驳回上诉，维持原判。

二审法院认为，李X忠所主张的其在法定节假日期间工资及应休未休年休假工资的问题，因该两种工资均为员工福利，该工资争议适用一年的普通仲裁时效，即从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算，李X忠请求的支付其已超过一年的法定节假日及应休未休年休假工资，因已超过仲裁时效，原判仅支持其2019年3天法定节假日工资及5天未休年休假工资并无不当。李X忠的该上诉请求不能成立，本院不予支持。

案例分析

根据《职工带薪年休假条例》第五条第二款规定：“年休假在一个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排……”，《企业职工带薪年休假实施办法》第十条规定：“用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的300%支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。用人单位安排职工休年休假，但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。”因此，上述规定首先说明年休假具有时效性；其次，上述规定说明未休年休假工资报酬中的200%的支付款不是劳动报酬，而是用人单位未安排年休假而应当承担的一种法定责任。因此，未休年休假工资引发的劳动争议，其仲裁时效不适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款“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……”之规定，而应当适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款“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”之规定。本案中，劳动者于2020年申请仲裁，故劳动者关于2015年度至2018年度期间法定节假日加班工资、未休年休假工资的主张已超过仲裁时效，不应得到支持。



经典判决



案件要旨

劳动者享有停止工作休息治病的权利，病休权是劳动者的合法权利，但亦应按照法律和用人单位合法制定的规章制度事先进行申请。用人单位有权根据生产经营需要对此作出审批，二者发生冲突时，从价值位阶来说，保障劳动者的病休权应居于优先地位，不能将未经流程审批等同于旷工解除劳动合同。在继续履行劳动合同时，用人单位应尊重劳动者工作以外的人格尊严和自由权利，不能陷入尚未恢复工作就预先判断其不能履行劳动合同的逻辑思维。

北京XXX信息技术有限公司与高某某劳动争议二审民事判决书

审理法院：北京市第二中级人民法院

案　　号：（2019）京02民终11084号

案　　由：劳动争议

裁判日期：2020年01月30日

上诉人（原审原告）：北京XX互联网信息技术有限公司

上诉人（原审被告）：高某某，女，汉族。

上诉人北京XX互联网信息技术有限公司（以下简称XX互联网公司）因与高某某劳动争议一案，不服北京市东城区人民法院(2019)京0101民初5075号民事判决，向本院提起上诉。本院立案后，依法组成合议庭，开庭进行了审理。上诉人XX互联网公司之委托诉讼代理人杨保全、赵儒，被上诉人高某某及其委托诉讼代理人石晨阳、张益先到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

XX互联网公司上诉请求：1. 判决XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为合法，双方的劳动合同自2018年9月6日起不再履行；2. 判决XX互联网公司不向高某某支付2018年6月26日至9月6日期间工资6089. 34元；3. 判决XX互联网公司不向高某某支付2018年9月7日至11月22日工资121939元。事实和理由：1. 高某某未按照XX互联网公司的规章制度履行请假手续，XX互联网公司发现高某某提交的病假条明显矛盾后，依据相关规定要求高某某提交完整的病假证明原件，但高某某既不上班，也不提交证明，XX互联网公司据此作出解除劳动合同决定，并不属于违法解除。2. 即便认为XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为违法，双方也无法继续履行劳动合同。首先，高某某的工作岗位为产品总监，系XX互联网公司产品部的最高负责人，也是唯一负责人，该岗位具有不可替代性和唯一性，目前该岗位已经被他人替代，且高某某已经离开该岗位14个月时间，故其本人及身体原因也无法继续履行。其次，高某某在劳动仲裁和一审法院均胜

诉的情况下，既未上班，也未提出要求XX互联网公司给其提供劳动条件的要求，消极等待仲裁和诉讼，使周期无限延长。再次，双方劳动合同于2019年4月12日已经届满，客观上双方也不具备继续履行劳动合同的基础，且高某某也未向XX互联网公司表示其要求回去工作。最后，高某某所患疾病为易性症，XX互联网公司的其他员工也表示无法与高某某一起工作。

高某某辩称：1. XX互联网公司与高某某解除劳动合同构成违法，双方应自2018年9月6日起继续履行劳动合同。2. XX互联网公司主张双方无法继续履行劳动合同的请求于法无据，从XX互联网公司向我方发送的函件中提及的自行配备保安、如厕问题等内容来看，其解除劳动合同的真正原因是性别歧视。3. 高某某自己到庭参加诉讼足以说明其本人完全具备履行劳动合同能力。4. 互联网的精神是包容、平等、非歧视，本案实际涉及特殊人群的工作问题。

高某某上诉请求：撤销一审判决第二项，改判XX互联网公司向高某某支付2018年6月26日期间至9月6日期间的工资39839元。事实和理由：1. 2018年6月26日至7月1日期间，高某某申请的是年休假，因此该期间的四个工作日应按照正常工资计算为9426元。2. XX互联网公司《员工手册》规定：医疗期内，年累计休病假天数在20天之内，病假期间工资按工资标准扣除相应病假时数40%的工资支付；年累计休病假天数大于20天，病假期间工资按当地最低工资标准的80%支付，根据上述规定，高某某2018年7月2日至7月27日期间的病假工资为28280元。3. 2018年7月28日至9月6日期间，高某某的病假工资计算为2133元。

XX互联网公司辩称：1. 高某某当庭增加的上诉请求金额超过了其上诉请求和一审法院的判决金额，程序上不应支持。2. 2018年6月26日至9月6日期间，高某某未到XX互联网公司上班，且未按照XX互联网公司的规章制度履行请假手续。3. 高某某提交的病假单与同一家医院出具的病休证明存在矛盾，XX互联网公司要求高某某提交原件核实，但高某某既未提交，也未作出合理说明，该期间应认定为旷工。4. 根据XX互联网公司的规定，累计病休天数大于20天的，应按照北京市最低工资的80%支付病假工资。

