

法治湖北论丛



社会公平与社会法实践

主 编◎张荣芳

 长江出版传媒
© 湖北人民出版社

法 治 湖 北 论 丛



社会公平与社会法实践

主 编◎张荣芳

副主编◎喻术红 韩桂君

 长江出版传媒

 湖北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

社会公平与社会法实践/张荣芳主编.

武汉:湖北人民出版社,2015.5

ISBN 978-7-216-08590-8

I. 社… II. 张… III. 社会法学—中国—文集 IV. D90-052

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第110171号

责任部门:高等教育分社

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:湖北新华印务有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:320千字

版次:2015年5月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08590-8

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:17.5

插页:2

印次:2015年5月第1次印刷

定价:55.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

“法治湖北论丛”编委会

主 任 郑少三

副主任 彭方明 李 龙

委 员 (按姓氏笔画排列)

王 龙	王 晨	王亚平	王瑞龙	方世荣
冯 果	吕忠梅	刘大洪	齐文远	李 龙
李长健	李仁真	肖伯符	吴汉东	汪习根
陈小君	周叶中	郑少三	赵 钢	胡兴儒
俞 江	姚 莉	姚仁安	秦前红	徐汉明
曹诗权	康均心	彭方明	彭真明	曾令良
温世扬	雷兴虎	熊 伟	熊世忠	魏纪林

总 编 彭方明

副总编 王 龙 陈志伟

《社会公平与社会法实践》

编委会

主 编 张荣芳

副主编 喻术红 韩桂君

编 委 (按姓氏笔画排列)

马列军 王源渊 王德强 文本学 庄 汉

许雄文 阴胜军 李 涛 汪 敏 沈艾华

张 红 张荣芳 侯民杰 徐智华 韩桂君

喻术红 喻承跃

序

社会法以劳工问题和社会安全问题为规制对象，遵循公平和谐与国家适度干预的原则，通过强化用人单位、社会和政府责任的方式，对劳动者和面临社会安全问题的其他社会群体给予相应保障，以维护社会公平，促进社会和谐发展。

我国的社会法制建设已经取得丰硕的成果。以《劳动法》、《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》等为代表的劳动法律和以《社会保险法》为代表的社会保障法律，构成了相对完善的社会法体系。

湖北省法学会社会法学研究会自 2012 年成立以来，开展了一系列社会法实践活动。组织研讨会，专门对社会管理创新和《劳动合同法》实施中的问题以及《社会保险法》实施中的问题进行专题研究；积极组织力量参与湖北省的地方社会法规范活动以及社会法执行活动；认真总结和提炼社会法实施过程中的问题，并集中力量进行研讨对策。本书集中了近年来湖北省社会法理论和实务界人士相关研究成果。本书分设“劳动法学”和“社会保险法学”两个栏目，共收录 27 篇文章，作者涵盖理论界与实务界。“劳动法学”部分共收录 9 篇文章，涉及集体劳动关系、工资时效、工资权益、劳动者工作能力、仲裁范围、劳务派遣、劳动雇佣、劳动合同违约责任等问题；“社会保险法学”部分共收录 18 篇文章，涉及社保管理体制、社保争议处理机制、社会保险权、社会保险关系的成立时间、外国人参保问题等社会保险总论部分，以及社会保险的分论部分，如工伤保险、失业保险、公务员养老金等问题。其中，有 9 篇论文专门针对工伤保险问题进行研究，内容涉及实践中反映最突出的工伤认定、工伤补偿等问题。

本书的出版得益于湖北省政法委和湖北省法学会的关心和大力支持，得益于湖北人民出版社的鼎力相助，我们对此表示衷心的感谢！最后，特别要感谢黄沙编辑，她为本书的出版付出了艰辛的劳动。由于时间仓促，书中定有不少错误和不当之处，敬请读者批评指正！

