

# 保华月刊

*Baohua Monthly*

2021年2月刊  
Feb. 2021  
第49期  
NO. 49

- 办案札记：用人单位工作安排权的不同司法审判视角
- 山东省企业工资支付规定（2021版）



总编：董保华  
责编：董润青、杨杰  
编辑：于海红



保華律師事務所

---

---

2 **劳动法新闻资讯**

Labor Law News

**劳动新规详解**

Close Look at New Labor Regulations

8 **新法规：《山东省企业工资支付规定》**

New Regulation: *Provisions on the Payment of Enterprise Wages in Shandong Province*

**热点追踪**

Hot Issues

20 **办案札记：用人单位工作安排权的不同司法审判视角**

Case Handling Notes: Different Judicial Perspectives of the Employer's Right of Work Arrangement

**老董杂谈**

Professor Dong By-Talk

28 **论劳动合同中的服务期违约金**

Discussion on Liquidated Damages of Service Period in Labor Contract

# 新闻总结

## 一、人社部正在会同相关部门制定延迟退休方案

来源：新华社

摘要：近日，人社部副部长游钧表示，世界主要经济体退休年龄普遍都提高到了 65 岁以上。人社部正在会同相关部门研究具体的延迟退休改革方案。

Abstract: You Jun, Vice Minister, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China recently said that, the retirement age of major economies around the world has generally increased to over 65 years old. The Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China is working with relevant departments to study specific plans for delayed retirement reform.

游钧表示，方案会借鉴国际上通行的做法和经验，更要充分考虑我国的现实国情、文化传统和历史沿革等。由于延迟退休年龄涉及广大职工的切身利益，人社部在方案的研究制定过程中，将会广泛听取各方面意见，统筹社会各界建议，确保方案科学可行、平稳实施。

## 二、首批港股通股票型养老金产品正式获批

来源：人社部

摘要：《人力资源社会保障部关于调整年金基金投资范围的通知》规定，从 2021 年 1 月 1 日起，年金基金可通过股票型养老金产品或公开募集证券投资基金，投资内地与香港股票市场交易互联互通机制下允许买卖的香港联合交易所上市股票。新政发布后，一些年金计划或组合适时增配港股公募基金，多家年金基金投资管理机构向人力资源社会保障部递交了发行港股通股票型养老金产品的申请。

Abstract: According to the Notice of Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China on Adjusting the Investment Scope of Annuity Funds, the annuity funds can be invested in the stocks listed on the Stock Exchange of Hong Kong that are allowed to be bought and sold under the trading interconnection mechanism in the mainland and Hong Kong stock markets through stock-based pension products or publicly raised securities investment funds since January 1, 2021. After the release of the new policy, some annuity plans or combinations can be allocated with publicly raised funds of Hong Kong stocks in a timely manner. As a result, a number of annuity fund investment management institutions submitted applications to the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China for issuing stock-based pension products of Hong Kong Stock Connect.

照科学公允、控量稳起、优势先发的审核原则，人力资源社会保障部依规对相关产品进行了审核，近日正式批准发行了首批 5 只港股通股票型养老金产品，分别为富国富丰港股股票型养老金产品、泰康资产丰禄优选港股股票型养老金产品、嘉实沪港深优选港股股票型养老金产品、南方基金创领新经济策略港股股票型养老金产品、工银瑞信信鸿港股股票型养老金产品。

首批港股通股票型养老金产品的获批，标志着年金基金通过养老金产品投资港股通标的股票政策正式落地。这不仅将进一步推动年金基金投资管理机构提升专业港股投资管理能力，提高投资运营效率，促进年金基金保值增值，还将对提高香港金融市场交易活跃度、稳定市场发展预期、维护香港金融稳定繁荣发挥积

极作用。

### 三、京津冀等 12 省份开展普通门诊费用跨省直接结算试运行

来源：新闻网

摘要：近日，国家医疗保障局办公室日前发布《关于联通京津冀、长三角、西南五省普通门诊费用跨省直接结算服务的通知》(以下简称《通知》)。《通知》提到，综合考虑前期跨区域业务实测情况，决定联通京津冀、长三角、西南五省等 12 个先行试点省际间的普通门诊费用跨省直接结算服务。

Abstract: Recently, the Office of the National Healthcare Security Administration issued the Notice on Cross-provincial Direct Settlement Service of General Outpatient Expenses in Beijing, Tianjin, Hebei, Yangtze River Delta and Southwest China (hereinafter referred to as the Notice). According to the Notice, considering the actual situation of cross-regional business in the early stage, the inter-provincial direct settlement service for general outpatient expenses was decided to be piloted in 12 provinces including Beijing-Tianjin-Hebei, Yangtze River Delta and Southwest China.

《通知》提到，联通服务范围为北京、天津、河北、上海、江苏、浙江、安徽、重庆、四川、云南、西藏等 11 个省(区、市)的统筹地区，以及贵州省本级和黔西南布依族苗族自治州全部接入国家异地就医结算系统并联通普通门诊费用跨省直接结算服务。

同时，开通 1.02 万家跨省直接结算定点医疗机构和 1.18 万家定点药店，具体信息可通过国家医保服务平台 APP 查询。

《通知》要求，各地要做好联通前的准备工作，要按照《国家医疗保障局办公室关于对门诊费用跨省直接结算业务实测发现问题进行整改的通知》要求，抓紧整改。在确保结算系统畅通的同时，继续组织先行试点省际间的交叉实测工作，优先保障就医集中地与参保人流出量较大地区间的跨省直接结算业务实测，并确保通过医保电子凭证和社会保障卡均可顺利办理跨省直接结算业务；对普通门诊费用跨省直接结算定点医药机构开展相关培训，确保窗口结算人员熟悉并能够操作相关业务；畅通定点医药机构和经办机构的联络渠道，确保第一时间解决结算故障等问题。

《通知》明确，要做好试运行期间的运行监测。2021 年 2 月 1 日起启动试运行。相关省级医疗保障部门要组织所辖统筹地区做好运行监测和系统保障工作。重点跟踪普通门诊费用结算相对集中的定点医药机构，做好参保群众的政策宣传和解释工作，制定好工作预案，及时响应和处理系统故障及结算细节问题。

### 四、英国最高法裁定 Uber 司机是下属员工，类似企业将遭受重大打击

来源：新浪科技综合

摘要：据 CNBC 报道，近日 Uber 在英国输掉了一场关键的法律斗争，因为该国最高法院维持了一项裁决，即其司机是工人而非独立承包商。最高法院一致投票驳回了 Uber 对该裁决的上诉。这一裁决可能会对 Uber 在英国的业务，以及更广泛的临时工经济产生巨大影响。

Abstract: According to CNBC, Uber lost a key legal battle in Britain recently, because the country's Supreme Court upheld a ruling that its drivers were workers rather than independent contractors. The Supreme Court unanimously voted to reject

Uber's appeal against the ruling. This ruling may have a huge impact on Uber's business in the UK and the broader economy of temporary workers.

最高法院的裁决结束了 Uber 与一群前司机之间近五年的法律斗争，他们声称自己是有权获得最低工资、假日工资和休息时间等就业权利的工人。2016 年，一个就业法庭做出了有利于这些司机的裁决，由 Yaseen Aslam 和 James Farrar 领导，他们声称他们是 Uber 雇佣的工人，因此有权获得某些劳动保护。

Uber 坚称其司机是自雇人员，它更多的是作为一个“中介”，通过一个应用程序将他们与乘客联系起来。Uber 希望保持其司机作为独立承包商的分类不变，认为司机更喜欢这种工作模式，因为它更灵活。而从成本的角度来看，这也有利于 Uber。

Uber 北欧和东欧地区总经理 Jamie Heywood 周五在一份声明中表示：“我们尊重法院的决定，该决定主要针对 2016 年使用 Uber 应用的少数司机。从那时起，我们已经对我们的业务进行了一些重大的改变，每一步都由司机指导。这些包括让他们对收入方式有更多的控制权，并在生病或受伤时提供新的保护，比如免费保险。” Heywood 补充道：“我们致力于做更多的事情，现在将与英国各地的每一位活跃的司机进行协商，以了解他们希望看到的变化。”

英国的案例与 Uber 与加州监管机构的法律斗争相呼应，去年监管机构试图将 Uber 和 Lyft 等其他打车服务的司机重新分类为雇员，以给予他们更多的就业保护。但选民支持了一项名为“22 号提案”的投票措施，该提案豁免了 Uber 和其他临时工经济平台将司机重新分类为雇员。

接下来会发生什么？

最高法院的裁决可能会危及 Uber 在英国的商业模式，虽然它只涉及 2016 年案件中涉及的司机，但理论上它适用于使用 Uber 应用的其他司机。该公司现在将不得不回到就业法庭，以确定对这群司机的赔偿。但它可能会面临国内其他数千名司机的进一步索赔。

这对英国的临时工经济也有重大影响，据认为，英国的临时工经济有大约 550 万人的劳动力。其他与 Uber 运营模式类似的公司包括 Bolt、Ola 和 Deliveroo。

英国 Seddons 律师事务所合伙人 Helen Crossland 说：“这一判决无疑将对所有的临时工经济运营商产生深远而广泛的影响，并将使通过数字平台吸引人们的公司更难宣称他们是自雇人员，尽管合同文件可能会有其他说明。”

## 五、2020 全年平均城镇调查失业率 5.6%

来源：中工网

摘要：人社部发布了 2020 年就业数据。数据显示，2020 年就业形势逐季好转、总体稳定、好于预期。全年城镇新增就业 1186 万人，超额完成年度目标任务，城镇调查失业率逐季回落，12 月份为 5.2%，全年平均 5.6%，低于预期调控目标。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China released employment data for 2020. The data shows that the employment situation in 2020 was getting better quarter by quarter, showing a generally stable and better-than-expected momentum. In the whole year, 11.86 million new jobs were created in cities and towns, exceeding the annual target tasks. The surveyed unemployment rate in cities and towns dropped quarter by quarter, reaching 5.2% in December and an average of 5.6% in the whole year, which was

lower than the expected control target.

#### 六、江浙沪皖籍居民长三角区域内跨省迁移户口办理手续简化

来源：腾讯网

摘要：近日，上海、浙江、江苏、安徽（合肥）的户籍居民在长三角区域内跨省迁移户口时，只需在迁入地公安派出所申请办理即可，再也不用在迁出地和迁入地间来回奔波。

Abstract: Recently, when residents of Shanghai, Zhejiang, Jiangsu and Anhui (Hefei) move their registered permanent residences across provinces in the Yangtze River Delta region, they only need to apply at the police station where they move in, and they no longer need to travel back and forth between the moving-in place and the moving-out place.

