

保华月刊

Baohua Monthly

2021年7月刊
Jul. 2021
第 54 期
NO. 54

- 违纪行为被发现后多久内，用人单位可以行使劳动合同解除权？
- 劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅



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

31

新规定：关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见

New regulations: Guiding Opinions on Maintaining the Labor Guarantee Rights and Interests of Workers in the New Employment Form

热点追踪

Hot Issues

39

违纪行为被发现后多久内，用人单位可以行使劳动合同解除权？

How long after the violation of discipline is discovered, the employer can exercise the right to terminate the labor contract?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

44

劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建

The nature and its construction of economic compensation in labor contract law

新闻总结

NEWS

一、国家医保局：做好支持三孩政策生育保险工作

来源：国家医保局

摘要：7月21日，国家医保局发布《关于做好支持三孩政策生育保险工作的通知》。《通知》指出，为贯彻落实党中央关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的任务部署，积极支持三孩生育政策落地实施，确保参保女职工生育三孩的费用纳入生育保险待遇支付范围，各地医保部门要按规定及时、足额给付生育医疗费用和生育津贴待遇，切实保障参保人员生育保障权益。同步做好城乡居民生育医疗费用待遇保障和新生儿参保工作。

Abstract: On July 21, National Healthcare Security Administration issued the *Notice on Doing a Good Job in the Maternity Insurance Work to Support the Third Child Policy*. The Notice points out that in order to implement the Party Central Committee's task deployment about optimizing the maternity policy to promote the long-term balanced development of population, actively support the implementation of the third child maternity policy and ensure that the expenses incurred by the insured women employees to give birth to a third child are included in the payment scope of maternity insurance treatment, all local medical insurance departments shall timely pay the medical expenses and allowances for maternity in full as stipulated to practically protect the maternity guarantee rights and interests of the insured personnel, and shall synchronously do a good job in the urban and rural residents' treatment guarantee of medical expenses for maternity and the newborns' participation in the insurance.

国家医疗保障局办公室关于做好支持三孩政策生育保险工作的通知

医保办发〔2021〕36号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团医疗保障局：

为贯彻落实党中央关于优化生育政策促进人口长期均衡发展的任务部署，积极支持三孩生育政策落地实施，确保参保女职工生育三孩的费用纳入生育保险待遇支付范围，各地医保部门要按规定及时、足额给付生育医疗费用和生育津贴待遇，切实保障参保人员生育保障权益。同步做好城乡居民生育医疗费用待遇保障和新生儿参保工作。

各地医保部门要高度重视，提高政治站位，积极采取管用高效措施办法，确保三孩生育待遇政策落实到位，主动做好正向宣传，增强参保群众获得感。遇有重大情况和问题，及时向国家医保局报告。

国家医疗保障局办公室

2021年7月6日

二、全国首家专业化劳动法庭在苏州中院揭牌

来源：中国法院网

摘要：7月16日上午，苏州劳动法庭揭牌活动在江苏省苏州市中级人民法院举行。苏州劳动法庭是最高人民法院批复设立的全国首家专业化劳动法庭，承担着为全省、全国法院劳动审判专业化改革探路的重任。

Abstract: On the morning of July 16, the inauguration of Suzhou Labor Tribunal was held in Suzhou Intermediate People's Court of Jiangsu Province. Suzhou Labor Tribunal is the national first professional labor tribunal established upon the written reply of the Supreme People's Court, and it bears the important task of exploring the way for the labor trial professionalization reform for the provincial and national courts.

全国首家专业化劳动法庭在苏州中院揭牌

7月16日上午，苏州劳动法庭揭牌活动在江苏省苏州市中级人民法院举行。苏州劳动法庭是最高人民法院批复设立的全国首家专业化劳动法庭，承担着为全省、全国法院劳动审判专业化改革探路的重任。最高人民法院党组成员、副院长高憬宏和江苏省委常委、苏州市委书记许昆林共同为法庭揭牌。江苏省高级人民法院党组书记、院长夏道虎参加揭牌活动。

高憬宏强调，要提高政治站位，深刻认识和把握设立苏州劳动法庭的重大意义。最高人民法院批复同意在苏州中院设立全国首家专业化劳动法庭，是为了深入贯彻落实中央有关决策部署，更好地维护劳动者合法权益、推动构建和谐劳动关系。要树立全局视野，将劳动审判工作置于经济社会发展大局中谋划推进。希望苏州劳动法庭依托地域发展优势，加强对类型化案件和新型法律问题的研究，加快推进审判思维、机制、方式迭代升级，及时把有效平衡劳资双方利益、保障新业态从业者合法权益、规范引导新模式健康发展的经验做法提炼为能够普遍适用的裁判规则。要强化系统思维，广泛凝聚预防化解劳动争议纠纷工作合力。在法院内部，要强化立案、审判、执行各环节的衔接，刑事、民事、行政审判之间的协同，探索构建全方位、立体化的劳动审判体系。同时，积极争取党委政府支持，主动把劳动争议审判融入党委领导、政府负责、社会协同、企业和职工参与、法治保障的治理体系。要坚持高点定位，持之以恒推动苏州劳动法庭高质量发展。苏州劳动法庭要把能力建设作为重点，努力培养一支能够站在劳动争议司法理论和实践最前沿，既精通法律又熟悉经济发展情况、社会保障政策的高素质、专业化、复合型法官队伍。

许昆林指出，苏州劳动法庭的成立，是上级法院赋予苏州的一项重大改革任务。希望苏州中院高起点谋划、高标准推进法庭建设，着力提升争议处理效率和效果，更好地保障劳动者合法权益，维护劳动关系和谐稳定，努力以最优的司法服务让劳动者最被关爱，以最强的司法保障让劳动者最有底气，以更加公平、有序的劳动用工环境激励劳动者焕发劳动热情、释放创造潜能，进一步擦亮苏州最优营商环境、最强比较优势的法治底色。

三、中直机关住房资金中心：部署 2021 住房公积金年度月缴存额调整工作

来源：中央国家机关住房资金管理中心

摘要：近日，中央国家机关住房资金管理中心发布《关于做好 2021 住房公积金年度月缴存额调整工作的通知》。《通知》提出，请各部门按照国家统计局《关于工资总额组成的规定》、《关于认真贯彻执行〈关于工资总额组成的规定〉的通知》相关规定，确定每位职工的工资总额，将职工 2020 年月平均工资作为 2021 住房公积金年度月缴存基数。

Abstract: Recently, Housing Fund Management Center of Central State Organs has released the *Notice on Doing a Good Job in the Adjustment Work of Monthly Payment of Housing Provident Funds in 2021*. The Notice proposes that the departments shall determine the total wages of each employee according to the relevant stipulations of *Stipulations on the Composition of Total Wages* and the *Notice on Carefully Implementing "Stipulations on the Composition of Total Wages"*, and take the employees' monthly average wage in 2020 as the monthly payment base of housing provident funds in 2021.

关于做好 2021 住房公积金年度月缴存额调整工作的通知

国机房资〔2021〕1 号

国务院各部委、各直属机构，全国人大常委会办公厅，政协全国委员会办公厅，最高人民法院，最高人民检察院，各民主党派中央，各人民团体，各中央企业人事劳资部门：

按照北京住房公积金管理委员会《关于 2021 住房公积金年度住房公积金缴存有关问题的通知》（京房公积金管委会办〔2021〕12 号），为做好中央国家机关 2021 住房公积金年度月缴存额调整工作，现就有关事项通知如下：

一、住房公积金缴存基数

请各部门按照国家统计局《关于工资总额组成的规定》（国家统计局令第 1 号）、《关于认真贯彻执行〈关于工资总额组成的规定〉的通知》（统制字〔1990〕1 号）相关规定，确定每

位职工的工资总额，将职工 2020 年月平均工资作为 2021 住房公积金年度月缴存基数。

2021 住房公积金年度月缴存基数上限为 28221 元；月缴存基数下限为 2320 元，领取基本生活费职工的月缴存基数下限为 1624 元。

二、住房公积金缴存比例

2021 住房公积金年度缴存比例为 5%—12%，单位可自主选择。具体缴存比例对应月缴存额上限见附件。

三、缓缴及降低缴存比例

缴存住房公积金确有困难的单位，经本单位职工代表大会或工会讨论通过后，向中央国家机关住房资金管理中心（以下简称资金中心）提出缓缴或降低缴存比例的申请。经批准后，单位可以办理缓缴或降低比例缴存。

四、工作要求

（一）及时传达布置。请各部门高度重视，及时向所属单位传达布置相关工作，并抓好组织落实，确保归口管理范围的单位和职工应建尽建、应缴尽缴，切实维护职工住房公积金权益。

（二）倡导网上办理。单位可通过住房公积金业务信息系统平台办理月缴存额年度调整，不再报送《住房公积金核定清册》纸质材料。

（三）完善基础信息。请各部门准确填报单位性质、单位层级、通讯地址、经办人联系方式、职工身份信息、职工手机号码等重要信息。基础信息发生变动的，应及时更新。

（四）确保按时完成。以住房公积金年度为缴存周期的单位，应在完成 6 月份正常汇缴后，开展月缴存额年度调整工作，并于 7 月 31 日前完成。如遇问题，请及时向资金中心反馈。

附件：2021 住房公积金年度月缴存额上限

中央国家机关住房资金管理中心

2021 年 7 月 16 日

四、人社部发布《电子劳动合同订立指引》

来源：国家医保局

摘要：为指导用人单位和劳动者依法规范订立电子劳动合同，日前，人社部发布《电子劳动合同订立指引》。《指引》明确，依法订立的电子劳动合同具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。《指引》提出，用人单位与劳动者订立电子劳动合同的，要通过电子劳动合同订立平台订立。《指引》还提出，双方同意订立电

子劳动合同的，用人单位要在订立电子劳动合同前，明确告知劳动者订立电子劳动合同的流程、操作方法、注意事项和查看、下载完整的劳动合同文本的途径，并不得向劳动者收取费用。

Abstract: In order to guide the employers and the workers to conclude the electronic labor contracts according to the laws and specifications, Ministry of Human Resources and Social Security released the *Guide for Conclusion of Electronic Labor Contracts* a few days ago. The *Guide* makes clear that the electronic labor contracts concluded according to law shall have the legal effect, and that the employers and workers shall comprehensively perform their respective obligations in accordance with the electronic labor contracts. The *Guide* proposes that if the employers and workers conclude the electronic labor contracts, they shall conclude the contracts through the electronic labor contract conclusion platforms. The *Guide* also proposes that if the parties agree to conclude the electronic labor contracts, the employers shall clearly inform the workers of the process, operation method, matters needing attention and the approaches of checking and downloading the complete labor contract text before concluding the electronic labor contracts, without collecting any expenses from workers.

人力资源社会保障部办公厅关于发布《电子劳动合同订立指引》的通知

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）：

为指导用人单位和劳动者依法规范订立电子劳动合同，我部根据《中华人民共和国合同法》《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国电子签名法》等法律法规，组织编写了《电子劳动合同订立指引》，现印发给你们。

各地要加大《电子劳动合同订立指引》的宣传力度，指导有订立电子劳动合同意愿的用人单位和劳动者，参照《电子劳动合同订立指引》协商一致订立电子劳动合同，确保电子劳动合同真实、完整、准确、不被篡改。要结合本地实际，加快建设电子劳动合同业务信息系统和公共服务平台，及时公布接收电子劳动合同的数据格式和标准，逐步推进电子劳动合同在人力资源社会保障政务服务中的全面应用。

人力资源社会保障部办公厅

2021年7月1日

电子劳动合同订立指引

第一章 总 则

第一条 本指引所指电子劳动合同，是指用人单位与劳动者按照《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国电子签名法》等法律法规规定，经协商一致，以可视为书面形式的数据电文为载体，使用可靠的电子签名订立的劳动合同。

第二条 依法订立的电子劳动合同具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。

第二章 电子劳动合同的订立

第三条 用人单位与劳动者订立电子劳动合同的，要通过电子劳动合同订立平台订立。

第四条 电子劳动合同订立平台要通过有效的现代信息技术手段提供劳动合同订立、调取、储存、应用等服务，具备身份认证、电子签名、意愿确认、数据安全防护等能力，确保电子劳动合同信息的订立、生成、传递、储存等符合法律法规规定，满足真实、完整、准确、不可篡改和可追溯等要求。

第五条 鼓励用人单位和劳动者使用政府发布的劳动合同示范文本订立电子劳动合同。劳动合同未载明《中华人民共和国劳动合同法》规定的劳动合同必备条款或内容违反法律法规规定的，用人单位依法承担相应的法律责任。

第六条 双方同意订立电子劳动合同的，用人单位要在订立电子劳动合同前，明确告知劳动者订立电子劳动合同的流程、操作方法、注意事项和查看、下载完整的劳动合同文本的途径，并不得向劳动者收取费用。

第七条 用人单位和劳动者要确保向电子劳动合同订立平台提交的身份信息真实、完整、准确。电子劳动合同订立平台要通过数字证书、联网信息核验、生物特征识别验证、手机短信验证码等技术手段，真实反映订立人身份和签署意愿，并记录和保存验证确认过程。具备条件的，可使用电子社保卡开展实人实名认证。

第八条 用人单位和劳动者要使用符合《中华人民共和国电子签名法》要求、依法设立的电子认证服务机构颁发的数字证书和密钥，进行电子签名。

第九条 电子劳动合同经用人单位和劳动者签署可靠的电子签名后生效，并应附带可信时间戳。

第十条 电子劳动合同订立后，用人单位要以手机短信、微信、电子邮件或者 APP 信息提示等方式通知劳动者电子劳动合同已订立完成。

第三章 电子劳动合同的调取、储存、应用

第十一条 用人单位要提示劳动者及时下载和保存电子劳动合同文本，告知劳动者查看、下载电子劳动合同的方法，并提供必要的指导和帮助。

第十二条 用人单位要确保劳动者可以使用常用设备随时查看、下载、打印电子劳动合同的完整内容，不得向劳动者收取费用。

第十三条 劳动者需要电子劳动合同纸质文本的，用人单位要至少免费提供一份，并通过盖章等方式证明与数据电文原件一致。

第十四条 电子劳动合同的储存期限要符合《中华人民共和国合同法》关于劳动合同保存期限的规定。

第十五条 鼓励用人单位和劳动者优先选用人力资源社会保障部门等政府部门建设的电子劳动合同订立平台（以下简称政府平台）。用人单位和劳动者未通过政府平台订立电子劳动合同的，要按照当地人力资源社会保障部门公布的数据格式和标准，提交满足电子政务要求的电子劳动合同数据，便捷办理就业创业、劳动用工备案、社会保险、人事人才、职业培训等业务。非政府平台的电子劳动合同订立平台要支持用人单位和劳动者及时提交相关数据。

