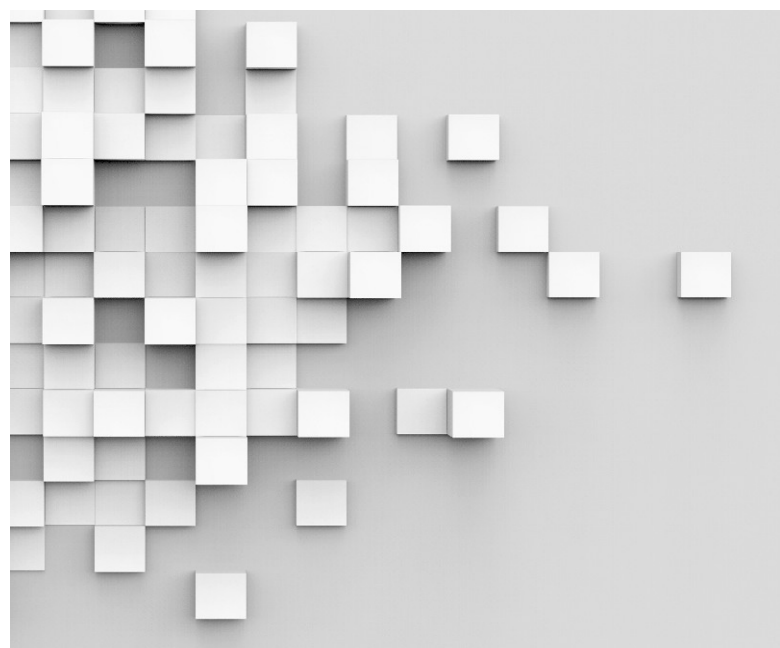


2022年 08期 (总27期) 月刊

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 **15**

专题探讨 **18**

经典判决 **22**



01

关于恒和信

四川恒和信律师事务所成立于2001年，系一家大型综合性律师事务所。2019年，经四川省司法厅批准，变更为“特殊的普通合伙”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。恒和信秉承“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。事务所拥有律师及工作人员300余名。20余名律师具有在美国、欧洲留学经历，30余名律师具有注册会计师资格、注册税务师资格、土地评估师、注册房地产估价师、专利商标代理人等专业职业资格。

四川恒和信律师事务所20余次荣获全国、省、市优秀律师事务所，50余名律师担任省、市、区律师协会及其他社团组织和专业机构重要职务。



四川恒和信律师事务所在政府法律顾问、公司并购与重组、金融与证券、私募股权、房地产开发与城市基础设施建设、项目投融资、涉外法律事务、知识产权、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的需求，事务所一直以团队协作方式优化资源配置，以集体智慧解决法律问题，坚持走精品化的道路，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）人力资源社会保障部民政部财政部住房城乡建设部国家市场监管总局 【印发《关于加强零工市场建设完善求职招聘服务的意见》】

《意见》明确了加强零工市场建设、完善求职招聘服务系列重点工作。一是强化零工市场信息服务，建立零工求职招聘信息服务制度，将零工信息纳入公共就业信息服务范围。二是强化零工快速对接服务，建立零工“即时快招”服务模式，设立零工信息快速发布通道。三是强化就业创业培训服务，健全培训项目和培训政策推介服务，引导零工人员参加急需紧缺职业技能培训和新职业技能培训。四是强化困难零工帮扶服务，建立零工人员分级服务机制，对待工时间长、低收入家庭、残疾等大龄和困难零工人员加强就业帮扶，对符合就业困难人员条件的，按规定开展个性化就业援助。五是完善零工市场秩序维护，依法监管职业中介机构，严厉打击黑中介、发布虚假招聘信息等违法违规行为。六是完善服务场地设施支撑，合理利用公共就业服务机构场地资源，设立零工对接服务专区。七是完善信息化应用支撑，动态收集更新零工人员和用工主体信息，提供在线匹配对接、应聘报名、结果确认等“一网通办”服务。八是扩大零工服务多元化供给，充分发挥公共就业服务机构提供兜底服务的公益属性，完善覆盖城乡的服务网络，鼓励人力资源服务机构、社会资本和优质服务资源参与零工市场建设和运营管理。九是开展零工市场动态监测，建立零工市场动态管理名录，向社会广泛公布地址、运行时间、职业（工种、岗位）、联系方式等信息，为供求双方对接提供指引。

（二）成都市为四川省个人养老金先行城市

根据国务院办公厅关于推动个人养老金发展的意见，按照国家有关工作部署，近日，人力资源社会保障厅会同财政厅、国家税务总局四川省税务局，面向全省21个市（州）开展了四川省个人养老金先行城市申报工作。通过各城市自愿申报、申报城市陈述、组织专家评审，并经省政府同意，确定成都为四川省个人养老金先行城市。下一步，四川省将按照国家有关部署和要求，适时在成都启动实施个人养老金先行工作，推进多层次、多支柱养老保险体系建设，促进养老保险制度高质量发展可持续发展，满足人民群众日益增长的多样化养老保险需要，让个人养老金参加人在养老保险一、二支柱的基础上，再增加一份养老积累，进一步提高参保人养老收入水平和老年生活保障。

（三）成都住房公积金管理委员会【公布《成都住房公积金管理委员会关于调整2022年成都住房公积金缴存基数执行标准的通知》】

7月20日，成都住房公积金管理委员会公布了《成都住房公积金管理委员会关于调整2022年成都住房公积金缴存基数执行标准的通知》，对相关事宜进行明确与解读。依据《成都市统计局关于2021年全市城镇全部单位就业人员平均工资的公告》公布的城镇非私营单位就业人员月平均工资数据，调整后的缴存基数上限不超过成都市统计局公布的2021年成都市城镇非私营单位就业人员平均月工资的三倍，即2022年度成都住房公积金缴存基数上限标准调整为27790元。缴存基数上限标准自2022年1月1日起执行。住房公积金缴存基数以职工本人上一年度月平均工资计算，计算口径按照相关要求执行。如1月至7月已按原标准缴存的，差额部分可进行补缴，但单位及个人部分应同时补缴。

（四）四川省人社厅 财政厅【发布《关于2022年调整退休人员基本养老金的通知》】

《通知》指出，按照人力资源社会保障部、财政部规定，经省政府批准，调整2022年全省企业和机关事业单位退休人员（含退職人员，以下简称退休人员）基本养老金。此次总体调整水平为2021年退休人员月人均基本养老金的4%。在7月31日前，全省退休人员可以领到调整增加的基本养老金。主要包括：（一）定额调整。每名退休人员每月增加38元。（二）挂钩调整。与退休人员基本养老金水平和缴费年限（工作年限，下同）挂钩。与基本养老金水平挂钩部分，以社保经办机构核定的本人2021年12月的基本养老金为基数增加1.1%；与缴费年限挂钩部分，缴费年限15年及以下的，每满一年增加0.6元/月，超过15年的部分，每满一年增加1.7元/月。（三）适度倾斜。高龄退休人员、艰苦边远地区退休人员和企业退休军转干部，先执行定额调整和挂钩调整办法，再按以下办法增加基本养老金。同时符合下列两类及以上情形的，可累加享受。即：高龄退休人员年满70岁不满80周岁的人员，每月增加30元；年满80岁不满90周岁的人员，每月增加60元；年满90周岁及以上的人员，每月增加100元。艰苦边远地区退休人员，一类至六类地区分别增加8.50元、17.50元、26.50元、36元、55元、75元。对基本养老金偏低的企业退休军转干部，继续按规定予以倾斜，确保其基本养老金不低于全省企业退休人员平均水平，企业退休军转干部的范围按原有关规定认定。

重点法规：



关于印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》的通知 苏人社发〔2022〕89号

各设区市、县（市、区）人力资源和社会保障局：

根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳务派遣暂行规定》《劳务派遣行政许可实施办法》等有关规定，我们制定了《长三角地区劳务派遣合规用工指引》，旨在提示用工单位和劳务派遣单位在劳务派遣用工过程中应注意的事项和可能出现的法律风险，供参考使用。

