

# 天衡法律通讯

T E N E T & P A R T N E R S

第二期  
2017

## 劳动&HR专刊



顾 问：白劭翔  
主 编：庄小帅  
责任编辑：周 玥

### 天衡动态 法规快讯 律师专栏

- 14 专车服务公司与驾驶员之间的纠纷如何处理
- 18 论我国企业劳务外包的法律风险
- 22 工伤认定“上下班途中”举证责任浅析
- 25 浅议拒不支付劳动报酬罪



扫一扫  
了解最新法律资讯

# 天衡联合律师事务所 简介

福建天衡联合律师事务所(以下简称“天衡”)是一家立足于海峡西岸的高端商事律师事务所,以“管理风险,创造价值”为服务理念。天衡成立于1993年,业绩自2001年起至今稳居福建省首位。天衡在福建厦门、上海浦东、福建福州、福建泉州、福建龙岩设立五个大型办公室,办公面积近7000平方米,拥有员工300余名,拥有执业律师超过200人,位列ALB(《亚洲法律杂志》)“中国律所规模排名前30名”并蝉联“中国十佳成长律所”,同时荣膺——“全国优秀律师事务所”“部级文明律师事务所”中国律所的两项最高荣誉。

## 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。

## 业绩与规模

天衡业绩自2001年起至今稳居福建省首位,并且在客户的信任与支持下,以年均超过20%的增速快速发展,在2014年成为福建首家亿元所。国际知名法律评级机构LEGALBAND将天衡评为“2015年度中国律所品牌前50强”第39名。

## 国际业务协作体系

天衡与全国各省排名领先的律师事务所及国际律师事务所建立了中世律所联盟(SGLA),为客户提供境内外跨区域的高质量法律服务。此外,天衡还与美国、加拿大、澳大利亚、新加坡等国家和我国香港、澳门、台湾等地区的律师事务所建立了广泛的合作关系。

## 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服务,获得了众多企业、政府机构、社团组织的认可。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、劳动法、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行业领先地位。



资本市场与金融



并购重组



公司商事



房地产与建筑工程



政府法律服务



争议解决



劳动和人力资源



知识产权



海事海商



家事与财富传承



刑事



贸易救济与竞争法



01

66

# 天衡动态

## 天衡所主任孙卫星被聘为厦门市思明区政府法律顾问

2017年5月24日上午，厦门市思明区召开政府法律顾问颁证仪式，区政府领导及全区各职能部门和街道负责人参加会议。天衡所主任孙卫星被聘为思明区政府法律顾问，这是继1987年以来，孙卫星律师担任思明区政府法律顾问的第30年。本次被聘为思明区政府法律顾问的还有吕金朝、陈雪、廖山海、刘璇、王坚等人。



思明区区委常委、政法委书记、区政府常务副区长吴旗荣在发言中强调，聘任法律顾问，是落实全面依法治国战略的重要举措，对于加快法治政府建设、实现依法行政具有重要推动作用。思明区将努力为履职尽责优化保障，希望法律顾问全力为转型发展提供支撑，积极为科学决策建言献策，主动为依法行政增添助力。



对于政府法律顾问服务，孙卫星律师发表了自己的一些看法：

### 从“得荣誉”到“干实事”到“拼服务”

孙卫星律师认为出台行政诉讼法是一个分界点，近30年来的时间，基本可以分为三个阶段：

第一个阶段是上世纪七八十年代，政府法律顾问更多时候并没有太多具体的行动。这个阶段属于朦胧状态，到底顾问发挥什么作用没考虑，只有遇到非常难的问题才找顾问，偶尔才咨询。顾问基本上是“得荣誉”。

第二个阶段是行政诉讼出台后，法律顾问主要是忙于应付具体的诉讼。这个阶段，做行政诉讼成为法律顾问的一个重要事项。顾问很多时候在“干实事”。

第三个阶段是近些年来，特别是《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》公布以来，法律顾问与政府更加紧密融合，提供专项法律服务。现在主要是“事前防范”，事前考虑的更加完善严密，让政府在操作中预防出现将来要出现的问题。顾问已经在“拼服务”。

30年来，从朦胧懵懂到事后处理纠纷到前置协助提供服务，法律顾问这个角色一直都在往更好的方向前进。

### 政府法律顾问的三大服务

孙卫星律师认为，政府很需要法律顾问的服务，目前主要可以分为三类：

第一个是纵向，行政角度自上而下的，从中央、省到街镇是综合性服务，还有尽可能某一方面要是行家，比如金融。

第二个是横向就是平行的各个部委办局等职能部门，涉及的工作比较专业，律师必须对职能部门的运转非常熟悉，才能做好这块服务。

第三个就是专项法律服务，这是一个新的起点，对律师对政府都是一个挑战，政府要接受律师的前置服务，

律师要有自己的产品提供给政府。特别是细分领域产品，如征地拆迁等。

### 当好政府法律顾问要解决的两个短板

第一个要解决的短板就是观念问题，包括法律顾问和政府在内。当好政府法律顾问就不能存在“捞名声”的想法，要踏踏实实地为政府做好服务。政府要能够切实接纳法律顾问的“前置参与”。

第二个要解决的短板就是平台问题。要搭建良好的干事平台，改变对法律顾问的偏见，要尊重法律顾问的劳动并参照市场行情的酬劳。

孙卫星律师认为，之所以能够当好思明区政府法律顾问，正是由于思明区在发展过程中解决了两个短板，法律顾问也早已参与到区常务会议中。同时，认知是一个慢慢提升的过程，不可能所有的地方都快速提高到同一水平。

## 天衡所副主任曾招文律师当选中国致公党福建省 第九届委员会常务委员

2017年6月24日至26日，中国致公党福建省第九次代表大会在福州召开。我所副主任曾招文律师当选中国致公党福建省第九届委员会常务委员。本次大会共有259名党员代表全省5270名党员出席了会议，会议通过第八届委员会工作报告等议程，选举产生了第九届委员会57名委员，九届委员会第一次全体会议选举产生了24名常委、主委和7名副主委。

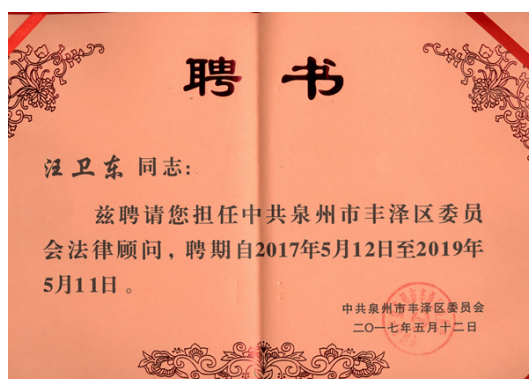


## 天衡泉州所主任汪卫东律师受聘中共丰泽区委法律顾问

2017年5月12日，中共丰泽区委法律顾问聘请仪式在丰泽区公务大楼主楼举行，丰泽区委常委，区人大常委会、区政协党组书记等出席了此次活动。天衡泉州所主任汪卫东律师被聘为中共丰泽区委顾问律师。

聘请仪式上，共12位法律界人士受聘区委法律顾问。此次区委法律顾问的人选，中共丰泽区委亦是经过前期精心准备，从市、区两级遴选了12名专业能力突出，业务水平较高，在社会上有一定知名度，在行业中有一定影响力的法学专家、律师和区法院、区检察院熟悉法律事务的同志，并经五届区委常委第35次会议研究决定，方可聘请为第一届丰泽区委法律顾问组。

近年来，汪卫东律师响应政府对法律服务工作的号召，积极配合政府开展各项法律服务工作，此次受聘为中共丰泽区委法律顾问，汪律师亦将不遗余力为丰泽区法治建设贡献自己的一份力量！



## “法律三进”系列讲座之“新经济形势下的人力资源管理法律问题”成功举办

2017年4月27日，泉州市工商联主办、福建天衡联合律师事务所承办、泉州新社会阶层代表人士联谊会、泉州市纺织服装商会、泉州市家电行业商会以及泉州市物流协会协办的“法律三进”系列讲座之“新经济形势下的人力资源管理法律问题”在泉州市政府(东海)会议中心2楼211举行，天衡联合律师事务所合伙人、劳动法专家张照东律师受邀主讲。

本次讲座由泉州市工商联副主席黄珍红进行致辞。张照东律师从《劳动法》出发，结合实际案例，针对员工培养、工伤认定、女职工生育问题、高管竞业限制、员工绩效考核等企业人力资源管理问题进行专业讲解。提醒大家要重视裁员程序以及裁员的保护对象范围。尤其是在裁员流程上，企业一旦操作不慎，容易被判断为单方面解除合同，从而引起更大的损失。对工伤的认定范围、法条的规定以及医疗期的计算和待遇都做了详细分析。张律师生动活泼的演讲风格受到在场听众们的一致好评，并在交流环节中与张律师展开了热烈的交流讨论。



## 天衡所王利平律师受邀为福州市泉州商会作自贸区主题报告

2017年7月14日上午，福州市泉州商会举行“纪念中国共产党成立96周年学习交流会”，天衡联合（福州）律师事务所王利平律师应邀出席，并在会上就“一带一路”背景下自贸区与民营企业发展等热点问题做了《自贸区时代的企业革新》的报告。

王利平律师从自贸区时代的全面到来切入，讲述了在当前“1+3+7”的自贸区形式下，政府也在通过制度创新实现职能转变，从而提高行政效率，为贸易和投资的便利化提供条件。以福建自贸区为例，商事登记改革以及精简项目审批程序的举措都大量节省了企业的办事时间。王律师强调，在政府大力支持的条件下，自贸区作为“一带一路”的桥头堡，中国企业如何抓住这个机遇更好的“走出去”，防范法律风险占据重要位置。福建对东盟十国的投资具有地理位置和人文优势，所以王律师针对东盟十国的投资优势和劣势进行了具体分析，并进一步对投资可能遇到的法律问题进行了简要介绍。关于《自贸区时代的企业革新》报告引起了与会人员的强烈反响，获得了高度认可。

