



人力资源司法裁判

2020 第 11 期 (1001-1031)

北京凯联律师事务所 编制

目 录

北京法院.....	3
为职工缴纳公积金，单位需及时、足额！	3
上海市人社.....	5
劳动者提交病假证明之义务应如何确定？	5
协商变更劳动合同内容的程序可以缺少吗？	8
江苏法院.....	11
从本案看欺诈事实的证明标准.....	11
不具备用工主体资格的分包人雇佣的人员与总承包人之间不具有劳动关系.....	17
江苏省无锡市人社.....	22
割双眼皮请假属病假还是事假？	22

北京法院

为职工缴纳公积金，单位需及时、足额！

【基本案情】

2008年，朱某入职某公司，双方签订劳动合同，但公司并未为朱某缴纳住房公积金。2018年3月，朱某离职。同年5月，朱某向北京市公积金管理中心提出投诉，称其于2008年11月至2018年3月任职于某公司期间，该公司未为其缴纳公积金。2018年5月11日，公积金中心正式立案。调查期间，某公司未向公积金中心提交证据。公积金中心于2018年11月27日作出通知书，责令该公司为朱某缴存公积金7万余元。某公司不服，向法院提起行政诉讼，要求撤销通知书。一审法院经审理，判决驳回某公司的诉讼请求。

某公司不服，上诉至北京二中院。

【法院认为】

依据《住房公积金管理条例》第二十条第一款及第三十八条的规定，单位应当按时、足额缴存住房公积金，不得少缴、多缴或者逾期缴存。单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存。该案中，公积金中心接到朱某举报后依法立案，并结合相关证据作出调查。在认定某公司在与朱某劳动关系存续期间，未为朱某缴纳住房公积金这一事实的基础上，依法作出责令缴存通知书。该通知书认定事实清楚，证据确实充分，适用法律正确，法院对其合法性予以认可。一审法院判决驳回某公司的诉讼请求是正确的。

某公司主张朱某在入职之初即要求某公司不为其办理住房公积金，故该公司不具有为其缴纳公积金的义务。对此二中院认为，首先，某公司并未举证对此予以证明；其次，即便朱某确有此意思表示，用人单位为职工缴纳公积金系《住房公积金管理条例》所规定的法定义务，职工单方所作的免除声明，亦不构成用人单位豁免该法定义务的正当理由。另，某公司对公积金中心所认定的补缴数额表

示异议，但其在本案审理过程中，并未提供有效证据予以证明，故某公司的上诉理由无事实根据及法律依据，二中院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项的规定，判决驳回上诉，维持一审判决。

【法官说法】

用人单位在为职工办理住房公积金过程中，需注意以下事项：

一是单位录用职工的，应当自录用之日起 30 日内到住房公积金管理中心办理缴存登记，并持住房公积金管理中心的审核文件，到受委托银行办理职工住房公积金账户的设立或者转移手续。

二是单位与职工终止劳动关系的，单位应当自劳动关系终止之日起 30 日内到住房公积金管理中心办理变更登记，并持住房公积金管理中心的审核文件，到受委托银行办理职工住房公积金账户转移或者封存手续。

三是单位应当按时、足额缴存住房公积金，不得逾期缴存或者少缴。

违反上述规定的，用人单位需承担不利法律后果：

一是单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

二是单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行。

三是劳动者发现用人单位未依法为其办理缴存登记、未依法设立中户，或者逾期不缴、少缴公积金的，可向当地公积金管理中心举报，由公积金管理中心对用人单位的行为进行查处。

来源：北京法院网

上海市人社

劳动者提交病假证明之义务应如何确定？

【基本案情】

何某于 2018 年 3 月 1 日进入 A 公司从事仓库管理员工作，双方签订了期限为 2018 年 3 月 1 日至 2020 年 2 月 29 日的劳动合同。入职当日，何某签收了 A 公司的员工手册，其中规定：员工请病假的，必须提供有关医院开具的病假证明及病历，如本人因病情导致行动不便的，可通过邮寄的方式提交；在任何情况下，员工若不能按时上班的，都必须于当天尽早以电话或其他形式及时通知部门主管，并在上班后的第一天补填请假审批单；员工一年中累计旷工 3 天或 3 天以上的，可予以辞退。

