

保华月刊

Baohua Monthly

2018年2-3月合刊
Feb-Mar.2018
第 1 8 期
N O . 1 8

- 未订立劳动合同二倍工资劳动争议司法口径之一——
仲裁时效、计算基数口径
- 《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》
- 《陕西省实施女职工劳动保护特别规定》



总编: 董保华
责编: 董润青、杨杰
编辑: 于海红



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

17

新法规：《海南省人民政府关于修改〈海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则〉的决定》

New regulation: Decision of the People's Government of Hainan Province on amending the <Rules for Implementing the Regulation on Basic Pension Insurance of Urban Employees in Hainan Province>

33

新法规：《陕西省实施女职工劳动保护特别规定》

New Regulation: Special Rules of Shanxi Province on Implementing the Labor Protection of Female Employees

热点追踪

Hot Issues

39

未订立劳动合同二倍工资劳动争议司法口径之一
——仲裁时效、计算基数口径

One of the judicial standards for labor disputes regarding the double pay as a result of failure to sign a written labor contract

---standard regarding the limitation period for arbitration and the basis for calculation

老董荐文

Recommendation by Mr. Dong

46

从倾斜保护原则审视《劳动合同法》之修改

The revision to the Labor Contract Law shall be reviewed in the perspective of protection tendency

新闻总结



一、人社部公布 2018 年第一批拖欠劳动报酬典型案例

来源：人社部网站

概要：为依法维护劳动者合法权益，加大对拖欠工资等违法犯罪行为的惩戒力度，切实做好岁末年初治欠保支工作，根据《重大劳动保障违法行为社会公布办法》，人社部近日公布一批拖欠劳动报酬典型案例。

Summary: In order to protect the legitimate rights and interests of laborers according to laws, exert more efforts to punish the criminal acts such as defaulting the payment of labor remunerations and effectively deal with the problem of defaulted payment of labor remunerations of migrant workers at the end and beginning of the year, the Ministry of Human Resources and Social Security has recently issued a group of typical cases involving the default of paying labor remunerations pursuant to the *Measures for the Public Disclosure of Major Violations of Law on Labor Security*.

四川锦川建筑劳务有限公司拖欠劳动报酬案

川锦川建筑劳务有限公司，统一社会信用代码：91510000665384715K；地址：成都市高新区肖家河正街 11 号 2-1-1，法定代表人：余贤勇。

2017 年 1 月 6 日，江苏省宿迁市宿豫区人社局接到投诉，称四川锦川建筑劳务有限公司存在拖欠劳动者劳动报酬问题。经查，四川锦川建筑劳务有限公司在承建宿迁市宿豫区印象 99 花园项目期间，拖欠 360 名劳动者工资共计 689.97 万元。2017 年 1 月 19 日，宿豫区人社局依法向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

2017 年 1 月 24 日，宿豫区人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。2017 年 1 月 28 日，犯罪嫌疑人余贤勇被公安机关采取强制措施。目前，该公司已支付拖欠工资 310 万元，剩余拖欠工资尚在分批支付中。该公司已被宿豫区住建局列入建筑领域用工单位“黑名单”。

衢州长立建设工程有限公司拖欠劳动报酬案

衢州长立建设工程有限公司，统一社会信用代码：91330802594356898P；地址：衢州市荷花五路 755 号三楼，法定代表人：汪俊。

2017 年 8 月 24 日，浙江省衢州市人社局接到劳动者投诉，反映衢州长立建设工程有限公司存在拖欠劳动者劳动报酬问题。经查，该公司在承建浙江西亚特电子材料有限公司厂房及生产线设备安装项目中，拖欠 301 名劳动者 164.8 万元劳动报酬。2017 年 8 月 26 日，衢州市人社局依法向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未支付。

2017 年 11 月 8 日，衢州市人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关。

湘潭水利电力开发有限公司拖欠劳动报酬案

湘潭水利电力开发有限公司，统一社会信用代码：91430300184692346A；地址：湘潭市雨湖区护潭乡韶山东路 28 号金海大厦 2 栋 1 单元，法定代表人：陈共国。

2017 年 3 月至 5 月，福建省宁德市劳动保障监察支队陆续接到劳动者投诉，称湘潭水利电力开发有限公司宁德白花一兰田 1 路工程项目存在拖欠工资问题。经查，湘潭水利电力开发有限公司拖欠 98 名劳动者工资共计 603 万元。2017 年

6月15日，宁德市人社局依法对该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

2017年7月4日，宁德市人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。2017年8月，该公司将所拖欠工资支付完毕。

海南建新装饰工程有限公司拖欠劳动报酬案

海南建新装饰工程有限公司，统一社会信用代码：914600006989196240；地址：海南省海口市龙昆南路汇宇金城1幢第13层1301房，法定代表人：卢建新。

2017年1月21日，海南省海口市龙华区劳动保障监察大队接到农民工投诉，称海南建新装饰工程有限公司存在拖欠农民工工资问题。经查，海南建新装饰工程有限公司在承建宜欣购物公园装饰项目期间，拖欠59名农民工工资共计209.3万元。2017年1月22日，龙华区人社局依法对该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》。经该项目开发商垫付42万元部分工资，海南建新装饰工程有限公司仍拖欠38名农民工工资共计167.3万元。

2017年5月12日，海口市龙华区人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。

重庆市人能建筑劳务有限公司拖欠劳动报酬案

重庆市人能建筑劳务有限公司，统一社会信用代码：91500108693929460U；地址：重庆市南岸区江南大道23号17-1号，原法定代表人：彭帅。

2017年3月13日，重庆市长寿区人社局接到投诉，称重庆市人能建筑劳务有限公司存在拖欠农民工工资问题。经查，人能建筑劳务有限公司在承建长寿古镇同元御府华庭工程项目施工期间，拖欠236名农民工工资共计1372.98万元。2017年4月20日，长寿区人社局依法向该公司下达了责令支付文书，该公司逾期未足额支付。

2017年4月26日，长寿区人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。

西安市秦户建筑总公司拖欠劳动报酬案

西安市秦户建筑总公司，统一社会信用代码：916101252210873302；地址：西安市户县娄敬路北段352号，法定代表人：温安慰。

2017年5月12日，陕西省商洛市商州区人社局接到投诉，反映西安市秦户建筑总公司存在拖欠工资问题。经查，西安市秦户建筑总公司在承建商州区中医医院门诊住院综合楼项目中，拖欠140名农民工工资共计177.4万元。2017年7月3日，商州区人社局依法向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未支付。

2017年8月23日，商州区人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案处理。

浙江繁荣建设有限公司庆阳分公司拖欠劳动报酬案

浙江繁荣建设有限公司庆阳分公司，工商注册号：621002200023065，组织机构代码证：08575875-X；地址：甘肃省庆阳市西峰区古象东路（后庄小区），负责人：王维军。

2017年1月19日，甘肃省庆阳市镇原县人社局接到投诉，称浙江繁荣建设有限公司庆阳分公司在镇原县西景苑项目中存在拖欠劳动报酬问题。经查，浙江繁荣建设有限公司庆阳分公司拖欠278名劳动者工资共计630万元。2017年1月19日，镇原县人社局依法向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》。该公司逾期未履行，企业主要负责人王维军逃匿。

2017年2月20日，镇原县人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。

宁夏台建房地产开发有限公司拖欠劳动报酬案

宁夏台建房地产开发有限公司，统一社会信用代码：91640100735987731U；地址：银川市西夏区黄河路怡林商住楼1-4号营业房，法定代表人：张冬初。

2016年12月27日，宁夏回族自治区银川市西夏区劳动保障监察大队接到农民工投诉，称西夏区和佳居项目存在拖欠农民工工资问题。经查，宁夏台建房地产开发有限公司在开发西夏区和佳居项目期间，拖欠362名农民工工资共计996.6万元。西夏区人社局依法先后对该公司下达了《劳动保障监察限期整改指令书》和《劳动保障监察行政处罚决定书》，该公司逾期未履行。

2017年1月6日，西夏区人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。

伊犁恒辉陶瓷制造有限公司拖欠劳动报酬案

伊犁恒辉陶瓷制造有限公司，统一社会信用代码：91654002679285929H；地址：新疆伊犁州伊宁市英也尔乡北山坡建材工业园区1号，法定代表人：涂秀远，相关责任人：谌洪辉。

2017年8月15日，新疆维吾尔自治区伊宁市劳动保障监察大队接到劳动者投诉，称伊犁恒辉陶瓷制造有限公司存在拖欠员工工资问题。经查，伊犁恒辉陶瓷制造有限公司及第一生产线承包人谌洪辉自2015年至2017年累计拖欠356名员工工资共计769万元。2017年8月22日，伊宁市人社局向伊犁恒辉陶瓷制造有限公司及谌洪辉下达了《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司及谌洪辉逾期均未履行。

2017年8月30日，伊宁市人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送伊宁市公安局立案侦办。伊宁市公安局对公司法定代表人涂秀远及责任人谌洪辉依法采取了刑事强制措施。截至2017年12月28日，该公司所欠769万元工资已全部发放。

新疆云鼎建筑安装有限责任公司拖欠劳动报酬案

新疆云鼎建筑安装有限责任公司，统一社会信用代码：916501006702159753；地址：新疆乌鲁木齐市新市区新医路89号新星底商高层住宅1-9-A-905，法定代表人：薛卫，项目负责人：华雪伟。

2017年8月28日，新疆生产建设兵团第六师劳动保障监察支队接到农民工投诉，反映新疆云鼎建筑安装有限责任公司存在拖欠劳动报酬问题。经查，新疆云鼎建筑安装有限责任公司在承建新疆地王总部基地一期项目部分工程期间，拖欠436名农民工工资共计700万元。2017年9月8日，兵团第六师人社局依法向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未支付，项目负责人华雪伟拒不配合。

2017年9月12日，兵团第六师人社局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案移送公安机关立案查处。2017年11月8日，经兵团第六师劳动保障监察支队监督，被拖欠工资全部支付到位。

二、人社部关于2018年一次性工亡补助金核定基数的通知

来源：人社部

概要：人力资源和社会保障部社会保险事业管理中心通知2017年全国城镇居民人均可支配收入36396元，核定2018年一次性工亡补助金727920元。

Summary: The social insurance management center of the Ministry of Human Resources and Social Security states that the nationwide town residents' disposable income per capita in 2017 is 36396 yuan and confirms that the lump-sum compensation for the work-related death in 2018 shall be 727920 yuan.

附：

关于2018年一次性工亡补助金核定基数的通知

人社险中心函（2018）29号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团社会保险经办机构：

按照《中华人民共和国社会保险法》和《工伤保险条例》第三十九条第一款第（三）项规定，根据国家统计局公布的2017年全国城镇居民人均可支配收入36396元，核定2018年一次性工亡补助金727920元。

本通知自2018年1月1日起实施。请各地遵照执行。

人力资源和社会保障部社会保险事业管理中心

2018年3月13日

三、一图看懂2018年政府工作报告中的民生问题

来源：中国劳动保障报

2018政府工作报告 中的民生内容

3月5日上午，十三届全国人大一次会议开幕，李克强总理作政府工作报告。就业、医疗、养老……政府工作报告中提到了很多与民生相关的内容。来看一下2018年政府工作报告将如何改变你我的生活！

1



就业创业

- 城镇新增就业**1100万人**以上，城镇调查失业率**5.5%**以内，城镇登记失业率**4.5%**以内。
- 加强全方位公共就业服务，大规模开展**职业技能培训**，运用“互联网+”发展新就业形态。
- 促进多渠道就业，支持以创业带动就业。
- 扎实做好**退役军人**安置，加大对**残疾人**等就业困难人员援助力度。
- 扩大**农民工**就业，全面治理拖欠工资问题。

2



社会保障

- 在医疗、养老等领域推进“互联网+”；
- 继续阶段性降低企业“五险一金”**缴费比例**；
- 深化养老保险制度改革，建立企业职工基本养老保险基金**中央调剂制度**。
- 深化公立医院综合改革，下大力气解决群众看病就医难题。
- 提高基本医保和大病保险保障水平。
- 扩大跨省异地就医直接结算范围，把**基层医院**和**外出农民工、外来就业创业人员**等全部纳入。

3



收入

- 继续提高退休人员基本养老金和城乡居民基础养老金。
- 合理调整社会**最低工资标准**。
- 完善机关事业单位工资和津补贴制度，向艰苦地区、特殊岗位倾斜。
- 提高个人所得税起征点。

4



人才建设

- 深化人才发展体制改革，推动人力资源自由流动。
- 支持企业**提高技术工人待遇**，加大高技能人才激励。
- 鼓励**海外留学人员**回国创新创业，拓宽外国人才来华绿色通道。

5



精准脱贫

- 今年再减少农村贫困人口**1000万**以上。
- 深入推进产业、教育、健康、生态扶贫，补齐基础设施和公共服务短板，激发脱贫内生动力。
- 强化对深度贫困地区支持。
- 对老年人、残疾人、重病患者等特定贫困人口，因户因人落实保障措施。
- 加强扶贫资金整合和绩效管理

四、人社部颁布国家职业技能标准编制技术规程 2018 版

来源：人社部

概要：日前，人力资源社会保障部正式印发《国家职业技能标准编制技术规程（2018 年版）》，并向社会公布。国家职业技能标准是在职业分类的基础上，根据职业活动内容，对从业人员的理论知识和技能要求提出的综合性水平规定，是开展职业教育培训和人才技能鉴定评价的基本依据。

Summary: In recent days, the Ministry of Human Resources and Social Security has officially issued the *Technical Regulations on the Establishment of National Occupational Skill Standards (2018 Edition)* and announced it to the public. The National Occupational Skill Standards are requirements made for professionals to have comprehensive abilities on their theoretical knowledge and technical skills based on the occupational classification and in accordance with the contents of occupational activities, and are the basis for developing occupational educational trainings and assessing the skills of talents.

2012 年，人力资源社会保障部印发了《国家职业技能标准编制技术规程》（以下简称 2012 年版《规程》），对于规范国家职业技能标准编制工作，开展职业技能培训、人才技能鉴定评价，加强技能人才队伍建设，发挥了重要促进作用。近年来，随着职业资格改革的深入推进，特别是国家职业资格目录的公布实施，2012 年版《规程》已不能适应形势发展要求。

为贯彻落实党的十九大关于“大规模开展职业技能培训”“建设知识型、技能型、创新型劳动者大军”的要求，充分发挥职业技能标准在技能人才队伍建设中的引领作用，在征求各方面意见的基础上，人力资源社会保障部对 2012 年版《规程》进行了全面修订，颁布了《国家职业技能标准编制技术规程（2018 年版）》。

与 2012 年版《规程》相比，此次颁布的《国家职业技能标准编制技术规程（2018 年版）》重点作了以下修改：一是强调工匠精神和敬业精神。将工匠精神和敬业精神内涵融入国家职业技能标准中，作为职业道德要求的重要内容。二是落实“考培分离”“鉴培分离”。在职业技能鉴定申报条件中，对申请参加职业技能鉴定人员必须具备培训经历的条件予以删除，以斩断利益链条，避免强制培训之嫌。三是支持技能人才成长。将职业技能鉴定申报条件中“连续从事本职业工作年限”要求修改为“累计从事本职业或相关职业工作年限”，打破（职业）资历、工作年限等的制约，提高人才的社会流动性，促进人才特别是技能人才合理流动、有效配置，同时也契合以人为本精神，畅通劳动者职业生涯通道。四是突出安全生产。在职业标准中标注涉及安全生产或操作的关键技能要求，关键技能考核不合格的，则技能考核成绩为不合格。

同时，2018 年版《规程》还增加了示例、编排格式、出版格式要求等内容，细化了标准编程序，对部分文字、术语等也进行了优化和调整。

此次《规程》修订是依据《中华人民共和国劳动法》，立足新时代中国特色社会主义基本国情，贯彻新发展理念，适应经济社会发展和科技进步需要而进行的一次修订。

《国家职业技能标准编制技术规程（2018 年版）》的颁布，对于建立以职业活动为导向、以职业能力为核心的国家职业技能标准体系，弘扬工匠精神，营造

劳动光荣的社会风尚和精益求精的敬业风气，满足职业教育培训、人才技能鉴定评价和人力资源管理需要，促进人力资源市场发展和从业人员素质提高等，都会发挥积极重要作用。

五、甘肃推行复合式医保支付改革，分级诊疗按病种付费

来源：新华社

概要：甘肃省卫计委近日印发《深化医保支付方式改革工作实施方案》，决定全面推行按病种付费为主的复合式医保支付方式。

Summary: The Health and Family Planning Commission of Gansu Province has recently issued the *Implementation Plan for Deepening the Reform of the Reimbursement Method of Medical Insurance*, deciding to fully roll out a combined payment structure that integrates the main model of fee-per-disease.

根据方案，甘肃省将重点推行按病种付费，省、市、县、乡分级诊疗按病种付费的病种达到 500 种左右。省级医疗机构负责 50+N 种疑难危重疾病，市级医疗机构负责 150+N 种常见大病、县级医疗机构负责 250+N 种常见多发病，乡级医疗机构负责 50+N 种常见普通病病种的诊治。

甘肃省将实行总额预付管理，原则上住院总额预付比例为 60%，其余 40% 作为考核基金，与定点医疗机构综合考评结果挂钩拨付。

甘肃省规定，参保患者实行“先诊疗、后付费”，参保患者入院免收押金，出院时仅负担个人自付部分费用，出院时实行基本医疗保险、大病保险、大病保险再报销、医疗救助“一站式”即时结报。

六、北京工会维护女职工权益十大案例评析

来源：中工维权网

概要：近日，经过对工会调解和法援案件进行筛选初荐，北京市总工会女职工委员会、权益工作部、市总工会法律服务中心与《劳动午报》共同推出“2017年北京工会维护女职工权益十大案例”，并进行评析，以期帮助女职工知法、懂法、守法，依法维护自身权益。

Summary: In recent days, after selecting and initially recommending from the cases in which disputes are resolved through mediation by labor union and legal aid, the Female Employee Commission, the Work Department of Right and Interest of the Beijing Municipal Federation of Trade Union and the Legal Service Center of the Municipal Federation of Trade Union together with <Noon Labor News> have collectively issued the “Ten Typical Cases on Safeguarding the Rights and Interests of Female Employees by the Beijing Municipal Federation of Trade Union in 2017” and made case analysis as well, with the aim to help female employees get knowledge of laws, understand laws, observe laws and protect their own rights according to laws.