第十六条 电子劳动合同订立平台要留存订立和管理电子劳动合同全过程证据，包括身份认证、签署意愿、电子签名等，保证电子证据链的完整性，确保相关信息可查询、可调用，为用人单位、劳动者以及法律法规授权机构查询和提取电子数据提供便利。

第四章 信息保护和安全

第十七条 电子劳动合同信息的管理、调取和应用要符合《中华人民共和国网络安全法》《互联网信息服务管理办法》等法律法规，不得侵害信息主体合法权益。

第十八条 电子劳动合同订立平台及其所依赖的服务环境，要按照《信息安全等级保护管理办法》第三级的相关要求实施网络安全等级保护，确保平台稳定运行，提供连续服务，防止所收集或使用的身份信息、合同内容信息、日志信息泄漏、篡改、丢失。

第十九条 电子劳动合同订立平台要建立健全电子劳动合同信息保护制度，不得非法收集、使用、加工、传输、提供、公开电子劳动合同信息。未经信息主体同意或者法律法规授权，电子劳动合同订立平台不得向他人非法提供电子劳动合同查阅、调取等服务。

第五章 附 则

第二十条 本指引中主要用语的含义：

（一）数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。

（二）可视为书面形式的数据电文，是指能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文。

（三）电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。

(四) 可靠的电子签名，是指同时符合下列条件的电子签名：

1. 电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有；
2. 签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制；
3. 签署后对电子签名的任何改动能够被发现；
4. 签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。

(五) 可信时间戳，是指权威机构使用数字签名技术产生的能够证明所签名的原始文件在签名时间之前已经存在的数据。

第二十一条 本指引未尽事宜，按照有关法律法规和政策规定执行。

五、北京市发布外国人及港澳台居民参加养老保险有关问题的通知

来源：北京人社局

摘要：7月7日，北京市人社局和北京市财政局发布《关于持〈外国人永久居民身份证〉及〈港澳台居民居住证〉人员参加北京市城乡居民基本养老保险有关问题的通知》。《通知》提出，符合参保条件的人员，可以在首次取得《外国人永久居民身份证》的住宿登记地或《港澳台居民居住证》签发机关所在地区社保经办机构办理参保登记，并按国家和本市有关规定缴纳城乡居民基本养老保险费。

Abstract: On July 7, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau and Beijing Municipal Finance Bureau released the *Notice on the Issues Concerning the Participation in Basic Endowment Insurance for Urban and Rural Residents in Beijing of Personnel with "Foreigner's Permanent Residence Identity Card" and "Residence Permit of Residents of Hong Kong, Macao and Taiwan"*. The *Notice* proposes that the personnel in line with the insurance conditions may register the insurance in the Social Security Administration Departments of accommodation registration places of *Foreigner's Permanent Residence Identity Card* obtained for the first time or the issuing authorities of *Residence Permit of Residents of Hong Kong, Macao and Taiwan*, and pay the premiums of Basic Endowment Insurance for Urban and Rural Residents according to the relevant stipulations of the state and Beijing.

北京市人力资源和社会保障局 北京市财政局 关于持《外国人永久居民身份证》及《港澳台居民居住证》人员参加北京市城乡居民基本养老保险有关问题的通知

京人社居发〔2021〕21号

各区人力资源和社会保障局、财政局、北京市经济技术开发区社会事业局：

为更好地贯彻落实《关于印发〈外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法〉的通知》（人社部发〔2012〕53号）和《香港澳门台湾居民在内地（大陆）参加社会保险暂行办法》（人社部 国家医保局第41号令）的相关规定，现将持《外国人永久居留身份证》及《港澳台居民居住证》人员参加北京市城乡居民基本养老保险的有关问题通知如下：

一、在本市居住但未就业、年满16周岁未满60周岁（不含在校生）、持有本市取得的《外国人永久居留身份证》或《港澳台居民居住证》的人员，证件在有效期内，可以参加本市城乡居民基本养老保险。

二、符合参保条件的人员，可以在首次取得《外国人永久居留身份证》的住宿登记地或《港澳台居民居住证》签发机关所在地区社保经办机构办理参保登记，并按国家和本市有关规定缴纳城乡居民基本养老保险费。

三、年满60周岁且未领取国家规定的基本养老保障待遇的人员，符合下列情形之一，可以按月领取城乡居民基本养老保险待遇：

（一）累计缴纳城乡居民基本养老保险费满15年；

（二）2012年9月25日超过45周岁的外国人，自符合参保条件起逐年不间断缴费。

不符合（一）、（二）条件的人员，在年满60周岁后，应继续缴费直至满足按月领取条件。

四、2012年9月25日至本通知实施前，符合第一条规定的外国人，可以一次性补缴此期间相应年度的保险费。一次性补缴的缴费年限与本通知实施后的缴费年限累计计算。

五、符合领取待遇条件的人员，以其首次办理参保登记的社保经办机构所在地作为其待遇归属地。待遇归属地所在区财政承担上述人员资金的支出责任。

六、本通知未涉及的事项，按照国家与本市实施的相关政策执行。

七、本通知自2021年10月1日起实施。

北京市人力资源和社会保障局 北京市财政局

2021年6月30日

六、深圳发布《深圳经济特区社会养老保险条例》

来源：深圳人大网

摘要：日前，深圳市第七届人民代表大会常务委员会第二次会议修订通过了《深圳经济特区社会养老保险条例》，该条例自2021年8月1日起施行。《条例》提出，职工每月缴纳基本

养老保险费的缴费基数为其上月工资总额；新参加工作、重新就业和新成立用人单位的职工首月缴费基数为其首月工资总额。工资总额超过广东省上年度城镇非私营单位就业人员平均工资和城镇私营单位就业人员平均工资加权计算的上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资的百分之三百的，超过部分不计入缴费基数；缴费基数不得低于市人民政府公布的最低工资标准。

Abstract: Recently, at the 2nd Meeting of the Standing Committee of the 7th Shenzhen Municipal People's Congress, *Regulations on Social Endowment Insurance in Shenzhen Special Economic Zone*, which will be implemented from August 1, 2021 was approved upon revision. The *Regulations* proposes that the payment base of the basic endowment insurance premiums paid by the employees monthly shall be their total wage of the previous month; the payment base of the first month paid by the employees who are newly engaged in work, re-employed and in the new employers shall be their total wages of the first month. If the total wages exceed 300% of the average monthly wage of employees in full-caliber urban units in Guangdong Province in the previous year through the weight calculation of the average wage of employees in the urban non-private units and the average wage of employees in the urban private units in Guangdong Province in the previous year, the excess part shall not be included in the payment base, and the payment base shall not be lower than the minimum wage standard published by the Municipal People's Government.

深圳市第七届人民代表大会常务委员会公告（第十六号）

《深圳经济特区社会养老保险条例》经市第七届人民代表大会常务委员会第二次会议于2021年6月29日修订通过，现予公布，自2021年8月1日起施行。

深圳市人民代表大会常务委员会

2021年7月6日

深圳经济特区社会养老保险条例

（2012年10月30日深圳市第五届人民代表大会常务委员会第十八次会议通过 根据2019年10月31日深圳市第六届人民代表大会常务委员会第三十六次会议《关于修改〈深圳经济特区人体器官捐献移植条例〉等四十五项法规的决定》第一次修正 根据2020年12月30

日深圳市第六届人民代表大会常务委员会第四十六次会议《关于修改〈深圳经济特区社会养老保险条例〉的决定》第二次修正 2021 年 6 月 29 日深圳市第七届人民代表大会常务委员会第二次会议修订）

目 录

第一章 总则

第二章 养老保险费的征集

第三章 养老保险待遇

第四章 养老保险基金管理和监督

第五章 法律责任

第六章 附则

第一章 总则

第一条 为了完善社会养老保险制度，保障职工和居民参加社会养老保险和享受社会养老保险待遇的合法权益，根据《中华人民共和国社会保险法》以及有关法律、行政法规的基本原则，结合深圳经济特区实际，制定本条例。

第二条 本条例所称社会养老保险包括职工社会养老保险和居民养老保险。职工社会养老保险包括基本养老保险、地方补充养老保险和企业年金等多层次的养老保险。

居民养老保险办法和机关事业单位工作人员养老保险办法由市人民政府另行制定。

企业年金依照国家有关规定执行。

第三条 社会养老保险坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的方针，遵循公平与效率相结合、权利与义务相对应和保障水平与经济社会发展水平相适应的原则。

第四条 职工应当参加基本养老保险，由职工和与其形成劳动关系的深圳经济特区内企业、国家机关、事业单位、社会团体、民办非企业单位、个体经济组织以及其他社会组织（以下统称用人单位）按照规定的标准共同缴纳基本养老保险费。

无雇工的个体工商户、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，具有本市户籍的（以下统称个人缴费人员），可以依照本条例规定参加基本养老保险，由个人缴纳基本养老保险费。

参加基本养老保险的人员（以下简称参保人），具有本市户籍的，同时参加地方补充养老保险。

达到法定退休年龄的人员不缴纳养老保险费。但是法律、行政法规以及本条例另有规定

的除外。

第五条 基本养老保险实行社会统筹与个人账户相结合。

第六条 市人力资源和社会保障部门（以下简称市人力资源保障部门）负责全市社会养老保险管理工作。

市有关部门在各自职责范围内负责社会养老保险相关工作。

市社会保险经办机构（以下简称市社保机构）、市社会保险费征收机构根据各自职责具体承办基本养老保险、地方补充养老保险等社会保险事务。

街道办事处承办辖区内退休人员的社会化管理服务工作。

第七条 跨省、自治区、直辖市流动就业的参保人，其基本养老保险关系转移接续依照国家有关规定执行。

广东省内流动就业的参保人，其基本养老保险关系转移接续依照广东省有关规定执行。

第二章 养老保险费的征集

第八条 基本养老保险基金的来源为：

- （一）基本养老保险费及其利息；
- （二）基本养老保险费滞纳金；
- （三）基本养老保险基金合法运营收益；
- （四）其他收入。

第九条 地方补充养老保险基金的来源为：

- （一）地方补充养老保险费及其利息；
- （二）地方补充养老保险费滞纳金；
- （三）地方补充养老保险基金合法运营收益；
- （四）其他收入。

第十条 职工每月缴纳基本养老保险费的缴费基数为其上月工资总额；新参加工作、重新就业和新成立用人单位的职工首月缴费基数为其首月工资总额。工资总额超过广东省上年度城镇非私营单位就业人员平均工资和城镇私营单位就业人员平均工资加权计算的上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资的百分之三百的，超过部分不计入缴费基数；缴费基数不得低于市人民政府公布的最低工资标准。

用人单位每月缴纳基本养老保险费的缴费基数为本单位职工缴费基数的总和。

个人缴费人员在市人民政府公布的最低工资标准至上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资百分之三百的幅度内自行确定缴费基数。

职工和个人缴费人员的地方补充养老保险缴费基数与本人的基本养老保险缴费基数相同。

第十一条 用人单位每月按照单位缴费基数的百分之十四缴纳基本养老保险费，记入基本养老保险统筹基金；职工每月按照本人缴费基数的百分之八缴纳基本养老保险费，记入个人账户。

用人单位每月按照职工缴费基数的百分之一缴纳地方补充养老保险费，记入地方补充养老保险基金。

个人缴费人员按照自行确定的缴费基数的百分之二十二缴纳基本养老保险费，其中百分之八记入个人账户，百分之十四记入基本养老保险统筹基金；按照缴费基数的百分之一缴纳地方补充养老保险费，记入地方补充养老保险基金。

第十二条 市人民政府可以根据国家、广东省养老保险相关规定，将基本养老保险缴费基数下限和缴费比例调整过渡至国家和广东省规定的标准。

市人民政府调整基本养老保险缴费基数下限和缴费比例，应当向社会公布，并报市人大常委会常务委员会备案。

第十三条 用人单位应当按时、足额缴纳养老保险费。职工应当缴纳的基本养老保险费由用人单位代扣代缴。

个人缴费人员直接向市社会保险费征收机构缴纳基本养老保险费和地方补充养老保险费。

养老保险费的缴纳由用人单位和个人缴费人员通过委托银行托收等方式完成。

第十四条 用人单位应当每月如实向市社会保险费征收机构申报上月每个职工的工资总额，并按月将缴纳养老保险费的明细情况向职工通报。

个人缴费人员首次参保时应当向市社会保险费征收机构申报个人缴费基数；需要变更的，应当及时向市社会保险费征收机构申报。申报的缴费基数为缴费基数下限的，随缴费基数下限的调整自动变更。

第十五条 用人单位和个人缴费人员应当依照有关规定办理登记、年审、变更、注销等手续。

市机构编制部门、市场监管、民政等部门应当通过数据共享方式及时向市社保机构通报用人单位设立、变更、终止情况；市公安机关应当通过数据共享方式及时向市社保机构通报参保人员的户口登记、迁移、注销等情况。

第十六条 用人单位缴纳的养老保险费，依法在成本中列支。个人缴纳的养老保险费依

法在税前提取。

第十七条 参保人个人账户积累金额，依照国家和广东省有关规定计算利息，记入个人账户。

第十八条 市社会保险费征收机构核查用人单位缴纳养老保险费的情况时，用人单位应当如实提供职工名册、工资表、劳动合同、企业所得税和个人所得税的纳税登记表以及其他与养老保险费征收、核算相关的资料。

