

劳动和社会保障法律资讯

第十六期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一三年十月

本期目录

一、最新文件

深圳市人力资源和社会保障局 深圳市财政委员会关于印发《深圳市
就业困难人员灵活就业补贴办法》的通知 2

二、案例参考

广东高院案例：林秀葵与湛江市科明电器商行劳动争议纠纷案 9

三、实务研讨

特殊工时制度执行中的问题及对策 13

深圳市人力资源和社会保障局 深圳市财政委员会关于印发《深圳市就业困难人员灵活就业补贴办法》的通知

深人社规〔2013〕8号

各有关单位：

为了进一步规范就业困难人员灵活就业补贴申请发放工作，鼓励就业困难人员通过灵活就业方式实现就业，根据《深圳市人民政府关于进一步完善就业援助政策的通知》（深府〔2013〕60号）有关规定，结合本市实际，我们制定了《深圳市就业困难人员灵活就业补贴办法》。现予印发，请遵照实施。

深圳市人力资源和社会保障局

深圳市财政委员会

2013年7月25日

深圳市就业困难人员灵活就业补贴办法

为了进一步规范就业困难人员灵活就业补贴申请发放工作，鼓励就业困难人员通过灵活就业方式实现就业，根据《深圳市人民政府关于进一步完善就业援助政策的通知》（深府〔2013〕60号）有关规定，结合本市实际，制定本办法。

一、补贴范围

就业困难人员和零就业家庭人员，在本市范围内通过下列方式实现了灵活就业、劳动时间累计达到规定时限、办理灵活就业登记并在个人缴费窗口缴交社会保险费的，可以申请灵活就业社会保险

补贴：

（一）为他人（直系亲属除外）提供保姆、家政服务、病人看护、老人护理服务。

（二）从事餐饮服务。

（三）从事社区保洁、保绿工作。

（四）从事社区来料加工、工艺作坊、再生资源回收工作。

市人力资源和社会保障局结合本市实际，适时调整享受灵活就业补贴的灵活就业方式范围，并向社会公布。

二、补贴条件

申请灵活就业社会保险补贴应当同时具备下列条件：

（一）属于本办法规定的灵活就业方式，且每周工作时间累计不低于 **20** 小时的（含 **20** 小时）。

（二）在办理灵活就业登记手续后，连续在个人缴费窗口缴纳社会保险费满 **3** 个月以上。

三、补贴标准及期限

对实现灵活就业的就业困难人员给予社会保险补贴。社会保险补贴标准为我市社会保险最低缴交标准的三分之二。

在开始享受新就业援助补贴政策之日，距法定退休年龄不足 **5** 年的人员可享受至退休，其他人员累计最长不超过 **3** 年。

在深府〔2013〕60 号文下发前按照深府〔2009〕26 号文享受政府委托临时性工作招用、用人单位招用、灵活就业等三项就业援助政策的人员，享受期满后，经认定符合本办法规定条件的，可享受

灵活就业补贴政策，在本次开始享受新就业援助补贴政策之日，距法定退休年龄不足 5 年的人员可享受至退休，其他人员累计最长不超过 3 年。

四、补贴程序

灵活就业社会保险补贴采取先缴后补方式，就业困难人员每年申请一次补贴，对通过审核的，每 3 个月发放一次补贴。领取补贴满 12 个月仍然灵活就业的，应提前 1 个月提出继续补贴的申请。补缴社会保险费的月份不计发补贴。

（一）补贴申请：

申请补贴的灵活就业人员到户籍所在地或者经常居住地的街道劳动保障事务所提交如下材料：

1. 《灵活就业补贴申请表》（见附件 1）；
2. 由本人签字及灵活就业工作地点所在社区劳动保障窗口确认的《灵活就业状况反馈表》（见附件 2）；
3. 身份证和户口本（验原件，留复印件）；
4. 《灵活就业登记信息表》；
5. 申请人本人缴纳社会保险的银行账号复印件。

在经常居住地申请的还需提供相关房产证明或其他居住证明。

（二）材料核实：

街道劳动保障事务所受理申请后，应当在 5 个工作日内通过适当方式对提交材料的真实性和完整性进行核实，并由街道劳动保障事务所将申请人的灵活就业相关信息（含姓名、灵活就业方式、补

