

**厦门市律师协会**

**2021 年典型劳动争议案例汇编**

# 劳动和社会保障专业委员会 2022 年 2 月

**序 言**

“以法为鉴，可以晓规则。”相较于纸面规则的法律条文，具体案例的裁判观点是活的法律，不仅能对个案定纷止争，还可输出规则指引类案，也呼应了最高人民法院的“类案检索”意见。律师在个案中的办案思路和建议，也会是他山之石可攻玉，或者可支撑人们现有的解决路径，或者启发人们发现新的争议解决路径，或者引导企业防患于未然。

另一方面，著名法学家王泽鉴明确指出：“能够将抽象的法律适用在具体的案例之上，这是法律人最基础的能力。”案例研习也是法律人学习、提升的重要方法之一。每一个法律人均应重视案例的研究和学习。

正是基于以上两方面的考虑，厦门市律协劳专委发动全体委员自2019年起，从年度的劳动争议案件中挑选劳动关系不同阶段的真实案例，2021年度是本届劳专委第二次进行挑选，仍按照统一的体例格式进行整理、申报，并经专委主任曾春华、副主任徐进、许进德、杨瑜共同审查后选取了具有一定学习和借鉴意义的案例申报14篇，由黄庆美、许多两位律师分工进行校稿，由林声贤律师进行整合汇编成册。

期望2021年度及之前的案例汇编对劳专委各成员乃至更多律师同仁在劳动人事法律事务的系统研习、技能提升或案件办理方面有所帮助；也期望本案例汇编能给劳动争议的当事人有所启发和指引，特别是期望用人单位通过本案例汇编能更全面地认识到劳动用工各个阶段的法律风险，并事先进行预防。

 厦门市律协劳动和社会保障专业委员会

 2022年2月

**法律声明：**所有案例的裁判观点或律师代理意见仅仅是汇编成册供研习、参考之用，读者如遇具体问题应以对应法律法规规定为准，而不应依赖本汇编之任何观点或信息。相应案件的经办人员或案例提供人员以及本委员会不对任何方因使用本汇编而导致的任何损失承担责任。未经本委员会书面明示同意，任何个人或实体不得转载或以任何其他方式使用本汇编内容之任何部分，否则将被追究法律责任。

**版权所有，本汇编内容受版权保护，未经书面许可，任何组织和个人不得复制、发行或以任何其他方式使用。**

**目 录**

**一、劳动关系认定1**

1、公司股东是否与公司建立劳动关系（黄庆美）1

 2、关于挂靠车辆所有人与挂靠单位事实劳动关系问题分析（杨勇）5

 3、台企职工委派至大陆关联企业是否建立双重劳动关系（陈海波）9

 4、有工资支付记录不一定形成劳动关系（邹定宏）11

**二、工伤认定及工伤赔偿等社会保险问题14**

1、工伤死亡赔偿项目的几个争议问题（曾春华）14

2、耗时四年的工伤索赔案（吴小红）17

 3、突发疾病死亡视同工伤应结合岗位特殊性认定（陈长钧）20

 4、未依法缴纳社保及住房公积金的救济途径（张鸿江）23

**三、劳动管理及风险等26**

 1、“假外包、真派遣”的用工风险（何玲）26

 2、劳动合同未载明必备条款的法律后果（杨瑜）29

 3、股东决议解散公司后，尚欠职工债务如何承担？（许进德）32

**四、离职及赔偿金等35**

 1、“主管劝退”是否应当支付赔偿金？（林秀娜）35

 2、员工拒绝交接的维权路径探析（洪小玲）37

 3、用人单位对离职员工自定义名称的付款性质如何认定（林声贤）40

一、劳动关系认定

1、公司股东是否与公司建立劳动关系

福建天翼律师事务所，黄庆美

**案件办结时间**

2021年11月19日

**生效裁判文书号**

厦湖仲案【2021】471号、（2021）闽0206民初9150号

**裁判要旨**

劳动关系是指适格的用人单位与劳动者之间，劳动者接受用人单位的管理，提供属于用人单位业务组成部分的劳动，从事用人单位安排的工作，成为用人单位的成员，从用人单位领取报酬和受劳动保护所产生的法律关系。股东是否成为公司员工，应看股东是否符合上述情形。

**基本案情**

1. A公司于2015年1月登记成立，甲原系A公司的股东，于2019年12月9日经工商变更登记退股。
2. 2017年2月至2019年9月期间，案外人B公司按月支付甲工资。
3. 2017年1月至2019年1月期间，甲的社会保险费由B公司缴纳。2019年2月至2020年4月期间，甲的社会保险费由A公司缴纳，并由A公司为甲申报收入纳税。
4. 甲自2019年8月起休产假。
5. 甲与案外人乙之间的股权转让纠纷，由本院立（2020）闽0206民初6506号案件审理。该案中，经审查认定，A公司分别于2020年1月17日、2020年3月30日各向甲转账5万元，合计10万元款项，系A公司代乙支付给甲的股权转让款。
6. 甲于2021年5月11日向湖里劳动仲裁提出仲裁申请，请求裁决：1、确认甲与A公司自2020年4月30日起解除劳动关系；2、A公司向甲支付2019年2月至2020年4月期间工资12万元；3、A公司支付甲解除劳动关系的经济补偿金3万元。
7. 仲裁委认为A公司虽为甲缴纳部分月份社会保险、纳税申报，但甲未能充分举证为A公司提供实际劳动并接受其管理、从事安排的有报酬的劳动的相关证据，双方并未形成管理与被管理的法律关系，亦无法排除甲要求A公司代缴社会保险及申报纳税的情形。故驳回了劳动者的仲裁请求。后劳动者向厦门市湖里区人民法院提起诉讼。

**裁判摘要**

法院认为，甲主张与A公司成立劳动关系，应当就其主张提供证据。本案中，甲提供的其与A公司财务人员的聊天记录仅能证明其有为A公司处理部分事务，但基于其股东身份，该部分事务的处理不足以证明A公司存在与甲建立劳动关系的合意，也不足以证明双方形成管理和被管理的关系。甲主张A公司曾于2020年1月17日、3月30日向甲支付过工资10万元，但该款项已经生效判决确认代案外人的股权转让款，并非工资，故对甲的该主张不予采纳。仅凭纳税申报、不能证明存在实际支付工资。结合B公司实际支付甲工资至其休产假止的事实，A公司抗辩称甲于2019年2月起的社会保险系挂靠在A公司缴纳，符合常理，本院予以采信。综上，甲提供的证据不足以证明其与A公司成立劳动关系，故驳回甲的诉讼请求。

**争议焦点、主要代理观点、法律分析**

1. **争议焦点**

甲与公司之间是否成立劳动关系？

**2、主要代理观点**

实践中，对于劳动关系确认的诉讼存在各种情形，判决的结果也各有不同，本案中甲提出的双方存在劳动关系的主张证据是公司从2019年2月至2019年4月为其缴纳社保，进行纳税申报，在一审庭审中甲还提供了其与公司外包财务之间的聊天记录，以证明甲有为公司提供劳动。关于甲提供公司有为其支付10万元工资的主张，该主张已由生效判决确认是公司代案外人乙向甲支付的股权转让款，故甲的该主张比较牵强。

代理人抗辩A公司与甲之间不存在劳动关系，主要理由有以下几点：

1. 劳动关系是指劳动者接受用人单位的管理，提供属于用人单位业务组成部分的劳动，从事用人单位安排的工作，从用人单位领取报酬，受用人单位劳动保护等所产生的法律关系。本案中，甲与A公司的法定代表人原为要好的朋友，两人于2015年1月成立A公司，甲为占股40%的股东，故甲是A公司公司的股东，并不是A公司的员工，甲未为A公司提供劳动，不受A公司的管理，从未从A公司处获得劳动报酬，因此，双方之间不存在劳动关系。
2. 甲从2019年2月开始在A公司处缴纳社保和申报纳税并非基于其与A公司之间建立劳动关系，而是基于甲的股东身份，2019年2月之前甲的社保由其工作单位B公司为其缴纳，后甲想把户口迁到厦门，也希望能够在厦门申报生育险，因此要求将社保挂靠在A公司处缴纳并要求A公司为其申报纳税，鉴于甲的股东身份，且与法定代表人之间友好的关系，故才同意让甲挂靠社保。
3. 首先，甲主张其于2017年1月1日开始在A公司工作与事实不符，相反，甲一直在B公司上班，该公司一直有给甲支付工资，也有为其缴纳社会保险，因此，甲是与其他公司建立劳动关系，并没有与A公司建立劳动关系。其次，若根据甲的主张，其从2017年开始与A公司建立劳动关系，但A公司从未向甲支付过工资，甲不可能在A公司未发工资的情况下持续免费的提供劳动长达几年。第三，甲主张自2019年2月起双方约定月薪10000元没有依据，双方既然没有建立劳动关系，自然不存在月薪的约定，甲的该主张也与其提交的纳税申报的金额存在矛盾，甲在诉状中还主张A公司于2020年1月17日、3月30日向其支付薪资人民币10万元，该主张与事实不符，A公司支付的是股权转让款，并非薪资，该事实已经由生效的判决予以确认。

**3.法律分析**

关于确认劳动关系纠纷在司法实践中非常多，虽然劳动和社会保障部有发文：劳社部发〔2005〕12号《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》，该文件第一条对于如何认定劳动关系做了原则性的规定，需要满足三个条件：1、用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；2、用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；3劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。该文件第二条则是针对实践中更为具体的事项作出规定，在用人单位未与劳动者签订劳动合同，可以参照下列凭证认定双方存在劳动关系：1、工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；2、用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；3、劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；4、考勤记录；5、其他劳动者的证言等。其中，1、3、4项的有关凭证由用人单位负举证责任。

实践中，在认定劳动关系时，劳动者往往无法提供该文件第二条对应的凭证，或者相关的工资支付凭证、招工记录、考勤记录在用人单位掌握，劳动者无法获得，而相关的工作证、服务证等能够证明劳动者身份的证件在用工不规范的企业基本上都不会有，从而导致劳动者只有通过其他劳动者的证言来证明与用人单位之间存在劳动关系。加之在用工不规范的企业，劳动者的工资存在老板个人支付的情形、及个别企业为了逃避法律责任，与劳动者个人签订承包或者承揽企业，导致劳动者与用人单位之间的关系变得更加复杂，要厘清双方之间是否存在劳动关系也更加困难。通过大数据检索确认劳动关系纠纷案件会发现，各地对于相类似的案件，认定或判决结果却天差地别。

回归本案，本案虽然甲有提供上述文件第二条第1款中的社保缴纳证明及纳税申报凭证，但在案件的审理过程中，反而是回归文件第一条规定的关于劳动关系的原则性审查三要素中来进行认定，即：1、从劳动管理上来看，甲无需接受A公司的规章制度管理，公司也未给甲安排工作；2、公司未对甲进行考勤等用工管理，从劳动报酬的支付上来看，A公司未按月且从未支付甲劳动报酬；3、从A公司的业务组成部分来看，甲主张提供的工作内容系管理岗，除法定代表人负责的业务外均由甲负责，但根据甲提供的证据显示其有为公司处理部分事务，但基于甲的股东身份，该部分事务不足以证明与公司之间存在劳动关系的合意；4、最为重要的一点，在甲主张的劳动关系的大部分期间内，甲的工资由B公司支付、社保由B公司缴纳；故因此认定甲与A公司不存在劳动关系。

综上，在确认劳动关系纠纷的案件中，对于案件事实的梳理至关重要，不论是否有书面的凭证来认定劳动关系，均应从劳动关系构成的本质进行分析。

**作者联系方式**

黄庆美，福建天翼律师事务所，厦门市思明区莲岳路221-1号公交大厦15楼，18606920156，543239120@qq.com。

**2、**关于挂靠车辆所有人与挂靠单位事实劳动关系问题分析

北京炜衡（厦门）律师事务所，杨勇

**案件办结时间**

2021年10月12日

**生效裁判文书号**

（2020）闽02民终4482号

**裁判要旨**

个人和用人单位是否是挂靠关系，不影响事实劳动关系的认定。

**基本案情**

陈\*华与陈\*于2017年2月共同出资18万元向厦门市恒\*顺物流有限公司（以下简称“恒\*顺物流公司”）购买车牌号为闽DB8\*\*2的江淮牌重型半挂牵引车（以下简称“案涉车辆”），并挂靠于恒\*顺物流公司运营，但三方就共同出资购买车辆以及车辆挂靠等事宜均未签订书面合同。陈\*华与陈\*购买案涉车辆后，由陈\*华负责驾驶案涉车辆，恒\*顺公司为陈\*华了社会保险登记。

