宁波中院关于审理劳动争议案件解答（一、二、三、四）

宁波市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题解答一（2014年）

**一、职工在同一单位先后发生两次工伤，且两次工伤的伤残等级不同，现职工提出解除劳动合同，并要求用人单位按两次工伤分别支付其一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，是否支持？**

答：一次性伤残就业补助金是因工伤职工离职后可能存在失业情况，而给予的补助；同理，一次性工伤医疗补助金，是在工伤职工离职后对其医疗方面的补助。而职工在发生第一次工伤后并未离职，所以，解除劳动关系的行为只有一次，故应按照职工在两次工伤中伤残等级较重的一次，支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

**二、劳动者在工伤前未签劳动合同，受伤后享受停工留薪期工资，那么停工留薪期间是否支持双倍工资？**

答：不应当支持。停工留薪待遇属于工伤保险待遇中的一项，《工伤保险条例》对此已经有明确规定。工伤职工享受停工留薪待遇属于特殊情形，不同于一般的劳动报酬，且劳动者在该期间并未实际提供劳动，故不适用双倍工资的规定。

**三、劳动者在工伤后一直未回单位上班，用人单位能否直接以劳动者严重违反劳动纪律为由，解除双方之间的劳动合同？**

答：劳动者在工伤后一直未回单位上班，与劳动者擅自离岗未回单位工作有一定区别。本问题涉及的情形系因工伤引起，且劳动者的停工留薪期限须经劳动争议仲裁部门或人民法院依法审理后确认，因此，用人单位不能以劳动者严重违反劳动纪律为由作出解除劳动合同的决定。但用人单位可在合理期限内向劳动者发出通知，要求劳动者提供医疗部门出具的病休证明，或要求劳动者回单位上班。在用人单位履行通知义务后，劳动者仍一直未提供病休证明或回单位上班的，用人单位可依浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的意见（试行）》第四十五条之规定，直接与劳动者解除劳动关系。

**四、用人单位为劳动者缴纳工伤保险的缴费基数低于劳动者实际工资，劳动者按缴费基数获赔一次性伤残补助金后，能否主张差额部分？**

答：虽《工伤保险条例》第十条第三款规定：用人单位缴纳工伤保险费的数额为本单位职工工资总额与单位的费率之积。第五十五条第（五）项又规定：工伤职工或者其近亲属对经办机构核定的工伤待遇有异议的，可以依法申请行政复议，也可以依法向人民法院提起行政诉讼。但目前宁波大市范围内，用人单位缴纳工伤保险费并未按《工伤保险条例》第十条的规定执行，仍由用人单位自行申报，故对用人单位少缴工伤保险费造成待遇损失的差额部分，劳动者可向用人单位主张权利.

**五、劳动者发生工伤并被定为相应伤残等级后，以用人单位未为其缴纳社会保险为由，要求解除与用人单位的劳动合同，能否同时主张解除劳动合同的经济补偿及一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金？**

答：可同时主张。只要用人单位存在《劳动合同法》第三十八条规定的情形，劳动者以此为由解除劳动合同，主张经济补偿的，应予支持。鉴于双方之间的劳动关系已经解除，且《工伤保险条例》对工伤职工解除劳动合同并未设置前提条件，故对已遭受工伤并已构成相应伤残等级的劳动者，能直接主张一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

**六、《社会保险法》实施后，第三人侵权导致的工伤，如何确定赔偿顺序？浙政发（2009）50号通知规定的“有限兼得”模式，能否继续适用？**

答：根据《社会保险法》第四十二条的规定理解，因第三人侵权造成的工伤，劳动者应先向第三人主张侵权赔偿。当第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人时，劳动者才可要求工伤保险基金（已参保情形）或由用人单位（未参保情形）先行赔付。先行赔付后，工伤保险基金机构或用人单位有权向第三人追偿。

《社会保险法》第四十二条的规定的追偿权，仅指“医疗费”，而并非所有赔偿项目，且“医疗费”不能双重赔偿，故该规定并未否定“有限兼得”模式，浙江省人民政府的浙政发（2009）50号政府令仍应适用。

**七、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题若干问题的解释（三）》第一条中规定的“用人单位赔偿损失”，该“损失”如何认定？**

答：该条解释明确将用人单位未为劳动者办理社会保险手续且不能补办，导致劳动者无法享受社会保险待遇而要求赔偿损失的请求纳入受理范围。

根据“谁主张谁举证”原则，该赔偿损失的举证责任应该在劳动者一方，劳动者应举证证明不能补办社会保险导致其无法享受社保待遇的损失情况。但在实际操作中可能会发生劳动者无法计算其所受损失的数额，如养老保险待遇需等到劳动者退休之后才能享受。因此，如果劳动者主张损失赔偿，应就其实际已遭受的损失提供相应的证据；若劳动者无法证明，却仍坚持的，则驳回该诉讼请求。