自2020年10月14日起，上海、浙江两地公安机关推出了跨省户口网上迁移(沪浙试点)便民措施，实行以来，已有众多沪浙籍居民从中受益。在取得良好成果前提下，即适用区域由原来仅限沪浙两地覆盖至长三角三省一市；适用群众也由仅限公安“投靠类”落户人员扩大至经本市人社部门审批入沪的“人才类”落户人员。

按照传统跨省迁移户口办理流程，申请人只能通过线下跑动递交材料，需要在迁入地公安机关或者人社部门提出落户申请，待审批同意后，迁入地公安派出所开具纸质准迁证，然后持准迁证回到户籍地派出所开具户口迁移证，最后再返回迁入地派出所办理落户手续，整个流程中申请人不仅需要往返两地，还需至少4次前往公安派出所。

新政推出后，上海、浙江、江苏、安徽(合肥)的户籍居民只需在迁入地一地就可办理跨省户口迁移业务。

据警方介绍，申请人在向迁入地公安机关或者人社部门申请落户时，即可签订《长三角区域跨省户口网上迁移告知单》，自愿选择“跨省户口网上迁移”服务。待审批同意后，迁入地公安派出所将通过人口业务系统直接发起网上迁移服务，生成准迁证电子信息并推送至申请人户籍地派出所进行核验。核验无误后，申请人户籍地派出所将直接办理户籍迁出手续，并在系统内生成迁移证电子信息，迁入地派出所收到匹配的迁移证数据后，便可通知申请人持相关材料直接来所办理落户手续。这样整个流程申请人前往公安派出所的次数减少到2次，且不必再往返于迁入迁出地，真正实现长三角区域内“跨省户口网上迁、无需奔波即可办”。

长三角区域跨省户口网上迁移便民措施整合了沪、浙、苏、皖四地公安机关人口数据资源，依托公安部人口信息系统，以网上迁移信息校验取代纸质户口迁移证件，简化了跨省户口迁移的办理流程，有效实现了“一地受理、网上迁移”。

警方表示，下一步，上海市公安局和浙江、江苏、安徽三省公安厅将进一步总结经验、拓宽合作领域、深化合作机制、创新合作方式，主动对接长三角一体化政务服务体系，持续推动长三角区域一体化发展，助力长三角区域率先实现公安工作现代化的目标。

#### 七、江西省将全面取消城市落户限制

来源：江西日报

摘要：近日，江西省委办公厅、省政府办公厅印发《关于促进劳动力和人才

社会性流动体制机制改革的实施意见》（以下简称《意见》）。《意见》明确，要全面放开全省城镇落户条件，全面取消城市落户限制，以具有合法稳定住所（含租赁）或合法稳定就业为户口迁移的基本条件，取消参加社保、居住年限、就业年限等限制。

Abstract: Recently, the General Office of the Jiangxi Provincial Party Committee and the General Office of the Provincial Government issued the Implementation Opinions on Mechanism Reform of Promoting Social Mobility System of Labor and Talents (hereinafter referred to as the Opinions). The Opinions clearly stated that it is necessary to fully liberalize the household registration conditions in cities and towns across the province, completely cancel the restrictions on the settlement of urban household registration, take legally stable residence (including lease) or legally stable employment as the basic conditions for the migration of household registration, and cancel the restrictions on participation in social security, residence years and employment duration.

推进基本公共服务均等化，常住人口享有与户籍人口同等的教育、就业创业、社会保险、医疗卫生、住房保障等基本公共服务。进一步发挥城镇化促进劳动力和人才社会性流动的作用，全面落实支持农业转移人口市民化的财政政策，推动城镇建设用地增加规模与吸纳农业转移人口落户数量挂钩。

《意见》还提出，要推动用人制度改革，加大党政人才、企事业单位管理人才交流力度，进一步畅通企业、社会组织人员进入党政机关、国有企事业单位渠道。探索推进公开选调工作，在部分专业性强的部门开展公开选调试点，为国有企业和高等学校、科研院所等事业单位优秀人才进入公务员队伍搭建平台。加大国有企业人才双向交流力度，围绕服务保障我省重大战略、重大工程、重大项目、重点任务，选送国有企业优秀干部赴基层挂职锻炼，支持基层优秀人才到党政机关、省属国有企业挂职锻炼。采取降低学历要求、放宽专业限制、放宽年龄条件、不限工作经历、降低开考比例、单独划定合格线等措施，适当降低艰苦地区基层公务员招录门槛，合理设置基层事业单位招聘条件，对退役军人、村（社区）干部等可进行专项或单列计划招录招聘。

此外，还要完善社会保险制度，消除流动障碍。常住非户籍人口和用人单位建立了劳动关系的，应当参加企业职工基本养老保险、基本医疗保险、失业保险和工伤保险，符合条件的，按规定享受相应的社会保险待遇；对持有常住地居住证的常住人口可参加常住地基本医疗保险，个人按当地居民相同标准缴费，财政按当地居民相同标准给予补助，并按规定享受有关社会保险待遇。城市常住非户籍人口已参加企业职工基本养老保险的，可以按规定跨省或跨地区顺畅转移接续基本养老保险关系；已参加企业职工基本养老保险或城乡居民基本养老保险的，可以按规定在企业职工与城乡居民养老保险制度之间顺畅转移接续养老保险关系。稳妥有序探索推进门诊费用异地直接结算，提升就医费用报销便利程度。强化医保关系转移接续管理服务，确保基本医疗保险参保人跨制度、跨地区流动时能够连续参保。

法规名称：《山东省企业工资支付规定》

Regulation: Provisions on the Payment of Enterprise Wages in Shandong Province

文号：山东省人民政府令第340号

Document No. : Decree No. 340th of Shandong Provincial People's Government

发布机构：山东省人民政府

Published by Shandong Provincial People's Government

公布日期：2021年2月7日

Published on 2/7/2020

概要：山东省人民政府2021年2月7日公布了修订后的《山东省企业工资支付规定》，新《山东省企业工资支付规定》于该日起生效。

Abstract: On February 7, 2021, Shandong Provincial People's Government officially issued the revised Provisions on the Payment of Enterprise Wages in Shandong Province, and the new Provisions on the Payment of Enterprise Wages in Shandong Province came into effect on that day.



重点:

## highlights

1、新规贯彻了顺应时代发展，放权于企业，简化企业操作程序的思路，删除旧法规多处行政限制规定。企业制定落实工资指导线实施方案、企业无力正常支付工资且需要按照当地最低工资标准支付劳动者工资的、企业制定工资分配和工资支付制度只要通过民主程序，无需再向劳动保障行政部门备案。详见后附修订条款前后对照第十一条、第十三条、第十五条。

The new regulations carry out the idea of keeping pace with the development of the times, delegating power to enterprises and simplifying the operation procedures of enterprises, and delete many administrative restrictions in the old regulations. If the enterprise formulates and implements the implementation plan of wage guideline, the enterprise is unable to pay wages normally and needs to pay employees' wages according to the local minimum wage standard, and the enterprise formulates the wage distribution and wage payment system as long as it goes through democratic procedures, it is no longer necessary to file with the administrative department of labor security. For details, please refer to Article 11, Article 13 and Article 15 before and after the revised clauses.

2、新规将旧规中的民主程序调整至与《中华人民共和国劳动合同法》对民主程序的规定保持一致。详见后附修订条款前后对照第十三条、第十五条。

In the new regulations, the democratic procedures in the old regulations are adjusted to be consistent with those in the *Labor Contract Law of the People's Republic of China*. For details, please refer to Articles 13 and 15 before and after the revised clauses.

3、新规加强了对特殊情况下降薪后恢复职工原有工资标准的管理，如要求企业与工会或者职工代表应协商确定恢复原有工资标准的条件；企业按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，按照原有标准支付工资的义务自适用最低工资标准的法定条件消失之日起自动恢复。详见后附修订条款前后对照第十三条。

In the new regulations, the management of restoring the original wage standards of employees after the salary reduction in special circumstances has been strengthened. For example, enterprises and trade unions or employee representatives are required to negotiate to determine the conditions for restoring the original wage standards; If an enterprise pays employees' wages according to the local minimum wage standard, the obligation to pay wages according to the original standard will automatically resume from the date when the legal conditions for applying the minimum wage standard disappear. For details, please refer to Article 13 before and after the revised clauses.

4、新规删除了停工停产生活费发放条件中“劳动者没有到其他单位工作的”限制，允许和鼓励职工在领取生活费期间另谋出路。详见后附修订条款前后对照第三十一条。

The new regulations delete the original restriction that "employees do not work in other units" in the conditions for issuing living expenses for suspension of production, and allow and encourage employees to find another way out during the period of receiving living expenses. For details, please refer to Article 31 before and after the revised clauses.

附：《山东省企业工资支付规定》修订条款前后对照：

#### 1、第十一条

旧	<p>第十一条 企业应当建立正常的工资增长机制，根据本单位的经济效益增长情况，参照当地政府发布的工资指导线、劳动力市场工资指导价位和本地区、行业的职工平均工资水平等因素，逐步增加劳动者工资。企业应当在政府发布工资指导线30日内，制定落实工资指导线实施方案，并向劳动保障行政部门备案。</p>
新	<p>第十一条 企业应当建立正常的工资增长机制，根据本单位的经济效益增长情况，参照当地政府发布的工资指导线、劳动力市场工资指导价位和本地区、行业的职工平均工资水平等因素，逐步增加劳动者工资。企业应当在政府发布工资指导线30日内，制定落实工资指导线实施方案。</p>

#### 2、第十三条

旧	<p>第十三条 企业因生产经营困难、经济效益下降，确无正常工资支付能</p>
---	--

	<p>力，需要降低工资标准或者按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当事先征求企业工会或者职工代表的意见，向全体职工说明理由。需要按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当报劳动保障行政部门备案。</p> <p>企业生产经营恢复正常后，应当及时提高工资标准。</p>
新	<p>第十三条 企业因生产经营困难、经济效益下降，确无正常工资支付能力，需要降低工资标准或者按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。</p> <p>企业与工会或者职工代表应协商确定恢复原有工资标准的条件。企业按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，按照原有标准支付工资的义务自适用最低工资标准的法定条件消失之日起自动恢复，当事人另行约定工资回升标准的除外。</p>

### 3、第十五条

旧	<p>第十五条 企业制定工资分配和工资支付制度，应当征求企业工会和职工代表大会的意见，并向全体劳动者公布。企业工资分配制度和工资支付制度可以按照法定程序进行调整变更。</p> <p>企业工资分配制度和工资支付制度应当自制定或者变更之日起 30 日内，向劳动保障行政部门备案。</p>
新	<p>第十五条 企业制定工资分配和工资支付制度，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，与工会或者职工代表平等协商确定，并向全体劳动者公布。经协商确定的企业工资分配制度和工资支付制度，非经工会或者职工代表同意或其他法律特别规定的程序，不得调整变更。</p>

### 4、第二十四条

旧	<p>第二十四条 劳动者在享受法定年休假、探亲假、婚假、丧假等休假和产假、哺乳假等假期期间，其工资支付按照国家和省有关规定执行。</p> <p>劳动者请事假的，企业可以不支付其事假期间的工资。</p>
新	<p>第二十四条 劳动者在享受法定年休假、探亲假、婚假、丧假等休假和产假、哺乳假等假期期间，其工资支付按照国家和省有关规定执行。</p> <p>劳动者请事假的，企业可以依据合同约定或者国家工资支付相关规定不支付其事假期间的工资。</p>

### 5、第三十一条

旧	<p>第三十一条 非因劳动者原因造成企业停工、停产、歇业，企业未与劳动者解除劳动合同，停工、停产、歇业在一个工资支付周期内的，企业应当视同劳动者提供正常劳动并支付该工资支付周期的工资；超过一个工资支付周期的，企业安排劳动者工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作，劳动者没有到其他单位工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的 70% 支付</p>
---	---

	劳动者基本生活费。国家和省另有规定的，依照其规定执行。
新	第三十一条 非因劳动者原因造成企业停工、停产、歇业且企业未与劳动者解除劳动合同，停工、停产、歇业在一个工资支付周期内的，企业应当视同劳动者提供正常劳动并支付该工资支付周期的工资；超过一个工资支付周期的，企业另行安排劳动者从事其他工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费。国家和省另有规定的，依照其规定执行。

