

法律顾问

(核工业江西矿冶局专辑)

总第 20 期

江西中律律师事务所

主任：刘文武律师

法律服务邮箱：zhonglv88@126.com

联系人：余妍律师

法律咨询电话：(0791) 86891234

传真：86891354

2018 年 9 月 28 日

本期目录：

1. 审理矿业权纠纷案件《解释》 综合性解析（四十五） 1
2. 企业家有风险，法院依法保护有规定..... 3
3. 最高人民法院：关于企业为职工补缴养老保险费引发纠纷问题的答复..... 5
4. 国务院常务会议：严禁对企业社保历史欠费集中清缴..... 6
5. 最高法院关于双重劳动关系的处理意见..... 7
6. 上下班途中出车祸，3 种情形难以认定工伤..... 9
7. 养老保险待遇相关裁判规则 8 条..... 11
8. 如何拟定最完整的协商解除劳动合同协议..... 16

审理矿业权纠纷案件《解释》 综合性解析（四十五）

（文接上期）

四是地质灾害防治的行政法律责任和“代履行”制度。即对于违反该《条例》规定，对工程建设等人为活动引发的地质灾害不予治理的，由县级以上国土资源主管部门【注：目前的主管部门是自然资源部】责令限期治理；逾期不治理或者治理不符合要求的，由责令限期治理的国土资源主管部门组织治理，所需费用由责任单位承担，处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。

五是任何单位和个人不得侵占、损毁、损坏地质灾害治理工程设施。否则，

既可能构成民事侵权责任和行政处罚责任，也可以被追究刑事责任。

基于对地质灾害所引发的侵权责任的追究，其请求权基础在于如何界别特定主体所负的法定行为义务。此类行为义务既包括民事主体行为规则，也包括地方人民政府和有关部门的行政行为准则。

此类法定的行为义务包括：

一是在地质灾害危险区内，禁止爆破、削坡、进行工程建设以及从事其他可能引发地质灾害的活动；二是县级以上人民政府应当组织有关部门及时采取工程治理或者搬迁避让措施，保证地质灾害危险区内居民的生命和财产安全；三是明确执行“三同时”制度。即对经评估认为可能引发地质灾害或者可能遭受地质灾害危害的建设工程，应当配套建设地质灾害治理工程。地质灾害治理工程的设计、施工和验收应当与主体工程的设计、施工、验收同时进行。配套的地质灾害治理工程未经验收或者经验收不合格的，主体工程不得投入生产或者使用。

鉴此，上述各类违法情形均可作为相关民事私益诉讼和民事公益或行政公益诉讼的法定请求权基础。司法实践中，如何正确界别有关请求权基础，最核心的问题是应按照“法的融合性适用”新思维，力求将我国全部法律体系在高度融合的基础上适用法律。

第二十二条【延伸保护制度】人民法院在审理案件中，发现无证勘查开采，勘查资质、地质资料造假，或者勘查开采未履行生态环境修复义务等违法情形的，可以向有关行政主管部门提出司法建议，由其依法处理；涉嫌犯罪的，依法移送侦查机关处理。

【条文释义】

本条调整的是人民法院在审理矿业权纠纷案件中，对于发现的虽不属于人民法院主管，但涉及环境保护需要的，或者为了维护正常的地质信息资料采集秩序和资源勘查、开采秩序等情形的，受案法院可以采取司法建议和案件移送的方式给以延伸保护。

【综合解析】

一、司法建议的制度性价值

“司法建议”的价值在于，人民法院在其案件审理的司法主管权之外，为了维护我国的相关公共利益和法律秩序，向有关单位和主管部门提出具有“纠违”

或“规范”性质的建议，从而起到对司法审理内容具有扩展性的延伸保护作用。司法建议虽然不具有执行方面的强制性效力，但其受党法党规和国家监察制度的支撑，对于维护公共利益和国家法律秩序具有重要作用。

最高法院的有关司法政策文件指出，环境保护是一项系统工程，需要党委、人大、政府、司法机关以及社会各界的共同参与。负有环境保护监督管理职责的主管部门在专业技术、设备和执法效率等方面都具有优势，是维护环境公共利益的主要力量，而环境司法系维护环境正义的最后一道屏障，故有必要积极推动建立环境资源司法执法协调机制，做好环境行政执法与环境司法的有序衔接。前述司法政策精神是对“司法建议”这一制度存续价值的最佳阐释。（未完待续）