各地要加大《长三角地区劳务派遣合规用工指引》宣传力度，创新方法，柔性引导，依法规范，推进劳务派遣用工合法合规、有序健康发展。

江苏省人力资源和社会保障厅
上海市人力资源和社会保障局
浙江省人力资源和社会保障厅
安徽省人力资源和社会保障厅
2022年7月18日

为进一步规范劳务派遣用工行为，引导用工单位依法依规使用被派遣劳动者、劳务派遣单位依法依规开展劳务派遣经营活动，推进劳务派遣市场有序健康发展，维护被派遣劳动者合法权益，促进劳动关系和谐稳定，根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳务派遣暂行规定》《劳务派遣行政许可实施办法》等有关规定，结合长三角地区实际，制定劳务派遣合规用工指引，供用工单位和劳务派遣单位参考。

一、用工单位

（一）劳务派遣岗位使用范围

劳动合同用工是我国企业的基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用。临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。因此，用工单位在使用被派遣劳动者的时候，只能在上述“三性”岗位使用，不能扩大使用范围。

重点提示：

1.关于辅助性岗位的界定，用工单位对本单位的辅助性岗位界定需履行一定的民主程序，主要包括：第一步，用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，制定辅助性岗位目录清单，提交职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见；第二步，与工会或者职工代表平等协商，确定辅助性岗位；第三步，在本单位内公示。辅助性岗位的确定属于涉及劳动者切身利益的重大事项，如未履行相应的民主程序，一旦发生争议，用工单位将承担不利的法律风险。

2.根据有关规范劳务派遣用工管理的相关政策规定，对事关国家和人民生命财产的重点行业及涉密、核心技术等岗位，用工单位要按照要求采用直接用工方式，直接与从业人员签订劳动合同，不得使用劳务派遣，如专职消防员等安全生产岗位，煤矿、非煤矿山井下岗位，化工生产岗位等。

3.用工单位违反“三性”岗位规定使用被派遣劳动者，依权限由人力资源和社会保障行政部门或综合行政执法部门依法依规处理；给被派遣劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。用工单位违反规定使用被派遣劳动者的，可能会存在用工单位承担对被派遣劳动者相关法律责任的风险。

（二）劳务派遣用工比例

用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。这里所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

重点提示：

1.计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例，可以与劳动者订立劳动

合同的用人单位。比如集团公司应按照所属的企业单独核算用工比例，不可以整个集团公司打包核算。

2.企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者在企业的生产经营场所使用企业的设施设备、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动，以及其他名为劳务外包实为劳务派遣的，其劳动者的人数纳入本企业的用工比例计算。

（三）正确区分劳务派遣和劳务外包

劳务派遣是指企业（劳务派遣单位）以经营方式将招用的劳动者派遣至用工单位，由用工单位直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。主要特征：由劳务派遣单位招用劳动者，并与被派遣劳动者建立劳动关系，签订劳动合同；用工单位使用被派遣劳动者，但与被派遣劳动者不建立劳动关系，不直接签订劳动合同；被派遣劳动者的劳动过程受用工单位的指挥管理。

劳务外包是指用人单位（发包单位）将业务发包给承包单位，由承包单位自行安排人员按照用人单位（发包单位）要求完成相应的业务或工作内容的用工形式。主要特征：发包单位与承包单位基于外包合同形成民事上的契约关系；发包单位和承包单位约定将发包单位一定工作交付给承包单位完成，由发包单位支付承包单位一定的费用；承包单位与所雇用的劳动者建立劳动关系并对劳动者进行管理和支配；发包单位不能直接管理与支配承包单位的劳动者。

劳务派遣与劳务外包的主要区别：

1.主体方面：经营劳务派遣业务需要一定的资质，应取得《劳务派遣经营许可证》后方可经营劳务派遣业务；在劳务外包关系中，外包的项目不涉及国家规定的特许内容，无需办理行政许可，没有特别的资质要求。

2.岗位要求方面：劳务派遣用工只能在临时性、辅助性或者替代性岗位上实施；劳务外包对岗位没有特殊限定和要求。

3.法律关系方面：劳务派遣涉及三方关系，劳务派遣单位与用工单位之间的劳务派遣合同关系，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系，用工单位与被派遣劳动者之间的实际用工关系；劳务外包涉及两方关系，发包单位与承包单位之间的合同关系，承包单位与劳动者的劳动合同关系。

4.支配与管理方面：用工单位直接对被派遣劳动者日常劳动进行指挥管理，被派遣劳动者受用工单位的规章制度管理；劳务外包的发包单位不参与对劳动者指挥

管理，由承包单位直接对劳动者进行指挥管理。

5.工作成果衡量标准方面：在劳务派遣中，用工单位根据劳务派遣单位派遣的劳动者数量、工作内容和时间等与被派遣劳动者直接相关的要素，向劳务派遣单位支付服务费；在劳务外包关系中，发包单位根据外包业务的完成情况向承包单位支付外包费用，与承包单位使用的劳动者数量、工作时间等没有直接关系。

6.法律适用方面：劳务派遣主要适用《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣行政许可实施办法》《劳务派遣暂行规定》；劳务外包主要适用《中华人民共和国民法典》。

重点提示：

1.用工单位在劳务外包时，应注意劳务外包与劳务派遣的区别，避免出现名为劳务外包实为劳务派遣的情形。比如企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者接受企业的指挥管理、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动等，可能会被认定为劳务派遣而非劳务外包。

2.发包单位应履行相关社会责任，选择具备合法经营资质、信誉良好的外包单位，并督促外包单位落实劳动者权益保障责任，严格执行劳动保障法律法规，依法依规用工，与建立劳动关系的劳动者签订劳动合同，参加社会保险，缴纳社会保险费。

3.外包单位违规用工，损害劳动者权益的，根据发包单位与外包单位之间具体法律关系，依法确定两个单位应当承担的法律责任。

（四）劳务派遣单位的选择

劳动合同法第五十七条明确，经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。因此，用工单位在选择合作的劳务派遣单位时，应首先查看其是否依法取得《劳务派遣经营许可证》，其次应关注劳务派遣单位管理是否规

范，是否有与开展业务相适应的固定的经营场所、办公设施、符合法律规定的劳务派遣管理制度等。

重点提示：

1.如果用工单位与从未取得《劳务派遣经营许可证》的单位合作，签订《劳务派遣协议》，则会导致用工单位可能被认定与被派遣劳动者存在劳动关系的法律风险。

2.用工单位如果管理不规范，使用的被派遣劳动者未与劳务派遣单位签订劳动合同，则可能会导致用工单位被认定与被派遣劳动者存在劳动关系的法律风险。根据劳动合同法有关规定，用人单位在招用劳动者后，应当自用工之日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同；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并与劳动者补订书面劳动合同；满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视同双方已订立无固定期限劳动合同。

（五）《劳务派遣协议》的签订

用工单位与劳务派遣单位谈妥劳务派遣业务后，应当签订《劳务派遣协议》，对双方合作事宜进行约定。双方签订的《劳务派遣协议》应当至少载明下列内容：1.派遣的工作岗位名称和岗位性质；2.工作地点；3.派遣人员数量和派遣期限；4.按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式；5.社会保险费的数额和支付方式；6.工作时间和休息休假事项；7.被派遣劳动者工伤、生育或者患病期间的相关待遇；8.劳动安全卫生以及培训事项；9.经济补偿等费用；10.劳务派遣协议期限；11.劳务派遣服务费的支付方式和标准；12.违反劳务派遣协议的责任；13.法律、法规、规章规定应当纳入劳务派遣协议的其他事项。

