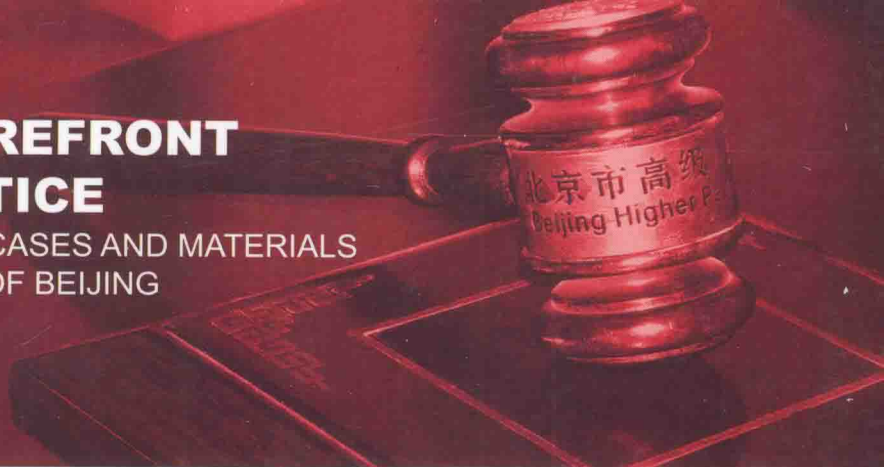


THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING



审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院/编

总第46集

- ◆ 超过法定退休年龄的劳动者工伤认定问题研究
——马某诉某区劳动和社会保障局工伤认定申请不予受理案相关法律问题研究
- ◆ 经营者的安全保障义务如何在合理范围内进行认定
——刘某诉北京平安房地产有限责任公司违反安全保障义务责任纠纷案相关法律问题研究
- ◆ 社会医疗保险垫付的医疗费不应在医疗损害赔偿中予以扣减
——姚某、吴甲诉某医院医疗损害赔偿案相关法律问题探讨
- ◆ 单位犯罪中自然人主观故意及主从犯的认定
——肖某非法吸收公众存款案相关法律问题分析
- ◆ 融资租赁合同中租赁物所有权转移前执行案件管辖法院的确定
——甲公司申请执行乙某一案相关法律问题分析
- ◆ 建筑物区分所有权人不得超出其对专有部分特定使用功能的合理需要
——王某诉黄某建筑物区分所有权案相关法律问题分析



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

**THE FOREFRONT
OF JUSTICE**

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF COURTS OF BEIJING

审判前沿
新类型案件审判实务

2012年第4集·总第46集

北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第46集/北京市高级人民法院编.—北京:法律出版社,2013.9
ISBN 978-7-5118-4368-5

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—研究—中国—丛刊 IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第263859号

审判前沿——新类型案件审判实务.总第46集
北京市高级人民法院 编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 15.25
字数 273千
版本 2013年9月第1版
印次 2013年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4368-5

