

# 劳动和社会保障法律资讯

第三期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一二年十一月二十六日

---

## 本期目录

### 一、最新文件

生育保险办法（征求意见稿） 2

### 二、案例参考

肖某某与深圳市某五金塑胶厂等劳动争议纠纷上诉案 7

### 三、实务研讨

劳动争议审判实务热点讲座综述 11

# 生育保险办法（征求意见稿）

## 第一章 总 则

第一条 为了保障职工生育期间获得经济补偿和基本医疗服务，均衡用人单位生育费用负担，促进公平就业，根据《中华人民共和国社会保险法》，制定本办法。

第二条 中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、有雇工的个体经济组织以及其他社会组织（以下称用人单位）及其职工或者雇工（以下称职工），应当参加生育保险。用人单位缴纳生育保险费，职工不缴纳生育保险费。

第三条 国务院社会保险行政部门负责全国的生育保险工作。县级以上地方人民政府社会保险行政部门负责本行政区域内的生育保险管理工作。

## 第二章 生育保险基金

第四条 生育保险基金由用人单位缴纳的生育保险费、生育保险基金的利息收入和依法纳入生育保险基金的其他资金构成。

第五条 生育保险基金按照“以支定收、收支平衡”的原则筹集和使用。

第六条 用人单位按照本单位职工工资总额的一定比例缴纳生育保险费，缴费比例一般不超过 0.5%，具体缴费比例由各统筹地区根据当地实际情况测算后提出，报省、自治区、直辖市批准后实施。超过工资总额 0.5%的，应当报人力资源社会保障部备案。

第七条 生育保险费的征缴按照社会保险费征缴规定执行。

第八条 生育保险基金实行地（市）级统筹，逐步实行省级统筹。

第九条 生育保险基金存入财政专户并实行预算管理，执行国家社会保险基金管理办法。

### 第三章 生育保险待遇

第十条 职工所在用人单位依法为其缴纳生育保险费的，职工可以按照国家规定享受生育保险待遇。

第十一条 生育保险待遇包括生育医疗费用和生育津贴。

第十二条 生育医疗费用包括生育的医疗费用、计划生育的医疗费用和法律、法规规定的应当由生育保险基金支付的其他项目费用。

生育的医疗费用指女职工在孕产期内因怀孕、分娩发生的医疗费用，包括诊治妊娠合并症、并发症的医疗费用。

计划生育的医疗费用指职工放置或者取出宫内节育器、施行输卵管或者输精管结扎及复通手术、实施人工流产术或者引产术等发生的医疗费用。

第十三条 参加生育保险的人员在协议医疗服务机构发生的生育医疗费用，符合生育保险药品目录、诊疗项目及医疗服务设施标准的，由生育保险基金支付。

需急诊、抢救的，可在非协议医疗服务机构就医。

第十四条 生育津贴是女职工按照国家规定享受产假或者计划

生育手术休假期间获得的工资性补偿，按照职工所在用人单位上年度职工月平均工资的标准计发。

第十五条 生育津贴支付期限按照《女职工劳动保护特别规定》中关于产假的规定执行。女职工生育享受 98 天产假；难产的，增加产假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 个婴儿，增加产假 15 天。女职工怀孕未满 4 个月流产的，享受 15 天产假；怀孕满 4 个月流产的，享受 42 天产假。

第十六条 按照国家规定由公共卫生服务项目或者基本医疗保险基金等支付的生育医疗费用，生育保险基金不再支付。

#### **第四章 管理和监督**

第十七条 社会保险经办机构具体承办生育保险事务。

社会保险经办机构的人员经费和经办生育保险发生的基本运行费用、管理费用，由同级财政按照国家规定予以保障。

第十八条 社会保险经办机构应当根据参加生育保险人员生育和计划生育医疗服务需求，与医疗服务机构签订生育保险服务协议，明确双方的权利、义务和责任，并按照协议进行监督、管理。

