

保华月刊

Baohua Monthly

2019年10月刊
Oct. 2019
第34期
NO. 34

- 案例调研：劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的，如何确定损失数额？
- 《东莞市中院、劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会议纪要》



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红



保華律師事務所

2 劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

14 新法规：《东莞市中院、劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会纪要》

New Regulation: *Minutes of the Symposium on Interrogation Work of Dongguan Intermediate People's Court and Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee*

热点追踪

Hot Issues

29 案例调研：劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的，如何确定损失数额？

Case Study: How to Ascertain the Amount of Loss If Employee Claim Company for Compensation of the Loss of Endowment Insurance Benefit?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

39 劳动立法如何应对第三次就业高峰

How does labor legislation deal with the third employment peak?

Bullish outlook

Outlook brightens for Portuguese debt

Portugal/Germany 10-year bond spread (bps)

Feb 11, 2016:

Portugal's yields spike
during a wider sell-off of
the bonds

新闻 总结

May 2015

Source: Bloomberg

2016

Portugal is 'isolated from any potential tapering, making it an attractive asset in

still rate Portugal as junk credit and have held off on issuing upgrades, citing concerns about unacknowledged losses among its banks that could warrant government intervention.

Portugal has been trying to sort out the banking system only for the aftermath of the collapse of one major lender, Banco Espírito Santo, to trigger a broader problem for Portuguese assets.

legal action
central bank

More than
continuing
Portugal's rec
tinuing we

Another
ian election

As a result
of fixed in
agement, i

一、四部门印发《关于坚决完成医疗保障脱贫攻坚硬任务的指导意见》

来源：法制日报

摘要：近日，国家医疗保障局、财政部、国家卫生健康委、国务院扶贫办印发《关于坚决完成医疗保障脱贫攻坚硬任务的指导意见》（以下简称《意见》），《意见》明确要求各地坚持基本标准，建立健全基本医疗保障制度，确保贫困人口全部纳入三项制度（基本医疗保险、大病保险和医疗救助）保障范围作为医疗保障脱贫攻坚硬任务。

Abstract: Recently, The National Medical Security Administration, Ministry of Finance of People's Republic of China, The National Health Committee of People's Republic of China and The State Council Leading Group Office of Poverty Alleviation and Development have issued *Guiding Opinions on Resolutely Fulfilling the Task of Eliminating Poverty and Striving for Hardness in Medical Security* (hereinafter referred to as *Opinions*). The *Opinions* clearly require local governments to adhere to basic standards, establish and improve the basic medical security system, and ensure that all the poor are covered by the three systems (basic medical insurance, serious illness insurance and medical assistance) as a hard task for medical security.

“既不拔高标准、出现不切实际的过高承诺、过度保障问题，也不降低标准、出现部分贫困人口看病没有制度保障的情况；既要实现贫困人口应保尽保、保证待遇落实到位，又要妥善治理过度保障、确保基金安全，同时还要做好医保扶贫动态监测。”

《意见》明确要求各地坚持基本标准，建立健全基本医疗保障制度，确保贫困人口全部纳入三项制度（基本医疗保险、大病保险和医疗救助）保障范围作为医疗保障脱贫攻坚硬任务。

北京中医药大学法律系医药卫生法学副教授邓勇博士告诉《法制日报》记者，《意见》对强化医疗保障扶贫政治责任和狠抓攻坚责任作出部署和分解，进一步压紧压实部门的行业扶贫责任；《意见》的出台是对医保脱贫攻坚工作的再细化、再部署、再动员，对确保完成医保脱贫攻坚硬任务具有重大意义。

夯实医疗救助托底保障

近年来，医保扶贫工作已取得积极进展。截至 2018 年底，农村建档立卡贫困人口统计参保率达 99.8%，基本实现应保尽保；基本医保、大病保险、医疗救助三重制度综合保障、梯次减负，贫困人口住院费用实际报销比例近 80%；全国因病致贫贫困人口从 2014 年的 2595.9 万人下降到 514.6 万人。

国家医保局有关负责人指出，2019 年，打赢脱贫攻坚战进入决胜关键阶段，为切实抓好基本医疗有保障任务贯彻落实，《意见》对标对表“基本医疗有保障”标准，进一步明确任务、夯实责任。

如何实现贫困人口“有制度保障”，《意见》从参保、政策落实、工作推进等方面提出具体措施。一方面，《意见》要求将现行标准下农村建档立卡贫困人口全部纳入基本医疗保险、大病保险、医疗救助制度覆盖范围作为底线指标，强化部门协作，摸清参保底数到人、落实资助政策到人、核准参保状态到人、精准台账管理到人，落实落细参保政策，按标分类做好资助参保工作。

另一方面，《意见》强调，要巩固提高基本医疗保障水平，全面落实 2019 年基本医疗保障工作部署，年底前确保全面建立统一的城乡居民基本医保制度，同时，夯实医疗救助托底保障，落实重特大疾病救助政策，持续加大对深度贫困地区资金倾斜支持，增强救助托底保障能力。

国家医保局有关负责人认为，医疗保障制度完善是一个持续的过程，需要加强运行监测和数据分析。针对机构改革带来的信息系统管理“断档”问题，《意见》要求各地统筹推进医保扶贫数据统一归口管理，做好数据归集、统计分析、信息报送，做实常态调度，全面监测医保扶贫政策落实情况，为科学决策提供有力支撑。

妥善治理医保过度保障

近年来，医保过度保障问题开始进入公众视野。这一次，《意见》对此作出规定，明确各地要坚持医疗保障现行基本制度、基本政策和基本标准，理清存在的医保扶贫过度保障问题，分类做好整改工作。

对此，邓勇认为，妥善治理医保过度保障，这是从长期保障人民群众利益的角度出发考虑的，而加快研究脱贫不脱政策具体措施以及与乡村振兴战略有效衔接的长效机制，更是着眼长远发展的策略。

记者注意到，《意见》要求，实行个人零缴费或零自付、突破基本医保目录范围、脱离实际不可持续的，要及时纠正，立行立改；基本医保向贫困人口实施特惠保障等混淆制度功能、三重保障制度外叠床架屋、随意扩大受益范围等靶点不聚焦的，要恢复三重保障制度各自功能定位，并于2020年底前平稳过渡到现有三重制度框架内，同步做好资金并转、政策对接、管理衔接，保持政策连续性和稳定性。

邓勇坦言，时下存在着一些“看病不花钱”“赖在病床上不想走”的现象，原因在于个别群众对医保的错误认知和过分依赖。

“诚然，合理享受医保政策并无不妥。”邓勇分析说，但如果过分依赖，不仅会导致贫困个人的思想扭曲，弱化脱贫主动性，滋生“等靠要”情绪；而且容易使子女萌生出“甩包袱”的想法，从不用管沦为不想管等。

“合理使用医保，避免‘过度兜底’。”邓勇建议，一方面，要改变贫困群体及全体人民对医保使用的思想观念；另一方面要继续完善对医保的使用机制，有针对性的制定出医保报销范围及病症，并出台具体的使用条款，避免滥用错用。

确保医保运行基金安全

一段时间以来，小病大治、过度医疗、套取骗取医保基金等问题备受外界诟病。

据国家医保局有关负责人介绍，为确保各项医疗保障资金最大限度用于减轻参保群众负担，确保医保运行基金安全，将人民群众救命钱用在刀刃上，《意见》针对目前危害群众长期利益的欺诈骗保、小病大治等问题，有针对性提出工作要求。

《意见》强调，要协同规范诊疗行为，结合协议管理创新，加强定点考核，激励基层医疗机构和家庭医生落实慢病管理责任，引导医疗机构和医务人员合理施治，促进贫困患者理性就医；要将强化基金监管，严厉打击各类欺诈骗保行为，防止少数不法分子“钻空子”，打着医保扶贫的政策“幌子”套取基金。

如何确保《意见》顺利落地，邓勇建议，加强政策设计，联动各项医疗保障制度。

“要充分发挥队伍整合、管理整合、制度整合的优势，把基本医疗保险、大病保险、医疗救助的扶贫政策效应统一起来，有效衔接，发挥政策统合效应。”邓勇说，要完善医疗保障扶贫政策，执行统一的待遇标准、覆盖范围、工作流程，实现一个窗口服务、“一站式”即时结算。

此外，要完善省市县三级责任体系，建议明确由省医疗保障部门负总责，统

筹协调全省医疗保障扶贫攻坚工作，制定实施方案，督导各市(区)贯彻落实；由市级医疗保障部门负主体责任，将医疗保障扶贫工作纳入年度重点任务推进，积极会同财政、卫健、扶贫、税务等部门建立医疗保障扶贫工作沟通机制，统筹各区县进度安排，协同推进实施；由县级医疗保障部门负直接责任，对医疗保障扶贫任务进行分解细化，做到人员到位、责任到位、工作到位、效果到位。

二、人社部：保守估计今年社保降费将超 3800 亿元

来源：中新网

摘要：近日，人社部养老保险司司长聂明隽在人社部第三季度新闻发布会上介绍，截至 9 月底，企业养老保险、失业保险、工伤保险减费总额 2725 亿元。年初，预计全年降费在 3100 亿元左右，从现在的情况看，保守估计应该超过 3800 亿元。

Abstract: Recently, Nie Mingjun, Director of the Department of Endowment Insurance, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China introduced at the MOHRSS press conference for Q3 that as of the end of September, the total amount of pension insurance, unemployment insurance and work-related injury insurance reduced by RMB 272.5 billion Yuan. At the beginning of the year, it is estimated that the annual fee reduction will be around RMB 310 billion Yuan. Judging from the current situation, the conservative estimate should exceed RMB 380 billion Yuan.

在回答记者关于降低社会保险费率工作成效的问题时，聂明隽表示，党中央、国务院高度重视降低社保费率、减轻企业负担问题。今年 5 月 1 日降费综合方案实施以后，各项工作进展顺利，地方实施也比较到位。

一是所有养老保险单位费率高于 16%的省份都已经降到 16%，低于 16%的少数几个省，今年不做调整，以后逐步过渡到位。

二是所有省份今年都调整了缴费基数上下限标准，有几个省前些年已经调整完了。从今年 9 月各地公布的缴费基数情况看，绝大部分省份缴费基数都有一定降幅，一般降幅在 10%左右，高的能达到 15.5%。

三是所有省份都继续阶段性降低失业保险费率，绝大部分省份都阶段性降低了工伤保险费率。

四是统一了以个人身份参保的缴费政策，降低了缴费门槛。

五是保持了征缴方式稳定。

聂明隽指出，从降费实施的效果看，可以三句话来概括：“企业降成本、市场增活力、个人得实惠”。

在企业降成本上，这次降费受到企业普遍欢迎，很多企业有了实实在在的获得感。截至 9 月底，企业养老保险、失业保险、工伤保险减费总额 2725 亿元，其中 9 月份一个月减费 477 亿元。年初，预计全年降费在 3100 亿元左右，从现在的情况看，保守估计应该超过 3800 亿元。

在市场增活力上，主要体现在全国的费率差异明显缩小，刚才提到，所有养老保险单位费率高于 16%的已经降至 16%，低于 16%的逐步过渡到位，更加公平的市场竞争环境逐步形成。同时，缴费负担的减轻有利于激活微观主体和市场的活力。比如，有的企业将降费减少的缴费用于发展生产，有的企业用于设立创新基金，激发了创新活力。

在个人得实惠上，一方面，很多企业将降费减少的缴费或是用于增加参保人

员福利,或是用于增加员工培训,或是用于建立企业年金。这既保持了就业稳定,也增强了企业凝聚力。另一方面,个人缴费的门槛降低,企业和职工、个体工商户和灵活就业人员参保缴费的积极性普遍提高,形成了良性循环。

聂明隽表示,下一步,人社部将会同有关部门继续重点抓好以下三个方面的工作:一是加强指导,确保各项政策全面落实到位。二是加大基金中央调剂力度,帮助困难省份确保发放。三是保持待遇平稳衔接,确保不因养老金计发基数的调整影响职工待遇,切实将党中央、国务院降低社保费率的决策部署不折不扣地落到实处。

三、人社部:印发《关于职工基本养老保险关系转移接续有关问题的补充通知》
来源:人力资源和社会保障部

摘要:日前,人社部办公厅印发《关于职工基本养老保险关系转移接续有关问题的补充通知》(以下简称《通知》),就进一步做好职工基本养老保险关系转移接续工作有关问题作出安排部署。

Abstract: At present, the General Office of Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China has issued *Supplementary Notice on Issues Concerning the Transfer and Continuation of Employees' Basic Endowment Insurance Relations* (hereinafter referred to as *Notice*). The *Notice* has made arrangements on issues related to further improving the transfer and continuation of basic old-age insurance for employees.

