

工伤人员伤情加重能否恢复劳动关系

特约主持人：上海市劳动人事争议仲裁院 周国良

本期嘉宾：浙江省劳动人事争议仲裁院 张送智

广东省深圳市人力资源和社会保障局 王国社

案情简介

王某于2010年2月28日进入某机械公司工作，从事车工工作。双方签订了期限至2013年3月1日的劳动合同。2012年5月11日，王某在公司工作期间，因车床发生设备故障导致其受伤。之后，公司为王某申报了工伤。王某在伤情相对稳定后于2012年11月申请了劳动能力鉴定，鉴定为七级伤残。2013年3月1日，公司以劳动合同期满不再续订为由与王某终止劳动合同，公司依据有关规定向王某支付了劳动合同期满终止经济补偿以及相应的一次性就业补助金等工伤待遇。

2013年11月，王某感觉伤残情况有加重迹象，随即申请伤残鉴定复查，经复查鉴定为五级伤残。在咨询了相关人员之后，王某知道按照《工伤保险条例》的规定，职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的，保留劳动关系，退出工作岗位，并享受工伤保险基金按月支付伤残津贴等工伤待遇；职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的，保留与用人单位的劳动关系，由用人单位安排适当工作。难以安排工作的，享受由用人单位按月发给伤残津贴等工伤待遇。故，王某向某劳动人事争议仲裁委员会提出了仲裁申请，请求恢复与某机械公司的劳动关系，并要求享受五级伤残待遇。

主持人：这是一个与工伤相关的劳动合同解除终止争议。《劳动合同法》第四十四条明确，劳动合同期满的，劳动合同终止。该法在第四十五条另明确：“劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。”工伤系劳动者在从事职业活动或者与职业责任有关的活动时所遭受的事故伤害和职业病伤害，工伤待遇的确定与劳动行政部门作出的工伤认定、劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定有关。对于工伤人员的劳动能力鉴定，工伤保险制度的相关规定明确：一是职工发生工伤，经治疗伤情相对稳定后存在残疾、影响劳动能力的，应当进行劳动能力鉴定。二是劳动能力鉴定由用人单位、工伤职工或者其近亲属向设区的市级劳动能力鉴定委员会提出申请，并提供工伤认定决

定和职工工伤医疗的有关资料。三是申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起15日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。四是自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的，可以申请劳动能力复查鉴定。

显然，本案中，王某的2012年11月劳动能力鉴定属于初次鉴定，2013年11月的劳动能力鉴定属于复查鉴定。我们先讨论第一个问题：如果本案中，王某对2012年11月的初次鉴定结论不服，向上一级劳动能力鉴定委员会申请再次鉴定，2013年3月1日，再次鉴定结论尚未下达，公司能否以期满为由终止与王某的劳动合同？

张送智:可以终止,但是应当受到再次鉴定结论的制约。

无论是可以终止劳动合同,还是不可以终止劳动合同,都有过于简单化之嫌。如果可以终止劳动合同,劳动者的权益如何保护?如果不可以终止劳动合同,将有可能产生劳动者恶意通过申请再次鉴定延续劳动关系,法定终止的权利如何实现?

从《工伤保险条例》有关再次鉴定的规定可以看出,申请再次鉴定是对不服初次鉴定结论的救济途径。无论是初次鉴定还是再次鉴定,鉴定的对象都是同一个工伤事故。因此,初次鉴定结论作出后,对该工伤事故即产生了一个法定的伤残等级结论,用人单位可以以此结论依法终止劳动合同。如果再次鉴定确定的伤残等级高于初次鉴定结论的,应当按照再次鉴定结论审查终止劳动合同行为是否合法有效,如果再次鉴定确定的伤残等级相同或低于初次鉴定结论的,应确认原终止劳动合同合法有效。