**八、违法解除劳动合同的，劳动者要求继续履行劳动合同，并要求用人单位支付违法解除之日至判决继续履行合同期间的工资损失，是否应当支持？如支持，按照什么标准支付？**

答：劳动者无法提供正常劳动的原因是用人单位违法解除劳动合同造成的，并非是劳动者自身不愿劳动。劳动者虽未提供劳动，但用人单位仍应支付违法解除劳动合同之日至继续履行劳动合同之日的工资损失。至于支付标准，可依劳动者在劳动合同解除前的平均工资为标准，但应考虑劳动者实际未付出劳动，也未为企业带来效益，因此，支付给劳动者的工资中应剔除实发的奖金、加班工资等，但不能低于当地的最低工资标准。

在劳动者主张赔偿金情形下，劳动者再主张“停工期间”的工资损失，则不予支持。

**九、用人单位解除劳动合同，劳动者诉请要求支付赔偿金，经法院审查后发现不属于违法解除，但用人单位仍需支付经济补偿，该种情形是否应向劳动者释明？还是另案处理？**

答：双方之间的劳动争议是因为解除劳动关系的行为引起的，虽经济补偿与赔偿金的适用前提不同，但由于劳动者对法律规定的认知可能较弱，且是否属于用人单位违法解除劳动合同，须经劳动争议仲裁部门或人民法院依法确认，因此，经济补偿内容虽未经仲裁前置，但劳动者对用人单位因解除劳动合同造成的损失已提起仲裁，若再让劳动者另行仲裁，则造成当事人讼累及司法资源的浪费，故可直接向劳动者释明，要求劳动者变更诉讼请求为支付经济补偿，若劳动者仍坚持支付赔偿金的，则驳回该诉讼请求。

**十、经济补偿是否有最高限额？**

答：按照《劳动合同法》第四十七条规定，用人单位向劳动者支付经济补偿以每满一年支付一个月工资的标准，如劳动者工资高于本地区上年度职工月平均工资三倍的，按工资三倍的数额支付，最高不超过十二年。仅从字面意思理解，似乎三倍以下工资的劳动者可以不受最高年限的限制。但由此会导致工资接近月平均工资三倍的劳动者最终得到的经济补偿反而比超过月平均工资三倍的劳动者更高，这样就不符合经济补偿的真实意义，故应当理解为经济补偿有最高限额。经济补偿的最高限额是本地区上年度职工平均月工资的三倍，最长期限为12年，即最高按月平均工资补偿36个月。

**十一、用人单位以劳动者的行为给公司造成损失为由，向劳动者主张赔偿损失，是否属于劳动争议案件？应如何处理？**

答：因劳动者在履行劳动合同过程中，给用人单位造成损失的，该类案件属于劳动争议范畴。用人单位可以向劳动者主张赔偿，但要承担相应的举证责任。至于具体赔偿数额，应当综合考虑损失的大小，用人单位在劳动者的选任和监管上的过失，劳动者的过错程度及其从用人单位获取的劳动报酬数额、双方劳动合同的约定及用人单位规章制度规定等因素酌情确定。

**十二、用人单位在经营过程中被吊销营业执照，劳动者主张未签书面劳动合同的双倍工资，是否支持？**

答：用人单位在经营过程中被吊销营业执照，意味着在被吊销后，失去了合法的经营资格，亦丧失了合法的用工主体资格。因不具备合法经营资格的用人单位招用劳动者，违反了《劳动合同法》的强制性规定，即使双方签订了劳动合同，亦属无效劳动合同，双方之间不属于劳动合同关系。故对劳动者以未签书面劳动合同而主张双倍工资的请求，不予支持。

**十三、法定节假日加班工资如何计算？**

答：《劳动法》第四十四条第三款规定：“法定节假日安排劳动者工作的，用人单位应当支付不低于劳动者正常工作时间工资的300%的工资报酬。”该法第五十一条又明确规定，即使劳动者在法定节假日内没有提供劳动，用人单位仍然应当按照正常出勤的标准向其支付工资。由于21.75天/月的月计薪天数已经扣除了法定节假日（11天），因此，若劳动者在法定节假日加班的，用人单位只需要在正常工资之外另行支付两倍（200%）即可，共为300%的工资报酬。