1、履行劳动合同一波三折 女工多次维权获补偿

基本案情：2014 年初，林女士入职某保健品公司，双方签订 3 年劳动合同。第二年，她怀孕了，生育后回了湖北老家。2016 年 2 月产假结束时，因产

后骨盆韧带损伤,林女士又休了一周病假,她将医院开的病休证明、请假申请用快递发给了公司,不料公司以旷工为由与其解除了劳动合同。

林女士申请仲裁,要求公司支付产假期间工资 2.1 万元并继续履行劳动合同,获得支持。公司不服,到法院起诉。经过审理,公司败诉。法院判决双方恢复劳动关系后,公司仅支付了工资,直到 2017 年 5 月 31 日劳动合同期满也未给林女士安排工作。无奈,她只好再次申请仲裁,要求公司支付未安排其工作期间的工资、终止劳动合同经济补偿金。

处理结果:仲裁委裁决:公司向林女士支付 2016 年 8 月 1 日至劳动合同终止时的工资、经济补偿金等共计 2 万元。

案件评析:仲裁庭审时,公司强调林女士未到公司上班,没有付出劳动,理所当然就不该有劳动报酬,因而不同意支付工资和经济补偿金。林女士认可自己在恢复劳动关系后没有上过班,但称并非其不想上班,而是公司不给她安排工作,导致其没有提供劳动的机会。

本案中,林女士未付出劳动是由公司未给她安排工作造成的,劳动者本人没有过错。《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。该法第三十条规定,用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。所以,保健品公司应当向林女士支付工资。可她毕竟未正常出勤、未实际提供劳动,对于这种情况,依据法律规定,公司应按北京市当年最低工资标准支付工资。

2、不缴生育保险 生育津贴由单位支付

基本案情:乔女士于 2016 年 1 月入职某服饰公司做会计,双方签订 3 年期限劳动合同。2016 年 5 月,乔女士怀孕,5 月底公司知道此事,6 月中旬将她辞退。乔女士未在解除劳动合同通知书上签字,于是公司停发其 2016 年 5 月和 6 月的工资。乔女士从 5 月起陆续请假(5 月请假 2 天;6 月上班 8 天;7 月上班 7 天,休了 3 天婚假,其他是病假;8 月上班 10 天,休的都是病假),9 月起未再上班。

2016 年 11 月 27 日乔女士生育一男孩。休产假 98 天时人事部给她发短信让其上班,她告知对方生育假应该是 143 天(128 天加 15 天),人事部就没再催她。2017 年 3 月 16 日,乔女士联系公司人事部要求复职,对方说没岗位,乔女士就没去上班。

2017 年 4 月,乔女士申请仲裁,要求公司支付 2016 年 5 月 1 日至 2016 年 11 月 11 日的工资、2016 年 11 月 12 日至 2017 年 4 月 3 日的生育津贴。

处理结果:仲裁委裁决公司支付拖欠工资、生育津贴等 3.4 万余元。

案件评析:为职工缴纳社会保险(含生育保险)是用人单位的法定义务,但本案中的服饰公司从 2016 年 4 月起才开始为乔女士缴费,使她在 2016 年 11 月生育时因未达到产前连续缴纳 9 个月或产后连续缴纳 12 个月的规定(公司在 2016 年 1 月至 3 月未给乔女士缴纳生育保险),导致其无法正常享受生育津贴。依据《女职工劳动保护特别规定》第八条规定,女职工产假期间的生育津贴,对已经参加生育保险的,按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付;对未参加生育保险的,按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。

3、派遣女工试用期怀孕被辞退 工会两次法援帮她找回工作

基本案情:孟女士于 2016 年 8 月 15 日入职某劳务派遣公司,被派遣到某研究院从事会议服务工作。2016 年 9 月 1 日,派遣公司与她签订为期一年的固定期限劳动合同,约定试用期一个月,但未约定试用期考核标准,派遣方及用工方

也未出示相关考核制度。9月28日晚孟女士发起低烧，到医院检查确诊已怀孕两个月。之后，她将怀孕情况告知了主管领导。9月30日下午，她被要求参加试用期考核。2016年10月12日，派遣公司以孟女士考核未通过为由与其解除劳动合同。双方协商无果，孟女士申请仲裁要求继续履行劳动合同，被驳回。

接着，孟女士到法院起诉，并申请工会法援。经两位工会法援人员努力，法院支持了她的主张。单位对判决不服提起上诉，被二审法院驳回。

处理结果：法院认定派遣公司以孟女士试用期考核未通过、不符合录用条件为由解除劳动关系是违法解除，判决双方继续履行劳动合同。

案件评析：孟女士申请仲裁被驳回后，感到自己的法律知识有限，如果没有专业人员帮助，肯定还会输官司。通过多方打听，她找到工会，希望工会能够为她提供法律援助。两位工会法援人员接到指派后，通过与当事人沟通、研究案情，发现劳动者在仲裁阶段的请求未得到支持的主要原因，是她未能提供充足有效的证据来证明自己的主张。于是，工会法援人员经过对证据材料重新进行梳理和补充，在一审中围绕几个重要的时间点（2016年9月30日试用期结束、2016年9月30日告知单位已怀孕、2016年9月30日进行考核、2016年10月11日公布考核结果、孟女士工作至2016年10月11日、2016年10月12日派遣公司解除劳动合同）来展开证据，最终证明了派遣公司是因孟女士怀孕才与她解除劳动合同的。

4、怀孕女工拒绝调岗被辞退 单位弄巧成拙败诉

基本案情：2012年9月6日，王女士入职本市某农副产品市场做会计，公司未与其签订劳动合同、未缴纳社会保险，并安排她周六、日及法定节假日加班，未支付过加班费。2013年10月11日，王女士查出怀有身孕。单位在其怀孕5个月时，要将她调岗为收银员，王女士不同意，人事部虎经理口头将她辞退。

王女士申请劳动仲裁，要求确认2012年9月6日至2014年2月17日期间与某农副产品市场存在劳动关系，要求公司支付加班费、未签订劳动合同二倍工资及未休年假工资、报销因公司未缴纳社会保险而产生的医疗费，并继续履行劳动合同。公司在仲裁过程中未提交任何证据，否认王女士的仲裁主张，表示双方不存在劳动关系，称公司没有虎某这个人。对于王女士提交的证据，则全部不予认可。

处理结果：仲裁委裁决王女士与某农副产品市场于2012年9月6日至2014年2月17日存在劳动关系；公司支付未签订劳动合同二倍工资赔偿、未休年假工资、报销医疗费等共计2.2万余元；双方继续履行劳动关系。

案件评析：王女士作为劳动者，能够提交的有效证据少之又少。复印件在庭审中基本没有证明力，就算是原件，如果没有加盖单位公章，其证明力也有待商榷。虽然她提交了8项证据，但真正盖有公司红章的只有一个营业执照复印件，而可以直接证明劳动关系的证据只有她与人事经理虎某的录音材料，但她却不能证明虎某的身份。本案胜诉的关键，实际上是公司弄巧成拙：公司认为王女士没有确凿证据证明双方存在劳动关系，便简单否认她的主张。公司派虎某到仲裁委去领材料时被仲裁员发现，查明事实后支持了王女士的仲裁请求。

5、女工休病假超过医疗期 工会调解双方达成协议

基本案情：路女士系某高速公路公司的职工，多次签订劳动合同，其后双方签订无固定期限合同。2017年3月30日休完产假后，她因右踝骨骨折从3月31日开始休病假，一直休到2017年6月28日，累计病假90余天。公司考虑路女士已超过法定医疗期上限，又处于哺乳期，就想与她解除劳动合同。路女士认为

双方已经签订无固定期限劳动合同了，所以不同意解除劳动关系，并申请工会调解。

处理结果：经过调解，双方达成一致：公司支付工资、绩效奖金、经济补偿金等 59000 元，路女士自愿解除劳动合同。

案件评析：调解员首先对案件涉及的情况进行了核实，发现该职工的法律意识比较淡薄，对于请病假条例等规章制度不了解，若继续履行劳动关系会使其处于尴尬境地。于是，调解员与路女士进行了沟通，对她晓之以理，动之以情，告诉她在公司未作出处理决定前协商解除最能保障其权益。经过调解，公司核实路女士的工作年限和工资、绩效，给出了补偿方案。路女士也接受了该方案，最终双方达成调解协议。劳动争议是劳动关系的双方当事人之间因劳动权利和义务而发生的纠纷，近年来不断增多，调解作用日显重要。以调解方式解决劳动争议，既有利于迅速彻底解决劳动纠纷，提高办案效率，还可以使双方当事人在自愿基础上达成调解协议，因而有助于当事人自动履行协议规定的义务，彻底解决纠纷。本案中，路女士虽然在公司工作多年，但劳动年限很难认定，需要证明其所工作的多家公司存在关联性，而她又没有相应的证据材料，所以若能以调解方式来解决双方的矛盾，不仅能减少劳动者的举证责任，减化诉讼程序，也可以节省双方的人力、物力和时间，因此，调解是解决本案的最好方式。

6、生育津贴高于本人工资 用人单位不得克扣

基本案情：李女士于 2015 年 3 月初入职某科技公司，每月工资 4500 元，双方签订三年固定期限劳动合同，并从当月起公司为她缴纳社会保险。2015 年 7 月底，李女士怀孕 4 个多月时做了人工流产手术。在公司的要求下，她仅休息了一周时间就回单位上班，公司按正常出勤向她支付了工资。因李女士的生育保险连续缴费不足 9 个月等原因，直到 2017 年 2 月，公司才收到生育保险基金补支的生育津贴，其数额比李女士的实际工资多 3562 元。2017 年 7 月，李女士因家庭原因提出离职，在进行离职工资结算时，双方因生育津贴多出的 3562 元是否应给付李女士本人而发生争议，随后，她申请劳动争议调解。

处理结果：科技公司于 2017 年 8 月 15 日前，一次性向李女士支付生育津贴差额 3562 元。

案件评析：本案涉及到产假期间的待遇问题。根据《女职工劳动保护特别规定》的规定，怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假；女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；女职工流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付。

北京市人力资源和社会保障局《关于调整本市职工生育保险政策有关问题的通知》要求，参加本市生育保险的职工，因生育或计划生育享受产假的，产假期间可享受生育津贴。生育津贴按照职工所在用人单位月缴费平均工资除以 30 天再乘以产假天数计发。生育津贴即为产假工资，生育津贴高于本人产假工资标准的，用人单位不得克扣；生育津贴低于本人产假工资标准的，差额部分由用人单位补足。因此在本案中，科技公司应依法向李女士支付其生育津贴高于工资的差额部分。

7、怀孕女工因打架流产 单位应支付流产假工资

基本案情：李女士是某商贸公司的员工，2016 年 7 月 4 日在公司分店上班时与负责人发生口角并打架，导致已怀孕的她流产、住院治疗。她休完流产假后继续上班，但到了 2016 年 8 月 2 日，她上班时发现无法正常打卡。经与单位领

导交涉，得知其指纹已经被删除，于是，李女士认为自己被公司违法辞退，便提起劳动仲裁维权，同时申请工会法律援助。该案仲裁开庭前，商贸公司提起管辖权异议。经过与工会法律援助律师沟通，李女士未撤诉，继续申请由原劳动仲裁委员会进行审理。

处理结果：仲裁委裁决商贸公司向李女士支付 2016 年 7 月 4 日至 2016 年 8 月 2 日休流产假期间的工资 1211.01 元。

案件评析：经过与当事人沟通，工会法律援助律师了解到李女士供职的商贸公司已更名为某电子商贸公司，公司住所也由海淀区变更到朝阳区，而她上班的分店则在大兴区，故她在大兴区申请了劳动仲裁。公司认为大兴区仲裁委无权审理此案，管辖权异议就成了双方争议的焦点。经过开庭审理，确认大兴区劳动仲裁委员会有管辖权，驳回了公司的管辖权异议申请。在案件实际纠纷的审理过程中，工会法律援助律师帮李女士整理证据，包括其工资银行打卡流水、劳动合同书原件及录像光盘。光盘内容显示她在 2016 年 8 月 1 日能够正常打卡，但同月 2 日已经无法识别指纹，属于单位违法辞退李女士。公司则提供打架处罚通报、2016 年 8 月 15 日及同月 23 日作出并邮寄的人事通知函、解除劳动合同通知及 EMS 快递单，主张单位在李女士旷工后履行了通知义务，是依法解除劳动合同，故不应支付违法辞退赔偿金；对于 2016 年 7 月 4 日至 2016 年 8 月 2 日的工资，公司主张已足额发放，故不同意支付。经过辩论，仲裁委部分支持了李女士的仲裁请求，作出上述裁决。

8、劳动合同期满终止 患癌女工获医疗补助

基本案情：2012 年，王女士入职北京某餐厅担任配餐员。2015 年初，她感觉身体不适，去医院检查，被诊断为乳腺癌晚期。其后她接受手术并进行化疗，治疗期间一直向单位提交诊断证明和病假条。2016 年 6 月，王女士的劳动合同到期，餐厅未续签。因王女士长期休病假，餐厅自 2016 年 4 月开始未再向她发放病假工资。劳动合同终止后，王女士申请仲裁，要求餐厅支付终止劳动合同经济补偿金、患大病的医疗补助费。

处理结果：经过调解，餐厅一次性给付王女士终止劳动合同经济补偿金、医疗补助费等共计 36000 元。

案件评析：《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条规定：“劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百”（此《办法》目前已废止，本案例是废止前结案的，记者注）。王女士患有乳腺癌，并被诊断为癌症晚期，属于大病范围，虽未经劳动鉴定委员会确认，但在常理认知中癌症晚期确属大病或者绝症范围，王女士提出给付医疗补助费的请求属于合法诉求。为了化解双方的矛盾，快速解除纠纷，让患病的王女士尽快拿到终止劳动合同经济补偿金和医疗补助费，工会调解员在调解前摸清情况，有针对性的寻找当事人都容易接受的调解方案，真诚对待争议双方，得到他们的理解，并通过宣传法律法规加强引导，最终使王女士与餐厅达成调解协议。

9、女工先兆流产长期休假 单位未解除竞业禁止应补偿

基本案情：温女士于 2013 年 4 月入职某教育公司，岗位是销售总监，双方签订劳动合同，并约定“当甲方要求乙方遵守竞业禁止义务时，甲方将与乙方签

署单独的竞业限制协议，详细规定乙方的竞业禁止义务”。同日，双方签订《保密和竞业禁止协议》作为劳动合同的附件。2015年2月12日，温女士因怀孕身体状况出现不适反应，医院诊断为先兆流产，她向公司请长期病假。其后，双方因工资待遇发生劳动争议，温女士向仲裁委提出支付工资差额、奖金等仲裁请求。2017年7月，仲裁委裁决双方劳动关系于2016年10月20日解除。

2017年10月11日，温女士再次申请仲裁，要求某教育咨询公司支付其自2016年10月20日劳动合同终止之日起至2017年10月18日止的竞业限制补偿金。

处理结果：经调解双方达成协议：公司支付竞业限制经济补偿金44200元，温女士自愿放弃其他仲裁请求。

案件评析：在公司与温女士签订的《保密和竞业禁止协议》中，约定员工在职期间及离职后的24个月内，不能从事与公司有竞争性的工作，公司则以该员工月薪的20%支付竞业限制补偿金。在温女士申请仲裁要求公司支付竞业限制补偿金后，公司才向她发出《解除竞业限制协议通知书》，告知其自收到该通知书之日起无需再承担竞业限制义务。调解时，公司同意支付13个月的竞业限制补偿金，但在支付标准方面，公司只同意按12000元工资来计算，而温女士则坚持按劳动合同中约定的其月薪17000元来计算。经过调解员耐心释法，公司终于同意按温女士提出的数额来支付补偿。本案中，温女士任职销售总监，公司与她签订《保密和竞业限制协议》无可厚非。但随着双方劳动关系的解除、温女士怀孕产子，公司没有及时调整或解除竞业限制约定，支付竞业限制补偿金在所难免。

10、公司拒付病假及产假工资 经调解女工获赔3.5万元

基本案情：“单位不发我工资，我到底该怎么办？我能否申请工会调解或者提起劳动仲裁？”2017年11月6日，情绪激动的李女士来到工会咨询，称其所在单位不履行国家法律，拒绝支付她怀孕期间的病假工资和产假工资。经过了解得知，单位于2016年2月14日与李女士签订劳动合同，2016年末该职工怀孕，2017年4月进入临产期，自此单位停发了她的工资至2017年9月30日。初步了解情况后，调解员先安慰李女士，稳定她的情绪，然后向她耐心讲解《劳动合同法》等法律知识，并辅助职工先行进入仲裁立案程序。接着，调解员与李女士所在单位进行电话联系、沟通，核实情况。

经过沟通协商后，该单位同意在调解中心进行调解，于是，2017年12月25日，双方当事人走进调解室参加调解。

处理结果：在仲裁调解员与工会调解员的努力下，双方当事人达成一致：单位支付李女士孕期病假工资及产假工资35000元，当天单位就将赔偿金交到了职工手中。

案件评析：《女职工劳动保护特别规定》第七条规定，女职工生育享受98天产假，其中产前可以休假15天；难产的，增加产假15天。《北京市企业职工生育保险规定》第十五条规定，生育津贴按照女职工本人生育当月的缴费基数除以30再乘以产假天数计算。生育津贴为女职工产假期间的工资，生育津贴低于本人工资标准的，差额部分由企业补足。《社会保险法》第五十六条规定，职工有下列情形之一的，可以按照国家规定享受生育津贴：（一）女职工生育享受产假；（二）享受计划生育手术休假；（三）法律、法规规定的其他情形。生育津贴按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资计发。本案中，李女士在孕期休病假、产假期间，公司未支付其工资的做法不符合法律规定，所以公司应予以支付。

七、上海试点个人税收递延型商业养老保险

来源：工人日报

概要：近日，上海市政府发布《上海市人民政府办公厅贯彻<国务院办公厅关于加快发展商业养老保险的若干意见>的实施意见》（以下简称《实施意见》），明确将尽快启动个人税收递延型商业养老保险创新试点，制定上海试点方案和实施细则。

Summary: In recent days, the Shanghai municipal government has issued the *Implementation Opinions of the General Office of the Shanghai Municipal People's Government on Executing <the Several Opinions of the General Office of the State Council on Accelerating the Development of Commercial Old-age Pension Insurance>*, making it clear to conduct the pilot program on personal tax-deferred commercial pension insurance and formulate the pilot plans and implementing measures in Shanghai as soon as possible.

