# 保华月刊

# Baohua Monthly

2020年7月刊
Jul.2020
第42期
NO.42

- 案例调研：社保代缴模式中社保利益救济手段评析
- 最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）

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 新法规：最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）
New Regulation: *Guiding Opinions of the Supreme People's Court on Strengthening the Search of Class Cases Applicable to Uniform Laws (Trial)*

**热点追踪**
Hot Issues

16 案例调研：社保代缴模式中社保利益救济手段评析
Case Study: Analysis and Comments on the Remedies for Social Security Benefit in the Mode: Payment of Social Security Expenses on behalf of Other Employer

**老董杂谈**
Professor Dong By-Talk

22 论我国的定期劳动合同
On the fixed term labor contract in China

# 新闻总结

一、　13 部门发文支持共享经济新业态

来源：央广网

摘要：国家发改委等 13 个部门联合发布《关于支持新业态新模式健康发展激活消费市场带动扩大就业的意见》（以下简称《意见》）。《意见》要求把支持线上线下融合的新业态新模式作为经济转型和促进改革创新的重要突破口，打破传统惯性思维。

Abstract：*Opinions on Supporting New Formats and New Models to Activate the Consumer Market with Healthy Development to Drive Employment Expansion* (hereinafter referred to as the *Opinions*) is jointly issued by the National Development and Reform Commission and other 12 departments. The *Opinions* require that new formats and models integrating online and offline should be regarded as an important breakthrough in economic transformation and promoting reform and innovation, so as to break the traditional inertia thinking.

阿里巴巴合伙人、高德集团总裁刘振飞对此表示，《意见》的发布，让数字经济从业者倍感振奋。作为国内首个日活跃用户过亿的国民出行平台，高德地图致力于成为交通出行领域的数字化基础设施，也一直在努力探索交通出行的新业态新模式。未来，高德将继续发挥移动出行平台和大数据的优势，助力发展数字经济。

在交通出行数字化方面，高德地图一方面助力传统出行企业实现数字化转型升级；另一方面首创了“聚合打车”新模式，为消费者带来更便捷、更高效的共享出行体验。

助力传统出行企业数字化升级

去年 8 月，高德地图发布了传统出行数字化升级方案和新出租车数字化解决方案，面向汽车厂商、交运企业、出租车企业等传统出行企业，提供流量、技术与生态等全方位的支持。

目前，该方案已接入享道出行、T3 出行、及时用车等 60 多家出行企业，带来了巨大的产业价值。其中，借助于高德传统出行数字化升级方案，享道出行的获客成本降低了数十倍，及时用车在 15 天内就完成了从 0 到 1 的接入上线。

“深圳出租”则是高德地图助力传统巡游出租车行业数字化转型的最新落地。

今年 5 月，在深圳市交通运输局的指导下，市出租车行业和高德地图共建的“深圳出租”上线运营，并入驻高德地图聚合打车平台。“深圳出租”项目将具备线下管理优势、服务优质可靠的传统巡游出租车，进行了全面的在线化升级。

现在，深圳市所有的出租车司机在进行升级后，均可开启“深圳出租”在线接单，有效解决传统兜街巡游存在的信息不对称问题，减少车辆空驶，提高运行效率，均衡运力分布，缓解偏远地区打车难问题。同时，深圳市民通过高德打车也可一键预约出租车，享受数字化出行带来的更加便捷和优质的服务体验。

“聚合打车”构建共享出行新模式

《意见》还特别强调“培育发展共享经济新业态，创造生产要素供给新方式”，“鼓励共享出行、餐饮外卖、团购、在线购药、共享住宿、文化旅游等领域产品智能化升级和商业模式创新。”

在共享经济新业态新模式方面，2017 年 7 月，高德地图首创推出了“聚合打车”的共享出行新模式，到目前已接入全国 60 多家出行服务商，真正实现了“一键全网叫车”。

“聚合打车”通过一键多平台同时呼叫，不仅能帮助消费者更快叫到车，缩短打车等待时间；而且还通过对市场中既有运力的充分整合，可有效减少车辆空驶，带来城市出行大约 10%以上的效率提升。

另外，“聚合打车”平台也为消费者打车“货比三家”提供了可能，构建了一个更开放、更公平的共享出行市场发展生态，各出行服务商同台竞技，比效率、比价格、比服务，形成良性竞争，继而提升行业的整体服务水平，引领行业不断升级。

今年 4 月和 6 月，高德打车还相继与自动驾驶公司 AutoX、文远知行等，联合启动了 RoboTaxi 项目，保持对前沿科技和创新模式的积极探索，为消费者持续带来差异化、更新鲜的出行体验。

数字化出行的“硬核”战疫

《意见》还提到，“打破惯性思维，创新治理理念。以抗击新冠肺炎疫情期间涌现的线上服务新模式发展为契机，打破传统业态按区域、按行业治理的惯性思维，探索触发式监管机制，建立包容审慎的新业态新模式治理规则。”

今年的新冠肺炎疫情曾严重影响了人们的交通出行。在今年疫情爆发时的 2 月份，武汉市公交、地铁等多种公共交通系统相继停运，为保障昼夜奋战在抗击疫情第一线的医护人员的安全高效出行，高德打车联合武汉等地出行合作伙伴，组织公益车队，紧急上线“医护专车”服务。武汉市内所有医护人员均可通过高德打车，24 小时免费呼叫专属且全方位安全防护的“医护专车”。该服务持续运营了两个多月，直到 4 月 8 日武汉“重启”后才下线，完成了自己的使命。

受疫情影响，今年高考延期至 7 月。为了帮助交通不便的考生顺利赴考，高德打车还联合中国交通报社、中交企协雷锋工委，共同启动了出租车“爱心送考科技护航”公益活动，并在北京、重庆、武汉、徐州、连云港、郑州、秦皇岛、张家口、九江等等多个城市上线了免费的“考生专车”服务。

上述城市的众多雷锋车队、先锋车队、劳模车队等公益车队已经入驻，高考考生们今年首次可在线上预约爱心出租车。预约成功的考生，就可以享受高考期间免费的一对一、点对点的送考和接考服务。

## 二、　四部门发文降低企业用工成本 尽快实现养老保险全国统筹

来源：中宏网新闻

摘要：国家发改委、工信部、财政部、人民银行近日印发《关于做好 2020 年降成本重点工作的通知》(下称“通知”)，通知提出，要降低企业用工成本。免征中小微企业基本养老、失业、工伤“三项”社会保险单位缴费部分至年底。尽快实现养老保险全国统筹。落实住房公积金阶段性支持政策。

Abstract：*Notice on Implementing Key Tasks of Cost Reduction in 2020* (hereinafter referred to as the "*Notice*")is recently issued by the National Development and Reform Commission, Ministry of Industry and Information Technology, Ministry of Finance of the People‘s Republic of China and the People's Bank Of China. The *Notice* proposes to reduce the labor cost of enterprises. Exempt small and medium-sized enterprises from the unit contributions of the "three" types of social insurance for basic old-age care, unemployment and work-related injuries until the end of the year, and realize the national pooling of old-age insurance as soon as possible, and implement the phased support policy of housing provident fund.

通知提出，要落实好既定减税降费政策、强化金融支持实体经济力度、持续

降低制度性交易成本、努力降低企业用工和房租负担、继续降低用能用地成本、推进物流降本增效、激励企业内部挖潜等要求。

通知明确，降低企业宽带和专线平均资费。主要针对企业实施互联网接入宽带和专线降费，并重点向中小企业和制造业倾斜，整体上实现企业宽带和专线平均资费降低 15%。

强化金融支持实体经济力度方面，通知要求继续疏通货币政策传导机制，灵活运用降准、公开市场操作、再贷款再贴现等货币政策工具，保持流动性合理充裕。做好 3000 亿元抗疫专项再贷款、5000 亿元再贷款再贴现资金和新增的 1 万亿元普惠性再贷款再贴现额度的政策衔接。加强监管，防止资金“空转”套利。延长中小微企业贷款延期还本付息政策至明年 3 月底，对普惠型小微企业贷款应延尽延，对其他困难企业贷款协商延期。普惠型小微企业贷款综合融资成本明显下降，大型商业银行普惠型小微企业贷款增速要高于 40%。

持续降低制度性交易成本方面，通知提出修订和发布《市场准入负面清单（2020 年版）》，放宽市场准入试点，持续破除市场准入隐性壁垒。扩大鼓励外商投资产业目录，使更多领域的外商投资能够享受税收等有关优惠政策。放宽小微企业、个体工商户登记经营场所限制，便利各类创业者注册经营、及时享受扶持政策。有序放开新能源汽车代工生产，推动自检自证，实行品牌授权试点。

继续降低用能用地成本方面，通知提出继续降低一般工商业电价，降低除高耗能行业用户外的现执行一般工商业、大工业电价的电力用户到户电价 5%至年底。制定科学合理的“十四五”能耗总量控制指标，完善考核制度和用能权交易制度。避免和纠正“一刀切”的去煤化政策。合理增加供应降低用地成本。

推进物流降本增效方面，通知指出，深化收费公路制度改革，全面推广高速公路差异化收费。鼓励有条件的地方回购经营性普通收费公路收费权，对车辆实行免费通行。扎实推进国家物流枢纽建设，推动构建“通道+枢纽+网络”的物流运行体系。鼓励 5G、物联网、大数据等新技术在物流领域应用，促进物流业和制造、金融、旅游、商务等产业融合发展。

## 三、 国家税务总局：完善调整部分纳税人个税预扣预缴方法

来源：央广网

摘要：近日国家税务总局就完善调整年度中间首次取得工资、薪金所得等人员有关个人所得税预扣预缴方法事项发布《关于完善调整部分纳税人个人所得税预扣预缴方法的公告》（以下简称“公告”）。

Abstract：Recently, the State Taxation Administration of The People's Republic of China issued the *Announcement on Perfecting and Adjusting the Prepayment Method of Personal Income Tax Withholding for Taxpayers* (hereinafter referred to as the "*Announcement*") on improving the method of withholding and prepaying personal income tax for those who get wages and salary income for the first time in the middle of the year.