第三章 养老保险待遇

第十九条 基本养老保险待遇包括基本养老金、病残津贴、丧葬补助金和抚恤金。

基本养老保险待遇由基本养老保险基金支付，不得重复享受。

第二十条 同时符合下列条件的参保人可以在本市申请按月领取基本养老金：

- （一）按照国家、广东省有关规定确定养老保险待遇领取地为本市；
- （二）达到法定退休年龄；
- （三）累计缴纳基本养老保险费满十五年。

第二十一条 符合按月领取基本养老金条件的参保人，依照规定退休时，其月基本养老金的具体计发办法由市人民政府按照国家、广东省养老保险相关规定另行制定。

第二十二条 个人账户养老金从个人账户中支付；个人账户支取完毕后，由基本养老保险统筹基金支付。

除个人账户养老金外，基本养老金的其他部分由基本养老保险统筹基金支付。

第二十三条 参加本市地方补充养老保险，符合按月领取基本养老金条件的参保人，按照本市地方补充养老保险的缴费年限享受地方补充养老保险待遇。

第二十四条 1949年9月30日前参加革命工作的参保人，其养老保险待遇参照本市机关同类人员养老待遇执行。

第二十五条 依照国家和广东省有关规定将养老保险关系转入本市的非本市户籍参保人，达到法定退休年龄时，在本市实际缴费年限累计满十年，且累计缴费年限满十五年的，依照本条例的规定计发养老保险待遇；在本市实际缴费年限累计不满十年，但是按照广东省有关规定符合在我市按月领取基本养老金的人员，依照广东省的有关规定计发基本养老保险待遇。

第二十六条 符合按月领取基本养老金条件的参保人，未申请领取基本养老金且继续缴纳养老保险费的，继续缴纳养老保险费的年限计算为缴费年限。

第二十七条 基本养老金调整按照国家、广东省和本市有关规定执行。

第二十八条 达到法定退休年龄时,具有本市户籍的参保人或者按照国家和广东省有关规定确定本市为养老保险待遇领取地的非本市户籍参保人,养老保险累计缴费年限不满十五年的,可以按照有关规定继续缴纳养老保险费至累计缴费年限满十五年后,申请按月领取基本养老金。

第二十九条 在本市参加养老保险后,因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的参保人,未达到法定退休年龄的,可以按照国家和广东省有关规定领取病残津贴。病残津贴由基本养老保险统筹基金支付。

领取病残津贴的参保人符合领取基本养老金条件的,自按月领取基本养老金开始,停发病残津贴。

第三十条 参加本市基本养老保险的参保人或者退休人员因病或者非因工死亡的,其遗属可以按照规定领取丧葬补助金和抚恤金。丧葬补助金和抚恤金由基本养老保险统筹基金支付。

第三十一条 参保人或者离退休人员死亡的,其遗属应当在其死亡后六十日内,向市社保机构申报办理养老保险关系终结手续。

第四章 养老保险基金管理和监督

第三十二条 基本养老保险基金、地方补充养老保险基金、居民养老保险基金(以下简称养老保险基金)按照国家、广东省和本市基金管理相关规定进行管理,专款专用,禁止挤占挪用,不得用于平衡其他政府预算;出现支付不足时,由政府给予补贴。

第三十三条 市人民政府成立由用人单位代表、参保人代表以及工会代表、专家等组成的社会保险监督委员会,掌握、分析养老保险基金的收支、管理和投资运营情况,对社会保险工作提出意见和建议,实施社会监督。社会保险监督委员会的具体办法由市人民政府另行制定。

第三十四条 市审计部门应当依法对养老保险基金的收支、管理和投资运营情况进行审计监督。

市人力资源保障部门应当建立健全养老保险基金的监督检查制度。

市财政部门应当会同市人力资源保障部门建立健全养老保险基金财务制度。

市社保机构、市社会保险费征收机构应当建立查询系统,方便参保人和用人单位查询其缴费和享受养老保险待遇情况。

第三十五条 市社保机构应当按年度将养老保险基金的筹集、支付、结存、运用等情况向社会公布。

第三十六条 市社保机构应当每年定期向参保人提供社会保险个人权益记录。

参保人与市社保机构约定，以登录社会保险个人服务网页、电子邮件、手机短信等电子数据或者纸质信件形式获取个人权益记录的，市社保机构应当免费送达。

参保人未与市社保机构约定获取方式或者所提供的联系信息不准确的，可以自行在市社保机构免费查询、打印个人权益记录。

第三十七条 职工认为用人单位未按照规定为其缴纳养老保险费的，应当在知道或者应当知道权利被侵害之日起两年内按照国家和本市有关规定向市社保机构、市社会保险费征收机构投诉、举报；超过两年的，市社保机构、市社会保险费征收机构不予受理。

第五章 法律责任

第三十八条 用人单位未按时足额缴纳养老保险费的，由市社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由市社会保险费征收机构对用人单位处欠缴金额等额罚款。

第三十九条 用人单位拒不提供本条例第十八条规定的有关资料或者拒绝接受社保稽核的，致使市社会保险费征收机构无法核实养老保险缴费基数的，由市社会保险费征收机构责令限期改正；逾期不改正的，按照用人单位上月缴费基数的一百二十作为当月的缴费基数收缴养老保险费；用人单位尚未参保的，按照上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资的一百五十作为当月的缴费基数征收养老保险费。超出职工个人应缴费部分的费用，由用人单位承担。

第四十条 以欺诈、伪造证明材料或者其他手段为不符合条件的人员办理参保手续，或者补缴养老保险费的，其行为无效。已缴纳的养老保险费本金按照原缴费渠道予以退还。用人单位有过错的，由市人力资源保障部门对用人单位按照违规人数每人一千元的标准处以罚款，并将用人单位的违规情况向社会公告；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四十一条 依法不应当享受或者超出应当享受的养老保险待遇，由市人力资源保障部门予以追回。

采取弄虚作假等方式骗取养老保险待遇的，由市人力资源保障部门责令退回骗取的养老保险待遇，并处骗取金额二倍以上五倍以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四十二条 市人力资源保障部门、市社保机构、市社会保险费征收机构及其工作人员在养老保险管理、监督工作中未按照规定履行职责的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六章 附则

第四十三条 本条例所称工资总额为用人单位按月发放的劳动报酬。

本条例所称基本养老保险缴费年限为职工实际缴费年限与视同缴费年限之和。

第四十四条 用人单位及参保人在缴纳养老保险费时，所涉及的上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资，上半年缴费的，按照上上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资计算；下半年缴费的，按照上年度广东省全口径城镇单位就业人员月平均工资计算。

第四十五条 在本市就业，或者依法从事个体工商经营，或者灵活就业且办理港澳台居民居住证的港、澳、台人员，以及在本市就业的外籍人员的养老保险，依照国家有关规定执行。

达到法定退休年龄前出境定居人员的养老保险关系，依照国家有关规定执行。

第四十六条 本条例施行前，用人单位及其职工未按照规定缴纳养老保险费，超过法定强制追缴时效的，可以申请补缴养老保险费，并自欠缴之日起按日加收万分之五的滞纳金。滞纳金分别纳入基本养老保险统筹基金和地方补充养老保险基金。

第四十七条 本条例施行前已按月领取养老金的人员，其养老金结构、标准、支付渠道依照原有规定执行。

第四十八条 本条例自 2021 年 8 月 1 日起施行。

七、天津市发布《住房公积金行政执法管理办法实施细则》

来源：天津市住房公积金管理中心

摘要：为加强天津市住房公积金行政执法管理，规范行政执法行为，切实维护广大职工和缴存单位合法权益，7 月 16 日，天津市住房公积金管理中心发布《天津市住房公积金行政执法管理办法实施细则（试行）》。《实施细则》提出，执法人员向单位开展调查取证时，应发送行政检查通知书，告知行政执法的依据及具体检查事项。被调查对象应积极配合市中心的调查工作，如实提供相关资料。基于同一事项向被调查对象再次进行调查的，可不再重复发送行政检查通知书。

Abstract: In order to strengthen the administrative law enforcement management of housing provident funds in Tianjin, standardize the acts of administrative law enforcement and practically maintain the legal rights and interests of the employees and payment units, on July 16, Tianjin House Fund Management Center released *Implementation Rules for Measures for Management of Administrative Law Enforcement of Housing Provident Funds (Trail)*. The *Implementation Rules*

proposes that the law enforcement personnel shall send a notice on administrative inspection to notify the basis for administrative law enforcement and specific inspection matters when they investigate and collect evidence from the units. The respondents shall actively cooperate in the survey work of the Center and provide the relevant data truthfully. If they survey the respondents again based on the same matters, they may not send the notice on administrative inspection repeatedly.

天津市住房公积金行政执法管理办法实施细则（试行）

第一章 总则

第一条 为贯彻执行国务院《住房公积金管理条例》和《天津市住房公积金管理条例》，加强本市住房公积金行政执法管理，规范行政执法行为，切实维护广大职工和缴存单位合法权益，依据《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国行政强制法》和《关于印发<天津市行政执法公示办法><天津市行政执法全过程记录办法><天津市重大行政执法决定法制审核办法>的通知》（津执办发〔2020〕1号）、《天津市住房公积金行政执法管理办法》（津公积金委〔2021〕5号）及相关规定，结合本市实际，制定本实施细则。

第二条 天津市住房公积金管理中心（以下简称市中心）开展行政执法活动应坚持严格规范公正文明执法，积极践行社会主义核心价值观，作出具体行政行为必须以事实为依据、以法律为准绳，严格遵循合法、公平、公正、公开和以教育整改为主、以行政处罚为辅的原则，接受社会各界的监督。

第三条 市中心对在本市行政区域内依法注册或成立的单位，以及其他依照法律、法规、规章应由市中心进行管理的单位和个人开展行政执法活动，适用本实施细则。

第二章 行政执法机构和人员

第四条 市中心作为住房公积金行政执法的主体，负责本市住房公积金行政执法工作。各管理部负责住房公积金行政执法业务的具体办理工作。

第五条 市中心成立住房公积金审案小组，负责对行政处罚和重大疑难复杂案件进行审议，并作出审议结论。

市中心建立行政执法信息化管理系统，用于开展日常行政执法业务办理、监督、检查等工作。

第六条 市中心执法人员开展本细则规定的行政执法活动时，应不少于两人，持有并出示市人民政府颁发的行政执法证件。

第七条 执法人员与案件有直接利害关系或者有其他可能影响公正执法关系的应当回避。当

事人认为执法人员与案件有直接利害关系或者有其他可能影响公正执法关系的,有权申请回避。

第三章 行政执法程序

第一节 立案

第八条 出现下列情形之一的,市中心应进行立案处理:

- (一) 经督促,单位逾期未办理住房公积金缴存登记或者不为本单位职工设立个人账户;
- (二) 经督促,单位逾期未缴存或者未补缴欠(少)缴住房公积金;
- (三) 单位拒绝接受监督检查或者谎报、瞒报相关信息;
- (四) 职工投诉单位未为其设立个人账户、欠(少)缴其本人住房公积金,并提供能够证明与被投诉单位存在劳动关系及工资关系的证据材料;
- (五) 职工以提供虚假材料等欺骗手段提取本人住房公积金,且不主动退回骗提资金;
- (六) 职工以提供虚假婚姻信息等欺骗手段获得住房公积金贷款。

第九条 职工投诉属于以下情形的,可不予立案:

- (一) 被投诉单位不属于国务院《住房公积金管理条例》和《天津市住房公积金管理条例》所规定的单位范围;
- (二) 投诉职工不属于国务院《住房公积金管理条例》和《天津市住房公积金管理条例》规定的职工范围;
- (三) 被投诉单位不属于中心行政执法管辖范围;
- (四) 被投诉单位主体已终止,且没有其他权利义务承受人;
- (五) 投诉职工与被投诉单位就劳动关系存续期间全部争议已经解决;
- (六) 投诉职工与被投诉单位就住房公积金争议达成一致意见并按期履行;
- (七) 单位改正违法违规行为后,职工就同一事项再次向市中心进行投诉;
- (八) 其他不符合立案条件的情形。

第二节 调查

第十条 职工对于投诉主张的事实,有义务提供证据资料进行证明。举证资料不全的,应在市中心要求的举证期限内进行补充,逾期举证的将承担举证不利的后果。

第十一条 对于职工投诉单位欠缴、少缴其本人住房公积金的案件,市中心可先进行调解。调解应遵循法律、法规、规章和有关规定,并在立案后 30 日内完成,经批准可再延长 45 日。

第十二条 立案后,市中心应进行调查取证,案件调查应自立案之日起 30 日内开展。调解期

不计入案件办理时限。

第十三条 执法人员向单位开展调查取证时，应发送行政检查通知书，告知行政执行的依据及具体检查事项。被调查对象应积极配合市中心的调查工作，如实提供相关资料。

基于同一事项向被调查对象再次进行调查的，可不再重复发送行政检查通知书。

第十四条 调查取证时，执法人员应制作调查询问笔录，详细记载执法人员姓名、执法证号，出示证件、告知当事人相关权利等情况的描述，以及其他应记载的内容。

制作完毕后，执法人员与被调查对象应同时在笔录上签字，被调查对象拒绝签字的，执法人员注明详细情况。执法人员对获取的与案件相关的证据材料应做好登记并妥善保管。

第十五条 案件办理过程中，出现以下情形的，市中心可中止案件办理：

- （一）投诉职工与单位就相关劳动争议正在仲裁或诉讼过程中；
- （二）因职工离开本市、患有严重疾病等原因无法配合开展调查；
- （三）职工下落不明、失联且相关证据不足以认定案件事实，造成无法继续办理；
- （四）被投诉单位注销、解散或终止，尚未确定权利义务承受人；
- （五）投诉职工提供书面申请，要求中止案件办理；
- （六）其他可中止案件办理的情形。

中止案件办理的原因消除后，执法人员应及时恢复案件调查。中止期间不计入案件办理期限。

第十六条 案件办理过程中，出现以下情形的，市中心应终结案件办理：

- （一）被调查单位不存在违法违规行为；
- （二）调查后发现案件属于不予立案情形的；
- （三）其他应终结办理的情形。

第三节 责令改正

第十七条 调查完毕后，经审查当事人违法违规事实成立的，市中心应在审查认定之日起 15 日内作出限期改正决定，责令当事人在 15 日内改正违法违规行为。单位或职工已主动改正违法违规行为的，不再作出限期改正决定。

