

# 民四庭关于劳动争议问题解答

## **1.早于2008 年入职的劳动者，离职时涉及经济补偿金(赔偿金)的，如何计算2008年之前的部分？**

答复意见： 《中华人民共和国劳动合同法》第九十七条第三款规定：“本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。”《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十五条规定：“用人单位违反劳动合同法的规定解除或者终止劳动合同，依照劳动合同法第八十七条的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。”

## **2.劳动者离职后超过60 周岁按照社保政策不能补缴，在职期间公司未缴纳社保的，其社保损失如何评价？**

答复意见：参照省人社厅鄂人社发〔2009〕35号文《关于审理劳动争议案件若干问题的处理意见》第十五条的规定，养老保险，按劳动者和本单位工作年限，工作每满一年，计发2个月本人申请仲裁前12个月平均工资的补偿费。需要特别注意的是，此处的社保损失只有工作满一年才予计发，不满一年不予计算社保损失。

## **3.劳动者离职后违反竞业限制义务，对于违约期间用人单位已支付的竞业限制补偿金，是否承担返还义务？**

答复意见：根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条、第二十四条规定，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，同时劳动者已经发生违约行为，那么对于用人单位主张返还已支付的补偿金，劳动者应当予以返还。即劳动者违约的，应当同时支付违约金并返还补偿金，这是竞业限制义务的应有之义。

**4.劳动者在用人单位注销前与其发生劳动争议，用人单位注销后，劳动者申请仲裁，仲裁委裁定不予受理。劳动者起诉至法院，法院是否可以直接审理，并追加股东或清算义务人？**

答复意见：企业法人在注销前应当由其出资人对企业法人的债权债务进行清理，未清理完毕不得注销，这是出资人法定的清算义务。但目前有关部门对企业申请注销登记只作法律要件的形式审查，一般只要求申请人在注销登记申请书中注明债权债务已清理完毕并承诺承担担保责任。有些用人单位利用这一管理漏洞恶意逃避劳动者的债权。对于用人单位在劳动仲裁后恶意注销的，应向劳动者进行释明，告知其用人单位已注销的情况，由劳动者明确其主张。如果劳动者认可仲裁裁决的效力，可由其直接向用人单位的出资人提起清算责任纠纷，要求其承担因未依法清算而造成的劳动者损失。如果劳动者坚持起诉的，应变更用人单位的出资人为当

事人，并按照劳动争议程序进行审理。审理中应首先明确劳动者是否存在劳动债权及权利的范围，再根据出资人的清算责任确定其责任范围。企业清算之后劳动者将被告变更成股东时，存在多个股东的，劳动者仅起诉其中一个或若干个股东作为承担责任的主体的，法院审理中应先对劳动者释明，如劳动者请求追加其他股东或要求其他股东也承担责任的，则依当事人申请将其他股东追加为共同被告。如果劳动者坚持不追加的，法院依职权追加其他股东，并依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第六十四条“企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人”的规定确定当事人。已经清算的，以清算主体或对公承诺人为当事人。

**5.在审理涉延迟支付的激励性薪酬案件中，劳动者在辞职后存在已达到支付条件的延迟激励性薪酬，但用人单位以规章制度中规定员工解除劳动关系后不享有任何延迟激励性薪酬为由，拒不支付已到期的延迟支付的激励性薪酬的，是否能以该规章制度不合理，要求用人单位仍应向劳动者发放已达到支付条件的延迟激励性薪酬？**

答复意见：激励性薪酬发放前离职的劳动者主张用人单位支付相应激励性薪酬的，人民法院应当结合劳动者的离职原因、离职时间、工作表现以及对单位的贡献程度等因素进行综合考量。用人单位的规章制度规定发放前离职的劳动者不能享有激励性薪酬，但劳动合同的解除非因劳动者单方过

失或主动辞职所导致，且劳动者已经完成年度工作任务，用人单位不能证明劳动者的工作业绩及表现不符合激励性薪酬发放标准，激励性薪酬发放前离职的劳动者主张用人单位支付激励性薪酬的，人民法院应予支持。

