保华月刊

Baohua Monthly

2019年8月刊
Aug.2019
第32期
NO.32

- 案例调研：用人单位能否依据规章制度对劳动者罚款？
- 江苏省高级人民法院关于审理带薪年休假纠纷若干问题的指导意见

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 劳动法新闻资讯
Labor Law News

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

14 新法规：《江苏省高级人民法院关于审理带薪年休假纠纷若干问题的指导意见》
New Regulation: Guiding Opinions of Jiangsu Provincial Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Paid Annual Leave Disputes

热点追踪
Hot Issues

18 案例调研：用人单位能否依据规章制度对劳动者罚款?
Case Study: Can the employer impose fines according to the rules and regulations?

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

27 从裁员潮看劳动合同法的立法思路设计与调整
Analyze the design and adjustment of labour law's legislative thought from layoff tide

新闻总结

一、2019 版医保药品目录正式亮相

来源：国家医保局

摘要：近日，国家医保局会同人力资源社会保障部联合印发了《关于印发<国家基本医疗保险、工伤保险和生育保险药品目录>的通知》。国家医保局医药服务管理司相关负责人就有关问题作了解读。

Abstract: The National Healthcare Security Administration and Ministry of Human Resources and Social Security of the People‘s Republic of China jointly issued *Notice on Issuing the Catalogue of Drugs for National Basic Medical Insurance, Industrial Injury Insurance and Maternity Insurance*. Relevant persons in charge of the Department of Medical Service Management of the National Healthcare Security Administration explained the relevant issues.

具体内容如下：

一、2019 年国家医保药品目录调整的总体思路和目标是什么？

本次目录调整是国家医保局成立后首次医保药品目录的全面调整，是落实党中央、国务院机构改革要求，认真履行国家医保局职责的一项重要举措。我们坚持以维护参保人健康为根本出发点，坚持保基本的功能定位，坚持公开、公平、公正的专家评审制，坚持统筹兼顾，尽力而为、量力而行，在确保基金可承受的前提下，充分发挥国家医保局统筹管理城乡医保的政策优势、体制优势，实现以下目标：通过调整，从整体上提升医保药品目录的保障能力和水平，提高有限医保资金的使用效益，更好地满足广大参保人的基本用药需求，有效提升广大人民群众的获得感。

二、与现行的国家医保药品目录相比，新版目录总体的变化（如中西药、中成药、中药饮片的药品数量及甲乙类数量有何差异？民族药情况？）

本次调整坚持科学有序、渐进调整的原则。从常规准入的品种看，中西药基本平衡，调整前后药品数量变化不大，但调出、调入的品种数量较多，药品结构发生了较大变化。2017 年版目录中共 2588 个药品（含 2017、2018 年两次谈判准入药品），包括西药 1345 个、中成药 1243 个（含民族药 88 个）；中药饮片采用排除法规定了基金不予支付费用的及单味使用不予支付费用的饮片；目录中收载西药甲类药品 402 个，中成药甲类药品 192 个。本次发布的常规准入部分共 2643 个药品，包括西药 1322 个、中成药 1321 个（含民族药 93 个）；中药饮片采用准入法管理，共纳入有国家标准的中药饮片 892 个，地方可根据本地实际按程序增补；目录中收载西药甲类药品 398 个，中成药甲类药品 242 个，甲类药品数量适当增加，保障水平进一步提升。

三、本次目录调整方案中提到“将优先考虑国家基本药物中的非医保品种、癌症及罕见病等重大疾病治疗用药、高血压和糖尿病等慢性病治疗用药、儿童用药以及急抢救用药等”。这些药品本次调整纳入情况如何？

为更好地满足临床合理用药需求，这次目录调整常规准入部分共新增了 148 个品种。新增药品覆盖了要优先考虑的国家基本药物、癌症及罕见病等重大疾病治疗用药、慢性病用药、儿童用药等，其中通过常规准入新增重大疾病治疗用药 5 个，糖尿病等慢性病用药 36 个，儿童用药 38 个，绝大部分国家基本药物通过常规准入或被纳入拟谈判药品名单，并将 74 个基本药物由乙类调整为甲类。另外，上述领域的一些药品，特别是癌症、罕见病等用药主要被列入拟谈判名单，下一步经过谈判就价格达成一致的，将按规定纳入目录范围。

四、本次调整中药饮片由排除法改准入法的原因？

中药饮片由排除法改准入法，一是使饮片保障范围更加明确、精准，使纳入支付范围的饮片都符合基本医保“保基本”的功能定位。二是在一定程度上使不同地区的保障范围相对统一，提升保障政策公平性。三是从加强医保支付管理的角度，排除法改为准入法可以提升饮片医保支付管理的科学性、合理性、精确性。

五、与现行的国家医保药品目录相比，支付限定有哪些变化？

为最大限度减少患者不合理支出，保证有限的医保资金花在刀刃上，在目录调整过程中，专家们按照合理用药、科学管理、防范风险、具有可操作性等原则，反复论证，严谨规范地对部分药品限定了支付范围。重点包括抗生素、营养制剂、中药注射剂等类别的药品，并对部分主要用于门诊治疗的药品限定门诊和个人账户支付。与原来相比，这次支付范围的限定更加精准、更加严格。总的考虑：一是所有的支付限定都在药监部门批准的说明书适应症范围内。二是确保能够满足临床合理用药需求，应该保的保障到位。三是对容易过度使用的药品，综合考虑其临床价值、临床地位、可替代程度、费用水平等因素确定了支付限定。四是要加强限定支付范围的执行。明确要求各地医保部门不得进行调整，同时要加强对药品费用的审核，确保按支付限定的要求支付费用。最后，还要强调的是，支付限定不是对药品法定说明书的修改，只是规定了哪些情况下参保人使用药品的费用医保可以支付，临床医生应根据患者病情合理用药。

六、预计通过谈判将纳入多少药品？原谈判目录药品如何处理？

谈判准入是近年来医保药品目录准入方式方面的一个重大创新，2017 年和 2018 年，医保部门通过谈判方式在医保药品目录中分别纳入了 36 个和 17 个药品，包括了利拉鲁肽、曲妥珠单抗、来那度胺、奥西替尼等，对于提高参保人员用药保障水平、保证基金平稳运行起到了非常重要的作用。按照党中央提出的逐步增加国家谈判药品品种数量的要求，本次目录调整我们在总结前期经验的基础上对谈判准入的方法做了进一步完善。对于临床价值高但价格昂贵或对基金影响较大的专利独家药品，通过专家评审和投票遴选，初步确定 128 个药品纳入拟谈判准入范围，包括 109 个西药和 19 个中成药。这些药品的治疗领域主要涉及癌症、罕见病等重大疾病、丙肝、乙肝以及高血压、糖尿病等慢性病等。许多产品都是近几年国家药监局批准的新药，亦包括国内重大创新药品。

下一步，我们将按程序征求拟谈判药品企业意愿，组织企业按要求提供材料，由测算专家进行药物经济学和基金承受能力评估，确定谈判底线，由谈判专家与企业谈判，形成双方认可的全国统一的支付标准后，按程序纳入目录范围，以确保基金安全。考虑到医保基金常规增长，以及“4+7”招采扩面、支付方式改革和本次目录调整调出品种等改革腾挪出的基金空间，在确保基金安全的前提下，我们会拿出一定数量的基金用于谈判药品，力争尽量多的品种谈判成功，让广大群众尽可能多地享受到改革的红利。但由于本次谈判品种较多、普遍对基金影响大等，本次谈判对成功率不作要求。

对于 2017 年谈判准入的、协议将于 2019 年底到期且目前尚无仿制药上市的 31 个药品的续约谈判，我们将与 128 个拟谈判药品的准入谈判同步进行。

七、新版目录什么时候开始执行，如何执行？各省原有增补目录如何处理？

考虑到地方医保管理经办部门以及定点医药机构还要进行系统调整，我们拟于 2020 年 1 月 1 日起正式实施新版目录。新版目录印发后，除有特殊规定的以外，地方不再进行乙类药品调整，原增补的品种原则上应在 3 年内逐步消化，并优先消化被纳入国家重点监控范围的品种。

八、关于卫生健康委提出的不具备相应资质的西医师不能开中药，医保是否

有联动？比如西医师开的中药或中成药医保不予报销？何时执行？

对《药品目录》中的药品，参照《国家卫生健康委关于印发第一批国家重点监控合理用药药品目录（化药和生物制品）的通知》（国卫办医函〔2019〕558号）的要求，应由具有相应资质的医师开具的中成药处方和中药饮片处方，医保基金方可按规定进行支付。同时，我们要求各地建立医保协议医师制度，加强对医师开具处方资格的审核管理。

九、本次调整调出的或未纳入的品种，未来是否有机会进入医保目录？

按照党中央、国务院决策部署，我们将建立医保目录动态调整机制。对于尚未纳入的品种，在充分考虑医保基金的承受能力、可持续性，充分考虑临床需求等综合因素后，会将更多救命救急的好药纳入医保，对不符合条件的药品也将及时调出目录。相关政策文件正在制定过程中，我们将努力加快进度，争取早日出台。

十、本次调整国家医保局采取了哪些措施加强监督，保证医保药品目录调整的公平公正？

国家医保局始终高度重视加强医保药品目录调整中监督机制的建设：一是主动接受各方监督。国家医保局直属机关纪委专门成立监督组，对目录调整工作重大活动都派人进行现场监督，并接受社会各界的投诉举报。二是完善内控机制。明确工作岗位和人员责任，完善信息保密、利益回避、责任追究等制度措施，确保目录调整工作公正、安全、有序。三是强化专家监督。建立专家负责、利益回避、责任追究等制度，所有评审、遴选工作全程留痕，确保专家独立、公正提出评审意见。四是所有工作人员和专家都签订保密和廉政协议。所有专家签署无利益冲突声明。

十一、国家医保局对统一的医保药品分类与编码采取了哪些举措，下一步有何打算？

统一医保药品分类和编码对促进医保药品精细化管理有着重要的基础性作用，国家医保局成立伊始就启动了全国统一医保药品编码制定工作，以形成全国的通用语言，研究制定了药品在内的15项信息业务的编码标准。6月27日医保药品等4项主要业务标准已经在国家医保局的官网上线运行。

医保药品分类与编码具有3个特点：一是医保药品编码是结合国家医保局职能制定的，能够实现与卫健委国家药管平台药品采购唯一性识别码和国家药监局药品本位码编码互认、信息共享。二是医保药品编码细化到药品的最小分类项，能够实现一药一码。三是医保药品编码覆盖了国家药监局批准上市的所有药品，能够满足药品招标采购、医保支付、价格监测、监督管理、统计分析等工作的需要，实现医保系统一码通。同时，针对药品品种繁多、更新速度快等特点，将通过网上申报、网上反馈、网上公示、网上查询等方式，保障药品信息维护的及时性、完整性和精准性。

下一步考虑，国家药品监督管理部门批准上市的药品均应积极参与到产品信息维护，可以通过国家医保局官网进入维护窗口，办理申请、变更、查询等相关业务，各省医保部门可在维护窗口上查看、咨询、下载和使用相关信息，凡是产品信息不按照要求进行维护确认的，以后就不能在全国各省和国家平台上进行招采，也不能进行医保的支付。

二、人社部：单位拖欠农民工工资将被列入"黑名单"

来源：央广网

摘要：人社部公布《保障农民工工资支付条例（草案征求意见稿）》（下称《征求意见稿》），并向社会公开征求意见至 2019 年 9 月 12 日。
Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People‘s Republic of China announced the *Regulations on Protection of Wages of Migrant Workers (Draft for Comments)* (hereinafter referred to as *Draft for Comments*) and openly solicited opinions from the public until September 12, 2019.