第十九条 协议医疗服务机构应当遵守生育保险有关规定，严格履行服务协议，及时为参加生育保险人员提供合理、必要的医疗服务。

第二十条 职工就医发生的应当由生育保险基金支付的生育医疗费用，由社会保险经办机构与协议医疗服务机构直接结算。

第二十一条 参加生育保险人员异地生育，其生育医疗费用结

算范围和标准按照参保地有关规定执行。具体管理办法由统筹地区根据当地实际情况制定。

第二十二条 社会保险行政部门应当加强对用人单位和个人遵守社会保险法律、法规、规章情况的监督检查。

社会保险行政部门对生育保险基金收支、管理情况进行监督检查。发现存在问题的，应当提出整改建议，依法作出处理决定或者向有关行政部门提出处理建议。检查结果应当定期向社会公布。

第二十三条 任何组织或者个人有权对生育保险违法行为进行举报、投诉。社会保险行政部门应当及时依法处理。

## **第五章 法律责任**

第二十四条 因用人单位未依法为职工缴纳生育保险费，造成职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本办法规定的项目和标准支付其生育保险待遇。

对未依法为其职工缴纳生育保险费的用人单位，按照社会保险法第六十三条、第八十六条等有关规定处理。

第二十五条 用人单位、协议医疗服务机构等单位或者个人，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取生育保险基金或者待遇的，由社会保险行政部门责令退回，处骗取金额二倍以上五倍以下的罚款；属于社会保险服务机构的，解除服务协议，并承担相应的法律责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## **第六章 附 则**

第二十六条 本办法自 2012 年 月 日起施行。原劳动部

1994 年 12 月 14 日发布的《企业职工生育保险试行办法》（劳部发〔1994〕504 号）同时废止。

# 肖某某与深圳市宝安区布涌某五金塑料厂、台湾豪某社劳动争议纠纷案

## 广东省深圳市中级人民法院 民事判决书

(2011)深中法民六终字第 2255 号

上诉人（原审原告）肖某某。

被上诉人（原审被告）深圳市宝安区步涌某五金塑胶厂。负责人陈某某。

被上诉人（原审被告）台湾豪某社。法定代表人叶某某，该公司董事长。

两被上诉人共同委托代理人江某某，广东某律师事务所律师。

上诉人肖某某因与被上诉人深圳市宝安区步涌某五金塑胶厂（以下简称某厂）、台湾豪某社（以下简称某社）劳动争议纠纷一案，不服广东省深圳市宝安区人民法院(2011)深宝法民劳初字第 153 号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

经二审审理查明，原审查明事实清楚，本院予以确认。另查明，肖某某在二审审理中申请证人陈应德出庭作证。证人陈应德陈述肖某某系被某厂解雇，但证人陈应德与某厂亦存在劳动争议纠纷。

本院认为，肖某某与某厂存在劳动关系，双方当事人应当按照劳动法律法规的规定行使权利、履行义务。本案双方当事人的争议有如下两项：

一、双方当事人是否签订了书面劳动合同。某厂提交了其在深圳市宝安区劳动就业管理中心备案的《企业签订劳动合同汇总表》、《宝安区劳动合同管理台帐》和《劳动合同签收登记表》等三份证据主张其已依法与肖某某签订了书面劳动合同。上述三份证据已依法在劳动行政部门备案，且《劳动合同签收登记表》有肖某某的签名确认，故本院确认上述三份证据的证明力。上述三份证据显示2008年3月26日肖某某与某厂签订了期限为2008年4月1日至2011年3月31日的劳动合同，原审法院据此认定肖某某与某厂签订了书面劳动合同并无不当，本院予以确认。原审法院驳回肖某某关于未签订劳动合同二倍工资差额请求，符合本案事实，本院予以维持。肖某某主张某厂未与其签订书面劳动合同，缺乏事实依据，本院不予采信。

二、某厂是否应当支付肖某某违法解除劳动合同的赔偿金。当事人主张存在解除劳动合同事实的，应就此主张举证。肖某某提交了录音光盘、并申请证人陈应德出庭作证主张其被某厂解雇。首先，关于录音光盘。肖某某提交该光盘作为本案的证据，但未证实该光盘的来源、取得方式及形成原因，且某厂以该光盘超过举证期限提交为由未予质证，故本院认定该光盘属于存有疑点的视听资料，不

