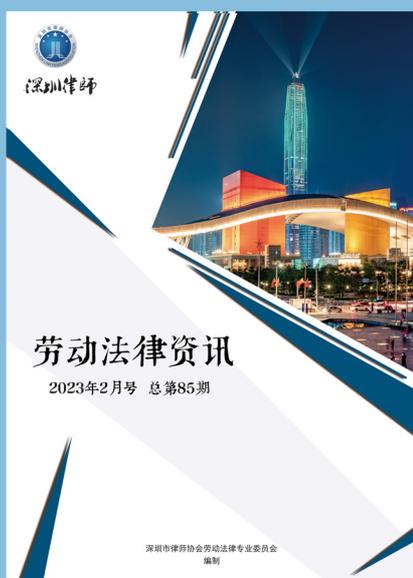


NO. 85

编制：深圳市律师协会
劳动法律专业委员会

编委 彭湃、陈伟、
顾良山、冼武杰
责任编辑 何志杰



2023年2月刊

目录

CONTENTS

RECENT NEWS 最新动态 P1-P9

- 1、广东省人力资源和社会保障厅 广东省卫生健康委员会印发《关于进一步做好〈广东省人口与计划生育条例〉相关假期贯彻落实工作的通知》
- 2、人社部：关于进一步加强人力资源市场现场招聘会安全管理工作的通知
- 3、2023年度最新工伤死亡赔偿标准公布
- 4、“生育登记取消结婚限制”冲上热搜

CASE AND PRACTICE 判例与实务 P10-P29

- 5、爱奇艺败诉！史上最详细“重大客观原因”解除员工判决
- 6、用人单位无正当理由拒绝履行审批义务，符合奖励条件的劳动者主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金

COMMITTEE ARTICLE 委员文章 P30-P34

- 7、网络主播签订艺人经纪合同后，是否成立劳动关系？
- 8、在职期间是否可以约定竞业限制违约金以及法官酌定的标准

POLICIES AND REGULATIONS 政策法规 P35-P47

- 9、《关于进一步做好〈广东省人口与计划生育条例〉相关假期贯彻落实工作的通知》政策解读
- 10、中共中央组织部 人力资源社会保障部关于印发《事业单位工作人员考核规定》的通知

专业委员会介绍 P48



1.广东省人力资源和社会保障厅 广东省卫生健康委员会印发《关于进一步做好<广东省人口与计划生育条例>相关假期贯彻落实工作的通知》

各地级以上市人力资源和社会保障局、卫生健康局（委）：

为贯彻落实新修改的《广东省人口与计划生育条例》（以下简称《计生条例》）规定的相关假期，维护职工休息休假权利，促进人口长期均衡发展和社会进步，根据《中华人民共和国人口与计划生育法》《中共中央 国务院关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的决定》等有关法律法规政策规定，结合我省实际，提出如下贯彻实施意见，请认真贯彻执行。

一、本省行政区域内的一切国家机关、社会团体、企业事业单位和群众自治组织（以下简称用人单位）应按照《计生条例》的有关规定，科学合理地安排符合条件的职工工作和休假，依法确保职工享受相关假期。

二、《计生条例》规定的女方八十日奖励假和男方十五日陪产假期间的工资待遇，按照《计生条例》第三十条第一款、《广东省工资支付条例》第十九条规定执行。

三、《计生条例》规定的育儿假不可叠加，如有两个以上子女同时在3周岁以内，父母双方每年

均只能享受十日的育儿假，直至最小的子女满3周岁。

育儿假的请休按周年计算，即以子女周岁作为计算年度。例如，子女2021年5月1日出生，那么自2021年5月2日至2022年5月1日子女满1周岁之前，父母双方可以各休10日的育儿假；2022年5月2日至子女满2周岁之前，父母双方可以再休10日的育儿假，以此类推，直至子女满3周岁。在同一计算年度内，育儿假可以拆分请休，原则上不超过2次。

四、在国家提倡一对夫妻生育一个子女期间，自愿终身只生育一个子女的本省户籍夫妻或一方为本省户籍的夫妻，一方年满六十周岁的，其子女即可享受护理假，每年五日；患病住院治疗（应提供医疗机构出具的诊断证明、住院证明等材料）的，其子女每年可享受累计不超过十五日的护理假。

护理假不可叠加，父母双方均满六十周岁，子女每年也只可享受五日的护理假；患病住院治疗的，每年累计也不超过十五日。

护理假的请休按自然年计算，在同一计算年度内可以拆分请休，原则上不超过2次。

独生子女父母双方为外省户籍，其子女在广东工作的，鼓励用人单位参照《计生条例》三十六条第五项的规定安排其子女休护理假。

五、用人单位要完善用工管理制度，明确育儿假、护理假等假期期间的工资待遇。用人单位要进一步加强工资集体协商，与职工协商一致明确育儿假、护理假期间的工资待遇，签订集体合同。鼓励有条件的用人单位按照奖励假、陪产假期间的工资标准支付育儿假、护理假期间的工资待遇，充分体现用人单位的社会责任和人文关怀。育儿假、护理假期间的工资待遇不得低于本地区最低工资标准。

六、用人单位应根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，合理安排职工休假。用人单位确因工作需要需跨1个计算年度安排职工休假的，应与职工协商一致安排。

七、职工按照《计生条例》有关规定享受的奖励假、陪产假、育儿假和护理假不计入职工带薪年假假期。

八、用人单位可在规章制度中明确职工请休育儿假、护理假所需材料，如《广东省生育登记凭证》、子女《出生医学证明》、父母满六十周岁的一方的身份证信息等。鼓励用人单位采取由职工提交符合休假条件书面承诺的方式，简化休假需要的材料。

职工休假时需乡镇（街道）卫生健康工作机构提供相关证明材料的，乡镇（街道）卫生健康工作机构应积极协助，及时出具。卫生健康部门将积极

完善家庭生育信息的在线查询服务，为职工请休假提供方便。

九、如出现未按照《计生条例》规定给予假期、拖欠克扣工资、违法解除劳动合同等违反法律、法规或者规章的行为，任何组织或个人有权通过12345政务服务热线、网上举报投诉平台等渠道向人力资源社会保障行政部门举报。劳动者认为用人单位侵害其劳动保障合法权益的，有权向有管辖权的人力资源社会保障行政部门投诉。发生劳动争议的，依照劳动争议处理的规定处理。

十、各级人力资源社会保障行政部门应当加强对用人单位贯彻落实假期制度的指导和监督，用人单位未按照《计生条例》安排职工休奖励假、陪产假、育儿假和护理假的，由县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门依据职权责令限期改正，确保《计生条例》规定的假期制度得到贯彻落实。

十一、本通知自印发之日起实施。国家和省有新规定的，按照新规定执行。职工最小的子女在2021年12月1日至本通知印发之日期间满3周岁、且用人单位确因工作需要原因未给职工安排休育儿假，职工提出休假申请的，用人单位应当按照《计生条例》第三十条规定安排职工补休。独生子女父母一方在2021年12月1日至本通知印发之日期间已满六十周岁、且用人单位确因工作需要原因在2021年、2022年未安排其子女休护理假，职工提出休假申请的，用人单位应当按照《计生条例》第三十六条规定安排职工补休。

十二、本通知实施过程中遇到的问题，请径向省人力资源社会保障厅、省卫生健康委反映。

广东省人力资源和社会保障厅
广东省卫生健康委员会
2023年1月11日

2、人社部：关于进一步加强人力资源市场现场招聘会安全管理工作的通知

人社厅明电〔2023〕8号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局），副省级市人力资源社会保障局：

春节后求职择业高峰来临，各类现场招聘会加快恢复，为确保相关活动安全有序举办，切实保障劳动者权益，积极促进复工复产和稳就业，现就有关事项通知如下：

一、强化安全管理责任意识。现场招聘会是稳就业促就业和优化人力资源流动配置的重要载体，加强其安全管理工作直接关系各类参会人员的人身和财产安全。各级人力资源社会保障部门要从统筹发展和安全的高度，切实增强做好现场招聘会安全管理工作的责任意识和底线思维，遵循“安全第一、预防为主”的方针，把管行业必须管安全、管业务必须管安全等要求落实落细。要严格落实属地管理原则，加强形势分析研判和工作组织领导，积极主动协调公安、消防、防疫、市场监管等相关部门，构建信息共享、工作联动和风险防控机制，确保各类现场招聘会安全。

二、安全有序举办现场招聘会。各地要支持和指导人力资源服务机构在安全可控、有序高效的前提下，积极举办现场招聘会等人力资源供需对接活

动，为劳动者求职和用人单位招聘提供专业精准、诚信安全的服务。要根据新冠肺炎疫情防控形势和要求，结合当地需求和实际条件，鼓励人力资源服务机构针对各类劳动者尤其是高校毕业生、农民工等重点群体，有序开展线上线下招聘会、多样化灵活性专场招聘会。要广泛组织各类人力资源市场、人力资源服务产业园，为举办现场招聘会提供场地、人员、技术等支持，促进人力资源服务机构丰富招聘服务模式、拓展综合性服务，打造更安全、更高效的招聘服务平台。

三、加强现场招聘会日常管理。各地要建立现场招聘会安全管理工作责任制，及时制定和完善突发事件应急预案，落实到事、到人、到岗。实施现场招聘会报备管理的地区，要优化工作流程，细化报告事项，严格核实举办单位、工作方案等内容，提升管理效能；已取消报备管理的，要建立健全事中事后管理制度，确保举办单位具备相应资质。要按照“谁主办，谁负责”的原则，督促举办单位承担安全主体责任，制定现场招聘会组织实施办法，严格审核参会用人单位主体资格和招聘信息真实性、合法性，依法向活动所在地公安、消防等部门办理相关手续。对通过劳务协作等方式组织跨地区

现场招聘会的，要周密部署、严密对接，确保防疫、交通等方面安全。

四、加大现场安全检查巡查力度。要加强对现场招聘会等固定招聘场所的安全巡查，重点检查疫情防控、出入通道、消防器材、电器线路、通风系统等方面设施设备，确保安全有防护、遇险能疏散。对安全条件不完备、安全措施不到位、安全责任未落实的，要督促举办单位限时整改，及时发现和化解火灾、踩踏等各类安全隐患。要督促举办单位合理匹配场地面积、招聘会规模与展位数量，足量配备现场工作人员，合理把控入场人数。要设立热线电话和专职人员，及时受理、妥善处置劳动者的投诉举报，依法纠治就业歧视、虚假招聘、非法职介等违法违规行为。要结合现场招聘会安排，采取灵活多样的形式，组织开展防范各类招聘陷阱、加强自身安全保护的宣传教育，提高劳动者风险防范意识。

五、建立安全管理长效机制。要持续提升现场招聘会管理工作科学化、规范化水平，指导督促人力资源服务机构优化工作机制、提高办会能力。要采取集中培训、实地教学、现场演练等多种形式，加强对行业主管部门工作人员和从业人员的安全责任教育，提高人员安全意识和应急处置能力。要完善现场招聘会评估机制，可将招聘会举办效果、举办单位依法守信情况，纳入人力资源服务机构信

2023年2月7日

用评价记录，采取多种方式奖优惩劣。要积极推动创新发展，支持和鼓励人力资源服务机构创新招聘会形式，增强供需对接效能，提升匹配质量。

各地加强人力资源市场现场招聘会安全管理工作有关情况和成效，请及时报送我部人力资源流动管理司。

联系人：杨波，联系电话：010-84207245、84208244（传真）。

人力资源社会保障部办公厅

3、2023年度最新工伤死亡赔偿标准公布

2023年1月17日上午10点，国务院新闻办公室举行新闻发布会，国家统计局发布2022年居民收入和消费支出情况。2022年，全国居民人均可支配收入36883元，比上年名义增长5.0%，扣除价格因素，实际增长2.9%。分城乡看，城镇居民人均可支配收入49283元，增长3.9%，扣除价格因素，实际增长1.9%；农村居民人均可支配收入20133元，增长6.3%，扣除价格因素，实际增长4.2%。

