

# 保华月刊

*Baohua Monthly*

2019年9月刊  
Sep. 2019  
第33期  
N 0 . 3 3

- 案例调研：用人单位能否基于给付特殊待遇与劳动者约定服务期？
- 《徐州市中院、市人社局关于审理劳动争议案件若干问题的解答（2019）》



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  | <b>劳动法新闻资讯</b><br>Labor Law News                                                                                                                                                                                                 |
|    | <b>劳动新规详解</b><br>Close Look at New Labor Regulations                                                                                                                                                                             |
| 13 | <b>新法规：《徐州市中院、市人社局关于审理劳动争议案件若干问题的解答（2019）》</b><br>New Regulation: Xuzhou Intermediate People's Court and Xuzhou Human Resources and Social Security Bureau's Answers to Several Questions on Trial of Labor Dispute Cases (2019) |
|    | <b>热点追踪</b><br>Hot Issues                                                                                                                                                                                                        |
| 34 | <b>案例调研：用人单位能否基于给付特殊待遇与劳动者约定服务期？</b><br>Case Study: Can the employer agree on a service period with the employee based on special treatment?                                                                                     |
|    | <b>老董杂谈</b><br>Professor Dong By-Talk                                                                                                                                                                                            |
| 44 | <b>论劳动合同法的立法宗旨</b><br>On the Legislative Purpose of Labor Contract Law                                                                                                                                                           |

# 新闻总结

news  
NEWS  
news  
NEWS  
news  
news  
news  
news  
news  
news

## 一、中日社保协定已于 9 月 1 日生效

来源：人民网

摘要：《中华人民共和国政府和日本国政府社会保障协定》已于 2019 年 9 月 1 日生效。根据协定，日本免除中国在日本企业的派遣员工以及船员、空乘人员、外交领事机构人员和公务员缴纳厚生年金和国民年金的义务，中国将免除日本上述在华人员缴纳职工基本养老保险的义务。此外，与中方人员在日本共同生活的配偶和子女，在一定条件下也可申请免除在日期间的社保缴费。

*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of Japan on Social Security entered into force on September 1, 2019. According to the Agreement, Japan will exempt the employees dispatched by Chinese enterprises in Japan, as well as crew members, flight attendants, personnel of diplomatic and consular agencies and civil servants, from the obligation to pay welfare pension and national pension. China will exempt Japan's above-mentioned personnel in China from the obligation to pay basic old-age insurance for employees. In addition, spouses and children living with Chinese personnel in Japan can also apply for exemption from social security and welfare pension during their stay in Japan under certain conditions.*

人力资源社会保障部有关负责人表示，中日社保协定生效后能够有效维护两国在对方国家就业人员的社会保障权益，减轻双方企业和人员的社保缴费负担，进一步促进两国经贸关系，便利人员往来。

据了解，除中日社保协定外，我国还与德国、韩国、法国、卢森堡、塞尔维亚等 11 个国家签署了双边社保协定，其中 9 个已生效。

## 二、法国推进男女同工同酬 未达标企业需缴纳罚金

来源：人民日报海外网

摘要：法国对于男女同工同酬的平权工作不断推进。继法国大型集团发布性别平等指数报告之后，中型企业也被要求公布该报告。该报告根据男女薪资及升职中的差别计算得出“平等指数”。公司这项指数超过 75 分（满分为 100 分）可认定为合格，低于 75 分则要在三年之内扭转不平等问题，若逾时仍不达标，需缴纳占总薪酬 1% 的罚金。报道称，这一调控措施将涉及法国 80% 的员工。

*Equal pay for equal work for men and women has been continuously promoted in France. Following the release of the gender equality index report by large French groups, medium-sized enterprises are also required to release the report. The report calculates the "equality index" based on the difference in salary and promotion between men and women. Any company whose index exceeds 75 points (out of 100 points) can be regarded as qualified. If the index is lower than 75 points, the inequality problem will be reversed within three years. If the index still fails to meet the standard within the time limit, a fine of 1% of the total salary will be paid. The report said that 80% of French employees would be involved in the regulation.*

据《巴黎人报》报道，“同工同酬”写入法国法律多年，但在实际操作中一直难以得到贯彻。马克龙政府成立后，宣布将在五年任期内实现男女同工同酬等职场平等化。按照时间表，今年 3 月 1 日起，雇员超过 1000 人的大型集团公司需要发布性别平等指数报告；9 月 1 日起，员工在 250 至 1000 人的中型企业也须公布该报告；2020 年 3 月 1 日起，员工在 50 人以上、250 人以下的小型企

将提交报告。

近日，许多法国公司的员工收到电子邮件告知所在公司的性别平等情况，了解男女员工在薪酬、加薪和晋升方面的差异。法国工人民主联盟（CFDT）秘书长贝阿缇斯·莱斯蒂克认为，这虽然不能说是一个很神奇的调控工具，但操作便利，易于推进工作进度，而且提供了大量有用数据。

然而这项性别平等指数报告并非没有缺陷。法国总工会（CGT）负责档案工作的索菲·比奈表示，很少有大型集团公司能提供完整的统计数据。她还批评说，该报告的评分体系过于宽松，极少企业会得到 75 分以下。贝阿缇斯·莱斯蒂克也认同这一说法，称银行和保险业的很多公司得分之高令人惊讶。

今年 6 月，法国 BPCE 银行集团旗下的巴黎大区松鼠储蓄银行，性别平等指数高达 94 分，在满分为 49 分的薪资平等指数中得到 39 分。然而，该银行八名女性员工在律师支持下指证公司于薪资方面存在性别差异化待遇。银行获得限时谈判期，如果无法给出合适的解决方案，则要面临法律诉讼。

### 三、加州法案重新定义合同工 要求 Uber 将司机视为员工

来源：人民日报海外网

摘要：加州参议院通过了一项具有里程碑意义的 AB5 法案，该法案将会极大地改变众多利用零工经济模式运作的公司的命运。该法案要求将零工经济型工人重新划分为正式雇员，而不是个体承包商、合同工，享受公司提供的社会保障、医保、病假、和最低工资要求等员工福利。

A landmark AB5 bill has been passed by the California Senate, which will greatly change the fate of many companies operating on a part-time economic model. The bill requires that part-time and economical workers shall be reclassified as regular employees instead of individual contractors and contract workers, and enjoy employee benefits such as social security, medical insurance, sick leave and minimum wage requirements provided by the company.

美国消费者新闻与商业频道 (CNBC) 认为，AB5 法案将可能改变加州 100 多万低工资工人的就业状况。零工经济公司将更难以证明他们的个体承包商不是员工，同时确保提供给他们关键的福利和保护。

零工经济公司被指责剥削工人劳动力

零工经济 (Gig Economy) 在全球范围内越来越普遍，具体含义指的是越来越多的人从事非全职工作，并且公司也日益依赖非全职人员来完成公司业务的一种经济和工作形态，其中 Uber、Lyft 等科技公司便是其中代表。Uber 和 Lyft 旗下的共享乘车司机被归类为个体承包商。

对于雇主来说，零工经济模式已经证明是有利可图的，正如 2016 年加州大学洛杉矶分校的论文所述，雇主通过转用个体承包商、合同工，可以节省高达 20% 的成本。

AB5 法案的作者，众议员洛伦娜·冈萨雷斯 (lorena gonzalez) 表示，由于工资、税收和开支的损失，以及对工人的社会安全网援助的补贴，加州每年因错误划分而损失约 80 亿美元。

Uber、Lyft 等零工经济型公司一直被指责其剥削司机的劳动力。AB5 法案的共同起草人、加州参议员玛丽亚·埃琳娜·杜拉佐 (Maria Elena Durazo) 在现场抨击科技公司和一些传统雇主，称他们数十年来一直利用假个体承包商的标签剥削工人。

加州工会表示，该法案的通过为“全美其他地区树立了遵循的标准”。

加州工会主席 Art Pulaski 表示，对工人的错误分类造成了一种腐蚀性的影响，波及到整个经济，破坏了保护和工人法律。他说：“AB5 是一个强有力的对手，对抗公司贪婪和猖獗的剥削，它正在推动各州在新兴和传统行业中存在的不平等。”

Uber、Lyft 一致反对

目前，AB5 的法案仍需通过加州众议会投票，投票结果预计将在本周议会期结束时举行。加州州长纽森(Gavin Newsom)对该法案表示支持，他曾表示如果议案通过投票，他会签字同意。不过据华尔街日报报道，纽森表示仍在与 Uber，Lyft 和其他寻求豁免措施的零工经济公司进行谈判。

该法案遭到了零工经济公司们的一致反对。

Lyft 发表声明，表示对立法者们感到失望，“今天，我们州的政治领导层错过了一个支持绝大多数共享乘车司机的重要机会，司机们希望有一个深思熟虑的解决方案，在工作灵活性与收入标准和福利之间取得平衡”。

Uber 还未做出回应。不过在上周的一篇博客文章中，该公司阐述了它希望与政治家和工会组织达成的妥协方案。“这就是为什么我们一直希望与加州其他共享乘车的公司、立法者、州长办公室和工会一起，提出一个真正创新的框架，我们相信这个框架将保留 Uber 对司机的关键利益(灵活性)和对乘客的关键利益(可靠性)，同时提高工作的质量和安全性”。

Uber 的一位高管对这项法案提出了更严厉的批评，他告诉《商业内幕》(business insider)，这项法律将导致公司的经营方式根本性转变。该高管表示，Uber 近期没有将司机归类为员工的计划。

Uber、Lyft 恐破产

分析人士表示，如果 AB5 的法案通过实施，将会对 Uber、Lyft 一类的公司产生巨大影响。

巴克莱银行估计，仅重新分类以及 2.9 亿美元的相关成本，就可能使这些公司破产。

该行的分析师在给客户的一份报告中说，“除了工资上涨外，共享乘车公司还将承担一半员工的社会保障和医疗保险税，以及诸如医保、401K 一类的员工福利而产生的费用”。

“由于目前 Uber 和 Lyft 的司机收入和奖励措施分别占总预订量的 78%和 76%，司机工资/福利成本增加 25%，基本上会使利率降至零(如果不增加乘客的费率)。”

他们总结道：“我们认为，如果在个体承包商问题上做出不利裁决，Uber 和 Lyft 都有可能破产。”

分析师普遍预计 Uber 将把法案产生的相关成本转嫁给消费者，导致乘车费用上涨。

Lyft 的首席财务官布莱恩·罗伯茨(Brian Roberts)在花旗集团本周主办的一次会议上对投资者表示，任何与重新归类司机或积压的就就业诉讼相关而造成的成本增加，都将转嫁给消费者。

#### 四、31 省份最低工资调整出炉！京沪陕渝等 8 省份上调

来源：中国网

摘要：据不完全统计，截至目前，北京、辽宁、上海、湖南、重庆、贵州、陕西、河北等 8 省份公布了上调后的 2019 年最低工资标准。31 个省份中，上海、

北京、广东、天津、江苏、浙江等地月最低工资标准超过 2000 元，依次为上海 2480 元、北京 2200 元、广东 2100 元、天津 2050 元、江苏 2020 元、浙江 2010 元。

According to incomplete statistics, eight provinces including Beijing, Liaoning, Shanghai, Hunan, Chongqing, Guizhou, Shaanxi, Hebei have announced the revised minimum wage for 2019 up to now. Of the 31 provinces, Shanghai, Beijing, Guangdong, Tianjin, Jiangsu, Zhejiang and other provinces have a monthly minimum wage of more than RMB 2,000 yuan, followed by RMB 2,480 yuan in Shanghai, RMB 2,200 yuan in Beijing, RMB 2,100 yuan in Guangdong, RMB 2,050 yuan in Tianjin, RMB 2020 yuan in Jiangsu and RMB 2010 yuan in Zhejiang.

八地上调最低工资标准，上海 2480 元领跑

今年以来明确调整最低工资标准的地区至少有北京、辽宁、上海、湖南、重庆、贵州、陕西、河北等八省份。

其中，重庆从 1 月 1 日起，第一档职工月最低工资标准为 1800 元，第二档职工月最低工资标准为 1700 元，分别比原标准提高了 300 元。

上海从 4 月 1 日起，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。

陕西从 5 月 1 日起，一类工资区最低为 1800 元/月，二类工资区最低为 1700 元/月，三类工资区最低为 1600 元/月，分别比原标准提高了 120 元。

北京从 7 月 1 日起，月最低工资标准从 2120 元调整到 2200 元，增加 80 元；小时最低工资标准为 24 元，与原标准持平。5 月 14 日，北京市人力社保局下发《关于调整北京市 2019 年最低工资标准的政策解读》，于 7 月 1 日起调整最低工资标准，解读中明确，劳动者应得的加班、加点工资，劳动者个人应缴纳的各项社会保险费和住房公积金等项目不作为最低工资标准的组成部分，用人单位应按规定另行支付。

辽宁省人社厅下发《关于调整全省最低工资标准的通知》，对全省最低工资标准进行调整。最新月最低工资标准分为四档，一档标准为 1810 元，二档标准为 1610 元，三档标准为 1480 元，四档标准为 1300 元；全省小时最低工资标准分为四档，一档标准为 18.3 元，二档标准为 16.3 元，三档标准为 15 元，四档标准为 13.2 元。通知要求，调整后的最低工资标准从 2019 年 11 月 1 日起执行。

贵州省人社厅网站 18 日发布消息，对最低工资标准进行调整，于 2019 年 12 月 1 日起执行。调整后的全省最低工资标准为：一类区：每月 1790 元；二类区：每月 1670 元；三类区：每月 1570 元。非全日制用工的小时最低工资标准为：一类区：每小时 18.6 元；二类区：每小时 17.5 元；三类区：每小时 16.5 元。

湖南从 10 月 1 日起，四类月最低工资标档次调整为：1700 元、1540 元、1380 元、1220 元，分别比原标准提高了 90 元至 120 元不等。

河北省人社厅印发的《关于调整河北省最低工资标准的通知》提出，从 2019 年 11 月 1 日起，河北省调整最低工资标准，调整后的最低工资标准 4 个档次分别为 1900 元、1790 元、1680 元、1580 元，对应的小时最低工资标准分别为 19 元、18 元、17 元、16 元。

从八省份数据来看，上海以 2480 元/月的最低工资标准居首位，重庆则以 300 元的涨幅居单次调幅之首。

除上述八省份外，山东明确，鉴于最低工资标准能够保障低收入劳动者基本

生活，统筹考虑山东经济发展状况，为避免成本过快上涨影响企业竞争力，确定2019年不再调整最低工资标准。

此外，天津、内蒙古、福建、甘肃、青海距离上次调整时间已满两年。山西、吉林、黑龙江、浙江、湖北、宁夏距离上次调整时间即将满两年。

## 五、江苏劳动人事争议仲裁裁决文书互联网公布意见出台

来源：江苏省人力资源和社会保障厅

摘要：近日，江苏省人社厅、劳动人事争议仲裁委员会公布《全省劳动人事争议仲裁裁决文书互联网公布意见》（下称《意见》），自印发之日起施行。《意见》明确，生效的仲裁裁决书应当在生效之日起45日内在互联网公布。

*The Opinions on Publishing Arbitration Documents of Labor and Personnel Disputes in the Province on the Internet was recently published by Jiangsu Provincial Human Resources and Social Security Department and Jiangsu Provincial Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee (hereinafter referred to as the "Opinions"), and will come into force from the date of issuance. The Opinions clearly state that the effective arbitration award shall be published on the Internet within 45 days from the effective date.*

《意见》原文如下：

为深入贯彻落实人力资源社会保障部、最高人民法院等八部门联合下发的《关于进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制的意见》（人社部发〔2017〕26号），进一步提高劳动人事争议仲裁（以下简称仲裁）案件处理的质效，切实增强仲裁的公信力，根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《劳动人事争议仲裁办案规则》等规定，结合我省工作实际，制定本意见。

