

保华月刊

Baohua Monthly

2019年4月刊
Apr. 2019
第28期
N 0 . 2 8

- 不定时工作制的加班费支付风险
- 关于在中国境内无住所的个人居住时间判定标准的公告
- 关于非居民个人和无住所居民个人有关个人所得税政策问题的公告
- 全国人民代表大会常务委员会关于修改中华人民共和国反不正当竞争法的决定



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

10

新法规：《关于在中国境内无住所的个人居住时间判定标准的公告》
New Regulation: Announcement on Criteria for Determining
Residence Time of Individuals without Domicile in China

14

新法规：《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》
New Regulation: Announcement on Individual Income Tax Policies for
Non-resident Individuals and Individuals without Domicile

29

新法规：《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国反
不正当竞争法〉的决定》

New Regulation: Decision of the Standing Committee of the National People's
Congress on Amending the Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic
of China

热点追踪

Hot Issues

38

案例调研：不定时工作制的加班费支付风险

Case Study: Risk of Overtime Payment for Flexible Working Hours System

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

45

劳动法的国家观——劳动合同立法争鸣的深层思考

National View of Labor Law: Deep Reflection on the Controversy of Labor Contract Legislation

新闻总结



一、国务院办公厅印发《降低社会保险费率综合方案》

来源：央广网

摘要：日前，国务院办公厅印发《降低社会保险费率综合方案》（以下简称《方案》），《方案》提出了降低城镇职工基本养老保险单位缴费比例，明确了延迟阶段性降低费率的期限等大家比较关注的问题。国新办就该方案举行国务院政策例行吹风会，人力资源社会保障部、财政部和税务总局相关负责人介绍方案情况，并回答记者提问。

Abstract: The General Office of the State Council recently issued the *Comprehensive Plan for Reducing Social Insurance Rates* (hereinafter referred to as the *Plan*). The *Plan* proposes to reduce the proportion of employers' contributions to the basic old-age insurance for urban workers, and specifies the time limit for delaying the phased reduction of the rates and other issues of concern to everyone. State Council Information Office held a regular briefing on the State Council's policies on the Plan. Relevant officials from Ministry of Human Resources and Social Security, the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation introduced the Plan and answered reporters' questions.

据了解，这次印发的《降低社会保险费率综合方案》，是为贯彻落实党中央、国务院决策部署，降低社会保险费率，完善社保制度，稳步推进社保费征收体制改革。人社部副部长游钧介绍说，《方案》直接降低社保费率的措施主要有两项：一是降低养老保险的单位缴费比例。从2019年5月1日起，城镇职工基本养老保险，包括企业和机关事业单位，单位缴费比例高于16%的省份可降至16%。二是现行阶段性降低失业保险和工伤保险费率的政策延期一年到2020年4月30日，即失业保险继续实施1%的总费率，工伤保险的费率是各地可根据基金累计结余的情况确定降低的幅度。

游钧强调说，这两项措施当中，养老保险的单位缴费比例降低幅度比较大，是关键性的举措。那么，本次降费，尤其是降低养老保险单位缴费比例后将会产生哪些效果？游钧表示，一是较大幅度地减轻企业社保缴费的负担；二是受益面广；三是有利于促进营造公平的市场竞争环境；四是有利于扩大覆盖面，促进养老保险制度的健康发展。

游钧还表示，在做方案的时候，对方案未来实施效果进行了认真地测算。预计2019年，按照现在的《方案》可以减轻养老保险的缴费负担大约是1900多亿元，同时减轻企业失业保险、工伤保险缴费负担大约1100多亿元，三个险种合计全年可减轻社保缴费负担3000多亿元。

《方案》中还提到调整社保缴费基数政策，提出以全口径城镇单位就业人员平均工资，核定社保个人缴费基数上下限。游钧表示，这能够更合理地反映参保人员实际平均工资水平。“用它来作为确定缴费基数上下限指标，工资水平较低的职工缴费基数就可相应地降低，缴费负担就会减轻。小微企业和劳动密集型企业的工资水平总体偏低，不少职工是按照缴费基数的下限来缴费，他们的缴费负担会进一步减轻，能够更多受益。”

对于广大退休人员最关心的，降低养老保险费率后，养老保险能否按时足额发放的问题？财政部社会保障司司长符金陵回应称：“请大家放心，降费不会造成养老金支付风险，也就是说，不会出现养老金发不了的情况。因为，从总量上看，全国养老保险基金整体收大于支，滚存结余不断增加。从结构上看，绝大部分省份在执行降费政策后，基金收支状况仍然比较稳健，具有较好的支撑能力，

不会出现‘穿底’的情况。”

对此，游钧补充说：“降费的前提条件是必须要保证养老金按时足额发放，没有这个前提，降费就无从谈起，这一点请大家放心。不仅如此，我们在确保养老金按时足额发放的同时，还会随着经济社会的发展继续提高企业退休人员养老金水平，使广大退休人员能够分享经济社会发展的成果。”

吹风会上，国家税务总局社保费一组组长郑文敏就记者提出的税务部门将如何确保降费率政策的落实问题，回应了“四个到位”：“一是组织保障到位。我们已梳理制定了重点任务清单，明确责任单位和完成时限，确保各项工作高效落实。二是业务支撑到位。我们将指导各地税务机关结合本地实际情况，及时调整完善信息系统，及时掌握政策实施成效。三是宣传服务到位。四是督导考评到位。我们诚恳接受各方监督，进一步严肃工作纪律，严令各级税务机关不得采取任何增加小微企业实际缴费负担的做法，不得自行对历史欠费进行集中清缴，务必使企业特别是小微企业实际社保缴费负担有实质性下降。”

二、首部医保监管法规公开征求意见

来源：新华网

摘要：近日，国家医疗保障局公布《医疗保障基金使用监管条例（征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），并向社会公开征求意见至 2019 年 5 月 10 日。这标志着首部医保基金监管方面的法规即将出台。

Abstract: Recently, the National Healthcare Security Administration announced *Regulation on the Use of Medical Security Funds (Draft for Comments)* (hereinafter referred to as "Draft for Comments"), and public comments will be solicited until May 10, 2019. This marks the first Regulation on health insurance fund supervision to be issued soon.

征求意见稿中首次将参保个人的义务进行了明确，要求其不得将本人医疗保障有效凭证出租（借）给他人；不得伪造变造证明材料骗取医疗保障基金。对于伪造变造者，将暂停其联网结算待遇不超过 12 个月，并处违法数额 5 倍罚款，涉嫌犯罪的，依法追究刑事责任。同时，给予公开曝光、纳入失信联合惩戒对象名单等惩戒措施。

在征求意见稿中，“医疗保障基金”不单单指医疗保险基金，除了基本医保包含的职工基本医疗保险和居民基本医疗保险外，生育保险、医疗救助等专项基金也包括在内；大病保险、长期护理保险以及其他医疗保障资金的监督管理，也依照本条例执行。

在内容上，除了规定了对定点医药机构与协议药师的监督与管理之外，还首次对参保人个人义务进行了明确规定。主要明确参保人员及医疗救助对象使用医疗保障基金就诊、购药，应当持本人医疗保障有效凭证就诊、购药并主动出示接受查验，不得将本人医疗保障有效凭证出租（借）给他人；不得伪造变造证明材料骗取医疗保障基金。

同时，征求意见稿中对于定点医药机构与协议医师或药师的各种违规行为按“情节轻微”“情节较重”“情节严重”和“情节特别严重”4 档划分进行了详细的分类，明确了处罚标准，包括警告、没收违法所得并处违法数额 2 倍以上 5 倍以下罚款、责令经办机构中止或解除医（药）师服务资格、责令经办机构中止或解除医保服务协议、纳入失信联合惩戒对象名单、移送有关行政部门等，罚款数额从 2 倍到 5 倍不等。

而对参保人员及医疗救助对象,则规定:将本人医疗保障有效凭证出租(借)给他人或定点医药机构骗取医疗保障基金的,由医疗保障行政部门追回医疗保障基金,暂停其联网结算待遇不超过 12 个月,并视情节严重程度处 2 倍以上 5 倍以下罚款。

参保人员及医疗救助对象伪造变造票据、处方、病历等证明材料骗取医疗保障基金的,由医疗保障行政部门追回医疗保障基金,暂停其联网结算待遇不超过 12 个月,并处违法数额 5 倍罚款,涉嫌犯罪的,依法追究刑事责任。同时对伪造变造者,可以给予公开曝光、纳入失信联合惩戒对象名单等惩戒措施。对被列入失信联合惩戒对象名单的主体,将有关信息上传至全国信用信息共享平台和各级信用信息共享平台,实施联合惩戒。失信主体申请信用修复的,应当按有关规定执行。这意味着,参保人员有可能因为伪造票据而被限乘高铁、飞机等。

征求意见稿中还指出,国务院医疗保障行政部门应当建立定点医药机构信息报告制度。县级以上人民政府医疗保障行政部门加强对定点医药机构报告信息的检查、抽查、分析、运用,对发现的问题依法处理。

县级以上人民政府医疗保障行政部门应当创新监管方式,推广信息技术手段在基金监管领域的使用,构建本地区医疗保障智能监控信息系统,实现监管全覆盖,提升监管实效。

同时,县级以上人民政府医疗保障基金使用监管工作应当接受本级人民代表大会及其常务委员会监督。

三、人社部、市场监管总局:签订不实高校毕业生就业协议将被集中治理

来源:北京青年报

摘要:人社部、市场监管总局宣布自今日起至 4 月 26 日,在全国范围内开展清理整顿人力资源市场秩序专项执法行动。专项执法行动将对人力资源服务机构依法取得营业执照和行政许可(含劳务派遣)情况进行清查,其中以互联网招聘平台和家政服务中介为重点。同时,集中治理参与签订不实高校毕业生就业协议、不履行审查信息义务、发布歧视性招聘信息、哄抬或操纵人力资源市场价格、扣押劳动者居民身份证和其他证件、非法向劳动者收取财物等问题。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security and State Administration for Market Regulation announced that starting from nowadays to April 26, a nationwide special law enforcement campaign will be launched to clean up and rectify the human resources market order. Special law enforcement actions will check the situation of human resources service agencies obtaining business licenses and administrative licenses (including labor dispatch) according to law, with the focus on Internet personnel recruitment platform and domestic service agencies. At the same time, it will focus on issues such as participating in the signing of false employment agreements for college graduates, failing to fulfill the obligation to review information, publishing discriminatory recruitment information, driving up or manipulating the market price of human resources, detaining laborers' resident identity cards and other certificates, and illegally collecting property from laborers.

