

# 天衡法律通讯

TENET & PARTNERS

劳动法专刊

天衡动态·法律快讯·律师专栏

+

顾问：林楚雄  
主编：林浩夫、周琳  
责任编辑：吴培钰、吴婉钰

扫一扫  
了解最新法律资讯



# 劳动法之专项法律服务

天衡为客户提供全方位、综合性的劳动人事法律服务，帮助企业建立和完善人事管理制度，从制度设计上尽可能降低劳动争议和群体性事件发生的风险，从而减少劳动人事问题可能对企业声誉和发展带来的负面影响。天衡有专业的劳动法律服务团队，其中多名律师作为劳动争议仲裁员参与案件审理。天衡在代理劳动案件、调解劳动争议以及审理劳动争议案件过程中，积累了丰富的人力资源风险防范经验，能够通过提供案件代理、制度设计、文书表单梳理、人力资源管理培训、劳动法律专项顾问、出具法律意见等方式，降低用工风险，维护客户合法权益。

## 主要服务

- 为委托人提供劳动人事法律事务常年/专项法律顾问服务
- 代理委托人参与劳动争议仲裁及诉讼
- 为委托人提供劳动人事方面法律、法规、政策的咨询
- 为委托人提供劳动人事法律风险评估
- 协助委托人进行规章制度梳理，建立、完善委托人人力资源管理的规章制度，并防范用工风险
- 协助委托人拟定用工计划与招聘方案，进行用工模式适应性选择，并避免就业歧视相关法律规制
- 协助委托人规范人力资源管理流程及拟定人力资源管理全套文书、表单
- 协助委托人与员工新签、续签、变更劳动合同，与工会或者劳动者代表协商签订、变更集体合同或者专项协议
- 向委托人提供劳动法律法规、政策，最新司法裁判动向及风险防范措施等培训
- 指导委托人选择适应性的工时制度及特殊工时的申报
- 协助委托人进行裁员方案的设计及谈判
- 就特定的劳动法律事项为委托人进行专业法律分析并出具法律意见书
- 协助委托人制定员工股权激励计划并出具法律意见书
- 协助委托人制定、实施企业年金方案
- 协助委托人参与集体协商

# 01 天衡动态

+

## “聚焦劳动法规，共筑和谐劳动关系” 劳动法系列分享会在厦门、福州、泉州举办

2025年6月16日至24日，由天衡主办的“聚焦劳动法规，共筑和谐劳动关系”劳动法系列分享会分别在厦门、福州、泉州成功举办。本次活动旨在帮助企业应对劳动用工领域的新挑战，搭建跨区域交流平台，吸引了来自各类企业的人力资源管理人员、法务人员及企业管理层等近250名相关从业者到场参与，共同探讨劳动关系管理新趋势。

在厦门、福州、泉州三地的分享会中，天衡劳动与HR法律事务部主任张照东律师带来了《劳动争议司法解释二（征求意见稿）解读》的主题演讲。他从司法解释的制定背景出发，详细解读了股权激励争议的受理、仲裁时效抗辩、二倍工资仲裁时效等多个条款。例如，在股权激励方面，用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。此外，张照东律师还对已达退休年龄人员的权益保护、转包与挂靠的劳动关系等热点问题进行了深入剖析，为企业合规用工提供了清晰的法律指引。



在厦门场分享会中，张灵律师围绕《企业如何推进规模性人员处理计划》展开分享。她结合当前经济形势，分析了规模性裁员、集体降薪、低绩效员工管理等企业面临的实际问题，并从法律角度提出了合规解决方案。张灵律师强调，企业在推进规模性人员处理时，需确认是否符合法定规模裁员情形，制定合理的裁员方案，防范裁员风险。通过实际案例，张灵律师详细讲解了裁员过程中需要注意的细节，如特殊情形人员的保护、裁员成本测算方式等，为企业在人员优化过程中如何平衡法律风险与经营需求提供了宝贵建议。

在福州场分享会中，孙婧如律师以《企业用工全流程合规指南：从入职到离职的法律风险防控》为题进行分享。孙婧如律师围绕企业用工过程中的各个关键环节，系统地阐述了可能存在的法律风险，并提出了切实可行的防控建议。在招聘环节，强调





针对性提出了企业规范用工流程、防范用工法律风险的建议。

天衡发起的“聚焦劳动法规，共筑和谐劳动关系”劳动法系列分享会圆满结束。三场分享会为近250位参会者传递了最新、最实用的劳动法律法规知识，同时还为各地企业管理人员提供了预防和解决劳动争议的实务指南。未来，天衡将一如既往地发挥专业优势，通过法律知识普及和实务指导，为优化营商环境、构建和谐劳动关系贡献法治力量。



了就业歧视的法律风险、背景调查的重要性以及如何合法合规地进行调查；在入职阶段，详细讲解了劳动合同签订的注意事项，如必备条款的明确、签约时限的把握等；对于在职管理，重点分析了对于员工的调岗调薪管理、公司制度民主程序等方面的合规要点；在离职环节，就员工自动离职、劳动争议举证责任等问题给出了专业的法律建议。

在泉州场分享会中，泉州市律师协会劳动与社会保障法专业委员会委员、天衡泉州办公室宋杰夫律师围绕《常见劳动争议案例及用工风险防范》展开分享。他从福建省高级人民法院公布的劳动争议案件审判数据入手，对企业用工法律风险进行了概述，并重点分享了劳动合同变更、劳动合同解除方面的最高人民法院指导案例、人民法院库入库案例，对相关法律争议要点进行分析，



# 02 法规快讯

+

# 法律法规

## 1. 《中华人民共和国反不正当竞争法（2025修订）》（2025.06.27发布/2025.10.15实施）

**【内容提要】** 中华人民共和国反不正当竞争法于2025年6月27日修订通过，并将于2025年10月15日起施行。该法的修订旨在加强对商业秘密的保护，明确了侵权行为的界定，并规定了相关的法律责任。修订内容包括：商业秘密权利人提供初步证据后，涉嫌侵权人需证明其未侵犯商业秘密。法律委员会认为，反不正当竞争法不应与其他相关法律重复规定。该法的修订将有助于维护市场秩序，保护公平竞争。

## 2. 《互联网平台企业涉税信息报送规定》（2025.06.27发布/2026.01.01实施）

**【内容提要】** 根据《互联网平台企业涉税信息报送规定》，互联网平台企业需按季度向主管税务机关报送平台内经营者和从业人员的身份信息及上季度收入信息。具体要求如下：

**报送时间：** 每季度结束后的次月内进行报送。

**报送内容：** 包括身份信息和收入信息，具体类别和内容由国务院税务主管部门规定。

**实施时间：** 该规定自2025年6月13日通过，预计于2025年10月份首次报送。

此规定旨在提升税收服务与管理效能，保护纳税人合法权益，促进平台经济的规范健康发展。

## 3. 《中华人民共和国监察法实施条例(2025修订)》（2025.06.01发布/2025.06.01实施）

**【内容提要】** 中华人民共和国监察法实施条例于2025年4月27日修订通过，并将于2025年6月1日起施行。这些修订内容旨在深化国家监察体制改革，确保监察权的合法行使，保障反腐败斗争的深入开展。

《中华人民共和国监察法实施条例》的修订内容包括：

**监察体制的结构性完善：** 再派出制度的法定化，基层监督协同机制的制度构建。

**监察权的运行机制：** 新增管护、强制到案、责令候查、禁闭四项强制措施，并严格限定适用程序。

**留置期限的延长：** 对可能判处十年以上有期徒刑的案件，经国家监察委员会批准可再延长留置期限二个月。

**申诉受理程序的规范：** 被调查人、近亲属及利害关系人的申诉受理程序，要求监察机关二十日内完成核查。

**监察机关与人民法院、人民检察院的沟通协调：** 在案件管辖、证据审查、案件移送、涉案财物处置等方面加强沟通协调。

# 司法解释

## 1. 《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（二）》（2025.09.01实施）

**【内容提要】**《解释二》坚持以习近平法治思想为引领，认真贯彻落实以习近平同志为核心的党中央关于经济发展和劳动就业保护的系列重要部署，坚持以人民为中心的发展思想，依法维护当事人的合法权益，有以下主要内容：

### （一）坚持稳就业优先与推进经济高质量发展相结合

《解释二》立足以高质量审判促进稳就业，推动经济高质量发展。一是引导用人单位更好履行稳岗社会责任。劳动合同短期化问题易导致劳动关系不稳定，既不利于劳动者就业，也不利于用人单位发展。《解释二》明晰了应认定为“连续订立二次固定期限劳动合同”的具体情形，即协商延长劳动合同期限累计达一年，延长期限届满的；劳动合同期满后自动续延期限届满的；非劳动者原因仅仅变更劳动合同订立主体等。二是促进人才有序流动。《解释二》规定，在劳动者未知悉、接触用人单位商业秘密和与知识产权相关的保密事项的情况下，即使用用人单位与劳动者约定了竞业限制条款，竞业限制条款也不生效，对劳动者没有拘束力。

### （二）坚持维护劳动者合法权益与促进用人单位发展相结合

《解释二》规定，用人单位根据双方约定向劳动者提供**特殊待遇**后，劳动者未按约定提供一定期限的劳动，给用人单位造成损失的，人民法院可以根据实际损失、当事人的过错程度、相关约定已经履行的时间等因素确定劳动者应当承担的赔偿责任。

《解释二》规定，当存在劳动者故意或者重大过失不订立书面劳动合同情形时，用人单位不负有支付二倍工资的责任。

### （三）坚持公平性与差别化相结合

针对实践中普遍存在的**转包、分包、挂靠、混同用工、不缴纳社会保险费**等现象，规制承包人、被挂靠人、关联单位相互推诿或者直接将法律责任推卸给没有实际偿付能力的主体等违法行为，依法保障劳动者获得劳动报酬、劳动安全卫生、社会保险等基本权益。一是明确**承包人、被挂靠人承担用工主体责任**。二是明确**混同用工时保护劳动者合法权益的规则**。三是明确**用人单位与劳动者约定或者承诺不缴纳社会保险费的法律后果**。劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由解除劳动合同，要求用人单位支付经济补偿的，人民法院依法予以支持。用人单位按照行政机关的要求补缴后，可以就其按约定支付的社会保险费补偿款要求返还。