这个统计数据，对工亡职工近亲属可领取的一次性工亡补助金有直接影响。

依据《工伤保险条例》第三十九条规定，职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。故员工因工死亡的，近亲属可获得三项费用，丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金。三项费用标准如下：

1、一次性工亡补助金：标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。这个标准每年都会变化，一般每年至少增加数万元。

公式：全国城镇居民人均可支配收入×20

依据国家统计局公布的最新数据，2022年度全国城镇居民人均可支配收入49283元。

故2023年度一次性工亡补助金标准为49283元×20=985660元。

因《工伤保险条例》在全国统一执行，故2023年度一次性工亡补助金全国统一标准为985660元，相比上年度的948240元，增加了37420元。这个标准没有地域之分，全国统一。

2、丧葬补助金：丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资。这个标准同样每年会有变化，每个地区标准不一样。比如，深圳上年度社平工资12964元/月，则丧葬补助金为77784元。

公式：当地社平工资×6

3、供养亲属抚恤金：按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上

增加 10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资；

公式：配偶：死者本人工资×40%（按月支付）

其它亲属：死者本人工资×30%（每人每月）

孤寡老人或孤儿：上述标准的基础上增加 10%

初次核定时上述抚恤金之和应≤职工月工资（按月计算）。

注：1、以上标准均基于《工伤保险条例》规定及最新统计数据归纳总结。2、供养亲属，是指该职工的配偶、子女、父母、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。3、申领供养亲属抚恤金，还需符合《因工死亡职工供养亲属范围规定》第三条规定的条件。

4、“生育登记取消结婚限制”冲上热搜

近日，#四川生育登记取消结婚限制#话题在网上引起热议。将于今年 2 月施行的新版《四川省生育登记服务管理办法》（简称《四川办法》）因取消了登记对象是否结婚、生育数量等限制条件而受到舆论广泛关注。。

所谓生育登记，其内容包括夫妻双方（公民）基本信息（含户籍信息、居住信息、婚姻信息等）和子女信息（含再婚夫妻再婚前生育子女的现存子女）等。

相较 2019 年 3 月 20 日出台的《四川省生育登记服务办法》，新《办法》取消了对登记对象是否结婚的限制条件，将生育登记的重心转移到生育意愿和生育结果上来，回归人口监测及生育服务本位。

官方回应：“生育登记”并非“上户口”

有群众误解，说“非婚生育”的可以上户口了。

相关人员解释说，早在几年前，中共中央国务院关于人口长期发展的相关规定和决定中，就已经取消了上户口的相关限制规定。

据四川省卫健委相关处室获悉，《办法》中所说的“生育登记”并非大众所认为的“上户口”，生育登记可以通过网上登记，主要是向群众宣传告知其有哪些权利、义务，也是部门对群众基本情况的了解。

工作人员称，生育登记并不是上户口，办理生育登记，是为了保证妇幼服务更好地开展，保障相关部门对当地人口的有效监测。《办法》并非鼓励不结婚生孩子，而是为了保证“未婚先孕”人群的权益，让其进行生育登记后就享有一些妇幼保健的服务。

没有结婚证，新生儿能不能办理出生医学证明？四川省卫健委妇幼保健处工作人员表示，孩子只要在医院出生且母亲已成年就可以办理出生医学证明，有没有结婚证并不影响办理，在医院相关窗口填写相关信息就可以。

广东等省份已出台过类似措施

在此次《四川办法》受到关注之前，广东已出台了类似措施或公开征求意见。

2022年5月1日起，《广东省卫生健康委生育登记管理办法》（简称《广东办法》）正式实施。

广东省卫健委权威解读称，《广东办法》明确了生育子女无须再审批，实行全口径生育登记制度，并在登记流程、办理材料和办理时限等方面更加优化、更加便民。

具体来看，《广东办法》将“生育登记证明”更改为“生育登记凭证”，并明确了“生育登记凭证是办理机构为登记人办理生育登记时出具的凭证，不作为相关生育行为是否符合《广东省人口与计划生育条例》的依据”，强调了生育登记的中立性和客观性，仅作为人

口监测的工作手段，而不再成为制约群众生育的工具。

同时，《广东办法》也延续了此前未婚生育人群可以办理生育登记的规定。

在此次《四川办法》受到关注之前，已有广东、陕西、安徽等多个省份出台了类似措施或公开征求意见。从公开文件信息来看，各省份新施行的生育登记措施均为落实2021年中央提出的“完善生育登记制度”要求。



5、爱奇艺败诉！史上最详细“重大客观原因”解除员工判决

案件事实：

2011年11月23日，张某入职上海A有限公司。2015年9月1日，张某劳动关系转入北京B有限公司上海分公司（以下简称B公司）。2017年10月10日，张某与B公司签订了自2017年11月23日起的无固定期限劳动合同。2019年8月1日，张某、B公司及北京B有限公司XX分公司（以下简称XX分公司）签订了《劳动合同主体变更协议》，约定张某劳动合同主体变更为XX分公司。

2020年2月1日，原、张某及XX分公司签订了《劳动合同主体变更协议》，约定张某劳动合同主体变更为本案爱奇艺，由爱奇艺承

继自2011年11月23日起所有的权利和义务。张某在爱奇艺的智能智某制作部下属系统组担任web前端高级工程师，月工资27,000元、补贴500元，另有季度奖金和绩效奖金。

后爱奇艺公司技术总监与人事经理分别与张某进行了谈话，谈及了要解除与张某的劳动关系等事宜。其后，2021年12月16日爱奇艺人事经理与张某当面的谈话在本案中是重要事实，爱奇艺以此作为其已依法履行解除程序的证据，故本院作摘录如下（节选）：[以下引自这次谈话的内容是口语，有些表述明显不严谨，系原文如此，下同。]

爱奇艺人事经理：“……因为确实亏损的比较大，所以减亏嘛，全跟你，所以才跟你聊这个事情……这个因为公司发生重大变故，然后也没有办法协商解除达成一致，然后来走这个啊离职，那么这种赔偿的方式也是 N+1，也不足 2N……我其实也想了这段时间公司呢也帮你看了一下转岗机会，那确实唉呀你自己有关关注吗？这样反正可能也没有特别好的机会，然后降薪你愿意吗？”

张某：我本来薪资就不高啊。

爱奇艺人事经理：你现在多少？

张某：27,000 啊。

爱奇艺人事经理：27,000 那我们要交的话可能要降到 1 万，你愿意吗？降到 1 万能留下来，你愿意吗？

张某：那肯定不行。

爱奇艺人事经理：那 1 万这也还也不行，那只能走协商解除了……。”

2021 年 12 月 20 日，爱奇艺人事经理通过微信告知张某：“你提出的协商解除的补偿

方案没办法沟通下来，之前我们聊的那个方案你能签吗？或者是之前问过你的降薪方案（降至税前 1 万月薪）”，张某回复称：“降薪方案不会考虑，我还是坚持我提出的补偿方案。”

2021 年 12 月 29 日，爱奇艺向张某送达《解除劳动合同通知书》，载明：根据《劳动法》、《劳动合同法》及相关规定，公司决定于 2021 年 12 月 29 日解除与您的劳动合同。具体解除原因如下：由于经济情况发生重大变化，公司出现严重亏损。为应对该风险变化，公司决定进行业务优化和调整，您所在岗位已经取消，经与您进行协商变更劳动合同，但并未能达成一致，因此公司决定与您解除劳动合同。公司将依法向您支付共计人民币 353,147 元，该金额包括公司依法向您支付的所有款项和补偿，包括经济补偿金，代通知金等。前述金额为税前金额等。张某确认爱奇艺已支付解除劳动合同经济补偿金 325,647 元及未提前 30 日通知解除劳动合同的替代工资 27,500 元，合计 353,147 元。

2022 年 1 月 20 日，张某申请仲裁，要求判令爱奇艺支付违法解除劳动合同赔偿金差额 298,147 元。2022 年 3 月 10 日，该委裁决：

爱奇艺支付张某违法解除劳动合同赔偿金差额 298,147 元。爱奇艺不服仲裁裁决，遂向本
院提起诉讼。

另查明，爱奇艺系爱奇艺公司下属关联公
司，爱奇艺公司对爱奇艺实质上实某进行管理。

庭审中，双方对于 2019 年至 2021 年度张
某均处于亏损状态、张某离职前十二个月平均
工资为 32,000 元及仲裁委确认的赔偿金差额
并无异议。

法院认为：

爱奇艺作出解除与张某劳动合同的过程，
是本案的关键事实，因此，有必要对此作重点
分析：

张某的工作岗位属于爱奇艺智能智某制
作部下属系统组（爱奇艺相关文件里提到的岗
位缩减部门是后台产品研发部）。

2021 年 12 月 16 日，爱奇艺人事经理与
张某在人力资源部门内进行了谈话。爱奇艺向
法庭向某提交了此次谈话录音的文字材料。此
次谈话时间持续 17 分 08 秒。从录音文字材料
可知，此次谈话涉及到张某岗位情况、赔偿金

标准等。对于这次谈话的目的和背景，有过这
样表述，“确实亏损的比较大”、“因为公司
发生重大变故，然后也没有办法协商解释达成
一致，然后来走这个啊离职”、“…需要减亏…
所以就协商坐下来跟大家协商，希望去解除这
个东西”、“…既然咱们是协商坐下来协商解
除，那我觉得当然 2N 这个确实肯定是不行”。
在这次谈话过程中并没有给出具体的岗位，只
是说到，“…反正可能也没有特别好的机会，
然后降薪你愿意吗？”在张某回复其薪水不高
只有 27,000 之后，爱奇艺人事经理说到，
“27,000 那我们要交的话可能要降到 1 万，
你愿意吗？降到 1 万能留下来，你愿意吗？”
张某明确回答肯定不行后，爱奇艺人事经理说，
“那 1 万块这也不行，那只能走协商解除
了…”。2021 年 12 月 27 日，张某与爱奇艺
人事经理的微信往来显示，爱奇艺人事经理告
知张某，[张某]提出的协商解除的补偿方案
[2N]没办法做，问及之前聊的那个方案能否签
或者是之前问过的降薪方案（降至税前 1 万月
薪），张某回答，不会考虑降薪方案，坚持其
提出的补偿方案。2021 年 12 月 28 日，爱奇
艺向张某送达解除合同通知书，称公司变化、
受损比较严重，所以公司进行优化和调整，张

某岗位已经取消，协商没有达成一致，所以解除劳动合同。当月 29 日，张某在该解除通知书签回收执写上“公司强制与我解除无固定期限合同，属于非法解除”。

根据爱奇艺与张某的诉辩称及庭审中的意见，本案的争议焦点可以概括为：爱奇艺作为用人单位是否有权依据《劳动合同法》第 40 条第 3 项解除与张某劳动者的劳动合同？该争议焦点具体细化为以下两点：1、劳动合同订立所依据的客观情况是否发生了重大变化，致使劳动合同无法履行？2、爱奇艺是否和张某就劳动合同进行了协商变更？

第一个争议焦点涉及的是法条所指“客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”应该如何理解？该条款在本案事实下如何适用？

爱奇艺解雇解某张某的依据是《劳动合同法》第 40 条第 3 项，因此，如何理解并在本案中适用该条款就是本案审理重点，我们必须对这一法条作一全面分析。该条款中“客观情况发生重大变化”这一表述，最早见于 1995 年 1 月实施的《劳动法》第 26 条第 3 项，劳动部办公厅在有关贯彻劳动法的文件中曾经

将“客观情况发生重大变化”限定在几种特定情形，即“企业迁移、被兼并、企业资产转移”