人社部表示,近一段时期以来,部分地区人力资源服务违法违规案件有所增多,少数不法人力资源服务机构提供虚假就业信息,参与签订不实高校毕业生就业协议并牟取不正当利益,个别地区还出现了以职业介绍为名组织传销和强迫劳动等违法犯罪案件。

据了解,此次专项执法内容包括人力资源服务机构依法取得营业执照和行政许可(含劳务派遣)情况。其次是人力资源服务机构开展经营活动情况。集中治理参与签订不实高校毕业生就业协议、不履行审查信息义务、发布歧视性招聘信息、哄抬或操纵人力资源市场价格、扣押劳动者居民身份证和其他证件、非法向劳动者收取财物、介绍不满 16 周岁未成年人就业、未经授权管理流动人员人事档案以及收取流动人员人事档案管理费用和拒收流动人员人事档案等问题。

此外还包括用人单位直接招用劳动者情况。对提供或发布虚假招工信息、诱骗劳动者从事传销活动、强迫劳动、违反规定将“乙肝五项”作为体检项目,以及其他以招工为名牟取不正当利益或者进行其他违法活动的,由人力社保部门依法查处;涉嫌构成犯罪的,移送公安机关追究刑事责任。

四、国家医保局:京广异地就医 医保按当地标准报销

来源:中工网

摘要:国家医保局发布消息称,全国跨省异地就医住院医疗费用直接结算工作稳步推进,跨省异地就医定点医疗机构数量和备案人数持续增长,跨省异地就医直接结算人次突破 200 万。同时发布提示,在跨省就医相对集中的北京、广州两地就医的外省参保人员直接结算时,包括人工器官等高值医用耗材医保支付适用当地规定。

Abstract: National Healthcare Security Administration released a news report that the direct settlement of medical expenses for inter-provincial medical treatment and hospitalization has been steadily progressing. The number of designated medical institutions and the number of people on file for inter-provincial medical treatment have continued to grow. The number of direct settlement involved in the inter-provincial medical treatment has been exceeded 2 million. When non-local insured persons seeking medical treatment in Beijing and Guangzhou, which are relatively hot areas for inter-provincial medical treatment, settle their accounts directly, all medical insurance payments for high-value medical consumables including Artificial organ shall be subject to local regulations.

据统计,截至 2019 年 3 月底,跨省异地就医定点医疗机构数量为 16230 家,二级及以下定点医疗机构 13580 家,国家平台备案人数 385 万。自 2017 年 1 月启动以来,累计实现跨省异地就医直接结算 203 万人次,医疗费用 485.4 亿元,基金支付 285.1 亿元,基金支付比例 58.7%。基金支付超过 1 万元的 76.7 万人次,超过 5 万元的 10.0 万人次,超过 10 万元的 1.7 万人次。

2019 年 3 月,跨省异地就医定点医疗机构数量新增 201 家;基层医疗机构覆盖范围持续扩大,二级及以下定点医疗机构新增 195 家。当月跨省异地就医直接结算 20.5 万人次,环比增长 70.8%;医疗费用 48.7 亿元,环比增长 79.0%;基金支付 28.3 亿元,环比增长 75.8%,基金支付比例 58.0%;日均直接结算 6614 人次。职工及城乡居民医保单日结算峰值 9857 人次(3 月 18 日),当日发生医疗费用 2.5 亿元,基金支付 1.4 亿元。

同时,国家医保局指出,按政策规定,跨省异地就医直接结算执行就医地基本医疗保险药品目录、诊疗项目和医疗服务设施标准,手工报销仍执行参保地目录范围及有关规定。对于提供跨省就医相对集中的北京、广州两地高值医用耗材(即直接作用于人体、对安全性有严格要求、临床使用量大、价格相对较高、群众负担费用重的医用耗材)医保支付有关规定,在这些地区就医的外省参保人员

直接结算时适用这些规定。

其中北京市的规定为：对单价超过 500 元的耗材采取个人先行负担 30%后，再纳入报销范围按比例报销的办法。对于人工关节、人工晶体、心脏瓣膜、心脏起搏器等人工器官，采取最高支付限额纳入报销范围的办法。其中，心脏起搏器：单腔的每套为 25200 元、双腔及三腔的每套为 32400 元、临时的每套为 10800 元。心脏瓣膜：生物膜每套为 12600 元、机械膜每套为 14400 元。人工晶体每只为 1215 元。人工关节：人工髋关节每套为 8100 元、人工膝关节每套为 9000 元、人工股骨头（半髋关节）每套为 5940 元。人工血管：一次住院期间发生的人工血管费用为 32400 元。安装埋藏式心脏复律除颤器及其它体内人工器官为 32400 元。

安装体内人工器官实际收费低于上述标准的，按实际收费金额纳入基本医疗保险的支付范围。

五、北京市企业薪酬信息将定期发布

来源：人民网

摘要：近日，北京市人社局表示，北京市将建立企业薪酬调查和信息发布制度，将定期向社会公开企业从业人员的工资报酬、人工成本、求职人员期望薪酬、企业提供薪酬等数据。

Abstract: Recently, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau said that an enterprise salary survey and information release system would be established in Beijing, and data such as wages, labor costs, expected salaries of job seekers, and salaries provided by enterprises would be regularly disclosed to the public.

企业薪酬调查将针对企业从业人员（含新录用毕业生）的工资报酬和企业人工成本情况开展，包括不同职业从业人员的工资报酬水平、构成等相关数据，以及不同行业、不同规模企业人工成本水平、构成及主要经济数据。调查覆盖 18 个国民经济行业门类（不含公共管理、社会保障和社会组织以及国际组织行业门类）各类登记注册类型的企业、各类职业的从业人员（不含军人和不便分类的其他从业人员）。

发布内容包括企业从业员工工资报酬信息和企业人工成本信息，以及其他需要发布的相关信息。企业从业员工工资报酬信息主要包括不同职业、不同管理岗位等级/专业技术职称/职业技能等级人员的工资报酬分位值和新录用毕业生工资报酬分位值。企业人工成本信息主要包括不同行业、不同规模的企业人工成本水平和人工成本效益指标平均值（包括人事费用率、人工成本利润率、人工成本占总成本比重等）。

北京市人力社保部门统一组织发布全市企业薪酬调查信息，各区人力社保部门可根据本区特色产业、重点人群等情况，发布本区相关信息。每年发布一次，时间一般不晚于第二季度，由人力社保部门通过门户网站、人力资源市场或出版物等公开渠道向社会发布。

六、上海：4 月 1 日起 最低工资标准调整到 2480 元

来源：文汇报

摘要：上海市将从 2019 年 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 adjusted the minimum wage from April 1, 2019. The monthly minimum wage was 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.

据了解，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。

需要注意的是，本市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，有关部门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。此外，本市其他民生保障待遇标准调整方案将于本月底出台。

七、上海：修订《上海市城乡居民基本养老保险办法》

来源：上海市人民政府网

摘要：近日，上海市政府公布了修订后的《上海市城乡居民基本养老保险办法》（下称《办法》），自 2019 年 5 月 1 日起实施，有效期至 2024 年 4 月 30 日。

《上海市城乡居民基本养老保险办法》《办法》问答相应出台。

Abstract: Recently, the Shanghai Municipal Government announced the revised *Measures of Shanghai Municipality on Basic Endowment Insurance for Urban and Rural Residents* (hereinafter referred to as the Measures), which will be implemented from May 1, 2019 and will be valid until April 30, 2024. *Measures of Shanghai Municipality on Basic Endowment Insurance for Urban and Rural Residents* and *Measures Q&A* will be issued accordingly.

1、《上海市城乡居民基本养老保险办法》主要作了哪些方面的修改？

《上海市城乡居民基本养老保险办法》自 2014 年 5 月实施以来，总体框架和实质性政策都未作调整。由于文件有效期至 2019 年 4 月 30 日，此次文件延长有效期的同时将相关标准按目前标准进行了修改，包括缴费标准、基础养老金标准、丧葬费标准等。

2、目前上海市城乡居民养老保险个人缴费标准和缴费补贴标准是多少？

个人缴费标准目前设为每年 500 元、700 元、900 元、1100 元、1300 元、1700 元、2300 元、3300 元、4300 元、5300 元 10 个档次。参保人自主选择档次缴费，多缴多得。

区政府对本辖区户籍参保人缴费给予补贴。按照每年 500 元、700 元、900 元、1100 元、1300 元、1700 元、2300 元、3300 元、4300 元、5300 元缴费标准，对应的缴费补贴标准为每年 200 元、250 元、300 元、350 元、400 元、450 元、525 元、575 元、625 元、675 元。

3、目前上海市城乡居民养老保险基础养老金标准是多少？

基础养老金的月计发标准为 1010 元(含中央确定的基础养老金最低标准);累计缴费超过 15 年的参保人员, 每超过 1 年, 其基础养老金增加 20 元。

4、目前上海市城乡居民养老保险丧葬补助金标准是多少？

城乡居民养老保险待遇领取人员死亡的, 其家属可以领取标准为 6000 元的丧葬补助金。

八、宁波：法院引入测谎仪测试证词真伪

来源：中工网

摘要：值班时劳动者不慎摔伤，但没有监控，没有第三人在场，双方各执一词，法院该如何判决？日前，浙江宁波镇海区法院在审理一起案件中“请”来了测谎仪帮忙，最终证实了劳动者所言非虚，维护了其合法权益。

Abstract: While on duty, the worker accidentally fell and hurt himself, but there was no monitoring and no third person was present. Both sides held different opinions. How should the Court decide? A few days ago, the Zhenhai District Court in Ningbo, the Court "asked" for help from a lie detector in a case, which finally proved that what workers said was true and safeguarded their legitimate rights and interests.

原来，王阿姨是宁波某科技公司后勤保障人员，在食堂工作。2016 年的一个傍晚，她独自在食堂值班，负责晚餐及晚餐后的厨房卫生。王阿姨称她在打扫厨房卫生时不慎摔倒，但当晚她忍痛没去医院，就贴了伤膏贴想着能自己恢复。不料，第二天早上上班后，王阿姨发现疼痛难忍。

当天中午，她到宁波市第七医院骨科门诊就诊，被诊断为左股骨颈骨折并住院 15 天治疗。2016 年 6 月初，王阿姨出院。数月后发现保守治疗恢复不佳，不得不回到医院接受了左髋关节置换手术。手术后，王阿姨因伤被鉴定为八级伤残。

王阿姨认为，她在清扫食堂时受伤，属于职务行为，应由公司赔偿。但该公司认为王阿姨受伤后并没有马上就医，且食堂没有监控，不能证明骨折是由于工作摔倒导致。无奈之下，王阿姨向镇海区法院提起诉讼，要求公司赔偿相关损失合计 42 万元。公司则向法院提出了反诉，要求王阿姨返还公司前期垫付的医疗费、护理费和工资合计 4 万元。

法官经过审理发现，王阿姨所工作的食堂区域没有监控，当时也没有第三人在场。王阿姨摔倒受伤后，未立即通知公司，且等到第二天上班时再请假去看医生，确实也存在受伤于公司以外区域的可能。双方各执一词，但又没有直接证据能够证明受伤的地点，这让主审法官犯难了。

为甄别王阿姨所述是真是假，也为了平息公司的合理怀疑，法院委托浙江省宁波市检察院司法鉴定中心对王阿姨进行了心理测试，测试结果显示被测人王阿姨的陈述真实，她的确是在食堂摔倒受伤。

除了这份心理测试，法官还对王阿姨的多名同事、同住亲属及医院主治医师进行了询问，并到公司食堂实地查看，将多方证据相互印证，最终认定王阿姨左股骨颈骨折系在公司工作过程中受伤的事实。

日前，镇海区法院判决该公司赔偿王阿姨 25 万元并已执行。

法规名称：《关于在中国境内无住所的个人居住时间判定标准的公告》

Name of the Regulation: Announcement on Criteria for Determining Residence Time of Individuals without Domicile in China

公布部门：财政部 税务总局

Announcement Department: Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC

文号：财政部 税务总局公告2019年第34号

Document No. : MOF AND SAT Announcement No. 34 . 2019

公布日期：2019年3月14日

Date of publication: March 14, 2019

施行日期：2019年1月1日

Implementation date: January 1, 2019

内容概要：日前，财政部、税务总局联合印发《关于在中国境内无住所的个人居住时间判定标准的公告》（以下简称《公告》），明确了在中国境内无住所的个人居住时间判定标准。

Abstract: Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC jointly issued Announcement on Criteria for Determining Residence Time of Individuals Without Domicile in China (hereinafter referred to as the Announcement), clarifying the criteria for determining individuals without domicile in China.

