保华月刊

Baohua Monthly

2020年6月刊
Jun.2020
第41期
NO.41

- 案例调研：医疗期满解除或终止是否需要经过劳动能力鉴定
- 全国省、自治区、直辖市、单列市、省会市2019年平均工资速查表单

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

11 2019年全国省、自治区、直辖市、单列市、省会市平均工资速查表单
Quick check form for the average salary of all provinces, autonomous regions, municipalities directly under the central government, cities under separate state planning, and provincial capital cities in 2019

热点追踪
Hot Issues

20 案例调研：医疗期满解除或终止是否需要经过劳动能力鉴定
Case Study: Do the workers whose medical treatment period has expired need to go through evaluation of labour capacity before rescission or termination of labour contracts?

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

34 论事实劳动关系
Analysis of factual labor relations

新闻总结

一、三部门延长阶段性减免企业社会保险费政策实施期限

来源：中国经济网

摘要：近日，人力资源社会保障部、财政部、税务总局联合发布《关于延长阶段性减免企业社会保险费政策实施期限等问题的通知》（以下简称《通知》）明确，为进一步帮助企业特别是中小微企业应对风险、渡过难关，减轻企业和低收入参保人员 2020 年的缴费负担，将延长阶段性减免企业基本养老保险、失业保险、工伤保险三项社会保险费政策实施期限。

Abstract：Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China, the Ministry of Finance of the People's Republic of China, and the State Taxation Administration of The People's Republic of China jointly issued *Notice on Extending the Implementation Period of the Policy of Reducing Enterprise Social Insurance Fees by Stages* (hereinafter referred to as the *Notice*), which clarifies that in order to further help enterprises, especially small and medium-sized enterprises, cope with risks and tide over difficulties, and reduce the payment burden of enterprises and low-income insured persons in 2020, the implementation period of the three social insurance premium policies of enterprise basic endowment insurance, unemployment insurance and industrial injury insurance will be extended.

根据《通知》，各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团（以下统称省）对中小微企业三项社会保险单位缴费部分免征的政策，延长执行到 2020 年 12 月底。各省（除湖北省外）对大型企业等其他参保单位（不含机关事业单位，下同）三项社会保险单位缴费部分减半征收的政策，延长执行到 2020 年 6 月底。湖北省对大型企业等其他参保单位三项社会保险单位缴费部分免征的政策，继续执行到 2020 年 6 月底。

此外，受疫情影响生产经营出现严重困难的企业，可继续缓缴社会保险费至 2020 年 12 月底，缓缴期间免收滞纳金。

二、两部门扩大失业保险保障范围

来源：中国经济网

摘要：近日，人社部、财政部公布《关于扩大失业保险保障范围的通知》（下称《通知》），对及时发放失业保险金、阶段性实施失业补助金政策等事项进行明确。

Abstract：Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and Ministry of Finance of the People's Republic of China *issued Notice on Expanding the Coverage of Unemployment Insurance* (hereinafter referred to as the *Notice*), which clarified matters such as timely payment of unemployment insurance benefits and phased implementation of unemployment subsidy policies.

一、充分认识做好失业人员生活保障的重要意义。扩大失业保险保障范围是党中央、国务院为应对新冠肺炎疫情影响、保障基本民生作出的一项重要决策部署，对于做好困难群众兜底保障、维护社会稳定具有重要意义。各地要切实把思想和行动统一到党中央、国务院决策部署上来，进一步增强责任感和紧迫感，充分发挥失业保险保生活基础功能，抓紧抓实抓细政策落地见效，努力扩大受益面，切实保障参保失业人员基本生活。

二、及时发放失业保险金。对参保缴费满 1 年、非因本人意愿中断就业、已

办理失业登记并有求职要求的失业人员，应及时足额发放失业保险金，代缴基本医疗保险费，按规定发放价格临时补贴、丧葬补助金和抚恤金。自 2019 年 12 月起，延长大龄失业人员领取失业保险金期限，对领取失业保险金期满仍未就业且距法定退休年龄不足 1 年的失业人员，可继续发放失业保险金至法定退休年龄。

三、阶段性实施失业补助金政策。2020 年 3 月至 12 月，领取失业保险金期满仍未就业的失业人员、不符合领取失业保险金条件的参保失业人员，可以申领 6 个月的失业补助金，标准不超过当地失业保险金的 80%。领取失业补助金期间不享受失业保险金、代缴基本医疗保险费、丧葬补助金和抚恤金。失业人员领取失业补助金期满、被用人单位招用并参保、死亡、应征服兵役、移居境外、享受城镇职工基本养老保险或城乡居民养老保险待遇、被判刑收监执行的，停发失业补助金。领取失业补助金期限不核减参保缴费年限。失业补助金按月发放，从失业保险基金“其他支出”科目列支。

四、阶段性扩大失业农民工保障范围。对《失业保险条例》规定的参保单位招用、个人不缴费且连续工作满 1 年的失业农民工，及时发放一次性生活补助。2020 年 5 月至 12 月，对 2019 年 1 月 1 日之后参保不满 1 年的失业农民工，参照参保地城市低保标准，按月发放不超过 3 个月的临时生活补助。与城镇职工同等参保缴费的失业农民工，按参保地规定发放失业保险金或失业补助金。

五、阶段性提高价格临时补贴标准。2020 年 3 月至 6 月，对领取失业保险金和失业补助金人员发放的价格临时补贴，补贴标准在现行标准基础上提高 1 倍。

六、畅通失业保险待遇申领渠道。各地要优化经办流程，减少证明材料，取消附加条件，让参保失业人员方便快捷得到保障。参保失业人员可凭社会保障卡或身份证件申领失业保险金、失业补助金、一次性生活补助或临时生活补助，可不提供解除或者终止劳动关系、失业登记证明等材料。经办机构应通过核验参保信息库中的参保缴费信息，确认申领人员是否符合领取条件对应的失业状态，不得增加其他义务、条件或时限要求。各地要在实现线上申领失业保险金基础上，于 6 月底前实现失业补助金等其他失业保险待遇线上申领；人力资源社会保障部建立领取失业保险金、失业补助金全国线上申领入口，并向地方提供全国参保信息联网核验服务。

七、切实防范基金运行风险。各地要密切关注失业保险基金运行情况，加强监测预警，对困难地区及时做好帮扶。要结合本地失业保险基金结余情况，做好资金测算，合理确定补助标准，优先保障保生活支出。基金支撑能力较弱的统筹地区，要适时调整基金支出方向和结构。有条件的省份要充分发挥省级调剂金作用，支持统筹地区各项政策有序实施。要强化监督管理，严防冒领、骗取、套取基金行为，切实维护基金安全。

八、做好组织实施工作。各地要围绕应发尽发、应保尽保的目标任务，统筹谋划，周密部署，压实工作责任，建立健全抓落实的体制机制，确保扩大失业保险保障范围政策尽快落地见效。地方各级人力资源社会保障、财政部门要主动履职尽责，加强工作调度，做好政策宣传解读，提高政策知晓度，及时回应群众关切。各地在执行中遇有重大情况和问题，及时报人力资源社会保障部、财政部。

三、冒用学生信息偷税企业被查处

来源：北京日报

摘要：个人所得税 APP 的上线方便了公众申报纳税，但近期部分人登录发现，

自己未在某公司任职却有相关个税申报记录，怀疑是个人身份信息被冒用作违法使用。国家税务总局近日披露，其与公安、教育等部门合作查处了一批冒用大学生信息偷逃税款的违法企业。

Abstract：The launch of the personal income tax APP is convenient for the public to declare and pay taxes. However, some people recently found that they did not work in a company but had relevant tax declaration records, and suspected that personal identity information was fraudulently used for illegal use. State Taxation Administration of The People's Republic of China recently disclosed that it cooperated with the public security and education departments to investigate and deal with a number of illegal enterprises that fraudulently used college students' information to evade taxes.

近日，为严厉打击冒用大学生信息偷逃税款行为，北京税务稽查部门迅速出击，对涉嫌冒用大学生身份信息的北京某设计咨询公司立案检查，查明其冒用某高校 25 名大学生身份信息虚假申报的事实。

虽然该公司财务人员与税务机关反复周旋企图蒙混过关，但北京税务稽查部门突击询问，周密取证，详细比对，紧盯冒用信息违法事实。在确凿证据面前，该公司实际控制人对违法行为最终供认不讳。

经查实，该公司实际控制人的同学为某高校老师，双方于 2017 年签订了一份“校企合作协议”，约定选派该校大学生到该公司实习，老师向公司提供学生的姓名和身份信息，但学生并未真正参与实习工作。

该公司为增加成本、减少应纳税所得额，在 2017 年至 2019 年 1 月间利用掌握的这些信息虚假申报 292 条，虚列人员成本 45.26 万元，偷税 11.25 万元，另外发现其他税收违法行为少缴税款 26.47 万元，税务机关将对涉案企业作出进一步处罚。

类似案例在河北、宁波、深圳也被发现，税务部分查处了多起冒用在校大学生个人身份信息虚假申报的偷税行为。国家税务总局方面介绍，上述案件的共同特点都是精心“设计”偷税手段。涉案企业为了虚增成本，铤而走险地冒用个人身份信息，把企业从盈利“扭转”为亏损，最终达到偷税目的。涉案企业还会精确“瞄准”下手对象，冒用的员工身份多为在校大学生，由于大学生群体尚未真正就业，对自身个税信息关注度较低。今后税务部门将加大对冒用个人身份信息实施偷税行为的打击力度，加强大学生身份信息保护和规范管理。税务部门也提醒公众如通过个税 APP 等途径发现身份信息被冒用，应立即向公安部门或税务部门举报。

四、多地出台政策鼓励生育

来源：法制日报

摘要：近日，我国 102 个中央部门集中向社会公布 2020 年预算。因计划生育工作任务减少，卫健委 2020 年预算中计划生育服务一项预算数为 8879.6 万元，比 2019 年执行数减少了 2949.4 万元。与此同时，多地于近期陆续出台政策，鼓励生育。

Abstract：Recently, 102 central departments in China have announced the 2020 budget to the public. Due to the reduction of family planning tasks, the budget for family planning services is CNY 88.796 million, which is CNY 29.494 million less than the implementation in 2019 according to the 2020 budget published by National Health Commission of the PRC. In view of this, many regions have recently

introduced policies to encourage fertility.
面对人口出生率下降的趋势，一些地方在今年不断出台鼓励生育的措施。

6 月 3 日，河南省十三届人大常委会第十八次会议表决通过了《河南省人民代表大会常务委员会关于修改〈河南省人口与计划生育条例〉等八部地方性法规的决定》。其中，《河南省人口与计划生育条例》第十五条第一款修改为：“提倡一对夫妻（含再婚夫妻）生育两个子女。”

5 月 1 日起，北京市调整生育保险医疗费用支付标准，进一步保障好参保职工生育的基本医疗需求。此次主要调整生育医疗费用待遇，包括产前检查、住院分娩和计划生育手术等项目。

4 月 8 日，山西省人民政府办公厅下发《关于促进 3 岁以下婴幼儿照护服务发展的实施意见》，鼓励用人单位对计划生育政策内生育的婴幼儿家庭父母每人每月发放 200 元的婴幼儿保教费。