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主任：慕平

副主任：周继军 翟晶敏 孙力 于建伟 吉罗洪
索宏钢 吴在存 高晓陵

委员：（按姓氏笔画排列）

于志远 王玉良 朱军 朱春涛 刘双玉
何通胜 张美欣 陈海鸥 陈锦川 邵明艳
杭涛 赵彬 袁远 程琥 雷运龙

编辑部

主编：吴在存

副主编：刘双玉 张农荣

编辑：唐明 刘书星 欧彦峰 万钧 刘晓虹
张新平 刘辉 于晔 杨晋东 王晨
张济坤（特邀） 郭妍（特邀）

目 录

案例研究

- ◆ 超过法定退休年龄的劳动者工伤认定问题研究
——马某诉某区劳动和社会保障局工伤认定申请不予受理案相关法律问题研究 程 琥(1)
- ◆ 对劳动争议案件中仲裁时效中断的认定
——陈某诉 A 公司劳动争议案相关法律问题研究
..... 郝映映 王 忠(11)
- ◆ 绑架致伤行为的认定与处理
——吴某绑架案相关法律问题研究 于同志(17)
- ◆ 商标评审委员会的公告送达行为不属于行政复议受案范围
——童某诉国家工商行政管理总局行政复议决定案相关法律问题研究 胡华峰(27)
- ◆ 商标注册人并不必然对其商标图案享有版权
——福建石狮市老人城服装有限公司诉商标评审委员会及华远公司商标争议复审行政纠纷案相关法律问题研究评析 刘晓军(33)
- ◆ 经营者的安全保障义务如何在合理范围内进行认定
——刘某诉北京平安房地产有限责任公司违反安全保障义务责任纠纷案相关法律问题研究 高小岩 陶悦迪(40)
- ◆ 劣后债权如何认定
——四川长虹电器股份有限公司诉华夏证券股份有限公司破产债权确认纠纷案相关法律问题研究 周 荆 唐旭超(44)
- ◆ 房屋出租者未尽安全保障义务的应当对承租人的死亡承担相应的赔偿责任
——申小某等三人诉苗小某等三人出租房屋煤气中毒死

- 亡赔偿案相关法律问题研究 王新东(51)
- ◆医师违反产前诊断义务的损害赔偿
——李某、孙某诉某医院医疗损害赔偿纠纷案相关法律
问题研究 陈 扬(56)
- ◆临时看护人对未成年子女应承担过错侵权赔偿责任
——李某诉张某甲生命权、健康权、身体权案相关法律问
题研究 张英周(64)

疑案探讨

- ◆“配偶权”侵权的认定及裁判
——郭甲与宋丙、宋乙侵权纠纷案相关法律问题探讨
..... 俞里江 臧 雷(71)
- ◆有瑕疵的经营行为能否受反不正当竞争法保护
——“chasedream.com”诉“newchasedream.com”不正
竞争纠纷案相关法律问题探讨 宋旭东(78)
- ◆社会医疗保险垫付的医疗费不应在医疗损害赔偿中予以
扣减
——姚某、吴甲诉某医院医疗损害赔偿案相关法律问题
探讨 李永一(83)

案例分析

- ◆单位犯罪中自然人主观故意及主从犯的认定
——肖某非法吸收公众存款案相关法律问题分析
..... 吴小军 万 兵(88)
- ◆网络共同故意犯罪行为的认定
——段某等五人传播淫秽物品犯罪案相关法律问题分析
..... 张英周 李 婧(93)
- ◆绑架和抢劫交叉案件的司法认定
——刘某某绑架、抢劫、强奸案相关法律问题分析
..... 臧德胜 付想兵(97)
- ◆融资租赁合同中租赁物所有权移转前执行案件管辖法院
的确定
——甲公司申请执行乙某一案相关法律问题分析 孙静波(101)
- ◆经营场所提供者商标侵权责任的司法认定问题研究

- 路易威登马利蒂公司诉北京南洋莱太时尚女人服装用品交易市场有限公司侵犯注册商标专用权纠纷案评析 周 多(108)
- ◆委托创作合同性质及作品检验义务法律问题分析
- 吴某诉华夏飞讯公司委托合同纠纷案相关法律问题分析 张 鹏(116)
- ◆建筑物区分所有权人不得超出其对专有部分特定使用功能的合理需要
- 王某诉黄某建筑物区分所有权案相关法律问题分析 王 成(121)
- ◆房屋继承人应为买受人办理房屋过户手续
- 李某诉张某房屋买卖合同纠纷案相关法律问题分析 杨 箜(124)
- ◆保险公司对免责条款的提示说明不能及于隐性免责条款
- 杨某诉某财产保险公司保险合同纠纷案相关法律问题分析 黄冠猛(128)
- ◆劳动保障行政部门核准退休时对职工干部身份的认定
- 傅某诉某区人力资源和社会保障局基本养老保险待遇核准行为案相关法律问题分析 霍斯扬(132)
- ◆债务人未依还款计划偿还第一笔欠款的,债权人可要求其一次性清偿全部欠款
- 李某诉袁某、董某借款纠纷案相关法律问题分析 佘亚妮(136)
- ◆拆房受伤致死,定作人及召集人应承担相应赔偿责任
- 马某等诉张某、陈某人身损害赔偿案相关法律问题分析 李 氏(139)
- ◆缔约过失责任在高速公路服务合同中的适用
- 琚某诉某高速公路公司服务合同纠纷案相关法律问题分析 陈 琼(142)
- ◆自助旅游中“驴友”遇难组织者的责任认定
- 黄某、孙某诉郝某等人身损害赔偿案相关法律问题分析 曲 爽(148)
- ◆子女不能主张其垫付的医疗费与父母人身损害赔偿款相抵销
- 周某诉佟某不当得利纠纷案相关法律问题分析 杨冠祥(154)

