

致格通讯

上海市浦东南路 256 号
华夏银行大厦 901 室
邮编: 200002
电话: (+8621) 5038 9058
传真: (+8621) 5038 9298
网址: www.zingerlaw.com



二零一三年 第二期

盘点 2012 年度劳动法热点事件

重要法律法规出台	2
《女职工劳动保护特别规定》	2
《劳动合同法修正案》	3
《企业民主管理规定》	3
摩托罗拉中国裁员风波	4
富士康缩减加班时长面临员工流失	6
过劳死现象频现引关注	8

重要法律法规出台

《女职工劳动保护特别规定》

2012年4月28日，国务院总理温家宝签署国务院令，公布《女职工劳动保护特别规定》（以下简称《特别规定》）自公布之日起施行。与1988年国务院发布的《女职工劳动保护规定》相比，《特别规定》具有以下几个要点。

- 适用范围的规定更加准确。《特别规定》第二条规定：“中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其他组织等用人单位及其女职工，适用本规定。”适用范围规定的修改，体现了我国女职工劳动保护的环境，已经发生由计划经济向市场经济的转变，由国有企业和集体企业向各种类型企业的转变，由人民团体向各种类型的社会团体以及其他组织等用人单位的转变。
- 用人单位作为责任主体及其法律义务得到强化，法律责任规定更加明确、细化。《特别规定》对用人单位规定了明确而严格的法律义务。这种法律义务包括职责性法律义务和禁止性法律义务。职责性法律义务主要包括用人单位应当采取措施改善女职工劳动安全卫生条件，对女职工进行劳动安全卫生知识培训。禁止性法律义务主要包括用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动合同或者聘用合同。与此同时，用人单位还要承担对受害女职工的赔偿责任，甚至刑事责任。
- 女职工劳动保护更加全面、公平，保护水平得到提升。《特别规定》首先将女职工产假从过去的90天增加到现在的98天，并且对女职工怀孕流产的产假给予了明确的规定。其次，《特别规定》不仅关注女职工身体和生理的劳动保护，而且增加了对女职工精神和心理方面的保护条款，强调“在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。”再次，对女职工权利救济的规定体现了与现行法律制度的合理衔接。当女职工合法权益受到侵害时，她们既可以“依法投诉、举报、申诉，”也可以“依法向劳动人事争议调解仲裁机构申请调解仲裁，对仲裁裁决不服的，依法向人民法院提起诉讼。”最后，《特别规定》在修改时，删除了《规定》第十五条，即“女职工违反国家有关计划生育规定的，其劳动保护应当按照国家有关计划生育规定办理，不适用本规定。”
- 女职工禁忌从事的劳动范围的内容纳入《特别规定》，操作性更强。《特别规定》将女职工禁忌从事的劳动范围的内容纳入其中，并对禁忌从事的劳动范围的内容作了适当调整；同时，考虑到禁忌从事的劳动范围需要根据社会实际情况不断调整，为避免因禁忌从事的劳动范围的调整而导致这个行政法规频繁修订，《特别规定》将禁忌从事的劳动范围作为特别规定附录列示，并规定：“国务院安全生产监督管理部门会同国务院人力资源社会保障行政部门、国务院卫生行政部门根据经济社会发展情况，对女职工禁忌从事的劳动范围进行调整。”
- 用人单位参加生育保险与否的差别待遇加以明确。《特别规定》第八条规定：“女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。”“女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经

参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。”这一规定，对用人单位参加生育保险与否的差别待遇加以明确，不仅可以减轻参加生育保险单位聘用育龄妇女的经济负担，承认生育的社会价值；而且会引导和鼓励更多的用人单位参加生育保险。

- 政府相关部门对用人单位监督检查及处罚的责任得到明确。《特别规定》明确规定，“县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门、安全生产监督管理部门按照各自职责负责对用人单位执行本规定的情况进行监督检查。”同时，“工会、妇女组织依法对用人单位遵守本规定的情况进行监督。”用人单位违反本规定的，由县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门、安全生产监督管理部门依据有关法律、行政法规对其进行处罚。

