

保华月刊

Baohua Monthly

2019年3月刊
Mar. 2019
第27期
NO. 27

- 超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用应由谁承担？
- 图解2019年减税降费新政
- 上海六类来沪灵活就业人员，可不建立劳动关系



总编: 董保华
责编: 董润青、杨杰
编辑: 于海红



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

12

新法规：2019年减税降费新政

New Regulation: New Deal of Tax Reduction and Fee Reduction in 2019

16

新法规：《关于对“医院外来护工”等六类来沪从业人员开展灵活就业登记的通知》

New Regulation: Notice on flexible employment registration for six categories of persons who come from outside Shanghai, such as "Health care workers from outside Shanghai"

热点追踪

Hot Issues

23

案例调研：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用应由谁承担？

Case Study: Who should bear the work-related injury medical expenses exceed the reimbursement of the work-related injury insurance fund?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

27

论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则

On the Principle of Actual Performance--the Basic Principle of Adjusting Individual Labor Relations

[illegible]

一、四部门：明确重点群体创业就业税收政策具体操作

来源：新华社

摘要：为进一步支持和促进重点群体创业就业，财政部、国家税务总局、人力资源社会保障部和国务院扶贫办近日联合发布通知称，从 2019 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日，重点群体创业就业可享受税收优惠政策。

Abstract: In order to further support and promote the entrepreneurship and employment for key groups, Ministry of Finance of the People's Republic of China, State Administration of Taxation, PRC, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and the Poverty Alleviation Office of the State Council jointly issued a notice recently stating that from January 1, 2019 to December 31, 2021, all key groups can enjoy preferential tax policies for entrepreneurship and employment

根据通知，重点群体从事个体经营的，自办理个体工商户登记当月起，在 3 年内按每户每年 12000 元为限额依次扣减其当年实际应缴纳的增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和个人所得税。限额标准最高可上浮 20%，各省、自治区、直辖市人民政府可根据本地区实际情况在此幅度内确定具体限额标准。

上述重点群体包括：建档立卡贫困人口；持《就业创业证》注明“自主创业税收政策”或“毕业年度内自主创业税收政策”；持《就业失业登记证》注明“自主创业税收政策”的人员。

通知同时明确，企业招用建档立卡贫困人口，以及在人力资源社会保障部门公共就业服务机构登记失业半年以上且持《就业创业证》或《就业失业登记证》注明“企业吸纳税收政策”的人员，与其签订 1 年以上期限劳动合同并依法缴纳社会保险费的，自签订劳动合同并缴纳社会保险当月起，在 3 年内按实际招用人数予以定额依次扣减增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和企业所得税优惠。定额标准为每人每年 6000 元，最高可上浮 30%，各省、自治区、直辖市人民政府可根据本地区实际情况在此幅度内确定具体定额标准。

二、财政部、税务总局解读个税 183 天居住时间判定标准

来源：财政部

摘要：日前，财政部、税务总局联合印发《财政部 税务总局关于在中国境内无住所的个人居住时间判定标准的公告》（财政部 税务总局公告 2019 年第 34 号，以下简称《公告》）。财政部税政司、税务总局所得税司、税务总局国际税务司负责人就《公告》有关问题回答了记者的提问。

Abstract: Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC jointly issued *Announcement of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on Criteria for Determining Residence Time of Individuals Without Residence in China* (Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC's Announcement No.34 of 2019, hereinafter referred to as *Announcement*). The heads of the Tax Administration Department of Ministry of Finance, the Income Tax Department of State Administration of Taxation and the International Tax Department of State Administration of Taxation, PRC answered the reporter's questions about the *Announcement*.

1. 问：《公告》实施后，境外人士享受境外所得免税优惠的条件有什么变化？
答：新的个人所得税法将居民个人的时间判定标准由境内居住满一年调整为满183天，为了吸引外资和鼓励外籍人员来华工作，促进对外交流，新的个人所得税法实施条例继续保留了原条例对境外支付的境外所得免予征税优惠制度安排，并进一步放宽了免税条件：

一是将免税条件由构成居民纳税人不满五年，放宽到连续不满六年；

二是在任一年度中，只要有一次离境超过30天的，就重新计算连续居住年限；

三是将管理方式由主管税务机关批准改为备案，简化了流程，方便了纳税人。

《公告》还明确：在境内停留的当天不足24小时的，不计入境内居住天数；连续居住“满六年”的年限从2019年1月1日起计算，2019年之前的年限不再纳入计算范围。

这样一来，在境内工作的境外人士（包括港澳台居民）的境外所得免税条件比原来就更为宽松了。

2. 问：境外人士（包括港澳台居民）在境内居住的天数如何计算？

答：按照《公告》规定，在中国境内停留的当天满24小时的，计入境内居住天数；不足24小时的，不计入境内居住天数。

举例来说，李先生为香港居民，在深圳工作，每周一早上来深圳上班，周五晚上回香港。周一和周五当天停留都不足24小时，因此不计入境内居住天数，再加上周六、周日2天也不计入，这样，每周可计入的天数仅为3天，按全年52周计算，李先生全年在境内居住天数为156天，未超过183天，不构成居民个人，李先生取得的全部境外所得，就可免缴个人所得税。

3. 问：境外人士（包括港澳台居民）在境内连续居住“满六年”，从哪一年开始起算？

答：按照《公告》规定，在境内居住累计满183天的年度连续“满六年”的起点，是自2019年（含）以后年度开始计算，2018年（含）之前已经居住的年度一律“清零”，不计算在内。按此规定，2024年（含）之前，所有无住所个人在境内居住年限都不满六年，其取得境外支付的境外所得都能享受免税优惠。此外，自2019年起任一年度如果有单次离境超过30天的情形，此前连续年限“清零”，重新计算。

举例来说，张先生为香港居民，2013年1月1日来深圳工作，2026年8月30日回到香港工作，在此期间，除2025年2月1日至3月15日临时回香港处理公务外，其余时间一直停留在深圳。

张先生在境内居住累计满183天的年度，如果从2013年开始计算，实际上已经满六年，但是由于2018年之前的年限一律“清零”，自2019年开始计算，因此，2019年至2024年期间，张先生在境内居住累计满183天的年度连续不满六年，其取得的境外支付的境外所得，就可免缴个人所得税。

2025年，张先生在境内居住满183天，且从2019年开始计算，他在境内居住累计满183天的年度已经连续满六年（2019年至2024年），且没有单次离境超过30天的情形，2025年，张先生应就在境内和境外取得的所得缴纳个人所得税。

2026年，由于张先生2025年有单次离境超过30天的情形（2025年2月1日至3月15日），其在内地居住累计满183天的连续年限清零，重新起算，2026年当年张先生取得的境外支付的境外所得，可以免缴个人所得税。

三、两部门明确非居民个人和无住所居民个人有关个人所得税政策

来源：财政部

摘要：日前，为贯彻落实修改后的《中华人民共和国个人所得税法》和《中华人民共和国个人所得税法实施条例》，财政部、税务总局印发了《关于非居民个人和无住所居民个人有关个人所得税政策的公告》（以下简称 35 号公告）。

Abstract: Recently, in order to implement the revised *Personal Income Tax Law of the People's Republic of China* and *Individual Income Tax Law of the People's Republic of China Rules for Its Implementation*, Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC issued the *Announcement on Individual Income Tax Policies for Non-Resident Individuals and Individuals with No Residence* (hereinafter referred to as Announcement No.35).