企业家有风险，法院依法保护有规定

企业家常见的风险有哪些？司法作为正义最后一道防线，又能为企业家创新创业提供什么保障？

最高人民法院于2018年1月2日，在最高院官网发布了《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》。这两天，最高院的这则通知重新引起关注。

最高院眼中的企业家风险之一：企业家的人身自由和财产权利风险

企业家的刑事风险一直都是悬在企业家头上的一把达摩利斯之剑，因为企业经营过程中踩踏黄线甚至红线进而入狱的企业家不在少数。

《通知》明确，对企业家在生产、经营、融资活动中的创新创业行为，只要不违反刑事法律的规定，不得以犯罪论处。而对非法经营罪、合同诈骗罪等不能随意扩大适用。

同时，《通知》还要求严格区分企业家违法所得和合法财产，没有充分证据证明为违法所得的，不得判决追缴或者责令退赔。严格区分企业家个人财产和企业法人财产，在处理企业犯罪时不得牵连企业家个人合法财产和家庭成员财产。

最高院眼中的企业家风险之二：企业经营中的政策风险

很多企业家曾经面临过政府违约问题，当政府换届或领导更替，原来签署的协议或者口头承诺的招商引资条件还能履行吗？若不能，对企业来说就是很大的

经营风险。

《通知》规定，要妥善认定政府与企业签订的合同效力，对有关政府违反承诺的，依法支持企业的合理诉求。

最高法院眼中的企业家风险之三：企业（家）的知识产权风险

《通知》出台的背景之一就是中共中央、国务院印发的《关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》，以鼓励创新发展。的确，创新精神是成功企业家身上永恒的标签，但是在中国目前的法治环境下，知识产权的保护其实并不到位。

《通知》规定要破解知识产权权利人“举证难”问题，提高知识产权侵权赔偿标准。

而好消息是，互联网法院试点、最高法院《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》都会对新型侵权案件审理提供便利，为知识产权保护亮剑。

最高法院眼中的企业家风险之四：企业的融资与经营风险

健康的企业轰然倒塌，有时不是因为企业经营出了问题，而是因为现金流出了问题。民营企业的造血与输血功能不足，常常导致民营企业被轻而易举地扼杀，实在令人惋惜。

《通知》规定，在审判中合理适用利率规定，降低企业融资成本。对于破产案件在审理中要区别对待，对于暂时经营困难但是具有发展潜力和经营价值的企业，要促进企业转型升级。对资金暂时周转困难、尚有经营发展前景的负债企业，慎用冻结、划拨流动资金等手段。

最高法院眼中的企业家风险之五：企业的债务与执行风险

沿街叫卖法院生效判决的新闻让人心痛，普遍的执行难必然导致司法权威扫地，所以最高法院一直在不遗余力地解决执行难。

法商思维的含义之一就是有法律意识，选择用法律解决问题，但是对于胜诉后的权益需要保护到位。

《通知》规定，综合运用各种强制执行措施，加快企业债权实现。同时，对于已经履行生效裁判文书义务或者申请人滥用失信被执行人名单的，要及时恢复企业家信用。

优秀企业家为积累社会财富、创造就业岗位、促进经济社会发展、增强综合

国力做出了重要贡献。这则通知公布已经 8 月有余，如今枯枝发新芽，说明企业家对司法保护的呼声之高。

而在最高院眼中，企业家的这 5 个风险是不得不重视的，这则通知可以说是企业家权利保护的蓝本。当然，具体落实我们还需要拭目以待，更需要企业家本身具有法商思维。

最高人民法院：关于企业为职工补缴养老保险费引发纠纷问题的答复

关于企业为职工补缴养老保险费引发纠纷问题的答复

（最高人民法院 2010 年 12 月 21 日）

2010 年 9 月最高人民法院颁发的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第一条规定了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。而对用人单位欠缴社会保险费或者因缴费年限、缴费数额等发生争议的，未规定由法院受理。因社保机构对用人单位欠缴费用负有征缴的义务，如果劳动者、用人单位与社保机构就欠费等发生争议，是征收与缴纳之间的纠纷，属于行政管理的范畴，带有社会管理性质，不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议。