2018 年 6 月 15 日，何某因患病至 S 医院就诊，该院为其开具了休息日期为 2018 年 6 月 15 日至 6 月 30 日的病情证明单。当日，何某通过微信向部门主管请假，部门主管回复其称同意请假，但要求其提供医院开具的病情证明单及病历。2018 年 6 月 16 日，何某委托家人将病情证明单及病历的复印件寄给了 A 公司。2018 年 6 月 18 日，部门主管发微信给何某，称人力资源部不认可病情证明单及病历的复印件，最好能把原件寄给公司。何某回复部门主管称邮寄恐原件遗失，病愈后上班第一天会提交原件供公司核对，并愿意承担万一材料不实的相应责任。之后，部门主管未再与何某联系。

2018 年 6 月 21 日，A 公司向何某寄送了解雇通知书，其中以何某未能提供病假证明及病历原件，不符合公司规定的请假流程，病假不能成立，已构成连续旷工，严重违反公司规章制度为由，决定与其解除劳动关系。何某对此不服，遂申请劳动仲裁，要求 A 公司支付其违法解除劳动合同的赔偿金。

【争议焦点】

何某认为：病情证明单是真实的，无需 A 公司批准，只需通知即可。何某已向部门主管请假并寄送了病情证明单及病历复印件，实际履行了请假手续，也并非故意不提供病情证明单及病历原件，至多是请假手续有瑕疵，不属于严重违纪，故 A 公司解除劳动合同属于违法。

A 公司认为：何某的病假证明及病历真伪难辨，病假不能成立，已构成旷工，严重违反了公司规章制度，公司系依法解除劳动合同，不应支付赔偿金。

【裁决结果】

仲裁委员会经审理后认为：S 医院为何某开具的病情证明单真实有效，且尚难认定何某故意不提供病情证明单及病历原件，故何某并不构成严重违反规章制度，据此裁决 A 公司应支付违法解除劳动合同的赔偿金。

【分析点评】

从保护劳动者权益的角度来看，劳动者享有因病休假的权利；从保护企业管理自治权的角度来看，用人单位享有审核病假材料、维护日常生产经营秩序的权利。因此，如何把握劳动者病休权与用人单位管理权之间的平衡，成了处理此类案件之难点所在。在审理时，一般应以病情事实为基础，综合劳动者与用人单位等多方面因素来综合判断。

本案中，何某及时将病休情况通知了部门主管并得到批准，已履行了基本的请假手续，而 A 公司的规章制度并未明确要求员工应提交病假证明及病历的原件，故何某仅提交复印件，并不能认定为违反规章制度。A 公司作为规章制度的制定方，应承担因规定不明确造成的不利后果。

虽然 A 公司作为用人单位，有权核实何某病假是否属实，且复印件确实真伪难辨，但在何某提出上班后补交病假证明及病历原件的情况下，A 公司并未对此提出异议，更未进一步强调其必须提供原件，故 A 公司未能尽到对员工的管理、教育义务，不能将全部责任归咎于员工身上。

综上，在劳动者不提供病假证明原件的情形下，用人单位仍需核查劳动者是否存在主观恶意，且应履行书面催告程序。在劳动者经用人单位多次书面催告后，仍拒不提供病假证明原件的，其行为已明显表现出对抗用人单位管理的故意。此时，用人单位才可以依照制定的规章制度进行管理。

来源：上海人力资源和社会保障

协商变更劳动合同内容的程序可以缺少吗？

【案情简介】

2015年9月，杨女士进入外贸公司工作，岗位为采购总监，月工资15000元。双方签订有数份劳动合同，最后一份为自2019年9月1日起生效的无固定期限劳动合同。2020年5月，杨女士所在的外贸公司被某集团公司收购。随后，外贸公司召开了董事会，决定重组业务结构，精简冗余部门（含采购部），受此影响的劳动者将依法处置。

2020年6月中旬，外贸公司人事经理多次提议与杨女士协商解除劳动合同，但杨女士认为双方已签订无固定期限劳动合同，不应受公司兼并影响，故始终未能达成一致意见。

2020年7月1日，外贸公司向杨女士送达解除劳动关系通知书，以客观情况发生重大变化，经双方未能达成一致为由，决定于当日解除劳动合同。且公司已支付经济补偿金及未提前三十日书面通知解除劳动合同替代通知期工资（以下简称代通知金）共计90000元。

