飞劳动法月刊

Fei Labor Law Monthly

2019年6月刊
Jun.2019
第01期
NO.01

- 奔驰女司机撞人，劳动法方面的专业问题
- 五月HR最关心的有哪些专业的法律问题?
- 本期老板的三个错误是哪些?
- 发生了工伤，怎么保障最大的权益?

总编辑：蔡飞律师

广州金鹏律师事务所
KINGPOUNG LAW FIRM

联系电话：13560148051 邮箱：cf@kingpound.com 地址：广州市天河区兴民路222号天盈广场东塔45层

目录

Catalogue

01 热点追踪

01 奔驰女司机撞人，人身损害和工伤如何赔偿?

05 五月HR最关心的十个劳动法律问题

10 五月最基础的十个劳动法律问题

14 用工案例分析之老板你错了

21 工伤类实务专题：

21 七大类特殊工伤认定汇总

29 三种典型的交通事故中，工伤的认定及赔付规定

33 无法查明交通事故责任，凭什么应该认定工伤?

37 发生工伤后，最大限度保障权益的十个提示

42 超值附赠

43 “飞劳动法”团队

【热点追踪】

奔驰女司机撞人，人身损害和工伤如何赔偿？

2019 年 5 月 21 日早上 8 时 50 分许，在广州市天河区林和中路林乐路口，一奔驰车辆闯红灯并撞上行人及两辆汽车，造成 13 人受伤，目前受伤人员已送往医院救治，肇事司机丁某已经被警方控制。

受伤的行人如果是在上班途中遭此横祸，符合上班途中发生非本人负主要责任的交通事故而导致的人身损害的情形，应当认定为工伤。而此时发生的工伤，与肇事司机丁某造成的人身损害重合，相应的赔偿项目也有些重合，此时应当如何对受害者进行赔偿？

一、哪些是重合的赔偿项目？重合的赔偿项目是否需要重复支付？

案例 1：江门市鸿源实业有限公司与唐某平劳动争议案

本案中，法院认定在交通事故案件处理中，唐某平已获得第三人对其医疗费（含后续医疗费）、护理费和误工费等经济损失的赔偿，其中护理费 1500 元，误工费 28140 元。

首先，根据唐某平受伤治疗的事实认定，护理费计算为 1760 元，相比唐某平已收取第三人赔偿护理费 1500 元计算尚差 260 元；

其次，停工留薪期工资方面，根据鉴定复查确认内容计算停工留薪期工资为 23739.13 元，扣除鸿源公司已支付的 5394.87 元，尚差 18344.26 元。

而唐某平在交通事故案件中已获取第三人赔偿误工费 28140 元，该误工费也相当于停工留薪期工资性质，也即唐某平的停工留薪期工资已在第三人获取足额赔偿。护理费的差额较小，前述赔偿数额可覆盖。

综上，员工因交通事故已足额获取第三人对误工费、陪护费的赔偿，用人单位无须再支付停工留薪期工资和陪护费。

案例 2：尹某娥与东莞乐福塑胶电子有限公司劳动争议纠纷案

本案中，法院认定因交通事故产生的医疗费用 29955.9 元，尹某娥在交通事故责任纠纷中得到的医疗费赔付共 22876 元，可予以抵扣，因此乐福公司应支付给尹某娥的医疗费及复查费应为 7079.9 元（299559.9 元-22876 元）。综上，员工在交通事故责任纠纷中得到的医疗费赔付，在计算工伤保险待遇过程中，可予以抵扣，属于重复费用。

案例 3：宋某满、深圳市快运通物流有限公司与中国太平洋财产保险股份有限公司深圳分公司机动车交通事故责任纠纷案

本案中，原审法院认为宋某满在申请工伤待遇时，工伤待遇处理机构已对医疗费、劳动能力鉴定费、住院伙食补贴进行了相应处理，提出的医疗费、住院伙食补助等相关诉讼请求与工伤待遇已处理项目重合，原审法院不予支持，终审法院亦同意此观点。

综上，员工遭遇交通事故认定为工伤，已先行享受工伤保险待遇的，请求侵权人重复支付住院伙食补贴等项目费用，属于重复费用，可予以抵扣。

二、如果用人单位未缴纳工伤，而承担了工伤赔偿费用，哪些可以向侵权人主张赔偿？

案例 4：惠州市翔安餐饮管理服务有限公司、王奇玲追偿权纠纷案

本案中，原审法院认为，左某所受伤害已认定为工伤，而用人单位翔安公司未依法为其缴纳工伤保险，经生效仲裁裁决确定翔安公司对左某应承担工伤待遇赔偿义务，且双方据此达成和解协议，翔安公司支付其一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就

业补助金、住院伙食补助费、住院护理费、停工留薪期工资、劳动能力鉴定费等合计 70000 元（该款项没有包含医疗费）。这是翔安公司的法定义务，且法律并未规定用人单位对第三人的侵权行为享有追偿的权利（除工伤医疗费用外），翔安公司作为用人单位没有权利将其法定义务转嫁给侵权人王某玲。

综上，翔安公司无权就其已支付的上述工伤保险待遇再行向王某玲追偿。

分析及结论：

因交通事故（或其他原因）导致工伤，存在侵权第三人的，劳动者可以分别向用人单位、侵权第三人请求工伤保险待遇及人身损害赔偿，两者属不同法律关系，可同时、分别申请。但由于人身损害赔偿项目及工伤保险赔偿项目存在部分赔付项目重合的情形，重合部分是否进行冲抵？

（1）医疗费、残疾赔偿金/伤残津贴、误工费/停工留薪期工资、护理费、住院伙食补助费、交通费、丧葬费/丧葬补助金

此类项目属于可计算的财产损失，可用金钱衡量，不可重复赔偿。也就是说，若劳动者已从侵权第三人处获得该几项人身损害赔偿的，又请求用人单位支付相应费用的，若前者已足额赔付，用人单位则无须再次支付，若赔付不足额，可由用人单位偿付差额。反之亦是。此外，用人单位因未为劳动者缴纳工伤保险，依法承担工伤待遇赔偿的，先行赔付的，除了医疗费之外，无权向侵权人追偿。

（2）残疾赔偿金/伤残津贴/一次性伤残补助金、死亡赔偿金/一次性工亡补助金

在劳动者是因职业病或生产安全事故导致工伤的情况下，此类项目属于同一性质，不重复支付。

（3）精神损害抚慰金

精神损害抚慰金虽仅仅在人身损害赔偿中规定，工伤保险待遇不包括此项，但若劳动者是因职业病或生产安全事故导致工伤的，除工伤保险待遇外，可向用人单位提出赔偿要求，包括精神损害赔偿。这一项目涉及生命健康权，是难以用金钱进行衡量的，从人道主义观点来看，允许劳动者获得双重赔偿并无不当，实际操作中应当不予抵扣，可分别、各自赔付。

