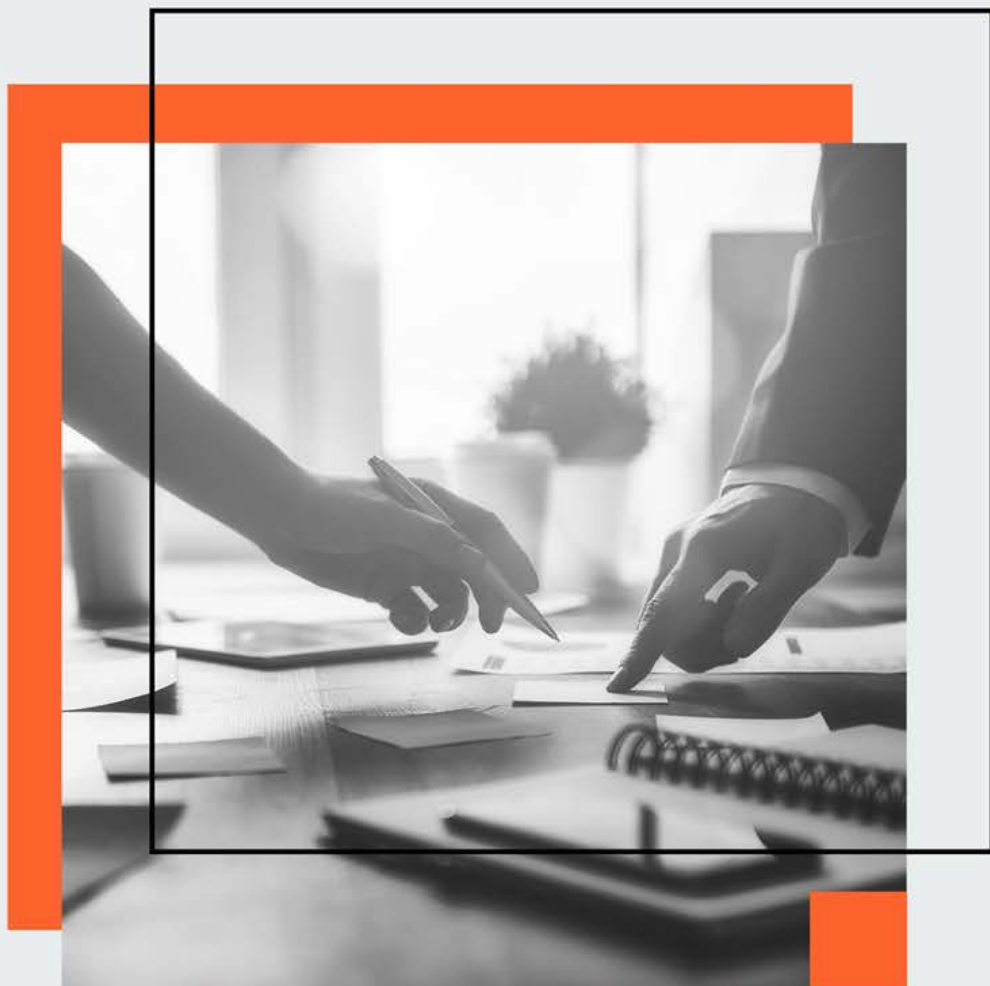


天衡法律通讯

TENET & PARTNERS

第二期
2017

劳动&HR专刊



顾问：白劭翔
主编：庄小帅
责任编辑：周 玥

天衡动态 法规快讯 律师专栏

- 16 专车服务公司与驾驶员之间的纠纷如何处理
- 20 工伤认定“上下班途中”举证责任浅析
- 22 浅议拒不支付劳动报酬罪



扫一扫
了解最新法律资讯

本期主题：劳动与人力资源服务方案

为您量身定做 的法律服务

天衡为客户提供全面的劳动人事法律服务，从制度设计上尽可能降低劳动争议和群体性事件发生的风险，从而减少劳动人事问题可能对企业声誉和发展带来的负面影响。天衡有专业的劳动法律服务团队，其中多名律师作为劳动争议仲裁员参与案件审理。天衡在代理劳动案件、调解劳动争议以及审理劳动争议案件过程中，积累了丰富的人力资源风险防范经验，能够通过提供案件代理、制度设计、文书表单梳理、人力资源管理培训、劳动法律专项顾问、出具法律意见等方式，降低用工风险，维护客户合法权益。

天衡在此领域提供的专业服务主要包括：

代理委托人参与劳动争议仲裁及诉讼；

为委托人提供劳动人事方面法律、法规、政策的咨询；

为委托人提供劳动人事法律风险评估；

协助委托人进行规章制度梳理，建立、完善委托人人力资源管理的规章制度，并防范用工风险；

协助委托人拟定用工计划与招聘方案，进行用工模式适应性选择，并避免就业歧视相关法律规制；

协助委托人规范人力资源管理流程及拟定人力资源管理全套文书、表单；

协助委托人与员工新签、续签、变更劳动合同，与工会或者劳动者代表协商签订、变更集体合同或者专项协议；

向委托人提供劳动法律法规、政策，最新司法裁判动向及风险防范措施等培训；

指导委托人选择适应性的工时制度及特殊工时的申报；

协助委托人进行裁员方案的设计及谈判；

就特定的劳动法律事项为委托人进行专业法律分析并出具法律意见书；

若有进一步了解需求，欢迎向联系人提出咨询并索要相关材料。

联系人：

张照东律师：0592-6304516 王方律师：0592-6304587 胡珊律师：0592-6304503





01

66

天衡动态

天衡合伙人刘蓓律师随爱国拥军促进会慰问厦门收容教育所

2017年3月2日，天衡所合伙人刘蓓律师随厦门市湖里区爱国拥军促进会的志愿者们走进厦门市公安局收容教育所暨厦门市第二拘留所，慰问所内干警及在围墙内接受教育的收容女学员，在“三八”国际妇女节来临之际为她们送去温暖和节日的问候。

在慰问所领导的陪同介绍下，刘蓓律师同志愿者们参观了学员们的干净整齐的生活环境，观看了学员的学习、培训的场所，并和20名学员开展了一场面对面的帮扶座谈会，并为女学员们提供法律咨询。



天衡泉州所王炳春律师受邀为晋江国土局开展沙龙

2017年3月3日下午，晋江国土局第一期法规学习沙龙在晋江国土局会议厅二楼举行，天衡泉州所执行合伙人王炳春律师受邀开展讲座沙龙。

此次沙龙，王律师以“如何进一步规范征收工作”为题展开。首先，王律师深入浅出为大家分析了晋江市组团及片区拆迁的总体情况，晋江市土地房屋的征迁模式，并讲述了在进行土地房屋征收时需要该走什么样的法律程序，同时，也从律师的角度出发，提出了在进行房屋征迁上存在的问题及相应的建议。

王炳春律师团队长期专注于房地产与建筑工程、政府法律顾问（土地房屋征收拆迁）、并购重组等法律领域，曾为晋江市五大片区改建项目、晋江市九大组团、晋江市池店南片区项目建设、晋江市城北近期改建项目、沈海调整公路泉州机场连接线（陈埭段）项目建设、永春桃源北路（二项）项目建设、晋江和平南路建设项目、晋江湖光西路区域一期改造工程、高霞新天地旧城改造项目、晋南水城综合治理项目、泉州经济技术开发区官桥园区项目、南安市五里桥文化公司（BT）项目、福鼎高铁成BT项目提供专业的法律服务，积累了丰富的项目实操经验。王炳春律师能够清晰抓住政府在进行征迁中的痛点及难点，进行深入剖析，为政府单位提供更多合理化的建议。

沙龙现场，国土局人员也积极地向王律师提问，就征迁工作中遇到的问题与王律师展开热烈的讨论，现场气氛热烈。活动结束后，王律师也表示通过举办学习沙龙，不仅有利于政府人员提高法律意识，合规进行操作，更有利于政府更好地开展征迁工作。



天衡律师承办的德艺文创IPO项目成功过会

德艺文化创意集团股份有限公司的主营业务为创意家居用品的研发设计、外包生产及销售，是“全球创意家居用品整体供应商”。经过20多年的发展，德艺文创已成为中国文化创意家居领域的领先企业，产品远销全球五大洲80多个国家，是中国文化创意家居用品的主要出口商、“国家文化出口重点企业”。

本次为德艺文创IPO项目提供全程专业法律服务的是天衡律师的专业证券团队---林晖律师团队，项目组成员包括林晖、陈韵、李艾璘、史颖仪和陈俊武，前期工作也包括团队前成员郭睿峥、李秋云和丁峰。

再次恭贺德艺文创IPO项目成功过会，同时感谢所有支持天衡证券团队的客户、合作机构、同仁和朋友！

顺以天道，衡平万物！余心所善，砥砺前行！



天衡律所陈榕、方林波律师被聘为晋江市公安局法律顾问委员会成员 天衡所开启公安系统法律服务2.0时代

2017年3月23日，晋江市公安局设立法律顾问委员会，我所陈榕律师、方林波律师被选聘为晋江市公安局法律顾问委员会成员。该委员会成员共有16名，除公安局法制大队5名法制员外，其余11名成员来自高校、法院、检察院，仅有的2名社会律师均来自天衡所。

