

广州市海珠区劳动人事争议仲裁委员会

仲裁裁决书

穗海劳人仲案字〔2023〕2880号

申请人：周宜，女，汉族，1996年5月5日出生，住址：广东省汕头市澄海区。

委托代理人：杨旭，男，广东宏安信律师事务所律师。

被申请人：广州市天资国饰商贸有限公司，住所：广州市海珠区新大围工业区3栋自编E座403单元。

法定代表人：车宏亮，该单位执行董事。

委托代理人：张文龙，男，北京大成（广州）律师事务所律师。

申请人周宜与被申请人广州市天资国饰商贸有限公司关于确认劳动关系、工资等劳动人事争议案件，本委依法受理并进行开庭审理。申请人周宜及其委托代理人杨旭和被申请人的委托代理人张文龙到庭参加庭审。本案现已审理终结。

申请仲裁情况及答辩意见

申请人于2023年5月22日向本委申请仲裁，提出如下仲裁请求：一、确认申请人与被申请人自2021年7月26日至2023

年4月26日期间存在劳动关系；二、被申请人补发申请人2021年7月基本工资477.93元、2021年9月基本工资650元、2021年11月基本工资233元、2021年12月基本工资233元、2022年1月基本工资1568.75元、2022年2月基本工资1892.46元、2022年3月基本工资852元、2022年4月基本工资1984.09元、2022年7月基本工资243元、2022年8月基本工资243元、2022年9月基本工资153元、2022年10月基本工资487元、2022年11月基本工资1633元、2022年12月基本工资1194元、2023年1月基本工资830.69元、2023年2月基本工资1568.74元；三、被申请人支付申请人2022年和2023年未休年休假工资4698.85元；四、被申请人支付申请人2022年年年终奖5358.2元；五、被申请人向申请人出具离职证明，并载明离职原因为裁员；六、被申请人支付申请人违法解除劳动关系赔偿金22264.81元。

被申请人辩称：一、申请人依据劳动合同法第三十七条单方书面通知解除劳动合同，我单位仅是回复同意解除而未通知解除，我单位不存在违法解除劳动合同的行为，无须支付赔偿金或经济补偿。二、我单位未拖欠申请人工资，无须支付申请人主张的所谓基本工资。三、我单位无需向申请人支付未休年休假工资和2022年年年终奖。四、我单位出具离职证明只能按照实际情况载明离职原因为辞职。

本委查明事实及认定情况

一、关于确认劳动关系和出具离职证明问题。经查，申请人于2021年7月26日入职被申请人处从事人资专员工作，双方签订了劳动合同。双方确认申请人的离职时间为2023年4月21日。被申请人没有向申请人出具解除劳动合同的证明。本委认为，本案双方对申请人的入职时间和离职时间不持异议，遂本委确认申请人与被申请人自2021年7月26日至2023年4月21日期间存在劳动关系。申请人要求确认双方2023年4月22日至2023年4月26日存在劳动关系，本委则不予支持。另，根据《中华人民共和国劳动合同法》第五十条的规定，被申请人应按照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条规定的内容向申请人出具解除劳动合同的证明。申请人要求在解除劳动合同的证明中载明离职原因为裁员，缺乏法律依据，本委则不予支持。

二、关于赔偿金问题。经查，2023年4月21日之前，被申请人就公司经营困难需要裁员的情况欲劝离申请人，与申请人进行了几次沟通并听取申请人的想法，但双方并未就协商解除的时间等事宜达成一致意见。申请人所举证的录音材料也未反映出被申请人有向申请人提出解除劳动合同的具体时间。2023年4月21日，申请人向被申请人发出《索取辞退通知书》和《协商解除劳动合同协议书》，申请人在《索取辞退通知书》中陈述双方进行的5次谈话可证明被申请人违法解除劳动关系、未

依法支付赔偿金且拒绝出具解除劳动合同的证明，并想通过降薪等不合法手段倒逼其自行申请离职，其为维护自身权益通知被申请人在收到该通知书之日起一个工作日内向其出具解除劳动合同的证明，并要求被申请人支付赔偿金等费用；《协商解除劳动合同协议书》则载明双方自2023年4月21日起解除劳动合同等条款，并有申请人的签名。被申请人收到上述通知书和协议书后，向申请人发出《回复函》，表示其单位因经营困难欲与申请人协商解除劳动合同，但双方多次协商后最终并未就协商解除的条件达成一致意见，故在申请人向其单位送达上述通知书和协议书之前，双方的劳动合同关系一直有效存续，并未解除，然申请人在其单位并未作出终局、确定的关于劳动合同存续或解除的意思表示的情况下，单方索要辞退通知书并草拟好上述协议书，该行为应定性为申请人单方书面通知其单位解除劳动合同，故其单位对申请人单方作出解除劳动合同的意思表示予以同意。庭审中，申请人主张其向被申请人发出上述通知书和协议书仅系向被申请人提出协商赔偿方案，并非系其单方解除劳动关系，但被申请人直接作出回复函确认解除劳动合同时间的行为应属于违法解除劳动合同。本委认为，劳动关系解除权属于形成权，在当事人以明显方式将解除劳动关系意思表示送达到对方时即发生法律效力。本案中，虽然被申请人基于经营困难等情况欲与申请人协商解除劳动合同并先行找到申请人沟通，但现有证据无法证实被申请人当时已经向申请人明示双方

