



公司及并购法律评述
2019 年 7 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16 楼和 19 楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》

重点条文解读

作者: 辜鸿鹄 | 沈保言 | 王凤阳

2019 年 6 月 21 日,浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院联合印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》(以下简称“《解答五》”)。浙江高院继于 2016 年 12 月公布实施《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(四)》后再次公布实施《解答五》,针对现有劳动法律法规体系和劳动争议审判实践中的疑难焦点和亟待解决的问题做出解答,对于规范劳动争议案件处理和用人单位劳动用工管理具有重要意义。

本文将结合我国现行劳动法律法规和司法实践对《解答五》的重点条款进行解读。

第一条 股东、合伙人与用人单位之间能否存在劳动关系?

答: 股东、合伙人与劳动者身份原则上并不矛盾,关键在于用人单位与股东、合伙人之间是否存在管理与被管理、支配与被支配的关系,同时可以综合股权比例、公司章程、提供劳动等情况综合认定。

如您需要了解我们的出版物,
请与下列人员联系:

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

通力解读：

实践中，股东、合伙人同时担任公司职务的现象愈发普遍。股权关系、合伙关系与劳动关系并非互相排斥的法律关系，法律并未禁止股东、合伙人与劳动者身份重合。股东与公司的关系作为典型的商事关系，受到《公司法》《合同法》等一般民商事法律的规制，劳动关系则受《劳动合同法》调整。

《解答五》的发布，从司法审查角度为判断股东或合伙人是否与公司建立劳动关系提供了参考，即应从双方是否具备建立劳动关系的合意，以及是否实际履行劳动关系的角度进行判断，包括股东是否提供了具体的劳动，劳动的内容是否是公司业务的组成部分，股东是否接受公司的管理、指挥或者监督，股东是否领取劳动报酬以及公司章程有无特殊说明等。

当前司法实践一般认为，聘任和解聘总经理、副总经理、财务负责人等是公司董事会的法定职权，是公司法赋予董事会的权利，只要董事会决议不违反《公司法》和公司章程的规定，法院对解聘事由不予具体审查，其对董事会的决议效力不构成影响。然而，对于已与公司建立劳动关系的高级管理人员而言，董事会通过决议解除其职务应视为是对其岗位进行变更，并不必然导致劳动关系的解除，公司可根据该类员工的工作技能、公司岗位空缺情况为该类人员提供新的工作岗位或安排其待岗，或者从劳动法的角度，依据合法解除事由与其解除劳动关系。

需要注意的是，很多具有双重身份的高管在离职时会一并主张公司向其支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额（或主张双方已实际成立无固定期限劳动合同）。基于公司高管人员职权的特殊性，其在劳动者权利保护方面所掌握的主动性显然是优于一般劳动者的。实践中，法院会审查高管的职责范围是否包括劳动合同签订或其他用工管理权限，以及高管本人对于未签订劳动合同是否具有过错；同时要求高管承担更多的举证责任，证明是公司拒绝与其签订书面劳动合同。

第二条 劳动者被母公司指派到子公司担任法定代表人或者总经理等职务，劳动关系如何认定？

答：劳动者被母公司指派到子公司担任法定代表人或总经理等职务的，在确定与谁建立劳动关系时，有书面劳动合同的以书面劳动合同为准；没有书面劳动合同的，可以根据社会保险缴纳、工资支付、工作地点等情况来综合认定。符合《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》（浙法民一〔2009〕3号）第七条规定的，母公司与子公司作为共同当事人并承担连带责任。

通力解读：

公司根据经营发展需要新设子公司并指派母公司员工担任法定代表人或总经理等高管职务的情形时有发生，实践中往往由于母公司在指派员工前往子公司任职后未及时变更原有的劳动合同而导致相关风险。

《解答五》明确指出，在此种情形下判定员工与母公司还是子公司成立劳动关系时，首先根据书面劳动合同进行判定，在没有签订书面劳动合同的情况下则根据劳动关系履行的重要要素（社保关系、工资支付、工作地点）来综合认定。

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

若员工与母公司、子公司均签订了书面劳动合同，或员工与一方签订了书面劳动合同、由另一方为其缴纳社保并支付工资，则员工较大可能会被认定与母公司、子公司均建立了劳动关系；若员工与母公司、子公司均未签订书面劳动合同，则需考虑员工的工资由哪家公司发放、社保由哪家公司缴纳、工作地点和工作内容主要服务于哪家公司来认定用人单位，或者判定是否存在关联公司混同用工的情况，进而存在双重劳动关系。

同时，根据《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》第七条的规定，如员工与母公司签订书面劳动合同，但被派往子公司工作并在子公司领取工资或办理社会保险的，在双方因用工关系发生争议时，法院将会认定员工与母公司、子公司均存在用工关系，母公司作为指派单位应当和作为实际用工单位的子公司作为共同当事人并承担连带责任。

因此，建议用人单位在指派员工到子公司担任职务的同时，如果员工与母公司签有劳动合同的，可以签订三方协议，解除原劳动合同，员工与子公司建立劳动关系并签订书面劳动合同，由子公司享有或承担用人单位的各项权利义务，使劳动关系更加清晰，避免母公司在发生劳动争议后承担不必要的连带责任。

第三条 劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，其在新用人单位连续工作未滿十年也未订立两次劳动合同，但在前后用人单位累计连续工作已滿十年或者已连续订立两次固定期限劳动合同，劳动者提出与新用人单位订立无固定期限劳动合同的，是否应予支持？

答：劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，劳动者在原用人单位的工作年限和订立劳动合同的次数合并计算为新用人单位的工作年限、订立劳动合同次数。因此，如劳动者符合《劳动合同法》第十四条规定，提出与新用人单位订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立。

通力解读：

在现有的劳动用工实践中，在发生员工签订三方协议转岗到新用人单位等情形时，一般认为劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新单位的工作年限。

根据《解答五》规定，今后在出现协议转岗情形时，不仅工作年限需要合并计算，劳动者在前后用人单位订立劳动合同的次数也要合并计算。鉴于转岗后劳动者势必与新用人单位签订新的劳动合同，根据《解答五》，在协议转岗后劳动者即符合《劳动合同法》第十四条规定的“连续订立二次固定期限劳动合同”情形。

因此，今后，只要劳动者不存在法律规定的例外情形，在转岗后再次续订劳动合同时（与新用人单位签订第二份劳动合同时），新用人单位即须与员工订立无固定期限劳动合同。

第四条 劳务派遣劳动关系中，用人单位即劳务派遣单位是否适用《劳动合同法》第十四条关于订立无固定期限劳动合同的规定？

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

答：《劳动合同法》第五十八条规定：“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”，此系针对劳务派遣关系的特别规定，而《劳动合同法》第十四条是对劳动合同订立的一般规定。按照特别规定优于一般规定的原则，除双方协商一致外，劳务派遣单位与劳动者无需订立无固定期限劳动合同。

通力解读：

关于劳务派遣员工能否根据《劳动合同法》第十四条关于无固定期限劳动合同订立的规定，要求与劳务派遣单位签订无固定期限劳动合同，在审判实践中一直存在争议，并呈现出截然不同的裁判倾向。对此，《解答五》明确指出，劳务派遣员工不适用《劳动合同法》第十四条关于无固定期限合同订立的一般规定。

今后，浙江省的劳务派遣单位只需根据法律规定与劳务派遣员工签订二年以上固定期限劳动合同即可，并无与劳务派遣员工订立无固定期限劳动合同的强制性义务。

第五条 劳动者履行工作职责或执行工作任务时因过错给用人单位造成损失，用人单位请求劳动者赔偿损失的，能否予以支持？

答：劳动者履行工作职责或执行工作任务时给用人单位造成损失的，属于用人单位经营风险，劳动者一般不承担赔偿责任。但劳动者因故意或重大过失给用人单位造成经济损失的，应予赔偿。在确定赔偿金额时，应当根据劳动者过错程度、单位或其他配合履职的劳动者有无过错等原因力比例、损失大小、劳动报酬水平、劳动合同是否继续履行等因素综合确定。

通力解读：

根据《工资支付暂行规定》第十六条规定，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

在审判实践中，公司的经济损失是否应由员工负责，法院往往会综合考虑公司的用工风险、经营成本、员工过错和角色、事件负责员工的人数等因素综合确定。此次，《解答五》对劳动者赔偿责任的裁量标准进行了明确，在劳动者因故意或重大过失给用人单位造成经济损失的情形下，劳动者应当对用人单位进行赔偿，赔偿比例需要综合一系列影响因素确定。但需注意，如赔偿款项从员工本人的工资中扣除时，每月扣除的部分不得超过其当月工资的 20%，且扣除后的剩余工资部分不得低于当地最低工资标准。

第七条 加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数如何认定？

答：加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数按《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（浙仲〔2009〕2 号）第三十八条规定执行。

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

通力解读：

实践中，在争议涉及加班工资支付和未签劳动合同双倍赔偿金时，该等款项的计算基数如何认定往往成为裁审难点，《解答五》对该问题予以释明。

根据《解答五》规定，上述款项的计算基数按如下方式确定：

- 1) 劳动合同有约定的，按劳动合同约定的工资为基数；
- 2) 劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数；
- 3) 岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴；难以区分工资、奖金、物价补贴等项目的，以职工上月实得工资的 70%为基数；
- 4) 上述计发基数低于当地最低工资标准的，按当地最低工资标准为计发基数。

因此，建议用人单位与劳动者签订劳动合同时，在合同条款中事先约定加班工资的计算基数（需注意不得低于当地最低工资标准），在确保劳动报酬支付合规的基础上有效地控制经营成本。

第十条 劳动合同一方依法提前三十日书面通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前，其可否单方撤销解除通知？

答：劳动合同一方依法提前三十日书面通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前，提出解除的一方无权单方撤销解除通知。

通力解读：

实践中，劳动者或用人单位提前三十日通知对方解除劳动合同，事后反悔的情形并不鲜见。《解答五》确认，在劳动者提前 30 日通知用人单位解除劳动合同（主动辞职）或用人单位根据法律规定提前 30 日通知劳动者解除劳动合同（无过失性辞退）的情形中，解除通知一经作出即生效，提出解除的一方无权单方撤销。

第十一条 在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位是否可以解除劳动合同？

答：在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可以依据《劳动法》第二十五条第二项规定解除劳动合同。

通力解读：

用人单位对员工采取违纪解除措施，一般以《劳动合同法》第三十九条第二项“劳动者严重违反用人单位规章制度”作为法律依据。仲裁委和法院在裁审过程中会重点审查劳动合同的约定与规章制度的规定内容以及规章制度对于员工的法律效力，在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，用人单位解除劳动合同则缺乏制度依据。

实践中，在上述情形中，不乏用人单位引用《劳动法》第三条第二款和第二十五条第二项规定，主张劳

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

劳动者未能遵守劳动纪律进而解除劳动合同的情形。对此,《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》和《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》均对《劳动法》第三条第二款的适用进行了确认。

《解答五》此次进一步确认《劳动法》第二十五条第二项规定(“劳动者严重违反劳动纪律的,用人单位可以解除劳动合同”),为用人单位在违法解除劳动争议纠纷中有效维护自身合法权益提供了切实保障。但仍需注意的是,如相关争议中用人单位依据《劳动法》第三条第二款解除劳动合同,法官在审查时会较为谨慎,可能实质审查员工是否达到了严重违反劳动纪律的程度。

第十四条 加班工资的仲裁时效如何计算?

答: 加班工资的最长保护期间为二年,二年的往前推算起点为:劳动关系存续期间劳动者申请仲裁要求支付加班工资的,以劳动者提起仲裁时间为推算起点;劳动关系解除或终止的,劳动者应当在一年内提出,加班工资以解除或终止时间往前推算二年。

通力解读:

对于劳动者提起的有关加班工资仲裁请求的时效如何计算,各地裁审实践中的观点不一。《解答五》明确了加班工资的最长保护期限为二年,并对不同情形下劳动者申请仲裁要求支付加班工资的推算时间节点作出了规定,有利于在劳动争议案件中对用人单位一方的合法权益进行保护。

全文链接: [《关于审理劳动争议案件若干问题的解答\(五\)》](#)

浙江高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(五)》重点条文解读

如需进一步信息, 请联系:

作 者	
辜鸿鹄 电话: +86 21 3135 8722 patrick.gu@llinkslaw.com	
上 海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selenashe@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北 京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘赞春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香 港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
伦 敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2019

免责声明: 本出版物仅代表作者个人观点, 不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。