2016年，天衡所和晋江市公安局共同推动警律合作模式的建立，开创福建省首例“警律深度合作”的模式。经过一年的磨合，我们双方在信访处置、民刑交叉案件处理、特殊案件的咨询答复上都有着良好的互动。2017年再次创新启动“1+1+2”警律合作模式，提供更为深度、广度的公安系统法律服务。



我所陈川律师所著论文——《新常态下供应链金融能否从“钢贸之殇”中浴火重生？》被《求是先锋》丛书正式收录

我所陈川律师撰写的《新常态下供应链金融能否从“钢贸之殇”中浴火重生？》文章被正式收录到《求是先锋——新常态下中国改革与发展的理论与实践》丛书中，该书由中国文献出版社于2017年1月正式出版发行。

该丛书是中共中央党校主管的中国领导科学研究会编辑出版的，汇聚了上千位党政干部和企事业单位领导为中国的改革与发展走前列作表率、发挥先锋模范带头作用的典型事迹及在工作中取得的优秀理论成果、丰富经验、心得体会的文章，为广大领导干部提供了学习、交流及借鉴的平台。

陈川律师在该篇文章中，以互联网+自贸区的模式为视角，探寻对于在供应链金融发展过程中因为对动态担保物的监管失控引发的“钢贸之殇”这一问题的解决方案。同时，还阐释了律师在发展供应链商业模式中可以起到的作用，为银企在解决这一问题方面提供了新的思路。

陈川律师希望籍此文引发更多有识之士对于供应链金融的关注和研究，通过各方努力共同完善供应链金融商业发展模式，使其在新常态下焕发出更大的生命力，真正发挥其对促进实体经济长远发展、解决中小企业融资难题、提升中国企业的全球竞争力的积极作用和优势。

中国领导科学研究会特此向陈川律师颁发了《荣誉证书》，对其在理论实践探索中取得的优秀成果给予充分的肯定。



天衡下午茶 | 天衡所李金招律师受邀为资管机构分享“资管产品参与定增的监管规则”

2017年3月17日下午，天衡下午茶活动在厦门港务大厦19层厦门农商投资集团会议室成功举办。本次下午茶活动，天衡所合伙人李金招律师受邀与大家分享“资管产品参与非公开发行的监管规则”。

李金招律师首先为大家梳理了三大监管体系下的资管产品的谱系，并逐一分析其参与非公开发行的可能性；随后，就资管产品面临的“穿透核查”原则通过多个案例进行了解读，并为大家解析了银行资金与参与定向增发的条件。

在面对大家普遍比较疑惑的“结构化产品”在非公开发行中的监管尺度，他指出，结构化面临着目前“去杠杆”的大趋势，受到严格监管，但是结构化产品并未完全被禁止。最后，李律师为大家剖析了资管产品的退出安排以及实务中的一些操作方案，并对此提出了独到的见解和建议。

现场吸引了众多的资管行业从业人员前来参与。讲座现场，这些从业人员积极地参与到互动之中，并就在自己在资管业务中遇到的疑惑与李律师进行了交流和探讨。最后，在全场热烈的掌声下，李律师这一“干货满满”的讲座顺利落下帷幕。

本次活动获得了来自硅谷惠银（厦门）资产管理有限公司与建信金圆（厦门）股权投资管理有限公司的鼎力支持。

龙岩市人大《律师法》调研组莅临天衡龙岩所开展调研工作

2017年3月21日下午，龙岩市人大常委会副主任邓振春、人大内务司法委员会主任陈晓文一行，在龙岩市司法局局长余德辉、副局长兼市律协会长郑林等陪同下莅临天衡龙岩所，针对《律师法》实施情况开展走访调研工作并与天衡龙岩所律师进行座谈。

座谈会上，天衡龙岩所主任杜国长首先向市人大《律师法》调研组介绍了天衡整体及龙岩所的发展状况，针对近年来事务所的非诉、诉讼、服务经济建设、办理法律援助案件等情况作了详细汇报，并对2017年度的业务发展提出了新的展望，表示天衡律师在拓展业务的同时，将紧抓律师执业道德，贯彻落实《律师法》精神。

邓振春副主任对天衡在软硬件设施以及内部制度的建设、业务发展方面的成绩予以了充分肯定，同时指出，对《律师法》实施情况进行调研是今年人大工作重点，通过对龙岩市几具有代表性的律师事务所的走访，了解目前律师的执业现状，对改善律师执业环境，促进司法公正具有重要意义。同时，邓振春副主任也指出龙岩律师要加强职业道德建设，努力提高自身执业水平，与社会对律师的期待相匹配，为维护公平正义、建设社会主义法治国家作出贡献。

天衡所将会进一步加强对律师内部的风险管控，严格贯彻《律师法》，努力提高律师的职业道德水平和业务素质，不辜负社会大众对天衡所的期望。



集友银行股权交割顺利完成 天衡并购业务又立新功

2017年3月28日上午，庆祝集友银行有限公司股权成功交割仪式在香港中银大厦召开，中联办仇鸿副主任、福建省政府张志南常务副省长、中国银行及厦门市委领导出席。天衡执行主任白劭翔律师受邀出席仪式，共同见证这一历史性时刻。

集友银行由爱国侨领陈嘉庚先生于1947年在香港创办，是香港第39间领有执照的银行，其成立目的是为了资助厦门集美的教育事业。1970年由中国银行（香港）有限公司注资控股，成为中国银行集团成员。本次厦门国际银行股份有限公司与私立集美学校委员会联合向中银香港收购其持有集友银行的全部70.49%的股份，由厦门国际银行控股集友银行，同时私立集美学校委员会经该次股份购买后，其持有股份比例也增至31.87%。时隔47年，集友银行终于回家了，再次由厦门企业控股。

天衡白劭翔律师、刘超律师、林博怀律师组成的法律服务团队，作为联合收购方私立集美委员会的代表律师，携手致同会计师事务所、香港林余律师行，与交易对手聘请的高盛、瑞信、高伟绅、年利达、普华永道等国际知名中介机构，为集友银行股权并购项目提供顾问服务。天衡团队通过细致的调查研究、丰富的跨国并购经验，最大程度维护了委托人私立集美学校委员会的利益，其在本项目中的专业表现获得了并购各方及其他中介机构的一致认可和好评。



交易各方法律负责人留影（左一为白劭翔律师）

天衡下午茶 | “商标确权新规对企业商标管理的影响” 沙龙成功举办

自2017年3月1日起施行的《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》引起了社会各界不小的关注，商标确权新规会给企业商标管理带来哪些影响？2017年4月21日下午，天衡合伙人吕盛律师为大家细细道来。

吕盛律师围绕着“如何避免商标成为‘通用名称’？”、“商标大战中，克敌制胜的三大法宝是什么？”以及“该如何对付商标流氓？”三大要点展开，通过十一个经典案例，逐个分析，讲述了企业遇到商标纠纷的原因以及最终的解决方式，为现场的听众提供了借鉴和参考。

吕盛律师讲到，在商标大战中，取得胜利的三大要点分别是：诉争商标是否构成代理人或者代表人抢注；诉争商标是否损害他人在先权利；诉争商标是否构成抢注他人已经使用并有一定影响商标。此外，对付商标流氓，并不是无计可施：商标的注册行为如果具有明显的复制、抄袭他人高知名度商标的故意，扰乱了正常的商标注册管理秩序，或是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，也会被判无效。

在讨论环节中，吕盛律师还对企业在对商标保护中，遇到的“商标附加值大，该如何保护”、“国内外商标持有人不同，国外产品到国内进行销售，该如何维权？”以及商标“撤三”等问题进行了解答。

企业的商标犹如船上的帆，没有商标的企业就如同一辆好车没有牌照，是无法上路的。在4.26知识产权日来临之际，天衡律师借此次活动，希望能够引起企业对商标保护的重视，能够更好的维护企业的商标品牌和价值。



天衡下午茶泉州场 | “企业如何摆脱困境重获新生”活动 成功举办

2017年4月26日下午，由泉州市丰泽区金融办主办、福建天衡联合律师事务所协办的法律公益讲座“企业如何摆脱困境重获新生”在泉州市青年大厦五楼光大银行泉州分行会议室举行，天衡泉州所合伙人刘宗伟律师受邀作为主讲人，丰泽区各街道办事处、区直有关单位及40多家企业负责人参加了该讲座。刘律师总结分析了困境企业的现状，以及陷入困境的十大主要原因，结合国家当前法律政策，启发困境企业如何重塑新思维，并结合实战经验告诉企业家如何构建财富的防火墙，最后通过一些真实案例向在场人员揭示企业家可能会触碰的刑事雷区。刘律师通过丰富、生动的案例，深入浅出地为现场人员做了精彩的分享，在场人员积极参与互动讨论，讲座现场气氛十分热烈。



“法律三进”系列讲座之“新经济形势下的人力资源管理法律问题”成功举办

2017年4月27日，泉州市工商联主办、福建天衡联合律师事务所承办、泉州新社会阶层代表人士联谊会、泉州市纺织服装商会、泉州市家电行业商会以及泉州市物流协会协办的“法律三进”系列讲座之“新经济形势下的人力资源管理法律问题”在泉州市政府(东海)会议中心2楼211举行，天衡联合律师事务所合伙人、劳动法专家张照东律师受邀主讲。