2017年9月11日，陈\*华在驾驶案涉车辆过程中因操作不慎受伤，并于2017年9月26日经厦门市人力资源和社会保障局认定为工伤，于2018年4月9日进行伤残等级鉴定，鉴定结果为伤残九级。

2019年1月7日，陈\*华向厦门市湖里区劳动仲裁委员会提起劳动仲裁，请求恒\*顺公司支付相关工伤待遇，厦门市湖里区劳动仲裁委员会裁决恒\*顺公司应支付陈\*华一次性伤残就业补助金、停工留薪期工资等款项合计120332.65元。恒\*顺公司及陈\*华均不服该裁决，分别向厦门市湖里区人民法院（以下简称“湖里法院”）提起诉讼。恒\*顺公司诉求法院确认该公司与陈\*华不存在劳动关系，无需向陈\*华支付一次性伤残就业补助金、停工留薪期。湖里法院于2020年2月3日作出（2019）闽0206民初第5832号民事判决书，判决驳回恒\*顺公司要求确认该公司与陈\*华不存在劳动关系的诉讼请求。恒\*顺公司不服该判决，于2020年9月17日向厦门市中级人民法院（以下简称“厦门中院）提起上诉，厦门中院于2020年12月14日作出（2020）闽02民终4482号民事判决书，判决驳回上诉，维持原判。

另，厦门中院于2021年10月12日作出（2021）闽02民终2685号民事判决书，判决确认陈\*华与陈\*就案涉车辆存在个人合伙法律关系。

**裁判摘要**

陈\*华是否将车辆挂靠在恒\*顺公司处经营，与双方是否存在劳动关系并无必然关联，二者不是非此即彼的关系。恒\*顺公司以双方存在车辆挂靠关系为由反驳双方存在劳动关系，没有依据。陈\*华为恒\*顺公司提供驾驶车辆的劳动，其提供的劳动是恒\*顺公司业务组成部分，恒\*顺公司向陈\*华发放劳动报酬并缴纳社会保险，陈\*华受伤被认定为工伤，双方之间符合劳动关系法律特征，应当认定恒\*顺公司与陈\*华存在劳动关系。

**争议焦点**

恒\*顺公司与陈\*华是否存在事实劳动关系。

**法律分析**

挂靠经营指企业、合伙组织、个体户或者自然人使用被挂靠的经营主体的名义对外从事经营活动，被挂靠方提供资质、技术、管理等方面的服务并定期向挂靠方收取一定管理费用的经营方式。在挂靠经营方式下，由于挂靠人的聘用人员提供劳动的工作岗位、工作时间、工作地点等与挂靠单位的聘用的员工均无差异，甚至有些挂靠人的聘用人员的工资、社保等也均由挂靠单位代为支付、缴交，因此在挂靠经营方式下，若出现挂靠人拖欠劳动报酬或者挂靠人的聘用人员发生工伤等情形时，挂靠人的聘用人员往往会向挂靠单位主张权利。此时，挂靠人聘用的人员与挂靠单位之间是否存在劳动关系往往是劳动争议纠纷，特别是工伤案件中的争议焦点。

一、关于挂靠人的聘用人员与挂靠单位之间的劳动关系认定的法律分歧

根据最高人民法院行政审判庭《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》（[2006]行他字第17号）的规定，个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的，其聘用的司机与挂靠单位之间形成事实劳动关系；而在最高人民法院民事审判第一庭《关于车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位之间是否形成事实劳动关系的答复》（2013）民一他字第16号）的规定，个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的，根据2008年1月1日劳动合同法规定的，其聘用的司机与挂靠单位之间不具备劳动关系的基本特征，不宜认定其形成了事实劳动关系。

因此，由于最高人民法院行政审判庭与最高人民法院民事审判第一庭对挂靠人的聘用人员与挂靠单位之间是否存在劳动关系作出了相反的答复，在司法实践中，对于挂靠人的聘用人员与挂靠单位之间的劳动关系认定存在较大分歧。

二、本案挂靠人与被挂靠单位之间是否形成事实劳动关系的问题分析

就本案中，挂靠人陈\*华与挂靠单位恒\*顺公司之间是否形成事实劳动关系有两种意见：

第一种意见认为，陈\*华与案外人陈\*共同出资向恒\*顺公司购买案涉车辆，并将案涉车辆挂靠于恒\*顺公司运营。陈\*华作为挂靠人驾驶案涉车辆的行为实质上是其自身经营行为，并非为恒\*顺公司提供劳动，恒\*顺公司作为被挂靠单位仅向挂靠人收取管理费，因此二者之间并不具备原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条[[1]](#footnote-0)规定的劳动关系成立的基本特征，因此陈\*华与恒\*顺公司之间不存在事实劳动关系。

第二种意见认为，陈\*华所驾驶的案涉车辆挂靠于恒\*顺公司，陈\*华驾驶案涉车辆的行为属于恒\*顺公司的业务组成部分。此外，恒\*顺公司向陈\*华支付工资、缴交社会保险费、陈\*华被认定为工伤等事实均可证明双方成立事实劳动关系，故此可以认定陈\*华与恒\*顺之间存在事实劳动关系。

法院采取的是第二种意见。

三、对法院在本案中认定挂靠人与被挂靠单位之间存在事实劳动关系的商榷

笔者认为，法院在本案中认定挂靠人与被挂靠单位之间存在事实劳动关系值得商榷，具体说明如下：

1、是否存在事实劳动关系的认定应当以挂靠人与被挂靠单位之间是否具备实质上的劳动关系的基本特征来判断，而不应简单地从工资支付、社保缴交以及工伤认定等形式证据上来判断。

如前所述，在挂靠经营的模式下，被挂靠单位与挂靠人之间除收取固定的管理费外，双方并无更深层次的联系，被挂靠单位不对挂靠人进行管理，对挂靠车辆也不享有占有、使用、收益、处分中的任意一项权能，挂靠人才是实际支配挂靠车辆的所有人。被挂靠单位并不实际参与挂靠车辆的经营，挂靠人独立经营、自负盈亏。所以挂靠人与被挂靠单位之间并不具有建立劳动关系的合意，也不具有劳动关系性质的经济及人身依附性。同时，根据原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定，认定劳动关系成立的要件必须同时具备，其中包括了“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”这一关键要件。而具体到本案中，由于陈\*华所驾驶的案涉车辆系其与陈\*合伙购买后挂靠于恒\*顺公司运营的车辆，因此将陈\*华为运营自有车辆所提供的劳动视为恒\*顺公司的业务组成部分，并将之视为为恒\*顺公司提供的劳动，与理不合。

2、认定挂靠人与被挂靠单位之间存在事实劳动关系将陷入工伤赔偿责任循环追偿的逻辑怪圈

根据《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》第三条[[2]](#footnote-1)的规定，个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位，被挂靠单位承担赔偿责任后，有权向挂靠人追偿。故此，若认定挂靠人与被挂靠单位之间存在事实劳动关系，被挂靠单位向挂靠人支付了工伤赔偿后，依法享有向挂靠人追偿的权利。本案恰恰发生了这种情况，恒\*顺公司在向陈\*华支付了工伤赔偿款后，随即向陈\*华提起了追偿权之诉，目前案件尚在审理之中。

3、实际上，最高院法官在对最高人民法院行政审判庭[2006]行他字第17号批复的适用问题上也已经提出，适用该批复需要注意“仅适用于挂靠人聘用的人员，不包括挂靠人”[[3]](#footnote-2)。

综上，笔者认为：对挂靠人和被挂靠单位之间劳动关系的认定应当再谨慎，也不应当仅从证据形式上去认定存在劳动关系，更不应当只从维护劳动者利益的角度出发，简单粗暴地一律认定存在劳动关系，而应从劳动关系的实质构成要件出发，具体问题具体分析，以平衡好劳动者、挂靠人及被挂靠单位三方面的利益。

**作者联系方式**

杨勇，北京炜衡（厦门）律师事务所，厦门市思明区鹭江道52号海滨大厦23层，13850081700，13850081700@139.com。

3、台企职工委派至大陆关联企业是否建立双重劳动关系

福建英合律师事务所，陈海波

**案件办结时间**

2021年3月2日

**生效裁判文书号**

厦同劳仲案字[2021]第267号

**裁判要旨**

台籍职工的身份特殊性，在法律适用方面既要注意属人法，同时也要注意属地法。双重劳动关系的建立，应当关注不同法域之间的用人单位是否同时具备与台籍职工建立劳动关系的意思表示，以便正确适用大陆地区属地法予以判决。

**基本案情**

陈某系台籍人士，长期在大陆地区工作。2019年11月初，陈某浏览台湾地区人才网固昌公司（台湾地区企业）的招聘启示后到讯扬公司（固昌公司在大陆地区投资创办的企业）进行面试应聘，陈某以此作为面试场所与固昌公司进行远程视频面试。面试结束后不久，固昌公司向陈某邮件发送工作邀请函，双方遂签订雇佣合约书，约定陈某任职驻厦机构高级工程师，报到及工作地点均在讯扬公司，平时也接受讯扬公司的现场管理，固昌公司为陈某缴纳台湾地区劳保；与此同时，讯扬公司为陈某支付外派津贴，并缴纳所得税。陈某于2020年12月28日离职，并由固昌公司支付年终奖80000元及遣散费33167元。

陈某认为其为讯扬公司研发部高级工程师，双方未签订书面劳动合同，应由讯扬公司支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额，并由讯扬公司支付违法解除劳动关系的赔偿金。

**裁判摘要**

陈某自述其与固昌公司建立劳动关系，并由固昌公司建立相关人事信息、支付工资报酬、缴纳税费及台湾地区劳保，固昌公司依法有权对其进行人事管理包含外派工作等。陈某自认固昌公司通过邮件通知方式将其外派至讯扬公司上班，实际上班地点亦在讯扬公司，故其接受讯扬公司工作内容的管理也属合理；陈某还自认工资由固昌公司拆为两部分进行发放，一部分由固昌公司发放，另一部分由讯扬公司发放，故讯扬公司每月支付的款项并非与讯扬公司建立劳动关系而形成的工资。陈某主张与讯扬公司建立劳动关系，与其自认的实际情况明显相互矛盾，且陈某也明确表示是固昌公司将其外派至讯扬公司上班，故仲裁委不认可陈某与讯扬公司存在劳动关系，陈某要求支付未签订书面劳动合同及违法解除劳动关系赔偿金的请求缺乏事实和法律依据。

**争议焦点、法律分析**

陈某与固昌公司建立劳动关系的同时，是否与讯扬公司建立劳动关系？本案中，陈某主观上是与固昌公司建立劳动关系的意思表示，并无与讯扬公司建立劳动关系的意思表示，讯扬公司也并未基于陈某为其员工而从事相应的管理。

意思表示是民事主体之间建立民事法律关系最为普遍及重要的制度。意思表示以具有足以形成法律行为之内容为意思，表示于外部的行为，为意思表示。因此，从意思表示的定义中能够看出，实际上意思表示包含了内心意思与表示行为两个方面，内心意思旨在以设立、变更、消灭民事法律关系为核心，体现了意思表示的内容；而表示行为则体现了将上述内心意思反映于外部，使得内心意思能够真正为相对人所理解，因而在各方之间建立民事法律关系。如果仅有内心意思，而无表示行为，则因内心意思始终为民事主体的主观心里活动，无法被探知，最终无法建立民事法律关系。内心意思与表示行为缺一不可，构成了意思表示制度的重要内容。

从意思表示的定义及外延看，劳动者与用人单位是否建立劳动关系应依据《中华人民共和国劳动合同法》第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。即，陈某及讯扬公司主观上是否想要与对方建立劳动关系是本案首要关注的重点。

陈某举证《离职证明书》《服务证明书》即可证实陈某与固昌公司建立劳动关系，服务期限自2019年11月21日至2020年12月28日。该证据加盖固昌公司印章，以及法定代表人杨某隆的印章。

