

保华月刊

Baohua Monthly

2018年10月刊
Oct. 2018
第24期
NO. 24

- 案例调研：竞业限制义务能否附生效条件/期限
- 《重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见》
- 所有个税综合所得信息都在这里了（图表解析税率与各项扣除）



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
- 12 **新法规：《重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见》**
New Regulations: Eight Opinions of Chongqing Municipal High Court on the Application of Law in Labor Dispute Cases
- 18 **个税图表解析税率与各项扣除**
Individual tax chart to analyze tax rates and deductions
- 热点追踪**
Hot Issues
- 28 **案例调研：竞业限制义务能否附生效条件/期限**
Case Study: whether non-compete obligation can be subjected to agreed condition(s) or term
- 老董杂谈**
Professor Dong By-Talk
- 34 **劳动合同的再认识**
Recognition of labor contract

新闻总结



一、《中华人民共和国个人所得税法实施条例（修订草案征求意见稿）》出台

来源：中国经济网-《经济日报》

摘要：近日，《中华人民共和国个人所得税法实施条例（修订草案征求意见稿）》公布。此次修订明确了收入来源地规则，简便征管措施，完善反避税措施、信息共享等相关规定。

Summary: *The Regulations of the People's Republic of China on the Implementation of the Individual Income Tax Law (Draft Revision for Comments)* were recently published. This revision has clarified the rules of the source of income, simplified collection and management measures, improved anti-tax avoidance measures and information sharing.

新个人所得税法将居民个人的时间判定标准由一年调整为 183 天。相较于现行税法实施条例，此次修改规定，在中国境内无住所个人，构成居民纳税人连续不满 5 年或满 5 年但其间有单次离境超过 30 天情形的，其来源于中国境外的所得，经向主管税务机关备案，可以只就由中国境内企业和个人支付的部分缴纳个人所得税；构成居民纳税人满 5 年，且在 5 年内未发生单次离境超过 30 天情形的，从第六年起，中国境内居住累计满 183 天的，应当就其来源于中国境外的全部所得缴纳个人所得税。

新个人所得税法增加了反避税条款，借鉴企业所得税法的成熟经验，实施条例细化了反避税的有关规定，明确了有关概念和判定标准。明确了关联方、关联关系、独立交易原则、受控外国企业、实际税负明显偏低、合理商业目的等概念的含义和标准；明确了纳税调整利息的计算方法；明确纳税调整具体方法由国务院财政、税务主管部门规定。

此次修改增加了个人实名办税和使用纳税人识别号有关要求，明确个人应当凭纳税人识别号实名办税，对没有中国公民身份号码的个人在首次发生纳税义务时，由税务机关赋予其纳税人识别号。

二、《社会保险领域严重失信“黑名单”管理暂行办法》公开征求意见

来源：新华信用

摘要：近日，人社部办公厅公布《社会保险领域严重失信“黑名单”管理暂行办法(征求意见稿)》（以下简称意见征求稿），向社会公开征求意见。

Summary: General Office of Ministry of Human Resources and Social Security recently announced the Interim Measures for the Management of Blacklists for Serious Dishonesty in Social Insurance (Draft Revision for Comments) (hereinafter referred to as the Draft for Comments) to solicit opinions from the public.

意见征求稿拟规定，有下列情形之一的单位或个人，县级及以上社会保险经办机构应将其列入社保“黑名单”：

- （一）用人单位未按规定参加社会保险且拒不整改的；
- （二）以欺诈、伪造证明材料或者其他手段参加、申报社会保险和骗取社会保险待遇或社会保险基金支出的；
- （三）非法获取、出售或变相交易社会保险个人权益数据的；
- （四）社会保险服务机构违反服务协议或相关规定且拒不整改的；
- （五）负有偿还义务的用人单位及其法人代表或第三人，拒不偿还社会保险基金已先行支付工伤保险待遇的；
- （六）法律、行政法规规定的其他情形。

意见征求稿拟规定，各级社会保险经办机构应当将社保“黑名单”信息纳入当地和全国信用信息共享平台，由相关部门在各自职责范围内依据《关于对社会保险领域严重失信企事业单位及其有关人员实施联合惩戒的合作备忘录》规定，在政府采购、交通出行、招投标、生产许可、资质审核、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先等方面予以限制。

三、人社部关于《港澳台居民在内地（大陆）参加社会保险暂行办法（征求意见稿）》

来源：人民网

摘要：近日，人力资源和社会保障部公布《香港澳门台湾居民在内地（大陆）参加社会保险暂行办法（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见，反馈截止时间为2018年11月25日。

Summary: The Ministry of Human Resources and Social Security recently announced the Interim Measures for Hong Kong, Macao and Taiwan Residents to Participate in Social Insurance in Mainland China (*Draft for Comments*), which is now open to the public for comments. The deadline for feedback is November 25, 2018.

《暂行办法》规定，在大陆注册或者登记的企业、事业单位、社会团体、社会服务机构、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户聘雇的港澳台居民，应当依法参加职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险，由用人单位和本人按照规定缴纳社会保险费。

在大陆从事个体工商经营的港澳台居民，可以参照注册地有关规定参加职工基本养老保险和职工基本医疗保险；灵活就业且办理港澳台居民居住证的港澳台居民，可以参照居住地有关规定参加职工基本养老保险和职工基本医疗保险。在大陆就业时已经达到法定退休年龄的港澳台居民，可以参加居住地城乡居民基本医疗保险。在大陆居住且办理港澳台居民居住证的未就业港澳台居民，可以在居住地参加城乡居民基本养老保险和城乡居民基本医疗保险。在大陆就读的港澳台大学生，按照属地原则自愿参加高等教育机构所在地城乡居民基本医疗保险。

四、香港 48 年来首次延长法定产假至 14 周

来源：21 世纪商业评论

摘要：近日，香港特首林郑月娥发表任内第二份施政报告，宣布将香港法定产假由目前的 10 周延长至 14 周。新增 4 周产假的有关支出将由政府承担，但设有资助上限，预计政府每年需补贴约 5 亿港元。

Summary: Carrie Lam, Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region recently released her second policy address during her tenure, announcing that the statutory maternity leave in Hong Kong will be extended from the current 10 weeks to 14 weeks. The government will bear the expenses related to the new four-week maternity leave, but there is a subsidy ceiling and it is estimated that the government will need to subsidize about HKD 500 million every year.

林郑月娥表示：“雇主可向政府申领发还向女性雇员支付的新增四星期产假薪酬，以 36822 港元为上限，即是说月入 50000 港元或以下的雇员，她们的额外四星期产假薪酬全数由政府承担。政府会由即日起延长所有女性政府雇员的产假至 14 星期。所有分娩日或预产日在今日或之后的政府雇员，均可即时受惠于这

项措施。”

香港的法定产假已长达 48 年没有调整，一直维持在 10 周。

而上一次修正是在 1995 年，此次修正仍维持 10 周的法定产假时间。具体细则为，如果怀孕雇员在产假前已按连续性合约受雇满 40 个星期，可享有法定有薪产假，薪酬为每日平均工资的 80%，成本全部由雇主负担。

近年来，香港生育率持续降低，社会一致认为老化问题更为严重。根据政府统计处数字，2017 年香港出生率为 7.7%，相比 1986 年的 13% 跌了近一半，接近 2003 年的最低水平 7%。

有来自商界的声​​音认为，若落实新安排对大型企业影响不大，但对于人数少于 10 人的中小微企，料将面对如何聘请替工的问题。

除了延长女性的法定产假外，特区政府早前还建议将男士待产假由 3 天增至 5 天，相关议案已交立法会审议，有望在 10 月复会之后获得通过。不过获通过之后，还需刊宪、审议生效日期等程序，预计最快在农历新年前后才会生效。

香港特区立法会议员葛珮帆认为，要做到鼓励生育，在延长法定产假、待产假之外，特区政府还应加大投放资源，完善托儿服务、母乳设施。另外，因应香港较为普遍的高龄产妇问题，还应增加辅助生育的医疗服务。

五、法国民议会通过“透明度”条款 大企业将公布工资差异

来源：环球网

摘要：法国国民议会于近日一读审议《支持企业增长与企业转型行动计划法》草案期间，通过了强迫大型企业公布内部工资差异的条款。这项措施来自法国总统马克龙的一项竞选承诺。

Summary: French National Assembly recently passed a provision forcing large enterprises to disclose internal wage differences during its consideration of the draft *Action Plan for Supporting Enterprise Growth and Enterprise Transformation*. This measure comes from a campaign promise made by French President Emmanuel Macron.

据报道，上述条款强迫在股市挂牌交易的大型企业公布企业领导人的报酬和全体职工的平均工资与工资中位数之间的差距，以及最近 5 年期间这些比数的变化。

经济和财政国务秘书杰尼-斯特凡解释说，政府附加了一个修正条款，增设了报酬中位数，“这是一个更确切的指数，可据此了解企业中的工资情况”。

国民议会共和国前进党议员团主席吉尔·勒让德尔称，在“工资透明度和预防不正当的报酬方面大大跃进了一步”。

左派认为这只是“在原地跳跃，回到原地”，指责政府在工资透明度上只“提供一个幻象，实际无法应用”，要求在工资分配上公布四分位数值(把所有数值由小到大排列并分成四等份)。对此，政府表示反对，认为这将“泄漏企业的重要情报，可能损害企业的竞争力”。

六、上海技能人才市场工资价位公布:高于全市平均工资水平

来源：上观新闻

摘要：日前，上海市人力资源和社会保障局再次发布了企业技能人才市场工资价位。按抽样调查规则，此次共调查 2700 多户企业，共 13.5 万人。结果显示，2017 年上海的技能人才工资中位数为 9.54 万元，高于全市平均工资水平，其中

交通运输业、制造业技能人才工资较高，技能人才的工资要高于一般的管理岗位。

Summary: A few days ago, the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau re-released the wage price for the enterprise skilled personnel. According to the sampling survey rules, a total of 135,000 people from more than 2700 enterprises were surveyed this time. The results show that the salary of skilled personnel in Shanghai in 2017 is RMB 95,400 yuan, which is higher than the average salary of the whole city, among which the salary of skilled personnel in transportation and manufacturing industry is higher, and the salary of skilled personnel is higher than that of ordinary management posts.