35 号公告就两类人（主要为外籍人士）工资薪金和报酬来源地认定、薪金所得收入额计算方法、个人税款计算、适用税收协定、征管规定等予以明确。和过往政策相比，相关政策更为细致，不同收入来源、境内外工作时限、计算公式等，均有了具体规定，不同类别的人群可以做到对号入座。值得注意的是，和前一日发布的个税优惠公告系面向粤港澳大湾区，而此次新政则适用于内地全境。

新个税法后，内地个人所得税的纳税人由原来的中国籍和外国籍的纳税人区分，改为居民个人和非居民个人纳税人，以在中国境内有、无住所和在中国境内居住累计天数来认定。本次公告新政，是对新个税法和其实施条例的进一步细化。

在所得来源地上，共分为工资薪金所得地来源、数月奖金以及股权激励所得来源、高管人员报酬来源和稿酬来源，并分别予以明确。如在内地工作取薪天数计算上，包括其境内实际工作日以及境内工作期间在境内外享受的公休假、个人休假、接受培训的天数，都计入境内工作天数。这也意味着，境内工作取薪的个人，不管其享受多场休假及接受培训，在认定 90 天、183 天工作天数方面，都要计入总数。而无住所个人在境内、境外单位同时担任职务或者仅在境外单位任职，且当期同时在境内、境外工作的个人，按照其工资薪金所属境内、境外工作天数占当期公历天数的比例计算确定来源于境内、境外工资薪金所得的收入额。境外工作天数按照当期公历天数减去当期境内工作天数计算。

对于董事、监事及高层管理人员取得报酬来源地上，无论其是否在境内履职，只要取得境内居民企业支付或者负担的报酬，都属于境内所得，按相关规定纳税。

在计算收入额方面，公告政策对无住所个人为非居民个人、无住所个人为居民个人在 90 天、183 天期限的认定，都有详细规定，且不同情形有不同的收入计算方法，且列出具体的计算公式。

业内：新政个税认定更细化

内地首个粤港澳联营律所中银-力图-方氏(横琴)联营律师事务所高级合伙人李焕江表示，对比两部委前一天发布的 34 号公告，35 号公告，对特殊情形进行了细化，可操作性强。如，根据第 34 号公告，无住所个人一个纳税年度内在境内累计居住天数，按照个人在中国境内累计停留的天数计算。在中国境内停留的当天满 24 小时的，计入中国境内居住天数，在中国境内停留的当天不足 24 小时的，不计入中国境内居住天数。而 35 号公告特意提到了同时在境内外担任职务的情形，规定个人取得归属于中国境内工作期间的工资薪金所得为来源于境内的工资薪金所得，倘若在境内、境外单位同时担任职务或者仅在境外单位任

职的个人，在境内停留的当天不足 24 小时的，仅按照半天计算境内工作天数。

同时，35 号公告同时就无住所非居民和无住所居民个人按在内地居住时间长短划分了四种情形，每一类情形的相关规定都非常具体。另外，35 号公告还特意提到了避免双重征税的问题。

李焕江表示，34 号公告和 35 号公告公布后，新的个人所得税法实施条例继续保留了原规定对境外支付的境外所得免予征税优惠制度安排，并进一步放宽了免税条件，这利于吸引外资、港澳资金和鼓励外籍和港澳人员来华工作，促进对外合作和整体经济发展。

他同时建议，日后亦有必要进一步考虑在实施港澳税收协定或相关规定内就优惠条件进一步放宽，尤其是针对性地更何配合大湾区发展规划纲要之国家策需要，相信将可进一步有助于港澳居民来中国以及大湾区工作。

四、国务院：全面推进生育保险和职工基本医疗保险合并实施

来源：央广网

摘要：日前，国务院办公厅近日印发《关于全面推进生育保险和职工基本医疗保险合并实施的意见》，明确“保留险种、保障待遇、统一管理、降低成本”两项保险合并实施的总体思路。

Abstract: General office of the State Council recently issued *Opinions on Comprehensively Promoting the Combination of Maternity Insurance and Basic Medical Insurance for Employees*, which clearly defines the general idea of the two insurance policies of "preserving insurance types, ensuring benefits, unified management and reducing costs".

国家医疗保障局副局长陈金甫今天在国新办吹风会上表示，将统一参保登记，参加职工基本医疗保险的在职职工同步参加生育保险，促进实现应保尽保。统一基金征缴和管理，生育保险基金并入职工基本医疗保险基金统一征缴，统筹层次一致，按照生育保险和职工基本医疗保险的缴费比例之和确定新的单位费率。统一医疗服务管理，两项保险实行统一定点医疗服务管理，执行统一的药品目录、诊疗项目和医疗服务设施范围，纳入医保支付方式改革范围，促进生育医疗服务行为规范。统一经办和信息服务。统一由基本医疗保险经办机构负责经办管理，信息系统实行一体化运行，资源共享。

陈金甫特别提到，确保职工生育保险期间生育保险待遇不变。参保人员各项生育保险待遇继续按现行法律法规执行，所需资金从职工基金医疗保险基金支付。确保制度可持续。通过整合两项保险基金，增强统筹共济能力，根据生育保险支付需求建立费率动态调整机制，实现可持续发展。

五、上海：4 月 1 日起 最低工资标准调整到 2480 元

来源：上海人社部

摘要：上海人社部门近日宣布，从 4 月 1 日起调整最低工资标准，月最低工资标准从 2420 元调整到 2480 元，增加 60 元；小时最低工资标准从 21 元调整到 22 元。

Abstract: Shanghai Municipal Ministry of Human Resources and Social Security announced recently that the minimum wage will be adjusted on April 1. The monthly minimum wage will be adjusted from RMB 2420 Yuan to RMB 2480 Yuan, increasing RMB 60 Yuan. The hourly minimum wage has been adjusted from RMB

21 Yuan to RMB 22 Yuan.

根据相关规定，月最低工资标准适用于全日制就业的劳动者，在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的，用人单位支付的月工资不能低于月最低工资标准。需要说明的是，上海月最低工资标准不含劳动者个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金，由用人单位另行支付。劳动者延长工作时间的加班费，中夜班津贴、夏季高温津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴，伙食补贴、上下班交通费补贴、住房补贴也不作为月最低工资标准的组成部分，由用人单位另行支付。

小时最低工资标准适用于非全日制就业的劳动者，即在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过 4 小时，每周工作时间累计不超过 24 小时。小时最低工资标准不包含劳动者个人和单位依法缴纳的社会保险费。

据悉，在调整最低工资标准时，主要考虑城镇低收入家庭基本生活费用支出、城镇居民消费价格指数、经济发展水平、企业人工成本、职工平均工资水平等因素，统筹兼顾企业承受能力和保障劳动者基本权益，合理确定最低工资标准调整幅度。

六、北京西城法院通报“涉职场性骚扰劳动争议典型案例” 用人单位没有足够证据支撑的占 75%

来源：北京青年报

摘要：近日，在三八妇女节到来之际，北京西城法院召开“涉职场性骚扰劳动争议典型案例”通报会。在此次西城法院对近年来该院审理的涉及“职场性骚扰”因素的劳动争议案件进行调研梳理发现，在用人单位行使解除权被认定违法解除案件中，用人单位没有足够的证据证明确实发生过性骚扰行为占 75%的比例。

Abstract: Recently, on the occasion of International Women's Day on March 8, Beijing Xicheng District Court held a briefing on "Typical Cases of Labor Disputes Involving Sexual Harassment in the Workplace". According to the investigation and analysis of labor dispute cases involving "sexual harassment in the workplace" conducted by the Xicheng Court in recent years, in the cases where the employer is found to have illegally rescinded its right of rescission, employers do not have sufficient evidence that as much as 75 per cent of employers have actually committed sexual harassment.