《通知》提出:参保人员跨省转移接续基本养老保险关系时,对在《人力资源社会保障部关于城镇企业职工基本养老保险关系转移接续若干问题的通知》(人社部规〔2016〕5号,简称部规5号)实施之前发生的超过3年(含3年)的一次性缴纳养老保险费,转出地社会保险经办机构(简称转出地)应当向转入地社会保险经办机构(简称转入地)提供书面承诺书。

对在部规5号实施之后发生的超过3年(含3年)的,由转出地按照规定向转入地提供相关法律文书。

因地方自行出台政策或无法提供有关材料造成无法转移的缴费年限和资金,转出地应书面告知参保人员,并配合妥善解决后续问题。对其余符合规定的养老保险缴费年限和资金,做到应转尽转。

《通知》明确:因用人单位经批准暂缓缴纳社会保险费,导致出现一次性缴纳养老保险费的,跨省转移接续养老保险关系时,由转出地提供相关材料,转入地核实确认后应予办理。退役士兵根据规定补缴养老保险费的,在跨省转移接续基本养老保险关系时,由转出地负责提供材料。

《通知》要求:社会保险费征收机构依法依规受理参保人员投诉、举报,依法查处用人单位未按时足额缴纳养老保险费并责令补缴导致一次性缴纳养老保险费超过3年(含3年)的,在参保人员跨省转移接续基本养老保险关系时,由转出地负责提供社会保险费征收机构责令补缴时出具的相关文书,转入地核实确认后应予办理。

《通知》指出:各级社会保险经办机构

要统一使用全国社会保险关系转移系统办理养老保险关系转移接续业务,减少无谓证明材料。

要提高线上经办业务能力,充分利用互联网、12333电话、手机APP等为参保人员提供快速便捷服务,努力实现“最多跑一次”。

相关数据和材料要努力实现互联互通,对可实现信息共享的,不得要求参保单位或参保人员重复提供。

跨省转移接续基本养老保险关系时一次性缴纳养老保险费需向转入地提供的书面承诺书、相关法律文书等,不得要求参保人员个人提供。

《通知》强调:要加强监管,严肃查处欺诈骗保、失职渎职等行为。

对地方违规出台一次性缴纳养老保险费政策的,按照国家有关规定严肃处理。

对社会保险经办机构工作人员违规操作、提供不实书面承诺书、参与伪造相关法律文书等材料的,由人力资源社会保障行政部门责令改正,对直接负责的主管人员和其他责任人员依法依规给予处分。

发现参保单位或参保人员通过伪造相关文书材料等方式办理养老保险参保缴费、转移接续基本养老保险关系的,由人力资源社会保障行政部门责令清退相应时间段养老保险关系,构成骗取养老保险待遇的,按照社会保险法等有关规定处理。

四、卫健委拟发文规范职业病诊断与鉴定

来源:国家卫生健康委

摘要:近日,国家卫生健康委对2013年原卫生部制定的《职业病诊断与鉴定管理办法》进行了修订,形成《职业病诊断与鉴定管理办法(征求意见稿)》,现向社会公开征求意见。

Abstract: Recently, National Health Commission of the People's Republic of China revised *Administrative Measures for Diagnosis and Identification of Occupational Diseases* formulated by Ministry of Public Health in 2013 to form the *Administrative Measures for Diagnosis and Appraisal of Occupational Diseases (Draft for Comments)*, which is now open to the public for comments.

公众可通过以下途径和方式提出意见:

1. 登陆中国政府法制信息网(网址: <http://www.chinalaw.gov.cn>), 进入首页主菜单的“立法意见征集”提出意见。

2. 登陆国家卫生健康委网站(网址: <http://www.nhc.gov.cn>), 点击网站首页左侧的“互动”栏, 然后进入“征求意见”栏, 点击“国家卫生健康委关于《职业病诊断与鉴定管理办法(征求意见稿)》公开征求意见的通知”, 提出意见。

3. 电子邮箱: jiankangzhg@163.com。

4. 通信地址: 国家卫生健康委员会职业健康司, 北京市海淀区知春路14号, 邮编: 100191。来信请注明“《职业病诊断与鉴定管理办法(征求意见稿)》征求意见”字样。

意见反馈截止时间为2019年11月8日。

五、澳大利亚就业难上加难 大学学历仍是敲门砖

来源: 中国新闻网

摘要: 据相关报告显示, 在澳大利亚找工作正变得越来越困难, 拥有学士学位仍然是求职的一份敲门砖。数据显示, 在澳大利亚, 32% 的职位需要学士学位或者是更高的学历, 预计在未来五年内创造的近80万个就业机会中, 过半岗位是有学位要求的。

Abstract: According to relevant reports, it is becoming more and more difficult to find a job in Australia. Having a bachelor's degree is still a key to finding a job. Statistics

show that 32% of jobs in Australia require a bachelor's degree or higher. Of the nearly 800,000 jobs expected to be created in the next five years, more than half are degree-required.

近日，一份由 Graduate Careers Australia 做出的关于毕业生未来工作的报告显示，自 2008 年金融危机以来，虽然许多职业的技能短缺状况有所缓解，但是依靠 STEM 成绩的学生和在其他领域技能短缺的大学毕业生在寻找工作的时候会越来越失望，拥有大学学位仍然是求职的一份敲门砖。

这份《澳洲毕业生工作前景报告》(The Future of Work by Australian Graduates) 数据显示，32% 的职位需要学士学位或者是更高的学历，预计在未来五年内创造的近 80 万个就业机会中，过半岗位是有学位要求的。

另外，就业难趋势愈演愈烈，自 2008 年以来，就业不足率已经从 10% 增至 20%，全职工作占比已经从 2008 年的 85%，下降至 2018 年的 73%。报告的共同作者斯坦福 (Jim Stanford) 说道：“这表明，解决毕业生就业挑战的一些更好策略包括将学位直接与工作联系起来。比如通过带薪实习，职业许可和认可等。”

她说道：“在 2017 年，作为大学学习内容的一部分，有将近 50 万的大学生获得了实习工作经验，我们都清楚这将有助于他们为长期且出色的职业做好准备。”

2018 年的调查数据显示，拥有医学学位的人中，有 94% 在毕业后的四个月内从事了全职工作，而医学毕业生就业首年的平均年薪为 7 万澳元。排名第二的最易找工作的职业为教育行业，83.3% 的毕业生能在毕业后不久找到工作，毕业生就业首年的平均薪资为 6.35 万澳元。排名第三的是工程相关专业，83.1% 的毕业生在毕业后不久就能获得工作，工程学毕业生就业首年的平均薪资可以达到 6.8 万澳元。护理 (78.7%)，商业管理 (77.9%) 和法律以及律师助理研究 (77.2%) 分别排名第四至第六名。计算和信息系统就业率为 73.2%，数学和科学以 64.6% 的就业率排名第八。

27 岁的迈克高万 (Lachlan McGowan) 在 2014 年获得了科学荣誉学位，在接下来的数年中，他一直在找工作。他说：“环境咨询相关的工作有很多，但没有人招毕业生，每个职位都要求应聘者有 5 到 10 年的工作经验。”目前，迈克高万正在堪培拉攻读科学传播硕士，他希望新领域不会“因自动化而过时”。但是报告表明，所谓“自动化威胁过半工作”的预测是夸大其词的。人文与社会科学就业率为 64.3%，通讯学就业率为 60.5%，创意艺术以 52.2% 的就业率排名第十一。

六、北京一中院发布竞业限制十大典型案例

来源：北京第一中院网

摘要：近日，北京一中院向社会发布竞业限制十大典型案例，引导用人单位、劳动者合法签订竞业限制协议。十大典型案例中，对竞业限制主体、最长期限、竞业限制补偿及违约金等典型、多发、关注度高的问题进行了详细解读。

Abstract: Recently, a Beijing Intermediate People's Court issued ten typical cases of non-competition to the public. It aims at guiding employers and employees to legally sign non-competition agreements. Among the ten typical cases, the typical, frequent and highly concerned problems such as the subject of non-competition restriction, the longest term, compensation for non-competition restriction and liquidated damages are all explained in detail.

北京一中院辖区内坐落着中关村科技园、未来科学城等科技园区和清华、北

大等一大批高校，高新技术企业和高端人才的集聚，使得该院成为竞业限制案件的易发区域。据介绍，2014年至2019年6月，北京一中院共审结竞业限制案件211件，具体来看呈现以下特点：科技、教育行业案件多发，分别占全部案件的18.01%和10.9%，涉诉行业呈扩张趋势；技术、销售、培训岗位案件多发，涉诉岗位呈泛化趋势；单一诉求多发且争议焦点近七成集中在支付竞业限制违约金和补偿两项上，案件标的相对较大；案件调解率不足5%，明显低于普通劳动争议案件调解率。

近年来，北京一中院通过更新审判理念、统一裁判尺度、实行类案追踪、加强培训调研、主动延伸职能等举措和机制，优化了群众司法体验，提升了专业化审理水平，增强了普法宣传效果，充分发挥了人民法院改善营商环境的积极作用。

发布会上，北京一中院马来客副院长从“是否违反竞业限制义务认定困难”、“竞业限制违约金数额认定困难”、“竞业限制补偿约定不明情况多发”、“竞业限制协议解除不规范情况多发”及“竞业限制协议主体及期限违法情况多发”等五个方面介绍了竞业限制案件审理中的常见问题，并对劳动者和用人单位如何依法维权提出了相应建议：对于用人单位而言，应严格依照法律规定的主体范围和期限与劳动者签订竞业限制协议，同时在协议中就补偿标准、支付周期、支付方式以及违约金等内容进行明确约定，对于员工违反竞业限制义务的行为要加强相关证据搜集保存。对于劳动者而言，在未约定竞业限制补偿标准时，可依法要求用人单位支付相应补偿，如用人单位未按期支付补偿，劳动者需及时行使竞业限制协议解除权，此外劳动者应按照约定认真履行竞业限制义务，并全面了解新入职单位的业务类型，避免违反相关义务。

此次，北京一中院发布的涉竞业限制劳动争议十大典型案例中，对竞业限制主体、最长期限、竞业限制补偿及违约金等典型、多发、关注度高的问题进行了详细解读。十大典型案例中既有劳动者违反竞业限制义务损害用人单位商业秘密而承担违约责任的，也有用人单位滥用竞业限制制度限制劳动者择业自由导致竞业限制约定被认定无效的，体现出法院对劳动者和用人单位平等保护的审判理念。

七、广东提前完成全年新增就业目标

来源：南方日报

摘要：近日，广东省统计局发布2019年前三季度广东经济运行情况。数据显示，截至9月末，城镇新增就业、失业人员再就业、就业困难人员实现就业分别完成年度任务的102.0%、89.5%和107.6%，这也意味着广东已经提前完成了全年城镇新增就业岗位目标。

Abstract: Recently, Guangdong Provincial Bureau of Statistics released the economic performance of Guangdong in the first three quarters of 2019. According to the data, by the end of September, 102.0%, 89.5% and 107.6% of the annual tasks had been completed for new jobs in cities and towns, re-employment of unemployed people and employment of people with employment difficulties respectively, which also means that Guangdong has completed the target of new jobs in cities and towns in the whole year ahead of schedule

数据显示，前三季度广东GDP超过7.7万亿，按可比价格增长6.4%，经济运行总体平稳，经济结构持续优化，民生福祉不断改善。

广东省统计局局长杨新洪认为，前三季度广东经济呈现出五个主要特点：三次产业生产有支撑，内需支撑更加显著，经济效益有好转，新动能加快成长壮大，

区域经济分类发展。

日前，国际货币基金组织将 2019 年全球经济增长预期下调至 3%，为 2008—2009 年全球金融危机以来的最低水平。放在这样的全球经济背景下，广东取得这样的经济成绩单更显来之不易。

暨南大学经济学院副院长刘金山认为，根据目前的态势，第四季度广东的 GDP 增速有望保持平稳，从全球范围看，6%以上的增速属于很高的发展速度。

看“三驾马车”：投资高增长消费升级趋势明显

前三季度，广东固定资产投资和社会消费品零售总额增速双双创下今年以来的最高增速，呈现出稳中有进的良好态势，内需支撑更加显著。

刘金山认为，在当前的国际贸易环境下，广东的经济增长主要依靠内需，从而形成了消费和投资并驾齐驱拉动经济增长的情况。

从投资看，前三季度，广东固定资产投资同比增长 11.3%，为今年以来最快增速。基础设施投资保持高位增长 23.7%；穗莞深城际铁路进入开通倒计时，汕（头）湛（江）高速公路清新至新兴段自 7 月以来进入施工高峰期。工业投资及工业技改投资增速自 5 月份以来连续 4 个月加快，其中工业技术改造投资增长 11.7%，增速创年度新高；电力、燃气及水的生产及供应业增长 29.4%。教育医疗等民生投资快速发展，教育业投资增长 36.2%，卫生和社会工作投资增长 45.9%。