观点争鸣

- ◆ 未成年人隐瞒同伴溺水是否构成精神损害赔偿 王君凤(157)
- ◆ 如何认定非法控制计算机信息系统罪 吴小军 李轶凡(162)
- ◆ 土地承包经营合同应根据实际履行情况确定合同性质 何江玉(166)

参阅案例

- ◆ 买受人未履行及时检验义务不能免除出卖人的质量瑕疵担保责任 (170)
- ◆ 在证据不足时如何准确认定案件事实 (174)
- ◆ 具有商誉的自然人姓名的商标注册申请权由添附商誉的主体共同享有 (180)
- ◆ 未履行正当法律程序的强制拆除行政行为违法 (184)

热点问题聚焦

- ◆ 关于北京法院进一步推进司法公开的调研报告
..... 北京市高级人民法院课题组(188)
- ◆ 关于健全北京法院人大代表、政协委员民意沟通机制的
调研报告 北京市高级人民法院课题组(198)

法律文书之窗

- ◆ 北京市高级人民法院行政判决书
——(2011)高行终字第 1683 号 (210)
- ◆ 北京市海淀区人民法院民事判决书
——(2011)海民初字第 10329 号 (219)

司法文件

- ◆ 北京市高级人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家赔偿案件的规定(试行) (224)
- ◆ 北京市高级人民法院关于人民法院办理本院作为赔偿义务机关的国家赔偿案件程序的规范(试行) (230)

【案例研究】

超过法定退休年龄的劳动者工伤认定 问题研究

——马某诉某区劳动和社会保障局工伤认定
申请不予受理案相关法律问题研究

程 琥*

一、据以研究的案例

马某自述其系某铸造公司职工,于2007年12月18日11时在下班途中发生交通事故,同年7月10日经司法鉴定为植物生存状态,其女儿马某红作为监护人于2008年11月12日向某区劳动和社会保障局递交《工伤认定申请表》及某铸造公司登记信息、身份证明、诊断证明书、交通事故认定书、某铸造公司证明等材料。某区劳动和社会保障局经审查上述材料后,于同年11月18日作出《不予受理通知书》,并于当日送达马某。该《不予受理通知书》认定马某出生日期为1954年2月24日,交通事故发生时间为2007年12月18日,马某在发生交通事故时已超过法定退休年龄50周岁,故根据《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》第21条第1款第(2)项之规定决定不予受理。马某不服,向北京市劳动和社会保障局提出行政复议申请,北京市劳动和社会保障局维持了某区劳动和社会保障局作出的《不予受理通知书》。马某不服《不予受理通知书》,向某区人民法院提起行政诉讼。

某区人民法院经审理认为,《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》是由北京市政府为实施国务院制定的《工伤保险条例》,结合本市情况制定的关于工伤保险事宜的行政规章,《工伤保险条例》未对劳动保障行政部门不予受理工伤认定申

* 北京市高级人民法院行政审判庭庭长,法学博士、社会学博士后。

请的情形作出规定,《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》对上述情形作出了具体规定,予以参照。该实施办法第21条规定受伤害人员是用人单位聘用的离退休人员或者超过法定退休年龄的,申请工伤认定,不予受理。《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第1条规定“全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人,符合下列条件之一的,应该退休:(一)男年满60周岁,女年满50周岁,连续工龄满10年的……”本案中,马某于1954年2月24日出生,其自述系某铸造公司员工,于2007年12月18日11时在下班途中发生交通事故。马某在发生交通事故时已经年满53周岁,超过了国家规定的女职工正常退休年龄50周岁,故某区劳动和社会保障局对马某的法定代理人2008年11月12日提出的工伤认定申请作出不予受理的行为,认定事实清楚,适用法规正确,程序合法,应予维持。马某认为其系农业户口、非公有制企业职工,退休年龄不受《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》制,某区劳动和社会保障局作出不予受理决定错误的诉讼理由无法律依据,法院不予支持。综上,依据《中华人民共和国行政诉讼法》第54条第(1)项之规定,判决维持北京市某区劳动和社会保障局作出的《工伤认定申请不予受理通知书》。