张荣芳

2015 年 4 月 26 日

目 录



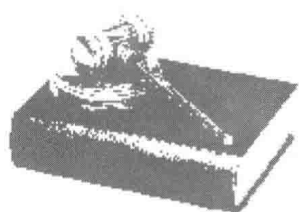
第一编 劳动法

论双倍工资差额的仲裁时效	杨丰苑	(3)
论农民工工资权益的法律保障		
——基于绩效工资的理论视角	权冬生	(12)
“劳动者不能胜任工作”的司法适用标准	黄 坚	(26)
实质集体劳动关系运行保障研究	韩桂君	(38)
完善人事争议仲裁处理范围的思考	李秀文	(49)
我国对外劳务派遣模式的完善	金 瑾	(57)
劳务派遣之无固定期限劳动合同分析	喻 琰	(67)
论美国劳动法之任意性雇佣原则	孔德婷	(76)
劳动合同违约责任研究	陈淑静	(84)

第二编 社会保险法

新中国社会保险管理体制的历史变迁	李秀凤	(95)
社会保险争议处理机制路径选择：以去私法化为中心	杨复卫	(104)

刍议高校教师过劳死的工伤问题	鲍 雨	(118)
用人单位未依法缴纳失业保险费之民事责任问题研究	孙一中	(128)
试论我国失业保险覆盖范围的拓展路径	黎大有	(140)
社会保险权的性质		
——以基本权为视角	毛 景	(147)
我国尘肺病患者的社会保险权保障研究	许 鲁	(154)
论第三人侵权导致工伤的法律适用	李森林	(171)
在华就业外国人参加我国社会保险的法律问题	熊安邦	(177)
公务员养老金利益可否因违法犯罪被剥夺	袁克佩	(183)
浅议建筑劳务分包过程中的工伤责任	许小龙	(195)
社会保险“空窗期”的风险责任承担主体	房海军	(204)
女员工在上班期间被强奸应认定工伤	苏 琳	(212)
论工伤与过失犯罪竞合情形下劳动关系的处理		
——以《劳动合同法》第三十九条为视角	吴莹冰	(219)
劳动者申请工伤认定期限法律性质研究		
——基于案例的整理与研究	刘泽辰	(227)
社会保险费欠缴期间保险待遇给付问题探究	孙 晨	(243)
工伤认定权归属问题初探	严 峻	(252)
论我国工伤保险制度中突发疾病救济机制的完善	黄晓华	(262)



第一编

劳动法

论双倍工资差额的仲裁时效

杨丰苑

《劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工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，应当每月向劳动者支付二倍的工资。这一规定对用人单位不与劳动者签订书面劳动合同的不作为行为设置了后果，是提高劳动合同的签订率、保护劳动者合法权益的重要措施。《劳动合同法实施条例》第七条对这一规定进行了细化。实践中，如果用人单位未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者请求用人单位支付双倍工资差额，能否获得仲裁委员会以及人民法院的支持，还取决于劳动者是否在规定的仲裁时效内提出仲裁申请。但是，对双倍工资差额仲裁时效的掌握，全国各地采用了不同的裁量标准，导致同案不同裁判的情形时有发生，不利于保护劳动者和用人单位的合法权益，也在一定程度上影响了法律的权威性。本文通过考察双倍工资差额的性质、仲裁时效制度设置以及用人单位不与劳动者签订书面劳动合同这一侵权行为的属性，以期对解决双倍工资差额的仲裁时效问题提供参考。

一、司法实践中的分歧

（一）分歧的具体表现

实践中，各地对劳动者请求双倍工资差额的仲裁时效有不同的做法，主要有三种意见：第一种意见是以广东省和江西省为代表。《江西省高级人民法院、江西省人力资源和社会保障厅 2013 年全省劳动人事争议裁审衔接工作座谈会纪要》第五条和《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审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（粤高法〔2012〕284号）第十五条均规定，劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同双倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款、第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利