“前三季度广东固定投资维持两位数的增速，体现出各地有效落实省委省政府决策部署，同时努力按照结构调整的要求招商引资，成效逐步显现。”省委党校教授陈鸿宇表示。

从消费看，广东主要呈现农村市场消费潜力释放、消费升级趋势明显、社消总额增速加快三个特点。

前三季度，广东社会消费品零售总额 31423.47 亿元，同比增长 7.8%，同样创今年以来最高增速。其中，城镇消费品零售额增长 7.6%；乡村消费品零售额增长 9.3%。特别是消费升级类商品销售增长较快。前三季度，限额以上单位中西药品类、通讯器材类和文化办公用品类商品同比分别增长 21.3%、12.4%和 11.6%。9 月份，社会消费品零售总额 3668.34 亿元，同比增长 9.6%，增速比上月加快 2.2 个百分点。

刘金山表示，前三季度广东社会消费品零售总额的增速高于 GDP 增速，这说明消费作为经济增长的驱动力，作用正逐步突出显现。同时，也说明广东不仅是生产制造中心，还正在逐步成为消费中心。

从外贸看，贸易结构进一步优化。前三季度，广东货物进出口总额 51442.6 亿元，其中，出口 31265.7 亿元，增长 2.1%。贸易方式结构方面，一般贸易进出口增长 2.8%，占进出口总额的比重为 49.5%，比上年同期高 1.9 个百分点。

看产业动能：高技术制造业增长快服务业增长贡献率达 66%

前三季度，广东 GDP 同比增长 6.4%，在年度预期目标区间的上位运行。杨新洪表示，分产业看，第一、二、三产业实现增加值分别增长 3.8%、4.6%和 7.9%，这体现前三季度广东三次产业生产有支撑。

从工业看，中高端工业发展快，新动能加快成长壮大。前三季度，先进制造业增加值同比增长 5.0%，增速快于规模以上工业 0.5 个百分点，占规模以上工业比重为 55.9%；高技术制造业增加值增长 7.4%，增速快于规模以上工业 2.9 个百分点，占规模以上工业比重为 31.5%。

部分工业新产品产量增长较快,新能源汽车增长 76.0%、动车组增长 66.7%、3D 打印设备增长 270.8%、液晶显示屏增长 31.8%。

“中高端工业行业发展较快,说明广东的工业发展继续维持近年稳定发展的态势,同时也说明广东通过创新驱动促进产业升级,从而实现高质量发展的工作也比较到位。”陈鸿宇认为,与此同时,传统产业也要通过转型升级达到一定增速,也能更好支撑经济稳定持续增长。

从产值增长的贡献率看,服务业当仁不让成为主角。前三季度,广东服务业增加值占地区生产总值比重为 56.3%,比上年同期提高 1.2 个百分点,比第二产业高 16.4 个百分点;服务业增长对地区生产总值增长的贡献率为 66.2%,高于第二产业 34.6 个百分点。在服务业中,营利性服务业发展势头较好,1-8 月,规模以上服务业营业收入同比增长 11.4%;其中,软件和信息技术服务业增长 19.9%,互联网和相关服务增长 16.3%。

此外,前三季度,广东第一产业实现增加值增幅比上半年和一季度分别提高 0.2 个、0.3 个百分点。从主要产品产量看,在全国主要早稻产区中,广东早稻产量保持在全国第三位。蔬菜、水果、水产品产量分别增长 5.7%、4.3%、5.0%。

看民生发展:提前完成全年新增就业目标人均收入增长 8.7%

就业是反映经济状况的“晴雨表”。农业生产稳中有升、工业生产持续发展,特别是服务业稳中提质成为经济增长主要动力,为稳定就业提供了良好基础。

9 月末,广东城镇登记失业率 2.16%,同比下降 0.26 个百分点,控制在目标范围内。截至 9 月末,城镇新增就业、失业人员再就业、就业困难人员实现就业分别完成年度任务的 102.0%、89.5%和 107.6%,这也意味着广东已经提前完成了全年城镇新增就业岗位目标

“前 9 个月全国实现新增城镇就业岗位 1097 万,这其中广东做出了很大的贡献。”刘金山表示,广东就业形势良好,说明广东在“稳就业”方面采取的措施起到很好的作用,也说明广东各行业吸纳就业的能力不断增强。

在就业稳定的同时,广东经济效益呈现好转态势。

从居民收入看,增速略有提高。前三季度,全省居民人均可支配收入 30755 元,同比增长 8.7%。增速比上半年提高 0.1 个百分点。分城乡看,前三季度,城镇常住居民人均可支配收入 37945 元,同比增长 8.3%。农村常住居民人均可支配收入为 14888 元,同比增长 8.7%。城乡居民人均可支配收入比值为 2.55,比上年同期缩小 0.01。

从企业看,工业企业利润总额由降转增。1—8 月,全省规模以上工业实现利润总额同比增长 0.4%,增幅比上半年提高 2.7 个百分点。行业增长面比上半年扩大 10.3 个百分点。从财政情况看,地方财政收入平稳增长。前三季度,地方一般公共预算收入 9678.72 亿元,同比增长 4.6%。

从区域协调发展看,前三季度,珠三角的地区生产总值占全省地区生产总值的 80.5%,珠三角核心区主引擎作用明显;北部生态区和西翼经济发展增速有所回升,前三季度的地区生产总值增速分别比上半年提高 0.3 和 0.1 个百分点;西翼的社会消费品零售总额(8.1%)、进出口总额(20.6%)在四个区域中领先。

“《粤港澳大湾区发展规划纲要》发布之后,形成了粤港澳大湾区的‘发展红利’。这不仅促进了大湾区内 11 个城市的发展,更重要的是通过产业链的合作,带动了全省发展。”刘金山认为,北部生态发展区等区域这几年一直在聚焦产业转型升级,从而促进了广东“一核一带一区”区域发展新格局的加速成型。

八、沪发布企业技能人才市场工资价位，中位数突破 10 万元

来源：南方日报

摘要：近日，上海市人社局消息表示，2018 年市技能人才工资中位数为 10.82 万元，平均数为 12.14 万元，比全市平均工资高 15.4%，且技能等级越高，工资也越高。其中，电力热力燃气及水生产和供应业、信息传输软件和信息技术服务业、科学研究和技术服务业工资水平较高。

Abstract: Recently, the Shanghai Municipal Human Resources And Social Security Bureau said that in 2018, the median wage of skilled talents in the city was RMB 102,200 Yuan, with an average of RMB 121,400 Yuan, 15.4% higher than the average wage in the city, and the higher the skill level, the higher the wage. Among them, employees in the power, heat, gas and water production and supply industries, information transmission software and information technology service industries, and scientific research and technology service industries have higher wages.

今年，本市共调查企业 2968 户。调查对象为取得国家职业资格证书、在生产服务一线岗位工作、2018 年全年正常出勤的技能人才，包括高级技师、技师、高级工、中级工和初级工（其中高级技师、技师和高级工为高技能人才）19.85 万人。工资价位数据为 2018 年取得的全部工资性收入，包括基本工资、绩效奖金、津贴补贴、加班工资等。将每个技能人才的工资水平从高到低排序，处于 90%位置的为高位数，50%位置的为中位数，10%位置的为低位数。

1、技能人才工资高于全市平均工资水平

2018 年，技能人才工资中位数为 10.82 万元，平均数为 12.14 万元，而本市城镇单位就业人员平均工资为 10.52 万元。因此，有超过一半的技能人才工资高出全市平均工资，技能人才的平均工资比全市平均工资高 15.4%。技能人才的工资增长也较快，工资中位数增幅为 13.5%。

2、技能等级越高，工资也越高

从不同技能等级的工资水平看，2018 年，高级技师的工资中位数为 18.53 万元，技师为 14.19 万元，高级工为 13.15 万元，中级工为 10.99 万元，初级工为 7.43 万元。随着技能等级的提升，技能人才工资水平也相应提高。

3、技能人才工资水平和增幅高于一般管理岗位

2018 年，一般管理岗位（如文秘、后勤管理、办事员等）的工资中位数为 10.35 万元，增幅为 11.5%。

技能人才的工资中位数（10.82 万元）比一般管理岗位高 0.47 万元，增幅（13.5%）高 2 个百分点。高技能人才工资中位数为 14.5 万元，比一般管理岗位高 4.15 万元；增幅为 16%，比一般管理岗位高 4.5 个百分点。

4、大型企业的技能人才工资较高

2018 年，从不同企业规模的技能人才工资中位数看，大型企业为 12.55 万，中型企业为 8.58 万元，小微型企业为 7.48 万元。大型企业分别比中型和小微型企业高 3.97 万元和 5.07 万元。

5、电燃气水生产供应业、信息技术服务业、科技服务业的技能人才工资较高

从各行业技能人才工资水平看，电力热力燃气及水生产和供应业、信息传输软件和信息技术服务业、科学研究和技术服务业较高，工资中位数分别为 17.08 万元、14.5 万元和 12.31 万元，比全市技能人才工资中位数（10.82 万元）高

6.26 万元、3.68 万元和 1.49 万元。

制造业、交通运输仓储邮政业的技能人才数较多，占全部技能人才数的比重为 42.2%和 25.5%，2018 年工资中位数分别为 11.64 万元和 11.92 万元，比全市技能人才工资中位数高 0.82 万元和 1.1 万元。

批发零售业、住宿餐饮业的技能人才工资中位数虽然比全市技能人才工资中位数低，但在同行业中处于较高水平。2018 年，批发零售业技能人才工资中位数为 8.05 万元，高于本行业全部调查人员工资中位数 7.56 万元；住宿餐饮业技能人才工资中位数为 7.04 万元，本行业全部调查人员工资中位数为 6.79 万元。

法规名称：《东莞市中院、劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会会议纪要》

Regulation: Minutes of the Symposium on Interrogation Work of Dongguan Intermediate People's Court and Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee

文号：（东中法〔2019〕73号）

File No.: (D.Z.F〔2019〕No.73)

公布部门：东莞市中院、劳动人事争议仲裁委员会

Publishing department: Dongguan Intermediate People's Court and Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee公布日期：2019年10月10日

Publishing date: October 10, 2019

施行日期：2019年10月10日

Implementing date: October 10, 2019

概要：近日，东莞市中级人民法院与市劳动人事争议仲裁委员会发布了就2019年5月5日召开的劳动争议裁审衔接工作座谈会形成的《东莞市中院、劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会会议纪要》（以下简称《纪要》）并发布。

Abstract: Minutes of the Symposium on Interrogation Work of Dongguan Intermediate People's Court and Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee (Hereinafter referred to as "Minutes") was formed at the labor dispute tribunal convergence work forum held on May 5, 2019, was released by Dongguan Intermediate People's Court and Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee

亮点：

Highlights:

一、经济补偿金或赔偿金计算基数问题方面

I On the issue of economic compensation or the calculation base of compensation

1、《纪要》明确在计算经济补偿金或赔偿金的基数时要剔除劳动者非正常出勤月份的工资，详见《纪要》第五条。该口径和浙江等地相同，北京司法实践则持相反态度。

1. The *Minutes* explicitly exclude the wages of workers in abnormal attendance months when calculating the base of economic compensation or compensation. For details, see Article 5 of the *Minutes*. The caliber is the same as that of Zhejiang and other places, while Beijing's judicial practice holds the opposite attitude.

2、《纪要》明确在计算经济补偿金或赔偿金的基数时各种奖金是否包含在内要根据发生周期来确定，而不是仅根据奖金支付日期来认定。详见《纪要》第五条第（2）项。

2. The *Minutes* clearly state that whether various bonuses should be included in the calculation of economic compensation or the base of compensation needs to be determined according to the occurrence cycle, not just according to the date of bonus payment. For details, see Clause 2 of Article 5 of the *Minutes*.

二、用人单位仅安排超时加班是否能认定为《劳动合同法》第三十八条第一款第（四）项规定的情形

II Whether the overtime work arranged by the employer can be considered as the case stipulated in Item (4) of Paragraph 1 of Article 38 of the *Labor Contract Law*

《纪要》明确用人单位仅安排超时加班不宜直接认定为《劳动合同法》第三十八条第一款第（四）项规定的“用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的”情形，但如果用人单位处罚拒绝超时加班的劳动者，则可以适用该情形，详见《纪要》第六条第二款。

The *Minutes* clearly state that any employer who only arranges overtime work should not be directly identified as the "employer's rules and regulations violate the provisions of laws and regulations and damage the rights and interests of workers"

stipulated in Item (4) of Paragraph 1 of Article 38 of the Labor Contract Law. However, any employer who punishes a worker who refuses to work overtime can apply the situation. For details, see Paragraph 2 of Article 6 of the *Minutes*.