二、相关法律问题研究

超过法定退休年龄的劳动者因工造成事故伤害能否认定工伤,这是近年来一直争议较大的问题。在我国,职工年龄与退休制度是相联系的,只要职工达到一定的年龄就应该办理退休手续。当然,实践中确实存在着达到法定退休年龄的劳动者退而不休,继续工作的情况,当这部分人在工作中出现事故伤害是通过工伤保险救济还是人身损害赔偿救济,这是一个值得研究的问题。

(一)关于超过法定退休年龄的劳动者与工作单位之间的法律关系及待遇分析

1. 关于职工退休的年龄问题,延续至今有:1958年2月国务院颁布的《关于工人、职员退休处理的暂行规定》第2条规定,国营、公私合营的企业、事业单位和国家机关、人民团体的工人、职员男工人、职员年满60周岁,连续工龄满5年,一般工龄(包括连续工龄)满20年的;女工人年满50周岁、女职员年满55周岁,连续工龄满5年,一般工龄满15年的应该退休。1978年6月2日国务院颁发的《关于工人退休、退职的暂行办法》第1条规定,全民所有制企业、事业单位和党政机关、群众团体的工人男年满60周岁,女年满50周岁,连续工龄满10年的应该退休。1999年3月,原劳动和社会保障部劳社部发[1999]8号文件《关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》规定,国家法定的企业职工退休年龄是:男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周

岁。从事井下、高空、高温、特别繁重体力劳动或其他有害身体健康工作(以下简称特殊工种)的,退休年龄为男年满55周岁、女年满45周岁;因病或非因工致残,由医院证明并经劳动鉴定委员会确认完全丧失劳动能力的,退休年龄为男年满55周岁、女年满45周岁。《劳动和社会保障部办公厅关于企业职工“法定退休年龄”涵义的复函》(劳社厅函[2001]125号)规定,国家法定的企业职工退休年龄,是指国家法律规定的正常退休年龄,即:“男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁。”应当说,我国关于职工退休年龄的规定从新中国成立以来一直延续至今,劳动立法中所称劳动者年龄应当是男16周岁至60周岁,女16周岁至50周岁,女干部可延至55周岁。

2. 关于劳动者超过法定退休年龄还继续工作的与工作单位之间形成的关系问题,需要具体分析。实践中,超过法定退休年龄劳动者用工情况主要包括以下情形:一是已办理退休手续,享有基本养老保险待遇的劳动者,被原工作单位返聘或者被其他工作单位招用;二是已超过法定退休年龄,未享受基本养老保险待遇的劳动者,被工作单位招用;三是达到法定退休年龄后,劳动者继续在原工作单位工作,未办理退休手续,未享有基本养老保险待遇。《劳动合同法》第44条规定,劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。《劳动合同法实施条例》第21条规定,达到退休年龄劳动(合同)关系终止属于法定终止情形。如果把《劳动合同法》第44条和《劳动合同法实施条例》第21条结合起来理解,应当是劳动者达到退休年龄办理退休手续并开始享受基本养老保险待遇的,劳动合同关系终止。因此,劳动者与工作单位建立劳务关系还是与劳动关系的界定不是以达到退休年龄为界限,而是以享受基本养老保险待遇为界限。1997年原劳动部办公厅《关于实行劳动合同制度若干问题的请示的复函》(劳办发[1997]88号)第2条规定,对被再次聘用的已享受养老保险待遇的离退休人员,其聘用协议可以明确工作内容、报酬、医疗、劳动保护待遇等权利和义务。其协议解除应当按照双方约定办理,未约定的,应当协商解决,不能依据《劳动法》第28条执行,即不能享受经济补偿金待遇。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7条规定:工作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。这表明,劳动关系与劳务关系的划分标准以是否“享受养老保险待遇或领取退休金”,而非“超过退休年龄”作为确定劳动关系的标准。并且,从长远角度来看,延迟退休年龄是全世界的发展趋势,因为人口老龄化问题现在越来越严重,养老保障的覆盖率越来越高,我们整个社会面临的养老压力会越来越大。同时,居民的寿命应该越来越长,可工作的时间也越来越长,适当延长退休年龄应该是大势所趋。因此,在这样的背景下,特别是我国

