

保华月刊

Baohua Monthly

2023年12月刊
Dec. 2023
第七十六期
NO. 76

- 对“信赖基础丧失”常见情形的分析
- 嬗变一：学者观点被冠以“劳”“资”标签



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅



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
- 36 **《公司法》修订解读及法律全文**
Interpretation of the revision of the Company Law and the full text of the law
- 87 **《最高人民法院审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》意见反馈**
Opinions on the Interpretation of the Supreme People's Court on Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Labor Dispute Cases (II) (Exposure Draft)
- 117 **上海市人力资源和社会保障局关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见**
Opinions of the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau on Several Issues Concerning the Standardization of Labor Dispatch and Employment in the City
- 热点追踪**
Hot Issues
- 124 **对“信赖基础丧失”常见情形的分析**
Analysis on the Common Situations of “Loss of Trust Basis”
- 老董杂谈**
Professor Dong By-Talk
- 133 **嬗变一：学者观点被冠以“劳”“资”标签**
Transmutation I: labelling the views of scholars as "labor" or "capital"

劳动法新闻资讯



一、中办国办：鼓励各单位结合带薪年休假 安排职工在除夕休息

来源：中国政府网

摘要：12月25日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于做好2024年元旦春节期间有关工作的通知》。《通知》明确了九项任务，包括保障节日市场供应，满足群众消费需求；保障节日市场供应，满足群众消费需求；保障节日市场供应，满足群众消费需求等。并提出，鼓励各单位结合带薪年休假等制度落实，安排职工在除夕休息。引导公众合理安排出行计划，错峰避峰出行。

Abstract: On December 25th, the General Office of the CPC Central Committee and the General Office of the State Council issued the *Notice on Doing a Good Job during the Spring Festival in 2024*. The *Notice* specifies nine tasks, including ensuring the supply of markets during the holiday to meet the consumption needs of the masses. And it is proposed to encourage all units to implement systems such as paid annual leave and arrange for employees to rest on New Year's Eve, and guide the public to arrange their travel plans reasonably and avoid peak travel.

中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于做好2024年元旦春节期间有关工作的通知》

新华社北京12月25日电 近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于做好2024年元旦春节期间有关工作的通知》。全文如下：

2024年是中华人民共和国成立75周年。各地区各部门要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的二十大和二十届二中全会精神，统筹做好元旦春节期间各项工作，确保人民群众度过欢乐祥和的节日。经党中央、国务院同意，现将有关事项通知如下。

一、关心关爱困难群众，做好救助帮扶工作。各级领导干部要切实开展学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想主题教育的成效转化为保障改善民生的生动实践，深入艰苦地区、基层一线特别是近期雨雪、地震等受灾地区，努力解决好城乡困难群众生产生活问题，将党和政府的关心温暖送到困难群众心坎上。全面落实各项社会救助政策，及时、足额发放各类救助金，有条件的地方可提前发放“两节”期间救助金。加大临时救助力度，及时解决城乡群众遭遇的突发性、紧迫性基本生活困难。加强对生活无着流浪乞讨人员、残疾人、特殊困难老年人、各类困境儿童等群体的关爱帮扶，做好受灾地区救灾救助和北方地区取暖救助，守好基本民生底线。扎实开展根治欠薪冬季专项行动，依法处置拖欠农民工工资违法行为，保障好农民工合法权益。关心关爱工作在条件艰苦地区和急难险重任务一线同志，做

好因公去世基层干部家属的照顾救助和帮扶工作，深入走访慰问生活困难党员、老党员、老干部和军队离退休干部、红军老战士、老复员军人、伤残军人、烈军属等。

二、保障节日市场供应，满足群众消费需求。全力做好煤电油气保供稳价工作，特别是在极端灾害天气期间加强设施巡查，及时应对突发情况，确保供电、供暖、供气稳定，保障群众温暖过冬。落实粮食安全党政同责和“菜篮子”市长负责制，加强粮油肉蛋奶果蔬菌等重要民生商品的产销保供，发挥好物流保通保畅工作机制作用，做好运输保障、畅通物流配送，确保数量充足、品种丰富、质量放心、价格稳定。加强农村地区、城乡结合部等重点区域食品 and 产品质量安全监管，严厉打击假冒伪劣等违法行为。丰富旅游市场供给，激发假期消费活力，优化旅游消费环境，加大对餐饮住宿、景区门票、停车场收费等民生重点领域价格监管力度，及时查处哄抬价格、串通涨价、价格欺诈等违法行为。规范促销活动，督促网络交易平台落实主体责任，加强网络交易和服务监管，畅通投诉举报渠道，维护消费者合法权益。

三、丰富群众精神文化生活，积极营造节日氛围。以强信心为重点加强宣传引导，巩固壮大奋进新时代的主流思想舆论，弘扬主旋律，激发全社会团结奋进的强大力量。组织好文化科技卫生“三下乡”活动和“我们的中国梦——文化进万家”活动，把农技知识、文化服务、科普宣传、健康检查、法律咨询等送到基层，组织广大文艺工作者深入农村、社区等开展形式多样、内涵丰富的文化文艺活动。安排优秀电影、电视剧、电视类节目播映，持续推进“村晚”示范展示活动，提高群众性文艺节目质量，促进非物质文化遗产项目与传统节日深度融合，营造欢乐吉祥、温暖和顺的节日氛围。大力培育和践行社会主义核心价值观，加强创作引导，坚决抵制低俗庸俗媚俗现象，净化节日文化市场。

四、做好春运工作，精细化服务保障群众出行。加强重点时段、热点路线运力储备和供给，最大限度满足群众出行需求。优化多种运输方式衔接，方便旅客联程运输和中转换乘。加强高速公路服务区运营管理，提高充电、用餐、如厕等服务能力和质量。严格落实军人、消防救援人员、英烈遗属、老幼病残孕等重点群体乘车服务政策，加强农民工、学生、农村地区群众等重点群体出行服务保障。鼓励各单位结合带薪年假等制度落实，安排职工在除夕休息。引导公众合理安排出行计划，错峰避峰出行。严格落实春节假期小型客车免费行政策，加强拥堵路段疏导管控，有效缓解高速公路大流量路段交通压力。优化完善应急预案，妥善应对运输受阻、旅客滞留、险情事故等突发情况。强化铁路、道路、水上交通和民航安全管理，加强监管执法，严厉打击超限超载超速、非法营运、农用车和货车违法载人等行为，严防重特大交通事故，保障群众出行安全。

五、做好传染病防控工作，保护群众身体健康。统筹做好新冠、流感等呼吸道传染病防控，坚持科学防治、精准施策，落实“四方责任”，加强养老、托幼、学校、社会福利等机构以及空间密闭场所防控，严防发生聚集性疫情。加大医疗资源特别是儿科、呼吸科等医疗资源统筹力度，充实医疗机构门急诊、儿科、呼吸、重症等重点科室医疗力量，加强医疗机构常用药品、检测试剂、医疗设备、收治床位等准备。做好疫情监测预警和风险评估，加强疫情报告，及时发布信息，消除公众疑虑。科学宣传急性呼吸道传染病防治知识，引导接种疫苗，倡导戴口罩、勤洗手、常通风、保持社交距离等个人防护措施。

六、全面排查风险隐患，切实抓好安全生产。牢固树立安全发展理念，坚持人民至上、生命至上，始终保持“时时放心不下”的责任感，切实加强安全生产工作，严查密防各类风险隐患，严格落实各项安全管控措施。加强对矿山、危险化学品、民用爆炸品、烟花爆竹、建筑施工、水电气热、交通运输、文化旅游、特种设备等重点行业领域的安全管理和监督，严格落实人员密集场所、易燃易爆场所、劳动密集型企业等重点区域安全防范措施，严防各类生产安全事故。持续深化全国城镇燃气安全专项整治，抓好高层建筑、大型综合体、商场市场、餐饮娱乐、酒店民宿、医院、养老机构等人员密集场所以及“厂中厂”、仓储物流、加油（加气）站等重点单位火灾隐患排查治理。加强对低温雨雪冰冻等极端灾害天气和森林火险等的监测预警，完善细化应急预案，做好应急处置准备。

七、主动处置矛盾问题，维护社会大局稳定。坚持和发展新时代“枫桥经验”，着力做好信访工作，围绕重点领域深入开展矛盾纠纷排查化解。严厉打击“盗抢骗”、“黄赌毒”以及电信网络诈骗、涉黑涉恶、食品药品环境领域等突出违法犯罪，严防发生重大恶性刑事案件和个人极端暴力事件。强化社会面巡防巡控，加强城乡结合部等社会治安重点地区排查整治，强化人员密集场所安全防范，增强人民群众安全感。强化重点地区、重点部位治安管控，全面落实人防物防技防措施，坚决防范和打击暴力恐怖活动。严格落实大型群众性节庆活动安全防范措施，防止发生重特大公共安全事件。

八、倡导勤俭文明过节，防止“四风”问题反弹。坚持和发扬中华民族优良传统作风，开展“我们的节日”等文明实践活动，扎实推进移风易俗，严格家教家风，反对讲排场比阔气、攀比炫富、奢侈浪费等不良习气，倡导良好社会风尚。严明纪律要求，反对特权思想和特权行为，锲而不舍落实中央八项规定精神，严肃查处节日期间易发多发的违规吃喝、违规收送礼品礼金、违规发放津贴补贴、违规操办婚丧喜庆、公车私用等问题，严防严治隐形变异现象，及时通报曝光典型案例。大力纠治高档烟酒茶、“豪华年夜饭”、节礼过度包装等现象背后的享乐奢靡问题，及时防治年底突击花钱现象，抓早抓小、防微杜渐。紧盯加重基

层负担的形式主义、官僚主义问题，坚决纠治以总结和推进工作为名随意向基层派任务，多头重复要求报材料、填表格，督查检查考核过多过频、过度留痕，搞“指尖上的形式主义”等行为。

九、加强值班值守，保证各项工作有序运转。严格执行 24 小时专人值班和领导干部在岗带班、外出报备制度。配齐配强值班力量，落细落实各项应急准备措施。严格落实请示报告制度，重要情况第一时间请示报告并及时有效应对，坚决杜绝迟报漏报谎报瞒报。应急救援队伍要时刻保持应急状态，优化力量和装备编成，确保遇有突发事件第一时间响应。直接服务群众的单位，要合理安排节日期间值班执勤，保证服务质量。

各地区各部门要高度重视，加强组织领导，认真部署落实节日期间有关工作，确保本通知精神落到实处。

二、国家医保局回应所有妇女生育医疗费用均有相应政策予以保障

来源：北京日报

摘要：针对第十四届全国人大代表“允许灵活就业人员参加生育保险”的建议，国家医保局日前答复，目前，所有妇女生育医疗费用均有相应的政策保障。部分地区已将灵活就业人员纳入生育保险保障范围。国家医保局表示，我国所有妇女生育医疗费用目前均有相应的政策保障。参加生育保险的妇女，按规定享受生育医疗费用待遇。灵活就业和未就业妇女，可按规定参加职工医保或城乡居民基本医保，其符合规定的住院分娩等医疗费用可享受基本医保相应待遇。

Abstract: In response to the proposal made by deputies to the 14th National People's Congress to “allow flexible employment personnel to participate in maternity insurance”, the National Healthcare Security Administration recently replied that currently, all women's maternity medical expenses are covered by corresponding policies. In some areas, flexible employees have been included in the scope of maternity insurance. According to the National Healthcare Security Administration, all women's maternity medical expenses are covered by corresponding policies. Women who participate in maternity insurance are entitled to maternity medical expenses in accordance with regulations. Flexibly employed and unemployed women may participate in employee medical insurance or basic medical insurance for urban and rural residents according to regulations, and they are entitled to the corresponding treatment of basic medical insurance for

medical expenses such as hospitalization and childbirth.

灵活就业人员未来是否允许参加生育保险？国家医保局回应

针对第十四届全国人大代表“允许灵活就业人员参加生育保险”的建议，国家医保局日前答复，目前，所有妇女生育医疗费用均有相应的政策保障。部分地区已将灵活就业人员纳入生育保险保障范围。

国家医保局表示，我国所有妇女生育医疗费用目前均有相应的政策保障。参加生育保险的妇女，按规定享受生育医疗费用待遇。灵活就业和未就业妇女，可按规定参加职工医保或城乡居民基本医保，其符合规定的住院分娩等医疗费用可享受基本医保相应待遇。

目前生育保险覆盖用人单位及其在职职工，灵活就业人员没有固定的用人单位，不在生育保险法定覆盖范围内。但灵活就业人员生育后，产后恢复的过程中，劳动就业收入可能受到影响，将其纳入生育保险范围有助于缓解其后顾之忧。已有部分地区开展了相关探索，规定灵活就业人员在参加职工基本医保的同时，同步参加生育保险。

此外，针对“放开灵活就业人员参保户籍限制”的建议，国家医保局表示，为适应城镇化快速发展和人口大规模流动，推进城镇基本公共服务和便利常住人口全覆盖，国家已先后出台相关文件，明确居住证持有人在居住地依法享受参加社会保险的权利，居住证持有人参加居住地居民医保时，各级财政给予同等补助。国家医保局也已连续4年要求放开居民医保参保户籍限制。

2021年，人社部、国家医保局等8部门印发文件，要求各地放开灵活就业人员在就业地参加基本养老保险、基本医疗保险的户籍限制，如个别超大型城市难以一步实现，要结合本地实际，积极创造条件逐步放开。国家医保局表示，总的来看，各地能够按照国家要求有序推动常住人口参保，我国多数地区已落实居住证参保政策。

三、最高检发布依法惩治拒不支付劳动报酬犯罪典型案例

来源：最高检

摘要：12月22日，最高检网站公布5件检察机关依法惩治拒不支付劳动报酬犯罪典型案例。本批典型案例对《刑法》第二百七十六条之一“造成严重后果”情形的认定、建筑工程领域欠薪案件违法分包、转包、未设立农民工工资专用账户、工程材料款与工资混同、用工未实名登记、犯罪主体认定等问题上具有相应指导意义。在案例一中，柴某某隐瞒发包方已足额拨付工资钱款的事实，谎称工人工资应由发包企业向工人发放，欠薪数额高达1015万余元、拖欠劳动者报酬人数多达587人，导致不知情的300余名农民工先后5次到市县两级政府进

行群体性上访，严重扰乱当地社会秩序；法院对柴某某依法从严惩处，适用升格法定刑，根据检察机关建议，判处柴某某有期徒刑五年并处罚金。

Abstract: On December 22nd, the official website of the Supreme People's Procuratorate released 5 typical cases of procuratorial organs punishing crimes of refusing to pay labor remuneration in accordance with the law. This batch of typical cases has corresponding guiding significance for the determination of situations causing "serious consequences" in Article 276-1 of the *Criminal Law*, illegal subcontracting of wage arrears in the construction industry, failure to establish a special account for migrant worker wages, confusion between engineering material payments and wages, employment without real name registration, and identification of criminal subjects. In Case One, Chai concealed the fact that the employer had fully paid the wages and falsely claimed that the wages of the workers should be paid by the employer. The amount of unpaid wages was over 10.15 million yuan, and the number of unpaid workers was as high as 587. This led to more than 300 migrant workers who were unaware of the situation making group petitions to the city and county governments five times, seriously disrupting local social order. The court punished Chai severely in accordance with the law and applied the upgraded statutory punishment. According to the suggestion of the procuratorial organs, Chai was sentenced to five years in prison and fined.

最高检发布依法惩治拒不支付劳动报酬犯罪典型案例

依法惩治恶意欠薪犯罪，持续维护劳动者合法权益

案例一

柴某某拒不支付劳动报酬案

——恶意欠薪且造成严重后果的，应当依法从严惩处

【要旨】

对恶意欠薪数额特别巨大、欠薪对象人数众多，逃匿失联、隐瞒涉案资金去向，且具有误导被害人群体上访，造成恶劣社会影响的，属于拒不支付劳动报酬犯罪中的“造成严重后果”，应依法适用升格法定刑，依法从重打击、从严惩处。

【基本案情】

2021年3月，被告人柴某某与辽宁省凌海市某工程建筑公司（以下简称凌海工程建筑公司）签订房地产工程承包合同。在施工建设过程中，凌海工程建筑公司已按照工程进度向柴某某如期足额拨付工资款，柴某某采用制作虚假农民工工资表方式逃避监管，持续将应支付农民工工资的款项用于支付其承包的其他工程款和个人开销。截至2021年11月，柴某某共拖欠

587名农民工工资共计1015万余元。同时，柴某某隐瞒凌海工程建筑公司已足额拨付农民工工资款的事实，谎称农民工工资应由凌海工程建筑公司发放，引起300余名农民工先后五次到市、县两级政府群体性上访，造成恶劣社会影响。2022年2月14日，凌海市人力资源和社会保障局向柴某某发出《劳动保障监察限期整改指令书》，责令其足额支付拖欠工资。柴某某采用关闭手机、更换住处、异地躲藏等方式逃避支付，在指令整改期限内仍不支付。2022年3月13日，柴某某被凌海市公安局在辽宁省朝阳市抓获归案。后凌海工程建筑公司垫付了部分柴某某拖欠的工资。

【诉讼过程】

2022年2月28日，辽宁省凌海市公安局对柴某某立案侦查，同年3月13日，柴某某被凌海市公安局抓获归案，4月11日凌海市人民检察院对其批准逮捕。2022年4月19日，凌海市公安局将该案移送审查起诉，4月22日，检察机关对柴某某提起公诉。同年11月16日，凌海市人民法院以被告人柴某某犯拒不支付劳动报酬罪，判处其有期徒刑五年，并处罚金人民币2万元。被告人柴某某不服判决提出上诉。2023年5月17日，锦州市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

【检察履职情况】

- 1.自行补充侦查，夯实证据基础。在审查起诉阶段，辽宁省凌海市检察院向柴某某释明法律和刑事政策，对其教育劝导，力求为农民工追回欠薪，但柴某某仍不认罪悔罪，隐瞒涉案资金去向，坚持拒绝支付。对此，检察机关及时开展自行补充侦查工作，到凌海工程建筑公司调取工程合同、工程款给付记录、农民工工资发放清单等证据，听取凌海工程建筑公司负责人对案件处理的意见。至此，证据基础得以进一步夯实，案件事实得以查清。
- 2.依法从快提起公诉。根据柴某某欺骗劳动者、转移财产、逃匿失联、拒绝支付欠薪等现实表现，检察机关在受案后三日内对柴某某依法提起了公诉，突出了从快惩处的导向。
- 3.准确适用量刑档次。柴某某欠薪数额高达1015万余元，被欠薪人数多达587人。还具有为逃避支付，谎称发包方没有按时足额拨付工资款，误导300多名农民工多次到当地政府上访闹事，严重扰乱当地社会秩序，造成恶劣社会影响等情节。检察机关认定，柴某某欠薪对象人数众多、欠薪数额特别巨大，不仅逃匿失联、隐瞒涉案资金去向、拒绝支付欠薪，而且故意误导被害农民工群体集体上访，严重扰乱当地社会秩序，应当属于《中华人民共和国刑法》第二百七十六条之一规定的“造成严重后果”的情形，适用升格的法定刑。
- 4.制发检察建议，促进行业治理。针对案件中暴露出行政部门对工程承包人资质审核不严格、监管不到位等问题，凌海市检察机关向当地人力资源和社会保障局制发检察建议，督促其提

高建筑工程领域劳动保障监管能力和水平，杜绝拖欠农民工工资现象。对凌海工程建筑公司违规向自然人发包问题进行提示规范整改，对被欠薪农民工群体跟踪回访并宣讲签订劳动合同注意事项、劳动报酬被拖欠以及工伤损害赔偿等权利救济途径的相关法律知识，增强其维权意识。

【典型意义】

- 1.准确适用升格法定刑，严惩恶意欠薪行为。拒不支付劳动报酬犯罪虽属轻罪，但也存在应当从严从重惩处的情形。对构成拒不支付劳动报酬罪，恶意欠薪数额特别巨大、欠薪对象人数众多，逃匿失联、隐瞒涉案资金去向，且还具有致被害人群体上访，造成恶劣社会影响的，属于“造成严重后果”，要依法适用升格的法定刑，依法从重打击、从严惩处，有效发挥刑罚的惩治和震慑作用，准确贯彻宽严相济刑事政策，区别情形，做到当严则严。
- 2.不具备用工主体资格的单位或个人违法招用劳动者且拒不支付劳动报酬，符合法定条件的，应当对其以拒不支付劳动报酬犯罪追究刑事责任。企业将工程分包给不具备承包工程资质的单位或个人，该单位或个人违法招用劳动者且拒不支付劳动报酬，在有证据证明分包企业已经向不具备承包工程资质的用工主体支付了劳动者全部劳动报酬的情况下，用工主体仍未向劳动者支付的，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，应当向不具备承包工程资质的单位或个人追究刑事责任。

案例二

杜某某拒不支付劳动报酬案

——对于应当立案不立案的，检察机关应及时依法监督立案

【要旨】

对涉拒不支付劳动报酬犯罪的线索，检察机关应积极开展调查核实，确保准确监督立案。经调查核实，认为公安机关不立案理由不成立的，检察机关应当及时通知公安机关立案。检察机关立案监督的案件，可以将调查收集的证据材料移送公安机关依法处理。

【基本案情】

2017年4月，被告人杜某某承包吉林省安图县某公寓土建工程，此后其与舒某签订劳务合同，由舒某组织40余名工人负责工程外墙抹灰业务，劳务费合计135.1万元。杜某某在收取发包方全额工程款后，仅向舒某等人支付30万元劳务费，其余工程款被杜某某用于个人花销。2018年至2021年3月间，杜某某在拖欠劳动报酬的情况下承建了另外三项建设工程，工程均有盈利。2022年1月，吉林省长白山市人力资源和社会保障局先后三次电话联系杜某某，其均拒不到场配合解决问题。同年7月27日，长白山市人力资源和社会保障局向杜

某某下达《劳动保障监察责令改正决定书》，杜某某仍拒绝支付。直至案发，杜某某仍拖欠舒某等人工工资 105.1 万元。

【诉讼过程】

本案由吉林省白河森林公安分局立案，侦查终结后移送审查起诉。提起公诉前，杜某某自愿认罪认罚，以现金、车辆及房屋抵账等方式返还欠薪 70 余万元。2023 年 7 月 14 日，吉林省白河林区检察院以被告人杜某某涉嫌拒不支付劳动报酬罪提起公诉。同年 8 月 2 日，白河林区法院作出一审判决，以拒不支付劳动报酬罪判处杜某某有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币 7 万元，被告人认罪服判。

【检察机关履职情况】

1.开展调查核实，依法监督立案。本案被害人报案后公安机关未予立案。被害人舒某等 40 余人遂向吉林省白河林区检察院提出立案监督申请。白河林区检察院向公安机关发出《要求说明不立案理由通知书》，公安机关回复认为被欠薪农民工与杜某某的劳动报酬纠纷尚在民事诉讼过程中，且证明杜某某收到人社局下达的《劳动保障监察责令改正决定书》的证据不充分，不符合立案条件。白河林区检察院围绕公安机关回复意见开展调查核实。通过核实查明，杜某某在拖欠薪资的情况下承建了三项建设工程，始终存在经营行为并有盈利，且有证据证明人社局已向其送达了《劳动保障监察责令改正决定书》。据此，白河林区检察院认定公安机关不立案理由不能成立，依法向其发出《通知立案书》。经检察机关监督立案，2022 年 12 月 16 日，吉林省白河森林公安分局对该案立案侦查。

2.引导侦查取证，固定完善证据。白河林区检察院发挥侦查监督与协作配合机制作用，提前介入侦查，引导公安机关围绕杜某某“拒不执行行政机关支付指令”问题，调取了行政机关相关书面材料和对行政人员证言；围绕杜某某“以逃匿方法逃避支付劳动者报酬”问题，收集了其三次拒不配合解决劳动者报酬问题的证据；围绕杜某某“拖欠工资数额”问题，依法调取相关的民事案件材料，进一步查实杜某某恶意拖欠舒某等 40 余名农民工劳动报酬的确切金额及明细。经过进一步侦查取证，相关证据得到完善固定，确保杜某某拒不支付劳动报酬犯罪事实清楚，证据确实、充分。

3.督促多渠道返还欠薪。该案薪资拖欠时间长，涉案农民工人数众多，且多为外省人员。白河林区检察院主动听取被欠薪农民工代表意见，释法说理，引导理性维权。同时，向杜某某充分说明其行为的违法犯罪性质，督促其积极筹措资金返还欠薪。案件提起公诉前，杜某某自愿认罪认罚，并以现金、车辆及房屋抵账等方式返还欠薪 70 余万元，及时支付了拖欠农民工的工资，有效化解了社会矛盾。

4.开展司法救助，缓解贫困农民工临时困难。白河林区检察院了解到，被欠薪的农民工舒某的收入是家庭主要经济来源，其母亲患帕金森症，儿子有脑瘫智障，女儿有先天性心脏病，妻子患高血压和糖尿病，家庭生活极度艰难。白河林区检察院及时启动国家司法救助程序，及时向其发放司法救助金1万元。

5.移送行政监督线索，制发检察建议。针对农民工工资保障问题存在的管理漏洞，刑事检察部门向行政检察部门移送监督线索，由该部门启动行政检察监督，开展建筑领域农民工工资保证金专项执法监督。并向住建部门制发社会治理类检察建议，督促完善施工企业缴纳农民工工资保证金配套机制，加大对农民工用工需求量大的建筑施工类企业常态化监督检查，实现农民工欠薪讨薪的系统治理、源头治理。