因此，此类争议不宜纳入民事审判的范围，劳动者对用人单位欠缴社会保险费或者因缴费年限、缴费数额等发生争议的，应向相关部门申请解决。

以上答复仅供参考。

渭南市中级人民法院（2018）陕 05 民终 479 号

本院认为，一审认定孙琪于 2009 年 8 月 28 日被托管至金堆城钼业集团有限公司的人力资源管理中心待岗，钼业公司于 2015 年 9 月 29 日作出《解除劳动合同通知书》，孙琪于 2015 年 10 月 13 日收到该通知书，确定了双方解除劳动合同的时间，但对于金堆城钼业集团有限公司单方解除与劳动者之间劳动合同的权利是否符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第二项，用人单位行使过错性解除劳动合同的条件，是否应当支付经济补偿金的事实未予审查，该事实不清。

另外,关于一审判决金堆城铝业集团有限公司为孙琪补交 2015 年 1 月至 2015 年 10 月的养老保险、医疗保险、失业保险、生育保险、工伤保险的事项, 经查, 上诉人已为孙琪办理了社会保险账户并缴纳各项费用至 2014 年 12 月, 本案所争议的用人单位未缴的这部分社会保险争议并非单纯的劳动者与用人单位之间的社保争议, 不符合《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)》第一条及《最高人民法院关于企业为职工补缴养老保险费引发纠纷问题的答复》的有关规定, 该争议属于行政管理的范畴, 孙琪应向相关部门申请解决, 一审直接判决由上诉人补交显属不当, 应在重审时予以纠正。

沈阳市中级人民法院(2017)辽 01 民终 9949 号

本院认为, 关于上诉人提出的要求医院按月赔偿退休养老金 1664 元/月, 赔偿 10 年退休养老金损失 17 万元上诉请求。经查, 本案中, 马庆智自认自己养老金损失是由于单位未足额缴纳养老保险所致, 根据《中华人民共和国社会保险法》第六十三条第一款的规定: “用人单位未按时足额缴纳社会保险费的, 由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或者补足”, 另根据最高人民法院《关于企业为职工补缴养老保险费引发纠纷问题的答复》以及最高人民法院《关于对“社会保险的劳动争议”问题的答复》精神, 本案实际属于劳动者、用人单位与社保机构就欠费发生的争议, 是征收与缴纳之间的纠纷, 属于行政管理范畴, 带有社会管理性质, 不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议, 因此此类争议不宜纳入民事审判的范围, 应向相关部门申请解决。

另, 关于上诉人提出的“统筹外养老金”的上诉理由, 经查, 上诉人自认关于“统筹外养老金”的法律根据为《沈阳市事业单位工作人员养老保险办法》(沈政发[1994]29 号) 第五条第二款的规定“未列入支付项目的其他离退休费用, 由所在单位仍按原发放渠道解决”, 该条规定的内容未涉及到“统筹外养老金”的任何内容, 因此上诉人的该项上诉理由于法无据。

国务院常务会议：严禁对企业社保历史欠费集中清缴

“必须按照国务院明确的‘总体上不增加企业负担’的已定部署, 确保社保现有征收政策稳定, 在社保征收机构改革到位前绝不允许擅自调整。对历史形成

的社保费征缴参差不齐等问题，严禁自行集中清缴。”李克强总理在9月18日的国务院常务会议上特别强调。

李克强说，目前全国养老金累计结余较多，可以确保按时足额发放。在当前宏观经济大背景下，无论如何不能增加企业负担，影响企业和市场预期。

总理明确要求，税务总局和人社部要就此共同发声：在社保征收机构改革到位前，各地一律保持现有社保政策不变。

“有关部门要派出督查人员督查地方工作，绝不允许自行调整和集中清缴。国务院督查组和审计署要随机开展暗访，发现此类问题要坚决予以纠正，对有令不行、有禁不止等行为要严肃处理。”总理说。

与此同时，李克强要求有关部门要抓紧研究社保征收机构改革到位后社保费率降低等问题，与征收体制改革同步实施，确保总体上不增加企业负担，稳定市场预期。

最高人民法院关于双重劳动关系的处理意见

【最高人民法院司法解释】第八条 企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。

——《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)》(2010年9月13日，法释〔2010〕12号)

问：企业停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员、企业经营性停产放长假人员重新就业的，可否与新的用人单位建立劳动关系，本司法解释如何保护这类人员的权益？

答：我们在制定司法解释时，结合法律法规，规定了停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员、企业经营性停产放长假人员与新用人单位之间的用工关系应认定为劳动关系。相应地，劳动者与新的用人单位之间因劳动关系产生的争议也应当适用劳动法律、法规。