第十八条 限期改正决定作出后，当事人应按照限期改正决定确定的内容，按时履行义务。

第四节 行政处罚

第十九条 单位超过责令改正期限后仍未改正违法违规行为，且属于国务院《住房公积金管理条例》或《天津市住房公积金管理条例》所规定的应受处罚情形的，市中心应给予行政处罚。单位在市中心作出行政处罚决定前及时改正的，不予行政处罚。

第二十条 市中心进行行政处罚应遵循法律、法规、规章的相关规定，在其授权范围内实施

行政处罚，不得改变行政处罚的适用对象，不得违反法律、法规、规章规定的处罚种类及处罚幅度。

第二十一条 市中心作出行政处罚决定之前，应作出行政处罚告知书，告知当事人拟作出行政处罚决定的内容及事实、理由、依据，并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利。

拟罚款数额超过国务院《住房公积金管理条例》或《天津市住房公积金管理条例》规定的罚款最高限额百分之五十（含百分之五十），或者具备法律、法规、规章规定应告知当事人有要求听证权利的其他情形，市中心应告知当事人有要求听证的权利。

第二十二条 当事人申请进行陈述申辩的，应在收到行政处罚告知书之日起 3 个工作日内提出。市中心应充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据进行复核，不得因当事人申辩而加重处罚。

第二十三条 符合听证条件的当事人要求举行听证的，应在收到行政处罚告知书之日起 5 个工作日内提出听证申请。市中心应在收到听证申请之日起 15 日内作出行政处罚听证通知书，并在举行听证 7 个工作日前通知当事人听证的时间、地点。具体听证程序按照国家及本市有关规定进行。

第二十四条 当事人进行陈述申辩或听证结束后，市中心复核认定当事人确有应受罚款处罚的违法违规行为的，应在复核认定之日起 15 日内，作出行政处罚决定。

当事人在行政处罚告知书规定的期限内未申请陈述申辩或听证的，市中心应在规定的期限届满之日起 30 日内作出行政处罚决定。

第二十五条 市中心应自行政处罚案件立案之日起 90 日内作出行政处罚决定。法律、法规、规章另有规定的除外。

第二十六条 行政处罚决定作出后，当事人应自收到行政处罚决定书之日起 15 日内，到指定的银行缴纳罚款。市中心及其执法人员不得自行收缴罚款。

第二十七条 当事人逾期不履行行政处罚决定的，市中心可自到期之日起，每日按罚款数额的百分之三加处罚款，加处罚款的数额不得超出罚款的数额。

当事人积极改正违法违规行为，并已缴纳罚款的，可向市中心申请免于加处罚款。

第五节 复议和诉讼

第二十八条 当事人对市中心作出的行政决定不服的，可自收到行政决定之日起 60 日内向上级机关申请行政复议。对复议决定不服的，可自收到复议决定之日起 15 日内向人民法院提起行政诉讼；或者自收到市中心行政决定之日起 6 个月内直接向人民法院提起行政诉讼。

第二十九条 市中心应自收到行政复议申请材料之日起 10 日内,或在收到行政诉讼起诉状副本之日起 15 日内按要求提出书面答复,并提交作出行政决定的证据、依据和其他相关材料。

第六节 强制执行

第三十条 当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼、又不履行行政决定的,市中心应自期限届满之日起 3 个月内,按照法律、法规、规章规定提交申请材料,申请人民法院强制执行。

第三十一条 市中心申请人民法院强制执行前,应催告当事人履行义务。催告书送达 10 个工作日后当事人仍未履行义务的,市中心可向所在地有管辖权的人民法院申请强制执行。

第七节 结案

第三十二条 立案后符合以下情形的,市中心应予以结案:

- (一) 当事人在市中心作出行政处罚决定前主动改正违法违规行为;
- (二) 当事人按期履行市中心作出的行政决定;
- (三) 人民法院受理市中心的强制执行申请并执行完毕,强制执行款划入罚款账户或市中心相关账户;
- (四) 人民法院受理市中心的强制执行申请,裁定案件执行终结;
- (五) 投诉职工主动撤回对单位的投诉申请,但已作出行政处罚决定且未缴纳罚款的除外;
- (六) 市中心按照本细则第十六条规定已终结案件办理;
- (七) 投诉职工与单位达成一致意见,并签订调解、和解协议;
- (八) 其他应办理结案的情形。

第四章 推行行政执法“三项制度”

第一节 行政执法公示制度

第三十三条 住房公积金行政执法公示应遵循公正、公平、合法、准确、及时、便民的原则,提高行政执法工作透明度,保障行政相对人知情权、参与权、救济权和监督权。

第三十四条 市中心应坚持以公开为常态、不公开为例外,利用市级行政执法监督平台,集中公示行政执法信息。

市中心可拓宽公示渠道,通过网站或者其他互联网政务媒体、办事大厅公告栏等载体主动向行政相对人和社会公众公开行政执法信息。

第三十五条 事前公示。市中心行政执法事前环节应公示执法主体信息、执法人员信息、执法职责和依据信息、执法程序信息、清单信息、救济渠道信息,以及依据法律、法规、规章、国家和本市有关规定事前应公开的其他行政执法信息。

第三十六条 事中公示。市中心执法人员进行监督检查、调查取证、送达文书等执法活动时，必须主动公示执法证件，向当事人和有关人员表明执法身份。在执法过程中，应依法出具行政执法文书，主动告知当事人执法事由、执法依据和依法享有的权利，以及配合执法工作的义务。

第三十七条 事后公示。市中心应于每年3月底前，公示上年度各类行政执法行为的数据统计信息、上年度行政复议的有关数据和结果信息，以及依据法律、法规、规章、国家和本市有关规定事后应公开的其他行政执法信息。

市中心按照要求每年向同级司法行政机关报送行政执法情况分析报告及有关数据。

第三十八条 市中心作出的限期改正决定应自作出之日起20个工作日内公开，行政处罚决定应自作出之日起7个工作日内公开。法律、法规、规章和国家及本市有关规定对公开期限另有规定的，从其规定。

第三十九条 市中心在行政执法过程中形成的讨论记录、会议纪要、请示报告等过程性信息以及行政执法案卷信息，或者其他符合不予公开情形的信息，可不予公开。

第四十条 已公开的行政执法决定信息，原则上公示期为一年，国家和本市对公开期限有明确规定的，遵照其规定。已公开的行政执法决定被依法撤销、确认违法或者要求重新作出的，市中心应自收到相关决定后及时撤销原行政执法决定公示信息。发现公开的行政执法信息不准确的，应及时予以更正。

第四十一条 行政执法信息公开的流程、时限、内部审核及管理、保密审查、舆情监测和应对等事项，按照市中心信息公开、风险事项管理和突发事件应急等规定执行。

第二节 行政执法全过程记录制度

第四十二条 住房公积金行政执法全过程记录应遵循合法、公正、客观、全面的原则，严格按照规定进行文字记录和音像记录，实现行政执法全过程留痕和可回溯管理。

第四十三条 市中心应对执法程序启动、调查取证、审查决定、送达执行等环节进行记录。文字记录和音像记录可同时使用，也可分别使用。对文字记录能够全面有效记录行政执法行为的，可不进行音像记录。

第四十四条 市中心应加强行政执法信息化建设，推行成本低、效果好、易保存、防删改的信息化记录和储存方式。

第四十五条 行政执法调查取证环节应记录下列内容：

- （一）执法人员的姓名、执法证号以及出示证件情况；
- （二）现场检查及调查询问情况；

- （三）依规定告知当事人陈述、申辩、申请回避、申请听证等权利以及当事人申请等情况；
- （四）应记录的其他内容。

第四十六条 行政执法审查决定环节应记录下列内容：

- （一）处理建议以及相关事实、证据、依据、裁量基准适用等情况；
- （二）拟作出决定情况；
- （三）审核、审批情况；
- （四）应记录的其他内容。

第四十七条 行政执法送达执行环节应记录下列内容：

- （一）送达情况；
- （二）当事人履行行政执法决定情况；
- （三）行政强制执行情况；
- （四）应记录的其他内容。

第四十八条 市中心向当事人出具的行政执法文书，应规范、完整、准确，并加盖行政执法机关印章，载明签发日期。送达回证应载明送达文书名称、受送达人名称或者姓名、送达时间与地点、送达方式、送达人签字、受送达人签字。

第四十九条 执法人员进行音像记录时，应严格按照市中心行政执法记录仪使用管理规定及相关要求规范操作，并重点记录下列内容：

- （一）现场执法环境以及执法人员检查、取证情况；
- （二）当事人、第三人等现场有关人员的体貌特征和言行举止；
- （三）与行政执法相关的证据情况；
- （四）执法人员送达行政执法文书情况；
- （五）根据实际应记录的其他内容。

第五十条 音像记录完成后，执法人员应在 3 个工作日内将音像记录信息储存至市中心指定的存储设备内，不得私自保管或者擅自交由他人保管。

第五十一条 行政执法过程中产生的文字、音像记录等资料，应在执法行为终结之日起 30 日内整理，按有关规定归档，并至少保存两年以上备查。执法人员不得擅自毁损、删除、修改、对外泄露行政执法全过程记录资料。

第三节 重大行政执法决定法制审核制度

第五十二条 住房公积金重大行政执法决定法制审核应遵循公正、公平、合法、及时的原则，坚持应审必审、有错必纠，保证重大行政执法决定合法、适当。

第五十三条 合规管理部门是市中心重大行政执法决定的法制审核机构，执法管理部门按照部门职责参与重大行政执法决定的法制审核工作，协助法制审核机构完成重大行政执法决定的法制审核工作。

第五十四条 市中心应结合执法职责、执法层级、涉案金额等情况，按照执法类别编制重大行政执法决定法制审核事项清单，并根据实际情况进行动态调整。重大执法决定法制审核事项清单按照要求报送司法行政机关备案。

第五十五条 市中心在作出行政处罚决定或其他重大行政执法决定前，应严格进行法制审核，未经法制审核或者审核未通过的，不得作出决定。

第五十六条 市中心应按照国家和本市规定配备法制审核人员，并实行动态管理。对于初次从事重大行政执法决定法制审核的人员，应具备法律职业资格。

第五十七条 市中心应定期组织法制审核人员培训，建立健全市中心法律顾问、公职律师参与重大行政执法决定法制审核机制和统筹调用机制，实现法律专业人才资源共享。

第五十八条 法制审核机构应对下列内容进行审核：

- （一）行政执法主体是否合法、行政执法人员是否具备执法资格；
- （二）是否超越市中心法定权限；
- （三）案件事实是否清楚，证据是否合法充分；
- （四）适用法律、法规、规章是否准确；
- （五）适用裁量基准是否适当；
- （六）行政执法程序是否合法；
- （七）行政执法文书是否完备、规范；
- （八）违法违规行为是否涉嫌犯罪、需要移送司法机关；
- （九）应审核的其他内容。

第五十九条 法制审核机构应按照规定及时完成法制审核，根据不同情况，提出同意、改正、补充调查等书面审核意见。法制审核意见应经法制审核机构负责人签字。

第六十条 法制审核机构应自收到承办机构送审材料之日起 10 个工作日内完成法制审核。情况复杂的，经市中心主要负责人批准可延长 5 个工作日。补充材料后审核期限重新计算。重大行政执法决定未通过法制审核的，承办机构应根据审核意见作出相应处理，再次送交法制审核机构审核。

承办机构对法制审核意见有异议的，可自收到审核意见之日起 2 个工作日内书面向法制审核机构提出复审建议。法制审核机构应自收到书面复审建议之日起 10 个工作日内提出复审意

见。执法承办机构仍对复审意见仍有异议的，报请市中心主要负责人决定。

第五章 监督

第六十一条 市中心行政执法监督机构在开展监督过程中，发现行政执法相关部门或执法人员违反法律、法规、规章及本实施细则，作出的行政执法行为不当的，可提出行政执法监督建议。

第六十二条 对市中心违反有关法律、法规、规章及本实施细则进行的行政执法活动，侵犯当事人合法权益的，当事人可向有关部门投诉。

第六十三条 市中心执法人员在开展行政执法活动中违反行政执法工作制度，滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，按照市中心相关规定给予严肃处理。

第六章 附则

第六十四条 本实施细则由市中心制定并负责解释。

第六十五条 本实施细则自 2021 年 7 月 15 日起施行。

八、深圳拟修改员工工资支付条例

来源：深圳人大网

摘要：为了促进劳动关系和谐稳定，保障深圳市经济社会平稳、健康发展，近日，深圳人大网发布《深圳市员工工资支付条例修正案（草案修改征求意见稿）》，公开征求意见至 2021 年 8 月 2 日。为完善正常工作时间工资的认定规则，《条例》拟对原《条例》第四条增加一款，作为第三款，即“未约定正常工作时间工资或者约定不明的，以本市上年度职工月平均工资作为正常工作时间工资；实际支付的工资高于本市上年度职工月平均工资的，实际支付的工资视为与劳动者约定的正常工作时间工资。”

Abstract: In order to promote the harmonious and stable labor relationship, and guarantee the steady and healthy development of economy and society of Shenzhen, recently, www.szrd.gov.cn has released the *Bill of Amendment to Regulations on Payment of Wages to Employees in Shenzhen (Draft Modification Exposure Draft to seek for opinions in public until August 2, 2021)*. In order to improve the rules for affirming the wages for the normal working hours, the *Regulations* intends to add a paragraph in Article 4 of original *Regulations* as the third paragraph, that is, “If there is no agreement or no clear agreement on the wages for normal working hours, the employees’ average monthly wages in Shenzhen in the previous year shall be taken as the wages

for normal working hours; if the wages actually paid are higher than the employees' average monthly wages in Shenzhen in the previous year, the wages actually paid shall be regarded as the wages for normal working hours agreed with the workers.”