【典型意义】

1.对于应当立案不立案的，检察机关应及时依法监督立案。立案监督是检察机关的法定职权。检察机关受理拒不支付劳动报酬案件的立案监督申请后，在全面审查证据的基础上，要对公安机关不予立案的理由进行有针对性的调查核实。调查核实，可以询问被欠薪劳动者和其他知情者，调取劳动合同、工资单、银行账户明细、交易记录等，核实限期整改指令或行政处理决定等责令支付相关材料的送达情况。经调查核实认为公安机关不立案理由不成立的，检察机关应当及时通知公安机关立案。检察机关立案监督的案件，可以将调查收集的证据材料移送公安机关。

2.多渠道追缴资金返还欠薪。此类案件中，行为人往往将应支付的农民工工资挪作他用，案发后短时间内也难以筹措到资金。因此，检察机关在办案时要关注到行为人除被挪作他用的工资外的其他相关财产，如车辆、投资型房产等不动产，以及股票、基金等变现或者直接折价用于支付农民工工资，行为人的亲朋自愿为其垫付、筹措资金的应予支持。必要时，检察机关还可以建议行政机关通过工资保证金、应急周转金等依法清偿欠薪或者垫付工资，帮助解决农民工临时生活困难。

案例三

某安建劳务公司、曾某某等5人拒不支付劳动报酬案

——依法追加遗漏被害人、追诉遗漏犯罪主体

【要旨】

检察机关要加强办案监督，发现遗漏被欠薪人的，要及时追加。发现遗漏犯罪主体的，要依法追诉。要切实把握好“捕”“诉”标准，落实好宽严相济刑事政策。

【基本案情】

2020年4月，曾某某注册成立某安建劳务公司（简称“安建公司”），并任法定代表人，夏某某任公司监事。同年5月，安建公司承包四川省蓬溪县某商住楼工程的劳务项目，劳务费共计280余万元。安建公司以165万余元的价格将其中部分劳务分包给杨某某、蒲某某。杨、蒲二人又以125万余元的价格将部分劳务转包给唐某某。其间，安建公司收到按照工程量进度70%支付的劳务费200万元，并按相同比例支付杨某某、蒲某某116万余元劳务费，杨、蒲按同一比例支付唐某某87万余元。安建公司、杨某某、蒲某某、唐某某收到的劳务费，均能足额支付各自雇请的农民工工资，但安建公司、杨某某、蒲某某、唐某某未全部用于支付农民工工资，均存在大额支付其他款项行为。经核查，至2021年10月，安建公司拖欠张某某等33名农民工工资36万余元，杨某某、蒲某某拖欠闫某某等15名农民工工资36万余元，唐某某拖欠贾某某等36名农民工工资50余万元，引起农民工多次集体讨薪。蓬溪县劳动监察大队先后向安建公司、杨某某、蒲某某、唐某某作出行政指令，责令支付拖欠农民工工资，但安建公司、杨某某、蒲某某、唐某某均拒不支付。审查起诉阶段，杨某某、蒲某某、唐某某支付了其所欠农民工的全部工资。

【诉讼过程】

经检察机关建议，四川省蓬溪县人社局将案件移送公安机关立案侦查。2023年1月1日，蓬溪县公安局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪对曾某某等五人立案侦查，同年2月4日，公安机关提请批准逮捕夏某某，蓬溪县检察院经审查，夏某某无逮捕必要性，决定不批准逮捕。5月12日，蓬溪县公安局将该案移送审查起诉。审查起诉期间杨某某、蒲某某、唐某某认罪认罚、全部支付拖欠工资，8月17日，蓬溪县检察院依法对杨某某、蒲某某、唐某某作出相对不起诉决定；并依法追加安建公司为被告单位，对该公司及主管人员曾某某、夏某某提起公诉。同年8月25日，蓬溪县法院以拒不支付劳动报酬罪判处安建公司罚金，判处曾某某、夏某某有期徒刑一年并适用缓刑。被告单位及两名被告人均认罪服判。

【检察履职过程】

1.追加遗漏欠薪被害人，追加被拖欠工资。四川省蓬溪县检察院通过“府检联动”机制获悉农民工集体讨薪情况后，经调查核实，初步查明安建公司、杨某某、蒲某某、唐某某涉嫌拒不支付劳动报酬的犯罪事实，遂建议县人社局将案件线索移送公安机关。县公安局以拒不支付劳动报酬罪对曾某某等人立案侦查。检察机关在审查批捕过程中，通过比对工人花名册、工资发放明细表、银行流水等证据，发现部分被害人未申报权益，遂引导公安机关补充收集了被害人及亲属证言、工资欠条等证据，补充查明各承包主体共遗漏被欠薪的农民工54名、被拖欠工资60余万元的犯罪事实。

2.追加被告单位。审查起诉阶段查明，本案劳务用工的主体是安建公司，且安建公司未能全部支付农民工工资给被转包方，蓬溪县检察院依法追加安建公司为被告单位，准确认定涉案主体。

3.宽严相济、区别处置涉案人员。审查批捕阶段，蓬溪县检察院考虑到夏某某自愿认罪认罚，采取非羁押强制措施更有利其筹措资金，无逮捕必要性，决定对其不批准逮捕。审查起诉阶段经公开听证，综合考虑杨某某、蒲某某、唐某某认罪认罚、与被害人达成刑事和解等情节，并积极兑付了全部拖欠工资，故对三人依法作出相对不起诉决定。安建公司及其直接负责的主管人员曾某某、夏某某，因存在违法分包转包、拖欠支付工资等行为，主观恶性相较杨某某等三人更大，故依法提起公诉。2023年春节期间，蓬溪县检察院会同当地人社局、公安局等单位现场发放全部欠薪120余万元。

4.刑民协同，开展民事支持起诉。蓬溪县检察院依托侦查监督与协作配合机制，引导公安机关依法扣押现金、查封房产，保障欠薪的全额兑现；联合公安局、人社局，组织农民工代表、犯罪嫌疑人及其家属进行和解调解，通过阐明拒不支付劳动报酬的法律责任，提出兑付欠薪解决方案，促成相关责任人员筹集资金，保证兑付，民事支持起诉案件得以顺利和解结案。

【典型意义】

1.准确认定案件事实，依法追加遗漏的被害人及被告单位。检察机关要全面审查案件事实，查明责任主体，应当追捕、追诉的犯罪嫌疑人、涉案单位要依法追捕、追诉，确保案件事实清楚，罪责刑相一致，无遗漏的涉案人员及单位。同时，对于虽未报案，但通过审查证据发现系遗漏的被欠薪人员的，要依法追加遗漏的被害人，准确认定涉案金额，最大程度保障劳动者的合法权益。

2.宽严相济，分层处理。对于无逮捕必要性，采取非羁押性强制措施更有利于犯罪嫌疑人、被告人筹措资金，应当不批准逮捕。审查起诉期间，应合理把握办案节奏，给犯罪嫌疑人一定的筹措资金时间，不宜在筹措资金期间急于作出处理决定。应宽严相济，分层处理，准确把握诉与不诉标准，对案发后已全部支付拖欠工资的犯罪嫌疑人，区分其罪行严重程度，对犯罪情节严重、主观恶性大的犯罪嫌疑人，仍要及时提起公诉，依法追究刑事责任。

3.刑民协同，抓实劳动者权益保障。检察机关应启动刑民一体办案机制，刑事检察、民事检察部门要线索互移、信息共享，协同履职，避免被欠薪的农民工多头多次诉讼。要做好内外融合履职。对外加强与公安机关、人社部门、司法行政机关等部门在案件办理、财物查扣、释法说理等方面的协作，多管齐下，确保拖欠民工工资及时全额兑付。

案例四

苏某某拒不支付劳动报酬案

——应以是否与劳动者存在事实上的劳动关系作为认定犯罪主体的标准

【要旨】

拒不支付劳动报酬案件中,对于虽不具备用工主体资格,但与劳动者存在事实上劳动关系的,应当认定属于拒不支付劳动报酬犯罪的主体。行为人与发包方之间的民事纠纷,不能成为不支付农民工工资的法定理由。如果存在恶意欠薪行为的,应以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

【基本案情】

2020年8月至2020年11月,贾某某借用河南省林州市某建筑劳务有限公司(以下简称建筑劳务公司)资质承包了林州市某小区16、18、19号楼商业二次结构工程,并违法分包给不具备用工主体资格的苏某某,由苏某某组织工人进行施工。工程完工后,贾某某向苏某某支付了46万余元工人工资款。后苏某某以施工图纸出现变动、贾某某未向其支付增加工程量的工程款为由,拖欠杨某等19名农民工工资共计24万余元。2022年5月11日,河南省林州市人力资源和社会保障局向苏某某下达限期整改指令书,苏某某到期未履行支付义务。经查,苏某某银行卡、微信在立案前后有大额收入,但大部分用于个人消费和家庭开支。

【诉讼过程】

2022年6月28日,河南省林州市公安局以拒不支付劳动报酬罪对苏某某立案。2023年2月23日,林州市公安局向林州市检察院提请批准逮捕。在检察机关主持下,苏某某委托家属筹集钱款与被害人达成和解协议并全部支付了欠薪,5月22日,河南省林州市检察院对苏某某作出不起诉决定。

【检察履职情况】

1.厘清各方法律关系,准确认定犯罪主体。审查逮捕阶段,河南省林州市检察院了解到,工人工资已被拖欠两年半之久,犯罪嫌疑人苏某某辩解,施工过程中图纸变动有新增工程量,新增部分不应由其承担责任。检察机关遂向工人代表、承建公司、劳务公司、劳动监察部门进一步调查核实,通过实地走访施工现场,比对工程施工图纸,查明确实存在新增工程量的事实,且苏某某就该工程纠纷已向法院提起民事诉讼。检察机关通过分析研判,苏某某与贾某某之间的工程款纠纷和苏某某与农民工之间的劳动报酬纠纷,不属于同一法律关系,确认新增部分工程款应由建筑劳务公司和贾某某承担,但对工人而言,苏某某虽不具备用工主体资格,但其招用农民工施工且已收到贾某某支付的46万余元工资款,是支付劳动报酬的适格主体,苏某某仍对拖欠工资有支付义务。

2.化解多方纠纷，推进欠薪支付。检察机关多次与苏某某、贾某某、农民工代表、承建公司、建筑劳务公司沟通协调，促使就新增工程量问题达成和解协议，苏某某新增工程量对应款项得到支付，其也从法院撤回民事诉讼。2023年3月1日，苏某某委托家属筹集钱款与工人达成调解协议并履行。检察机关邀请人大代表、政协委员现场监督，全额发放拖欠工资，农民工对苏某某予以谅解。考虑到苏某某自愿认罪认罚、全额支付欠薪、取得谅解等情节，检察机关依法对其作出不起诉决定。至此，苏某某与农民工之间、苏某某与贾某某之间多方纠纷全部化解。

3.协同履职，推动政府主管部门构建农民工工资专用账户保障机制。为常态化保障农民工工资支付到位，林州市检察院刑事检察与公益诉讼检察协同履职，邀请人大代表、政协委员共同对该市建筑行业农民工薪资保障制度进行摸排检查，审查了该市39家在建工程项目施工总承包单位农民工工资专用账户开通情况，对“农民工工资专用账户管理平台”进行督促完善。确保辖区内所有在建工程项目施工总承包单位均开通农民工工资专用账户，且专用账户保证金全部足额缴纳到位；推动农民工个人实名制管理和工资代付制度落实；建立拒不支付劳动报酬案件线索移送、提前介入、信息共享、民事支持起诉等机制，从源头化解建设工程领域欠薪难题。

【典型意义】

1.用工主体与转包方的工程款纠纷不影响犯罪主体的认定。拒不支付劳动报酬类犯罪案件中，非法分包、转包现象较为多见，往往牵涉多方利益，涉及工程量核算、合同履行、工程质量等多重纠纷。行为人与发包方、转包方之间的民事纠纷、工程款纠纷等，不能成为不支付农民工工资的法定理由，行为人有能力支付而不支付或逃避支付劳动者劳动报酬的，应当以拒不支付劳动报酬罪追究其刑事责任。

2.融合履职，共同做好农民工工资专用账户保障工作。注重四大检察协同发力，开展各有侧重的检察服务，加强与公安、法院、人社局等部门协作配合，在拒不支付劳动报酬犯罪线索移送、证据标准、证据固定、民事支持起诉、公益诉讼等方面多措并举，全力做好助力讨薪的追赃挽损工作，促进“农民工工资专用账户”保证金足额缴纳到位，助推建筑行业诉源治理。

案例五

王某、高某拒不支付劳动报酬案

——注重审查是否遗漏被欠薪的劳动者

【要旨】

在审查拒不支付劳动报酬犯罪案件中，检察机关既要注重审查恶意欠薪犯罪行为，又要注重审查是否存在被遗漏的被欠薪者，存在遗漏的被欠薪人的，应当依法追加，积极开展调查，确保不遗漏一名被欠薪的劳动者。

【基本案情】

2021年4月，犯罪嫌疑人王某、高某挂靠河南某建筑劳务有限公司，组织农民工在中铁BJ工程局承建的太原市西北二环高速古交项目工地进行施工。2022年1月，项目完工后，中铁BJ工程局该项目经理部按照合同约定，向王某、高某足额支付了420万元农民工工资及工程款。王某、高某制作虚假的工人工资表骗领工资，并将骗领的工资用于支付机械费、材料费、管理费等，并未全部发放给施工农民工，共拖欠18名农民工共计29.3万余元。2022年2月，18名农民工就王某、高某拖欠工资一事向山西省古交市人力资源和社会保障局投诉，经人社局两次向王某、高某发出《劳动保障监察责令改正决定书》，二人仍不履行工资给付义务。经进一步核查，王某、高某共拖欠46名农民工工资合计147.3万余元。

【诉讼过程】

2022年5月16日，山西省古交市公安局以王某、高某涉嫌拒不支付劳动报酬罪立案侦查。同年9月5日，古交市公安局向检察机关移送审查起诉。审查起诉期间，王某、高某二人将拖欠的147.3万余元农民工工资支付完毕。2023年3月13日，山西省古交市检察院对二人作出相对不起诉决定。

【检察机关履职过程】

1.提前介入引导取证，追加被害人。该案立案后，山西省古交市检察院通过提前介入，了解到本案除向人社局投诉的18名农民工被欠薪外，还有另外28名农民工因缺乏书证等证据“求薪无门”。为进一步查明案件事实，确定建筑工人被欠薪的情况，检察机关提出了“核实班组领班人员及工人之间言词证据、调取支付工人工资凭证、利用工人手机信号基站锁定时间段位置、调取通话记录”等8条补充侦查意见，引导侦查人员搜集、固定证据。经侦查机关进一步取证，补充了共46名工人为该项目施工工人以及每人用工天数和工资金额等证据，增加了28名被遗漏的欠薪农民工，共计增加被遗漏的薪资118万元，确保了被拖欠工资的事实清楚、证据充分，犯罪数额认定准确。

2.化解信访风险。本案因涉及金额大、欠薪人数多，工人讨薪诉求强烈，劳动者的切身利益无法得到维护，极易引发社会不稳定因素。检察机关联合公安机关共同制定工作预案，在查清被害人人数、摸清欠薪底数、犯罪金额等案件事实基础上，检察官多次到施工工地送达被害人诉讼权利义务告知书，公布检察官电话，针对工人强烈的讨薪诉求和激动的情绪多次协

同公安机关、人社局、信访局等行政机关现场向工人释法说理，并作出承诺随时接待、立即答复，引导被欠薪人员理性维权。检察官将检察履职全过程充分告知，最终工人们表示愿意等待检察机关处理，涉信访风险得到有效化解。

3.协调欠薪足额发放。由于王某、高某已将工资挪作他用，自有资金不足以支付欠薪，工人工资面临无法足额偿付的风险。同时，由于工程质保期未到，尚未达到与发包方约定的支付尾款条件，故发包方尚有20%的工程款未付。检察官了解到这一情况，一方面与发包方积极沟通，通过协调犯罪嫌疑人签订工程质保补充协议，打消发包方先行支付未结款的顾虑；另一方面督促王某、高某多方筹款，尽快履行给付义务。在检察机关的协调下，发包方向王某、高某支付了未结清的工程款，王某、高某也积极自筹资金，最终46名工人工资全部追回，持续7个月的欠薪案件得以妥善解决。

【典型意义】

1.依法查明事实固定证据，追加遗漏被害人。检察监督与配合关口应及时前移，不遗漏一名被欠薪的农民工，提前介入侦查阶段不忽视一名投诉无门的被欠薪人，引导公安机关有针对性地进一步取证，一一核实人数及欠薪金额，完善证据材料，为全面准确认定犯罪事实打下了扎实基础。

2.打击欠薪犯罪与追讨欠薪并重。依法惩治恶意欠薪犯罪案件的办理不能就案办案，仅仅打击恶意欠薪犯罪并不是拒不支付劳动报酬犯罪高质效办案的要求，而在依法惩处恶意欠薪犯罪的同时，帮助农民工追讨回拖欠的工资才能够达到案件办理“三个效果”的统一，实现高质效办案。要积极协调制定有条件支付方案，帮助劳动者顺利拿到劳动报酬，体现维护劳动者合法权益的坚决态度，同时也有利于维护小微企业今后的正常生产经营活动，增强执法司法的实效性。

四、财政部、税务总局联合发布《支持小微企业和个体工商户发展税费优惠政策指引（2.0）》

来源：国家税务总局

摘要：12月19日，财政部、国家税务总局联合发布《支持小微企业和个体工商户发展税费优惠政策指引（2.0）》。《指引》梳理收录了今年以来国家延续、优化、完善的支持小微企业和个体工商户发展的50项税费优惠政策，帮助纳税人缴费人知政策懂政策，及时享受政策红利。

Abstract: On December 19th, the Ministry of Finance and the State Taxation Administration jointly issued the *Guidelines for Tax Preferential Policies to Support the Development of Small*

and Micro Enterprises and Individual Businesses (2.0). The Guidelines sorts out and includes 50 preferential tax and fee policies that the state has continued, optimized and improved this year to support the development of small and micro enterprises and self-employed businesses, so as to help taxpayers understand the policies and enjoy the policy dividends in time.

五、财政部拟适度下调社保基金管理费率

来源：财政部

摘要：12月6日，财政部网站发布《全国社会保障基金境内投资管理办法（征求意见稿）》，向社会公开征求意见。《管理办法》拟考虑参考基本养老保险基金投资监管办法和实践、结合相关监管改革方向，适度下调管理费率、托管费率上限。其中，股票类产品管理年费率不高于0.8%，债券类产品管理年费率不高于0.3%；货币现金类产品管理年费率不高于0.1%；股权投资基金管理年费率不高于1.5%；托管人提取的托管年费率不高于0.05%。

Abstract: On December 6th, the website of the Ministry of Finance released the *Measures for the Administration of Domestic Investment of the National Social Security Fund (Draft for Comment)*, to publicly solicit opinions from the society. The *Measures* considers referring to the investment supervision measures and practices of the basic pension insurance fund, and, based on relevant regulatory reform directions, moderately reducing the upper limit of management fees and custody fees. Among them, the annual management fee rate for stock products shall not exceed 0.8%, the annual management fee rate for bond products shall not exceed 0.3%, the annual management fee rate for currency and cash products shall not exceed 0.1%, the annual fee rate for equity investment fund management shall not exceed 1.5%, and the annual custody fee rate extracted by the custodian shall not exceed 0.05%.

关于向社会公开征求《全国社会保障基金境内 投资管理办法（征求意见稿）》意见的函

为完善全国社会保障基金制度体系、规范全国社会保障基金境内投资运营行为，根据《中华人民共和国社会保险法》《全国社会保障基金条例》等法律法规，我部联合人力资源社会保障部对《全国社会保障基金投资管理暂行办法》进行了修订，起草了《全国社会保障基金境内投资管理办法（征求意见稿）》。现向社会公开征求意见。任何单位和个人可以在2024年1月5日前，通过以下途径和方式提出意见：

1.通过中华人民共和国财政部网站（网址：<http://www.mof.gov.cn>）的“财政法规管理系

统”提出意见。

2.将意见通过电子邮件形式反馈我部。

3.通过信函方式反馈我部，并在信封上注明“全国社保基金境内投资管理办法征求意见”字样（以收到信函日期为准）。

电子邮箱：gaoqingkun@mof.gov.cn

通讯地址：北京市西城区三里河南三巷3号

附件：1.全国社会保障基金境内投资管理办法（征求意见稿）

2.关于《全国社会保障基金境内投资管理办法（征求意见稿）》的说明

财政部金融司

2023年12月6日

六、天津：做好高校毕业生灵活就业社会保险补贴有关工作

来源：天津人社局

摘要：12月28日，天津人社局网站公布《关于做好高校毕业生灵活就业社会保险补贴有关工作的通知》。《通知》明确，高校毕业生灵活就业社会保险补贴主要对象为通过无雇工个体经营、非全日制以及新就业形态等方式实现灵活就业，在本市办理灵活就业登记，按规定缴纳社会保险费的本市院校和本市生源外省市院校离校2年内未就业高校毕业生；每月补贴标准=高校毕业生缴费当月社会保险最低缴费基数×缴费比例×2/3。因预缴费导致月实际缴费基数低于最低缴费基数的，按照实际缴费基数计算补贴。补贴金额向下取整，精确到元。

Abstract: On December 28th, the website of Tianjin Municipal Bureau of Human Resources and Social Security released the *Notice on Doing a Good Job in Social Insurance Subsidies for Flexible Employment of College Graduates*. The *Notice* specifies that the target of social insurance subsidies for flexible employment are college graduates who have achieved flexible employment through self-employed businesses, part-time work, and new forms, and have applied for flexible employment registration in this city and paid social insurance premiums in accordance with regulations, as well as college graduates from other provinces and cities who have not been employed within 2 years after graduation. The monthly subsidy standard is equal to the minimum payment base of social insurance in the month when college graduates pay fees multiplied by the payment ratio multiplied by 2/3. If the actual monthly payment base is lower than the minimum

payment base due to prepayment, the subsidy shall be calculated according to the actual payment base. The subsidy amount shall be rounded down to the unit of yuan.

市人社局市财政局市税务局关于做好高校毕业生灵活就业社会保险补贴有关工作的通知

各区人力资源和社会保障局、财政局、税务局，有关单位：

为进一步支持和鼓励高校毕业生灵活就业，根据国家及本市相关规定，现就做好高校毕业生灵活就业社会保险补贴有关工作通知如下：

一、补贴对象及条件

通过无雇工个体经营、非全日制以及新就业形态等方式实现灵活就业，在本市办理灵活就业登记，按规定缴纳社会保险费的本市院校和本市生源外省市院校离校2年内未就业高校毕业生。

高校毕业生申领补贴需同时满足以下条件：

（一）在中华人民共和国境内接受普通高等学历教育取得普通高等学校毕业证书，包括研究生和本科、专科（高职）毕业证书，不包括函授、成人教育、技师学院高级工班、预备技师班等毕业证书。

（二）离校后至申领补贴前，以及享受补贴期间未在用人单位有正式就业经历或担任企业法人、有雇工的个体工商户经营者。

（三）首次申领补贴日期距离毕业证书发证日期不超过24个月（时间计算到月）。

（四）单独缴纳企业职工基本养老保险费、职工基本医疗保险费（含职工生育保险费），或同时缴纳以上三项社会保险费。

二、补贴标准

每月补贴标准=高校毕业生缴费当月社会保险最低缴费基数×缴费比例×2/3。因预缴费导致月实际缴费基数低于最低缴费基数的，按照实际缴费基数计算补贴。补贴金额向下取整，精确到元。

补贴期限最长不超过2年，补贴时间自首次申请补贴当月起连续计算。

三、经办流程

社会保险补贴实行“先缴后补”，首次申请当月补贴，后续补贴可按月或在当年度内集中申请。

（一）申请。符合条件的高校毕业生每月20日前向灵活就业登记地（在线上进行灵活就业登记的在常住地）所在区人社局提出补贴申请。申请补贴时提供以下材料：

1. 《高校毕业生灵活就业社会保险补贴申请表》（见附件）；
2. 《教育部学籍在线验证报告》（仅首月申请时提供）；
3. 本市生源外省市院校高校毕业生需提供户口本首页及本人页复印件（仅首月申请时提供）；
4. 社会保险费缴费凭证。

（二）审核。区人社局对高校毕业生身份、就业情况、社会保险缴费情况进行核实，在3个工作日内完成审核工作。

（三）公示。对审核合格的，区人社局将申请享受补贴情况进行公示，公示时间不少于5个工作日。

（四）拨付。公示无异议的，区人社局于申请补贴次月初10个工作日内，将补贴资金拨付至高校毕业生本人社会保障卡银行账户或其他银行账户。

四、补贴终止

高校毕业生有下列情形之一的，终止享受灵活就业社会保险补贴：

- （一）本人提出终止灵活就业社会保险补贴；
- （二）在用人单位实现就业；
- （三）担任企业法人、有雇工的个体工商户经营者；
- （四）死亡等其他应终止补贴的情形。

五、监督管理

（一）市人社局负责全市高校毕业生灵活就业社会保险补贴政策制定、组织实施和监督管理；市级经办机构在市人社局指导下，具体负责对各区工作的业务指导、经办管理和监督检查；各区人社局负责本区补贴受理、审核、发放及日常监管等工作。

（二）市、区人社局通过人社系统信息比对、电话询问、入户走访等方式，对高校毕业生身份、就业情况、社会保险缴费等情况进行核查。

（三）市级经办机构每年对全市申领补贴情况进行抽查检查，各区人社局对本区申领补贴情况定期进行核查。

六、工作要求

（一）提高思想认识。高校毕业生灵活就业社会保险补贴政策是鼓励和支持高校毕业生多渠道灵活就业的重要举措，各区人社局、财政局要高度重视，密切协调配合，提高工作效率，确保政策尽快落地见效。

（二）加强政策宣传。各区人社局要依托各级公共就业服务力量，采取专题宣讲、发放

政策明白纸、上门服务等方式，多渠道广泛宣传解读政策内容，提高政策知晓度。

（三）优化经办服务。各区人社局要严格规范经办流程，充分利用信息化手段，提高经办水平。对能通过信息系统核实的信息，不得要求个人提供证明材料。

（四）加强监管核查。各区人社局要落实经办管理责任，坚决杜绝弄虚作假、虚报冒领。对提供虚假材料、骗取套取补贴等问题，按规定及时追回补贴资金。

高校毕业生灵活就业社会保险补贴所需资金由就业补助资金列支，在市财政对区转移支付资金时，作为分配因素统筹安排。各区财政局负责做好资金具体保障工作。

本通知自 2024 年 1 月 1 日起施行，有效期至 2024 年 12 月 31 日。《市人力社保局关于做好高校毕业生灵活就业社会保险补贴工作的通知》（津人社局发〔2015〕64 号）同时废止。本通知实施前，正在享受灵活就业社会保险补贴的高校毕业生，按新规定继续享受后续补贴至 2 年期满。

附件：高校毕业生灵活就业社会保险补贴申请表

市人社局

市财政局

市税务局

2023 年 12 月 25 日

七、陕西公布第二批劳动人事争议典型案例

来源：陕西省人社厅

摘要：近日，陕西省人社厅与陕西省高级人民法院联合发布了第二批劳动人事争议典型案例。本次发布的 9 起案例，涉及新就业形态用工、承包经营合同、竞业限制、劳动合同解除、工伤保险待遇支付等方面纠纷争议。通过以案释法，进一步普及了劳动法律知识，引导用人单位规范用工，指导劳动者依法维权，全力保障用人单位和劳动者合法权益，维护劳动关系的和谐稳定发展。

Abstract: Recently, the Shaanxi Provincial Department of Human Resources and Social Security and the Shaanxi Provincial High People's Court jointly released the second batch of typical cases of labor and personnel disputes. The 9 cases released this time involve disputes and controversies related to new forms of employment, contractual operation agreements, non compete restrictions, termination of labor contracts, and payment of work-related injury insurance benefits. By interpreting the law through cases, the knowledge of labor laws is further popularized, guiding employers to standardize employment, guiding workers to protect their rights in accordance with

the law, fully protecting the legitimate rights and interests of employers and workers, and maintaining the harmonious and stable development of labor relations.

