保华月刊

Baohua Monthly

2020年5月刊
May.2020
第40期
NO.40

- 上海案例调研：用人单位迟延办理退工手续的认定及责任承担
- 江西省高级人民法院关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

12 **劳动新规详解**
Close Look at New Labor Regulations

新法规：《江西省高级人民法院 江西省人力资源和社会保障厅关于办理劳动争议案件若干问题的解答》
New Regulation: *Jiangxi Provincial Higher People's Court, Jiangxi Province Human Resourc-es and Social Security Department's Answers to Several Issues Concerning Handling Labor Dispute Cases*

26 **热点追踪**
Hot Issues

上海案例调研：用人单位迟延办理退工手续的认定及责任承担
Case Study: Identification and Liability of the Employer's Failure to Complete the Dismissal Procedures

34 **老董杂谈**
Professor Dong By-Talk

试析不定期劳动合同
Analysis of open-ended employment contract

新闻总结

一、李克强政府工作报告：加大减税降费力度

来源：新华社

摘要：近日，李克强总理全国人大第三次会议上作政府工作报告时指出，前期出台 6 月前到期的减税降费政策，包括免征中小微企业养老、失业和工伤保险单位缴费，减免小规模纳税人增值税等，执行期限全部延长到今年年底。

Abstract：Recently, Premier Li Keqiang pointed out in his government work report at the third session of the National People's Congress that the tax reduction and fee reduction policies that expired before June, including exemption from pension, unemployment and industrial injury insurance for small enterprises and medium-sized and micro-enterprises and reduction of value-added tax for small-scale taxpayers, will be extended until the end of this year.

李克强表示，要加大减税降费力度，放水养鱼，助力市场主体纾困发展。今年继续执行下调增值税税率和企业养老保险费率等制度，新增减税降费约 5000 亿元。前期出台 6 月前到期的减税降费政策，包括免征中小微企业养老、失业和工伤保险单位缴费，减免小规模纳税人增值税，免公共交通运输、餐饮住宿、旅游娱乐、文化体育等服务增值税，，减免民航发展基金、港口建设费，执行期限全部延长到今年年底。小微企业、个体工商户所得税缴纳一律延缓到明年。预计全年为企业新增减负超过 2.5 万亿元。要坚决把减税降费政策落到企业，留得青山，赢得未来。

李克强表示，要推动降低企业生产经营成本。降低工商业电价 5%政策延长到今年年底。宽带和专线平均资费降低 15%。减免国有房产租金，鼓励各类业主减免或缓收房租，并给予政策支持。坚决整治涉企违规收费。

二、交通部公布《关于公路水运工程建设领域保障农民工工资支付的意见》

来源：交通运输部网站

摘要：近日，交通部公布《关于公路水运工程建设领域保障农民工工资支付的意见》（以下简称《意见》），保障农民工工资按时足额支付。其中，《意见》要求，严格合同制管理。施工总承包单位或分包单位在与所招用的农民工签订合同中，应约定工资支付标准、支付时间、支付方式等内容。坚持先签合同后进场，未按要求订立合同并进行实名登记的人员不得进入施工现场。施工总承包单位、用工单位和农民工本人应当保存一份合同原件。临时或短期聘用的农民工可依法适当简化合同内容。

Abstract：Recently, the Ministry of Transport of the People's Republic of China has published *Opinions on Protecting Migrant Workers' Wages in the Field of Construction by Highway and Waterway* (hereinafter referred to as *Opinions*) to ensure that migrant workers' wages are paid in full and on time. Among them, the *Opinions* require strict contract management. The construction general contractor or sub-contractor shall stipulate the wage payment standard, payment time and payment method in the contract signed with the migrant workers employed. In principle, we must insist on signing the contract before entering the site. Any person who fails to sign the contract as required and register with his/her real name shall not enter the construction site. The construction general contractor, the employing unit and the migrant workers themselves shall keep an original contract. The temporary workers or migrant workers employed on a short-term basis can appropriately simplify the

contents of the contract according to law.

为了从源头防止因建设资金不落实、工程款支付不到位导致拖欠农民工工资，依据国务院颁布的《保障农民工工资支付条例》（简称《条例》）相关规定，《意见》强调工程建设要坚持科学规划、审慎决策，依法合规落实建设资金来源。建设单位在与施工总承包单位签订合同时，应向施工总承包单位提供工程款支付担保，具体担保形式可在合同中约定。建设单位不能及时支付时，依法按照约定的担保方式进行处置，保障工程款及农民工工资按时足额支付。

合同是结算和工资支付的重要依据和保障。《意见》明确，建设单位与施工总承包单位签订的施工合同中，应按照保障农民工工资按时足额支付的需要，明确农民工工资支付要求。坚持农民工先签订合同、后进场施工的原则，用工单位与所招用的农民工应当通过合同约定工资支付标准、支付时间、支付方式等。

依据《条例》相关规定，《意见》要求，在加强合同管理的基础上，施工总承包单位应对农民工信息进行实名登记，汇总、核实农民工个人信息，统一管理所承包工程中的农民工。总承包单位和分包单位应建立农民工用工管理台账和工资支付台账，保存至工程完工且工资全部结清后至少 3 年，发生农民工工资支付争议时，用工单位应当向有关部门提供其依法保存的材料。

《意见》结合行业实际情况，进一步明确了工资保证金制度有关要求，按“无拖欠可减免、有拖欠可提高”原则实行差异化管理，完工后无拖欠应及时退回，既引导企业做好工资支付保障，同时也尽量减轻企业负担。

《意见》在总结近年来公路水运建设领域保障农民工工资支付工作的基础上，强调施工总承包单位对分包单位负有管理责任，坚决杜绝以包代管；压实用工单位对所招用农民工的工资支付所负直接责任。要求做好宣传引导、农民工培训和普法教育，提高农民工劳动技能和依法维权的能力；加强组织领导，将工资支付情况作为监督检查和信用评价的重点内容，注重部门协同，形成工作合力，更加有效地维护农民工合法权益。

三、国家医保局：社保“第六险”试点扩大范围

来源：中国医疗保险

摘要：长期护理保险旨在为长期失能老年人提供基本生活照料和日常护理服务保障，被视为继养老、医疗、工伤、失业、生育 5 项社会保险之外的“第六险”。国家医保局近日在官网挂网《关于扩大长期护理保险制度试点的指导意见（征求意见稿）》，就长护试点筹资、待遇、管理等关键问题给出意见，并决定扩大长护制度试点，同时公开向全社会征求意见。

Abstract: Long-term care insurance aims to provide basic living care and daily care for the long-term disabled elderly. It is regarded as the "sixth insurance" in addition to the five social insurances of old age, medical care, work injury, unemployment and childbirth. National Healthcare Security Administration of The People's Republic of China recently issued *Guiding Opinions on Expanding the Pilot of Long-term Care Insurance System (Draft for Comments)* on its official website , giving opinions on key issues such as funding, treatment and management of the pilot of long-term care, and deciding to expand the pilot of long-term care system while openly soliciting opinions from the whole society.

文件明确了长护保险制度的基本原则：坚持以人为本，解决重度失能人员长期护理保障问题。坚持独立运行，着眼于建立独立险种，独立设计、独立推进。

坚持基本保障，低水平起步，以收定支，合理确定保障范围和待遇标准。坚持责任共担，合理划分筹资责任和保障责任。坚持机制创新，探索可持续发展的运行机制，提升保障效能和管理水平。坚持统筹协调，做好与各类社会保障制度及商业保险的功能衔接。

根据上述基本原则，文件对保障范围、资金筹集方式、待遇支付方式与基金、服务和经办管理作出比较明确的规定。

参保和保障范围：根据长护保险“基本保障”的原则定位，文件指出 试点阶段从职工基本医疗保险参保人群起步，重点解决包括失能老人、重度残疾人在内的重度失能人员基本护理保障需求。有条件的地方可逐步扩大参保覆盖范围，调整保障范围。

资金筹集：从我国目前 15 个长护试点城市 3 年的探索经验来看，目前试点地区基金运行总体平稳，但是从资金来源和筹资结构来看，有些地方依赖于医保基金的划拨，还存在渠道单一、结构不合理的问题。因此，在本次文件中，对资金渠道和结果进行了明确。文件要求， 筹资以单位和个人缴费为主，单位和个人缴费原则上按同比例分担，其中用人单位缴费基数为职工工资总额，起步阶段可从其缴纳的职工基本医疗保险费中划出；个人缴费基数为本人工资收入，可由个人账户代扣代缴。这将更有利于体现长护保险作为一种社会保险的“责任共担”。

待遇支付：待遇支付一直是长护保险的难点，其中关注焦点主要在于对失能人员的评估、认定标准，与基金支付水平等。本次文件明确，经医疗机构或康复机构规范诊疗、失能状态持续 6 个月以上，经申请通过评估认定的重度失能参保人员，可按规定享受相关待遇。根据护理等级、服务提供方式等不同实行差别化的待遇保障政策，鼓励使用居家和社区护理服务。对符合规定的护理服务费用，基金支付水平总体上控制在 70%左右。

基金管理：作为一项独立运行的险种，文件明确长护保险基金要 单独建账，单独核算。同时要建立健全基金监管机制，创新基金监管手段，完善运行管理办法，建立健全举报投诉、信息披露、内部控制、欺诈防范等风险管理制度，确保基金安全。

服务管理：在长护试点城市的经验来看，一些地区出现了长护服务供给数量不足、质量参差不齐的情况，因而促进长护服务的提供与落实监管十分重要。本次文件规定，要进一步探索完善对护理服务机构和从业人员的协议管理和监督稽核等制度。建立健全长期护理保险基本保障范围、相关标准及管理办法。加强费用控制，实行预算管理，探索适宜的付费方式。特别需要注意的是，文件强调可以 引入完善第三方监管机制，加强对经办服务、护理服务等行为的监管。

经办管理：长护保险经办是否可以社会化，也是目前试点中比较关键的问题，若囿于“体制内”的编制限制，则容易出现经办人手不足、效率较低的情况。现有的试点城市也有些在社会化经办方面进行了探索，取得了较好的成果，但也存在服务流程、标准、以及费用支付等需要明确的难点。本次文件规定， 可引入社会力量参与长期护理保险经办服务，充实经办力量。同步建立绩效评价、考核激励、风险防范机制，提高经办管理服务能力和效率。健全经办规程和服务标准，优化服务流程，加强对委托经办机构的协议管理和监督检查。同时，文件还对社会力量的经办服务费来源做出规定，可综合考虑服务人口、机构运行成本、工作绩效等因素， 探索从长期护理保险基金中按比例或按定额支付。