重点提示：

1.用工单位与劳务派遣单位在签订《劳务派遣协议》时，应尽量就有关内容作出明确详细的约定，防止在履约过程中因约定不明而产生纠纷，如关于稳岗返还



等补助资金分配方式，工资支付，当劳务派遣单位未按照协议约定支付工资情况下的违约责任、因此产生争议情况下的赔偿责任及用工单位承担连带责任下的追偿权利等。

2.用工单位要督促劳务派遣单位及时与被派遣劳动者订立、续订劳动合同，避免未及时订立、续订劳动合同而发生劳动争议。

（六）用工单位对被派遣劳动者应当履行的义务

1.劳动报酬和福利待遇方面：①告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；②支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇，不得歧视被派遣劳动者；③连续用工的，实行正常的工资调整机制；④使用的被派遣劳动者属跨地区派遣的，应保障被派遣劳动者按照用工单位所在地的标准执行相应劳动报酬和劳动条件；⑤保障被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利，如果用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

2.社会保险方面：①使用的被派遣劳动者属跨地区派遣的，督促劳务派遣单位在用工所在地为被派遣劳动者参加社会保险，缴纳社会保险费。劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费；②被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，用工单位应当协助做好工伤认定的调查核实工作；③被派遣劳动者在申请进行职业病诊断、鉴定时，用工单位应当负责处理职业病诊断、鉴定事宜，并如实提供职业病诊断、鉴定所需的劳动者职业史和职业危害接触史、工作场所职业危害因素检测结果等资料。

3.劳动条件、培训和损害赔偿等方面：①执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；②对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；③用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位；④保障被派遣劳动者选择在用工单位依法参加或者组织工会的权利；⑤用工单位违反有关劳务派遣的规定，给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

重点提示：

1.用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

2.用工单位不得向被派遣劳动者收取费用，不得扣押被派遣劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求被派遣劳动者提供担保等。

3.用工单位在开展集体协商时，建议主动听取被派遣劳动者的意见，可以与被派遣劳动者就同工同酬、劳动标准、加班费、绩效奖金和工作岗位有关的福利待遇、岗位培训、工资调整机制等开展协商。

4.用工单位要督促劳务派遣单位在用工所在地为被派遣劳动者参加社会保险，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。劳务派遣单位未在用工所在地参保，用工单位未履行督促义务，或劳务派遣单位不具备在用工单位所在地为被派遣劳动者办理参保手续条件，用工单位未代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续、缴纳社会保险费，导致被派遣劳动者无法享受社会保险待遇的，劳务派遣单位与用工单位可能承担连带责任。

（七）用工单位可以退回被派遣劳动者的情形

1.因被派遣劳动者的原因导致退回：①被派遣劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；②被派遣劳动者严重违反用工单位的规章制度的；③被派遣劳动者严重失职，营私舞弊，给用工单位造成重大损害的；④被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用工单位提出，拒不改正的；⑤被派遣劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑥被派遣劳动者被依法追究刑事责任的；⑦被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用工单位另行安排的工作的；⑧被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

2.因用工单位的原因导致退回：①劳务派遣协议订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；②用工单位依照企业破产法规定进行重整的；③用工单位生产经营发生严重困难的；④用工单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑤用工单位其他因劳务派遣协议订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的；⑥用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的。

3.因派遣协议期满退回：劳务派遣协议期满终止的。

重点提示：

劳动合同法和劳务派遣暂行规定已列举了用工单位可退回被派遣劳动者的情形。因此，不建议用工单位和劳务派遣单位在上述可退回情形之外再约定其他退回情形，否则由此产生争议诉诸法律，可能会得不到劳动人事争议仲裁机构和人民法院的支持。

（八）用工单位不得退回被派遣劳动者的情形

劳务派遣暂行规定明确，被派遣劳动者有下列情形之一的，在派遣期限届满前，用工单位不得按照上述第（七）条第2款第①~⑤项情形将被派遣劳动者退回劳务派遣单位：1.从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；2.在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；3.患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；4.女职工在孕期、产期、哺乳期的；5.在单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；6.法律、行政法规规定的其他情形。

重点提示：

1.派遣期限届满的，上述六种情形应当延续至相应的情形消失时方可退回。

2.用工单位不得以劳务派遣单位未依法取得《劳务派遣经营许可证》、劳务派遣用工超过本单位用工10%的比例上限、超出“三性”岗位范围用工等为由，将被派遣劳动者退回至劳务派遣单位。

3.用工单位违法退回的，由人力资源和社会保障行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款；给被派遣劳动者造成损害的，与劳务派遣单位承担连带赔偿责任。

（九）法律、法规、规章等对用工单位的其他限制性规定

1.用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

2.用工单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

重点提示：

用工单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务

派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于本条第2项不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者的情形。

二、劳务派遣单位

（十）劳务派遣单位经营劳务派遣业务应首先取得《劳务派遣经营许可证》

劳动合同法明确，未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

重点提示：

1.未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由人力资源和社会保障行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以五万元以下罚款。

2.劳务派遣单位取得《劳务派遣经营许可证》后，应当妥善保管，不得涂改、倒卖、出租、出借或者以其他形式非法转让，否则将会被处以一万元以下罚款，情节严重的，处以一万元以上三万元以下罚款。

（十一）申请经营劳务派遣业务应当具备的条件

申请经营劳务派遣业务，应当具备以下条件：1.注册资本不少于人民币二百万元；2.有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；3.有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；4.法律、行政法规规定的其他条件。

重点提示：

1.《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》（国发〔2014〕7号）明确，申请经营劳务派遣业务中的注册资本二百万元是实缴资本而非认缴资本。因此，在申请《劳务派遣经营许可证》时，需提交实缴资本不少于二百万元注册资本的验资报告等证明，否则将无法获得《劳务派遣经营许可证》。

2.实缴资本已达到二百万元但注册资本与实缴资本不符，申请办理劳务派遣行政许可的，行政许可机关将不予许可；申请人应按登记的注册资本缴足资本金，或依法向公司登记机关申请减少注册资本的变更登记后，再申请办理劳务派遣行政许可。

3.劳务派遣单位规范经营，需具备固定的经营场所、与业务相适应的办公设施设备、信息管理系统、劳务派遣管理制度等，并建议配备人力资源管理、劳动关系协调等方面的专业人员。

（十二）《劳务派遣经营许可证》的变更、延续

有下列情形之一的，劳务派遣单位应当向许可机关提出变更或延续申请：1.劳务派遣单位名称、住所、法定代表人或者注册资本等改变的；2.劳务派遣单位分立、合并后继续存续，其名称、住所、法定代表人或者注册资本等改变的；3.劳务派遣行政许可有效期届满，劳务派遣单位需要延续行政许可有效期的。

重点提示：

劳务派遣单位分立、合并后设立新公司的，应当重新申请劳务派遣行政许可。

（十三）不予延续行政许可期限的情形

劳务派遣单位有下列情形之一的，许可机关应当作出不予延续书面决定：1.逾期不提交劳务派遣经营情况报告或者提交虚假劳务派遣经营情况报告，经责令改正，拒不改正的；2.违反劳动保障法律法规，在一个行政许可期限内受到二次以上行政处罚的。

重点提示：

劳务派遣单位应当在劳务派遣行政许可期限届满前六十日前向许可机关提出延续申请，并提交三年以来的基本经营情况，否则许可机关将不予延续；劳务派遣单位继续经营劳务派遣业务的，需重新申请劳务派遣经营许可。

（十四）年度劳务派遣经营情况报告

劳务派遣单位应当如实向人力资源和社会保障行政部门按年度提交上一年度劳务派遣经营情况报告，报告事项包括：1.经营情况以及上年度财务审计报告；2.被派遣劳动者人数以及订立劳动合同、参加工会的情况；3.向被派遣劳动者支付劳动报酬的情况；4.被派遣劳动者参加社会保险、缴纳社会保险费的情况；5.被派遣劳动者派往的用工单位、派遣数量、派遣期限、用工岗位的情况；6.与用工单位订立的劳务派遣协议情况以及用工单位履行法定义务的情况；7.设立子公司、分公司等情况。