第一条 在互联网公布的仲裁裁决文书，应当遵循依法、规范、及时、真实，公布为常态、不公布为例外的原则。

第二条 省人力资源社会保障厅网站设立仲裁裁决文书板块，统一公布仲裁裁决文书。

第三条 在互联网公布的仲裁裁决文书包括劳动人事争议仲裁委员会作出的已发生法律效力仲裁裁决书、裁决书的补正决定书。

第四条 生效的仲裁裁决书应当在生效之日起45日内在互联网公布。

第五条 仲裁裁决文书有下列情形之一的，不得在互联网公布：

- （一）涉及国家秘密、军事秘密、商业秘密、个人隐私的；
- （二）涉及未成年人的；
- （三）具有敏感性、群体性或者其他较大社会影响的；
- （四）不宜在互联网公布的其他情形。

第六条 在互联网公布仲裁裁决文书时，所涉及的相关信息按照下列方式处理：

（一）当事人为自然人的，保留其姓氏，名字以“某”替代，其余信息应当删除；

（二）当事人为法人或者其他社会组织的，保留其名称、住所地、法定代表人或者负责人的姓名，其余信息应当删除；

（三）代理人身份是律师或者法律工作者的，保留其全部信息；

（四）代理人身份是自然人的，保留其姓氏，名字以“某”替代，与当事人的关系，其余信息应当删除；

（五）证人保留其姓氏，名字以“某”替代，其余信息应当删除；

（六）其他依法不予公布，或者公布可能产生不良后果的信息应当删除，或者用不能推断其真实信息的符号替代。

第七条 仲裁机构应当在受理案件通知书、应诉通知书中告知当事人在互联网公布仲裁裁决文书的范围，并通过政务网站、电子显示屏、宣传材料等方式，向公众宣传在互联网公布仲裁裁决文书的相关规定。

第八条 当事人认为其涉及的案件符合本意见第五条第一项或者第二项情形的，应当在第一次开庭审理前提交书面申请，说明事实和理由，由仲裁机构审定后，可以不上网公布仲裁裁决文书。

当事人在规定期限内不提交书面申请的，视为同意仲裁裁决文书上网公布。

第九条 承办案件仲裁员认为仲裁裁决文书具有本意见第五条情形的，应当提出书面意见及理由，由仲裁机构负责人审定。

第十条 仲裁机构应当对拟在互联网公布的仲裁裁决文书的下列事项进行审核：

- （一）是否属于可以在互联网公布的范围；
- （二）是否存在本意见第五条所列的情形；
- （三）是否已按照本意见第六条规定处理；
- （四）格式是否规范，法律适用是否准确，事实认定是否清楚。

第十一条 拟在互联网公布的仲裁裁决文书，已按照规定技术处理后，经仲裁机构负责人审批，上传至省人力资源社会保障厅网站。

未经审核的仲裁裁决文书不得在互联网公布。

第十二条 在互联网公布的仲裁裁决文书，除已按照本意见第六条规定处理之外，应当与送达当事人的仲裁裁决文书一致，不一致或者技术处理不当的，仲裁机构应当及时撤回，并经纠正后重新公布；被发现存在不宜公布情形的，应当经仲裁机构负责人审定后及时撤回。

第十三条 发现互联网公布的仲裁裁决书存在文字错误等问题应当补正的，按照规定作出补正决定书，并及时上网公布，不得直接修改原上网公布的仲裁裁决书。

第十四条 省级仲裁机构对全省在互联网公布仲裁裁决文书工作履行监督指导职责，各设区市仲裁机构负责监督指导辖区内在互联网公布仲裁裁决文书的工作。

各级仲裁机构负责处理社会公众对其在互联网公布的仲裁裁决文书的投诉或者意见。

第十五条 本意见所述“45日”指自然日。

第十六条 法律、法规或者上级文件对本意见所涉及的事项有新规定的，从其规定。

第十七条 本意见由省人力资源社会保障厅调解仲裁管理处负责解释。

第十八条 本意见自印发之日起施行。

## 六、济南发布史上最大力度人才新政 身份证加学历证明可落户

来源：科技日报

摘要：近日，继“人才新政30条”“高校20条”等政策之后，山东省济南市出台《关于支持人才创新创业发展的若干政策》（简称“济南19条”），堪称济南史上最大力度人才新政。该19条措施，以“具体、细致、操作性强”为标

签。此外新政明确，身份证加学历证明即可落户，也成为有史以来“最低门槛”的落户政策。

Recently, following the policies of "30 New Policies for Talents" and "20 New Policies for Colleges and Universities", *Some Policies on Supporting Talents to Innovate and Start a Business* was published in Jinan City, Shandong Province (referred to as "Jinan 19 Policies"), which can be regarded as the most vigorous talent new policy in Jinan history. The 19 Policies are labeled as "specific, meticulous and operational". In addition, the new policy clearly stipulates that Jinan's registered permanent residence can be granted based on the identity card together with academic certificates, which has also become the "lowest threshold" policy in history

留住青年人才、急需人才

“有关人才在济南买房可享受最高 15 万津贴”“身份证加学历证明即可落户”“留住青年人才，留住急需人才”，这是“济南 19 条”中透露出的关键信息。济南市委组织部人才工作处处长武毅表示，涵盖“实施泉城创新创业人才工程”“完善创新创业支撑体系”“提升创新创业公共服务”“创新人才工作机制”四个部分的 19 条“硬措施”，“每一条都很具体，很细致，有很强的操作性和实用性。”

新政提出，支持驻济高校、科研院所、医院、企业采取“核实认定、不限名额”的方式引进全球 TOP200 高校院所博士和青年学者，并直接入选济南市青年学术技术带头人。同时，新政实施“博士后英才”集聚计划，鼓励驻济单位设立国家博士后科研流动站、博士后科研工作站、省博士后创新实践基地、市博士后创新实践工作站，对新设立且招收首位博士后进站并已开题的设站单位，分别给予 50 万、50 万、30 万、10 万元支持。

新政明确，专科及以上学历人员、初级以上专业技术职务资格、四级以上职业资格的人员，凭有效身份证件、学历证明或技术技能资格证明即可落户。经认定的各类紧缺急需人才、创新创业人才、社会贡献突出人才及其他各类特殊技能和特殊专业人才均可迁济落户。

打破常规，大尺度的新政出台有其深刻背景。据记者了解，从 2017 年开始，山东成为全国沿海省份中唯一人口流出多于流入的省份。而 2018 年净流出 19.55 万人，在全国所有省份中排名第二。值得注意的是，高素质大学毕业生成为重要流出群体。对济南来说，近 45% 的流出率并不算低。同时，根据第一财经《2019 中国青年理想城报告》，展现出城市对青年人的吸引力指数，济南并不靠前，仅处于第 25 位。

同时，济南地处“山东新旧动能转换综合试验区”的核心，正打造十大千亿级产业，如何吸引相关人才加盟是摆在决策者面前的重要课题，于是，想尽办法，留住青年人才，留住急需人才成为新政出台的背景和内容。

引进“千里马”重奖“伯乐”

“全面而具体，特色可落地”是本次新政的特点。

“济南 19 条”包括五项人才集聚计划，分别为“博士后英才”集聚计划、“梧桐树”青年英才集聚计划、“金蓝领工匠”集聚计划、“创客之都”人才集聚计划和“四海菁英”集聚计划，涵盖青年人才、博士后人才、技能人才、创客人才、海外人才，颇有对各类人才“一网收尽”的意思。

而五大人才集聚计划又颇为具体，很具有操作性。比如“金蓝领工匠”集聚计划旨在全职引进或本土培养的世界技能大赛金牌获得者、中华技能大奖获得者、国家级技能大师工作室领办人、全国技术能手，分别给予重奖。“创客之都”人

才集聚计划支持区县联合高校、科研院所、知名公司等建设创新楼宇、创业街区、众创空间，为在校或毕业 5 年内的大学生提供低成本或免费创业工位。“四海菁英”集聚计划遴选一批海外留学人员初创企业，给予资金扶持。

新技术的发展为济南搜罗人才提供了更多选择。“济南 19 条”提出利用技术手段动态掌握山东籍、济南籍优秀人才在全球全国分布情况，利用山东人恋家、爱家的心理特点，定向化、精准化吸引人才。对引进“千里马”的“伯乐”，“济南 19 条”提出对在招才引智、人才改革创新、双创平台建设等人才工作中作用突出的企事业单位、中介组织、个人及人才工作者进行表扬奖励。

对双创人才来说，落户、住房、子女教育、就医等问题都是必须面临的现实问题，济南市如何在这些方面解除人才的后顾之忧？武毅表示，济南提出提升创新创业公共服务，包括人才落户“低门槛”、人才子女“上好学”、人才来济“有房住”、人才服务“国际化”等 4 条措施，在落户、教育、住房、交通、国际化等方面推出服务措施，进一步降低人才落户门槛。

据了解，济南市有关方面对新政寄予厚望，希望在政策红利下，“力争用 5 年时间，使大学生留济南数量达到 100 万”。

## 七、深圳推动设独生子女护理老人假 减轻家庭照护压力

来源：金羊网

摘要：《深圳市人民代表大会常务委员会关于构建高水平养老服务体系的决定（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）在市人大常委会网站公开征求意见。《征求意见稿》从规划、制度、设施、人才等十多个方面着眼布局，以更好满足老年人多层次、多样化的养老服务需求。《征求意见稿》明确提出，推动设立独生子女护理假，减轻家庭照护压力。

*The Decision of the Standing Committee of Shenzhen Municipal People's Congress on Constructing a High-level Pension Service System (Draft for Comments)* (hereinafter referred to as *Draft for Comments*) is open for comments on the website of the Standing Committee of Shenzhen Municipal People's Congress. The *Draft for Comments* focuses on the layout from more than ten aspects such as planning, system, facilities and manpower, so as to better meet the multi-level and diversified needs of the elderly for pension services. The *Draft for Comments* clearly proposes to promote the establishment of one-child care leave to relieve the pressure of family care.

### 建立长期护理保险制度

据市民政局统计，截至 2018 年底，深圳实际管理老年人达 114 万人，其中户籍老年人口不足三成。根据预测，10 年后，深圳户籍和常住老年人口都将翻一番。

《征求意见稿》提出高起点规划养老服务体系，健全基本养老服务制度。完善基本养老服务“补需方”的财政机制，建立老年人综合津贴制度。

《征求意见稿》提出建立多渠道筹集、可持续发展的长期护理保险制度，为失能老年人提供基本护理保障。这也意味着在养老、医疗、工伤、失业、生育 5 项社会保险之外，深圳将探索实施长期护理险这一全新的社会保险，为失能老人体面养老提供保障。

### 建立养老服务专员制度

《征求意见稿》要求，新建居住（小）区配建养老设施应当同步设计、同步建设、同步竣工、同步交付使用，建成后由区养老主管部门统筹用于养老服务。

已建成的居住(小)区没有养老服务设施或者达不到规划标准的,应当通过购置、置换、补建等方式配建。

每个区(新区)至少建设一家具有代表性、示范性的区级公办养老机构;每个街道至少建设一家集短期托养、日间照料、居家养老、医养结合为一体的新型养老服务综合体;社区、小区根据老年人分布情况建设嵌入式、小型化、连锁化的养老服务站、点。同时,要建立养老服务专员制度,按常住老年人的一定比例设立养老服务专员,实现养老服务供需无障碍对接。

#### 建立养老服务时间银行

《征求意见稿》要求,政府应当加大对社区养老服务的扶持力度,社会力量承租政府拥有产权的物业开展社区居家养老服务的,给予租金减免优惠。建设家庭养老床位,引导养老服务机构、社康中心等专业机构上门提供生活照护、紧急救援等服务,实现老年人养老不离家。

《征求意见稿》提出,推动设立独生子女护理假,减轻家庭照护压力。

《征求意见稿》还提出建立养老服务时间银行,鼓励和支持互助养老,低龄、健康老年人为高龄、失能老年人提供志愿服务,年老需要照顾时换取相应的养老服务。

《征求意见稿》提出全面放开养老市场,引导和鼓励社会力量、市场主体积极参与养老服务供给。

## 八、云南白药:拟筹划员工持股计划

来源:上海证券报

摘要:云南白药近日发布公告称,为提高核心竞争能力,公司拟推出员工持股计划。受此消息影响,公司股价上涨,收盘报于 77.85 元/股,涨幅为 2.25%。  
An official announcement recently released by Yunnan Baiyao that it would improve its core competitiveness. The Company plans to launch an employee stock ownership plan. Affected by the news, the company's stock price rose, closing at RMB 77.85 yuan per share, up 2.25%.

具体来看,公司本次员工持股计划的规模是所持有股票累计不超过公司股本总额的 10%,任一持有人持有的员工持股计划份额所对应的股票数量不超过公司股本总额的 1%。

在股票来源方面,员工持股计划涉及股票拟通过二级市场购买或法律法规允许的其他方式取得。参与对象范围包括公司董事(不含独立董事)、监事、高级管理人员、公司(含全资子公司、控股子公司)管理人员、核心骨干员工等。

云南白药此番筹划员工持股计划并不出乎外界意料。回查公告,公司曾于去年 11 月发布回购预案称,拟最多斥资 15.27 亿元回购公司股份用于实施员工持股计划(同年 11 月 14 日设置回购资金下限,不低于 7.635 亿元),回购价格不超过 76.34 元/股。

在回购进展方面,公司最新公告显示,截至今年 8 月末,公司通过回购专用证券账户以集中竞价交易方式累计回购股份数量 330.1 万股,占公司总股本的 0.26%,其中最高成交价为 74.34 元/股,最低成交价为 69.70 元/股,合计支付总金额为 2.45 亿元。

“作为医药领域的佼佼者,云南白药的员工激励一直是市场关心的话题。”有市场人士表示,如果员工持股计划能够顺利完成,公司管理层与流通股东利益将更加一致,有助于公司稳定、健康发展。

值得一提的是，云南白药的混改“执行力”可谓高效，最近三年内数次资本运作受到市场广泛关注。

回查公告，公司原控股股东白药控股的混合所有制改革于 2017 年底基本完成，形成了云南省国资委持股 45%、新华都持股 45%、江苏鱼跃持股 10%的股权结构，完善了公司治理结构，同时进行了公司管理团队的市场化选聘，也实现了混改前一阶段的总体目标。

而在白药控股完成阶段性混改后，公司则于 2018 年 11 月宣布吸并白药控股。根据方案，云南白药拟向云南省国资委、新华都、江苏鱼跃发行股份，换股吸收合并白药控股，实现整体上市，白药控股的全部资产、负债及其他权利与义务均由上市公司承继。吸并事宜完成后，云南省国资委和新华都及其一致行动人持股比例均为 25.14%，江苏鱼跃持有上市公司 5.59%股权。但本次交易前后，上市公司均无实际控制人，且该股权结构将保持长期稳定。

法规名称：《徐州市中院、市人社局关于审理劳动争议案件若干问题的解答（2019）》

Regulation: Xuzhou Intermediate People's Court and Xuzhou Human Resources and Social Security Bureau's  
Answers to Several Questions on Trial of Labor Dis-pute Cases (2019)

公布部门：徐州市中院、市人社局

Issued by: Xuzhou Intermediate People's Court and Xuzhou Human Resources and Social Security Bureau

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9月27日

Release date: September 27, 2019

施行日期：2019年9月27日

Implementation date: September 27, 2019

概要：2019年5月31日、7月19日，徐州市两级法院、市人社局及市总工会有关人员先后分别共同就当前市内审理劳动争议案件过程中存在的若干问题进行研讨，就有关问题及解决方案进行梳理归纳，并征求有关部门意见，最终达成共识，形成《徐州市中院、市人社局关于审理劳动争议案件若干问题的解答（2019）》（以下简称《解答》）。

Abstract: On May 31 and July 19, 2019, Xuzhou Courts at two-levels, Xuzhou Human Resources and Social Security Bureau and Xuzhou Mu-nicipal Federation of Trade Unions jointly discussed several prob-blems in the process of hearing labor dispute cases across Xuzhou, and sorted out and summarized the relevant problems and solutions, solicited opinions from relevant departments, and finally reached a consensus --- the Xuzhou Intermediate People's Court and Xuzhou Human Resources and Social Security Bureau's Answers to Several Questions on Trial of Labor Dispute Cases (2019) (hereinafter re-ferred to as the Answers).



