

劳动和社会保障法律资讯

第四期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一二年十二月三日

本期目录

一、最新文件

城乡养老保险制度衔接暂行办法（征求意见稿） 2

二、案例参考

“带车求职”的法律性质——王某诉上海井胜通讯技术有限公司劳动合同纠纷案 11

三、实务研讨

用人单位解除劳动合同实务归纳 20

城乡养老保险制度衔接暂行办法

（征求意见稿）

第一条 为了解决城乡养老保险制度衔接问题，维护参保人员的养老保险权益，依据《中华人民共和国社会保险法》和《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》（人力资源和社会保障部令第13号）的规定，制定本办法。

第二条 本办法适用于参加过城镇职工基本养老保险（以下简称职保）、新型农村社会养老保险或城镇居民社会养老保险（以下简称新农保或城居保，并含新农保与城居保合并实施的城乡居民社会养老保险，下同）两种及以上制度的人员。已经按照国家规定领取上述养老保险待遇的人员，不再办理城乡养老保险制度衔接手续。

第三条 参加职保和新农保或城居保人员，达到职保法定退休年龄（含待遇领取年龄）后，职保缴费年限满15年（含依据有关规定延长缴费）的，可以申请从新农保或城居保转入职保，按照职保办法计发相应待遇；职保缴费年限不足15年的，可以申请从职保转入新农保或城居保，待达到新农保或城居保规定的领取条件时，按照新农保或城居保办法计发相应待遇。

参加新农保或城居保人员，在缴费期间因户籍迁移需要跨地区办理新农保和城居保衔接手续的，可在迁入地申请实时办理。

第四条 参保人员办理职保和新农保或城居保制度衔接手续时，先按国家有关规定归集职保关系，确定职保缴费年限和养老保

险待遇领取地后，再办理有关衔接手续。

第五条 参保人员从新农保或城居保转入职保的，新农保或城居保个人账户全部储存额并入职保个人账户，新农保或城居保缴费年限不累计计算或折算为职保缴费年限。

第六条 参保人员从职保转入新农保或城居保的，职保个人账户全部储存额并入新农保或城居保个人账户，参加职保的缴费年限合并累加计算为新农保或城居保的缴费年限。

第七条 参保人员办理新农保和城居保衔接手续的，转移个人账户全部储存额，缴费年限合并累加计算，达到领取新农保或城居保待遇条件时，按照当时养老保险关系所在地办法计发养老保险待遇。

第八条 参保人员若在同一年度内重复参加职保和新农保或城居保的，其重复时段（按月计算，下同）只计算职保缴费年限，清退新农保或城居保重复时段缴费，并将新农保或城居保重复时段相应个人缴费（含集体补助）金额退还本人。

第九条 参保人员不得同时领取职保和新农保或城居保待遇。已经同时领取职保和新农保或城居保待遇的，终止并解除新农保或城居保养老保险关系，除政府补贴外的个人账户余额退还本人，已领取的新农保或城居保基础养老金待遇应予以退还；本人不予退还的，由社会保险经办机构负责从新农保或城居保个人账户余额或者职保基本养老金中抵扣。

第十条 参保人员办理城乡养老保险制度衔接手续时，按下列

程序办理：

（一）由参保人员本人向待遇领取地社会保险经办机构提出养老保险制度衔接的书面申请。

（二）待遇领取地社会保险经办机构受理并审核参保人员书面申请，对符合本办法规定条件的，在 15 个工作日内，向参保人员原职保、新农保或城居保关系所在地社会保险经办机构发出联系函，并提供相关信息；对不符合制度衔接条件的，向申请人作出说明。

（三）参保人员原职保、新农保或城居保关系所在地社会保险经办机构，在接到联系函的 15 个工作日内，完成制度衔接的各项手续。

（四）待遇领取地社会保险经办机构，在收到参保人员原职保、新农保或城居保关系所在地社会保险经办机构转移的资金后，应在 15 个工作日内办结有关手续，并将情况及时通知参保人员。

