编者按

您在房屋买卖或租赁中发生法律纠纷；您在家庭婚姻生活中亮起红灯；您在劳动维权时遭遇困惑……

当您需要法律上的专业指点，或者希望通过诉讼途径解决纠纷时，请给我们来信。“我要找律师”栏目特意为您搭建起寻觅律师的桥梁，只要您将求助事项详细写下来，并说明需要什么样的律师提供什么帮助，然后通过邮寄或者电子邮件传递给我们，我们将免费为您刊出。请在来信或者电子邮件中注明您的详细联络方式，以便律师及时和您联系。

有意向求助者提供咨询、帮助或代理诉讼的律师，可直接与《律师周刊》联系。

《律师周刊》将及时刊登律师提供的咨询。

无论是求助者还是律师，都可通过来信或电子邮件与《律师周刊》联系。

来信请寄：上海市小木桥路268弄1号4楼《上海法治报》“我要找律师”栏目，邮编200032。

或发送电子邮件到lszk99@126.com；也可扫右边的二维码关注“法律服务”栏目，并提出咨询。

劳动工伤

在职申请专利，咨询权利归属

我在公司担任设计人员，因为和公司负责人存在矛盾，遭到公司提前解除劳动合同。

在离职前，我有两项专利正在申请之中，公司得知后认为专利权应当属于公司。

请问律师，此类专利的权属应当归谁？

——郭先生

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据《专利法》第六条的规定：执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人。该单位可以依法处置其职务发明创造申请专利的权利和专利权，促进相关发明创造的实施和运用。

非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后，该发明人或者设计人为专利权人。

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。

据此，要判断相关专利的权属，需要考察公司的经营范围、你在公司的岗位职责以及涉案专利的具体内容。如果属于“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造”，那么专利权应当属于公司所有。

资料图片

续约缩短期限，是否符合规定

我和公司原来签订了为期2年的劳动合同，年底合同即将届满，公司向我提供了新的劳动合同，各项条件维持不变，但合同期限为1年。

我认为这属于降低了劳动合同约定条件，但公司并不认可，认为合同期限的缩短不能算降低劳动合同约定条件。

请问律师，这种情况究竟是否属于降低劳动合同约定条件？

——田小姐

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据《劳动合同法》第四十六条第五项规定，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，固定期限劳动合同期满后终止的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。

而对于“用人单位维持或者提高劳动合同约定条件”的判定，需要结合新旧劳动合同约定的条件来比较分析。

根据《劳动合同法》第十七条的规定，作比较分析时一般应当从工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护等方面进行。

对于劳动合同期限，我们认为也应当纳入对比条件之列。

对此，一些省市出台的规定未予明确，而有些省市则作了明确规定。比如浙江省高院、劳动人事争议仲裁院印发的《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（四）》中指出，《劳动合同法》第四十六条第五项所规定的维持或者提高劳动合同约定条件，该条件应做广义解释，即包括期限、岗位、地点等。

据此，公司提出与你续订1年期劳动合同，该期限短于原劳动合同的期限，应认定为降低了原劳动合同约定条件，由此导致劳动合同终止的，应当向你支付经济补偿金。

工作未签合同，应该如何举证

我表妹在老家那里的一家KTV工作，入职时并未签订书面劳动合同。

现在她遭到辞退，希望为自己维权，但是没有劳动合同，只有支付宝转账记录、微信聊天记录和微信群的记录。KTV的其他服务人员虽然也可以作证，但是碍于仍在工作，可能不愿意公开站出来作证。

请问律师，她凭这些证据，能否证明自己和KTV存在劳动关系？

——刘女士

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》，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。

用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

(一) 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；

(二) 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；

(三) 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；

(四) 考勤记录；

(五) 其他劳动者的证言等。

其中，(一) (三) (四) 项的有关凭证由用人单位负举证责任。

因此，如果你表妹提供的相关证据能够证明她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，那么是有可能被认定和KTV存在劳动合同关系的。