之日起往前倒推一年，按月计算，超过一年的二倍工资差额不予支持。第二种意见以江苏省为代表。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）》第一条规定，劳动者因用人单位未与其签订书面劳动合同而主张用人单位每月支付二倍工资的争议，劳动人事争议仲裁委员会及人民法院应当依法受理，对二倍工资中属于用人单位法定赔偿金的部分，劳动者申请仲裁的时效适用《劳动争议调解仲裁法》第一款的规定，即从用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年，如劳动者已在用人单位工作满一年的，劳动者申请仲裁的时效从一年届满之次日起计算一年。第三种意见以湖北省为代表。湖北省高级人民法院《民事审判工作座谈会会议纪要》（鄂高法〔2013〕342号）第三十一条，用人单位自用工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并一直未补订的，应当按照《劳动合同法实施条例》第七条的规定，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日向劳动者每月支付两倍的工资。双倍工资的申请仲裁时效自劳动关系终止之日起算，期间为一年。

综合上述规定，三种意见之间的分歧主要表现在两个方面：第一，劳动者请求未订立书面劳动合同的双倍工资差额的仲裁时效的起算时间。第一种意见和第二种意见认为应当依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定确定，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，或者从用人单位不签订书面劳动合同的违法行为结束之次日开始计算一年。第二种意见认为应当依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定确定，自劳动关系终止之日起算，期间为一年。第二，劳动者请求未订立书面劳动合同的双倍工资差额的仲裁时效的起算方式，即未签订书面劳动合同双倍工资差额是作为一个整体来计算仲裁时效还是分月计算。第一种意见明确了用人单位应支付的二倍工资差额，按月计算。第二种意见将双倍工资差额作为一个整体计算仲裁时效。第三种意见对此未明确。

（二）产生分歧的根源

上述三种意见之间之所以产生分歧，其根源在于对双倍工资差额的性质以及用人单位不与劳动者订立书面劳动合同这一侵权行为的不同认识。《劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算……劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”《劳动争议调解仲裁法》关于仲裁时效的规定，将劳动争议仲裁

时效区分为一般时效和特别时效,一般时效即《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定的一般情形的仲裁时效,特别时效即《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款规定的劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的仲裁时效。由此可见,如果把双倍工资差额定性为劳动报酬,则劳动者申请用人单位支付双倍工资差额的仲裁请求就适用特别时效,反之,则适用一般时效。同时,如果将用人单位未签订书面劳动合同这一侵权行为视为连续侵权行为,则在计算双倍工资差额时将其作为一个整体来进行计算,否则分月计算。

二、双倍工资的性质

关于双倍工资的性质,学者们观点各异。比如,陈玉江认为双倍工资具有法定工资的属性^①,祁艺丹认为双倍工资不属于劳动报酬的范畴^②。

笔者认为,从政治经济学角度来看,双倍工资差额不具有劳动报酬属性。马克思主义政治经济学理论认为,劳动者的基本工资主要是在“现有社会正常生产条件下,在社会平均劳动熟练程度和劳动强度下”,劳动者在规定时间内所能获得的最低工资水平,这部分工资主要用来满足劳动者在现有经济条件下最基本的劳动力生产和再生产的需要。社会主义条件下的劳动力是否商品,这是一个争议已久的问题,但是主流观点是承认社会主义条件下劳动力是商品。社会主义制度下,工资的本质具有双重涵义:其一,社会主义工资同样是劳动力价值或价格的转化形式,同样体现劳动力市场上的等价交换关系;其二,社会主义工资是按劳分配的实现形式,是劳动者必要劳动的价值体现,这同时也是实现社会主义生产目的的基本途径与内在动力。^③既然劳动力是商品,商品就应该具有价值,这种价值用货币表现出来就是价格。工资的本质是劳动者提供劳动这种商品价值的货币表现形式。劳动力市场也应当遵循等价交换的原则,劳动力价格受供求关系的影响,而不受法律规定的影响,劳动力的价值也不可能因为某一个法律行为而突然翻倍。用人单位已经发放的工资就是劳动力价值的体现,而双倍工资差额并不是劳动力价值的体现。