天衡联合（福州）律师事务所具备专业的法律服务团队，能够为企业“一带一路”对外投资提供高质量的专业法律服务。



## 天衡所方林波律师受邀为晋江市农村集体产权制度改革业务培训班授课

2017年7月14日，晋江市农村集体产权制度改革业务培训班在晋江市党校举行。福建天衡联合（泉州）律师事务所合伙人方林波律师受邀为各镇（街道）分管领导、第二批重点村（社区）的党组织书记、村（居）委员会主任授课，晋江市政府副市长李志强、晋江市农业局局长李友加、晋江市委党校副校长许自来出席了本次培训的开班式。

举行本次培训班的意义在于深入推进农村集体产权制度改革工作，进一步提高基层干部政策水平和业务能力，加快铺开第二批改革试点村（社区）工作，这是天衡律师继为第一批改革试点村（社区）提供法律服务取得众多成果之后的又一个新开端。



方林波律师以农村现状及中央政策为出发点，向学员介绍农村集体产权制度改革的背景及重要意义，并解读相关政策及法律法规；以改革操作规程为着重点，向学员讲解农村集体产权制度改革的内容，包括：制定方案、确认成员资格、清产核资、折股量化、成员大会、登记发证，并分享第一批改革试点村（社区）的改革经验，实现改革的内容具体性及可操作性；以改革工作作为一项光荣使命及任务为切入点，鼓励学员积极开展改革工作，天衡律师团队将全心全意为改革工作提供法律服务。方林波律师的授课使学员对农村集体产权制度改革有了更深刻的理解，获得了全体人员的高度评价。

本所汪卫东、方林波、王炳春、曾志群律师团队，长期专注于农村集体产权制度改革的法律服务，所提供法律服务的阳光社区成立了股份经济联合社并取得了首张《农村集体经济组织证明书》，这是天衡律师实践“三农”法律服务取得的重大成果。天衡律师将继续全心全意为改革提供法律服务，为福建农村集体产权制度改革添砖加瓦。

## 集友银行股权交割顺利完成 天衡并购业务又立新功

2017年3月28日上午，庆祝集友银行有限公司股权成功交割仪式在香港中银大厦召开，中联办仇鸿副主任、福建省政府张志南常务副省长、中国银行及厦门市委领导出席。天衡执行主任白劭翔律师受邀出席仪式，共同见证这一历史性时刻。

集友银行由爱国侨领陈嘉庚先生于1947年在香港创办，是香港第39间领有执照的银行，其成立目的是为了资助厦门集美的教育事业。1970年由中国银行（香港）有限公司注资控股，成为中国银行集团成员。本次厦门国际银行股份有限公司与私立集美学校委员会联合向中银香港收购其持有集友银行的全部70.49%的股份，由厦门国际银行控股集友银行，同时私立集美学校委员会经该次股份购买后，其持有股份比例也增至31.87%。时隔47年，集友银行终于回家了，再次由厦门企业控股。

天衡白劭翔律师、刘超律师、林博怀律师组成的法律服务团队，作为联合收购方私立集美委员会的代表律师，携手致同会计师事务所、香港林余律师行，与交易对手聘请的高盛、瑞信、高伟绅、年利达、普华永道等国际知名中介机构，为集友银行股权并购项目提供顾问服务。天衡团队通过细致的调查研究、丰富的跨国并购经验，最大程度维护了委托人私立集美学校委员会的利益，其在本项目中的专业表现获得了并购各方及其他中介机构的一致认可和好评。



交易各方法律负责人留影（左一为白劭翔律师）

## 2017年全国法律专业学位研究生法律文书写作大赛圆满落幕

近期，由全国法律专业学位研究生教育指导委员会主办的2017年全国法律专业学位研究生法律文书写作大赛在厦门大学法学院顺利落幕。

全国法律专业学位研究生法律文书写作大赛是应十八届四中全会关于“加强法律文书释法说理”要求，响应习总书记在中国政法大学考察时提出的“在实践中提升学生的法律素养，促进理论和实践相结合”的号召，在全国法律专业学位研究生教育指导委员会主导下，在社会各界支持下应运而生的赛事，旨在提供一个高水平的交流锻炼平台，以普及法律文书写作知识，提升法学学生的法律应用技能和文字表达能力。

大赛到今年为止共举办了四届，前三届是由厦门大学法学院主办、福建天衡联合律师事务所冠名支持的“‘天衡杯’全国法律文书大奖赛”，第四届升级为全国法律专业学位研究生教育指导委员会主办、厦门大学承办的官方赛事，辐射规模进一步扩展到辐射全国高校，共有包括清华大学、中国海洋大学、同济大学等高校在内的112所高校、848名在校法律专业学位硕士研究生参与了此次大赛，成为首个全国性、专业级法律文书写作赛事。

由于天衡是福建省综合实力最强的律所之一，并且长期大力支持该项赛事，每年的法律文书大奖赛均组织决赛选手到天衡所参观学习，并在颁奖仪式上邀请天衡的合伙人做经验介绍。



党总支书记、人才发展  
委员会召集人王哲律师

2017年6月2日，来自全国各地的30名2017年全国法律专业学位研究生法律文书写作大赛决赛入围选手齐聚天衡，进行了近三个小时的参观访问。天衡所党支部书记、人才发展委员会召集人王哲律师、合伙人李金招、市场总监庄小帅出席了此次座谈会。在参观了天衡所的办公场所之后，王哲书记、合伙人李金招律师和庄小帅总监通过问答的方式与同学们进行互动交流，向同学们介绍了天衡所的团队建设状况、工作理念。解答了同学们在择业就业道路上的疑惑，分析了当前就业的环境和方向，分享了青年律师的成长经历，耐心解答了同学们关于律师案源拓展、新晋律师培养制度以及职业规划等问题，同学们表示受益匪浅。



合伙人李金招律师

6月3日上午，大赛颁奖典礼在厦门大学法学院举行。天衡所执行主任、合伙人白劭翔律师出席了大赛的颁奖典礼，为获奖选手颁发奖状。出席本次会议的嘉宾还有：全国法律专业学位研究生教育指导委员会副秘书长、中国人民大学法学院院长韩大元教授，全国法律专业学位研究生教育指导委员会副秘书长、司法部国家司法考试司副巡视员王红老师，西南政法大学研究生部主任李燕教授，中国人民大学法学院副院长时延安教授，司法部国家司法考试司法教育指导处副处长吕伟耀老师，中国人民大学法学院法律硕士办公室主任郝晓明老师，厦门大学研究生院培养与管理办公室副主任薛成龙老师，福建联合信实律师事务所合伙人、厦门大学法学院兼职硕士生导师邱兴亮律师，厦门大学法学院院长宋方青教授，厦门大学法学院副院长何丽新教授，厦门大学法学院党委副书记郭锦星老师、厦门大学法律硕士教育中心副主任刘学敏教授、厦门大学法学院民商法教研室吴旭莉教授。



颁奖典礼过后，在刘学敏老师的主持下，开展了全国法律专业学位研究生法律文书写作大赛精英论坛活动，本次论坛主题为法律硕士培养机制改革创新。天衡执行主任、合伙人白劭翔律师对产学结合的天衡创新实验班的开展情况进行了详细的介绍，建议延长法科生的实习时间，不断提高法科学子的实践能力。此外，韩大元教授就新的法律硕士培养方案作了介绍，明确了法学硕士、法本法硕及非法本法硕在培养模式和专业训练的差异，并对现场同学们关心的实际问题做了细致解答。李燕教授提出法律硕士教育应考虑市场上对法律人才的定位和需求，制定培养方案和模式，并介绍了西南政法大学在这方面的尝试和成果。时延安老师则对实践案例方面的研究工作做了详细介绍，指出高校教育中案例教学在法律发展中的重要性和必要性。



天衡所执行主任、合伙人白劭翔律师对天衡创新实验班的开展情况进行介绍



(从左到右依次为：全国法律专业学位研究生教育指导委员会副秘书长、中国人民大学法学院院长韩大元教授、中国人民大学法学院副院长时延安教授、司法部国家司法考试司法学教育指导处副处长吕伟耀、司法部国家司法考试司副巡视员王红老师、厦门大学法学院院长宋方青教授)

自由讨论环节嘉宾同学均就当前法律硕士教育的现状和发展展开热烈讨论，就法律硕士实习实践模式、司法案例课程体验以及法律硕士培养方案改革等发表自己的看法，并对法律硕士教育的未来发展提出美好愿景。讨论结束后，全体参会人员移步厦门大学法学院办公楼前合影留念，大赛圆满落幕。





09

66

# 法规快讯

## | 法律

### 1. 全国人大常委会关于修改《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国行政诉讼法》的决定（2017.06.27发布 / 2017.07.01实施）

【内容提示】第五十五条增加一款，作为第二款：“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。”

### 2. 全国人大常委会关于修改《中华人民共和国水污染防治法》的决定(2017)（2017.06.27发布 / 2018.01.01实施）

【内容提要】增加一条，作为第四十五条：“排放工业废水的企业应当采取有效措施，收集和处理产生的全部废水，防止污染环境。含有毒有害水污染物的工业废水应当分类收集和处理，不得稀释排放。”

## | 行政法规

### 1. 国务院办公厅关于印发自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2017年版)的通知（2017.06.05发布 / 2017.07.10实施）

【内容提要】《自贸试验区负面清单》依据《国民经济行业分类》（GB/T 4754-2011）划分为15个门类、40个条目、95项特别管理措施，与上一版相比，减少了10个条目、27项措施。其中特别管理措施包括具体行业措施和适用于所有行业的水平措施。

### 2. 国务院办公厅关于建设第二批大众创业万众创新示范基地的实施意见（2017.06.15发布 / 2017.06.15实施）

【内容提要】项目核准机关应当在正式受理申报材料后20个工作日内作出是否予以核准的决定，或向上级项目核准机关提出审核意见。项目情况复杂或者需要征求有关单位意见的，经本行政机关主要负责人批准，可以延长核准时限，但延长的时限不得超过40个工作日，并应当将延长期限的理由告知项目单位。

### 3. 国务院关于调整工业产品生产许可证管理目录和试行简化审批程序的决定（2017.06.24发布 / 2017.06.24实施）

【内容提要】进一步调整实施工业产品生产许可证管理的产品目录，取消19类工业产品生产许可证管理，将3类工业产品由实施生产许可证管理转为实施强制性产品认证管理，将8类工业产品生产许可证管理权限由质检总局下放给省级人民政府质量技术监督部门。