上海的发展既需要金领、白领，也需要蓝领，既需要企业经营管理人才，也需要一线的高技能人才和社会工作人才。据统计，到 2017 年底，上海的技能人才总量已超过 330 万人，他们的宝贵价值，一定程度上已经从工资收入上得到了体现。

企业技能人才市场工资价位的数据，来源于人社部统一部署的企业薪酬调查，根据本市各种经济类型、各类行业、各种规模的企业分布情况，共调查 2700 多户企业；调查对象为取得国家职业资格证书、在生产服务一线岗位工作、2017 年全年正常出勤的技能人才，包括高级技师、技师、高级工、中级工和初级工（其中高级技师、技师和高级工为高技能人才），共 13.5 万人。工资价位数据则为 2017 年工资性收入，包括基本工资、奖金、津贴、补贴、加班工资等。将每个技能人才的工资水平从高到低排序，处于 90% 位置的技能人才工资为高位数，处于 50% 位置的为中位数，处于 10% 位置的为低位数。

根据调查，2017 年技能人才工资中位数为 9.54 万元，而 2017 年上海全市职工平均工资为 8.56 万元。在上海的技能人才中，超过三成都属于高技能人才，他们的工资水平更高，中位数为 12.50 万元。

七、长三角异地就医门诊费首批 8 个地区试点直接结算

来源：东方网

摘要：长三角地区异地就医门诊费用开始试点直接结算启动仪式在沪举行，沪、苏、浙、皖人力资源社会保障厅（局）负责人签订了试点合作协议。

Summary: The launching ceremony of the pilot direct settlement of outpatient expenses in the Yangtze River Delta region was held in Shanghai, and the heads of the human resources and social security departments (bureaus) in Shanghai, Jiangsu, Zhejiang and Anhui signed a pilot cooperation agreement.

经三省一市协作共商，江苏省南通市、盐城市、徐州市，浙江省嘉兴市、宁波市、省本级，安徽省滁州市、马鞍山市等 8 个统筹地区率先成为长三角地区异地就医门诊费用直接结算首批试点，上海长期在外地居住、工作的参保人员，在上述地区的试点医院门诊就医时，可以按规定直接拉卡结算了。

另据了解，苏浙皖 8 个试点地区的参保人员也可按照当地规定，备案后按照转诊就医和分级诊疗的规定，在本市 15 家三级医院和金山区、松江区两区部分社区卫生服务中心享有异地就医门诊费用直接结算待遇。

八、广东：“超龄”未参保人员将不能通过一次性缴费领养老金

来源：广州日报

摘要：广东省人社厅等四部门近日发布《关于进一步规范企业职工基本养老

保险参保缴费政策的通知》(粤人社规〔2018〕9号,下称“9号文”),明确广东8项一次性缴费政策,不再适用超过法定退休年龄的未参保人员。各地不得违反国家规定采取一次性缴费的方式将超过法定退休年龄等不符合条件人员纳入职工基本养老保险参保范围。通知自2018年11月1日实施,有效期5年。

Summary: The Guangdong Provincial People's Social Affairs Department and other four departments recently issued the *Notice on Further Standardizing the Policy of Insurance Payment for Enterprise Employees' Basic Old - Age Insurance* (Guangdong People's Social Regulations [2018] No. 9, hereinafter referred to as " Document No. 9"), specifying that Guangdong's eight one-time payment policies are no longer applicable to uninsured employees beyond the statutory retirement age. All regions are not allowed to take a one-time payment in violation of state regulations to include those who do not meet the conditions such as the statutory retirement age into the coverage the basic old-age insurance for employees. The notice shall come into effect on November 1, 2018 and shall be valid for 5 years.

10月达到退休年龄当月参保也来得及

有不少市民,特别是灵活就业人员,希望在退休时通过一次性缴纳养老保险费,以求达到15年的缴费年限,在到龄退休时领取养老金。但现在要注意了,一次性缴费政策正在收紧。今年7月,本报曾报道广州市根据上级要求停办了灵活就业人员一次性缴费政策,10月8日,广东省人社厅等四部门发布9号文,进一步明确一次性缴费政策的适用范围。各地不得违反国家规定采取一次性缴费的方式将超过法定退休年龄等不符合条件人员纳入职工基本养老保险参保范围。

9号文明确,《关于解决早期离开省属国有集体企业人员社会保险有关问题的通知》(粤劳社发〔2008〕7号)等8项一次性缴费政策,不再适用超过法定退休年龄的未参保人员。这意味着,即使属于“早期下海”“早期下乡知青”等情况,但超过法定退休年龄且之前未有参保的,不适用上述政策,不能通过一次性缴费的方式参保。当然,若在到达法定退休年龄之前已经参保的,符合上述政策条件的,仍可申请一次性缴费。

从2008年开始,广东省发布多项政策,分别针对早期离开国企人员(俗称“早期下海人员”)、早期下乡知青、早期离开机关事业单位、企业未参保人员等人员,允许这些人员可以一次性补缴养老保险费。

比如经审核属于知青的,根据旧政策,一次性缴费年限原则上按知青下乡年限由本人自愿确定。如果符合“未办理回城现为农村户籍的;回城后未就业参保的;处于失业状态的;已达到国家规定的退休年龄但未领取基本养老金的”4个情况之一的,还可按同一缴费标准一次性缴至满15年,不受下乡年限限制。而根据此次发布的9号文,“超龄”未参保人员,不能再适用这个政策。

9号文将于11月1日实施,对于临近退休年龄但仍未参加过职工基本养老保险的人员,若符合上文提到的一次性缴费政策的,应尽快及时参保缴费。对于广州市户籍灵活就业人员来说,可到税务部门参加职工养老保险并缴费。即使10月到达法定退休年龄,10月当月也是可以参保的。

灵活就业人员仅剩“趸缴”一种途径

灵活就业人员的一次性补缴政策曾开过一个“小口”。2016年，广东省人社厅等三部门联合发布《关于完善灵活就业人员参加企业职工基本养老保险有关规定的通知》（简称“4号文”），全面放开了本省户籍灵活就业人员参保的城乡户籍条件，一定程度放开了灵活就业人员异地参保条件，并允许符合条件的灵活就业人员进行一次性缴费。

而这次发布的9号文则关闭了这个“小口”。9号文明确，城镇个体工商户、城乡灵活就业人员参保后按规定缴纳养老保险费，不得以事后追补首次参保前从事个体工商户、灵活就业期间缴费的方式增加缴费年限。参保后中断的缴费，不得补缴，符合国家规定补缴、不可抗力因素以及业务相关部门的原因导致无法按时缴纳养老保险费的除外。

“4号文”中第三条第一款“本省户籍就业人员男年满45周岁、女年满40周岁之月至本通知实施之月存在未参保缴费时段，且未领取企业职工基本养老金的，可向户籍地社会保险经办机构申请一次性缴纳该未参保缴费时段的养老保险费”的内容也被废止。

因此，对于灵活就业人员（不符合“早期下海”“知青”等其他一次性缴费政策规定的）来说，可以一次性缴费的情况只剩下“趸缴”——达到法定退休年龄时企业职工养老保险缴费年限不满15年的，可按规定办理延长缴费至满15年。《社会保险法》实施前参保、延长缴费5年后仍不足15年的，可以一次性缴费至满15年。

严禁各地自行扩大一次性补缴范围

此外，9号文还明确，用人单位按国家和省规定为职工补缴养老保险费的，应按《社会保险法》等规定缴纳滞纳金，符合《广东省地方税务局 广东省人力资源和社会保障厅关于广东省企业职工社会保险欠费滞纳金处理意见的公告》规定条件的，按其规定执行。

跨省流动就业人员转移接续养老保险关系时，对于符合国家规定一次性缴纳养老保险费超过3年（含）的，应提供人民法院、审计部门、实施劳动保障监察的行政部门或劳动争议仲裁委员会出具的具有法律效力证明一次性缴费期间存在劳动关系的相应文书。

按时按规定参保缴费，才能按时领取养老待遇。9号文要求，各地加强对一次性补缴的审核工作，严禁自行扩大范围将不符合条件的人员纳入企业职工基本养老保险。同时要做好政策宣传，推动企业职工依法依规参保缴费，引导符合条件的城乡灵活就业人员及时参保缴费。

8项一次性缴费政策不再适用“超龄”未参保人员

- 1.《关于解决早期离开省属国有集体企业人员社会保险有关问题的通知》（粤劳社发〔2008〕7号）；
- 2.《关于早期离开国有集体企业人员申请一次性养老保险缴费有关问题的通知》（粤劳社发〔2009〕12号）；
- 3.《关于解决离开机关事业单位人员养老保险有关问题的通知》（粤人社发〔2011〕91号）；
- 4.《转发人力资源和社会保障部财政部关于解决未参保集体企业退休人员基

本养老保障等遗留问题意见的通知》(粤人社发〔2011〕193号);

5.《关于妥善解决企业未参保人员纳入企业职工基本养老保险问题的通知》(粤人社发〔2011〕237号);

6.《转发关于妥善解决宗教教职人员社会保障问题的意见的通知》(粤民宗发〔2012〕45号);

7.《关于切实解决早期下乡知青社会保障问题的通知》(粤人社发〔2012〕64号文);

8.《关于完善灵活就业人员参加企业职工基本养老保险有关规定的通知》(粤人社规〔2016〕4号)。

九、2018年秋季人才供需报告出炉 全国白领31.9人竞争1个岗位

来源: 中国经济网-《经济日报》

摘要: 智联招聘今日发布《2018年秋季中国雇主需求与白领人才供给报告》。报告显示, 今年第三季度竞争指数同比下降, 全国平均31.9人竞争一个岗位; 全国37个主要城市的平均薪酬为7850元, 环比上升0.2%, 其中高级管理薪酬以每月20281元的高薪再列榜首。

Summary: *Report on Demand for Employers and Supply of White-collar Workers in China in Autumn 2018* is today released by ZHAOPIN. According to the report, the competition index in the third quarter of this year dropped year on year, with an average of 31.9 people competing for one job nationwide. The average salary in 37 major cities nationwide was RMB 7,850 yuan, up 0.2% from the previous month, with senior management salary topping the list with a monthly salary of RMB 20,281 yuan.