## **6.劳动关系解除后，劳动者对原用人单位向新单位移交的档案内容有异议，是否属于法院审理范围？**

答复意见： 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第一条第(四)项规定，劳动者请求用人单位办理人事档案移转手续产生的争议，经劳动争议仲裁委员会仲裁后，当事人依法起诉的，人民法院应予受理。

《最高人民法院关于人事档案被原单位丢失后当事人起诉原用人单位补办人事档案并赔偿经济损失是否受理的复函》也指出，保存档案的企事业单位，丢失他人档案的，应当承担相应的民事责任。档案关系人起诉请求补办档案、赔偿损失的，人民法院应当作为民事案件受理。以上都是档案丢失或者拒不办理转移手续的情形。

## **7.劳动者在仲裁按撤回申请处理，劳动者起诉至法院，法院经审查裁定驳回起诉后，劳动者是否还有其他救济渠道？**

答复意见： 《2015 年全国民事审判工作会议纪要》第55条，当事人申请仲裁后，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭，劳动人事仲裁机构按照自动撤回仲裁处理后，该当事人又提起仲裁申请，劳动人事仲裁机构作出不予受理的决定或通知，当事人不服向人民法院起诉的，人民

法院应予受理。人民法院经审查认为确属无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，应当裁定驳回起诉。

至于其他的救济途径，如果法院经审查认定劳动者在仲裁阶段确实因无正当理由拒不到庭或未经仲裁庭中途退庭，视为劳动者已经对自己的权益进行了处分，无需再给予其他救济途径。

### **8.两次固定期限劳动合同期满后，劳动者未明确表明不续签劳动合同，用人单位是否单方能终止劳动合同？**

答复意见： 《中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。”根据前述法律规定，一旦符合上述三种订立无固定期限劳动合同的情形时，只有在劳动者一方主动提出订立固定期限劳动合同情况下，双方才可以订立固定期限劳动合同。如果劳动者不提出订立固定期限劳动合同，用人单位不得拒绝与劳动者签订无固定期限劳动合同。正是因为用人单位对是否订立无固定期限劳动合同无选择权，在双方前一个固定期限劳

劳动合同期满后，如劳动者仍在原用人单位工作，原用人单位未表示异议的，双方既没有签订固定期限劳动合同，又没有签订无固定期限劳动合同，在此情形下，从保障劳动关系的稳定性角度出发，将双方形成的事实劳动关系拟制为无固定期限劳动合同符合劳动合同法第十四条的立法精神，同时作出这样的规定，既保护劳动者合法权益，亦不损害用人单位的合法权益。在拟制双方已存在无固定期限劳动合同关系的情形下，用人单位不享有劳动合同的任意终止权。

**9.如果仲裁裁决双方存在劳动关系，用人单位未起诉，法院在审理过程中，认为双方不存在劳动关系，可否判决双方不存在劳动关系？**

答复意见： 《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》十六规定：“人民法院根据案件事实对劳动关系是否存在及相关合同效力的认定与当事人主张、劳动人事争议仲裁委员会裁决不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理，但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响，或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许并可以根据案件的具体情况重新指定举证期限。不存在劳动关系且当事人未变更诉讼请求的，人民法院应当判决驳回诉讼请求。”

**10.用人单位没有给劳动者缴纳社保，用人单位可以补办补缴，劳动者能否主张失业保险损失？如果判决赔偿，需**

## **要考虑哪些因素？**

答复意见：劳动争议案件以劳动仲裁为前置程序。目前，社保补办补缴不能的损失或补缴后仍有损失的，可以主张由用人单位赔偿。根据五险不同的性质及不同的补缴后果，分别判断损失的金额。补缴失业保险之后，由于失业保险存在本次失业时不能领取，下次失业可以继续领取的情况，无法确定失业保险损失是否存在。据人社部门回复，如果能够申领失业保险，则可以领取，如果不能申请失业保险，则由社保部门核算失业保险损失。

## **11.工作时限满一年、十年、二十年的当年年休假天数应该如何确认？**

答复意见：《企业职工带薪年休假实施办法》第三条规定，职工连续工作满12个月以上的，享受带薪年休假。第四条规定，年休假天数根据职工累计工作时间确定。职工在同一或者不同用人单位工作期间，以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间，应当计为累计工作时间。此处的“职工连续工作满12个月以上”，根据上述规定，参照《机关事业单位工作人员带薪年休假实施办法》第二条“工作人员工作年限满1年、满10年、满20年后，从下月起享受相应的年休假天数”的规定，必须达到工作满一年、十年、二十年的条件才能分别享受5天、10天、15天的年休假，第一年、第十年、第二十年的当年未达到上述条件，则不能享受对应的年休假天数。