能单独作为认定本案事实的依据。其次，关于证人证言。证人陈应德与某厂存在劳动争议纠纷，属于与某厂有利害关系的证人，其出具的证言在没有其他合法有效的证据佐证的情形下不能单独作为认定本案事实的依据。因此，录音光盘及证人证言均不能充分、有效地证实肖某某被某厂解雇的事实，肖某某主张其被某厂解雇，缺乏事实依据，本院不予采纳。原审法院认定肖某某没有正当理由自2010年8月2日起未到某厂上班的行为属于自动离职，符合本案事实，本院予以确认。原审法院驳回肖某某要求某厂支付违法解除劳动合同赔偿金的请求，符合法律规定，本院予以维持。

综上，肖某某的上诉理由不成立，其上诉请求，本院不予支持。原审法院认定事实清楚，适用法律正确，处理得当，本院予以维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第（一）项的规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币10元，由上诉人肖某某负担。

本判决为终审判决。

|       |       |
|-------|-------|
| 审 判 长 | 丁 婷   |
| 代理审判员 | 钟 旭 峰 |
| 代理审判员 | 肖 立 昕 |

二〇一一年四月二十二日

书 记 员      叶      云

# 劳动争议审判实务热点讲座综述

2012年11月20日上午，市律协劳动和社会保障法律业务委员会在律协多功能厅举办“劳动争议热点问题”专题讲座。讲座邀请深圳市中级人民法院劳动争议审判庭审判长邢蓓华法官主讲，由市律协劳动和社会保障法律业务委员会主任李迎春律师主持。市律协劳动和社会保障法律业务委员会委员、全市感兴趣律师共200余人参加了讲座。

邢蓓华法官围绕“劳动争议热点”主题，首先简要介绍了中院标准化办案指导原则，随后，邢蓓华法官依据《劳动合同法》及司法解释等法律法规，详细地讲解了在劳动争议的审判实践中，对于劳资双方就劳动关系是否存在的举证责任的确定、双倍工资的支付期限、支付基数、仲裁时效、劳动者拒签劳动合同的处理、用人单位要求劳动者赔偿经济损失、请假是否批准、加班事实的举证责任、劳动合同的解除与终止等热点问题的处理办法。为了便于未参加讲座的律师学习参考，现将讲座内容综述如下：

## 一、标准化办案简介

2012年，受理案件13825件，结案13096件，二审4312件，结案3937件。2011年，受理案件18755件，二审5721件，结案5395件。

## 二、关于劳动关系的认定

### 1. 关联企业的劳动关系认定

例如甲与 A 公司签订劳动合同，在 B 公司工作，由 C 公司支付工资，由 D 公司缴纳社会，那么谁是用人单位？A.B.C.D 为关联公司，四家公司在仲裁阶段相互推诿，皆不承认己方需承担责任。假如公司这样做是出于逃避法律责任的目的，这种情形下适用法人人格否认制度——揭开公司面纱，追究其最本质的根源来进行处理。如果公司这样做是出于正当管理的目的，那么有劳动合同的，按照合同作为认定劳资关系主体的依据；没有劳动合同的，则依据工资支付关系来认定；以上都无，则依各种因素进行综合分析、判断。根据劳动合同的签订、工资关系及其他因素综合考量。

## 2. 双方没有书面劳动合同情形下的劳动关系认定

1) 劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12 号) 第一条：(1) 用人单位和劳动者是否具备法律、法规规定的主体资格；(2) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度是否适用于劳动者，劳动者是否受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(3) 劳动者提供的劳动是否为用人单位业务的组成部分。

2) 劳动关系的认定，就劳动者举证来说，仲裁、法院只是表面审查，因为劳动者举证能力明显属于弱势，所以看劳动者是否能提供比如工作证、社会缴纳情况、考勤卡记录、工资领取情况、证人证言、劳动部门就纠纷进行调处时的记录等方面的证据，法院会做一个综合判断。用人单位要证明其与劳动者不存在劳动关系，必须提供反证，否则法院会支持劳动者的诉求，认定劳动关系存在。