重点提示：

1.人力资源和社会保障行政部门对劳务派遣单位提交的年度经营情况报告进行核验，进行监督，并将核验

结果和监督情况载入企业信用记录。

2.劳务派遣单位设立的子公司或者分公司，应当向办理许可或者备案手续的人力资源和社会保障行政部门提交上一年度劳务派遣经营情况报告。

（十五）劳动合同的订立

劳务派遣单位招用被派遣劳动者，在与被派遣劳动者订立劳动合同时，需注意以下几点：1.与被派遣劳动者应当订立二年以上的固定期限书面劳动合同；2.不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者；3.可以依法与被派遣劳动者约定试用期，但与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期；4.应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者；5.不得向被派遣劳动者收取费用。

重点提示：

1.及时订立书面劳动合同。劳务派遣单位招用被派遣劳动者后，应当及时与其订立书面劳动合同。

2.被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

（十六）劳动合同的必备条款

劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，应载明以下事项：1.劳务派遣单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；2.被派遣劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；3.劳动合同期限；4.工作内容和工作地点；5.工作时间和休息休假；6.劳动报酬；7.社会保险；8.劳动保护、劳动条件和职业危害防护；9.被派遣劳动者的用工单位；10.派遣期限；11.工作岗位；12.法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

重点提示：

上述的必备条款中，被派遣劳动者的用工单位、派遣期限和工作岗位很容易被遗漏，劳务派遣单位需格外注意。

（十七）劳务派遣单位对被派遣劳动者应当履行的义务

1.告知方面：如实告知被派遣劳动者工作内容、工

作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬、应遵守的规章制度、劳务派遣协议内容以及被派遣劳动者要求了解的其他情况。

2.培训方面：建立培训制度，对被派遣劳动者进行上岗知识、安全教育等培训。

3.报酬支付方面：按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法支付被派遣劳动者的劳动报酬和相关待遇。

4.社会保障方面：按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法为被派遣劳动者缴纳社会保险费，并办理社会保险相关手续；对被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，依法申请工伤认定。

5.督促责任方面：督促用工单位依法为被派遣劳动者提供劳动保护和劳动安全卫生条件。

6.协助处理和提供证明、材料方面：协助处理被派遣劳动者与用工单位的纠纷；在被派遣劳动者申请进行职业病诊断、鉴定时，提供被派遣劳动者职业病诊断、鉴定所需的其他材料；依法出具解除或终止劳动合同的证明。

重点提示：

跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，并执行用工单位所在地的劳动标准。

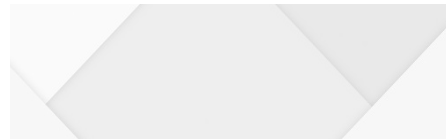
（十八）劳动合同的解除

1.协商一致：双方协商一致的，可以解除劳动合同。

2.劳务派遣单位单方提出：劳务派遣单位单方提出的，可细分为三个方面，即：因劳动者的原因导致劳动合同解除的；因劳务派遣单位的原因导致劳动合同解除的；因用工单位退回的原因导致劳动合同解除的。

因劳动者的原因导致劳动合同解除的，主要包括：

- ①被派遣劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；
- ②被派遣劳动者严重违反劳务派遣单位的规章制度的；
- ③被派遣劳动者严重失职，营私舞弊，给劳务派遣单位造成重大损害的；
- ④被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经劳务派遣单位提出，拒不改正的；
- ⑤被派遣劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳务派遣单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；
- ⑥被派遣劳动者被依法追究刑事责任的；
- ⑦被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能



从事原工作，也不能从事由劳务派遣单位另行安排的工作的；⑧被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

因劳务派遣单位的原因导致劳动合同解除的，主要包括：①劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经劳务派遣单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；②劳务派遣单位依照企业破产法规定进行重整的；③劳务派遣单位生产经营发生严重困难的；④劳务派遣单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑤其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

因用工单位退回的原因导致劳动合同解除的，主要包括：①被派遣劳动者因上述第（七）条第1款第①~⑧项原因被用工单位依法退回的；②被派遣劳动者因上述第（七）条第2款第①~⑥项、第3款原因被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或提高劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的。

3.被派遣劳动者单方提出：①被派遣劳动者提前三十日以书面形式通知劳务派遣单位的；②被派遣劳动者在试用期内提前三日通知劳务派遣单位的；③用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；④用人单位未及时足额支付劳动报酬的；⑤用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；⑥用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑦用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑧用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；⑨用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；⑩用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；⑪用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；⑫被派遣劳动者被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意，但被派遣劳动者提出解除劳动合同的；⑬法律、行政法规规定被派遣劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

重点提示：

劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的，已经与被派遣劳动者依法订立的劳动合同应当履行至期限届满；除经双方协商一致，被派遣劳动者同意解除劳动合同外，劳务派遣单位不得以此为由与被派遣劳动者解除劳动合同。

(十九) 劳动合同的终止

有下列情形之一的，劳务派遣单位可以依法终止与被派遣劳动者的劳动合同：1.劳动合同期满的；2.被派遣劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；3.被派遣劳动者达到法定退休年龄的；4.被派遣劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；5.劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；6.法律、行政法规规定的其他情形。

重点提示：

劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的，此种情形下，劳务派遣单位可以终止与被派遣劳动者的劳动合同，但劳务派遣单位和用工单位应协商妥善安置被派遣劳动者。

(二十) 经济补偿

有下列情形之一的，劳务派遣单位应依法支付经济补偿：

1.协商一致解除劳动合同：劳务派遣单位提出并与被派遣劳动者协商一致解除劳动合同的。

2.被派遣劳动者提出解除劳动合同：①用人单位未

按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；②用人单位未及时足额支付劳动报酬的；③用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；④用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑤用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑥用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利致使劳动合同无效的；⑦用人单位违反法律、行政法规强制性规定致使劳动合同无效的；⑧用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；⑨用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；⑩法律、行政法规规定被派遣劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

3.劳务派遣单位提出解除劳动合同：①被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经劳务派遣单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；④劳务派遣单位依照企业破产法规定进行重整，需裁减人员的；⑤劳务派遣单位因生产经营发生严重困难的；⑥劳务派遣单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑦劳务派遣单位其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

4.劳动合同终止：①劳动合同到期，除劳务派遣单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，被派遣劳动者不同意续订的情形外，劳务派遣单位终止固定期限劳动合同的；②劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营而终止劳动合同的。

5.用工单位退回被派遣劳动者：①被派遣劳动者因上述第（七）条第2款第①~⑥项、第3款原因被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或提高劳动合同约定条件，因被派遣劳动者不同意而解除劳动合同的；②因用工单位退回被派遣劳动者导致劳动合同解除，按照法律、行政法规规定应当支付经济补偿的。

重点提示：

1.经济补偿按被派遣劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向被派遣劳动者支付半个月工资的经济补偿。

2.月工资是指被派遣劳动者在劳动合同解除或者终

止前十二个月的平均工资，工作不满十二个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。月工资按照被派遣劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。

3.劳务派遣单位违反规定的条件和程序解除或者终止劳动合同，被派遣劳动者要求继续履行劳动合同的，劳务派遣单位应当继续履行；被派遣劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，劳务派遣单位应当按经济补偿标准的二倍支付赔偿金。

三、劳动纠纷处理

(二十一) 劳动争议仲裁

被派遣劳动者与劳务派遣单位、用工单位发生劳动争议后，可以依法申请劳动争议仲裁，劳务派遣单位、用工单位依法应为共同当事人。劳动争议案件仲裁处理主要包括如下几个环节：提交申请书、仲裁受理、开庭审理、仲裁调解、仲裁裁决。

1.提交申请书：当事人申请劳动争议仲裁，应当按照要求提交书面仲裁申请书，并按照被申请人人数提交副本。申请书应当写明申请人和被申请人的基本信息，仲裁请求和所根据的事实、理由，证据和证据的来源、证人的姓名和住所等。