《意见稿》拟规定，用人单位存在克扣、无故拖欠农民工工资，达到认定拒不支付劳动报酬罪数额的；或拖欠农民工工资造成严重不良社会影响的，该用人单位及其法定代表人(实际控制人)、其他负责人将被列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单。

《意见稿》拟规定，工资应当以法定货币形式支付给农民工本人，不得以实物或者有价证券等其他形式替代。用人单位应当每月至少向农民工足额支付一次工资。同时，用人单位支付工资时，应当向农民工提供其本人的工资清单。

用工单位使用个人、不具备合法经营资格的单位或者未依法取得劳务派遣许可证的单位派遣的农民工，个人、不具备合法经营资格的单位或者未依法取得劳务派遣许可证的单位拖欠被派遣的农民工工资的，由用工单位依法承担清偿拖欠农民工工资的责任。

《意见稿》拟规定，合伙企业、个人独资企业、个体经济组织等用人单位应当依法承担清偿拖欠农民工工资的责任；无力清偿的，由出资人依法承担连带清偿责任。

用人单位依法合并或者分立时，存在拖欠农民工工资的，应当在实施合并或者分立前依法清偿农民工工资；但是，经与农民工协商一致的，可以由合并或者分立后承继其权利义务的用人单位承担清偿拖欠农民工工资的责任。

同时，《意见稿》拟规定，用人单位被依法吊销营业执照、被责令关闭、被撤销或者被人民法院裁定解散的，应当依法清偿拖欠的农民工工资。用人单位决定自行解散的，应当在申请注销登记前依法清偿拖欠的农民工工资。未依据前款规定清偿农民工工资的用人单位实际控制人、主要出资人，在拖欠农民工工资清偿前不得注册新用人单位或者作为新用人单位的出资人、实际控制人。

《意见稿》拟规定，开户银行负责农民工工资专用账户的日常管理，发现资金未按约定拨付等情况时，应当及时通知施工总承包单位，并报告工程建设项目主管部门。

承包单位因发包单位未按照合同约定划拨工程款项导致拖欠工资的，由发包单位以未结清的工程款项为限先行垫付所拖欠的工资。

此外，《意见稿》拟规定，人力资源社会保障行政部门责令拖欠农民工工资的清偿责任主体支付其所拖欠的农民工工资，相关单位不支付的，可以申请人民法院采取查封、扣押其财物等财产保全措施和强制执行。

同时，用人单位有严重拖欠工资违法行为的，由人力资源社会保障行政部门向社会公布，其中被依法追究刑事责任的，应当在省级以上广播电视等新闻媒体曝光。

此外，《意见稿》中指出，用人单位有下列情形之一的，由人力资源社会保障行政部门将该用人单位及其法定代表人(实际控制人)、其他负责人列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单：

(一)克扣、无故拖欠农民工工资，达到认定拒不支付劳动报酬罪数额的；

(二)拖欠农民工工资造成严重不良社会影响的。

此外，对列入拖欠农民工工资失信联合惩戒对象名单的用人单位、法定代表人(实际控制人)、主要经营管理人员，有关部门应当在政府资金支持、政府采购、招投标、生产许可、资质审核、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先、高档生活消费等方面予以限制，并限制乘坐飞机、动车、列车软卧、轮船二等以上舱位等。

《意见稿》拟规定，政府投资工程项目未批先建、建设资金不到位、未及时拨付工程款等导致拖欠农民工工资的，由有关机关依法依规追究相关监管部门的责任。

此外，国有工程建设单位拖欠工程款引发拖欠农民工工资的，由上级主管部门约谈单位负责人，并作为其业绩考核、薪酬分配、评先评优等的重要依据。

同时，对于建设资金不到位、未依法审批开工建设的工程项目拖欠农民工工资的，建立责任倒查制度，依法依规追究行业主管部门、审批部门负责人和其他直接责任人员的责任。

《意见稿》指出，保障农民工工资支付，适用本条例。保障其他劳动者工资支付，参照本条例执行，但工程建设领域特别保障措施除外。

三、国家社保公共服务平台试运行，可测算养老金

来源：北青网

摘要：国家社会保险公共服务平台近期上线试运行。平台可以提供社保年度参保信息查询、待遇资格认证、养老金测算、社保关系转移查询、异地就医查询、境外免缴申请、社保卡和电子社保卡状态查询等等，都是全国性跨地区服务。

Abstract: The national social insurance public service platform has been put into trial operation recently. The platform can provide annual social security insurance information inquiry, treatment qualification certification, pension calculation, social security relationship transfer inquiry, off-site medical treatment inquiry, overseas exemption application, social security card and electronic social security card status inquiry, etc., all of which are nationwide cross-regional services.

该网站平台提供两种注册方式，一种是按照身份证号码注册，一种是按照社保卡及社保银行卡注册。从输入信息到输入手机号、等待接收短信密码到注册完成，仅需 1 分钟，方便快捷。注册登录成功进入“养老金测算”栏目，显示“城镇职工养老保险待遇测算”网页，可根据参保类型选择“城镇企业职工”“个体工商户或灵活就业人员”，输入数据即可自动预测。按照对话框输入信息，以一名 40 岁男性为例，预期退休年龄 60 岁，实际缴费年限 15 年，视同缴费年限 15 年，上年末个人账户存款额 18 万元，参保地（北京）上年在岗职工月平均工资为 8467 元（统计局发布），本人月工资 1 万元，而“未来在岗职工平均工资增长率(%) ”“未来个人账户记账利率(%)”“未来缴费工资增长率(%)”三个变量，假设分别以 5%、8%和 3%代入，系统会自动计算并弹出一个对话框。系统计算显示，月入 1 万元的 40 岁男性将在 2039 年退休，月基本养老金为 22217 元。

值得注意的是，关于未来预期的三个变量数值代入大小，将会对未来养老金的预测产生巨大影响。

再以一名 30 岁男性为例，预期工作到 60 岁，月工资 2 万元为例，如果假设“未来在岗职工平均工资增长率(%)”和“未来缴费工资增长率(%)”分别是 10%和 5%，在“未来个人账户记账利率(%)”中代入 3%、5%、8%，未来他的养老金可能是 5.9 万元、6.6 万元、7.18 万元。也就是说到 2049 年退休时，该参保人预

期的月基本养老金约为 5.9 万元至 7.18 万元。

“个人账户的记账利率”直接影响未来养老金的多少。人社部办公厅、财政部办公厅印发《关于公布 2018 年职工基本养老保险个人账户记账利率等参数的通知》公布：2018 年城镇职工基本养老保险（含机关事业单位和企业职工基本养老保险）个人账户记账利率为 8.29%。

2018 年银行定期存款利率：一年定期年利率为 1.75%，三年定期年利率为 2.75%；一些银行理财产品平均收益率为 4%左右。这意味着同等本金的情况下，养老保险个人账户利息收益是一年定期存入银行利息收益的 4.73 倍，是购买银行理财产品所得收益的 2.03 倍。

人社部指出，职工基本养老保险个人账户记账利率每年由人社部和财政部公布，记账利率的确定主要考虑职工工资增长和基金平衡状况等因素，并通过合理的系数进行调整，不得低于银行定期存款利率。

2016 年、2017 年城镇职工基本养老保险（含机关事业单位和企业职工基本养老保险）个人账户记账利率分别为 8.31%和 7.12%，都远远高于银行同期存款利率。

查询社保卡状态等功能

据悉，该平台将先行提供社保年度参保信息查询、待遇资格认证、养老金测算、社保关系转移查询、异地就医查询、境外免缴申请、社保卡和电子社保卡状态查询等功能，实现全国性跨地区服务。

目前，已有 25 个省份完成了部分地区与国家社会保险公共服务平台的对接，22 个省份提供养老保险待遇测算服务。其中，13 个省份还将提供个性化测算服务。

数据显示，截至 6 月底，全国基本养老、失业、工伤保险参保人数分别为 9.47 亿人、2 亿人、2.45 亿人，比上年底分别增加 443 万人、328 万人、650 万人。

四、大陆首个台籍职工法律服务工作站在福建成立

来源：中工网

摘要：近日，福建泉州台商投资区台籍职工法律服务工作站在台商投资区职工服务中心成立。据了解，这是大陆首个台籍职工法律服务工作站。

Abstract: Recently, a legal service workstation for Taiwanese employees in Quanzhou Taiwanese Investment Zone, Fujian, was established in the employee service center of the Taiwanese investment zone. It is understood that this is the first Taiwan employee legal service workstation in mainland China.

