

保华月刊

Baohua Monthly

2019年6月刊
Jun. 2019
第30期
NO. 30

- 案例调研：员工离职时未到年终奖规定发放时点，可否获得年终奖？
- 山东省高级人民法院 山东省人力资源和社会保障厅
关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要



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

19

新法规：《山东省高院、山东省人社厅

<关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要>》

New Regulation: Minutes of Meeting on Several Issues Concerning Trial of Labor and Personnel Dispute Cases" by the Shandong Higher People's Court and Human Resource and Social Security Department of Shandong Province

热点追踪

Hot Issues

32

案例调研：员工离职时未到年终奖规定发放时点，可否获得年终奖？

Case Study: Whether an employee is entitled to the annual bonus, if he/she leaves the employer before the specified time for payment of annual bonus?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

38

劳动关系宽严的立法选择与劳动者的实际进出

The Legislative Choice of Looseness and Strictness in Labor Relations and the Actual Entry and Exit of Employees

新闻总结



一、两部门明确：企业发中奖红包，获奖人应缴纳个税

来源：中新经纬

摘要：为落实新个人所得税法，做好有关政策衔接工作，日前，财政部、税务总局印发了《关于个人取得有关收入适用个人所得税应税所得项目的公告》（下称《公告》），对原税法下按“其他所得”项目征税的有关收入调整了适用的应税所得项目，从2019年1月1日起执行。

Abstract: In order to implement the new personal income tax law and coordinate relevant policies, Ministry of Finance of People's Republic of China and State Taxation Administration recently issued the *Announcement on Taxable Income Items Applicable to Individual Income Tax for Individuals Obtaining Relevant Income* (hereinafter referred to as the *Announcement*). The applicable taxable income items have been adjusted for the relevant income taxed under the original tax law according to the item of "other income", starting from January 1, 2019.

在解答中，上述两部门指出，2018年个人所得税法修改后，取消了原税法中11项应税所得中的“其他所得”项目，按照原税法“其他所得”项目征税的有关政策文件，需要进行相应调整。为落实新个人所得税法，做好有关政策衔接工作，财政部、税务总局印发了《公告》，对原税法下按“其他所得”项目征税的有关收入调整了适用的应税所得项目，从2019年1月1日起执行。

对原按“其他所得”征税项目进行的调整，上述两部门表示：

一是将部分原按“其他所得”征税的项目调整为按照“偶然所得”项目征税。原按“其他所得”项目征税的部分收入具有一定的偶然性质，《公告》将其调整为按照“偶然所得”项目征税，偶然所得适用税率为20%，与原“其他所得”税率相同，纳税人的税负保持不变。

调整为按照“偶然所得”项目征税的具体收入包括：

1. 个人为单位或他人提供担保获得报酬；
2. 受赠人因无偿受赠房屋取得的受赠收入，但符合《财政部 国家税务总局关于个人无偿受赠房屋有关个人所得税问题的通知》（财税〔2009〕78号）第一条规定的情形，对当事双方不征收个人所得税，包括：一是房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹，二是房屋产权所有人将房屋产权无偿赠与对其承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人，三是房屋产权所有人死亡，依法取得房屋产权的法定继承人、遗嘱继承人或者受遗赠人；
3. 企业在业务宣传、广告等活动中，随机向本单位以外的个人赠送礼品（包括网络红包），以及企业在年会、座谈会、庆典以及其他活动中向本单位以外的个人赠送礼品，但企业赠送的具有价格折扣或折让性质的消费券、代金券、抵用券、优惠券等礼品除外。

二是将税收递延型商业养老保险的养老金收入所征税款由计入“其他所得”项目调整为计入“工资、薪金所得”项目。上述两部门指出，税收递延型商业养老保险的缴费主要来源于工资薪金等综合所得，从国际上看，对个人的商业养老金收入大多纳入综合所得征税，因此《公告》将个人领取的该项养老金收入所征税款调整为计入综合所得中的“工资、薪金所得”项目。需要说明的是，《公告》并未改变该项养老金收入的税负，即个人领取的该项商业养老金收入，其中25%部分予以免税，其余75%部分按照10%的比例税率计算缴纳个人所得税，实际税

负仍为 7.5%，纳税人的税负没有变化。

《公告》对“网络红包”征税也作出相应规定。上述两部门指出，近年来，不少企业通过发放“网络红包”开展促销业务，网络红包成为一种常见的营销方式。“网络红包”既包括现金网络红包，也包括各类消费券、代金券、抵用券、优惠券等非现金网络红包。

上述两部门表示，按照规定，企业在业务宣传、广告等活动中，随机向本单位以外的个人赠送礼品，以及企业在年会、座谈会、庆典以及其他活动中向本单位以外的个人赠送礼品，个人取得的礼品收入，应征收个人所得税；企业通过价格折扣、折让方式向个人销售商品（产品）和提供服务等情形，不征收个人所得税。《公告》未改变相应文件关于礼品的征免税规定。

《公告》明确礼品的范围包括网络红包，网络红包的征免税政策按照《公告》规定的礼品税收政策执行，即：企业发放的具有中奖性质的网络红包，获奖个人应缴纳个人所得税，但具有销售折扣或折让性质的网络红包，不征收个人所得税。

上述两部门提到，需要说明的是，《公告》所指“网络红包”，仅包括企业向个人发放的网络红包，不包括亲戚朋友之间互相赠送的网络红包。亲戚朋友之间互相赠送的礼品（包括网络红包），不在个人所得税征税范围之内。

此外，根据经济社会的发展变化，《公告》对一些原按“其他所得”征税的政策予以废止。

二、减税降费账本：今年 1-5 月份全国累计新增减税降费 8930 亿元

来源：中新经纬

摘要：国家税务总局最新数据显示，今年 1-5 月，全国累计新增减税降费 8930 亿元，其中新增减税 8168 亿元，新增社保降费 762 亿元，深化增值税改革、个税改革等一系列减税降费政策集中发力，有效促进经济高质量发展。

Abstract: According to the latest data from the State Taxation Administration, from January to May 2019, the cumulative increase in tax cuts and fees nationwide was RMB 893 billion Yuan, of which the increase in tax cuts was RMB 816.8 billion Yuan and the increase in social insurance premium was RMB 76.2 billion Yuan. A series of tax reduction and fee reduction policies have concentrated their executions, such as deepening value-added tax reform and individual tax reform, which have effectively promoted high-quality economic development.

1-5 月新增减税主要由三部分构成：一是 2019 年新出台减税政策新增减税 3511 亿元，包括深化增值税改革新增减税 2218 亿元，小微企业普惠性政策和个人所得税专项附加扣除政策新增减税 917 亿元；二是 2018 年实施 2019 年翘尾减税政策新增减税 4604 亿元；三是 2018 年到期后 2019 年延续实施减税政策新增减税 53 亿元。

——深化增值税改革减税效果明显。深化增值税改革自 4 月实施，4-5 月实现整体净减税 2218 亿元，所有行业均实现减税。其中，制造业减税效果明显，4-5 月实现净减税 970 亿元，居所有行业首位；批发零售业实现净减税 808 亿元。

——小微企业普惠性减税效果好力度大。1-5 月，小微企业普惠性政策新增减税 668 亿元，个体工商户和民营企业是最大受益群体，占全部减税额的 83.4%。

——个人所得税改革受惠面持续扩大。1-5 月，个人所得税改革新增减税

2594 亿元，累计有 1.09 亿人的工薪所得无需再缴纳个人所得税。

——鼓励科技创新企业所得税政策减税综合效应增强。2018 年，国家出台了多项鼓励科技创新的企业所得税优惠政策，其减税情况在 2019 年 5 月企业所得税年度汇算清缴时较集中体现。其中，提高研究开发费用税前加计扣除比例政策新增减税 878 亿元，有力促进了制造业加快转型升级和创新驱动发展战略的实施。

税务总局相关负责人介绍，这一系列数据充分表明，在当前复杂外部环境下，减税降费对我国经济实现“六稳”发挥了重要作用。下一步，税务部门将持续打通减税降费落实的“最后一公里”，确保各项政策落地落细，助推我国经济实现高质量发展。

三、卫健委：高温作业引起中暑 诊断为职业病可享工伤保险待遇

来源：卫生健康委网站

摘要：近日，卫健委公布《关于做好 2019 年夏季防暑降温工作的通知》（下称《通知》）。《通知》要求，合理安排作业时间，并明确劳动者因高温作业或者高温天气作业引起的中暑，经诊断为职业病的，享受工伤保险待遇。

Abstract: Recently, National Health Commission of the People's Republic of China announced the *Notice on Implementing the Work of Preventing Summer Heat and Cooling in Summer 2019* (hereinafter referred to as the "Notice"). The Notice requires that the working hours should be reasonably arranged, and that employees suffering from heatstroke caused by high-temperature operation or high-temperature weather operation and diagnosed as occupational diseases should be entitled to work-related injury insurance benefits.

《国家卫生健康委办公厅关于做好 2019 年夏季防暑降温工作的通知》

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团卫生健康委：

目前，全国各地陆续进入高温酷暑季节，为切实做好高温季节防暑降温工作，有效预防和控制中暑事件的发生，切实维护好广大劳动者的职业健康权益，现就有关事项通知如下：

一、加强组织领导，精心安排部署

防暑降温工作直接关系到劳动者身体健康和生命安全。近年来，我国一些地区因夏季高温天气引发的中暑甚至死亡事件时有发生，高温中暑给劳动者身体健康和生命安全造成严重威胁。地方各级卫生健康行政部门要充分认识高温中暑对劳动者身体健康的危害，切实把防暑降温工作作为当前一项重要工作来抓，提早谋划、提前部署，在高温天气来临前对本地区防暑降温工作作出安排部署。加大对高温危害及其防护措施的宣传力度，广泛宣传防暑降温常识和相关法律法规，增强社会公众和劳动者的自我防护意识。

二、强化用人单位主体责任，认真落实各项防范措施

用人单位是防暑降温工作的责任主体，对本单位防暑降温工作全面负责。用人单位要严格按照《防暑降温措施管理办法》（安监总安健〔2012〕89 号）有关规定，认真落实好各项防范措施。

一是组织职业健康检查。在高温天气来临之前，用人单位应当组织高温天气作业的劳动者进行健康检查，对患有心、肺、脑血管性疾病、肺结核、中枢神经

系统疾病及其他身体状况不适合高温作业环境的劳动者，应当及时调整作业岗位。

二是积极改善劳动条件和作业环境。在高温作业场所增添必要的通风或降温设备，为劳动者提供足够的防暑降温饮料及必需的药品，不得以发放钱物替代提供防暑降温饮料。

三是合理安排作业时间。根据本单位生产特点和具体条件，按照规定合理安排调整劳动者高温天气工作时间。日最高气温达到 40℃ 以上，应当停止当日室外露天作业。日最高气温达到 37℃ 以上、40℃ 以下时，用人单位全天安排劳动者室外露天作业时间累计不得超过 6 小时，且在气温最高时段 3 小时内不得安排室外露天作业。日最高气温达到 35℃ 以上、37℃ 以下时，用人单位应当采取换班轮休等方式，缩短劳动者连续作业时间，并且不得安排室外露天作业劳动者加班。不得安排怀孕女职工和未成年工在 35℃ 以上的高温天气从事露天作业及在温度超过 33℃ 以上的工作场所作业。

四是加强培训教育。要专门组织对高温作业和高温天气作业劳动者进行高温防护、中暑急救等职业健康知识的培训，增强劳动者的自救互救能力。

五是制订高温中暑应急预案并组织演习。根据从事高温作业和高温天气作业的劳动者数量及作业条件等情况，配备应急救援人员和足量的急救药品。劳动者出现中暑症状时，应当立即采取救助措施，病情严重者，用人单位应当及时送医疗卫生机构治疗。劳动者因高温作业或者高温天气作业引起的中暑，经诊断为职业病的，享受工伤保险待遇。

三、突出重点人群，加强监管执法

地方各级卫生健康行政部门要加强对易发生高温中暑行业和单位的执法检查，对违反国家有关规定、危害劳动者身体健康的行为，要严格依法查处。要督促有关行业主管部门加强对建筑工、环卫工、巡线工、快递员等露天作业岗位和炼铁（钢）工、锅炉工、烧窑工等高温作业岗位防暑降温措施落实情况的监督检查，督促用人单位认真落实各项防暑降温措施，避免高温中暑事件的发生。

国家卫生健康委办公厅

2019 年 6 月 13 日

四、2018 年全国城镇调查失业率为 4.9%

来源：人民日报

摘要：人社部发布《2018 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》，公报显示，年末全国城镇调查失业率为 4.9%。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China released the *Statistical Bulletin on Human Resources and Social Security Development in 2018*. According to the Bulletin, the unemployment rate in the nationwide urban survey was 4.9% at the end of the year.