2.仲裁受理：劳动人事争议仲裁委员会应当自收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当通知申请人不予受理，并说明理由。劳动人事争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。

3.开庭审理：劳动人事争议仲裁委员会在受理仲裁申请之日起五日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人；仲裁庭在开庭五日前，将开庭日期、地点书面通知双方当事人。当事人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，对申请人视为撤回仲裁申请，对被

申请人可以缺席裁决。

4.仲裁调解：仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解，促使当事人双方自愿达成和解协议。调解达成协议的，仲裁庭应当根据协议内容制作调解书，调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。调解未达成协议或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

5.仲裁裁决：仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动人事争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经批准可以延期并书面通知当事人，但延长期限不超过十五日。仲裁庭裁决后应当制作仲裁裁决书送达双方当事人。当事人对仲裁裁决不服的，可以按照劳动争议调解仲裁法的相关规定，向人民法院提起诉讼。

重点提示：

1.做好应诉准备。无论用工单位还是劳务派遣单位，接到仲裁申请书副本后，要积极准备相关材料，如《营业执照》复印件、法定代表人证明书等，委托律师或者本单位有关人员参加仲裁活动的，还要准备好《授权委托书》，并根据要求积极准备好答辩书，在收到仲裁申请书副本后十日内提交至劳动人事争议仲裁委员会。

2.积极准备证据材料。根据规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任；被派遣劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任，但被派遣劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

(二十二) 劳动保障监察

人力资源和社会保障行政部门可以日常巡视检查、审查用人单位按照要求报送的书面材料以及接受举报投

诉等形式实施劳动保障监察。任何组织或者被派遣劳动者等个人可以依法向人力资源和社会保障行政部门举报投诉。劳动保障监察处理主要包括如下几个环节：立案、调查取证、案件处理。

1.立案：人力资源和社会保障行政部门接到投诉举报后，五个工作日内决定是否受理；对符合条件的投诉举报，应决定受理并于受理之日立案查处。人力资源和社会保障行政部门通过日常巡视检查、书面审查等发现用人单位或劳务派遣单位违反劳务派遣有关规定，需要调查处理的，应当及时立案查处。

2.调查取证：人力资源和社会保障行政部门根据《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》（劳动保障部令第25号）规定的程序、措施及应履行的义务进行调查取证；调查取证应自立案之日起六十个工作日内完成，情况复杂的，经人力资源和社会保障行政部门负责人批准，可以延长三十个工作日。

3.案件处理：根据调查、检查的结果，作出以下处理：①对依法应当受到行政处罚的，依法作出行政处罚决定；②对应当改正未改正的，依法责令改正或者作出相应的行政处理决定；③对情节轻微，且已改正的，或者经调查、检查，人力资源和社会保障行政部门认定违法事实不能成立的，撤销立案；④发现违法案件不属于劳动保障监察事项的，应当及时移送有关部门处理；涉嫌犯罪的，应当依法移送司法机关。

重点提示：

1.劳动保障行政处理或者处罚决定书依法作出后，当事人应当在规定的期限内予以履行；当事人对人力资源和社会保障行政部门作出的行政处罚决定、责令支付被派遣劳动者工资报酬、赔偿金或者征缴社会保险费等行政处理决定逾期不履行的，人力资源和社会保障行政部门可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

2.无论用人单位还是劳务派遣单位，有重大违反劳动保障法律、法规或者规章行为的，人力资源和社会保障行政部门将会按照规定向社会公布，并计入用人单位劳动保障守法诚信档案或予以联合惩戒。

热点案例

01 34岁机长辞职被国航索赔1066万，法院：赔210万

新闻简介（上游新闻）

2006年，林先生由国航出资予以培训，进入飞行学院学习，毕业后，林先生至国航处从事飞行员工作。2008年9月25日，双方签订了无固定期限劳动合同。林先生在国航经历了初始培训、各种机型的改装培训和后续培养、复训等过程成为机长。2020年10月29日，34岁的林先生以个人原因为由提出离职申请，2020年12月2日，双方劳动关系解除。然而，国航一纸诉状将其告上法庭，索赔1066万元。

国航诉称，根据培养规律，航空公司培养一名机长，最少需要花费600万至800万元。根据相关法律和政策规定，飞行员的培训费用发生是必然的，飞行员离开航空公司，航空公司的损失也是必然发生的。林某某须向国航支付培训违约金533万元、培训费533万元，合计赔偿1066万元。

林先生辩称，与国航并未就所谓培训签订专业技术培训合同，更没有对相应的服务期限进行约定，劳动合同的期限不等于培训合同的服务期。另外，国航未提供任何专项培训发票、转账凭证等支付凭证，无法证明国航为其主张的对林某某进行的培训做出过任何费用上的

支付。第三，根据相关规定，国航对飞行员培训不但是法定义务，也是正常开展业务的必然要求，要求劳动者返还培训费，毫无法律依据。后经一审法院认定，林某某应支付国航公司培训费210万元。双方均不服一审法院判决，上诉至北京市三中院。

二审法院审理认为，本案争议焦点为林某某是否应当支付国航培训费，如果应当支付，培训费用应当如何确定。林某某于2008年9月25日入职国航公司，担任飞行岗位，在进入国航工作期间，国航必然对其进行过持续不断的培训并支付了相应培训费用。林某某亦认可国航提交的飞行记录簿，该飞行记录簿显示，林某某参加了国航为其安排的培训活动，故林某某提出与国航公司解除劳动关系，应当支付国航相应的培训费。由于国航未能提交充足的实际支出培训费的原始凭证，因此法院对国航所主张的培训费支出数额无法准确核实并作进一步确认，结合本案事实并参考中国民用航空局相关规定，一审法院酌情认定林某某应支付国航公司培训费210万元并无不当。判决：驳回上诉，维持原判。

点评分析

依据《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条的规定，在劳动关系中，除服务期与竞业限制两个方面可以约定违约金外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。本案中涉及双方之间是否存在服务期的约定。

依据法律规定，用人单位能够要求劳动者支付服务期违约金一般需要满足以下条件：1.需要与劳动者签订书面的协议，对服务期期限及违约金作出明确约定；2.必须是用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训；如果是一般的入职培训则不能约定服

务期及违约金。根据报道所披露的信息，本案中的双方虽未签订相应的协议，亦未明确约定违约金标准，但劳动者一方参加专项培训等属于客观存在的事实，故法院参照相关规定酌情进行裁判。

另外，需要注意的是，用人单位要求支付违约金，违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

02 “22岁女孩加班猝死”，是否构成工伤？

新闻简介（南方都市报）



日前，浙江杭州一名22岁女孩连续四五天熬夜加班突发疾病进ICU抢救的消息引发网友关注。7月27日，据媒体报道，记者从当事女孩家属处了解到，女孩已于7月26日不幸离世。

7月29日晚，杭州市滨江区人力社保局发布核查情况通报。根据通报，当事人徐某某2021年9月27日进入杭州慕克文化传媒有限公司实习，2022年7月1日取得毕业证书后正式入职，从事直播运营工作。7月5日起因身体不适请假，7月8日到浙二医院滨江院区就诊并入院治疗，7月26日不幸去世。经查，该企业日常工作时间为11:00--20:00(午餐和晚餐各休息一小时)，直播运营人员如夜间开展直播的，第二天给予同等时长补休。根据当事人请假前10天考勤记录，有6天存在夜间直播的情况，均已在第2天安排补休。虽然当事人在此期间每日工作时长未超过法定上限，但该企业在用工管理上存在不规范行为，我们将严肃查处，切实保障劳动者合法权益。

点评分析



依据《工伤保险条例》第十四条的规定：职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）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；（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。第十五条规定：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，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；（二）在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；（三）职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。职工有前款第（一）项、第（二）项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第（三）项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

