

■法官说法

仅提供执业资格证书,不能主张劳动报酬



【案例介绍】

2012年2月9日,周某与某建筑公司签订一份《全日制劳动合同书》,约定劳动合同期限自2012年2月9日起至2022年2月8日止,每月15日为发薪日,工资报酬按照规章制度中的内部工资分配办法执行,根据工作岗位确定月工资为1000元。当日,周某又与某建筑公司另行签订一份《二级建造师聘用合同书》,约定某建筑公司为发展需要使用周某的二级建造师证书,合同期限内年度使用费为9000元。

合同签订后,周某并未到某建筑公司工

作。某建筑公司亦未按劳动合同约定向周某支付报酬,仅支付了2012至2015年的证书使用费用,并自2016年8月起为周某缴纳社会保险至2019年3月。后周某提起仲裁,要求某建筑公司支付劳动报酬。仲裁委裁决不予支持后,周某不服,诉至法院。

法院认为,周某虽与某建筑公司签订劳动合同,某建筑公司亦为其缴纳社会保险,但周某并未实际到某建筑公司上班,仅是将建造师证书提供给某建筑公司使用。在某建筑公司未实际用工的情况下,周某主张公司支付劳动报酬不能成立,遂判决驳回周某的诉讼请求。

【法官评析】

我国建筑业发展迅速,建筑施工企业对持证建造师的需求较大,实践中,建筑市场非法“挂证”屡见不鲜,国家有关部门也已加大对“挂证”现象的清理整顿力度。在司法实践中,常出现“挂证”人员以未支付劳动报酬为由向挂证单位主张证书使用费的情况,法院会支持这种主张吗?

我们认为,劳动报酬支付的前提是双方之间存在劳动关系。确定双方当事人是否存在劳动关系,不仅应审查其主体是否适格,是否有书面劳动合同,还应审查当事人是否符

合建立劳动关系的实质要件、是否发生实际用工、劳动者是否提供有偿劳动并接受用人单位管理等。

《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,故是否实际提供劳动是认定用人单位与劳动者有无建立劳动关系的核心要素。如果双方仅仅签订了劳动合同,而没有实际履行,那么劳动关系仍然不能建立。

本案中,周某和某建筑公司之间是否成立劳动关系是认定周某的主张能否成立的关键。根据查明的事实,周某并未实际到某建筑公司上班,仅是将建造师证书提供给某建筑公司使用,双方之间并未形成人身及经济上的从属关系,不符合构成劳动关系的基本特征,故周某要求某建筑公司支付劳动报酬的诉讼请求不能成立。

实际上,“挂证”本身即属于应依法取缔的行为,当事人将其改头换面而提起劳动争议诉讼,不仅不会得到法院的支持,还可能受到主管部门的查处。对“挂证”人员而言,一旦被查处,将会影响职业发展,得不偿失;对企业来说,以“挂证”方式规避企业资质要求,则会给项目监管和质量安全埋下严重隐患。

宿迁市宿豫区人民法院 康凯

■小易在线

传染病携带者遭歧视被解雇,合法吗?

小连:

我原来在一家酒店做财务管理工作,月工资4000元。去年,在参加酒店组织的集体体检中,被查出是乙肝病毒携带者。单位得知情况后,没过多久,以此为由要将我从财务科调到卫生保洁,工资调至相应岗位2000元每月。我没有同意。在日后的工作中,我发现同事对我敬而远之,领导对我进行刁难、处处设置障碍。接着,单位以酒店是服务行业,不应使用传染病病毒携带者为由单方面解除我的劳动合同,我去单位讨要赔偿金,单位说是依法解除,不用赔偿。单位说法合法吗,我该怎么办?

法律规定,除国家法律、行政法规和卫生部规定禁止从事的易使乙肝扩散的工作外,用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为由拒绝招用或者辞退乙肝表面抗原携带者,也不得要求劳动者在入职时或打着福利体检的名义检测乙肝项目,并据此来录用或辞退员工。

依据国务院卫生行政部门有关规定,容易使传染病扩散的工作包括:饮用水、饮食服

务、美容美发、食品加工、幼教等行业。虽然酒店属于服务行业,但并不等于说酒店所有的岗位都不可以做。根据食品安全法及其实施条例规定,“不得从事接触直接入口食品的人员中,不包括乙型肝炎病毒携带者。”根据《有碍食品安全的疾病目录》规定,患有国务院卫生行政部门规定的有碍食品安全疾病的人员,不得从事接触直接入口食品的工作。其中不包括乙肝病毒携带者和艾滋病,这两种疾病虽有传染性,但不包括食物传播。如果接触直接入口食品的员工患有传染病的,可以调至其他不影响食品安全的工作岗位。