## 6、第四十五条

旧	第四十五条 企业有下列行为之一的，由劳动保障行政部门给予警告，责令限期改正；逾期不改正的，处以2000元以上10000元以下的罚款： （一）未按规定将执行最低工资标准的情况向劳动保障行政部门备案的； （二）未按规定将落实工资指导线实施方案向劳动保障行政部门备案的； （三）未按规定将工资分配制度和工资支付制度向劳动保障行政部门备案的； （四）弄虚作假或者隐匿、销毁企业工资支付表和其他应当保存的工资支付资料的。
新	第四十五条 企业弄虚作假或者隐匿、销毁企业工资支付表和其他应当保存的工资支付资料的，由人力资源社会保障行政部门给予警告，责令限期改正；逾期不改正的，处以2000元以上10000元以下的罚款。

新法规链接：

## 山东省企业工资支付规定（2021 修订）

山东省人民政府令第 188 号发布  
山东省人民政府令第 340 号修订

### 第一章 总则

第一条 为规范企业工资支付行为，维护劳动者依法取得劳动报酬的权利，根据《中华人民共和国劳动法》及有关法律、法规，结合本省实际，制定本规定。

第二条 本省行政区域内的企业工资支付及监督管理，适用本规定。

第三条 企业工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬；企业工资支付应当遵循诚实信用原则，以货币形式按时足额支付。

第四条 县级以上人民政府应当加强对企业工资支付工作的领导，建立工资支付动态监测预警机制，及时解决企业工资支付中的突出问题。

第五条 县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门负责本行政区域内企业工资支付的监督管理工作。  
财政、国资、住房城乡建设、工业和信息化、税务、市场监督管理、审计、统计等有关部门按照各自职责，做好企业工资支付相关的监督管理工作。

第六条 工会组织依法对企业的工资支付行为实施监督，有权对企业的违法行为提出改正意见或者向人力资源社会保障行政部门提出处理建议，支持和帮助劳动者维护其合法权益。

第七条 人力资源社会保障行政部门应当建立企业工资支付违法行为的举报处理制度，公开举报电话、信箱或者电子邮件地址等。

### 第二章 工资确定

第八条 省人民政府根据国家有关规定，结合本省经济社会发展水平和劳动力供求状况，制定本省企业工资宏观调控政策，发布最低工资标准和工资指导线。

设区的市人民政府根据国家和省有关规定，制定和发布本市小时最低工资标准。

县级以上人民政府人力资源社会保障行政部门根据当地的工资水平，定期发布劳动力市场工资指导价位和人工成本监测预警信息。

第九条 企业应当按照国家规定建立工资集体协商制度，与企业工会或者职工代

表就企业工资分配制度、工资分配形式、工资收入水平等事项进行平等协商。在协商一致的基础上，经企业职工代表大会或者职工大会审议通过后，签订工资集体协议。

第十条 企业应当根据工资集体协议或者本企业的经济效益和政府发布的企业工资宏观调控政策，通过与劳动者平等协商，签订劳动合同，确定工资支付标准。劳动合同中约定的工资标准可以根据劳动者所在岗位的变化进行调整和变更，但不得低于工资集体协议中确定的工资标准。

第十一条 企业应当建立正常的工资增长机制，根据本单位的经济效益增长情况，参照当地政府发布的工资指导价、劳动力市场工资指导价位和本地区、行业的职工平均工资水平等因素，逐步增加劳动者工资。企业应当在政府发布工资指导价 30 日内，制定落实工资指导价实施方案。

第十二条 企业应当按照国家有关规定建立工资分配制度。工资分配制度应当包括下列内容：

- (一)工资确定办法；
- (二)各岗位的工资分配办法；
- (三)工资正常增长办法；
- (四)奖金分配办法；
- (五)津贴、补贴分配办法；
- (六)患病、休假等特殊情况下的工资分配办法。

第十三条 企业因生产经营困难、经济效益下降，确无正常工资支付能力，需要降低工资标准或者按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。

企业与工会或者职工代表应协商确定恢复原有工资标准的条件。企业按照当地最低工资标准支付劳动者工资的，按照原有标准支付工资的义务自适用最低工资标准的法定条件消失之日起自动恢复，当事人另行约定工资回升标准的除外。

### 第三章 工资支付

第十四条 企业应当按照国家和省有关规定，制定工资支付制度。工资支付制度应当包括下列内容：

- (一)工资支付项目、标准和形式；
- (二)工资支付周期和日期；
- (三)加班加点工资的计算标准和支付方式；
- (四)患病、假期等特殊情况下的工资计算标准和支付方式；
- (五)工资扣除事项；
- (六)工资支付的其他事项。

第十五条 企业制定工资分配和工资支付制度，应当经职工代表大会或者全体职

工讨论，与工会或者职工代表平等协商确定，并向全体劳动者公布。经协商确定的企业工资分配制度和工资支付制度，非经工会或者职工代表同意或其他法律特别规定的程序，不得调整变更。

第十六条 企业应当按照劳动合同或者工资集体协议约定的日期足额支付劳动者工资，不得克扣或者拖欠工资。工资支付日期遇到法定节假日或者休息日的，企业应当在节假日或者休息日前最近的工作日支付。

企业应当每月至少支付给劳动者一次工资，但实行年薪制的，可以按照规定的比例和期限定期支付劳动者工资。

对于从事临时性工作的劳动者，工作期间少于 1 个月的，企业应当在临时工作任务完成时立即支付劳动者工资；工作期间超过 1 个月的，企业应当按月支付劳动者工资。

第十七条 企业应当以货币形式支付劳动者工资，不得以实物或者有价证券等代替货币支付。

第十八条 企业应当将工资支付给劳动者本人。劳动者委托他人代领的，受托人应当在代领时提供有委托人签名盖章的委托书。

企业委托银行代发工资的，应当按照劳动合同或者工资集体协议约定的工资支付日期，及时将工资存入劳动者帐户。

第十九条 企业应当编制工资支付表，记载工资支付对象姓名、支付时间、支付项目、加班工资、应发金额、扣除项目、实发金额和劳动者签名等事项。

工资支付表应当按照国家会计档案管理的规定至少保存 15 年的时间备查。

企业应当在支付工资时向劳动者提供工资支付单，工资支付单应当载明工资支付表中的事项。劳动者有权查询本人的工资支付记录，企业应当及时为查询人提供相关资料。

第二十条 企业安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，应当按照下列规定支付加班工资：

(一)在日法定标准工作时间以外延长工作时间的，按照不低于小时工资基数的 150%支付加班工资；

(二)在休息日安排工作的，应当安排同等时间的补休；不能安排补休的，按照不低于日或者小时工资基数的 200%支付加班工资；

(三)在法定节假日安排工作的，应当按照不低于日或者小时工资基数的 300%支付加班工资。

企业应当将加班工资在下一个工资发放日或者之前支付给劳动者。

第二十一条 实行计件工资制的企业，应当依照国家或者行业制定的劳动定额标准，结合本企业实际，经征求企业工会或者职工代表的意见，合理确定劳动定额和计件单价。

劳动者完成计件定额后，企业安排其在法定标准工作时间以外工作的，应当按照

本规定第二十条规定，分别按照不低于计件单价的 150%、200%、300%支付加班工资。

第二十二条 实行综合计算工时工作制的企业，劳动者综合计算工作时间超过法定标准工作时间的部分，视为延长工作时间，应当根据不同情形，按照本规定第二十条第一项、第三项的规定支付加班工资。

第二十三条 实行不定时工作制的企业，不适用本规定有关加班工资的规定。

第二十四条 劳动者在享受法定年休假、探亲假、婚假、丧假等休假和产假、哺乳假等假期期间，其工资支付按照国家和省有关规定执行。

劳动者请事假的，企业可以依据合同约定或者国家工资支付相关规定不支付其事假期间的工资。

第二十五条 根据本规定第二十条计算加班工资的工资基数和第二十四条第一款计算劳动者休假工资基数，应当按照劳动者上一月份提供正常劳动所得实际工资扣除该月加班工资后的数额确定。劳动者上一月份没有提供正常劳动的，按照向前顺推至其提供正常劳动月份所得实际工资扣除该月加班工资后的数额确定。

第二十六条 劳动者因工负伤或者患职业病的，企业应当按照《工伤保险条例》的规定，支付劳动者停工留薪期间的工资。

劳动者患病或者非因工负伤，在国家规定的医疗期内的，企业应当按照国家和省有关规定支付病假工资或者疾病救济费，病假工资或者疾病救济费不得低于当地最低工资标准的 80%。

《中华人民共和国传染病防治法》列为甲类的传染病，以及虽未列为甲类传染病，但按照甲类传染病进行防治的传染病的疑似病人及密切接触者，经隔离观察或者留验排除是病人的，企业应当按照劳动者提供正常劳动时的标准支付其被隔离观察或者留验期间的工资。

第二十七条 劳动者在法定工作时间内参加下列社会活动的，企业应当按照劳动者提供正常劳动支付其工资：

- (一) 依法行使选举权和被选举权；
- (二) 出席乡(镇)、县(区)以上政府、党派、工会、共青团、妇联等组织召开的会议；
- (三) 依法出庭作证；
- (四) 出席劳动模范、先进工作者大会；
- (五) 《中华人民共和国工会法》规定的非专职工会主席、副主席、委员参加工会活动；
- (六) 依法参加的其他社会活动。

第二十八条 劳动者被判处管制、拘役适用缓刑、有期徒刑适用缓刑，或者被假释、监外执行、取保候审期间，企业未与其解除劳动合同，劳动者提供了正常劳

动的，企业应当按照国家规定或者劳动合同约定的工资标准支付其工资。

第二十九条 企业依法从劳动者工资中代扣、代缴下列税费：

- (一)劳动者应当缴纳的个人所得税；
- (二)劳动者应当缴纳的社会保险费；
- (三)劳动者应当缴纳的住房公积金；
- (四)法院判决、裁定中要求企业代扣的抚养费、赡养费等费用；
- (五)法律、法规、规章规定的其他税费。

第三十条 因劳动者原因造成企业经济损失需要赔偿的，企业可以从劳动者工资中扣除，但扣除后的剩余部分不得低于当地月最低工资标准。

第三十一条 非因劳动者原因造成企业停工、停产、歇业且企业未与劳动者解除劳动合同，停工、停产、歇业在一个工资支付周期内的，企业应当视同劳动者提供正常劳动并支付该工资支付周期的工资；超过一个工资支付周期的，企业另行安排劳动者从事其他工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费。国家和省另有规定的，依照其规定执行。

第三十二条 企业因生产经营困难、经济效益下降，无法按时支付工资的，应当向劳动者说明情况，经与企业工会或者职工代表协商一致后，可以延期支付工资，但延期时间最长不得超过30日。