三、工伤保险方面

III Work injury insurance

1、《纪要》明确工伤职工受伤前或离职前十二个月的平均工资计算方式与计算解除劳动合同经济补偿或赔偿金的离职前十二个月平均工资的方式一致。详见《纪要》第八条。

1. The *Minutes* clearly state that the calculation method of the average salary for the injured workers in the 12 months before the injury or the resignation is the same as that of the 12 months before the resignation of the economic compensation or compensation for the termination of the labor contract. For details, see Article 8 of the *Minutes*.

2、《纪要》明确已评定伤残等级的工伤职工主动提出解除劳动关系并获得相关待遇后，无权在请求后续发生的治疗费、停工留薪期工资和假肢更换费；但用人单位违法解除（终止）劳动合同或存在《劳动合同法》第三十八条规定的行为导致工伤职工提出解除劳动关系的，则法定后续治疗费用由用人单位承担。详见《纪要》第九条。

2. The *Minutes* made it clear that the injured workers who have been assessed as disabled shall not have the right to request the subsequent treatment fees, wages during the period of work stoppage and salary retention and prosthesis replacement fees after they voluntarily propose to terminate the labor relationship and obtain relevant treatment. However, if the employer illegally rescinds (terminates) the labor contract or the has an act stipulated in Article 38 of the *Labor Contract Law* causes the injured worker to propose to rescind the labor relationship, the legal follow-up treatment expenses shall be borne by the employer. For details, see Article 9 of the *Minutes*.

六、女职工三期待遇方面

VI The treatment of female employees in three periods

1、《纪要》明确女职工合法生育产假期间又接受计划生育节育手术的，假期可以叠加，详见《纪要》第十二条。

1. The *Minutes* clearly state that if a female worker receives family planning and birth control operations during her legal maternity leave, the holidays can be increased. For details, see Article 12 of the *Minutes*.

2、《纪要》明确女职工因试管婴儿手术，在前期准备阶段按医嘱需要卧床休息的，该期间可按病假处理；女职工在试管婴儿手术至手术康复期间一律按病假处理，详见《纪要》第十四条。这是国内首次对因试管婴儿手术所产生的假期进行定性的规定。

2. The *Minutes* clearly state that if a female worker needs to rest in bed according to the doctor's advice during the preliminary preparation stage due to IVF surgery, she can be treated as sick leave during this period. All female employees shall be treated as sick leave during the IVF operation and until the recovery from the operation. For details, see Article 14 of the *Minutes*. This is the first time in China to define the holidays caused by IVF surgery.

七、未签订劳动合同双倍工资方面

VII The double salary caused by not signing the labor contract

1、《纪要》明确了倒签劳动合同和补签劳动合同的不同后果：倒签劳动合同的，从双方倒签劳动合同的起始日用人单位起无需支付未签订劳动合同双倍工资差额；补签劳动合同的，用人单位仍需支付从用工之日起满一个月的次日起至补签劳动合同前一日的双倍工资差额。详见《纪要》第十五条。

1. The *Minutes* clearly define the different consequences of anti-dated labor contracts and supplementary labor contracts: for anti-dated labor contracts, from the start date when the two parties begin to sign the labor contract backwards, the employer is not required to pay the double wage difference caused by not signing the labor contract; If a supplementary labor contract is signed, the employer is still required to pay the double wage difference from the next day of the full month from the date of

employment to the day before the supplementary labor contract is signed. For details, see Article 15 of the *Minutes*.

2、《纪要》明确：劳动者与多个用人单位存在劳动关系的，如果这些用人单位具有共同用工或关联关系的，一个用人单位与劳动者签订了劳动合同即可；但如果这些用人单位之间不具有共同用工或关联关系的，所有用人单位都应与劳动者签订劳动合同，否则需要支付二倍工资。详见《纪要》第十六条。

2. The *Minutes* clearly state that if a worker has labor relations with multiple employers, if these employers have joint employment or related relations, one employer can sign a labor contract with the employee. However, if these employers do not have joint employment or related relations, all employers should sign labor contracts with the employees, otherwise they need to pay double the salary. For details, see Article 16 of the *Minutes*.

八、关于执行特殊工时问题

VIII Regarding the implementation of special working hours

1、《纪要》明确如果劳动者工作岗位符合执行不定时工时制，且履行合同中一直执行不定时工时制，那么，即使用人单位没有按照法定程序申请该岗位实行不定时工时制，也可以执行不定时工时制。劳动者按照普通工时制要求支付加班费的，一般不予支持，详见《纪要》第十七条。

1. The *Minutes* clearly state that if an employee reaches a job and complies with the implementation of the irregular working hour system, and the irregular working hour system has been implemented throughout the performance of the contract, the irregular working hour system can be implemented even if the employer does not apply for the job to implement the irregular working hour system according to legal procedures. Any employee who requests to be paid overtime according to the ordinary working hour system is generally not supported. For details, see Article 17 of the *Minutes*.

九、在职期间的竞业限制义务方面

IX Non-competition obligation during employment

《纪要》明确，劳动者在职期间，用人单位与劳动者也可以书面约定劳动者在职期间违反竞业限制的违约责任，详见《纪要》第二十二條。从字面可以理解为东莞允许用人单位就劳动者在职期间违反竞业限制设立违约金。

The *Minutes* clearly state that during the employee's employment, the employer and the employee may also agree in writing on the liability for breach of non-competition during the employee's employment. For details, see Article 22 of the *Minutes*. Literally, in Dongguan, Dongguan municipal government allows employers to set up liquidated damages for violation of non-competition restrictions during the working period.

十、关于适用《省高院省仲裁委关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发〔2018〕2号，以下简称《若干意见》）问题

X On the application of *Several Opinions of Provincial High Court and Provincial Arbitration Commission on Labor and Personnel Dispute Arbitration and Litigation Convergence* (Y.G.F〔2018〕No.2, hereinafter referred to as *Several Opinions*)

1、《纪要》明确，非因劳动者原因导致的停工限产如超过半年，劳动者根据《劳动合同法》第三十八条第一款第一项“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的”的规定提出解除劳动合同并主张经济补偿。详见《纪要》第二十三条。

1. The *Minutes* clearly state that if the work stoppage is limited to more than half a year due to reasons other than the employee's reasons, the employee proposes to terminate the labor contract and claims economic compensation according to the provisions of Article 38, Paragraph 1, Item 1 of the *Labor Contract Law* --- the employee fails to provide labor protection or labor conditions as agreed in the labor contract". For details, see Article 23 of the *Minutes*.

2、《纪要》明确区分了产假期间工资的计算基数：除 80 天奖励假外，其他产假的工资按产假前 12 个月的月平均工资计算，前 12 个月的平均工资按照女职工应得的全部劳动报酬计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货

币性收入（包含加班费和支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬）；而计算 80 天奖励假及陪产假的工资基数，应按职工正常出勤情况下的应得工资计算，不包括加班工资、高温津贴、支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬。详见《纪要》第二十四条。

2. The *Minutes* clearly distinguishes the calculation base of wages during maternity leave: except for 80 days of bonus leave, wages for other maternity leave are calculated on the basis of the average monthly wages in the 12 months prior to maternity leave, and the average monthly wages in the 12 months prior to maternity leave are calculated on the basis of the total labor remuneration that female employees are entitled to, including hourly wages or piece-rate wages and monetary incomes such as bonuses, allowances and subsidies (including overtime pay and labor remuneration with a payment period exceeding one month or an uncertain payment period); The wage base for calculating 80 days of bonus leave and paternity leave shall be calculated according to the wages due to the normal attendance of employees, excluding overtime wages, high-temperature allowances, and labor remuneration with a payment period of more than one month or an uncertain payment period. For details, see Article 24 of the *Minutes*.

3、《纪要》明确，医疗期满解除或终止劳动合同时，对于符合条件的劳动者，用人单位还是需要根据劳动部相关规定支付医疗补助费。详见《纪要》第二十七条。

3. The *Minutes* clearly state that when the labor contract is terminated or terminated upon the expiration of the medical treatment period, the employer still needs to pay the medical subsidy according to the relevant regulations of Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China for eligible employees. For details, see Article 27 of the *Minutes*.

4、《纪要》明确，自《若干意见》下发之日起，用人单位不能再以女职工违反计划生育政策为由解除与劳动者劳动合同；女职工合法怀孕或生育，因用人单位原因导致劳动合同解除或终止的，用人单位应当支付女职工产假及哺乳期工资。

4. The *Minutes* clearly state that from the date of the issuance of the *Several Opinions*, employers can no longer terminate their labor contracts with employees on the

grounds that female employees violate the family planning policy. If the legal pregnancy or childbirth of a female employee results in the termination or termination of the labor contract due to the employer, the employer shall pay the female employee maternity leave and lactation wages.

详见《纪要》第二十八条。

For details, see Article 28 of the *Minutes*.

法规链接：

东莞市劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会议纪要

为探究和把握劳动争议裁审衔接工作规律，统一全市劳动争议案件裁审标准，实现全市裁审衔接工作机制完善、运转顺畅，市中级人民法院与市劳动人事争议仲裁委员会于2019年5月5日召开了劳动争议裁审衔接工作座谈会，对实务中常见的有关问题及《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》的适用进行了讨论，形成了如下会议纪要：

一、关于仲裁时效问题

1. 如用人单位因停业、倒闭、难以联系等情形导致缺席庭审，无法以超过时效抗辩劳动者提出的诉求的，人民法院或仲裁机构应严格审查劳动者提交证据的真实性、关联性、合法性。若劳动者举证不充分或不足，争议事实存在明显疑点或者明显不符合常理的，对劳动者的请求不予支持。

2. 当事人于2017年7月1日之前被仲裁机构以超出仲裁时效为由出具不予受理通知书，后又以同样的事实和理由申请仲裁的，仲裁机构应根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十四条不予受理。

3. 工伤职工的停工留薪期工资以解除或者终止劳动关系之日起开始计算时效。

用人单位已为职工参加工伤保险的，一次性伤残补助金差额以职工领取社保基金支付该项待遇之日起计算时效；用人单位未为职工参加工伤保险的，一次性伤残补助金以解除或者终止劳动关系之日起开始计算时效。

工伤职工的住院伙食费、住院护理费等应以鉴定结果出具之日开始计算时效。

用人单位未为职工参加失业保险的，失业保险待遇以解除或者终止劳动关系之日起开始计算时效；用人单位未依法足额为职工参加失业保险的，失业保险待遇差额以职工领取社保基金支付该项待遇之日起计算时效。

二、关于代理人问题

4. 用人单位工作人员在劳动争议案件中职务代理的，人民法院和仲裁机构

在结案文书上只需列明该工作人员的姓名、性别及职务，不需要列明其住址、出生年月及身份证号等个人身份信息。

三、关于经济补偿金或赔偿金计算基数问题

5. 在计算解除或终止劳动合同经济补偿金或赔偿金基数（即劳动者离职前12个月的月平均工资）时：

（1）对劳动者非正常出勤月份的工资一般予以剔除。正常出勤月份是指当月正常工作时间满勤，且对劳动者非正常出勤一般不区分原因。

（2）对支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪等，应包含在内计算，如果查明该笔款项确实属于劳动者离职前12个月期间发生的（而非仅凭支付日期认定），应当按发生周期进行折算。

四、关于《劳动合同法》第三十八条的问题

6. 劳动者根据《劳动合同法》第三十八条第一款向用人单位提出解除劳动合同并诉求经济补偿的，人民法院或仲裁机构应严格按照《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》（粤高法〔2017〕147号）第八条从严执行，重点审查劳动者离职的真正原因，离职时是否以此理由向用人单位提出过解除劳动关系。劳动者必须有证据证明其在离职时曾向用人单位提出解除劳动合同的事实。“离职时”应理解为合理期限，不宜简单理解为劳动者离开用人单位的当日。

用人单位安排超时加班，一般不宜认定为《劳动合同法》第三十八条第一款第（四）项规定的情形，但用人单位安排超时加班，劳动者予以拒绝，用人单位以此为由进行处罚的除外。

五、关于社会保险问题

7. 在计算工伤职工受伤前或离职前十二个月的平均工资时，与计算解除劳动合同经济补偿或赔偿金的离职前十二个月平均工资的方式一致。

8. 职工因病或者非因工死亡，其遗属依据《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》主张丧葬补助费、供养直系亲属一次性救济金（或供养直系亲属生活补助费）、一次性抚恤金的，予以支持。用人单位已参保的，扣除社保基金已支付的部分，差额部分应由用人单位支付。用人单位未参保的，由用人单位按东莞市上年度社会月平均工资标准支付非因工死

亡待遇。

9. 已评定伤残等级的工伤职工在解除劳动关系并获得一次性工伤医疗补助金、一次性伤残补助金和一次性伤残就业补助金后，再请求支付后续发生的治疗费、停工留薪期工资和假肢更换费的，如果查实是工伤职工主动提出解除劳动关系并非用人单位过错造成的，要及时向工伤职工释明劳动关系的解除必然导致社会保险的停缴，损失应由伤残职工本人承担。在工伤职工提出解除劳动关系时已明知其需要后续治疗或更换假肢，但仍坚持解除劳动关系的，应视为其对自己权利的自主处分，但用人单位违法解除（终止）劳动合同或存在《劳动合同法》第三十八条的行为导致工伤职工提出解除劳动关系的，则法定后续治疗费用由用人单位承担。