从分类看，养老保险可以分为基本养老保险、企业（职业）年金和商业养老保险，三者分别由政府、企业、个人三方承担。在国际上也被称为养老保险的三支柱体系。我国上世纪 90 年代建立了养老保障体系，如今基本养老“全覆盖、保基本”的目标基本实现，但是第二、第三支柱发展相对滞后，距离“多层次、可持续”养老保险体系还有一定差距。

其中，个人税收递延型商业养老保险（即税延型养老保险）落地最为外界关注。所谓税延型养老保险，是指个人缴纳的保费在一定金额之内可以在税前工资中扣除，而在将来退休后领取保险金时再缴税，这和个人收入纳税后才能购买商业保险有所不同。个人购买商业养老保险在个税缴纳时可获得税收优惠，这在许多发达国家已经是一个比较成熟的政策，有利于满足居民多层次的养老需求，亦将大大加快我国保险业发展步伐。

《实施意见》明确提出，要按照“市场为主、政府引导，鼓励创新、优化服务，管控风险、加强监管”的原则，推动商业养老保险创新发展。计划到 2020 年，基本建成与上海经济社会发展相适应的商业养老保障体系，形成产品多样、保障全面、诚信规范的商业养老保险市场。

在推动个人商业养老保险创新试点上，《实施意见》提出，发展创新型个人长期养老保险产品和融资服务；开展个人税收递延型商业养老保险试点；支持商业保险机构参与建设多层次长期护理保险制度；推动建立特殊群体综合养老保障计划；推动老年人住房反向抵押养老保险发展。

同时，《实施意见》提出，要拓宽服务领域、优化资产配置。包括：支持商业保险机构投资兴办养老社区以及其他多种形式的养老健康服务机构；发展针对各类为老服务机构的专项综合责任保险；鼓励商业保险机构为老年用品研发、生产和销售企业开发专项责任险；引导商业养老保险资金服务上海经济社会发展；审慎开展商业养老保险资金对外投资与合作；促进商业养老保险与上海各金融要素市场协调发展。

八、新三板企业因劳动仲裁，被券商风险提示

来源：新三板在线 文 陈蒙蒙

概要：近日，易信成(836187)因存在劳动仲裁、受到劳动局行政处罚的情况遭其主办券商国泰君安风险提示。

Summary: In recent days, Yixincheng (836187) has been warned of risks by its sponsoring broke-dealer Guotai Junan Securities since it has situations of labor dispute arbitration and administrative punishment by the labor bureau.

公告显示, 2018年3月2日, 易信成披露了《关于收到行政处罚决定书的公告》, 由于公司拖欠128名员工2017年9、10月份工资共1094577.99元, 经责令期限整改, 在责令改正期限届满后, 仍拖欠38名员工2017年10月份工资共334943.76元, 深圳市龙华区人力资源和社会保障局2018年2月1日对公司作出罚款的行政处罚。

上述事项发生时, 公司未及时进行信息披露, 亦未告知主办券商, 公司存在未及时披露应披露重大信息的情况。

此外, 2018年3月2日, 易信成披露《关于公司涉及劳动仲裁公告》, 根据该公告, 由于公司未及时支付申请人工资, 陈俊成等35人(以下简称“申请人”)2018年2月2日向深圳市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 申请易信成(以下简称“被申请人”)支付正常工作时间工资389623.73元, 支付解除劳动合同经济补偿9000元。

2018年2月7日, 深圳市劳动人事争议仲裁委员会出具《仲裁调解书》。经调解, 双方当事人达成协议, 被申请人于2018年2月7日前一次性支付35名申请人合计人民币398623.73元;双方本案劳动争议就此了结。针对上述仲裁裁决, 申请人向广东省深圳市南山区人民法院申请强制执行, 并分别于2018年2月28日、2018年3月1日获法院受理。

国泰君安获悉上述事实后, 与公司进行了核实与沟通, 公司由于资金紧张, 导致存在拖欠员工工资进而导致劳动仲裁、受到相关行政处罚。主办券商已督促公司采取措施解决相关问题, 依法披露上述相关事项及其进展, 并就公司重大事项依法履行信息披露义务。

由于公司流动资金紧张, 截至本风险提示公告披露之日, 公司尚未支付上述行政处罚相关款项, 相关劳动仲裁目前处于申请执行阶段。国泰君安指出, 公司存在的上述劳动局行政处罚及劳动仲裁事项, 会导致公司资金流出, 进一步加剧公司资金紧张情况。如公司未能及时妥善解决上述事项, 将会对公司生产经营及持续经营能力等事项造成重大不利影响, 不排除公司后续出现其他纠纷或受到其他行政处罚。

公开资料显示, 易信成于2016年3月8日挂牌新三板, 公司致力于运营商固网宽带存量经营业务, 通过专业的服务与技术手段, 为中国联通保有更多的存量用户, 提高运营商宽带用户续费率, 帮助中国联通固网宽带业务占有更多的市场份额, 提高用户对联通的感知度及满意度。公司通过保有用户按合同约定进行收入分成而获得收益。

新法规：《海南省人民政府关于修改〈海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则〉的决定》

New regulation: Decision of the People's Government of Hainan Province on amending the <Rules for Implementing the Regulation on Basic Pension Insurance of Urban Employees in Hainan Province>

公布部门：海南省人民政府

Issuing department: the People's Government of Hainan Province

公布日期：2018年2月12日

Date Issued: Feb.12, 2018

实施日期：2018年2月12日

Date Executed: Feb. 12, 2018

内容概要：近日，海南省人民政府通过了关于对《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》的修改，修改后的文件（以下简称“新《实施细则》”）对灵活就业人员参保的户籍限制、属地化经办业务、一次性补偿金计发、女职工退休年龄、因病提前退休审批等内容做了修改或者补充明确。

Summary: Recently, the People's Government of Hainan Province has approved on the amendment to the Rules for Implementing the Regulation on Basic Pension Insurance of Urban Employees in Hainan Province, and the amended document (hereinafter referred to as "the new Implementation Rules") has amended or supplemented on the contents such as the restrictions on the registered permanent residence of the flexibly employed personnel to be insured, territorial administration of business operation, a lump-sum payment of compensation fees, retirement age of female employees, approval of advanced retirement due to illness and etc.

亮点:

Highlights:

1、放宽参保资格：新《实施细则》取消了对海南省农业户籍人员以及灵活就业人员身份参保的限制，明确具有海南户籍的非全日制从业人员以及灵活就业人员可以参加基本养老保险，详见新《实施细则》第二条。

Relaxing the insured standard: *The new Implementation Rules* has deleted the restrictions on the agricultural household registers and the flexibly employed personnel in Hainan to be insured, and defined that the non-full time employees and the flexibly employed personnel registered with permanent residence in Hain may be enrolled in basic pension insurance. More details are seen in Article 2 of *the new Implementation Rules*.

2、缴费基数修改：新《实施细则》明确了用人单位从业人员的月缴费工资额按照本人上年度月平均实际工资总额确定，详见新《实施细则》第五条。

Amendment on the basis for contribution: *The new Implementation Rules* has defined that the monthly contribution paid by the employer for its employed personnel shall be determined according to the total amount of the employee's actual average monthly wage in the previous year. More details are seen in Article 5 of *the new Implementation Rules*.

3、参保业务属地化：新《实施细则》明确，驻海口地区的在省级以上工商部门登记的用人单位的基本养老保险业务由省社保经办机构办理，其他用人单位的基本养老保险业务由所在市县社保经办机构办理，详见新《实施细则》第六条。

Territorial administration of business operation: *The new Implementation Rules* has defined that the employers in Haikou which are registered with industry and commerce authorities at provincial level or above shall handle the basic pension insurance with the provincial social insurance agencies, and other employers shall handle the basic pension insurance with the social insurance agencies at city or county levels. More details are seen in Article 6 of *the new Implementation Rules*.

4、女职工退休年龄调整：新《实施细则》明确企业女职工退休年龄为：退休前从事生产岗位的，退休年龄为 50 周岁；退休前从事管理或技术岗位的，退休年

龄为 55 周岁，详见新《实施细则》第二十条。

Retirement age of female employees: *The new Implementation Rules* has defined on the retirement age of female employees: the retirement age shall be 50 years old for the female employees who work at a manufacturing position; the retirement age shall be 55 years old for the female employees who work at management or skill position. More details are seen in Article 20 of *the new Implementation Rules*.

5、新《实施细则》在完善离退休人员办理社保待遇资格认证手续方面做出了规定，如社保经办机构每年定期开展离退休人员享受基本养老保险待遇资格认证工作，退休人员可网上办理社保待遇资格认证等，详见新《实施细则》第三十七条。

The new Implementation Rules has stipulated on perfecting the procedure regarding the qualification identification of social insurance treatment for retirees, e.g. the social insurance agencies, in each year, shall launch the work for the qualification identification of basic pension insurance treatment for retirees on a regular basis, and the retirees may handle their qualification identification of social insurance treatment online, etc. More details are seen in Article 37 of *the new Implementation Rules*.

新《实施细则》还调整了特殊工种人员、因病或者非因工致残人员等提前退休人员的审批权限，详见新《实施细则》第十九条；对因用人单位违反养老保险缴费规定，导致员工达到法定退休年龄后未能享受应当享受的基本养老保险待遇，员工可以要求用人单位一次性承担相应的经济责任等方面做出了修改，详见新《实施细则》第十四条。

The new Implementation Rules has also adjusted the approval power on the advance retirement of employees who work at special positions, or are ill or injured due to non-work reasons and etc., and more details are seen in Article 19 of *the new Implementation Rules*; it has also amended on the aspect that if an employer violates the stipulation on contribution to the pension insurance and as a result the employee is unable to enjoy the basic pension insurance treatment which he should have been entitled to after he reaches the statutory retirement age, the employee may claim a lump-sum payment of economic compensation and etc. against the employer, and more details are seen in Article 14 of *the new Implementation Rules*.

新法规链接:

海南省人民政府令（第 276 号）

《海南省人民政府关于修改〈海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则〉的决定》已经 2018 年 1 月 24 日六届海南省人民政府第 100 次常务会议审议通过，现予以公布，自公布之日起施行。

省长沈晓明
2018 年 2 月 12 日

海南省人民政府关于修改《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》的决定

省人民政府决定对《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》作如下修改：

一、将第二条修改为：“凡在本省行政区域内城镇用人单位从业的人员，不分其户籍和人事档案关系的性质及所在地，应当按照《条例》的规定参加基本养老保险。但已在其他省份参加基本养老保险，并能提供相关参保证明的人员除外。

“具有本省行政区域内户籍，未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员，可以按照《条例》的规定参加基本养老保险。

“凡本省行政区域内无雇工的个体工商户、参加过本省基本养老保险的从业人员，不分本省、外省户籍，可以按照《条例》的规定以灵活就业人员身份参加基本养老保险。”

二、将第三条中的“中方从业人员”修改为“内地户籍从业人员”、“我省”修改为“本省”。

三、将第五条修改为：“用人单位及其从业人员的月缴费工资及缴费额，由社会保险经办机构按照《条例》的规定核定。用人单位从业人员的月缴费工资额按照本人上年度月平均实际工资总额确定。

“本人上年度月平均实际工资总额低于上年度全省在岗职工月平均工资 60% 的，按照 60% 核定；超过 300% 的，按照 300% 核定；确需提高的，由用人单位报省社会保险行政部门批准。”

四、删去第六条。

五、将第七条改为第六条，第一项修改为：“驻海口地区的下列用人单位在省社会保险经办机构办理基本养老保险登记、核定缴费数额后，向海口市社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费：

“1.在省级以上民政等部门登记的民办非企业单位、社会团体、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织；

“2.在省级以上工商行政管理部门登记注册的企业；

“3.省有关主管部门批准成立的其他单位。”

将第二项、第三项合并改为第二项，修改为：“前项用人单位驻市、县、自治县(含洋浦经济开发区，下同)的分支机构及其他用人单位在所在市、县、自治县社会保险经办机构办理基本养老保险登记、核定缴费数额后，向当地社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费。”

将第四项改为第三项，并将该项中的“在当地社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费”修改为“向当地社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费”。

六、将第八条改为第七条，修改为：“参保人员在本省重复参加基本养老保险的，由社会保险经办机构与本人协商确定保留其中一个基本养老保险关系和个人账户，其他基本养老保险关系应当予以清理，退还个人账户储存额。

“参保人员重复领取基本养老保险待遇的，多领取的部分从个人账户储存额中予以抵减，抵减后个人账户储存余额退还本人。个人账户储存额不足抵减的，责令其限期退还。”

七、将第九条改为第八条，修改为：“按照《条例》规定参加基本养老保险的企业、事业单位和社会团体及其从业人员缴纳的基本养老保险费，实行统一账户，分账管理。”

八、将第十条改为第九条，并将该条中的“第十六条”修改为“第十七条”、“所在市县(含洋浦,下同)”修改为“所在市、县、自治县”。

九、将第十三条改为第十二条，第二款修改为：“非企业化管理的事业单位和社会团体的工作人员、工勤人员中的原固定工和原计划内长期临时工以及农垦单位中的原固定工和原计划内长期临时工按照《条例》规定参加基本养老保险后，1993年12月31日以前的按照国家规定计算的连续工龄或者工作年限，视同缴费年限。”

第三款修改为：“本条第一款、第二款用人单位使用劳动行政部门下达的招工指标招录的原合同制工人，招录以前按照国家规定计算的连续工龄或者工作年

限，视同缴费年限。但 1984 年 1 月 1 日至 1992 年 1 月 1 日本省基本养老保险制度建立期间未实际缴纳社会养老保险费的工龄或者工作年限，不视同缴费年限。”

第四款修改为：“原计划内长期临时工之外的其他临时工(含合同工、季节工、轮换工、农民工、家属工等)1989 年 1 月 1 日至 1992 年 1 月 1 日本省基本养老保险制度建立期间，未实际缴纳社会养老保险费的工龄或者工作年限，不视同缴费年限。”

十、将第十五条改为第十四条，第二款修改为：“因用人单位违反养老保险缴费规定，导致从业人员达到法定退休年龄后未能享受应当享受的基本养老保险待遇，从业人员可以要求用人单位一次性承担相应的经济责任。用人单位确因经济困难的，征得从业人员同意后，双方可以约定分次分批补偿的具体办法。补偿数额根据达到退休年龄时应当享受的月基本养老金标准与实际月基本养老金标准的差额一次性计算至 75 周岁。参保地社会保险经办机构可以协助其计算补偿数额。用人单位拒不承担责任的，从业人员可以依法申请劳动争议仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起民事诉讼。”

十一、将第十八条改为第十七条，修改为：“参加本省基本养老保险的从业人员，离开本省时基本养老保险关系不能转移的，可以保留基本养老保险关系。达到法定退休年龄时，仍然无法转移的，按照国家和本省有关规定享受基本养老保险待遇或者一次性清退个人账户储存额。”

十二、将第十九条改为第十八条,第二款修改为：“外省流动到本省就业的人员办理退休手续时，社会保险经办机构应当先确定其待遇领取地，再转移接续其基本养老保险关系。按照规定待遇领取地为本省的，社会保险经办机构负责对其人事档案及视同缴费年限进行核定。已经办理退休手续并按月领取基本养老金的人员经核定视同缴费年限后，其基本养老金标准发生变化的，自 2014 年 1 月 1 日起按照新标准发放。”

十三、将第二十条改为第十九条，修改为：“从事特殊工种的从业人员依照国家有关规定申报办理提前退休时，在海口市、三亚市、三沙市、儋州市和洋浦经济开发区参保的，由当地社会保险行政部门审批;其他市、县、自治县的，经当地社会保险行政部门审核后，报省社会保险行政部门审批;在省社会保险经办机构参保的，由省社会保险行政部门审批。

“因病或者非因工致残被劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力的从业人员，符合提前退休条件的，由参保地社会保险经办机构办理提前退休手续。

“除上述规定情形以外，从业人员按照国家有关规定办理提前退休的，由省社会保险行政部门审批。”

十四、将第二十一条改为第二十条，删去第一款中的“退休前从事企业管理或技术岗位的女职工，经本人申请，单位批准，年满 50 周岁，可以到社会保险经办机构办理享受基本养老保险待遇的手续”。