关于《深圳市员工工资支付条例修正案（草案修改征求意见稿）》公开征求意见的公告

为了促进劳动关系和谐稳定，保障我市经济社会平稳、健康发展，市七届人大常委会第一次会议审议了市政府提交的《深圳市员工工资支付条例修正案（草案）》。市人大常委会法工委根据审议情况形成了《深圳市员工工资支付条例修正案（草案修改征求意见稿）》（以下简称《修正案（草案修改征求意见稿）》）。为深入推进科学立法、民主立法、依法立法，保证立法质量和效率，现将《修正案（草案修改征求意见稿）》和有关说明在“深圳人大网”“深圳政府在线”“深圳新闻网”“i 深圳”全文公布，广泛征求社会各方面的意见和建议。

深圳市员工工资支付条例修正案

（草案修改征求意见稿）

一、第四条增加一款，作为第三款：“未约定正常工作时间工资或者约定不明的，以本市上年度职工月平均工资作为正常工作时间工资；实际支付的工资高于本市上年度职工月平均工资的，实际支付的工资视为与劳动者约定的正常工作时间工资。”

二、第十一条增加一款，作为第二款：“工资支付周期为一个月的，自用工之日起至约定的工资支付日不满一个月的工资，用人单位可以在首个工资支付日按日折算支付，也可以在下一个工资支付日合并支付，具体支付办法由用人单位与员工在劳动合同中约定。”

三、将第十五条第三款修改为：“工资支付表至少应当保存三年。”

第四款修改为：“用人单位支付员工工资时应当以纸质或者电子形式向员工提供一份本人的工资清单，并由员工签收。工资清单的内容应当与工资支付表一致，员工对工资清单表示异议的，用人单位应当予以答复。”

四、将第二十八条修改为：“非因员工原因造成用人单位停工、停产，自用人单位停工、停产之日起计算，未超过一个工资支付周期（最长三十日）的，用人单位应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期（最长三十日）的，可以根据员工提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排员工工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的百分之八十支付劳动者生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系为止。”

五、删去第四十一条。

六、将第四十七条改为第四十六条，并将其中的“检举和控告”修改为：“举报”。

七、将第四十八条改为第四十七条，并将其中的“用人单位有下列情形之一的，员工有

权向人力资源主管部门举报。”修改为：“劳动者认为用人单位有下列情形之一，侵犯其劳动保障合法权益的，有权向人力资源主管部门投诉：”。

八、将第四十九条改为第四十八条，修改为：“人力资源主管部门接到举报或者投诉后，发现用人单位可能存在劳动保障违法行为，需要调查处理的，应当依法立案调查并在法定期限内办结；实名举报人或者投诉人要求反馈处理情况，且有明确、有效联系方式的，人力资源主管部门应当将处理情况予以答复。人力资源主管部门应当为举报者保密。”

关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见

Guiding Opinions on Maintaining the Labor Guarantee Rights
and Interests of Workers in the New Employment Form



2021年7月16日人力资源社会保障部、国家发展改革委、交通运输部、应急部、市场监管总局、国家医保局、最高人民法院、全国总工会联合发布《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》，该意见对新就业形态的劳动者的权益保障相关内容予以明确：

- 1、《意见》开篇明确新就业形态劳动者指的是依托互联网平台就业的网约配送员、网约车驾驶员、货车司机、互联网营销师等。
- 2、《意见》第二条明确不完全符合确立劳动关系的，应当订立书面协议，明确双方的权利义务；个人依托平台开展的活动按照民事法律调整双方的权利义务。
- 3、《意见》第三条明确平台企业如采取外包等其他合作用工方式，劳动者权益收受到损害的，平台企业需要承担相应的责任。
- 4、《意见》第四条规定企业不得违法限制劳动者在多平台就业。
- 5、《意见》第五条、第六条明确，将推动不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者纳入制度保障范围，在法定节假日支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬。
- 6、《意见》第七条强调企业在劳动保护方面的责任。
- 7、《意见》第八条、第九条强调企业应当引导和支持不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者根据自身情况参加相应的社会保险。对职业伤害保障予以明确，对平台企业开展灵活就业人员职业伤害保障试点，企业应当按规定参加，方式是政府主导、信息化引领和社会力量相结合。
- 8、《意见》第十条是对管理制度的规定，对与平台就业的工作人员利益相关的制度的制定需要经过民主程序。
- 9、《意见》第十一条至十五条是对有关政府部门的要求，政府部门需要提供就业指导和咨询服务，探索适合新就业形态的社会保险经办服务模式，建立适合新就业形态劳动者的职业技能培训模式，加快就业便利服务设施建设，保障新就业形态下劳动者子女接受义务教育的权利。
- 10、《意见》第十五至十九条，是为了完善劳动者权益保障的工作机制，各部门各司其职，为实现目的而共同努力。

On July 16, 2021, Ministry of Human Resources and Social Security, National Development and Reform Commission, Ministry of Transport, Ministry of Emergency, State Administration for Market Supervision, National Healthcare Security Bureau, the Supreme People's Court and

All-China Federation of Trade Unions jointly released the *Guiding Opinions on Maintaining the Labor Guarantee Rights and Interests of Workers in the New Employment Form*, and the Opinions makes clear the relevant content of right and interest guarantee of workers in the new employment form:

1. The beginning of the *Opinions* makes clear that the workers in the new employment form refer to the online delivery personnel, online car-hailing drivers, truck drivers and Internet marketers who rely on Internet platforms for employment.
2. Article 2 of the *Opinions* makes clear that if the parties fail to fully meet the conditions for establishing the labor relationship, they shall conclude a written agreement, making clear the parties' rights and obligations; for the activities carried out by the individuals by relying on the platforms, the parties' rights and obligations shall be adjusted according to the civil law.
3. Article 3 of the *Opinions* makes clear that if the platform enterprises adopt other cooperative employment methods such as outsourcing, the platform enterprises shall bear the corresponding responsibilities when the workers' rights and interests are damaged.
4. Article 4 of the *Opinions* stipulates that the enterprises shall not illegally restrict the workers from being employed by multiple platforms.
5. Article 5 and Article 6 of the *Opinions* make clear that the employees in the new employment form, who fail to fully meet the circumstances of establishing the labor relationship, shall be included in the scope of system guarantee, and that the reasonable remunerations higher than the remunerations for the normal working hours shall be paid to them on legal festivals and holidays.
6. Article 7 of the *Opinions* emphasizes the responsibilities of the enterprises in labor protection.
7. Article 8 and Article 9 of the *Opinions* emphasize that the enterprises shall guide and support the employees in the new employee form, who fail to fully meet the circumstances of establishing the labor relationship, to participate in the corresponding social insurances according to their own conditions. Such articles make clear the occupational injury guarantee, and carry out the pilot occupational injury guarantee of flexible employment personnel for the platform enterprises, and the enterprises shall participate as stipulated in combination

with government domination, information guidance and social force.

8. Article 10 of the *Opinions* is a stipulation on the management system that the systems related to the interests of staff employed by the platforms shall be formulated through a democratic process.
9. Article 11 – Article 15 of the *Opinions* are the requirements for the relevant government sectors that the government sectors shall provide the employment guidance and consulting services, explore the social insurance handling service modes suitable for the new employment form, establish the vocational skill training modes suitable for the workers in the new employment form, accelerate the construction of the employment convenience service facilities and guarantee the right of the workers' children to receive the compulsory education in the new employment form.
10. Article 15 – Article 19 of the *Opinions* are the work mechanisms to improve the workers' right and interest guarantee and that the departments shall perform their own functions and make joint efforts to realize the purposes.

链接:

人力资源社会保障部 国家发展改革委 交通运输部 应急部 市场监管总局 国家医保局 最高人民法院 全国总工会关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见

人社部发〔2021〕56号

各省、自治区、直辖市人民政府、高级人民法院、总工会，新疆生产建设兵团，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院，新疆生产建设兵团总工会：

近年来，平台经济迅速发展，创造了大量就业机会，依托互联网平台就业的网约配送员、网约车驾驶员、货车司机、互联网营销师等新就业形态劳动者数量大幅增加，维护劳动者劳动保障权益面临新情况新问题。为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署，支持和规范发展新

就业形态，切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益，促进平台经济规范健康持续发展，经国务院同意，现提出以下意见：

一、规范用工，明确劳动者权益保障责任

（一）指导和督促企业依法合规用工，积极履行用工责任，稳定劳动者队伍。主动关心关爱劳动者，努力改善劳动条件，拓展职业发展空间，逐步提高劳动者权益保障水平。培育健康向上的企业文化，推动劳动者共享企业发展成果。

（二）符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。

（三）平台企业采取劳务派遣等合作用工方式组织劳动者完成平台工作的，应选择具备合法经营资质的企业，并对其保障劳动者权益情况进行监督。平台企业采用劳务派遣方式用工的，依法履行劳务派遣用工单位责任。对采取外包等其他合作用工方式，劳动者权益受到损害的，平台企业依法承担相应责任。

二、健全制度，补齐劳动者权益保障短板

（四）落实公平就业制度，消除就业歧视。企业招用劳动者不得违法设置性别、民族、年龄等歧视性条件，不得以缴纳保证金、押金或者其他名义向劳动者收取财物，不得违法限制劳动者在多平台就业。

（五）健全最低工资和支付保障制度，推动将不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者纳入制度保障范围。督促企业向提供正常劳动的劳动者支付不低于当地最低工资标准的劳动报酬，按时足额支付，不得克扣或者无故拖欠。引导企业建立劳动报酬合理增长机制，逐步提高劳动报酬水平。

（六）完善休息制度，推动行业明确劳动定员定额标准，科学确定劳动者工作量和劳动强度。督促企业按规定合理确定休息办法，在法定节假日支付高于正常工作时间劳动报酬的合理报酬。

（七）健全并落实劳动安全卫生责任制，严格执行国家劳动安全卫生保护标准。企业要牢固树立安全“红线”意识，不得制定损害劳动者安全健康的考核指标。要严格遵守安全生产相关法律法规，落实全员安全生产责任制，建立健全安全生产规章制度和操作规程，配备必要的劳动安全卫生设施和劳动防护用品，及时对劳动工具的安全和合规状态进行检查，加强安全生产和职业卫生教育培训，重视劳动者身心健康，及时开展心理疏导。强化恶劣天气等特殊情形下的劳动保护，最大限度减少安全生产事故和职业病危害。

（八）完善基本养老保险、医疗保险相关政策，各地要放开灵活就业人员在就业地参加基本养老、基本医疗保险的户籍限制，个别超大型城市难以一步实现的，要结合本地实际，积极创造条件逐步放开。组织未参加职工基本养老、职工基本医疗保险的灵活就业人员，按规定参加城乡居民基本养老、城乡居民基本医疗保险，做到应保尽保。督促企业依法参加社会保险。企业要引导和支持不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者根据自身情况参加相应的社会保险。

（九）强化职业伤害保障，以出行、外卖、即时配送、同城货运等行业的平台企业为重点，组织开展平台灵活就业人员职业伤害保障试点，平台企业应当按规定参加。采取政府主导、信息化引领和社会力量承办相结合的方式，建立健全职业伤害保障管理服务规范和运行机制。鼓励平台企业通过购买人身意外、雇主责任等商业保险，提升平台灵活就业人员保障水平。

（十）督促企业制定修订平台进入退出、订单分配、计件单价、抽成比例、报酬构成及支付、工作时间、奖惩等直接涉及劳动者权益的制度规则和平台算法，充分听取工会或劳动者代表的意见建议，将结果公示并告知劳动者。工会或劳动者代表提出协商要求的，企业应当积极响应，并提供必要的信息和资料。指导企业建立健全劳动者申诉机制，保障劳动者的申诉得到及时回应和客观公正处理。

三、提升效能，优化劳动者权益保障服务

（十一）创新方式方法，积极为各类新就业形态劳动者提供个性化职业介绍、职业指导、创业培训等服务，及时发布职业薪酬和行业人工成本信息等，为企业和劳动者提供便捷化的劳动保障、税收、市场监管等政策咨询服务，便利劳动者求职就业和企业招工用工。

（十二）优化社会保险经办，探索适合新就业形态的社会保险经办服务模式，在参保缴费、权益查询、待遇领取和结算等方面提供更加便捷的服务，做好社会保险关系转移接续工作，提高社会保险经办服务水平，更好保障参保人员公平享受各项社会保险待遇。

（十三）建立适合新就业形态劳动者的职业技能培训模式，保障其平等享有培训的权利。对各类新就业形态劳动者在就业地参加职业技能培训的，优化职业技能培训补贴申领、发放流程，加大培训补贴资金直补企业工作力度，符合条件的按规定给予职业技能培训补贴。健全职业技能等级制度，支持符合条件的企业按规定开展职业技能等级认定。完善职称评审政策，畅通新就业形态劳动者职称申报评价渠道。

（十四）加快城市综合服务网点建设，推动在新就业形态劳动者集中居住区、商业区设置临时休息场所，解决停车、充电、饮水、如厕等难题，为新就业形态劳动者提供工作生活便利。

（十五）保障符合条件的新就业形态劳动者子女在常住地平等接受义务教育的权利。推动公共文体设施向劳动者免费或低收费开放，丰富公共文化产品和服务供给。

四、齐抓共管，完善劳动者权益保障工作机制

（十六）保障新就业形态劳动者权益是稳定就业、改善民生、加强社会治理的重要内容。各地区要加强组织领导，强化责任落实，切实做好新就业形态劳动者权益保障各项工作。人力资源社会保障部、国家发展改革委、交通运输部、应急部、市场监管总局、国家医保局、最高人民法院、全国总工会等部门和单位要认真履行职责，强化工作协同，将保障劳动者权益纳入数字经济协同治理体系，建立平台企业用工情况报告制度，健全劳动者权益保障联合激励惩戒机制，完善相关政策措施和司法解释。

（十七）各级工会组织要加强组织和工作有效覆盖，拓宽维权和服务范围，积极吸纳新就业形态劳动者加入工会。加强对劳动者的思想政治引领，引导劳动者理性合法维权。监督企业履行用工责任，维护好劳动者权益。积极与行业协会、头部企业或企业代表组织开展协商，签订行业集体合同或协议，推动制定行业劳动标准。

（十八）各级法院和劳动争议调解仲裁机构要加强劳动争议办案指导，畅通裁审衔接，根据用工事实认定企业和劳动者的关系，依法依规处理新就业形态劳动者劳动保障权益案件。各类调解组织、法律援助机构及其他专业化社会组织要依法为新就业形态劳动者提供更加便捷、优质高效的纠纷调解、法律咨询、法律援助等服务。

（十九）各级人力资源社会保障行政部门要加大劳动保障监察力度，督促企业落实新就业形态劳动者权益保障责任，加强治理拖欠劳动报酬、违法超时加班等突出问题，依法维护劳动者权益。各级交通运输、应急、市场监管等职能部门和行业主管部门要规范企业经营行为，加大监管力度，及时约谈、警示、查处侵害劳动者权益的企业。

各地区各有关部门要认真落实本意见要求，出台具体实施办法，加强政策宣传，积极引导社会舆论，增强新就业形态劳动者职业荣誉感，努力营造良好环境，确保各项劳动保障权益落到实处。

人力资源社会保障部 国家发展改革委

交通运输部 应急部 市场监管总局

国家医保局 最高人民法院 全国总工会

2021年7月16日

违纪行为被发现后多久内， 用人单位可以行使劳动合同解除权？

How long after the violation of discipline is discovered,
the employer can exercise the right to terminate the labor contract?