该工作站将与台北的法律服务站连线合作，在泉州、台湾两地全方位共同服务台商投资区台籍职工在泉台两地的法律事务，维护台籍职工的合法权益。

据悉，当天在台商投资区职工服务中心内，台商投资区总工会、民革泉州市委、中台湾律师联盟大陆同胞法律服务中心、台商投资区台资企业工会联合会的相关负责人以及中台湾联盟律师代表、泉州律师代表、台籍职工代表数十人参加启动仪式。

泉州台商投资区台资企业工会联合会主席邱俊杰表示，目前在台商投资区的台籍职工有有近 200 人，去年 7 月份，泉州台商投资区台资企业工会联合会成立，标志着台湾企业、职工在泉州台商投资区有了一个自己的家。为台籍职工在学习、

创业、就业、生活等方面开展维权工作，“台籍职工法律服务工作站的成立切实保障台湾职工的合法权益，稳定台胞人才队伍将起到更大作用。”

中台湾律师联盟大陆同胞法律服务中心执行长何志扬律师说：他们每个月都将通过视频、并不定期派台籍律师到台商投资区，为台籍职工提供法律咨询和解答。

泉州台商投资区党工委党群工作部部长、区总工会主席洪亚清说：“泉台一衣带水，两地血肉相连”，根据台籍职工在大陆就业后，在处理法律事务上的需要，特设立大陆首个台籍职工法律服务工作站，与台北的法律服务站连线合作，在泉州、台湾两地全方位共同服务台商投资区台籍职工在泉台两地的法律事务，让来泉州台商投资区工作、学习、生活、创业的台籍职工减少后顾之忧，增进对台商投资区的认知和感情。

五、多家猎头员工因涉嫌侵犯公民个人信息被捕

来源：广东省公安厅

摘要：近日，在公安部的协调指挥下，广东省公安厅组织广州警方在北京、上海、广东等 20 个省市同步开展“净网 7 号”专案收网行动，打掉一个特大侵犯公民信息团伙，抓获犯罪嫌疑人 130 余人，查获公民信息 2 亿余条。该案是目前破获的全国最大的打击非法提供内部通讯录和个人简历侵犯公民个人信息案。Abstract: Recently, under the coordination and command of the Ministry of Public Security of the People's Republic of China, the Guangdong provincial public security department organized the Guangzhou police to carry out the "Network Cleaning Campaign No. 7" project in 20 provinces and cities including Beijing, Shanghai and Guangdong simultaneously, knocking out a large group that violated citizen information, and arresting more than 130 suspects and seizing more than 200 million pieces of citizen information. The case is the largest one cracked to crack down on the illegal provision of internal address books and personal resumes that infringe on citizens' personal information.

今年 3 月，广州警方接到多家互联网公司举报称，“猎头搜”网站非法获取、存有大量公司企业内部通讯录和个人简历，并提供给用户下载。经初步分析，“猎头搜”网站用户众多，网站上的内部通讯录和个人简历数量巨大，涉及各行各业绝大多数知名企业。案情上报后，省公安厅高度重视，将该案列为“净网 7 号”专案，迅速组织精干力量成立专案组全力侦办案件。经专案组深入调查，成功挖掘出一个非法搭建“猎头搜”网站，用于非法提供、非法获取公民个人信息的犯罪团伙。

经侦查，“猎头搜”网站属于深圳某人力资源公司，主要由公司管理层刘某峰、高某峰和技术员刘某胜负责管理、运营和维护。网站通过邀请码的方式注册用户，通过积分的方式管理用户上传下载的数据。用户通过一定的渠道获取公司企业内部通讯录和个人简历后，非法上传到“猎头搜”网站供其他用户下载，以便获取积分，同时可使用积分去下载自己需要的数据。据掌握，“猎头搜”网站注册用户多达 6 万余名，内部通讯录、个人简历等文档多达 40 多万份。

在查清团伙组织架构和锁定相关犯罪证据后，专案组开展“净网 7 号”专案集中收网行动，共抓获犯罪嫌疑人 130 余人，查获公民个人信息 2 亿多条，一举摧毁上述犯罪团伙。

警方表示，非法提供、非法获取、非法买卖公民个人信息都是犯罪行为，搭

建平台用于非法收集、交换公民个人信息性质更加恶劣，严重威胁他人个人信息和人身财产安全，切勿以身试法。同时，也请广大群众提高意识，注重保护自身公民个人信息，如遇类似侵犯公民个人信息行为，请及时向公安机关举报。

六、广东省公布《广东省残疾人就业办法》

来源：深圳特区报

摘要：近日，广东省政府网公布《广东省残疾人就业办法》（下称《办法》），自 2019 年 9 月 1 日起施行。

Abstract: Recently, the Guangdong provincial Government Network announced the *Measures of Guangdong Province on Employment of Disabled Persons* (hereinafter referred to as the Measures), which will come into force on September 1, 2019.

《办法》共 6 章 30 条，明确了制定本《办法》的目的、依据、原则以及责任，规定了用人单位在促进和保护残疾人就业中的责任，规定了促进和保护残疾人就业的保障措施，明确要进一步加强残疾人就业服务，进一步明确了法律责任。

《办法》规定了用人单位在促进和保护残疾人就业中的五种责任：一是规定了用人单位应当按照国家规定比例安排残疾人就业，达不到规定比例的应当缴纳残疾人就业保障金。二是规定了用人单位招用残疾人，应当依法签订劳动合同或者服务协议，为其提供适宜的岗位、适合其身心状况的劳动条件和劳动保护，按时足额支付工资或者报酬，依法办理社会保险。不得在晋职、晋级、岗位聘任、职称评定、报酬、社会保险、生活福利、休息休假等方面歧视残疾人职工。三是规定用人单位根据本单位残疾人职工的实际情况，对残疾人职工进行上岗、在岗、转岗等培训。四是用人单位除法律法规另有规定外，不得以残疾为由拒绝录用、招用残疾人，不得与在本单位因工致残并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的职工解除劳动合同。五是用人单位应当根据招用的残疾人实际，建设或者改造无障碍工作环境。

《办法》规定了促进和保护残疾人就业的 11 项保障措施。

一是明确各级人民政府应当建立健全残疾人就业援助制度，制定扶持残疾人就业创业政策，拓展残疾人就业途径，促进残疾人就业。

二是明确县级以上人民政府应当将残疾人就业保障金按照规定纳入地方一般公共预算统筹安排，根据本地残疾人就业状况和残疾人就业工作任务，加大资金保障力度，促进残疾人就业、创业增收。

三是规定各级人民政府应当对集中安置残疾人就业的企业、事业单位、社会服务机构、盲人按摩机构、工疗机构、农疗机构、庇护性工场、扶贫车间、扶贫就业基地给予重点扶持。

四是规定了各级人民政府应当开发公益性岗位，将符合岗位要求的残疾人纳入优先安排就业的范围。残疾人专职委员岗位应当公开招聘残疾人，应聘时间截止后未能招聘到符合岗位要求的残疾人的，可以招聘残疾人亲属。

五是明确了县级以上人民政府有关部门及残疾人联合会应当建立健全盲人就业扶持政策措施，扶持盲人和社会力量开办盲人按摩机构，支持盲人医疗按摩、保健按摩等传统项目发展，开发盲人就业新岗位，拓宽盲人就业渠道。

六是明确了工疗机构、农疗机构、庇护性工场等残疾人辅助性就业机构，主要为智力残疾人、精神残疾人和重度肢体残疾人提供辅助性就业服务。并且鼓励社会力量开发、提供残疾人辅助性就业项目。

七是各级残疾人联合会应当建立残疾人支持性就业辅导员委派机制，培育和

扶持符合条件的机构开展支持性就业服务，促进智力残疾人、精神残疾人在就业辅导员和工作同伴的帮助下，逐步过渡到常态就业环境中就业。

八是鼓励和扶持残疾人自主创业、灵活就业。九是各级人民政府应当完善农村残疾人就业援助配套措施，促进农村残疾人转移就业，组织开展农村实用技术培训，引导和扶持农村残疾人从事种植业、养殖业、手工业和电子商务等生产劳动，扶持农村残疾人创业的带头人和带动农村残疾人就业的龙头企业。

十是明确加强残疾人职业教育和职业培训，规定各级政府要统筹利用各种职业教育和职业培训资源，提升残疾人职业技能和就业能力，并对开展残疾人职业教育、职业培训的机构给予扶持。职业学校应当按照国家有关规定招收残疾人学生。

十一是明确要求各级人民政府及有关部门、残疾人联合会要加强对残疾人就业的监督检查，依法维护残疾人职工的合法权益。

七、上海一企业招用 2 名童工被罚 2.5 万元

来源：中工网

摘要：近日，上海黄浦区劳动监察部门经过调查取证，劳动监察部门发现一单位不仅拖欠劳动报酬，还招用 2 名童工，于是对其下达了行政处罚决定书，共计处罚 2.5 万元。

Abstract: Recently, after investigation and evidence collection, the labor supervision department of Huangpu district in Shanghai found that an employer not only defaulted on labor remuneration, but also employed two child laborers. Therefore, it issued an administrative penalty decision to the employer, with a total penalty of RMB 25,000 yuan.

上海黄浦区劳动监察部门表示，该部门接到一名打工者举报，称该区一美发店以招收学徒工为名拖欠其 10 天的劳动报酬。

在这家位于黄浦区云南南路 188 号的名尚美容美发店里，劳动监察人员找到了举报者的上班打卡记录。劳动监察人员发现，举报人王某出生于 2003 年 7 月 11 日，于今年 5 月 20 日被招录时不满 16 周岁，系童工。他上了 10 天班后，已返回监护人身边。

小王说，公司说他上班时间太短，才 10 天，根据公司规定，不发工资。后来小王说去举报，公司才给了他 100 元钱。

美发门店负责人则辩称，他们招录的并不是正式员工，只是学徒。其只负责打扫等辅助类工种，工资满月才发。“当时小王没带身份证，他们也没有去核实他是否年满 16 周岁；至于没发工资，是因为小王离职的时候，还没到正式发工资的时间。”

不过，劳动监察人员在翻阅该单位的相关记录时发现：该单位 2018 年 5 月 28 日招录的另一名学徒工小吴，当时同样未年满 16 周岁。目前，小吴已满 16 周岁，仍在该店工作。经过当面核实取证，最终确认该商家实际非法使用 2 名童工的违法事实。

根据国务院《禁止使用童工规定》，禁止用人单位招用不满 16 周岁的未成年人。经查实，该单位使用了 2 名童工，黄浦区劳动监察部门对该单位共计处罚 2.5 万元。此外，劳动监察部门还责令该单位支付当事人 10 天的劳动报酬 1337 元，并督促美发店与小吴签订合同，并按时足额为其缴纳社会保险。

记者在采访中发现，近年来，企业招用童工现象时有发生。专家指出，童工

现象存在的一个重要原因，就是在一些经济落后的农村地区，贫困家庭的孩子辍学外出打工以补贴家用。而且，因为未成年人好管理、报酬少，个别企业见利忘义，置国家法规于不顾，昧着良心使用童工。

对此，黄浦区劳动保障监察大队有关负责人提醒用工单位，招聘时不要为贪图一时的降低用工成本，忽视对劳动者实际年龄的审核把关，甚至心存侥幸。

八、富士康：将在印度培训十万工人 扩大代工

来源：腾讯科技

摘要：近日，据媒体报道，富士康一名高管透露，富士康集团的两个培训中心位于安得拉邦和泰米尔纳德邦，培训中心破土动工仪式预计将在明年第一季度前完成，不久后就应该开始启动建设。富士康集团计划投资三亿印度卢比(相当于 420 多万美元)在印度建立两个培训中心，在三年内培训 10 万工人。

Abstract: Recently, according to media reports, a Foxconn executive revealed that the two Foxconn training centers are located in Andhra Pradesh and Tamil Nadu. The ground-breaking ceremony for the training centers is expected to be completed by the first quarter of next year and construction should start soon. Foxconn Group plans to invest 300 million Indian rupees (equivalent to more than 4.2 million US dollars) to set up two training centers in India to train 100,000 workers within three years.