根据《劳动合同法》，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。

辞退返聘人员，应给多少补偿

我们公司返聘了一名退休人员，合同是一年一签的。工作不到半年，公司因为某些原因想辞退她。

请问律师，我们该如何辞退她？是否要依据《劳动合同法》给予经济补偿？

——傅先生

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据我国《劳动合同法》及其他劳动法律法规的规定，提前解除劳动合同的经济补偿金是在劳动合同解除时，法定需要支付的补偿。

但是，由于公司聘用的退休人员可以得到相应的退休养老金。同时，这一雇佣行为也不适用《劳动合同法》，因此公司在解除合同时无须支付经济补偿金。

当然，公司应当尽可能提前通知返聘人员，如果自愿给予一定补偿，当然也是可以的。

年底之前辞职，能否获年终奖

最近有几家公司要我跳槽过去，各方面待遇都很不错。而依照惯例，公司会在春节前发放年终奖。

请问律师，在我提前辞职的情况下，公司是否应该给我年终奖？

——冯小姐

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

年终奖金是用人单位的一种福利，其发放标准、发放时间比较灵活，法律没有强制性的规定，一般单位按照规章制度说了算。按照常理，职工只要干满一年，单位就没有理由扣除职工当年的年终奖金，因为该项奖金的发放依据是已经完成的工作业绩。

但是，每个单位发年终奖的时间是不一样的，公司是否应该给辞职职工年终奖，要看公司的规章制度或者劳动合同中是否有所规定。如果没有相关规定，那么用人单位有权不发给辞职职工年终奖。

灵活就业人员，能否申请补贴

我弟弟在大学毕业后一直没有找到稳定的工作，目前是以灵活就业形式自行缴纳社保。

请问律师，我听说像他这种情况可以申请社保补贴，具体该如何申请？

——唐女士

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

对于以下这样的灵活就业人员，的确可以申请相应的社保补贴：

（一）劳动者属于就业困难人员或毕业2年内高校学生。

（二）已向公共就业人才服务机构以灵活就业类型登记就业。

（三）以个人身份缴纳社会保险费。

每月按实际社保缴费额2/3的标准给予补贴。

补贴对象原则上需灵活就业登记且缴纳社保3个月以上，按季度（或半年）向参保所在地公共就业服务机构申请对上季度（或半年）已缴纳的社会保险费给予补贴。首次补贴申请应于办理就业登记之日起1年内提出。

灵活就业人员一般来说包括个体经营者；非全日制从业人员；新就业形态人员（包括依托电子商务、网络约车、网络送餐、快递物流等新业态平台实现就业，但未与新业态平台相关企业建立劳动关系的从业人员）；法律、法规、规章规定的其他灵活就业人员。

对于就业困难人员，各地也有相应的认定标准，具体事宜可以向社保部门咨询。

不服鉴定结论，能否申请复议

我大伯在工伤后申请了劳动能力鉴定，但他对鉴定结论不服。

请问律师，他应该如何维护自己的权益？能否就鉴定结论提出行政复议？

——关先生

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

首先，劳动能力鉴定事项非行政复议事项。

国家人社部《人力资源社会保障行政复议办法》第八条规定劳动能力鉴定委员会的行为不属于行政复议的范围。该办法属于有法律效力的部门规章，其对鉴定范围的排除规定有效，行政复议机关应当遵守该规定。

其次，鉴定主体非行政机关或者行政机关授权机关。

劳动能力鉴定委员会的机构性质决定了其不具有做出行政行为的主体资格，其鉴定技术性特征也非行政机关行政行为便于规范。

最后，不服鉴定结论可以申请再次鉴定。

《工伤保险条例》第26条已经对鉴定救济进行具体规定，即对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。