第三十三条 企业与劳动者依法解除、终止劳动合同的，企业应当在解除或者终止劳动合同时一次性支付劳动者应得的工资。

第三十四条 企业破产、终止或者解散的，经依法清算后的财产应当优先用于清偿所欠劳动者工资和社会保险费，法律、法规另有规定的除外。

第三十五条 企业合并或者分立前拖欠劳动者工资的，应当在合并或者分立的同时，一次性支付劳动者应得的工资。

第三十六条 劳动者从事非全日制工作的，工资标准由其与用人方协商约定，但不得低于当地最低小时工资标准。

#### 第四章 监督管理

第三十七条 人力资源社会保障行政部门应当建立健全企业工资支付信息网络，全面收集、分析、处理企业工资支付信息，依法对企业工资支付行为进行监督检查，及时发现和查处企业侵犯劳动者依法取得劳动报酬权利的行为。

第三十八条 人力资源社会保障行政部门应当建立企业工资支付信用制度，将依法查处的发生严重克扣、拖欠劳动者工资和其他严重违反工资支付制度行为的企业记入企业信用档案，并可以在新闻媒体上公布。

第三十九条 劳动者发现企业有下列情形之一的，有权向人力资源社会保障行政部门举报：

- (一) 克扣或者拖欠工资的；
- (二) 不支付或者违反规定支付加班工资的；
- (三) 低于当地最低工资标准支付工资的；
- (四) 拖欠工资并且转移、隐匿企业资产的；
- (五) 其他侵犯劳动者权益的情形。

人力资源社会保障行政部门接到有关举报后，应当依法调查处理，将处理结果告知署名举报人，并为举报人保密。

第四十条 建立企业工资支付应急保障制度。

对多次发生工资拖欠的企业设立工资预留帐户，由企业预留部分资金存入银行专用帐户，用于该企业拖欠工资时支付劳动者工资。国家和省另有规定的，依照其规定执行。

设立工资预留帐户的具体办法，由省人力资源社会保障行政部门会同有关部门制定，报省人民政府批准后公布执行。

第四十一条 建设单位、承包企业未按照合同约定支付工程款，造成施工企业拖欠劳动者工资的，人力资源社会保障行政部门可以责令建设单位、承包企业先行垫付劳动者工资。先行垫付的工资数额以未结清的工程款为限。

第四十二条 劳动争议仲裁委员会审理劳动争议案件时，对事实清楚且不及时支付工资会造成劳动者生活困难的，可以部分裁决由企业先予支付劳动者工资。

第四十三条 企业与劳动者因工资支付发生纠纷或者争议的，企业应当负举证责任。

## 第五章 法律责任

第四十四条 企业违反本规定，克扣、拖欠劳动者工资或者低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，依照《劳动保障监察条例》的规定予以处罚。

第四十五条 企业弄虚作假或者隐匿、销毁企业工资支付表和其他应当保存的工资支付资料的，由人力资源社会保障行政部门给予警告，责令限期改正；逾期不改正的，处以 2000 元以上 10000 元以下的罚款。

第四十六条 企业制定的工资分配制度、工资支付制度以及落实工资指导线实施方案违反本规定的，由人力资源社会保障行政部门给予警告，责令限期改正。

第四十七条 对违反本规定的其他行为的处罚，依照有关法律、法规、规章的规定执行。

第四十八条 人力资源社会保障行政部门以及其他有关部门的工作人员不依法履行法定职责，发现违法行为不予查处，或者滥用职权、徇私舞弊的，由其所在单位或者有关机关依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 第六章 附则

第四十九条 本规定下列用语的含义是：

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

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

拖欠工资，是指除自然灾害、战争等不可抗力以及本规定第三十二条规定的情形外，企业未按时足额支付劳动者工资的行为。

正常劳动，是指劳动者按照劳动合同的约定，在法定工作时间内从事的劳动。

第五十条 民办非企业单位、个体工商户以及其他经济组织的工资支付与监督管理，参照本规定执行。

第五十一条 本规定自 2006 年 9 月 1 日起施行。

# 办案札记：用人单位工作安排权的不同司法审判视角

Case Handling Notes: Different Judicial Perspectives of the  
Employer's Right of Work Arrangement

上海保华律师事务所 张宗法

Shanghai Baohua Law Firm Frank Zhang

**引文：**违纪解除类案件可以说是劳动争议中发案频率最高、双方争议最大的案件类型。违纪解除类案件中往往会涉及用人单位处分权的行使、法院对于解除权合理性考察等诸多复杂问题。尤其是由于用人单位的工作安排而引起的纠纷，往往需要由司法机关作为独立的外部第三方，就用人单位内部的用工管理行为作出合法性以及合理性的认定，不同审判人员有着不同的审理思路，对于用人单位工作安排的认定存在不同理解，从而导致案件的结果有着天壤之别。笔者特意挑选了笔者代理案件中少有的一起败诉案件，本案历经劳动仲裁、一审、二审，耗时两年，案件结果一波三折，在合法解除与违法解除之间，反复横跳，很遗憾，二审法院完全推翻了一审法院的判决结果，最终认定公司系违法解除劳动合同。但是本案中双方的争议焦点，以及一审、二审法院就相同事实所采取的截然相反的裁判观点，却值得更进一步的深入研究和总结。窥一斑而见全豹，通过本文对该案件的细致分析和复盘，笔者相信读者会从本案中获得启发，对于处理日后类似案件时，也会有积极的借鉴作用。

**Introduction:** Disciplinary dismissal related cases are the most frequent and disputable cases among all types of the labor dispute cases. Disciplinary dismissal cases often involve many complex issues such as the execution of the employer's right of discipline, the standards to judge the reasonableness of dismissal. Especially for some disputes arising from the employer's work arrangements, the court shall be an independent external third party to determine the legitimacy and rationality of the internal employment management on the employer. Different judges have different trial opinions, thus have different understandings on the determination of the employer's work arrangements and leads totally different outcome of such cases. The author deliberately selected a lost case which is rare in the author's practice experience. This case took two years from labor arbitration, first instance, to the second instance, and the outcome changed back and forth. Unfortunately, the judgment of the second instance completely overturned the judgment of the court of first instance and finally render that the employer illegally terminated the labor contract. While, it is valuable for us to further study on the core dispute in this case, and the diametrically opposed viewpoints adopted by the courts of the first instance and the second instance regarding the same facts. Through the detailed analysis and review of this case, we hope the readers can get some inspiration or reference from this case to handle similar cases in the future.

## 一、 案情介绍

甲某于2008年5月26日入 A 公司工作，2015年5月1日，双方签订无固定期限劳动合同，甲某在 A 公司担任 Accountant（会计）职务。

2017年底，A 公司的集团公司基于生产经营的需要，由集团总部做出组织架构重组决定，自上而下的就全球各子公司（包括 A 公司）的财务部门进行了组织架构调整。在中国大陆，集团公司就财务部门进行事业部制管理，成立了财务共享中心，将包括 A 公司在内的不同法律实体的财务业务进行整合工作，由专业化的财务共享中心统一运营。A 公司向受影响员工提供了新组织架构下的岗位，并在2018年3月15日告知了公司工会组织调整、岗位撤销事宜。

就此次调整，甲某的原 Accountant 岗位也在受影响而被撤销的范围之中。2017年12月27日，财务共享中心负责人发送电子邮件给甲某，向其提供了财务共享中心“税务专员”岗位，并安排甲某开展财务转型项目，甲某确认接受了该等工作。2018年1月12日财务共享中心负责人再次发送电子邮件给甲某，告知其自2018年1月1日起将调整至财务共享中心，并告知甲某自该日起，其相关费用也由财务共享中心承担，并向甲某分配了具体的相关工作安排，其后甲某也实际前往财务共享中心进行了相关工作，并且其日常年假、报销、病假申请，也均由财务共享中心负责人进行审批。2018年1月1日之后，甲某的劳动合同签约用人单位没有变化、薪酬待遇没有降低。

2018年3月1日，财务共享中心负责人发邮件告知甲某，由于其未参加相关项目培训，故不具备担任税务专员的岗位的技能，且 A 公司的相关财务职能工作均已经转移至财务共享中心，故安排甲某先从事 A 公司高新技术企业申报工作，并告知其会开放财务共享中心的其他工作岗位，供其申请。2018年5月，财务中心负责人发邮件告知甲某可以申请区域财务中心的部分岗位，但甲某以上述岗位的级别没有提升为由未予申请。

为安排甲某的后续工作，在2018年8月30日至2018年9月29日期间，A 公司为甲某安排了各项工作会议，要求甲某参加以进行沟通，但甲某以各种理由未参加。例如，2018年8月30日，A 公司人事安排甲某参加当天的会议，但甲某以要申报工会“妈妈驿站项目”为由拒绝参加；2018年9月11日，A 公司人事安排甲某参加当天的工作会议，并发送了会议号码，但甲某仍以从事“工会会员中秋福利事项工作”为由拒绝参加；鉴于甲某未参加2018年9月11日的会议，A 公司再次安排甲某参加2018年9月25日的会议。然而，甲某又以所谓“共青团会议”为由再次拒绝了改日的会议；A 公司再次安排甲某参加2018年9月29日的会议，并就甲某的疑问进行了答复，但甲某又以参加工会活动“举办第二届好声音、金秋雀圣大赛、重阳登高真人户外 CS 大赛、开通职工瑜伽和健身舞蹈课”等借口，仍然拒绝参加。

2018年11月5日，甲某通过其私人邮箱告知其前任上级主管，声称接到政府部门的 通知，开发区组织企业组团参观上海进口博览会，时间为2018年11月5日至11月9日。甲某前任上级主管基于甲某邮件中所述的政府部门通知的内容，简要答

复同意。A 公司人事和财务共享中心得知相关情况后，向当地政府部门了解才得知，涉及进博会相关工作在2018年6月便已开展并一直持续，并非突发情形，然而甲某在2018年11月5日之前并未向 A 公司披露过任何相关事宜。从政府部门文件看，当地政府部门组织企业参加进博会，主要为帮助企业达成采购协议，并非强制要求企业参加。

2018年11月6日，A 公司人事发送通知函给甲某，要求其11月7日至指定地点报到工作，甲某未按照 A 公司要求到岗工作。2018年11月7日，A 公司人事再次发送通知函给甲某，要求其11月8日至指定地点报到工作，甲某仍然未按要求到岗工作。

2018年11月8日，A 公司向甲某发送了劳动合同解除通知，认为甲某在2018年8月30日至2018年9月29日期间存在不服从工作安排的严重违纪行为。就参加进博会事宜，甲某在明知自2018年1月1日起上级主管已经变更为财务共享中心负责人的情况下，仍然向其他同事申请外出，存在欺骗公司的故意；政府部门并不强制企业参加进博会，也未组织集中前往，更未要求企业必须参加五天，然而，甲某却称政府部门通知组织企业统一前往并明确必须参加，属故意欺骗 A 公司；2018年11月7日-8日属于持续旷工。A 公司遂于2018年11月8日当日解除了与甲某的劳动合同。

甲某提起了劳动仲裁，要求恢复与 A 公司的劳动关系，并要求 A 公司支付恢复劳动关系期间工资。在此期间双方矛盾较为尖锐，甲某离职后围堵 A 公司人事，并群发大量诋毁 A 公司及 A 公司相关人员的电子邮件。

## 二、 裁判结果：

本案仲裁阶段，仲裁委对本案的审理较为随意，虽然公司提供了大量规章制度以及员工手册民主程序的证据材料，但仲裁委未予采纳，直接以公司的员工手册未经过法定的民主程序，对员工手册合法性不予认定，认为员工手册不能作为本案审理的依据，在未对甲某是否存在违纪行为进行实质性认定的情况下，直接裁决公司系违法解除劳动合同。但在后续一审、二审过程中，两审法院均认为 A 公司的《员工手册》经民主程序制定，且已进行公示及送达，内容不违反法律、行政法规的规定，具有约束力，可以作为本案审理的依据。