XX互联网公司向一审法院起诉请求：1. 确认XX互联网公司与高某某之间的劳动合同于2018年9月6日解除；2. 不支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资14537. 3元；3. 不支付高某某2018年9月7日至11月22日工资121939元。

一审法院认定事实：2015年4月13日，高某某入职XX互联网公司，担任技术部产品总监，双方签订两份劳动合同，最后一份劳动合同到期日为2019年4月12日。XX互联网公司的计薪周期为上月26日至本月25日期间，每月5日发放上个月工资，高某某的月薪为51259元。高某某于2018年6月27日起未再出勤，XX互联网公司自2018年6月26日起未再向高某某支付工资。

关于未出勤原因，高某某主张其于2018年4月16日经上海市精神卫生中心诊断为易性症，需要进行男转女性别重置及手术，故于2018年6月27日通过微信向主管领导李某某请病假，并于同日进入第二军医大学附属长征医院住院手术。2018年7月19日，高某某出院，出院记录中记载“出院医嘱：建议休息一个月”。同日，第二军医大学附属长征医院出具病情证明单，建议术后全休贰月。高某某就此提交了2018年7月17日和7月20日向主管李某某请假的微信聊天记录截屏，显示7月17日高某某告知李某某：“这两天和医生讨论这周或者下周可以出院；但是出院后，还不能像正常人一样走路坐着，还只能在家里修养；出院后，如果海涛同意，我需要申请在家办公一段时间”。李某某回复：“某某你好好休养，觉得能恢复工作时通知我”。7月20日，高某某向李某某申请在家办公一个月，李某某回复“某某，你把病情的医院证明发给HR和我。产品工作需要很多当面沟通，如果你病假要很多修养时间，我建议你就再休一个月病假”。

关于请假流程，高某某提交的办公系统资料显示：2018年7月25日，高某某通过办公系统提出请假申请，显示请假类别为“年假”，休假日期为“2018年6月28日至6月29日合计12小时”，请假原因为“手术”。7月30日，总裁办直属领导签批“同意”，8月7日，员工关系管理员意见为“不同意”，理由为“建议用1天的年假代替倒休时长，这样您之前发放的工资无问题，若您选择用年假替换，建议您在备注上告知，且请假时间更改为6月28日14:30-18：30。6月29日的假更换成其他假单类型”。2018年7月25日，高某某同时提交另一张请假申请单，显示休假日期为“2018年7月2日至7月25日合计144小时”，请假原因为“手术”，附件“出院证照片”，出院证中的“诊断”栏内容及“今后注意事项”栏第2点有人为遮挡，“今后注意事项”栏第3点记载“建议休息一个月”。7月30日，总裁办直属领导李某某签批“同意”，8月7日，员工关系管理员意见为“不同意”，理由为“因根据病假条无法判定为因病休假，故请提供内容明确的假条。提供最新的假条后，直接提交即可。”2018年8月21日，高某某再次通过OA系统提出病假申请单，显示休假日期为“2018年7月26日至8月24日合计176小时”，请假原因为“手术”，附件“2018年7月19日第二军医大学附属长征医院出具的病情证明单：病情及诊断：易性症，目前已完成转性手术；3. 建议全休贰月。”。同日，总裁办直属领导李某某签批“同意”，8月23日员工关系管理员向白某某发出意见征询，白某某于9月17日回复，未显



示审批同意。

XX互联网公司主张高某某的休假申请未按照该公司制度进行预先请假，且提交的假条有遮挡无法判断为病假，病情证明单与出院证记载休息时间不一致，应以出院医生建议为准，故未批准高某某的休假申请。高某某对XX互联网公司的上述主张不予认可。一审法院向上海市精神卫生中心调查核实，高某某在该院的诊断证明真实，主治医生答复：如病人随后进行性别置换手术可根据手术情况休病假。一审法院又向出具病情证明单的第二军医大学附属长征医院整形美容科副主任医师核实，按照高某某的手术情况，其术后休假时间应以病情证明单记载为准。

关于请假制度，XX互联网公司提交了公证书及2016年修订版《员工手册》及有高某某签收的《员工手册》发放回执和阅读声明，主张根据公司规定，“员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，请假最小时间单位为0．5天，经部门领导批准后生效。请假在1个工作日（含）以内，由直属上级批准；请假在3个工作日（含）以内，由部门两级批准；请假在3个工作日以上，由部门长批准；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假，但必须在请假日发生的薪资月最后结算日提交《请假单》报批。除产假、病假以外的其他假期一次性累计休假不得超过10个工作日。超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理。员工申请病假，需要提交相关病历证明。请假超过一天的需要医保指定医院开具的诊断建议书、病历本、药费清单等。病假期间工资支付：医疗期内，年累计休病假天数在20天之内，病假期间工资按工资标准扣除相应病假时数40%的工资支付；年累计休病假天数大于20天，病假期间工资按当地最低工资标准的80%支付（员工工作所在地法律法规另有规定的，按当地法律法规执行）。医疗期以外，按无薪假处理”。高某某认可其签收了该版《员工手册》，但主张该版《员工手册》的修订未经过民主程序。XX互联网公司主张《员工手册》在劳动合同法实施之前就有，2016年只是进行了修订，请假制度相关内容并未修改，但XX互联网公司未提交该《员工手册》经过民主程序制订或修订的相关证据。

双方均认可XX互联网公司的请假流程需在办公系统提交请假申请，由主管领导和员工关系管理员审批通过后，才视为请假。但高某某主张该流程实际上并未严格执行，员工可以事后补办请假手续，并提交了XX互联网公司人力资源部2018年7月-9月发送给全体员工的考勤通知邮件，证明在薪资结算周期内可以补交请假手续，邮件中要求于当月薪资结算周期结束前确保请假流程完结，并提示如超过“系统线上是无法发起请假的奥～需要小伙伴们走线下纸质签批流程”。XX互联网公司认可邮件的真实性，但不认可关联性，主张邮件针对的是未打卡的补签审批流程。