陈某自述其在台湾地区人才网上看到固昌公司的招聘启示，该招聘启示载明用人单位为固昌公司，工作地点为厦门市，陈某投递简历并非讯扬公司的招聘启示，也无体现讯扬公司为用人单位。陈某自述其在讯扬公司内面试，固昌公司对其进行面试。面试合格后，雇佣合约书由台北市传真至厦门市，再由陈某签订该合约。

讯扬公司举证邮件及其附件、雇佣合约书体现，固昌公司向陈某发邮件告知需填写“员工基本资料”，并以“告知函”名义告知工作地点在福建省厦门市，岗位为驻厦机构高级工程师，报到时间是2019年11月21日。劳保证明体现，固昌公司为陈某缴纳2019年11月21日至2020年12月28日期间台湾地区的劳保。各类所得扣税暨扣缴凭单体现，固昌公司为陈某申报台湾地区各类所得税。遣散费证明及银行流水体现，固昌公司依据台湾地区法律规定支付陈某2020年年终奖及遣散费。

结合讯扬公司的举证、陈某自述及其举证，可以形成完整的证据链：陈某系由固昌公司招聘录用，再由固昌公司委派至讯扬公司工作，陈某与固昌公司存在劳动关系，与讯扬公司不存在劳动关系，陈某的仲裁请求没有事实及法律依据。

**作者联系方式**

陈海波，福建英合律师事务所，厦门市思明区湖滨南路55号禹洲广场5层，13850050103，chb@yinghelaw.com。

**4、有工资支付记录不一定形成劳动关系**

福建润金律师事务所，邹定宏

**案件办结时间**

2021年8月

**生效裁判文书号**

厦劳仲案字[2021]第1777-1号

**裁判要旨**

劳动者从事用人单位安排的劳动，用人单位每月以工资形式支付劳动报酬的，劳动者与用人单位是否形成劳动关系，还应当结合用人单位依法制定的各项劳动规章制度是否适用于劳动者，劳动者是否受用人单位的劳动管理的情况进行认定。

**基本案情**

明净公司从事写字楼玻璃幕墙维修、清洗业务，其承揽业务后，招用工人完成玻璃幕墙维修清洗工作。潘某等数位工人从2020年5月至2021年5月期间，因明净公司承接的业务较多，一直接受明净公司的安排，为明净公司提供玻璃幕墙的维修与清洗劳动，工资按日结算，明净公司通过银行转账的方式每月支付一次劳动报酬，银行账户交易明细中，支付款项的摘要栏均记载为“工资”。2021年6月，潘某以明净公司未与其签订书面劳动合同、未为其缴交社会保险费为由，向劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁请求，要求明净公司向其支付2020年6月至2021年5月期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额6万元，并要求明净公司为其补缴社会保险费。庭审中，明净公司与潘某确认，明净公司与潘某等数位工人形成了较固定的用工模式，即明净公司安排的工作，工资按日结算，每月支付一次，工人按明净公司的要求完成当天的工作后，在钉钉软件平台进行登记，如果明净公司没有安排工作的时候，工人可以去承接他人的工作，明净公司安排的工作，工人如果没空或觉得价格不合算，也可以不接受，明净公司除要求工人完成工作并登记外，没有对工人进行考勤等管理。

**裁判摘要**

潘某对于明净公司安排的工作，有接受与否的选择权，潘某在未接受明净公司工作时，也可以接受他人的工作，潘某亦无需遵守明净公司的规章制度，因此潘某与明净公司并未形成用人单位与劳动者之间的管理与被管理关系，双方之间不存在劳动关系，潘某基于劳动关系要求明净公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额6万元和补缴社会保险费，均没有依据，不予支持。

**争议焦点、法律分析**

本案中，潘某的诉求是否应当支持，取决于潘某与明净公司之间是否形成劳动关系。如果潘某与明净公司之间已形成劳动关系，则依据《中华人民共和国劳动合同法》第十条“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同”的规定，明净公司应当与潘某签订书面劳动合同，明净公司未与潘某签订书面劳动合同，则依据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资”的规定，明净公司应当向潘某支付2020年6月至2021年5月期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额；同时，依据《中华人民共和国劳动法》第七十二条“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费”、《中华人民共和国社会保险法》第五十八条“用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记”、以及《中华人民共和国社会保险法》第六十条“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免”的规定，明净公司应当为潘某补缴社会保险费。如果潘某与明净公司之间未形成劳动关系，则双方之间的争议不适用上述《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国社会保险法》的相关规定，明净公司无需向潘某支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额，也无需为潘某补缴社会保险费。

因潘某与明净公司之间未签订书面劳动合同，因此，双方之间是否已形成劳动关系，应当依据原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条的规定来判断。原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条的规定为：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

从庭审查明的事实来看，明净公司符合法律法规规定的用人主体资格，潘某也是具有完全民事行为能力的成年人，潘某在2020年5月至2021年5月期间一直从事明净公司安排的工作，明净公司也每月向潘某支付劳动报酬，且支付记录中注明款项为“工资”，潘某提供的劳动也是明净公司业务的组成部分。所以，潘某与明净公司之间是否形成劳动关系，关键是要明确明净公司依法制定的各项劳动规章制度是否适用于潘某，潘某是否受明净公司的劳动管理。

庭审中，明净公司与潘某确认，如果明净公司没有安排工作的时候，潘某可以去承接他人的工作，明净公司安排的工作，潘某如果没空或觉得价格不合算，也可以不接受，明净公司除要求潘某完成工作并登记外，没有对潘某进行考勤等管理。也就是说，潘某对于明净公司安排的工作，是有接受与否的选择权的，明净公司依法制定的各项劳动规章制度也未适用于潘某，潘某与明净公司之间未形成管理与被管理的从属关系。据此，仲裁庭认定潘某与明净公司之间未形成劳动关系。潘某基于劳动关系要求明净公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额6万元和补缴社会保险费，均没有依据，不予支持。

**作者联系方式**

邹定宏，福建润金律师事务所，福建省厦门市思明区观音山商务营运中心10号楼24层，13959242882，zoudinghong@163.com。

二、工伤认定及工伤赔偿等社会保险问题

**1、**工伤死亡赔偿项目的几个争议问题

北京大成（厦门）律师事务所，曾春华

**案件办结时间**

2021年8月26日

**生效裁判文书号**

厦湖仲案【2020】563号

**裁判要旨**

劳动仲裁认定：（一）关于丧葬补助金和一次性工亡补助金，《厦门市工伤保险待遇管理办法》第四十六条中并未将丧葬补助金、供养亲属抚恤金列入不再重复支付的范畴，故各申请人虽然在方某人身损害的民事案件中主张了丧葬费，并不影响其在本案中主张丧葬补助金、供养亲属抚恤金。（二）供养亲属抚恤金只能按法定标准按月支付直至相应权利人失去被供养条件为止，方某家属要求一次性支付没有依据。

仲裁后，双方均没有起诉，用人单位支付了相应款项。

**基本案情**

方某于2017年10月9日在被申请人处从事家具安装工作，工资每天（8小时）300元，未派工则不付任何费用。被申请人没有与方某签订劳动合同或任何协议、也没有给方某购买任何保险。方某每天无需打卡，只由被申请人的现场管理人员记录的工时与方某结算报酬，被申请基本上是每月与方某结算并支付一次报酬。2018年7月9日方某跟随同事到湖里区五缘西一里中铁元湾小区确定工作安排时，因房屋二层的楼梯拆除而不慎跌落，后经抢救无效于2018年7月23日死亡。因未能与被申请人及业主等人就方某死亡赔偿问题协商一致。方某家属随即启动与被申请人的劳动关系认定从而进行认定工伤。2020年4月20日，厦门市中级人民法院终审维持了确认方某与被申请人存在劳动关系的判决。2020年5月25日，厦门市人力资源和社会保障局认定方某系工伤死亡。方某家属据此提起仲裁，请求裁定被申请人立即支付申请人亲属方某工伤死亡的一次性工亡补助金、丧葬费、供养亲属抚恤金等。被申请人对工伤认定不服先后提前行政复议及行政诉讼，并申请对工伤待遇案件中止审理。2021年6月，被申请人要求撤销工伤认定的请求被终审驳回。2021年7月，方某死亡的工伤待遇案件恢复审理。而此前，方某家属已向厦门市湖里区人民法院起诉房屋的业主及装修公司，基于侵权责任纠纷要求两被告赔偿方某家属死亡赔偿金、丧葬费、精神损害抚慰金、事故处理人员误工费、交通费、住宿费等损失共计人民币160余万元。对此，被申请人认为：丧葬费、供养亲属抚恤金已在侵权责任案件中判决相应责任人赔偿，工伤待遇中不能重复主张；方某配偶及父亲另有相应扶养义务，被申请人无需支付供养亲属抚恤金。劳动仲裁没有采纳被申请人的意见。

**裁判摘要**

劳动仲裁认定：（一）关于丧葬补助金和一次性工亡补助金，《厦门市工伤保险待遇管理办法》第四十六条规定：“由于第三人的原因造成工伤的，由第三人支付医疗费用，工伤保险基金不予支付；工伤医疗费用由第三人按责任足额赔付后，仍有部分未得到赔付的，在符合三项目录的范围内，由工伤保险基金补足差额；符合先行支付规定的，依照先行支付的有关规定执行。工伤医疗费用、康复费用、辅助器具费用、住院伙食补助费、转外就医交通、食宿费，以及停工留薪期工资福利待遇和护理费用已经得到赔付的，工伤保险基金和用人单位不再重复支付，但可在符合规定的标准内予以补足差额。”依据上述规定，丧葬补助金并未列入不再重复支付的范畴，故各申请人在方某人身损害的民事案件中主张了丧葬费，不影响其在本案中主张丧葬补助金。（二）关于供养亲属抚恤金，《工伤保险条例》第三十九条规定，职工因工死亡，其生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属可以从工伤保险基金领取供养亲属抚恤金，供养亲属抚恤金按照其本人工资为标准，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%。《因工死亡职工供养亲属范围规定》第二条、第三条规定，因工死亡职工的配偶、子女、父母，依靠因工死亡职工生前提供主要生活来源，并具有完全丧失劳动能力、工亡职工配偶女年满55周岁、工亡职工父母男年满60周岁、女年满55周岁、工亡职工女未满18周岁的情形之一的，可按规定申请供养亲属抚恤金。依据上述规定，方某死亡时，方某父亲方基球已满60周岁、方某配偶伍莲华已满55周岁，方基球、伍莲华符合享受供养亲属抚恤金的情形。故被申请人应当以每月2075.03元（6916.78元/月\*30%）的标准向申请人方基球支付供养亲属抚恤金，以每月2766.71元(6916.78元/月\*40%）的标准向申请人伍莲华支付供养亲属抚恤金。两申请人要求被申请人一次性支付供养亲属抚恤金，缺乏法律依据，本委不予支持。方某于2018年7月份死亡，截至本裁决书作出当月，被申请人应一次性支付方基球2018年8月至2021年8月期间的供养亲属抚恤金76776.11元（2075.03元/月\*37个月)、一次性支付伍莲华2018年8月至2021年8月期间的供养亲属抚恤金102368.27元（2766.71/月\*37个月），并自2021年9月起以每月2075.03元的标准按月支付方基球供养亲属抚恤金、以每月2766.71元的标准按月支付伍莲华供养亲属抚恤金，直至方基球、伍莲华失去被供养条件为止。