贴金额等内容）公示 5 个工作日。公示无异议的，街道劳动保障事务所在《灵活就业补贴申请表》上签署核实意见并加盖公章，在公示结束后的 3 个工作日内将申请材料报送区（新区）就业服务机构复核。如经核实或公示发现不符合申请条件，应将材料退回申请人。

（三）复核拨付：

区（新区）就业服务机构收到街道劳动保障事务所上报的材料后，应当在 5 个工作日内审核完毕。审核完毕后，区（新区）就业服务机构应当在区人力资源网站将申请人的灵活就业相关信息（含姓名、灵活就业方式、补贴金额和个人房产套数等内容）公示 7 个工作日。

对公示信息个人房产套数有异议的，区人力资源部门（新区社会建设部门）应当要求申请人提供查询委托书及其他查询所需材料（见附件 3），并根据委托授权向房地产权登记部门查询申请人的房产数量。申请人应当积极配合，提供查询委托书及其他查询所需材料。房地产权登记部门向区人力资源部门（新区社会建设部门）提供申请人房产数量证明材料。申请人不配合、拒绝接受调查或者不提供相关材料的，视为放弃申请。

对公示后无异议的，区（新区）就业服务机构应当在 5 个工作日内出具审核意见。对不符合申请条件或公示发现提交材料与事实不符的，将申请材料通过街道劳动保障事务所退还申请人，并告知申请人未通过的理由。对通过复核的，按照相关规定向申请人的银行帐户拨付补贴。

五、灵活就业状况报告

在领取补贴期间，灵活就业人员应当自提出灵活就业补贴申请之日起，在每满3个月后的5个工作日内，向街道劳动保障事务所提交《灵活就业状况反馈表》（见附件2）。街道劳动保障事务所应及时查验《灵活就业状况反馈表》和相关证明材料，建立和完善灵活就业补贴领取台账。灵活就业人员逾期未按照要求提供《灵活就业状况反馈表》的，街道劳动保障事务所应当自逾期之日起5个工作日内上报区就业服务机构，由区（新区）就业服务机构终止发放补贴，并通知灵活就业人员本人。

灵活就业人员领取补贴期间，如从事的灵活就业岗位名称、工作内容、工作地址、工作时间等发生改变，应在发生改变之日起2个工作日内，向就业地社区劳动保障窗口提交新的《灵活就业状况反馈表》，经劳动保障窗口核实后2个工作日内提交给街道劳动保障事务所，并按照规定办理灵活就业登记信息更新手续。

各级就业服务机构应当按照《灵活就业状况反馈表》填报的岗位名称、时间、地点和工作内容，对灵活就业人员的就业状况进行不定期的检查。

六、补贴终止

灵活就业人员有下列情形之一的，公共就业服务机构应当终止发放其灵活就业社保补贴：

- （一）已正规就业。
- （二）已达到法定退休年龄。

（三）连续 2 个月以上（含 2 个月）不在本市社会保险经办机构
的个人缴费窗口缴交社会保险。

（四）享受补贴期满。

（五）本人自愿申请终止补贴。

（六）逾期未申请补贴。

（七）就业状况与《灵活就业状况反馈表》内容不一致累计在
两次（含两次）以上。

（八）其他不符合支付条件的。

七、监督管理

各级就业服务机构应严格补贴发放程序的管理，按照要求和规
定程序加强对申领资料的受理、审核和查验工作。

社区劳动保障窗口要加强对就业困难人员的跟踪服务，认真核
实就业困难人员在本社区从事灵活就业的真实性，包括灵活就业岗
位、地址、工作时间、报酬和雇主信息等。

街道劳动保障事务所要加强对申请资料的查验，要按照工作程
序要求对申请人灵活就业状况进行认真核对。

区（新区）就业服务机构要对街道劳动保障事务所的灵活就业
补贴情况进行核查。

各区（新区）可在确保相关就业补贴及时准确发放的基础上，
结合各自实际开拓创新，积极探索行之有效的核查方式。

市就业服务机构要对区（新区）、街道就业服务机构的灵活就业
补贴情况进行实地抽查。对在工作中未严格履行职责、弄虚作假的，

要严肃查处，并依法追究当事人的责任。

用人单位或者个人提供虚假资料申领灵活就业补贴，一经查实，应当立即停止发放补贴，并按照规定追回其所领补贴，将其相关情况记入征信系统，个人终生不得再享受灵活就业社会保险补贴政策；涉嫌犯罪的，依法移交司法机关处理。