2018年8月15日，XX互联网公司以EMS的方式向高某某“北京市昌平区”的地址邮寄了提交请假证明原件通知书，要求高某某于2018年8月20日之前反馈有效病假证明原件，查询记录显示8月16日北京市本人收。XX互联网公司提交高某某的微信朋友圈截图，以证明高某某2018年8月中旬在上海、9月中旬去泰国旅游，说明其病情并不严重，可以履行请假手续。高某某不认可收到提交请假证明原件通知书，但认可微信朋友圈截图的真实性，主张其去上海是进行复诊，去泰国是为了病

情康复，并提供了8月15日上海长征医院支付相关费用的记录截图予以证明，信用卡对账单显示8月16日在上海有支付记录。XX互联网公司不认可信用卡对账单的真实性，认可微信支付记录截图的真实性。

2018年8月27日，XX互联网公司向高某某邮寄返岗通知书，邮寄地址为北京市昌平区，查询记录显示8月29日他人收，高某某主张未收到该通知书。2018年9月6日，XX互联网公司向高某某邮寄了解除劳动合同通知书，因其“自2018年7月2日至今连续旷工，公司通知您于2018年8月31日前返回公司上班，您也未按时返岗”，解除与其的劳动合同，邮寄地址同样为北京市昌平区。高某某主张上述地址自2017年年中已不再居住，快递员投递未果打电话联系，其要求快递员变更地址重新投递后才收到该解除通知书。

2018年11月22日，高某某向北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求XX互联网公司：1. 撤销解除劳动合同通知书，继续履行劳动合同；2. 支付2018年6月26日至9月6日期间工资123706元；3. 支付2018年9月7日至11月22日工资121939元。2019年2月12日，北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出京东劳人仲字[2019]第470号裁决书，裁决：1. 撤销《解除劳动合同通知书》，双方于2018年9月6日起继续履行2017年4月13日签订的劳动合同；2. XX互联网公司支付高某某2018年6月26日至9月6日工资14537. 3元；3. XX互联网公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资121939元；4. 驳回高某某的其他申请请求。

一审法院认为，劳动者享有休息休假的权利。为了保护劳动者所享有的劳动权利和在患病医疗期间的合法权益，《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》均对用人单位的单方解除权做了限制规定。考虑到用工管理的实际情况，劳动者因病不能到岗必然影响用人单位的正常工作安排，故用人单位均以内部规章制度的形式对劳动者请休病假进行规定。在保障劳动者就医和休假权的同时，加强对劳动者任意请休病假的约束，保障用人单位良好的工作秩序，是制定内部请休假制度的首要目的，但在实际操作过程中，对劳动者请休病假的审批和许可也应进行个案考虑，如审查过于机械化，不考量劳动者所患疾病的特殊性，则反倒不利于劳动者合法权益的保护。何种情况可认定为病假，实践中有两种观点。一种观点采事实说，认为病假应以劳动者事实上有疾病且持有医院诊断证明为准，即使劳动者的事前请假手续存在瑕疵，事后向用人单位告知并提交相关手续亦可；另一种观点采规范说，认为请休病假必须有患病的事实且需严格履行用人单位的请假手续，否则均视为未履行请假手续，不属于病假。本案的争议焦点即集中于此，细分有三：第一、高某某因病手术情况是否属于可申请休病假事项；第二、如高某某可申请休病假，其请假手续是否符合XX互联网公司的内部规章制度；第三、如高某某的请假手续存在瑕疵，XX互联网公司是否可以其未履行请假手续属于旷工为由解除双方劳动合同。关于第一个争议焦点，高某某因易性症而选择手术治疗，并持有医院出具的诊断证明和休假建议，且经法院向参与高某某诊疗的医院进行核实，其诊断证明和休假证明均真实有效，故高某某的手术属于可以请休病假的情形，但仍需按照公司规定履行请休病假的手续并获得批准，以享受病假相关待遇。关于第二个争议焦点，XX互联网公司的《员工手册》规定病假需提前申请，因突发事件不能提前填写《请假单》者，可事后补交请假手续。该《员工手册》通过办公系统公示发布且高某某亦在签订劳动合同同时签收，故法院推定高某某理应知晓公司的请假流程。本案中，高某某的病情并非突发疾病，是否需要进行手术系高某某经过慎重考虑后作出的选择，故高某某应该提前履行请假手续，但高某某并未提前履行线上请假手续，而是通过口头告知的形式，在手术前通过微信告知其直接领导，手术后也是通过微信与该直接领导沟通术后恢复所需时间及仍需请病假的情况。故根据XX互联网公司的规章制度，高某某的请假程序明显存在瑕疵。关于第三个争议焦点，高某某虽然未及时履行线上请假手续，但其手术前、后均向其主管领导口头请假，应视为其已告知用人单位请休病假事宜。作为用人单位的管理者，主管领导明确表示同意高某某休假，应视为代表用人单位行使用工管理权；同时亦说明其工作部门已预见到高某某因病不能上班的事实，并因此对相关工作进行了安排，高某某的请假未对公司工作安排造成影响。事后高某某亦通过办公系统提交休假申请、补交病假材料。但XX互联网公司人事主管部门在未查证病假和病情的情况下，直接未通过高某某的休假申请，属于用工管理权行使不当。综上，高某某的请假行为虽在形式上存在瑕疵，但可认为事实上已履行了请假手续。考虑到疾病的多样性和学界、大众对疾病认知的不断发展变化，以及个体差异性，用人单位在审批劳动者请休病假时亦应考虑个体因素，不能一概而论。高某某所患疾病属于精神类疾病中的一类，关于此种疾病的精神病学界认知尚不统一，遑论社会普及程度，与劳动者具有密切人身依附关系的用人单位则更应给予理解和关怀。同时，高某某的病情亦具有特殊性和私密性，从诊断到手术再到康复和社会复归，都需要一定的康复时间社会适应过程，故高某某术前希望对病情保密，请假时仅向其直接领导口头告知，并在提交病假材料时对隐私部分进行处理，系出于自我保护的本