人社部 10 日发布《2018 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。公报显示，我国就业基本盘没变。截至 2018 年年末，全国就业人员 77586 万人，其中城镇就业人员 43419 万人。全国就业人员中，第一产业就业人员占 26.1%；第二产业就业人员占 27.6%；第三产业就业人员占 46.3%。

2018 年全国农民工总量 28836 万人，其中外出农民工 17266 万人。

2018 年年末城镇登记失业人员 974 万人，城镇登记失业率为 3.80%。年末全国城镇调查失业率为 4.9%。全年全国共帮助 4.9 万户零就业家庭实现每户至少

一人就业。选派 2.8 万名高校毕业生到基层从事“三支一扶”服务。截至 2018 年末，累计帮扶 988 万农村建档立卡贫困劳动力实现就业。

2018 年全年基本养老保险、失业保险、工伤保险三项社会保险基金收入合计 57089 亿元，比上年增加 8509 亿元，增长 17.5%；基金支出合计 49208 亿元，比上年增加 7228 亿元，增长 17.2%。

在养老保险方面，截至 2018 年年末全国参加基本养老保险人数为 94293 万人，比上年末增加 2745 万人。全年基本养老保险基金总收入 55005 亿元，基金总支出 47550 亿元。年末基本养老保险基金累计结存 58152 亿元。

五、上海：出台全国首个省级涉性侵违法犯罪人员从业限制制度

来源：中国经济网

摘要：近日，上海市政法委、市检察院、市高法、市公安局、市司法局等 16 家单位联合发布《关于建立涉性侵害违法犯罪人员从业限制制度的意见》（下称《意见》），明确加强对与未成年人密切接触行业从业人员的管理。

Abstract: Recently, 16 units including Shanghai municipal politics and law Committee, Shanghai People's procuratorate, Shanghai High People's Court, Shanghai Municipal PSB, Shanghai Bureau of Justice, jointly issued *Opinions on Establishing a System of Restricting Employment of Sexual Assault Offenders* (hereinafter referred to as the *Opinions*), which clearly strengthens the management of employees in trades that have close contact with minors to clearly strengthen the management of industry employees in close contact with minors.

“应聘人员应强制报告性侵犯记录，用人单位对此负有审查和筛选义务，如拒不落实、弄虚作假或将被追责。”

《意见》共 12 条，从适用范围、入职审查、从业限制、执行机制、监督管理等八个方面作出规定，健全完善与未成年人密切接触行业从业人员的招录和管理机制，加强对性侵害未成年人犯罪的源头预防。据了解，这也是全国首个省级涉性侵害违法犯罪人员从业限制制度。

性侵未成年人犯罪再犯可能性高限制从业人员范围包括保安、门卫等岗位

近年来，利用职业便利性侵害未成年人的案件不时见诸新闻媒体，这些犯罪给被害未成年人及其家庭造成严重伤害，同时也严重损害了相关行业的社会形象。上海市检察院第九检察部主任吴燕表示，检察机关分析发现，性侵害未成年人犯罪再犯可能性高，而且利用职业便利实施的犯罪隐蔽性更强，再犯预防的必要性非常突出。

此次出台的《意见》将对未成年人负有监护、教育、训练、救助、看护、医疗等特殊职责的企事业单位、社会组织等纳入管理范畴，包括幼儿园、中小学校等教育机构，3 岁以下幼儿托育机构，儿童福利机构，对象为未成年人的培训机构、医疗机构、文化体育场所等等。

除了对教师、医生、教练、保育员等直接对未成年人负有特殊职责的工作人员进行审查外，《意见》还将保安、门卫、驾驶员等不具有特殊职责，但具有密切接触未成年人条件的其他工作人员纳入适用对象。同时，与未成年人密切接触行业的用人单位招募的志愿者在入职前也需进行审查。

上述领域的从业人员如果因实施强奸、猥亵儿童等性侵害犯罪行为，被追究

刑事责任，或因实施猥亵，引诱、容留、介绍卖淫等违法行为而被行政处罚将不被录用。

应聘人员应强制报告性侵犯罪记录用人单位将对在职员工进行核查

《意见》第六条规定，与未成年人密切接触行业用人单位在招录工作人员时，应当要求包括外籍人员在内的应聘人员如实报告本人是否存在性侵害等违法犯罪记录。

用人单位在招录员工过程中的审查和筛选义务也在《意见》中被明确。用人单位应当对拟录用人员是否存在性侵害违法犯罪记录的情况进行审查，并可以向公安机关进行核实。如果发现拟录用人员存在性侵害违法犯罪记录的，则不予录用。同时，对于本单位的在职员工，也将逐步进行核查和处理。

《意见》同时规定，用人单位应当对获知的他人违法犯罪记录承担保密义务，以便维护求职人员的隐私权。

用人单位拒不落实、弄虚作假或将被追责检察机关可发检察建议督促落实

吴燕还提到，我国《刑法》规定了从业禁止、禁止令等制度，相关行业性法律法规、规范性文件也有关于从业资格的限制性规定，但由于缺乏相关配套措施，普遍存在执行不到位的问题，无法有效预防犯罪。为确保制度落实到位，《意见》建立了执行监督机制。

与未成年人密切接触行业的主管部门、行政监管部门，依职权对用人单位落实从业限制制度的情况进行指导、督促，对于拒不落实或弄虚作假的单位和个人，应当予以批评教育并责令改正；造成严重后果的，依法追究用人单位和直接责任人的责任。

人民检察院依法对《意见》的执行情况进行法律监督，对于工作中发现的相关单位、部门执行、监管不力的情况，可以通过制发《检察建议书》等形式督促落实。

六、上海明确 2018 年度城镇单位就业人员平均工资等事项

来源：上海市人力资源和社会保障网

摘要：近日，上海市人社局发布《关于本市人社领域涉及 2018 年度城镇单位就业人员平均工资相关事项的说明》，明确 2018 年度城镇单位就业人员平均工资等事项。

Abstract: Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau released *Notes on Matters Related to Average Wages of Employees in Urban Units in 2018 in Shanghai*, it clarified the average wages of employees in urban units in 2018 and other matters.

《关于本市人社领域涉及 2018 年度城镇单位就业人员平均工资相关事项的说明》

按照国家要求，各省应以本省城镇非私营单位就业人员平均工资和城镇私营单位就业人员平均工资加权计算的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。

2018年，本市城镇单位就业人员平均工资为105176元/年（8765元/月）。

为切实减轻企业负担对平均工资口径调整，本市社保缴费基数上下限将采用三年过渡到位的办法。

2019年5月起，本市以8211元/月作为计算社保缴费基数上下限标准的参考水平，按此计算上下限分别为24633元/月和4927元/月，上述标准已于4月30日发布实施。

同时，为优化人才引进环境本市人才引进政策中涉及“上年度城镇单位就业人员平均工资”的事项，在2019年5月至2019年10月的六个月过渡期内，仍以“7832元/月”作为参考水平。2019年11月起，参考水平调整至8211元/月。

人力资源社会保障领域涉及城镇单位就业人员平均工资的社保待遇和其他相关政策事项，也将有序平稳衔接。

七、上海高院发布《2016-2018年上海市劳动争议典型案例》

来源：浦江天平微信公众号

摘要：近日，上海高院发布《2016-2018年上海市劳动争议典型案例》。

Abstract: Recently, Shanghai Higher People's Court released *Typical Cases of Labor Disputes in Shanghai from 2016 to 2018*.

典型案例之一：

飞行员辞职应支付航空公司离职补偿金——石某诉某航空公司劳动合同纠纷案

【主要案情】

石某系由某航空公司出资培训并定向招录的飞行员，双方签订了无固定期限劳动合同。2015年3月31日石某辞职，并书面通知公司解除劳动合同。之后航空公司申请劳动仲裁，要求石某支付离职补偿金210万元及飞行经历费用损失。仲裁委裁决：石某应支付航空公司离职培训费用补偿金203万元。双方均不服仲裁裁决，后诉诸法院。

【裁判意见】

经审理后认为，原中国民用航空总局、人事部、劳动和社会保障部、国务院国有资产监督管理委员会、国务院法制办针对飞行员流动问题联合制定的《关于规范飞行人员流动管理保证民航飞行队伍稳定的意见》（以下简称“五部委文件”）规定，企业招录飞行员应根据其年龄和服务年限参照70-210万元的标准向原单位支付费用。为了规范飞行人员有序流动，保障航空公司正常经营秩序，法院参照上述意见酌定石某应支付航空公司离职补偿金203万元。另外，因现行法律对飞行员的飞行经历费未作明确规定，故法院对航空公司要求石某赔偿飞行经历费的诉讼请求未予支持。

【点评】

飞行员系特殊的职业群体。航空公司培养飞行员所需的时间成本极高，一名合格机长的养成时间一般长达十年。同时飞行员培养机制有别于其他专业技术人员，航空公司需要为其取得飞行资格和积累飞行经验投入巨额培训成本和飞行资源。故飞行员辞职客观上必然导致航空公司的重大经济损失。飞行员队伍的稳定不仅关乎劳动者的个体权益，更是维护航空管理秩序和飞行安全的重要保障。在当前民航业持续高速发展，飞行员劳动力市场供不应求的情况下，如果放任飞行

员无序流动，势必会对飞行员队伍稳定产生不利影响，进而影响公共飞行安全。离职补偿金作为规制飞行员离职的重要手段，在保障飞行员择业自由的同时，通过有偿流动方式一定程度上为飞行员有序流转留出了必要空间。法院参照上述原“五部委文件”规定的支付标准判决辞职飞行员支付航空公司离职补偿金，不仅有效保护了航空公司的合法权益，同时也通过判决形式明确了飞行员有序辞职的市场规则，引导各方主体合理行使诉权和理性维权，对于规范飞行员劳动力市场秩序、促进民航业的长远发展具有积极的指导和示范效应。

典型案例之二：

用人单位未安排从事职业病危害作业的劳动者进行离岗前健康检查系违法——某服饰公司诉李某劳动合同纠纷案

【主要案情】

2010年9月26日，李某入职某服饰公司担任胶印部门负责人，双方签订的最后一份劳动合同的期限从2013年11月26日至2018年11月25日。在职期间，服饰公司每年安排李某进行职业健康检查。经查，李某职业健康检查表中显示，“接害工龄5年，毒害种类和名称：苯、甲苯、二甲苯类”。2016年12月8日，服饰公司以经济性裁员为由与李某解除了劳动合同。李某遂以服饰公司违法解除劳动合同为由申请劳动仲裁，要求服饰公司支付违法解除劳动合同赔偿金差额等。仲裁委裁决：服饰公司应支付李某违法解除劳动合同赔偿金差额6万余元。服饰公司不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【裁判意见】

经审理后认为，李某所在的车间为胶印部门，属于接触有毒有害物质的岗位。虽然李某系部门主管，但其履行职责时确需进入车间，且服饰公司亦每年安排李某进行职业健康检查，故李某应属于从事接触职业病危害作业的劳动者。《职业病防治法》规定，对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或者终止与其订立的劳动合同。《劳动合同法》也规定，对从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查的，用人单位不得依照该法第40条、第41条的规定解除劳动合同，而第41条即是对用人单位经济性裁员的规定。由此可见，用人单位安排从事接触职业病危害作业的劳动者进行离岗前职业健康检查是其法定义务，该项义务并不因用人单位进行经济性裁员而予以免除。服饰公司在未安排李某进行职业健康检查的情况下，便以经济性裁员为由解除了双方的劳动合同，其解除行为违法，应当向李某支付违法解除劳动合同赔偿金。

【点评】

职业病是指劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素而引起的疾病。与普通疾病相比，这类疾病具有不可逆、难治愈等特点，往往对劳动者的健康伤害程度较大、致残概率亦高。因此，我国立法对接触职业病危害的劳动者权益保护进行了特别规定，体现了对这类特殊职业群体的保护。但实践中，用人单位侵害从事接触职业病危害作业劳动者合法权益的纠纷时有发生。本案判决表明，为接触职业病危害的劳动者安排离岗前职业健康检查是用人单位一项法定义务，不因经济性裁员而免除。同时也充分体现了国家严格保护劳动者健康权及其相关权益、促进经济社会发展的立法目的。

典型案例之三：

医疗期内不得随意终止劳动合同——某物业公司诉鲁某劳动合同纠纷案

【主要案情】

鲁某与某物业公司签订了自2014年5月19日起至2017年5月31日止的劳动合同，鲁某职务为总部高级品质管理主任。2016年8月22日，鲁某因患恶性肿瘤入院接受手术治疗，连续休病假至2017年2月4日。2017年2月6日（周一），鲁某回物业公司上班。2017年5月16日，鲁某请假赴医院就诊，医院向其连续开具病情证明单至8月2日。2017年5月31日，物业公司向鲁某出具《不续签通知书》，告知双方签订的劳动合同于2017年5月31日到期终止。鲁某当即提出其正处于医疗期，劳动合同期限应当顺延至医疗期满，公司对此不予认可。之后，鲁某申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系并按离职前月收入12400元的标准支付相应期间病假工资。仲裁委裁决：对鲁某的仲裁请求不予支持。因鲁某不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【裁判意见】