第十一条 健全完善全国县级以上社会保险经办机构联系方式信息库，并向社会公布，方便参保人员办理养老保险制度衔接手续。建立全国统一的养老保险参保缴费查询服务系统，进一步完善全国社会保险关系转移信息系统，加快普及全国通用的社会保障卡，为参保人员查询参保缴费信息、办理制度衔接提供便捷有效的技术服务。

第十二条 本办法从 2013 年 月 日起施行。各地已出台政策与本办法不符的，以本办法规定为准。

附：关于《城乡养老保险制度衔接暂行办法（征求意见稿）》 的说明

近年来，我国加快了覆盖城乡居民的社会保障体系建设，城乡基本养老保险制度已经全面建立。2009年国务院办公厅颁布城镇职工基本养老保险关系转移接续办法，对包括农民工在内的3亿参保人员（其中参保缴费人员2.27亿人）在城镇职工养老保险（以下简称职保）制度内跨地区的转移接续问题规定了明确的政策和程序，目前正在平稳实施。今年，新型农村社会养老保险（以下简称新农保）制度和城镇居民社会养老保险（以下简称城居保）制度已在全国各地全面实施，目前已经覆盖4.59亿人（其中缴费人员3.28亿人）。在城乡基本养老保险制度推进过程中，尽早解决不同制度之间的政策衔接问题，更好地保障广大城乡参保人员的权益，是社会各界的热切期盼，也是健全社会保障体系的重要内容。为此，人力资源社会保障部、财政部在深入调研、反复论证的基础上，按照城乡统筹的要求和保持政策连续性、维护参保人员权益、操作简便、防范风险的原则，制订了《城乡养老保险制度衔接暂行办法（征求意见稿）》（以下简称《暂行办法》）。现就有关问题说明如下：

一、关于适用范围

《暂行办法》适用于在职保、新农保、城居保这三种制度中参加过两种或两种以上制度的人员；而在某一种制度中跨地区转移的参保人员，应按照各制度自身的规定转移接续养老保险关系，不适用本《暂行办法》。

《暂行办法》适用于尚处于缴费期、未领取养老保险待遇的参保人员；已经按照国家规定领取各制度养老保险待遇的人员，由于不需要重新计算待遇，因此不适用本《暂行办法》。

二、关于衔接时点

《暂行办法》规定，参加职保和新农保或城居保人员在达到职保规定的法定退休年龄后，可以申请办理职保与新农保或城居保的衔接手续。其中分为两种情况，一是符合领取职保待遇的，可以申请将原参加新农保或城居保有关权益转入职保，按照职保办法计发相应待遇；二是不符合领取职保待遇的，可以申请将职保有关权益转入新农保或城居保，待达到新农保或城居保规定的领取条件时，按照新农保或城居保办法计发相应待遇。这一规定的关键是，在确定养老保险待遇之前的最后时点实施转移衔接，而不是采取“随走随转”的实时衔接方式。这主要是考虑：在职保与新农保或城居保之间衔接的主要对象是农村进城务工的参保人员，他们中的一些人在城市与农村之间可能多次流动就业，“随走随转”的实时衔接方式会导致社会保险关系的反复变化，增加参保人员的事务负担，也容易损失养老保险权益；而统一在最后确定养老保险待遇之前的时点办理衔接手续，有利于简化程序，维护参保人员权益，也降低了社会管理成本。

《暂行办法》规定，参保人员在缴费期间因户籍迁移需要跨地区办理新农保和城居保衔接手续的，可以在迁入地申请实时办理制度衔接手续。这主要是考虑：新农保和城居保的制度设计是一样的，

新农保和城居保衔接是因户籍变迁而引起的，一般不存在城乡之间多次变更的情况，因此可以采取“随走随转”的实时衔接方式，这也更有利于更好维护参保人员的权益。

三、关于职保与新农保或城居保衔接方向和条件

《暂行办法》规定，参加职保缴费年限满十五年（含依据有关规定延长缴费年限）的，可以申请从新农保或城居保转入职保；职保缴费年限不足十五年的，可以申请从职保转入新农保或城居保。