除对上述长护保险的关键问题给出指导意见外，文件还提出将长护试点从 15 城扩展为每省 1 城。原试点继续保留，重点联系省份不再新增试点城市，其

他省份每省新增 1 个符合条件的城市开展试点。

四、国家协调劳动关系三方：应对疫情影响进一步做好集体协商工作

来源：：工人日报

摘要：近日，中华全国总工会、人力资源和社会保障部、中国企业联合会/中国企业家协会和中华全国工商业联合会近日联合下发《关于应对疫情影响进一步做好集体协商工作的通知》（以下简称《通知》），要求各级协调劳动关系三方深入贯彻习近平总书记关于统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展重要指示精神，积极应对疫情影响，发挥集体协商协调劳动关系作用，努力做好“六保”工作，保障职工权益，助力企业发展。

Abstract: Recently, All-China Federation of Trade Unions, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China, CHINA ENTERPRISE CONFEDERATION /China Entrepreneurs Association and All-China Federation of Industry and Commerce jointly issued the Notice *on Further Collective Consultation to Address the Impact of Epidemic Situation* (hereinafter referred to as the *Notice*), requiring all three parties coordinating labor relations at all levels to thoroughly implement General Secretary Xi Jinping's important directive on overall promotion of prevention and control of the COVID-19 and economic and social development, actively address to the impact of the epidemic, play the role of collective consultation and coordination of labor relations, strive to protect the rights and interests of laborers, and assist the development of enterprises and safeguard “the six guarantees”.

《通知》强调，要发挥集体协商对于助力企业复工复产、稳定职工就业岗位、维护劳动关系稳定的重要作用，深入推进集体协商“稳就业促发展构和谐”行动计划，引导企业和职工确立“同舟共济、共克时艰”的协商目标，营造有事多商量、遇事多商量、做事多商量的氛围，坚持合法合理、利益兼顾、因企制宜、稳定有序的协商原则，通过开展集体协商，妥善解决当前劳动关系的突出问题，维护劳动关系和谐稳定。

《通知》要求，要针对企业经营发展现状和职工的现实诉求，着力围绕稳定劳动关系开展协商。一是对复工复产难度大、订单大幅减少、生产经营较困难的企业，突出协商稳岗位保企业，通过协商调整薪酬、灵活安排工作时间、轮岗轮休、组织培训等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或少裁员；不得不裁员的企业要在裁员方案制定和实施中充分听取职工意见，依法充分协商方能实施。二是对受疫情影响企业延迟复工、职工待岗、工作时间调整等期间的工资待遇，引导双方依法依规协商确定；对受疫情影响的企业，根据企业经济效益情况，依法适度协商调整工资水平；对暂无工资支付能力的企业，协商约定依规合理延期支付工资；对效益较好生产经营正常的企业，协商合理确定工资增长幅度。三是将复工后的工作方式、时间安排、带薪休假使用、劳动保护措施、女职工特殊权益保护等涉及职工切身利益问题作为协商内容。四是把交通运输、旅游、餐饮住宿、娱乐文化、商贸会展等疫情影响严重行业和出口外向企业作为推进协商的重点领域；协商中要重点关注劳务派遣工、农民工、试用期职工以及湖北地区职工等特殊群体权益；推动平台企业与平台就业劳动者就劳动报酬、工作时间、劳动保护等开展协商。

《通知》提出，疫情防控期间要创新开展协商的方式方法，在确保程序规范

的前提下，因地制宜、线上线下相结合地开展协商。

五、国际劳工组织：疫情导致超过五分之一的年轻人停止工作

来源：经济日报

摘要：近日，根据国际劳工组织（ILO）发布《新冠肺炎疫情与全球就业监测报告》第四版最新报告，新冠病毒疫情对年轻人的打击“比其他任何群体都更大更快”，自疫情爆发以来，已有超过五分之一的年轻人停止了工作，即便是未遭解雇的青年群体，其工作时间也减少了 23%，其中女性受到的影响超过男性。

Abstract: Recently, according to the latest report in 4th edition of the *COVID-19 Epidemic and Global Employment Monitoring Report* released by International Labour Organization (ILO), *COVID-19* epidemic has hit young people "harder and faster than any other group." Since the outbreak of the epidemic, more than one-fifth of young people have stopped working. Even among the young people who have not been laid off, their working hours have decreased by 23%, with women being affected more than men.

报告指出，新冠肺炎疫情暴发以来，全球青年就业受到了严重影响，自今年 2 月份以来，全球青年失业人数迅速增加，疫情对青年妇女就业的影响大于青年男子。疫情给年轻人带来了三重打击，不仅破坏了他们的就业，扰乱了针对他们的教育和培训，还对那些寻求进入劳动力市场或跳槽的年轻人设置了重大障碍。2019 年全球青年失业率为 13.6%，大约 2.67 亿年轻人没有工作或没有接受教育、培训的机会，失业率高于其他群体。疫情进一步加剧了全球年轻人失业问题，疫情造成的经济危机对年轻人特别是年轻妇女的就业打击比其他群体都更迅速、更严重。如果各方不立即采取行动改善年轻人就业处境，则疫情造成的这种年轻人就业后遗症可能会延续几十年。报告预测，全球今年第二季度失业人数将保持在 3.05 亿。从区域角度看，美洲(13.1%)、欧洲和中亚(12.9%)第二季度的工时损失最大。

报告呼吁采取紧急、大规模和有针对性的政策措施来支持青年就业，包括发达国家的广泛就业与培训保障方案，低收入和中等收入经济体的密集就业和保障方案，以及各国应采取必要措施为年轻人重返工作岗位和就业创造良好环境。报告说，各国对新冠肺炎的严格检测和追踪也降低了当地劳动力市场混乱程度，但在实行严格检测和追踪的国家，平均工作时间减幅高达 50%。此外，疫情应对本身也可以为青年创造新的临时性工作机会。报告继续呼吁各国采取国际劳工组织提出的四项支柱战略对策，即支持工人和企业、刺激经济和就业、保障收入及工作场所的工人、依靠社会对话解决就业问题。

国际劳工组织总干事盖伊·赖德说，如果年轻人就业受到损害，这将破坏全球未来发展，包括使新冠肺炎疫情之后的经济重建变得更加困难。为年轻人创造就业机会有助于丰富经济复苏的内涵，包括让民众和企业尽快在安全条件下恢复工作，以及促进全球经济保持公平和可持续性。各国应当把保障和促进年轻人就业作为经济社会迅速恢复运转和今后疫情应对一揽子政策的重要组成部分。

六、沈阳出台意见保障新业态灵活用工

来源：辽宁日报

摘要：近日，沈阳市印发了《关于优化新业态灵活用工劳动关系服务的指导意见》，切实维护新业态从业人员的合法权益。其中提出，在不影响本企业工

作的情况下，快递小哥等新业态从业人员可以与其他单位建立劳动关系。

Abstract：Recently, *Guiding Opinions on Optimizing New Business Forms to Provide Flexible Labor Relations Service* was released in Shenyang City with the aim to safeguard the legitimate rights and interests of employees in new business forms. Among them, it is proposed that employees in new formats such as express delivery industry can establish labor relations with other employers without affecting the work of the original employer.

在劳动关系、社会保险保障方面，与新业态企业建立劳动关系的新业态从业人员，新业态企业应当与其依法签订书面劳动合同，劳动合同的期限由双方协商确定。经新业态从业人员同意，在确保合同内容基于企业和员工双方的真实意愿，并确保合同内容不被篡改的情况下，可以签订电子劳动合同。新业态从业人员在不影响本企业工作任务完成且原单位未限制的情况下，可以与其他单位建立劳动关系。

为有效保障新业态从业人员休息权，意见提出，新业态企业和新业态从业人员协商达成一致意见，可以在劳动合同或者相关协议中明确具体休息休假或者经济补偿办法，经当地人社部门批准后，可以根据生产实际情况实行特殊工时制度。业务较多时，在保障新业态从业人员人身健康权的前提下，可以适当延长工作时间；业务较少时，可以采取集中放假、轮岗轮休、待岗培训等方式，尽量做到少裁员或者不裁员，促进就业稳定。

意见中还鼓励企业采取灵活多样的用工方式。未与新业态企业建立劳动关系的新业态从业人员，新业态企业可以通过劳务外包、加盟协作和其他合作关系等形式，与新业态从业人员签订民事协议，合理确定企业、从业人员、合作单位的权利和义务。同时，鼓励有富余员工和有紧缺用工需求的企业之间进行用工余缺调剂。“共享用工”不改变原用人单位和劳动者之间的劳动关系。

此外，为预防和妥善处理新业态领域劳动纠纷，沈阳市将针对新业态企业灵活用工特点，指导规范企业依法用工，分类量身定制监管规则和标准，健全劳动保障信用评价、守信激励和失信惩戒制度。

七、上海高院：逾期举证　罚款 30 万元

来源：潇湘晨报

摘要：近日，上海市高级人民法院审理了一起民间借贷纠纷上诉案，该案上诉人在一审庭前证据交换时对借款本息金额提出异议但未提交证据，一审判决后提起上诉，并在二审开庭之前提交了数份证据。上海高院依据上述证据对一审判决予以部分改判，并对上诉人逾期举证的行为，作出罚款人民币 30 万元的决定。

Abstract: Recently, an appeal case of a private loan dispute was heard in the Shanghai Higher People's Court. In this case, the appellant objected to the amount of principal and interest of the loan but did not submit evidence during the evidence exchange before the first trial. The appellant appealed after the first trial judgment and submitted several pieces of evidence before the second trial. The Shanghai Higher People's Court partially revised the judgment of the first trial based on the above evidence, and made a fine of CNY 300,000 for the appellant's late evidence.

