

员工不上班 单位不发钱

7年“两不找” 劳动关系是否存在?

案情回顾

1997年9月2日，赵某入职北京一家饭店担任保洁员。2009年12月因装修，饭店通知赵某待岗并按照《北京市工资支付规定》第二十七条的标准，向其支付了2010年1月至2011年9月期间的待岗生活费。

赵某主张，2011年10月以后，其仍处于待岗状态，饭店未再向其支付生活费。2019年1月即7年之后，赵某提起仲裁申请，要求确认2011年10月至2018年12月期间与饭店存在劳动关系。

仲裁委开庭审理本案时，饭店辩称，2011年10月饭店已经以赵某旷工为由与其解除了劳动关系，所以，未再支付此后的生活费。赵某则主张对此并不知情。饭店称其未对赵某作出书面的解除处理决定，也未向其本人告知该决定。

庭审中，赵某称，其迫于生计在2012年4月至2015年6月期间到另外一家公司工作，该公司向他支付了上述期间的劳动报酬，并为他缴纳了该期间的社会保险。

争议焦点

本案的争议焦点为赵某与饭店的劳动关系是否仍然存续。对于该问题，有以下两种不同的观点：

观点一认为，饭店虽称2011年10月以旷工为由与赵某解除了劳动关系，但其并未作出书面处理决定，也未向赵某告知该决定，且赵某当庭表示对此处理并不知晓。据此，饭店的解除劳动关系决定没有生效，双方之间的劳动关系在2011年10月时没有解除。

对于赵某所说的其在2012年4月至2015年6月期间到另一家公

司工作的情形，根据《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(三)》第八条的规定，赵某作为待岗人员，在待岗期间可以与新用人单位建立双重劳动关系。因此，赵某在公司工作的行为，不等同于与饭店解除了劳动关系。也就是说，赵某仍是饭店的待岗职工。

由此，可以确认2011年10月至2018年12月期间，赵某与饭店存在劳动关系。

观点二认为，饭店虽主张2011年10月已与赵某解除劳动关系，但该单位并未就此作出书面的处理决定，也未向赵某本人告知该决定，该解除行为未发生法律效力，双方劳动关系此时仍然存续。考虑到2011年10月以后，赵某没有给饭店提供过任何劳动，饭店也没有向赵某发放过任何工资及福利待遇，且双方均未联系过对方，二者之间形成了“长期两不找”的事实，双方之间的劳动关系处于中止履行状态。

在上述情形下，赵某当庭自述2012年4月以后已为其他公司提供劳动，据此可以认定其与饭店的劳动关系存续至2012年3月31日。现在，赵某要求确认2012年4月1日至2018年12月期间与饭店存在劳动关系，该请求没有依据，应当不予支持。

裁判结果

仲裁委审理后，确认2011年10月至2012年3月期间，赵某与饭店存在劳动关系。对于赵某要求确认2012年4月至2018年12月期间与饭店存在劳动关系的请求不予支持。

案例评析

上述两个观点中，对于2011

年10月饭店与赵某解除劳动关系的行为没有发生法律效力这一事实，应当予以确认且没有什么异议。但是，对于2012年4月以后双方劳动关系是否依然存续，裁决后赵某还有一定的异议。在其弄清作出该裁决背后的法律依据后就接受了。

本案之所以采纳第二种观点，理由有三：

首先，著名法学家史尚宽先生在其著作中对于劳动关系曾作出过这样的论述，即“以劳动给付为目的之受雇人与雇佣人间之关系”，此关系“于债的经济的要素之外，实含有身份的社会的要素”。该论断强调了劳动关系中包含的资本与特定劳动力的交换关系以及基于身份要素产生的管理与被管理的关系。

从现行法律法规看，《劳动合同法》第十条规定“劳动关系自用工之日起建立”、原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条也将“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”列为认定劳动关系是否建立的一个重要标准。

据此，可以得出劳动者提供劳动，用人单位支付对价得到对劳动力管理、支配、使用的权利，这是构成劳动关系的基本特征。结合本案，2011年10月起，饭店停发赵某的待岗生活费。赵某知晓此情况后未在合理期限内向该饭店询问原因，也未有任何希望到岗上班的意思表示。饭店作为用人单位亦未联系赵某。透过这种放任行为，可以推定双方当事人此时的意愿并非希望继续履行劳动关系。当构成劳动关系核心要素的“劳动过程管理”长期无法实现时，赵某与饭店之间的劳动关系实质上已经结束。

考虑到劳动关系的解除需要双方当事人的意思表示，而赵某与饭店均没有向对方作出过上述表示，此种情形不能径直认定双方的劳动关系已经自行解除，只能将其界定为一种劳动关系的中止履行状态。

其次，在劳动关系中止履行状态下，双方当事人随时可以作出处分自己权利的行为，继而导致劳动关系所处状态发生变化。根据赵某当庭陈述，其在饭店长期停发生活费的情况下，选择自2012年4月起到另一家公司工作，为该公司付出劳动并获得相应的报酬。赵某的这种行为实际上是对自己权利的处分，可以推定为其已经放弃与饭店恢复履行劳动关系。现赵某在离开公司3年零6个月后又要求与饭店确认此前的劳动关系，既缺乏事实法律依据，也有违诚实信用原则。

最后，从裁判后续影响角度考虑，赵某与饭店的劳动关系长期没有实际履行，如果不认定解除势必导致双方当事人需要对搁置多年的劳动关系进行处分，但此时无论是劳动者自身状况还是用人单位的岗位设置，较2010年时均会发生一定的变化，恢复履行劳动关系的可能性很小，协商解除劳动关系亦不容易。由此，可以预见赵某与饭店极有可能产生争议，继而引起新的仲裁和诉讼。因此，认定双方劳动关系截止于2012年3月较为稳妥。

综上，确认2011年10月至2012年3月期间赵某与饭店存在劳动关系，对赵某要求确认2012年4月至2018年12月期间与饭店存在劳动关系的请求不予支持，既合法又合情理。

(詹璐璐 东城区劳动人事争议仲裁院)

编辑同志：

为了牟利，我弟弟在违章被扣分司机与没有被扣分司机之间做起了“中间商”：让没有被扣分或被扣分不满12分者，“卖分”给在一个计分周期内、累计违章扣分达到12分及其以上的司机，使其逃避公安机关交通管理部门的处罚，自己从中赚取介绍费。

我弟弟前后共提供过27次服务，获取中介费6万余元。不料，近日我弟弟被法院判处有期徒刑并处罚金。

请问：这是为什么？

读者：付海珍

付海珍读者：

你弟弟已构成非法经营罪。

《刑法》第二百二十五条规定：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：
 (一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；
 (二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；
 (三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；
 (四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”

这就是说，只要有上述规定所列四类行为之一，便构成非法经营罪。而你弟弟的行为恰恰与第(四)项吻合：

一方面，你弟弟通过介绍“卖分”、“买分”，从中收取“介绍费”，是一种以营利为目的的经营行为。

另一方面，你弟弟将不能进入市场流通的交通违章罚分，作为一种商品交易，让未违章扣分者或者扣分不满12分者获取不当利益，让道路交通事故人员逃避应有处罚，明显属于违反法律和行政法规的禁止性规定、扰乱市场管理秩序。

再者，你弟弟的行为当属“情节严重”。

此外，公安部、最高人民检察院《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第七十条规定：“从事其他非法经营活动，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：1、个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在一万元以上的……”

本案中，你弟弟促成交易27次、违法所得数额达6万余元，依据该规定，当属罪责难逃。

为牟利私下买卖驾照分

中间商构成非法经营罪

父母“失信” 三类情形连累子女

父母与子女各有各的权利义务。一般来说，父母做的事由父母承担责任，不会累及子女。但是，也有例外。以下3个案例，从不同角度反映出这样一个事实：诚信社会背景下，父母如果“失信”至少有三类情形会连累子女。