具体来说，第一，新的用人单位有缴纳社会保险的义务。在停薪留职、提前退休、下岗待岗、企业经营性停产放长假等情形下，劳动者与新用人单位建立用

工关系的，应当由新用人单位与劳动者按照相关规定缴纳社会保险费用。

第二，发生工伤事故时新的用人单位有赔偿的义务。根据相关政策、法规依据可知，在劳动者于新用人单位工作期间发生工伤事故的，应当由新用人单位承担工伤待遇的各项义务。

第三，在劳动合同解除或终止后新的用人单位有补偿的义务。在劳动者与新用人单位解除或终止劳动合同的，有关解除权的产生、行使以及解除或终止后的法律后果包括经济补偿金、赔偿金等事项，都应当适用《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定。

——《依法维护劳动者权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系——最高人民法院负责人就〈关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)〉答记者问》。

除停薪留职人员、内退人员、下岗待岗人员、企业经营性停产放长假人员等情形下所形成的双重劳动关系外，还存在不定时工作制、非全日制用工、业余时间兼职等条件下，劳动者与不同的用人单位建立多个劳动关系所形成的双重劳动关系的情形。

我们认为，上述主动型的双重劳动关系，应当类推适用最高人民法院《劳动争议解释(三)》第8条的规定，其理由在于：

第一，《劳动合同法》第69条明确规定，从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同。这显然从正面明确承认了主动型双重劳动关系的合法性。

第二，虽然《劳动法》第99条和《劳动合同法》第91条都规定，用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

但是，需要注意的是，这并非对主动型双重劳动关系的否定，而是对后一用人单位侵权责任的规定。

而《劳动合同法》第39条第(4)项规定的用人单位对劳动者因双重劳动关系而严重影响本单位工作任务的完成时，用人单位有解除权的规定，也并非对双重劳动关系的否定，而是对劳动者出现违约行为时赋予用人单位的救济权。

综上所述，应当认定，在其他类型的双重劳动关系情形下，亦应类推适用最高人民法院《劳动争议解释(三)》第8条规定，认定多个劳动关系的存在，依据

劳动关系的法律规范解决相关的劳动争议。

上下班途中出车祸，3种情形难以认定工伤

虽然《工伤保险条例》第十四条第(六)项规定“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”应当认定为工伤，但是，在现实中总有一些人因这样或那样的问题不能认定为工伤，进而不能享受工伤待遇，给本人和家庭造成了沉重的经济负担。

劳动者不配合，导致无法认定交通事故责任

2018年2月13日14时21分，刘琳琳在驾驶摩托车上班途中，因避让行人发生交通事故。在行人强调刘琳琳属于酒驾的情况下，刘琳琳担心自己此前曾经少量饮酒的事实暴露，同时不愿为此受到处罚，就坚决拒绝呼吸或抽血进行酒精检测。在这种情况下，交警部门结合现场痕迹不明显等实际情况，作出了无法认定事故责任的结论。

事后，由于刘琳琳所在公司没有为她办理工伤保险，又拒绝按照《工伤保险条例》所规定的项目和标准给予其赔偿，她提起了诉讼。本案经法院审理，判决驳回了她的诉讼请求。

【点评】法院的判决是正确的。

《民事诉讼法》第六十四条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第九十条也指出：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

本案中刘琳琳系酒后驾驶摩托车发生交通事故，却拒绝配合交警进行检测，致使交通事故责任无法认定，也使自己无法提供“非本人主要责任”的证据，自然要“承担不利的后果”。

劳动者未报警，无法确认是否属于交通事故

2018年3月17日12时14分，崔晓晓驾驶电动车下班途中，为避让一名横

穿道路的行人而摔倒。因未造成行人损害，她自己感觉伤口虽有点疼痛但不是很剧烈，再加上要回家给老父祝寿，故没有太在意，也没有报警便离开了现场。

岂料，随着时间的推移，崔晓晓发现自己伤情并没有想象的那么简单。更加出乎其意料的是，工伤保险机构以其未报案导致交警部门没有作出责任认定为由，拒绝认定其构成工伤。

对此，崔晓晓并不甘心，她又向法院提起诉讼。法院审理后，也驳回了她要求认定为工伤的诉讼请求。这一判决，意味着她只能自担全部损失了。

【点评】法院的判决是正确的。

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第一条第一款规定：“人民法院审理工伤认定行政案件，在认定是否存在《工伤保险条例》第十四条第(六)项‘本人主要责任’、第十六条第(二)项‘醉酒或者吸毒’和第十六条第(三)项‘自残或者自杀’等情形时，应当以有权机构出具的事故责任认定书、结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据，但有相反证据足以推翻事故责任认定书和结论性意见的除外。”