亮点:

## Highlights

### 一、关于未签订劳动合同双倍工资方面

With regard to double wages due to failure to sign a labor contract

1、《解答》明确符合视同无固定期限劳动合同情形但用人单位仍未与劳动者签订无固定期限劳动合同的，用人单位无须支付双倍工资。详见《解答》第3条。

The *Answers* specify that employers are not required to pay double wages as long as employees who meet the non-fixed term labor contract have not signed the non-fixed term labor contract with the employees. See Article 3 of the *Answers* for details.

2、《解答》区分了“倒签”和“补签”劳动合同的区别，补签和倒签劳动合同，双方意思表示真实，用人单位无须支付二倍工资。详见《解答》第5条。

The *Answers* distinguish between "reverse signing" and "supplementary signing" of labor contracts. As long as the supplementary signing and reverse signing of labor contracts are true, employers do not need to pay twice the salary. See Article 5 of the *Answers* for details.

### 二、关于劳动合同约定的工作地点方面

With regard to the place of work stipulated in the labor contract

用人单位在劳动合同中约定宽泛工作地点如“全国”、“江苏”等时，如果劳动者工作性质特殊，比如全国范围的销售人员，长途运输司机，野外作业人员等，工作地点没有办法固定，工作地点宽泛约定，可以认定有效。除此之外，合同约定与实际履行不一致的，应该以实际履行为主。已经长期固定在实际履行地点工作的，对该地点形成生活依赖时，则该地点可视为双方确定具体的工作地点。详见《解答》第7条。

When employers stipulate wide work locations such as "nationwide" and "Jiangsu" in their labor contracts, if the nature of the employee's work is special, such as nationwide sales personnel, long-distance transportation drivers, field workers, etc., the work locations cannot be fixed, and the wide agreement on the work locations can be deemed valid. In addition, if the contract agreement is inconsistent with the actual

performance, the actual performance shall prevail. For those who have been fixed for a long time to work at the actual place of performance and become dependent on the place of performance, the place can be regarded as the specific place of work determined by both parties. See Article 7 of the *Answers* for details.

### 三、关于劳动者离职与旷工认定方面

With regard to the confirmation of employee's resignation and absenteeism

1、《解答》定义了劳动者自动离职的认定标准，并规定企业可以选择将其认定为旷工并按照严重违纪处理，也可以选择按劳动者自动离职处理；双方对此另有约定的或者公司另有规定的，从其约定或者规定处理。但如果双方就自动离职事实本身发生争议且无法查实的，视为双方协商一致解除劳动合同，用人单位需向劳动者支付经济补偿金。详见《解答》第 11 条。

The *Answers* define the criteria for determining the employee's voluntary resignation, and stipulate that employer can choose to consider him/her absent from work and treat him/her as a serious violation of discipline, or they can choose to treat him/her as an employee's voluntary resignation. If both parties have other agreements or the Company has other provisions on this, the agreement or provisions shall prevail. However, if both parties have disputes over the fact that the employees left their jobs on their own and cannot be verified, both parties shall be deemed to have reached a consensus to terminate the labor contract, and the employer shall pay economic compensation to the employees. See Article 11 of the *Answers* for details.

2、就劳动者旷工，单位有无通知返岗义务问题，《解答》明确如果劳动者旷工事实发生前处于待岗、休病假或工伤停工留薪等非正常状态的，则用人单位以劳动者旷工为由解除劳动合同前应先行通知劳动者返岗；如旷工事实发生前劳动合同履行处于正常状态，则用人单位无需再行通知劳动者返岗。详见《解答》第 12 条。

Regarding the employee's absenteeism and whether the employer has the obligation to notify him/her to return to work, the *Answers* clearly state that if the employee is in an abnormal state such as waiting for work, taking sick leave or work stoppage with pay due to work injury before the occurrence of absenteeism,

the employer shall notify the employee to return to work before terminating the labor contract on the ground that the employee is absent from work. If the performance of the labor contract was normal before the absenteeism occurred, the employer need not notify the employee to return to work again. See Article 12 of the *Answers* for details.

#### 四、关于劳动合同解除方面

With regard to the dissolution of labor contracts

1、《解答》明确劳动者依据劳动合同法三十八条第一款规定解除劳动合同并要求单位支付经济补偿金的,需要离职前向用人单位提出并明确说明因用人单位的何种过错、属于劳动合同法三十八条第一款规定的哪一种情形致使其解除劳动合同,否则,司法部门不予支持经济补偿金。详见《解答》第 14、15 条。

The *Answers* clearly state that if the employee rescinds the labor contract and requires the employer to pay economic compensation in accordance with the provisions of the Clause 1 of Article 38 of the *Labor Contract Law*, the employee needs to propose to the employer and clearly explain what kind of fault the employer has caused the employee to rescind the labor contract and what kind of circumstances are specified in the Clause 1 of Article 38 of the *Labor Contract Law*, otherwise, the judicial department will not support the economic compensation. See Article 14 and 15 of the *Answers* for details.

2、《解答》明确,是否支持劳动者以用人单位未依法及时足额缴纳社会保险而提出解除劳动合同并要求支付经济补偿金的,要时情况而定:

The *Answers* clearly state whether to support employees to terminate labor contracts and demand economic compensation for employers' failure to pay social insurance in full and on time according to law depends on the situation.

1) 劳动者工作一定期间后用人单位才开始给劳动者缴纳社会保险,劳动者其后在单位工作一段时间对此未提出异议,劳动者后来又以单位未及时缴纳社会保险而解除劳动合同,一般不予支持经济补偿金。

If the employer starts to pay social insurance for the employee after the employee has worked with the employer for a certain period of time and the employee does not raise any objection to this after working with the employer for a certain

period of time, and the employee later cancels the labor contract because the employer fails to pay social insurance in time, no economic compensation will be supported.

2) 劳动者根据劳动合同法第三十八条第一款第三项的规定, 主张用人单位未足额缴纳社会保险费, 并要求用人单位支付经济补偿金的, 如用人单位不予认可, 劳动者需要提供社会保险机构出具的未足额缴纳的相关材料, 否则不予支持。

Where an employee claims that the employer has not paid the social insurance premium in full and requires the employer to pay economic compensation according to the provisions of Clause 3 of Item 1 of Article 38 of the *Labor Contract Law*, and the employer does not approve the claim, the employee needs to provide relevant materials issued by the social insurance institution to prove it, otherwise it will not be supported.

详见《解答》第 16 条。

See Article 16 of the *Answers* for details.

3、《解答》界定了劳动合同解除、终止证明与解除通知之间的区别, 且明确用人单位单方解除劳动关系未向劳动者送达解除劳动合同通知书, 或者解除劳动合同通知书的送达程序未完成, 劳动者可以要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金或者继续履行劳动合同。详见《解答》第 22 条。

The *Answers* define the difference between the dissolution of the labor contract, the certificate of termination and the notice of dissolution. It also specifies that if the employer unilaterally dissolves the labor relationship and fails to serve the notice of dissolution of the labor contract to the employee, or the service procedure of the notice of dissolution for the labor contract is not completed, the employee may require the employer to pay compensation for illegal dissolution of the labor contract or continue to perform the labor contract. See Article 22 of the *Answers* for details.

4、《解答》明确, 经济补偿金和赔偿金的计算基数不按《劳动合同法》生效时间分段计算, 劳动者工资水平高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府

公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿金的年限最高不超过十二年。详见《解答》第 23 条。

The *Answers* clearly state that the calculation of economic compensation and compensation are not executed by sections at the effective time of the *Labor Contract Law*. Where the wage level of an employee is three times higher than the average monthly wage of the employees in the region in the previous year as announced by the municipal people's governments of the municipalities directly under the central government and the regional administrative districts where the employer is located, the period for paying economic compensation shall not exceed 12 years at most. See Article 23 of the *Answers* for details.

5、《解答》明确，用人单位拖欠生活费等特殊情形下支付的工资，劳动者据此解除劳动合同的，一般不予支持经济补偿金的请求。详见《解答》第 25 条。

The *Answers* clearly state that any wage paid by an employer due to arrears of living expenses and other special circumstances, and the employee terminates the labor contract accordingly, will generally not be supported by the request for economic compensation. See Article 25 of the *Answers* for details.

## 五、关于社会保险待遇方面

With regard to the treatment of social insurance

1、《解答》明确，劳动者以个人名义或者以其他单位名义补缴了社保后，要求用人单位予以承担其垫付的社保费用的，司法部门不予受理。待有新的口径再行处理。详见《解答》第 33 条。

The *Answers* clearly state that the judicial department will not accept any employee who requires the employer to bear the social security expenses paid by him/her after he/she has paid the social security in his/her own name or in the name of others. We'll deal with it when we have a new caliber. See Article 33 of the *Answers* for details.

2、《解答》明确，劳动者主张用人单位未足额缴纳工伤保险费，导致职工待遇下降的，诉请待遇差额部分由用人单位承担的，司法部门暂不予受理。详见《解答》第 35 条。

The *Answers* clearly state that if the employee claims that the employer's failure to pay the work-related injury insurance premium in full leads to the degradation in the employee's treatment, and the employer is responsible for the difference in the treatment, the judicial department will not accept it for the time being. See Article 35 of the *Answers* for details.

3、《解答》明确，职工在劳动过程中受伤，但超过工伤认定期限导致无法认定工伤，劳动者可以诉请用人单位承担侵权责任。详见《解答》第 43 条。

The *Answers* clearly state that any employee who is injured in the process of work but cannot be identified as a work-related injury due to exceeding the time limit for identification of work-related injury, the employee may appeal to the employer to bear tort liability. See Article 43 of the *Answers* for details.

4、《解答》明确了停工留薪期截止日期如何确定的问题，详见《解答》第 46 条。

The *Answers* specify how to determine the deadline for the shutdown and salary retention period. See Article 46 of the *Answers* for details.

5、《解答》明确，单位未为劳动者缴纳医保，劳动者因病治疗产生医疗费，向单位主张医保损失，以劳动者实际支出的医疗费为限；如用人单位抗辩以若缴纳医保可报销的费用为限，应由用人单位负举证责任。详见《解答》第 48 条。

The *Answers* clearly state that if the employer fails to pay medical insurance for the employee, the medical expenses incurred by the employee due to illness treatment can be claimed from the employer, subject to the actual medical expenses paid by the employee. If the employer defends, it is limited to the expenses that can be reimbursed if the medical insurance is paid, and the employer shall bear the burden of proof. See Article 48 of the *Answers* for details.

## 六、关于裁审衔接方面

With regard to the connection of adjudication and trial

1、《解答》明确，劳动者因工伤认定诉请确认劳动关系，属于人民法院劳动争议案件的受案范围；但是，具备用工主体资格的用人单位将工程或经营权发包

给不具备用工主体的自然人，自然人招用的劳动者受伤后诉请确认工伤保险责任主体的，不属于人民法院劳动争议案件的受案范围。详见《解答》第 52 条。

The *Answers* clearly state that the employee's application for confirmation of labor relations due to work-related injury falls within the scope of labor dispute cases in the People's Court. However, any employer who has the qualification of the main body of employment contracts the project or management right to a natural person who does not have the main body of employment, and the employee employed by the natural person applies for confirmation of the main body of industrial injury insurance liability after being injured, does not fall within the scope of accepting cases of labor disputes in the People's Court. See Article 52 of the *Answers* for details.

2、《解答》明确，一般情况下，劳动者不可以直接仲裁请求解除劳动合同，只能向相对方主张；只有在工伤待遇等特殊劳动争议处理中，解除劳动合同时间可以自仲裁申请书送达对方之日起计算或者按照法院送达用人单位起诉状的时间作为解除时间。详见《解答》第 53 条。

The *Answers* clearly state that under normal circumstances, employees cannot directly arbitrate for the termination of the labor contract, but can only claim to the opposite party. Only in the treatment of special labor disputes such as work-related injury treatment, the time for dissolution of the labor contract can be calculated from the date when the arbitration application is served on the other party or the time when the Court serves the employer's complaint as the dissolution time. See Article 53 of the *Answers* for details.

3、《解答》明确，确认劳动关系之诉不能出具调解书。详见《解答》第 56 条。

The *Answers* made it clear that mediation documents cannot be issued for lawsuits confirming labor relations. See Article 56 of the *Answers* for details.

新法规链接：

## 徐州市中院、市人社局关于审理劳动争议案件若干问题的解答（2019）

为公正、高效处理劳动争议纠纷，统一我市劳动争议案件执法尺度，2019年5月31日、7月19日，全市两级法院、市人社局及市总工会有关人员先后分别在徐州市云龙区人民法院、鼓楼区人民法院共同就当前我市审理劳动争议案件过程中存在的若干问题进行研讨，就有关问题及解决方案进行梳理归纳，并征求有关部门意见，达成如下共识，供两级法院、劳动争议仲裁委审理劳动争议案件时参考。

### 一、关于劳动关系确认

#### 1. 【冒名顶替上班者与用人单位之间劳动关系如何确认】

答：冒名顶替上班者与用人单位之间是否存在事实劳动关系不能一概而论，主要从用人单位是否知道或应当知道冒名替班的事实、替班的时间长短、用人单位有无对替班者进行考勤及支付劳动报酬等因素综合进行考量。

#### 2. 【空挂社保者与用人单位之间劳动关系如何确认】

答：因空挂社保的双方当事人事实上互不履行劳动法上的权利义务，不存在实质的用工行为，不符合劳动关系的构成要件。

### 二、关于未签订劳动合同双倍工资

#### 3. 【符合视同无固定期限劳动合同情形但用人单位仍未与劳动者签订无固定期限劳动合同，应否支付双倍工资】

答：依照《劳动合同法》第十四条、第八十二条及《劳动合同法实施条例》第七条规定，“视同签订无固定期限劳动合同”是一种法律拟制，用人单位与劳动者已经存在无固定期限劳动合同关系，也是用人单位应当签订而未签订无固定期限劳动合同承担的法律后果，不需要再另行支付双倍工资。

#### 4. 【签订的劳动合同无效，用人单位应否支付双倍工资】

答：因劳动合同法规制的是用人单位故意不签订劳动合同的行为，只要用人单位

与劳动者签订了劳动合同，无需承担未签订劳动合同的双倍工资。如因用人单位原因导致其与劳动者签订的劳动合同被确认无效，劳动者可以依据《劳动合同法》第八十六条要求用人单位承担赔偿责任。

**5. 【倒签劳动合同应否支付双倍工资】**

答：倒签以劳动关系建立之日作为合同签订之日，而补签以劳动关系建立之日作为劳动合同开始的期限。补签劳动合同，用人单位不需支付双倍工资。

倒签劳动合同视为劳动者对用人单位未签订书面劳动合同违法行为的追认，双方意思表示真实，如不存在欺诈、胁迫等情形，劳动者要求用人单位支付双倍工资的不予支持。

**6. 【用人单位与在停工留薪期内的劳动者未签订劳动合同，应否支付双倍工资】**

答：《劳动合同法》第十条第二款对于用人单位应当自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同没有例外规定。如劳动者在用工之日起一个月内发生工伤，尚未超出法定劳动合同签订的准备期限，劳动者主张停工留薪期内二倍工资的，不予支持；如劳动者发生工伤时已经超过一个月的劳动合同签订期限，则劳动者主张停工留薪期内二倍工资，应予以支持，但用人单位有证据证明劳动者本人不愿签订劳动合同的除外。

**三、关于劳动合同约定的工作地点、工资标准等**

**7. 【用人单位在劳动合同中约定宽泛工作地点如“全国”、“江苏”等是否有效】**

答：劳动者的工作地点影响着其家庭生活和社会生活利益，对于工作性质特殊，比如全国范围的销售人员，长途运输司机，野外作业人员等，工作地点没有办法固定，因此工作地点约定为“全国”范围，可以认定有效。