这主要是考虑：职保、新农保、城居保制度都规定缴费年限满十五年为按月享受基本养老金的条件，而职保的待遇水平相对较高。因此，规定只要满足参加职保的缴费年限，无论在新农保或城居保缴费多长时间，都可以转入职保合并计算待遇，有利于最大限度地保障参保人员的权益，同时引导参保人员长期参保、持续缴费；而对由于各种原因在职保缴费不足十五年的，按照社会保险法的规定从职保转入新农保或城居保，由后者发挥“兜底”功能，也避免因职保缴费年限不足而造成参保人员的权益损失。

四、关于职保与新农保或城居保衔接资金转移

《暂行办法》规定，参保人员无论是从新农保或城居保转入职保，还是从职保转入新农保或城居保，都将个人账户全部储存额随同转移。

这主要是考虑：职保个人账户目前都是由个人缴费形成的（早期有少量的单位缴费划转），新农保和城居保个人账户的大部分资金来源于个人缴费（有一定的政府补贴和集体经济组织资助），在资金

性质上均属于个人所有，参保人员在不同制度之间衔接，不影响个人账户资金的属性。规定将个人账户全部储存额（包括政府补贴部分）予以转移，有利于最大限度保障参保人员权益。

需要特别说明的是，《暂行办法》对职保向新农保或城居保转移的，没有规定转移职保统筹基金。这是因为：第一，统筹基金是国家对职保制度的专门安排，基本功能是保障职保退休人员的基本生活；新农保、城居保制度中没有这一安排，而另外安排了政府全额支付的基础养老金。如果职保向新农保或城居保单向转移统筹基金，会导致各项制度资金安排上的不平衡。第二，统筹基金与个人账户性质不同，不属于个人所有。在职保制度内跨地区转移规定要划转12%的统筹基金，是为了适当平衡不同地区之间职保基金的负担，并不直接体现为参保人员的个人权益；参保人员从职保转入新农保或城居保，不转移统筹基金，也不影响其个人权益。

五、关于职保与新农保或城居保缴费年限计算

《暂行办法》规定，参保人员从职保转入新农保或城居保，其参加职保的缴费年限，可合并累加计算为新农保或城居保的缴费年限。参保人员从新农保或城居保转入职保，其参加新农保、城居保的缴费年限不折算为职保缴费年限。

这样规定的基本背景是职保与新农保或城居保制度间的缴费水平差异很大，一般达到十倍、甚至几十倍。如果将新农保或城居保的缴费年限简单地认同为职保的缴费年限，会造成权利与义务不对等，导致资金不平衡和道德风险。如果将新农保或城居保与职保之

间根据缴费额度进行比例折算，则会出现新农保或城居保缴费一年仅能折算为职保十分之一甚至几十分之一；同时，按照对等原则，职保缴费一年将等于新农保或城居保十年甚至几十年的缴费年限，这也是不科学的。鉴于新农保、城居保转入职保后，其原缴费年限即使折算也对其养老金的计发影响很小，而且个人账户全额转移相对于缴费年限折算对参保人员更有利，因此规定不予折算。但对于职保转入新农保或城居保的参保人员，为了避免出现参加职保、新农保、城居保均不满十五年而享受不到待遇的情况，规定其各项制度的缴费年限可以合并累加计算，这样更有利于维护参保人员的权益。

六、关于新农保与城居保衔接

《暂行办法》规定，参保人员办理新农保和城居保衔接手续的，转移个人账户全部储存额，缴费年限合并累加计算。这主要是考虑：新农保和城居保在制度模式、基金筹集方式、个人账户规模、养老金计发办法等方面是一致的，明确个人账户存储额转移合并，缴费年限累加计算，能够较好地维护参保人员的养老保险权益。