杨女士对此持有异议，遂诉至仲裁委员会，请求外贸公司向其支付违法解除劳动合同赔偿金150000元。仲裁委员会立案后，依法予以受理。

审理中，杨女士表示，双方签订的无固定期限劳动合同受法律保护，其有权拒绝对方提出的协商解除劳动合同方案，公司应当继续与其履行劳动合同。现公司直接以客观情况发生重大变化，经双方未能达成一致为由解除劳动合同构成违法，应支付赔偿金。

外贸公司则主张，由于受贸易环境及被收购后内部整合等因素影响，董事会决定撤销杨女士所在部门及岗位，导致劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行。又因公司已停止内外部招聘活动，无法再提供合适的变更劳动合同岗位，其不得不尊重现实，直接与杨女士沟通解除劳动合同

方案。经双方多次协商未能达成一致，公司据此依法解除劳动合同，且已履行支付经济补偿金及代通知金的义务，故不同意再支付赔偿金。

【争议焦点】

客观情况发生重大变化，是否需经协商变更劳动合同内容后，方能解除劳动合同？

【仲裁结果】

仲裁委员会依法作出裁决：外贸公司应向杨女士支付违法解除劳动合同赔偿金差额 60000 元。

【案件评析】

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，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。同时，《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第三项规定，用人单位依照本法第四十条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

由此可见，用人单位根据上述规定解除劳动合同，应当满足三个法定程序性要件，否则将构成违法解除劳动合同。首先，关于劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化中的“客观情况”，已在原劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发〔1994〕289号）第二十六条规定作出了解释，是指发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、兼并、企业资产转变等客观情况。并且，该“客观情况”发生重大变化导致原劳动合同无法履行。

其次，用人单位与劳动者应当就变更合同内容进行协商，此处的变更合同内容可理解为变更工作岗位、变更薪资标准以及变更工作地点等，以达到双方能继续履行变更后劳动合同的目的。这是必要的法定程序，不能仅以用人单位是否存在可提供岗位、是否愿意与劳动者进行协商等理由忽略，甚至是用人单位直接实施解除行为。若双方就变更劳动合同达成了一致意见，则不会发生合同无法继续履行的情形。客观而言，这也符合促进劳动关系和谐稳定的初衷。

最后，因劳动者非过失性原因而被辞退，用人单位除应根据劳动者的工作年限给予经济补偿外，还应额外支付劳动者一个月工资标准的代通知金后，方可解除劳动合同。但是，若用人单位已提前三十日将解除事由以书面形式通知劳动者，则无须再额外支付代通知金。

回到本案中，外贸公司被收购后，董事会决定重组业务和精简部门，包括撤销杨女士所在采购部门及岗位，符合劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的情形。但外贸公司并未就变更工作岗位、工作地点等合同内容与杨女士进行协商，而是仅多次作出协商解除劳动合同的意思表示。基于外贸公司未经法定程序直接作出解除行为，即便其已依法支付经济补偿金及代通知金，仍属违法解除劳动合同。因此，杨女士要求外贸公司支付违法解除劳动合同赔偿金，仲裁庭予以支持。鉴于经济补偿金及代通知金可与赔偿金相抵扣，外贸公司还应向杨女士支付违法解除劳动合同赔偿金差额 60000 元。

在劳动关系的履行过程中，变更劳动合同是用工管理的一项重要内容。而客观情况发生重大变化，导致原劳动合同无法继续履行的情形也时有发生。用人单位与劳动者协商一致，的确可以顺利地解除劳动合同。但若双方不能就此达成合意，用人单位则应当依法与劳动者协商变更劳动合同的内容，并留存证据证明其已履行协商变更的程序。唯有如此，方能避免双方产生争议以及潜在的举证风险。

来源：上海人力资源和社会保障

江苏法院

从本案看欺诈事实的证明标准

【基本案情】

原告：李某。

被告：A 药业公司

案由：经济补偿金纠纷

如东县人民法院认定事实如下：

原告于 2014 年 12 月 15 日到被告单位从事驾驶员工作，原、被告于 2017 年 11 月 13 日重新签订劳动合同，约定合同期限为自 2017 年 12 月 15 日至 2020 年 12 月 15 日，原告在被告单位从事驾驶员工作。