王国社:我认为不可以。首先,因工伤而终止劳动合同的前提,必须是建立在鉴定结论发生法律效力的基础之上,在最终的鉴定结论没有出来之前,不具备终止劳动合同的条件。第二,根据《工伤保险条例》第二十六条的规定,再次鉴定结论为最终结论。如果劳动者对2012年11月的鉴定结论不服,申请再次鉴定,根据法律规定,初次鉴定在15日内提出再次鉴定的,初次的鉴定结论不具有法律效力,此时无法决定劳动合同能否终止。因此,应当等待再次鉴定结论下达之后,才能决定是否可以终止劳动合同。第三,根据《工伤保险条例》第二十六条的规定,申请再次鉴定是劳动者的法定权利,不能因为可能会出现劳动者通过恶意的申请再次鉴定的方式延续劳动合同的个别情况而否定劳动者的权利。

主持人:显然,相关劳动法律规定对此未有直接的明确规定。这一问题也的确如张送智同志所言,如果可以终止劳动合同,劳动者的权益如何保护?如果不可以终止劳动合同,将有可能产生劳动者恶意通过申请再次鉴定延续劳动关系,法定终止的权利如何实现?

我个人赞同王国社的观点,补充以下几点理由:一是职工发生工伤进行劳动能力鉴定的前提之一为“经治疗伤情相对稳定”,而不是康复。既然属于伤情相对稳定,就必然有可能出现伤情的变化,进而影响到伤残等级的认定,初次鉴定并不能完全客观反映工伤职工的劳动能力伤残等级。二是工伤职工依法享受劳动合同限制解除、终止续延,甚至于保留劳动关系等特殊保护待遇。即便劳动者拒不接受劳动能力鉴定的,《工伤保险条例》也仅在第四十二条明确“停止享受工伤保险待遇”。如果说劳动权利义务的设置贯彻了向劳动者倾斜的原则,那么,对于工伤职工来说,更应该贯彻向其倾斜的原则。三是工伤待遇的确定与劳动能力鉴定委员会作出的工伤鉴定

密切相关,而用人单位对工伤职工进行劳动能力鉴定负有相应的义务。此外,由于工伤的复杂性,在实践中,劳动者难以对其已经承受的伤害、可以享受的工伤保险待遇有充分的、理性的客观认知。因此,我个人认为,工伤人员在停工留薪期内或者劳动能力鉴定结论尚未作出前,用人单位不得解除或者期满终止劳动合同。初次鉴定结论已下,但劳动者在法定期限内申请再次鉴定,在鉴定结论未下达之前,用人单位同样不得解除或者期满终止劳动合同。

上述案件中,王某在劳动合同存续期间的2012年11月初次鉴定结论为七级伤残,在劳动合同期满终止后的2013年11月复查鉴定结论为伤残五级。对此,《工伤保险条例》第三十五条明确:“职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的,保留劳动关系,退出工作岗位,享受以下待遇……”第三十六条明确:“职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的,享受以下待遇:……(二)保留与用人单位的劳动关系,由用人单位安排适当工作。难以安排工作的,由用人单位按月发给伤残津贴,标准为:五级伤残为本人工资的70%,六级伤残为本人工资的60%,并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的,由用人单位补足差额……”那么,上述案件中,王某与某机械公司的劳动关系是否应当恢复?

张送智:不应当恢复。这个问题的回答其实涉及到另一个问题的讨论,即五级伤残的复查鉴定结论的效力是否对抗原先基于七级伤残做出的劳动合同终止的效力?要回答这个问题,我认为应该从三个方面讨论:一是原先基于七级伤残的终止劳动合同行为是否有效,二是复查鉴定结论是否构成对原先事实的否定,三是复查鉴定结论是否构成终止无效的情形。