公告称，对一个纳税年度内首次取得工资、薪金所得的居民个人，扣缴义务人在预扣预缴个人所得税时，可按照 5000 元/月乘以纳税人当年截至本月月份数计算累计减除费用；

公告指出，正在接受全日制学历教育的学生因实习取得劳务报酬所得的，扣缴义务人预扣预缴个人所得税时，可按照《国家税务总局关于发布〈个人所得税扣缴申报管理办法(试行)〉的公告》(2018 年第 61 号)规定的累计预扣法计算并

预扣预缴税款；

此外，符合本公告规定并可按上述条款预扣预缴个人所得税的纳税人，应当及时向扣缴义务人申明并如实提供相关佐证资料或承诺书，并对相关资料及承诺书的真实性、准确性、完整性负责。相关资料或承诺书，纳税人及扣缴义务人需留存备查；

本公告所称首次取得工资、薪金所得的居民个人，是指自纳税年度首月起至新入职时，未取得工资、薪金所得或者未按照累计预扣法预扣预缴过连续性劳务报酬所得个人所得税的居民个人。

据悉，此公告自 2020 年 7 月 1 日起施行。

## 四、 美国失业救济金补助即将停止 裁员潮也正加速逼近

来源：金十数据

摘要：美国劳工部报告显示，受近段时间来确诊病例激增的影响，美国上周首次申领失业救济金人数超 140 万人，又创近 4 个月来的最高水平。与此同时，该国的额外失业救济金措施将于 7 月 31 日面临失效。另一方面，重新上涨的失业率也反映出美国企业的资金正面临枯竭，裁员潮正在逼近。

Abstract: According to the report of the U.S. Department of Labor, affected by the surge of confirmed cases in recent years, the number of people applying for unemployment benefits for the first time in the United States exceeded 1.4 million last week, creating the highest level in the past four months. At the same time, the country's extra unemployment relief measures will face failure on July 31st. On the other hand, the rising unemployment rate also reflects that the funds of American enterprises are facing depletion, and a new wave of layoffs is approaching.

据央视新闻报道， 8 月 8 日美国上一轮对企业的救助方案即将到期，不少企业正面林资金枯竭的困境。美国知名投行高盛调查显示，84%的被调查企业明确表示，其资金将会在 8 月的第一周耗尽。此前，美国已经倒闭了 10 万家小企业。

除了小企业之外，美国不少大企业同样面临资金枯竭的困境。根据法律服务公司 Epiq Global 数据，今年 6 月份，美企破产申请数量同比大增 43%。央视新闻指出，7 月 23 日，美国大型零售商阿塞纳零售集团也宣布已经进行破产申请。据悉，该公司全美的 2800 家门店中，将仅剩 1200 家，关店率超 50%。

种种迹象显示，原本就已经举步维艰的美国经济正面临倒退。如果美国还不尽快出台经济救助方案，美国“史诗级破产潮”很可能就将来临。此外，摩根士丹利前亚太区主席罗奇（Stephen Roach）发出警告称，美国经济或将面临两次触底。

## 五、 新加坡职工总会：未来几个月将出现失业潮 建议拟定公平裁员框架

来源：中国经济网

摘要：受新冠肺炎疫情影响，新加坡企业经营状况持续恶化。新加坡职工总会近日表示，预计未来数月将出现失业潮，为了应对这一情况，全国职工总会推出最新版本的公平裁员框架（Fair Retrenchment Framework，简称 FRF），以引导需要进行裁员的企业。

Abstract: Affected by the COVID-19, the business situation of Singaporean enterprises has been deteriorating continuously. The National Trades Union Congress

recently said that it is expected that there will be a wave of unemployment in the next few months. In order to cope with this situation, the National Trades Union Congress has launched the latest version of the Fair Retrenchment Framework (FRF) to guide enterprises that need to lay off employees.

公平裁员框架包括三大核心内容：

一、新加坡是开放的经济体，吸引各国人到新工作。然而，若无法避免裁员的情况，当局呼吁企业应根据员工的知识、经验、技术等进行公平合理的评估，首先帮助本国人保住工作。

二、削减成本，尽可能保住就业。

1. 实行集体减薪；
2. 为员工提供借调机会；
3. 缩短工作周，或要求员工领无薪假；
4. 允许员工转为兼职合同；
5. 考虑员工的分工安排；
6. 利用政府援助计划以减少人力成本。

三、提供就业援助，帮助员工培训新技能、寻找新工作等。

新加坡是一个开放的经济体，吸引大量优秀人才和外劳到此工作。然而疫情严重冲击了航空、旅游、物流等支柱企业。金管局公布的数据显示，新加坡今年上半年经济萎缩 6.5%。新加坡政府推出的企业援助计划将在 8 月底结束，届时更多企业将出现严重的资金短缺。

六、　北京出手 “封杀” 社保代缴业务

来源：大风号

摘要：近日，北京社保中心发布《关于劳务派遣企业和人力资源服务企业参加社会保险有关问题的通知》（以下简称“《通知》”）严控社保代缴，自 2020 年 7 月 5 日以后，劳务派遣企业和人力资源服务企业在通过网上服务平台、三险业务系统办理职工新参保登记与增员时，需要补充填报部分劳动合同相关信息。社保代缴业务模式可能彻底“终结”。

Recently, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau issued the *Notice on Issues Related to Labor Dispatching Enterprises and Human Resources Service Enterprises Participating in Social Insurance* (hereinafter referred to as "*Notice*"), which strictly controls the payment of social security. Since July 5, 2020, all labor dispatching enterprises and human resources service enterprises need to supplement and fill in some information related to labor contracts when they apply for new enrollment registration and increase of employees through the online service platform and the three insurance business system. The business model of social security agency payment may be completely "ended".

《北京市社保中心关于劳务派遣企业和人力资源服务企业参加社会保险有关问题的通知》

各区社保经办机构：

鉴于我市劳务派遣企业和人力资源服务企业出现的“代缴社会保险费”的情况，我们计划通过对三险业务系统、网申服务平台的优化升级，以达到“事前严

控”的目的。因此自 2020 年 7 月 5 日以后，劳务派遣企业和人力资源服务企业在通过网上服务平台、三险业务系统办理职工新参保登记与增员时，需要补充填报部分劳动合同相关信息。

根据局劳动关系处与人力资源市场处提供的劳务派遣企业和人力资源服务企业名单，我们对相关企业做了标识，一共分为三类：一是只带有劳务派遣企业标识、二是只带有人力资源服务企业标识、三是即带有劳务派遣企业标识又带有人力资源服务企业标识。

经办人员可以通过三险业务系统“查询统计-单位统计”模块查询劳务派遣企业和人力资源服务企业的相关标识。

1.只有劳务派遣企业标识的劳务派遣企业和人力资源服务企业。在办理职工参保登记或增员时，在录入原有信息并确认后，将弹出劳动合同信息采集界面，包括员工类型、岗位、劳动合同（派遣协议）约定员工薪金、劳动合同（派遣协议）起止时间、实际用工单位统一社会信用代码（组织机构代码）。在办理职工参保登记或增员时，员工类型可以选择“本单位员工”、“劳务派遣员工”，在选择“本单位员工”时，除“实际用工单位统一社会信用代码（组织机构代码）”外，其他采集项都是必录项；在选择“劳务派遣员工”时，所有采集项都是必录项，若不录入，系统会提示。在录入实际用工单位统一社会信用代码（组织机构代码）时，若录入的实际用工单位在系统中不存在时，会有相应的提示，将无法完成参保登记或增员。

2.只有人力资源服务企业标识的劳务派遣企业和人力资源服务企业。在办理职工参保登记或增员时，员工类型选择“劳务外包员工”时，所有采集项都是必录项。

3.即有劳务派遣企业标识又有人力资源服务企业标识的劳务派遣企业和人力资源服务企业。在办理职工参保登记或增员时，员工类型在选择“劳务外包员工”、“劳务派遣员工”时，所有采集项都是必录项。

4.重点关注企业。每月 25 日至月底稽核部门向登记征缴部门提供本月重点关注企业名单，登记征缴部门将此名单提供给三险业务系统与网申系统进行维护。此类企业也将按照劳务派遣企业和人力资源服务企业规则，在办理职工参保登记和增员时也需录入劳动合同相关要素选项。

对于通过单机版软件办理职工新参保登记、增员业务的劳务派遣企业和人力资源服务企业，在读盘时，系统会有相应的提示，需要其提供劳动合同或派遣协议。

北京市社保中心

2020 年 6 月 30 日

七、 北京住房公积金管理中心：不为职工开公积金账户最高罚 5 万

来源：金融界网站

摘要：北京住房公积金管理中心日前发布《关于印发行政处罚裁量基准的通知》，明确单位不办理住房公积金缴存登记，且经北京住房公积金管理中心责令限期办理仍逾期不办理的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。单位已经办理住房公积金缴存登记，但不为职工办理住房公积金账户设立手续的，经北京住房公积金管理中心责令限期办理仍逾期不办理的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

The Beijing Housing Fund Management Center recently issued the *Notice on Printing and Distributing the Discretion Benchmark of Administrative Punishment*,

which makes it clear that any unit that fails to register the deposit of housing provident fund and fails to do so within the time limit ordered by Beijing Housing Fund Management Center will be fined not less than CNY 10,000 but not more than CNY 50,000. Any unit that has gone through the registration of housing provident fund deposit, but has not gone through the formalities for setting up housing provident fund accounts for its employees, who fails to do so after being ordered by Beijing Housing Fund Management Center within the time limit, will be fined not less than CNY 10,000 but not more than CNY 50,000.

《北京住房公积金管理中心关于印发行政处罚裁量基准的通知》政策解读

一、修订《北京住房公积金管理中心行政处罚裁量基准》的背景是什么？

为进一步促进依法行政，规范行政执法行为，加大对违法单位的处罚力度，督促单位依法足额为职工缴存住房公积金，北京住房公积金管理中心（以下简称管理中心）结合执法工作实际，按照《中华人民共和国行政处罚法》《住房公积金管理条例》等法律法规，修订行政处罚裁量基准。

二、单位不办理住房公积金缴存登记，将面临何种行政处罚？

单位不办理住房公积金缴存登记的行为，违反《住房公积金管理条例》第十四条第一款规定，经管理中心责令限期办理逾期不办理的，依据《住房公积金管理条例》第三十七条规定，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。根据违法情节，按照未建职工人数分档予以处罚，具体见《北京住房公积金管理中心行政处罚裁量基准》第三条规定。

三、单位不为职工办理住房公积金账户设立手续，将面临何种行政处罚？

不为本单位职工办理住房公积金账户设立手续的行为，违反《住房公积金管理条例》第十五条第一款规定，经管理中心责令限期办理逾期不办理的，依据《住房公积金管理条例》第三十七条规定，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。根据违法情节，按照未建职工人数分档予以处罚，具体见《北京住房公积金管理中心行政处罚裁量基准》第四条规定。

四、单位拒绝管理中心检查、不如实提供相关资料，将面临何种行政处罚？

单位拒绝管理中心检查、不如实提供用人情况以及工资、财务报表等与缴存住房公积金有关资料的行为，违反《北京市实施<住房公积金管理条例>若干规定》第十六条第二款规定，经管理中心责令改正拒不改正的，依据《北京市实施<住房公积金管理条例>若干规定》第十七条规定，可以处 500 元以上 1000 元以下罚款。

五、从轻处罚的具体情形有哪些？

单位自管理中心送达《处罚事先告知书》后，积极改正违法行为的，可按照处罚基准降一档予以处罚，不得低于法定最低处罚标准。

六、从重处罚的具体情形有哪些？

单位违反《住房公积金管理条例》或《北京市实施<住房公积金管理条例>若干规定》已被处罚，再次出现住房公积金违法行为的，管理中心按照最高档处罚标准从重处罚。

七、行政处罚信息的公示期限依申请缩短标准和流程？

单位违反《住房公积金管理条例》或《北京市实施<住房公积金管理条例>若干规定》已被处罚后，在规定期限内履行行政处罚决定且已改正违法行为的，可由单位法人（负责人）或授权委托人（需授权委托书及受托人有效身份证件复印件）通过邮寄或向所属管理部柜台当面提交缩短公示期的书面申请，管理部在

收到申请之日起 7 个工作日内作出是否同意缩短公示期的决定，在规定期限内单位履行行政处罚决定且已改正违法行为的，将依申请将相关处罚信息的公示期缩短，不符合缩短公示期条件的，告知当事人具体事实理由。

八、行政处罚信息的公示何时会撤销？

对于公示期届满的行政处罚信息不再对外公示，但单位未履行行政处罚决定的除外。

## 八、　南京挤出十亿资金广纳十万贤才

来源：金融界网站

摘要：近日，南京市对外正式发布《战疫情促就业十万研究生宁聚行动方案》。在今年减税降费任务重、财政压力大的背景下，南京“挤”出 10 亿元资金，面向硕博研究生等优秀人才提供“就业见习岗位”10 万个以上。

Abstract：Recently, the *Action Plan for Promoting Employment of 100,000 Graduate Students in Nanjing under the Epidemic Situation* is officially released by Nanjing. Against the background of heavy tax reduction and fee reduction and heavy financial pressure this year, Nanjing has "squeezed" CNY 1 billion to provide more than 100,000 "employment trainee positions" for outstanding talents such as masters and doctoral students.