本案中,你虽然是乙肝病毒携带者,但是你在酒店从事的是财务管理工作,不直接接触食品,也很少与顾客接触,公司不应该给你调岗,也不应该歧视,更不应该单方面解除你的劳动合同。对此,你可以找单位协商,要求继续履行合同,或者直接要求支付违法解除劳动合同的赔偿金。

【特别提醒】

实践中,劳动者因性别、地域、传染病(携

带者)等原因被拒绝录用或者辞退的事儿时常会发生。最近,就有乙肝病毒携带者被调岗、当电工的艾滋病患者被单位要求自行离职的职工,因经济补偿未能达成一致前来咨询法律。

艾滋病和乙肝类似,虽然都属于危害较大的传染性疾病,但二者共同的主要传播途径都有血液、母婴和性接触传播,不包括工作及经食物传播。日常生活接触,如握手、拥抱、共同就餐等无血液暴露的行为,都不会发生传播。

但是由于社会缺乏对艾滋病和乙肝病毒携带者等传染病知识的了解,导致一些用人单位,即使其行业或者工作岗位不属于规定的容易使传染病传播的领域,也不会录用或者违法解除传染病病毒携带者的职工,给这类群体的精神、生活带来很大影响。呼吁社会进一步加大对传染病防治、就业促进及劳动用工等有关法律法规的宣传,依法保护特殊劳动者群体、用人单位及其他公民的合法权益,促进社会和谐。

易怀丽

■权益视点

电子劳动合同来了,怎样签才有效?



2020年3月4日,人力资源社会保障部办公厅在《关于订立电子劳动合同有关问题的函》中明确,用人单位与劳动者协商一致,可以采用电子形式订立书面劳动合同。

针对用人单位异地用工、劳动者身份及签名易造假、劳动合同存储管理难等问题,越来越多用人单位采用电子形式订立劳动合同。与签署纸质版劳动合同的做法相比,电子签署的方式有利于提高用人单位的合同签署效率,提升管理水平、节约签约成本,实现从手动管理到人工智能化管理的转变。政府部门对电子劳动合同这种新兴方式的肯定,也更有利于推进智能科技在企业劳动与人力资源管理领域的广泛应用。

电子劳动合同应该怎样签?

《关于订立电子劳动合同有关问题的函》对于电子劳动合同的适用提出了明确要求,即:(一)采用电子形式订立劳动合同,应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名。(二)用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求,确保其完整、准确、不被篡改。(三)符合劳动合同法律规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力,用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定,全面履行各自的义务。

我国法律及司法解释对电子签名、电子数据皆予以认可,而且操作便捷、普遍。当然,在电子签名及电子数据的使用上,用人单位需要特别关注、确认用户是否为劳动者本人,即签署人的身份和签署意愿问题。

首先,要确保劳动者身份真实。在使用常见的电子签署方式如通过数字签名、数字证书、

第三方平台提供的系统时,需要明确电子签名类的制作数据,属于电子签名人即劳动者本人专有。在适用电子签名时,一般会通过身份信息、人脸语音、短信验证码等多种方式来认证劳动者的主体身份是否合法、真实及有效。

其次,签署必须出于劳动者本人意愿。如能够证明电文数据和电子签名所对应的注册用户是唯一的,并且其用户名、账户、密码等信息也具有唯一性,则在认定签署劳动合同的电子签名系由劳动者控制的事实时,更有利于确认劳动者的签署意愿。

需要提醒的是,用人单位在选择签署或管理电子劳动合同系统时,首先应考量的是保障电子劳动合同签署的安全性及合规性,即选择安全、可靠、能被国内司法实践所认可的平台。如果选择不被认可的第三方平台,可能导致电子签名无效。

在“北京某信息技术有限公司与马某劳动争议”中,用人单位主张通过境外公司的电子签名系统向劳动者公示、送达了《商业道德行为规范》,但依据《中华人民共和国电子签名法》第十六条规定,电子签名需要第三方认证的,由依法设立的电子认证服务提供者提供认证服务。现用人单位无证据证明其公司电子签名服务提供商取得我国主管部门许可,故在劳动者持有异议的情况下,相关电子签名证据合法性不足。

这三种形式不属于电子劳动合同

1. 纸质劳动合同的扫描件或照片并不等同于电子劳动合同。电子劳动合同的生成、传递、储存等应当以满足电子签名法等法律法规为前提。若用人单位已与劳动者签订纸质版劳动合同,为了保存的需要而通过扫描或拍照等电子形式储存下来的文件,并不属于电子劳动合同。