【案情回放】

2017 年至 2018 年期间，陈某与某实业公司签订多份借款合同。陈某按照合

同约定向某实业公司分批发放了借款，而某实业公司只陆续归还了部分借款和利息。陈某遂起诉某实业公司，要求其归还剩余本金和利息。

一审法院对该案进行审理，某实业公司在庭前证据交换时，对借款本息金额曾提出异议，但一直未提交相应证据，之后又无正当理由缺席庭审。

一审判决后，某实业公司对判决不服，遂向上海高院提起上诉，并在二审开庭之前提交了中国农业银行《客户收付款入账通知》71 份等证据，认为一审法院遗漏计算某实业公司的还款 1800 余万元。

在二审庭审中，陈某对某实业公司提交的证据真实性无异议。经各方当事人对账，上海高院认定某实业公司所持证据可作结算依据，故对一审判决予以部分改判。

【以案说法】

上海高院认为，当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳，但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。某实业公司在二审中提供的证据涉及系争借款合同中的欠付款项金额，与案件基本事实有关，法院依法予以采纳。但该公司在一审审理期间未在举证期限内提供证据，且该证据亦非一审判决后形成的新证据，显属其逾期提供的证据。该公司未在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证，逾期提供证据无正当理由，应视为故意迟延提交证据，该行为妨碍民事诉讼的正常秩序，导致一审误判，增加了当事人的诉累，浪费了司法资源。上海高院遂依法对该公司作出罚款人民币 30 万元的决定。

《罚款决定书》送达后，某实业公司认可罚款金额，也未向最高人民法院申请复议。

法院提示，当事人在合理期限内积极、全面、正确、诚实地完成举证是民事诉讼应有之意，无正当理由逾期提供证据应视为故意迟延提交证据，该行为妨碍了民事诉讼的正常秩序。

为保证诉讼程序公正、高效且经济地进行，当事人应当遵循诚实信用原则，配合法院的审理工作，正当行使诉讼权利，积极履行诉讼义务，通过积极举证等合法手段，维护自身的权益。当事人恶意拖延诉讼进程、阻扰庭审调查、故意增加对方当事人讼累的行为，不仅侵害了对方当事人的权益，也对司法资源造成极大的浪费。法院可以依法对不诚信诉讼行为进行惩戒。

本案中，某实业公司一审无正当理由拒不到庭应诉，对自身诉讼义务没有尽到必要注意义务，迟迟不提交其持有证据，消极应对诉讼，藐视司法程序，影响审判效率，根据民事诉讼法及其司法解释等规定实业公司应承担相应的责任。

此次，新《民事证据规则》进一步明确了法院对逾期提供证据处以罚款的金额可以结合当事人逾期提供证据的主观过错程度、导致诉讼延迟的情况、诉讼标的金额等因素，确定罚款数额。但罚款不是主要目的，规范诉讼秩序、提高诉讼效率、维护司法权威才是根本。希望以此案为戒，引导当事人遵循诚信原则、遵守诉讼制度、回归法治轨道，为推动全社会诚信体系建设作出贡献。

八、北京：大病职工高额医疗费用可“二次报销”

来源：新京报

摘要：近日，北京市医保局、市财政局联合印发了《关于进一步加强城镇职工大病医疗保障的通知》（京医保发〔2020〕20 号），建立城镇职工大病医疗保障长效机制，大病职工高额医疗费用可“二次报销”，单位和个人不缴费，减轻

大病职工高额医疗费用负担。自 2020 年 1 月 1 日起执行。

Abstract: Recently, the Beijing Municipal Health Insurance Bureau and the Municipal Finance Bureau jointly issued the *Notice on Further Strengthening Medical Insurance for Serious Illness of Urban Employees* (J.Y.B.F.[2020] No.20) to establish a long-term mechanism for medical insurance for serious illness of urban employers. Employees suffering from serious illness can be "reimbursed for the second time" in case of high medical expenses, and employers and individuals do not pay the fees, thus reducing the burden of high medical expenses on employees suffering from serious illness. This regulation was implemented since January 1, 2020.

二次报销具体办法：

个人单位都不缴费

目前，北京市城镇职工基本医疗保险待遇中，门诊报销封顶线 2 万元，住院报销封顶线 50 万元。参保职工在享受上一年度城镇职工基本医疗保险待遇后，个人自付医疗费用，扣除单位补充医疗保险和社会救助对象医疗救助金额后，超过起付标准以上的部分，由城镇职工大病医疗保障“二次报销”。2019 年起付标准为 39525 元。北京市城镇职工基本医疗保险参保人员，均可自动纳入城镇职工大病医疗保障范围，单位和个人无需额外缴纳医疗保险费。

起付标准联动调整

北京市明确，城镇职工大病医疗保障和城乡居民大病保险有机衔接，待遇一致。城镇职工大病保障起付标准为城乡居民大病保险的 1.3 倍。2019 年城乡居民大病保险起付标准为 30404 元，城镇职工大病医疗保障为 39525 元。

报销比例、报销范围一致

城乡大病保障在报销比例、报销范围一致。参保职工起付标准以上（不含）部分累加 5 万元（含）以内的个人自付医疗费用，由城镇职工大额医疗互助资金支付 60%；超过 5 万元（不含）以上的个人自付医疗费用，由城镇职工大额医疗互助资金支付 70%，上不封顶。

政策向特困群体倾斜

北京市城乡居民最低生活保障人员、生活困难补助人员、城乡低收入救助人员、特困供养人员和低收入农户等困难人员，起付标准降低 50%，各费用段支付比例分别再提高 5 个百分点，即 5 万元（含）以内报销 65%，5 万元以上部分报销 75%。

按年度结算，系统自动支付

城镇职工大病医疗保障一个年度结算一次，用人单位需提供单位补充医疗保

险情况，在扣除单位补充医疗保险和社会救助对象医疗救助金额后，自动打入参保人员个人账户。

可减轻多少负担？

举个例子，参保职工老王患有大病，在 2019 年发生的门（急）诊和住院医疗费用，经基本医疗保险报销，并扣除单位补充医疗保险和社会救助对象医疗救助金额后，基本医疗保险政策范围内个人自付医疗费用仍有 20 万元。

根据城镇职工大病保障规定，39525 元以上的 160475 元由城镇职工大病医疗保障机制进行“二次报销”。其中，5 万元以内部分，二次报销 60%，即基金支付 3 万元；5 万元以上的部分 110475 元，二次报销 70%，即基金支付 77332.5 元；经城镇职工大病医疗保障“二次报销”，共计可减轻该参保职工医疗费用负担 107332.5 元。

法规名称：《江西省高级人民法院 江西省人力资源和社会保障厅关于办理劳动争议案件若干问题的解答》

Regulation: Jiangxi Provincial Higher People's Court, Jiangxi Province Human Resources and Social Security Department 's Answers to Several Issues Concerning Handling Labor Dispute Cases

发布：江西省高级人民法院 江西省人力资源和社会保障厅

Published by Jiangxi Provincial Higher People's Court, Jiangxi Province Human Resources and Social Security Department

公布日期：2020年5月9日

Date of publication: May 9 2020

施行日期：2020年5月9日

Date of implementation: May 9 2020

概要：近日，江西省高级人民法院与省人力资源和社会保障厅联合印发《关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）》（以下简称《解答》）。《解答》坚持问题导向，重点围绕裁审办案实务中的难点、热点问题，归纳出37个问题解答，涉及劳动关系认定、劳动合同订立、履行、解除、终止、劳动报酬、社会保险待遇、裁审衔接等内容。

Abstract: Recently, Answers to Some Questions on Handling Labor Dispute Cases (Trial) (hereinafter referred to as Answers) was jointly issued by Jiangxi Provincial Higher People's Court, Jiangxi Province Human Resources and Social Security Department. The Answers focuses on the difficulties and hot issues in the adjudications and handling of cases, and summarized 37 solutions to the problems, involving the identification of labor relations, the conclusion, performance, dissolution, termination of labor contracts, labor remuneration, social insurance benefits, the convergence of arbitration and trial, etc.

亮点：

Highlights：

一、劳动关系确认方面

I The confirmation of labor relations

1、就网络平台经营者与相关从业人员之间是否成立劳动关系的问题，《解答》采用“合同+人格从属性+要素式”的综合审查方式作出了详细规定。详见《解答》第 1 条。

1. Regarding the question of whether a labor relationship is established between the network platform operator and the relevant employees, the *Answers* adopts the comprehensive review method of "contract+personality dependency+element type" to make detailed provisions. For details, please refer to Article 1 of the *Answers*

2、就全日制在校学生与用人单位之间是否存在劳动关系的问题，《解答》没有一概而论，也规定采用“就业目的+要素式”的综合审查方式。详见《解答》第 2 条。

2. Regarding the question of whether there is labor relation between full-time students and employers, the *Answers* does not make a general statement, and also stipulates that a comprehensive examination method of "employment purpose+element type" shall be adopted. For details, please refer to Article 2 of the *Answers*

二、劳动合同订立与履行方面

II The conclusion and performance of labor contracts

1、《解答》明确规定倒签劳动合同后劳动者不得主张二倍工资，但补签劳动合同的劳动者可以主张二倍工资。详见《解答》第 4 条。

1. The *Answers* clearly stipulates that any employee who signs a labor contract backwards shall not claim twice the salary, and any employee who later signs labor contract may claim twice the salary. For details, please refer to Article 4 of the *Answers*

2、《解答》规定因劳动者占有、使用用人单位财务发生的争议，根据占用、使用的原因来区分是否属于劳动争议范畴：因工作原因导致的，属于劳动争议范围；反之，则属于普通民事案件范畴。详见《解答》第 9 条。

2. The *Answers* stipulates that disputes arising from employees' occupation and use of

the employer's financial resources shall be classified as labor disputes according to the reasons for occupation and use: disputes arising from work shall be classified as labor disputes. On the contrary, it belongs to the category of ordinary civil cases. For details, please refer to Article 9 of the *Answers*

3、《解答》明确用人单位单方调岗需符合一定条件才合法：如需双方有约定或者规章制度里有规定，需是生产经营的需要，调岗后工资水平与原岗位相差不大，调整后的岗位不具有歧视性、侮辱性等。

3. The *Answers* clearly states that an employer's unilateral job transfer is legal only if it meets certain conditions: if both parties have an agreement or the rules and regulations have provisions, and it comes from the needs of production and operation, the salary level after the job transfer is not much different from that of the original post, then the adjusted post is not deemed to be discriminatory or insulting.