据国外媒体报道，知情人士说，富士康集团此举是对印度政府的“技能印度”(Skill India)计划的回应。该计划旨在培训印度员工，使他们具备能够在制造业就业的技能。

富士康集团计划在明年上半年之前开设这些中心，希望招收来自不同大学的学生，这些学生经过培训后，可以被吸收到该公司生产智能手机和电视面板的制造厂。

“这些培训中心将是最先进的，占地 10 万平方英尺(相当于 9300 多平方米)，配有装配线和其他设备，可以帮助学生学习技术。首先，第一年将培训约 3 万人。”一位不愿透露姓名的业内高管表示。

另一名高管透露，富士康集团的两个培训中心位于安得拉邦和泰米尔纳德邦，培训中心破土动工仪式预计将在明年第一季度前完成，不久后就应该开始启动建设。值得一提的是，安得拉邦和泰米尔纳德邦也是富士康集团在印度的制造工厂所在地。

据悉，富士康集团在印度的斯里珀伦布杜尔和金奈的代工厂雇佣了大约 8000 名员工，其中大多数是女性。

在印度，富士康集团扩大代工产业面临着雇佣劳动力的挑战，实际上，手机、耐用消费品和家用电器行业的许多印度公司都面临着这一问题。

一位业内人士解释称，由于相关组装过程的复杂性（手机领域面临的挑战更为严峻），这些领域的工人这需要经过相当多的培训，才能让他们正式走上工作岗位。

科技市场研究企业 Counterpoint 公司的数据显示，随着在印度工人培训设施的增加，富士康很有可能加强其在印度手机市场的地位。

目前，印度市场上 50%的手机是由代工制造商或电子制造服务(EMS)供应商生产的，其中 82%的生产任务由三家大型代工企业承包。

统计数据显示，在印度智能手机代工市场，作为全世界最大的 iPhone 制造商，富士康集团去年占据了 63%的最大份额，紧随其后的是中国的 HiPad(12%)

和总部位于美国的伟创力公司(7%)。

据悉，中国智能手机厂商过去几年在印度大规模扩张，甚至获得了印度智能手机市场一半的份额。为了配合这些中国品牌，富士康集团等代工企业也已经在印度设立了代工厂。

另外，苹果公司过去在印度主要委托纬创集团生产一些老旧款手机，以较低的价格销售给印度消费者。如今，苹果已经委托富士康集团在印度生产型号相对较新的手机，准备扩大在印度智能手机市场的份额。

据外媒本月稍早前报道称，富士康集团已经开始在印度生产 iPhone X 手机（也属于以往型号机型），很快将会在印度市场上市，富士康集团在印度的苹果手机生产线已经具备了年产 100 万部的产能。

法规名称：《江苏省高级人民法院关于审理带薪年休假纠纷若干问题的指导意见》

公布部门：江苏省高级人民法院

Regulation: Guiding Opinions of Jiangsu Provincial Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Paid Annual Leave Disputes

Publishing department: Jiangsu Provincial Higher People's Court

公布日期：2019年8月9日

Date of publication: August 9, 2019

施行日期：2019年8月9日

Implementation date: August 9, 2019

概要：

Abstract:

近日，江苏省高级人民法院发布《江苏省高级人民法院关于审理带薪年休假纠纷若干问题的指导意见》（以下简称“《意见》”）。《意见》明确，劳动者与用人单位因支付未休年休假工资报酬而发生劳动争议的，人民法院应予受理；用人单位未安排年休假，劳动者主张按其日工资收入300%支付未休年休假工资报酬的，应予支持。

Recently, Jiangsu Provincial Higher People's Court issued Guiding Opinions of Jiangsu Provincial Higher People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Paid Annual Leave Disputes (hereinafter referred to as Opinions). The Opinions clearly state that the people's court shall accept the labor dispute between the laborer and the employer arising from the payment of salary for unpaid annual leave. If the employer does not arrange annual leave and the laborer claims to pay 300% of his/her daily salary for the unpaid annual leave, it shall be supported.

亮点：

Highlights:

1、《意见》明确，劳动者与用人单位因支付未休年休假工资报酬而发生劳动争议的，人民法院应予受理；用人单位未安排年休假，劳动者主张按其日工资收入 300%支付未休年休假工资报酬的，应予支持。

The *Opinions* clearly state that the people's court shall accept any labor dispute between the employee and the employer arising from the payment of salary for unpaid annual leave. If the employer does not arrange annual leave and the laborer claims to pay 300% of his/her daily salary for the unpaid annual leave, it shall be supported.

《意见》的该项规定修订了 2009 年 12 月 14 日江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会联合发布的《关于审理劳动争议案件的指导意见》中的第二十八条的规定，即劳动者以其应休而未休年休假，请求用人单位按照其日工资收入的 300％支付年休假工资报酬的，不予受理，告知劳动者通过劳动行政部门解决。江苏执行了近十年的相关司法口径自此发生改变。

This provision of the *Opinions* amended Article 28 of the *Guiding Opinions on Trial of Labor Dispute Cases* jointly issued by the Jiangsu Provincial Higher People's Court and the Jiangsu Labor Dispute Arbitration Committee on December 14, 2009, namely, any employee who should take annual leave but does not take annual leave and requests the employer to pay annual leave salary at 300% of his/her daily salary will not be accepted, and the employee shall be informed to solve the this case through the labor administrative department. The relevant judicial standards implemented in Jiangsu for nearly ten years have been changed since then.

详见《意见》第一、第二条。

See Article 1 and 2 of the *Opinions* for details.

2、《意见》明确了作为未休年休假工资报酬的计算基数日工资的计算标准，即扣除加班工资的月平均应得工资除以月计薪天数；劳动关系主体可以约定高于此应得工资的计算标准。

The *Opinions* clearly defined the calculation standard of daily salary as the calculation base of salary remuneration for unused annual leave. That is, the average monthly salary after deduction of overtime pay divided by the number

of days for which salary is calculated on a monthly basis. The main body of labor relations can agree on a calculation standard higher than the salary that should be paid.

详见《意见》第三条。

See Article 3 of the *Opinions* for details.

3、《意见》明确了未休年休假工资报酬不同于一般劳动报酬，其请求权的仲裁时效期间应按《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款确定。

The *Opinions* clearly states that the salary for unpaid annual leave is different from the general labor remuneration, and the arbitration limitation period of the claim right shall be determined according to the Clause 1 of Article 27 of the *Labor Dispute Mediation and Arbitration Law of the People's Republic of China*.

详见《意见》第四条。

See Article 4 of the *Opinions* for details.

新法规链接：

江苏省高级人民法院关于审理带薪年休假纠纷若干问题的指导意见

(2019 年 7 月 2 日江苏省高级人民法院审判委员会第 15 次全体委员会讨论通过)

为全面落实带薪年休假(以下简称年休假)制度，保障劳动者休息休假的权利和促进企业的长远发展，正确审理年休假争议案件，根据《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《国务院职工带薪年休假条例》等规定，结合本省实际情况，制定本意见。

一、劳动者与用人单位因支付未休年休假工资报酬而发生争议的，人民法院应予受理。

二、用人单位未安排年休假，劳动者主张按其日工资收入 300%支付未休年休假工资报酬的，应予支持。

用人单位已安排年休假，且能举证证明系因劳动者本人原因未休的，劳动者要求支付年休假工资差额的，不予支持。

三、未休年休假工资报酬的日工资收入按照劳动者本人的月工资除以月计薪天数进行计算，月工资是指劳动者应休假年度的月平均工资，包含奖金、津贴等工资性收入，不包含加班工资。

用人单位与劳动者对未休年休假工资报酬计算标准有约定的，从其约定，但该约定不应低于前款规定的标准。

四、劳动者因未休年休假而请求用人单位支付的工资差额系用人单位应依法承担的法定补偿责任，该请求权的仲裁时效期间应按《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款确定，从应休假年度次年的 1 月 1 日起算。在此之前，若劳动关系解除或终止的，则从劳动关系解除或终止之次日起算。

五、本意见自下发之日起施行，江苏省高级人民法院之前有关规定与本意见不一致的，不再适用。

江苏省高级人民法院办公室 2019 年 8 月 9 日印发

用人单位能否依据规章制度对劳动者罚款?

Can the employer impose fines according to the rules and regulations?

保华律师事务所 林歌

Baohua Law Firm Lin Ge

用人单位对劳动者进行经济处罚的权利最早规定于《企业职工奖惩条例》（1982），该文件已于2008年1月15日废止，除此以外，《劳动法》和《劳动合同法》均未就企业能否罚款做出明确规定。在此背景下，面对劳动者违纪情形，用人单位能否依据内部规章制度对其罚款？各地区在司法裁判上存在不同的理解与操作。

The right of employers to impose economic punishment on employees was first stipulated in the regulations on the Rewards and Punishments for Employees of Enterprises (1982), which was abolished on January 15, 2008. In addition, neither the Labor Law nor the Labor Contract Law clearly stipulated whether employers could impose fines. In this context, in the face of employee disciplinary violations, can the employer impose fines according to the rules and regulations? Different regions have different understanding and operation of judicial judgment.