经审理后认为，鲁某因患恶性肿瘤需要住院接受手术治疗，虽在病休一段时间后回公司上班，但其仍需继续接受治疗。物业公司以鲁某未请病假为由不认可鲁某处于医疗期，却拒不提交由其保存的、载有鲁某请假情况的钉钉考勤系统信息，故其主张难以成立。鲁某再次请病假有医疗机构出具的病情证明单且未超出法律规定的医疗期，即便其未申请过病假，也不影响其处于医疗期的事实。况且鲁某这种抱病坚持工作的精神本就难能可贵，理应得到公司更多的褒奖与关怀。物业公司违反法律规定，与处于医疗期内的鲁某单方终止劳动合同，损害了鲁某的合法权益，应恢复劳动关系至医疗期届满。关于病假工资的计算，根据本市相关规定，职工疾病或非因工负伤待遇高于本市上年度月平均工资的，用人单位可按本市上年度月平均工资计发。鲁某主张按离职前月收入12400元的标准计算病假工资，但该标准高于本市上年度月平均工资标准，法院遂依职权判定物业公司与鲁某恢复劳动关系并按上年度月平均工资标准支付鲁某相应期间的病假工资。

【点评】

医疗期是指劳动者因患病或者非因工负伤停止工作治病休息，而用人单位不得因此解除劳动合同的时限。医疗期是法律对患病劳动者进行“解雇保护”的一种具体表现形式，体现了国家对用人单位用工自主权的一种适当限制。与此同时，为了平衡双方利益，本市相关规定对高收入劳动者医疗期待遇在数额上也作出了限高规定。本案争议焦点同时涉及劳动者权益和用人单位权益如何平衡保护的问题。从本案处理结果看，法院既依法维护了劳动者医疗期内不被随意终止劳动合同的权利，又依法兼顾了用人单位的利益，适当调低了劳动者的病假待遇计算标准，该案判决为构建和谐劳动关系提供了有力的司法保障。

典型案例之四：

劳动者在关联企业间变动工作原服务期协议不当然继续履行——某发展公司与王某服务期协议纠纷案

【主要案情】

王某于2016年10月12日进入案外人A公司工作，双方签订了期限至2019年10月11日的劳动合同。2017年2月15日，王某与A公司签订《公司培训服务协议》，约定王某参加未来领导人项目培训，期间培训课程费、交通费、签证费、食宿费等由A公司承担；培训结束后王某需为A公司服务三年，若A公司因内部变更，需缩减合同期限，则以A公司变更为准；服务期自培训项目结束日之后第一天起算；如由A公司主动与王某解除劳动合同，王某无需退还未履行服

务期的培训费；如王某在服务期内辞职，A公司有权要求员工按比例退还相应培训费用。2017年2月19日，王某赴泰国培训，于2017年8月17日取得培训结业证书。2018年4月2日，王某、A公司、某发展公司（以下简称B公司，系A公司关联企业）签订三方协议约定：王某由A公司转至B公司工作，劳动合同主体发生变更，由B公司与王某签订新的劳动合同，王某在A公司和B公司的工作年限连续计算；经协商一致，A公司与王某原劳动合同于2018年2月28日解除，该解除双方互不承担任何责任，且双方互不通过任何渠道向对方主张任何费用、补偿及赔偿。同日，B公司与王某签订劳动合同。后王某提出辞职申请，明确因个人原因于2018年5月7日与B公司解除劳动合同。

B公司以王某违反服务期协议约定为由，提出仲裁申请，要求王某支付违约金4万余元。王某认为，其与案外人A公司签订了培训服务期协议，但双方已解除劳动合同，故无需退还培训期的培训费，且双方在协议中规定，双方劳动关系结束后不再承担任何赔偿责任。

【裁判意见】

经审理后认为，首先，三方协议约定A公司与王某解除劳动合同后，A公司和王某互不承担任何责任，双方互不通过任何渠道向对方主张任何费用、补偿及赔偿。即A公司放弃向王某主张包括服务期违约金在内的任何费用。其次，A公司与B公司虽为关联企业，但仍系各自独立的法人，A公司对王某的合同权利义务在两方或三方没有另行约定的情况下并不当然转让给B公司。现B公司以A公司与王某签订的服务期协议为据要求王某支付违约金缺乏依据。综上，对B公司要求王某支付违反培训服务协议违约金的请求不予支持。

【点评】

将劳动者在不同关联企业之间转换工作在实务中经常发生，通过签订三方协议的方式将原用人单位的劳动合同权利义务转移至新用人单位的情况不在少数。本案中，A公司与王某签订了服务期协议，双方就履行服务期协议相关权利义务进行了约定。然而，本案的申请人为B公司，B公司虽为A公司的关联企业，但两家公司分别系独立法人，系不同的权利义务主体，故B公司无权要求王某继续履行其与A公司的服务期协议。如B公司要求王某履行其与A公司之间约定的剩余服务期，需要在三方协议或B公司与王某另行签订的劳动合同或其他协议中就服务期事宜进行明确约定。另外，劳动合同、服务期协议具有人身属性，不同主体签订的劳动合同产生的权利义务不当然转让给另一方，除非当事人之间另有约定。

典型案例之五：

用人单位应批准符合法定情形的哺乳假——杨某与某贸易公司劳动合同纠纷案

【主要案情】

杨某担任某贸易公司客服代表。2012年1月28日杨某生育一女。因杨某婴儿被二级甲等医院诊断患有佝偻病，杨某于2012年8月11日向公司提交休哺乳假申请及病历记录，要求从2012年8月13日起至2013年2月28日请哺乳假。公司经讨论后决定不批准杨某的哺乳假申请并通知其回公司上班。之后，双方就哺乳假问题争执不下，杨某也未回公司上班。一个月后，该公司以连续旷工为由与杨某解除劳动合同。杨某不服公司的解除决定遂申请劳动仲裁，要求恢复劳动关系并支付恢复劳动关系期间的工资。

仲裁庭审中杨某认为，其婴儿经二级甲等医院确认为佝偻病，根据《妇女权益保障法》的相关法律规定，公司应当批准其哺乳假。公司认为，作为用人单位其有权审批职工的请假申请，杨某生育后并未患产后严重影响母婴身体健康的疾病，其身体状况允许其正常上班，杨某拒不接受公司决定并拒绝上班，属于严重旷工，故其解除劳动合同并无不当。

【裁判意见】

经审理后认为，《上海市实施〈妇女权益保障法〉办法》对何种情形下用人单位应当批准女职工哺乳假作了明确规定。同时，根据本市卫生主管部门的规定，佝偻病属于严重影响母婴身体健康的疾病范围，属于《妇女权益保障法》规定的用人单位应当批准哺乳假的情形。故公司以杨某旷工为由解除劳动合同不具有合法性，遂裁决恢复劳动关系并支付恢复劳动关系期间的工资。

【点评】

《女职工劳动保护特别规定》载明，用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳女职工安排 1 小时哺乳时间。此外，在享受前述哺乳时间的基础上，《上海市实施〈妇女权益保障法〉办法》还规定“经二级以上医疗保健机构证明患有产后严重影响母婴身体健康疾病的，本人提出申请，用人单位应当批准其哺乳假”。同时，2010 年 12 月本市卫生主管部门下发《关于医疗机构依法开具产前假和哺乳假有关疾病证明通知》规定“经二级及以上医疗保健机构证明患有产后严重影响母婴身体健康疾病的种类，包括产后抑郁症、……婴儿患有佝偻病……”。据此，某贸易公司不批准杨某哺乳假，不符合上述规定。

关于用人单位对女职工哺乳假申请是否应当批准的问题。首先，需要明确的是，用人单位享有对女职工的请假申请进行审核的权利。其次，用人单位在审核是否批准女职工哺乳假申请时还需审查相关病历材料是否真实有效，如对女职工请假事由及病历存有异议，用人单位可以向医院核实相关事实。最后，在病历真实有效的情况下，用人单位应对照法律法规和卫生管理部门相关规定核实女职工是否具有法定严重影响母婴身体健康疾病的情形，对于符合法定情形的，则应当批准女职工的哺乳假申请。

典型案例之六：

劳动者违反竞业限制义务应按约定返还取得股票之利益——某科技公司诉徐某竞业限制纠纷案

【主要案情】

2009 年 4 月 1 日起，徐某在某科技公司从事网络游戏开发运营工作。2009 年 8 月 6 日，双方签订《协议书》约定：“鉴于乙方(徐某)知悉甲方(某科技公司)…的重要商业秘密…乙方特作出本保密与不竞争承诺，作为…对价…甲方的母公司授予乙方限制性股票…乙方在职期间不得自营、参与经营与甲方或甲方关联公司构成业务竞争关系的单位；离职后两年内不得与同甲方或甲方关联公司有竞争关系的单位建立劳动关系……乙方不履行本协议约定的义务…甲方有权向乙方追索所有任职期间行使限制性股票所生之收益。若收益数额难以确定的，以采取法律行动当日股票市值计算…”。之后，某科技公司的母公司分 5 次将解禁的限制性股票 19220 股过户给徐某，其中 3388 股抵扣税款，实际过户 15832 股。2014 年 5 月 28 日，某科技公司为徐某办理了退工手续。2014 年 6 月 1 日，M 公司为徐某办理了招工手续。据查，M 公司于 2014 年 1 月 26 日设立，法定代表人为徐某。之后，M 公司又分别设立了 H 公司、Y 公司、L 公司，法定代表人均为徐

某。前述四家公司经营范围均与某科技公司重合。2017年5月27日，某科技公司申请仲裁，要求徐某依据《协议书》支付违约金2300万元。仲裁委以科技公司的请求不属于劳动争议受理范围为由，作出不予受理的通知。之后，因科技公司不服仲裁裁决，向法院提起诉讼。

【裁判意见】

经审理后认为，《协议书》系双方真实意思表示，应认定合法有效。徐某设立的M、H、Y、L四家公司，经营范围均与某科技公司重合，故徐某违反了协议约定的“不得从事自营、参与经营与科技公司构成竞争关系的业务”之竞业限制义务。按《协议书》约定，徐某应返还“行使限制性股票所生之收益”。由于徐某拒不提供交易记录，收益数额难以确定，因此应以某科技公司采取法律行动当日(即某科技公司申请劳动仲裁之日)的股票市值计算。综上。法院判决徐某支付某科技公司1900万余元。

【点评】

根据《劳动合同法》规定，用人单位和负有保密义务的劳动者可以通过签订劳动合同或其他协议的方式，约定劳动者在解除或终止劳动合同后的一定期限内不得在生产同类产品、经营同类业务或其他竞争关系的用人单位任职，也不得自己生产或经营与原单位有竞争关系的同类产品或同类业务。竞业限制源于劳动者对企业的忠诚义务，该规定对于保护企业商业秘密、保证企业核心竞争力具有非常积极的意义。但从劳动者角度来讲，竞业限制也是对其自由择业权的一种限制，故法律同时规定终止或解除劳动合同后，用人单位需支付劳动者经济补偿。在审判实务中，如何平衡好劳动者与企业两者之间的利益，是法院在审理好此类案件的关键。本案被劳动法学界称为“竞业限制第一案”，不仅因为其诉讼金额高达2300余万，同时还因为本案中公司给付劳动者的补偿并非货币而是限制性股票，且违约责任体现为返还限制性股票所生之利益。本案中，双方约定作为徐某保守商业秘密的对价，科技公司授予徐某公司限制性股票；如徐某违反竞业限制协议约定，则需返还限制性股票所生之收益。该约定系当事人真实意思表示，且不违反法律法规禁止性规定，应为合法有效，对双方当事人均具有法律约束力。在收益数额难以确定的情况下，法院通过固定计算股价时点、股数、股价、汇率等方法，确定徐某取得限制性股票收益的具体数额，并依据协议约定判决徐某返还某科技公司上述钱款，有事实和法律依据。

典型案例之七：

群体性劳动争议应积极探索多元化纠纷解决路径——上海某塑料公司诉黎某等十七人劳动合同纠纷案

【主要案情】

外来务工人员黎某等十七人原系上海某塑料公司职工。因厂房拆迁，2017年4月黎某等人分别与上海某塑料公司签订协议书，约定：因公司拆迁，劳动者与公司协商一致确定双方劳动关系于2017年3月31日解除，公司一次性支付黎某等劳动者相应的补偿款；该补偿款待有关部门将厂房拆迁款全额拨付至公司之日起三个月内一次性支付等。后上海某塑料公司迟迟未能与动迁公司达成拆迁协议，亦未能向黎某等劳动者支付上述补偿款。为此黎某等十七人提起劳动争议仲裁，要求公司支付相应补偿款，并获得仲裁支持。后上海某塑料公司以未获得动迁补偿款为由，起诉要求不支付黎某等十七人补偿款。