现行《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》等法律、法规并没有禁止劳动者超过法定退休年龄之后与工作单位之间建立劳动关系,行使劳动权利。超过退休年龄的劳动者与工作单位之间建立劳动关系,完全是有可能的。这实际上也为我国今后探索延迟退休制度留下空间。

3. 关于超过法定退休年龄的劳动者是否有权要求工作单位办理工伤保险问题,总体而言,对于劳动者达到法定退休年龄后,工作单位是否有义务继续为该劳动者办理工伤保险,这需要结合《工伤保险条例》规定来看。《工伤保险条例》第10条规定,用人单位应当按时缴纳工伤保险费,工伤保险费的缴纳按本单位职工工资总额乘以单位缴费费率之积。实践中,用人单位应报送人员情况表和人员增减明细表,因此,达到法定退休年龄劳动者退休后因减员不在报表之内。劳动者超过法定退休年龄办理退休手续并享受基本养老保险待遇的,用人单位不再为该劳动者缴纳工伤保险费。由于劳动者工伤保险费缴费账户是专用账户,劳动者超过法定退休年龄,即使用人单位愿意缴费客观上也无法办理。但是,如果劳动者超过法定退休年龄,但没有办理退休手续并享受基本养老保险费,此时用人单位继续用工的,劳动者因工出现事故伤害,如果不能享受工伤保险待遇,也不能享受养老保险待遇,这对于劳动者显然也是不公平的。因此,工伤保险缴费账户如果仅仅以是否超过法定退休年龄作为缴费的条件,可能导致实践中超过法定退休年龄的劳动者无法及时获得工伤保险待遇或者养老保险待遇的社会保险救助,显然对工伤劳动者不公平。

4. 关于养老保险待遇与工伤保险待遇的能否同时享受的问题,应当说,养老保险和工伤保险都属于我国社会保险的重要组成部分,《社会保险法》第16条规定,参加基本养老保险的个人,达到法定退休年龄时累计缴费满15年的,按月领取基本养老金。《工伤保险条例》第35条第1款第3项规定:“工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后,停发伤残津贴,按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的,由工伤保险基金补足差额。”从《社会保险法》第16条规定看,享受基本养老保险待遇的条件是参加基本养老保险、达到法定退休年龄、累计缴费满15年。如果缺少其中任一条件,就可能影响个人享受基本养老保险待遇。并且,达到法定退休年龄的劳动者存在不同的情况,有享受退休待遇的,有延长退休年龄的,也有不能享受退休金的,更有城镇居民和农民工之分。无论何种情形,达到退休年龄符合领取基本养老金的职工就不再享受工伤待遇。实践中,对于如何衔接适用工伤职工的养老保险待遇和工伤保险待遇是比较复杂的,应该考虑各种可能出现的情况和问题,以便妥善处理两种不同待遇衔接适用中的问题。

(二)关于退休返聘人员的工伤认定

关于退休返聘人员如何适用法律的问题,劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发[1996]354号)第13条规定:“已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时,用人单位应与其签订书面协议,明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳动待遇等权利义务。”该条规定是否意味着退休返聘人员与用人单位签订协议可以建立劳动关系,这并不明确。《劳动合同法》第44条规定,劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,劳动合同终止。《劳动合同法实施条例》第21条规定,达到退休年龄劳动(合同)关系终止属于法定终止情形。因此,退休返聘人员即便与用人单位签订协议,也仅能建立劳务关系而不是劳动关系。原《工伤保险条例》第61条对职工作了广义的界定,即“本条例所称职工,是指与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)的各种用工形式、各种用工期限的劳动者。”该条规定似乎把退休返聘人员包括在职工的范畴内。但是,新《工伤保险条例》把该条规定删除,这不能不说《工伤保险条例》对于职工和劳动关系的认识更加清晰。应当说,作为用人单位聘用退休人员除了考虑退休人员在技术上的优势和用工上的灵活外,还在于《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》对于用人单位的用工、签订合同提出了更高的要求,而用人单位聘用退休人员恰好可以规避《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》等法律法规的硬性要求,同时也符合用人单位降低用工成本的要求。对于实践中大量存在的用人单位聘用退休人员的情况,对于退休人员的工伤问题有必要予以明确,从而有效保障这部分人员的合法权益。