该报告由智联招聘根据平台大数据, 结合在线企业招聘需求及求职者投递简历情况, 对全国37个主要城市劳动力市场白领供求状况持续检测形成。

从不同城市的竞争指数来看, 在智联招聘监测的全国37个主要城市中, 2018年秋季求职期北京的竞争指数依然高居第一位, 为75.0, 同比略有下降, 竞争程度趋缓。成都在人才吸引方面的政策发挥作用, 职位供应量下降幅度远远高于求职人数, 导致竞争指数上升幅度较大。

整体来看, 智联招聘监测的37个城市中, 绝大多数城市的求职竞争指数环比下降幅度较大, 多个城市出现排名变化; 而贵阳、郑州和昆明表现出逆势上涨的势头, 相比上一季度, 贵阳的竞争指数上升5.1%, 郑州和昆明的竞争指数小幅上升, 分别为0.8%和0.6%。

根据智联招聘平台大数据, 2018年秋季对人才的需求量最多的依然是互联网/电子商务行业, 其次是房地产/建筑/建材/工程行业, 教育/培训/院校、计算机软件行业排在需求最多的行业中第三、四位。排名第五位的是专业服务/咨询(财会/法律/人力资源等)行业。

从整体来看, 人才需求量最大的前十个行业, 职位发布量的同比和环比数据均有大幅下降。从排名来看, 基金/证券/期货/投资行业的排名较上一季度下降一位, 电子技术/半导体/集成电路行业排名上升, 进入前十榜单。互联网行业正处于高速发展, 业务范围不断扩大, 可提供的职位类型丰富, 持续保持高人才需求。

从不同行业的竞争指数来看, 2018年秋季房地产/建筑/建材/工程行业仍排名第一位, 绝对值相对上一季度有所下降, 为51.9, 互联网/电子商务的竞争指

数为 44.8，位列第二，网络游戏行业以 42.9 的竞争指数排名第三位，排名较上一季度没有变化。

与去年同期相比，竞争激烈程度前十排行榜中，仅网络游戏和 IT 服务行业的竞争指数有所下降。人们对住房的需求只增不减，推动房地产行业衍生出多方位的服务业务，从传统房地产开发到新生的品牌公寓管理，从新房、二手房交易到租赁服务，每一个领域都是炙手可热。快速消费品行业和媒体/出版/影视/文化传播行业竞争指数排名上升，进入前十。

在薪酬水平排名前十的行业中，基金/证券/期货/投资行业以 10563 元的平均月薪继续位列第一，绝对值相对上一季度小幅下降。专业服务以 9948 元的平均月薪排名第二，中介服务的平均薪酬绝对值和排名均有所下降，以 9477 元排名第三。金融行业薪酬水平虽然在本季度连续遭遇 P2P 暴雷，以及引发的一系列连带反应，但金融行业的薪资水平相对其他行业依然维持在较高水平。

智联招聘 2018 年秋季在线数据显示，全国 37 个主要城市的平均招聘薪酬为 7850 元，本季度平均薪酬环比上升 0.2%，同比涨幅为 3.3%。珠三角、长三角工资水平继续保持优势。

十、江苏：镇江发布劳动规章制度“负面清单” 在全国属首次

来源：金山网

摘要：近日，镇江市总工会、市人社局共同发布《劳动规章制度“负面清单”（试行）》（以下简称《负面清单》）。据悉，发布此类“负面清单”在全国还属首次。该清单根据《劳动法》《劳动合同法》《省企业民主管理条例》等有关法律法规制定而成，明确列出了用人单位在制定劳动规章中应禁止出现的内容。

Summary: Recently, Zhenjiang Federation of Trade Unions and Municipal People's Social Bureau jointly issued *Negative List of Labor Rules and Regulations (for Trial Implementation)* (hereinafter referred to as *Negative List*). It is reported that the publication of such " negative lists" is still the first time in the country. The list was drawn up in accordance with relevant laws and regulations such as *Labor Law*, *Labor Contract Law*, *Regulations on Democratic Management of Provincial Enterprises*, and clearly listing the contents that employers should prohibit from appearing in the formulation of labor regulations.

《负面清单》包括劳动报酬、工作时间、劳动定额管理、保险福利、劳动安全卫生、劳动纪律、休息休假、职工培训、劳动合同管理等 9 章共 56 条。

为确保新规贯彻落实，市人社局和市总还共同发文，在全市企业中开展为期 3 年的“百千万”活动，即：2018 年在全市 100 家企业中开展试点，2019 年在 1000 家企业中广泛推行，2020 年在 1 万家企业中全面覆盖，最终实现全市所有企业贯彻落实劳动规章“负面清单”的工作目标。同时，两家单位还为企业提供免费“劳动规章制度法律效力评估服务”，企业可以自愿提供自家草拟的劳动规章制度，由市人社局和市总工会分别对其条款合法性和履行民主程序情况进行评估，便于企业及时修改调整。

省总工会副主席徐勇出席发布会议时表示，此次“负面清单”的发布，是推行厂务公开工作 20 年之际，镇江市推进的又一创新性举措。“负面清单”能有效指导用人单位吸取其他企业由于规章制度不合法产生问题的教训，顺应职工的期盼，贴合企业的实际，少走弯路，节约时间、精力和诚信方面的成本，促进劳动关系的和谐稳定，从而对社会经济发展起到很好的推动作用。

徐勇说，“这个活动实质上是对企业民主管理环境中存在的灰尘雾霾进行的一次大扫除，对隐藏在企业规章制度边边角角不合理、不合法的条款内容进行的一次检查、修改和完善行动。希望镇江各级工会加强指导和示范引领，为全省民主管理工作提供新鲜可复制的经验。”

《重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见》

新法规：《重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题8个意见》（以下简称“《意见》”）
New Regulations: Eight Opinions of Chongqing Municipal High Court on the Application of Law in Labor Dispute Cases (hereinafter referred to as Opinions).

公布部门：重庆市高级人民法院
Announcement Department: Chongqing Higher People's Court

公布日期：2018年9月25日
Date of publication: September 25, 2018

内容概要：近日，由重庆市高级人民法院（以下简称“市高法”）民一庭牵头，市人社局法规处、市劳动人事仲裁院、市律师协会劳专委、市检察院民行处、市总工会维权中心六部门参加的第四次劳动争议联席会议在市高法院召开，市人社局工伤保险处、调解仲裁管理处受邀参加了会议，就部分劳动争议的法律适用问题进行了讨论并达成共识，形成《意见》。

Summary of contents: Led by Civil Department I of Chongqing Municipal Higher People's Court (hereinafter referred to as "Municipal Higher Court"), the fourth joint labor dispute meeting is recently held at the Municipal High Court of Justice, with the participation of the Law Office of Municipal People's Social Security Bureau, Municipal Labor and Personnel Arbitration Court, Municipal Lawyers Association's Labor Committee, Civil Administrative Procuratorial Department of the Municipal Procuratorate and the Rights Protection Center of the Municipal Federation of Trade Unions. The Industrial Injury Insurance Department and Mediation and Arbitration Administration Office of Municipal People's Social Security Bureau were invited to attend to discuss and reach a consensus on the legal application of some labor disputes and constitute Opinions.

亮点:

Highlights:

1、在用人单位能否以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同的问题上，市高法认为，用人单位即使没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示，但劳动者存在严重违反劳动纪律的行为，且该行为依据通常情理判断属于严重违背社会主义核心价值观、公序良俗、诚实信用原则的行为，用人单位也可以以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同；市高法还列举了这种情况下劳动者旷工达到严重违反劳动纪律程度的天数标准。详见《意见》第一条。

On the question of whether an employer can terminate a labor contract on the grounds that employee has seriously violated labor discipline, Municipal Higher Court held that even if the employer did not formulate rules and regulations or the rules and regulations were not formulated and publicized in accordance with legal procedures, as long as employee commits a serious violation of labor discipline and is judged by common sense to be a serious violation of socialist core values, public order and good customs, and the principle of good faith and good faith, the employer may also terminate the labor contract for the reason of serious violation of labor discipline by the employee; Municipal High Court also enumerated the standard of the number of days in which the absence of employee from work under such circumstances has reached the level of serious violation of labor discipline. See Article 1 of *Opinions* for details.

2、就劳动者因工作原因向用人单位预支款项的处理问题，《意见》规定其属于劳动争议案件范围。

The *Opinions* stipulate that the handling of the issue of laborers' advance payments from their employers for work reasons falls within the scope of labor dispute cases.