本次讲座由泉州市工商联副主席黄珍红进行致辞。张照东律师从《劳动法》出发，结合实际案例，针对员工培养、工伤认定、女职工生育问题、高管竞业限制、员工绩效考核等企业人力资源管理问题进行专业讲解。提醒大家要重视裁员程序以及裁员的保护对象范围。尤其是在裁员流程上，企业一旦操作不慎，容易被判断为单方面解除劳动合同，从而引起更大的损失。对工伤的认定范围、法条的规定以及医疗期的计算和待遇都做了详细分析。张律师生动活泼的演讲风格受到在场听众们的一致好评，并在交流环节中与张律师展开了热烈的交流讨论。

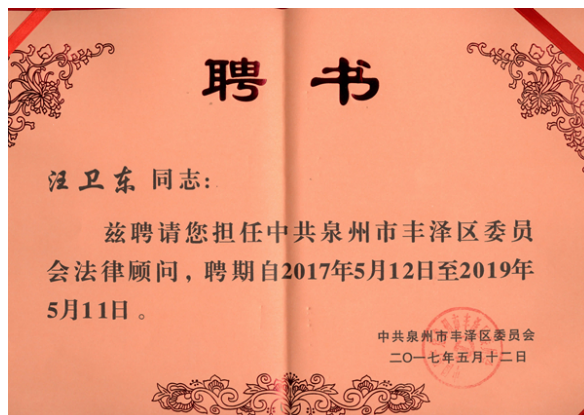


天衡泉州所主任汪卫东律师受聘中共丰泽区委法律顾问

2017年5月12日，中共丰泽区委法律顾问聘请仪式在丰泽区政务大楼主楼举行，丰泽区委常委，区人大常委会、区政协党组书记等出席了此次活动。天衡泉州所主任汪卫东律师被聘为中共丰泽区委顾问律师。

聘请仪式上，共12位法律界人士受聘区委法律顾问。此次区委法律顾问的人选，中共丰泽区委亦是经过前期精心准备，从市、区两级遴选了12名专业能力突出，业务水平较高，在社会上有一定知名度，在行业中有一定影响力的法学专家、律师和区法院、区检察院熟悉法律事务的同志，并经五届区委常委第35次会议研究决定，方可聘请为第一届丰泽区委法律顾问组。

近年来，汪卫东律师响应政府对法律服务工作的号召，积极配合政府开展各项法律服务工作，此次受聘为中共丰泽区委法律顾问，汪律师亦将不遗余力为丰泽区法治建设贡献自己的一份力量！



天衡下午茶 | 《民法总则》对商务合同审查与纠纷解决的影响 沙龙成功举办

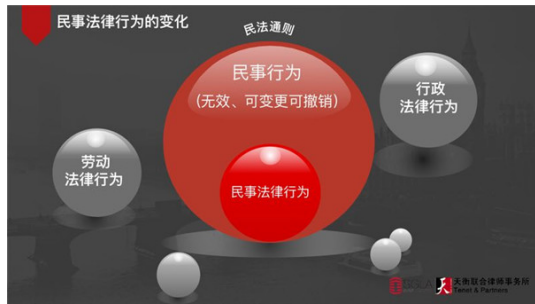
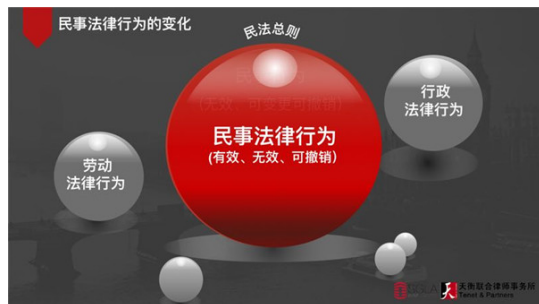
2017年5月12日，天衡所合伙人林浩夫律师在观音山大讲堂就《民法总则》对商务合同审查与纠纷解决的影响相关问题开讲，现场逾百位法务、律师参加，座无虚席。本次活动由思明区人民检察院第二巡回检察室、福建天衡联合律师事务所、厦门市开元国有投资集团有限公司和厦门观音山文化传播有限公司共同举办，响应政府迎“金砖”文明提升倡议，为迎接“金砖”宾客向企业做普法工作。思明区人民检察院第二巡回检察室的检察长在活动现场发表了讲话，思明检察和最高人民检察院微博先后对此活动进行了报道。



林浩夫律师主要通过以下三点的变化与听众共同探讨《民法总则》对商务合同审查与纠纷解决的影响：

一、颠覆经典教科书——“民事法律行为”概念的重大变化

“法律行为”原为民事法律的基本概念，重在当事人创设民事权利义务的“意思表示”，与有效无效、合法不合法并无绝对关系。由于历史原因，上世纪八十年代，《民法通则》制定时强调“民事法律行为”仅指合法行为，范围过窄。基于对公民财产权的尊重，也基于对公民权利保护水平的提高，本次颁布的《民法总则》规定“民事法律行为”是“民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事权利义务关系的行为”。“民事法律行为”既包括合法行为，又包括效力待定、无效或者可撤销的行为，外延大大增加，体现了民法价值的回归，和立法者的高度智慧。



二、“意思表示真实”对商务合同审查的影响

《民法总则》规定“意思表示真实”是民事行为有效的要件之一，“民事法律行为的效力”一节是以“意思表示”为核心和线索进行编纂的，反映了《民法总则》立法者关于民事法律行为的内涵即“意思表示”的认识。这一点，具体到商务合同审查上，应当鼓励广大企业守法经营、踊跃交易、创设新的交易模式和科学看待合同法律法规，避免对“合同无效”、“合同可撤销”的不必要担忧，将《民法总则》宣示的“契约自由”、“尊重合同”、贯彻到日常工作，具体而言，（一）敢于拟定无名合同，真实合法地反映商业活动各方的权利义务

(二) 将合同目的、签约背景等涉及双方重大意思表示的内容，纳入合同正文，借助“鉴于和保证”条款；
(三) 重视合同附件，将合同附件的内容和效力体系化，避免因附件不全、真伪难辨导致合同无法履行；(四) 及时取得和固定合同变更的证据，对关乎意思表示如何变动的通话、微信、邮件往来进行保存。



三、《民法总则》诉讼时效的规定对企业经济纠纷解决的影响

《民法总则》将普通诉讼时效从两年变更规定为三年，体现了保护合法债权、维护市场稳定的立法本意。

《民法总则》将在2017年10月1日后实施，在新法尚未生效的“过渡期”，诉讼时效如何安排？目前存在多种解释和分析，相信在《民法总则》颁布后的合理时间内，一定会有相关司法解释出台。对于企业而言，对接近原有两年诉讼时效的债权债务，应当及时追索和结算，而对已经超过《民法通则》两年诉讼的债权债务，则不妨选择在《民法总则》三年诉讼时效即将届满的期间，主张权利或者提起诉讼，或能适用《民法总则》关于诉讼时效之规定。

作为《民法典》总纲的《民法总则》颁布后，理论上很多问题尚未达成共识，新条款的适用会不会带来新问题还要随着时间去验证，天衡律师希望能够通过更多向企业普法的行动，联结社会各界的力量，促进企业提升自生的法律意识、自觉知法守法，为推动法治建设贡献微薄之力。



互动嘉宾（从左到右）：思明区人民检察院林检察长，天衡所合伙人林浩夫律师，美图秀秀法务总监吴春庆先生，厦门粗粮王法律顾问陈乐榕女士

天衡下午茶 | “互联网企业如何避开知识产权雷区”沙龙成功举办

2017年5月19日下午，天衡联合律师事务所合伙人吕盛律师主讲的《互联网企业如何避开知识产权雷区？》沙龙在厦门软件园二期22号楼火炬路演厅拉开帷幕。本次沙龙响应“2017厦门市中小企业服务月”的号召，响应政府迎“金砖”文明提升倡议，为迎接“金砖”宾客向企业做普法工作。此次活动由厦门市经济和信息化局和厦门市财政局主办；厦门市中小企业服务中心、厦门中小在线、厦门市中小企业服务行业协会、厦门市软件行业协会和福建天衡联合律师事务所承办；思明区人民检察院第二巡回检察室、厦门市开元国有投资集团有限公司、厦门软件产业投资发展有限公司和厦门观音山文化传播有限公司进行协办。

在全球化和虚拟化的互联网环境下，互联网企业面临越来越严峻的知识产权挑战，知识产权纠纷频发。互联网企业该如何避免知识产权纠纷，维护自身权利？

吕盛律师提出商标注册应当秉持的原则：“注的早，注的准，商标注册分类有调整时应当及时注册。”很多企业不是没有商标权的问题，而是当公司不够有名时，商标权的问题不会被放大。许多的创业公司在成立之初只在乎流量和用户，从而忽略了商标的注册问题。而正确的做法应当是企业注册商标具有前瞻性，提前把商

标注册好，以免公司有名气之后要付出巨大的代价去解决企业商标权的问题。吕盛律师为现场听众详细解析了“嘀嘀打车”商标侵权案，希望通过这个案例为企业商标注册保护打上一剂强力的预防针。