10. 人民法院或仲裁机构可根据工伤职工的住院记录及医嘱等认定工伤职工的停工留薪期。如当事人提出异议，工伤职工可以到东莞市劳动能力鉴定委员会申请确认停工留薪期，人民法院或仲裁机构在东莞市劳动能力鉴定委员会确认停工留薪期期间，应中止该案审理。

六、关于女职工三期待遇问题

11. 女职工签订协商解除劳动合同协议后发现已怀孕，以重大误解为由要求撤销该协议的，不予支持。

12. 女职工符合计划生育政策合法生育，依法享受产假期间又接受计划生育节育手术的，可以根据不同的手术额外享受相应的假期，具体假期天数以《广东省职工生育保险规定》第十六条第一款第（二）项为准。

13. 女职工以村（居）民身份参加了社会保险，但没有参加职工社会保险，生育津贴直接转入了女职工个人账户，用人单位只需向女职工支付产假工资扣减生育津贴后的差额。

14. 女职工因试管婴儿手术，在前期准备阶段按医嘱需要卧床休息的，该期间可按病假处理；女职工在试管婴儿手术至手术康复期间一律按病假处理。

七、关于未签订劳动合同双倍工资问题

15. 劳动者入职超过一个月后，双方同意倒签劳动合同的，视为劳动者对劳动合同期限和效力的追认，从双方倒签劳动合同的起始日起不支付未签订劳动合同双倍工资差额；补签劳动合同的，用人单位仍需支付从用工之日

起满一个月的次日起至补签劳动合同前一日的双倍工资差额。

16. 劳动者与具有共同用工或关联关系的多个用人单位存在劳动关系，与其中一个用人单位签订劳动合同，劳动者要求其他用人单位支付未签订劳动合同二倍工资差额的，不予支持。但多个用人单位之间不具有共同用工或关联关系，其中一个用人单位与劳动者签订劳动合同的，不能免除其他用人单位与劳动者签订劳动合同的义务。

八、关于执行特殊工时问题

17. 劳动者工作岗位符合执行不定时工时制条件，用人单位没有向人力资源和社会保障行政部门申请该岗位实行不定时工时制，但在用工过程中一直实行不定时工时制，工资支付标准也按不定时工时制计算方式执行的，则应以实际履行或双方的约定为准。劳动者按照普通工时制要求支付加班费的，一般不予支持。

九、关于当事人主体问题

18. 劳动者与个体工商户、个人独资企业或一人有限责任公司发生劳动争议申请仲裁，如果个体工商户、个人独资企业或一人有限责任公司已注销的，劳动者应将上述用人单位的经营者、负责人或股东列为被申请人。如果劳动者仅将上述用人单位商号列为被申请人申请仲裁的，仲裁机构应不予受理。

若上述用人单位在案件受理后注销的，应告知劳动者将被申请人变更为上述用人单位的经营者、负责人或股东。

19. 个体工商户、个人独资企业或一人有限责任公司注销的，其与劳动者之间终止劳动关系的日期以注销日期为准，之后存续的用工关系为劳务关系。如果劳动者在劳动关系存续期间发生工伤的，上述用人单位的经营者、负责人或股东仍应支付停工留薪期工资。

20. 劳动者对有限责任公司或股份有限公司提起仲裁时，无正当理由要求将公司股东列为共同被申请人或第三人的，不予准许。经补正通知要求仅将公司作为被申请人，劳动者仍不变更的，仲裁机构仅将公司作为被申请人，但应在结案文书上释明不资格主体的相关情况。

21. 劳动者因病或受伤致使丧失民事行为能力，无法正常办理委托手续的，

人民法院或仲裁机构可凭医院出具的有效证明，结合实际情况，根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》第二十八条的规定允许其法定监护人进行仲裁或诉讼活动。

十、关于竞业限制问题

22. 劳动者在职期间应当遵守用人单位有关竞业限制的规定，用人单位与劳动者可以书面约定劳动者在职期间违反竞业限制的违约责任。

十一、关于适用《省高院省仲裁委关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发〔2018〕2号，以下简称《若干意见》）问题。

23. 《若干意见》第五条中的“停工限产超过合理期限”，一般理解为连续停工限产不超过半年。

24. 女职工依法享受产假期间的工资分两部分计算：

第一部分：正常产假 98 天、难产增加产假 30 天、生育多胞胎每多生育一个婴儿增加 15 天产假、怀孕未满 4 个月终止妊娠享受 15 天至 30 天产假、怀孕 4 个月以上 7 个月以下终止妊娠享受 42 天产假、怀孕满 7 个月终止妊娠享受 75 天产假，该部分产假期间工资按照女职工依法享受产假前 12 个月的月平均工资计算，前 12 个月的平均工资按照女职工应得的全部劳动报酬计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货币性收入（包含加班费和支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬）。

第二部分：80 天的奖励假期间的工资，按职工正常出勤情况下的应得工资计算，不包括加班工资、高温津贴、支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬。另，男方陪产假工资由男方所在用人单位支付，支付计算方式同上。

25. 用人单位自应依法与劳动者订立无固定期限劳动合同之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者支付二倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同。

用人单位自应依法与劳动者订立无固定期限劳动合同之日起满一年不与劳动者订立书面无固定期限劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

26. 解除或终止劳动合同经济补偿金不再分段分情形计算，凡是符合《劳动

《劳动合同法》第四十六条应当支付经济补偿金条件的，工作年限均自入职之日开始连续计算，不满六个月的工作年限计算半个月的经济补偿。但有三种情形除外：一是劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由，主张被迫解除劳动合同成立的；二是固定期限劳动合同期满终止，用人单位不同意续订劳动合同，或者用人单位降低劳动合同续订条件而劳动者不同意续订劳动合同的；三、用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。上述三种例外情形的经济补偿金工作年限自 2008 年 1 月 1 日开始计算。

劳动者解除劳动合同前 12 个月的平均工资高于我市上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿计算标准实行基数与补偿月数“双封顶”。

27. 仲裁机构裁决或人民法院判决时可参考《劳动部关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309 号）第 35 条及《劳动部关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354 号）第 22 条支持医疗补助费。

28. 自《若干意见》下发之日起，用人单位不能再根据其规章制度、集体合同、劳动合同等有相关规定，以女职工违反计划生育政策为由解除与劳动者劳动合同，否则用人单位应承担违法解除劳动合同的法律责任。

女职工未违反计划生育政策怀孕或生育，因用人单位原因导致劳动合同解除或终止的，用人单位应当支付女职工产假及哺乳期工资。

29. 劳动者达到法定退休年龄后被认定工伤并申请仲裁的，仲裁机构应不予受理。根据《广东省工伤保险条例》第六十三条规定，该类争议可以通过民事诉讼方式解决。

30. 因企业停业等原因导致无法送达且劳动者一方在 10 人以上的集体争议，或者受送达人拒绝签收仲裁文书的，仲裁机构可以在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之次日起即视为送达。

如该用人单位有其他劳动者陆续申请仲裁，无论人数多少，仲裁机构可以适用同样的方式送达。

31. 本纪要自下发之日起，供全市两级人民法院、劳动人事争议仲裁机构参

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。



劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的， 如何确定损失数额？

How to Ascertain the Amount of Loss If Employee Claim Company for
Compensation of the Loss of Endowment Insurance Benefit?

保华律师事务所 奚沁赞
Baohua Law Firm Xi Qinyun

摘要：鉴于养老保险待遇属于长期支付型待遇，且本身的计算方式复杂，受诸多因素影响，用人单位具体如何赔偿未为劳动者办理养老保险造成的损失通常难以确定。目前，养老保险待遇损失赔偿在各地的司法实践中处理口径存在较大差别，笔者将通过案例调研解读用人单位具体如何赔偿未为劳动者办理养老保险造成的损失，给用人单位和劳动者在实际操作中提供借鉴和参考。

Abstract: Given that endowment insurance benefit is a treatment which shall be paid for a long term, and its calculation method is complex and will be affected by various factors, it is hard to ascertain the amount of loss of endowment insurance benefit arising from the Company due to its failing to deal with endowment insurance for the employee. At present, there is a big difference in the judicial practice between different places with regard to the compensation for loss of endowment insurance benefit. Therefore, the author is intended to interpret this issue through case study and provide reference for the company and employees in practice.

《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）》第一条规定：劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。劳动者的工伤、患病、生育、失业待遇大多是即时发生的，且相关立法明确规定了待遇标准，若用人单位在劳动关系存续期间未为劳动者办理相应的保险手续，则法院可以直接依据该条规定以及劳动者提供的相关费用凭证判定用人单位应当赔偿的损失。养老保险待遇只有在劳动者退休时才可享受，且本身的计算方式复杂，又属于长期支付型待遇，受缴费年限、退休时间、社会平均工资、个人缴费额及存储利息、通货膨胀等诸多因素影响，且相关缴费政策也经常变化，用人单位具体如何赔偿未为劳动者办理养老保险造成的损失通常难以确定。

笔者就该问题调研发现，用人单位具体如何赔偿劳动者的养老保险损失，目前实践中主要分为以下两种情形：情形一，当地出台地方性法规、规章或裁审文件，明确规定了用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的计算方式；情形二，当地并无成文规定，司法实践中一般由审判人员酌情确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额。

一、地方性法规、规章或裁审文件中明确规定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的计算方式

在该种情形下，对于用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额，主要可概括为以下三种标准：1. 实际赔偿标准；2. 固定赔偿标准；3. 混合赔偿标准。

1. 实际赔偿标准

实际赔偿标准，即当地通过地方性法规、规章或裁审文件规定了用人单位支付给劳动者的基本养老保险待遇损失按劳动者实际可以获得的养老保险待遇确定；此种模式下具体损失计算通常由当地社会保险经办机构协助核定。目前在北京、广州、海南等地均有适用此种类型的相关规定。

（1）北京市

北京在用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇损失时，若劳动者为农业户口，则依据《北京市农民工养老保险暂行办法》¹的相关规定核定待遇损失。劳动者

¹《北京市农民工养老保险暂行办法》第十五条：因用人单位未参加养老保险或未按规定足额缴纳单位与个人的养老保险费，致使农民工不能按规定享受养老保险待遇的，用人单位应按照本办法的标准予以补偿。

的养老保险待遇损失由两部分组成：第一部分为北京市企业职工基本养老保险个人账户存储额及利息，第二部分则按劳动者累计缴费年限，累计缴费满 12 个月（第 1 个缴费年度），发给 1 个月相应缴费年度的本市职工最低工资的平均数，以后累计缴费年限每满一年（按满 12 个月计），以此为基数，增发 0.1 个月相应缴费年度的本市职工最低工资的平均数，并计算到月，保留一位小数²。具体可参考案号为(2019)京 03 民终 10940 号、(2019)京 03 民终 9446 号、(2019)京 03 民终 7082 号、(2019)京 02 民终 11195 号、(2019)京 01 民终 7999 号等的相关案例。

若劳动者非农业户口，则由法院根据实际情况酌情确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额，具体可参考(2019)京 03 民终 7669 号、(2019)京 03 民终 5931 号、(2019)京 02 民终 3245 号、(2014)三中民终字第 5277 号等相关案例。

(2) 广州市

《广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要（2011）》在第 36 条明确规定了，劳动者无法享受社会保险待遇的具体损失数额不明确的，可由当事人向社会保险经办机构及相关单位申请核定；劳动争议仲裁委员会和人民法院如认为有需要，也可以委托社会保险经办机构及相关单位对有关费用进行核定。

(3) 海南省

《海南省城镇从业人员基本养老保险条例实施细则》的第十四条第二款规定，因用人单位违反养老保险缴费规定，导致从业人员达到法定退休年龄后未能享受应当享受的基本养老保险待遇，从业人员可以要求用人单位一次性承担相应的经济责任。补偿数额根据达到退休年龄时应当享受的月基本养老金标准与实际月基本养老金标准的差额一次性计算至 75 周岁。参保地社会保险经办机构可以协助其计算补偿数额。具体可参考 (2019)琼 01 民终 802 号、(2017)琼 97 民终 39 号、(2017)琼 97 民终 113 号、(2017)琼 97 民终 75 号等案例。

2. 固定赔偿标准

固定赔偿标准，即当地直接通过地方性法规、规章或裁审文件公布统一的计

² 具体的计算公式较为繁琐，详见《北京市农民工养老保险暂行办法》的附件 2。

算标准，将用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额公式化。此种计算方式不再具体核算劳动者实际可享受的养老保险待遇损失，审判人员可直接按固定标准核算，计算相对简单，重庆、湖北等地采用该种计算方式