删去第二款。

十五、将第二十三条改为第二十二条，修改为：“参加《条例》规定的基本养老保险后，被判服刑或者受开除处分的人员，服刑期间或者未再就业期间不缴纳基本养老保险费、不计算缴费年限，个人账户予以保留并计息；被处罚、处分之前实际缴费年限和视同缴费年限予以承认。

“在国家另有规定之前，上列人员按照《条例》规定参加基本养老保险以前已按照国家规定取消的工龄或者工作年限，不得视同缴费年限。

“从业人员服刑期间达到法定退休年龄的，待期满后办理退休手续，但不补发达到法定退休年龄至实际办理退休手续期间的基本养老保险待遇。”

十六、将第二十四条改为第二十三条，修改为：“已享受基本养老保险待遇的离退休人员服刑期间不发放基本养老金，不参加基本养老金调整；被刑满释放后，基本养老保险待遇按照服刑前的标准支付。”

十七、删去第二十五条。

十八、将第二十八条改为第二十六条，修改为：“用人单位及其从业人员补缴基本养老保险费时，应当提供劳动关系证明、工资发放财务会计凭证等材料或者法律文书。补缴基数按照欠缴期间实际工资确定，但不得低于同期缴费基数下限，不得高于同期缴费基数上限。

“具有视同缴费年限的从业人员视为具有参保记录，可以按照规定补缴应缴未缴的基本养老保险费，但不得违反国家规定将不符合条件的人员纳入基本养老保险参保范围。

“从业人员灵活就业期间不得跨季度补缴。”

十九、将第三十条改为第二十八条，第二项中的“个人账户养老金=个人账户储存额÷本人退休年龄对应的计发月数”修改为：“个人账户养老金=个人账户储存额÷本人退休年龄相对应的计发月数”。

第四项修改为：“统筹养老金和过渡性养老金中的本人平均缴费工资指数为参保人本人历年缴费工资指数的平均值。参保人本人当年缴费工资指数为本人当年缴费工资总额除以上一年度全省在岗职工年平均工资。有视同缴费年限的参保人员，其视同缴费年限每年的指数均视同 1.0。本人平均缴费工资指数计算公式为：

$$\bar{a} = (M \times 1.0 + X_1/C_1 + X_2/C_2 + X_3/C_3 + \dots + X_n/C_n) \div (M + N)$$

式中 \bar{a} 为本人平均缴费工资指数；

X1、X2、X3……、Xn 为参保人退休前 1 年、2 年、3 年……n 年当年本人实际缴费工资总额；

C1、C2、C3……、Cn 为参保人退休前 1 年、2 年、3 年……n 年上年度全省在岗职工年平均工资；

“M 为视同缴费年限；

“N 为参保人在退休当年以前的实际缴费年限。

“缴费年限以“年”为单位计算，精确到小数点后两位。

“参保人退休当年不计算指数，但缴费月数计入缴费年限。

“提前退休不再执行每提前一年减发 2% 养老金的规定。

“参保人员按照《条例》规定一次性补缴基本养老保险费至累计缴费年限满 15 年的，一次性补缴基本养老保险费的缴费工资指数总和为本人一次性补缴基本养老保险费月基数总和除以退休时上一年度全省在岗职工年平均工资。

“参加机关事业单位工作人员基本养老保险的从业人员流动到企业后，按照《条例》规定的办法计发基本养老金时，其视同缴费年限的平均缴费工资指数均按照 1.0 计算。”

二十、删去第三十一条。

二十一、将第三十二条改为第二十九条，删去第五款。

二十二、将第三十三条改为第三十条，第一款中的“第三十二条第二款”修改为“第二十九条第二款”。

删去第三款。

二十三、将第三十五条改为第三十二条，修改为：“在国家提倡一对夫妻生育一个子女期间，终身只生育一个子女、独生子女死亡或者无子女的参保人员，退休时每月分别加发本人基本养老金的百分之五、百分之十作为计划生育奖励金。发放对象的基本养老金基数增加后，计划生育奖励金也随之增加。加发的计划生育奖励金由同级财政承担，社会保险经办机构发放。”

二十四、将第三十七条改为第三十四条，第二款中的“上年度全省在岗职工平均工资标准”修改为“上年度全省在岗职工月平均工资标准”，第三款中的“第三十二条第二款”修改为“第二十九条第二款”。

删去第四款。

增加一款，作为第四款：“同时存续城镇从业人员、城乡居民两种基本养老保险关系的人员，达到法定退休年龄后但不符合《条例》规定享受基本养老金，在按月领取城乡居民基本养老金期间死亡的，不得按照《条例》及本细则计发丧葬补助金和一次性供养直系亲属抚恤金。”

二十五、删去第四十条。

二十六、将第四十一条改为第三十七条，修改为：“社会保险经办机构每年定期开展离退休人员享受基本养老保险待遇资格认证工作。对未按期办理资格认证手续的离退休人员，由社会保险经办机构暂停其享受基本养老保险待遇的资格；离退休人员补办认证后，基本养老保险待遇恢复正常发放。

“社会保险经办机构应当通过社区认证、入户认证、手机 APP 认证、互联网认证等多种形式为离退休人员提供便捷的认证服务。”

二十七、将第四十五条改为第四十一条，第一款修改为：“基本养老保险关系跨省、跨养老保险制度转移接续按照国家和本省的有关规定执行。”

删去第二款。

二十八、增加一条，作为第四十二条：“国家对城镇从业人员基本养老保险另有规定的，从其规定。”

二十九、将条文中的“按”统一修改为“按照”，条文中的“或”统一修改为“或者”，条文中的“实施细则”统一修改为“细则”。

此外，对条文的顺序作相应调整。

本决定自公布之日起施行。

《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》根据本决定作相应修改，重新公布。

海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则

（2008年6月11日海南省人民政府令第213号颁布 根据2012年1月10日《海南省人民政府关于修改〈海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则〉的决定》修正 2014年1月22日六届海南省人民政府第16次常务会议修订 根据2018年2月12日《海南省人民政府关于修改〈海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则〉的决定》修正）

第一条 根据《海南省城镇从业人员基本养老保险条例》（以下简称《条例》），

制定本细则。

第二条 凡在本省行政区域内城镇用人单位从业的人员，不分其户籍和人事档案关系的性质及所在地，应当按照《条例》的规定参加基本养老保险。但已在其他省份参加基本养老保险，并能提供相关参保证明的人员除外。

具有本省行政区域内户籍，未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员，可以按照《条例》的规定参加基本养老保险。

凡本省行政区域内无雇工的个体工商户、参加过本省基本养老保险的从业人员，不分本省、外省户籍，可以按照《条例》的规定以灵活就业人员身份参加基本养老保险。

第三条 在本省行政区域内设立的外国组织代表机构和香港、澳门、台湾地区组织代表机构及其所雇用的内地户籍从业人员，应当按照《条例》的规定参加基本养老保险。

在本省行政区域内城镇用人单位从业的台湾居民、香港和澳门居民中的中国公民，应当按照《条例》的规定参加基本养老保险。

在本省行政区域内城镇用人单位依法招用的外国人，应当按照《条例》规定参加基本养老保险。但已与中国签订社会保险双边或者多边协议国家国籍的人员在本省城镇用人单位就业的，按照协议规定办理。

第四条 用人单位从业人员参保名单应当在本单位公示，向社会保险经办机构申报的本单位缴费基数总额及个人缴费基数应当分别由法定代表人及从业人员签名确认。

第五条 用人单位及其从业人员的月缴费工资及缴费额，由社会保险经办机构按照《条例》的规定核定。用人单位从业人员的月缴费工资额按照本人上年度月平均实际工资总额确定。

本人上年度月平均实际工资总额低于上年度全省在岗职工月平均工资 60% 的，按照 60% 核定；超过 300% 的，按照 300% 核定；确需提高的，由用人单位报省社会保险行政部门批准。

第六条 基本养老保险登记和缴费按照以下规定执行：

（一）驻海口地区的下列用人单位在省社会保险经办机构办理基本养老保险登记、核定缴费数额后，向海口市社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费：

- 1.在省级以上民政等部门登记的民办非企业单位、社会团体、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织；
- 2.在省级以上工商行政管理部门登记注册的企业；
- 3.省有关主管部门批准成立的其他单位。

（二）前项用人单位驻市、县、自治县（含洋浦经济开发区，下同）的分支机构及其他用人单位在所在市、县、自治县社会保险经办机构办理基本养老保险登记、核定缴费数额后，向当地社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费。

（三）参加基本养老保险的灵活就业人员在就业所在市、县、自治县社会保险经办机构办理基本养老保险登记、核定缴费数额后，向当地社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费。

第七条 参保人员在本省重复参加基本养老保险的，由社会保险经办机构与本人协商确定保留其中一个基本养老保险关系和个人账户，其他基本养老保险关系应当予以清理，退还个人账户储存额。

参保人员重复领取基本养老保险待遇的，多领取的部分从个人账户储存额中予以抵减，抵减后个人账户储存余额退还本人。个人账户储存额不足抵减的，责

令其限期退还。

第八条 按照《条例》规定参加基本养老保险的企业、事业单位和社会团体及其从业人员缴纳的基本养老保险费，实行统一账户，分账管理。

第九条 《条例》第十七条所指的“同期社会平均基本养老金”以破产、关闭、解散、撤销或者因其他原因终止的上年度所在市、县、自治县企业退休人员平均基本养老金为基数，按照每年增长 5%确定。

第十条 1992 年 1 月 1 日至 1997 年 12 月 31 日期间，从业人员本人实际缴纳的基本养老保险费及按照中国人民银行规定的同期城乡居民储蓄存款利率计算的利息，一次性记入本人的基本养老保险个人账户。

第十一条 原实行基本养老保险行业统筹的用人单位，其从业人员个人账户建立的时间，以原实行基本养老保险行业统筹时个人账户建立的时间为准。1998 年 1 月 1 日以前已参加行业统筹养老保险但未建立个人账户的，自 1998 年 1 月 1 日起建立。

原实行基本养老保险行业统筹的用人单位纳入地方管理前，单位和从业人员个人缴纳基本养老保险费率合计不足从业人员月工资总额 11%的，按照合计实际缴费比例为其从业人员建立个人账户。

第十二条 企业原固定工和原计划内长期临时工，企业化管理的事业单位和社会团体的工作人员、原固定工和原计划内长期临时工，在参加基本养老保险后，1991 年 12 月 31 日以前的按照国家规定计算的连续工龄或者工作年限，视同缴费年限。

非企业化管理的事业单位和社会团体的工作人员、工勤人员中的原固定工和原计划内长期临时工以及农垦单位中的原固定工和原计划内长期临时工按照《条例》规定参加基本养老保险后，1993 年 12 月 31 日以前的按照国家规定计算的连续工龄或者工作年限，视同缴费年限。

本条第一款、第二款用人单位使用劳动行政部门下达的招工指标招录的原合同制工人，招录以前按照国家规定计算的连续工龄或者工作年限，视同缴费年限。但 1984 年 1 月 1 日至 1992 年 1 月 1 日本省基本养老保险制度建立期间未实际缴纳社会养老保险费的工龄或者工作年限，不视同缴费年限。

原计划内长期临时工之外的其他临时工（含合同工、季节工、轮换工、农民工、家属工等）1989 年 1 月 1 日至 1992 年 1 月 1 日本省基本养老保险制度建立期间，未实际缴纳社会养老保险费的工龄或者工作年限，不视同缴费年限。

原实行基本养老保险行业统筹的用人单位的从业人员，按照国家规定移交地方管理或者办理转移的，国家或者行业主管部门规定其实行基本养老保险以前的连续工龄或者工作年限，视同缴费年限。

从事特殊工种的折算工作年限，不视同缴费年限。

军队退出现役的军人参加基本养老保险的，其在军队服役的时间按照国家有关规定执行。

第十三条 《条例》和本细则所称原固定工、原计划内长期临时工及其他临时工、原合同制工人，是指从业人员在实行全员劳动合同制以前确定的劳动用工身份。

原计划内长期临时工是指在当时国家劳动工资计划指标内招用的常年性临时工。

第十四条 用人单位应当按时足额缴纳并代扣代缴《条例》及本细则规定的基本养老保险费；未经社会保险行政部门批准，不得缓缴或者延迟缴纳；违反基

本养老保险有关规定而未缴纳的，由社会保险费征收机构依照国家和《条例》有关规定予以追缴。

因用人单位违反养老保险缴费规定，导致从业人员达到法定退休年龄后未能享受应当享受的基本养老保险待遇，从业人员可以要求用人单位一次性承担相应的经济责任。用人单位确因经济困难的，征得从业人员同意后，双方可以约定分次分批补偿的具体办法。补偿数额根据达到退休年龄时应当享受的月基本养老金标准与实际月基本养老金标准的差额一次性计算至 75 周岁。参保地社会保险经办机构可以协助其计算补偿数额。用人单位拒不承担责任的，从业人员可以依法申请劳动争议仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起民事诉讼。

第十五条 从业人员流动就业时，用人单位应当及时向社会保险经办机构申报人员增减情况；社会保险经办机构应当及时核对、调整有关人员的参保缴费记录档案。

从业人员跨省流动就业时，社会保险经办机构应当按照国家有关规定办理转移基本养老保险关系并转移基本养老保险基金。

从业人员在省内不同市县间流动就业时，应当按照国家规定的办法转移基本养老保险关系和个人账户档案，不转移基本养老保险基金。

第十六条 在省内流动就业的参保人员，由其最后参保地办理待遇领取手续，享受基本养老保险待遇；属本省户籍人员，其基本养老保险关系在非户籍所在地，经参保人员自愿申请，也可转移到户籍所在地办理待遇领取手续，享受基本养老保险待遇。

第十七条 参加本省基本养老保险的从业人员，离开本省时基本养老保险关系不能转移的，可以保留基本养老保险关系。达到法定退休年龄时，仍然无法转移的，按照国家和本省有关规定享受基本养老保险待遇或者一次性清退个人账户储存额。

第十八条 社会保险经办机构在确认有关人员原工龄或者工作年限是否视同缴费年限时，应当审核本人人事档案有关资料。

外省流动到本省就业的人员办理退休手续时，社会保险经办机构应当先确定其待遇领取地，再转移接续其基本养老保险关系。按照规定待遇领取地为本省的，社会保险经办机构负责对其人事档案及视同缴费年限进行核定。已经办理退休手续并按月领取基本养老金的人员经核定视同缴费年限后，其基本养老金标准发生变化的，自 2014 年 1 月 1 日起按照新标准发放。

在本省范围内不同市县之间流动的参保人员按照《条例》和本细则的规定可以计算“视同缴费年限”的，应当视同缴费年限。

第十九条 从事特殊工种的从业人员依照国家有关规定申报办理提前退休时，在海口市、三亚市、三沙市、儋州市和洋浦经济开发区参保的，由当地社会保险行政部门审批；其他市、县、自治县的，经当地社会保险行政部门审核后，报省社会保险行政部门审批；在省社会保险经办机构参保的，由省社会保险行政部门审批。

因病或者非因工致残被劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力的从业人员，符合提前退休条件的，由参保地社会保险经办机构办理提前退休手续。

除上述规定情形以外，从业人员按照国家有关规定办理提前退休的，由省社会保险行政部门审批。

第二十条 企业女职工按照以下办法确定退休年龄：退休前从事生产岗位的，退休年龄为 50 周岁；退休前从事管理或者技术岗位的女职工退休年龄为 55 周岁。

确认企业女职工岗位以其退休前最后与单位签订的劳动合同为准。

灵活就业人员，男满 60 周岁，女满 55 周岁，可以到社会保险经办机构核定基本养老保险待遇。

第二十一条 从业人员办理退休时已经超过法定退休年龄，其达到法定退休年龄以后，单位和个人缴纳的基本养老保险费及缴费年限，用于计发基本养老保险待遇。

第二十二条 参加《条例》规定的基本养老保险后，被判服刑或者受开除处分的人员，服刑期间或者未再就业期间不缴纳基本养老保险费、不计算缴费年限，个人账户予以保留并计息；被处罚、处分之前实际缴费年限和视同缴费年限予以承认。

在国家另有规定之前，上列人员按照《条例》规定参加基本养老保险以前已按照国家规定取消的工龄或者工作年限，不得视同缴费年限。

从业人员服刑期间达到法定退休年龄的，待期满后 can 办理退休手续，但不补发达到法定退休年龄至实际办理退休手续期间的基本养老保险待遇。

第二十三条 已享受基本养老保险待遇的离退休人员服刑期间不发放基本养老金，不参加基本养老金调整；被刑满释放后，基本养老保险待遇按照服刑前的标准支付。

第二十四条 企业、企业化管理的事业单位、社会团体的从业人员、灵活就业人员，1995 年 2 月 28 日以前获得国家规定可增发养老金的劳动模范等荣誉称号且退休时仍保留该荣誉称号的，增发基本养老金按照国家规定执行，从基本养老保险基金中支付；1995 年 3 月 1 日以后被授予各类荣誉称号的，不增发基本养老金。

第二十五条 申请享受基本养老保险待遇时，应当向社会保险经办机构提供本人有效身份证件、基本养老保险参保资料，并根据需要提供有效退休审批文件、人事档案和户籍地、原参保地社会保险经办机构出具的未领取基本养老金的证明等。

对不符合享受基本养老保险待遇条件的人员，社会保险经办机构不得从基本养老保险基金中支付养老金。对符合享受基本养老保险待遇条件的人员，社会保险经办机构应当按照规定及时从基本养老保险基金中支付养老金。

第二十六条 用人单位及其从业人员补缴基本养老保险费时，应当提供劳动关系证明、工资发放财务会计凭证等材料或者法律文书。补缴基数按照欠缴期间实际工资确定，但不得低于同期缴费基数下限，不得高于同期缴费基数上限。