目前,对于退休返聘人员的工伤问题,地方立法上的规定也不尽一致,主要有两种情形:一是明确把退休返聘人员排除在工伤保险适用范围之外。如《甘肃省实施〈工伤保险条例〉办法》(甘肃省人民政府令第88号)第22条规定:“达到退休年龄或依法享受基本养老保险待遇的人员被用人单位聘用受到事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病,其工伤认定申请社会保险行政部门不予受理。”上海市人力资源和社会保障局《关于新〈工伤保险条例〉实施后本市工伤保险有关问题处理意见的通知》(沪人社福发[2011]20号)第1条规定:“从2011年1月1日起,本市人力资源社会保障行政部门对用人单位招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员,在2010年9月14日以后因工作遭受事故伤害或患职业病提出的工伤认定申请不再受理。”二是规定退休返聘人员可以要求用人单位参照本条例支付其工伤保险待遇,发生争议的通过民事诉讼方式解决。如2011年修订的《广东省工伤保险条例》第65条规定:“劳动者达到法定退休年龄或者已经依法享受基本养老保险待遇的,不适用本条例。前款规定的劳动者受聘到用人单位工作期间,因工作原因受到人身伤害的,可以要求用人单位参照本

条例规定的工伤保险待遇支付有关费用。双方对损害赔偿存在争议的,可以依法通过民事诉讼方式解决。”三是没有就退休返聘人员的工伤保险待遇单独作出规定或者在原来立法时作出规定,而在新法修订时对此没有作出规定。如2003年发布的《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》(北京市人民政府令第140号)第21条规定,受伤害人员是用人单位聘用的离退休人员或者超过法定退休年龄的,工伤认定申请不予受理。2011年12月发布的《北京市实施〈工伤保险条例〉若干规定》(北京市人民政府令第242号)对此则没有单独作出规定。

对于退休返聘人员的工伤问题,在司法实践中裁判尺度也不尽统一,有法院裁判认为退休职工在享受养老保险待遇之后,又重新参加工作与用人单位形成的劳动关系,显然不属于《工伤保险条例》调整的劳动关系范畴,同样也不适用《工伤保险条例》,因此工伤保险行政部门受理工伤认定申请并作出工伤认定,属于适用法律错误,退休人员如果认为自己在用人单位工作期间受到人身伤害,可以通过民事诉讼途径解决。也有法院裁判《工伤保险条例》并未将退休人员排除在职工范畴之外,相关法律亦未禁止用人单位招用退休人员,因此退休人员被其他单位聘用后,其享受工伤保险的权利不应剥夺。对此,为统一各地法院的裁判尺度,2007年7月5日,最高人民法院行政审判庭针对重庆市高级人民法院报送的《关于离退休人员与现在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〉一案的请示》作出(2007)行他字第6号答复:“根据《工伤保险条例》第2条、第61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。”对于退休返聘人员因工受到事故伤害或者患职业病能否认定工伤问题,有必要从以下方面进行分析:

一是退休返聘人员与用人单位建立劳务关系而非劳动关系。退休返聘人员事实上已经办理了退休手续,此时退休人员开始享受基本养老保险待遇,按照《劳动合同法》以及《劳动合同法实施条例》规定,退休人员与用人单位签订的劳动合同终止,事实上即便退休返聘人员与用人单位签订用工协议,这种协议也不是《劳动合同法》意义上的劳动合同,退休返聘人员与用人单位所形成的特殊劳动关系,具有劳务关系性质而不属于劳动法意义上的劳动关系。2010年9月14日实行的最高法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》以下简称《解释(三)》第7条规定,用人单位与其招用的已经依法享受基本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。该司法解释明确,享受退休待遇的员工与用人单位争议按劳务关系处理,即不能按劳动关系处理。《解释(三)》第8条规定,未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员与新用人单位发生争议按劳动争议处理。从规