在本案一审阶段，一审法院对本案进行了详细的审理，前后开庭6次，最终认定员工存在严重违纪，支持了公司的解除决定，认定公司系合法解除。

在本案二审阶段，双方对于一审查明的事实均无异议，且双方均未提供新的证据材料，但二审法院完全推翻了一审法院就违纪行为的认定，认为甲某不存在违纪行为，认定公司系违法解除劳动合同。但未支持甲某恢复劳动关系的请求，判决 A 公司需支付违法解除劳动合同的赔偿金27万余元。

## 三、 争议焦点分析

就本案而言，双方主要针对以下争议焦点进行了来回攻防，该等争议焦点也是工作安排违纪解除类案件中较为典型的争议点。

## 1. 员工以从事工会活动或其他工作为由，是否可以拒绝公司的工作安排

在2018年8月30日至2018年9月29日期间，A公司安排甲某参加了多次会议，但是甲某都以各类工会工作为由拒绝参加，那么就甲某的该等理由，是否具有合理性，一审法院和二审法院持有截然相反的态度。

一审法院认为，甲某系A公司的工会成员，工会应当指导、帮助劳动者与用人单位依法履行劳动合同，维护劳动者的合法权益，A公司已于2018年3月15日将对公司组织架构的调整以及撤销部分岗位的情况告知了工会，并针对冗余岗位的劳动合同提出了对策方法，甲某对于其岗位属于冗余岗位以及公司欲协调其岗位变更的情况显然是明知的。本案中，A公司已经就甲某岗位事宜与甲某进行了充分沟通和协商，并安排了多次工作会议与其进行进一步讨论。而所谓协商，既应考虑甲某的意愿，也应考虑双方的实际情况，既要尊重劳动者，也要尊重用人单位的自主经营权，对于甲某提出的理想目标，A公司并非应当无条件满足。通过A公司前后多次进行的工作安排，A公司并没有以调岗方式变相辞退甲某的主观恶意，亦未降低甲某的薪资待遇。但甲某依然以各种理由拒绝接受协商及A公司的安排，甲某的行为明显具有不服从公司安排、对抗公司决定的恶意。

但二审法院却认为，甲某正在处理公司工会申报“妈妈驿站”有关工作，故未能应要求确定会议时间，A公司径行认定甲某对会谈故意推诿拒绝参加，缺乏依据。对于甲某的其他不参加工作会议的理由均认为属于合理范围，予以了支持。

**笔者认为**，甲某作为A公司的员工，服从A公司的工作安排和指示系其基本的合同义务，在A公司已经明确作出具体的工作安排和指示后，甲某作为员工应当予以服从。其以需要从事其他工会工作为由，拒绝参加公司的工作安排，并不具有正当性。

*《中华人民共和国工会法》第四十条规定：“基层工会委员会召开会议或者组织职工活动，应当在生产或者工作时间以外进行，需要占用生产或者工作时间的，应当事先征得企业、事业单位的同意。”*

《工会法》的上述规定，明确要求员工应当以本职工作优先，在完成用人单位安排的工作任务后，才能参加相关工会活动。但是，本案中，A公司均是在正常工作时间为甲某安排工作会议，甲某不仅不积极配合参加，反而以所谓的工会工作为由拒绝参加，与法律规定不符且连续多次发生，具有明显的主观恶意。

## 2. 事业部制管理模式下劳动关系的履行和认定

在本案中，由于 A 公司进行了组织架构重组，在中国大陆成立了财务共享中心整合了相关法律实体的财务业务。在本案审理中，甲某始终坚持财务共享中心是一个单独的法律实体，A 公司无权单方变更其用人单位，更无权要求甲某至财务共享中心工作。

在本案审理中，笔者特意向法院就财务共享中心进行了解释说明。财务共享中心系 A 公司的集团公司进行事业部制管理而采取的一种组织模式。财务共享中心并非一个独立的法律实体，也不是隶属于哪家法律实体的机构，而是 A 公司集团公司为确保各个法律实体财务工作的规范、结构统一，将不同法律实体的财务业务进行整合工作，而成立的专业化的财务组织架构。本案中，甲某的用人单位始终是 A 公司，并未发生任何变化。且就甲某调整至财务共享中心事宜，公司在 2018 年 1 月 1 日已经与甲某确认，甲某也实际参与了财务共享中心的工作。

基于此，A 公司要求甲某在 2018 年 11 月 6-7 日至财务共享中心报到工作，并无任何不当之处。退一步而言，要求员工在指定时间，到指定地点工作，本身就是用人单位正常用工管理权的体现。

然而，二审法院却将财务共享中心认为是一家独立的用人单位。认为在该中心工作即意味着与该中心建立劳动关系，属于用人单位主体的变更，该等认识显然误解了该等组织管理模式。基于此误解，对于 A 公司的该等工作安排，二审法院认为，A 公司未就调岗问题与甲某进行充分协商，也未明确告知甲某调整到财务共享中心后的岗位级别、工作内容、劳动报酬、福利待遇等内容，取消原有工作岗位，单方指令新岗报到，严重侵害甲某合法权益，甲某有权拒绝执行。

就二审法院的该等论述，笔者认为，以下几点问题有待商榷：

首先，就甲某 2018 年 1 月调整至财务共享中心，系经过甲某确认的，且甲某也通过实际履行的方式确认了在该中心工作。其后续虽然从事了高新企业申报工作，但该等工作也是基于其不符合岗位要求，由财务共享中心负责人临时安排的工作，且财务共享中心负责人已经明确告知其会开放其他岗位。因此，本案中不存在 A 公司在 2018 年 11 月才单方调整其到财务共享中心工作的情形。

其次，在公司 2018 年 11 月 7-8 日要求甲某至财务共享中心工作的通知函中，A 公司只是明确要求甲某在指定时间前往财务共享中心报到工作，并与其就后续工作安排进行讨论和协商。A 公司的主要意图就是希望与甲某就其岗位级别、工作内容、劳动报酬、福利待遇进行协商，但由于甲某拒绝服从该等工作安排，不按照 A 公司要求进行报到工作，导致 A 公司无法协商，显然是甲某存在过错和不当行为。

最后，A 公司要求甲某 2018 年 11 月 7 日-8 日的进行工作报到，该工作指示是清楚明确的，即使甲某认为在此期间其有其他工作安排，但在 A 公司已明确对

其提出要求的情况下，甲某亦应知晓事情的轻重缓急，且甲某在收到报到通知后也未有协调工作冲突的情形，在甲某没有正当理由却明确拒绝 A 公司报到安排的情况下，A 公司据此认定甲某存在过错行为并无不妥。用人单位对员工工作进行管理是劳动关系的基本特点，若任由员工拒绝相应的工作安排，必然会严重干扰用人单位的正常生产经营秩序。

### 3. 用人单位用工管理权的司法审查界限

综合全案看，笔者认为，一审二审截然相反的判决，突出体现出在违纪解除劳动合同案件中，人民法院应如何对用人单位的用工管理权进行司法审查，应当以何种思路进行裁判。

笔者认为，就甲某在2018年8月30日至2018年9月29日期间，以及后续要求甲某到指定地点工作的安排，A 公司对甲某的管理行为是否恰当，一审法院和二审法院完全采取了两种截然相反的裁判思路。一审法院对于 A 公司的管理行为采用了类似“无罪推定”的审理思路，而二审法院对于 A 公司的管理行为采用了类似“有罪推定”的审理思路。

在“无罪推定”的审理思路下，一审法院首先充分尊重 A 公司的用工管理权，认为 A 公司当然有权根据生产经营的情况，对甲某的工作进行管理，并进行相应的工作安排。在该前提条件下，甲某作为员工，首先应当予以服从，并接受 A 公司的工作安排。若甲某未服从该等工作安排的，则应当由甲某对拒绝服从的理由进行合理性说明。恰如一审法院所言：“在安排协商的过程中，甲某拒绝参会的理由也不具有充分性、合理性，甲某的行为也未表明其有积极配合公司安排的主观善意，A 公司据此认定甲某存在过错行为并无不妥。”

在“有罪推定”的审理思路下，二审法院对于 A 公司的用工管理权首先是持有怀疑态度的，对于 A 公司对于甲某的工作指示，是以严格态度进行审查，只要甲某提出不服从的理由，则 A 公司不仅需要证明甲某的理由是不合理的，而且还要进一步要求 A 公司证明做出的工作指示是有充分依据。恰如二审法院所言：“在 A 公司未能举证证明甲某当时并无工作安排，或是公司找人替代其完成工作，亦或承诺其停止工作无需担负责任的情况下，主张甲某故意寻找理由推诿、拒绝参加有关会议，其观点不能成立。”

笔者认为，用人单位系以支付工资来换取员工劳动力的使用权，对于如何使用应当享有充分的自主权。人民法院并不直接接触员工的具体工作，更对企业内部的生产经营及日常用工情况所知甚少，因此，对于用人单位的用工，应当首先尊重单位的管理权。司法作为现代社会的救济渠道，作为事后救济，应当重点审查用人单位的工作安排，是否具有歧视性、侮辱性，是否超出了双方约定的服务范围。若无该等情形的，对于员工拒绝服从工作安排的行为，应当做出否定性评价。笔者认为，一审法院的审理思路和认定是恰当的。

本案中，A 公司已经多次清楚明确的要求甲某参加相关的工作会议，该等工作会议也是讨论甲某的工作安排事宜，显然不具有任何歧视性、侮辱性，属

于甲某正常工作内容。且 A 公司人事、甲某上级主管多次明确告知甲某参加该等会议是其正常工作，其应当参加，但甲某仍然拒绝参加，应认定为违纪行为。遗憾的是，在该等情形下，二审法院仍然认为 A 公司的管理行为不当，认为甲某不参会的理由均成立。

#### 四、 办案心得

本案历经劳动仲裁、一审、二审，耗时两年，三个阶段累计开庭十余次，还不算本案相关的起诉、公证、异地调查等诸多其他事宜。虽然本案不是上海本地的案件，但还好也是在江浙沪包邮区地区进行，有赖于发达的高铁系统，每次背着两大包案件材料的十余次的开庭，虽然辛苦，但笔者都是满怀信心，斗志满满。可惜案件结果一波三折，纵有千言万语，万般不甘，也只能化成遗憾二字。还好，我们的工作得到了客户的理解与支持，在这一场耗时两年的消耗战中，笔者也与长期合作的客户人事、法务结下了战友般的深厚友谊。近日，经与客户再沟通，决定就本案向高级人民法院申请再审，我们仍然会全力以赴，虽千万人吾往矣！

总结本案的诸多细节，以下要点笔者仍然认为有必要分享给各位读者，希望对读者有所启发：

1. 用人单位在日常工作管理中，应当具有明确的规则意识，即当员工出现有违公司基本劳动纪律的行为时，因当在第一时间清楚明确的告知员工，并根据公司的规章制度给予相应的纪律处分。这样一方面能够清楚明确表明公司的态度，另一方面能尽早给员工敲响警钟，避免双方陷入反复来回扯皮状态。
2. 用人单位对员工进行相关的工作安排时，应做到善意沟通，有理有据。本案中，一审法院支持公司的一个很重要的考量就是公司在整个与员工的沟通中，充分体现了公司就妥善解决双方纠纷的善意，对于工作安排也对员工进行了充分解释说明，并给出了相应的依据。在此情况下，相较于员工不服从安排、多次拒绝的行为，进一步证明员工违纪行为的主观恶意。
3. 在当今信息化时代，用人单位都在积极拥抱变革，不断调整组织模式，但用人单位进行相应组织调整时，应当考虑并顾及到其中的法律风险，考虑到司法相对传统和保守的态度。就重大的组织变革，应当积极听取内部、外部意见，争取最大公约数，一刀切式的改革简单直接高效，但也容易激化矛盾。通过司法诉讼解决企业内部争议，从来都不是问题的最优解。

