

# 劳动人事法律半月刊

## The Semimonthly of Human Resources Law



刊号：001 期（总：001 期）

2018 年 5 月 9 日

### 【导语】

- 本刊旨在于与江苏地区的 HR 交流人事经验，传递法律信息、实现行业互动、提高管理水平和降低用工风险。
- 本刊主要包括行业动态、法规解析、案例评析、热点分析、小贴士、常用文书、实用数据等数个模块。每刊以具体内容为准，栏目不固定。
- 本刊内容以法律知识为侧重点，以人事管理为辅助。
- 本刊系无偿用于交流和学习，勿从事盈利目的。
- 劳动法律知识具有地域性，江苏区域以外 HR 应谨慎阅读本刊内容。

【本期目录】



**01 行业热点**

—民航公司飞行员的离职之殇

**02 法规解析**

—2017年7月省劳动人事争议纪要第二条解析

**03 文书范本**

—签订劳动合同通知书（范本）

**04 人事管理小贴士**

—劳动关系建立之日如何确定

# 民航公司飞行员的离职之殇



对于每一个计划离职的民航公司飞行员来说，剧本早已写好。通常从劳动仲裁到两级法院的判决，都认定可以解除与航空公司的劳动关系。然而，结果还是走不掉！飞行员离职成功的例子里，寄出辞职信后往往要花费数年才能真正走成。航空公司领导其实并不在乎飞行员是否诉求离职，只是按规定需要走“内部流动程序”。

## 争议焦点之一：飞行档案不能转移？

所谓航空公司的“内部流动程序”即为

“排队等待期”，申请离职飞行员的排队等待期不得少于一年，排队起始时间为双方劳动争议结案之日。这意味着，通过仲裁、诉讼解除劳动合同的飞行员，在双方劳动争议结案后，以法院判决结案为依据，还要回到公司继续走“内部流动程序”。究其原因，是因为飞行员在找到新航空公司后，需要转移飞行技术档案（含飞行记录、飞行执照隶属关系）、安保记录、体检档案后才能注册，但老东家往往不肯对这些档案放手，而

法院则认为这不属于人事档案的范畴，不支持转移这些档案。穷尽司法程序，飞行员最终还是要回到谈判桌和航空公司协商履行“内部流动程序”，从而实现飞行技术档案的转移。

## 争议焦点之二：航空公司为何拒不转移注册档案？

民航资源网的数据显示，经过短短四年的发展，截至2017年底，中国民航运营机队总规模已达3261架，航线运输驾驶员执照22195本，机员比为1:6.8，但仍无法满足繁重的航空飞行

任务。

同时，一份行业内、限制飞行员流动比例的“公约”也被认为弱化了市场调节功能，成为纠纷的导火索。2014年11月26日，中国航空运输协会和中国民航飞行员协会牵头签署了《航空公司飞行员有序流动公约》。该公约明确对飞行员流出的调控幅度进行了限制，确定除内部调动外，流出幅度原则

### 【专家评论】

#### **张起淮：辞职权是绝对权**

北京法学会航空法学会常务副会长张起淮认为，飞行员应否流动、如何流动、流向何方、以及流动成本的大小，都必须市场说了算，国家通过立法等合法手段进行宏观调控。“航空公司应当积极参与市场竞争，改善劳动环境、增加劳动报酬。”张起淮称，关于飞行员

上不超过航空公司上一年度12月31日在册飞行员人数的1%，且该比例包括了以协商和通过仲裁、诉讼等方式流动的所有飞行员。

而我国《劳动合同法》明确规定，劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，就可以解除劳动合同。在此情况下，大量流动无门的飞行员会选择通过仲裁、诉讼等方式来解决，

离职的相关问题，法律上并不存在太多空白，问题在于各地法院没有很好地执行到位。对于飞行档案的转移问题，张起淮认为法院应当支持飞行员的诉请。在他看来，我国目前的劳动法律制度已经比较完善，现行的《劳动法》《劳动合同法》等法律法规，以及《关于规范飞行人员流动管理保证民航飞行队伍稳定的意见》等

