

签的是小时工合同 上的是全日制的班

员工能申请确认全日制劳动关系吗？

□本报记者 赵新政

刚出来打工时，夏丹（化名）不知道什么全日制用工与非全日制用工，也不知道这两种用工在性质上有什么不同。时间长了，她慢慢发现二者除了工作时间长短不同外，在是否签订劳动合同、是否有试用期、是否有社会保险等方面还存在很多差别，甚至会影响到自己的退休待遇。

“餐饮公司与我签订了劳动合同，但名称是非全日制劳动合同。在实际工作中，我与其他同事一起上下班，每天工作起码8个小时，而同事们有社保我却没有。”夏丹说，弄清其中的原因后，她要求公司像对待她的同事一样，按照全日制用工为她缴社保、发工资。

公司不同意夏丹的请求，她就申请劳动争议仲裁。仲裁驳回其请求后，她向一审法院提起诉讼并获得支持。公司不服一审法院判决提起上诉。12月22日，二审法院依据工作时间长短、工资发放方式等确认双方之间系全日制用工关系，并判决驳回公司上诉，维持原审判决。

名为非全日制用工 干的是全日制工作

夏丹来自河南农村。2014年3月12日，她来到北京打工。当天，她与一家餐饮公司签订的一份《劳动合同书（非全日制从业人员使用）》，期限为2014年3月13日至2019年3月12日。

夏丹说，她的工作起始时间2014年3月13日，按照合同约定在公司担任面点厨工。在合同到期前，即2019年2月20日，公司又与她签订《劳动合同书（非全日制从业人员使用）》，并约定该合同于2019年3月13日生效。

“这两份劳动合同均约定我的工作时间是每天4小时，支付劳动报酬周期不超过15日。”夏丹说，实际上，她按照公司要求每天与其他同事一样同时上下班，每天工作时间不低于8个小时。

一天，老家来人问夏丹是否参加新型农村合作医疗。她认为自己已经在北京工作5年多时间，各项社会保险齐备，就不必再参加老家的保险了。可是，到劳动主管部门一核实，她根本没有参加社会保险，原因是她属于非全日制用工。

进一步了解全日制与非全日制用工的差别后，夏丹认为，自己虽然签的是非全日制劳动合同，但干的是全日制员工的工作，她不能付出了劳动却得不到相应的报酬。

因公司不同意按照全日制用工为夏丹补办社会保险手续，且不同意给予相应的加班费待遇。夏丹于2019年9月5日向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，请求确认公司与其存在全日制劳动关系。仲裁委受理后，裁决驳回其全部仲裁请求。

依据双方举证情况 一审支持员工诉求

夏丹收到仲裁裁决书后，于法定期间内向一审法院提起诉讼，请求法院确认其与公司自2014年3月13日至2019年8月31日期间存在全日制劳动关系。其理由是：入职后，她周一至周五每天工作8小时，周六日每天工作10至11小时，一周休一天。公司对她的用工根本不是小时工，而是全日制用工。

公司不同意夏丹的诉讼请求，辩称双方在相应期间内存在非全日制劳动关系，而且有两份非全日制劳动合同为证。

法院庭审时，夏丹提交3份证据。一是银行对账单，证明公司于每月中旬分两次向其支付上个月自然月的工资。公司对该证据真实性认可，对证明目的不认可。

二是夏丹与厨房领班艾某、门店领班李某的微信聊天记录，其中有关于夏丹上下班时间的签字表格。该表格显示：夏丹早上5:30上班时，下班时间分别为

14:00、14:30、15:00、15:30等；夏丹早上6:00上班时，其下班时间分别为14:30、15:30、18:00等。总的来说，夏丹的日工作时间均超过了8小时。而公司对该证据的真实性、证明目的均不认可。

三是公司于2019年与其他员工发生劳动争议时的法院终审判决书。该判决显示，公司在该案中主张员工上班只在考勤机上指纹打卡，之后导出考勤记录制成考勤表，员工在考勤表上签字确认出勤。公司对该证据真实性认可。经法院释明，公司未提交夏丹在职期间指纹原始打卡记录。

根据《劳动合同法》《劳动保障部关于非全日制用工若干问题的意见》相关规定，非全日制用工是指以小时计酬、劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不超过4小时累计每周工作时间不超过24小时的用工形式。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。用人单位招用劳动者从事非全日制工作，应当在录用后到当地劳动保障行政部门办理录用备案手续。

本案中，夏丹提交的微信聊天记录中显示有夏丹上下班时间的签字表格，用以证明每日工作时间超过4小时，一审法院认为，夏丹提交的上述证据虽不是原件，但该种情形系因劳动者客观举证能力较弱所致，对此公司虽不认可，却未提交考勤表加以反证。

此外，根据银行对账单反映的公司劳动报酬结算支付周期可知，公司于每月中旬分两次支付上个月自然月工资，一审法院认为，该做法仅说明公司在每月相近的两天内将上月工资拆分成两笔分别支付，与法律所要求的“结算支付周期最长不得超过15日”的要求不符。

因公司未向法院提交其到当地劳动保障行政部门办理录用备案手续的证据，结合上述证据及实际用工特征，一审法院认定夏丹与公司存在全日制劳动关系，遂判决支持夏丹的诉讼请求。

公司不服提起上诉 二审法院维持原判

公司不服一审法院判决，上

诉称原判存在4项错误：

一是一审判决所引述和适用的法律和规章不符合法律法规关于层级和时间点的规定，不符合法学理论的常识和规定，适用法律错误。

部门规章《劳动和社会保障部关于非全日制用工若干问题的意见》出台在先（2003年），法律《劳动合同法》生效在后（2008年），且层级在前述部门规章之上。部门规章虽然有关于“备案手续”的规定，但是后生效的专门法律却没有该规定。事实上，人社部门在实际操作中也没有非全日制用工“备案”的程序。

二是一审判决认定事实错误。

夏丹提交的微信聊天记录中的人员并非公司员工，公司不认可其真实性，夏丹提交的证据无原始载体，这种私人聊天记录不能提供原始载体并非劳动者客观举证能力较弱所致，而且公司也已提供了夏丹签字的考勤表作为反证。

三是一审判决对“结算支付周期最长不得超过15日”理解错误。

《劳动合同法》第72条第2款仅是对非全日制用工形式的工资发放规定，不是判断非全日制用工的法律依据。一审判决超出了法律规定的非全日制用工的法律概念，做出的判决是滥用自由裁量权。

四是公司已提交夏丹的非全日制用工劳动合同，夏丹在公司工作近5年时间，其在职期间从未对自己的用工关系提出异议，也从未要求过改变用工形式，这说明夏丹对该用工形式是清楚且认可的。

二审法院认为，虽然争议双方签订了非全日制劳动合同，但综合微信聊天记录、银行对账单等证据以及公司未提交夏丹在职期间指纹原始打卡记录的情况，可以认定公司在工时、工资支付周期等方面的做法与法律规定的非全日制劳动关系要求不符。

结合当事人的证明责任分配、举证能力及其他具体审理情况和相关法律规定，二审法院认为原审法院认定双方存在全日制劳动关系并无不当。据此，二审法院判决：驳回上诉，维持原判。

单位员工长期“两不找” 劳动关系与待遇怎么办？

编辑同志：

由于种种原因，我公司与部分员工处在“长期两不找”状况，即公司一直不找员工，员工也一直不找公司。请问：在此类情况下，公司与员工之间的劳动关系与待遇怎么办？

读者：贾欢欢

贾欢欢读者：

对此类情形所涉劳动关系与待遇问题应当区别对待。

一方面，“长期两不找”劳动关系的认定。

“长期两不找”的情形主要有六种，其表现即多种多样。具体来讲，一是因“下海”“停职留薪”等政策离开单位但保留劳动关系；二是员工因用人单位长期停产、病休、待岗等而离职；三是员工对用人单位违法解聘不服而未办理离职手续，用人单位也未履行法定解聘程序；四是用人单位放假后，员工“另谋出路”未办理离职手续；五是劳动合同解除后，用人单位或员工拒不配合办理离职手续；六是用人单位对离职员工未办理离职手续或保留解除劳动关系的证据。

与之对应，“长期两不找”劳动关系的认定，上述一、二种情形属于劳动关系中止；第三种情形属于劳动关系待定状态，如果员工主张赔偿金但不要求恢复劳动关系，应认定为员工认可劳动关系已经自违法解除之日事实解除，如果员工要求继续履行劳动合同，则应当认定劳动关系处在持续状态；第四、五、六种情形，虽然存在程序性瑕疵和证据缺失，但一般应当认定劳动关系已事实解除。

另一方面，“长期两不找”待遇的承担。

对上述一、二种情形，基于员工没有提供劳动，用人单位不必向员工承担工资、福利和社会保障等；计算工龄、经济补偿、赔偿金等时，也应扣除中止期间；对于第三种情形，应当适用一年的劳动仲裁时效，如果员工在一年内要求继续履行劳动合同，可以同时要求用人单位赔偿自解除劳动合同之日起至劳动关系恢复之日止本人的劳动报酬、补缴社会保险费等损失；如果员工已从别处取得劳动报酬，用人单位可以扣除；如果员工不要求恢复劳动关系，可以要求用人单位支付相当于经济补偿两倍的赔偿金。对于第四、五、六种情形，基于劳动关系已事实解除，用人单位无需向员工承担工资福利等；如果确实无法证明双方劳动关系解除与否，可以参照中止履行处理。

廖春梅 法官

公司少缴社保费 员工可要求赔差额

近日，读者小高向本报反映说，他因工伤被评定六级伤残。在向社会保险机构申请一次性伤残补助金时，他发现该机构只是按照其月工资的50%即4000元/月发放。经查，这是其所在公司少缴社保费用所致。在缴费时，公司没按其月工资8000元/月作为缴纳工伤保险的基数，而按4000元/月进行缴纳。

小高想知道，他能否要求公司赔偿相应的补助金差额？

法律分析

小高有权要求公司赔偿一次性伤残补助金的差额损失。其理

由是：

一方面，公司的行为违法。《社会保险法》第六十条规定：“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。”

《社会保险费征缴暂行条例》第四条也指出：“缴纳单位、缴费个人应当按时足额缴纳社会保险费。”公司私自将实际缴费基数“偷工减料”，无疑与之相违。

《社会保险法》第六十三条规定：“用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险

费征收机构责令其限期缴纳或者补足。”

《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）》第一条也指出：“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”即未足额缴纳社会保险费的用人单位，必须承担行政责任和民事赔偿责任。

正因为公司实际缴费基数低于应当缴费工资，使得小高的一次性伤残补助金被减少，所以，

公司应当承担赔偿责任。

另一方面，按照《工伤保险条例》关于一次性伤残补助金的規定，公司应当向小高补发应发金额与社会保险机构实发金额之间的差额。

《工伤保险条例》第三十六条规定：“职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：五级伤残为18个月的本人工资，六级伤残为16个月的本人工资。”经核算，公司应当向小高赔偿64000元。

颜东岳 法官