# 论劳动合同中的服务期违约金



违约金是当事人通过约定而预先确定的、在违约后生效的独立于履行行为之外的给付，是由双方约定的在违约后一方向另一方支付的一笔金钱，是一种违约责任形式。《劳动合同法》对劳动者违约行为设定违约金的限于违反服务期约定或违反竞业限制约定，本文只讨论服务期的违约金问题。以是否限制范围来划分，我国对违约金有三种不同的态度：允许、禁止、限制。依违约金的适用范围，我们可以把违约金概括为任意违约金、禁止违约金、限制违约金三种类型，《劳动合同法》的起草立足于限制性违约金展开讨论。就违约金的性质来看，又可以分为违约金只有赔偿性和违约金兼有赔偿性和惩罚性两种观点，《劳动合同法》的起草过程中主要围绕后一种观点展开讨论。

## 一、劳动合同立法前，存在着任意违约金、禁止违约金、限制违约金三种观点的争鸣

### （一）任意违约金制度及其评价

1995年实施的《劳动法》没有对违约金做出明确的规定，这给我国地方立法留下了较大的自由空间。各地立法中，在范围上大多采用任意违约金规定，<sup>1</sup>在性质上完全采用惩罚性违约金规定。任意违约金作为一种法律制度是指用人单位、劳动者只要违反劳动合同都可以适用违约金的制度，劳动合同双方当事人对使用违约金的范围可以任意约定，只要双方当事人达成合意，即对双方产生法律效力。对违约金范围采取不限制态度的立法又可以分为两种类型：第一，空白型立法，即在立法中没有对违约金问题进行明确规定，如河北、吉林等地；第二，原则型立法，即在立法中对违约金的设定作了较为原则的规定，只要不违法、不存在显失公平的情况，违约金就可以对双方当事人适用，并没有对违约金的具体范围进行限制，如《北京市劳动合同规定》中的相关规定。

各地立法在性质上均认为违约金兼具赔偿性与惩罚性的特征。在《劳动合同法》颁布之前逾20部的地方劳动合同条例或规定中，在性质上无一例外地均认

---

董保华，论文转载自《法律适用》2008年第4期。

<sup>1</sup> 笔者将地方立法中的违约金以适用对象为标准，分为任意违约金与限制违约金。笔者本无褒贬之意。不过近来研究劳动法学者，总是更喜欢“限制”一词，而不喜欢“任意”一词，尤其是笔者赞成限制违约金，更令人产生联想。有学者撰文时笔者的这种称谓提出批评。为了求同存异，笔者在一些通俗读物中将任意违约金改称为“广义违约金”，而将“限制违约金”改称为“狭义违约金”，以表示无概念上褒贬之意。本文涉及各种学术观点，主要追求准确，仍沿用任意违约金与限制违约金的提法。

为违约金应当兼具赔偿性与惩罚性的特征。地方立法中的区别只在于这种惩罚性是否需要进行一些限制，大体可以分为两种类型，一种是任意惩罚制度，强调双方约定：“擅自解除劳动合同的，应当按照劳动合同的约定支付违约金”<sup>2</sup>。第二种是限制惩罚幅度，约定不能超出法定限制，如北京、天津规定违约金最多不得超过劳动者 12 个月的工资总额。

笔者认为，任意违约金是一种以契约自由为指导的制度安排，并不符合劳动法的特点。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问题，通过这样的规定来保护合同期限条款能够得到履行。从具体规定上看又可分成两类：一类似乎保持着形式上的平等，将劳动关系双方当事人合同期限未满，提前解除劳动合同，都规定为违约责任，可以追究违约金责任，如山东省、江苏省原来的规定主要针对“双方提前解除劳动合同”；另一类则主要是针对劳动者，例如《北京市劳动合同规定》针对“劳动者提前解除劳动合同”，《安徽省劳动合同条例》针对劳动者“违反劳动合同期限解除劳动合同”。其实这两类规定没有什么太大的区别，都是针对劳动者提前解除劳动合同。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。<sup>3</sup>这类立法主要是针对劳动者依据《劳动法》31 条<sup>4</sup>行使解除权所设立的限制措施。因此任意违约金所保护的合同利益是否具有正当性就是我们有必要质疑的。

在劳动关系中，由于双方当事人经济地位不平等，造成在协商过程中信息传递和掌握的显著不对称，劳动者明显处于信息交换的不利地位。这种不利地位不可能在建立劳动关系之初通过协商消除，各国立法中一般设立两种纠偏机制：其一是赋予劳动者团结权，通过结社加强劳动者群体的地位，从而获得信息传递的平衡以及谈判地位的加强，这是一种“用手投票”的机制；其二是赋予劳动者再次的选择权，在劳动关系履行过程中，劳动者随着时间的流逝得到更多的信息，从而对建立劳动关系之初的信息形成补充。在掌握足够的信息后，劳动者才有可

---

<sup>2</sup> 如《山东省劳动合同条例》第 31 条规定：“劳动合同双方当事人违反本条例规定和劳动合同约定，擅自解除劳动合同的，应当按照劳动合同的约定支付违约金；给对方造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任”

<sup>3</sup> 劳动法学的许多研究者认为，支付完了补偿金仍可要求用人单位再支付违约金。其实违约金的关键是双方当事人的约定，这种要求的成立，必须劳动者有足够的话语权，以使劳动合同中有这样的约定。

<sup>4</sup> 《劳动法》第 31 条：“劳动者解除劳动合同，应提前 30 天以书面形式通知用人单位。”

能做出最佳选择：如果对自己有利，则继续履行；如果对自己不利，则不继续履行，这是一种“用脚投票”的机制。这两种纠偏机制中，前一种机制由于我国体制的原因，发挥得不理想，因此我国能够强调的只有后一种机制。《劳动法》第31条赋予劳动者单方解除劳动合同的权利，这也是保护劳动者这一基本原则在劳动合同解除中的体现。因此，对这一解除权在《劳动法》以外再加限制，既不合理也不合法。

## （二）禁止违约金制度及其评价

与实务部门截然相反的是，禁止违约金一直是理论界的主流观点。有人是从劳动者的承受力来主张禁止：“我国劳动法在劳动合同的法定条款中未明文规定‘违约金’条款，同时也未作出禁止性规定。在实践中有当事人双方约定的违约金高达几万元之事实，对用人单位来说，不难支付，但对劳动者来讲，显然是困难的。因此，笔者认为，劳动合同不宜采用‘违约金’形式承担经济责任。建议我国劳动合同应明文作出禁止性规定。”<sup>5</sup>有人是从劳动合同的附合性来主张禁止：“我国劳动立法应明确禁止约定违约金条款。原因之一是劳动合同的附合性。”“从应然的角度说，排除违约金适用应成为劳动合同区别于一般民事合同的制度特色之一，这有赖于《劳动法》修改时予以明确。”<sup>6</sup>也有人从主张损害赔偿角度提出禁止：“对于违约金条款应在立法上加以规范，明令限制使用违约金条款，如果劳动者未按照劳动法规定的条件解除劳动合同，对用人单位造成经济损失的，可依据损害结果予以赔偿。”<sup>7</sup>由于禁止违约金观点已经将违约金的范围限定为零，自然并不需要探讨违约金的惩罚性问题。

笔者认为，理论界看到了过分强调协商空间给劳动者带来的不利后果，从保护劳动者的角度出发，阐释了国家干预的合理性，防止强势主体滥用违约金给劳动者带来损害。但是，完全禁止的模式过于理想化，它忽视了我国劳动关系实际运行中的复杂性和特殊性，地方立法如此普遍的采用的任意违约金制度，说明现实生活中劳动者的随意跳槽确已成为不容忽视的问题，禁止违约金与现实生活脱节。具体来说：第一，从《劳动法》的调整对象上看，与各国做法不同的是，我

<sup>5</sup> 徐智华：“劳动合同解除之法律适用—兼论〈劳动法〉第25条规定之评析”，载《中南财经大学学报》2000年第5期。

<sup>6</sup> 冯彦君：《劳动合同解除的“三金”适用与〈劳动法〉的修改》，载叶静漪、周长征主编：《社会正义的十年探索：中国与国外劳动法制改革比较研究》，北京大学出版社2007年版，第198—199页。

<sup>7</sup> 林嘉：《“劳动合同若干法律问题研究”》，载叶静漪、周长征主编：《社会正义的十年探索：中国与国外劳动法制改革比较研究》，北京大学出版社2007年版。

国将所有者的代表、职业经营者都作为劳动者包括在劳动法调整对象内，这部分人的违约往往对企业带来较大影响；第二，从立法规范上看，大部分国家将忠诚义务作为劳动者的一项基本义务，而我国没有这方面的规定，诚信体系也不够完善，违约金制度的缺失将难以遏制现实生活中的随意流动以及恶意跳槽；第三，从技术创新、人才培养的角度看，我国应当鼓励企业以各种留人手段，加强人力资本的投入。如果企业丧失留人的动力，会使企业管理行为短期化，不愿对员工进行培训，不利于劳动者的长期发展。

### （三）限制违约金制度及其评价

从克服任意违约金、禁止违约金两种极端的思维出发，一些地方立法中出现了限制违约金的思路。

限制违约金作为一种法律制度是指对劳动者违约行为设定违约金的只限于违反服务期约定或违反商业秘密约定的制度。2001年通过的《上海市劳动合同条例》首次在地方立法中采用了限制性违约金的制度安排，对违约金的设定范围进行了限制。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，除违反保守商业秘密约定外，就是违反服务期约定。对于服务期违约金，只适用于由用人单位出资招用、培训或者提供其他特殊待遇三种情形的劳动者。限制违约金在违约金性质上仍坚持赔偿性与惩罚性相结合的观点。该条例规定，在实际损失与违约金之间，权利人可以从高选择，如果用人单位选择了违约金，劳动者可以实际损失为依据，请求调整过高的违约金以使违约金也受到实际损失的制约。

应当明确的是，服务期和劳动合同期限是不同的两个概念，服务期是劳动合同当事人在劳动合同或其他协议中约定的劳动者应当为用人单位服务的期限。这里所称的服务不同于一般的提供劳动的行为。劳动合同期限的劳动是对所有员工都适用的普遍劳动义务，而服务期的劳动是劳动合同当事人根据约定享有特定权利义务的情况下，劳动者为特定用人单位提供的劳动。显然，限制性违约金并不是针对正常劳动关系的担保，它是在正常劳动合同之外，用人单位履行了一种特殊的福利安排义务后才允许设置的。违约金所对应的义务，不是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，从而使劳动者增加一个相应义务。其实，这是在正常劳动合同关系基础上形成的一种新的对价关系，