同时有的航空公司也通过诉讼来拖延飞行员离职时间，控制飞行员流动比例。

飞行员每一阶段都面临着大量培训，培训周期前后长达数年，转机型培训也需很大的投入，培养一名有资历的飞行员要花费大量的时间和金钱成本，这也是航空公司“强行留人”的根本原因。

文件，已经足以解决飞行员与用人单位间劳动争议问题。在张起淮看来，《公约》违背了飞行员劳动争议的相关法律规定，并且限制了飞行员的平等就业和自由择业。“《劳动法》《劳动合同法》等相关法律法规均没有对劳动者分门别类作出区别对待，所以飞行员的工作性质，不应当成为其受到不公平对待的理由。一份各航

航空公司签订的内部《公约》绝不能凌驾法律之上，限制飞行员平等就业和自由择业的权利。”

### **左祥琦：需兼顾双方利益**

劳动争议仲裁员左祥琦则认为，飞行技术档案的转移在理论上不属于劳动争议的范畴，不在法院和仲裁机关的受理范围，而法律上对此没有明确规定，各地法院理解不同，因此做出的判决也不同。在左

祥琦看来，裁判机关在处理此类案件的时候应该坚持公平原则，根据具体案情综合照顾到各方，“飞行员的权利应该得到保障，而航空公司在培养飞行员的时候也付出了巨大的成本，同时飞行员队伍不稳定也会影响到乘客的飞行安全”。左祥琦指出，根据劳动法的立法精神，法律赋予劳动者的辞职权是一种绝对权，只需要履行提前30天通知的程

序即可行使这一权利，用人单位不能在这个权利上附加任何条件。他表示，不能说《公约》违法，但是可以认为《公约》违背了上述立法精神，从劳动法立法宗旨来考量，法院可以判令航企配合转移飞行技术档案，但从理论上以及从综合考量社会公平的角度，也可以不支持这一诉求。



## **法规解析**

**【法条详情】**

发文单位：江苏省劳动人事争议仲裁委员会

实施日期：2017年7月3日

法规名称：江苏省劳动人事争议仲裁委员会文件

法规文号：苏劳人仲委（2017）1号

### 【法条原文】

（二）达到或超过法定退休年龄，但不符合享受基本养老保险待遇劳动者的用工关系问题。

用人单位与其招用的已经依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生的用工争议，按劳务关系处理。

用人单位与其招用的已达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动关系特征的，应按劳动关系特殊情形处理。劳动者请求享受《劳动法》《劳动合同法》规定的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇的应予支持。但劳动者请求签订无固定期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金及社会保险待遇的不予支持（其中社会保险待遇争议不包括本意见第十二条规定的情形）。双方另有约定的除外。

### 【法条解析】

一直以来，对于已经达到法定退休年龄（男职工年满60周岁、女职工年满50周岁）但尚未享受养老待遇人员就业时与用人单位是何种法律关系实践中存在较大争议。江苏省高级人民法院在2009（47）号指导意见中第三条规定：用人单位招用已达到法定退休年龄的人员，双方形成的用工关系按雇佣关系处理。这意味着江苏高院届时认为劳动关系与劳务关系的转化节点是以劳动者是否达到法定退休年龄为标准。后最高法院在2010年劳动争议司法解释三第七条中又规定：用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。此条款又改变了江苏高院2009年的观点和结论，认定劳动关系与劳务关系的转化节点并不是劳动者是否已经达到法定退休年龄，而是该劳动者是否已经依法享受养老保险待遇或领取退休金。此规定一出，依据位阶上的优势，法院（劳动仲裁机构

通常对此类纠纷不予受理)在审理已经达到法定退休年龄但尚未享受养老保险待遇或退休金的人员与所在单位之间的用工争议时,适用劳动法律法规确定案件案由、审判程序、双方权利义务并依据劳动法律法规进行裁判。在确定法律关系属于劳动关系的基础上,司法解释并未对双方的权利义务内容进行明确。以至于在司法实践中,法院对于这种特殊劳动关系状态下劳动者主张劳动法层面的权益在符合法律规定的情况下均予以支持,包括双倍工资、经济补偿金(赔偿金)、加班工资、工伤待遇、社会保险等。