【案例1】

**父亲欠贷不还
子女不能高消费**

2015年3月，刘先生因扩大经营向银行办理了期限为1年的50万元贷款。到期后，他因经营不善未能如约偿还，只好再次以新还旧方式办理贷款。2017年3月新贷款又到期了，他只偿还了利息及部分本金，余款50万元及2017年3月之后的利息一直未能偿还。本案经银行起诉进入执行环节后，刘先生依旧未予偿还。2018年6月，他被列入失信被执行人名单。后来，执行法官查实刘先生的女儿于同年9月进入一所年学费达7万元的私立学校就读，随即向该学校发出告知函，阐明刘先生欠贷不还、其子女禁止就读高收费私立学校的规定，要求为其女儿办理退学手续。

学校与刘先生沟通退学事宜时，他主动找到执行法官，并与银

行达成分批偿还协议，其女儿学籍得以保留。

【评析】

《最高人民法院关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》第三条规定：被执行人是自然人的，被采取限制消费措施后，不得有以下高消费及非生活和工作必需的消费行为：……(七)子女就读高收费私立学校。

本案中，刘先生因欠银行贷款被纳入失信被执行人名单后仍未偿还，其女儿却就读高收费私立学校，其行为显然违反了上述法律禁止性规定。

【案例2】

**母亲犯罪服刑
儿子从警梦碎**

于静原来在一家吸收公众存款公司工作。为多拉储户挣绩效工资，她向郑某借款50万元。事实上，她的目的不是为了借款，而是为了拉郑某参加高利息存款。后来，该公司因涉嫌非法吸收存款罪被查处。

此后，郑某依据于静出具的借条将她告上法庭。案件胜诉并进入执行环节后，于静虽有收入但依旧不还欠款。无奈，郑某提

起刑事自诉，法院以拒不执行人法院裁判罪判处于静有期徒刑2年。于静在监狱执行刑罚期间，其唯一的儿子高某警校毕业，并被某公安机关录取。但是，在政审时因为她的不良行为被拒之门外。

【评析】

《公安机关人民警察录用办法》第六条规定：有下列情形之一的，不得报考人民警察：……(五)直系血亲和对本人有重大影响的旁系血亲中有被判处死刑或者正在服刑的。

人民警察在录取警员时，出于职业性质的考虑会因报考人员血亲出现某些极其特殊(涉嫌刑事犯罪)的情况对考生报考条件进行限制，该规定属于强制性规定且不为法律所禁止。

本案中，高某因母亲犯罪服刑期间发生这种事情，实属遗憾！但它同时告诫为人父母者一定要遵纪守法，千万不能因为自己的不当行为影响子女的前途。

【案例3】

**单位择优录用
可拒老赖子女**

某军工国企公司在招录一批

新职员时，理工大学毕业的小王通过了笔试、面试。可在接受政审时公司发现他的父亲因故意伤害罪且无力赔偿对方损失，被法院判处有期徒刑2年。刑满释放后，其父仍未支付这笔赔偿款，被法院纳入失信被执行人名单。据此，小王被弃录。

小王不同意公司的弃录理由，提出其父亲虽有不良行为，但法律法规并没有对企业录用人员有这方面的限制性规定，公司以此为由拒绝录用缺乏法律依据。公司的回答是：法律法规虽对此没有明确的限制性规定，但其本着择优录用原则决定弃录同样不为法律所禁止。

【评析】

公平、平等是社会主义的重要法制理念，公民有同等的就业、就业权。但国有企业录用员工时，在同样都符合录用标准的情形下，有自主的择优录用选择权利。

本案中，该公司设置的择优录用原则，同样是适用所有的入职申请人，并非只对某一个入职的申请人。因此，该择优录用原则与标准同样体现了公平、平等原则。

杨学友 检察官

颜东岳 法官