“宁可政府再紧一紧，宁可缓建一批项目，也要在引才上再加把劲，挤出钱来为研究生提供 10 万个见习岗位。”省委常委、南京市委书记张敬华表示，要让更多人才感受到南京促进毕业生就业和引才聚才的诚意，让更多的企业招引到符合自身发展需求的优秀人才，让社会各界感受到南京建设创新名城的决心。

根据方案，南京将围绕“4+4+1”主导产业发展方向，集成电路、软件和信息服务、新能源汽车等 8 条产业链重点领域，组织动员全市新型研发机构、科技企业孵化器、众创空间等科创载体、各类企业和科研院所，面向硕博研究生等优秀人才提供“就业见习岗位”，部分行业特殊岗位可扩大至国内“双一流”高校（学科）及海外知名高校应届本科毕业生。

为了吸引高校硕博研究生来宁见习，南京将发放见习补贴，奖励留人主体。年底前，对符合要求的人才来宁参加就业见习的，见习期间经认定可按 3000 元/人月的标准给予见习生活补贴，最长可达 3 个月。鼓励见习单位积极留用见习学员，根据留用率给予每人 1000 元或 2000 元的就业留用奖励。对履职尽责施训的见习单位给予每人每月 150 元见习带教补贴。

加大创业扶持，南京还将扩大市级优秀大学生创业项目遴选并相应给予 10 万-50 万元资助。对入驻高新园区、科技企业孵化器、众创空间、大创园等创业载体的创业企业，给予“0 租金”创业场地，免收物业费，最长可达 3 年。拓宽创业担保贷款绿色通道，个人可申请最高 30 万元创业担保贷款，在规定贷款额度、利率和贴息期限内全额贴息。

经测算，南京推出 10 万个见习岗位需要近 10 亿元资金，钱从哪里来？“宁可少修一段地铁线，也要挤出资金为青年优才安排 10 万见习岗。”南京市人社局局长刘莅说，修两公里地铁大约耗资 10 亿元，挤出这笔资金，集聚人才这个“第一资源”，换来高层次人才这个创新名城建设的关键力量。

南京近年来大力实施“宁聚计划”，吸引大学生就业创业，取得良好成效，今年 4 月又出台“宁聚新十条”。1-6 月，全市新增就业参保大学生逾 15 万人，扶持大学生创业 3276 人。

## 法规名称：最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）（以下简称“《意见》”）

Regulation: Guiding Opinions of the Supreme People's Court on Strengthening the Search of Class Cases Applicable to Uniform Laws (Trial) (hereinafter referred to as "Opinions")

## 发布：最高人民法院

Published by Supreme People's Court

## 公布日期：2020年7月27日

Published on July 27, 2020

## 施行日期：2020年7月31日

Implemented on July 31, 2020

概要：近年来，最高人民法院及一些地方法院分别创设了类案检索机制，要求承办法官在审理相关案件时进行类案检索，为合议庭、专业（主审）法官会议、审判委员会研究讨论案件提供必要参考。近日，最高人民法院在认真总结各级法院有益经验的基础上，经充分调研论证、广泛征求意见，研究制定了《意见》，将类案检索定位为具有中国特色的、成文法体系下的具体制度，旨在实现法律的统一适用。

Abstract: In recent years, the Supreme People's Court and some local courts have respectively created a similar case retrieval mechanism, which requires contractors to search for similar cases when trying related cases, providing necessary reference for collegiate bench, professional (presiding) judges' meeting and judicial committee to study and discuss cases. Recently, the Supreme People's Court, on the basis of earnestly summing up the useful experience of courts at all levels, studied and formulated the Opinions after full investigation and argumentation and extensive solicitation of opinions, and positioned the retrieval of similar cases as a specific system with Chinese characteristics under the statutory law system, aiming at realizing the uniform application of laws.

亮点：

Highlights:

1、《意见》规定了人民法院办理案件应当进行类案检索的情形，如缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则等情形，详见《意见》第二条。

The *Opinions* stipulates that the people's courts should search for similar cases when handling cases. If there are no clear referee rules or unified referee rules have not been formed, see Article 2 of the *Opinions* for details.

2、《意见》明确了类案检索的范围，并规定根据类案的发布性质、裁决机关级别、发布/裁决时间决定类案适用顺序。详见《意见》第四条。

The *Opinions* defined the scope of searching for similar cases, and stipulated that the order of application of similar cases should be determined according to the nature of publication, the level of adjudication organ and the time of publication/adjudication. See Article 4 of the *Opinions* for details.

3、《意见》明确了人民法院应如何适用检索到的类案，即如类案为最新指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判；如检索到其他类案的，人民法院可以作为作出裁判的参考。详见《意见》第九条。

The *Opinions* clarify how the people's court should apply the retrieved case, that is, if the case falls into the category of the latest guiding case, the people's court should make a judgment with reference. If other cases are retrieved, that case could be a reference to the people's court for making judgments. See Article 9 of the *Opinions* for details.

4、《意见》明确了人民法院应如何处理公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交的类案，即如类案为指导性案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；提交其他类案作为控（诉）辩理由的，人民法院可以通过释明等方式予以回应。详见《意见》第十条。

The *Opinions* clarify how the people's court should deal with the class cases submitted by the public prosecution organs, the parties to the case and their defenders, litigation agents, etc., that is, if the class case falls into a category of the guiding case as a reason for control (prosecution), the people's court should respond to whether it is a reference or not and explain whether it is a reference reason in the judgment document; If other cases are submitted as reasons for prosecution (prosecution), the

people's court may respond by means of explanation, etc. See Article 10 of the *Opinions* for details

**新法规：**

最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）

为统一法律适用，提升司法公信力，结合审判工作实际，就人民法院类案检索工作提出如下意见。

一、本意见所称类案，是指与待决案件在基本事实、争议焦点、法律适用问题等方面具有相似性，且已经人民法院裁判生效的案件。

二、人民法院办理案件具有下列情形之一，应当进行类案检索：

（一）拟提交专业（主审）法官会议或者审判委员会讨论的；

（二）缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的；

（三）院长、庭长根据审判监督管理权限要求进行类案检索的；

（四）其他需要进行类案检索的。

三、承办法官依托中国裁判文书网、审判案例数据库等进行类案检索，并对检索的真实性、准确性负责。

四、类案检索范围一般包括：

（一）最高人民法院发布的指导性案例；

（二）最高人民法院发布的典型案例及裁判生效的案件；

（三）本省（自治区、直辖市）高级人民法院发布的参考性案例及裁判生效的案件；

（四）上一级人民法院及本院裁判生效的案件。

除指导性案例以外，优先检索近三年的案例或者案件；已经在前一顺位中检索到类案的，可以不再进行检索。

五、类案检索可以采用关键词检索、法条关联案件检索、案例关联检索等方法。

六、承办法官应当将待决案件与检索结果进行相似性识别和比对，确定是否属于类案。

七、对本意见规定的应当进行类案检索的案件，承办法官应当在合议庭评议、专业（主审）法官会议讨论及审理报告中对类案检索情况予以说明，或者制作专门

的类案检索报告，并随案归档备查。

八、类案检索说明或者报告应当客观、全面、准确，包括检索主体、时间、平台、方法、结果，类案裁判要点以及待决案件争议焦点等内容，并对是否参照或者参考类案等结果运用情况予以分析说明。

九、检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判，但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。

检索到其他类案的，人民法院可以作为作出裁判的参考。

十、公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交指导性案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；提交其他类案作为控（诉）辩理由的，人民法院可以通过释明等方式予以回应。

十一、检索到的类案存在法律适用不一致的，人民法院可以综合法院层级、裁判时间、是否经审判委员会讨论等因素，依照《最高人民法院关于建立法律适用分歧解决机制的实施办法》等规定，通过法律适用分歧解决机制予以解决。

十二、各级人民法院应当积极推进类案检索工作，加强技术研发和应用培训，提升类案推送的智能化、精准化水平。

各高级人民法院应当充分运用现代信息技术，建立审判案例数据库，为全国统一、权威的审判案例数据库建设奠定坚实基础。

十三、各级人民法院应当定期归纳整理类案检索情况，通过一定形式在本院或者辖区法院公开，供法官办案参考，并报上一级人民法院审判管理部门备案。

十四、本意见自 2020 年 7 月 31 日起试行。

# 社保代缴模式中社保利益救济手段评析

## Analysis and Comments on the Remedies for Social Security Benefit in the Mode: Payment of Social Security Expenses on behalf of Other Employer

引言：社保代缴指用人单位无法或者不愿为劳动者直接缴纳社保，故委托某代理公司，以代理公司的名义为劳动者缴纳社保。但这种社保代缴的模式并不符合《社会保险法》的相关规定，一旦纠纷产生，会给实际用人单位带来巨大的法律风险。尤其是异地社保代缴的情况下，由于参保地与用人单位注册地归属不同的社保统筹地区，劳动者社保利益的实现更具有不确定性。司法部门在否认社保代缴合法性的基础上，为维护劳动者的社保利益（主要是工伤保险利益），司法实践中形成了如下三种观点：（1）参保地社保部门有权认定工伤；（2）劳动者因社保代缴而无法享受社保待遇，用人单位需担责；（3）如构成事实劳务派遣关系，则劳动者有权按用工地标准在参保地享受社保利益，实际用工单位与代缴单位需承担连带责任。而用人/用工单位在社保代缴模式下，存在既实际负担了社保费用，又要承担劳动者无法享受社保待遇时赔偿损失的法律风险。

Instruction: “Payment of Social Security Expenses on behalf of Other Employer” mode (“Mode”) means an employer is unable or unwilling to directly pay social security expenses for its employees, so it entrusts an agency company to make the payment in the name of the agency company. However, such Mode does not conform to the relevant provisions of the Social Insurance Law, and once disputes arise, it will bring huge legal risks to the actual employer. Especially if such Mode is performed between two different places, as the insured place and the employer registered place are belonging to different social insurance areas, the realization of the employees` social security benefits is more uncertain. The judicial departments , on the premise of denying of the validity of the mode, in order to protect the employees` social security benefits (mainly work-related injury insurance benefits), hold the following three opinions in legal practice: (1) The social insurance department in insured place has the right to identify the work-related injury; (2) If the employees fail to enjoy the social insurance benefits for the Mode, the employer shall bear the obligations; (3) If a factual labor dispatch relationship is established, the employee has the right to enjoy the social security benefits based on the standard of working place, and the employer and the agency company shall bear joint liability. In the Mode, the employer is very likely to actually bear both the social insurance expenses and the legal liability when the employee is unable to enjoy the social security benefits.