亮点：

Highlights:

1、明确了在中国境内无住所的个人在境内居住累计满 183 天的年度连续“满六年”的范围和起算年度：

The scope of the year in which individuals who have no domicile in China have resided in China for a total of 183 days for a continuous period of "six years" and the year during which the calculation begins are defined:

1) 范围：“六年”是指该纳税年度的前一年至前六年的连续六个年度。

Scope: "six years" refers to six consecutive years from the year before the tax year to the previous six years.

2) 起算年度：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。

The year in which the calculation begins: The year starting from 2019 (inclusive) onwards will be calculated, and the years that have lived before 2018 (inclusive) will be "cleared" without being counted.

据此，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。且，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。

According to this, before 2024 (inclusive), all individuals without domicile have lived in China for less than six years, and their overseas income paid abroad can enjoy tax exemption. Moreover, if an individual leaves the country for more than 30 days in any year starting from 2019, the previous consecutive years will be "cleared" and recalculated.

详见《公告》第一条。

See Article 1 of *Announcement* for details.

2、明确了在中国境内无住所的个人在境内居住累计天数的计算方法：在中国境内停留的当天满 24 小时的，计入境内累计居住天数；不足 24 小时的，不计入境内累计居住天数。

The calculation method for the cumulative number of days that individuals

without domicile have lived in China has been clarified: Any person who stays in China for 24 hours on the same day shall be counted into the cumulative number of days in China. Any person who stays in China less than 24 hours will be not included in the cumulative number of days of residence.

详见《公告》第二条。

See Article 2 of *Announcement* for details.

新法规链接:

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)

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》，现将在中国境内无住所的个人（以下称无住所个人）居住时间的判定标准公告如下：

一、无住所个人一个纳税年度在中国境内累计居住满 183 天的，如果此前六年在境内每年累计居住天数都满 183 天而且没有任何一年单次离境超过 30 天，该纳税年度来源于中国境内、境外所得应当缴纳个人所得税；如果此前六年的任一年在中国境内累计居住天数不满 183 天或者单次离境超过 30 天，该纳税年度来源于中国境外且由境外单位或者个人支付的所得，免予缴纳个人所得税。

前款所称此前六年，是指该纳税年度的前一年至前六年的连续六个年度，此前六年的起始年度自 2019 年（含）以后年度开始计算。

二、无住所个人一个纳税年度内在境内累计居住天数，按照个人在境内累计停留的天数计算。在境内停留的当天满 24 小时的，计入境内居住天数，在境内停留的当天不足 24 小时的，不计入境内居住天数。

三、本公告自 2019 年 1 月 1 日起施行。

特此公告。

财政部 税务总局

2019 年 3 月 14 日

新法规：《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》

New Regulation: Announcement on Individual Income Tax Policies for Non-resident Individuals and Individual Residents without Domicile

公布部门：财政部 税务总局

Announcement Department: Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC

文号：财政部 税务总局公告2019年第35号

Document No.: MOF AND SAT Announcement 2019 No. 35

公布日期：2019年3月14日

Date of publication: March 14, 2019

施行日期：2019年1月1日

Implementation date: January 1, 2019

内容概要：日前，财政部、税务总局联合印发《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《公告》），明确了非居民个人和无住所居民个人（统称“无住所个人”）关于所得来源地确定、工资薪金所得收入额计算、税款计算、适用税收协定、征管规定等方面的政策。

Abstract: Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation, PRC jointly issued the Announcement on Individual Income Tax Policies for Non-resident Individuals and Individual Residents Without Domicile (hereinafter referred to as the Announcement), clarifying the policies of non-resident individuals and individual residents without domicile (collectively referred to as " individuals without domicile ") regarding the determination of sources of income, the calculation of income from salaries, the calculation of taxes, the application of tax agreements, collection and management regulations, etc.

亮点：

Highlights:

一、关于无住所个人所得来源地方面：

Sources of personal income for individuals without residence:

（一）工资薪金“境内取得”的范畴区分高管和非高管人员

The scope of "domestic income" of wages and salaries is divided by the categories of senior and non-senior personnel.

1、非高管人员的“境内取得”：归属于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。

The "domestic income" of non-senior personnel refers to the wages and salaries that belong to the domestic working period as the wages and salaries coming from the domestic sources.

2、高管人员的“境内取得”：高管人员取得由境内居民企业支付或负担的报酬，不论其是否在境内履行职务，均属于来源于境内的所得，应在境内缴税。但对高管人员取得不是由境内居民企业支付或者负担的报酬，仍需按照任职、受雇、履约地点划分境内、境外所得。

The term "domestic income" of senior personnel refers to the remuneration paid or borne by domestic resident enterprises. Whether or not they perform their duties within the territory, they all belong to income derived from the territory and shall be taxed within the territory. For senior personnel who receive remuneration that is not paid or borne by domestic resident enterprises, domestic and overseas income shall still be divided according to their positions, employment and place of performance.

数月奖金和股权激励属于工资薪金所得，均应按照上述工资薪金所得来源地判定规则划分境内和境外所得。

Monthly bonus and equity incentive belong to salary income, and shall be divided into domestic and overseas income according to the above rules for determining the source of salary income.

（二）境内工作天数与在境内实际居住的天数并不是同一个概念

The number of working days in China is not the same as the number of days actually living in China.

根据《公告》，境内工作天数包括其在境内的实际工作日以及境内工作期间在境内、境外享受的公休假、个人休假、接受培训的天数。无住所个人未在境外单位任职的，无论其是否在境外停留，都不计算境外工作天数。

According to *Announcement*, the number of working days in China includes the actual working days in China as well as the public holidays, personal holidays and training days enjoyed in China and abroad during the working period in China. If an individual who has no domicile does not work in an overseas unit, no matter whether he/she stays abroad or not, the number of working days abroad will not be counted.

二、无住所个人工资薪金计税所得收入额计算方面：区分高管和非高管人员

The calculation of income from wage and salary tax for individuals without domicile shall be divided into senior and non-senior personnel.

结合《公告》“三、关于无住所个人适用税收协定”部分的规定，将无住所个人应计税的工资薪金所得收入额以图表形式体现：

In combination with the provisions of *Announcement* on III, Tax Agreement Applicable to Individuals without Domicile ", the taxable income from wages and salaries of individuals without domicile shall be represented in the form of graphs and charts:

(一)非高管人员：

Non-senior personnel:

详见下图表格内容。

See the table below for details.

无住所个人（非高管和协定董事费条款不适用的高管）当月应计税工资薪金收入额计算表（表一）									
纳税人类型	是否有住所	在中国境内居住时间			境内所得		境外所得		当月工资薪金收入额
					境内支付	境外支付	境内支付	境外支付	
非居民个人	无住所	< 183天	无协定待遇	≤ 90天	√	×	×	×	公式一
				> 90天	√	√	×	×	公式二
			有协定待遇		√	×	×	×	公式一
居民个人		≥ 183	无协定待遇	未连续满六年	√	√	√	×	公式三
				连续满6年	√	√	√	√	全额
			有协定待遇		√	√	×	×	
	有住所	/	/		√	√	√	√	

备注：

Remark:

公式一：

Formula 1:

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{工资薪金总额}} \times \frac{\text{当月境内支付工资薪金数额}}{\text{当月境内外工资薪金总额}} \times \frac{\text{当月工资薪金所属工作期间境内工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}}$$

Wages and salaries for the current month= Total wages and salaries at home and abroad for the current month ×

$$\frac{\text{The amount of wages and salaries paid within the territory for the current month}}{\text{Total wages and salaries at home and abroad for the current month}} \times \frac{\text{The number of working days in China during the working period to which wages and salaries belong in the current month}}{\text{The Gregorian calendar days of the working period to which the salary belongs for the current month}}$$

公式二：

Formula 2:

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \times \frac{\text{工作期间境内工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}}$$

Wages and salaries for the current month = Total wages and salaries at home and abroad for the current month ×
The number of working days in China during the working period to which wages and salaries belong in the current month
The Gregorian calendar days of the working period to which the salary belongs for the current month

公式三：

Formula 3:

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \times \left[1 - \frac{\text{当月境外支付工资薪金数额}}{\text{当月境内外工资薪金总额}} \times \frac{\text{工作期间境外工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \right]$$

Wages and salaries for the current month = Total wages and salaries at home and abroad for the current month ×
[1 –
The amount of wages and salaries paid abroad for the current month
Total wages and salaries at home and abroad for the current month ×
The number of working days abroad during the working period to which the salary belongs for the current month.
The Gregorian calendar days of the working period to which the salary belongs for the current month]

（二）高管人员：

Senior personnel:

详见下图表格内容。

See the table below for details

无住所个人（高管或协定适用董事费条款的高管）当月应计税工资薪金收入额计算表（表二）								
纳税人类型	是否有住所	在中国境内居住时间		境内所得		境外所得		当月工资薪金收入额
				境内支付	境外支付	境内支付	境外支付	
非居民个人	无住所	< 183天	≤90天	√	×	√	×	境内支付部分
			> 90天	√	√	√	×	公式三
居民个人	无住所	≥183	未连续满六年	√	√	√	×	公式三
			连续满6年	√	√	√	√	全额
	有住所	/	/	√	√	√	√	

三、关于无住所个人税款计算方面

Tax calculation for individuals without domicile

1、非居民个人取得数月奖金或股权激励，考虑到非居民个人在一个年度内境内累计停留时间不超过 183 天，即最长约为 6 个月，因此，《公告》规定，允许在 6 个月内分摊计算税额。

For non-resident individuals to obtain several-month bonus or equity incentive, considering that the cumulative stay time of non-resident individuals within the territory within one year is not more than 183 days, i.e. the maximum duration is about 6 months, therefore, the announcement stipulates that the tax amount is allowed to be shared and calculated within 6 months.

2、无住所居民个人取得全年一次性奖金或股权激励所得的，按照《财政部税务总局关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》（财税〔2018〕164 号）的有关规定执行。

For individual Residents without domicile who have obtained annual lump sum bonus or equity incentive income, the relevant provisions of *Notice of the Ministry of Finance and the State Administration of Taxation on the Connection of Preferential Policies after the Amendment of the Individual Income Tax Law* (C.S[2018] No.164) shall be implemented.

四、关于无住所个人相关征管规定方面

Relevant collection and management regulations for individuals without domicile

1、年度首次申报时，无住所个人如何判定是居民还是非居民个人，年度首次申报时，无住所个人在境内的实际居住天数不满 183 天，暂时无法确定其为居民个人还是非居民个人。

When making the annual first declaration, how will an individual without domicile determine whether he is a resident or a non-resident individual? If the actual number of days an individual without residence has lived in China is less than 183 days, it is temporarily impossible to determine whether he is a resident or a non-resident individual.

为降低纳税人的税收遵从成本，《公告》赋予无住所个人预先选择税收居民身份的权利。具体是，无住所个人在一个纳税年度内首次申报时，应当根据合同约定等情况自行判定是居民个人或非居民个人，并按照规定进行申报。当预计情况与实际情况不符的，无住所个人再按照《公告》规定进行调整。

In order to reduce the tax compliance cost of taxpayers, *Announcement* gives individuals without domicile the right to choose their tax resident status in advance. Specifically, when an individual without domicile makes his first declaration within one tax year, he/she shall determine whether he is a resident or non-resident individual according to the contract and other circumstances, and make the declaration in accordance with the relevant provisions. When the predicted situation does not conform to the actual situation,

individuals without domicile shall make adjustments in accordance with the provisions of *Announcement*.

2、无住所个人在境内任职，取得由境外单位支付的工资薪金所得，境内雇主应履行的义务

For the employment of individuals without residence in China, any income from wages and salaries paid by overseas units shall be the obligation of domestic employers.

根据《公告》的有关规定，无住所个人可以选择在一个纳税年度内自行申报缴纳税款，或者委托境内雇主代为缴纳税款。对于无住所个人未委托境内雇主代为缴纳税款的，境内雇主负有报告义务，应当在相关所得支付当月终了后 15 日内向主管税务机关报告相关信息。

According to the relevant provisions of *Announcement*, individuals without residence can choose to declare and pay taxes within one tax year or entrust domestic employers to pay taxes on their behalf. For individuals without residence who do not entrust domestic employers to pay taxes on their behalf, domestic employers are obliged to report the relevant information to the competent tax authorities within 15 days after the end of the month in which the relevant income is paid.

新法规链接：

财政部 税务总局

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

财政部 税务总局公告 2019 年第 35 号

为贯彻落实修改后的《中华人民共和国个人所得税法》（以下称税法）和《中华人民共和国个人所得税法实施条例》（以下称实施条例），现将非居民个人和无住所居民个人（以下统称无住所个人）有关个人所得税政策公告如下：

一、关于所得来源地

（一）关于工资薪金所得来源地的规定。

个人取得归属于中国境内（以下称境内）工作期间的工资薪金所得为来源于境内的工资薪金所得。境内工作期间按照个人在境内工作天数计算，包括其在境内的实际工作日以及境内工作期间在境内、境外享受的公休假、个人休假、接受培训的天数。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，按照半天计算境内工作天数。

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，按照工资薪金所属境内、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。

（二）关于数月奖金以及股权激励所得来源地的规定。

无住所个人取得的数月奖金或者股权激励所得按照本条第（一）项规定确定所得来源地的，无住所个人在境内履职或者执行职务时收到的数月奖金或者股权激励所得，归属于境外工作期间的部分，为来源于境外的工资薪金所得；无住所个人停止在境内履约或者执行职务离境后收到的数月奖金或者股权激励所得，对属于境内工作期间的部分，为来源于境内的工资薪金所得。具体计算方法为：数月奖金或者股权激励乘以数月奖金或者股权激励所属工作期间境内工作天数与所属工作期间公历天数之比。

无住所个人一个月内取得的境内外数月奖金或者股权激励包含归属于不同期间的多笔所得的，应当先分别按照本公告规定计算不同归属期间来源于境内的所得，然后再加总计算当月来源于境内的数月奖金或者股权激励收入额。

本公告所称数月奖金是指一次取得归属于数月的奖金、年终加薪、分红等工资薪金所得，不包括每月固定发放的奖金及一次性发放的数月工资。本公告所称股权激励包括股票期权、股权期权、限制性股票、股票增值权、股权奖励以及其他因认购股票等有偿证券而从雇主取得的折扣或者补贴。

（三）关于董事、监事及高层管理人员取得报酬所得来源地的规定。

对于担任境内居民企业的董事、监事及高层管理职务的个人（以下统称高管人员），无论是否在境内履行职务，取得由境内居民企业支付或者负担的董事费、监事费、工资薪金或者其他类似报酬（以下统称高管人员报酬，包含数月奖金和股权激励），属于来源于境内的所得。

本公告所称高层管理职务包括企业正、副（总）经理、各职能总师、总监及其他类似公司管理层的职务。

（四）关于稿酬所得来源地的规定。

由境内企业、事业单位、其他组织支付或者负担的稿酬所得，为来源于境内的所得。

二、关于无住所个人工资薪金所得收入额计算

无住所个人取得工资薪金所得，按以下规定计算在境内应纳税的工资薪金所得的收入额（以下称工资薪金收入额）：

（一）无住所个人为非居民个人的情形。

非居民个人取得工资薪金所得，除本条第（三）项规定以外，当月工资薪金收入额分别按照以下两种情形计算：

1. 非居民个人境内居住时间累计不超过 90 天的情形。

在一个纳税年度内，在境内累计居住不超过 90 天的非居民个人，仅就归属于境内工作期间并由境内雇主支付或者负担的工资薪金所得计算缴纳个人所得税。当月工资薪金收入额的计算公式如下（公式一）：

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{当月境内外工资薪金总额}} \times \frac{\text{当月境内支付工资薪金数额}}{\text{当月境内支付工资薪金总额}} \times \frac{\text{当月工资薪金所属工作期间境内工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}}$$

本公告所称境内雇主包括雇佣员工的境内单位和个人以及境外单位或者个人在境内的机构、场所。凡境内雇主采取核定征收所得税或者无营业收入未征收所得税的，无住所个人为其工作取得工资薪金所得，不论是否在该境内雇主会计账簿中记载，均视为由该境内雇主支付或者负担。本公告所称工资薪金所属工作期间的公历天数，是指无住所个人取得工资薪金所属工作期间按公历计算的天数。

本公告所列公式中当月境内外工资薪金包含归属于不同期间的多笔工资薪金的，应当先分别按照本公告规定计算不同归属期间工资薪金收入额，然后再加总计算当月工资薪金收入额。

2. 非居民个人境内居住时间累计超过 90 天不满 183 天的情形。

在一个纳税年度内，在境内累计居住超过 90 天但不满 183 天的非居民个人，取得归属于境内工作期间的工资薪金所得，均应当计算缴纳个人所得税；其取得归属于境外工作期间的工资薪金所得，不征收个人所得税。当月工资薪金收入额的计算公式如下（公式二）：

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \times \frac{\text{工作期间境内工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}}$$

（二）无住所个人为居民个人的情形。

在一个纳税年度内，在境内累计居住满 183 天的无住所居民个人取得工资薪金所得，当月工资薪金收入额按照以下规定计算：

1. 无住所居民个人在境内居住累计满 183 天的年度连续不满六年的情形。

在境内居住累计满 183 天的年度连续不满六年的无住所居民个人，符合实施条例第四条优惠条件的，其取得的全部工资薪金所得，除归属于境外工作期间且由境外单位或者个人支付的工资薪金所得部分外，均应计算缴纳个人所得税。工资薪金所得收入额的计算公式如下（公式三）：

$$\text{当月工资薪金收入额} = \frac{\text{当月境内外工资薪金总额}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \times \left[1 - \frac{\text{当月境外支付工资薪金数额}}{\text{当月境内外工资薪金总额}} \times \frac{\text{工作期间境外工作天数}}{\text{当月工资薪金所属工作期间公历天数}} \right]$$

2. 无住所居民个人在境内居住累计满 183 天的年度连续满六年的情形。

在境内居住累计满 183 天的年度连续满六年后，不符合实施条例第四条优惠条件的无住所居民个人，其从境内、境外取得的全部工资薪金所得均应计算缴纳个人所得税。

（三）无住所个人为高管人员的情形。

无住所居民个人为高管人员的，工资薪金收入额按照本条第（二）项规定计算纳税。非居民个人为高管人员的，按照以下规定处理：

1. 高管人员在境内居住时间累计不超过 90 天的情形。

在一个纳税年度内，在境内累计居住不超过 90 天的高管人员，其取得由境内雇主支付或者负担的工资薪金所得应当计算缴纳个人所得税；不是由境内雇主支付或者负担的工资薪金所得，不缴纳个人所得税。当月工资薪金收入额为当月境内支付或者负担的工资薪金收入额。

2. 高管人员在境内居住时间累计超过 90 天不满 183 天的情形。

在一个纳税年度内，在境内居住累计超过 90 天但不满 183 天的高管人员，其取得的工资薪金所得，除归属于境外工作期间且不是由境内雇主支付或者负担的部分外，应当计算缴纳个人所得税。当月工资薪金收入额计算适用本公告公式三。

三、关于无住所个人税款计算

（一）关于无住所居民个人税款计算的规定。

无住所居民个人取得综合所得，年度终了后，应按年计算个人所得税；有扣缴义务人的，由扣缴义务人按月或者按次预扣预缴税款；需要办理汇算清缴的，按照规定办理汇算清缴，年度综合所得应纳税额计算公式如下（公式四）：

年度综合所得应纳税额=（年度工资薪金收入额+年度劳务报酬收入额+年度稿酬收入额+年度特许权使用费收入额-减除费用-专项扣除-专项附加扣除-依法确定的其他扣除）×适用税率-速算扣除数

无住所居民个人为外籍个人的，2022 年 1 月 1 日前计算工资薪金收入额时，已经按规定减除住房补贴、子女教育费、语言训练费等八项津补贴的，不能同时享受专项附加扣除。

年度工资薪金、劳务报酬、稿酬、特许权使用费收入额分别按年度内每月工资薪金以及每次劳务报酬、稿酬、特许权使用费收入额合计数额计算。

（二）关于非居民个人税款计算的规定。

1. 非居民个人当月取得工资薪金所得，以按照本公告第二条规定计算的当月收入额，减去税法规定的减除费用后的余额，为应纳税所得额，适用本公告所附按月换算后的综合所得税率表（以下称月度税率表）计算应纳税额。

2. 非居民个人一个月内取得数月奖金，单独按照本公告第二条规定计算当月收入额，不与当月其他工资薪金合并，按 6 个月分摊计税，不减除费用，适用月度税率表计算应纳税额，在一个公历年度内，对每一个非居民个人，该计税办法只允许适用一

次。计算公式如下（公式五）：

$$\text{当月数月奖金应纳税额}=[(\text{数月奖金收入额}\div 6)\times\text{适用税率}-\text{速算扣除数}]\times 6$$

3. 非居民个人一个月内取得股权激励所得，单独按照本公告第二条规定计算当月收入额，不与当月其他工资薪金合并，按6个月分摊计税（一个公历年度内的股权激励所得应合并计算），不减除费用，适用月度税率表计算应纳税额，计算公式如下（公式六）：

$$\text{当月股权激励所得应纳税额}=[(\text{本公历年度内股权激励所得合计额}\div 6)\times\text{适用税率}-\text{速算扣除数}]\times 6-\text{本公历年度内股权激励所得已纳税额}$$

4. 非居民个人取得来源于境内的劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得，以税法规定的每次收入额为应纳税所得额，适用月度税率表计算应纳税额。

四、关于无住所个人适用税收协定

按照我国政府签订的避免双重征税协定、内地与香港、澳门签订的避免双重征税安排（以下称税收协定）居民条款规定为缔约对方税收居民的个人（以下称对方税收居民个人），可以按照税收协定及财政部、税务总局有关规定享受税收协定待遇，也可以选择享受税收协定待遇计算纳税。除税收协定及财政部、税务总局另有规定外，无住所个人适用税收协定的，按照以下规定执行：

（一）关于无住所个人适用受雇所得条款的规定。

1. 无住所个人享受境外受雇所得协定待遇。

本公告所称境外受雇所得协定待遇，是指按照税收协定受雇所得条款规定，对方税收居民个人在境外从事受雇活动取得的受雇所得，可不缴纳个人所得税。

无住所个人为对方税收居民个人，其取得的工资薪金所得可享受境外受雇所得协定待遇的，可不缴纳个人所得税。工资薪金收入额计算适用本公告公式二。

无住所居民个人为对方税收居民个人的，可在预扣预缴和汇算清缴时按前款规定享受协定待遇；非居民个人为对方税收居民个人的，可在取得所得时按前款规定享受协定待遇。

2. 无住所个人享受境内受雇所得协定待遇。

本公告所称境内受雇所得协定待遇，是指按照税收协定受雇所得条款规定，在税收协定规定的期间内境内停留天数不超过183天的对方税收居民个人，在境内从事受雇活动取得受雇所得，不是由境内居民雇主支付或者代其支付的，也不是由雇主在境内常设机构负担的，可不缴纳个人所得税。

