



餐饮、旅游、会展企业 常见及典型劳动用工问题解答

广州市律师协会

劳动与社会保障法律专业委员会

餐饮旅游与会展业务专业委员会 编

2024 年 2 月

引言

在全球化的今天，餐饮、旅游和会展行业已经成为推动经济发展的重要力量。然而，随着这些行业的蓬勃发展，劳动用工问题也日益凸显，给企业的运营带来了诸多挑战。党的二十大报告明确指出，要完善劳动法律法规体系，加强劳动关系协调，保障劳动者合法权益。劳动法领域是关系到广大劳动者切身利益的重要领域，在餐饮、旅游与会展等服务行业中，要实现高质量发展的战略目标，不仅需要提升行业整体竞争力，更要在追求经济效益的同时，承担起维护劳动关系和谐的社会责任。

餐饮、旅游与会展行业涉及的领域广泛，包括餐饮、住宿、交通、旅行社、旅游景区以及各行各业的博览展销活动等多个方面。这些领域的法律法规因国家、地区、行业等因素的不同而有所差异，使得行业法律问题的处理具有一定的复杂性。再者餐饮、旅游与会展行业的市场化程度较高，各地区、各企业之间的标准和规范存在较大差异，这导致在实际操作中，容易产生合规性问题，引发法律纠纷。在诸多的纠纷中，又属劳动关系的处理最为复杂多变，如人员流动性大、劳动关系多样、劳动合同难以规范、工资支付方式不固定等等问题，极易引发劳资关系的紧张与冲突，导致其中一方利益受损。

广州市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会、广州市律师协会餐饮旅游与会展业务专业委员会联合编写了此

《餐饮、旅游、会展企业常见及典型劳动用工问题解答》。

以求立足广州的餐饮、旅游与会展行业，以常见及典型的劳动用工问题为切入，针对餐饮、旅游与会展领域独特的劳动用工问题，进行分析和解答。

本指引分为四个部分，旨在有针对性地解答餐饮、旅游和会展行业常见的劳动用工问题。第一部分将介绍一些常见的用工问题，包括解答招聘、入职、社保、员工个人信息、竞业限制、高管人员等方面的问题，指导企业切实有效实现用工合规。第二部分将专注于餐饮行业的用工问题，包括调岗、加盟店派驻店长、员工合伙等问题，以及如何在遵守法律法规的同时，保护企业和员工的合法权益。第三部分将探讨旅游行业的用工问题，包括导游权益、旅游合同等问题，以及如何在旅游业的特殊性中，处理好相应的劳动法律关系。第四部分将分析会展行业的用工问题，包括会展企业员工的竞业限制，会展服务商与商演人员的法律关系等问题。

我们希望本指引能为餐饮、旅游和会展企业提供实用的指导和建议，帮助他们更好地应对劳动用工问题，实现企业的持续发展。同时，我们也期待这本指引能为广大法律工作者提供有价值的参考，帮助他们更好地理解和应对工作中的法律问题。也期望有更多的律师同行、企业管理人员、专业人士，能对本文不足之处予以批评斧正。

目 录

第一部分 常见用工问题 5

- 问题一、员工在《入职登记表》上填写的学历和工作经历是虚假的，用人单位在发现之后，能否以此为由单方解除与该员工的劳动合同关系，是否存在赔偿问题？5
- 问题二、用人单位在员工入职后强制要求签订保密协议和竞业限制协议，并对不配合的员工进行开除处理，该用人单位的行为是否合法？ 10
- 问题三、用人单位发现员工利用虚开的发票骗取出差报销款，能否以此为由单方解除与该员工的劳动关系？如用人单位因此被税务机关稽查后罚款，能否要求该员工赔偿？ 11
- 问题四、用人单位实际发放给员工的工资高于缴纳社保、公积金的基数，在双方发生劳动争议后，员工能否要求用人单位按实际工资补缴社保和公积金的差额部分？ 13
- 问题五、用人单位在员工入职后要求员工必须填写家庭成员和家庭住址等信息时，员工能否拒绝？16
- 问题六、用人单位以业务不景气为由，公告通知全体员工降薪，员工在降薪通知公告时未提出异议，执行新的薪酬标准后继续工作四个月，现以用人单位“无故降薪”，未及时足额支付劳动报酬为由，提出被迫解除劳动合同并要求用人单位补发工资及支付经济补偿，是否得到支持？ 18
- 问题七、员工因工作重大过失造成用人单位巨额经济损失，用人单位是否有权单方解除与该员工的劳动关系并向该员工追索经济损失？ 22
- 问题八、用人单位没有为员工购买社保，但为员工购买了商业保险，在发生工伤事故后，商业保险进行了足额理赔，员工还有权要求用人单位支付工伤保险待遇吗？ 28
- 问题九、餐饮企业股东同时兼任公司执行董事、经理或法定代表人并在企业领取固定工资，但未签订书面劳动合同，该股东是否可以企业没有与其签订书面劳动合同为由主张二倍工资差额？ 36

第二部分 行业性法律问题（餐饮） 42

- 问题十、堂食类餐饮企业能否将后厨整体发包给厨师长等个体，由其全权招聘和管理后厨人员？厨师长自行招聘的后厨人员与餐饮企业形成劳动关系吗？42
- 问题十一、餐饮企业开设分店，要求部分员工到新店工作，部分员工以离家远为由拒绝调配，企业能否以员工不服从工作指令，单方解除该部分员工的劳动关系？46
- 问题十二、加盟餐饮品牌后，总部公司指派老师到该加盟餐饮企业担任该店店长，由加盟店支付店长的工资，社保由总店负责缴纳，该店长与加盟店是否视为存在劳动合同关系？54
- 问题十三、餐饮企业与员工签订合伙协议约定员工出资后除正常工资发放外还可按实际盈利进行分红，后员工以企业未足额支付分红为由提出单方解除劳动合同，是否可得到法律支持？58
- 问题十四、餐饮企业员工在企业提供的员工宿舍发生斗殴造成人员受伤，用人单位需要为此承担赔偿责任吗？ 59
- 问题十五、餐饮企业在设立时将店长登记为公司经理并为其正常购买社保，但未签订劳动合同，双方发生争议后，该店长以公司没有与其签订劳动合同，主张双倍工资赔偿，可否得到法律支持？ 62

第三部分 行业性法律问题（旅游） 67

问题十六 旅行社导游在带队过程中辱骂游客后被曝光，导致旅游社名誉严重受损，旅游社能否以此为由单方解除该导游的劳动合同关系？	67
问题十七、旅行社与导游必须有劳动合同关系吗？	71
问题十八、旅行社与司机签订保底协议，约定司机出车出人，旅行社与司机以固定费用进行结算，同时为该司机购买社保，旅行社与司机是否成立劳动合同关系？	72
问题十九、景区企业聘请的救生员在游客发生溺水危险时没有及时下水抢救导致游客溺亡，游客家属向景区索赔后，景区可以向该救生员提出赔偿请求吗？	76
问题二十、员工因无法承受工作压力自杀，该员工家属能否向用人单位主张工亡待遇？	79
问题二十一、旅行社员工在接受客户旅游订单后将该订单转介绍给其他旅行社，旅行社能否与员工解除劳动合同关系？	82
第四部分 行业性法律问题（会展）	84
问题二十二、会展服务商员工私自向参展商家收取额外会展展位服务费，会展服务商是否单方解除与员工的劳动关系并要求员工返还全部已收款项？	84
问题二十三、会展服务商的员工在外设立装修公司，并利用职务便利获得该会展服务商客户信息，后续通过该装修公司为客户提供会展装修服务，该会展服务商是否有权要求该员工赔偿损失？	86
问题二十四、会展服务商的员工在离职后立即加入竞争对手公司，并将原单位获取的客户信息、设计创意等用于在新单位履职，是否违反竞业限制义务？应该如何承担责任？	89
问题二十五、参展商员工在离职后仍以原单位名义与会展服务商预订展位，并在展位上展销其他公司产品，参展商能否向该前员工主张经济损失赔偿？	98
问题二十六、会展活动中，会展服务商聘请商演人员进行表演为参展吸引人气，在活动中发生人员伤亡，是否应认定为工伤？	104
附录 相关法律条文	106

第一部分 常见用工问题

问题一、员工在《入职登记表》上填写的学历和工作经历是虚假的，用人单位在发现之后，能否以此为由单方解除与该员工的劳动合同关系，是否存在赔偿问题？

答：用人单位可以解除劳动合同，无须支付经济补偿或赔偿金，但应根据劳动者付出劳动的情况向劳动者支付相应劳动报酬。

实践中，用人单位在员工入职时，会要求员工在《入职登记表》上填写学历、工作经历等与劳动合同直接相关的基本情况，员工应当如实填写。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八条、第二十六条和第三十九条的规定，劳动者如实向用人单位说明与劳动合同直接相关的基本情况，属于法定义务，如果不能如实说明，则有可能构成欺诈，造成用人单位在违背自身真实意思表示的情况下签订劳动合同，用人单位可主张劳动合同无效或部分无效，依法解除劳动合同。而且，根据《关于劳动争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》第十九条的规定，用人单位以此理由解除劳动合同的，劳动者如果主张解除劳动合同经济补偿或者赔偿金的，一般也无法得到裁审机关的支持。

需要注意的是，员工入职时虚构学历和工作经历的行为，在实践中是否能认定构成欺诈需要更进一步的讨论。以下两种情形，实践中用人单位一般不享有劳动合同的解除权：

1、如果用人单位没有陷入错误认识而与员工签订劳动合同，则无法构成欺诈。例如，员工虚构学历和工作经历，但用人单位经过尽职调查或其他方式已经知道员工虚构学历和工作经历后，仍决定与其签订劳动合同，则无法以欺诈为由与其解除劳动合同。

2、需要考察衡量学历和工作经历是否为用人单位招聘的决定性因素。如果学历和工作经历不是用人单位招聘的决定性标准，即无论应聘者是何学历或有何工作经历都不会影响用人单位决定是否与其订立劳动合同，或者上述信息对于岗位性质而言并不重要，对于劳动合同的履行也不会产生不良影响，则不构成欺诈，用人单位也无法以学历、工作经历造假为由，主张合同无效或部分无效，向劳动者提出解除劳动合同。

【典型案例】

人力资源社会保障部 最高人民法院关于联合发布第一批劳动争议典型案例的通知（人社部函[2020]62号）

案例 10. 劳动者提供虚假学历证书是否导致劳动合同无效

基本案情

2018年6月，某网络公司发布招聘启事，招聘计算机工程专业大学本科以上学历的网络技术人员1名。赵某为销售专业大专学历，但其向该网络公司提交了计算机工程专业大学本科学历的学历证书、个人简历等材料。后赵某与网络公司签订了劳动合同，进入网络公司从事网络技术工作。2018年9月初，网络公司偶然获悉赵某的实

学历为大专，并向赵某询问。赵某承认自己为应聘而提供虚假学历证书、个人履历的事实。网络公司认为，赵某提供虚假学历证书、个人履历属欺诈行为，严重违背诚实信用原则，根据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第二十六条、第三十九条规定解除了与赵某的劳动合同。赵某不服，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。

申请人请求

裁决网络公司继续履行劳动合同。

处理结果

仲裁委员会裁决驳回赵某的仲裁请求。

案例分析

本案的争议焦点是赵某提供虚假学历证书、个人履历是否导致劳动合同无效。

《劳动合同法》第八条规定：“用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。”第二十六条第一款规定：“下列劳动合同无效或者部分无效：（一）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的……”第三十九条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的……”从上述条款可知，劳

劳动合同是用人单位与劳动者双方协商一致达成的协议，相关信息对于是否签订劳动合同、建立劳动关系的真实意思表示具有重要影响。《劳动合同法》第八条既规定了用人单位的告知义务，也规定了劳动者的告知义务。如果劳动者违反诚实信用原则，隐瞒或者虚构与劳动合同直接相关的基本情况，根据《劳动合同法》第二十六条第一款规定属于劳动合同无效或部分无效的情形。用人单位可以根据《劳动合同法》第三十九条规定解除劳动合同并不支付经济补偿。此外，应当注意的是，《劳动合同法》第八条“劳动者应当如实说明”应仅限于“与劳动合同直接相关的基本情况”，如履行劳动合同所必需的知识技能、学历、学位、职业资格、工作经历等，用人单位无权要求劳动者提供婚姻状况、生育情况等涉及个人隐私的信息，也即不能任意扩大用人单位知情权及劳动者告知义务的外延。

本案中，“计算机工程专业”“大学本科学历”等情况与网络公司招聘的网络技术人员岗位职责、工作完成效果有密切关联性，属于“与劳动合同直接相关的基本情况”。赵某在应聘时故意提供虚假学历证书、个人简历，致使网络公司在违背真实意思的情况下与其签订了劳动合同。因此，根据《劳动合同法》第二十六条第一款规定，双方签订的劳动合同无效。网络公司根据《劳动合同法》第三十九条第（五）项规定，解除与赵某的劳动合同符合法律规定，故依法驳回赵某的仲裁请求。

典型意义

《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。”第二十六条规定以欺诈、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的劳动合同无效或部分无效；第三十九条有关以欺诈手段订立的劳动合同无效、可以单方解除的规定，进一步体现了诚实信用原则。诚实信用既是《劳动合同法》的基本原则之一，也是社会基本道德之一。用人单位与劳动者订立劳动合同时都必须遵循诚实信用原则，建立合法、诚信、和谐的劳动关系。

【风险提示】

1、用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条单方解除劳动合同，举证责任主要由用人单位承担。用人单位需提前准备好相关证据。

2、《中华人民共和国劳动合同法》第七条明确规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”即使劳动合同被认定为无效，并不代表用人单位与劳动者之间不存在劳动关系。因此，用人单位无需对解除劳动合同给予经济补偿或赔偿金，但依据《中华人民共和国劳动合同法》第二十八条，劳动者已付出劳动的，用人单位仍应按照一定标准支付劳动者劳动报酬。

3、用人单位作为招聘方和劳动力管理主体，对职工的学历及履历负有一定的审核义务，用人单位未尽到审慎核查义务的，对于劳动合同的无效同样负有一定的责任。同时，用人单位在合理期限内未就劳动者的表现提出异议，也存在无法认定劳动合同无效，无法解除劳

动合同的风险。因此，用人单位需在实践过程中完善招聘制度、用工管理制度及相应的考核制度。

问题二、用人单位在员工入职后强制要求签订保密协议和竞业限制协议，并对不配合的员工进行开除处理，该用人单位的行为是否合法？

答：该用人单位的行为不合法。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，注意，此处是“可以”而非“应当”，因此该规定不具有强制性。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。因此，用人单位与员工签订保密协议和竞业限制协议时，应当遵守自愿及协商一致的基本原则，不能采取强制的方法。用人单位在员工入职后强制要求签订保密协议和竞业限制协议，并且对不配合的员工工作开除处理的行为，可能被认定为违法解除劳动合同。

虽然用人单位享有用工管理权，可以根据自身需要制定有关规章制度，但是规章制度首先应当合法合理，而不是恣意妄为，突破法律情理的边界。因此，即使用人单位在企业规章制度内明确规定了劳动者应当签订保密协议和竞业限制协议，但因该内容与法律法规相抵触，侵害了劳动者签订保密协议和竞业限制协议的自愿性，因此会被认定为无效。此时，用人单位与不配合签订的员工解除劳动合同，可能被

认定为违法解除，员工有权依据《劳动合同法》第四十八条、第八十七条的规定，要求继续履行劳动合同或者主张赔偿金。

【风险提示】

1、采取强迫的方式强制员工签订的保密协议和竞业限制协议存在无效的风险。《中华人民共和国劳动合同法》第二十六条规定，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无效或者部分无效。因此，以解除劳动关系来威胁强迫员工，即使签订了保密协议和竞业协议，该协议也可能被认定为以胁迫手段迫使劳动者签订协议而归于无效。

2、用人单位确有员工签订保密协议和竞业限制协议的需求的，可以根据岗位的特殊性将签订保密协议和竞业限制协议作为招聘条件之一在招聘过程中予以公示，使应聘者知悉该岗位要求，如应聘者拒绝签订上述协议，用人单位可自主选择是否聘用。同时，与员工签订竞业限制协议最好在办理入职手续、签订劳动合同时一并签订。

问题三、用人单位发现员工利用虚开的发票骗取出差报销款，能否以此为由单方解除与该员工的劳动关系？如用人单位因此被税务机关稽查后罚款，能否要求该员工赔偿？

答：用人单位可以单方解除与该员工的劳动关系。

劳动者严重违反用人单位规章制度，或者虽然规章制度没有明确

的规定，但是员工通过虚开发票的违法行为骗取用人单位资金，破坏用人单位的财务管理制度，严重违反了劳动纪律，则用人单位可以依照《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条或者《中华人民共和国劳动法》第二十五条，与该劳动者解除劳动合同，并且不需要支付经济补偿或赔偿金。用人单位如果因此被税务机关稽查后被罚款，有权向员工主张按过错程度进行赔偿。

需要注意的是，认定员工利用虚开的发票骗取出差报销款需关注两个关键点：

- 1、员工主观上确有骗取报销款的故意；
- 2、员工虚假报销的行为情节是否属于严重。

员工使用虚开的假发票与伪造假发票之间有所区别，关键在于员工主观上是否存在利用虚开发票骗取出差报销款的故意。考虑到社会实践中发票开具与管理尚不规范，发票管理乱象丛生的现实情况，员工若主张发票由商家提供、自身能力难以辨别发票真伪，法院有可能采信员工并不存在主观故意。如果用人单位能证明员工主观上存在明知发票虚假仍申请报销或故意购买假发票报销的行为，则可能认定为严重违反劳动纪律或规章制度，依法可以解除劳动关系。

在现实中，员工虚假报销的行为情节是否达到严重程度，需要根据具体情况进行讨论。现实中有大量企业明示或默示，允许员工在报销时使用同等或者更高金额的同类型冲抵发票，并且此类报销往往也能通过公司的审批。那么，达到严重情节的标准需要结合实践情况进行分析，比如公司是否知悉或应当知悉、虚假发票数量多少、时间跨

度长短、累计金额大小、造成公司的损失程度或其他不利影响的程度如何等等，都有可能影响情节严重的认定与否，并进一步影响解除劳动合同条件的确定。

【风险提示】

1、在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任，故用人单位需提前做好相关证据。

2、劳动法律法规中并未对利用虚开发票骗取出差报销款的具体行为作出规制，而是通过劳动者严重违反用人单位规章制度，用人单位可以解除劳动合同的条款予以规制。因此，用人单位应当通过制定合法有效的规章制度，并将虚假报销列为严重违反公司规章制度的行为之一便于后续处置。

问题四、用人单位实际发放给员工的工资高于缴纳社保、公积金的基数，在双方发生劳动争议后，员工能否要求用人单位按实际工资补缴社保和公积金的差额部分？

答：员工可以要求用人单位按实际工资补缴社保和公积金的差额部分。

国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生

育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。住房公积金，是指国家机关、国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业及其他城镇企业、事业单位、民办非企业单位、社会团体及其在职职工缴存的长期住房储金。

用人单位应当依照我国有关法律法规的规定为劳动者缴纳各类社会保险和公积金。其中，基本养老保险、基本医疗保险、失业保险和公积金由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳，工伤保险和生育保险仅由用人单位缴纳，职工无须缴纳。

根据现有的法律规定，用人单位缴纳各项社会保险费的缴费基数一般均为本单位职工工资总额，职工缴纳各项社会保险费的缴费基数则为该职工的上一年度月平均工资。用人单位和职工缴存的住房公积金的缴费基数均为职工本人上一年度月平均工资。用人单位应当如实向社会保险经办机构和公积金中心申报本单位的职工工资总额和各职工的上一年度月平均工资，以便社会保险经办机构和公积金中心核定缴纳基数。缴纳基数确定后，社会保险经办机构和公积金中心将依照有关法律法规规定的缴费比例向用人单位征缴各项社会保险费和公积金。具体公式为：用人单位或职工应当缴纳的社会保险费或公积金=社会保险缴费基数或公积金缴费基数×缴费比例。

由于每个用人单位都会有不同岗位、不同薪酬的员工，工资总额也不尽相同。因此，社会保险经办机构或公积金中心核定缴费基数的前提，有赖于用人单位的如实申报。但是，自2006年劳动和社会保障部(已撤销)发布和实施《关于规范社会保险缴费基数有关问题的通

知》以后，全国各省市对于社保缴费基数核定范围基本统一适用60%和300%作为社保缴费基数的上下限。而住房公积金的缴存下限，全国各省、市普遍以当地最低工资作为标准，由此造成很多用人单位在申报用人单位社保缴费基数的时候，为了节约成本，减少社会保险费和公积金的支出，仅将当地省、市全口径城镇单位就业人员月平均工资的60%作为申报金额，而公积金则以最低工资标准作为申报基数，这就造成用人单位所有职工，无论薪酬多少，都以最低缴费标准申报并核定缴纳了社保费用和公积金，而不是按照职工的实际收入申报缴纳。因此，用人单位未如实申报员工的工资收入情况，导致未足额为职工缴纳社会保险和公积金的行为，严重侵害了员工的合法权益，员工依法可以要求用人单位补缴。

【风险提示】

用人单位应当依法向社会保险经办机构、公积金管理中心申报本单位劳动者的工资收入情况及本单位劳动者的工资总额，足额为本单位的劳动者缴纳社会保险费和公积金，保障劳动者的合法权益。如果用人单位未如实申报相关数据，导致未足额为劳动者缴纳社会保险费和公积金的，除了承担补缴义务外，还将面临滞纳金和罚款的行政处罚，不仅不能降低用工成本，还将产生违法成本。

作为劳动者，也应当认真了解法律法规和当地法规政策，足额承担个人缴纳的部分，并在发现用人单位未及时足额缴纳社会保险或公积金时，及时敦促用人单位进行缴纳。

【扩展知识】

1、由于未及时足额缴纳社会保险费用属于违反法律法规强制性规定的行为，因此，即使用人单位与劳动者在劳动合同中有关于“按有关法律法规规定的最低参保人数缴纳社会保险费”等类似约定，也会被认定为无效。

2、目前我国仅有少数地区的仲裁机构、法院仍然在劳动争议中对未缴纳或未足额缴纳社保、公积金作出处理，但大多数地区的裁判机构均认为，我国《社会保险费征缴暂行条例》明确规定了征缴社会保险费用是社会管理部门的职责，用人单位必须为劳动者依法办理社会保险。如果用人单位已经为劳动者办理了社保手续，但用人单位不按规定为劳动者交纳社会保险金，无论欠缴社保费或者拒缴社保费，社会管理部门均可依法强制征缴。这种争议并非单纯的劳动者与用人单位之间的社保争议，属于行政管理的范畴。因此，如果用人单位未及时足额为劳动者缴纳社保、公积金的，劳动者一般只能通过向劳动保障监察部门反映、向当地人力资源社会保障信访部门反映、向当地社会保险经办机构提出，通过行政复议、行政诉讼等法定途径解决。

问题五、用人单位在员工入职后要求员工必须填写家庭成员和家庭住址等信息时，员工能否拒绝？

答：员工可以拒绝。

如因送达、紧急联系的目的，并且已经明确告知员工处理目的的情况下，用人单位可以收集员工作为紧急联系人的家庭成员姓名、联系方式或者员工的家庭住址等信息；否则，员工的家庭成员和家庭住址等信息，属于员工的个人隐私，也并非《中华人民共和国劳动合同法》第八条规定的“与劳动合同直接相关的基本情况”，员工可以直接拒绝提供。

【风险提示】

个人隐私保护作为人格权中的一项具体权利，在《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规中予以明确保护。

对于用人单位来说，为人力资源管理目的，收集员工的个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，应与履行劳动合同直接相关，比如为了解员工的工作能力而收集员工的学历信息、过往工作经历等，但不得过度收集个人信息，否则容易构成对员工个人隐私的侵犯。如用人单位为员工人身、财产安全而紧急联系的需要，提前所作的对员工家庭成员信息的收集，或者因文件、资料的送达而预留员工的家庭住址，应明确告知员工，且在处理信息的过程中，也应当严格遵循该目的，不得擅自改变信息用途，同时也应做好信息的保密措施，以免产生相关民事甚至刑事责任。

员工也应注意自己的个人信息保护，维护自身合法权益。如认为用人单位要求员工提供的信息已经与劳动合同履行没有关系，超过了

个人信息收集的必要限度，则员工有权拒绝向用人单位提供该个人信息。

问题六、用人单位以业务不景气为由，公告通知全体员工降薪，员工在降薪通知公告时未提出异议，执行新的薪酬标准后继续工作四个月，现以用人单位“无故降薪”，未及时足额支付劳动报酬为由，提出被迫解除劳动合同并要求用人单位补发工资及支付经济补偿，是否得到支持？

答：实践中还是应当视案件情况予以认定。虽然用人单位已经将降薪的通知向全体员工公告，而员工当时未提出异议，但由于劳动报酬属于直接涉及劳动者切身利益的重大事项，不适宜直接认定员工的沉默是同意降薪的意思表示。如果用人单位经裁审机关认定确实存在未及时足额支付发放劳动报酬情形的，则员工依法提出被迫解除并要求补发工资及支付经济补偿，于法有据。

《中华人民共和国民法典》第一百四十条虽规定了沉默可属意思表示，但其前提是“在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时”才可适用。而根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条的规定，变更劳动合同应由用人单位与员工协商一致，且应当采用书面形式。因此，此处不宜将“未提出异议”这一沉默行为当然视为员工同意降低薪酬的意思表示。如果用人单位在未经民主程序也未与劳动者协商一致的情况下降低薪资的行为，被认定为未及时足

额支付劳动报酬的，劳动者请求用人单位补发工资，该请求可以得到支持。

值得注意的是，根据《广州市劳动人事争议仲裁院与广州市中级人民法院关于审理劳动人事争议案件若干问题的研讨会纪要》（2014年5月26日）第5点的规定，如果用人单位在劳动者申请仲裁前补发了未及时支付给劳动者的劳动报酬，即已经纠正其上述违法行为，劳动者再以用人单位曾经违法为由主张解除劳动合同并要求支付解除劳动合同经济补偿金的，不予支持。因此，用人单位是否应当支付经济补偿金，各省市裁审标准并不统一，此处仅作参考。

【典型案例】

冯某某诉某食品公司劳动争议案

——用人单位单方降低劳动报酬员工未提异议不应视为默认

（广东省高级人民法院2023年发布的劳动争议典型案例之九）

基本案情

冯某某于2013年1月13日入职某食品公司，工资构成为“底薪+岗位技能薪资+提成工资”。其后食品公司将冯某某岗位技能薪资由4155元先后降低为3400元、3000元、2500元。冯某某以食品公司未及时足额支付劳动报酬及未依法缴纳社会保险费为由提出被迫解除劳动合同，要求食品公司支付劳动报酬差额及经济补偿。

裁判结果

深圳市中级人民法院审理认为，劳动报酬的调整事关劳动者切身

利益，属于变更双方劳动合同。用人单位降低劳动者的劳动报酬应当与劳动者协商确定。食品公司单方降低冯某某的岗位技能薪资，冯某某未提异议不能视为默认，食品公司应当补足上述期间冯某某应得的工资差额及支付解除劳动合同的经济补偿。

典型意义

劳动报酬属于劳动合同的重要内容，不得单方随意变更。本案依法认定劳动者未提出异议并非同意降薪，有助于防止用人单位利用自身优势地位确定不公平内容，侵害劳动者的合法权益。

【风险提示】

1、用人单位与劳动者之间的法律关系并不单纯是平等民事主体关系，我国劳动法律法规对用人单位和劳动者的权利、义务作了明确的规定，其兼具了国家意志和当事人意志相结合的双重属性，因此，用人单位不能简单套用民事法律规范，将劳动者的“沉默”视为对自身权利的处置。

2、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，一定要履行必要的民主程序，最终确定的方案，需要向全体员工公示。尤其注意的是，如果方案本身违反了法律法规的强制性规定，也会被认定为无效。尤其在涉及员工薪酬的方案，不能简单以劳动者的“沉默”或者未提出工资金额的异议，就认为劳动者已经同意。无论劳动者或者用人单位，为了自身合法权益的保护，都应当将所涉的劳动关系权利义务，以书面的形式固定下来。

3、用人单位未经与劳动者协商一致，不得随意调整员工工资，包括基本工资、绩效奖金或各种津贴、补贴。绩效奖金虽然带有浮动性，可能视用人单位经营情况做出调整，但如果没有明确的薪酬制度依据或其他证明绩效奖金可以减少的情况下，用人单位单方面的作出的调薪行为，侵害了劳动者的合法权益，则劳动者可以依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条，向用人单位提出被迫解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。

【扩展知识】

有些用人单位会以《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）》第四十三条的规定：“用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同，虽未采用书面形式，但已经实际履行了口头变更的劳动合同超过一个月，变更后的劳动合同内容不违反法律、行政法规且不违背公序良俗，当事人以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，人民法院不予支持”抗辩劳动者未对调薪提出异议，应当视为双方达成了合意。这里需要注意的是，未采取书面形式但最终被认定为双方就变更内容实际履行的前提是“用人单位与劳动者协商一致变更劳动合同”，关于是否“协商一致”，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）》第四十四条的规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”因此，如果用人单位认为可以适用该司法解释的规定，认定双

方已经就变更的内容实际履行，也应当先承担协商一致的举证责任，显然，“沉默”和“未提出异议”等行为，并不当然视为协商一致。

问题七、员工因工作重大过失造成用人单位巨额经济损失，用人单位是否有权单方解除与该员工的劳动关系并向该员工追索经济损失？

答：如果员工确因“重大过失”造成用人单位巨额经济损失的，用人单位是有权单方与员工解除劳动关系的，但对于经济损失，一般来讲要看具体的过错比例，并非全部损失均应由员工承担。

首先，关于单方解除，根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第一款第（三）项的规定，如果劳动者“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”，用人单位可以解除劳动合同。

其次，关于是否赔偿损失，我国法律法规对于劳动者应向用人单位承担赔偿责任的情形有明确的规定，包括：《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条关于劳动合同被确认无效后劳动者如为过错方的赔偿责任、第九十条关于劳动者违反保密义务或竞业限制应当承担的赔偿责任、《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条关于劳动者在执行工作任务过程中因故意或重大过失给他人造成损害且用人单位已向他人赔偿的、《工资支付暂行规定》第十六条关于在劳动合同已有约定的前提下单位要求劳动者承担经济损失。除了上述情形外，对于其他情形下，劳动者是否应当对用人单位承担赔偿责任，各地的

裁判规则并不一致：比如 2017 年广东高院发布的《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》（粤高法〔2017〕147 号）（虽然已经废止，但实践中仍是重要的裁判参考），就规定用人单位可以在与劳动者解除劳动合同后一次性要求劳动者赔偿；浙江省高院民一庭和劳动人事争议仲裁院联合引发的《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》浙高法民一〔2019〕1 号，明确了对于用人单位主张的损失赔偿应予支持；此外，四川、北京等地也是予以支持的，但是没有此类裁判规则的地区，则没有完全统一的标准，法院一般也会严格适用相关法律法规。

【典型案例】一

劳动者重大过失造成用人单位损失应赔偿——2021 年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例之六

案情简介

邱某于 2019 年 4 月 1 日入职某建筑设计公司，担任会计并兼任财务主管，月工资 6000 元。某建筑设计公司未建立规范的财务制度，平时对外付款流程为出纳出示付款申请单，交由邱某审核确认后，再由出纳与邱某共同操作 U 盾协作完成付款。2019 年 6 月 13 日，某建筑设计公司出纳的 QQ 账号接到与公司经理姓名一致的 QQ 账号发来的付款信息，出纳向邱某出具付款申请单，告知邱某公司经理指示付款，两人均未通过其他途径向公司经理核实确认，随后两人操作 U 盾对外付款 42 万元。付款后邱某得知公司经理未发送上述付款信息，向出

纳发送付款信息 QQ 账号系伪造。某建筑设计公司向公安机关报案后损失未能追回。2019 年 6 月 19 日，邱某签署财务主管失职检讨书，自认失职，并表示愿意赔偿公司的经济损失。2020 年 4 月，双方未能就赔偿金额达成一致，某建筑设计公司向仲裁委提出仲裁申请。

仲裁请求

要求邱某赔偿因其重大过失造成的经济损失 20 万元。

处理结果

仲裁委裁决邱某赔偿某建筑设计公司经济损失 2 万元。

案例评析

《北京市劳动合同规定》（北京市人民政府令第 91 号）第三十条第三项规定，严重失职、营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的，用人单位可以解除劳动合同；第五十条规定：“因劳动者存在本规定第三十条第（二）项、第（三）项规定的情形，被用人单位解除合同，且给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”因此，劳动者在工作中由于故意或重大过失等原因给用人单位造成经济损失，应承担赔偿责任。确定劳动者赔偿责任时，应结合权利义务相一致的原则，根据劳动关系的从属性、劳动者的工作性质、薪酬待遇、用人单位的经营利益以及双方的过错程度和对风险的承受能力等因素综合考虑。某建筑设计公司遭受诈骗，对外付款损失 42 万元，实施欺诈行为的主体应为主要承担赔偿责任人，但在付款过程中，邱某作为会计及财务主管，应具备职务所需的专业知识技能并负有岗位所需的审慎义务，其仅凭出纳的口头告知公司经理要求付款即审核汇款行为，不符合会

计工作的审慎性要求，存在重大过失，对其失职行为造成的损失应承担赔偿责任。某建筑设计公司无健全的财务管理制度，对受诈骗产生的损失也应承担相应责任。同时，考虑到邱某非涉案付款行为的发起人，以及邱某的收入情况，故酌情裁决邱某赔偿某建筑设计公司损失2万元。

仲裁委提示

用人单位应建立完善规范的财务制度，详细规定付款流程，以避免因制度不完善导致的损失。在日常人员管理中，用人单位应加强监管，组织员工技能培训，确保财务人员严格执行用人单位的财务制度。同时，从事财务工作的人员自身也应加强执业素养及执业技能提升，遵守执业纪律要求，严格遵守用人单位的财务制度，审慎处理财务相关工作内容，避免因自身疏忽给用人单位造成难以挽回的损失。

【典型案例】二

中山中院发布 2022 年劳动争议典型案例之二劳动者履行职务时被诈骗，无重大过失无须承担赔偿责任

案例评析

小梁是中山某科技公司新入职的出纳员。2020 年 9 月 1 日上午，公司“新人”小梁上班时接听办公室电话，对方自称是银行工作人员，并说道：“贵公司的银行账户需要年检，麻烦添加 QQ 提供相关资料。”小梁遂用办公电脑里上一任出纳使用的工作 QQ 号添加对方。几分钟后，使用公司老板名字的 QQ 用户询问小梁，是否有银行的工作人

员联系了公司账户年检事宜，并称有个重要项目急需支付预付款 45 万元，要求马上操作、手续后补。在一系列催促下，小梁在总监的电脑上对外汇款 45 万元，事后发现被诈骗，并马上报警。几天后，公司开除了小梁，并要求小梁赔偿经济损失 45 万元及利息。

市中级人民法院认为，小梁是在对公司内部管理和人事关系不太熟悉的情况下被诈骗的，在没有证据显示公司已对小梁进行相应培训的情形下，公司应当承担有关用人方面的经营风险。小梁被诈骗时，未经任何审批手续，即可以单独实施对外支付大额款项的过程，也可以证明该公司的财务管理制度不规范。此外，小梁在整个过程中用的电脑和 QQ 号都是公司自带，并非自行无故添加，操作上也已尽到相应的基本注意义务，并不存在重大过失。最终，该公司的诉求被驳回。

近年来，随着各种诈骗手段层出不穷，因劳动者履行职务时被骗造成用人单位财产损失，用人单位要求赔偿的案件屡见不鲜。本案从保障劳动者权益出发，在对劳动者过错程度的认定上从严限制，体现了劳动关系中用人单位应当承担企业经营风险的理念。同时，本案还通过对用人单位应当承担加强员工培训、完善财务管理制度等义务的厘定，引导用人单位加强抵御各种经营风险能力，对促进建设和谐的劳动关系有积极意义。

【风险提示】

用人单位可以在规章制度中明确劳动者的哪些行为属于“严重违反用人单位规章制度的”，并将劳动者因重大过失造成用人单位经济

损失这一情形纳入。但是，用人单位在制定规章制度的时候，除了注意民主程序、公示性和合法性的问题外，也要对劳动者是否构成重大过失作出较为明确的定义，不要简单引用法条，笼统定义，以免在发生争议的时候无法直接适用。比如对于“严重失职”的定义，可以通过明确岗位职责，将“失职”的内涵厘清；对于“重大损失”，可以通过确定具体数额的方式作出界定。如果实践中用人单位的规章制度确实没有就这个问题作详细的规定，那么用人单位也可能适用《中华人民共和国劳动法》第二十五条的规定，以违反劳动纪律为由，与员工解除劳动合同关系，因此，员工在工作中也应该认真履职，避免出现过失。

另外，实务中对于劳动者的重大过失与用人单位的经济损失之间是否存在因果关系，用人单位证明劳动者的过错的证据是否确实充分，都有较高的要求，如果劳动者确实存在重大过失，用人单位也要提前做好相关证据的收集。

对于劳动者在工作期间出现的一般过失，属于用人单位经营过程中应承担的一般经营风险，不可任意处分劳动者，更不得滥用用人单位的劳动合同解除权。如果劳动者确实存在重大过失造成用人单位损失的行为，也不得把属于用人单位应承担的经营风险扩大由劳动者承担。从以上两个结果截然不同的典型案例也可以看出，确定劳动者是否赔偿以及赔偿责任多少的问题时，法院结合了劳动者的工作岗位、工作年限、工作职责等情形，综合考虑了双方的过错程度和对风险的承受能力等因素。

问题八、用人单位没有为员工购买社保，但为员工购买了商业保险，在发生工伤事故后，商业保险进行了足额理赔，员工还有权要求用人单位支付工伤保险待遇吗？

答：员工有权要求用人单位支付工伤保险待遇。

根据《中华人民共和国社会保险法》《工伤保险条例》的规定，用人单位应当依法为员工缴纳社保，工伤保险作为社会保险的险种之一，其缴纳具有国家强制性，不因用人单位为员工购买了商业保险并予以理赔而免除责任。当员工发生工伤事故时，未缴纳工伤保险的用人单位，应当依照《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用向工伤员工支付费用。

【典型案例】

安民重、兰自姣诉深圳市水湾远洋渔业有限公司工伤保险待遇纠纷案（《中华人民共和国最高人民法院公报》2017 年第 12 期）

裁判摘要

用人单位为职工购买商业性人身意外伤害保险的，不因此免除其为职工购买工伤保险的法定义务。职工获得用人单位为其购买的人身意外伤害保险赔付后，仍然有权向用人单位主张工伤保险待遇。

原告：安民重，男，汉族，58 岁，住河南省栾川县。

原告：兰自姣，女，汉族，53 岁，住河南省栾川县。

被告：深圳市水湾远洋渔业有限公司。住所地：广东省深圳市宝安区沙井街道。

原告安民重、兰自姣因与被告深圳市水湾远洋渔业有限公司发生工伤保险待遇纠纷（以下简称水湾公司），向广州海事法院提起诉讼。

原告安民重和兰自姣诉称：2012年7月，两原告之子安东卫在被告处任职，担任大管轮职务，月基本工资人民币6000元（以下无特别说明均指人民币）。2013年8月5日下午1730时，安东卫工作的船舶“中洋26”轮在法属波利尼西亚南方群岛拉帕岛附近海域遇险侧翻，包括安东卫在内的8名船员遇难。2015年3月16日，深圳市人力资源和社会保障局认定安东卫遭受事故伤害情形属于工伤，依法应当享受工伤保险待遇。两原告作为安东卫的法定继承人，请求法院判令被告支付拖欠安东卫的工资及奖金、丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金等工伤保险待遇。

被告水湾公司辩称：水湾公司没有为安东卫办理工伤保险的责任不在被告，而且安东卫生前与水湾公司约定以商业保险替代工伤保险。原告已经拿到商业保险金60万元，无权再主张工伤保险赔偿金。

广州海事法院一审查明：

2011年11月，被告与浙江鑫隆远洋渔业有限公司（以下简称鑫隆公司）签订1份委托招聘合同，约定：鑫隆公司为被告名下“中洋16”轮、“中洋18”轮、“中洋26”轮等6艘船舶招聘远洋船员，以鑫隆公司名义与应聘船员签订聘用合同，合同的权利义务由被告享

有和承担；鑫隆公司在与应聘船员签订聘用合同时应当口头向其披露委托方，经应聘船员无异议后方可签订聘用合同。

2012年7月8日，安东卫与鑫隆公司签订1份超低温金枪鱼船大管轮聘用合同，合同约定：鑫隆公司招聘安东卫为远洋大管轮职务船员，聘用期限为两年半，自安东卫出境日9月1日起至安东卫所在船只抵境日或合同到期日止；鑫隆公司负责为安东卫投保人身意外险，如在聘用期内发生因工伤亡，按有关意外保险条款执行。

2012年8月22日，被告作为投保人，为包括安东卫在内的48名船员向中国人民财产保险股份有限公司深圳市分公司投保团体意外伤害保险，保障项目为额外身故、残疾、烧伤给付，每人保险金额为60万元，保险期间为2012年8月23日至2013年8月22日。被告于投保当日缴纳了保费。

2012年9月，安东卫等14名船员被派遣至“中洋26”轮上进行远海捕鱼作业。2013年8月5日1730时，“中洋26”轮在法属波利尼西亚南方群岛拉帕岛附近海域遇险侧翻。14名船员仅6人获救，安东卫不在获救人员之列。2014年1月16日，安东卫被河南省栾川县人民法院宣告死亡。中国人民财产保险股份有限公司深圳市分公司制作的、核赔日期为3月28日的赔款计算书记载，其已实际支付安东卫身故赔偿金60万元。

2014年12月10日，浙江省绍兴市越城区人民法院作出（2014）绍越民初字第1799号民事判决书，确认鑫隆公司与安东卫签订聘用合同的行为属于隐名代理，鑫隆公司与安东卫签订的聘用合同直接约

束被告和安东卫，水湾公司与安东卫存在劳动关系。水湾公司对该判决结论予以认可。2015年3月16日，深圳市人力资源和社会保障局作出深人社认字（宝）[2015]第580387001号工伤认定书，认定安东卫于2013年8月5日因工外出在法属波利尼西亚南方群岛拉帕岛附近海域遇险，经法院判决宣告死亡属于工伤。

另查明：原告安民重是安东卫的父亲，兰自姣是安东卫的母亲。兰自姣持有栾川县残疾人联合会填发的残疾人证，记载残疾类别为肢体，残疾等级为3级。

广州海事法院一审认为：

2012年9月1日至2013年8月5日期间，安东卫受被告聘用在“中洋26”轮上进行远海捕鱼作业，安东卫与被告存在劳动合同关系。水湾公司没有为安东卫购买工伤保险，根据《广东省工伤保险条例》第四十三条关于“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇”和第五十七条第一款关于“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加或者未按时缴纳工伤保险费，职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准向职工支付费用”的规定，水湾公司应向原告安民重和兰自姣支付安东卫依法应享有的工伤保险待遇。水湾公司虽然为安东卫购买了意外伤害商业保险，并与安东卫在聘用合同中约定在聘用期内如因工伤亡，按有关意外保险条款执行，但依法缴纳工伤保险是用人单位的法定义务，该项义务不能通过当事人协商予以免除。安民重和兰自姣以意外伤害保险单受益人身份取得商业保险

赔偿金后，仍有权主张工伤保险赔偿。水湾公司关于安民重和兰自姣已取得 60 万元商业保险金即无权再主张工伤保险赔偿金的抗辩不能成立。

综上，广州海事法院根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十条和《广东省工伤保险条例》第三十七条、第四十三条、第五十七条第一款的规定，于 2015 年 10 月 8 日作出判决：一、被告深圳市水湾远洋渔业有限公司向原告安民重、兰自姣支付安东卫的工资、奖金共计 26 709.2 元；二、被告深圳市水湾远洋渔业有限公司向原告安民重、兰自姣支付丧葬补助金、一次性工亡补助金共计 520 808 元；三、驳回原告安民重、兰自姣的其他诉讼请求。

水湾公司不服一审判决，向广东省高级人民法院提起上诉。

上诉人水湾公司上诉称：广州海事法院认为安民重和兰自姣获得商业保险赔偿后仍有权向水湾公司主张工伤保险赔付错误。因船员流动性强，用人单位无法也不能为船员购买工伤保险，为保护船员利益，水湾公司和船员安东卫在劳动合同中约定由水湾公司为其购买商业保险，并约定船员获得商业保险赔偿后不得再向水湾公司主张工伤保险赔付。安民重和兰自姣已经获得了 60 万元的商业保险赔付，一审法院再支持其向水湾公司提出的工伤保险赔付，实质上支持了二者的不诚信行为，违反公平原则，应予改判。

被上诉人安民重、兰自姣在二审期间未提出答辩意见。

广东省高级人民法院经二审，确认了一审查明的事实。

本案二审的争议焦点为：被上诉人安民重、兰自姣获得水湾公司为其子安东卫购买的商业保险的保险赔付后，能否再向水湾公司主张安东卫的工伤保险待遇。

广东省高级人民法院二审认为：

《中华人民共和国工伤保险条例》第二条第一款规定：“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和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费”，根据该规定，为职工缴纳工伤保险费是水湾公司的法定义务，该法定义务不得通过任何形式予以免除或变相免除。《工伤保险条例》第六十二条第二款又进一步规定：“依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用”，不能据此认定水湾公司和安东卫生前一致同意免除水湾公司对安东卫因工伤亡而应承担的工伤保险待遇给付义务，或安东卫生前同意将其作为被保险人的意外伤害保险项下的保险金从水湾公司应承担的工伤保险待遇义务中扣除。在水湾公司未为安东卫缴纳工伤保险费的情况下，水湾公司应向安东卫的父母安民重和兰自姣支付工伤保险待遇。水湾公司为安东卫购买的商业性意外伤害保险，性质上是水湾公司为安东卫提供的一种福利待遇，不能免除水湾公司作为用人单位负有的法定的缴纳工伤保险费的义务或支付工伤保险待遇的义务。

此外，法律及司法解释并不禁止受工伤的职工或其家属获得双重赔偿。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》第八条第一款规定：“职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法院不予支持”，第三款规定：“职工因第三人的原因导致工伤，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外”，由此可见，上述规定并不禁止受工伤的职工同时获得民事赔偿和工伤保险待遇赔偿。水湾公司称安民重和兰自姣同时获得保险金和工伤保险待遇属一事二赔、违反公平原则，没有法律依据，不予支持。一审法院判决水湾公司向安民重和兰自姣支付工伤保险待遇正确，本院予以维持。

综上，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，处理结果恰当，应予维持。水湾公司上诉理据不足，予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，于2016年5月24日作出判决：

驳回上诉，维持原判。

本判决为终审判决。

【风险提示】

为劳动者缴纳社保是用人单位的法定义务。用人单位应当自劳动者入职之日起，为劳动者缴纳养老、医疗、工伤、失业和生育等社会保险，否则，用人单位不仅要补缴社会保险，还将面临滞纳金以及罚款。如果劳动者不幸发生工伤事故，用人单位应依法承担丧葬补助金、供养亲属抚恤金、一次性工亡补助金、一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金等本可由工伤保险基金承担的费用，不仅不能降低成本，还面临行政责任。

【扩展知识】

提倡用人单位为劳动者缴纳社会保险之外，可以购买相关商业保险，转嫁风险，降低成本。市面上的商业保险千差万别，一般针对员工因工伤亡的险种，主要有人身团体意外险和雇主责任险，这两个险种应该如何选择，更有利于用人单位实现转嫁风险、降低成本的目的呢？

人身团体意外险属于人身险，受益人是员工本人或员工指定的人员，且不可指定用人单位为受益人。如果发生工伤事故，受益人可以获得保险赔偿，该赔偿金直接给付到受益人，用人单位无权享有任何权益。

雇主责任险属于责任保险，规定在《中华人民共和国保险法》财产保险合同一节。责任保险是指以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。用人单位作为雇主责任险的被保险人，因工伤事故对工伤员工依法承担相应赔付责任，比如停工留薪期的工资、

一次性伤残就业补助金、五级、六级伤残员工的伤残津贴等，可以通过雇主责任险获得一定损失的填补，虽然现在市面上的雇主责任险理赔项目和范围与工伤赔偿的项目不完全一致，但货币属于种类物，用人单位依照雇主责任险的项目获得的保险公司理赔，也无须再向工伤员工支付，在一定程度上可以降低用人单位的支出总额。

因此，用人单位在选择商业险的时候，也应该清楚，是以员工福利得到更好保障为原则选择人身险的险种，还是基于损失填补与降低成本的要求，选择责任保险类险种。

问题九、餐饮企业股东同时兼任公司执行董事、经理或法定代表人并在企业领取固定工资，但未签订书面劳动合同，该股东是否可以企业没有与其签订书面劳动合同为由主张二倍工资差额？

答：需视具体案件情况确定。如股东作为公司执行董事、经理或法定代表人，与企业之间的法律关系符合劳动关系的特征，则依法可以主张。

判断股东同时出任企业的法定代表人、执行董事或经理是否构成劳动关系，应作实质审查，最主要的审查要点是双方之间的法律关系符合劳动关系的特征、是否存在人身和经济的从属性。由于实质审查的结果差异比较大，各地法院的裁判规则也未能充分统一。但实务中，多数裁判机关判断劳动关系是否成立的依据，仍然适用劳动和社会保

障部(已撤销)于 2005 年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》这一法律文件。文件中关于是否符合劳动关系特征的认定情形以及相应的证据都有比较明确的规定。如有证据证明该股东出任法定代表人、执行董事或经理一职,需要“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”等,则应视为双方之间存在劳动关系。此时,没有签订劳动合同的,股东作为劳动者,可以依照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定,向用人单位主张未依法订立书面劳动合同的二倍工资差额。

【典型案例】一

上海一中院 2021 年发布涉高管劳动争议十大典型案例之一

法定代表人与用人单位之间是否存在劳动关系,仍需依实际履行原则加以判断

基本案情

赵某原系 A 公司法定代表人、董事长、总经理、股东,后由于股东纠纷,2013 年 1 月 8 日起,赵某不再担任 A 公司董事长、总经理,此后, A 公司未另行安排赵某工作,也未要求赵某上班。2013 年 8 月起 A 公司的办公场所搬迁至新址后,赵某未至新址上班,但称另外租赁办公地点单独办公。2014 年 5 月 16 日,赵某不再担任 A 公司法定代表人。2013 年 1 月以前, A 公司每月向赵某发放工资,此后 A 公司未再向赵某支付工资,但为赵某缴纳社会保险直至 2014 年 11 月。2014 年 11 月 26 日, A 公司为赵某开具退工证明。2014 年 11 月 30 日,赵

某提起劳动仲裁要求 A 公司支付 2013 年 1 月 1 日至 2014 年 11 月 27 日期间的工资等。仲裁委以赵某与 A 公司之间的争议不属于该会受理范围为由不予受理。

裁判结果

一审法院认为，赵某担任 A 公司法定代表人和董事长，其身份具有特殊性，法定代表人基于股东会任命而产生，对外代表公司，对内受股东会委托管理公司，赵某与 A 公司之间并非管理与被管理的关系，并不符合劳动关系的本质特征，故驳回赵某全部诉请。

上海一中院认为，赵某基于法定代表人、总经理的身份，实际履行了公司的日常经营管理职责，并非仅仅是挂名法定代表人，A 公司也按月支付其工资，每月为其缴纳社保，还为其办理了退工手续，双方之间的法律关系符合劳动关系的特征，故应当认定双方已形成劳动关系。赵某先后被免去董事长、总经理、法定代表人职务后，A 公司并未同时解除双方的劳动关系，而是直至开具退工单时才真正解除双方的劳动关系。此期间，赵某未提供劳动并非其主观上拒绝履行劳动义务，而是客观上 A 公司不提供劳动条件所致，属被动缺勤，故 A 公司仍应向赵某支付劳动报酬。上海一中院遂改判支持赵某要求 A 公司支付工资的诉请。

法官提示

法定代表人同时作为用人单位的高管，身份具有双面代表的特殊性。对于法定代表人与用人单位之间不能一概否定劳动关系，仍需从双方劳动力交换的实际情况，依据从属性特征作出判断。解除法定代

表人的职务并不等同解除其劳动关系，法定代表人职务被解除后，若因用人单位原因导致高管客观不能继续提供劳动，则用人单位仍需支付相应劳动薪酬。需要提示的是，对于企业的现任法定代表人要求企业支付薪酬的纠纷，劳动争议处理机构不予受理。

【典型案例】二

北京一中院 2020 年发布涉公司高管劳动争议十大典型案例之一
股东基于股东间约定兼任公司高管，参与用人单位经营管理的，其与用人单位之间不存在劳动关系

案情简介

胡某自称其于 2018 年 3 月 1 日入职某食品公司任 CEO，双方于 2018 年 2 月 15 日签订劳动合同。某食品公司对此不予认可，主张胡某是作为公司的股东进入公司，双方之间并非劳动关系。后胡某诉至法院要求确认双方存在劳动关系。法院经审理后认为，胡某主张签订的劳动合同系其利用职务之便自行签订，其通过股东之间的约定在某食品公司担任 CEO 职务，双方并未形成建立劳动关系的合意，故胡某与某食品公司之间不存在劳动关系。

法官释法

公司股东依法享有资产收益、参与重大决策等权利，股东间协商担任公司管理职务，也是常见的公司内部组织管理形式。从选任的角度看，股东担任公司高管系基于股东之间的约定，其与公司之间并无建立劳动关系的合意；从风险负担的角度看，胡某持有某食品公司股

份，参与经营管理，理应承担经营风险，不能因公司未获利，而主张其应获得劳动法的保护，使得风险收益转化为一般劳动者固定的劳动报酬。

因此，仅从股东参与公司的日常行政事务管理和决策等外在特征不能判断其与用人单位之间必然存在劳动关系。

【风险提示】

上述两个典型案例，虽然都是股东同时兼任高管的情形，却出现了截然不同的判决结果，其中第二个案例出现了判断劳动关系是否存在的新思路——高管与公司是否有建立劳动关系的合意。有别于传统裁判规则中对于劳动关系进行实质性审查的思路，这一新的思路，更加体现了高管与公司在法律地位上的平等性。因此，用人单位在聘任高管的时候，如双方并不存在建立劳动关系的合意，则应当在双方签订的相关文件中作出明确约定，进一步体现双方资源互换、平等合作的合意。

根据我国《公司法》的有关规定，执行董事产生办法由公司章程规定，也就是说，执行董事的选举、任命或委派，一般是由公司股东会决定的。公司高级管理人员的聘任或解聘，一般也是由公司股东会或董事会决定的。有些公司在聘任或解聘执行董事或高级管理人员的时候，只关注到了公司法层面的合法性，而忽视了劳动法层面的合法性，造成聘任结果只有符合法律规定的公司股东会决议或章程予以体现，却没有书面劳动合同的窘境。建议公司在决定聘任或解聘公司董

事、高级管理人员或法定代表人的时候，除依照公司法做好决议程序外，也应当敦促人力资源部门做好书面劳动合同的签订或解除劳动合同的通知、解除劳动合同的协议及出具离职证明等工作，以免出现违反劳动法律法规的情形。

【扩展知识】

由于公司高管以及人力资源部门的管理者的岗位职能和工作内容，其往往对于是否与公司签订书面劳动合同享有主动权，因此，各地区针对公司高管以及人力资源主管主张未签订书面劳动合同的二倍工资差额问题，普遍持审慎审查态度，如果发现公司高管利用职务之便故意不与公司签订书面劳动合同，或者通过隐匿书面劳动合同等不良手段，使用人单位无法提供已签订过的书面劳动合同的，则不予支持劳动者关于二倍工资差额的请求。

第二部分 行业性法律问题（餐饮）

问题十、堂食类餐饮企业能否将后厨整体发包给厨师长等个体，由其全权招聘和管理后厨人员？厨师长自行招聘的后厨人员与餐饮企业形成劳动关系吗？

答：（一）后厨发包的问题

除了法律、法规、政策明确禁止的情形外（如《农村义务教育学生营养改善计划实施办法》明确，学校食堂由学校自主经营、统一管理，不得对外承包或委托经营），餐饮企业可以根据自己经营情况与厨师长沟通后厨整体外包事宜。但从事食品销售和餐饮服务活动属于依法应当取得食品经营许可的，因此，即使后厨外包给厨师长个人全权管理，理论上该后厨相应活动仍应以持证经营的餐饮企业对外开展食品、餐饮服务活动。

（二）劳动关系的问题

需视具体发包的情况而确定。如名义上为发包，但实际上厨师长招聘的后厨人员与餐饮企业之间的合作（或相应关系）符合劳动关系的特征，则依法可以主张。

判断厨师长自行招聘的后厨人员与餐饮企业是否构成劳动关系，应作实质审查，最主要的审查要点是双方之间的法律关系符合劳动关系的特征、是否存在人身和经济的从属性。实务中，多数裁判机关判断劳动关系是否成立的依据，仍然适用劳动和社会保障部（已撤销）于 2005 年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》这一法律文件。文件中关于是否符合劳动关系特征的认定情形以及相应的证据都有比较明确的规定。虽名义上后厨人员由厨师长雇佣，但如有证据证明后厨人员需要“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”等，则应视为后厨人员与餐饮企业双方之间存在劳动关系。此时，餐饮企业需要承担因劳动关系所引起的责任及履行用人单位相应义务。实务中，由于后厨人员提供服务的所在地在餐饮企业范围内，且有关客户投诉、与餐饮企业正式员工有相应工作交集、甚至餐饮企业对其有相应管理或处罚措施或代为发放款项等情况，往往会被误认为餐饮企业对后厨人员有相应劳动管理行为，从而增加认定劳动关系的概率。

此外，根据《中华人民共和国劳动合同法》第九十四条的规定，无论后厨人员与餐饮企业是否形成劳动关系，一旦被认定为违反劳动法律规定而给后厨人员造成损害的，则用人单位和厨师长应当依法承担连带责任。比较典型的是后厨人员发生工伤的情况下，餐饮企业需

要承担工伤责任，各地对此均有相应规定（如江苏、广东在当地工伤保险条例中，均有涉及）。实践中，不排除工伤裁审机构认为厨师长无需承担任何责任的可能，也不排除承包的厨师长个人与企业就后厨人员的工伤责任，通过合同约定确定内部责任比例，从而免除企业的实际赔偿责任的的情况。但企业在工伤认定和工伤待遇的裁审案件中，就难以与劳动者之间没有劳动关系为理由而抗辩无须承担任何工伤保险待遇赔偿责任。

【典型案例】

江苏省高级人民法院发布江苏法院 2013 年度劳动争议十大典型案例之案例九——发包人与个人承包经营者对劳动者的损害承担连带责任

裁决要旨

用人单位实行承包经营，使用劳动者的个人承包人不具备用人单位资格，由具备用人单位资格的发包人承担工伤保险责任，个人承包人对此承担连带责任。

案情概要

包某承包了某钢制品公司的业务，双方签订《安全生产责任状》，按月结算相关费用。包某雇用吴某，吴某的工作由包某管理，工资由包某发放。2009 年 8 月，吴某在市省道由北向南行驶时与邱某发生交通事故，邱某、吴某相继死亡。2011 年 5 月，市人社部门作出《关于吴某为工亡的决定》，某钢制品公司不服，申请行政复议后又提起

行政诉讼，法院判决维持人社部门作出的工伤决定。因包某、某钢制品公司均未支付工伤赔偿费用，吴某的妻子钱某申请仲裁，要求包某和某钢制品公司支付工伤保险待遇赔偿。仲裁机构裁决包某和某钢制品公司连带承担赔偿责任。包某不服，诉至法院，请求判决其不承担对吴某工伤待遇赔偿的连带责任。法院认为，某钢制品公司实行承包经营，实际用工的包某不具备用工资格，包某违反规定招用劳动者，劳动者在工作过程中发生伤亡的，由某钢制品公司工伤保险责任，包某对此承担连带责任，遂判决驳回包某的诉讼请求。

法官点评

对于企业经常采用的承包经营方式，《江苏省实施工伤保险条例办法》第三十条规定，用人单位实行承包经营，使用劳动者的承包人不具备用人单位资格，由具备用人单位资格的发包人承担工伤保险责任。《劳动合同法》第九十四条规定，个人承包经营违反规定招用劳动者，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责任。这意味着，如果劳动者在工作过程中发生伤亡被认定为工伤的，企业不得以与劳动者之间没有劳动关系为借口而不承担工伤保险待遇赔偿责任，同时，作为实际用工的个人承包经营者，其是劳动者的真正雇主，当然也责无旁贷地应当对劳动者的工伤保险待遇与企业一起承担连带赔偿责任。

问题十一、餐饮企业开设分店，要求部分员工到新店工作，部分员工以离家远为由拒绝调配，企业能否以员工不服从工作指令，单方解除该部分员工的劳动关系？

答：需视具体情况而定，如被认为属于用人单位合法行使用工自主权的情况下，且企业已经充分考虑路程问题，予以交通补贴、班车接送或者工作时间调整等举措，而员工仍拒绝到岗的，则企业可以员工不服从工作指令，单方解除劳动合同并无须支付经济补偿或赔偿金。

根据《中华人民共和国就业促进法》第八条规定，用人单位依法享有用工的自主权。用人单位基于生产经营需要，调整劳动者的工作岗位或工作地点的，首先应尊重员工的意愿，与员工充分协商，并对劳动合同的变更作出书面约定。但是，如果用人单位调整工作岗位或工作地点的行为具有合理性，没有对劳动者存在侮辱性、歧视性的安排，不存在用人单位借此打击报复或变相逼迫劳动者主动离职的恶意情形，且对于工作岗位或工作地点的调整给劳动者造成的不便，用人单位作出了必要协助或补偿措施的，双方就劳动合同变更协商不成，也未能协商一致解除劳动合同的，则劳动者应当服从工作岗位或工作地点的调整。如果此时劳动者以用人单位没有提供劳动条件为由，拒绝到新的工作岗位或工作地点上班，并向用人单位提出解除劳动合同的，其经济补偿金的主张一般不会得到支持。如果用人单位以劳动者不服从用人单位的指令，或者劳动者因为拒不到岗而造成旷工的，用人单位可依照《中华人民共和国劳动法》第二十五条或《中华人民共

和国劳动合同法》第三十九条，以员工违反劳动纪律或规章制度为由解除劳动合同，此种情况下，一般无须支付赔偿金。

【典型案例】一

最高院 人社部联合发布第一批劳动人事争议典型案例 14

用人单位如何行使用工自主权合法调整劳动者的工作岗位和地点

基本案情

孙某于 2017 年 8 月入职某模具公司，双方订立了无固定期限劳动合同，约定孙某的工作地点为某直辖市，岗位为“后勤辅助岗”，具体工作内容为“财务、预算管理和其他行政性工作”。双方还约定：“模具公司可以根据生产经营的需要，对孙某工作岗位、工作内容及工作地点进行调整。”入职后，孙某被安排在模具公司位于某城区的开发中心从事财务人事等辅助性工作。2019 年 7 月 1 日，基于公司生产经营和管理需要，为减轻各中心的工作负担，模具公司将各中心的财务工作统一转回公司总部的财务处统一管理。为此，孙某办理了开发中心全部财务凭证的交接，模具公司与孙某沟通协商，提出安排其到开发中心其他岗位工作，但均被孙某拒绝。后模具公司安排孙某到位于相邻城区的公司总部从事人事相关工作。7 月底，孙某要求模具公司将其调回原工作地点原岗位工作，双方由此发生争议。孙某申请仲裁。

申请人请求

要求模具公司按原工作地点及原工作岗位继续履行劳动合同。

处理结果

仲裁委员会裁决驳回孙某的仲裁请求。

案例分析

本案的争议焦点是模具公司对孙某调整工作岗位和工作地点是否属于合法行使用工自主权。

《中华人民共和国就业促进法》第八条规定：“用人单位依法享有自主用人的权利。”用人单位作为市场主体，根据自身生产经营需要而对劳动者的工作岗位、工作地点进行适当调整，是行使用工自主权的重要内容，对其正常生产经营不可或缺。但同时，用人单位用工自主权的行使也必须在相关法律和政策的框架内，符合一定条件和范围，如用人单位须对岗位或工作地点的调整作出合理说明，防止用人单位借此打击报复或变相逼迫劳动者主动离职，也即防止其权利的滥用。

仲裁和司法实务中，岗位或工作地点调整的合理性一般考虑以下因素：1. 是否基于用人单位生产经营需要；2. 是否属于对劳动合同约定的较大变更；3. 是否对劳动者有歧视性、侮辱性；4. 是否对劳动报酬及其他劳动条件产生较大影响；5. 劳动者是否能够胜任调整的岗位；6. 工作地点作出不便调整后，用人单位是否提供必要协助或补偿措施等。

本案中，双方在劳动合同中约定孙某的工作岗位为“后勤辅助岗”，该岗位不属固定或专业岗位；模具公司根据生产经营需要，适当调整

孙某的工作岗位、工作内容及工作地点是基于财务统一管理需要，对孙某并无针对性；同时，该工作地点和工作内容的调整模具公司亦与孙某进行了沟通协商，给出了包括在原工作地点适当调整岗位等多种选择方案，体现了对孙某劳动权益的尊重；且调整后的人事岗位与孙某的原先岗位性质相近，孙某也完全能够胜任；最后，孙某调整后的工作地点也处于交通便利的城区，上下班时间虽有所增加，但该地点变更不足以认定对其产生较大不利影响，对其劳动权益也构不成侵害，故依法驳回孙某的仲裁请求。

典型意义

在市场经济条件下，用人单位因生产经营需要而调整变化属正常现象。法律允许用人单位根据自身生产经营需要，合理调整劳动者的工作岗位及工作地点，不仅有利于维护用人单位发展，也有利于劳动关系稳定。需要注意的是，如果支持用人单位对岗位或工作地点进行不合理调整必然侵害劳动者合法权益，劳动者可依法请求继续履行劳动合同或补偿工资差额等。《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”对于用人单位来说，在生产经营或管理调整时，首先应当选择与劳动者充分协商，尽量通过变更或补充签订劳动合同方式完成调整；若未能协商一致，在基于用工自主权调整劳动者工作岗位或地点时，也要充分考虑劳动者的权益保障问题。作为劳动者，也应理解用人单位发展，在发生调整时，充分

了解对自己权益的影响，积极与用人单位开展协商，共同寻求调整变化中的和谐。

【典型案例】二

广东省高级人民法院发布 2022 年度劳动争议典型案例之四

某汽车公司诉江某劳动争议案

——用人单位合理调岗属依法行使用工自主权

基本案情

江某于 2019 年 8 月 12 日入职某汽车公司，工作岗位为市场部前台文员。2021 年 10 月 21 日，汽车公司发出通告：公司目前因市场原因客流下滑，为了优化公司架构，调整江某为客服招揽专员。江某不服从调岗安排，拒不到岗。汽车公司此后多次通知江某，其原岗位已经撤销并入金融专员岗位，要求江某到新岗位上班。2021 年 12 月 5 日，汽车公司向江某发出通知，称其无故连续旷工 3 日以上，视为自动离职处理，且无任何补偿费。2022 年 1 月 28 日，江某请求汽车公司支付违法解除劳动合同赔偿金 15000 元。

裁判结果

肇庆市中级人民法院审理认为，江某原工作岗位已被撤销，汽车公司有必要对江某的岗位作出调整。汽车公司将江某调整为客服招揽专员，薪酬待遇亦不低于调岗前，虽然工作地点有变动，但距离仍在正常范围内，属合理调岗。江某拒不服从调岗安排并连续旷工，汽车公司解除劳动合同合法，无需向江某支付赔偿金。

典型意义

用人单位根据生产经营需要调整劳动者的工作岗位，调岗不具有侮辱性和惩罚性，且工资待遇与之前岗位相当，劳动者应当服从。本案依法保护用人单位正当的用工自主权，保障生产经营的有序开展。

【典型案例】三

扬州市中级人民法院 2022 年劳动争议裁审典型案例五——变更工作地点，应当具有合理性

基本案情

2018 年 3 月，赵某到扬州某建设工作，双方签订劳动合同约定赵某从事行政工作，工作地点在扬州或公司安排的其他地方。2022 年 12 月 15 日，公司向赵某发出调令，载明：根据公司发展需要，现决定将员工赵某调至郑州平台公司工作，岗位、薪酬待遇不变，请于 2022 年 12 月 21 日前到郑州平台公司报到。赵某对调令的内容向公司提出异议，不同意变更工作地点，一直在原工作地点、工作岗位上。2022 年 12 月 25 日，公司向赵某发出拟解除劳动合同通知书，理由为赵某未在 2022 年 12 月 21 日前到郑州平台公司报到，构成旷工 3 天，违反公司规章制度。2022 年 12 月 30 日，公司正式发出解除劳动合同通知书。

仲裁请求

公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

裁判结果

支持赵某的仲裁请求。

案例分析

工作地点属于劳动合同的必备条款，应当具体明确。虽公司与赵某在劳动合同中约定工作地点为“扬州或公司安排的其他地方”，但“公司安排的其他地方”约定过于宽泛。赵某常年居住在扬州，且自入职以来一直在扬州工作，公司将赵某调至郑州公司工作，赵某已经不具备日常往返原有住所的可能，应当认定公司单方变更赵某的工作地点已经对赵某劳动合同目的的实现产生较大不利影响。此外，公司未提供证据证明其调整工作地点的行为在经营上的必要性，故认定公司对赵某工作地点的变更不具备合理性。赵某在收到调整通知后已及时表达了拒绝，并继续在原工作地点、工作岗位上班，不构成旷工。公司基于旷工作出的解除劳动合同通知书，缺乏事实依据，构成违法解除。

典型意义

用人单位依法享有用工自主权，但行使权利应当遵循合理合法的原则。用人单位根据生产经营需要调整劳动者的工作岗位、工作地点、工作时间等内容，属变更劳动合同内容的范畴，应当充分尊重劳动者的权利，考虑劳动者的实际情况，与劳动者协商一致，不得损害劳动者的合法权益。当然，这并非完全排除用人单位的自主用工权，但应在“合理限度”内。如何去把握这个度，应从两方面考量：从用人单位角度，调整工作地点，应出于生产经营的必然需要；从劳动者角度出发，调整工作地点是否对其产生不利影响，因为工作地点与劳动者

的生活圈联系在一起，劳动合同的订立之初也是以工作地点为前提订立的，是否增加了交通成本、时间成本。总的来说，用人单位出于经营需要变更工作地点未对劳动者的合同目的产生不利影响，或者单位为劳动者提供了班车、支付了交通补贴，劳动者处于可以正常往返的范围内，劳动者应服从单位的安排；反之，变更地点严重影响了劳动者合同目的的实现，劳动者有权拒绝工作地点的变更。

【风险提示】

许多用人单位基于生产经营需要对劳动者进行工作岗位或者工作地点调整的时候，往往会忽略充分尊重劳动者个人意志这一要点，没有先与劳动者进行协商。如果岗位或工作地点的调整，属于《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第（三）项规定的“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”，则用人单位应当先与劳动者进行协商，如果双方未能就变更劳动合同协商一致的，用人单位也可以与劳动者解除劳动合同并支付经济补偿。如果劳动者不愿意解除劳动合同，又拒绝到岗的，则用人单位也应当先履行催促到岗的流程，而不应该仓促解除劳动合同。

用人单位因生产经营需要调整工作岗位尤其工作地点的时候，也一定要注意予以劳动者合理的协助或提供相应的便利。比如在《广东省人力资源和社会保障厅关于做好企业转型升级过程中劳资纠纷预防处理工作的意见》中就提到，企业在本市行政区域内搬迁，职工上下班可乘坐本市公共交通工具，或企业提供交通补贴、免费交通工具

接送等便利条件,对职工生活未造成明显影响的,劳动合同继续履行。次文件说明在用人单位已经为劳动者提供充分便利条件的情况下,即便双方就劳动合同变更未能达成一致的情况下,员工也应当服从用人单位的合理安排。但如果用人单位并未对劳动者提供任何补偿或协助的措施,就坚持要求劳动者入职新岗位或新地点的,并以劳动者不服从指令为由解除劳动合同的,则可能存在劳动争议败诉风险。

值得注意的是,许多用人单位为了调岗和调整工作地点的便利,直接在劳动合同中约定工作地点为“全国”或“全省”的字眼,但是,由于此类约定对于地点界定过于宽泛,可能违背劳动者的意志,造成劳动者的到岗不便,从而被认为该条款无效。也有用人单位通过约定“劳动者应当无条件服从用人单位的调岗或调整工作地点的安排”等字眼,要求劳动者服从调岗或调整工作地点的安排,由于此类约定滥用了用人单位的用工自主权,加重了劳动者的义务,也会被认定为无效。因此,用人单位应当在合理合法的前提下保障自身的用工自主权,方可促进劳资关系的和谐。

问题十二、加盟餐饮品牌后,总部公司指派老师到该加盟餐饮企业担任该店店长,由加盟店支付店长的工资,社保由总店负责缴纳,该店长与加盟店是否视为存在劳动合同关系?

答:店长与加盟店不一定存在劳动合同关系。

“加盟”一词,一般是指独立经营的个人或商户,通过向某一品

牌所有人支付费用，获得特许经营该品牌的资格，并依照品牌所有人的要求，对经营店面的装修装潢、人员招聘和培训模式、产品服务品质等进行统一管理，形成连锁经营效应的一种商业模式。

加盟品牌的个人或商户，与品牌所有人是属于独立的法律主体，也不属于关联公司。但品牌所有人为了维护品牌统一的形象，对加盟门店的形象管理、人员管理、服务规范等方面会做出“高度统一”的要求，其中必然涉及适用品牌所有人制定的相关管理规定，对加盟店的员工进行管理的情况，但不能仅凭该外观，则认定员工与加盟店存在劳动关系，劳动关系的判断标准，仍然需要从人身和经济从属性的角度进行实质审查。

本问题中所提到的总部公司，即指品牌所有人，总部公司指派员工到加盟的主体（加盟餐饮企业）工作，双方劳动关系并不必然变更。其判断标准可以包括：

1、店长与加盟店之间是否签订劳动合同，如果该店长是与总部公司签订劳动合同，且未因为被派驻到加盟店而变更劳动关系主体，则应认定为店长与总部公司存在劳动关系；

2、为店长购买社保的主体是总部公司还是加盟店，用人单位应当依法为员工缴纳社会保险，且不得委托第三方代缴，因此，社保的缴纳主体，也可以作为判断劳动关系是否存在的要素；

3、店长仍然接受总部公司安排的工作，服从和接受总部公司的监督管理，其劳动成果主要归属于总部公司，在实践中是核心的实质审查的判断要素。

【典型案例】

2022 年扬州劳动争议仲裁典型案例之一：特许经营模式下劳动关系的认定

基本案情

A 服装店专营 B 品牌服饰。陈某自 2018 年 7 月起在 A 服装店从事 B 品牌服饰销售工作，陈某与 A 服装店订立劳动合同，A 服装店为陈某缴纳社会保险。A 服装店经营者与 B 品牌公司签订《特许经营合同》及管理相关的委托书，A 服装店适用 B 品牌公司的各项规章制度进行管理。A 服装店与陈某签订的劳动合同约定适用 B 公司制订的《终端门店人事管理手册》，A 服装店工作人员的工作牌标有“B 品牌”字样，B 品牌公司安排区域总监对 A 服装店进行销售考核管理。B 品牌公司以销售额作为依据对门店销售人员进行相应的考核。2022 年 5 月陈某因销售额位于末位而未能领取带班岗位工资，2022 年 6 月陈某向 B 品牌公司提出解除劳动合同。

仲裁请求

确认与 B 品牌公司存在劳动关系。

裁判结果

驳回陈某的仲裁请求。

案例分析

A 服装店与 B 品牌公司之间系特许经营关系，B 品牌公司参与门店管理、对 A 服装店进行销售考核管理均来源于 A 服装店的委托，陈

某的劳动关系义务相关事项均是由 A 服装店承担。B 公司作为品牌方，本质上与陈某之间不具备成立劳动关系的组织从属性和经济从属性。而 A 服装店与陈某订立劳动合同，为陈某缴纳社会保险并按月支付劳动报酬，双方之间符合劳动关系的基本特征。

典型意义

特许加盟委托管理模式是特许经营的一种新形式，是指在加盟商以提供优质网点及渠道资源的前提下，特许人将其所拥有的专利和专有技术、产品、商标（包括服务商标）、经营模式等以合同形式授予加盟商使用，与加盟商签订特许加盟合同，而后加盟商再将加盟店委托给特许人统一经营的模式。在此经营模式下，特许人往往会对加盟店员工的招聘、培训、上岗、薪酬体系等方面实行统一管理。品牌公司对加盟店的管理行为来源于加盟商的委托，不能将品牌的统一管理作为认定劳动关系的唯一依据。劳动关系仍应当按照用人单位是否具有法律法规规定的主体资格，用人单位是否向劳动者支付劳动报酬，劳动者在劳动过程中是否服从和接受用人单位的监督管理，劳动者提供的劳动是否属于用人单位业务的组成部分等方面综合予以认定。

【风险提示】

为了避免员工与总部公司或者加盟店之间是否存在劳动关系出现争议，建议用人单位在员工入职或转岗的时候，及时签署劳动合同或者变更协议，并依法缴纳社保，明确劳动合同主体和双方权利义务。如存在总部公司委派员工到加盟店工作，并由加盟店向委派员工支付

工资的，则总部公司也应该与加盟店签订工资代付的相关协议，明确各方权利义务，最大程度避免争议的出现。

问题十三、餐饮企业与员工签订合伙协议约定员工出资后除正常工资发放外还可按实际盈利进行分红，后员工以企业未足额支付分红为由提出单方解除劳动合同，是否可得到法律支持？

答：法律并没有禁止某个自然人与企业建立多重法律关系。若存在合作关系和劳动关系同时存续时，在很多情况下需要同时适用公司法（其他商业合作法律，如合伙企业法等）和劳动法这两个不同的部门法，而这两个不同的部门法在立法目的和立法逻辑上是不同的。

案例中，有关合伙协议主体理应属于企业股东或合伙人之间的商业协议，而并非企业与员工之间的协议。而且，如果合伙协议对有关分红款项相应的约定不明确，且没有明显的自负盈亏、风险共担、利益共享的分配机制特征，该分红款项很可能被认定属于劳动关系下的工资报酬。此外，在实践中，有关分红款项没有按分红性质予以处理，如对该款项相应纳税一致按“工资报酬”等款项予以申报，很可能被认为名义为分红实质为工资报酬。有鉴于此，在有关分红条件成就后而用人单位没有依约支付的，员工以此为由解除劳动合同大概率是可以获得支持的。反之，则大概率不能获得支持。

【风险提示】

鉴于类似情况中，合伙行为和劳动用工行为有可能重合。因此，用人单位应该谨慎采用该模式的风险。若需要采用该方式，应该注意签署合伙协议的主体，且尽可能进行工商备案。签署协议或合同时，至少需要将合伙协议和劳动合同分别签署、约定明细。其中，合伙协议应该体现明确的合伙人之出资、自负盈亏、整体盈利情况、有关分红逻辑避免仅来源于涉案员工单个劳动业绩/工作项目对价、发放特定条件等，同时，明确约定该款项性质和注明非“工资”款项。实践中，注意不可与工资款项同步核对、发放、税务类型相同申报，避免被外界认为实际履行与工资款项（如年终奖、季度奖）无异。

问题十四、餐饮企业员工在企业提供的员工宿舍发生斗殴造成人员受伤，用人单位需要为此承担赔偿责任吗？

答：企业员工在宿舍打架的，如果不是属于《工伤保险条例》第十四条中规定的“在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力”的情形，则企业无须承担工伤赔偿责任。但是，如果企业存在管理不善的情形，如企业宿舍管理员知情不报、企业发现后没有及时采取合理措施等，员工可以依据《中华人民共和国民法典》以及其他法律法规、司法解释中关于侵权的相关规定，主张企业承担相应的民事侵权赔偿责任。作为如果企业在安全管理上没有过失，则企业无需承担法律责任。

对于自身的损害，受伤员工可以通过向实施暴力伤害的一方，主

张医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入等侵权损失。

【风险提示】

企业应该尽可能做好内部管理，在相应制度中禁止打架、斗殴。此外，可以拟定“文明住宿”等声明，对文明行为、禁止行为等进行罗列，尽可能做好前置管理。若有相应宿舍保安或管理员，在发现打架、斗殴行为应及时调停及报警。前述多种行为，是为了尽可能将企业管理责任将至最低。

【扩展知识】

一、虽然员工在宿舍打架斗殴导致受伤，因不是工伤情形或不存在过错，企业无须承担工伤赔偿责任或侵权损害责任，但是，员工此类受伤属于伤害属于非因工负伤，员工依照《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》，可以享有相关的待遇，对于员工的相应权益，企业也应当严格遵守。

二、对于施害一方的员工，企业在有明确规章制度的前提下，可以适用《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条的规定，解除与该施害员工的劳动合同。以下是涉及该类解除是否违法的典型案例，但应注意的是，企业应该先检查自身规章制度的合法性、民主性和公示性：

南通中院、南通市劳动人事争议仲裁委员会 2022 年全市劳动人

事争议十大典型案例四——劳动者上班时间斗殴构成严重违纪的，单位有权解除其劳动合同

裁判要旨

劳动者在工作场所应当遵守劳动纪律、工作秩序，工作时间因私斗殴不仅违反企业管理秩序，还影响生产安全。用人单位结合本单位具体情况，对于劳动者严重违反本单位规章制度或劳动纪律的，可依法与其解除劳动合同。

简要案情

2021年3月，周某入职某科技公司。2021年9月28日，周某在食堂吃早饭时因让位通行问题与员工徐某发生口角。之后，两人在电测房再次发生口角，继而互殴，致生产一线岗位四人中断工作，运行中的设备处于无人监管状态。当日，某科技公司对该事件进行了调查。次日，某科技公司在征求工会意见后作出《解除劳动合同通知》，认定周某、徐某严重违反公司规章制度，解除了与周某、徐某的劳动合同。周某申请劳动仲裁，认为某科技公司违法解除劳动合同，要求其支付赔偿金。

仲裁委审理认为，周某在工作场所打架斗殴，扰乱了工作秩序，影响了生产安全。某科技公司依法制定并公示的《员工奖惩制度》中规定有斗殴行为的，属于严重违反劳动纪律，公司可立即解除劳动合同。某科技公司在履行告知工会程序后解除与周某的劳动合同，依法有据。仲裁委裁决对周某要求某科技公司支付违反解除劳动合同赔偿金的请求，不予支持。

典型意义

《劳动法》第三条第二款规定，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。第二十五条第（二）项规定，严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。《劳动合同法》第三十九条第（二）项规定，劳动者严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。现实生活中，劳动者在工作中发生摩擦、矛盾并不少见，原因多种多样，但在工作中应当分清矛盾性质，理性克制，选择合法合理途径维护自身权益，避免因情绪过激引发不必要的纠纷，不仅影响企业生产经营安全，违反规章制度，还可能给自己带来民事、行政甚至刑事法律责任。

问题十五、餐饮企业在设立时将店长登记为公司经理并为其正常购买社保，但未签订劳动合同，双方发生争议后，该店长以公司没有与其签订劳动合同，主张双倍工资赔偿，可否得到法律支持？

答：用人单位与劳动者建立劳动关系，应当依照《中华人民共和国劳动合同法》第十条的规定，与劳动者签订书面劳动合同，否则，用人单位应依照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定，向劳动者每月支付二倍的工资。

本问题的争议在于，该餐饮企业在设立时将店长登记为公司经理

的这一行为，是否可以阻却企业与该劳动者签订劳动合同的义务，或者规避企业不与该劳动者签订劳动合同而产生的法律责任，答案是否定的。

实务中，如果该劳动者（一般是企业的高级管理人员）的职责范围包括了管理订立劳动合同的内容，则其向用人单位主张二倍工资的时候，除非有证据证明其向用人单位提出了签订劳动合同的要求但被拒绝的，否则就不予支持二倍工资的差额。虽然餐饮企业在设立的过程中，将作为店长的该劳动者登记为公司经理，但是，裁判机关仍会对该店长的工作职责范围作实质审查，不能排除某些企业将管理劳动合同签订的职权赋予了店长，但是更多情况下，店长的职责，虽然包括了人员管理，但是却不是劳动合同签订与否的决策者，即便其公示登记的岗位是公司经理，也不能当然认为其享有与公司签订劳动合同的主动权。

【典型案例】

广东省高级人民法院 2022 年劳动争议典型案例九

某技术服务公司诉刘某劳动争议案

——人力资源管理人员主张未签订书面劳动合同二倍工资差额不应支持

（一）基本案情

刘某于 2016 年 8 月入职某技术服务公司，工作岗位为公司总经理，全面负责公司的经营，双方未签订书面劳动合同。公司没有专职

负责人力资源管理的主管，刘某在技术服务公司工作至 2017 年 9 月，其曾代表公司招录其他员工入职。刘某主张未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

（二）裁判结果

广东省高级人民法院审理认为，刘某作为总经理，其工作职责范围包括代表公司依法与劳动者签订劳动合同，应当知晓订立书面劳动合同的相关规定及不订立书面劳动合同的法律后果，其未与技术服务公司签订劳动合同系因其自身未履行工作职责所致。因此，刘某主张技术服务公司应向其支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额，法院不予支持。

（三）典型意义

公司总经理等负责人力资源管理的人员，应主动要求与公司签订劳动合同，否则不应请求公司支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。本案对规范公司人力资源管理人员依法履职、保障用人单位合法权益具有积极意义。

【风险提示】

用人单位应当自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同，自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

如果劳动者的工作岗位包含了代表公司与劳动者签订劳动合同的职责的，则用人单位应当尤为注意，严格审查该劳动者在法律规定

的期限内与公司签订劳动合同的情况，如果发现该劳动者在用工之日起一个月内尚未签订劳动合同，则应尽快通知其签订，如果劳动者拒绝的，则用人单位应书面通知劳动者终止劳动关系。这里注意是两个“书面通知”，在发现劳动者未签订劳动合同时，应当书面通知其签订，如果其拒不签订，则应当书面通知终止劳动关系，且应当载明是因为劳动者拒签劳动合同之原因。如果用人单位没有将两个“书面通知”做好并保留为证据，则也有可能被认定为未签劳动合同而被裁决支付二倍工资。

【扩展知识】

2023年9月19日，上海市金山区人民法院举行新闻发布会，发布《未签订劳动合同类劳动争议案件审判白皮书（2020.01-2023.08）》及十大典型案例。其中关于二倍工资差额的支付与否，出现了新的认定情形，现将该案例纳入本指引，希望用人单位和劳动者在签订劳动合同的问题上，能够守法诚信，适度维权。

用人单位已履行诚信磋商义务的无需支付二倍工资——廖某与某压缩机公司劳动合同纠纷案

基本案情

廖某于2020年10月12日入职某压缩机公司，担任煤矿行业销售部副总监。双方未签订劳动合同。2020年11月17日，该公司开始和廖某协商签订劳动合同事宜，但双方对劳动合同上记载的月工资数额产生分歧，廖某认为应是每月3万元加提成，公司认为是每月2

万元，加上年终奖每月 1 万元，另加提成。至 2020 年 12 月 3 日，双方还未协商成功，廖某于该日离职。廖某认为，公司未与自己签订劳动合同，应支付 2020 年 11 月 12 日至 2020 年 12 月 3 日的二倍工资差额。公司认为，公司已经尽到诚信磋商义务，无需支付二倍工资。

裁判结果

人民法院经审理认为，廖某于 2020 年 10 月 12 日入职，2020 年 11 月 17 日，双方开始协商签订劳动合同，但是在协商时双方对工资金额发生争议。因此，可以看出该公司在 2020 年 11 月 17 日开始已经履行了诚信磋商的义务，虽然最后未协商成功，但是公司已经尽到了诚信的义务，因此，对廖某要求该公司支付 2020 年 11 月 17 日及之后二倍工资的请求不予支持。2020 年 11 月 17 日之前，公司未尽到诚信磋商义务，故公司应支付廖某 2020 年 11 月 12 日至 2020 年 11 月 16 日未签订劳动合同二倍工资差额。

法官有话说

根据法律规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付双倍工资。但是，劳动合同的订立和履行，应当遵循诚实信用原则。在未订立劳动合同情况下，应当考虑用人单位是否按照诚实信用原则已经与劳动者积极磋商，如果尽到了积极磋商的义务，但因未协商成功等原因未能订立的，不属于应当支付二倍工资的情形。

第三部分 行业性法律问题（旅游）

问题十六 旅行社导游在带队过程中辱骂游客后被曝光，导致旅游社名誉严重受损，旅游社能否以此为由单方解除该导游的劳动合同关系？

答：可以解除。

我国《宪法》第 53 条规定了公民应当遵守劳动纪律，《劳动法》第 3 条规定了劳动者应当遵守劳动纪律，《劳动法》第 25 条规定了劳动者严重违反劳动纪律的，用人单位可以单方面与劳动者解除劳动合同

同，上述规定至今仍然有效。

根据司法实践，劳动纪律可以是社会公众认可的劳动纪律，比如上班不得迟到早退、不得违反执业道德等都是社会公认的劳动纪律，也可以是某个行业根据其行业特性制定的具有行业普适性的约束纪律。《导游管理办法》以及《导游人员管理条例》规定了导游必须礼貌待人的执业规范，文化和旅游部于2023年4月10日发布的《关于进一步规范旅游市场秩序的通知》（文旅发电〔2023〕119号），认为“导游辱骂游客”的行为，严重干扰正常市场秩序，严重影响旅游业整体形象。可见，以良好的服务态度面对游客，应是导游作为劳动者应遵守的劳动纪律之一，导游辱骂游客，已经严重违反了导游的执业规范，属于严重违反了社会公众能接受的劳动纪律的行为，因此，旅行社可以依据劳动法第25条单方面解除与导游的劳动合同关系。

此外，根据《劳动合同法》第39条规定，劳动者严重违反用人单位规章制度的，用人单位也可以单方面与劳动者解除劳动合同关系，其适用前提是用人单位清晰的以书面形式向劳动者明确了辱骂游客属于严重违反公司规章制度的行为，否则，该单方面解除劳动合同的行为就存在风险，可能会被认定为违法解除。

【典型案例】

上海市长宁区法院2020年至2022年涉违纪解除类劳动纠纷案件审判白皮书十大典型案例

基本案情

王某于2006年8月入职某航空公司，担任客舱某部乘务长。2019年4月执行航班期间，王某被发现在客舱内吸电子烟。2019年7月，某航空公司依据2019年版《客舱服务部空勤人员绩效考核办法》中有关乘务员违反国家法律、法规构成严重违纪可解除劳动合同的规定，解除与王某的劳动关系。王某不服公司上述处理，起诉要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

裁判结果

航空公司以王某严重违纪解除劳动合同具有事实和法律依据，无需向王某支付违法解除劳动合同赔偿金。

典型意义

长宁法院经审理认为，王某在执行航班期间在客舱内吸电子烟的违纪事实证据确凿。本案争议焦点为吸电子烟是否属于严重违纪行为。王某认为，公司规章中并未明确提到执行航班期间禁止吸电子烟，且目前无法律法规将吸电子烟纳入吸烟范围，电子烟为电子设备而非点燃的烟，不属于民航禁烟文件管控范围。对此，《公共航空旅客运输飞行中安全保卫工作规则》明确规定，航空器上的扰乱行为包括“吸烟（含电子烟）、使用火种的”，结合《治安管理处罚法》中有关扰乱航空器或其他公共交通工具秩序的行为可处警告、罚款乃至拘留处罚的规定，王某在客舱内吸电子烟的行为显然已违反相关规定。王某作为乘务员，理应较普通主体更清楚知悉安全飞行的各项要求，其明知故犯的行为虽未造成严重后果，但性质恶劣，危及公共安全，构成严重违纪行为。航空公司据此解除劳动合同具有事实和法律依据，无

需向王某支付违法解除劳动合同赔偿金。

对用人单位以劳动者严重违纪为由单方解除劳动合同行为的正当性评价，一直以来都是类案司法审查的重点与难点。个案审查时，应注重考量用人单位的性质、所处行业特点，以及劳动者所任职位、所负职责等因素，综合评价相关违纪行为的严重程度。本案用人单位系一家航空公司，为广大乘客提供公共服务；劳动者则作为一名乘务员，身处重要岗位。无论从用人单位性质，还是岗位职责来看，对安全生产、严格守纪的要求都非常高。劳动者理应知晓并自觉遵守相关工作规范及安全要求，其涉案行为严重背离了相关职业的基本行为规范，构成严重违纪。

【风险提示】

1、劳动纪律不需要经过用人单位的特别制定，在实践中一般以社会公认的劳动纪律为标准，导游辱骂游客明显属于违反导游执业道德的行为，所以单方面解除基本没有风险，但如若遇到不是非常明显的违反公认劳动纪律的行为，是否能单方面解除劳动关系用人单位需要更慎之又慎。

2、与劳动者解除劳动合同关系是一个谨慎的决定，一不小心就可能构成违法解除，从实践角度看，最好是将公认的劳动纪律制定到用人单位规章制度当中，使得用人单位和劳动者有一套完整的可以遵照执行的合规制定的制度，比如录用制度、劳动纪律制度、日常行为守则等等，以便最大限度的降低单方面解除劳动合同的风险。

问题十七、旅行社与导游必须有劳动合同关系吗？

答：出国游的导游必须要有劳动关系，国内游的导游则不一定必须有劳动合同关系。

《中华人民共和国旅游法》第三十八条第一款规定，旅行社应当与其聘用的导游订立劳动合同，第二款规定旅行社临时聘请导游为旅游者提供服务的，应当依法支付导游服务费用。从本条规定可知，原则上旅行社应当与导游建立劳动关系，但也可临时聘请无劳动关系的导游为游客提供服务，为旅行社与导游之间形成劳务关系留下了空间。若双方基于合意订立劳务服务协议，该协议能够发生法律效力。

而根据《导游管理办法》第七条的规定，与旅行社签订劳动合同，或者在旅游行业组织注册的人员，可以通过全国旅游监管服务信息系统向所在地旅游主管部门申请取得导游证。也就是说，导游从业者取得导游证的方式，除了与旅行社订立劳动合同之外，还可通过注册在旅游行业协会的方式而取得，这就决定了导游人员可以在无劳动关系的情况下承接旅行社的临时业务。

但是，《中华人民共和国旅游法》第三十九条，《旅行社条例》第三十一条，对于从事出境旅游业务的领队人员，则应当与委派其从事领队业务的旅行社订立劳动合同，该规定属于法律、行政法规的强制性规定，因此，担任出境游的领队人员必须与旅行社建立劳动关系，否则就不具备担任领队的资格。实践中，旅行社主张其与出境游的领

队导游之间不存在劳动关系的，通常无法得到支持。

【风险提示】

1、在国内游方面，旅行社可以与聘用的导游建立劳动关系从而由导游提供导游服务，也可以与临时聘用导游提供导游劳务服务，但是何谓临时聘用从而构成劳务关系，如果旅行社与临时聘用的导游没有签订劳务合同，未能明确双方的法律关系，则会有被认定为劳动关系的风险，因此，如果是临时聘用的导游，也应完善相关聘用手续，签订劳务合同。

2、在出境游方面，旅行社应当依法与领队人员签订劳动合同，不能临时聘用领队人员，否则可能面临相应的行政处罚。

问题十八、旅行社与司机签订保底协议，约定司机出车出人，旅行社与司机以固定费用进行结算，同时为该司机购买社保，旅行社与司机是否成立劳动合同关系？

答：成立劳动合同关系。

裁判机构认定劳动关系是否成立关键在于考察用人单位与劳动者之间的人身依附程度、经济上的隶属性、劳动者是否需要接受用人单位管理、劳动成果归属等方面来综合确定。虽然司机出车出人也就是说提供生产工具，但是旅行社与司机签订保底协议，每月也按固定费用结算，司机与旅行社之间存在人身上的依附性和经济上的隶属性，

而且旅行社为该司机购买社保更表明了旅行社与司机建立劳动关系的意愿，认定司机与旅行社构成劳动关系更加合理。

而如果司机与旅行社不是按照固定费用结算报酬而是按照合作分成的模式进行结算，且司机也可以自由决定接单还是不接单，旅行社也没有给司机购买社保，一般就不构成劳动合同关系。

【风险提示】

如果旅行社与司机体现的是合作关系，则应当签订相应的合作合同，确定双方的权利义务，避免在合同中出现工资、固定工资、保底工资、绩效等字眼。虽然双方基于合作关系，也会有某些义务涉及对司机的管理或限制，但这些管理或限制应当建立在司机自主选择的基础上，需要给司机更大的空间，比如可以自由选择是否接单，对其工作时间也不应有过多限制，司机在不影响接单后服务过程完整性的情况下，有权另行与多家旅行社建立合作关系。

【典型案例】

人力资源社会保障部、最高人民法院联合发布的第三批劳动人事争议典型案例

基本案情

刘某于2020年6月14日与某信息技术公司订立为期1年的《车辆管理协议》，约定：刘某与某信息技术公司建立合作关系；刘某自备中型面包车1辆提供货物运输服务，须由本人通过公司平台在某市

区域内接受公司派单并驾驶车辆，每日至少完成 4 单，多接订单给予加单奖励；某信息技术公司通过平台与客户结算货物运输费，每月向刘某支付包月运输服务费 6000 元及奖励金，油费、过路费、停车费等另行报销。刘某从事运输工作期间，每日在公司平台签到并接受平台派单，跑单时长均在 8 小时以上。某信息技术公司通过平台对刘某的订单完成情况进行全程跟踪，刘某每日接单量超过 4 单时按照每单 70 元进行加单奖励，出现接单量不足 4 单、无故拒单、运输超时、货物损毁等情形时按照公司制定的费用结算办法扣减部分服务费。

2021 年 3 月 2 日，某信息技术公司与刘某订立《车辆管理终止协议》，载明公司因调整运营规划，与刘某协商一致提前终止合作关系。刘某认为其与某信息技术公司之间实际上已构成劳动关系，终止合作的实际法律后果是劳动关系解除，某信息技术公司应当支付经济补偿。某信息技术公司以双方书面约定建立合作关系为由否认存在劳动关系，拒绝支付经济补偿，刘某遂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，请求裁决某信息技术公司支付解除劳动合同经济补偿。

裁判结果

某信息技术公司与刘某劳动关系成立，某信息技术公司向刘某支付解除劳动合同经济补偿。

典型意义

《中华人民共和国劳动合同法》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”，《关于维护新就业形态劳动者劳

劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）第十八条规定：

“根据用工事实认定企业和劳动者的关系”，以上法律规定和政策精神体现出，认定劳动关系应当坚持事实优先原则。《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）相关规定体现出，劳动关系的核心特征为“劳动管理”，即劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性。在新就业形态下，由于平台企业生产经营方式发生较大变化，劳动管理的体现形式也相应具有许多新的特点。当前，认定新就业形态劳动者与平台企业之间是否存在劳动关系，应当对照劳动管理的相关要素，综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱。从人格从属性看，主要体现为平台企业的工作规则、劳动纪律、奖惩办法等是否适用于劳动者，平台企业是否可通过制定规则、设定算法等对劳动者劳动过程进行管理控制；劳动者是否须按照平台指令完成工作任务，能否自主决定工作时间、工作量等。从经济从属性看，主要体现为平台企业是否掌握劳动者从业所必需的数据信息等重要生产资料，是否允许劳动者商定服务价格；劳动者通过平台获得的报酬是否构成其重要收入来源等。从组织从属性看，主要体现在劳动者是否被纳入平台企业的组织体系当中，成为企业生产经营组织的有机部分，并以平台名义对外提供服务等。

本案中，虽然某信息技术公司与刘某订立《车辆管理协议》约定双方为合作关系，但依据相关法律规定和政策精神，仍应根据用工事实认定双方之间的法律关系性质。某信息技术公司要求须由刘某本人驾驶车辆，通过平台向刘某发送工作指令、监控刘某工作情况，并依

据公司规章制度对刘某进行奖惩；刘某须遵守某信息技术公司规定的工作时间、工作量等要求，体现了较强的人格从属性。某信息技术公司占有用户需求数据信息，单方制定服务费用结算标准；刘某从业行为具有较强持续性和稳定性，其通过平台获得的服务费用构成其稳定收入来源，体现了明显的经济从属性。某信息技术公司将刘某纳入其组织体系进行管理，刘某是其稳定成员，并以平台名义对外提供服务，从事的货物运输业务属于某信息技术公司业务的重要组成部分，体现了较强的组织从属性。综上所述，某信息技术公司对刘某存在明显的劳动管理行为，符合确立劳动关系的情形，应当认定双方之间存在劳动关系。

问题十九、景区企业聘请的救生员在游客发生溺水危险时没有及时下水抢救导致游客溺亡，游客家属向景区索赔后，景区可以向该救生员提出赔偿请求吗？

答：景区企业可以向该救生员提出赔偿请求。

景区企业应当对其聘请的救生员在履行职责过程中的失职行为负责。如果景区企业聘请的救生员在游客发生溺水危险时没有及时下水抢救，导致游客溺亡的，景区企业应该承担相应的侵权责任。景区企业向游客家属作出赔偿后，可以向该救生员提出赔偿请求。救生员的主要工作职责之一，就是在游客发生溺水事故的时候，及时进行抢救，救生员在履行职责时如存在重大过失行为甚至故意行为，未及时

施救，导致游客死亡，应该承担相应的责任。但是，具体的赔偿数额需要根据实际情况来确定，包括景区所遭受的损失、救生员过失的程度等因素。景区在向救生员提出赔偿之前，应该先对其过失行为进行调查，并确保拥有足够的证据来支持其索赔请求。

需要注意的是，游客溺亡往往是多因一果的，救生员没有及时下水抢救只是导致游客溺亡的其中一个原因，游客家属或者景区企业不能将责任完全归咎于救生员，各方应公平合理地承担责任。因此，应综合考虑救生员的过错程度、损害后果、工资收入水平、岗位性质及用人单位有无过失等因素，平衡用人单位和劳动者之间合理分配风险和损失后，确定损害赔偿责任和赔偿数额。

根据《工资支付暂行规定》第十六条的规定，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。但用人单位提供生产资料和劳动条件，享有劳动成果并承担经营风险，故只有当劳动者存在故意或重大过失时，劳动者才应承担赔偿责任。如果是在工资中对赔偿金作出扣除的，各地也有不同的规定，如《广东省工资支付条例》第十五条规定，应当提前书面告知扣除原因及数额，扣除赔偿费后的月工资余额不得低于当地最低工资标准。

【风险提示】

1、用人单位是企业经营活动的责任主体，理应承担企业经营的各种风险，劳动者一般不承担赔偿责任，但劳动者由于故意、重大过

失等行为造成用人单位损失的，用人单位可以要求劳动者承担一定的赔偿责任。

2、提醒用人单位应建立规范的业务管理流程，避免流程不合规导致损失，劳动者也应严谨工作习惯，避免因工作疏忽担负责任。

【典型案例】

广州市增城区 2022 年劳动争议十大典型案例之九：某日用品公司诉廖某劳动争议案

基本案情

廖某于 2020 年入职某日用品公司担任财务会计。2021 年 4 月，廖某在添加自称为某银行工作人员 QQ 账号后被拉进名为“某日用品公司”的企业 QQ 群，群内有昵称为“林某”（公司股东名字）和“李某”（公司法定代表人名字）的两人，廖某在未经核实群内人员真实身份的情况下，按照群内沟通进行转账 13 万元，发现被骗后报案。2021 年 6 月，廖某以自身身体原因向公司提出离职。某日用品公司向仲裁委提起仲裁，要求廖某赔偿公司直接经济损失 13 万元。

裁判结果

廖某向某日用品公司赔偿损失 26000 元。

典型意义

劳动者因过错给用人单位造成损失，属于《中华人民共和国民法典》规定的侵权行为，劳动者应承担相应的损害赔偿责任。根据《工资支付暂行规定》第 16 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。但用人单位提供生产资料和劳动条件，享有劳动成果并承担经营风险，故只有当劳动者存在故意或重大过失时，劳动者才应承担赔偿责任。劳动者遭受网络诈骗，一般系由防范意识不强产生的工作过失造成的。本案例中，廖某作为公司的财务出纳，理应具备职务所需的专业知识技能并负有岗位所需的审慎义务，相比其他岗位的劳动者具备更高的注意义务，廖某未能审慎履行财务流程及核实义务，故认定为重大过失，需要向公司赔偿损失；另一方面，公司财务管理制度不健全，存在较大的安全隐患和管理漏洞，这也是导致公司经济损失的主要原因之一。裁决的关键在于综合考虑劳动者过错程度、损害后果、劳动者收入水平，用人单位财务制度是否完备、财务流程是否规范、是否对员工进行培训等因素，平衡用人单位和劳动者之间合理分配风险和损失后，确定损害赔偿责任和赔偿数额。

问题二十、员工因无法承受工作压力自杀，该员工家属能否向用人单位主张工亡待遇？

答：实践中绝大部分情况下不会支持用人单位需要支付工亡待遇。

根据《工伤保险条例》第十六条的规定，自残与自杀一直被排除在工伤认定之外，工伤保险待遇救济被相应阻却，其背后的立法逻辑主要是自残与自杀系由员工自身原因而导致伤亡发生，强调员工蓄意或自愿对自身身体造成伤害，近年来，因过劳等工作原因导致员工罹

患精神疾病进而自杀的案件层见叠出，司法实践中却鲜见对“前因事件”的深度剖析，绝大多数案例均简单引用《工伤保险条例》第十六条而排除对自杀的工伤认定，工伤保险行政部门的实践操作亦不例外，劳资矛盾也随之凸显。

司法实践中少数认定因患精神疾病自杀构成工伤的案例提及《工伤保险条例》第一条，即“为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，制定本条例。”该条款为《工伤保险条例》的立法目的，彰显了保护劳动者的立法精神。

【风险提示】

1、旅行社应当为员工参加社会保险，否则，依据《社会保险法》第四十一条的规定，职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。

2、鉴于因工作原因导致精神疾病并最终自杀的情况仍存在被认定为工伤的可能性，因此，建议用人单位在员工自杀事件发生时，及时进行调查，并向员工家属及其他员工了解员工自杀的原因是否是由工作产生以及精神疾病的发病原因、发病史等相关问题，并与公安部门及时进行沟通，必要时由相关机构进行司法鉴定，从而综合判断是否提出工伤认定申请。

3、根据《工伤保险条例》第十九条的规定，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任，

因此，在员工疑似自杀后，用人单位应及时作报警处理，并与公安部门就出具事故责任认定书或结论性意见进行沟通，以获得相关专业分析和权威判断，从而为后续工伤保险行政部门作出相关认定提供证明材料。

4、在职场压力愈发加重的背景下，越来越多的员工面临着不同程度的焦虑、抑郁问题。出于提供劳动保护的法定责任与风险控制的实际需要，企业建立安全的工作环境、有效的员工心理疏导渠道刻不容缓。用人单位应当注重关爱员工的精神健康及心理状态，通过引进心理咨询机构、为员工举办心理辅导讲座、开展心理健康游戏等方式适度缓解员工的心理压力，建立包容、友善的企业文化有助于鼓励员工在无法承受工作压力出现心理问题之时及时与公司沟通，帮助公司及时定位潜在问题，并在必要情况下及时介入干预。

【扩展知识】

虽然不能按照工亡待遇主张权利，但是自杀也是属于非因工死亡，死亡员工的遗属可以依照《企业职工基本养老保险遗属待遇暂行办法》的相关规定，从该死亡员工最后养老保险关系所在地（含临时基本养老保险缴费账户所在地）的社会保险经办机构申领丧葬补助金和抚恤金。如果用人单位没有为员工购买社保的，则该费用应由用人单位依法承担。此外，各省也有针对职工非因工死亡的待遇作出一些规定，可以根据案件发生地的实际情况检索相关规定，依法主张权益。

问题二十一、旅行社员工在接受客户旅游订单后将该订单转介绍给其他旅行社，旅行社能否与员工解除劳动合同关系？

答：一般可以解除劳动合同。

首先，根据《旅行社条例》及《旅行社条例实施细则》的有关规定，未经旅游者同意的，旅行社不得将旅游者转交给其他旅行社。在接受客户旅游订单后，旅行社与客户之间已经建立了合同关系，如果没有征得客户的同意，旅行社员工通常不得将该订单转介绍给其他旅行社。

其次，如果旅行社员工利用职务之便私下转移客户订单，违反了公司管理制度或业务流程上的规定，旅行社可以根据劳动合同或规章制度的有关规定进行处理，达到严重违反用人单位规章制度的，例如直接或间接转移公司的业务或对公司的业务产生严重不利影响的，可以依规解除劳动合同以，并酌情要求员工赔偿损失。

最后，在用人单位没有相关规章制度或者规章制度无效的情况下，劳动者违反必须遵守的劳动纪律和职业道德，用人单位也可以解除劳动合同并要求其承担相应的法律责任。

【风险提示】

1、旅行社依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条单方解除劳动合同，解除原因的举证责任由用人单位承担，因此，旅行社在行使单方解除权之前，应当完善规章制度，并结合劳动者的行为和行业特性固定证据。

2、在缺乏规章制度、规章制度不完善或者规章制度存在缺陷无法适用的情况下，可以适用《中华人民共和国劳动法》第二十五条的“违反劳动纪律”作为解除依据，但此时裁判人员具有较大的自由裁量权，用人单位构成违法解除劳动合同的风险不能忽视，建议谨慎评估违反劳动纪律的程度，对员工作出恰当的处理。

【典型案例】

珠海中院发布 2022 年度十大劳动争议典型案例之八：钟某与某音响公司劳动争议案

基本案情

钟某为某音响公司员工，未经公司审批同意打印了 78 套商品标签，准备寄给经销商，后因审批手续需要完善，标签未寄出。某音响公司认为钟某未经批准、利用职务之便私自打印公司商标标签，违反《员工手册》关于“未经公司书面同意，披露、使用或者允许他人使用公司的商业秘密……”的规定，解除与钟某的劳动关系，且未支付赔偿金，钟某遂提起仲裁和诉讼。

裁判结果

珠海市金湾区人民法院审理认为，钟某作为某音响公司的员工，未经审批打印商品标签，虽不符合工作流程，但该批标签并未寄出。因此，钟某的行为并未泄露某音响公司的商业秘密，某音响公司据此解除与钟某的劳动关系属于违法解除，应当支付赔偿金。

典型意义

用人单位以劳动者违反规章制度为由单方解除劳动合同是否合法合理，重点审查劳动者的行为与用人单位规章制度中有关处罚措施的对应程度和适当性，未达到相应严重程度的，用人单位不得单方解除劳动合同。

第四部分 行业性法律问题（会展）

问题二十二、会展服务商员工私自向参展商家收取额外会展展位服务费，会展服务商是否单方解除与员工的劳动关系并要求员工返还全部已收款项？

答：（一）关于劳动关系解除问题

若金额较大（也有裁判者认为，性质恶劣，无需以金额为标准），若会展服务商的规章制度对于“私自收款”或“额外收取客户款项”等与本问题相关行为的禁止性规定并列为解除合同之严重违纪范围，会展服务商可以此行为由解除劳动合同。当然，该规章制度应该有合法民主程序和向劳动者公示。

若规章制度没有类似规定，或规章制度没有民主程序，还可以劳动纪律为由解除。

（二）关于返还全部私自收取款项问题

若有关展位服务费属于会展服务商正常向参展商家收取的合作款项但由员工截留，会展服务商可以要求员工向本单位返还相应款项。

若有关展位服务费并非属于会展服务商正常向参展商家收取的款项，但基于员工该不法行为而赔付了参展商家的损失，该赔付属于会展服务商的直接经济损失。会展服务商可以基于员工的恶意行为，要求员工承担前述直接经济损失的赔偿责任。但会展服务商没有因此有损失，则不能追索相应款项。

【风险提示】

1、用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条单方解除劳动合同，举证责任主要由用人单位承担。因此，会展服务商在行使解除权之前，应做好证据的收集；

2、在处理类似案件的时候，用人单位可以考虑案件恶性以及综合影响后果，就案件情况向公安机关报案并通过拟进行的刑事行动追讨本单位或者客户的损失。

问题二十三、会展服务商的员工在外设立装修公司，并利用职务便利获得该会展服务商客户信息，后续通过该装修公司为客户提供会展装修服务，该会展服务商是否有权要求该员工赔偿损失？

答：会展服务商有权要求员工赔偿损失或返还收益，具体应区分不同情况处理：

首先，如果该会展服务商与员工已签订竞业限制协议，会展服务商可以员工违反了竞业限制的约定而要求员工承担违约责任，该违约责任可按约定的违约金，如实际损失超过违约金金额，可以诉请予以调整。

其次，该会展服务商尚未与员工签订相关竞业限制协议，则会展服务商可根据实际情况选择以员工侵犯商业秘密为由，从而对员工所实施的不正当竞争行为进行损失追索。但应当注意的是，该员工获取的客户信息应符合商业秘密的认定标准，即不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息等商业信息。

第三，如果该员工在职期间担任会展服务商的高级管理人员，会展服务商还可选择适用《中华人民共和国公司法》第一百四十八条的规定，以高级管理人员违反对公司的忠实义务为由提起诉讼，但需要注意的是，如果认为该员工违反了忠实义务，则其诉请不宜适用赔偿损失，而是要求员工违反忠实义务所得的收入应当归公司所有。

【典型案例】

北京知识产权法院 2023 年侵犯商业秘密十大典型案例

案例一：侵犯激光削波装置商业秘密案

案情简介

被告王某等 3 人原系某光电技术有限公司（简称某光电公司）员工，离职后成立某激光技术有限公司（简称某激光公司）。某光电公司主张，王某等 3 人将在某光电公司任职期间获得的“激光削波装置”技术信息及经营信息（简称涉案信息）披露给某激光公司使用，并申请专利的行为侵犯了某光电公司的商业秘密，故诉至北京知识产权法院，请求判令某激光公司、王某等 3 人停止侵犯商业秘密的行为、赔礼道歉，并连带赔偿经济损失 220 万元、合理开支 35 万元。

北京知识产权法院经审理认为，某光电公司所主张的经营信息、技术信息因未采取合理保密措施而不构成 2019 年修正的《中华人民共和国反不正当竞争法》（简称 2019 年反不正当竞争法）第九条第四款所指的商业秘密，故判决驳回某光电公司的诉讼请求。

一审判决作出后，各方当事人均未提起上诉。

裁判要旨

2019 年反不正当竞争法第三十二条第一款规定，在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。

上述法律规定中举证责任的转移，以商业秘密权利人就其对所主张的商业秘密采取保密措施为前提。而且，商业秘密权利人举证的保密措施不是抽象的、宽泛的、可以脱离商业秘密及其载体而存在的，而应当是具体的、特定的、与商业秘密及其载体存在对应性的保密措施。某光电公司提交的劳动合同、《员工守则》《保密管理制度》等证据无法证明系针对涉案信息采取的有针对性的保密措施，不属于合理的保密措施。

此外，承载权利人商业秘密的产品一旦进入市场流通领域，就在物理上脱离了权利人的控制。尽管产品买卖合同上约定了买方不得擅自拆卸、仿制及转借卖方所售产品，但此类条款仅具有约束合同相对方的效力，不具有约束不特定第三人的效力，不能排除涉案信息被不特定第三人获取的可能性。因此，在案证据不足以证明某光电公司就涉案信息采取了相应的保密措施。在此基础上，本案无法适用反不正当竞争法第三十二条第一款规定的举证责任转移。

综上，北京知识产权法院认定某光电公司提交的证据不足以证明涉案信息构成 2019 年反不正当竞争法第九条第四款所指的商业秘密。

【风险提示】

1、核心技术、客户数据等是关乎用人单位核心竞争力的商业信息，我国法律法规赋予了用人单位通过竞业限制或者不正当竞争等事由予以保护其涉密商业信息的权利，用人单位应当知用善用。实务中，劳动合同法对于员工在职期间是否应当遵守竞业限制义务未作禁止

性规定，举轻以明重，离职后员工尚且应当遵守双方关于竞业限制的约定，因此，用人单位与在职期间员工签订竞业限制的协议也并不违法，为了保障自身的合法权益，建议用人单位在必要的情况下，与在职员工签订竞业限制协议，做好关于违约金或损失赔偿的约定，以便员工出现违约行为时，用人单位可以适用相关约定明确权责。

2、企业应当做好客户信息、核心技术等作为商业秘密的定义和密级分类，对相关信息尽可能采取保密措施，以防在后续的诉讼中，因为相关信息不属于商业秘密而无法获得裁审机关的支持。

3、用人单位如与员工在劳动关系期间已经就竞业限制作出了相关约定，则在员工离职时，一定要做好解除劳动合同的相关后续工作，检查员工是否仍应遵守竞业限制义务，如无须遵守，应当与员工明确约定，防止出现道德风险，比如员工因客观原因无法入职同业企业，但又以遵守了竞业限制义务而要求用人单位支付竞业限制的补偿金。

问题二十四、会展服务商的员工在离职后立即加入竞争对手公司，并将原单位获取的客户信息、设计创意等用于在新单位履职，是否违反竞业限制义务？应该如何承担责任？

答：该员工是否违反竞业限制义务，首先应取决于其是否与用人单位作出了竞业限制的有关约定，其次应判断其是否属于劳动法律法规中规定的竞业限制的适用人员，第三还应判断双方对于竞业限制的约定是否违反了法律法规的强制性规定从而构成无效。对这三项内容

作出基本判断后，才可对于该员工是否违反了竞业限制的义务，应该如何承担责任作出下一步的判断。

首先，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条的规定，用人单位与劳动者关于竞业限制的履行，遵循双方自愿的原则，通过达成合意后得以遵循，而非用人单位对劳动者的强制性要求。

其次，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条的规定，竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。实践中，裁审机关不仅会审查用人单位与劳动者双方之间是否存在竞业限制的约定，也会审查该员工是否属于竞业限制的适用人员，常见的除了判断其职位外，还会对员工是否接触公司的涉密文件、该文件是否确实属于涉密文件等来判断。如果该员工并不属于该范围内的人员，双方签订的竞业限制协议或达成的竞业限制条款则不能适用于该员工，用人单位主张该员工违反竞业限制的维权也可能败诉。

经过上述判断后，法院还会结合劳动者入职的用人单位及相应岗位，对劳动者的行为是否构成违反竞业限制的约定进行综合判断，并根据原用人单位举证的损失情况，竞业限制的约定以及当地的市场经济水平综合确定违约金数额。

【典型案例】

最高人民法院发布的指导案例 190 号

王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 12 月 8 日发布）

关键词 民事/竞业限制/审查标准/营业范围

裁判要点

人民法院在审理竞业限制纠纷案件时，审查劳动者自营或者新入职单位与原用人单位是否形成竞争关系，不应仅从依法登记的经营范围是否重合进行认定，还应当结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面是否重合进行综合判断。劳动者提供证据证明自营或者新入职单位与原用人单位的实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等不同，主张不存在竞争关系的，人民法院应予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 23 条、第 24 条

基本案情

王山于 2018 年 7 月 2 日进入万得信息技术股份有限公司（以下简称万得公司）工作，双方签订了期限为 2018 年 7 月 2 日至 2021 年 8 月 31 日的劳动合同，约定王山就职智能数据分析工作岗位，月基本工资 4500 元、岗位津贴 15500 元，合计 20000 元。

2019 年 7 月 23 日，王山、万得公司又签订《竞业限制协议》，对竞业行为、竞业限制期限、竞业限制补偿金等内容进行了约定。2020 年 7 月 27 日，王山填写《辞职申请表》，以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020 年 8 月 5 日，万得公司向王山发出《关于竞业限制的提醒

函》，载明“……您（即王山）从离职之日 2020 年 7 月 27 日起须承担竞业限制义务，不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金，请您在收到竞业限制补偿金的 10 日内，提供新单位签订的劳动合同及社保记录，若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务，请于 10 日内予以改正，继续违反竞业协议约定的，则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金，违约金标准为 20 万元以上，并应将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……”。

2020 年 10 月 12 日，万得公司向王山发出《法务函》，再次要求王山履行竞业限制义务。

另查明，万得公司的经营范围包括：计算机软硬件的开发、销售，计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。

王山于 2020 年 8 月 6 日加入上海哔哩哔哩科技有限公司（以下简称哔哩哔哩公司），按照营业执照记载，该公司经营范围包括：信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

王山、万得公司一致确认：王山竞业限制期限为 2020 年 7 月 28 日至 2022 年 7 月 27 日；万得公司已支付王山 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796.92 元。

2020 年 11 月 13 日，万得公司向上海市浦东新区劳动人事争议

仲裁委员会申请仲裁，要求王山：1. 按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务；2. 返还 2020 年 8 月、9 月支付的竞业限制补偿金 6796 元；3. 支付竞业限制违约金 200 万元。2021 年 2 月 25 日，仲裁委员会作出裁决：王山按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务，王山返还万得公司 2020 年 8 月、9 月支付的竞业限制补偿金 6796 元，王山支付万得公司竞业限制违约金 200 万元。王山不服仲裁裁决，诉至法院。

裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2021 年 6 月 29 日作出（2021）沪 0115 民初 35993 号民事判决：一、王山与万得公司继续履行竞业限制义务；二、王山于本判决生效之日起十日内返还万得公司 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元；三、王山于本判决生效之日起十日内支付万得公司违反竞业限制违约金 240000 元。王山不服一审判决，提起上诉。上海市第一中级人民法院于 2022 年 1 月 26 日作出（2021）沪 01 民终 12282 号民事判决：一、维持上海市浦东新区人民法院（2021）沪 0115 民初 35993 号民事判决第一项；二、撤销上海市浦东新区人民法院（2021）沪 0115 民初 35993 号民事判决第二项、第三项；三、上诉人王山无需向被上诉人万得公司返还 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元；四、上诉人王山无需向被上诉人万得公司支付违反竞业限制违约金 200 万元。

裁判理由

法院生效裁判认为：关于王山是否违反了竞业限制协议的问题。所谓竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者，于离职后在约定的期限内，不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及相关业务，不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利，从而抢占了原用人单位的市场份额，给原用人单位造成损失。所以考量劳动者是否违反竞业限制协议，最为核心的是应评判原用人单位与劳动者自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。

需要说明的是，正是因为竞业限制制度在保护用人单位权益的同时对劳动者的就业权利有一定的限制，所以在审查劳动者是否违反了竞业限制义务时，应当全面客观地审查劳动者自营或入职公司与原用人单位之间是否形成竞争关系。一方面考虑到实践中往往存在企业登记经营事项和实际经营事项不相一致的情形，另一方面考虑到经营范围登记类别是工商部门划分的大类，所以这种竞争关系的审查，不应拘泥于营业执照登记的营业范围，否则对劳动者抑或对用人单位都可能造成不公平。故在具体案件中，还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，以还原事实之真相，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。

本案中，万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服

务。而哔哩哔哩公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。对比两家公司的经营范围，确实存在一定的重合。但互联网企业往往在注册登记时，经营范围都包含了软硬件开发、技术咨询、技术转让、技术服务。若仅以此为据，显然会对互联网就业人员尤其是软件工程师再就业造成极大障碍，对社会人力资源造成极大的浪费，也有悖于竞业限制制度的立法本意。故在判断是否构成竞争关系时，还应当结合公司实际经营内容及受众等因素加以综合评判。

本案中，王山举证证明万得公司在其 Wind 金融手机终端上宣称 Wind 金融终端是数十万金融专业人士的选择、最佳的中国金融业生产工具和平台。而万得公司的官网亦介绍，“万得公司（下称 Wind）是中国大陆领先的金融数据、信息和软件服务企业，在国内金融信息服务行业处于领先地位，是众多证券公司、基金管理公司、保险公司、银行、投资公司、媒体等机构不可或缺的重要合作伙伴，在国际市场中，Wind 同样受到了众多中国证监会批准的合格境外机构投资者的青睐。此外，知名的金融学术研究机构 and 权威的监管机构同样是 Wind 的客户；权威的中英文媒体、研究报告、学术论文也经常引用 Wind 提供的数据……”由此可见，万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构。而反观哔哩哔哩公司，众所周知其主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络空间供用户上传视频、进行交流。其受众更广，尤其年轻人对其青睐有加。两者对比，不论是经营模式、对应市场还是受众，

都存在显著差别。即使普通百姓，也能轻易判断两者之差异。虽然哔哩哔哩公司还涉猎游戏、音乐、影视等领域，但尚无证据显示其与万得公司经营的金融信息服务存在重合之处。在此前提下，万得公司仅以双方所登记的经营范围存在重合即主张两家企业形成竞争关系，尚未完成其举证义务。且万得公司在竞业限制协议中所附录的重点限制企业均为金融信息行业，足以表明万得公司自己也认为其主要的竞争对手应为金融信息服务企业。故一审法院仅以万得公司与哔哩哔哩公司的经营范围存在重合，即认定王山入职哔哩哔哩公司违反了竞业限制协议的约定，继而判决王山返还竞业限制补偿金并支付违反竞业限制违约金，有欠妥当。

关于王山是否应当继续履行竞业限制协议的问题。王山与万得公司签订的竞业限制协议不存在违反法律法规强制性规定的内容，故该协议合法有效，对双方均有约束力。因协议中约定双方竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日，目前尚在竞业限制期限内。故一审法院判决双方继续履行竞业限制协议，并无不当。王山主张无需继续履行竞业限制协议，没有法律依据。需要强调的是，根据双方的竞业限制协议，王山应当按时向万得公司报备工作情况，以供万得公司判断其是否违反了竞业限制协议。本案即是因为王山不履行报备义务导致万得公司产生合理怀疑，进而产生了纠纷。王山在今后履行竞业限制协议时，应恪守约定义务，诚信履行协议。

（生效裁判审判人员：王茜、周寅、郑东和）

【风险提示】

1、用人单位对于需要签订竞业限制协议的人员，应当落实好相关协议的签署是否到位，如果该劳动者属于竞业限制的适用范围，最好在劳动合同签订时即对此作出约定。双方劳动关系解除或终止时，应再次审查该劳动者是否需要履行竞业限制协议以及竞业限制协议的约定是否符合法律法规的强制性规定。劳动者离职后，公司应当依照竞业限制协议的约定，按时支付竞业限制补偿金。

2、由于我国法律法规对于竞业限制适用人员（高管、高技和负有保密义务的人员）的内涵与外延如何，并没有很明确的定义，因此，用人单位应当在竞业限制协议中将该适用范围约定清楚，比如负有保密义务的人员，是一个比较笼统的概念，实践中裁审机关一般会以劳动者是否接触用人单位的商业秘密或保密信息来判断，因此，用人单位应该做好涉密文件的密级设置和具体管理工作，以明确劳动者接触的文件是否属于涉密文件。

3、劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者可以请求解除竞业限制约定，维护自身合法权益。

【扩展知识】

1、如果原用人单位因为疏忽，未与在竞业限制适用范围内的劳动者签订竞业限制协议，并且劳动者确实出现了利用从原用人单位获得的涉密文件或信息，为自己或其他与原用人单位存在竞争关系的单

位提供劳动，侵害了原用人单位合法权益的情形，原用人单位也可通过侵犯商业秘密或不正当竞争等事由，依法维权。

2、对于竞业限制补偿金的支付方式，北京一中院在 2023 年的 5 月份曾发布了涉股权激励类的典型案例，其中第四个案例中，用人单位与劳动者约定的竞业限制补偿金即为股权激励计划中的股票期权，该典型案例中，由于涉案的股权并不存在一个各方接受的交易价格，劳动者能否因行权而盈利、盈利能否达到法定的竞业限制补偿最低标准难以确定，并且该股票期权欠缺流动性，这些使得双方的约定相对于劳动合同法的强制性规定，对劳动者较为不利，因此不予支持用人单位以股票期权兑现经济补偿的做法。但同时，法院认为，竞业限制经济补偿的给付并没有严格限定在货币支付，以股票期权的形式兑现竞业限制补偿金并没有违反法律法规的强制性规定，当相关补偿给付方式的约定较之上述强制性规定对劳动者更为有利时，则没有必要否定其效力；如果该约定较之上述强制性规定显得对劳动者不利，且劳动者亦提出相关诉讼主张时，应当将相关竞业限制经济补偿的约定认定为无效。

问题二十五、参展商员工在离职后仍以原单位名义与会展服务商预订展位，并在展位上展销其他公司产品，参展商能否向该前员工主张经济损失赔偿？

答：该员工在离职后仍以原单位名义与会展服务商签订展位合同

和对外销售其他公司产品，其行为构成无权代理。

参展商可以在会展服务商或者其他相对人发出追认催告时明确表示拒绝追认或不予回应，上述明示及默示的拒绝追认行为一经作出，该员工的无权代理行为即与参展商无关。

如会展服务商及其他相对人有理由相信该员工有代理权而继续要求参展商履行约定，那么该员工的行为或构成表现代理，即从保护善意相对人的角度从而认定该员工的代理行为有效，参展商需要向会展服务商及其他相对人履行约定义务。在参展商在履行完毕上述约定过程中造成的经济损失，可以向无权代理人即该员工进行索赔。

【典型案例】一

上海市长宁区人民法院服务保障民营经济十大典型案例三：某物流有限公司诉某航空公司、第三人董某货运代理合同纠纷案

基本案情

第三人董某原系被告航空公司前员工，负责国际货物运输销售业务。在职期间，董某为方便其个人工作，自行制作了电子版的“国际货物托运书”模板。该格式版本中，托运人签字（签章）处有椭圆形用电脑制成的“上海某航空公司订舱专用章”，承运人签字处为“小董”。董某从某航空公司处离职后，继续利用任职期间获取的资源从事货运代理中介业务，且一直对外使用上述“国际货物托运书”模板。在自行承接业务期间，为获得老客户（某航空公司客户）及新合作伙

伴的信任，其始终以被告名义对外接洽，并隐瞒已离职的事实，要求上家将运费打入被告公司账户，下家将发票开具给被告公司。

2017年11月7日，董某委托某物流有限公司负责案涉货运代理业务，为完成上述货物运输，某物流有限公司预定了董某指定的航班，并支付运输费和地面代理操作费，后因董某拖欠上述费用，某物流有限公司起诉要求航空公司支付上述费用。

审理中，被告航空公司辩称，其从未使用过“上海某航空公司订舱专用章”对外开展相关业务，也从未委托董某代理其承运涉讼相关货物，故其与某物流有限公司间不存在货运代理合同关系，其非本案适格的诉讼主体。

法院认为，涉讼货物运输代理费的支付主体应为某航空公司，理由如下：1. 董某在与某物流有限公司的三次合作中，刻意隐瞒已离职的事实，均以某航空公司的名义对外委托，且使用了其在某航空公司任职期间就惯常使用的国际货物托运书模板。虽该托运书上的订舱专用章非红章，但结合货运代理行业普遍存在的电子交易习惯，不能仅以未加盖红章而否认委托关系的真实存在。2. 结合本案各方举证及陈述可见，某航空公司对于董某以其名义对外从事货运业务持放任的态度，存在明显过错。如董某及某航空公司员工肖某到庭所述，董某以某航空公司名义合作的客户远不止某物流有限公司，还有其他人，包括原属于某航空公司的客户。某航空公司在发现一定数量不明来历的款项入账和发票往来后并未予积极核实，而是消极的认为系离职多年的董某在任职期间发生的业务所遗留的款项。此后，即使在明知系董

某以其名义对外开展业务，仍未及时主动向合作方说明澄清，相反，还配合董某收票收款，再将上家款项打给下家，进而导致涉讼业务发生。3. 董某当庭确认，其在与万实达物流有限公司合作时刻意隐瞒了已从某航空公司处离职的事实，且以某航空公司名义进行委托。董某此等行为加上此前已有两单业务系以同样形式委托，在某物流有限公司按要求开票给某航空公司后也如期收到了某航空公司账户的付款，故某物流有限公司对委托人系某航空公司已形成合理信赖。4. 在法院给予某航空公司、董某充分的举证期间的情况下，其均未能举证证明某物流有限公司在接受涉讼这单委托事务时主观上存在明知或应知董某系无权代理的恶意或过失。据此，本院认为，本案中，董某行为构成表见代理，代理行为有效，应由某航空公司向某物流有限公司支付完成相应委托事务的款项。

案例启示

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号）第二十八条规定，构成表现代理应当符合两个要件：（一）存在代理权的外观；（二）相对人不知道行为人行为时没有代理权，且无过失。并且，当相对人和被代理人就是否构成表见代理发生争议的，相对人应当就无权代理符合“存在代理权的外观”这一要件承担举证责任；而被代理人应当就相对人不符合“不知道行为人行为时没有代理权，且无过失”这一要件承担举证责任。

行为人在离职前系用人单位的业务负责人，负责相关业务的接洽，故意隐瞒离职事实，在业务离职后仍然以用人单位名义且沿用用人单位惯用合同范本与相对人进行业务往来，对于行为人无代理权的事实并不掌握。而用人单位在行为人离职后，在与相对人无业务往来情况下，接受其开具的发票，收取其汇入款项，给相对人提供了相当的信赖基础，因此行为人已构成表现代理，用人单位需对此负责。

【典型案例】二

北京知识产权法院 2023 年侵犯商业秘密十大典型案例

案例九：

“冒名顶替”原单位关联公司侵犯商业秘密纠纷案

案情简介

解某原系某科技有限公司(简称某科技公司)员工,负责推广“大众点评”产品。2018 年 4 月,解某告知某科技公司“大众点评”计划停止对其产品的相关推广,某科技公司与“大众点评”停止合作。2018 年 6 月,解某向某科技公司提出离职。后某科技公司发现,某科技(北京)有限公司[简称某科技(北京)公司]的法定代表人陈某与解某系朋友关系,某科技(北京)公司实际由解某和陈某共同经营。2018 年 4 月之后,解某将某科技(北京)公司作为某科技公司的关联公司继续就“大众点评”项目订立合同,推广“大众点评”产品。某科技公司认为解某、某科技(北京)公司披露和使用某科技公司的特定客户信息,侵犯其商业秘密,故诉至法院请求判令解某、某科技

（北京）公司停止侵犯商业秘密，消除影响，并赔偿经济损失 637 万元及合理开支 5 万元。

一审法院经审理认为，解某在任职期间将某科技公司的商业秘密向某科技（北京）公司进行披露，并与某科技（北京）公司共同使用，某科技（北京）公司明知解某的身份，仍在其任职于某科技公司时即开始使用其披露的商业秘密，二者共同侵犯了某科技公司的商业秘密，故判令解某、某科技（北京）公司停止侵犯商业秘密行为，消除影响，连带赔偿某科技公司经济损失 350 万元及合理开支 5 万元。

解某不服一审判决，向北京知识产权法院提起上诉。二审法院判决驳回上诉，维持原判。

裁判要旨

某科技公司主张的合同内容、客户“大众点评”平台的对接联系人和合作联系渠道等“大众点评”平台的客户信息属于商业秘密。某科技（北京）公司与“大众点评”平台就手机客户端应用推广进行合作系基于其通过解某知悉并使用了某科技公司与“大众点评”平台进行合作的信息。某科技（北京）公司作为主动签约的主体，将解某作为入库登记的联系人，并在名称后冠以“心果”字号进行合同审批，其不可能不知晓解某的身份，亦不可能不知晓所使用的经营信息是某科技公司的商业秘密。解某作为离职员工，利用所掌握的签约信息和渠道，将本以某科技公司名义订立的合同签约主体偷换成竞争对手某科技（北京）公司，并欺骗某科技公司合作已经终止，造成某科技公司利益损失，构成侵犯某科技公司商业秘密的行为。

【风险提示】

1、用人单位在业务人员离职后，应当及时向有关客户告知或向公众公示离职员工情况或声明其没有权限继续处理本单位事务，减少可能出现的表见代理行为，对于前员工引荐或者介绍、挂靠业务，应当慎重处理，不应轻易提供业务“通道”。

2、在处理表见代理案件的时候，用人单位需重点审查前员工与相对人是否恶意串通。如经查明构成恶意串通，根据相对人的主观心态和情节轻重，结合用人单位造成的经济损失，或可考虑刑事控告追讨用人单位由此造成的损失。

问题二十六、会展活动中，会展服务商聘请商演人员进行表演为参展吸引人气，在活动中发生人员伤亡，是否应认定为工伤？

答：需视具体情况而定。

商演可能会根据商演活动，具有不同时间长短、商演要求各异等不同情形。本案例中，需要核实会展服务商与商演人员合作的具体模式。如果合作模式中，明显的人身属性或者商演人员收会展服务商的制度约束（包括但不限于可能受到相应的制度惩处、与正式员工相似的薪酬计算原则、固定的考勤出勤等），那么，双方可能会涉及存在劳动关系（如“以完成一定工作任务为期限的劳动合同”“非全日制

劳动合同”都有可能)。此时发生的伤亡，适用劳动关系下的工伤原则。

若双方的约定，仅仅以工作成果作为核心的服务内容且没有明显的人身属性或制度约束，那双方的合作将在民事法律范畴中予以规范，而并非属于劳动关系。值得提醒会展服务商的是，根据《营业性演出管理条例》《营业性演出管理条例实施细则》对于“营业性演出规范”有关规定，自行举办营业性演出或参加营业性组台演出的，应该由依法登记的文艺表演团体、向文化和旅游部门申请备案的个体演员参与，否则，有相应行政处罚。有鉴于此，有部分法律人士认为相应营业性演出活动是需要持证参加的。对于会展服务商违反规定而寻求没有相应资质的组织（且没有用人主体资格）或个人参加营业性演出，涉嫌违法外包或分包的行为。一旦认定违法外包或分包，在商演人员因商演活动而伤亡的，由该具备用工主体资格的会展服务商将承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。若最后无法认定违法外包或者分包的，会展服务商及商演人员应该按民事人身损害原则，根据伤亡事件中的各方过错划分责任以及确定赔偿比例。

【风险提示】

1、建议会展服务商寻求商演人员时，可以考虑直接与有演出资质的公司订立商业合同，由其派驻相应商演人员。

2、若自行寻求初步审查有关商演人员的身份以及是否存在其他劳动合同，尽可能把关有关人员。同时，完善商演合同并明确约定有

关商演性质（声明不存在劳动关系），避免相应人身属性以及制度约束的条款。同时，建议购置相应活动的商业保险，以降低伤亡赔付风险。

附录 相关法律条文

《宪法》

第五十三条 中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

《中华人民共和国民法典》

第一百四十条 行为人可以明示或者默示作出意思表示。

沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

第一千零三十四条 自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信

息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

第一千零三十五条 处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

（一）征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；

（二）公开处理信息的规则；

（三）明示处理信息的目的、方式和范围；

（四）不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

第一千一百七十九条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿辅助器具费和残疾赔偿金；造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