上海保华律师事务所 陆佳亮

Baohua Law Firm Jerry Lu

引言：现行的《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法律，并无规定用人单位基于劳动者严重违反规章制度行为行使劳动合同解除权的期限。这种期限其实是一种法律上的消灭时效，也就是指当劳动者违反规章制度的行为经过一定的期间，用人单位未行使处罚权时，即产生处罚权丧失的法律效果。正如法谚所谓“法律不保护权利上之睡眠人”，因此，即使没有明确的法律规定，在现行司法实践中，各地司法机构均认为用人单位必须在合理期限内行使处罚权。目前的司法实践中，有一些地区对于题述的问题有地方性的规定（或成文的司法指导性文件）进行规范，但更多的情况下，司法审判人员主要还是参照已废止的《企业职工奖惩条例》第20条的规定[《企业职工奖惩条例》第20条：“审批职工处分的时间，从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过五个月，其他处分不得超过三个月。”]及其他地方已有的规定在裁判文书中进行说理。本文主要归纳了各地司法实践对于解除权期限认定的类型，望能起到抛砖引玉的作用。

Instruction: The current Labor Law, Labor Contract Law and other labor laws do not stipulate the time limit for the employer to exercise the right to terminate the labor contract based on the employee's serious violation of rules and regulations. This kind of time limit is actually a kind of extinctive prescription in law, that is to say, when the employer fails to exercise the right of punishment after a certain period of violation of rules and regulations, it will produce the legal effect of losing the right of punishment. As the legal proverb says, "the law does not protect the right of sleeping people", therefore, even if there is no clear legal provisions, in the current judicial practice, judicial institutions all over the country believe that the employer must exercise the right of punishment within a reasonable period of time. In the current judicial practice, some areas have local regulations (or written judicial guidance documents) to regulate the problems mentioned, but in more cases, judicial officers mainly refer to the provisions of Article 20 of the repealed Regulations on Rewards and Punishments for Enterprise`s Employees and the existing regulations of other areas to set forth the reasons in judgments. This article mainly sums up the types of judicial practice in various places for the determination of the time limit for the termination right, hoping to play a role in casting a brick to attract jade.

- 一、地方规定(或成文的司法指导性文件)明确规定,用人单位应在知道或者应当知道违纪行为之日起五个月内行使劳动合同解除权。Local regulations (or written judicial guidance documents) clearly stipulate that the employer shall exercise the right to terminate the labor contract within five months from the date of knowing or should have known the violation of discipline.

浙江:浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》(浙高法民一[2014]7号)八、劳动者违反用人单位规章制度,符合用人单位与其解除劳动合同的条件,用人单位应在多长时间内行使劳动合同解除权?答:劳动者违反用人单位规章制度,符合用人单位与其解除劳动合同的条件,用人单位一般应在知道或者应当知道之日起5个月内行使劳动合同解除权。

- 二、地方规定(或成文的司法指导性文件)明确规定,用人单位应自知道或应当知道劳动者存在违纪情形之日起六个月内做出解除劳动合同的决定。Local regulations (or written judicial guidance documents) clearly stipulate that The employer shall make a decision to terminate the labor contract within six months from the date when it knows or should know that the employee is in violation of discipline.

天津:关于印发《天津市贯彻落实<劳动合同法>若干问题实施细则》的通知(津人社规字〔2018〕14号)第十二条:“劳动者有《劳动合同法》第三十九条第二项、第三项、第四项、第五项、第六项情形之一,用人单位与劳动者解除劳动合同的,应自知道或应当知道劳动者存在上述情形之日起六个月内做出解除劳动合同的决定。”

- 三、地方规定(或成文的司法指导性文件)明确规定,用人单位应自知道或应当知道劳动者存在违纪情形之日起一年内做出解除劳动合同的决定。Local regulations (or written judicial guidance documents) clearly stipulate that the employer shall exercise the right to terminate the labor contract within one year from the date of knowing or should have known the violation of discipline.

辽宁:《辽宁省职工劳动权益保障条例》(2019修正)第二十六条第二款:“用人单位应当从知道或者应当知道职工违反规章制度行为之日起一年内作出处理决定。逾期未处理的,不得再追究其责任。”

安徽:《安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会会议纪要》(发布日期:2019年11月11日)四、用人单位依据《劳动合同法》第三十九条解除劳动合同的,应当在合理期限内行使解除权;用人单位知道或应当知道劳动者具有《劳动合同法》第三十九条相应情形超过一年(相应情形呈连续或持续状态的,从相应行为终了之日起计算)解除劳动合同,且解除劳动合同前劳动者仍在用人单位工作的,应当认定为违法解除。

重庆:《重庆市职工权益保障条例》(施行日期:2011年7月1日)第二十六条 因用人单位作出的解除和终止劳动合同、减少劳动报酬、计算职工工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。用人单位应当从知道或者应当知道职工违反规章制度行为之日起一年内作出处理决定。逾期未处理的,不再追究该违章责任。

四、地方规定(或成文的司法指导性文件)明确规定, 人民法院在审理时可依据案件具体情况酌定合理期限。Local regulations (or written judicial guidance documents) clearly stipulate that the people's court may decide a reasonable time limit according to the specific circumstances of the case.

宁波:《宁波中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答(二)》(实施日期:2014.08.13)十、劳动者违反用人单位规章制度或违反法律规定,且符合用人单位解除劳动合同的条件,但用人单位系在较长时间后(如一年、两年)才以此为由提出解除劳动合同,该解除行为是否违法?《劳动合同法》第三十九条规定了用人单位的即时解除权。在知道或者应当知道法律规定的解除条件成就后,享有解除权的一方当事人可以在合理期限内向对方发出解除劳动合同的通知,也可以要求对方继续履行,但只能择其一而行之,否则将使双方当事人的法律关系持续处于一种不确定状态。如果在合同解除权条件成就后,用人单位仍然要求或者接受对方继续履行合同,则意味着其以默示的方式放弃了解除权。如用人单位在解除条件成就后的相当期间内未行使该权利,且接受劳动者继续履行劳动合同,足以使劳动者对其不再行使解除权产生信赖,若用人单位再以此为由要求解除劳动合同,明显违背了诚实信用原则,应认定其解除行为违法。至于合理期限的确定,人民法院在审理时可依据案件具体情况酌定。

五、没有明确地方规定,但在判例中参照《企业职工奖惩条例》第20条规定:"审批职工处分的时间,从证实职工犯错误之日起,开除处分不得超过五个月,其他处分不得超过三个月。" There is no clear local provisions, but in judicial precedent, the judges will refer to the provisions of Article 20 of the Regulations on Rewards and Punishments for Enterprise's Employees: "The time for examining and approving the punishment of an employee shall be counted from the date when it is proved that the employee has made a mistake. The punishment of dismissal shall not exceed five months, and other punishments shall not exceed three months."

北京:案例:(2019)京0107民初13710号"本院认为,职工无正当理由经常旷工,经批评教育无效,连续旷工时间超过十五天,或者一年以内累计旷工时间超过三十天的,企业有权予以除名。审批职工处分的时间,从证实职工犯错误之日起,开除处分不得超过五个月,其他处分不得超过三个月。职工受到行政处分、经济处罚或者被除名,企业应当书面通知本人,并且记入本人档案。"

六、没有明确地方规定,但在判例中要求用人单位需在合理期限(不超过一年)做出解除决定。 There is no clear local provisions, but in judicial precedent, the judges will require the employer to make a decision to terminate the labor contract within a reasonable time limit (less than one year).

深圳:案例:(2019)粤03民终4501号"现行劳动法律并无规定用人单位基于劳动者严重违反规章制度行为行使劳动合同解除权的期限。由于本案需要依据罗湖区人民法院(2016)粤0303民初2680号案审理结果来确定杨树林造成巴士第四分公司经济损失的数额,该案结案时间为2016年11月9日,巴士第四分公司于2017年7月12日依据管理规章制度解除与杨树林的劳动合同并无违反法律规定。杨树林主张巴士第四分公司已

丧失劳动合同解除权于法无据，本院不予支持。”

江西：案例：(2020)赣 06 民终 482 号 “虽然目前尚无明确法律规定用人单位依据《劳动合同法》第三十九条第（六）项规定行使劳动合同解除权的期限，但是，从有利于维护和谐稳定的劳动关系、督促用人单位及时行使劳动管理权利的角度出发，用人单位依据《劳动合同法》第三十九条解除与劳动者劳动合同应有合理期限，否则劳动者的过错行为可能会成为用人单位长期持有的法定理由，势必会造成劳动者与用人单位之间的劳动合同法律关系持续处于一种不确定的状态，导致用人单位和劳动者之间关系的失衡，不利于维护和谐稳定的劳动关系。故上诉人认为其在被上诉人被追究刑事责任两年半后解除与被上诉人之间的劳动合同合理合法的主张不能成立，一审法院认定上诉人应继续履行劳动合同并无不当。”

福建：案例：(2019)闽 07 民终 1427 号 “虽目前尚无明确法律规定用人单位依据劳动合同法第三十九条第一款第六项“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同……（六）被依法追究刑事责任的”的规定行使劳动合同解除权的期限，但用人单位仍应当本着维护劳动关系稳定、有效运行的理念在合理期间行使解除权，如赋予用人单位在劳动者被追究刑事责任后的任意期间行使解除权，明显不利于维护劳动者的权利，不利于劳动关系的和谐稳定，与劳动合同法的立法本意不符。”

青岛：案例：(2018)鲁 02 民终 6592 号 “对于合理的期限，《劳动合同法》未作明确规定，但从我国部分省区的地方性法规来看，合理的期限不应超过一年。另外，《企业职工奖惩条例》第 20 条规定：“审批职工处分的时间，从证实职工犯错误之日起，开除处分不得超过五个月，其他处分不得超过三个月。”《企业职工奖惩条例》虽然已废止，但该规定仍具有参照的意义。综上所述，一审法院认为，用人单位依据《劳动合同法》第 39 条解除与劳动者劳动合同的合理期限不应超过一年，自用人单位应当知道或应当知道劳动者违纪事实一年之内作出，否则就不应当再追究劳动者的责任。”

七、没有明确地方规定，亦在判例中没有明确指向。 There is no clear local provisions, and there is no clear instructions in judicial precedents.

上海、江苏、广东、成都、湖南、湖北、陕西、云南等地区。对于这些地区，在《企业职工奖惩条例》被废止后的案例中，笔者暂未搜索到较为典型的司法判例对题述问题进行明确的指向性说理，有待后续补充，但较无争议的，在这些地区的司法裁判中亦应遵循“合理期限”的原则，且“合理期限”不应超过一年。目前，并未搜索到超过一年合理期限而解除被支持的案例。

八、总结 Summary

虽然现行劳动法律无明确规定，但基于违纪解除是一种用人单位即时行使的解除权，同时参照劳动争议一年仲裁时效的立法理念，在司法实践中，各地司法部门均认可违纪行为被发现后，用人单位需在合理期限内行使劳动合同解除权，否则处罚权消灭。另外，这种司法理念，也符合建立和谐稳定的劳动关系的导向，否则，如果违纪行为被发现后，允许用人单位无限期地暂时不予处理，劳动关系将始终处于一种随时可能被解除的不确定状态。

各地司法实践在界定“合理期限”上有所不同，有的有明文规定，有的有明确判例，有的则无明确口径或典型判例。对于合理期限的长短，则各地有所不同，但均未超过一年的期限，主要需注意北京（5个月）、浙江（5个月）、天津（6个月）这三地特殊的期限规定。司法审判实践中，即使未超过一年期限，但如果违纪行为被发现时间至纪律处分作出时间之间的期限，依照一般常理判断仍属过长，用人单位通常仍会被要求说明或举证证明处理时间过长的合理性。因此，对违纪行为进行及时处理，才是避免“合理期限”争议的根本之道。

劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度构建



经济补偿金在各国和地区的称谓不尽相同。法国《劳动法典》称为“辞退补偿金”，俄罗斯《劳动法》称为“解职金”。而香港《雇佣条例》将其称为“遣散费”，台湾地区《劳动基准法》则称为“资遣费”。《劳动合同法》出台之前，我国《劳动法》、劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》等法规均规定了用人单位在与劳动者解除劳动合同时，应该按一定标准支付一定金额的经济补偿金。但是对于经济补偿金的性质，立法上并未有明确界定。

《劳动合同法》起草过程中出现的关于经济补偿金问题的争议，是如何对于补偿金进行定性，并进行相应的制度安排。社会法视野中的经济补偿金是维持和谐稳定劳动关系的重要制度设计，应当体现社会法对劳动者“倾斜保护”的原则。

一、经济补偿金问题的争议焦点

在《劳动合同法》的整个立法过程中，经济补偿金问题的争议焦点在于劳动合同终止是否也要支付补偿金。依照我国 1994 年《劳动法》的规定，在用人单位解除劳动合同时，除劳动者主观过错外，基本上要求用人单位支付经济补偿。劳动合同到期终止、约定终止的情况下，用人单位是不需要支付经济补偿的。在出现了劳动关系长期化与劳动合同短期化的矛盾后，希望通过补偿金制度予以校正的呼声渐高。围绕着“终止”是否应当支付经济补偿，出现三种不同的观点。