## 一、 参保地社保部门有权认定工伤 The social insurance department in insured place has the right to identify the work-related injury

【相关案例】山东案例 (2018)鲁 02 行终 624 号

M 公司注册地在北京，李某系 M 公司的员工，工作地在青岛。M 公司委托某代理公司在青岛为李某缴纳了社会保险。2017 年 8 月 31 日，代理公司以用人单位的名义向青岛人社局提交关于李某工伤认定的申请。青岛市人社局作出《工伤不予认定决定书》，李某提起行政诉讼，要求认定其所受伤害为工伤。

一审法院认为参保地青岛人社局无权做出认定。理由为《工伤保险条例》第十七条规定 :"职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，所在单位应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 30 日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。……。"根据上述规定，工伤认定应由用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门进行办理。工伤认定的基础是劳动关系，本案虽然代理公司为李某缴纳了工伤保险，但是经审理查明，与李某存在劳动关系的是 M 公司，即李某的用人单位为 M 公司，而非代理公司，故李某的工伤认定应由 M 公司所在地北京社保行政部门进行认定，本案被告青岛市人社局无权作出认定，虽然李某和代理公司在申请工伤认定时均未对双方的劳动关系提出异议，但根据本次庭审查明的事实，本院应依法撤销被告作出的工伤不予认定决定。原告李某与第三人 M 公司可依法向用人单位统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

二审法院认为参保地青岛人社局有权做出认定。理由为根据人力资源和社会保障部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见（二）》（人社部发【2016】29 号）第七条第三款规定，"职工受到事故伤害或者患职业病后，在参保地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照参保地的规定依法享受工伤保险待遇；未参加工伤保险的职工，应当在生产经营地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照生产经营地的规定依法由用人单位支付工伤保险待遇。"本案中，参保地为青岛地区，故原审法院认定被上诉人青岛市人社局无权作出认定不妥，上诉人李某与用人单位可依法向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。但是被上诉人青岛市人社局作出《工伤不予认定决定书》，认定上诉人李某系原审第三人代理公司的职工是错误的。故该《工伤不予认定决定书》，基本事实不清，依法应当撤销。

【评析】

社保关系与劳动关系的脱节引发的混乱，在异地社保缴纳的模式下尤其凸显。《社会保险法》、《工伤保险条例》的假设前提均是用人单位在用人单位所在地为劳动者缴纳社保，而未涵盖代缴社保的情形，在立法者看来代缴社保不是一种合法的社保缴纳方式。实践中，为了解决在用人单位注册地以外工作的劳动者工伤认定难的问题，人力资源和社会保障部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见（二）》出台，确定了参保地社保局有权认定工伤的原则[1]。

[1] 《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见（二）》第七条：用人单位注册地与生产经营地不在同一统筹地区的，原则上应在注册地为职工参加工伤保险；未在注册地参加工伤保险的职工，可由用人单位在生产经营地为其参加工伤保险。

劳务派遣单位跨地区派遣劳动者，应根据《劳务派遣暂行规定》参加工伤保险。建筑施工企业按项目参保的，应在施工项目所在地参加工伤保险。

职工受到事故伤害或者患职业病后，在参保地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照参保地的规定依法享受工伤保险待遇；未参加工伤保险的职工，应当在生产经营地进行工伤认定、劳动能力鉴定，并按照生产

然而，工伤认定仅是一个解决工伤问题的敲门砖。即使认定问题解决了，在代缴社保的模式下，还有更为复杂的工伤待遇发放问题难以解决。首先，《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见（二）》仅是解决了异地工伤认定的责任归属问题，并不代表参保地社保部门就一定会实际认定工伤；其次，如果劳动者仅愿意在用人单位注册地申请工伤认定，即使其在用人单位注册地获得了工伤认定，其向参保地申领社保待遇时，因两地社保部门并无隶属关系，参保地社保部门完全可能持不同观点而拒绝支付社保待遇。工伤能在参保地能得到认定，并能在参保地申领社保待遇，正是异地社保代缴还能存在一线生机的理由。但用人单位需要注意，只有当劳动者愿意配合，去参保地异地认定工伤并按参保地标准申领待遇的情况下，劳动者才有可能获得工伤待遇，但实践情况并非一直如此。

## 二、 劳动者因社保代缴而无法享受社保待遇，用人单位需担责 If the employees fail to enjoy the social insurance benefits for the Mode, the employer shall bear the obligations

【相关案例】湖北案例 (2018)鄂 01 民终 3245 号

乔某入职注册于湖北武汉的 G 公司，入职后，G 公司委托 Y 公司为乔某在北京社保部门缴纳社会保险。2015 年底，乔某在工作中受伤，向 G 公司注册地武汉市人社局申请工伤认定，武汉人社局认定其伤害为工伤，并随后由武汉市劳动能力鉴定委员会鉴定为工伤九级。随后，乔某向 Y 公司所在地北京某区社保基金管理中心申领工伤待遇，但该中心认为 G 公司系委托第三方为乔某代缴社保，并不合法，因此拒付社保待遇。2016 年中，因乔某医疗期满后不能从事原工作，也不能从事另行安排的工作，G 公司与其解除劳动关系。遂双方涉诉，乔某提出多项诉请，并要求 G 公司支付原应由社保基金支付的一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金。

经仲裁、一审、二审，最终法院支持了乔某要求 G 公司支付一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金的诉请。二审法院的判决理由为：依据《社会保险法》第五十七条及第五十八条的规定，为职工缴纳社会保险是用人单位的法定义务，社会保险登记实行属地管理，开户和缴费单位应当是“用人单位”，即与劳动者建立劳动关系的用人单位，用人单位委托第三方代缴职工社会保险不合法。代缴是直接以社保代缴公司的名义为职工缴纳社保，此种情形不是代理而是代替。在账户名义上，显示用人单位并未为其职工缴纳工伤保险，根据《社会保险法》第四十一条的规定，“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费，发生工伤事故的，由用人单位支付工伤保险待遇”，所以应由 G 公司承担乔某应享受的所有工伤保险待遇。

【相关案例】重庆案例 (2017)渝 05 民终 441 号

2008 年 3 月，况某入职重庆某餐饮管理有限公司，并由餐饮公司缴纳。从 2009 年 1 月开始，餐饮公司委托重庆某人力资源服务有限公司为况某代缴社保。2016 年 5 月，况某以餐饮公司未依法足额为其缴纳社保，未依法与其签订无固定期限劳动合同为由，向餐饮公司发出解除劳动合同通知书。况某离职后，餐饮公司向其发出《领取失业保险金通知》，通知其至江北区就业和人才服务局领取失业保险。2016 年 7 月 11 日，江北区就业和人才服务局失业保险中心发出书面文件，说明因况某与某人力资源公司不存在劳动关系，故况某不能享受失业保险待遇。况某经仲裁后，诉至法院，要求餐饮公司支付失业保险待遇损失。

---

经营地的规定依法由用人单位支付工伤保险待遇。

一审法院支持了况某诉请，理由是：况某系非因本人意愿中断就业，符合领取失业保险金的情形，但因餐饮公司未依法未况某办理失业保险，造成况某无法享受失业保险，故况某诉请予以支持。二审法院维持了原判。

【评析】

从上述两个案例可以看到，实践中，更多情况下，社保部门持否认社保代缴效力的观点，直接认定实际用人单位并未为劳动者缴纳社保。站在司法机关的角度，简单判定社保代理无效，让实际用人单位承担损失赔偿责任，既符合法律规定，又便于执行。站在劳动者角度，只要其向实际用人单位所在地社保部门申领社保利益未果，即可提起劳动仲裁/民事诉讼向实际用人单位主张损失赔偿，也是一种相对简便的操作方式，不用去走行政复议、行政诉讼的流程。最终，只有用人单位既实际支付了社保费用，又承担了赔偿劳动者社保利益损失的责任。这种法律风险理论上用人单位可以通过商务合同约定由社保代缴公司承担，但社保代缴公司往往拒绝接受，反而在商务合同中社保代缴公司均会将自己所面临的各种赔偿责任最终转嫁给实际用人单位。因此，社保代缴中的社保利益保护最常见的现象，就是让用人单位来承担劳动者的社保利益损失。并且，需注意，从上述第二个案例来看，社保利益应取广义的概念，除了工伤待遇，失业、生育等其他社保待遇的损失，亦需要用人单位来承担。

还需提示一点，工伤保险异地申领待遇有其特殊性，为了尽快获得工伤待遇，通常来说，劳动者通常还是愿意至异地进行认定、鉴定、待遇申领的，而不是一开始就去尝试在实际用工地推进流程，推进失败就直接进入司法途径，要求用人单位承担责任。只有当劳动者在异地申领待遇未果时，劳动者才会要求用人单位赔偿待遇损失。因此，建议用人单位、代缴单位尽量协助劳动者至异地办理工伤事宜，以降低需承担工伤待遇损失的可能性。

## 三、 如构成事实劳务派遣关系，劳动者有权按用工地标准在参保地享受社保利益，实际用工单位与代缴单位需承担连带责任 If a factual labor dispatch relationship is established, the employee has the right to enjoy the social security benefits based on the standard of working place, and the employer and the agency company shall bear joint liability

【相关案例】辽宁案例（2019）辽 02 民终 1632 号

赵某系大连市 S 公司员工，由第三方某人资公司在长春为其代缴社保。2017 年 2 月 22 日，赵某发生工伤，人资公司为赵某办理了工伤认定及伤残等级鉴定申请，经认定赵某为九级伤残，伤残等级证书中记载的用人单位是人资公司。长春市工伤保险基金向人资公司拨付了一次性伤残补助金。长春市医保局受理了人资公司提交的赵某医疗费用的报销申请。赵某要求 S 公司和人资公司支付工伤医疗费、一次性伤残补助金和一次性就业补助金。