## | 司法解释

### 2. 《最高人民法院、最高人民检察院关于依法保障在押犯罪嫌疑人、被告人选择辩护人权利有关问题的批复》 (2025.06.25发布/2025.06.27实施)

**【内容提要】** 近来，部分高级人民法院、省级人民检察院就如何确定在押犯罪嫌疑人、被告人辩护人人选的有关问题提出请示。经研究，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国法律援助法》的有关规定，批复如下：

法律援助机构指派律师为在押犯罪嫌疑人、被告人提供法律援助、担任辩护人后，无论该辩护人是否已会见犯罪嫌疑人、被告人，犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属又代为委托辩护人的，受委托的辩护人有权会见犯罪嫌疑人、被告人。经会见，犯罪嫌疑人、被告人选择其监护人、近亲属代为委托的辩护人为其辩护的，人民法院、人民检察院应当及时通知法律援助机构依法终止法律援助。

### 3. 《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理拒不执行判决、裁定刑事案件若干问题的意见》 (2025.06.10发布/2025.07.01实施)

**【内容提要】** 为依法惩治拒不执行判决、裁定犯罪，确保人民法院判决、裁定依法执行，切实维护当事人合法权益，根据相关法律及立法解释、司法解释规定，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于近日联合发布《关于办理拒不执行判决、裁定刑事案件若干问题的意见》（法发〔2025〕8号，以下简称《意见》），自2025年7月1日起施行。《意见》共二十条，主要包括以下内容：

一是明确人民法院的职责。二是明确公安机关的职责。三是明确人民检察院的职责。四是明确自诉案件的受理。

# 03 律师专栏

+

# 新就业形态用工关系法律性质辨析



张照东 劳动&HR法律事务部主任、合伙人、律师

诉讼与仲裁、劳动人事、房地产与建设工程

13906055595

zhangzhaodong@tenetlaw.com

## 一、新就业形态劳动者

近年来，平台经济迅速发展，创造了大量就业机会，依托互联网平台就业的网约配送员、网约车驾驶员、货车司机、互联网营销师等新就业形态劳动者数量大幅增加，维护劳动者劳动保障权益面临新情况新问题。

根据《新就业形态劳动者劳动规则公示指引》第二条和《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第二条规定，新就业形态劳动者主要指线上接受互联网平台发布的配送、出行、运输、家政服务等工作任务，按照平台要求提供平台网约服务，通过劳动获取劳动报酬的劳动者。

## 二、关于新就业形态的规范

新冠疫情以来，企业经营发生重大困难，民众就业问题面临巨大挑战，结合国内外经济形势及灵活就业的发展态势，2020年7月28日，国务院办公厅发布《关于支持多渠道灵活就业的意见》，指出“个体经营、非全日制以及新就业形态等灵活多样的就业方式，是劳动者就业增收的重要途径，对拓宽就业新渠道、培育发展新动能具有重要作用。”

为切实保障快递员群体合法权益，促进快递业持续健康发展，2021年6月23日，交通运输部、国家邮政局、国家发展改革委、人力资源和社会保障部、商务部、市场监管总局、全国总工会联

合提出《关于做好快递员群体合法权益保障工作的意见》（交邮政发〔2021〕59号）。

为支持和规范发展新就业形态，切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益，促进平台经济规范健康持续发展，2021年7月16日，人力资源社会保障部、国家发展改革委、交通运输部、应急部、市场监管总局、国家医保局、最高人民法院、全国总工会提出《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）。

为促进网络餐饮健康发展，维护外卖送餐员正当权益，2021年7月16日，国家市场监督管理总局、国家网信办、国家发展改革委、公安部、人力资源社会保障部、商务部、中华全国总工会联合印发《关于落实网络餐饮平台责任 切实维护外卖送餐员权益的指导意见》（国市监网监发〔2021〕38号）。

为切实改善货车司机生产经营环境，保障货车司机合法权益，2021年10月11日，交通运输部、中央网信办、国家发展改革委、工业和信息化部、公安部、财政部、人力资源社会保障部、自然资源部、生态环境部、住房城乡建设部、商务部、中国人民银行、国家税务总局、国家市场监督管理总局、中国银行保险监督管理委员会、中华全国总工会提出《关于加强货车司机权益保障工作

的意见》（交运发〔2021〕94号）。

为加强交通运输新业态从业人员权益保障工作，推动交通运输新业态规范健康持续高质量发展，2021年11月17日，交通运输部、中央宣传部、网信办、发展改革委、公安部、人力资源社会保障部、市场监管总局、中华全国总工会提出《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》（交运发〔2021〕122号）。

为深入贯彻落实党的二十大报告关于“完善劳动关系协商协调机制，完善劳动者权益保障制度，加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”部署要求，着力维护新就业形态劳动者劳动保障权益，2024年1月19日，人力资源社会保障部办公厅、最高人民法院办公厅、司法部办公厅、全国总工会办公厅、全国工商联办公厅、中国企联办公室联合印发《关于加强新就业形态劳动纠纷一站式调解工作的通知》。

为深入支持和规范发展新就业形态，加强新就业形态劳动者权益保障，2023年11月8日，人力资源社会保障部办公厅印发了《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》《新就业形态劳动者劳动规则公示指引》《新就业形态劳动者权益维护服务指南》（人社厅发〔2023〕50号）。

上述规范性文件，构建了新就业形态劳动者权益保护的基本框架，是处理新就业形态劳动争议的基本依据。

### 三、三分法——处理新就业形态劳动争议的基本原则

《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双

方的权利义务。”据此，可以将新就业形态下平台企业的用工模式分为三类：劳动关系、不完全劳动关系、民事关系。

但是，“不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的”（为了行文方便，简称“不完全劳动关系”）是何种性质的法律关系？在法学理论和司法实践中，基本上都是非此即彼的观点和裁判结果，新就业形态的认定结果，要么是劳动关系，要么就是民事关系（劳务、居间/中介、经纪等）。如果是这样，那么《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》的三分法就没有意义了。其结果，要么是按照传统劳动关系法律规范将新就业形态中的企业平台束手缚脚而失去生命力，要么就是按照平等主体之间的民事关系让双方自由协商而让处于弱势地位的劳动者任人宰割伤痕累累，这两种极端情形都不是我们所愿意见到的。

传统劳动法律理论对劳动关系的判断标准主要是劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）规定的“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”这三要件中，最重要的是“从属性”，这成为新就业形态是否构成劳动关系的分水岭。在处理新就业形态纠纷案件中，在二分法的理念之下，司法实践经历了从严掌握基本不认定劳动关系到灵活处理沾边就认定劳动关系的转变，出现了劳动关系泛化的倾向，不利于新就业形态经济的发展。

国务院办公厅《关于支持多渠道灵活就业的意见》明确表明了对新就业形态的基本政策是“支持发展新就业形态。实施包容审慎监管，促

进数字经济、平台经济健康发展”。何谓“包容审慎监管”？就是既不要太严格也不能放任不管，不能“一抓就死，一松就乱”。在严厉的劳动法律调整和宽松的民事法律调整之间，能不能找到一种“宽严相济”的中间道路？

我认为，不完全劳动关系应该是独立于传统劳动关系和民事关系之外的第三种法律关系。从《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》我们可以看出，人社部对第一种劳动关系使用的法律术语是“劳动者”和“劳动合同”，对第二种不完全劳动关系使用的法律术语是“劳动者”和“书面协议”，对第三种民事关系使用的法律术语是“按照民事法律调整双方的权利义务”（不使用“劳动者”这个概念）。以此出发，不完全劳动关系的主体是有别于民事关系“双方”的“劳动者”，同时不完全劳动关系的协议是有别于劳动关系“劳动合同”的“书面协议”。因此，不完全劳动关系的法律性质应该是有别于传统劳动关系的特殊劳动关系，它的特殊性在于它

既要适用保护劳动者生存权的劳动基准，又不能完全照搬照抄完全适用传统劳动关系之下用人单位的全部义务。比如，浙江省人力资源和社会保障厅、浙江省财政厅、国家税务总局浙江省税务局印发《浙江省用人单位招用不符合确立劳动关系情形的特定人员参加工伤保险办法（试行）》（浙人社发〔2023〕21号）规定，新就业形态劳动者可以按照属地管理和自愿参保原则，由用人单位在生产经营地为其办理单险种参加工伤保险手续（传统劳动关系要求同时缴交五种社会保险）；两个及两个以上用人单位招用同一特定人员的，各用人单位可分别为其办理单险种参加工伤保险（传统劳动关系无法同时缴交多重参保）。

只有正确把握这个基本原则，在处理新就业形态用工争议时，才不必在完全适用劳动法律规定的用人单位所有义务与完全不受劳动法律约束不承担用人单位所有义务的两难之中作出选择，有利于促进新就业形态经济的健康发展，也有利于新就业形态从业者最基本的权利保护。

# 新就业形态不完全劳动关系之劳动报酬制度



张照东 劳动&HR法律事务部主任、合伙人、律师

诉讼与仲裁、劳动人事、房地产与建设工程

13906055595

zhangzhaodong@tenetlaw.com

## 一、处理不完全劳动关系的出发点

2023年11月8日人力资源社会保障部办公厅印发的《新就业形态劳动者劳动规则公示指引》第二条和《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第二条规定，新就业形态劳动者主要指线上接受互联网平台发布的配送、出行、运输、家政服务等工作任务，按照平台要求提供平台网约车服务，通过劳动获取劳动报酬的劳动者。