本案中，当事女孩系因突发心肌炎而引发猝死，不属于《工伤保险条例》第十四条规定的情形。同时，根据现有信息，无法判断其是否属于第十五条规定的“在工作时间和工作岗位突发疾病”。即使其系在工作岗位突发疾病，但因其死亡时间已经超过规定的24小时，故很难根据该规定认定为工伤。

那么本案当事女孩的家属应当如何获得救济？

（1）领取丧葬补助金和抚恤金

《社会保险法》第十七条规定：参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。根据2021年9月1日施行的《企业职工基本养老保险遗属待遇暂行办法》第四条规定，丧葬补助金的标准，按照参保人员死亡时本省（自治区、直辖市，以下简称本省）上一年度城镇居民月人均可支配收入的2倍计算。第五条规定，抚恤金标准按以下办法确定：（一）在职人员（含灵活就业等以个人身份参保人员），以死亡时本省上一年度城镇居民月人均可支配收入为基数，根据本人的缴费年限（包括实际缴费年限和视同缴费年限，下同）确定发放月数。缴费年限不满5年的，发放月数为3个月；缴费年限满5年不满10年的，发放月数为6个月；缴费年限满10年不超过15年（含15年）的，发放月数为9个月；缴费年限15年以上的，每多缴费1年，发放月数增加1个月。缴费年限30年以上的，按照30年计算，发放月数最高为24个月。

（2）民事赔偿

若相关部门及当事女孩家属有证据证明用人单位在用工过程中存在过错，且该过错与女孩的死亡具有因果关系，则可依据《劳动合同法》第八十条的规定（用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。）要求用人单位承担损害赔偿责任。



名为“合作协议”，但符合劳动关系认定标准，能否认定为劳动关系？

（一）案情介绍

2016年4月8日，聂某某与北京某某文化有限公司（以下简称北京某文化公司）签订了《合作设立茶叶经营项目的协议》，内容为：“第一条：双方约定，甲方出资进行茶叶项目投资，聘任乙方为茶叶经营项目经理，乙方负责公司的管理与经营。第二条：待项目启动后，双方相机共同设立公司，乙方可享有管理股份。第三条：利益分配：在公司设立之前，乙方按基本工资加业绩方式取酬。公司设立之后，按双方的持股比例进行分配。乙方负责管理和经营，取酬方式：基本工资+业绩、奖励+股份分红。第四条：双方在运营过程中，未尽事宜由双方友好协商解决。第五条：本合同正本一式两份，公司股东各执一份。”

协议签订后，聂某某到该项目上工作，工作内容为负责《中国书画》艺术茶社的经营管理，主要负责接待、茶叶销售等工作。北京某文化公司的法定代表人林德汤按照每月基本工资10000元的标准，每月15日通过银行转账向聂某某发放上一自然月工资。聂某某请假需经林德汤批准，且实际出勤天数影响工资的实发数额。2017年5月6日北京某文化公司通知聂某某终止合作协议。聂某某实际工作至2017年5月8日。

聂某某申请劳动仲裁，认为双方系劳动关系并要求北京某文化公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额，北京某文化公司主张双方系合作关系。北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会作出京海劳人仲字（2017）第9691号裁决：驳回聂某某的全部仲裁请求。聂某某不服仲裁裁决，于法定期限内向北京市海淀区人民法院提起诉讼。

（二）评述意见

北京市海淀区人民法院于2018年4月17日作出（2017）京0108民初45496号民事判决：一、确认北京某文化公司与聂某某于2016年4月8日至2017年5月8日期间存在劳动关系；二、北京某文化公司于判决生效后七日内支付聂某某2017年3月1日至2017年5月8日期间工资22758.62元；三、北京某文化公司于判决生效后七日内支付聂某某2016年5月8日至2017年4月7日期间未签订劳动合同二倍工资差额103144.9元；四、北京某文化公司于判决生效后七日内支付聂某某违法解除劳动关系赔偿金27711.51元；五、驳回聂某某的其他诉讼请求。北京某文化公司不服一审判决，提出上诉。北京市第一中级人民法院于2018年9月26日作出（2018）京01民终5911号民事判决：一、维持北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初45496号民事判决第一项、第二项、第四项；二、撤销北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初45496号民事判决第三项、第五项；三、驳回聂某某的其他诉讼请求。北京某文化公司不服二审判决，向北京市高级人民法院申请再审。北京市高级人民法院于2019年4月30日作出（2019）京民申986号民事裁定：驳回北京某文化公司的再审申请。

（三）实操建议



法院生效裁判认为：申请人北京某文化公司与被申请人聂某某签订的《合作设立茶叶经营项目的协议》系自愿签订的，不违反强制性法律、法规规定，属有效合同。对于合同性质的认定，应当根据合同内容所涉及的法律关系，即合同双方所设立的权利义务来进行认定。双方签订的协议第一条明确约定聘任聂某某为茶叶经营项目经理，“聘任”一词一般表明当事人有雇佣劳动者为其提供劳动之意；协议第三条约定了聂某某的取酬方式，无论在双方设定的目标公司成立之前还是之后，聂某某均可获得“基本工资”“业绩”等报酬，与合作经营中的收益分配明显不符。合作经营合同的典型特征是共同出资，共担风险，本案合同中既未约定聂某某出资比例，也未约定共担风险，与合作经营合同不符。从本案相关证据上看，聂某某接受北京某文化公司的管理，按月汇报员工的考勤、款项分配、开支、销售、工作计划、备用金的申请等情况，且所发工资与出勤天数密切相关。双方在履行合同过程中形成的关系，符合劳动合同中人格从属性和经济从属性的双重特征。故原判认定申请人与被申请人之间存在劳动关系并无不当。双方签订的合作协议还可视为书面劳动合同，虽缺少一些必备条款，但并不影响已约定的条款及效力，仍可起到固定双方劳动关系、权利义务的作用，二审法院据此依法改判是正确的。北京某文化公司于2017年5月6日向聂某某出具了《终止合作协议通知》，告知聂某某终止双方的合作，具有解除双方之间劳动关系的意思表示，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条，在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同等决定而发生的劳动争议，由用人单位负举证责任，北京某文化公司未能提供解除劳动关系原因的相关证据，应当承担不利后果。二审法院根据本案具体情况和相关证据所作的判决，并无不当。

（四）点评分析

作者吴彬，来源于“烛影法声”微信公众号

一、判断劳动关系成立的“金标准”

认定劳动关系历来是劳动仲裁和审判的重点和难点。从通说看，劳动者与用人单位基于用工事实而形成了经济上、人身上的从属性，即可以认定双方构成劳动关系。

（一）经济从属性

经济上的从属性主要体现在以下三点：

1. 劳动者从用人单位获取工资作为生活来源

用人单位向劳动者发放劳动报酬，劳动者依靠或主要依靠劳动报酬生活，劳动报酬是其劳动给付的对价，劳动给付和劳动报酬发放一般是持续性（按月）而非一事一议的。

以劳动关系和劳务关系的区别为例，在劳动关系中，每月发放的劳动报酬的标准一般不必然直接与当月的劳动贡献挂钩，但是从长期看，劳动给付与劳动报酬应当基本等价，例如科研工作者从事的科学研究可能长期不能形成成果和价值，但是单位仍然每月向其支付工资，劳动关系下的劳动报酬呈现出价格依附性特征（即一般不能单独计算出价格，而是混合在单位整体效益中）；劳务关系中，也可能是每月发放劳务费，但是劳务费的标准一般都直接与当月的劳务价值等价，而且劳务可以呈现价格独立性特征（即可以单独计算出价值），例如雇用工人给家里打扫卫生，干一天给一天的钱，第二天不给钱就不去干活。

将两种用人模式放在同一个单位中举例，可能更为直观。例如，某单位效益严重下降而给员工放长假，放长假期间员工虽然没有提供劳动，但是单位仍按照最低工资标准向员工发放工资。单位长期以来雇用老李负责办公区绿化卫生工作，现单位放长假后不再要求老李继续其劳务，单位也就没有义务继续给老李支付绿化卫生劳务费。前者是劳动关系，后者是劳务关系，在“劳动报酬”支付问题上差别明显。