另外，从《解答》的措辞中也可以看出，如用人单位因劳动者医疗期满后不能从事原工作或者因劳动者不能胜任而进行单方调岗，无需保证调岗后工资水平与原岗位相当。

In addition, it can also be seen from the wording of the *Answers* that if the employer unilaterally adjusts the post due to the employee's inability to perform the original job or the employee's incompetence after the medical treatment period expires, there is no need to ensure that the salary level after the adjustment is equivalent to the original post.

详见《解答》第 16 条。

For details, please refer to Article 16 of the *Answers*

三、劳动报酬方面

III Labour reward

1、《解答》明确了二倍工资的计算基数为对应月份的实发工资，但规定应扣除加班工资、非对应月份固定发放的收入以及福利等。详见《解答》第 11 条。

1. The *Answers* specifies that the calculation base of double salary is the actual salary of the corresponding month, but stipulates that overtime salary, non-corresponding month's fixed income and welfare, etc. shall be deducted. For details, please refer to Article 11 of the *Answers*

2、《解答》明确了加班工资的计算基数的认定标准：有约定从约定，无约定的按正常工作时间的工资作为计算基数；当地最低工资保底。详见《解答》第 12 条。

2. The *Answers* clearly defines the criteria for determining the calculation base of overtime pay: if there is an agreement, it shall be subject to the agreement, while if there is no agreement, it shall be based on the salary of normal working hours. The local minimum salary is taken as the guarantee. For details, please refer to Article 12 of the *Answers*

3、《解答》明确了工伤职工停工留薪期内的工资标准，即因工伤前十二个月的平均月工资，扣除加班工资。详见《解答》第 13 条。

3. The *Answers* clearly defines the salary standard for employees with work-related injuries during the period of work stoppage and salary retention, i.e. the average monthly salary for the 12 months before the work-related injuries, excluding overtime pays. For details, please refer to Article 13 of the *Answers*

四、劳动合同解除和终止方面

IV Dissolution and termination of labor contract

1、《解答》列明了劳动合同不能继续履行的具体情形，与山东高院的解释口径基本相同，详见《解答》第 18 条。

1. The *Answers* lists the specific circumstances under which the labor contract cannot be continuously performed, which is basically the same as that of the Shandong High Court. See Article 18 of the *Answers* for details.

五、社会保险待遇方面

V Social insurance benefits

1、《解答》为已付出实际劳动的非法用工单位伤亡人员提供了有效可行的工伤保障救济途径，详见《解答》第 23 条。

1. The *Answers* provides effective and feasible ways of work-related injury protection relief for the casualties who have paid actual labor in illegal employers. See Article 23 of the *Answers* for details.

六、仲裁时效方面

VI Limitation of arbitration

1、《解答》规定了确认劳动关系之诉的仲裁时效，详见《解答》第 24 条。

1.The *Answers* stipulate the time limit for arbitration of actions to confirm labor relations. See Article 24 of the *Answers* for details.

2、《解答》规定了劳动者主张未休年休假补偿工资应适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定的仲裁时效，并分情况明确了仲裁时效的起算点。详见《解答》第 25 条。

2. The *Answers* stipulate that employees claim that the arbitration time limit stipulated in the first paragraph of Article 27 of the *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law of the People's Republic of China* shall apply to compensation salary for unused annual leave, and the starting point of the arbitration time limit shall be determined according to the circumstances. For details, please refer to Article 25 of the *Answers*

除上述亮点外，《解答》还对仲裁时效抗辩、诉请不可分性的处理、仲裁裁决内容全面审理的原则、以及对仲裁中未提供而在诉讼中提供的证据如何处理、仲裁阶段自认的效力如何认定等程序衔接问题做出了具体规定，详见《解答》第 27、28、29、32 等条款。

In addition to the above highlights, the *Answers* also makes specific provisions on procedural convergence issues such as the defense of arbitration limitation, the treatment of indivisibility of claims, the principle for comprehensive review of the contents of arbitration awards, and the treatment of evidence not provided in arbitration but provided in litigation, as well as the determination of the effectiveness of admission in the arbitration stage. For details, please refer to Articles 27, 28, 29 and 32 of the *Answers*.

新法规链接：

江西省高级人民法院　江西省人力资源和社会保障厅
关于办理劳动争议案件若干问题的解答（试行）

一、关于劳动关系确认

1.网络平台经营者与相关从业人员之间是否成立劳动关系？

网络平台经营者与相关从业人员之间订立书面劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行,不应认定双方存在劳动关系。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

双方未签订书面劳动合同的，依据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》的有关规定，根据劳动者的工作时长、工作频次、工作场所、报酬结算、劳动工具等，企业对劳动者的监督管理程度、惩戒措施等因素综合认定是否存在劳动关系。

2.全日制在校学生与用人单位之间是否存在劳动关系？

全日制在校学生在用人单位参加教学实习的，双方不存在劳动关系；在校学生根据《高等学校勤工助学管理办法（2018 年修订）》（教财〔2018〕12 号）第 4 条规定利用业余时间在用人单位勤工助学的，双方不存在劳动关系；在校学生在用人单位以就业为目的工作的，可根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》综合判断双方之间是否存在劳动关系。

二、关于劳动合同订立与履行

3.劳动者以书面劳动合同无效为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，应如何处理？

劳动者以书面劳动合同无效为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。

4.劳动者以劳动合同倒签或补签为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，应如何处理？

双方将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内，劳动者以劳动合同倒签为由主张未签订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。但有证据证明存在欺诈、胁迫情形的除外。

双方补签劳动合同的，劳动者主张实际用工之日至补签前一日扣除一个月订立书面劳动合同宽限期的二倍工资差额，应予支持。

5.劳动合同期满后未续签，劳动者继续为用人单位提供劳动，劳动者主张二倍工资差额的，应如何处理？

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续签劳动合同，劳动者主张用人单位支付劳动合同续延期间未签订劳动合同二倍工资差额的，应予支持。但双方对续签合同另有约定的除外。

劳动合同期满后，依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定依法续延，劳动者主张用人单位支付劳动合同续延期间未签订劳动合同的每月二倍工资差额的，不予支持。

6.劳动者主张用人单位支付二倍工资差额，用人单位以因劳动者原因未订立书面劳动合同为由抗辩的，应如何处理？

用人单位有证据证明其已主动履行订立劳动合同义务，但劳动者拒绝订立劳动合同或者劳动者利用主管人事等职权故意不订立劳动合同，以及因其他客观原因导致用人单位无法及时与劳动者订立劳动合同的，劳动者主张用人单位支付二倍工资差额的，不予支持。

7.标准工时工作制下确认加班事实的证据，应如何审查认定？

标准工时工作制下认定劳动者是否存在加班事实，应主要审查以下几个方面：1.劳动者的工作时间超过法定工作时间标准；2.劳动者在超出的工作时间内是在为用人单位提供劳动；3.加班是由用人单位安排的或者经用人单位批准的。

8.符合条件的劳动者提出与用人单位签订无固定期限劳动合同，用人单位不予签订，劳动者请求人民法院判令用人单位签订，应如何处理？

符合条件的劳动者提出与用人单位签订无固定期限劳动合同，用人单位不予签订，劳动者请求人民法院判令用人单位签订的，人民法院应向劳动者释明可以将诉讼请求变更为要求确认双方存在无固定期限劳动合同关系，劳动者拒绝变更的，对其诉讼请求不予支持。

9.劳动者因工作原因占有、使用用人单位财物的，应如何处理？

用人单位要求劳动者返还劳动合同存续期间因劳动合同的履行而由劳动者占有、使用的财物的，应当按照劳动争议案件处理。

用人单位要求劳动者返还劳动合同存续期间劳动者非因工作原因借用的财物的，应当按照普通民事案件处理。

10.劳动合同期限内存在哪些情形，可以认定为劳动合同中止？

劳动合同履行过程中存在以下情形之一的，可以认定为劳动合同中止履行：

（一）经双方当事人协商一致中止履行劳动合同的；

（二）劳动者因涉嫌违法犯罪被限制人身自由的；

（三）劳动合同因不可抗力暂时不能履行的；

（四）劳动者应征入伍或履行国家规定的其他法定义务的；

（五）劳动者暂时无法履行劳动合同的义务，但仍有继续履行条件和可能的；

（六）法律、法规规定的或劳动合同约定的其他情形。

劳动合同中止履行期间，劳动关系保留，劳动合同暂停履行，用人单位可以不支付劳动报酬并停止缴纳社会保险费。劳动合同中止期间不计算为劳动者在用人单位的工作年限。劳动合同中止情形消失，除已经无法履行的外，应当恢复履行。

三、关于劳动报酬

11.未订立书面劳动合同二倍工资差额的计算基数应如何认定？

二倍工资差额的计算基数应是劳动者对应月份实际发放工资，不含以下部分：（一）延长工作时间的工资报酬；（二）因劳动者工作业绩而随机发放的效益工资、提成等；（三）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；（四）未确定支付周期的劳动报酬，如一次性发放的奖金、津贴、补贴等；（五）法律、法规和国家规定的劳动者福利待遇等。但劳动者正常工作时间的工资低于当地最低工资标准的，以当地最低工资标准为计算基数。

12.加班工资基数应如何认定?