能行为，不应严加苛责。XX互联网公司收到高某某的请假材料后，除查看病假材料本身也应在发现与常有异时积极行使用工管理权，向其直接领导了解情况，而非简单线上拒绝审批。高某某术后从事相关社会活动，是其接触社会适应角色转换的必经过程，且发生在病假期间，对于此种行为，用人单位应在核实清楚具体情况的基础上给予更多包容。经法院向诊疗医院核实，医院建议的休假时间除了考虑手术伤口的恢复情况外，亦考虑到患者身份转变需要办理相关手续和重新适应社会，故不能仅以高某某具备独立活动能力就认为其应当回到术前的办公环境中立即工作。综合考虑高某某的特殊疾病类型，及其口头请假未给XX互联网公司工作和管理秩序造成混乱的情况，法院认为XX互联网公司仅以人力资源未通过高某某的病假审核就直接认定高某某未履行请假手续属于旷工，缺乏合理性。因用人单位作出的解除劳动合同决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。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协商确定。本案中XX互联网公司据以作出与高某某解除劳动合同的依据为其公司《员工手册2016版》，但其并未提交该版员工手册修订经过民主程序的相关证据，故XX互联网公司据此解除与高某某的劳动合同，在程序上存在瑕疵。综上所述，XX互联网公司的解除决定，无论实体上还是程序上均有瑕疵，该解除不符合法律规定，属于违法解除劳动合同。高某某要求继续履行与XX互联网公司的劳动合同，合法有据，予以支持。因XX互联网公司违法解除双方劳动关系，致使高某某无法继续为其提供劳动，故应按照正常工作期间工资标准支付高某某2018年9月7日至11月22日期间的工资，高某某主张的该期间工资数额不高于法院核算标准，法院对仲裁该项裁决结果予以确认。高某某向XX互联网公司申请2018年6月28日至6月29日休年假未获批准，其于2018年6月27日住院治疗，故法院确认其自6月27日至9月6日期间处于休病假期间，应按病假工资标准享受相关待遇。2018年6月26日高某某正常出勤，应正常支付工资。判决：一、确认北京XX互联网信息技术有限公司与高某某自2018年9月6日起继续履行劳动合同；二、自判决生效之日起7日内，北京XX互联网信息技术有限公司支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资6089．34元；三、自判决生效之日起7日内，北京XX互联网信息技术有限公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资121939元；四、驳回北京XX互联网信息技术有限公司的其他诉讼请求。

二审中，XX互联网公司新提交如下证据：1．崔某某的劳动合同书、劳动合同变更协议、办公系统中崔某某的岗位截图，用以证明产品总监的岗位具有不可替代性及唯一性，且该职位目前已由崔某某担任，客观上不具备与高某某继续履行劳动合同的可能性。2．员工邮件截图，用以证明多位同事表达了自己对高某某继续履行劳动合同后的担忧，包含工作层面、心理层面及生理层面等各个方面。3．2008版《员工手册》（2007年12月29日修订执行）、2010版《员工手册》、2012版《员工手册》、2014版《员工手册》、2015版《员工手册》，用以证明XX互联网公司自2007年起便已实施员工手册，且对于突发事件的请假流程实行双轨制管理，未完成请假流程擅自不到岗按照旷工处理。高某某不认可崔某某的劳动合同书、劳动合同变更协议、办公



系统中崔某某的岗位截图这三份证据的证明效力，并主张按照上述三份证据所显示的内容，XX互联网公司在与高某某解除劳动合同前的2018年9月4日即已将高某某的岗位安排给崔某某；认为员工邮件截图的真实性存疑，且涉嫌对员工的诱导和对高某某的就业歧视；认为各版员工手册的真实性存疑。

高某某新提交如下证据：1. XX互联网公司于2019年7月22日向高某某发送的函件，用以证明XX互联网公司与其解除劳动合同的原因是就业歧视。上述函件载明："高某某先生，您好！XX互联网就北京市东城区人民法院做出的一审判决，准备提请上诉。考虑到法院在劳动仲裁案件中，通常支持员工利益，当当同期在做您返岗的准备工作。近期国航航班，发生了精神病员工严重侵害正常人合法权利情况，当当在做安排您返岗时，同时需考虑公司近千名员工的合法权利。因此，公司在您返岗之前，与您沟通以下问题并听取您的解决方案：1. 关于当当其他员工安全工作环境的问题。您作为精神病人，享有精神病人的权利。当当作为雇主，需要保护全体员工的合法、正当权利。这种权利的体现，不仅仅是精神病人发作时其他员工不受侵害，还要包括其他员工不在恐惧、不安、伦理尴尬的状态下安心工作。为了安全环境，您自行配备安保人员？还是您作为精神病患者，请人力资源和社会保障局介入？请提出方案。2. 关于如厕问题。公司就该问题征求了员工的意见，女同事坚决反对您使用女厕所，男同事反对您使用男厕所。过往，公司在支持残疾人就业方面，如办公环境、如厕条件，做了很多努力。变性人如厕，如何做到、并尊重和保护其他员工的权利及意愿，请您及您的律师提供方案。这些问题请您和你律师深入思考，即便您不选择在当当继续工作，在其他工作环境，您和您的律师，都需要解决变性、精神病患这些具体工作问题。另外，在向北京市第二中级人民法院上诉的同时，公司会提请北京市人力资源和社会保障局及法院考虑以下几个问题：一、东城区劳动仲裁委及东城区人民法院未公平、公正考量员工和公司双方面的证据。二、是什么力量？让东城区劳动仲裁委、东城区人民法院如此裁决？公司会提请劳动局、司法局巡视组就劳动仲裁、一审程序中实体及程序审理是否正确、仲裁员及法官是否有不当行为，做出回答。公司亦会通过东城区人民政协'社情民意'提请东城区相应委、办、局进行了解。三、北京市政协委员、XX互联网董事长俞渝女士，将提请北京市政协'社会和法制委员'就本案的审理、二审进行监督，切实保障XX互联网其他员工权利。"2. 第二军医大学第二附属医院2019年9月27日的出院小结，用以证明其具备继续履行劳动合同的身体条件。上述出院小结载明："入院日期：2019-09-16，出院日期：2019-09-27；出院时情况：现患者一般情况良好，体温正常，伤口愈合良好，无红肿渗出。"XX互联网公司对