从立法目的来看,双倍工资差额不具有劳动报酬属性。劳动合同可以明确用人单位和劳动者双方的权利义务,劳动关系双方按照劳动合同约定的内容来

① 陈玉江:《论双倍工资的法定工资性质》,《吉林省教育学院学报》2011年第11期。

② 祁艺丹:《浅析劳动者双倍工资请求权仲裁时效期间的起算》,《经济研究导刊》2013年第19期。

③ 冯继康:《马克思工资理论及当代价值探讨》,《德州学院学报》2003年第19卷第1期。

履行，可以减少不必要的纠纷，还可以维护劳动关系双方的合法权益。鉴于当前我国企业劳动合同的签订率不够高，《劳动合同法》第八十二条设置了双倍工资这一条款，其目的主要在于督促用人单位与劳动者签订书面劳动合同，否则就要承担不利后果。故用人单位不与劳动者签订书面劳动合同则应当支付双倍工资，该另一倍工资实则是冠以工资名义的惩罚性赔偿。

如果将双倍工资作为劳动报酬，则会带来一系列影响。第一，与现有诸多规定相冲突。《工资支付暂行规定》第三条：本规定所称工资是指用人单位依据劳动合同的规定，以各种形式支付给劳动者的工资报酬。所以，劳动者工资应当是基于劳动合同的规定，由用人单位支付给劳动者本人的货币。《关于工资总额组成的规定》明确指出，工资总额由以下六个部分组成：计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资。如果双倍工资差额也是法定工资，那么上述两个规定均需要进行修改，尤其是工资总额的规定，不仅涉及用人单位应缴税款的计算，而且关系到劳动者个人所得税的缴纳。第二，《劳动合同法》第四十六条、四十七条、八十七条规定了用人单位应当向劳动者支付经济补偿金和赔偿金的情形和标准，其中月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。如果将双倍工资差额作为工资来对待，那么在符合《劳动合同法》第四十六条和第八十七条的规定，由用人单位支付劳动者经济补偿金时，应当将劳动者正常工资报酬翻倍，在用人单位支付劳动者赔偿金时，赔偿标准计算基数则是劳动者正常工资的四倍。当前，在劳动人事争议仲裁案件中，劳动者请求判令用人单位支付经济补偿金或赔偿金的案件不在少数。《劳动合同法》关于双倍工资的规定对于用人单位来说，已经很苛刻，如果将双倍工资差额也作为劳动者劳动报酬的一部分，无疑是加重了用人单位的法律责任，将会成为用人单位沉重的负担。当前，大量的中小企业生产经营比较困难，包括人力资源管理在内的各项管理水平不高，抗风险的能力较差，如果给企业苛加太重的责任，与扶持中小企业发展的大局相悖，如果企业不能够发展，最终受损的还是广大劳动者。从司法实践中来看，无论是劳动人事争议仲裁委员会还是人民法院，将双倍工资差额也作为经济补偿金或赔偿金计算基数的案例十分鲜见，这说明将双倍工资差额作为经济补偿金不具有现实的可行性。第三，将双倍工资差额作为劳动报酬与劳动法确定的同工同酬的理念相悖。将双倍工资差额作为劳动报酬，该劳动者的工资将会明显高于其他同岗位的劳动者，这对其他劳动者将是一种新的不公平，会打破现有的工资分配格局。