欲开除性骚扰他人员工 证据不足单位败诉

于某为某网络公司财务主管，与公司签订无固定期限劳动合同，孙某是其女下属。孙某称 2016 年 7 月 16 日 17 时，其前往于某处汇报工作时于某对其有非礼行为，双方因此发生争执。事发后公司与于某谈话并录音，于某坚决否认该情况。

随后，公司以于某存在对下属女职工多次言语、行为骚扰为由通知于某解除劳动合同。法院认为，公司仅提供了孙某的陈述，在谈话录音中于某否认存在该行为，在没有其他证据相互佐证的情况下，解除于某合同的依据不足。

实践中导致单位败诉的原因除证据不足外，还有受害人态度暧昧、当事人行为不符合解除约定的情况。

殷某于 2008 年 5 月到某商业公司工作。双方签订的劳动合同规定：对员工、

顾客或者其他应邀来访人员性骚扰，情节严重或者造成恶劣影响，属于立即解聘的严重违纪行为。

2014年8月24日晚，殷某在工作群中发了几张内容不恰当的照片，随后撤回。有同事将此事反映给公司，后殷某向人事部门书写检讨并在工作群中道歉。2014年8月29日，单位以殷某性骚扰，严重扰乱工作秩序为由通知其解除劳动合同。

法院裁判认为，殷某的行为系偶然发生，也并非针对特定的对象，事后已经道歉并作出检查，也未对正常的工作秩序造成影响，难以认定其行为属于严重违纪的情形，认定用人单位依此解除劳动合同存在不妥。

提供录音及笔录 成功开除骚扰者

除此之外，西城法院劳动争议审判庭法官李曦还列举胜诉的案例，总结出企业胜诉的主要经验。

范某于2010年9月18日进入某物业公司担任保安工作，2014年10月25日公司收到女职工张某的反映，称其在上夜班时遭到范某的骚扰。该公司经调查核实，发现范某还存在多次类似情况。2014年10月29日公司以范某多次对公司女同事存在骚扰行为，严重违反企业规章制度为由通知其解除劳动合同，并经工会同意。

法院裁判认为，公司提交了2014年10月24日事发后与范某的谈话录音，录音中范某认可对张某存在搂抱行为。报警笔录中范某认可因为开玩笑还曾对其他四位女同事有抱、摸、拍的行为。公司在员工手册中明确规定了该行为情节严重可以开除，范某的行为严重影响了企业的正常生产经营秩序，故认定公司解除与范某的劳动合同的做法符合法律规定。

相关劳动争议案 单位证据不足占75%

在此次西城法院对近年来审理的涉及“职场性骚扰”因素的劳动争议案件进行调研梳理发现，在用人单位行使解除权被认定违法解除案件中，用人单位没有足够的证据证明确实发生过性骚扰行为占75%的比例。

对于在职场性骚扰案件中，证人证言效力如何，西城法院劳动争议审判庭法官潘杰表示，一般来说，这类案件因为发生较为突然和隐秘，基于此，法院可能以证人与实施者、受害人有利害关系为由，不予采信；但如果证人能出庭作证，又能够与其他证据相互印证，证人证言具有较高的可信度，法院也会采信。“特别是个别案件中，证人本身既是受害者又是亲历者，加之持有的微信信息内容等，能形成完整的证据链，则具有较高的证明力。”潘杰表示。

同时，潘杰认为，职场性骚扰相比普通性骚扰主要区别是行为的场所，如工作场所；此外还有骚扰方式，往往都是蓄意的，长时间的往来；同时，职场性骚扰限于同事、上下级之间，或者公司客户；在行为方式上，大多意图通过性骚扰，换取工作上的晋升或其他利益；对于人格侵犯，职场性骚扰还会侵犯到员工的劳动权益。“但是从本质上来说，无论职场性骚扰和普通性骚扰都是一样的。”

企业应如何做，才能尽量避免职场性骚扰事件的发生？潘杰说道：“尽量做到自己所能做到的。”首先要建立防止性骚扰的规章制度，其次要建立企业内部性骚扰纠纷解决机制。最后应该做到公开办公，应限定上下级（尤其是异性）谈话的场地、时间、随同人员，并赋予雇员一定的拒绝权等。雇主应提供安全的劳动场所和设施（如更衣室防止被偷窥、偷拍等），设置男女不同的休息室、卫生

间等场所，并确保女职工夜间工作时的安全。

潘杰认为，企业应该开展防范性骚扰入职培训或定期培训，尤其是告知女职工在受到性骚扰时应如何运用内部解决制度维护自己的合法权益。除此之外，还可以在不违反劳动法强制性规范的基础上，对性骚扰加害人实施一定限度内的惩戒。对于初犯或情节轻微的，可以处以口头或书面警告；多次实施性骚扰行为或情节严重的，可以处以停薪、停职或降职的处分；对于交换性骚扰或情节较重的敌意性骚扰，可以开除或免职。

七、天津公积金新政：异地公积金可在津购房 首付不低于 60%

来源：北京青年报

摘要：近日，天津市住房公积金管理中心官网发布了津公积金委〔2018〕8号文件——《关于在外地缴存住房公积金职工在本市购房申请个人住房公积金贷款有关政策的通知》，规定在外地缴存住房公积金职工申请个人住房公积金贷款的，应支付不低于购房全部价款 60% 的首付款，贷款最高限额 40 万元。

Abstract: Recently, Tianjin Housing Provident Fund Management Center officially issued Document No.8 [2018] of Tianjin Housing Provident Fund Committee-Notice on Relevant Policies for Employees Depositing Housing Provident Funds in Non-local Places to Apply for Housing Loan by Personal Housing Provident Fund Loan stipulating that employees depositing housing provident fund in non-local places should pay a down payment of not less than 60% of the total house price and a loan ceiling of RMB 400,000 Yuan.

异地公积金可在津购房 首付比不低于 60%

在此文件出台之前，天津不存在关于外地缴存公积金人员申请本市公积金贷款购房的政策。也就是说，满足天津购房资格的人员，如果是在异地缴存公积金，是不可以在天津申请公积金贷款购房的。

而新出台的公积金政策则放宽了这一限制。津公积金委〔2018〕8号文件规定：

1、在外地缴存住房公积金的职工，被所在单位派驻到本市工作一年以上，在本市购买自有住房且为职工家庭首套住房的，可按本市有关规定申请个人住房公积金贷款。

2、在外地缴存住房公积金职工申请个人住房公积金贷款的，应支付不低于购房全部价款 60% 的首付款，贷款额度不高于其申请贷款时住房公积金账户余额的 10 倍，贷款最高限额 40 万元。其他相关规定与本市缴存职工一致。

3、以欺骗手段获得住房公积金贷款或提高贷款额度的，由市住房公积金管理中心责令限期退回违法所贷款额，并予以处罚；逾期不退回的，市住房公积金管理中心申请人民法院强制执行。

文件明确，出台此新政的目的是为了支持在外地缴存公积金的职工申请公积金贷款在本市购买住房。

根据天津 2018 年末最新颁布的《天津市个人住房公积金贷款管理办法》，购买首套自有住房或公有住房产权，应支付不低于所购住房价款 30% 的首付款，贷款最高限额 60 万元；购买第二套自有住房，应支付不低于所购住房价款 60% 的首付款，贷款最高限额 40 万元。

也就是说，异地缴存公积金人员在天津申请公积金购房，与天津本市人员申请公积金购买第二套住房的条件一致。虽然在首付门槛和贷款限额上仍较为严

苛，但至少打开了异地公积金在津购房的口子。

八、14地出台“独生子女护理假”相关政策

来源：中新经纬客户端

摘要：截至目前，全国至少已有14地落实了“独生子女护理假”相关政策，另外还有4省份也针对“独生子女护理假”提出了相关建议。

Abstract: Up to now, the policy of "one-child care leave" has been implemented at least 14 regions across country, and other 4 provinces have also put forward relevant suggestions on "one-child care leave".