但是对于前述范围以外的劳动者，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”“江苏”等，如无对用人单位工作地点、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，如果劳动者在签订劳动合同后，劳动合同的履行是动态的，不是固定不变，一般而言，合同约定与实际履行不一致的，应该以实际履行为主。已经长期固定在实际履行地点工作的，对该地点形成生活依赖时，则该地点可视为双方确定具体的工作地点。用人单位在调整劳动者工作地点时应与劳动者协商一致，否则不能随意单方变更劳动者的工作地点。

**8.【劳资双方对于劳动者工资数额均无法举证时工资标准如何认定】**

答：《江苏省工资支付条例》第五十一条第二款“用人单位和劳动者都不能对工资数额举证的，由劳动保障行政部门、劳动争议仲裁委员会和人民法院参照本单位同岗位的平均工资或者当地在岗职工平均工资水平，按照有利于劳动者的原则计算确定。”该条“当地在岗职工平均工资水平”应是指上一年度，以当地统计部门对外公布的数据为准。

**9.【劳动合同约定在劳动者按照法定标准工时制全勤工作的情况下采用计件工资制，约定的工资数额是否可以低于当地最低标准】**

答：最低工资标准属于强制性规定，如果用人单位与劳动者约定的计件工资数额没有达到当地最低工资标准，该约定无效，应按照不低于当地最低工资标准予以支付。

**10.【加班工资计算基数约定低于当地最低工资标准，是否有效？】**

答：加班工资计算基数约定低于当地最低工资标准，亦无效，应调整至不低于当地最低工资标准。

**四、关于劳动者离职与旷工认定**

**11.【劳动者自动离职标准如何认定】**

答：“自动离职”是指劳动者未经用人单位批准擅自离职，企业可以将其认定为旷工并按照严重违纪处理，也可以按劳动者自动离职处理。如双方当事人对自动离职的标准已在劳动合同中约定或在规章制度中规定，则应按照约定或规定标准执行。

因自动离职的事实本身发生争议的，则双方当事人均需承担举证责任，无法查实的，视为双方协商一致解除劳动合同，用人单位需向劳动者支付经济补偿金。

**12.【劳动者旷工，单位有无通知返岗义务】**

答：按照劳动合同约定提供劳动是劳动者应尽的义务。如果劳动者和用人单位在旷工事实发生前劳动合同履行处于非正常状态，如待岗、休病假或工伤停工留薪等，则用人单位以劳动者旷工为由解除劳动合同前应先行通知劳动者返岗；如旷工事实发生前劳动合同履行处于正常状态，则用人单位无需再行通知劳动者返岗。

## 五、关于劳动合同中止、解除、终止

### 13. 【劳动合同中止履行，劳动者可否要求用人单位支付生活费】

答：双方劳动关系实际处于中止履行状态，中止履行期间用人单位和劳动者不存在劳动法上的权利义务关系，也不计算为本单位工作年限。对于劳动者要求用人单位支付最低工资、生活费的诉讼请求，一般不予支持，但劳动者与用人单位之间有特殊约定的则从其约定。

### 14. 【劳动者依据劳动合同法三十八条第一款规定解除劳动合同，应否提前通知用人单位】

答：劳动合同法第三十八条第一款和第二款规定了劳动者的单方解除权，相比较该条第二款规定的即时解除权而言，第一款则是非即时解除，但和劳动合同法第三十七条劳动者提前 30 日预告解除权又有不同，并无 30 日的限制。劳动者根据劳动合同法第三十八条第一款的规定，向用人单位提出解除劳动合同并要求单位支付经济补偿金的，需要提前向用人单位提出并说明理由；劳动者在申请仲裁前未向用人单位提出并说明理由，要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。“说明理由”是要求劳动者在解除通知书中明确说明因用人单位的何种过错，致使其解除劳动合同。注意区分劳动者预告解除与劳动者因用人单位过错解除的区别，因此这里的“提前”是指劳动者离职前，并不是劳动者离职前 30 日。

### 15. 【劳动者笼统依据劳动合同法第三十八条而不指明具体情形向用人单位提出解除劳动合同，应否针对该条文所罗列情形逐一审查，在此基础上审查用人单位是否存在应当支付劳动者经济补偿金的情形】

答：劳动者笼统依据劳动合同法第三十八条而不指明具体情形向用人单位提出解除劳动合同，视为单方提出解除劳动合同原因不明，一般不予支持经济补偿金。

### 16. 【劳动者以用人单位未依法及时足额缴纳社会保险而提出解除劳动合同，应否支付经济补偿金】

答：在劳动者工作一定期间后用人单位才开始给劳动者缴纳社会保险，劳动者其后在单位工作一段时间对此未提出异议，后劳动者以单位未及时缴纳社会保险而解除劳动合同，一般不予支持经济补偿金。

劳动者根据劳动合同法第三十八条第一款第三项的规定，主张用人单位未足额缴纳社会保险费，并要求用人单位支付经济补偿金的，若双方当事人对于是否足额

缴纳社会保险费意见不一致，不能仅依据劳动者社会保险费的缴费基数与其应得工资存在差距为由，就认定用人单位未足额缴纳社会保险费；需要劳动者提供社会保险机构出具的未足额缴纳的相关材料，若劳动者不能提供，则承担举证不能的不利后果。

**17.【用人单位将职工社保账户转为个体，劳动者仅以此主张用人单位违法解除，应予支持】**

答：用人单位因环保不达标等原因导致停工停产，未经职工同意将职工社保账户转为个体，因转为个体时在社保部门要注明双方解除劳动合同，职工仅以此为由认为用人单位违法解除劳动合同要求支付经济赔偿金的，不予支持。

**18.【用人单位终止达到法定退休年龄但未为其缴纳社保的职工之间的劳动关系，是否支付经济补偿】**

答：双方之间按照特殊劳动关系处理，任何一方可以随时终止用工，且用人单位不需支付经济补偿金。

**19.【劳动者在医疗期内持有医疗机构的休假证明，但未明确具体日期，且单位不同意休假，劳动者也未上班，此时单位能否以旷工为由解除劳动合同】**

答：劳动者应按照医疗机构出具的休假证明上载明的休息时间休假，如休假证明未明确具体日期，用人单位无法作出准假与否的意思表示，在劳动者不能进一步完善休假证明的情况下，用人单位可视情批假，如超出准假期限，单位通知劳动者上班，而劳动者坚持不上班，一般应当认定为旷工。

**20.【用人单位可否直接采用公告方式送达解除劳动合同通知书】**

答：用人单位解除与劳动者的劳动合同，应以直接送达为原则，以留置送达、邮寄送达为补充方式，除非用人单位有证据证明劳动者下落不明或无法采用其它方式送达，可以适用公告送达。

**21.【用人单位与劳动者在劳动合同中约定终止劳动合同条件的效力如何把握】**

答：《劳动合同法实施条例》第十三条规定“用人单位与劳动者不得在劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。”该条规定是效力性强制性规定，用人单位与劳动者可以约定劳动合同终止条件，但不得超出劳动合同法第四十四条规定的劳动合同终止情形。

**22.【劳动合同解除、终止证明与解除通知之间的关系如何界定】**

答：解除劳动合同证明书是用人单位出具的，交给社保机构用于办理停保、失业金等事项的材料；解除劳动合同通知书是用人单位单方解除劳动关系时向劳动者送达的材料；解除劳动合同证明书与解除劳动合同通知书中关于劳动关系解除或终止的原因应当是一致的，但是若二者关于劳动关系解除或终止的原因不一致时，应当以体现双方真实意思表示的内容为判断双方劳动关系解除或终止原因的依据。双方达成解除协议在前，而单位出具证明载明的解除的原因与协议内容不一致的，以在前的协议为准。

用人单位单方解除劳动关系未向劳动者送达解除劳动合同通知书，或者解除劳动合同通知书的送达程序未完成，影响用人单位解除行为的合法性，劳动者可以要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金或者继续履行劳动合同。若用人单位客观上已经以实际行为单方解除了劳动关系，譬如已经向社保机构出具解除劳动合同证明书并停止缴纳了社保、停止发放工资、生活费等，却又以未向劳动者送达解除劳动合同通知书，或者解除劳动合同通知书的送达程序未完成为由，主张未解除劳动关系或解除行为未发生效力，劳动关系仍然存续，不予支持。

**23. 【违法解除终止劳动合同赔偿金及高收入劳动者经济补偿金，要不要分段计算】**

答：《劳动合同法实施条例》第二十五条规定，赔偿金的计算年限自用工之日起计算，赔偿金本身就是一种惩罚性条款，不应按照《劳动合同法》生效时间进行分段计算。

《劳动合同法》第四十七条第二款规定，劳动者工资水平高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿金的年限最高不超过十二年。此处的十二年应该是对高收入劳动者经济补偿金支付的一种限制性规定，是经济补偿金支付的上限，不应分段计算。

**24. 【用人单位存在未及时足额支付劳动报酬的情形，劳动者以此为由解除劳动合同，是否都要支付经济补偿金】**

答：劳动者主张推定解雇经济补偿金应以用人单位存在主观过错为前提。劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由主张经济补偿金的，要结合单位不支付劳动报酬的原因、单位主观过错以及对劳动者生活的实质影响等综合考量，但是实践中，如用人单位生产经营发生困难后，在积极筹措资金恢复生产、发放劳动

者劳动报酬的情形下，对劳动者以用人单位拖欠劳动报酬为由提出支付解除劳动合同经济补偿金的请求，应审慎审查，确定用人单位是否存在故意拖欠。用人单位确因客观情况短期拖欠或拖欠数额较少的劳动报酬，且在仲裁前单位主动纠正的，主观上不存在恶意欠薪的故意，在此情况下，一般不予支持劳动者经济补偿金的请求。

**25. 【单位拖欠其它特殊情形下支付的工资，劳动者以此为由解除劳动合同，应否支付经济补偿金】**

答：用人单位拖欠生活费等特殊情形下支付的工资，劳动者据此解除劳动合同的，一般不予支持经济补偿金的请求。

**26. 【5-10 级伤残工伤职工依据工伤保险条例第三十六条、第三十七条提出解除劳动合同，可否要求用人单位支付经济补偿金】**

答：用人单位向劳动者支付经济补偿金应当以《劳动合同法》第四十六条为依据，除非用人单位存在劳动合同法第三十八条规定所列情形，而工伤职工据此解除劳动合同的，可以由用人单位支付经济补偿金。

## 六、关于劳务派遣

**27. 【非典型劳务派遣用工责任如何承担】**

答：用人单位与劳动者签订劳动合同后，实际用工为个人或与之有关联关系的单位，对劳动者承担的民事责任，参照劳务派遣的相关规定。

**28. 【劳务派遣合同期限约定一年，是否有效】**

答：《劳务派遣暂行规定》第五条规定“劳务派遣单位应当依法与被派遣劳动者订立 2 年以上的固定期限书面劳动合同。”劳务派遣单位与劳动者签订一年期劳动合同，违反法律强制性规定，按照法律规定的最低劳动合同期限 2 年处理，如果用人单位以 1 年劳动合同到期为由解除或终止劳动合同系违法解除，劳动者可以要求继续履行，也可以要求用人单位支付赔偿金。

**29. 【劳动者工作岗位不变，劳务派遣单位变动，可否重新约定试用期】**

答：《劳务派遣暂行规定》第六条“劳务派遣单位可以依法与被派遣劳动者约定试用期。劳务派遣单位与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期。”据此规定，劳务派遣单位和被派遣劳动者签订劳动合同只能约定一次试用期，在劳务派遣合

同履行期间，劳务派遣单位不发生变动。如劳务派遣单位发生变动，而劳动者工作岗位不变，非经劳动者同意，原劳务派遣单位与其解除劳动合同，又与新的劳务派遣单位签订劳动合同，双方不得重新约定试用期。

## 七、关于社会保险待遇

**30. 【劳动合同依法解除或终止后，劳动者被认定为工伤的，一次性医疗补助金和一次性伤残就业补助金的计算标准如何确定】**

答：劳动合同依法解除或终止后，劳动者被认定为工伤的，仍应按照法律法规规定享受相关工伤保险待遇。符合一次性医疗补助金和一次性伤残就业补助金领取条件的，则根据工伤伤残等级，按照解除或终止劳动合同时应享受的标准计算工伤保险待遇。

**31. 【养老保险待遇损失计算终期，如何界定】**

答：用人单位赔偿劳动者养老保险待遇损失时，对于劳动者在用人单位的工作年限，仅计算至劳动者达到法定退休年龄时；劳动者达到法定退休年龄后，用人单位没有缴纳养老保险的义务，故劳动者在达到法定退休年龄后，仍继续在用人单位工作的，用人单位不负赔偿责任。

**32. 【养老保险待遇损失的起算时间，是用工之日还是法律法规规定的缴纳社会保险之日】**

答：法律法规规定用人单位应为劳动者缴纳养老保险之日。

**33. 【劳动者追偿垫付的社会保险费，应否受理】**

答：劳动者以个人名义或者以其他单位名义补缴了社保后，能否要求用人单位予以承担其垫付的社保费用？

答：不予受理。待有新的口径再行处理。

**34. 【因用人单位社保缴费基数低，劳动者主张补足社保缴费基数，是否受理】**

答：社会保险缴费基数低于正常水平造成社会保险待遇降低，应通过社保机构补缴补发的途径予以调整，劳动者主张补足社保缴费基数，不予受理。

**35. 【用人单位未足额缴纳工伤保险费导致职工待遇降低，劳动者主张差额，是否受理】**

答：劳动者主张用人单位未足额缴纳工伤保险费，导致职工待遇下降的，诉请待

遇差额部分由用人单位承担的，暂不予受理。告知其向社保部门反映处理。

**36. 【用人单位扣留社保待遇，是否受理】**

答：用人单位截留劳动者的社会保险待遇，鉴于事件的起因和劳动关系的存在密不可分，和普通民事纠纷应有所区别，可以按照劳动争议纠纷处理。

**37. 【工伤保险理赔之外医疗费，应否由用人单位负担】**

答：《工伤保险条例》第三十条第三款“治疗工伤所需费用符合工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准的，从工伤保险基金支付。工伤保险诊疗项目目录、工伤保险药品目录、工伤保险住院服务标准，由国务院社会保险行政部门会同国务院卫生行政部门、食品药品监督管理部门等部门规定。”据此规定，对于用人单位为工伤职工缴纳工伤保险的，工伤保险不予理赔的医疗费，由用人单位承担缺乏依据。对于用人单位未为工伤职工缴纳工伤保险的，工伤保险不予理赔与治疗工伤有关的医疗费，可由用人单位承担。

**38. 【工伤职工就医交通费是否支持】**

答：《工伤保险条例》第三十条第四款规定“职工住院治疗工伤的伙食补助费，以及经医疗机构出具证明，报经办机构同意，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通、食宿费用从工伤保险基金支付，基金支付的具体标准由统筹地区人民政府规定。”据此，工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通费用从工伤保险基金支付，用人单位为工伤职工缴纳了工伤保险，不存在用人单位支付交通费的问题，如果用人单位未为工伤职工缴纳了工伤保险，对于该工伤职工到统筹地区以外就医所需的交通费由用人单位承担。

**39. 【住院伙食补助费、工伤护理费标准如何把握】**

答：江苏省人力资源和社会保障厅《关于实施新<工伤保险条例>有关问题的处理意见》（苏人社函（2011）166号）第五条“从2011年1月1日起，职工主要治疗工伤（含到统筹地区以外就医）的伙食补助费从工伤保险基金支付，一般每人每天20元。具体标准由统筹地区人民政府规定。”第六条“从2011年1月1日起，工伤职工到统筹地区以外就医应经所在统筹地区工伤保险定点医疗机构出具证明，报经办机构同意，选择普通公共交通工具出行。所需食宿费用从工伤保险基金支付，一般为每天150元左右，因伤情特殊需要选择非普通交通方式的需报经办机构同意。具体标准由统筹地区人民政府规定。”