此外，互联网企业还深受“著作权”以及“不正当竞争”的纠纷当中。吕盛律师通过《倒霉熊》信息网络传播权纠纷案、《软星仙剑奇侠传四软件V1.0》信息网络传播权纠纷案、“天猫平台恶意投诉”不正当竞争纠纷案、“屏蔽广告”不正当竞争纠纷案等实际案例，让大家对著作权的保护以及对不正当竞争的应对有了更深的了解。

本次沙龙吸引了众多法务前来参与，听众积极地参与到互动之中，并就遇到的疑惑与吕盛律师进行了交流和探讨。按照参与天衡下午茶系列活动的惯例，在端午佳节来临之际，天衡为积极参与互动的听众准备了星巴克饮品券作为小礼品，并现场抽出幸运者获得星冰粽礼品券一份。



66



11

法规快讯

法律

1. 中华人民共和国民法总则（2017.03.15发布 / 2017.10.01实施）

【内容提示】涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。

2. 最高人民法院关于国家赔偿监督程序若干问题的规定（2017.04.20发布 / 2017.05.01实施）

【内容提示】赔偿请求人死亡，依法享有继承权的同一顺序继承人有多人时，其中一人或者部分人申诉的，申诉效力及于全体；但是申请撤回申诉或者放弃赔偿请求的，效力不及于未明确表示撤回申诉或者放弃赔偿请求的其他继承人。

3. 最高人民法院关于落实司法责任制 完善审判监督管理机制的意见(试行)（2017.04.12发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】院庭长可以根据职责权限，对审判流程运行情况进行查看、操作和监控，分析审判运行态势，提示纠正不当行为，督促案件审理进度，统筹安排整改措施。院庭长行使审判监督管理职责的时间、内容、节点、处理结果等，应当在办公办案平台上全程留痕、永久保存。

4. 中华人民共和国红十字会法(2017修订)（2016.02.24发布 / 2017.05.08实施）

【内容提要】红十字会违反募捐方案、捐赠人意愿或者捐赠协议约定的用途，滥用捐赠财产的，捐赠人有权要求其改正；拒不改正的，捐赠人可以向人民政府民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。

部门规章

1. 人力资源社会保障部关于修改《外国人在中国就业管理规定》的决定(2017)（2017.03.13发布 / 2017.03.13实施）

【内容提要】将第十五条修改为“获准来中国工作的外国人，应凭许可证书及本国有效护照或能代替护照的证件，到中国驻外使、领馆、处申请Z字签证。

凡符合第九条第二项规定的人员，应凭中国海洋石油总公司签发的通知函电申请Z字签证；凡符合第九条第三项规定的人员，应凭文化部的批件申请Z字签证。

凡符合本规定第十条第一款规定的人员，应凭合作交流项目书申请Z字签证；凡符合第十条第二项规定的人员，应凭工商行政管理部门的登记证明申请Z字签证。”

2. 企业投资项目核准和备案管理办法（2017.03.08发布 / 2017.04.08实施）

【内容提要】项目核准机关应当在正式受理申报材料后20个工作日内作出是否予以核准的决定，或向上级项目核准机关提出审核意见。项目情况复杂或者需要征求有关单位意见的，经本行政机关主要负责人批准，可以延长核准时限，但延长的时限不得超过40个工作日，并应当将延长期限的理由告知项目单位。

3. 进出口工业品风险管理办法（2017.03.06发布 / 2017.04.01实施）

【内容提要】技术机构、专家小组应当在规定时间内运用国际通行的规则完成风险评估工作，得出风险评估结果，出具书面报告。

书面报告应当包括：风险评估的方法、风险类别、等级、危害、范围、残余风险、风险处置建议等内容。

4. 期货公司风险监管指标管理办法（2017.04.18发布 / 2017.10.01实施）

【内容提要】中国证监会对风险监管指标设置预警标准。规定“不得低于”一定标准的风险监管指标，其预警标准是规定标准的120%，规定“不得高于”一定标准的风险监管指标，其预警标准是规定标准的80%。

5. 医疗器械标准管理办法（2017.04.17发布 / 2017.07.01实施）

【内容提要】国家食品药品监督管理总局审核通过的医疗器械标准计划项目，应当向社会公示。国家标准计划项目送国务院标准化行政主管部门批准下达；行业标准计划项目由国家食品药品监督管理总局批准下达。

6. 汽车销售管理办法（2017.04.05发布 / 2017.07.01实施）

【内容提要】供应商采取向经销商授权方式销售汽车的，授权期限（不含店铺建设期）一般每次不低于3年，首次授权期限一般不低于5年。双方协商一致的，可以提前解除授权合同。

| 行业规定

1. 中央国债登记结算有限责任公司关于发布《地方国库现金管理业务担保品管理服务指引》的通知（2017.03.29发布 / 2017.03.29实施）

【内容提要】为更好地配合地方国库现金管理在全国范围全面推广实施，规范业务操作流程，我公司制定了《地方国库现金管理业务担保品管理服务指引》，现予以发布，自发布之日起实施，详见附件。

2. 创业板信息披露业务备忘录第2号——上市公司信息披露公告格式(2017年3月修订)（2017.03.23发布 / 2017.03.23实施）**3. 深圳证券交易所债券交易实施细则(2017年修订)（2017.05.14发布 / 2017.05.22实施）**

【内容提要】债券采用竞价交易方式的，每个交易日9：15至9：25为开盘集合竞价时间，9：30至11：30、13：00至14：57为连续竞价时间，14：57至15：00为收盘集合竞价时间。

债券采用协议大宗交易方式的，本所交易时间为每个交易日9：15至11：30、13：00至15：30。

债券采用盘后定价大宗交易方式的，本所交易时间为每个交易日15：05至15：30。

4. 深圳证券交易所关于发布《深圳证券交易所分级基金业务管理指引》的通知（2016.11.25发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】对于发生下阈值折算的分级基金，基金管理人应当及时向本所报告有关情况，本所经其申请将于折算基准日在B类份额基金简称前冠以“*”标识，向投资者进行风险警示。

5. 上海证券交易所关于发布《上海证券交易所分级基金业务管理指引》的通知（2016.11.25发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】分级基金发生下阈值不定期份额折算的，基金管理人除应当按前款规定办理停复牌业务外，还应当在本所申请子份额（包括A类份额和B类份额，下同）于折算基准日开市至10:30停牌。

6. 深圳证券交易所关于修改《深圳证券交易所债券交易实施细则》第三十九条的通知（2016.04.14发布 / 2017.05.22实施）

【内容提要】对于本通知施行前已达成的债券回购交易，其到期回购价仍按原公式计算，即“回购价=100元+每百元资金到期年收益×回购天数/365（天）。回购天数，是指《实施细则》第三十四条所述债券回购品种对应的回购期限”。

| 司法解释

1. 最高人民法院关于国家赔偿监督程序若干问题的规定（2017.04.20发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】赔偿请求人死亡，依法享有继承权的同一顺序继承人有数人时，其中一人或者部分人申诉的，申诉效力及于全体；但是申请撤回申诉或者放弃赔偿请求的，效力不及于未明确表示撤回申诉或者放弃赔偿请求的其他继承人。

2. 最高人民法院关于落实司法责任制 完善审判监督管理机制的意见(试行)（2017.04.12发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】院长可以根据职责权限，对审判流程运行情况进行查看、操作和监控，分析审判运行态势，提示纠正不当行为，督促案件审理进度，统筹安排整改措施。院庭长行使审判监督管理职责的时间、内容、节点、处理结果等，应当在办公办案平台上全程留痕、永久保存。

4. 最高人民法院关于民事执行中财产调查若干问题的规定（2017.02.28发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】审计费用由提出审计申请的申请执行人预交。被执行人存在拒绝报告或虚假报告财产情况，隐匿、转移财产或者其他逃避债务情形的，审计费用由被执行人承担；未发现被执行人存在上述情形的，审计费用由申请执行人承担。

5. 最高人民法院关于修改《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》的决定(2017)（2017.02.28发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】增加一条，作为第二条：“被执行人具有本规定第一条第二项至第六项规定情形的，纳入失信被执行人名单的期限为二年。被执行人以暴力、威胁方法妨碍、抗拒执行情节严重或具有多项失信行为的，可以延长一至三年。

失信被执行人积极履行生效法律文书确定义务或主动纠正失信行为的，人民法院可以决定提前删除失信信息。”

6. 最高人民法院印发《关于执行款物管理工作的规定》的通知(2017修订)（2017.02.27发布 / 2017.05.01实施）

【内容提要】查封、扣押至人民法院或被执行人、担保人等直接向人民法院交付的物品，执行人员应当立即通知保管部门对物品进行清点、登记，有价证券、金银珠宝、古董等贵重物品应当封存，并办理交接。保管部门接收物品后，应当出具收取凭证。



15

66

律师专栏

专车服务公司与驾驶员之间的 纠纷如何处理



张照东
劳动&HR法律事务部主任
合伙人、律师

执业领域:
劳动与人力资源、政府法律
顾问、公司商事、房地产、
争议解决

【案情简介】

驾驶员李某因工资、押金等问题与福建某专车服务有限公司厦门分公司发生劳动争议，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