14地出台“独生子女护理假”相关政策

“独生子女护理假”，是指独生子女父母患病住院期间，用人单位应给予的假，且不得扣减陪护期间的工资、津贴与奖金等福利。

数据显示，截至2018年底，中国60岁及以上老年人口有2.49亿人，占总人口17.9%。独生子女家庭的养老问题逐渐显现。为帮助独生子女家庭减轻负担，各地方政府近年来陆续出台了“独生子女护理假”等相关政策。

据中新经纬客户端不完全统计，截至2019年3月22日，已至少有福建、广西、海南、湖北、黑龙江、重庆、四川、河北、河南、宁夏、内蒙古、山西等12省份，以及淮安、广州等2市出台了与“独生子女护理假”相关的具体规定。

上述14地中，湖北、黑龙江、四川、宁夏等4省份还规定，非独生子女也可享受“护理假”这一待遇。如，2018年10月1日起实施的《四川省老年人权益保障条例(修订)》中规定，老年人患病住院期间不能自理的，其子女所在用人单位应当给予独生子女每年累计不超过15日的护理照料时间，给予非独生子女每年累计不超过7日的护理照料时间。护理照料期间工资福利待遇不变。

对于“护理假”的具体时间规定，各地也有所不同。例如，2018年1月1日起实施的《淮安市人口与计划生育实施办法》中明确，持《独生子女父母光荣证》者年满六十周岁，患病住院治疗期间，用人单位应当支持其子女护理照料，并给予每年累计不少于5天的护理时间。《河南省老年人权益保障条例》则指出，领取独生子女父母光荣证的老年人住院治疗期间，其子女所在单位应当给予每年累计不少于20日的护理假。河北省则未明确规定护理假天数，《河北省老年人权益保障条例》中只要求，老年人患病住院期间，子女所在单位应当支持其护理照料老年人，给予适当陪护时间。

4省份相关政策已在路上

辽宁、甘肃、云南、北京等4省份虽然还未出台“独生子女护理假”具体规定，但也提出探索建立独生子女护理假制度。

其中，云南省在2018年5月发布公告，对《云南省老年人权益保障条例(修订草案)》公开征求意见。该草案提到，独生子女家庭老年人患病住院治疗期间，其子女的用人单位应当支持护理照料，并给予每年累计不超过15天的护理时间，护理期间享受与正常工作期间相同的工资收入。

辽宁省2018年发布的《辽宁省人民政府办公厅关于制定和实施辽宁省老年人照顾服务项目的实施意见》中提到，各地区要制定子女对患病父母的带薪陪护假等家庭养老支持政策，引导公民自觉履行赡养义务和承担照料老年人的责任。

2018年2月，甘肃省卫生计生委召开新时代人口计生工作暨启动贫困人口因病致贫返贫状况摸底调查视频会，会议提出协调制定独生子女家庭父母住院护

理假制度。

同年 10 月，北京市印发《关于加强老年人照顾服务完善养老体系的实施意见》，其中明确，探索建立家庭护理假制度。对赡养人、扶养人特别是独生子女赡养人、扶养人照顾患病住院、失能失智、临终老年人的，用人单位应给予相应的护理假，护理期间的工资、津贴、补贴和奖金不予扣减。

官方鼓励支持更多省份探索

此前，人力资源和社会保障部对十三届全国人大一次会议第 6205 号建议的答复中指出，设立“独生子女护理假”有利于应对老龄化社会，增强独生子女家庭养老保障能力，更好地保障老年人合法权益。人社部表示，下一步将结合经济社会发展水平，综合考虑假期增加对企业人工成本的影响等多方面因素，积极配合卫生健康等部门深入研究论证，广泛听取各方面意见，积极向立法机关提出意见和建议。

随后，2018 年 12 月 28 日，卫健委在对十三届全国人大一次会议第 4477 号建议的答复中提到，将协调人力资源社会保障部，鼓励和支持更多省份探索实施“独生子女护理假”制度，让这项制度切实惠及广大独生子女家庭。

安徽省残疾人联合会党组书记高莉建议，从国家层面制定出台相关政策，规定将独生子女照料陪护假条例列入立法规划，明确相应保障措施和法律责任，以确保法规的可操作性。

南通大学校长施卫东也提议，国家应出台“独生子女护理假”政策。他表示，虽然有省份开始了实践探索，但是各个地方出台的时间不一、内容宽窄不一、力度大小不一，不具有普适性，国家应当在总结地方经验的基础上在全国范围推广。

2019年减税降费新政盘点图解

来源：HR全流程法律顾问



一、增值税减税政策



小规模纳税人

不含税
月销售额

≤ 100000元

(文件依据：财税[2019]13号)

时间段	增值税税率				文件依据
2017年6月30日前	17%	13%	11%	6%	财税[2016]36号
2017年7月1日-2018年4月30日	17%	11%		6%	财税[2017]37号
2018年5月1日-至今	16%	10%		6%	财税[2018]32号
本次两会	13%	9%		6% (某些行业采取加计扣除)	政府工作报告提出

省、自治区、直辖市人民政府根据本地区实际情况，以及宏观调控需要确定，
对增值税小规模纳税人可以在50%的税额幅度内减征以下税收


资源税


城市维护
建设税


房产税


城镇土地
使用税


印花税


耕地占用税


教育附加税


地方教育
附加税

(注：本减免政策不含证券交易印花税)

值得注意的是，本次两会中所提到会对适用 6%这一档税率的一些行业，采取加计扣除的方式，让他们的税负只减不增。

这里的加计扣除不是新的提法，过去我国在农产品深加工行业已经给出了相关的运行措施。业内人士推测这里有四种可能：

1、对 6%的生产生活服务业外购货物、外购不动产和建筑服务，继续按照降低前的高税率扣除力度进行抵扣；

2、对原先所有行业都不允许抵扣的项目比如贷款服务利息等专门允许 6%的行业予以抵扣。

3、允许对 6%的行业的人工成本虚拟抵扣，这个其实也是重大的创新，但管理难度太大，稍有不慎就会引发大量造假作假。

4、允许按照销售额的一定比例或者按照当期进项税额的一定比例加计扣除。

二、企业所得税减税政策

小型微利企业所得税减免优惠政策 (查账征收与核定征收方式缴纳企业所得税的小型微利企业均适用)			
年应纳税所得额	应纳税所得额减	企业所得税税率	文件依据
< 100万元	25%	20%	财税[2019]13号 国家税务总局公告2019年第2号
≥ 100万- < 300万元	50%	20%	财税[2019]13号 国家税务总局公告2019年第2号

**小型微利企业是指从事国家非限制和禁止行业
且同时符以下三个条件**



年度应纳税所得额
< 300万元



从业人员 < 300人
(包括劳务派遣用工人数)



资产总额
< 5000万元

(文件依据：财税[2019]13号 国家税务总局公告2019年第2号)

三、社会保险减费政策



上海六类来沪灵活就业人员，可不建立劳动关系

来源：HR全流程法律顾问

MEDICAL
+ CARE

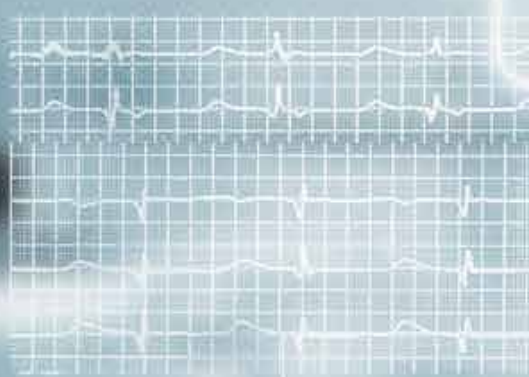
PATIENT PROFILE

PROGRAM DETAILS

NOTES

DOWNLOAD

Lorem ipsum dolor sit amet, consectetur adipiscing elit, sed do eiusmod tempor incididunt ut labore et dolore magna aliqua. Ut enim ad minim veniam, quis nostrud exercitation ullamco laboris nisi ut aliquip ex ea commodo consequat. Duis aute irure dolor in reprehenderit in voluptate velit esse cillum dolore.