《工伤保险条例》第二十三条第三款规定“生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。”如用人单位未安排护理或者同意由职工自己安排护理的，护理费标准按照以下情形处理：住院期间有专门护工护理的，按护理费单据载明的金额确定；安排有固定收入来源的亲属护理的，按其亲属收入证明载明的金额确定，但不得超过当地上一年度职工社会平均工资。安排无固定收入来源的亲属护理的，可按当地一般护工市场价格水平确定；如一般护工市场价格水平无法确定的，可按照当地最低工资标准确定。护理人员原则上为一人，但医疗机构或鉴定机构有明确意见的除外。工伤职工出院后如需护理的，应凭医疗机构证明按照上述标准确定。

工伤职工已评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，按《工伤保险条例》第三十四条规定执行。

**40. 【工伤保险待遇下浮比例重叠适用问题，如何把握】**

答：《徐州市贯彻工伤保险条例实施意见》第十八条规定 5-10 级伤残职工按照工伤保险条例规定与用人单位解除或终止劳动关系时，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金，按照《江苏省实施<工伤保险条例>办法》规定的基准标准下浮 10%，而《江苏省实施工伤保险条例办法》第二十八条规定了距离法定退休年龄不足 5 年的工伤职工享受一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的下浮比例，两者并不冲突，应当并列适用。

**41. 【用人单位没有给劳动者缴纳社保，支付一次性医疗补助金后，劳动者再治疗而支出的医疗费，用人单位是否应当赔偿】**

答：支付一次性医疗补助金的前提是和单位解除劳动合同关系、终止工伤保险关系，用人单位支付一次性医疗补助金后，劳动者再治疗而支出的医疗费，用人单位不应承担。

**42. 【人身意外险保险金与工伤保险待遇可否兼得】**

答：不同于第三人侵权和工伤竞合的法律关系，人身意外险保险金与工伤保险待遇是两种不同性质的赔偿，劳动者可以兼得。

**43. 【职工在劳动过程中受伤但超过工伤认定期，可否提起侵权之诉】**

答：职工在劳动过程中受伤，但超过工伤认定期限导致无法认定工伤，劳动者诉请用人单位承担侵权责任的，应予受理。

**44. 【工伤保险与侵权责任竞合，劳动者诉权是否可以选择行使】**

答：劳动者在提供劳动过程中系因该用人单位其他劳动者的侵权行为所致伤，用人单位既是用工责任主体，又是侵权责任主体，在构成工伤的情况下，应当按照工伤保险待遇优先原则进行处理。

**45. 【用人单位与工伤职工均同意按照侵权法律关系处理，应否支持】**

答：用人单位未为工伤职工缴纳工伤保险的，用人单位与工伤职工均同意按照侵权法律关系处理，可予支持，但是用人单位为工伤职工缴纳社会保险的，应向劳动者释明，按照工伤保险法律关系进行处理，如劳动者坚持按照侵权法律关系主张权利，应当裁定驳回起诉，但超过工伤认定时效的除外。

**46. 【停工留薪期截止日期如何确定】**

答：原则上应为就医记录或病情证明单中记载的医疗期或休息期结束之日；但劳动者自愿放弃病假单或病情证明单中记载的休息时间，回到用人单位正常工作的，可以劳动者回到用人单位正常工作之日作为停工留薪期的截止日期。但伤残等级鉴定结论作出之日早于就医记录或病情证明单中记载的医疗期或休息期结束之日的，则以伤残等级鉴定结论作出之日作为停工留薪期的截止之日。

**47. 【停工留薪期届满至伤残等级鉴定结论作出之日，用人单位应否支付劳动者工资报酬】**

答：用人单位应当支付上述期间劳动者的工资报酬，但劳动者无正当理由拒绝用人单位安排的合理工作除外。

**48. 【单位未为劳动者缴纳医保，劳动者因病治疗产生医疗费，向单位主张医保损失，是以劳动者实际支出的医疗费为限还是以若缴纳医保可报销的费用为限；若以医保报销的范围为限，医保报销的范围是法院自行核算还是请医保部门协助核算】**

答：以劳动者实际支出的医疗费为限，如用人单位抗辩以若缴纳医保可报销的费用为限，应由用人单位负举证责任。必要时，可委托医疗保险经办机构协助核算应由用人单位承担的医疗费数额。

**八、关于裁审衔接**

**49. 【用人单位可以申请仲裁的劳动争议案件范围有哪些】**

答：用人单位可以申请仲裁的劳动争议案件范围仅包括依据《劳动合同法》第八十六条、第九十条以及《工资支付暂行规定》第十六条规定范围内申请仲裁的劳动争议案件。

**50.【劳动争议仲裁委对于劳动者提出的仲裁申请不予受理后，劳动者未向法院起诉，后又重新申请仲裁，仲裁委再次不予受理，后又起诉到法院，要否处理】**

答：区分是否属于劳动争议案件受案范围，如果不属于劳动争议案件受案范围，但属于人民法院受理的其它民事案件，应当作为普通民事案件受理，如果亦不属于人民法院受理的其它民事案件，裁定驳回起诉，如果属于劳动争议案件受案范围，不受“一事不再理”原则的限制。

**51.【劳动争议仲裁委员会作出的不予受理的决定书中告知当事人在 15 天内向法院起诉，如果当事人超过 15 天向法院起诉的，应当如何处理】**

答：《劳动争议调解仲裁法》第四十八条规定“劳动者对本法第四十七条规定的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”该条规定的“15 日内向法院起诉”仅针对的是对仲裁裁决不服，不涉及未作实体处理的不予受理通知或决定等。《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》第二条规定“劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由，作出不予受理的书面裁决、决定或者通知，当事人不服，依法向人民法院起诉的，人民法院应当分别情况予以处理：（一）属于劳动争议案件的，应当受理；（二）虽不属于劳动争议案件，但属于人民法院主管的其他案件，应当依法受理。”

**52.【确认工伤保险责任主体是否属于劳动争议案件受案范围】**

答：劳动者因工伤认定诉请确认劳动关系，属于人民法院劳动争议案件的受案范围；但是，具备用工主体资格的用人单位将工程或经营权发包给不具备用工主体的自然人，自然人招用的劳动者受伤后诉请确认工伤保险责任主体的，不属于人民法院劳动争议案件的受案范围。

**53.【劳动者可否直接仲裁请求解除劳动合同】**

答：劳动者和用人单位均可以依法解除劳动合同，但只能向相对方主张，仲裁和审判机构应审查确认解除劳动合同的时间和效力，并非代替当事人行使合同解除权。如果劳动者通过申请仲裁的方式主张解除劳动合同，仲裁机构应予以释明。

如在工伤待遇等特殊劳动争议处理中，劳动者坚持通过仲裁的方式解除劳动合同的，则解除劳动合同时间自仲裁申请书送达对方之日起计算。按照仲裁阶段送达的时间作为解除时间，如果仲裁阶段是不予受理的，按照法院送达用人单位起诉状的时间作为解除时间。

**54. 【需要工伤保险基金支付的项目，实体裁决中可否在裁决项中写明用人单位协助劳动者办理领取工伤保险待遇的相关手续】**

答：不涉及为案外第三人设定义务问题，可以在裁审主文中写明。

**55. 【当事人不服仲裁裁决起诉到人民法院后，仲裁裁决书不发生法律效力，仲裁裁决书中查明的事实人民法院能否直接引用】**

答：双方对于仲裁裁决书认定的事实均无异议的部分，可以直接写入人民法院判决书实体查明部分，有异议的部分，应通过举证责任分配予以查明。

**56. 【确认劳动关系能否出具调解书；仅凭双方自认能否直接认定】**

答：确认劳动关系之诉不能出具调解书。

劳动关系确认严格按照劳动关系的构成要件依法认定，即使双方当事人均认可双方存在劳动关系，亦应依法进行实体审查。

**57. 【仲裁裁决作出后，当事人仅就部分裁决结果提出异议而提起诉讼，对仲裁机构作出的实体裁决结果无异议部分，法院要否重新进行审理】**

答：当事人对仲裁机构作出的实体裁决结果无异议部分，法院不再进行实体审查，应在裁判文书的“本院查明”部分作出表述，将其作为法院查明的案件事实的组成部分，并将当事人未提起诉讼的仲裁裁决事项列入人民法院发生法律效力的裁判文书主文，以此作为执行的依据。仅就当事人不服仲裁裁决部分进行处理，但仲裁裁决确认劳动关系确有错误的，应当依据查明的事实重新认定并作出判决。

## 九、其他

**58. 本解答自印发之日起施行。**

本解答施行后新受理的劳动争议仲裁和一审案件适用本解答的规定。

## 用人单位能否基于给付特殊待遇与劳动者约定服务期？

Can the employer agree on a service period with the employee based on special treatment?

保华律师事务所 于瀛彤  
Baohua Law Firm Yu Yingtong

引言：随着我国进入知识经济时代，企业的竞争越来越倚重于对核心人才的培养和争夺，为吸引核心人才，许多企业不惜花费重金。除正常的薪金收入之外，更多的企业将提供住房、户口、专车等特殊待遇作为吸引高端人才的手段，相应地，要求员工在企业履行一定年限的服务期。那么，该等基于特殊待遇约定的服务期是否合法呢？员工一旦违约，企业能否获得相应赔偿？

Introduction: As China enters into the era of knowledge economy, competition of enterprises increasingly relies on cultivation and competition of core talents. In order to attract core talents, enterprises will not hesitate to spend a lot of money. In addition to normal salary income, more and more enterprises provide special treatment such as housing, hukou and car as a means of attracting high-end talents. Accordingly, employees are required to perform service periods of a certain number of years in the enterprise. So, are these service periods based on special treatment agreements legal? If an employee breaches the agreement on service period, whether the enterprise is entitled to any compensation?

## 一、 总述

《劳动合同法》第二十二条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。”《劳动合同法》第二十五条规定：“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。”

实践中，除《劳动合同法》中提到的用人单位为劳动者提供专业技术培训外，还存在另一种人才竞争的方式，即通过向劳动者提供住房、户口、专车等特殊待遇，以吸引专业人才。出资培训和特殊待遇给付作为用人单位人才竞争的不同手段，相比之下，前者属于开发潜在的劳动力资源，而后者则属于争夺既有的劳动力资源。

然而，法律仅规定了用人单位提供专业技术培训可约定服务期和违约金，针对提供住房、户口、专车等特殊待遇，用人单位能否与劳动者约定服务期和违约金，存在以下两种不同观点：

- 第一种观点认为，《劳动合同法》第二十二条仅规定用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。因此，就住房、户口、专车等特殊待遇约定服务期在我国缺乏法律依据。
- 第二种观点认为，《劳动合同法》虽然规定了用人单位对劳动者进行专业技术培训可以约定服务期，但无法据此推出对劳动者进行专业技术培训是实现约定服务期的唯一方式。劳动者享受了用人单位提供的特殊待遇，并经双方协商一致的，可以约定服务期和违约金。

在此基础上，笔者对特殊待遇给付能否约定服务期及违约金进行了案例检索。检索结果显示，对于特殊待遇给付类案件，主要可以分为两种类型：（1）基于户口等无实际财产给付和成本支出的特殊待遇；及（2）基于实际给付财产和支出成本的特殊待遇。对上述两种类型的特殊待遇类给付类案件，法院的判决观点往往不同。总体上说，对于后者，各地法院通常会支持未履行服务年限特殊待遇的返还，甚至有部分判决，支持了特殊待遇的全额返还；然而对于前者，不同地区法院的判决观点差别较大，甚至在同一地区，也出现了截然不同的判决结果。下文中，笔者便分别就这两类特殊待遇给付类案件，分析不同地区法院的司法裁判观点。

## 二、 基于户口等无实际财产给付和成本支出的特殊待遇约定服务期案例分析

基于户口等无实际财产给付和成本支出的特殊待遇服务期案例，多发生在户籍取得最困难的北京和上海，针对其他如广州、深圳、天津、杭州、苏州、重庆等一线城市，相关案例多发生在聘用合同制下的非劳动关系争议中，而劳动争议中涉及此类纠纷确实比较少见，目前笔者仅在广州、深圳等地区发现了少数几个案例，但基于户口约定违约金的标的通常较低。下文中，笔者主要针对北京、上海两地关于户口类特殊待遇约定服务期相关争议，以及广州、

深圳的少数相关案例进行案例分析。

对于此类特殊待遇约定服务期的案例，总体上，法院对于违约金的效力持否定态度，主要依据《劳动合同法》第二十二条、二十五条的规定，认为用人单位未给员工提供专业技术培训而约定服务期的，缺乏法律依据。除服务期及竞业限制外，用人单位不得与劳动者约定违约金，因此，基于此类特殊待遇约定的违约金在多数判决中无法得到支持。但对于否认服务期约定合法性的该类判决，在结果上却有所不同，以北京为代表的多数司法判决中，会基于诚实信用原则酌情判决劳动者承担一定的赔偿责任；而以上海为代表的多数司法判决，则大多以服务期及违约金约定不合法为由，认定劳动者无需承担任何责任，只有近年出现了少数判决，认可了服务期违约金效力。广州、深圳的此类案例，与上海的多数观点一致，用人单位主张违约金的，通常不会被支持。

### **(一) 北京户口类特殊待遇案例——通常不认可服务期及违约金约定的合法性，但基于诚实信用原则，劳动者应赔偿用人单位实际损失。**

#### **1. 主流观点：认为服务期及违约金约定缺乏合法性，但支持实际损害赔偿**

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第三十二条规定：“用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金的，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿。”

基于上述规定，北京市法院在审理用人单位为劳动者办理户口约定服务期这类劳动争议案件中，主流判决观点认为，根据劳动合同法第二十二条规定，认为用人单位未提供专业技术培训，双方就特殊待遇约定服务期和违约金，没有法律依据。但基于诚实信用原则，若劳动者提前辞职的行为给公司造成实际损失，应当承担赔偿责任。例如：（2016）京 02 民终 2857 号、（2016）京 03 民终 4341 号、（2018）京 01 民终 7006 号、2019 京 02 民终 295 号。以下选取其中有代表性的一例予以详述，该案例系北京市高院公布的“2018 年北京市法院劳动关系诚信建设十大典型案例”之一。

**案号：**（2016）京 02 民终 2857 号

#### **案情介绍：**

周勇禄曾于 2012 年 6 月 1 日向银河公司出具由其本人签字的《承诺书》，其中表明申请占用公司 2012 年度应届毕业生落户指标 1 个，请公司为其办理户口进京手续。其确知晓公司每年为应届毕业生解决北京户口的名额稀缺，且此名额仅提供给承诺长期在公司服务的员工使用。经慎重考虑，周勇禄确认自己适合在公司长期工作，并承诺，自其户口进京 5 年内不会主动辞职，如未完成此承诺，愿意赔偿给公司造成的应届毕业生落户名额损失，该损失双方核定为人民币 10 万元，此金额按员工实际履行的承诺服务年限，以每年 20% 的比例逐年递减。

2014 年 6 月 23 日，周勇禄向银河公司提出辞职，并提交辞职申请。周勇禄总共在银河公司履行了 2 年的劳动合同。因此，银河公司主张周勇禄应根据《承诺书》的约定向银河公

司支付赔偿金 6 万元。

## 裁判结果：

二审法院认为，用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿。

综合本案实际情况，进京户口指标属稀缺资源，周勇禄在占用银河公司户口指标，解决北京户口后，其辞职行为确实会给用人单位在人才引进及招录同岗位人员方面带来隐性损失。基于诚实信用原则，银河公司在周勇禄提出辞职时依据承诺书中约定的损失数额要求周勇禄支付离职赔偿金 6 万元，并无不当。周勇禄在离职时将此款支付银河公司，后又要求银河公司予以返还，理由不充分，因此不予支持。

## 2. 少数案例观点：认为服务期约定合法，违约金应该严格限制数额

在对北京户口等无实际财产给付和成本支出的特殊待遇进行案例检索中，笔者也发现有个别案例，与上述主流观点不同。认为服务期并非只能基于专业技术培训才能约定，劳动者获得特殊的条件即应履行与用人单位约定的服务期限。该种观点认为，劳动合同法第二十二条属于授权性规范，并未排除基于专业技术培训之外的特殊待遇而约定服务期。但就此类特殊待遇服务期约定违约金，认为应当予以严格限制，例如：(2018)京 02 民终 1285 号、(2019)京 01 民终 4317 号。