七、关于重复参保问题

《暂行办法》规定，参保人员重复参加职保与新农保或城居保的，若在同一年度内出现重复参保缴费的，清退新农保或城居保重复时段缴费，并将个人缴费相应金额退还本人。

这样规定的基本背景是，从制度设计、运行要求上看，不应允许同时参加职保与新农保或城居保；但在实际中，由于不同制度的

实施强度不同（就业人员参加职保属于法定权利和义务，而参加新农保、城居保目前遵循的是自愿原则）、参保缴费的具体规定不同（职保为按月缴费，新农保、城居保为按年缴费）等原因，城乡流动就业人员在同一年度某个时段重复参保缴费的现象是难以完全避免的。针对这一问题，《暂行办法》规定对于重复参保的，优先保留待遇水平较高的职保关系，并将重复参保时段的新农保或城居保个人缴费退还本人，尽可能减少相关人员由此带来的额外缴费负担。

八、关于重复领取待遇的处置

《暂行办法》规定，对于参保人员重复领取待遇的，保留职保关系，终止并解除新农保或城居保关系，对于重复领取的要予以退还或抵扣。这样规定，主要是遵循养老保险关系唯一性的原则，既优先保留养老金水平较高的职保待遇，又防止重复领取待遇给其他参保人员权益带来损害。

九、关于其他问题的说明

《暂行办法》还对各项养老保险制度之间衔接的办理程序、经办时限以及公开性做出规定，以为参保人员提供方便快捷的服务，并接受社会监督。

目前一些地区已经根据自身实际规定了一些接续办法。为统一规范操作，保障在全国范围流动的参保人员的养老保险权益，规定本办法实施后，各地要以本办法为准调整相关政策。

本办法作为暂行办法，将根据实际运行情况，总结经验，不断改进完善。

来源：人社部网站（2012-11-27）

论“带车求职”的法律性质——王某诉上海井胜通讯技术有限公司劳动合同纠纷案

【提要】 本文以“带车求职”纠纷案为例，讨论如何区分劳动关系与劳务关系。文章认为，应从劳动者是否具有人身依附关系、劳动报酬来源及报酬管理上的区别、主体权利义务所指向的不同对象等三个方面进行区分。劳动关系是主体之间兼有平等性与隶属性的社会关系，劳动者在身份上、组织上、经济上都从属于用人单位；在劳动关系中，劳动者的劳动报酬来源于本单位按时支付的工资，具有相对固定性；劳动关系强调的是双方在劳动过程中的权利义务关系，劳动成果是否实现一般不需要劳动者承担风险。

【案情】

上诉人(原审被告)上海井胜通讯技术有限公司(以下简称井胜公司)

被上诉人(原审原告)王某

王某购买相关车辆，并于2003年在报纸上刊登“带车求职”的商业广告，井胜公司根据该信息与王某在2003年2月19日签订《临时租车协议》，约定甲方王某及其车辆包租给乙方井胜公司使用，约定乙方每月支付给甲方费用6100元(含租车、汽油、司机劳务、午餐补贴等费用)，其它过路、过桥及停车费由乙方承担。第四条第4项约定：乙方用车期间，甲方司机应服从乙方的调配，积极配合乙方完成任务。第五条第2项约定：星期六、日及节假日加班按200

元/天结算(半天 100 元),如果甲方司机在上海以外地区过夜,每晚补贴 200 元(含住宿费)。

2003 年 4 月 1 日,王某、井胜公司签订补充协议,将 2003 年 2 月签署的《临时租车协议》延期六个月,至 2003 年 9 月 30 日,《临时租车协议》的所有条款保持不变。2005 年 6 月 1 日,双方签订《临时租车协议》一份,同时王某(甲方)、井胜公司(乙方)签订《承包用车合同》,约定:甲方车辆、驾驶员王某,承包乙方使用,上下班接送员工,并用于路测手机信号。承包期限自 2005 年 6 月 1 日至 2005 年 12 月 31 日。每天工作时间早上 9 点至晚上 6 点。……具体事宜以临时租车协议为准。2006 年 1 月 18 日,王某(甲方)与井胜公司(乙方)签订《临时租车协议》,协议第一条约定:甲方将车辆、驾驶员王某包租给乙方使用。租车期限自 2006 年 1 月 1 日至 2006 年 6 月 30 日共六个月。