《意见》还明确双方就因劳动合同的履行而由劳动者占有、使用的财物发生的争议，按照劳动争议案件处理；就劳动者非因工作原因借用的财物发生争议的，按照普通民事案件处理。详见《意见》第六条。

Opinions also make it clear that any disputes arising from both parties over the possession and use of property by employees due to the performance of a labor

contract shall be handled in accordance with the labor dispute cases; and any disputes arising from property borrowed by employees other than work reasons will be dealt with as an ordinary civil case. See Article 6 of *Opinions* for details.

3、就存在劳动关系的出租车公司与出租车驾驶员签订的承包经营合同的法律效力问题,《意见》认为约定有效,实际上认可了目前广泛存在的出租车司机交纳“份子钱”,收益、风险自担的市场操作惯例。详见《意见》第二条。

As to the legal effect of the contract signed between the taxi company with the taxi driver, *Opinions* hold that the agreement is valid and actually recognizes the prevailing market practice of taxi drivers paying " income cut" at their own risk and profit. See Article 2 of *Opinions* for details.

4、就用人单位与劳动者自愿达成的工伤赔偿协议的效力问题,《意见》认为约定有效;但如果工伤赔偿协议约定的赔偿金额未达到用人单位应当赔偿金额的75%的,赔偿协议构成显失公平,劳动者可以向人民法院请求予以撤销。详见《意见》第五条。

As to the validity of the employment injury compensation agreement voluntarily reached between the employer and the employee, *Opinions* believes that the agreement is valid. However, if the compensation amount agreed in the industrial injury compensation agreement does not reach 75 % of the amount that the employer should compensate, the compensation agreement constitutes obviously unfair, and the employee may request the people's court to cancel it. See Article 5 of *Opinions* for details.

5、就工伤职工在停工留薪期间提前上班问题,《意见》认为职工工伤未愈的,可以拒绝单位在停工留薪期未届满时提前上班要求,如职工未拒绝提前上班的,停工留薪期间职工的工资福利待遇标准也不得低于原工资待遇标准。详见《意见》第八条。

On the issue of work-related injury employees going to work ahead of schedule during the period of off-work and salary retention, *Opinions* believes that if the employee' work-related injury is not healed, the employee may refuse to work ahead of schedule when required. If the employee does not refuse to work ahead of schedule, the standard of wages and benefits for the employee during the off-work and salary

retention period shall not be lower than the original standard of wages and benefits.
See Article 8 of Opinions for details.

新法规链接：

重庆市高院关于劳动争议案件适用法律问题 8 个意见

2018 年 8 月 15 日，由市高法院民一庭牵头，市人社局法规处、市劳动人事仲裁院、市律师协会劳专委、市检察院民行处、市总工会维权中心六部门参加的第四次劳动争议联席会议在市高法院召开，市人社局工伤保险处、调解仲裁管理处受邀参加了会议。与会部门就部分劳动争议的法律适用问题进行了讨论并形成了共识。现纪要如下：

一、用人单位能否以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同的问题

《劳动法》第二十五条第二项规定：“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。”《劳动合同法》第三十九条第二项规定：“严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。”因两个条文在劳动合同解除事由的用语上存在差异，实践中对此存在不同理解。一种观点认为，《劳动合同法》第四条赋予了用人单位制定包括劳动纪律在内的规章制度的权利，劳动纪律的确立属于用人单位行使用工管理权的范畴。在《劳动合同法》施行后，用人单位以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同应当以合法有效的规章制度，或者就劳动纪律内容以店堂告示、纪律手册等合理方式告知为前提。另一种观点认为，即使用人单位没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示，用人单位仍可根据《劳动法》第二十五条第二项以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同。

市高法院倾向认为，用人单位依法制定并公示的规章制度中对劳动纪律有明确规定的，用人单位只能依据规章制度之规定解除劳动合同。用人单位没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示，但劳动者存在严重违反劳动纪律的行为，且该行为依据通常情理判断属于严重违背社会主义核心价值观、公序良俗、诚实信用原则的行为，用人单位可以以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同。

在用人单位没有制定规章制度或者规章制度未依法定程序制定、公示的情况下，对劳动者旷工达到何种程度属于严重违反劳动纪律的行为，可以按照无正当理由连续旷工时间超过 15 天，或者一年以内累计旷工时间超过 30 天为标准进行掌握。

二、存在劳动关系的出租车公司与出租车驾驶员签订的承包经营合同的法律效力问题

出租车公司为提高出租车驾驶员的劳动积极性，通过与出租车驾驶员签订内部承包合同约定营运收益归出租车驾驶员享有，营运风险由出租车驾驶员承担的，实质上系双方对劳动报酬分配方式所作的特别约定，该约定不属于《劳动合同法》第二十六条规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，对双方具有法律约束力。

三、用人单位未为劳动者参加职工基本医疗保险，劳动者请求用人单位赔付医疗费用时用人单位能否请求扣除劳动者自行参加城乡居民基本医疗保险而已报销部分费用的问题

在用人单位未为劳动者参加城镇职工基本医疗保险、劳动者自行参加城乡居民基本医疗保险的情况下，劳动者请求用人单位按照城镇职工基本医疗保险标准报销医疗费用，用人单位主张扣除劳动者已按照城乡居民基本医疗保险报销医疗费用

的，人民法院应当予以支持。

四、不具备用工主体资格的组织或者自然人聘用的劳动者能否依据工伤认定书请求确认双方存在劳动关系的问题

根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第(四)项之规定，用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，该组织或者自然人聘用的职工与用工单位之间虽不存在劳动关系，但是应由用工单位承担工伤保险责任，故即使有关部门出具了工伤认定书，劳动者亦不能依据工伤认定书请求确认其与用工单位之间存在劳动关系。

五、用人单位与劳动者自愿达成的工伤赔偿协议的效力问题

用人单位与劳动者自愿达成的工伤赔偿协议系双方真实意思表示，不违反法律、法规的强制性规定，对双方当事人具有约束力，双方当事人都应遵照执行。一般情况下，工伤赔偿协议约定的赔偿金额未达到用人单位应当赔偿金额的 75%的，无论该工伤赔偿协议达成时是否进行工伤认定和劳动能力等级鉴定，人民法院均可认定该工伤赔偿协议构成显失公平。

工伤赔偿协议构成显失公平的，劳动者可以向人民法院请求予以撤销。劳动者依照《劳动合同法》第二十六条第(一)项之规定请求确认工伤赔偿协议无效的，人民法院不予支持。

六、劳动者因工作原因向用人单位预支款项的处理问题

根据《最高人民法院关于职工执行公务在单位借款长期挂账发生纠纷法院是否受理问题的答复》之规定，劳动者因工作原因向用人单位预借支款项的行为系职务行为，其与单位之间不存在平等主体间的债权债务关系，人民法院不应作为民事案件受理。受托事项完成后，因未及时报销冲账与用人单位发生纠纷的，应由用人单位按其内部财会制度处理。但劳动合同解除后，用人单位要求劳动者返还应当返还部分的预借支款项的，人民法院应当按照劳动争议案件处理。

劳动合同解除后，用人单位要求劳动者返还劳动合同存续期间因劳动合同的履行而由劳动者占有、使用的财物的，人民法院应当按照劳动争议案件处理。

用人单位要求劳动者返还劳动合同存续期间劳动者非因工作原因借用的财物的，人民法院应当按照普通民事案件处理。

七、工伤职工在停工留薪期间提前上班的待遇问题

根据《重庆市工伤职工停工留薪期管理办法》之规定，工伤职工停工留薪期是指职工发生工伤或者患职业病的，停止工作接受治疗，继续享受原工资福利待遇的期限。我市工伤职工停工留薪期暂按《重庆市工伤职工停工留薪期分类目录(试行)》确定。工伤职工停工留薪期未满，但经工伤医疗服务协议机构证明工伤治愈的，停工留薪期终止。因此，停工留薪期是工伤职工依法享受的一项工伤保险待遇，用人单位未取得工伤医疗服务协议机构出具的工伤治愈或伤情稳定证明而要求工伤职工提前上班的，工伤职工可以拒绝。工伤职工未拒绝而提前上班的，在停工留薪期限内，用人单位向其支付的工资福利待遇标准不得低于原工资福利待遇标准。

八、外卖平台公司与外卖人员之间的劳动关系认定

外卖平台公司与外卖人员之间既有可能存在劳动关系，也有可能不存在劳动关系，应当根据劳动关系的认定标准，并结合具体案情进行认定。

2018年9月25日

所有个税综合所得信息都在这里了

(图表解析税率与各项扣除)

来源：HR全流程法律顾问（HRLC）





free 专项扣除



FREE 专项附加扣除



全年应纳税额

$$\begin{array}{ccccccc}
 \text{\$} & - & \text{FREE} & - & \text{FREE} & - & \text{free} & \times & \text{\$} & - & \text{\$} & = & \text{\$} \\
 \text{一个纳税} & & \text{免税额} & & \text{专项扣除} & & \text{专项} & & \text{综合} & & \text{速算} & & \text{全年} \\
 \text{年度内} & & \text{60000元/年} & & & & \text{附加扣除} & & \text{所得税率} & & \text{扣除率} & & \text{应纳税额} \\
 \text{综合所得} & & \text{(5000元/月)} & & & & \text{(见表)} & & \text{(见表)} & & \text{(见表)} & & \\
 \end{array}$$

个人所得税综合所得税率速查表单

工资、薪金所得	劳务报酬所得	稿酬所得	特许权使用费所得
按所得的100%纳税	按所得的80%纳税	按所得的56%纳税	按所得的80%纳税
含税级距		税率	速算扣除率
≤ 3000元/月 (36000元/年)		3%	0元
> 3000元/月 (36000元/年) - ≤ 12000元/月 (144000元/年)		10%	210元
> 12000元/月 (144000元/年) - ≤ 25000元/月 (300000元/年)		20%	1410元
> 25000元/月 (300000元/年) - ≤ 35000元/月 (420000元/年)		25%	2660元
> 35000元/月 (420000元/年) - ≤ 55000元/月 (660000元/年)		30%	4410元
> 55000元/月 (660000元/年) - ≤ 80000元/月 (960000元/年)		35%	7160元
> 80000元/月 (960000元/年)		45%	15160元

个人所得税专项附加扣除（征求意见稿）速查表单

扣除项目	标准	适用范围	扣除方式	扣除时间		
子女教育支出	12000元/子女/年 (1000元/子女/月)	定额	学前教育	年满3岁至小学入学前	父母分别按50% 或选择一方按100% (一个纳税年度内不得变更)	每年或每月
			学历教育	义务教育 (小学和初中教育)		
				高中阶段教育 (普通高中、中等职业教育)		
				高等教育 (专科、本科、硕士、博士)		
继续教育支出	4800元/年 (400元/月)	定额	学历教育	学历教育	本人或父母选一	每年或每月
	3600元/年		继续教育	技能人员/专业技术人员 职业资格继续教育	本人	每年 (取得证书当年)
大病医疗支出	自付或自费 > 15000元	60000元/年 限额	在医保系统有记录		本人	每年 (汇算清缴)
住房贷款利息	12000元/年 (1000元/月)	定额	本人或配偶首套住房贷款利息 (商业贷款或公积金贷款)		夫妻双方约定或其中一方 (一个纳税年度内不得变更)	每年或每月
住房租金支出	14400元/年 (1200元/月)	定额	主要工作地为直辖市、省会城市、计划单列市 以及国务院确定的其他城市		夫妻同城居住：夫妻择一 夫妻异地居住：分别扣除	每年或每月
	12000元/年 (1000元/月)		主要工作地市区户籍人口 > 100万的城市			
	9600元/年 (800元/月)		主要工作地市区户籍人口 ≤ 100万的城市			
赡养老人支出	24000元/年 (2000元/月)	定额	独生子女	≥ 60岁的父母以及其他法定赡养人	本人	每年或每月
	24000元/年 (2000元/月)	每个纳税人限额 12000元/年 (1000元/月)	非独生子女		赡养人平均分摊、约定分 摊 或被赡养人指定分摊 (一个纳税年度内不得变更)	

新法规链接：

个人所得税专项附加扣除暂行办法

（征求意见稿）

第一章 总则

第一条 根据《中华人民共和国个人所得税法》规定，制定本办法。

第二条 个人所得税专项附加扣除在纳税人本年度综合所得应纳税所得额中扣除，本年度扣除不完的，不得结转以后年度扣除。

本办法所称个人所得税专项附加扣除，是指个人所得税法规定的子女教育、继续教育、大病医疗、住房贷款利息、住房租金和赡养老人等 6 项专项附加扣除。

第三条 个人所得税专项附加扣除遵循公平合理、简便易行、切实减负、改善民生的原则。

第四条 根据教育、住房、医疗等民生支出变化情况，适时调整专项附加扣除范围和标准。

第二章 子女教育专项附加扣除

第五条 纳税人的子女接受学前教育和学历教育的相关支出，按照每个子女每年 12000 元（每月 1000 元）的标准定额扣除。

前款所称学前教育包括年满 3 岁至小学入学前教育。学历教育包括义务教育（小学和初中教育）、高中阶段教育（普通高中、中等职业教育）、高等教育（大学专科、大学本科、硕士研究生、博士研究生教育）。

第六条 受教育子女的父母分别按扣除标准的 50%扣除；经父母约定，也可

以选择由其中一方按扣除标准的 100%扣除。具体扣除方式在一个纳税年度内不得变更。

第三章 继续教育专项附加扣除

第七条 纳税人接受学历继续教育的支出，在学历教育期间按照每年 4800 元（每月 400 元）定额扣除。纳税人接受技能人员职业资格继续教育、专业技术人员职业资格继续教育支出，在取得相关证书的年度，按照每年 3600 元定额扣除。

第八条 个人接受同一学历教育事项，符合本办法规定扣除条件的，该项教育支出可以由其父母按照子女教育支出扣除，也可以由本人按照继续教育支出扣除，但不得同时扣除。

第四章 大病医疗专项附加扣除

第九条 一个纳税年度内，在社会医疗保险管理信息系统记录的（包括医保目录范围内的自付部分和医保目录范围外的自费部分）由个人负担超过 15000 元的医药费用支出部分，为大病医疗支出，可以按照每年 60000 元标准限额据实扣除。大病医疗专项附加扣除由纳税人办理汇算清缴时扣除。

第十条 纳税人发生的大病医疗支出由纳税人本人扣除。

第十一条 纳税人应当留存医疗服务收费相关票据原件（或复印件）。

第五章 住房贷款利息专项附加扣除

第十二条 纳税人本人或配偶使用商业银行或住房公积金个人住房贷款为本

人或其配偶购买住房，发生的首套住房贷款利息支出，在偿还贷款期间，可以按照每年 12000 元（每月 1000 元）标准定额扣除。非首套住房贷款利息支出，纳税人不得扣除。纳税人只能享受一套首套住房贷款利息扣除。

第十三条 经夫妻双方约定，可以选择由其中一方扣除，具体扣除方式在一个纳税年度内不得变更。

第十四条 纳税人应当留存住房贷款合同、贷款还款支出凭证。

第六章 住房租金专项附加扣除

第十五条 纳税人本人及配偶在纳税人的主要工作城市没有住房，而在主要工作城市租赁住房发生的租金支出，可以按照以下标准定额扣除：

（一）承租的住房位于直辖市、省会城市、计划单列市以及国务院确定的其他城市，扣除标准为每年 14400 元（每月 1200 元）；

（二）承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人口超过 100 万的，扣除标准为每年 12000 元（每月 1000 元）；

（三）承租的住房位于其他城市的，市辖区户籍人口不超过 100 万（含）的，扣除标准为每年 9600 元（每月 800 元）。

第十六条 主要工作城市是指纳税人任职受雇所在城市，无任职受雇单位的，为其经常居住城市。城市范围包括直辖市、计划单列市、副省级城市、地级市（地区、州、盟）全部行政区域范围。

夫妻双方主要工作城市相同的，只能由一方扣除住房租金支出。夫妻双方主要工作城市不相同的，且各自在其主要工作城市都没有住房的，可以分别扣除住房租金支出。

第十七条 住房租金支出由签订租赁住房合同的承租人扣除。

第十八条 纳税人及其配偶不得同时分别享受住房贷款利息专项附加扣除和住房租金专项附加扣除。

第十九条 纳税人应当留存住房租赁合同。

第七章 赡养老人专项附加扣除

第二十条 纳税人赡养 60 岁(含)以上父母以及其他法定赡养人的赡养支出, 可以按照以下标准定额扣除:

(一) 纳税人为独生子女的, 按照每年 24000 元(每月 2000 元)的标准定额扣除;

(二) 纳税人为非独生子女的, 应当与其兄弟姐妹分摊每年 24000 元(每月 2000 元)的扣除额度, 分摊方式包括平均分摊、被赡养人指定分摊或者赡养人约定分摊, 具体分摊方式在一个纳税年度内不得变更。采取指定分摊或约定分摊方式的, 每一纳税人分摊的扣除额最高不得超过每年 12000 元(每月 1000 元), 并签订书面分摊协议。指定分摊与约定分摊不一致的, 以指定分摊为准。纳税人赡养 2 个及以上老人的, 不按老人人数加倍扣除。

第二十一条 其他法定赡养人是指祖父母、外祖父母的子女已经去世, 实际承担对祖父母、外祖父母赡养义务的孙子女、外孙子女。

第八章 征收管理

第二十二条 纳税人向收款单位索取发票、财政票据、支出凭证, 收款单位不得拒绝提供。

第二十三条 纳税人首次享受专项附加扣除，应当将相关信息提交扣缴义务人或者税务机关，扣缴义务人应尽快将相关信息报送税务机关，纳税人对所提交信息的真实性负责。专项附加扣除信息发生变化的，应当及时向扣缴义务人或者税务机关提供相关信息。

前款所称专项附加扣除相关信息，包括纳税人本人、配偶、未成年子女、被赡养老人等个人身份信息，以及国务院税务主管部门规定的其他与专项附加扣除相关信息。

第二十四条 有关部门和单位应当向税务部门提供或协助核实以下与专项附加扣除有关的信息：

（一）公安部门有关身份信息、户籍信息、出入境证件信息、出国留学人员信息、公民死亡标识等信息；

（二）卫生健康部门有关出生医学证明信息、独生子女信息；

（三）民政部门、外交部门、最高法院有关婚姻登记信息；

（四）教育部门有关学生学籍信息（包括学历继续教育学生学籍信息）、或者在相关部门备案的境外教育机构资质信息；

（五）人力资源社会保障等部门有关学历继续教育（职业技能教育）学生学籍信息、职业资格继续教育、技术资格继续教育信息；

（六）财政部门有关继续教育收费财政票据信息；

（七）住房城乡建设部门有关房屋租赁信息、住房公积金管理机构有关住房公积金贷款还款支出信息；

（八）自然资源部门有关不动产登记信息；

（九）人民银行、金融监督管理部门有关住房商业贷款还款支出信息；

(十) 医疗保障部门有关个人负担的医药费用信息;

(十一) 其他信息。

上述数据信息的格式、标准、共享方式，由国务院税务主管部门商有关部门确定。

有关部门和单位拥有专项附加扣除涉税信息，但拒绝向税务部门提供的，由税务部门提请同级国家监察机关依法追究其主要负责人及相关人员的法律责任。

第二十五条 扣缴义务人应当按照纳税人提供的信息计算办理扣缴申报，不得擅自更改纳税人提供的相关信息。

扣缴义务人发现纳税人申报虚假信息的，应当提醒纳税人更正；纳税人拒不改正的，扣缴义务人应当告知税务机关。

第二十六条 税务机关核查专项附加扣除情况时，有关部门、企事业单位和个人应当协助核查。

核查时首次发现纳税人拒不提供或者提供虚假资料凭据的，应通报纳税人和扣缴义务人，五年内再次发现上述情形的，记入纳税人信用记录，会同有关部门实施联合惩戒。

第九章 附则

第二十七条 本办法所称父母，是指生父母、继父母、养父母。本办法所称子女，是指婚生子女、非婚生子女、继子女、养子女。父母之外的其他人担任未成年人的监护人的，比照本办法规定执行。

第二十八条 外籍个人如果符合子女教育、继续教育、住房贷款利息或住房租金专项附加扣除条件，可选择按上述项目扣除，也可以选择继续享受现行有关

子女教育费、语言训练费、住房补贴的免税优惠，但同一类支出事项不得同时享受。

第二十九条 具体操作办法，由国务院税务主管部门另行制定。

第三十条 本办法自 2019 年 1 月 1 日起实施。

案例调研：竞业限制义务能否附生效条件/期限

Case Study: whether non-compete obligation can be subjected to agreed condition(s) or term

上海保华律师事务所 张宗法
Baohua Law Firm Frank Zhang

Biz Infogram
Lorem ipsum dolor
sit amet consectetur

人才的竞争是现代企业竞争的核心，企业也运用各种手段来保留和吸引人才。由于人力资源与劳动者人身的不可分性，人才在企业间的流动，必然涉及企业商业秘密保护，反映到劳动争议案件中，主要体现为企业与员工的竞业限制纠纷案件。特别是近年来，因员工在不同企业间的“跳槽”而引发的竞业限制案件，在劳动争议案件中呈现出增长的态势，竞业限制类型案件也是劳动争议案件中的热门类型。根据《上海市第一中级人民法院竞业限制纠纷案件审判白皮书》公布数据显示，上海市第一中级人民法院2017年审结的竞业限制纠纷案件数量是2016年的近两倍。2018年第一季度审结的竞业限制案件已经占2017年全年案件的近30%。在给地劳动仲裁委或法院公布的典型案例中，竞业限制类型的案件也往往会有一席之地。为此，笔者将在本篇文章中，将选取竞业限制制度中一个较小的话题，即竞业限制义务能否约定生效条件/期限，进行案例调研和分析，希望笔者本篇文章的研究，能帮助读者对竞业限制制度有更为全面和清晰的认识，进而减小以后实际操作中的法律风险。

The competition of talents is the core of competition between modern enterprises. Enterprises are trying to take actions to retain and attract talents. Considering Human Resources cannot be separated from the individual of employees, the flow of talents between different enterprises will definitely trigger the need to protect trade secrets. In the case of labor disputes, it will be reflected as non-compete disputes. Especially, in recent years, non-compete cases triggered by “job-hopping” of employees between different enterprises are increasing, non-compete cases also become a hot category within labor disputes area. Based on the date disclosed by “White Paper on the Trial of Non-Compete Cases” issued by Shanghai No.1 Intermediate people's Court (First Intermediate Court), the number of non-compete cases dissolved by the First Intermediate Court in 2017 is double of the number in 2016, and the number in the first quarter of 2018 is almost 30% the number in the whole year of 2017. Further, in the typical cases published by the local labor arbitration commission or the court, there are often a place for non-competition cases. In this connection, the author pick a reletively small topic relating to non-compete policies, i. e. whether non-compete obligation can be subject to agreed condition(s) or term, then research and analyze relevant cases. We wish this article may help you to have a more comprehensive and clear understanding, so as to minimize legal risks in further practice.

一、 2018 年北京市劳动人事争议仲裁十大典型案例：竞业限制生效条款附期限，限制劳动者权益属无效。

（一） 案情介绍

周某于 2015 年 11 月 1 日入职某信息科技公司，从事研发类工作，双方订立了为期 3 年的劳动合同。在该劳动合同中，双方约定，周某的月工资为 3 万元；离职后一年内周某负有竞业限制义务，每月竞业限制经济补偿的数额为 1 万元；如果周某违反竞业限制义务，则应当按照全部竞业限制经济补偿的三倍向信息科技公司支付违约金；是否需要履行竞业限制义务以离职时信息科技公司发出的通知为准。2017 年 8 月 15 日，周某入职某快递公司。2017 年 9 月 1 日，信息科技公司向周某发出履行竞业限制义务通知，其中列明某快递公司为竞争对手。同日，信息科技公司向周某的银行账户转账支付了竞业限制经济补偿 12 万元。2017 年 9 月 15 日，信息科技公司向仲裁委提出仲裁申请，要求周某返还竞业限制经济补偿 12 万元、支付违约金 36 万元并继续履行竞业限制义务。

（二） 裁判结果

仲裁委审理后认为，信息科技公司在周某离职后 3 个月才告知其需要履行竞业限制义务，这种做法明显限制了劳动者的就业权利，应属无效，故周某无需履行竞业限制义务，无需向信息科技公司支付违约金；信息科技公司也无支付竞业限制经济补偿的义务，故周某须返还竞业限制经济补偿。

二、 北京市海淀区案例：竞业限制义务可以约定条件，条件成就时方可发生法律效力。

（一） 案情介绍

李某于 2012 年 5 月 21 日入职烽火公司，担任软件工程师。双方签署的劳动合同附件一为保密协议，其中第三条第四款约定：“乙方（李某）同意，离职之后仍对其在甲方（烽火公司）工作期间接触、知悉的属于甲方或虽属于第三方但甲方承诺有保密义务的技术秘密、商业秘密和其他信息，承担保密义务两年。如乙方提出辞职或自动离职，乙方两年内不得在与甲方研究开发、生产、经营同类产品或提供同类服务的其他国内外企业、合资企业供职。”2016 年 12 月 9 日烽火公司提出与李某解除劳动合同。后，李某要求

烽火公司支付竞业限制补偿金等为由与公司发生争议。

（二） 裁判结果

海淀区人民法院审理后认为，李某与烽火公司曾签署保密协议，该协议第三条第四款曾约定李某提出辞职或自动离职两年内“不得在与甲方研究开发、生产、经营同类产品或提供同类服务的其他国内外企业、合资企业供职”，该条款实质上已就李某竞业限制期限、竞业限制范围进行约定。然而，依据前述约定李某择业权受到限制的前提为李某辞职或自动离职，由此可见，该约定属于附条件之约定，条件成就方可发生法律效力。就本案而言，李某与烽火公司之间的劳动合同，系由烽火公司提出解除，鉴于此，双方关于竞业限制之约定并未发生法律效力，李某无需履行竞业限制义务，烽火公司亦无需向李某支付竞业限制补偿金。

三、 武汉案例：在劳动合同解除或终止时，用人单位未按照约定书面通知员工履行竞业限制义务的，员工不承担竞业限制义务。

（一） 案情介绍

吴某于 2005 年 6 月入职正源公司，合同约定吴某的工作岗位为工程师。2012 年 7 月 26 日，正源公司与吴某签订竞业限制协议，该协议第三条约定：“双方解除或终止劳动关系时，甲方（即正源公司）应对乙方（即吴某）是否需要履行竞业限制义务再次进行书面确认。甲方如确认乙方有竞业限制的必要，应发给乙方《竞业限制开始通知书》，确认竞业限制期限及补偿金金额，乙方还应提交个人帐户或其他有效支付方式。”双方于 2016 年 2 月 18 日签署了《终止劳动合同协议书》解除了劳动关系。吴某从正源公司离职后即到光安公司工作。正源公司后提起劳动仲裁，要求吴某继续履行双方签订的竞业限制协议。

（二） 裁判结果

武汉市中级人民法院审理后认为，根据正源公司和吴某于 2012 年 7 月 26 日签订的竞业限制协议第三条的约定可知，双方明确约定，在双方解除或终止劳动关系时，是必须对吴某离职后是否应继续履行竞业限制义务再次进行书面确认的，且正源公司应向吴某发出竞业限制开始通知书，双方应重新协商确定竞业限制的期限及补偿金金额等。因此，在正源公司未按上述约定与

吴某书面确认竞业限制事宜，并向吴某发出竞业限制开始通知书，与吴某协商确定竞业限制的期限及补偿金金额等的情况下，正源公司要求吴某继续履行竞业限制义务并无充分的合同依据。

四、 律师简评

《民法总则》第一百五十八条规定：“民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外。附生效条件的民事法律行为，自条件成就时生效。”第一百六十条规定：“民事法律行为可以附期限，但是按照其性质不得附期限的除外。附生效期限的民事法律行为，自期限届至时生效。”按照民法总则的上述规定，原则上，法律行为皆可依当事人意志自由设立条件或期限，从而使得当事人能够根据实际需要，控制法律行为的生效或失效时间。但由于附条件或附期限带来的不确定性，若某些法律行为就其性质而言应当排除不确定性，以维持稳定的预期。因此，法律规定了不得设置附条件或期限的条款。