根据《劳动合同法》第四十五条“本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止,按照国家有关工伤保险的规定执行”的规定,《工伤保险条例》第三十七条第(二)项“劳动、聘用合同期满终止,或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次性伤残就业补助金”的规定,再结合《工伤保险条例》第三十五条“职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的,保留劳动关系”的规定,及第三十六条职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的“保留与用人单位的劳动关系,由用人单位安排适当工作”、“经工伤职工本人提出,该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系”的规定,可以看出,七至十级伤残工伤职工劳动合同的解除(终止)情形有两种:劳动合同到期和劳动者本人提出。本案中,用人单位终止劳动合同的情形符合法律规定,在办理终止相关手续后,终止行为已具有法律效力。

《工伤保险条例》第二十八条规定，自劳动能力鉴定结论作出之日起1年后，工伤职工或者其近亲属、所在单位或者经办机构认为伤残情况发生变化的，可以申请劳动能力复查鉴定。但对于与原先不一致的复查鉴定结论将产生什么法律后果没有作出规定。在此，我只讨论一点：复查鉴定结论是对原鉴定结果的否定还是构成了一个新的法律事实？从该条规定可以看出，复查鉴定的前提有二：一是原鉴定结论作出之日1年后；二是伤残情况发生变化。从时间和情形可以看出，复查鉴定是对发生变化的新的伤情所作出的鉴定结论，应构成了新的法律事实，而非对原鉴定结论的否定。

此外，复查鉴定结论是否构成终止劳动合同无效的情形？根据我国《劳动法》、《劳动合同法》等规定，复查鉴定结论不构成终止劳动合同无效的情形。因此，本案中，2013年3月终止劳动合同所依据的七级伤残事实并没有被否定，其效力并不能当然消失。

王国社：劳动关系应当恢复。其理由为：第一，虽然该案件中劳动者的劳动合同于2013年3月1日依法已经终止，但是，其劳动关系终止的结果是建立在鉴定为七级伤残的结论之上的，重新鉴定的结果是工伤五级伤残。法律对工伤五级伤残保留劳动关系有明确规定，因此，应当保护劳动者合法权益。

第二，法律对工伤重新鉴定的结果发生变化后，是否可以调整原来的劳动关系，没有做出明确的规定。但是，从法律规定的前后条文来看，其可以调整的立法本意是非常明确的。如《工伤保险条例》第二十八条规定，鉴定结论作出之日1年后，认为伤残情况发生变化的，相关当事人可申请复查能力鉴定。该规定包含两层意思：第一层意思是如果重新鉴定的结果与初次鉴定的结果不一致的，按新鉴定的结论为准；第二层意思是初次鉴定1年之后，可以重新鉴定。该案中，劳动者第一次鉴定的结论是七级工伤，1年后鉴定的结果是五级工伤。根据《工伤保险条例》第三十五条的规定，被认定为五级、六级工伤的，保留与用人单位的劳动关系。

第三，对于重新鉴定后的劳动关系应当如何处理，法律没有特别的规定，那么，就意味着鉴定后的结论也应当适用《工伤保险条例》第三十五条的规定。因此，应当恢复劳动者与用人单位的劳动关系。

主持人：这一问题的确涉及到复查鉴定的性质、效力认定问题，还涉及到劳动合同和工伤保险之间关系的问题。一方面是用人单位解除终止权的行使，另一方面是工伤职工的特殊保护。对于五级、六级工伤职工保留与用人单位劳动关系的规定，可以看作是对工伤职工的特殊保护，对用人单位解除终止权的限制。然而，七级至十级工伤职工，用人单位可以期满终止劳动合同也体现了对用人单位解除终止权的考虑。用人

单位无法知晓，即使是劳动者本人也不会知晓将来工伤伤情的变化，且一般的常理为逐步得到康复，而不是恶化。此外，复查鉴定与初次鉴定、再次鉴定不同，复查鉴定不是初次鉴定或再次鉴定的审查或否定，而主要基于伤情的变化，与初次鉴定或再次鉴定相比应该基于不同的伤情而作出的。因此，2013年3月1日，公司基于初次鉴定结论期满终止与王某的劳动合同并无不当。2013年11月，王某经复查鉴定为五级，虽然伤残五级有保留与用人单位劳动关系的规定，然而，双方劳动关系已经结束。综合嘉宾的观点，我认为，是否可以有以下的选择方案，也即：自2013年11月复查鉴定结论出具之后恢复劳动关系，并开始履行双方的劳动权利义务。双方劳动合同期满终止至复查鉴定期间与劳动关系相关的工资支付、社保缴费等不拟由用人单位承担。