如“郭某与常州某有限公司劳动合同纠纷”中,用人单位主张与劳动者签订过书面劳动合同,但根据其提供的照片打印件和光盘,该照片系一份劳动合同,有两处手写劳动者姓名的字样,其他需要填写的内容为空白,该照片保存在用人单位电脑中。根据相关规定,当事人向人民法院提供证据,应当提供原件或原物。如需自己保存证据原件、原物或者提供原件、原物有困难的,可以提供经人民法院核对无异的复制件或者复制品。因劳动者对照片打印件的真实性不予认可,且用人单位无法提交劳动合同原件以供核对,又无其他证据可以印证,故法院对该证据未予采信,用人单位应承担举证不能的不利后果。

也就是说,用人单位对于与劳动者签订的纸质劳动合同,仍需做好保管,通过电子形式的存

档并不等同于电子劳动合同,也不能免除用人单位对劳动者纸质合同做好保存工作的义务。

2. 网上备案的劳动合同并不等同于电子劳动合同。在“上海某旅行社与王某劳动合同纠纷”中,用人单位主张其通过上海市劳动和社会保障局主办和管理的电子信息系统在网上办理了劳动合同的备案登记手续。因网上备案文件名称中含有“劳动合同”的关键字样,且记载了用人单位和劳动者的名称、用工形式等用工信息,应视为双方订立了电子劳动合同。

但是,法院认为,用人单位在网上备案登记仅是用工信息的备案登记,未经合同双方当事人签字确认,不具备合同形式,内容也未包含劳动合同必备的合同期限、工作内容及地点、劳动报酬等内容。且劳动者对登记备案的详细内容无法自行查询,不符合合同当事人应协商一致的原则。故用人单位提出双方已订立电子劳动合同的主张不成立,用人单位应当根据劳动合同法的相关规定承担未与劳动者订立书面劳动合同的法律后果。

3. 通过微信对话确认劳动关系不等于电子劳动合同的确认。在“龙沙区源通润滑油商行与荀雨农劳动争议”中,用人单位认为,其与劳动者是通过微信招用工工,微信上已经说明了用工的基本条件和待遇等问题,对于微信应认定为电子劳动合同而不应按无合同对待。但是,法院认为,用人单位提交的招工信息没有《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的劳动合同应当具备的条款,不能视为双方之间签订的劳动合同。

挑战与机遇并存

除上述可能出现的问题和误区外,用人单位还应注意电子劳动合同的管理问题,比如电子劳动合同签署后,如何储存、储存的数据库由谁进行管理和维护、是否存在泄露、被侵入、被篡改的可能等。

此外,发生争议时,还可能涉及电子劳动合同作为证据的保存和再现问题,如何将电子证据呈现给裁判者,如何证明电子劳动合同是符合电子签名法等法律法规对电子签名及文书形式要求等,这些都是使用电子签名将对用人单位的管理体系提出新的挑战。

人社部对于电子劳动合同的支持态度,积极鼓励当前疫情下企业通过电子信息技术手段进行管理,有助于维持和谐劳动关系稳定的同时,也体现了今后文书电子化发展的趋势。

因此,企业应妥善建立电子劳动合同系统,确保电子劳动合同的签署流程和管理体系合法合规,进一步推动电子劳动合同的普及和应用。北京大成(深圳)律师事务所 曾凡新 于亦佳

职工田某咨询:

我在某小型化工企业上班,每月工资6500元,去年9月在工作中受伤,今年4月被鉴定为七级伤残。单位没有为我缴纳工伤保险费,但表示愿意全额承担工伤赔偿,目前正在协商具体赔偿数额。另外,我和张某结婚三年多,因夫妻感情不和,近期正在进行离婚诉讼。我想知道:单位应该给我多少工伤赔偿款?如果在离婚过程中,工伤赔偿款到位,是否会被认定为夫妻共同财产?

因工致七级伤残享受哪些待遇?

根据《工伤保险条例》等法规规定,职工工伤七级伤残应当享受的待遇,由工伤保险基金和用人单位共同承担,其中由工伤保险基金承担的项目有:1.医疗费用和符合条件的康复费用,2.住院伙食补助费,3.安置配置伤残辅助器具所需费用,4.经社保经办机构同意到统筹地区以外就医的交通食宿费,5.生活不能自理且经劳动能力鉴定委员会确认的生活护理费,6.一次性伤残补助金,标准为13个月的本人工资,田某可享受的一次性伤残补助金为84500元,7.解除或者终止劳动关系时享受一次性工伤医疗补助金级12万元;应当由用人单位承担的项目有:1.停工留薪期内,工资福利待遇不变,企业按月支付,2.在停工留薪期内,生活不能自理所需的护理费,3.解除或者终止劳动关系时享受一次性伤残就业补助金4.5万元。

根据《社会保险法》第四十一条、《工伤保险条例》第六十二条以及《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第三十八条等规定,对于应当参加工伤保险而未参加的用人单位职工发生工伤的,由该用人单位按照法规规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。鉴于该化工企业没有为田某缴纳工伤保险费,因此上述田某应享受的七级工伤待遇应当全部由企业承担。

工伤赔偿款是否属于夫妻共同财产?