第一种观点认为，《劳动法》的制度安排是恰当的，合同终止没有必要支付经济补偿。“经济补偿金作为劳动法上的独特制度在现行劳动立法上的适用领域主要是劳动合同的解除情形，应该说适用范围的厘定还是比较准确的。《劳动合同法(草案)》将经济补偿金扩展适用于劳动合同终止情形，虽然突出保护了劳动者和有可能实现预期的克服劳动合同短期化的现象，但有违合同期限和效力原理，造成经济补偿金的变异，而且无疑加重了用人单位的用工成本和限制用工自由，在利益的天平上出现了过度的倾斜。”¹

第二种观点，劳动合同终止可以有条件地适用经济补偿。经济补偿金是员工在被动结束劳动关系时，企业承担的一项法定帮助义务²。作为一种帮助义务，本身应当考虑企业的承受力。笔者建议对经济补偿金的基数进行上封下保的做法，以使经济补偿金这种制度主要用于对底层员工的保护³。

董保华，论文转载自《河北法学》2008 年第 5 期。

¹ 冯彦君：《我国劳动合同立法应正确处理三大关系》，载《当代法学》2006 年第 11 期。

² 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》，载《法商研究》2006 年第 5 期。

³ 董保华、于海红：《劳动合同经济补偿金研究》；董保华：《劳动合同研究》，中国劳动出版社，2005 年第 278-279 页、第 267-279 页。

第三种观点认为，面对劳动合同终止的各种情况，用人单位应当广泛地支付经济补偿，认为凡终止都要支付补偿金。

关于劳动合同终止是否要支付经济补偿金的不同态度，反映了学者们对于经济补偿金性质的不同理解。

二、经济补偿金性质的不同认识

我国学者对于经济补偿金性质的认识大都是在《劳动法》环境下形成的，并以各自的观点来检视劳动合同立法。在劳动合同立法公开讨论前，学者基本形成了四种学说：劳动贡献补偿说、法定违约金说、社会保障说和用人单位帮助义务说。这四种观点在劳动法的环境下都存在着某些不足，学者有时也希望借助劳动合同立法使各自的学说能够得到更彻底的贯彻。

其一，劳动贡献补偿说。劳动贡献补偿说认为，经济补偿金是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位所作贡献的积累给予的补偿，是对劳动者过去劳动内容和成果的肯定⁴。也有学者以劳动贡献补偿说为核心，进一步提出：“从理论上说，用人单位因劳动合同终止所负的经济补偿义务，应当包括劳动贡献积累补偿、失业补偿和其他特殊补偿”，其中“劳动贡献的积累补偿，是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位已作贡献的积累所给予的经济补偿，其数额一般应当与本单位工龄挂钩，除了劳动者因为有过错而被辞退以外，在劳动合同终止时应当支付这种补偿”⁵。这种理论解释了当时经济补偿为什么以工龄作为补偿标准，但按照这种理论不仅劳动合同解除，而且劳动合同终止也应当支付经济补偿，但当时终止并不支付经济补偿。可见这种理论对劳动法的制度存在着一定的改造要求。这种改造要求从内在逻辑上看，应当是扩大经济补偿的适用范围。

其二，法定违约金说。该学说认为，经济补偿金是国家为保障劳动者的合法权益而强行干涉用人单位与劳动者之间合同的结果，是企业未能履行劳动合同规定的义务所承担的责任⁶。按法定违约金说，经济补偿金是一种责任形式。按“法定违约金说”的理论，补偿金的支付要以单位违约作为前提。《劳动法》规定，只有在非劳动者过错的情况下解除劳动合同支付经济补偿，似乎符合这一理论的要求。其实不然，非劳动者过错的情况下解除劳动合同并不意味着用人单位就一定有过错，一定有违约行为。例如，用人单位在劳动者医疗期满解除和不能胜任的情况下解除等等，并非属于用人单位的“法定违约”，但是用人单位依然需要支付补偿金。劳动法的规定与该学说理论也出现了一定的冲突。这一理论也存在着对劳动法改造的要求。这种改造要求从内在逻辑上看，应当是缩小经济补偿的适用范围。

⁴ 贾占荣：《经济补偿金：无固定期限劳动合同的法律问题》，载《广西青年干部学院学报》2001年第6期。

⁵ 王全兴：《劳动法》，法律出版社，2004年第153-154页。

⁶ 傅静坤：《劳动合同解约金问题研究》，载《现代法学》2000年第5期。

其三，社会保障说。该学说认为，基于宪法、劳动法对公民生存权保护的需要，国家要求用人单位在解除劳动合同时必须支付给劳动者一定的经济补偿，以帮助劳动者渡过失业和生活消耗、医疗费用无来源的阶段，保障劳动者权益⁷。社会保障说在论述过程混淆了企业保障与社会保障这一保障主体上的差异。按社会保障说的逻辑，经济补偿金可作为社会保障的一项内容，实际上可以归入失业救济金。美国就没有类似的补偿金制度。美国联邦法律和50个州立法加上哥伦比亚区和波多黎各的立法规定了“失业补偿金”。联邦和州的双法体系均规定了此类补偿金，以便通过鼓励雇主稳定雇用关系提供失业期间的紧急收入来提高对劳动者的经济保障。这些目标的实现由联邦和州的合作税收制度予以保障⁸。但是，目前我国，经济补偿金并没有被纳入社会保障的调整体系中，是独立存在的。这一理论也存在着对劳动法改造的要求。这种改造要求从内在逻辑上看，应当是取消经济补偿并合并入失业救济金中。

其四，用人单位帮助义务说。经济补偿金是用人单位在劳动者被动解除合同这一最需要帮助的时候给予劳动者的资助，是国家分配给用人单位的法定义务，是“用人单位帮助义务化或法定化”⁹。笔者主张第四种观点，前三种学说在《劳动法》环境下对经济补偿金性质做出的界说都有其合理性的成分。但是，笔者认为，这三种学说均存在一定缺陷，并不能全面和准确地对经济补偿金制度进行说明。而用人单位帮助义务说与它们相比，能够通过基准法的形式使“用人单位帮助义务化或法定化”以对被动解除劳动合同的劳动者提供资助。其特点主要有：

1. 经济补偿的帮助性质，与劳动贡献补偿说相区别。我国经济补偿首先应当定位在用人单位对劳动者的帮助性质。“被动结束劳动关系”相对主动结束劳动关系，对于劳动者而言，会使其生存利益直接受到威胁，是最需要帮助的时候，一般需要支付经济补偿金。劳动者主动解除合同则不需要支付补偿金。在严重违纪的情况下，用人单位解除也不需要支付经济补偿金，这是由于严重违纪是由于劳动者的主观过错，劳动者对违纪解除完全可以预期及避免，不属于被动解除。帮助的性质的明确可以克服劳动贡献补偿说不能解释劳动者主动终止、解除合同、过错解除合同没有补偿金的尴尬。

2. 经济补偿的义务性质，与法定违约金说相区别。经济补偿金作为用人单位对劳动者被动解除劳动合同这一最需要帮助的时候给予的资助，这种资助并不是基于自愿而是基于强制，

⁷ 刘京州：《浅议解除劳动合同的经济补偿》，载《甘肃科技》2004年第6期。

⁸ Albert A. Blum. International Handbook of Industrial Relations Contemporary Developments and Research, Aldwych Press, London 1981, pp.266-267.

⁹ 董保华、于海红：《劳动合同经济补偿金研究》，转自董保华：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社，2005年10月。

是国家分配给用人单位的法定义务。帮助的法定化，使经济补偿具有解雇保护的性质。法定理由、提前通知、经济补偿金是解雇保护的主要手段。义务的性质区别于“法定违约金说”，后者一定要有用人单位违约作为适用条件，实际上是法律责任的追究形式。

3. 经济补偿的基准性质，与社会保障说相区别。我国的经济补偿金，是一项体现社会法属性的基准法义务。基准法是有关劳动报酬与劳动条件的最低标准，用人单位应当自觉履行，国家也可以公权力介入劳动关系，保障用人单位履行。基准法性质的经济补偿金，在我国目前并不存在并入社会保障失业救济金的土壤。“用人单位帮助义务说”对《劳动法》也存在着一定的调整要求：一是按“被动结束劳动关系”的标准，经济补偿金的范围有扩大的必要，除解除合同外，终止合同中也存在着“被动结束劳动关系”的情况，例如，劳动合同终止后，用人单位不再与劳动者续签合同的情况，以及某些法定终止的情况，如企业破产、注销等等。二是既然以“用人单位帮助义务说”为根据，没有必要完全以本人的原工资作为计算标准，对于强势主体的经济补偿应当做出适当限制。三是作为用人单位的帮助义务，显然应当考虑用人单位的承受力。总之，相对《劳动法》来说，“用人单位帮助义务说”认为补偿范围应当扩大，补偿水平应当限制。

三、制度重构中的观点交锋

《劳动合同法》的起草过程是一种制度重塑的过程。这种制度重塑一开始就将扩大经济补偿金范围作为讨论的前提。经济补偿金涉及支付范围、计算基数、计算年限等一些基本问题。四易其稿的《劳动合同法》在经济补偿金的规定上，前后的变化主要集中在支付范围和支付标准上。

经济补偿金的支付范围总体上呈现出突然放大，逐步缩小的趋势。在一审稿中，需要支付经济补偿的范围极其广泛。除了劳动者辞职或劳动者提出协商解除合同，几乎所有的结束劳动关系的情形均要支付经济补偿金¹⁰。其中引起社会较大反响的是期满终止，劳动者不愿续签合同以及劳动者死亡等情形下用人单位应该支付经济补偿金的规定。二审稿对经济补偿的范围做了两项最显著的调整：一是，合同终止时，因劳动者的原因，不再续订合同，用人单位不必支付经济补偿；二是，劳动者死亡不支付经济补偿¹¹。三审稿、最终稿基本上维持了二审稿的规定¹²。

关于经济补偿金的支付标准，从一审稿到最终定稿，最大的变化是为经济补偿金加上了两条封顶线。一审稿中的经济补偿是按满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付经济补偿，

¹⁰ 参见《劳动合同法(一审稿)》第32条、第33条、第37条。

¹¹ 参见《劳动合同法(二审稿)》第46条。

¹² 参见《劳动合同法》第46条。

没有封顶线¹³。二审稿中没有规定具体的支付标准。三审稿和四审稿在一审稿的基础上加入了用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍最高限和最高补偿年限 12 年的规定¹⁴。

《劳动合同法》的起草过程由于一开始就将扩大经济补偿金范围作为讨论的前提，法定违约金说和社会保障说几乎没有进入立法者的视野。经济补偿金问题，贯穿始终的是劳动贡献补偿说和用人单位帮助义务说的交锋。对于经济补偿金性质的不同理解导致了在经济补偿金支付范围和支付标准问题上两种学说存在极大分歧。两种学说对制度改造确定了两个不同的方向并有不同的路径。

就劳动贡献补偿说而言，其内在的逻辑是：经济补偿金是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位所作贡献的积累给予的补偿，是对劳动者过去劳动内容和成果的肯定。这实际上是建立在劳动关系存续期间支付不足这样一种假设上的。劳动者以什么方式离职显然不应成为考虑的重点。经济补偿金的重点是考虑工作年限、工资基数这样一些与劳动者过去劳动内容和成果相联系的内容。显然公开讨论的一审稿基本上符合这一学说的要求，也满足了学者对《劳动法》改造的基本设计。

就用人单位帮助义务法定化而言，其内在的逻辑是：经济补偿金是用人单位在劳动者被解除合同这一最需要帮助的时候给予劳动者的资助，是国家分配给用人单位的法定义务，是“用人单位帮助义务化或法定化”。被动结束劳动关系的界定是关键，虽然工作年限、工资基数这样的一些因素应当被考虑，但是这些因素加入的目的只是为了确定帮助的数额。在对劳动者帮助的需要进行考虑的同时，还应该充分考虑用人单位的承受力。从帮助义务出发，应当对经济补偿设置封顶线和保底线，以确保有限的经济补偿金用于最需要帮助的员工。《劳动合同法》最终稿基本上符合这一学说的要求，也部分满足了学者对《劳动法》改造的设计。

《劳动合同法(一审稿)》公开讨论后，曾引起非常激烈的争论。一审稿中社会反响较大的合同终止时劳动者提出不续订合同以及劳动者死亡都应当向其支付经济补偿金的规定，立足于劳动贡献补偿说是完全可以理解的。就劳动贡献补偿说而言，其内在的逻辑是无论劳动者以什么样的理由结束劳动关系，都应以其过去的劳动贡献为依据进行经济补偿。从这一理论看，无论是劳动者提出终止合同还是用人单位提出终止合同，显然都应当支付经济补偿；即便是劳动者死亡，其过去的劳动贡献已经形成，对死人支付经济补偿也没有什么不合理。坚持向“死人支付经济补偿”的意义，是确立一种普遍的模式：经济补偿应当只与过去的劳动贡献有关。

¹³ 参见《劳动合同法(一审稿)》第 39 条。

¹⁴ 参见《劳动合同法》第 47 条。

笔者在《锦上添花抑或雪中送炭》一文中对一审稿进行了批评。笔者认为，“劳动合同终止的收紧措施主要是劳动合同到期终止、约定终止、员工死亡终止均要支付经济补偿金。笔者认为，经济补偿金是员工在被动结束劳动关系时，企业承担的一项法定帮助义务。在合同到期员工不想续签合同时或员工死亡时，要求企业支付补偿金显然与经济补偿金性质相悖。”¹⁵围绕着笔者对一审稿的批评，一些学者依据劳动贡献补偿说对笔者进行批评。两种理论的争鸣集中在两个问题上：一是经济补偿金是否应成为解雇保护的一项措施，对劳动关系起到收紧或放宽的作用？二是以被动解除劳动关系作为确定经济补偿金的标准是否合理？前者针对的是笔者对公开讨论的一审稿的驳论，后者针对的是笔者的立论。