双方当事人对工资构成和工作时间有明确约定的，从其约定。劳动者正常工作时间的工资低于当地最低工资标准的，以当地最低工资标准为计算基数。

双方当事人对工资构成和工作时间约定不明确，按实际发放工资中的正常工作时间工资作为加班工资的计算基数。折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的，以当地最低工资标准为计算基数。

13.工伤职工在停工留薪期内的工资如何确定？

根据《工伤保险条例》第三十三条的规定，工伤职工在停工留薪期内“原工资福利待遇不变”，其中“原工资”按照工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前 12 个月的平均月工资计算，但不包括加班工资。

14.用人单位安排劳动者休息日加班后安排了补休，劳动者拒绝补休的，用人单位能否免除支付加班费义务？

用人单位安排劳动者休息日加班后安排了补休，劳动者拒绝补休并要求用人单位支付加班费的，不予支持。

四、关于劳动合同解除和终止

15.用人单位以劳动者存在劳动合同法第三十九条规定情形为由解除劳动合同，在仲裁或诉讼程序中，用人单位又补充提出劳动者存在用人单位可单方解除劳动合同的其他事由或情形，应如何处理？

用人单位以劳动者存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定情形为由解除劳动合同，应当围绕用人单位在解除劳动合同当时所提出的事由或情形，审查用人单位是否构成违法解除劳动合同。在仲裁或诉讼程序中，用人单位事后补充的劳动者存在用人单位可单方解除劳动合同的其他事由或情形，均不纳入审查范围。

16.用人单位单方调整工作岗位，劳动者不服，导致解除劳动合同的，应如何处理？

用人单位调整劳动者工作岗位，牵涉用人单位用工自主权及劳动权益的平衡。同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：

(1)符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度的规定；

(2)符合用人单位生产经营的客观需要；

(3)调整后的工作岗位的劳动待遇水平与原岗位基本相当，但根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项和第二项，因劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作而被调整岗位，或者因劳动者不能胜任工作而调整岗位的除外；

(4)调整工作岗位不具有歧视性、侮辱性；

(5)不违反法律法规的规定。

用人单位主张调整劳动者工作岗位合法，应承担举证证明责任。

用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上述规定的情形，劳动者超过一个月未明确提出异议，后又以《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第一项

规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

劳动者既未到新的工作岗位报到也未到原岗位出勤的，按照用人单位规章制度规定确属严重违纪的，用人单位主张解除劳动合同的，应予支持。

17. 劳动者未提前通知用人单位而擅自离职的，应如何处理？

劳动者未提前三十天（在试用期内提前三天）书面通知用人单位解除劳动合同，自行离职，或虽然履行通知义务，但未履行办理工作交接等相关义务，给用人单位造成损失，用人单位主张劳动者赔偿直接经济损失的，应予支持。对所造成的经济损失，用人单位负有举证责任。

劳动者以《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第二款规定为由解除劳动合同的，可以不需要事先通知用人单位。

18. 劳动合同不能继续履行的具体情形有哪些？

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条中“劳动合同已经不能继续履行的”情形包括：

（一）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；

（二）劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄的；

（三）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；

（四）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；

（五）劳动者已入职新用人单位的；

（六）仲裁或者诉讼过程中，用人单位有证据证明向劳动者提供合理工作岗位，但劳动者拒绝的；

（七）其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。

用人单位仅以劳动者原岗位已被他人替代为由进行抗辩的，不宜认定为“劳动合同已经不能继续履行的”情形。

19. 劳动者主张继续履行劳动合同，但劳动合同已无法继续履行的，应如何处理？

劳动者主张继续履行劳动合同，但劳动合同确已无法继续履行的，应当向劳动者进行释明，告知其可以变更请求为要求用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金，如果劳动者坚持不变更，应当驳回其继续履行劳动合同的请求，并告知劳动者可以另行主张违法解除劳动合同的赔偿金。

20.劳动者要求用人单位支付加付赔偿金的，应如何处理？

用人单位存在《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定的违法情形，劳动者向人民法院起诉要求用人单位支付加付赔偿金的，劳动者应当就劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费、经济补偿、工资差额的相关事实和用人单位逾期未履行的相关事实承担举证责任。

五、关于社会保险待遇

21.用人单位未缴、欠缴社会保险费或未按规定的工资基数足额缴纳社会保险费的，劳动者主张予以补缴的，应如何处理？

用人单位未缴、欠缴社会保险费或未按规定的工资基数足额缴纳社会保险费的，劳动者主张予以补缴的，告知劳动者不属于劳动争议案件的受案范围，应裁定不予受理。已经受理的，应裁定驳回起诉。

22.达到法定退休年龄的人员向用人单位主张工伤待遇的，应如何处理？

达到法定退休年龄的人员向用人单位主张工伤待遇，未能提供劳动行政部门作出的工伤认定的，不予支持。但用人单位对构成工伤不持异议的除外。符合人身损害赔偿条件的，应向其释明可以另行提起侵权之诉。坚持主张工伤待遇的，驳回其诉讼请求。

23.非法用工单位伤残职工或者死亡职工的近亲属直接向人民法院起诉要求用工单位支付一次性赔偿的，应如何处理？

非法用工单位伤残职工或者死亡职工的近亲属依据相关行政部门出具的非法用工处理意见要求单位支付一次性赔偿的，应予支持。非法用工单位伤残职工或者死亡职工的近亲属不能提供相关行政部门出具的非法用工处理意见，人民法院根据查明的事实及《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定认定非法用工关系成立的，非法用工单位应承担相应赔偿责任。人民法院可以委托非法用工单位所在地设区的市级劳动能力鉴定委员会进行伤残职工的劳动能力鉴定。

六、关于裁审衔接

24.确认劳动关系争议的申请仲裁时效应如何确定？

确认劳动关系争议应当适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定的申请仲裁时效。

25.劳动者主张未休年休假补偿工资的仲裁时效及起算点应如何确立？

劳动者要求用人单位支付其未休带薪年休假工资诉请的仲裁时效期间应适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款之规定，从应休年休假年度次年的1月1日起计算；用人单位允许跨年度安排劳动者休年休假的，请求权时效顺延至下一年度的1月1日起计算；劳动关系已经解除或者终止的，从劳动关系解除或者终止之日起计算。

26.当事人撤诉或按撤诉处理后，再次直接提起诉讼的，应如何处理？

当事人不服劳动人事仲裁机构作出的仲裁裁决向人民法院起诉后，在诉讼过程中撤回起诉或被人民法院按撤诉处理的，原仲裁裁决自人民法院裁定送达当事人之日起发生法律效力。当事人又直接提起诉讼的，人民法院不予受理。已经受理的，裁定驳回起诉。

27.当事人在仲裁阶段未提出仲裁时效抗辩，在诉讼阶段提出的，应如何处理？

劳动人事仲裁机构受理劳动争议案件并作出实体裁决，当事人在仲裁审理过程中没有提出仲裁时效抗辩的，但在一审时提出的，不予支持。

劳动人事仲裁机构未经审理直接作出不予受理通知的，当事人在一审时提出仲裁时效抗辩的，人民法院应予审理。

当事人未按照规定提出仲裁时效抗辩，又以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，不予支持。

28.当事人在仲裁阶段未提供的证据，在诉讼阶段提交的，应如何处理？

依法负有举证责任的当事人，在仲裁过程中未提交或拒不提交证据，在诉讼阶段提交该证据且不能说明正当理由的，按照《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等法律和司法解释关于逾期提交证据的相关规定作出认定和处理。

29.当事人在诉讼阶段否认在仲裁阶段的自认，应如何处理？

在诉讼阶段，对当事人在仲裁阶段作出自认行为的效力，适用《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》等法律和司法解释的相关规定。

30.当事人在仲裁阶段主张经济补偿金，后在诉讼阶段增加主张违法解除劳动关系的赔偿金的，应如何处理？

当事人在仲裁阶段主张经济补偿金，后在诉讼阶段增加主张违法解除劳动关系的

赔偿金的，可认定该诉讼请求与讼争劳动争议具有不可分性，应予合并审理。

31.当事人主张用人单位支付赔偿金，经审理认为理由不成立，但符合用人单位应当支付经济补偿金的情形，应如何处理？

劳动人事仲裁机构或人民法院在审理中向劳动者释明赔偿金和经济补偿金的区别后，劳动者仍坚持只要求用人单位支付赔偿金的，不能径行裁判由用人单位支付经济补偿金。

32.仲裁裁决有多项内容，当事人仅就部分内容提起诉讼的，应如何处理？

仲裁裁决有多项内容，当事人仅就部分内容提起诉讼的，人民法院对双方当事人均未起诉的仲裁结果部分，可在“本院认为”中予以确认，并直接写入判决主文。

人民法院对仲裁裁决确认是否存在劳动关系一项认为有误的，无论当事人是否提出诉讼请求，均可以直接予以认定，并根据所认定的事实作出相应判决。

当事人在诉讼中提出仲裁阶段未申请的新的诉讼请求的，告知其另行申请仲裁。但该诉讼请求与讼争劳动争议具有不可分性的除外。

33.劳动者与用人单位达成调解协议后，如何适用仲裁及司法程序？

劳动者与用人单位可以在劳动争议调解委员会、人民调解委员会、工会等有具有劳动争议调解职能的调解组织的主持下达成调解协议。

仅就给付义务情形达成的调解协议，劳动者与用人单位可依据《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（四）》第四条等法律规定，向人民法院申请司法确认。劳动者与用人单位达成的其他内容的调解协议，也可向人民法院申请司法确认。人民法院予以确认的，当事人可申请强制执行。人民法院不予确认的，当事人可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

仅就支付劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金达成调解协议的，劳动者可依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十条、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第十六条等法律规定向人民法院申请支付令。支付令被人民法院裁定终结督促程序后，按照《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）》第十七条执行。

仅就劳动报酬达成调解协议，双方不涉及劳动关系其他争议的，用人单位不履行调解协议确定的给付义务，劳动者可依据《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（二）》第三条、第十七条等法律规定，直接向人民法院起诉。

34.调解协议的效力如何认定？

劳动者与用人单位根据本解答第 33 条达成的调解协议，经审查不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。如果存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

35. 人民法院在案件审理过程中，是否可以向仲裁机构查阅复制有关内容？

劳动人事仲裁机构和人民法院可以根据案情需要，相互发函查阅、复制相关案件的内容，双方应予相互配合。

七、其他

36. 重大突发性公共安全事件期间劳动争议纠纷应如何处理？

涉及新冠肺炎等重大突发性公共安全事件期间的劳动争议纠纷，依据劳动法、劳动合同法等相关法律法规、司法解释，并结合国家和本省有关规定办理。

37. 本解答自印发之日起供全省各级人民法院、仲裁机构参照执行。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

江西省高级人民法院办公室
2020 年 5 月 9 日印发

用人单位迟延办理退工手续的认定及责任承担

Identification and Liability of the Employer’s Failure to Complete the Dismissal Procedures

上海保华律师事务所 张宗法 张媛媛

Baohua Law Firm Zhang zongfa Zhang yuanyuan

引文：劳动合同解除或终止时，为劳动者出具解除或者终止劳动合同的证明，并办理档案和社会保险转移手续（实践中统称为“退工手续”），系《劳动合同法》规定的用人单位法定义务。然而，在实践中，常常出现因用人单位与员工双方就劳动合同解除的合法性、离职结算款项等事项存在争议，继而未能及时妥善办理退工手续的情形。在此情形下，员工可能会提起单独的劳动仲裁诉讼，要求用人单位履行相关法律义务，并赔偿员工的损失。此时，用人单位通常会以员工未主动领取退工材料、员工未办交接或因员工要求恢复劳动关系正处于仲裁诉讼期间等理由进行抗辩，这些抗辩理由能否能得到法院的支持？就迟延办理退工手续，用人单位又应当承担何种损失赔偿责任呢？对于以上问题，笔者收集了上海地区具有代表性的部分案例，总结了上海司法实践中法院就迟延办理退工手续的认定和责任承担的代表性观点。希望通过本文的介绍能够对退工手续办理的相关问题及操作方式形成清晰的认识，并能够为读者在处理该问题时有所借鉴，在后续实务操作中避免不必要的法律风险。

Abstract: Upon termination or expiration of employment contract, it is the employer’s statutory obligation prescribed by the Labor Contract Law to issue a certificate of cancellation or termination of the labor contract and conduct the procedures for the transfer of the employee's file and social insurance account (collectively referred to as the “Dismissal Procedures” in practice). However, it is often the case that the employer fails to handle or complete the Dismissal Procedures timely and properly due to certain disputes with the employee over issues including the legitimacy of the termination of the employment contract, the settlement of resignation, etc. Under such circumstances, the employee may file a separate labor arbitration or litigation, requiring the employer to perform relevant legal obligations and compensate for the losses. Usually, the employer will defend on the grounds that the employee has not received the dismissal materials voluntarily, the hand over procedures have not been completed by the employee, or the two parties are still in the process of arbitration or litigation due to the employee's claim to reinstate the employment relationship. Can these reasons above constitute rational defenses and be supported by the court? And what kind of compensation liability should the employer assume for the failure to complete the Dismissal Procedures in time? With regard to the above questions, the author collected some representative cases in Shanghai area, and summarized typical views of the Court regarding identification and liability of the employer’s failure to complete the Dismissal Procedures in Shanghai judicial practice. The author hopes to offer some clear understandings of issues regarding Dismissal Procedures by this article. This article may offer references in dealing with this issue, thereby avoiding unnecessary legal risks in the subsequent practical operation.

一、办理退工手续的法律法规要求

关于劳动者离职后的退工手续办理，我国《劳动合同法》、《就业服务与就业管理规定》进行了明确规定，要求用人单位在解除或者终止劳动合同时出具解除或终止劳动合同的证明，并在15日内办理退工登记、档案和社保关系转移手续。[①]在此基础上，原上海市劳动和社会保障局进一步明确了用人单位办理退工登记备案手续的具体操作流程，包括网上退工登记备案、“上海市单位退工证明”的填写与交付、《劳动手册》的记载及退还等。[②]用人单位应根据以上规定在法定期限内为离职员工妥善办理退工手续。

二、用人单位关于迟延办理退工手续的抗辩理由的司法实践：

(一)用人单位仅在网上办理退工登记备案手续，未向员工交付退工单及劳动手册

用人单位仅在网上办理退工登记备案手续，不能免除用人单位向员工交付退工单及劳动手册的义务。经对上海地区相关案例的整理，我们注意到，一般情况下，用人单位都能够做到及时为员工办理网上退工登记备案手续，但在送达纸质退工材料时可能会存在迟延或遇到障碍。对此，上海地区法院口径较为一致，认为仅办理网上退工手续，未交还劳动手册与退工单的，仍属于未办妥退工手续[③]。

(二)用人单位积极履行退工手续，但劳动者拒绝或怠于领取退工单及劳动手册

原上海市劳动和社会保障局关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知(二)第五条明确规定：“（二）因劳动者原因造成用人单位未能及时办理退工手续的，其损失由劳动者承担”，鉴于纸质退工材料的交付需要员工的配合，故在用人单位已履行网上退工登记备案手续，而员工拒绝或怠于领取纸质退工材料的情况下，用人单位可以以员工存在过错导致未能及时交付纸质退工材料为由进行抗辩，但需承担较重的举证责任。我们对相关案例进行了进一步检索，试图探讨何种情形能够被认为属于由劳动者过错造成的未能及时办理退工手续，结论如下：

1、对于公司主张已通过电话联系员工领取纸质退工材料的情形，由于无法证明通话内容，法院往往会以公司未能提供确凿证据证明已履行通知手续为由不予采信该等主张;且法院进一步强调，公司可以通过邮寄方式交付或其他有效途径告知退工手续办理情况，而公司未能履行上述手续，应当承担赔偿责任。[④]

2、对于公司主张已通过电子邮件通知员工领取纸质退工材料的情形，公司若

[①]参见《劳动合同法》第五十条：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。”以及《就业服务与就业管理规定》第六十二条：“……用人单位与职工终止或者解除劳动关系后，应当于15日内办理登记手续。”

[②] 参见原上海市劳动和社会保障局发布的《关于改进本市单位办理招退工登记备案手续的意见》及其附件《关于本市单位网上办理招退工登记备案手续的操作办法》。

[③] 参见(2019)沪02民终10978号，(2019)沪01民终2706号，（2019）沪01民终1079号，（2015）浦民一（民）初字第25005号。

[④] 参见（2019）沪01民终1079号、(2019)沪01民终2706号判决书。

能够提供经过公证的相关电子邮件通知的，则证据证明力较强，可以被认定为已经履行了通知义务；故而员工未及时领取劳动手册和退工单的责任在于自身，公司可以以员工存在过错为由进行抗辩。[⑤]

3、用人单位向员工邮寄了纸质退工文件但被员工拒收退回的，凭相关邮寄凭证等可以被认定为已经履行了向员工送达退工证明和劳动手册的法定义务；该等情形下，公司以员工存在过错为由进行抗辩的，可以得到法院支持。[⑥]

(三)用人单位因劳动者未办理离职手续、未进行工作交接而延迟退工

需要特别说明的是，前述关于“劳动者过错”的免责抗辩，均以用人单位始终积极履行退工手续办理之义务为前提，并不包含用人单位基于劳动者未办离职手续或工作交接而拒绝办理退工的情形。司法实践认为，为劳动者办理退工手续系用人单位的法定义务，未办理离职手续、未进行工作交接不构成延迟办理退工手续的免责理由。

【案情介绍】:

A 公司与闫某劳动合同于 2017 年 8 月 24 日终止，公司规定所有书面退工材料应在离职员工办结离职手续后一并至公司领取，但闫某拒不办理离职手续且质押 A 公司财产不予归还，导致闫某未能及时领取书面退工材料。据此，闫某要求公司支付延误退工损失。[⑦]

【法院判决】:

法院认为，根据法律规定，A 公司应在劳动合同终止后十五日内为闫某办理退工手续，为劳动者办理退工手续系用人单位的附随义务，不应附加任何条件；A 公司以闫某未办理离职交接作为公司未及时办理退工手续的免责理由不能成立，故 A 公司应支付闫某相应的延误退工损失。

(四)用人单位因员工提起主张恢复劳动关系的劳动争议而延迟退工

劳动合同解除或终止后，劳动者有权向仲裁机构和法院提起主张恢复劳动关系的劳动争议。此时双方的劳动关系已经结束,但可能因仲裁诉讼的结果而恢复。用人单位有时以双方劳动关系是否需要恢复存在不确定性为由作为未办理退工手续的抗辩，司法实践中对是否支持用人单位抗辩的口径并不统一。

1、支持作为抗辩理由观点：部分案件中，司法部门认为劳动合同解除终止后，在员工主张恢复劳动关系的争议期间，双方劳动关系是否需要恢复存在不确定性的，可以作为用人单位未办理退工手续之抗辩。

【案情介绍】:

B 公司 2013 年 6 月 21 日单方解除与赵某的劳动关系，并于 2013 年 7 月 4 日催告赵某领取退工单与《劳动手册》。2013 年 7 月 2 日，赵某申请劳动仲裁请求恢复劳动关系并得到支持；一审中，赵某于 2014 年 4 月 24 日变更请求为支付违法解除劳动关系的赔偿金。2015 年 4 月 2 日，赵某另行申请劳动仲裁，要求 B 公司支付 2013 年 6 月 21 日至裁决生效之日的延误退工损失。B 公司于 2015 年 5

[⑤] 参见（2017）沪 02 民终 1730 号判决书。
[⑥] 参见（2013）闵民一（民）初字第 17318 号判决书。
[⑦] 参见（2019）沪 01 民终 6553 号判决书。

月 4 日将劳动手册和退工单交给赵某。[⑧]

【法院判决】：

一审法院与二审法院观点基本一致，认为：在 2014 年 4 月 24 日之前，赵某诉请为要求与 B 公司恢复劳动关系，B 公司、赵某劳动关系是否应恢复尚处于不明确状态；但自 2014 年 4 月 24 日赵某将诉请变更为要求 B 公司支付违法解除劳动合同赔偿金，双方劳动关系已经明确不恢复，B 公司应当主动在 15 日内（即 2014 年 5 月 9 日前）向赵某归还劳动手册与退工通知单。鉴于 B 公司 2015 年 5 月 4 日才将劳动手册和退工单交给赵某，法院判决 B 公司应赔偿赵某 2014 年 5 月 10 日至 2015 年 4 月 30 日期间延误退工损失；对赵某 2013 年 6 月 21 日至 2014 年 5 月 9 日延误退工损失请求不予支持。

类似判决口径还可参考（2010）沪一中民三（民）终字第 1938 号判决书。该案中，就确认双方劳动关系因合同期满而终止的判决尚未生效之前，劳动关系存在恢复可能性期间，一审与二审法院对于劳动者关于延迟退工手续损失的主张均未予支持。

2、不支持作为抗辩理由观点：部分案件中，司法部门认为办理退工手续是用人单位的法定义务，用人单位不能以劳动关系是否需要恢复处于不确定状态为由拒绝办理退工手续。

【案情介绍】：

C 公司于 2017 年 9 月 7 日解除与李某的劳动合同，2017 年 9 月 15 日李某申请劳动仲裁要求 C 公司支付解除劳动合同赔偿金，并得到仲裁委和一审法院支持；2017 年李某申请劳动仲裁要求恢复劳动关系，但被仲裁委、一审及二审法院驳回。其后，李某再次提起仲裁和诉讼，要求 C 公司支付失业保险金以及 2017 年 9 月 23 日至 2018 年 6 月 22 日期间延误退工损失。对此，C 公司抗辩称，李某在解除劳动合同后分别提起仲裁和诉讼要求 C 公司支付违法解除劳动合同赔偿金或恢复劳动关系等请求，导致 C 公司对是否解除李某劳动合同的认识处于不确定状态，故才未给李某开具离职证明，不应赔偿李某延迟退工损失。[⑨]

【法院判决】：

一审法院认为，C 公司以李某提起劳动仲裁及诉讼致使是否解除劳动合同处于不确定状态，故未能开具离职证明的意见，于理不合，不予采纳，判决 C 公司需向李某支付延迟退工期间的损失。

二审法院认为，出具解除劳动合同的证明等义务，是公司在解除劳动合同后应承担的法定义务；该义务的履行，并不以李某是否办理离职交接或解除事由是否成立而豁免或抗辩。C 公司应妥善履行上述义务，怠于履行的，应承担赔偿责任。

三、迟延办理退工手续的损失赔偿责任

根据《劳动合同法》第 89 条，用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损失的，应当承担赔偿责任。对此，原上海市劳动和社会保障局进一步明确，用人单位迟

[⑧]参见（2015）沪一中民三（民）终字第 2311 号判决书。

[⑨]参见（2019）沪 01 民终 4131 号判决书。

延办理退工手续而给劳动者造成的损失，分为以下两种，且只能择一适用：[10]其一，影响劳动者办理失业登记手续造成的失业保险金损失；其二，劳动者请求的其他实际损失。**经对上海地区相关案例的检索，上海地区司法实践通常情况下会以失业保险金为标准计算延迟办理退工手续的损失；劳动者主张“其他实际损失”的，需承担较为严格的举证责任，最终得到法院支持的比例并不高。具体而言，就延迟办理退工手续存在的“其他实际损失”，劳动者可能的主张主要有以下两种：**

1、以劳动关系解除或终止前的工资标准，主张“实际损失”。部分地区司法实践认为，就延迟退工导致劳动者无法就业的损失，可以参考劳动者在原单位离职前 12 个月的平均工资进行酌定。[11]该等裁判口径亦被收录于最高人民法院公报。[12]但就上海地区而言，对于员工主张以离职前平均工资为标准作为实际损失计算基数的，法院通常倾向于认为员工对该等损失举证不足、或认为该计算标准与法律规定不符，从而不予支持。

【案情介绍】：

殷某与 D 公司 2016 年 12 月 24 日解除劳动关系，2017 年 1 月，D 公司为殷某办理网上退工手续并电话通知殷某前往领取退工单和劳动手册，而殷某未予领取，直至 2018 年 1 月 20 日，D 公司才将退工单和劳动手册邮寄给殷某。殷某提交了录用通知书，主张其于 2017 年 3 月曾通过朋友介绍、面试后被新用人单位录用，但因殷某无法提供退工单而未能重新就业；故殷某主张以原工资 22,000 元标准支付因延迟交付退工单造成的损失 286,000 元。[13]

【法院判决】：

一审法院认为，D 公司未能妥当履行退工手续，应以历年失业保险金的标准赔偿殷某该期间受到的经济损失 20,313 元；就殷某主张按原工资标准支付的，因殷某未能提供确凿证据证明其主张的上述事实，故对其该项主张不予采信。

二审法院认为，殷某请求判令 D 公司按其离职前的工资标准给付延迟退工损失，与现行规定不符，故不予支持，最终维持了一审按历年失业保险金的标准进行赔偿的判决。

类似判决口径还可参考（2019）沪 01 民终 1076 号、（2017）沪 01 民终 10609 号判决书，对于员工主张以离职前原工资标准支付实际损失的，法院均认为缺乏法律依据，故不予支持。

2、以与新的工作单位达成的工资意向为标准，主张“实际损失”。该等情形下，鉴于员工并未实际提供劳动，且存在员工与新单位串通的可能性，法院对于该种标准的适用十分谨慎，因此对劳动者的举证要求较为严格。员工至少

---

[10] 参见原上海市劳动和社会保障局关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知(二)第五条：（一）劳动合同关系已经解除或者终止，用人单位未按《条例》规定出具解除或者终止劳动合同关系的有效证明或未及时办理退工手续，影响劳动者办理失业登记手续造成损失的，用人单位应当按照失业保险金有关规定予以赔偿；给劳动者造成其他实际损失的，用人单位应当按照劳动者的请求，赔偿其他实际损失，但不再承担法定失业保险金的赔偿责任。

[11] 参见（2016）苏 01 民终 652 号判决书。

[12] 参见《最高人民法院公报》2020 年第 4 期（总第 282 期），第 45-48 页。

[13] 参见（2019）沪 01 民终 1079 号判决书。

要提供加盖单位公章的录用通知书、因未办退工手续导致未能录用的相关证明材料，就其主张的实际损失标准提供完整的证据链，才有可能得到法院支持。

【案例 1：案情介绍】:

张某与 E 公司的劳动合同于 2018 年 5 月 4 日解除，E 公司于 2018 年 7 月 5 日将解除劳动关系证明交于张某。张某主张其曾希望至律师事务所工作，税后月薪 5,000 元，对方也同意面试，但因 E 公司延迟办理退工事宜，致使张某无法入职。故张某要求 E 公司以律所提供的税前月工资标准支付延迟退工损失 15,500 元，并提供了其与律所就岗位沟通的邮件截屏作为该实际损失标准的证明材料。[14]

【法院判决】:

法院认为，张某未能提供确凿证据证明其主张的上述事实，故对其以与新用人单位的意向工资作为赔偿标准的主张，不予采信，最终判决 E 公司以历年失业保险金的标准承担赔偿责任。

【案例 2：案情介绍】:

戴某于 2016 年 10 月不再至 F 公司上班，F 公司于 2016 年 11 月 21 日为戴某办理退工手续，载明工作结束日期为 2016 年 10 月 14 日，但直至 2017 年 11 月下旬方才将劳动手册及上海市单位退工证明交给戴某。戴某 2016 年 12 月 19 日入职 G 公司，于 2017 年 1 月 3 日被 G 公司以未按时提供劳动手册及退工单为由解除劳动关系。据此，戴某于 2017 年 8 月 29 日提起劳动仲裁，向 F 公司主张 2016 年 11 月 1 日至 2017 年 8 月 31 日延误退工的经济损失 128,000 元。就上述主张，戴某于一审中提供了加盖 G 公司公章的录取通知书、劳动合同及解除劳动合同通知书以证明其因 F 公司未及时办理退工手续致使 G 公司认为其不符合录用条件而被解除劳动合同，并在二审中提供 G 公司员工离职交接表、2016 年 12 月工资签收单以及 G 公司出具的证明予以补强。[15]

【法院判决】:

一审与二审法院观点一致，认为戴某与 F 公司劳动合同解除时间为 2016 年 11 月 21 日，应在 2016 年 12 月 6 日之前为戴某办理退工手续，返还劳动手册及开具上海市单位退工证明。F 公司直至 2017 年 11 月下旬才将劳动手册及上海市单位退工证明交给戴某，确实存在延误退工的行为，应支付 2016 年 12 月 7 日起给戴某造成的经济损失。戴某提供了加盖有 G 公司印章的录取通知书、劳动合同及解除劳动合同通知书，故采信戴某的主张，确认因 F 公司未及时办理退工手续致使其未被 G 公司录用，F 公司应支付相应的工资损失。综上，F 公司应支付戴某 2016 年 12 月 7 日至 12 月 18 日、2017 年 1 月 4 日至 8 月 31 日延误退工的经济损失，2016 年 12 月 7 日至 12 月 18 日按照失业保险金的标准核算经济损失，2017 年 1 月 4 日至 8 月 31 日按照 G 公司与戴某签订的劳动合同约定的工资标准核算经济损失。

四、 律师简评

1、根据笔者的案例调研，为离职员工办理退工手续属于用人单位的法定义务，且客观上关系到劳动者后续再就业，在劳动关系解除或终止时，公司应当依法及

[14] 参见（2019）沪 01 民终 11510 号判决书。

[15] 参见（2018）沪 01 民终 6295 号判决书。

时、妥善地为员工办理离职手续，保障员工再就业的权利。公司未能及时办理或办理手续存在瑕疵的，则可能需承担员工失业保险金损失或其他实际损失的赔偿责任；且即使公司以双方存在争议、员工未办交接、已办理网上退工登记手续等理由就未能办妥退工手续进行抗辩的，均存在不被法院支持的风险。鉴于出具解除劳动证明、办理退工手续，也都在用人单位的控制之下，属于用人单位的法定义务，用人单位应当切实履行。该等裁判口径，体现了在劳动关系当事人双方地位存在不对等情况下，法律对劳动者的倾斜保护原则。

2、笔者认为，劳动关系是一种持续性的法律关系，在整个劳动关系期间，用人单位和劳动者的权利义务相互影响。与用人单位办理退工手续的法定义务相对应，办理交接手续也属于《劳动合同法》对离职员工规定的后合同义务，员工离职后应当配合履行。员工未办交接、未归还财物的，尽管不能作为不予办理退工手续的抗辩理由，但对于员工拒绝履行工作交接给公司造成损害的，公司仍有权依据有关法律规定向员工另行主张损害赔偿。

3、如前所述，办理退工手续是用人单位法定义务，但退工手续的妥善办理尤其是纸质退工材料的交付也离不开员工的配合。因此，笔者认为，在用人单位已履行基本的退工手续办理义务后，司法实践应加强对公司与员工就后续迟延交付退工材料的过错程度的审查，在查明事实的基础上合理认定双方过错，并分配双方责任。

4、笔者认为，劳动关系解除或终止后，公司与员工双方仍然互负诚实信用的后合同义务；在用人单位已经依法办理退工手续，并善意的尽到催告义务的情况下，员工仍拒绝主动领取纸质退工材料的，应当视为员工存在过错。该等情形下，应适用前述原上海市劳动和社会保障局关于实施《上海市劳动合同条例》若干问题的通知(二)第五条第（二）款，将未能及时办理退工手续的损失由员工承担，适当分配因员工过错而导致的法律责任。同时，根据《合同法》规定的减损规则[16]的一般原则，就用人单位履行基本的退工手续和通知义务后，员工仍拒绝配合领取纸质退工材料的情形，笔者认为可以类推适用，视为属于员工未能采取适当措施防止损失扩大；就该劳动者自身过错造成的损失扩大部分，也理应由劳动者自行承担。