在 2003 年 9 月 30 日之后至 2005 年 5 月 31 日之前及 2006 年 6 月 30 日之后至 2008 年 7 月 31 日止双方未签订任何协议,但双方仍按照原临时租车协议、补充协议、承包用车合同约定的权利义务履行直至 2008 年 7 月 31 日。2008 年 2 月 14 日,井胜公司曾为王某出具收入证明,载明:本公司员工王某月收入人民币 6,000 元。

后为缴纳社会保险费事宜双方发生争议,王某于 2008 年 7 月 21 日向上海市劳动争议仲裁委员会申请仲裁。后,2008 年 11 月 27 日王某又向上海市闸北区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。同年 12 月 2 日上海市闸北区劳动争议仲裁委员会以王某的请求不属于受理

范围为由，作出不予受理的决定。2008年12月15日，王某向闸北区法院提起民事诉讼，请求法院判令井胜公司支付原告自2008年2月至2008年7月未签订劳动合同的双倍工资36000元，并支付原告违法解除劳动合同的双倍赔偿金66000元。

【审判】

原审法院认为，井胜公司向王某支付临时租车协议约定的费用中包含了司机劳务，王某作为司机所获取的收入可以认定为井胜公司直接向王某支付的劳动报酬。同时，王某持有井胜公司办公地港陆广场的出入证，证件上单位名称是井胜公司，双方签订的临时租车协议、补充协议、承包用车合同约定了工作时间、加班管理等方面内容，其中承包用车合同还约定了上下班接送员工，从而证明王某完全接受井胜公司的管理并以井胜公司员工的身份进行工作。被告主张双方为承揽合同关系，但承揽合同中承揽的工作要有一定的物质形态成果，承揽的定作物具有特定表现，这在本案中均不具备。故原审法院认定王某、井胜公司之间形成劳动关系。2006年6月30日之后至2008年7月31日双方未签订过劳动合同，但事实上仍按原来的临时租车协议、补充协议、承包用车合同履行，属于事实上的劳动关系，双方均可以提出解除。据此，原审法院判决对王某要求井胜公司支付违法解除劳动合同的双倍赔偿金人民币66,000元的诉讼请求不予支持，但判令被告支付王某2008年2月至7月未签订书面劳动合同的双倍工资。

井胜公司不服一审判决，上诉至我院。上诉称其与王某之间系

劳务关系而非劳动关系：从该协议主体来看，王某并非基于劳动者的地位签订租车协议，而是以车辆所有者的身份签订该协议，双方系平等民事主体之间签订的一般民事协议，并非劳动合同；从该协议的标的来看，王某提供可供使用的车辆，井胜公司支付相关费用，而非聘用王某担任公司的某个职位；从相关责任和费用承担方面看，王某对保养、维修等车辆本身产生的费用及运营风险承担责任，王某是以自己的名义而并非以井胜公司员工的名义对车辆的运营对外承担责任。并且，双方完全是按照所签协议履行义务，井胜公司并未按照相关劳动法规向王某支付报酬，也没有用公司的规章制度来约束王某。故认为原判错误，请求二审法院依法改判，驳回王某原审提出的诉请。

王某辩称，《临时租车协议》的形式和内容并不统一，该协议的条款约定了工作时间、岗位、劳务费、车辆管理等具有人身隶属性，与劳动的权利义务有关的条款，属劳动法律、法规调控。就协议本质来看，因车辆租赁关系的民事法律关系注重的是工作的成果，而不是劳动的过程，故而双方非租赁关系。故认为双方系明确的劳动关系，原判事实清楚，适用法律正确，请求二审法院驳回上诉，维持原判。

二审法院经审理认为，从订立协议之宗旨及条文设定看，双方对于租赁车辆为协议主要目的意思表示明确、真实。在履行协议过程中，王某自行承担车辆的保养、维修、保险等车辆本身产生的费用以及车辆运营过程中产生的风险责任。王某依《临时租车协议》

之约定，在约定的时间内为井胜公司完成路测即可，超出约定的时间则井胜公司另行支付费用。上下班接送员工，井胜公司亦另行支付费用，这与劳动关系取得报酬的特征不符。从井胜公司支付给王某费用的内容看，包括租车、汽油、司机劳务等费用，不能认定井胜公司直接向王某支付了劳动报酬，且公司发放工资名册中亦无王某的名字。另外，井胜公司不对王某进行考核管理，王某亦不受井胜公司规章制度的约束，双方关系不具有人身依附、行政隶属等劳动关系的特征。综上，从《临时租车协议》并结合双方权利义务的履行情况来看，王某独立承担经营风险，付出的劳务只是其承揽提供的车辆服务的一个组成部分，并未形成职业性的从属关系。据此，二审法院判决撤销原判，对王某诉请不予支持。

【评析】

“带车求职”是当事人一方自备车辆，为另一方当事人提供车辆及车辆驾驶服务，以换取相应报酬。随着社会经济的发展，“带车求职”已经成为一种较为常见的做法。但是，带车求职者与用车单位之间是属于劳务关系还是属于劳动关系仍存在争议，实践中也引发了不少纠纷。特别是在合同约定不甚明了的情况下，“带车求职”法律关系性质的判断往往成为案件争议的焦点。笔者认为，判断“带车求职”法律关系性质应从以下几个方面入手：

一、劳动者是否具有人身依附关系

一般意义的劳动关系概念，是以劳动力和劳动为内涵要素的，是劳动力在使用过程中形成的权利义务关系。从这个意义上讲，广义的

劳动关系应当包含劳务关系。但是,劳动法所调整的劳动关系,有其特定的内涵,是指劳动者和用人单位之间,依据劳动法律规范所形成的实现劳动过程的权利义务关系,它不包括劳动者与用人单位(或雇主)之间,依据民事法律规范所形成的实现劳动成果的权利义务关系。

劳动关系是主体之间兼有平等性与隶属性的社会关系。主体双方不管是否用书面形式签订合同,在支出劳动力和接受劳动力之前,双方总需要进行平等协商,从这个意义上讲,双方具有平等性。而合同一经缔结(包括事实劳动关系中的口头合同),劳动者就成为用人单位的职工,在身份上、组织上、经济上都从属于用人单位,用人单位就成为劳动力的支配者和劳动力的管理者,双方即成为一种隶属主体间的以指挥和服从为特征的管理与被管理关系,劳动者完全被纳入用人单位的经济组织和生产结构之内。因此,劳动关系就其具体意义而言是具有一定的人身依附性,即劳动者实际上将其人身在一定限度内交给了用人单位。而劳务关系是民事主体之间依据民事法律规范而形成的权利义务关系,始终处于平等地位,二者相互独立;合同履行过程中,尽管接受劳务的一方有一定的指示权,但双方的权利义务基本维持在合同约定以内,不存在严格的隶属关系和人身依附关系。这与劳动法所调整的劳动关系是有很大区别的。

实践当中,用人单位的各项规章制度一般不能约束劳务提供者,用人单位也不用诸如《劳动考勤汇总表》、《职工工资与考勤登记》等对雇请的劳动者进行考勤。而在工作制度方面,用人单位不用工作

任务、工作质量等考核劳务提供者,也不要求其提高劳动技能和业务水平,更不会要求此类劳动者参加业务学习、政治学习。这都是区分劳务关系与劳动关系可供考虑的因素。本案中,王某虽然需要按时按量提供租车服务,并按照井胜公司的要求进行加班等,但这是按照劳务合同履行义务;井胜公司也会对王某的工作情况进行考察评价,但这也是接受劳务一方对劳动成果的验收。井胜公司并未像管理公司员工一样对王某进行管理与考核。总体上看,王某与井胜公司之间是依据提供有偿劳务的合同而形成的比较松散的约束关系,而并不是具有隶属性与人身依附性的劳动关系。

二、劳动报酬来源及报酬管理上的区别

在劳动关系中,劳动者的劳动报酬来源于本单位按月(或定时)支付的工资(包括奖金、津贴等),具有相对固定性。在劳务关系中,劳动者的劳动报酬则来源于雇主根据劳动成果数量与质量支付的报酬,一般不具有固定性。同时,劳务提供者甚至可以同时获取多个雇主支付的报酬。在本案中,双方没有如约定具体的工资标准,虽然约定每月支付共计人6100元的合同费用,但这包含了租车、汽油、司机劳务、午餐补贴等各项费用,不能认为是支付给劳动者的固定劳动报酬。双方约定周末及节假日加班按200元/天结算(半天100元)、在上海以外地区过夜每晚补贴200元(含住宿费)等,这也是劳务提供者增加劳务的对价,而不符合劳动关系中向劳动者支付加班工资的特点。此外,井胜公司发放工资名册中并没有王某的名字,这也说明王某获取的报酬并非工资。

在实践当中，劳动关系和劳务关系在对劳动者报酬的社会管理也有明显的区别。劳动关系中，应当按法律法规交纳有关社会保险费，劳动者除缴纳个人所得税之外不需缴纳其他税费。而在劳务关系中，在目前情况下用人单位并非必须为劳务提供者缴纳社会保险，但符合条件的劳务提供者可能需要缴纳营业税等其他税费。

三、主体权利义务所指向的对象不同

劳动关系强调的是双方在劳动过程中的权利义务关系，而劳务关系则强调双方在劳动成果方面的权利义务关系。在劳动关系中，劳动成果是否实现一般不需要劳动者承担风险。即使在某些劳动活动中没有实现劳动成果，如在某项目开发中没有开发成功，只要劳动者尽到了职责则用人单位就应依法支付劳动报酬。而劳务关系则不同，双方的权利义务关系直接指向劳动成果。接受劳务一方提出指示后，一般不再对劳务提供者进行具体的控制，而由劳务提供者自行完成任务，自行承担风险。如果劳务提供者未能完成任务或劳动成果不符合要求，则接受劳务一方可以依约拒绝支付或减少支付价款。

本案中，《临时租车协议》中虽有“甲方司机应服从乙方的调配，积极配合乙方完成任务”的约定，但这应认定为劳务关系中接受劳务一方指示权的行使，而并非实质性的掌控劳动过程。实际上，井胜公司更看重的是劳动成果，即协议约定中“接送员工，路测手机信号”。当然，这一劳动成果的实现需要双方配合，并且更多的是王某按照井胜公司的要求提供劳务，但在实现劳动成果的过程之外，井胜公司并不干涉和考核王某的行为。同时根据协议看，王某本人

对是否完成“接送员工,路测手机信号”的工作任务自行承担风险。如果王某没有完成工作任务,即使其有正当理由也会被扣除相应的报酬。

此外,劳动合同以当事人之间在劳动过程中的权利义务关系为标的;劳务合同则以劳动成果为标的,且标的是特定的。本案中,王某与井胜公司签订《临时租车协议》载明,甲乙双方经友好协商,甲方车辆租用给乙方用于商务旅游及其他业务性用车,即合同标的为王某完成井胜公司规定的一系列工作任务,以劳动成果换取相应的合同对价。

【附 录】

作者:杨 力,民三庭调研助理

玄玉宝,研究室调研助理

案号:上海市第二中级人民法院 (2009)民一(民)终字第 1774
号

合议庭:乔蓓华(审判长)、浦琛、陈樱(承办法官)

用人单位解除劳动合同实务归纳

《劳动合同法》实施以来，深圳市劳动争议案件一直居高不下，其中，因劳动关系解除引发的劳动争议占有较大比例。现根据有关法律规定，将用人单位单方解除劳动合同及经济补偿金的计算作简单归纳，希望能够为用人单位解除劳动合同提供更多法律帮助。