## **12.施工单位根据政策要求，为建筑行业农民工购买了**

**项目保险(工伤保险),出现工伤之后,根据程序要求,施工单位要提供劳动合同才能为其办理工伤理赔,但是查明农民工和施工单位实际不存在劳动关系,在这种情况下是否应该认定双方存在劳动关系?在工作结束的时候,施工单位是否应该向其支付经济补偿金?**

答复意见:如查明不存在劳动关系,则应据实予以判决。判决双方不存在劳动关系,不影响劳动者向施工单位主张用工主体责任,如确定施工单位承担用工主体责任,无需支付经济补偿金。

**13. 达到法定退休年龄后,如何认定是否构成劳动关系?**

答复意见:1.达到法定退休年龄后入职,一般认定双方关系劳务关系,除非有证据证明双方有建立劳动关系的合意。2.达到法定退休年龄前入职,一直工作到法定退休年龄后,如已享受基本养老保险待遇的或用人单位已劳动者达到法定退休年龄终止劳动关系的,双方为劳务关系。3.达到法定退休年龄前入职,一直工作到法定退休年龄后,未开始依法享受基本养老保险待遇的人员,与用人单位的用人关系仍为劳动关系,属于劳动法调整范围。

**14. 仲裁开庭自认事实,法院审理当事人予以否认的,该如何认定?**

答复意见:按照《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》第九条的规定:“当事人在诉讼程序中否认在仲裁程序中自认



事实的，人民法院不予支持，但下列情形除外：（一）经对方当事人同意的；（二）自认是在受胁迫或者重大误解情况下作出的。”处理。

### **15.劳动者混淆经济补偿金和经济赔偿金，是否可直接按照查明的事实判决，还是需要经过仲裁前置？**

答复意见：按照《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》第五条规定：“劳动者请求用人单位支付违法解除或者终止劳动合同赔偿金，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院经审查认为用人单位系合法解除劳动合同应当支付经济补偿的，可以依法裁决或者判决用人单位支付经济补偿。劳动者基于同一事实在仲裁辩论终结前或者人民法院一审辩论终结前将仲裁请求、诉讼请求由要求用人单位支付经济补偿变更为支付赔偿金的，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院应予准许。”处理。

### **16.用人单位违法解除劳动关系，劳动者坚持要求继续履行劳动合同的，劳动者原岗位已经不存在或已任命他人担任的，该如何处理？**

答复意见：劳动合同法第四十八条中的“劳动合同已经不能继续履行”，是指由于客观情况的变化导致不能实际履行的情形，如用人单位濒临破产、被依法解散或注销等情形。劳动合同确实无法继续履行主要有以下情形：（1）用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提前解散的；（2）劳动者在仲裁或者诉讼过

程中达到法定退休年龄的； (3)劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在《劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的； (4)劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性(如总经理、财务负责人等),且劳动者原岗位已被他人替代,双方不能就新岗位达成一致意见的； (5)劳动者已入职新单位的； (6)仲裁或诉讼过程中,用人单位向劳动者送达复工通知,要求劳动者继续工作,但劳动者拒绝的； (7) 其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。劳动者原岗位已被他人替代的,用人单位仅以此为由进行抗辩,不宜认定为“劳动合同确实无法继续履行的”情形。

### **17.如果劳动者诉请经济补偿金事由不成立,但另外的事由成立经济补偿金,可否直接将支持经济补偿金的事由更改?**

答复意见: 《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条规定:“有下列情形之一的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿: (一)劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的;”因此,劳动者认为其属于被迫解出劳动关系诉请经济补偿金的,应以劳动者向用人单位主张离职或向劳动仲裁委申请仲裁时的理由为准。