具有视同缴费年限的从业人员视为具有参保记录，可以按照规定补缴应缴未缴的基本养老保险费，但不得违反国家规定将不符合条件的人员纳入基本养老保险参保范围。

从业人员灵活就业期间不得跨季度补缴。

第二十七条 缴纳基本养老保险费或者计发退休人员基本养老保险待遇，应当使用省统计部门公布的全省上年度在岗职工平均工资标准，从每年的 1 月 1 日起执行。

第二十八条 计发基本养老金时，按照下列公式计算：

（一）统筹养老金的计算公式：

统筹养老金=（退休上年度全省在岗职工月平均工资+本人指数化月平均缴费工资）÷2×（视同缴费年限+实际缴费年限）×1%

式中本人指数化月平均缴费工资的计算公式为：

本人指数化月平均缴费工资=退休上年度全省在岗职工月平均工资×本人平均缴费工资指数

(二) 个人账户养老金的计算公式为:

个人账户养老金=个人账户储存额÷本人退休年龄相对应的计发月数

式中“本人退休年龄相对应的计发月数”为:

退休年龄 计发月数 退休年龄 计发月数 退休年龄 计发月数

40 233 51 190 61 132

41 230 52 185 62 125

42 226 53 180 63 117

43 223 54 175 64 109

44 220 55 170 65 101

45 216 56 164 66 93

46 212 57 158 67 84

47 208 58 152 68 75

48 204 59 145 69 65

49 199 60 139 70 56

50 195

(三) 过渡性养老金的计算公式为:

过渡性养老金=退休上年度全省在岗职工月平均工资×本人平均缴费工资指数×(视同缴费年限+个人账户建立前实际缴费年限)×1.4%

(四) 统筹养老金和过渡性养老金中的本人平均缴费工资指数为参保人本人历年缴费工资指数的平均值。参保人本人当年缴费工资指数为本人当年缴费工资总额除以上一年度全省在岗职工年平均工资。有视同缴费年限的参保人员,其视同缴费年限每年的指数均视同 1.0。本人平均缴费工资指数计算公式为:

$$\bar{a} = (M \times 1.0 + X_1/C_1 + X_2/C_2 + X_3/C_3 + \dots + X_n/C_n) \div (M + N)$$

式中 \bar{a} 为本人平均缴费工资指数;

X_1 、 X_2 、 X_3 ……、 X_n 为参保人退休前 1 年、2 年、3 年……n 年当年本人实际缴费工资总额;

C_1 、 C_2 、 C_3 ……、 C_n 为参保人退休前 1 年、2 年、3 年……n 年上年度全省在岗职工年平均工资;

M 为视同缴费年限;

N 为参保人在退休当年以前的实际缴费年限。

缴费年限以“年”为单位计算,精确到小数点后两位。

参保人退休当年不计算指数,但缴费月数计入缴费年限。

提前退休不再执行每提前一年减发 2% 养老金的规定。

参保人员按照《条例》规定一次性补缴基本养老保险费至累计缴费年限满 15 年的,一次性补缴基本养老保险费的缴费工资指数总和为本人一次性补缴基本养老保险费月基数总和除以退休时上一年度全省在岗职工年平均工资。

参加机关事业单位工作人员基本养老保险的从业人员流动到企业后,按照《条例》规定的办法计发基本养老金时,其视同缴费年限的平均缴费工资指数均按照 1.0 计算。

第二十九条 从 2008 年 1 月 1 日起,从业人员中非企业化管理的事业单位和社会团体从业人员、机关工勤人员办理退休时,按照《条例》规定的办法享受基本养老保险待遇。按照《条例》规定的办法计发的基本养老金,从基本养老保险

基金中支付。

按照《条例》规定的办法计发基本养老金低于国家规定的同类退休人员退休金或者基本养老金待遇标准的，其差额部分按照以下办法予以补足：属于财政预算管理编制且工资由财政全额安排的人员及国家和本省规定的其他人员，其差额部分由同级财政负担，同级社会保险经办机构按月代发；其他人员差额部分由用人单位负担，同级财政按照用人单位财政供养方式予以补助，用人单位按月发放。按照《条例》规定计发的基本养老金高于国家规定的同类退休人员退休金或者基本养老金待遇标准的，按照《条例》规定执行。

2008年1月1日后办理退休的非企业化管理的事业单位和社会团体从业人员、机关工勤人员，其养老金按照企业办法进行调整，低于国家规定同类退休人员待遇调整标准的，其差额部分补足办法按照前款规定执行；高于国家规定同类退休人员待遇的，按照国家规定执行。

2007年12月31日前已由社会保险经办机构核定基本养老金的非企业化管理的事业单位和社会团体从业人员、机关工勤人员，原核定的基本养老保险待遇不变，调整办法不变，所需资金和发放渠道不变。

第三十条 事业单位参加基本养老保险后改制为企业的，改制前已经退休的人员，原核定的基本养老金不变。其中2007年12月31日前已退休的人员，改制后基本养老金调整办法不变，所需资金和发放渠道不变。其他已退休的人员改制后执行企业基本养老金调整办法，低于国家规定事业单位同类人员退休金调整标准的，其调整养老金所需资金差额部分补足办法按照第二十九条第二款的规定执行；高于国家规定同类退休人员待遇的，按照国家规定执行。

事业单位参加基本养老保险后改制为企业的，改制后退休的人员，按照企业办法计发和调整基本养老金。

第三十一条 非企业化管理的事业单位未按时足额缴纳基本养老保险费，导致1993年12月31日前办理退休手续的人员基本养老保险待遇未足额发放的，由社会保险经办机构按照其档案工资重新核定其基本养老金，重新核定后增加的基本养老金，从2012年1月1日起发放。

第三十二条 在国家提倡一对夫妻生育一个子女期间，终身只生育一个子女、独生子女死亡或者无子女的参保人员，退休时每月分别加发本人基本养老金的百分之五、百分之十作为计划生育奖励金。发放对象的基本养老金基数增加后，计划生育奖励金也随之增加。加发的计划生育奖励金由同级财政承担，社会保险经办机构发放。

第三十三条 基本养老金调整办法依照国家和本省的有关规定执行。调整增加的基本养老金，按照退休时本人基本养老金在个人账户和统筹账户中所占的比例，分别从两个账户中列支。

执行国家统一的基本养老金调整办法时，资金列支渠道从其规定。

第三十四条 未经社会保险经办机构核定基本养老金的参保人员在2011年7月1日以后因病或者非因工死亡的，除按照《条例》规定支付丧葬补助金外，还应按照下列标准支付一次性供养直系亲属抚恤金：

死亡前本人最后12个月平均缴费工资 \times 20个月 \times 累计缴费月数/180。支付金额最高不超过省统计部门公布的参保人员死亡时上年度全省在岗职工月平均工资标准 \times 20个月，最低不低于省统计部门公布的参保人员死亡时上年度全省在岗职工月平均工资标准 \times 60% \times 4个月。死亡前本人最后12个月平均缴费工资为其最后12个月缴费工资总额除以12个月；累计缴费不足12个月的，按照累

计缴费工资总额除以累计缴费月数计算。

非企业化管理的事业单位从业人员参加基本养老保险后因病或者非因工死亡，一次性供养直系亲属抚恤金低于本省规定机关、事业单位同类人员抚恤金标准的，其差额部分按照第二十九条第二款规定予以补足。

同时存续城镇从业人员、城乡居民两种基本养老保险关系的人员，达到法定退休年龄后但不符合《条例》规定享受基本养老金，在按月领取城乡居民基本养老金期间死亡的，不得按照《条例》及本细则计发丧葬补助金和一次性供养直系亲属抚恤金。

第三十五条 已经社会保险经办机构核定基本养老金的参保人员死亡时，一次性供养直系亲属抚恤金的标准为参保人员死亡当月本人 20 个月的基本养老金。

第三十六条 支付一次性供养直系亲属抚恤金所需资金由基本养老保险基金承担。参保人员死亡后，由社会保险经办机构向其供养直系亲属支付抚恤金，无供养直系亲属的，向其继承人支付。

第三十七条 社会保险经办机构每年定期开展离退休人员享受基本养老保险待遇资格认证工作。对未按期办理资格认证手续的离退休人员，由社会保险经办机构暂停其享受基本养老保险待遇的资格；离退休人员补办认证后，基本养老保险待遇恢复正常发放。

社会保险经办机构应当通过社区认证、入户认证、手机 APP 认证、互联网认证等多种形式为离退休人员提供便捷的认证服务。

第三十八条 用人单位不得借破产、撤销、解散、变更、转制、合并、分立、被兼并、转让等事由，逃、废未清偿的基本养老保险费及利息、滞纳金、罚款。

原用人单位未清偿的基本养老保险费及利息、滞纳金、罚款，继承其债权债务关系的用人单位应当予以清偿。国家另有规定的，从其规定。

第三十九条 用人单位及其从业人员缴纳基本养老保险费的工资总额，为单位支付给从业人员的所有劳动报酬；具体统计口径依据国家关于工资总额构成的规定执行。

第四十条 根据国家规定，单位和个人缴纳的基本养老保险费不计征税、费；基本养老保险个人账户不征收利息税；个人领取的基本养老保险待遇不计征个人所得税。

第四十一条 基本养老保险关系跨省、跨养老保险制度转移接续按照国家和本省的有关规定执行。

第四十二条 国家对城镇从业人员基本养老保险另有规定的，从其规定。

第四十三条 本细则具体应用中的问题，由省社会保险行政部门负责解释。

第四十四条 本细则自 2014 年 4 月 1 日起施行。

新法规：《陕西省实施女职工劳动保护特别规定》

New Regulation: Special Rules of Shanxi Province on Implementing the Labor Protection of Female Employees

公布部门：陕西省人民政府

Issuing department: the People's Government of Shanxi Province

施行日期：2018年3月1日

Date executed: Mar.1, 2018

内容概要：《陕西省实施女职工劳动保护特别规定》（以下简称“《特别规定》”）经陕西省政府2017年第25次常务会议通过。《特别规定》的颁布实施，完善了女职工在平等就业、劳动过程中的特殊保护、“四期”保护等方面的内容。

Summary: The Special Rules of Shanxi Province on Implementing the Labor Protection of Female Employees (hereinafter referred to as the “Special Rules”), which was adopted at the 25th executive meeting of the People’s Government of Shanxi Province in 2017. The issuance and implementation of the Special Rules has perfected the contents on equal treatment in employment of female employees, special protection in the labor work process, “four periods” protection and etc.

亮点:

Highlights:

1、增加了用人单位不得限制或者变相限制女职工结婚时间，不得以女职工结婚为理由侵害女职工权益的内容，详见《特别规定》第七条。

It has added the contents that the employer shall not restrict or disguisedly restrict the marriage time of female employees, or harm the interest of female employees by excuse of marriage. More details are seen in Article 7 of the Special Rules.

2、增加了在集体合同、女职工权益保护专项集体合同中女职工劳动保护的内容，以及对女性劳务派遣工的劳动保护内容，详见《特别规定》第八条。

It has added the contents of special protection of female employees into collective contracts and special collective contracts on the protection of female employees' interest, and the content of labor protection of female dispatched employees. More details are seen in Article 8 of the *Special Rules*.

3、增强针对女职工“四期”的特殊保护，具体如下：

It has strengthened the special protection of female employees during “four periods”, and more details are seen as below:

1) 针对女职工的经期，增加了痛经假，不再局限适用于生产第一线的女职工，详见《特别规定》第十条。

Regarding the month period, it has added the dysmenorrhea leave which is no longer restricted to the range of female employees working in the manufacturing front line. More details are seen in Article 10 of the *Special Rules*.

2) 针对女职工的孕期，增加了有两次以上流产史、现无子女且准备生育的女职工增加了备孕期的保护；增加和细化了从事立位作业和有流产先兆或者习惯性流产史的女职工孕期保护的内容，详见《特别规定》第十至十三条。

Regarding the pregnancy, it has added the protection of birth preparation period for female employees who have miscarriages more than twice or who have no child but are prepared for giving birth; it has added and refined the content of protection during the pregnancy for female employees who work with standing gesture, or have threatened abortion or history of habitual abortion. More details are

seen in Articles 10-13 of the *Special Rules*.

3) 针对女职工的产期，增加了实施剖宫产手术分娩的女职工产假 15 天的内容；细化了怀孕 4 至 7 个月流产的，休产假 42 天；怀孕 7 个月以上终止妊娠，符合国家生育规定的，休产假 98 天，详见《特别规定》第十四条。

Regarding the maternity leave, it has added that the period of maternity leave for female employees who have operation of cesarean delivery shall be 15 days; it has refined that female employees who have a miscarriage during the pregnancy of 4-7 months shall have maternity leave of 42 days; and female employees who terminate gestation during the period of pregnancy over 7 months in accordance with the national pregnancy rules shall have maternity leave of 98 days. More details are seen in Article 14 of the *Special Rules*.

4) 针对女职工的哺乳期，增加了对哺乳场所面积的规定，规定女职工哺乳场所面积不少于 10 平方米，详见《特别规定》第十七条。

Regarding the lactation leave, it has added the stipulation on the area of lactation place, and stipulated that the area of lactation place for female employees shall be no less than 10 square meters. More details are seen in Article 17 of the *Special Rules*.

4、增加了细化女职工预防性骚扰的条款，详见《特别规定》第十八条。

It has added the detailed provisions on the prevention from sexual harassment of female employees. More details are seen in Article 18 of the *Special Rules*.

新法规链接：

《陕西省实施女职工劳动保护特别规定》已经省政府 2017 年第 25 次常务会议通过，现予公布，自 2018 年 3 月 1 日起施行。

代省长：刘国中
2018 年 1 月 12 日

陕西省实施女职工劳动保护特别规定

第一条 为了实施国务院《女职工劳动保护特别规定》，结合本省实际，制定本规定。

第二条 本规定适用于本省行政区域内国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其他社会组织等用人单位女职工的劳动保护。

第三条 县级以上人民政府应当加强对女职工劳动保护工作的领导，将女职工劳动保护的内容纳入本级人民政府妇女发展规划，协调解决女职工劳动保护工作中的重大问题。

县级以上人民政府人力资源和社会保障、安全生产监督管理、卫生和计划生育等部门应当按照各自职责对用人单位实施本规定的情况进行监督检查。

第四条 工会、妇女组织应当对用人单位女职工劳动保护工作进行监督，依法维护女职工合法权益。

第五条 用人单位应当执行以下规定：

- (一) 建立女职工劳动保护制度；
- (二) 明确负责女职工劳动保护工作的机构或者人员；
- (三) 执行国家规定的女职工禁忌从事的劳动范围；
- (四) 为女职工提供符合国家规定的工作环境、劳动条件和劳动保护用品；
- (五) 对女职工进行安全生产、职业卫生、女性特别保护和心理健康知识等培训；
- (六) 法律法规关于女职工劳动保护的其他规定。

第六条 妇女享有与男子平等的劳动就业权利。除不适合妇女的工种或者岗位外，用人单位在招录人员、安排岗位或者裁减人员时，不得歧视妇女。

第七条 用人单位不得限制或者变相限制女职工结婚、生育；不得以女职工结婚、怀孕、生育、哺乳等原因，降低女职工的工资、辞退女职工、单方面解除劳动合同或者聘用合同，或者限制女职工晋职、晋级、评聘专业技术职务。

在孕期、产期、哺乳期内劳动合同或者聘用合同期限届满的，劳动合同或者聘用合同应当顺延至孕期、产期、哺乳期期满，但女职工提出解除劳动合同或者聘用合同的除外。

第八条 用人单位与劳动者订立集体合同、女职工权益保护专项集体合同的，应当明确约定女职工劳动保护的内容。

参加集体合同或者女职工权益保护专项集体合同协商的劳动者代表中，应当有女职工代表。

用工单位使用女性劳务派遣工的，在与劳务派遣单位订立的劳务派遣协议中，应当明确约定女职工劳动保护的内容。

第九条 用人单位在招录女职工时，应当以书面形式告知女职工下列事项：

- （一）本单位属于女职工禁忌从事劳动范围的岗位；
- （二）可能产生的职业危害；
- （三）女职工应当采取的职业防护措施；
- （四）从事可能产生职业危害岗位的特别待遇；
- （五）其他应当告知的事项。

第十条 女职工因患重度痛经或月经量过多不能正常工作的，经二级以上医疗机构证明，用人单位给予 1 至 2 天的休息时间。

用人单位可以向在职女职工每人每月发放必要的卫生用品或者卫生护理费。

第十一条 对有两次以上流产史、现无子女且准备生育的女职工，不适合在原工作岗位工作的，女职工提出申请后，根据二级以上医疗机构证明，经协商一致，用人单位可以给女职工调整适当工作岗位。

第十二条 用人单位对怀孕的女职工应当给予下列劳动保护：

- （一）有劳动定额的，减轻相应的劳动量；
- （二）对孕期不能适应原岗位劳动的，用人单位根据二级以上医疗机构证明，应当予以减少劳动量或者经本人同意暂时调整其至能够适应的劳动岗位；
- （三）怀孕不满 3 个月且妊娠反应严重，或者怀孕 7 个月以上的，不得延长其劳动时间或者安排其从事夜班劳动，在每天的劳动时间内安排其不少于 1 小时的休息时间，从事立位作业的女职工应当在其工作场所设置休息座位；
- （四）在劳动时间内按照规定进行产前检查的，所需时间计入劳动时间。

第十三条 怀孕的女职工有流产先兆或者习惯性流产史的，根据二级以上医疗机构证明，用人单位可以依据本人申请适当安排保胎休息。符合国家生育规定的，保胎休息的时间按照病假处理。