**宁波中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（二）**

作者：张骞来源：找法网日期：2014年08月15日

**一、《劳动合同法实施条例》第二十一条与《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条的规定，应如何理解?**

《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄时，劳动合同终止。法律赋予了用人单位在该条件成就时的劳动合同终止权，用人单位以劳动者达到法定退休年龄为由通知劳动者终止劳动合同系合法行使权利，劳动者主张违法解除或终止劳动合同赔偿金不能成立，且亦不符合《劳动合同法》第四十六条规定的应支付经济补偿的情形。如果劳动者达到法定退休年龄后用人单位未提出终止劳动合同的，按照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条的规定，若劳动者未享受养老保险待遇或领取退休金的，则应认定双方仍属劳动关系;若劳动者已享受养老保险待遇或已领取退休金的，则按劳务关系对待。

**二、已享受农保的，是否属于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条中规定的“已依法享受养老保险待遇”?**

根据《社会保险法》规定，我国现行养老保险制度分为基本养老保险、新型农村社会养老保险和城镇居民社会养老保险三种，故上述三种社会保险属于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条规定的“已依法享受养老保险待遇”的情形。因此，已超过法定退休年龄且已享受新型农村社会养老保险待遇的人员进城务工后，与用人单位发生用工争议的，应按劳务关系处理。

**三、超过法定退休年龄仍按劳动关系对待的职工在工作中遭受事故伤害，若劳动部门不认定工伤，法院应如何处理?**

参照浙江省行政复议与行政审判第七次联系会议纪要(2012年6月27日下发)的精神，按二种情况分别对待：一是用人单位聘用的超过法定退休年龄的劳动者，已缴纳工伤保险的，可要求工伤认定机构按《工伤保险条例》作出工伤认定;二是用人单位聘用的超过法定退休年龄的劳动者，未缴纳工伤保险的，若工伤认定机构不予受理，则应由市级劳动能力鉴定委员会作出劳动能力鉴定，并由用人单位参照工伤标准一次性赔偿政策进行一次性赔偿。

**四、如何理解和处理仲裁裁决事项与诉讼请求之间的关系?**

由于现行法律是将劳动争议放在民事诉讼法的框架下进行规范，亦应遵守“不告不理”的基本原则，否则就会出现“判非所请”、“超诉讼请求判决”的情况。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第十一条规定，劳动者和用人单位均不服仲裁裁决起诉应并案审理、双方互为原被告。因此，在劳动争议案件中，当事人在诉讼中不能提出独立于仲裁请求的其他请求，否则人民法院应驳回并告知其另行申请仲裁，法院仅应对当事人提出的诉请及其所依据的事实进行审理，当事人没有起诉或者诉讼请求中没有涉及的事项，之后也没有在法定期限内变更诉讼请求而仅在庭审中以答辩形式提出的，法院应当不予审理，即不应判决支持仲裁裁决中存在错误而双方均未起诉的事项，也不应在一方当事人未起诉的情况下对起诉一方当事人作出比仲裁裁决更为不利的判决。

但需要注意的是，如果仲裁裁决支持了劳动者数项申请中的多项，而用人单位仅对其中一项不服起诉，则在驳回或支持用人单位的诉讼请求后，应在判决主文部分写明仲裁裁决的其他几项内容,否则没有执行依据。

**五、《劳动合同法》第九十二条规定的“用工单位给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”中，“造成损害”指的是人身损害还是包括用工单位所有违反劳动合同法的行为?在第六十二条中规定的“用工单位支付加班费、绩效奖金、提供福利待遇”，如用工单位未支付，劳务派遣单位是否需要承担连带赔偿责任?**

按照最高人民法院民一庭编著的《劳动争议司法解释(三)的理解与适用》中的表述，第九十二条的损害指的是对劳动者合法权益的损害，而非仅仅指工伤等人身损害。修订后的《劳动合同法》第九十二条规定，“用工单位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。”因此，《劳动合同法》第六十二条中规定由用工单位的“支付加班费、绩效奖金、提供福利待遇”，如用工单位未支付，劳务派遣单位需要依照法律规定承担连带赔偿责任。

**六、工伤保险待遇案件中的丧葬补助金、一次性工亡补助金标准为统筹地区上一年度职工月平均工资和上一年度全国城镇居民人均可支配收入，上一年度的具体理解应为哪一年?**

《实施<中华人民共和国社会保险法>若干规定》(人力资源和社会保障部令第13号)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二十倍。丧葬补助金标准为工伤发生时统筹地区上一年度在岗职工月平均工资。而一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金则按照劳动合同终止或解除时上年度全省在岗职工月平均工资计发。