**此次出台的上述指导意见又再次对劳动关系与劳务关系的转化节点进行了明确,那就是以劳动者是否已经享受养老保险待遇或领取退休金为准。**除此之外,此次指导意见中对于特殊劳动关系中劳动者的权利外延进行了限制。与普通劳动关系不同的是,**特殊劳动关系中劳动者的权利不包括签订无固定期限劳动合同,支付双倍工资,支付经济补偿金或赔偿金和社会保险待遇。**

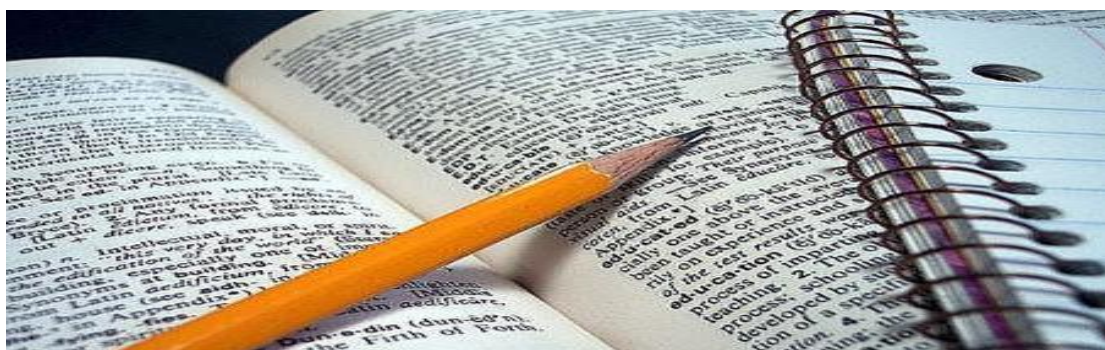
达到或超过法定退休年龄,但未享受基本养老保险待遇或未领取退休金的劳动者	
法律关系性质	特殊劳动关系(仍然是劳动关系的一种)
所享有劳动权益	《劳动法》、《劳动合同法》规定的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇。
不享有劳动权益	签订无固定期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金及社会保险待遇(工伤待遇除外),双方另有约定的除外。

**通过以上表格内容的分析,对用人单位招聘使用达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或未领取退休金的员工有以下几点启示:**

- ◆ 用人单位招聘该类型人员后可以无条件解聘或终止合同或协议,因该人员主张违法解除终止合同或协议的经济补偿金或赔偿金的请求均无法得到支持。
- ◆ 用人单位招聘该类型人员后可以不签订劳动合同,因不会产生双倍工资的法律后果。只是出于规范双方权利义务的目的和有利于用人单位管理的需要,仍然建议签订书面形式的合同或协议。
- ◆ 该类型人员主张用人单位支付最低工资标准、支付延时、休息日和节假日加班工资、享受年休假待遇、医疗期待遇、高温费待遇、工伤待遇的,依然会得到法律上的支持。



- ◆ “双方另有约定的除外”的但书条款仅适用于该类型人员不享受劳动权益的例外情形，意为双方如约定该类型人员可主张签订无固定期限劳动合同、双倍工资、经济补偿金、赔偿金及社会保险待遇的，法律上尊重双方约定优先。
- ◆ 用人单位招聘使用下岗、内退、协保等尚未达到退休年龄又不符合养老保险待遇和退休金领取条件的人员时，仍然应按照普通劳动关系确定和规范双方的权利和义务。



## ★签订劳动合同通知书★

编号：

\_\_\_\_\_先生/女士：

由于您入职后尚未与我司签订劳动合同（协议），现我司依据《劳动合同法》的规定以本通知书形式书面通知您自收到本通知书之日起7日内（截至时间为：X年X月X日下午17时前）前来我司人事部门与我司签订书面劳动合同，劳动待遇和合同期限按照我司向您出具的录用通知书或者入职告知书载明的内容确定。

