

用“非全日制用工”来逃责必被追责

按照《劳动合同法》第六十八条至第七十一条规定，只要劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时均属非全日制用工。如果采用这种用工方式，用人单位可以不与劳动者签订书面劳动合同，可以不为劳动者缴纳社会保险，还可以随时终止用工且不支付经济补偿。这是非全日制用工的特点，且只适用于这种特殊的工时制度。然而，有些用人单位把上述特殊用工制度的特点移植到全日制用工中，进而让劳动者干全日制的工作却不给予全日制劳动的待遇。对于这种做法的违法性及其处置方法，以下3个案例分析分别作出了详细的解读。因此，非全日制用工决不是用人单位逃避法定职责的噱头。

【案例1】不符合两个用工时间要件，不属于非全日制用工

尽管肖女士与公司签订的是《非全日制用工劳动合同》，但肖女士每天的实际工作时间都在6小时以上、每周的实际工作时间都在40小时左右。2021年8月21日，肖女士发现公司没有为她办理失业保险、生育保险参保手续，遂要求公司为她办理基本养

老保险参保手续，并为她缴纳相应的保险费用。可是，公司认为双方属于非全日制用工关系，其作为用人单位没有对应的法定义务。

【点评】

公司与肖女士之间不属于非全日制用工。

《劳动合同法》第六十八条规定：“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。”

该规定表明，凡非全日制用工必须同时满足两个时间要件，即“平均每日工作时间不超过四小时”与“每周累计工作时间不超过二十四小时”。否则，不属于非全日制用工。

本案中，虽然公司与肖女士签订的是名为非全日制用工的劳动合同，但其实际用工时间均超过“平均每日工作时间”与“每周累计工作时间”限额。此种情形，依法应视为全日制用工，且须适用全日制用工的法律法规来调整双方之间的劳动关系。

【案例2】用人单位举证不能，应按全日制用工论处

林女士入职时与公司签订了为期两年的劳动合同。2021年6月31日，该劳动合同到期终止。在办理离职手续时，林女士要求公司向其支付两个月的工资作为离职经济补偿。

可是，公司以林女士属非全日制用工为由拒绝了她的请求。多次交涉无果，林女士向劳动争

议仲裁机构提出申请，并提交考勤表、同事证言等证据，证明其与公司存在全日制用工关系，请求裁决公司向其支付相应的经济补偿。

仲裁庭审过程中，公司没有任何证据证明其主张。近日，仲裁机构终局裁决支持了林女士的请求。

【点评】

劳动争议仲裁机构的裁决是正确的，本案应按全日制用工论处。

在用人单位否认全日制用工且存在利用非全日制用工规避用工责任嫌疑情况下，其应当承担主要举证责任。对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

本案中，林女士已经就其系全日制用工的主张提交了考勤表、同事证言等证据，且考勤表系公司制作，在公司就其反驳举证不能的情况下只能承担不利后果。仲裁裁决支持林女士的主张，是具备充分的事实法律依据的。

【案例3】指标与全日制无异，须按全日制用工认定

2021年7月16日，钟女士与

公司签订了《非全日制用工劳动合同》，其中没有约定试用期，事后也没有到当地劳动保障行政部门办理录用备案手续。

一个月后，钟女士因发现虽然自己的实际工作时间、用工方式、工资发放等与其他全日制用工人员完全相同，可福利待遇相差很大。她为此提出异议，公司的答复是她属于非全日制用工，理当如此。

【点评】

本案必须按全日制用工确定公司与钟女士之间的劳动关系。

对于非全日制劳动关系的认定，需要衡量三个因素：一是用工形式及工作时间，其实质要件包括工作时间标准、报酬发放标准、用人单位对劳动者是否实行小时考勤等等；二是关于试用期的约定，非全日制用工没有试用期；三是录用备案手续的履行。按照原劳动保障部《关于非全日制用工若干问题的意见》规定，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。

结合本案，虽然钟女士与公司签订的非全日制用工合同中没有试用期，但其实际工作时间、用工方式、工资发放等均与全日制用工人员完全相同，该情形符合全日制用工的法律特征。另外，公司未对钟女士的用工形式按照规定办理录用备案手续，故不能将其认定为非全日制用工。相反，根据相关事实，在公司对其按照全日制用工进行考核、管理的情况下，须按照全日制用工给付其相应的福利工资待遇。

颜梅生 法官

公司已经出具欠薪证明 员工可向法院申请支付令

编辑同志：

我们从公司离职时，公司分别向我们出具了欠薪条。事后，公司却以资金周转困难为由，一直没有兑现被拖欠的工资。

近日，我们几个商议，想通过法院责令公司支付。可是，有人认为，我们只有先经过劳动争议仲裁委员会仲裁，才能向法院提起诉讼。

请问：该说法对吗？相关法律法规是如何规定的？

读者：洪笑笑等7人

洪笑笑等读者：

就你们讲述的情形而言，主张必须先经过仲裁裁决的说法是错误的。

《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）》第十五条规定：“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接提起诉讼，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，视为拖欠劳动报酬争议，人民法院按照普通民事纠纷受理。”这一规定可以减少劳动者的维权时间和成本，因其不再经过劳动争议仲裁前置程序，劳动者可以直接向法院提起诉讼。

值得注意的是，适用上述规定必须同时满足两个条件：一是诉讼请求的支持证据为用人单位出具的工资欠条；二是双方对于劳动报酬发生的事实、劳动报酬未按法律规定或约定支付的原因、劳动合同效力等都没有争议。本案中，公司已经向你们出具欠薪条，且公司未能支付的原因仅仅是由于资金周转困难，这种情形正是法律规定的无需先经过仲裁、可直接向法院提起诉讼的情形。

此外，《劳动合同法》第三十条第二款规定：“用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令”。即对于符合前述条件的欠薪行为，劳动者还可以选择向法院申请支付令。

《民事诉讼法》第二百一十六条规定：“人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。”申请支付令不必经过法院的审理程序，对于讨要欠薪的劳动者来说，可谓是更为方便，更加快捷。

廖春梅 法官

员工被限制人身自由后劳动关系、工资怎么办？

现实中，职工因违法、犯罪被限制人身自由的现象并非个别。那么，其与用人单位的劳动关系、工资怎么办？

【案例1】员工被行政拘留，公司不得解除劳动合同

2021年1月6日，蓝先生因与他人斗殴被公安机关处以罚款并治安拘留十五日。拘留期满后，蓝先生因此被公司解聘。

蓝先生可以要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金吗？

【点评】

蓝先生可以要求公司给付赔偿。

《劳动合同法》第三十九条第（六）项规定，劳动者被追究刑事责任的，用人单位可以单方解除劳动合同。

就其中的“被追究刑事责任”的含义，《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》（劳部发【1995】309号）第29条规定：“‘被依法追究刑事责任’是指：被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处处罚的、被人民法院依据刑法第三十二条免于刑事处分的。”该规定表明，员工被行政拘留并不等于犯罪，用人单位不能据此单方解除劳动合同。

与之对应，本案中的公司以蓝先生被行政拘留为由将其解聘，该行为属于违法。对于这种行为，《劳动合同法》第八十七条规定：“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。”据此，蓝先生有权向公司索要违法解除劳动合同的赔偿金。

【案例2】员工被刑事拘留，公司可以拒绝发放工资

陈先生因为寻衅滋事被公安机关执行刑事拘留两个月。此后，其妻子见陈先生所在公司没有继续通过银行卡向陈先生发放工资，遂以陈先生未经法院判决、还不能确定其是否构成犯罪及罪轻、罪重，陈先生与公司的劳动合同也尚未解除为由，要求公司支付工资。

在此情况下，公司应当向陈先生支付工资吗？

【点评】

公司可以拒绝向陈先生支付工资。

原劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第28条规定：“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或

逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。”

依据该规定，当劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关拘留、逮捕时，虽然其是否构成犯罪尚不能确定，用人单位亦不能与其解除劳动合同，但可以暂时停止劳动合同的履行。因此，陈先生所在公司可以停止向其发放工资。如果事后证明陈先生系被错误限制人身自由，其暂时停止履行劳动合同期间的工资等损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。

【案例3】犯罪判决被撤销，公司可不恢复劳动关系

王先生被判处有期徒刑5年后，公司据此解除了与王先生尚有3年到期的劳动合同。此后，经王先生申请再审，法院于2021年8月27日撤销了原来的有罪判决，并宣告王先生无罪。近日，王先生要求与公司继续履行原来的劳动合同。

此时，公司能否拒绝王先生

要求恢复劳动合同，履行至剩余期限完毕为止呢？

【点评】

公司可以拒绝王先生恢复劳动关系的请求。

《劳动部办公厅关于职工被错判宣告无罪释放后，是否应恢复与企业的劳动关系等有关问题的复函》（劳办发〔1997〕40号）明确指出：“关于企业职工被错判，宣传无罪释放后，企业是否应与其恢复劳动关系，补发工资问题。我们认为，职工于《国家赔偿法》实施以前被判犯罪，后经司法机关改判无罪的，如企业仅因其被判刑而解除劳动合同的，企业应恢复与该职工的劳动关系，并按照原劳动人事部《关于受处分人员的工资待遇问题给天津市劳动局的复文》（劳人薪局〔1985〕第12号）的规定，恢复其原工资待遇，并补发在押期间的工资。”

《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第28条规定：“劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。”因此，劳动者在1995年1月1日之前被错判可以恢复劳动关系，但此后不可恢复，其所受损失可以通过国家赔偿获取。

颜东岳 法官