

劳动和社会保障法律资讯

第六期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一三年一月十八日

本期目录

一、最新文件

广东省劳动保障监察条例 2

二、立法新闻

广东正式立法：单位不准对员工罚款扣钱 23

三、参考案例

股东与劳动者的法律性质认定：云南省昆明市官渡区人民法院民事判决书 25

四、实务研讨

劳动争议疑难案件实务讲座综述（最高法院王林清主讲） 34

广东省劳动保障监察条例

广东省第十一届人民代表大会常务委员会

公告

(第 91 号)

《广东省劳动保障监察条例》已由广东省第十一届人民代表大会常务委员会第三十八次会议于 2012 年 11 月 29 日通过,现予公布,自 2013 年 5 月 1 日起施行。

广东省人民代表大会常务委员会

2012 年 11 月 29 日

广东省劳动保障监察条例

(2012 年 11 月 29 日广东省第十一届人民代表大会常务委员会第三十八次会议通过)

第一章 总 则

第一条 为了保障劳动保障法律、法规和规章的实施,规范劳动保障监察工作,预防和查处违反劳动保障法律、法规或者规章的行为,维护劳动者的合法权益,根据《中华人民共和国劳动法》等劳动保障法律、法规,结合本省实际,制定本条例。

第二条 本条例适用于对在本省行政区域内的企业、有雇工的个体经济组织、民办非企业单位、基金会、会计师事务所、律师事务所等组织（以下称用人单位）进行劳动保障监察。

对职业中介机构、职业技能培训机构、职业技能考核鉴定机构、外国企业常驻代表机构和社会保险服务机构进行劳动保障监察，依照本条例执行。

对国家机关、事业单位、社会团体执行劳动保障法律、法规和规章的情况进行劳动保障监察，由人力资源社会保障行政部门根据其职责，依照本条例执行。

第三条 劳动保障监察遵循公正、公开、高效、便民的原则。

实施劳动保障监察，坚持日常巡视检查为主、预防与查处相结合、教育与处罚相结合，接受社会监督。

第四条 各级人民政府应当加强劳动保障监察工作，建立健全预防和查处劳动保障违法行为的工作机制和维护劳动者权益目标责任制度，对所属的有关部门和下一级人民政府进行考核和监督。

劳动保障监察所需经费列入本级财政预算。

第五条 各级人力资源社会保障行政部门主管本行政区域内的劳动保障监察工作。

公安、司法行政、财政、住房城乡建设、卫生、国资、税务、工商、安监等有关部门以及用人单位的主管部门，应当在各自职责范围内协同做好劳动保障监察工作。

第六条 各级工会依法维护劳动者的合法权益,对用人单位遵守劳动保障法律、法规和规章的情况进行监督;发现用人单位存在劳动保障违法行为的,应当及时向人力资源社会保障行政部门报告;出现重大劳动保障违法事件时,应当到场了解情况,根据职责协助处理。

人力资源社会保障行政部门在劳动保障监察工作中应当注意听取工会组织的意见和建议;接到工会关于用人单位劳动保障违法行为的报告后,应当按照有关法律、法规的规定及时处理,并将处理结果告知工会。

第七条 用人单位、劳务派遣用工单位应当遵守劳动保障法律、法规和规章,完善劳动用工管理,接受和配合劳动保障监察。

企业联合会、工商业联合会等企业方面代表依法引导、帮助用人单位规范用工,配合做好劳动保障监察工作。

第八条 任何组织或者个人对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为,有权向人力资源社会保障行政部门举报。

劳动者认为用人单位侵犯其劳动保障合法权益的,有权向人力资源社会保障行政部门投诉。

第二章 劳动保障监察机构和监察员

第九条 人力资源社会保障行政部门实施劳动保障监察,履行下列职责:

(一) 宣传劳动保障法律、法规和规章,引导、督促用人单位贯彻执行;

- (二) 检查用人单位遵守劳动保障法律、法规和规章的情况；
- (三) 受理对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为的举报、投诉；
- (四) 依法纠正和查处违反劳动保障法律、法规或者规章的行为。

县级以上人力资源社会保障行政部门设立的劳动保障监察机构和人力资源社会保障行政部门依法委托实施劳动保障监察的组织（以下统称劳动保障监察机构）具体负责劳动保障监察工作。

第十条 各级人民政府应当加强劳动保障监察队伍建设，保障有效、全面履行劳动保障监察职责所需要的场所、装备等条件。

第十一条 人力资源社会保障行政部门或者劳动保障监察机构中实施劳动保障监察的人员（以下简称劳动保障监察员）进行调查、检查，不得少于两人，并应当佩戴统一的劳动保障监察标志，出示劳动保障监察证件。

劳动保障监察员在实施劳动保障监察时，应当遵守有关回避的规定。

第十二条 劳动保障监察员应当忠于职守，秉公执法，勤政廉洁，保守秘密。

任何组织或者个人对劳动保障监察员的违法违规违纪行为，有权向人力资源社会保障行政部门或者有关机关检举、控告。

第十三条 人力资源社会保障行政部门及其劳动保障监察员依法行使劳动保障监察职权受法律保护，任何组织或者个人不得干涉和阻挠。

第三章 劳动保障监察预警监控

第十四条 用人单位应当建立以下用工管理台账，真实、准确记录各种用工信息：

（一）职工名册。包括建立劳动关系的劳动者和被派遣劳动者的姓名、性别、身份证件号码、户籍地址及现住址、联系方式、用工形式、用工起止时间、劳动合同期限、工作岗位等内容。

（二）录用登记。包括入职登记表、劳动者身份证件复印件等。

（三）工时台账。包括打卡记录或者考勤表等上下班时间和加班时间的记录。

（四）工资台账。包括正常工作时间工资、加班工资及其他劳动报酬的发放情况，列明支付日期、支付周期、支付对象姓名、工作时间，以及应发工资项目和数额，代扣、代缴、扣除项目和数额，实发工资数额，银行代发工资凭证或者劳动者签名等内容。

