

## 《关于执行工伤保险条例若干问题的意见(二)》引各方关注

# 律师解读工伤保险热点问题

□周丽霞 邹的卢

3月28日，人社部发布《关于执行工伤保险条例若干问题的意见(二)》(以下简称“《意见》”)，对《工伤保险条例》执行过程中产生争议的问题进行了明确，其中囊括了退休人员工伤保险责任承担、单位注册地与经营地为异地的工伤保险缴纳、员工驻外期间的工伤认定等多个具体问题。

针对各用人单位及劳动者关注的热点问题，金诺律师事务所律师为大家做了解读。

**问题1**：一至四级工伤员工死亡的，条件均符合的情况下，近亲属可以领取工伤保险丧葬补助金、供养亲属抚恤金待遇，还是职工基本养老保险丧葬补助金、抚恤金待遇？

**解读**：对于工伤保险待遇及养老保险待遇，近亲属可以二者择其一领取。就北京而言，目前该情形下工伤保险丧葬补助金及供养亲属抚恤金待遇高于职工基本养老保险丧葬补助金和抚恤金待遇。

**问题2**：已达退休年龄但未办理退休手续或未依法享受基本养老保险待遇的人员，继续在原单位工作因工受伤的，谁来承担责任？

**解读**：《意见》明确提出，由用人单位承担工伤保险责任。详言之，由用人单位承担全部工伤保险待遇，包括正常情况下工伤保险基金以及用人单位分别支付的部分。该规定体现了劳动行政部门更加注重充分保护弱势群体的权益。从规避风险角度考虑，建议用人单位为上述人员购买雇主责任险。

**问题3**：企业招用已达退休年龄或已经领取基本养老保险待遇的人员，因工受伤的，谁来承担责任？

**解读**：对于退休返聘的人员，如企业按照项目参保方式为其缴纳工伤保险的，可适用《工伤保险条例》由企业和工伤保险基金各自支付工伤保险待遇。如企业未按项目参保方式缴纳工伤保险的，则仍根据企业所在地的相关规定或操作口径处理。例如，《上海市工伤保险实施办法》规定，用人单位聘用的退休人员发生工伤的，由用人单位参照该办法的内容，支付其工伤保险待遇。北京则倾向于按提供劳务人员的受害责任纠纷处理，由单位承担人身损害赔偿赔偿责任。因此，对于未按项目参保的退休返聘人员，仍建议用人单位为其购买雇主责任险。

**问题4**：员工受单位指派参加其他单位组织的活动受到事故伤害的，是否属于工作原因？

**解读**：应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。此前，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》第四条已明确，员工受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的，被社会保险行政部门认定为工伤的，人民法院予以支持。此次人社部从劳动行政部门的角度进一步明确了工伤认定中该情形可视为工作原因，与最高院的相关意见实现了衔接。

**问题5**：员工因工作原因驻外期间，工伤认定如何处理？

**解读**：如员工在驻外期间有固定的住所、有明确的作息时

间，工伤认定时按照正常工作的情形处理，即与非驻外情况下的工伤认定相同，根据《工伤保险条例》第十四、十五条处理即可。

**问题6**：如何认定员工发生事故伤害时属于“上下班途中”的情形？

**解读**：职工以上下班为目的、在合理时间内往返于工作单位和居住地之间的合理路线，视为上下班途中。与前述第三条三

个要素的情形界定相同，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》第六条对此也已有具体的规定。最高院已在劳动争议案件处理中明确司法口径，此次人社部则从工伤认定的程序操作层面明确“上下班”途中的认定要素。

**问题7**：用人单位注册地与生产经营地为异地的，如何为员工缴纳工伤保险？

**解读**：《工伤保险条例》规定，工伤职工发生工伤的，可以直接向用人单位所在地统筹地区劳动保障行政部门提出工伤认定申请。该条例对“统筹地区”是注册地还是生产经营地未作明确规定。此次《意见》明确了原则

上应在注册地为员工参加工伤保险；未在注册地参加工伤保险的员工，可在生产经营地参加工伤保险，二者择其一。此外，如果在注册地和生产经营地均未参加工伤保险的，应在生产经营地进行工伤认定和劳动能力鉴定。生产经营地的确定，可结合劳动合同中约定的工作地点，以及工作场所照片等要素予以证明。