第十四条 用人单位对生育或者终止妊娠的女职工，应当依法保障其享受下列劳动保护：

- （一）正常分娩的，休产假 98 天，其中产前可以休假 15 天；
- （二）难产或者实施剖宫产手术分娩的，增加产假 15 天；
- （三）生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天；
- （四）怀孕未满 4 个月流产的，休产假 15 天；
- （五）怀孕满 4 个月未满 7 个月流产的，休产假 42 天；
- （六）怀孕 7 个月以上终止妊娠，符合国家生育规定的，休产假 98 天；
- （七）法律法规规定的其他产假。

产假期间待遇按照国家和本省法律法规执行。

第十五条 女职工哺乳未满 1 周岁婴儿的，用人单位应当给予下列劳动保护：

- （一）不得延长劳动时间或者安排夜班劳动；
- （二）有劳动定额的，减轻相应的劳动量；
- （三）在每天的劳动时间内为其安排 1 小时哺乳时间，生育多胞胎的，每多哺乳 1 个婴儿，每天增加 1 小时哺乳时间。哺乳时间可以一次使用，也可以分开使用，哺乳时间计入劳动时间；
- （四）法律法规规定的其他哺乳假。

第十六条 用人单位应当按照国家规定，定期组织女职工进行职业健康检查，并书面如实告知女职工检查结果。用人单位可以每年安排女职工进行一次妇科疾病检查。职业健康检查和妇科疾病检查时间计入劳动时间，检查费用由用人单位承担。

鼓励有条件的用人单位定期组织女职工进行乳腺癌、宫颈癌筛查。

第十七条 女职工人数比较多的用人单位应当根据女职工需要,按照规定建立女职工卫生室、孕妇休息室、哺乳室等场所和设施,使用面积一般不少于 10 平方米,并采取措施妥善解决从事流动性或者分散性工作的女职工在生理卫生、哺乳等方面的困难。

第十八条 用人单位应当结合本单位工作、生产特点,采取有效措施,预防制止女职工在劳动场所遭受性骚扰。

女职工在劳动场所受到性骚扰等危害职工人身安全的行为,向用人单位反映或者投诉的,用人单位应当及时处理,并依法保护女职工的个人隐私。

第十九条 用人单位违反本规定,侵害女职工合法权益的,女职工可以依法向有关行政部门投诉、举报、申诉,也可以依法向劳动人事争议仲裁机构申请仲裁。对仲裁裁决不服的,依法向人民法院提起诉讼。

第二十条 用人单位违反本规定,侵害女职工合法权益,造成女职工损害的,依法承担赔偿责任;对用人单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员由有关部门依法给予处理;涉嫌犯罪的,移送司法机关依法追究刑事责任。

第二十一条 违反本规定的行为,法律法规已有法律责任规定的,从其规定。

第二十二条 本规定自 2018 年 3 月 1 日起施行。

未订立劳动合同二倍工资劳动争议司法口径之一 ——仲裁时效、计算基数口径

One of the judicial standards for labor disputes regarding the double pay as a result of failure to sign a written labor contract---standard regarding the limitation period for arbitration and the basis for calculation

保华律师事务所 于海红
Yu Haihong, Baohua Law Firm

因用人单位和劳动者未订立劳动合同而产生的劳动者主张二倍工资争议是劳动合同法于 2008 年实施后新产生的劳动争议类型。《劳动合同法》第 82 条，《劳动合同法实施条例》第 5 条、第 6 条、第 7 条规定，用人单位自用工之日起超过 1 个月不满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当自用工之日起满一个月的次日起向劳动者支付二倍工资；用人单位自用工之日起满 1 年未与劳动者订立书面劳动合同的，除了自用工之日起满 1 年的当日视为已与劳动者订立无固定期限劳动合同外，还需向劳动者支付自用工之日起满 1 个月的次日至满 1 年的前 1 日的二倍工资。在司法实践中，劳动者追索未订立劳动合同的二倍工资差额已经日益成为劳动争议的重要类型之一。但各地司法实践中在一些问题上产生了较大的分歧：如仲裁时效问题，《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为 1 年，从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算，追索二倍工资差额的仲裁时效应从何时起算；又如计算基数问题，二倍工资应以正常工作时间工资为基数还是以应得工资为基数等。我们收集了京沪苏浙四地的相关案例，结合四地及其他地区的地方规定，来帮助大家更清晰地了解这两个问题。

The dispute on the double pay claimed by the employee as a result of failure to sign a written labor contract between the employer and the employee has been a new type of labor disputes since the Labor Contract Law came into force in 2008. Article 82 of the Labor Contract Law and Article 5, Article 6, Article 7 of the Regulation on the Implementation of the Employment Contract Law stipulate that where an employer fails to conclude a written employment contract with an employee after the lapse of more than one month but less than one year from the date when the employee is employed, the employer shall to pay the employee his monthly wages in double amount as of the day following the full month from the day when the employee is employed; where an employer fails to conclude a written employment contract with an employee after the lapse of one full year from the day when the employee is employed, the employer shall pay his monthly wages in double amount from the day next to the lapse of a full month to the day before it is a full year since the employee's employment, besides that it shall also be deemed that the employer has concluded an employment contract without a fixed term with the employee on the day when it is a full year since the employee's employment. In legal practice, the dispute regarding the claim by the employee for double pay as a result of failure to sign a written labor contract has gradually become one of the major types of labor disputes. However in the legal practice in various areas, there are still some major differences of opinions, for example, regarding the issue of limitation period for arbitration, Paragraph 1 of Article 27 in the Labor Dispute Mediation and Arbitration Law stipulates that the limitation period for application for arbitration of a labor dispute shall be one year, which shall be counted as of the date when a party knows or should know that its right has been violated; another example, regarding the issue of the basis for calculation, whether the double pay shall be calculated on the basis of the pay for normal working hours or the basis of the pay that the employee deserves, etc. We have collected the relevant cases from the four areas of Beijing, Shanghai, Suzhou and Zhejiang, and help all of you better understand the said two issues based on the local regulations in the four areas and other regions.

上海：二倍工资的仲裁时效从未签订书面劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效，时效为一年；双倍工资基数按正常工作时间工资确定。

Shanghai: The limitation period for arbitration regarding the double pay shall be calculated respectively from the second month following the failure to sign a written labor contract on a monthly basis, and the limitation period is one year. The basis for calculating the double pay shall be determined by the normal working hours.

(一) 案情介绍：陈萍于 2014 年 1 月 12 日进入某家具销售部工作，担任销售员一职，每月基本工资为 3,500 元，外加提成。双方未签订书面劳动合同。2015 年 11 月 6 日双方解除劳动关系。陈萍遂提起劳动仲裁，主张家具公司向其支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

(二) 案件结果：一审、二审法院均认为，陈萍于 2014 年 1 月 12 日进入某家具销售部工作，某家具销售部最迟应于 2014 年 2 月 11 日与陈萍订立书面劳动合同。然直至 2015 年 11 月 6 日双方解除劳动关系时，某家具销售部仍未与陈萍签订书面劳动合同，故陈萍能够主张的未签订劳动合同双倍工资差额的期间为 2014 年 2 月 12 日至 2015 年 1 月 11 日。鉴于劳动争议申请仲裁的时效期间为一年，而陈萍于 2015 年 12 月 23 日申请仲裁，要求某家具销售部支付未签劳动合同双倍工资差额，此前未能提供证据证明仲裁时效发生中断或中止的情形，故陈萍要求某家具销售部支付 2014 年 2 月 12 日至同年 12 月 23 日期间双倍工资差额的请求已超过仲裁申请时效，难以支持；陈萍 2014 年 12 月 24 日至 2015 年 1 月 11 日期间共出勤 13 天，因而某家具销售部应向陈萍支付 13 天未签订劳动合同双倍工资差额 2,091.95 元（计算公式为 3,500 元/21.75 天×13 天）。

(三) 地方规定：《上海市高级人民法院关于劳动争议若干问题的解答》（上海高级人民法院民一庭调研指导【2010】34 号）明确，双倍工资差额的仲裁时效，属于法定责任的部分，劳动者申请仲裁的时效应适应《劳动争议调解仲裁法》第 27 条第 1 款至第 3 款的规定，即从未签订书面劳动合同的第二个月起按月分别计算仲裁时效；关于双倍工资差额的计算基数的确定，劳动关系双方对月工资有约定的，双倍工资的计算基数应按照双方约定的正常工作时间月工资来确定；双方对月工资没有约定或约定不明的，应按《劳动合同法》第 18 条规定来确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为双倍工资的计算基数。如按《劳动合同法》第 18 条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，可按劳动者实际获得的月收入扣除加班工资、非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间月工资确定；如月工资未明确各构成项目的，由用人单位对工资构成项目进行举证，用人单位不能举证或证据不足的，双倍工资的计算基数按照劳动者实际获得的月收入确定。按上述原则确定的双倍工资基数均不得低于本市月最低工资标准。

北京：二倍工资仲裁时效从其主张权利之日起向前计算一年；二倍工资计算基数以相对应的月份的应得工资为准。

但北京比较特别的一点是，新入职人员未签书面合同的二倍工资，自用工之日满一个月的次日起开始计算，最长不超过十一个月；如果是合同到期未续订但劳动者继续工作的二倍工资，起算点为自劳动合同期满的次日，最长不超过十二个月。

Beijing: The limitation period for arbitration regarding the double pay shall be calculated from the previous year to the day when the employee claims his right; and

the basis for calculating the double pay shall be subject to the pay that the employee deserves for the corresponding month.

But one of the special points for Beijing is that if the employer fails to sign a written labor contract with a new employee, the double pay shall be calculated as of the day following the full month from the day when the employee is employed, with a certain period of time up to 11 months; however, if the employer fails to renew the labor contract with an employee after his contract expires but the employee continues to work, the commencing time for the calculation shall be as of the following day after the labor contract expires, and the total period of time shall be up to 12 months.

(一) 案情介绍: 2016年1月28日, 才女士入职一品堂公司, 双方签订了试用期劳动合同, 合同期限为2016年1月28日至2016年4月27日, 试用期月正常工资为每月4000元。试用期合同到期后, 双方未签订正式的劳动合同, 才女士仍在一品堂公司继续工作, 月工资仍为每月4000元。2017年4月6日, 才女士提出离职, 2017年7月10日申请仲裁, 要求一品堂公司支付2016年4月28日至2017年4月6日未签订劳动合同二倍工资差额。

(二) 案件结果: 一、二审法院均认定, 公司未与才女士续签合同, 应自2016年4月28日起向才女士支付二倍工资。但才女士于2017年7月10日申请仲裁, 故2016年4月28日至2016年7月10日期间未签订合同二倍工资已超过一年仲裁时效, 故一品堂公司应当按月正常工资向才女士支付2016年7月11日至2017年4月6日期间的未签劳动合同二倍工资差额35494.25元(计算公式为4,000元/21.75天×19天+4000元/月×8个月)。

从审判结果可以看出, 北京法官认为, 双倍工资自试用期合同到期后的2016年4月28日即应当支付, 这与上海口径不同; 但才女士2017年7月10日提起二倍工资差额的仲裁申请, 向前倒推一年计算仲裁时效, 那么2016年4月28日至2016年7月10日的二倍工资差额均已超过仲裁时效, 无法得到支持, 这一点与上海的认定相同。

(三) 地方规定: 《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件适用法律问题研讨会会议纪要(二)》规定, 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的, 自用工之日满一个月的次日起开始计算二倍工资, 截止点为双方订立书面劳动合同的前一日, 最长不超过十一个月; 如果劳动合同期满后, 劳动者仍在用人单位工作, 用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的, 计算二倍工资的起算点为自劳动合同期满的次日, 截止点为双方补订书面劳动合同的前一日, 最长不超过十二个月。二倍工资适用时效的计算方法为在劳动者主张二倍工资时, 时效可从其主张权利之日起向前计算一年, 据此实际给付的二倍工资不超过十二个月; 二倍工资按未订立劳动合同所对应时间用人单位应当正常支付的工资为标准计算。

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件适用法律问题研讨会会议纪要》规定, 劳动合同期满后, 劳动者仍在用人单位工作, 用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的, 用人单位应当自劳动合同期满的次日起至满一年的前一日向劳动者每月支付两倍的工资。两倍工资的计算基数应以相对应的月份的应得工资为准。

浙江: 二倍工资仲裁时效自用人单位与劳动者补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起算一年; 二倍工资计算基数以

职工所在的岗位（职位）相对应的标准工资计算。

Zhejiang: The limitation period for arbitration regarding the double pay shall be one year calculating from the day when the employer signs labor contract with the employee or the day when it is deemed that both parties have signed non-fixed term labor contract; and the double pay shall be calculated based on the corresponding wage standard for the position (title) which the employee works at.

（一）案情介绍：刘先生于 2015 年 1 月 30 日至某尚公司工作，双方未签订书面劳动合同。2016 年 7 月 13 日，某尚公司向刘先生发送了解除劳动合同通知，解除了双方之间的劳动关系。工作期间，刘先生 2015 年 3 月出勤为 27 天、工资为 4340 元、奖金为 3628.7 元、销售奖励为 50 元，应发工资及奖金共 8018.7 元。2015 年 4 月出勤为 18 天、工资为 4122.3 元、奖金为 3274.2 元、销售奖励为 600 元，应发工资及奖金共 7996.5 元。2015 年 5 月出勤 22 天、工资为 4295.87 元、奖金为 5652.29 元，应发工资及奖金共 9948.16 元。2015 年 6 月出勤为 26 天、工资为 4726.24 元、奖金为 5774.16 元、销售奖励为 300 元，应发工资及奖金共 10800.4 元。2015 年 7 月出勤为 26 天、工资为 6880 元、奖金为 10592.10 元，应发工资及奖金共 17472.10 元。2015 年 8 月出勤为 25 天、工资为 6949 元、奖金为 15132.38 元、销售奖励为 800 元，应发工资及奖金共 22881.38 元。2015 年 9 月出勤为 25 天、工资为 6864.10 元、奖金为 16856.73 元、销售奖励为 2583 元，应发工资及奖金共 26303.83 元。2015 年 10 月出勤为 23 天、工资为 6370 元、奖金为 5770.15 元，应发工资及奖金共 12140.15 元。2015 年 11 月出勤为 27 天、工资为 6237.10 元、奖金为 3041.71 元，应发工资及奖金为 9278.81 元。2015 年 12 月出勤为 24 天、基本工资为 6000 元、绩效工资为 5100 元、扣罚 1640 元，应发工资共 9460 元。2016 年 1 月出勤为 23 天、基本工资 5750 元、绩效工资为 4963.38 元、扣罚 1208.6 元、补工资 79.18 元，应发工资 9583.96 元。2016 年 2 月出勤为 19 天、基本工资为 5700 元、绩效工资为 4710.48 元、扣罚 300 元，应发工资共 10110.48 元……。

2016 年 11 月 2 日，刘先生提起仲裁要求某尚公司就未签订劳动合同支付双倍工资 126217.4 元（根据前 12 个月的平均工资的 2 倍计算）

（二）案件结果：一审、二审法院认为，用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，应当向劳动者每月支付二倍的工资。某尚公司应支付未签订劳动合同的加付一倍工资为 62534.61(4340 元+4122.3 元+4295.87 元+4726.24 元+6880 元+6949 元+6864.1 元+6370 元+6237.1 元+6000 元+5750 元)元。

本案中，法官的观点是，公司应自 2015 年 3 月向员工支付二倍工资直至 2016 年 2 月，所有月份的二倍工资差额都应自 2016 年 3 月 1 日起算一年仲裁时效，2017 年 3 月 1 日之前员工请求支付二倍工资差额均在时效范围内。而刘先生是在 2016 年 11 月 2 日提起仲裁的，因此刘先生二倍工资差额的请求均未超过时效。但加倍工资是以职工所在的岗位(职位)相对应的标准工资为基数，标准工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金、物价。所以，某尚公司应支付未签订劳动合同的加付一倍工资为 2015 年 3 月至 2016 年 2 月刘先生的岗位工资之和，即 62534.61 元(4340 元+4122.3 元+4295.87 元+4726.24 元+6880 元+6949 元+6864.1 元+6370 元+6237.1 元+6000 元+5750 元)。

（三）地方规定：《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》中规定：《劳动合同法》第八十二条所称的“二倍工资”中加付的一倍工资并不属于劳动报酬，劳动者申请仲裁的时效为一年。用人单位

自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，仲裁时效从用人单位与其补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起计算。

《浙江省劳动争议仲裁委员会关于印发〈关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）〉的通知》中规定：加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算以职工所在的岗位（职位）相对应的标准工资为基数。前款标准工资难以确定的，按以下方式确定计算基数：(1)劳动合同有约定的，按劳动合同约定的工资为基数；(2)劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数；(3)岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴；难以区分工资、奖金、物贴等项目的，以职工上月实得工资的70%为基数。上述计发基数低于当地最低工资标准的，按当地最低工资标准为计发基数。

江苏：二倍工资仲裁时效自用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年或者劳动者在用人单位工作满一年之次日起算一年；二倍工资计算基数以应得工资标准为基数。

Jiangsu: The limitation period for arbitration regarding the double pay shall be one year calculating from the next day to the end of the employer's illegal act of failing to sign the labor contract or one year calculating as of the day following the full year from the day when the employee is employed; and the double pay shall be calculated based on the wage standard that the employee deserves.