（排除第 27 条所列的经济性裁员情形），在 2008 年《劳动合同法》实施后，当初文件所列举的情形明显太窄，已经部分不符合《劳动合同法》的规定。

在解释“客观情况发生重大变化”时，我们首先需要对何为“客观情况”作一界定。一般来说，“客观情况”可作外部情况与内部情况的区分，如果将“客观情况”只是限定在外部情况——非因经营者主动作为而出现的情形——争议会较少。例如，地震或者洪灾等自然灾害属于外部情况，如果地震或者洪灾将用人单位厂房、设备彻底震坏或者冲毁，用人单位无法生产或者再建造新厂房的成本巨大，那么，将这样的情形视作客观情况发生重大变化当无争议，因为其严重性甚至可以归入到不可抗力。又如，用人单位进入破产程序或者被其他企业兼并，国家明确对于某些重污染企业实行“关停并转”，国家颁布政策对于义务教育阶段的学科类培训进行限制，这些变化也属于外部客观情况，它们通常会被认为是用人单位订立劳动合同时无法预料或者控制的情形。但是，对于因为经营等内部原因，例如产业升级、

部门裁撤、经营转型等作出的解雇解某，是否可以被认定为基于“客观情况发生重大变化”，在实践中往往争议很大。有的认为，在将《劳动合同法》第40条的“客观情况”与第41条进行比较后，就可以得出第40条的“客观情况”不包括企业因为经济原因而解雇解某这样的内部原因，因为第41条的表述是“所依据的客观经济情况发生重大变化”，较第40条多了“经济”二字，似乎更强调经济原因。[见劳动部办公厅1994年9月5日公布的布某《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第26条，最高人民法院劳动法培训班《劳动法基本理论与实务讲座》第160页，法律出版社1995年5月第1版。][学者对此的讨论可见林嘉著《劳动法的原理、体系与问题》，法律出版社2016年版，第211页。][中办、国办于2021年7月24日发布《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》，明确从严治理，全面规范校外培训。]

本院认为，我们实行的是市场经济，企业经营自然受到各种市场因素影响。现在的情况已经不同于劳动法实施之上的上世纪九十年代，那时的经济还带有一些计划经济色彩，因

此，我们现在对于《劳动合同法》第40条所称的“客观情况”做广义解释是适当的，即不将“客观情况”仅仅局限于政策、环境、自然等外部原因的变化，可以将企业经营等内部原因包括在“客观情况”。但是，企业经营这样的内部原因，应该是“重大变化”，而非“一般变化”。我们得出这个结论是基于以下考虑：

一是企业经营中的一些重大变化，肯定会动摇劳动合同订立时的基础，这是客观事实。劳动合同订立总是有其基础，有这种基础存在，双方才会订立劳动合同。劳动合同订立基础不仅包括了外部因素，如经营场地、经营范围的存续，也包括了内部因素，如企业履行合同所需的正常经济环境。外部因素的变化会动摇劳动合同订立的基础，内部因素的变化也同样会如此。以经营这样的内部原因可以预料而排斥其作为劳动合同订立的基础，是不合理而且是苛刻、僵硬的，因为任何事件都可以说是可预见的，差别在于是否可以被合理预见。实际上，在市场变化剧烈的今天，很多内部原因的变化，也是双方订立劳动合同时无法合理预料到的。

二是劳动合同的特性——人身从属性和经济从属性——也要求将经营行为等内部原

因导致的解雇解某视作“客观情况”发生变化。有学者把《劳动合同法》第40条第3项看作是情势变更原则在劳动法上的运用，但是，依据现在的《民法典》，情势变更原则是排除商业风险的，而用人单位基于经营原因作出的任何决定都可能被视为是“商业风险”。如果严格按照情势变更的原则，则用人单位几乎完全不能适用《劳动合同法》第40条来解除劳动合同，因此，不应该将该条解读为情势变更原则在劳动法中的适用。实际上，劳动合同本身不是单纯的财产关系合同，而是在履行过程中有着人身从属性、强调雇员对雇主忠诚的特殊合同，因此，不宜将一般合同下适用的情势变更原则简单移植到劳动合同当中。司法实践中，即使有的判决认为该条款为情势变更原则在劳动合同中的适用，但从结果来看，大多降低了门槛，忽略了其商业风险特征，这样做就是为了避免对用人单位解除权的过度限制。三是实践中的解除必然有不符《劳动合同法》第41条“经济性裁员”所规定人数的情形，对用人单位而言有时只能选择适用第40条第3项的规定。《劳动合同法》第41条是经济性裁员的规定，它规定的是企业因为经营原因，“需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人

但占企业职工总数百分之十以上的”情形。对于因为经营原因需要解雇解某，而人数不符合法定情形的，用人单位可以选择的最接近法律依据也许只能是《劳动合同法》第40条第3项规定的“客观情况发生重大变化”。因此，“客观情况”的认定，不能机械地作外部行为和内部行为的区分，更不能简单地将内部行为排除在“客观情况”之外。一方面，现实生活非常复杂，有一些外部情况对于劳动合同的订立或者履行来说可能影响甚微；另一方面，企业经营面临的形势一直在变化之中，企业为了生存需要根据形势及时作出经营调整，包括用工上的调整。企业的这种调整员工的权力，是企业正常经营所必须。我们认为，即使这种用工调整的起点是内部的，动机是主观上的，但不应该以此否定经营行为在结果上的客观性，即客观上动摇了劳动合同订立和履行的基础。[《劳动合同法实施条例》第19条在列举用人单位可以与劳动者解除劳动合同的情形时，提到了用人单位依照企业破产法规定进行重整、用人单位生产经营发生严重困难、企业转产、重大技术革新或者经营方式调整。][见劳动合同法实施条例起草人编著《劳动合同法实施条例详解与适用》，法律出版社2008年10月第

1 版，第 89 页。][见民法典第 533 条和最高人民法院《合同法司法解释二》第 26 条，这两个条文都明确排除了商业风险适用情势变更。][王倩著《经济性裁员法律制度——司法适用与立法完善》，上海人民出版社上海 XX 出版社 2021 年 2 月第 1 版，第 82 页。][见广东省深圳市宝安区人民法院“史某与莱某德科技（深圳）有限公司劳动争议纠纷案”〔（2011）深宝法民劳初字第 273 号〕。]

同时，本院认为，《劳动合同法》第 40 条第 3 项所称的“客观情况”还必须是“重大的”，而非“一般的”。劳动合同具有私法特征，当然也应该遵循“合同必须遵守”的原则，依法订立的劳动合同具有法律约束力，用人单位和劳动者都应该严格执行，不能任意变更。同时，从第 40 条第 3 项在《劳动合同法》体例中所处的位置看，它适用的是非因劳动者本人过错而解除的情形，因此，我们在解释该条款时，在保护用人单位正常解雇解某权利的同时，也要特别注意保护劳动者的正当权利。实践中需要特别防止用人单位任意找一个无关紧要的理由或者是编造一个理由解雇解某劳动者，然后对外宣称是“客观情况发生重大变化，致使劳动合同不能履行”。我们认为，如果不对用

人单位以《劳动合同法》第 40 条第 3 项进行解雇解某加以一定限制，那就几乎是打开了潘多拉的盒子，用人单位可以任意行使解除权。为了防止这样的风险，企业以经营上的原因作为理由解雇解某劳动者就必须加以一定限制，即这种经营上的原因必须是“重大”，其解除决定的作出也是出于“善意”。

对于某个解除原因为什么构成“重大”，又是如何导致劳动合同无法履行，当然应该由用人单位在具体案件中承担举证责任。这不仅是因为提出诉请的用人单位有义务证明自己的主张，更是因为只有用人单位才了解、掌握企业经营的实际情况，包括行业的一般情况，而劳动者对企业的经营情况一般是不知情的，起码是不能准确知道的。用人单位在审理过程中，不能仅仅是告知法院出现了某个情形——某个情形的出现只是现象——重要的是向法院全面说明所出现的某个情形如何实质性地动摇了劳动合同的基础。这样的说明可能包括劳动合同订立的当时是什么情形，用人单位和劳动者当初的预期是什么，劳动合同订立后发生了什么，某个特定情形的出现为什么超出了双方当初的预期，又是如何影响到劳动合同的履行的，等等。法院在判断某个情形是否“重

大”、是否导致劳动合同无法履行时，应该仔细审视用人单位的举证和劳动者的抗辩，综合国家的政策、行业的一般做法、用人单位现有岗位的匹配和空余情形等进行判断。在非常复杂又瞬息万变的市场经济下，法院要确定一个唯一的判断因素是做不到的，只能由法官根据个案的具体情形作出综合判断。[用人单位认为已经出现的情形“重大”，且导致合同无法履行，显然属于“主张法律关系(事实)存在”，依据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》第91条的规定，应该由主张者(用人单位)承担举证责任。]

回到本案中，爱奇艺庭审中提出的解雇解某张某的具体理由是“企业亏损”、“疫情后亏损加剧”。爱奇艺的逻辑是，因为企业严重亏损，所以需要裁撤张某所在部门系统组以减少亏损，因为要裁撤张某所在部门，就必须解除与张某的劳动合同。我们认为，从爱奇艺所提交的证据看，其这样的解除理由是牵强的，难以被认定为符合《劳动合同法》第40条第3项“客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”。

主要理由，一是爱奇艺所称的企业亏损在本案中并不能够被认定为客观情况发生了重大变化。企业以营利为目的，出现严重亏损，在一定情形下也许是可以被认定为“客观情况发生重大变化”的，一个去年盈利上亿的企业到第二年亏损上亿，怎么说都是一个重大变化。但是，如果企业仅仅是亏损，没有亏损对企业经营带来的具体影响，没有亏损对于劳动者岗位变化的具体影响，我们就难以认定“客观情况发生严重变化”，更不能将严重亏损作为适用于任何企业的“百搭”。

我们认为，企业严重亏损是否可以被认定为“客观情况发生重大变化”，一定要和劳动合同订立时的具体情形、企业的经营特点、行业特点、劳动者的岗位特点联系起来进行分析。企业经营总是有盈利也会有亏损，亏损对于企业的影响有大有小，有的直接，也有的间接，有的可以克服，有的是努力了仍然难以克服。而且，如果经营发生亏损，就构成“客观情况发生重大变化”，那亏损的企业招用员工后，似也就可以以亏损为由否定所签劳动合同，那显然是不能成立的。爱奇艺在本案中除了坚称企业严重亏损之外，没有向我们提供证据证明其亏损是怎样无法克服，怎样让企业不得不裁

撤张某所在部门，怎样不得不解除张某的劳动合同。本案爱奇艺将亏损将某作为客观情况发生了重大变化，那我们可以具体看看爱奇艺所称的爱奇艺亏损时间和亏损数额。根据爱奇艺在诉状中所称的情形和相关材料，爱奇艺在2019年亏损103亿，2020年亏损70亿，2021年第一季度亏损13亿，第二季度亏损14亿，第三季度亏损17亿。本案所涉劳动合同最后订立的时间是在2020年2月，在当时这个时间点上，按爱奇艺自己提供的材料，2019年爱奇艺已经处于亏损103亿的状况。如果签订合同当时（2020年2月）爱奇艺就已经亏损，那爱奇艺实际解除张某劳动合同时（2021年12月）的亏损和当初订立合同时相比就没有什么根本性变化，爱奇艺提交的相关报导反而从另一面证明爱奇艺财务状况在合同解除时已经有所改善。爱奇艺在本案中也没有说明这种亏损为什么短期难以克服。

同时，我们也注意到，本案爱奇艺是一个业内有相当影响的互联网企业，于2018年在美国上市。在互联网行业，在早期或者经营一段时间处于亏损甚至“烧钱”是常有的事，很多互联网企业的亏损并没有影响到他们招录员工，也没有影响到互联网企业后期的发展。