本案中，由于崔晓晓没有报案，造成交警部门不仅未出具的事故责任认定书，甚至也不能立案，从而使法院失去了作为认定工伤依据的法律文书。如此一来，崔晓晓只能自负其责了。

相关事实不清，劳动行政部门中止工伤认定

2018年4月4日8点10分，古珍珍在驾驶摩托车上班途中发生交通事故后，因暴雨毁坏现场、目击证人尚未找到等原因，公安交通警察大队出具了《道路交通事故证明》，证明古珍珍发生交通事故属实，但暂时无法确认该事故发生的原因。这表明，涉案交通事故的责任归属无法确定了。

面对这种情况，工伤认定机构向古珍珍出具了《工伤认定中止审理通知书》和《暂不恢复工伤认定审理通知书》，待公安交通警察大队的最终结论作出后再做定夺。

古珍珍等不及，依据工伤认定机构出具的上述材料向法院提起诉讼。法院审核后也裁定不予受理。

【点评】法院的裁定并无不当。

《行政诉讼法》第四十九条规定：“提起诉讼应当符合下列条件：……(四)

属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。”《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款也指出：“公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：……(六)对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。”

由于工伤认定机构作出的上述两个通知只是暂时性的程序性处理，并非是否构成工伤的结论性意见，故其行为没有对古珍珍的权利义务产生实际影响。同时，由于对上述通知的合法性审查不属于行政诉讼的受案范围，所以，法院也不应受理本案。

养老保险待遇相关裁判规则 8 条

1.政府行为主导改制过程中引发的有关养老保险待遇争议，人民法院不予受理——徐大林与淮安市爱德医疗器械公司等养老保险待遇纠纷上诉案

本案要旨：在政府行为主导企业改制过程中出现的有关养老保险待遇争议，不是履行劳动合同中出现的问题，不属于劳动争议案件，人民法院不予受理。

2.用人单位补缴社会保险费问题，不属于人民法院民事案件的受案范围——高秀莲与保亭黎族苗族自治县邮政局养老保险待遇纠纷上诉案

本案要旨：征缴社会保险费用是社保管理部门的职责，因用人单位欠缴或者拒绝缴纳社会保险费引发的纠纷，以及双方对缴费基数、缴费年限发生争议的属于行政管理的范畴，而不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议，不属于人民法院民事案件的受案范围。

3.基本养老保险待遇损害赔偿纠纷，人民法院应予受理——冯福某诉某机械公司养老保险待遇纠纷案

本案要旨：劳动者退休后，因原用人单位未依法参加基本养老保险、缴纳养老保险费，且社会保险经办机构不能补办，致使劳动者因享受不到基本养老保险待遇，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。

法院评论：实践中，劳动者与用人单位因基本养老保险发生争议主要有以下两种情况：一是基本养老保险参保纠纷。是指因用人单位未依法给劳动者办理基本养老保险参保手续、缴纳养老保险费，因劳动者主张自己的权利，要求用人单

位补办基本养老保险手续、补缴社会保险费，与用人单位之间发生的社会保险纠纷。二是基本养老保险待遇损失赔偿纠纷。是指劳动者退休后，因原用人单位未依法参加基本养老保险、缴纳养老保险费，致使劳动者因享受不到基本养老保险待遇发生现实损失，劳动者要求用人单位按照参保条件下应享受的基本养老保险待遇标准承担赔偿责任纠纷。

一、基本养老保险参保纠纷不应由法院处理

我国社会保险监管制度存在诸多漏洞，导致了不少用人单位为追求私利而不愿意为劳动者缴纳社会保险费或者少缴保险费，由此引发的补缴社会保险费纠纷大量存在。社会保险费纠纷是否属于法院受理劳动争议案件范围，法律与司法解释并没有作出明确规定，实务中更倾向于不应由法院处理，而应通过行政管理渠道解决。理由是：依据劳动法第七十条、第一百条，社会保险费征缴暂行条例第四条、第十二条、第十三条之规定，国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。社会保险费的催缴属于劳动行政部门和税务机关的职权范围，故缴纳或补缴社会保险费包括基本养老保险费，不属于法院受理民事诉讼案件的范畴。