【裁判意见】

经法院多方协调,黎某等劳动者的补偿款于2018年1月中旬全额发放到位。2018年1月24日,上海某塑料公司以系争补偿款已全额支付,继续诉讼已无必要为由申请撤回对黎某等十七人的起诉。

【点评】

该批群体性劳动争议案件涉及人数较多,且考虑到已临近春节,为了能让黎某等外来务工人员安心回家过年,法院借助浦东新区“三级四层”多元化纠纷解决机制,积极主动与当地党委、政府会商化解方案,并在当地劳动保障所、城建中心、动迁公司等部门的共同努力下,最终动迁公司同意以预支动迁款的形式代为清偿上海某塑料公司拖欠黎某等职工的系争补偿款。黎某等外来务工人员也终于在春节来临之前拿到了盼望已久的补偿款,取得了较好的社会效果。

近年来,群体性劳动争议案件时有发生。本案纠纷的成功化解体现了法院在案件审理中始终秉持切实保障劳动者合法权益、彰显司法为民宗旨的原则,紧紧依靠当地党委、政府力量,积极借助多元化纠纷解决机制,快速、稳妥化解矛盾纠纷,取得了较好的法律效果和社会效果,也为法院化解类似群体性劳动争议纠纷提供了宝贵的审判经验。

典型案例之八:

互联网+用工模式下劳动关系的认定——施某诉某信息技术公司确认劳动关系纠纷案

【主要案情】

2015年10月11日施某与某信息技术公司签订了期限自2015年10月11日至2016年10月10日止的家政服务居间协议。协议约定:施某委托该公司介绍雇主并与雇主协商服务内容;施某为雇主从事家政服务;施某可以自由浏览该公司平台上的家政服务信息,可以自主选择雇主;劳务报酬由雇主直接支付或是委托该公司代收;公司免费为施某提供家政服务信息,经施某同意可以在平台上披露施某个人信息,供雇主选择;对于公司向施某推送的客户订单,施某可以自由选择是否接受,自由选择提供服务的具体时间;施某选择订单后也有权取消订单和修改服务时间;施某可根据客户要求通过平台帮助客户下单;公司为其代缴《家政团体意外伤害保险》,费用由施某负担。协议履行过程中,该公司代雇主支付施某报酬,并收取共计300元的信息服务费。后施某申请劳动仲裁,要求确认其与信息技术公司于2016年10月11日至2017年6月26日期间存在劳动关系。仲裁委裁决对施某的请求不予支持。施某不服仲裁裁决起诉至法院,要求确认其与信息技术公司之间存在劳动关系。

【裁判意见】

经审理后认为,劳动关系是劳动者和用人单位通过合意签订劳动合同,由劳动者一方从事用人单位安排的工作、接受用人单位监督和管理,用人单位一方给付报酬、提供劳动保护等过程中形成的具有经济和人身从属性的权利义务关系。施某与某信息技术公司签订的是家政服务居间协议,从协议约定内容来看,施某可以自主选择雇主、自主选择订单、自行设置可提供服务的时间、选择订单后有权取消订单和修改服务时间,故施某不接受该公司管理和监督。同时,从协议履行情况看,施某实际为雇主提供家政服务,信息技术公司仅通过平台为施某介绍雇主,仅向施某收取信息服务费而非家政服务费用。故施某与信息技术公司未形成具有经济和人身依附特征的劳动关系。据此,法院判决驳回施某的诉讼请求。判决后双方均未上诉。

【点评】

随着互联网经济的发展,新的用工形态层出不穷,也由此产生了许多网约工,如网约车司机、外卖配送骑手、网络主播、网约家政服务员等等。一般情况下网约工不与互联网平台签订劳动合同,互联网平台亦未为这些人员缴纳社会保险费。判断平台与网约工之间是否存在劳动关系,还是应当从劳动关系的构成要件进行分析。本案从双方协议的法律性质、施某工作是否有较强的自主性、在日常工作中是否接受公司的监督和管理、公司是否直接支付施某劳动报酬等角度考虑,进而判定双方未建立具有经济和人身从属性特征的劳动关系。本案的处理对于进一步探索互联网+用工模式下劳动关系的认定,提供了很好的审理思路。

典型案例之九:

公司高管严重违纪被解除劳动合同——黄某诉某管理公司劳动合同纠纷案

【主要案情】

2015年11月16日,黄某入职某管理公司,双方签订了2015年11月16日起至2017年11月15日的劳动合同。合同约定公司聘用黄某担任中国区副总监,主管国内营销工作。履职期间,某管理公司收到举报称黄某接受经销商的贿赂和宴请,具体包括参加某酒店营业性质的异性陪侍娱乐活动、接受由经销商付款的苹果手机、接受客户饭店宴请等。2017年4月25日,某管理公司向黄某发出解除劳动合同通知书,认为黄某存在违反公司行为操守和文化要求的行为,属于严重违反公司规章制度,并于当日解除了与黄某的劳动合同。黄某认为公司的解除行为违法,遂申请劳动仲裁,要求恢复劳动关系。仲裁委作出裁决,对黄某的仲裁请求不予支持。黄某不服,向法院起诉。

【裁判意见】

经审理后认为,某管理公司提供了举报信和公证件等证据,证据与其待证事实之间存在关联,可以证明黄某履职期间接受经销商宴请、收受贿赂的事实。现某管理公司依据公司规章制度中“在业务活动中行贿或收受贿赂,投机取巧,隐瞒蒙骗,谋取非法利益,此行为属于严重违反公司规章制度,可导致立即解雇”的规定,与黄某解除劳动合同,符合法律规定,对黄某的诉讼请求不予支持。

【点评】

劳动合同履行过程中,遵守劳动纪律、遵从职业操守是劳动者应尽的基本义务,也是企业有序开展经营、有效实施管理的基本保障。故法律规定劳动者严重失职、营私舞弊给用人单位造成严重损害的,用人单位可以即时解除劳动合同。对于企业高级管理人员、营销人员等,因工作职务和工作性质参与商务交往、接受经济利益输送的机会高于普通劳动者,对其职业操守的要求则相应提高,其自身也更应把握商务交往中的尺度和界限。高级管理人员享有的权利是用人单位基于信任而赋予的,是为了更好服务于企业发展,而不是其非法谋取自身利益的途径。本案的判决表明了法律对高级管理人员违反劳动纪律和职业操守行为的惩戒态度,同时也警示企业在用工过程中应加强日常监督和管理,谨防员工做出有损企业利益的行为。

典型案例之十:

诉请支付劳动报酬因涉嫌虚假诉讼不予支持——章某诉某房地产公司追索劳动报酬纠纷案

【主要案情】

2017年9月12日，章某向法院起诉，要求某房地产公司支付2013年7月至2016年2月期间工资25万余元及报销费用3万余元。章某陈述：其于2011年3月1日进入某房地产公司工作，2013年7月起公司未再支付其工资。2016年2月25日双方解除劳动关系。2016年2月26日，公司总经理以公司名义出具欠薪证明一份，确认拖欠章某上述工资和报销款，同时口头承诺2016年10月底前结清，但嗣后未依约支付。章某据此要求某房地产公司支付工资欠款及报销费用。某房地产公司无正当理由未到庭参加诉讼，亦未向法院提交答辩状和证据。

经查，房地产公司欠薪期间章某未提供正常劳动。又查，工商登记信息系统显示某房地产公司目前营业执照被吊销但未被注销，且涉及大量其他诉讼和执行案件，另有巨额债务尚未清偿。

【裁判意见】

经审理后认为，因某房地产公司处于非正常经营状态且有巨额债务未予清偿，而劳动报酬属于优先受偿范围，故某房地产公司对欠薪事实的自认，一定程度上会影响其他债权人的受偿。为防止当事人之间恶意串通，企图通过诉讼、调解等方式损害国家、社会、集体及他人的合法权益，法院应严格审查双方当事人的诉讼行为及背后的动机。因章某提交的证据均无法证实其为某房地产公司提供过正常劳动，故对章某要求房地产公司支付拖欠工资及费用报销款的诉讼请求，不予支持。

【点评】

当前司法实践中虚假诉讼时有发生，不仅侵害案外人合法权益，也扰乱了正常的诉讼秩序，损害司法权威和司法公信力。为此，2016年6月20日最高人民法院专门发布了《关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》，要求各法院在审理民间借贷、离婚析产、劳动争议等虚假诉讼高发领域的案件时，要加大证据的审查力度。就本案来看，在某房地产公司无正当理由拒不出庭应诉的情况下，法院根据章某提供的现有证据及法院依职权调取的证据，认为本案无法排除原、被告双方涉嫌虚假诉讼的可能，判决对章某的诉讼请求不予支持，符合上述意见的处理原则和精神。本案的处理对于防范虚假诉讼、树立良好的社会诚信制度、维护正常的司法秩序起到了很好的警示教育作用。

八、北京调整社保补贴基数及比例

来源：北京市人力资源和社会保障网

摘要：近日，北京市人社局、市财政局、市医保局公布《关于调整本市社会保险补贴基数及比例的通知》（下称《通知》）。

Abstract: Recently, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau, Beijing Municipal Finance Bureau and Beijing Municipal Medical Insurance Bureau announced the *Notice on Adjusting the Base and Proportion of Social Insurance Subsidy in Beijing* (hereinafter referred to as the *Notice*).

各区人力资源和社会保障局、财政局、医疗保障局：

按照《关于降低本市社会保险费率的通知》（京人社养发〔2019〕67号，以下简称“67号文件”）要求，本市自2019年5月1日起，降低职工基本养老保险单位缴费比例，继续阶段性降低失业保险费率；自2019年7月起，调整职工基本养老保险和失业保险缴费基数上下限。为进一步做好政策衔接，现就调整本

市鼓励用人单位招用的社会保险补贴和鼓励失业人员自谋职业（自主创业）、灵活就业的社会保险补贴基数及比例的有关事项通知如下：

一、符合《关于印发〈用人单位岗位补贴和社会保险补贴管理办法〉的通知》（京人社就发〔2012〕308号）、《关于用人单位招用本市高校毕业生、退役士兵等人员享受岗位补贴、社会保险补贴有关问题的通知》（京人社就发〔2016〕264号）规定的用人单位，在按照67号文件规定缴纳社会保险费期间，职工基本养老保险和失业保险的最高补贴基数调整为本市城镇非私营单位和私营单位就业人员平均工资加权计算值的60%，职工基本养老保险补贴比例由19%降至16%，失业保险补贴比例继续为0.8%。职工基本医疗保险的最高补贴基数按照本市核定的职工基本医疗保险最低缴费基数确定，补贴比例不变。

二、符合《关于印发〈北京市鼓励城镇就业困难人员自谋职业（自主创业）社会保险补贴办法〉的通知》（京劳社服发〔2006〕45号）、《关于印发〈北京市城镇失业人员灵活就业社会保险补贴办法〉的通知》（京劳社就发〔2006〕160号）、《关于失业人员再次享受社会保险补贴等有关问题的通知》（京劳社就发〔2007〕90号）等文件规定的人员，在按照67号文件规定缴纳社会保险费期间，基本养老保险和失业保险的补贴基数调整为相应险种最低缴费基数，基本医疗保险的补贴基数调整为灵活就业人员缴纳职工医疗保险缴费基数，上述各险种补贴比例不变。

北京市人力资源和社会保障局 北京市财政局
北京市医疗保障局

2019年6月11日

法规名称：《山东省高院、山东省人社厅〈关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要〉》（以下简称《纪要》）

Regulation: Minutes of Meeting on Several Issues Concerning Trial of Labor and Personnel Dispute Cases" by the Shandong Higher People's Court and Human Resource and Social Security Department of Shandong Province (hereinafter referred to as the Minutes)

公布日期：2019年6月18日

Publication date: June 18, 2019

内容概要：2019年4月25日至26日，山东省高院、人力资源社会保障厅在济南市召开了全省关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会。会议就劳动人事争议案件审理中所涉及的实践中争议较大的部分法律问题进行了研究讨论，对劳动人事争议案件的法律适用标准达成了基本共识，并形成《纪要》。

Abstract: From April 25 to 26, 2019, a provincial symposium on several issues concerning the trial of labor and personal disputes was held in Jinan by the Shandong Higher People's Court and Human Resource and Social Security Department of Shandong Province. Some of the more controversial legal issues in practice involved in the trial of labor and personnel dispute cases were studied and discussed at the meeting. A basic consensus was reached on the legal application standards for labor and personnel dispute cases and the Minutes were formed.