这也就难说爱奇艺的“客观情况发生了重大变化”，更何况其后两年亏损是在减少，财务状况在改善。[爱奇艺提交的2021年2月19日新浪网一篇报导（标题为：[票.资讯]疫情下视频网站受益？爱奇艺2022年亏损70亿）也证明了这一点，该报导提及，2020年财年爱奇艺净亏为70亿元，上年同期亏损103亿元，相对有收窄，但订阅会员数量却下降了。并提到，2020年全年爱奇艺总营收达到297亿元，同比增长2%。第四季度亏损为15亿元，去年同期净亏为25亿元，同比亏损收窄…爱奇艺2020年会员收入较去年同期增长14%，达165亿元。][12:爱奇艺提供的材料《爱奇艺年底大裁员背后：股价破发超过六成，7年亏损400亿》（来自网易号，华美财经，2021年12月1日）显示，爱奇艺于2018年3月上市，2018年、2019年、2020年分别亏损91亿元、103亿元、70亿元。有记录的数据显示，2015年到2017年这三年，爱奇艺也在亏损，分别为25.8亿元、30.7亿元。]

同时，在本案中，爱奇艺是以减少亏损为由主动裁撤张某所在部门（爱奇艺在劳动仲裁中称张某所在部门是被外包，在审理中又称该部门是被整合到北京公司，裁撤的是该部门下

的“系统组”)进而解除与张某的劳动合同的,因此,爱奇艺应该证明裁撤这个部门是其合理的经济决策。但是,本案爱奇艺也没有提供裁撤合理性的证据,坚称只要企业亏损就有权裁撤部门。前面我们已经指出,《劳动合同法》第40条第3项的适用,一定是在支持用人单位经营权和维护劳动者正当权益之间寻求平衡,因此,企业需要证明其裁撤某个部门时具有合理性。我们认为,这种合理性并不需要很高的程度,只要基本合理就可以,但是,不能是什么也不做,只是给出一个裁撤部门、解除合同的结果。从本案来说,我们根本没有看到爱奇艺对于亏损是否主要由被裁撤部门引起的分析,也没有看到裁撤这个部门对于爱奇艺经营状况可能带来改善的分析,更没有看到爱奇艺其他经营方式不可行的分析,我们只看到爱奇艺提交的相关媒体关于爱奇艺亏损的报道、2019年至2021年上半年财报和裁撤张某部门的决定,仅凭这些,我们难以确信爱奇艺所称的严重亏损就是构成了“客观情况发生严重变化,致使劳动合同无法履行”。

第二个争议焦点是,爱奇艺在作出解除决定前,是否与张某进行了“协商变更”?

《劳动合同法》第40条第3项中的“协商变更”四个字,从字面看,它当然不是要求用人单位与劳动者一定要有达成协议的结果,而是重在努力达成协议的过程。但是,当我们在具体案件中理解、适用“协商变更”时,发现它非常原则,有很多问题需要在司法实践中明确。例如,协商的时候是否要告知劳动者导致合同不能履行的客观情况,告知到什么程度?协商必须包括哪些内容,哪些是企业必须做到的?例如,是否必须包括原先劳动合同的处理,是否必须提供或者告知劳动者可选择的新岗位、新岗位的期限和薪酬又是如何?在审视这个问题时,我们发现,同样面临着如何平衡用人单位经营权和劳动者正当权益之间的关系这一难题。我们认为,在《劳动合同法》第40条对何为“协商解除”没有提供答案、解释又可能会有歧义的情况下,我们可以像解释一般民事合同条款遇到困难求助民法原则条款那样,也向劳动法、甚至民法典的原则条款去寻求答案,毕竟劳动合同有着私法的属性。

我们认为,诚实信用原则,又称善意原则,就是我们在解释时经常可以拿来的条款。用人单位在与劳动者协商变更时,应该本着诚实信用原则,即与劳动者“善意”协商,才是符合

了《劳动合同法》第40条的要求。强调用人单位在协商变更时的“善意”，首先是因为适用该条解雇解某劳动者时，劳动者是无过错的；它是用人单位主导的，劳动者是被动的，甚至可以说是无辜的。适用该条解雇解某，不是因为劳动者严重违纪而由用人单位行使单方解除权，也不是用人单位和劳动者经协商一致达成的解除，更不是劳动者主动辞职带来的解除，因此，我们在解释“协商变更”时应该对劳动者有所倾斜，要求用人单位更全面地说明情况、更耐心地进行磋商。其次，善意履行原则覆盖了合同订立、履行的整个过程，“协商变更”作为劳动合同履行其中的一个阶段，当然也应该适用。在民法典下，善意履行原则，甚至已经扩展适用到合同订立中和履行后的过程。再次，某个交易越是缺少直接法律规范、越是模糊，善意原则越是有适用的必要。在有直接法律规范可供适用的情况下，一般我们只需要“对号入座”，将某个规范适用于某个案件的事实即可。而在缺少直接规范的情况下，除非合同中的某个缺陷无法弥补，我们总是想方设法让合同有效，让交易继续。这里的方法除了法律解释以外，善意原则也是法院通常使用的方法，法院通过善意原则来规范或者确定当事

人之间原本模糊的权利义务关系。[见关怀主编《中华人民共和国劳动法导读》，法律出版社1994年9月第1版，第9页。有学者指出，民法基本原则具有行为准则和审判准则的功能，见彭万林主编《民法学》（修订本），高等政法院校规划教材，中国政法大学中国XX大学出版社1999年2月第1版。][劳动合同法第39条第2项、第3项。][劳动合同法第35条。][劳动合同法第37条。][见民法典第500条（订立合同中有违背诚信原则行为，造成对方损失的，应当承担赔偿责任）、第509条（当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务）、第558条（债权债务终止后，当事人应当遵循诚信等原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务）。]

需要指出的是，善意通常是行业内的一般标准，而不是较高标准。在没有一般的商业标准的情况下，也可以以基本的商业伦理作为标准。我们认为，诚实就是基本的商业伦理，而且，诚实是被不同行业、不同企业普遍接受的共同价值，将诚实作为判断善意的标准应该是分歧最小的。因此，按照基本的诚实标准，用人单位在与劳动者“协商变更”时，应该如实

告知企业面临的客观情况，如实告知作出裁撤、调整某个部门或者停止某项业务的必要性，如实告知当前还有哪些可以提供的合适岗位、变更后的劳动合同的基本内容（如工作内容、期限、报酬等）大致是什么，等等。当然，诚实只是“协商变更”的基本要求，不排除在合适的案件中，我们对用人单位提出更高要求，例如，有的案件中，劳动者对于当初订立的劳动合同中有特别的信赖，这种信赖也是用人单位所知道的，这时就可以对用人单位提出更高要求。

在此，我们尝试对“协商变更”中的善意提出以下几个可以考虑的因素：

1、用人单位告知劳动者客观情况发生重大变化时，是否正式、准确、全面。一般而言，一个正式的、深思熟虑的决定，比一个草率的、临时起意的决定更能证明用人单位的“善意”；一个准确、全面的告知，比模糊、部分的告知更能体现“善意”。要求用人单位告知劳动者的客观情况必须准确、全面，是为了让劳动者对于是否接受变更后的劳动合同有合理的判断。当然，用人单位告知的情况更不能是编造的、虚假的，如果是编造的、虚假的，那我们

可以直接以此否定用人单位的“善意”。例如，用人单位告知的是要裁撤某个部门，而实际上该部门并未裁撤、只是换了个名称，解除劳动合同后立即在招录同岗位的新人，就是典型的编造虚假情况。

2、协商的过程是否郑重其事。协商可以是口头的，也可以是书面的，但不管用人单位采取何种形式，告知都应该是郑重其事的，不能让劳动者感觉只是泛泛的听听意见。通常用人单位高层领导、人力资源部门人员的出面，要比只是让一般同事带个口信、在公司过道里聊上几句要郑重其事。协商进行多次、时间持续较长，给予了劳动者合理的思考时间，也可以一定程度上证明用人单位的郑重其事。如果协商只有一次，时间持续只有几分钟，或者协商后用人单位要求劳动者在很短时间内答复甚至要求当场答复，都可能让人怀疑所谓协商只是形式、幌子。

3、用人单位提供的变更后的劳动合同内容是否符合用人单位的现状，对劳动者而言是否合理。对此，可以考察用人单位在准备解除时是否准备了调岗部门，用人单位安排调岗是

否有难度，在客观情况发生后还保留多少部门，劳动者的专业是否有普适性，保留下来的部门中是否还有适合劳动者的岗位，安排劳动者去新岗位的待遇如期限、报酬等是否相差过大、明显不合理。

4、协商过程中是否有威胁不同意变更就解除合同。协商变更中的“善意”，是要求双方通过协商、妥协以保留劳动关系，而不是去直接“协商解除”劳动关系，因此，如果用人单位在协商过程中有着不接受变更就解除合同的威胁——这种威胁可能是直白的，也可能是隐晦的——那我们就可以据此直接否定用人单位的“善意”。[如果某些内容涉及商业秘密，当然可以要求劳动者保守商业秘密。本案中企业的亏损数是上市公司必须对外公布的布某，不构成商业秘密。有无合适的其他岗位，似也不是商业秘密。]

回到本案中，本院认为，根据前述几个因素，爱奇艺没有与张某进行善意、诚实的协商变更。爱奇艺和张某进行的面对面的协商，主要是2021年12月16日的这一次，2021年12月28日爱奇艺向张某发出《解除劳动合同通知书》，该通知书里提及了解除原因是由于经

济情况发生重大变化、公司出现严重亏损，提到了与张某进行协商未能达成一致等内容。但是，该通知书只是爱奇艺单方面制作，而且上述内容的核心只是告知解除结果，其本身并不是协商。我们需要重点考虑的，是2021年12月16日这个时间节点上爱奇艺工作人员与张某进行协商的内容。我们认定爱奇艺没有与张某善意协商变更，主要是基于以下原因：

一是爱奇艺告知张某的内容是不全面、不准确的。2021年12月16日的这次协商，用人单位派出的是人力资源部门的工作人员，协商的时间持续17分08秒。从整个内容看，爱奇艺只是很简单提到公司亏损，没有具体说明目前的亏损是如何导致需要解除张某的劳动合同，又是如何导致合同无法履行，这次谈话给一般人的感觉是，爱奇艺并没有将其亏损作为特别需要强调的事情，他们交谈的重点是在谈解除后的补偿。我们注意到，爱奇艺是直到本案2022年10月12日庭审中才提及张某所在“系统组”被并至北京公司（在劳动仲裁中称该部门是被外包），如此重要的事项，爱奇艺在2021年12月16日的协商中根本没有提及，这就难以证明爱奇艺全面、准确地告知了张某真实情况。如果相关业务真是被并到北京，

起码应该问一下张某是否愿意去北京。爱奇艺是事后才提出一个协商时从来没有听说过的理由，这难以让我们内心确信爱奇艺在协商变更这件事上是诚实的。

二是爱奇艺以亏损为由解除张某的合同理由并不充分。本案中爱奇艺的逻辑是，企业发生严重亏损，所以需要裁撤张某所在部门以提高效益、提升效率，但我们认为，爱奇艺这样的逻辑在证据面前是不充分的。一方面，在2021年12月16日与张某的谈话中，爱奇艺并没有告知其亏损到什么程度，亏损是怎样影响合同履行更是未曾提及。爱奇艺自己在谈话中都未将亏损将某作为重点展开，却在事后将其作为足以影响合同履行的“重大客观情况”，难以令人信服。另一方面，爱奇艺与张某达成最后一个劳动合同的时间是在2020年的2月份，此时爱奇艺就已经知道其处于亏损状态，而且这种亏损从2015年一直持续到今。至于爱奇艺提到的新冠疫情也导致亏损，我们认为，实际上新冠疫情在2020年1月时就已经出现，2月双方签订劳动合同时，对疫情已经出现是明知的；而到2021年的12月爱奇艺解除合同的时候，上海的疫情已经处于基本可控的状态。而且，正如我们前面提及到的，很多互联网企