二、基本养老保险待遇损失赔偿纠纷可由法院处理

根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》（以下简称《劳动争议解释（三）》）第1条规定，劳动者与用人单位之间存在劳动关系，这是引发养老保险待遇损失纠纷的基本前提。为职工参加基本养老保险是用人单位的法定义务，尽管劳动合同法第三条强调用人单位与劳动者订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则，但该法第十七条却明确要求订立的劳动合同中应当具有社会保险的约定，加之劳动法第七十二条、社会保险法第十条第一款加强了社会保险的强制性。只有同时具备以下两个条件的，才可由法院处理：一是用人单位未为劳动者参与基本养老保险。未为劳动者参与基本养老保险可以是用人单位逃避责任，也可以是用人单位经办人员漏办，还可以是未准确按劳动者信息参加养老保险，导致参保人员并非劳动者本人，或发现劳动者提供的信息不正确而不及时纠正，并导致劳动者不能参保。二是这种损失的产生，是基于不能补办养老保险，如果可以补办的话，则属于参保问题，自然不会导致养老保险待遇的损失。我国目前没有统一的养老保险补办

规定。

4.用人单位应为农民工缴纳养老保险费——中铁二十二局集团第二工程有限公司与李自军劳动争议上诉案

本案要旨：用人单位应为农民工缴纳养老保险费，未缴纳的应赔偿农民工的损失。

5.农民工享受新型农村社会养老保险待遇后仍可与用人单位形成劳动关系——重庆百货大楼股份有限公司超市分公司彭水店诉重庆市彭水县人社局行政确认案

本案要旨：目前新型农村社会养老保险保障能力弱，基本不具备养老功能，且新型农村社会养老保险并没有纳入社会统筹的范围。农民工享受新型农村社会养老保险待遇后，与用人单位仍可形成劳动关系，该待遇不能成为排除工伤认定的理由。

法院评论：本案的争议焦点在于进城务工的农民享受新型农村社会养老保险待遇后，与用人单位能否构成劳动关系。

根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第7条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按照劳务关系处理。”以及《重庆市工伤保险实施办法》第五十五条的规定：“达到法定退休年龄或者已经依法享受基本养老保险待遇的人员，不适用本办法。”结合以上司法解释、规章的立法本意，可以看出，如果劳动者已经享受了基本养老保险待遇，那么劳动者与用人单位之间只能构成劳务关系，而不能形成劳动关系，进而不能予以工伤认定和享受工伤待遇，因为，享受工伤待遇的前提是劳动者与用人单位之间存在劳动关系，否则只能按照一般的人身损害予以赔偿。就目前而言，新型农村社会养老保险并不属于我国社会保险法的基本养老保险范畴。

6.用人单位未按时足额缴纳社会养老保险费，职工自己缴纳后，单位应承担赔偿责任——张某诉某公交公司养老保险待遇纠纷案

本案要旨：为职工缴纳社会养老保险费用是用人单位的法定义务。用人单位一切不缴纳或不足额缴纳社会养老保险费的行为均是违法行为，由此给劳动者造成损失的，应当承担相应的责任。职工自己缴纳后，用人单位应承担赔偿责任。

法院评论：用人单位负有为职工缴纳社会保险费的法定义务。劳动法规定，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。用人单位无故不缴纳社会保险费的，由劳动行政部门责令其限期缴纳。社会保险法又进一步规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或者补足。

本案中被告未为原告足额缴纳社会保险费用，对于即将退休的原告来说，可能将会面临退休后无法享受社会保险待遇的困境。或如原告所讲，如果自己不缴纳，被告就不给盖章办理退休手续，在这种情况下，原告自己缴纳本应由用人单位缴纳的社会保险费用，其实并非出于原告的自愿，更非放弃自身财产权益的意图。依民法通则对民事责任的一般规定，公民、法人违反合同或者不履行其他义务的，应当承担民事责任。本案被告负有为职工缴纳社会保险费的法定义务，被告违反法定义务，给原告造成损失，应当承担赔偿责任。

7.未用真实身份信息就业的劳动者的养老保险损失按过错责任来处理——冯福某诉某机械公司赔偿养老保险损失案

本案要旨：基本养老保险待遇损失是劳动者未来必然获得的财产利益的损失，属于财产损失范畴。该损失的产生是由于用人单位怠于履行法定义务所致，行为人应为自己的行为负责。未用真实身份信息就业的劳动者的养老保险损失按过错责任而不采取违约责任的处理方式更为妥当。