(一)案情介绍：张先生自2016年2月起在某车辆配件厂从事气保焊工作，但该厂未和张先生签订书面劳动合同，从2016年2月到2016年12月，张先生每月领取的工资分别为1345元、4715元、3235元、4600元、5460元、2660元、4630元、6445元、3830元、2300元、4275元。2016年12月张先生离开配件厂。2017年6月6日，张先生申请劳动仲裁要求支付未签订书面劳动合同的二倍工资差额。

(二)案件结果：庭审中车辆配件厂主张按照徐州市最低工资标准1720元为基数计算二倍工资差额。但一审、二审法院均认定其提供的工资表已经载明了张先生每月的工资数额，故应当依据工资表上的数额支付张先生2016年3月至2016年12月的二倍工资差额共计42150元（4715元+3235元+4600元+5460元+2660元+4630元+6445元+3830元+2300元+4275元）。

本案在时效方面同浙江的认定相同：法官认为，配件厂应自2016年3月向张先生支付二倍工资差额直至2016年12月，从2017年1月1日开始计算所有月份二倍工资差额的一年仲裁时效，因此张先生在2017年6月6日提起仲裁要求支付二倍工资差额的请求在时效范围内，应该得到支持。

但在二倍工资差额的计算基数上江苏和浙江的认定明显存在差异：浙江以每月标准工资为计算基数，而江苏以每月应得工资为计算基数。

(三)地方规定：《江苏省高级人民法院江苏省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》规定：劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而主张用人单位每月支付二倍工资的争议，劳动人事争议仲裁委员会及人民法院应依法受理。对二倍工资中属于用人单位法定赔偿金的部分，劳动者申请仲裁的时效适用《调解仲裁法》第二十七条第一款的规定，即从用人单

位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日起开始计算一年；如劳动者在用人单位工作已经满一年的，劳动者申请仲裁的时效从一年届满之次日起计算一年。

用人单位因未与劳动者签订书面劳动合同而应每月支付的二倍工资，按照劳动者当月的应得工资予以确定，包括计时工资或者计件工资以及加班加点工资、奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者当月工资包含季度奖、半年奖、年终奖的，应按分摊后该月实际应得奖金数予以确定。

总结：

实践中各地就二倍工资差额仲裁时效和计算基数口径的差异，从上述四地的情况可以窥测一斑。其他地区，如广东、重庆等也都有相关的口径规定。但总的来说，就二倍工资差额仲裁时效和计算基数，各地口径主要可以分为四种情况：

1、二倍工资差额从用工满 1 个月后的每一个工资支付周期期满起算一年仲裁时效，计算基数以正常工作时间工资为基数，如上海；

2、二倍工资差额从用工满 1 个月后的每一个工资支付周期期满起算一年仲裁时效，计算基数以应得工资标准为基数，如北京、广东；

3、二倍工资差额自用人单位与劳动者补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起算一年仲裁时效，计算基数以正常工作时间工资/标准工资为基数，如浙江；

4、二倍工资差额自用人单位与劳动者补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起算一年仲裁时效，计算基数以应得工资标准为基数，如江苏。

但有一个地方比较特别，就是天津，二倍工资差额适用两种计算时效：未签书面合同的二倍工资差额，或者合同到期未续订但劳动者继续工作的二倍工资差额，应当将二倍工资差额作为一个整体计算一年仲裁时效；用人单位违法不订立无固定期限劳动合同的二倍工资差额，应当按月计算仲裁一年时效。《天津法院劳动争议案件审理指南》（津高法【2017】246 号）规定：劳动者主张未签书面合同的二倍工资差额，或者合同到期未续订但劳动者继续工作的二倍工资差额，应当将二倍工资差额作为一个整体按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定计算仲裁时效；用人单位违法不订立无固定期限劳动合同的二倍工资差额，应当按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定按月计算仲裁时效。《天津市贯彻落实〈劳动合同法〉若干问题的规定》（津人社局发【2013】24 号）规定，计算二倍工资差额的基数应按照劳动者应得工资计算。

各地的口径差异增加了用人单位在处理不同地区二倍工资仲裁时效和计算基数问题的难度，用人单位需认真研究，区别对待，不能简单地笼统处理。

从倾斜保护原则审视《劳动合同法》之修改

The revision to the Labor Contract Law shall be reviewed in
the perspective of protection tendency

章惠琴、郭文龙

Zhang Huiqin, Guo Wenlong



一、问题的提出：法律适用“一刀切”的尴尬

劳动关系兼有平等关系和隶属关系的特征，兼具人身关系和财产关系的性质，这决定了劳动法对适用主体的规定，从对所有的人完全平等的法律人格向不平等的人转化，从“自由的立法者”向“法律的保护对象”转化。然而，这种转化是否意味着所有的劳动者必须享受同样的保护，实不无疑问。如同当今社会阶层结构呈现多元化发展的趋势，劳动关系中的劳动者亦有层次之分，形象一点来讲，可分为蓝领、白领直至金领；而劳动者分布在不同的组织之内，各类组织向劳动者承担义务的能力有天然的差异，而且是不可消除的差异。法律规范一旦忽视主体间之差异，不可避免地造成现实适用上的极大尴尬。

上海家化与王茁间的劳动合同纠纷，无疑是近年来最受瞩目的劳动争议案件，更是对劳动合同法的一次全面又深入的拷问。^[1]法院最终判决上海家化恢复与王茁的劳动关系；而当上海家化履行法院判决安排王茁担任中国文化应用研究员一职，王茁却拒绝接受。问题的争点在于董事会因为王茁在“内控”问题上的失职而解除其总经理职务之后，王茁能否依劳动法享有解雇保护的权利。法院认为，董事会通过决议解除王茁职务应视为是对其岗位进行变更，并不必然导致劳动关系的解除。并且，由于王茁坚决表示愿意从事其他工作岗位，法院认为双方之间存在恢复劳动关系的基础，双方劳动合同并无不可能继续履行之客观情形。“上海家化系具有一定规模的上市公司，雇佣员工千余人，其现称无任何岗位可以安排王茁，无法让人信服”，要求上海家化“根据王茁工作能力、知识水平及公司的经营需要，另行安排合适岗位以确保劳动合同得以履行完毕”。众所周知，总经理在公司内具有唯一性，恐怕只有恢复其总经理岗位才可能使“另行安排”具有充分的合理性，王茁拒绝上海家化的其他岗位安排属意料之中。就王茁而言，从仲裁直到二审，法律一路为其开绿灯，但是不仅没有息讼，还制造出新的矛盾，漫长的诉讼最终没有实现其重返管理岗位的初衷。王茁不仅浪费了两年的大好时光，经济上损失也不小，法院并没有支持王茁按照总经理工资标准支付仲裁、诉讼期间的工资，而是按照上海家化职工平均工资标准支付，远低于王茁任职期间的工资。

与之相对应，则是小微企业负担劳动合同法义务之困。实践中，最为典型的当属未签劳动合同的二倍工资。如上海某宠物店的美容师离职后提起仲裁要求未签订劳动合同的双倍工资，获得仲裁支持。其经营者不服仲裁裁决，向法院起诉，败诉而归。^[2]法院认为，宠物店在用工期间未与劳动者订立书面劳动合同，理应承担相应的民事责任。由于宠物店已注销，法院判决其经营者支付未签订劳动合同的赔偿金两万余元。就宠物店而言，经营者可能并不知道和店员建立劳动关系，必须签订书面劳动合同以及不签这一纸合同的法律后果，或者虽有所了解但从众心理使然，认为只要按时支付劳动者工资，签不签这纸合同没有关系，店员的仲裁申请无疑给她上了生动的一课，两万有余的赔偿金仅仅因为没有签订一份书面劳动合同，万般懊悔唯有果断结束经营。就劳动者而言，美容师的双倍工资权益虽然获得法律的支持，但其将来就业会否受此影响不得而知；同时，宠物店的关门也使店内另两名员工面临失业。法律保护了一部分劳动者高额的劳动权益，也牺牲了另一部分劳动者的就业权。

分析上述两则案例，共同之处在于诉讼均未达到定纷止争的效果，用人单位往往无所适从，劳动者也未必得利。两个案例陷入了结论正确但结果免不了荒诞的境地，而这样的荒谬并非偶然，这是一个理论的必然。

二、制度根源：《劳动合同法》对倾斜保护原则的偏离

作为最集中体现一部法律基本价值判断的立法宗旨，《劳动合同法》最终并没有采纳立法过程中劳动法学界呼声最高的“单保护”观点，第一条即开宗明义：“明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益”。前句显然是在强调用人单位与劳动者双方各自有自己的权利义务，凡权利本身就是法律应当保护的；后句算是“单保护”的表达，如果找一个统一的视角，那就是“倾斜立法”。^[3]但是仔细分析立法脉络及各项制度设计，可以发现倾斜保护名义下往往形同单保护之实。

（一）倾斜保护原则的立法反思

纵观世界各国劳动立法，倾斜保护是共识，但是我国的劳动合同法偏离了倾斜保护原则的基本理论要义，而劳动合同法的问题正是偏离了倾斜保护原则带来的。

1. 倾斜不能建立在抽象基础上

民法中的平等只在抽象意义上存在，劳动法作为一种“不平等主体”的认定，强弱对比通常是建立在“具体人”的假设上，劳动法中主体是特定的、有差异的，不平等只有在具体比较中才可能存在。^[4]劳动法的倾斜立法模式决定其保护对象劳动者必须是具体的，否则就难以确定其倾斜的力度与方式。^[5]一旦脱离具体的情景，抽象地讨论强势主体弱势主体，就会陷入荒谬，王茁和宠物店老板孰强孰弱？劳动合同法的逻辑假设正是建立在抽象的基础上，认为但凡用人单位，如宠物店就是强势主体，凡是劳动者，如王茁就是弱势主体。但是，如果我们还原到具体的情境中就会发现，王茁等职业经理人基于委任关系，受董事会聘任，月薪五万多，还有公司 31.5 万股股权，其并不比董事会弱。举一个更显著的例子，唐骏加盟新华都集团时，据传公司给予其的现金与原始股约合人民币 10 亿之巨，以致其表示“我这次拿到的，应该是目前全球最贵的转会费了”。而宠物店小老板在员工胜诉后当即关闭了宠物店，也成了失业人员，其并不比员工强到哪里去。倾斜保护理论强调一定要在具体情境中才有认定不平等的可能，而劳动合同法最大的问题就是抽象地谈平等。

2. 大倾斜不能广适用

倾斜保护的度决定倾斜保护的适用范围，倾斜保护的度与适用范围呈负相关。法律越倾斜，适用的范围就越小，相反，如果倾斜的度不大，适用的范围则可以扩大。以解雇保护为例，印度《劳资纠纷法》要求企业解雇员工需获得政府批准，但该法同时对雇员不超过一百人的大多数的印度企业都予以豁免，典型的倾斜度大但适用范围窄。美国在雇佣自由原则下，雇员可以在任何时间以任何理由被解雇，对于不当和立即解雇的保护只有当违反雇佣歧视法律或者终止的理由是违反重

要的公共政策时才有效，[6]解雇保护水平低，因此解雇禁止几乎可以适用于所有企业，典型的倾斜度小但适用范围广。我国劳动立法倾斜的度很大，劳动法以倾斜保护为立法宗旨，劳动合同法在劳动法基础上，又大步往前推进，法律的刚性进一步增强，极大地限缩了适用的范围，但是劳动合同法并没有对适用范围作出调整，仍然沿用原有的“一刀切”模式，无视低标准才能广覆盖的内在逻辑，既建立了较高的标准，又设计了较广的覆盖面，实践已经证明很难实现。

3. 倾斜不能妨碍效率

倾斜保护原则要求在立法利益的分配上，只能限定在“倾斜”上，仍需给当事人的协商留出充分的余地，倾斜保护的原则不能以牺牲经济效率为代价，有别于罗尔斯提出的“差别原则”。[7]社会法是在契约基础上强调“身份”，对于弱势主体之所以要建立严密的认定标准，正是为了防止倾斜保护机制，冲击市场应有的秩序。一份双倍赔偿金让一家宠物店关了门，董事会解聘的总经理公司还要提供合适岗位，劳动合同法的倾斜保护已变成压制一方而偏袒另一方，效率大受影响，完全不符合倾斜保护底部矫正的特征。中央政治局会议提出了“去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板”五大重点改革任务，明确指出降成本的重点是增加劳动力市场灵活性，可见国家已经意识到影响效率的倾斜不具有可持续性。

劳动合同法只有低标准方可实现广覆盖，不可能既要达到一个很高的标准，又要实现比较广的覆盖。当劳动合同法偏离倾斜保护原则，同时追求高标准和广覆盖时，一定会陷入荒谬，而出现系统性问题，其中又以小微企业和高管的不适应性最为明显。

（二）倾斜立法的制度验证

不管是宠物店不签劳动合同双倍工资案还是王苗总经理无法解聘案，已验证社会常识与法律逻辑冲突造成的不适应，不仅如此，劳动合同法偏离倾斜保护原则导致其他主要制度在小微企业和高级管理人员的适用上一样出现常识与法律的激烈碰撞，造成普遍冲突。

1. 无固定期限劳动合同制度现实之困

劳动合同法在劳动法连续工作满十年签订无固定期限劳动合同规定基础上，增加了连续订立二次固定期限劳动合同，续订劳动合同，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的规定。此举目的在于克服劳动合同短期化问题。且不说宠物店已经关门，没有签订无固定期限劳动合同的客观条件；即使存续时间较长，夫妻尚可离婚，雇员确是“终身制”，宠物店完全无力承受，也背离社会常识。王苗案中，法院认为其原虽为公司高管，但连续工龄已满十年，不予恢复劳动关系实质上亦剥夺了王苗作为老职工可以要求履行无固定期限劳动合同的权利，有失公平。换言之，无固定期限合同可以阻碍董事会决议的落实，成为了公司治理的最大障碍。

2. 劳动规章制度现实之困

劳动合同法不仅规定用人单位应当建立和完善劳动规章制度，同时将规章制度纳入严格的制定程序，凡制定劳动报酬、工作时间、休息休假等“直接涉及劳动者切身利益”的规章制度，“应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”此外，《劳动合同法》第 39 条将《劳动法》第 25 条中严重违反劳动纪律或用人单位规章制度的两个理由，合并成“严重违反用人单位的规章制度”一个理由，没有了严重违纪规定的拾遗补缺，在没有规章制度或规章制度没有规定的情况下，无论劳动者过错的严重程度，均可能导致无法解除的结果。宠物店除了店主，只有三名员工，既没有成立工会，也没有职代会，民主程序如何完成，在技术上也不可能完成将员工的所有的过错事先列明，对店主的法律素养要求显然过高。规章制度的主要目的在于“规范企业内必要之工作秩序以及劳工之行为”，[8]王茁作为公司规章制度的制定者、实施者，“经济人”本性决定了其往往会为了谋求自己的利益，而损害公司的利益，如何防范其道德风险。公司对其作出辞退决定的理由为王茁工作责任心不强，导致普华永道对公司内部控制出具了否定意见的审计报告并受到新闻媒体负面报道，对公司造成恶劣影响，对公司形象、名誉、财产和利益造成重大损失，认为王茁构成严重违反公司规章制度及严重失职。根据中国证券管理监督委员会上海监管局的行政处罚决定，王茁对其在职期间公司发生的信息披露违法行为存在不可推卸的责任，给予警告，并处于 3 万元罚款。法院对照公司规章制度，竟无法认定其构成严重违纪和失职。

3.解雇保护制度现实之困

劳动合同法设置了很高的解雇保护水平，解雇不仅需要法定理由，还需要满足解雇程序、经济补偿金等规定。尤其在解雇理由上，不仅有正向的许可理由，还有反向的禁止理由。对于劳动者在医疗期满后不能从事原工作，用人单位须为其另行安排工作；劳动者不能胜任工作，用人单位须为其培训或者调整工作岗位；劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，须先协商变更劳动合同，只有尽了前述义务以及向劳动者支付经济补偿后，用人单位方可解除劳动合同。对于工伤丧劳或者医疗期内职工以及孕期、产期、哺乳期的女职工，禁止用人单位无过错解除劳动合同。但是，在市场前景不佳、经营困难时，小企业常常需要转换经营方向和内容。对宠物店来说，岗位有限，如果无法及时根据经营状况增减雇员人数，可能对其经营和利润造成重大影响。[9]对王茁来说，董事会依据公司法可以无因免除其总经理职务，但是哪怕经营不善造成企业亏损，却不能被解除劳动合同意义上的总经理。

4.辞职制度现实之困

劳动合同法在限制用人单位解雇权的同时，加大了劳动者的辞职权，劳动者用脚投票权大大扩展。劳动者只需履行提前 30 天的预告程序，即可单方解除劳动合同，不必受违约金的约束。而在推定解雇上，劳动合同法改设劳动法规定为未及时足额支付劳动报酬，增设未依法为劳动者缴纳社会保险费等劳动者可以随时通知解雇的情形。对宠物店来说，法律对其工资管理提出了严格的要求，即使是很轻微的过错，法律后果却是一样，需要承担经济补偿金责任。而对王茁来说，作为公司总经理，其离职对于公司影响甚大，聘用合同往往对此有所防范，约定预

告期限、违约金等责任。但是其一旦签订劳动合同，可以依法享受劳动法赋予的任意辞职权；除非有培训等可约定服务期事项，否则不能约定违约金。

可见，劳动合同法带来的常识与法律的碰撞是普遍的，导致小微企业与高管这两类主体对劳动合同法的不适应也是系统性的，这是劳动合同法偏离倾斜保护原则的必然结果。

（三）社会常识的自动纠偏

如果所有小微企业的劳动者都像宠物店员工一样拿起劳动法的武器，那么一部劳动合同法很可能使几千万的小微企业遭遇灭顶之灾；如果所有的总经理都像王茁一样挑战公司法的治理机制，那么一部劳动合同法也可能使所有大公司的经营陷入混沌。但是，上述矛盾在劳动合同法公布实施近十年中并没有爆发得很普遍，这是因为当法脱离常识之后，社会生活常常会自动纠偏。不管是劳动者挑战个体户的双倍赔偿，还是总经理用无固定期限合同挑战公司法的委任制，只要劳动者一纸诉状，因为有法可依，法院一定会依法判决，所以这类案件没有爆发的唯一原因是没有劳动者状告。当法律的设计背离了多数人的常识，如同商鞅变法立木为信，最初的反应，大家一定是不相信，止步不前；当终于有人举起木头，这个法就真的落地了。法的逻辑注定这两类群体，在很长的一段时间里，是没有勇气去主动挑战它的。但是，劳动合同法一直存在，随着法律越往深贯彻，越强调法治，法律确立的规则就会慢慢渗入社会生活，就会有人开始去挑战它，它的恶的一面就会开始显现出来。这是法治进步本身带来的，如果法治本身不进步，法律的荒谬还可以掩藏。但是随着法治的进步，违背常识就会出现，法律逻辑与常识抵触时，法律逻辑慢慢开始起作用。实践中，只要有一个案子出现了，就有一个案子的荒谬结论，有十个案子出现了，就有十个案子的荒谬，一旦有这样的案例出现，将会有越来越多的劳动者拿起法律武器，后面这样的案例一定是大量出现。如果不尽快去修正与常识相违背的法律，终有一天，法律一旦落地，法律就会改变常识。因此，必须回归常识，尽早修法。