回到本文所讨论的话题，就用人单位与劳动者约定的竞业限制义务，是否属于法律规定按照其性质属于不得附条件或期限的例外情形呢？笔者认为答案是否定的，具体理由如下。

1. 法律禁止附条件或期限的情形主要包括两个方面，一个是具有强烈伦理及身份色彩的亲属法领域。例如，婚姻契约，婚姻关系的存续和解除不得附条件或期限。另一个是在单方法律行为中，目的在于保护相对方的确定性。例如在行使抵销权时，不得附条件或附期限。

就竞业限制义务而言，虽然其源于劳动关系，具有一定的人身属性，但竞业限制义务的核心在于禁止员工在离职后从事与前雇主项竞业的行为，其规制对象在于行为本身。另一方面，竞业限制协议也不属于单方法律行为。因此，劳动者与用人单位就竞业限制协议约定生效条件，应当属于当事人意思自治的范畴，不属于不得附条件或期限的例外情形。

同时，笔者认为，允许劳动者与用人单位就竞业限制协议约定生效条件，也有具体的法律依据。《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(四)》第七条的规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。”在该条中的“除另有约定外”的表述，即为允许双方约定生效条件的法律依据。根据该条规定，一般而言，用人单位是否要求劳动者履行竞业限制义务，应当在解除劳动合同时提出，但是若双方另有约定的，如约定了生效条件的，则按照双方约定履行。

2. 根据相关法律规定，附条件的民事行为，如果所附的条件是违背法律规定或者不可能发生的，应当认定该民事行为无效。那么，从约定的条件本身来看，本文第一案例中，是否能够以约定条件违反法律规定而认定无效呢？笔者认为，答案也是否定的。

所谓条件违背法律规定，系指违反强制性法律规范，以及违背公序良俗者。例如，“你若杀了张无忌，我就送你这把屠龙刀。”所谓不可能发生的条件，是指客观上不能成就的事实。例如：“你若造出一台永动机，就奖励 100 万元。”

本文第一个案例中，双方约定：“是否需要履行竞业限制义务以离职时信息科技公司发出的通知为准。”虽然在北京市人社局的公告中，将其解读为将竞业限制义务附期限生效，但笔者认为，该约定并非附期限，仍然属于附条件。就本案例中约定的生效条件看，员工履行竞业限制义务，以用人单位发出通知为条件。相关法律法规并未禁止用人单位发出通知，该条件在客观上有实现之可能。

笔者认为，就该案例而言，在不否定双方可以附条件的前提下，仍然可以解决。该案中，双方约定的条件是在离职时公司有权通知劳动者是否履行，该条件有具体的时间限制，即用人单位必需在离职时决定条件是否成就。而本案例中，用人单位系在离职后三个月再通知员工履行竞业限制，该种情形也不符合双约定。

3. 需要特别说明的是，竞业限制义务附生效条件的，是否完全没有法律限制

和约束呢？诚如北京市仲裁在评论中所言：“这种将竞业限制义务附期限生效的行为显然让劳动者无所适从，其既担心入职新公司会被原用人单位以违反竞业限制义务被追究违约责任，又担心不工作无经济来源。”笔者认为，对于附生效条件的竞业限制义务，可以通过以下方面限制和约束：

- 1) 为平衡双方权利义务，在条件成就与否尚未确定的未决期间，劳动者有催告权，即劳动者在未决期间，有权催告用人单位确认条件是否成就。若用人单位在合理期间内未做确认的，则视为条件不成立。
- 2) 由于条件未成就的，则竞业限制义务不生效，因此，在未决期间应当视为劳动者没有竞业限制义务，劳动者有权自由择业。在本文第一个案例中，若用人单位未书面通知履行竞业限制义务，则员工不承担竞业限制义务，其有权在竞争公司处工作。但在用人单位书面通知后，则竞业限制义务生效，原用人单位有权要求员工履行竞业限制义务，员工违反的，用人单位有权主张竞业限制违约金。
- 3) 若双方约定的条件基于用人单位单方的作为或不作为，若用人单位长期不确定条件是否成就，则对劳动者未来就业产生较大的不确定性。在这种情况下，若用人单位长期为确定条件是否成立，则劳动者对用人单位产生合理的信赖利益，用人单位在经过较长时间后再单方通知劳动者条件成就而要求员工承担竞业限制义务的，员工可基于信赖利益向用人单位主张损害赔偿。对于如何判决员工已经产生了信赖利益，则可以借鉴《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(四)》第八条规定的三个月的标准。

劳动合同的再认识



劳动合同的再认识

一、两种观点

史尚宽在《劳动法原论》中引用了德国和我国台湾的两个规定。德国劳动契约法草案规定：“劳动契约谓受雇人以劳动给付为目的，有偿的为雇佣人所使用之契约。”台湾劳动契约法草案规定：“劳动契约谓当事人之一方（受雇人）与他方（雇佣人）在从属的关系提供其职业上之劳动而他方给付报酬之契约。”史尚宽认为“此二定义用语虽稍有不同，而用意则一。”在这一定义中，特别强调了劳动契约“有身份的契约之性质，即受雇人在从属的关系提供劳动之契约。¹在我国，对劳动合同的理解可以说经历了一个演变过程。在《中华人民共和国劳动法》公布之前存在各种不同的表达，而在劳动法公布之后则趋于统一。

在劳动法公布之前关于劳动合同主要有两种理解，一种可概括为“广义说”另一种可概括为“狭义说”。两种观点一致之处在于都承认劳动合同制职工与用人单位存在着劳动合同关系；两种观点的主要分歧在于是否能将当时的固定制职工也确认为与用人单位存在劳动合同关系。

按广义说的观点，固定工与用人单位也存在着劳动合同关系。“我国劳动立法规定，企业、事业、机关单位录用临时工或亦工亦农轮换工的时候，必须订立劳动合同，规定劳动合同的期限、权利与义务、工资福利待遇等。这样使人们容易产生一种错觉，似乎我国劳动合同法律制度，只限于在临时工和亦工亦农轮换工中实施，而广大正式工人职员同企业、事业、机关单位小存在劳动合同，劳动合同法律制度小包括各单位的正式职工。”“事实上，从法律的角度来看，各单位同正式职工之间是存在劳动合同的。正式工人职员同各单位之间是有协议的。如录用通知书、报到证明文件和任职文件、等等，这些有关参加工作的文件，即是属于劳动合同性质的文件，说明双方达成了协议，产生了劳动法律关系，各单位和正式职工双方依法享有有关劳动的权利与承担劳动义务。因此，从法学的原理看，劳动合同应该是适用于全体职工的一种法律制度。²

董保华，论文转载自《法学》2000年第5期。

¹ 史尚宽：《劳动法原论》，台湾正大印书馆1978年版，第18页。

² 参见关怀主编《劳动法学》，群众出版社，1987年7月修订版第125页。

按狭义说的观点，固定工与用人单位虽存在劳动关系，但并不存在着劳动合同关系。对于这种观点表达的最清楚的当推夏积智等人：“合同也可以叫作契约。按照最简单的解释，合同是可以依法执行的诺言。这个诺言是两个或两个以上的公民或法人为达到某种目的而共同做出的。一旦这个诺言正式成立，就在许诺者之间产生一定的权利义务关系，双方必须严格地按照诺言办事。如果一方小信守诺言，另一方有权请求法律保护，以避免或挽回自己的损失。”从“合同是可以依法执行的诺言”出发，将劳动合同定义为：“它是劳动者与企业、事业、机关、团体等单位行政之间发生劳动关系并确立双方的权利和义务的协议。”按照这种理解，“劳动合同制”被解释为：“是用劳动合同的方式调整劳动关系的一种劳动人事制度。”并强调这种制度与当时主要的用工制度—固定工制度的显著区别。³

这两种观点的分歧显然并不在于概念之争，而在于对当时固定工制度的评价。按照“广义说”，原有的固定工制度其实也是一种“劳动合同制”对其也就没有改革的必要了。而按照“狭义说”，劳动合同制与固定工制是两套截然不同的用人制度，改革的目的是用前者代替后者，使过去的那种以固定工为主体的用人制度逐步改变为多种用工制度并存的劳动合同制度，是我国用人制度改革的目标模式，即无论是长期工、短期工、季节工、临时工都必须与企业签订劳动合同。因此，《中华人民共和国劳动法》可以说是明确地支持了“狭义说”。

随着我国劳动制度改革的方向日益明确，尤其是《中华人民共和国劳动法》的公布，“广义说”已很少有人再坚持，相反，我国的学术界可以说是一起向其开火。针对“广义说”认为“录用通知书、报到证明文件和任职文件”也是劳动合同的观点，王全兴同志从三方面进行了比较充分的批评：（1）劳动合同是一种合意行为，而这类行政文件则是有关国家机关作出的单方面行为，在发出行政文件之前，发文机关虽然需要考虑劳动者本人意愿，但不以劳动者与发文机关达成协议作为行政文件成立的要件。（2）劳动合同是劳动者与用人单位通过双向选择和协商一致而确立劳动关系的法律形式；而这类行政文件则是由发文机关指令劳动者与用人单位确立劳动关系的法律形式。（3）劳动者与用人单位凭这类行政文件确立劳动关系，只是履行由行政文件所引起的义务（即劳动者必须服从行政分配，用人单位必须执行国家计划），其中虽然在一定程度上也体现了双方的意志，