**争议焦点**

本案过程很长，本次仅工伤待遇赔偿项目的范围及支付问题进行探讨，涉及的几个问题是：

（1）丧葬费、供养亲属抚恤金已在侵权责任案件中判赔，工伤待遇中能否重复主张？

（2）在不涉及工伤保险基金支付而由用人单位承担赔偿责任的情况下，供养亲属抚恤金能否一次性计算？

（3）一次性工亡补助金中的居民收入按哪一年的为准？

**法律分析**

1. 对于第三人责任导致工伤的工伤项目待遇各文件之间有明显分歧。《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》中区分用人单位是否缴纳社会保险规定不同赔偿范围，即“被侵权人有权获得工伤保险待遇或者其他社会保险待遇的，侵权人的侵权责任不因受害人获得社会保险而减轻或者免除。根据社会保险法第三十条和四十二条的规定，被侵权人有权请求工伤保险基金或者其他社会保险支付工伤保险待遇或者其他保险待遇；用人单位未依法缴纳工伤保险费，劳动者因第三人侵权造成人身损害并构成工伤，侵权人已经赔偿的，劳动者有权请求用人单位支付除医疗费之外的工伤保险待遇。用人单位先行支付工伤保险待遇的，可以就医疗费用在第三人应承担的赔偿责任范围内向其追偿”。而《厦门市工伤保险待遇管理办法》第四十六条没有按是否缴交工伤保险进行区分，且规定了更多范围的项目不能重支付。
2. 对于供养亲属抚恤金参照人身损害赔偿标准的年限一次性计发问题，《人力资源与社会保障部关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见》第十三条虽规定：“由工伤保险基金支付的各项待遇应按《条例》相关规定支付，不得采取将长期待遇改为一次性支付的办法。”但是，此条款仅限于“由工伤保险基金支付的各项待遇”。本案中被申请人未缴纳工伤保险，工伤保险待遇均由用人单位承担，不能适用该条规定。同时，被申请人经营能力差，在过去三年多的时间从未支付过任何工伤待遇给申请人，若由被申请人按月支付显然极有可能申请人每个月费用均需以司法途径实现，明显增加诉累，并严重浪费司法资源。虽然，最终劳动仲裁没有采纳方某家属一次支付的请求，但笔者认为此问题值得商榷。

（3）一次性工亡补助金中的居民收入按哪一年的为准？《工伤保险条例》规定“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。”但是，该上一年究竟是职工死亡时的上一年，或者工伤认定时的上一年，还是核定工伤待遇时的上一年却没有明确？对此，根据《厦门市工伤保险待遇管理办法》第三十一条第四款的规定：“核定一次性工亡补助金、丧葬补助金时，如上一年度全国城镇居民人均可支配收入、本市上年度职工月平均工资尚未公布，可暂按前一年度的有关数据核定待遇，待上一年度的有关数据公布后再重新核定，由工伤保险基金补足差额。有关数据公布后标准下降的，一次性工亡补助金、丧葬补助金不作调整。”从其行文正常意思理解，此处的“上一年度”系指进行待遇核定时的上一年度，而非工伤事故发生时的上一年度。同时，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释（2020修正）》第二十二条也规定“上一年度”，是指一审法庭辩论终结时的上一统计年度。”但是，人力资源和社会保障部《实施<中华人民共和国社会保险法>若干规定》第十一条规定，社会保险法第三十八条第八项中的因工死亡补助金是指《工伤保险条例》第三十九条的一次性工亡补助金，标准为工伤发生时上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

**作者联系方式**

曾春华，北京大成（厦门）律师事务所，地址：厦门市思明区岭兜西路623号思明设计中心8楼，联系电话：13600971371、0592-5167799，邮箱：chunhua.zeng@dachenglaw.com。

2、耗时四年的工伤索赔案

福建闽台律师事务所律师，吴小红

**案件办结时间**

2021年8月

**生效裁判文书号**

厦湖仲案【2020】223号裁决书、（2020）闽0206民初11181号调解书

**裁判要旨**

劳动者与用人单位未签订劳动合同，劳动者发生工伤而用人单位为逃避责任拒不配合工伤认定的情况下，劳动关系的认定系工伤索赔案件的关键。关于劳动关系的认定，根据原劳动保障部《关于确立劳动关系有限事项的通知》（劳社部发【2005】12号第一条、第二条的规定，劳动者能提供相应的证据予以佐证，劳动关系成立。

**基本案情**

刘某于2016年7月15日通过许某招聘入职到厦门某货运代理有限公司上班，工作岗位是驾驶员。刘某作为货车司机，其工作主要由许某安排，工资也由许某按月通过微信支付。许某系厦门某货运代理有限公司的股东。刘某入职后，公司未与刘某签订劳动合同，也未替刘某缴纳社会保险。2017年9月22日，刘某接到许某的通知从广东拉一车货物到漳州三宝公司，在到达漳州三宝公司门口后下车过马路时，刘某被其他经过的车辆撞倒，导致受伤，随后被送往漳州正兴医院治疗。经诊断为：创伤性失血性休克、多发伤、左胫腓骨中下段闭合性粉碎性骨折等。刘某出院后，要求公司配合工伤认定，然而公司却不承认与刘某存在劳动关系，认为刘某系由许某个人雇佣的员工，拒绝配合工伤认定。因此，刘某申请仲裁要求确认与厦门某货运代理有限公司存在劳动关系。湖里区人民法院作出确认劳动关系的判决后，公司未上诉。确认劳动关系的判决书生效后，刘某向厦门市人力资源社会保障局申请工伤认定，2019年11月12日厦门市人力资源和社会保障局认定刘某构成工伤。2019年12月31日，厦门市劳动能力鉴定委员鉴定刘某构成伤残捌级。2020年1月13日，作为刘某的代理人，向湖里区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁要求公司支付医疗费、一次性伤残补助金、一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金等合计275639.1元。

**裁判摘要**

本案确认劳动关系之诉系关键，确认劳动关系之诉在仲裁审理阶段，经过双方举证、质证，最终仲裁委采信刘某的主张并认定：许某系公司的股东，自2016年8月至2017年10月期间通过微信与刘某存在多笔资金往来，且许某与刘某之间通过微信协商工资支付等事宜；许某作为公司的股东，庭审时公司确认替许某缴纳社会保险费，且公司确认许某与法定代表人系夫妻关系，故刘某作为劳动者，完全有理由相信系为公司提供劳动。而公司作为用人单位，未提供证据证明许某向刘某微信转账支付款项以及微信协商工资等行为系许某个人行为，与公司无关，应承担对其不利的后果。故参照原劳动保障部《关于确立劳动关系有限事项的通知》（劳社部发【2005】12号第一条、第二条的规定，依法确认刘某与厦门某货运代理有限公司自2016年7月15日起存在劳动关系。

公司不服裁决，向法院起诉。在法院审理阶段，通过双方的举证、质证，最终法院亦采信刘某的主张并认定：许某系公司的股东兼工作人员，且与公司的法定代表人系夫妻关系，公司在工商管理部门登记的联系电话为许某的电话，刘某主张许某管理公司的业务，予以采信。刘某提供的驾驶货运车辆的劳动与公司“道路货物运输”的经营范围相符。因此，刘某有理由相信许某系代表公司安排刘某工作，支付刘某工资。公司提供的相关证据不足以证明刘某系为其他公司提供劳动，据此认定刘某与公司存在劳动关系。

通过仲裁、一审，最终确认刘某与厦门某货运代理有限公司存在劳动关系。

**争议焦点、法律分析**

作为刘某的代理人，会见刘某了解案件的情况后，根据刘某提供的交通事故认定书、许某微信支付工资的记录及刘某与许某的微信聊天记录等证据材料向仲裁委提出确认劳动关系的仲裁申请。公司收到仲裁申请材料后，提交员工花名册、社保缴纳记录等证据拟证明刘某并非公司的员工，双方不存在劳动关系。经过双方举证、质证，最终仲裁委采信刘某的主张并认定：许某系公司的股东，自2016年8月至2017年10月期间通过微信与刘某存在多笔资金往来，且许某与刘某之间通过微信协商工资支付等事宜；许某作为公司的股东，庭审时公司确认替许某缴纳社会保险费，且公司确认许某与法定代表人系夫妻关系，故刘某作为劳动者，完全有理由相信系为公司提供劳动。而公司作为用人单位，未提供证据证明许某向刘某微信转账支付款项以及微信协商工资等行为系许某个人行为，与公司无关，应承担对其不利的后果。故参照原劳动保障部《关于确立劳动关系有限事项的通知》（劳社部发【2005】12号第一条、第二条的规定，依法确认刘某与厦门某货运代理有限公司自2016年7月15日起存在劳动关系。

公司不服仲裁委作出的裁决，向法院起诉。公司认为自己从未聘请刘某作为驾驶员从事公司的业务，刘某与股东许某的微信支付记录系个人的资金往来，刘某驾驶的车辆所有人系厦门市阵凯公司，并非本公司，车辆实际所有人系许某，车辆的运营收入是厦门市齐聚物流有限公司，许某同时是厦门市齐聚物流有限公司的股东，并提供的车辆行驶证、厦门市阵凯公司出具的通告、通知函及刘某签字的齐聚物流出车费用清单、厦门市齐聚物流有限公司章程、公司与其他员工签订的劳动合同、社保缴纳记录、工资发放记录等证据用以证明刘某与公司不存在劳动关系。本案开庭审理过程中，争对公司提交的证据，作为刘某的代理人，一一提出相应的质证意见，对公司的主张提出反驳意见。最终法院亦采信刘某的主张并认定：许某系公司的股东兼工作人员，且与公司的法定代表人系夫妻关系，公司在工商管理部门登记的联系电话为许某的电话，刘某主张许某管理公司的业务，予以采信。刘某提供的驾驶货运车辆的劳动与公司“道路货物运输”的经营范围相符。因此，刘某有理由相信许某系代表公司安排刘某工作，支付刘某工资。公司提供的相关证据不足以证明刘某系为其他公司提供劳动，据此认定刘某与公司存在劳动关系。

湖里区人民法院作出确认劳动关系的判决后，公司未上诉。确认劳动关系的判决书生效后，刘某向厦门市人力资源社会保障局申请工伤认定，2019年11月12日厦门市人力资源和社会保障局认定刘某构成工伤。2019年12月31日，厦门市劳动能力鉴定委员鉴定刘某构成伤残捌级。2020年1月13日，作为刘某的代理人，向仲裁委申请仲裁要求公司支付医疗费、一次性伤残补助金、一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金等合计275639.1元。公司收到工伤保险待遇的仲裁申请材料后，申请中止审理，并向厦门市思明区人民法院就工伤认定提起行政诉讼，厦门市思明区人民法院于2020年5月25日驳回公司的起诉。本案于2020年7月28日开庭审理，争对刘某的仲裁请求，公司一一提出相应的答辩意见。最终通过开庭审理，仲裁委认为刘某主张月工资标准15000元，但结合刘某与许某的微信转账记录，认定金额为4250.92元，并依法裁决：公司应向刘某支付一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金合计187280.72元。

公司收到裁决后不服，再次向湖里区人民法院起诉。2020年11月20日，法院开庭审理了本案。庭审后，通过双方积极协商，于2021年3月19日达成调解：公司同意支付刘某各项赔偿合计150000元。公司自2021年3月起每月支付刘某15000元直至款项付清之日止。双方达成调解后，公司按照约定支付了第一笔款项15000元之后，未按照约定按月支付剩余款项。于是，刘某向湖里区人民法院申请强制执行，最终于2021年8月份，刘某收到了公司支付的剩余款项135000元。

本案是一起劳动者发生工伤后，因公司拒不配合工伤认定而引起的争议。因许某入职时未与公司签订劳动合同，而且平时工作由许某安排，工资由许某个人支付。而许某参与多家公司经营，因此确认劳动关系系本案的关键。经过确认劳动关系仲裁、一审、工伤认定行政诉讼、工伤保险待遇仲裁、一审程序后，刘某最终拿到了属于自己应得的赔偿。自2017月9月受伤，至2021年8月拿到工伤赔偿，一共耗时整整四年的时间，作为刘某的代理人与刘某一起经历了一场漫长的诉讼，才最终获得赔偿。

**作者联系方式**

吴小红，福建闽台律师事务所，地址厦门市湖里区枋湖南路163号青瓦创业基地10楼H1，联系电话：18759227629，邮箱：47915998@qq.com。

3、突发疾病死亡视同工伤应结合岗位特殊性认定

福建懿茂律师事务所，陈长钧

**案件办结时间**

2021年11月5日

**生效裁判文书号**

（2021）闽05行终409号

**裁判要旨**

特殊岗位的企业职工受公司A指派前往公司B协助处理工作事宜，下午3点左右在公司B的员工公寓楼一楼走廊处突发疾病当场死亡。后，法院结合该职工的岗位内容、特点以及状态认定该职工死亡时处于工作时间、工作岗位符合《工伤保险条例》第十五条第一款、第一项规定的视同工伤的情形。

**基本案情**

何某军为公司A的工程管理经理，无固定工作时间需随时响应维修需求，同时也负责关联公司B相关物业、维修等工作。2020年1月2日15时许，何某军在公司B员工公寓出门前往公司B工作，在员工公寓下楼梯走到一楼的时候突发疾病。后经抢救无效，何某军被宣布为现场死亡。公司A有为何某军缴纳工伤保险，认为何某军的事故应予以认定为工伤。但是工伤认定机关认为何某军是在午休后前往工作地点的途中突发疾病，不予认定工伤，经两次复议申请后复议机关最终维持了该决定。

（图：公司A申请工伤认定进程）

懿茂律师接受公司A的委托后，代理公司A向人民法院起诉。首先需聚焦的问题是如何让法院认定何某军受到的伤害是符合《工伤保险条例》第十五条第一款、第一项规定视同工伤的情形，而解决这个问题的核心就在于对于何某军岗位特殊性的阐述。

对此，懿茂律师认为何某军突发疾病死亡是在工作时间、工作岗位上。第一、何某军作为工程管理经理，无固定的工作时间，除日常上班外，还需随时待命，响应公司发出的检查、维修需求。第二、因何某军特殊的工作性质，无固定的工作场所。何某军需往返公司A工程所在地、公司B员工公寓、公司B大厦等多个地点之间，何某军在多个工作场所之间往返的必经区域以及何某军为完成工作任务自行安排的用餐、待命、间歇时间等都应属于何某军处于工作岗位上，并且就该观点提供了全国范围内中级以上人民法院的大数据分析检索报告供法院参考。

懿茂律师以上意见均获人民法院采纳，一审法院支持公司A的诉求，撤销xx人社工不认【2020】x号《不予认定工伤决定书》以及xx政行复【2020】x号《行政复议决定书》，责令xx市人社局在法定期限内重新作出具体行政行为，xx市中级人民法院二审判决驳回xx市人社局的上诉请求维持一审法院的判决结果，并在判决主文部分阐述本案中何某军为特殊岗位职工突发疾病死亡属于在工作时间、工作岗位，应视同工伤的观点。

**裁判摘要**

一审法院认为：

人社局有权对辖区内企业或个人的工伤认定申请进行审查并依法进行认定，人民政府具有对原告的复议申请进行审查并依法进行认定。本案中，何某军除在公司A任职外，还负责公司B相关物业、维修等工作，无固定的工作时间，除日常上班外，只要需要检查、维修，就要到位工作，其工作时间属于随时待命，根据一系列证据及庭审调查可以证实。何某军在公司B员工公寓楼一楼走廊处突发疾病，当场死亡，人社局对何某军是否属于特殊岗位、突发疾病时是否属于工作时间、地点的合理延伸未予查清。人社局仅表述何某军申请工伤理由不具备实体法律要件，而未具体表明何某军的理由如何不当，未将何某军工作时间、工作岗位的特殊性进行综合考量。综上，人社局作出的x人社工不认【2020】x号《不予认定工伤决定书》存在事实不清、适用法律错误的情形，应予撤销。市政府作出的xx政行复【2020】x号《行政复议决定书》不具有合法性，同时应予以撤销。

二审法院认为：

根据人社局调查的笔录、一审证人证言内容体现何某军于2019年9月从公司B离职后入职公司A任工程部经理，负责和公司运营项目的设计单位、施工单位对接以及在公司B值班，公司A要求何某军每周要有一天去公司B值班，时间由何某军本人安排或公司B那边有什么紧急情况直接通知何某军去处理。

2020年1月2日15时许，何某军从公司B员工公寓午睡起床后出门前往公司B工作，突发疾病确认现场死亡。笔录、证言内容体现何某军工作具有特殊性，既负责公司A工程工作，又受公司A指派到公司B值班，时间不固定。基于何某军工作岗位的特殊性，何某军事发时间应当视为工作时间，其死亡地点公司B员工公寓应当视为工作岗位。

**争议焦点、法律分析**

本案的争议焦点是何某军的死亡是否符合《工伤保险条例》第十五条第一款、第一项规定的视同工伤的情形。《工伤保险条例》第十五条第一款、第一项规定，职工有下列情形之一的，视同工伤：（一）在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡的。此为法律规定的视同工伤的特殊情形。工作时间，是指单位规定的正常工作时间，也包括职工加班延长的工作时间，还包括职工在工作间隙中简短的休息时间。工作岗位，不同于工作地点，工作地点强调工作的处所和位置，而工作岗位强调岗位职责、工作任务。突发疾病，指突然发生与工作无关的任何种类的疾病。

本案中，何某军的工作岗位为物业部经理，无固定工作时间，需随时待命、手机保持畅通以便应对酒店、宿舍、工程筹备过程中突发的情况。所以，何某军突发疾病的时间2020年1月2日15点17分在何某军的工作时间段内。何某军工作岗位特殊性，除需负责公司A的工作外，还需受公司A指示根据自己的时间安排前往公司B处理物业维修巡视需求，所以何某军的一天处于在岗的状态，其往返多个工作地点的路途以及一天在工作间隙中自行进行用餐、待岗、短暂休息后再出发去工作的路途都应当视为工作岗位的合理延伸，故何某军的死亡地点公司B员工公寓楼一楼走廊处属于工作岗位的合理延伸，且何某军因脑溢血现场死亡。

综上，何某军突发疾病死亡符合《工伤保险条例》第十五条第一款、第一项规定的视同工伤的情形。

**作者联系方式**

陈长钧，福建懿茂律师事务所，厦门市湖里区泗水道619号湖里大厦9楼福建懿茂律师事务所，邮编：361000，电话：13799789779，邮箱：ccj@fjymls.com。

4、未依法缴纳社保及住房公积金的救济途径

福建力衡律师事务所，张鸿江

**案件办结时间**

2021年6月

**生效裁判文书号**

芗劳仲案字（2021）第58号

**裁判要旨**

对申请人主张被申请人支付社会保险费、公积金的仲裁请求，仲裁委认为该仲裁请求不存在事实及法律依据，予以驳回。

**基本案情**

申请人于2017年2月10日入职被申请人漳州某投资有限公司处工作，双方未签订书面劳动合同，申请人在被申请人漳州校区运动宝贝早教中心担任中级顾问一职，双方约定每月基础资为2500元。每月花费补贴100元、工龄补贴150元、全勤奖金100元，并根据实际工作情况发放绩效工资及各项提成等。2020年1月至4月，因疫情原因被申请人要求申请人以线上视频教学方式或者上门ー对一方式提供劳动，然而被申请人并未按合同约定足额发放工资。2020年4月20日起，被申请人安排申请人正式返岗上班，被申请人又无故拖欠工资，经多次催讨均未支付，为此，申请人申请劳动仲裁。

**裁判摘要**

经审理査明，申请人于2017年2月10日入职被申请人公司，双方未签订书面劳动合同。被申请人拖欠申请人2020年5月、6月、8月、12月及2021年1月、2月工资。2020年7月起，申请人还处于在职期间，被申请人无故停缴申请人社保。依据申请人提供的证据及庭审调查，被申请人应当支付申请人拖欠工资17941.9元，经济补偿金9750.48元。但对于申请人主张被申请人支付社会保险费及住房公积金的仲裁请求予以驳回。

**争议焦点、法律分析**

在用人单位未依法缴社会保险、未缴纳住房公积金的情况下，根据法律法规的相关规定，劳动者可以采取申请劳动仲裁或者诉讼的司法途径、行政救济这两种途径。若用人单位的违法事实成立，用人单位可能因此面临补缴社保、行政处罚、支付补偿金、支付赔偿金等法律责任。

1、劳动仲裁或者诉讼的司法途径

参加社会保险，并依法享受社会保险待遇是《劳动法》规定的劳动者的合法权益，用人单位应依法为劳动者缴纳社会保险。然而现实中，用人单位往往为了节约用工成本，无视法律的相关规定，不依法为劳动者缴纳社会保险。若劳动者的合法权益遭受侵害，劳动者根据《劳动合同法》第三十八条的规定“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：(三)未依法为劳动者缴纳社会保险费的”，向劳动仲裁机构提起仲裁，直至向人民法院起诉。但在司法实践中，人民法院审理此类案件时一般根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第一条“劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理：（五）劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失发生的纠纷”的相关规定，认为社会保险费的征缴属于社会保险行政部门的职权，用人单位欠缴、拒缴社会保险或者因缴费年限、缴费基数等发生争议，应由社保管理部门处理解决，不应纳入人民法院受案范围。

依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条第四项的规定“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议”，因社会保险发生的争议，属于劳动争议。

但是，并非所有的社会保险争议都属于人民法院受理劳动争议案件的范围，主要区分两种情形：

（1）对于已经由用人单位为劳动者办理了社会保险手续，但因用人单位欠缴、拒缴社会保险费或者劳动者对缴费年限、缴费基数有异议等发生的争议，因为《社会保险费征缴暂行条例》、《劳动保障监察条例》等行政法规赋予了劳动行政部门对用人单位为劳动者办理社会保险的专属管理权、监察权和处罚权，用人单位、劳动者和社会保险机构就欠费发生争议，是征收与缴纳之间的纠纷，属于行政管理的范畴，带有社会管理的性质，不是单一的劳动者与用人单位之间的社会保险争议。因此，此类纠纷应由社会保险管理部门解决处理，不属于人民法院受理劳动争议案件受案范围。

（2）对于用人单位没有为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致劳动者不能享受社会保险待遇，要求用人单位赔偿损失发生的争议，人民法院应予以受理。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第一条所规定的人民法院应予受理的社会保险争议即是上述第二种情形。另外，《中华人民共和国社会保险法》第八十四条、第八十六条对社会保险的缴纳问题亦有明确规定，用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正，并依法予以处罚；用人单位未按时足额缴纳社会保险的，由社会保险征收机构责令限期缴纳或者补足，并依法加收滞纳金、处以罚款。

关于补缴住房公积金是否属于人民法院受案范围的问题。国务院《住房公积金管理条例》第三十七条规定：“违反本条例的规定，单位不办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的，由住房公积金管理中心责令限期办理；逾期不办理的，处1万元以上5万元以下的罚款。”第三十八条规定：“违反本条例的规定，单位逾期不缴或者少缴住房公积金的，由住房公积金管理中心责令限期缴存；逾期仍不缴存的，可以申请人民法院强制执行。”依据上述规定，劳动者与用人单位因住房公积金发生争议，应当由住房公积金管理中心负责催缴，而非属于人民法院受理范围。

在本文所涉及的劳动仲裁案例中，劳动仲裁委未对驳回申请人请求用人单位支付社会保险费及住房公积金的仲裁请求予以说理论证，实属欠妥。但结合本案案件事实及相关法律规定，在本案中用人单位为劳动者办理了医疗、养老、失业、工伤、生育保险的社会保险手续，申请人享有以上社会保险账户，但社会保险费、住房公积金未予缴纳系因用人单位拖欠工资导致，涉及有关社会保险费的征缴、职工社会保险权益的处理，系社会保险行政部门的职权范畴，不属于劳动仲裁的仲裁范围。

2、行政救济的途径

若根据上述法律规定，补缴社会保险、住房公积金的争议事项不属于劳动仲裁或者人民法院的受案范围，则劳动者还可以寻求行政救济的手段维护其自身合法权益。

《中华人民共和国社会保险法》中第八十四条、第八十六条对用人单位不依法缴纳社会保险的问题有明确规定，用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正，并依法予以处罚；用人单位未按时足额缴纳社会保险的，由社会保险征收机构责令限期缴纳或者补足，并依法加收滞纳金、处以罚款。

《劳动保障监察条例》第十一条的规定“劳动保障行政部门对下列事项实施劳动保障监察：（七）用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况”，劳动保障行政部门对于用人单位是否依法为其劳动者参加社会保险及缴纳社会保险的事项有权予以监督、管理。

3、结论

为劳动者缴纳社会保险系用人单位法定义务，用人单位应根据相关法律法规为劳动者缴纳社会保险、住房公积金。若劳动者在现实生活中遇到用人单位不依法缴纳社会保险、住房公积金等问题，既可以选择行政救济途径即向当地劳动监察大队投诉，向当地社保行政部门、社会保险征收机构请求依法处理；也可以选择劳动仲裁或者向人民法院起诉的司法救济途径维护劳动者的合法权益。

**作者联系方式**

张鸿江，福建力衡律师事务所，厦门市七星西路1号七星一号大厦十楼，联系方式：13950075303，E-mail：181434597@qq.com。

三、劳动管理及风险等

1、**“假外包、真派遣”的用工风险**

福建厦信律师事务所，何玲

**案件办结时间**

2020年10月23日

**生效裁判文书号**

（2020）浙01民终5765号、5767号、6429号、6502号等15案

**裁判要旨**

用人单位与用工单位即使签订的协议名称为“劳务外包服务协议”，但如果协议具体内容体现用人单位向用工单位提供的并非劳务服务，而是劳务人员，劳务人员在用工单位的管理和安排下进行工作，双方的费用按人结算，则符合《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定的用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的情形，属于“假外包、真派遣”。

**基本案情：**

原告：葛某等15人在厦门务工，主要从事司机工种。

被告一：某科技公司，具有网络预约出租汽车经营资质，在全国几十座城市开展网约车服务，在相应城市设立了对应的运营中心。

被告二：某人力公司，是一家专业人力资源服务公司。（科技公司及人力公司的注册地及主要经营场所均在浙江杭州）

葛某等15名网约车司机诉求：要求两家公司共同支付在职期间加班工资、单方降薪工资差额、解除劳动关系的经济补偿金等。

葛某等15名网约车司机诉称：其与人力公司、科技公司三方间是劳务派遣关系，其中人力公司是用人单位，科技公司是用工单位，两家公司负连带赔偿责任。

1.人力公司是用人单位，实际履行了用人单位对劳动者的义务：人力公司向葛某等支付工资、安排某福建公司为葛某等缴交社会保险、人力公司为葛某等办理解除劳动合同手续、保管葛某等人事档案等。

2.科技公司是用工单位：科技公司安排其子公司厦门某公司向葛某等提供劳动工具——某某轿车；安排葛某等在“某某家园”参加“某某学院”的工作培训（约每月两次）；组织安排葛某等穿着“某某”标志的工作服、以“某某专车”名义为乘客提供网约车服务；对葛某等进行每日出勤不少于10小时、月休不超过4天的考勤管理；要求葛某等遵守各项劳动规章制度并进行严格核检、处罚；安排葛某等以科技公司员工名义参加参加体检等。葛某等是在科技公司的管理和监督下提供符合科技公司要求的劳动。科技公司这种用工方式属于《劳务派遣暂行规定》第27条规定的以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的情形，是“假外包、真派遣”。

科技公司辩称：科技公司与人力公司签订了《劳务外包服务协议》，双方建立了劳务外包合作关系，由人力公司按照科技公司网约车平台的运营服务标准提供驾驶员劳务外包服务，科技公司向人力公司支付劳务服务费，科技公司含各地运营主体需配合人力公司加强劳务人员的日常管理，由人力公司向葛某等发放劳务报酬，科技公司并未与葛某等建立劳务或劳动关系，作为本案主体不适格。葛某等自愿与人力公司建立的劳务关系，属于科技公司与人力公司在外包合作下人力公司内部的人事关系，与科技公司无关。

人力公司辩称：人力公司与葛某等不存在劳动关系，双方是平等民事主体之间的劳务雇佣关系。人力公司与葛某等签订了电子《劳务服务协议》，双方确认协议签订的依据为《民法通则》、《合同法》，是双方就劳务服务事宜达成的一般合同法律关系。根据协议双方建立了劳务雇佣关系，葛某等是人力公司的劳务人员，劳务服务内容为人力公司雇用葛某等在厦门市提供某某专车司机驾驶服务。劳务协议履行期间葛某等自行提供劳务车辆，使用某某专车平台进行自主接单，劳务时间自主安排，无需遵守人力公司的规章制度，人力公司对葛某等不进行管理；人力公司向葛某等支付劳务报酬的原则为多劳多得，不劳不得，根据葛某等的接单履行情况结算劳务报酬。

**裁判摘要**

经审理查明，人力公司与葛某等签订了《劳务服务协议》，该协议虽然名为《劳务服务协议》，但其具备了劳动合同的实质内容。劳动关系既有法律上的平等性，又有实现该法律关系的隶属性。平等性表现为劳动者向用人单位提供劳动，用人单位则向劳动者支付劳动报酬，双方之间形成等价有偿的关系。隶属性则要求劳动者必须服从用人单位的支配或管理，遵守用人单位的规章制度。劳动关系的认定应考量以上等多重因素。本案葛某等人所提供的劳动内容与人力公司的业务相符，即葛某等人向人力公司提供了劳动，而人力公司向葛某等人支付了报酬；葛某接受人力公司的工作安排及管理，并受相关规则的约束。故法院认定葛某等与人力公司之间存在劳动关系。

科技公司与人力公司签订了《劳务外包服务协议》，协议约定人力公司向科技公司提供司机劳务外包服务，劳务人员主要从事某某专车驾驶服务；劳务人员不遵守科技公司管理制度等的，科技公司有权将劳务人员退回；双方根据所提供服务的工作量确定劳务人员数量及服务费用标准。该合同虽名为《劳务外包服务协议》，但根据合同具体内容可见，人力公司向科技公司提供的并非劳务服务，而是劳务人员，劳务人员在科技公司的管理和安排下进行工作，双方的费用按人结算。根据《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定，用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。故认定人力公司是葛某等员工的用人单位，科技公司是葛某等员工的用工单位。

**法院判决**

1、科技公司、人力公司共同支付葛某等员工加班工资259878.47元；

2、人力公司支付葛某等员工基本工资差额48929.46元、经济补偿金118022.43元等。

**争议焦点**

各方当事人之间的关系。《劳务外包服务协议》《劳务服务协议》是否有效；人力公司与葛某等是劳务关系还是劳动关系；科技公司与人力公司间是劳务外包还是劳务派遣？

**法律分析**

随着新产业、新业态、新商业模式迅猛发展，“三新”领域成为吸纳就业的重要阵地。“三新”领域特点鲜明，灵活性强，但稳定性差，呈现出去雇主化、平台化的趋势。但如果平台服务提供者在工作时间、工作过程、工作规则、监督检查、工作报酬、工作外观等方面仍受用人单位的控制，即使管理方式呈现由线下变为线上的特点，而人格从属性、经济从属性、组织从属性并未发生实质改变，仍应认定平台单位与平台服务提供者存在劳动关系，此类劳动关系建议签订书面劳动合同。《劳动合同法》第十条明确规定，“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同”，并详细规定劳动合同的必备条款，旨在通过以书面劳动合同的形式明确劳动者与用人单位之间的权利义务关系，起到定纷止争，促进劳动关系和谐目的。部分用人单位借平台用工的表象，通过签订外包协议、劳务协议等代替劳动合同，以外包关系、劳务雇佣关系掩盖事实劳动关系、逃避劳动保障义务，应承担不利法律后果。

**作者联系方式**

何玲，福建厦信律师事务所，厦门市思明区厦禾路1032号A幢13，15359256286，Heling20120101＠163.com。

2、劳动合同未载明必备条款的法律后果

北京炜衡（厦门）律师事务所，杨瑜

**案件办结时间**

2021年10月25日

**生效裁判文书号**

（2021）闽02民终6554号

**裁判要旨**

劳动合同的必备条款并非作为劳动合同有效订立的必要条件，必备条款的欠缺并不必然阻碍劳动合同的有效订立，用人单位无需支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额

**基本案情**

曾某于2019年9月9日入职某物流公司担任驾驶员，曾与公司签订一份劳动合同，但劳动合同期限条款的填充处为空白。2020年10月29日，曾某以物流公司作为被申请人，主张未签订书面劳动合同的二倍工资。厦门市劳动人事争议仲裁委员会经仲裁审理后支持了曾某的仲裁请求，物流公司遂提起诉讼。该案经厦门市思明区人民法院以2021闽0203民初7961号案立案审理后，亦判令物流公司应向曾某支付未签书面劳动合同的二倍工资差额76081.37元。物流公司不服一审判决，向厦门市终极人民法院提起上诉，二审法院认定一审判决错误，撤销原一审判决，改判物流公司无需向曾某支付未签书面劳动合同的二倍工资差额。

**裁判摘要**

物流公司是否应支付二倍工资差额的争议，实际涉及劳动争议未载明必备条款的法律后果问题，即是否能够等同于未签订劳动合同之情形。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十一条规定：“用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付给劳动者的，由劳动行政部门责令改正，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”该法第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。由此可证，劳动合同法将与劳动者未订立书面劳动合同与劳动合同未载明必备条款或未交付劳动者，视为不同的情形，并规定了不同的法律责任。因此，劳动合同未载明必备条款，并不能等同于用人单位与劳动者未签订书面劳动合同。故曾某以双方签订的劳动合同缺少必备内容，要求物流公司支付二倍工资，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。一审认定错误，应予纠正。

**争议焦点**

劳动合同必备条款缺失的法律后果问题

**法律分析**

空白劳动合同或必备条款未达成一致的情形下，用人单位是否需要支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的问题，经检索可见人民法院的裁判结果在司法实践中主要存在如下两种情形：

【裁判观点一】认定在空白劳动合同上签章不完全具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的劳动合同期限、工作内容、工作地点、工作时间等关键性必备条款，劳动合同未生效或者并不成立，据此判令用人单位支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额。持此类裁判观点的裁判文书如武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商终字第00289号民事判决[[4]](#footnote-3)、龙岩市中级人民法院（2019）闽08民终225号民事判决[[5]](#footnote-4)、厦门市湖里区人民法院（2019）闽0206民初2305号民事判决[[6]](#footnote-5)等。

【裁判观点二】认为劳动合同的必备条款并非作为劳动合同有效订立的必要条件，必备条款的欠缺并不必然阻碍劳动合同的有效订立，用人单位无需支付未签订书面劳动合同的双倍工资差额。从《劳动合同法》的条文进行分析，劳动合同欠缺必备条款和未签书面劳动合同的法律后果分设于不同条文中，可见二者情形不能简单等同。持此类裁判观点的裁判文书如泉州市中级人民法院（2015）泉民终字第5621号民事判决[[7]](#footnote-6)、厦门市中级人民法院（2019）闽02民终3875号民事判决[[8]](#footnote-7)。

本案裁判过程中，仲裁机构和一审法院均持第一种观点，厦门市中级人民法院则采用第二种观点，将劳动合同瑕疵、未交付等问题与未签订书面劳动合同的性质严格区分，未支持劳动者关于二倍工资差额的主张。

**作者联系方式**

杨瑜，北京炜衡（厦门）律师事务所，厦门市思明区鹭江道52号海滨大厦23层，13850081700，13850081700@139.com。

3、股东决议解散公司后，尚欠职工债务如何承担？

福建择高律师事务所，许进德

**案件办结时间**

2021年6月30日

**生效裁判文书号**

【2021】闽0203民初7951号

**裁判要旨**

本案系调解结案，经检索中国裁判文书网类似案例，裁判要旨：

1、厦门市思明区人民法院作出的（2019）闽0203民初15816号《民事判决书》，法院认为：清算组作为公司清算期间负责清算事务执行的法定组织，处分公司财产应遵循一定的原则，首先是顺序清偿原则，即应按照支付清算费用、职工工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务，分配剩余财产的顺序进行清偿；其次是先债权后股权原则，即清算组必须在清偿公司全部债务后再向股东分配公司的剩余财产。清算组成员作为公司的执行机关或公司股东和债权人的委任人，其负有包括注意义务和忠实义务在内的诚信义务，如未尽此义务，则公司债权人有权要求清算组对自己的损失承担责任。公司股东暨清算组成员，在明知裁决书已裁决公司应支付款项，且该款项性质属于劳动报酬和法定补偿金的情况下，尽管公司对劳动仲裁结果不服、提起诉讼，且在诉讼期间对公司进行清算，各清算组成员本应考虑到员工权益，却遗漏通知劳动者，严重损害劳动者的权益，明显构成重大过失，应当依法承担赔偿责任。

2、厦门市湖里区人民法院作出的（2019）闽0206执异268号《执行裁定书》，法院认为：公司清算时，清算组应当将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，但公司清算组未将公司解散清算事宜通知已知债权人劳动者，因此，公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算。劳动者提出的变更公司股东为被执行人对债务承担连带偿付责任的申请，本院予以支持。

3、广东省广州市中级人民法院作出的（2020）粤01民终14830号《民事判决书》，法院认为，公司在注销工商登记前，与员工尚有劳动争议未处理完毕，尚有债务关系未处理完毕，劳动争议事实与清算报告相矛盾，故清算报告依法不予采信。公司已注销工商登记，法人资格已消灭，其股东在清算过程中滥用公司法人独立地位和股东有限责任进行虚假清算，逃避公司债务，严重损害了公司债权人的利益，根据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款的规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

**基本案情**

厦门市某公司系依法设立的有限责任公司，公司股东已足额出资，并取得会计师事务所出具的《验资报告》。

陈某某于2015年入职厦门市某公司，岗位为会计出纳。2020年3月陈某以生育为由向厦门市某公司申请休产假。产假期间，厦门市某公司被其他经营同类业务的公司收购，厦门市某公司在《资产收购协议》中将公司的全部业务和资产进行转让，并达成由收购公司统一接收厦门市某公司的现有员工的协议。之后，厦门市某公司的股东召开股东会议并决议：解散公司、成立清算组，对公司债权、债务进行清算。并依程序发布债权人公告。公告内容为“厦门市某公司因决议解散，拟向公司登记机关申请注销登记”，《企业注销登记申请书》载明注销原因“股东会决议解散”而非“因公司合并或者分立需要解散”。2020年9月公司清算组作出《公司注销清算报告》，该报告载明，清算组成立后，于10日内依法通知了全体债权人及债务人，并于2020年7月在厦门市商事主体登记及信用信息公示平台发布了债权人公告，依法通知全体债权人及债务人于公告之日起45日内向公司申报债权。清算组在开展清算工作期间，对公司资产、负债进行了全面清理，通知、公告债权人，处理与清算有关的公司未了结的业务，在支付了清算费用、职工工资、福利、社保，结算了税款，清偿了所有债务之后，已办理相关税务注销登记手续。现公司所有债权、债务都已清理完毕。之后，公司召开股东会议并决议同意《公司注销清算报告》，决定办理公司注销登记，并于2020年9月份办理了公司注销登记。陈某某于2020年10月产假期满后，发现公司已注销，陈某不愿意与收购公司建立劳动关系。因陈某某与厦门市某公司无法就未订立书面劳动合同的二倍工资差额和解除劳动关系的经济补偿等协商一致。为此，陈某某提起诉讼要求厦门市某公司的股东支付未订立书面劳动合同的二倍工资差额和解除劳动关系的经济补偿等。

陈某某与厦门市某公司股东劳动争议一案，经法院主持调解后，达成由厦门市某公司股东共同支付陈某某解除劳动关系经济补偿的和解协议，并当场履行。

**争议焦点**

股东决议解散并注销公司后，股东应否对公司尚欠职工债务承担责任？

**法律分析**

一、根据《中华人民和国公司法》第一百七十二条规定，公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。第一百七十四条规定，公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。具体到本案，厦门市某公司的全部业务和资产虽被其公司收购，并由公司股东会决议解散，收购公司并不承继厦门市某公司的债权、债务，该解散情形并不属于公司法上规定的合并解散。因此，厦门市某公司在解散后其员工的劳动关系并不由收购公司承继。

二、根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第五款规定，用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。第四十六条第六款规定，依照本法第四十四条第五项规定终止劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。以及《中华人民和国公司法》第一百八十条规定，公司因下列原因解散（二）股东会或者股东大会决议解散。第一百八十三条规定，公司因本法第一百八十条第(二)项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。第一百八十七条规定，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。以及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（二）》第十一条规定，公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十六条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。具体到本案，厦门市某公司与陈某某之间存在劳动关系，双方之间未订立书面劳动合同，双方之间的劳动关系因公司解散而终止。在此情形下，厦门市某公司依法应承担未订立书面劳动合同以及支付劳动者经济补偿的法律责任。厦门市某公司的股东作为清算组成员，明知与员工尚有债务关系未处理完毕，本应考虑到员工权益，通知员工申报债权。然，清算组却未按照规定通知劳动者。同时，公司的股东为规避公司因财产不足清偿债务进入法院破产清算程序，而作出“公司所有债权、债务都已清理完毕”的注销清算报告并办理公司注销登记。厦门市某公司的股东存在虚假清算和损害公司债权人的利益之情形。现公司已注销工商登记，法人资格已消灭，根据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款的规定，公司股东应当对公司尚欠职工债务承担连带责任。

**作者联系方式**

许进德，福建择高律师事务所，地址：厦门市思明区深田路46号深田国际大厦1701室，手机：13600967520，邮箱：xjd.xmls@163.com。

四、离职及赔偿金等

1、“主管劝退”是否应当支付赔偿金？

北京惠诚（厦门）律师事务所，林秀娜

**案件办结时间**

2021年6月25

**生效裁判文书号**

厦劳人仲案字［2021］第1633号

**裁判要旨**

根据申请人与其直接上司姜某的聊天记录，结合申请人提供的《离职申请》离职原因备注显示“主管劝退”，可以看出被申请人主管姜某系劝退申请人，且申请人自行提交离职申请，按照“主管劝退”提出离职，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条规定被申请人需支付赔偿金的情形，故申请人要求被申请人支付违法解除劳动合同的赔偿金，没有法律依据，本委不予支持。

**基本案情**

申请人于2021年3月1日入职被申请人，2021年3月22日离职，双方有签订劳动合同，申请人月应发工资为14000元，姜某为申请人的上级主管。申请人主管姜某于2021年3月18日通过微信对申请人说：“你好，某某，经过这段时间的试用，公司觉得你不太适合这个岗位。请在今天提交钉钉离职申请审批，明天找人事办手续，谢谢”，申请人回复“好的”，并于当晚对被申请人主管说：“你好，姜某。……，但我还想尽力弥补。希望你能再给我一个机会，真的希望做好这个工作”，姜某回复：“恩，公司已经达成一致决定了，尽快申请对大家都好哈，我们公司岗位要求不低，省的明天人事当面跟你聊，也是一样的结果……，那你明天找人事吧”。

申请人于2021年3月19日通过钉钉系统向被申请人提交一份《离职申请单》，显示申请人为“吕某某”，离职原因备注为“主管劝退”，审批流程中姜某处显示“试用期不匹配，已同意”。

申请人主张：被申请人系违法辞退，并非申请人主动离职。被申请人主张：聊天记录中申请人与姜某的对话无法证明被申请人单方面解除与申请人的劳动关系，被申请人正常的辞退流程是由人力资源部门下发正式通知告知试用期不合格，并非由姜某口头通知，姜某仅为被申请人的数据分析主管，该通知并未经被申请人同意，是申请人认为其不适合当前岗位，自动提出离职申请。

**裁判摘要**

申请人与被申请人之间存在劳动关系，双方当事人均应严格遵守劳动法律、法规的规定。申请人主张其为被申请人单方违法辞退，依据双方确认真实性的申请人与其直接上司姜某的聊天记录，结合申请人提供的《离职申请单》离职原因备注显示“主管劝退”，可以看出被申请人主管姜某系劝退申请人，且申请人自行提交离职申请，按照“主管劝退”提出离职，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条规定被申请人需支付赔偿金的情形，故申请人要求被申请人支付违法解除劳动合同的赔偿金14000元，没有法律依据，本委不予支持。

**争议焦点、法律分析**

本案争议焦点为按照“主管劝退”提出离职是否属于用人单位应支付赔偿金的情形。厦门市劳动争议仲裁委员会认为按照“主管劝退”提出离职，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条、第八十七条规定。笔者认为，从劳动合同解除的形式来看，用人单位并未出具单方解除劳动合同的通知书，确实难以构成用人单位违法解除劳动合同的情形。但是用人单位未出具解除劳动合同的通知书，并不能当然认为用人单位没有单方解除劳动合同。用人单位虽然辩称解除劳动合同有规定流程，申请人的上级主管口头通知未经用人单位同意且不符合辞退流程。但用人单位并未提交辞退流程的规章制度且从未告知申请人相关制度及流程。申请人有理由相信上级主管的通知即代表被申请人的意思，不应苛求申请人清楚认识用人单位的辞退流程，更不能因此推论申请人系主动辞职。

脱离解除劳动合同的形式来看，申请人上级主管已经告知用人单位辞退的决定，并要求申请人提出离职申请，故申请人离职申请仅仅是用人单位辞退后履行的离职手续，而不能据此认定为申请人自行离职。否则，对于申请人来说是显失公平，申请人因为听取用人单位的意见并配合履行用人单位的要求导致其权益受损。用人单位采取了劝退的“套路”因而避免了辞退员工可能要承担的法律责任。这样的结果不仅与劳动法律法规的宗旨精神是不相符，而且也是有悖于社会公平正义的理念。因此笔者认为，应当从离职的原因去认定，而非局限于书面的解除劳动合同通知。

此外，用人单位主张申请人个人主动提出离职，但用人单位并未能举证证明申请人因个人原因向其主动提交辞职申请书等等。用人单位仅凭申请人提交“离职申请单”无法证明申请人主动离职。离职申请单系申请人办理离职手续的证明，但不能因此认定申请人主动离职，而应当根据离职申请单中写明的离职原因予以认定。申请人填写的离职原因明确为主管劝退，显然并非申请人主动离职。故被申请人无法举证证明申请人系主动离职，应当承担举证不能的不利后果。

综上，笔者更倾向于认为本案按照“主管劝退”提出离职为用人单位单方解除劳动关系，在用人单位未能证明合法解除的情形下，用人单位应当向申请人支付赔偿金。

**作者联系方式**

林秀娜，北京惠诚（厦门）律师事务所，厦门市思明区湖滨东路11号邮电广通大厦1108，邮编：361000，电话：13906037381，邮箱：814471587@qq.com。

**2、员工拒绝交接的维权路径探析**

北京大成（厦门）律师事务所，洪小玲

**案件办结时间**

2020年9月7日

**生效裁判文书号**

厦劳仲案[2019]3490号/（0202）闽0206民初1660号

**裁判要旨**

劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。

**基本案情**

申请人（仲裁被反请求人、被告）：郭X

被申请人（仲裁反请求人、原告）：福建省X机电设备有限公司

申请人仲裁请求：

1.确认申请人与被申请人于2018年4月16日至2019年10月18日期间存在劳动关系；

2.支付2019年9月1日至2019年10月18日期间的工资人民币12800元；

3.支付2019年1月1日至2019年9月30日期间6天休息日加班工资1600元；

4.支付2018年5月16日至2019年10月18日期间未签订劳动合同的二倍工资差额136000元；

5.支付未提前三十日通知解除劳动关系的一个月工资8000元；

6.支付2019年1月1日至2019年10月18日期间销售提成4000元；

7.补缴2018年4月至2019年10月份期间的社会保险费。

被申请人仲裁反请求：

请求裁定被反请求人对于2019年3月份至2019年10月份被反请求人已走访客户（具体名单如附件所列）的详细联系信息（包括但不限于名称、地址、联系人、联系电话、微信等）没有及时提交，按20%的成交率、每单成交盈利5万元的标准赔偿给反请求人造成的损失（全部未提交应赔偿额为：210\*20%\*5=210万元）。

原告诉讼请求：

1. 判决福建省X机电设备有限公司无需支付郭X2018年10月31日至2019年4月14日未签订劳动合同的二倍工资差额43743.53元、2019年9月1日至2019年10月18日的工资12800元及2019年1月1日至2019年9月30日累计6天未休息的工资1600元；
2. 判决郭X立即书面移交2019年3月份至2019年10月份走访的客户、设计师名单及详细信息（包括但不限于名称、地址、联系人、联系电话、微信等）。

原告诉称：1.原告的法定代表人王X与郭X已通过微信的方式，达成了劳动合同主要条款的合意，已形成了书面形式的劳动合同，原告无需支付未签订劳动合同的二倍工资差额。2.拜访客户、搜集信息是郭X非常重要的工作内容，郭X也清楚原告关于所走访客户完整联系信息备案的要求，且在2019年3月份之前均按规定进行备案。但从2019年3月份开始郭X就没有再提供有效的信息，给原告造成了严重的损失。同时，郭X不移交完客户信息，也应视为其未完成约定工作任务，2019年3月1日至10月16日在岗期间原告只需发放其最低工资待遇，2019年10月17日起郭X未提供劳动，原告无须发放任何工资。郭X未完成信息量，给原告造成损失，应当予以抵扣。3.原告一直强调要求业务员报备项目时应把设计师及业主的完整的信息增加到氚云系统中。郭X在仲裁庭审过程中确认：原告从2019年2月18日开始要求报备完整的客户信息，2019年9月25日再次强制要求报备完整客户信息并补充完善之前的客户信息。郭X提供完整信息的不过才32家。导致该等客户原告均无法及时继续跟进，而未能签成任何业务，给原告造成了严重的损失，原告有权要求郭X立即书面移交2019年3月份至2019年10月份走访的客户、设计师名单及详细信息（包括但不限于名称、地址、联系人、联系电话、微信等）。