亮点：

highlights:

一、在认定劳动关系方面：

Identification of labor relations:

（一）《纪要》规定认定以包片或者签订委托协议方式提供劳动的劳动者与单位之间是否存在劳动关系以双方约定为主，但劳动者确有证据证明双方存在劳动关系的除外。详见《纪要》第三条。

The *Minutes* stipulate that whether there is an employment relationship between an employee who provides the employer the labor services by out resourcing mode or signing an entrusted agreement , unless the employee does have any evidence to prove that there is an employment relationship between the two parties. See Article 3 of the *Minutes* for details.

（二）《纪要》规定关联公司混同用工，劳动者与关联公司之间均符合劳动关系特征的情况下，劳动者对其究竟与谁存在劳动关系具有决定权。详见《纪要》第四条。

The *Minute* stipulate that if affiliated companies use labor in a mixed way and both employees and affiliated companies conform to the characteristics of labor relations, employees have the right to decide with whom they have employment relations See Article 4 of the *Minutes* for details.

二、在关于劳动合同宽泛约定工作地点的相关问题方面：

On issues related to the broad agreement of the workplace in the labor contract:

《纪要》采纳了 2017 年《北京市高院、北京市仲裁委关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》中的观点，如用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛约定工作地点为“全国”“山东”，那么：

Minutes adopted the opinions stipulated in the 2017 *Answers of the Beijing Higher People's Court and Beijing Arbitration Commission on the Application of Laws in Hearing Labor Dispute Cases*, if "China" and "Shandong" are broadly designated the place of work by employers and employees in the labor contract, then:

1、如果约定中对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等有特别提示，约定才存在有效的可能；否则属于对工作地点约定不明。

If there are special restrictions on the employer's business model and the employee's job characteristics in the Agreement, then the Agreement is valid; otherwise, the Agreement on the workplace is unclear.

2、劳动者在签订劳动合同后，已经在实际履行地点工作的，直接视为双方确定具体的工作地点。

Where the employee has already worked at the actual place of performance after signing the labor contract, it will be directly regarded as the specific place of work determined by both parties.

3、用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”“山东”为由，随意单方变更劳动者的工作地点。

Employers are not allowed to unilaterally change the workplace of employees at will on the sole ground that the workplace is designated as "China " and "Shandong".

4、用人单位与劳动者在劳动合同中约定了单方变更工作地点的，对工作地点的变更仍需具有合理性。司法部门在具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施(如提供交通补助、班车等因素)。因此，用人单位如果确因某种原因不得不变更劳动者的工作地点，在劳动合同有约定且合理的情况下，也要尽可能的采取一些譬如提供交通补助、班车等合理的弥补措施。

Where the employer and the employee have agreed to unilaterally change the workplace in the labor contract, the change to the workplace still needs to be reasonable. When the judicial department makes a specific review, in addition to considering the impact on employees' lives, it should also consider whether the employer has taken reasonable remedial measures (such as providing transportation subsidies, shuttle buses and other factors). Therefore, if the employer really has to change the employee's place of work for some reasons, it is necessary to take as many reasonable remedial measures as possible, such as providing transportation subsidies and shuttle buses, under the conditions agreed and reasonable in the labor contract.

详见《纪要》第十一条。

See Article 11 of the *Minutes* for details.

三、在关于违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同争议的处理问题方面：

Regarding the illegal termination or termination of the labor contract, the employee has the following issues regarding the handling of disputes over the continued performance of the labor contract:

1、《纪要》明确了用人单位违法解除或者终止劳动合同后，劳动者要求继续履行劳动合同的，一般应予以支持。

The *Minutes* clearly state that after the employer terminates the labor contract illegally, any employee who requests to continue to perform the labor contract shall generally be supported.

2、《纪要》规定在案件处理过程中发现确实无法继续履行劳动合同的，应向劳动者释明变更请求为要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金等。劳动者仍坚持要求继续履行劳动合同的，应驳回劳动者的请求。

The *Minute* stipulate that in the process of handling such cases, if it is found that the labor contract cannot be continuously performed, it shall explain to the employee the change request requires the employer to pay compensation for the illegal termination of the labor contract, etc. Any employee who still insists on continuing to perform the labor contract shall be rejected.

3、《纪要》在认定“确实无法继续履行劳动合同的”的情形时采纳了2017年《北京市高院、北京市仲裁委关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》中的观点，共计列明了七条情形。详见《纪要》第十二条第三款。

The *Minutes* adopted the opinions stipulated in the 2017 *Answers of the Beijing Higher People's Court and Beijing Arbitration Commission on the Application of Laws in Hearing Labor Dispute Cases*, when determining the situation that "it is really impossible to continue to perform the labor contract", and seven situations are listed in total. See Article 11, Clause 12 of the *Minutes* for details.

4、《纪要》强调用人单位仅以劳动者原岗位已被他人替代为由进行抗辩，不宜认定为“确实无法继续履行劳动合同”。

The *Minutes* stressed that employers should only plead on the ground that the employee's original post has been replaced by others, and should not be deemed as "it is really impossible to continue to perform the labor contract."

四、在关于劳务派遣单位损害劳动者权益情况下，用工单位责任承担方面：

Regarding the situation that the labor dispatch unit damages the rights and interests of employees, the employer shall bear the responsibilities as follows:

2008年1月1日起生效的《劳动合同法》规定劳务派遣单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任；但2013年7月1日起生效的新修正的《劳动合同法》将上述内容修正为：用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。实践中对劳务派遣单位给被派遣劳动者造成损害的、用工单位是否承担连带赔偿责任产生了争议。

The Labor Contract Law, which came into effect on January 1, 2008, stipulates that if a labor dispatch unit causes damage to dispatched employees, the labor dispatch unit and the employing unit shall be jointly and severally liable for compensation.

However, the newly amended Labor Contract Law, which came into effect on July 1, 2013, amended the above contents as: If the employing unit causes damage to the dispatched employees, the labor dispatching unit and the employing unit shall bear joint and several liabilities for compensation. In practice, disputes have arisen over whether the employing unit shall bear joint and several liabilities for compensation if the labor dispatching unit causes damages to the dispatched employees.

《纪要》参考了2014年《浙江省高院民一庭、浙江省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)》，明确规定劳务派遣用工关系中，劳务派遣单位给劳动者造成损害的，除非用工单位除存在故意或者重大过失，否则不承担连带赔偿责任。

The *Minutes* refer to the 2014 *Answers of the People's First Court of the Zhejiang Provincial High Court and the Zhejiang Provincial Labor and Personnel Dispute Arbitration Court on Several Issues Concerning the Trial of Labor Dispute Cases (II)*. It clearly stipulates that in the labor dispatch employment relationship, any labor dispatch unit that causes damage to employees will not be jointly liable for compensation unless the employing unit has intentional or gross negligence.

详见《纪要》第十二条。

See Article 12 of the *Minutes* for details.

五、在关于因“未依法为劳动者缴纳社会保险费”导致的经济补偿争议处理方面：Regarding the handling of disputes over economic compensation caused by "failure to pay social insurance premiums for employees in accordance with the law":

《纪要》规定将劳动者依据劳动合同法第三十八条第一款第三项规定，以用人单位未依法为其缴纳社会保险费为由提出解除劳动合同并主张经济补偿分为两种情形区别对待：

The *Minute* stipulate that employees terminate the labor contract on the grounds that the employer fails to pay social insurance premiums for them according to the provisions of Item 3 of Paragraph 1 of Article 38 of the Labor Contract Law and claim that economic compensation shall be treated differently in two situations:

第一种：因用人单位过错未为劳动者建立社会保险账户或者虽建立了社会保险账户但存在缴纳险种不全、缴费年限不足等情形下，劳动者的请求可以得到司法部门支持；

If the employer fails to establish a social insurance account for the employee due to the fault of the employer, or if the employer has incomplete insurance coverage and insufficient payment period, the employee's request can be supported by the judicial department.

第二种：非因用人单位过错未为劳动者建立社会保险账户、缴费基数低等情形下，劳动者的请求不能得到司法部门支持。

Under the circumstances that no social insurance account has been established for the employee due to the fault of the employer and the payment base is low, the employee's request cannot be supported by the judicial department.

详见《纪要》第十四条。

See Article 14 of the *Minutes* for details.

六、在关于患特殊疾病职工医疗期的确定方面：

Regarding the determination of medical treatment period for employees suffering from special diseases:

对于实践中争议较大的对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工是否自动适用 24 个月医疗期，《纪要》明确患有上述特殊疾病职工的医疗期不当然为 24 个月，应根据企业职工实际参加工作年限和在本单位工作年限来确定；确定能享受 24 个月医疗期的，该医疗期满后尚不能痊愈的情况下，职工可以申请延长。

Regarding the question of whether the 24-month medical treatment period is automatically applicable to employees suffering from certain special diseases (such as cancer, psychosis, paralysis, etc.) that are highly controversial in practice, the *Minutes* clearly state that the medical treatment period for employees suffering from the above-mentioned special diseases is not necessarily 24 months, but should be determined according to the actual working years of employees in the enterprise and

their working years in the employer. If it is determined that the employee can enjoy a 24-month medical treatment period and cannot recover after the medical treatment period expires, the employee may apply for extension.

详见《纪要》第十七条。

See Article 17 of the *Minutes* for details.

七、在关于部分劳动争议的仲裁时效方面：

Regarding the limitation of arbitration for some labor disputes:

（一）基本生活费：《纪要》再次明确基本生活费在性质上不属于劳动报酬，仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定，而不是适用第四款规定。详见《纪要》第十九条。

Basic living expenses: The *Minutes* once again make it clear that basic living expenses do not belong to labor remuneration in nature. The limitation of arbitration shall be governed by Paragraph 1 of Article 27 of the Labor Dispute Mediation and Arbitration Law, instead of the provisions of the Paragraph 4. See Article 19 of the *Minutes* for details.

（二）生育津贴：《纪要》明确生育津贴应属于劳动者的社会保险待遇，不属于劳动报酬，争议仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定。详见《纪要》第二十条。

Maternity allowance: The *Minutes* clearly state that maternity allowance shall belong to employees' social insurance benefits and does not fall into labor remuneration. The effect of dispute arbitration shall be governed by the provisions of the Paragraph 1 of Article 27 of the Labor Dispute Mediation and Arbitration Law. See Article 20 of the *Minutes* for details.

（三）二倍工资：《纪要》再次明确二倍工资在性质上不属于劳动报酬，仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定；且应当作为整体之债对待，仲裁时效从用人单位与其补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起计算。详见《纪要》第二十一条。

Double salary: The *Minute* once again make it clear that double salary does not belong to labor remuneration in nature, and the time limit for arbitration shall be stipulated in the Paragraph 1 of Article 27 of the Labor Dispute Mediation and Arbitration Law. And it should be treated as a debt of the whole; the arbitration limitation period shall be calculated from the date when the employer and the

employee make up the labor contract or the date when both parties have concluded the labor contract with no fixed term. See Article 21 of the *Minutes* for details.

新法规链接：

**山东省高级人民法院
山东省人力资源和社会保障厅
关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要**

2019年4月25日至26日，省法院、省人力资源社会保障厅在济南市召开了全省关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会。会议就劳动人事争议案件审理中所涉及的部分法律问题进行了研究讨论，对劳动人事争议案件的法律适用标准达成了基本共识，现纪要如下：

一、关于建筑工程或者经营权违法发包、转包、分包或个人挂靠经营情况下劳动关系的确认问题

建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或者经营权违法发包、转包、分包或个人挂靠经营的情况下，非法用工主体所招用的人员与发包方、转包方、分包方、被挂靠方不存在劳动关系。如果发生工伤事故，上述发包方、转包方、分包方、被挂靠方可以作为承担工伤保险责任主体。

社会保险行政部门以上述发包方、转包方、分包方、被挂靠方与劳动者之间无劳动关系为由，作出不予受理工伤认定申请或者决定不予认定工伤产生的纠纷，属于行政争议。

以上工伤保险责任主体承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，向非法用工主体追偿产生的纠纷，不属于劳动争议。

二、关于双重劳动关系中新用人单位应履行的法律义务问题

企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，到新用人单位工作构成双重劳动关系情况下，新用人单位应履行的义务包括：（一）依法为劳动者缴纳社会保险费（新用人单位非因自身原因无法为劳动者缴纳社会保险费的除外）；（二）发生工伤事故时承担工伤保险责任；（三）在劳动合同解除或终止后依法支付经济补偿或赔偿金（用人单位按照本条第一项执行后，劳动者以用人单位未依法为其缴纳社会保险费为由解除劳动合同并主张经济补偿或赔偿金的除外）；（四）未签订书面劳动合同的二倍工资；（五）其他按照劳动法律法规等应履行的义务。

三、关于以包片或者签订委托协议方式提供劳动的劳动者与单位之间法律关系认定问题

劳动者自带工具，没有底薪，以包片等名义或者签订委托协议等形式为单位工作的（如快递员、超市促销员、送水员），一般应当按照约定认定双方的法律关系，但是劳动者确有证据证明双方存在劳动关系的除外。

四、关于关联公司混同用工情况下劳动关系的确认问题

关联公司混同用工，劳动者与关联公司均符合劳动关系特征的情况下，劳动者对于劳动关系的确认享有选择权，但是劳动关系项下的劳动权益不能重复享受。

五、关于未约定经济补偿的竞业限制协议的效力问题

竞业限制协议只约定了竞业限制义务和违约金，未约定竞业限制经济补偿，该竞业限制协议有效。劳动者与用人单位没有约定竞业限制经济补偿而劳动者已经履行竞业限制义务的，可以按照《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》（法释〔2013〕4号）第六条规定主张经济补偿。

六、关于劳动者再次违反竞业限制协议的违约责任承担问题

劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，只要是在竞业限制协议期限内，用人单位支付了竞业限制经济补偿，劳动者仍然需要履行竞业限制义务。劳动者再次违反竞业限制约定，用人单位主张劳动者再次支付违约金的，应予支持。

七、关于用人单位明示不支付经济补偿情况下，劳动者的竞业限制协议解除权问题

用人单位和劳动者约定了竞业限制及其经济补偿，劳动合同解除或者终止后，用人单位明确表示不支付经济补偿的，劳动者可以依法解除竞业限制协议。

八、关于在职期间劳动者违反竞业限制义务的责任承担问题

用人单位与劳动者约定在职期间与离职后的竞业限制义务和违约责任，劳动者在职期间违反该竞业限制协议，用人单位以此为由要求劳动者承担责任的，劳动者应当按照合同约定履行竞业限制义务，用人单位要求劳动者就其在职期间违反竞业限制约定的行为承担责任的，应予支持。

劳动者要求用人单位就其在职期间履行竞业限制义务支付经济补偿，或者以用人单位未支付经济补偿为由主张在职期间竞业限制约定无效的，不予支持。

九、关于用人单位以劳动报酬中包含竞业限制经济补偿进行抗辩的认定问题

劳动合同解除或者终止后，用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者因此请求解除竞业限制协议，用人单位以其在劳动关系存续期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿进行抗辩的，对用人单位的抗辩不予支持。

十、关于劳动合同解除或者终止后，用人单位一次性支付劳动者竞业限制经济补偿的效力问题

用人单位在劳动合同解除或者终止后，一次性向劳动者支付了竞业限制经济补偿，应当认定用人单位已经履行了竞业限制协议约定义务，劳动者违反竞业限制义务时，用人单位向劳动者主张违约金的，应予支持。

十一、关于劳动合同宽泛约定工作地点的相关问题

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛约定工作地点为“全国”“山东”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于对工作地点约定不明。劳动者在签订劳动合同后，已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”“山东”为由，随意单方变更劳动者的工作地点。

用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，仍应对工作地点的变更进行合理性审查。具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车等）。

十二、关于违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同争议的处理问题

用人单位违法解除或者终止劳动合同后，劳动者要求继续履行劳动合同的，一般应予以支持。

在案件处理过程中发现确实无法继续履行劳动合同的，应向劳动者释明变更请求为要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金等。劳动者仍坚持要求继续履行劳动合同的，应驳回劳动者的请求。

上述“确实无法继续履行劳动合同”的情形包括：（一）用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提前解散的；（二）劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄的；（三）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在劳动合同法第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；（四）劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性（如总经理、财务负责人等），且劳动者原岗位已被他人替代，双方不能就新岗位达成一致意见的；（五）劳动者已入职新用人单位的；（六）仲裁或者诉讼过程中，用人单位有证据证明向劳动者提供合理工作岗位，但劳动者拒绝的；（七）其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。

劳动者原岗位已被他人替代的，用人单位仅以此为由进行抗辩，不宜认定为“确实无法继续履行劳动合同”的情形。

十三、关于劳务派遣单位损害劳动者权益情况下，用工单位责任承担问题

劳务派遣用工关系中，劳务派遣单位给劳动者造成损害的，用工单位除存在故意或者重大过失情形外，原则上不承担连带赔偿责任。

十四、关于因“未依法为劳动者缴纳社会保险费”导致的经济补偿争议处理问题

因用人单位过错未为劳动者建立社会保险账户或者虽建立了社会保险账户但存在缴纳险种不全、缴费年限不足等情形的，劳动者依据劳动合同法第三十八条第一款第三项规定，以用人单位未依法为其缴纳社会保险费为由提出解除劳动合同并主张经济补偿的，一般应予支持。

用人单位已为劳动者建立社会保险账户且险种齐全，但存在缴费基数低情形的，劳动者的社会保险权益可通过用人单位补缴或者社会保险费征收机构强制征收的方式实现，在此情形下，劳动者以此为由主张解除劳动合同经济补偿的，一般不予支持。

十五、关于用人单位在劳动者解除劳动合同前补足劳动报酬或补缴社会保险费情况下的争议处理问题

用人单位存在未及时足额支付劳动报酬或者未依法为劳动者缴纳社会保险费情形，但在劳动者以前述情形为由提出解除劳动合同前，用人单位已经补正的，劳动者要求用人单位支付解除劳动合同的经济补偿，不予支持。

十六、关于用人单位与劳动者就工伤保险待遇、加班工资、经济补偿等达成的和解协议或调解协议的处理问题

用人单位与劳动者就工伤保险待遇、加班工资、经济补偿等达成和解或者经调解组织调解达成协议后，劳动者再以数额过低要求用人单位补足差额，一般不予支持，但是劳动者有证据证明该协议存在欺诈、胁迫、乘人之危等情形，违背劳动者真实意思表示或者显失公平的除外。

十七、关于患特殊疾病职工医疗期的确定问题

《劳动部关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》（劳部发〔1995〕236号）规定：“对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。”该规定指根据企业职工实际参加工作年限和在本单位工作年限确定享受24个月医疗期的，该医疗期满后尚不能痊愈的情况下，职工可以申请延长，并不意味着患有上述特殊疾病职工的医疗期当然为24个月。

十八、关于劳动者请求用人单位为其办理档案和社会保险关系转移手续争议处理问题

劳动合同解除或者终止后，用人单位在法定时间为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续，系用人单位的法定义务。劳动者要求用人单位为其办理档案和社会保险关系转移手续而提起仲裁或者诉讼的，应当作为劳动争议受理。

十九、关于基本生活费的性质及该类劳动争议的仲裁时效适用问题

基本生活费并非劳动者付出劳动的对价，而是用人单位依法应当承担的社会责任，不能因为涉及工资支付的有关规章制度等对基本生活费作出规定，就认为基本生活费属于劳动报酬。基本生活费在性质上不属于劳动报酬，不适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第四款规定。

二十、关于生育津贴的性质及该类劳动争议的仲裁时效适用问题

生育津贴应属于劳动者的社会保险待遇，不属于劳动报酬，生育津贴争议仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第一款规定。

二十一、关于二倍工资争议的仲裁时效适用问题

劳动合同法第八十二条规定的“二倍工资”中加付的一倍工资具有惩罚性赔偿金性质，不属于劳动报酬。用人单位自用工之日起超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，劳动者申请仲裁的时效为一年。劳动者请求用人单位支付未签订劳动合同二倍工资可视为同一合同项下约定的具有整体性和关联性的定期给付之债，应当作为整体之债对待，仲裁时效应从用人单位与其补订劳动合同之日或者视为双方已订立无固定期限劳动合同之日起计算。

二十二、关于用人单位解除劳动合同通知书的送达方式问题

用人单位根据劳动合同法有关规定解除与劳动者的劳动合同时，应当参照仲裁机构和法院的送达规定依法送达解除劳动合同通知书。对于受送达人下落不明，或

者采用直接送达、留置送达、邮寄送达、电子送达等送达方式仍然无法送达的，可以适用公告送达。

二十三、关于补签劳动合同情况下的二倍工资争议处理问题

用人单位与劳动者自用工之日起满一个月后未订立书面劳动合同，事后补签的，如果劳动者没有证据证明补签劳动合同存在欺诈、胁迫、乘人之危的情形，则视为当事人意思自治行为，劳动者以未订立劳动合同为由主张二倍工资的，不予支持。

二十四、关于用人单位规避重新签订书面劳动合同义务争议的处理问题

用人单位与劳动者在劳动合同中约定“合同到期后劳动者继续在用人单位工作的，视为原劳动合同期限的延长”。原劳动合同到期后，劳动者继续在用人单位工作，劳动者以用人单位未与其签订书面劳动合同为由要求支付二倍工资的，应予支持。

二十五、关于终局裁决的法律适用问题

对于工伤职工因一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金与用人单位发生的争议，工亡职工的近亲属因丧葬补助金、一次性工亡补助金与用人单位发生的争议，非法用工单位伤亡人员或者其近亲属因一次性赔偿金与非法用工单位发生的争议，属于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第二项规定的“因执行国家的劳动标准在社会保险方面发生的争议”。

对于《劳动合同法》第四十条规定的用人单位未提前三十日书面通知解除劳动合同应支付的一个月工资所产生的争议，属于劳动争议调解仲裁法第四十七条第一项规定的“追索经济补偿争议”。

对于《劳动合同法》第八十五条规定的加付赔偿金争议，属于劳动争议调解仲裁法第四十七条第一项规定的“追索赔偿金争议”。

员工离职时未到年终奖规定发放时点，可否获得年终奖？

Whether an employee is entitled to the annual bonus,
if he/she leaves the employer before the specified time for payment of annual bonus

保华律师事务所 陆佳亮

Baohua Law firm Jerry Lu

引言：对于年终奖的发放规则，法律并未过多强行规制，往往遵循单位的规章制度或单位与劳动者之间的约定。但是，实践中，即使有明文规定，员工离职时如未到年终奖发放时点，不得获得年终奖，受多种因素的影响，该规定并不一定能得到法院判决的支持。相关的因素有：（1）员工是否工作满考核周期；（2）员工是自愿辞职还是被违法解雇；（3）年终奖发放的有关规则是单位规章制度规定，还是双方的约定。这些因素交织，赋予了法官较高的自由裁量权，导致司法判决结果较难预测。

Introduction: There is not many mandatory regulations on the rules for payment of annual bonus. We usually follow an employer`s internal policy or an agreement reached by the employer and the employee. However, in legal practice, even we have a clear rule that the employee is not entitled to the annual bonus, if he/she leaves the employer before the specified time for payment of annual bonus, influenced by many factors, such rule will not definitely supported by the court. The related factors are: (1) whether the employee had worked for the whole period for assessment; (2) whether the employee resigned on his/her own or was illegally fired; (3) whether the rule for payment of bonus is an employer`s internal policy or an agreement reached by both parties. These factors intertwine and enable a judge to have greater discretion. They make the results for judgment difficult to be predicted.

一、 从劳动者是否已工作满考核周期来考量

Consideration and discussion on whether the employee had worked for the whole period for assessment

在劳动者工作已满一个奖金考核周期后离开用人单位的情形下，由于劳动者离职之时作为年终奖金考核依据的绩效结果事实上已经确定，甚至可能用人单位已经完成对劳动者的绩效考评，只是在实际核发奖金时劳动者已经离开用人单位。从权利义务对等性原则出发，此时，劳动争议仲裁机构和法院支持离职劳动者关于年终奖主张的可能性比较大。

【相关案例】

苗苗原是某地产公司员工，双方签订了期限为2015年6月12日至2016年6月11日的劳动合同。2016年3月4日，苗苗提出辞职并于3月31日正式离职。3月底地产公司发放了2015年年终奖，但未向苗苗发放。苗苗于是提起劳动仲裁和诉讼，并提交了员工手册作为证据，员工手册第二章第五条第二款规定：“若双方的劳动合同在绩效奖金发放之前解除或终止或员工本人在绩效奖金发放前提出辞职申请的，则员工无权享受上述奖金。”

法院认为，年终奖是用人单位根据全年经济效益和对员工全年工作业绩的综合考核情况而发放的一次性奖金，属于合法劳动报酬的范畴，而不只是用人单位激励员工、留住人才的手段，用人单位不得无故拖欠或克扣。本案中，地产公司发放了2015年度年终奖，但没有向苗苗支付年终奖。地产公司不支付的理由之一是员工手册中有提前离职即不能享受年终奖的规定。在劳动关系中，劳动者提供劳动，用人单位支付工资是各自的主要义务。现地产公司的该项规定实际是公司免除自身法定责任，排除苗苗权利的规定，应属无效条款。

在劳动者工作未满足考核周期离职的情况下，即使劳动者关于年终奖的主张是按照已付出劳动的月份按比例提出的，由于劳动者没有做完一个完整的考核周期，劳动者离职之时作为年终奖金考核依据的绩效结果尚未确定，客观无法做出考核结论，由司法机构来代替单位做出考核更是违反企业自治原则，因此劳动争议仲裁机构和法院支持离职劳动者关于年终奖主张的可能性相对较小。但需提醒的是，也不能排除个别司法机构从公平性原则出发，参照上一年度的考核依据做出判决的可能性。

【相关案例】

2012年，李某到某地产公司担任维修工程师，签署的《员工薪资通知单》上载明工资标准9000元/月，该公司《薪酬管理制度》规定，“年终奖是公司给予员工的一种额外奖励，由公司根据当年的经营管理状况和年度目标完成情况，决定是否发放年终奖。具体发放原则及发放细则详见《绩效管理制度》”。2012至2014年度，地产公司均支付了李某数额不等的年终奖金。2015年11月6日，地产公司以客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行为由解除了与李某的劳动合同并支付了经济补偿金。李某提起了劳动仲裁和诉讼，要求地产公司支付2015年1-11月年终奖5万余元。

法院认为，在不违反法律、法规关于劳动报酬的禁止性规定及违背劳动劳动

合同中关于劳动报酬约定的前提下，用人单位有权根据经营状况和年度目标完成情况，自主决定对所属职工给予年终奖励。本案中，地产公司就此专门在《薪酬管理制度》和《绩效管理制度》中对年终奖的发放条件、发放标准、发放形式等进行了明确规定，属于企业自主经营管理权范围，应予尊重。根据上述规定，年度绩效考核周期为当年1月1日起至12月31日止，而李某在该考核周期届满前即已离职，尚未达到规定的年终奖考核周期，在未考核的前提下，其年终奖应发具体金额无法确定，虽然李某提供了2014年度年终奖的发放标准，但如前所述，年终奖是企业根据当年年度目标完成情况以及员工当年的工作业绩而综合确定的，不同考核年度的年终奖因上述发放条件的变化而导致金额不同，各年度的年终奖彼此之间不具有参考对应性，因此李某以2014年所收到的年终奖金额作为其2015年的应发年终奖，缺乏依据，故其请求金额缺乏证据支持。

二、 从劳动者是自愿辞职还是被违法解雇来考量

Consideration and discussion on whether the employee resigned on his/her own or was illegally fired

如果劳动者系自愿辞职，因其对于年终奖发放的规则早已知晓，属于明知离职将带来失去获得年终奖资格的后果，但仍然为之。从法律上，应视为对自身预期权利的一种放弃，劳动者应自行承担权利放弃的后果。用人单位对于员工未能得到年终奖的结果，不具有阻碍影响。劳动者未获得年终奖，是在双方均遵守预先规则的基础上得出的自然守约行为。如果判定自愿离职的劳动者，可以推翻之前自己应遵守的规则而获益，不具有法律上的合理性，反而有违反诚实守信原则的嫌疑。

【相关案例】

管某于2017年6月1日入职某科技公司从事主任软件工程师工作，2018年3月21日管某提出辞职申请，公司于当日回复批准申请。离职后，管某向公司提出关于发放10个月年终奖等诉请。管某认为双方签字的聘书为劳动合同的补充，约定的年终奖应为工资收入的一部分。公司辩称：关于年终奖，2018年3月1日，公司人事明确告知管某年终奖的发放条件是员工必须在职，管某明知该条件却提前离职，属于自己放弃权利。公司内网上一直有年终奖发放制度，员工可以随时查阅。且管某只在职10个月，不满一个财年，也不符合发放条件。

法院认为，关于年终奖，管某与公司签署的聘书约定“任何授予的奖金完全受制于该奖金的管理规则（优先于此信件）”，故年终奖的发放亦应受制于该奖金的管理规则。在管某入职前，公司所制定的年终奖政策就规定了获得年终奖的条件是“员工在给付日仍然在职”，管某在离职前与公司人事的沟通邮件也证明管某已知晓公司有该奖金政策，但其仍选择在发放日前提出离职。故公司根据规章制度决定不发放管某年终奖，并无不当。

如果劳动者系被单位违法解除劳动合同在先，而导致自己被迫提前离职，既而无法根据年终奖规定的发放时点获得年终奖，应由单位承担劳动者无法获得年终奖的责任。由于单位的解雇行为对于劳动者获得年终奖的后果，具有主动的阻却影响，简单来说就是单位具有过错，因此，司法机构在判定单位解雇行为违法时，就其违法行为给劳动者所带来的损害结果，倾向于一并予以补正。实践中，如果

劳动者已工作满考核周期，但单位以解除在先，未作考核为由抗辩的，司法机构可能会要求单位进行补考核，也可能会参照上年度标准，从公平性原则出发酌定年终奖金额。如果劳动者工作未满足考核周期，司法机构亦可能参照上年度标准，从公平性原则出发，按劳动者实际工作时间的比例酌定年终奖数额。需指出的是，上述处理方式，是多数司法机构从公平合理的原则出发，尽量填补劳动者因违法解雇所带来的损失，但并不代表该处理方式有普遍的指导意义。

【相关案例】

2014年12月3日，A公司与盛某签订了无固定期限劳动合同。2016年3月17日，A公司向盛某发出《解除通知》，内容称公司发现盛某存在一系列严重违反劳动纪律、公司规章制度、劳动合同以及严重失职的行为，公司决定于2016年3月18日解除劳动关系。盛某后提起劳动争议，主张A公司违法解除劳动关系以及要求A公司支付2015年度奖金。A公司主张因盛某严重失职、营私舞弊，严重违反规章制度、劳动纪律和诚信原则等行为被解除劳动合同，同时，依据A公司《业务部门奖金政策（2015年）》“基本原则”第四条规定，盛某系在奖金发放前被解除劳动合同，不应享有任何奖金。

法院认为，A公司主张盛某越权行事处分经理人员，严重违反劳动纪律，依据不足，本院不予采信。综上，A公司解除与盛某的劳动合同，依据不足，判令A公司支付盛某违法解除劳动合同赔偿金。在此基础上因A公司违法解除与盛某的劳动合同，故其主张无需支付盛某2015年年度奖金，理由不成立。

三、 从属于单位规章制度规定还是双方约定来考量

Consideration and discussion on whether the rule for payment of bonus is an employer's internal policy or an agreement reached by both parties

单位规章制度的效力，与单位和劳动者达成的约定相比，约定的效力更高。这是因为，单位规章制度的生效条件仅需经过民主程序讨论并公示，无需得到每一个劳动者的同意，因此，单位的规章制度虽然法律上适用于该单位的所有劳动者，并不代表所有劳动者均同意该规章制度的全部内容。而单位与劳动者的约定，比如，劳动合同，充分表达了双方协商一致的真实意思表示，对约定的相对人具有特异性效力，双方均需受该约定内容的全面约束。当单位规章制度与双方约定相冲突时，秉承特别规定效力高于一般规定的法律原则，应优先适用双方的约定内容。因此，当单位与劳动者达成了关于年终奖发放的特别约定后，该约定的效力高于单位规章制度对于年终奖发放的一般规定。司法机关一般都会尊重双方之间的事前特别约定，甚至涉及违法解雇因素，司法机关亦会优先考量约定的效力。

【相关案例】

李某于2014年加入某公司，签订了2014年5月19日至2017年5月18日的劳动合同，约定月基本工资为33,000元，固定12个月薪水，年底3个月浮动年终奖。公司员工手册关于年终奖发放部分规定：“入职后工作不满一年者，在第二年第一季度末不享有年终奖励。年终奖发放与否以员工入职表现以及公司上一年盈利等情况综合认定。年终奖发放标准根据双方约定，双方没有约定的，公司酌情确定。自行请辞或因过错被解雇的，不享有年终奖。”2014年12月7日，

李某通过电子邮件提出辞职，后申请劳动仲裁，其中一项请求为支付 2014 年年年终奖 99,000 元。劳动仲裁支持支付李某按比例折算的 2014 年度年终奖 61,569.86 元。李某不服仲裁裁决，提起诉讼。

一审法院认为：用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。年终奖是用人单位根据全年经济效益和对员工全年工作业绩的综合考核而发放的一次性奖金，属于劳动者合法劳动报酬，而不只是用人单位激励人才，留住人才的手段。公司员工手册关于工作不满一年及离职员工不享有年终奖的规定实际上是公司免除其法定责任，排除劳动者权利的约定，违反法律规定，应属无效条款。故公司应按李炜炜当年度实际工作时间折算年终奖，对李某要求公司支付年终奖 61,569.86 的诉请，应予支持。

二审法院认为，年终奖是否发放及发放标准固然属于用人单位自主经营权的范畴，但并非用人单位可以任意决定。用人单位在作出是否发放年终奖的决定时，必须符合与劳动者之间的约定以及经过民主程序制定且已公示或者告知劳动者的公司规章制度。本案双方签订的劳动合同明确约定李某的年薪、月薪及年终奖发放。公司提供的员工手册规定自行请辞或因过错被解雇的不具备年终奖发放资格，实际增加了双方劳动合同约定的年终奖发放条件，并无证据证明该员工手册经过民主程序制定且已公示或者告知包括李某在内的劳动者，因此，公司不能依据该员工手册的规定决定是否发放李某年终奖，原审法院依据双方劳动合同的约定，按比例折算的年终奖的意见，并无不妥，本院予以维持。

四、 结论：

司法实践中，对于离职后即不享有年终奖发放资格的规则，司法机构会倾向于支持考核周期已届满的劳动者获得年终奖，并会结合考虑该劳动者是否属于主动辞职放弃权利还是被违法解雇在先，同时，很大程度上会尊重双方事先的约定。就年终奖的发放规定（非年终奖的数额），建议用人单位尽量从合理性出发，考虑已满考核周期劳动者的利益，并与劳动者事先达成书面约定，还需在员工离职前做好阐明沟通工作，尽量减少事后的争议。

陆佳亮 律师

上海保华律师事务所

劳动关系宽严的立法选择 与劳动者的实际进出



自笔者拙文《锦上添花抑或雪中送炭》分析了《中华人民共和国合同法(草案)》(以下简称《草案》)“对员工实行宽进宽出”、“对企业实行宽进严出”的立法思路后,引发了广泛的争议。争议主要集中在这一立法目标能否实现的问题上。肯定这一思路的代表者是常凯:“这是从国情出发,非宽进严出不解决问题。”^注显然他认为这一立法目标是能实现的,这是一个良好的愿望也会有一个¹良好的结果。笔者则认为“劳动力是一个流动的过程,在供大于求的情况下,这种流动过程往往是由用人单位来主导。政府真正可以控制的是严出,然而,劳动力的需求是有限的,‘严出’只能导致‘严进’,一旦用人单位的劳动力流量被限制,对劳动者实行‘宽进宽出’只是一个美好的愿望。试想,在‘严出严进’的格局下,什么人会受到损害,答案无疑是替代性最强的底层劳动者。”笔者认为这一立法目标并不能实现,立法所设定的只是一个“美好的愿望”,不会有美好的结果。显然笔者与常凯的共识是:都不希望出现对员工“严进严出”的局面,更不要说是让企业去实行“严进宽出”了。

最近王全兴教授在《中国劳动》第9期《试论劳动者进出劳动关系宽严选择》(以下简称《选择》)一文中提出了新观点:《草案》的立法初衷是“对员工实行严进严出”、“对企业实行严进宽出”,正是要实现我们都不希望出现的结果。文章认为“带有劳方或资方倾向的对《草案》是作基本肯定还是基本否定的争论,进入白热化阶段,不同利益集团的激烈博弈尽显其中”,按这种说法劳方的肯定与资方的否定显然是由于误读造成的。果真如此吗?答案是否定的。在此对《选择》一文所设的三个问题做一回答。

对企业和劳动者是“宽进”吗?立法初衷是“宽进”,实际执行后会成为“严进”。

《选择》一文说我国由于实行劳动合同制度,《草案》对劳动者不是“宽进”而是“严进”,个人承包经营由发包人做用人单位,更是体现“严进”。这种理解自然没有什么不可,只是与笔者的观点无关。笔者所称的“宽进”是指:《草案》一经实施,我国会出现一种“被动招工”现象,即企业某些操作被有关部门认定为失误后,不得不雇用一批从未计划雇用的员工,还必须长期雇用,签订的是直

董保华,论文转载自《中国劳动》2006年第10期。

到退休的无固定期限合同。被动招工的形成有三个主要原因，即事实劳动关系从宽认定并作为无固定期限合同处理；个人用工时发包人作为用人单位；员工因欺诈而订立的合同仍有效。《选择》一文对这三种原因形成的被动招工均给予高度肯定，这是值得讨论的。