2019年7月22日所发送函件的真实性认可，但主张并非公开信息，发送函件的原因是：一审法院判决之后，XX互联网公司已经在准备高某某的返岗工作，但就工作和生活的安排存在正常顾虑。针对高某某提交的第二军医大学第二附属医院2019年9月27日的出院小结，XX互联网公司发表质证意见如下：此前没有见过，自2018年到现在可以看出她的身体状态还不是很良好，手术还没有做完，不适宜从事互联网公司高强度的劳动，对高某某本人的身体恢复也不是很好。

本院对一审法院查明的事实予以确认。本院补充查明：XX互联网公司提交的2008、2010、2012、2014、2015及2016版《员工手册》均载有："员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，经批准后生效。请假在1个工作日（含）以内，由直属上级批准；请假在3个工作日（含）以内，由部门两级批准；请假在3个工作日以上，由部门长批准；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假；立即解聘：包括但不限于以下原因：连续旷工3日（含）以上，或3个月内累计旷工6日（含）以上。"2008、2012版《员工手册》未见"超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理"的规定，2010、2014、2015及2016版《员工手册》则均有该规定。本院询问XX互联网公司是否有其他岗位为高某某安排，XX互联网公司称可以商量，但高某某本人不一定愿意。本院询问高某某是否愿意接受新的岗位，高某某称其可以接受崔某某原任的UED岗位或者其他岗位，但不同意降低原岗位的薪资和待遇。关于如厕问题，XX互联网公司称该问题并非提供设备设施就可以解决，而是其他同事心理上的问题。另，XX互联网公司称该公司并未建立工会，高某某称不

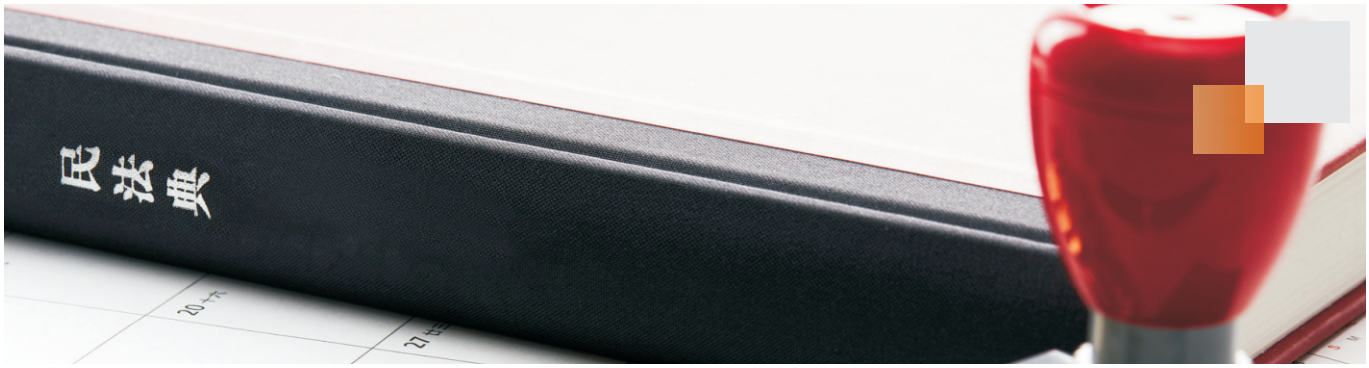
清楚XX互联网公司是否建立有工会，但主张即便XX互联网公司未建立工会，也应当履行通知街道工会的义务。

本院认为，本案中，XX互联网公司于2018年9月6日以高某某“自2018年7月2日至今连续旷工”为由作出了解除劳动合同的决定；高某某则认为2018年7月2日至2018年9月6日期间因患易性症进行治疗，属于病假期间，其并不构成旷工，XX互联网公司解除劳动合同的真正原因是就业歧视，并主张XX互联网公司属于违法解除劳动合同，要求继续履行劳动合同以及支付2018年6月26日至11月22日期间的工资；XX互联网公司又以高某某的工作岗位具有不可替代性和唯一性、高某某离岗时间较长、身体原因不能适应XX互联网公司的工作强度、XX互联网公司的员工表示无法与高某某一起工作、劳动合同于2019年4月12日届满等为由上诉要求改判无需继续履行劳动合同。据此，XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法、双方订立的劳动合同是否应当继续履行、XX互联网公司是否应当支付高某某2018年6月26日至11月22日期间的工资以及上述期间的工资标准应当如何认定系本案的三个争议焦点。本院针对三个争议焦点逐一分析如下：

一、关于XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法。本院认为，判断XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为是否违法，需要厘清以下三个方面的问题：一是XX互联网公司与高某某解除劳动合同是否具备劳动规章制度方面的依据；二是XX互联网公司是否履行了法律规定的解除劳动合同程序；三是XX互联网公司关于高某某存在旷工行为的主张是否成立。