定上看,劳动者是否达到法定退休年龄直接关系到劳动者与用人单位形成的是劳动关系还是劳务关系,发生的争议按劳动争议处理还是不宜按劳动争议处理。虽然用人单位自用工之时与劳动者形成劳动关系,劳动合同终止并不等于劳动关系终止,退休返聘人员因享受基本养老保险待遇或者达到法定退休年龄,劳动合同终止,但是退休返聘人员因达到退休年龄其已经不再是劳动法意义上的劳动者,也不再是《工伤保险条例》适用的对象。

二是退休返聘人员的权益应通过民事诉讼方式保障而非工伤保险途经救济。有权利就应该有救济。对于退休返聘人员在工作中受到事故伤害或者患职业病,虽然不通过工伤保险方式救济,但并非意味着对于退休返聘人员的权益法律不予保障,而是法律保障途径和方式不同而已,并且即便不通过工伤保险途经救济,也不意味着对退休返聘人员的保障救济程度会降低。国务院法制办公室回复福建省政府法制办对《关于重新进入劳动生产领域的离休人员能否享受工伤保险待遇的请示》的复函(国法秘函[2005]310号):“离休专业技术人员受聘工作期间,因工作发生职业伤害的,应由聘用单位参照工伤保险的相关待遇标准妥善处理;因工作发生职业伤害与聘用单位发生争议的,可通过民事诉讼处理;与聘用单位之间因履行聘用合同发生争议的,可通过人事或劳动争议仲裁渠道解决。有条件的聘用单位在符合有关规定的情况下,可为聘请的离休专业技术人员购买聘期内的人身意外伤害保险。”从国务院法制办的复函和一些地方的立法也可以看出,离休人员与用人单位不存在劳动关系,职业伤害不属于工伤保险条例调整范围,对于退休返聘人员因工受到事故伤害虽然不适用工伤保险条例,但是应由聘用单位参照工伤保险的相关待遇标准支付有关费用,双方对损害赔偿存在争议的,可以依法通过民事诉讼方式解决。

三是超过法定退休年龄尚未办理退休手续人员的工伤认定。实践中,退休人员虽已达到法定退休年龄,但是原用人单位没有为其办理退休手续,没有享受基本养老保险待遇,原用人单位还继续为其缴纳工伤保险费,此时应当视为原用人单位与该达到退休年龄人员之间的劳动关系延续,该达到退休年龄的人员因工受到事故伤害或者患职业病的,可以适用《工伤保险条例》规定处理。

(三)关于超过法定退休年龄农民工的工伤认定

改革开放以来,农民工分布在国民经济各个行业,在加工制造业、建筑业、采掘业及环卫、家政、餐饮等服务业中已占从业人员半数以上,是推动我国经济社会发展的重要力量。对于用人单位招用的农民工在工作中造成事故伤害或者患职业病能否认定工伤,这是目前理论研究和实务处理中争议较大的问题。我国

《劳动法》对最低劳动法定年龄作出规定,即年满 16 周岁的公民才能成为劳动法律关系的主体,但《劳动法》及有关法律、法规对法定劳动年龄上限并未作出明确规定。对于我国企事业单位和党政机关、群众团体的工人适用法定退休年龄规定,即男性年满 60 周岁,女性年满 50 周岁,连续工龄满 10 年的,应该办理退休手续,享受基本养老保险待遇。而对于一些工作单位聘用的农村劳动者而言,目前情况下没有也不可能实行退休制度。事实上,有相当数量从事农业劳动的农民年龄达到 60~70 岁,且有些 70 多岁的农民仍在从事农业劳动。在这些人当中,就近打工进入企业劳动的也比较多。对于兼具农民和工人身份的农民工的退休年龄,目前国家并未明确规定。《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》关于达到法定退休年龄或者享受基本养老保险待遇,劳动合同终止的规定有其合理性。一般情况下,对于超过法定退休年龄的劳动者受到事故伤害的,按民事损害赔偿处理,劳动保障行政部门不受理工伤认定申请。同时,也应该看到超过退休年龄仅仅是一个年龄规定还是一个达到退休年龄后的养老保险待遇问题,实践中把握起来并不统一。对于超过退休年龄的农民工,如果其在工作中造成事故伤害或者患职业病,需要考虑以下几个方面问题:

一是关于农民工与用人单位是否形成劳动关系问题。我国《劳动法》只有禁止使用童工的规定,对达到法定退休年龄仍然从事劳动的人员,法律未作禁止性规定。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 2 条规定:“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间,只要形成劳动关系,即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员,并为其提供有偿劳动,适用劳动法。”由此可见,是否形成劳动关系应看劳动者是否事实上已成为企业、个体经济组织的成员,并为其提供有偿劳动。随着我国人口的老齡化趋势,离退休人员及超过法定退休年龄的农民二次就业的情形会越来越普遍,认定他们与现用人单位间存在劳动关系有利于对这一人群的劳动保护。从保护农民工合法权益角度出发,所有用人单位招用农民工都应当依法订立并履行劳动合同,建立权责明确的劳动关系。农民工与用人单位签订劳动合同,双方形成稳定的劳动关系。用人单位要及时为农民工办理参加工伤保险手续,并按时足额缴纳工伤保险费。用人单位向社会保险行政部门为农民工缴纳工伤保险费用,社会保险行政部门也并未因农民工超过法定退休年龄而不予办理参保手续,因此可以认定工伤保险部门已经确认农民工与用人单位之间的劳动关系。因此,不能仅仅以农民工超过法定退休年龄而否认其与用人单位之间形成的劳动关系。

二是关于农民工是否享受养老保险待遇问题。按照《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的规定,达到法定退休年龄或者享受基本养老保险待遇的人员,劳动合同终止。《社会保险法》与《工伤保险条例》规定,达到退休年龄不再

享受工伤保险待遇。2011年7月1日施行的《社会保险法》第40条规定,工伤职工符合领取基本养老金条件的,停发伤残津贴,享受基本养老保险待遇。这些规定,事实上从一个方面明确了一般情况下工伤保险待遇与养老保险待遇不能同时享受。对于农村居民的养老保险,该法第20条规定:“国家建立和完善新型农村社会养老保险制度。新型农村社会养老保险实行个人缴费、集体补助和政府补贴相结合。”第21条规定:“新型农村社会养老保险待遇由基础养老金和个人账户养老金组成。参加新型农村社会养老保险的农村居民,符合国家规定条件的,按月领取新型农村社会养老保险待遇。”因此,结合《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》规定,随着《社会保险法》施行,参加新型农村社会养老保险的农村居民,符合国家规定条件的,按月领取新型农村社会养老保险待遇。因此,在今后农民工已经享受新型农村社会养老保险待遇的情况下,农民工与用人单位之间形成劳务关系,该农民工受到事故伤害的,按民事损害赔偿途径解决。

三是关于农民工因工受伤能否认定工伤问题。2010年3月17日,最高人民法院行政审判庭针对山东省高级人民法院报送的《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的,应否适用〈工伤保险条例〉请示》作出[2010]行他字第10号答复:“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。”该答复仅针对超过法定退休年龄的务工农民,不论该农民是否领取养老金,也不论现用人单位是否为其缴交了工伤保险费。

从本案情况看,《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》是由北京市政府为实施国务院制定的《工伤保险条例》,结合本市情况制定的关于工伤保险事宜的行政规章。《行政诉讼法》规定人民法院在审理行政案件过程中可以参照规章。由于《工伤保险条例》并未对劳动保障行政部门不予受理超过法定退休年龄的劳动者工伤认定申请的情形作出规定,《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》对上述情形作出了具体规定,因此法院在审理案件中对于《北京市实施〈工伤保险条例〉办法》的该项规定可以参照适用。该实施办法第21条规定受伤害人员是用人单位聘用的离退休人员或者超过法定退休年龄的,申请工伤认定,不予受理。本案中,马某于1954年2月24日出生,其自述系某铸造公司员工,于2007年12月18日11时在下班途中发生交通事故。马某在发生交通事故时已经年满53周岁,超过了国家规定的女职工正常退休年龄50周岁,故某区劳动和社会保障局对马某的法定代理人2008年11月12日提出的工伤认定申请作出不予受理的行为并无不当。从这个案件审理看,马某在事故发生时确实超过了法定退休年龄,而对于马某的这种情形能否申请工伤认定,《北京市实施〈工伤保险条例〉