夫妻共同财产,是指在夫妻关系存续期间夫妻所共同拥有的财产。根据婚姻法第十七条规定,属于夫妻共同财产的有:1.工资、奖金;2.生产、经营的收益;3.知识产权的收益;4.继承或赠与所得的财产,但婚姻法第十八条第三项规定的除外;5.其他应当归共同所有的财产。

根据婚姻法第十八条规定,属于夫妻一方财产的有:1.一方的婚前财产;2.一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;3.遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;4.一方专用的生活用品;5.其他应当归一方的财产。

另外,按照婚姻法第十九条规定,夫妻可以以书面形式,约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。没有约定或约定不明确的,则适用婚姻法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定,对双方具有约束力。

根据上述规定,田某应得的工伤赔偿款,符合婚姻法第十八条第二项的规定,属于因身体受到伤害而获得的补偿,依法应当认定为田某的个人财产,张某无权要求分割。类似的还有如因交通事故、侵权纠纷等而得到的人身损害赔偿,均属于个人财产。当然,如果田某和张某夫妻双方对工伤赔偿款归属问题有特别书面约定的,则从其约定。

董彬

■提个醒

签收通知不视为同意解除合同

扬州市民小胡去年12月开始就职于邗江区某某英语培训机构,并和该培训机构签订了一份为期一年的劳动合同,明确其主要负责一些辅助教学工作,工资也比有教师资格证的主教低。

今年春节后,由于受疫情影响,校外培训机构无法恢复课堂教学,只能在网上进行视频辅导,收入自然大打折扣。今年3月份,该培训机构便向主教老师提出,要么接受工资打八折复工,要么就接受不复工,在家拿扬州市最低工资。主教老师们都选择了不复工拿扬州市最低工资,导致正常网课也上不了。对此,培训机构负责人很生气,就把主教老师都辞退了。辞退主教老师后,培训机构负责人就让小胡承担起主教老师的职责,完成写教案、解读报告等工作。而小胡认为自己没有教师资格,没有写教案的能力,便拒绝了培训机构的工作安排,双方就此产生了分歧。3月18日,小胡收到了公司的一份解除劳动合同通知,便按要求在通知上签了字。

没想到,小胡正常的签收行为被培训机构解读为小胡接受解除劳动合同,便让她到校区办理交接手续。见面后,双方就是否认可解除合同以及工作上的事发生了争执,不欢而散,解除合同的事就耽搁了下来。4月9日,小胡又收到培训机构的一份律师函,要求她停止在网上传播侵害公司名誉的信息,

尽快与培训机构处理劳动纠纷。培训机构负责人表示,小胡不仅没有完成上级安排的解读报告、在微信群里接受新客户体验等任务,也没有按要求签到打卡,所以才决定解聘她,并且向她发了解除劳动合同通知书,她也认可签收了。而小胡不仅没有来公司处理合同纠纷,还在网上散布培训机构的负面消息。培训机构便向小胡发了律师函,希望通过正常途径来解决问题。而小胡认为,不是我不找你协商,是你把我微信都删了,我们之间没有沟通渠道了,而且3月份工资都停发了。

那么,受疫情影响,培训机构是否可以单方面降薪、调换工作岗位、改变工作内容?劳动者签收公司所发的解除劳动合同通知书是否就代表同意离职?就此问题,记者咨询了劳动法律专家。专家表示:受疫情影响,培训机构无法正常上课是可以降薪的,但必须与职工协商一致或以规章制度的方式审议通过。同时,培训机构调整员工岗位必须得到员工认可,更不能让没有教师资格证的人员从事教师工作。此外,用人单位向劳动者发出的单方通知,劳动者在上面签字,只能证明劳动者收到了这份通知,并不表示劳动者认可用人单位解除劳动合同的做法和相关内容。

记者 王槐文



日前,盐城市亭湖区总工会围绕“携手防疫·共克时艰”主题开展送法进人社、进社区、进企业法治宣传月活动,为职工、市民群众开展新冠病毒防疫知识、劳动法、安全生产等方面的法律咨询和法治宣传。

徐师 陈建文 摄

维权课堂

主办: 江苏省高级人民法院
江苏省总工会
承办: 省高院民四庭
省总工会法工部
江苏工人报社