2. 用人单位可以通过经济上的奖惩实现对劳动者的管理

通过劳动合同的约定和规章制度的规定，用人单位可以通过绩效工资、奖金、提成、福利等多种方式奖励

劳动者的额外劳动，提高劳动者积极性和服从性，也可以通过绩效考核等途径对表现欠佳的劳动者实施惩罚，例如减少绩效工资、降低或者不发奖金、调整至能力要求和待遇水平均较低的岗位等，以此来警示劳动者不认真工作的后果，从而反向激发劳动者积极性和服从性。

3. 劳动者的劳动给付构成用人单位业务的组成部分

劳动者的劳动给付构成用人单位业务或产品的组成部分，这是用人单位发放劳动报酬的基础，也是用人单位对劳动者进行管理的基础。在劳务外包、劳务派遣、劳务合同模式下，外包人员、派遣人员、劳务人员工作的成果也可能会构成用人单位业务的组成部分，但是这类人员与用人单位之间缺少形成劳动关系的合意，所以这一条不会单独成为认定劳动关系的标准。

（二）人身从属性

人身上的从属性也可以主要体现为两点：

1. 劳资双方有形成劳动关系的意思合意

劳动者有加入用人单位进行劳动的意思，用人单位也有雇用劳动者进入本单位组织内进行劳动的意思，双方有形成劳动关系而非其他法律关系的意思表示一致。就用工事实而言，劳务关系、承揽关系、劳务派遣关系、人事关系等都可以表现出用工的外观，所以只有用工的外观是不足以认定劳动关系的，还必须由形成劳动关系的合意。判断劳动关系的合意，可以从签订劳动合同、缴纳社会保险费、缴纳住房公积金、定时发放工资、按时进行出勤和工作考核、接受单位奖惩等多个角度综合分析。

2. 用人单位对劳动者的劳动进行过程上和结果上的管理

过程上的管理对于人身从属性的形成至关重要，用人单位可以通过考勤、出勤形式、工时确定、劳动流程、劳动内容、岗位调整、地点调整、职级调整等形式进行管理，如果用人单位无权对上述劳动过程进行管

理，那么双方之间大概率不是劳动关系。结果上的管理相对于过程上的管理相对次之，但是在计件工资模式、提成工资模式下，结果管理显然更为重要。单纯进行结果上的管理可能会导致劳资双方形成劳务关系、承揽关系等。从绝大多数劳动关系看，用人单位基本都是过程管理和结果管理并重的。

（三）指导性案例没有提到的主体标准

179号指导性案例中的当事人双方，一方是有限公司，另一方是自然人，属于最典型的劳动关系双方，所以指导性案例没有对主体标准进行论述。其实，实践中判断劳动关系的第一道关口却是考察主体标准。根据《劳动法》《民法典》的相关规定，用人单位须为国家机关、事业单位、企业、人民团体、特别法人、个体工商户等，劳动者必须排除童工。简单讲，自然人与自然人之间不可能形成劳动关系。

二、实践中认定劳动关系的重要依据

实践中最经常作为认定劳动关系的依据是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）。各地法院在长期实践中不断总结经验，又对劳动关系认定的因素进行了进一步的梳理和总结，例如《天津法院劳动争议案件审理指南》第6条。

人社部等八部门2021年颁布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号），对劳动关系的形态又进行了进一步的规定和探索，该意见第（二）条规定：“符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。”



加之本次最高人民法院公布的第179号指导性案例可知，劳动关系的认定仍然是一个历久弥新的问题。但是不论实践形态如何多样，认定劳动关系的核心标准没有动摇和变化，其根本原因在于形成劳动关系的经济基础——社会化大生产——没有根本变化。我们之所以对劳动关系及其近似形态无法区分清楚，恐怕更多的还是受到之前的认识惯性和管理惯性影响所致，当然这里面也有深刻的社会福利制度的影响。

三、劳动合同认定标准的优化

第179号指导性案例的裁判要点指出：“用人单位与劳动者签订的书面协议中包含工作内容、劳动报酬、劳动合同期限等符合劳动合同法第十七条规定的劳动合同条款，劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求支付第二倍工资的，人民法院不予支持。”笔者认为，是指对劳动合同认定标准的重要优化，具有重要指导意义。

《劳动合同法》第17条规定了9类“必备条款”：1.用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；2.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；3.劳动合同期限；4.工作内容和工作地点；5.工作时间和休息休假；6.劳动报酬；7.社会保险；8.劳动保护、劳动条件和职业危害防护；9.法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。实践中很多劳动合同其实并没有全部具备上述“必备条款”，如果机械理解上述条款，则大量劳动合同将不成立。本指导性案例的颁布为实践指明了上述条款的判断原则，即只要劳资双方签订的书面文件包含了工作内容、劳动报酬、劳动合同期限等符合劳动合同法第17条规定的劳动合同条款的，该书面文件即属于劳动合同，而并非要求必须全部具备9类“必备条款”。



经典判决

案件要旨

1. 劳动关系适格主体以“合作经营”等为名订立协议，但协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况等符合劳动关系认定标准，劳动者主张与用人单位存在劳动关系的，人民法院应予支持。

2. 用人单位与劳动者签订的书面协议中包含工作内容、劳动报酬、劳动合同期限等符合劳动合同法第十七条规定的劳动合同条款，劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求支付第二倍工资的，人民法院不予支持。

聂某某与北京某文化有限公司劳动争议案

案件来源：最高人民法院指导案例

审理法院：北京市高级人民法院

案号：(2018)京01民终5911号

案由：确认劳动关系纠纷

原告（被上诉人）：聂某某

被告（上诉人）：北京某文化有限公司

基本案情

2016年4月8日，聂某某与北京某文化有限公司签订了《合作设立茶叶经营项目的协议》，内容为：“第一条：双方约定，甲方出资进行茶叶项目投资，聘任乙方为茶叶经营项目经理，乙方负责公司的管理与经营。第二条：待项目启动后，双方相机共同设立公司，乙方可享有管理股份。第三条：利益分配：在公司设立之前，乙方按基本工资加业绩方式取酬。公司设立之后，按双方的持股比例进行分配。乙方负责管理和经营，取酬方式以：基本公司（工资）+业绩、奖励+股份分红。第四条：双方在运营过程中，未尽事宜由双方友好协商解决。第五条：本合同正本一式两份，公司股东各执一份。”

协议签订后，聂某某到该项目上工作，工作内容为负责《中国书画》艺术茶社的经营管理，主要负责接待、茶叶销售，对外开放。北京某文化有限公司的法定代表人林某某按照每月基本工资10000元的标准，每月15日通过银行转账向聂某某发放上一自然月工资。聂某某请假需经林某某批准，且实际出勤天数影响工资的实发数额。双方未签订书面劳动合同。2017年5月6日北京某文化有限公司通知聂某某终止合作协议。聂某某实际工作至2017年5月8日。聂某某认为双方系劳动关系申请劳动仲裁，北京某文化有限公司主张双方系合作关系。

审理结果：

北京市海淀区人民法院于2018年4月17日作出（2017）京0108民初45496号民事判决：一、确认北京某文化有限公司与聂某某于2016年4月8日至2017年5月8日期间存在劳动关系；二、北京某文化有限公司于判

决生效后七日内支付聂某某2017年3月1日至2017年5月8日期间工资22758.62元；三、北京某文化有限公司于判决生效后七日内支付聂某某2016年5月8日至2017年4月7日期间未签订劳动合同二倍工资差额103144.9元；四、北京某文化有限公司于判决生效后七日内支付聂某某违法解除劳动关系赔偿金27711.51元；五、驳回聂某某的其他诉讼请求。