2019 年 4 月 2 日 7 时 15 分左右，原告李某驾驶被告 A 药业公司的号牌为苏 FG*896 号大型普通客车沿苏 223 线由南向北行驶过程中，故意别张某波驾驶的苏 F7*7LU 小型轿车，致使张某波车失控撞到路中央的防护栏上损坏。经鉴定，苏 F7*7LU 小型轿车损失价值 7353 元。2019 年 10 月 14 日如东县人民法院作出（2019）苏 0623 刑初*号刑事判决书，判决李某犯危险驾驶罪，判处拘役三个月缓刑四个月，并处罚金三千元。

2019 年 4 月 3 日，原告李某向被告 A 药业公司递交辞职申请书，双方协商解除劳动合同，并办理了离职交接手续。《退工通知单》上退工的事由为双方协商解除劳动合同，《退工通知单》上有双方当事人的签字、盖章。

2020 年原告李某向如东县劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁，请求被告 A 药业公司支付经济补偿金。该委于 2020 年 5 月 21 日作出东劳人仲案字（2020）

第*号仲裁裁决书，裁决：对李某的仲裁请求，不予支持。原告不服该裁定，诉至本院。

原告李某向本院提出诉讼请求：1、判令被告给付原告经济补偿金 29521.63 元；2、本案诉讼费用由被告承担。事实和理由：2019 年 4 月 3 日，被告的人事经理找到原告，称原告犯罪了，如果不主动辞职也会被开除，会在人事档案上留下不光彩的一笔，原告辞职的话，被告承诺支付原告经济补偿金。原告信以为真，就在被告提供的辞职申请书上签名。但被告一直未向原告支付经济补偿金。

被告 A 药业公司辩称，对原告的诉讼请求以及事实、理由不予确认。因为原告在 2019 年 4 月 2 日驾驶被告的客车在行驶过程当中实施了一个犯罪行为，并且被法院以危险驾驶罪追究了刑事责任。在该事件发生之后，原告自己向被告公司提出了辞职，而且双方就其解除劳动合同的经济补偿金从未进行过协商，被告从未同意过给原告任何经济补偿金。

【法院认为】

如东县人民法院认为，本案的争议焦点为双方解除劳动合同是由谁提出的。《中华人民共和国劳动合同法》第三十六规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”该条赋予了用人单位和劳动者协商解除劳动合同的权利。所谓劳动合同的协商解除，是指劳动者与用人单位在劳动合同订立之后履行完毕之前，在不违反法律强制性规定的前提下，在双方平等自愿的基础上，共同协商，达成一致，解除劳动合同的法律行为。本案中，双方签订了劳动合同，在履行完毕之前协商解除，对此双方当事人均予以认可，故本院确认双方协商解除劳动合同的效力。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定，用人单位依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的，应向劳动者支付经济补偿。本案中，用人单位 A 药业公司提供了员工辞职申请表等证据证明是原告李某提出解除劳动合同。原告李某

虽主张系被告 A 药业公司先提出解除劳动合同, 以及其在辞职申请表上的签字系受被告 A 药业公司欺骗所致, 但只有其当庭陈述, 无其他证据予以证明, 且被告 A 药业公司予以否认。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八十六条第一款规定: “当事人对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明, 以及对于口头遗嘱或赠与事实的证明, 人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的, 应当认定该事实的存在。”原告李某的上述主张事实存在的可能性未达到排除合理怀疑的程度, 故本院不予认可, 由其承担举证不能的不利后果。综上, 原告的诉讼请求没有事实和法律依据, 本院不予支持。

遂判决: 驳回原告李某的诉讼请求。

【法官评析】

用人单位与劳动者协商一致, 可以解除劳动合同。用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的, 应向劳动者支付经济补偿。

实践中, 用人单位设有人力资源管理部门专门从事招聘员工、开除员工、与员工协商解除劳动合同等事项, 甚至有专业法律人士提供法律意见。而对于劳动者而言, 其在法律专业知识和解除劳动合同的经验上相对处于弱势地位, 往往在解除劳动合同后感觉自己吃亏了, 尤其是经济补偿金方面。劳动者往往会以受到用人单位的欺诈为由申请仲裁、诉讼至法院来要求用人单位支付经济补偿金。劳动者为证明自己的诉讼请求能够成立, 应提供相应的证据予以证明, 且达到法律规定的证明标准。就自己受到用人单位的欺诈, 劳动者提供的证据需要达到什么样的证明标准才能获得法院的支持呢?