一审法院支持了赵某诉请，理由为：赵某在 S 公司处工作，赵某的社会保险、工伤认定及伤残等级鉴定、工伤相关费用的报销均由人资公司办理，赵某工伤理赔款的垫付系由人资公司支付，结合人资公司向 S 公司出具派遣人员明细（包括赵某在内）及费用明细、S 公司向人资公司支付保险费用、劳务及管理费用的事实，可认定 S 公司与人资公司形成事实上的劳务派遣合同关系。赵某的工伤保险参保单位是人资公司，赵某的工伤职工伤残等级证书中记载的工作单位为人资公司，赵某的一次性伤残补助金系长春市工伤保险基金向人资公司拨付，以上事实均可证明人资公司与赵某之间存在劳动

关系。根据《中华人民共和国劳动合同法》第六十一条规定：“劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件，按照用工单位所在地的标准执行。”故人资公司按照吉林省长春市的相关标准向当地申报赵某的工伤理赔款并进行垫付的行为，没有法律依据，依法应予纠正。《中华人民共和国劳动合同法》第九十二条第二款规定，“……用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。“故 S 公司作为用工单位，应对赵某主张的上述赔偿承担连带责任。

二审法院认为 S 公司作为用工单位，并未举证证明其安排赵某从事的是临时性、辅助性或替代性工作岗位、其在岗位培训和劳动保护等方面已经履行了义务等，故其作为用工单位，一审法院判令应对赵某主张的上述赔偿承担连带责任并无不妥，本院予以维持。

【对比案例】北京案例（2019）京 03 民终 327 号

李某系北京 J 公司员工，由人力公司在北京为其代缴社保。2016 年 12 月，李某因工受伤，鉴定为伤残五级，工伤认定及劳动能力鉴定都以人力公司的名义办理。李某主张，人力公司为其缴纳了社保，所有要求两公司连带赔偿工伤各项费用。

一审法院认为：虽然人力公司代 J 公司为李某缴纳社会保险，工伤认定及劳动能力鉴定都以人力公司的名义办理，但是这与劳动关系实际存在的主体并不相符。李某因工作原因遭受工伤，那么作为其实际用人单位的 J 公司应当承担相关责任。因此，对于人力公司要求判决不支付李某一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、伤残津贴的诉讼请求，一审法院予以支持。因为李某与 J 公司之间存在劳动关系，一审法院认为其应当向 J 公司主张各项权利，因其要求 J 公司支付各项待遇的请求，并未经过仲裁前置程序，因此，一审法院不予处理。

二审法院认为：虽然人力公司代 J 公司为李某缴纳社会保险，工伤认定及劳动能力鉴定都以人力公司的名义办理，但工伤认定书及劳动能力鉴定并非认定劳动关系的排他性证据，劳动关系的主体仍应以实际用工情况予以确定。故一审法院未认定人力公司与李某存在劳动关系，进而判决人力公司不支付李某一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金、伤残津贴，并无不当，本院予以维持。如李某与 J 公司就工伤问题存在争议，双方可另行解决。

【评析】

前述两个案例中，相同点都是认为实际的用人/用工单位需承担劳动者社保利益的损失赔偿责任，这一点遵循了主流观点。但是，在这两个案例中，代缴公司的角色认定与责任承担，却展现了完全不同的两条思路。

在辽宁案例中，代缴公司被认定为用人单位，但显然该角色认定与劳动者实际提供劳动的对象不符，故法院套用劳务派遣的相关规定，将实际的用人单位定义为劳务派遣关系中的用工单位，将社保代缴公司定义为劳务派遣关系中的用人单位，最后判定两家公司需承担连带赔偿责任，且按用工地的标准对劳动者进行赔付。站在劳动者角度来说，这种判定方式是对劳动者社保利益救济最充分的手段了，既保证了社保待遇标准可以从高（异地社保往往是缴纳在社保洼地，待遇标准低于用工单位所在地的执行标准），还可以保证赔偿款执行更有保障（两家公司承担连带责任）。站在用人单位角度，得到的教训就是社保代缴有被认定为事实劳务派遣关系的可能，进而承担比单纯的社保代缴关系中实际用人单位更高的法律风险。特别是，用人/用工单位不能贪图操作便利，而将除社保缴纳之外的其他用人单位所应承担的用工责任让代缴公司进行代办。

相对而言，北京案例中，法院并未试图将三方关系套入复杂的劳务派遣关系，而是

简单明了地遵循主流观点，即社保代缴无效，用人单位仍需承担未缴社保的法律责任。这种判法，站在劳动者角度未必就是有利的，比如该北京案例中，劳动者经过仲裁、一审、二审，并未获得任何实质利益，仍需另行立案向实际用人单位主张权利，可以预见又将付出更多的时间、金钱、精力。这就要求劳动者在涉及社保代缴的社保利益维权中，必须在启动法律程序前，就准确把握诉请对象，或许劳动者不得不仰赖专业的律师。

另外，从北京案例中也可以反映北京地区，对于社保代缴行为从司法层面是严格禁止的，用人单位如果在北京地区用了代缴公司，将面对无法获得工伤保险理赔等社保待遇的现实。尤其是 2020 年后，《关于进一步促进依法诚信经营劳务派遣业务有关问题的通知》（京人社劳发〔2019〕158 号）、《关于劳务派遣企业和人力资源服务企业参加社会保险有关问题的通知》等文件的出台，更是直接从操作层面就彻底禁绝了社保代缴的可能性。

## 四、 总结 Summary

在目前的社保代缴模式中，我国行政机关、司法机关对劳动者的社保利益救济思路主要是否认社保代缴的合法性，让实际用人/用工单位承担劳动者的社保利益损失，继而达到抑制社保代缴的目的。

在工伤保险领域，基于现实情况，人社部要求参保地（异地）社保局承担工伤认定的责任，但对于工伤待遇的发放，以及发放的标准，各地社保局仍持有不同的观点，导致劳动者是否能实际获得工伤理赔存在很多不确定性。实践中，如因社保代缴，尤其是异地代缴，导致劳动者被社保局拒绝发放工伤保险待遇，仍需由用人单位承担兜底责任。同理，因社保代缴导致劳动者无法享受其他社保利益的，亦由用人单位承担责任。

在少数地区，如辽宁省，司法机关还有可能将社保代缴关系认定为事实劳务派遣关系，进而认为劳动者有权按用工地标准在参保地享受社保利益，实际用工单位与代缴单位需承担连带责任。但在大多数地区，尤以北京为代表，更多是彻底否认社保代缴的合法性，直接认定用人单位未为劳动者缴纳社保，需直接承担劳动者的社保利益损失。

综合来看，并结合北京对社保代缴封禁的新政，社保代缴模式的确已经步入了穷途末路，用人单位如继续使用社保代缴，需承担巨大的法律风险。但对于在异地实无分支机构，却需派驻人员工作的单位，如何破局异地社保代缴难题，是值得探索的问题。

陆佳亮

2020 年 7 月 28 日

# 论我国的定期劳动合同

定期劳动合同与不定期劳动合同是两种类型的合同，在大部分国家实行以不定期劳动合同为主的制度。本文主要对我国普遍实行的定期劳动合同进行研究。

## 一、国外定期劳动合同与不定期劳动合同体现了两种理念

劳动合同源于私法的雇佣合同，定期劳动合同保留了传统私法特点。在第一部资产阶级民法典《法国民法典》诞生之前，世界各国对于劳动关系的调整，还不强调期限的概念，而随着这一部民法典在 1804 年的颁布实施，劳动关系由民法进行调整。民法是以个人为本位，要求“意思自治”，追求“契约自由”，对于劳动关系，国家采取“自由放任”的政策，同时确认定期劳务合同。《法国民法典》第 1780 条规定，“人们仅得就一定的期限或一定的工作，负担对他人提供劳务的义务。”1900 年开始施行的德国民法典，在第 620 条也做了关于劳动合同期限的规定[1]，同样是确认了定期劳动合同。

定期合同是与传统私法个人本位契约观相联系的合同形式。合同或契约被理解为当事人地位平等、信息充分且对称，双方自愿接受约束，承受向他方为交付某物或其他行为或不行为的法律义务而达成的协议或约定，亦即当事人自愿接受“法锁”的一种行为或方式。在民法体系中，合同是民事法律关系的核心部分，个人意志则是合同的核心，一切债权债务关系只有依当事人的意志而成立时，才具有合理性。定期合同很好地体现了这一理念。劳动合同期限是劳动合同中最为重要的内容。定期合同是双方当事人对劳动关系存续期限做出的一种较为精确的安排。根据意思自治原则，当事人的意志不仅仅是权利义务的渊源，而且是其发生的根据。“契约是当事人间的法律”。[2]因此，合同期限是必须信守的，只有在主客观情况发生变化，致使合同的履行成为不可能或不必要，合同继续存在失去积极的意义时，才允许当事人解除合同，否则便是违约，不发生解除合同效力的结果，而产生违约责任。[3]民法的合并式立法技术[4]也是在这一基础上产生的，在

---

董保华，论文转载自《劳动合同研究》，2005 年 10 月。本人之后以《劳动合同期限制度设计的理念选择》发表在《中州学刊》2005 年第 6 期，以《建立定期合同与不定期合同的新平衡》发表在《中国劳动》2006 年第 6 期，皆是对本文相关内容的论述。

[1] 郑冲、贾红梅：《德国民法典》，北京：法律出版社，1999。

[2] 周枏：《罗马法原论（下册）》，北京：商务印书馆，1994 年版，第 661 页。

[3] 王旭东：《劳动者无条件预告解除权之崎形现状》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年第 9 期。

[4] 我国有些学者建议在劳动合同立法中应当使用民法的立法技术。认为很多国家将劳动合同纳入民法债的范畴统一调整，使劳动合同立法成为民法的特别立法发挥调整功能，主张用民法的“合并式”立法，即将劳资双方主体纳入同一条文，同等授予权利，施加义务，参见丹彦君：《解释与适用——对我国〈劳动法〉

双方当事人地位平等的情况下，法律只须采取合并式立法技术平等地向双方当事人授权即可。

在劳动合同方面，社会法理念主要体现在不定期劳动合同中。在国外，不定期合同最初在大部分国家被理解为双方当事人只要给对方一定的预告期，就可以被终止的合同。[5]这种合同在形式上一般没有特殊要求，可以是书面的也可以是口头的，它实际上被视为是一种不完全契约，须在实际履行中加以完备，通过实际履行来克服不完全契约的弊端。不定期合同在各国的发展中往往与解雇保护的理念相联系。这一制度的建立实际上是引入了雇佣双方的信息都是不充分且不对称的社会法理念，因此在不定期合同中应当适用实际履行和倾斜立法。

就实际履行而言，面对劳动关系中信息不充分的现实，劳动法应当将劳动合同理解为一种触发机制，双方仍需在合同履行过程中，不断进行调适，不定期合同一般设计这样的功能。在劳动合同中，由于对合同履行内容的不确定以及合同本身的继续性，反复谈判确定合同内容的成本畸高。如果在劳动合同履行过程中必须不断地谈判，那么谈判的成本将大于履行合同的收益，最终的结果也可能是不再履行劳动合同。因此，不定期合同赋予双方较为灵活的终止劳动关系的权利。