三、《劳动合同法》须向倾斜保护原则回归

劳动合同法如果坚持高标准，适用范围就一定要窄，所以整部法如果不能真正回归倾斜保护的基本要义作出系统地调整，就一定要“掐头去尾”，通过对劳动合同法适用范围的“去小”、“去强”，矫正高标准带来的系统性不适应。

（一）建立小微企业豁免制度

所谓豁免制度，又称作适用除外制度，是指在劳动法律中规定对某些类型企业不适用劳动法主要或部分规范的法律制度。劳动法豁免制度也是发达国家和地区劳动法律的重要组成部分，比如为保护交易额微小工厂的雇主免遭组织和经济上的重负，各国普遍建立了小微企业解雇保护豁免制度。我国与发达国家相比，经济社会发展水平还比较低，但是各项劳动标准不但高于发达国家平均水平，有的标准甚至是世界最高最严格的，小微企业负担过重，亟待建立豁免制度。

1. 小微企业劳雇关系强弱对比不明显

法人产生以前，雇主与雇工是两个自然人之间的关系，地位基本平等，不存在从属性问题。而随着社会化大生产的发展，雇主逐渐地从自然人发展到合伙经济组织、有限责任公司、股份制公司，传统的、较为平等的雇佣关系开始发生质的变化。随着雇主强势地位的逐渐显现，雇主与雇员的关系已不再是两个自然人之间的关系，而是强势主体与弱势主体的关系。[10]在这样的背景下，劳动法应运而生，运用倾斜保护原则对失衡的强弱对比关系进行重整以实现“实质平等”。但是，相较于大中型企业，小微企业的弱小显而易见，亚洲开发银行和美国国家开发署将小微企业分别定义为“穷人的企业”和“由贫困人口经营的企业”，这些雇主与早期的雇主本质上并没有变化，体现的仍然是自然人属性。其与雇员之间，虽也存在强弱之分，但还处于相对平等的状态，强弱对比并不十分明显。如果对这些仍然保持个人本位状态的企业也适用现代劳动法的调整模式，倾斜立法和结社谈判的话，将可能矫正过分出现新的失衡，有违劳动法追求结果公平的立法初衷。

较低的劳动标准才具有普适的可能性，而劳动合同法现有的各项制度标准普遍较高，小微企业根本做不到，这样，经济利益驱动下，违法成为很多企业更为经济的选择，执行难就成为一种现实或者带有一定的必然性。如果执行难，那么“宽执行”也就顺理成章。[11]不仅如此，小微企业相对于劳动者的强势地位并不明显，社会完全有此认知，也就容易获得体谅。市场其实是一种习惯，一种合约的集合，无论是在世界社会秩序的发展史还是法律发展史当中，从来都是从合同习惯走向制定法，走向国家法，没有相反的过程。劳动合同法确立的书面合同、无固定期限劳动合同、劳动规章、解雇保护等制度，在小微企业中很少执行，也常常因为这是一种交易习惯，约定俗成。法律应该是在合约、习惯的基础上提炼出一些民间习惯法的合理因素上升为制定法，立法机关绝不能完全无视民间合约，完全无视民间习惯，轻易地否定这种合约和习惯。如果用立法机关所立之法强行替代民间合约和习惯，它不可避免的是偏离。[12]与其“宽执行”有损法律威严，不如“宽立法”，在给予劳动关系各方最基本的保障或控制后，很多问题应被留给市场上的各主体进行谈判，以此增加双方协调的灵活性，从而更适应社会实际生活的需要，达到各方共赢，这是上乘之选。但是如果法律希望保持较高的标准，那么只有缩小适用的范围，将严格的法律义务赋予执行能力强的大中型企业，对小微企业网开一面。当前，国家鼓励“大众创业、万众创新”，总理在多个场合表示，“小微企业是最大的就业吸纳器”，“要想方设法让它们活下去、活得好”。如何让小微企业活得更长一些，从劳动法视角而言，必须建立小微企业劳动法豁免制度。

2. 适用豁免的可行性

我国已经制订了一套相对完备的小微企业的认定标准和管理规定，这使得我国对企业执行劳动合同法等法律法规时，已经有了分类实施的可能。根据 2011 年实施的《中小企业划型标准规定》，企业划型的标准主要是营业收入和从业人员。但是，在劳动法豁免制度中引入这种双重标准，将增加制度操作的难度，所以不妨借鉴发达国家经验，以雇佣规模作为主要认定标准来确定豁免范围。关于雇佣

规模的标准，国家划型标准中对零售业、软件和信息技术服务业等大部分行业微型企业从业人员采十人以下的认定标准，对工业、交通运输业等则采二十人以下的认定标准。劳动合同法修法时可以参考上述人数认定标准来确定豁免范围。同时，对于雇员的性质也需要一并予以考虑，可以借鉴德国解雇保护豁免制度计算用工人数的经验。德国规定不但要除开学徒工，而且每周工作时间不超过二十小时的非全日制工的人数应乘以 0.5，每周工作时间不超过三十小时的非全日制工的人数应乘以 0.75，[13]认定标准比较科学直观。

确定豁免范围最关键还是要参照劳动标准的高低。劳动合同法将劳动标准降得越低，豁免的范围可以定得越小，但是如果劳动标准不降，豁免的范围就要大一点。当然，豁免的范围也并非一成不变，可以根据情势变化，予以相应调整，这也是国际通行做法。比如，日本劳动基准法规定使用十名以上劳动者的雇主，有义务制定就业规则，此前为五十名。另外，还应该分类设置豁免的范围。对于不同的法律义务，设立不同的豁免范围。比如，书面合同义务，无固定期限劳动合同建议对雇用十人以下的用人单位实行豁免。又如解雇保护义务的豁免，既可以参考国外立法实践就解雇理由、解雇程序、解雇待遇建立整体豁免，如德国解雇保护法对雇用十人以下的用人单位实行解雇保护整体豁免；[14]也可豁免其中某项，比如澳大利亚公平工作法规定小企业雇主不需要支付遣散费；[15]法国劳动法典规定了一些对雇用少于十一名工人的企业程序性要求的豁免，特别是对不遵守解雇的程序性和实质性要求的制裁。[16]如果整体豁免，豁免范围可以小一点，比如将豁免范围确定为雇用十人以下的用人单位。反之，如果是单项豁免，则可以将豁免范围确定得大一点。还比如，对于规章制度订定义务的豁免，企业之经营须结合多数个别个人之相互合作，始有可能，亦正因为如此，故组织之秩序系不可或缺之，[17]当规章制度普遍被用作企业管理的工具，法律对其内容、程序的合法性均有要求，而这合法合规的难度远高于工资工时义务，非一般小微企业能力所及。因此，各国对规章制度制定义务的豁免范围较大，比如法国对雇佣人数 20 人以下的企业豁免制定内部规章的义务；[18]台湾对雇用劳工人数在三十人以下的企业豁免订立工作规则的义务，我国可予以借鉴。

（二）建立高级管理人员适用排除制度

劳动者是一个涵义广泛的概念，企业的经营者、管理者可以说都是劳动者，但他们只是社会学意义上的劳动者，而不应是劳动法学意义上的劳动者。[19]劳动法是以一种特殊的标准衡量当事人的地位和分配利益的法律，这些特殊的标准源于社会弱者的“身份”认定，是以特殊身份来决定利益的分配，使这种分配结果有利于具有“弱势身份”的一方。[20]劳动法意义上的劳动者，一定具有弱者的身份。

1. 高级管理人员不具劳动者属性

高级管理人员缺失认定劳动者身份所必要的劳动从属性程度。是否为劳动法所称的劳动者，当事人间是否成立劳动契约，主要系依据有无从属性进行判断。从属性乃劳动契约之最大特色，一切有别于传统民事法律概念的劳动法概念，即是承此概念而展开。[21]雇主将雇员纳入其事业单位组织并指示、决定雇员劳务给付

地、给付时、给付量与劳动强度、劳动过程，即等于是将雇员个人置于雇主之控制范围之内，并得支配雇员之人身、人格，亦即支配劳动力即等于支配雇员之人身、人格；又在雇员有妨碍企业生产秩序或企业运作之情形时，雇主更得以惩罚，以维护企业之正常生产与运作及资方经营管理之权威，因此雇员相对雇主具有人格上的从属性。[22]而经理等高级管理人员与公司间显然并无从属关系，而是平等关系，其法律性格应界定为委任关系，属自主性劳动。[23]劳动契约与委任契约，均具劳务供给之性质，但两者之内容及当事人间之权利义务均不相同。劳动契约系以给付劳务之自体，为契约之目的，契约订立以前雇主与雇员是平等的民事关系，但在契约订立后转化为隶属关系，双方的力量对比发生变化，雇员处于弱势地位；而委任则以处理事务为契约之目的，其给付劳务仅为一种手段，契约订立前后都是平等的主体。受雇人之服劳务，须绝对听从雇用人之指示，自己无独立裁量之权，而受任人之处理委任事务，虽亦须依委任人之指示，但有时亦有独立裁量之权。[24]劳动契约与委任契约性质不同，无可兼而有之，高级管理人员与公司之间不可能既存在委任关系，又存在劳动关系，自不应适用以从属性特征为调整对象的劳动法。

高级管理人员是代表雇主向劳动者行使雇主职能之人。雇主是雇员在劳动契约的相对人，有权要求雇员提供劳务并且受领之人。雇主可以是自然人、法人或非法人团体。在雇主是自然人时，是由其本身行使指示权，但在雇主是法人或非法人团体时，却只能藉由其机关（董事、委任经理人）或高级管理人员行使指示权。一般而言，由于企业的大型化，企业的组织架构越来越庞大、精细，法人藉由其机关或高级管理人员行使指挥命令权的情况，就会越趋普遍。对于此种公司行号的机关行使指挥命令权之现象，通常称之为“雇主功能之分离”者，并将代行指示权之机关称为“功能性雇主”。功能性的雇主会随着职务的异动而由他人取而代之，但法人或非法人却仍继续存在，是劳动契约的相对人。[25]一旦将经营管理者归入劳动者的行列，劳动关系中即会出现劳动力使用主体虚化的问题。我国劳动立法中，劳动合同签订主体不明，实践中一种流行的说法是，中国劳动力市场上，是一部分劳动者和另一部分劳动者签订劳动合同，加重雇主过重之负担。高级管理人员既是用人单位代表，又是自己利益代表，当其作为劳动者与代表用人单位的高管身份签订劳动合同时，极易产生道德风险，往往会为了自己的利益，而损害公司的利益，例如，不签订劳动合同，离职时索要双倍赔偿金；自己确定工作时间，自我加班谋取超额利益等。

2.排除适用的可行性

劳动者人格应当从抽象到具体，“各先进国家‘劳工’之定义向采狭义解释，并非所有之劳工皆受有关劳工法令之保障”。[26]劳动法不应当简单地将从属性与弱势主体划等号。否则将可能陷入从“抽象平等”到“抽象从属”误区。只有根据“经济社会地位以及职业的差异把握更加具体的人”，才能真正实现“对弱者加以保护”的目的。[27]以经理为代表的高级管理人员由于其与用人单位的议价能力较强，所有权利义务都可以通过聘用合同予以约定，总体上不应适用以倾斜立法为特征的劳动法调整体制，否则就会有保护过度的可能。[28]

对于性质上明显属于雇主范畴的高级管理人员，劳动合同法应将其列为雇主而非

雇员，排除出劳动立法的保护范围，改由公司法调整。考察各国立法例，关于此类人员的规范主要有正面界定和反面排除两种。一是正面界定，比如《美国公平劳动标准法》规定雇主包括与雇员有关的直接或间接地代表雇主利益的人。《日本劳动基准法》规定雇主包括企业主、企业经理人或代表企业主处理企业中有关劳动者事宜的行为人。企业主，在私人企业的情况下指企业主个人，在法人组织的情况下指法人；工厂的经营责任者指法人的理事、股份公司的董事长等负有企业经营一般权限的责任者；为了企业主而处理与该企业劳动者相关事宜者，是指为了企业主而决定劳动条件、进行劳务管理、发布业务命令等进行具体的指挥监督者。由此，厂长、部长、科长、股长以及现场监督者，都可以理解为该法上的雇主。[29]二是反面排除。将雇主从雇员的概念中排除，从而反向界定雇主的概念。比如《德国劳动法院法》规定在法人企业或合伙企业工作并且根据法律、章程或公司合同、单独地或作为代表机构的成员被任命为法人或合伙人的代表人，不属于雇员的范畴，它包括股份有限公司的总经理之类。《德国解雇保护法》第14条首先明确了该法不适用于法人企业中被指定的法定代表机构成员或者合伙企业中根据法律、章程或者公司合同代表所有合伙人的人员。[30]

我国劳动立法并未建立雇主概念，不适宜采用正面描述的方式，但可以通过反面排除的方式予以界定。劳动合同法中建议增设董事以及高级管理人员不适用劳动合同法的规定，高级管理人员范围的界定可以参考我国公司法第216条的规定，主要包括公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书等。此外，公司的人事主管，由于其直接负责公司与劳动者相关之事宜，属于利害关系人，也应排除劳动合同法的适用。当然，为防止用人单位过分扩大高级管理人员范围，应建立实质性认定标准，除非有相反证据证明，高级管理人员确实存在较强从属性，才可以适用劳动立法。

四、结语

“倾斜保护”作为劳动法的基本原则，通过倾斜对于失衡的劳动关系作出必要的矫正来缓和这种实质上的不平等，这是另一种意义上的法律平等，即“实质平等”。[31]劳动标准易上难下，面对倾斜立法，立法者唯持如履薄冰之心，确保适度的倾斜形成有效的平衡，一旦倾斜过度，将无法克服矫正所引起的反作用力，要么影响社会关系的正常运行，要么造成法律的难以施行。[32]劳动合同法偏离倾斜保护的立身之本，一方面，小微企业大多无力执行法律设定的书面劳动合同等各项制度，造成普遍不守法；另一方面，代表用人单位利益行事同时又具有较强的议价能力的高级管理人员仍被视为弱者，造成过度保护。唯有尽快“去小”，将保护重心上移；“去强”，将保护重心下移，才能最低限度地回归倾斜保护的基本要义，实现劳动关系的和谐有序发展。

该文曾发表于《学术界》2017年第1期。

注释：

[1]（2015）沪二中民三(民)终字第747号。

[2]上海（2010）闵民一（民）初字第5639号。

[3]董保华：《论劳动合同法的立法宗旨》，《现代法学》2007年第6期。

- [4]董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析〈劳动合同法(草案)的基本定位〉》,《法商研究》2006年第3期。
- [5][18][25][26][29]董保华:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社,2011年,第46、153、46、43、153页。
- [6]Bernd Wass : The Right to Strike A Comparative View, CPI Goup(UK) Ltd,Croydon,2014,P569.
- [7]董保华:《社会法原论》,中国政法大学出版社,2001年,第146页。
- [8][15]黄程贯:《企业惩罚权》,《台湾社会研究》1990年第12期。
- [9]谢增毅:《劳动法与小企业的优惠待遇》,《法学研究》2010年第2期。
- [10]董保华、邱婕:《论劳动法主体的界定》,《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社,2005年,第65页。
- [11]章惠琴:《和谐劳动关系法律调整机制研究》,《宁夏社会科学》2013年第3期。
- [12]盛洪:《劳动合同法与供给侧改革学术研讨会》发言,北京,2016.7.23.
- [13][28]王倩:《德国解雇保护制度》,民商法论丛,法律出版社,2009年,第632、632、632页。
- [14][15]http://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.byCountry?p_lang=en,2016年3月10日登录。
- [18]倪雄飞:《小微企业豁免适用规章制度的思考》,《中国劳动》2015年第11期。
- [19]董保华:《劳动法论》,世界图书出版公司,1999年,第206页。
- [21][24]魏千峰:《劳动基准法上之劳工.劳动法裁判选辑(一)》,元照出版有限公司,1999年,第348、338页。
- [22]黄程贯:《新学林分科六法劳动法》,新学林出版股份有限公司,2015年第A-3、A-17页。
- [23]刘志鹏:《论劳动基准法上之劳工——以经理人为检讨重点》,《劳动法理论与判决研究》,元照出版有限公司,2000年,第21页。
- [25]杨通轩:《个别劳工法——理论与实务》,五南图书出版有限公司,2015年,第177页。
- [29]田思路:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社,2013年,第53页。
- [32]陆占奇、刘晓倩、张皓:《“多赢”的期待:劳动关系市场化博亦的评价与前瞻》,《劳动关系》2008年第2期。



中国上海市延安西路1033号大众金融大厦A幢3301室 邮编：200050
3301, Tower A, Mass Financial Mansion, 1033 West Yan An Road, Shanghai 200050 China

www.baohualaw.com