八、资金保障

灵活就业人员应享受的社会保险补贴在就业专项资金中列支。

九、其他

本办法从发布之日起实施。本办法实施前的有关规定与本办法不一致的，以本办法为准。

附件：1. 就业困难人员灵活就业补贴申请表（略）

2. 灵活就业状况反馈表（略）

3. 个人房产数量查询委托书（略）

林秀葵与湛江市科明电器商行劳动争议纠纷 再审案

广东省高级人民法院

民事裁定书

(2012)粤高法民一申字第 3800 号

申请再审人（一审原告、二审上诉人）：林秀葵。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：湛江市科明电器商行。

经营者：司徒美芳。

申请再审人林秀葵因与被申请人湛江市科明电器商行（下称科明电器商行）劳动争议纠纷一案，不服广东省湛江市中级人民法院〔2011〕湛中法民一终字第 253 号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。

林秀葵申请再审称：二审判决认定事实不清，适用法律不当，法官违法渎职，判决错误，请求再审本案。

本院经审查认为：一、《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定：“劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。”由于林秀葵与科明电器商行签订的《业务员条款》不完全具备《劳动合同法》第十七条规定

的劳动合同条款，一审法院认定科明电器商行与林秀葵双方已签订了劳动合同缺乏事实和法律依据。林秀葵主张的双倍工资的理由成立，二审法院予以采纳正确。根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条“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的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。”的规定，科明电器商行因没有与林秀葵签订劳动合同，故科明电器商行应当自林秀葵在其单位工作的第二个月开始，向林秀葵每月支付二倍的工资。由于林秀葵于2009年7月8日至9月30日在科明电器商行工作，2009年7月至9月林秀葵已领取的工资分别是560元、800元、600元，则科明电器商行应支付林秀葵的双倍工资为：1213.79元 $[(800\text{元}+600\text{元})/21.75\text{天}\times(23\text{天}-8\text{天})]$ 。

二、林秀葵主张其于2009年7月1日至2010年3月28日在科明电器商行工作，但根据科明电器商行提交的《考勤表》、《工资签领证明》、湛江市霞山区大丽光玻璃店出具的材料及林秀葵于2010年8月3日起诉旺居装饰商行的起诉状，均证明林秀葵在科明电器商行只工作至2009年10月1日，并已签领了2009年7月至2009年9月的工资；林秀葵于2010年8月3日起诉旺居装饰商行的起诉状中请求该商行支付2009年9月23日到2010年4月30日的工资，也证明了林秀葵从2009年9月23日已开始在旺居装饰商行工作。故林秀葵主张科明电器商行拖欠其2009年7月的工资420元和从

2009年8月至2010年3月共8个月工资8000元理据不足，一、二审法院不予支持并无不当。

三、对于林秀葵主张的经济补偿金问题。根据林秀葵于2010年8月3日起诉旺居装饰商行的起诉状中的请求，证明林秀葵于2009年9月23日已到旺居装饰商行工作，也即林秀葵于2009年9月23日至2009年10月1日同时在科明电器商行及旺居装饰商行工作，这对完成科明电器商行的工作任务造成严重影响。根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十九条第一款第（五）项：“有下列情形之一的，依照劳动合同法规定的条件、程序，用人单位可以与劳动者解除固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同：……（五）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者用人单位提出，拒不改正的；……”的规定，科明电器商行依法可解除与林秀葵的劳动合同。故林秀葵该项诉讼请求缺乏事实和法律依据，一、二审法院不予支持并无不当。

四、对于林秀葵主张的加班工资问题。一审法院根据林秀葵2009年7月至9月在科明电器商行工作的天数，并根据有关法律规定，计算出林秀葵2009年7月至9月的加班工资为1188.91元，符合法律的规定，二审法院予以维持正确。

五、对于林秀葵主张的业务提成款问题。由于林秀葵未能提交证据证明其工作业绩符合《业务员条款》约定的提成条件，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条第二款的规定，