只有这种对价关系被破坏，才允许以违约金这种方式进行救济。从法律的承继角度来看，限制违约金是沿着原有《劳动法》思路所进行的一种特殊调整。这一制度安排并不会对原有劳动关系结构造成冲击，不会导致实质上的不平等，具有合法性与合理性。

笔者参与了《上海市劳动合同条例》的起草，该草案既是集体的结晶，也反映了笔者的一些想法。<sup>8</sup>限制违约金制度也辐射性地影响了周边地区的劳动合同立法，如2003年《江苏省劳动合同条例》通过对违约金设定范围就采用了类似上海限制违约金的做法。

一些主张禁止违约金的学者在了解限制违约金制度后，开始有限度的接受这种制度。“对与用人单位签订服务期的劳动者、负有保守商业秘密义务的劳动者以及接受用人单位提供的特殊待遇的劳动者，可以以约定违约金的方式进行违约限制，而对一般劳动者违反劳动合同期限的行为或其他违约行为则不应以违约金的形式加以约束。”<sup>9</sup>“从应然的角度讲，笔者赞同我国大部分学者的观点，即我国劳动合同立法应明令禁止在劳动合同中设定劳动者承担违约金责任的条款。但是，从实然的角度讲，通过劳动合同立法禁止劳动合同中约定劳动者违约金责任在我国目前的劳动实践中还不具有可行性。”<sup>10</sup>

## 二、劳动合同立法中，限制违约金与变相禁止违约金两种观点发生了碰撞

劳动合同立法是在一种特殊的氛围中进行的。一些学者为了迎合某些社会思潮，同时也为了扩张自己的话语权，与媒体合谋将立法过程描绘成劳资博弈过程。在这种氛围中一些广为流传的观点突然消失，地方立法中普遍存在的任意违约金制度，很快淡出立法者的视野。在限制违约金成为我国的立法基本方向后，一些主张禁止违约金的学者以“抽象肯定，具体否定”的方式，变相主张禁止违约金。

《劳动合同法》很大程度成为限制违约金与变相禁止违约金这两种观点的争论。这一争论主要集中在两个问题上，一是违约金的范围，二是违约金的性质。

### （一）违约金适用范围之辩

<sup>8</sup> 董保华、于海红：《“劳动合同违约金立法评析”》，载《中国劳动》2005年第2期。

<sup>9</sup> 姜颖：《劳动合同法论》，法律出版社2006年版，第386页。

<sup>10</sup> 参见冯彦君、刘松珍：《“我国劳动合同违约金立法研究”》，载《社会法评论》第二卷，中国人民大学出版社2007年版，第207页。

《劳动合同法》(一审稿)引人注目地引入了限制违约金所主张的服务期概念,并将服务期范围设定在培训一种情形,并附加了四个条件:1.为劳动者提供培训费用;2.使劳动者接受专业技术培训;3.专业技术培训必须是脱产的;4.脱产专业技术培训还须达6个月以上。笔者认为,一审稿以限制违约金为基础的定性虽然正确,但是从定量上看是有问题的,并没有把出资招用、提供特殊待遇等情形纳入其中,设置范围较窄,而且对于唯一的培训适用附加的四个条件使这种情况在现实中几乎不能够实现。<sup>11</sup>

公开讨论的一审稿是采纳我国劳动法学者意见较多的一稿,有些对一审稿参与较深的学者认为,“违约金具有担保性质,而劳动关系中的人身关系内容不适用担保。”“即使有可以约定违约金的特殊情形,也应当作严格限制。”<sup>12</sup>可见,这些学者完全没有理清限制性违约金的特殊机理和法理基础,依然是以禁止违约金的思路来处理限制违约金所涉及的问题。

任意违约金、限制违约金与禁止违约金的区别主要在适用范围上,任意违约金主张违约金的范围无穷大;禁止违约金主张违约金的范围为零;限制违约金主张以服务期作为划定自己范围的依据。一些持禁止违约金观点的人,努力推动服务期范围的缩小,以达到禁止违约金的目的,一审稿基本上就是这样的一种制度安排。一审稿表面上承认服务期的概念,但由于对服务期设置了过严的限制,几乎等于取消了服务期制度,实际上否定违约金的概念。草案对服务期违约金的规定可以说是“抽象肯定,具体否定”,通过服务期范围缩小到几乎为零,达到变相的禁止违约金的目的。一部人大常委会公布的法律采取这种方式是极不正常的,如果真要禁止违约金也应采取更坦荡的方式。

四易其稿的《劳动合同法》一直坚持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的规定,但对于服务期范围则多有变化,总体上是适当放宽的过程。从“用人单位为劳动者提供培训费用,使劳动者接受6个月以上脱

---

<sup>11</sup> 笔者认为该草案对员工实行了一种过于“宽出”的政策,并对上述规定进行了批评:“‘宽出’主要体现在:除了保留原劳动法第31条的规定外,又对员工离职进一步放宽,即劳动者单方解除的理由增加、程序简化;企业在给员工提供了6个月以上脱产专业技术培训后才可以和员工约定服务期和违约金,如培训时间短于6个月、培训期间没有全脱产或员工享受的是企业提供的住房、汽车等特殊待遇,仍允许自由离职且不得约定违约金;竞业限制期间全额支付工资等。这些规定将使用人单位那种通过加强投入,主动留人措施和方案基本上丧失法律效力。与‘被动招工’相对应,企业将只能进行‘被动留人’”。参见董保华:“锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位”,载《法商研究》2006年第5期。

<sup>12</sup> 一审稿是2005年底通过的,2006年3月公开讨论时受到质疑。王全兴在2006年第2期《中国劳动》上的文章《服务期的法律定性和法律后果》,基本上能反映其当时的想法

产专业技术培训的，可以与劳动者约定服务期”到“用人单位在国家规定提取的职工培训费用以外提供专项培训费用，对劳动者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。”再到“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。”随着服务期的逐步放大，违约金也增加了适用范围，实际上是使这一制度有了真正的调整对象。

## (二) 赔偿性认识的分歧

我国学界一般认为，违约金具有赔偿性和惩罚性双重性质。违约金的赔偿性，是指违约金在功能上主要是为了弥补一方违约后另一方所遭受的损失；违约金的惩罚性，是指违约金在功能上主要是对债务人的违约行为实行惩罚，以确保合同债务得以履行。

在违约金是否应该具有惩罚性问题上，地方立法实践与理论界的态度泾渭分明。地方劳动合同立法普遍认为劳动合同违约金应是赔偿性和惩罚性兼具，只不过有的地方立法惩罚性不受限制，有的地方立法则采取一定的措施对惩罚幅度进行限制。然而，与地方立法实践不同的是，我国劳动法学研究中普遍认为劳动法中的违约金，只有赔偿性，没有惩罚性。“如果把违反劳动合同的违约金设置成惩罚性，导致对违约金行为惩罚明显过重，将严重限制劳动力的自由流动和自主选择业权利”。<sup>13</sup>“当事人可以在劳动合同中约定违约金条款，但仅限于赔偿违约行为所造成的损失，没有造成损害的，不承担违约金责任。”<sup>14</sup>

劳动合同立法的起草过程中，学者的影响远超过实际部门的影响。“违约金只有赔偿性，没有惩罚性”的观点占据了上风。但是在如何理解赔偿性的问题上学者内部发生了分歧，争论在于是否要在实际损失的基础上再行打折，如果违约金是一个打了折的实际损失，等于从另一个角度禁止违约金的存在。可见，这依然是限制违约金与变相禁止违约金的争鸣，这一争鸣具体有以下一些观点。

第一种观点认为可以按实际损失来确认。“违约方在支付了违约金后，如果对方仍有损失未得补偿，还需要就差额部分支付赔偿金。”<sup>15</sup>

<sup>13</sup> 蔡吉恒：《“我国劳动合同法立法比较研究”》，载中国劳动法学研究会编：《劳动保障法学论丛》第1卷，第103—104页。

<sup>14</sup> 徐智华、章辉：《“我国〈劳动合同法〉应否规定违约金条款”》，载《中国劳动法学研究会年会论文集汇编》2005年，第380页。

<sup>15</sup> 林嘉、杨飞：《“劳动合同解除中的经济补偿金违约金和赔偿金问题研究”》，载《社会法评论》第一卷，第54页。

第二种观点，不可以直接按实际损失来确认，法院依当事人的请求调高违约金数额。“当违约方所支付的违约金低于非违约的实际损失时，立法可以通过赋予法院权利依当事人的请求调高违约金数额。”<sup>16</sup>

第三种观点，将违约金改造成为有封顶保护的赔偿责任。“第一，违约金只能具有赔偿性，而不能具有惩罚性，并且将所要赔偿的损失限定为用人单位已支付的特殊待遇。所以，违约金数额不得超出劳动者已得特殊待遇的数额。例如，特殊待遇如果是培训，违约金数额就不得超过培训费用；第二，违约金数额应当受剩余服务期与原约定服务期之比例的制约。换言之，在劳动者已履行部分服务期的情况下，应当根据已履行服务期在原约定服务期中所占比例，相应减少违约金数额；第三，考虑到劳动者的财产承受能力，违约金应当与劳动者的劳动报酬挂钩。《北京市劳动合同规定》（2004 修订）作出的‘劳动者向用人单位支付的违约金最多不得超过本人解除劳动合同前 12 个月的工资总额’的规定，是有其合理性的；第四，仲裁机构或法院应当依职权或应劳动者请求对违约金是否公平、合理的问题进行审查，认为违约金数额有失公平和合理的，应当适当减少违约金数额。”<sup>17</sup>这四条建议，前两条是体现赔偿性，按实际损失来确认；后两条是体现打折性，在实际损失基础上的打折。

笔者认为，仅从赔偿性的视角看，学者在论述这三种方案过程中已经开始慢慢地偏离了赔偿性这一特点。如果说第一种观点还比较坚决地贯彻按实际损失确定违约责任的话，第二种观点则是以实际损失作为上限，赋予法官调整违约金的权限，体现了对赔偿性的某种改造，使实际损失缩水。第三种观点更是对违约金的赔偿特点作了较为彻底的技术改造，使其面目全非：《北京市劳动合同规定》对违约金数额做的最多不得超过劳动者 12 个月工资总额的限制主要是建立在惩罚性赔偿的基础之上的，学者却把其用来对补偿性设置条件；“约定的违约金数额畸高的，当事人可以要求法院适当减少”，这本是“上海模式”中用赔偿来限制惩罚性的规定，学者却用来对补偿性进行打折处理。

《劳动合同法》最终规定为：“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

<sup>16</sup> 参见冯彦军、刘松珍：《我国劳动合同违约金立法研究》，载《社会法评论》第二卷，中国人民大学出版社 2007 年版，第 207 页。

<sup>17</sup> 成曼丽、王全兴：《“服务期的法律定性和法律后果”》，载《中国劳动》2006 年第 2 期。

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。”尽管这一规定与学者的三种观点均不完全相同，但所体现的想法应当是一个打了折的赔偿责任。在违约金与实际损失两者中从低选择，违约金低于实际损失的，支持违约金；违约金高于实际损失的，支持实际损失。