## | 部门规章

### 1. 国税总局：《关于实施高新技术企业所得税优惠政策有关问题的公告》（2017.06.19发布 / 2017.06.19实施）

【内容提要】公告明确高新技术企业资格管理和税收优惠备案等若干政策。公告规定，企业的高新技术企业资格期满当年，在通过重新认定前，其企业所得税暂按15%的税率预缴，在年底前仍未取得高新技术企业资格的，

应按规定补缴相应期间的税款。

该公告适用于2017年度及以后年度企业所得税汇算清缴。

### 2. 专利优先审查管理办法（2017.06.27发布 / 2017.08.01实施）

【内容提要】对于优先审查的专利申请，申请人应当尽快作出答复或者补正。申请人答复发明专利审查意见通知书的期限为通知书发文日起两个月，申请人答复实用新型和外观设计专利审查意见通知书的期限为通知书发文日起十五日。

### 3. 证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法（2017.06.06发布 / 2017.10.01实施）

【内容提要】合规负责人不能履行职务或缺位时，应当由证券基金经营机构董事长或经营管理主要负责人代行其职务，并自决定之日起3个工作日内向中国证监会相关派出机构书面报告，代行职务的时间不得超过6个月。

### 4. 三部门印发通知规范推进PPP项目资产证券化工作（2017.06.19发布 / 2017.06.19实施）

【内容提要】近日，财政部、中国人民银行、中国证监会联合发布《关于规范开展政府和社会资本合作项目资产证券化有关事宜的通知》（财金〔2017〕55号）（以下简称《通知》），规范开展政府和社会资本合作项目资产证券化。

《通知》要求分类稳妥地推动PPP项目资产证券化，严格筛选开展资产证券化的PPP项目，完善PPP项目资产证券化工作程序，着力加强PPP项目资产证券化监督管理。

### 5. 关于资管产品增值税有关问题的通知（2017.06.30发布 / 2018.01.01实施）

【内容提要】近日，财政部和国税总局发布《关于资管产品增值税有关问题的通知》（财税〔2017〕56号）。两部门明确，自2018年1月1日起，资管产品管理人提供资管产品运营业务，暂适用简易计税方法，按照3%的征收率缴纳增值税。

### 6. 区域性股权市场监督管理试行办法（2017.05.03发布 / 2017.07.01实施）

【内容提要】在区域性股权市场非公开发行、转让中小微企业股票、可转换为股票的公司债券和国务院有关部门认可的其他证券，以及相关活动，适用本办法。

## 团体/行业规定

### 1. 中共中央、国务院关于加强和完善城乡社区治理的意见（2017.06.12发布 / 2017.06.12实施）

【内容提要】乡社区治理事关党和国家大政方针贯彻落实，事关居民群众切身利益，事关城乡基层和谐稳定。为实现党领导下的政府治理和社会调节、居民自治良性互动，全面提升城乡社区治理法治化、科学化、精细化水平和组织化程度，促进城乡社区治理体系和治理能力现代化，现就加强和完善城乡社区治理提出以下意见。

### 2. 中国证券投资基金业协会关于发布《基金募集机构投资者适当性管理实施指引(试行)》的通知（2017.06.28发布 / 2017.06.28实施）

【内容提要】各基金募集机构应当在《指引》发布之日起六个月内按照相关要求完成相关系统改造。

### 3.关于发布《深圳证券交易所债券市场投资者适当性管理办法》的通知（2017.06.28发布 / 2017.07.01实施）

【内容提要】证券经营机构应根据本办法规定的标准评估、报备合格投资者，在2017年7月1日前完成公司债券、企业债券、资产支持证券以及本所提供转让服务的暂停上市债券的存量合格投资者的调整工作，并通过本所固定收益品种业务专区提交合格投资者账户名单。

### 4.关于基金从业人员资格管理实施有关事项的通知（2017.06.26发布 / 2017.06.26实施）

【内容提要】中国证券投资基金业协会发布《关于基金从业人员资格管理实施有关事项的通知》，私募基金管理人的从业人员通过科目一和科目二、或科目一和科目三、或科目一和《证券投资基金》、或《证券市场基础知识》和《证券投资基金》考试的，可由所在任职机构向中国证券投资基金业协会申请基金从业资格注册。

## | 2016-2017年部分劳动人事法律更新

### 1.福建省人民政府办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的实施意见（2016.06.01发布 / 2016.06.01实施）

【内容提示】推行银行代发工资制度。施工总承包企业或分包企业项目部应为农民工申办银行个人工资账户并办理实名制工资支付银行卡，按月考核农民工工作量，编制工资支付表，委托银行按月足额将工资发至农民工个人工资账户。农民工工资支付情况要经农民工本人签字确认。

### 2.福建省人民政府关于2016年调整退休人员基本养老金的通知（2016.06.28发布 / 2016.06.28实施）

#### 【内容提要】

一、调整范围：2015年12月31日前已按规定办理退休（含辞职）手续并按月领取基本养老金的退休人员。

二、调整水平：总体调整水平按照2015年12月退休人员月人均基本养老金的6.5%左右确定。

三、调整办法：此次调整退休人员基本养老金，采取定额调整、挂钩调整与适当倾斜相结合的办法，兼顾企业和机关事业单位退休人员，公平与效率相结合。月增加标准由定额调整和挂钩调整构成，对符合条件的人员予以适当倾斜。

### 3.人力资源社会保障部中央综治办最高人民法院司法部财政部中华全国总工会中华全国工商业联合会中国企业联合会/中国企业家协会关于进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制的意见（2017.03.21发布 / 2017.03.21实施）

【内容提要】引导支持用人单位与职工通过协商解决劳动人事争议。推动建立劳动人事争议协商解决机制，鼓励和引导争议双方当事人在平等自愿基础上协商解决纠纷。指导用人单位完善协商规则，建立内部申诉和协商回应制度。加大工会参与协商力度。鼓励社会组织和专家接受当事人申请或委托，为其解决纠纷予以协调、提供帮助。探索开展协商咨询服务工作，督促履行和解协议。

### 4.《劳动人事争议仲裁组织规则》（2017.04.24发布 / 2017.07.01实施）

【内容提要】仲裁委员会处理争议案件实行仲裁庭制度，实行一案一庭制。仲裁委员会可以根据案件处理实际需要设立派驻仲裁庭、巡回仲裁庭、流动仲裁庭，就近就地处理争议案件。



13

66

# 律师专栏

# 专车服务公司与驾驶员之间的 纠纷如何处理



张照东  
劳动&HR法律事务部主任  
合伙人、律师

**执业领域:**  
劳动与人力资源、政府法律  
顾问、公司商事、房地产、  
争议解决

## 【案情简介】

驾驶员李某因工资、押金等问题与福建某专车服务有限公司厦门分公司发生劳动争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

李某诉称：2014年11月20日，李某进入福建某专车服务有限公司厦门分公司（简称“公司”）处从事司机工作，双方当天签订一份期限自2014年11月20日至2017年11月30日的书面劳动合同，同时公司向李某提供《高薪诚聘驾驶员》，承诺工资按“起薪6000元+业务提成”支付。2014年11月28日，公司向李某收取入职押金10000元。2015年8月24日，公司在没有任何正当理由的情况下对李某做出停运处理，致使李某无法工作。2015年9月6日，公司为李某办理退工手续，单方解除劳动合同。2015年8月李某实际工作23天（24日起无法工作），根据劳社部发[2008]3号《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》“月工作日为20.83天”的规定，应视为李某2015年8月全勤。2014年11月20日至2015年8月（全勤计算）李某提供了正常劳动，月工资为6000元，该期间之工资应当为57034.48元，但公司只支付了43242.7元，应支付工资差额13761.78元。2015年8月24日公司对李某做出应当立即将该押金退还。公司还违反《劳动合同法》的规定单方违法解除劳动合同，应向李某支付违法解除劳动合同赔偿金12000元。现李某提出仲裁请求，要求公司：一、退还押金10000元；二、支付2014年11月20日至2014年11月30日的工资差额2294.25元；三、支付李某2014年12月至2015年8月的工资差额11467.53元；四、支付李某2015年9月1日至2015年9月6日的工资1655.17元；五、支付违法解除劳动合同赔偿金12000元。

福建某专车服务有限公司厦门分公司就李某的仲

裁申请辩称：一、押金一万元实际上是由车辆提供方代收的车辆资产保证金，用于车辆设备及其他与工作车辆相关的随车物品管理。待员工离职，交回工作车辆并交验清楚，车辆无任何问题后，我司会代办退款流程，但李某至今仍不将该车辆的行驶证和油卡归还公司，导致公司无法按流程帮李某代办保证金退还手续。二、李某所提供的《高薪诚聘驾驶员》广告的广告主并非福建某专车服务有限公司厦门分公司，也非福建某专车服务有限公司厦门分公司发布的招聘信息，公司从未承诺起薪6000元+业务提成，故李某请求支付工资差额是无理无据的。三、李某在职期间拒不配合公司的工作安排。公司于2015年8月21日通知李某到公司签到并安排工作，而李某拒不执行，公司在无奈之下，只好对申请进行停运处理，并于2015年8月29日再次发出《催促交接车辆及到岗通知书》，并在通知书中写明“若李某逾期未到将视为旷工处理。在30个自然日内，旷工累计天数超过三天，视李某自动离职”。然而李某收到该通知书后，仍然不到公司报到。直至2015年9月4日，李某仍未到公司报到，属于自动离职，而非公司违法解除劳动合同。公司于2015年9月4日向李某寄出《催促办理离职、交接车辆手续通知书》，李某于次日收到该通知，但仍不到公司办理离职、交接手续，并将公司车辆扣押，致使车辆无法正常运作。综上，请求驳回李某的全部仲裁请求。

## 【查明事实】

李某向仲裁委提供证据如下：一、收款收据，证明2014年11月28日福建某专车服务有限公司厦门分公司向李某收取入职押金一万元；二、高薪诚聘驾驶员，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司承诺员工工资为起薪6000元+业务提成；三、招商银行户口交易明