李某诉称：2014年11月20日，李某进入福建某专车服务有限公司厦门分公司（简称“公司”）处从事司机工作，双方当天签订一份期限自2014年11月20日至2017年11月30日的书面劳动合同，同时公司向李某提供《高薪诚聘驾驶员》，承诺工资按“起薪6000元+业务提成”支付。2014年11月28日，公司向李某收取入职押金10000元。2015年8月24日，公司在没有任何正当理由的情况下对李某做出停运处理，致使李某无法工作。2015年9月6日，公司为李某办理退工手续，单方解除劳动合同。2015年8月李某实际工作23天（24日起无法工作），根据劳社部发〔2008〕3号《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》“月工作日为20.83天”的规定，应视为李某2015年8月全勤。2014年11月20日至2015年8月（全勤计算）李某提供了正常劳动，月工资为6000元，该期间之工资应当为57034.48元，但公司只支付了43242.7元，应支付工资差额13791.78元。2015年8月24日公司对李某做出应当立即将该押金退还。公司还违反《劳动合同法》的规定单方违法解除劳动合同，应向李某支付违法解除劳动合同赔偿金12000元。现李某提出仲裁请求，要求公司：一、退还押金10000元；二、支付2014年11月20日至2014年11月30日的工资差额2294.25元；三、支付李某2014年12月至2015年8月的工资差额11467.53元；四、支付李某2015年9月1日至2015年9月6日的工资1655.17元；五、支付违法解除劳动合同赔偿金12000元。

福建某专车服务有限公司厦门分公司就李某的仲

裁申请辩称：一、押金一万元实际上是由车辆提供方代收的车辆资产保证金，用于车辆设备及其他与工作车辆相关的随车物品管理。待员工离职，交回工作车辆并交验清楚，车辆无任何问题后，我司会代办退款流程，但李某至今仍不将该车辆的行驶证和油卡归还公司，导致公司无法按流程帮李某代办保证金退还手续。二、李某所提供的《高薪诚聘驾驶员》广告的广告主并非福建某专车服务有限公司厦门分公司，也非福建某专车服务有限公司厦门分公司发布的招聘信息，公司从未承诺起薪6000元+业务提成，故李某请求支付工资差额是无理无据的。三、李某在职期间拒不配合公司的工作安排。公司于2015年8月21日通知李某到公司签到并安排工作，而李某拒不执行，公司在无奈之下，只好对申请进行停运处理，并于2015年8月29日再次发出《催促交接车辆及到岗通知书》，并在通知书中写明“若李某逾期未到将视为旷工处理。在30个自然日内，旷工累计天数超过三天，视李某自动离职”。然而李某收到该通知书后，仍然不到公司报到。直至2015年9月4日，李某仍未到公司报到，属于自动离职，而非公司违法解除劳动合同。公司于2015年9月4日向李某寄出《催促办理离职、交接车辆手续通知书》，李某于次日收到该通知，但仍不到公司办理离职、交接手续，并将公司车辆扣押，致使车辆无法正常运作。综上，请求驳回李某的全部仲裁请求。

【查明事实】

李某向仲裁委提供证据如下：一、收款收据，证明2014年11月28日福建某专车服务有限公司厦门分公司向李某收取入职押金一万元；二、高薪诚聘驾驶员，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司承诺员工工资为起薪6000元+业务提成；三、招商银行户口交易明

细表及活期账户历史明细查询打印清单，证明李某2014年11月至2015年8月每个月实领工资数额及福建某专车服务有限公司厦门分公司未按“起薪6000元+业务提成”支付工资，无故克扣李某的劳动报酬；四、收款收据（复印件），证明收款单位天津某商务咨询服务有限公司就是福建某专车服务有限公司厦门分公司，细表及活期账户历史明细查询打印清单，证明李某2014年11月至2015年8月每个月实领工资数额及福建某专车服务有限公司厦门分公司未按“起薪6000元+业务提成”支付工资，无故克扣李某的劳动报酬；四、收款收据（复印件），证明收款单位天津某商务咨询服务有限公司就是福建某专车服务有限公司厦门分公司，公司名称不同而已；五、开庭笔录（复印件），证明厦劳仲案[2015]0989号开庭过程中，福建某专车服务有限公司厦门分公司对《高薪诚聘驾驶员》证据真实性确认。福建某专车服务有限公司厦门分公司对李某提供的上述证据质证如下：对证据一的真实性予以确认，但该款项是福建某专车服务有限公司厦门分公司代收，实际上是车辆提供方天津某商务咨询服务有限公司的资产保证金；对证据二的三性不予确认，该广告不是福建某专车服务有限公司厦门分公司的招聘广告；对证据三的真实性予以确认，但证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已足额支付工资；对证据四的真实性无法确认，不清楚该证据如何形成，福建某专车服务有限公司厦门分公司与天津某商务咨询服务有限公司两家公司是独立运作的；对证据五的真实性予以确认，但关联性不予确认，广告单不知道谁印的，且广告主是神州租车。

福建某专车服务有限公司厦门分公司向仲裁委提供证据如下：一、劳动合同，证明双方约定李某的工资标准是2300元，李某对此工资标准无异议，福建某专车服务有限公司厦门分公司每月已足额发放工资，不存在拖欠；二、催促交接车辆及到岗通知书，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已通知李某到公司报到，并在通知书中写明：“若李某逾期未到将视为旷工处理。在30个自然日内，旷工累计天数超过三天，视李某为自动离职”；三、催促办理离职、交接车辆通知书，证明李某未按福建某专车服务有限公司厦门分公司规定到公司报到，属自动离职；四、顺丰公司的送达签收单，证明李某已收到公司寄出的《催促交

接车辆及到岗通知书》、《催促办理离职、交接车辆通知书》；李某对福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的上述证据质证如下：对证据一的真实性予以确认，但对证明对象不予确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司主张其支付的工资包含额外发放的福利，但未举证证明；对证据二的真实性予以确认，但对证明对象不予确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司在该证据中主张李某拒不与对接班驾驶员交接班，但未举证证明；对证据三的真实性予以确认，但对证明对象不予确认，福建某专车服务有限公司厦门分公司在该证据中主张视为李某于2015年8月31日起已从被申请公司自动离职，但其在答辩书中又主张李某2015年9月4日仍未到福建某专车服务有限公司厦门分公司处报到，前后主张矛盾，不足以采信；对证据四的真实性予以确认。庭后福建某专车服务有限公司厦门分公司补充证据如下：一、工资发放明细，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已足额发放工资；二、系统托收失败明细，证明李某尚欠公司代客充值款项520元、车辆出险款4035元，在职期间违章7条尚未处理；三、通知李某到公司报到的短信通知，证明福建某专车服务有限公司厦门分公司已于2015年8月21日通知李某到公司报到；四、《专车驾驶员管理手册》第4、5页，证明公司对驾驶员所驾驶车辆出现交通事故、车辆违章等详细规定，和驾驶员在30个自然日内旷工累计天数超过三天，视为自动离职；五、《专车驾驶员管理手册》阅知单，证明李某已认真阅读并充分理解《专车驾驶员管理手册》的内容，并承诺自觉遵守和履行。李某对前述补充证据的表面真实性没有异议，但是其主张《专车驾驶员管理手册》阅知单虽然有本人签字，但是其并不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容。

经审理查明，双方当事人对下列事实均无异议，仲裁委予以确认：李某于2014年11月20日入职，当天李某与福建某专车服务有限公司厦门分公司签订《劳动合同》，约定月工资人民币2300元。李某的出勤方式是通过手机终端上下班，福建某专车服务有限公司厦门分公司会在某个时间段要求司机在线，具体的上下班由司机在手机终端设置和选择。车子、油、手机和电话费均由福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的。一般情况下是通过电子方式支付给公司车费，但在余额不足等特殊情况下，由驾驶员直接收取车费，

即代客充值。2014年11月28日李某以现金形式交给财务陈某人民币10000元。2015年8月30日李某收到福建某专车服务有限公司厦门分公司寄送的《催促交接车辆及到岗通知书》，2015年9月5日李某收到福建某专车服务有限公司厦门分公司寄送的《催促办理离职、交接车辆手续通知书》。2015年9月6日福建某专车服务有限公司厦门分公司办理退工手续。上述事实有业经庭审质证并确认真实性的福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《劳动合同》、《催促交接车辆及到岗通知书》、《催促办理离职、交接车辆手续通知书》、《快递单》和双方当事人签字确认的《开庭笔录》为证。

【争议焦点及其分析】

一、关于押金问题

根据李某提供的《收款收据》，证实收取入职押金的单位为天津某商务咨询服务有限公司，并非福建某专车服务有限公司厦门分公司，李某主张福建某专车服务有限公司厦门分公司退还押金无充分证据，应承担举证不能的法律后果，仲裁委不予支持。

二、关于工资问题

根据福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《劳动合同》（于2014年11月20日签订）可证实福建某专车服务有限公司厦门分公司与李某约定的2014年11月20日起至2017年11月30日止李某的月工资为人民币2300元。福建某专车服务有限公司厦门分公司支付李某工资远高于最低工资标准和合同约定的工资，可见，福建某专车服务有限公司厦门分公司并未违反劳动合同的约定。现李某主张其月工资为6000元，而李某所提供的《高薪诚聘驾驶员》无任何公章或者签字，且福建某专车服务有限公司厦门分公司亦不予认可，故李某主张月工资为6000元，并据此请求支付2014年11月20日至2014年11月30日的工资差额2294.25元，2014年12月至2015年8月的工资差额11467.53元证据不足，仲裁委不予支持。