林秀葵应承担举证不能的法律后果。故一、二审法院对林秀葵要求科明电器商行支付业务提成 7000 元的诉讼请求不予支持并无不当。

六、对于林秀葵主张的社会保险费及失业保险待遇赔偿金问题。根据《社会保险费征缴暂行条例》第十条、第十三条、第二十七条以及《广东省社会养老保险条例》第三十五条、第三十六条之规定，征缴社会保险费属于社会保险部门的职责，社会保险部门征缴不到的，可依法申请人民法院强制执行。因此，一、二审法院对林秀葵主张科明电器商行支付社保费用 2400 元和补偿失业保险待遇赔偿金 4800 元的诉求不作处理，告知林秀葵可向社会保险部门申请处理，并无不当。

七、对于林秀葵主张的户外业务交通补贴问题。由于林秀葵未能提交证据证明该诉讼主张，故其该诉讼请求缺乏事实依据，一、二审法院不予支持并无不当。

综上所述，林秀葵的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百八十一条第一款之规定，裁定如下：

驳回林秀葵的再审申请。

审 判 长 李学辉

审 判 员 何文龙

审 判 员 王丽芳

二〇一二年十一月二十日

书 记 员 李 捷

特殊工时制度执行中的问题及对策

作者：曾凡新律师

【内容提要】特殊工时制度，对实现企业的劳动用工自主权和灵活性，提高企业劳动生产率和人事管理绩效，规范企业管理和促进劳资和谐，适应特殊行业及岗位需求，具有十分重要的意义。但是，我国特殊工时制度的执行中仍存在很多问题，如立法层次过低导致执行效果差，不定时工作制员工的休息休假、工资待遇难以得到保障，企业规避法律行为明显，劳动行政部门监管不足，甚至一些员工对自己岗位采取特殊工时制都不知情，还有一些新兴行业、岗位有需求但未被纳入特殊工时制范畴。本文通过简介特殊工时制立法现状，分析执行中存在的问题，为构建公平、合理、契合企业实际、保障员工权益的特殊工时制度提出适当的意见和建议。

【关键词】特殊工时制 综合计算工时工作制 不定时工作制

工作时间制度是指从时间方面组织、配置员工劳动活动的一系列管理规定和管理手段的统称，是企业劳动管理制度的重要组成部分。综合计算工时工作制和不定时工作制是相对于标准工时制而言的特殊工时制度，因其能适度增加企业工时安排的弹性、提升企业管理水平和竞争力而备受推崇，又因其对员工的劳动报酬、休息休

假及身心健康有较大影响而遭遇质疑，惟有对特殊工时制加以规范和引导，综合平衡企业与员工的利益关系，才能维护劳资关系的和谐稳定。

一、特殊工时制度的法律含义及价值

标准工时制即为每日工作8小时、每周工作40小时的工时制度。

¹劳动法在规定的标准工时制的同时，考虑到部分行业企业的生产特点，还规定的特殊工时制。

目前，我国的劳动法体系中特殊工时制是指综合计算工时工作制和不定时工作制，只适用于特殊情形并且工时长度和作息办法都有别于标准工时制。

1. 综合计算工时工作制

综合计算工时工作制是针对因工作性质特殊，需连续作业或受季节及自然条件限制的企业的部分职工，采用的以周、月、季、年等为周期综合计算工作时间的一种工时制度，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。主要是指：交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需要连续作业的职工；地质、石油及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；亦工亦农或由于受能源、原材料供应等条件限制难以均衡生产的乡镇企业的职工等。

另外，对于那些在市场竞争中，由于外界因素影响，生产任务

¹ 深圳市中级人民法院 2009 年 4 月印发的《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）》第 101 条规定：用人单位实行每周工作六天，每周工作时间不超过 40 小时的，应予准许。该工作制度属于标准工时制。

不均衡的企业的一部分职工也可以参照综合计算工时工作制的办法实施。

综合计算工时工作制具有一定的周期性，在实践中较易理解。

2. 不定时工作制

不定时工作制是针对因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间衡量或需要机动作业的职工所采用的一种工时制度。例如：企业中从事高级管理、推销、货运、装卸、长途运输驾驶、押运、非生产性值班和特殊工作形式的个体工作岗位的职工，出租车驾驶员等，可实行不定时工作制。

不定时工作制的概念相对模糊，正因如此，实践中的理解差异较大，故极容易出现滥用现象。

3. 特殊工时制度的价值

特殊工时制作为标准工时制的有益补充，在科学规范和依法制约的制度环境之下，必将发挥重要作用。

①实现企业的劳动用工自主权和灵活性。企业因时、因地、因岗制宜，构建契合市场需求的劳动用工制度，使标准工时制和特殊工时制互补递进，在市场竞争中保持适度管理弹性。

②提高企业劳动生产率和人事管理效率。经过依法申请和行政许可的特殊工时制，有助于加强企业劳动管理和适应市场竞争环境，根据特殊需要合理配置特殊劳动管理岗位，提高员工工作绩效和营利润水平。