根据工伤保险的相关规定，工伤保险待遇由工伤保险基金和用人单位依法分别承担，且待遇标准与工伤劳动者的劳动能力鉴定等级密切相关。在上述案件中，王某已经享受了七级伤残的相关工伤保险待遇，现王某经复查鉴定为五级伤残，那么，王某能否享受五级工伤保险待遇，是补差，还是重新支付？如果需要支付，究竟应当由用人单位支付，还是由工伤保险基金支付？

张送智：可以享受五级工伤保险待遇，扣除原已支付的七级工伤待遇后，补足差额。工伤事故发生时已参加工伤保险的，由工伤保险基金支付属于基金承担部分，工伤事故发生时未参加工伤保险的，由用人单位支付。

对这个问题的回答，不可避免地要讨论一个问题：工伤保险关系（有关工伤待遇权利义务关系的统称）是否以劳动关系存续为前提？目前主流的观点是，工伤保险关系应以存在劳动关系为前提，没有劳动关系就不能再享受基于该劳动关系的工伤待遇。这也是大部分地方工伤保险行政部门所持的观点。但我认为，劳动关系与工伤保险关系是两个法律关系，两者的构成要件和特点均不同，应当区别情形对待。常规情形下，即《工伤保险条例》第二十八条规定的情形外的工伤保险关系与劳动关系同步，劳动关系依法终止，工伤保险关系随之终止，劳动者的工伤待遇在终止劳动关系时依法一次性领取后终止享受。但是，对于《工伤保险条例》第二十八条规定的情形，如果工伤保险关系也简单地以劳动关系存续为前提，必将产生两个极端：要么以劳动关系终止为由缺失对伤情加重的工伤职工的保护，要么为保护劳动者而可能无限期的恢复劳动关系（如5年甚至10年后伤情加重）。

我认为，工伤保险关系不同于劳动关系的法律关系，它是基于劳动关系产生的法律关系，又区别于劳动关系。说它是基于劳动关系产生的，是因为首先要有劳动关系才有了参加工伤

保险,从而形成工伤保险关系;劳动关系存续期间出现了工伤事故,才有了工伤保险待遇的支付。但是,工伤保险关系一旦产生就有了自身的独立性,表现在:一是权利义务主体不再只限于劳动者与用人单位(未依法缴纳工伤保险的,依法由用人单位承担支付义务为用人单位违法的惩罚性义务)。二是权利义务的履行以工伤事故及其伤害程度为前提,与劳动合同是否充分履行无关。三是权利义务范围不涉及劳动合同签订、二倍工资、社会保险缴纳等,只限于参加工伤保险缴纳保险费、工伤保险待遇的支付与享受。《工伤保险条例》第二十八条规定的情形,符合工伤保险关系的上述特点:鉴定的对象为原工伤事故而非新发生的伤害事故;新作出的鉴定结论针对的是原工伤事故所受到的伤害,只是伤残情况发生了变化;被鉴定的主体仍为原事故中的劳动者。因此,依据《工伤保险条例》第二十八条规定作出的复查鉴定结论,工伤职工仍可享受工伤待遇。