就倾斜保护而言，社会法不仅以信息不充分为依据，更强调地位不对等和信息不对称，所以大部分国家接受了雇佣保护。雇佣保护原则体现的是一种雇工保护理论。在当代，不定期合同已不是简单的强调双方的随意解除，而是要求正当的解除理由。在劳动合同解除上用人单位与劳动者并不平等，德国有社会因素的考虑，[6]英国有不公平解雇规定[7]，法国要求实际的严肃的理由[8]，美国有反歧视等

---

第 31 条规定之检讨》，载《吉林大学社会科学学报》1999 年第 2 期。

[5] 《日本民法典》第 627 条规定：当事人未定雇佣期间时，各当事人可以随时提出解约申告，于此情形，雇佣因解约申告后经过两周而消灭。《意大利民法典》第 2118 条规定：对于未确定期限的劳动合同，任何一方都享有按照行业规则、惯例成者公平原则规定的期限和方式履行了通知义务之后解除合同的权利。《法国劳动法典》第 122—4 条规定：不定期的雇佣合同，只要遵守规定，签订合同的双方的任何一方都可以予以终止。

[6] 德国正常解雇必须留出适当的通知时间：必须告知企业职工委员会并听取他们的意见；必须顾及某些“社会考虑因素、雇员如认为解雇不具正当理由，可以在解雇后 3 周内向地方劳动法院提起诉讼，在法院确认某一解雇不能导致劳动关系的解除，但雇员又不愿继续与雇主维系劳动关系时，付给雇员一次性的补偿金；对企业组织和人事代表等组织的成员在一定时间内禁止解雇等。非正常解雇必须有正当理由，即雇员本身或个人行为原因，或企业紧急需要的原因。

[7] 不当解雇是指当雇员连续工作两年以上，雇主要解雇他就必须证明其解雇理由是合法的，否则雇主就要恢复原劳动合同或被判令支付补偿金。不当解雇补偿金包括两种：第一种是基本补偿金，第二种是补充补偿金。如杲产业法庭已发出恢复原状或重新雇佣的命令，但雇主未能执行该命令者，雇员可要求补充补偿金。

[8] 根据 1973 年 7 月 13 日的法律要求，无论企业规模大小，因个人原因的解雇都必须有“实际的严肃的理由”，该埋由成为解除的法定理由。法国对雇主解雇权的行使进行了概括性规定，并加入法官的事后评判，解雇原因达到法定要求时雇主即可行使解雇权，解雇权是否被滥用有待解雇被起诉后由法官进行判断。法

公共政策限制[9]。这些规定在立法技术上也往往使用分列式为模式，分别规定雇主与雇工的权利与利益，以体现对雇主的倾斜保护。雇主如果实行无因解雇，则需要支付经济补偿金。

以英国为例，合同不到期被解雇作为普通法上传统的“非法解雇”其实承担的可以说是违约责任。以后又发展出不公平解雇，为英国制定法所规定，是指违反《雇用权利法》规定的解雇。不公平解雇之诉的提起并不是因为雇主的行为违反了合同约定而是要根据法定标准判断解雇是否“公平”。

民法因素与社会法因素在一些国家很大程度上是通过两种合同形式体现的。定期合同在相当程度上保留了私法的传统因素，而不定期合同很大程度上集中体规了社会法的基本要求。民法的那种地位平等、信息充分而对称的假设，其实并不符合劳动关系的实际，因此大部分国家对定期合同有诸多限制。

欧共体的《固定工的指令 99/70》要求成员国必须采取以下一种或几种方法，对续签固定期限合同作限制性规定：（1）国家须规定雇主在与雇员续签短期合同时必须有客观、合理的理由；（2）国家须规定固定期合同的最长期限或国家对续签固定期限合同次数有限制性规定；国家应规定短期合同工也有知情权，雇主应通知他们短期工作合同是否有转为无固定期限合同的机会，如岗位空缺雇主应及时告之，使其有可能转为正式工。其他国家也有类似的规定。例如，德国《雇主法》坚持订立无固定期限劳动合同，固定期限劳动合同只有在例外情况下才能签订。[10]《法国劳动法典》法律篇第 121 -5 条明确指出：劳动合同一般不确定期限，即雇主与雇员一般应订立无固定期限的劳动合同[11]；有固定期限的劳动合同是例外情形，只能在法律明确规定的情况下才能订立。第 122-1-1 规定，定期劳动合同只能适用于下列情况之下：一是替代病休假、产假等劳动合同暂停执行的雇员的工作；二是企业经营活动变化时，在季节或临时增加的工作岗位上适用；三是为解决某些人员失业问题而订立的某些特殊的劳动合同，如针对青年人和长期失业人员而订立的就业互助性、适应性和获得资格性的劳动合同。

从表 1 中可以看出，在国外，不仅是日本，在美国和欧洲的大部分国家中，

---

国对不定期劳动合同，雇员无严重过错的情况下，企业单方解除合同，企业需支付经济补偿。

[9] 美国解雇保护主要通过集体谈判实现，谈判签订的集体协议中太多包含了除具有“正当理由”外禁止解雇员工的条款，这些条款通过协议中的申诉仲裁程序得到强制执行。美国司法判例确认在下列三种情形下，雇员不能“自由地”被解雇，并形成三种理论：公共政策理论，默示性契约理论，公平诚信原则理论。

[10] 《中德劳动与社会保障法：比较法文集》，北京：中信出版社，2003 年版第 88 页。

[11] 罗结珍：《法国劳动法典》，国际文化出版公司，1996 年版，第 19-20 页。

定期合同在所有的劳动合同中所占的比例都非常低，这些国家都没有超过 20%，不定期劳动合同占主导地位。这是一种相当精巧的制度安排。国家通过定期合同的最长时限来调节两种合同的配比。两种用工形式在市场上都能发挥各自的作用，国家又引导用工主要采取不定期合同。由于不定期合同更多体现的是尊重实际履行和倾斜立法的社会法理念，大部分国家用强制的方式，将定期合同以一定方式强制地转入不定期合同，从而尽量以社会法的调整机制处理劳动关系的问题。

表 1　　部分国家固定期限劳动合同比率　　单位：%

| 国家 | 1985 年 | 1990 | 1995 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 日本 | 10.2 | 10.6 | 10.5 | 11.4 | 11.9 | 12.5 | 12.8 | 13.5 |
| 美国 | — | — | 5.1 | — | 4.5 | — | 4.0 | — |
| 加拿大 | — | — | | 11.8 | 12.1 | 12.5 | 12.8 | 13.0 |
| 英国 | 7.0 | 5.2 | 7.0 | 7.1 | 6.8 | 6.7 | 6.7 | 6.1 |
| 德国 | 10.0 | 10.5 | 10.4 | 12.2 | 13.1 | 12.7 | 12.4 | 12.0 |
| 法国 | 4.7 | 10.5 | 12.3 | 13.9 | 14.0 | 15.5 | 14.9 | 14.1 |
| 意大利 | 4.8 | 5.2 | 7.2 | 8.5 | 9.8 | 10.1 | 9.5 | 9.9 |
| 荷兰 | 7.5 | 7.6 | 10.9 | 12.7 | 12.0 | 14.0 | 14.3 | 14.3 |
| 比利时 | 6.9 | 5.3 | 5.3 | 7.8 | 10.3 | 9.0 | 8.8 | 7.6 |
| 卢森堡 | 4.7 | 3.4 | — | 2.9 | 3.4 | 3.4 | 4.4 | 4.3 |
| 丹麦 | 12.3 | 10.8 | 12.1 | 10.1 | 10.2 | 10.2 | 9.4 | 8.9 |

续表

| 国家 | 1985 年 | 1990 | 1995 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 瑞典 | — | — | — | 15.5 | 15.9 | 15.2 | 14.8 | 14.8 |
| 芬兰 | — | — | — | 17.6 | 16.9 | 16.5 | 16.4 | 16.1 |
| 挪威 | — | — | — | 11.0 | 10.1 | 9.3 | 9.3 | 9.9 |
| 奥地利 | — | — | 6.0 | 7.8 | 7.9 | 7.9 | 8.0 | 7.4 |
| EU（欧盟） | 7.4 | 10.4 | 11.4 | 12.8 | 13.2 | 13.5 | 13.4 | 13.0 |

资料来源：OECD（经济合作发展组织）“Labor Market Statistics”（劳动力市场统计表）。

## 二、我国定期劳动合同体现了两种不同的理念

我国在民法理论的指导下，过分强调了劳动合同与民事合同的共性，在制度选择上与大部分国家让定期合同充当一种辅助形式相反，一开始就以定期合同作为主导。我国的无固定期限合同由于其福利性内容的导入[12]，使其与国际惯例脱轨，不定期合同成为一种福利合同，客观上也使我们只能将全部的要求都寄托在定期合同上。当定期合同成为我国劳动合同的一种主要形式时，我国进一步将书面合同规定成为法定形式更拉大了与其他国家劳动关系调整模式的距离。定期合同是双方当事人对劳动关系可以明确约定的合同，有着一个预设的前提，就是劳

[12] 详见本书《再析不定期劳动合同》。

动关系双方当事人对未来有较强的预见性。

然而，劳动力市场本是信息不充分、不对称的市场。就信息不充分而言，无论是用人单位还是劳动者，对市场变化很难准确把握，都有用工的弹性化要求；就信息不对称而言，由于双方当事人经济地位的不平等，劳动者明显地处于信息交换的不利地位，因此这种预设性很强的合同，从特征上看并不符合劳动法的实际。当定期合同成为主要形式时，而劳动关系客观上又有社会法调整的要求，我国唯一可行的选择就是让这一合同同时承载两种功能。我国试图在定期合同这一极具私法特征的合同形式中直接引入通常与不定期合同相联系的尊重实际履行、解雇保护的社会法概念，在制度设计上，我国选用了让定期合同体现两种不同的理念的做法。

我国在合同订立与终止中，基本上是按定期合同的思路来设计的，体现的是私法要求；将劳动关系双方当事人设计为平等主体。立法技术上引入民法的合并式立法技术，《劳动法》第 17 条、第 23 条、第 24 条就是范例。按这些规定，劳动合同必须以书面形式签订。双方可以对合同终止的时间和条件进行约定，双方必须履行合同期限，否则应当视为违约。

在劳动合同的解除上，基本上是按类似国外不定期合同的思路来设计的。在劳动合同解除中，除第 24 条规定双方协商解除外，很大程度上也引入了通常只有在国外不定期合同中，才会规定的属于“解雇保护”性质的“法定解除理由”“经济补偿金”“提前通知期”等杜会法规范，体现实际履行和倾斜保护，在立法技术上是分列式立法，以体现对劳动者的倾斜，《劳动法》第 25 条、第 26 条、第 27 条、第 29 条、第 31 条、第 32 条都属于这种类型。

试比较我国现行劳动法的规定可以看出，“劳动合同终止”和“劳动合同解除”作为消灭劳动法律关系的两种行为，两者的区别主要是前者更强调与一纸合同的联系，而后者更强调的是与一纸合同的区别：