③规范企业管理和促进劳资和谐。帮助员工形成以市场为导向

的就业观念，克服计划经济时代企业劳动用工制度的僵化，促进员工与企业共同推进时间和工作管理的优化，对构成和谐劳资关系意义重大。

④适应特殊行业、岗位的特别需求。随着技术进步和市场经济发展，越来越多的行业、岗位都迫切需要实行特殊工时制，特殊制度能满足特别的需求，促进特殊行业、岗位的繁荣与发展。

二、特殊工时制度的立法现状

特殊工时的立法规范较为严格，因其政策操作性较强，上至法律法规，下至规章政策都有着较多规范。

《中华人民共和国劳动法》第 39 条规定：“企业因生产特点不能实行本法第 36 条、第 38 条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。”《国务院关于职工工作时间的规定》第 5 条规定“因工作性质或者生产特点的限制，不能实行每日工作 8 小时、每周工作 40 小时标准工时制度的，按照国家有关规定，可以实行其他工作和休息办法。”这两条中的“其他工作和休息办法”即指特殊工时制。

劳动部印发的《〈国务院关于职工工作时间的规定〉问题解答》对不定时工作制和综合计算工时工作制下了定义，对特殊工时制有了细化、明确的规定。

鉴于特殊工时制必须要走行政审批流程，劳动部制订了《关于企业实行不定时工时制和综合计算工时制的审批办法》。

为了加强对企业实行特殊工时制的审批管理，维护员工合法权益，促进劳动关系和谐，结合地方实际，广东省劳动和社会保障厅制订了《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批管理办法》²，深圳市劳动和社会保障局制订了《深圳市实行不定时工作制和综合计算工时工作制审批管理工作试行办法》。

2012年7月19日，江苏省人力资源和社会保障厅印发《特殊工时工作制审批工作规范》，该规范主要包括法律依据、工作流程、管理文书、服务指引和工作台账等内容。

2013年4月1日，天津市人力资源和社会保障局印发的《天津市企业实行特殊工时工作制行政许可规定》开始施行，对该市特殊工时制度的审批、管理做出进一步规范。

特别值得关注的是，为了规范特殊工时管理，维护员工权益，人力资源和社会保障部研究起草了《特殊工时管理规定（征求意见稿）》，并于2012年5月8日向社会公开征求意见。³新规拟对不定时工作制、综合计算工时工作制等相关内容进行明确规定。

三、特殊工时工作制执行中的若干问题

1. 立法层次过低导致执行效果较差

《劳动法》第39条对特殊工时制只做了原则性表述，是劳动立法的一般授权性法律条款，而各级政府劳动监察执法的政策依据是原劳动部《关于贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办

² 该办法由广东省劳动和社会保障厅于2009年2月1日印发，自2009年3月1日开始施行。

³ 该项立法倍受各界关注，2013年4月23日上午，中国外商投资企业协会就《特殊工时管理规定（征求意见稿）》召开专题座谈会，来自不同行业的10家外商投资企业代表提出了意见和建议。

法》和《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》，还有地方性规定。由于专项劳动立法层次较低，且许多条款和规制难以适应我国经济形势和劳动关系迅速而深刻的变化，难以规范企业劳动用工制度和有效解决劳动争议，难以形成合理、规范的特殊工时制法律环境。⁴

2. 不定时工作制在实践中被滥用

①不定时工作制员工的休息休假难有保障

依据常理判断，《劳动法》第 39 条与第 41 条、第 43 条应该是并列关系，《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，一般每日不得超过一小时；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三小时，但是每月不得超过三十六小时。”对于实行特殊工时制的员工，日工作时间也应不得超过 11 个小时。

但是，依据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 67 条的规定，经批准实行不定时工作制的职工，不受劳动法第 41 条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制。该条规定，致使一些企业认为“不定时工作制就是没有工作时间限制”，安排员工日工作时间达十几个小时，员工身心健康遭受较大损害。