一、证明标准的层次性

《民事诉讼法解释》第 109 条规定: “当事人对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明, 以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明, 人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的, 应当认定该事实存在。”《最高人民法院关于民

事诉讼证据的若干规定》第 86 条在上述第 109 条规定的基础上又新增加了第 2 款：“与诉讼保全、回避等程序事项有关的事实，人民法院结合当事人的说明及相关证据，认为有关事实存在的可能性较大的，可以认定该事实存在。”

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 86 条规定了提高证明标准和降低证明标准的情形。

证明标准具有内在的层次性。这种层次性体现在针对不同的证明对象和待证事实，需要满足不同程度的盖然性要求。德国学者的刻度盘理论描述的只是以高度盖然性为证明标准的一般原则，在高度盖然性一般原则之下，也同样有针对性的证明对象和待证事实对盖然性程度进行量化的必要性。我国有学者主张将盖然性程度区分为：初级盖然性，心证程度为 51%~74%，表明事实大致如此；中级盖然性，心证程度为 75%~84%，表明事实一般情况下如此；高级盖然性，心证程度为 85%~99%，表明事实几乎如此。对于民事案件中一般待证事实，适用中级盖然性标准；对于特殊待证事实，如果证明要求较高的适用高级证明标准，证明要求较低的适用初级证明标准。“如果以高度盖然性的证明标准为参照，特殊类型的民事诉讼所适用的证明标准大致可以分为两种情况，一种应低于高度盖然性的证明标准，另一种标准则应高于高度盖然性的证明标准，直至接近或达到排除合理怀疑的程度”。

二、提高证明标准的情形

1. 对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明

在我国的民事实体法上，存在要求提高或者降低证明标准的法律规定。根据实体法的规定，将欺诈、胁迫、恶意串通的事实证明，提高证明标准，规定需要达到排除合理怀疑的程度。

《民法总则》以及《民法典》第 143 条规定：“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违

反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。”据此，意思表示不真实，则会影响民事法律行为的效力，对社会秩序和交易安全产生重大影响。同时，当事人主张受到了欺诈、胁迫情况下实施的民事法律行为，是社会运转的一部分，可能是有益于社会的经济发展，如果法律允许当事人轻易以受到欺诈、胁迫为由撤销已经成立生效的法律行为，以对方当事人与他人恶意串通而确认已经成立生效的法律行为无效，会使已经发生的交易发生根本性的变化，可能不利于经济的发展，会给社会交易安全带来很大的冲击。故将欺诈、胁迫、恶意串通的事实证明，提高证明标准，达到排除合理怀疑的程度。

本案中,原告虽称是受到了用人单位的欺骗才签订了解除劳动关系协议书,但对该主张未提供任何证据证明原告是在违背真实意思受欺诈、受胁迫或者乘人之危的情况下达成的协议,故该协议未违反法律法规的禁止性规定,合法有效,并无《劳动合同法》第四十六条的规定之情形。原告要求用人单位支付经济补偿金,无法律依据。劳动者在与用人单位协商解除劳动关系过程中,要注意保全证据,以维护自己的合法权益,哪怕有录音录像、证人证言。

2.对口头遗嘱或者赠与事实的证明

口头遗嘱,我国《民法典》以及《继承法》明确规定要有必要的形式。《民法典》第 1138 条规定:“遗嘱人在危急情况下,可以立口头遗嘱。口头遗嘱应当有两个以上见证人在场见证。危急情况消除后,遗嘱人能够以书面或者录音形式立遗嘱的,所立的口头遗嘱无效。”

由于被继承人去世后其遗产分配的意愿死无对证,没办法探求被继承人的内心真意。口头遗嘱,没有有形载体,所以法律对其作为证据的形式作出了十分苛刻的要求。因此,当事人主张被继承人留有口头遗嘱,其负有的证明标准必须达到“存在的可能性能够排除合理怀疑的”程度,否则不予采信。

赠与，与常见的等价有偿的民事交易活动相比，其是反常的。行为人无偿将自己的财产无偿赠与给他人，或者无偿的受赠他人的财产，与人们的日常认知存在重大的偏差，与日常生活经验法则相悖，所以需要提高证明标准。