三、双倍工资差额诉讼（仲裁）时效的确定

（一）连续性侵权之债诉讼时效不足以支撑双倍工资差额的仲裁时效

所谓连续性侵权行为，又称持续性侵权，是指对同一权利客体持续、不间断地进行侵害的行为。^① 最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称“法释（2008）11号”）第五条规定：“当事人约定同一债务分期履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日计算。”笔者认为，一般而言，连续性侵权行为仍可适用诉讼时效制度，但结果不同于一般请求权，法院应该责令侵权人停止侵权。第一，侵权行为为长期不间断性。“连续性”不等同于“长期”，好比一条长的实线和一条长的虚线，二者区别在于有无断开。从性质上看，连续性侵权比间断性侵权严重。后者的侵权行为之间的间隔期间有可能产生两种相对利好的结果：一是被侵权人得在此期间发现侵权事实，从而及时采取措施弥补损失，追究责任。二是侵权人发现侵犯他人权益或自身悔悟，自动停止侵权甚至主动向被侵权人给予补偿，当然这种可能性很小，但并非当然不会。而连续性侵权人漠视法律规定和道德约束，肆意妄为，损害他人利益，主观恶性严重或过失较大，因而从这点来看似乎不能轻易给定一个期间让其规避之后能获得合法权利。但是，有如双刃之剑，“长期不间断”亦赋予被侵权人足够的时间与机会发现侵权行为存在，享有权利之最高境界为“在维护权利中享受权利”。维权虽不足以称为利于社会稳定，但确实有利于减少个人私益损失之功效，避免更多违法行为的发生，被侵权人在此种情况下之损失其自身亦有一定责任，故不能完全归责于侵权人，其赔偿损失之请求不应支持，但可要求停止侵害，以减少违法行为，维护法律尊严和社会秩序。第二，连续性侵权性行为后果的严重性。可以从两个方面理解：一方面，是对权利人造成的损害严重，如此长期的侵权令权利人利益丧失多多，在专利权领域还有可能令公众对专利权人之身份产生不信任感。长期受蒙蔽的公众对于真相之接受往往需要一个过程，在这个过程的最初状态甚至会对专利权人的主张感到反感，因为其认为这会令其进入不安定状态，社会关系要重新调整，带来不便。这种非财产性“损失”对专利权人来说往往更难以接受。另一方面，若连续性侵权行为被勒令无效，法律关系、事实关系均需重

^① 王利民、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第8~9页。

新确立,对善意第三人群体则产生不利影响,可能会导致其利益受到损害。比较二者,笔者倾向于以第三人群体利益为重,连续性侵权行为应该通过时效制度对可能产生的重大社会利益予以保护,已生之法律秩序应予肯定和保全,但前提为给予被侵权人足够的时间和实现救济的可能。

《劳动合同法》第十条规定,建立劳动关系应当订立书面劳动合同。这一规定有利于保护劳动者的权利,与用人单位订立书面劳动合同是法律赋予劳动者的一项权利。用人单位自用工之日超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同,是对劳动者权利的一种侵害。如果用人单位一直不与劳动者签订书面劳动合同,则属于连续性侵权行为。

我国《民法通则》第一百三十五条对诉讼时效作出了一般规定。但是连续性侵权具有侵权行为的长期不间断性和侵权后果的严重性特点,普遍认为其诉讼时效不能简单适用一般诉讼时效的规定。在连续性侵权的诉讼时效方面,司法实践进行了不断地尝试与创新,目前,已经在知识产权领域取得了突破,最高人民法院对知识产权领域的诉讼时效作出了特别规定。《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十三条、《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十八条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十八条均规定,权利人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在继续,在该项知识产权有效期内,人民法院应当判决被告停止侵权行为,侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。这些规定仅适用于对知识产权领域的连续性侵权行为的诉讼时效,目前尚不能推广适用,且不适合在仲裁时效中加以适用。最高人民法院对连续性侵权的诉讼时效先后多次尝试作出特别规定,但最终未获得最高院审判委员会讨论通过,没有生效。例如最高院曾于1990年12月5日内部讨论过《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的解释(修改稿)》,其中第一百九十四条规定:“侵权行为是持续发生的,诉讼时效从侵权行为终了之日起计算。”《最高人民法院关于审理民事纠纷案件适用法律问题的规定(征求意见稿)》第十三条:(持续性侵权行为)损害赔偿请求权,诉讼时效期间从权利人知道或应当知道侵权行为发生和侵权人之日起计算。侵权行为持续的,诉讼时效期间从侵权行为实施终了之日起重新计算。这两个规定都在正式出台的司法解释中删除,故目前对连续性侵权的诉讼时效尚无统一规定。

(二) 用人单位不签订书面劳动合同这一侵权行为的特征

用人单位不签订书面劳动合同这一侵权行为具有以下几个方面的特征:第