3 月 8 日,广东省发布《关于促进 3 岁以下婴幼儿照护服务发展的实施意见》，提出要加强对家庭婴幼儿照护的支持和指导，包括全面落实产假、配偶陪产假等政策以及积极探索试行与婴幼儿照护服务配套衔接的育儿假、产休假，并鼓励用人单位采取灵活安排工作时间、减少工作时长、实施远程办公等措施。

在原新看来，各地鼓励生育政策的出台背景，主要是在 2015 年全面放开二孩政策后，特别是十九大报告在实施健康中国的大战略框架下所提出的“促进生育政策和相关经济社会政策配套衔接，加强人口发展战略研究”，这体现了我国生育政策发生重大转变，从一直以来的紧缩型人口政策变为适度宽松型人口政策。相应的，与严格控制人口数量对应的经济社会政策，当然要转变为与全面二孩政策匹配的经济社会政策。

“当下频繁提出鼓励生育政策，首先是响应国家的政策，是对过往紧缩的生育政策一种修订，其次是对二孩政策开放以来奏效不明显的促进。这些政策发挥作用有时间效应，所以鼓励生育的政策效应不可能一蹴而就，在生育作为上的体现需要一定的时间周期。”原新说。

陆华杰也认为，各地实施的一些优惠政策，如陪产假、产假延长等，实施效果微乎其微。“这应该说只是一种象征性引导，还没有起到真正的作用。其实，应该出台更多积极的政策来鼓励生育。”

五、特朗普签令限制外籍人士工作签证遭批

来源：环球网

摘要：近日，美国总统特朗普签署了一项行政命令，决定自 6 月 24 日起暂停签发部分工作签证，直至 2020 年底。由于涉及的签证类别包括“允许美国企业将员工从海外办公室调回美国”的 L-1 签证以及针对专业技能人员的 H-1B 签证，特朗普这一新决定随即引发了多家科技公司的不满。

Abstract：US President Trump recently signed an executive order, deciding to suspend the issuance of some work visas from June 24th until the end of 2020. As the visa categories involved include the L-1 visa and the H-1B visa，the former allows American enterprises to transfer their employees back to the United States from overseas offices and the latter for professionals, Trump's new decision immediately caused dissatisfaction among many technology companies.

美国有线电视新闻网（CNN）称，前述两类签证都受到美国科技巨头的欢迎，亚马逊公司就抨击新的限制说，这样做将危及美国的竞争力。

据 CNN 报道，谷歌首席执行官孙达尔·皮柴 22 日当天在推特上就新限制表示：“移民为美国的经济成功做出了巨大贡献，使美国成为科技领域的全球领导

者，才有了今天的谷歌。”皮柴称，“我们对今天的（有关）公告（即行政令）感到失望，但我们将继续与移民站在一起，努力为所有人扩大机会。”

推特公司美洲公共政策与慈善事务主管杰西卡·赫雷拉-弗拉尼根（Jessica Herrera-Flanigan）表示，这项政策最终将损害美国经济。

“公告破坏了美国最伟大的经济资产，那就是多样性，”赫雷拉-弗拉尼根在一份声明中说，“单方面地、不必要地扼杀美国人对全球高技能人才的吸引力是短视的，并严重损害美国的经济实力。”

CNN 称，新的限制措施将于 6 月 24 日起生效。行政命令称限制移民将有助于美国经济在新冠疫情的冲击下得以复苏，但亚马逊公司则不这样认为。

“阻止高技能专业人士进入美国并为美国经济复苏做出贡献，将危及美国的全球竞争力，”亚马逊发言人表示，“欢迎来自全球最优秀、最聪明的人才来美国比以往任何时候都重要，我们将继续对‘维护他们的能力来加强我们经济’的努力提供支持。”

脸书发言人也在声明中表示反对，“特朗普总统的最新公告将新冠大流行作为限制移民的理由，事实上，这种将高技能人才拒之门外的做法将使我们国家的（经济）复苏变得更加困难。”“高技能签证持有者在推动创新方面发挥着关键作用，无论是脸书还是在全美各地的组织，这是我们应该去鼓励而非去限制的。”

此外，包括特斯拉首席执行官埃隆·马斯克与微软总裁布拉德·史密斯在内的美国其他知名科技企业高管也公开反对这项行政命令。

史密斯说，“现在不是把我们的国家与全球性人才隔绝开来、制造不确定性和焦虑的时候。”“移民……在我们最需要他们的时候为国家做出贡献。”

美国媒体认为，特朗普 22 日签署的这项行政命令是特朗普政府自 4 月以来有关打击移民的进一步措施。命令主要适用于 H-1B 签证、H-2B 签证、L 类签证和某些 J 类签证。特朗普政府表示，在新冠疫情打击美国经济之际，企业应该优先考虑雇佣美国工人。

六、青岛市人社局发文明确“共享员工”社保缴纳问题

来源：青岛政务网

摘要：近日，青岛市人社局发布《关于明确“共享员工”缴纳社会保险有关问题的通知》。《通知》规定，“共享员工”由劳动关系所在单位按规定缴纳各项社会保险费，使用“共享员工”的用人单位应在此基础上为“共享员工”单独缴纳共享用工期间的工伤保险，为员工提供工伤事故风险保障。

Abstract：Qingdao Municipal Bureau of Human Resources and Social Security recently issued *the Notice on Defining Issues Concerning Social Insurance Payment by Shared Employees. According to the Notice*, “shared employees" shall be paid various social insurance premiums by the employer the labor relations work belonged to, and the employer who uses the "shared employees" shall pay work-related injury insurance for them separately on this basis, so as to provide employees with risk protection for work-related accidents.

《通知》中指出，“共享员工”是在新冠肺炎疫情影响下，停工停产的企业将员工以共享模式进行短期人力输出的合作用工方式，通过人力资源的再分配，有利于推进企业复工复产和稳定就业。“共享员工”由劳动关系所在单位按规定缴纳各项社会保险费，使用“共享员工”的用人单位应在此基础上为“共享员工”单独缴纳共享用工期间的工伤保险，为员工提供工伤事故风险保障。

《通知》明确，使用“共享员工”用人单位缴纳工伤保险费，以员工上年度

（新增人员以第一个月）工资收入作为在本单位本年度缴费基数（缴费基数按当年度使用的职工平均工资 60％至 300％保底封顶）。工伤保险费率按使用“共享员工”用人单位所属行业分类确定。使用“共享员工”用人单位在办理单独缴纳工伤保险参保手续时，应向社保经办机构提供单位间、单位与员工间签订的三方“共享用工协议”。其中，“共享员工”属非本市参保的，应出具原参保地参保缴费证明，不能提供的，实行告知承诺制。“共享员工”原劳动关系所在单位因各种原因停缴社会保险费的，“共享员工”不再单独缴纳工伤保险费。

《通知》指出，各区、市社保经办机构应严格审核共享用工相关资料、信息，并通过信息系统每季度对单独缴纳工伤保险的“共享员工”进行一次核查，对发现共享用工后原劳动关系所在单位停缴各项社会保险的，及时取消单缴工伤保险资格。“共享员工”单独缴纳工伤保险后，在共享用工期间发生事故伤害，并经人力资源社会保障部门认定为工伤的，按《工伤保险条例》（中华人民共和国国务院令第 586 号）有关规定享受工伤保险待遇。

《通知》自 2020 年 8 月 1 日起施行，有效期至 2025 年 7 月 31 日。

七、北京合并申报 2020 年度“五险一金”缴费工资

来源：北京人民政府网

摘要：近日，北京市人力资源和社会保障局、国家税务总局北京市税务局、北京市医疗保障局和北京住房公积金管理中心联合发布《关于合并申报 2020 年度“五险一金”缴费工资有关问题的通知》（以下简称《通知》），按照“一数一源、信息共享、一步办理”的原则，明确 2020 年度各项社会保险(养老、医疗、失业、工伤、生育)与住房公积金(以下简称“五险一金”)的缴费工资将合并申报，并可直接网上提交。

Abstract：Beijing Municipal Human Resource and Social Security Bureau, State Taxation Administration of the People's Republic of China Beijing Branch and Beijing Municipal Medical Insurance Bureau and Beijing Housing Fund Management Center jointly issued the *Notice on Relevant Issues Concerning the Consolidated Declaration of "Five Insurances and One Provident Fund" Payment Wages in 2020* (hereinafter referred to as the *Notice*). According to the principle of "one data corresponds to one source, information sharing and one-stop processing", it is clear that the payment and wages of various social insurances (pension, medical care, unemployment, work injury and maternity) and housing provident fund (hereinafter referred to as " Five Insurances and One Provident Fund ") in 2020 will be consolidated declared and submitted directly online.

《通知》具体内容如下：

一、本市机关事业单位社会保险费已划转税务部门征收，基本医疗保险和生育保险划归北京市医疗保障局管理，住房公积金由北京住房公积金管理中心管理，为了方便用人单位，简化办理流程，提高服务效率，统一入口、统一标准、统一口径，用人单位(包括机关事业单位)“五险一金”2020 年度工资申报工作在北京市人力资源和社会保障局网站合并办理，申报完成后人社部门将相关数据传递给税务部门、医保部门与公积金部门。

二、申报 2020 年度“五险一金”缴费工资的期限为 2020 年 6 月 10 日至 2020 年 7 月 25 日。

三、用人单位以职工 2019 年度(自然年度)月平均工资作为申报 2020 年度“五

险一金”缴费工资的依据，申报录入时，不做上下限的限制。核定时按照本市“五险一金”上下限规定分别核定。用人单位应当如实申报职工上一年度月平均工资，不得瞒报、漏报。

四、用人单位未按时申报社会保险缴费工资的，将按照《中华人民共和国社会保险法》第六十二条的规定，2020 年 7 月起按照单位上月缴费额的 110%确定 2020 年度社会保险缴费工资。

五、用人单位可以通过北京市人力资源和社会保障局政府网站(http://rsj.beijing.gov.cn申报“五险一金”缴费工资，网上提交，即时生效，无需提供纸介材料。

用人单位如不通过北京市人力资源和社会保障局政府网站申报，也可以使用“北京市社会保险系统企业管理子系统”(以下简称“企业版”软件申报社会保险缴费工资。通过企业版申报社会保险缴费工资的，需打印《北京市 2020 年社会保险缴费工资申报汇总表》一式两份，加盖公章及签字后用人单位和社保经(代办机构各留存一份。使用“企业版”只能申报五项社会保险费，住房公积金缴费工资需单独向住房公积金管理部门另行申报。

六、已参加机关事业基本养老保险的单位，需按照人力资源社会保障部、财政部《关于贯彻落实<国务院关于机关事业单位工作人员养老保险制度改革的决定>的通知》(人社部发〔2015〕28 号规定，通过北京市人力资源和社会保障局网站申报 2020 年度“五险一金”以及机关事业基本养老保险和职业年金缴费工资。

通过“机关事业养老保险单机版”申报各项社会保险缴费工资的，需打印《北京市 2020 年机关事业单位社会保险缴费工资申报汇总表》一式两份，加盖主管部门印章后用人单位和社保经办机构各留存一份。住房公积金缴费工资需单独向住房公积金管理部门另行申报。

七、根据《关于降低本市社会保险费率的通知》(京人社养发〔2019〕67 号规定，在市、区两级人力资源公共服务等经(代办机构以个人身份存档，且参加社会保险的个人，以及在各街道(乡镇政务服务中心(原社保所缴纳社会保险的个人，须按本通知第二条规定的时限内到市、区两级人力资源公共服务等经(代办机构或街道(乡镇政务服务中心(原社保所办理申报 2020 年度社会保险缴费基数，缴费基数可以在企业职工养老保险缴费下限和上限之间自由选择。未按期办理申报手续的，其 2020 年度社会保险缴费基数将依据本人上一年度的缴费基数确定，低于职工养老保险缴费下限的，以下限作为缴费基数。

八、通过北京市人力资源和社会保障局网站申报“五险一金”的用人单位，社会保险费申报结果可随时查询，以托收方式缴存住房公积金的单位可于本单位 7 月份托收日后、非托收方式缴存住房公积金的单位可于 7 月 25 日后查询调整结果，调整不成功的，可再次申报。

九、用人单位也可以登陆北京住房公积金网上业务系统(http://gjj.beijing.gov.cn/)或住房公积金柜台单独申报 2020 年度住房公积金缴费工资。单独申报的，以单独申报的基数为准。住房公积金业务咨询电话 010-12329。

八、业绩不达标被罚吃活蚯蚓　两负责人被拘

来源：环京津网

摘要：近日，据媒体报道，贵州毕节一家广东装饰公司女员工在网络报料称，

因业绩未达标竟被要求生吃活蚯蚓，贵州毕节公安局七星关分局发出通报称，根据《中华人民共和国劳动法》，对该公司两名负责人处以行政拘留五天。

Abstract：According to recent media reports, a female employee of a Guangdong decoration company in Bijie, Guizhou reported on the Internet that she was required to eat live earthworms because her performance was not up to standard. Qixingguan Branch of Bijie Public Security Bureau of Guizhou issued a notice saying that according to the *Labor Law of the People's Republic of China*, two responsible persons of the company were given administrative detention for five days.