第一千一百九十一条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害

的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的责任。

第一千一百九十八条 宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。

《中华人民共和国劳动法》

第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

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。

第二十五条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；

（四）被依法追究刑事责任的。

《中华人民共和国劳动合同法》

第三条 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。

第四条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。

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等协商确定。

在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。

用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

第十条 建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

第十二条 劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

第二十六条 下列劳动合同无效或者部分无效：

（一）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的；

（二）用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

（三）违反法律、行政法规强制性规定的。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

第二十八条 劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

第三十五条 用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。

变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

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：

（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；

（二）严重违反用人单位的规章制度的；

（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（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；

（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；

（六）被依法追究刑事责任的。

第四十条 有下列情形之一的，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：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）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；

（三）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。

第四十八条 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。

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，

自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

第八十六条 劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效，给对方造成损害的，有过错的一方应当承担赔偿责任。

第八十七条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

第九十四条 个人承包经营违反规定招用劳动者，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责任。

《中华人民共和国社会保险法》

第二条 国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。

第四条 中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费，有权查询缴费记录、个人权益记录，要求社会保险经办机构提供社会保险咨询等相关服务。

个人依法享受社会保险待遇，有权监督本单位为其缴费情况。

第十条 职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴

纳基本养老保险费。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。

公务员和参照公务员法管理的工作人员养老保险的办法由国务院规定。

第十二条 用人单位应当按照国家规定的本单位职工工资总额的比例缴纳基本养老保险费，记入基本养老保险统筹基金。

职工应当按照国家规定的本人工资的比例缴纳基本养老保险费，记入个人账户。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员参加基本养老保险的，应当按照国家规定缴纳基本养老保险费，分别记入基本养老保险统筹基金和个人账户。

第二十三条 职工应当参加职工基本医疗保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳基本医疗保险费。

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加职工基本医疗保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加职工基本医疗保险，由个人按照国家规定缴纳基本医疗保险费。

第三十三条 职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。

第三十五条 用人单位应当按照本单位职工工资总额，根据社会

保险经办机构确定的费率缴纳工伤保险费。

第四十四条 职工应当参加失业保险，由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳失业保险费。

第五十三条 职工应当参加生育保险，由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。

第八十六条 用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

《中华人民共和国个人信息保护法》

第六条 处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。

收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。

第十三条 符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息：

（一）取得个人的同意；

（二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；

（三）为履行法定职责或者法定义务所必需；

（四）为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；

（五）为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；

（六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；

（七）法律、行政法规规定的其他情形。

依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。

《中华人民共和国公司法》

第十三条 公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。

第三十七条 股东会行使下列职权：

- （一）决定公司的经营方针和投资计划；
- （二）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- （三）审议批准董事会的报告；
- （四）审议批准监事会或者监事的报告；
- （五）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；
- （六）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

- (七) 对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- (八) 对发行公司债券作出决议；
- (九) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；
- (十) 修改公司章程；
- (十一) 公司章程规定的其他职权。

对前款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

第四十六条 董事会对股东会负责，行使下列职权：

- (一) 召集股东会会议，并向股东会报告工作；
- (二) 执行股东会的决议；
- (三) 决定公司的经营计划和投资方案；
- (四) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案；
- (五) 制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (六) 制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；
- (七) 制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- (八) 决定公司内部管理机构的设置；
- (九) 决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；
- (十) 制定公司的基本管理制度；
- (十一) 公司章程规定的其他职权。

第五十条 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设

一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。

第一百四十八条 董事、高级管理人员不得有下列行为：

- （一）挪用公司资金；
- （二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；
- （三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；
- （四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；
- （五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；
- （六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；
- （七）擅自披露公司秘密；
- （八）违反对公司忠实义务的其他行为。

董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

第二百一十六条 本法下列用语的含义：

- （一）高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。
- （二）控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其

出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

（三）实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

《中华人民共和国就业促进法》

第八条 用人单位依法享有自主用人的权利。

用人单位应当依照本法以及其他法律、法规的规定，保障劳动者的合法权益。

《中华人民共和国旅游法》

第三十八条 旅行社应当与其聘用的导游依法订立劳动合同，支付劳动报酬，缴纳社会保险费用。

旅行社临时聘用导游为旅游者提供服务的，应当全额向导游支付本法第六十条第三款规定的导游服务费用。

旅行社安排导游为团队旅游提供服务的，不得要求导游垫付或者向导游收取任何费用。

第三十九条 从事领队业务，应当取得导游证，具有相应的学历、

语言能力和旅游从业经历，并与委派其从事领队业务的取得出境旅游业务经营许可的旅行社订立劳动合同。

《中华人民共和国反不正当竞争法》

第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；

（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；

（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；

（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；

（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关

保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。

经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。

经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。

《中华人民共和国刑法》

第二百八十条【伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪】
伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金。

第二百二十四条【合同诈骗罪】有下列情形之一的，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

- （一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；
- （二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；
- （三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；
- （四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；
- （五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

《住房公积金管理条例》

第十五条 单位录用职工的，应当自录用之日起 30 日内向住房公积金管理中心办理缴存登记，并办理职工住房公积金账户的设立或

者转移手续。

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日内向住房公积金管理中心办理变更登记，并办理职工住房公积金账户转移或者封存手续。

《工伤保险条例》

第一条 为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，制定本条例。

第二条 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和有雇工的个体工商户（以下称用人单位）应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工（以下称职工）缴纳工伤保险费。

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，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。

第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- （一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- （二）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；
- （三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；

（四）患职业病的；

（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；

（六）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；

（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十六条 职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

（一）故意犯罪的；

（二）醉酒或者吸毒的；

（三）自残或者自杀的。

第十九条 社会保险行政部门受理工伤认定申请后，根据审核需要可以对事故伤害进行调查核实，用人单位、职工、工会组织、医疗机构以及有关部门应当予以协助。职业病诊断和诊断争议的鉴定，依照职业病防治法的有关规定执行。对依法取得职业病诊断证明书或者职业病诊断鉴定书的，社会保险行政部门不再进行调查核实。

职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。

第四十一条 职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的，从工伤保险基金中先行支付。

从工伤保险基金中先行支付的工伤保险待遇应当由用人单位偿还。用人单位不偿还的，社会保险经办机构可以依照本法第六十三条的规定追偿。

第四十三条 用人单位分立、合并、转让的，承继单位应当承担原用人单位的工伤保险责任；原用人单位已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记。

用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。

职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇费用。

第六十二条 用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加的，由社会保险行政部门责令限期参加，补缴应当缴纳的工伤保险费，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，处欠缴数额1倍以上3倍以下的罚款。

依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例的规定支付新发生的费用。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第五条 自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

第六条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。前款规定的用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。

第七条 用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

《工资支付暂行规定》

第十六条 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。

《导游人员管理条例》

第十二条 导游人员进行导游活动时，应当遵守职业道德，着装整洁，礼貌待人，尊重旅游者的宗教信仰、民族风俗和生活习惯。

《旅行社条例》

第三十一条 旅行社为接待旅游者委派的导游人员，应当持有国家规定的导游证。

取得出境旅游业务经营许可的旅行社为组织旅游者出境旅游委派的领队，应当取得导游证，具有相应的学历、语言能力和旅游从业经历，并与委派其从事领队业务的旅行社订立劳动合同。旅行社应当将本单位领队名单报所在地设区的市级旅游行政管理部门备案。

第五十七条 违反本条例的规定，旅行社委派的导游人员未持有国家规定的导游证或者委派的领队人员不具备规定的领队条件的，由旅游行政管理部门责令改正，对旅行社处 2 万元以上 10 万元以下的罚款。

《旅行社条例实施细则》

第三十一条 旅行社为组织旅游者出境旅游委派的领队，应当具备下列条件：

- (一) 取得导游证;
- (二) 具有大专以上学历;
- (三) 取得相关语言水平测试等级证书或通过外语语种导游资格考试, 但为赴港澳台地区旅游委派的领队除外;
- (四) 具有两年以上旅行社业务经营、管理或者导游等相关从业经历;
- (五) 与委派其从事领队业务的取得出境旅游业务经营许可的旅行社订立劳动合同。

赴台旅游领队还应当符合《大陆居民赴台湾地区旅游管理办法》规定的要求。

第四十一条 旅游行程开始前, 当发生约定的解除旅游合同的情形时, 经征得旅游者的同意, 旅行社可以将旅游者推荐给其他旅行社组织、接待, 并由旅游者与被推荐的旅行社签订旅游合同。

未经旅游者同意的, 旅行社不得将旅游者转交给其他旅行社组织、接待。

《营业性演出管理条例》

第六条 文艺表演团体申请从事营业性演出活动, 应当有与其业务相适应的专职演员和器材设备, 并向县级人民政府文化主管部门提出申请; 演出经纪机构申请从事营业性演出经营活动, 应当有 3 名以上专职演出经纪人员和与其业务相适应的资金, 并向省、自治区、直辖市人民政府文化主管部门提出申请。文化主管部门应当自受理申请

之日起 20 日内作出决定。批准的，颁发营业性演出许可证；不批准的，应当书面通知申请人并说明理由。

第九条 以从事营业性演出为职业的个体演员(以下简称个体演员)和以从事营业性演出的居间、代理活动为职业的个体演出经纪人(以下简称个体演出经纪人)，应当依法到工商行政管理部门办理注册登记，领取营业执照。

个体演员、个体演出经纪人应当自领取营业执照之日起 20 日内向所在地县级人民政府文化主管部门备案。

《导游管理办法》

第七条 取得导游人员资格证，并与旅行社订立劳动合同或者在旅游行业组织注册的人员，可以通过全国旅游监管服务信息系统向所在地旅游主管部门申请取得导游证。

导游证采用电子证件形式，由国家旅游局制定格式标准，由各级旅游主管部门通过全国旅游监管服务信息系统实施管理。电子导游证以电子数据形式保存于导游个人移动电话等移动终端设备中。

第二十三条 导游在执业过程中不得有下列行为：

以殴打、弃置、限制活动自由、恐吓、侮辱、咒骂等方式，强迫或者变相强迫旅游者参加购物活动、另行付费等消费项目；

《营业性演出管理条例实施细则》

第二条《条例》所称营业性演出是指以营利为目的、通过下列方

式为公众举办的现场文艺表演活动：

- （一）售票或者接受赞助的；
- （二）支付演出单位或者个人报酬的；
- （三）以演出为媒介进行广告宣传或者产品促销的；
- （四）以其他营利方式组织演出的。

《企业职工基本养老保险遗属待遇暂行办法》

第二条 参加企业职工基本养老保险的人员（包括在职人员和退休人员，以下简称参保人员）因病或非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金（合称遗属待遇）。

第四条 丧葬补助金的标准，按照参保人员死亡时本省（自治区、直辖市，以下简称本省）上一年度城镇居民月人均可支配收入的 2 倍计算。

第五条 抚恤金标准按以下办法确定：

（一）在职人员（含灵活就业等以个人身份参保人员），以死亡时本省上一年度城镇居民月人均可支配收入为基数，根据本人的缴费年限（包括实际缴费年限和视同缴费年限，下同）确定发放月数。

缴费年限不满 5 年的，发放月数为 3 个月；

缴费年限满 5 年不满 10 年的，发放月数为 6 个月；

缴费年限满 10 年不超过 15 年（含 15 年）的，发放月数为 9 个月；

缴费年限 15 年以上的，每多缴费 1 年，发放月数增加 1 个月。

缴费年限 30 年以上的，按照 30 年计算，发放月数最高为 24 个月。

（二）退休人员（含退职人员），以死亡时本省上一年度城镇居民月人均可支配收入为基数，根据本人在职时的缴费年限确定最高发放月数（计算方法与在职人员相同），每领取 1 年基本养老金减少 1 个月，发放月数最低为 9 个月。

本条所述缴费年限和领取基本养老金时间计算到月。

第六条 参保人员因病或非因工死亡，累计缴费年限不足 5 年的，其遗属待遇标准不得超过其个人缴费之和（灵活就业等以个人身份参保人员以记入个人账户部分计算）。

第七条 在职参保人员死亡的遗属待遇领取地为其最后养老保险关系所在地（含临时基本养老保险缴费账户所在地），由最后养老保险关系所在地社会保险经办机构负责核定参保人员缴费年限等相关信息，并支付遗属待遇。退休人员死亡的遗属待遇领取地为其企业职工基本养老保险待遇领取地。

《关于规范社会保险缴费基数有关问题的通知》

五、关于统一缴费基数问题

（一）参保单位缴纳基本养老保险费的基数可以为职工工资总额，也可以为本单位职工个人缴费工资总额基数之和，但在全省市区范围内应统一为一种核定办法。

单位职工本人缴纳基本养老保险费的基数原则上以上一年度本人月平均工资为基础，在当地职工平均工资的 60%——300%的范围内

进行核定。特殊情况下个人缴费基数确定，按原劳动部办公厅关于印发《职工基本养老保险个人账户管理暂行办法》的通知（劳办发〔1997〕116号）的有关规定核定。以个人身份参保缴费基数的核定，根据各地贯彻《国务院关于完善职工基本养老保险制度的决定》（国发〔2005〕38号）的有关规定核定。

《人力资源社会保障部对十三届全国人大二次会议第4972号建议的答复》

一、关于降低社会保险费率问题

党中央、国务院高度重视降低社会保险费率，减轻企业缴费负担工作。习近平总书记2018年11月1日在民营企业座谈会上提出明确要求，中央经济工作会议进一步部署实施更大规模减税降费。李克强总理在今年《政府工作报告》中提出具体政策要求。为贯彻落实党中央、国务院决策部署，人力资源社会保障部会同财政部、税务总局、医保局等有关部门，研究提出了降低社会保险费率综合方案，于2019年4月1日由国务院办公厅正式印发。《方案》中减轻企业社会保险缴费负担的措施有三项：一是继续阶段性降低失业保险、工伤保险费率。现行阶段性降费政策再延长执行一年。二是降低养老保险单位费率。从2019年5月1日起，城镇职工基本养老保险单位费率高于16%的省份可降至16%。目前，全国29个省（自治区、直辖市）及新疆生产建设兵团均降至16%，浙江、广东继续按现行较低费率执行，全年可减轻缴费负担1900多亿元（其中1-4月为实施阶段性降低养老

保险费率政策)。再加上阶段性降低工伤、失业保险费率,全年共减轻企业负担近 3000 亿元。三是调整社保缴费基数政策。将职工缴费基数的确定依据由非私营单位在岗职工平均工资调整为包括城镇私营单位的全口径平均工资,这样能够更合理反映参保人员实际平均工资水平,以此来核定缴费基数上下限,将相应减轻低收入职工和部分企业的缴费负担,劳动密集型企业和小微企业能更多受益。

《关于确立劳动关系有关事项的通知》

一、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。

二、用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:

(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;

(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;

(三)劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录;

(四) 考勤记录;

(五) 其他劳动者的证言等。

其中, (一)、(三)、(四) 项的有关凭证由用人单位负举证责任。

《人力资源社会保障部关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见》

七、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。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释

(一)》

第三十六条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制, 但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿, 劳动者履行了竞业限制义务, 要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30% 按月支付经济补偿的, 人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的 30% 低于劳动合同履行地最低工资标准的, 按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

第三十七条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿, 当事人解除劳动合同时, 除另有约定外, 用人单位要求劳动者履行竞业限制义务, 或者劳动者履行了竞业限制义务后要求

用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

第三十八条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

第四十四条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

人社部、最高院于 2022 年发布的《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》

（人社部发〔2022〕9 号）

第十九条 用人单位因劳动者违反诚信原则，提供虚假学历证书、个人履历等与订立劳动合同直接相关的基本情况构成欺诈解除劳动合同，劳动者主张解除劳动合同经济补偿或者赔偿金的，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院不予支持。

《文化和旅游部办公厅关于进一步规范旅游市场秩序的通知》（文旅发电〔2023〕119 号）

二、突出重点，严厉打击干扰市场秩序的违法违规行为

（五）妥善处理涉旅纠纷舆情

各地要加强舆论风险研判，针对游客和社会反映强烈的导游辱骂

游客、欺诈强迫购物乃至中途甩团等问题，依法依规从严从快处理，强化舆论正向引导。要建立舆情监测和迅速响应机制，畅通举报投诉渠道，提升处理效率。对处理不及时、引发舆情关注或群体事件行为的，要严肃追究责任。

《广东省工伤保险条例》

第四十条 用人单位实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。

用人单位实行承包经营，使用劳动者的承包方不具备用人单位资格的，由具备用人单位资格的发包方承担工伤保险责任。

非法承包建筑工程发生工伤事故，劳动者的工伤待遇应当由分包方或者承包方承担，分包方或者承包方承担工伤保险责任后有权向发包方追偿。

职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。

《广东省工资支付条例》

第十五条 因劳动者过错造成用人单位直接经济损失，依法应当承担赔偿责任的，用人单位可以从其工资中扣除赔偿费，但应当提前书面告知扣除原因及数额；未书面告知的不得扣除。扣除赔偿费后的月工资余额不得低于当地最低工资标准。

江苏省实施《工伤保险条例》办法

第三十六条 具备用工主体资格的用人单位将工程或者经营权发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发生事故伤害，劳动者提出工伤认定申请的，由具备用工主体资格的发包方承担用人单位依法应当承担的工伤保险责任，社会保险行政部门可以将具备用工主体资格的发包方作为用人单位按照规定作出工伤认定决定。

广东省高级人民法院印发《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》的通知

（粤高法〔2017〕147号，已废止，但实践中仍有参考价值）

5. 因劳动者过错造成用人单位损失，用人单位能否在劳动合同解除后要求劳动者承担赔偿责任

劳动者在劳动关系存续期间因故意或重大过失造成用人单位直接经济损失，用人单位在双方劳动合同解除后要求劳动者一次性赔偿的，予以支持。劳动者应承担赔偿数额根据劳动者的过错程度等具体情况酌情确定，且不得把属于用人单位应承担的经营风险扩大由劳动者承担。

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关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》的通知

（浙高法民一〔2019〕1号）

五、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。

广州市劳动人事争议仲裁院与广州市中级人民法院关于审理劳动人事争议案件若干问题的研讨会纪要

2014年5月26日

5、用人单位无故拖欠、克扣劳动者工资的违法行为发生于劳动者申请仲裁一年前，至劳动者申请仲裁时用人单位尚未纠正，如劳动者据此主张解除劳动合同，并要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿金的，应予支持。

如果用人单位在劳动者申请仲裁前补发了未及时支付给劳动者的劳动报酬，即已经纠正其上述违法行为，劳动者再以用人单位曾经违法为由主张解除劳动合同并要求支付解除劳动合同经济补偿金的，不予支持。

《广州市劳动人事争议仲裁委员会 广州市中级人民法院关于劳动人

事争议仲裁与诉讼衔接若干问题的意见综述》

穗劳人仲委〔2019〕5号

5. 用人单位将学历、工作经历等明确列为入职条件，劳动者在入职时故意编造、伪造其学历、工作经历等条件，用人单位主张劳动合同无效的，应予支持，但用人单位在合理期限内未就劳动者的工作表现提出异议的除外。

《广东省人力资源和社会保障厅关于做好企业转型升级过程中劳资纠纷预防处理工作的意见》

（三）关于劳动合同继续履行问题。根据《劳动合同法》第三十三条的规定，企业变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人（股东）等事项，不影响劳动合同的履行。根据《劳动合同法》第三十四条的规定，企业发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的企业继续履行。

“三来一补”企业转型登记为企业法人后，劳动合同由承继权利义务的新企业继续履行。

企业在本市行政区域内搬迁，职工上下班可乘坐本市公共交通工具，或企业提供交通补贴、免费交通工具接送等便利条件，对职工生活未造成明显影响的，劳动合同继续履行。

原劳动合同继续履行的，企业不需支付经济补偿。企业与职工应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务，企业不得擅自降低职工薪酬待遇；职工的本企业工作年限连续计算，双方可在劳动合同或

以其他书面形式注明职工在本企业的工作年限。

（执笔人：耿洁媛、陈淮、谢伟坤、刘宇峰、谢芳、黎永娟、郭文萃、毛楚龙，审定：蔡飞、杨秀宏、范林军）