（1）重庆市

根据《重庆市高法院民一庭关于用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的，用人单位应如何赔偿损失的通知》的规定，如劳动者在同一用人单位工作年限满 15 年的，则参照劳动者达到法定退休年龄前一年的重庆市退休职工社会月平均养老金标准的 70%确定劳动者的损失，由用人单位按月赔付；如劳动者在同一用人单位连续工作不满 15 年的，则以劳动者在用人单位的实际工作年限除以 15 年，再乘以其达到法定退休年龄前一年的重庆市退休职工月社会平均养老金标准的 70%确定劳动者的损失，由用人单位按月赔付³。具体可参考案号为（2018）渝 04 民终 411 号、（2018）渝 04 民终 411 号等的相关案例。

（2）湖北省

湖北省人力资源和社会保障厅于 2009 年 12 月 11 日制发的《关于审理劳动争议案件若干问题处理意见》（鄂人社发【2009】35 号）第十五条规定了，对因政策性原因无法补办、补缴的，应裁定用人单位分别不同社会保险险种，补偿劳动者相应损失：养老保险，可裁决用人单位按劳动者和本单位工作年限，工作每满一年，计发 2 个月本人申请仲裁前 12 个月平均工资的补偿费。本人申请仲裁前 12 个月平均工资高于当地上年度职工平均工资的，以当地上年度职工平均工资为计发基数。具体可参考案号为（2018）鄂 06 民再 80 号、（2018）鄂 96 民再 26 号等的相关案例。

（3）其他地区

³ 《重庆市高法院民一庭关于用人单位未为劳动者办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的，用人单位应如何赔偿损失的通知》：各中级人民法院民事审判部门：劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失的，按以下原则处理：如劳动者在同一用人单位工作年限满 15 年的，则参照劳动者达到法定退休年龄前一年的重庆市退休职工社会月平均养老金标准的 70%确定劳动者的损失，由用人单位按月赔付；如劳动者在同一用人单位连续工作不满 15 年的，则以劳动者在用人单位的实际工作年限除以 15 年，再乘以其达到法定退休年龄前一年的重庆市退休职工月社会平均养老金标准的 70%确定劳动者的损失，由用人单位按月赔付。

此外，安徽省六安市在《关于贯彻〈六安市人民政府关于完善企业职工基本养老保险制度的决定〉的实施意见》⁴中规定了因用人单位的原因造成职工个人养老保险待遇损失的，用人单位应当按照下列办法给予补偿：补偿金额 = Σ 少报缴费工资基数 $\times 8\% \times 15$ 。类似的，泸州市中级人民法院在《关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题解答》⁵中对于劳动者未参与养老保险待遇损失的问题也给出了具体的计算公式：养老保险待遇损失 = 月平均工资 \times 单位缴费费率 \times 在该单位的连续工作的年限折算出的月数。

3. 混合赔偿标准

混合赔偿标准，即结合上述两种方式，在劳动者满足一定条件的情况下对其适用固定赔偿标准，若无法满足上述条件的，则适用实际赔偿标准。江苏、辽宁等地区采用了此种计算方式：

(1) 江苏省

江苏省高级人民法院《关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》的通知中规定的赔偿标准为：自该用人单位依法应当为劳动者办理社会保险之日起，如果劳动者在用人单位连续工作未满十五年，用人单位应按照每满一年发给相当于一个月当地上一年度职工月平均工资标准一次性支付劳动者养老保险待遇赔偿。如果劳动者在用人单位连续工作满十五年，用人单位应按统筹地区社会保险经办机构核定的，以当地最低社会保险缴费基数为缴费基数，并按其应当缴费年限确定养老金数额，按月支付劳动者养老保险待遇，并随当地企业退休人员养老金水平调整而调整⁶。对于该通知的应用，以案号为（2019）苏 01 民终 6127 号、

⁴ 《关于贯彻〈六安市人民政府关于完善企业职工基本养老保险制度的决定〉的实施意见》第六条：《决定》实施后，单位职工个人缴费基数未经本人确认导致少、漏缴基本养老保险费的，在本缴费年度以及本缴费年度结束后一年内可办理补缴，逾期不再允许补缴。由此造成职工个人养老保险待遇损失的，用人单位按下列办法给予补偿：补偿金额 = Σ 少报缴费工资基数 $\times 8\% \times 15$ 。

⁵ 《关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题解答》问题 23：未参与养老保险待遇损失问题的参考意见：如果劳动者能够提供具体由社会保险部门具体核算出的养老保险待遇损失的，可依该损失作为判决依据。如果无法核算或不能提供的，则以劳动者在用人单位的工作期间的月平均工资标准（或解除或终止劳动关系前十二个月的月平均工资）为基数，按解除或终止劳动关系时的缴费比例，结合其在本单位工作的月份计算出应缴的社会保险费，该保险费作为劳动者的损失。养老保险待遇损失 = 月平均工资 \times 单位缴费费率 \times 在该单位的连续工作的年限折算出的月数。

⁶ 《江苏省高级人民法院江苏省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件的指导意见（二）》第二十条。

(2019)苏03民终3738号、(2018)苏03民终8360号的案件为例，当劳动者在用人单位连续工作未满十五年时，法院依据本地区职工平均工资标准直接确定了用人单位应当支付劳动者的养老保险待遇损失；而在案号为(2017)苏1322民初541号、(2016)苏0115民初2529号、(2016)苏0115民初2531号的案件中，劳动者在用人单位连续工作满十五年的情形下，法院依据该规定，由当地社会保险经办机构核算后确定了劳动者的养老保险待遇损失。

(2) 辽宁省

辽宁省高院于2013年颁布了《辽宁高院民事审判服务基层、服务群众热点、难点100题》，其中的问题25即针对社保待遇赔偿损失如何计算提供了参考意见：用人单位未为劳动者办理社会保险手续、缴纳社会保险费用所造成的劳动者损失，应为正常办理社会保险手续、缴纳社会保险费用条件下劳动者应当享受的经济利益额度，但应扣除劳动者本人应当承担的保险费用额度。上述经济利益额度无法计算的，可以比照用人单位应当缴纳承担的社会保险费用额度计算损失。具体可参考案号为(2019)辽民申1898号、(2018)辽民再263号等的案例。

二、审判人员酌情确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额

目前仍由相当多的地区并无确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇损失数额的法规、规章或司法口径，在劳动者的养老保险待遇损失难以精确界定的情况下，司法实践中也会出现直接由审判人员酌情确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇数额的案例。笔者通过调研各地的相关案例，发现在该种情形下，对于用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇的数额，主要可概括为按以下三种方式确定标准：1. 按照实际社保待遇确定赔偿标准；2. 参照平均养老金标准一定比例确定赔偿标准；3. 参照其他与社保待遇无关标准确定赔偿标准。

1. 按照实际社保待遇确定赔偿标准

按照实际社保待遇确定赔偿标准，即审判人员在判决书中直接表明由当地社会保险经办机构协助核定用人单位最终应当支付给劳动者的基本养老保险。该类型的核算结果虽不能说完全精确，但更接近于理论上劳动者应当享受的养老保险待遇。上海地区即适用此种类型。

以案号为(2015)沪一中民三(民)终字第1253号的案件为例，法院向上海市

社会保险事业管理中心发函，要求该中心协助核查用人单位实际应当赔偿给劳动者的具体损失数额。

2. 参照平均养老金标准一定比例确定赔偿标准

参照平均养老金标准一定比例确定赔偿标准，即审判人员结合当地的平均养老标准来确定用人单位应当支付给劳动者的养老保险待遇损失金额。同一省内不同市、区的法院也可能因参照标准的不同而计算出不同的损失数额。主要适用该类型的地区包括吉林、内蒙古等地。

(1) 吉林省

法院在计算养老保险待遇损失的时候，以上年度统筹区域社会平均养老金为计算基数，以统筹区域人口平均预期寿命为计算年限。具体可参考案号为(2018)吉民申 1787 号的案例。

(2) 内蒙古

法院会根据公平原则，参照用人单位所在统筹地区企业职工养老保险金的计算方式，并结合劳动者在用人单位提供劳动期间的实际工资情况来确定劳动者养老保险待遇损失的具体数额。具体可参考案号为(2017)内民再 7 号案件的案例。

3. 参照其他与社保待遇无关标准确定赔偿标准。

部分案件中审判人员在计算养老保险待遇损失时，以当地某一具体年度的平均工资、最低工资等与社保待遇无关的标准作为参照，确定最终的损失数额。

例如，在(2019)豫 01 民终 11257 号案件中，法院在确定用人单位赔偿劳动者基本养老保险的损失时的计算标准为：自用人单位应为劳动者办理社会保险之日起，按每满一年发给劳动者相当于一个月河南省上一年度城镇非私营单位居民服务、修理和其他服务业平均工资标准。

三、相关问题的衍生

笔者在进行调研的过程中，对基本养老保险待遇赔偿的前提、损失的免责以及责任承担等方面做了进一步深入的思考。

1. 倘若劳动者和用人单位事先约定免除用人单位应履行的为劳动者缴纳养老保险的法定义务，后劳动者反悔的，用人单位是否还需赔偿劳动者基本养老保险待遇的损失？

对于这一问题，各地法院的观点较为明确，即依据《中华人民共和国劳动法》第七十二条⁷认定用人单位和劳动者向社会保险经办机构缴纳社会保险金属于法律的强制性规定。因此，劳动者在此种情况下请求用人单位赔偿未依法为其缴纳养老保险损失的，法院予以支持。例如在案号为（2014）浙民申字第 872 号的案件中，X 公司在与何某的终止聘用工协议中免除了自己应履行的为劳动者缴纳社会保险的法定义务，导致何某无法享受社会保险待遇，且因何某已经超过退休年龄，不能再行补办，故法院认定何某未能享受养老保险待遇的损失应由 X 公司承担。

笔者也支持上述观点。笔者以为，任何约定都应当以遵守法律法规为底线，用人单位为劳动者缴纳社保属于法定义务，而劳动者和用人单位事先约定放弃缴纳社保的行为，明显损害了劳动者的权益，违反了《劳动合同法》、《社会保险法》等相关法律的强制性规定。根据《劳动合同法》第 26 条的规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的，劳动合同无效或者部分无效。因此，在双方的约定中免除用人单位为劳动者缴纳养老保险的义务属于违法条款，应当认定无效。同时，根据民法的相关规定，鉴于双方的约定自始无效，劳动者应当返还约定中用人单位已经向劳动者支付的补偿费用。

2. 法院是否应当以劳动者在达到法定退休年龄时累计缴费满 15 年作为用人单位应当赔偿劳动者基本养老保险待遇损失的法定条件？

在司法实践中，不同地区对于这一看法持不同的意见。例如浙江省高院在（2016）浙民申 1215 号案件中，就认为法律规定职工享受按月领取养老金待遇的条件是达到法定退休年龄时累计缴费满 15 年，而截至 2013 年 7 月本案中的劳动者退休时也不必然符合领取基本养老金的条件。再加上本案劳动者并未能举证证明其因用人单位未缴纳养老保险费而产生的损失金额，其要求用人单位赔偿养老保险损失的诉讼请求并未得到法院的支持。无独有偶，在（2018）粤 19 民终 10352 号案件中，法院同样认为即使劳动者从 2002 年 1 月开始参加养老保险，其至法定退休之日 2012 年 10 月 12 日止并未达到最低缴费年限 15 年，故无法测算其养老保险待遇损失，劳动者亦未能举证证明其存在的损失数额，应承担举证不能的

⁷ 《中华人民共和国劳动法》第七十二条：社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。

不利责任。相反，从上文提及的重庆市案例⁸中可以清晰地看出，法院并不以劳动者在达到法定退休年龄时累计缴费满 15 年作为用人单位应当赔偿劳动者基本养老保险待遇损失的法定条件。即使劳动者至法定退休之日并未达到最低缴费年限 15 年，用人单位也必须按照一定的比例支付劳动者无法享受养老保险的损失。

在这一问题上，笔者支持前者的观点，即劳动者在达到法定退休年龄时符合领取基本养老保险待遇应当作为用人单位应当赔偿劳动者基本养老保险待遇损失的法定条件。民事损害赔偿是以弥补权利人的损失为目的，因此侵权行为人承担的民事赔偿责任，应为因其侵权行为给权利人造成的实际损失，以权利人的实际损失得到“填平”和“弥补”为限，不实行惩罚性的民事赔偿。这种赔偿性质实际上即为民法上的损失赔偿的“填平法则”。故笔者以为，劳动者的养老保险待遇损失也应当采用该“填平法则”予以弥补。虽然劳动者最终未能享受其养老保险待遇，但对于劳动者本身而言并不无任何损失，无需“填平”。目前基本养老保险需要劳动者缴费满 15 年才可在达到法定退休年龄后领取养老保险待遇，因此，法院将劳动者在达到法定退休年龄时累计缴费满 15 年应作为用人单位赔偿劳动者基本养老保险待遇损失的一个法定条件符合目前的养老保险制度运行实际。当然，如果劳动者能证明用人单位造成其他损失的，如个人垫付的养老保险单位缴费部分费用、个人可以从养老保险基金领取的其他待遇等，仍可以要求用人单位予以赔偿。