记者了解到，此前流传在网络的报料视频显示，在一个办公场地，多位身穿红色的员工拿着纸巾包裹的蚯蚓，蚯蚓还在挪动，伴随着画外音喊“3、2、1”的口号后，当众生吞蚯蚓。有人面对活的蚯蚓问“这个会有寄生虫的，还是动的，吃了会不会有问题？”有画外音建议“连同纸巾一起吞了”。

此前，有该公司工作人员曾向媒体回应称，制定奖惩制度员工都是知道的，没有人反对，不愿吃蚯蚓的可选择罚款。

6 月 2 日，贵州毕节公安局七星关分局对该事件通报，2020 年 5 月 25 日 20 时 30 分，毕节市公安局七星关分局碧阳派出所接到广东三禾品味装饰有限公司员工李某（女）报案称自己及其他员工因未完成工作目标被公司体罚。

接到报警后，碧阳派出所迅速开展调查，经查，位于毕节市七星关区同心路的广东三禾品味装饰有限公司为了提升公司业绩，对未完成工作目标任务的员工进行惩罚，自 5 月 4 日以来，该公司先后有多名未完成工作目标的员工受到罚款、喝生鸡蛋、做深蹲、做俯卧撑、扫厕所等惩罚。5 月 25 日，未完成工作目标的员工李某被公司惩罚吃蚯蚓，李某因不愿意吃蚯蚓改为罚款 500 元。

通报指出，根据《中华人民共和国劳动法》第九十六条之规定，公安机关依法对该公司责任人员曹某某、冷某某分别处以行政拘留五日之处罚。

南都记者查询广东三禾品味装饰有限公司显示为家居装修公司。据官网资料显示，该公司于 2005 年在湛江成立，目前总部位于佛山，设计团队 60 余名，工程品控人员 100 余名，产业工人 500 余人。

据《中华人民共和国劳动法》第九十六条之规定，用人单位有：（一） 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳 动的；（二） 侮辱、体罚、殴打、非法搜查和拘禁劳动者的，由公安机关对责任人员处以十五日以下拘留、罚款或者警告；构成犯罪的，对责任人员依法追究刑事责任。

2019年全国省、自治区、直辖市、单列市、省会市平均工资速查表单

来源：HR 全流程法律顾问 谭蔚

截止 2020 年 7 月 4 日，全国省、自治区、直辖市、单列市、省会市陆续公布 2019 年平均工资数据。详见如下汇总。

表一

全国省、自治区、直辖市
2019年平均工资速查表单

地区	平均工资类型	金额	增长率
北京市	法人单位 从业人员平均工资	140581元	未公布
上海市	全市城镇单位 就业人员年平均工资	114962元	增长9.3%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	149377元	增长6.4%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	64226元	增长12.6%
天津市	全市城镇非私营单位 从业人员年平均工资	108002元	同比增长7.2%
重庆市	全市规模以上企业 就业人员年平均工资	66064元	名义增长7.3%
	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	89714元	名义增长9.7%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	86559元	名义增长9.7% 实际增长6.8%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	54845元	名义增长4.4% 实际增长1.6%
浙江省	全省全社会单位 在岗职工年平均工资	72078元	未公布
	全省全社会单位 就业人员年平均工资	71523元	增长8.5% 实际增长5.4%
	全省非私营单位 就业人员年平均工资	99654元	增长12.1% 实际增长8.9%
	全省私营单位 就业人员年平均工资	56383元	增长7.3% 实际增长4.3%

江苏省	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	98669元	未公布
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	96527元	未公布
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	58322元	未公布
安徽省	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	82127元	名义增长6.4%
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	79037元	名义增长6.3% 实际增长3.5%
江西省	全省规模以上企业 就业人员年平均工资	58988元	比上年增长6.4%
	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	76131元	名义增长7.6% 实际增长4.6%
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	73725元	名义增长7.5% 实际增长4.5%
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	46341元	名义增长6.0% 实际增长3.0%
福建省	全省规模以上企业 就业人员年平均工资	67129元	比上年增长7.4%
	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资 （含劳务派遣）	84374元	名义增长10.6% 实际增长7.8%
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	81814元	名义增长10.1% 实际增长7.3%
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	57141元	名义增长8.0% 实际增长5.3%
海南省	海南省规模以上企业 就业人员年平均工资	73097元	比上年增长3.4%
	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	84656元	名义增长9.0%
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	82227元	名义增长8.4% 实际增长4.8%
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	53442元	名义增长7.9% 实际增长4.3%

广东省	全省全口径从业人员月平均工资	6756元	未公布
	全省城镇非私营单位在岗职工平均工资	100689元	名义增长12.1%
	全省城镇非私营单位就业人员平均工资	98889元	名义增长11.6% 实际增长8.2%
	全省城镇私营单位就业人员年平均工资	为62521元	名义增长7.3% 实际增长4.1%
广西壮族自治区	全区规模以上企业就业人员年平均工资	61229元	12.60%
	全区城镇非私营单位在岗职工平均工资	79516元	名义增长8.1%
	全区城镇非私营单位就业人员平均工资	76479元	名义增长8.3% 实际增长4.5%
	全区城镇私营单位就业人员年平均工资	42949元	名义增长7.5% 实际增长3.7%
山东省	全省城镇非私营单位在岗职工平均工资	84089元	未公布
	全省城镇非私营单位从业人员平均工资	81446元	未公布
	全省国有经济单位在岗职工平均工资	101279元	未公布
	全省国有经济单位从业人员平均工资	98587元	未公布
山西省	全省城镇非私营单位在岗职工平均工资	72207元	未公布
	全省城镇非私营单位就业人员平均工资	69551元	名义增长5.5% 实际增长2.8%
	全省城镇私营单位就业人员年平均工资	37501元	名义增长8.6% 实际增长5.8%
河南省	全省规模以上企业就业人员年平均工资	55402元	同比增长6.9%
	全省城镇非私营单位在岗职工年平均工资（含劳务派遣）	68305元	同比增长6.5%
	全省城镇非私营单位就业人员年平均工资	67268元	同比增长6.5%
	全省城镇私营单位就业人员年平均工资	43194元	同比增长7.4%

河北省	全省规模以上企业 就业人员年平均工资	61509元	增长9.2%
	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	75775元	增长5.8%
	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	72956元	增长6.2% 实际增长3.3%
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	42919元	增长8.6% 实际增长5.6%
湖南省	全省城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	77563元	未公布
	全省城镇非私营单位 从业人员年平均工资	74316元	未公布
	全省城镇私营单位 从业人员年平均工资	42012元	未公布
云南省	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	86585元	未公布
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	46830元	未公布
贵州省	全省全口径城镇单位 在岗职工年平均工资	74490元	同比增长6.4%
	全省全口径城镇单位 就业人员年平均工资	72113元	同比增长6.1%
四川省	全省城镇全部单位 就业人员平均工资	69267元	增长7.0% 实际增长3.8%
	全省城镇非私营单位 在岗职工平均工资	86855元	增长7.9%
	全省城镇非私营单位 就业人员平均工资	83367元	增长7.3%
	全省城镇私营单位 就业人员平均工资	46974元	增长8.4%
内蒙古 自治区	全区规模以上企业 就业人员年平均工资	75519元	增长13.5%
	全区城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	83277元	名义增长10.2% 实际增长7.7%
	全区城镇非私营单位 就业人员年平均工资	80563元	名义增长9.1% 实际增长6.6%
	全区城镇私营单位 就业人员年平均工资	43491元	名义增长8.7% 实际增长6.3%

陕西省	全省非私营单位 就业人员年平均工资	78361元	名义增长8.9% 实际增长5.8%
	全省私营单位 就业人员年平均工资	43477元	名义增长6.6% 实际增长3.6%
宁夏回族 自治区	全区城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	88153元	名义增长7.6%
	全区城镇非私营单位 就业人员年平均工资	83947元	名义增长7.1% 实际增长5.0%
	全区城镇私营单位 就业人员年平均工资	43892元	名义增长8.1% 实际增长6.0%
吉林省	全省城镇非私营单位 就业人员年平均工资	73813元	名义增长7.7% 实际增长4.8%
	全省城镇私营单位 就业人员年平均工资	37627元	名义增长7.4% 实际增长4.5%

表二

全国单列市、省会市
2019年平均工资速查表单

地区	平均工资类型	金额	发布时间
深圳市	全市全口径 从业人员月平均工资	7880元	未公布
	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	127757元	增长14.4% 实际增长10.6%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	125612元	增长13.9% 实际增长10.2%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	70233元	未公布
厦门市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资 （含劳务派遣）	97779元	名义增长14.8%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	96193元	名义增长14.7%
宁波市	全市全部单位 在岗职工年平均工资	76282元	比上年增长7.8% 实际增加4.7%

青岛市	全市单位 就业人员年平均工资	75806元	增长11.2%
	全市单位 在岗职工年平均工资	76328元	增长11.0%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	98604元	增长10.1%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	57988元	增长11.6%
大连市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	95542元	增长9.1%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	92271元	增长8.1%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	49885元	增长8.5%
浙江省 杭州市	全市全社会单位 在岗职工年平均工资 （含劳务派遣）	82009元	同比增长11.3% 实际增长8.0%
	全市全社会单位 就业人员年平均工资	80817元	同比增长10.8% 实际增长7.5%
江苏省 南京市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资 （含劳务派遣）	124896元	未公布
	全市城镇非私营单位 从业人员年平均工资	118906元	未公布
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	66540元	未公布
安徽省 合肥市	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	90115元	名义增长5.9%
江西省 南昌市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	88470 元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	84196元	比上年增长6.9%
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	51910元	比上年增长5.2%
福建省 福州市	全市城镇非私营单位 在岗职工平均工资 （含劳务派遣）	88952元	名义增长6.9% 实际增长4.3%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	86100元	名义增长6.9% 实际增长4.3%