解除劳动合同的时间，双方对于解除劳动合同的时间尚不明确，且双方在几次沟通中均无法就解除劳动合同相关事宜达成一致意见，而被申请人亦未因此直接作出于2023年4月21日解除劳动合同的具体决定，故本委认为被申请人在2023年4月21日之前虽存在与申请人协商解除劳动合同的沟通过程，但双方始终无法协商一致且双方均未向对方直接行使劳动合同解除权，双方在2023年4月21日之前的劳动关系应有效存续，即被申请人不存在2023年4月21日之前违法解除劳动合同的具体事实和前提。2023年4月21日，申请人向被申请人送达了《索取辞退通知书》和《协商解除劳动合同协议书》，从该两份文书的内容来看，申请人实际上系以被申请人先前找到其协商解除劳动合同为由，断定被申请人已经违法解除劳动合同，同时明确了解除劳动合同的时间为2023年4月21日，并指定被申请人于收到该通知书之日起一个工作日内向其出具解除劳动合同的证明。本委对此认为，即使被申请人找到申请人协商解除劳动合同在先，但被申请人并未最终决定具体的解除时间等事宜，在双方协商不成的情况下，被申请人亦未即时对双方解除劳动合同的时间等作出具体要求，即被申请人尚未实际行使劳动关系解除权，双方对于如何解除劳动合同的问题协商不成并不意味着被申请人即已构成单方解除劳动合同的行为事实，双方协商不成尚可继续履行劳动合同，即协商不成的后果并非唯一性，协商不成与实际解除劳动合同两者之间不具有直接因果关系，

故不能以双方协商解除不成即断定被申请人已经实际行使劳动关系解除权。因此，申请人在上述通知书中断定被申请人已经违法解除劳动合同，显然缺乏依据；而申请人据此直接指定被申请人在收到该通知书之日起一个工作日内向其出具解除劳动合同的证明，该行为具有明确解除劳动合同的指向性和强制性，与其所称仅系向被申请人提出协商赔偿方案的说法相悖，故应认定系申请人于2023年4月21日单方作出与被申请人解除劳动合同的具体意思表示。再者，用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的前提系用人单位已实际作出解除劳动合同的行为且解除劳动合同的事由违反法律规定，而本案中，双方于2023年4月21日解除劳动合同，被申请人在2023年4月21日并无作出解除劳动合同的具体行为，反而是申请人在当日通过书面方式向被申请人明示解除劳动合同的时间并强制要求被申请人出具解除劳动合同的证明，被申请人在收到申请人明示的解除劳动合同意思表示后回复申请人同意解除，此举并不违反法律法规的强制性规定；且从行为逻辑的角度来看，若无申请人明示作出解除劳动合同时间和强制要求被申请人出具解除劳动合同证明的行为，被申请人则根本不存在同意申请人解除劳动合同的行为结果，更不必然产生双方解除劳动合同的具体事实。综上，申请人主张系被申请人违法解除劳动合同，于法无据，本委不予认可，遂对申请人要求被申请人支付违法解除劳动合同赔偿金的仲裁请求不予支持。

三、关于补发基本工资问题。经查，申请人在实际履行劳动合同过程中每周工作5天，每天工作8小时，被申请人每月会将工资表发放至申请人的个人微信号。从申请人举证的2021年7月至2023年3月工资表可反映出申请人的月工资构成，其中，“实制工资”金额先后从6300元调整至7300元，应发工资项目包括有出勤天数、实得基本底薪等项目，出勤天数载明为30天的月份（2021年8月、10月、2022年5月、6月、2023年3月），实得基本底薪金额则与“实制工资”相同，少天30天（即存在请事假或出勤异常情况）的，则以“实制工资”和出勤天数进行折算；申请人2022年4月至2022年9月应得工资总额依次为5561元、7691元、7600元、7457元、7457元、7147元，2022年10月至2023年2月的实制工资为7300元，实得基本底薪依次为6813元（出勤28天）、243元、973元、2190元、4137元（出勤17天），应得工资总额依次为7113元、722元（实得基本底薪之外的工资待遇为479元）、1124元、2190元、4486元，2023年3月应得工资总额为7762元。申请人请求补发的基本工资依据如下：对在上述工资表中显示出勤天数少于21.75天的月份，其认为基本工资数额应为“实制工资 \div 21.75天 \times 出勤天数-实得基本底薪”；对在上述工资表中显示出勤天数大于21.75天的月份（含有请事假等情况），其实得基本底薪应与实制工资相同，实得基本底薪（即请求的基本工资）少于实制工资的部分应予以补发。被申请人对上述工资表中申