1. 关于XX互联网公司与高某某解除劳动合同是否具备劳动规章制度方面的依据。XX互联网公司提交的各版《员工手册》中均载有“连续旷工3日（含）以上，或3个月内累计旷工6日（含）以上，可立即解聘”的规定，XX互联网公司虽未就此提交系经《中华人民共和国劳动合同法》第四条所规定的民主程序制定的证据，但XX互联网公司的上述规定自2007年12月29日即已实施至今，且不得无故旷工系劳动者应当遵守的基本劳动纪律，由此可见XX互联网公司以劳动者连续旷工3日以上或累计旷工6日以上为由作出解除劳动合同决定具有劳动规章制度方面的依据。关于非因突发事件未预先请假是否能按旷工处理的争议，XX互联网公司所提交的各版《员工手册》中均载有“员工请假需提前申请，并提交相关休假证明，经批准后生效；因突发事件不能提前填写《请假单》者，需与直属上级联系，口头请假”的规定，由此可见预先请假制度系XX互联网公司的劳动规章制度的明确规定，且该规定在《中华人民共和国劳动合同法》实施前的2007年12月29日即已实施，故高某某以未经民主程序制定为由主张上述规定无效的主张，本院不予采纳，因此XX互联网公司所设置的预先请假制度具有劳动规章制度的效力依据，但本院并不能就此推断出“非因突发事件未预先请假=旷工”的结论，理由有四：一是在XX互联网公司未就“突发事件”作出明确界定的情况下，可能导致劳动者在执行请假制度方面存在困惑；二是XX互联网公司并未就“非因突发事件未预先请假=旷工”作出明确规定；三是XX互联网公司并未就提前几日请假才为“预先请假”作出明确界定；四是即便XX互联网公司欲作出“非因突发事件未预先请假=旷工”的规定，也要经过民主程序的审查，且需符合劳动关系管理的“合情”、“合理”之要求。关于未完成审批流程不到岗能否按旷工处理的争议，XX互联网公司提交的2010、2014、2015及2016版《员工手册》虽有“超出上述假期天数的休假申请需逐级报总裁特批，未完成审批流程擅自不到岗的按旷工处理”之规定，但上述版本的《员工手册》均实施于《中华人民共和国劳动合同法》实施后，XX互联网公司的2008、2012版《员工手册》均未见上述规定，考虑到该规定在未就“未完成审批流程”的原因作出区分的情况下，将未完成审批流程不到岗一律等同于旷工具有较大的争议，本院认为高某某就此提出的未经民主程序制定的质疑具有合理性，故上述规定不能作为解除劳动合同的依据。

2. 关于XX互联网公司是否履行了法律规定的解除劳动合同程序，本院认为审查要点有二：一是XX互联网公司是否将解除劳动合同决定向劳动者进行了送达，二是XX互联网公司是否履行了在解除劳动合同前通知工会的程序。本案中，XX互联网公司依据双方订立的《劳动合同书》中载明的高某某地址送达了解除劳动合同通知书，高某某虽主张其上述地址已经变更，其要求快递员变更地址重新投递后才收到该解除劳动合同通知书，但双方订立的《劳动合同书》中已经明确约定“《劳动合同书》中载明的地址为双方认定的有效送达地址，任何一方送达地址变更，应在变更当日以书面形式通知对方，否则怠于通知的一方承担相应不利法律后果”，现高某某未提供证据证明在劳动合同履行期间将送达地址变更以书面形式通知了XX互联网公司，故XX互联网公司依据《劳动合同书》载明的高某某地址作为解除劳动合同通知书的送达地址，并无不当，XX互联网公司已经履行了将解除劳动合同通知书向高某某送达的事实，本院予以确认。《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条规定：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。高某某据此主张XX互联网公司在解除劳动合同时未履行通知工会的法定义务，但XX互联网公司以该公司并未建立工会为由进行抗辩，高某某又主张即便XX互联网公司未建立工会，XX互联网公司亦应当履行通知街道工会的义务。鉴于《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条并未就用人单位未建立工会的情况下，是否应履行通知街



道工会作出明确规定，本院对高某某关于XX互联网公司在解除劳动合同时未履行通知街道工会即构成违法的主张，不予采信。

3. 关于XX互联网公司所主张的高某某存在旷工行为，本院认为需要从以下四个方面进行分析：一是高某某因易性症进行性别重置手术，但未履行预先请假手续是否具有合理理由；二是高某某于2018年7月25日提交的病假条存在人为遮挡是否具有合理理由；三是高某某提交的出院证与病情证明单所载建议休息期间不一致能否发生请病假的效力；四是高某某在病假期间前往上海和泰国的行为是否违背诚实信用原则。首先，高某某所患的易性症是一种少见的性别身份认同障碍，属于精神类疾病。根据原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017年版）》之规定，进行性别重置手术的手术对象应当满足的条件包括对性别重置的要求至少持续5年以上且无反复过程，术前接受心理、精神治疗1年以上且无效等。由此可见，在术前接受心理、精神治疗1年以上且无效的情况下，选择继续进行心理治疗还是做性别重置手术对于高某某而言无疑是一个重大的人生抉择，故高某某关于“医生曾告知其做手术前最后一刻都可以反悔”的陈述具有合理性，因此即便是否进行性别重置手术系来自于高某某的主观抉择，但抉择的确定时间只能来自于其做手术前的最后一刻，这与进行普通常规手术具有极大不同。由此，虽然高某某选择进行性别置换手术并非突发事件，但私密性和抉择的难以确定性，决定了高某某选择手术当天向主管领导口头请假，并于事后申请线上审批的行为符合一般人的逻辑和认知，其行为具有合理性。其次，XX互联网公司主张高某某于2018年7月25日提交的出院证存在人为遮挡导致无法完成病假审批流程，高某某则解释称其之所以将出院证中“诊断”栏内容及“今后注意事项”栏第2点遮挡，系基于其心理上还不想让他人知道其进行了性别置换手术。考虑到大众对性别置换的认知和接受程度，以及高某某在性别置换手术后所需要的心理调适过程，本院认为高某某的解释具有一定的合理性，且高某某在XX互联网公司提出质疑后亦补交了未加任何遮挡的病情证明单，XX互联网公司在解除劳动合同前已经充分了解了高某某申请病假的原因，其作为用人单位的知情权已经得到实现。第三，高某某提交的出院证所载建议休息时间为一个月，病情证明单所载建议休息时间为贰个月，上述两份证明的建议休息时间明显不一致，但经一审法院核实，上述两份证明均真实有效，且医师明确答复术后休息时间应以病情证明单记载为准，XX互联网公司虽对此提出质疑，但从高某某所进行的性别置换手术的难度和所产生的影响来看，本院认为病情证明单所载明的休息贰个月更有利于保障高某某的身心恢复，故本院对病情证明单的效力予以采纳。第四，高某某的微信朋友圈显示其2018年8月中旬在上海，9月中旬在泰国，XX互联网公司据此主张高某某所休病假不具有合理性，高某某则解释称其去上海系进行复诊，去泰国是为了病情康复。对此，本院认为劳动者在病假期间应恪守诚实信用原则，遵医嘱以恢复身体健康为目的安排自己在病假期间的行为。考虑到高某某已就其2018年8月中旬在上海进行复诊提供了支付相关费用的证据，以及泰国与性别置换手术的密切相关性，本院认为高某某在病假期间的行为并未违背诚实信用原则，属于遵医嘱以恢复身体健康为目的而安排的行为。据此，XX互联网公司关于高某某存在旷工行为的主张，本院不予采信。