海南省 海口市	全市就业人员年平均工资	72052元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	82683元	名义增长8.9%
广东省 广州市	全市全口径 从业人员月平均工资	7880元	未公布
	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	123498元	名义增长10.4% 实际增长7.2%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	119453元	名义增长8.7% 实际增长5.5%
	城镇私营单位 就业人员年平均工资	68878元	名义增长3.2%
广西壮族自治区 南宁市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	90986元	名义增长9.0%
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	86632元	名义增长7.9%
山东省 济南市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	100593元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	97482元	未公布
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	51530元	未公布
山西省 太原市	全市城镇非私营单位 在岗职工平均工资 （含劳务派遣）	82860元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	80060元	名义增长1.5%
河北省 石家庄市 （不含辛集市）	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	76980元	未公布
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	44071元	未公布
湖南省 长沙市	全市城镇非私营单位 在岗职工年均工资	98459元	增长5.5%

湖北省 武汉市	全市城镇单位 就业人员平均工资	80763元	未公布
	全市全市城镇非私营单位 就业人员平均工资为	95286元	未公布
	全市城镇非私营单位 在岗职工平均工资	98043元	未公布
云南省 昆明市	全市全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资	94063元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	90107元	未公布
	全市城镇私营单位 就业人员年平均工资	50202元	未公布
贵州省 贵阳市	全市全口径城镇单位 在岗职工年平均工资	83108元	未公布
	全市全口径城镇单位 就业人员年平均工资	81766元	未公布
四川省 成都市	全市城镇非私营单位 在岗职工平均工资	97519元	增长10.8%
	全市城镇非私营单位 就业人员平均工资	94722元	增长10.2%
	全市城镇全部单位 就业人员平均工资为	77892元	增长9.2% 实际增长6.3%
宁夏回族自治区 银川市	全市城镇非私营单位 就业人员平均工资	90129元	名义增长8.1%
	全市城镇全部单位 就业人员平均工资为	45875元	名义增长9.0%
黑龙江省 哈尔滨市	全市城镇非私营单位 在岗职工年平均工资 （含劳务派遣）	82385元	未公布
	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资 （含铁路）	79485元	未公布
吉林省 长春市	全市城镇非私营单位 就业人员年平均工资	85690元	增长8.6%

医疗期满解除或终止是否需要经过劳动能力鉴定？

Do the workers whose medical treatment period has expired need to go through evaluation of labour capacity before rescission or termination of labour contracts?

上海保华律师事务所 蒋素梅

Baohua Law Firm May Jiang

劳动者医疗期满后，用人单位通常会予以解除或者终止劳动合同，此时用人单位需要面对一个实际的操作问题：解除或终止劳动合同前是否必须先对劳动者进行劳动能力鉴定？对劳动能力鉴定是否为法定必经程序，全国和各地的立法及司法实践均存在不一致。用人单位在医疗期满后解除或终止劳动合同，常常因未经劳动能力鉴定程序存在面临被司法部门认定为违法解除的风险。

When the employers rescind or terminate workers who have expired the stipulated medical treatment period, a practical operational problem will appear in front of them: do the workers whose medical treatment period has expired need to go through evaluation of labour capacity before rescission or termination of labour contracts? Whether the evaluation of labour capacity is a legally required procedure, there are inconsistencies in legislation and judicial practice between countries and regions. Rescission or termination of labour contracts by the employers may be identified as illegal termination by judiciary if the workers do not go through evaluation of labour capacity.

一、医疗期满劳动能力鉴定的全国性规定

1、医疗期满解除劳动合同进行劳动能力鉴定的全国性规定

法律层面对医疗期满解除从未规定需要进行劳动能力鉴定。全国人民代表大会常务委员会于 1994 年 7 月 5 日公布的《中华人民共和国劳动法》第二十六条[1]规定“劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的”，用人单位可以解除劳动合同，并无劳动能力鉴定程序要求。2007 年 6 月 29 日公布的《中华人民共和国劳动合同法》第四十条[2]继续沿用此规定，对用人单位因医疗期满解除劳动合同未要求进行劳动能力鉴定。

劳动能力鉴定其实是劳动行政部门自行设置的解除程序，现有的规定主要为原劳动部的部门规章，其发端为原劳动部于 1994 年 12 月 1 日公布的《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发〔1994〕479 号），该文件第六条[3]针对医疗期内医疗终结，提出“被鉴定为五至十级的，医疗期内不得解除劳动合同”，第七条[4]针对医疗期满解除劳动合同首次提出“企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，并办理退休、退职手续。”但该文件在三个问题上未予以说明：其一，如果未经劳动能力鉴定，用人单位解除医疗期满劳动者的劳动合同是否认定为违法？其二，如果经劳动能力鉴定认为劳动者未丧失劳动能力，但劳动者仍继续请病假，用人单位是否可以解除劳动合同？其三，如经鉴定劳动者未丧失劳动能力仍可以解除，用人单位是否需要支付医疗补助费？

在 479 号文出台后，原劳动部于 1994 年 12 月 3 日又公布《违反和解除劳动

---

1 《中华人民共和国劳动法》（主席令第二十八号）第二十六条规定有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

2 《中华人民共和国劳动合同法》（主席令第六十五号）第四十条有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

3 《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的通知（劳部发〔1994〕479 号）第六条企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，在医疗期内医疗终结，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，终止劳动关系，办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇；被鉴定为五至十级的，医疗期内不得解除劳动合同。

4 《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的通知（劳部发〔1994〕479 号）第七条企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，并办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481 号现已废止）其中第六条[5]规定发放经济补偿金和医疗补助费时，将“经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的”作为前提。但实际上劳动鉴定委员会根本无法做出“不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作”的鉴定结论。其后，原劳动部于 1995 年 8 月 4 日公布《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）第35条[6]规定“医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。”该规定对481号文的表述做了纠正，根据劳动能力鉴定的丧劳级别确定解除劳动合同及待遇，“被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费”。从该条款理解，经劳动能力鉴定为 5-10级丧劳是获得医疗补助费的前提。但该规定仍未解决原有的问题：如果未经劳动能力鉴定，用人单位解除医疗期满劳动者的劳动合同是否认定为违法？如果经劳动能力鉴定劳动者未丧失劳动能力但仍继续请病假，用人单位是否可以解除劳动合同？

2、医疗期满终止劳动合同进行劳动能力鉴定的全国性规定

《中华人民共和国劳动法》没有劳动合同到期顺延至医疗期满终止的规定。原劳动部《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309 号）第 34 条[7]首次提出，尽管劳动合同到期，但是因劳动者处于医疗期内，该劳动合同应延续至医疗期满后终止，该规定不涉及劳动能力鉴定和医疗补助费。

1996 年 10 月 31 日原劳动部发布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通

---

[5] 《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发〔1994〕481 号）第六条劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满一年发给相当于一个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。

[6] 关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见（劳部发〔1995〕309 号）35.请长病假的职工在医疗期满后，能从事原工作的，可以继续履行劳动合同；医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，办理因病或非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。

[7] 关于贯彻执行《中华人民共和国劳动法》若干问题的意见（劳部发〔1995〕309 号）34.除劳动法第二十五条规定的情形外，劳动者在医疗期、孕期、产期和哺乳期内，劳动合同期限届满时，用人单位不得终止劳动合同。劳动合同的期限应自动延续至医疗期、孕期、产期和哺乳期期满为止。

知》（劳部发〔1996〕354 号）第二十二条[8]对劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止情形下增加用人单位支付医疗补助费的义务，但并未提及需对劳动者进行劳动能力鉴定。该规定的文字表述存在较为明显的歧义，容易导致劳动者在劳动合同到期时混病假索要医疗补助费的现象。对354号文存在的问题，原劳动部于1997 年 2 月 5 日发文《劳动部办公厅关于对劳部发〔1996〕354 号文件有关问题解释的通知》（劳办发〔1997〕18 号）[9]进行解释，表明“被劳动鉴定委员会鉴定为 5－10　级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。鉴定为 1－4 级的，应当办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇”。从该规定看，劳动能力鉴定结果只是影响劳动者能否获得医疗补助费，将其作为确定是否支付医疗补助费、支付多少医疗补助费的依据，并非劳动合同顺延至医疗期满终止的必经前置程序。

之后，《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条[10]正式以法律形式规定劳动合同到期遇到医疗期则延续至医疗期情形消失终止，但劳动合同法同样未规定医疗期满终止劳动合同需要经过劳动能力鉴定程序。

那么在《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》均未明确规定需做劳动能力鉴定的情形下，在司法实践中，是否需要将劳动能力鉴定作为解除或终止的必经程序，未经鉴定是否会导致用人单位的解除终止行为被司法部门认定为违法解除终止呢？经笔者调研，各地直面劳动争议的司法部门和劳动仲裁机构做法不一，相继形成了各自的司法口径。

二、各地对劳动能力鉴定的司法口径

（一）北京

1、北京地方立法

针对医疗期满解除或终止，北京市对是否需要经过劳动能力鉴定并无地方立

---

8 《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发〔1996〕354 号) 第二十二条劳动者患病或者非因工负伤 ,合同期满终止劳动合同的 ,用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费 ;对患重病或绝症的，还应适当增加医疗补助费。

9 《劳动部办公厅关于对劳部发〔1996〕354 号文件有关问题解釋的通知》(劳办发〔1997〕18 号) 二、《通知》第 22 条“劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费”是指合同期满的劳动者终止劳动合同时 ,医疗期满或者医疗终结被劳动鉴定委员会鉴定为 5-10 级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。鉴定为 1-4 级的，应当办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

10 《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条劳动合同期满，有本法第四十二条规定情形之一的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。但是，本法第四十二条第二项规定丧失或者部分丧失劳动能力劳动者的劳动合同的终止，按照国家有关工伤保险的规定执行。

法。仅在 2018 年 1 月，北京市人社局调解仲裁处为明确实务操作，发布《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉(劳部发[1994]481 号被废止后劳动争议处理若干问题的意见》[11]，将劳动能力鉴定作为医疗期满解除、终止的前置程序，并明确劳动者拒绝劳动能力鉴定的情形下，用人单位直接解除劳动合同的，不应裁决因未经过劳动能力鉴定而属于违法解除劳动合同。该规定表明北京仲裁机构认为需根据劳动能力鉴定的结果作出相应的解除或终止的处理，并可反推出如劳动者未拒绝参加劳动能力鉴定，用人单位直接予以解除，将被认定为违法解除。该文件效力层级较低，但从中可以看出北京市劳动仲裁部门是将劳动能力鉴定作为医疗期满解除、终止的必经程序。北京市法院系统对于医疗期满解除或终止是否需要经过劳动能力鉴定并无明确的司法口径，笔者认为可以从法院案例予以分析。

2、北京市司法案例

笔者检索北京地区的案例，发现多起涉及医疗期满解除、终止劳动能力鉴定的争议案件。

案例 1：(2020)京 02 民终 822 号

陈某 2014 年 11 月 27 日入职后与公司签有至 2020 年 12 月 31 日到期的劳动合同，2017 年 12 月 20 日陈某突发疾病住院治疗，2019 年 3 月 21 日，公司向陈某发出解除信，表示陈某医疗期延长期届满，且经职工代表大会形成陈某医疗期满不能继续从事正常工作的一致意见，告知陈某与之解除劳动合同。

针对公司的解除行为，北京市第二中级人民法院认为：企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，用人单位应当依照《企

[11] 《北京市调解仲裁处关于《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》二、关于医疗期满解除或终止劳动合同医疗补助费问题，关于医疗补助费不仅在 481 号文中有规定，在原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309 号)(以下简称 309 号文)、《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发[1996]354 号)、原劳动部办公厅《关于因病或非因工负伤医疗期管理等若干问题的请示的复函》(劳办函[1996]40 号)、《关于对劳部发[1996]354 号文件有关问题解释的通知》(劳办发[1997]18 号)也有类似规定，即劳动者在劳动合同期限内患病、非因工负伤医疗期满后，仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，或者劳动合同终止时，医疗期满、医疗终结，由劳动能力鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，办理因病、非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇;被鉴定为五至十级，解除或者终止劳动合同的，按规定支付经济补偿金并应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。三、关于劳动能力鉴定问题 481 号文规定了劳动者患病或者非因工负伤，经劳动能力鉴定委员会鉴定，不能从事原工作也不能从事用人单位另行安排工作的，可以解除劳动合同。309 号文规定，医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。劳动能力鉴定本身属于劳动者的权利，如果劳动者拒绝进行劳动能力鉴定，用人单位直接解除劳动合同的，不应裁决因未经过劳动能力鉴定而属于违法解除劳动合同。

业职工患病或非因工负伤医疗期规定》中明确的程序进行劳动能力鉴定并根据鉴定结论确定的等级进行处理。公司在陈某未进行劳动能力鉴定的情况下直接做出解除劳动关系的通知，属于违法解除劳动关系。

案例 2：（2013）二中民再终字第 11523 号、（2015）高民申字第 02928 号

2002 年 8 月 1 日，郭某入职某公司，最后一份劳动合同期限至 2010 年 7 月 31 日，期间因郭某生病请假，公司根据郭某的工作年限确定其医疗期为 6 个月，将劳动合同延续至 2011 年 1 月 31 日医疗期满终止。公司分别于 2011 年 1 月 20 日，2011 年 5 月 23 日，2011 年 6 月 8 日当面或邮寄《终止劳动合同通知书》给到郭某，明确双方劳动关系于 2011 年 1 月 31 日终止。郭某因其未作劳动能力鉴定主张前述三份终止通知书应予以撤销。对此北京市第二中级人民法院认为：根据劳部发（1994）479 号、劳部发（1996）354 号、劳办发（1997）18 号的有关规定，在医疗期满尚未对郭某进行劳动能力鉴定的情况下，公司对郭某作出终止劳动合同通知，与上述规定不符，且根据现有规定及相关规程，劳动能力鉴定并非依个人申请就可作出，而应由公司委托劳动鉴定委员会方能进行，故对公司作出的终止劳动合同通知依法予以撤销。

此后，郭某与公司的劳动关系继续存续，直至 2012 年 5 月 28 日，公司向郭某送达《医疗期协议》及《劳动能力鉴定告知书》，通知郭某进行劳动能力鉴定。2012 年 5 月 31 日，郭某向公司回信明确表示“恕不从命”。2012 年 6 月 15 日，公司作出了《终止劳动合同通知书》，2012 年 6 月 21 日郭某收到该通知书。郭某主张公司应与其签订无固定期限劳动合同，对此北京市高级人民法院认可北京市第二中级人民法院的观点，认为因劳动能力鉴定是双务行为，需要郭某与公司共同配合方能完成。本案中，公司通知郭某进行劳动能力鉴定，郭某明确拒绝进行劳动能力鉴定，故在此情形下，双方劳动合同关系于 2012 年 6 月 21 日终止。因此前公司在郭某医疗期满后未明确要求郭某进行劳动能力鉴定，存在过错，故公司仍应按照医疗期病假工资标准支付郭某自医疗期满后至 2012 年 6 月 21 日收到《终止劳动合同通知书》期间的病假工资。

从以上案例可知，北京市法院系统与北京市人社局调解仲裁处观点一致，将劳动能力鉴定作为医疗期满解除、终止的前置程序，在劳动合同到期顺延至医疗

期满终止情形下，如用人单位未及时通知劳动者进行劳动能力鉴定，存在过错，需要按照医疗期病假工资标准支付劳动者自医疗期满后至鉴定后终止劳动合同期间的病假工资。

（二）上海

1、上海市地方立法

上海市人大常委会于 2001 年 11 月 15 日发布的《上海市劳动合同条例》第 32 条[12]和第 39 条[13]就医疗期满解除、终止的情形并未规定需对劳动者进行劳动能力鉴定，但是第 44 条[14]明确规定用人单位对“患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的”劳动者解除时应当支付医疗补助费。从该地方性法规理解上海地区对医疗期满解除终止并不需要进行劳动能力鉴定，而且医疗期满解除即使未经鉴定也应支付医疗补助费。上海法院未针对劳动能力鉴定出台类似的司法口径，笔者认为可以从法院案例予以分析。

2、上海市司法案例

笔者检索上海地区的案例，发现多起涉及劳动能力鉴定的争议案件。

案例 3：(2019)沪 02 民终 1422 号

陈某与公司签订无固定期限劳动合同，因患精神分裂症自 2014 年 5 月起连续病休，公司于 2016 年 5 月 5 日向陈某书面送达解除劳动合同通知书，表明因陈某患病依法可享受的停工医疗期已满，公司根据《劳动合同法》第四十条(一)项规定并经公司工会同意，于 2016 年 4 月 30 日解除劳动合同。

对于公司的解除行为，上海市第二中级人民法院认为：根据相关规定，公司

---

12 《上海市劳动合同条例》第三十二条有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：
（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作的；
（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。
用人单位解除合同未按规定提前三十日通知劳动者的，自通知之日起三十日内，用人单位应当对劳动者承担劳动合同约定的义务。

13 《上海市劳动合同条例》第三十九条劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动者有下列情形之一的，同时不属于本条例第三十三条第（二）项、第（三）项、第（四）项规定的，劳动合同期限顺延至下列情形消失：
（一）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；
（二）女职工在孕期、产期、哺乳期内的；
（三）法律、法规、规章规定的其他情形。

14 《上海市劳动合同条例》第四十四条用人单位根据本条例第三十二条第一款第（一）项的规定解除劳动合同的，除按规定给予经济补偿外，还应当给予不低于劳动者本人六个月工资收入的医疗补助费。

应在陈某医疗期满后为其安排工作，经查，陈某自 2014 年 5 月起病休，其依法享受 24 个月的医疗期，至 2016 年 5 月 5 日届满，公司在其返岗当日即向其书面送达解除劳动合同通知书，不能证明为陈某安排过工作。若陈某不能从事原工作也不能从事由单位另行安排工作的，应由劳动能力鉴定委员会进行劳动能力鉴定，然在未履行法定程序的情况下，径行解除工龄长达十余年的老员工，显然违反法律规定，理应承担相关民事责任。

案例 4：(2018)沪民申 1403 号

张某于 2003 年 7 月 16 日进入公司，后签订无固定期限劳动合同，2006 年 2 月 9 日张某首次病假，2015 年 6 月 8 日、2015 年 8 月 27 日，公司两次向张某邮寄医疗期临将届满通知书。2015 年 10 月 9 日，公司通过电话告知张某医疗期于该日期满。2015 年 10 月 10 日，张某提交医院出具休壹天的疾病诊断证明。同日，公司向张某发出解除劳动合同通知。

张某认为公司系违法解除，对此，上海市高级人民法院认可上海市第一中级人民法院的观点，认为张某在医疗期届满后向该公司提交医院出具的疾病诊断证明之事实可以视为张某在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作。因此，该公司依法与张某解除劳动合同无不当。

案例 5：（2019）沪 01 民终 13778 号

杨某于 2012 年 9 月 3 日进入公司，双方签有期限为 2012 年 9 月 3 日至 2017 年 9 月 2 日的劳动合同，杨某于 2017 年 8 月 23 日起请病假，2018 年 2 月 23 日，公司告知杨某享有 7 个月医疗期，至 2018 年 3 月 23 日医疗期满，劳动合同自动顺延医疗期满终止。2018 年 3 月 23 日后，杨某仍处于病假状态，公司为杨某办理了终止日期为 2018 年 3 月 23 日的退工手续，双方劳动合同于 2018 年 3 月 23 日终止。

对于员工主张公司系违法终止劳动合同，上海市第一中级人民法院认为：根据杨某的入职时间及工作年限，公司已给予杨某医疗期 7 个月，符合法律规定，故公司于 2018 年 3 月 23 日终止双方劳动合同并无不当。

从以上案例可知，虽然《上海市劳动合同条例》有明确规定，但上海地区法院对医疗期满解除情形下是否需要进行劳动能力鉴定在司法实践中存在认知不一的情形，个别案例中法院参考了部门规章的对应条款，认为劳动者不能从事原

工作也不能从事由单位另行安排工作的，应由劳动能力鉴定委员会进行劳动能力鉴定，否则系违法解除；上海市高级人民法院等法院则依据法律及地方性法规对医疗期满未要求做劳动能力鉴定，认为无需做劳动能力鉴定，劳动者继续请病假则视为劳动者不能从事原工作也不能从事由单位另行安排工作的，用人单位可以解除劳动关系。对于劳动合同到期顺延至医疗期满终止的，因无法律、地方性法规及部门规章规定需作劳动能力鉴定，所以在上海司法实践中并无争议，劳动能力鉴定不是终止的必经程序。

（三）广州

1、广州市地方立法

广东省高院于 2018 年 7 月 18 日发布的《广东省高级人民法院广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发〔2018〕2 号）[15]明确规定了劳动能力鉴定系患病、非因公负伤的劳动者于医疗期满解除的必经程序，被鉴定为完全丧失劳动能力或大部分丧失劳动能力，用人单位解除还需支付医疗补助费。

广东省高院、广东省劳动人事争议仲裁委员会的指导意见对广州市各级法院、劳动仲裁具有指导性作用，广州市劳动仲裁和法院均遵照执行。故虽国家层面对劳动能力鉴定无统一的规定，但是广州地区在医疗期满解除上认为劳动能力鉴定系必经程序。

针对医疗期满劳动合同终止，广州市并无相关规定，亦未检索到相应的司法判例。笔者询问了当地的人力资源和社会保障部门，得到的回复是根据《中华人民共和国劳动合同法》的有关规定执行，按此回复则无需进行劳动能力鉴定，劳动合同顺延至医疗期满即可终止。

（四）江苏

1、江苏省地方立法

江苏省人大常委会 2013 年 1 月 15 日公布的《江苏省劳动合同条例》第三十四条[16]明确规定劳动者满足“患病或非因工负伤”、“医疗期满”、“不能从事原工

---

15 《广东省高级人民法院广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（粤高法发〔2018〕2 号）十一、劳动者患病、非因工负伤医疗期满后，经劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力或大部分丧失劳动能力，不能从事原工作、也不能从事由用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按规定支付经济补偿并支付不低于六个月工资的医疗补助费。

16 《江苏省劳动合同条例》第三十四条“劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的适当工作的，用人单位可以依法解除、终止劳动合同，并给予经济补偿。劳动

作也不能从事用人单位另行安排的适当工作”等条件的，用人单位即可以依法解除、终止劳动合同，劳动能力鉴定并非是劳动合同解除、终止的必经程序。劳动能力鉴定的结果仅是作为医疗补助费发放与否的依据，《江苏省劳动合同条例》系江苏省人大常委会通过的地方性法规，江苏省各劳动仲裁和法院均遵照执行。

（五）浙江

1、浙江省地方立法

浙江省对劳动能力鉴定并未出台地方规定，但是经检索其下辖宁波市中院于2015年5月19日在关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（三）第九点[17]中明确医疗期满解除，“根据上位法优于下位法、后法优于前法的原则，应适用《劳动合同法》第四十条的相关规定”，即无需将劳动能力鉴定作为解除的前置程序。

2、浙江省司法案例

因浙江省无地方性规定，故通过浙江省下辖的各市中院的司法判例来分析浙江省在司法实践中的口径。

案例6：(2018)浙04民终1510号、（2017）浙06民终1155号、(2014)浙甬民一终字第72号

浙江省嘉兴市中级人民法院对劳动能力鉴定在解除终止的作用认定为：劳动者患病或者非因工负伤解除劳动合同或终止劳动合同时，并非在所有情形下均可获得医疗补助费，而是要经过劳动鉴定委员会的鉴定并达到一定等级程度的情况下方可要求支付医疗补助费；若未达到5-10级或者达到1-4级的情况下，均不符合支付医疗补助费的条件。员工虽举证证明其患有XX等疾病，但经过劳动鉴定委员会的鉴定是员工主张医疗补助费的必经程序。

浙江省绍兴市中级人民法院对于公司在员工医疗期满后向其发送返岗通知，

者经劳动能力鉴定委员会确认丧失或者部分丧失劳动能力的，用人单位还应当给予劳动者不低于本人六个月工资的医疗补助费。

[17] 宁波市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答（三）九、《劳动合同法》第四十条与劳动部《关于贯彻执行＜中华人民共和国劳动法＞若干问题的意见》第35条及《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条在解除劳动合同程序及用人单位应支付劳动者款项方面的规定有所不同，应如何适用？后两者及劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第22条中关于医疗补助费的规定是否仍适用？答：《劳动合同法》第四十条与原劳动部《关于贯彻执行＜中华人民共和国劳动法＞若干问题的意见》第35条及《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条所针对的情形是一致的，即“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的”，但对同一情形的法律后果和应遵循程序作出了不同的规定，根据上位法优于下位法、后法优于前法的原则，应适用《劳动合同法》第四十条的相关规定，后两者及劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》第22条中关于医疗补助费的规定亦不再适用。

员工未返岗而解除认定其为合法解除，并对员工要求医疗补助费的主张表示因其未进行劳动能力鉴定，故不符合领取医疗补助费之情形。

浙江省宁波市中级人民法院认为劳动者医疗期满劳动合同到期终止，用人单位的终止合同行为合法，并未提及劳动能力鉴定，而对劳动者要求公司支付其医疗补助费及患重病增加的医疗补助费的诉请中，表明因劳动者并未提供相应证据证明其已经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作未予以支持该诉请。

从以上案例可知，浙江省就医疗期满解除终止中对劳动能力鉴定的看法同江苏省的规定，仅将劳动能力鉴定作为医疗补助费发放与否及标准的依据。

（六）天津

1、天津市地方立法

天津市人民政府于2002年1月18日发布的《天津市实施劳动合同制度规定》第二十条[18]规定“劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期满后，经所在区（县）劳动鉴定委员会鉴定不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的”，用人单位提前30日通知劳动者可以解除劳动合同。根据该规定在天津市医疗期满解除应进行劳动能力鉴定。天津市劳动和社会保障局于2004年12月3日公布的《关于劳动者医疗期满进行劳动能力（复工）鉴定有关问题的通知》（津劳办(2004)387 号）中明确[19]劳动者因患病或非因工负伤医疗期满进行劳动能力（复工）鉴定的范围包含“劳动者非因工负伤和经医疗机构认定患有难以治愈的疾病，在医疗期内医疗终结或在规定的医疗期满后，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的”，但津劳办(2004)387号文于2020年5月28日被天津市人力资源和社会保障局宣布废止，废止的原因是“已被新文件替代”。经过笔者检索法规及询问当地人力资源和社会保障部门，其所谓的“新文件”并未明确，目前实践中仍然参照津劳办(2004)387号文执行。

针对医疗期满劳动合同终止，天津市并无相关规定，实际中也暂未发现相应的司法判例。

---

18 《天津市实施劳动合同制度规定》第二十条有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前30日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或非因工负伤，在规定的医疗期满后，经所在区（县）劳动鉴定委员会鉴定不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；

19 《关于劳动者医疗期满进行劳动能力（复工）鉴定有关问题的通知》（津劳办(2004)387号）二、劳动者因患病或非因工负伤医疗期满进行劳动能力（复工）鉴定的范围：（一）劳动者非因工负伤和经医疗机构认定患有难以治愈的疾病，在医疗期内医疗终结或在规定的医疗期满后，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者就本人劳动能力和用人单位意见不一致的；劳动者患病或非因工负伤医疗期满后，可从事原工作或用人单位另行安排工作的，可不进行劳动能力鉴定。

（七）重庆

1、重庆市地方立法

重庆市人民政府于2000年6月28日公布的《重庆市企业职工病假待遇暂行规定》（渝府发〔2000〕47 号）第八条[20]规定“职工患病，医疗期满或在医疗期内医疗终结不能恢复工作的”，根据鉴定结果，完全丧劳的进行退休、退职等处理；大部分或者部分丧劳的，医疗期满后，企业可以解除劳动合同。根据该文件可知重庆市将劳动能力鉴定作为劳动合同解除、终止的前置程序。此外，2012年9月21日重庆市人社局等四部门特地制定出台《重庆市因病或非因工负伤人员劳动能力鉴定管理办法的通知》（渝办发〔2012〕267号），旨在为患病或非因工负伤员工申请劳动能力鉴定作出实施细则，可见重庆市对于该类员工医疗期满劳动能力鉴定的重视。

案例7：(2018)渝01民终750号

梁某于2016年2月22日入职公司，约定合同期限自2016年2月22日起至2019年2月21日止。梁某于2016年7月19日被诊断为左乳癌开始请病假。公司于2017年6月3日告知梁某享有6个月医疗期，医疗期已于2017年1月21日届满，通知梁某于2017年6月15日到岗上班，若因身体原因不能到岗上班的，应于2017年6月15日前办理劳动能力鉴定并向公司提交劳动能力鉴定结论，逾期未到岗或不能提交劳动能力鉴定结论的，公司自2017年7月31日解除劳动关系。公司于2017年6月21日告知梁某因其至今既未来公司上班亦未向公司提交劳动能力鉴定结论，公司决定于2017年7月31日与梁某解除劳动关系。

重庆市第一中级人民法院认为：本案中梁某医疗期已于2017年1月20日届满，梁某在庭审中也确认其一直在看病治疗，由于身体原因直到本案开庭之日尚未回公司上班，故认定梁某自其患病至今不具备工作能力，不能从事工作，公司已提前30日以书面形式通知梁某于2017年7月31日解除双方之间的劳动关系，公司系合法解除与梁某之间的劳动关系。

从以上法律规定及案例可以看出，重庆市将劳动能力鉴定作为医疗期满解除的必经程序要求，以上案例中，虽然劳动者并未经过劳动能力鉴定即被解除，但

---

[20] 《重庆市企业职工病假待遇暂行规定》(渝府发〔2000〕47号)第八条职工患病，医疗期满或在医疗期内医疗终结不能恢复工作的，经县以上劳动鉴定委员会鉴定，属于完全丧失劳动能力的，应按有关规定作退休、退职或一次性处理；属于大部分或者部分丧失劳动能力的，医疗期满后，企业可以解除劳动合同，并按有关规定支付经济补偿金和医疗补助费。

是可以看出公司履行了催告员工进行劳动能力鉴定的程序，因劳动者拒绝鉴定，故法院根据其一直处于治疗中而认定其不具备工作能力。在司法实践中对医疗期满解除劳动合同也要求劳动能力鉴定，当然如劳动者拒绝劳动能力鉴定的则单位可以解除。

针对医疗期满劳动合同终止，重庆市暂未发现相应的司法判例。

（八）山西

山西省人民代表大会常务委员会于 2009 年 9 月 24 日公布的《山西省劳动合同条例》第二十九条规定“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后，用人单位应当根据设区的市以上劳动能力鉴定委员会的鉴定结果安排劳动者工作。” 该文件将劳动能力鉴定作为劳动合同解除、终止的前置程序。《山西省劳动合同条例》系山西省人大常委会通过的地方性法规，山西省各劳动仲裁和法院均遵照执行。

通过上述各地的地方性法规及案例检索，对于解除或终止劳动合同前是否必须先对劳动者进行劳动能力鉴定？医疗期满解除存在以下三种类型：第一类，劳动能力鉴定是解除必经程序，代表地区有北京、重庆、山西、广州、天津等，其中北京、广州等地进一步规定根据劳动能力鉴定结果支付医疗补助费；第二类，医疗期满无需做鉴定即可解除，劳动能力鉴定结果系用人单位是否支付医疗补助费及支付多少医疗补助费的依据，代表地区有江苏、浙江；第三类，医疗期满无需鉴定即可解除，用人单位在该情形下解除必须支付医疗补助费，代表地区上海，但是上海的司法实践中存在个别法院认为解除前需要做劳动能力鉴定的判例，需要用人单位在实践中予以注意。合同到期遇到医疗期则延续至医疗期满终止除北京、重庆、山西外无需进行劳动能力鉴定，江苏地区规定较为明确，将劳动能力鉴定结果作为医疗补助费发放与否的依据。

三、总结与建议

各地直面劳动争议的司法部门和劳动仲裁机构做法不一，究其根源，因《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》两部法律对医疗期满解除需要进行劳动能力鉴定无明文规定，而原劳动部的规章设置了劳动能力鉴定程序。

首先，1995 年《劳动法》制定时，中国的立法体系和程序尚不健全。《中华人民共和国立法法》自 2000 年 7 月 1 日施行，如需将劳动能力鉴定作为医疗期

满解除的前置程序，应按照法定的修改制定法律、地方性法规的程序进行。《立法法》第 80 条[21]规定国务院各部委“可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章”，“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。 所以原劳动部制定的以劳部发〔1994〕479 号文为首的一系列关于“医疗期满需进行劳动能力鉴定”的规章前无《中华人民共和国劳动法》为依据，后无《中华人民共和国劳动合同法》支撑，按照《中华人民共和国立法法》的规定，可以说“医疗期满需进行劳动能力鉴定”的“出身”不正。

其次，主张解除前需鉴定的逻辑上的合理性有待验证。劳部发〔1995〕309 号第 35 条规定“被鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同”，那劳动者经鉴定未丧失劳动能力但继续请病假的是否可以解除劳动合同？如果允许解除，劳动能力鉴定的意义又在哪里？如果不允许解除，则既和人大立法抵触，而且劳动者继续请病假不能上班又将无法处理。所以“医疗期满需进行劳动能力鉴定”本身逻辑即不合理。

再次，对于已经医疗期满的员工进行鉴定存在程序上的操作难点，因为鉴定在医疗期满之后，从医疗期满之日至鉴定结果出来的这段期间的待遇应该按照何种标准计算？如果员工在等待劳动能力鉴定结果出来的这段时间回到用人单位上班，那么用人单位还可以解除吗？如解除即无依据，因为员工已经回来上班了；如不解除，那么鉴定无意义。因此，对要求医疗期满的员工进行劳动能力鉴定来判断能否解除会带来很多实操中的问题。

故对于医疗期满是否需要进行劳动能力鉴定，笔者认为应该根据劳动法和劳动合同法的规定执行，不是解除终止劳动合同的必经程序，不影响解除终止的合法性。可以借鉴江苏省的规定，仅仅将劳动能力鉴定与医疗补助费挂钩，作为待遇享受的界定标准。

---

21 《中华人民共和国立法法》第八十条国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。
部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

论事实劳动关系

事实劳动关系在我国目前较为普遍存在。理论与实际部门所称的事实劳动关系主要指四种类型：第一，用人单位与劳动者确立劳动关系时，未按国家有关规定签订书面劳动合同；第二，当事人履行无效劳动合同而产生劳动关系；第三，劳动合同期满既没有续订书面合同，又没有终止合同而形成事实劳动关系；第四，由于企业转制而使原来签订的书面劳动合同与实际履行的劳动关系不配套。按最保守的估计，目前事实劳动关系也不会低于 10%。因此，对事实劳动关系进行研究不仅具有理论意义而且具有现实意义。

如何认识事实劳动关系，从我国学术界为其下的定义中可见一斑。在我国学术界主要有四种表达：一是指没有签订劳动合同而存在劳动关系的一种状态；[1]二是指用人单位和劳动者就某些劳动义务达成口头协议，形成劳动者向用人单位提供劳动，用人单位对其支付劳动报酬的事实上的劳动用工关系；[2]三是指在劳动法调整范围内但不符合法定模式的劳动关系；[3]四是指双方当事人未按法定要求签订劳动合同，但双方都承认劳动关系存在，并相互享有权利履行义务。[4]

在上述四种表达中，第一种表达只是将事实劳动关系作为一种客观状态来认识；第二种表达将这种客观状态表述为口头合同；第三种表达强调这种状态的不合法性；第四种表达进一步认为，对于这种不符合法定要求产生的状态，只有双方当事人都承认劳动关系，并相互履行义务才能作为事实劳动关系，实际上已是从主客观方面的统一来认定事实劳动关系。

一、事实劳动关系的认识误区

从总体上看，对于事实劳动关系基本上采取了一种否定的态度，体现在两个方面：就实践方面而言，主要是夸大书面劳动合同的作用；就理论方面而言，主要是贬低事实劳动关系的意义。笔者认为，这两方面均因过于理想化而不恰当。

实践上，夸大书面劳动合同的作用主要体现在现行立法上。《劳动法》将书面形式规定为劳动合同的惟一形式，对劳动合同的必备条款作出了详尽的规定。

董保华，论文转载自《中国劳动》2004 年第 7 期。本人曾以《无效劳动合同与事实劳动关系》发表在《工会理论研究上海工会管理干部学院学报》2002 年第 1 期。本文是《无效劳动合同与事实劳动关系》基础上的扩充与整合。

[1] 董保华：《劳动关系调整的法律机制》，上海交通大学出版社，2000 年 7 月版，第 200 页。

[2] 徐智华：《关于完善劳动合同立法的几个问题》，载《中南则一经大学学报》1999 年第 1 期，第 78 页。

[3] 王全兴：《劳动法》，法律出版社，1999 年 10 月版，第 86 页。

[4] 刑新民、郭振主编：《劳动争议典型疑难案件精析》人民法院出版社，1998 年 11 月版，第 52 页。

当这一纸合同不存在，或这一纸合同出现瑕疵时，就会导致否认劳动关系具有合法性。这种看法集中体现在我国简单地按照民法规定，来确认“无效劳动合同”。

按我国传统的民法理论，无效合同是指不符合或违反法律的要求、不具有法律效力的合同。《劳动法》也是按民法理论对无效合同进行规定的。第 18 条将“违反法律、行政法规的劳动合同”“采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同”确定为无效合同，并规定无效的劳动合同，从订立的时侯起，就没有法律约束力。如果说依据部分无效、部分有效合同产生的劳动关系，法律尚保障其继续存在。依据全部无效合同而产生的劳动关系应当如何看待?《劳动法》第 16 条规定，劳动合同是产生劳动关系的惟一依据，而这一依据被认定为全部无效，并且从订立时起就不发生法律约束力。如果将《劳动法》16 条、18 条的逻辑贯彻到底，劳动关系也将自始无效，双方依据该劳动关系而取得的收入也成了不当得利。国家不仅应通过认定合同无效，来消除依据该合同而产生的劳动关系，而且还应恢复到

合同订立时的状态去处理。“国家的法律、行政法规是国家利益和人民利益的集中体现，也是为全社会主体一致遵循的行为规范。这就要求当事人在订立劳动合同时，必须遵循合法原则。否则，所签合同不仅得不到法律的保护，反而会受到法律的追究。”[5]这一逻辑在实践中是很难行得通的。

履行后的无效劳动合同，虽无法律依据，但事实上存在劳动关系，它的处理远比无效经济合同的处理复杂。一般说来，经济合同主要涉及财产关系，在无效的事实确认后，通过双方返还，使合同关系恢复到合同成立之前的状态，并由过错的一方承担赔偿责任。由劳动合同所确立的劳动关系兼有财产关系和人身关系的性质，劳动者已提供的劳动力是无法返还的。因此，劳动关系也是无法恢复到合同订立之初的状态。我国劳动法照搬民法规定已经引起法律条款之间的矛盾和实际工作的混乱。试举以下三例分析：

例 1：所谓主体不合法。《劳动法》第 18 条规定，违反法律、行政法规的劳动合同为无效劳动合同，从订立时起没有法律约束力。第 25 条又规定，在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。一个未达到法定就业年龄的未成年人，通过隐瞒真实年龄而产生的劳动关系，应当按第 18 条认定为无效劳动合同(合同自签订时无效)？还是应当按第 25 条，解除劳动合同(合同

[5] 郭捷等：《劳动法学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 127 页。

自解除时无效)？如按第 18 条处理，该职工已取得的劳动报酬，难道还要返还？否则又如何按第 18 条处理？

例 2：所谓形式不合法。《劳动法》第 19 条将劳动合同一律规定为书面合同。某劳动者与用人单位以日头形式确立了劳动关系(用人单位也按规定缴纳了社会保险费)，双方如果保持这种关系十几年后，发现这种劳动关系确立时因为不符合法定形式而是无效劳动关系，那么应当如何处理呢？难道能简单地解释为订立时无效而同到十多年前的状态去处理吗？又如何同到订立时的状态处理？

例 3：所谓程序不合法。农民未按规定办理手续，进城务工，产生的事实劳动关系，在劳动过程中发生伤亡，《劳动法》18 条规定为无效劳动合同，就不计算为工伤吗？(现实生活中确已出现了大量的案例如此理解)

理论上贬低事实劳动关系的意义，主要是将书面劳动合同的功能归结为确立劳动关系和调整劳动关系，强调由此产生的劳动关系是劳动法律关系而受到法律保护，并进而强调事实劳动关系与劳动法律关系的区别。

事实劳动关系与劳动法律关系的区别，有人概括为三方面："劳动法律关系和事实劳动关系尽管都在劳动法调整范围内，但二者具有不同的法律属性。主要表现在：(1)劳动法律关系是符合法定模式的劳动关系；事实劳动关系则完全或部分不符合法定模式，尤其是缺乏劳动法律关系赖以确立的法律事实的有效要件，如未签订劳动合同或劳动合同无效等；(2)劳动法律关系的内容即权利义务，是双方当事人所预期和设定的；事实劳动关系的双方当事人之间虽然存在一定的权利义务，但这一般不是双方当事人所预期的，更不是由双方当事人所设定的；(3)劳动法律关系由法律保障其存续。事实劳动关系如果不能依法转化为劳动法律关系，就应当强制其终止，但事实劳动关系中的利益仍然受劳动法保护。"[6]

这一概括尽管符合现行实际情况，但没有同答我们对这三点区别应当作正面的评价还是负面的评价?我国关于无效劳动合同的规定，使事实劳动关系的保护力度有所削弱。这种削弱在理论上的反映是强化事实劳动关系与劳动法律关系的区别，并将其作为一种常态加以介绍。依我看来，在很大程度上对这三点区别应作负面的评价。

就第一点区别而言，"法定模式"的设计本身有优劣之分，正是我国禁止口

[6] 郭捷等：《劳动法学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月版，第 127 页。

头合同、对不定期合同作了变形处理，并照搬了民法的无效合同规定，才导致大量事实劳动关系的存在并与劳动法律关系的相区别；也才会使一部分劳动关系处于不稳定的状态。也许有人会将责任归为用人单位的不守法（这无疑是对的），但是从立法和执法角度看，实际上是因为我们设计了两个模式：一个模式是签订劳动合同，承受极高的法律成本；一个是不签订劳动合同，就会归为无效劳动合同，有着极低的法律成本，当着这种选择权在于用人单位时，企业会做出何种选择是不言而喻的。

就第二点区别而言，认为劳动法律关系的内容“是双方当事人所预期和设定的”，多少有些理想化。受民法思想的影响，我国学界往往有意无意地忽视劳动合同是不平等主体间的合同。让劳动合同负载过重的内容，实际上对于高度附合化的劳动合同而言，劳动合同“设定的”越多，离“双方当事人所预期”（而不是用人单位一方当事人所预期）的越远。将劳动合同理想化，也必然将劳动法律关系理想化，也就会夸大劳动法律关系与事实上的劳动关系的区别。

就第三点区别而言，在劳动法律关系的存续上，由于我国立法对劳动者一方给予较软的约束，而对用人单位一方给予较硬的约束，对劳动者较为有利；而在目前劳动力供大于求的情况下，事实劳动关系的规定则是对劳动者较为不利，而对用人单位较为灵活。

显然，由于实践中对无效劳动合同的规定以及理论上对事实劳动关系的认识，已产生一系列混乱，有待进一步理顺。

二、对事实劳动关系的一些初步认识

我国的一些学者试图在维护现行规定的基础上，通过解释来缩小无效劳动合同的范围。他们认为可从一个较为狭窄的思路上去认识无效劳动合同，以扩大劳动合同的适用面。有人认为，《劳动法》第 18 条中所称的违法，应当“是指违反法律、行政法规所明令禁止的行为，不能作任意扩大的解释。”然而，这种理解由于擅自加进了“明令禁止的行为”，其实本身就是对劳动法“作任意扩大的解释”。[7]还有人认为，违法的内容应当只限于三个方面，即主体资格不合法、内容不合法、程序不合法，形式不合法未包括在其中。[8]然而这种解释由于缺乏说理，也带有较大的主观随意性，尤其是对于因无效合同产生的劳动关系以及因形式不

[7] 王全兴：《劳动法》，法律出版社，1997 年 10 月版，第 86 页。
[8] 李景森、贾俊玲主编：《劳动法学》，中国政法大学出版社，1995 年 8 月版，第 106 页。

合法产生的劳动关系到底应如何处理，同答仍是极其传统的。[9]因而这种努力显得极为苍白。[10]

根据立法经验，对全部无效劳动合同的认定应持谨慎的态度。一些国家和地区在处理这一问题时，主要采取以下两条措施：

一是放宽劳动合同生效条件。《法国劳动法典》L122- 3-1 规定："定期劳动合同必须用书面形式制定并应准确表述订立合同之原因，非如此，订立的合同视为无确定期限。"[11]又如《巴林劳工法》尽管规定"雇佣合同必须书面签订"，但同时又规定："在没有书面合同的情况下，工人得以各种办法提供证据来确立自己的权利。"[12]我国台湾《劳动基准法》第 9 条也规定，定期契约届满后，劳工继续工作而雇主不即表示反对意思者，视为不定期契约。[13]这些规定均有防止产生所谓的"无效劳动合同"问题的功效。在我国《劳动法》则没有任何例外的规定，许多省市还通过推行标准格式的劳动合同，以及要求对劳动合同强制鉴证，将劳动合同的形式规定为特殊书面合同，使劳动合同成为要式合同，而一旦不符合形式要件，就会出现无效合同。

二是对无法律根据而事实上存在的劳动关系，确实需要消灭这种劳动关系时一般按"劳动合同解除"处理。很少有国家正面提出"无效劳动合同"的概念。我国台湾学者史尚宽认为："原则上排除对于过去部分为无效之主张，不得不认事实已成立之劳动关系视同有效。"[14]王泽鉴认为："倘若劳动关系业经进行，尤其是在劳务给付之后，始发现劳动契约具有瑕疵时，亦不能径适用无效撤销规定，令既已发生之关系，自始归于消灭，非特使问题难予处理，在甚多情形对于劳工之保护，亦嫌不周。"[15]

令人欣慰的是，2001 年我国最高院、北京市、上海市新公布的劳动立法，均加强了对事实劳动关系的保护。这些规定在劳动关系确立、存续、消灭全过程的各个环节均有规定。

---

[9] 郭捷等著：《劳动法学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月版，第 127-128 页。
[10] 郭捷等著：《劳动法学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月版，第 127 页。
[11] 罗结珍译：《法国劳动法典》，国际文化出版公司出版，1996 年 11 月版，第 23 页；郭捷等著：《劳动法学》，中国政法大学出版社，1997 年 8 月版，第 127 页。
[12]国家劳动总局政策研究室：《外国劳动法选》，劳动出版社，1981 年版，第 83-84 页。
[13]魏贻信编著：《劳动基准法实用》(台)，三民书局，1986 年 4 月版，第 33 页；国家劳动总局政策研究室：《外国劳动法选》，劳动出版社，1981 年版，第 83-84 页。
[14]史尚宽《债法总论》，中国政法大学出版社，2001 年 1 月版，第 279 页；魏贻信编著：《劳动基准法实用》(台)，三民书局，1986 年 4 月版，第 33 页。
[15]王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 1 册，中国政法大学出版社 1997 年 1 月版，第 120 页。

在事实劳动关系确立上，最主要的问题是如何明确其期限。《北京市劳动合同规定》规定，用人单位与劳动者存在劳动关系未订立劳动合同，劳动者要求签订劳动合同的，用人单位应当与劳动者签订劳动合同。双方当事人就劳动合同期限协商不一致的，劳动合同期限从签字之日起不得少于 1 年。《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》(法释[2001] 14 号)规定，用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。

在事实劳动关系存续上，劳动报酬和劳动条件无疑是最需要明确的。《上海市劳动合同条例》规定，应当订立书面劳动合同而未订立，但劳动者按照用人单位要求履行了劳动义务的，劳动报酬和劳动条件高于用人单位规章制度、集体合同规定或者法定劳动标准相应内容的，按照实际已经履行的内容确认；劳动报酬和劳动条件低于用人单位规章制度、集体合同或者法定劳动标准的，按照有利于劳动者的原则确认。

在事实劳动关系消灭上，《上海市劳动合同条例》规定，应当订立劳动合同而未订立劳动合同的，劳动者可以随时终止劳动关系；应当订立劳动合同而未订立的，用人单位提出终止劳动关系，应当提前 30 日通知劳动者。

尤其值得注意的是，《上海市劳动合同条例》甚至新增了劳动合同履行的专章，对劳动合同与实际劳动关系不一致的情况，按照实际劳动关系的状况来处理。例如，劳动合同约定的起始时间与实际履行的起始时间不一致的，按实际履行的起始时间确认；签订劳动合同的用人单位和实际使用劳动者的单位不一致的，用人单位可以与实际使用劳动者的单位约定，由实际使用劳动者的单位承担或者部分承担劳动者的义务等。

上述规定的核心形成了一套事实劳动关系的履行规则。这些履行规则，目前的作用虽然只是为了解决应签合同而未签合同的劳动关系，但至少比较正面的对事实劳动关系作出了规范予以保护。从更长远来考虑，履行规则的逐步完善，书面劳动合同的作用也会逐步下降，也就更接近劳动关系调整的应有模式。

三、关于事实劳动关系的深层思考

现代化大生产的条件下，劳动合同呈现出规格化、定型化的特点。处于弱势一方的劳动者对于已经规格化、定型化的标准合同文本，往往只能做出完全接受

或者完全拒绝的选择，从而使其自由表达意思的能力受到极大限制。劳动者在这种情况下，是很难作出完全符合本意的表达的。更有甚者，劳动合同可分为主合同与合同附件两种形式。主合同是劳动合同当事人双方签字的合同文本，劳动合同当事人可以对劳动合同的内容进行协商。劳动合同的附件是劳动合同缔结时已经作为合同前置条件存在的劳动规则。由于用人单位简化前一部分的内容，而细化后一部分的内容，使劳动者在缔约时，往往是在不了解或不完全了解的情况下作出承诺。劳动合同附合化的存在，有其内在的合理性。社会化大生产要求众多劳动者协同劳动，这就要求劳动条件的标准化。劳动合同规格化、定型化适应了这一要求。劳动合同附合化也降低了交易费用，有利于订约和履约。但是，也应看到劳动合同附合化使劳动合同偏离了平等协商，成为一方说了算的合同，有违社会公平。

劳动合同虽也体现了一种“合意”，但是这种“合意”正如麦克尼尔所说“充其量只能发挥一种触发性作用”。麦克尼尔认为:“同意与计划的等式不可能是永远有效的。它的拟制性是巨大的；的确，如果我们考察一下复杂的、持续性的契约关系，我们就会发现同意充其量只能发挥一种触发性作用，而把同意与复杂的计划的全部等同起来绝对是愚蠢的。比如说，国际商用机器公司(IBM)的一个新雇员，从被雇佣的一刻起(如果不是在此之前)，就受制于许许多多有关他的生活方面的计划。他只知道其中一些较为明显的计划，对于这些他是同意的；除此以外他或者盲目相信，或者全然不知。依据同意实现之规范，我们只能说他受这些明显的计划的约束，并且他触发了一种涉及其他许多方面的关系。如果我们再往下说，他也受那些他自己并不知道事实上也不可能知道的计划的约束，那我们就必须从计划执行规范或其他地方去寻找理由，而决不可能在同意中找到这样的理由。”[16]

如果我们从更深层次研究劳动关系，就会发现书面劳动合同是在信息不充分、地位不对等情况下签订的附合化合同，不应过份夸大其作用。我国所推崇的书面劳动合同在一定条件下，甚至可以成为可有可无的形式。一般认为劳动合同采用书面形式有两大功能，一是对劳动关系的调整功能，二是对劳动关系的证明功能。随着劳动关系纳入劳动法调整模式，这两种功能都在弱化，甚至可以为其他形式

[16] 麦克尼尔:《新社会契约论》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 45-46 页。

所替代。

就劳动合同的调整功能而言，由于劳动者处于弱势地位，劳动关系不能仅由劳动合同调整，而是纳入了一种多层的调整模式。宏观上，以劳动基准法调整全部劳动关系，国家制定最低工资、最高工资时，为劳动关系作出底线规定，劳动关系的双方当事人不得违反；中观上，以集体合同调整集体劳动关系，在劳动基准法的基础上，工会代表员工与企业进行集体协商；微观上，以劳动合同调整个别劳动关系。从世界范围来看，劳动者的弱势地位使劳动者结成团体来争取自己的权益，劳动关系主要通过中观的层次来进行调整，劳动合同的调整作用日益弱化。

就劳动合同的证明功能而言，可以分为劳动关系成立的证明与劳动关系状态的证明。劳动关系的动态发展使劳动关系的状态根本无法用劳动合同来证明。例如，劳动者的工资是不断变化的，工资刚性的特点，使劳动者的实际工资常常高于书面合同所确立的工资。用书面合同证明劳动者的工资，实际上是对劳动者权益的损害。我国目前的书面劳动合同，只是发挥着劳动关系成立的证明功能。然而，随着工资通过银行转账发放，劳动者完全可以工资单来证明劳动关系的成立。这一证据还可以同时证明劳动关系的实际状态。

以上两方面可以说明劳动关系是一种非常特殊的社会关系，是一种重实际履行的社会关系。就理论研究而言，劳动法学更应关注我国所谓的事实劳动关系与以劳动合同确立的法律关系的相同点。事实劳动关系与劳动合同确立的法律关系至少有四方面是相类似的：(1)两者均体现了劳动者与用人单位在确立劳动关系方面所达成的合意，是双方经过双向选择而形成一致；(2)两者的法定内容完全一样，都是一种权利义务关系.劳动关系的内容主要是一种整体调整，在劳动基准法和集体合同已经存在的情况下，劳动关系的主要内容是确定的；(3)对于一部分需通过任意性规范来确定的内容，例如工资，在现实的经济生活中本身也是动态的，我国的无固定期限的劳动合同要管儿十年，很难设想可通过一纸合同将工资约定清楚，这也正是法律将利益争议纳入调整范围的原因；(4)对于因主体不合格而产生的事实劳动关系，由于劳动关系所具有的人身性质，在实际处理时，对于已经履行的部分，仍按劳动法律关系的方式处理。

劳动法律关系从内容上看，可以分为两部分，其中一部分法律关系的内容可

以直接通过劳动基准法，权利义务法定方式规定，并直接根据法律规范所要求的法律事实转变为现实权利和义务；另一部分法律关系的内容在客观法中没有确切的反映，法律以任意性规范的形式规定，非经当事人意思表示不能确定其主观权利义务的内容，这部分内容就需要通过集体合同、劳动合同来明确。劳动法在对劳动关系进行调整时，是通过劳动基准法调整全部劳动关系，通过集体合同调整集体劳动关系，通过劳动合同调整个别劳动关系。当劳动法所规定的法律事实出现时，固然产生劳动法律关系；当劳动法所规定的法律事实未出现，如劳动合同未签订时，事实劳动关系实际上也启动了法定的内容，但是应由劳动合同约定的内容处于不确定的状态。这时用人单位与劳动者的相互关系虽未达到典型的法律关系的程度，但也是一种准法律关系，劳动法也应予以保护。如果我们能有一套较为完善的履行规则，则后者甚至能达到与前者完全相同的效果. 目前发达国家大部分不要求签订书面劳动合同，也正是由于有一套较为发达的履行规则。

在我国，目前书面劳动合同还是证明劳动关系存在的有力证据，劳动保障部门的工作也还是围着“管人头”这种较落后的方式来进行的。随着工资逐步通过转账来进行，工会的维护职能加强，书面劳动合同作为证明劳动关系存在的凭证的作用将日益丧失，口头劳动合同将成为普遍形式。劳动关系的调整模式将更多地依赖劳动基准法和集体合同，因而更国际化。《上海市劳动合同条例》中另一值得注意的规定是允许采取口头合同的形式，这一探索无论成功与否都将为完善我国劳动关系调整模式积累经验。

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