一、 企业能否扣减劳动者工资的争议由来

（一）用人单位经济处罚权的由来

国务院 1982 年实施的《企业职工奖惩条例》【国发(1982)59 号】最早提出用人单位可以实施经济处罚，其第 11 条规定："对于存在下列情形的职工，经批评教育不改的，企业应当分别情况给予行政处分或经济处罚：（一）违反劳动纪律，经常迟到、早退、旷工、消极怠工，没有完成生产任务或者工作任务的；（二）无正当理由不服从工作分配和调动、指挥，或者无理取闹，聚众闹事，打架斗殴，影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的；（三）玩忽职守，违反技术操作规程和安全规程，或者违章指挥，造成事故，使人民生命、财产遭受损失的；（四）工作不负责任，经常产生废品，损坏设备工具，浪费原材料、能源，造成经济损失的；（五）滥用职权，违反政策法令，违反财经纪律，偷税漏税，截留上缴利润，滥发奖金，挥霍浪费国家资财，损公肥私，使国家和企业在经济上遭受损失的；（六）有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他违法乱纪行为的；（七）犯有其他严重错误的。" 第 16 条规定，"对职工罚款的金额由企业决定，一般不超过本人月标准工资的百分之二十"。《企业职工奖惩条例》成为早期企业直接对劳动者行使罚款权的法律、法规依据，但《企业职工奖惩条例》仅适用于国有企业和集体所有制企业。

1994 年，原劳动部发布《工资支付暂行规定》【劳部发〔1994〕489 号】。该文件第 15 条明确规定"用人单位不得克扣劳动者工资"，同时在第 16 条[1]规定了在劳动者给用人单位造成损失的情况下，用人单位可以要求赔偿，其赔偿可以从劳动者工资中扣除。但是"489 号文"并未规定在劳动者没有造成损失的情况下，用人单位是否可以对违反纪律的劳动者扣减工资。1995 年，原劳动部又在《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》【劳部发〔1995〕226 号】第 3 条[2]进一步规定，在"（1）国家的法律、法规中有明确规定的；（2）依法签订的劳动合同中有明确规定的；（3）用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的" 情形下，用人单位也可以减发劳动者工资。

（二）2008 年后用人单位能否扣减工资的争议

国务院《企业职工奖惩条例》于 2008 年 1 月 15 日被废止，此时的立法现状为，法律、法规层面中已不存在允许用人单位直接扣减劳动者工资的规定；仅有原劳动部的规章，即"226 号文"允许在"劳动合同中有明确规定"或"厂规、厂纪中有明确规定" 的情形下减发劳动者工资。

《劳动法》和《劳动合同法》等劳动法律虽然对企业规章制度做了规定，如《劳动法》第 4 条[3]和《劳动合同法》第 4 条[4]，但是对扣减工资的问题则语焉不

---

[1] 《工资支付暂行规定》第十六条 因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

[2] 《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》 三、《规定》第十五条中所称"克扣"系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。不包括以下减发工资的情况：（1）国家的法律、法规中有明确规定的；（2）依法签订的劳动合同中有明确规定的；（3）用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；（4）企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地的最低工资标准）；（5）因劳动者请事假等相应减发工资等。

[3] 《劳动法》第 4 条 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旅行劳动义务。

[4] 《劳动合同法》第 4 条 用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者

详，既未明确允许企业扣减工资，也没有径直禁止企业行使该权利。在此背景下，各方对于“企业能否依据内部规章制度扣减工资”出现了不同观点，各地区出现了完全不同的地方立法，实践中也导致了大量劳动争议案件。

二、 对企业经济处罚的地方立法

对企业能否在规章制度中设定罚款，对违反规章制度的员工予以经济处罚，地方立法呈现明确禁止和明确允许两种截然相反的观点。

第一种观点：明确禁止用人单位对员工处予罚款。

该观点认为，法无授权即禁止，在《企业职工奖惩条例》被废除且《劳动法》、《劳动合同法》未明确做出规定的情况下，企业丧失了罚款的法律依据。同时，根据《行政处罚法》第 8 条至第 14 条[5]规定，对财产的处罚只能由法律、法规和规章设定。罚款属于财产罚范畴，所以此项规定只能由国家立法机关和政府行政部门制定。企业不是国家立法机关和政府行政部门，故无权在规章制度中设定罚款条款。

以广州、山东地区为代表，该类地区在法规中明确禁止用人单位对员工进行罚款。

1、广东（不含深圳）

广东省明确禁止用人单位对劳动者实施罚款，2013 年 5 月 1 日实施的《广东省劳动保障监察条例》第 51 条[6]规定“用人单位的规章制度规定了罚款内容，或者其扣减工资的规定没有法律、法规依据的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告。”

虽然广东禁止对劳动者罚款，但是如果用人单位设置多元工资结构，通过奖

告知劳动者。

[5] 《行政处罚法》(2009)第八条 行政处罚的种类：(一)警告；(二)罚款；(三)没收违法所得、没收非法财物；(四)责令停产停业；(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；(六)行政拘留；(七) 法律、行政法规规定的其他行政处罚。

第九条 法律可以设定各种行政处罚。 限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。

第十条 行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。 法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

第十一条 地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。 法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

第十二条 国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。 尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。

国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第一款、第二款的规定，规定行政处罚。

第十三条 省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。 尚未制定法律、法规的，前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

第十四条 除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条的规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。

[6] 《广东省劳动保障监察条例》第五十一条 用人单位的规章制度规定了罚款内容，或者其扣减工资的规定没有法律、法规依据的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告。

用人单位对劳动者实施罚款或者没有法律、法规依据扣减劳动者工资的，由人力资源社会保障行政部门责令限期改正；逾期未改正的，按照被罚款或者扣减工资的人数每人二千元以上五千元以下的标准处以罚款。

金考核的形式对劳动者劳动报酬进行管理，司法实践一般予以支持。

【广州案例】

在(2019)粤01民终5378号案中，何某主张公司在2017年6月份工资中违法扣减（罚款），扣减了其该月生产绩效工资309.5元，工时绩效奖404.24元、行政扣款25元，扣减总数为738.73元。劳动合同解除后，何某要求公司返还罚款。公司主张，何某生产的产品质量有问题，再结合何某个人工时完成率等因素，公司依据《奖惩规定》，按照.9%的系数以及比率扣减何某的奖金，该行为合法。

广州市中院认为：

根据公司提供的何某入职以来的工资单，公司对何某的工资发放中每月扣款的数额、名目，绩效工资的计算，均已明确显示，公司奖金的发放，目的是为鼓励员工工作而制定。故法院采信公司关于扣减何某奖金的陈述，对何某要求返还罚款的诉请不予支持。

2、山东

山东省在2006年实施的《山东省企业工资支付规定》中以列举式加排除式立法的方式对企业扣减工资的行为做了规定。其第29条[7]规定了企业依法可从劳动者工资中代扣、代缴的项目；第30条[8]规定了“因劳动者原因造成企业经济损失需要赔偿的，企业可以从劳动者工资中扣除”；而在第40条[9]规定，“除本规定第29条、第30条规定外”，其他“企业扣减劳动者应得工资的行为”都属于“克扣工资”。据此理解，在未造成损失的情况下企业予以罚款不属于《山东省企业工资支付规定》29、30 条列明的可以扣除工资情形，如企业予以扣款，则属于40条规定的“克扣工资”。

第二种观点：企业可通过规章制度、管理规定对员工处以罚款。

该观点认为，企业扣减工资是完全不同于行政罚款权的民事行为，应该被认定是劳动合同双方当事人的一种约定，是一种契约的体现。虽然劳动法律对于罚款权没有直接规定，但是《劳动法》第4条规定，“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”。同时，《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》第19条规定，“用人单位根据《劳动法》第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据”。因此，只要企业内部的规章制度内容不违法、通过民主程序产生并进行公示后制订的，企业就可以依据内部规章制度的规定，对劳动者进行罚款，但罚款后发给员工的工资数额不能低于当地最低工资标准。

以北京、深圳、天津为代表，该类地区在法规中明确允许用人单位在规章制

---

[7] 《山东省企业工资支付规定》第二十九条　企业依法从劳动者工资中代扣、代缴下列税费：(一)劳动者应当缴纳的个人所得税；(二)劳动者应当缴纳的社会保险费；(三)劳动者应当缴纳的住房公积金；(四)法院判决、裁定中要求企业代扣的抚养费、赡养费等费用；(五)法律、法规、规章规定的其他税费。

[8] 《山东省企业工资支付规定》第三十条　因劳动者原因造成企业经济损失需要赔偿的，企业可以从劳动者工资中扣除，但扣除后的剩余部分不得低于当地月最低工资标准。

[9] 《山东省企业工资支付规定》第四十九条　本规定下列用语的含义是：

工资，是指企业依据国家有关规定和劳动合同、工资集体协议的约定，以货币形式支付给劳动者的劳动报酬。包括计时工资、计件工资、奖金、津贴、补贴和加班等特殊情况下支付的工资。

克扣工资，是指除本规定第二十九条、第三十条规定外，企业扣减劳动者应得工资的行为。

度中设定罚款。

1、北京

北京市在《北京市工资支付规定》（2007 修订）第 11 条[10]中规定“用人单位扣除劳动者工资应当符合集体合同、劳动合同的约定或者本单位规章制度的规定”，明确了在有合同约定或制度规定的情况下，用人单位可以扣减劳动者工资。

2、深圳

虽然广东省人大常委会发布的《广东省劳动保障监察条例》禁止用人单位对劳动者实施罚款，但是深圳市人大常委会在《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2008 年 11 月 1 日实施）中做出了不同规定，其第 16 条[11]规定用人单位可以“依照规章制度对劳动者实施经济处分”，但是“单项和当月累计处分金额不得超过该劳动者当月工资的百分之三十”，且“实施处分后的月工资不得低于市政府公布的特区最低工资标准”。依据该条例，深圳地区的用人单位可以通过规章制度设定对劳动者实施罚款的情形。

3、天津

天津市《天津市工资支付规定》（2004.01.01）第 36 条[12]规定，在“用人单位与劳动者约定”、“依法签订的劳动合同中明确规定”以及“用人单位依法制定并经职代会批准的企业内部规章制度中有明确规定”的情况下，用人单位可以扣除劳动者工资，但扣除后的剩余工资不得低于本市最低工资标准。