《劳动合同法修正案》

2012年12月28日，十一届全国人大常委会第三十次会议经表决，通过了《劳动合同法修正案》，2013年7月1日开始实施。

- 为严格限制劳务派遣用工规定劳务派遣“只能”在“三性”岗位上实施，并对“三性”岗位的具体含义作了进一步界定：临时性是指用工单位的工作岗位存续时间不超过六个月；辅助性是指用工单位的工作岗位为主营业务岗位提供服务；替代性是指用工单位的职工因脱产学习、休假等原因在该工作岗位上无法工作的一定期间内，可以由被派遣劳动者替代工作。
- 为促使劳务派遣单位依法经营规定，经营劳务派遣业务应当向劳动行政部门依法办理行政许可，并对取得行政许可的条件作了具体规定，包括将注册资本要求有不得少于人民币50万元提高到不得少于100万元、劳务派遣单位应当有符合法律规定的劳务派遣管理制度等。
- 为落实被派遣劳动者同工同酬的权利，增加规定劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同以及与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合同工同酬的规定。
- 增加了对相应违法行为的处罚。一是增加规定，对未经许可擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门依法予以取缔，没收违法所得，并处以罚款；二是进一步明确规定劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法规定的，处以罚款，并适当提高了罚款额度；对劳务派遣并可吊销其经营劳务派遣业务的行政许可。

《企业民主管理规定》

中央纪委、中央组织部、国务院国资委、监察部、中华全国总工会、全国工商联等全国厂务公开协调小组成员单位于2012年4月联合下发《企业民主管理规定》。这是26年来，我国首次以六部门共同颁布规章的形式全面规范以职工代表大会为基本形式的企业民主管

理制度，并且打破了企业所有制界限，明确非公有制企业也应实行民主管理。

- 《规定》最大的突破在于明确了在社会主义市场经济条件下，所有的企业都要实行民主管理。这意味着非公有制企业建立职工代表大会、厂务公开制度，公司制企业设立职工董事、职工监事有了强有力的法律和政策支持保障，更多企业职工将能够规范有效地行使民主管理权力。
- 《规定》对职工代表大会的定性和定位问题做了界定。全国厂务公开协调小组办公室负责人表示，《规定》澄清了原有的两种极端认识，即可用其他职工参与企业管理方式取代职工代表大会，或者以企业民主管理替代行政管理。该负责人说，《规定》第一章第三条即明确“职工代表大会是职工行使民主管理权力的机构，是企业民主管理的基本形式”，这表明职工代表大会不是取代企业管理机构的正常管理，其他民主管理方式也不能替代职工代表大会作为企业民主管理的基本制度。
- 《规定》在对企业职工代表大会职权、组织和工作制度作出统一规范的同时，关照了不同性质、不同规模、不同治理结构企业的实际情况，对国有企业和国有控股企业，公司制企业，县级以上不具备单独建立职工代表大会制度条件的中小企业，集团企业建立职代会制度分别作出了规定，增强了企业实行民主管理的针对性和操作性。
- 针对企业用工形式多样化的实际，《规定》明确了“与企业签订劳动合同建立劳动关系以及与企业存在事实劳动关系的职工，有选举和被选举为职工代表大会代表的权利”，解决了一些企业农民工、劳务派遣工等所谓“非正式职工”不能成为职工代表的问题，扩大了职工代表大会的代表性，有效地保障了普通职工参与企业管理的合法权益。

摩托罗拉中国裁员风波

- 案件回顾

2012年8月13日，摩托罗拉移动宣布将在全球裁员4000人，约占员工人数的20%，其中2/3在美国之外的国家与地区进行，中国区成为重灾区，裁员人数超过30%。公开报道显示，本轮摩托罗拉中国区裁员达到1000人，其中研发系统的员工将在700人左右。

摩托罗拉实施裁员后，先是摩托罗拉南京地区的员工抗议裁员，接着北京地区的员工也在公司门外进行抗议。职工们认为南京研发中心还是盈利的，按理说不应该这样大规模裁员。员工希望裁员能够经过工会同意，大家对公司的决策能够有知情权。”不少员工是在8月17日收到裁员邮件，事前并不清楚。员工希望公司对南京裁员的合法性给予解释，希望能够有知情权，能得到尊重，能平等谈判裁员条款。

摩托罗拉中国声明称，理解这些受影响的员工，并为他们提供了高于法律法规所规定的补偿标准。据了解，摩托罗拉中国开出的裁员条件为：工资全部发到9月20日，然后再加上“n+2”倍的平均月工资，未到期的期权全部折现。其中“n”指员工服务年限，这部分的月均工资有限额，封顶是市职工平均工资的3倍；“2”的部分则不封顶。截至2012年8月

底，在基本解决了北京的裁员风波后，南京的大多数员工仍然抱团拒绝签署离职协议。

● 法律解读：

➤ 如何认定裁员的合法性问题

首先，裁员要具备实质性条件。根据《劳动合同法》：有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，经过法定程序后可以裁员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