### 3. 保险代理人与保险公司之间不存在劳动关系

《保险法》第 117 条、《保险代理人管理规定（试行）》、国家税务总局《关于保险企业营销员（非雇员）取得的收入计征个人所得税问题的通知》规定，保险代理人的劳动报酬是按保费提取佣金，是一种松散的合作关系，故而不属于管理与被管理的关系，显然不是劳动关系。

## 三、二倍工资支付问题

1、未签书面劳动合同二倍工资：最多 11 个月。《劳动合同法实施条例》第七条，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日支付二倍工资。用工之日起满一年的当日之后，视为签订无固定期限劳动合同。未签无固定期限劳动合同二倍工资支付期限自应当订立之日起至实际签订之日或劳动关系解除终止之日止。

### 2. 二倍工资的时效问题

二倍中有一半不属于劳动报酬，而是对用人单位未履行法定义务的一种惩罚性措施，因此不适用《劳动争议调解法》中关于劳动报酬诉讼时效的规定，也就是说，自知道或者应当知道权利被侵害之日起一年。“应当知道”的认定，自劳动者领取当月工资时即应当知道权利是否被侵害。

## 四、劳动者拒绝签订劳动合同的情况处理

1、由用人单位举证证明劳动者拒绝签订劳动合同，假如没有直接证据证明，而仅凭“公司几百人只有他一个人不签”这样的说明，法院一般很难采信。

2、当劳动者不愿意与用人单位签订劳动合同时，用人单位只有一种救济方式，就是依据《劳动合同法实施条例》第5、6条的规定，由用人单位在法定期限内书面通知劳动者终止劳动关系。未提出终止劳动关系，而是继续用工，仍应承担支付二倍工资的法律責任

### **五、特殊人员于特殊情形之下，劳动合同的签订问题**

1. 对于公司高管、人力资源部管理人员等这些特殊人员，负责用人单位劳动合同签订事宜，双方仍然需要签订书面劳动合同。如果公司未与之签订劳动合同，上述人员仍可以主张未签劳动合同的双倍工资。

2. 由于客观原因导致劳动者无法与用人单位签订劳动合同，这里的客观情况必须达到足以不能签订劳动合同的地步。比如劳动者在入职后一个月内就发生工伤或因病住院，伤情或病情尚未稳定；劳动者被限制人身自由；发生自然灾害等不可抗力；双方因是否存在劳动关系正在进行仲裁或诉讼等，但是客观情况消失后应当及时签订。

### **六、劳动合同关于劳动期限自动顺延的约定是否有效**

1、如果约定顺延的期限不明确，比如：“劳动合同期满双方未续签的，则原劳动合同继续有效至员工离厂止”，依据《劳动合同法》第44条的规定，自劳动合同终止之日起视为签订无固定期限劳动合同，在这种情形下若公司一直不与劳动者签订劳动合同的，劳动者仍可向公司请求支付未签劳动合同的双倍工资。

2、如果约定顺延的期限明确，比如：“劳动合同期满后双方无

异议的，合同期限自动顺延一年”，根据《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十八条的规定，“续订固定期限劳动合同的，用人单位和劳动者应当在劳动合同期满前一个月协商续订劳动合同；经协商未能就续订劳动合同达成一致意见的，用人单位或者劳动者可以终止劳动关系。但依法应当订立无固定期限劳动合同的除外。用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计超过六个月的，视为续订劳动合同。”

## 七、劳动合同的履行

### 1. 调岗是否合理

根据劳动合同、岗位职责等个案综合考量。

### 2. 请假是否批准

如果是病假，企业管理较为宽松，如果事假，较为严格的审查原则。

## 八、用人单位要求劳动者赔偿经济损失

### 1、劳动者存在过错

### 2、用人单位有经济上的损失

### 3、劳动者过错与用人单位损失存在直接因果关系

如果认定劳动者应当承担赔偿责任的，也应当根据适当赔偿的原则。适当赔偿原则即根据劳动者的过错程度、造成损失的大小、过错的可避免程度等酌情确定

## 九、劳动报酬

### 1. 关于加班事实的举证责任划分

劳动者负初步举证责任（表面责任），劳动者举证证明有加班事实或用人单位掌握加班事实的证据，用人单位应当举证证明劳动者的具体工作时间，如果用人单位无法举证或证据不足的，用人单位举证证明劳动者具体的工作时间。用人单位无法举证的或证据不符合法定要求的，在合理范围内采信劳动者的主张。劳动者主张超过合理范围的，法院酌情确定加班时间。加班事实的证据：支付过加班工资的工资表，显示有加班时间的考勤表，休息日或法定节假日工作的证据，证人证言，用人单位实行考勤制度等。