### **18.仲裁查明的劳动关系存续时间与庭审查明的一致,当事人未就该项请求起诉,是否根据查明的事实更改劳动关系存续时间?**

答复意见: 《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳

动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》第十六条规定：“人民法院根据案件事实对劳动关系是否存在及相关合同效力的认定与当事人主张、劳动人事争议仲裁委员会裁决不一致的，人民法院应当将法律关系性质或者民事行为效力作为焦点问题进行审理，但法律关系性质对裁判理由及结果没有影响，或者有关问题已经当事人充分辩论的除外。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许并可以根据案件的具体情况重新指定举证期限。不存在劳动关系且当事人未变更诉讼请求的，人民法院应当判决驳回诉讼请求。”

**19. 劳动者不服从单位调岗决定，继续在原岗位上班，用人单位不支付工资，如何认定劳动关系存续时间，如何计算工资？**

答复意见：首先需分析用人单位调岗的合法性、合理性问题，如用人单位调岗合法合理，不具有针对性，劳动者不服从单位调岗决定，继续在原单位上班，应视为未向用人单位提供有效的劳动，该期间用人单位不应支付劳动报酬。如用人单位调岗不合法不合理，则参照劳动和社会保障部2001年对浙江省劳动和社会保障厅请示复函(2001)238号：《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法(劳部发[1995]233号)第三条第一项中的劳动者本人应得工资收入，是指因用人单位违反国家法律法规或劳动合同的约定，解除劳动合同造成劳动者不能正常提供劳动而损失的工资收入。因此，应当理解为劳动合同正常履行期间劳动者的收入。倾

向于按照正常工资标准支付，但是不能一刀切，如果时间较长对单位明显不公平，也可以适当调整。

**20.劳动者与关联企业发生劳动争议，是确认双重劳动关系还是单一劳动关系？劳动者是否可以择其中一个单位确认劳动关系？**

答复意见：用人单位混同用工的，如果劳动者与用人单位已经签订劳动合同的，且劳动合同不存在规避法律责任的情形，应当认定劳动者与签订劳动合同的用人单位成立劳动关系。如果劳动者与混同用工的单位均未签订劳动合同，各用工主体承担连带责任应以劳动者选择的主体为准。

**21.两班倒保安，每班次值班12小时，加班时长的认定问题，尤其是夜班岗，休息和值守混同时如何认定合理的加班时长？**

答复意见：加班实质上属于正常工作在非工作时间内的延续，系劳动者的一种完全式劳动，而值班往往并非完全意义上的正常工作。值班和加班的区别在于劳动者在非工作时间内是否继续在原来的岗位上工作，是否存在具体的生产或经营任务，是否具有一定的休息时间(即是否可以边工作边休息)。保安等特殊工作如值夜班时存在一定的休息时间，劳动强度不能等同于正常工作，则应认为不属于加班，用人单位无须支付加班工资，有关值班的待遇劳动者只能要求用人单位按照规章制度、集体合同、单项集体协议、劳动合同或者惯例等支付相应待遇。

**22.原、被告双方未确认劳动关系，但认定工伤决定书**

**和劳动能力鉴定结论已作出，仲裁裁决中也未裁决确认双方劳动关系存续时间，仅裁决公司支付相关费用。现在公司起诉认为双方没有劳动关系，不应支付费用。该类案件应该怎么处理？**

答复意见：根据《人力资源社会保障部最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》第十六条的规定，首先应审查双方之间是否建立劳动关系，以及劳动关系存续的期间，在此基础上依法裁判。

**23.劳动者入职公司多年，但一直未签订劳动合同，劳动者被辞退后即主张其未签订书面劳动合同的二倍工资差额的请求是否超过仲裁时效？是否不管用人单位在劳动者入职一年以后与劳动者签没签订劳动合同，都不影响前期末签订书面劳动合同的责任承担？**

答复意见：《人力资源社会保障部最高人民法院于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见(一)》第二十条规定：“用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同。存在前款情形，劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求用人单位支付自用工之日起满一年之后的第二倍工资的，劳动人事争议仲裁委员会、人民法院不予支持；”