其中第一种情形需企业濒临破产，被人民法院宣告进入法定整顿期间。第二种情形需达到当地政府规定的严重困难企业标准。第三种情形摩托罗拉是否符合需要看具体情况，即使是企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，只有在变更劳动合同后，仍需要裁减人员，才可进行裁员。第四种情形如为了防治污染进行搬迁需要裁员的，因为生产线的现代化改进而不再需要太多的人力等。摩托罗拉是否因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行？在这个问题上，摩托罗拉需要举证证明自己的客观情况变更符合上述法律规定。

其次，裁员要具备程序性条件。对于其他的用人单位单方解除，我国实行双重通知制度，用人单位在解除劳动合同时需要通知劳动者并事先通知工会，对于非过失性解除还需要提前三十日向劳动者通知。对于裁员，《劳动合同法》将“通知”改为“说明”，规定裁员必须提前三十日向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。用人单位已经建立工会的，可以选择向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。没有建立工会的用人单位进行裁员，必须向全体职工说明情况，听取职工的意见。

还需注意，《劳动合同法》对裁员实行三重通知，除了劳动者和工会外，用人单位应制订裁减人员方案，并向劳动行政部门报告。尽管用人单位裁员只要按照相应的程序上报，而无需获得劳动行政部门的批准，但为了有效防范企业裁员出现违法及损害职工利益的情况，对于用人单位未经法定程序即实行经济性裁员，有关部门将从严掌握执行口径。只有同时具备了实体性条件之一和全部的程序性条件，才是合法有效的经济性裁员。

第三，裁员方案还需公平合理。根据《劳动合同法》第四十二条，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得对其进行裁员：（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；（六）法律、行政法规规定的其他情形。此外，对于试用期职工也不能进行仅以经济补偿形式的非员工过失性经济裁员。

另外，根据《劳动合同法》第四十一条，裁减人员时，应当优先留用下列人员：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

富士康缩减加班时长面临员工流失

● 案件回顾

富士康（FOXCONN）科技集团，位列世界五百强。是中国台湾省鸿海精密投资兴办的专业研发生产精密连接器、电脑系统及零组件、消费性电子产品、液晶显示设备等产品的高新技术企业。现在中国、东南亚及美洲、欧洲等地拥有数十家子公司，员工总数 19 万余人。

根据此前发布的报告，富士康三家工厂出现的问题包括，加班时间过长，平均每位受调查的员工每周工作时间超过 60 个小时，拖欠员工工资或者待遇过低，超过六成员工表示薪酬满足不了其基本要求。随后富士康接受了整改要求，并制定了长达 15 个月的改善计划以及完成目标日期。

就这份报道指责富士康存在工作超时、违反劳动法规等问题的美国公平劳工协会于 2012 年 8 月发布了进展报告。报告称，富士康在中国大陆的 3 家工厂已经改善了劳工工作状况。不过，该报告还指出，尽管目前富士康已经将工作时长控制在 60 小时以内，但距离每周工作不超过 49 个小时(包括加班不超过 9 小时)仍有差距。

多位深圳以及成都富士康厂区的员工表示，工作时间确实有所减少，但是因为管控加班数，他们拿到手的工资越来越少。因此有不少员工相继辞职，富士康缩减加班时长却同时带来了员工流失的新难题。

● 法律解读

➤ 我国关于加班的法律规定：

《劳动合同法》第 31 条规定：用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。

此外，《劳动法》第 41 条规定：用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过 1 小时。

因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过 3 小时，但是每月不得超过 36 小时。

《劳动法》第 38 条规定：用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。

对企业违反法律、法规强迫劳动者延长工作时间的，劳动者有权拒绝。

➤ 法定节假日加班工资的计算方式

《劳动法》第 44 条规定，有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

(一)安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

(二) 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的, 支付不低于工资的百分之二百的工资报酬;

(三) 法定休假日安排劳动者工作的, 支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

➤ 加班费的计算基数

1、如果劳动合同有明确约定工资数额的, 应当以劳动合同约定的工资作为加班费计算基准。应当注意的是, 如果劳动合同的工资项目分为“基本工资”、“岗位工资”、“职务工资”等, 应当以各项工资的总和作为基数计发加班费, 不能以“基本工资”、“岗位工资”或“职务工资”单独一项作为计算基数。

2、如果劳动合同没有明确约定工资数额, 或者合同约定不明确时, 应当以实际工资作为计算基数。凡是用人单位直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际工资, 具体包括国家统计局《关于工资总额组成的规定若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。但是应当注意一点, 在以实际工资都可作为加班费计算基数时, 加班费、伙食补助和劳动保护补贴等应当扣除, 不能列入计算范围。