尽管上述个别观点与否认服务期及违约金合法性的主流观点，在观点的论述上差距较大，且最终判决金额的性质也有所不同，前者是违约责任，后者是实际损害赔偿。但笔者发现，在最终劳动者向用人单位支付金额的计算方式认定上，基本一致，即按照用人单位与劳动者约定违约金或赔偿金额及劳动者服务期限，按比例折算返还金额。

## (二) 上海户口类特殊待遇案例——通常不认可服务期及违约金约定的合法性，从而不支持用人单位的主张；但近年出现少数案例，判决了按比例支付违约金。

### 1. 主流观点：服务期及违约金约定缺乏合法性，用人单位无权主张任何违约金或损害赔偿

2008 年之前，《上海市劳动合同条例》第十四条中对于用人单位向劳动者提供特殊待遇，明确可以约定服务期。因此，2008 年之前用人单位与劳动者基于办理户口约定服务期的，通常可以得到法院的支持。但由于 2008 年《劳动合同法》中明确，“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期”。因此，2008 年之后，上海市关于办理户口而约定服务期的，基本因缺乏法律依据而被认定无效。

基于上述原因，此类判决在上海市 2008 年之后关于用人单位为劳动者办理户口的案例中较为普遍。该类判决与上文北京市关于户口约定服务期案例的判决观点基本一致。但不同的是，北京法院虽认为服务期约定无法律依据，但基于诚实信用原则，会酌情判决劳动者向用人单位支付一定金额的赔偿；但上海法院并未有此类裁判口径，而是严格基于服务期及违

约金的约定缺乏法律依据，从而驳回公司的诉请。例如：（2011）沪一中民三（民）终字第 2463 号、（2013）金民三（民）初字第 3725 号、（2017）沪 0112 民初 36678 号、（2018）沪 0112 民初 22681 号。现选取其中一例予以介绍：

**案号：**（2011）沪一中民三（民）终字第 2463 号

**案情介绍：**

甲与乙公司于 2009 年 4 月 28 日签订《优秀人才引进服务期协议书》，约定服务期限为 2010 年 7 月 2 日至 2014 年 7 月 1 日。另约定乙公司为甲进行技术培训、办理引进手续等共计费用人民币四万元，服务期内甲有辞职或擅自离职等情形的，视为违约，应承担相应的违约责任并向乙公司支付违约金，违约金以四万元为基准。乙公司于 2010 年 7 月 2 日为甲办妥迁沪落户手续。2010 年 8 月 31 日，甲向乙公司递交辞职申请，在乙公司实际工作至 2010 年 11 月 27 日。后乙公司起诉，要求甲支付其因违反《优秀人才引进服务期协议书》的违约金 36,666 元；

**裁判结果：**

按照相关法律规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。本案中，虽然乙公司与甲签订的《优秀人才引进服务期协议书》就服务期作出了相应的约定，但是乙公司为甲办理人才引进手续并不属于法律规定的可以约定服务期的情形；同时，乙公司亦未提供证据证明其为甲提供了专项培训费用、为其进行了专业技术培训，故乙公司要求甲支付其因违反《优秀人才引进服务期协议书》违约金的上诉请求，缺乏依据，因此不予支持。

**2. 近年少数案例观点：认可服务期及违约金约定效力，按比例支持违约金**

虽然 2008 年之后，上海市关于提供户口类特殊待遇约定服务期的合法性通常不被认可，但笔者发现，近年来，出现了少数不同判决观点，即认为户口虽没有直接经济利益，但隐含价值客观存在，因此，认可双方之间关于服务期约定的真实意思表示，从而根据服务期限，按比例支持了违约金的约定。例如：（2018）沪 0106 民初 42555 号、（2019）沪 0116 民初 6092 号。以下选取其中一例予以介绍：

**案号：**（2018）沪 0106 民初 42555 号

**案情介绍：**

邹某与公司签订了 2017 年 7 月 3 日至 2022 年 7 月 2 日的劳动合同。2017 年 4 月 28 日，邹某出具承诺书，表明公司为其办理上海落户事宜，其承诺在公司服务 5 年，如果其提前离职则每未满 1 年向公司支付违约金 20,000 元，不满 1 年的按 1 年计算。原告为被告办理了落户上海事宜，被告已获得上海市户籍。2018 年 5 月 8 日，邹某向公司提出辞职。公司要求邹某支付提前离职违约金 100,000 元。

### **裁判结果：**

法院认为，虽然上海市户籍本身而言只是一个身份及居住地证明，没有可直接确定的经济利益。但依据现行的政策，上海市户籍在诸多方面与非沪籍人员所享有的条件、待遇均有所不同，其内含的隐性价值是客观存在的。并且在非上海生源应届普通高校毕业生申报办理上海市户籍的过程中，除对毕业生的学历、毕业院校、学习成绩、能力水平等个人条件进行评分之外，用人单位也是必备的要素和考量内容之一。

在此情况下，邹某为办理上海市户籍而向公司出具承诺书，对服务期以及违约金进行承诺，公司予以认可和接受，该约定系双方真实意思表示，内容不违反法律法规的强制性规定，且服务期的期限及违约金的标准亦无明显不当，应属有效。现邹某在约定的服务期尚未届满时即主动离职，违反了双方的约定，应承担相应的违约责任。故公司要求邹某支付违约金的诉讼请求，于法有据，法院予以支持。鉴于离职时邹某履行服务期已近一年，故法院酌情确定违约金为 80,000 元。

### **(三) 广州、深圳关于户口类无实际财产给付和成本支出的特殊待遇案例**

用人单位向劳动者提供户口类无实际财产给付和成本支出的特殊待遇，广州、深圳法院的观点与上文上海法院的主流观点类似，即认为劳动合同法规定，只有基于服务期和竞业限制可以约定违约金，而服务期仅指用人单位为劳动者进行专业技术培训而约定的服务期限，不认可户口类无实际财产给付和成本支出的特殊待遇关于服务期的约定，例如：（2012）深罗法民四（劳）初字第 1098 号、（2010）深中法民六终字第 958 号、（2016）粤 0112 民初 6292 号。下文选取其中一例予以介绍：

**案号：**（2018）沪 0106 民初 42555 号

#### **案情介绍：**

公司于 2011 年 7 月 13 日将陈某的户口迁入深圳。2011 年 7 月 29 日，双方签订《员工服务协议》。约定陈某自领取个人户口《迁移证》之日起，将承诺为公司提供不少于两年的服务时间；在承诺的服务期内，如陈某辞职，应支付公司不少于 5000 元服务违约金。后陈某未履行满服务期即主动辞职，公司主张其支付违约金 5000 元。

### **裁判结果：**

除劳动合同法关于服务期及竞业限制的规定之外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。其中第二十二条所规定的服务期，仅指用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可与该劳动者订立协议，约定服务期。依据以上规定，该协议以用人单位为劳动者办理迁户为条件，约定服务期及违约金，亦不符合法律规定的可以约定违约金的情形，原告据此要求被告承担违约金 5000 元，于法无据，本院依法不予支持。

### **三、 基于实际给付财产和支出成本的特殊待遇约定服务期案例分析**

针对实际给付财产和支出成本的特殊待遇，部分判决中并未对服务期约定的合法性进行

明确论述，而是从服务期约定之外的其他角度进行分析论证，最终支持了特殊待遇的返还；也有少数案例，承认了服务期约定的合法性，并根据双方服务期约定，支持了特殊待遇的返还。根据笔者目前检索，可以将给付财产类特殊待遇案例裁判观点分为以下三类：劳动合同履行说、福利待遇给付说及基于双方关于服务期约定，判决已支付财产类特殊待遇的返还。

除基于理论基础不同之外，这三类观点最终对应的返还比例有所不同：基于劳动合同履行说通常判决按比例返还特殊待遇；福利待遇给付说则通常判决劳动者退还全部特殊待遇；基于双方关于服务期约定的案例则根据双方约定，判决全部返还或按比例返还。

## **1. 劳动合同履行说——不完全履行劳动合同，应当返还预付性质的特殊待遇（上海、北京部分无明确约定类案例）**

### **1) 上海**

上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》（沪高法[2009]73号）对于劳动者违反合同约定的期限解除劳动合同，用人单位要求劳动者返还特殊待遇的处理进行了规定：“用人单位向劳动者支付报酬，劳动者付出相应的劳动，是劳动合同双方当事人的基本合同义务。用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质。劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。因此，用人单位以劳动者未完全履行劳动合同为由，要求劳动者按照相应比例返还的，可以支持。”

基于上海市高院上述文件，对于约定特殊待遇给付应履行一定期限服务期的案例中，上海法院的多数司法判决认为，用人单位向劳动者提供的该等特殊待遇属于预付性质，若劳动者未能按照约定期限完全履行劳动合同，则用人单位有权向劳动者主张返还未履行部分所对应的特殊待遇。该类判决文书多避开对于服务期约定合法性的论述，而是基于劳动合同履行情况，决定是否返还特殊待遇。例如：（2013）沪二中民三（民）终字第 1133 号、（2017）沪 01 民终 10029 号。下文选取其中一例予以介绍：

**案号：**（2013）沪二中民三（民）终字第 1133 号

#### **案情介绍：**

李延红于 2012 年 4 月 11 日进入韩星公司担任总经理助理，双方签订了期限自 2012 年 4 月 11 日至 2017 年 4 月 10 日的劳动合同。2012 年 4 月 22 日，李延红与案外人源翔置业公司签订《上海市商品房预售合同》，购房款由源翔置业公司所开发的房屋抵冲其欠韩星公司的工程款而来，李延红实际未支付相应的房款。后双方于 2012 年 7 月 9 日即协商一致解除劳动关系，韩星公司起诉要求李延红返还该房屋价款。

#### **裁判结果：**

民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。韩星公司支付系争房屋房款的行为，与李延红与韩星公司建立劳动关系并履行劳动合同的行为密不可分，原审法院认

定系争房屋系韩星公司要求李延红离开原单位、入职韩星公司并且为该公司服务所给予的特殊待遇无不妥。用人单位向劳动者支付报酬，劳动者付出相应的劳动，是劳动合同双方当事人的基本合同义务。用人单位给予劳动者价值较高的财物，如本案所涉房屋之类特殊待遇的，属于预付性质。劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。

李延红与韩星公司签有期限为五年的劳动合同，一审法院据此认定韩星公司要求李延红至少服务五年，并据此给予李延红支付全部房款的特殊待遇，无不当。李延红现仅履行三个月即要求获得全额房款，有违公平原则，韩星公司要求李延红返还相应房屋折价款无不可。一审法院对本案的处理正确，二审法院予以维持。

## 2) 北京

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》（2017）第 14 条：“用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外，还特别给予劳动者如汽车、房屋、住房补贴等经济方面特殊待遇，双方对特殊待遇与约定工作期限的关联性有明确约定的按约定；虽无明确约定，但能够认定用人单位系基于劳动者的工作期限给予劳动者特殊待遇的，由于劳动者未完全履行合同，用人单位可以就劳动者未履行合同对应部分拒绝给付特殊待遇，对已经预先给付的，可以按照相应比例要求返还。”

根据上述北京高院的解答文件，用人单位向劳动者提供劳动报酬之外的经济方面特殊待遇，如就工作期限有明确约定，按照约定执行；若无明确约定，但能够认定用人单位系基于劳动者的工作期限给予劳动者特殊待遇的，则与上述上海高院关于未完全履行劳动合同的观点类似，可以就劳动者未履行合同对应比例，要求其返还用人单位已支付的特殊待遇。

## 2. 福利待遇给付说——用人单位有权就福利待遇约定给付条件，未达到约定给付条件的无权获得相应福利待遇（江苏、广东、北京部分有约定类案例）

持该类思路的司法判决，通常不对基于特殊待遇服务期约定的合法性进行论述，而是将用人单位提供给劳动者的特殊待遇，视为附条件的福利待遇，若劳动者未履行满约定服务期限，则视为获得福利待遇的条件未成就，劳动者应返还公司已支付的特殊待遇。不同于劳动合同履行说，福利待遇给付说观点之下，用人单位已支付金额应全额返还，而非按比例返还。例如：（2014）苏审二民申字第 164 号、（2015）一中民终字第 6170 号、（2017）京 0113 民初 9445 号、（2016）粤 0403 民初 1388 号。下文则选取其中一例予以介绍。

**案号：**（2014）苏审二民申字第 164 号

### 案情介绍：

2009 年 7 月 1 日中新置地与员工陶某某签订《中新置地购房补贴协议》，约定“一、甲方（中新置地公司）同意乙方选购甲方开发或者委托开发的澳韵花园小区 19 幢 603 号住房，并补贴乙方房价的 15%。共计 95545 元。二、从乙方享受购房补贴之日起，乙方必须为甲方服务至少三年（36 个月）。后陶某某于 2011 年 5 月 5 日因个人原因，正式提出离职，此时

距陶某某享受购房补贴未满三年，中新置地起诉要求陶某某返还购房补贴款。

### 裁判结果：

《中华人民共和国民法通则》第六十二条规定，民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时生效。本案中，双方约定的购房补贴属于超出正常工资之外的福利待遇，不违反法律法规，合法有效。根据购房补贴协议，陶洪波享受购房补贴的前提条件是其自享受购房补贴之日起为中新置地公司服务满三年，服务未满三年而辞职的，须全额返还购房补贴。陶洪波辞职时也与中新置地公司达成购房补贴的补充协议，承诺分期归还购房补贴，并已实际履行了部分还款义务，对剩余的 45545 元购房补贴，陶洪波理应返还。综上，陶洪波的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定驳回陶洪波的再审申请。

### 3. 基于双方关于服务期约定，判决已支付财产类特殊待遇的返还（杭州、天津、上海部分案例）

根据笔者的案例检索，多数地区的司法判决否认了基于特殊待遇约定服务期和违约金的效力。但实践中，的确存在部分司法判决，并未否认基于实际给付财产和支出成本的服务期约定效力。该类案例通常基于用人单位与劳动者关于服务期约定，按照约定返还或者按比例返还用人单位已给付的特殊待遇。例如：（2015）杭西民初字第 1123 号、（2017）津 0116 民初 83409 号、（2011）普民一(民)初字第 1312 号。下文选取其中一例予以介绍。

案号：（2011）普民一(民)初字第 1312 号

### 案情简介：

2006 年 2 月 24 日，双方签订《住房补贴合同》一份，约定由公司支付沈某住房补贴费 100000 元，沈某必须为公司服务八年，即自 2006 年 2 月 24 日起至 2014 年 2 月 23 日止。同时，该合同中还约定如果八年服务期未满，沈某提出离职或因重大违纪、违法被公司单位除名、辞退的构成违约，沈某应全额赔偿原公司出资的住房补贴费。2008 年 7 月 28 日，双方又另行签订《购车补贴合同》一份，同样约定由公司支付沈某购车补贴费 150000 元，而沈某必须为公司服务五年，即自 2008 年 7 月 28 日起至 2013 年 7 月 27 日止；若五年服务期未满，沈某提出离职或因重大违纪、违法被公司单位除名、辞退的构成违约，沈某应全额赔偿原公司出资的购车补贴费。2010 年 9 月 27 日，沈某因个人原因向公司提出辞职。

### 裁判结果：

服务期是劳动合同当事人在劳动合同或者其他协议中约定的劳动者应当为用人单位服务的期限。法律之所以规定服务期，是因为用人单位对劳动者有特殊投入，导致劳动者获得利益。因此，用人单位履行了这种特殊义务后，允许其设置违约金，违约金针对的并不是劳动者在劳动关系中的原有义务，而是基于用人单位履行了一个特殊投入的先行义务后，使劳动者增加的相应义务。这其实是在正常劳动合同关系基础上，双方形成的又一种新的对价关系。

2006年2月24日、2008年7月28日，公司根据沈某申请向其支付购房及购车补贴共计250000元，系在正常劳动合同之外，公司另行给予沈某的一种特殊待遇，而作为对价沈某承诺向公司服务一定的期限，双方由此形成书面补贴协议，并不违反法律规定，且系当事人真实意思之表示，故应为有效。然现沈某却违反协议约定单方提前解除与公司的劳动关系，使这种对价关系遭破坏，因此，公司主张要求沈某退赔全额补贴款，并无不当，应予支持。

