

受委派到子公司工作

员工与子公司是否存在劳动关系?

□本报记者 赵新政

对于自己与公司是否存在劳动关系一事，**苒宏**（化名）压根儿都没想过，更不认为这会成为一个问题。即使未与公司签订劳动合同，他仍然认为自己受单位委派到下属全资子公司担任董事长，就理所当然地与该子公司存在劳动关系。况且，他干的是公司的工作、领的是公司支付的劳动报酬，按照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，他毫无疑问是公司的员工。

公司认为，《劳动合同法》第7条规定用人单位自用工之日起与劳动者建立劳动关系，因此，公司是否向**苒宏**支付工资、缴纳社会保险，不是确认双方存在劳动关系的必要条件。另外，**苒宏**是上级单位委派的，不是公司招聘的，双方不存在建立劳动关系的合意，故不适用上述确认劳动关系的规定，不能认定双方之间存在劳动关系。

在被就地免职、上级单位及公司未安排其他工作的情况下，**苒宏**诉诸法律途径维护自身合法权益。历经仲裁不予受理、二审法院不予支持之后，法院于近日再审判决确认**苒宏**与公司存在劳动关系，并可享受公司宣告破产时6个月的职工月平均工资。

受委派担任董事长因免职身份变糊涂

自2001年3月起，**苒宏**就成为所在单位高管。2017年7月20日，单位委派他到一家下属全资子公司工作，并担任该公司的董事长。出乎意料的是，在没有任何经营管理过错的情况下，单位于2018年2月7日将他就地免职。此后，公司及上级单位均没有为他安排新的工作。

由于公司无理停发工资、停缴社保，**苒宏**在多次交涉无果后向劳动争议仲裁机构申请仲裁。因仲裁不予受理，他又向一审法院提起诉讼，请求判令公司补发其2018年3月至9月税后工资49万元、返还其垫付的应由公司承担的“五险一金”费用60975元、确认双方之间存在劳动关系。

一审法院庭审时，**苒宏**提交了工资表、工资卡银行流水等证据，证明公司曾经按月为他发放工资，并以工资名义代扣代缴了个人所得税。依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，他认为，在公司不能提交记账凭证、完整工资表等证据证明其未向**苒宏**发放工资的情况下，应当确认双方之间存在劳动关系。

苒宏认为，董事长职务系公司法范畴，劳动者身份系劳动合同法范畴，二者并不矛盾或冲突。法律法规未禁止公司职工担任董事，其除担任董事长及法定代表人外，还负担公司管理的全部大小事务、决策等，为公司付出了劳动。结合自己在关联单位

的工作经历，依据《劳动合同法》第14条规定，其与公司之间不仅存在劳动关系，而且是无固定期限的劳动关系。

公司不同意**苒宏**的主张，认为双方之间不存在劳动关系。其理由是：**苒宏**职务的任免均由上级单位决定，本公司对其没有人事任免权，二者之间不存在建立劳动关系的合意。依据公司章程，**苒宏**的主要工作是召集主持董事会会议，行使章程规定的职权。其作为董事会成员，不受公司劳动规章的约束。公司还认为，《劳动合同法》第7条仅规定用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，未将是否支付工资作为认定劳动关系成立的判断标准。本公司作为上级单位控股全资子公司，其按上级指示为**苒宏**支付报酬及代扣代缴个税，不能作为劳动关系建立的依据。

劳动关系是否存在 两级法院认识不一

一审法院查明，**苒宏**于2001年3月担任上级单位财务总监，曾担任过另外两家子公司的副总经理、总经理。2017年7月20日，他被调任涉案公司董事长、法定代表人。2018年2月7日，他与现任董事长进行了工作交接。交接完毕后，上级单位及公司未为他安排其他工作。自2018年3月至庭审时，公司未为其发放工资、缴纳社保。

一审法院认为，我国尚未建立独立于劳动关系之外的职业经理人制度，作为企业高级管理人员的董事长，除了作为企业法定

代表人的身份之外，还具有与企业形成劳动关系的职工身份。因此，**苒宏**自任职董事长之日起即与公司建立了劳动关系。其被免职只是对其岗位的变更，不必然导致劳动关系解除。

相应地，在上级单位、涉案公司均未任命**苒宏**新的职务的情况下，其一直积极协助办理交接手续，一审法院认为原劳动合同的工资报酬约定仍然有效，其工资应按原定标准支付至被任命新的职务之前。此外，按照《劳动合同法》第72条规定，因公司未尽到为劳动者缴纳社会保险费的义务，故应返还**苒宏**已经垫付的应由公司承担的保险费用。

鉴于**苒宏**累计工作年限达17年、距法定退休年龄不足5年，依据《劳动合同法》第14条第2款第2项规定，公司应当与**苒宏**签订无固定期限劳动合同。据此，一审法院判决支持了**苒宏**的全部诉讼请求。

公司不服一审判决，向二审法院提起诉讼。

二审法院认为，《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条规定：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。

本案中，**苒宏**的职务系由上级单位任命及免除，其不是涉案

公司招用的劳动者，双方没有建立劳动关系的合意。因**苒宏**系由股东委派行使董事职权，故其法律关系性质是由股东雇佣或委托管理公司，不符合劳动关系应当具备的“由用人单位招用、受用人单位各项规章制度管理、从事用人单位安排的有报酬的劳动”的特征。

二审法院认为，在自然人与法人之间，除劳动关系外，法律并不禁止雇佣及委托等法律关系的存在，故一审判决以“我国目前并无职业经理人制度”为由，认定**苒宏**与公司形成事实劳动关系的法律依据不充分，对其请求公司支付免职后工资的主张不予支持。

因**苒宏**提供的参保人员缴费情况统计表不符合相关法律规定，且与相关事实不相符，故二审法院依据查明的事实，判决撤销原判，驳回**苒宏**的诉讼请求。

委任招聘可以兼容 员工获得适当补偿

苒宏不服二审法院判决，申请法院再审查本案。

《公司法》第44条第2款规定：“两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。”据此，法院认为，该规定以法律形式明确肯定了董事与公司之间可以形成劳动关系，委任关系与劳动关系并非绝对排斥、不能兼容。

本案中，**苒宏**被任命为董事

长，即与公司形成委任关系。**苒宏**虽未与公司签订书面劳动合同，但其被任命为董事长的同时，还担任公司法定代表人，负责公司融资、对外协调及财务管理等大量具体经营管理事务，受公司规章制度管理和约束，公司按月向其支付工资并代缴“五险一金”费用。法院认为，**苒宏**因担任法定代表人而从事除董事职权以外的公司其他具体业务，并以工资为主要生活来源等事实，符合劳动关系的构成要素，足以认定**苒宏**与公司同时形成委任关系和事实上的劳动合同关系。

法院认为，**苒宏**系法定代表人，并非公司普通员工，本有条件与公司签订劳动合同，但其在任职期间并未与公司订立书面劳动合同，二者之间的劳动关系是基于其担任公司法定代表人，从事公司经营管理事务、从公司领取固定报酬等事实而形成的。因此，当其职务被免除后，其与公司之间在事实上的劳动合同也随之解除，不存在无固定期限劳动合同关系。

鉴于**苒宏**已在公司破产重整前被免职，案涉委任关系及劳动关系一并解除后，公司不再具有向**苒宏**支付工资及缴纳社会保险费用的法定义务，故对**苒宏**要求补发解聘后工资、返还“五险一金”费用的主张，法院不予支持。考虑到**苒宏**被解聘非因自身过错所致，根据《企业破产法》第113条3款规定，酌定公司按被宣告破产时职工月平均工资向**苒宏**支付6个月的补偿金。同时，判决撤销原一审、二审判决。

他人已经代付欠薪 逃薪老板能免责吗?

编辑同志：

因为经营不善等原因，古某开办的超市不仅亏损严重，而且欠下包括工资在内的大笔债务。半年前，古某不顾人力资源和社会保障部门责令清偿欠薪的通知，悄悄将超市转让后携款潜逃、藏匿。出于对被欠薪员工的同情，我未与古某联系，主动代为支付了全部14万余元欠薪。

请问：古某能否因此免除罪责？

读者：卫程程

卫程程读者：

古某仍构成拒不支付劳动报酬罪。

一方面，古某符合拒不支付劳动报酬罪的构成要件。

《刑法》第二百七十六条之一规定：“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府

有关部门责令支付仍不支付的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

最高人民法院《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百七十六条之一第一款规定的‘以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬’：（一）隐匿财产、恶意清偿、虚构债务、虚假破产、虚假倒闭或者以其他方法转移、处分财产的；（二）逃跑、藏匿的；（三）隐匿、销毁或者篡改账目、职工名册、工资支付记录、考勤记录等与劳动报酬相关的材料的；（四）以其他方法逃避支付劳动报酬的。”

上述司法解释第三条规定：“具有下列情形之一的，应当认

定为刑法第二百七十六条之一第一款规定的‘数额较大’：（一）拒不支付一名劳动者三个月以上的劳动报酬且数额在五千元至二万元以上的；（二）拒不支付十名以上劳动者的劳动报酬且数额累计在三万元至十万元以上的。”

古某在人力资源和社会保障部门责令支付后，不仅拒不履行义务，反而携款潜逃、藏匿，企图逃避支付巨额欠薪，无疑与之吻合。

另一方面，你代付欠薪不能否定古某已经构成的犯罪。

古某所涉拒不支付劳动报酬罪，在你为其代付欠薪之前就已经客观存在，而你代付欠薪只是基于对被欠薪员工的同情，该行为虽然减轻了古某拒不支付劳动报酬所带来的危害，但并非基于古某的委托或要求，甚至古某对此根本就不知道。

廖春梅 法官

员工能在公司分支机构所在地缴社保吗?

近日，读者黄女士向本报反映说，她工作的集团公司在国内多个地方拥有分支机构，有的有法人资格，有的无法人资格。她目前在北京工作，是一个分支机构，她想知道自己能不能在北京缴纳社保费用？

法律分析

根据《社会保险费申报缴纳管理规定》，用人单位应在当地参保缴费。分支机构有独立法人资格时，其与集团公司之间均系独立的法律主体，应当各自独立履行法律义务、承担法律责任，所属职工在各自的注册地参保缴费。

分支机构无法人资格

时，集团公司需要作为最终的责任主体承担相应的法律责任，因此，在分支机构工作的职工，可以集团公司名义在集团公司注册地参保缴费。分支机构虽然没有法人资格，但是有分支机构的营业执照，能够作为法律主体承担一定的义务，可以为职工在分支机构所在地办理缴费申报；分支机构无营业执照，不能在分支机构所在地参保缴费。无论何地申报参保，除工伤保险外，同一职工在同一时间只能参加一份社会保险。

黄女士究竟能否在北京缴纳社保，应根据上述规定执行。

李德勇 律师