（五）法律、法规和规章规定的其他台账。

用工管理台账应当至少保存两年，职工名册、录用登记应当至少保存至劳动者离职后两年。

第十五条 《广东省高等学校学生实习与毕业生就业见习条例》规定的实习、见习单位接收实习、见习人员的，应当建立以下管理台账：

（一）实习、见习人员名册。包括姓名、性别、身份证件号码、户籍地址与现住址、联系方式，实习学生所在学校、是否顶岗实习，以及实习、见习的起止时间、工作岗位等内容。

（二）实习、见习时间台账。包括打卡记录或者考勤表等实习、见习工作时间的记录。

（三）报酬台账。包括报酬、补助、补贴的发放情况。

（四）购买意外伤害保险的台账。

（五）法律、法规和规章规定的其他台账。

实习、见习人员管理台账应当至少保存至实习、见习结束后两年。

第十六条 人力资源社会保障行政部门在用人单位设立的劳动保障宣传设施、举报投诉信箱，用人单位应当妥善保护，不得涂污、损毁或者遮盖。

第十七条 人力资源社会保障行政部门应当建立用人单位用工信息采集制度，建立劳动保障监察信息档案，逐步建立全省统一的劳动保障监察管理系统。

用人单位应当按照要求通过网络、书面等方式如实提供订立劳动合同、工资支付、工作时间、参加社会保险等相关情况和资料。

人力资源社会保障行政部门实施劳动保障监察，需要获取用人单位登记注册企业名称、住所、法定代表人姓名、注册资本、经营范围、设立时间等信息的，可以向工商行政部门提出查询要求，工商行政部门应当及时提供。

第十八条 人力资源社会保障行政部门应当建立用人单位劳动保障守法诚信档案，实行分级、分类监管。

对发生重大劳动保障违法行为的用人单位，由人力资源社会保障行政部门向社会公布。公布内容包括用人单位名称、法定代表人（主要负责人）姓名、基本违法事实、处理结果等。

第十九条 人力资源社会保障行政部门应当对有重大劳动保障违法记录的用人单位实行重点监控，加强日常监管，增加检查频次。

有关行政部门审查用人单位承接投资、参加政府采购等申请时，应当将用人单位三年内是否存在劳动保障违法记录作为参考。

第二十条 人力资源社会保障行政部门应当按照规定及时将依法生效法律文书确认的用人单位劳动保障违法信息告知中国人民银行当地分支机构，并由其录入中国人民银行企业信用信息基础数据库。

第二十一条 县级以上人民政府及其有关部门应当建立健全劳动保障违法行为预警机制。

县级以上人民政府应当制定劳动保障群体性事件应急预案。对因拖欠或者克扣劳动者工资（以下称欠薪）等劳动保障违法行为引发群体性事件的，人力资源社会保障、公安等部门和工会、企业方面代表应当按照应急预案迅速处理，有关部门应当根据各自职责依法对违法行为给予处罚。

建筑施工企业因欠薪引发群体性事件的，住房城乡建设部门应当迅速到场协助处理，对涉嫌违法发包、分包、转包、拖欠工程款等违法行为应当依法处理。

第四章 劳动保障监察的实施

第一节 一般规定

第二十二条 劳动保障监察以日常巡视检查、审查用人单位按照要求报送的书面材料、受理举报投诉、开展专项执法检查和网络监察等形式进行。

人力资源社会保障行政部门应当主动对用人单位开展日常巡视检查，制定年度巡查计划，确定重点检查范围，定期检查用人单位的用工情况。

第二十三条 人力资源社会保障行政部门依法对下列事项实施劳动保障监察：

（一）用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度的情况；

（二）用人单位建立用工管理台账的情况；

（三）用人单位与劳动者订立劳动合同、约定试用期及其他必备条款、交付劳动合同文本、出具解除或者终止劳动关系证明等情况；

（四）用人单位执行最低工资标准、支付劳动者工资、经济补偿金及赔偿金的情况；

（五）用人单位遵守有关就业登记备案的规定，以及遵守台、

港、澳人员在内地就业和外国人在中国境内就业规定的情况；

（六）用人单位遵守女职工、未成年工特殊劳动保护规定和禁止使用童工规定的情况；

（七）用人单位遵守工作时间和休息休假规定的情况；

（八）用人单位办理社会保险登记和申报缴费数额的情况；

（九）劳务派遣单位、用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况；

（十）外国企业常驻代表机构、涉外就业服务单位遵守有关聘用中国雇员管理规定的情况；

（十一）职业中介机构、职业技能培训机构和职业技能考核鉴定机构遵守有关职业介绍、职业技能培训和职业技能考核鉴定规定的情况；

（十二）医疗机构、药品经营单位等社会保险服务机构遵守社会保险相关规定的情况；

（十三）实习、见习单位遵守有关学生实习、见习劳动保障法律法规的情况；

（十四）法律、法规和规章规定的其他劳动保障监督检查事项。

第二十四条 人力资源社会保障行政部门对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为作出行政处罚或者行政处理决定前，应当听取用人单位的陈述、申辩；作出行政处罚或者行政处理决定，应当告知用人单位依法享有申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

法律、法规规定应当依法听证的，应当告知用人单位有权依法要求举行听证；用人单位要求听证的，人力资源社会保障行政部门应当组织听证。

第二十五条 单位或者个人阻挠劳动保障监察的，公安机关应当按照治安管理处罚有关规定处理。

第二节 管辖

第二十六条 对用人单位的劳动保障监察，由用人单位用工所在地的县（县级市、市辖区）或者地级以上市人力资源社会保障行政部门管辖。具体管辖范围应当向社会公开。

第二十七条 对下列用人单位的劳动保障监察，由省人力资源社会保障行政部门管辖：

（一）驻穗的中央、省属国有企业及国有控股企业；

（二）驻穗的中央、省直国家机关、事业单位、社会团体等组织以及部队所属用人单位；

（三）发生重大劳动保障违法行为，省人力资源社会保障行政部门认为需要直接管辖的。

第二十八条 对职业中介机构、职业技能培训机构、职业技能考核鉴定机构的劳动保障监察，由其所在地的县（县级市、市辖区）或者地级以上市人力资源社会保障行政部门管辖；需要吊销许可证的，应当提请核发许可证的人力资源社会保障行政部门处理。

第二十九条 对外国企业常驻代表机构的劳动保障监察，由用工所在地的地级以上市人力资源社会保障行政部门管辖。

第三十条 对医疗机构、药品经营单位等社会保险服务机构骗取社会保险基金支出，以及个人、法人或者其他组织骗取社会保险待遇的劳动保障监察，由支出基金或者发放待遇的社会保险经办机构所属的人力资源社会保障行政部门管辖。

第三十一条 劳务派遣单位和用工单位在劳务派遣用工中存在劳动保障违法行为的，对一方劳动保障违法行为有管辖权的人力资源社会保障行政部门可以一并处理。

第三十二条 上级人力资源社会保障行政部门认为必要时，可以查处其行政区域内案情重大的劳动保障违法案件，也可以将自己管辖的案件指定下级人力资源社会保障行政部门办理；下级人力资源社会保障行政部门认为案情重大的案件，可以提请上级人力资源社会保障行政部门办理。