②不定时工作制员工的工资难有保障

⁴ 钮友宁：《不定时工作制的意义及存在问题与成因》，“中国新闻网”，<http://www.chinanews.com/fz/2011/07-05/3159190.shtml>，2013 年 8 月 10 日最后访问。

劳动部《工资支付暂行规定》第13条规定，实行不定时工时制度的劳动者，不执行加班工资支付的相关规定。正因如此，不定时工作制在实践中演化成了躲避加班工资的避风港，这显然违背了立法初衷。实行不定时工时制的岗位，多数情况下也需要大量加班加点，但员工除法定节假日加班之外没有索要超时劳动报酬的权利，这严重侵害了员工权益，也是发生劳动争议的直接诱因，尴尬的是员工在仲裁或诉讼中却频遭败诉。

3. 员工对所处岗位采用特殊工时制不知情或无力抗拒

有些企业对岗位申请了特殊工时制，但却向员工故意隐瞒岗位工时制度的具体类型，未尽到告知义务。一些企业在申请审批过程中，没有与职工代表或者工会协商，或者采取“过场式协商”，甚至不经行政审批自行决定实行特殊工时制的岗位与人员。

4. 员工权益诉求表达和维护机制不畅，易引发劳资矛盾

由于劳动立法和行政管理的相对滞后，企业在内部管理中处于强势地位，由此导致企业在施行特殊工时制时有较大自由裁量权，为注重企业运营和利益的时候忽视了员工诉求，员工对特殊工时制及工资的安排有意见也不能得到积极回应。

5. 劳动行政部门监管不力

实行特殊工时制的员工在休息休假权利和工资权益没能保障时，劳动行政部门不能有效监控，即使发生劳资纠纷，员工也时常处于被动位置。

6. 申请特殊工时制的企业少，政府宣传力度不大

劳动行政部门对特殊工时制历来心存芥蒂，既希望符合条件的企业申请越多越好，可以促进企业健康发展，又担心过多的企业实行特殊工时工作制，对企业劳动用工监管难度增加，劳资纠纷增多，这些导致劳动行政部门在特殊工时制的宣传上处于两难境地。

7. 许多新兴行业、岗位还没纳入特殊工时制的范畴

社会在不断地变革更新，一些新兴行业、新兴岗位的工时问题已经出现在劳动争议的审判之中，但仍未纳入到行政管理体系。

四、建议与对策

1. 加快特殊工时制立法，营造良好的法制环境

在深入开展立法调研和科学论证的基础上，加快《特殊工时管理规定》的立法进程，依法规制定综合计算工时工作制和不定时工作制的适用范围、岗位范围、工资保护和时间限制等，严防部分企业滥用特殊工时制。

2. 加强对员工休息休假权利的保护

为有效保护员工的休息权益，可参考日本工时法律有关规定，对综合计算周期内延长工作时间的总时长作出限制，综合计算周期越长，延长工作时间的限制越严格。不仅对周期内延长工作时间设定最高限额，对每日延长工作时间也应设置上限（如明确正常工作时间和延长工作时间总和不得超过 11 小时）。⁵对于不定时工作制的

⁵ 《天津市企业实行特殊工时工作制行政许可规定》第十九条对工作时间有如下规定：经人力资源和社会保障行政部门批准实行综合计算工时工作制的用人单位，应保证其职工每天休息时间不少于 10 小时，同时其综合计算周期内的总实际工作时间不应超过标准工作时间；从事第三级以上（含三级）体力劳动强度工作岗位的，劳动者每日工作时间不得超过 11 小时，而且每周至少有一个连续 24 小时的休息时间。

员工，其工作时间也应给予适当保障，不能任由企业安排加班加点。

为了保障员工权益同时兼顾企业用工周期的灵活性，可以参考美国联邦法律规定，员工的工作周不一定要与日历周重合，而是可以在一周里的任何一天的任何一个时间开始，可以为不同的职工设立不同的工作周，但不允许将两个或两个以上星期的工作时间平均计算。⁶

3. 对不定时工作制员工应当加强工资保障

由于员工实行不定时工作制就意味着除了法定节假日之外皆无加班工资，故必须从经济上予以保障。为防止企业滥用不定时工作制，对实行不定时工作制员工的工资最好作出保护性限制，如明确规定月工资报酬不得低于企业所在直辖市、设区的市人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资。

4. 建立不定时工作制的“否认制度”