正如笔者在《新就业形态用工关系法律性质辨析》中指出：《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。”据此，可以将新就业形态下平台企业的用工模式分为三类：劳动关系、不完全劳动关系、民事关系。相应地，传统劳动关系完全适用劳动法调整（更多的是劳动法的强制规定，以及有限的当事人约定），民事关系适用民事法律调整（更多的是当事人之间的意思自治，特殊情况下法律特别规定优先），不

完全劳动关系既要适用又不完全适用劳动法律规定的用人单位法定义务。

## 二、不完全劳动关系劳动报酬制度的特殊之处

2020年7月28日国务院办公厅《关于支持多渠道灵活就业的意见》明确指出：“（十）维护劳动保障权益。研究制定平台就业劳动保障政策，明确互联网平台企业在劳动者权益保护方面的责任，引导互联网平台企业、关联企业与劳动者协商确定劳动报酬、休息休假、职业安全保障等事项，引导产业（行业、地方）工会与行业协会或行业企业代表协商制定行业劳动定额标准、工时标准、奖惩办法等行业规范。依法纠正拖欠劳动报酬等违法违规行为。”

鉴于不完全劳动关系既不同于传统劳动关系而有别于普通民事关系的特点，在劳动报酬制度上也应该相应地“别具特色”。具体而言，在劳动报酬方面，传统劳动关系直接适用《劳动法》和《工资支付暂行规定》，民事关系由双方自由协商报酬事项，而不完全劳动关系“既要适用又不完全适用劳动法律规定”的特殊性体现在以下几个方面：

### 1. 合理劳动报酬权和劳动报酬规则

《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。”《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第七条规定：“企业与工会或新就业形态劳动者代表结合行业特点和企业实际，平等协商制定新就业形态劳动者劳动报酬规则，明确劳动定额标准、抽成比例、计件单价、劳动报酬支付周期、考核办法等，确保新就业形态劳动者提供劳动获得合理劳动报酬。”《新就业形态劳动者劳动规则公示指引》第五条规定：“平台企业要向依托平台就业的新就业形态劳动者公开订单分配、报酬及支付、工作时间和休息、职业健康与安全、服务规范等与劳动者基本权益直接相关的规章制度、格式合同条款、算法规则及其运行机制等。包括并不限于：（一）新就业形态劳动者进入、退出平台规则；（二）平台订单分配规则，包括订单分配的基本原则、订单优先分配或差别性分配规则等；（三）报酬规则，包括计件单价及确定因素，抽成比例及确定因素，报酬构成及支付周期、支付方式等；（四）工作时间和休息规则，包括任务完成时限要求及其确定依据和主要影响因素等，为防止疲劳对每日（或周/月）累计最长工作时间、停止推送订单休息等限制性规定；（五）奖惩规则，包括服务要求和规范，考核制度，奖励和惩戒的情形、方式、标准，劳动者的申诉渠道和企业处理申诉的程序、结果反馈方式等；（六）其他直接涉及劳动者切身利益的规则。”

## 2. 最低工资保障

《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“（五）健全最低工资和支付保障制度，推动将不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者纳入制度保障范围。督促企业向提供正常劳动的劳动者支付不低于当地最低工资标准的劳动报酬，按时足额支付，不得克扣或者无故拖欠。”在传统劳动关系之下，《最低工资规定》所指的最低工资标准是指月最低工资

标准和小时最低工资标准两种形式，前者适用于全日制就业劳动者，后者适用于非全日制就业劳动者。《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第八条规定：“不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的新就业形态劳动者，适用劳动者实际工作地人民政府规定的小时最低工资标准。”但是，我认为不完全劳动关系之下的劳动者享有更多的工作自主性，不一定会有严格的工作时间要求，所以其适用最低工资制度应该有其特殊性。《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》指出：“（三）保障从业人员合理劳动报酬。相关行业主管部门、工会组织、行业协会等要持续关注行业运行情况及网约车驾驶员劳动报酬水平，并适时公开发布，引导驾驶员形成合理收入预期。各级工会组织要根据工作性质、劳动强度、工作任务、当地职工平均工资、市场经营状况等因素，与网约车平台企业、行业协会协商确定驾驶员劳动报酬计算规则和标准并向社会公布。督促网约车平台企业向提供正常劳动的网约车驾驶员支付不低于当地最低工资标准的劳动报酬。”《关于落实网络餐饮平台责任 切实维护外卖送餐员权益的指导意见》指出：“制定科学合理的劳动定额标准和外卖送餐员接单最低报酬，确保外卖送餐员提供正常劳动的实际所得不低于当地最低工资标准。”《关于做好快递员群体合法权益保障工作的意见》指出：“制定《快递末端派费核算指引》，督促企业保持合理末端派费水平，保证末端投递基本支出，保障快递员基本劳动所得。”国家邮政局市场监管司司长金京华表示，大多数的快递员的工资与派费挂钩，派费是快递小哥的主要收入来源。制定《快递末端派费核算指引》，有利于督促企业保持合理的末端派费水平。《指引》主要考虑的是要明确核算依据、核算指标、区域差异等要素，形成一种比较客观和科学的末端派费核算方法，作为指导各地企业制定末端派

费标准的参考依据，从而引导派费处于合理区间水平。目前，国家邮政局已经指导中国快递协会在江苏、安徽、四川等部分城市开展了末端派费核算试点。下一步，将继续扩大试点范围，推动形成比较完善的核算办法，并在全行业推开。

### 3. 科学确定劳动定额，合理限制劳动强度

《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“…推动行业明确劳动定额标准，科学确定劳动者工作量和劳动强度。”

《关于做好快递员群体合法权益保障工作的意见》指出：“指导快递协会研究制定《快递员劳动定额标准》。……推动企业确定合理劳动定额，落实带薪休假制度，保障快递员休息休假权利。”“引导工会组织、快递协会建立行业工资集体协商机制，确定快递员最低劳动报酬标准和年度劳动报酬增长幅度。”制定《快递末端派费核算指引》解决的是单件派费的标准问题，而制定劳动定额是要解决快递小哥的劳动强度问题。

《意见》提出，指导快递协会研究制定《快递员劳动定额标准》，就是考虑在保持行业合理劳动效率的基础上，避免快递小哥过度劳累。那么，对超出劳动定额的情况，要引导快递企业充分考虑工作时间和工资收入等因素，推动实现快递员多劳能够多得。

### 4. 加班和特殊情况下的劳动报酬

《劳动法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”这并不适用于新就业形态。《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“（六）完善休息制度，…督促企业按规定

合理确定休息办法，在法定节假日支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬。”《关于落实网络餐饮平台责任 切实维护外卖送餐员权益的指导意见》指出：“外卖送餐员在法定节假日、恶劣天气、夜间等情形下工作的，适当给予补贴。”

《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第九条规定：“新就业形态劳动者在法定节假日工作的，企业应向劳动者支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬。”我们注意到，前述规定排除了新就业形态劳动者在正常工作日延长工作时间和休息日加班的额外劳动报酬适用空间，法定节假日的加班则有权获取“高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬”，恶劣天气、夜间等特殊作业条件下的劳动报酬是“适当给予补贴”。因此，新就业形态不能简单粗暴地适用《劳动法》第四十四条的规定。何为“高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬”和“适当给予补贴”？考虑到不完全劳动关系的特点，不能超过50%，否则就是标准劳动关系中加班费的计算起点了。建议以20-25%为宜，希望今后能够通过立法进一步予以明确。

### 5. 完善绩效考核制度，限制平台对劳动者的处罚

《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“（十）督促企业制定修订平台进入退出、订单分配、计件单价、抽成比例、报酬构成及支付、工作时间、奖惩等直接涉及劳动者权益的制度规则和平台算法，充分听取工会或劳动者代表的意见建议，将结果公示并告知劳动者。工会或劳动者代表提出协商要求的，企业应当积极响应，并提供必要的信息和资料。指导企业建立健全劳动者申诉机制，保障劳动者的申诉得到及时回应和客观公正处理。”《关于落实网络餐饮平台责任 切实维护外卖送餐员权益的指导意见》指出：“二、完善绩效考核制度，发挥正向激励作用。网络餐饮平台及第三方合作单位

要合理设定对外卖送餐员的绩效考核制度。在制定调整考核、奖惩等涉及外卖送餐员切身利益的制度或重大事项时，应提前公示，充分听取外卖送餐员、工会等方面的意见。优化算法规则，不得将‘最严算法’作为考核要求，要通过‘算法取中’等方式，合理确定订单数量、在线率等考核要素，适当放宽配送时限。”

#### 6. 允许多平台就业，增加新就业形态劳动者收入

《劳动合同法》第三十九条：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……

（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……”该条规定不适用于不完全劳动关系。《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》指出：“（四）落实公平就业制度，消除就业歧视。企业招用劳动者不得违法设置性别、民族、年龄等歧视性条件，不得以缴纳保证金、押金或者其他名义向劳动者收取财物，不得违法限制劳动者在多平台就业。”《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》指出：“（五）改善从业环境和工作条件。……加强对用工合作单位的管理，不得以高额风险抵押金、保证金转嫁经营风险，不得将驾驶员服务计分与服务时长、派单机制等挂钩，不得变相违法阻碍驾驶员自由选择服务平台。”

#### 7. 规范平台企业服务，合理确定平台服务费

《关于加强货车司机权益保障工作的意见》指出：“（七）规范网络货运新业态经营行为。健全完善网络货运平台和货运信息交易撮合平台等互联网道路货运平台管理制度，建立网络货运道