对事实劳动关系从宽认定并作为无固定期限合同处理，《选择》一文认为只要签订劳动合同就可避免。“先签书面合同后用工，对于企业（尤其是管理规范的企业）来说是不难做到的，如果企业不愿这样做，只能说明愿意选择‘宽进’。”按照这种解释，似乎所有的事实劳动关系都是企业故意不签劳动合同产生的。其实现实生活中事实劳动关系产生的原因极其复杂，至少有三种情况：一是有些用人单位故意不与员工签订劳动合同；二是劳动合同到期，双方无意结束劳动关系，但因人事部门未及时续订，过失地产生劳动关系；三是某些当事人认为属商业接触的内容，被仲裁或法院认定为事实劳动关系。劳动保障部门对事实劳动关系认定标准较为宽泛也不够明确，不同的法官可能会做出不同的认定。当我们将三种不同性质事实劳动关系放在一起规范时，本身就容易产生扩大化处理的问题。《草案》进一步将产生理解分歧时“以劳动者个人的理解为准”作为原则，在承包经营中个人用工一概认定“发包人作为用人单位”，这时更会将事实劳动关系范围大大扩大。这种被放大的事实劳动关系全部作为无固定期限合同处理，会彻底改变正常的招工秩序。

对于事实劳动关系的放大，《选择》并不是完全没有认识，只是认为“《草案》正因为给有宽进企图的劳动者留下滥用的机会，才足以促进企业重视签订书面合同”。一部法是不应该故意给滥用者留下机会的，试问牺牲全社会诚信而只有留下一纸合同还有什么意义呢？同样的逻辑也出现在无效合同的分析上，“用人单位欺诈必然导致劳动合同无效，而劳动者欺诈则不一定劳动合同无效”。“该项规定的依据在于，劳动合同订立过程中信息不对称”。只要信息不对称就可以采用欺诈手段，那么国家与公民的信息严重不对称，是不是公民均可对国家采用欺诈手段？

《草案》对“被动招工”的鼓励与放任，确实会刺激企业建立起一套严格的应对机制，这种应对机制未必会对员工有利。例如，《选择》认为“承包人履行劳动法义务的能力一般弱于发包人”，所以要将雇主身份转给发包人以保护劳动

者利益。这种不按法律关系的性质，而只按履约能力来确定法律关系主体的思路本身就是违反法律常识的。这种有违常识的主体确定方式必然导致发包人的抵制，其方法也正如《选择》一文所称“只需选择直接用工或发包给某个组织即可”，“减少通过发包给个人而间接用工的现象”。当所有的企业均不与提供服务的个人承包者打交道，个人承包这种农村基本的经济组织形式，也曾是我国国有、集体企业改革的重要形式，实际上是最严厉的方式被禁止了。尽管个人承包在建筑业确实存在着一些问题，但我们有必要因噎废食，禁止所有以个人承包形式提供的服务吗？

当前，非全日制就业、短期就业、派遣就业、季节就业、待命就业、兼职就业、远程就业、承包就业、独立就业、自营就业和家庭就业等国外主要灵活就业方式在我国均有长足的发展，我国在社会转型过程中还出现了诸多下岗再就业形式。这些形式在我国大多只是一种社会存在而缺乏法律规范。《草案》取消非全日制就业规定、限制派遣就业、禁止个人承包用工、收紧事实劳动关系，体现出来的是一种对非标准劳动关系的全面打击态度，其结果必然带来“就业促退”的效果。

对企业是“严出”吗？立法初衷是“严出”并可以奏效，但会带来“严进”的后果。

各国收紧劳动关系“实行严出”的基本做法是提高对劳动者“解雇保护”的水平，主要有强化解雇理由、加长提前通知期、支付经济补偿金三种措施，在一些国家这三项措施可以有条件地相互替代。相对《劳动法》而言，《草案》因对终止与解除双向收紧的“严出”措施而受到广泛的质疑。《选择》则认为对企业虽有“严出”的规定，但总体实行的是“宽出”做法，这一结论的得出显然是由于《选择》对“解雇保护”这一概念又进行了重新定义。让我们分析一下终止、解除这两个概念如何在《选择》一文中由严变宽。

《草案》收紧终止的基本措施是要求支付经济补偿金。到期终止、约定终止、员工死亡终止均要支付经济补偿金。《选择》一文认为：“经济补偿金只是加重劳动合同终止时用人单位的经济负担，对劳动合同本身并不存在‘收紧’”。提高解雇成本、加重解雇负担本来就是一种提高对劳动者解雇保护的水平的措施，为什么在《选择》一文中不算“收紧”呢？解释是：“这对用人单

位选择是否续签劳动合同只有诱导作用，而无强制续签劳动合同的作用。”解雇保护三种手段中哪种又算是有“强制作用”呢？支付经济补偿金不算，提前通知期大概就更不算了吧，似乎只剩“强化解雇的法定理由”了。对于我国大量存在的劳动合同到期终止，由于理由既定，无论法律如何增加企业解雇成本，提高劳动者解雇保护水平，永远不会有“收紧”的概念。

对于经济补偿金应当如何支付，在《锦上添花抑或雪中送炭》一文中这样阐述的：“笔者认为，经济补偿金是员工在被动结束劳动关系时，企业承担的一项法定帮助义务。”《选择》在短短的二段文字中不同寻常地三次引用笔者的这句话，但均故意回避了“笔者认为”四个字，进而认为这句话的成立条件是必须能放之四海而皆准，事实上相当一部分国家根本没有经济补偿金制度，有这一制度的各国含义也完全不同，笔者在《劳动合同经济补偿金研究》作了阐述。笔者只是对如何建立我国的经济补偿金制度提出建议，自然是依据本国的情况，目前我国就是这样执行的。《选择》认为劳动法规定的“协议解除”是例外，其实有关“协议解除”劳动保障部早有解释，员工也只有“在被动结束劳动关系时”才有权要求用人单位支付补偿金。更何况，作为立法建议正是对现行制度的改造性意见，对这一建议有异议，也应当针对这一建议本身有何不妥进行分析。

《草案》收紧解除的主要措施是强化有固定期限劳动合同的解雇理由。我国现行的劳动合同解除一共只有过失性解除、非过失性解除、经济性裁员三类。《草案》对于有固定期限这种主要用工形式，几乎取消了其非过失性解除这一类理由，收紧力度之大可以想见。即便依只有“强化解雇的法定理由”才算收紧的逻辑，也应当算是收紧吧？然而在此处，《选择》又另立衡量标准了：“严出”的影响哪怕再大，只要有一条宽出的条款就应当算总体上是“宽出”。另立这样的标准是由于《选择》的作者以为找到了两条“宽出”条款，即《草案》第33条与第31条。

《草案》第33条对应的显然是《劳动法》第26条第三项，即“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的”。《草案》要求行使上述规定时必须受到诸多限制：（1）裁减人员50人以上的，企业需要与工会共决，在没有共决的情况下，由工会单方决定；（2）裁减人员时，应当优先留用老职工；（3）执行行政备案制

度；（4）6 个月内重新招人优先录用被裁人员。显然是将《劳动法》27 条以及 27 条都没有的一些限制性规定加到了第 26 条第 3 项上，从而限制该条款的使用。即便是按照只以“法定解雇理由”判断松紧的标准，第 33 条也应当是大大收紧吧？然而《选择》的标准又发生了变化，要拿《草案》第 33 条与《劳动法》第 27 条对比，由于劳动法仍是有效的法律文件，原第 27 条并无任何变化，《草案》第 33 条并未替代《劳动法》第 27 条，两者如何比较？加之两条规定的思路完全不同，那种牵强附会的比较又有何意义？

《草案》第 31 条对应的《劳动法》规定应当是第 25 条、99 条、102 条。《劳动法》总体上是针对一重标准劳动关系所做的规定，但由于科技人员的兼职劳动为我国规章所允许，因此劳动法的态度是看这种兼职劳动是否违约、违纪，是否给用人单位造成损失，如出现了这种情况，主要以招用单位作为赔偿主体（招用单位赔偿 70%以上），现行劳动法本来就可以有效地追究相关人员的责任，《草案》将惩治对象转向了劳动者，未必是用人单位所欢迎的。不管是否构成违约、违纪，一律不许兼职，其实反对的只是兼职与非全口制用工。这并不是什么“宽出”的措施，而只是一个“严进”的条款。

通过不断变换评判标准，《选择》一文将现行规定称之为“宽出”，然而笔者只能按照常识进行判断，从而得出用人单位终止解除劳动合同权限，受到更严格限制的结论。依笔者看来，《草案》所规定的“严出”措施，总体可以奏效。在劳动力数量既定的情况下“严出”必然带来“严进”。在企业奉行“严进严出”用工政策的情况下，由于底层劳动者从事的工作一般可替代性较强，需要一定的人员流动性以实现就业。在岗位稀缺、流动停滞的就业环境里，底层劳动者会首当其冲，受到损害。

对劳动者是“宽出”吗？立法初衷是“宽出”，但这些规定对上层劳动者是福音，对底层劳动者是灾难。

《草案》“宽出”主要体现在对员工离职进一步放宽，即劳动者单方解除的理由增加、程序简化；企业在给员工提供了 6 个月以上脱产专业技术培训后才可以和员工约定服务期和违约金，如培训时间短于 6 个月、培训期间没有全脱产或员工享受的是企业提供的住房、汽车等特殊待遇，仍允许自由离职且不得约定违

约金；竞业限制期间支付年工资等。然而，《选择》一文认为有关违约金与竞业限制的规定“与劳动法相比较，毕竟体现的是‘严出’的精神”。

由于劳动合同具有定式合同的特点，劳动者只能在全部接受与全部拒绝中选择，当劳动者对用人单位的管理无法接受时只能“用脚投票”。《劳动法》第31条保障的是劳动者较一般民事制度更为宽松的劳动合同解除权，但劳动法本身并没有排除违约金的使用，在法无明文禁止的情况下，企业可以通过劳动合同约定违约金，并以违约金条款限制第31条的行使范围，在一些地方立法中更把这种限制制度化。劳动者的法定解除权与主要体现用人单位意志的约定违约金（甚至于是法定违约金）在相互博弈中，往往是用人单位意志更占上风。一些地方立法如上海、江苏则引入服务期这一概念来限制违约金的适用范围，以缩小违约金制度对第31条的影响。《草案》也采用这种模式，通过立法限制违约金，实际上是放宽劳动者“用脚投票”的范围，不管用哪种逻辑，恐怕都没有“严出”的影子。笔者以为，《草案》引入“服务期”概念是一种正确的制度安排，只是由于对服务期限制过死，几乎等于取消了违约金制度，才会出现“将劳动者辞职自由推向极端的情形”。《选择》一文做了本末倒置的叙述，自然得出相反结论。

笔者认为，对于商业秘密，《劳动法》第22条规定：“劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。”实际上给出了双方协商的私法空间。而《草案》背离了《劳动法》的立法思路。不仅以基准法形式对补偿金、竞业限制范围、期限等作了规定，而且其补偿标准之高在全世界都绝无仅有，将这类规定说成是要对劳动者做“严出”的限制是完全没有道理的。

笔者认为，接受了企业培训、特殊待遇、掌握商业秘密的员工可以随意离职，这些本身就是针对上层劳动者的保护措施。在《草案》面前，用人单位那种通过加强投入，主动留人措施和方案基本上丧失法律效力。这种规定会迫使企业减少对员工提供培训和福利，已经就业的底层劳动者上升发展空间将受到限制。企业也会尽量招用有经验的员工，初次就业或缺乏职业技能的底层劳动者就业更会受到冲击。劳动法作为社会法，同时具备公法的调整手段和私法的调整手段，对于底层的弱势群体应侧重于公法手段保护；而对于劳动者中相对强势的主体则可以赋予他们较多私法空间，其实《劳动法》就很好地体现了这种思路。

其实《选择》一文对上述三个问题也有回答，但笔者以为存在逻辑混乱。第一问，企业和劳动者是“宽进”吗？《选择》的回答是“严进”，而且认为这一制

度设计也是恰当的，用人单位占尽便宜，但突然话锋一转：“用人单位的负担过重”，有必要将事实劳动关系视为无固定期限的规定改为按三年合同期处理，显然在按相反的逻辑开药方；同样，《选择》认为，个人承包时以发包人作为用人单位的规定有助于让更有履约能力的发包人来承担雇主义务，然而，在对策部分又主张按经营资格确定雇主义务，也在按相反的逻辑开药方。第二问，对企业是“严出”吗？《选择》的回答是宽出，给了用人单位“更多的裁员自由，这是典型的宽出”而且主张加大限制力度，似乎完全合乎逻辑。第三问，对劳动者是“宽出”吗？《选择》的回答是“严出”，对用人单位极其有利，但开出的药方却是让劳动者更加严出，又是按相反的逻辑在开药。

如果完全按逻辑开药方固然是良医，完全按相反的逻辑开药方可能是要促其物极必反，也不失为一种治疗手段，两者都能让人理解，现在开出的药方让人费解。其实《选择》一文的作者也是在做选择题，与众不同，他不是按逻辑而是按内部的标准答案在回答，这个标准答案就是正在修改的《劳动合同法(草案)》。



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