无住所个人为对方税收居民个人，其取得的工资薪金所得可享受境内受雇所得协定待遇的，可不缴纳个人所得税。工资薪金收入额计算适用本公告公式一。

无住所居民个人为对方税收居民个人的，可在预扣预缴和汇算清缴时按前款规定享受协定待遇；非居民个人为对方税收居民个人的，可在取得所得时按前款规定享受协定待遇。

（二）关于无住所个人适用独立个人劳务或者营业利润条款的规定。

本公告所称独立个人劳务或者营业利润协定待遇，是指按照税收协定独立个人劳务或者营业利润条款规定，对方税收居民个人取得的独立个人劳务所得或者营业利润符合税收协定规定条件的，可不缴纳个人所得税。

无住所居民个人为对方税收居民个人，其取得的劳务报酬所得、稿酬所得可享受独立个人劳务或者营业利润协定待遇的，在预扣预缴和汇算清缴时，可不缴纳个人所得税。

非居民个人为对方税收居民个人，其取得的劳务报酬所得、稿酬所得可享受独立个人劳务或者营业利润协定待遇的，在取得所得时可不缴纳个人所得税。

（三）关于无住所个人适用董事费条款的规定。

对方税收居民个人为高管人员，该个人适用的税收协定未纳入董事费条款，或者虽然纳入董事费条款但该个人不适用董事费条款，且该个人取得的高管人员报酬可享受税收协定受雇所得、独立个人劳务或者营业利润条款规定待遇的，该个人取得的高管人员报酬可不适用本公告第二条第（三）项规定，分别按照本条第（一）项、第（二）项规定执行。

对方税收居民个人为高管人员，该个人取得的高管人员报酬按照税收协定董事费条款规定可以在境内征收个人所得税的，应按照有关工资薪金所得或者劳务报酬所得规定缴纳个人所得税。

（四）关于无住所个人适用特许权使用费或者技术服务费条款的规定。

本公告所称特许权使用费或者技术服务费协定待遇，是指按照税收协定特许权使用费或者技术服务费条款规定，对方税收居民个人取得符合规定的特许权使用费或者技术服务费，可按照税收协定规定的计税所得额和征税比例计算纳税。

无住所居民个人为对方税收居民个人，其取得的特许权使用费所得、稿酬所得或者劳务报酬所得可享受特许权使用费或者技术服务费协定待遇的，可不纳入综合所得，在取得当月按照税收协定规定的计税所得额和征税比例计算应纳税额，并预扣预缴税款。年度汇算清缴时，该个人取得的已享受特许权使用费或者技术服务费协定待遇的所得不纳入年度综合所得，单独按照税收协定规定的计税所得额和征税比例计算年度应纳税额及补退税额。

非居民个人为对方税收居民个人，其取得的特许权使用费所得、稿酬所得或者劳务报酬所得可享受特许权使用费或者技术服务费协定待遇的，可按照税收协定规定的计税所得额和征税比例计算应纳税额。

五、关于无住所个人相关征管规定

（一）关于无住所个人预计境内居住时间的规定。

无住所个人在一个纳税年度内首次申报时，应当根据合同约定等情况预计一个纳税年度内境内居住天数以及在税收协定规定的期间内境内停留天数，按照预计情况计算缴纳税款。实际情况与预计情况不符的，分别按照以下规定处理：

1. 无住所个人预先判定为非居民个人，因延长居住天数达到居民个人条件的，一个纳税年度内税款扣缴方法保持不变，年度终了后按照居民个人有关规定办理汇算清缴，但该个人在当年离境且预计年度内不再入境的，可以选择在离境之前办理汇算清缴。

2. 无住所个人预先判定为居民个人，因缩短居住天数不能达到居民个人条件的，在不能达到居民个人条件之日起至年度终了 15 天内，应当向主管税务机关报告，按照非居民个人重新计算应纳税额，申报补缴税款，不加收税收滞纳金。需要退税的，按照规定办理。

3. 无住所个人预计一个纳税年度境内居住天数累计不超过 90 天，但实际累计居住天数超过 90 天的，或者对方税收居民个人预计在税收协定规定的期间内境内停留天数不超过 183 天，但实际停留天数超过 183 天的，待达到 90 天或者 183 天的月度终了后 15 天内，应当向主管税务机关报告，就以前月份工资薪金所得重新计算应纳税款，并补缴税款，不加收税收滞纳金。

（二）关于无住所个人境内雇主报告境外关联方支付工资薪金所得的规定。

无住所个人在境内任职、受雇取得来源于境内的工资薪金所得，凡境内雇主与境外单位或者个人存在关联关系，将本应由境内雇主支付的工资薪金所得，部分或者全部由境外关联方支付的，无住所个人可以自行申报缴纳税款，也可以委托境内雇主代为缴纳税款。无住所个人未委托境内雇主代为缴纳税款的，境内雇主应当在相关所得支付当月终了后 15 天内向主管税务机关报告相关信息，包括境内雇主与境外关联方对无住所个人的工作安排、境外支付情况以及无住所个人的联系方式等信息。

六、本公告自 2019 年 1 月 1 日起施行，非居民个人 2019 年 1 月 1 日后取得所得，按原有规定多缴纳税款的，可以依法申请办理退税。下列文件或者文件条款于 2019 年 1 月 1 日废止：

（一）《财政部税务总局关于对临时来华人员按实际居住日期计算征免个人所得税若干问题的通知》（(88)财税外字第 059 号）；

（二）《国家税务总局关于在境内无住所的个人取得工资薪金所得纳税义务问题的通知》（国税发〔1994〕148号）；

（三）《财政部 国家税务总局关于在华无住所的个人如何计算在华居住满五年问题的通知》（财税字〔1995〕98号）；

（四）《国家税务总局关于在中国境内无住所的个人计算缴纳个人所得税若干具体问题的通知》（国税函发〔1995〕125号）第一条、第二条、第三条、第四条；

（五）《国家税务总局关于在中国境内无住所的个人缴纳所得税涉及税收协定若干问题的通知》（国税发〔1995〕155号）；

（六）《国家税务总局关于在中国境内无住所的个人取得奖金征税问题的通知》（国税发〔1996〕183号）；

（七）《国家税务总局关于三井物产（株）大连事务所外籍雇员取得数月奖金确定纳税义务问题的批复》（国税函〔1997〕546号）；

（八）《国家税务总局关于外商投资企业和外国企业对境外企业支付其雇员的工资薪金代扣代缴个人所得税问题的通知》（国税发〔1999〕241号）；

（九）《国家税务总局关于在中国境内无住所个人取得不在华履行职务的月份奖金确定纳税义务问题的通知》（国税函〔1999〕245号）；

（十）《国家税务总局关于在中国境内无住所个人以有价证券形式取得工资薪金所得确定纳税义务有关问题的通知》（国税函〔2000〕190号）；

（十一）《国家税务总局关于在境内无住所的个人执行税收协定和个人所得税法若干问题的通知》（国税发〔2004〕97号）；

（十二）《国家税务总局关于调整个人取得全年一次性奖金等计算征收个人所得税方法问题的通知》（国税发〔2005〕9号）第六条；

（十三）《国家税务总局关于在境内无住所个人计算工资薪金所得缴纳个人所得税有关问题的批复》（国税函〔2005〕1041号）；

（十四）《国家税务总局关于在中国境内担任董事或高层管理职务无住所个人计算个人所得税适用公式的批复》（国税函〔2007〕946号）。

特此公告。

附件：按月换算后的综合所得税率表

按月换算后的综合所得税率表

级数	全月应纳税所得额	税率	速算扣除数
1	不超过 3000 元的	3%	0
2	超过 3000 元至 12000 元的部分	10%	210
3	超过 12000 元至 25000 元的部分	20%	1410
4	超过 25000 元至 35000 元的部分	25%	2660
5	超过 35000 元至 55000 元的部分	30%	4410
6	超过 55000 元至 80000 元的部分	35%	7160
7	超过 80000 元的部分	45%	15160

财政部 税务总局

2019 年 3 月 14 日

法规名称：《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国反不正当竞争法〉的决定》

Name of Regulation: Decision of the Standing Committee of the National People's Congress on Amending the Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China

公布部门：全国人民代表大会常务委员会

Department: Standing Committee of the National People's Congress

公布日期：2019年4月23日

Date of publication: April 23, 2019

施行日期：2019年4月23日

Implementation date: April 23, 2019

内容概要：2019年4月23日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过了关于修改《中华人民共和国反不正当竞争法》的决定（以下简称《决定》），且于当日开始实施。

Abstract: On April 23, 2019, the 10th meeting of the Standing Committee of The Thirteenth National People's Congress of People's Republic of China passed an resolution on amending Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Resolution), which will come into effect on the same day.

亮点:

Highlights:

一、《决定》扩大了侵犯商业秘密适用的范围

The *Resolution* has expanded the scope of application for infringement of trade secrets

1、扩大了商业秘密适用范围。《决定》将商业秘密范围从“技术信息、经营信息”扩大到“技术信息、经营信息等商业信息”。

The scope of application of trade secrets has been expanded. The *Resolution* extends the scope of business secrets from "technical information and business information" to "technical information, business information and other business information".

2、扩大了侵权主体适用范围。《决定》将商业秘密的侵权主体由经营者扩大到经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织。

The scope of application of the infringement subject has been expanded. The *Resolution* extends the infringement subject of trade secrets from business operators to other natural persons, legal persons and non-legal organizations.

3、扩大了侵犯商业秘密行为和方式认定范围。

The scope of infringement of business secrets and mode identification has been expanded.

(1) 增加了“以电子侵入手段获取商业秘密”为侵犯商业秘密；

"Obtaining trade secrets by means of electronic invasion" as an infringement of trade secrets has been added;

(2) 规定教唆、引诱、帮助他人获取、披露、使用或者允许他人使用商业秘密，视为侵犯商业秘密。

Anyone who instigates, entices or helps others to obtain, disclose, use or allow others to use trade secrets shall be deemed to have infringed trade secrets.

详见修订后的《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称“新法”）第九条。

For details, please refer to Article 9 of the revised *Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China* (hereinafter referred to as the "New law").

二、《决定》加重了侵犯商业秘密的法律责任

The *Resolution* Increased legal liability for infringement of trade secrets

1、加重了民事赔偿责任。

The civil liability for compensation has been increased.

(1) 增加了惩罚性赔偿：修订前商业秘密侵权的赔偿金额根据被侵权方实际损失或者侵权人所获利益确定；修订后，经营者如果被查实恶意实施侵权行为情节严重的，可以按照被侵权方实际损失或者侵权人所获利益的一倍以上五倍以下确定赔偿金额。

Punitive damages have been added: The amount of compensation for trade secret infringement before the revision shall be subject to the actual loss of the infringed party or the benefits obtained by the infringer. After the revision, if the operator is found to have committed the infringement maliciously and the circumstances are found to be serious, the amount of compensation can be determined according to the actual loss of the infringed party or the interests gained by the infringer between 1 and 5 times.

(2) 提高了法院酌情判赔金额：被侵权方损失难以确定的，法院可以酌定判决给予权利人的金额从修订前最高三百万金额增加为五百万元。

The court's discretionary award amount has been increased: if the infringed party's loss is difficult to be determined, the court may, at its discretion, increase the amount awarded to the obligee from the maximum amount of RMB 3 million Yuan before the amendment to RMB 5 million Yuan now.

详见新法第十七条。

See Article 17 of the New law for details.

2、增加行政处罚的力度。针对侵犯商业秘密行为，增加没收违法所得的惩罚，罚款从修订前十万元以上五十万元以下，增加为修订后十万元以上一百万元以下；情节严重的，罚款从修订前五十万元以上三百万元以下，增加为修订后为五十万元以上五百万元以下。

The intensity of administrative punishment has been increased. For infringement of business secrets, the penalty for confiscating illegal income will be increased from RMB 100,000 Yuan to RMB 500,000 Yuan before the amendment to RMB 100,000

Yuan to RMB 1 million Yuan after the amendment. If the circumstances are serious, the fine will be increased from RMB 500,000 Yuan to RMB 3 million Yuan before the amendment to RMB 500,000 Yuan to RMB 5 million Yuan after the amendment.

详见新法第二十一条。

See Article 21 of the New law for details.

三、增加侵权方的举证责任

Proof on the infringer has been requested.

修订前商业秘密侵权行为主张侵权方需要承担完全的举证责任,但是根据新法规定,只要商业秘密权利人提供初步证据,合理表明商业秘密被侵犯,且提供符合新法规定的证据之一的,涉嫌侵权人应当证明其不存在侵害权利人商业秘密的行为。

Before the revision, the infringement of trade secrets claimed that the infringer should bear the full responsibility of proof. However, according to the provisions of the New law, if Owner of the commercial secrets provides preliminary evidence, reasonably indicates that the trade secrets have been infringed and provides one of the evidences in accordance with the provisions of the New law, the suspected infringer should prove that there is no infringement of the trade secrets of the obligee.

详见新法第三十二条。

See Article 32 of the New law for details.

新法规链接:

中华人民共和国反不正当竞争法

第一章 总 则

第一条 为了促进社会主义市场经济健康发展,鼓励和保护公平竞争,制止不正当竞争行为,保护经营者和消费者的合法权益,制定本法。

第二条 经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为,是指经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

本法所称的经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和非法人组织。

第三条 各级人民政府应当采取措施,制止不正当竞争行为,为公平竞争创造良好的环境和条件。

国务院建立反不正当竞争工作协调机制,研究决定反不正当竞争重大政策,协调处理维护市场竞争秩序的重大问题。

第四条 县级以上人民政府履行工商行政管理职责的部门对不正当竞争行为进行查处;法律、行政法规规定由其他部门查处的,依照其规定。

第五条 国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。国家机关及其工作人员不得支持、包庇不正当竞争行为。

行业组织应当加强行业自律,引导、规范会员依法竞争,维护市场竞争秩序。

第二章 不正当竞争行为

第六条 经营者不得实施下列混淆行为,引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

- (一)擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识;
- (二)擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等);
- (三)擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等;
- (四)其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人,以谋取交易机会或者竞争优势:

- (一)交易相对方的工作人员;
- (二)受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人;
- (三)利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

第八条 经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

(一)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

(三)违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；

(四)教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。

经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

第十条 经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

(一)所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

(二)采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；

(三)抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

第十一条 经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

(一)未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

(三)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；

(四)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

第三章 对涉嫌不正当竞争行为的调查

第十三条 监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，可以采取下列措施：

- (一)进入涉嫌不正当竞争行为的经营场所进行检查；
- (二)询问被调查的经营者、利害关系人及其他有关单位、个人，要求其说明有关情况或者提供与被调查行为有关的其他资料；
- (三)查询、复制与涉嫌不正当竞争行为有关的协议、账簿、单据、文件、记录、业务函电和其他资料；
- (四)查封、扣押与涉嫌不正当竞争行为有关的财物；
- (五)查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户。

采取前款规定的措施，应当向监督检查部门主要负责人书面报告，并经批准。采取前款第四项、第五项规定的措施，应当向设区的市级以上人民政府监督检查部门主要负责人书面报告，并经批准。

监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，应当遵守《中华人民共和国行政强制法》和其他有关法律、行政法规的规定，并应当将查处结果及时向社会公开。

第十四条 监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，被调查的经营者、利害关系人及其他有关单位、个人应当如实提供有关资料或者情况。

第十五条 监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

第十六条 对涉嫌不正当竞争行为，任何单位和个人有权向监督检查部门举报，监督检查部门接到举报后应当依法及时处理。

监督检查部门应当向社会公开受理举报的电话、信箱或者电子邮件地址，并为举报人保密。对实名举报并提供相关事实和证据的，监督检查部门应当将处理结果告知举报人。

第四章 法律责任

第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。

第十八条 经营者违反本法第六条规定实施混淆行为的,由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法商品。违法经营额五万元以上的,可以并处违法经营额五倍以下的罚款;没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的,可以并处二十五万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。

经营者登记的企业名称违反本法第六条规定的,应当及时办理名称变更登记;名称变更前,由原企业登记机关以统一社会信用代码代替其名称。

第十九条 经营者违反本法第七条规定贿赂他人的,由监督检查部门没收违法所得,处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的,吊销营业执照。

第二十条 经营者违反本法第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传,或者通过组织虚假交易等方式帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传的,由监督检查部门责令停止违法行为,处二十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处一百万元以上二百万元以下的罚款,可以吊销营业执照。

经营者违反本法第八条规定,属于发布虚假广告的,依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚。

第二十一条 经营者以及其他自然人、法人和非法人组织违反本法第九条规定侵犯商业秘密的,由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法所得,处十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上五百万元以下的罚款。

第二十二条 经营者违反本法第十条规定进行有奖销售的,由监督检查部门责令停止违法行为,处五万元以上五十万元以下的罚款。

第二十三条 经营者违反本法第十一条规定损害竞争对手商业信誉、商品声誉的,由监督检查部门责令停止违法行为、消除影响,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。

第二十四条 经营者违反本法第十二条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的,由监督检查部门责令停止违法行为,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。

第二十五条 经营者违反本法规定从事不正当竞争,有主动消除或者减轻违法行为危害后果等法定情形的,依法从轻或者减轻行政处罚;违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚。

第二十六条 经营者违反本法规定从事不正当竞争,受到行政处罚的,由监督检查部门记入信用记录,并依照有关法律、行政法规的规定予以公示。

第二十七条 经营者违反本法规定,应当承担民事责任、行政责任和刑事责任,其财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。

第二十八条 妨害监督检查部门依照本法履行职责，拒绝、阻碍调查的，由监督检查部门责令改正，对个人可以处五千元以下的罚款，对单位可以处五万元以下的罚款，并可以由公安机关依法给予治安管理处罚。

第二十九条 当事人对监督检查部门作出的决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

第三十条 监督检查部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露调查过程中知悉的商业秘密的，依法给予处分。

第三十一条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第五章 附 则

第三十二条 在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：

- (一)有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；
- (二)有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；
- (三)有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。

第三十三条 本法自 2018 年 1 月 1 日起施行。

不定时工作制的加班费支付风险

Risk of Overtime Payment for Flexible Working Hours System

保华律师事务所 奚沁赞 林歌

Baohua Law Firm Xi Qinyun Lin Ge



不定时工作制，是指用人单位因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，无法按标准工作时间安排工作或因工作时间不固定，需要安排劳动者机动作业所采用的弹性工时制度。一般情况下，对执行不定时工作制度的劳动者无需支付加班工资。

那么，对于获得行政部门审批许可并与劳动者约定适用不定时工作制的岗位，用人单位就必然高枕无忧了吗？从司法实践来看，用人单位存在虽适用不定时工作制，但仍被要求支付加班工资的风险。

The flexible working hours system refers to a system of working hours adopted by the employer for the employee whose work cannot be arranged according to the standard working time or whose working time is not fixed due to the production characteristics, special needs of work or the scope of duties. In general, employees who work under the flexible working hours system have no overtime payment.

However, for those posts which have been approved by administrative department and have been agreed with employees to apply to the flexible working hours system, does it really mean that the employers can rest easy? From the perspective of judicial practice, employers are still at risk of being required to pay overtime payment despite the flexible working hours system is applied.

不定时工作制,是指用人单位因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,无法按标准工作时间安排工作或因工作时间不固定,需要安排劳动者机动作业所采用的弹性工时制度。一般情况下,对执行不定时工作制度的劳动者无需支付加班工资。

那么,对于获得行政部门审批许可并与劳动者约定适用不定时工作制的岗位,用人单位就必然高枕无忧了吗?从司法实践来看,用人单位存在虽适用不定时工作制,但仍被要求支付加班工资的风险。

The flexible working hours system refers to a system of working hours adopted by the employer for the employee whose work cannot be arranged according to the standard working time or whose working time is not fixed due to the production characteristics, special needs of work or the scope of duties. In general, employees who work under the flexible working hours system have no overtime payment.

However, for those posts which have been approved by administrative department and have been agreed with employees to apply to the flexible working hours system, does it really mean that the employers can rest easy? From the perspective of judicial practice, employers are still at risk of being required to pay overtime payment despite the flexible working hours system is applied.

一、工作日加班费与休息日加班费

《中华人民共和国劳动法》第44条规定了加班工资的支付标准:工作日加班150%、休息日加班不能安排补休的200%,法定节假日加班300%。《中华人民共和国劳动法》并未明确该加班工资标准是仅适用标准工时制,还是适用不定时工作制度和综合计算工时制度等所有工时制度。一般认为,不定时工作制度和综合计算工时制度由于其区别于标准工时的特点,在加班工资适用上不能全部适用劳动法44条相应规定。

根据《劳动部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》,不定时工作制具有两大特点:其一,工作无法按标准工作时间衡量,如用人单位中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员;其二,工作性质特殊,需机动作业,如用人单位中的长途运输人员、出租汽车司机和铁路、港

口、仓库的部分装卸人员等。

对于第一类情形，劳动者通常没有明确上下班时间，或者出勤时间灵活，缺乏有效考勤方式、每日实际工作时间无法计算；对于第二类情形，劳动者往往工作任务不固定，工作和休息时间转换频率高，无法适用固定工作时间。鉴于这些岗位的生产特点和工作特殊需要，其与工作时间固定明确、容易衡量的标准工时制具有较大差别，在实际工作中自然难以执行对于工作日和休息日加班工资的支付规定。

劳动部《工资支付暂行规定》第13条¹规定，对于实行不定时工作制度的劳动者，不执行加班工资的规定，按此规定实行不定时工作制度的劳动者在工作日和休息日从事工作，不享受加班工资。全国各省市在制定地方工资支付条例时也均形成共识，对于不定时工作制，用人单位无需支付工作日加班工资和休息日加班工资。

二、法定节假日加班费

对于是否向不定时工作制劳动者支付法定节假日加班工资，各地区存在不同做法。

劳动部《工资支付暂行规定》第13条明确不定时工作制不执行加班工资的规定，按劳动部规定，不定时工作制员工在法定节假日工作也无法获得加班工资。我国多数省市在制定地方工资支付规定时按劳动部规定执行，如北京、广东、江苏、浙江、山东等，认为用人单位无需支付法定节假日加班工资。

但也有少数地区认为应当向不定时工作制劳动者支付法定节假日加班工资，其出发点主要考虑两方面：一方面，根据《全国年节及纪念日放假办法》，元旦、春节、清明节等法定假日是全体公民均应享有的休息日，具有特定意义，不能因工时制不同而将一部分劳动者排除在外；另一方面，不同于工作日加班和休息日

1 《工资支付暂行规定》第十三条 用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应按以下标准支付工资：

（一）用人单位依法安排劳动者在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%支付劳动者工资；

（二）用人单位依法安排劳动者在休息日工作，而又不能安排补休的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的200%支付劳动者工资；

（三）用人单位依法安排劳动者在法定休假节日工作的，按照不低于劳动合同规定的劳动者本人日或小时工资标准的300%支付劳动者工资。……

实行不定时工时制度的劳动者，不执行上述规定。

加班难以衡量工作时间，劳动者是否在法定节假日期间工作相对容易判断，支付法定节假日加班工资具有可操作性。目前如上海²、天津³、深圳⁴等部分地区规定对于在法定节假日工作的不定时工作制劳动者，应当支付 300%加班工资。

因此，用人单位在法定节假日安排劳动者工作的，应注意所在地区对于加班工资支付的规定。

三、不定时工作制的加班费支付风险

法律虽规定不定时工作制无需支付延时加班工和双休日加班工资，但在司法实践中，即便经过工时制审批，并与劳动者约定适用不定时工作制，用人单位在实际执行中仍可能面临被要求支付加班工资的风险。

具体而言，不定时工作制是否需要支付加班费可以分为以下几种情况：

第一种：在不定时工作制中约定最高工作时间或者约定支付加班费的，应当支付加班工资

【天津案例】 B 公司对销售岗位申请不定时工作制审批时，在《企业实行不定时计算工时制度申请书》中提及“确保员工休息，全年工作时间不超过 2000 小时，保证全年总工时与法定总工时基本相同”。

法院认为，作为用工单位，B 公司申请了不定时工作制，并经劳动保障行政部门批准许可。涉案《劳动合同》明确约定，丁某从事岗位执行不定时工作制。然而在具体用工过程中，根据丁某工资条记载的出勤天数及证人证言，丁某每年的实际工作时间已超出了 B 公司获准执行的 2000 个小时，不符合“全年总工时与法定总工时基本相同”的承诺。B 公司应当向丁某支付延时加班费。

【南京案例】 Y 公司与王某签订劳动合同，合同约定王亚东在综合岗从事

2 《上海市企业工资支付办法》（2016 修订）

十三、企业根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应以本办法第九条确定的计算基数，按以下标准支付加班工资：……

（三）安排劳动者在法定休假日工作的，按照不低于劳动者本人日或小时工资的 300% 支付。……

经人力资源社会保障行政部门批准实行不定时工时制的劳动者，在法定休假日由企业安排工作的，按本条第（三）项的规定支付加班工资。

3 《关于印发〈天津市特殊工时工作制行政许可管理办法〉的通知》第九条 经批准实行不定时工作制的用人单位，在法定休假日安排劳动者工作的，应当根据《劳动法》第四十四条第三项规定，按照不低于工资的百分之三百标准，支付高于正常工作时间工资的工资报酬。

4 《深圳市员工工资支付条例》（2009 修正）第二十条 用人单位安排实行不定时工作制的员工在法定休假日工作的，按照不低于员工本人正常工作时间工资的百分之三百支付员工加班工资。

后勤工作，实行不定时工作制，加班加点工资按国家规定的加班工资的计发基数标准计算。在劳动合同履行过程中，公司对王某进行考勤，并支付部分加班工资。之后双方发生争议，王某要求公司支付双休日加班工资。

法院认为，用人单位在休息日安排劳动者工作又不能在六个月之内安排同等时间补休的，按照不低于本人工资的百分之二百支付加班工资，根据考勤表复印件上载明的加班时间，用人单位应当支付王某加班工资差额。

第二种：虽然实行不定时工作制，如果双方实际按照标准工时制度履行劳动合同，用人单位应参照标准工时制计算劳动者的加班工资

【天津案例】张某在 X 公司任促销员岗位，经社保局批准，该岗位的劳动者实行不定时工作制。但是劳动合同履行过程中，张某在 X 公司的实际工作时间为：每日 8：30 至 18：00，每周公休日至少休息一天，且 X 公司通过打卡机记录员工的考勤情况。张某要求公司支付加班费。

法院认为，不定时工作制的主要特点及标准为：集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等方式。双方在劳动合同中虽然约定了销售岗位执行不定时工作制，但在实践过程中，X 公司实行的并非不定时工作制的工作方式，而是完全按照标准工时制度来执行，即实行劳动者每日工作 8 小时，每周工作 40 小时这一标准，且通过打卡机对员工进行考勤。故法院认为对于促销员岗位而言，其不定时工作制存在的意义已经丧失，而应当参照标准工时制来计算员工的加班费。

【南京案例】徐某在南京 K 公司从事销售工作，双方在劳动合同中约定采用不定时工作制。

法院认为，虽然 K 公司主张双方在劳动合同中约定采用不定时工作制，但因公司对徐某进行考勤，且考勤记录中显示徐某存在延时加班及休息日加班。法院依据考勤记录，酌情认定徐某工作期间存在延时加班 1399 分钟，休息日加班 4 天，应支付相应加班工资。

【天津案例】杨某与 J 公司签订劳动合同，约定适用不定时工作制，J 公司在薪酬福利制度中明确“薪酬”由月薪和奖金组成，其中月薪包括基本工资、加班费、绩效工资、夜班津贴或值班补贴。同时，根据 2012 年 12 月至 2014 年 12 月期间的工资台账，J 公司已向杨某该期间加班费 4137.94 元。

法院认为,虽然双方约定实行不定时工作制度,但根据杨某提交的证据证实,杨某在 2007 年 10 月 27 日到“山倾城”项目工作后,实行的工作制度实为标准工时;再依据工资台账,能够证实杨某在 2013 年 1、2、4-6、9、10 月及 2014 年 10 月共计 8 个月存在加班情况和 J 公司已支付部分加班工资的事实,判决 J 公司应支付杨某单休日加班工资差额。

第三种:用人单位支付加班工资系用人单位自愿行为,不能因此主张加班费差额

【上海案例】张某担任上海 B 公司驾驶员一职,双方约定适用不定时工作制,同时约定了“加班及夜班津贴”。在劳动合同履行期间,B 公司以工资的 70%为基数对张某早晚出车支付加班津贴。后张某要求 B 公司支付加班工资差额。

法院认为,张某在 B 公司除早、晚的出车任务外,中间的时间如果没有驾驶任务,B 公司对其不进行严格管理,张某可以外出,也可以在休息室休息。张某虽主张存在加班,但未提供充分有效的证据予以佐证。在 B 公司支付张某的工资明细中包含“加班及夜班津贴”, 张某主张此系 70%的加班工资,但法院认为“加班及夜班津贴”系 B 公司自愿支付给张某的津贴,张某要求支付加班工资差额的主张,不予支持。

第四种:用人单位给予不定时工作制倒休、报销等待遇,无需支付加班费

【天津案例】商某与 A 公司签订劳动合同,其所在岗位实行经审批的不定时工作制。商某主张自己在工作期间存在加班事实,应当支付加班费,并提交加班申请的邮件、报销费用报告等证据。

法院认为,虽然商某提交了加班申请的电子邮件,但公司并无支付加班费的回复内容,仅有加班倒休的回复;对于商某提交的报销费用报告,报销的内容仅为交通费用,并无证据证实公司向其支付过加班费。法院判决,商某无充分证据证实其在工作期间实际执行标准工时,对加班费诉请不予支持。

四、对策建议

用人单位在实际操作中应注意区分标准工时制与不定时工作制的用工特点,

设计符合不定时工作特点的工时管理制度。用人单位可以从以下三个方面对不定时工作制与标准工时制进行区分，设计符合不定时工作特点的工时管理制度，：

第一，出勤时间要求：用人单位可参照标准工时制对劳动者进行管理，但应给予劳动者一定的工作时间调整灵活性；同时，可通过规章制度的方式提前明确劳动者对工作时间调整的申报调整流程及用人单位对不定时工作制岗位出勤时间的调整权限。

第二，考勤管理方式：不定时工作制岗位不能仅仅用出勤时间一个维度衡量工作完成情况，因此用人单位在使用考勤、打卡等方式对进行出勤管理的同时，可附加使用其他管理方式，如劳动定额、绩效考核、工作报表制度等，多维度对劳动者的工作情况进行考察。

第三，工资结构设计：如果用人单位以加班工资的名目补贴不定时工作制劳动者，会有被认定为实际执行标准工时制而非不定时工作制的风险。因此，用人单位对不定时工作制的劳动者进行补贴的，可适当向其发放“交通补贴”或“餐补”等补贴，或以“岗位津贴”“项目奖金”形式给予劳动者报酬。

劳动法的国家观

——劳动合同立法争鸣的深层思考



《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称《草案》)的基本思路,笔者曾将其概括为:对企业实行宽进严出,对员工实行宽进宽出,对劳动管理溶入员工主导,对劳动关系实行行政干预。¹这一思路目前正在变化,但作为“公开征求意见稿”影响甚广。本文试图探索这一思路背后的国家观。

一、现有《劳动法》实现了国家本位向社会本位的转变

无论对《草案》持赞成或否定意见的学者不约而同的将论证的起点选在 1995 年,这一年《中华人民共和国劳动法》实施,劳动法依照市场经济规律,建立了一套社会化的调整体制,劳动法的国家观发生了重大转变。

我国曾长期实行固定工制度,这是一种“劳动关系国家化”的用工制度。这种劳动关系的特征:一是凝固化,人员只进不出。二是行政化,劳动关系采用行政调节手段,形成一种个人对国家的人身依附关系。三是理想化与形式化。理论上说员工不仅是企业的主人而且是国家的主人,企业内有各种流于形式的民主管理制度。实际上,我国的总体性社会结构中,不存在独立于国家之外的市民社会,国家和社会实际上是完全重合的,个人利益被抽象于国家利益之中,整个社会只存在着一个层次的行政调控。高度膨胀的国家人格淹没了企业人格、工会人格、劳动者人格。

中国的改革开放是市民社会的艰难发育过程,国家与社会之间出现了结构分化。劳动法对原有劳动关系也进行了再构造,重点是实行政企分开,国家从完全包揽的状态逐渐降为底线约束,还权于民。国家不再是劳动关系的当事人,而是以保障劳动者的生存利益为目标,通过规定最低工资、最高工时等劳动基准法的内容,倾斜立法,实现宏观控制。劳动基准法主要依靠劳动关系双方当事人自觉履行,作为一种公法性的规范,当用人单位未能履行时,以劳动监察这种行政执法手段,强制当事人履行。由于国家不再成为劳动关系的一方主体,从根本上改变了劳动关系“行政化”的特征。

随着社会空间的出现,个人对国家的依附性明显降低,社会成为一个提供发展和机会的源泉。相对独立的社会力量逐步形成,劳动者、企业、社会团体开始具有独立人格,尤其是“劳动者”开始分化,出现了分层。企业家阶层、个体户阶层以及知识阶层,都有明显的发展;工会、商会、保护消费者协会等民间社会

¹ 参见董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》,载《法商研究》2006 年第 3 期。

组织化程度增强。劳动关系溶入私法因素，企业不再成为安置单位，劳动关系摆脱了“凝固化”特征。

为保障劳动者的利益，《劳动法》除以劳动基准法进行宏观底线控制外，还在中观和微观上形成了劳动者“用手投票”和“用脚投票”权。中观上，通过企业集体合同调整集体劳动关系，由企业与工会进行集体协商，劳动者可以通过“用手投票”的形式调整自身在劳动关系中的权利义务，对由此产生的争议主要采取社会协调的方式处理。微观上，通过劳动合同调整个别劳动关系。由于劳动合同具有定式合同的特点，企业往往会将人力资源管理的基本要求，以合同的形式要求劳动者确认，劳动者只能在接受与拒绝中做选择。当劳动者对用人单位的管理无法接受时，可以“用脚投票”。法律保障的是劳动者有较一般民事制度更为宽松的劳动合同解除权。随着“国家本位”向“社会本位”的转变，我国劳动关系去除了“理想化”与“形式化”的外衣，向着社会主义市场经济这一更符合中国实际的目标发展。

二、我国当前立法中出现了向国家本位回归的思潮

劳动合同立法公开征求意见时，《草案》中重又出现了凝固化、理想化、形式化、行政化的特点。即对企业实行宽进严出(凝固化)；对员工实行宽进宽出(理想化)；对劳动管理溶入员工主导(形式化)；对劳动关系实行行政干预(行政化)。这一思路给予“体制回归”的想象空间。凝固化，计划经济讲的是对企业实行有进无出，草案是实行宽进严出；理想化，计划经济讲资产全民所有，草案是对员工实行宽进宽出；形式化，计划经济讲工人是企业的主人，草案是劳动管理融入员工主导；行政化，计划经济是指劳动关系行政调节，草案是对劳动关系实行行政干预。这一思路的出现决非偶然。

一些学者认为，中国原有劳动关系是平衡的，²《劳动法》那种让“国家与社会分离”做法，破坏了原有平衡，产生了劳资两个对立阶级，并导致劳资失衡、权利真空。这些学者对所谓的“权利真空”开出的药方是：“《劳动合同法》要解决这个问题。要从形式平等达至实质平等，公权介入是一大特点。”³这里所说的“公权介入”，在很大程度上是“政府介入”。⁴在现代行政法理念中，行政机关

² 参见常凯：《劳权保障是社会主义市场经济题中之义》，载《中国劳动》2004年第1期。

³ 常凯：《劳资不成熟，公权需介入》，载《新民周刊》2006年第21期。

⁴ 参见常凯：《论政府在劳动法律关系中的身份和作用》，载《中国劳动》2004年第12期。

的权力来源于其应尽的义务，依法行政是其基本义务，行政权力和行政义务紧密结合，成为“行政职责”或“行政职权”。由于现行劳动法中依法行政的空间只是设定为底线控制，对于政府权力扩张有诸多不便，这些学者对现代行政法理念进行了改造。围绕着“政府介入”，通过“社会劳动关系三方主体论”、“政府权利主体论”、“政府的义务主体论”等理论，勾画出“国家本位”的基本思路。

社会劳动关系三方主体论。“社会劳动关系在主体构成上已经不是劳资双方的构成，而是劳方、资方和政府的三方结构。”⁵可以发现“社会劳动关系”其实根本已经脱离用人单位与劳动者双方所形成的劳动关系的概念。政府以劳动行政关系的方式，保护劳动关系的正常运行，这原是《劳动法》的题中应有之意，另辟蹊径的意义，显然是要为政府重回劳动关系，开辟一块新天地。“政府作为三方主体之一，直接介入其中。在社会劳动关系中，政府作为法律关系主体之一，发挥着主导的作用。在这个关系中，公权力的作用更加突出。”⁶这种“三方关系”又是由政府与用人单位、政府与劳动者这样两对关系构成的。进一步分析可以发现，这样的拆解，可以使政府从根本上摆脱现代行政法的束缚。

政府的权利主体论。就第一对关系即政府与用人单位的关系而言，政府是权利主体，用人单位是义务主体。“在和雇主的法律关系中，政府则是权利主体。在这一关系中，政府行使的是劳动行政管理权，这一权利的直接目的是规范雇主行为，以排除对劳动者的侵害。”⁷作为一种“劳动行政管理权”本身应当是一种职权，权力与义务相衔接。这些学者将权力改造为权利，又将权利与义务组合在不同的法律关系中，在政府与企业的法律关系中，政府只是权利主体。《牛津法律大辞典》指出，权利(right)“它表示通过法律规则授与某人以好处或收益。”作为一种权利，而非义务，可以行使也可以放弃。这种将政府的行政权只规定为一种权利，为政府选择性执法提供了法学依据。

如果允许选择性执法，政府的执法空间显然是越大越好，我国学者进一步描绘了政府行使权利的空间和范围：“一是利用劳工标准立法来规定雇主在个别劳动关系中的义务，同时限制雇主的财产权滥用，特别是解雇权的滥用；二是通过劳动行政来对于雇主遵守《劳动法》的情况实施劳动监察；三是通过建立和实施

⁵ 常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社 2004 年版，第 83-85 页。

⁶ 常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社 2004 年版，第 83-85 页。

⁷ 常凯：《论政府在劳动法律关系中的身份和作用》，载《中国劳动》2004 年第 12 期。

不当劳动行为制度，对于雇主侵害劳动者团结权的行为，给予权利人以行政救济和司法救济。”⁸除了宏观层次的劳动基准外，中观层次的团结权、微观层次的解雇权统统纳入政府管制范围，从而将劳动关系调整的三个层次通通装入“公法关系”的口袋。

政府的义务主体论。就第二对关系即政府与劳动者的关系而言，政府是义务主体，劳动者是权利主体。“劳动者对于国家应该享有生存权保障的请求权，而且还具有能够排除他人侵害的私权的性质。”⁹表面看来，政府“权利扩张”在这里受到了劳动者的私权制约，稍加分析便可以发现，这种私权制约根本难以奏效。

权利、义务作为一种私权利，被理解为主体的双向对象化。“每一方只有在它与另一方的联系中才能获得它自己的规定，此一方只有反映了另一方，才能反映自己。另一方也是如此；所以每一方都是它自己的对方的对方。”¹⁰权利和义务的关系往往是用对方的义务来限定自己的权利，一方的权利就是对方的义务，反之亦然。当劳动者是权利主体，政府是义务主体时，劳动者的权利限定了政府的义务，劳动者只要放弃权利也就免除了政府的义务。单个劳动者面对用人单位尚属弱势主体，面对更为强大的政府当然更加弱势，更何况当其行使权利时还受到来自用人单位的压力。在行使权利与放弃权利之间，劳动者恐怕只能选择放弃。中国农民工被大规模的拖欠工资，从法律上说是可以通过劳动监察的方式来保护自己利益的，但大部分农民工并未向劳动监察投诉；在现行体制中，劳动监察也是可以依职权行使监察权的，换句话说，对于农民工被大规模的拖欠工资，劳动监察也是有失察责任的，因此也受到社会各界普遍指责。这些学者显然为劳动部门摆脱责任发明了学理依据：这只是劳动者的一种弃权，劳动监察作为义务主体，可因劳动者的弃权而免除义务。劳动监察可以不告不理。

如果以“社会劳动关系三方主体论”为依据，依“政府的权利主体论”，劳动部门对用人单位可以形成不受制约的“强权利”格局；依“政府的义务主体论”，可以通过劳动者弃权，免除政府义务，形成“弱义务”格局。可见，这种所谓的三方主体理论，有利于实现政府权力扩张，而劳动者从这种理论中根本不可能受益。

⁸ 常凯：《论政府在劳动法律关系中的身份和作用》，载《中国劳动》2004年第12期。

⁹ 常凯：《论政府在劳动法律关系中的身份和作用》，载《中国劳动》2004年第12期。

¹⁰ [德]黑格尔：《小逻辑》，贺麟译，商务印书馆1980年版，第254-255页。

三、我国的劳动合同立法应当坚持社会本位的思想

劳动合同立法在公开征求意见的草案中对企业实行宽进严出,对员工实行宽进宽出,很大程度上是要将企业重新改造成为安置单位;对劳动关系实行行政干预,是要将企业的安置行为重新置于行政控制之下。上述“政府的权利主体论”、“政府的义务主体论”为之提供了理论依据。如果政府的控制越过宏观的界限,进入劳动关系的中观层次甚至微观层次,国家将重新吞没社会空间。

现有劳动监察主要针对底层劳动者的权益进行保护,其执法状况尚不能令人满意。而《草案》将企业管理的方方面面,甚至合同缺个条款、企业少个证明均纳入了劳动行政机关的执法范围,底层劳动者和上层劳动者的权益都要求行政部门予以保护。国家的公共资源毕竟有限,将原本应用于底层劳动者保护的行政资源转移到对上层劳动者保护,消耗大量公共资源却未必能取得预期效果。在底层劳动者行政资源相对减少的情况下,目前最需要行政干预的工资拖欠、劳动安全等问题,是逐渐改善还是进一步恶化,令人焦虑。

当行政机关承担了根本无法完成的行政执法任务时,行政机关必然进行一种选择性执法。“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”¹¹将中国改革进退全系于政府不受约束的行为之上,会形成政治与经济之间的深刻矛盾。公共选择学派认为个人不仅在经济市场上是自利的“经济人”,而且在政治市场上也是关注自身权力和利益最大化的“经济人”,¹²他们倾向于利用手中的职权进行寻租。从这个角度说,政府并不比其它机构更圣洁、更正确,政府的缺陷至少和市场的缺陷一样严重。

社会法是以维持社会弱势主体的生存及其福利的增进为目的而形成的,调整社会弱势群体在进行社会活动中所产生的社会关系,兼具私法和公法特点的新型法律领域。从第三法域的意义上认识“社会”应当以“结果公正”为基石来进行构建,对于我国这样一个经济体制改革取得巨大成功的国家,社会法最基本的要求就是要让弱势群体分享改革的成果。但是我们更应当防止以“保护弱者”为名,行“行政权扩张”“回归旧体制”之实。立足于社会法,从维护社会利益出发,

¹¹ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

¹² 参见汪翔、钱南:《公共选择理论导论》,上海人民出版社1993年版,第50-51页。

社会法要将维护社会利益作为迫使掌权者行事的规则，在此基础上限定政府的权力。这种限定可以概括为三个方面：

首先，行政主体要受到受益主体的限定。就受益主体而言，传统行政关系中国家往往是最大的受益主体，因为行政管理是实现国家利益最强有力的手段，行政管理当然以国家利益为本位。而社会法中的行政以社会利益为本位，是为了保护社会弱者的利益，弱势主体作为利益归属主体，制约着行政方式。

其次，在劳动关系中应当将国家的行政职责主要限定在制定与执行劳动基准法。遵守劳动基准法对于用人单位与劳动者都是一种公法性义务，劳动行政机关只能从劳动关系外部调控具有强弱特点的社会关系。这条基准线是底层劳动者的生存线，应当按照低标准、广覆盖、严执法的方式建立。目前“提高标准、放松执法”正成为扩大劳动领域寻租空间的新形式，我们应加防范。

再次，劳动基准法也须为社会留出活动空间。有人认为，我国工会不够发达，所以应当由国家机关来替代，人力资源管理不够成熟应当由行政管理来替代。国家作为一种唯一的行政垄断力量，无论是劳动者、企业、社会团体都是没有能力与之抗衡的。当国家权力被理解为可以通过“单位”这一中介环节，随时无限制地侵入和控制社会每一个领域时，国家必然直接面对民众，社会空间几乎不存在，整个社会被国家化，我们也就重回旧体制了。

社会领域可以说是私域与公域之间的一个弹性空间。正是这种市场与国家之间的互动关系，导致第三法域的形成。劳动法中劳动基准法是国家的有形之手，越过公域界限，实现底线控制，保护劳动者最基本的生存利益，具有公法性；劳动合同是个人的利益提升出私域界限，保障劳动者“用脚投票”权，具有私法性。一种更为先进的认识是以团体社会为特征来理解集体合同中的“用手投票”，我国集体合同虽在目前阶段并无太大的作用，但从长远看更能体现社会法所具有的社会性、团体性的特点。社会法决不应为单纯的公法所替代。



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