企业申报施行不定时工作制的材料虚假、劳动行政部门在审批过程存在过错、企业未按照审批安排员工的工作量和工作时间时，单靠处罚难以弥补员工被侵犯的权益，可以考虑建立不定时工作制的否认制度。一旦不定时工作制被否认，员工工作期间的加班工资可以依据标准工时制来核算。

5. 特殊工时制应当增强员工知情、参与程度⁷

企业安排员工从事特殊工时制岗位劳动的，因其具有特殊性、例外性，故在员工入职时企业应负担告知义务，向员工出示该岗位

⁶ 林晓云等：《美国劳动雇佣法》，法律出版社 2007 年 8 月第 1 版，第 11 页。

⁷ 邹卫民、赵倩、陆新超：《进一步规制不定时工作制的对策建议》，“中国工会新闻网”，<http://acftu.people.com.cn/n/2012/1204/c67502-19779556.html>，2013 年 8 月 10 日最后访问。

实行不定时工作制的行政批复，并释明劳动定额、休息休假、劳动报酬等内容，经与员工协商一致后，在劳动合同中予以明确约定或者以其他书面形式确认。

6. 劳动行政部门应积极指导企业申报、实施特殊工时制

在符合基本条件、方案切实可行、员工权益得到充分维护的前提下，劳动行政部门应当指导企业依法申请、实施特殊工时制度。国家对特殊工时制应采取谨慎、限制的政策，但也不能忽视企业与员工的合理诉求。⁸

7. 加强对特殊工时制度的执法检查

劳动行政部门要竭力做好特殊工时制相关规定的宣传工作，深入企业开展法律咨询、案例剖析等活动，指导企业做好员工管理。对企业申请实行特殊工时制度的，劳动行政部门应当对照条件和程序加强执法检查，对于企业存在未经审批实行特殊工时制、未将有关批复公示、未按规定报备等行为的，依法严肃处理。员工权益遭受侵害时，劳动行政部门也应积极介入协调、解决。

8. 企业应当加强员工绩效改进而不能仰赖加班

对于员工要加强绩效管理，对于绩效最差的员工，可以实施绩效改进行动计划，如果在历经企业的培训之后仍然不能创造高绩效、胜任现有工作岗位，企业有权依据《劳动合同法》相关规定提出与

⁸ 为进一步落实国家和省扶持企业特别是小微企业发展的一系列政策措施，福建省人社厅、总工会、企业与企业家联合会、工商联于2012年5月23日联合发布《关于加强企业劳动用工服务稳定劳动关系的指导意见》，要求各地帮助企业特别是小微企业营造良好用工环境，稳定就业岗位。要求各地加强对企业特别是小微企业工时制度的指导，简化特殊工时工作制的审批程序，指导企业合理选择适合自身特点的工时制度，对生产任务不均衡的出口加工型小微企业，以及受季节性或自然条件限制、需连续作业的小微企业，可批准实行特殊工时工作制。

员工解除劳动合同。⁹企业应当加强员工工作时间统筹安排的计划性，既保障员工权益又能提升管理绩效。

9. 劳动争议仲裁与审判机构应与劳动行政部门加强沟通协调

在现实工作中，许多行业、岗位需要实行特殊工时制，但是企业由于疏于申请或管理，最终在劳动争议中处于被动。还有一些新兴行业、岗位的工时问题还未纳入到行政管理体系时就出现在民事审判中。因此，劳动争议仲裁与审判机构需要和行政机构沟通协调，保证裁判结果与社会管理的良好互动。

五、结语

在坚持实施标准工时制度为主、特殊工时制度为辅的基本原则下，纵览特殊工时制执行的情况，制度的立法工作仍有待完善，劳动行政部门的指导、监管力度有待加强，而企业也应当采取积极姿态，在保障员工休息休假、工资待遇等权益基础上正确执行特殊工时制度，最终实现企业与员工的共赢。

作者：曾凡新，北京大成（深圳）律师事务所合伙人、律师、公司业务部副主任，广东省律师协会劳动法律专业委员会委员、深圳市律师协会社会保障法律业务委员会委员。

本篇论文收录于《广东省律师协会劳动法律专业委员会二〇一三年年会暨劳动法热点问题研讨会论文集》。

⁹ 加里·德斯勒：《人力资源管理纲要》，吴雯芳译，人民邮电出版社 2012 年 10 月第 5 版，第 207 页。