北京市第一中级人民法院于2018年9月26日（2018）京01民终5911号民事判决：一、维持北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初45496号民事判决第一项、第二项、第四项；二、撤销北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初45496号民事判决第三项、第五项；三、驳回聂某某的其他诉讼请求。

裁判理由：

一、本案合同的性质

对合同性质的认定不能仅凭合同名称而定，而应根据合同内容所涉法律关系，即合同双方当事人所设立的权利义务关系来进行认定。首先，双方签订的协议第一条明确约定聘任聂某某为茶叶经营项目经理，聂某某负责公司的管理与经营，根据常识，“聘任”一词广泛用于招聘员工的场合中，一般表明当事人有雇佣劳动者为其提供劳动的意思表示。其次，双方签订的协议第三条明确约定了聂某某的取酬方式，无论在双方设定的目标公司成立之前还是之后，聂某某均可获得基本工资、业绩等报酬，众所周知，日常生活中“工资”一词即指雇主或用人单位以货币形式对员工的劳动所支付的报酬，此种取酬方式与合作经营中的收益分配明显不符。最后，合作经营合同的典型特征在于合作双方共同出资、共担风险，而本案合同中既未约定聂某某的劳务出资比例，更未约定双方共负风险，明显与合作经营合同不符。综上，本案《合作设立茶叶经营项目的协议》名为合作经营，实为具有劳动雇佣内容的合同。在我国，劳动雇佣的形式有两种，一是受《劳动合同法》调整的劳动合同，二是受普通民事法律调整的劳务合同。为恰当判定本案合同的性质，还需进一步分析本案合同具体为哪一种劳动雇佣形式。

本案合同为劳动合同还是劳务合同？进一步判定本案合同的性质，除了应当考察合同的内容外，还应当考察合同履行过程中所体现的双方当事人的权利与义务关系。劳动雇佣的形式普遍体现为两种方式，一是劳动合同，二是劳务合同。二者存在共性，如劳动者向雇主提供劳动，并据其劳动获得相应报酬，但二者也存在明显区别，主要是劳务合同在合同签订时和签订后，合同主体始终是平等的民事法律关系；而劳动合同的主体在签订合同时是平等的，双方可以就合同内容进行平等协

商，但合同签订后劳动者则要对用人单位产生人身从属性，劳动者要接受用人单位的管理、遵守用人单位的劳动纪律，用人单位与劳动者之间是管理与被管理的关系。并且，一般认为，劳动合同关系的本质特征为劳动合同主体双方在地位上具有从属性，具体表现为人格的从属性和经济的从属性。可见，签订合同后，合同主体在履行合同中是否产生从属性才是判断两种劳动雇佣合同的本质区别。具体到本案，首先，根据经过公证的微信沟通记录，显示出聂某某询问林某某是否发放工资、询问林某某来应聘人员的面试情况及结果、向林某某汇报《中国书画》艺术茶社的经营状态、按照林某某的要求安排落实相关具体事务、向林某某请假，并且聂某某提交的请假单显示其请假需经过林某某的批准，上述证据反映出聂某某需听从北京某文化有限公司的指示和要求，接受北京某文化有限公司的管理，符合劳动合同中人格从属性的基本特征。其次，根据经过公证的邮件往来记录，显示出聂某某按月向林某某汇报包括聂某某本人在内的《中国书画》艺术茶社人员的考勤情况、上月款项分配情况、当月开支情况、当月销售情况、下月工作计划及备用金申请。其中每月明细中均显示聂某某的工资构成及金额，且其实发工资与出勤天数密切相关。上述证据充分体现出北京某文化有限公司按月向聂某某支付工资，且聂某某的实际出勤天数影响最后的实发工资金额，工作中聂某某需接受北京某文化有限公司的管理，双方在履行合同过程中形成的关系符合劳动合同中人格从属性和经济从属性的双重特征，足以认定北京某文化有限公司与聂某某之间存在劳动合同关系。

二、本案合同可否视为双方签订了书面劳动合同

首先，法律并未明确规定劳动合同的具体“书面”形式。其次，《劳动合同法》第二十六条对劳动合同的无效情形作了规定，亦未将缺少必备条款的劳动合同视为无效。从立法的本意看，劳动合同缺少必备条款并不影响劳动合同的效力。本案合同在内容上已具备书面劳动合同的以下必备条款：适格且明确的用人单位及劳动者、工作岗位及职责内容、工资等劳动报酬内容、以目标公司设立为截点的合同期限，且该合同经双方当事人签名或盖章，形式相对完备。虽然该合同不完全具备劳动合同的所有必备条款，但缺少必备条款并不影响双方已约定的条款及其效力，本案双方签订的合同仍可以起到与书面劳动合同一样的固定双方劳动关系权利义务的作用，足以认定为具有书面劳动合同的性质。一审法院认定北京某文化有限公司与聂某某未签订书面劳动合同属于认定事实错误，适用《劳动合同法》第八十二条属于适用法律错误，二审法院依法予以纠正。

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、大型国企、人力资源公司劳动人事专项法律顾问，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。



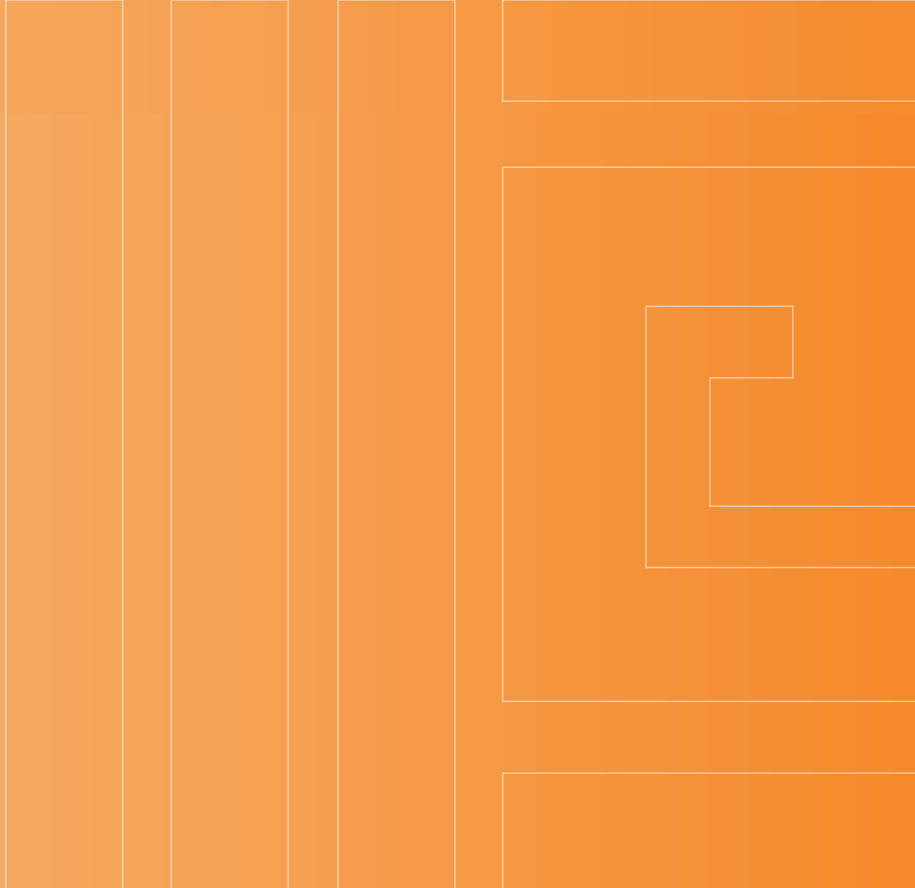
闵太全律师

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。



林芬律师

恒和信专职律师，翻译专业硕士研究生，担任多家大型国有企业常年法律顾问，在公司法、劳动法等专项法律服务和争议解决方面具有丰富经验。



恒和信公众号

◎ 本期编辑：梁辉、邱鑫锐、闵太全、林芬

 恒和信律师事务所
HENGHEXIN LAW FIRM