请人未能提供原件核对的月份表示不予确认，对其他已提供原件核对的月份则予以确认，被申请人表示其单位使用 30 天/月的算法没有违反任何法律规定，亦不侵犯申请人的权益，通过对比两种计算方式，其单位的算法在某些月份甚至比申请人的算法计得的工资数额还多，加之申请人从未对其每月收到的工资表及工资数额提出过异议，故其单位不存在拖欠申请人工资的情况。另，申请人还主张被申请人自 2022 年 10 月 28 日起因疫情停工至 2023 年 2 月 15 日，于 2023 年 2 月 16 日复工，在疫情停工期间，被申请人未按照疫情停工相关政策规定支付停工停产的工资和生活费。被申请人对此表示无法确定申请人复工时间，其单位在疫情停工期间有向申请人发放生活费，若申请人认为未足额发放，其单位可以依照法律规定予以补足，补发金额应以申请人仲裁请求的每月金额为限。经本委审查，双方本项基本工资争议实际上系对申请人实得基本底薪的计算方式持不同观点而引发，双方对疫情停工期间应依法发放工资和生活费的观点则基本一致。本委认为，被申请人虽对申请人举证的部分工资表不予确认，但未提供证据予以反驳，故本委对申请人举证的工资表均予以采纳。申请人主张的工资计算方式按照月计薪天数 21.75 天计算，而被申请人实际计算申请人月工资系按照 30 天/月计算，两种计算方式差别在于申请人主张的计薪天数属于《劳动部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》（劳社部发〔2008〕3 号）中明确的工资折算

标准，该折算标准系基于休息日不带薪的折算方式；而本案被申请人按照 30 天/月计算属于休息日带薪的计算方式。由于我国劳动法律法规对于本案被申请人所实行的计薪方式并未作禁止性规定，而按照协商一致的原则，劳动者与用人单位可以在不违反法律法规强制性规定的情况下对计薪方式进行约定。本案中，申请人在职期间每月均有领取工资表，其对自身工资构成项目的金额及计薪方式明确知悉，但其并无证据证明曾对每月工资构成项目及对应数额提出过异议，应视为申请人认可被申请人的计薪方式。而且，申请人在正常出勤的情况下，其实得基本底薪与实制工资相一致，并无减少；另经核算，对于申请人存在请事假或出勤异常的情况，按照被申请人的计薪方式所计得的实得基本底薪数额基本高于按照月薪天数 21.75 天的计薪方式，即被申请人的计薪方式并未对申请人正常获得工资的权益造成侵害；如若按照申请人上述所主张的工资表中显示的出勤天数大于 21.75 天的月份（含有请事假等情况），其实得基本底薪应与实制工资相同，即其对自身存在请事假等出勤异常的月份仍要求被申请人支付全额基本底薪，此举明显有违法公平合理原则。鉴此，申请人主张以月计薪天数 21.75 天的标准计算其月工资数额并据此要求被申请人补发其工资差额的仲裁请求（除 2022 年 10 月至 2023 年 2 月涉疫情停工期间的月份之外），本委不予支持。对于 2022 年 10 月至 2023 年 2 月涉疫情停工期间的工资问题，本案被申请人对申请人主张的因疫情

停工的期间未举证证明，应根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条的规定，承担举证不能的不利后果，故本委对申请人主张的因疫情停工的期间为2022年10月28日至2023年2月15日予以采纳。根据《广东省工资支付条例》第三十九条的规定，被申请人应按照正常工资标准支付申请人2022年10月28日至2022年11月26日的工资，并自2022年11月27日起按照广州市最低工资标准的80%即1840元(2300元×80%)向申请人支付生活费。又根据《广东省工资支付条例》第十六条、第四十八条的规定，被申请人对其单位依法支付申请人疫情停工期间工资的情况负有举证责任，现被申请人未对此进行举证，应承担举证不能的不利后果，申请人在疫情停工期间的工资数额应以本委核算为准；经核算，申请人要求被申请人补发2022年10月实得基本底薪487元并无不当，予以支持；申请人2022年11月实得基本底薪(含生活费)应为6390元(7300元÷30天×25天+1840元÷30天×5天)，申请人本案要求被申请人补发该月实得基本底薪1633元，未超出法定标准，本委予以支持；被申请人还应补发申请人2022年12月生活费867元(1840元-973元)；申请人2023年1月的实得基本底薪已高于生活费标准，故被申请人无需补发申请人该月生活费；又申请人2023年2月16日复工，现被申请人未能举证证明其单位向申请人发放的实得基本底薪包含了当月停工期间的生活费，故被申请人应补发申请人2023年2月1日至2023年2月15日