省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。

婚姻家庭

离婚争抚养权，法院如何判决

我和丈夫在协商离婚，同时都想争取孩子的抚养权。

请问律师，如果去法院打官司的话，一般抚养权是如何判决的？

——徐女士

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

哺乳期后的子女，如双方因抚养问题发生争执不能达成协议时，由人民法院根据子女的权益和双方的具体情况判决：

1.两周岁以下的子女，一般随女方生活。女方有下列情形之一的，可随男方生活：

（1）患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的；

（2）有抚养条件不尽抚养义务，而男方要求子女随其生活的；

（3）因其他原因，子女确无法随女方生活的。

2.对两周岁以上未成年的子女，男方和女方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：

（1）已做绝育手术或因其他原因丧失生育能力的；

（2）无其他子女，而另一方有其他子女的；

3.男方与女方抚养子女的条件基本相同，双方均要求子女与其共同生活，但子女单独随祖父母或外祖父母共同生活多年，且祖父母或外祖父母要求并且有能力帮助子女照顾孙子女或外孙子女的，可作为子女随父或母生活的优先条件予以考虑。

4.父母双方对八周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的，应征求子女的意见。

总之，法院在判决时主要考虑有利孩子成长的原则，同时会综合考虑双方的条件和意愿。

物业房产

房产公证赠与，反悔能否撤销

苏女士有四个子女，去年她通过办理赠与公证的方式，将自己名下的一处房产给了小儿子，但是一直没有去办理过户手续。

由于种种原因，苏女士现在又想撤销这一赠与。

请问律师，经过公证的房产赠与还能不能撤销？如果可以的话，应该如何撤销？

——郭女士

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据《民法典》的规定，经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。

依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

苏女士签订的赠与合同经过了公证处的公证，那么就等于自动放弃了任意撤销权的行使，赠与人应当依照赠与合同履行赠与义务。

基于房产赠与和公证，苏女士的小儿子可以去法院起诉要求苏女士履行赠与的相关义务。

法院经审理后，如果认为没有撤销赠与的法律依据，一般来说会支持其诉讼请求。

消费纠纷

办健身卡想退，遭拒如何应对

我办理健身卡年卡后一个月，由于自己搬家所以要求退卡，遭到店家拒绝。

办卡时没签合同，投诉到消协得到的回应是只能调解处理，他们没有执法权，最终调解失败。

请问律师，如果我去起诉的话，法律会支持我要回我未消费部分的款项吗？

——刘小姐

上海李东方律师事务所马斯棋律师回复如下：

你办理健身卡时，实际上是与健身中心形成消费合同关系，现在要求退卡是因为自身原因，并不是因为健身中心未提供服务或者提供了有瑕疵的健身服务。那么在健身中心不同意退费退卡的情况下，你要求退卡有可能构成违约。

当然，健身中心完全不肯退费也是缺乏依据的。

建议尽量采取协商的方式解决问题，比如自愿承担一定的违约责任。

如果健身中心一再拒绝，你可以向消费者组织和市场监管部门投诉。

如果去起诉的话，你应该是能拿回大部分钱款的，但是起诉需要耗费一定的时间和精力。

刑事行政

涉嫌合同诈骗，面临何种刑罚

我叔叔这几年一直在做生意，之前听说他跟别人有一些经济纠纷，最近他被公安抓了，据说涉嫌的罪名是“合同诈骗罪”。

请问律师，合同诈骗罪是怎么回事？和诈骗罪有什么不同？他可能面临怎样的刑罚？

——葛小姐

上海星图律师事务所杨东律师回复如下：

根据《刑法》第二百二十四条：有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；

数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；

数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

(一) 以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；

(二) 以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；

(三) 没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；

(四) 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；

(五) 以其他方法骗取对方当事人财物的。

合同诈骗罪也是一种具体的诈骗犯罪，其与诈骗罪是特殊与一般的关系，它们的区别主要表现在以下几个方面：

1.侵犯的客体不同。诈骗罪只侵犯财产所有权，是单一客体，而合同诈骗罪既侵犯他人的财产权利，同时又侵犯合同行为管理制度。

2.犯罪客观方面表现不尽相同。诈骗罪可以表现为虚构任何事实或隐瞒真相，以骗取财物；合同诈骗罪只发生在合同的签订、履行过程中，因而欺诈手段有特定范围的特殊性。

3.犯罪主体不尽相同。诈骗罪限于自然人主体，合同诈骗罪的主体可以包括单位。

4.合同诈骗罪与诈骗罪属于法条竞合，应当遵循特别法优于一般法的原则。