路运输经营许可相关线上服务能力联合评估工作机制，加强运行监测和动态管理，压实企业主体责任，规范经营行为。探索推进互联网道路货运信息交易撮合平台备案管理制度，建立社会监督机制，督促平台企业充分听取平台从业司机意见，合理确定和调整信息服务费、会员费、计价规则、竞价机制、派单规则等平台规则，并在平台上公示，不得诱导货主不合理压价和货运车辆超载超限运输，不得诱导货车司机恶性低价竞争、超时劳动。”《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》指出：“（一）完善平台和从业人员利益分配机制。各地相关部门要督促网络预约出租汽车（以下简称网约车）平台企业向驾驶员和乘客等相关方公告计价规则、收入分配规则，每次订单完成后，在驾驶员端应同时列明订单的乘客支付总金额、驾驶员劳动报酬，并显示乘客支付总金额减去驾驶员劳动报酬后与乘客支付总金额的比例（俗称‘抽成’），保障驾驶员知情权和监督权。督促网约车平台企业加强与经营服务所在地工会组织、行业协会的沟通协商，合理设定抽成比例上限并在移动客户端和媒体上公开发布。督促网约车平台企业在确定和调整计价规则、收入分配规则等经营策略前，公开征求从业人员代表及工会组织、行业协会的意见，并提前一个月向社会公布。”

# 新就业形态从业人员职业伤害救济的法律思考



刘漪漪 律师

房地产与建设工程、银行与金融业务、劳动人事

13600947611

liuyiyi@tenetlaw.com

今年2月，包括京东在内的多家平台企业相继发布声明，表示将为符合条件（全职或稳定兼职）的骑手缴纳社会保险，这一举措使得新就业形态下的劳动权益保障问题再次成为社会热议话题。

随着数字经济的纵深发展，以即时配送、同城物流为代表的平台服务已深度嵌入社会再生产体系，逐渐融入人们的日常生活中，而在平台算法驱动与零工经济模式的双重作用下，新就业形态劳动者群体普遍面临劳动过程数字化监控强化与社会保障制度覆盖不足的结构矛盾，新就业形态下的大量劳动者在高强度工作与低福利保障之间艰难维持着平衡。其中，新就业形态从业人员的社会保险与职业伤害救济就是一个突出的问题。

## 一、新就业形态从业人员的工伤认定困境

根据《新就业形态劳动者休息和劳动报酬权益保障指引》第二条的规定，新就业形态劳动者主要指线上接受互联网平台发布的配送、出行、运输、家政服务等工作任务，按照平台要求提供平台网约服务，通过劳动获取劳动报酬的劳动者。工伤保险作为社会保险体系的重要组成部分，旨在为劳动者因工作遭受事故伤害或患职业病时提供医疗救治、经济补偿和职业康复等保障。我国

《工伤保险条例》第2条明确规定，工伤保险覆盖“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工。”然而，对于与平台企业关系模糊的新就业形态劳动者而言，其工伤保险权益的实现则面临三重障碍：劳动关系认定困难、工伤保险覆盖范围有限、工伤认定标准难以适用。

### （一）劳动关系认定困难

我国现行劳动法体系关于劳动关系认定所确立的经济从属性、人身从属性、组织从属性标准在应对新型用工关系时呈现出了显著的局限性，新就业形态下劳动者的工作方式灵活多样，具有非全日制、非固定场所、非单一雇主、非标准工时等特征，导致用工主体难以确定。用工平台往往通过劳务外包或签订合作协议、承揽合同的方式，模糊劳动者与平台之间存在的事实劳动关系，规避正式劳动合同的签订。例如，众包外卖骑手和网约车司机通常通过平台接单完成工作任务，但其与外卖或网约车平台往往未签署书面劳动合同，平台对他们的管理方式较为松散，缺乏固定的工作时间、地点和管理手段。这种关系的模糊性使得新就业形态人员在申请工伤保险时面临困

难，平台也常常以不存在劳动关系为由拒绝承担工伤保险责任。

## （二）工伤保险覆盖范围有限

目前，我国的工伤保险制度主要基于《工伤保险条例》构建，其适用范围主要针对传统的劳动关系。然而，新就业形态的“去劳动关系化”特征使得大量平台从业者被排除在工伤保险覆盖范围之外。尽管《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》提出了“三分法”的分类思路，但工伤保险与劳动关系之间的关联仍然无法得到根本改变，导致新就业形态从业者在遭遇职业伤害时面临保障缺失的困境。为此，我国部分地区已经开始启动新就业形态就业人员职业伤害保障试点，由平台企业出资为骑手等群体提供具有社会保险性质的职业伤害保障，但此种新兴保障方式仍处于探索阶段，覆盖范围有限，亦存在与既有工伤保险制度如何衔接、与商业保险如何区分的操作难题。

## （三）工伤认定标准难以适用

新就业形态从业人员的工作时间和地点具有不确定性，其工作任务的完成方式也与传统就业形式不同，导致在工伤认定时，传统的“工作时间”“工作场所”“工作原因”等标准难以直接适用。在司法案例中，法院需要综合考虑新就业形态人员的工作特点，对“工作时间”“工作场所”及“与工作有关的预备性工作”进行重新界定。新就业形态用工打破了传统劳动关系中时间、空间和人身依附性的固定模式，平台劳动者通过手机APP接单，自主决定工作时间长短和工作强度，表面上看享有高度的工作自主权，但深入分析平台算法规则和奖惩机制可以发现，平台企业通过派单优先级、服务评分系统、超时罚款等手段，实质上对劳动者保持着相当程度的控制和管理，这种“形式自主、实质控制”的用工特点，使得传统以“从属性”为核心的劳动关系认定标准在新业态场景下难以直接适用，进而导致大量平台劳动者被排除在工伤保险体系之外。

## 二、实践中职业伤害救济的司法判例

对于新就业形态从业人员履职过程中受到的伤害如何给予救济，不同法院按照不同的分析论证给出了各自的答案。笔者从众多的司法案例中，筛选出不同观点的三个代表性案例，逐一介绍如下：

### （一）某人力资源服务有限公司与北京市门头沟区人力资源和社会保障局（下称“门头沟区人社局”）、北京市人力资源和社会保障局（下称“北京市人社局”）行政确认及行政复议案（（2020）京02行终545号）

本案中，高某系某人力资源服务公司职工，工作内容为通过“美团骑手”软件为美团公司提供送餐快递服务，高某在为其电动车充电过程中因电池故障导致火灾，经抢救无效死亡，高某之父向门头沟区人社局申请工伤认定，门头沟区人社局受理后认定高某的死亡属于工伤，但某人力资源服务公司不服，向北京市人社局申请行政复议，北京市人社局维持了门头沟区人社局作出的被诉认定工伤决定，某人力资源服务公司认为门头沟区人社局作出的认定工伤决定认定事实和适用法律错误，请求法院撤销被诉认定工伤决定及被诉复议决定。

审理法院认为，依据《工伤保险条例》第十四条第（二）项规定，工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的，应当认定为工伤。新就业形态人员的工作时间与工作场所具有特殊性，不能简单套用传统就业形式的标准。高某为电动车充电的行为属于其完成工作任务的必要预备性工作，且该行为发生在其准备工作的合理时间内，由于送餐员工作内容的特殊性，其工作场所的认定与其他企业存在显著差异，受伤职工履行工作职责的地点，或者从事与工作有关的预备性、收尾性工作的合理区域，均应视为工作场所及工作场所的延伸，因此应认定为“工作时间”和“工作场所”。

## （二）成都泰某某电子商务有限公司温江分公司与成都市人力资源和社会保障局（下称“成都市人社局”）、成都市人民政府工伤保险资格认定及行政复议案（（2023）川0191行初216号）

本案中，周某戌系外卖骑手，在完成订单配送后返回候单区域途中发生交通事故受伤，后经抢救无效死亡，成都市人社局认定其受伤为工伤，成都市人民政府维持该决定，成都泰某某电子商务有限公司温江分公司不服，认为无证据证明周某戌在事发时系在从事送单服务，不符合工伤认定标准，提起行政诉讼，请求撤销工伤认定及复议决定。

审理法院认为，首先，外卖行业系新兴服务行业，其在工作时间、工作场所和工作内容上与传统服务行业存在较大差异。一般情况下，外卖骑手打开外卖系统、保持在线状态就处于工作待命状态，其此时就随时准备接受派单、提供服务，因此不宜仅将是否正在从事配送服务作为认定其是否工作的条件；其次，外卖骑手并没有固定的工作场所，而基于配送服务效率和外卖骑手收益等因素，外卖平台往往会就近向外卖骑手派单，外卖骑手也会考虑到更易接单的区域等待派单，故现实中存在外卖人员会在前一订单结束后前往订单密集的区域候单的情况，此时外卖骑手系基于履行工作职责而产生地理位置的变化。根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条第三项及第四项的规定，对于外卖骑手往返于送餐区域和候单区域期间发生事故受伤的，应当认定外卖骑手此时处于工作中。若仅以是否从事配送服务作为其是否“工作”的认定标准，将导致外卖骑手在返程候单期间缺乏必要的职业保障，不符合《工伤保险条例》的立法宗旨。最后，外卖骑手的工作时间与配送服务需求紧密相关，用餐时间段往往是外卖骑手业务的高峰时间，此时在线的外卖骑手接到系统派单具有较大可能，也即其随时可能收到订单并需

要立即启动配送服务，因此事发时间是外卖骑手的工伤认定中需要考察的重要因素。

## （三）何某与拉某公司及一审第三人重庆中某公司劳动争议案（（2024）渝民申1395号）

该案主要涉及已享受职业伤害保障待遇的劳动者能否再行主张工伤保险待遇的问题。何某为“蜂鸟众包”平台的外卖骑手，通过APP自主接单配送，拉某公司为“蜂鸟众包”APP的运营方，与重庆中某公司签订《属地服务合作协议》，由后者负责骑手管理及事故处理，何某在注册时同意《蜂鸟众包用户协议》，其中明确约定平台仅提供信息撮合服务，与骑手不存在劳动关系，何某在配送过程中受伤，被人社部门认定为职业伤害并享受了职业伤害保障待遇，何某主张其与拉某公司存在事实劳动关系，要求按《工伤保险条例》支付工伤保险待遇，并主张生活保障费及后续治疗费。

审理法院认为，何某为“蜂鸟众包”骑手，属于新就业形态就业人员，其受伤已被人社部门认定属于职业伤害并享受了职业伤害保障待遇。根据《重庆市新就业形态就业人员职业伤害保障实施暂行办法》第十六条规定，同一个事故伤害不得同时申请工伤认定和职业伤害确认，不得同时享受工伤待遇和职业伤害保障待遇。故在何某已经享受职业伤害待遇的情况下，其要求拉某公司承担工伤保险待遇无事实和法律依据。因何某已经过职业伤害认定和劳动能力鉴定，根据《重庆市新就业形态就业人员职业伤害保障实施暂行办法》第二十条规定，新就业形态就业人员因职业伤害发生的医疗费用和康复费用，从工伤保险基金中列支，在工伤保险基金中单独设立职业伤害保障支出科目，故何某关于后续治疗费用应由拉某公司承担的申请再审理由不成立。

### 三、新就业形态人员职业伤害救济的法律路径

条条道路通罗马——新就业形态人员遭受的职业伤害，或许可以在不同的法律路径下得到不

同方式的救济。

### （一）《工伤保险条例》的适用

《工伤保险条例》作为构建我国工伤保险制度的基础依据，第十四条规定了应当认定为工伤的情形，然而，对于新就业形态人员而言，直接适用该条例存在一定困难。在前述（2020）京02行终545号案件中，法院通过对“工作时间”“工作场所”和“与工作有关的预备性工作”的重新解释，使其能够适用于新就业形态人员的工伤认定，这种解释方法为其他类似案件的处理提供了重要的参考依据。（2023）川0191行初216号案件中，法院依据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条第三项及第四项的规定，认为新就业形态劳动者在平台的在线待命状态可认定为工作时间、往返配送区域与候单区域的合理路径视为工作场所延伸，使新就业形态劳动者的工伤认定范围得以扩大。

### （二）职业伤害保障制度的探索与适用

2021年7月22日，人社部出台《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》，要求平台与合作企业依法承担各自的用工责任。2021年7月26日，市场监管总局、国家网信办等七部门联合印发《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》，要求“网络餐饮平台及第三方合作单位要依法为建立劳动关系的外卖送餐员参加社会保险，鼓励其他外卖送餐员参加社会保险。按照国家规定参加平台灵活就业人员职业伤害保障试点，防范和化解外卖送餐员职业伤害风险。鼓励针对平台就业特点，探索提供多样化商业保险保障方案，确保缴纳费用足额投保，提高多层次保障水平”。国家政策层面也在积极探索适应新就业形态特点的职业伤害保障模式，2022年7月，在北京、上海、江苏、广东、海南、重庆、四川7个省市的出行、外卖、即时配送、同城货运4个行业开展新就业形态就业人员职业伤害保障试点工作，由平台企业出资为骑手新

就业形态人员提供具有社会保险性质的职业伤害保障。截至2024年底，参保人数已经突破了1037.99万人，初步形成了“工伤保险+职业伤害保障”的双轨制保障格局。（2024）渝民申1395号案件中，法院认为已经享受职业伤害保障待遇的劳动者不得同时享受工伤待遇，司法实践普遍支持“二选一”的处理方式。职业伤害保障制度的试点在一定程度上弥补了传统工伤保险制度的不足，为新就业形态人员提供了多元化保障。

### （三）《中华人民共和国民法典》（下称“《民法典》”）侵权责任编的补充适用

在新就业形态人员工伤认定存在争议的情况下，《民法典》侵权责任编的相关规定可以作为补充适用的依据。根据《民法典》第一千一百六十五条，行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。对于新就业形态人员在工作中因第三方侵权导致的伤害，既可以依据《工伤保险条例》主张工伤保险待遇，也可以依据《民法典》侵权责任编的相关规定向侵权方主张民事赔偿。

### 结束语

新就业形态从业人员的工伤问题是一个复杂的法律实践问题，涉及劳动关系认定、工伤认定标准、法律适用等多个方面，对传统工伤保险制度提出了严峻挑战。本文通过梳理典型司法判例和现行法律规定，探讨新就业形态工伤认定的司法观点、职业伤害保障与工伤保险的竞合问题，为健全新就业形态人员工伤制度保障提供实务参考。在未来的法律实践中，随着新就业形态的不断发展和相关法律制度的不断完善，我们应持续关注新就业形态人员工伤问题的动态变化，积极探索更加科学合理的解决方案，以适应新就业形态发展的需要，维护劳动者的合法权益，促进数字经济时代劳动权益保障的健康发展。

# 关于劳动合同不能继续履行的情形 该如何认定

## ——特别以双方失去信赖基础之情形进行分析



王欣 律师

诉讼与仲裁、劳动人事

15759927664

wangxin@tenetlaw.com

《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”按照前述法律规定，在用人单位违法解除劳动合同的情形下，法律实际上是赋予了劳动者选择权，劳动者首先可以要求用人单位继续履行合同；而如若不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的话，劳动者也可以转而要求用人单位支付赔偿金。由此可见，现行《劳动合同法》是持“以支持继续履行为原则，以支持赔偿金为例外”的立场。

但是，在本人过往处理过的案件当中，遇到了几件劳动者与用人单位的关系恶化，但是劳动者仍要求继续履行、而用人单位宁愿支付赔偿金也不愿与劳动者继续履行合同的案件。不可否认的是，从最大限度保护劳动者权益的角度出发，要求继续履行劳动合同是劳动者的合法权利，劳动者要求继续履行劳动合同的意愿是首要考量因

素，但“劳动合同已经不能继续履行”也是可能存在的客观情况，用人单位也有自主经营的合法权利，因此，应当结合劳动者和用人单位的实际情况，综合判断劳动合同能否继续履行。这种情况下，如何认定双方劳动关系已经达到《劳动合同法》所规定“劳动合同已经不能继续履行”，仍需进行研究分析。

### 一、继续履行劳动合同的法律后果

根据一般法学理论，无效的或者被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力。也就是说，若法院认为用人单位解除劳动关系行为违法，则意味着用人单位单方解除行为自始不发生法律效力，需要与劳动者继续履行合同。因此，劳动者与用人单位的劳动关系应当恢复履行，并且视为劳动关系争议期间（仲裁诉讼期间）也一直延续。在此情形之下，即便劳动者未提供用工劳动，用人单位也仍需要向劳动者补发解除劳动关系之日至生效判决/裁决出具之日的工资。对此，《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（二）（征求意见稿）》第二十五条规定：“用人单位作出解除、终止劳动合同决定被确认违法且劳动合同可以继续履行，劳动者请求用人

单位支付上述决定作出后至仲裁或者诉讼期间工资的，用人单位应当按劳动者提供正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。人民法院可以根据劳动者怠于申请仲裁及提起诉讼、劳动者在争议期间向其他用人单位提供劳动等因素综合确定用人单位、劳动者的过错程度。”此条规定显然也考虑到了劳动者恶意不提起劳动仲裁/诉讼而致使用人单位损失扩大、需要支付更多工资的情形，显然具有一定的合理性。

除需要支付不在岗期间的工资外，因为用人单位解除劳动合同的行为被视为无效，双方劳动关系自解除之日开始恢复，因此，关于医疗期、年休假、经济补偿/赔偿金计算基数等与工作年限相关的待遇，都需要自其在入职之日起算开始起算，而非是扣除中间的不在岗的期间。

## 二、关于判断“劳动合同不能继续履行”的规定

目前，我国现有法律法规并未对“劳动合同已经不能继续履行”的情形进行统一性的规定。

《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（二）（征求意见稿）》第二十一条【无法继续履行劳动合同的情形】规定：“用人单位违法解除或者终止劳动合同后，有下列情形之一的，可以认定为劳动合同法第四十八条规定的‘劳动合同已经不能继续履行’：（一）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中期满且不存在应当依法续签、续延劳动合同情形的；（二）劳动者达到法定退休年龄的；（三）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（四）用人单位被宣告破产的；（五）用人单位解散的，但因合并或者分立需要解散的除外；（六）劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系，对完成用人单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不与其他用人单位解除劳动合同的；（七）存在劳动合同客观不能履行的其他情形的。”此外，《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适用法律问题的解答》第9条、《江西省高级人民法院、江西省人力资源和社会保障厅关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）》第18条、《山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题的会议纪要》第十二条等地方性的规定也对认定劳动合同不能继续履行的情形进行了列举式规定。但福建省及厦门地区仍尚未对何为不能继续履行劳动合同的情形进行过相关规定。

司法机关在处理此种类型的案件当中，除了考虑前述司法解释征求意见稿中提及的情形之外，还需要再考虑双方是否还有信任基础的情形，以确定是否支持劳动者继续履行的诉求。鉴于劳动合同是继续性合同，且劳动关系具有较强的人身属性，劳动合同存续和履行的基础在于当事人之间的信赖关系，劳动任务的完成需要用人单位、劳动者的相互信任与合作。若劳动合同的信赖基础不存在，却强制要求继续履行，则合同目的不能实现，且对于反对继续履行的一方显失公平。劳动合同能否继续履行，关键在于劳动者与用人单位能否互相信任。任何工作岗位的履职、任何劳动薪酬的支付，都应当以双方相互信任和彼此尊重为基础。

## 三、司法实践中判断“没有信赖基础”，属于“不能继续履行劳动合同”的几种情况

如前所述，因劳动关系的人身属性强，因此，当劳动者和用人单位双方之间已经没有信赖基础的时候，即可能构成“劳动合同已经不能继续履行”的情形。但什么样的情况才符合“双方没有信赖基础”的情形，个案中仍然是要有赖于裁决者的“自由心证”。根据已经相关判例，判断双方是否具有“信任基础”，总结下来大致需要考虑以下几种情况：

1. 从劳动者与用人单位是否长期与用人单位处于诉讼/投诉/举报来判断

如果员工与用人单位的关系恶化，员工在其处于诉讼/投诉/举报用人单位的过程，行为已经明显超出了合理维权的限度，可以说明双方之间丧失了基本的信任和理解。如若劳动者对于用人单位的某些行为存在异议的，可寻求合法途径解决，若劳动者在网络平台发表未经证实言论，给公司生产、经营造成负面影响，也有悖于作为劳动者的忠诚义务。此时如果裁决/判决恢复双方劳动关系，将会给用人单位其他劳动带来恶劣的示范效应，对用人单位今后人事管理工作造成不良影响，在此情形之下，双方的劳动关系不宜再恢复。

（2019）京01民终4487号蒋某与北京某科技有限公司劳动争议纠纷一案中，法院认为：考虑到双方长期处于诉讼过程中，已缺乏继续履行原劳动合同的客观可能性以及基本的信任基础，一审法院据此认定双方不再继续履行劳动合同，并无不当。

（2018）京01民终1096号范某龙与北京某科技有限公司劳动争议纠纷一案中，法院认为：范某龙与北京某科技有限公司董事长就公司经营存在严重分歧，另有股东知情权纠纷正在诉讼过程中，可见双方继续履行劳动合同的基本信任基础缺失。

## 2. 从劳动者的工作成效以及工作态度来判断

劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。然而，当劳动者提供劳动服务的态度开始敷衍，无法正常为用人单位提供劳动服务、产出工作成果时，可说明劳动者与用人单位之间存在较深的矛盾，双方无法正常继续履行劳动合同。

（2023）京0115民初15686号《民事判决书》中，一审法院认为部分载明：该劳动争议案件的员工所在的机构负责人岗位系共享中心的唯一且最高的职位，对共享中心的正常业务开展具有唯一性和不可替代性。其作为共享中心的管理者，且负责共享中心的财务工作，亦需要与某公司之间互相信赖，然而付某对某公司的绩效评定结果、解除劳动合同行为存在异议，某公司明确表示不同意继续履行劳动

合同，可见双方已缺乏信任基础，故本院认定双方的劳动合同不宜继续履行。二审法院对此判决结果予以维持。（2020）京01民终7960号张某光与某健康管理公司劳动争议纠纷一案中，张某光作为某健康管理公司的运营副总裁，负责公司多个部门的营运和管理，其岗位直接关系到公司的生产经营秩序，并对公司的经营发展至关重要。现纵观整个诉讼过程，某健康管理公司对张某光的工作态度及工作方式已失去了基本信任，双方合作初衷已经发生改变。故法院驳回了张某光继续履行劳动合同的请求。

## 3. 从劳动者原有工作岗位的性质，以及是否已经被他人取代来判断

恰如（2023）鄂民再66号《民事判决书》所言：任何工作岗位的履职、任何劳动薪酬的支付，都应当以双方相互信任和彼此尊重为基础。在此基础之上，本案系因检察院抗诉而进行的再审程序，但湖北省高级人民法院仍然认为：原审法院并非仅依据某置业公司的单方意愿认定涉案劳动合同不能继续履行，而是结合付某离岗后，已有他人替代其工作，考虑到该工作岗位的不可替代性和唯一性，才以某置业公司明确表示不愿意继续履行涉案劳动合同为由，认定双方缺乏平等自愿、协商一致建立劳动合同关系的现实基础。

## 4. 从是否服从用人单位管理来判断

用人单位的规章制度制定权来源于法律的授权、而制定规章制度的目的则在于通过加强内部人员的管理，实现科学的人力管理和良好的劳动秩序。针对严重违反规章制度的员工，用人单位可以适用《劳动合同法》第三十九条第一款第二项之规定，解除与劳动者的劳动关系。然而，针对某些“大错不犯、小错不断”的问题员工，其不断挑战用人单位的底线，将给用人单位的管理造成极大的困难。因此，虽然某些用人单位解除劳动关系的行为不符合前述法律规定，但继续履行劳动合同明显会产生对用人单位不公平的情况

时，也可以以此为由进行抗辩，确认双方的劳动关系确不再适合继续履行。

#### 5. 从员工入职的时长来判断

如果员工的入职时间较短，双方之间的信任基础本就薄弱，故员工入职时长也成为重要的判断标准。如(2018)京01民终7884号陈某与某网络技术有限公司劳动争议纠纷一案当中，法院认为陈某仅在职工作九天，某网络技术有限公司即作出解除劳动合同决定，表明双方信任、合作基础相对薄弱。如继续履行劳动合同，将难以构建和发展和谐稳定的劳动关系，双方间不具有继续履行劳动合同的基础。

#### 结束语

从前文分析来看，建议用人单位在单方解除与劳动者的劳动合同时，不仅要关注相关的解除行为是否具有合法性、测算可能需要支付的赔偿金的数额，同时也要重视若员工提出“继续履行劳动合同”时对用人单位产生的影响。一旦劳动仲裁委/法院支持继续履行，则用人单位不仅将面临着支付工资损失等经济责任，更多的将遭受到管理秩序层面的巨大打击。因此，建议用人单位在解除或终止劳动合同时，应谨慎处理，结合上文所述的“双方信赖基础消失”的情形，判断双方是否有达到“劳动合同不能继续履行”的条件，尽量避免因违法解除或终止劳动合同而承担不利后果。

# 工作中突发疾病后脑死亡的工亡认定问题探讨



张照东 劳动&HR法律事务部主任、合伙人、律师

诉讼与仲裁、劳动人事、房地产与建设工程

13906055595

zhangzhaodong@tenetlaw.com



郭剑锋 律师助理

诉讼与仲裁、房地产与建设工程

13774653427

guojianfeng@tenetlaw.com

## 一、案例引发的思考

A先生在工作过程中突发身体不适，同事发现后迅速送医，经医院诊断为突发脑溢血，抢救17小时后仍未苏醒，被诊断为“无脑电信号、深昏迷、无自主呼吸……符合脑死亡表现”。医院接诊56小时后，经亲属同意，医院摘除了A先生呼吸机，并宣告了A先生的死亡。A先生的家属以A先生系工亡为由要求向A先生生前所在单位提出工亡赔偿，单位以A先生不符合《工伤保险条例》第十五条第一款关于工亡认定的条件，拒绝赔偿。

劳动者在工作过程中突发疾病的情况时有发生，例如脑出血、脑梗、心梗，都是较为严重且常见的情形之一，严重者甚至在短时间内死亡。此类事件在发生后能否认定为工亡直接关系到劳动者及其家属的切身利益。

对此，《工伤保险条例》第十五条第一款第一项规定：在工作时间和工作岗位，突发疾病死

亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的，视同工伤。前述规定为该类情形的认定提供了基本法律依据。然而，实践中情况错综复杂，如本文开篇所提及案例：劳动者工作中突发疾病，医学宣告死亡时间已超过发病后48小时，如从文义解释判断，该情形显然不符合工亡认定标准，但该认定过程及认定结果值得思考，需从法律条文解读、实践操作及法理等多方面深入剖析。

## 二、《工伤保险条例》第十五条第一款第一项解读

### （一）“工作时间和工作岗位”的界定

“工作时间”通常指劳动者按照劳动合同约定或用人单位规定，在一定期限内从事工作的时间。除了常规的上班时段，它还涵盖因工作需要而加班、值班的时间等。例如，员工因项目紧急，在下班后自愿留在公司加班完成任务，也应认定为工作时间。需要注意的是，员工因工作任务而出差的期间，并不能完全被认定为工作时间，该期间内如员工在休

息时突发疾病，可能因为发病时未承担工作任务而被排除工伤认定。

“工作岗位”指劳动者履行工作职责的具体场所。对于一些工作性质特殊、工作地点不固定的职业，如外卖配送员、快递员等，其在配送、投递过程中的工作区域均应视为工作岗位。此外，如劳动者为完成用人单位的工作任务居家或在公司经营场所外的其他地方办公，因其是为了用人单位的利益，将工作任务带出工作场所完成，根据保护劳动者权利的立法目的，其发生事故的地点应当认为是工作场所的延伸。

最高院在其作出的（2017）最高法行申6467号裁定书中指出，理解“工作时间和工作岗位”，首先应当要看职工是否为了单位的利益从事本职工作，“工作岗位”强调更多的不是工作的处所和位置，而是岗位职责、工作任务。判断是否认定工伤或认定视同工伤的核心，不在于工作所在，而在于时间发生时劳动者所处状态与工作职责的关联性，即其是否为用人单位利益履行工作任务。

## （二）“突发疾病死亡”与“48小时之内经抢救无效死亡”

“突发疾病死亡”是指劳动者在工作时间和工作岗位上，突然发作疾病且当场死亡的情形。这种情况认定相对较为明确，只要满足工作时间和工作岗位这两个前提条件，即可认定为视同工伤。

“48小时之内经抢救无效死亡”——首先，“48小时”的起算点，根据2004年劳动和社会保障部发布的《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第三条明确规定应以“医疗机构的初次诊断时间”作为突发疾病的起算时间，这就要求在实践中准确确定初次接诊抢救的时间节点，医疗机构出具的相关病历资料、抢救记录等将作为重要依据。例如，劳动者突发脑溢血后，被紧急送往附近医院，医院急诊室接诊并开始实施抢救措施的时间即为起算点。其次，对于“死亡时间”的确定，存在不同认定标准。根据《中华人民共和国民法典》第十五

条的规定，自然人的死亡时间确定，先看死亡证明记载时间，如无死亡证明则看户籍登记或者其他有效身份登记记载的时间；该条规定还明确，如有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。在实践中，一般以医疗机构的诊疗记录记载的死亡时间为准。医学上死亡标准包括传统心脏死亡标准和脑死亡标准，但目前尚未在国家法律层面全面确立脑死亡标准，导致死亡时间认定成为实践中极易成为争议焦点。尤其是在突发疾病死亡的案例中，脑梗等疾病往往首先导致当事人先构成脑死亡，医疗机构摘除维持呼吸的辅助器械后，当事人才达到心脏停跳的死亡标准。当前医疗机构主要仍以心脏停跳作为宣告死亡的标准，但在此标准下，医学手段在维持生命体征、延长当事人在法律上存活时间的同时，也增加了认定工亡的难度。

## 三、争议焦点与司法实践

回到本文开头案例，案例的核心争议在于死亡标准的法律认定与“48小时”条款的立法目的之间的冲突。

### （一）“48小时限制”的合理性

“48小时限制”的立法初衷在于平衡劳动者权益与工伤保险基金的负担。人力资源社会保障部在对十二届全国人大五次会议第1421、2918、8840号建议、十三届全国人大二次会议第8647号建议等多项全国人大建议作出的答复中多次强调，工伤保险“48小时红线”的设置，是为了在保障因工作原因在工作时间、工作岗位突发疾病死亡职工的权益的同时，避免将各类突发疾病无限制地纳入到工伤保险范围内。工伤保险基金的来源主要是用人单位缴纳的工伤保险费，作为支付工伤职工各项待遇的专项资金，若对突发疾病视同工伤的范围不加以合理限制，可能导致大量疾病情形被纳入工伤范畴，从而使工伤保险基金面临巨大支付压力，影响基金的可持续性。从保护劳动者权益角度看，在一定时间范围内将突发疾病纳入视同工伤，也为劳动者在工作期间突发紧急状况提供了必要的保障。

## （二）“48小时限制”与死亡标准认定的结合实践

然而，在实践中，“48小时限制”常引发争议。如劳动者虽然在发病后积极抢救，但由于病情严重，在48小时内即出现脑死亡，通过现代医学手段介入继续维持一段时间生命后放弃治疗。家属往往认为劳动者的发病和死亡与工作存在直接因果关系，但是否能够适用《工伤保险条例》第十五条第一款认定为工亡，分析各地法院的判例及社保部门的公布文件的观点，仍然存在争议。

一种观点认为，死亡时间应当以医疗机构出具的《死亡医学证明》记录的死亡时间为唯一标准。国家计委、公安部、民政部《关于进一步规范人口死亡医学证明和信息登记管理工作的通知》明确规定，人口医学死亡证明是医疗卫生机构出具的，说明居民死亡及其原因的医学证明。根据该规定，该观点认为，死亡的判断，无论是基于脑死亡标准抑或心肺死亡标准，还是综合判定，都应由医疗卫生机构依据相关的技术标准、认定要求和认定程序确定。

另一种观点则认为，脑死亡后，病人病情已不可救治，其死亡具有不可逆性，一味坚持心脏停跳的死亡标准不利于司法实践，违背《工伤保险条例》保护职工权益的立法初衷，应当认可脑死亡标准。劳动者突发疾病后，因病情和客观条件的差异，以及家属抢救意愿的不同，都将导致抢救时间和存活时间的不同。该观点认为，机械适用心脏停跳的死亡标准，未充分考虑社会伦理道德，也枉顾逝者家属坚持抢救、不离不弃的人之常情，将使抢救患者家属处于道德与法律的两难困境。同时，《民法典》第十五条允许以“其他证据”推翻死亡证明记载时间，也为脑死亡认定提供了法律依据。

两种观点中，前者将死亡判断统一归由专业医学证明确定，避免了医学标准分歧向法律论证的领域蔓延，有利于裁判结果的可预测性，但也可能因为医疗从业者的专业观点差异导致逝者家属权益得不到保护；相对的，后者更有利于劳动者权益保护，

但在实践应用中也对具体医学证据提出了更高的要求，法院需要考虑医疗机构出具的脑死亡诊断证明、专家证人证言等多方面因素综合判断，以实现公正裁判。

综合来看，前一种观点依赖于医疗行业观点和标准的统一，后一种观点则要求法院在个案中平衡医学专业性与社会公平性，突破了传统心肺死亡时间的限制。值得注意的是，脑死亡标准的司法适用正呈现区域分化趋势。陕西、湖南等地法院主张“脑死亡时间优先”，认为在病历明确记载脑死亡的情况下，应突破《居民死亡医学证明》的形式限制。而在河南鹤壁刘某案中，法院则以“脑死亡未记载于原始病历”为由，驳回了家属的工伤认定请求；（2019）苏行申1203号江苏东台裴昌国案中，江苏省高级人民法院不认可医疗证明中关于脑死亡的记载，认为死亡时间应以医疗卫生机构出具的《居民死亡医学证明（推断）书》载明为准。这种地域差异不仅加剧了裁判标准的不统一，也凸显了完善配套制度的紧迫性。

## 四、实务建议

基于“48小时限制”与死亡标准认定的实践现状，面对类似案例，为更好保护劳动者及其亲属合法权益，应重点关注突破传统死亡标准、争取脑死亡时间认定：

**1、及时留存证据：**劳动者突发疾病后，家属需第一时间与医疗机构充分沟通，明确要求其详细记录发病时间、抢救过程及病情变化；若涉及脑死亡判定，应主动索要包含脑死亡诊断的详细病历资料、诊断证明等专业文件，并确认医疗机构资质与诊断流程的规范性。

**2、主动推进认定：**在规定时间内，及时向社保部门提交工伤认定申请，除基础材料外，重点补充工作强度证明、发病前后工作记录、排班表等，用以佐证发病与工作的关联性；若对流程不熟悉，可提前咨询当地社保部门或申请法律援助。

**3、善用法律途径：**若遭遇工伤认定争议，可

依次通过行政复议、行政诉讼等法律手段维权；委托熟悉工伤保险领域的专业律师，借助其经验梳理案件逻辑；庭审过程中，积极申请专家证人出庭作证、提交专业医学鉴定，增强主张的说服力。

**4、关注政策动态：**实时留意当地司法判例、政策变化，参考同类型胜诉案例。

#### 五、制度展望

为化解“48小时限制”下脑死亡认定过程中的矛盾，实务界与学术界提出了多重建议：一是推动《工伤保险条例》修订，明确脑死亡的法律地位，将死亡标准与抢救时间脱钩；二是建立全国统一的脑死亡司法鉴定程序，规范医疗机构的认定标准与证据形式；三是完善工伤保险基金的风险分担机制，通过商业保险补充保障长期抢救情形下的权益平衡。此外，部分学者主张引入“过劳死”认定体系，通过工作强度评估、因果关系鉴定等程序，将工伤认定从单纯的时间限制转向实质关联性审查。

现代医学技术的发展已使传统死亡标准面临挑战。例如，《中国成人脑死亡判定标准与操作规范（第二版）》虽明确了脑死亡的临床判定流程，但实践中仍存在因证据缺失导致的认定困难。在此背景下，司法裁判更需强化对病历资料、专家意见等证据的实质性审查，避免“唯时间论”的机械适用。

“48小时限制”的争议本质上是法律形式主义与实质正义的冲突。未来制度完善需在以下维度着力：其一，通过立法明确脑死亡的法律地位，统一死亡判定标准；其二，建立弹性化的工伤认定机制，将抢救过程的不可逆性纳入考量；其三，加强医疗证据的标准化管管理，为司法裁判提供科学依据。唯有如此，方能在保障劳动者权益与维护工伤保险制度可持续性之间实现平衡，真正体现《工伤保险条例》“以人为本”的立法初衷。

# 加班工资争议的法律分析

## ——以提成制销售人员为例



黄昭滢 律师

诉讼与仲裁、劳动人事

18064489472

huangzhaoying@tenetlaw.com

随着国家的法治进程不断推进及网络普及，人民群众的法律意识逐渐提高，劳动者从起初的弱势群体，逐渐意识觉醒，学会利用法律武器对抗用人单位的不当剥削。其中，向用人单位主张加班工资便是其中一种有效方式，劳动者逐步拒绝隐形加班、维护自身合法权益，以期得到应有的价值回报。然而，面对法律法规和司法实践对劳动者的倾斜保护，用人单位只能一味地接受吗？对于提成制销售人员“多劳多得”的工作性质，用人单位应就其随时随地进行的“加班”行为支付对应的加班工资吗？本文从法律规定和司法实践对上述争议予以分析。

### 一、加班工资的基本规定

#### 1. 加班的定义

《中华人民共和国劳动法》第三十六条：“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”第三十七条：“对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。”第三十八条：“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。”第三十九条：“企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳

动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。”第四十一条规定：“用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时”。

根据上述法律规定，加班指的是用人单位由于生产经营需要，安排劳动者在法律法规规定的工作时间之外从事工作的情形。

#### 2. 加班工资的计算

根据《中华人民共和国劳动法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬”。结合《工资支付暂行规定》第十三条，加班实际上由三种情况构成，具体的加班工资计算公式如下：

(1) 工作日延时加班工资：小时加班工资×150%×加班小时数（劳动者在正常工作日工作超过每日法定工作时间的部分）。

(2) 休息日加班工资：小时加班工资×200%×加班小时数（劳动者在规定的休息日工作，且用人单位未安排调休的部分）。

(3) 法定节假日加班工资：小时加班工资×300%×加班小时数（劳动者在国家法定节假日期间加班的部分）。

### 3. 加班工资计算基数的认定

《厦门市中级人民法院厦门市劳动争议仲裁委员会关于贯彻实施〈劳动合同法〉〈劳动争议调解仲裁法〉的指导意见》第二十七条规定：“劳动合同约定劳动者加班工资计算基数的，从其约定。劳动合同未约定劳动者加班工资计算基数的，以劳动合同约定的工资标准作为加班工资计算基数。未订立劳动合同或劳动合同未约定工资标准的，以用人单位支付劳动者加班所属月份的不含加班工资、奖金、津贴和补贴的实际工资作为加班工资计算基数。实际工资指尚未代扣代缴社会保险费、住房公积金和个人所得税的金额”。

据此，在厦门地区，加班工资计算基数遵循约定优先原则。在劳动法律关系中，劳动合同是劳动者与用人单位之间明确双方权利义务的法定书面协议。劳动合同中关于加班工资计算基数的约定，是双方就劳动报酬相关事项进行协商一致的体现。如果该约定内容符合法律的非强制性规定，且不存在违反法律、行政法规的强制性规定，不存在以欺诈、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等导致劳动合同无效的情形，那么在劳动争议案件中，人民法院将依据该劳动合同中关于加班工资计算基数的约定，作为计算劳动者加班工资的依据。

### 二、提成制销售人员加班工资的法律争议

现如今多数企业存在销售需求，聘用销售人员进行专门的销售活动，并在工资构成中约定“绩效”

或“提成”，此种提成制销售人员为了提高自身收入，不可避免地存在自发在法定工作时间之外的工作行为，如果其在未与用人单位进行协商的情况下进行加班并主张加班工资，对于用人单位而言是一笔不小的支出，对于提成制销售人员关于加班工资的主张，司法实践中存在较大争议。

#### （一）不支持加班工资的司法判例

在（2024）内民申1906号王\*、某信息服务有限公司巴彦淖尔某分公司劳动争议纠纷一案中，内蒙古自治区高级人民法院认为，“王\*的工作岗位为信息咨询及销售，根据该岗位性质及工资表显示内容，王\*的工资构成为底薪加提成，其收入主要通过销售业绩作为体现，提成工资所依据的销售额发生在正常工作时间之外也已经通过销售提成的方式体现在其工资收入中。结合某信息服务有限公司巴彦淖尔某分公司（甲方）与王\*（乙方）签订的劳动合同第九条第二款‘乙方的薪酬已包括可能存在的延时工作待遇’的约定及王\*的时薪未低于当地最低工资标准等事实，原审判决未予支持王\*关于加班费的诉请并无不当”。

在（2024）粤03民终31647号深圳某有限公司、江\*某劳动争议纠纷一案中，广东省深圳市中级人民法院认为，“江\*工资结构中包括了销售业绩提成，该部分报酬既包括了江\*在正常工作时间销售业绩所对应的提成，也包括了江\*在加班时间销售业绩所对应的提成，体现了多劳多得的性质。一审认定该部分提成具有加班工资性质并无不妥。按江\*已领取的工资金额及其所主张的工作时间折算，其工资标准未低于深圳市同期最低工资标准，故应认定某公司已足额支付了劳动报酬。江\*请求某公司另行支付加班工资的诉求缺乏事实依据，本院不予支持”。

在（2022）闽0121民初6691号林\*\*与福州某房地产开发有限公司劳动争议纠纷一案中，福建省闽侯县人民法院认为，“林\*\*从事的工作岗位系销售人员，薪酬组成系底薪+佣金，佣金是根据林\*\*

的销售业绩计算，鉴于销售岗位的性质，最突出的特点就是多劳多得，且根据林\*\*提供的证据加班申请单可知加班的原因均是正常接待客户邀约客户，因此即便林\*\*存在延长工作时间的情形，林\*\*也是为了增加销售业绩而增加工作时间，因增加工作时间的部分工资某甲公司已通过给付销售佣金的形式进行体现，可认定销售佣金应包含加班工资部分，故林\*\*要求某甲公司向其支付加班费无事实与法律依据，本院不予支持”。

## （二）提成制销售人员加班工资风险的理论分析

上述司法判例，之所以不支持提成制销售人员加班工资，主要是从劳动合同约定、业绩提成具有加班工资性质等角度出发予以处理，判决不支持提成制销售人员的加班工资。但是，从理论分析的角度来看，这些观点不足以代表在此类案件中就没有败诉风险，有人单位必须正确面对因此产生的用工风险。

首先，从加班的定义来看，加班是指超出正常工作时间之外从事工作的情形。因此，理论上讲，只要存在超时工作，就存在加班工资的风险。

其次，提成制只是一种薪酬制度，而非工时制度。因此，提成制并不排除超时工作情形下加班工资的适用。与提成制可以相提并论的一种薪酬方式是计件工资，计件工资也只是一种薪酬制度，而非工时制度，同样存在加班工资问题。《工资支付暂行规定》第十三条第二款规定：“实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的150%、200%、300%支付其工资。”

再者，劳动合同的约定不一定能够免除用人单位支付加班工资的责任。劳动法作为社会法不同于民法，不能完全放任用人单位与劳动者之间的任意约定。当劳动合同的约定涉及到劳动基准等事项时，合同约定内容低于劳动基准保护标准的，就会被认定无效。

## 三、用人单位应对加班工资风险的合规建议

### （一）用人单位应对加班工资的答辩事由

给予上述案例，以及笔者代理劳动争议案件的实践经验，对于加班工资争议的案件，用人单位可以从以下角度进行答辩：

1. 核实劳动者是否构成有效加班。根据《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）》第四十二条规定，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。对此，劳动者需要举示诸如考勤记录、工作记录、工作成果等以佐证其加班事实，如若劳动者举示的证据无法证明具体的加班时间和加班时长，也无法证明其在工作场所加班的事实，应承担举证不能的不利后果。

2. 加班需双方协商一致。根据《中华人民共和国劳动法》第四十一条、四十四条，加班是建立在用人单位与劳动者协商基础上的，用人单位不得强迫劳动者加班，劳动者也无权单方面决定加班。且用人单位支付加班工资的前提是“用人单位根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作”，即由用人单位“安排”加班的，用人单位才应支付加班工资。如果不是用人单位安排加班，而由劳动者自愿加班的，用人单位可以不支付加班工资。

3. 加班工资以效益或提成工资形式体现。根据劳动者的岗位性质及工资明细表显示内容，其工资构成为基本工资加效益工资，即多劳多得，加班工作的最终目的也是提升业绩来获得提成，因此，加班的劳动报酬实际以效益工资形式予以体现，用人单位无需再向其发放加班工资。

### （二）用人单位应对加班合规管理的建议

用人单位亦可从以下方面对公司进行合规管理：

1. 建议用人单位实行加班审批制度，并在规章制度中予以明确，即劳动者在有加班需求时应向用人单位提出申请，在用人单位予以批准的情况下方可进行加班，用人单位以此为依据支付加班费。若劳动者无法举示对应的加班审批材料，则用人单位无需支付加班费。

2. 建议用人单位在劳动合同中明确约定加班工资的计算基数，并根据不同岗位的性质明确约定劳动者的薪酬已包括可能存在的延时工作待遇且时薪未低于当地最低工资标准。以此确定加班工资的计算方式，避免产生争议、增加诉累。

3. 建议用人单位就与劳动者切身利益相关的权益制定规章制度，保证内容的合法化、合理化，并经过民主程序，以及向劳动者进行告知。注意留存上述阶段性材料，如后续发生争议可予以举证。

### 结束语

面对提成制销售人员关于加班工资的主张，用人单位可以通过企业合规管理降低支出成本。但需要强调的是，用人单位应当严格履行劳动报酬支付的法定义务，进一步完善薪酬管理机制，以构建和谐稳定的劳动关系。



天衡联合律师事务所

TENET & PARTNERS

# 福建天衡联合律师事务所简介

福建天衡联合律师事务所(下称“天衡”)成立于1993年,以“管理风险,创造价值”为服务理念,总部设在厦门,在福州、泉州、龙岩和上海设有办公室,在泰国曼谷设有中国企业服务中心,现有员工650余名,执业律师430余名,合伙人150多名。业绩自2001年起至今稳居福建省首位。

## 服务理念

“管理风险,创造价值”是天衡的服务理念。天衡律师团队具有丰富的项目风险管理经验和相关资源,在预防风险发生与危机应对等方面都有难以超越的优势,能够有效的防范及降低法律风险,并在法律风险发生后尽快采取措施,争取对客户有利的解决结果,为客户创造有形和无形的价值。

## 天衡荣誉

天衡善于为客户解决疑难、复杂的法律问题,获得了行业和客户的高度认可。天衡荣膺“部级文明律师事务所”和“全国优秀律师事务所”称号;专业性多次受到Chambers and Partners(钱伯斯)、ALB(《亚洲法律杂志》)、《商法》等多家权威法律媒体与评级机构的认可与推荐。

## 国际业务协作体系

天衡与全国各省领先的头部律所均建立友好协助关系。此外,天衡还与新加坡、欧盟、美国、加拿大、澳大利亚等国家和我国香港、澳门、台湾等地区的律师事务所建立了广泛的合作关系,为客户提供境内外跨区域的高质量法律服务。

## 服务能力

天衡律师长期致力于为客户提供高效、专业、务实的综合解决方案,以团队及专业部门为客户提供全面支持的法律服务。天衡在资本市场与金融、并购重组、房地产与建筑工程、政府法律顾问、劳动HR、互联网、家族财富传承、海事海商、海外投资、知识产权、刑事等领域的法律服务水平处于地区领先地位。

全国优秀律师事务所

ASIAN  
LEGAL BUSINESS  
ALB

Chambers  
AND PARTNERS

部级文明律师事务所

LEGALBAND  
Your Trusted Guide to the Legal World

CHINA BUSINESS  
LAW JOURNAL  
商法

律新社  
LEGAL VISION

# 福建天衡联合律师事务所

## 厦门办公室

地址:厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-18层、27楼(361004)

电话:0592-5883666

## 泉州办公室

地址:泉州市丰泽区浦西万达广场写字楼B座39、41层(362000)

电话:0595-22182603、22182703

## 福州办公室

地址:福州市台江区宁化街道振武路70号福晟钱隆广场43层(350000)

电话:0591-83830300

## 龙岩办公室

地址:龙岩市新罗区华莲路55号紫金大厦13层(364000)

电话:0597-2297688

## 上海办公室

地址:上海市闵行区虹中路 385号虹桥总部2号3幢501单元 (200122)

电话:021-58364666



扫描二维码  
关注天衡公众号



扫描二维码  
关注天衡视频号



商务合作请联系



投递简历请联系