三、降低证明标准的情形

降低证明标准的特殊情形，一般都是与案件程序有关的事实。比如说，当事人申请临时救济措施，申请回避等。当事人申请保全、回避等待证事实，并不需要达到与客观事实相吻合的地步，只要证明到相关事实的发生具有可能性即可。与有待审理认定的其他案件事实不同，它证明的对象是可能性的成立，而不是相关事实已经发生。由于只需要证明某事实发生的“可能性”，因此它的证明标准应予降低。

以保全为例，《民事诉讼法》第 100 条规定，人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为……“判决难以执行”“造成损害”在原告起诉时尚未发生，只是有发生的可能性，如果要求太苛刻，就违反了保全制度的立法目的，故当事人申请诉讼保全的，人民法院只是初步审查一下，原告起诉材料中能够证明债权债务有存在的可能性的，人民法院就会支持申请人的保全申请。

申请回避的问题涉及到当事人最基本的诉讼权利保障，所以只要法官在客观上存在影响公正审理案件的嫌疑，比如提供了法官与对方当事人握手的照片，就会得到支持。

四、在审理劳动争议纠纷案件中适用提高证明标准的思考

提高证明标准是否会加剧受害劳动者的证明困难？提高证明标准是否会产生对欺诈、胁迫、恶意串通等不法行为的激励？

来源：江苏法院网

不具备用工主体资格的分包人雇佣的人员与总承包人之间不具有劳动关系

【基本案情】

原告：许某某。

被告：南通 A 建筑安装工程有限公司

法院查明下列事实：

1、被告南通 A 建筑安装工程有限公司承建了如东某房地产开发有限公司建设的如东县城四号街区 4 号地块月亮湾儿童城项目，开工日期为 2017 年 8 月 20 日。被告承建工程以后将部分瓦工、木工等分包给了其他人，其中部分工程分包给了徐某华，徐某华又分包给了高某军。高某军承包到这个工程以后，让刘广全打电话给原告让原告 4 月 30 日到月亮湾儿童城做拎砂浆小工，原告就到工地上做工。

2、2019 年 5 月 1 日下午 5 点 30 分左右，原告许某某从如东县城四号街区 4 号地块月亮湾儿童城项目建筑工地下班行驶至掘港镇茶花路烈士林园路段时，与案外人曾某驾驶的小型客车发生碰撞交通事故，2019 年 5 月 5 日如东县公安局交通警察大队作出第 320623420190008051 号道路交通事故认定书，确认原告受伤，两车局部损坏，曾某对本次事故负主要责任，许某某负次要责任。许某某受伤后到如东县人民医院治疗，被诊断为左胫骨平台骨折、左膝外侧半月板损伤、左腓骨小头骨折、左小腿肌间静脉血栓。

3、2020 年 5 月 15 日，原告向如东县劳动人事争议仲裁委员会申请裁决原告与被告间存在事实劳动关系，如东县劳动人事争议仲裁委员会于 2020 年 5 月 21 日作出不予受理通知书，认为原告申请书中所列主体不适格，不符合受理条件，决定不予受理。2020 年 6 月 2 日，原告向本院提起本案诉讼。

原告许某某诉讼请求：请求确认原告与被告之间存在事实劳动关系。事实和理由：原告在建筑工地下班途中被他人驾驶的机动车碰撞致伤，本人承担事故的次要责任，根据《工伤保险条例》规定，原告的情形完全符合视同工作的情形。月亮湾儿童城建筑工程由被告单位总承包，原告是由被告的分包人徐某华、高某军雇请到该工地拎砂浆的小工。根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条、《工伤保险条例》及相关法律规定，被告应依法承担因其违法分包的用工主体责任，并与分包人共同承担原告享有的工伤保险待遇，但被告及其分包人至今均未予支付。

被告南通 A 建筑安装工程有限公司辩称，1、原告要求确认双方在 2019 年 4 月 30 日至 2019 年 5 月 1 日存在劳动关系，没有事实和法律依据。被告确实承建了月亮湾儿童城的建设项目，被告承建以后将部分瓦工、木工等分包给了其他人。根据 2015 年全国民事审判工作会议纪要，对于承包人将工程又转包或者分包给实际施工人的，实际施工人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系的，人民法院不予确认。且被告查阅了所有的工资发放记录，即使是工程转包给实际施工人，也是由被告发放工资，但是所有的工资发放记录中并没有原告。2、原告在 2019 年 4 月 30 日的时候已经超过法定退休年龄，已经不具备建立劳动关系的主体资格。原告到其他单位工作，也不属于劳动法调整范围内的劳动关系，因此原告诉请没有事实、法律依据，请法庭驳回原告对被告的诉请。

【法院认为】

如东县人民法院认为，本案争议的焦点在于双方当事人之间是否存在劳动关系。所谓劳动关系是指用人单位与劳动者个人之间，依法签订劳动合同，劳动者接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。用人单位与劳动者之间存在管理与被管理、支配与被支配的关系。劳动者必须亲自履行劳动义务，遵守用人单位的劳动纪律和规章制度。本案中，被告南通 A 建筑安装工程有限公司是如东县城四号街区 4 号地块月亮湾儿童城项目的承包人，作为该工程实际施工人的案外人

高某军是无建筑施工资质的自然人，原告许某某是在该建设工程中参加劳动的劳动者。在工程分包后，作为实际施工人的高某军实际负责施工管理，故与原告许某某之间存在管理与被管理关系应是高某军。现有证据并不能证明原告许某某在工作过程中，受被告南通 A 建筑安装工程有限公司的管理与支配及向被告南通 A 建筑安装工程有限公司领取了报酬。许某某与南通 A 建筑安装工程有限公司之间不存在劳动关系。原告以高某军与被告南通 A 建筑安装工程有限公司之间违法分包为由，主张原告与被告之间存在劳动关系，缺乏法律依据，理由不能成立，不予支持。

同时，《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，建筑施工企业将工程发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，应对该组织或自然人招用的劳动者承担用工主体责任。同时，《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七条规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”根据前述规定，具备用工主体资格的承包单位只对不具备用工主体资格的组织或者自然人招用的劳动者承担工伤保险责任，不承担除此之外的用工主体责任。本案中被告南通 A 建筑安装工程有限公司虽将案涉工程发包给不具用工主体资格的徐某华，徐某华又分包给高某军，但其与高某军雇佣的许某某之间并不存在建立劳动关系的书面合同或事实行为。故根据前述规定，被告南通 A 建筑安装工程有限公司对许某某应承担的用工主体责任仅为工伤保险责任，许某某主张与被告南通 A 建筑安装工程有限公司之间存在劳动关系的理由不成立，不应予以支持。

遂判决如下：

驳回原告许某某的诉讼请求。

【案例评析】

一、劳动关系成立与否在于用工双方有无建立劳动关系的合意

劳动者与用人单位达成建立劳动关系的合意，可以通过三种形式，一是书面形式，即双方签订书面劳动合同；二是口头形式，即双方订立口头劳动合同；三是通过“用工”行为建立事实上的劳动关系。根据《劳动合同法》第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。这里的“用工”应体现劳动关系的本质特征—劳动力与生产资料结合关系和从属性劳动组织关系。从属性是认定劳动关系存在与否的关键。

具体到本案，被告南通 A 建筑安装工程有限公司是如东县城四号街区 4 号地块月亮湾儿童城项目的承包人，作为该工程实际施工人的案外人高某军是无建筑施工资质的自然人，原告许某某是在该建设工程中参加劳动的劳动者。在工程分包后，作为实际施工人的高某军实际负责施工管理，故与原告许某某之间存在管理与被管理关系应是高某军。现有证据并不能证明原告许某某在工作过程中，受被告南通 A 建筑安装工程有限公司的管理与支配及向被告南通 A 建筑安装工程有限公司领取了报酬。许某某与南通 A 建筑安装工程有限公司之间不存在劳动关系。原告主张原告与被告之间存在劳动关系，缺乏法律依据，理由不能成立，不予支持。

二、工伤保险责任与用工主体责任相分离的问题

《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》第七条规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”据此，该具备用工主体资格的承包单位成为工伤责任主体。通常情况下，工伤责任主体以存在劳动关系为前提，工伤责任主体就是用工责任主体。但是，具备用工主体资格的承包单位将工程层层转包或违法分包