王国社:王某可以享受五级工伤待遇,但在享受五级工伤待遇时是补差,还是重新支付是该案争论的一个焦点。

我认为,对于劳动者在2013年11月新的鉴定结论出来之前,按原来的七级工伤待遇的标准执行;2013年11月复查鉴定结论出来后,按五级工伤待遇标准享受待遇。因为,2012年11月初次鉴定结论出来后,当事人没有在法定的时间内申请复查鉴定,而是认可了当时的鉴定结论。因此,该鉴定结论具有法律效力,由此而执行当时鉴定结论为七级工伤的工伤待遇标准不违反法律规定。同时,2013年11月的复查鉴定结论也不能证明当时七级鉴定结论为错误,只能认定为劳动者的伤情发生了变化。因此,在新的鉴定结论出来之前按原来的标准执行,新的鉴定结论出来之后,按新的五级工伤保险待遇执行。

至于如果需要支付,究竟应当由用人单位还是由工伤基金支付的问题,我认为,根据法律规定,工伤保险支付的前提必须是单位为该员工参加了工伤保险。如果单位为该员工参加了工伤保险的,由工伤保险基金支付,没有为员工参加工伤保险的则由用人单位按照工伤保险待遇标准支付。

主持人:工伤保险是劳动关系下对劳动者权利的重要保障制度。然而,工伤保险又是非常复杂的制度设置,既涉及到用人单位和劳动者的权利义务平衡问题,又涉及到工伤保险缴费和工伤保险基金责任承担问题,特殊情况下还涉及到第三者责任伤害竞合的问题。社会化的工伤保险制度就是通过用人单位依法缴纳工伤保险费分担用人单位的职责,提高劳动者的保障能力。然而,工伤保险缴费又与劳动关系是否存续密切相关。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)对“曾经从事接触职业病危害作业、当时没有发现罹患职业病、离开工作岗位后被诊断或鉴定为职业病的”作出了专门的规定,仍然可以

申请工伤认定并享受相应的工伤待遇,也即,按该规定被认定为工伤的职业病人员,职业病诊断证明书(或职业病诊断鉴定书)中明确的用人单位,在该职工从业期间依法为其缴纳工伤保险费的,按《工伤保险条例》的规定,分别由工伤保险基金和用人单位支付工伤保险待遇;未依法为该职工缴纳工伤保险费的,由用人单位按照《工伤保险条例》规定的相关项目和标准支付待遇。

对于职业病以外的工伤职工在劳动关系结束后的工伤待遇享受的规定相对缺乏,对此,一些地方根据《工伤保险条例》作出了地区性的规定。比如,新疆维吾尔自治区《关于贯彻实施〈工伤保险条例〉办法有关问题的通知》(新人社发〔2013〕79号)明确:“工伤职工与用人单位终止或者解除劳动关系后,凡领取一次性伤残就业补助金和一次性医疗补助金的,工伤保险关系随之终结,不再享受工伤保险待遇,劳动能力鉴定委员会不再对其做复查鉴定。”广东省《工伤保险条例(2011修订)》第三十三条明确:“五级、六级伤残职工本人提出与用人单位解除或者终止劳动关系的,由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金,由用人单位支付一次性伤残就业补助金,终结工伤保险关系。”

我认为,由于工伤不仅给劳动者带来当前的伤害,而且损害了劳动者长期的劳动能力,简单以劳动关系存续为前提,处理工伤保险关系显然不利于劳动者权益的保护。但要求用人单位承担相应的义务,也不得不看到当前的工伤保险基金支付待遇的前提为用人单位是否缴纳工伤保险费,劳动关系解除或终止后,用人单位停止为工伤职工缴纳工伤保险费,也无法缴纳工伤保险费。实际上,用人单位已经按照正常程序履行完了工伤保险义务,却因为之后未缴纳工伤保险费而要求用人单位承担所有责任,这对用人单位是极不公平的。因此,应当进一步提高工伤保险制度的社会化程度,赋予已与用人单位结束劳动关系的工伤职工合法合理的救济手段。比如,纳入到工伤保险制度中,由工伤保险基金承担应当由用人单位承担的职责,不再考量是否缴纳工伤保险费。这也与《社会保险法》、《工伤保险条例》立法理念相一致,《社会保险法》第四十一条规定:“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。”第四十二条明确:“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。”