细表及活期账户历史明细查询打印清单，证明李某2014年11月至2015年8月每个月实领工资数额及福建某专车服务有限公司厦门分公司未按“起薪6000元+业务提成”支付工资，无故克扣李某的劳动报酬；四、收款收据（复印件），证明收款单位天津某商务咨询服务有限公司就是福建某专车服务有限公司厦门分公司，公司名称不同而已；五、开庭笔录（复印件），证明厦劳仲案[2015]0989号开庭过程中，福建某专车服务有限公司厦门分公司对《高薪诚聘驾驶员》证据真实性确认。福建某专车服务有限公司厦门分公司对李某提供的上述证据质证如下：对证据一的真实性予以确认，但该款项是福建某专车服务有限公司厦门分公司代收，实际上是车辆提供方天津某商务咨询服务有限公司的资产保证金；对证据二的三性不予确认，该广告不是福建某专车服务有限公司厦门分公司的招聘广告；对证据三的真实性予以确认，但证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已足额支付工资；对证据四的真实性无法确认，不清楚该证据如何形成，福建某专车服务有限公司厦门分公司与天津某商务咨询服务有限公司两家公司是独立运作的；对证据五的真实性予以确认，但关联性不予确认，广告单不知道谁印的，且广告主是神州租车。

福建某专车服务有限公司厦门分公司向仲裁委提供证据如下：一、劳动合同，证明双方约定李某的工资标准是2300元，李某对此工资标准无异议，福建某专车服务有限公司厦门分公司每月已足额发放工资，不存在拖欠；二、催促交接车辆及到岗通知书，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已通知李某到公司报到，并在通知书中写明：“若李某逾期未到将视为旷工处理。在30个自然日内，旷工累计天数超过三天，视李某为自动离职”；三、催促办理离职、交接车辆通知书，证明李某未按福建某专车服务有限公司厦门分公司规定到公司报到，属自动离职；四、顺丰公司的送达签收单，证明李某已收到公司寄出的《催促交接车辆及到岗通知书》、《催促办理离职、交接车辆通知书》；李某对福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的上述证据质证如下：对证据一的真实性予以确认，但对证明对象不予确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司主张其支付的工资包含额外发放

的福利但未举证证明；对证据二的真实性予以确认，但对证明对象不予确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司在该证据中主张李某拒不与对接班驾驶员交接班，但未举证证明；对证据三的真实性予以确认，但对证明对象不予以确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司在该证据中主张视为李某于2015年8月31日起已从被申请公司自动离职，但其在答辩书中又主张李某2015年9月4日仍未到福建某专车服务有限公司厦门分公司处报到，前后主张矛盾，不足以采信；对证据四的真实性予以确认。庭后福建某专车服务有限公司厦门分公司补充证据如下：一、工资发放明细，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已足额发放工资；二、系统托收失败明细，证明李某尚欠公司代客充值款项520元、车辆出险款4035元，在职期间违章7条尚未处理；三、通知李某到公司报到的短信通知，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已于2015年8月21日通知李某到公司报到；四、《专车驾驶员管理手册》第4、5页，证明公司对驾驶员所驾驶车辆出现交通事故、车辆违章等详细规定，和驾驶员在30个自然日内旷工累计天数超过三天，视为自动离职；五、《专车驾驶员管理手册》阅知单，证明李某已认真阅读并充分理解《专车驾驶员管理手册》的内容，并承诺自觉遵守和履行。李某对前述补充证据的表面真实性没有异议，但是其主张《专车驾驶员管理手册》阅知单虽然有本人签字，但是其并不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容。

经审理查明，双方当事人对下列事实均无异议，仲裁委予以确认：李某于2014年11月20日入职，当天李某与福建某专车服务有限公司厦门分公司签订《劳动合同》，约定月工资人民币2300元。李某的出勤方式是通过手机终端上下班，福建某专车服务有限公司厦门分公司会在某个时间段要求司机在线，具体的上下班由司机在手机终端设置和选择。车子、油、手机和电话费均由福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的。一般情况下是通过电子方式支付给公司车费，但在余额不足等特殊情况下，由驾驶员直接收取车费，即代客充值。2014年11月28日李某以现金形式交给财务陈某人民币10000元。2015年8月30日李某收到福建某专车服务有限公司厦门分公司寄送的《催促交接车

辆及到岗通知书》，2015年9月5日李某收到福建某专车服务有限公司厦门分公司寄送的《催促办理离职、交接车辆手续通知书》。2015年9月6日福建某专车服务有限公司厦门分公司办理退工手续。上述事实有业经庭审质证并确认真实性的福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《劳动合同》、《催促交接车辆及到岗通知书》、《催促办理离职、交接车辆手续通知书》、《快递单》和双方当事人签字确认的《开庭笔录》为证。

### 【争议焦点及其分析】

#### 一、关于押金问题

根据李某提供的《收款收据》，证实收取入职押金的单位为天津某商务咨询服务有限公司，并非福建某专车服务有限公司厦门分公司，李某主张福建某专车服务有限公司厦门分公司退还押金无充分证据，应承担举证不能的法律后果，仲裁委不予支持。

#### 二、关于工资问题

根据福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《劳动合同》（于2014年11月20日签订）可证实福建某专车服务有限公司厦门分公司与李某约定的2014年11月20日起至2017年11月30日止李某的月工资为人民币2300元。福建某专车服务有限公司厦门分公司支付李某工资远高于最低工资标准和合同约定的工资，可见，福建某专车服务有限公司厦门分公司并未违反劳动合同的约定。现李某主张其月工资为6000元，而李某所提供的《高薪诚聘驾驶员》无任何公章或者签字，且福建某专车服务有限公司厦门分公司亦不予认可，故李某主张月工资为6000元，并据此请求支付2014年11月20日至2014年11月30日的工资差额2294.25元，2014年12月至2015年8月的工资差额11467.53元证据不足，仲裁委不予支持。

根据李某提供的《催促交接车辆及到岗通知书》及顺丰公司的送达签收回单可证实福建某专车服务有限公司厦门分公司已催促李某到公司报到并交接车辆，李某亦确认于2015年8月30日收到此通知书，但李某收到通知书之后并没到福建某专车服务有限公司厦门分公司处报到上班，李某存在过错，其未提供劳动有自身的原因，故李某以“李某未提供劳动并非李某原因

造成，而是福建某专车服务有限公司厦门分公司未提供劳动条件导致李某无法工作所致”主张支付2015年9月1日至2015年9月6日的工资1655.17元无法成立，仲裁委不予支持。

#### 三、关于劳动合同解除问题

关于李某主张支付违法解除劳动合同赔偿金12000元，被申请人答辩李某严重违法福建某专车服务有限公司厦门分公司规章制度，依据福建某专车服务有限公司厦门分公司的规章制度，李某在30个自然日内旷工累计超过三天，属于自动离职。首先，《专车驾驶员管理手册》经李某签名，其公示情况可予以认可；其次，福建某专车服务有限公司厦门分公司向李某发送《催促交接车辆及到岗通知书》，李某亦确认于2015年8月30日收到此通知书，根据福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《催促交接车辆及到岗通知书》、顺丰公司的送达签收回单和李某的确认可证实李某在经福建某专车服务有限公司厦门分公司催促后仍未到公司报到上班，且李某旷工已超过三天。故福建某专车服务有限公司厦门分公司的答辩意见予以成立，李某主张支付违法解除劳动合同赔偿金12000元无法成立，仲裁委不予支持。

### 【处理结果】

驳回李某的全部仲裁请求。

### 【启示】

一般情况下，劳动争议案件中多数举证责任在于用人单位而非劳动者。但是，并不能说劳动者在劳动争议案件中就不承担举证责任。本案中，李某的仲裁请求之所以全部得不到支持，主要是因为其未能就其主张完成相应的举证责任。

一、劳动法禁止用人单位向劳动者收取任何形式的押金。但是，本案中，李某拿出的押金条即收款收司而非福建某专车服务有限公司厦门分公司，但就该证据而言并不能证明收款单位就是福建某专车服务有限公司厦门分公司。要完成该证明目的，可以考虑从工商登记资料或者其他协议文书等角度着手，看看两家公司的股东、法定代表人、管理人员、财务人员等等是否为关联企业，或者存在法人人格混同情况。否

则，仲裁庭难以认定该笔款项为其用人单位所收取。

二、关于工资标准问题。李某主张根据《高薪诚聘驾驶员》，其每月基本工资应为6000元。但是，该宣传单张并无任何公章或者法定代表人或负责人签字，且福建某专车服务有限公司厦门分公司亦不予认可。相反，福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的其与李某之间签订的《劳动合同》明确约定月工资人民币2300元。所以，仲裁庭难以采信李某主张的月基本工资6000元的主张。现实生活中，并不排除李某确实是看到公司提供的《高薪诚聘驾驶员》宣传内容而到该公司就职。但是，劳动报酬作为劳动合同最主要的内容，李某在签约时应当注意到劳动合同约定的工资标准与该广告宣传之间的差距。作为一个成年人，应当认识到一旦其在劳动合同上签字，就意味着其对劳动合同内容的认可。因此，如果双方之间当时确实约定工资标准为6000元，就应该将该工资数额写入劳动合同之中，否则一旦产生纠纷，劳动者将处于及其不利的后果。

三、关于规章制度告知问题。根据《专车驾驶员管理手册》规定，在30个自然日内旷工累计超过三天，属于自动离职。李某主张《专车驾驶员管理手册》阅知单虽然有本人签字，但是其并不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容。如上所述，仲裁庭与人民法院在处理类似问题时均认为，具有完全民事行为能力的成年人应当对其签字行为负责，应当充分认识到本人签字在法律意义上的含义。民事行为能力的成年人应当对其签字行为负责，应当充分认识到本人签字在法律意义上的含义。李某在《专车驾驶员管理手册》阅知单上签字，但又主张不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容，这种辩解是十分牵强的。由于李某未能就其辩解提出相应的反驳证据，自然难以得到仲裁庭的支持。在此特别提醒劳动者，即使与用人单位之间存在各种争议，在争议得到妥善处理与解决之前，仍然应当坚持上班，而不能擅自离岗离职，否则将被认定为旷工行为，用人单位有权根据规章制度的规定作出相应的处罚，直至解除劳动合同。