给不具备用工主体资格的组织或自然人，与不具备用工主体资格的组织或者自然人招用的劳动者之间没有建立劳动关系的书面合同或事实行为，双方不存在劳动关系。上述规定属工伤责任主体与用工责任主体相分离的情形，系特殊规定，具备用工主体资格的承包单位对该规定之外的用工主体责任，如支付工资、经济补偿金等不承担责任。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》关于建筑施工企业将工程发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，应对该组织或自然人招用的劳动者承担用工主体责任所规定的是“用工主体责任”仅指工伤保险责任，不承担除此之外的用工主体责任。而不能据此认定不具备用工主体资格的组织或者自然人招用的劳动者与具备用工主体资格的发包单位存在劳动关系。

就本案而言，南通 A 建筑安装工程有限公司对许某某承担的用工主体责任仅指工伤保险责任，不能因为被告南通 A 建筑安装工程有限公司对许某某承担了该用工主体责任就据此判定双方存在劳动关系。

三、本案中劳动者的权利如何救济

《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，发包的组织和个人承包经营者承担连带赔偿责任。”该条规定中，发包人的连带赔偿责任是一种民事责任而非劳动关系中的用工主体责任。本案中，许某某与被告公司之间不存在劳动关系，原告因此次受伤而造成的损失，可通过其他法律途径予以主张。原告许某某可以请求徐某华、高某军对其损失承担雇主的赔偿责任，同时，也有权请求总承包人被告南通 A 建筑安装工程有限公司对其损失与徐某华、高某军负担连带赔偿责任。

案号：（2020）苏 0623 民初 2796 号

来源：江苏法院网

江苏省无锡市人社

割双眼皮请假属病假还是事假？

【裁判要旨】

修复性整形系因患病或负伤所致，具有医疗性质，凡履行了病假手续的，应享受医疗期待遇；而美容性整形纯属出于爱美之心的私人事务，非因患病或负伤所引起，并非医疗行为，只能视为事假，不属于享受病假医疗期的范畴。

【基本案情】

谭某于 2014 年 3 月 6 日通过网上招聘进入某百货公司处从事收银工作，双方签订了书面劳动合同，合同期限自 2014 年 3 月 6 日至 2017 年 3 月 6 日，合同约定劳动报酬 2200 元。

2015 年 12 月 28 日，谭某前往上海某医院进行眼部矫正手术（俗称开双眼皮），且未提前请假。

2016 年 1 月 4 日，公司以谭某未履行请假手续、无故旷工严重违纪为由作出了将其强制辞退的决定。之后谭某出具了上海某医院的病假手续，认为公司属于违法解除劳动合同，要求公司进行赔偿。

【仲裁请求】

要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。

【争议焦点】

“开双眼皮”属于事假还是病假？

【处理结果】

对谭某的仲裁请求不予支持。

【案例评析】

本案中，用人单位人力资源管理制度中关于考勤管理一项明确规定：“员工生病或处理私事须请假时，应提前三天请假，说明请假理由，离岗天数等，经批准后，办妥相应的手续；若遇有急病或紧急事情时，应直接给上级领导打电话说明情况，并向人力行政部报备，且事后三日内补报 OA 流程。”

谭某所提供的上海某医院整复外科病历及病休单并不能证明其手术系因病所致，“开双眼皮”手术虽名为手术，但属于对天生容貌的一种改变，其没有紧迫性，谭某完全可以提前以事假形式向公司提出申请。

实际上，谭某将美容行为视为急病，仅仅寄希望于事后补假，工作态度上存在一定的问题，因其职业的特殊性，她的行为也影响到了公司业务的正常运行。

公司按照规章制度的规定，遵照合法的程序，单方面解除双方的劳动合同并不违反法律规定，不属于违法解除。

【启示与思考】

现实生活中整形手术已经非常普及，其所能享受的劳动保护因情况不同而有所差异。修复性整形系因患病或负伤所致，具有医疗性质，凡履行了病假手续的，应享受医疗期待遇；而美容性整形纯属出于爱美之心的私人事务，非因患病或负伤所引起，并非医疗行为，只能视为事假，不属于享受病假医疗期的范畴。

由此可见，“因患病或负伤所引起”是判断是否具备医疗性质的关键。比如因存在兔唇等先天性病理缺陷，或美容手术失败造成身体伤害而需要整形、修复的，属于医疗性质，应按照病假的相关规定处理。

来源：无锡市人社局