上一年度全国城镇居民人均可支配收入、上年度全省在岗职工月平均工资以统计部门公布的数据为准，一审法庭辩论终结时若上一年度数据尚未公布的，应再向上推一年。

**七、用人单位未按实际工资金额而以最低工资标准为基数缴纳社保，劳动者以此为由根据《劳动合同法》第三十八条规定要求解除劳动关系，并要求支付经济补偿的，是否支持?**

用人单位因过错未依法缴纳社会保险费的，劳动者可依此提出解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。若用人单位未按实际工资金额缴纳社会保险费，是经过社保机构核准许可的，则劳动者以缴费基数低于法定标准为由提出解除劳动合同并要求支付经济补偿的，不应支持。

**八、用人单位停止经营后，劳动者能否以用人单位决定提前解散为由要求支付解除劳动关系经济补偿或者以用人单位违法解除为由要求支付赔偿金?**

劳动者提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿仅能依照《劳动合同法》第三十八条的规定，上述情形显然不符合，故劳动者以此为由主张支付经济补偿不应支持。同时由于用人单位并未作出解除劳动合同的意思表示，劳动者要求支付违法解除劳动合同赔偿金亦因违法解除的事实不存在而不应支持。但在停止经营期间，如用人单位未按照《工资支付暂行规定》(劳部发〔1994〕489号)第十二条的规定及时支付工资报酬的，劳动者可据此提出解除劳动合同并要求支付经济补偿。

**九、在校大学生与劳务公司签订实习协议，并由劳务公司派遣至用工单位工作，大学生在工作过程中受伤，该由谁承担责任?承担什么责任?**

在校学生在学习期间应受所在学校的管理，学生按规定参加实习系学校教学内容的组成部分，且作为在校学生其不符合法律法规规定的劳动者的主体资格。因此，在校学生无论是与劳务公司签订协议并被派遣到实习单位参加实习，还是直接到实习单位参加实习，均不构成劳动关系，也不存在非法用工关系。双方发生争议后，可按雇佣关系处理。

**十、劳动者违反用人单位规章制度或违反法律规定，且符合用人单位解除劳动关系的条件，但用人单位系在较长时间后(如一年、两年)才以此为由提出解除劳动关系，该解除行为是否违法?**

《劳动合同法》第三十九条规定了用人单位的即时解除权。在知道或者应当知道法律规定的解除条件成就后，享有解除权的一方当事人可以在合理期限内向对方发出解除合同的通知，也可以要求对方继续履行，但只能择其一而行之，否则将使双方当事人的法律关系持续处于一种不确定状态。如果在合同解除权条件成就后，用人单位仍然要求或者接受对方继续履行合同，则意味着其以默示的方式放弃了解除权。如用人单位在解除条件成就后的相当期间内未行使该权利，且接受劳动者继续履行劳动合同，足以使劳动者对其不再行使解除权产生信赖，若用人单位再以此为由要求解除劳动合同，明显违背了诚实信用原则，应认定其解除行为违法。

至于合理期限的确定，人民法院在审理时可依据案件具体情况酌定。

**十一、劳动者提前30天书面通知用人单位要解除劳动合同(或合同到期劳动者提前30日提出不再续签)，但30天未到时出现了劳动者患病或工伤等情形，30天到后，用人单位能否按照劳动者原来的意愿作出解除或终止劳动合同?**

劳动者提前30天以书面形式通知用人单位解除劳动合同，是依法行使权利。在该通知到达用人单位时，即发生原劳动合同在30天后解除的法律效力。但在此期间若发生《劳动合同法》第四十二条规定的情形，劳动者要求继续履行劳动合同的，则应按照《劳动合同法》第四十五条的规定执行。

**十二、劳动者由于涉嫌犯罪被刑事拘留，最终因情节轻微检察机关作出不起诉决定，用人单位以此为由作出解除合同决定，是否符合《劳动合同法》第三十九条第(六)项的规定?**

虽然原劳动部《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》第29条规定“被追究刑事责任”包括被人民检察院免于起诉、被人民法院免于刑事处分的情形。但原劳动部办公厅于2003年7月31日作出的劳社厅函(2003)367号复函中指出，人民检察院作出不起诉决定的职工，用人单位不能依《劳动法》第二十五条第(四)项的规定解除其劳动合同。参照上述规定，劳动者涉嫌犯罪被刑事拘留但最终未被判处刑罚的，不属于《劳动合同法》第三十九条第(六)项规定的“被追究刑事责任”的情形，用人单位不能依据该项解除其劳动合同，但其行为符合《劳动合同法》第三十九条规定的其他情形的，用人单位可以解除劳动合同。

**十三、劳动者与用人单位就解除或终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、经济补偿或工伤赔偿事宜达成的协议，如果一方要求确认该协议无效或要求撤销该协议，此诉请是否必须经过劳动争议仲裁前置程序?**