3. 劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失时，该损失数额是否应当由劳动者和用人单位共同承担？

在案号为(2018)晋 01 民终 3497 号的案例中，法院虽确认了因用人单位的过错而导致劳动者无法补缴社保，且关于赔偿的金额经法院计算确认超过 10 万元，但鉴于劳动者本可以积极配合用人单位，以自己缴纳社会保险的方式来减少损失的进一步扩大，故劳动者对其损失也应承担一定的责任，法院最终对劳动者的损失酌情支持 60000 元。因此，除非劳动者自己采取保护措施，优先代替用人单位承担其应当缴纳的社保待遇部分，否则，劳动者实际仅能从核定的用人单位应当赔偿给劳动者的养老保险待遇损失中获取 60%。类似的，在案号为(2016)津 02 民终 1985 号的案件中，法院认为参加社会保险统筹涉及公民个人的切身利益，

⁸ 包括了上文提及的(2018)渝 04 民终 411 号、(2017)渝 01 民终 7671 号案件。

公民个人对于相应政策变化应当给予高度的关注。在劳动者社会保险参保问题上，用人单位固然负有不可推卸的责任，但劳动者自己多年来没有积极、主动解决社会保险参保问题，亦应承担相应的责任。故现劳动者达到退休年龄不能领取退休金，其经济损失应当由用人单位和劳动者分担。

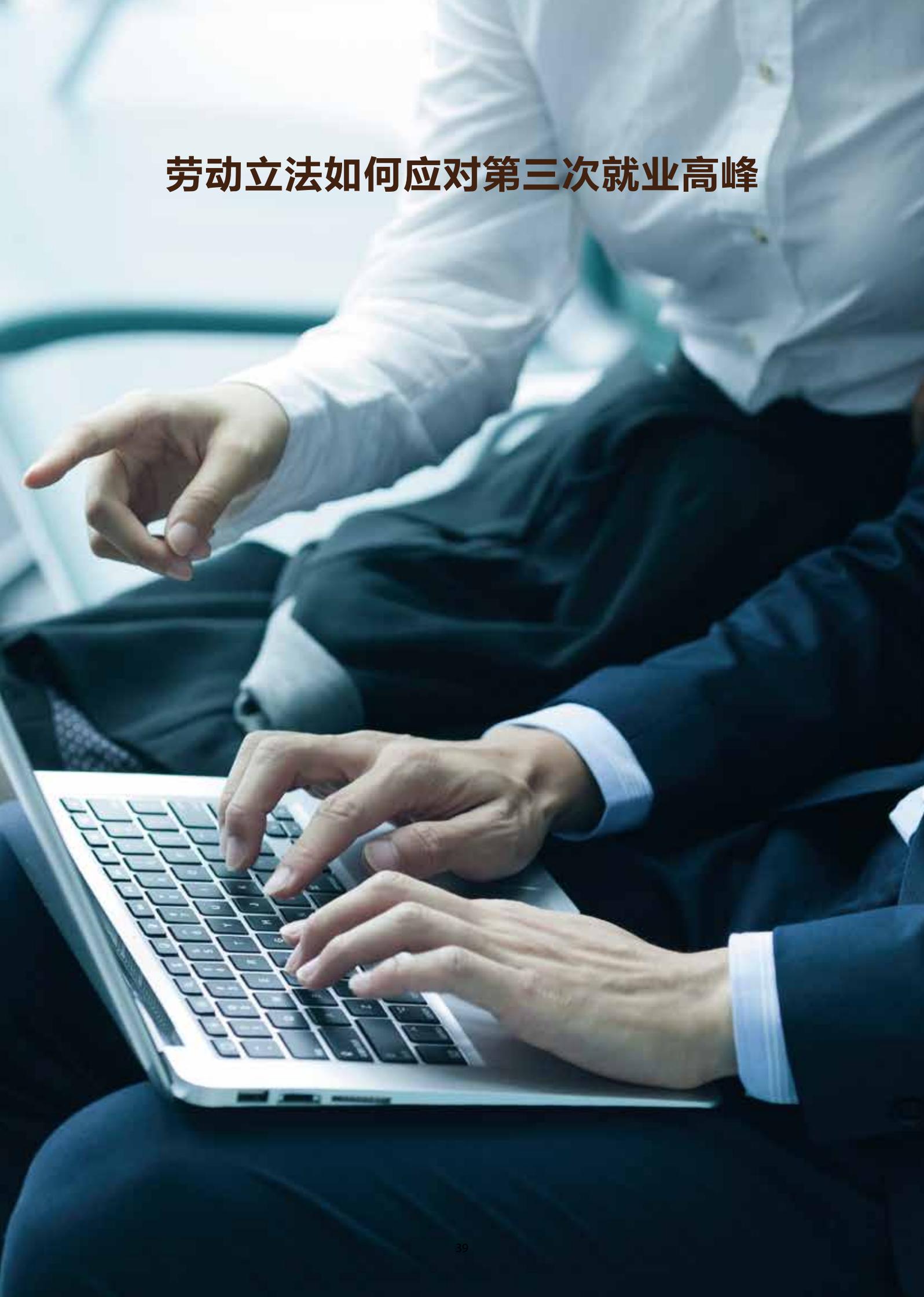
笔者以为，对于劳动者是否应当与用人单位共同承担无法享受养老保险待遇的损失，应当以劳动者是否知晓用人单位损害了自己的养老保险利益为前提。若在劳动者已知自己的养老保险待遇受到损失的情况下，仍然未采取有效措施进行止损的，则该损失数额应当由劳动者和用人单位共同承担。例如，劳动者与用人单位签订了免除用人单位缴纳养老保险义务的合同就属于劳动者知晓但未及时止损的情形，劳动者应当与用人单位共同承担养老待遇损失。反之，则劳动者无需对自身的养老保险损失与用人单位共同承担。

综上所述，养老保险待遇损失赔偿目前在各地的司法实践中处理口径存在较大差别，笔者对用人单位具体如何赔偿未为劳动者办理养老保险造成的损失做了案例调研和解读，希望可以给用人单位和劳动者在实际操作中提供借鉴和参考。用人单位和劳动者都应当严格遵守国家对于社保缴费的相关规定，以减少矛盾和争议的发生，避免给各方带来损失。

上海保华律师事务所 奚沁赞

2019年10月

劳动立法如何应对第三次就业高峰



继上个世纪 70 年代末知青返城、90 年代国企工人下岗浪潮后，第三次就业高峰已经到来。2006 年 2 月，国家发改委联合其他部门共同发布的《2006 年就业面临的问题及政策建议》显示，2006 年，劳动力供大于求压力进一步加大，16 岁以上人口增长达到高峰，劳动力资源增量有 1700 多万人。“高校毕业生、城镇新增劳动力、农村转移劳动力、下岗职工、退役军人……种种因素使就业刚性矛盾仍然突出，劳动力总量增加以及产能过剩、贸易摩擦等原因，即将到来的第三就业高峰形势严峻，有可能超过前两次。”目前，我们国家的就业形势达到了前所未有的严峻程度，无怪乎国内有学者称，我国的就业问题已成为“世界最大的就业战争”。面对严峻的就业形势，不仅国家应当承担责任，而且应当动员社会各方面的力量。我国前两次面临就业高峰时，正值我国从国家用工转向市场就业，正是由于劳动力市场机制的形成与发展，才使我国化解高失业带来的社会风险。我国正在制定两部重要的法律即《促进就业法》和《劳动合同法》，一部极其原则，一部极其具体，总体看来对于促进就业的问题有不同的回答。如何协调两部法的相互关系，笔者认为以下问题的回答至关重要。

一、积极的信贷、税收政策与灵活的用工政策

促使企业增加就业岗位，无疑是解决就业问题的关键。从前两次就业高峰的应对来看，我国不仅实行了积极的信贷、税收政策，更是采取了激活劳动力市场的灵活用工政策，在劳动力流动过程中实行就业。然而在应对第三次就业高峰时，我们却试图实行刚性的用工制度，这种制度很有可能完全抵消信贷、税收政策的推动作用。

计划经济时期的固定工制度是“铁饭碗”，能进不能出，劳动者终身服务于一个企业，除非严重违纪不得辞退。这种制度不仅使企业的效率极低，也阻碍了新人进入企业。上个世纪 70 年代末知青返城、90 年代国企工人下岗的两次就业浪潮，也正是这种体制造成的。从 1976 年开始，我国每 10 年都有一次用工制度的改革，从三结合的就业方针到新工人中推行劳动合同制度再到全体工人实行劳动合同制。中国的改革开放吸引了各类资金，1993 年起中国成为世界第二大外

董保华，论文转载自《中国劳动》2007 年第 4 期。

商投资国，2001年中国加入WTO以后，外商特别是大型跨国公司对华投资又掀起高潮，连续两年实际投资额超过500亿美元。截至2005年5月底，全国累计批准设立外商投资企业525378家，实际使用外资金额44亿美元。正是在这种转变过程中，我国较为平稳地渡过了上世纪的两次就业高峰。虽然在这一过程中国家也实施了积极的财政、信贷、金融政策，但是扭转我国就业形势的根本原因是市场机制消化了长期计划经济带来的社会问题。

在我国迎来第三次就业高峰时，我们遭遇了用工制度上回归的思潮，用中国式的无固定期限合同取代固定期限合同，正成为一种基本倾向。劳动力通过市场来配置的要求，主要由定期合同来完成。无固定期限合同承载的则是让一些不适宜参与市场竞争的主体，以安置的方式退出或有限地参与市场竞争。这种功能分配具有一定的合理性。建国以来，固定工作作为主要的用工制度，在保障劳动者就业和经济建设中发挥了重要的作用，如果我们不加以过渡，过快地将所有的员工推向市场，会引起社会激烈震荡，因此在一定时期内锁定一部分员工不完全参与市场竞争不失为一种可以采纳的方式。中国的无固定期限劳动合同带有一定福利色彩，目前我国出现了一种通过强制推行无固定期限合同，规定劳动合同续签两次后必须签订无固定期限合同，将福利性的无固定期限劳动合同制度化、普遍化的倾向。一旦实施这种用工政策，企业现有员工中的绝大多数将成为无固定期限合同员工。劳动用工将实行“只进不出”的制度，劳动合同的终止制度基本失效。除非法定的几个理由，企业将不得解除劳动合同，尤其是不允许企业裁减“老弱病残”人员，本应政府承担的责任转由企业承担，让企业重新办社会。当企业变成了安置“老弱病残”的社会福利机构，新人再想进来也就困难了。

我国《促进就业法（草案）》做出了“国家实行有利于促进就业的税收政策，鼓励企业增加就业岗位，鼓励劳动者自主创业，扶持失业人员再就业。”“国家实行有利于促进就业的信贷政策，鼓励金融机构改进金融服务，支持增加就业，对自主创业人员在一定期限内给予小额信贷等扶持”的规定。这些原则性规定无疑是恰当。然而，在解决就业问题上，只靠国家信贷、税收政策，而不能充分利用劳动力市场的机制，这种政策是难以奏效的。

二、标准劳动关系与非标准劳动关系

促进多种用工形式是解决就业问题的题中应有之意。从前两次就业高峰的应对来看，我国不仅扩大了以标准劳动关系为特征的正规就业的规模，更是发展了大量非正规就业形式。在应对第三次就业高峰时，我们不能将希望完全寄托在各种正规就业上。

劳动关系的非标准化在我国曾以史无前例的规模展开。我国从计划经济转向市场经济是通过让与计划经济相联系的标准劳动关系转变为一种非标准劳动关系，从而走向市场经济的。劳动制度改革的复杂性，不仅在于它要确立新的劳动法律关系，而且是要在旧的劳动法律关系的基础上形成一种新型关系，实际上是要对原已存在的劳动关系进行再构造。这种再构造所形成的新的利益机制，难免和原来的利益机制相矛盾。新、旧利益机制的冲撞会使劳动关系呈现出不规范的特征，集中体现在两个“隐性”上。我国通过下岗、待业等一系列“隐性失业”的方式使劳动关系徒具形式，而抽去其不适应市场经济发展的内容；在市场经济发展过程中，“隐性就业”也随之发展起来。在“隐性失业”与“隐性就业”并存的情况下，在一个劳动者身上存在着两个不完整的劳动关系。一个有形式而缺少内容，一个有内容而缺少法定的形式。但是叠加在一个劳动者身上时，多少让劳动者感觉仍存在一个完整的劳动关系，因而是可以接受的。这也是我国当时劳动制度改革尽管力度很大，但仍能平稳推进的根本原因。在我国，非标准劳动关系既实现了计划经济向市场经济的转轨，又促进劳动者的再就业，也使我国第二次就业高峰得以平稳渡过。