我司提醒您注意的是：若您未按照上述时间前来我司签订书面劳动合同的，我司将视为您拒绝签订劳动合同。若您存在不可抗拒的客观原因致使无法按期前来签订劳动合同的，请您在上述期限截止3日前以书面形式通知我司、说明理由并提供证据。若您未按本通知书要求履行告知义务和提供证据的，我司同样将视为您拒绝签订劳动合同，届时我司将依据《劳动合同法实施条例》的规定与您终止劳动关系，办理退工手续。

特别提醒：我司不接受短信、微信、电子邮件、电话、QQ等非书面形式的通知，也不接受通过上述渠道表达您是否同意与我司签订劳动合同。

人事部劳动合同签订负责人姓名：联系电话：

特此通知。

XX有限公司

年 月 日



## 人事管理小贴士

### 一 劳动关系建立之日如何确定

**一、法定标准。**《劳动合同法》第十条：“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”分析该条款，可以认定劳动关系的法定建立标准是用工行为的开始，与劳动合同签订与否无直接关系。

**二、“用工”的确定。**用工行为是否实际发生是劳动关系建立案件中双方的主要争议焦点。因用工管理和工作岗位的特殊性，某些人员的入职并非直接到岗履职，而是存在一定的前置程序。例如安保岗位的入职人员需要接受实操培训、销售岗位的入职人员需要接受业务培训、技术岗位的入职员工需要接受考核测评、某些重要管理岗位双方甚至存在当入职一方取得一定的资质或证书后双方劳动关系方才建立的约定。正式因为岗位和用工的特殊性，实践中对于“用工之日”如何确定的争议依然较大。

#### 三、关于“用工”和“用工之日”认定的几个常见错误

- 劳动合同签订之日=用工之日（错误）；
- 入职员工前往指定工作岗位工作之日=用工之日（错误）；
- 双方可以约定“用工之日”（错误）；
- 入职后的专业技术培训、拓展训练、制度和业务培训≠用工（错误）；
- 试工≠用工（错误）；
- 试用期≠用工（错误）；
- 办理入职手续=用工（错误）；

#### 四、如何正确理解“用工之日”

法律上之所以将“劳动关系建立之日”以“用工之日”为标准，是因为自用工之日起，新入职员工即开始接受用人单位的约束和管理、人身依附性特征开始显现。而劳动关系建立之日又是劳动者和用人单位开始享有劳动法定权利和履行劳动法定义务的起始日，故为了将用工行为和双方权利义务有效对接，保护和平衡劳资双方权益，《劳动合同法》即规定，自用工之日起劳动关系建立。基于上

述立法初衷和法理基础，我们就可以理解为何法律上将新员工入职后的“培训之日”、“考核之日”视为“用工之日”，这就是从人身依附性角度得出的结论。

反过来思考，如用人单位需要新入职员工满足一定条件后才具备录用条件的，应根据上述结论不对其进行约束、控制和管理，而应当待其具备和符合录用条件后与其办理入职手续。必要时，用人单位可与待录用人员签订民事协议，明确告知该人员入职需要具备的条件以及在此期间的权利义务内容。

### 五、“劳动关系建立之日”在用工管理上的重要性

- 决定劳动合同签订的底限时间；
- 决定社会保险缴纳的起始时间；
- 决定经济补偿金或赔偿金的起算时间；
- 决定工伤待事故认定和工伤待遇享受的起始时间；
- 决定年休假和医疗期的具体可享受期限。

感谢各位 HR 阅读本期内容。大家可根据下面的二维码添加微信好友或加入“刘毅律师劳动人事法律咨询交流群”交流和解决工作中的困惑和疑虑，我也会在线与大家交流并解疑答惑。预计下期出刊时间：2018 年 5 月 23 日或 30 日

网络平台：南京劳动律师网 (<http://www.ld12333.com>)

QQ：373591678。

联系电话：13851826011（微信同号）。



个人微信



微信群