业的经营是处于负债经营的状态，很多公司在经营早期或者一段时间内处于“烧钱”、亏损状态，但为了扩张仍然维持正常经营，因此，如果爱奇艺在与张某签订劳动合同时就已经处于亏损，或者其对于亏损经营是有预期的，那爱奇艺到2021年12月解除张某合同时的客观情况与2020年2月订立合同时相比，就不是“客观情况发生重大变化”，起码爱奇艺以此作为解除劳动合同依据就难以令人信服。更何况，对于张某提供的爱奇艺财务状况好转的报道，爱奇艺也认可其真实性，在庭审中只是强调亏损事实没有变化。

三是爱奇艺在事后的陈述与2021年12月16日双方进行协商的内容明显矛盾，足以让人对爱奇艺诚实磋商产生怀疑。2021年12月16日的协商过程中，爱奇艺根本没有提到张某部门被外包，爱奇艺是直到该案进行劳动仲裁时才第一次提到张某部门被外包以降低成本，也没有提到部门业务被整合至北京公司。裁撤一个部门和部门被外包、部门迁移是不一样的经济决策，对劳动者的影响是有差异的，这起码表明了爱奇艺在与张某协商时没有全面告知张某真实情况。四是爱奇艺没有向张某提供合理的变更劳动合同的方案。从录音文字

材料可以看出，爱奇艺在与张某对话时，并没有提出张某可以去公司的其他部门。庭审中，爱奇艺称公司有着内部调岗的规定，张某对此知情。我们认为，从爱奇艺所称其内部调岗规定看，它是一个正常情况下为员工发展提供的一个渠道，该规定中的文字可以清楚地说明这一点，它并不是一个专门为爱奇艺此次裁员准备的方案。我们认为，对于依据《劳动合同法》第40条第3项解除劳动合同的，在协商变更时，用人单位应该提供专门的调岗方案或相应的措施。在2021年12月16日的协商中，爱奇艺数次提到协商的背景或者目的是“解除合同”，即使在只是询问张某是否愿意接受1万元月薪时，爱奇艺也没有提到这1万元月薪对应的具体岗位，而且强调“反正可能也没有好的机会”。从这样的内容看，我们认为，爱奇艺在与张某交谈时就没有协商变更的目的。在张某原来月薪超过2.7万的情况下，爱奇艺表述中暗含的张某要么接受1万的月薪，要么就被解除的表述，足以让一般人认为爱奇艺已经有了威胁的意思。因此，本案中爱奇艺并没有尽到善意协商的义务，爱奇艺更多是在“协商解除”而不是在“协商变更”。[疫情对于整个国家的经济都带来了冲击，这是确定无疑的。

有的行业如餐饮、旅游受到的冲击可能更明显，也有的行业可能小一点，但也有的企业却是逆势成长。爱奇艺是主营在线视频播放的互联网企业，有不少报导称其反而是因为疫情获得发展机会的行业（见马由美《疫情下爱奇艺的新增长点》，和讯网，2020年6月28日）。我们在此引用这一报导，只是说明不能简单地将经营的困难都归因于疫情的出现，并不是对疫情给爱奇艺企业带来的影响给出结论。][20：爱奇艺在2022年8月5日提交的情况说明中称，张某所在的研发部WEB前端开发组进行了裁撤，将相关的业务调整到北京公司负责。但在2021年12月16日的协商中爱奇艺对此根本没有提及，在劳动仲裁中的说法又是将张某部门进行了外包，前后说法不一。]

综上，我们认为，在本案中爱奇艺没有证据证明其在解除与张某劳动合同时的客观情况与订立劳动合同时相比发生了重大变化，没有证明这种变化导致了其不能履行与张某的劳动合同，更没有证明其与张某就变更劳动合同进行了善意的协商。从庭审的过程看，爱奇艺反复强调的是其处于亏损状态，为了减少亏损就需要裁撤部门、解除劳动合同，尽管我们认为经营原因可以构成客观情况发生重大变

化，但基于适用《劳动合同法》第40条第3项的慎重，我们认为在爱奇艺未能证明劳动合同订立之时与解除之时的亏损有什么重大不同、该亏损又是怎样导致了合同无法履行的情况下，爱奇艺以《劳动合同法》第40条第3项来解除与张某的劳动合同，缺少充分依据。同时，从2021年12月16日双方对话的整个过程看，爱奇艺也未能提供证据证明其已经按照《劳动合同法》第40条第3项的要求与张某善意地进行了协商变更。爱奇艺虽然与张某进行了接触、对话，但它时间短、内容少，没有对客观情况及客观情况如何影响劳动合同履行作重点告知，也没有提供具体的可供调整的岗位。综合本案证据，我们认为，这样的接触、对话不是真正意义上的协商变更，更难说是《劳动合同法》第40条第3项所要求的诚实善意的协商，因此，本院认定爱奇艺解除与张某的劳动合同是不符合法律规定的，其在本案中的诉请难以支持。

另，本院认为，在依法应该适用经济性裁员规定的情况下，爱奇艺适用第40条来解除，是想规避第41条规定的特别程序，显属违法，

仅仅因为爱奇艺的这一做法，我们就可以认定其解除与张某劳动合同违法。

据此，判决如下：

一、驳回爱奇艺的诉讼请求；

二、爱奇艺应于本判决生效之日起七日内支付张某违法解除劳动合同赔偿金差额298,147元。



6、用人单位无正当理由拒绝履行审批义务，符合奖励条件的劳动者主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金

彭宇翔诉南京市城市建设开发（集团）有限责任公司

追索劳动报酬纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词 民事/追索劳动报酬/奖金/审批义务

裁判要点：

用人单位规定劳动者在完成一定绩效后可以获得奖金，其无正当理由拒绝履行审批义务，符合奖励条件的劳动者主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金的，人民法院应予支持。

基本案情：

南京市城市建设开发（集团）有限责任公司（以下简称城开公司）于 2016 年 8 月制定

《南京城开集团关于引进投资项目的奖励暂行办法》（以下简称《奖励办法》），规定成功引进商品房项目的，城开公司将综合考虑项

目规模、年化平均利润值合并表等综合因素，以项目审定的预期利润或收益为奖励基数，按照 0.1%-0.5% 确定奖励总额。该奖励由投资开发部拟定各部门或其他人员的具体奖励构成后提出申请，经集团领导审议、审批后发放。2017 年 2 月，彭宇翔入职城开公司担任投资开发部经理。2017 年 6 月，投资开发部形成《会议纪要》，确定部门内部的奖励分配方案为总经理占部门奖金的 75%、其余项目参与人员占部门奖金的 25%。

彭宇翔履职期间，其所主导的投资开发部成功引进无锡红梅新天地、扬州 GZ051 地块、如皋约克小镇、徐州焦庄、高邮鸿基万和城、徐州彭城机械六项目，后针对上述六项目投资开发部先后向城开公司提交了六份奖励申请。

直至彭宇翔自城开公司离职，城开公司未发放上述奖励。彭宇翔经劳动仲裁程序后，于法定期限内诉至法院，要求城开公司支付奖励 1689083 元。

案件审理过程中，城开公司认可案涉六项目初步符合《奖励办法》规定的受奖条件，但以无锡等三项目的奖励总额虽经审批但具体的奖金分配明细未经审批，及徐州等三项目的

奖励申请未经审批为由，主张彭宇翔要求其支付奖金的请求不能成立。对于法院“如彭宇翔现阶段就上述项目继续提出奖励申请，城开公司是否启动审核程序”的询问，城开公司明确表示拒绝，并表示此后也不会再启动六项目的审批程序。此外，城开公司还主张，彭宇翔在无锡红梅新天地项目、如皋约克小镇项目中存在严重失职行为，二项目存在严重亏损，城开公司已就拿地业绩突出向彭宇翔发放过奖励，但均未提交充分的证据予以证明。

裁判结果：

南京市秦淮区人民法院于 2018 年 9 月 11 日作出 (2018) 苏 0104 民初 6032 号民事判决：驳回彭宇翔的诉讼请求。彭宇翔不服，提起上诉。江苏省南京市中级人民法院于 2020 年 1 月 3 日作出 (2018) 苏 01 民终 10066 号民事判决：一、撤销南京市秦淮区人民法院 (2018) 苏 0104 民初 6032 号民事判决；二、城开公司于本判决生效之日起十五日内支付彭宇翔奖励 1259564.4 元。

裁判理由：

法院生效裁判认为：本案争议焦点为城开公司应否依据《奖励办法》向彭宇翔所在的投资开发部发放无锡红梅新天地等六项目奖励。

首先，从《奖励办法》设置的奖励对象来看，投资开发部以引进项目为主要职责，且在城开公司引进各类项目中起主导作用，故其系该文适格的被奖主体；从《奖励办法》设置的奖励条件来看，投资开发部已成功为城开公司引进符合城开公司战略发展目标的无锡红梅新天地、扬州 GZ051 地块、如皋约克小镇、徐州焦庄、高邮鸿基万和城、徐州彭城机械六项目，符合该文规定的受奖条件。故就案涉六项目而言，彭宇翔所在的投资开发部形式上已满足用人单位规定的奖励申领条件。城开公司不同意发放相应的奖励，应当说明理由并对此举证证明。但本案中城开公司无法证明无锡红梅新天地项目、如皋约克小镇项目存在亏损，也不能证明彭宇翔在二项目中确实存在失职行为，其关于彭宇翔不应重复获奖的主张亦因欠缺相应依据而无法成立。故而，城开公司主张彭宇翔所在的投资开发部实质不符合依据《奖励办法》获得奖励的理由法院不予采纳。

其次，案涉六项目奖励申请未经审核或审批程序尚未完成，不能成为城开公司拒绝支付彭宇翔项目奖金的理由。城开公司作为奖金的设立者，有权设定相应的考核标准、考核或审批流程。其中，考核标准系员工能否获奖的实质性评价因素，考核流程则属于城开公司为实现其考核权所设置的程序性流程。在无特殊规定的前提下，因流程本身并不涉及奖励评判标准，故而是否经过审批流程不能成为员工能否获得奖金的实质评价要素。城开公司也不应以六项目的审批流程未启动或未完成为由，试图阻却彭宇翔获取奖金的实体权利的实现。此外，对劳动者的奖励申请进行实体审批，不仅是用人单位的权利，也是用人单位的义务。本案中，《奖励办法》所设立的奖励系城开公司为鼓励员工进行创造性劳动所承诺给员工的超额劳动报酬，其性质上属于《国家统计局关于工资总额组成的规定》第 7 条规定中的“其他奖金”，此时《奖励办法》不仅应视为城开公司基于用工自主权而对员工行使的单方激励行为，还应视为城开公司与包括彭宇翔在内的不特定员工就该项奖励的获取形成的约定。现彭宇翔通过努力达到《奖励办法》所设奖励的获取条件，其向城开公司提出申请要求兑现该超

额劳动报酬，无论是基于诚实信用原则，还是基于按劳取酬原则，城开公司皆有义务启动审核程序对该奖励申请进行核查，以确定彭宇翔关于奖金的权利能否实现。如城开公司拒绝审核，应说明合理理由。本案中，城开公司关于彭宇翔存在失职行为及案涉项目存在亏损的主张因欠缺事实依据不能成立，该公司也不能

对不予审核的行为作出合理解释，其拒绝履行审批义务的行为已损害彭宇翔的合法权益，对此应承担相应的不利后果。

综上，法院认定案涉六项目奖励的条件成就，城开公司应当依据《奖励办法》向彭宇翔所在的投资开发部发放奖励。

7、网络主播签订艺人经纪合同后，是否成立劳动关系？

陈伟

国浩律师（深圳）事务所

【裁判观点】

从管理方式上看，胡某在直播平台从事网络直播活动，对于直播地点、直播时间段并无明显限制，直播内容是基于胡某的专业技能，双方对直播天数及直播时长的明确约定是双方基于《艺人演艺经纪合同》项下的合作关系应当履行的合同义务，对于人身依附性的要求较低。