法院评论：劳动法和劳动合同法调整的是国家强力监管下的社会关系，更多地体现了国家的意志，劳动者与用人单位的协商性空间无法达到平等民事主体民商事交往程度，国家为保护相对弱勢的劳动者，要求用人单位必须保障劳动者基本的生存和发展需要，故将为劳动者参加社会保险等作为用人单位的法定责任予以确立，而不管订立劳动合同时是否按劳动合同法第十七条的规定将社会保险作为一项内容确定。而基本养老保险待遇损失是劳动者未来必然获得的财产利益的损失，属于财产损失范畴。该损失的产生是由于用人单位怠于履行法定义务所致，根据民法通则第一百零六条第二款规定，行为人应为自己的行为负责。

在审查责任主体的过错上，除了严格审查用人单位存在不作为或乱作为的过错，也要审查劳动者在自己损失后果发生中是否存在过错，并根据不同环节区分过错对损失结果的参与度，和承担相应的责任，不能所有过错均由用人单位来承

担。事实上，劳动者作为基本养老保险待遇的受益人，为了防范不必要的损失，其对用人单位在用工期间是否为其参加养老保险负有监督和督促义务，但如果其提供的信息不实而导致用人单位无法为其参加养老保险时，用人单位应当及时通知劳动者报告真实信息，对拒不告知真实信息的劳动者，用人单位应当向社会保险经办机构报告，并书面告知劳动者可能存在的不良后果，劳动者因此多缴纳养老保险费或不能享受养老保险待遇的损失不应由用人单位承担。

8.养老金损失无法测算时，可参照劳动者达到退休年龄时上年度企业退休人员月人均养老金的水平，结合劳动年限及本区域人口平均寿命综合确定——昌江欣达实业有限公司诉潘雪娟养老保险待遇纠纷案

本案要旨：当劳动者向法院提出申请，要求社保机构测算其养老金损失，而此类养老金损失的测算无明确标准，社保机构无法提供精确的测算结果时，法院应根据养老保险待遇受劳动者工作年限、退休时间、缴费金额、政策变化等因素影响，参照劳动者达到法定退休年龄时的上年度城镇职工基本养老保险企业退休人员月人均养老金的水平，结合劳动者的工作年限以及本区域人口平均寿命，确定其养老金损失。

法院评论：关于养老金待遇损失标准的计算方式。尽管社会保险待遇损失的救济标准缺乏规定，但是法院并不能以此拒绝或者任意裁判。根据社会保险法第十五条第二款之规定，养老保险待遇受到以下几方面因素影响：个人累计缴费年限、缴费工资、当地职工平均工资、个人账户金额、城镇人口平均预期寿命。基于此，养老金是根据社会普遍性+个人特殊性的计算模式，由社会因素和个人因素两部分共同构成。社会因素包括当地职工平均工资、城镇人口平均预期寿命；个人因素包括个人累计缴费年限、缴费工资、个人账户金额。社会因素决定养老金待遇的最低标准，个人因素决定养老金待遇的最高标准，普遍结合特殊的模式是区分养老金待遇的重要依据，而其中当地职工平均工资、劳动者缴费年限、城镇人口平均预期寿命又占据首要地位。

综上，养老金损失无法测算时，可参照劳动者达到法定退休年龄时的上年度城镇职工基本养老保险企业退休人员月人均养老金的水平，结合劳动者劳动年限以及本区域人口平均寿命综合确定。

如何拟定最完整的协商解除劳动合同协议

基于劳动法律体系中保护劳动者一方权益的倾向性立法原则，用人单位想合理合法单方解除劳动合同，难度超大，很有可能被认定违法解除需支付经济补偿金，而有的员工就是要恢复劳动关系而不要经济赔偿。因此，对于用人单位而言，如能协商解除劳动关系，实在已是非常不错选择。那么，在协调解除时，协议书就当如何约定？

一、说明是哪方提出解除的

如果是用人单位提出并协商一致解除的，则需要支付经济补偿金，但如果是劳动者提出的（且理由不属于《劳动合同法》第三十八条规定的情形），则无需支付经济补偿金，其他的权利义务也有较大的差异，比如年终奖等。后者的这种情形下，如果 HR 没有在协议中载明，真是重大的失职。