### 三、劳动合同立法后，对我国限制违约金的一些再思考

我国在《劳动合同法》起草过程中发生了 100 多位飞行员(其中大部分为机长)跳槽案，<sup>18</sup>民航总局联合其他四部委即人事部、劳动和社会保障部、国务院国有资产监督管理委员会、国务院法制办公室于 2005 年 5 月 25 日发布了《关于规范飞行人员流动管理保证民航飞行队伍稳定的意见》以行政手段限制流动。<sup>19</sup>最高法院于 2005 年 7 月 25 日转发了五部委的意见，并要求参照意见进行审判。2006 年 9 月中国民航华东局下发《关于规范民航华东地区飞行人员流动管理的实施办法(试行)》可谓再出重拳。五部委及最高法院采取的措施，以已经颁布的《劳动合同法》的眼光看，均属违法。在《劳动合同法》之后，如果出现了大规模的跳槽应当如何处理呢?答案是：束手无策。我国违约金制度尚未执行，就可以断言，其必将遭遇滑铁卢。

社会法视野里的劳动者，不是原有私法范畴里面的“抽象人”，而是具有差异性的“具体人”。如果说 1994 年《劳动法》制定背景下的劳动者这种“具体人”的差异还不明显的话，在当今社会阶层结构呈现出多层次已是一个不争的事实。

20

任意违约金与禁止违约金尽管表面看来水火不容，其实思想方法是完全一致的，都是以“抽象人”的视角来观察社会生活，前者得出了抽象平等，后者得出了抽象不等的结论。从抽象平等的视角出发，要求对违约金不加限制，以平等保护双方当事人的利益；从抽象不等出发，得出了取消违约金以保护处于弱者地位的劳动者的结论。劳动者是分层的，当我们用一把尺子去衡量时，就会产生出对于有些员工过分而对于有些员工不足的问题。

限制违约金是建立在劳动者分层的基本理论上的。这一理论至少涉及员工中

<sup>18</sup> 详见“飞行员跳槽动静大三大航空公司近百名飞行员辞职”，载《人民日报》2005 年 8 月 6 日。

<sup>19</sup> 该规定出台了一系列严格限制飞行员跳槽的措施：航空运输企业招用飞行人员应当与其所在单位达成一致；飞行员要参照 70 万至 210 万元的标准向原单位支付费用；未与原用人单位终止或解除劳动合同的飞行人员不得建立新的劳动关系；飞行记录本和航空人员健康记录本要由用人单位封存保管 6 个月后退所在地的民航地区管理局暂存保管；尽量在运输生产淡季办理解除劳动合同手续。

<sup>20</sup> 陆学艺：《“当代中国社会阶层的分化与流动”》，载《北京日报》网络版 2006 年 6 月 19 日。

的三个群体：一是本身就是强势员工，二是本身并不一定是强势员工经用人单位培养而使其竞争力加强，三是弱势员工。限制违约金只涉及前两个方面的员工。对于强势员工，用人单位以特殊福利待遇的方式吸引加入，要求其离职时，有限的返还，否则应当承担违约金；对于用人单位通过培训而加强地位的员工，要求其承担一定的服务期，否则应当承担违约金。这两方面显然有很高的合理性。限制违约金由于范围缩小，显然应当力度加大。在劳动合同法立法中，表面上看，采纳了服务期这一限制违约金理论特有的制度安排，其实限制违约金理论受到变相禁止违约金观点的干扰，已被严重扭曲，体现在以下两个方面。

#### （一）《劳动合同法》违约金设置范围过于狭窄

笔者认为，服务期的范围尽管经过激烈争论有所放大但从对经济生活规范的角度看，依然偏小。各地的限制违约金均将违约金限定在两种情况，一是商业秘密，二是服务期。就服务期而言，各地一般做出了出资招用、培训、提供特殊福利待遇三项限定。这是在正常劳动合同关系之外的特殊的福利安排，只有用人单位履行了这种特殊义务才允许设置违约金。然而《劳动合同法》将三项义务缩小到了只有培训一项范围显然过窄。例如，用人单位有时会使用提供住房的方式吸引优秀人才，这种特殊福利对于一些劳动者尤其是异地转移的劳动者有很强的吸引力，在《劳动合同法》中将措施排除在设置违约金的范围之外，显然是不恰当的。

当我们选择以限制违约金作为制度安排时，以服务期作为设置违约金的条件，实际上是选择了以较为上层的员工作为适用违约金制度的对象。从服务期与违约金的挂钩来看，服务期的约定对劳动者是一种选择，这种选择背后其实是两个用人单位。如果我们不能有效地保护先行投入的一方，可能我们就在保护不“投”而获的一方，《劳动合同法》对劳动关系中的特殊对价关系用服务期违约金的形式进行特殊的处理，但是这种处理之所以出现涵盖范围过窄的问题，原因在于立法者并没有基于劳动者的差异性展开制度设计，而是依旧沿用传统私法关于抽象人的假定对所有劳动者做了“高度统一而抽象”的操作，虽然这种操作也部分地考虑了劳动关系中双方利益的均衡。从劳动者保护的角度出发，劳动者层次上的差异性会导致这个群体内在需求上的不一致，这就要求制度的供给应充分地考虑需求之间的不同而做出调整。服务期违约金的设置范围应吸收地方立法已有的经

验，尽可能涵盖较高层次的劳动者与用人单位可能约定的情形。但遗憾的是，立法者没有从这一思路出发来进行调整。

违约金适用范围的合理调整在立法过程中受制于两方面：一是一审稿是一个公开稿，在社会上已经有了较大的反响，尤其是一些学者与媒体合谋，将《劳动合同法》的每一点进步，都说成是资方的胜利，使《劳动合同法》的修改成了政治问题，再行调整已经困难；二是我国劳动法学界在劳动合同法所形成的特有的话语系统与话语方式阻碍了这种调整。我国一些学者常会搬出违宪、人身自由以及一些道德标准，拒绝任何合理调整。<sup>21</sup>

## （二）《劳动合同法》违约金设置应加大惩罚力度

根据我国立法和司法实践，可以将违约金的概括为：当事人通过约定而确定的、在违约后生效的独立于履行行为之外的给付。按照学术界一般看法，违约金责任的主要目的在于对违约当事人实行制裁，这不仅有助于当事人正确履行合同，而且对于减少违约行为的发生，维护交易的秩序有着极为重要的作用。<sup>22</sup>以前学术界的一般看法是认为违约金作为一种违约责任形式，必然要以惩罚性作为其性质。“我们认为，违约金就其固有性质来说，主要应体现惩罚性”。<sup>23</sup>从原有的合同立法来看，我国许多单行的合同法规都强调违约金的惩罚性，并且一般采取法定的形式。新《合同法》实施以后，一些学者认为，违约金的补偿性质得到加强。但无论如何，在我国违约金还是具有惩罚性的。对此，王利明先生作了一定的分析。

王教授的观点可以归纳为三个方面：首先，惩罚性违约金仍然存在着，并有三种存在形式；<sup>24</sup>其次，如果否认违约金的惩罚性，而只承认其具有补偿性，违约金就成为一种损害赔偿的预定，那违约金与损害赔偿就没有什么实质差别，违约金也无存在的必要；再次，“如果违约金单纯具有补偿性，则违约当事人就有可能在违约造成的损失不超出预定的违约金数额的情况下，完全不顾对方当事人的利益而为追求某种非法利益而违约，从而使违约金丧失了保障合同履行的作用。

<sup>21</sup> “劳动者的人身自由受宪法保护，任何人不得非法限制，这决定了劳动立法应确保劳动者的自由流动和人身自由。”参见蔡吉恒：“我国劳动合同立法比较研究”，载中国劳动法学研究会编：《劳动保障法学论丛》第1卷第103—104页。

<sup>22</sup> 郑爱青：“和谐社会视野下劳动关系调整的法律思考——从用人单位和劳动者的基本劳动权利和劳动义务角度”，载《法学家》2007年第2期。

<sup>23</sup> 国家工商局经济合同司编：《新合同法教程》，中国政法大学出版社1994年版，第89页。

<sup>24</sup> 王利明编：“违约金的基本问题”，载《民商法研究》第1辑，法律出版社1998年版，第517页。

<sup>25</sup>笔者同意这一观点，否定违约金的惩罚性，违约金与损害赔偿就没有区别了。在我国违约金具有惩罚性是应当承认的现状，只要加以规范并非一定损害劳动者的利益。当然这种惩罚应当限定在一定的范围内，以赔偿作为惩罚的制约，是一种可行的方案。上海模式在这个问题上的探索是有积极意义的。

当《劳动合同法》所涉及的违约金完全没有惩罚性时，其实只是一种预定标准的赔偿责任。当违约金制度完全退化成为一种赔偿责任时，一般的辞职就会和服务期辞职发生冲突。《劳动合同法》第90条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”劳动者违反一般的辞职制度的规定，例如未履行预告义务而辞职的应当承担赔偿责任；劳动者违反服务期辞职制度的规定，例如未履行服务期的约定，也只是赔偿损失。两者既然后果一样，为什么后者要求用人单位先行投入呢？而且我国还通过设置服务期的限制，对这种先行投入进行了极其严格的界定，显然缺乏合理的解释。这种制度安排只能得出我国不提倡用人单位对劳动者以投入的方式进行留人的法律逻辑。这一逻辑真是我们需要的吗？

当《劳动合同法》所涉及的违约金，不仅没有惩罚性，而且在赔偿性上也打折，违约金与实际赔偿两者从低时，其连法律义务与法律责任的基本界限也完全混淆了。法律责任是违反法律义务应当承担的法律后果。如果违反法律义务应当承担比原义务更轻的法律后果，这种制度设计，其实是在变相地鼓励违约，也会破坏了原有劳动关系的稳定与和谐。2005年五部委联合出台的文件尚无法根本遏制愈演愈烈的飞行员跳槽潮，完全没有惩罚性、只能追究很小一部分实际损失的赔偿责任，将对这类跳槽起推波助澜的作用。

当用人单位忌惮于高层次技术人才、管理人才的跳槽可减弱资本投入并转向以廉价的方式去挖相关企业的墙角时，当我们的法律缺乏对技术创新、人才培养支持时，当社会经济秩序由此而受到扰乱时，最终受到损害的只能是劳动者自身。

---

<sup>25</sup> 王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年1月版，第628至629页。内容为：第一，《合同法》第114条第3款规定，“当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。”这就明确承认了惩罚性违约金；第二，当事人也可以在合同中约定单纯的惩罚性违约金。例如，当事人在合同中约定，一旦一方违约，无论实际损失多大，违约方应当向对方支付违约金。按照合同自由原则，这种约定也是有效的。以及针对瑕疵给付行为，也可以约定惩罚性违约金；第三，在当事人约定违约金以后，一方违约，但违约可能并没有给另一方造成损失（如因为价格的变动而使迟延交付的货物价值上涨），在此情况下，尽管非违约方可以要求法院和仲裁机构予以调整，但不能认为违约金具有惩罚性而要求宣告无效。尤其是当事人约定了惩罚性违约金条款，但违约方并没有要求调整数额，而自愿承担违约金责任，依照私法自治原则也是合法的。

可以说《劳动合同法》服务期违约金的规定使我们又一次偏离了对劳动者“倾斜保护”的社会法轨迹。“抽象平等”的劳动者不应该成为违约金立法以及一切与劳动法相关立法的假设前提，因为这个命题本身是脱离实际的。对劳动者进行层次区分关系到我们是否能够准确地把握劳动关系调整的实质，是否能够准确把握社会法对抽象平等的矫正。劳动者的细化将使法律能够对劳动关系当事人的地位进行权衡并以此确定利益的分配方式，这才是对真正的弱者进行倾斜保护的题中应有之意。



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)