1. 经济补偿金是否应成为解雇保护的一项措施，对劳动关系起到收紧或放宽的作用

笔者认为，经济补偿金应当作为解雇保护的一项措施，起着调节劳动关系的作用。从这一意义上看，经济补偿金只能与带有解雇性质的劳动合同解除、终止联系，而不能盲目扩大。如果我们选择了不恰当的方案，劳动关系有可能被过度收紧，而不利于劳动力流动。《劳动合同法》一审稿的方案选择是不恰当的。由于其大大提高经济补偿的成本，有可能对我国劳动关系起到过度收紧的作用。

针对笔者所说的“宽严”说，持“劳动贡献补偿说”的学者批评：“其实，劳动合同终止的经济补偿只是加重劳动合同终止时用人单位的经济负担，对劳动合同终止本身并不存在‘收紧’或‘放松’的问题。尽管对用人单位续签劳动合同给予减少经济补偿的优惠，但这对用人单位选择是否续签劳动合同只有诱导作用，而无强制续签劳动合同的作用。”¹⁶

提高解雇成本、加重解雇负担本来就是一种提高对劳动者解雇保护的水平，收紧劳动关系的措施，为什么在《选择》一文中不算“收紧”呢？解释是：“这对用人单位选择是否续签劳动合同只有诱导作用，而无强制续签劳动合同的作用。”解雇保护三种手段中哪种又算是有“强制作用”呢？支付经济补偿金不算，提前通知期大概就更不算了吧？似乎只剩“强化解雇的法定理由”了。对于我国大量存在的劳动合同到期终止，由于理由既定，无论法律如何增加企业解雇成本，提高劳动者解雇保护水平，永远不会有“收紧”的概念。这些学者的说法其实存在某些矛盾。经济补偿对劳动合同终止不会产生“收紧”或“放松”的作用，又说对是否续签有诱导作用。诱导的结果如果不是促使合同终止“收紧”或“放松”，那要诱导出一个什么结果来呢？

其实，如果联系作者的学术观点，就能理解学者的想法。就劳动贡献补偿说而言，其内

¹⁵ 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》，载《法商研究》2006年第5期。

¹⁶ 王全兴：《试论劳动者进出劳动关系宽严选择》，载《中国劳动》2006年第9期。

在的逻辑是：经济补偿金是对劳动者在劳动关系存续期间为用人单位所作贡献的积累给予的补偿，是对劳动者过去劳动内容和成果的肯定。在这些学者的看法中，经济补偿与解雇保护没有什么关系，实际上只是劳动报酬的法定延期支付。《劳动合同法》一审稿也完全体现了这种想法，劳动者终止合同不续签、员工死亡等等均要支付经济补偿金，这种制度安排确实与解雇没有什么关系。问题是，为什么法律要强制用人单位将一部分劳动报酬以延期支付的形式到合同终止或员工死亡时支付给员工呢？这与我们一直反对的拖欠、克扣有什么两样呢？笔者认为，以劳动贡献补偿说作为制度安排的基础是不妥当的。

2. 以“被动解除劳动关系”作为确定经济补偿金的标准是否合理

笔者认为，我国经济补偿首先应当定位在用人单位对劳动者的帮助性质，只有从这一性质出发，才能确定帮助的对象、帮助的原则、帮助的方式。从帮助性质出发，就需要确定需要帮助的群体。“被动结束劳动关系”可以基本概括这一群体的特点。针对“笔者认为，经济补偿金是员工在被动结束劳动关系时，企业承担的一项法定帮助义务。”¹⁷这一段话，批评者在短短的二段文字中不同寻常的三次引用，但均故意回避了“笔者认为”四个字。“认为经济补偿的对象只限于‘被动结束劳动关系’的劳动者是没有法律依据的。在国内外的立法例中，既有协议解除劳动关系合同时应当支付经济补偿的规定（如我国劳动法第28条），也有劳动合同终止时应当支付经济补偿的规定（如英国），且明确规定不给予经济补偿的多只限于因劳动者有过错而导致解雇和劳动者无条件预告辞职的情形。”¹⁸就批评者举的这两个例子而言，显然是不能说明其观点。

其一，我国双方协商一致解除劳动合同，支付经济补偿金的例子。1994年12月3日劳动部劳部发布的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第5条规定“经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的”，用人单位才支付经济补偿；如果劳动者提出解除劳动合同的，则用人单位不支付经济补偿。这一规定恰恰是按照被动解除劳动合同来设计的。

其二，英国的补偿金制度极其复杂，总体上并没有实行那种人人有份的补偿制度。

其实，无论世界各国的法律制度如何，笔者并不是试图去设计一个放之四海而皆准的法律模式，事实上相当一部分国家根本没有经济补偿金制度，有这一制度的各国含义也完全不同。真要对笔者的建议进行批评，应当针对这一建议本身的可行性，遗憾的是批评者恰恰忽略了这一点。

四、帮助义务说的社会法基础

¹⁷ 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》，载《法商研究》2006年第5期。

¹⁸ 王全兴：《试论劳动者进出劳动关系宽严选择》，载《中国劳动》2006年第9期。

《劳动合同法》从一审稿到最终稿,实现了从“劳动贡献补偿说”到“用人单位帮助义务化或法定化”的转变,这种转变集中体现在以下三个方面:

经济补偿帮助的对象。从劳动贡献补偿的观点出发,劳动者只要是合法的行使解除、终止权,用人单位都应当支付经济补偿;而从帮助性质的观点出发,就需要确定需要帮助的群体。《劳动合同法》事实上是以被动结束劳动关系为标准,进行了一系列的界定。例如,在终止合同时,用人单位不续订的支付经济补偿,劳动者不续订的不支付补偿;在双方协商解除时,用人单位提出动议的支付补偿,劳动者提出的不支付补偿;在单方解除时,除劳动者过错外,用人单位解除(包括推定为用人单位)支付补偿;劳动者提出解除不支付补偿等等。

经济补偿帮助的原则。依劳动贡献补偿说的理论,补偿金应当是工龄越长,工资越高的人,经济补偿金支付的越多,其结果往往是最强势的劳动者,获得最丰厚的补偿;而从帮助性质出发,考虑工龄、工资是为了判断一个人的生活基础,一些较为强势的劳动者不应该获得过于丰厚的补偿。经济补偿帮助的原则是建立在劳动者分层理论上,主要是对底层员工进行帮助。

经济补偿帮助的方式。从劳动贡献补偿的观点来看,经济补偿作为过去劳动的反映,应当实行上不封顶,下不保底的做法,一审稿也硬实如此规定。而笔者依据帮助义务说,曾建议实行上封下保的方式¹⁹。相对劳动法而言,经济补偿帮助义务扩大了范围。“如果我们采用后者“广覆盖”形式,由于用人单位只是一种帮助义务,则应采取“低标准”形式。法律具有继承性,我们应当用最小的制度成本,去谋求较大的制度效果。我们可以在现行制度基础上拦定高低两条社会保障线。经济补偿金可以本人工资来进行计算,但超过社会保障封顶线的按封顶线执行;不足社会保障保底线按保底线执行。这样的规定,使经济补偿金更具社会品性,符合社会法的特点。这样的制度设计也有利于与社会保障制度相衔接。”²⁰应当说,笔者的建议被部分采纳²¹。

《劳动合同法》对经济补偿金进行重构后,从范围上提高了覆盖面,适度地限制了支付标准,向“广覆盖”、“低标准”进一步靠拢,也使解雇保护的解雇理由、提前通知、经济补偿三大措施更加完善。从本质上来说,这是一个对劳动者定位的转变过程,也是从“抽象人”

¹⁹ 董保华:《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社,2005年第279页。

²⁰ 董保华、于海红:《劳动合同经济补偿金研究》,转自董保华:《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社,2005年10月。

²¹ 实际执行的方案与笔者的建议略有不同。笔者希望建立一条上封线,而实际上是建立了两条:一是,劳动者月工资高于用人单位所作直辖市、设区的市上年度职工月平均工资三倍的,向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付;二是,向劳动者支付经济补偿的年限最高不超过12年。笔者认为,后一条上封线不是必需的。笔者希望建立的下保线,最终没有建立。当然,理论只是一种解说或是分析工具。从“用人单位帮助义务化或法定化”这一理论出发,帮助义务本身应当考虑帮助者的承受力,因此,这一方案总体上是符合这一解说的。

视角向“具体人”视角转变的过程。被动解除劳动关系的劳动者大多数情况下是劳动者分层中的底层人群，非自愿性的失业带给他们的至少是一个阶段的生活困窘。对于这些人群支付补偿符合“倾斜保护”的社会法理念。而在劳动贡献补偿说看来，劳动者是一个个没有差异的个体，这些劳动者之间的唯一区别就是他们在单位服务的年限。不考虑离职方式而一律支付补偿金，加重了用人单位的经济成本。对弱势劳动者不加区别地和那些“高学历、高竞争力、高层次”的强势劳动者做“统一处理”，以形式上的平等极大地背离了社会法对实质正义的追求。用人单位帮助义务说以法定义务的形式划定了经济补偿金的支付范围，限制了中高层劳动者的利益，位于社会较底层劳动者的利益相对强化。

可以看出，劳动者分层这种具有社会法特色的理论是对经济补偿金问题进行认识的一种基本分析方法。“要对这种利益进行有效的保护和调整，需要将这种利益再进行分层，只有进一步地分层及细化，才能找到切实保护的主体及方法。”²²对劳动者个体差异的认识应该是对劳动者进行“倾斜立法”的逻辑起点。

五、经济补偿金立法讨论中的遗憾

用人单位帮助义务说和劳动贡献补偿说的交锋提供了《劳动合同法》在经济补偿金上的两条立法思路。这场讨论也留下了遗憾，笔者以为，立法过程不应当预先设定讨论范围。由于我国《劳动合同法》一开始就是以扩大经济补偿金范围作为基本考虑，对于另两种学说缺乏必要的重视。另两种理论的合理性被忽视了。

社会保障说所倡导的将经济补偿金导入社会保障体系中，与失业救济金合并的思路从理论上讲，其实有相当的合理性。经济补偿常常发生在企业最困难的时期，一方面企业本身已经难以为继，需要大量裁员；另一方面，却要支付大量的费用。一些国有企业在改制中面临的困境可以说明，经济补偿制度是有不合理因素的。我国存在着失业救济制度，又有经济补偿制度，制度资源浪费严重。从合理使用制度资源的角度来说，将经济补偿与失业救济合并也是有益的。失业救济金形式可以使企业摆脱劳动合同解除带来的经济压力，将缴费义务社会化，这很可能是我国今后改革的发展方向。

按法定违约金说，经济补偿金是一种责任形式。按照英国制定法的规定，经济补偿不适用非法解雇，只适用于不当解雇。不当解雇是指当雇员连续工作两年以上，雇主要解雇他就必须证明其解雇理由是合法的，否则雇主就要恢复原劳动合同或被判令支付补偿金。不当解雇情形下的补偿金包括两种：第一种是基本补偿金。第二种是补充补偿金。如果产业法庭已

²² 董保华：《社会法原论》，中国政法大学出版社，2001年第157页。

发出恢复原状或重新雇佣的命令，但雇主未能执行该命令者，雇员可要求补充补偿金²³。可见在这里经济补偿金并不是用人单位的帮助义务，是针对雇主“不当解雇”又不恢复劳动关系而采取的一种法律救济措施。以经济补偿金的方式让违约责任法定化，其实也是一种很好的制度选择，尤其是社会保障说、法定违约金说两种学说相结合，帮助义务由社会保障来完成，违约责任法定化通过经济补偿来完成。尽管这两种学说有其合理性，可在劳动合同立法过程中却没有人主张，不能不说是一件憾事。其实，任何制度重构设想的提出，都受当时制度选择的氛围的制约。劳动合同法已经将稳定劳动关系作为基本选择，这两种学说被立法者采纳的空间已经比较小了。稳定劳动关系的目标，往往是通过加强解雇保护来实现的。由于这两种学说都在不同程度上可能导致解雇保护力度的降低，最终都淡出了立法者的视野。

经济补偿金归入社会保障，用人单位在解雇时不必考虑经济补偿的制约，从某种意义上看，等于放宽了解雇保护的限制措施，有松动劳动关系的作用。美国将经济补偿纳入社会保障，解雇的自由度也较高。法定违约金说将经济补偿金作为一种责任形式，雇主遵守了法律义务，就不会发生经济补偿金问题，只有用人单位违反法律义务，才会被要求支付经济补偿金。企业只要符合法定理由就可不支付经济补偿，而我国在终止、解除上符合法定理由也要支付经济补偿。法定违约金也有降低解雇成本的作用。

比较起来，冯彦君的观点其实最接近法定违约金，只是他是从公平责任的角度提出问题。“由于劳动合同解除权的行使牵连着用人单位的经营和劳动者的就业，解除权的行使通常都伴随着风险的转移，用人单位依法行使解除权实质上就是将经营风险的一部分转嫁成为劳动者的就业风险。经济补偿金是在用人单位依法行使解除权的过程中由劳动立法课以用人单位的强制性义务，因此，从某种意义上说，经济补偿金可以看作是用人单位对先前转嫁给劳动者经营风险的一种公平责任分摊。”²⁴从这一理论来看，解除与终止是有根本区别的。合同终止是合同设定目标的正常完成，合同解除尽管是依法进行，但对劳动者而言，形成了经营风险的转嫁。因此，《劳动法》中只有解除支付经济补偿金的制度安排是正确的。据此，冯彦君主张维持现有经济补偿的基本格局。

在弥漫着强化解雇保护气氛的《劳动合同法》起草过程中，社会保障说和法定违约金说由于欠缺对解雇保护的强化已经偏离了立法者拟定的轨迹，所以没有被采纳。但是，稳定劳动关系这一目标设定本身是可讨论的。一旦这一目标设置失当，社会保障说、法定违约金说

²³ 董保华、于海红：《劳动合同经济补偿金研究》，转载自董保华：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社，2005年10月。

²⁴ 冯彦君：《劳动合同解除的“三金”适用与劳动法的修改》；叶静漪，周长征：《社会正义的十年探索：中国与国外劳动法改革比较研究》，北京大学出版社，2007年第203-204页。

是我们应当认真考虑的两种学说。



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