两个或者两个以上的人力资源社会保障行政部门发生管辖争议时，由发生争议的各方协商解决；协商不成的，提请共同的上一级人力资源社会保障行政部门指定管辖。

第三节 程序

第三十三条 人力资源社会保障行政部门发现用人单位可能存在劳动保障违法行为，需要调查处理的，应当在发现之日起五个工作日内立案。

第三十四条 人力资源社会保障行政部门应当向社会公布举报电话，设置举报投诉信箱和电子信箱，指定人员受理举报投诉。

人力资源社会保障行政部门对不具有管辖权的举报，应当在接到举报之日起五个工作日内移送有管辖权的人力资源社会保障行政部门。

第三十五条 以匿名方式向人力资源社会保障行政部门反映用人单位劳动保障违法行为，或者以实名方式反映但不提出维护其具体权益主张的，按照举报处理。

实名举报人要求反馈处理情况，且有明确、有效的联系方式的，人力资源社会保障行政部门应当将处理情况答复举报人。

第三十六条 人力资源社会保障行政部门应当为举报人保密；对举报属实，为查处重大违反劳动保障法律、法规或者规章的行为提供主要线索和证据的举报人，给予奖励。

奖励资金由同级财政列支，具体奖励办法由省人民政府另行制定。

第三十七条 对符合下列条件的投诉，人力资源社会保障行政部门应当在接到投诉之日起五个工作日内受理，并于受理之日立案查处：

- （一）投诉时间在法律、法规规定的查处期限内；
- （二）有明确的被投诉用人单位；
- （三）投诉人的劳动保障合法权益受到被投诉用人单位的侵害；
- （四）属于劳动保障监察职权范围并由受理投诉的人力资源社会保障行政部门管辖。

投诉人应当向人力资源社会保障行政部门当面提交本人身份证明、投诉文书和反映劳动关系存在的证明材料。书写投诉文书确有困难的，可以口头投诉，由劳动保障监察机构记录，并由投诉人签名。

第三十八条 投诉文书应当载明下列事项：

（一）投诉人的姓名、身份证件号码、法律文书指定送达地址和联系电话；

（二）被投诉用人单位的名称、住所、联系电话；

（三）劳动保障合法权益受到侵害的事实和明确、具体的投诉请求。

投诉文书还可以载明证据和证据来源、证人姓名和联系方式等。

第三十九条 因同一事由引发十人以上集体投诉的，投诉人可以推选出五名以下代表进行投诉，并向人力资源社会保障行政部门提交投诉人签名或者盖章的推选书。

第四十条 人力资源社会保障行政部门应当对以下投诉按照不同情形分别处理：

（一）不属于劳动保障监察职权范围的，告知投诉人。

（二）属于劳动保障监察职权范围但不属于受理投诉的人力资源社会保障行政部门管辖的，应当告知投诉人向有管辖权的人力资源社会保障行政部门提出。

（三）投诉时间超出劳动保障违法行为查处期限的，不予受理。

（四）已经按照劳动争议处理程序申请仲裁、提起诉讼，或者

已经向人民法院申请支付令的，不予受理。但劳动争议仲裁机构或者人民法院裁决认为应当由有关行政部门解决，对其请求事项不予受理或者予以驳回的除外。

（五）按照法律、法规和规章规定应当通过劳动争议处理程序解决的，不予受理。

（六）对人力资源社会保障行政部门已经按照劳动保障监察程序作出处理的同一事项重复投诉的，不予受理。

（七）投诉文书应当载明的事项不明确或者提供材料不齐全的，一次性告知补正；补正后符合规定的，予以受理。

（八）投诉人通过信函邮寄等形式或者委托他人提交投诉材料，经投诉人本人核实，情况属实并符合受理条件的，予以受理。

前款规定的告知和不予受理决定应当采用书面形式，并在接到投诉之日起五个工作日内作出；逾期未告知的，自收到投诉材料之日起即为受理。

第四十一条 人力资源社会保障行政部门依法实施劳动保障监察，有权采取下列调查、检查措施：

（一）进入用人单位的劳动场所实地调查、检查；

（二）就调查、检查事项询问有关人员；

（三）要求相关单位或者个人提供与调查、检查事项相关的文件资料或者证据材料，必要时可以发出询问通知书；

（四）查阅本条例规定的台账等有关资料，采取记录、录音、录像、照像或者复制等方式收集有关情况和资料；

（五）在证据可能被伪造、变造、损毁、灭失或者事后难以取得的情况下，可以采取证据登记保存措施；

（六）委托会计师事务所对用人单位工资支付等进行审计；

（七）委托专门的鉴定机构对专门性问题进行鉴定；

（八）法律、法规和规章规定的其他调查、检查措施。

人力资源社会保障行政部门实施调查、检查时，被检查的单位和个人不得拒绝、阻挠调查人员进入劳动场所，应当如实陈述和提供相关资料，并在调查笔录上签名或者盖章；拒绝签名或者盖章的，由调查人员注明拒签事由。

第四十二条 用人单位发生欠薪，人力资源社会保障行政部门应当依法及时调查处理。

用人单位发生欠薪，人力资源社会保障行政部门可以采用电话、书面或者张贴公告，以及其他可以确认收悉的方式，通知其法定代表人或者主要负责人接受调查或者配合处理；用人单位法定代表人或者主要负责人无正当理由不接受调查或者配合处理的，人力资源社会保障行政部门可以通过当地新闻媒体或者人力资源社会保障行政部门门户网站，公开用人单位名称、涉嫌欠薪情况、法定代表人或者主要负责人个人基本信息，公告通知其接受调查或者配合处理。

人力资源社会保障行政部门按照前款规定公告通知后，用人单位法定代表人或者主要负责人仍不接受调查或者配合处理的，按照《广东省工资支付条例》以逃匿方式拖欠工资的有关规定处理。

第四十三条 人力资源社会保障行政部门对金钱给付等投诉案件，可以依一方当事人申请并经对方同意后，组织双方调解。

调解达成一致意见并当场全部履行的，人力资源社会保障行政部门视情节轻重依法不予处罚或者减轻对用人单位的处罚。

调解达成一致意见但未当场全部履行的，当事人双方可以向劳动争议仲裁机构申请审查确认后出具仲裁调解书。人力资源社会保障行政部门视情节轻重依法从轻或者减轻对用人单位的处罚。

第四十四条 有下列情形之一的，人力资源社会保障行政部门应当终止调解：

（一）一方当事人拒绝继续调解的；

（二）经调解无法达成一致意见的；

（三）人力资源社会保障行政部门认为应当终止调解的其他情形。

调解终止后，人力资源社会保障行政部门应当继续按照劳动保障监察程序进行处理。

第四十五条 人力资源社会保障行政部门对违反劳动保障法律、法规或者规章的行为，根据调查、检查的结果，应当自立案之日起四十五个工作日内作出以下处理：

（一）对依法应当受到行政处罚的，依法作出行政处罚决定；

（二）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；

（三）依法撤销立案。

对情况复杂的，经人力资源社会保障行政部门负责人批准，可以延长三十个工作日。属于投诉案件的，应当书面通知投诉人。公告、委托审计或者鉴定等期间不计算在办案时限内。

投诉事项属于未依法支付工资、经济补偿金、赔偿金，经调查查实的证据证明违法行为存在的，应当依法责令改正或者作出相应的行政处理决定。

对前款规定的投诉事项，人力资源社会保障行政部门已按照本条例第四十一条的有关规定充分调查核实，仍无法查实相关事实，双方存在争议的，告知投诉人按照劳动争议处理程序办理。

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；存在拒不支付劳动报酬，骗取社会保险基金支出或者社会保险待遇，或者雇用童工从事危重劳动等情形，涉嫌犯罪的，应当依法移送司法机关。

第四十六条 有下列情形之一的，中止计算监察办案时限：

（一）依法必须以司法机关、劳动争议仲裁机构或者有关行政部门的结论为依据的，在司法机关、劳动争议仲裁机构或者有关部门尚未作出结论期间；

（二）投诉人无法联系或者存在其他不可抗拒的事由，致使调查取证无法进行的。

办案中止由人力资源社会保障行政部门负责人批准，并自批准之日起三个工作日内书面通知投诉人，投诉人无法联系的除外。中止原因消除后，恢复案件办理。

第四十七条 经立案调查后发现有下列情形之一的，人力资源社会保障行政部门可以撤销立案：

（一）违法事实不成立的；

（二）违法行为已经改正，依法可以不予处罚的；

（三）投诉不符合规定的受理条件但已经立案的；

（四）投诉案件投诉人撤回投诉的；

（五）经人力资源社会保障行政部门调解达成一致意见，已当场全部履行或者置换劳动争议仲裁调解书的；

（六）法律、法规和规章规定的其他情形。

投诉案件撤销立案的，应当告知投诉人。

第四十八条 人力资源社会保障行政部门制作出限期整改指令书、行政处理决定书、行政处罚决定书等法律文书后，应当在宣告后当场送达当事人；无法当场送达的，应当在七个工作日内参照民事诉讼的有关规定送达。

按照规定采取公告方式送达的，应当在受送达人办公场所或者住所张贴，并同时在当地新闻媒体或者人力资源社会保障行政部门门户网站公告，公告期为六十日；但按照本条例第四十二条规定处理的，或者用人单位的欠薪等劳动保障违法行为引发群体性事件的，公告期为三日。

投诉人指定法律文书送达地址的，人力资源社会保障行政部门可以通过邮政机构向该地址邮寄送达法律文书。

第四十九条 人力资源社会保障行政部门作出行政处罚、行政处理决定的，应当自决定书发出之日起十日内报送上一级人力资源社会保障行政部门备案。

第五章 法律责任

第五十条 用人单位违反本条例第十四条、第十五条规定，未建立、保存相关台账，或者伪造相关台账的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，并可处以二千元以上二万元以下的罚款。

第五十一条 用人单位的规章制度规定了罚款内容，或者其扣减工资的规定没有法律、法规依据的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告。

用人单位对劳动者实施罚款或者没有法律、法规依据扣减劳动者工资的，由人力资源社会保障行政部门责令限期改正；逾期未改正的，按照被罚款或者扣减工资的人数每人二千元以上五千元以下的标准处以罚款。

第五十二条 用人单位发生欠薪的，由人力资源社会保障行政部门责令其限期支付；逾期不支付的，责令用人单位按照应付金额百分之五十以上一倍以下的标准向劳动者加付赔偿金。

用人单位发生欠薪，人力资源社会保障行政部门按照本条例第四十二条第二款规定公告通知后，其法定代表人或者主要负责人仍不接受调查或者配合处理的，由人力资源社会保障行政部门处以一万元以上五万元以下的罚款；引发严重影响公共秩序事件的，由公安机关依法处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十三条 用人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，处以二千元以上二万元以下的罚款：

（一）拒绝、阻挠劳动保障监察员进行调查、检查的；

（二）无正当理由，拒绝按照劳动保障监察询问通知书要求在指定时间和地点接受调查询问的；

（三）拒绝提供或者报送用工信息等相关材料的；

（四）出具伪证、隐匿证据、毁灭证据或者教唆劳动者进行虚假陈述的；

（五）对人力资源社会保障行政部门采取登记保存措施的证据材料及相关设备擅自处理的。

违反前款规定，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五十四条 用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章的行为经人力资源社会保障行政部门作出行政处罚决定后，在一年内又发生同类违法行为的，应当依法从重处罚。

第五十五条 人力资源社会保障行政部门、劳动保障监察机构及其工作人员有下列行为之一的，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；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）不依法处理举报、投诉，造成严重后果的；

（二）不按照规定程序调查处理劳动保障监察案件，造成严重后果的；

（三）对应当予以纠正和处罚的劳动保障违法行为不予纠正、

处罚，致使劳动者合法权益遭受损害的；

- （四）泄露被检查单位商业秘密或者举报人有关情况的；
- （五）索取、收受用人单位财物或者谋取其他不正当利益的；
- （六）参与被检查单位安排的有碍公正执法的活动的；
- （七）其他徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守的行为。

人力资源社会保障行政部门、劳动保障监察机构及其工作人员违法行使职权，侵犯用人单位或者劳动者的合法权益的，依法承担赔偿责任。

第六章 附 则

第五十六条 对个人、法人或者其他组织骗取社会保险基金支出或者社会保险待遇的行为实施劳动保障监察，依照本条例执行。

第五十七条 依法应当办理营业执照没有办理或者已被依法吊销营业执照的单位有劳动用工的行为，以及未经许可擅自从事职业中介活动的行为，由人力资源社会保障行政部门依照本条例实施劳动保障监察，并及时通报工商行政部门依法查处。

第五十八条 本条例自 2013 年 5 月 1 日起施行。1996 年 7 月 12 日广东省第八届人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过的《广东省劳动监察条例》同时废止。

广东正式立法：单位不准对员工罚款扣钱

南都讯 记者薛冰妮 阳广霞 通讯员任宣 不穿拖鞋上班被罚款或扣工资？从明年5月1日起，用人单位规章制度中有罚款内容将被警告，而乱扣工资将按照被罚款或者扣减工资的人数每人2000元以上5000元以下的标准处以罚款。另外，用人单位逾期不支付欠薪将面临最高“加倍奉还”的处罚：最低加付劳动者薪酬的一半，最高一倍。昨日，新修订的《广东省劳动保障监察条例》在省十一届人大常委会第38次会议上表决通过。

用人单位有罚款规定将被警告

在用人单位的规章制度中不乏罚款的条款，如之前引发广泛讨论的东莞工人不穿拖鞋上班被罚款的事件。昨日，新修订的《广东省劳动保障监察条例》（下称条例）在省十一届人大常委会第38次会议上表决通过。条例第51条规定，“用人单位的规章制度规定了罚款内容，或者其扣减工资的规定没有法律、法规依据的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告”。

警告无效怎么办？条例规定用人单位逾期不改正将被罚款，由人力资源社会保障行政部门“按照被罚款或者扣减工资的人数每人2000元以上5000元以下的标准处以罚款。”

欠薪者拒不配合处理最高罚5万

除了对罚款和乱扣工资有规定之外，用人单位欠薪也将被罚。条例第52条规定，用人单位欠薪，由人力资源社会保障行政部门责

令其限期支付。逾期不支付的，将“责令用人单位按照应付金额 50% 以上一倍以下的标准向劳动者加付赔偿金。”

如果用人单位法定代表人或者主要负责人在接到人力资源社会保障行政部门的公告通知后，仍不接受调查或者配合处理的，将被处以 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

当欠薪事件严重影响公共秩序将由公安机关依法处理，一旦构成犯罪，将被依法追究刑事责任。

据悉，条例自 2013 年 5 月 1 日起施行。1996 年 7 月 12 日广东省第八届人民代表大会常务委员会第 23 次会议通过的《广东省劳动监察条例》同时废止。

（本篇文章来源：南方日报 作者：薛冰妮）

云南省昆明市官渡区人民法院民事判决书

(2009)官民一初字第 3542 号

原告昆明某某照明器材有限公司

法定代表人张某某、该公司董事长。

委托代理人吴黎明、云南建广律师事务所律师、特别授权代理。

被告杨某某。

委托代理人赵峰、云南华恒律师事务所律师、特别授权代理。

委托代理人张阳、云南华恒律师事务所实习律师、特别授权代理。

原告昆明某某照明器材有限公司诉被告杨某某劳动争议纠纷一案，本院于 2009 年 9 月 1 日受理后，依法适用简易程序，由审判员栾雷独任审判，于 2009 年 10 月 26 日公开开庭进行了审理，因双方争议较大及本案较为复杂后转为普通程序审理，于 2009 年 12 月 3 日依法组成合议庭公开开庭进行了审理。原告昆明某某照明器材有限公司的法定代理人张某某及其委托代理人吴黎明、被告杨某某及委托代理人赵峰、张阳均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

原告昆明某某照明器材有限公司诉称，被告杨某某之夫王勇与原告法定代理人张某某于 2008 年年初成立公司，因登记时王勇找不到身份证，就借用王万全的身份证来办理公司登记，公司成立之后，王勇、杨某某均作为公司股东行使相应权利，但杨某某并不是

公司职工，故杨某某与公司之间不存在任何劳动关系，然而昆明市官渡区劳动仲裁委员会在没有事实依据的情况下认定原告与被告杨某某存在劳动关系，并作出官劳仲字(2009)第 296 号仲裁裁决，裁决原告支付拖欠被告工资 20250 元、双倍工资 16500 元、经济补偿金 2250 元及 2008 年 5 月 1 日至 2009 年 6 月 13 日的五项社会保险。原告认为该裁决作出无事实及相关法律依据，请求人民法院确认原、被告之间不存在任何劳动关系，并驳回被告在仲裁裁决时提出的全部仲裁请求及本案诉讼费由被告承担。

被告杨某某辩称，我并不是原告公司的股东，而是原告公司的工作人员，官渡区劳动仲裁委员会作出的官劳仲字(2009)第 296 号仲裁裁决，认定事实清楚、法律适用正确，请求人民法院驳回原告的诉讼请求，依法支持官渡区劳动仲裁委员会作出的官劳仲字(2009)第 296 号仲裁裁决。

在本案审理过程中，双方当事人针对争议焦点进行了举证、质证，双方争议的焦点为：原、被告之间是否存在劳动关系。

针对争议焦点，原告提交以下证据：1、登记卡片一份，欲证明公司成立的时间及公司成立的情况；2、股东发起人名录一份，欲证明公司的股东为张某某及王万全，且股东各有公司的股份多少；3、由被告杨某某签字的二份书证，欲证明被告是公司的实际股东，并不是公司的职工；4、股权确认协议一份，欲证明股东出资情况，其中杨某某交付给张某某的 10000 元实为入股资金；5、合同协议、股东会决议、公司章程、登记卡片及出资情况表各一份，欲证明公

司通过股东会议确认各股东所有的股份及确定公司章程，且公司地址、股东身份均有变更；6、考勤表及工资表，欲证明公司职工的考勤情况及职工工资的发放情况，被告杨某某不是公司的职工；7、提交收条六份，欲证明公司职工领取工资情况；8、起诉书、传票各一份，欲证明股东王万全要求解散公司，本院已受理并在审理之中。

经质证，被告对原告提交的登记卡片、股东名录均无异议；对杨某某签字的二份书证不予认可，认为并不是被告本人的签字；对原告提交的股权确认协议、合同协议、股东会决议、公司章程、登记卡片及出资情况均认为与本案无关；对考勤表、工资表、工资领取收据均认为系原告单方制作的，不具有真实性，故不予认可；对起诉书、开庭传票的真实性无异议，但认为与本案无关。

针对争议焦点，被告提交以下证据：1、冉倩及被告杨某某的工作证，欲证明被告及冉倩均系公司的职工；2、提交宣传册一份，欲证明原告公司从前为昆明市俪祥灯具器材厂，经理为张某某；3、提交借条二份，欲证明原告欠被告 10000 元的事实。

经质证，原告确认冉倩系公司职工，冉倩的工作证真实无异议，但被告系公司的股东，所提交的被告工作证是被告私自制作的；对被告提交的宣传册与公司的登记并非同一地址，其真实性不予认可；对所欠的 10000 元并非属借贷关系，而是被告入股公司的资金。本案中，被告对原告所提交的有杨某某签字的二份书证有争议，经当事人申请认可，本案委托云南鼎丰司法鉴定中心对杨某某签字进行

笔迹鉴定，经鉴定中心作出的云鼎鉴文字(2009)第1770号鉴定书确定签字不是杨某某亲笔书写签字的。

经质证，被告对鉴定无异议；原告对鉴定人员资质、鉴定检材提取、鉴定的科学性提出异议，并要求鉴定人员出庭接受质询，要求重新进行鉴定。

本院认为，原告提供的登记卡片与本案争议焦点有关联性，且被告无异议，本院予以认可；原告提交的股东发起人名录、股权确认协议、合同协议、股东会决议、公司章程及出资情况与本案均无关联性；考勤表、工资表及工资发放收据均与本案有一定关联性，然而被告不予认可，认为系原告自己制作的，不具有真实性，因原告未提交其它证据予以佐证，又未提交经财务制度审核材料支持，故对原告提交的证据真实性不予认可；二份有杨某某签字的书证，经鉴定并不是杨某某书写的，被告对鉴定的真实性、客观性均无异议，原告虽对鉴定提出异议，但本院传鉴定人员到庭接受质询，到庭鉴定人员向本院提交相应鉴定资质证书，并对鉴定情况进行了说明及接受当事人质询，原告对依法作出的鉴定无充分证据予以否定鉴定的真实性、客观性，又未有充分的证据证明该鉴定需重新鉴定，故对云鼎鉴文字(2009)第1770号鉴定书依法予以采信；对被告提供的二份工作证，原告确认冉倩的是真实的，但被告的工作证属被告自己私自制作的，但原告未提供证据证实被告的工作证属被告私自仿造，故对原告的辩解不予认可；对被告向本院提交的宣传册及借条二份均与本案不具有关联性。

经双方诉辩、举证、质证和庭审，本院确认如下法律事实：
昆明某某照明器材有限公司于2008年1月28日登记成立，法定代表人为张某某。公司成立之后被告杨某某到该公司参与管理工作，作为公司管理人员，但未与公司签订书面劳动合同，被告也未提出领取工资的请求。2009年6月被告杨某某离开公司后向昆明市官渡区劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求原告支付拖欠的工资30000元、支付未签订劳动合同双倍工资16500元、支付经济补偿金2250元、补缴2007年11月至今的五项社会保险、偿还借款10000元。经昆明市官渡区劳动争议仲裁委员会作出官劳仲字（2009）第296号仲裁裁决，确定原、被告双方存在事实劳动关系，并裁决由原告支付拖欠被告工资20250元、支付被告双倍工资16500元、经济补偿金2250元及2008年5月1日至2009年6月13日的五项社会保险。现原告不服仲裁裁决，请求判令原、被告不存在劳动关系，原告不承担仲裁确认的各项法律责任，并由被告承担本案诉讼费。

本院认为，被告提供的工作证系原告单位发出，虽原告认为系被告利用公司股东身份自己私自制作的，但未提交相应证据证实，也无充分证据认定被告杨某某系公司股东身份，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以说明。没有证据或证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。”之规定，原告应举证证实被告系公司股东，并非公司的职工，但原告并未提交有效证

据证实，故原告应承担举证不利的法律后果，应认定原、被告存在事实劳动关系。对于被告在原告处的工作时间因原告未举证证实，故本院认定被告在原告处的工作时间为公司成立之日起2008年1月28日至2009年6月。庭审中，双方均未举证工资具体标准，依据《中华人民共和国劳动合同法》第十一条：“用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。”之规定，参照原告提供的工资表，公司管理人员的工资为1000元，故被告的工资收入按1000元标准认定计算，依据《中华人民共和国劳动法》第五十条：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。”及《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十七条：“下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：（一）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；”之规定，被告杨某某担任原告公司管理人员一职，工作期间未提出领取工资的请求，故原告依法应支付被告12个月的工资收入12000元（1000元/月×12个月）。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。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日

起向劳动者每月支付二倍的工资”之规定，原告应支付未与被告签订劳动合同二倍工资 11 一个月，故原告应支付未签订劳动合同二倍工资的另一半为：11000 元（1000 元/月×11 月）。依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七：“经济补偿按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，向劳动者支付半个月工资的经济补偿”之规定，本院认定被告于 2008 年 1 月 28 日在原告处工作至 2009 年 6 月，故原告应支付被告工作 1.5 年经济补偿：1500 元（1000 元×1.5 年）。关于被告社会保险问题，依据《中华人民共和国劳动》第七十七条：“用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。”之规定，本院认为，劳动者与用人单位同样负有向国家缴纳社会保险费的义务，在费用的缴纳方面不单纯表现为民事关系，双方形成的法律关系中体现的不是平等主体之间的争议，劳动者要求用人单位缴纳社会保险费，缴纳的对象是案外人社会保险机构，劳动者与用人单位因基本养老保险等保险引起的争议，不属于劳动争议案件，不属于本案审理范围。据此，依照《中华人民共和国劳动法》第五十条、第七十七条、《中华人民共和国劳动合同法》第十一条、第四十七条、第八十二条及《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十七条的规定，判决如下：

一、解除原告昆明某某照明器材有限公司与被告杨某某之间事

实劳动关系。

二、由原告昆明某某照明器材有限公司于本判决生效之日起十五日内支付拖欠被告杨某某 12 个月的工资 12000 元（1000 元/月×12 月）。

三、由原告昆明某某照明器材有限公司于本判决生效之日起十五日内支付被告杨某某工作期间的 11 个月双倍工资 11000 元（1000 元/月×11 个月）。

四、由原告昆明某某照明器材有限公司于本判决生效之日起十五日内支付被告杨某某经济补偿金 1500 元（1000 元×1.5 个月）。

如果被告未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百二十九条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 10 元，由原告昆明某某照明器材有限公司承担，鉴定费 1700 元（其中原告昆明某某照明器材有限公司垫付 1000 元，被告杨某某垫付 700 元）由原告昆明某某照明器材有限公司承担。

如不服本判决，可于判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状，并按对方当事人的人数提出副本，上诉于云南省昆明市中级人民法院。

双方当事人均服判的，本判决即发生法律效力。若负有义务的当事人不履行本判决享有权利的当事人可在本判决规定履行期限届满后二年内向本院申请强制执行。

(本页无正文)

审 判 长：栾 雷

审 判 员：蔡家瑶

人民陪审员：张婷

二 00 九 年 十 二 月 廿 一 日

书 记 员：徐 挺

书 记 员：赖季萍

劳动争议疑难案件实务讲座综述

2012年12月8日上午，市律协劳动和社会保障法律业务委员会在深圳市商报大厦国际会议厅举办“劳动争议案件处理实务”专题讲座。讲座邀请最高人民法院民一庭王林清法官主讲，市律协劳动和社会保障法律业务委员会主任李迎春律师主持。市律协劳动和社会保障法律业务委员会全体委员、全市感兴趣的律师300余人参加了讲座。为了便于未参加讲座的律师们学习讲座内容，市律协劳动和社会保障法律业务委员会特将此次讲座主要内容综述如下：

主讲人：王林清，最高人民法院民一庭法官

讲座时间：2012年12月8日上午9：00—12：00

讲座地点：深圳商报社国际会议厅

记录人：市律协劳动和社会保障专业委员会副主任陈伟

主要内容：

问题 1、用人单位的故意或重大过失导致劳动者工伤的，应当如何处理？

主讲人观点：

1、用人单位不能免除民事责任，应当承担补充赔偿责任。

理由：一、如果严格执行人身损害赔偿司法解释第12条，用人单位免责，则可能产生用人单位令劳动者冒险作业，不顾其生命的后果；二、工伤保险赔偿的标准与人身损害赔偿的标准不一致；三、

不论劳动者是何原因致工伤，均会获得一定数额的赔偿，但人的生命健康是无价的，不是以金钱能衡量的。侵权人承担责任，与其说是对受害人的赔偿，不如说是对侵权人的惩罚；四、立法已规定在一些情况下，劳动者除依法享受工伤保险待遇外，还可向用人单位追偿，如《安全生产法》第48条规定“因生产安全事故受到损害的从业人员，除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律尚有获得赔偿的权利的，有权向本单位提出赔偿要求”；《职业病防治法》第59条规定：“职业病病人除依法享有工伤保险外，依照有关民事法律，尚有获得赔偿的权利的，有权向用人单位提出赔偿要求”；《使用有毒物品作业场所劳动保护条例》第42条规定：“用人单位未参加工伤保险的，其劳动者从事有毒物品作业患职业病的，用人单位应当按照国家有关工伤保险规定的项目和标准，保证劳动者享受工伤待遇。”（人伤解释颁布实施在03年，第12条与02年的职业病防治法不一致，法官应当裁量）；五、工伤赔偿范围相对固定；六、根据《工伤保险条例》第一条规定：“为了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，制定本条例”，因此从工伤保险设置的初衷看，是为保障因工作遭受损害能早日得到救济，分散用人单位的风险，而非承担用人单位的所有风险。

2、故意或重大过失如何区分。没有办法也没有必要区分。

问题2、用人单位一般过失或者没有过错情况下劳动者工伤的，

应当如何处理？

主讲人观点：

用人单位应当免责，理由是用人单位已经为劳动者交纳了劳动保险费用，使其有了救济途径。否则如果缴费和不缴费均需要承担责任，那么会导致后果是，没有用人单位再为劳动者缴纳保险费用。

如何区分一般过失和重大过失，从责任比例的不同，推断出一般过失和重大过失。

问题 3、第三人侵权与工伤损害赔偿竞合的处理？

主讲人观点：

各国在工伤赔偿制度方面的模式主要有（1）、取代救济模式，如德国；（2）、选择救济模式；（3）、双重救济模式，如英国；（4）、补充救济模式，如日本、智利、北欧一些国家。

劳动者享有两个请求权，一是基于社会保险请求权，二是民事损害赔偿的请求权。全国各地法院的做法不同。

应从两方面探讨，一方面是第三人的民事责任问题，第三人因为自己实施的侵权行为而产生责任，不能因为用人单位垫付或工伤保险赔偿而减免。劳动者或工伤保险基金、用人单位可追偿。另一方面，社会保险法第 42 条，由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。工伤保险基金仅在医疗费用范围内享有追偿权，受害人存在对其他费用中获得双

赔的可能。

很多高院的民一庭会议纪要，认为医疗费、丧葬费、交通费等实际有单据证明发生的数额后，均只能主张一次。主讲人认为，除医疗费外，均可双赔，因为劳动者本身有两个请求权，两个请求权的理论基础不一样，适用法律依据不一样，责任归责原则也不一样，即使有些费用重叠，如果将工伤损害赔偿归责于精神损害赔偿，那么是可要求双赔。

问题 4、第三人侵权导致工伤的，可否在同一个诉讼程序中把工伤与侵权损害赔偿一并解决？

主讲人观点：

可以一并解决。理由是：第一，民诉法并未规定同一民事诉讼中只能解决一个法律关系；第二，按照美国的民诉法理论，因一个事实行为产生若干民事法律关系后果的，产生的争议必须在一个诉讼中一并解决；第三，一个诉讼中一并解决两个以上法律关系，节约司法资源；第四，减轻当事人诉累。

现实中的问题，案由怎么定？个人观点，定哪个都行，不要把案由看的太重。

问题 5、工伤认定中事实劳动关系的确认应当由工伤认定机构行使还是劳动仲裁部门解决？

主讲人观点：

1、工伤保险条例第 18 条，工伤认定机构有权作出确认。因认定工伤首先必然要对是否存在劳动关系进行认定。

2、劳动仲裁部门有权受理劳动者与用人单位是否存在劳动关系的争议，依据是《劳动争议调解仲裁法》第二条第一项，“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：

（一）因确认劳动关系发生的争议；”即劳动者可以就是否存在劳动关系申请仲裁，如工伤认定机构以无劳动关系为由，认为不构成工伤的，劳动者只能提起行政诉讼。

问题 6、当事人错失工伤认定机会，法院能否在民事诉讼中对职工是否构成工伤直接认定，要求用人单位支付工伤待遇？

主讲人观点：

应当分情况讨论，1、用人单位不认可劳动者是工伤的，比如说劳动者自己故意或其他原因造成的，人民法院无权对是否构成工伤做出司法确认。理由是，能够认定劳动者是否是工伤的，是由法规授权工伤认定机构行使，司法权不宜僭越行政权，一旦司法权僭越行政权，会发生混乱。2、用人单位认可劳动者是工伤，且之前已为劳动者缴纳了工伤保险费用的，人民法院也无权对是否是工伤做出认定，理由是，可能发生用人单位与劳动者串通，骗取工伤保险金的情况。3、用人单位认可劳动者是工伤，但之前未缴纳工伤保险费用，人民法院可以认定。理由是，这种情况下，用人单位是最终的责任群体，其自己认可，法院可以判令用人单位按工伤标准判决。

03 年人伤司法解释规定雇员在从事雇佣活动中受伤的，雇主应当承担责任。实行的是无过错责任原则。

《侵权责任法》第 35 条规定：“人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”实行的是过错原则。

根据新法优于旧法的原则，03 年人伤司法解释的上述规定相当于废止。

问题 7、劳动合同被确认无效，发生工伤事故的赔偿责任？

主讲人观点：

应当分情况讨论，1、劳动合同无效，导致劳动关系也无效的，赔偿责任应按国务院《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》处理。2、劳动合同无效，但劳动关系仍然有效，按 2011 年 1 月 1 日修订的国务院《工伤保险条例》处理。

问题 8、劳动者工伤后不再上班，用人单位既未给付其工资也未送达解除其劳动关系的文书，其与用人单位的劳动关系何时终止？

主讲人观点：

根据劳动者的伤残等级，1、工伤一到四级，劳动者享有三种待遇，一是工伤保险基金支付一次性伤残补助金；二是和用人单位保

留劳动关系，劳动者退出工作岗位，单位每月支付伤残津贴，直到达到退休年龄；三是劳动者达到法定退休年龄的，不再享有伤残津贴，而是享受退休金。2、工伤五到六级，劳动者享有三种待遇，一是工伤保险基金支付一次性伤残补助金；二是用人单位适当安排工作，用人单位难以安排工作的，劳动者退出工作岗位，单位每月支付伤残津贴，直到达到退休年龄；三是如果劳动者提出解除劳动合同的，工伤保险支付一次性工伤医疗补助金，用人单位支付一次性伤残就业补助金。3、工伤七到十级的，劳动者享有两种待遇，一是工伤保险基金支付一次性伤残补助金；二是劳动合同期满或劳动者提出解除劳动合同的，工伤保险支付一次性工伤医疗补助金，用人单位支付一次性伤残就业补助金。

综上，劳动者工伤后不再上班，用人单位既未给付其工资也未送达解除其劳动关系的文书，劳动者与用人单位劳动关系终止的条件为：

第1种情形：劳动者达到法定退休年龄；

第2种情形：劳动者达到法定退休年龄；劳动者提出解除或者终止劳动关系的意思表示到达用人单位；

第3种情形：合同期满或者劳动者提出解除劳动合同。

法律依据：《工伤保险条例》第35条、第36条、第37条

问题9：《工伤保险条例》第39条规定的“上一年度”是指诉讼的上一年度还是死亡时的上一年度？

主讲人观点：

《工伤保险条例》第 39 条规定：“职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：（一）丧葬补助金为 6 个月的统筹地区上年度职工月平均工资；（二）供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：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%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；（三）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。”

应当按照劳动者死亡时的上一年度标准计算。如果按认定的上一年度计算，可能会导致家属拖延工伤认定时间，而工亡待遇由社保基金赔付，此种结果将导致公共利益受损。

问题 10、不具备合法经营资格的用人单位与劳动者之间劳动关系如何认定？

主讲人观点：

2010 年 9 月 14 日起施行的《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（三）》第四条规定：“劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。”该规定只是解决

了当事人主体问题，但没有解决劳动关系如何认定问题。

对于不具备合法经营资格的用人单位与劳动者之间劳动关系如何认定问题，应当视具体情况而定。1、如果是没有取得营业执照的，属于设立中的公司，以将来的公司名义签订的，合同无效。因为一方为强势，一方为弱势，为保护劳动者权益，应认定为无效，用人单位主体不适格。2、营业执照期限届满或被吊销。吊销是工商行政机关的行政处罚，单位仍是合格的民事主体，仍属劳动合同法的适格用人单位。

需要注意以下几点：

(1) 出资人既包括显名出资人，也包括隐名出资人，隐名出资人也要作为主体。

(2) 如不具备合法经营资格的用人单位，有实际控制人（公司法第 217 条规定“实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人”）的，要列实际控制人为主体。

(3) 出资人和实际控制人一律承担连带赔偿责任。

问题 11、借用或挂靠情形下劳动关系如何确定？

主讲人观点：

有关借用或挂靠情形下劳动关系的典型例子，如出租车司机与出租车公司之间的关系。认为应当认定出租车司机与出租车公司之间存在劳动关系。理由是：1、劳动部 2005 年 12 号文《关于确立劳

动关系有关事项的通知》，只有一点与该规定不符，即是劳动报酬支付问题，即这种情况下，劳动报酬不是由单位支付，而是由顾客个人先支付，或者是司机先领取工资等劳动报酬。2、劳动者其实间接受单位管理和业务培训。3、保护劳动者权益。4、制裁挂靠行为。

2010年9月14日起施行的《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（三）》第5条规定：“未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。”

因此在实务中，应当将借用人、挂靠人、被挂靠人列为当事人，并承担连带责任。

问题 12、挂靠有偿或无偿情形下，责任承担是否不同？

主讲人观点：一律承担连带赔偿责任。

问题 13、司法实践中，是否应当承认双重劳动关系？

主讲人观点：

一种观点认为，不应当承认，理由是传统劳动法理论中，一个劳动者应当对应一个用人单位，这种情况下，社会保险的办理和缴纳也明确。个人观点，认为应当承认双重劳动关系，包括双重非全日制劳动关系和非全日制劳动关系。

2010年9月14日起施行的《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（三）》第8条规定：“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。”最高院对可能存在双重劳动关系的人员主要归类如下：

- (1) 企业停薪留职人员；
- (2) 未达到法定退休年龄的内退人员；
- (3) 下岗待岗人员；
- (4) 企业经营性停产放长假人员。

个人认为应当持开放态度，不仅上述人员可以存在双重劳动关系，全日制用工也可以存在双重劳动关系。

理由是：1、劳动合同法第39条第二款第四项：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（四）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，或者经用人单位提出，拒不改正的；”说明法律认可两个劳动关系；该条只是赋予单位有权解除劳动关系，但未说明双重劳动关系无效。2、劳动合同法规定了劳动合同无效的情形不包括双重劳动关系。3、劳动合同法第91条规定：“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。”该条规定了建立双重劳动关系的情况可能承担的法律后果，但并未说明劳动关系无效。4、劳动合同法第69条，

“非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”

问题 14、达到法定退休年龄人员用工关系如何认定？

主讲人观点：

劳动合同法第 44 条，“有下列情形之一的，劳动合同终止：（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；”但实践中存在劳动者达成法定退休年龄，但并不享有基本养老保险待遇的情况，个人观点认为，应分情况讨论：1、开始享受基本养老保险待遇的，和任何单位都不能建立劳动关系，因为享受养老待遇的公民不是适格劳动者；2、达到退休年龄，但不享受养老保险待遇的，可以（不是必须）与用人单位建立劳动关系。

达到法定退休年龄，是否影响劳动者的劳动能力？个人认为是

不影响的。

问题 15、建筑施工、矿山企业将工程或经营权发包或者转包给有具有用工主体资格的组织或者自然人，产生用工关系如何认定？

主讲人观点：可以举例说明一下，如 A 将工程转给 B，B 转为 C，C 转给 D，D 不具备用工主体资格，个人观点，D 所招工与 ABC 无关，即劳动者与发包人、转包人不存在用工关系。但官方观点，均认为用工与 C 认定存在劳动关系。

问题 16、公司董事与公司之间是否存在劳动关系。

主讲人观点：理论界有两种观点，1、存在。2、不存在。我们首先来看一下董事与劳动者的区别：（1）产生不同；（2）待遇不同；（3）免职程序不同；（4）性质不同；（5）身份不同。

公司董事与公司之间是否存在劳动关系，应当分情况而定：1、国有、国有控股、参股企业，这种情况下董事属国家工作人员，不属于劳动法调整范畴。2、民营企业，董事仍然是公司的劳动者，存在劳动关系。3、职工代表担任董事，仍为劳动关系，因其身份仍为职工。

独立董事不受规章制度约束，其薪酬也不确定，故非劳动关系。

（全文完，谢谢大家）