综上，高某某并不存在旷工行为，且XX互联网公司与高某某解除劳动合同的劳动规章制度依据亦不充分，一审法院认定XX互联网公司与高某某解除劳动合同的行为不符合法律规定，并无不当，本院予以确认。

二、关于XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否应继续履行。本院认为，判断XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否应继续履行，需要厘清以下两个方面的问题：一是XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否具备继续履行条件；二是XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否应于2019年4月12日到期终止。

1. 关于XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否具备继续履行条件。XX互联网公司认为高某某所担任的产品总监一职具有不可替代性和唯一性，且该岗位已被案外人崔某某替代，并据此主张劳动合同不能继续履行。高某某则对其所担任的产品总监一职被崔某某替代

的事实不予认可，但主张即使其岗位被崔某某替代，其亦可以接受崔某某原任的UED岗位或者其他岗位。本院询问XX互联网公司是否有其他岗位为高某某安排，XX互联网公司称可以商量。据此，虽然高某某所担任的产品总监已被崔某某替代，但在高某某同意接受其他岗位，XX互联网公司亦同意商量的情况下，对于XX互联网以高某某的岗位已被他人替代为由主张劳动合同不能继续履行的主张，本院不予采信。XX互联网公司又认为高某某的身体条件不能适应互联网公司的劳动强度，继续履行劳动合同也不利于高某某的身体恢复，高某某则提交出院小结等证据证实其身体条件完全可以开展工作，其只有更加坚强的面对现实才能更好的恢复。经本院询问，XX互联网公司明确表示高某某原担任的产品总监岗位亦与性别无关。对此，本院认为现有证据并不能证实高某某进行性别置换手术后不能适应XX互联网公司的工作强度，高某某究竟能否适应XX互联网公司安排的工作需要双方继续履行劳动合同后才能判断，而不能陷入高某某尚未恢复工作就预先判断其不能履行劳动合同的逻辑思维。XX互联网公司还认为继续履行劳动合同会涉及到高某某的如厕等生理问题以及其他同事心理上的不适问题。对此，本院认为，有关公安机关已经依据公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》将高某某的性别由男性更改为女性，高某某即有权以女性的身份进行如厕，其他同事也应当接受高某某的新性别，以包容的心态与其共事。

2. 关于XX互联网公司与高某某订立的劳动合同是否应于2019年4月12日到期终止。根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条之规定，连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。本案中，XX互联网公司在第二次劳动合同履行期间违法解除劳动合同，在北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会裁决双方继续履行劳动合同后，XX互联网公司仍坚持起诉不同意继续履行劳动合同，导致双方第二次订立的劳动合同在一审法院审理期间到期。鉴于该份劳动合同到期时双方是否应继续履行劳动合同仍处于不确定状态，导致高某某无法在该份劳动合同到期前行使要求续订、订立劳动合同的权利，XX互联网公司亦未明确通知高某某要到期终止该份劳动合同，故XX互联网公司以双方订立的第二份劳动合同于2019年4月12日在诉讼中到期为由主张劳动合同到期终止，于法无据，本院不予支持。

综上，XX互联网公司与高某某订立的劳动合同并非已经不能继续履行，XX互联网公司与高某某订立的劳动合同亦未于2019年4月12日到期终止，对XX互联网公司不同意与高某某继续履行劳动合同的上诉请求，本院不予支持。同时需要指出的是，XX互联网公司与高某某的第二份劳动合同到期后，双方续订劳动合同的，可就高某某的岗位和薪酬待遇进行重新协商，根据“薪随岗变”的原则，高某某要求原岗位和薪资不得降低的理由不能成立，但XX互联网公司亦应当尽可能根据高某某的能力和体能为其安排相近岗位，不得滥用“薪随岗变”的原则极大幅度降低其薪酬待遇。

三、关于XX互联网公司是否应当支付高某某2018年6月26日至11月22日期间的工资以及上述期间的工资标准应当如何认定。本院认为，上述期间的工资支付争议应以劳动合同解除之日即2018年9月6日作为节点分别予以考虑：一是2018年6月26日至9月6日期间的工资支付争议；二是2018年9月7日至11月22日期间的工资支付争议。