#### **四、 用人单位向劳动者提供特殊待遇的操作建议**

##### **1. 基于户口等无实际财产给付和成本支出的特殊待遇，服务期约定建议**

基于前文对于地方司法裁判口径的案例分析，对于上海、广州、深圳地区的用人单位，在向劳动者提供无实际财产给付和成本支出的特殊待遇并约定服务期，如办理落户时，要意识到该等约定很可能只能起到震慑性作用，一旦劳动者违约，日后用人单位很难向其主张违约金。

其实在上海地区，户口本身是一种相对稀缺资源，认定为特殊待遇具有合理性。尤其是对上海地区的用人单位，如果经政府部门核实用人单位与上年度所录用且已办理直接落户的非上海生源应届毕业生全部未依法履行劳动合同的，下一年度为其他毕业生办理落户申请的资格将被取消。因此，约定服务期限和违约责任其实具有内在的合理性，在近年新出现的个别案例中，法院对此也予以了一定程度的支持。故即便服务期约定可能无法得到支持，还是建议用人单位在协议中予以约定；在违约责任上，不能简单的仅约定违约金，还应明确告知劳动者提前离职会给用人单位造成的损失，并约定造成损失的赔偿标准或计算方式。

北京地区的用人单位同样应在协议中优化语言表述，例如在协议中明确，办理户口的指标系稀缺资源，要求劳动者确认知晓，提前离职会给用人单位造成具体多少金额的实际损失，因此劳动者同意在用人单位处工作满几年，否则应向用人单位赔偿具体多少金额的损失。该等约定一方面可避免使用“违约金”的表述，防止被认定为不合法，转而强调劳动者若提前离职，应赔偿用人单位向其提供特殊待遇的实际损失；另一方面是考虑到用人单位就实际损失金额很难举证，因此在协议中可以约定一个合理的金额，从而提高被法院支持的可能性。

##### **2. 基于实际给付财产和支出成本的特殊待遇，服务期约定建议**

根据笔者的案例检索，无论各地司法实践对于特殊待遇服务期约定的合法性采取何种态度，通常至少会判决劳动者返还未履行服务期所对应的特殊待遇。但在具体返还金额的认定上，多数判决还是仅支持返还未履行部分所对应的金额，而非全额返还，仅有福利待遇给付观点下的判决及少数认可服务期违约金效力的判决，最终支持了全额返还特殊待遇。

基于上述结果，实践中，建议用人单位在基于提供特殊待遇而与劳动者约定服务期协议时，尽量避免“服务期”及“违约金”等相关表述，将其约定为用人单位向劳动者提供的超出正常工资之外的福利待遇，该等福利待遇附条件生效，所附条件为劳动者需在用人单位处工作满一定年限。福利待遇给付条件不成就的，劳动者应全额返还用人单位先行支付的福利待遇。实践中，该种条件不成就即全额返还的约定在部分法院可能会被支持，即便无法完全得到法院的支持，用人单位至少可以获得按比例返还的特殊待遇金额。

# 论劳动合同法的立法宗旨



作为最集中体现一部法律基本价值判断准则的立法宗旨，它的确立关乎我们对于一部法律的性质的基本认识。《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）的立法宗旨是立法过程中激烈争辩的内容。

在《劳动合同法》起草过程中，其立法宗旨的表述四易其稿，在表述上存在着某些一致的地方，也存在着一些变化。对4次审议稿中立法宗旨的演变过程进行回顾，我们能够清晰地看到立法者的思维轨迹。

4部稿子4次审议中，没有变化的内容主要有：一是，一直强调保护劳动者的合法权益；二是，一直强调劳动关系和谐稳定。4次审议中，发生变化的内容主要有：一是，一审稿中强调规范用人单位与劳动者订立和履行劳动合同的行为；二审稿强调规范用人单位与劳动者订立、履行、变更、解除和终止劳动合同的行为；三审稿和最终稿提的是完善劳动合同制度。二是，一审稿、二审稿都以《劳动法》作为立法依据；三审稿、最终定稿中都没有再提以《劳动法》作为立法依据。三是，最终定稿与一审稿、二审稿、三审稿中有显著变化的是增加“明确劳动合同双方当事人的权利和义务”以与“保护劳动者的合法权益”相配套。

## 一、劳动合同法立法宗旨争论及其质疑

在劳动合同立法过程中，关于立法宗旨，劳动法学界出现了所谓“双保护”和“单保护”之争。所谓“单保护”，是指“保护劳动者合法权益”；所谓“双保护”，是指“保护劳动者和用人单位合法权益”。有人认为立法必须在“双保护”与“单保护”之间做出非此即彼的选择<sup>1</sup>。更有人认为，劳动合同立法发生了所谓从“双保护”到“单保护”，从民法调整到社会法调整的变化<sup>2</sup>。

“双保护”观点是学者对某些人大常委会委员观点的一种概括。例如，曾宪梓在《劳动合同法(草案)》进行第3次审议的时候，认为“劳动合同是由劳资双方签订的，既应该保护劳动者的利益，也应该保护雇佣劳动者的人的利益。我们制定劳动合同法，就应该兼顾各方的利益，保护各方的权益。”倪岳峰委员也建议“在草案第一条的立法目的中将‘保护劳动者的合法权益’改为‘保护劳动者

---

董保华，论文转载自《现代法学》2007年第6期。

<sup>1</sup> 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006年第9期，第19-22页。

<sup>2</sup> 常凯：《关于劳动合同法立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006年第6期，第32页。

和用人单位的合法权益。”<sup>3</sup>厉无畏在接受媒体采访时也表示，劳动合同法一是要保护劳动者，二是要保护企业。保护了企业也就是保护了劳动者，企业的权益无法保障，劳动者的最终权益也无法保障<sup>4</sup>。

主张所谓“单保护”观点的多见于劳动法学研究者，最主要的代表是王全兴。他认为：任何一部法律或一个法律部门，对所调整的社会关系的各方当事人都会保护其合法权益，但在立法目的条款中有的作‘双保护’表述，有的作‘单保护’表述。前者如《合同法》第1条中“保护合同当事人的合法权益”的规定，这意味着给双方当事人以同等力度的保护，即平等保护；后者是将保护某方当事人合法权益在立法目的条款中作明确表述，而将保护他方当事人合法权益的精神蕴涵于其他条款中，如《担保法》第1条中“保障债权的实现”、《消费者权益保护法》第1条中“保护消费者的合法权益”、《劳动法》第1条中“保护劳动者的合法权益”，《刑法》第1条和《刑事诉讼法》第1条中“惩罚犯罪，保护人民”。这只是表明偏重或倾斜保护某方当事人的合法权益，即对某方当事人的保护力度相对较大，并不意味着只保护某方当事人而不保护他方当事人。劳动法区别于民法的根本标志是，劳动法基于劳动关系中劳动者是相对弱者的假设，在保护双方当事人合法权益的同时，偏重保护劳动者合法权益，故立法目的条款中作“单保护”表述；民法基于平等主体的假设，对当事人双方的合法权益给予平等保护，故立法目的条款中作“双保护”表述。<sup>①</sup>

涉及劳动法的宗旨，触及了劳动法学界最敏感的神经。于是一些德高望重的前辈学者，以“义无反顾”的坚定姿态发表了支持“单保护”的观点：“《劳动合同法》是《劳动法》范畴中的单项法，是《劳动法》法律体系的组成部分，当然其立法宗旨应与《劳动法》相一致，应当明确提出‘根据《劳动法》制定本法’。在1994年颁布的《劳动法》第1条中规定：‘为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。’既然《劳动法》开宗明义地提出‘为了保护劳动者的合法权益’为其立法宗旨，当然作为劳动法法律体系的《劳动合同法》义无

<sup>3</sup> 佚名：《关于立法宗旨——分组审议劳动合同法草案发言摘登（二）》（2007-04-29）[2007-07-15].<http://www.npc.gov.cn/cwh/common/zw.jsp?hyid=0210027&label=WXLK&id=364968>。

<sup>4</sup> 见惊雷、厉无畏建议：《竞业限制补偿标准作进一步研究》[EB/OL].(2006-03-24)[2007-04-22].<http://finance.sina.com.cn/g/20060324/09162444633.shtml>。

反顾地亦应以保护劳动者合法权益作为立法宗旨。”<sup>5</sup>但依笔者的看法，争议过程中一些学者的论述有站不住脚的地方。

首先，“单保护”论者将“单保护”与“双保护”作为立法的一项基本分类标准，这种分类欠妥。按照这些论者的观点，“任何一部法律或一个法律部门，对所调整的社会关系的各方当事人都会保护其合法权益，但在立法目的条款中有的作‘双保护’表述，有的作‘单保护’表述。”<sup>6</sup>然而，当代立法宗旨极其多样，恐怕很难将所有的法律统统归入“单保护”与“双保护”的分类中。正是这种不恰当的分类，使论者自己陷入了逻辑混乱。按照论者的论述，《刑法》也是属于“单保护”的。“《刑法》第1条和《刑事诉讼法》第1条中‘惩罚犯罪，保护人民’，这只是表明偏重或倾斜保护某方当事人合法权益”<sup>②</sup>。《刑法》“偏重”的当事人是谁呢？回答是“人民”！这实在是一个太大的范围。那么非偏重的当事人是谁呢？当然应当是“非人民”。如何界定“非人民”呢？正是这种以“单保护”与“双保护”作为“任何一部法律或一个法律部门”的基本标志，将劳动合同法的立法宗旨引入了一个“非黑即白”的境地。

其次，举出的一些“单保护”特点较为明显的法律，恰恰不能证明劳动合同法属于“单保护”范围。“《消费者权益保护法》第1条中‘保护消费者的合法权益’，《劳动法》第1条中‘保护劳动者的合法权益’”，<sup>②</sup>这是“单保护”论者举出的最有力的证据；然而，这一论据恰恰不能支持其观点。作为消费行为，本身会受到两部法的调整，即《合同法》与《消费者权益保护法》。按照“单保护”论者的分类，《合同法》是属于“双保护”范畴的。《劳动合同法》应当更接近属于“单保护”的《消费者权益保护法》呢？还是属于“双保护”的《合同法》呢？郑功成对于这一点的批评是：“劳动合同立法的核心内容，应当是以平等的立法理念，通过规范劳动合同的签订、履行、终止等程序和劳动合同当事人双方的权利与义务，以及明确相应的行政监督与司法保障措施，来确保建立平等、健康、稳定、和谐的劳动关系，它是平等规范劳动关系的基本法律。”<sup>7</sup>按“单保护”论者的逻辑，劳动合同法似乎也是应当归入“双保护”范畴的。

<sup>5</sup> 关怀：《〈劳动合同法〉与劳动者合法权益的保护》，载《法学杂志》2006年第5期。

<sup>6</sup> 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006年第9期，第19-22页。

<sup>7</sup> 郑功成：《劳动合同法不是偏袒劳动者的法律》，载《光明日报》2006年4月24日。

最后,“单保护”论者最有力的论证就是,劳动合同法属于劳动法,“劳动法区别于民法的根本标志是,劳动法基于劳动关系中劳动者是相对弱者的假设,在保护双方当事人合法权益的同时,偏重保护劳动者合法权益,故立法目的条款中作‘单保护’表述。”<sup>8</sup>对于这一论证,也有人反驳:“《劳动合同法》不是劳动标准法,也不同于《劳动法》。《劳动合同法》是规范劳动合同当事人双方权利义务的法律制度。”<sup>9</sup>立法宗旨是一部法的生命线,有时一些学者也会将其视为划定自己势力范围的标志。“《劳动合同法》的立法宗旨是保护劳动者的合法权益,它应该是保护弱者即劳动者的法律,经营者可以单独立法。”<sup>10</sup>这种过度敏感多少让人有些奇怪。无论“单保护”还是“双保护”讲的总还是劳动者与用人单位签订合同,劳动者要的是《劳动法》,经营者要的是《经营者保护法》。两者签订合同时,用什么法呢?岂不是必然产生一部规范双方或保护双方的《劳动合同法》吗?以一种极端的方式主张“单保护”观点,却导出一个完全的“双保护”结论,这点可能是“单保护”论者始料不及的。

## 二、劳动合同立法宗旨之我见

依笔者看来,这场争论最值得争论的恐怕是“单保护”与“双保护”的提法。劳动法学者似乎正在捍卫着劳动法的立法宗旨。因此,我们有必要搞清楚的是如何理解劳动法的立法宗旨,进而如何理解劳动合同法的立法宗旨。

现行劳动法是以合同化与基准化相结合的立法模式为依据来确定其立法宗旨的,必然从“倾斜立法”的视角来概括“保护劳动者的原则”。1994年公布的《劳动法》第1条以显性的方式提出保护劳动者,同时通过强调“调整劳动关系”、“适应社会主义市场经济的劳动制度”;以隐性的方式提出保护用人单位,应当将其概括为“倾斜立法”。国家只是以基准法的方式为劳动关系确定底部,留出当事人的协商空间,并保障双方当事人的平等协商。笔者早在1992年就率先将“保护劳动者”原则概括为“倾斜保护”<sup>11</sup>,并于1993年依据这样的指导思想参

<sup>8</sup> 王全兴:《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期,第19-22页。

<sup>9</sup> 程多生:《〈劳动合同法〉的立法宗旨必须坚持维护劳动合同当事人双方的合法权益》,载《中国劳动》2005年第12期。

<sup>10</sup> 李小彤:《观点交锋:劳动合同法立法背后的利益博弈》(2007-03-20)[2007-07-27].<http://www.dhld.gov.cn/zc/list.asp?id=1785>。

<sup>11</sup> 董保华,程惠瑛:《中国劳动法学》,北京:中国政法大学出版社,1992年版,第80页。

加了《劳动法》的论证和起草；在《劳动法》公布后的一系列著作中，笔者更有详尽论述<sup>12</sup>。“倾斜保护”也渐成劳动法界的通论。

很多劳动法学界的同仁，以为“倾斜保护”与“单保护”是一回事。有人支持单保护原则，其理由是：“劳动法的立法宗旨突出维护劳动者合法权益。劳动合同制度是劳动法的核心，劳动合同法自然属于劳动法，其立法宗旨当然要以劳动法为准，体现对劳动者的倾斜保护，而不是在形式上公平维护当事人双方的合法权益。”<sup>13</sup>劳动法的立法宗旨确实是倾斜保护，但决不是什么“单保护”。倾斜保护作为劳动法的基本原则由“倾斜立法”和“保护弱者”两方面构成<sup>14</sup>。

一是保护弱者。就保护弱者而言，劳动法以一种特殊的标准衡量当事人的地位及分配利益。这些特殊的标准源于社会弱者的“身份”认定，是以特殊身份来决定利益的分配，使这种分配结果有利于具有“弱势身份”的一方。表面看来，社会法似乎实行了一种“不平等”的“差别待遇”，其实这种“不平等”是针对社会关系本身存在的“不平等”；在社会法领域中，我们看到的满眼都是劳动者、消费者、环境污染受害者、妇女、老人、未成年人、残疾人这样的弱势群体。保护弱者的原则正是通过倾斜对于失衡的社会关系作出的必要矫正，来缓和这种实质上的不平等。这是另一种意义上的法律平等，即“实质平等”。

二是倾斜立法。倾斜立法将倾斜保护限定在立法上。这里有三层涵义：

首先，倾斜立法从内容上看应当集中体现在劳动基准法中，基准是指为了保障劳动者最起码的劳动报酬、劳动条件而规定的最低限度的措施和要求。劳动基准法是有关劳动报酬和劳动条件最低标准的法律规范的总称。用人单位可以优于但不能劣于基准法所规定的标准。凡集体合同、劳动合同、劳动规则（厂纪厂规）所确定的标准未达到国家规定的劳动基准的，均无法律效力。在我国，劳动基准法的内容主要包括工时、休假制度，工资保障制度，劳动安全卫生制度，女工、未成年工特殊保护制度。劳动合同法中也有相当一部分内容是属于劳动基准法的内容。