1.劳动合同的终止条件是由书面合同约定的，劳动合同解除条件是劳动法规定的。《劳动法》第 19 条将劳动合同的期限和终止条件作为劳动合同的必备条款，要求劳动合同当事人必须对合同期限、终止条件作出约定，当事人双方在约定的合同期限届满或约定的终止条件出现时，就应按双方的约定终止合同；劳动合同的解除条件则并不要求当事人双方自行约定，双方即便约定，也仍应按劳动法规

定处理，只有在出现法律规定的情况时，才允许解除劳动合同。

2.劳动合同的终止是劳动合同关系的正常结束，劳动合同解除是劳动合同关系的提前消灭。按现行的制度设计，在正常情况下劳动关系应按一纸书面劳动合同的签订、履行、终止的轨迹发展。劳动合同的终止，是劳动关系按照双方当事人预设的意愿，运行到了终点。劳动合同解除则往往是由于劳动合同订立时所依据的情况发生了变化。这种变化可能是主观方面的，如劳动者违反劳动纪律；也可能是客观方面的，如劳动者患病医疗期满，不能从事原工作以及用人单位另行安排的工作。这种变化致使劳动关系无法按合同预设的轨迹发展了，于是改按法律规定的轨道运行：在劳动者或用人单位有主观过错的情况下（《劳动法》第 25 条、第 32 条）立即提前结束了；因劳动者或用人单位出现某种客观原因了，进入情势变更；变更无效或无法达成变更即按法定条件解除（《劳动法》第 26 条、第 29 条）。

3.法律规定的解除条件只是一种可能性，法律规定的终止期限则具有现实性。无论劳动合同的“单方依法解除”还是“双方协商解除”，都是就行为发生法律效力的条件而言的。如果从实现的角度看，劳动合同解除总是由一方主动提出的。虽然符合法律规定的条件，但是如果当事人并未提出，劳动合同关系是不会解除的。也就是说法律规定的条件只是一种可能性，是否转化为消灭劳动关系的现实结果，取决于享有解除权的一方当事人或双方当事人的主观态度，换句话说，只要双方当事人都认为合作愉快，法定解除条件是不生效的，只有一方或双方出现了问题时，才可能由一方提出解除劳动合同。劳动合同的终止在一定条件下具有现实性，按《劳动法》第 24 条的规定，合同期满或者当事人约定的终止条件出现，劳动合同即行终止。实际生活中，合同期满一纸合同即失去了效力，双方当事人如仍维持劳动关系，就会转化为一种事实劳动关系，权利义务关系处于重新要求合同确定的地位。

通过上述的比较可以清楚地看到，我国作为一种制度设计，确实是想让定期合同的那种私法因素发挥约定的、正常的、现实的主要作用；而让那种各国通常与不定期合同相联系的社会法因素(法定理由、提前通知期、经济补偿金)发挥法定的、非正常的、非现实的补充作用。

## 三、我国定期劳动合同使两种理念发生了碰撞

当我们将两套制度揉合在一起时，定期合同的那种私法性元素，与不定期合同的那种社会法元素是很难完全统一的。这是由于两个元素本身是建立在两个截然对立的假设之上。定期合同是以双方地位平等，信息充分、对称的假设来构建的；不定期合同、解雇保护应以双方地位不平等，信息不充分、不对称作为假设的前提。当我们勉强揉合时，两种元素本身会发生冲撞。我国关于《劳动法》第 31 条的理论讨论和违约金的实际规定差异反映了这种冲撞。

《劳动法》第 31 条规定：“劳动者解除劳动合同，应当提前 30 天以书面形式通知用人单位。”这一条款应当如何理解？1994 年 9 月 5 日，劳动部办公厅发布的《关于<劳动法>若干条文的说明》中解释为：“本条规定了劳动者的辞职权，不能附加任何条件。但违反劳动合同约定者要依法承担责任。”劳动者的这一辞职权也是一种法定的单方解除权。由于这一规定不仅与无固定期限合同相联系，也与有固定期限合同相联系，引起了极大的争议。《劳动法》第 17 条规定：“劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。”按这一规定，如果是定期合同，双方必须履行合同期限，否则应当视为违约。然而，《劳动法》第 31 条规定劳动者只要“提前 30 天以书面形式通知用人单位”就可提前解除劳动合同，而又不视为违约。这确实是一个矛盾。这一矛盾是因为在定期合同中引入了两种元素，而这两种元素自身发生了冲撞。在《劳动法》第 1 条的讨论中，学界形成不同观点。笔者将其概括为“合同信守论”“弃权有效论”和“弃权无效论。”

（1）合同信守论。“合同信守论”是从传统民法的观点出发，对《劳动法》第 1 条价值做出完全否定。他们批评道：“有固定期限合同只能基于正当的法定事由方可解除，而这在我国劳动立法中难觅踪迹，《劳动法》第 31 条并未配备这种过滤甄别装置，而是赋予劳动者以普适性的无条件预告解约特权，这不仅使无条件的预告解除权授予不平等所导致的利益失衡更趋严重，而且也同劳动合同的期限划分格格不入、南辕北辙，其直接表现就是使得有固定期限的劳动合同丧失了定期合同的形式特征，以完成一定工作为期限的劳动合同亦然，”既然是定期合同，说明合同期限是相对稳定，不可随意提前解除合同或延长合同期限，否则便失去定期劳动合同‘定期’之本意，学者们所推崇的‘有固定期限的劳动合同既能保持劳动关系的相对稳定，又能促使劳动力合理流动’在现行体制映射下显

得十分虚幻缥缈：一旦劳动者挥舞起手中的无条件解约权，期限的约束顿时化于无形，谈何劳动关系的稳定？而企业出于对劳动者‘跳槽’忧虑，势必在对劳动者的培训投入上动力不足，极大限制了劳动者素质的提高，这对企业的长远利益和社会整体利益均有弊无益，又谈何‘劳动力的合理流动？’”“劳动合同也必须生存于‘合同必须信守’原则的法力涵射之下。”[13]可见，这种观点是否定《劳动法》第 31 条的价值，而坚守《劳动法》第 17 条的价值，他们认为应当坚定地回到严守书面合同上来。

（2）弃权有效论。“弃权有效论”并不完全否定《劳动法》第 31 条价值，相反，对第 31 条规定所体现的保护劳动者精神给予肯定评价。这些学者认为应当将该条款理解为授权性的条款，而不是义务性条款，也就是说，司法实践应确认放弃一般解除权即“弃权条款”的效力。劳动合同中如订有“在合同如无正当理由劳动者不得解除合同”的条款，其效力应予以确认。[14]实际上是将第 17 条视为义务性条款，而将第 31 条视为权利性条款。用人单位可以利用其强势地位，使劳动者放弃第 31 条。

（3）弃权无效论。“弃权无效论”认为，“实践中有用人单位与劳动者约定后劳动者放弃无条件解除劳动合同的权利，这显然是与法律保护劳动者权利的初衷相违背的。应当认为，《劳动法》赋予劳动者劳动合同解除权是一种强行性规定，当事人不得以合同约定排除，即使劳动者在劳动合同中放弃了此项权利也不妨碍其以后对此项权利的行使。”在解释这一立场时是以“可替代性”理论为依据，即任何一名满足工作岗位要求的劳动者都可以完成所负担的工作，只要用人单位有必要的准备时间，就不致影响用人单位的工作。[15]实际上是将第 17 条与第 31 条均视为义务性条款，而第 31 条应当具有更优先的价值。

对第 31 条价值的不同评判，也影响了我国违约金的立法。我国已出台逾 20 部地方劳动合同条例或规定，总的来看，以对违约金的设定范围是否限制来划分，可以分为任意约定违约金和限制约定违约金。

任意约定违约金是指对用人单位、所有劳动者都可以适用违约金。稍加注意，便可发现，在地方立法中设置任意违约金制度，主要是针对违反劳动合同期限的

[13] 王旭东：《劳动者无条件预告解除权之畸形现状》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年第 9 期。
[14] 冯彦君：《解释与适用——对我国<劳动法>第 31 条规定之检讨》，载《吉林大学社科学学报》1999 年第 2 期。
[15] 曹可安：《劳动者劳动合同单方解除权及其疑难问题研究》，载《中国劳动》2004 年第 12 期。

问题，通过这样的规定来保护定期合同的合同期限能够得到履行。这是由于我国采取倾斜立法的方式，有劳动合同提前解约权的主要是劳动者；用人单位不能无因提前解除劳动合同，如果提前解除本来就要支付经济补偿金，用人单位支付了经济补偿金后，一般不再要求支付违约金。这类立法主要是针对劳动者依据第31条[16]行使解除权所设立的限制措施。

限制约定违约金是只能对特殊劳动者因用人单位有特殊福利待遇支出等特殊投入而形成特殊义务的情形下使用违约金。《上海市劳动合同条例》对违约金实际上作出了普通禁止、特别许可的规定。[17]换句话说，劳动者依据第31条行使解除权，不能被视为违约。

“合同信守论”与“弃权有效论”“任意约定违约金”其实都是从传统民法逻辑来理解书面劳动合同与实际履行相互冲突时法律所应当坚守的立场。从传统民法“合同必须信守”的铁律出发，双方都应当严格遵守并受到违约责任的约束。稍有不同的是，“合同信守论”直接否定第31条的价值，“弃权有效论”主张用合同条款对抗第31条的规定，从而通过合同约定的方式让劳动法的规定失效。“任意约定违约金”主张用双方约定违约金的方法，将法律赋予劳动者单方的辞职权视为违约，使劳动者无法行使，后两种观点都是建立在以约定否定法定的思路上。如果可以通过合同约定的方式，让带有基准法性质或解雇保护的强制性规范失效，劳动法中“法定优先”的大厦也就倒塌了。因此只要《劳动法》第31条仍有效，这种以合同限制法定的方式是不可能完全奏效的。

其实，“劳动合同也必须生存于‘合同必须信守’原则的法力涵射之下”[18]恰恰是劳动法应当置疑的。劳动法应当将劳动合同理解为一种触发机制，双方仍需在合同履行过程中不断进行调适。如果说民法要保障的是那一纸合同的效力，那么劳动法则要强调双方当事人在劳动关系实际进行过程中那种非合同形式的合意。麦克尼尔对那种过分强调一纸书面合同的情况，指出：“我有意使用这样一个比喻，因为这样一种做法——从社会的机体中掏出它的经济心脏，并且希望把这个经济心脏当作一个独立的发生功能的器官来考察——确实显得有些不理智，

[16] 《劳动法》第31条规定：“劳动者解除劳动合同，应当提前30天以书面形式通知用人单位。”

[17] 2001年11月15日颁布《上海市劳动合同条例》首次在地方立法中对违约金的设定范围进行了特殊的规定和限制。该条例规定劳动合同对劳动者的违约行为设定违约金的，仅限于两种情况，即违反服务期约定的和违反保守商业秘密约定的。而约定服务期，又只限于对由用人单位出资招用、 培训或者提供其他特殊待遇如出资购房的劳动者。