根据李某提供的《催促交接车辆及到岗通知书》及顺丰公司的送达签收回单可证实福建某专车服务有限公司厦门分公司已催促李某到公司报到并交接车辆，李某亦确认于2015年8月30日收到此通知书，但李某收到通知书之后并没到福建某专车服务有限公司厦门分公司处报到上班，李某存在过错，其未提供劳动有自

身的原因，故李某以“李某未提供劳动并非李某原因造成，而是福建某专车服务有限公司厦门分公司未提供劳动条件导致李某无法工作所致”主张支付2015年9月1日至2015年9月6日的工资1655.17元无法成立，仲裁委不予支持。

三、关于劳动合同解除问题

关于李某主张支付违法解除劳动合同赔偿金12000元，被申请答辩李某严重违反福建某专车服务有限公司厦门分公司规章制度，依据福建某专车服务有限公司厦门分公司的规章制度，李某在30个自然日内旷工累计超过三天，属于自动离职。首先，《专车驾驶员管理手册》经李某签名，其公示情况可予以认可；其次，福建某专车服务有限公司厦门分公司向李某发送《催促交接车辆及到岗通知书》，李某亦确认于2015年8月30日收到此通知书，根据福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的《催促交接车辆及到岗通知书》、顺丰公司的送达签收回单和李某的确认可证实李某在经福建某专车服务有限公司厦门分公司催促后仍未到公司报到上班，且李某旷工已超过三天。故福建某专车服务有限公司厦门分公司的答辩意见予以成立，李某主张支付违法解除劳动合同赔偿金12000元无法成立，仲裁委不予支持。

【处理结果】

驳回李某的全部仲裁请求。

【启示】

一般情况下，劳动争议案件中多数举证责任在于用人单位而非劳动者。但是，并不能说劳动者在劳动争议案件中就不承担举证责任。本案中，李某的仲裁请求之所以全部得不到支持，主要是因为其未能就其主张完成相应的举证责任。

一、劳动法禁止用人单位向劳动者收取任何形式的押金。但是，本案中，李某拿出的押金条即收款收司而非福建某专车服务有限公司厦门分公司，但就该证据而言并不能证明收款单位就是福建某专车服务有限公司厦门分公司。要完成该证明目的，可以考虑从工商登记资料或者其他协议文书等角度着手，看看两家公司的股东、法定代表人、管理人员、财务人员等等是否为关联企业，或者存在法人人格混同情况。否则，仲裁庭难以认定该笔款项为其用人单位所收取。

二、关于工资标准问题。李某主张根据《高薪诚聘驾驶员》，其每月基本工资应为6000元。但是，该宣传单张并无任何公章或者法定代表人或负责人签字，且福建某专车服务有限公司厦门分公司亦不予认可。相反，福建某专车服务有限公司厦门分公司提供的其与李某之间签订的《劳动合同》明确约定月工资人民币2300元。所以，仲裁庭难以采信李某主张的月基本工资6000元的主张。现实生活中，并不排除李某确实是看到公司提供的《高薪诚聘驾驶员》宣传内容而到该公司就职。但是，劳动报酬作为劳动合同最主要的内容，李某在签约时应当注意到劳动合同约定的工资标准与该广告宣传之间的差距。作为一个成年人，应当认识到一旦其在劳动合同上签字，就意味着其对劳动合同内容的认可。因此，如果双方之间当时确实约定工资标准为6000元，就应该将该工资数额写入劳动合同之中，否则一旦产生纠纷，劳动者将处于及其不利的后果。

三、关于规章制度告知问题。根据《专车驾驶员管理手册》规定，在30个自然日内旷工累计超过三天，属于自动离职。李某主张《专车驾驶员管理手册》阅知单虽然有本人签字，但是其并不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容。如上所述，仲裁庭与人民法院在处理类似问题时均认为，具有完全民事行为能力的成年人应当对其签字行为负责，应当充分认识到本人签字在法律意义上的含义。民事行为能力的成年人应当对其签字行为负责，应当充分认识到本人签字在法律意义上的含义。李某在《专车驾驶员管理手册》阅知单上签字，但又主张不知晓及理解《专车驾驶员管理手册》的具体内容，这种辩解是十分牵强的。由于李某未能就其辩解提出相应的反驳证据，自然难以得到仲裁庭的支持。在此特别提醒劳动者，即使与用人单位之间存在各种争议，在争议得到妥善处理与解决之前，仍然应当坚持上班，而不能擅自离岗离职，否则将被认定为旷工行为，用人单位有权根据规章制度的规定作出相应的处罚，直至解除劳动合同。



工伤认定“上下班途中” 举证责任浅析



王方 律师

执业领域：
劳动&HR法律事务、公司商事

早在2003年版《工伤保险条例》中，我国即在行政法规层面确立了：上下班途中，受到机动车事故伤害的，应当认定为工伤。2010年12月20日《工伤保险条例》修订后，第十四条第（六）项又进一步明确：“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，可以认定为工伤。”不止于此，2014年4月21日最高人民法院审判委员会第1613次会议通过了《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》，其中第六条规定又特别就“上下班途中”的认定进行了扩大解释，将人们通常认为的“下班回自己的居住场所”扩大为：在合理的下班时间返回自己的住所、经常居住地以及父母、配偶、子女的居住场所，并且还引入了只要在合理时间、合理上下班路线“从事属于日常工作生活所需要的活动”遭受交通事故的，仍可认定为“上下班途中”。

该规定颁布时即激起了热烈反响，各路媒体纷纷报道：上下班途中绕路买菜发生交通事故，仍可认定为工伤。但该规定却给司法实践及工伤认定部门带来了困扰，特别是在加入了“从事属于日常工作生活所需要的活动”的情况下，“合理时间”“合理路线”两个“合理”该如何认定？当劳动者与用人单位就“是否合理”存在不同意见时，应由哪一方承担举证责任呢？笔者近期便遇到了一例案例：

2016年某月某日，某物业公司一名新入职员工（尚未来及投保社会保险）于晚上7：15下班后骑行电动自行车离开办公场所，后于8：45发生了非本人主要责任交通事故，并导致员工当场死亡。经了解从员工工作地到事故发生地点骑行正常耗时约需15分钟。而事故发生地点已经超过从员工办公地点至其与配偶居住地，但从员工办公地点途径事故发生地可到其子女居住地，只是并不是距离最短以及最适合骑行路线。

事故发生后，对于该事故是否发生于下班途中，用人单位和劳动者产生了争议。员工家属认为：该事故发生于该员工下班后去其子女居住地点的途中，应当认定为工伤。用人单位则认为：下班后从用人单位到达事故发生地仅需15分钟，但事实上从员工下班离开到事故发生却间隔1小时45分钟，时间明显不合理，且该事故发生的地点也并非位于合理下班路线，不应认定为工伤。由于事故造成该员工当场死亡，用人单位、员工家属及工伤认定部门三方经过努力均无法考证该员工下班后的实际活动。

事后员工家属向工伤认定部门提出工伤认定申请，工伤认定部门经核查认为：事故发生地点位于从该员工下班地点至其子女居住地的可达路线，而事故时间距员工下班时间虽稍偏长，但不排除员工下班后可能从事属于日常工作生活所需要的活动耽搁了一定时间，且没有证据证明该员工下班后回过家，所以最终认定为下班途中，并认定了工伤。但用人单位不服工伤认定部门做出的认定，提起行政诉讼，该案目前尚在审理过程中。

在该案中，双方争议的主要焦点为：在存在一定不合理时间的前提下，“上下班途中”的举证责任究竟应由谁负担。如果双方都无法考证该段时间员工的具体活动，可否运用推定的“从事属于日常工作生活所需要的活动”，对事故发生的时间做合理解释。

笔者认为，虽然员工家属确实值得的同情，但从诉讼公平、公正的角度，考虑到员工家属、用人单位各自完成举证责任的可能性，“交通事故发生于上下班途中”的举证责任应由员工家属负担为宜，且不宜仅凭推定员工可能从事了属于日常生活所需要的活动来认定事故发生时间的合理性。具体分析如下：

一、针对“事故是否发生于上下班途中”这一事实，员工及家属通常比用人单位拥有更便利的取证条件。

“以事实为依据，以法律为准绳”是我国法律适用的一项基本原则，通俗的说，这个原则要求执法、司法机关在办案时首先要查清事实，并在此基础上，结合事实正确适用法律，以保证依法行政、公正司法。虽然，我们无法否认“法律事实”与“客观事实”的确存在一定差别，但当法律事实越发接近客观事实时，明显社会对该执法、司法活动的认可度更高，因为如此的执法、司法活动达到了人们内心所认知的“公正”。因此，从查清事实的角度，举证责任显然应当分派给更有举证能力的一方。

从举证能力的角度看，员工本人对于自身下班后从事了哪些活动自然是十分清楚的，想要提供相关证据来证明事实显然比用人单位更容易。员工家属长期与受伤员工共同生活，通常对该员工的生活习惯、下班后的活动习惯以及下班后回家的路线也相对较为熟悉，相对于用人单位，其二者明显更容易知晓、查证交通事故是否真实发生于员工正常、合理的上下班途中；并且员工家属也与该员工存在更多交流的可能，更容易了解到员工当天下班后的活动规划，更容易知晓该员工活动情况以及活动目的，如果该员工下班后真的存在“从事属于日常生活所需的活动”导致回家时间延迟，员工家属也明显更容易获得相关线索及证据。