# 论我国企业劳务外包的法律风险



史颖仪 律师

**执业领域：**  
资本市场与金融、  
公司商事、争议解决、  
房地产与建筑工程

电话：0591-83810319

**摘要：**劳务外包是通过签订合同的方式，将企业非核心业务发包给承包方，以降低用工成本，提高效率，专注于核心业务，从而提升核心竞争力的用工方式。我国劳务外包起步较晚，近年来由于《劳务派遣暂行规定》的出台，劳务派遣局限性使得企业纷纷将目光投向劳务外包。本文首先介绍企业被认定为“假外包，真派遣”的法律风险，然后以实务法院判决为出发点，对劳务派遣和劳务外包的区分标准进行详细分析，其次介绍合法劳务外包中发包方和承包方的法律风险、对策和启发，最后就目前我国现行劳务外包法律制度提出完善建议。

随着2014年3月1日《劳务派遣暂行规定》（以下简称“《规定》”）的正式实施，劳务派遣受到更加具体的限制：临时性、辅助性、替代性，以及10%的用工比例上限。因此，许多劳务派遣单位（以下简称“派遣单位”）和用工单位都在寻求另外一种用工方式来代替劳务派遣，纷纷将目光投向了劳务外包。

我国劳务外包起步较晚，在我国《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《合同法》、《劳务派遣暂行规定》、《企业内部控制应用指引第13号——业务外包》中有相关涉及，但缺乏相关法律法规的专门规定，加上学界关于劳务外包的研究甚微，在外包主体资质、劳务外包许可制度、发包方和承包方的责任分配等方面都没有具体的规定，导致实践中劳务外包行业处于混乱、待整改的状态中，频频出现“假外包，真派遣”，甚至合法劳务外包中的发包方和承包方也存在诸多法律风险，只能通过在外包合同中的约定来控制法律风险。因此，在当下中国司法现状下，研究劳务外包，具有重大的理论和现实意义。

## 一、“假外包，真派遣”的法律风险

由于《规定》的2年过渡期已届满，许多用工单位都在寻求新的用工方式，将目光纷纷投向劳务外包，具体做法是将非核心的业务外包给承包方，并与其订立劳务外包合同，从而完成用工方式的转变。但是实践中出现很多问题，有些派遣单位和用工单位，为了维持现状，同时规避《规定》中的10%用工比例，私下商量，由派遣单位乔装打扮成承包方，与用工单位订立劳务外包合同，约定用工单位的部分业务外包给承包方，表面上看是劳务外包，实际上双方内部的企业结构、管理方式、法律关系和之前劳务派遣一样，没有实质上的变化，形成“假外包，真派遣”。根据《规定》第二十七条规定，以外包为名行派遣之实的，以派遣对待，适用劳务派遣有关规定。因此，一旦企业的劳务外包被判定为“假外包，真派遣”，那么就会做此认定，承包方实为派遣单位，发包方实为用工单位，双方合作形式为劳务派遣，非劳务外包。将面临被认定为劳务派遣的法律风险，承担劳务派遣用工单位或用人单位的法律责任，在此不再赘述。

## 二、劳务外包与劳务派遣区分标准

为规范企业用工模式，减少“假外包，真派遣”现象，使市场有序运行，第一步就是要认清劳务外包与劳务派遣的区分标准。

笔者结合相关判决中获得的关键信息对提炼的判断因素进行分析：

### 1. 管理因素

劳务派遣中，派遣单位和用工单位共同管理被派遣劳动者，两者有各自的管理内容，劳动关系上为“共同雇主”[ ]；劳务外包中，发包方通过与承包方订立合同将业务交给承包方管理，发包方与相关业务的劳动者之间没有劳动关系，只对工作进度和质量进行必要的监督检查，由承包方负责劳动者的工作管理。

## 2. 合同标的和计费标准

劳务派遣中，以用工单位具体的劳动时间、区域、岗位等来计算费用，合同标的一般是“人”，即劳动力，费用结算名称通常为劳务费；劳务外包中，以发包方交由承包方的工作量来计算费用，合同标的是“事”，即服务或产品，费用结算名称通常为服务费。上述判决中通过对合同标的和计费标准的判断，来证明其为劳务派遣或劳务外包。

## 3. 劳动报酬支付主体

劳务派遣中，由于派遣单位与劳动者订立劳动合同，一般做法是由用工单位将劳动报酬及由单位缴纳的相关社保金交付给派遣单位，然后再由派遣单位支付劳动者报酬，缴纳相关社保。由于劳动者工作场所就位于用工单位所在地，考虑到用工单位在工作场所的就近优势以及尽可能降低派遣单位成本考虑，由用工单位代其行使，因此实践中会出现用工单位直接支付劳动者报酬的情况；劳务外包中，承包方与劳动者订立劳动合同，只能由其支付劳动报酬。

其中，在实务法院判断具体用工方式到底是劳务派遣还是劳务外包的争议中，管理因素是一个必不可少的关键性因素并且较为复杂，因此对其单独细化分析，具体细分为以下三个内容：

### （1）场所日常管理。

劳务派遣中，劳动者被派遣到用工单位，场所方为用工单位，由用工单位对其进行场所日常管理；劳务外包中，劳动者在承包方的安排下从事发包方所发包的业务，如：保安、保洁、前台引导、人事管理、生产线外包等业务。有些业务工作场所位于发包方所在地，如保安、保洁、前台引导服务，场所方为发包方，由发包方对其进行场所日常管理。

### （2）工作日常管理。

劳务派遣中，劳动者被派遣到用工单位的岗位上工作，由用工单位对劳动者进行工作日常管理；劳务外包中，劳动者与承包方存在劳动关系，与发包方没有合同法律关系，理论上由承包方对劳动者进行工作日常管理，发包方只对工作进度和质量进行必要的监督和检查。但是实践中，有些外包业务，如保安、保洁、前台引导等工作场所位于发包方所在地，考虑到发包方在工作场所的就近优势、方便管理以及尽可能

降低承包方成本考虑，承包方往往将工作日常管理权暂时授权给发包方，由发包方代其行使。

### （3）核心事项管理。

劳务派遣中，派遣单位和用工单位与劳动者的关系为“共同雇主”说，双方各进行部分核心事项管理。如用工单位对劳动者进行生产经营决策、劳动岗位调动、工资待遇调整、制定企业规章制度等核心事项管理，派遣单位对劳动者进行劳动关系存续和解除、核心技术保密监督、社保待遇缴纳等核心事项管理；劳务外包中，承包方与劳动者订立劳动合同，形成劳动关系，对劳动者进行核心事项管理，发包方无权干涉。

综上，在管理内容的考量中，着重分析已知案情中的工作日常管理和核心事项管理主体，确定其为“共同雇主”还是单方管理，最后适当分析场所日常管理得出结论。

## 三、合法劳务外包的法律风险、对策和启发

上文提到，我国劳务外包起步较晚，学界关于劳务外包的研究甚微，相关法律法规在许多方面也没有具体的规定，导致实践中劳务外包行业处于混乱、待整改的状态中。因此，企业应在不触犯现行劳务外包相关法律法规的前提下尽可能采取对策控制法律风险，总结经验，做到防范于未然。

### 1. 发包方对承包方资质的合理审查义务

发包方将业务外包给承包方管理，非因发包方原因，业务出现问题通常与发包方无关，发包方基于劳务外包合同相对性要求承包方承担违约责任。但是，若承包方无经营相应业务的主体资质，发包方亦未尽到合理审查义务的，法律上会作出突破合同相对性的规定，由发包方承担相应责任。

### 2. 商业秘密泄露

承包方在承包业务的管理过程中，双方会有信息交流，承包方或多或少会接触到发包方的商业秘密，特别是一些业务工作场所位于发包方所在地的承包方，更容易获得发包方的商业秘密。因此，发包方在外包合同中要严格约定承包方的保密义务，并且提高内部员工商业秘密的保护意识。具体来说，第一，在考虑发包方自身商业秘密数量及其在整个企业运营中的地位、业务外包中商业秘密泄露难易度等基础上来确定承包方具体的

的保密义务。对于一些从事高新技术产业、服务业等以技术、信息为核心的发包方，由于商业秘密在企业中占核心地位，在外包合同中对承包方保密义务的约定就会相对较严格，通常约定承包方违反保密义务要承担较严格的法律责任。第二，发包方在平时的企业管理中，重视培养内部员工商业秘密的保护意识，在企业规章制度中明确规定内部员工在商业秘密保护上的义务及奖惩措施，从而做到内、外对商业秘密的严格保护。

### 3. 外包业务情况信息不对称

劳务外包中，发包方将业务外包给承包方，只对业务的工作进度和质量进行必要的监督和检查，基本上由承包方进行直接管理。若发包方与承包方在交流上出现问题，导致承包方业务方向把控错误，或者由于承包方聘用的劳动者主观故意或过失导致业务服务水平降低或出现问题时，虽然发包方可以通过劳务外包合同要求承包方承担违约责任，但是外包业务问题的出现或多或少会影响到发包方下一步的经营策略，这时，在业务外包合同中约定一套完整、全面的信息交流和反馈机制就显得至关重要。

### 4. 承包方为个人时发包方的连带责任

《劳动合同法》第九十四条规定：个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。因此，发包方在选用承包方时，除了审查承包方相应资质外，还要明确承包方为组织还是个人，若承包方为个人的，可在劳务外包合同中明确约定：非因发包方原因造成的劳动者损害赔偿全部责任由承包方承担。在此约定基础上产生的劳动者损害赔偿，从外部关系上来看，根据劳动法相关法律由发包方和承包方承担连带赔偿责任。从内部关系上来看，发包方可以依据劳务外包合同约定向承包方追偿其支出的费用。

## 四、我国劳务外包法律制度完善

劳务外包作为一种国内新兴、替代性的用工模式，正在被越来越多的企业所采用。我国劳务外包起步相对较晚，并且相应的劳务外包法律制度不够完善，在我国《劳动合同法》《劳动合同法实施条例》《合同法》、《劳务派遣暂行规定》、《企业内部控制应用

指引第13号——业务外包》中有部分涉及，但缺少相关法律法规的专门规定，加上学界关于劳务外包的研究甚微，在外包主体资质、劳务外包许可制度、责任分配等方面都没有具体的规定，导致实践中我国劳务外包行业处于混乱、待整改的状态中，频频出现“假外包，真派遣”，甚至合法劳务外包中的发包方和承包方也存在诸多法律风险，只能通过在劳务外包合同中的约定来控制法律风险。因此，完善我国劳务外包法律制度迫在眉睫。

### （一）明确劳务外包的定义、特征及范围

以法律法规形式明确劳务外包的定义、特征及范围对外包业务进行详细分类。定义上，笔者整合目前学界和实务界普遍观点后明确：劳务外包是指随着企业核心竞争力业务逐渐做大，企业将非核心业务交由承包方管理，并与承包方建立合同关系的行为；特征上，针对近年来频频出现的“假外包，真派遣”现象，结合上文中有关劳务外包与劳务派遣的区分标准，主要从管理因素、合同标的、计费标准、报酬支付主体等方面描述特征；范围上，劳务外包中外包的业务一般是非核心业务，若将核心业务外包就等同于企业失去核心竞争力；分类上，外包业务主要分为以下两类：第一，非核心业务外包：建设工程外包、人事管理外包、生产线外包等；第二，辅助性岗位外包：安保、保洁、餐饮、物流等。

### （二）规范承包方主体资质

参考《劳动合同法》等相关法律法规关于派遣单位的设立条件，规定劳务外包中承包方必须具备一定设立条件：（1）注册资本；（2）有与开展相应承包业务相适应的固定的经营场所和设施；（3）有符合法律、行政法规规定的劳务外包管理制度；（4）法律、行政法规规定的其他条件。

### （三）建立劳务外包行政许可制度

由于《规定》中对劳务派遣的诸多限制导致许多企业纷纷放弃劳务派遣，改而采用劳务外包，许多派遣单位也纷纷采取行动，调整名称、经营范围等表面条件，而内部却没有作相应的调整，加上我国没有相关劳务外包行政许可制度，许多不符合承包方主体资质的派遣单位浑水摸鱼，造成我国劳务外包行业混乱。因此，应参考《劳务派遣行政许可实施办法》，制定相应劳务外包行政许可制度，对于符合申请要求的承包方颁发《劳务承包经营许可证》，规范承包方经营劳务外包申请，制

定许可机关监督检查制度和行政处罚机制。

#### （五）加强政府部门监督职能管理及行业自律

劳务外包作为一种国内新兴、替代性的用工模式，正在被越来越多的企业所采用。我国劳务外包起步相对较晚，并且相应的劳务外包法律制度不够完善，导致劳务外包行业处于混乱、待整改的状态，因此，必须加强政府部门的监督管理及其行业的自律。除了上文提到的通过法律明文规定规范承包方的主体资质以及外包行业行政许可准入之外，各政府部门监督机构也要认真履行职责，特别是目前我国外包行业相对混乱的情况下，更要加强对劳务外包行业，特别是承包方的监督检查。同时，政府监管非上策，只有行业自律才能实现我国劳务外包行业的繁荣发展。行业自律可从以下三方面着手：第一，可借鉴国外的成功经验，要求各地建立劳务外包行业协会，制定行业行为准则，规定服务质量标准。第二，加强行业、企业内工会的督促检查。法律法规应该明确规定工会在劳务外包中享有的监督职能。第三，建立劳务外包成果鉴定机构。法律法规应该对该机构做出明确规定，规定其机构的主体、权利与职责。



# 工伤认定“上下班途中” 举证责任浅析



王方 律师

执业领域：  
劳动&HR法律事务、  
公司商事

电话：0592-6304587

早在2003年版《工伤保险条例》中，我国即在行政法规层面确立了：上下班途中，受到机动车事故伤害的，应当认定为工伤。2010年12月20日《工伤保险条例》修订后，第十四条第（六）项进一步明确：“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，可以认定为工伤。”不止于此，2014年4月21日最高人民法院审判委员会第1613次会议通过了《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》，其中第六条规定又特别就“上下班途中”的认定进行了扩大解释，将人们通常认为的“下班回自己的居住场所”扩大为：在合理的下班时间返回自己的住所、经常居住地以及父母、配偶、子女的居住场所，并且还引入了只要在合理时间、合理上下班路线“从事属于日常工作生活所需要的活动”遭受交通事故的，仍可认定为“上下班途中”。

该规定颁布时即激起了热烈反响，各路媒体纷纷报道：上下班途中绕路买菜发生交通事故，仍可认定为工伤。但该规定却给司法实践及工伤认定部门带来了困扰，特别是在加入了“从事属于日常工作生活所需要的活动”的情况下，“合理时间”“合理路线”两个“合理”该如何认定？当劳动者与用人单位就“是否合理”存在不同意见时，应由哪一方承担举证责任呢？笔者近期便遇到了一例案例：

2016年某月某日，某物业公司一名新入职员工（尚未来及投保社会保险）于晚上7：15下班后骑行电动自行车离开办公场所，后于8：45发生了非本人主要责任交通事故，并导致员工当场死亡。经了解从员工工作地到事故地点骑行正常耗时约需15分钟。而事故发生地点已经超过从员工办公地点至其与配偶居住地，但从员工办公地点途径事故地点可到其子女居住地，只是并不是距离最短以及最适合骑行路线。

事故发生后，对于该事故是否发生于下班途中，用人单位和劳动者产生了争议。员工家属认为：该事故发生于该员工下班后去其子女居住地点的途中，应当认定为工伤。用人单位则认为：下班后从用人单位到达事故发生地仅需15分钟，但事实上从员工下班离开到事故发生却间隔1小时45分钟，时间明显不合理，且该事故发生的地点也并非位于合理下班路线，不应认定为工伤。由于事故造成该员工当场死亡，用人单位、员工家属及工伤认定部门三方经过努力均无法考证该员工下班后的实际活动。

事后员工家属向工伤认定部门提出工伤认定申请，工伤认定部门经核查认为：事故地点位于从该员工下班地点至其子女居住地的可达路线，而事故时间距员工下班时间虽稍偏长，但不排除员工下班后可能从事属于日常工作生活所需要的活动耽搁了一定时间，且没有证据证明该员工下班后回过家，所以最终认定为下班途中，并认定了工伤。但用人单位不服工伤认定部门做出的认定，提起行政诉讼，该案目前尚在审理过程中。

在该案中，双方争议的主要焦点为：在存在一定不合理时间的前提下，“上下班途中”的举证责任究竟应由谁负担。如果双方都无法考证该段时间员工的具体活动，可否运用推定的“从事属于日常工作生活所需要的活动”，对事故发生的时间做合理解释。

笔者认为，虽然员工家属确实值得的同情，但从诉讼公平、公正的角度，考虑到员工家属、用人单位各自完成举证责任的可能性，“交通事故发生于上下班途中”的举证责任应由员工家属负担为宜，且不宜仅凭推定员工可能从事了属于日常生活所需要的活动来认定事故发生时间的合理性。具体分析如下：

**一、针对“事故是否发生于上下班途中”这一事实，员工及家属通常比用人单位拥有更便利的取证条件。**

“以事实为依据，以法律为准绳”是我国法律适用的一项基本原则，通俗的说，这个原则要求执法、司法机关在办案时首先要查清事实，并在此基础上，结合事实正确适用法律，以保证依法行政、公正司法。虽然，我们无法否认“法律事实”与“客观事实”的确存在一定差别，但当法律事实越发接近客观事实时，明显社会对该执法、司法活动的认可度更高，因为如此的执法、司法活动达到了人们内心所认知的“公正”。因此，从查清事实的角度，举证责任显然应当分派给更有举证能力的一方。

从举证能力的角度看，员工本人对于自身下班后从事了哪些活动自然是十分清楚的，想要提供相关证据来证明事实显然比用人单位更容易。员工家属长期与受伤员工共同生活，通常对该员工的生活习惯、下班后的活动习惯以及下班后回家的路线也相对较为熟悉，相对于用人单位，其二者明显更容易知晓、查证交通事故是否真实发生于员工正常、合理的上下班途中；并且员工家属也与该员工存在更多交流的可能，更容易了解到员工当天下班后的活动规划，更容易知晓该员工活动情况以及活动目的，如果该员工下班后真的存在“从事属于日常生活所需的活动”导致回家时间延迟，员工家属也明显更容易获得相关线索及证据。

而用人单位与员工之间虽建立劳动关系，劳动关系虽也存在一定的人身管理属性，但该属性通常仅限于工作时间内，一旦员工下班离开办公场所，用人单位通常无权了解并干涉员工下班后的私生活，更没有权利要求员工如实告知下班后的活动计划。而在发生此类争议后，即使有其他员工知情，但出于不愿得罪受伤员工家属，以及多一事不如少一事的考虑，执法、司法实践中也少有其他知情人士会说出不利于员工工伤认定的事实。事实上，如果员工家属有心隐匿员工下班后从事的导致“下班活动”中断的事实，用人单位的取证难度则会更大。

例如前述案例，如果员工下班间隔一段时间后发生了交通事故，相比家属，用人单位往往更难了解在

该段时间里员工到底从事了哪些活动，如果将前述举证责任分配给用人单位很容易导致客观事实无法查清，甚至会助长恶意隐匿客观事实现象的发生，明显不利于执法、司法公正。

**二、工伤认定部门不宜运用推定可能从事了“属于日常工作生活所需要活动”的方式，对事故发生的时间做出合理化的认定与解释。**

我国《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》第六条第（三）项确实规定了：从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的，仍可认定为上下班途中。该项规定的立法背景是为了解决实践中常见但又争议较大的特定上下班情形，例如：上下班途中从事了接送孩子、去菜市场买菜等日常工作生活所必须的活动，且在合理时间内并没有改变以上下班为目的的合理路线，此类情形是否还是可以认定为工伤。

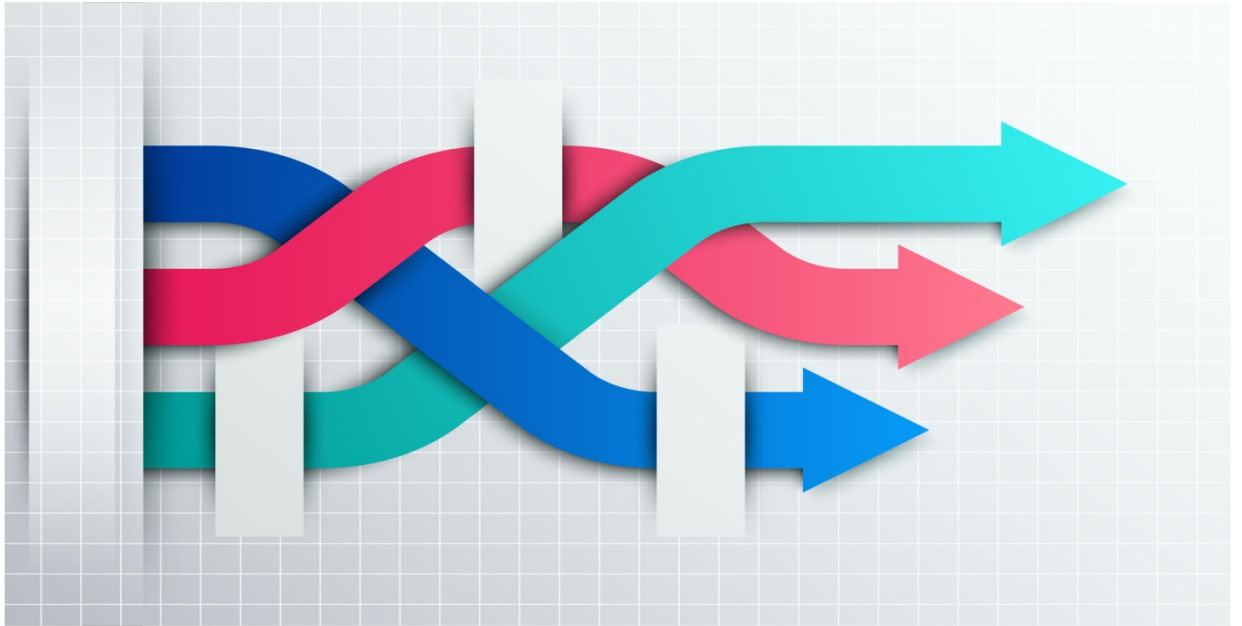
可以看出，该规定本身已经对上下班途中的“合理时间”“合理路线”进行了适度的放宽。之所以被认为是立法的“放宽”，是因为适用该规定就意味着事故的发生不在“通常”的合理时间、合理路线。而该放宽之所以被认为是“适度的”，是因为而该规定显然不是将上下班前后所有的合理活动均纳入不影响“上下班途中”认定的范畴，而是只有在满足前述两个条件的情况下，才允许适度放宽的存在。但该规定仍然坚持的原则是：所从事的活动仅限于“日常工作生活所需”，且并未改变以上下班为目的的路线。

而对于实践中客观存在的突破合理时间、合理地点多种原因，比如：下班后和亲友聚会、外出办事、逛街、逛超市然后在回家等等，我国立法并未将其纳入放宽的范畴，因为上述活动的目的已经不是日常工作生活所需，而是以个人的休闲、娱乐以及其他事务为目的，上述活动均会导致下班回家活动的中断，如果上述情形仍被认定为“上下班途中”，则明显会增加用人单位及社保基金本不应承担的风险。

也正是因此，笔者认为，如果员工及家属认为该员工上班前或下班后确实从事了日常工作生活所需的活动，从而导致时间、路线发生了改变，应当适用法定的“放宽”情形，则员工及家属应当就自身所主张的

事实负有举证义务，不应应用“可能从事了属于日常工作生活所需要的活动”的推定来替代员工及家属的举证责任。

综上，笔者个人认为，本文所述案例中，工伤认定部门确实在划分举证责任时存在一定的错误，“交通事故发生于上下班途中”的举证责任应由员工及家属负担，不应仅凭推定员工可能从事了日常生活所需活动即认定事故发生时间的合理性。



# 浅议拒不支付劳动报酬罪



胡珊 律师

执业领域：  
劳动&HR法律事务、  
公司商事

电话：0952-6304503

拒不支付劳动报酬罪是2011年《刑法修正案（八）》设立的罪名，标志着恶意欠薪正式入罪，企业拖欠薪资的民事责任可能演化为刑事责任。《刑法》第二百七十六条之一第一款规定：“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

然而，对恶意欠薪行为的追责在司法实践中遭遇因行刑衔接、民刑交叉的纠葛而导致诸多问题。因为相关法条的规定有不少模糊之处，定罪量刑亦欠缺细化而具体的标准，导致《刑法修正案（八）》出台的几年中遭遇到了执行不畅的问题，其威慑力也大大减弱。故，2013年1月16日最高人民法院颁布了《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》），这是对恶意欠薪的刑事立法在司法适用上的回应。下面，我们就来具体分析本罪涉及的几个重要问题。

## 一、犯罪主体的认定

1、本罪的犯罪主体既包括单位，也包括自然人。

单位主体：若犯罪行为由机关、事业单位、企业、公司等团体实施，则为单位犯罪。其范围有：合资经营企业、私营公司、具有法人资格的独资公司或依法设立的合作经营企业等。

自然人主体：在恶意欠薪罪中，直接实施犯罪行为的人。其范围包括单位出资人、负责人以及用人单位法人和直接负责的主管人员和其他直接责任人员。

2、本罪的犯罪主体不要求必须具备用工主体资格，也就是说在违法用工的情况下，拒不支付劳动者

的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，也以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

## 3、特殊劳动关系中犯罪主体的认定

首先，劳务派遣关系是一种相对复杂的用工关系，此种用工形式的实质是劳动力的雇用和使用相分离，即劳务派遣单位与劳动者签订劳动合同，与用工单位订立劳动派遣协议并约定劳动报酬等相关事宜，并将劳动者派遣至用工单位，让其在用工单位的指挥监督下从事劳动。而根据《劳动合同法》的规定，劳务派遣单位被称为用人单位。这样就形成了用人单位、用工单位和劳动者的三角用工关系。在这种用工关系中，如果劳动者遭遇了拒不支付劳动报酬的情形，那么承担刑事责任的主体究竟应该是用人单位还是用工单位？笔者认为要分析具体情况来看待，一般只承认用人单位是该罪主体，因为根据劳动法的相关规定，在劳务派遣关系中，承担劳动者的劳动报酬支付义务的应该是用人单位。但是，根据《劳动合同法》第62条规定：“用工单位应当履行下列义务：……；（三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；……。”该法条中所列举的加班费、绩效奖金应属于劳动报酬之范畴。而且从文义理解，该义务显然是用工单位对被派遣的劳动者的义务，而非对用人单位的义务。而且，如果用工单位实施了恶意欠薪行为，很可能也会影响到用人单位对劳动者劳动报酬的支付，在此情况下用人单位可能并无犯罪意思，却要让其承担刑事责任，而真正造成劳动者无法获得劳动报酬的用工单位却可以因之逃脱法律制裁，这是极不公正的。因此，如果工单位实施了恶意欠薪行为，是可以成为本罪的犯罪主体的。

其次，在建筑工程、餐饮住宿等行业中，通常存在转包、分包等民事法律关系，在这些关系中，如何认

定拒不支付劳动报酬罪的主体就颇为困惑。根据《最高人民法院、最高人民检察院、人力资源和社会保障部、公安部关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知（人社部发〔2014〕100号）》第一条第三款规定：“企业将工程或业务分包、转包给不具备用工主体资格的单位或个人，该单位或个人违法招用劳动者不支付劳动报酬的，人力资源社会保障部门应向具备用工主体资格的企业下达限期整改指令书或行政处罚决定书，责令该企业限期支付劳动者劳动报酬。对于该企业有充足证据证明已向不具备用工主体资格的单位或个人支付了劳动者全部的劳动报酬，该单位或个人仍未向劳动者支付的，应向不具备用工主体资格的单位或个人下达限期整改指令书或行政处罚决定书，并要求企业监督该单位或个人向劳动者发放到位。”这也就是说，在转包、分包的情况下，具备用工主体资格的企业为支付劳动者劳动报酬的负责人，若该企业有充足证据证明已向不具备用工主体资格的单位或个人支付了劳动者全部的劳动报酬，此时该不具备用工主体资格的单位或个人为本罪的责任主体。

## 二、客观行为的认定

从《刑法》第二百七十六条之一的表述来看，拒不支付劳动报酬罪应当属于不作为犯罪，即其客观行为具体表现为两方面的内容：一是行为人以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者劳动报酬的行为，这是一种积极的不作为方式；二是行为人有能力支付而不支付劳动者劳动报酬的行为，这是一种消极的不作为方式。

### （一）客观行为的具体表现

#### 1、积极的不作为

积极的不作为的表现是行为人逃避支付劳动报酬的行为主要是通过转移财产和逃匿的方式来实施的。

《解释》第二条明确了具体的转移财产和逃匿行为：

（一）隐匿财产、恶意清偿、虚构债务、虚假破产、虚假倒闭或者以其他方法转移、处分财产的；

（二）逃跑、藏匿的；

（三）隐匿、销毁或者篡改账目、职工名册、工资支付记录、考勤记录等与劳动报酬相关的材料的；

（四）以其他方法逃避支付劳动报酬的。

#### （2）消极的不作为

消极的不作为的表现是行为人有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，这应当理解为行为人不采用任何逃避手段而直接、明确地拒不支付的行为。

#### （二）“劳动报酬”的认定

《解释》第一条将“劳动报酬”限定于劳动者依照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》等法律的规定应得的劳动报酬，包括工资、奖金、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资等。

对于“特殊情况下支付的工资”中的“特殊情况”，《厦门市企业工资支付条例》规定包括：在法定工作时间内依法参加社会活动的；非因劳动者原因造成用人单位停工、停产未超过一个工资支付周期的；用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，暂时无法支付劳动者工资的。

#### （三）“数额较大”的认定

《解释》第三条对于数额较大作出了规定：

（一）拒不支付一名劳动者三个月以上的劳动报酬且数额在五千元至二万元以上的；

（二）拒不支付十名以上劳动者的劳动报酬且数额累计在三万元至十万元以上的。

各省、自治区、直辖市高级人民法院可以根据本地区经济社会发展状况，在前款规定的数额幅度内，研究确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院备案。

#### （四）前置程序

《刑法》第二百七十六条之一规定“经政府有关部门责令支付仍不支付”这一要件，就意味着在认定拒不支付劳动报酬罪的成立方面设置了一项前置程序。

“政府有关部门”具体指人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门。“人力资源社会保障部门”指向清楚，而对于何为“政府其他有关部门”却没有具体指向。法院和仲裁机构是否涵盖在内呢？法院属于司法机关，是与行政机关并列的国家机关，仲裁部门则属于国家授权的处理劳动争议的准司法性的专门机构，其本身也独立于行政机关。而且根据现行法律规定，劳动者在被拖欠劳动报酬的情况下，向法院提起

民事诉讼或申请劳动仲裁都是其寻求救济的途径，那么当法院或仲裁部门针对劳动争议作出了生效的判决或裁定后，其本身就具有强制执行力，如果行为人仍然拒付劳动报酬的话，完全可以按照拒不执行判决、裁定罪来处理，而不必认为行为人构成拒不支付劳动报酬罪。

但是，在劳动仲裁部门或者人民法院作出生效的判决或裁定后，劳动者以生效的判决或裁定向政府有关部门反映后，政府有关部门根据生效的判决或裁定向行为人责令支付，而行为人仍然不支付的，也应认定为“经政府有关部门责令支付仍不支付”。

### 三、主观故意的认定

拒不支付劳动报酬罪是故意犯罪，这是不言而喻的。但是，并非所有的故意欠薪行为都要纳入该罪的评价范围。通常来说，欠薪行为可以分为恶意欠薪和非恶意欠薪两种，而只有“恶意”的欠薪行为才是犯罪。对于如何判定行为人是否具备“恶意”，也要视具体情况而认定。

首先，在行为人逃避支付劳动报酬的情形中，不论行为人实施的是转移财产还是逃匿抑或其他行为方式，其主观上往往都是为了实现对劳动者劳动报酬终局的、永久的控制，实际体现的就是一种非法占有的目的。因此，能够推断出基于非法占有目的而逃避支付的行为人在主观上具有着相当明显的恶意。

其次，在行为人有能力支付而不支付劳动报酬的情形中，判断行为人有无恶意主要还是看导致其处于没有能力支付的状态究竟是何原因，如果确系客观自然原因使得行为人无力支付的，就属“情有可原”的情况，那么就不能推断其主观上有恶意。反之，如果行为人的无力支付是由于其主观故意为之所造成的，那么认定其为恶意欠薪当然是没有问题的。另外，在肯定行为人具有支付能力的前提下，从其拒付的手段上就更能判断出恶意的存在。

再次，行为人在经过政府部门的责令以后仍不支付，是其主观恶意的极端体现。立法设置前置程序的用意之一就在于表征行为人的此种主观恶意，这也是之所以将该罪称为“拒不支付劳动报酬罪”而不是“不支付劳动报酬罪”的原因所在。

## 四、刑罚处罚

### (一)法定刑的规定

犯本罪的，有基本犯刑罚和结果加重犯刑罚两种。基本犯的刑罚是：行为人在客观方面有前述犯本罪行为的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金。

结果加重犯的刑罚是：对造成后果严重的，可处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。“造成严重后果”包括：1、造成劳动者或者其被赡养人、被扶养人、被抚养人的基本生活受到严重影响、重大疾病无法及时医治或者失学的；2、对要求支付劳动报酬的劳动者使用暴力或者进行暴力威胁的；3、造成其他严重后果的。

### (二)可以减轻或免除处罚的条件

#### 1、不认为是犯罪的条件

拒不支付劳动者的劳动报酬，尚未造成严重后果，在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以认定为情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪。

#### 2、减轻或者免除刑事处罚的条件

在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以减轻或者免除刑事处罚。对于免除刑事处罚的，可以根据案件的不同情况，予以训诫、责令具结悔过或者赔礼道歉。

#### 3、可以从轻、酌情从宽处罚的条件

在一审宣判前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以从轻处罚。

拒不支付劳动者的劳动报酬，造成严重后果，但在宣判前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以酌情从宽处罚。

## 五、企业风险防范

对于企业如何防范拒不支付劳动报酬罪的刑事风险，笔者有以下几点建议：

第一，企业要充分认识到恶意欠薪行为不仅应当承担民事责任，还有构成刑事犯罪的可能。另外，企业要注意在发包、转包的情况下，虽然合同具有相对性，企业也不宜以发包人未与自己结算，或者是与挂靠方、合作方账目上有争议为由，拒付劳动者的工资，这些理由，即使是真实的，也不能成为不履行工资给付义务的抗辩。

第二，劳动报酬支付问题实质是财务管理问题。企业要切实提高财务管理水平，保持稳健的财务方针，对下行的经济态势保持足够的警惕，确保现金流不出现季节性枯竭。

第三，如果劳动监察部门责令企业支付劳动者报酬，企业应当足额支付报酬，确有困难的，可以与劳动者达成和解并与劳动监察部门保持密切联系。劳动监察程序是刑事程序启动的前提，企业通过合理的统筹安排，可以防范民事责任演化为刑事处罚。

第四，对于的确存在经营困难，企业难以为继的，企业主不要惊慌逃窜，应当与债权人及时沟通，要求债权人依法进行企业破产申请，通过法律的程序解决各个方面的利益冲突，避免演化为刑事犯罪。



## 本期主题：劳动与人力资源服务方案

# 为您量身定做 的法律服务

天衡为客户提供全面的劳动人事法律服务，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。

天衡在此领域提供的专业服务主要包括：

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法规；

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；

若有进一步了解需求，欢迎向联系人提出咨询并索要相关材料。

联系人：

张照东律师：0592-6304516 史颖仪律师：0591-83810319

王 方律师：0592-6304587 胡 珊律师：0592-6304503



# 福建天衡联合律师事务所

## 业务领域简介

### 房地产及建筑工程

房地产与建筑工程业务是天衡的基石业务，天衡在该领域具有地区顶尖的专业实力和客户服务团队，深得客户的器重和信赖。天衡率先在厦门等地成功推出商品房项目开发、土地一级开发项目、房地产项目转让、购房置业投资法律顾问等诉讼与非诉讼法律服务。

### 资本市场与金融

资本市场与金融是天衡的一项核心业务，在资本市场方面：天衡不仅在IPO、新三板业务中表现突出，而且在重大资产重组及上市公司证券服务方面拥有全国领先水平的专家团队。2015年度，天衡位居福建省新三板服务推荐挂牌律所第一名。

天衡在金融领域的主要服务对象为：银行、保险公司、信托公司和广大金融投资者。本所从事金融业务的律师均具有较高的法学理论素养和丰富的律师执业经验。天衡专业金融律师团队谙熟中国公司法、证券法等相关证券法律法规和政策，从整体方案设计到具体法律障碍的排除均有独到的经验。

### 公司与私募投资

本部以常年法律顾问及专项法律顾问作为主要的运作模式，以多名精通公司法和公司经营管理，并拥有良好的职业素养和丰富执业经验的资深律师为核心组成公司事务部，深得国内外客户所认可。

### 并购重组

天衡拥有本地区最专业的并购团队，并与一流的投资银行、财务顾问、会计师、评估师、税务师建立广泛合作。天衡的并购业务涵盖上市公司并购重组及非上市公司

并购、外资并购、资产并购、合资安排等多项领域。天衡将业务技能与行业知识相结合，深刻理解如何在跨境和本地市场开展针对相关目标项目的各类并购交易。

### 争议解决

争议解决作为大型综合性律师事务所的重要业务，一直是天衡重点发展的业务领域。天衡是在福建地区各级法院代理民事案件最多的律师事务所之一，天衡的争议解决团队在代理诉讼、仲裁、强制执行案件以及处理突发事件等方面具有丰富的经验。

### 政府法律服务

天衡为政府客户提供全面的行政法律服务。依托行政方向的专业投入，天衡在各级政府和职能机关常年顾问、公共项目专项顾问、大批量复议与诉讼代理等行政法律服务过程中，形成了综合、专业、全面的行政法律服务团队。天衡的法律服务产品——“和谐征迁”获得政府的认可与长期采购，并取得了良好的社会效果，成功经验已在全国推广。

### 海商海事

本部拥有多名专业律师拥有国际贸易、航运、物流、保险等行业工作经验，注重业务实践与办案经验的结合。长期为海运、船舶管理、外贸、物流及保险行业的客户提供深入全面的诉讼及非诉讼法律服务。

### 家事与财富传承

作为福建地区首个建立家庭法律服务中心的律师事务所，天衡不仅能够为当事人提供专业化的家事诉讼与非诉讼法律服务，还充分运用公司法、婚姻法、继承法、信托法以及离岸地法律的相关规定，结合心理学，在国内外婚姻、

继承、财富规划及传承领域为当事人拟定最私人化、最专业的方案，协助家庭成员更有效的规划家庭财产，促进家族成员之间的团结和情感的融洽。

### 劳动与人力资源

天衡为客户提供全面的劳动人事法律服务，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。天衡的劳动法律服务团队有多名律师作为劳动争议仲裁员参与案件审理。

### 知识产权

拥有多位知识产权法律专家，在专利、商标商业秘密以及著作权等知识产权事务中，曾为国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权网的牵头单位。国内外当事人提供各种法律服务。

### 刑事业务

本部是以犯罪预防培训与刑事辩护为主，刑事代理为辅，专业提供刑事法律服务的部门。重点从事犯罪预防培训及咨询，刑事辩护业务——为涉嫌犯罪案件当事人提供专业的全程服务。

### 贸易救济与竞争法

天衡在国际贸易救济领域积累了十分丰富的经验，致力于为国内外客户提供优质的代理服务，在 multicase 案件中帮助代理企业取得了良好的结果。团队律师具有国际知名律师事务所的工作经验，可以保证高水平的服务质量与国际合作伙伴的无缝对接能够满足客户在全球的反垄断法需求可以解决复杂的反垄断法问题，而且将成本作出有效控制。

### 厦门办公室

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层 (361004) 电话：0592-5883666 传真：0592-5881668

### 上海办公室

地址：上海市浦东新区浙桥路277号3幢1519室 (200122) 电话：021-58305510 传真：021-58305519

### 福州办公室

地址：福州市台江区广达路108号世茂国际中心10楼 (350000) 电话：0591-83810300 传真：0591-83810301

### 泉州办公室

地址：泉州市浦西万达广场写字楼B座41层 (362000) 电话：0595-22182603 传真：0595-22189083

### 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 传真：0597-2230266