近日，上海市人力资源和社会保障局、上海市卫生健康委员会、上海市农业农村委员会、上海市民政局等七局委联合发布了《关于对“医院外来护工”等六类来沪从业人员开展灵活就业登记的通知》，明确了来沪灵活就业人员类型以及相关灵活就业登记手续办法。（详细见下图）



于此同时，除以上所述的灵活就业外，还有以下常见非劳动关系用工形式：

1、使用退休人员：根据《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的规定，劳动者依法享受基本养老保险待遇或者到达法定退休年龄时，劳动合同终止。因此依法享受基本养老保险待遇或者到达法定退休年龄的人员已经不具备建立劳动关系的主体资格。但值得注意的是，在部分地区司法实践中，使用到达法定退休年龄但尚未享受养老金待遇的人员是否形成劳动关系存在争议。

2、使用实习学生：实习是指中专（中等专业学校、职业中专）、职高（职业高级中学、专业技术学校、职业学校）、技校（技工学校）的学生实践教学的过程。

程，或者在校生利用业余时间勤工助学的行为等。实践中一般认为实习学生不具备劳动关系主体资格，因此实习学生与用人单位之间不属于劳动关系。

3、接受劳务服务：劳务关系双方是平等的民事主体，劳务人员对接受劳务方不具有身份上的隶属和依附性，双方的权利义务充分体现意思自治原则，主要根据双方签订的合同确定，有较大的自由协商余地，因此双方之间不属于劳动关系。

4、使用外包单位人员：发包单位与承包单位之间为民事合同关系，而发包单位使用的外包人员是与承包项目或业务的单位建立劳动关系，因此与发包业务单位不存在劳动关系。

5、使用劳务派遣人员：劳务派遣人员与劳务派遣单位建立劳动关系，劳务派遣单位是劳务派遣人员的用人单位，劳务派遣人员与实际工作的用工单位不形成劳动关系。

新法规链接：

关于对“医院外来护工”等六类来沪从业人员开展灵活就业登记的通知

沪人社规〔2019〕3号

各区人力资源社会保障局、卫生计生委、农委、商务主管部门、民政局、市场监督管理局，上海家政服务网络中心，上海市保险同业公会：

为进一步加强本市来沪灵活就业人员就业管理，根据《中华人民共和国就业促进法》《就业服务和就业管理规定》和本市有关规定，现就开展来沪从业人员灵活就业登记工作有关事项通知如下：

一、来沪灵活就业登记对象应符合“合法稳定就业”的原则，在办理就业登记时应当已在本市稳定就业，并持有《上海市居住证》，具体范围包括：

（一）由护工管理机构管理，在本市医疗机构中由病家聘请为病人提供日常生活照料的来沪从业人员。

（二）在本市农民专业合作社（涉农企业）从事农业劳动的来沪从业人员。

（三）在本市从事家政服务的来沪从业人员。

（四）经本市市场监督管理部门登记设立的无雇工的来沪个体工商户。

（五）在本市社区养老服务机构从事居家上门照护和社区托养服务的来沪从业人员。

（六）在本市从事保险营销的来沪从业人员。

二、本市相关管理部门或其指定机构负责开展来沪人员灵活就业信息登记：

1. 区卫生主管部门指定机构负责医院外来护工的信息登记。

2. 区农业主管部门负责外来农业劳动人员的信息登记。

3. 区商务主管部门负责外来家政服务人员的信息登记。

4. 市场监督管理所负责来沪个体工商户的信息登记。

5. 区民政部门负责社区养老服务机构来沪从业人员的信息登记。

6. 中国银行保险监督管理委员会上海监管局（以下简称“上海银保监局”）指导上海市保险同业公会负责外来保险营销员的信息登记。

各管理部门应及时向市人力资源社会保障部门提供上述灵活就业信息登记数据。

三、来沪人员办理灵活就业登记须满足以下条件：

1. 持有效期内《上海市居住证》。
2. 按相关管理部门规定办妥灵活就业信息登记。

符合上述条件的来沪人员由本人前往就业所在地街镇社区事务受理服务中心就业服务窗口（以下简称“街镇窗口”）申请办理灵活就业登记，办理时需携带以下材料：

1. 本人身份证原件及复印件；
2. 有效期内的《上海市居住证》；
3. 本人近期免冠证件照一张。

四、街镇窗口受理来沪人员递交的申请，核对灵活就业信息登记情况和相关申请材料。对申请材料齐全并符合条件的来沪灵活就业人员，街镇窗口为其办理灵活就业登记，并在来沪从业人员灵活就业信息管理系统中记载相关信息。同时，向来沪灵活就业人员免费发放《就业失业登记证》（来沪灵活就业人员专用），并注明本次灵活就业登记起始日期。

五、来沪从业人员办理灵活就业登记时登记的基本信息和就业信息发生变更的，应主动与街镇窗口联系，并提供相关信息变更证明，及时进行修改。

六、来沪从业人员办理灵活就业登记的有效期为1年。有效期满拟继续从事灵活就业的，应到相关管理部门办妥灵活就业信息登记，并在灵活就业登记有效期满前30日之内携带本人身份证原件及复印件、《上海市居住证》和《就业失业登记证》（来沪灵活就业人员专用），前往街镇窗口办理灵活就业续登手续。

有效期满后30日仍未办理续登手续的，此前办理的灵活就业登记自动失效。

七、已办理灵活就业登记的来沪从业人员，如不再从事灵活就业的，应主动前往街镇窗口办理灵活就业登记中止手续。街道应及时做好相关信息记载，并在个人的《就业失业登记证》（来沪灵活就业人员专用）上注明灵活就业登记中止日期。

八、市人力资源社会保障局与各管理部门应加强灵活就业相关信息的共享和比对，合理安排工作人员，做好人员培训、设施设备配备、网络畅通等保障工作，进一步健全本市灵活就业管理制度，确保符合条件的来沪人员及时办理信息登记和灵活就业登记。

九、各行业部门根据本通知制定具体操作意见。

十、本通知自 2019 年 2 月 1 日起执行，有效期至 2025 年 1 月 31 日。原《关于对“医院外来护工”等五类来沪从业人员开展灵活就业登记的通知》（沪人社规〔2018〕4 号）、《关于将“外来保险营销员”纳入本市来沪人员灵活就业登记管理的通知》（沪人社规〔2018〕5 号）废止。

上海市人力资源和社会保障局

上海市卫生健康委员会

上海市农业农村委员会

上海市商务委员会

上海市市场监督管理局

上海市民政局

中国银行保险监督管理委员会上海监管局

（原上海银监局代章）

2019 年 1 月 30 日

超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用应由谁承担？

Who should bear the work-related injury medical expenses exceed the reimbursement of the work-related injury insurance fund?