虽劳动者与用人单位达成的调解协议具有合同的性质，但双方就解除或终止劳动合同后的双方权利义务达成的协议，根源于之前的劳动合同，并以之前的劳动合同为基础，实际上是劳动合同的后合同权利义务的表现，具有劳动合同和一般合同的双重性质，双方因该协议的效力而发生的争议仍属于劳动争议之一，若一方当事人要求确认此协议无效或要求撤销该协议的，应先行申请仲裁。

浙江省宁波市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答三（2015年）

 **浙江省宁波市中级人民法院**

**关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答三（2015年）**

**一、《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条规定的事故性质由法院在审理中直接认定还是先由劳动行政部门认定？**

  答：根据浙江省高级人民法院《关于审理劳动争议若干问题的意见（试行）》（浙法民一2009〈3〉号）第36条的规定，非法用工单位在用工中导致劳动者伤亡的，如果劳动行政部门不对其进行工伤认定，人民法院可以直接对事故性质作出认定。

  **二、在非法用工中，职工上下班途中遭遇的非本人主要责任的交通事故能否适用《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》？**

   答：根据《工伤保险条例》第十四条的规定，职工“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”，与“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”的情形并列，均“应当认定为工伤”，两者的法律意义并无不同。因此，非法用工的主体在此情形下亦应承担相应赔偿责任。

   **三、超过法定退休年龄的劳动者因非法用工发生伤亡事故的，能否适用《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》？**

   答：根据省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》第十四条的规定，劳动者超过法定退休年龄，仍接受单位聘用的，其与聘用单位之间构成劳务关系，劳动者因工伤亡或者患职业病而向聘用单位主张工伤保险待遇的，不予支持。同理，超过法定退休年龄的劳动者因非法用工发生伤亡的，亦不适用《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》。

  **四、在对劳动者作出解除劳动合同处理时有工会派员参加讨论，是否可以认定用人单位已履行劳动合同法第四十三条规定的通知的工会义务？**

   答：用人单位对劳动者作出解除劳动合同处理时有工会派员参加的，可以认定用人单位满足“事先将理由通知工会”的条件。

  **五、若用人单位尚未建立工会组织，则在解除劳动合同时“事先通知工会”是否仍为必经程序？**

   答：对于尚未建立工会组织的用人单位作出解除劳动合同决定的，最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十二条未作出明确规定，但从《劳动合同法》第四十三条避免用人单位随意解除劳动合同、保障职工劳动权利和生存权利的立法意旨来看，即使用人单位尚未建立基层工会，也可通过告知并听取职工代表意见或者向当地工会组织（行业工会组织）征求意见等变通方式来履行告知义务，否则就会助涨用人单位抵制成立工会之风，对已经成立工会的用人单位也不公平。

  **六、用人单位单方调整劳动者的工作岗位或变更职位、降低职务，劳动者以单位未按劳动合同约定提供劳动条件为由主张解除劳动合同的经济补偿的，是否应予支持？**

   答：劳动条件是指用人单位所提供的用以保证劳动者完成工作任务的必要条件，劳动条件的目的和作用在于保证劳动者生命安全和身体健康，保障劳动者履行劳动义务、完成用人单位下达的工作任务。工作岗位或职位虽属于劳动合同约定的重要内容，但不属于《劳动合同法》第三十八条规定的“劳动条件”，因此用人单位在未与劳动者协商一致的情况下变更劳动合同约定的职位，劳动者以用人单位未按劳动合同约定提供劳动条件为由主张解除劳动合同的经济补偿的，不应支持。

   **七、劳动合同期满后，用人单位以原工作岗位撤销为由安排劳动者从事其他工作，劳动者拒绝，并以用人单位未维持劳动合同约定条件与其续订劳动合同为由要求支付终止劳动合同的经济补偿，应否支持？**

   答：如有证据证明原工作岗位确已撤销，且新安排的其他岗位与原岗位在性质、劳动强度、福利待遇等方面差别不大的，应视为“维持劳动合同约定条件续订劳动合同”，劳动者拒绝并要求支付经济补偿的，不予支持。

   **八、用人单位没有建立规章制度或规章制度对具体违纪行为规定不明确，若劳动者存在多次旷工、工作中多次打架斗殴等情形的，用人单位以“严重违反劳动纪律”为由与劳动者解除劳动合同是否合法？**

   答：如劳动者明显违反职业操守等行为确实存在且情节严重的，应当认定用人单位的解除行为合法，但对于“情节严重”的认定，应当从事实、证据及世俗、情理等角度从严把握。

   **九、《劳动合同法》第四十条与劳动部《关于贯彻执行＜中华人民共和国劳动法＞若干问题的意见》第35条及《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条在解除劳动合同程序及用人单位应支付劳动者款项方面的规定有所不同，应如何适用？后两者及劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第22条中关于医疗补助费的规定是否仍适用？**

   答：《劳动合同法》第四十条与原劳动部《关于贯彻执行＜中华人民共和国劳动法＞若干问题的意见》第35条及《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条所针对的情形是一致的，即“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”，但对同一情形的法律后果和应遵循程序作出了不同的规定，根据上位法优于下位法、后法优于前法的原则，应适用《劳动合同法》第四十条的相关规定，后两者及劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第22条中关于医疗补助费的规定亦不再适用。

   **十、若用人单位未为劳动者缴纳工伤保险，工伤医疗费、辅助器具费等超出社保基金报销目录范围的费用如何承担？**

   答：根据省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》第十六条的规定，用人单位已依法为劳动者缴纳了工伤保险，劳动者工伤医疗费超出社保基金报销目录范围的费用原则上不应由用人单位承担，但超出目录范围的费用经用人单位同意或者认可的除外。因此，用人单位未为劳动者缴纳工伤保险的，可参照上述规定执行。

   **十一、工伤保险待遇中的停工留薪期如何认定？**

   答：一般可参考医疗机构出具的病休证明等材料确定，但应当向用人单位履行请假手续，且不超过伤残等级鉴定作出之日。停工留薪期超过十二个月的，必须经劳动能力鉴定委员会批准延长，但延长不得超过12个月。虽无病休证明但确需病休的，可以综合考虑工伤职工的受伤部位、治疗情况等，参照门诊病历的相关就医记录予以确定。医疗机构出具的病休证明明显过长或没有对应就医记录的，应当结合工伤职工的伤残等级及就医记录予以合理认定。

   **十二、工伤保险待遇中的住院伙食补助费如何认定？**

   答：《工伤保险条例》第三十条第四款规定，职工住院治疗工伤的伙食补助费支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。因此，应根据《关于宁波市工伤职工就医交通、食宿费用支付标准规定的通知》（甬人社发〔2011〕111号）的规定，按每人每天15元标准补偿计发住院伙食补助费

   **十三、工伤职工主张停工留薪期间的护理费的，应如何处理？**

   答：工伤职工在停工留薪期间（包括住院期间）需要支付护理费的，需提供医疗机构出具的护理证明。护理费标准一般应按有效票据的金额确定，但金额明显过高的可以予以适当调整。如未能提供有效票据，或虽未能提供医疗机构出具的护理证明，但根据伤残等级及受伤部位考量确需护理的，酌情予以支持。工伤职工由其配偶或其他亲属进行护理的，并提交了相关收入证明的，一般以护理人员的收入为准予以支持，但最高以宁波市上年度职工日平均工资标准为限。

   **十四、建筑施工企业违法转包、分包中，不具备用工主体资格的组织或自然人招用的人员在工作中发生伤亡的，是否可以选择雇员人身损害赔偿标准向实际施工人、承包人主张权利，还是只能要求参照工伤进行赔偿？若请求承包单位参照工伤进行赔偿的，是否需要经过劳动仲裁前置？**

   答：劳动者与招用其的不具备用工主体资格的组织或自然人之间属于雇佣关系，可以选择按照雇佣关系向违法转包人主张人身损害赔偿。若劳动者选择请求承包单位参照工伤的有关规定进行赔偿的，应经过仲裁前置程序。

   **十五、建筑施工企业违法转包、分包中，不具备用工主体资格的组织或自然人招用的人员在上下班途中发生交通事故的，是否也可以参照工伤进行赔偿？**

   答：根据省高院2014年第5期《民事审判法律适用疑难问题解答》“与建筑企业未建立劳动关系的施工人员在施工活动中受到第三人伤害，参照工伤的有关规定进行赔偿，能否适用有限双重赔偿问题”的表述，参照工伤进行赔偿的仅限于“在施工活动中受伤”，因此，建筑施工企业违法转包、分包中，不具备用工主体资格的组织或自然人招用的人员在上下班途中发生交通事故的，不应参照工伤进行赔偿。

   **十六、建筑施工企业违法转包、分包中，具备用工主体资格的承包单位违法将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人。后违法转包人、分包人逃逸，劳动者要求具有用工主体资格的单位支付劳动报酬，能否支持？**

   答：根据《劳动合同法》第94条规定“个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”实践中，个人承包经营者（也就是实际施工人）往往没有承担民事责任的足够财力，为了保护劳动者的权益，在劳动者遭受损失时，承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。从诉讼程序看，劳动者既可以单独起诉实际施工人，也可是将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告，从实体处理上看，劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任，也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任，还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。因此，劳动者要求具有用工主体资格的单位支付劳动报酬，应予支持。

  **十七、自然人将其所有的车辆挂靠在有运营资质的运输公司名下，运输公司收取管理费，该自然人所招用的车辆司机请求确认与运输公司存在劳动关系的，应否支持？**

   答：不予支持，但车辆及司机均受运输公司调度管理、劳动报酬由运输公司直接支付、双方之间存在管理与被管理关系等的除外。

   **十八、双方当事人明确约定了月工资及上班天数，如约定的上班天数超过法定出勤天数（如26天/月或10小时/天）的，能否认定双方所约定的月工资中已包含了约定出勤天数的工资及加班工资？**

   答：应当认定已包含了加班工资。但折算后的月基本工资低于最低工资标准的，则认定双方约定工资标准中不包含加班工资。但需注意审查约定的加班时间是否已超出法定最高加班时数，即每天延长工作时间不超过3小时、每月延长工作时间不超过36小时。

  **十九、满足订立无固定期限劳动合同的条件，但双方订立了固定期限劳动合同且已经履行（劳动者未主动提出订立固定期限劳动合同），那么劳动者主张该合同无效并要求支付未订立无固定期限劳动合同的二倍工资差额应否支持？**

   答：在满足订立无固定期限劳动合同条件的情况下，双方再次订立了固定期限劳动合同，在无证据证明存在欺诈、胁迫等情形下，应认定为签订固定期限劳动合同系双方协商一致的真实意思表示，合法有效，劳动者主张合同无效并要求支付未订立无固定期限劳动合同的二倍工资差额，不予支持。

   **二十、劳务派遣中的被派遣员工要求与用工单位职工同工同酬的，实践中应如何把握？**

   答：劳务派遣中的同工同酬是指用工单位对于与其本单位员工从事相同工作，付出等量劳动且取得相同业绩的劳动者，应支付与其本单位员工同等的劳动报酬。同工同酬作为一项分配原则应当是相对的，且从事相同岗位的劳动者在学历、资历、能力、经验等方面存在差异，故对其理解不能绝对化。实务中可审查两者是否适用相同或同一的薪酬制度或薪酬体系。

宁波发布关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（四）

各县（市）区人民法院：

    《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》已经本院审判委员会第1007次会议讨论通过，现将该《解答》印发给你们，供审判中参考。各地在审判实践中遇到新情况、新问题，请及时报告我院民五庭。

    如《解答》中所涉问题与新颁布实施的法律、行政法规、司法解释或上级法院指导意见不一致，以新颁布的法律、行政法规、司法解释或上级法院指导意见为准。

浙江省宁波市中级人民法院

2015年11月19日

**关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（四）**

    **一、用人单位单方解除劳动合同，但未表明具体解除事由和依据，或者事后变更解除事由和依据的，其行为应如何认定？**

    答：判断用人单位解除行为是否违法，应以其作出解除决定时所依据的事由为准。若解除时未表明具体理由和依据的，则应认定为违法解除。

**二、工伤案件中，若因工作时间尚不满一个工资支付周期、未签订书面劳动合同等原因，导致双方对工资标准有争议，则停工留薪期工资如何确定？**

    答：与以企业同岗位工资、上年度全省在岗职工月平均工资或统筹地区上一年度在岗职工月平均工资为标准确定停工留薪期工资相比较而言，以劳动合同履行地人力资源与社会保障部门每年公布的工资指导价的中位数为标准更为合理。

   **三、劳动者冒用他人身份入职，用人单位以其冒用的身份为其缴纳了工伤保险，后劳动者在工作中受伤，要求工伤保险待遇能否支持？未满16周岁的未成年人冒用成年人身份证应聘入职，在工作中受伤，是否按照非法用工伤亡进行赔偿？**

    答：一般来说，用工中发生工伤事故与劳动者隐瞒年龄或真实身份无直接因果关系，因此用人单位仍应承担相应责任。若用人单位已以其冒用的身份为其缴纳了工伤保险，且在招用过程中不存在明显过错的，则本可由工伤保险基金支付的部分应从赔偿款项中扣除。未参加工伤保险的则仍由用人单位全额承担。未满16周岁的未成年人冒用成年人身份证应聘入职，客观上构成使用童工，应按照非法用工伤亡进行赔偿，具体亦可参照上述原则。

   **四、若职工受工伤前12个月中有部分月份未正常上班，则确定停工留薪期工资标准时是否扣除该部分月份？**

    答：《工伤保险条例》中“原福利待遇”这一表述本身应以包含正常工作状态下之义，因此应尽可能反映劳动者真实、客观的工资水平，如因劳动者请假较多、单位停业等导致劳动者未正常上班的，计算平均工资以确定停工留薪期工资标准时应扣除上述月份。

    **五、用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，但劳动者以用人单位尚未及时足额支付劳动报酬为由不同意续订，并要求用人单位依照《劳动合同法》第四十六条第（五）项的规定支付经济补偿，应否支持？若劳动者在劳动合同期满后以上述理由提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿，应否支持？**

    答：用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者虽提出此前合同履行中的瑕疵如尚未及时足额支付工资等，但其客观行为上是“拒绝续订”的，则用人单位无需支付经济补偿。在劳动合同期满后已无“提出解除”的前提条件，再以此为由要求经济补偿不符合《劳动合同法》第三十八条、第四十六条的规定，不应支持。

   **六、用人单位不安排劳动者工作或者变相大量增加工作量，或者对劳动者的工作岗位进行调整，劳动者即不去上班，用人单位依照规章制度认定劳动者旷工并作出解除劳动合同决定，是否属于违法解除？**

    答：应审查增加后的工作量是否远远超出同岗位其他员工，或者岗位调整是否具有侮辱性、惩罚性，是否降职降薪，是否给劳动者生活工作造成较大不便，否则属于用人单位的正常管理行为，劳动者应遵从，如果不去上班构成连续旷工符合规章制度规定的，用人单位予以解除不违反法律规定。

**七、用人单位以劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同，劳动者以该规章制度内容不合理进行抗辩的，应如何处理？**

    答：首先要审查规章制度制定程序的合法性，在此前提下对规章制度内容的合理性、合法性亦应进行审查，但标准要适当放宽，其中明显不合理的规定不能作为解除劳动合同的依据，具体需要在个案中根据岗位特点等因素进行判断。

    **八、用人单位向劳动者发送解除劳动合同通知，后又撤销该决定，要求劳动者返回单位继续工作，能否使已解除的劳动关系自行恢复？**

    答：用人单位作出解除劳动合同决定并通知到劳动者后，用人单位再单方撤销已不具有法律效力，劳动者仍可主张继续履行或支付赔偿金，但二者只能择其一，不能先要求继续履行并在获得支持后又以同一次解除要求支付违法解除赔偿金。

   **九、劳动者提出仲裁请求后，用人单位予以认可，仲裁委认为劳动者请求的数额低于法定标准因而对劳动者提出的请求全额支持，劳动者不服起诉至法院请求更高金额，增加部分应否支持？**

    答：劳动者提出比仲裁请求更高的金额，属于《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第六条规定的“与讼争的劳动争议具有不可分性”，应当合并审理。但依照诚实信用原则，可认为劳动者此前已以其行为放弃了部分权利，故增加的金额部分不应支持。

    **十、劳动者要求用人单位支付拖欠的奖金的，其时效问题应如何把握？**

    答：从性质上讲奖金亦属于劳动报酬的组成部分，应适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定，在劳动关系终止之日起一年内提出即可。同时如考虑“两年实体保护期限”，则应尽量从证据等角度进行审查和说理。

    **十一、用人单位未为劳动者缴纳社会保险费，劳动者垫付保险费用，或者以个人名义、其他单位名义参保后，要求用人单位支付相应费用的，应如何处理？**

    答：可以作为劳动争议案件受理，但在性质上属于普通债权，在举证责任分配、时效期间方面有别于普通的社会保险补缴纠纷。

    **十二、用人单位与劳动者未签订书面劳动合同超过一年，后劳动者未办理任何解除手续自行离开，较短时间后又回来工作，双方未重新办理入职手续，亦仍未签订劳动合同，劳动者主张支付二倍工资差额的，应否支持？**

    答：劳动者自行离职后短时间内再回来继续工作，并不必然意味着双方重新建立了劳动关系，经审查认为工作岗位、劳动报酬等方面具有连续性的，可认定是履行原“视为用人单位与劳动者已订立无固定期限合同”，无需支付二倍工资差额。

   **十三、一个计算周期内累计病休时间未超过规定的医疗期，此后再请病假是否应重新计算医疗期？**

    答：根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发〔1994479号〕）第四条以及《劳动部关于贯彻<企业职工患病或非因工负伤医疗期规定>的通知》第一条的规定，医疗期计算应从病休第一天开始，累计计算，计算期间内医疗期未满的，则全部清零，下次病休时重新开始在规定期间内计算。如职工按规定可享受三个月医疗期的，如果从2015年1月1日起第一次病休，在2015年6月30日间累计病休未满三个月的，此后如再次病休则从再次病休的第一天开始重新在六个月内计算三个月的医疗期。