【基本案情】

胡某与某传媒公司于 2021 年 5 月 5 日签订《艺人演艺经纪合同》约定双方权利义务。合同包含经纪关系、管理关系、代理关系、直播收入分配等内容，并明确双方并非劳动关系。其中约定直播收入由胡某获得 70%，由某传媒公司获得 30%。胡某根据合同在第三方直播平台上从事演艺主播活动，与粉丝聊天互动，靠粉丝打赏收取提成，公司对胡某进行一定的管理和约束，但对直播时间和直播地点并无明显限制。胡某诉至法院请求确认劳动关系。

【裁判结果】

法院经审理认为，首先，胡某系完全民事行为能力人，与公司签订的《艺人演艺经纪合同》，期间未提异议，应遵守合同约定。其次，从管理方式上看，胡某在直播平台从事网络直播活动，对于直播地点、直播时间段并无明显限制，直播内容是基于胡某的专业技能，双方对直播天数及直播时长的明确约定是双方基于《艺人演艺经纪合同》项下的合作关系应当履行的合同义务，对于人身依附性的要求较低。再次，从收益分配上看，胡某的收入与直播中获得粉丝打赏有直接关联，某传媒公司无权决定和控制胡某的主要收入来源。最后，从工作内容上看，胡某是在第三方平台从事的网络直播活动，直播数据也是通过第三方平台获得，第三方平台的运营与某传媒公司无关，且某传媒公司无法控制第三方平台的具体工作。综上，胡某与某传媒公司之间不符合劳动关系的法律特征，对胡某的诉请不予支持。

【典型意义】

互联网的高速发展催生着网红经济的繁荣。网络主播是否可以认定建立劳动关系，可以综合考虑以下两点：1、从直播的时间、空间、直播内容是否受限来判定是否存在隶属关系。2、从收益分配约定中判定是否存在合作盈利模式。本案中，主播与传媒公司签订的经纪合同属于综合性合同，与劳动合同有较大区

别。胡某网络主播工作内容为网络直播表演，直播的时间、空间并未受限，不接受公司的管理约束；收入来源是第三方平台的粉丝打赏，属于合作盈利模式。双方在人身、经济方面均不具有从属性，不符合劳动关系的特征，故双方不属于劳动关系。本案为新业态下网络主播法律关系的认定提供典型指导意义，促进互联网经济的健康有序发展。

8、在职期间是否可以约定竞业限制违约金以及法官酌定的标准

路平 广东深明德律师事务所

案件概况：

毕某在甲培训学校从事英语教学工作 5 年，正常出勤至 2018 年 6 月 24 日。毕某于 2017 年 7 月至 2018 年 6 月期间的税后月收入为 16000 元左右。2018 年 9 月 11 日，甲培训学校以毕某在职期间存在违纪行为为由解除劳动合同。双方《竞业禁止协议》约定：未经甲方书面同意，在甲乙双方劳动关系有效存续期间及劳动关系终止后一年内，乙方不得以任何方式自营、协助他人经营或与他人合作经营与甲方及集团境内外所有学校和公司有竞争关系的业务。乙方不履行本协议规定的义务，应当承担以下违约责任。…… 一次性向甲方全额返还已经收取的竞业禁止补偿金并向甲方支付违约金。…… 如果甲方的损失难以计算的，违约金为 100 万元。2018 年 7 月 31 日，某培训公司官网登载的 2018 年初中暑假班及秋季班课程安排表中均有毕某的初中英语课程，登载有毕某的照片及介绍。甲培训学校遂起诉毕某，向其追索违约金。毕某主张其在乙培训公司的授课行为只是基于朋友的邀请去帮忙，不属于授课，乙培训公司可以从多种渠道获得毕某的照片用于宣传。毕某的行为未对甲培训学校造成实质性的损害。

案件焦点：

劳动仲裁委裁定毕某向甲培训学校支付违反竞业限制违约金 20 万元是否合理。

法院判决：

法院经审理认为：第一，《中华人民共和国合同法》并未禁止用人单位与劳动者之间于在职期间订立有关竞业限制义务的协议，毕某与甲培训学校签署了《竞业禁止协议》，劳动者在职期间履行竞业禁止义务系双方之间真实意思表示，符合意思自治的原则，故应当认定该协议有效；第二，甲培训学校提交的公证书及视频显示，毕某曾于乙培训公司从事教授英语行为，乙培训公司在发布有教师信息的对外宣传内容中亦将毕某列为其教师之一，毕某所述帮忙行为难以采信，且即使如毕某所述系帮忙行为，亦违反了毕某与甲培训学校之间的《竞禁止协议》的约定；第三，甲培训学校与乙培训公司均系从事英语教学的单位，教师的教学思路、风格、个人能力等因素通常系消费者或学员选择学校的考虑因素，故毕某的职业兼具资源性的特点，此即其劳动力价值，故毕某之行为对甲培训学校势必造成伤害。综上，毕某之行为违反了《竞业禁止协议》义务，甲

培训学校要求毕某支付违约金的主张并无不当。就违约金的数额,根据毕某的收入情况、违约行为及损失情况,酌定毕某应当向甲培训学校支付违反竞业限制违约金 20 万元。北京市海淀区人民法院依据《中华人民共和国合同法》第二十三条之规定,判决如下:

一、毕某于判决生效之日起 7 日内支付甲培训学校因违反《竞业禁止协议》违约金 20 万元;二、毕某于判决生效之日起 7 日内支付甲培训学校调查其竞业禁止行为支出的合理费用 4168 元;三、驳回毕某其他诉讼请求。

二审法院维持原判。

法官后语:

竞业禁止条款的约定使企业商业秘密权与劳动者自由择业权之间产生了价值交叉与冲突,在司法实务中应寻求二者之间的价值平衡点,因此在劳动者违反竞业禁止协议损害用人单位竞争利益所造成的实际损失判断难度较大的情况下,法院须酌定违约金来维持双方的利益平衡。结合本案,笔者认为应综合以下因素对违约金进行判断:1. 劳动者的工作职责、工作性质、工作年限劳动者的工作职责、工作性质、工作年限均影响该劳动者违反竞业竞争义务给单位造成损失的大小,故在违约金数额的判断上也应有所区别。劳动者在原单位的工作职责及年限直接决定了其能接触到原单位的商业秘密的范围和程度。本案中,毕某作为在甲培训学校工作 5

年的名牌教师,其教学思路、风格、个人能力等因素通常系学员选择学校的重要考虑因素,毕某 5 年的教学经验使其职业的资源性更加鲜明,受众生源的范围更广,此即其劳动力价值,亦是甲培训学校在同行业中具有商业竞争力的体现。毕某的违约行为必然影响一定范围的生源对培训机构的选择,势必给甲培训学校未来的招生计划、课程安排带来负面影响。2. 劳动者的主观过错程度劳动者主观过错的轻重给用人单位造成的损失也有所差距。若用人单位多次告知劳动者须履行竞业限制义务,劳动者仍然违反,应认定其主观恶意较大。若用人单位在发现劳动者违反竞业禁止义务后告知其立即停止违约行为,劳动者当即从竞争单位辞职的,可考虑认定劳动者主观过错程度较轻。法官可以结合不同情节的主观恶意,对竞业禁止违约金数额进行调整。本案中,毕某曾在甲培训学校就职期间于与甲培训学校有竞争关系的乙培训公司从事教授初中英语的活动,乙培训公司在发布有教师信息的对外宣传内容中亦将毕某列为其教师之一,因此应认定毕某违反了竞业禁止义务,甲培训学校亦不存在违约在先等过错,毕某并无减免其过错程度的情形。3. 劳动者经济收入水平、实际承受能力劳动合同法所具有的社会法属性,决定了竞业禁止违约金不能高于劳动者的实际承受能力。如果竞业禁止违约金“畸高”,超出劳动者的个人承受能力,导致劳动者背负巨额

债务，难以维系生存，则与保障劳动者生存权的理念相违背。因此，人民法院在对违约金数额进行酌定时应考虑到劳动者的经济收入水平，并参考当地的职工平均收入、消费水平等因素。本案中，甲培训学校与毕某在竞业禁止协议中约定的100万元违约金数额明显“畸高”，属于严重违反公平原则并导致利益严重失衡的情形，因此毕某请求调整违约金，法院予以支持。

律师观点：

1、劳动合同期内的竞业限制约定是否成立的问题，我国劳动合同法和最高院的司法解释只规定了劳动合同解除或终止后如何约定、履行竞业限制，对于合同期内是否可以约定竞业限制没有明确规定。本案中双方在劳动合同期内有竞业限制的约定，约定没有违反法律强制性规定即为有效。作者认为劳动合同期内的竞业限制是法定的，即使双方没有约定，如果劳动者违反也应该赔偿用人单位的损失。劳动关系履行期间，劳动者遵守竞业限制义务是劳动者对用人单位的忠诚和诚实守信的表现，这种表示是劳动者作为被管理方的法定义务，不以约定为生效条件。

2、在确定违约金金额方面除法官后语中提到几点还要考虑的是，劳动者在职期间能随时接触到用人单位的商业秘密，而且获取的商业秘密可以不断更新，获取商业秘密的

风险成本更低，对用人单位造成的损失更大，危害性更强。

9、《关于进一步做好〈广东省人口与计划生育条例〉相关假期贯彻落实工作的通知》政策解读

一、新修订的《广东省人口与计划生育条例》的实施时间？

答：《广东省人民代表大会常务委员会关于修改〈广东省人口与计划生育条例〉的决定》已于2021年12月1日由广东省第十三届人民代表大会常务委员会第三十七次会议通过，自公布之日（即2021年12月1日）起施行。《广东省人口与计划生育条例》（以下简称《计生条例》）根据上述决定作相应修改后，于同日重新公布。用人单位、劳动者可登陆官方网站（http://www.gd.gov.cn/zwgk/wjk/zcfgk/content/post_2532570.html）查询《计生条例》原文。

二、《计生条例》规定了哪些假期？

答：（一）延续规定了奖励假、陪产假。《计生条例》第三十条规定，“符合法律、法规规定生育子女的夫妻，女方享受八十日的奖励假，男方享受十五日的陪产假”。

（二）增设了育儿假和护理假。《计生条例》在第三十条中增设“符合法律、法规规定生育子女的，在子女三周岁以内，父母每年各享受十日的育儿假”；在第三十六条中增设“在国家提倡一对夫妻生育一个子女期间，自愿终身只生育一个子女的本省户籍夫妻

，享受以下优待奖励补助：……（五）年满六十周岁，用人单位应当给予其子女每年五日的护理假；患病住院治疗的，给予其子女每年累计不超过十五日的护理假”。

三、奖励假和陪产假期间的工资待遇如何计算？

答：《计生条例》规定的女方八十日奖励假和男方十五日陪产假期间的工资待遇，按照《计生条例》第三十条第一款和《广东省工资支付条例》第十九条规定执行。

《计生条例》第三十条第一款规定，“在规定假期内照发工资，不影响福利待遇和全勤评奖”。

《广东省工资支付条例规定》第十九条规定，“劳动者依法享受法定节假日、年休假、探亲假、婚假、丧假、产假、看护假、计划生育假等假期期间，用人单位应当视同其正常劳动并支付正常工作时间的工资”。

四、育儿假应如何请休（如何计算？能不能叠加、可不可以拆分）？

答：（一）育儿假的请休按周年计算，即以子女周岁作为计算年度。

(二) 《计生条例》规定的育儿假不可叠加，如有两个以上子女同时在3周岁以内，父母双方每年均只能享受十日的育儿假，直至最小的子女满3周岁。

(三) 在同一计算年度内，育儿假可以拆分请休，原则上不超过2次。

五、护理假应如何请休（如何计算？能不能叠加、可不可以拆分，父母为外省户籍的情况可不可以请休）？

答：（一）在国家提倡一对夫妻生育一个子女期间，自愿终身只生育一个子女的本省户籍夫妻或一方为本省户籍的夫妻，一方年满六十周岁的，其子女即可享受护理假，每年五日；患病住院治疗（应提供医疗机构出具的诊断证明、住院证明等材料）的，其子女每年可享受累计不超过十五日的护理假。

(二) 护理假不可叠加，父母双方均满六十周岁，子女每年也只可享受五日的护理假；患病住院治疗的，每年累计也不超过十五日。

(三) 护理假的请休按自然年计算，在同一计算年度内可以拆分请休，原则上不超过2次。

(四) 独生子女父母双方为外省户籍，其子女在广东工作的，鼓励用人单位参照《计生条例》三十六条第五项的规定安排其子女休护理假。

六、育儿假、护理假的工资待遇如何计算？

答：（一）用人单位要完善用工管理规章制度，明确育儿假、护理假等假期期间的工资待遇。

(二) 用人单位要进一步加强工资集体协商，与职工协商一致明确育儿假、护理假期间的工资待遇，签订集体合同。

(三) 鼓励有条件的用人单位按照奖励假、陪产假期间的工资标准支付育儿假、护理假期间的工资待遇。育儿假、护理假期间的工资待遇不得低于本地区最低工资标准。

七、育儿假、护理假能不能补休？

答：（一）用人单位应根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，合理安排职工休假。用人单位确因工作需要需跨1个计算年度安排职工休假的，应与职工协商一致安排。

(二) 职工最小的子女在2021年12月1日至本通知印发之日期间满3周岁、且用人单位确因工作需要原因未给职工安排休育儿假，职工提出休假申请的，用人单位应当按照《计生条例》第三十条规定安排职工补休。独生子女父母一方在2021年12月1日至本通知印发之日期间已满六十周岁、且用人单位确因工作需要原因在2021年、2022年未安排其子女休护理假，职工提出休假申请的，用人单位

应当按照《计生条例》第三十六条规定安排职工补休。

八、休了育儿假、护理假还能不能休职工带薪年假？

答：职工按照《计生条例》有关规定享受的奖励假、陪产假、育儿假和护理假不计入职工带薪年假假期。

九、职工如何维护相关假期的合法权益？

答：（一）如出现未按《计生条例》规定给予假期、拖欠克扣工资、违法解除劳动合同等违反法律、法规或者规章的行为，任何组织或个人有权通过12345政务服务热线、网上举报投诉平台等渠道向人力资源社会保障行政部门举报。劳动者认为用人单位侵害其劳动保障合法权益的，有权向有管辖权的人力资源社会保障行政部门投诉。

（二）发生劳动争议的，依照劳动争议处理的规定处理。

十、用人单位不落实《计生条例》规定假期的，如何处理？

答：用人单位未按照《计生条例》安排职工休奖励假、陪产假、育儿假和护理假的，由县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门依据职权责令限期改正。

10、中共中央组织部 人力资源社会保障部关于印发《事业单位工作人员考核规定》的通知

各省、自治区、直辖市党委组织部、政府人力资源社会保障厅（局），中央和国家机关各部委、各人民团体组织人事部门，新疆生产建设兵团党委组织部、人力资源社会保障局，部分高等学校党委：

为准确评价事业单位工作人员的德才表现和工作实绩，规范事业单位工作人员考核工作，根据《事业单位人事管理条例》等法律法规，中央组织部、人力资源社会保障部共同研究制定了《事业单位工作人员考核规定》，现印发给你们，请结合本地区、本部门实际认真贯彻执行。

中共中央组织部 人力资源社会保障部

2023年1月12日

第一章 总 则

第一条 为了准确评价事业单位工作人员的德才表现和工作实绩，规范事业单位工作人员考核工作，推动建设堪当民族复兴重任、忠诚干净担当的高素质专业化事业单位工作人员队伍，把新时代好干部标准落到实处，根据《事业单位人事管理条例》和有关法律法规，制定本规定。

第二条 事业单位工作人员考核，是指事业单位或者主管机关（部门）按照干部人事

管理权限及规定的标准和程序，对事业单位工作人员的政治素质、履职能力、工作实绩、作风表现等进行的了解、核实和评价。

对事业单位领导人员的考核，按照有关规定执行。

第三条 事业单位工作人员考核工作，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，贯彻新时代党的组织路线和干部工作方针政策，着眼于充分调动事业单位工作人员积极性主动性创造性、促进新时代公益事业高

质量发展，坚持尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造，全面准确评价事业单位工作人员，鲜明树立新时代选人用人导向，推动形成能者上、优者奖、庸者下、劣者汰的良好局面。

工作中，应当坚持下列原则：

- （一）党管干部、党管人才；
- （二）德才兼备、以德为先；
- （三）事业为上、公道正派；
- （四）注重实绩、群众公认；
- （五）分级分类、简便有效；
- （六）考用结合、奖惩分明。

第四条 事业单位工作人员考核的方式主要是年度考核和聘期考核，根据工作实际开展平时考核、专项考核。

第二章 考核内容

第五条 对事业单位工作人员的考核，以岗位职责和所承担的工作任务为基本依据，全面考核德、能、勤、绩、廉，突出对德和绩的考核。

（一）德。坚持将政治标准放在首位，全面考核政治品质和道德品行，重点了解学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，坚定拥护“两个确立”，增强“四个意识”、坚定

“四个自信”、做到“两个维护”，坚定理想信念，坚守初心使命，忠于宪法、忠于国家、忠于人民的情况；做到坚持原则、敢于斗争、善于斗争的情况；模范践行社会主义核心价值观，胸怀祖国、服务人民，恪守职业道德，遵守社会公德、家庭美德和个人品德等情况。

（二）能。全面考核适应新时代要求履行岗位职责的政治能力、工作能力、专业素养和技术技能水平，重点了解政治判断力、政治领悟力、政治执行力和学习调研能力、依法办事能力、群众工作能力、沟通协调能力、贯彻执行能力、改革创新能力、应急处突能力等情况。

（三）勤。全面考核精神状态和工作作风，重点了解爱岗敬业、勤勉尽责、担当作为、锐意进取、勇于创新、甘于奉献等情况。

（四）绩。全面考核践行以人民为中心的发展思想，依法依规履行岗位职责、承担急难险重任务、为群众职工办实事等情况，重点了解完成工作的数量、质量、时效、成本，产生的社会效益和经济效益，服务对象满意度等情况。

（五）廉。全面考核廉洁从业情况，重点了解落实中央八项规定及其实施细则精神，执行本系统、本行业、本单位行风建设相关规章制度，遵规守纪、廉洁自律等情况。

第六条 对事业单位工作人员实行分级分类考核，考核内容应当细化明确考核要素和具体指标，体现不同行业、不同类型、不同层次、不同岗位工作人员的特点和具体要求，增强针对性、有效性。

第七条 对面向社会提供公益服务的事业单位工作人员的考核，突出公益服务职责，加强服务质量、行为规范、技术技能、行风建设等考核。宣传思想文化、教育、科技、卫生健康等重点行业领域事业单位要按照分类推进人才评价机制改革有关要求，分别确定工作人员考核内容的核心要素，合理设置指标权重，实行以行业属性为基础的差别化考核。

对主要为机关提供支持保障的事业单位工作人员的考核，突出履行支持保障职责情况考核。根据实际情况，可以与主管机关（部门）工作人员考核统筹。

第八条 对事业单位专业技术人员的考核，应当结合专业技术工作特点，以创新价值、能力、贡献为导向，注重公共服务意识、专业理论知识、专业能力水平、创新服务及成果等。

对事业单位管理人员的考核，应当结合管理工作特点，注重管理水平、组织协调能力、工作规范性、廉政勤政情况等。

对事业单位工勤技能人员的考核，应当结合工勤技能工作特点，注重技能水平、服务态度、质量、效率等。

第三章 年度考核

第九条 年度考核是以年度为周期对事业单位工作人员总体表现所进行的综合性考核，一般每年年末或者次年年初进行。

第十条 年度考核的结果一般分为优秀、合格、基本合格和不合格四个档次。

第十一条 年度考核确定为优秀档次应当具备下列条件：

（一）思想政治素质高，理想信念坚定，贯彻落实党中央决策部署坚决有力，模范遵守法律法规，恪守职业道德，具有良好社会公德、家庭美德和个人品德；

（二）履行岗位职责能力强，精通本职工作，与岗位要求相应的专业技术技能或者管理水平高；

（三）公共服务意识和工作责任心强，勤勉敬业奉献，改革创新意识强，工作作风好；

（四）全面履行岗位职责，高质量地完成各项工作任务，工作实绩突出，对社会或者单位有贡献，服务对象满意度高；

（五）廉洁从业且在遵守廉洁纪律方面具有模范带头作用。

第十二条 年度考核确定为合格档次应当具备下列条件：

（一）思想政治素质较高，能够贯彻落实党中央决策部署，自觉遵守法律法规和职业道德，具有较好社会公德、家庭美德和个人品德；

（二）履行岗位职责能力较强，熟悉本职工作，与岗位要求相应的专业技术技能或者管理水平较高；

（三）公共服务意识和工作责任心较强，工作认真负责，工作作风较好；

（四）能够履行岗位职责，较好地完成任务，服务对象满意度较高；

（五）廉洁从业。

第十三条 事业单位工作人员有下列情形之一的，年度考核应当确定为基本合格档次：

（一）思想政治素质一般，在贯彻落实党中央决策部署以及遵守职业道德、社会公德、家庭美德、个人品德等方面存在明显不足；

（二）履行岗位职责能力较弱，与岗位要求相应的专业技术技能或者管理水平较低；

（三）公共服务意识和工作责任心一般，工作纪律性不强，工作消极，或者工作作风方面存在明显不足；

（四）能够基本履行岗位职责、完成任务，但完成工作的数量不足、质量和效率不高，或者在工作中有一定的失误，或者服务对象满意度较低；

（五）能够基本做到廉洁从业，但某些方面存在不足。

第十四条 事业单位工作人员有下列情形之一的，年度考核应当确定为不合格档次：

（一）思想政治素质较差，在贯彻落实党中央决策部署以及职业道德、社会公德、家庭美德、个人品德等方面存在严重问题；

（二）业务素质和工作能力不能适应岗位要求；

（三）公共服务意识和工作责任心缺失，工作不担当、不作为，或者工作作风差；

（四）不履行岗位职责、未能完成任务，或者在工作中因严重失职失误造成重大损失或者恶劣社会影响；

（五）在廉洁从业方面存在问题，且情形较为严重。

第十五条 事业单位工作人员年度考核优秀档次人数，一般不超过本单位应参加年度考核的工作人员总人数的 20%。优秀档次名额应当向一线岗位、艰苦岗位以及获得表彰奖励的人员倾斜。

事业单位在相应考核年度内有下列情形之一的，经主管机关（部门）或者同级事业单位人事综合管理部门审核同意，工作人员年度考核优秀档次的比例可以适当提高，一般掌握在 25%：

（一）单位获得集体记功以上奖励的；

（二）单位取得重大工作创新或者作出突出贡献，取得有关机关（部门）认定的；

（三）单位绩效考核获得优秀档次的。

对单位绩效考核为不合格档次的，以及问题较多、被问责的事业单位，主管机关（部门）或者同级事业单位人事综合管理部门应当降低其年度考核优秀档次比例，一般不超过 15%。

第十六条 对事业单位工作人员开展年度考核，可以成立考核委员会或者考核工作领导小组，负责考核工作的组织实施，相应的组织人事部门承担具体工作。考核委员会或者考核工作领导小组由本单位成立的，一般由单位主要负责人担任主任（组长），成员由单位

其他领导人员、组织人事部门和纪检监察机构有关人员、职工代表等组成；由主管机关（部门）成立的，一般由主管机关（部门）组织人事部门负责人担任主任（组长），成员由主管机关（部门）组织人事部门有关人员以及事业单位有关领导人员、从事组织人事和纪检监察工作的有关人员、职工代表等组成。

第十七条 年度考核一般按照下列程序进行：

（一）制定方案。考核委员会或者考核工作领导小组制定事业单位年度考核工作方案，通过职工代表大会或者其他形式听取工作人员意见后，面向全单位发布。

（二）总结述职。事业单位工作人员按照岗位职责任务、考核内容以及有关要求进行总结，填写年度考核表，必要时可以在一定范围内述职。

（三）测评、核实与评价。考核委员会或者考核工作领导小组可以采取民主测评、绩效评价、听取主管领导意见以及单位内部评议、服务对象满意度调查、第三方评价等符合岗位特点的方法，对考核对象进行综合评价，提出考核档次建议。

（四）确定档次。事业单位领导班子或者主管机关（部门）组织人事部门集体研究审定考核档次。拟确定为优秀档次的须在本单位范围进行公示，公示期一般不少于5个工作日。考核结果以书面形式告知被考核人员，由本人签署意见。

第四章 聘期考核

第十八条 聘期考核是对事业单位工作人员在一个完整聘期内总体表现所进行的全方位考核，以聘用（任）合同为依据，以聘期内年度考核结果为基础，一般在聘用（任）合同期满前一个月内完成。

聘期考核侧重考核聘期任务目标完成情况。

第十九条 聘期考核的结果一般分为合格和不合格等档次。

第二十条 事业单位工作人员完成聘期目标任务，且聘期内年度考核均在合格及以上档次的，聘期考核应当确定为合格档次。

第二十一条 事业单位工作人员无正当理由，未完成聘期目标任务的，聘期考核应当确定为不合格档次。

第二十二条 事业单位工作人员聘期考核一般应当按照总结述职，测评、核实与评

价，实绩分析，确定档次等程序进行，结合实际也可以与年度考核统筹进行。

第五章 平时考核和专项考核

第二十三条 平时考核是对事业单位工作人员日常工作和一贯表现所进行的经常性考核。

第二十四条 对事业单位工作人员开展平时考核，主要结合日常管理工作进行，根据行业 and 单位特点，可以采取工作检查、考勤记录、谈心谈话、听取意见等方法，具体操作办法由事业单位结合实际确定。

事业单位可以根据自身实际，探索建立平时考核记录，形成考核结果。平时考核结果可以采用考核报告、评语、档次或者鉴定等形式确定。

第二十五条 专项考核是对事业单位工作人员在完成重要专项工作、承担急难险重任务、应对和处置突发事件中的工作态度、担当精神、作用发挥、实际成效等情况所进行的针对性考核。

根据平时掌握情况，对表现突出或者问题反映较多的工作人员，可以进行专项考核。

第二十六条 对事业单位工作人员开展专项考核，可以按照了解核实、综合研判、

结果反馈等程序进行，或者结合推进专项工作灵活安排。

专项考核结果可以采用考核报告、评语、档次或者鉴定等形式确定。

第六章 考核结果运用

第二十七条 坚持考用结合，将考核结果与选拔任用、培养教育、管理监督、激励约束、问责追责等结合起来，作为事业单位工作人员调整岗位、职务、职员等级、工资和评定职称、奖励，以及变更、续订、解除、终止聘用（任）合同等的依据。

第二十八条 事业单位工作人员年度考核被确定为合格以上档次的，按照下列规定办理：

（一）增加一级薪级工资；

（二）按照有关规定发放绩效工资；

（三）本考核年度计算为现聘岗位（职员）等级的任职年限。

其中，年度考核被确定为优秀档次的，在绩效工资分配时，同等条件下应当予以倾斜；在岗位晋升、职称评聘时，同等条件下应当予以优先考虑。

第二十九条 事业单位工作人员年度考核被确定为基本合格档次的，按照下列规定办理：

（一）责令作出书面检查，限期改进；

（二）不得增加薪级工资；

（三）相应核减绩效工资；

（四）本考核年度不计算为现聘岗位（职员）等级的任职年限，下一考核年度内不得晋升岗位（职员）等级；

（五）连续两年被确定为基本合格档次的，予以组织调整或者组织处理。

第三十条 事业单位工作人员年度考核被确定为不合格档次的，按照下列规定办理：

（一）不得增加薪级工资；

（二）相应核减绩效工资；

（三）向低一级岗位（职员）等级调整；

（四）本考核年度不计算为现聘岗位（职员）等级的任职年限；

（五）被确定为不合格档次且不同意调整工作岗位，或者连续两年被确定为不合格档次的，可以按规定解除聘用（任）合同。

其中，受处理、处分时已按规定降低岗位（职员）等级且当年年度考核被确定为不合格档次的，为避免重复处罚，不再向低一级岗位（职员）等级调整。

第三十一条 事业单位工作人员年度考核不确定档次的，按照下列规定办理：

（一）不得增加薪级工资；

（二）相应核减绩效工资；

（三）本考核年度不计算为现聘岗位（职员）等级的任职年限，连续两年不确定档次的，视情况调整工作岗位。

第三十二条 事业单位工作人员聘期考核被确定为合格档次且所聘岗位存续的，经本人、单位协商一致，可以续订聘用（任）合同。

聘期考核被确定为不合格档次的，合同期满一般不再续聘；特殊情况确需续订聘用（任）合同的，应当报经主管机关（部门）审核同意。

第三十三条 事业单位工作人员考核形成的结论性材料，应当存入本人干部人事档案。

第三十四条 平时考核、专项考核结果作为年度考核、聘期考核的重要参考。

运用平时考核、专项考核结果，有针对性地加强激励约束、培养教育，鼓励先进、鞭策落后。

第三十五条 考核中发现事业单位工作人员存在问题的，根据问题性质和情节轻重，依规依纪依法给予处理、处分；对涉嫌犯罪的，依法追究刑事责任。

第三十六条 事业单位工作人员对考核确定为基本合格或者不合格档次不服的，可以按照有关规定申请复核、提出申诉。

第七章 相关事宜

第三十七条 对初次就业的事业单位工作人员，在本单位工作不满考核年度半年的（含试用期），参加年度考核，只写评语，不确定档次。

对非初次就业的工作人员，当年在其他单位工作时间与本单位工作时间合并计算，不满考核年度半年的（含试用期），参加年度考核，只写评语，不确定档次；满考核年度半年的（含试用期），由其现所在事业单位进行年度考核并确定档次，原工作单位提供有关情况。

前款所称其他单位工作时间，可以根据干部人事档案有关记载、劳动合同、社会保险缴费证明等综合认定。

第三十八条 对事业单位外派的工作人员进行年度考核，按照下列规定办理：

（一）挂职、援派、驻外的工作人员，在外派期间一般由工作时间超过考核年度半年的单位进行考核并以适当的方式听取派出单位或者接收单位的意见。

（二）单位派出学习培训、执行任务的工作人员，经批准以兼职创新、在职创办企业或者选派到企业工作、参与项目合作等方式进行创新创业的专业技术人员，由人事关系所在单位进行考核，主要根据学习培训、执行任务、创新创业的表现确定档次，由相关单位提供在外表现情况。

第三十九条 对同时在事业单位管理岗位和专业技术岗位两类岗位任职人员的考核，应当以两类岗位的职责任务为依据，实行双岗位双考核。

第四十条 对高校、科研院所等事业单位的科研人员，立足其工作特点，探索完善考核方法，合理确定考核周期和频次，促进科研人员潜心研究、创造科研成果。

第四十一条 病假、事假、非单位派出外出学习培训累计超过考核年度半年的事业单位工作人员，参加年度考核，不确定档次。

女职工按规定休产假超过考核年度半年的，参加年度考核，确定档次。

第四十二条 事业单位工作人员涉嫌违纪违法被立案审查调查尚未结案的，参加年度考核，不写评语，不确定档次。结案后未受处分或者给予警告处分的，按规定补定档次。

第四十三条 受党纪政务处分或者组织处理、诫勉的事业单位工作人员参加年度考核，按照有关规定办理。

同时受党纪政务处分和组织处理的，按照对其年度考核结果影响较重的处理、处分确定年度考核结果。

第四十四条 对无正当理由不参加考核的事业单位工作人员，经教育后仍拒绝参加的，直接确定其考核档次为不合格。

第四十五条 事业单位或者主管机关（部门）应当加强考核工作统筹，优化工作流程，注意运用互联网技术和信息化手段，简便高效开展考核工作，提高考核质量和效率。

第四十六条 各级事业单位人事综合管理部门和主管机关（部门），应当加强对事业单位工作人员考核工作的指导监督。

对在考核过程中有徇私舞弊、打击报复、弄虚作假等行为的，按照有关规定予以严肃处理。

第八章 附 则

第四十七条 机关工勤人员的考核，参照本规定执行。

第四十八条 各地区各部门可以根据本规定，结合实际制定事业单位工作人员考核具体办法或者细则。

第四十九条 本规定由中共中央组织部、人力资源社会保障部负责解释。

第五十条 本规定自发布之日起施行。

深圳市律师协会劳动法律专业委员会

律协各专业委员会是律协理事会根据律师业务的发展情况设置的负责组织会员进行学习和交流，指导律师开展业务活动的机构。其宗旨是发动会员积极学习专业知识，提高律师业务素质和服务水平，拓展律师业务领域，促进律师专业化分工，增强深圳律师的整体实力。

律协业务创新与发展专门委员会负责管理、协调各专业委员会开展工作，律协秘书处业务部负责专业委员会的日常工作。

根据深圳市律师协会第十一届理事会第一次会议决定，市律协设立76个专业委员会，劳动法律专业委员会是其中之一，本委员会致力于提高律师劳动法律服务水平，拓展劳动法律服务领域，制定劳动法律师业务指引，撰写有关劳动法律专业文章，积极参与人大、政府的劳动法律领域重要法律法规和司法解释的征求意见工作。

组成成员

主任：彭湃（卓建所）

副主任：陈伟（国浩所）、顾良山（市法援处）、冼武杰（竞天公诚所）

委员：凌超（卓建所）、何志杰（金诚同达所）、段海宇（瀛尊所）、徐娟（隆与所）、王强（德纳所）、孟庆杰（盈科所）、邓艳艳（金地所）、田晓峰（广和所）、冯益（中银所）、达小叶（大简所）、刘中良（嘉得信所）、刘海舟（国欣所）、齐坤东（深金牛所）、李芳（君孺所）、李佳越（京师所）、李金兰（丹柱所）、李建农（德纳所）、李建国（瑞霆所）、李春红（陆台所）、李雄（晟典所）、杨敏（晟典所）、邹兵（鹏乾所）、张威（鼎方所）、张险峰（国晖所）、张倩（锦天城所）、陈蓉（深港所）、欧小眯（鹏浩所）、周满华（君泽君所）、郑锦川（旭晨所）、赵乙桥（中银所）、赵海辉（君孺所）、胡庆海（观韬中茂所）、钟玲玲（泰和泰所）、钟燕军（卓建所）、姜山（宝杰所）、姚艳艳（海埠所）、姚植乔（卓建所）、徐辉（君一所）、高梅（世纪华人所）、唐仁松（贤方所）、谈自成（鹏浩所）、龚文勇（卓建<龙岗>所）、谢伟文（鼎方所）、谢晨云（华途所）、靳军（大成所）、路平（深明德所）

——本资讯由深圳市律师协会劳动法律专业委员会搜集整理（相关著作权归原权利人所有）

本资讯可在深圳市律师协会网站下载，投稿及建议联系邮箱：
lingchao227@163.com（凌超律师）