保华律师事务所 丁在锋
Baohua Law Firm Ding Zaifeng



《工伤保险条例》第三十条规定，职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。但是，对于工伤职工在就医过程中超出上述报销标准而工伤保险基金不予报销的医疗费应由谁承担，《工伤保险条例》未作出明确规定，地方规定及司法实践中存有较大分歧。

Article 30 of the Regulations on Work-Related Injury Insurance stipulates that An Employee that receives treatment for work-related accidental injury or occupational disease shall be entitled to work-related injury medical benefits. If the costs required for treating the work-related injury fall within the treatment item catalogue, pharmaceutical catalogue and/or hospitalization service standard for work-related injury insurance, they shall be paid from work-related injury insurance funds. However, for those workers whose work-related injuries exceed the above-mentioned reimbursement standards during the medical treatment process, and the medical expenses that the work-related injury insurance fund will not reimburse should be borne by the workers. The Regulations on Industrial Injury Insurance does not clearly stipulate that there are major differences in local regulations and judicial practice.



一、地方规定

1、模式一：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用由个人承担。

浙江省高级人民法院、劳动人事争议仲裁院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》第十六条规定：“用人单位已依法为劳动者缴纳了工伤保险，劳动者工伤医疗费超出社保基金报销目录范围的费用原则上不应由用人单位承担，但超出目录范围的费用经用人单位同意或者认可的除外。”

(2016)浙02民终2690号案件中，对于超出社保基金报销目录范围的医疗费如何承担的问题，法院认为：《浙江省关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》第十六条已然明确，在用人单位已为劳动者缴纳工伤保险的情况下，劳动者超出社保基金报销目录范围的工伤医疗费原则上不应由用人单位承担，但超出目录范围的费用经用人单位同意或者认可的除外。现用人单位并不同意承担所有不能报销的医疗费，员工关于所有医疗费均由用人单位承担的请求不予支持。

2、模式二：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用由个人和用人单位共同承担。《吉林省工伤保险条例》第三十三条规定：“职工治疗工伤发生的医疗费用，不属于工伤保险基金支付范围的，由用人单位和工伤职工各承担50%。”江苏省无锡市也有类似规定，锡政发[2005]356号文规定：“治疗工伤所需费用超出工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准范围的，属于抢救生命危急工伤职工所必需的，由工伤保险基金和用人单位各支付50%。”

3、模式三：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用谁确认谁承担。《蚌埠市工伤保险医疗服务管理暂行办法》蚌劳社〔2009〕98号规定：“工伤职工、用人单位要求使用超出工伤保险药品目录、诊疗项目目录、住院服务标准范围外发生的费用，由其签字确认，定点医疗机构直接向工伤职工、用人单位收取；定点医疗机构未经工伤职工、用人单位同意使用超出工伤保险药品目录、诊疗项目目录、住院服务标准范围外发生的费用，由定点医疗机构自行承担。”

4、模式四：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用无明确规定。
对于大部分省市而言，并未对上述问题作出明确规定，需要结合各地司法实践予以考察。

二、司法实践

对于“超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用应由谁承担”这个问题，除上述少数省市有相关规定外，大多数省市均无具体规定，司法实践中存在不同认识。

1、观点一：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用由个人承担。
理由如下：（1）用人单位依法给劳动者缴纳了包括工伤保险在内的社会保险，在法定期限内为劳动者申请了工伤，并为劳动者从工伤基金报销了工伤医疗费，在用人单位已经履行了所有法定义务的情况下，不应再承担额外的费用。（2）社会保险水平应当与经济社会发展水平相适应。鉴于我国目前的经济发展水平、社会保障程度和工伤保险基金承受能力的现状，国家相关部门对工伤职工可以享受的医疗待遇标准确定了范围，即《工伤保险条例》第三十条的“两目录一标准”规定。日后，随着社会经济发展水平的提高，工伤保险待遇的涵盖范围也会与之相匹配，但目前工伤职工可以享受的工伤保险待遇应当以《工伤保险条例》为限。

（2016）沪 0230 民初 5576 号案件中，法院认为，对于工伤期间不属于工伤保险报销范围的医疗费，因劳动者与用人单位无特别约定，故应由劳动者个人承担。

（2015）沪一中民三（民）终字第 2219 号案件中，法院认为，根据《工伤保险条例》第三十条的规定，治疗工伤所需费用从工伤保险基金支付，员工未举证证明工伤保险基金未支付的原因在于公司，故员工向公司主张，缺乏依据，不予支持。

2、观点二：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用由用人单位承担。理由如下：（1）《工伤保险条例》制定的目的是分散企业风险而非免除所有风险。（2）工伤保险待遇实行无过错原则，用人单位应当对因工伤事故造

成职工的损害负赔偿责任。（3）工伤职工是在为用人单位提供劳动过程中遭受事故伤害或患职业病，劳动者已经因此造成个人伤残，倘若再由劳动者负担超出目录范围的医疗费，与法律倡导的公平原则相违背，不符合工伤保险的立法精神。

（2016）京 02 民终 2145 号案件中，对于“用人单位是否应当负担工伤保险基金不予报销的医疗费？”北京法院认为：当前法律法规未作直接明确的规定，应依据工伤保险立法精神、相关法律、司法解释以及法理进行综合、体系考量。第一，从《工伤保险条例》第一条的立法宗旨可见，工伤保险制度的首要目的在于及时救治、补偿工伤职工。从保护处于弱势地位的劳动者以及工伤救治客观需要考虑，该部分费用由用人单位负担更为合理。此外，虽然通过社会化负担方式分散用人单位的工伤风险亦为工伤保险制度的重要目的，但分散风险并不代表免除用人单位的全部损害赔偿责任。第二，根据《中华人民共和国职业病防治法》第五十九条规定，《中华人民共和国安全生产法》第五十三条规定可知，立法对劳动者享有在工伤保险外主张民事赔偿的权利持肯定态度。第三，在劳动关系中，用人单位对劳动者工作遭受人身损害，应适用无过错赔偿责任。工伤保险基金报销范围外的医疗费，应由用人单位按无过错原则负担。

（2014）苏中民终字第 03483 号案件中，苏州法院认为，《工伤保险条例》第三十条对于超出报销标准而工伤保险基金不予支付部分的医疗费由谁承担并未明确，不能必然地认定由工伤职工承担，应结合工伤保险立法目的和相关法理综合判断。从工伤保险立法目的来看。依照《工伤保险条例》第一条规定，工伤保险立法的第一目的是保障工伤职工的医疗救治和经济补偿，是工伤保险制度的核心。而对于分散用人单位工伤风险的规定，只是分散，而非免除用人单位的所有工伤风险。从有关法理来看，工伤损害赔偿适用无过错责任。因此，工伤医疗费超出工伤保险基金报销范围的部分仍应由用人单位承担，这既符合工伤保险立法目的，又有相关法理予以支撑。

3、观点三：超出工伤保险基金报销范围的工伤医疗费用，合理必须的费用应由用人单位承担，不合理或过度的费用应由个人承担。理由如下：工伤医疗目录内的治疗方法或者药品在制度设计上存在一定的滞后性。有一些属于工伤病人基本治疗需求的药物或者治疗方法，这一部分理应由工伤保险基金承

担，但因工伤保险基金的调整需要一定的周期，该部分无法从工伤基金报销的医疗费用应由用人单位承担，因为工伤保险只是为了分散用人单位的风险而非免除其所有风险；对于超出工伤医疗目录内的治疗方法或者药品且属于不合理医疗或者过度医疗产生的医疗费用，这部分是因伤者的个人不合理要求造成的，理应由伤者个人承担。