灵活就业在世界范围都是一种被普遍认同的就业形式，在发达的市场经济国家，非全日制就业和临时就业者占到就业总量的30%多，再加上自营就业、独立就业、兼职就业、远程就业等其他就业形式，灵活就业总量可达就业总量的50%左右(平均值)。发展中国家这个比例更高，自营就业和家庭就业平均约为就业总量的55%，再加上其他灵活就业方式，灵活就业规模更加可观。目前我国灵活就业人员的数量规模，很难有一个准确的统计数据，但有关资料显示，在中国城镇灵活就业占总就业人数比重可能达到45.5%。围绕着灵活就业的各种形式，是保护、规范，还是禁止、打击，我国发生了激烈的争论。

在公开讨论的劳动合同法草案中,关于灵活就业形式的内容只引入了非全日制用工形式。尽管促进就业法草案中提到了“多渠道、多方式增加就业岗位”,但是这一规定毕竟过于原则。当前,非全日制就业、短期就业、派遣就业、季节就业、待命就业、兼职就业、远程就业、承包就业、独立就业、自营就业和家庭就业等国外主要灵活就业方式在我国均有长足的发展,我国在社会转型过程中还出现了诸多下岗再就业形式。这些形式在我国大多只是一种社会存在而缺乏法律规范。笔者认为,促进就业法应当对这些灵活就业形式做出保护与规范。

我国的经济体制改革从某种意义上说是从发展各种形式的经济承包开始起步的,这种经济承包也成为灵活就业的重要形式。当我们将所有个人承包都规定为发包人作为用人单位时,确实如赞成这一条款的学者所称的:用人单位“只需选择直接用工或发包给某个组织即可”,“减少通过发包给个人而间接用工的现象”。当所有的企业均不与提供服务的个人承包者打交道,个人承包这种农村基本的经济组织形式,也曾是我国国有、集体企业改革的重要形式,实际上是以最严厉的方式被禁止了。我国一些立法限制派遣就业、禁止个人承包用工、收紧事实劳动关系,体现出来的是一种对非标准劳动关系的全面打击态度,其结果必然带来“就业促退”的效果。

胡锦涛总书记在全国再就业工作座谈会上谈到:“鼓励劳动者自谋职业、自主创业和灵活就业,实现经济持续快速健康发展和就业岗位增加的目标。”对于灵活就业是给予充分肯定的。2004年4月国务院新闻办公室发布的《中国的就业状况和政策》白皮书指出:“发展灵活多样的就业形式,增加就业途径。中国政府鼓励劳动者通过灵活多样的方式实现就业,积极发展劳务派遣组织和就业基地,为灵活就业提供服务和帮助。政府制定了非全日制用工、临时就业人员医疗保险等政策,在劳动关系、工资支付、社会保险等方面建立制度,促进和保障灵活就业人员的合法权益。”我国政府的公开承诺显然应当落实在促进就业法、劳动合同法中。从这一意义上看,对于灵活就业的态度很大程度上决定了我国促进就业、劳动合同立法的成败。

二、公共就业服务与非公共就业服务

在发展公共就业服务的前提下,近年来非公共就业服务也得到了长足的发展,这也是前两次就业高峰得以渡过的重要措施。在应对第三次就业高峰时,我们将

希望建立在公共就业服务体系上，对于非公共就业服务则采取限制的态度。这显然是不利于促进就业的。非公共就业服务限制态度主要体现在劳动力派遣的规范上。

随着我国的经济体制改革，劳动力派遣在制度创新中提供着就业服务。在经济体制转轨过程中，我国劳动关系非标准化过程也出现了一些不同于其他国家的问题：其一，我国让外国投资者先以办事处的方式进入中国进行考察，进而正式投资，然而办事处无法建立正式的劳动关系。其二，原有的国有企业通过下岗，而使原来的国有企业正式员工成为下岗员工，这时员工尚无显性失业的承受力，如何帮助其通过隐性失业与隐性就业相结合的方式实现转轨。其三，农民离开土地，进城务工，打破了城乡对立格局，然而农民远离家园存在着信息障碍，而且还要突破当地的政策限制。在这三种形式中，都存在着某种制度碰撞，劳动力派遣应运而生。在第一种形式中，外国企业办事处通过使用派遣公司（如外服）的员工，实现用工；在第二种形式中，通过将再就业服务中心发展成劳动力派遣公司，保留员工身份并逐步实行再就业；在第三种形式中，在当地与派遣公司建立劳动关系，并通过派遣公司在异地转移中实现劳动过程。

我国现行立法的缺失，也使劳动力派遣这种具有收费特征的商业机构，在运行过程中出现了一些有待解决的问题。例如，劳动力派遣属于“不安定就业形态”，存在着就业不稳定因素，其增加了用工成本并可能向劳动者转移，这种形态使雇主责任落实的难度增加。面对这些问题我国出现了一些争论，令人遗憾的是，这些讨论最终可能使立法部门选择通过限制的方式来否定劳动力派遣的存在价值。

由于我国对劳动力派遣持较为否定的态度，《促进就业法（草案）》将就业服务的重点放在免费的公共就业服务上。“政府设立的公共就业服务机构，不得从事经营性活动。”“县级以上人民政府应当完善公共就业服务制度，建立健全公共就业服务体系，提高公共就业服务的质量和效率。”这些规定多少有些一厢情愿，公共服务高投入、低效率的特征，使其不可能完全适应当今就业环境的变化。这不仅为我国的实践所证明，也为各国所广泛认同。日本学者曾将公共职业介绍概括为“二成职安”，即无论是实现就业服务的公共垄断政策的国家，还是不实现国家垄断政策的国家，其职业介绍的成功率都只有20%左右。当一个国家完全将职业介绍的希望寄托在公共就业服务机构时，由于“二成职安”的规律，求职者

只能依靠熟人朋友介绍或广告信息的帮助，否则就难以就业。国家的这种政策将成为雇用的桎梏。这与抑制中介机构就会窒息市场经济发展是同样道理。

笔者认为，包括劳动力派遣在内的收费的就业服务，虽然存在弊端，但在现实的劳动力市场中适应劳动关系双方的需求，对经济、社会发挥着积极作用。当然，劳动力就业服务不能仅仅按照商品中介一般运作方法来进行，“关键在于，民营业者的活动应该显示出公益优先，兼顾私利的劳动市场组织的模式。”这就需要政府在这方面做出一些引导。但在《促进就业法（草案）》中将公共就业服务作为发展重点，只规定：“加强对公共就业服务和职业中介服务的指导和监督”。

胡锦涛总书记在全国再就业工作座谈会上谈到：“要积极发展劳务派遣和其他类型的就业服务组织，把分散、单个的下岗失业人员组织起来，为他们实现再就业提供组织依托和帮助。”面对再就业的问题，总书记强调了发展劳务派遣这种收费就业服务形式，这是符合我国国情的。这一讲话的精神在我们迎接第三次就业高峰时，仍应成为我国立法的指导思想。

三、一般人群的促进就业与特殊人群的促进就业

1970 年代末知青返城、1990 年代国企职工下岗，从就业高峰的形成上看，每一次都有一些特别需要关注的群体。促进就业的政策能否取得成效很大程度上与这些政策能否有效地帮助这些群体就业有关。就知青返城而言，我国及时实行了三结合的就业方针；就国企职工下岗而言，我国实行了下岗再就业的综合配套政策。这些政策均起到了积极的作用。

第三次就业高峰中最值得关注的群体是高校毕业生。据《中国青年报》报道，2006 年统计地区预计需求高校毕业生 166 万名，与 2005 年各地已吸纳的 214 万名相比大幅度降低，降幅为 22%，但与需求形成鲜明对比的是，2006 年全国高校毕业生人数达 413 万，与上年相比增幅达到 22%，整体就业形势不容乐观。除了高校毕业生外，城镇新增劳动力、农村劳动力转移也成为就业的难点。这一群体与前两次就业高峰特点不同的是，这次就业困难群体最突出的特点为首次就业，缺乏就业经验。然而，从现行的立法草案来看，并未对特殊群体做出针对性规定，一些规定甚至还会对这一就业困难群体的就业形成障碍。

关于鼓励创业的规定。《促进就业法（草案）》规定：“地方各级人民政府应当采取措施，通过开展创业培训，提供咨询指导、融资服务等方式，鼓励劳动者

自主创业。”就业困难群体如果能够自主创业，不仅能解决自身的问题，还能解决其他人的就业，确实一举多得。过去一些返城知青、国企下岗职工成功走上创业之路，解决了其他劳动者的就业问题。然而，面对第三次就业高峰，这一举措很难发挥作用。创业活动不仅需要资金，而且需要一定的社会阅历。对于刚刚跨出校门，从未有就业经验的学生而言，创业活动显然不是他们的能力所能胜任的，学生创业的成功率较低。笔者以为，与其鼓励他们创业，不如鼓励他们灵活就业。这一代就业困难群体成长于 20 世纪 80 年代以后，这一时期人类社会进入知识经济时代，随着互联网的发展，从事知识生产和传播的劳动力越来越多，旧的就业组织和渠道正在被分解，日益增多的个体雇员成为承包人；全日制工作被弹性工作制取代，灵活就业存在着巨大的空间。这一代就业困难群体与前两次的就业困难群体相比，文化程度高且更容易接受灵活就业的新观念。我国现行的一些立法思路，却试图堵塞灵活就业的渠道，而让他们去自主创业，其实是让他们承受根本难以承受的风险。

关于就业培训的规定。《促进就业法（草案）》设专章对职业教育和培训进行规定，并将职业培训作为政府和企业的义务加以规定。从总体上说，加强职业培训确实有助于提高劳动者的就业能力，但如果我们的权利义务设置不恰当，这些规定未必能落到实处。与前两次就业高峰特点不同的是，这次就业困难群体接受了很长时间的课堂教育，并不缺乏一般的知识，甚至不缺乏某些进入专业领域的准入知识，很多求职者怀揣着政府颁发的各种资格证书，却依然找不到工作。这次的就业困难群体缺乏与某一专业领域相结合的具有经验性的综合知识技能。这种综合知识技能包括待人接物、团队精神、负责态度、动手操作、业务渠道等。这种培训并不是在课堂中可以完成的，只有在工作中积累。如果说前两次就业高峰，所需要知识要以课堂教育的方式完成，这次则不行。《促进就业法（草案）》中沿用了前两次的经验其所鼓励的仍是一种以课堂方式完成的一般知识。

在当前的一些立法草案中对于最应当鼓励的教育形式则是限制的。例如，对于一个没有经验的劳动者而言，用人单位最担心的莫过于将其培养成为有用人才后，劳动者以《劳动法》第 31 条为由，解除劳动合同。正是由于每一个用人单位都希望招用有经验的劳动者才使当前的就业问题变得严重。用人单位通过特殊

投入换取劳动者一定的服务期限，本应成为应对第三次就业高峰的重要措施。然而，这种形式却被我国《劳动合同法（草案）》严格限制。

关于试用期解除的规定。对于没有经验的劳动者如果允许用人单位试用，显然是有利于这些劳动者就业的。《劳动法》以“证明不符合录用条件”作为限制试用期解除的条件，本已不妥，因为录用条件是一个动态的、比较的、难以证明的概念。当前的一些立法草案进一步强化这一概念，只能使用人单位更不愿意招用没有经验的劳动者。

如果最困难的就业群体所面临的矛盾不能化解，我们如何应对当前的就业高峰呢？随着前两次就业危机的化解，我国形成了一群最有容忍力的就业人群，他们与第三次就业高峰中的年轻人命运息息相关。他们的容忍是由于他们将自己的希望寄托在下一代。他们以自己社会经验却缺乏教育的经历为教训，努力让下一代接受正规的教育，而这一代人却恰恰因为缺乏经验而成为新的就业困难群体。如果我们不能有效地化解这一社会矛盾，引发的社会冲突将会更加激烈。

面对严峻的就业形势，我们是运用市场机制来化解矛盾？还是主要依赖国家去承担？从国际上看，欧盟与美国对这一问题有着不同的回答。比较而言，前者更加注重国家的作用，而后者更加注重市场的作用。两者在解决失业问题上的成效完全不同。根据法国劳动部的统计，截至 2006 年 4 月底，法国的失业率为 9.3%，这已经是 2002 年 11 月以来的最低点。同期，美国劳工部称，享受失业保险的劳工失业率为 1.9%。近年来，欧盟要求注重市场的呼声日高，而我国则出现了将促进就业的责任简单归为国家责任，从而抑制市场作用的立法倾向。这种立法倾向一旦成为立法现实，不仅会对我国当前的就业问题产生负面效应，而且会使我国的经济发展受到不良的影响。



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