³ 参见夏积智等：《劳动合同制问答》，劳动人事出版社 1985 年 8 月版，第 36-38 页。

但不应当以此认为劳动关系的确立是双方协议的结果，更不能以此认为这类行政文件因此而成为劳动合同。⁴

从我国劳动合同制度的发展历史可以看出，我国的劳动合同制度基本上是为改革国家包就业的一项措施发展起来的。对于劳动合同自身的特点缺乏研究。劳动法的一些研究者往往简单地套用民法理论。无论“广义说”还是“狭义说”，其实都是以民法理论为依据。我国的一些民法学研究者更是认为，既然都是调整合同关系，我国就不必搞几种合同制度，否则不利于法制的统一；主张任何合同制度都是我国民法债权制度的组成部分，都要适用民法通则关于债权的规定，可以说，自改革开放以来，这种要求建立大一统合同制度的呼声历久不衰。在我国劳动合同的研究上可以看到一个非常奇特的现象：一方面由于我国走的是“公法私法化”的道路，实际立法中的公法因素特别强烈；另一方面我国的劳动合同基本上沿用民法理论，是纯私法理论。理论和实际严重脱节。我国的立法和执法存在着诸多缺陷。

“广义说”的最大问题是忽视了当时劳动关系的现实基础，简单的套用民法原理。坚持这种观点的学者所强调的“从法律的角度来看”、“从法学的原理看”其实在当时条件下，所说的都是民法和民法原理。民事合同的精髓是“意思自治”，在我国过去高度集中统一管理的公法一元化体制下，国家采取一竿子插到底的管理模式，劳动者与用人单位均缺乏决策权。合同根本就没有生存空间。这种观点也理所当然的为立法所否定。

在八十年代，笔者也是立足于“狭义说”的立场，对“广义说”进行批评的。⁵现在，在劳动合同制取代固定工制已成定局，并已取得巨大成就的今天。回过头来，我们也应看到“广义说”的某些合理之处，以及“狭义说”的某些不当之处。当我们在批评一种观点时，不应忽视这一观点的合理因素；同样，当我们赞扬一种观点时，也不应忽视这一观点的某些缺陷。

二、一个误区

值得注意的是“狭义说”在某种意义上说也是在用民法观点，批评“广义说”。从“合同是可以依法执行的诺言”出发，必定会走向过份重视一纸合同书。指望

⁴ 参见王全兴：《劳动法》，法律出版社1997年10年版，第150页。

⁵ 参见宣冬玲、董保华：《劳动的法律保障》，知识出版社1989年12月版，第11~12页、第22~23页。

用这一纸合同书“明确双方权利和义务”。这种观点为我国学者所普遍认同。在我国现行立法中可以说发展到了登峰造极的地步。

首先,《中华人民共和国劳动法》第16条的规定是:“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。”并将这种协议确定为书面形式,完全排除了口头合同,要求“建立劳动关系应当签订劳动合同。”实际上是将劳动合同理解为一纸合同书。并以这一纸合同书作为调整劳动关系的主要依据。

其次,《中华人民共和国劳动法》第18条将“违反法律、行政法规的劳动合同”确定为无效合同,并规定无效的劳动合同,从订立的时候起,就没有法律约束力。履行无效劳动合同而产生的劳动关系将不受保护。

再次,劳动合同作为产生劳动关系依据,也成为缴纳社会保险金的标志,成为处理劳动争议的依据,而广为宣传。

这一系列过份的规定,加之更为夸张的宣传,形成了一种错误的推理:一是将适用劳动法与签订劳动合同联系在一起;二是认为只要签订了劳动合同,劳动者的利益就获得了保障。依我看来,这两方面的认识都是不恰当的。

就第一方面的认识而言,劳动关系的调整出现了两部分。一部分是签订劳动合同,因适用劳动法而承受极高的法律成本;另一部分是不签订劳动合同或产生无效劳动合同,由于劳动关系将不受保护,对用人单位来说,企业会做出何种选择是不言而喻的。由于大量的用人单位通过不签劳动合同而规避劳动法,使劳动秩序极为混乱。

就第二方面的认识而言,劳动合同的附合化问题被掩盖,并被作了面目全非的宣传。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商劳动，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。劳动合同出现附合化的主要的原因是由于劳动关系双方当事人经济地位的不对等，信息不对称，以及我国劳动力市场客观上存在着供大于求的现状。

三、一些思考

“广义说”虽有忽视劳动合同应体现的当事人的合意的问题，但其正确之处在于认识到劳动合同的作用只是在于“启动劳动关系”，而并不过份重视合同的表面形式。而这后一点恰恰为我们大多数学者所忽视。在市场经济的条件下，认识这一点是极为重要的。

劳动合同缔约时签约双方是平等的主体，劳动者与用人单位经过双向选择，确立劳动关系，这一点虽与民事合同相类似；而劳动合同缔结后，双方就转化为隶属关系的特点已不是典型意义上那种调整平等主体之间关系的契约。劳动合同是作为债的合同异化物的合同。劳动合同本属地道的民事合同，因国家对劳资关系的干预而独立，劳动法亦因之成为一个专门法律部门。国外解决劳动合同附合化的问题，最主要的方式是将劳动合同从民事合同中分离出来，通过集体合同与劳动基准法等形式，使劳动关系的调整社会化。这样，既能适应社会化大生产的标准化要求，又能使劳动者得到切实的保障。我国的劳动关系纳入市场经济体制后也采用了类似的方式。可惜，我国学界往往对此重视不够。

随着市场经济的发展，我国劳动法对于劳动关系的调整也是通过三个层次构成的调整模式来进行的。宏观上，以社会劳动力为基础，通过劳动基准法调整全部劳动关系；中观上，以集体劳动力为基础，通过集体合同调整集体劳动关系；微观上，以个别劳动力为基础，通过劳动合同调整个别劳动关系。三个层次的限定，既区别于民法，也区别于行政法。这种调整模式，也形成了劳动合同的特点。

行政法是最具典型意义的公法。就行政法的调整模式而言，主要通过强制性规范，即直接要求人们从事或不从事某种行为的规则，由行政机构来依法行政。

行政法律关系的内容可以直接通过行政法，以权力义务法定方式规定，并由行政法律规范所要求的行政行为转变为行政职责。由于行政法律关系通常由国家行政机关的单方行政行为而产生，契约缺乏存在的基础。

民法是最具典型意义的私法。就民法的调整模式而言，主要是通过任意性规范，即指示人们可以作出或要求别人作出一定行为的规则，由当事人签订民事合同或以其他民事法律行为来确定各自具体的民事权利、民事义务。由于法律以任意性规范的形式规定，法律关系的要素在客观法中没有确切的映象，往往非经当事人意思表示不能确定其民事权利义务的具体内容，当事人通过缔结契约来达成协议，就具有重要的意义。

以上两种调整模式都与劳动法调整模式不同。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主观权利和义务；而另一部分法律关系的内容在客观法中没有确切的映象，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和义务的内容，这部分内容就需要通过集体合同、劳动合同来明确。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，如书面劳动合同未签订时，事实劳动关系实际上也能达到启动了法定的内容的目的。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。因此我们不应将劳动合同仅仅理解为一纸书面合同。

在现实宣传中，我们往往过份强调了通过签订书面劳动合同产生的劳动关系与事实劳动关系的区别。实际上两者的差别并不大，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的所达成的合意，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，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几十年，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。

由于劳动者处于弱势地位，立法者应当努力淡化通过签订书面劳动合同产生的劳动关系与事实劳动关系在实际后果上的区别，而不是强化这种差别，以扩大劳动法的适用面。对于两者确实存在的差别，以及由于产生事实劳动关系给对方造成的损失，则应通过追究“缔约过失责任”，以促使劳动法律联系转化为劳动法律关系。

可见，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（果不是在此之前），就受制于许多有关他的生活的方面的计划。他只知道其中一些较为明显的计划；对于这些他是同意的；除此以外或者盲目相信，或者全部不知。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。”⁶由于劳动者是在法律地位不等、信息量不够的情况下与用人单位启动了兼有人身性质和隶属性质的劳动关系，这一劳动关系具有复杂性，决不是一纸合同书可以涵盖的。劳动合同一经签订，劳动关系一经确立，就适用了劳动法的规定和集体合同的规定，从某种意义上看，劳动合同订立和解除，只是启动或终止适用这一套规定的程序。

当然，我们也不能因此就看轻了劳动合同作为劳动者与用人单位双向选择的结果而产生的“触发性作用”，否则就会走回对劳动关系进行高度集中统一管理，甚至于由“国家包就业”的老路上去，这也正是“广义说”的缺陷所在。麦克尼尔紧接着上述那段话的论述也颇具启：“尽管同意的作用在上述情形中有所缩小，它仍然是一种不可缺少的触发机制，而且只要它发挥这种作用，交换就是由选择

⁶ 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。

引发的。正是交换和选择的这种关键性的结合，防止了契约成为侵权的俘虏。选择所引致的交换只有在被高度中央统制的交换所取代的情况下，才可能导致契约的死亡，”⁷这段话多少已为我国劳动合同制度的兴衰所印证。

对于劳动合同，可以从两方面来理解。一方面将劳动合同理解为劳动合同书，将其视为一种行为模式；另一方面，将劳动合同视为劳动合同行为，作为一种劳动法律事实，通过劳动合同的订立、履行、终止，以及变更、解除来促使劳动法律关系的产生、变更、消灭。我国的学者以及立法部门倾向于前一种理解；而国外立法倾向于后一种理解。其分歧就在于口头合同、无效合同、事实劳动关系的认识上。我认为，应当将两种理解综合起来，并侧重于后一种理解来重新审视我国的一些法律规定及法学理论。⁸

⁷ 同上，第 46 页。

⁸ 对于这些具体制度的研究。可参见《劳动法论》，董保华著，上海世界图书出版公司，1999 年版。



中国上海市延安西路1033号大众金融大厦A幢3301室 邮编：200050
3301, Tower A, Mass Financial Mansion, 1033 West Yan An Road, Shanghai 200050 China

www.baohualaw.com