3、在确定职工日平均工资和小时平均工资时, 应当按照劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》规定, 进行折算。

4、实行计件工资的, 应当以法定时间内的计件单价为加班费的计算基数。

5、加班费的计算基数低于当地当年的最低工资标准的, 应当以日、时最低工资标准为基数。

➤ 补休代替加班费的合法性

职工正常工作时间为每日工作 8 小时, 每周工作 40 小时。

《劳动法》规定, 休息日安排劳动者工作又不能安排补休的, 支付不低于工资 200% 的工资报酬。

由此可见, 休息日安排劳动者工作, 企业可以首先安排补休。在无法安排补休时, 才支付不低于工资 200% 的加班费。休息日一般是指双休日。

当企业能够安排职工补休时, 职工应当服从。这既保护了劳动者的休息权, 又利于职工的身心健康, 也使职工及时恢复体力投入新的工作, 有利于安全生产。

法定节假日加班, 不能以安排补休为由拒付加班工资, 单位必须按照日工资基数的 300% 支付加班工资。

➤ 未经批准自愿加班是否能要求加班费

根据《劳动法》规定, 企业可以制订与国家法律不相抵触的加班制度, 对符合加班制度的加班情况支付不低于法定标准的加班工资。

可见, 用人单位支付加班工资的前提是“用人单位根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作”, 劳动者自愿加班的, 用人单位依据以上规定可以不支付加班工资。

富士康缩减员工工作时间引发的员工流失, 实际上是劳资矛盾的一种表现。寻求供求关系平衡, 一方面在加班问题上, 企业需要严格遵照我国劳动合同法等法律法规的规定, 另外一方面在薪酬问题上, 企业需要建立起一套行之有效的薪酬体系, 企业只有建立科学的薪酬制度, 才能更好地激励员工, 留住核心人才, 增强企业竞争力。在薪酬体系设计时除

了考虑薪酬的竞争性之外，还要考虑内部公平性、外部公平性、激励性、可行性。

过劳死现象频现引关注

- 案件回顾：

猝死，医学上指由于体内潜在的进行性疾病而引起突然死亡。近几年，各种不同职业者尤其是中青年人的猝死现象频繁发生，已经引起了全社会的警惕和担忧。

2011年，全球四大会计师事务所之一的普华永道会计师事务所审计部门一名入职仅半年的25岁女硕士由于过度劳累引发急性脑膜炎，不治身亡。据称此前生病了仍在加班。

2012年，更有一系列密集猝死事件不断曝光：

7月3日下午，38岁的青年诗人丁仕宏猝死在北京宋庄的家中，去世前经常熬夜创作。

7月31日，浙江电台女主播郭梦秋突发心脏疾病不幸离世，年仅25岁。

7月17日晚上，杭州淘宝美女店主在睡梦中猝死，年仅24岁。生前她经常熬夜管理网店。

9月4日，金山软件公司旗下“西山居”游戏工作室一名25岁年轻员工猝死在工作台。此前，金山旗下另一家子公司官方微博曾发布该公司员工超长加班“连续一周没有碰过床”的信息。

过劳死有不同情况，一是用人单位未遵守劳动法规定，过度延长加班时间，劳动者被动加班至过劳猝死；二是劳动者主动加班，忽视了身体健康，用人单位没有尽到提醒的责任；三是一些自由职业者、脑力工作者在家里加班，不正常作息导致过劳。那么关于前两种情况，法律是否能维护劳动者的利益呢？

- 法律解读

- 过劳死凸显法律空白

“过劳死”难以被认定为工伤

“过劳死”是指基于劳动用工方面引发的，致使劳动者过度劳累致死的情形。它包括三方面内容：1. 长期超出了法律规定的劳动强度及工作时间；2. 没有其它明显原因的突然猝死；3. 通过尸检排除突发疾病引起的死亡。

而工伤通常是指职工因工作遭受事故伤害或者因工作所患的职业病。根据《工伤保险条例》第十四条的规定，职工有下列情形之一的，应当认定工伤：

（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；（四）患职业病的；（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；（七）法律、行政法

规规定应当认定为工伤的其他情形。

从上述规定看，“过劳死”这一情形很难同上述几种情形划归一类。而根据《工伤保险条例》第十五条第一款的规定，职工在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，可以“视同工伤”。

综上，我国目前界定“过劳死”存在法律空白。有关工伤和职业病的保护条例中，也没有涉及“过劳死”的内容。“过劳死”的员工家属除了能从其企业领取到一定的安慰性补偿（抚恤金、丧葬费等）以外，很难理有充足的法律依据要求企业赔偿。