5、基于上述分析，为最大程度上规避法律风险，建议公司参考以下操作方式，避免因退工手续的瑕疵承担不必要的损失：

其一，在与员工的劳动关系解除或终止后，无论双方是否存在未决的劳动争议，都建议公司及时、完整地为员工办理退工手续，包括出具解除劳动合同证明、办理员工档案和社会保险关系转移手续、退工登记备案手续，以及完成纸质退工证明及《劳动手册》的送达手续；

其二，公司可以通过邮件、短信、快递送达催告通知等多种方式，催告员工领取退工单与《劳动手册》，并保留相关证据，证明公司已履行必要的通知义务；

[16] 参考《合同法》第一百一十九条：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

其三，员工经催告仍拒不配合领取纸质退工材料的，公司可以尝试向员工在公司留存的地址邮寄退工单及《劳动手册》，并通过电子邮件、短信等告知员工，同时保留相关快递底单原件、邮件及短信等证据材料，证明公司已履行送达手续。

试析不定期劳动合同

1986 年国务院发布了《国营企业实行劳动合同制暂行规定》，对定期劳动合同作了一系列具体规定。随着劳动制度改革的深入，各地在进一步完善定期劳动合同的基础上，发展了不定期劳动合同。国务院于 1992 年 5 月 18 日以国务院令的形式，对原规定进行了修改，规定劳动合同也可采用“无固定期限”的形式。《全民所有制工业企业转换经营机制条例》进一步确定了这一形式。

实践中，对于不定期劳动合同存在着不同的看法。赞成的同志认为，实行不定期劳动合同符合我国的实际情况。反对的同志认为，转变企业经营机制应以砸“三铁”为特征，而不定期劳动合同，实际上仍是“铁合同”、“铁饭碗”。笔者基本同意第二种观点。只有通过与以前实行的劳动制度作纵向比较，与世界各国的用人制度作横向比较，才能认识我国不定期劳动合同的特点，并进一步确定如何完善这一制度。

（一）

自 86 年我国在新招职工中施行劳动合同以来，我国并存着原固定工制度和劳动合同制度。从纵向方面看，不定期劳动合同不仅是原固定工的发展，也是原劳动合同制度的发展。

不定期合同是原固定工的发展。原固定工制度存在着严重的弊病，如职工无择业权和流动权，企业的招工权和辞退权也限制过死；但也存在一定的优点，如职工的职业有保障、生活安定、劳动关系稳定、职工队伍稳定。不定期劳动合同摒弃了原制度的弊病，继承其合理因素。不定期劳动合同在保留劳动关系基本稳定的前提下，与原制度有三方面的区别：一是推行全员劳动合同制，变国家用人为企业用人，政府行为和企业行为得以界定；二是劳动合同由职工和企业经营者平等协商，并通过签订合同确立劳动关系，使劳动关系在建立与调整中较充分地体现双方当事人的意愿；三是当出现了法律规定或合同约定的条件，职工和企业有权解除劳动关系，劳动关系较为灵活。这三方面的区别使企业有了压力和活力，也能激励职工充分发挥自身的潜力。

不定期劳动合同也是原劳动合同制度的发展。1986 年以来，随着劳动合同制的推行，我国逐步建立起一种劳动力的调节机制，使劳动力既有相对稳定性，

董保华，论文转载自《中国劳动科学》1993 年第 3 期。

又有合理的流动性。原劳动合同制作为一种定期劳动合同的制度，确定合同期限是劳动合同的重要内容。然而，上海有关部门曾作过调查，无论是五年以下的短期工，还是五年以上的长期工都存在着一些问题。就短期工而言，由于职工工作岗位变换频繁，往往难以形成一技之长，制约了合同制工人收入的提高；尤其是女工的权益更易受到侵害。调查中发现有些女工在短短几年中数易单位，而一旦进人婚龄就难以找到工作。就长期工而言，随着职工年龄增长，合同期满时，由于错过了最佳就业年龄，也会发生就业困难。不定期劳动合同，增加了劳动关系的稳定性，比较适应全体职工从原固定工转向劳动合同制的实际情况。

（二）

从横向方面作比较，我国不定期劳动合同和国外的不定期合同也是有区别的。

世界各国在劳动合同期限上的规定是相类似的，一般将合同分为定期合同、不定期合同、以明确工作任务为期限的合同，对定期合同和不定期合同有不同的规定。不少国家对定期合同有法定的最长期限，如法国为一年，喀麦隆为二年，期满后自动终止。对不定期劳动合同，一般规定双方当事人只要按法律规定事先通知，可以终止合同。各国对定期合同期满当事人仍继续执行该合同的，大都规定为该合同自动转为不定期合同。然而，在大致相同的法律规定的基础上，由于各国的社会条件、传统意识等不同，却形成了不同的用人制度。

以美国为代表的西方工业化国家往往把灵活性作为劳动关系的基本特点。职工一般不把自己的一生与一个企业紧密联系在一起，往往更强调不定期合同中双方都可随时终止合同的特点。1987 年美国出版的一本畅销书《人生就是选择》，记载了哈默、福特、艾柯卡等名人的独特经历，作者为了体现全书的主题，扉页上题了这样一句耐人寻味的话：“跳槽，到更适合自己的地方干!”日本以劳动关系的稳定作为基本特点。提出 Z 理论的日裔美籍管理学教授威廉·大内认为，日本企业最重要的特点是终身雇佣制。日本旨在建立一种充满信任、微妙性和亲密感的人际关系。尽管法律并无明文规定，在实行终身雇佣制的情况下，企业解雇职工或职工中途跳槽，对企业和职工双方的切身利益都有不良的影响。对企业来说，如果它解雇职工，经济界将判定这个企业缺乏经营能力，应届毕业生也不肯优先考虑向这个企业提出就职申请，于是这个企业的资金来源、市场范围和人才来源都将缩小，处于竞争中的不利地位。对职工来说，长期固定在一个企业中工

作，可以得到年功序列工资制的好处（资历条件对工资待遇影响很大)。而一旦转职到一个新企业，往往要从新企业的年功序列等级中较低的地位重新干起，待遇收入都要降低。为了避免这种损失，大企业的职工只能到年功序列制不那么严格的中小企业去工作，不仅劳动条件差，而且工资水平、社会地位都较低。

很显然，我国目前推行的不定期劳动合同，既不同于美国那种变动性很大的合同制度，也不同于日本那种稳定性很强的终身雇佣制，在一定的条件下，企业可以解除富余人员的劳动关系，职工也可以离开企业。

（三）

任何一种劳动制度都有利弊，我国应在借鉴各国经济发展经验的基础上扬长避短。

以美国为代表的西方工业化国家的劳动关系较为灵活，比较能够适应生产规模的调整和变化，然而，对一名普通职工来说，选择既是机会也是压力。雇工经常要考虑在下一个经济周期的收缩阶段，很可能遭解雇，必须花费精力维持他们与外界的联系，以便在需要时另找工作。雇主面对不稳定的职工队伍，往往也不愿花费精力加以培训。企业对员工的向心力和凝聚力较差。

日本劳动关系比较稳定，雇工对企业比较忠心，把自己的生活和工作紧密的结合起来，把一生最美好的岁月献给工作。日本企业也肯为培训雇员投资，并鼓励雇员们掌握多种专业技能，并努力培养员工对企业的献身精神。然而，在经济不景气时，终身雇佣制也曾受到强烈的冲击。因此，日本也只有大约 1/3 的人实行终身雇佣制，并以临时雇佣妇女、建立卫星企业、发展小企业等措施为大企业中男性雇员终身雇佣提供防御性的“缓冲休”。

目前我国正力图通过推行不定期劳动合同使原固定工制和原劳动合同制的优点结合起来，使劳动关系兼有东方国家的稳定性和西方国家的灵活性。但是，在兼容两种用人制度的优点时，也可能兼容两者的弊端。这就需要我们在借鉴世界各国的经验时，采取一系列措施，笔者认为以下几条至关重要。

第一，实行不定期劳动合同制要适合行业、企业的特点，不能一哄而上，一刀切。有些行业并不要求职工队伍稳定，如餐馆、旅游等一些服务性行业，不一定要搞不定期劳动合同，可以定期劳动合同为主，使用人制度有较大的灵活性，也使职工队伍经常更新。工业生产虽然要求职工队伍相对稳定，但某些技术要求

不高或受年龄限制的岗位也不一定要搞不定期劳动合同。这样，除了收益将成为劳动力的调节器外，用工形式本身也会起调节劳动力的作用。对于企业和职工来说，竞争更激烈、选择更多样。

第二，实行不定期劳动合同要有一整套配套措施。搞不定期劳动合同旨在稳定劳动关系，仅有一纸合同是不够的，必须有人事、工资、培训、福利、社会保险等各方面的配套措施。日本实行终身雇佣制是和年功序列工资制相配套的。我国在实行干部聘任制时淡化了资历的作用，在实行岗位工资制时淡化了工龄的作用，尽管这些改革措施是必要的，但由此也提出了新的课题：劳动、人事、工资制度如何配套运行？企业内需有保证职工队伍稳定的机制，否则不定期劳动合同难以巩固。

第三，企业内的富余人员需妥善处理。对比美日的用人制度，一个主要的差别是对富余人员采取了不同的处置方式。在美国，企业内的富余人员主要采用裁员等方式向社会转移；在日本，富余人员只能由企业消化，一般不向社会转移。我国在《全民所有制工业企业转换经营机制条例》中已作了较为恰当的规定，主要是以企业重新安置的方式将劳动力从原生产岗位转移出来。从各地实践看，许多地方提出了“企业消化为主，社会安置为辅”的原则。这就有必要建立符合我国实际情况的裁员制度。这一制度的核心应是将对富余人员的裁减（职工无过错）和对违纪职工的辞退（职工有过错）严格区别开来，在确认条件、处理程序、解除劳动关系后的待遇、再就业等方面作不同的规定。

地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室
Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050
Postcode: 200050

www.baohualaw.com