[18] 王旭东：《劳动者无条件预告解除权之畸形现状》，载《连云港职业技术学院学报》2004年第9期。

就像闪现在影视中的疯狂的科学家头脑里的映像一样。在人类历史或史前史中，从来就没有过只有亚当和夏娃的乐园，所存在的一直是人类社会。”因为事实上任何契约都会有比任何人瞬间所能想象的远为复杂的后果，因而必然会产生以下两个问题中的一个：要么所设定的权力超出了自觉同意的范围；要么契约之某些重要方面仍有待同意方自由行便进一步的选择来确定。因此，在劳动关系失衡的情况下，第 31 条体现出来的那种再选择，本身是符合劳动法特点的。

是否应当将劳动法中的法定因素去除，并不完全是理论之争，而是实际需要。就实际需要而言，我们的一些学者认为：“在整部劳动法中，无条件的预告解除权仅为劳动者一方所享有的特权，而用人单位单方解除合同则受到几近严苛的法律限制，越出法定理由范围半步就构成无理解雇，须承担相应的法律责任。”“提前 30 日通知的预告程序对劳动者几乎无约束力，而用人单位却自始至终面临着缺员走人的不安定风险。”[19]这一评价并不客观。

在我国劳动合同的“解除规范”中，按社会法的原理设汁，采用了大部分国家用于解雇保护的分列式立法技术，我国劳动者辞职权与用人单位辞退权确实是极不平衡，甚至可以说向劳动者做了过分的倾斜（对这种过分倾斜笔者并不赞成[20]）。这一立法模式大部分国家用于不定期合同，而我国将其引入定期合同。在解除规范中劳动者受到了过度的保护。

在我国劳动合同的“终止规范”中，按民法的原理设计，采用了大部分国家用于定期合同的合并式立法技术，平等地赋予劳动关系双方当事人同样的权限，然而，当这种民法规范普遍地在劳动领域中适用时，面对两个不平等的主体，民法规范必然演变成形式平等下的实质不平等。大部分国家采用限制年限或签订合同次数的方式，来限制这种形式的发展。而我国劳动合同到期终止在十年以内几乎是完全没有限制的，因此对用人单位相对有利。

实际生活中，劳动关系当事人双方事实上的不平等，掌握签约权的用人单位通过缩短合同期来保护自己的利益，哪怕一些员工需要长期使用，用人单位也签订短期合同，形成劳动关系长期化与劳动合同短期化并存的现象，使本该进入解除规范的员工，更多地采用终止规范。这样对劳动者极其有利的解除规范受到对用人单位相对有利的终止规范的约束，达成一种新的平衡。例如，当合同一年一

[19] 王旭东：《劳动者无条件预告解除权之畸形现状》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年第 9 期。
[20] 参见《劳动合同研究》一书中“解雇保护制度研究”。

签且连续签署不受限制时，雇主想辞退一个有着 5 年 10 个月工龄的员工事实上存在着两种选择，一是按解除规范，采用法定理由，并支付 6 个月的补偿金；另一个按终止规范，选择等待 2 个月，这时不需要法定理由，不需要提前通知，也不支付补偿金。雇主作为经济人的趋利本性，会选择后者或以后者作为谈判基础。因此劳动法中在合同解除制度中对劳动者的过度保护，被在合同终止制度中对劳动者的保护不足所修正，达成了一种新的平衡。可以说是出乎立法者意料之外的现实平衡。

可见，实际生活并未像学者想像的那样，“于是乎，身为弱者的劳动者利用法律所赋予的调控枢纽，可轻易打破劳动合同之法锁，将合同约束力随意消弭于无形，合同丧失了尊严，法律迷失了秩序，而劳动单位的合法权益也因之常被撕扯的支离破碎。”[21]用人单位也充分“利用法律所赋予的调控枢纽”，退过劳动合同短期化，基本上平衡了雇佣双方的地位。也就是说，我国劳动合同中从定期合同所引入的双方尊重一纸合同，与从不定期合同中引入的劳动者适用实际履行；从定期合同中引入的双方平等保护与从解雇保护引入的对劳动者倾斜保护，这一“法理悖论，逻辑混乱”在现实生活中，通过自身的调适也勉强达到了某种平衡。[22]

## 四、我国也应当让定期劳动合同与不定期劳动合同分别体现两种现念

尽管我国现行的劳动合同制度中，在劳动合同解除制度中对劳动者的过分顷斜，与劳动合同终止制度中对用人单位的相对有利，在现实生活中以劳动关系长期化与劳动合同短期化的方式达成了某种平衡，但一部大法自身存在逻辑混乱，总是不恰当的。坚持“合同信守论”的学者从民法的角度提醒我们，在定期合同中直接引入实际履行原则[23]和倾斜保护原则都是不合逻辑的，会制造出一种法理悖论。从这一意义上看，这些观点是有一定价值的。同时，劳动关系短期化与劳动合同短期化本身也隐藏着不安定的因素，一旦我国经济发展速度放慢，企业就可能通过大量终止合同，使劳动合同短期化变成劳动关系短期化。由于终止合同是作为劳动关系正常结束来处理的，企业的大规模裁员，将可能被异化，从而带

[21] 王旭东：《劳动者无条件预告解除权之畸形现状》，载《连云港职业技术学院学报》2004 年第 9 期。
[22] 这一平衡机制的实现机制笔者将另行撰文探讨。
[23] 实际履行原则参见本书笔者撰写的《论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则》。

来社会不安定。

现行体制中，对劳动者极其有利的解除规范受到对用人单位相对有利的终止规范的约束，达成一种新的平衡。在解除规范中劳动者受到过度的保护，在终止规范中受到制约。然而，这一平衡是在定期合同条件下形成的，一旦劳动者突破定期合同的界限，跨入不定期合同的行列，所有的平衡都被打破。我国劳动合同解除制度中的过紧安排或者说是对用人单位的过分限制，正使不定期合同演变成为一种新型的“铁合同”。劳动者只要不犯大错，可以完全不顾忌用人单位的解雇，不定期合同成为某些员工尤其是失去竞争力的员工最希望得到的一种福利。当我国步入老龄社会时，福利合同也成为了国家转移福利职能的一种形式，从而使国家和地方的有关职能部门产生了较大的执法动力。然而，不容忽视的是我国不定期合同的福利特征与企业的非福利特点发生了极其激烈的碰撞。企业为了寻找新的平衡点，对于准备长期使用的员工采用转入关联企业、劳动力派遣等形式来回避签订无固定期限合同，以使自己不需承受过高的用工成本。诚如庞德所言“法是平衡社会关系的调整器”，一味强调单方利益势必破坏法的平衡尺度，导致各方利益的整体失衡，也会搞乱整个劳动力市场。因此，从长远看，我国还应建立起一种更规范的平衡方式。

从克服现有的法理悖论出发，就应当从解决我国现行的不定期合同入手，重新赋予定期合同与不定期合同不同的涵义。不定期合同应当体现在法律限定内，双方当事人根据各自情况而要求的变动性，双方有正当理由就可解除合同（应当是正当理由而不是法定理由），如果没有正当理由解雇的应当支付经济补偿金。对于我国不定期合同改革的重点应当是去除其福利因素，放宽不定期劳动合同的政策限制，使其能够成为一种与市场相联系，劳动力能有序流动的形式。定期合同主要体现预期性较强的特点，体现合同期内的相对稳定，法国《劳动法典》规定，除非当事人一致同意，只有当事人有严重过错或在不可抗力场合，定期劳动合同才能在期限到来之前予以解除，否则双方可得到对方相应的损害赔偿。这一规定可供借鉴。

在激活无固定期限合同的同时，逐步限制并适当收紧固定期限合同，要让两种合同在一定条件下成为可以选择的形式，两者各自应承担不同的功能。当固定期限与无固定期限成为两种用工形式时，两者之间的相互关系也值得研究。大部

分国家限制定期合同，发展不定期合同，从而使不定期合同成为主流。尽管笔者认为，符合国际惯例的不定期合同，应当更能体现社会法的理念，但不定期合同取代定期合同应当是一个渐进的过程，不宜依靠行政命令来完成。这样的思考是基于以下两方面的原因。

首先，任何法律制度的改革，不仅是要建立一种新的制度，而且还要改造旧制度。劳动法律制度改革的复杂性，不仅在于它要确立新的劳动关系，而且是要在旧的劳动关系的基础上形成一种新型关系。我国要建立定期合同与不定期合同的新平衡时，不能忽视原有制度在现实生活中也是一种基本平衡的关系。当我们要破坏一种旧的平衡建立新的平衡时，实际上是要对原已存在的劳动关系进行再构造。这种再构造所形成的新的利益机制，难免和原来的利益机制相矛盾。新、旧利益机制的冲撞使劳动关系呈现出不规范的特征，这种状况使无固定期限劳动合同制度难以一步到位地普遍推行。

其次，尽管欧洲的模式值得我国学习和借鉴，但是欧洲模式近年也出现了改革的呼声。2005 年 6 月，法国已经就国内劳动立法存在的问题，并就究竟是学习英国还是丹麦引起了一场争论。虽然现在还没有最后的定论，但是欧洲的最新的改革步伐已经来临了。在国外，不仅是日本，在美国和欧洲的大部分国家中，定期合同在所有的劳动合同中所占的比例都非常低，都没有超过 20%，不定期劳动合同仍占主导地位。但欧洲模式的某些改革动向值得关注：一方面，有些国家放宽了对定期合同的过分限制，增加了劳动合同期限的上限，以德国为例，经过多年的改革，定期劳动合同期限的上限由最初的 18 个月逐渐放宽到 4 年，由于原先的限制性条件逐渐放宽，定期劳动合同的适用情况逐渐增加，在所有的劳动合同中所占的比例也有所上升。另一方面，对于不定期劳动合同，虽然没有增加过多的限制，但是在实际运用中，由于受到社会老龄化和年轻人的就业思想变化等影响，其使用的比率也有所降低。欧洲模式以不定期劳动合同为主的格局虽未改变，但随着定期合同的增加，不定期合同的一统天下多少受到动摇。

欧洲和我国的发展，至少从两个极端说明定期劳动合同和不定期劳动合同这两种不同期限的合同类型相互补充、有机结合，才能适应劳动力市场的发展，真正实现人力资源的优化配置。对于我国在立法上究竟应当选择定期为主还是不定期为主的争论，笔者十多年前曾主张让市场做选择，今天看来，正是由于政府过

度干预，煞费苦心的立法初衷却因矫枉过正的立法操作产生系列负面效果，反而使市场并未做出恰当的选择。不论是以定期劳动合同为主，还是以不定期劳动合同为主，应当考虑企业和员工的承受力，但不能以伤害劳动力市场的活力为代价。在我国，对定期劳动合同和不定期合同应当进行双向改革。在条件成熟时再对定期合同转入不定期合同设定最长期限限制，从而让中国劳动力市场健康有序地发展。

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