各市（区）人力资源社会保障局、各市中级人民法院：

为深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，推动主题教育走深走实，落实为民服务宗旨，加大对全省劳动人事争议仲裁机构、人民法院处理劳动争议案件的指导力度，促进裁审标准的统一，提高劳动人事争议案件处理质效，全力维护劳动关系和谐稳定，经省人力资源和社会保障厅、省高级人民法院研究决定，现发布陕西省第二批劳动人事争议典型案例，请各地仲裁机构、人民法院在办案中予以参照。

陕西省人力资源和社会保障厅 陕西省高级人民法院

2023年12月14日

附件

陕西省劳动人事争议典型案例

（第二批）

目 录

案例 1：网络主播与直播单位之间是否构成劳动关系

案例 2：构成劳动关系的形式要件与实质要件不相符时应作实质认定

案例 3：个人与驾校签订承包经营合同后是否存在劳动关系

案例 4：劳动者违反竞业限制协议应承担违约责任

案例 5：用人单位对解除劳动合同的合法性负举证证明责任

案例 6：用人单位以劳动者欺诈为由解除劳动合同的审查标准

案例 7：用人单位以劳动者未如实告知与履行劳动合同无关联的内容为由解除劳动合同违法

案例 8：用人单位拒绝出具《离职证明》给劳动者造成不能就业的损失应承担赔偿责任

案例 9：挂靠人自行聘用人员工伤保险待遇的支付主体为被挂靠人

案例 1：网络主播与直播单位之间是否构成劳动关系

基本案情

索某在某商贸公司从事直播带货工作。2023年3月，双方签订《主播签约合作合同》，约定索某每月直播不少于28天，索某收入根据直播结果确定，由某商贸公司在次月20日向

其支付报酬。2023年4月17日，该公司负责人在微信工作群中要求所有主播延长直播时长，因索某不服从安排，次日索某被移出微信工作群，索某询问公司负责人将其移出群聊是否代表被公司开除，得到肯定答复。另外，某商贸公司存在拖欠索某报酬情形。某商贸公司认为与索某之间系合作关系，双方所签合同随时可以终止。索某提起劳动仲裁，认为其与某商贸公司构成劳动关系，公司应向其支付拖欠的劳动报酬及相应的经济补偿金。

申请人请求

1.确认双方之间成立劳动关系；2.某商贸公司支付劳动报酬以及解除劳动合同的经济补偿金。

处理结果

仲裁裁决支持索某的全部仲裁请求。某商贸公司不服起诉至人民法院，法院一审判决与仲裁结果一致，双方当事人均未上诉，一审判决生效。

案例分析

本案争议焦点：网络主播与直播单位之间是否构成劳动关系？

关于劳动关系的认定问题。虽然索某与某商贸公司签订的是《主播签约合作合同》，但根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条的规定，索某与某商贸公司均符合建立劳动关系的主体资格；索某通过网络直播方式销售产品是某商贸公司的主营业务之一；某商贸公司通过微信群对其主播工作作出安排并部署，并对索某进行日常管理和发放劳动报酬。据此，应认定双方之间构成劳动关系，某商贸公司应向索某支付拖欠劳动报酬。

关于应否支持索某经济补偿金请求。用人单位延长工作时间应当经劳动者同意。本案中，索某拒绝某商贸公司延长直播时间的要求，某商贸公司通过将索某移出工作群的形式提出解除劳动合同，符合《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第二项规定的由用人单位提出，双方协商一致解除劳动合同，应予支付经济补偿金的情形。

典型意义

随着新业态的快速发展升级，出现不少企业通过与劳动者签订承揽协议、合作协议、劳务合同，甚至让劳动者注册个体工商户等形式，建立所谓“平等主体”之间的民事法律关系，规避用人单位责任。对此，我们应回归对劳动关系本质特征的实质探求，客观分析判断各种协议的内容本质，根据用工事实和劳动管理程度，正确认定双方之间是否存在劳动关系。因此，在仲裁和司法实践中，应当谨慎区分劳动关系与各类民事关系，不能简单依据双方签署协议的“外观形式”，而应重点审查用人单位与劳动者之间是否存在劳动管理和从属性特征，

坚决防止企业规避用工责任，充分保障劳动者各项合法权益。

案例 2：构成劳动关系的形式要件与实质要件不相符时应作实质认定

基本案情

2019 年 4 月 1 日，高某与西安某报社签订《西安某报社网站承包协议》约定：“高某承包经营西安某报社网站，承包费每年 4 万元，高某负责网站管理维护、内容更新、上传数字报、报社人员工作证网上管理，高某承担网站聘请人员工资、网站各项活动等经营开支。西安某报社授权高某在网站上发布西安某报上的信息、报社采访渠道的信息。”后双方对是否成立劳动关系产生分歧，高某遂提起劳动仲裁。高某认为其为西安某报社记者，曾与西安某报社签订劳动合同并由该报社保管，但平时不坐班，也不用考勤打卡，一两个星期去一次单位。西安某报社称为了给高某办理记者证曾与其签订劳动合同，但双方不存在劳动关系。

申请人请求

确认双方之间成立劳动关系。

处理结果

驳回高某的仲裁请求。高某不服起诉至人民法院，法院一审、二审判决均与仲裁结果一致。

案例分析

本案争议焦点：仅凭借形式要件是否能确认劳动者与用人单位之间构成劳动关系？

确认劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系时，若构成劳动关系的形式要件与实质要件不相符时应作实质认定。《中华人民共和国劳动合同法》第七条明确规定用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，用人单位用工的事实是确定双方是否存在劳动关系的实质要件，应依据实质要件判断双方的法律关系。本案中，高某提交的证据材料证明双方具有成立劳动关系的形式要件，但高某不参加西安某报社的日常考勤管理，西安某报社未向其发放工资和缴纳社会保险费用。此外，通过双方履行网站承包合同的行为可见，在案证据尚不足以证明西安某报社对高某有实际用工的法律事实，因此应实质认定双方之间不成立劳动关系。

典型意义

在市场经济活动中，某些企业基于自身利益考量可能会存在虚构劳动关系的情况。在仲裁和司法实践中，对于劳动关系是否成立这一核心问题我们应注重实质性审查，即便劳动者和用人单位签署了书面劳动合同，也仍然要重点查明用工事实。比如，在个案中劳动者何时、何地、从事何种劳动等工作内容是否由用人单位决定，受用人单位管理。注重实质审查不仅

是遵循立法本意的重要体现,更是保护劳动者合法权益,规范用人单位依法用工的重要保障。

案例 3: 个人与驾校签订承包经营合同后是否存在劳动关系

基本案情

2019 年 10 月, 梁某与某驾校签订了《教练车责任承包经营合同》及《教练员岗位责任协议书》。协议约定: 梁某在某驾校的某教学点从事教学工作, 教练员实行包任务、包工资、包安全、包经营费用、包过关率、包区域的六承包制度, 教练员独立自主经营, 统一考核, 承包内容中的各项费用每月结算一次, 按学员科目过关及拿到驾照情况结算。教练车由某驾校提供, 油耗由梁某承担, 年检、保险费用由梁某和某驾校各自承担一半。梁某认为其与某驾校之间存在劳动关系, 某驾校未给其缴纳社会保险行为违法, 遂通知某驾校解除双方劳动关系并提起劳动仲裁。

申请人请求

1.解除双方之间的劳动关系; 2.某驾校为梁某补缴社会保险费用; 3.某驾校支付解除劳动合同的经济补偿金。

处理结果

仲裁裁决驳回梁某的全部仲裁请求。双方当事人均未提起诉讼, 仲裁裁决发生法律效力。

案例分析

本案争议焦点: 梁某与某驾校之间是否构成劳动关系?

成立劳动关系的核心特征为“劳动管理”, 即劳动者与用人单位之间具有人格从属性、经济从属性、组织从属性。本案中, 梁某可以自由安排驾驶培训工作, 独立自主经营且不完全接受驾校的管理、指挥和监督; 梁某自己承担招生任务, 并根据学员过关情况与驾校进行结算, 每月收入不确定, 且存在亏损的风险, 在经济上并不依赖驾校; 驾校负责提供车辆、训练场地等条件, 梁某招生后需自主培训并自行承担车辆油耗, 车辆年检、保险费用也由梁某和某驾校各自承担一半。梁某与某驾校之间不具有从属性, 没有形成管理与被管理的关系, 属于平等主体之间的民事法律关系, 不符合成立劳动关系的法律特征。

典型意义

民事法律关系区别于劳动关系的显著特征是双方当事人遵循平等原则, 双方权利受到法律平等的保护。劳动关系应当具备与劳动的直接关联性、与生产资料的结合性、从属性以及职业性等特征。其中从属性是劳动者对用人单位的依附、隶属关系, 是劳动关系的最大特色。因此, 针对不同的个案情况, 在案件审理过程中要注重查明案件事实, 既要保护劳动者的合

法权益，也要避免给用人单位带来不必要的损失。

案例 4：劳动者违反竞业限制协议应承担违约责任

基本案情

何某于 2011 年入职某车桥公司担任所属研究所计算分析科科长，具有高级工程师任职资格，掌握和熟悉某车桥公司核心技术秘密。2022 年 8 月，双方协商一致解除劳动合同并签订《竞业限制协议》约定：“何某在离开某车桥公司两年内不得到与该公司生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位工作。”某车桥公司在何某离职后依约向何某支付竞业限制补偿金，但何某却在 2022 年 10 月入职到与某车桥公司具有竞争关系的同行业公司工作，违反了竞业限制协议约定。某车桥公司遂提起劳动仲裁，要求何某继续履行双方的协议并承担违约责任。

申请人请求

1.何某继续履行竞业限制义务；2.何某支付违反竞业限制的违约金并赔偿经济损失。

处理结果

仲裁裁决支持某车桥公司的请求。何某不服起诉至人民法院，法院一审、二审判决均与仲裁结果一致。

案例分析

本案争议焦点：何某的行为是否违反竞业限制协议？

《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条第二款规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”何某离职前曾任某车桥公司研究所计算分析科科长，具有高级工程师任职资格，属于负有保密义务的人员。双方经平等协商签订的《竞业限制协议》合法有效，对各方具有拘束力，但何某离职后即入职到与某车桥公司具有竞争关系的同行业公司从事研发工作，明显违反了双方关于竞业限制的约定。因此，某车桥公司依法有权要求何某支付违约金并赔偿相应经济损失。

典型意义

用人单位通过对负有保密义务的劳动者离职后择业范围适当、合理的限制，不仅能够防止商业秘密受到侵害，而且还能够促进建立公开、公平的竞争环境，避免不正当竞争行为的发生。目前，部分掌握用人单位核心技术和秘密、负有保守技术秘密义务的劳动者恶意“跳

槽”的情况屡见不鲜，可能对原用人单位的竞争力和可持续发展带来不利的影响。因此，要坚持依法维护劳动者合法权益与保障用人单位生存发展并重的裁判理念，着力通过裁判的评价示范指引作用，规范用人单位人力资源的有序流动，维护劳资双方合法权益，助力构建和谐劳动关系。

案例 5：用人单位对解除劳动合同的合法性负举证证明责任

基本案情

李某于 2005 年 11 月入职某公司工作，双方于 2014 年 10 月 28 日签订无固定期限劳动合同。2021 年 6 月，李某在与某公司的管理人员谈话时承认其在管理中存在部分失误。2021 年 11 月 30 日，该公司以李某存在重大管理失误严重违纪为由，向李某出具《解除劳动合同通知》。李某不服公司处理结果，提起劳动仲裁。

申请人请求

确认某公司解除劳动合同违法并支付经济赔偿金。

处理结果

仲裁裁决支持李某的请求。某公司不服起诉至人民法院，法院一审、二审判决均与仲裁结果一致。

案例分析

本案争议焦点：某公司解除劳动合同的行为是否合法、举证证明责任如何分配？

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十四条规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”即解除劳动关系的举证责任倒置，某公司需对解除劳动关系的合法性负举证责任。根据某公司提供的证据，李某虽在《谈话笔录》中对其管理失职行为部分予以认可，但尚不足以证明李某确实存在《解除劳动合同通知》中载明的严重违纪行为或重大管理失误。某公司在《员工手册》中对“重大管理失误”没有进行客观“定量”的明确界定，关于管理人员的领导或管理重大失误的表述主观性过强，缺乏合理性。因此，该公司解除劳动合同的依据不足，不符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的用人单位可以行使单方解除权的情形。

典型意义

在审理劳动争议案件时，应根据《中华人民共和国劳动合同法》的立法精神，按照劳动争议的性质、当事人对证据的掌控情况、收集证据能力的强弱等因素，来合理分配举证责任。

对于用人单位单方解除与劳动者劳动合同的情形，应严格依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定对涉案证据进行认定，特别是对劳动者存在严重违反单位规章制度行为及据以解除劳动关系的规章制度制定程序是否符合法律规定等情形，用人单位未能完成举证责任的，应承担举证不利的法律后果。

案例 6：用人单位以劳动者欺诈为由解除劳动合同的审查标准

基本案情

2023 年 1 月，某艺术培训学校在某招聘平台上发布信息招聘“播音主持教师”，任职要求为“本科毕业于播音主持、影视表演等相关专业”。当年 3 月，龚某接受该学校的面试邀请并提供个人简历，载明其为某知名传媒大学播音主持专业的本科毕业生，考取了普通话一级乙等和小学教师资格证书。龚某通过学校面试后填写的《应聘人员信息登记表》上载明的内容与个人简历内容一致。后龚某在从事播音主持教学工作期间被多名家长投诉“教学水平差”“发音不准”等问题，学校通过官方网站查询发现龚某的学历证书及资格证书均系伪造。2023 年 5 月，学校以龚某学历造假和以欺诈手段获取教师岗位为由解除了双方的劳动合同。龚某不服处理结果，提起劳动仲裁。

申请人请求

1.确认某艺术培训学校解除劳动合同违法；2.某艺术培训学校支付违法解除劳动合同的经济赔偿金。

处理结果

仲裁裁决驳回龚某的全部仲裁请求。龚某不服起诉至人民法院，法院一审判决与仲裁结果一致，双方当事人均未上诉，一审判决生效。

案例分析

本案争议焦点：某艺术培训学校解除劳动合同是否合法？

根据人力资源社会保障部、最高人民法院《关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》（人社部发〔2022〕9号）第十九条规定：“用人单位因劳动者违反诚信原则，提供虚假学历证书、个人履历等与订立劳动合同直接相关的基本情况构成欺诈解除劳动合同，劳动者主张解除劳动合同经济补偿或者赔偿金的，劳动人事争议仲裁委员会不予支持。”龚某故意隐瞒真实情况，提供虚假信息致使学校作出错误意思表示，龚某行为构成法律上的欺诈。龚某在工作中被家长多次投诉“发音不准”“教学水平差”，说明其不能完全胜任工作，学校以其欺诈为由解除劳动合同合法，龚某主张违法解除劳动合同并支付赔偿金的请求

与法律规定不符。

典型意义

学历证书是一个人学习经历、学习能力、知识和技能的重要体现。劳动者的学历情况是用人单位决定是否与劳动者建立劳动关系以及确定工作岗位、报酬标准的重要考量因素，属于与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实告知。在审理用人单位以欺诈为由解除劳动合同的劳动争议案件过程中，应遵循诚实信用原则，具体考量用人单位招聘条件的合法性、劳动者欺诈行为对合同履行的影响等情形，审慎认定是否符合法律相关规定。

案例 7：用人单位以劳动者未如实告知与履行劳动合同无关联的内容为由解除劳动合同违法

基本案情

2020 年 8 月，邓某与某公司签订劳动合同，岗位为销售经理。邓某在入职登记表的“有无法律诉讼案件纠纷或判决”一栏填写“无”，但实际邓某与前用人单位存在劳动争议且诉至法院。2021 年 11 月，某公司向邓某送达《解除劳动合同通知书》，理由为：邓某以欺诈方式向公司提供虚假信息，决定与邓某解除劳动合同，无需向邓某支付任何经济补偿。邓某不服处理结果，提起劳动仲裁。

申请人请求

1.确认某公司解除劳动合同违法；2.某公司支付违法解除劳动合同的经济赔偿金。

处理结果

仲裁裁决支持邓某的仲裁请求。双方当事人均未向人民法院提起诉讼，仲裁裁决发生法律效力。

案例分析

本案争议焦点：某公司解除劳动合同行为是否合法？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第八条规定：“用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。”因此，劳动者应当遵守诚实信用基本原则，但是法律并未说明关于“与劳动合同直接相关的基本情况”具体是指哪些情况，需要结合个案进行具体分析。本案中，邓某隐瞒自身涉诉情况，并不会对其胜任某公司销售经理一职产生实质性影响。因某公司未提供有效证据证明邓某存在业务能力不能满足岗位要求的情形，且邓某也不存在其他欺诈行为，其向邓某送达《解除劳动合同通知书》的行为属于违法解除劳动合同。因此，邓某隐瞒其与前单位的涉诉情况不构成法律意义上的欺诈，某公司以此为

由解除劳动合同违法，应依法向邓某支付经济赔偿金。

典型意义

劳动者应该按照诚实信用原则向用人单位履行如实告知义务。一般包括与劳动合同直接相关的基本情况，如知识技能、学历、学位、职业资格、工作经历等，具体到不同岗位还会有其他侧重点。如果劳动者所隐瞒的情况并不会对劳动合同履行造成实质性阻碍，则用人单位不能据此解除劳动合同。因此，在仲裁和司法实践中，应注意保护劳动者的隐私，不能任意扩大用人单位知情权及劳动者告知义务的外延。

案例 8：用人单位拒绝出具《离职证明》给劳动者造成不能就业的损失应承担赔偿责任

基本案情

2017年10月20日，魏某入职西安某公司工作，在双方劳动合同到期后，因魏某拒绝续签劳动合同，该公司于2020年9月30日终止与魏某的劳动关系。魏某离职后向该公司索要离职证明，但该公司拒不出具，致使魏某两次应聘新公司成功后，均因无原公司开具的离职证明而不能办理入职手续。2022年6月，魏某获取了西安某公司的离职证明，于次月入职到新公司。魏某认为西安某公司拒不出具离职证明造成其不能就业的损失，应承担赔偿责任，遂提起劳动仲裁。

申请人请求

西安某公司赔偿魏某因未出具离职证明产生的损失66000元。

处理结果

仲裁裁决西安某公司赔偿魏某因未出具离职证明产生的损失36960元。某公司不服起诉至人民法院，法院一审、二审判决均与仲裁结果一致。

案例分析

本案争议焦点：西安某公司是否应当因拒绝向魏某出具《离职证明》承担损害赔偿责任？

《中华人民共和国劳动合同法》第五十条第一款规定：“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。”第八十九条规定：“用人单位违反本法规定未向劳动者出具解除或终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。”本案中，某公司与魏某的劳动关系到2020年9月30日解除，因该公司不及时出具离职证明，致魏某错失两次入职新公司的机会，某公司的行为给魏某造成了实际损失，应承担赔偿责任。按照魏某延误入职的时间、某公司未出离职证明的过错等因素，参照魏某在解除劳动合同前

十二个月平均工资，酌情确定损失数额为 36960 元。

典型意义

劳动合同解除或者终止后，劳动者失去了工作和生活来源。用人单位在解除或者终止劳动合同时，出具解除或者终止劳动合同的书面证明是其法定义务。实践中，部分用人单位因为各种原因拒不出具或拖延出具离职证明，阻碍了劳动者再就业的权利，甚至使劳动者错失新的就业机会，用人单位对此应承担赔偿责任。因此，用人单位应规范员工离职管理，理性对待离职员工，积极履行为劳动者出具离职证明的法定义务，既保护劳动者的合法权益，也避免给自己带来不必要的损失。

案例 9：挂靠人自行聘用人员工伤保险待遇的支付主体为被挂靠人

基本案情

2018 年 6 月 7 日，某通公司与王某签订合同约定：“王某自愿将其购置的一辆中型客车挂靠在某通公司名下，取得某通公司的客运班线经营权，每月向某通公司缴纳承包费，车辆产权、经营权、转让权归王某所有。王某向其招聘的驾驶员和司乘人员发放工资。王某自担经营风险，自负盈亏。”2020 年 9 月 15 日，王某自行招聘的司机张某在运营线路上驾驶客车时发生交通事故。张某因交通事故伤害被认定为工伤，劳动能力被鉴定为六级伤残。因某通公司未给张某缴纳工伤保险，为维护自身权益，张某提起劳动仲裁。

申请人请求

1.确认张某与被挂靠人某通公司之间成立劳动关系；2.某通公司向张某支付一次性伤残就业补助金。

处理结果

仲裁裁决确认双方之间不存在劳动关系；某通公司应承担支付工伤保险待遇的主体责任，向张某支付一次性伤残就业补助金。某通公司不服起诉至人民法院，法院一审判决与仲裁结果一致，双方当事人均未提出上诉，一审判决生效。

案例分析

本案争议焦点：1.被挂靠人某通公司与挂靠人王某招聘的驾驶员张某之间是否成立劳动关系；2.张某的工伤保险待遇支付责任主体如何确定？

关于某通公司是否与张某构成劳动关系问题。根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）第一条规定，张某由挂靠人王某自行招聘，不受被挂靠人某通公司的管理和支配，张某的工资也不是由被挂靠人某通公司支付，张某亦与被挂靠人某通公

司之间无建立劳动关系的合意。因此，挂靠人王某聘用的司机张某与被挂靠人某通公司之间不成立事实劳动关系。

关于张某的工伤保险待遇支付责任主体确定。工伤保险立法以职工权利为本位。张某虽与某通公司之间的事实劳动关系不成立，但应从有利于保护劳动者合法权益的角度出发，防止处于弱势地位的劳动者在被认定工伤后的工伤待遇支付主体无法确定。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》第三条第一款第五项规定：“社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。”因此，被挂靠人某通公司应为挂靠人王某招聘驾驶员张某工伤保险待遇的支付责任主体，张某有权向某通公司主张相应工伤保险待遇。

典型意义

实践中，劳动者常与不具备用工主体的自然人或组织建立用工关系，不符合建立劳动关系的法定要件，劳动者发生工伤后的工伤待遇缺乏制度保障。若仅从严苛的劳动关系前提下考量劳动者的工伤保险待遇，无疑加重了处于弱势地位劳动者的举证责任。挂靠人招聘的劳动者被认定为工伤的情形下，让具备用工主体资格的被挂靠人承担工伤保险支付责任，可让劳动者的权益得到周全保护，也有利于进一步规范用工市场和用工关系，构建和谐稳定的营商环境。

八、澳门调整每月最低工资金额

来源：中国新闻网

摘要：12月18日，中国新闻网发布新闻澳门特区政府劳工事务局公布，将调整最低工资金额。调升后的雇员最低工资金额分别为：按月计算报酬，每月7072元；按周计算报酬，每周1632元；按日计算报酬，每日272元；按小时计算报酬，每小时34元；按实际生产结果计算报酬，平均每小时34元。

Abstract: On December 18th, chinanews.com announced that the Labor Affairs Bureau of the Macao Special Administrative Region Government will adjust the minimum wage amount. The minimum wage of employees after the adjustment is: 7,072 yuan per month if the remuneration is calculated on a monthly basis, 1632 yuan per week if the remuneration is calculated on a weekly basis, 272 yuan per day if the remuneration is calculated on a daily basis, 34 yuan per hour if the remuneration is calculated by hour, and 34 yuan per hour if the remuneration is calculated

according to the actual production results.

澳门将每月最低工资金额提升至 7072 元 明年起生效

中新社澳门 12 月 18 日电 澳门特区政府劳工事务局(劳工局)18 日公布, 将对最低工资金额作出调整, 将每月最低工资金额提升至 7072 元(澳门元, 下同), 将于 2024 年 1 月 1 日起生效。

劳工局表示, 第 5/2020 号法律《雇员的最低工资》已于 2020 年 11 月 1 日生效, 根据该法律的规定, 最低工资金额须于法律生效后满两年进行首次检讨。特区政府已完成相关检讨工作, 并通过 2023 年 12 月 18 日公布的第 19/2023 号法律《修改第 5/2020 号法律〈雇员的最低工资〉》对最低工资金额作出调整。

调升后的雇员最低工资金额分别为: 按月计算报酬, 每月 7072 元; 按周计算报酬, 每周 1632 元; 按日计算报酬, 每日 272 元; 按小时计算报酬, 每小时 34 元; 按实际生产结果计算报酬, 平均每小时 34 元。

劳工局表示, 上述法律自 2024 年 1 月 1 日起生效, 自该日起, 雇主支付予雇员(包括外地雇员)的报酬, 不得低于上述的最低工资金额, 否则即属违法。为了让相关业界、雇主及雇员能了解有关法律及应注意事项, 劳工局将陆续与业界团体会面, 并举办专场及公众讲解会。

(完)

《公司法》修订解读及法律全文



2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议修订通过《中华人民共和国公司法》，自2024年7月1日起施行。

修改公司法的背景意义是什么？修改的亮点有哪些？实施好这部法律要抓紧开展哪些工作？全国人大常委会法工委负责人回答了记者提问。

记者：修改公司法的背景意义是什么？

答：公司是最重要的市场主体，公司法是社会主义市场经济制度的基础性法律。我国现行公司法于1993年制定，今年正值公司法颁布30周年。1999年、2004年对公司法个别条款进行了修改，2005年进行了全面修订，2013年、2018年对公司资本制度相关问题作了两次修改。公司法的制定和修改，与我国社会主义市场经济体制的建立和完善密切相关，对于建立健全现代企业制度，促进社会主义市场经济持续健康发展，发挥了重要作用。

公司法修改列入了十三届全国人大常委会立法规划。法制工作委员会组织成立由中央有关部门和专家学者组成的修改起草组，研究起草，形成修订草案。2021年12月，十三届全国人大常委会第三十二次会议审议了由委员长会议提请审议的公司法修订草案。2022年12月，十三届全国人大常委会第三十八次会议对修订草案进行了二次审议。2023年8月，十四届全国人大常委会第五次会议对修订草案进行了三次审议。2023年12月，十四届全国人大常委会第七次会议对修订草案进行了四次审议并通过了这部法律。

修改公司法是贯彻落实党中央关于深化国有企业改革、优化营商环境、加强产权保护、促进资本市场健康发展等重大决策部署的需要，也是适应实践发展，不断完善公司法律制度的需要，修改公司法对于完善中国特色现代企业制度、推动经济高质量发展具有重要意义。

起草工作注意把握以下几点：一是坚持正确政治方向。贯彻落实党中央决策部署对完善公司法律制度提出的各项任务要求，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，完善中国特色现代企业制度，为坚持和完善我国基本经济制度提供坚实法制保障。二是在现行公司法基本框架和主要制度的基础上作系统修改。保持现行公司法框架结构、基本制度稳定，维护法律制度的连续性、稳定性，降低制度转换成本；同时，适应经济社会发展变化的新形势新要求，针对实践中的突出问题和制度短板，对现行公司法作系统的修改完善。三是坚持立足国情与借鉴国际经验相结合。从我国实际出发，将实践中行之有效的做法和改革成果上升为法律规范；同时注意吸收借鉴一些国家和地区公司法律制度的有益经验。四是处理好与其他法律法规的关系。做好公司法修改与民法典、外商投资法、证券法、企业国有资产法以及正在修改的企业破产法等法律的衔接，并合理吸收相关行政法规、规章、司法解释的成果。

记者：此次修改公司法有哪些亮点？

答：公司法修改，坚持问题导向，总结实践经验和理论成果，为便利公司投融资、优化治理机制提供更为丰富的制度选择，规范公司的组织和行为，强化各方主体责任，切实维护公司、股东、职工和债权人的合法权益，亮点纷呈，有许多制度创新和解决实际问题的举措。

完善公司资本制度。一是完善注册资本认缴登记制度。规定有限责任公司股东出资期限不得超过五年。根据国家市场监督管理总局的意见，授权国务院制定具体办法，对新法施行前已登记设立且出资期限超过本法规定期限的公司设置过渡期，要求其将出资期限逐步调整至本法规定的期限以内。二是在股份有限公司中引入授权资本制，允许公司章程或者股东会授权董事会发行股份，同时要求发起人全额缴纳股款，既方便公司设立、提高筹资灵活性，又减少注册资本虚化等问题。三是规定股份有限公司可以发行优先股和劣后股、特殊表决权股、转让受限股等类别股。四是允许公司根据章程择一采用面额股或者无面额股。五是允许公司按照规定使用资本公积金弥补亏损。六是规定简易减资制度，允许公司按照规定通过减少注册资本方式弥补亏损，但不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或

者股款的义务。七是增加股东未按期缴纳出资的失权制度、股东认缴出资加速到期制度，规定股权转让后转让人、受让人的责任。

优化公司治理。一是允许公司只设董事会、不设监事会，公司只设董事会的，应当在董事会中设置审计委员会行使监事会职权。二是简化公司组织机构设置。对于规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设董事会，设一名董事，不设监事会，设一名监事；对于规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意，可以不设监事。三是为更好保障职工参与公司民主管理，规定职工人数三百人以上的公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。四是对股份有限公司董事会审计委员会和上市公司董事会审计委员会的议事方式和表决程序作了规定。

加强股东权利保护。一是强化股东知情权。扩大股东查阅材料的范围，允许有限责任公司股东查阅会计凭证，股份有限公司符合条件的股东查阅会计账簿和会计凭证，允许股东查阅、复制全资子公司相关材料。二是完善股份有限公司股东请求召集临时股东会会议的程序，完善股东临时提案权规定，强化股东民主参与公司治理。三是对于公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，规定其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。四是规定公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。五是允许股东对公司全资子公司董事、监事、高级管理人员等提起代表诉讼。

强化控股股东、实际控制人和董事、监事、高级管理人员的责任。一是完善忠实和勤勉义务的具体内容。二是加强对董事、监事、高级管理人员与公司关联交易等的规范，增加关联交易等的报告义务和回避表决规则。三是强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任。四是规定董事、高级管理人员执行职务存在故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。五是规定公司

的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，对公司负有忠实义务和勤勉义务。六是规定公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

完善公司设立、退出制度。一是新设公司登记一章，明确公司设立登记、变更登记、注销登记的事项和程序；同时要求公司登记机关优化登记流程，提高登记效率和便利化水平。二是充分利用信息化建设成果，明确电子营业执照、通过国家企业信用信息公示系统发布公告、采用电子通信方式召开会议和表决的法律效力。三是扩大可用作出资的财产范围，明确股权、债权可以作价出资。四是放宽一人有限责任公司设立等限制，并允许设立一人股份有限公司。五是完善公司清算制度，明确清算义务人及其责任。六是增加简易注销和强制注销制度，方便公司退出。

完善国家出资公司相关规定。一是设国家出资公司组织机构的特别规定专章，将适用范围由国有独资有限责任公司，扩大到国有独资、国有资本控股的有限责任公司、股份有限公司。二是坚持党对国有企业的领导，强调国家出资公司中中国共产党的组织的领导作用。三是要求国有独资公司董事会成员中外部董事应当过半数。四是规定国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使监事会职权的，不设监事会或者监事。五是增加国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度的规定。

完善公司债券相关规定。一是根据《关于国务院机构改革方案的决定》将国家发展改革委企业债券审核职责划入中国证监会的要求，删去国务院授权的部门对公开发行债券注册的规定。二是明确公司债券可以公开发行，也可以非公开发行。三是将发行可转债的公司由上市公司扩大到所有股份有限公司。四是增加债券持有人会议决议效力的规定，增加债券受托管理人相关规定。

记者：实施好修订后的公司法要抓紧开展哪些工作？

答：实施好修订后的公司法，意义重大。

公司法修改增加很多新制度，对于方便公司投融资和优化治理具有重要意义，各有关方面要积极做好宣传解读，加快制定配套规定，确保法律正确有效实施。

中华人民共和国主席令

（第十五号）

《中华人民共和国公司法》已由中华人民共和国第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议于2023年12月29日修订通过，现予公布，自2024年7月1日起施行。

中华人民共和国主席 习近平

2023年12月29日

中华人民共和国公司法

（1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过
根据1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第一次修正 根据2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正 2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议第一次修订 根据2013年12月28日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》第三次修正 根据2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第四次修正 2023年12月29日第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议第二次修订）

目 录

- 第一章 总 则
- 第二章 公司登记
- 第三章 有限责任公司的设立和组织机构
 - 第一节 设 立
 - 第二节 组织机构
- 第四章 有限责任公司的股权转让
- 第五章 股份有限公司的设立和组织机构
 - 第一节 设 立
 - 第二节 股 东 会
 - 第三节 董事会、经理
 - 第四节 监 事 会
 - 第五节 上市公司组织机构的特别规定
- 第六章 股份有限公司的股份发行和转让
 - 第一节 股份发行
 - 第二节 股份转让
- 第七章 国家出资公司组织机构的特别规定
- 第八章 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务
- 第九章 公司债券
- 第十章 公司财务、会计
- 第十一章 公司合并、分立、增资、减资
- 第十二章 公司解散和清算
- 第十三章 外国公司的分支机构
- 第十四章 法律责任
- 第十五章 附 则

第一章 总 则

第一条 为了规范公司的组织和行为,保护公司、股东、职工和债权人的合法权益,完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济的发展,根据宪法,制定本法。

第二条 本法所称公司,是指依照本法在中华人民共和国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

第三条 公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

公司的合法权益受法律保护,不受侵犯。

第四条 有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

第五条 设立公司应当依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

第六条 公司应当有自己的名称。公司名称应当符合国家有关规定。

公司的名称权受法律保护。

第七条 依照本法设立的有限责任公司,应当在公司名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。

依照本法设立的股份有限公司,应当在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

第八条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

第九条 公司的经营范围由公司章程规定。公司可以修改公司章程,变更经营范围。

公司的经营范围中属于法律、行政法规规定须经批准的项目,应当依法经过批准。

第十条 公司的法定代表人按照公司章程的规定,由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。

担任法定代表人的董事或者经理辞任的,视为同时辞去法定代表人。

法定代表人辞任的,公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。

第十一条 法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。

法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

第十二条 有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合本法规定的股份有限公司的条件。股份有限公司变更为有限责任公司，应当符合本法规定的有限责任公司的条件。

有限责任公司变更为股份有限公司的，或者股份有限公司变更为有限责任公司的，公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。

第十三条 公司可以设立子公司。子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

公司可以设立分公司。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

第十四条 公司可以向其他企业投资。

法律规定公司不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人的，从其规定。

第十五条 公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，应当经股东会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第十六条 公司应当保护职工的合法权益，依法与职工签订劳动合同，参加社会保险，加强劳动保护，实现安全生产。

公司应当采用多种形式，加强公司职工的职业教育和岗位培训，提高职工素质。

第十七条 公司职工依照《中华人民共和国工会法》组织工会，开展工会活动，维护职工合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件。公司工会代表职工就职工的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生和保险福利等事项依法与公司签订集体合同。

公司依照宪法和有关法律的规定，建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。

公司研究决定改制、解散、申请破产以及经营方面的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。

第十八条 在公司中，根据中国共产党章程的规定，设立中国共产党的组织，开展党的活动。公司应当为党组织的活动提供必要条件。

第十九条 公司从事经营活动，应当遵守法律法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督。

第二十条 公司从事经营活动，应当充分考虑公司职工、消费者等利益相关者的利益以及生态环境保护等社会公共利益，承担社会责任。

国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告。

第二十一条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二十二条 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。

违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二十三条 公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。

只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

第二十四条 公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式，公司章程另有规定的除外。

第二十五条 公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

第二十六条 公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东自决议作出之日起六

十日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。

未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销；自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

第二十七条 有下列情形之一的，公司股东会、董事会的决议不成立：

（一）未召开股东会、董事会会议作出决议；

（二）股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；

（三）出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数；

（四）同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。

第二十八条 公司股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司应当向公司登记机关申请撤销根据该决议已办理的登记。

股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

第二章 公司登记

第二十九条 设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。

法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。

第三十条 申请设立公司，应当提交设立登记申请书、公司章程等文件，提交的相关材料应当真实、合法和有效。

申请材料不齐全或者不符合法定形式的，公司登记机关应当一次性告知需要补正的材料。

第三十一条 申请设立公司，符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。

第三十二条 公司登记事项包括：

- (一) 名称；
- (二) 住所；
- (三) 注册资本；
- (四) 经营范围；
- (五) 法定代表人的姓名；
- (六) 有限责任公司股东、股份有限公司发起人的姓名或者名称。

公司登记机关应当将前款规定的公司登记事项通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。

第三十三条 依法设立的公司，由公司登记机关发给公司营业执照。公司营业执照签发日期为公司成立日期。

公司营业执照应当载明公司的名称、住所、注册资本、经营范围、法定代表人姓名等事项。

公司登记机关可以发给电子营业执照。电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。

第三十四条 公司登记事项发生变更的，应当依法办理变更登记。

公司登记事项未经登记或者未经变更登记，不得对抗善意相对人。

第三十五条 公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交公司法定代表人签署的变更登记申请书、依法作出的变更决议或者决定等文件。

公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交修改后的公司章程。

公司变更法定代表人的，变更登记申请书由变更后的法定代表人签署。

第三十六条 公司营业执照记载的事项发生变更的，公司办理变更登记后，由公司登记机关换发营业执照。

第三十七条 公司因解散、被宣告破产或者其他法定事由需要终止的，应当依法向公司登记机关申请注销登记，由公司登记机关公告公司终止。

第三十八条 公司设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

第三十九条 虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司设立登记的，公司登记机关应当依照法律、行政法规的规定予以撤销。

第四十条 公司应当按照规定通过国家企业信用信息公示系统公示下列事项：

（一）有限责任公司股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期，股份有限公司发起人认购的股份数；

（二）有限责任公司股东、股份有限公司发起人的股权、股份变更信息；

（三）行政许可取得、变更、注销等信息；

（四）法律、行政法规规定的其他信息。

公司应当确保前款公示信息真实、准确、完整。

第四十一条 公司登记机关应当优化公司登记办理流程，提高公司登记效率，加强信息化建设，推行网上办理等便捷方式，提升公司登记便利化水平。

国务院市场监督管理部门根据本法和有关法律、行政法规的规定，制定公司登记注册的具体办法。

第三章 有限责任公司的设立和组织机构第一节 设立

第四十二条 有限责任公司由一个以上五十个以下股东出资设立。

第四十三条 有限责任公司设立时的股东可以签订设立协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

第四十四条 有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的民事活动，其法律后果由公司承受。

公司未成立的，其法律后果由公司设立时的股东承受；设立时的股东为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。

设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担。

设立时的股东因履行公司设立职责造成他人损害的，公司或者无过错的股东承担赔偿责任后，可以向有过错的股东追偿。

第四十五条 设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程。

第四十六条 有限责任公司章程应当载明下列事项：

- （一）公司名称和住所；
- （二）公司经营范围；
- （三）公司注册资本；
- （四）股东的姓名或者名称；
- （五）股东的出资额、出资方式 and 出资日期；
- （六）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；
- （七）公司法定代表人的产生、变更办法；
- （八）股东会认为需要规定的其他事项。

股东应当在公司章程上签名或者盖章。

第四十七条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。

法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，从其规定。

第四十八条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

第四十九条 股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额。

股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。

第五十条 有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。

第五十一条 有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。

未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

第五十二条 股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。

股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。

第五十三条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

第五十四条 公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

第五十五条 有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书，记载下列事项：

- （一）公司名称；
- （二）公司成立日期；
- （三）公司注册资本；
- （四）股东的姓名或者名称、认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期；
- （五）出资证明书的编号和核发日期。

出资证明书由法定代表人签名，并由公司盖章。

第五十六条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

- (一) 股东的姓名或者名称及住所；
- (二) 股东认缴和实缴的出资额、出资方式和出资日期；
- (三) 出资证明书编号；
- (四) 取得和丧失股东资格的日期。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

第五十七条 股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿、会计凭证。股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿、会计凭证有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院提起诉讼。

股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。

股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。

股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前四款的规定。

第二节 组织机构

第五十八条 有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第五十九条 股东会行使下列职权：

- (一) 选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；
- (二) 审议批准董事会的报告；
- (三) 审议批准监事会的报告；
- (四) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- (五) 对公司增加或者减少注册资本作出决议；
- (六) 对发行公司债券作出决议；
- (七) 对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；

(八) 修改公司章程;

(九) 公司章程规定的其他职权。

股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

对本条第一款所列事项股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。

第六十条 只有一个股东的有限责任公司不设股东会。股东作出前条第一款所列事项的决定时,应当采用书面形式,并由股东签名或者盖章后置备于公司。

第六十一条 首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持,依照本法规定行使职权。

第六十二条 股东会会议分为定期会议和临时会议。

定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上的董事或者监事会提议召开临时会议的,应当召开临时会议。

第六十三条 股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由过半数的董事共同推举一名董事主持。

董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事会召集和主持;监事会不召集和主持的,代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

第六十四条 召开股东会会议,应当于会议召开十五日前通知全体股东;但是,公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的股东应当在会议记录上签名或者盖章。

第六十五条 股东会会议由股东按照出资比例行使表决权;但是,公司章程另有规定的除外。

第六十六条 股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。

股东会作出决议,应当经代表过半数表决权的股东通过。

股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,应当经代表三分之二以上表决权的股东通过。

第六十七条 有限责任公司设董事会，本法第七十五条另有规定的除外。

董事会行使下列职权：

- （一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；
- （二）执行股东会的决议；
- （三）决定公司的经营计划和投资方案；
- （四）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；
- （五）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；
- （六）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；
- （七）决定公司内部管理机构的设置；
- （八）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；
- （九）制定公司的基本管理制度；
- （十）公司章程规定或者股东会授予的其他职权。

公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

第六十八条 有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

第六十九条 有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

第七十条 董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。

董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效，但存在前款规定情形的，董事应当继续履行职务。

第七十一条 股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。

无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。

第七十二条 董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的董事共同推举一名董事召集和主持。

第七十三条 董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，应当一人一票。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

第七十四条 有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。

经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。

第七十五条 规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

第七十六条 有限责任公司设监事会，本法第六十九条、第八十三条另有规定的除外。

监事会成员为三人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

第七十七条 监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。

监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞任导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

第七十八条 监事会行使下列职权：

（一）检查公司财务；

（二）对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出解任的建议；

（三）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；

（四）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；

（五）向股东会会议提出提案；

（六）依照本法第一百八十九条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；

（七）公司章程规定的其他职权。

第七十九条 监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。

监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

第八十条 监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。

董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

第八十一条 监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。

监事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

监事会决议应当经全体监事的过半数通过。

监事会决议的表决，应当一人一票。

监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

第八十二条 监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

第八十三条 规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。

第四章 有限责任公司的股权转让

第八十四条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

第八十五条 人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

第八十六条 股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼。

股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。

第八十七条 依照本法转让股权后，公司应当及时注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

第八十八条 股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。

未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

第八十九条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件；

（二）公司合并、分立、转让主要财产；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议修改章程使公司存续。

自股东会决议作出之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。

公司因本条第一款、第三款规定的情形收购的本公司股权，应当在六个月内依法转让或者注销。

第九十条 自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

第五章 股份有限公司的设立和组织机构第一节 设立

第九十一条 设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立，是指由发起人认购设立公司时应发行的全部股份而设立公司。

募集设立，是指由发起人认购设立公司时应发行股份的一部分，其余股份向特定对象募集或者向社会公开募集而设立公司。

第九十二条 设立股份有限公司，应当有一人以上二百人以下发起人，其中应当有半数以上的发起人在中华人民共和国境内有住所。

第九十三条 股份有限公司发起人承担公司筹办事务。

发起人应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

第九十四条 设立股份有限公司，应当由发起人共同制订公司章程。

第九十五条 股份有限公司章程应当载明下列事项：

（一）公司名称和住所；

（二）公司经营范围；

（三）公司设立方式；

(四) 公司注册资本、已发行的股份数和设立时发行的股份数，面额股的每股金额；

(五) 发行类别股的，每一类别股的股份数及其权利和义务；

(六) 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式；

(七) 董事会的组成、职权和议事规则；

(八) 公司法定代表人的产生、变更办法；

(九) 监事会的组成、职权和议事规则；

(十) 公司利润分配办法；

(十一) 公司的解散事由与清算办法；

(十二) 公司的通知和公告办法；

(十三) 股东会认为需要规定的其他事项。

第九十六条 股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的已发行股份的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。

法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第九十七条 以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当认足公司章程规定的公司设立时应发行的股份。

以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司章程规定的公司设立时应发行股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。

第九十八条 发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。

发起人的出资，适用本法第四十八条、第四十九条第二款关于有限责任公司股东出资的规定。

第九十九条 发起人不按照其认购的股份缴纳股款，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认购的股份的，其他发起人与该发起人在出资不足的范围内承担连带责任。

第一百条 发起人向社会公开募集股份，应当公告招股说明书，并制作认股书。认股书应当载明本法第一百五十四条第二款、第三款所列事项，由认股人填

写认购的股份数、金额、住所，并签名或者盖章。认股人应当按照所认购股份足额缴纳股款。

第一百零一条 向社会公开募集股份的股款缴足后，应当经依法设立的验资机构验资并出具证明。

第一百零二条 股份有限公司应当制作股东名册并置备于公司。股东名册应当记载下列事项：

- （一）股东的姓名或者名称及住所；
- （二）各股东所认购的股份种类及股份数；
- （三）发行纸面形式的股票的，股票的编号；
- （四）各股东取得股份的日期。

第一百零三条 募集设立股份有限公司的发起人应当自公司设立时应发行股份的股款缴足之日起三十日内召开公司成立大会。发起人应当在成立大会召开十五日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。成立大会应当有持有表决权过半数的认股人出席，方可举行。

以发起设立方式设立股份有限公司成立大会的召开和表决程序由公司章程或者发起人协议规定。

第一百零四条 公司成立大会行使下列职权：

- （一）审议发起人关于公司筹办情况的报告；
- （二）通过公司章程；
- （三）选举董事、监事；
- （四）对公司的设立费用进行审核；
- （五）对发起人非货币财产出资的作价进行审核；
- （六）发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。

成立大会对前款所列事项作出决议，应当经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

第一百零五条 公司设立时应发行的股份未募足，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开成立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。

发起人、认股人缴纳股款或者交付非货币财产出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开成立大会或者成立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

第一百零六条 董事会应当授权代表，于公司成立大会结束后三十日内向公司登记机关申请设立登记。

第一百零七条 本法第四十四条、第四十九条第三款、第五十一条、第五十二条、第五十三条的规定，适用于股份有限公司。

第一百零八条 有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加注册资本公开发行股份时，应当依法办理。

第一百零九条 股份有限公司应当将公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议记录、监事会会议记录、财务会计报告、债券持有人名册置备于本公司。

第一百一十条 股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。

连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东要求查阅公司的会计账簿、会计凭证的，适用本法第五十七条第二款、第三款、第四款的规定。公司章程对持股比例有较低规定的，从其规定。

股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前两款的规定。

上市公司股东查阅、复制相关材料的，应当遵守《中华人民共和国证券法》等法律、行政法规的规定。

第二节 股东会

第一百一十一条 股份有限公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。

第一百一十二条 本法第五十九条第一款、第二款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东会。

本法第六十条关于只有一个股东的有限责任公司不设股东会的规定，适用于只有一个股东的股份有限公司。

第一百一十三条 股东会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东会会议：

- （一）董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；
- （二）公司未弥补的亏损达股本总额三分之一时；
- （三）单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；
- （四）董事会认为必要时；
- （五）监事会提议召开时；
- （六）公司章程规定的其他情形。

第一百一十四条 股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的董事共同推举一名董事主持。

董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。

单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求召开临时股东会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起十日内作出是否召开临时股东会会议的决定，并书面答复股东。

第一百一十五条 召开股东会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东会会议应当于会议召开十五日前通知各股东。

单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。临时提案应当有明确议题和具体决议事项。董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东会审议；但临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。

公开发行股份的公司，应当以公告方式作出前两款规定的通知。

股东会不得对通知中未列明的事项作出决议。

第一百一十六条 股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。公司持有的本公司股份没有表决权。

股东会作出决议，应当经出席会议的股东所持表决权过半数通过。

股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，应当经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第一百一十七条 股东会选举董事、监事，可以按照公司章程的规定或者股东会的决议，实行累积投票制。

本法所称累积投票制，是指股东会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。

第一百一十八条 股东委托代理人出席股东会会议的，应当明确代理人代理的事项、权限和期限；代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

第一百一十九条 股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

第三节 董事会、经理

第一百二十条 股份有限公司设董事会，本法第一百二十八条另有规定的除外。

本法第六十七条、第六十八条第一款、第七十条、第七十一条的规定，适用于股份有限公司。

第一百二十一条 股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。

审计委员会成员为三名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过。

审计委员会决议的表决，应当一人一票。

审计委员会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置其他委员会。

第一百二十二条 董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的董事共同推举一名董事履行职务。

第一百二十三条 董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。

代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开临时董事会会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。

董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

第一百二十四条 董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。

董事会决议的表决，应当一人一票。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

第一百二十五条 董事会会议，应当由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书应当载明授权范围。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

第一百二十六条 股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。

经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。

第一百二十七条 公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

第一百二十八条 规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

第一百二十九条 公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。

第四节 监事会

第一百三十条 股份有限公司设监事会，本法第一百二十一条第一款、第一百三十三条另有规定的除外。

监事会成员为三人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

本法第七十七条关于有限责任公司监事任期的规定，适用于股份有限公司监事。

第一百三十一条 本法第七十八条至第八十条的规定，适用于股份有限公司监事会。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

第一百三十二条 监事会每六个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。

监事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

监事会决议应当经全体监事的过半数通过。

监事会决议的表决，应当一人一票。

监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

第一百三十三条 规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。

第五节 上市公司组织机构的特别规定

第一百三十四条 本法所称上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。

第一百三十五条 上市公司在一年内购买、出售重大资产或者向他人提供担保的金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第一百三十六条 上市公司设独立董事，具体管理办法由国务院证券监督管理机构规定。

上市公司的公司章程除载明本法第九十五条规定的事项外，还应当依照法律、行政法规的规定载明董事会专门委员会的组成、职权以及董事、监事、高级管理人员薪酬考核机制等事项。

第一百三十七条 上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：

- （一）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；
- （二）聘任、解聘财务负责人；
- （三）披露财务会计报告；
- （四）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

第一百三十八条 上市公司设董事会秘书，负责公司股东会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，办理信息披露事务等事宜。

第一百三十九条 上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业或者个人有关联关系的，该董事应当及时向董事会书面报告。有关联关系的董事不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交上市公司股东会审议。

第一百四十条 上市公司应当依法披露股东、实际控制人的信息，相关信息应当真实、准确、完整。

禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。

第一百四十一条 上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份。

上市公司控股子公司因公司合并、质权行使等原因持有上市公司股份的，不得行使所持股份对应的表决权，并应当及时处分相关上市公司股份。

第六章 股份有限公司的股份发行和转让第一节 股份发行

第一百四十二条 公司的资本划分为股份。公司的全部股份，根据公司章程的规定择一采用面额股或者无面额股。采用面额股的，每一股的金额相等。

公司可以根据公司章程的规定将已发行的面额股全部转换为无面额股或者将无面额股全部转换为面额股。

采用无面额股的，应当将发行股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。

第一百四十三条 股份的发行，实行公平、公正的原则，同类别的每一股份应当具有同等权利。

同次发行的同类别股份，每股的发行条件和价格应当相同；认购人所认购的股份，每股应当支付相同价额。

第一百四十四条 公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：

- （一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；
- （二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；
- （三）转让须经公司同意等转让受限的股份；
- （四）国务院规定的其他类别股。

公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。

公司发行本条第一款第二项规定的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同。

第一百四十五条 发行类别股的公司，应当在公司章程中载明以下事项：

- （一）类别股分配利润或者剩余财产的顺序；
- （二）类别股的表决权数；
- （三）类别股的转让限制；
- （四）保护中小股东权益的措施；
- （五）股东会认为需要规定的其他事项。

第一百四十六条 发行类别股的公司，有本法第一百一十六条第三款规定的事项等可能影响类别股股东权利的，除应当依照第一百一十六条第三款的规定经股东会决议外，还应当经出席类别股股东会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

公司章程可以对需经类别股股东会议决议的其他事项作出规定。

第一百四十七条 公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

公司发行的股票，应当为记名股票。

第一百四十八条 面额股股票的发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

第一百四十九条 股票采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

股票采用纸面形式的，应当载明下列主要事项：

- （一）公司名称；
- （二）公司成立日期或者股票发行的时间；
- （三）股票种类、票面金额及代表的股份数，发行无面额股的，股票代表的股份数。

股票采用纸面形式的，还应当载明股票的编号，由法定代表人签名，公司盖章。

发起人股票采用纸面形式的，应当标明发起人股票字样。

第一百五十条 股份有限公司成立后，即向股东正式交付股票。公司成立前不得向股东交付股票。

第一百五十一条 公司发行新股，股东会应当对下列事项作出决议：

- （一）新股种类及数额；
- （二）新股发行价格；
- （三）新股发行的起止日期；
- （四）向原有股东发行新股的种类及数额；
- （五）发行无面额股的，新股发行所得股款计入注册资本的金额。

公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定其作价方案。

第一百五十二条 公司章程或者股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。但以非货币财产作价出资的应当经股东会决议。

董事会依照前款规定决定发行股份导致公司注册资本、已发行股份数发生变化的，对公司章程该项记载事项的修改不需再由股东会表决。

第一百五十三条 公司章程或者股东会授权董事会决定发行新股的，董事会决议应当经全体董事三分之二以上通过。

第一百五十四条 公司向社会公开募集股份，应当经国务院证券监督管理机构注册，公告招股说明书。

招股说明书应当附有公司章程，并载明下列事项：

- （一）发行的股份总数；
- （二）面额股的票面金额和发行价格或者无面额股的发行价格；
- （三）募集资金的用途；
- （四）认股人的权利和义务；
- （五）股份种类及其权利和义务；
- （六）本次募股的起止日期及逾期未募足时认股人可以撤回所认股份的说明。

公司设立时发行股份的，还应当载明发起人认购的股份数。

第一百五十五条 公司向社会公开募集股份，应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协议。

第一百五十六条 公司向社会公开募集股份，应当同银行签订代收股款协议。

代收股款的银行应当按照协议代收和保存股款，向缴纳股款的认股人出具收款单据，并负有向有关部门出具收款证明的义务。

公司发行股份募足股款后，应予公告。

第二节 股份转让

第一百五十七条 股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向股东以外的人转让；公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行。

第一百五十八条 股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

第一百五十九条 股票的转让，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式进行；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

股东会会议召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得变更股东名册。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司股东名册变更另有规定的，从其规定。

第一百六十条 公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司的股东、实际控制人转让其所持有的本公司股份另有规定的，从其规定。

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在就任时确定的任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

股份在法律、行政法规规定的限制转让期限内出质的，质权人不得在限制转让期限内行使质权。

第一百六十一条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股份，公开发行股份的公司除外：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件；

（二）公司转让主要财产；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议修改章程使公司存续。

自股东会决议作出之日起六十日内，股东与公司不能达成股份收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

公司因本条第一款规定的情形收购的本公司股份，应当在六个月内依法转让或者注销。

第一百六十二条 公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：

（一）减少公司注册资本；

（二）与持有本公司股份的其他公司合并；

(三) 将股份用于员工持股计划或者股权激励;

(四) 股东因对股东会作出的公司合并、分立决议持异议, 要求公司收购其股份;

(五) 将股份用于转换公司发行的可转换为股票的公司债券;

(六) 上市公司为维护公司价值及股东权益所必需。

公司因前款第一项、第二项规定的情形收购本公司股份的, 应当经股东会决议; 公司因前款第三项、第五项、第六项规定的情形收购本公司股份的, 可以按照公司章程或者股东会的授权, 经三分之二以上董事出席的董事会会议决议。

公司依照本条第一款规定收购本公司股份后, 属于第一项情形的, 应当自收购之日起十日内注销; 属于第二项、第四项情形的, 应当在六个月内转让或者注销; 属于第三项、第五项、第六项情形的, 公司合计持有的本公司股份数不得超过本公司已发行股份总数的百分之十, 并应当在三年内转让或者注销。

上市公司收购本公司股份的, 应当依照《中华人民共和国证券法》的规定履行信息披露义务。上市公司因本条第一款第三项、第五项、第六项规定的情形收购本公司股份的, 应当通过公开的集中交易方式进行。

公司不得接受本公司的股份作为质权的标的。

第一百六十三条 公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助, 公司实施员工持股计划的除外。

为公司利益, 经股东会决议, 或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议, 公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助, 但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。

违反前两款规定, 给公司造成损失的, 负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

第一百六十四条 股票被盗、遗失或者灭失, 股东可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的公示催告程序, 请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后, 股东可以向公司申请补发股票。

第一百六十五条 上市公司的股票, 依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。

第一百六十六条 上市公司应当依照法律、行政法规的规定披露相关信息。

第一百六十七条 自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，股份转让受限的股份有限公司的章程另有规定的除外。

第七章 国家出资公司组织机构的特别规定

第一百六十八条 国家出资公司的组织机构，适用本章规定；本章没有规定的，适用本法其他规定。

本法所称国家出资公司，是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司，包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司。

第一百六十九条 国家出资公司，由国务院或者地方人民政府分别代表国家依法履行出资人职责，享有出资人权益。国务院或者地方人民政府可以授权国有资产监督管理机构或者其他部门、机构代表本级人民政府对国家出资公司履行出资人职责。

代表本级人民政府履行出资人职责的机构、部门，以下统称为履行出资人职责的机构。

第一百七十条 国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权。

第一百七十一条 国有独资公司章程由履行出资人职责的机构制定。

第一百七十二条 国有独资公司不设股东会，由履行出资人职责的机构行使股东会职权。履行出资人职责的机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，但公司章程的制定和修改，公司的合并、分立、解散、申请破产，增加或者减少注册资本，分配利润，应当由履行出资人职责的机构决定。

第一百七十三条 国有独资公司的董事会依照本法规定行使职权。

国有独资公司的董事会成员中，应当过半数为外部董事，并应当有公司职工代表。

董事会成员由履行出资人职责的机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由履行出资人职责的机构从董事会成员中指定。

第一百七十四条 国有独资公司的经理由董事会聘任或者解聘。

经履行出资人职责的机构同意，董事会成员可以兼任经理。

第一百七十五条 国有独资公司的董事、高级管理人员，未经履行出资人职责的机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

第一百七十六条 国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的，不设监事会或者监事。

第一百七十七条 国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度，加强内部合规管理。

第八章 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务

第一百七十八条 有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力；

（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；

（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

（四）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；

（五）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。

违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

第一百七十九条 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。

第一百八十条 董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。

董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。

第一百八十一条 董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：

- （一）侵占公司财产、挪用公司资金；
- （二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；
- （三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；
- （四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；
- （五）擅自披露公司秘密；
- （六）违反对公司忠实义务的其他行为。

第一百八十二条 董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。

第一百八十三条 董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：

（一）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；

（二）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。

第一百八十四条 董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

第一百八十五条 董事会对本法第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交股东会审议。

第一百八十六条 董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。

第一百八十七条 股东会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

第一百八十八条 董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

第一百八十九条 董事、高级管理人员有前条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼；监事有前条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会向人民法院提起诉讼。

监事会或者董事会收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为公司利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员有前条规定情形，或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以依照前款规定书面请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

第一百九十条 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

第一百九十一条 董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

第一百九十二条 公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

第一百九十三条 公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。

公司为董事投保责任保险或者续保后，董事会应当向股东会报告责任保险的投保金额、承保范围及保险费率等内容。

第九章 公司债券

第一百九十四条 本法所称公司债券，是指公司发行的约定按期还本付息的有价证券。

公司债券可以公开发行，也可以非公开发行。

公司债券的发行和交易应当符合《中华人民共和国证券法》等法律、行政法规的规定。

第一百九十五条 公开发行公司债券，应当经国务院证券监督管理机构注册，公告公司债券募集办法。

公司债券募集办法应当载明下列主要事项：

- (一) 公司名称；
- (二) 债券募集资金的用途；
- (三) 债券总额和债券的票面金额；
- (四) 债券利率的确定方式；
- (五) 还本付息的期限和方式；
- (六) 债券担保情况；
- (七) 债券的发行价格、发行的起止日期；
- (八) 公司净资产额；
- (九) 已发行的尚未到期的公司债券总额；
- (十) 公司债券的承销机构。

第一百九十六条 公司以纸面形式发行公司债券的，应当在债券上载明公司名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项，并由法定代表人签名，公司盖章。

第一百九十七条 公司债券应当为记名债券。

第一百九十八条 公司发行公司债券应当置备公司债券持有人名册。

发行公司债券的，应当在公司债券持有人名册上载明下列事项：

- (一) 债券持有人的姓名或者名称及住所；

- (二) 债券持有人取得债券的日期及债券的编号；
- (三) 债券总额，债券的票面金额、利率、还本付息的期限和方式；
- (四) 债券的发行日期。

第一百九十九条 公司债券的登记结算机构应当建立债券登记、存管、付息、兑付等相关制度。

第二百条 公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。

公司债券的转让应当符合法律、行政法规的规定。

第二百零一条 公司债券由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券持有人名册。

第二百零二条 股份有限公司经股东会决议，或者经公司章程、股东会授权由董事会决议，可以发行可转换为股票的公司债券，并规定具体的转换办法。上市公司发行可转换为股票的公司债券，应当经国务院证券监督管理机构注册。

发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明可转换公司债券字样，并在公司债券持有人名册上载明可转换公司债券的数额。

第二百零三条 发行可转换为股票的公司债券的，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。法律、行政法规另有规定的除外。

第二百零四条 公开发行公司债券的，应当为同期债券持有人设立债券持有人会议，并在债券募集办法中对债券持有人会议的召集程序、会议规则和其他重要事项作出规定。债券持有人会议可以对与债券持有人有利害关系的事项作出决议。

除公司债券募集办法另有约定外，债券持有人会议决议对同期全体债券持有人发生效力。

第二百零五条 公开发行公司债券的，发行人应当为债券持有人聘请债券受托管理人，由其为债券持有人办理受领清偿、债权保全、与债券相关的诉讼以及参与债务人破产程序等事项。

第二百零六条 债券受托管理人应当勤勉尽责，公正履行受托管理职责，不得损害债券持有人利益。

受托管理人与债券持有人存在利益冲突可能损害债券持有人利益的，债券持有人会议可以决议变更债券受托管理人。

债券受托管理人违反法律、行政法规或者债券持有人会议决议，损害债券持有人利益的，应当承担赔偿责任。

第十章 公司财务、会计

第二百零七条 公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。

第二百零八条 公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。

财务会计报告应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。

第二百零九条 有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。

股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东会年会的二十日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股份的股份有限公司应当公告其财务会计报告。

第二百一十条 公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。

公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配利润，全体股东约定不按照出资比例分配利润的除外；股份有限公司按照股东所持有的股份比例分配利润，公司章程另有规定的除外。

公司持有的本公司股份不得分配利润。

第二百一十一条 公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

第二百一十二条 股东会作出分配利润的决议的, 董事会应当在股东会决议作出之日起六个月内进行分配。

第二百一十三条 公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款、发行无面额股所得股款未计入注册资本的金额以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他项目, 应当列为公司资本公积金。

第二百一十四条 公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司注册资本。

公积金弥补公司亏损, 应当先使用任意公积金和法定公积金; 仍不能弥补的, 可以按照规定使用资本公积金。

法定公积金转为增加注册资本时, 所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。

第二百一十五条 公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所, 按照公司章程的规定, 由股东会、董事会或者监事会决定。

公司股东会、董事会或者监事会就解聘会计师事务所进行表决时, 应当允许会计师事务所陈述意见。

第二百一十六条 公司应当向聘用的会计师事务所提供真实、完整的会计凭证、会计账簿、财务会计报告及其他会计资料, 不得拒绝、隐匿、谎报。

第二百一十七条 公司除法定的会计账簿外, 不得另立会计账簿。

对公司资金, 不得以任何个人名义开立账户存储。

第十一章 公司合并、分立、增资、减资

第二百一十八条 公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。

一个公司吸收其他公司为吸收合并, 被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并, 合并各方解散。

第二百一十九条 公司与其持股百分之九十以上的公司合并, 被合并的公司不需经股东会决议, 但应当通知其他股东, 其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。

公司合并支付的价款不超过本公司净资产百分之十的, 可以不经股东会决议; 但是, 公司章程另有规定的除外。

公司依照前两款规定合并不经股东会决议的, 应当经董事会决议。

第二百二十条 公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起三十日内，未接到通知的自公告之日起四十五日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

第二百二十一条 公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

第二百二十二条 公司分立，其财产作相应的分割。

公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。

第二百二十三条 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

第二百二十四条 公司减少注册资本，应当编制资产负债表及财产清单。

公司应当自股东会作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起三十日内，未接到通知的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。

第二百二十五条 公司依照本法第二百一十四条第二款的规定弥补亏损后，仍有亏损的，可以减少注册资本弥补亏损。减少注册资本弥补亏损的，公司不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务。

依照前款规定减少注册资本的，不适用前条第二款的规定，但应当自股东会作出减少注册资本决议之日起三十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。

公司依照前两款的规定减少注册资本后，在法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本百分之五十前，不得分配利润。

第二百二十六条 违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

第二百二十七条 有限责任公司增加注册资本时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资的除外。

股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，公司章程另有规定或者股东会决议决定股东享有优先认购权的除外。

第二百二十八条 有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照本法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。

股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照本法设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

第十二章 公司解散和清算

第二百二十九条 公司因下列原因解散：

- （一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- （二）股东会决议解散；
- （三）因公司合并或者分立需要解散；
- （四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- （五）人民法院依照本法第二百三十一条的规定予以解散。

公司出现前款规定的解散事由，应当在十日内将解散事由通过国家企业信用信息公示系统予以公示。

第二百三十条 公司有前条第一款第一项、第二项情形，且尚未向股东分配财产的，可以通过修改公司章程或者经股东会决议而存续。

依照前款规定修改公司章程或者经股东会决议，有限责任公司须经持有三分之二以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东会会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

第二百三十一条 公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司百分之十以上表决权的股东，可以请求人民法院解散公司。

第二百三十二条 公司因本法第二百二十九条第一款第一项、第二项、第四项、第五项规定而解散的，应当清算。董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。

清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。

清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二百三十三条 公司依照前条第一款的规定应当清算，逾期不成立清算组进行清算或者成立清算组后不清算的，利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

公司因本法第二百二十九条第一款第四项的规定而解散的，作出吊销营业执照、责令关闭或者撤销决定的部门或者公司登记机关，可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

第二百三十四条 清算组在清算期间行使下列职权：

- （一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；
- （二）通知、公告债权人；
- （三）处理与清算有关的公司未了结的业务；
- （四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；
- （五）清理债权、债务；
- （六）分配公司清偿债务后的剩余财产；
- （七）代表公司参与民事诉讼活动。

第二百三十五条 清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人应当自接到通知之日起三十日内，未接到通知的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。

在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

第二百三十六条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

第二百三十七条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请破产清算。

人民法院受理破产申请后，清算组应当将清算事务移交给人民法院指定的破产管理人。

第二百三十八条 清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。

清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二百三十九条 公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记。

第二百四十条 公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记。

通过简易程序注销公司登记，应当通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于二十日。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。

公司通过简易程序注销公司登记，股东对本条第一款规定的内容承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。

第二百四十一条 公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满三年未向公司登记机关申请注销公司登记的，公司登记机关可以通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于六十日。公告期限届满后，未有异议的，公司登记机关可以注销公司登记。

依照前款规定注销公司登记的，原公司股东、清算义务人的责任不受影响。

第二百四十二条 公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

第十三章 外国公司的分支机构

第二百四十三条 本法所称外国公司，是指依照外国法律在中华人民共和国境外设立的公司。

第二百四十四条 外国公司在中华人民共和国境内设立分支机构，应当向中国主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件，经批准后，向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。

外国公司分支机构的审批办法由国务院另行规定。

第二百四十五条 外国公司在中华人民共和国境内设立分支机构，应当在中华人民共和国境内指定负责该分支机构的代表人或者代理人，并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。

对外国公司分支机构的经营资金需要规定最低限额的，由国务院另行规定。

第二百四十六条 外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。

第二百四十七条 外国公司在中华人民共和国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。

外国公司对其分支机构在中华人民共和国境内进行经营活动承担民事责任。

第二百四十八条 经批准设立的外国公司分支机构，在中华人民共和国境内从事业务活动，应当遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益，其合法权益受中国法律保护。

第二百四十九条 外国公司撤销其在中华人民共和国境内的分支机构时，应当依法清偿债务，依照本法有关公司清算程序的规定进行清算。未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产转移至中华人民共和国境外。

第十四章 法律责任

第二百五十条 违反本法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上二百万元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

第二百五十一条 公司未依照本法第四十条规定公示有关信息或者不如实公示有关信息的，由公司登记机关责令改正，可以处以一万元以上五万元以下的罚款。情节严重的，处以五万元以上二十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百五十二条 公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，可以处以五万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，处以虚假出资或者未出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百五十三条 公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

第二百五十四条 有下列行为之一的，由县级以上人民政府财政部门依照《中华人民共和国会计法》等法律、行政法规的规定处罚：

- (一) 在法定的会计账簿以外另立会计账簿；
- (二) 提供存在虚假记载或者隐瞒重要事实的财务会计报告。

第二百五十五条 公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百五十六条 公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额百分之五以上百分之十以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百五十七条 承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料或者提供有重大遗漏的报告的，由有关部门依照《中华人民共和国资产评估法》、《中华人民共和国注册会计师法》等法律、行政法规的规定处罚。

承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

第二百五十八条 公司登记机关违反法律、行政法规规定未履行职责或者履行职责不当的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予政务处分。

第二百五十九条 未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，可以并处十万元以下的罚款。

第二百六十条 公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，公司登记机关可以吊销营业执照，但公司依法办理歇业的除外。

公司登记事项发生变更时，未依照本法规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以一万元以上十万元以下的罚款。

第二百六十一条 外国公司违反本法规定，擅自在中华人民共和国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处五万元以上二十万元以下的罚款。

第二百六十二条 利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的，吊销营业执照。

第二百六十三条 公司违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。

第二百六十四条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第十五章 附 则

第二百六十五条 本法下列用语的含义：

（一）高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

（二）控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额超过百分之五十或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过百分之五十的股东；出资额或者持

有股份的比例虽然低于百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东。

（三）实际控制人，是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

第二百六十六条 本法自 2024 年 7 月 1 日起施行。

本法施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内；对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。

转载自：最高人民法院司法案例研究院公众号

《最高人民法院审理劳动争议案件

适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》意见反馈



习近平总书记在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告中阐述了“守正”与“创新”的关系，《征求意见稿》应当“以法律为准绳”，不应进行与法律、法规相悖的解释。在中央经济工作会议强调“提振信心”、解决“社会预期偏弱”是今后的一项重要工作内容时，《征求意见稿》的部分“创新”内容不利于激发经济活力、提振经济信心，应当更多强调“守正”价值。上海市劳动和社会保障学会劳动法专委会委托上海保华律师事务所提供初稿并经负责人修改，提供以下的反馈意见。

【原文】第一条【股权激励争议的受理】用人单位基于劳动关系以股权激励方式为劳动者发放劳动报酬，劳动者请求用人单位给付股权激励标的或者赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议，但因行使股权发生的纠纷除外。当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理。

【反馈意见】草案与现行劳动法、民法、公司法、破产法等法律规定及规则冲突，且仅规定股权激励受理问题而缺乏配套审理规则，受理范围表述不清，具体如下：

草案将股权激励定性为劳动报酬改变现有法律体系对劳动报酬和股权的基本定性。股权系按照按资分配的原则进行调节，其价值由市场直接进行确定；而劳动报酬属于劳动者付出的劳动的对价，在劳动过程中，按照按劳分配的原则进行调节。显然，“股权”与“劳动报酬”不能划上等号。

对何为“股权”，《民法典》及《公司法》将其定义为“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。虽然股权激励在表现形式上多种多样，包括股票、期股、期权、限制性股票，虚拟股权等不同形式，但按照《上市公司股权激励管理办法》第二条对股权激励的定义，其本质上仍属于公司股票的一种。此外，从《公司法》第一百四十二条对于本公司股票回购的规定来看，公司用于员工持股计划或者股权激励的，与其他各种情形并列，也没有规定员工股权激励与公司的其他股权之间有什么特殊区别。可以看出，在公司法、证券法领域，将员工股权激励视为公司股份的一部分，按照同股同权原则享受相应权利是一种普遍的表达。股权激励所涉股权与其他股权没有任何不同之处，不能刻意

将其分离出来。

对何谓“劳动报酬”，自《劳动法》1995年实施以来，在劳动立法相关文件中一直理解为工资，《劳动部关于〈劳动法〉若干条文的说明》等一系列文件中均有规定，且《劳动法》第五十条及相关配套文件均规定工资必须以货币形式支付，以实物、有价证券发放工资行为实质上属于违法行为。在劳动法律领域，劳动报酬应限于工资范畴，不应扩大理解，刻意加入不相干的内容。

草案将上述两个概念相混淆，可能带来诸多的混乱：

第一，股票作为一种有价证券，如认可其属于一种劳动报酬予以发放，本身就涉嫌违法，会给劳动者利益带来重大损害。

第二，会对现有劳动法律制度带来冲击。例如，股票如被认为属于劳动报酬，在经济补偿金、社保基数的计算问题上，是否要被纳入基数？如这些问题未能妥善解决，将引发混乱。

第三，公司股权也有一套自己的法律规则，贸然将劳动报酬的规则引入，可能引发适用上的混乱。例如《企业破产法》中，员工工资享有优先受偿的权利。如果员工的股权激励也被视为劳动报酬的一种，那是否意味着这部分股权可以优先于其他股权受偿？是否会影响同股同权的基本原则？又例如《上市公司股权激励管理办法》中，当上市公司的股权激励不符合法律规定的情况下，上市公司应当终止实施股权激励。如果一旦将股权激励视为劳动报酬，那么股权激励终止的情况下，是否意味着用人单位属于未足额支付劳动报酬呢？在现有的法律框架内，这些问题都无法得到满意的答案。

第四，股权激励原本有属于自己的程序法与实体法，劳动争议也有自己特殊的程序法以及实体法。草案将股权激励从原本的诉讼程序中脱离出来，放到劳动争议的程序中进行处理，抛弃了司法实践中已经形成的对股权激励的审理规则，反而使得本来已经形成一定规则的问题变得没有规则。同时，劳动争议的程序法也难以与股权激励案件相适配。例如，劳动仲裁仅有45到60天的审限，在这么短的时间内，很难对复杂的股权问题进行充分的审理，最终劳动仲裁程序只会流于形式。

第五，目前司法实践对股权激励是否按劳动争议受理分歧较大，缺乏共识。即便在少数已经将股权激励引如劳动争议进行受理地区当中，实际裁判结果也不统一。最高院试图通过司法解释，将一个在少数地区内部都无法统一的问题在全

国范围进行强行统一，只会进一步加剧混乱。

此外，草案本条的文字表述也存在诸多不清楚的地方。例如，草案规定“给付”股权激励的纠纷属于劳动争议，而“行使”股权发生的纠纷不属于劳动争议。此处“给付”、“行使”的概念不清，也没有明确的法律依据。在实践中，劳动者对股权激励往往享有请求行权、出售股权、获得分红，甚至以股东的身份参与经营管理、行使投票权、知情权等多种权利。草案本条未能明确区分究竟哪些属于“给付”，哪些属于“行使”，未来必然应发纠纷。上述权利也无法被简单纳入“给付”和“行使”的框架内。同样的，草案还规定“赔偿股权激励损失发生的纠纷属于劳动争议”，此处“损失”一词指向不清，是否对应股票价值的盈亏？如果是这个意思，由于股票价值本身受到市场波动影响，这与劳动报酬的含义完全不同。会带来极大的不确定和不安定。

总之，劳动报酬属于劳动法律中的重要法律概念，如需更改数十年形成的共识，需要将来以立法形式对此进行明确，同时也需要其他部门法律进行配合，而非以司法解释的方式进行明确。

【修改建议】

建议删除本条。用人单位实施股权激励一般针对中高层管理人员和技术人员等核心群体，对此政策较为敏感。在缺乏共识、没有具体审理规则的情况下简单规定按劳动争议受理，容易导致用人单位对司法口径不了解从而停止或暂缓实施股权激励，反而损害劳动者的利益。建议法院根据此前处理此类案件民商事审判庭或劳动争议审判庭的审理经验进行汇总论证，形成广泛接受的共识后再出台针对股权激励常见争议的具体审判规则，在本次草案中先行删除本条。

【原文】第三条【诉讼中的仲裁时效抗辩之二】当事人在仲裁期间未提出仲裁时效抗辩，在一审期间提出仲裁时效抗辩的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已超过仲裁时效期间的情形除外。
当事人未按照前款规定提出仲裁时效抗辩，以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

【反馈意见】 草案忽视了仲裁程序中可能存在当事人无法提出时效抗辩情形。

1、《劳动争议调解仲裁法》第二十九条、第四十三条规定了当事人可在劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定、逾期未作出仲裁裁决的情况下向人民法院提请诉讼。此时另一方当事人存在或可能存在无法在仲裁期间提出仲裁时效抗辩。草案仅简单规定仲裁期间未提出时效抗辩则不支持在诉讼期间提出，未考虑此类情形，应予以补充。

2、草案第一款规定的是未提出仲裁时效抗辩情形，并未规定如何提出仲裁时效抗辩；第二款用“未按照前款规定提出仲裁时效抗辩”的表述引用第一款，指向不明，反而易造成误解。

【修改建议】

1、第一款追加仲裁阶段完成开庭审理这一前提；

2、第二款中的“未按照前款规定”改为“按照前款规定在仲裁或一审期间未提出有效的仲裁时效抗辩”。

【根据建议修订后的条款参考】

第三条**【诉讼中的仲裁时效抗辩之二】**劳动争议案件仲裁阶段已完成开庭审理，且当事人在仲裁期间未提出仲裁时效抗辩，在一审期间提出仲裁时效抗辩的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已超过仲裁时效期间的情形除外。

当事人按照前款规定未在仲裁或一审期间提出有效的仲裁时效抗辩，以仲裁时效期间届满为由申请再审或者提出再审抗辩的，人民法院不予支持。

【原文】第五条**【特殊劳动报酬的仲裁时效】**劳动者主张用人单位支付未休年休假工资报酬、加班费的仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第四款规定的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案对“未休年休假折算”适用特殊时效，系对“未休年休假”的性质的认定错误，与国务院、人社部的相关规定冲突。具体而言：

1、从概念辨析来看，支付劳动报酬系劳动的对价，是用人单位的一项法律义务，也是劳动者的权利。根据国务院《职工带薪年休假条例》第五条以及人社部《企业职工带薪年休假实施办法》第十条的规定，年休假作为一种权利，劳动者本人可以放弃，此时劳动者正常提供劳动，用人单位正常支付工资。因此从法律义务的角度来看，劳动报酬遵循按劳分配的原则，一份劳动对应一份报酬。对于支付劳动报酬的法律义务，可以根据法律的特殊规定适用特殊时效。

但 200%的年休假补偿不是法律义务，它是在用人单位没有履行安排年休假的法律义务的情况下，用人单位承担的一项法律责任，这种责任是以惩罚性赔偿为特点的法律义务。对于惩罚性赔偿，只能适用一般时效的规定。

2、从理论定性来看，惩罚性赔偿的法律责任主要出现在英美法系中，这是一种由于行政处罚制度不发达而建立起来的法律制度，且即便在英美法系中，也不在劳动法领域内适用惩罚性赔偿。而在大陆法系中，损害赔偿以填平损失为原则，惩罚性赔偿被视为不当得利，不应当被适用。可见，无论在英美法系还是大陆法系，都不在劳动法领域适用惩罚性赔偿。我国作为大陆法系国家，在劳动法领域引进了惩罚性赔偿，是一种特殊例外，更应谨慎对待，在没有明确规定的情况下，不宜通过司法解释擅自扩大其范围。草案对惩罚性赔偿的时效限制进行放开，没有法律依据。

3、从司法实践而言，对未休年休假视为补偿按一般时效计算本已在较为广泛的范围内形成共识，全国主要地区的法院判例和裁审指引中多对年休假工资争议按一般仲裁时效处理，最高人民法院民一庭以往出版的著作中对未休年假工资也按补偿理解。

4、从社会效果而言，可能出现用人单位和劳动者双输局面。草案的规定如果实施，必然将刺激年休假争议大幅度增加，增加用人单位的处理争议成本。然而从实操层面来分析，劳动者真正可以获得补偿预计有限，毕竟用人单位考勤记录、工资支付记录的保存时间有限，而劳动者的举证能力亦受到限制，超过 2 年的休假工资得到支持的概率较低。劳动争议大量增加，而用人单位和劳动者均疲于讼累，反而不利于劳动关系的和谐。

【修改建议】

在本条关于劳动报酬的仲裁时效的条款中删除“未休年休假工资报酬”的部

分。

【根据建议修订后的条款参考】

第五条【劳动报酬的特殊仲裁时效】用人单位拖欠劳动者加班费的，劳动者主张仲裁时效适用劳动争议调解仲裁法第二十七条第四款规定的，人民法院应予支持。

【原文】第六条【达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者的权益保护】达到法定退休年龄但是尚未享受基本养老保险待遇的劳动者为用人单位提供劳动，劳动者请求参照适用劳动法律法规处理劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动保护、职业危害防护以及工伤保险待遇等争议的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案对达到法定退休年龄劳动者可享受的权利表述不清，既与《劳动合同法实施条例》第二十一条的规定相抵触，同时也与草案第二十一条相冲突。具体如下：

1、《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。该条文是国务院基于劳动合同法第四十四条第（六）项的授权进行的规定，合法有效，应予适用。当劳动合同发生终止情形时，劳动合同无需双方做出任何意思表示即自动终止。劳动合同终止之后，双方继续用工的，则建立劳务关系，双方的权利义务按照约定执行。但草案本条将本应由双方协商确定的待遇转变为了法定待遇，超越了司法解释的权限，与《劳动合同法实施条例》第二十一条的规定相抵触。

2、本条文与本草案第二十一条的规定也前后矛盾，存在逻辑混乱。草案第二十一条将“劳动者达到法定退休年龄的”视为劳动关系无法继续履行的一种情形。如果劳动者一方依据本条主张劳动关系下的各项待遇，而用人单位一方依据草案第二十一条主张双方已不存在劳动合同的，法院将无法处理。

【修改建议】

建议删除本条。对于超过法定退休年龄但是尚未享受养老保险待遇的劳动者的权益保护，应当由立法部门另行就专门的问题（例如是否能够参与工伤保险）

予以研究解决。

【原文】第七条【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求确认承包人为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

第八条【被挂靠单位的劳动关系】不具备用工主体资格的组织或者个人挂靠其他单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位为承担用工主体责任单位，承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案第七、八条使用“用工主体责任”一词，是一个不规范的提法，不应滥用，同时本条也违反了《劳动合同法》第九十四条的规定。

1、“用工主体责任”是一个极不规范的提法，用工主体是一个主体概念，不是一个法律责任的概念，不应直接与责任相联系。“用工主体责任”一词第一次出现是在2005年原劳社部《关于确立劳动关系有关事项的通知》中，当时是在解决农民工“清欠”问题这一大背景下，有限度地使用这一特殊措辞，但在后续的一些文件中被滥用，导致了含义不明确，带来许多问题，需要警惕。现在不应该再通过司法解释进一步扩大这种混乱。

2、“用工主体责任”和劳动关系义务究竟是什么关系，目前并不明确。“用工主体责任”是否等同于劳动关系义务，还是只是部分劳动关系义务？如果是部分劳动关系义务的，那应当涵盖哪部分义务？如果“用工主体责任”是全部或部分的劳动关系义务的，那是否意味着即便双方没有建立劳动关系合意，也会存在“用工主体责任”，进而由单位承担部分或全部的劳动关系下的责任？这一问题目前已经给司法实践带来了巨大混乱。

3、本条款与《劳动合同法》第九十四条也不相符。现行法规出于给劳动者最基本的救济目的，让承包人、被挂靠单位承担支付工资、给予部分工伤保险待遇的替代责任，并规定其承担责任后向实际用工主体予以追偿。但《劳动合同法》第九十四条及相关法规规定承包人、被挂靠单位所承担的责任应仅是“连带责任”，

而连带责任表现为一种纯粹的财产性责任，与人身性、财产性兼具的用人单位责任明显不同。而草案中使用了“用工主体责任”一词，使一个清晰概念变得模糊，与现行法律规定抵触。

【修改建议】

1、建议删除“用工主体责任”这一不规范的说法，删除“承担支付工资、给予工伤保险待遇等用工主体责任的”中的“等”字。明确承包人、被挂靠人承担的是“连带责任”。

2、明确承包人、被挂靠单位的追偿权利。

【根据建议修订后的条款参考】

第七条【转包或者分包的劳动关系】具备用工主体资格的承包人将承包业务转包或者分包给不具备用工主体资格的组织或者个人，该组织或者个人招用的劳动者请求承包人与转包或分包的组织或个人承担支付工资、给予工伤保险待遇的连带责任的，人民法院应予支持。承包人承担责任的，可向转包或分包的组织或个人追偿。

第八条【被挂靠单位的劳动关系】不具备用工主体资格的组织或者个人挂靠其他单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位与挂靠组织或个人承担支付工资、给予工伤保险待遇的连带责任的，人民法院应予支持。被挂靠单位承担责任的，可向挂靠的组织或个人追偿。

【原文】第九条【混同用工】被多个用人单位交替或者同时进行用工的劳动者请求确认劳动关系的，按照下列情形分别处理：

（一）已订立书面劳动合同，劳动者请求按照劳动合同确认劳动关系的，人民法院应予支持；

（二）未订立书面劳动合同，劳动者请求确认劳动关系的，人民法院可以根据用工管理行为、工作时间、工作内容、工资报酬发放、社会保险缴纳等因素予以确认。

劳动者请求用人单位共同承担责任的，人民法院应予支持，但用人单位之间依法

对劳动者的工资报酬、福利待遇等作出约定且经劳动者同意的除外。

【反馈意见】草案在劳动关系的确认、混同用工的处理以及文字表述上均与现行法律存在一定冲突，具体如下：

1、草案与《劳动法》存在冲突。对于劳动关系的确认，既涉及劳动法的规定，也涉及原劳社部的配套规定。《劳动法》第十六条规定，“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。建立劳动关系应当订立劳动合同。”因此，从劳动法的角度来看，确认劳动关系只有一个标准，即双方书面合意，因此草案第一款规定正确。在双方没有书面劳动合同的情况下，则涉及事实劳动关系的认定。原劳社部《关于确立劳动关系有关事项的通知》对事实劳动关系的认定提出了五个要件的标准：第一，双方存在用工合意¹；第二，主体资格²；第三，人格从属性³；第四，经济从属性⁴；第五，组织从属性⁵，根据这些标准来判断双方建立劳动关系的合意。这属于原劳社部对《劳动法》第十六条的进一步解释，与法律并不冲突。本条中提到的混同用工的情形，都应当依据上述标准确定真实的劳动关系主体。而草案本条第二款的规定未强调建立劳动关系的合意问题，仅通过管理行为、工作时间、工作内容、工资报酬发放等几项独立的因素进行判断，容易导致错误。

2、草案与《劳动合同法》存在冲突。对于存在多个单位混同用工的情况，现行法律中本身就规定了非全日制交替用工、派遣用工，而最高院又曾对挂靠用工进行了规定，上述三种模式基本涵盖各种混同用工的情况，对于各种情况下如何承担责任也有明确规定。草案规定了一种新的用工形式，要求“用人单位共同承担责任”，缺乏法律依据，容易导致混乱。

3、草案与《劳动争议调解仲裁法》存在冲突。《劳动争议调解仲裁法》第二条规定，用人单位与劳动者双方均可申请确认劳动关系。现在草案仅规定劳动者可以提前申请，与法律不符。

【修改建议】

¹ 即用人单位存在“招用劳动者”的行为。

² 即用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。

³ 即用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理。

⁴ 即劳动者从事用人单位安排的有报酬的劳动。

⁵ 即劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

1、建议草案第一款不要仅强调“劳动者”作为请求确认劳动关系的主体，用人单位和劳动者任一方请求确认劳动关系的，均可按该条意见审理。

2、建议草案第一款第二项强调建立劳动关系的合意问题，或干脆直接引用《关于确立劳动关系有关事项的通知》的规定即可。

3、建议草案第二款的责任承担应按劳动关系建立与否进行区分，建立劳动关系的为用人单位，承担法律规定的用人单位责任；未建立劳动关系的单位，根据非全日制交替用工、派遣用工、挂靠用工等不同情况依法承担相应的责任。

【根据建议修订后的条款参考】

第九条【混同用工】多个单位交替或者同时使用劳动者，当事人请求确认劳动关系的，按照下列情形分别处理：

（一）已订立书面劳动合同，当事人请求按照劳动合同确认劳动关系的，人民法院应予支持；

（二）未订立书面劳动合同，当事人请求确认劳动关系的，人民法院可以根据相关法律法规或部门规章的规定予以确认。

劳动者请求多个单位共同承担责任的，由建立劳动关系的用人单位依法承担责任，其他单位根据实际情况依法承担相应的责任。

【原文】第十条【外国企业及常驻代表机构主体资格】依法设立的外国企业常驻代表机构可以作为劳动争议案件的当事人。

当事人依法申请追加外国企业为当事人的，人民法院应予支持。

【反馈意见】本条与国务院规定相抵触,突破《劳动法》和《劳动合同法》适用主体的规定，将非法用工作为合法劳动关系。

《国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》第十一条规定“常驻代表机构租用房屋、聘请工作人员，应当委托当地外事服务单位或者中国政府指定的其他单位办理”。按照现行法规，常驻代表机构不具备与劳动者之间建立劳动关系的主体资格，自然也不宜作为劳动争议案件当事人。之所以如此规定，是由于法律主体应当具备承担义务和责任的能力，如果不能承担相应的责任，会给

劳动者的利益带来重大风险。因此，我国劳动法在对用工主体范围的界定中，划定了一条绝对的底线和一条相对的底线，绝对底线即合法用工主体须在“境内”，相对底线即用人单位需具备“经营资格”。外国企业常驻代表机构本身缺乏独立承担法律责任的能力，其公司主体在境外，承担风险的能力也在境外。

《劳动法》和《劳动合同法》均规定适用主体为“中华人民共和国境内的”用人单位，并不适用于境外的外国企业。《劳动合同实施条例》第四条虽将法人的分支机构列为用人单位，但这种扩大仅限于境内分支机构，而绝对的底线是不能被突破的。一旦允许外国企业直接成为用工主体，则会将劳动者置于复杂的跨国诉讼之中。在跨国诉讼中，我国的劳动法能否适用本身也会受到质疑。因此，为了解决风险承担的问题，同时满足外国企业及常驻代表机构的用工需求，劳务派遣制度被引入。即便境外企业代表机构不复存在或者无法承担法定的责任，劳动者至少还可以向境内的劳务派遣单位主张权利，消除了劳动者可能面临的跨国诉讼风险，劳动者的权益从而得到切实保障。

在目前这种用工模式没有发生实质性变化的情况下，草案如此规定与现行法律不符，且也不存在可操作性。

【修改建议】

建议本条明确外国代表机构仅在通过外事服务机构和劳动者建立法律关系时可作为劳动争议案件当事人。外国企业或其常驻代表机构直接聘用劳动者的，不应按劳动争议处理，如发生纠纷可按雇佣关系处理。

【根据建议修订后的条款参考】

第十条【外国企业及常驻代表机构主体资格】外国企业在中国境内依法设立的代表机构依法通过外事服务机构聘用劳动者的，该常驻代表机构可以作为劳动争议案件的当事人。

外国企业或其常驻代表机构未依规定通过外事服务单位而直接招用劳动者形成的用工关系，按雇佣关系处理。

【原文】第十七条【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用

人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持：

（一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上，延长期限届满的；

（二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的；

（三）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同，期限届满的；

（四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同，期限届满的。

【反馈意见】草案第十七条第（三）项不符合《劳动合同法实施条例》第十条的规定，未排除因劳动者本人原因而造成的劳动合同主体变化情况，具体而言：

1、《劳动合同法实施条例》第十条规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的，劳动者在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位的工作年限。”《劳动合同法实施条例》强调的是“劳动者非因本人原因”所造成的用人单位变动，才会被认定为工龄应该接续，保护劳动者连续工龄所带来的利益。如劳动者出于本人原因或意愿变换用人单位，是劳动者权衡利弊后，对自己在原单位工龄利益予以放弃，这是劳动者权利自治的体现，并未侵犯劳动者的利益，故不应认定为工龄连续计算。按此立法精神审视草案第十七条第（三）项，只有非劳动者本人原因所造成的“劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同”，才会侵害到劳动者被认定为“连续订立二次固定期限劳动合同”（继而符合签订无固定期限劳动合同的条件）的利益，或者说才会被认定为用人单位是在故意规避与劳动者“连续订立二次固定期限劳动合同”，此种情况才需要法律进行规制。如果是出于劳动者本人原因或意愿的变换用人单位，法律不应也不宜过多进行管制，强行认定劳动者与新用人单位第一次订立的劳动合同属于“连续订立二次固定期限劳动合同”。

2、草案第十七条第（三）项的规定可能是参照了《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十六条的规定，但该规定本身就过于绝对化地把“劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位”的情况一律认定为“劳动者非因本人原因”，完全排除了劳动者自行处分自己权利的可能性，反而给劳动者继续就业带来不利影响。本次草案不应在之前有异议的司法解释的基础上，继续延续这种有争议的认识方式，

将工龄连续认定的问题扩展到“连续订立二次固定期限劳动合同”认定的问题。

3、实践中，“劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位”的情况，常见于劳务派遣或劳务外包人员。劳动者为获得更好的待遇而希望转正，而用工单位或发包由于对其更为熟悉，也会倾向于给与更优先机会。此种情况下劳动者其实是出于本人原因或意愿变换用人单位，对劳动者是获益行为。如果根据草案规定将此种情形认定为“连续订立二次固定期限劳动合同”，则用工单位或外包单位必然会考虑由此带来的成本，劳动者的就业优势反而变为就业劣势，这种管治对于劳动者自治权的剥夺，反而侵害了劳动者的权益。即使是在关联企业间转换劳动关系，也不能排除是出于劳动者本人原因或意愿而进行（为了更好的就业机会或待遇）。故司法审查不能仅依据“劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作”的表象做出认定，而应查明是否是出于劳动者本人原因或意愿。

4、从文字表述而言，“双方通过交替变换用人单位名称再次订立劳动合同”的表述不清晰，也与实际立法需要不符。这里的“双方”指代不清，如果是指劳动者和用人单位，那么没有第三方的参与，则无法实现“交替变换用人单位”的目的。如果“双方”是指劳动者和另外数家用人单位的实控人，则从条文原文又无法直接得出此结论。

5、实践中亦有发生劳动合同履行期间用人单位发生主体变化，此时新用人单位承继原用人单位权利义务并重签劳动合同，但新劳动合同期满时间与原劳动合同期限一致，此时应按劳动合同变更处理更为合理，不应增加劳动合同签订次数。

【修改建议】

1、建议草案删除第十七条第（三）项，或者修改第十七条第（三）项，引入“因劳动者本人原因”的除外情况。

2、明确对用人单位发生变化但劳动合同期满时间不变的，不计算劳动合同签订次数。

【根据建议修订后的条款参考】

第十七条【劳动合同的续订】符合下列情形之一，劳动者主张已经与用人单位连续订立二次固定期限劳动合同的，人民法院应予支持：

（一）用人单位与劳动者协商延长劳动合同期限累计达到一年以上，延长期限届满的；

（二）用人单位与劳动者约定劳动合同期满后自动续延，续延期限届满的；

（三）非因劳动者本人原因，劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位，再次订立劳动合同的；

（四）以其他违反诚信原则的规避行为再次订立劳动合同。

劳动者与用人单位再次订立劳动合同，劳动合同期满时间不变或延长不超过 1 年的，不计入连续订立固定期限劳动合同次数。

【原文】第十九条【劳动者违反竞业限制约定应承担的责任】竞业限制条款约定的竞业限制范围、地域、期限等内容应当与劳动者知悉、接触的商业秘密和与知识产权相关的保密事项、具有的商业价值和形成的竞争优势相适应。劳动者违反竞业限制约定，用人单位按照约定依法要求劳动者返还违反竞业限制约定期间已经支付的经济补偿、支付违约金的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案对用人单位与劳动者约定竞业限制的权利予以限制已经同法律规定抵触；其对竞业限制经济补偿返还的约定要求有违经济补偿的法律性质。

1、草案限制了用人单位与劳动者在竞业限制范围、地域和期限方面的约定权利，同现有法律抵触。《劳动合同法》第二十四条明确规定，竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，不违反法律、法规的规定即可，对竞业限制期限规定不得超过二年。草案在法律规定之外对当事人的约定权利附加限制条件缺乏依据。

2、从合理性而言，草案附加条件在实践中也难以确定审查口径，易导致纠纷。草案规定的“商业秘密”、“保密事项”、“商业价值”“竞争优势”，与竞业限制期限本无对应关系；在现有的技术条件下，地域也难以成为避免竞业的物理阻隔，作为附加条件反而易导致劳动者及其新入职的用人单位借助地域限制条款直接违反竞业限制约定；竞业范围与当事人所知晓的“商业秘密”、“保密事项”相关似有合理性，但劳动者在任职期间除其所在的岗位之外难免和单位其他人员接触，是否知悉、接触其他人的“商业秘密”与“保密事项”可以合理怀疑但难以查实，

如将此作为法院严格审查要求并要求用人单位举证，显然用人单位难以做到，从而增加商业秘密泄露风险，不利于正常的市场竞争。如需遏制用人单位不适当扩大竞业限制行为，可对用人单位实际的业务范围进行合理审查。

3、草案设定“劳动者返还违反竞业限制约定期间已经支付的经济补偿”的前提为“用人单位按照约定依法要求”，该表述将双方有约定返还条款作为返还经济补偿的前提，系对经济补偿性质认定错误。用人单位向劳动者支付竞业限制补偿金的前提是劳动者履行了竞业限制义务，在劳动者违约的情况下，无论是否存在约定，基于其未履行合同义务，基于履行合同义务所获得的“对价”即应返还。对违约行为，司法部门不应纵容其获得不当利益。

【修改建议】

1、建议删除草案在法律规定条件之外对期限和地域的限制，对竞业限制范围可以进行合理审查。

2、对于用人单位主张劳动者返还已经支付的经济补偿的，删除需双方事先有约定的限制条件。

【根据建议修订后的条款参考】

第十九条【劳动者违反竞业限制约定应承担的责任】劳动者主张竞业限制条款约定的竞业限制范围不合理的，可以结合用人单位的经营范围、劳动者知悉或接触的商业秘密范围、与知识产权相关的保密事项予以认定。劳动者违反竞业限制约定，用人单位依法要求劳动者返还违反竞业限制约定期间已经支付的经济补偿、按照约定支付违约金的，人民法院应予支持。

【原文】第二十条【用人单位单方调整工作岗位、工作地点的审查标准】劳动者因用人单位单方调整工作岗位、工作地点发生的劳动争议，用人单位对调整工作岗位、工作地点的合法性负举证证明责任。

劳动者主张调整工作岗位、工作地点违法，有下列情形之一的，人民法院应予认定：

（一）不符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度规定的；

(二) 非出于用人单位生产经营客观需要的；

(三) 劳动者的工资及其他劳动条件存在不利变更且未提供必要协助或者补偿措施的；

(四) 劳动者客观上不能胜任调整后的工作岗位的；

(五) 存在歧视性、侮辱性等情形的；

(六) 违反法律、行政法规等规定的。

用人单位违法调整工作岗位、工作地点，劳动者以用人单位不提供劳动条件为由，要求解除劳动合同并支付经济补偿的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案本条笼统的将所有违法调岗的法律后果都以经济补偿金来处理，实际上扩大了推定解雇的范围，混淆了协商调岗、履行性调岗、情势变更调岗的不同情形，易造成理解歧义和适用混乱，应当对三种调岗进行分别规定。具体而言：

1、根据《劳动合同法》第三十八条的规定，“违法调整工作岗位、工作地点”并不是推定解雇的法定情形之一。工作岗位、工作地点调整也未必和解雇直接挂钩，不应该简单的适用经济补偿金。草案所列举的情况应当分别按照协商调岗、履行性调岗、情势变更调岗进行具体分析。

2、情势变更调岗，即用人单位依据《劳动合同法》第四十条的法律规定，在出现法定的三种情况下（医疗期满、不能胜任、客观情况发生重大变化），都应当理解为情势变更，用人单位可以安排调整岗位，如果双方不能达成一致的，劳动合同可以解除。情势变更调岗涉及三个环节，在不同环节举证责任并不相同：第一步，对于情势变更的存在，用人单位应当承担举证责任。法院对此进行合法性认定。第二步，用人单位对调岗的合理性承担举证责任，只要新岗位具有合理性，完全可以对劳动者的工资及其他劳动条件进行不利变更。例如，因劳动者患病或者不能胜任调岗的，新岗位必然会对工作内容进行调整，对劳动报酬进行降低符合同工同酬的原则，同时，劳动者认为调岗不合理的，对不合理性负有举证责任。第三步，双方未就调岗协商达成一致的，劳动合同解除，法院根据双方过错进行认定，如果法院最终支持劳动者的，则要么继续履行劳动合同，要么要求用人单位支付赔偿金；如果法院支持用人单位的，则用人单位支付补偿金。

3、履行性调岗，即双方依据劳动合同，用人单位基于用工自主权进行的管理

性调岗。对于履行性调岗，可能会发生用人单位违反劳动合同，对劳动者的工资及其他劳动条件进行不利变更，或者新岗位存在歧视性、侮辱性等情况，也可能发生劳动者拒绝合理调整岗位，拒绝到新岗位提供劳动的情况。在发生争议的时候，适用谁主张，谁举证的原则，双方都应当承担举证责任。法院如果支持用人单位的，劳动者往往承担违纪责任；支持劳动者的，一般是恢复劳动者原岗位，并不涉及经济补偿金。

4、协商调岗，即双方依据《劳动合同法》第三十五条对劳动合同约定的内容进行变更。在双方协商一致的情况下，只要不违反法律强制性规定，任何调整均属于双方意思自治的范围，不需要司法机关介入。草案本条未限制协商调岗的情形，属于正确。

【修改建议】

1、建议草案首先明确用人单位的调岗合法权利，除依据《劳动合同法》第四十条外，亦可根据生产经营需要进行履行性调岗。

2、对用人单位因生产经营需要合理调整工作岗位和工作地点的，草案可对合理性规定认定标准，此种认定不应强调绝对客观标准而排除合理的管理需要。例如将“用人单位生产经营客观需要”改为“用人单位生产经营合理需要”，“劳动者客观上不能胜任调整后的工作岗位的”改为“劳动者无法从事的”，将“劳动者的工资及其他劳动条件存在不利变更”改为根据是否“对劳动报酬及其他劳动条件产生较大不利影响”，“虽有不利影响，用人单位是否提供必要协助或补偿措施等”认定。

3、对用人单位调整不合理的，不应直接按推定解雇处理，可改成“劳动者可以要求用人单位按劳动合同约定履行”；“如用人单位拒不按劳动合同约定履行，符合《劳动合同法》三十八条规定情形的，劳动者可以依法解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十条【用人单位单方调整工作岗位、工作地点的审查标准】除《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定的用人单位可以单方调整劳动者工作岗位的法定情形外，用人单位可以按劳动合同约定或者规章制度规定对劳动者工作岗位进行

调整。如劳动合同无约定或者规章制度未规定，但确属用人单位生产经营需要，用人单位可对工作岗位、工作地点予以合理调整。

用人单位根据生产经营需要调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，为用人单位合法行使用工自主权：

- （一）出于生产经营合理需要的；
- （三）调整未对劳动报酬及其他劳动条件产生较大不利影响，或虽有不利或不便调整，用人单位已提供必要协助或补偿措施的；
- （四）不存在劳动者无法从事情形的；
- （五）不存在歧视性、侮辱性情形的；
- （六）不违反法律、行政法规规定的。

用人单位违法调整工作岗位、工作地点的，劳动者可以要求用人单位按劳动合同约定履行；如用人单位拒不按劳动合同约定履行，符合《劳动合同法》三十八条规定情形的，劳动者可以依法解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿。

【原文】第二十一条 【无法继续履行劳动合同的情形】用人单位违法解除或者终止劳动合同后，有下列情形之一的，可以认定为劳动合同法第四十八条规定的“劳动合同已经不能继续履行”：

- （一）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中期满且不存在应当依法续签、续延劳动合同情形的；**
- （二）劳动者达到法定退休年龄的；**
- （三）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；**
- （四）用人单位被宣告破产的；**
- （五）用人单位解散的，但因合并或者分立需要解散的除外；**
- （六）劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系，对完成用人单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不与其他用人单位解除劳动合同的；**
- （七）存在劳动合同客观不能履行的其他情形的。**

【反馈意见】草案对于实践中常见的岗位撤销、信赖基础丧失等导致劳动合同不能继续履行的情形未做规定，对继续履行附加了不切合实际的认定条件，实践中

难以执行。具体而言：

1、现行法律对“劳动合同已经不能继续履行”的情形虽未具体规定，但一般认为除了草案第二十一条第（一）至（六）项已列明的客观情形，司法实践中常见的主流情形还包括“岗位撤销”和“岗位被替代”。例如公司解除总经理劳动合同后又任命了新的总经理，如让原总经理恢复劳动关系继续履行显然丧失现实基础。当然，为了避免用人单位的恶意规避行为，可以对此两种情形附加更具体的认定条件，不应回避列明这两种常见情形，而将其笼统地归于“劳动合同客观不能履行的其他情形”。

2、草案第二十一条仅规定劳动合同客观不能履行的情形，但是，实践中，“信赖基础丧失”这一重要的主观原因所导致的劳动合同客观不能履行情形不应被回避。首先，劳动关系兼具人身属性与经济属性，劳动者和用人单位之间的关系不仅仅表现为劳动者付出劳动力并获得对价，同时还需以双方合作互信为基础。双方已经失去了合作互信的基础的情况下，强制用人单位继续履行与劳动者的劳动合同，不利于和谐劳动关系的建立，也会给判决执行带来实际困难。其次，目前全国各地法院在审判实践中，也经常把“丧失信赖基础”作为劳动合同无法履行的原因，这已经成为一种较为广泛的司法实践共识。最后，“丧失信赖基础”虽然目前没有明确的法律定义，但是，完全可以由法官行使自由裁量权进行审查（这也是目前的实践做法），或者以后出台相应的补充规定。目前实践中，法官通常认为在如下情况下劳资双方信赖基础丧失：（1）试用期内发生争议；（2）双方反复、大量发生争议；（3）劳动者从事高度敏感、机密，影响重大的工作，不再被单位信任；（4）劳动者属于高级管理人员，不再被单位信任；（5）劳动者与单位管理人员之间存在严重对抗行为，不再被单位信任。我们应信赖法官自由裁量权的行使完全可以审慎严谨的，也是可以后续补充规定所规制的，不应因噎废食，在草案中缺失“丧失信赖基础”这一重要的劳动合同无法继续履行的情形。

3、草案第二十一条第（六）项为“劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系”这一情形附加了认定条件“对完成用人单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不与其他用人单位解除劳动合同的”。“劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系”是目前司法实践常见的劳动合同无法继续履行的情形，不但在众多司法裁判文书中可见，北京、山东等多地裁审司法口径也予以列明，均未对此简单明了的情形附加认定条件。原因在于“劳动者已经与其他用人单位建

立劳动关系”这一情形不但表明劳动者已经以行为表明不愿意与原用人单位恢复劳动关系，从实践操作上也已经阻却了恢复劳动关系的可能性，因为法院无法强制劳动者与新用人单位解除劳动关系。草案第二十一条第（六）项所提出的附加认定条件，其假设的前提是存在原用人单位允许双重劳动关系存续的可能性（原用人单位认为劳动者为其他单位工作，不会对原工作造成严重影响），或者原用人单位会在劳动者解除与新单位劳动关系后允许劳动者回来工作。但是，实践中，前述假设前提根本不存在，或者极少可能存在。从价值取向上说，双重劳动关系不是国家鼓励存在的情形，让劳动者解除一个已经正常建立履行的劳动关系，再与发生仲裁诉讼的原单位恢复劳动关系，对于劳动关系和谐有害无益。第（六）项所提出的附加认定条件不具有现实意义和可操作性。

【修改建议】

1、草案第二十一条原第（六）项取消附加条件，仅保留“劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系的”。

2、增加改为岗位消失或被替代为无法继续履行情形，如“劳动者原岗位已被撤销，且在用人单位内无其他相同或相近类型的岗位可以安排的”，“劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性，且劳动者原岗位已被他人替代的”。

3、将“劳动者与用人单位之间已经丧失信赖基础的”作为无法继续履行情形，取消劳动合同不能履行情形的“客观”性限制。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十一条 【无法继续履行劳动合同的情形】用人单位违法解除或者终止劳动合同后，有下列情形之一的，可以认定为劳动合同法第四十八条规定的“劳动合同已经不能继续履行”：

（一）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中期满且不存在应当依法续签、续延劳动合同情形的；

（二）劳动者达到法定退休年龄的；

（三）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

（四）用人单位被宣告破产的；

- (五) 用人单位解散的，但因合并或者分立需要解散的除外；
- (六) 劳动者已经与其他用人单位建立劳动关系的；
- (七) 劳动者原岗位已被撤销，且在用人单位内无其他相同或相近类型的岗位可以安排的；
- (八) 劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性，且劳动者原岗位已被他人替代的；
- (九) 劳动者与用人单位之间已经丧失信赖基础的；
- (十) 存在劳动合同不能履行的其他情形的。

【原文】第二十三条【职业病健康检查对解除劳动合同效力的影响】用人单位未按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织从事接触职业病危害作业的劳动者进行离岗前的职业健康检查，双方协商一致解除劳动合同后，劳动者请求继续履行劳动合同的，人民法院应予支持，但有下列情形之一的除外：

- (一) 一审法庭辩论终结前用人单位已经组织劳动者进行职业健康检查且经检查劳动者未患职业病的；
- (二) 用人单位组织劳动者进行职业健康检查，劳动者无正当理由拒绝检查的。

【反馈意见】该条法理不清，有悖于现行法律规定，且未聚集实践中更具争议的问题。具体如下：

1、法理问题。本条的法理问题表现在以下几个方面：

第一、对于从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前的职业健康检查，用人单位能否解除劳动合同，现行法律针对的是用人单位单方解除或终止劳动合同的情形，并未限制协商解除情形，该条有悖于现行的《劳动合同法》及《职业病防治法》。(1)《劳动合同法》限制的是用人单位依据《劳动合同法》第四十条、第四十一条单方解除的情形，以及依据《劳动合同法》第四十四条第一项合同期满不续签的情形，并未限制依据《劳动合同法》第36条协商解除、第39条过失性解除等情形。(2)《职业病防治法》限制的是所有用人单位单方解除或终止的情形，同样没有限制双方协商解除的情形。

第二、本条规定协商一致解除劳动合同后，只要劳动者以未进行离岗体检为

由就可以恢复劳动关系，该条有悖于现行的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》。“司法解释（一）”第三十五条规定“劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。”可见，对于双方就解除劳动合同达成的协议，司法机关应审查该协议是否存在欺诈、胁迫或者乘人之危从而认定协议无效的情形，以及审查是否存在重大误解或者显失公平导致协议可撤销的情形，而不是根据劳动者的单方要求只要未进行离岗体检就恢复劳动关系。

第三、该条规定的是恢复劳动关系，而恢复劳动关系的前提是用人单位单方解除被认定为违法。双方协商一致解除的情况下无论如何都不应出现用人单位被认定单方违法解除的情形。同时，如果被认定违法解除，劳动者是否可以要求支付赔偿金？本条也未涉及，明显与现行法律规定相悖。

2、实践争议：对于从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前的职业健康检查，用人单位能否解除劳动合同，司法实践一直存有争议。争议的产生正是基于以上所述《劳动合同法》和《职业病防治法》不同规定导致。例如，在员工未进行离岗体检的情况下，用人单位能否依据《劳动合同法》第三十九条与其解除劳动合同？这是实践中出现频率较大的争议问题，与协商解除的限制相比，以上单方解除情形是否应受限制同样应予以明确。

【修改建议】

1、理顺与现行法律的关系。

2、限制恢复的情形。本条立法的导向应该是鼓励用人单位健全完善职业病防治机制，同时也鼓励劳动者本人积极配合职业病防治工作，以事前防范代替于事后惩罚。要实现员工职业病责任的分担，并不一定要回到劳动合同前解除的状态。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十二条【职业病健康检查对解除劳动合同效力的影响】用人单位未按照国务院安全生产监督管理部门、卫生行政部门的规定组织从事接触职业病危害作业

的劳动者进行离岗前的职业健康检查，双方协商一致解除劳动合同后，用人单位仍应按照《职业病防治法》第三十五条第一款的规定安排劳动者进行和离岗时的职业健康检查。双方协议不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前的职业健康检查，用人单位单方解除或终止劳动合同因此被认定为违反《劳动合同法》构成违法解除或终止的，劳动者请求继续履行劳动合同的，人民法院应予支持，但有下列情形之一的除外：

（一）一审法庭辩论终结前用人单位已经组织劳动者进行职业健康检查且经检查劳动者未患职业病的；

（二）用人单位组织劳动者进行职业健康检查，劳动者无正当理由拒绝检查的。

【原文】第二十三条 【未依法缴纳社会保险费的责任】用人单位与劳动者有关不缴纳社会保险费的约定无效。

劳动者与用人单位约定不缴纳社会保险费，劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由请求支付经济补偿的，人民法院应予支持。

用人单位补缴社会保险费后，请求劳动者返还已给付的社会保险补偿的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案第二款忽视了双方在不缴纳社保这一违法行为上均存在过错，对《劳动合同法》第三十八条进行了不合理的扩张解释，导致劳动者可通过违法约定获得经济补偿，易诱发劳动者不诚信行为。

草案第一款确认不缴纳社会保险费的约定无效，因此产生自始无效的效果，劳动者应当返还用人单位已经支付的补偿，同时双方需要补缴社保，不涉及经济补偿金的问题。。

草案第二款允许劳动者进一步要求经济补偿，但《劳动合同法》第三十八条规定用人单位一方存在未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同，这是基于用人单位单方存在过错。但草案本条所规定的情形是双方均未依

法缴纳社会保险费，因此不属于《劳动合同法》第三十八条规定的情形。草案第二款忽视了双方均存在过错这一前提，片面地将惩罚性的法律后果施加于用人单位，导致利益失衡。现实中由于劳动立法利益失衡引发诚信风险乃至碰瓷诉讼、恶性案件的事例已经屡见不鲜，司法解释不应再予以鼓励。

【修改建议】

依据诚实信用的原则，在劳动者一方要求不缴纳社保的情况下，不宜直接认定用人单位违反了《劳动合同法》第三十八条的规定，建议删除草案第二款；或给与用人单位一定的补缴期限，劳动者先期从用人单位获得社保补偿的，应予以返还。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十三条【未依法缴纳社会保险费的责任】用人单位与劳动者有关不缴纳社会保险费的约定无效。

劳动者与用人单位约定不缴纳社会保险费，劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由请求支付经济补偿的，人民法院不予支持；但劳动者已返还用人单位给付的社会保险补偿、将社会保险个人承担部分上缴用人单位后向用人单位主张补缴的，用人单位在一个月内仍拒绝补缴的除外。

用人单位主动或经社会保险行政部门责令补缴社会保险费后，请求劳动者返还已给付的社会保险补偿或垫付的社会保险费个人承担部分的，人民法院应予支持。

【原文】第二十四条【劳动合同期满后继续用工责任】劳动合同期满后，劳动者仍在用人单位工作，用人单位未表示异议超过一个月的，人民法院可以视为双方以原条件续订劳动合同，用人单位应当与劳动者补订书面劳动合同。
符合订立无固定期限劳动合同的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系。
用人单位解除劳动合同，劳动者请求用人单位依法承受解除劳动合同法律后果的，人民法院应予支持。

【反馈意见】草案规定的“视为双方以原条件续订劳动合同”与《劳动合同法实施条例》冲突，具体如下：

1、劳动合同到期之后未订立书面劳动合同超过一个月不满一年的，按照《劳动合同法实施条例》第六条规定，双方应首先补订书面劳动合同，就补订协商不一致的，用人单位可终止劳动关系。而草案规定用人单位未表示异议超过一个月的，人民法院可以视为双方以原条件续订劳动合同，与《劳动合同法实施条例》规定不一致，排除了用人单位就补订合同进行协商的权利以及终止劳动合同的权利。

2、草案第三款如做单独解读无任何实质意义，如至于第一款语境之下则同样《劳动合同法实施条例》第六条相抵触。《劳动合同法实施条例》第六条允许双方就补订合同协商不一致的情况下终止劳动合同，草案将“终止”改为“解除”，没有法律依据的将企业的合法终止行为变为违法解除。

3、草案与2021年实施的《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十四条不一致。《司法解释（一）》第三十四条允许用人单位对事实劳动关系直接终止本身也与《劳动合同法实施条例》存在冲突，但本草案既未完全解决《司法解释（一）》第三十四条的问题，又矫枉过正与《劳动合同法实施条例》相冲突。并且，如用人单位已经按照《司法解释（一）》第三十四条终止劳动关系的，在草案实施后其终止行为将变为违法解除，司法解释在短期之内的彻底变化却需要用人单位和劳动者承担法律后果和成本，难免会让人对司法公信力产生质疑。

【修改建议】

1、建议对劳动关系终止按《劳动合同法实施条例》执行即可，草案不必另作规定。

2、对未订立劳动合同期间的权利义务可按原劳动合同约定条件确定，同时尊重双方的实际履行情况，“双方另有约定或者与劳动合同到期后实际履行情况不一致的情形除外”。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十四条**【劳动合同期满后继续用工责任】**劳动合同期满后，劳动者仍在用人

单位工作，双方对未订立劳动合同期间权利义务产生争议的，人民法院可以按原劳动合同约定条件确定，双方另有约定或者与劳动合同到期前实际履行情况不一致的情形除外。

符合订立无固定期限劳动合同的，人民法院可以视为双方之间存在无固定期限劳动合同关系，并以原劳动合同确定双方的权利义务关系，双方另有约定或者与劳动合同到期后实际履行情况不一致的情形除外。

【原文】第二十五条 【仲裁或者诉讼期间的工资】用人单位作出解除、终止劳动合同决定被确认违法且劳动合同可以继续履行，劳动者请求用人单位支付上述决定作出后至仲裁或者诉讼期间工资的，用人单位应当按劳动者提供正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资。双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

人民法院可以根据劳动者怠于申请仲裁及提起诉讼、劳动者在争议期间向其他用人单位提供劳动等因素综合确定用人单位、劳动者的过错程度。

【反馈意见】草案认识到劳动合同继续履行期间的工资标准需要界定以平衡用人单位和劳动者利益，但其规定难以解决问题，且容易引起司法判决口径混乱，具体而言：

1、劳动合同在解除终止后被司法部门认定违法并判决继续履行的，《劳动合同法》第四十八条并未规定用人单位需要补发解除终止之日至劳动关系恢复之日的工资，当然更未规定补发标准。各地在实践中对工资补发期限逐渐形成从解除终止之日起补发和从劳动争议仲裁立案之日补发两类观点。工资本身是劳动者提供劳动的对价，劳动合同解除终止之后劳动者并未提供劳动，补发工资其实是对劳动者所受损失的弥补。设定从解除终止之日起补发工资，实际上变相鼓励劳动者拖延进入司法程序。现有劳动争议仲裁时效可因当事人主张权利而中断，劳动者在劳动合同期限允许的情况可轻易拖延进入司法程序时间。劳动者的此种拖延在胜诉情况下固然可获得最大利益，但如劳动者败诉也将使自身萌生巨大损失，不应予以鼓励。为平衡用人单位和劳动者双方利益，避免损失扩大，鼓励劳动者尽快通过法律程序解决纠纷，设定为补发劳动争议仲裁诉讼期间的工资更为合理。

2、就劳动合同继续履行期间的补发工资标准，草案设定为正常劳动工资。劳动合同解除终止之后劳动者并未提供劳动，与正常劳动存在本质不同，实行同等待遇在公平性上存在欠缺。草案也认识到劳动合同解除终止往往也存在双方过错，规定由用人单位和劳动者按过错分担责任，由法院确定过错程度；该规定有合理性但由于缺乏界定标准，实施之后必然出现各地裁审口径不一、同案不同判情况，不利于司法统一、公平。

3、草案所规定过错情形本身存在合理性问题。过错应理解为当事人的过失、错误，其评价标准应为法律规定、规章制度和公序良俗等。草案规定的情形如何谓“劳动者怠于申请仲裁及提起诉讼”本身难以界定，劳动者在仲裁时效最后一日或充分利用时效拖延亦是其合法权利；“劳动者在争议期间向其他用人单位提供劳动”等情形本身难以查实，将其作为劳动者的“过错”也不合理。

【修改建议】

1、为鼓励劳动者积极通过法律程序维护合法权益，避免工资损失扩大，建议草案首先明确补发工资限于劳动仲裁诉讼期间，自仲裁立案之日起计算。

2、对补发工资标准，需与赔偿金制度予以平衡，设定封顶标准和最长时限，正常劳动工资超过所在地区上年度职工月平均工资三倍的，按上年度职工月平均工资三倍封顶；结合仲裁诉讼正常审限，补发时限也可考虑按十二个月封顶。

3、对用人单位和劳动者均有过错的，由双方分担责任，过错应主要考虑劳动者在解除终止发生原因上是否有个人过错。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十五条【仲裁或者诉讼期间的工资】用人单位作出解除、终止劳动合同决定被确认违法且劳动合同可以继续履行，劳动者请求用人单位支付劳动争议仲裁或者诉讼期间工资的，人民法院予以支持。用人单位应当按劳动者提供正常劳动时的工资标准向劳动者支付上述期间的工资；劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其补发工资最高不超过十二个月。用人单位和劳动者双方对劳动合同解除终止都有过错的，应当各自承担相应的责任。

人民法院可以根据法律规定、用人单位规章制度、公序良俗、职业道德等因素综合确定用人单位、劳动者双方对劳动合同解除终止发生的过错程度。

【原文】第二十六条【特殊待遇问题】用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外，与劳动者约定服务期限并提供住房等特殊待遇，劳动者违反劳动合同约定提前解除劳动合同且不符合劳动合同法第三十八条规定情形时，用人单位请求劳动者折价补偿服务期限尚未履行部分应分摊费用或者赔偿造成的损失，人民法院可以判令劳动者承担相应责任。

【反馈意见】

法律只规定了在用人单位出资培训的情况下可以和劳动者约定服务期，对其他形式的服务期、待遇获得条件及返还未作规定或限制。用人单位为劳动者提供特殊待遇有利于双方的共同利益，应予以鼓励而不应过多限制，应允许双方按协议约定执行。劳动者违反服务期的情形除个人原因辞职外亦应包括由于《劳动合同法》三十九条所规定的各项情形。

【修改建议】

本条仅规定了劳动者辞职的情形，未规定劳动者本人原因导致用人单位单方解除的情形，建议进一步明确。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十六条**【特殊待遇问题】**用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外，与劳动者约定服务期限并提供住房等特殊待遇，劳动者违反服务期限约定提前解除劳动合同且不符合劳动合同法第三十八条规定情形的，或用人单位依据《劳动合同法》第三十九条及第四十条第一、第二项情形在服务期限内解除劳动合同的，用人单位请求劳动者按服务期约定返还特殊待遇或者赔偿造成的损失，人民法院可以判令劳动者承担相应责任。

【原文】第二十七条 【实施时间】本解释自XXXX年X月X日起施行。

本解释施行后尚未终审的案件适用本解释。

本解释施行前已经终审，本解释施行后当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。

最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。

【反馈意见】

本次草案诸多规定与原有规定不一致，例如年休假仲裁时效、达到退休年龄人员待遇、未订立劳动合同的劳动关系结束、特殊待遇约定等。用人单位和劳动者基于原有的法律预期签订合同、履行各自权利义务，如短期内司法口径发生巨大变化，将对劳动关系和谐产生冲击。新司法解释应给与充分过渡期。

【修改建议】

1、司法解释通过之后不必立即实施，给与一定缓冲期限。

2、对用人单位和劳动者在司法解释实施之前达成的约定和实施之前发生的争议案件，按原有司法口径处理。

【根据建议修订后的条款参考】

第二十七条**【实施时间】**本解释自XXXX年X月X日起施行。

本解释施行后发生的争议适用本解释。

用人单位和劳动者在本解释实施前订立的合同，按订立时的法律规定和司法解释执行。

上海市劳动和社会保障学会劳动法专委会委托上海保华律师事务所提供初稿并经负责人修改，提供以上的反馈意见。

上海保华律师事务所

2023年12月22日

上海市人力资源和社会保障局 关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见

Opinions of the Shanghai Municipal Human Resources and
Social Security Bureau on Several Issues Concerning the Standardization
of Labor Dispatch and Employment in the City



2023年12月6日，上海市人社局发布《关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见》（沪人社规〔2023〕32号）（以下简称“新意见”），该规范性文件自2024年1月1日起施行，有效期至2028年12月31日。之所以称之为新意见，是因为上海市人社局在2014年6月30日发布过《上海市人力资源和社会保障局关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见》（沪人社关发〔2014〕27号）（以下简称“旧意见”），旧意见的有效期被延长至2023年12月31日，现失效后被新意见取代。新旧意见之间的主要区别在于：

On December 6, 2023, the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau issued the *Opinions of the on Several Issues Concerning the Standardization of Labor Dispatch and Employment in the City* (HRSG [2023] No. 32) (hereinafter referred to as the "New Opinions"). This normative document will come into effect on January 1, 2024, and is valid until December 31, 2028. The reason why it is called "New Opinions" is because on June 30, 2014, the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau issued the *Opinions of the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau on Several Issues Concerning the Standardization of Labor Dispatch and Employment in the City* (HRSGF [2014] No. 27) (hereinafter referred to as the "Old Opinions"). The validity period of the "Old Opinions" was extended to December 31, 2023, and it was replaced by the "New Opinions" after it expired. The main difference between "New Opinions" and "Old Opinions" is:

1. 新意见删除了旧意见中“关于过渡期内规范用工比例的问题”这一无适用空间的条款。

1. The clause of "regulating the proportion of employment during the transition period" in the "Old Opinions", which has no applicable space, was deleted in the "New Opinions".