**问题8**：建筑施工企业按项目参保的，应在何地参加工伤保险？

**解读**：应在施工项目所在地参加工伤保险。所谓的按项目参保，一般是指建筑施工企业中相对固定的职工(如管理人员和技术人员等)，按用人单位参加工伤保险，而对不能按用人单位参

保、流动性大的建设项目职工(如农民工等)，应当按项目参加工伤保险。对于按项目参保的人员，在施工项目所在地参加工伤保险，更有利于员工的工伤认定、劳动能力鉴定以及工伤保险待遇的享受。

作者系金诺(北京)律师事务所律师

## 招生咨询师与学校是否存在劳动关系？

法官：需根据劳动关系构成要件具体分析

随着教育产业化和民办教育的迅猛发展，出现了一个新型的职业群体——招生代理，又称招生咨询师，他们分布在全国各地，为各类院校特别是民办院校和职业技术学院招揽生源，并从中获取报酬。当发生纠纷时，他们往往以与学校存在劳动关系为由主张权利。那么，他们之间的劳动关系是否成立呢？

### 案情回顾

#### 为多家学校提供招生咨询 法院认为劳动关系不成立

2013年2月，吴某入职中宣艺影公司，担任市场总监一职，月工资标准6000元。中宣艺影公司未与其签订书面劳动合同，并于2013年7月将其辞退。

吴某认为单位属于违法解除，诉至法院要求公司支付其2013年3月至7月期间未签订书面劳动合同二倍工资差额27000元、违法解除劳动关系赔偿金6000元、2013年4月至6月期间拖欠工资21000元及25%经济补偿金5250元及2013年7月拖欠工资7000元等。

对此，中宣艺影公司辩称，公司按照吴某所招学生学费35%的比例支付给吴某代理费，并提前预支部分差旅费，因此与吴某

是招生代理关系，不存在劳动关系。

本案经一审法院判决，驳回吴某的起诉。一审判决后，吴某不服诉至北京一中院。

法院经审理认为：劳动者与用人单位之间是否存在管理与被管理关系是劳动关系的重要特征。本案中，吴某认可其不坐班，中宣艺影公司认可不对吴某进行管理，公司与吴某不存在管理与被管理关系。

劳动者提供的劳动是用人单位工作的组成部分是劳动关系的另一重要特征。本案中，吴某未提供证据证明其对外招生有中宣艺影公司的授权，且认可所招收的学生如不满意公司推荐的其他学校，可再推荐给其他学校，由其他学校支付吴某提成。由此，吴某所提供的劳动并非均为中宣艺影公司的业务组成部分。

吴某主张其与中宣艺影公司之间系劳动关系，应就该事实承

担举证责任。因吴某所提交的证据不足以证明其与公司之间形成的是劳动关系，故法院对其与中宣艺影公司存在劳动关系的主张不予采信。最终，北京一中院判决驳回上诉，维持原判。

### 法官点评

#### 是否存在劳动关系 需综合多因素判断

判断劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，最直接有效的证据是二者之间签订的劳动合同。但有些情况下，劳动者无法提供劳动合同，认定劳动关系是否成立需要从劳动关系的构成要件出发，综合多方面因素进行判断。

目前对于劳动关系的认定标准，明确具体的规定只有原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》，该通知规

定，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：(1)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(2)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；(3)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

根据劳动关系的认定标准，分析吴某与中宣艺影公司之间是否存在劳动关系。其一、吴某认可其不用坐班，中宣艺影公司亦主张不对吴某进行管理，说明中宣艺影公司并不对吴某进行日常考勤，双方之间不存在管理与被管理的关系；其二、吴某主张以中宣艺影公司的名义对外招生，故在招生过程中，其应持有相应的授权或宣传材料，使所招收的学员有理由相信其代表中宣艺影公司进行招生，但吴某无法提

供相应的授权或招生宣传材料，既不符合常理，又无法证明中宣艺影公司允许吴某以其名义工作，对外能代表中宣艺影公司；其三、吴某主张其所招收的学生如不满意中宣艺影公司推荐的其他学校，经中宣艺影公司法定代表人刘某同意，再推荐给其他学校，由其他学校直接支付给提成。该主张可以证明，吴某所提供的劳动并非均为中宣艺影公司的组成部分；其四、中宣艺影公司法定代表人刘某支付吴某的款项，与吴某主张的工资支付周期不符，且浮动范围极大，有别于劳动关系中劳动者的工资具有相对稳定性、规律性的特征。综合以上分析，吴某与中宣艺影公司之间不符合劳动关系的构成要件，吴某仅凭其所提交的银行明细无法证明其与中宣艺影公司之间存在劳动关系。

案例提供：北京市第一中级人民法院