其次，立法上可以在法律维护的利益上有所倾斜，但在司法上却必须严守平等的原则；否则，如果将倾斜的重点放在司法上，由于法官“自由裁量”的尺度

<sup>12</sup> 董保华：《劳动合同研究》，北京：中国劳动社会保障出版社，2005年版，第423页。

<sup>13</sup> 姜颖：《对〈劳动合同法〉立法的几点认识》（2006-03-20）[2007-05-31].<http://www.cnsslw.com/list.asp?Unid=2645>。

<sup>14</sup> 董保华等：《社会法原论》，北京：中国政法大学出版社，2001年，第143页。

不同,就有可能形成新的利益分配不公。同时,赋予法官在司法上有“倾斜”的权力,也容易产生假借“公平正义”,作出恣意妄为的判决,就有可能危及正常的法治秩序。需要区别的是,有些司法制度的设计,本身是出于保护弱者的目的。以劳动监察制度为例,各国一般都将监察的范围限定于雇主,而不对雇工进行监察。这是否是一种倾斜司法呢?其实这种向劳动者倾斜的司法设计,本身就是立法倾斜,在司法中仍是“法律面前人人平等”。

最后,在立法利益的分配上,也只是限定在“倾斜”上,仍给当事人的协商留出充分的余地。劳动法是私法与公法相互融合产生出来的法律。有些国家的劳动法可以是纯公法性的,只将基准法的内容放在劳动法规范,而将私法规范规定在民法的雇佣合同中;我国法律部门的划分是以社会领域为依据的,这一点是与国外的劳动法不同的,由此也决定了劳动法中应具有较强的私法因素。在我国,有民法学者称“合同之精髓是当事人自由意志之汇合”<sup>15</sup>,劳动法并不是要放弃这一精髓。台湾学者苏明诗指出:“各个人不分强弱、贤愚,均得以自己之意思活动,而社会之利益,亦当与其成员之个人利益相一致,故自由竞争,应为社会之最好指导原理。故个人主义与自由主义,应属一物两面。”<sup>16</sup>罗尔斯在其《正义论》一书中指出:契约的安排体现了一种正义,契约的原则就是“作为公平的正义”,它“正是构成了一个组织良好的人类联合的基本条件。”<sup>17</sup>劳动法并不是要取消这种合同自由,而是要将这种合同自由限制在一定的范围。劳动合同法在法律规范上,仍应强调任意性规范的重要性;这些任意性规范与民法相比,又有其自身的特点,受到劳动基准法中强制性规范的严格限制。“劳动合同法立法宗旨”与“劳动法立法宗旨”相比较是种属关系。“劳动法”是属概念,“劳动合同法”是其种概念;或者说,“劳动法”是上位概念,“劳动合同法”是下位概念。种属关系是指两个内涵不同的概念,其中一个概念的外延是另一个概念外延的一部分。劳动合同法的立法宗旨确实从属于劳动法,具有劳动法的性质。但劳动法本身是倾斜立法,具有私法与公法的特征,而在劳动合同法这部分内容中,应当是最体现其私法性特征的内容。因此,在立法特征的表述上,应当有私法特征的表述。劳动法的起草其实一直在社会法的范畴中进行,如果我们不故弄玄虚,把“双保

<sup>15</sup> 王家福:《民法债权》,北京:法律出版社,1991年,第266页。

<sup>16</sup> 苏明诗:《契约自由与契约社会化》,郑玉波《民法债编论文选辑(上册)》,台北:台湾五南出版社,1985年第166页。

<sup>17</sup> 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏,何包钢,廖申白译,北京:中国社会科学出版社,1988年第5页。

护”与“单保护”当做什么私法转向社会法的标志；如果以倾斜立法作为一个基本出发点，就会发现，从字面上看，各方的分歧似乎并不大。

先看所谓“单保护”论者的观点。这些学者有个结论性的归纳：“可见，保护劳动者与保护用人单位是‘一个硬币的两个方面’的关系。”既然是“一个硬币的两个方面”，从这段论述的自身逻辑看，应该得出“双保护”的结论，但是该作者却主张所谓的“单保护”，笔者不知该文作者如何拿着“单面的硬币”去购物。

再看所谓“双保护”论者的观点。“我国制定《劳动合同法》的目的，应当是平等保护劳动合同当事人双方的正当权益，促进劳动关系平等、健康与稳定发展，它特别需要注重对劳动者正当权益的维护，但绝对不是只保护劳动者的权益而忽略用人单位或雇主的正当权益，绝对不是要偏袒劳动者，而是要确立劳动者与用人单位或雇主平等的法律地位，维护双方的正当权益，最终实现用人单位或雇主与劳动者走向合作与双赢，因此，它应当是一部符合用人单位或雇主与劳动者双方共同利益的法律。”可以看到，所谓“双保护”论者并不反对侧重保护劳动者。

正如有些劳动法学研究者所说，“单保护”与“双保护”之说并无本质上的矛盾；“单保护”说并不意味着只保护劳动者的合法权益，而不保护或者排斥用人单位的合法权益。在现代民主国家，任何一部经过法定程序制定的法律都不可能以牺牲某一类社会主体的合法、正当权益来维护另一类社会主体的特权，法律的制定总是在利益相关主体之间寻求一个平衡点，以对社会主体之间的利益进行合理的分配，同时每部法律都体现了立法者一定的价值选择。“单保护”是在对劳动者和用人单位双方合法利益保护的基础上，对劳动者给予一定程度的倾斜保护，并不是忽视对用人单位的合法权益的保护，不会导致劳动合同关系双方主体的权利失衡<sup>18</sup>。

《劳动合同法》第1条最终的表述是：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”显然是兼顾了这两个方面，我们不妨借用所谓“双保护”、“单保护”的结构分析一下：“明确劳动合同双方当事人的权利和义务”显然是

---

<sup>18</sup> 林嘉：《劳动合同法：突出保护劳动者是对不平等的矫正》，载《工人日报》2007年5月21日。

在强调用人单位与劳动者双方各自有自己的权利义务,凡权利本身就是法律应当保护的,应算是“双保护”的表达;“保护劳动者的合法权益”肯定应算是“单保护”的表达,如果要想找一个统一的视角,那就是“倾斜立法”。《劳动合同法》的表达与《劳动法》的差异在于:《劳动法》第1条以显性的方式提出保护劳动者,同时通过强调“调整劳动关系”、“适应社会主义市场经济的劳动制度”,以隐性的方式提出保护用人单位;《劳动合同法》的所谓“双保护”与“单保护”都是以显性的方式来表达的。这是照顾了劳动合同法特征,其应当比劳动法更突出私法的特征。

立法者并没有进入学者给他们预先划定的要么“双保护”,要么“单保护”,只能两选一的思维定势中。倾斜保护的立法思路可以从以上分析中得到印证,这也是《劳动合同法》自身的特质决定的。

### 三、劳动合同立法宗旨争论的深层思考

劳动合同立法宗旨中所谓“双保护”与“单保护”的争论是否只是一场由误会引起的无谓的争论呢?答案是否定的。隐藏在“双保护”与“单保护”争论背后的,其实是劳动合同立法中是否需要强调私法规范的问题。

持“双保护”观点的学者认为:“尽管基于中国强资本弱劳工格局的现实,劳动合同立法需要更多地关注对劳动者正当权益的维护,但劳动合同作为一种特殊的民事合同,劳动关系作为一种特殊的民事关系,其立法的宗旨仍然应当是‘平等’,即既要保护劳动者的正当权益,也要维护雇主的正当权益。”<sup>19</sup>可以看到,那些被概括为“双保护”观点的人大代表,往往都比较强调劳动法中的私法因素。

劳动合同法的讨论是在一种特别的氛围中展开的。这种特殊氛围甚至使一些学者以“180度的大转弯”来和过去的自己划清界限。“有的观点认为,劳动合同(或雇用合同)是一种民事合同,有的国家至今还将其纳入民法的调整范围,故劳动合同法应当像民事合同法一样作‘双保护’表述。其实,劳动合同作为从民事合同中分离出来的一种特殊合同,虽然具有合同的一般性,更有其基于劳动者是弱者的特殊性。劳动合同法(或雇用合同法)在有的国家虽然被纳入民法体系,但处于民事特别法的地位,其‘特别’正在于劳动者的弱者地位和对劳动者的偏重保护以及为实现偏重保护而对契约自由的限制。故不能因劳动合同法被纳入民

---

<sup>19</sup> 郑功成:《劳动合同法不是偏袒劳动者的法律》,载《光明日报》2006年4月24日。

法体系而否认其偏重保护的“特征”。而在我国，劳动合同法是劳动法的组成部分，更应当强调偏重保护。”<sup>20</sup>

在劳动法学界主张是“劳动合同(或雇用合同)是一种民事合同”的代表人物是王全兴，这种观点甚至构成其标志性的学术思想。“劳动法与民法之间是特别法与一般法的关系。法理学认为，在法律适用上，特别法优先于一般法，但一般法可以补充特别法。然而，我国法学界在讨论劳动法与民法的关系时，只注重特别法优先于一般法，却忽视了一般法补充特别法。”<sup>21</sup>

在劳动法学界主张“劳动合同作为从民事合同中分离出来的一种特殊合同，”应强调“具有合同的一般性”的代表人物也是王全兴。“在劳资矛盾激烈的历史背景下，劳动法从民法中分离出来具有必然性，而在劳资矛盾日趋缓和，特别是向劳资伙伴关系转化的现代，劳动法似乎有了回归民法的必要。”<sup>②</sup>

有媒体误传笔者主张劳动法回归民法，其实笔者从来没有赞成过这种观点；而是王全兴的观点。从某种意义上看，正是为了和自己的标志性观点划清界限，王全兴才特别强调“单保护”观点，强调劳动合同法的特殊性。然而，正如冯彦君所言：“必须加以强调，劳动合同再特殊，劳动合同立法再体现制度个性，劳动合同也仍然是合同，劳动合同法也不可否定和排斥合同制度的基本共性，即制度普遍性。这种制度普遍性就是最基本的契约自由和合同主体的选择空间。”<sup>22</sup>其实这恰恰是问题的关键。那些自称为“单保护”观点的学者将“倾斜立法原则”改换成所谓的“单保护原则”，并一再强调这是与民法区别的关键原则<sup>23</sup>，实际上是要否定劳动立法中的私法性规范。这些学者在讨论劳动合同立法时有一种观点：“从立法假设的角度来看，劳动法是将雇主设定为侵害劳动者权利、引发劳资冲突的最直接主体而来构建法律体制的。因而，劳动法对于雇主而言更多的是限制而不是保护。对于企业或雇主的保护，主要是通过《企业法》和《公司法》等法律来实现的。”<sup>24</sup>

“单保护”观点将劳动合同关系视为侵权关系。劳动合同立法本是规范劳动者与用人单位劳动合同签订、履行、变更、解除过程的法律，按照这种逻辑，这

<sup>20</sup> 王全兴：《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006年第9期，第19-22页。

<sup>21</sup> 王全兴：《劳动法》，北京：法律出版社，2004年第43页。

<sup>22</sup> 冯彦君：《我国劳动合同立法应正确处理三大关系》，载《当代法学》2006年第6期。

<sup>23</sup> 常凯：《关于劳动合同立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006年第6期，第32页。

<sup>24</sup> 常凯：《关于劳动合同立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006年第6期，第32页。

一过程也应当是侵权发生、变化、完成的过程。侵权责任是指侵犯了权利人的权利而产生的法律责任；侵权责任的产生，并不要求一个合约的存在，侵权过程一般也不会按事先的约定来完成。如果法律预先将雇主设定为侵权主体，劳动者设定为被侵权主体，劳动合同的合约安排就成为多余。侵权主体与契约主体有明显的区别，侵权主体往往是因触犯法律产生出来的应当承担赔偿义务的主体。用人单位在签订劳动合同时被预先设定为侵权主体、过错主体，也可说是一种“原罪”，双方当事人显然并无平等协商的可能性。将契约关系改造成侵权关系，显然将根本否定劳动合同签订的意义。

按照“单保护”学者的理解，劳动合同法，只保护劳动者，不保护用人单位；《企业法》、《公司法》则只保护企业、公司，不保护企业、公司中的劳动者。那么劳动者与用人单位两者签订合同时怎么规范呢？有学者指出：“在这里，实际上遇到了两种权利的冲突，即雇主的财产权和劳动者的生存权的冲突。在两种权利发生冲突的情况下，作为社会法的一个基本理念即是生存权优位。”<sup>①</sup>很难设想一个国家为什么要做这样的制度安排，面对一个双方发生的行为，国家不去直接规范，而是故意搞两套大面积冲撞的制度，然后以“生存权优先”作为一种“冲突规范”，来协调两套制度的关系。这种理解也根本不符合劳动合同法“构建和谐稳定的劳动关系”的立法宗旨。

“单保护”的观点是极其有害的。当这些学者将劳动法的倾斜立法原则改造成“单保护”原则，将劳动合同关系理解为侵权关系时，就已经否定了双方当事人可以通过任意性规范，以协商的方式对劳动关系的一些内容进行安排。尽管这些学者说自己主张的是社会法，但当立法将私法规范从劳动关系全部或者部分地抽走时，我们看到的实际上是一个完全公法化了的劳动关系。德国学者海因·科茨等指出：“私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权利。契约自由为一般行为自由的组成部分……是一种灵活的工具，它不断进行自我调节，以适用新的目标。它也是自由经济不可或缺的一个特征。它使私人企业成为可能，并鼓励人们负责任的建立经济关系。”<sup>25</sup>“合同自由要求给予社会成员在订约时自

---

<sup>25</sup> 罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·莱塞：《德国商法导论》，楚建译，北京：中国大百科全书出版社，1996年第90页。

由选择的权利，让他们自己决定如何取得权利及其权利的让渡。”<sup>26</sup>一旦劳动关系完全丧失活力，我国的经济体制也必将开始走回头路。

所谓“双保护”观点，很大程度上是学者对立法过程中人大常委会常委观点的一种概括。这些常委在论述时，基本上都是从劳动合同是民事合同的一种特殊类型来进行论述的，强调两者的共性。很少有人从社会法中也应存在着私法因素来进行论述。笔者不赞成劳动合同是民事合同的一种特殊类型的说法，这种观点很容易引向以纯私法的观点来解读劳动合同法。“当我们的民法、合同法教科书还在津津乐道于阐述具有古典平等、自愿和公平色彩并略带几许早期交易烙印的合同法的概念的时候，当我们的合同法还堂而皇之地将合同定义为双方当事人协商一致产物的时候，现实经济生活中的合同实践却冲破法学家们的理性约束和国家的立法框架，用定式合同开辟了自己新的发展道路。只要稍微留意就会发现，原来我们订立的合同很少是协商一致的产物，而是由对方一手操纵的。”<sup>27</sup>我们不能以纯私法的观点来规范、起草劳动合同法，毕竟我国的劳动合同法是基准法与合同法的整合，是公法因素与私法因素的整合。依笔者看来，这些人大常委会常委并不反对国家的适度干预，只是认为应当给劳动关系留出契约的空间，其实这是社会法的典型思维。可惜的是，我们很多劳动法的研究者在讲社会法时，私法因素只是摆设，将社会法宣传成了行政法。

可见，脱离了倾斜保护去谈“单保护”或“双保护”，只会使劳动法成为民法或行政管理法。劳动合同立法应当从倾斜保护出发来认识其立法宗旨。《劳动合同法》立法宗旨的表述，在承继了劳动法立法宗旨的基础上集中突出了劳动合同法中私法的因素，能够使我们从倾斜保护的社会法思路进行重新认识。

---

<sup>26</sup> 陈林林：《合同法上违约金制度检讨及其改进》，载《江海学刊》1999年第1期。

<sup>27</sup> 张新宝：《定式合同基本问题研讨》，姚辉：《民法的精神》，北京：法律出版社，1999年，第129页。



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](http://www.baohualaw.com)