（4）一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、营养费

此类项目不存在重复，不得冲抵，各自赔付。

五月 HR 最关心的十个劳动法律问题

一、离职手续可以由亲属代办吗？

答：**办理辞职应当由本人确认。**这是劳动合同的人身性决定的，劳动合同中权利义务与劳动合同当事人的人身不可分离，除劳动合同当事人以外的其他人不能代当事人行使权利和履行义务。《劳动合同法》第二十九条规定，“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”此条即明确了全面履行原则。因此，不管是完成劳动任务，亦或办理离职手续，都只能由劳动者本人完成，除非已有适格的委托手续。

二、职工被刑拘时如何处理？

答：这属于劳动者涉嫌刑事犯罪的情形。与被依法追究刑事责任不同，劳动者涉嫌刑事犯罪并不必然被判有罪。

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》（劳部发〔1995〕309 号）第二十八条规定：“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，**可与其暂时停止劳动合同的履行。**暂时停止履行劳动合同期间，**用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。**劳动者经证明被错误限制人身自由的，暂时停止履行劳动合同期间劳动者的损失，可由其依据《国家赔偿法》要求有关部门赔偿。”

即：职工被刑拘，用人单位不能解除劳动合同，只能暂停劳动合同的履行，如停发工资、停缴社保等。

三、我单位有一职工，在职期间签订了保密协议，约定如乙方违反保密义务，需承担一定数额的违约金。后该职工离职，在互联网上

散布单位的商业秘密。单位可否依据该协议要求该职工承担违约金？

答：不可以。根据《劳动合同法》的规定，只有两种情况下，员工需向用人单位支付违约金，一是在用人单位支付了专业技术培训后，劳动者违反服务期约定；二是劳动者违反竞业限制的约定。

有观点认为，该保密协议的签订主体为单位与职工，是两个独立的民事主体，该纠纷为合同纠纷，而非劳动纠纷。单位可以径直去法院起诉，而无需经过劳动仲裁。

这一观点有失偏颇。职工与单位签订的保密协议，一般在权利义务的约定上并不平衡，资强劳弱的特征十分明显。而职工之所以同意与单位签订该保密协议，还是受劳动关系的从属性所影响。因此，即使单位凭借该保密协议径直去法院起诉，法院亦极大可能有不予受理。

四、我单位在广州，未替职工缴纳社保，职工在非工作时间被他人伤害，住院治疗，因为没有职工医保无法报销，现要求单位支付全部医疗费用。对上述情况应如何处理？

答：根据《广州市社会医疗保险条例》第三十条的规定，欠缴期间参保人员发生的有关医疗费用由负有缴费义务的用人单位负担。医疗费用的负担范围，建议单位主张仅需承担医保予以报销部分，具体可以见《广州市城乡居民社会医疗保险办法》。

五、我单位一职工向其上级发送邮件提出辞职，后又改变主意，要求单位给予补偿金才肯填写纸质的离职表，单位不愿意给予补偿。请问该职工的离职是否有效？单位应如何应对？

答：有效，辞职权是一种形成权，意思表示送达即生效。根据《中华人民共和国合同法》第十一条的规定，书面形式是指合同书、信件

和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。因此，即使员工不同意写纸质离职通知，以公司个人工作邮箱发出的离职通知同样有效。

此时，单位可通过邮件或发函等方式书面告知该职工，单位已收到其离职通知。

六、在劳动合同中约定“乙方因自身原因未在规定时间内至财务部核实薪资而造成甲方延时支付薪资的，则责任在于乙方，乙方不能以此要求解除劳动合同或不能作为甲方未足额结清劳动报酬的依据”，是否有效？

答：很多单位专业的合同中有这样的约定，我们认为，即便有了这样的约定，但如果未及时发放工资，仍会有极大的风险。该约定有可能被认定违背了法律的强制性规定，不具有效力。

根据《工资支付暂行规定》第七条的规定，工资必须在用人单位与劳动者约定的日期支付。如遇节假日或休息日，则应提前在最近的工作日支付。工资至少每月支付一次，实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资。

如果用工管理过程中需要职工确认薪资，建议双方在劳动合同中约定：“如员工对工资发放有异议的，应在知悉工资发放数额后三个工作日内提出书面异议，否则视为认可工资支付的标准，且视为单位已全额支付所有款项”，以降低工资不足额支付的风险。

七、我单位为广东地区某一国企，有一职工父母移民海外，该职工的探亲假如何计算？

答：一般来说，未婚职工探望父母，原则上每年给假一次，假期为二十天。如果因为工作需要，本单位当年不能给予假期，或者职工

自愿两年探亲一次的，可以两年给假一次，假期为四十五天。已婚职工探望父母的，每四年给假一次，假期为二十天。

但《广东省人民政府关于职工探亲待遇规定的实施细则》第十四条规定了半年探亲假，即："符合探亲条件的，申请出国和去港澳探亲的归侨、侨眷和港澳同胞眷属职工，仍按原规定执行。即申请去港澳的，从取得当地公安部门批准之日起，往返路途所需时间在内，给假三个月；申请出国的，从取得护照签证之日起，往返路途所需时间在内，给假半年。"

适用该条时需要注意核实该职工父母是否保留中国国籍。《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》对归侨、侨眷的定义是有明确规定。归侨是指回国定居的华侨。华侨是指定居在国外的中国公民。侨眷是指华侨、归侨在国内的眷属。如果父母没有中国国籍，就意味着该职工不属于侨眷，不能享受《广东省人民政府关于职工探亲待遇规定的实施细则》第十四条规定的半年探亲假。

八、用人单位延长劳动合同期限能否视为提高劳动合同的约定条件？

答：我们认为可以。根据最高院法官的观点，劳动合同期限属于劳动合同的条件之一，用人单位与劳动者原合同期满后，为遵循《劳动合同法》提倡双方建立长期劳动关系的精神，将劳动合同期限提高到较长期限，可视为用人单位提高了劳动合同条件。

九、非全日制用工形式是否适用于劳务派遣？

答：《劳动合同法实施条例》第 30 条规定，"劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。"但是派遣单位的劳动者可以到用工单位从事非全日制岗位形式的工作。

十、劳动者双休日出差，用人单位是否应支付两倍工资？

答：应从其是否进行了正常工作来判断。如果未从事工作，不应认定为加班。即劳动者在双休日并未工作，而是在休息，仅仅是休息的地点在外地而不是像通常时间在居住地。休息地点的不同不能成为要求支付加班工资的请求。

我们认为，单位对于出差时双休日正常休息，并未为单位创造效益的劳动者，不必因劳动者休息地点的不同而向其支付加班工资，仅支付必要的出差补助费即可。

五月最基础的十个劳动法律问题

一、未休年休假工资的计算方式是按照其日工资收入的300%计算，像我们公司实行综合工时的，由正常工作时间工资、奖金、津贴和补贴、加班超时工资、特殊情况下支付的工资构成，请问如果要计算日工资收入的，是拿正常工作时间工资进行计算还是要包含奖金？

答：《带薪年休假实施办法》第十一条规定，计算未休年休假工资报酬的日工资收入按照职工本人的月工资除以月计薪天数（21.75天）进行折算。前款所称月工资是指职工在用人单位支付其未休年休假工资报酬前12个月剔除加班工资后的月平均工资。在本用人单位工作时间不满12个月的，按实际月份计算月平均工资。即：未休年休假工资应**包含奖金，仅仅扣除加班工资。**

二、《企业职工带薪年休假实施办法》的第三条规定的“连续”，请问是以缴社保是否连续来进行认定的吗？

答：年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工的累计工作时间可以根据**档案记载、单位缴纳社保费记录、劳动合同或者其他具有法律效力的证明材料**确定。“累计工作时间”包括在机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位从事全日制工作期间，以及依法服兵役和其他按照国家法律、行政法规和国务院规定可以计算为工龄的期间（视同工作期间）。

三、如果员工在上班时间因为自身疾病导致的摔伤，是否属于工伤范围呢？

答：不属于。根据《工伤保险条例》第十四条，认定工伤需要满足“因工作原因”这一因素；如果要适用第十五条第一款视同工伤的

情形，该情形也不满足“突发疾病死亡或在 48 小时之内经抢救无效死亡”条件，故不属于工伤。

四、劳动合同缺乏必备条款，是否无效？

答：《劳动法》第十八条规定了劳动合同无效的情形，包括：（一）违反法律、行政法规的劳动合同；（二）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。根据《劳动合同法》第八十一条的规定，用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。因此，劳动合同缺乏必备条款但不具有《劳动法》第十八条规定的情形，则可补正，并不必然无效。

五、分支机构能签订劳动合同吗？

答：《劳动合同法实施条例》第四条规定，劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。

六、从什么时候起，单位要签订劳动合同？

答：根据《劳动合同法》第 7 条规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。”第 10 条规定，“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”也即入职之日起即需要签订劳动合同。

七、解除或终止劳动关系时，用人单位拒绝出具解除或终止劳动合同的书面证明，有什么后果？

答：《劳动合同法》第八十九条规定，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

八、劳务派遣合同最低签多少年？

答：根据《劳动合同法》第五十八条的规定，劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立两年以上的固定期限劳动合同。

九、是不是所有的员工都可以劳务派遣？

答：视具体岗位而定。《劳动合同法》第六十六条规定，劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。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实施。前款规定的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。用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。

十、补休代替加班费合法吗？

答：视情况而定。《劳动合同法》第四十四条规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报

酬。从以上规定可以看出，用人单位除休息日安排加班能以安排补休代替加班工资报酬外，在平时的延时加班和在法定节假日加班是不能以补休来代替加班报酬的。

【用工案例分析】

老板你错了

错误一、招聘资料中存在就业歧视、限制的情形（包括就性别、传染病、学历、婚姻状况、地域等做出限制）

一、案例：用人单位能否因劳动者属于乙肝病原携带者拒绝录用？

某公司与野某为形成劳动合同关系已进入了缔约磋商并准备订立劳动合同阶段。但因某公司以野某体检时被检测出患“乙肝小三阳”，是乙肝病原携带者为由，拒绝录用野某。

法院认为某公司在校园招聘过程中，违反相关法律规定，要求野某进行肝功能复检，构成用工歧视，侵犯了野某人格权，确实给野某造成较大的精神压力，故判决支持野某要求某公司赔礼道歉，赔偿经济损失及检查费用的诉讼请求。

二、招聘资料中存在就业歧视、限制的可能产生的法律后果：

1.被裁判侵犯了劳动者平等就业权；

2.被裁判侵犯了劳动者的劳动权，判令需签订劳动合同；

3.被裁判支付精神损害赔偿金；

4.被裁判赔偿经济损失；

5.被裁判其他法律责任。

三、招聘资料中存在的就业歧视、限制行为的防范建议

非特定岗位，杜绝在招聘启事中对民族、种族、性别、身高、宗教信仰、残疾人、户籍、地域等进行限制的做法。其中常见的有地域限制，比如说明只招某地人或不招某地人。

如非特殊岗位，不得在招聘启事以传染病病原携带者为由拒绝录用。

以某种变通的条件来代替限制。比如想招上海人，可设定需精通上海话的条件。

四、相关法律规定：

《中华人民共和国劳动法》第三条 劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。

《中华人民共和国劳动法》第十二条 还规定了劳动者就业不得受歧视“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视。”

《中华人民共和国残疾人保障法》第三十八条 国家保护残疾人福利性单位的财产所有权和经营自主权，其合法权益不受侵犯。在职工的招用、转正、晋级、职称评定、劳动报酬、生活福利、休息休假、社会保险等方面，不得歧视残疾人。

《中华人民共和国就业促进法》第三条 劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。

错误二、入职时违法要求劳动者提供担保或扣押证件

一、案例：向员工收取财物，用人单位需要承担什么责任？

白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元，何某起诉要求白湖某器材厂予以返还并赔偿自 2002 年 2 月 21 日起的利息。

法院认为，白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元违法，判决支持何某要求白湖某器材厂予以返还并赔偿利息的诉讼

请求。

用人单位招用劳动者，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。用人单位在招用劳动者时违反法律禁止性规定向劳动者收取财物，给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

白湖某器材厂于签订劳动合同时收取何某保证金 300 元，违反了法律规定，造成了何某的损失，现何某要求白湖某器材厂予以返还并赔偿自 2002 年 2 月 21 日起的利息，符合法律规定，予以支持，标准应按中国人民银行同期贷款利率为宜。

二、入职时违法要求劳动者提供担保或扣押证件可能产生的法律后果

扣押证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，还应当承担赔偿责任。

三、入职时违法要求劳动者提供担保或扣押证件的防范建议

员工入职时，不应要求其提供担保或者扣其押证件。用人单位需注意，任何形式的担保均违法。

四、相关法律规定

《中华人民共和国劳动合同法》第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十四条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上

二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

《居民身份证法》第十五条 人民警察依法执行职务，遇有下列情形之一的，经出示执法证件，可以查验居民身份证：

（一）对有违法犯罪嫌疑的人员，需要查明身份的；

（二）依法实施现场管制时，需要查明有关人员身份的；

（三）发生严重危害社会治安突发事件时，需要查明现场有关人员身份的；

（四）在火车站、长途汽车站、港口、码头、机场或者在重大活动期间设区的市级人民政府规定的场所，需要查明有关人员身份的；

（五）法律规定需要查明身份的其他情形。

有前款所列情形之一，拒绝人民警察查验居民身份证的，依照有关法律规定，分别不同情形，采取措施予以处理。

任何组织或者个人不得扣押居民身份证。但是，公安机关依照《中华人民共和国刑事诉讼法》执行监视居住强制措施的情形除外。

《居民身份证法》第十六条 有下列行为之一的，由公安机关给予警告，并处二百元以下罚款，有违法所得的，没收违法所得：

（一）使用虚假证明材料骗领居民身份证的；

（二）出租、出借、转让居民身份证的；

（三）非法扣押他人居民身份证的。

五、知识拓展

用人单位入职时以担保名义，扣押劳动者身份证与收取押金的法律后果区别：

（1）扣押身份证，由公安部门处罚；收取押金等财物由劳动部

门处罚。

（2）前者依据居民身份证法；后者依据劳动合同法。

（3）前者罚款 200 元以下；后者罚款 500-2000 元，且按被扣证件的劳动者人数处罚，风险巨大。

错误三、约定违约金

一、参考案例

与劳动者约定未办理离职交接需承担违约金，劳动者违约可否要求其承担违约责任？

基本案情

某公司与李某签署的《劳动合同》之附件《保密协议》第七条、第八条及第十四条就劳动者离职未办离职交接造成公司不利后果约定了违约金。后李某离职时未履行任何工作交接手续，违反了相关法律规定及双方约定，故某公司诉至法院，请求判决:1、李某向我公司支付违约金 10 万元；2、李某承担本案诉讼费用。

法院认为某公司所依据的《保密协议》违约金支付条款明显违反《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条的禁止性规定，属于无效条款。某公司依据无效条款向李某主张权利显属不当，故法院对某公司的请求不予支持。

《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条中对劳动关系中的违约金约定情形作出了明确规定。用人单位仅可在两种法定情形下与劳动者约定违约金，其一为用人单位为劳动者提供专项培训费用，双方约定服务期及违反服务期约定的违约金，其二为用人单位与劳动者约定有竞业限制条款，及违反竞业限制约定的违约金。

二、违约金约定不合法可能产生的法律后果

用人单位为了留住员工，往往会约定非常苛刻的离职条件，并约

定，员工离职或其他情况的，需要支付高额的违约金，这种约定是无效的。

只有两种情况之下，员工需向用人单位支付违约金，一是在用人单位支付了专业技术培训后，劳动者违反服务期约定。二是劳动者违反竞业限制的约定。

三、违约金约定违法的防范建议

只有在用人单位支付了专业技术培训费用后，劳动者违反服务期约定或者劳动者违反竞业限制的约定这两种情况下，员工需向用人单位支付违约金。除此之外，不能约定任何的违约金。但如果约定了用人单位需承担违约金的，则用人单位一旦违反相应的条款，则仍需支付违约金，所以用人单位应谨慎设定违约金条款。

四、相关法律规定

1.《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条 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的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。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。

2.《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

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。

3.《中华人民共和国劳动合同法》第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

【工伤类实务专题】

七大类特殊工伤认定汇总

关于工伤的认定，除了《工伤保险条例》的主要规定外，还有一些特别有用的规定，看看有哪些自己不清楚的？

一、无证驾驶不一定不构成工伤，行人被车撞伤却不一定构成工伤。

（一）无证驾驶机动车导致伤亡的，可能构成工伤。

对于这个问题，最高院开始是认为不属于工伤的，在《最高人民法院行政审判庭关于职工在上下班途中因无证驾驶机动车导致伤亡的，应否认定为工伤问题的答复》(【2010】行他字第 182 号）中，“原则同意你院第二种意见。即职工在上下班途中因无证驾驶机动车、驾驶无牌机动车或者饮酒后驾驶机动车发生事故导致伤亡的，不应认定为工伤。”

但在后来的《最高人民法院行政审判庭关于职工无照驾驶无证车辆在上班途中受到机动车伤害死亡能否认定工伤请示的答复》（【2011】行他字第 50 号）中，则明确“第一种意见认为：赵双存生前无驾驶证驾驶无牌照摩托车在上班途中发生交通事故死亡，当地公安交警部门对该交通事故作出责任认定，赵双存违反《道路交通安全法》第八条、第十九条、第三十五条的规定，与驾驶另一机动车的王中生在此次交通事故中负同等责任。但对赵双存因无照驾驶无照车辆发生道路交通事故死亡，公安机关并未认定该行为属违反治安管理的行为。本案中赵双存因机动车事故死亡符合《工伤保险条例》第十四条有关在上下班途中，受到机动车事故伤害的规定，且没有证据证明赵双存存在《工伤保险条例》第十六条第（一）项规定不得认定为工

伤或者视同工伤的情形，故赵双存上班途中因交通事故死亡依法应定性为工伤事故。”

我们则认为，根据《工伤保险条例》的规定，只要在交通事故中不负主要及以上的责任的，就属于工伤，而无证驾驶并不必然导致交通事故的发生，因此，即使无证驾驶，也不一定需承担主要及以上的法律责任，也即可以认定为工伤。

（二）上下班途中所发生的交通事故，不一定为工伤。

根据《工伤保险条例》第十四条第（六）款的规定可知，交通事故中将员工承担全部及主要责任的事故排除在外。

二、离退休人员（进城务农工除外）与现在工作单位之间是否构成工伤，争议较大。如果继续留在原单位的，应按工伤处理，但如果是到了新的单位，除非新的单位缴纳了工伤保险，否则无按工伤处理的依据。

（一）离退休后到新工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费的，按工伤处理。

此在《最高人民法院行政审判庭关于离退休人员与现工作单位之间是否构成劳动关系以及工作时间内受伤是否适用<工伤保险条例>》问题的答复（2007 年 7 月 5 日[2007]行他字第 6 号）中有明确的规定，似乎并无争议“……经研究，原则同意你院第二种意见，即：根据《工伤保险条例》第二条、第六十一条等有关规定，离退休人员受聘于现工作单位，现工作单位已经为其缴纳了工伤保险费，其在受聘期间因工作受到事故伤害的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定处理。”但在“邱某与湘潭某建材公司雇员受害赔偿纠纷上诉案”【湖南省湘潭市中级人民法院，(2010)潭中民一终字第 342 号】中，对此却有完全不同的判决结果，一审认定需按工伤进行处理，但二审改判，理由是根据《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“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理“，根据该规定，因是劳务关系，所以无法认定工伤。

（二)达到退休年龄后或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员到新单位，如已缴纳工伤保险的，按工伤处理。

此为最新规定，在人力资源社会保障部关于执行《工伤保险条例》若干问题的意见（二）（人社部发〔2016〕29 号）（下简称“若干意见”）第二条第二款项中明确规定：用人单位招用已经达到、超过法定退休年龄或已经领取城镇职工基本养老保险待遇的人员，在用工期间因工作原因受到事故伤害或患职业病的，如招用单位已按项目参保等方式为其缴纳工伤保险费的，应适用《工伤保险条例》。

该规定与上述[2007]行他字第 6 号文的规定基本一致。

（三）达到退休年龄后后留在原工作单位，未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇的。原单位承担工伤保险责任。

若干意见第二条第一款项中明确规定：达到或超过法定退休年龄，但未办理退休手续或者未依法享受城镇职工基本养老保险待遇，继续在原用人单位工作期间受到事故伤害或患职业病的，用人单位依法承担工伤保险责任。

三、超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因公伤亡的，应认定工伤。

理由如下：

（一）工伤保障的本意是保护因工受伤的劳动者的合法权益。鉴于我国目前工伤保障范围在逐步扩大，职工退休年龄有延长的呼声，且农民工进城务工有老龄化的趋势，为了更好地保障依然务工的超过

法定退休年龄的人员的合法权益，应当认定超过法定退休年龄的人员与用人单位之间存在着事实劳动关系。

（二）与民事赔偿方式相比，工伤保障更有利于维护受伤职工的合法权益。如果要求申请人走民事赔偿途径，采用的是过错责任，保障范围相对较窄，且申请人举证相当困难，这不利于充分保障申请人的合法权益。而工伤认定采用的是原因责任，在保障范围、举证责任等方面更有利于保护申请人的合法权益。从保护因工遭受伤害的劳动者，维护社会和谐稳定、促进劳动保护的角度出发，也应当将其纳入保障范围。

（三）受伤职工除年龄超过法定退休年龄外，其与用人单位之间的关系与其他职工并无任何差异，仅仅一句其超过法定退休年龄就不予工伤认定缺乏法律依据。从平等保护角度看，也应当认定符合认定条件。

此在《最高人民法院关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因公伤亡的，能否认定工伤的答复》([2012]行他字第 13 号)中有明确的规定“用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。”

四、将工程外包给无用工主体资格的用工方，发包方需承担工伤责任。

依据：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]第七条规定“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。”

五、挂靠车辆的司机应认定为工伤。

依据：《最高人民法院行政审判庭关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》（2007 年 12 月 3 日 [2006]行他字第 17 号）“个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的，其聘用的司机与挂靠单位之间形成了事实劳动关系，在车辆运营中伤亡的，应当适用《劳动法》和《工伤保险条例》的有关规定认定是否构成工伤。”

六、职工因公外出期间死因不明应认定工伤。

依据：《最高人民法院关于职工因公外出期间死因不明应否认定工伤的答复》（【2010】行他字第 236 号）“原则同意你院的第一种意见。即职工因公外出期间死因不明，用人单位或者社会保障部门提供的证据不能排除非工作原因导致死亡的，应当依据《工伤保险条例》第十四条第（五）项和第十九条第二款的规定，认定为工伤。”

七、参加单位组织的体育活动等所受伤害，原应认定为工伤，但最新规定令人难以把握。

根据国务院法制办公室对《关于职工参加单位组织的体育活动受到伤害能否认定为工伤的请示》的复函（国法秘函[2005]311 号）“作为单位的工作安排，职工参加体育训练活动而受到伤害的，应当依照《工伤保险条例》第十四条第(一)项中关于‘因工作原因受到事故伤害的’的规定，认定为工伤。”的规定，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》（法释〔2014〕9 号）第五条“社会保险行政部门认定下列情形为‘因工外出期间’的，人民法院应予支持：（一）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；”根据该规定，体育活动或其他集体活动，无疑构成工伤。

但根据《人力资源社会保障部关于执行<工伤保险条例>若干问题

的意见（二）》（人社部发〔2016〕29 号）四“职工在参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动中受到事故伤害的，应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。”的该规定，却让人疑惑。到底什么样的活动与工作无关？

八、关于工伤赔偿的特别提示。

（一）第三人造成的工伤与民事赔偿可以一并主张。

工伤与第三人的赔偿可以一并获得，是基于生命健康权优于财产权，生命健康无价的理论依据，但对于第三人侵权造成劳动者人身损害，同时构成工伤的，如果劳动者已获得侵权赔偿，用人单位承担的工伤保险责任中应扣除第三人已支付的医疗费、护理费、营养费、交通费、住院伙食补助费、残疾辅助器具费和丧葬费等实际发生费用。

依据：《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（[2006]行他字第 12 号）“……第二种意见：《试行办法》第 28 条规定随着 2004 年 1 月 1 日《条例》的实施，已经废止。按照《解释》第 12 条规定的精神，受害人从事故方（第三人）获得民事赔偿后，还可以按照《条例》第 37 条规定，向工伤保险机构申请工伤保险待遇补偿。黄松有副院长 2003 年 12 月 9 日就《解释》答记者问时有明确表述。我院的《指导意见》与《解释》是一致的，体现了保护受害人利益的立法精神。……我院审判委员会倾向于第二种观点，但认为由于本案涉及地方规范性文件的效力问题，并考虑到今后判决的有效执行，确需进一步明确。”

《最高人民法院关于对统一第三人侵权工伤赔偿案件裁判标准问题的答复》（2011 年）“最高人民法院《审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条和《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第六条中规定，均认可了第三人侵权工伤赔偿，

受害人可获得双份赔偿的原则。最高人民法院作出（2006）行他字第12号答复，是对这一原则的重申……最高人民法院目前正在起草《关于审理工伤认定行政案件若干问题的规定》，通过进一步论证，力争解决这一问题。”

《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）第八条“职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法院不予支持。职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门已经作出工伤认定，职工或者其近亲属未对第三人提起民事诉讼或者尚未获得民事赔偿，起诉要求社会保险经办机构支付工伤保险待遇的，人民法院应予支持。职工因第三人的原因导致工伤，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外。”

（二）特殊工伤—职业病，除了享受工伤的待遇，还可以从民事赔偿的角度，获得精神损害赔偿、被扶养人生活费、残疾赔偿金等赔偿。

因我国目前的工伤保险待遇较低，普通的工伤损害可从诊疗康复费用及有关的社会保障得到相当程度解决，但对职业病这一类特殊工伤，普通的工伤保险难以完全补偿所受到的损害，因此，对遭受职业病特殊工伤伤害的劳动者，应实行工伤保险和民事赔偿双重保障。《中华人民共和国职业病防治法》第五十九条明确规定：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。

不过目前也有案例，对于普通工伤，也支持部分人损与工伤赔偿

可一并获得。

（三）均应缴纳工伤保险，谁得益、谁负责。

职工在两个以上的用人单位工作，各用人单位均应缴纳工伤保险，如发生工伤时，由实际用工单位承担工伤责任。

依据：原劳动和社会保障部《关于实施<工伤保险条例>若干问题的意见》第一条规定，“职工在两个或两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤，由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任。”

三种典型的交通事故中，工伤的认定及赔付规定

一、上下班途中的交通事故，不一定为工伤。

根据《工伤保险条例》第十四条第（六）款的规定可知，交通事故中将员工承担全部及主要责任的事故排除在外。

关于交通事故的责任，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》第一条的规定“人民法院审理工伤认定行政案件，在认定是否存在《工伤保险条例》第十四条第（六）项“本人主要责任”、第十六条第（二）项“醉酒或者吸毒”和第十六条第（三）项“自残或者自杀”等情形时，应当以有权机构出具的事故责任认定书、结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据，但有相反证据足以推翻事故责任认定书和结论性意见的除外。”

二、无证驾驶机动车导致伤亡的，同样可能构成工伤。

对于这个问题，最高院开始是认为不属于工伤的，在《最高人民法院行政审判庭关于职工在上下班途中因无证驾驶机动车导致伤亡的，应否认定为工伤问题的答复》(【2010】行他字第 182 号）中，“原则同意你院第二种意见。即职工在上下班途中因无证驾驶机动车、驾驶无牌机动车或者饮酒后驾驶机动车发生事故导致伤亡的，不应认定为工伤。”

但在后来的《最高人民法院行政审判庭关于职工无照驾驶无证车辆在上班途中受到机动车伤害死亡能否认定工伤请示的答复》（【2011】行他字第 50 号）中，则明确“第一种意见认为：赵双存生前无驾驶证驾驶无牌照摩托车在上班途中发生交通事故死亡，当地公安交警部门对该交通事故作出责任认定，赵双存违反《道路交通安全法》第八条、第十九条、第三十五条的规定，与驾驶另一机动车的王中生在此次交通事故中负同等责任。但对赵双存因无照驾驶无照车辆

发生道路交通事故死亡，公安机关并未认定该行为属违反治安管理的行为。本案中赵双存因机动车事故死亡符合《工伤保险条例》第十四条有关在上下班途中，受到机动车事故伤害的规定，且没有证据证明赵双存存在《工伤保险条例》第十六条第（一）项规定不得认定为工伤或者视同工伤的情形，故赵双存上班途中因交通事故死亡依法应定性为工伤事故。十三师劳动保障局依据2000年12月14日由原劳动保障部办公厅下发的《劳动和社会保障部办公厅关于无证驾驶车辆发生交通事故是否认定工伤问题的复函》（劳社厅函〔2000〕150号）的规定，不予认定赵双存为工亡，明显属于适用法律不当，应当予以纠正……我院倾向于第一种意见，但认为由于本案涉及对《工伤保险条例》和劳动和社会保障部政策的理解问题，同时考虑到今后判决的有效执行，确需进一步明确。”

其实，根据《工伤保险条例》的规定，只要在交通事故中不负主要及以上的责任的，就属于工伤，而无证驾驶并不必然导致交通事故的发生，同时，也存在双方均无证驾驶情形的可能性，因此，即使无证驾驶，也不一定需承担主要及以上的法律责任，也即可以认定为工伤。

三、与第三方发生的交通事故中，工伤与民事赔偿可以一并主张。

《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（[2006]行他字第12号）“……第二种意见：《试行办法》第28条规定随着2004年1月1日《条例》的实施，已经废止。按照《解释》第12条规定的精神，受害人从事故方（第三人）获得民事赔偿后，还可以按照《条例》第37条规定，向工伤保险机构申请工伤保险待遇补偿。黄松有副院长2003年12月9日就《解释》答记者问时有明确表述。我院的《指导意见》与《解释》是一致的，体现了保护受害人利益的立法精

神。……我院审判委员会倾向于第二种观点，但认为由于本案涉及地方规范性文件的效力问题，并考虑到今后判决的有效执行，确需进一步明确。”

《最高人民法院关于对统一第三人侵权工伤赔偿案件裁判标准问题的答复》（2011 年）“最高人民法院《审理人身赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十二条和《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第六条中规定，均认可了第三人侵权工伤赔偿，受害人可获得双份赔偿的原则。最高人民法院作出（2006）行他字第 12 号答复，是对这一原则的重申……最高人民法院目前正在起草《关于审理工伤认定行政案件若干问题的规定》，通过进一步论证，力争解决这一问题。”

《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）第八条“职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼或者获得民事赔偿为由，作出不予受理工伤认定申请或者不予认定工伤决定的，人民法院不予支持。职工因第三人的原因受到伤害，社会保险行政部门已经作出工伤认定，职工或者其近亲属未对第三人提起民事诉讼或者尚未获得民事赔偿，起诉要求社会保险经办机构支付工伤保险待遇的，人民法院应予支持。职工因第三人的原因导致工伤，社会保险经办机构以职工或者其近亲属已经对第三人提起民事诉讼为由，拒绝支付工伤保险待遇的，人民法院不予支持，但第三人已经支付的医疗费用除外。”

根据上述的规定，关于工伤与第三人的赔偿是可以一并获得，这是基于生命健康权优于财产权，生命健康无价的观点。

但对于第三人侵权造成劳动者人身损害，同时构成工伤的，如果劳动者已获得侵权赔偿，用人单位承担的工伤保险责任中应扣除第三

人已支付的医疗费、护理费、营养费、交通费、住院伙食补助费、残疾辅助器具费和丧葬费等实际发生费用。

有用的提示：

大家都知道，交通事故中，员工是否承担全部或主要责任，是是否构成工伤的前提条件。但实践中，也存在一些无法查明原因及责任的类型，在这种情形下，也一定要求交警部门出具相应的责任认定书，且要求明确为交通事故的责任无法认定，在这种情形下，基于无法认定员工需承担全部或主要责任，实践中，劳动行政部门往往会认定为工伤。

无法查明交通事故责任，凭什么应该认定工伤？

一纸交通事故的责任认定书，会致伤害者权利义务云泥之别。但交通事故的发生后，种种原因导致交通事故的责任无法认定，如是上下班途中，就会涉及工伤认定的问题。

一、无法查明交通事故责任时，工伤认定的现实困境

《人力资源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）第二条规定“《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的’非本人主要责任’的认定，应当以有关机关出具的法律文书或者人民法院的生效裁决为依据。”似乎事故认定书所载明的内容中需要明确非主要责任才可认定工伤，此也系一些工伤行政部门拒绝作出工伤认定的依据：也即如果事故责任认定书中如未认定劳动者所负责任为非主要责任时，则会拒绝作工伤的认定。笔者多次接到这样的咨询，劳动者对此极为苦恼。另外，劳动者无证驾驶的情形也常见，此也是工伤认定中令劳动者担忧的问题。

二、笔者认为工伤行政部门的思路是错误的

理由如下：

（一）《工伤保险条例》属于劳动法的范畴，根据劳动法第一条的规定，“保护劳动者的合法权益”是该法的立法目的，因此在裁判是否属于工伤的情形时，应从立法目的作出的保护劳动者的合法权益的判决。另根据《工伤保险条例》第十九条第二款“职工或者近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。”所以关于是否工伤的问题，应由用人单位举证否认。

（二）《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定：“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，应当认定为工伤”。该条文从责任划分角度仅排除了

在交通事故中负主要责任和全部责任的受害人可以享受工伤待遇的情形，并未排除事故责任无法认定情形下的受害职工可以主张享受工伤保险待遇的权利。

（三）在无法查明责任的交通事故中，即便是劳动者无证驾驶，此也非认定工伤的障碍。

对于这个问题，最高院开始是认为不属于工伤的，在《最高人民法院行政审判庭关于职工在上下班途中因无证驾驶机动车导致伤亡的，应否认定为工伤问题的答复》(【2010】行他字第 182 号）中，“原则同意你院第二种意见。即职工在上下班途中因无证驾驶机动车、驾驶无牌机动车或者饮酒后驾驶机动车发生事故导致伤亡的，不应认定为工伤。”

但在后来的《最高人民法院行政审判庭关于职工无照驾驶无证车辆在上班途中受到机动车伤害死亡能否认定工伤请示的答复》（【2011】行他字第 50 号）中，则明确“第一种意见认为：赵双存生前无驾驶证驾驶无牌照摩托车在上班途中发生交通事故死亡，当地公安交警部门对该交通事故作出责任认定，赵双存违反《道路交通安全法》第八条、第十九条、第三十五条的规定，与驾驶另一机动车的王中生在此次交通事故中负同等责任。但对赵双存因无照驾驶无照车辆发生道路交通事故死亡，公安机关并未认定该行为属违反治安管理的行为。本案中赵双存因机动车事故死亡符合《工伤保险条例》第十四条有关在上下班途中，受到机动车事故伤害的规定，且没有证据证明赵双存存在《工伤保险条例》第十六条第（一）项规定不得认定为工伤或者视同工伤的情形，故赵双存上班途中因交通事故死亡依法应定性为工伤事故。

无证驾驶并不必然导致交通事故的发生，因此，即使无证驾驶，也不一定需承担主要及以上的法律责任，也即可以认定为工伤。

三、司法实践法院会判决要求作出工伤的认定

司法实践中，虽然在无法查明劳动者是否需承担主责任的情形下，有些劳动行政部门不予认定工伤，但法院会判决要求作出工伤的认定。

案例：胡晓威与胡一凡、暴玉明、郝秀玲、广东省人力资源和社会保障厅不服不予认定工伤决定书案【广东省广州市中级人民法院，（2015）穗中法行初字第 404 号】

行政部门答辩称：

没有证据证明暴某是发生非本人主要责任的交通事故伤害依据《广东省工伤保险条例》第九条第六项规定，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，应当认定为工伤。职工只有在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害或者其他公共交通伤害，才是法定的工伤认定情形。《人力资源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）第二条规定：《工伤保险条例》第十四条第（六）项规定的“非本人主要责任”的认定，应当以有关机关出具的法律文书或者人民法院的生效裁决为依据。根据相关证据，暴某是于 2015 年 3 月 13 日发生交通事故，造成其受伤送医院抢救无效死亡。但是暴某亲属以及用人单位在申请工伤认定时，公安机关交通管理部门出具的《道路交通事故证明》，未能证明暴某发生非本人主要责任交通事故伤害。原告在行政诉讼的申请材料中，也未能提供由公安机关交通管理部门出具的暴某发生“非本人主要责任”的证明材料。

法院判决：

本院认为，《工伤保险条例》第十四条规定：“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××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。”根据上述规定，因交警部门就原告所发生交通事故的责任情况出具了证明，无法查清事故成因；而被告、第三人亦未提供其他相反的证据，故不能依此认定原告对该起交通事故负主要责任。原告要求撤销被告作出的涉案不予认定工伤决定，应予以支持。综上所述，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第（一）项的规定，判决如下：

1、撤销被告广东省人力资源和社会保障厅于2015年5月27日作出的粤人社共（2015）428号不予认定工伤决定；

2、被告广东省人力资源和社会保障厅应于本判决发生法律效力之日起60日内对第三人广东省青年职业学院提出的工伤认定申请重新作出处理。

3、案件受理费50元，由被告广东省人力资源和社会保障厅负担。

发生工伤后，最大限度保障权益的十个提示

一些劳动密集型民企，往往未缴纳工伤保险，也不懂工伤的处理程序，一旦发生工伤，很可能会导致企业和工伤者权益都受损。本文将相关要点作详细说明，提示农民工如何才能最大限度地保障权益。

一、保留劳动关系的证据，除了劳动合同，以下也是重要的证明：

（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。

二、对工伤事实进行取证。为了防止工伤事实被否认，建议做好如下取证工作：

（一）最常见的是报警。尤其是交通事故引发的工伤，这一点极其重要。当然，即使在工作场所发生的工伤，报警也较有意义，一旦个别企业否认在工作场所发生工伤的事实，则报警回执有很强的证明作用。

（二）录音录像。固化现场及事实的证据。

（三）保留就医的相关凭证。

三、补缴工伤保险，降低无法获赔的风险。

对的，你没看错，这是最基本的常识。《工伤保险条例》第六十二条第三款对此有明确的规定“用人单位参加工伤保险并补缴应当缴纳的工伤保险费、滞纳金后，由工伤保险基金和用人单位依照本条例

的规定支付新发生的费用”。单位未缴纳工伤保险的，应要求单位立即补缴，则此后新发生的费用，由工伤保险承担。万一单位无力承担工伤赔偿费用时，劳动者仍可通过工伤保险基金获得部分的赔偿。

四、督促单位申请工伤认定，以免增加单位的赔付成本而累及工伤职工本人。

要求单位申请工伤认定，单位需在一个月内申请认定，这一点很重要。

根据《工伤保险条例》第十七条第一款的规定，职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起30日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。

又根据该第四款的规定，用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。用人单位未在本条第一款规定的时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合本条例规定的工伤待遇等有关费用由该用人单位负担。

另需注意的是“遇有特殊情况，经报社会保险行政部门同意，申请时限可以适当延长。”也即如果单位无法及时申请工伤认定的，可先行申请延期。

五、如单位未进行工伤认定，则职工一方必须需在一年内申请认定。

如未在期限内进行工伤认定，则无法认定工伤，只能通过人身损害的方式主张权利，赔付标准、比例均于劳动者不利（当然，各地也有一些不同的标准，比如广州中院就规定，在没有工伤认定书的情况下，如果单位不否认该工伤事实的，可以按工伤的标准处理），且也

受时效限制。

《工伤保险条例》第十七条第四款："用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起1年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。"

一般而言，工伤认定的时间是60天，事实清楚的，可在15天内作出认定。

六、申请劳动能力鉴定。

在认定为工伤之后，就需要对工伤问题处理，尤其涉及赔偿的问题时，赔偿费用的数额根据工伤等级以及相关的赔偿项目进行计算。

"设区的市级劳动能力鉴定委员会应当自收到劳动能力鉴定申请之日起60日内作出劳动能力鉴定结论，必要时，作出劳动能力鉴定结论的期限可以延长30日。劳动能力鉴定结论应当及时送达申请鉴定的单位和个人"

七、与单位协商或向调解组织要求调解。

根据劳动能力鉴定结果，与用人单位就工伤赔付进行协商，如未能协商一致时，向调解组织要求调解：

（一）企业劳动争议调解委员会；

（二）依法设立的基层人民调解组织；

（三）在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织；

（四）各地现在也有一些新型的其他调解组织。

同时，也可以向劳动监察部门寻求行政帮助。

八、向裁判机构要求依法裁判。

（一）有些地方，可在仲裁立案时即申请先行调解。

比如广州市总工会与广州市仲裁委员会设立的劳动争议调解组织，对于工伤案件的调解，有非常大的帮助作用。笔者作为调解员，

调解了数个工伤案件，其中一个印象特别深刻，员工在前一天申请仲裁并要求先行解调，仲裁委考虑到员工从外省过来，第二天即组织调解，并于当天调解成功，且也达到了劳动者的期望，大大节约了时效成本和诉讼成本。

（二）正式的一裁二审，确定权利义务。

相比于先行的调解，程序较多，时间及诉讼成本均极大，且诉讼风险及不能获得赔付的风险均有。

九、向司法部门的法律援助机构、工会等寻求帮助。

发生了工伤后，很多人并不知道如何维权，如遇到某些“包打赢”的黑律师，则可能不但没有获得赔偿，反而还会被骗取高额费用。事实上，各地均有司法局的法律援助中心和工会组织，可寻求相应的帮助，而相应的法律援助均是免费的。比如笔者所在的广州市总工会法律服务团，只要是发生了工伤且向工会申请法律援助，均可获得所指派的专业律师的法律援助。

在广州发生工伤的，如有需求者，也可电邮笔者，由笔者协助转相关部门处理。

十、其他一些可以考虑的程序。

（一）申请支付令

《劳动争议调解裁法》第十六条规定，因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

（二）向仲裁委员会申请先予执行

《劳动争议调解裁法》第四十四条规定，仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。仲裁庭裁决先予执行的，应当符

合下列条件：（一）当事人之间权利义务关系明确；（二）不先予执行将严重影响申请人的生活。

【超值附赠】

XX 公司员工确认书

本人已详细阅读，并无异议，愿意遵守如下制度：

文件名称	发布日期	员工签名	时间

本人的 OA 办公系统账号：
电子邮箱：
手机号码
微信账号：
通讯地址：

飞劳动法

本人已收到单位分配的本人唯一 OA 办公系统，本人已作初次登录并在秘密的情况下修改了密码，其他任何人均不知晓。

单位通过 OA 办公系统、电子邮箱、微信号向本人发送文件、信息、通知等，即视为本人已经收到。本人的通讯地址是有效的通讯地址，单位向该地址寄送文件、通知之日起，即视为已送达。本人会每日登录单位的 OA 系统、电子邮箱、微信查看并学习单位已发布的各项规定、相应通知以及其他材料。

在合同期内如果本人通讯地址、电子邮箱、微信号、手机号码等重要的个人信息发生变更应该在发生变更之日起 5 日内书面通知单位。若本人未在规定时间内书面告知单位，造成的一切后果由本人承担，视为单位已尽送达义务。

员工签名：

时间：

【“飞劳动法”团队】

- 负责人简介

蔡飞律师本硕分别毕业于华东政法大学、中山大学，获法律学士和法律硕士学位，2005 年入职广州金鹏律师事务所 2006 年成为执业律师，现为广州金鹏律师事务所高级合伙人。

入围全国总工会、司法部、中华律协第六届“全国维护职工权益杰出律师”、担任广东省律协劳动法律专业委员会副主任、广东省高级人民法院劳动争议诉调对接特约律师、广州市中级民法院劳动争议诉调对接工作室调解员、广州市劳动人事争议仲裁委员会劳动争议诉调对接工作室调解员、广州市劳动人事争议委员会仲裁员等职务。

业务专长为劳动争议纠纷、劳动专项法律顾问等法律服务，一直为众多知名企业提供专业的劳动法律服务，处理了超过千宗劳动争议案件以及众多大型群体性案件，作为一名劳动人事的仲裁员，也裁决了大量的劳动争议案件。基于劳动法律方面的研究及实践，历年来多次获得广东省律师协会及广州市律师协会的专业奖项。

蔡飞律师还担任了广州市劳动人事争议委员会的法律顾问，作为律师担任裁判机构的法律顾问，亦较为罕见。

（二）劳动纠纷方面所代理的部分代表性案件及成果：

1、在处理劳动争议案件中，创造性提出了二倍工资不属于劳动报酬，应严格适用诉讼时效的规定的理论，该理论在实务中获得了广泛的支持，公平合理维护了劳资利益平衡，也利于用工和谐。

蔡飞律师就该理论所撰写的《试述不签订书面劳动合同二倍工资的认识误区》一文，早在 2010 年即发表于《广东律师》，该文对于双倍工资的裁判结果产生了巨大的影响。而直至 2012 年 6 月，广东省

高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会联合制订的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》才将双倍工资的性质予以明确，该规定与蔡飞律师的观点完一致。“15、劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，按月计算，对超过一年的二倍工资差额不予支持。”

2、某集团有限公司与十多名员工的劳动纠纷案，提出了员工加班工资折算的法律意见，认为在劳资双方已默认的工作方式下，即使存在加班的情况，只要工资折算不低于最低工资标准，用人单位即无须支付加班费的观点获得仲裁部门及两级法院的支持，公平合理的维护了劳资双方的合法利益。

蔡飞律师在代理该案件时，关于所谓加班工资“双固定”折算的实践及理论均未成熟，该答辩观点的提出并在司法实践中被采纳，对于处理加班工资的争议较大的指导意义。

3、在处理某跨国著名连锁销售企业门店关停的群体事件中，通过谈判、法律宣讲等方式协调劳资矛盾，即使该企业在之前处理同样事件中并不成功，但本案在蔡飞律师介入后，通过专业的处理方式，化解了即将进行的游行等令企业形象严重受损的重大事件。在各方的努力下，全部 160 多名员工在未进入仲裁阶段即已与企业达成了和解。

4、为广州市总工会撰写了“劳动者维权十解”、“劳动者就业过程法律知识点温馨提醒”、“劳动合同履行过程常见问题问答”，上述知识点，是广州市总工会法律宣传核心的读本之一。

5、参与了众多出版物的编撰，撰写了数百余篇劳动类论文，个人劳动法公号“飞劳动法”，发表个人专业的原创论文，在劳动法律服务行业中较有影响力。

● 这是一个只做劳动法的团队

● 更多专业知识，可扫一扫关注“飞劳动法”

广州金鹏律师事务所

KINGPOUNG LAW FIRM