一、用人单位过失性解除劳动合同实务总结

《劳动合同法》第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

解除条件	条件分解	关键	程序	成本	局限
试用期间	1、试用期间 2、不符合录用条件	录用条件的设计	通知工会、 通知个人	不需要支付经济补偿金	无
严重违纪	1、存在规章制度 2、严重违反规章制度	严重违纪的界定			
重大损害	1、严重失职、营私舞弊 2、造成重大损害	重大损害的界定			
兼职	对完成本单位工作任务造成严重影响或用人单位提出，拒不改正的	兼职制度的完善			
无效劳动合同	欺诈、胁迫、乘人之危	证明责任			
刑事责任	被追究刑事责任	刑事责任的范围			

二、用人单位非过失性解除劳动合同实务总结

《劳动合同法》第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

解除原因	条件分解	程序	成本	解除限制
医疗期满	1、医疗期满 2、不能从事原工作也不能从事单位另行安排的工作	通知工会、通知本人	1、需要支付经济补偿金 2、不能提前30天通知的还需要支付代通知金	《劳动合同法》第42条规定的6种情形
不能胜任工作	1、不能胜任工作 2、经培训或调整岗位仍不能胜任工作			
客观情况发生重大变化	1、客观情况发生重大变化致使原劳动合同无法履行 2、无法达成变更合同协议			

三、劳动关系建立于 2008 年 1 月 1 日前，但在 2008 年 1 月 1 日后解除劳动合同，经济补偿金如何计算

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》

31. 用人单位支付劳动者解除或终止劳动合同经济补偿或赔偿金时，经济补偿或赔偿金的基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿或赔偿金的基数按用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍计算。

32. 劳动关系建立于《劳动合同法》实施以前，但在《劳动合同法》实施后解除或终止的，经济补偿按以下方式计算：

（一）按《劳动合同法》实施以前的有关规定，用人单位无需支付经济补偿的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算。

（二）按《劳动合同法》实施前后的有关规定，用人单位均需支付经济补偿的，劳动者的工作年限自用工之日起计算。用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同或因劳动者不能胜任工作、经培训及调整岗位仍不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限最多不超过 12 年。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍，非因协商一致或劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限自用工之日起计算，不受最多不超过 12 年的限制。

表一：劳动者解除、终止前 12 个月平均工资标准不超过当地社平工资 3 倍的

解除事由		补偿年限		计发经济补偿标准	备注
		2008 年前的部分	2008 年后的部分		
协商一致或不胜任工作		不超过 12 个月	实际工作年限	解除前 12 月工资标准	
其他事由用人单位单方解除且需支付补偿的		实际工作年限	实际工作年限	解除前 12 月工资标准	
合同期满终止（非 86 年 9 月 30 日前固定工）		无	实际工作年限	解除前 12 月工资标准	
劳动者提出被迫解除	以单位未买社保等为由	无	实际工作年限	解除前 12 月工资标准	
	其他事由需支付补偿的	实际工作年限	实际工作年限	解除前 12 月工资标准	

说明：劳动者解除、终止前 12 个月平均工资标准不超过当地社平工资 3 倍，用人单位违法解除劳动合同的，应支付的赔偿金=从用工之日起计算的年限×解除前 12 月工资标准×2

表二：劳动者解除、终止前 12 个月平均工资标准超过当地社平工资 3 倍的

解除事由		补偿年限		计发经济补偿标准	备注
		2008 年前的部分	2008 年后的部分		
协商一致或不胜任工作		不超过 12 个月	不超过 12 个月	社平工资 3 倍	
其他事由用人单位单方解除且需支付补偿的		实际工作年限	不超过 12 个月	社平工资 3 倍	
合同期满终止（非 86 年 9 月 30 日前固定工）		无	不超过 12 个月	社平工资 3 倍	
劳动者提出被迫解除	以单位未买社保等为由	无	不超过 12 个月	社平工资 3 倍	
	其他事由需支付补偿的	实际工作年限	不超过 12 个月	社平工资 3 倍	

说明：劳动者解除、终止前 12 个月平均工资标准为当地社平工资 3 倍以上的，用人单位违法解除劳动合同的，应支付的赔偿金=从用工之日起计算的年限×社平工资标准的 3 倍×2

（本文作者：劳动和社会保障法律业务委员会副主任沈威律师）