而用人单位与员工之间虽建立劳动关系，劳动关系虽也存在一定的人身管理属性，但该属性通常仅限于工作时间内，一旦员工下班离开办公场所，用人单位通常无权了解并干涉员工下班后的私生活，更没有权利要求员工如实告知下班后的活动计划。而在发生此类争议后，即使有其他员工知情，但出于不愿得罪受伤员工家属，以及多一事不如少一事的考虑，执法、司法实践中也少有其他知情人士会说不利于员工工伤认定的事实。事实上，如果员工家属有心隐匿员工下班后从事的导致“下班活动”中断的事实，用人单位的取证难度则会更大。

例如前述案例，如果员工下班间隔一段时间后发生了交通事故，相比家属，用人单位往往更难了解在该段时间里员工到底从事了哪些活动，如果将前述举证责任分配给用人单位很容易导致客观事实无法查清，甚至会助长恶意隐匿客观事实现象的发生，明显不利于执法、司法公正。

二、工伤认定部门不宜运用推定可能从事了“属

于日常工作生活所需要活动”的方式，对事故发生的时间做出合理化的认定与解释。

我国《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条第（三）项确实规定了：从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的，仍可认定为上下班途中。该项规定的立法背景是为了解决实践中常见但又争议较大的特定上下班情形，例如：上下班途中从事了接送孩子、去菜市场买菜等日常工作生活所必须的活动，且在合理时间内并没有改变以上下班为目的的合理路线，此类情形是否还是可以认定为工伤。

可以看出，该规定本身已经对上下班途中的“合理时间”“合理路线”进行了适度的放宽。之所以被认为是立法的“放宽”，是因为适用该规定就意味着事故的发生不在“通常”的合理时间、合理路线。而该放宽之所以被认为是“适度的”，是因为而该规定显然不是将上下班前后所有的合理活动均纳入不影响“上下班途中”认定的范畴，而是只有在满足前述两个条件的情况下，才允许适度放宽的存在。但该规定仍然坚持的原则是：所从事的活动仅限于“日常工作生活所需”，且并未改变以上下班为目的的路线。

而对于实践中客观存在的突破合理时间、合理地点多种原因，比如：下班后和亲友聚会、外出办事、逛街、逛超市然后在回家等等，我国立法并未将其纳入放宽的范畴，因为上述活动的目的已经不是日常工作生活所需，而是以个人的休闲、娱乐以及其他事务为目的，上述活动均会导致下班回家活动的中断，如果上述情形仍被认定为“上下班途中”，则明显会增加用人单位及社保基金本不应承担的风险。

也正是因此，笔者认为，如果员工及家属认为该员工上班前或下班后确实从事了日常工作生活所需的的活动，从而导致时间、路线发生了改变，应当适用法定的“放宽”情形，则员工及家属应当就自身所主张的事实负有举证的义务，不应用“可能从事了属于日常工作生活所需要的活动”的推定来替代员工及家属的举证责任。

综上，笔者个人认为，本文所述案例中，工伤认定部门确实在划分举证责任时存在一定的错误，“交通事故发生于上下班途中”的举证责任应由员工及家属负担，不应仅凭推定员工可能从事了日常生活所需活动即认定事故发生时间的合理性。

浅议拒不支付劳动报酬罪



胡珊 律师

执业领域：
劳动&HR法律事务、公司商事

拒不支付劳动报酬罪是2011年《刑法修正案（八）》设立的罪名，标志着恶意欠薪正式入罪，企业拖欠薪资的民事责任可能演化为刑事责任。《刑法》第二百七十六条之一第一款规定：“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。”

然而，对恶意欠薪行为的追责在司法实践中遭遇因行刑衔接、民刑交叉的纠葛而导致诸多问题。因为相关法条的规定有不少模糊之处，定罪量刑亦欠缺细化而具体的标准，导致《刑法修正案（八）》出台的几年中遭遇到了执行不畅的问题，其威慑力也大大减弱。故，2013年1月16日最高人民法院颁布了《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》（以下简称《解释》），这是对恶意欠薪的刑事立法在司法适用上的回应。下面，我们就来具体分析本罪涉及的几个重要问题。

一、犯罪主体的认定

1、本罪的犯罪主体既包括单位，也包括自然人。

单位主体：若犯罪行为由机关、事业单位、企业、公司等团体实施，则为单位犯罪。其范围有：合资经营企业、私营公司、具有法人资格的独资公司或依法设立的合作经营企业等。

自然人主体：在恶意欠薪罪中，直接实施犯罪行为的人。其范围包括单位出资人、负责人以及用人单位法人和直接负责的主管人员和其他直接责任人员。

2、本罪的犯罪主体不要求必须具备用工主体资格，也就是说在违法用工的情况下，拒不支付劳动者

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，也以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

3、特殊劳动关系中犯罪主体的认定

首先，劳务派遣关系是一种相对复杂的用工关系，此种用工形式的实质是劳动力的雇用和使用相分离，即劳务派遣单位与劳动者签订劳动合同，与用工单位订立劳动派遣协议并约定劳动报酬等相关事宜，并将劳动者派遣至用工单位，让其在用工单位的指挥监督下从事劳动。而根据《劳动合同法》的规定，劳务派遣单位被称为用人单位。这样就形成了用人单位、用工单位和劳动者的三角用工关系。在这种用工关系中，如果劳动者遭遇了拒不支付劳动报酬的情形，那么承担刑事责任的主体究竟应该是用人单位还是用工单位？笔者认为要分析具体情况来看待，一般只承认用人单位是该罪主体，因为根据劳动法的相关规定，在劳务派遣关系中，承担劳动者的劳动报酬支付义务的应该是用人单位。但是，根据《劳动合同法》第62条规定：“用工单位应当履行下列义务：……；（三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；……。”该法条中所列举的加班费、绩效奖金应属于劳动报酬之范畴。而且从文义理解，该义务显然是用工单位对被派遣的劳动者的义务，而非对用人单位的义务。而且，如果用工单位实施了恶意欠薪行为，很可能也会影响到用人单位对劳动者劳动报酬的支付，在此情况下用人单位可能并无犯罪意思，却要让其承担刑事责任，而真正造成劳动者无法获得劳动报酬的用工单位却可以因之逃脱法律制裁，这是极不公正的。因此，如果用工单位实施了恶意欠薪行为，是可以成为本罪的犯罪主体的。

其次，在建筑工程、餐饮住宿等行业中，通常存在转包、分包等民事法律关系，在这些关系中，如何认

定拒不支付劳动报酬罪的主体就颇为困惑。根据《最高人民法院、最高人民检察院、人力资源和社会保障部、公安部关于加强涉嫌拒不支付劳动报酬犯罪案件查处衔接工作的通知（人社部发〔2014〕100号）》第一条第三款规定：“企业将工程或业务分包、转包给不具备用工主体资格的单位或个人，该单位或个人违法招用劳动者不支付劳动报酬的，人力资源社会保障部门应向具备用工主体资格的企业下达限期整改指令书或行政处罚决定书，责令该企业限期支付劳动者劳动报酬。对于该企业有充足证据证明已向不具备用工主体资格的单位或个人支付了劳动者全部的劳动报酬，该单位或个人仍未向劳动者支付的，应向不具备用工主体资格的单位或个人下达限期整改指令书或行政处罚决定书，并要求企业监督该单位或个人向劳动者发放到位。”这也就是说，在转包、分包的情况下，具备用工主体资格的企业为支付劳动者劳动报酬的责任人，若该企业有充足证据证明已向不具备用工主体资格的单位或个人支付了劳动者全部的劳动报酬，此时该不具备用工主体资格的单位或个人为本罪的责任主体。

二、客观行为的认定

从《刑法》第二百七十六条之一的表述来看，拒不支付劳动报酬罪应当属于不作为犯罪，即其客观行为具体表现为两方面的内容：一是行为人以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者劳动报酬的行为，这是一种积极的不作为方式；二是行为人有能力支付而不支付劳动者劳动报酬的行为，这是一种消极的不作为方式。

（一）客观行为的具体表现

1、积极的不作为

积极的不作为的表现是行为人逃避支付劳动报酬的行为主要是通过转移财产和逃匿的方式来实施的。

《解释》第二条明确了具体的转移财产和逃匿行为：

（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。

（2）消极的不作为

消极的不作为的表现是行为人有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，这应当理解为行为人不采用任何逃避手段而直接、明确地拒不支付的行为。

（二）“劳动报酬”的认定

《解释》第一条将“劳动报酬”限定于劳动者依照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》等法律的规定应得的劳动报酬，包括工资、奖金、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资等。

对于“特殊情况下支付的工资”中的“特殊情况”，《厦门市企业工资支付条例》规定包括：在法定工作时间内依法参加社会活动的；非因劳动者原因造成用人单位停工、停产未超过一个工资支付周期的；用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响，暂时无法支付劳动者工资的。

（三）“数额较大”的认定

《解释》第三条对于数额较大作出了规定：

（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。

各省、自治区、直辖市高级人民法院可以根据本地区经济社会发展状况，在前款规定的数额幅度内，研究确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院备案。