但劳动者主张自用工之日起超过一个月未满一年的二倍工资的，则应审查是否超过仲裁时效。

**24. 《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第二款**

**“劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。”中“本地区上年度”是指劳动关系解除上年度还是起诉上年度？**

答复意见：支付经济补偿金是基于劳动关系的解除，因此，计算经济补偿金的基数也是以双方协商劳动关系解除或者判决认定的劳动关系解除的时间节点的上一年度为标准计算。

## **25.平台经济下的合作公司招用的快递员、网约车司机与合作公司是否构成劳动关系？**

答复意见：关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发(2021)56号)、《关于切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》(总工发(2021)12号)、《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》(湘人社规〔2021〕24号)等文件精神，应切实维护依托互联网就业的网约配送员、网约车驾驶员、货车司机、互联网营销师、快递员等新就业形态劳动者的劳动权益。《意见》提出，企业应规范直接用工形式，《意见》中的用工形式可以归纳为以下几类：符合确立劳动关系情形的；不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理的；采取劳务派遣等合作用工方式组织劳动者完成平台工作的；采取外包等其他合作用工方式的；个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业的。对于新业态从业者与企业之间的劳动关系

的认定，仍需回归《关于确立劳动关系有关事项的通知》中规定的“三要素”，即：用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；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；劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

判断快递公司与快递员是否存在劳动关系，是依据《劳动和社会保障部关于确定劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）的规定，即无论双方签订的是何种标题的合同、协议，如实质符合劳动关系特征的，即存在劳动关系。

## **26. 未休年休假工资支持几年的？及天数如何计算核定。**

答复意见：年休假的举证责任分配问题：根据谁主张谁举证的原则，年休假工资一般由劳动者举证，但考虑到劳动者和用人单位举证能力的强弱和距离证据的远近，结合《工资支付暂行规定》第六条第(三)款“用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。”的规定，劳动者离职前两年的年休假情况由用人单位举证，两年之前的年休假情况由劳动者举证。根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十二条的规定，双方解除劳动合同时年休假的天数核算方法为：（当年度在本单位已过日历天数÷365天）×职工本人全年应当享受的年休假天数—当年度已安排年休假天数。但折算后不足1整天的部分不支付未休年休假工资报酬。用人单位当年已安排

职工年休假的，多于折算应休年休假的天数不再扣回。

**27.公司因经营需要(如闭店),将员工进行调岗或者变更工作地点,员工不同意,是否支持经济补偿金。调岗或者变更工作地点合理性的认定标准?**

答复意见：调岗系用人单位经营自主权，在审查了用人单位调岗合法性问题后，合理性问题具体个案分析，同时还要区分调岗是否具有针对性和侮辱性。

**28.如果合同约定每周工作六天或者大小周休息,是否还支持休息日加班的1倍工资?以及举证责任分配问题。**

答复意见：虽然我国实行标准工作制为五天八小时，但并不是说所有的企业都要采用这样的工作制，依法因工作性质或者生产特点的限制，不能实行每日工作8小时、每周工作40小时标准工时制度的，按照有关法律规定可以实行其他工作和休息办法。一周上班六天是合法的。但有个前提，用人单位要保证职工每天工作时间不超8小时，每周不超过40小时，且至少一周安排休息一天。也就是说安排一周只休一天的单位应该缩短每天的工作时间： $40/6=6.6$ 个小时，约等于每天上班6个半小时。那么超过这个时间的，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。此外，在《劳动法》中第38条就



有规定：用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。也就是说，单位安排劳动者单休本身是不违法的，但如果是无休，则不管哪种工作制都不合法的。关于加班工资的举证责任，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第四十二条规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

### **29.项目提成工资的核算问题?如建设项目、卖房销售佣金。**

答复意见：提成工资的举证责任的分配问题，该证据一般由单位掌握，劳动者举证较为困难。在劳动者初步举证有提成工资制度后，还应当对自己完成的基本工作量、计算依据、比例进行举证，只有劳动者完成了以上举证义务后，用人单位仍不提供相应证据的，才承担举证责任。同时注意，根据工资支付暂行规定，用人单位对工资支付凭证负有保管两年的法定义务。

### **30.工伤保险基金不予报销的剩余医疗费，应当由谁承担？**

答复意见：《工伤保险条例》第三十条第三款规定，治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部

门、食品药品监督管理部门等部门规定。而该条例第一条即明确规定，缴纳工伤保险是为促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险。因此，在用人单位不能举证证明劳动者可选用目录药品而自行选择其他药品的情况下，应由用人单位承担医药费。

2023年4月