4、江苏

江苏省的《江苏省工资支付条例》（2010）第 12 条[13]规定，在劳动者“违反用人单位依法制定的规章制度”的情况下，用人单位可扣除劳动者当月部分工资，但最高不超过当月应发工资的 20%。

---

10 《北京市工资支付规定》第十一条　用人单位不得随意扣除劳动者工资。

除法律、法规、规章规定的事项外，用人单位扣除劳动者工资应当符合集体合同、劳动合同的约定或者本单位规章制度的规定。

因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失，用人单位按照前款规定扣除劳动者工资的，扣除后的余额不得低于本市最低工资标准。

11 《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十六条 用人单位依照规章制度对劳动者实施经济处分的，单项和当月累计处分金额不得超过该劳动者当月工资的百分之三十，且对同一违纪行为不得重复处分。实施处分后的月工资不得低于市政府公布的特区最低工资标准。

12 《天津市工资支付规定》第三十六条　在劳动关系存续期间，用人单位可以从劳动者工资中扣除以下费用：（一）经用人单位与劳动者约定可以从劳动者工资中扣除的费用；（二）依法签订的劳动合同中明确规定可以扣除的费用；（三）用人单位依法制定并经职代会批准的企业内部规章制度中有明确规定可以扣除的费用；（四）劳动者赔偿因本人原因给用人单位造成的经济损失费用。劳动者可以和用人单位协商约定经济损失赔偿的每月扣除部分，但扣除后的剩余工资不得低于本市最低工资标准。

13 《江苏省工资支付条例》（2010）第十二条　劳动者提供了正常劳动，用人单位应当按照劳动合同约定的工资标准支付劳动者工资。劳动合同约定的工资标准不得低于当地最低工资标准。

劳动者有下列特殊情形之一，但提供了正常劳动的，用人单位支付给劳动者的工资不得低于当地最低工资标准，其中非全日制劳动者的工资不得低于当地小时最低工资标准：（一）在试用期内的；（二）因用人单位实行预付部分工资、分批支付工资的；（三）违反用人单位依法制定的规章制度，被用人单位扣除当月部分工资的；（四）给用人单位造成经济损失，用人单位按照劳动合同的约定以及依法制定的规章制度的规定需要从工资中扣除赔偿费的；（五）因用人单位生产经营困难不能按工资标准支付工资，经用人单位与本单位工会或者职工代表协商一致后降低工资标准的。

前款第（三）项规定的情形，用人单位扣除劳动者当月工资的部分并不得超过劳动者当月应发工资的百分之二十；第（四）项规定的情形，用人单位和劳动者在经济损失发生后另有约定的除外。

通过检索案例发现，江苏省高院在 2018 年 12 月 25 日做出的(2018)苏民申 5425 号判决中，认为罚款的主体限于行政机关和司法机关，用人单位无权通过规章制度设定罚款权。此判决突破了《江苏省工资支付条例》的规定，目前江苏地区仅检索到这一例与江苏地方性法规冲突的判决，在此之前当地司法判决基本都认可用人单位的罚款权。

【江苏高院案例】（判决日期：2018.12.25）

在(2018)苏民申 5425 号案中，南京某公司 2016 发布了《关于重申<考勤管理制度>的通知》和《员工手册》，规定迟到 30 分钟内处罚标准为扣除 50 元/次。员工杨某在上述文件中签字确认。2017 年 3 月，杨某有 6 天考勤记录存在问题，公司根据《员工手册》的规定，扣减了杨某 300 元工资。本案一、二审法院均支持单位罚款，员工不服向江苏高院申诉。

江苏省高院认为：

本案焦点在于用人单位规章制度的合法性。罚款是国家行政执法行为和司法机关因公民违反法律、行政法规和规章而实施的经济处罚，主体仅限于有法律、法规授权的行政机关、司法机关等，且应严格依照法律所规定的程序执行。公司虽提交证据证明其《员工手册》经过员工代表大会讨论通过，但该《员工手册》中关于迟到罚款的规定，缺乏法律依据，不具有法律约束力。判决公司应当返还扣发的杨某 2017 年 3 月的工资 300 元。

笔者认为江苏高院对该案的判决仅为孤例，在司法实践中缺乏普遍性。高院判决之后，苏州中院在 2019 年 4 月做出的（2019）苏 05 民终 919 号判决也继续支持了用人单位的罚款行为，故不能认为江苏地区对用人单位罚款的法律规定已经调整。

三、立法不明确地区关于罚款的司法实践

除上述地方立法明确禁止或和明确允许的两类地区外，还有部分地区并未作出明确规定，需要结合司法实践进一步予以分析。

1、上海

上海在《上海市企业工资支付办法》（2016 修订）中对于能否罚款没有直接做出规定[14]，但是其第 17 条[15]允许用人单位在违反劳动纪律或规章制度的情况下降低劳动者的工资。

从生活常识可知，降低工资多是长期处罚，罚款多为短期或者单次处罚，降低工资的处罚严厉程度远超单次罚款。根据“举重以明轻”的原则，如果允许用人单位降薪，也应当允许用人单位实施单次罚款。通过对上海司法案例的检索发现，法院多认可用人单位的罚款行为，但是会着重审查用人单位规章制度是否违反法律法规，以及处罚力度与劳动者违纪程度是否相当。

【上海案例】

---

[14] 《上海市企业工资支付办法》二十、企业不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，企业可以代扣工资：（一）代缴应由劳动者个人缴纳的个人所得税；（二）代缴应由劳动者个人承担的社会保险费和住房公积金；（三）按法院判决、裁定代扣的抚养费、赡养费；（四）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

[15] 《上海市企业工资支付办法》十七、劳动者违反劳动纪律或规章制度，企业降低其工资的，降低后的工资不得低于本市规定的最低工资标准。

在（2018）沪 01 民终 10324 号案中，曹某是上海某公司员工，因在工作中存在差错，公司向其做出内部纪律处罚。劳动关系结束后，曹某向法院提交公司向其开具的交款凭证，要求公司返还罚款。

上海市一中院认为：

用人单位以劳动者在工作中存在差错等违纪行为为由，对违纪者做出内部纪律处罚，是为了维持单位对职工进行正常管理所必要的；只要单位对于违纪职工的处罚规定，是在劳动法许可的范围内，以及其处罚与职工违纪程度大致相当的，应当准许；况且曹某依据公司开具的《奖/惩通知单》，自动向公司上交了罚款，可见曹某当时对公司做出的处罚决定是认可的。曹某要求公司返还经济罚款 2,075 元的诉讼请求，依据不足。

2、重庆

重庆地区并未在地方性法规定中对用人单位罚款权做出规定，但是在当地司法实践中，法院一般认为用人单位不具备对劳动者进行罚款的权利。

【重庆案例】

在(2017)渝 05 民终 4815 号案中，邓某于 2009 年入职重庆某公司，2015 年 9 月，公司向邓某发出《疑似舞弊通报》，并于当月对其进行舞弊罚款 3055.6 元。邓某以公司未足额支付劳动报酬为由解除劳动合同，要求公司返还扣减的工资。

重庆市五中法院认为：

根据劳动法及劳动合同法的规定，若劳动者违反法律、规章制度以及存在严重失职、营私舞弊造成用人单位有重大损害的行为，用人单位有权解除劳动合同，如符合劳动法及劳动合同法规定的用人单位可要求劳动者承担赔偿责任，**但用人单位并不具备对劳动者进行罚款的权力。**故公司以罚款为由扣取邓某工资不符合法律规定，应予返还。

3、浙江

浙江地区在罚款问题上经历了从允许到禁止的观点转变。浙江省在 2010 年修正的《浙江省企业工资支付管理办法》第 22 条[16]规定，用人单位可以通过书面约定的方式扣减劳动者工资。但是 2017 年 5 月 1 日新实施的《浙江省企业工资支付管理办法》中删除了前述条款，对于“克扣”的情形未再列出除外条款[17]。

伴随法规修改，当地司法口径也发生了变化，在 2017 年之前，浙江省司法案例中允许用人单位行使罚款权。2017 年 5 月 1 日之后的案例中，法院认为用人单位并无罚款权。

【浙江案例】

在（2018）浙 0206 民初 3329 号案中，郑某系宁波某公司员工，其入职时参加了公司组织的奖惩管理规定的培训，知晓“工作时间擅离职守或干与工作无关的事宜”，将被“给予通报批评”的处罚。2017 年 2 月，郑某存在 3 次未经请假

---

[16] 《浙江省企业工资支付管理办法》（2010 修正）第二十二条　除下列情形外，企业不得以任何理由克扣劳动者工资：（一）法律、法规、规章规定应当由企业代扣代缴的；（二）企业与劳动者书面约定从工资中扣减的；（三）其他依法可以扣减的情形。

[17] 《浙江省企业工资支付管理办法》（2017.01.05 实施）第三十五条 企业未按时足额支付工资或者克扣工资的，由人力资源和社会保障部门责令限期改正，拒不改正的，处 1 万元以上 3 万元以下的罚款；造成严重后果，妨害公共安全的，处 5 万元以上 10 万元以下的罚款。

离开岗位的情形，公司向其发出《关于郑某通报批评的通知》，并根据公司《奖惩条例》，对郑某罚款 500 元。郑某要求公司撤销《通知》并返款扣减的工资。

宁波市北仑区法院认为：

郑某确实存在未经请假离开岗位的事实，公司对其做出的通报批评并无不妥，现郑某要求撤销通报通知，本院不予支持。但是，根据法律规定，**只有具备相应职权的行政机关才具有行政处罚权，现行有效的法律法规并未赋予用人单位享有对劳动者罚款的权利**，故公司应当返还郑某罚金 500 元。

四、总结与建议

笔者认为，从立法来看，社会法中的用人单位行为与行政法中的政府行政行为分属于不同的法域，若直接套用《行政处罚法》解释用人单位的权利、义务，在法律适用上明显不当。根据现行有效的原劳动部《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》第 3 条[18]，以及《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》第 19 条[19]的规定，用人单位依据规章制度对劳动者罚款，属有法可依，应当认可企业行为的合法性。