（四）前置程序

《刑法》第二百七十六条之一规定“经政府有关部门责令支付仍不支付”这一要件，就意味着在认定拒不支付劳动报酬罪的成立方面设置了一项前置程序。“政府有关部门”具体指人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门。“人力资源社会保障部门”指向清楚，而对于何为“政府其他有关部门”却没有具体指向。法院和仲裁机构是否涵盖在内呢？法院属于司法机关，是与行政机关并列的国家机关，仲裁部门则属于国家授权的处理劳动争议的准司法性的专门机构，其本身也独立于行政机关。而且根据现行法律规定，劳动者在被拖欠劳动报酬的情况下，向法院提起民事诉讼或申请劳动仲裁都是其寻求救济的途径，那么当法院或仲裁部门针对劳动争议作出了生效的判决或裁定后，其本身就具有强制执行力，如果行为人仍然拒付劳动报酬的话，完全可以按照拒不执行判决、裁定

罪来处理,而不必认行为人者构成拒不支付劳动报酬罪。

但是,在劳动仲裁部门或者人民法院作出生效的判决或裁定后,劳动者以生效的判决或裁定向政府有关部门反映后,政府有关部门根据生效的判决或裁定向行为人责令支付,而行为人仍然不支付的,也应认定为“经政府有关部门责令支付仍不支付”。

三、主观故意的认定

拒不支付劳动报酬罪是故意犯罪,这是不言而喻的。但是,并非所有的故意欠薪行为都要纳入该罪的评价范围。通常来说,欠薪行为可以分为恶意欠薪和非恶意欠薪两种,而只有“恶意”的欠薪行为才是犯罪。对于如何判定行为人是否具备“恶意”,也要试具体情况而认定。

首先,在行为人逃避支付劳动报酬的情形中,不论行为人实施的是转移财产还是逃匿抑或其他行为方式,其主观上往往都是为了实现对劳动者劳动报酬终局的、永久的控制,实际体现的就是一种非法占有的目的。因此,能够推断出基于非法占有目的而逃避支付的行为人在主观上具有着相当明显的恶意。

其次,在行为人有能力支付而不支付劳动报酬的情形中,判断行为人有无恶意主要还是看导致其处于没有能力支付的状态究竟是何原因,如果确系客观自然原因使得行为人无力支付的,就属“情有可原”的情况,那么就不能推断其主观上有恶意。反之,如果行为人的无力支付是由于其主观故意为之所造成的,那么认定其为恶意欠薪当然是没有问题的。另外,在肯定行为人具有支付能力的前提下,从其拒付的手段上就更能判断出恶意的存在。

再次,行为人在经过政府部门的责令以后仍不支付,是其主观恶意的极端体现。立法设置前置程序的用意之一就在于表征行为人的此种主观恶意,这也是之所以将该罪称为“拒不支付劳动报酬罪”而不是“不支付劳动报酬罪”的原因所在。

四、刑罚处罚

(一)法定刑的规定

犯本罪的,有基本犯刑罚和结果加重犯刑罚两种。基本犯的刑罚是:行为人在客观方面有前述犯本罪行为的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处罚金。

结果加重犯的刑罚是:对造成后果严重的,可处三年

以上七年以下有期徒刑,并处罚金。“造成严重后果”包括:1、造成劳动者或者其被赡养人、被扶养人、被抚养人的基本生活受到严重影响、重大疾病无法及时医治或者失学的;2、对要求支付劳动报酬的劳动者使用暴力或者进行暴力威胁的;3、造成其他严重后果的。

(二)可以减轻或免除处罚的条件

1、不认为是犯罪的条件

拒不支付劳动者的劳动报酬,尚未造成严重后果,在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以认定为情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪。

2、减轻或者免除刑事处罚的条件

在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以减轻或者免除刑事处罚。对于免除刑事处罚的,可以根据案件的不同情况,予以训诫、责令具结悔过或者赔礼道歉。

3、可以从轻、酌情从宽处罚的条件

在一审宣判前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以从轻处罚。

拒不支付劳动者的劳动报酬,造成严重后果,但在宣判前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以酌情从宽处罚。

五、企业风险防范

对于企业如何防范拒不支付劳动报酬罪的刑事风险,笔者有以下几点建议:

第一,企业要充分认识到恶意欠薪行为不仅应当承担民事责任,还有构成刑事犯罪的可能。另外,企业要注意在发包、转包的情况下,虽然合同具有相对性,企业也不宜以发包人未与自己结算,或者是与挂靠方、合作方账目上有争议为由,拒付劳动者的工资,这些理由,即使是真实的,也不能成为不履行工资给付义务的抗辩。

第二,劳动报酬支付问题实质是财务管理问题。企业要切实提高财务管理水平,保持稳健的财务方针,对下行的经济态势保持足够的警惕,确保现金流不出现季节性枯竭。

第三,如果劳动监察部门责令企业支付劳动者报酬,企业应当足额支付报酬,确有困难的,可以与劳动者达成和解并与劳动监察部门保持密切联系。劳动监察程序是刑事程序启动的前提,企业通过合理的统筹安

排，可以防范民事责任演化为刑事处罚。

第四，对于的确存在经营困难，企业难以为继的，企业主不要惊慌逃窜，应当与债权人及时沟通，要求债权人依法进行企业破产申请，通过法律的程序解决各个方面的利益冲突，避免演化为刑事犯罪。



福建天衡联合律师事务所

T E N E T & P A R T N E R S

房地产及建筑业务部

本部拥有一批擅长房地产、建筑工程、项目投资等法律业务的专业律师，率先在厦门等地成功推出商品房项目开发、土地一级开发项目、房地产项目转让、购房置业投资法律顾问等诉讼与非诉讼法律服务。

金融证券部

金融领域:本部配备具有专业外语水平的执业律师，能熟练运用英语为中外客户提供中英文法律服务。在厦门率先开展汽车消费贷款、二手房按揭贷款、银行不良资产的清理等新型金融法律服务项目。

证券领域:本所系目前厦门市律师事务所中证券执业律师和从事证券法律业务较多的律师事务所，具有证券从业律师资格。本部律师已经办多家股份公司的首发新股、配股、增发新股、股改等A股项目。

公司商事业务部

本部以常年法律顾问及专项法律顾问作为主要的运作模式，以多名精通公司法和公司经营管理，并拥有良好的职业素养和丰富执业经验的资深律师为核心组成公司事务部，深得国内外客户所认可。

知识产权部

拥有多位知识产权法律专家，在专利、商标、商业秘密以及著作权等知识产权事务中，曾为国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权的牵头单位。

网的牵头单位。国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权的牵头单位。

海商海事部

本部拥有多名专业律师拥有国际贸易、航运、物流、保险等行业工作经验，注重业务实践与办案经验的结合。长期为海运、船舶管理、外贸、物流及保险行业的客户提供深入的诉讼及非诉讼法律服务。

婚姻家庭部

本部律师接受国内与国外当事人的委托，起草各类婚前、婚内、离婚协议以及遗嘱等相关文件，办理离婚、继承、分家析产等各类婚姻继承案件。

劳动&HR法律事务部

本部律师精通劳动相关法律，一直参与厦门劳动立法、教育和推广工作；担任数十家大中型企业的劳动法律顾问，熟悉企业的人事管理以及相关规章制度；担任劳动争议仲裁委员会兼职仲裁员。

争议解决部

本部配备了熟悉综合法律业务的律师，能够为当事人提供全面的法律服务。诸多诉讼、非诉讼案件均由本部门承担办理。

海外事务部

本部可为客户在海外置业、多国移民、海外投资等方面的法律疑问进行专业解答和规

整，拥有专业服务平台和多家配套执行机构。

刑事业务部

本部是以犯罪预防培训与刑事辩护为主，刑事代理为辅，专业提供刑事法律服务的部门。重点从事犯罪预防培训及咨询，刑事辩护业务——为涉嫌犯罪案件当事人提供专业的全程服务。

政府法律服务

天衡为政府客户提供全面的行政法律服务。依托行政方向的专业投入，天衡在各级政府和职能机关常年顾问、公共项目专项顾问、大批量复议与诉讼代理等行政法律服务过程中，形成了综合、专业、全面的行政法律服务团队。天衡的法律服务产品——“和谐征迁”获得政府的认可与长期采购，并取得了良好的社会效果，成功经验已在全国推广。

贸易救济与竞争法

天衡在国际贸易救济领域积累了十分丰富的经验，致力于为国内外客户提供优质的代理服务，在多次案件中帮助代理企业取得了良好的结果。团队律师具有国际知名律师事务所的工作经验，可以保证高水平的服务质量与国际合作伙伴的无缝对接能够满足客户在全球的反垄断法需求可以解决复杂的反垄断法问题，而且将成本作出有效控制。

厦门办公室

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层(361004) 电话：0592-5883666 传真：0592-5881668

上海办公室

地址：上海市浦东新区浙桥路277号3幢1519室(200122) 电话：021-58305510 传真：021-58305519

福州办公室

地址：福州市台江区广达路108号世茂国际中心10楼(350000) 电话：0591-83810300 传真：0591-83810301

泉州办公室

地址：泉州市浦西万达广场写字楼B座41层(362000) 电话：0595-22182603 传真：0595-22189083

龙岩办公室

地址：龙岩市新罗区华莲路55号紫金大厦13层(364000) 电话：0597-2297688 传真：0597-2230266