1. 关于2018年6月26日至9月6日期间的工资支付争议。XX互联网公司以高某某旷工为由上诉不同意支付上述期间的工资，如前所述，本院已经认定高某某不构成旷工，故对XX互联网公司该项上诉理由，本院不予采信。高某某主张其2018年6月26日至7月1日期间为年休假，但其向主管李某某的请假理由为要住院手术，在办公系统填写的请假原因亦为“手术”，故本院对其该期间为年假的主张，不予采信。高某某主张根据XX互联网公司的员工手册，其病假天数超过了20天，20天内应计算为工资标准的60%，超过20天的，病假期间工资才按当地最低工资标准的80%计算。XX互联网公司则认为根据《员工手册》，高某某的病假天数超过了20天，一律应按照当地最低工资标准的80%计算。对此，本院认为，根据XX互联网公司的《员工手册》，病假天数超过20天的病假工资标准应如何计算，确实能作出高某某和XX互联网公司所述的两种解释，但根据有利原则应作出对劳动者高某某有利的解释。有利原则，即劳动关系双方当事人的约定、用人单位内部劳动规则的规定、用人单位的单方承诺与劳动基准或者法律规定不一致的，应当适用对于劳动者有利的约定或者规定；若这些约定或者规定的含义不明确的，应当作出对劳动者有利的解释。据此，高某某该部分的上诉理由成立，但鉴于北京市东城区劳动人事争议仲裁委员会作出裁决后，高某某未提起诉讼，应视为其同意仲裁裁决结果，故2018年6月26日至9月6日期间病假工资应按14537.3元确定。

2. 关于2018年9月7日至11月22日期间的工资支付争议。XX互联网公司以其合法解除劳动合同为由不同意支付高某某上述期间的工资，如前所述，本院已经认定XX互联网公司属于违法解除劳动合同且应继续履行劳动合同，现高某某于2018年9月7日至11月22日期间未能提供劳动系XX互联网公司违法解除劳动合同所致，故XX互联网公司应以支付工资的形式赔偿高某某上述期间的工资损失。鉴于高某某在本院审理期间提交的出院小结显示其2018年9月16日至9月27日期间处于住院治疗期间，故上述期间的工资损失应按照病假工资确定，本院据此核算上述期间的病假工资为877．24元。2018年

9月7日至9月15日、9月28日至11月22日期间，XX互联网公司与高某某订立的第二份劳动合同尚未到期，双方之间的争议处于劳动仲裁审理期间，XX互联网公司未向高某某送达复工通知要求其继续工作，故该期间的的工资损失应按照高某某的原工资标准确定，本院据此核算上述期间的工资损失为105463．92元。

现代社会呈现出愈加丰富多元的趋势，我们总是发现身边出现很多新鲜事，我们又会学着逐渐的去接纳这些新鲜事，除非它威胁到了他人、集体、国家或社会公共利益。也许正是我们对很多新鲜事的包容，才奠定了文明的长远发展和社会的长足进步。我们习惯于按照我们对于生物性别的认识去理解社会，但仍然会有一些人要按照自己的生活体验来表达他们的性别身份，对于这种持续存在的社会表达，往往需要我们重新去审视和认识，这种重新审视和认识或许是一个非常漫长的过程，但确实越来越多的人选择包容，我们也确有必要逐渐转变我们的态度。因为只有我们容忍多元化的生存方式，才能拥有更加丰富的文化观念，才能为法治社会奠定宽容的文化基础，这或许就是有学者指出“社会宽容乃法治之福”的逻辑。我们尊重和保护变性人的人格、尊严及其正当权利，是基于我们对于公民的尊严和权利的珍视，而非我们对于变性进行倡导和推广。公安部治安管理局《关于公民手术变性后变更户口登记性别项目有关问题的批复》为变性人在户口登记中进行性别项目变更提供了明确依据、原国家卫生计生委办公厅发布的《性别重置技术管理规范（2017年版）》则为易性症患者进行性别重置技术提供了医疗技术规范。而如变性人作为劳动者，其就业的权利也应当受到法律保障。根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国就业促进法》的规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利；劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视；用人单位招用人员、职业中介机构从事职业中介活动，应当向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视。上述法律条文虽然并未明确规定劳动者不因变性而受歧视，但劳动者因为进行性别置换手术而转变性别并获公安机关认可后，其享有平等就业不受歧视的权利，应系其中之义。本案中，XX互联网公司于2019年7月22日向高某某发送的函件中提及了“精神病人发作，其他员工的恐惧、不安和伦理尴尬，如厕问题”等内容，导致高某某据此主张受到了XX互联网公司的就业歧视。在此，本院呼吁并相信XX互联网公司及其员工能够发扬“开放、平等、协作、快速、分享”的互联网精神，以更加开放、宽容的心态面对高某某，在高某某能够胜任新岗位的前提下构建和发展和谐稳定的劳动关系。本院亦提示高某某要珍惜社会给予的尊重和保护，在维护自身权利的同时不要滥用权利，以更加坦诚、平和的心态面对XX互联网公司，力争在新的岗位上取得更优异的成绩。

综上所述，高某某、XX互联网公司的上诉请求部分成立。本院依照《中华人民共和国劳动合同法》第四条、第四十八条、《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、维持北京市东城区人民法院(2019)京0101民初5075号

民事判决第一项；

二、撤销北京市东城区人民法院(2019)京0101民初5075号民事判决第四项；

三、变更北京市东城区人民法院(2019)京0101民初5075号民事判决第二项为：自本判决生效之日起7日内，北京XX互联网信息技术有限公司支付高某某2018年6月26日至9月6日期间工资14537．3元；

四、变更北京市东城区人民法院(2019)京0101民初5075号民事判决第三项为：自本判决生效之日起7日内，北京XX互联网信息技术有限公司支付高某某2018年9月7日至11月22日工资106341．16元；

五、驳回北京XX互联网信息技术有限公司的其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二审案件受理费10元，由北京XX互联网信息技术有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 窦江涛

审判员 王晓云

审判员 刘　艳

二〇二〇年一月三日

法官助理 王琳琳

书记员 陈　津

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

多家上市公司劳动人事专项法律导师，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。

恒和信公众号

◉ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐

恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM