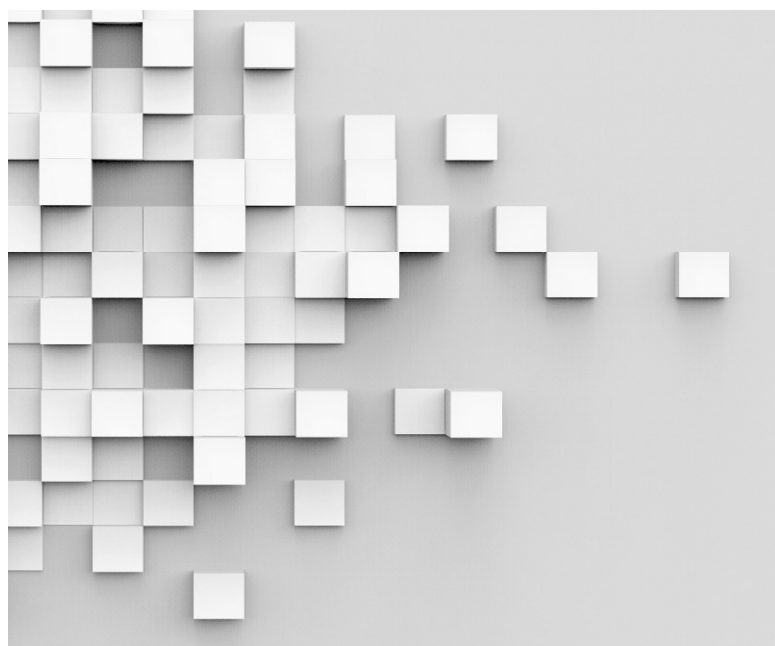


2022年 03期 (总22期)

四川恒和信律师事务所
劳动法律部

HENGHEXIN LAW FIRM

恒力尚法 和美信达







目录 CONTENT

关于恒和信 **01**

劳动法律部 **02**

新法速递 **03**

重点法规 **05**

热点案例 **10**

专题探讨 **13**

经典判决 **16**



01

关于恒和信

四川恒和信律师事务所成立于2001年，事务所拥有一流办公面积近4000平米，律师及工作人员300余名。系一家大型综合性律师事务所，也是西南地区少有的同时具有律师事务所资质和专利代理资质的“双证所”之一，国家知识产权局机构注册代码号：51342。事务所秉承“恒力尚法、和美信达”的理念，着力建设“专业、责任、价值、奋进”的律师事务所。恒和信多名律师具有在美国、欧洲留学经历，多名律师具有专利代理师、商标代理人、注册会计师资格、注册税务师资格、土地评估师、注册房地产估价师等专业职业资格。

事务所多次荣获全国、省、市优秀律师事务所，多名律师担任省、市、区律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。



恒和信在知识产权、政府法律顾问、房地产开发与城市基础设施建设、公司并购与重组、金融与证券、私募股权、项目投融资、涉外法律事务、合同法律事务的处理等方面具有丰富的法律服务经验，为了高标准满足客户需求，事务所以团队协作方式优化资源配置，以集体智慧解决法律技术问题，坚持走精品化道路，向客户提供专业、优质、高效的法律服务，得到了客户广泛好评，赢得众多客户支持和信赖，成为中外客户出色的合作伙伴。



劳动法律部

劳动法律部现由30余名专业理论深厚、执业经验丰富的律师组成，部门律师担任多家大型国有企业、上市公司、高新技术企业等常年法律顾问、人力资源专项常年法律顾问，积累了丰富的服务经验。

劳动法律部自成立以来，承办了大量案情复杂、标的额巨大的劳动争议案件。经过多年发展，劳动法律部形成了完整的专业服务体系，既能够为客户提供如用工风险测评、劳动合同设计、企业内训、员工手册制订、裁员安置、离职管理等传统劳动法领域的专项服务；也能为客户提供各种重大、复杂的劳动争议案件的代理服务。同时，劳动法律部紧跟经济发展趋势，时刻关注国内外前沿用工领域，能为客户提供如高端员工背景调查、“共享员工”、外国人用工管理、跨国用工等新兴劳动法领域的专业法律服务！



新法速递

（一）人力资源和社会保障部【发布《社会保险基金行政监督办法》】

2022年2月9日，为加强社会保险基金行政监督，保障社会保险基金安全，人力资源社会保障部制定发布了《社会保险基金行政监督办法》（人力资源和社会保障部令第48号），并于2022年3月18日起施行。《办法》明确了社会保险经办机构及其工作人员违规经办管理、侵害社保基金等违法行为的法律责任。明确了违规工伤认定、提前退休及劳动能力鉴定的法律责任。细化社会保险法关于欺诈骗保规定的情形，明确社保服务机构、用人单位、个人欺诈骗保违法行为的法律责任。

（二）人力资源社会保障部、最高人民法院【出台《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》】

2022年2月21日，为贯彻党中央关于健全社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制部署，落实加强劳动人事争议仲裁与诉讼衔接机制建设要求，人力资源社会保障部、最高人民法院联合印发了《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》。《意见（一）》的主要内容包括四方面内容：一是规范调解协议后续程序性保障。比如明确在调解组织主持下达成的调解协议，当事人既可以申请仲裁审查，也可以申请司法确认。二是明确终局裁决范围，比如明确了“劳动报酬”包括法定标准工作时间内提供正常劳动的工资和加班费等，统一了“经济补偿”“赔偿金”等裁审口径，加强了终局裁决与诉讼的程序衔接。三是完善证据、裁决事项等方面的裁审衔接规则。比如规定当事人在仲裁程序中认可的证据，经审判人员在庭审中说明后，视为质证过的证据。四是统一部分法律适用标准。比如明确了用人单位因劳动者违反诚信原则、提供与订立劳动合同相关的虚假个人情况构成欺诈解除劳动合同的，仲裁委员会、人民法院对劳动者提出的经济补偿或赔偿金请求不予支持；劳动者主张用人单位支付“视为订立劳动合同”期间的第二倍工资的，仲裁委员会、人民法院不予支持。

（三）人力资源和社会保障部【实施养老保险全国统筹】

2022年2月22日，人社部举行新闻发布会。人社部养老保险司副司长亢涛在发布会上介绍，到2020年底，各省份都实现了基金省级统收统支，解决了省内地区间基金负担不均衡的问题。但是，由于我国区域之间发展不平衡，经济发展水平、人口年龄结构等存在差异，各省之间养老保险基金结构性矛盾日益突出。按照党中央、国务院的决策部署，从今年1月开始，实施养老保

险全国统筹。统筹后，将在全国范围内对地区间养老保险基金当期余缺进行调剂，用于确保养老金按时足额发放，这就在制度上解决了基金的结构性问题，困难地区的养老金发放更有保障。

（四）江苏省人社厅【印发《企业职工基本养老保险实施办法的通知》】

近日，江苏人社厅印发《企业职工基本养老保险实施办法的通知》（自2022年3月1日起正式实施），其中明确提到，经本人申请、用人单位同意，报人力资源社会保障行政部门备案，参保人员可推迟退休，推迟退休的时间最短不少于一年。该政策具有科学性，员工可

以在公司和职工协商一致的情况下，可以申请延迟退休，而不是一刀切，使员工更能接受。该规定系首次在全国范围内落地延迟退休政策，具有示范意义。

重点法规：



社会保险基金行政监督办法

(2022年2月9日人力资源社会保障部令第48号公布自2022年3月18日起施行)

第一章 总则

第一条 为了保障社会保险基金安全，规范和加强社会保险基金行政监督，根据《中华人民共和国社会保险法》和有关法律法规，制定本办法。

第二条 本办法所称社会保险基金行政监督，是指人力资源社会保障行政部门对基本养老保险基金、工伤保险基金、失业保险基金等人力资源社会保障部门管理的社会保险基金收支、管理情况进行的监督。

第三条 社会保险基金行政监督应当遵循合法、客观、公正、效率的原则。

第四条 人力资源社会保障部主管全国社会保险基金行政监督工作。县级以上地方各级人力资源社会保障行政部门负责本行政区域内的社会保险基金行政监督工作。

人力资源社会保障行政部门对下级人力资源社会保障行政部门管辖范围内的重大监督事项，可以直接进行监督。

第五条 人力资源社会保障行政部门应当加强社会保险基金行政监督队伍建设，保证工作所需经费，保障监督工作独立性。

第六条 社会保险基金行政监督工作人员应当忠于职守、清正廉洁、秉公执法、保守秘密。

社会保险基金行政监督工作人员依法履行监督职责受法律保护，失职追责、尽职免责。

社会保险基金行政监督工作人员应当具备与履行职责相适应的专业能力，依规取得行政执法证件，并定期参加培训。

第七条 人力资源社会保障行政部门负责社会保险基金监督的机构具体实施社会保险基金行政监督工作。

人力资源社会保障部门负责社会保险政策、经办、信息化综合管理等机构，依据职责协同做好社会保险基金行政监督工作。

第八条 人力资源社会保障行政部门应当加强与公安、民政、司法行政、财政、卫生健康、人民银行、审计、税务、医疗保障等部门的协同配合，加强信息共享、分析，加大协同查处力度，共同维护社会保险基金安全。

第九条 人力资源社会保障行政部门应畅通社会监督渠道，鼓励和支持社会各方参与社会保险基金监督。

任何组织或者个人有权对涉及社会保险基金的违法违规行为进行举报。

第二章 监督职责

第十条 人力资源社会保障行政部门依法履行下列社会保险基金行政监督职责：

- (一) 检查社会保险基金收支、管理情况；
- (二) 受理有关社会保险基金违法违规行为的举报；
- (三) 依法查处社会保险基金违法违规问题；
- (四) 宣传社会保险基金监督法律、法规、规章和政策；
- (五) 法律、法规规定的其他事项。

第十一条 人力资源社会保障行政部门对社会保险经办机构的下列事项实施监督：

- (一) 执行社会保险基金收支、管理的有关法律、法规、规章和政策的情况；
- (二) 社会保险基金预算执行及决算情况；

(三) 社会保险基金收入户、支出户等银行账户开立、使用和管理情况;

(四) 社会保险待遇审核和基金支付情况;

(五) 社会保险服务协议订立、变更、履行、解除或者终止情况;

(六) 社会保险基金收支、管理内部控制情况;

(七) 法律、法规规定的其他事项。

第十二条 人力资源社会保障行政部门对社会保险服务机构的下列事项实施监督:

(一) 遵守社会保险相关法律、法规、规章和政策的情况;

(二) 社会保险基金管理使用情况;

(三) 社会保险基金管理使用内部控制情况;

(四) 社会保险服务协议履行情况;

(五) 法律、法规规定的其他事项。

第十三条 人力资源社会保障行政部门对与社会保险基金收支、管理直接相关单位的下列事项实施监督:

(一) 提前退休审批情况;

(二) 工伤认定(职业伤害确认)情况;

(三) 劳动能力鉴定情况;

(四) 法律、法规规定的其他事项。

第三章 监督权限

第十四条 人力资源社会保障行政部门有权要求被监督单位提供与监督事项有关的资料,包括但不限于与社会保险基金收支、管理相关的文件、财务资料、业务资料、审计报告、会议纪要等。

被监督单位应当全面、完整提供实施监督所需资料,说明情况,并对所提供资料真实性、完整性作出书面承诺。

第十五条 人力资源社会保障行政部门有权查阅、记录、复制被监督单位与社会保险基金有关的会计凭证、会计账簿、财务会计报告、业务档案,以及其他与社会保险基金收支、管理有关的数据、资料,有权查询被监督单位社会保险信息系统的用户管理、权限控制、数据管理等情况。

第十六条 人力资源社会保障行政部门有权询问与监督事项有关的单位和个人,要求其对与监督事项有关的问题作出说明、提供有关佐证。

第十七条 人力资源社会保障行政部门应当充分利用信息化技术手段查找问题,加强社会保险基金监管信息系统应用。

第十八条 信息化综合管理机构应当根据监督工作需要,向社会保险基金行政监督工作人员开放社会保险经办系统等信息系统的查询权限,提供有关信息数据。

第十九条 人力资源社会保障行政部门有权对隐匿、伪造、变造或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告以及其他与社会保险基金收支、管理有关资料的行为予以制止并责令改正;有权对可能被转移、隐匿或者灭失的资料予以封存。

第二十条 人力资源社会保障行政部门有权对隐匿、转移、侵占、挪用社会保险基金的行为予以制止并责令改正。

第四章 监督实施

第二十一条 社会保险基金行政监督的检查方式包括现场检查和非现场检查。人力资源社会保障行政部门应当制定年度检查计划,明确检查范围和重点。

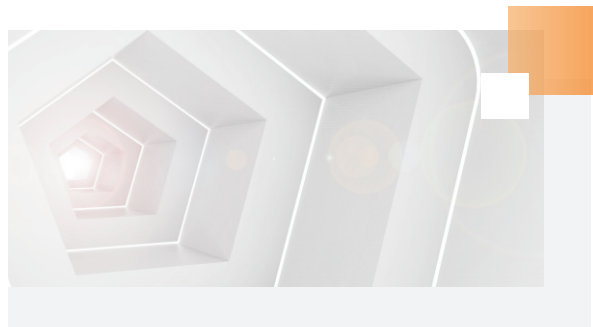
被监督单位应当配合人力资源社会保障行政部门的工作,并提供必要的工作条件。

第二十二条 人力资源社会保障行政部门实施现场检查,依照下列程序进行:

(一) 根据年度检查计划和工作需要确定检查项目及检查内容,制定检查方案,并在实施检查3个工作日前通知被监督单位;提前通知可能影响检查结果的,可以现场下达检查通知;

(二) 检查被监督单位社会保险基金相关凭证账簿,查阅与监督事项有关的文件、资料、档案、数据,向被监督单位和有关个人调查取证,听取被监督单位有关社会保险基金收支、管理使用情况的汇报;

(三) 根据检查结果,形成检查报告,并送被监督单位征求意见。被监督单位如有异议,应当在接到检查



报告10个工作日内提出书面意见。逾期未提出书面意见的，视同无异议。

第二十三条 人力资源社会保障行政部门实施非现场检查，依照下列程序进行：

（一）根据检查计划及工作需要，确定非现场检查目的及检查内容，通知被监督单位按照规定的范围、格式及时限报送数据、资料；或者从信息系统提取社会保险基金管理使用相关数据；

（二）审核被监督单位报送和提取的数据、资料，数据、资料不符合要求的，被监督单位应当补报或者重新报送；

（三）比对分析数据、资料，对发现的疑点问题要求被监督单位核查说明；对存在的重大问题，实施现场核实；评估社会保险基金收支、管理状况及存在的问题，形成检查报告。

对报送和提取的数据、资料，人力资源社会保障行政部门应当做好存储和使用管理，保证数据安全。

第二十四条 人力资源社会保障行政部门对监督发现的问题，采取以下处理措施：

（一）对社会保险基金收支、管理存在问题的，需依法提出整改意见，采取约谈、函询、通报等手段督促整改；

（二）对依法应当由有关主管机关处理的，向有关主管机关提出处理建议。

人力资源社会保障行政部门有权对被监督单位的整改情况进行检查。

第二十五条 人力资源社会保障行政部门对通过社会保险基金行政监督检查发现、上级部门交办、举报、媒体曝光、社会保险经办机构移送等渠道获取的违法违规线索，应当查处，进行调查并依法作出行政处理、处罚决定。

人力资源社会保障行政部门作出行政处理、处罚决定前，应当听取当事人陈述、申辩；作出行政处理、处罚决定，应当告知当事人依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

第二十六条 社会保险基金行政监督检查和查处应

由两名及以上工作人员共同进行，出示行政执法证件。

社会保险基金行政监督工作人员不得利用职务便利牟取不正当利益，不得从事影响客观履行基金监督职责的工作。

社会保险基金行政监督工作人员与被监督单位、个人或者事项存在利害关系的，应当回避。

第二十七条 人力资源社会保障行政部门可以聘请会计师事务所等第三方机构对社会保险基金的收支、管理情况进行审计，聘请专业人员协助开展检查。

被聘请机构和人员不得复制涉及参保个人的明细数据，不得未经授权复制统计数据 and 财务数据，不得将工作中获取、知悉的被监督单位资料或者相关信息用于社会保险基金监督管理以外的其他用途，不得泄露相关个人信息和商业秘密。

第二十八条 人力资源社会保障行政部门应当建立社会保险基金要情报告制度。

地方人力资源社会保障行政部门应当依规、按时、完整、准确向上级人力资源社会保障行政部门报告社会保险基金要情。

社会保险经办机构应当及时向本级人力资源社会保障行政部门报告社会保险基金要情。

本办法所称社会保险基金要情是指贪污挪用、欺诈骗取等侵害社会保险基金的情况。

第五章 法律责任

第二十九条 社会保险经办机构及其工作人员有下列行为之一的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；法律法规另有规定的，从其规定：

- （一）未履行社会保险法定职责的；
- （二）未将社会保险基金存入财政专户的；
- （三）克扣或者拒不按时支付社会保险待遇的；
- （四）丢失或者篡改缴费记录、享受社会保险待遇记录等社会保险数据、个人权益记录的；
- （五）违反社会保险经办内部控制制度的；

(六) 其他违反社会保险法律、法规的行为。

第三十条 社会保险经办机构及其工作人员隐匿、转移、侵占、挪用社会保险基金的，按照《中华人民共和国社会保险法》第九十一条的规定处理。

第三十一条 社会保险服务机构有下列行为之一，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险基金支出的，按照《中华人民共和国社会保险法》第八十七条的规定处理：

(一) 工伤保险协议医疗机构、工伤康复协议机构、工伤保险辅助器具配置协议机构、工伤预防项目实施单位等通过提供虚假证明材料及相关报销票据等手段，骗取工伤保险基金支出的；

(二) 培训机构通过提供虚假培训材料等手段，骗取失业保险培训补贴的；

(三) 其他以欺诈、伪造证明材料等手段骗取社会保险基金支出的行为。

第三十二条 用人单位、个人有下列行为之一，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，按照《中华人民共和国社会保险法》第八十八条的规定处理：

(一) 通过虚构个人信息、劳动关系，使用伪造、变造或者盗用他人可用于证明身份的证件，提供虚假证明材料等手段虚构社会保险参保条件、违规补缴，骗取社会保险待遇的；

(二) 通过虚假待遇资格认证等方式，骗取社会保险待遇的；

(三) 通过伪造或者变造个人档案、劳动能力鉴定结论等手段违规办理退休，违规增加视同缴费年限，骗取基本养老保险待遇的；

(四) 通过谎报工伤事故、伪造或者变造证明材料等进行工伤认定或者劳动能力鉴定，或者提供虚假工伤认定结论、劳动能力鉴定结论，骗取工伤保险待遇的；

(五) 通过伪造或者变造就医资料、票据等，或者冒用工伤人员身份就医、配置辅助器具，骗取工伤保险待遇的；

(六) 其他以欺诈、伪造证明材料等手段骗取社会保险待遇的。

第三十三条 人力资源社会保障行政部门工作人员弄虚作假将不符合条件的人员认定为工伤职工或批准提前退休，给社会保险基金造成损失的，依法给予处分。

从事劳动能力鉴定的组织或者个人提供虚假鉴定意见、诊断证明，给社会保险基金造成损失的，按照《工伤保险条例》第六十一条的规定处理。

第三十四条 被监督单位有下列行为之一的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；拒不改正的，可以通报批评，给予警告；依法对直接负责的主管人员和其他责任人员给予处分：

(一) 拒绝、阻挠社会保险基金行政监督工作人员进行监督的；

(二) 拒绝、拖延提供与监督事项有关资料的；

(三) 隐匿、伪造、变造或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告以及其他与社会保险基金收支、管理有关资料的。

第三十五条 报复陷害社会保险基金行政监督工作人员的，依法给予处分。

第三十六条 人力资源社会保障行政部门、社会保险经办机构违反本办法第二十八条的规定，对发现的社会保险基金要情隐瞒不报、谎报或者拖延不报的，按照有关规定追究相关人员责任。

第三十七条 人力资源社会保障行政部门负责人、社会保险基金行政监督工作人员违反本办法规定或者有

其他滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守行为的，依法给予处分。

第三十八条 人力资源社会保障行政部门、社会保险经办机构、会计师事务所等被聘请的第三方机构及其工作人员泄露、篡改、毁损、非法向他人提供个人信息、商业秘密的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；违反其他法律、行政法规的，由有关主管部门依法处理。

第三十九条 违反本办法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六章 附 则

第四十条 本办法所称的社会保险服务机构，包括工伤保险协议医疗机构、工伤康复协议机构、工伤保险辅助器具配置协议机构、工伤预防项目实施单位、享受失业保险培训补贴的培训机构、承办社会保险经办业务的商业保险机构等。

对乡镇（街道）事务所（中心、站）等承担社会保险经办服务工作的机构的监督，参照对社会保险经办机构监督相关规定执行。

第四十一条 基本养老保险基金委托投资运营监管另行规定。

第四十二条 本办法自2022年3月18日起施行。原劳动和社会保障部《社会保险基金行政监督办法》（劳动和社会保障部令第12号）同时废止。

热点案例

01 月薪8千离职赔偿100万？“宁王”竞业协议纠纷案被曝引争议！

新闻简介（新浪财经）

本月中旬，宁德时代起诉蜂巢能源案件，并且因违反竞业协议，向9名前员工索赔100万元一事，引起网友广泛关注与热议。事件的起源为：2018年至2019年间，九位宁德时代员工在离职后，分别加入无锡天宏和保定亿新，为宁德时代的竞争对手蜂巢能源提供服务。宁德时代认为，无锡天宏和保定亿新均为蜂巢能源的关联方，这九人违反了与其签订的《保密和竞业限制协议》，因此要求他们赔偿违约金100万元。根据裁判文书网上有关宁德时代竞业限制的10个判决案例，这其中不乏月工资仅8000元、工作仅3个月的前员工，最后结果是均需赔偿宁德时代100万元违约金。

点评分析

针对该事件中大家关注的竞业限制协议效力、100万违约金是否过高、竞业限制范围是否滥用等问题进行分析如下：

首先，双方签订的《保密和竞业限制协议》具有法律效力。根据劳动合同法第23条“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”规定，用人单位可以与具有保密义务的劳动者签订相关竞业限制条款，约定竞业限制经济补偿以及违反约定的违约金。

其次，100万元违约金的约定并不违反法律法规。劳动合同法第23条只是规定可以约定违约金，但是并没有像劳动合同法第22条关于专项培训的违约金一样进行限制。即法律法规没有明确规定竞业限制的违约金计算方式、上限等，故本案中，100万元违约金的约定具有合法性。

再次，竞业限制范围的约定没有明显的滥用。根据劳动合同法第24条“……竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。”规定，法律授权用人单位可以与劳动者就竞业限制的范围、地域、期限（2年内）等进行约定，实践中，评判是否存在滥用竞业限制范围，主要看限制的就业对象是否与原单位具有竞争关系，如果有竞争关系，则不属于滥用。从裁判文书网公开的判决书中可以看出，相关限制的对象主要集中在新能源类型企业、电池行业、电动车行业等，均与原单位具有竞争关系，故竞业限制的范围约定有效，没有明显的滥用。

最后，提醒劳动者，在入职签订相关协议时，应着重看是否包含竞业限制协议或条款。如果有，则应该着重阅读竞业限制的范围、时间、经济补偿以及违约金。如果认为过高，可以与公司进行协商，一旦签订后，则应严格按照竞业限制协议约定履行，避免违约后承担高额违约金。

02 让员工加班，去哪儿网被处罚！

新闻简介（中国经营报）



近日，去哪儿网关联公司北京趣拿信息技术有限公司新增一则行政处罚，处罚事由为该单位违反《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定，延长劳动者工作时间，处罚结果为对该单位给予警告，并处3250元罚款，处罚单位为北京市海淀区人力资源和社会保障局。

2月21日，针对近日去哪儿网让员工加班被处以罚款一事，对此，去哪儿网官方发表回应称已第一时间进行了整改。去哪儿网称，因疫情在征得员工同意的情形下安排了长假期间加班，以保障疫情期间尽快响应消费者诉求。虽已支付了加班费并安排了换休假缓解，但确实违反了加班限制性时间规定。

点评分析



首先，根据劳动法第四十一条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。即法律规定了可以加班，但是对于每天和每周加班时间的上限有明确规定，而去哪儿网让员工加班时长超过法律的限制性规定，即使如哪儿网回复已经征得员工同意，但是仍然不符合法律规定，故北京市海淀区人力资源和社会保障局对其进行行政处罚具有合法性。

其次，虽然去哪儿网本次被罚金额仅为3250元，网友普遍认为过低，但是也起到了一定的警示作用。近年来，因让员工超时加班被罚的公司去哪儿网并不是第一家，据媒体报道，西门子南京公司，也曾因员工超时加班被罚1.29万元。近年来加班文化屡禁不止，多次出现了员工因加班猝死的事件，因此超时加班引发社会的高度关注，越来越多的人强烈抵制“加班文化”。2021年8月25日，人社部和最高院联合发布了第二批劳动人事争议典型案例，共十件，全部为加班相关案例。同时，在全国范围内，人事行政主管部门开展整治超时加班专项行动，有效制止“加班文化”现象，保障劳动者合法权益。受此影响，自去年以来，不少公司开始调整上班制度。如字节跳动、快手、vivo等互联网大厂均宣布取消996、大小周制度。

最后，建议企业在日常运营过程中，按照《国务院关于职工工作时间的规定》执行工作时间，切实保障劳动者合法休息权益。如果因工作需要，确实需要加班的，应与工会协商并经员工本人同意，可以在法律范围内适当安排加班，但是不得超过法律规定的上限，并及时安排劳动者补休或支付加班费。对于劳动者，如果面临超时加班，可以向工会、劳动监察等部门反映其合法诉求，必要时，可以依据劳动法、劳动合同法的相关规定依法维护其合法权益。



03 离职证明上有“差评”，员工急了！

新闻简介（城市生活汇）



2020年5月，王先生扬州某机床公司，后逐步成为该公司一名高管。2021年9月，受疫情影响，公司需要发展新的供货商，在老板指定下，王先生与湖州一家企业建立联系，签订合同并付了订金。后来，这家供货商始终没能如期供货。虽然追回了订金，但公司认为王先生做事不力，应该负责。2022年1月6日，公司突然将王先生辞退。因公司拖欠王先生年终奖等25万元未支付，王先生在协商无果情况下提起劳动仲裁。

近日，王先生找到一份新工作，需要开具离职证明，没想到，去“老东家”办理，公司竟然在离职证明上打了“差评”，注明“在工作中给本公司造成重大损失”，导致王先生无法入职新公司受到严重影响，经与公司交涉，需要王先生撤销劳动仲裁。无奈之下，王先生求助于媒体！

点评分析



首先，公司未按时出具离职证明不合法。根据《劳动合同法》第五十条第一款“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明……”规定，用人单位应当在劳动者离职时向其出具离职证明，而本案中，在王先生入职新单位需要原单位出具的离职证明时，原用人单位才出具，违反了离职即出具的及时义务，故不具有合法性。

其次，公司在离职证明中“夹带”私货给予“差评”不合法。根据《劳动合同法实施条例》第二十四条“用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明，应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。”规定，用人单位出具离职证明有明确要求，不得随意“夹带”私货。实践中，因劳动者办理失业登记和领取失业保险金的需要，用人单位在出具的离职证明，还应注明离职种类，即是用人单位解除还是劳动者解除。但是，实践中，经常有部分用人单位在离职证明中“夹带”私货，加入对劳动者工作期间的个人评价，如“工作能力不行”“三观不正”等，企图达成使劳动者妥协的目的，严重侵犯了劳动者平等就业权利。

最后，离职证明的立法本意是为了证明劳动关系终结，建议用人单位在员工离职时，按规定及时出具符合要求的离职证明，不得以“夹带”私货的方式出具各种离职证明。对于劳动者，如果遇到此类离职证明，可以要求用人单位重新出具符合要求的离职证明，如果用人单位拒不出具，或出具的离职证明不符合要求导致就业受到影响的，可以向劳动监察进行投诉，必要时可以提起劳动仲裁，主张损失赔偿。



外卖小哥“被个体化”，是真创新模式还是真逃避责任？

（“2021年度中国社会法十大影响力事例”）

（一）案例简介（转自浙江天平）



2018年10月4日晚上，小蒙在驾驶电动自行车配送外卖的过程中被一辆货车撞倒，受伤的小蒙理所当然地认为自己受的是“工伤”，可以向用人单位索赔。然而，后面发生的事情远远超过了小蒙的预期。

小蒙面对的最大问题是小蒙究竟有没有“单位”？毕竟，他没有和任何公司签订过书面劳动合同。再看看银行账户流水，发工资的是个人账户，而且这个人小蒙还不认识，陷入迷雾的他回忆起自己的就业过程。

原来，小蒙是在幸福路步行街外卖骑手的送餐箱上看到一家叫云霆公司的招聘信息，面试通过后正式上岗的。他每天先到位于步行街的站点开会，之后等待平台或人工派单，日常工作服与餐箱均由云霆公司提供，上面印有“美团专送”字样。电瓶车得自己买，车上需按照云霆公司要求，贴好“美团专送”的标志和编号，而且云霆公司还给小蒙买了雇主责任保险……

想到这里，小蒙觉得云霆公司应该是自己的用人单位。2019年5月5日，小蒙向劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，在仲裁委作出确认小蒙与云霆公司之间自2018年3月1日起存在事实劳动关系的仲裁裁决后，云霆公司不服向法院提起诉讼，后不服一审判决结果提起上诉。

2020年5月11日，苏州劳动法庭依法公开开庭审理该案。诉讼中，云霆公司称其是美团外卖的配送服务商，小蒙所说的站点就是由其经营的。但是，根据云霆公司与好活（昆山）网络科技有限公司签订的“好活”平台服务协议，云霆公司是“发活方”，小蒙注册成立的个体工商户才是“接活方”，云霆公司与小蒙之间并不存在直接关联。因小蒙已经注册成立了个体工商户，个体工商户肯定不是劳动法意义上的劳动者，云霆公司与小蒙注册成立的个体工商户之间只是两个用工主体之间的一种合作关系。

（二）裁判结果



法院经审理认为，劳动关系的确认应综合双方提供的证据，从双方之间是否符合劳动关系的法律特征从而进行判断。

首先，根据本案中云霆公司提交的其与平台公司签订的协议，可以证明云霆公司与平台公司就幸福路步行街站点的配送业务达成协议，由云霆公司使用平台外卖品牌，而小蒙系在该站点从事外卖配送工作，故其提供的劳动属云霆公司经营业务范围；其次，为小蒙发放过工资的个人与云霆公司存在一定关联关系，云霆公司也为小蒙交纳了雇主责任保险；再次，小蒙提供的平台骑手APP中的相关内容可以反映云霆公司对其进行考勤、派单等管理，因此云霆公司与小蒙之间的关系符合劳动关系的法律特征，应

当认定双方之间存在劳动关系；最后，云霆公司主张小蒙已成立个体工商户，故不应认定双方之间存在劳动关系，但云霆公司未提供证据证明该个体工商户与其签订的《项目转包协议》已实际履行，且该个体工商户的成立时间为2018年10月10日，系在小蒙发生交通事故受伤之后，也不影响小蒙受伤时双方劳动关系的认定。

最终，苏州劳动法庭对这起确认劳动关系纠纷案作出了“驳回上诉，维持原判”的终审判决，认定云霆公司与小蒙之间自2018年3月1日起存在劳动关系。

（三）案例评析



确认劳动关系纠纷可以说是最常见的劳动争议纠纷类型。所以在刚拿到小蒙这个案件的时候，办了多年劳动争议案件的我还没有意识到自己即将见识平台经济大背景下又一新型用工模式的诞生，而且这种模式还将使劳动关系的确认陷入法律上的困境。

外卖，改变了传统“一手交钱、一手交货”的交易模式，客户足不出户就可以享受便利的背后，是无数外卖小哥们风雨无阻的劳苦奔波。然而，外卖行业由于体量大、范围广、从业人员多，各大APP平台、配送公司、劳务外包公司之间的关系并不清晰，往往会出现配套合作、服务外包、劳务派遣等情况。互联网、大数据等新技术的发展对“快递小哥”“外卖骑手”等新职业劳动关系的认定同样带来极大挑战，进而导致此类群体的劳动权益难以得到法律上的保障。

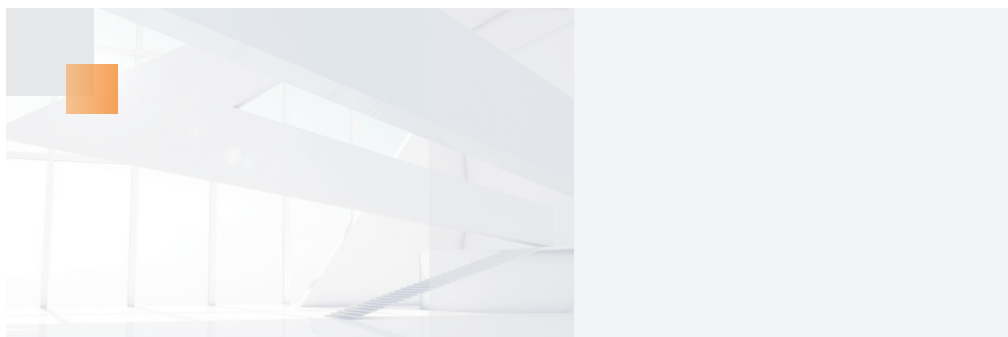
在我之前碰到的外卖小哥确认劳动关系案件中，争议焦点往往是：外卖小哥到底和哪家公司存在劳动关系。因为平台通常采用分包或层层转包的模式将这些经营业务分配出去，甚至出现外卖小哥在某平台接单，给他发工资的是A公司，给他买保险的是B公司，平时管理他的站点又是C公司在运营，导致多家公司都和外卖小哥存在用工牵连。根据传统的劳动关系理论，从人身依附性和经济附属性的角度进行审查，一般能够对外卖小哥与公司是否存在劳动关系作出综合判断。

但是，本案中的情况却并非如此。这种新的用工模式来了一招“釜底抽薪”，把外卖小哥注册成了个体工商户，个体工商户是经营主体，不再是自然人，便直接丧失了法律所规定的劳动者的主体资格，讨论劳动关系的问题似乎已不再有意义了。

我陷入了纠结当中，因为从小蒙提供的证据来看，他虽然在全市范围内进行送餐工作，看似工作时间、地点灵活不固定，但从他每天都要开早会、去集中的网点、穿统一的工作服、在外卖APP上打卡等诸多环节中，都能看出云霆公司对他的用工管理与传统劳动关系别无二致。难道仅仅因为注册了个体工商户就不能认定劳动关系了？那小蒙的劳动权益又怎么保障呢？我仔细观看了小蒙注册个体工商户的相关材料，发现个体工商户的登记手续中并没有小蒙的签字确认，通过询问小蒙，也发现他在使用“好活”平台时根本不知道自己在干什么，完全是依据云霆公司要求，按照“好活”APP引导，通过签订大量电子格式合同，注册成为了个体工商户，就这样在糊里糊涂的情况下丧失了劳动者的主体资格。

据小蒙陈述，他在注册时喊的口号“用‘好活’，好生活，我是小蒙，来自甘肃，我为‘双创’点赞”，是云霆公司给他们外卖员统一注册“好活”APP发工资时让他们说的一句话，他根本不知道是什么意思。

在了解了小蒙注册成为个体工商户的细节后，我作出了判断，这并非小蒙有意开办个体工商户自主经营，而完全是用人单位利用虚拟软件平台，在劳动者不清楚法律后果的情况下，引导骑手通过签订电子格式合同的方式注册成为个体工商户，以建立所谓平等主体之间合作关系的形式来规避用人单位责任。





我意识到，对待这个案件必须要“刺破面纱”，不能仅以主体资格为由就否定双方之间存在劳动关系。从小蒙提供的证据来看，云霆公司对他实施考勤、派单等管理行为，他与云霆公司之间实际上具有紧密的人身和财产依附性，两者并非平等主体之间的合作关系，而是符合劳动关系从属性的本质特征。加之，小蒙注册成为个体工商户的时间也晚于送餐过程中发生交通事故的时间，也就是说并非云霆公司与个体工商户之间所谓“合同”的实际履行结果。所以本案经过合议庭讨论，依法认定小蒙与云霆公司之间存在事实劳动关系。

目前，我国平台经济发展正处在关键时期，极具灵活性的网络平台用工的兴起对传统劳动关系认定理论带来巨大挑战。今后可能还会有越来越多新的用工模式出现，确认劳动关系案件的案情会千变万化，审理案件的难度也会越来越大。作为法官，我们要做的就是促进平台经济规范健康发展，维护新业态劳动者合法劳动权益。

（四）专家点评



【林嘉，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学劳动法和社会保障法研究所所长】

本案之所以受到关注，是由于目前的平台用工具有复杂性，法律关系主体日趋多样化，一些互联网企业为了规避或淡化劳动关系，将用工关系进行多重分化，一个劳动者可能与多个公司有关联但又找不到确定的用工主体，或者劳动者“被注册”成为个体工商户自担风险和责任。对于这类情形，当法律并无明确规定时，司法机关作出的判决就具有重要的指引作用。劳动关系的认定，当存在事实与合意有差异时，应坚持事实优先原则，即无论其合同如何订立，都应当就用工的事实作出实质判断。

在本案审理中，对于公司提出劳动者已注册为个体工商户的抗辩，法院没有支持，而是遵循了事实优先原则，通过劳动者提供的证据认定该公司对劳动者进行考勤、派单等管理，双方之间的关系符合劳动关系的法律特征，最后确认双方存在劳动关系。

本案的判决，对于规范纷繁复杂的互联网平台用工，保护劳动者的合法权益是一个很好的司法指引。

经典判决



案件要旨

“包工头”的劳动法地位是社会广泛关注的重要热点问题，但长期以来一直没有得到很好的解决。本案通过最高人民法院的再审判决，确立了“包工头”作为社会主义建设者、劳动者应有的法律地位，赋予了“包工头”同等享有工伤保险待遇的权利，对于贯彻宪法、民法典和劳动法平等保护全体劳动者的价值取向，彰显中国特色社会主义劳动法律制度的优越性，具有重要意义。达到了以小案件的司法裁判推动法治进程的目标。本案综合运用文义解释、体系解释、目的解释等多种解释方法，创造性地解释了人力资源和社会保障部、最高人民法院相关规定，明确将“包工头”纳入工伤保险对象范围，符合工伤保险制度以及国家扩展建筑企业工伤保险参保覆盖面总体要求，亦符合建筑工程领域工伤保险制度发展方向，实现了对劳动者的倾斜保护，有利于促进建筑行业劳动法律关系健康发展。本案判决，也将为新时期灵活用工模式人员（如外卖骑手、网约车司机等）参加社会保险提供案例指引，为实现劳动者“应保尽保”发挥参考借鉴作用。

某某、广东省英德市人民政府再审行政判决书

案件来源：最高人民法院与中央广播电视总台共同主办的“新时代推动法治进程2021年度十大提名案件”

审理法院：最高人民法院

案 号：（2021）最高法行再1号

案 由：行政复议

再审申请人（一审原告、二审上诉人）刘某某。

委托诉讼代理人陆某某。

委托诉讼代理人梁某某，广东某某律师事务所律师。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）广东省英德市人民政府。住所地：广东省英德市。

法定代表人肖某某，市长。

委托诉讼代理人冯某某，该市司法局工作人员。

委托诉讼代理人朱某某，该市司法局工作人员。

原审第三人茂名市某某建安集团有限公司。住所地：广东省茂名市。

法定代表人梁某某，总经理。

委托诉讼代理人刘某某，广东某某律师事务所律师。

原审第三人广东省英德市人力资源和社会保障局。住所地：广东省英德市。

法定代表人陈某某，局长。

委托诉讼代理人张某某，该局工作人员。

委托诉讼代理人冯某某，该局工作人员。

再审申请人某某因诉被申请人广东省英德市人民政府（以下简称英德市政府）及原审第三人茂名市某某建安集团有限公司（以下简称建安公司）、广东省英德市人力资源和社会保障局（以下简称英德市人社局）行政复议一案，不服广东省高级人民法院（2019）粤行终390号行政判决，向本院申请再审。本院于2020年11月9日作出（2020）最高法行申5851号行政裁定提审本案。提审后，本院依法组成合议庭进行了审理。现已审理终结。

广东省清远市中级人民法院一审判决查明，2016年3月31日，朱某某与建安公司签订《广东省建设工程标准施工合同》。同年8月7日，朱某某又与梁某某签订《建筑工程承包合同》。两份合同所指向的建筑工程为同一工程，即朱某某商住楼，梁某某为实际施工人。梁某某之妻某某在一审庭审中称相关工程量由梁某某与朱某某结算，结算款由朱某某打给梁某某。2017年6月9日，梁某某在工地旁边的出租屋内等待英德市住建局的工作人员前来检查施工情况时猝死。2017年7月25日，某某以建安公司为用人单位向英德市人社局递交《工伤认定申请表》，请求进行工伤认定。英德市人社局受理后进行了调查取证，并于2017年9月25日作出英人社工认〔2017〕194号《关于梁某某视同工亡认定决定书》（以下简称《视同工亡认定书》），认定梁某某是在工作时间和工作岗位，突发疾病在四十八小时之内经抢救无效死亡，据此认定梁某某死亡属视同因工死亡。建安公司不服，于2018年1月15日向英德市政府申请行政复议。英德市政府于2018年3月12日作出英府复决〔2018〕2号《英德市人民政府行政复议决定书》（以下简称《行政复议决定书》），以英德市人社局作出的《视同工亡认定书》认定事实不清，证据不足，适用依据错误，程序违法为由，予以撤销。某某不服，遂提起本案行政诉讼。另查明，英德市人社局作出的《视同工亡认定书》中将用人单位写为“茂名市某某建安集团公司英德市公司（以下简称建安公司英德市公司）”，后作出更正说明，将用人单位更正为“茂名市某某建安集团有限公司”，即第三人建安公司。

广东省清远市中级人民法院一审判决认为，本案审查的是英德市政府作出的《行政复议决定书》是否合法。关于实行承包经营工伤责任的认定问题，梁某某与建安公司之间未签订任何相关合同或协议，没有证据证明建安公司与梁某某之间存在分包、管理与聘用的事实。梁某某作为实际施工人、“包工头”，在出租屋内死亡，应与其他受聘用劳动者在工伤认定中区分开来。英德市政府认为梁某某不应认定其视同因工死亡的理据充分。英德市政府作出的《行政复议决定书》认定事实清楚，适用法律正确，程序合法。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决驳回某某的诉讼请求。

广东省高级人民法院二审判决查明的事实与一审判决查明的事实一致。

广东省高级人民法院二审判决认为，本案争议焦点是英德市政府作出的《行政复议决定书》是否合法。关于建安公司是否应当承担梁某某的工伤保险责任。本案证据均不能证明建安公司与梁某某之间存在工程转包、分包的事实，亦不能证明梁某某与建安公司存在劳动关系。英德市人社局受理某某的工伤认定申请后，在未对建安公司与梁某某是否存在工程转包、分包事实进行调查核实的情况下，直接认定梁某某是建安公司承建的朱某某商住楼工地的“包工头”，作出《视同工亡认定书》，缺乏证据支持。此外，具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的自然人，具备用工主体资格的承包单位承担工伤保险责任的范围是，该自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡，而本案中梁某某作为朱某某商住楼的实际施工人，显然不属于享受工伤保险待遇的劳动者的范畴。被诉行政复议决定以英德市人社局作出的《视同工亡认定书》认定事实不清、证据不足，适用依据错误为由予以撤销，理据充分。关于《行政复议决定书》中提出应先通过劳动争议仲裁确认劳动关系后方可申请工伤认定的错误观点，予以指出。英德市人社局作出的《视同工亡认定书》认定承担梁某某工伤保险责任的主体是建安公司英德市公司，后英德市人社局发现该认定错误，遂作出《关于梁某某视同工亡认定决定书更正说明》，以补正的形式更正承担工伤责任的主体，剥夺了建安公司在工伤认定程序中依法享有的陈述、申辩的权利，属于程序违法。虽然《行政复议决定书》未能查明该程序违法，但对撤销英德市人社局作出的《视同工亡认定书》没有实质影响。综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

再审申请人某某不服二审判决，向本院申请再审称：（一）朱某某是案涉工程项目发包人，建安公司是承包人，梁某某是建安公司承建朱某某商住楼的施工管理者，原审法院认定梁某某为实际承包人错误。（二）英德市人社局受理申请后，到英德市住建部门调取了朱某某与建安公司签订的施工合同、报建登记表等资料，到施工现场调查拍摄了照片，足以证明朱某某商住楼的承建单位是建安公司。（三）英德市人社局进行工伤认定时，派员到现场进行了勘查、询问了证人，并收集了证据材料，程序合法，原审认定英德市人社局工伤认定存在程序错误，于法无据。综上，建安公司应承担工伤保险责任，请求撤销一、二审判决，撤销英德市政府作出的《行政复议决定书》，维持英德市人社局作出的

《视同工亡认定书》。

被申请人英德市政府答辩称：（一）工伤认定程序中存在劳动关系争议的应当先申请劳动争议仲裁。（二）本案没有直接、充分的证据证明梁某某是建安公司职工或者建安公司将工程业务发包给梁某某承包。（三）本案是梁某某本人而不是其招用的劳动者死亡，因此，无论梁某某是“包工头”还是实际施工人，均不适用《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条的规定。综上，本案不应由建安公司承担工伤保险责任，英德市政府行政复议程序合法，适用法律准确，复议结论正确，请求驳回某某的再审申请。

原审第三人建安公司陈述意见称：（一）梁某某是案涉工程项目的实际施工人（即“包工头”），与建安公司之间不存在劳动关系，也不存在违法转包、分包关系或工程内部承包关系。“包工头”不属于享受工伤保险待遇的劳动者范畴。（二）英德市人社局工伤认定程序违法，剥夺了建安公司的陈述、申辩权利。综上，请求驳回某某的再审申请。

原审第三人英德市人社局陈述意见称：（一）梁某某是在工作时间和工作岗位，突发疾病四十八小时之内经抢救无效死亡，符合视同工亡的情形。（二）案涉工程项目的承建单位为建安公司，应由其承担工伤保险责任。

本院经再审查明，2016年3月31日，案外人朱某某与建安公司签订《广东省建设工程标准施工合同》，发包人为朱某某，承包人为建安公司，工程名称为朱某某商住楼。尔后，朱某某与建安公司签订《施工合同补充协议》约定，乙方建安公司设立工人工资支付专用账户，户名为陆海峰，约定工程款中的工资款经此账户拨付给乙方，按工程进度每月拨付工人工资。随后，朱某某商住楼工程以建安公司为施工单位申请办理工程报建手续，英德市住房和城乡建设局于7月13日在《英德市建设工程报建登记表》签章同意；同日报发的《建筑工程施工许可证》《工程建设安全受监证》亦载明施工单位是建安公司。同年8月7日，朱某某又与梁某某就同一工程签订《建筑工程承包合同》，发包人为朱某某，承包人为梁某某。案涉工程由梁某某组织工人施工，陆海峰亦在现场参与管理。施工现场大门、施工标志牌等多处设施的醒目位置，均标注该工程的承建单位为建安公司。

2017年6月9日，梁某某与陆海峰接到英德市住建部门的检查通知，二人与工地其他人员在出租屋内等待检查。该出租屋系梁某某承租，作为工地开会布置工作和发放工资的场所。当日15时许，梁某某被发现躺在出租屋内；英德市中医院出具的《居民死亡医学证明（推断）书》载明其死亡原因为猝死。

梁某某妻子某某于同年7月25日向英德市人社局递交《工伤认定申请表》，以梁某某为建安公司职工，且在工作时间、工作岗位死亡为由申请工伤认定。9月25日，英德市人社局作出英人社工认〔2017〕194号《视同工亡认定书》，认定梁某某是在工作时间和工作岗位，突发疾病在四十八小时之内经抢救无效死亡，据此，认定梁某某死亡属视同因工死亡。因英德市人社局作出的《视同工亡认定书》中将用人单位写为“茂名市某某建安集团公司英德市公司”，在建安公司英德市公司提出复议申请后，英德市人社局作出更正说明，将用人单位更正为“茂名市某某建安集团有限公司”。

另查明，建安公司为朱某某商住楼工程项目向中华联合财产保险股份有限公司广东分公司投保了建筑工程施工人员团体人身意外伤害保险，保险单载明被保险人30人，未附人员名单。



本案各方当事人对于案涉工程由建安公司、梁某某分别与朱某某签订两份施工合同，由梁某某实际组织工人施工，梁某某在等候住建部门检查施工情况时突发疾病死亡等事实均无争议。分歧主要在于建安公司是否应当对梁某某死亡承担工伤保险责任。具体而言，本案的争议焦点为：（一）建安公司应否作为承担工伤保险责任的单位；（二）建安公司应否承担梁某某的工伤保险责任；（三）英德市人社局工伤认定程序是否合法。结合当事人的诉辩意见，本院对争议焦点分别认定如下：

（一）建安公司应否作为承担工伤保险责任的单位

《中华人民共和国建筑法》第二十六条规定：“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”同时，《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十四条规定：“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和生活经验，进行全面、客观和公正地分析判断，确定证据材料与案件事实之间的证明关系，排除不具有关联性的证据材料，准确认定案件事实。”

本案中，《广东省建设工程标准施工合同》、案涉工程项目报建资料、施工许可证和现场照片均能证明朱某某商住楼的承建单位为建安公司；以施工人员为被保险人的建筑工程人身意外团体险，投保人也是建安公司；在建安公司与朱某某签订的补充协议中，还指定陆海峰账户为工人工资账户；而根据在案的证人证言和对陆海峰的询问笔录，陆海峰实际参与了项目的施工管理，且事发当天与梁某某一同在工地等候住建部门检查。上述证据已经能够证实，建安公司实际以承建单位名义办理了工程报建和施工许可手续，并在一定程度上参与施工管理。建安公司知道、应当知道朱某某又与梁某某另行签订施工合同，既未提出异议或者主张解除之前的施工合同，反而配合梁某某以建安公司名义施工，委派工作人员参与现场施工管理并约定经手工人工资。建安公司在2017年8月11日的答辩状中虽不承认其与梁某某之间存在劳动关系，但也认可梁某某与其是挂靠关系，是实际施工人。而无论挂靠关系、借用资质关系还是违法转包关系，建安公司仅以梁某某与朱某某另行签

订施工承包合同为由，主张其与梁某某之间不存在任何法律关系，与在案证据证明的事实明显不符，也违反《中华人民共和国建筑法》相关规定。

综上，建安公司与朱某某签订建设工程施工合同后，作为具备用工主体资格的承包单位，既然享有承包单位的权利，也应当履行承包单位的义务。建安公司允许梁某某利用其资质并挂靠施工，理应当承担被挂靠单位的相应责任。在工伤保险责任承担方面，建安公司与梁某某之间虽未直接签订转包合同，但其允许梁某某利用其资质并挂靠施工，可以视为两者间已经形成事实上的转包关系，建安公司可以作为承担工伤保险责任的单位。而且，就朱某某、建安公司、梁某某三者之间形成的施工法律关系而言，由建安公司作为承担工伤保险责任的单位，符合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）第四条、《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七点规定以及最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第一款第四项、第五项规定的立法精神，亦在上述规定的扩张解释边界之内。

（二）建安公司应否承担梁某某的工伤保险责任

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）第四条规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七点规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”《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》第三条第一款规定：“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：……（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。”

本案中，英德市政府和建安公司认为，即使建安公司与梁某某之间存在项目转包或者挂靠关系，但相关法律规范仅规定“包工头”招用的劳动者或者“包工头”聘用的职工因工伤亡的，建安公司才可能承担工伤保险责任；梁某某作为“包工头”，而非其“招用的劳动者”或“聘用的职工”，其因工伤亡不应由建安公司承担工伤保险责任。本院认为，对法律规范的解释，应当结合具体案情，综合运用文义解释、体系解释、目的解释等多种解释方法。

首先，建设工程领域具备用工主体资格的承包单位承担其违法转包、分包项目上因工伤亡职工的工伤保险责任，并不以存在法律上劳动关系或事实上劳动关系为前提条件。根据《人力资源和社会保障部关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》（人社部发〔2013〕34号）第七点等规定，认定工伤保险责任或用工主体责任，已经不以存在法律上劳动关系为必要条件。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》（法释[2014]9号）第三条规定，能否进行工伤认定和是否存在劳动关系，并不存在绝对的对应关系。从前述规定来看，为保障建筑行业中不具备用工主体资格的组织或自然人聘用的职工因工伤亡后的工伤保险待遇，加强对劳动者的倾斜保护和违法转包、分包单位的惩戒，现行工伤保险制度确立了因工伤亡职工与违法转包、分包的承包单位之间推定形成拟制劳动关系的规则，即直接将违法转包、分包的承包单位视为用工主体，并由其承担工伤保险责任。

其次，将“包工头”纳入工伤保险范围，符合建筑工程领域工伤保险发展方向。《国务院办公厅关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国办发〔2017〕19号）强调要“建立健全与建筑业相适应的社会保险参保缴费方式，大力推进建筑施工单位参加工伤保险”，明确了做好建筑行业工程建设项目农民工职业伤害保障工作的政策方向和制度安排。《人力资源社会保障部办公厅关于进一步做好建筑业工伤保险工作的通知》（人社厅函〔2017〕53号）等规范性文件还要求，完善符合建筑业特点的工伤保险参保政策，大力扩展建筑企业工

工伤保险参保覆盖面，推广采用按建设项目参加工伤保险制度。即针对建筑行业的特点，建筑施工企业对相对固定的职工，应按用人单位参加工伤保险；对不能按用人单位参保、建筑项目使用的建筑业职工特别是农民工，按项目参加工伤保险。因此，为包括“包工头”在内的所有劳动者按项目参加工伤保险，扩展建筑企业工伤保险参保覆盖面，符合建筑工程领域工伤保险制度的发展方向。

再次，将“包工头”纳入工伤保险对象范围，符合“应保尽保”的工伤保险制度立法目的。考察《工伤保险条例》相关规定，工伤保险制度目的在于保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。《工伤保险条例》第二条规定：“中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户应当依照本条例规定参加工伤保险，为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织的职工和个体工商户的雇工，均有依照本条例的规定享受工伤保险待遇的权利。”显然，该条强调的“本单位全部职工或者雇工”，并未排除个体工商户、“包工头”等特殊用工主体自身也应当参加工伤保险。易言之，无论是从工伤保险制度的建立本意，还是从工伤保险法规的具体规定，均没有也不宜将“包工头”排除在工伤保险范围之外。“包工头”作为劳动者，处于违法转包、分包利益链条的最末端，参与并承担着施工现场的具体管理工作，有的还直接参与具体施工；其同样可能在工作时间、工作地点因工作原因而伤亡的情形。“包工头”因工伤亡，与其聘用的施工人员因工伤亡，就工伤保险制度和工伤保险责任而言，并不存在本质区别。如人为限缩《工伤保险条例》的适用范围，不将“包工

头”纳入工伤保险范围，将形成实质上的不平等；而将“包工头”等特殊主体纳入工伤保险范围，则有利于实现对全体劳动者的倾斜保护，彰显社会主义工伤保险制度的优越性。

最后，“包工头”违法承揽工程的法律责任，与其参加社会保险的权利之间并不冲突。《中华人民共和国社会保险法》第一条规定：“为了规范社会保险关系，维护公民参加社会保险和享受社会保险待遇的合法权益，使公民共享发展成果，促进社会和谐稳定，根据宪法，制定本法。”第三十三条规定：“职工应当参加工伤保险，由用人单位缴纳工伤保险费，职工不缴纳工伤保险费。”工伤保险作为社会保险制度的一个重要组成部分，由国家通过立法强制实施，是国家对职工履行的社会责任，也是职工应该享受的基本权利。不能因为“包工头”违法承揽工程违反建筑领域法律规范，而否定其享受社会保险的权利。承包单位以自己的名义和资质承包建设项目，又由不具备资质条件的主体实际施工，从违法转包、分包或者挂靠中获取利益，由其承担相应的工伤保险责任，符合公平正义理念。当然，承包单位依法承担工伤保险责任后，在符合法律规定的情况下，可以依法另行要求相应责任主体承担相应的责任。

总之，将“包工头”纳入工伤保险范围，并在其因工伤亡时保障其享受工伤保险待遇的权利，由具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任，符合工伤保险制度的建立初衷，也符合《工伤保险条例》及相关规范性文件的立法目的。英德市人社局认定梁某某在工作时间和工作岗位突发疾病死亡，应由建安公司承担工伤保险责任，具有事实和法律依据，本院予以支持。

（三）英德市人社局工伤认定程序是否合法

英德市人社局依法受理工伤申请后，向建安公司发



出英人社工举〔2017〕23号《工伤认定举证通知书》，要求其在规定期限内举证。建安公司也向英德市人社局提交了书面答辩意见，故不存在未听取建安公司意见的情形。虽然英德市人社局在《视同工亡认定书》中误将责任主体表述为建安公司英德市公司，但事后已经更正为建安公司，且此也未影响建安公司行使其陈述、申辩权利。英德市人社局还依照法定程序派员到施工现场进行现场勘查、询问了证人，并收集了相关证据材料，符合法定程序。此外，劳动行政部门在工伤认定程序中，具有认定受到伤害的职工与企业之间是否存在劳动关系的职权，英德市政府关于工伤认定程序中存在劳动关系争议的应当先申请劳动争议仲裁的观点错误，对此原一、二审判决已作充分阐释，本院予以认可，不再赘述。需要指出的是，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十六条第二款规定，经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。原审法院为全面查清案件事实，将英德市人社局列为第三人参加诉讼，亦无不妥。

综上，本院认为，英德市人社局作出《视同工亡认定书》，符合法律规定。英德市政府作出《行政复议决定书》，决定撤销英德市人社局《视同工亡认定书》，属于认定事实不清，适用法律错误，应予撤销。原一、二审判决分别驳回某某的诉讼请求和上诉，应予纠正。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第二项、第八十九条第一款第二项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第八十九条、第一百一十九条第一款、第一百二十二条的规定，判决如下：

- 一、撤销广东省高级人民法院（2019）粤行终390号行政判决；
- 二、撤销广东省清远市中级人民法院（2018）粤18行初42号行政判决；
- 三、撤销广东省英德市人民政府作出的英府复决〔2018〕2号《行政复议决定书》；

四、恢复广东省英德市人力资源和社会保障局作出的英人社工认〔2017〕194号《关于梁某某视同工亡认定决定书》的效力。

- 一、二审案件受理费共计100元，由广东省英德市人民政府负担。

本判决为终审判决。

审判长 耿宝建

审判员 宋楚潇

审判员 刘艾涛

二〇二一年四月二十七日

法官助理 何 媛

书记员 张燕清



本刊主编



梁辉律师

四川恒和信律师事务所劳动法律部副部长

多家上市公司劳动人事专项法律导师，为超2000家企业提供劳动人事法律培训。



邱鑫锐律师

毕业于西南大学法学院，深度了解劳动人事、民商事诉讼、建设工程合同纠纷、民间借贷纠纷等多个领域。

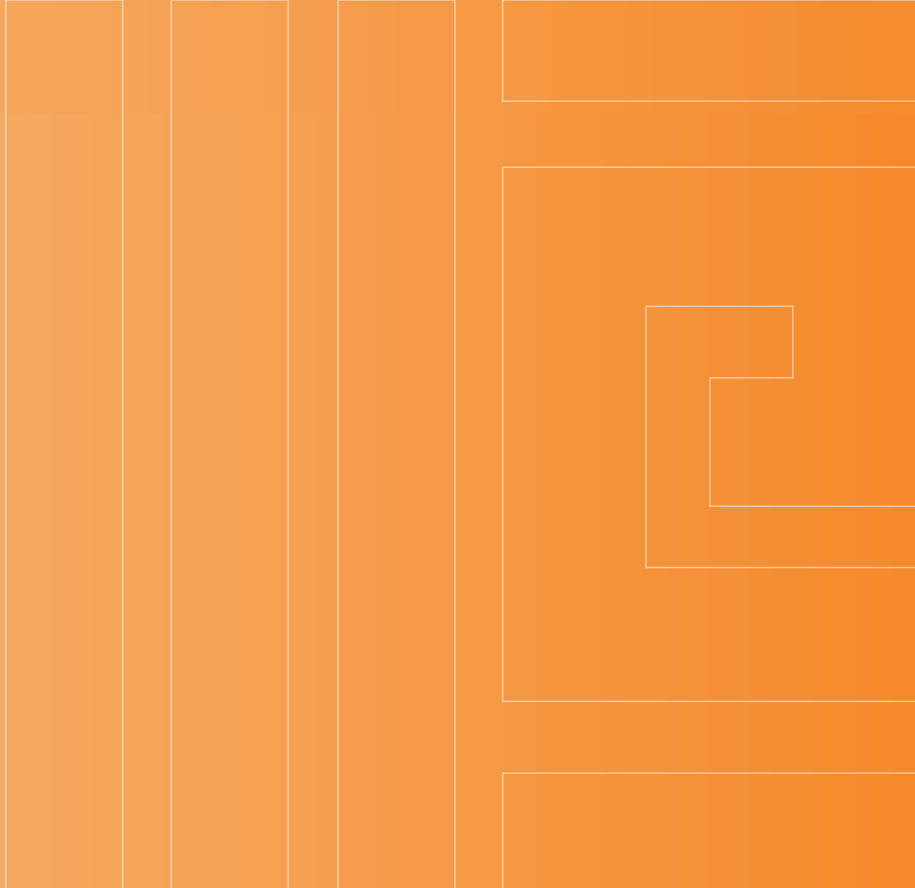


闵太全律师

闵太全律师本科毕业于安徽财经大学，目前在四川大学攻读法律硕士。曾就职上海某外企法务部门，2017年从公证处转行从事律师职业至今，在非诉法律服务、公司法律服务、民商事诉讼等领域具有丰富实务经验。



恒和信公众号



◎ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐、闵太全

 恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM