

保华月刊

Baohua Monthly

2018年7月刊
Jul. 2018
第21期
NO. 21

- 竞争优势保护中的人力资源风险防范
- 《天津市贯彻落实劳动合同法若干问题实施细则》
- 《人力资源市场暂行条例》



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

11

新法规：《天津市贯彻落实<劳动合同法>若干问题实施细则》

New Regulation: The Detailed Rules of Tianjing Municipality for the Implementation of <Labor Contract Law>

19

新法规：《人力资源市场暂行条例》

New Regulation: Provisional Regulations on the Human Resources Market

热点追踪

Hot Issues

29

竞争优势保护中的人力资源风险防范

Risk prevention of human resources in the protection of competitive Edge

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

37

中外劳动合同制度的比较与评析

Comparison and analysis of the labor contract system between China and foreign countries

新闻总结



一、中办国办印发《国税地税征管体制改革方案》

来源：新华社

摘要：近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《国税地税征管体制改革方案》（以下简称《改革方案》）。明确从2019年1月1日起，将基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费等各项社会保险费交由税务部门统一征收。

Summary: Recently, the General Office of the Communist Party Central Committee and the General Office of the State Council of the People's Republic of China ("PRC") issued the *Plan for the Reform on the State and Local Taxation System* (hereinafter referred to as the "*Reform Plan*"). It has made it clear that as of January 1, 2019, the basic pension insurance premiums, basic medical care insurance premiums, unemployment insurance premiums, work injury insurance premiums, maternity insurance premiums and other various social insurance premiums shall be collected in a uniform way by the tax authority.

国税地税征管体制改革是以习近平同志为核心的党中央着眼全局作出的重大决策。《改革方案》认真贯彻落实党中央、国务院决策部署，是保证国税地税征管体制改革平稳有序推进的指导性文件。

《改革方案》明确了国税地税征管体制改革的指导思想、基本原则和主要目标，提出了改革的主要任务及实施步骤、保障措施，并就抓好组织实施提出工作要求。

《改革方案》强调全面贯彻党的十九大和十九届二中、三中全会精神，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，以加强党的全面领导为统领，改革国税地税征管体制，合并省级和省级以下国税地税机构，划转社会保险费和非税收入征管职责，构建优化高效统一的税收征管体系，为高质量推进新时代税收现代化提供有力制度保证，更好发挥税收在国家治理中的基础性、支柱性、保障性作用，更好服务决胜全面建成小康社会、开启全面建设社会主义现代化国家新征程、实现中华民族伟大复兴的中国梦。

《改革方案》提出了国税地税征管体制改革的4条原则，即：坚持党的全面领导。坚决维护习近平总书记的核心地位，坚决维护以习近平同志为核心的党中央权威和集中统一领导，把加强党的全面领导贯穿国税地税征管体制改革各方面和全过程，确保改革始终沿着正确方向推进。坚持为民便民利民。以纳税人和缴费人中心，推进办税和缴费便利化改革，从根本上解决“两头跑”、“两头查”等问题，切实维护纳税人和缴费人合法权益，降低纳税和缴费成本，促进优化营商环境，建设人民满意的服务型税务机关，使人民有更多获得感。坚持优化高效统一。调整优化税务机构职能和资源配置，增强政策透明度和执法统一性，统一税收、社会保险费、非税收入征管服务标准，促进现代化经济体系建设和经济高质量发展。坚持依法协同稳妥。深入贯彻全面依法治国要求，坚持改革和法治相统一、相促进，更好发挥中央和地方两个积极性，实现国税地税机构事合、人合、力合、心合，做到干部队伍稳定、职责平稳划转、工作稳妥推进、社会效应良好。

《改革方案》强调，通过改革，逐步构建起优化高效统一的税收征管体系，为纳税人和缴费人提供更加优质高效便利服务，提高税法遵从度和社会满意度，提高征管效率，降低征纳成本，增强税费治理能力，确保税收职能作用充分发挥，夯实国家治理的重要基础。

《改革方案》提出，按照先立后破、不立不破的要求，坚持统一领导、分级

管理、整体设计、分步实施，采取先挂牌再落实“三定”规定，先合并国税地税机构再接收社会保险费和非税收入征管职责，先把省（区、市以及计划单列市，以下统称省）税务局改革做稳妥再扎实推进市（地、州、盟，以下统称市）税务局、县（市、区、旗，以下统称县）税务局改革的步骤，逐项重点工作、逐个时间节点抓好落实，确保 2018 年年底完成各项改革任务。

《改革方案》要求，加强税务系统党的领导，完善加强党对税收工作全面领导的制度安排，确保税务系统党的领导更加坚强有力。优化税务系统党的领导组织架构，完善税务系统纪检监察体制，进一步加强纪检监察工作。健全党建工作机制，税务总局承担税务系统党的建设、全面从严治党主体责任，地方党委负责指导加强各地税务部门党的基层组织建设和党员教育管理监督、群团组织建设和精神文明创建等工作，形成各级税务局党委与地方党委及其工作部门共抓党建的合力。

《改革方案》对税务部门领导管理体制作了规定，明确国税地税机构合并后实行以税务总局为主、与省市区党委和政府双重领导的管理体制，并着眼建立健全职责清晰、运行顺畅、保障有力的制度机制，在干部管理、机构编制管理、业务和收入管理、构建税收共治格局、服务经济社会发展等方面提出了具体要求，明晰了税务总局及各级税务部门与地方党委和政府税收工作中的职责分工，有利于进一步加强对税收工作的统一管理，理顺统一税制和分级财政的关系，充分调动中央和地方两个积极性。

《改革方案》还就完成新税务机构挂牌、制定新税务机构“三定”规定、开展社会保险费和非税收入征管职责划转、推进税费业务和信息系统整合优化、强化经费保障和资产管理、清理修改相关法律法规等重点改革任务进行了具体部署，并明确了相关保障措施。要求各省、市、县税务局按期逐级分步完成集中办公、新机构挂牌并以新机构名义开展工作。从严从紧控制机构数量，进一步优化各层级税务组织体系和征管职责，完善结构布局 and 力量配置，做到机构设置科学、职能职责清晰、资源配置合理。同时，明确从 2019 年 1 月 1 日起，将基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费等各项社会保险费交由税务部门统一征收。按照便民、高效的原则，合理确定非税收入征管职责划转到税务部门的范围，对依法保留、适宜划转的非税收入项目成熟一批划转一批，逐步推进。要求整合纳税服务和税收征管等方面业务，优化完善税收和缴费管理信息系统，更好便利纳税人和缴费人。

《改革方案》强调税务总局要抓好统筹，各省区市党委和政府要全力支持，各相关部门要积极配合，各省税务局要精心组织实施，并从提高政治站位、严明纪律要求、开展督促检查、加强宣传引导等 4 个方面提出了工作要求，确保各项任务平稳落地。

二、个人税延商业养老保险试点落地月余

来源：中国劳动保障报

摘要：首批 12 家经营个人税收递延型商业养老保险的机构名单出炉后，中国太保抢先在上海签发了我国首张个人税收递延型商业养老保险保单，这标志着酝酿已久的个人税收递延型商业养老保险试点政策正式落地实施。个人税延商业养老保险在上海等地的试点，意味着我国发展养老金第三支柱迈出了重要的一步。

Summary: After the list for the first group of 12 institutions engaging in the personal tax-deferred commercial pension insurance business was publicized, CPIC

vied to issue China's first personal tax-deferred commercial pension insurance policy in Shanghai, which indicates that the long-planned pilot policies for personal tax-deferred commercial pension insurance have been formally implemented. The personal tax-deferred commercial pension insurance piloted in Shanghai and other areas demonstrates that China has made an important step in the exploration for the third pillar of pension insurance.

6 月份的上海保险市场十分热闹。随着个人税收递延型商业养老保险政策落地，各家保险公司争相推出个人税收递延型商业养老保险产品。

5 月 31 日，首批 12 家经营个人税收递延型商业养老保险的机构名单出炉后，中国太保抢先在上海签发了我国首张个人税收递延型商业养老保险保单，这标志着酝酿已久的个人税收递延型商业养老保险试点政策正式落地实施。紧接着中国人寿、新华保险、泰康保险等多家保险公司也在上海签出了首单税延型商业养老保险。6 月 22 日，中信保诚人寿宣布三类四款税延养老产品同时获得银保监会批准，并开始销售。

自此，被寄予支撑起中国养老保险体系“第三支柱”厚望的个人商业养老保险可谓踏上了新征途，迎来更加宽广的发展空间。

试点迈出重要一步

个人税收递延型商业养老保险，是指允许购买商业养老保险的投保人在计算个税前列支保费，等到将来领取保险金时再缴纳个税，这是一种通过降低投保人当期税负来鼓励购买商业养老保险的税收优惠政策。从全球情况看，税优个人养老金是第三支柱的核心。

“发展第三支柱是实现养老金体系可持续发展的必要手段，符合国际趋势。目前国际上为应对老龄化趋势，更加注重第三支柱保险发展了。”中国保险行业协会秘书长商敬国说，从我国税延养老政策的脉络看，从 2007 年到 2018 年，11 年间陆续出台了很多政策，但是真正落地在 2018 年。

据了解，自 5 月份在上海市、福建省（含厦门市）和苏州工业园区等地启动个人税延型商业养老保险试点以来，试点工作运行情况良好，公众关注度较高。虽然仅在 3 个地区试点，但是三地均已实现出单。截至 6 月 21 日，已经签发保单逾万件。

数据显示，2010 年中国 60 岁以上的人口共计 1.77 亿人，占总人口的 13.32%。据《中国人口老龄化发展趋势百年预测》，2020 年中国 60 岁及以上老年人口将增至 2.48 亿人，占总人口比例将达到 17.2%，并呈加速增长之势，这让我们现行养老金体系面临严峻挑战。虽然，近年来我国养老金体系改革取得巨大进展，但也存在突出问题，主要是结构失衡，养老金第一支柱独大，第二和第三支柱发展滞后，这使第一支柱的公共养老金可持续发展压力增大。另外，养老金资产总量不足，难以适应老龄化的要求。

因此，个人税收递延型商业养老保险试点对于完善多层次的养老金体系具有重要意义，意味着发展养老金第三支柱方面迈出了重要的一步。按计划，试点成熟后将向全国铺开，届时税延型商业养老保险可惠泽更多的百姓。这对解决我国养老金体系结构失衡和总量矛盾，有效应对人口老龄化挑战意义重大。

“解决养老金体系存在的结构性失衡问题，需要真正将商业养老保险作为我国养老金体系的第三支柱。”国务院发展研究中心教授朱俊生说。

保险机构面临诸多新考验

个人税收递延型商业养老保险试点顺利进行，对保险业的发展也有非凡意义。从国际经验看，第三支柱保险的发展，特别是个人养老金能够促进人身保险业实现转型升级。随着人口老龄化程度的提高，人们对风险的关注，逐步从过去的死亡风险转向养老与健康风险，承保生存风险的养老金业务占比不断提高。养老金是长期寿险的一种，成为人身保险业务新增长点。以美国为例，2014 年，年金业务保费收入就已经超过寿险公司业务收入的一半。

“在养老保障三支柱中，作为第三支柱的个人养老金无疑是商业养老保险的核心舞台。个人养老金大致分为两个阶段，第一阶段是投资累积阶段，第二阶段是领取阶段。在养老金领取阶段，尤其在应对长寿风险方面，保险机构和年金保险产品具有独特优势。”北京大学经济学院郑伟教授说。

不过应该看到，个人税收递延型商业养老保险刚刚启动试点，保险机构面临着不少挑战。

首先，养老金需要提供长期保障，精算平衡至关重要。“保险业最大的优势就是精算平台，因为要解决长寿风险。同时，投资时间非常长，领取养老金的时间也非常长，需要保证几十年。精算师能不能如实表达这些风险是一个非常艰巨的任务。”中国人寿股份有限公司副总裁利明光说。

其次，消费者教育问题。从长远看，个人税收递延型商业养老保险涉及千家万户，是影响社会稳定的重要因素。因此，消费者教育应该从购买相关第三支柱养老金产品之前就做到位。“别等买了保险很久以后才说明风险，而消费者可能说他们根本不知道存在这些风险。”郑伟提醒。

同时，个人税收递延型商业养老保险在我国完全是个全新的保险业务，目前保险机构只是根据中国特色、结合国际经验开展这种业务，其间必然面临会计处理、现金流管理、资产负债管理等多个新命题。

三、中德两国政府签署青年实习交流计划联合意向声明

来源：人社部网站

摘要：近日，人力资源社会保障部部长张纪南代表中国政府与德国劳动和社会事务部部长胡贝图斯·海尔在柏林签署《中华人民共和国政府和德意志联邦共和国政府关于青年实习交流计划的联合意向声明》。

Summary: Recently, the Minister of the Ministry of Human Resources and Social Security Zhang Jinan represented the Chinese government to sign the *Joint Intention Statement of the Government of the People's Republic of China and the Government of Federal Republic of Germany on the Youth Internship Exchange Programme* with the Minister of Labor and Social Affairs of Germany Hubertus Haier in Berlin.

根据该声明，双方同意每年各接收 1000 名青年实习生，两国 18 周岁至 35 周岁的在校学生或毕业不满 1 年的青年将有机会赴对方国家进行不超过 6 个月的实习，学习职业技能，弘扬工匠精神，丰富国际阅历，提升就业能力，促进人文交流，增进友谊与互信，对两国青年成长和中德双边关系发展有着重要意义。

四、韩国：最低时薪明年提高 10.9% 劳资双方均不满

来源:新华网

摘要: 韩国最低工资委员会近日决定, 2019 年最低时薪标准提高 10.9%, 从今年的 7530 韩元 (约合 44.6 元人民币) 上调至 8350 韩元 (49.5 元人民币)。届时, 韩国最低时薪标准将首次突破 8000 韩元 (47.4 元人民币) 大关。

Summary: South Korea Minimum Wage Committee recently decided that the standard for the minimum hourly wage of 2019 will be raised 10.9% from KRW 7,530 (approximately equivalent to RMB 44.6) of this year to KRW 8,350 (RMB 49.5). Till then, the minimum hourly wage of South Korea will break through the KRW 8,000 (RMB 47.4) mark for the first time.

韩国最低工资委员会由劳资双方代表和公众代表组成。经过长达 19 个小时彻夜协商, 这一委员会 14 日决定上调最低时薪标准 10.9% 至 8350 韩元 (49.5 元人民币)。

最低工资委员会 27 名成员中, 来自资方的 9 名代表因为反对上调最低时薪标准而联合抵制这场会议, 仅 5 名劳方代表和 9 名公众代表参加协商。

资方不在场的情况下, 劳方提出的涨薪方案是调整最低时薪至 8680 韩元 (51.4 元人民币), 公众方提出的方案是 8350 韩元 (49.5 元人民币)。最终, 代表们投票表决, 确定选择后者。

韩国食品等商品价格近期呈上涨趋势。韩国消费者院价格信息综合门户网站上月发布的数据显示, 首尔地区消费者常吃的 8 种菜品中 7 种价格上涨, 只有一种同比持平。其中, 冷面平均价格为每碗 8769 韩元 (52 元人民币), 同比上涨 10.1%, 涨幅最大。

韩国今年最低时薪标准为 7530 韩元 (44.6 元人民币), 比 2016 年提高 16.4%, 创下近 20 年来的最大增幅。一些专家推测, 最低工资委员会调低明年增幅, 主要原因是担心遭中小企业批评。

韩国总统文在寅先前承诺, 2020 年前把最低时薪上调至 1 万韩元 (59.3 元人民币)。为实现这个目标, 最新时薪每年应至少调高 15.2%。如果按现有速度, 文在寅的承诺恐怕无法兑现。

最低时薪标准上调 10.9% 的消息传出后, 劳资双方均表达不满。

韩国微型企业联合会说, 便利店店主 2017 年平均每月利润为 195 万韩元 (1.16 万元人民币)。最低时薪上调后, 平均每月利润降至 130 万韩元 (7703 元人民币)。如果最低时薪明年再次上调, 利润将进一步减少。

劳方起初要求时薪上调 43%, 达到 1.079 万韩元 (63.9 元人民币); 最终协商结果让他们失望。

一个劳方团体说: “我们担忧, 看到结果后更加痛苦。我们要求彻底改革最低工资制度, 将竭尽所能达到最低时薪 1 万韩元的目标。我们意识到, 这届政府已经放弃文在寅的承诺。”

五、日本: 劳动力短缺 女性就业率创历史新高

来源: 新浪财经

摘要: 据日经新闻报道, 由于劳动力严重短缺, 难以招募到人才的日本企业开始致力于获得女性员工。日本总务省近日发布的 2017 年就业结构基本调查显示, 15-64 岁女性的就业率达到 68.5%。较 2012 年上次调查相比提高了 5.4 个百分点, 创历史新高。

Summary: According to the Nikkei news report, the Japanese companies in

difficulty of recruiting talents now turns to hire female employees because of serious shortage of labor force. The basic survey of employment structure released by Japan's General Ministry in 2017 showed that the employment rate of 15-64 year old women reached 68.5%. Compared with the previous survey in 2012, it increased by 5.4 percentage points to a record high.

其中，女性在 25-39 岁这一年富力强时期的就业率达到 75.7%，比 2012 年提高 5.9 个百分点，也创下历史新高。

该调查每 5 年进行一次，以日本全国约 52 万个家庭的约 108 万人（15 岁以上）为对象，对去年 10 月 1 日至目前的就业形态进行调查，然后推算出整体的就业状况。

此外，日本老年人的就业率也在上升。60-64 岁男性的就业率比 2012 年提高 7.2 个百分点，达到 79.9%。与 15-64 人群的整体就业率（83.3%）相差无几，可以说工作到 65 岁左右成为很平常的事。65-69 岁的就业率也较 5 年前提高了 7.3 个百分点，60 岁人群的就业率大幅提高。

调查显示，日本 15 岁以上的就业人数达 6621.3 万，其中男性为 3707.41 万，女性为 2913.89 万，分别较 2012 年增加 0.9%和 5.3%。

六、江苏新规：7 月 1 日起怀孕不满 3 个月可休保胎假

来源：扬子晚报

摘要：《江苏省女职工劳动保护特别规定》将于 7 月 1 日起施行。《特别规定》首次将女职工全孕程保护纳入规章，怀孕不满 3 个月可休“保胎假”，提出痛经女职工休息 1-2 天。

Summary: The *Special Provisions of Jiangsu Province on Labor Protection for Female Employees* will be implemented as of July 1. The *Special Provisions* has included the protection for female employees during the whole pregnancy into regulation, which stipulates that the female employee who is pregnant less than 3 months may take leave of miscarriage prevention and the female employee who claims dysmenorrhea may rest for 1-2 days.

孕期保护方面，增加“保胎假”的规定并明确相关工资待遇。《特别规定》明确要求，怀孕不满 3 个月和 7 个月以上且上班确有困难的，应当根据医疗机构的证明安排休息。休息期间的待遇不得低于当地最低工资标准的 80%。

对经期女职工，规定不得安排国家规定的经期禁忌从事的劳动，应当暂时调做其他工作，或者休息 1-2 天；对其他工种的女职工，月经过多或者因痛经不能坚持工作的，经医疗机构证明，安排休息 1-2 天。

延长终止妊娠女职工的产假，规定怀孕不满 2 个月流产的享受不少于 20 天的产假，怀孕满 2 个月不满 3 个月流产的享受不少于 30 天的产假，怀孕满 3 个月不满 7 个月流产、引产的，享受不少于 42 天的产假，怀孕满 7 个月引产的享受与正常生育同等的 98 天产假。

同时，《特别规定》增加对女职工已婚待孕期和更年期的保护，还明确每年至少安排 1 次妇女常见病普查，增加对年满 35 周岁女职工的乳腺癌、宫颈癌筛查。

七、深圳：用人单位招聘性别歧视最高罚 3 万元

来源：深圳特区报

摘要：近日，根据《深圳市规范行政处罚裁量权若干规定》的有关规定，深圳市人力资源和社会保障局对《深圳经济特区性别平等促进条例》有关行政处罚自由裁量权进行规范，对用人单位招聘时性别歧视进行处罚。

Summary: Recently, according to the *Several Provisions of Shenzhen Municipality on Regulating the Discretion to Exercise Administrative Punishments*, the Shenzhen Municipal Human Resources and Social Security Bureau regulated on the discretion to exercise administrative punishments under the *Regulation on Promoting Gender Equality in Shenzhen Special Economic Zone*, and punished the gender discrimination during recruitment.

除国家法律另有规定外，用人单位在招聘、录用人员时，设置性别要求，以性别、婚姻、生育等为理由拒绝招录某一性别或者提高某一性别招录标准的，属于违法行为，由人力资源和社会保障部门责令限期改正；逾期拒不改正的，处3千元以上3万元以下的罚款。

八、京津冀推动工伤保险合作 工伤认定结果互认

来源：人民日报

摘要：《京津冀工伤保险工作合作框架协议》签字仪式近日在河北雄安新区市民服务中心举行。三地将在工伤认定、工伤劳动能力鉴定和工伤医疗康复三个方面开展合作，充分保障工伤职工的合法权益。

Summary: The signing ceremony of the *Cooperation Framework Agreement of Work Injury Insurance in Beijing, Tianjin and Hebei* was recently held at the public service center of Xiong'an New District of Hebei. The three areas will cooperate in the three aspects regarding the identification of work-related injuries, the identification of work ability and the rehabilitation of work-related injuries to fully protect the legitimate rights and interests of injured workers.

协议明确，符合以下三种情形之一的参保人员，受到事故伤害的，可适用于此协议，即：所在机构单位在疏解北京非首都功能过程中，搬迁至天津市、河北省境内，其单位注册地、工伤保险参保地仍在北京市的；所在机构单位为京津冀的机构单位，到注册地、参保地以外的另外两地所设立办事机构、分厂、生产经营地的；所在机构单位为京津冀的机构单位，本人因工程建设项目，到另外两地承担工程施工任务的。

三地可相互委托对事故伤害进行工伤认定的现场调查核实事宜，调查结果互认并转交委托方。三方建立相互委托劳动能力鉴定制度，工伤职工、用人单位经协商一致，可就近委托经营地地市级以上劳动能力鉴定委员会进行鉴定；对委托鉴定结论不服的，回参保地申请重新鉴定；鉴定项目以伤残等级鉴定为主。三方互认对方签订的工伤医疗康复协议服务机构。

据了解，协议签订前，工伤保险实行属地管理原则。以工伤认定为例，企业注册地为北京，参保人在天津或河北分公司工作，如出现因公受伤情形，则须由北京人社局到当地进行工伤认定调查，出具工伤认定决定书。协议签订后，京津冀工伤保险实现互认，北京人社局可委托天津或河北人社部门进行工伤认定调查，再根据工伤调查结果出具工伤认定决定书。

同时，为确保协议落实，三地将建立联席会议制度，围绕工伤认定、劳动能力鉴定、待遇经办等合作项目，定期沟通情况、交流经验、开展案例分析，逐步推进三地工伤保险政策、标准的统一。并充分发挥各地信息化建设优势，以点带

面，逐步推动三地工伤保险工作信息互联、互通，为三地工伤保险合作提供信息保障。

《天津市贯彻落实劳动合同法若干问题实施细则》

新法规：《天津市贯彻落实<劳动合同法>若干问题实施细则》

New Regulation: The Detailed Rules of Tianjing Municipality for the Implementation of <Labor Contract Law>

发布单位：天津市人力资源和社会保障局

Issuing Authority: Tianjin Municipal Human Resources and Social Security Bureau

发布文号：津人社规字〔2018〕14号

Document Number: No. 14 [2018] of the Tianjin Municipal Human Resources and Social Security Bureau

发布日期：2018年7月2日

Date Issued: July 2, 2018

生效日期：2018年8月1日

Effective Date: August 1, 2018

概要：

近日，《天津市贯彻落实<劳动合同法>若干问题实施细则》（以下简称“《实施细则》”）发布，虽然共计只有18条规定，但涉及到劳动关系各个方面，针对天津之前相关文件中没有明确的、但实践中容易产生分歧的一些问题进行了细致规定。

Summary:

Recently, the Detailed Rules of Tianjing Municipality for the Implementation of <Labor Contract Law> (hereinafter referred to as the “Detailed Rules”) was issued. Although it has only 18 provisions, yet it covers various aspects of labor relations and has detailed stipulation regarding the issues on which no clear stipulation had made in the previous regulations of Tianjin but disputes may arise in practice.

亮点:

Highlights:

1、劳动关系确认方面: 根据《实施细则》, 岗前培训也属于用工行为。《实施细则》第三条第二款规定, 用人单位安排劳动者参加上岗前培训, 劳动关系自劳动者参加培训之日起建立。

Regarding the identification of labor relationship: According to the *Detailed Rules*, pre-post training shall also be deemed as employment. Paragraph 2, Article 3 of the *Detailed Rules* provides that in the event that the employer arranges its employee to participate in pre-post training, the labor relationship shall be established as of the day when the employee participates in the training.

2、劳动合同订立方面: 《实施细则》对二倍工资的计算标准进行再明确, 不再包括季度奖、年终奖、提成等。详见《实施细则》第四条。

Regarding the signing of labor contract: The *Detailed Rules* again clarifies the standard for calculating the double pay which shall not include quarterly bonus, year-end bonus, business loyalty and etc. See Article 4 of the *Detailed Rules*.

3、劳动合同履行方面: 薪资福利待遇、工时制度方面

Regarding the performance of labor contract: salary, benefit and working hours system

(1) 加班工资计算基数: 根据《实施细则》, 加班加点工资计算基数未有明确规定的, 以应得工资扣除加班加点工资后的数额作为加班加点工资计算基数。详见《实施细则》第七条。

The base for calculating the overtime pay: According to the *Detailed Rules*, if the base for calculating the overtime pay is not specified, the amount of which the overtime pay has been deducted from the total salary deserved by the employee shall be taken as the base for calculating the overtime pay. See Article 7 of the *Detailed Rules*.

(2) 特殊工时制的实施: 根据《实施细则》, 用人单位实施特殊工时制, 需告知劳动者其岗位实行的工时制度, 并在劳动合同中明确约定。详见《实施细则》第八条。

The execution of special working hours system: According to the *Detailed*

Rules, the employer shall notify the employee of the working hours system applicable to the employee and specify it in their labor contract if the employer executes special working hours system. See Article 8 of the *Detailed Rules*.

(3) 竞业限制经济补偿支付：根据《实施细则》，竞业限制经济补偿应当在劳动合同解除或终止后支付，即禁止用人单位在劳动者在职期间以与工资同时发放等形式向劳动者支付。详见《实施细则》第九条。

Payment of economic compensation for non-competition restriction: According to the *Detailed Rules*, the economic compensation for non-competition restriction shall be paid after the dismissal or termination of the labor contract, i.e. it prohibits the payment of the compensation to the employee together with the payment of employee's salary during the employment. See Article 9 of the *Detailed Rules*.

(4) 社保缴纳：根据《实施细则》，用人单位必须依法足额为劳动者缴纳社保；双方达成的不缴或者少缴的约定无效，还会被视为因用人单位原因导致未依法缴纳社保。详见《实施细则》第十五条。

Social security insurance contributions: According to the *Detailed Rules*, the employer must contribute social security insurance for the employee in full payment. If the agreement between the two parties that the social security insurance will be unpaid or underpaid shall be invalid, and moreover, it will be deemed as that the employer fails to contribute the social security insurance due to its own reasons. See Article 15 of the *Detailed Rules*.

4、劳动合同解除方面：

Regarding the dismissal of labor contract:

(1) 根据《实施细则》，在发现劳动者存在严重违反规章制度等情形符合劳动合同解除条件时，用人单位应当在六个月内行使解除权。详见《实施细则》第十二条。

According to the *Detailed Rules*, the employer shall execute its right of dismissal within six months if it finds that the employee has situations of seriously violating the rules and systems which meets the conditions for dismissing the labor contract. See Article 12 of the *Detailed Rules*.

(2) 根据《实施细则》，如果劳动者存在严重违反规章制度等情形，而用人单位并未在规章制度中提前加以明确，这种情形下，用人单位不能超出规章制度做出解除。详见《实施细则》第十七条。

According to the *Detailed Rules*, if the employee has situations of seriously violating the rules and systems which however the employer fails to specify in the rules and systems in advance, the employer shall not dismiss the labor contract based on the reasons beyond the rules and systems in such situations. See Article 17 of the *Detailed Rules*.

5、劳动合同终止方面：

Regarding the termination of labor contract:

(1) 劳动合同终止时间：根据《实施细则》，劳动合同终止时间为劳动合同期满之日的 24 时。详见《实施细则》第十一条。

The time of terminating the labor contract: According to the *Detailed Rules*, the time of terminating the labor contract shall be 24:00 a.m. of the day when the labor contract expires. See Article 11 of the *Detailed Rules*.

(2) 劳动合同续签条件：根据《实施细则》，用人单位变更劳动合同约定条件，难以确定是提高或降低，视为用人单位未能维持或提高劳动合同的约定条件；劳动者不与用人单位续签劳动合同终止劳动关系的，仍视为因用人单位的原因终止劳动关系，用人单位应向劳动者支付经济补偿。详见《实施细则》第十四条第二款。

The conditions for renewing the labor contract: According to the *Detailed Rules*, if the employer changes the terms stipulated in the labor contract and it is difficult to ascertain whether the conditions thereof be maintained or improved, it shall be regarded that the employer fail to maintain or improve the conditions agreed in the labor contract. If the employee does not renew the labor contract and thus the labor relationship is terminated in such a situation, it shall still be regarded as that the labor relationship be terminated due to the employer's reasons and the employer shall pay the economic compensation to the employee. See Paragraph 2, Article 14 of the *Detailed Rules*.

6、劳动合同中止方面：根据《实施细则》，劳动者在试用期内患病或者非因工负伤的，经劳动关系双方协商一致，试用期可以中止。详见《实施细则》第十三条。

Regarding the suspension of labor contract: According to the *Detailed Rules*, if the employee is ill or injured due to non-work related reasons during the probation, the probation may be suspended through negotiation between the two parties. See Article 13 of the *Detailed Rules*.

新法规链接：

天津市贯彻落实《劳动合同法》若干问题实施细则

第一条 为贯彻落实《劳动合同法》《劳动合同法实施条例》，保护劳动者和用人单位的合法权益，根据有关法律法规，结合我市实际，制定本实施细则。

第二条 本市行政区域内的用人单位与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或终止劳动合同，适用本实施细则。

国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或终止劳动合同，依照本实施细则执行。

第三条 用人单位与劳动者自用工之日起建立劳动关系，建立劳动关系应当订立书面劳动合同，并依法缴纳社会保险。

前款所称用工之日，是指劳动者开始接受用人单位管理，从事用人单位安排的工作的日期。用人单位安排劳动者参加上岗前培训，劳动关系自劳动者参加培训之日起建立。

第四条 用人单位自用工之日起，超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，应当按照《劳动合同法实施条例》第六条、第七条规定向劳动者每月支付二倍工资，不足一个月的部分按日折算。二倍工资基数应按照劳动者正常工作时间应得工资计算，但不包括以下两项：

（一）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；

（二）未确定支付周期的劳动报酬，如一次性奖金、特殊情况下支付的津贴、补贴等。

第五条 劳动合同期满，除劳动者有《劳动合同法》第四十二条规定劳动合同自动续延情形外，用人单位继续与劳动者保持劳动关系的，应当在一个月内在与劳动者续订书面劳动合同。

用人单位依照前款规定，维持或者提高劳动合同约定条件书面通知劳动者续订劳动合同，劳动者不与用人单位续订的，用人单位在劳动合同期满后一个月内书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿。

用人单位超过一个月未与劳动者续订书面劳动合同，应当按照《劳动合同法实施条例》第六条、第七条规定向劳动者每月支付二倍工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照《劳动合同法》第四十七条的规定支付经济补偿。

第六条 用人单位应当与劳动者在劳动合同中对劳动报酬、加班加点工资计算基数进行明确约定。

第七条 劳动合同对劳动报酬及加班工资计算基数约定不明确，引发争议的，用人单位与劳动者可以重新协商；协商不成的，适用集体合同规定；没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的，实行同工同酬；没有集体合同或者集体合同未规定加班加点工资计算基数，以应得工资扣除加班加点工资后的数额作为加班加点工资计算基数。

第八条 经批准实行特殊工时工作制的用人单位，应向劳动者告知其岗位实行的工时制度，并在劳动合同中明确约定。

用人单位与实行综合计算工时工作制的职工在劳动合同中还应明确加班加点工资的结算周期；未明确的，用人单位应当按综合计算周期结算加班加点工资。

第九条 用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款的，在约定违约金和经济补偿时应遵循公平、公正、适量、对等的原则。用人单位向劳动者支付竞业限制经济补偿的，应当在劳动合同解除或者终止后支付。

第十条 用人单位与劳动者约定可根据生产经营情况单方调整劳动者工作岗位的，用人单位对劳动者工作岗位进行调整时，应同时符合以下条件：

- （一）用人单位生产经营的客观需要；
- （二）调整后工作岗位的劳动待遇水平与原岗位基本相当，但依据《劳动合同法》第四十条第一项、第二项有关规定调整岗位的除外；
- （三）调整工作岗位不具有歧视性、侮辱性；
- （四）不违反法律法规的规定。

用人单位与劳动者签订的劳动合同未约定调整工作岗位有关内容，用人单位规章制度也未做相关规定的，除依据《劳动合同法》第四十条第一项、第二项有关规定调整工作岗位情形外，用人单位与劳动者协商一致，可以调整工作岗位。

第十一条 劳动合同经用人单位与劳动者协商一致并在劳动合同文本上签字或者盖章生效，双方签字或盖章日期不一致的，以最后一方的签字或盖章日期，为劳动合同的生效时间。一方未署明签字日期的，以另一方签字日期为劳动合同生效时间。劳动合同期满之日的 24 时为劳动合同终止时间。

第十二条 劳动者有《劳动合同法》第三十九条第二项、第三项、第四项、第五项、第六项情形之一，用人单位与劳动者解除劳动合同的，应自知道或应当知道劳动者存在上述情形之日起六个月内做出解除劳动合同的决定。

第十三条 劳动者在试用期间内被证明不符合录用条件的，用人单位应当在试用期内做出解除劳动合同的决定。劳动者在试用期内患病或者非因工负伤的，经劳动关系双方协商一致，试用期可以中止。

第十四条 用人单位与劳动者签订的固定期限劳动合同期满，因未能维持或提高劳动合同约定条件，致使劳动者不与用人单位续订劳动合同的，用人单位应依法向劳动者支付经济补偿。

用人单位变更劳动合同约定条件，难以确定是提高或降低，劳动者不与用人单位续签劳动合同终止劳动关系的，视为用人单位未能维持或提高劳动合同的约定条件。

本条所称劳动合同约定条件是指，用人单位与劳动者在续订劳动合同时正在履行的标准和条件。

第十五条 用人单位应当按照法律规定为劳动者缴纳社会保险费，因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费的，劳动者可以依据《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。

用人单位与劳动者约定不缴纳或少缴纳社会保险费的，双方约定无效，应视为因用人单位原因导致未缴纳或未足额缴纳社会保险费。

第十六条 劳动者提前三十日书面通知用人单位解除劳动合同，在解除前劳动合同应当继续履行。劳动者未依法与用人单位解除劳动合同，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

第十七条 用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，对严重违反规章制度的情形应加以明确，未明确具体规定的，用人单位不得依据《劳动合同法》第三十九条第（二）项规定与劳动者解除劳动合同。

第十八条 本实施细则自 2018 年 8 月 1 日起施行，2023 年 7 月 31 日废止。原天津市劳动局下发的《关于印发〈天津市实行劳动合同制度若干问题的规定〉的通知》（津劳局〔1997〕421 号）、原天津市劳动和社会保障局下发的《关于印发〈天津市实行劳动合同制度若干问题的补充规定〉的通知》（津劳局〔1998〕439 号）同时废止。

天津市人力资源和社会保障局办公室

2018 年 7 月 2 日印发

人力资源市场暂行条例

新法规：《人力资源市场暂行条例》

**New Regulation: Provisional Regulations on the Human Resources
Market**

发布单位：国务院

Issuing Authority: the State Council

发布日期：2018年6月29日

Date Issued: June 29, 2018

生效日期：2018年10月1日

Effective Date: October 1, 2018

概要：

Summary：

《人力资源市场暂行条例》（以下简称“《暂行条例》”）是改革开放以来，中国人力资源要素市场领域第一部行政法规。《暂行条例》共七章四十八条，对人力资源市场管理体制、人力资源市场培育和建设、人力资源服务机构、人力资源市场活动规范、人力资源市场监督管理等方面作了系统规定。

The Provisional Regulations on the Human Resources Market (hereinafter referred to as the Provisional Regulations) has been the first administrative regulation in market field of human resources in China since the open-up reform. The Provisional Regulations has seven chapters with 48 provisions and has systematic regulations on the management system of human resources market, cultivation and construction of human resources market, human resources service institutions, norms of human resources market activities, supervision and management of human resources market and so forth.



亮点：

Highlights:

1、在人力资源市场培育和建设方面，《暂行条例》强化地方政府职责，规定县级以上人民政府将人力资源市场建设纳入国民经济和社会发展规划、建立覆盖城乡和各行业的人力资源市场供求信息系统，为求职、招聘提供服务。详见《暂行条例》第九条、第十条。

Regarding the cultivation and construction of human resources market, the *Provisional Regulations* strengthens the responsibilities of local governments, stipulating that the people's government at or above the county level shall bring the construction of human resources market into the planning of national economic and social development and establish the information system of supply and demand for human resources market which covers both urban and rural areas as well as various industries so as to provide services for job hunting and recruitment. See more details in Article 9 and Article 10 of the *Provisional Regulations*.

2、在人力资源服务市场的准入方面，《暂行条例》推进落实简政放权、放管结合、优化服务的改革要求，如规定公共人力资源服务机构应当免费提供信息发布、职业介绍、职业指导、政策法规咨询等服务；将职业中介活动明确界定为行政许可事项，对其他人力资源服务项目实行备案管理等。详见《暂行条例》第十五条、第十八条。

Regarding the access to the human resources service market, the *Provisional Regulations* promotes to implement the requirement in the reform aimed at simplification of administrative procedures, decentralization of powers, combination of decentralization with appropriate control, and optimization of services. For example, it provides that public human resources service institutions should provide free information, career introduction, career guidance, consultation of policies and regulations and other services. It also defines the job intermediary activities as administrative licensing matters, and requires other human resources service projects to be subject to recordation administration. See more details in Article 15 and Article 18 of the *Provisional Regulations*.

3、在对人力资源服务机构及市场的监督管理方面,《暂行条例》明确市场活动规范,综合运用信息公示、随机抽查、国家标准、行业自律、等监管手段,以及明确对“黑中介”、人力资源市场的违法犯罪行为进行查处等方式确保市场活力与秩序。详见《暂行条例》第五章、第六章。

Regarding the supervision and management on the human resources service institutions and the market, the *Provisional Regulations* clearly defines the norms of the market activities, and makes a comprehensive use of information publicity, random sampling, national standards, self-discipline, and other regulatory means, as well as investigates and punishes the behavior of "black intermediary" and other criminal acts in the human resources market in order to ensure the market vitality and order. See more details in Chapter 5 and Chapter 6 of the *Provisional Regulations*.

4、对人力资源服务外包加强限制的,人力资源服务机构不得改变用人单位与个人的劳动关系,但未对人力资源服务外包的范围做明确界定。详见《暂行条例》第三十条。

The *Provisional Regulations* stipulates that the human resources service institutions which have strict restriction on the use of human resources service outsourcing shall not change the labor relations between the employer and the individual employee, however, it does not provide any clear definition on the scope of human resources service outsourcing. See more details in Article 30 of the *Provisional Regulations*.

新法规链接：

人力资源市场暂行条例

第一章 总 则

第一条 为了规范人力资源市场活动，促进人力资源合理流动和优化配置，促进就业创业，根据《中华人民共和国就业促进法》和有关法律，制定本条例。

第二条 在中华人民共和国境内通过人力资源市场求职、招聘和开展人力资源服务，适用本条例。

法律、行政法规和国务院规定对求职、招聘和开展人力资源服务另有规定的，从其规定。

第三条 通过人力资源市场求职、招聘和开展人力资源服务，应当遵循合法、公平、诚实信用的原则。

第四条 国务院人力资源社会保障行政部门负责全国人力资源市场的统筹规划和综合管理工作。

县级以上地方人民政府人力资源社会保障行政部门负责本行政区域人力资源市场的管理工作。

县级以上人民政府发展改革、教育、公安、财政、商务、税务、市场监督管理等有关部门在各自职责范围内做好人力资源市场的管理工作。

第五条 国家加强人力资源服务标准化建设，发挥人力资源服务标准在行业引导、服务规范、市场监管等方面的作用。

第六条 人力资源服务行业协会应当依照法律、法规、规章及其章程的规定，制定行业自律规范，推进行业诚信建设，提高服务质量，对会员的人力资源服务活动进行指导、监督，依法维护会员合法权益，反映会员诉求，促进行业公平竞争。

第二章 人力资源市场培育

第七条 国家建立统一开放、竞争有序的人力资源市场体系，发挥市场在人力资源配置中的决定性作用，健全人力资源开发机制，激发人力资源创新创造创业活力，促进人力资源市场繁荣发展。

第八条 国家建立政府宏观调控、市场公平竞争、单位自主用人、个人自主择业、人力资源服务机构诚信服务的人力资源流动配置机制，促进人力资源自由有序流动。

第九条 县级以上人民政府应当将人力资源市场建设纳入国民经济和社会发展规划，运用区域、产业、土地等政策，推进人力资源市场建设，发展专业性、行业性人力资源市场，鼓励并规范高端人力资源服务等业态发展，提高人力资源服务业发展水平。

国家鼓励社会力量参与人力资源市场建设。

第十条 县级以上人民政府建立覆盖城乡和各行业的人力资源市场供求信息系统，完善市场信息发布制度，为求职、招聘提供服务。

第十一条 国家引导和促进人力资源在机关、企业、事业单位、社会组织之间以及不同地区之间合理流动。任何地方和单位不得违反国家规定在户籍、地域、身份等方面设置限制人力资源流动的条件。

第十二条 人力资源社会保障行政部门应当加强人力资源市场监管，维护市场秩序，保障公平竞争。

第十三条 国家鼓励开展平等、互利的人力资源国际合作与交流，充分开发利用国际国内人力资源。

第三章 人力资源服务机构

第十四条 本条例所称人力资源服务机构，包括公共人力资源服务机构和经营性人力资源服务机构。

公共人力资源服务机构，是指县级以上人民政府设立的公共就业和人才服务机构。

经营性人力资源服务机构，是指依法设立的从事人力资源服务经营活动的机构。

第十五条 公共人力资源服务机构提供下列服务,不得收费：

- （一）人力资源供求、市场工资指导价位、职业培训等信息发布；
- （二）职业介绍、职业指导和创业开业指导；
- （三）就业创业和人才政策法规咨询；
- （四）对就业困难人员实施就业援助；
- （五）办理就业登记、失业登记等事务；
- （六）办理高等学校、中等职业学校、技工学校毕业生接收手续；
- （七）流动人员人事档案管理；

（八）县级以上人民政府确定的其他服务。

第十六条 公共人力资源服务机构应当加强信息化建设，不断提高服务质量和效率。

公共人力资源服务经费纳入政府预算。人力资源社会保障行政部门应当依法加强公共人力资源服务经费管理。

第十七条 国家通过政府购买服务等方式支持经营性人力资源服务机构提供公益性人力资源服务。

第十八条 经营性人力资源服务机构从事职业中介活动的，应当依法向人力资源社会保障行政部门申请行政许可，取得人力资源服务许可证。

经营性人力资源服务机构开展人力资源供求信息的收集和发布、就业和创业指导、人力资源管理咨询、人力资源测评、人力资源培训、承接人力资源服务外包等人力资源服务业务的，应当自开展业务之日起 15 日内向人力资源社会保障行政部门备案。

经营性人力资源服务机构从事劳务派遣业务的，执行国家有关劳务派遣的规定。

第十九条 人力资源社会保障行政部门应当自收到经营性人力资源服务机构从事职业中介活动的申请之日起 20 日内依法作出行政许可决定。符合条件的，颁发人力资源服务许可证；不符合条件的，作出不予批准的书面决定并说明理由。

第二十条 经营性人力资源服务机构设立分支机构的，应当自工商登记办理完毕之日起 15 日内，书面报告分支机构所在地人力资源社会保障行政部门。

第二十一条 经营性人力资源服务机构变更名称、住所、法定代表人或者终止经营活动的，应当自工商变更登记或者注销登记办理完毕之日起 15 日内，书面报告人力资源社会保障行政部门。

第二十二条 人力资源社会保障行政部门应当及时向社会公布取得行政许可或者经过备案的经营性人力资源服务机构名单及其变更、延续等情况。

第四章 人力资源市场活动规范

第二十三条 个人求职，应当如实提供本人基本信息以及与应聘岗位相关的知识、技能、工作经历等情况。

第二十四条 用人单位发布或者向人力资源服务机构提供的单位基本情况、招聘人数、招聘条件、工作内容、工作地点、基本劳动报酬等招聘信息，应当真实、合法，不得含有民族、种族、性别、宗教信仰等方面的歧视性内容。

用人单位自主招用人员，需要建立劳动关系的，应当依法与劳动者订立劳动合同，并按照国家有关规定办理社会保险等相关手续。

第二十五条 人力资源流动，应当遵守法律、法规对服务期、从业限制、保密等方面的规定。

第二十六条 人力资源服务机构接受用人单位委托招聘人员，应当要求用人单位提供招聘简章、营业执照或者有关部门批准设立的文件、经办人的身份证件、用人单位的委托证明，并对所提供材料的真实性、合法性进行审查。

第二十七条 人力资源服务机构接受用人单位委托招聘人员或者开展其他人力资源服务，不得采取欺诈、暴力、胁迫或者其他不正当手段，不得以招聘为名牟取不正当利益，不得介绍单位或者个人从事违法活动。

第二十八条 人力资源服务机构举办现场招聘会，应当制定组织实施办法、应急预案和安全保卫工作方案，核实参加招聘会的招聘单位及其招聘简章的真实性、合法性，提前将招聘会信息向社会公布，并对招聘中的各项活动进行管理。

举办大型现场招聘会，应当符合《大型群众性活动安全管理条例》等法律法规的规定。

第二十九条 人力资源服务机构发布人力资源供求信息，应当建立健全信息发布审查和投诉处理机制，确保发布的信息真实、合法、有效。

人力资源服务机构在业务活动中收集用人单位和个人信息的，不得泄露或者违法使用所知悉的商业秘密和个人信息。

第三十条 经营性人力资源服务机构接受用人单位委托提供人力资源服务外包的，不得改变用人单位与个人的劳动关系，不得与用人单位串通侵害个人的合法权益。

第三十一条 人力资源服务机构通过互联网提供人力资源服务的，应当遵守本条例和国家有关网络安全、互联网信息服务管理的规定。

第三十二条 经营性人力资源服务机构应当在服务场所明示下列事项，并接受人力资源社会保障行政部门和市场监督管理、价格等主管部门的监督检查：

（一）营业执照；

（二）服务项目；

（三）收费标准；

（四）监督机关和监督电话。

从事职业中介活动的，还应当在服务场所明示人力资源服务许可证。

第三十三条 人力资源服务机构应当加强内部制度建设，健全财务管理制度，建立服务台账，如实记录服务对象、服务过程、服务结果等信息。服务台账应当保存 2 年以上。

第五章 监督管理

第三十四条 人力资源社会保障行政部门对经营性人力资源服务机构实施监督检查，可以采取下列措施：

- （一）进入被检查单位进行检查；
- （二）询问有关人员，查阅服务台账等服务信息档案；
- （三）要求被检查单位提供与检查事项相关的文件资料，并作出解释和说明；
- （四）采取记录、录音、录像、照相或者复制等方式收集有关情况和资料；
- （五）法律、法规规定的其他措施。

人力资源社会保障行政部门实施监督检查时，监督检查人员不得少于 2 人，应当出示执法证件，并对被检查单位的商业秘密予以保密。

对人力资源社会保障行政部门依法进行的监督检查，被检查单位应当配合，如实提供相关资料和信息，不得隐瞒、拒绝、阻碍。

第三十五条 人力资源社会保障行政部门采取随机抽取检查对象、随机选派执法人员的方式实施监督检查。

监督检查的情况应当及时向社会公布。其中，行政处罚、监督检查结果可以通过国家企业信用信息公示系统或者其他系统向社会公示。

第三十六条 经营性人力资源服务机构应当在规定期限内，向人力资源社会保障行政部门提交经营情况年度报告。人力资源社会保障行政部门可以依法公示或者引导经营性人力资源服务机构依法公示年度报告的有关内容。

人力资源社会保障行政部门应当加强与市场监督管理等部门的信息共享。通过信息共享可以获取的信息，不得要求经营性人力资源服务机构重复提供。

第三十七条 人力资源社会保障行政部门应当加强人力资源市场诚信建设，把用人单位、个人和经营性人力资源服务机构的信用数据和失信情况等纳入市场诚信

建设体系，建立守信激励和失信惩戒机制，实施信用分类监管。

第三十八条 人力资源社会保障行政部门应当按照国家有关规定，对公共人力资源服务机构进行监督管理。

第三十九条 在人力资源服务机构中，根据中国共产党章程及有关规定，建立党的组织并开展活动，加强对流动党员的教育监督和管理服务。人力资源服务机构应当为中国共产党组织的活动提供必要条件。

第四十条 人力资源社会保障行政部门应当畅通对用人单位和人力资源服务机构的举报投诉渠道，依法及时处理有关举报投诉。

第四十一条 公安机关应当依法查处人力资源市场的违法犯罪行为，人力资源社会保障行政部门予以配合。

第六章 法律责任

第四十二条 违反本条例第十八条第一款规定，未经许可擅自从事职业中介活动的，由人力资源社会保障行政部门予以关闭或者责令停止从事职业中介活动；有违法所得的，没收违法所得，并处1万元以上5万元以下的罚款。

违反本条例第十八条第二款规定，开展人力资源服务业务未备案，违反本条例第二十条、第二十一条规定，设立分支机构、办理变更或者注销登记未书面报告的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；拒不改正的，处5000元以上1万元以下的罚款。

第四十三条 违反本条例第二十四条、第二十七条、第二十八条、第二十九条、第三十条、第三十一条规定，发布的招聘信息不真实、不合法，未依法开展人力资源服务业务的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；有违法所得的，没收违法所得；拒不改正的，处1万元以上5万元以下的罚款；情节严重的，吊销人力资源服务许可证；给个人造成损害的，依法承担民事责任。违反其他法律、行政法规的，由有关主管部门依法给予处罚。

第四十四条 未按照本条例第三十二条规定明示有关事项，未按照本条例第三十三条规定建立健全内部制度或者保存服务台账，未按照本条例第三十六条规定提交经营情况年度报告的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；拒不改正的，处5000元以上1万元以下的罚款。违反其他法律、行政法规的，由有关主管部门依法给予处罚。

第四十五条 公共人力资源服务机构违反本条例规定的，由上级主管机关责令改正；拒不改正的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第四十六条 人力资源社会保障行政部门和有关主管部门及其工作人员有下列情形之一的，对直接负责的领导人员和其他直接责任人员依法给予处分：

（一）不依法作出行政许可决定；

（二）在办理行政许可或者备案、实施监督检查中，索取或者收受他人财物，或者谋取其他利益；

（三）不依法履行监督职责或者监督不力，造成严重后果；

（四）其他滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的情形。

第四十七条 违反本条例规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第七章 附 则

第四十八条 本条例自 2018 年 10 月 1 日起施行。

竞争优势保护中的人力资源风险防范

Risk prevention of human resources in the protection of competitive Edge

保华律师事务所 董寅
Dong Yin, Baohua Law Firm



Competitive edge is an important intangible asset of enterprises. The invasion of competitive edge mostly intersects with human resource management. There are various types of torts, e.g. poaching employees from competitors with malice to poach competitive edge, flaunting product developed by former employees of competitors, commercial bribe to poach competitive edge. It is difficult to protect competitive edge due to three characteristics of competitive edge: incorporeality, non-rights and publicness. It is more effective to comprehensively use the competition law and labor law to protect the competitive edge. Firstly, management measures should be established to distinguish the competitive edge of the unit and the individual capabilities of the employees. Secondly, management measures should be established to limit malicious job-hopping.

人才是第一资源。核心人才的离职意味着市场竞争资源的流失，通常还伴随着无形资产的流出。如果说现有法律框架为专利、软件著作权、商业秘密等无形资产设定了保护边界，那么对商业经验、人力资源、未采取保密措施的经营信息等单位竞争优势的保护则没有法律体系可依循。

一、竞争优势的概念和类型

竞争优势是指能为用人单位在市场竞争中获得优势地位和交易机会的品牌、商誉、经验、运作模式、商业资源等无形资产。竞争优势是管理学术语，并非法律术语。综观中国商法、经济法、劳动法、知识产权法等各法律部门，竞争优势仅在竞争法中有涉及，相关法律关系可纳入竞争法律关系的调整范围之内，但在竞争优势的保护过程中，通常涉及其他单位与在职员工或离职员工共同实施侵害竞争优势的行为，因此，竞争优势的保护还应当在人力资源管理中加强风险防范。

常见的侵害竞争优势的行为有：

1、混淆他人的商品或服务，引人认为是他人的商品或者与他人存在特定联系。比如，A 公司出品的某产品为行业内明星产品，B 公司挖取了 A 公司该产品的整个研发团队，在 B 公司出品的产品上标称“某明星产品原班团队研发制作”。

2、商业贿赂，采用财物或其他手段贿赂单位或个人，以谋取竞争优势。常见的商业贿赂手段主要有回扣、促销费、劳务费、礼品、礼金等。

3、诋毁竞争对手商誉。比如，散布竞争对手产品质量问题的虚假信息，歪曲事实损害竞争对手商业形象等等。

4、不当篡夺竞争优势。比如，从竞争对手恶意挖人，从而不当获取了客户名单、商业机会、技术资料、经营信息，扰乱市场竞争秩序，损害竞争对手合法权益。

其中，第1、2、4类行为会与人力资源管理有所交叉，需要综合运用竞争法和劳动法进行风险防范和化解争议。

二、竞争优势保护的法律难度

竞争优势的保护，在劳动法领域通常是利用竞业限制的方式，但是分析诸多竞业限制保护竞争优势的案例，发现有两个不足：一是竞业限制无法从根本上解决竞争信息的泄露，员工不到竞争对手单位任职或自营竞争业务，同样可以秘密地将竞争信息提供给竞争对手；二是违反竞业限制义务的法律后果为违约金和损害赔偿，法院会根据收入水平、经济补偿金金额、竞业限制期限等等因素进行综合考量违约金是否过高而调低，但由于缺少具体标准，导致认定有高有低，但通常认定的金额不高，导致维权效果不理想。

竞争优势保护的难度较大，主要因为竞争优势的无形性、非权利化、公开性三个特性。

首先，竞争优势具有无形性，凝集了用人单位智力劳动所创造的成果，是用人单位的重要无形资产，但正因为其无形性而保护难度较大。商业荣誉、市场评价、商业资源、管理模式、技术信息等通常没有固定的载体，可复制性强，侵权后线索少，给保护带来较大的困难。

其次，竞争优势没有权利化。虽然竞争优势具有强烈的知识产权属性，但并未形成诸如商标权、专利权、著作权等法律形式。竞争优势虽然属于法律保护的合法利益，而且有其内容，但因为没有权利化，导致诉讼维权时难以明确阐述何种权利被侵害，也难以根据对应的权利保护体系进行准备。

最后，竞争优势还具有公开性。竞争优势与商业秘密的区别在于，单位对于商业荣誉、市场评价、商业资源、管理模式等等这些无形财富并未采取保密措施，多数时候甚至是作为市场广宣资源使用。如果说商业秘密中的经营信息是刻意地

秘而不宣，那么竞争优势则是经意地广而告之，因此，侵害竞争优势的一方究竟是通过公开途径开展的正常市场竞争，还是利用不当手段扰乱竞争秩序，留下了争议空间。

无形资产的法律保护比有形财产难，非权利化的权益保护比法律权利难，而公开性则给竞争优势的离职保护雪上加霜。劳动者离职一没带走任何有迹可循的物品，二没侵犯用人单位权利，三是通过公开的市场渠道实施竞争行为，竞争优势的损害难以追诉，有成功案例但屈指可数。

三、竞争优势保护的途径

《劳动合同法》关于竞业限制、保密义务的规定，给用人单位在人力资源管理中提供了制度模式，初步能够满足竞争优势保护的路径选择需求。如果竞争优势的属性和劳动关系的特性能够有机结合，综合运用反不正当竞争法和劳动法进行保护，则效果更佳。

《反不正当竞争法》关于不正当竞争行为的界定，对于认定侵害竞争优势行为的违法性提供了更多可能。《反不正当竞争法》规定：“本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。”根据此规定，经营者在生产经营活动中，行为损害了竞争对手竞争优势，扰乱市场竞争秩序，损害了其他经营者的合法权益，应当属于不正当竞争行为。

《反不正当竞争法》规定的法律责任方式较多，有民事损害赔偿、行政罚款、记入信用记录等等，能够给侵害人造成法律威慑，也能够有效弥补损失。关于民事损害赔偿，《反不正当竞争法》规定：“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。”这一规定大大减小了维权方关于损失大小的证明责任，同时鼓励维权方积极通过法律途径保护合法权益。

四、竞争优势保护的策略建议

（一）明确区分单位竞争优势与职工个人能力

劳动创造价值，用人单位的经营管理由劳动者的劳动实现。用人单位的业绩同时也是相关劳动者的个人成绩，用人单位的商业荣誉同时也是相关劳动者的个人职业荣誉，用人单位的业务经营同时也是相关劳动者的个人职业经历等等。因此职工个人能力与单位竞争优势是相辅相承的关系。当二者直接相关时，劳动者将单位的竞争优势表达为自己的个人能力，具有正当性，是公平的市场竞争行为。但是，劳动者发挥自身的个人能力不得损害用人单位的竞争优势，否则为不正当竞争行为，具体可以表现为：

其一，劳动者将与自身没有关系的单位竞争优势作为个人能力进行虚假或误导性宣传；

其二，劳动者将与自身具有一定关系的单位竞争优势作为个人能力进行夸大宣传，误导其他经营者；

其三，劳动者将原单位的竞争优势作为其他单位的竞争优势进行虚假宣传。

此三类行为，在自己没有付出劳动的情况下，直接篡夺了单位的智慧成果，为典型的“搭便车”式不正当竞争行为。

对此，用人单位在管理中应将竞争优势尽量有形化，在书面协议中与劳动者约定保护竞争优势的义务，以协议赋予竞争优势一定的权利属性，有助于根据反不正当竞争法追究法律责任。

1、核心人员入职时签署协议或条款，约定劳动者在单位工作期间，单位获得的项目，单位获得的荣誉，单位的业绩等，不得用于个人和新单位的商业宣传或业务介绍。

2、约定劳动者对在职期间接触的非专利技术、经营信息、技术信息等，负有保密义务，不得披露，也不得在离职后使用或者允许他人使用。

[典型案例]

张某是国内某技术领域的灵魂人物，曾系 A 公司职工，后退休返聘在 A 公司工作。2013 年 1 月，张某提出离职，并于同年 3 月与 B 公司签订离退休人员聘用协议。2014 年 4 月，A 公司与 B 公司投标某产品采购项目。B 公司中标。

A 公司诉至法院称：B 公司与张某在投标过程中存在不正当竞争行为，B 公司在投标过程中将张某作为项目专家予以介绍，其业绩介绍内容均为张某在 A 公司任职期间所参与的项目。B 公司完全是非法盗用 A 公司所拥有的业绩、技术诀窍、实验数据等关键信息参与并赢得了投标项目，给 A 公司造成了重大的预期经济损失。

B 公司与张某辩称：投标中只是将技术人员的工作经历提供给招标方，其没有虚假宣传，没有违反诚信，B 公司目前聘用张某属于正当的同业竞争行为。

[法院观点]

一审法院：

不构成不正当竞争。B 公司的技术标书“业绩情况”部分明确写明“公司核心技术骨干业绩”，同时，虽然在介绍张某业绩时列举了在 A 公司处所参与的工程项目，但在具体项目后均标注张某为技术总负责人等情况，这种情况很明显是在介绍技术骨干，而不是把上述业绩作为 B 公司的业绩进行宣传。此外，招标方同 A 公司有过合作，B 公司技术标书中的“业绩情况”不会造成招标方的误解。

(2015)宁知民初字第 32 号

二审法院：

构成不正当竞争。1、“业绩情况”宣传不构成虚假宣传。从标书内容看，“业绩情况”明确写明“公司核心技术骨干业绩”，并未表述为“公司业绩”。张某确实参与了相关项目，应作为其工作经历和个人业绩，已经成为其人身资历不可分离的组成部分。2、但是，B 公司标书“公司简介”部分的业务经验介绍，B 公司并没有参加过，而上述项目和产品主要是 A 公司参与设计制造。故 B 公司的上述宣传行为，显然是将 A 公司及其他同业竞争企业的业绩和技术能力宣传为自己公司的业绩和能力，从而误导了评审专家、承包商等认为 B 公司在某产品方面具有成功的应用经验、业绩和技术能力。

(2015)苏知民终字第 00241 号

（二）规制员工恶意跳槽

劳动力是重要的生产要素，也是商品，它和其他商品一样具有使用价值和价值。在资源配置优化、经济效率集约的现代市场经济社会，劳动力的商品属性进一步强化，人力资源管理成为现代企业管理的重要组成，各种围绕劳动力供给、管理与流动的服务行业也迅速发展成熟。核心人才，具有市场稀缺性，是单位的竞争优势。相比技术研发的周期长、成本高、结果不确定等特点，引进技术领域的人才是解决技术瓶颈的终南捷径。

《反不正当竞争法》第 2 条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”商品经济中，劳动力在市场中应当是充分自由流动的。但是，如果以排除竞争、限制竞争为目的，攫取其他单位的劳动力，则损害了其他单位的竞争优势，扰乱了市场竞争秩序。虽然恶意跳槽和恶意挖人披着市场等价有偿、平等自愿的外衣，甚至不惜承担违约成本以获得竞争优势，但损害了劳动力市场的竞争秩序和用人单位的合法权益，是不正当竞争行为。

对此，用人单位可采取以下管理措施以有效管理员工恶意跳槽：

1、在规章制度和竞业限制协议中规定集体跳槽、恶意挖人的条款，帮助在不正当竞争诉讼中获得更高的赔偿。

2、恶意跳槽通常是突然发起，在地方规定明文允许实行“脱密期”的地区，可与劳动者在劳动合同或保密协议中约定辞职的提前通知期以及期内的岗位调整、劳动报酬等事项。但“脱密期”与竞业限制，在有的地区只能择一使用，用人单位需要权衡利弊。

3、可建立非劳动关系的核心人员应当与其建立非劳动关系，在服务合同中约定提前解约的高额违约金和服务期间竞业限制的高额违约金，以制约不惜成本换来巨额收益的违约行为。

[典型案例]

A 公司与某直播平台是关联企业，负责向该平台输送主播资源。主播是该平台的内容提供商，开通直播间后在虚拟直播间内进行在线直播，并实时与粉丝互动。该平台的普通用户可以购买平台虚拟货币，对自己喜欢的主播进行礼物赠送或者打赏。签约主播是该平台的核心资源。该平台与主播朱某签订的独家合作协

议约定：合同履行期 5 年，签约主播在合作期限内只能在该平台进行直播，且协议解说视频、音频的各项权利、利益等自产生之日起属平台所有，不得在平台以外的任何第三方平台进行直播，且约定若主播违约须承担巨额违约金。

B 公司是另一直播平台的运营商，与 A 公司运营的直播平台类似。在朱某与 A 公司的合同履行期内，B 公司将朱某的直播节目放在其平台上直播，导致 A 公司平台粉丝大量流失。

A 公司诉至法院，请求判定 B 公司与朱某为不正当竞争行为。

B 公司辩称，直播平台是开放注册的，B 公司仅提供网络信息平台，不参与直播节目的制作分享，主播选择在哪个平台直播，是直播平台用户的自由。

朱某辩称，合同期内在 A 公司平台的直播内容，权利属 A 公司，但在其他平台的直播内容，A 公司不享有权利。

[法院观点]

一审法院：

构成不正当竞争。A 公司在国内直播行业中处于领先地位，签约主播是直播平台的核心资源，朱某在与 A 公司签约后，获得了各种推广支持，提高了商业价值。由于主播和观众之间的消费黏性较强，直播平台主要依靠主播吸引人气生存，朱某在与 A 公司的合同期尚未届满之前就改换直播平台，带走了原直播平台固定的受众群体，A 公司为朱某所付出的成本未能获得合理的商业回报，损害了 A 公司的合理商业利益。B 公司在明知上述合作协议内容的情况下，其行为违反了诚实信用原则，直接损害了 A 公司的市场竞争优势，亦损害了网络直播行业的正常竞争秩序。

(2016)鄂 0192 民初 1897 号

二审法院：

构成不正当竞争。1、A 公司的合法权益确因 B 公司与朱某的行为受到了损害。2、从网络直播行业的特点分析，B 公司与朱某违反了行业公认的商业道德。3、其他直播平台经营者非合同想对方，通常也不介意将违约代价作为竞争成本，反不正当竞争法有介入必要。

(2017)鄂 01 民终 4950 号

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

中外劳动合同制度的比较与评析

Comparison and analysis of the labor contract system between China and foreign countries



中外劳动合同制度的比较与评析

世界各国一般将合同分为定期合同、不定期合同、以完成一项工程(工作)为期限的合同。我国现行劳动合同立法没有采用后两类合同。我国实行的《国营企业实行劳动合同制暂行规定》使用了订立、变更、解除、终止四个规范性的概念,围绕着单一的“有期限的劳动合同(定期合同)”这一特点,形成了我国国营企业劳动合同法律规范的体系。

一、劳动合同的订立

合同订立过程主要涉及主体、内容、形式、程序四方面。

劳动合同的主体。各国一般对劳动者的年龄和文化程度加以规定。我国对企业招用工人的基本条件规定为:年满 16 周岁,身体健康,具有初中以上文化程度,现实表现好。要求更为全面。

劳动合同的内容。有些国家对必要条款具体规定,如《埃及劳动法》规定四方面内容,《巴林劳工法》规定七方面内容,《土耳其劳动法》规定八方面内容。也有些国家则将具体的合同内容留给集体合同规定,不对必要条款作限定。例如日本只规定:在签订劳动合同时,必须把工资、工作时间和其他劳动条件向工人当面说明。中国对合同的必要条款具体规定了七条。

劳动合同的形式。国外大体有两类规定,一种是允许采用口头合同。如,卢旺达劳工法、法国劳动法、新加坡劳动法等等。香港规定凡雇员从某一指定日期起计,曾为某一雇主工作 4 周或以上,并每周至少工作 3 日,每日不少于 6 小时(即习惯称为“四、三、六制”),该契约乃属“连续性雇佣契约”,受《雇佣条例》的保护。另一种是要求书面合同。如,土耳其劳工法、巴林劳工法等等。无论是前者还是后者,一般都有一些变通的规定,如《巴林劳工法》尽管规定“雇佣合同必须书面签订”,但同时又规定:“在没有书面合同的情况下,工人得以各种办法提供证据来确立自己的权利。”《法国劳动法典》规定:“有固定期限的雇佣合同采用书面形式,而非书面合同就意味着是签订了一个没有特别说明时间的合同。”我国不仅要求劳动合同必须采取书面形式,许多省市还通过推行标准格

董保华,论文转载自《中国劳动科学》1992 年第 5 期。

式的劳动合同，使劳动合同成为要式合同。我国在劳动合同的形式上也没有任何“例外”的规定。

订立劳动合同的程序。一般可以概括为两个主要程序。第一个程序是通过一定的招工程序，确定受约人，从而确定劳动合同的双方当事人；第二个程序是通过要约和承诺确定劳动合同的内容。从法律规定上看，大体有三类：（1）法律只规定前一个程序，而不规定后一个程序。也就是说，劳动合同的双方当事人一经确定，合同关系就确立，不强调后一个阶段的平等协商。如，蒙古等国原来都采用这样的规定。（2）法律只规定后一个程序，而对劳动合同的签约双方如何产生则不加规定，不少西方工业化国家是这样规定的。（3）法律对前后两个程序都作出较为具体的规定，日本、中国基本上属第三种。

从以上四方面的对比中可以看到，我国在劳动合同的订立上采取了从严的规定。也就是说，劳动合同的生效条件是比较严格的。由于我国目前没有规定无效合同确认的条件和程序，因此从法理上说，不符合生效条件的合同就应视为部分或全部的无效合同。无效合同从订立时起就没有法律效力，因此不受法律保护。履行后的无效劳动合同的处理远比无效经济合同的处理复杂。后者主要涉及的是财产关系，在无效的事实确认后，只要使财产关系恢复到合同成立之前的状态，并由过错的一方承担赔偿责任。而由劳动合同所确立的劳动关系兼有财产关系和人身关系的性质，劳动者已提供的劳动力是无法返还的。因此，很难使劳动关系恢复到合同订立之前的状态，这正是许多国家对合同生效条件采取从宽规定的原因。从完善立法的角度考虑，我国将来在修订法规时可有三方面的考虑：一是适当放宽劳动合同的生效条件。二是尽快完善劳动标准法，使劳动合同被认定无效后，可依据标准法来进行处理。三是完善集体合同制度，使劳动关系许多方面受到集体合同的调整，从而精简劳动合同的内容。这样，劳动合同被认定为无效后，可依据集体合同处理。

二、劳动合同的变更

我国对劳动合同的变更，主要是从两方面规定的，一方面是客观条件，企业根据国家产业政策调整生产任务和特殊情况的出现可作为变更合同的依据；另一方面是主观条件，劳动关系双方当事人必须协商一致。主、客观条件同时具备才能变更合同。“劳动合同变更”最主要的内容是改变工作的内容和地点。各地已

经出现了因企业临时调动工作而产生的劳动争议以及企业搬迁，职工不愿随迁而产生的争议。我国的合同规定缺少弹性，仲裁、司法部门很难按照实际情况作出恰当的处理。改变这一状况，可以借鉴外国的一些做法。

三、劳动合同的终止

我国只实行定期合同的制度，合同期满与合同终止有非常紧密的联系。我国规定：劳动合同期限届满，应即终止执行。显然，我国劳动合同的终止是一个特定的概念，不仅是以“期限届满”为条件，而且是“期限届满”的必然后果。由于生产、工作需要，在双方完全同意的条件下，可以在终止合同后再续订合同。

世界各国由于同时实行定期和不定期合同的制度，对于两者有不同的规定。有些国家对定期合同有法定的最长期限，如法国为一年，喀麦隆为二年。期满后自动终止。对不定期劳动合同，一般规定双方当事人只要事先通知，可以随时终止。如《土耳其劳工法》、《比利时雇佣合同法》等。

各国对定期合同期满当事人仍继续执行该合同的，大都规定为该合同自动延长为不定期合同。如，《法国劳动法典》、《比利时雇佣合同法》，在合同的“延长”和“续订”上并没有明显的差别，也不会存在事实上的劳动关系。

我国劳动合同的“延长”、“续订”、“事实上的劳动关系”则截然不同。“续订”指原有的合同到期后，双方协商一致，继续签订劳动合同；“延长”是在原合同到期前，由双方当事人依法协商，延长合同的法律约束力；而合同到期后未续订或合同到期前未延长却仍在履行该合同，则很容易出现事实上的劳动关系，当事人之间的一部分权利、义务处于不确定状态。

根据以上对比，我国亦应推行不定期劳动合同制度，并允许合同期满后转为不定期合同，同时对不定期合同的解除条件，根据我国的实际情况加以规定。目前，全国各地正在试行不定期合同，已积累了大量的经验。

四、劳动合同的解除

在我国法律规定中，劳动合同的解除是指劳动合同生效后，当事人依法提前终止合同的法律效力的行为。这一概念强调“提前终止”，显然只适用于定期合同。其他国家往往使用不同的概念，如劳动合同的停止、劳动合同的废止、解雇、解职、辞退、辞职等等。由于它们往往还要针对不定期合同作出规定。因此，以上概念主要是强调“解除劳动关系”。

解除劳动关系可以分为双方的行为和单方的行为;按法定条件解除和按约定条件解除;因对方当事人的过错解除和无过错的解除等等。

双方行为和单方行为。双方行为也就是双方当事人经协商一致解除劳动合同。《匈牙利劳动法》规定:“在协商一致的情况下,企业和职工随时可以取消劳动关系。”单方行为是指法律规定可由一方当事人来行使解除劳动合同的权利。我国的法规只对后者作了规定。

约定条件和法定条件。约定条约是指当事人双方可以在合同中对解除劳动关系的条件自行约定。当约定条约出现时,一方当事人可依约解除合同。《马达加斯加劳工法》规定:“如合同本身有此规定”,“双方中的任何一方可以在合同期满前终止有期雇佣合同。”法定条件是指当事人只能依据法律规定条件解除劳动合同。《埃及劳动法》规定:“只有当工人犯了严重过失才能将其解雇,”并规定了九种情况为“严重过失”。我国的三资企业属前者,是允许在劳动合同中约定劳动关系的解除条件。国营企业则属后者,不允许在合同中对解除条件自行约定。也有些国家只对资方进行限制,如《卢旺达劳工法》规定:劳资双方废止合同要用书面通知对方,如系雇主解雇劳动者,还要法律规定的理由,并要在通知书上写明解雇原因。

根据对方当事人的有无过错而采取不同的形式解除劳动关系,也为各国广泛采用。对有过错和无过错的辞退,各国一般都严加区别:(1)辞退条件的区别。从稳定劳动关系的角度考虑,各国一般对无过错辞退(裁员)加以限制。例如香港的《雇佣条例》对裁员的条件规定为:企业停业、搬迁、紧缩。职工无过错一般只能依据法定条件辞退;职工有过错,则主要依据劳动合同的约定条件来确认。

(2)辞退程序的区别。对于裁员,企业有提前通知的义务,以使职工有时间寻找新的工作。有的国家规定提前1个月通知,也有的规定1周或15天。由于职工过错违反劳动纪律或违反劳动合同,则不需要预先通知就可解除劳动关系。(3)辞退待遇的区别。世界各国一般规定,裁员必须支付遣散费,职工因违约或违纪而被解除劳动关系则不必支付遣散费。有些国家规定给予少量的补贴;但数量应与带有遣散费性质的补偿有明显的区别。与以上规定相适应,劳动者在行使辞职权时,应与用人单位的辞退权相配套,辞退是用人单位单方面行使的权利,不须征得对方的同意;辞职是劳动者单方面行使的权利,只要符合法律和合同的规定,

也不必征得对方的同意。辞退需要事先预告，辞职也要以相等的日数预告。用人单位如无过错，一般可不支付补偿金。

我国在劳动关系的解除上存在着以下一些问题：

（1）使用的概念过多，有些概念涵义不清。近年来，在各种法律文件中使用的概念，除了“劳动合同解除”外，还有劳动合同的自行解除、开除、除名、辞退、解雇、辞职、离职、自行离职等等。数量众多的概念，加之不同的解释，不仅使许多企事业干部搞不清楚，甚至于一些地方性的立法中也不能正确地使用概念。

（2）各个概念相互间的关系不配套。例如，国营企业中开除、除名、辞退都是针对违纪职工，开除属于行政处分，除名和辞退则不是。从性质上说，除名、辞退似乎比“警告”、“记过”还要轻一些，很多企业干部和工人都感到难以理解。又如，辞退和辞职在各国劳动立法中都是一对配套的措施，也有些国家从保护劳动者出发，对雇主方面作从严限制。而我国辞退制度和辞职制度则不配套。在合营企业，企业可以对职工进行裁员性的辞退或解雇性的辞退，无须征得工人的同意，是单方面的法律行为。职工辞职则要经过企业的同意，实际上是协商一致而解除劳动关系的一种双方的法律行为，且我国在工龄计算、待业期间的待遇上，辞职远不如辞退。

（3）尽管我国在解除劳动关系上使用众多概念，但仍然难以解决实际中存在的问题。目前，国营企业存在众多的冗员，没有一种恰当的方式加以释放。我认为在适当的条件下，引入裁员性辞退是必要的。在劳动制度改革实践中，许多地方实行“双辞”，实际上是引进了“裁员性辞退”。由于采用的是不规范的方式，“富余人员”本身没有客观标准，只能由企业行政来确认。如果把“富余人员”作为解除劳动关系的依据或依据之一，实际上是把解除劳动关系的权利单方面的交给了企业。这样，企业和职工的权利、义务失衡。

综合以上一些分析比较，可以看到我国现行的劳动合同制度存在的问题，主要是各项规定不够完整规范，劳动合同的当事人缺乏必要的自主权。笔者认为，实行劳动合同制可以“形式更多样”、“协商更充分”、“法规更配套”为目标来完善我国现行的规定。

“形式更多样”。在当前应着重探讨如何建立不定期劳动合同制度。我国目前订立、变更、终止、解除四个概念，基本上是围绕“有期限劳动合同”来考虑的。劳动合同的订立最主要的目的是确定合同期限；劳动合同的变更是调整合同期限或在保持合同期限的情况下局部调整；劳动合同解除是提前解除合同期；劳动合同的终止是合同期满的必然后果。国外的劳动立法往往不是仅针对有期限的劳动合同这一种形式来制定的。在实践中，我国只采用单一的形式已暴露出许多问题，故应吸收其他国家的一些立法经验，使合同形式更加多样。

“协商更充分”。应按照“双向选择、平等协商”的原则，赋予双方当事人更充分的自主权，从而强化劳动合同的效力。根据上述的比较，可以概括为：（1）放宽劳动合同成立的条件；（2）使劳动合同的变更更富有弹性；（3）使劳动合同的解除更为灵活和规范。

“法规更配套”。要使劳动合同制度能正常运行，必须有配套的制度，具体包括三方面的内容：（1）建立集体合同制度。劳动合同的主要作用在于通过订立劳动合同建立劳动关系，并通过劳动合同的依法履行、终止和依法变更、解除，使劳动关系存续和消灭。在集体劳动过程中劳动权利和劳动义务的规定往往涉及劳动者整体性的规定，这部分内容只能由集体合同来规定。（2）制定一系列劳动标准法。要使劳动合同体现劳动关系当事人的意志，我国应将对劳动关系各方面内容的全面规定改变为一种基本标准的规定。例如工资法主要规定最低工资，工作时间法主要规定最高工时标准，这样，既可使劳动者得到最基本的保护，也为劳动关系当事人的协商、企业行使自主权留下充分余地。（3）加强执法。我国有必要改进劳动争议的处理制度，强化仲裁的效力；与标准化管理相适应，应扩大劳动监察的范围。

“他山之石可以攻玉”，吸取世界各国劳动立法经验，可以使我国的劳动合同制度得以完善，也可使我国劳动制度的改革得到规范和促进。



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