被告辩称：1.原告没有与郭X签订书面劳动合同，应当支付2018年10月31日至2019年4月14日未签订劳动合同的二倍工资差额43743.53元。2.郭X于2019年10月3日手机丢失，手机上、相关资料没有备份，而且原告也已经于2019年10月18日与郭X解除劳动关系，郭X无法提供，也无义务再向原告提供2019年3月至2019年10月份的相关资料。

**裁判摘要**

经审理查明，双方当事人对下列事实均无异议，本委予以确认：……三、2019年2月18日，第二被申请人开始要求包括申请人在内的员工通过钉钉报备客户完整详细信息。2019年9月后开始强制报备完整信息，并要求补充提交之前的客户完整信息。

本案中，客户信息收集系郭X的工作内容之一，并且客户信息对原告而言具备潜在的经济利益。2019年9月25日，原告在TT销售群中已经再次通知，要求大家将当年2月份起的报备线索在周五下班前填写完成，便于统一输入氚云系统。郭X的手机遗失，但之前其在TT别墅电梯报备群中报备的客户信息还在，仍然可以通过该部分信息提供的线索补充完整的客户信息并与原告办理相应的工作交接。郭X以手机遗失、没有备份为由拒绝履行相应的交接义务，缺乏依据，本院依法不予采纳。原告请求郭X移交客户的详细信息有相应的事实和法律依据。

**争议焦点**

……

③郭X应否移交2019年3月至2019年10月走访的客户、设计师名单及详细信息？

**法律分析**

交接义务是劳动者的法定义务，特别是业务人员，其拜访客户的信息，对于用人单位有重要的商业价值，如果劳动者拒不交接，用人单位该如何维权？

本案中，在劳动仲裁时因立案人员认为“要求书面提交客户信息”不属于仲裁受理范围，我方仅保留了未移交客户信息的赔偿请求。但还是坚持请求仲裁庭对交接事宜涉及的基本事实进行了审查、认定，固定了事实。一审时，基于用人单位损失赔偿的法律规定及现有证据情况，我方决定只坚持要求交接，赔偿问题待交接裁判生效后视履行情况另行主张。

我国《劳动法》《劳动合同法》均未做出相应规定，根据《工资支付暂行规定》第十六条“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。”的规定，则需有劳动合同的约定并有相应扣款额度的限制等，且用人单位一时无法举证其所遭受的损失。于是，本案一审时用人单位改为根据《劳动合同法》第五十条第二款：“劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。”的规定坚持要求劳动者交接对应客户信息。此请求得到了法院的支持。随后，劳动者因未履行该交接义务被列入失信被执行人员名单。劳动者只好向执行局提供完整的客户信息。目前，用人单位正根据劳动者移交的客户信息分别向相应客户进行接洽，一方面看看是否仍有业务机会，另一方面如已错过原业务时机则沟通取得相应的损失证据，以进行下一步维权。

**作者联系方式**

洪小玲，北京大成（厦门）律师事务所，厦门市思明区岭兜西路623号思明设计中心8层，361008，13906043257，xiaoling.hong@dentons.cn。

3、用人单位对离职员工自定义名称的付款性质如何认定

北京大成（厦门）律师事务所律师，林声贤

**案件办结时间**

2021年度（2021年07月28日）

**生效裁判文书号**

（2021）闽0524民初3942号

**裁判要旨**

根据“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明。当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利后果”的规定。本案中，沈某未能提供用人单位违法解除劳动合同的证据。沈某的诉讼请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。用人单位称备注为退职金的该款项其实是劳动合同法规定的经济补偿金，系双方协商一致解除劳动合同，且该款项与沈某在职期间年限的经济补偿金竞合，仲裁的庭审笔录也证实了用人单位的辩称，故对用人单位的辩称本院予以采信。

**基本案情**

沈某于2004年3月初起入职用人单位。双方于2012年2月初签订无固定期限劳动合同，岗位为部长，月工资约定为2.5万元。沈某离职时间为2020年6月底，在职时间为16年。用人单位于2012年初、2020年中、2021年初分三次支付沈某退职金总合计为40万元。沈某委托用人单位代缴2020年7月至2020年12月社会保险。2021年4月中旬，沈某申请劳动仲裁，劳动仲裁委裁决驳回沈某仲裁请求。沈某对该裁决不服，起诉至法院。

法院归纳本案双方争议的焦点：沈某的离职原因，认为沈某的主张证据不足，用人单位的主张与事实相符，据此法院判决驳回沈某的诉讼请求。一审判决后，各方没有上诉。

**裁判摘要**

劳动仲裁委认为：用人单位辩称备注为退职金的该款项其实是劳动合同法规定的经济补偿金，系双方协商一致解除劳动合同，且该款项与沈某在职期间年限的经济补偿金竞合，证人也证实该辩称，故本委对用人单位的辩称予以采信。

一审法院认为：根据“谁主张，谁举证”的原则，沈某未能提供用人单位违法解除劳动合同的证据。沈某的诉讼请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。用人单位称备注为退职金的该款项其实是劳动合同法规定的经济补偿金，系双方协商一致解除劳动合同，且该款项与沈某在职期间年限的经济补偿金竞合，仲裁的庭审笔录也证实了用人单位的辩称，故对用人单位的辩称本院予以采信。

**法律分析、争议焦点**

1、争议焦点一：离职原因？

庭审查明，从沈某陈述以及用人单位员工出具的说明、两证人证言、微信聊天记录均表明，沈某系因个人创业原因离职，且其在欢送晚宴上明确说是自己“不上班”“不干了”，即沈某系个人创业原因离职，而非用人单位违法解除。

同时，根据证据规则，沈某应对其主张的违法解除进行举证，但是沈某并无证据证明系用人单位解除与其劳动合同，相反用人单位还进行挽留后沈某坚持辞职，同时用人单位的老板考虑沈某服务年限长并结合用人单位的内部规定向沈某发放了退职金，对此沈某不管是离职前、还是离职后均无异议，也接受了。

因此，沈某提出的违法解除没有任何事实和法律依据，且与用人单位提交的证据的内容存在矛盾，亦不符合常理。所以，本案不存在违法解除劳动合同的情形，相反，本案系沈某因个人创业的原因离职的，其主张的赔偿金没有任何依据。

2、争议焦点二：退职金与经济补偿金？

庭审查明，用人单位分三次向沈某支付共计40万元的退职金（按该金额系用人单位按经济补偿金标准计算），沈某对此没有任何意见，且确认收到该款项。

用人单位作为外资企业，合法合规的进行用工，考虑到沈某为用人单位提供的十多年的服务和工作，用人单位在沈某坚持辞职的情况下仍向其支付了离职（或者叫退职）的一笔款项，用人单位内部称之为“退职金”，如上所述该款项的计算方式就是按照经济补偿金的标准计算的，其性质应被认定为离职的经济补偿金。沈某提出该款项为年终奖，没有任何依据，且与事实不符，理由是：实际上，用人单位已证明用人单位每年已经另行依照规定向员工支付了年终奖，再以这种形式支付所谓的年终奖与事实不符且不符合常理；沈某已经在申请单确认该款项为退职金，用人单位向沈某发放该款项时也明确该款项为退职金；证人证言也证明用人单位发放退职金的事实，且用人单位每年也向员工另外发放年终奖。故，该款项并非年终奖而是经济补偿金，沈某的抗辩没有任何依据，也是严重违背诚信和职业道德的。

因此，本案不存在违法解除劳动合同的事实，沈某的主张及事实理由与事实不符，且没有任何依据。

本案中，劳动仲裁、一审法院均认可用人单位的意见，认定：劳动者应对用人单位违法解除劳动关系的事实承担举证责任；用人单位支付的退职金系经济补偿金，据此驳回沈某的主张。

**作者联系方式**

林声贤律师，北京大成（厦门）律师事务所，厦门市思明区岭兜西路623号思明设计中心8层，13860486614，shengxian.lin@dentons.cn。

1. 《关于确立劳动关系有关事项的通知》一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。 [↑](#footnote-ref-0)
2. 《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》第三条 社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：

（一）职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位；

（二）劳务派遣单位派遣的职工在用工单位工作期间因工伤亡的，派遣单位为承担工伤保险责任的单位；

（三）单位指派到其他单位工作的职工因工伤亡的，指派单位为承担工伤保险责任的单位；

（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位；

（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。

前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿。 [↑](#footnote-ref-1)
3. 江必新主编、最高人民法院行政审判庭编：《行政执法与行政审判》总第63集，中国法制出版社2014，第6－7页。 [↑](#footnote-ref-2)
4. 湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民商终字第00289号民事判决：“……双方在合同期限、签署日期、用工单位、地点、职责、工时制度均空白的劳动合同上签字盖章，该劳动合同不完全具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的劳动合同期限、工作内容、工作地点、工作时间等关键性必备条款，该合同未生效，中新公司仍需承担未签订劳动合同的责任，根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定，中新公司应支付池朝晖2010年6月1日至2011年4月30日期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额15330.59元（1393.69元／月×11个月）……” [↑](#footnote-ref-3)
5. 福建省龙岩市中级人民法院（2019）闽08民终225号民事判决：“……2016年6月，刘有福在漳平木村公司提供的空白劳动合同书中的封面上职工姓名和第4页的乙方姓名签上“刘有福”三个字，2018年4月，漳平木村公司在该份空白劳动合同书填写合同期限“自2016年3月1日起至2019年2月28日”、“从事操作工”等字迹。法院认为，根据《中华人民共和国劳动合同法》第十七条之规定，劳动合同期限、工作内容和工作地点等属于劳动合同的必备条款，2018年4月，漳平木村公司在该份空白劳动合同书填写合同期限“自2016年3月1日起至2019年2月28日”、“从事操作工”等字迹。刘有福对上述内容予以否认。漳平木村公司未提供证据证明该劳动合同系用人单位与劳动者协调一致，法院认为从劳动合同的形式要件和实质要件来看，应该认定自2017年1月29日起至2017年9月10日止漳平木村公司未与刘有福订立书面劳动合同。刘有福要求漳平木村公司支付其从2017年1月29日到2017年9月10日不与刘有福订立书面劳动合同的二倍工资35949元的诉讼请求，理由充分，予以支持……” [↑](#footnote-ref-4)
6. 厦门市湖里区人民法院（2019）闽0206民初2305号民事判决：“……《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定，劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；……但该劳动合同中并未约定合同期限、工作内容、工作地点、工作时间、劳动报酬等合同必备条款，即合同本应由双方协商确定的内容没有约定，无法起到应有的约束和规范作用，签订合同的目的无法实现，故依法应视为双方未签订书面劳动合同……原告应于本判决生效之日起十日内，支付被告未签订劳动合同的二倍工资差额126259.31元……” [↑](#footnote-ref-5)
7. 福建省泉州市中级人民法院（2015）泉民终字第5621号民事判决：“……对于劳动合同欠缺劳动合同法第十七条所列的必备条款时仅规定由劳动行政部门责令改正，用人单位给劳动者造成损害的则应当承担赔偿责任。据此，劳动合同的必备条款并非作为劳动合同有效订立的必要条件，必备条款的欠缺并不必然阻碍劳动合同的有效订立……” [↑](#footnote-ref-6)
8. 福建省厦门市中级人民法院（2019）闽02民终3875号民事判决“……至于劳动合同不载明必备条款以及未将劳动合同文本交付给劳动者的法律责任问题，根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十一条规定，可由劳动行政部门责令改正，给劳动者造成损害的，由用人单位承担赔偿责任。另外，从《中华人民共和国劳动合同法》第八十一条、第八十二条规定内容看，该法将未与劳动者订立书面劳动合同与劳动合同不载明必备条款以及未将劳动合同文本交付给劳动者，视为不同的情形，并规定了用人单位应承担的不同法律责任。可见，该法并无将劳动合同不载明必备条款以及未将劳动合同文本交付给劳动者的情形，视为用人单位未与劳动者签订书面劳动合同之意。综上，周保强以劳动合同未载明必备条款或未交付劳动合同文本为由主张永英晟公司未与其签订书面劳动合同，要求永英晟公司支付二倍工资差额，缺乏事实和法律依据，本院依法不予支持……” [↑](#footnote-ref-7)