从法律关系来看，劳动关系之所以有别于一般民事关系，在于劳动者与用人单位之间存在紧密的人身、经济和组织上的从属关系，用人单位根据劳动者提供的劳动向其发放报酬，并对劳动者进行监督和管理。在此过程中，应当允许用人单位采取多种手段实现对劳动者的管理，也应当允许用人单位在劳动者提供的劳动不符合事先约定或制度规定（如未按约定时间出勤、工作成果不符合质量要求等）的情况下，相应扣减其工资，赋予用人单位适当的管理自主权。

各地区之所以在地方性法规和司法案例中存在不同观点，究其根源，因《劳动法》和《劳动合同法》两部法律对“罚款”无明文规定，其他法规、规章、司法解释的观点又不够明确，使该问题在实务中造成较大困惑。对此，笔者认为国家应当从立法层面作出明确的规定，改变各地对“用人单位能否罚款”理解不一、操作不同的局面。

但是，鉴于各地对劳动法存在不同的规定与司法口径，且已形成了不同的法制环境，这是企业不能选择的。对此，企业应当根据当地法制环境及时调整自身行为，以合法方式对劳动者进行管理，降低地区差异带来的法律风险。

其一，可以通过建章立制完善自己的规章制度和劳动合同，设立复合工资制，拓展企业的管理权利。

所谓复合工资制，即将工资拆分成多个组成部分，包括基本工资、岗位工资等相对固定的工资，也包括提成工资、绩效奖金等浮动工资。公司通过考核和奖金制度，对员工进行正向激励，替代罚款行为，以达到管理效果。

其二，可以选择其他用工管理方式以替代罚款。

罚款仅是敦促劳动者积极履行劳动义务的手段之一，除此以外，用人单位还

---

18 《对〈工资支付暂行规定〉有关问题的补充规定》 三、《规定》第十五条中所称“克扣”系指用人单位无正当理由扣减劳动者应得工资（即在劳动者已提供正常劳动的前提下用人单位按劳动合同规定的标准应当支付给劳动者的全部劳动报酬）。不包括以下减发工资的情况：（1）国家的法律、法规中有明确规定的；（2）依法签订的劳动合同中有明确规定的；（3）用人单位依法制定并经职代会批准的厂规、厂纪中有明确规定的；（4）企业工资总额与经济效益相联系，经济效益下浮时，工资必须下浮的（但支付给劳动者工资不得低于当地的最低工资标准）；（5）因劳动者请事假等相应减发工资等。

19 《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》第十九条 用人单位根据《劳动法》第 4 条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

可以通过绩效考核的方式实现有效的用工管理。例如，在规章制度中规定，将劳动者遵守劳动纪律情况、出勤情况等纳入绩效考核范围，并将考核结果作为评价劳动者能否胜任工作、可否调岗调薪、获得各项奖金的依据，正向激励加负向激励并行，在合法范围内敦促并鼓励劳动者积极履行劳动义务。

从裁员潮看劳动合同法的立法思路设计与调整

《劳动合同法》即将于 2008 年 1 月 1 日实施，然而一波裁员潮却如同寒流，使 2007 年的冬天异常寒冷。无论是中央电视台的人员清退，还是深圳华为的辞职竞聘，无疑都是用人单位面对《劳动合同法》作出的应变调整。从保护最广大劳动者的利益角度考虑，虽然《劳动合同法》尚未实施，但已经迫切需要对其立法思路进行反思和调整。

一、裁员潮的法律分析

目前已发生的一些裁员事件多为两类：一类是对事实劳动关系予以终止，如中央电视台等单位对未签劳动合同的人员予以清理。按照现行法规，最高人民法院、劳动部都允许对事实劳动关系予以终止。另二类是劳动合同到期终止不再续签，如沃尔玛等企业所为。无论是《劳动法》还是《劳动合同法》都允许此种做法。而华为的辞职竞聘则较为特殊，其基本做法是首先由职工向原单位提出辞职，原单位向员工支付经济补偿金；然后由原单位的关联企业再与员工签订劳动合同。对华为操作模式的诸多评论分为两类，一类认为华为的做法违法，其员工辞职有被强迫的嫌疑，属于规避法律，应当属于无效行为。另一类认可华为公司行为的合法性，但认为其误读了劳动合同法，缺乏社会责任。

笔者以为从合法性而言，华为的做法并无违法之处。华为并非企业单方解除劳动合同，而是动员员工辞职，并许以超过法定标准的经济补偿金。这是一种较为典型的协商解除劳动合同行为，无论是现在还是《劳动合同法》实施后，都与法律规定并无冲突。从合理性而言，华为的特殊性在于企业的着眼点不在于裁减人员或者减少成本，而是为了避免与员工按照《劳动合同法》签订无固定期限合同。笔者以为并非华为误读了《劳动合同法》，倒是社会误读了华为。

当然，就具体操作方式而言，笔者并不认可华为在法律即将实施之际进行如此大规模的激烈操作，既将企业推上舆论的风口浪尖，又引来了政府的干预介入。种种压力之下，华为的目标能否实现也变得难以预料。如果华为十亿巨资仍然买不回企业应有的机制，可能不仅是华为的悲哀，也会是中国企业的悲哀。

二、裁员潮是《劳动合同法》立法思路的必然

1.《劳动合同法》对劳动关系状况的基本认识

董保华，论文转载自《中国人力资源开发》2007 年第 12 期，人大复印资料 2008 年第 3 期《劳动经济与劳动关系》转载。

在《劳动合同法》起草过程中，对中国现阶段的劳动关系状况存在着多种解释，劳资冲突与劳动者分层保护是两种最主要的视角。当前我国矿难和工伤频发、大面积欠薪的现实说明劳动领域中存在着较为严重的问题，存在着不和谐或不平衡的问题。面对这些问题，是强调劳资冲突，抑制剥削，从而改变劳动关系的从属性质；还是研究劳动者在市场经济条件下已经出现的分层现实，从而有针对性地帮助困难群体，是两种不同的理念，也构成了两种学说的冲突。

主张“劳资冲突说”的学者强调我国正在出现两种值得关注的趋势，即有产者阶层“在经济上的权利和地位不断飙升”，而“劳动者的权利和地位处于不断下降的趋中。”这些学者认为，有产者与劳动者处在此消彼长、尖锐对立的状态，“劳资冲突已经成为社会最突出的问题”，主张将劳动合同关系改造成一种公权关系，从而否定劳动合同法中的私法因素。

劳动者分层保护说则认为，任何国家的劳动关系都具有强资本、弱劳工的特点，因此才会产生以倾斜保护为特征的劳动法。我国劳动关系双方当事人从总体上看并不存在此消彼长的趋势，更不是一种有产者与劳动者的阶级对抗。《劳动法》制定于 20 世纪 90 年代，十多年来，这种情况已经发生了很大的变化，随着农民进城务工、国有企业员工下岗，劳动者出现了分层。社会学的研究表明，当今社会阶层结构已经不是原来的“两个阶级一个阶层”的结构，而出现了十个阶层，不宜将劳动者简单地视为一个阶层。如果抽出其中四个阶层加以分析，可以发现，劳动者分层中处在较为低层的劳动者是那些技能较低、年龄较长、替代性较强、竞争力较弱的普通劳动者。而不受劳动法保护的非法用工主体是社会分层中最低的层次，这一层次很大程度上处于一种失范的状态上。

两种学说对劳动领域的问题存在着以下两方面的区别：

第一，就劳动者而言，从抽象还是具体的视角来进行观察。劳动者是一个涵义非常广泛的概念。“劳资冲突说”是一种“抽象人”假说，将整个劳动者完全视为利益共同体；“劳动者分层保护说”是一种“具体人”假说，不仅将劳动者视为利益共同体，更视为利益差异体，我国对劳动者分层中一些处于较低层次的劳动者保护不够。

第二，在劳动者与用人单位的关系上，着眼于对立还是依存的视角来进行观察。“劳资冲突说”是以此消彼长的思维方式来观察，认为我国正处在有产者“权利和地位不断飘升”而“劳动者的权利和地位不断下降”。“劳动者分层保护说”

认为劳动关系既相互对立又相互促进，大部分劳动者还是分享了企业发展的成果，不应将劳动关系底层的问题夸大为整个劳动领域的问题，劳动关系的调整要努力寻找恰当的平衡点，实现双赢。

2.《劳动合同法》对立法思路的选择

对劳动关系状况的不同解读，导致在立法思路上也始终存在两种基本思路的争议：锦上添花式还是雪中送炭式，即“高标准”与“广覆盖”之争。

“劳资冲突说”认为，劳资矛盾加剧表明原有《劳动法》对员工的倾斜保护力度不够，希望通过提高劳动基准加强对劳动者的保护，这是一种“锦上添花”式的立法思路。

笔者认为，我国的《劳动合同法》应当坚持“雪中送炭”，在中下层劳动者中实现“广覆盖”，将重点放在调整劳动法的适用范围上。劳动法是以保护劳动者为重心的，但我国现行立法对劳动者界定模糊，以致于将董事长、总经理等各国规定为雇主的对象，都当作劳动法的保护对象。一方面，国有企业由于所有者的虚位，管理者可以借巨大的职权空间以权谋私；另一方面，又可以《劳动法》赋予的劳动者弱势身份来回避法律追究。董事长、总经理在改制中利用法律规定自我解职获得巨额补偿金，然后再自我招聘等等，已经成为不容回避的问题。我们应当引进国际上已经较为成熟的雇主、雇工界定方式，将雇主概念具体化并予以排除。法律应当努力保护最低层的劳动者，这也就是我们说的“扶弱”，现有劳动法的适用范围应当向这些人扩大。

3.《劳动合同法》的基本特点

《劳动合同法》最终选择了“锦上添花”式的立法思路，人力资源管理的空间受到了一定压缩，体现出四大特点。

其一是劳动关系的凝固化。企业在经济责任之外还负有社会责任，由企业自愿承担，而《劳动合同法》则将社会责任变成法定福利，由法律强制推行。为了防止用人单位通过解雇员工来规避这些法定福利，《劳动合同法》强制推行无固定期限合同，严格限制解雇行为，使用人单位用工易进难出，出现凝固化特点。对于劳动者用脚投票的权利，予以充分保障并加以扩大，员工解除劳动合同的理由增加、程序简化、责任减轻甚至不必承担违约责任，这些规定使用人单位留人方案设计变得更为困难。

其二是劳动关系的书面化。劳动关系存续期间，用人单位和劳动者之间的权利义务其实是一个动态变化的过程。《劳动合同法》对这一动态过程推行书面化管理，在集体合同、规章制度、劳动合同和日常管理上都对用人单位提出了书面化的要求。例如规章制度由用人单位与工会或者职工代表平等协商确定、合同任何变更必须协商一致采用书面形式；事实劳动关系超过一个月支付 2 倍工资等。这些书面化要求涉及人力资源管理的各个方面。

其三是劳动关系的标准化。随着市场经济的不断发展，世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定时代，而劳动关系出现弹性化趋势，多种灵活就业方式应运而生，“非标准劳动关系”已成为当代劳动关系的主要发展趋势。《劳动合同法》采取了“非标准劳动关系标准化”的立法思路，规定个人承包用工由发包人承担连带责任，对劳务派遣更是严格限制，使其在部分内容上比标准劳动关系更为标准。

其四是劳动关系的行政化。在为用人单位设置了众多法律义务的同时，《劳动合同法》对劳动合同管理也以行政手段为主，监督部门增加，劳动监察范围扩大，行政处罚力度加大，其中一个突出特点是针对用人单位的惩罚性赔偿金的大大增加。

《劳动合同法》的上述特点使用人单位的人力资源管理面临严峻考验。市场经济条件下，企业具有趋利本性，在新法生效之前，出现一波企业调整劳动关系的动作实属必然。目前还只是第一波，以后可能还会不断掀起这样的调整“高潮”，成为企业和员工的常痛，而底层员工首当其冲会受到冲击。

三、《劳动合同法》立法思路的调整方向

笔者以为，《劳动合同法》的立法思路没有找准劳动关系的平衡点，带来的后果将是劳资关系失去平衡。就劳动者而言，《劳动合同法》赋予其更多的企业管理权，对广大底层劳动者没有意义，只有企业中的上层员工才可以利用其获得利益；对企业而言，《劳动合同法》剥夺了企业的管理权限，给企业的招聘机制、绩效管理、解聘机制、留人方案带来全方位影响，劳动关系凝固化和书面化，企业将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的安置机构；对政府的管理能力带来挑战，劳动关系变得行政化，消耗大量公共资源却未必能取得预期效果。因此，《劳动合同法》带来的结果只能是“三输”。

为避免这种“三输”局面的出现，应当对裁员潮背后的客观规律进行冷静思考，对立法思路进行调整。这种调整首先涉及立法理念的更新。要使劳动法对现实中各种形式的劳动关系(或者称为雇佣关系)加大覆盖面，使劳动者中最普通的劳动者得到保护，必须摆脱对凝固化、书面化、标准化和行政化刚性管理体制的依赖，实行一种柔性化的管理体系。这一体制应当是既注意劳动关系的稳定性，更要防止凝固化；既注意标准劳动关系，更关注非标准化的劳动关系；保持劳动关系的书面形式，更要防止形式化；劳动关系需要行政保护，更要防止行政机关的过分介入。

1.非凝固化

我国曾长期实行“固定工制度”。这种体制虽然已经被彻底改变，但思维惯性依然存在。“宽进严出”其实正是这种思维方式的反映。表面看来，“宽进严出”只对用人单位实行，而对劳动者是“宽进宽出”，其实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劳动者。现行劳动法过于刚性的规定，已经使当前缺乏工作经验的学生就业出现困难，随着劳动关系管理的进一步刚性化，我国将会出现一个庞大的就业困难群体，产生两难的选择：一是通过改革重新形成能进能出的局面，但劳动标准易上难下，劳动关系易刚难柔的特征，将会使这种调整面临巨大的社会震荡；二是在已经凝固化的劳动关系之外，通过促进就业形成一套灵活的用工机制，但这两种用工体制将贯彻两套不同的法规体系，形成巨大的制度性歧视，引发社会矛盾。

解决这一问题上必须对现行制度进行重构，应当是进行双向改革。除进行固定期限合同的改革外，对无固定期限合同也应当进行改革，既收紧我国合同的“到期终止”制度，也放松现行“劳动合同的解除”制度。双向改革的目的是使解除、终止趋向平衡，从而消除制度性歧视。

2.非标准化

传统“标准劳动关系”是建立在特定雇主与雇员之间的假设上的，法律在调整时建立了相应的最低工资(按月或按周计算)和基本的社会保险（一人一份）。当劳动关系的人格从属性以组织从属性的方式体现时，其内部结构极其紧密；随

着组织从属性弱化，用人单位与劳动者的联系纽带也出现了松动。正是劳动者对组织的这种松动，不仅使原来的标准劳动关系有了变形，而且使得多重劳动关系有了建立的基础。

多重劳动关系中每一个单位从内容上看，无法完全达到标准劳动关系的全部要求，或者是在工时、工资上或者是在雇用、使用上，也可以说是半劳动关系，但法律却只能将其视为一个劳动关系来进行调整。多个劳动关系相互叠加构成了一个内容完整的劳动关系。如何规范这种形式上是一个而内容上是半个劳动关系，应成为劳动立法的重要课题。当我们在为标准劳动关系做出一种制度安排时，应当考虑与非标准劳动关系的平衡。

3. 非形式化

劳动合同法究竟应当重视一纸书面合同，还是重视实际履行？在现阶段，书面劳动合同是需要的，但双方的权利义务更多地体现在劳动过程的实际履行中。我们的立法应当注重实际履行，而不是过分强调书面合同形式。我国《劳动法》以定期合同为主，本身容易过分强调一纸书面合同的作用。如果我们继续照搬，强调所有的订立、变更都只能是书面的，履行的也只是一纸书面合同，就会完全脱离劳动合同的运行实际。

劳动关系作为一种继续性合同，是一种信息不充分的合同，本身存在着需要进一步调适的要求，某些调适是需要用人单位以管理的方式来进行的，过分形式化的要求会使这种调适难以进行。有人据此以为，既然用人单位对完全形式化的要求会难以适应，强调书面合同就可以达到保护劳动者利益的目的，这种观点是建立在劳动者有着平等而充分的话语权的假设上，这种假设根本不存在。对于普通劳动者而言，在没有多少话语权的情况下，实行劳动关系形式化，只会加剧劳动关系的失衡。其实，劳动关系不仅是信息不充分的合同，而且是地位不对称的合同，用人单位与劳动者之间存在从属性，劳动合同是通过双方当事人在实践中不断产生的新合意来履行，静态的书面劳动合同只能证明劳动关系的存在，并不能反映劳动关系的动态过程，不宜夸大，我们的立法体例应当适应这种现实，建立起一套尊重实际履行的调整机制。

4. 非行政化

劳动法从属于社会法，是私法与公法相互融合的产物，劳动基准法具有公法的传统，强调强制性规范，在执法手段上可以采用国家的行政监察；劳动合同具

有私法传统，强调任意性规范，保护当事人在一定范围内的意思自治，在执法手段上应当采用仲裁与民事诉讼。劳动基准法是劳动关系的底线，国家不应越过这一底线。当我们把底线升高，国家的行政执法将会面临两难，如果去执行，将窒息劳动关系；如果不去执行，会损害国家的法制尊严。这种行政执法体系也会给劳动部门留下巨大的“寻租”空间。

我国现阶段，劳动关系的平衡点应当在哪里呢?笔者的回答是：低标准、广覆盖、严执法。这里的“低标准”是一种法律强制性基准。普通劳动者生存权的保障，应成为国家执法的重心所在，当然我们也完全应当鼓励企业在此基础上提高待遇。这种“低标准”是普通劳动者需要的，也是用人单位完全应当遵守的，只有“低标准”，才可能“广覆盖”。“低标准”、“广覆盖”的基础上国家才可能去进一步追求“严执法”。这是一个普通劳动者、正常企业、国家行政部门都能接受的平衡点。

四、用人单位在《劳动合同法》环境下的人力资源管理

《劳动合同法》的立法宗旨是要“构建和发展和谐稳定的劳动关系”。人力资源管理是用人单位的正常管理行为，既然要追求劳动者与用人单位之间的和谐，就必然要求劳动法律与人力资源管理维持平衡。对人力资源管理，劳动法学界一直有三种不同看法：部分学者认为应当将现代人力资源管理理论作为劳动合同立法的指导理论之一；部分学者则对人力资源管理予以否定，认为“绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资”，“不能用现有的人力资源管理理念评判《劳动合同法》，更不能将《劳动合同法》变成管理工人法。如果担心《劳动合同法》可能会对当前人力资源管理的模式形成冲击，就我看来，如果能形成冲击，恰恰是《劳动合同法》的积极意义所在，因为目前中国的人力资源管理存在着太多的弊病”等等。笔者则在两者之间持折衷的观点，认为劳动法律只是对劳动关系的底限干预，人力资源管理是一门管理科学，现代人力资源管理机制是被世界各国证明行之有效的经验总结，在中国经济与世界经济体系相融合的今天，我们应该以开放的思想，吸取世界各国的先进经验，在劳动合同立法中给人力资源管理留出空间。

面对《劳动合同法》的诸多规定，企业的人力资源管理首要工作是从多赢的角度重构企业的人力资源管理体系。

其一，面对劳动关系的凝固化，企业应当对自身的用工状况和企业特性进行评估，判断自身能否适应凝固化的用工环境，从而选择对无固定期限合同是接受、延缓还是改造。由于今后企业用工将从以固定期合同为主转向以无固定期限合同为主。用人单位必须建立对无固定期限合同的管理机制，对无固定期限合同文本进行设计，完善绩效管理制度，设计薪酬激励机制。

面对员工可以随意离职的风险，企业首先加强内部管理，防止因自身过错导致员工推定解雇；同时可以在给予培训时依法约定服务期和违约金；企业可以运用特殊待遇挽留员工，但应对如何给予进行法律设计。

其二，在劳动合同管理上，企业应当设计签订流程，先签订合同再用工，避免因为工作过失导致不签合同。用工管远上，应当让业务用工部门了解事实劳动关系对用人单位的高风险、高成本，严格禁止下属部门随意用工，对随意用工或拖延签订合同的行为追究责任。

其三，合理使用非标准用工。企业应当避免非标准用工被认为是事实劳动关系，对法律模糊地带予以警惕，不使用个人进行服务；临时用工可使用小时工、退休人员等；使用劳动力派遣要选择抗风险能力强的派遣公司；企业生产经营推行外包，要使用有资质的注册单位。

其四，接受行政部门监督。企业应当避免由于疏忽过失导致被追究法律责任；应当加强行业联系，建立行业信息沟通机制。

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