生活费 985.71 元 (1840 元 ÷ 28 天 × 15 天)。

四、关于未休年休假工资问题。双方确认申请人法定每年应休年休假为 5 天。申请人提交的《广州市社会保险参保证明》显示其在入职被申请人之前仅参加了一个月社会保险。申请人主张 2022 年未休年休假天数为 5 天，2023 年未休年休假天数为 2 天，据此要求被申请人支付未休年休假工资。被申请人则主张无需支付未休年休假工资。本委认为，根据《企业职工带薪年休假实施办法》第三条、第五条的规定，申请人并无充分有效的证据证明其入职被申请人时已连续工作满 12 个月，故其应自 2022 年 7 月 26 日起才享受带薪年休假。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条以及《企业职工带薪年休假实施办法》第九条的规定，被申请人对统筹安排申请人休年休假负有举证责任，现被申请人未对此进行举证，应承担举证不能的不利后果，故对申请人主张其存在未休年休假情况予以采纳，但未休年休假天数应依法予以确定。经本委核算，申请人 2022 年未休年休假天数应为 2 天 (159 天 ÷ 365 天 × 5 天，不足一整天部分不享受年休假)，2023 年未休年休假天数应为 1 天 (111 ÷ 365 天 × 5 天，不足一整天部分不享受年休假)，合共 3 天。依上述查明和认定之事实，申请人离职前 12 个月的月平均工资应为 6233.06 元 [(5561 元+7691 元+7600 元+7457 元+7457 元+7147 元+7113 元+487 元+6390 元+479 元+1124 元+867 元+2190 元+4486 元+985.71 元+7762 元) ÷ 12 个月]。根据《企

业职工带薪年休假实施办法》第十条、第十一条的规定，被申请人应支付申请人 2022 年和 2023 年未休年休假工资 1719.46 元（6233.06 元 ÷ 21.75 天 × 3 天 × 200%）。

五、关于年终奖问题。申请人主张被申请人在员工手册中有关于年终奖的规定，被申请人的相关人员也在工作群发出过关于发放年终奖的方案，其了解到被申请人已向其他员工发放 2022 年的年终奖，现其要求被申请人支付 2022 年的年终奖。申请人提交了《2022 年度奖励方案》予以证明，该方案为打印件，无任何单位或个人的签章。被申请人对该方案不予确认，主张双方并无约定年终奖，其单位亦无通知过申请人有关年终奖事宜，且其单位亦无向其他员工发放过 2022 年的年终奖。本委认为，申请人举证的《2022 年度奖励方案》无任何单位或个人签章，被申请人亦不予确认，故该证据缺乏证明力，本委不予采纳。根据《中华人民共和国劳动法》第四十七条之规定，用人单位具有根据自身生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平的权利。本案申请人并无证据证明双方关于年终奖的约定，而且，年终奖的性质属于一种激励机制，是用人单位根据自身的经营状况、经营效益等而发放的特殊薪资，是否发放年终奖系用人单位经营自主权的合理范围。因此，申请人要求被申请人支付其 2022 年年年终奖，本委不予支持。

裁决结果

根据《中华人民共和国劳动法》第四十七条，《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条、第五十条，《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第六条，《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条，《企业职工带薪年休假实施办法》第三条、第五条、第九条、第十条、第十一条，《广东省工资支付条例》第十六条、第三十九条、第四十八条之规定，本委裁决如下：

一、确认申请人与被申请人自 2021 年 7 月 26 日至 2023 年 4 月 21 日期间存在劳动关系；

二、在本裁决生效之日起三日内，被申请人一次性补发申请人 2022 年 10 月基本工资 487 元、2022 年 11 月基本工资 1633 元、2022 年 12 月生活费 867 元、2023 年 2 月生活费 985.71 元；

三、在本裁决生效之日起三日内，被申请人一次性支付申请人 2022 年和 2023 年未休年休假工资 1719.46 元；

四、在本裁决生效之日起三日内，被申请人按照《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十四条规定的内容向申请人出具解除劳动合同的证明；

五、驳回申请人的其他仲裁请求。

本仲裁裁决为非终局裁决，当事人不服本仲裁裁决的，可自收到本仲裁裁决书之日起十五日内向有管辖权的人民法院提起诉讼；期满不起诉的，仲裁裁决书发生法律效力。一方当事人逾期不履行发生法律效力的仲裁裁决书的，另一方当事人可

依照民事诉讼法的有关规定向有管辖权的人民法院申请执行。

仲 裁 员 温嘉毅

二〇二三年七月二十日

书 记 员 叶晨