二、说明劳动关系建立的时间

劳动关系建立的时间是用人单位承担用工责任的开始时间，尤其是最常见的缴纳社会保险争议，即便是双方在解除劳动关系的协议中约定双方再无争议，但一旦认定入职时间远早于社会保险的缴纳时间，用人单位仍可能承担法律责任。

三、说明合同解除时间

确定具体的解除日期对于避免争议较有意义。此对于劳动报酬的支付、社会保险和住房公积金的缴纳、年休假待遇支付、经济补偿年限认定等均直接关联。

四、说明五险一金缴纳的截止日期

工资是结算到合同解除之日，五险一金不是。

五、说明经济补偿金是否需支付以及支付多少

经济补偿金是离职时发生争议最多的问题，且也是金额最大的项目，应予以特别、单独的说明。

虽然法律上明确规定，经济补偿金按离职前 12 个月的平均工资，以一年一个月计算，不足半年按半个月计算，但只要双方协商一致，数额可以由双方共同决定。

作为用人单位一方，需要提醒的是，劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区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三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不

超过十二年。所以别失职导致支付高薪员工的补偿年限或基数高于法定标准。

另需特别提示的是，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同，这种情形下并非法定需支付代通知金的情形，代通知金是用人单位单方解除且未提前三十天通知的情形下才需支付。

六、除经济补偿金外，如下的常见费用如有，也作明确

1、工资结算至离职之日数额、相应的未报销费用、奖金、其他未结算的款项；

2、年休假待遇。此之所以特别强调，是因为在实践中，劳动合同协商解除时年休假待遇一般都是还来不及享受的，且年休假已享受的情况，由用人单位举证。所以对于年休假待遇，应在协议中予以明确，不留手尾；

3、欠单位的未结算借款、预支款等。

七、约定经济补偿金及相应应税款项的纳税义务

财政部、国家税务总局《关于个人与用人单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入征免个人所得税问题的通知》（财税[2001]157）号一、个人因与用人单位解除劳动关系而取得的一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费用），其收入在当地上年职工平均工资 3 倍数额以内的部分，免征个人所得税；超过的部分按照《国家税务总局关于个人因解除劳动合同取得经济补偿金征收个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕178 号）的有关规定，计算征收个人所得税。

从这个规定上来看，个人所得税，肯定是由员工承担。但实践中，不乏员工为此纠缠，不同意单位代缴个税的情形，此往往导致工作交接不顺利。

另还有一种比较特殊的情形，如果生效的裁判文书中确认需支付大额的经济补偿金时，则单位处于两难境地。按法律规定，单位应代扣，但如果代扣了，则于执行法官而言，是无法厘清税后的金额与裁判文书的金额之间的差别及合理性的，所以一般还是按裁判的金额全额执行。

八、放弃向用人单位关联公司的权利主张

如果有关联单位的，还要对此进行说明。尤其是关联公司经常存在交叉用工的情形，如未作此约定，则员工另行向关联主体主张权利时，也有被支持的可能性。

九、竞业限制

很多单位与劳动者约定竞业限制（这种做法是正确的，因为想在离职时再签订竞业限制，单位无任何的主动权），但最终发现，其实很多员工无订立竞业限制协议的必要性，如果没有在劳动合同解除前解除竞业限制，则可能需承担三个月的经济补偿。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第七条：当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

“第九条”在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议时，人民法院应予支持。在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。

结合上述两条规定可知，只有在竞业限制期限内解除的，才需要额外支付三个月的经济补偿，反推之，在竞业限制尚未开始也即劳动合同尚未解除/终止之前解除竞业限制的，用人单位无需额外支付三个月的经济补偿。

十、商业秘密的保护

劳动部办公厅印发《关于〈劳动法〉若干条文的说明》的通知（劳办发[1994]289号）第二十二条“劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。根据《反不正当竞争法》第十条规定，商业秘密指不为公众所知悉，能为用人单位带来经济利益，具有实用性并经用人单位采取保密措施的技术信息和经营信息。”

关于商业秘密如有必要而在之前又没有约定的，可在离职协议中作相应约定。

十一、兜底条款

再无基于劳动关系的存续及解除而产生的权利义务，双方再无争议，权利义务终止，乙方不得通过任何的方式及途径再向甲方及甲方关联公司主张任何权利。

十二、其他

双方根据自身情况，另作约定。