## 2. 年休假工资

1) 一般情况只支付 08 年以后的未付年休假工资；

2) 已休年休假但未支付工资的请求时效：领取休假当月工资之日起一年；

3) 未休年休假未支付工资的时效：第三个年度的 1 月 1 日起一年。例如：08 年的年休假可以在 09 年安排休假，至 09 年 12 月 31 日未安排的，劳动者就应该知道其权益受损，故时效为 10 年 1 月 1 日起计算一年。

## 十、劳动关系解除与终止

用人单位违法导致劳动者被迫解除劳动合同

1) 用人单位未缴纳社保，劳动者被迫解除。

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十五条规定，“用人单位和劳动者应当依法参加社会保险。用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者应当依法要求用人单位缴纳；用人单位未

在一个月内按规定缴纳的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位应当依法支付经济补偿。”

#### 2) 用人单位未支付加班工资，劳动者被迫解除

有证据证明用人单位拒不支付加班工资的，经济补偿金自入职之日起算；无证据证明用人单位拒不支付加班工资的，经济补偿金自 08 年 1 月 1 日起算。

#### 3) 用人单位未提供劳动条件，劳动者被迫解除

主要表现工作环境未告知劳动者、未提供劳动保护措施。比如只针对一两个人的停工，无正当理由的降薪、调岗；无正当理由不安排工作等。

#### 4) 用人单位的解雇权（严格审查原则）

用人单位解除劳动合同的，应当有证据证明其解除劳动合同的行为系合法行为，否则将承担败诉风险。用人单位解除原因的认定：解雇当时的原因、依据和证据；用人单位规章制度进行合法性审查；劳动者不胜任工作参照第三方的客观评价、进行了培训或调岗、培训或调岗后仍不胜任。严重违纪的认定：劳动者存在违纪事实：劳动者检讨、录像资料、第三方证明、行政机关介入；劳动者的违纪行为违反了规章制度：规章制度符合《劳动合同法》第四条规定的程序，并已公示；劳动者的违纪行为造成用人单位损失且有直接因果关系，且提供客观的经济损失证据；违纪是否严重、损失是否巨大：轻微行为或损失不足以支持解雇的合法性。

### 十一、劳动合同的终止

1、劳动者达到退休年龄且未享受养老保险待遇的，按劳务关系处理（行政庭仍按劳动关系处理）；

2、经营者弃厂逃逸致劳动者解除劳动合同的，省高院意见认为这种情形属于劳动者被迫解除劳动合同，在计算经济补偿金的年限时，自劳动者入职起算。

## 十二、工伤保险待遇

### 1、没有经过工伤认定如何处理

1)拖过工伤认定定期一年的，如果是 2008 年以前就无法救济；

2)2008 年以后，特定情况下可直接判令用人单位承担责任。例如：劳动者确有证据证明属于工伤，用人单位又没有为其购买社保的情形；

3) 2012 年以后，可直接提起人身损害赔偿之诉。

### 2、工伤保险与侵权责任的竞合

1) 第三人侵权：可以兼得，但医疗费、丧葬费、辅助器具费用只能主张一次

2) 用人单位侵权：工伤保险责任+民事程序救济。但最新的标准为工伤保险责任+精神损害赔偿（职业病防治法、安全生产法）

### 3、离职后后续医疗费和旧伤复发费用承担

1)终结劳动合同但尚未终结社保关系的，仍从社保基金中支付；没买社保的，由原单位承担支付。

2) 旧伤复发：等级加重的，补足差额；解除劳动关系的，不得主张停工留薪期间的工资。

（本纪要由市律协劳动和社会保障法律业务委员会副主任赖灿辉律师整理）