鉴于各地对上述问题存在较大分歧，建议用人单位根据当地规定及司法实践予以合法合理确定。

论实际履行原则 ——调整个别劳动关系的基本原则



制定劳动契约法,确立劳动契约法的基本原则是非常重要的。对于这一问题,学者们的意见尚小统一。从保护劳动者的角度,有学者认为应当在劳动契约法中坚持保护劳动者原则,而有的专家认为如果在劳动契约法中引入倾斜保护,那么契约的基础也就小存在了;从契约自由的角度,有学者认为应当引入诚实信用原则,也有学者认为诚实信用失之笼统,缺乏对劳动契约的具体指导价值。笔者认为,“实际履行原则”作为调整个别劳动关系的特有原则,既与劳动法的基本原则——保护劳动者原则相适应,又与契约自由所要求的诚实信用原则相衔接,能够具体地指导个别劳动关系建立、履行、变更、消灭的各个方面。

实际履行原则是指在个别劳动关系建立、履行、变更、消灭的过程中,双方合意履行的内容构成法律调整的劳动关系双方的权利义务。

一、实际履行原则的概念和特征

实际履行原则是法律调整个别劳动关系过程中遵循的制度、规则的理论概括。实际履行原则是指在个别劳动关系建立、履行、变更、消灭的过程中,双方合意履行的内容构成法律调整的劳动关系双方的权利义务。实际履行原则包含了三方面的意思,其一是这一原则适用于个别劳动关系的各个方面,包括个别劳动关系的建立、履行、变更、消灭的全过程,这也是一项法律原则所必备的功能;其二是个别劳动关系的内容由合意履行的内容构成;其三是个别劳动关系实际履行后,优先以实际履行的内容确定为双方的劳动权利义务。实际履行原则具有三个方面的特征:

实际履行原则强调以事实过程达成的劳动契约。劳动契约的实质是双方当事人的合意。在个别劳动关系的履行过程中,劳动者与用人单位不断达成新的合意,共同推动劳动关系向前发展,这一系列合意的整体才是个别劳动关系的完整面目。个别劳动关系中的一系列合意由实际履行的事实过程所反映。书面劳动契约其实也只是事实劳动过程中的一个片断,有赖于实际履行过程的补充。

实际履行原则是一项调整个别劳动关系的法律原则。在劳动法原则体系中,实际履行原则是调整个别劳动关系的具体原则。实际履行原则与劳动法的基本原则之间一方面存在统一性,实际履行原则具体在调整个别劳动关系领域表现了劳动法基本原则的精神,这种精神的实质是承认劳动关系主体的不平等性;另一方

而存在差异性，具体原则只能够在个别劳动关系领域内发挥作用，而且这种指导作用更为具体、更为直接。

实际履行是一项法律原则而非救济手段。劳动契约法的实际履行原则有别于契约法上的实际履行。这种区别在于，契约法上的实际履行是一项强制当事人按照约定履行的救济措施或者救济原则。劳动契约所具有的人身性和依附性特质，使得劳动契约的强制履行成为小可能，因此劳动关系无法以实际履行来实现救济。所以实际履行原则在劳动契约法上是指通过实际履行来确定契约内容，它不是一项救济原则。

二、实际履行原则的理论渊源

任何法律原则植根于一定的历史文化传统。无论是大陆法系还是英美法系，实际履行原则在各国的法律传统与法律理论中均有所反映，成为劳动法上实际履行原则的理论渊源。

在英国，民事法律传统上有契约的“默示条款”制度，是法院弥补当事人意思表示不完善时的灵活工具。这项在民事领域作为民事契约补充的制度在劳动法领域中获得了独立的地位。在英国劳动法上，即使没有书面契约也完全可以通过其他方式补救，双方当事人通过默示达成的合意成了劳动关系存在的一种主要表现形式。而默示注重合意的行为识别，体现了注重实际履行的要求，成为实际履行原则产生的重要渊源。

在大陆法系的德国，也同样重视实际履行所体现的合意，并在其法律传统上形成了“事实契约”理论(德国法学家 Haupt 教授认为由于强制缔约制度之存在，标准契约的普遍使用，在很多情况下，契约关系之成立不必采用缔约方式。此种因事实过程而成立之契约，Haupt 称之为“事实上的契约关系”)。这一理论，在传统民法学者分析看来，并没有超出民法的理论体系。但是，在社会法所涉及的范围内，法律关系的主体存在着强势主体与弱势主体。弱势主体的明示表示往往是在信息掌握不充分的情况下作出的，有时甚至是在违心情况下作出的，这时强调“事实上的契约关系”，并将其与较为细致的法律调整结合在一起，就显得十分重要了。因而在德国劳动法上，就形成了实际劳动关系说。如果雇员在没有劳动合同或无效劳动合同的情况下提供了劳动，即存在实际的劳动关系。这种理

论较默示条款理论进步之处在于已不再将事实契约作为明示契约的补充,而是作为一种独立的社会现象来进行讨论。

在当代的美国,实际履行原则完成了社会化的蝶变。按照麦克尼尔(Ian R. Macneil)的观点,所谓契约,不过是有关规划将来交换过程的当事人之间的各种关系。劳动契约是最典型的关系性契约。关系契约理论建立在信息不可能完整更不可能对称,尤其是劳动者更不能获得足够的信息这样的逻辑前提下,强调“承诺总是不完整的”,并沿着“触发机制”的思路,来认识劳动契约,强调为了未来的交换的统筹安排,包含着时间维度的扩张、当事人的相互依存性等因素,从履行过程来认识劳动契约,从而能完整地认识实际履行原则。

三、实际履行原则的依据

首先,个别劳动关系调整应以诚实信用原则为基础,但不宜直接引用。在体现当事人合意的个别劳动关系领域,诚实信用原则是其法律调整的基础之一。诚实信用原则作为民法的“帝王条款”。首先是指导当事人进行民事活动的原则要求,即不欺诈、恪守信用;其次是授予法官自由裁量权填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足。这实际上是要求法官从事后的角度去探寻当事人真实意思的表示。这一点是个别劳动关系的调整不能完全适用的。

诚实信用原则始终是以平等主体的视角调整私法关系,在社会法的不平等主体之间无法直接起到应有的作用。在劳动关系中,主体地位实际不平等导致的弱者意志欠缺,以及劳动契约的继续性导致双方合意的不断发展的特点,使得直接将诚实信用原则不加改造地引入劳动契约法领域存在无法克服的障碍。实际履行原则对诚实信用原则进行了社会化改造,使之成为实际履行原则的依据。

其次,个别劳动关系调整需要体现保护劳动者原则,但也不宜直接引用。劳动关系的调整被纳入一种多层次的调整模式,这一调整模式有三个层次。“保护劳动者”作为劳动法的基本原则在三个层次中应有各自的具体原则。

在三个层次的调整中,宏观层次是一种底线控制,微观层次将简化为一种事实关系,中观层次具有对微观层次的限定意义¹。微观层次应以实际履行为原则,这是由劳动关系所具有的财产关系和平等关系的特征所决定的。劳动者再选择的权利能够体现保护劳动者的原则,是基于劳动经济学的一个基本原理——利益刚

¹ 董保华:《社会法原论》,中国政法大学出版社2001年版。

性原理。同时，从麦克尼尔社会契约的契约团结出发，劳动者只要选择继续与用人单位合作，就保持了劳动关系的维持，因此实际履行的内容是体现了当事人双方的共同选择。

综上所述，由于劳动者的弱势地位，造成了其信息掌握的弱势，这种情况在劳动关系的履行过程中会得到修正，劳动者往往还会再次作出选择，因此最初的合意并不能完全反映劳动关系双方的真实意思，再次选择的合意才是双方的真实合意。从探求当事人真实意思的角度出发，诚实信用在劳动法上的基本要求就是注重实际履行的合意。而这又从一个重要的方面保护了劳动者的权益。所以，实际履行原则融合了诚实信用原则与保护劳动者原则的内核，并以这两个原则作为自己的基础。

四、实际履行原则在我国的体现

在我国，实际履行原则是以一种非常特别的方式得到贯彻的：无论我国的立法或学者对实际履行原则是承认还是否定，这一原则都以极其顽强的方式证明自己的存在。

（一）劳动契约的订立

在劳动合同订立这一环节，实际履行原则被我国的立法以最严厉的方式所拒绝，但现实生活中却以一种较犹豫的方式所接受。

首先，劳动法规定“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议”，并将这种协议确定为书面形式，完全排除了口头合同，要求“建立劳动关系应当签订劳动合同”。沿着强化劳动契约的路线，我们还建立了劳动契约鉴证制度：劳动契约的内容，由签订劳动契约的双方依照法规规定自愿协商；已签订的劳动契约一律送劳动保障部门予以鉴证。除此之外，还有违反制度的处罚措施。

这样的立法实践，在学界派生了两种极为流行的理论，一是事实劳动关系无效论，二是事实劳动关系的模式转化论。“事实劳动关系无效论”认为，事实劳动关系由于缺乏书面合同，当然无效。这种观点从极其严格的方式对我国的劳动法进行理解，事实劳动关系这种非法定途径产生的劳动关系很自然地理解为无效。“事实劳动关系的模式转化论”认为，事实劳动关系与劳动法律关系存在区别，若事实劳动关系不能依法转化为劳动法律关系，就应当强制终止，但事实劳

动关系的利益应受保护。按此理论，只有模式转化后才能适用劳动法，尽管这种理论主张模式转化前的利益也要保护，但如不适用劳动法，那么就为用人单位逃避劳动法上的义务和责任开辟了途径。

尽管学者一再呼吁根据我国劳动法的规定，应当以最严厉（如事实劳动关系无效论）或较严厉（如事实劳动关系的模式转化论）的方式对待事实劳动关系，然而实际部门而对现实情况的压力却难以完全这样处理，使得我国的劳动合同制度从一开始就偏离了其原有的初衷。在《劳动法》颁布后不到一年，原劳动部就在《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》中以解释的方式作出了重新规定，即“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”显然，原劳动部意识到了现实中会有大量没有劳动契约的劳动关系存在，故而要求将这些劳动关系也纳入劳动法的调整范围。在以后的执法活动中，实际履行原则就在我国执法部门的犹豫中顽强地体现着自己的价值。

另一方面，由于现实生活中劳动契约存在许多与实际履行劳动关系的不相符，因此对于劳动契约的鉴证也变得缺乏意义，劳动契约鉴证制度日渐式微。从一开始的强制鉴证，直到原劳动部认为，“劳动争议仲裁委员会不能以劳动契约未经鉴证为由不受理相关的劳动争议案件”²。劳动契约鉴证制度事实上已经废弃和死亡，那么书面劳动合同又当如何？

（二）劳动契约的履行和变更

我国《劳动法》第 17 条对劳动合同变更和履行作了一个较为简单的规定：“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定”，“劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务”。这一规定本身并未排除通过实际履行的方式使劳动合同的内容得到丰富。但是，由于我国强调书面合同，学者很容易得出劳动法律关系就是履行书面劳动合同的结论，如有变更也应当通过书面方式进行。

这种观点在学者中渐成通论。“劳动合同变更，是指劳动合同双方当事人就已经订立的合同条款达成修改或补充协议的法律行为。一般来讲，劳动合同签订以后，当事人均应信守合同，不得轻易更改”；“变更合同的建议，经与对方协商

² 原劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第 83 条。

取得同意后，应形成书面协议，由双方当事人签名盖章，并按原签订劳动合同的程序办理手续后，方可生效”³。事实上这种看法完全脱离了劳动关系运行的实际状况。受这种观点的影响，有关部门也有类似的解释。

在加班工资的计算上，“按照不低于劳动合同规定的劳动者本人工资标准”⁴来计算，也就是按写在书面劳动合同中的标准来计算，而不是按劳动者的实际工资来计算。虽然我国劳动法规定了世界领先的加班工资标准，如加点按 150%，周末加班按 200%，节假日加班按 300%支付，但也给出了一个“世界领先”的规避空间：只要用人单位在完全可以掌控的书面劳动合同中规定一个低标准便可全部同避。灾难性逻辑变成了一种灾难性现实：表面看来，我国有最高的加班待遇，但是，实际上大部分单位都在用这一方法合法地支付极低（甚至是在正常工资以下）的加班工资。

（三）劳动契约的解除

稍有例外的是，我国劳动合同的解除是以明确无误的条款支持了实际履行原则。具体体现在两个方面：首先，在用人单位解除劳动合同的规定中，规定经济补偿金的以劳动者解除前 12 个月的工资计算；在经济补偿金的计算方式上，我国采用了按实际履行原则，基本上是按实际工资来计算的，与大部分国家比较接近；其次，在劳动者解除劳动合同中规定，只要提前 30 天预告，就可行使解除权。然而，在合同订立上强调书面合同，强调双方协商一致。在合同解除上强调实际履行，劳动者单方的预告行为就可结束劳动关系，两者形成悖论。这一“悖论”在定期合同中的冲撞尤其明显。

体现劳动法本质属性的劳动合同应当是无固定期限劳动合同。由于订立合同时双方对于未来劳动关系保持的期限无法作出有效、全面预期，因此双方通过实际履行来作出补充。因此，在国外对于无固定期限劳动合同的理解是不确定期限的合同。定期合同是将劳动关系理解为双方地位平等且信息充分和对称，在很大程度上保留了原来民事合同的基本结构，强调双方当事人对于劳动关系最重要的内容——合同期限，能够精确预计，双方不按合同期限履行，即构成违约。正是这两种合同形式的区别，才使大部分国家采用无固定期限合同为主的形式规范劳

³ 郭捷、刘俊、杨森编著：《劳动法学》，中国政法大学出版社 1997 年版。

⁴ 原劳动部《工资支付暂行规定》第 13 条。

动关系。定期劳动合同期满后劳动关系继续存续的，即转为无固定期限劳动合同关系。

在我国，以定期合同作为主要的劳动关系调整模式，却又引入了不定期合同的某些机制（完整的机制应是双方都有权解除，对于劳动者可以经济补偿金的方式进行倾斜保护），才形成了上述《劳动法》17条与31条的矛盾。要改变这一状况，显然应从劳动合同订立、履行、变更、解除全方位地承认实际履行原则，才可能奏效。

遗憾的是，我国学者不承认实际履行原则，只能从民法视角来理解这一矛盾并形成不同观点，笔者将其概括为“合同信守论”、“弃权有效论”和“弃权无效论”。围绕《劳动法》31条的争论，又一次让我们看到确立实际履行原则的重要意义。

总之，实际履行原则从其本身而言是调整个别劳动关系中客观存在的规律，它不会因为法律规定和制度的设计而改变。如果制度设计遵循了客观的规律，那么制度就能够与实际生活保持合理的一致，就能够很好地指导实际生活，其自身的生命力也将保持旺盛。而如果制度设计违反了客观的规律，那么制度运行的结果将与实际生活背离，制度运行的过程成了制度与实际生活的角力。角力的结果可想而知，现实生活的力量将最终获得胜利。



地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室

Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050

Postcode: 200050

www.baohualaw.com