2. 新意见删除了旧意见中“外省市劳务派遣单位将非本市户籍员工派遣到本市用工单位设在外省市劳务派遣单位所在地岗位工作的，不适用本条规定。”旨在规范异地缴纳社保的问题。

2. The clause of "this article is not applicable if a labor dispatching unit in another province or city dispatches an employee who is not registered in this city to a post of a labor dispatching unit in another province or city of an employing unit in the city" in the "Old Opinions" was deleted in the "New Opinions" in order to regulate the payment of social insurance in other places.

原文链接：

上海市人力资源和社会保障局关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见

沪人社规〔2023〕32号

各区人力资源和社会保障局，各有关单位：

为贯彻《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称《修改决定》）、人力资源和社会保障部《劳务派遣暂行规定》（以下简称《派遣规定》）、人力资源和社会保障部《劳务派遣行政许可实施办法》（以下简称《许可办法》），对执行过程中的若干具体问题提出以下实施意见：

一、关于行政许可被撤销、吊销、未延续的处理问题

按照《许可办法》和本市有关规定，因不符合许可条件，劳务派遣单位的《劳务派遣经营许可证》有效期满未延续或者被撤销、吊销的，原依法订立的劳动合同和劳务派遣协议可继续履行至派遣期限届满。

二、关于落实同工同酬的问题

本市用工单位应当按照《修改决定》关于同工同酬的规定，对派遣员工与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

用工单位未按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的，人力资源社会保障行政部门应责令其限期整改；用工单位逾期未整改的，人力资源社会保障行政部门按照《劳动保障监察条例》的相关规定予以处罚。

三、关于辅助性岗位的问题

用工单位要按照《派遣规定》的规定，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适用劳务派遣用工的辅助性岗位范围，并在其单位内公示。

用工单位未按规定确定辅助性岗位范围的，人力资源社会保障行政部门应责令其限期整改；用工单位逾期未整改的，人力资源社会保障行政部门按照《劳动保障监察条例》的相关规定予以处罚。

四、关于派遣员工发生工伤的问题

派遣员工在本市用工单位发生事故伤害的，由劳务派遣单位或者外省市劳务派遣单位在本市设立的分支机构向注册地区人力资源社会保障行政部门提出工伤认定申请，并承担申请

工伤劳动能力鉴定、申领工伤保险待遇等工伤保险责任；用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作，并按国家和本市工伤保险规定承担应当由用人单位支付的工伤保险待遇及浮动费率等工伤保险责任。

外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构的，由本市用工单位向注册地区人力资源社会保障行政部门提出工伤认定申请，并按国家和本市工伤保险规定承担工伤保险责任。

发生工伤的派遣员工在劳动关系存续期间被退回劳务派遣单位的，用工单位应当按《上海市工伤保险实施办法》的规定与劳务派遣单位结清该员工依法享有的一次性伤残就业补助金；该员工与劳务派遣单位解除或者终止劳动关系时，由工伤保险基金和劳务派遣单位按规定分别支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

劳务派遣单位对用工单位的工伤保险责任依法承担连带赔偿责任。

五、关于跨地区劳务派遣的招工用工备案和社会保险的问题

外省市劳务派遣单位向本市派遣员工的，应当按照本市标准，在本市为派遣员工缴纳社会保险。

外省市劳务派遣单位在本市设立分支机构的，由分支机构办理招工备案手续，并按照本市标准，在本市为派遣员工缴纳社会保险。外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构的，由本市用工单位办理用工备案手续，并按照本市标准，在本市代劳务派遣单位为派遣员工缴纳社会保险。

外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构且本市用工单位未按规定在本市缴纳社会保险的，派遣员工在发生纠纷时要求本市用工单位承担工伤、医疗等社会保险待遇的，本市用工单位应当先行承担。

六、关于欠薪保障金垫付的问题

劳务派遣单位或用工单位符合欠薪保障金垫付情形的，相关行政机关在查清纠纷情况和欠薪事实后，可以根据市人民政府《上海市企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定》对劳动者的欠薪进行垫付，但对同一名劳动者的同一欠薪事项只垫付1次。

七、关于派遣用工转为人力资源服务外包的问题

劳务派遣单位和用工单位将派遣用工转为人力资源服务外包的，应当调整原劳务派遣法律关系所形成对劳动者的管理方式，根据人力资源服务外包的性质，参照直接管理和间接管理的原则合理确定管理界限，防止引发相关纠纷。用工单位以承揽、外包等名义，按照劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照《派遣规定》处理。

八、其他事项

本意见自 2024 年 1 月 1 日起施行，有效期至 2028 年 12 月 31 日。

上海市人力资源和社会保障局

2023 年 12 月 5 日

关于《上海市人力资源和社会保障局关于规范本市劳务派遣用工若干问题的意见》的政策 解

一、劳务派遣许可被撤销、吊销、未延续的，原依法订立的劳动合同和劳务派遣协议是否继续有效？

按照《劳务派遣行政许可实施办法》和本市有关规定，因不符合许可条件，劳务派遣单位的《劳务派遣经营许可证》有效期满未延续或者被撤销、吊销的，原依法订立的劳动合同和劳务派遣协议可继续履行至派遣期限届满。

二、用工单位对派遣员工未按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的，人社部门将如何处理？

本市用工单位应当按照《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》关于同工同酬的规定，对派遣员工与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

用工单位未按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的，人力资源社会保障行政部门应责令其限期整改；用工单位逾期未整改的，人力资源社会保障行政部门按照《劳动保障监察条例》的相关规定予以处罚。

三、用工单位未按规定确定劳务派遣用工的辅助性岗位范围的，人社部门将如何处理？

用工单位要按照《劳务派遣暂行规定》的规定，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适用劳务派遣用工的辅助性岗位范围，并在其单位内公示。

用工单位未按规定确定辅助性岗位范围的，人力资源社会保障行政部门应责令其限期整改；用工单位逾期未整改的，人力资源社会保障行政部门按照《劳动保障监察条例》的相关规定予以处罚。

四、劳务派遣员工在本市用工单位发生事故伤害的，由哪个单位提出工伤认定申请？用工单位与劳务派遣单位各自承担什么责任？

派遣员工在本市用工单位发生事故伤害的，由劳务派遣单位或者外省市劳务派遣单位在

本市设立的分支机构向注册地区人力资源社会保障行政部门提出工伤认定申请,并承担申请工伤劳动能力鉴定、申领工伤保险待遇等工伤保险责任;用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作,并按国家和本市工伤保险规定承担应当由用人单位支付的工伤保险待遇及浮动费率等工伤保险责任。

外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构的,由本市用工单位向注册地区人力资源社会保障行政部门提出工伤认定申请,并按国家和本市工伤保险规定承担工伤保险责任。

发生工伤的派遣员工在劳动关系存续期间被退回劳务派遣单位的,用工单位应当按《上海市工伤保险实施办法》的规定与劳务派遣单位结清该员工依法享有的一次性伤残就业补助金;该员工与劳务派遣单位解除或者终止劳动关系时,由工伤保险基金和劳务派遣单位按规定分别支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。

劳务派遣单位对用工单位的工伤保险责任依法承担连带赔偿责任。

五、外省市劳务派遣单位向本市派遣员工的,由哪个单位办理招工备案手续?按照什么标准缴纳社会保险?

外省市劳务派遣单位向本市派遣员工的,应当按照本市标准,在本市为派遣员工缴纳社会保险。

外省市劳务派遣单位在本市设立分支机构的,由分支机构办理招工备案手续,并按照本市标准,在本市为派遣员工缴纳社会保险。外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构的,由本市用工单位办理用工备案手续,并按照本市标准,在本市代劳务派遣单位为派遣员工缴纳社会保险。

外省市劳务派遣单位未在本市设立分支机构且本市用工单位未按规定在本市缴纳社会保险的,派遣员工在发生纠纷时要求本市用工单位承担工伤、医疗等社会保险待遇的,本市用工单位应当先行承担。

六、劳务派遣单位或用工单位符合欠薪保障金垫付情形的,人社部门可以如何处理?

劳务派遣单位或用工单位符合欠薪保障金垫付情形的,相关行政机关在查清纠纷情况和欠薪事实后,可以根据市人民政府《上海市企业欠薪保障金筹集和垫付的若干规定》对劳动者的欠薪进行垫付,但对同一名劳动者的同一欠薪事项只垫付1次。

七、派遣用工转为人力资源服务外包的,劳务派遣单位和用工单位需要注意什么事项?

劳务派遣单位和用工单位将派遣用工转为人力资源服务外包的,应当调整原劳务派遣法律关系所形成对劳动者的管理方式,根据人力资源服务外包的性质,参照直接管理和间接管理的原则合理确定管理界限,防止引发相关纠纷。用工单位以承揽、外包等名义,按照劳务

派遣用工形式使用劳动者的，按照《劳务派遣暂行规定》处理。

对“信赖基础丧失”常见情形的分析

Analysis on the Common Situations of “Loss of Trust Basis”

上海保华律师事务所 陆佳亮



引言：目前劳动法律法规并未对劳动合同不能继续履行的具体情形做出规定，部分地区出台的司法口径中往往也仅是列举一些劳动合同客观不能履行的情形，但是，在目前审判实践中，还有一种重要的主观原因所导致的劳动合同不能履行情形不应被回避，即劳动者和用人单位之间“信赖基础丧失”。本文旨在探讨“信赖基础丧失”应认定为劳动合同不能履行情形的必要性，并结合案例分析常见的“信赖基础丧失”情形，希望对实操有一定的参考意义。

Instruction: At present, labor laws and regulations do not have specific provisions for the situations in which labor contracts cannot be continued to be fulfilled. In some regions, judicial standards often only list some objective situations where labor contracts cannot be continued to be fulfilled. However, in current judicial practice, we cannot avoid to mention there is an important subjective reason that leads to unable to fulfill labor contracts, that is, the "loss of trust basis" between employees and employers. This article aims to explore the necessity to define "loss of trust basis" as a situation where labor contracts cannot be fulfilled, and to analyze the common situations of "loss of trust basis" through case studies, hoping to have certain reference significance for practice.

一、“信赖基础丧失”作为劳动合同不能履行情形的必要性

The necessity to define "loss of trust basis" as a situation where labor contracts cannot be fulfilled

《劳动合同法》第四十八条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”但是，对于何种情形下属于“劳动合同已经不能继续履行”，现行劳动法律并无明文规定。目前主流的观点通常认为在一些不可克服的客观情形下，劳动合同不能履行，比如，《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》第9条列举了如下情形：（1）用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提前解散的；（2）劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄的；（3）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在《劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；（4）劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性（如总经理、财务负责人等），且劳动者原岗位已被他人替代，双方不能就新岗位达成一致意见的；（5）劳动者已入职新单位的；（6）仲裁或诉讼过程中，用人单位向劳动者送达复工通知，要求劳动者继续工作，但劳动者拒绝的。但是，在司法实践中，一直以来还有一种重要的主观原因所导致的劳动合同客观不能履行情形不应被回避，即“信赖基础丧失”。

劳动关系兼具人身属性与经济属性，劳动者和用人单位之间的关系不仅仅表现为劳动者付出劳动力并获得对价，同时还需以双方合作互信为基础。双方已经失去了合作互信的基础的情况下，强制用人单位继续履行与劳动者的劳动合同，不利于和谐劳动关系的建立，也会给判决执行带来实际困难。

目前全国各地法院在审判中，把“丧失信赖基础”作为劳动合同无法履行的情形之一，已经成为一种较为广泛的司法实践共识。“丧失信赖基础”虽然没有明确的法律定义，但是，完全可以由法官行使自由裁量权进行审查。我们应信赖法官自由裁量权的行使完全可以是审慎严谨的，也是可以后续补充规定所

规制的，而不应因噎废食，不去认定“丧失信赖基础”可以作为劳动合同无法继续履行的情形。

目前实践中，法官通常认为在如下情况下劳资双方的信赖基础丧失：（1）试用期内发生争议；（2）双方反复、大量发生争议；（3）劳动者与用人单位之间存在严重对抗行为，双方矛盾冲突激烈；（4）劳动者岗位对于信赖基础有更高要求，不再被单位信任。

二、“信赖基础丧失”的常见情形

Common Situations of "Loss of Trust Basis"

（一）试用期内发生争议

【相关案例】(2023)京 03 民终 6980 号

秦某于 2021 年 12 月 1 日入职北京市 G 公司，试用期六个月。2021 年 12 月 21 日 G 公司以秦某试用期不符合录用条件为由解除劳动关系。后秦某申请劳动仲裁，仲裁裁决：双方继续履行劳动合同。G 公司不服仲裁结果，提起诉讼。

一审法院认为：首先，G 公司以秦某试用期不符合录用条件解除劳动关系，但现有证据未显示 G 公司曾向秦某明确过录用条件，亦未有证据显示 G 公司对秦某实施何种考核，考核结果如何，故 G 公司与秦某解除劳动关系的行为违反法律规定。其次，G 公司与秦某解除劳动关系时，秦某仅入职二十日，尚处于试用期，双方未形成稳定的劳动关系，未建立信任基础，结合 G 公司的举证，秦某所担任的岗位具有较强的不可替代性和唯一性，且 G 公司亦提交证据证明秦某的原岗位已被他人替代，因此 G 公司已不具备与秦某继续履行劳动合同的客观条件，同时考虑双方发生本诉讼纠纷后已严重丧失信赖基础，故一审法院认为双方劳动合同不宜再继续履行，一审法院确认双方劳动关系于 2021 年 12 月 21 日解除。秦某可另行主张违法解除劳动关系的赔偿金。

二审法院认为：双方解除劳动关系时秦某入职时间不到一个月，尚处于试用期，双方尚未形成稳定的劳动关系，缺乏信任基础，结合 G 公司提交的证据，显示秦某所担任的岗位具有较强的不可替代性及唯一性，且原岗位已被他人替代，双方亦无法就新岗位达成一致意见，故，一审法院认定双方已不具备继续履行劳

动合同的客观条件，同时考虑到双方发生本诉讼纠纷后已严重丧失信赖基础，综合认定双方劳动合同不宜继续履行，确认双方劳动关系于2021年12月21日解除，并无不妥。

【评析】

前述案例中，一审、二审法院均认为试用期内双方未形成稳定的劳动关系，未建立信任基础，双方在试用期内解除劳动合同并涉诉，可以认定为双方之间严重丧失信赖基础。但是，我们也应注意到，法院是先认定了其他已不具备继续履行劳动合同的客观条件，然后再结合信赖基础丧失的因素，做出综合判定的。由此可见，目前司法实践中，法官对于仅凭信赖基础丧失就认定劳动合同不能继续履行，还是持谨慎态度的，但从另一方面说，这其实也有利于规制法官的自由裁量权，客观为主、主观为辅。

（二）双方反复、大量发生争议

【相关案例】(2021)京03民终18113号

付某2011年2月20日入职J幼儿园，双方签订有无固定期限劳动合同。双方曾于一审法院诉争有(2018)京0105民初46009号劳动争议案件，一审法院于该案中判决双方继续履行无固定期限劳动合同。J幼儿园不服该判决上诉，后向北京市第三中级人民法院（以下简称三中院）申请撤回上诉，三中院于2019年6月18日作出(2019)京03民终6265号民事裁定书准许J幼儿园撤回上诉并确认前述一审判决发生法律效力。双方另诉争有(2020)京0105民初31877号劳动争议案件，一审法院于该案中判决J幼儿园支付付某工资损失至2019年6月21日。该一审判决经三中院(2021)京03民终9778号判决维持。

J幼儿园于2019年8月23日作出解除劳动合同通知书，称付某“自2019年6月21日起至今，你及你的家人多次无故在我幼儿园大吵大闹，跟踪及反复纠缠我幼儿园员工，并多次以要到教委、妇联、政府等机关投诉来让我幼儿园被调查或被停业等威胁及恐吓我幼儿园，甚至还报警谎称‘被非法拘禁’来恶意损害我幼儿园的名誉，并且多次无正当理由拒绝签署员工手册，上述你的不当行为已经造成我幼儿园的多项工作无法正常开展，因此被迫中断及重新安排，且你还不断向周边员工传播及在微信上发布破坏我幼儿园名誉的不实言论，已有多位员

工投诉你，要求将你调离，多名学生家长也对你的言行表达了质疑，担心对其孩子成长产生不良影响。此外，我幼儿园近期还发现你其实早已在其他单位工作及缴纳社保，2019年8月22日、8月23日你又未按规定请假及批准而擅自旷工”，并决定自2019年8月23日解除劳动合同。

一审法院认为：2019年8月22日、23日付某系休年假，故对J幼儿园主张的旷工不予采纳；J幼儿园作出的解除通知书中陈述的其他事由不符合法律规定的用人单位可解除劳动关系的事由，故J幼儿园系违法解除与付某的劳动关系。据一审法院查明事实，J幼儿园与付佳之间有多个劳动争议案件分别进行诉讼，一审法院虽认定付某请休年假的行为成立，但付某请休年假亦系进行仲裁、诉讼、投诉等事务，且付某声称受到J幼儿园限制人身自由、非法拘禁，此声称的行为系严重的侵犯公民人身权利的行为，但现未有证据证实付某声称的行为，同时考虑到幼儿园作为教育机构的社会职能，一审法院认为双方不具备继续履行劳动合同的条件。一审法院对付某要求撤销解除劳动合同通知书、继续履行劳动合同的请求不予支持，付某可就J幼儿园的违法解除行为另行主张赔偿。

二审法院认为：J幼儿园虽构成违法解除，但根据查明的事实，J幼儿园与付某之间自2018年以来有多个劳动争议案件分别进行诉讼，付某亦去教委反映投诉问题，双方已严重丧失信赖合作基础，同时考虑到幼儿园作为教育机构的社会职能，本院认为双方已不具备继续履行劳动合同的条件，故对付某要求撤销解除劳动合同通知书、继续履行劳动合同的请求，本院不予支持。

【评析】

前述案例中，一审、二审法院均认为双方之间长期以来产生多个诉讼案件的事实，可以证明双方已严重丧失信赖基础，即使用人单位构成违法解除，双方已不具备继续履行劳动合同的条件。本案中，虽没有其他劳动合同客观不能履行的情形，但是，双方之间信赖基础丧失的表现更为严重，除了大量反复的诉讼，还有严重诋毁，长期互相对抗的其他情节，因此，如果双方丧失信赖基础的表现达到严重、激烈的程度，尤其是对第三方或社会造成影响的情况下，仅凭主观原因，法院亦可直接认定劳动合同无法继续履行。

（三）劳动者与单位之间存在严重对抗行为，双方矛盾冲突激烈

【相关案例】 (2021)京 02 民终 7960 号

邢某于 2011 年 12 月 22 日入职 A 公司，担任物业管理部高级主管位，工作地点在某广场。2019 年 12 月，A 公司将某广场整体出租给案外人，并向案外人聘用的 B 物业公司转移了管理。邢某在 B 物业公司处继续工作，但拒绝与 B 物业公司签订劳动合同。2019 年 12 月 19 日，邢某与 B 物业公司管理人员林某因工作琐事发生纠纷争执，后经派出所治安调解解决。其间，B 物业公司于 2019 年 12 月 23 日通知邢某不再负责 B 物业公司及 apm 物业管理的任何工作。2020 年 1 月 2 日，邢某向 A 公司提交了申诉书，A 公司于次日通知邢某在处理申诉期间暂时停止工作，等待公司处理决定。2020 年 9 月 30 日，A 公司向邢某发送《解除劳动合同通知书》，内容为“因公司与您签署的劳动合同具备了《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项规定的情形，公司与您签订的劳动合同无法继续履行。鉴于此，公司与您于 2020 年 8 月 31 日进行了面谈，双方协商未果，故公司将与您解除劳动合同……”。邢某不同意解除劳动合同，于 2020 年 10 月 12 日找公司协调，双方再次产生争执并报警。2020 年 10 月 14 日，A 公司再次向邢某送达《解除劳动合同通知书》。遂，双方发生劳动争议，邢某要求继续履行劳动合同。

一审法院认为：A 公司与邢某劳动合同履行的条件确已发生变化，但 A 公司未与邢某就岗位调整进行协商，便直接解除劳动合同，构成违法解除。本案中，A 公司已经将某广场整体出租给了案外人，A 公司已经没有物业岗位安排邢某，邢某要求回原岗位工作已经不具备客观条件。另外，从主观上看，双方产生争议后，后续发生了几次冲突，并且报警处理，双方的矛盾冲突激烈，已失去了人身信赖，已经不具备劳动合同履行的主观条件。因此，双方劳动合同已经不能继续履行。经法庭释明后，邢某表示仍坚持要求继续履行劳动合同，故对于邢某该主张不予支持，邢某可另行主张违法解除劳动合同赔偿金

二审法院认为：邢某在工作中与第三方公司管理人员发生矛盾及肢体冲突并被停止了岗位工作，且 A 公司亦不能协调第三方公司同意邢某在原岗位继续工作，故 A 公司所称其公司已没有相应物业岗位再行安排邢某工作，与客观实际情况相符。此间，A 公司并未与邢某就变更劳动合同达成一致意见，而是二次向邢某作出了单方解除劳动合同的意思表示。一审加之对双方产生争议后，后

续又发生冲突及报警处理的事实之考量，认定双方之间已经失去劳动合同继续履行的客观条件及主观信赖，故而对邢某要求撤销 A 公司解除劳动合同通知的意见未予采纳，并确认双方劳动合同于 2020 年 10 月 14 日解除，并无不当。

【评析】

前述案例中，一审、二审法院均认为双方产生争议后，后续发生了几次冲突，并且报警处理，双方的矛盾冲突激烈，失去劳动合同继续履行的主观信赖。由此可见，双方发生争议后，互相之间的对抗行为的严重程度，会作为法院考量双方之间是否还存在信赖基础的重要因素。尤其是发生肢体冲突、涉及治安处理的情节，法院出于和谐劳动关系的考虑，对恢复劳动关系的诉请会谨慎下判，以避免双方劳动关系强行恢复后引发更为激烈的矛盾。这也警示了劳动者，如果维权手段不当，对其劳动权益的维护会起到相反的作用。

（四）劳动者岗位对于信赖基础有更高要求，不再被单位信任

【相关案例】(2014)苏中民终字第 04467 号

2012 年 8 月 27 日，顾某入职 M 公司，任办公室经理（直属上司为公司执行董事），主要负责行政管理、供应商管理、访客接待以及为执行董事和营运经理提供管理层面上的支持和协助。2014 年 1 月，顾某的考勤卡被公司保安拾得。当时，该保安告知顾某“你上下班的时候开车经过，要下车打卡比较麻烦，我看见你来帮你打一下，省的你麻烦”。后，顾某的考勤卡一直放在该保安处由保安代打卡。同年 1 月 27 日，M 公司发现顾某的考勤异常，其中 1 月 21 日、26 日未出勤，但有考勤记录。2014 年 2 月 11 日，M 公司向顾某发出解除劳动合同通知，解除理由是“严重违反公司的规章制度：两次未事前电话（或当面）履行请假手续而离开职位（2014 年 1 月 21 日、2014 年 1 月 26 日）”。后，双方发生争议，顾某要求继续履行劳动合同。一审中，M 公司提供了会议纪要证明顾某的岗位已被撤销。经质证，顾某对此未提异议，但称这只是 M 公司为顾某设置的障碍，岗位可以被撤销，也可以被恢复的。

一审法院认为：根据《员工手册》第四十三条、第四十四条的规定，顾某在 2014 年 1 月 21 日、26 日的未到岗及由公司保安代打卡的情形既可归入书面警告的处罚情形，也可计入解除劳动合同的情形。由此可见，《员工手册》中的该部分内容不具有明确性，不应作为 M 公司在本案事件中解除与顾沁莘签订的劳动合

同的依据。据此，M公司解除与顾某签订的劳动合同，依据不足，不具有合法性。本案中，顾某系M公司的办公室经理，主要负责行政管理及协助公司法定代表人工作等。可见，顾某工作的开展不但对公司有着较为重大影响，也与公司法定代表人的信任与否有着较大的关系。而M公司在顾某两次未到岗即解除与顾沁莘之间的劳动合同，并撤销该岗位，足以显现M公司或M公司的法定代表人对顾某的不信任。据此，无论从公司法定代表人的信赖基础，还是从顾某的工作岗位能否实际恢复而言，涉案的劳动合同不宜继续履行。据此，原审法院对顾某要求继续履行该劳动合同的诉讼请求不予支持。

二审法院认为：M公司解除劳动合同虽然违法，但是不能否认顾某的确存在虚报考勤记录的事实，已经违反了劳动者最基本的忠诚义务和职业操守，超出了M公司的容忍限度，双方已经不具备继续履行劳动合同的信赖基础，并且顾某原有岗位已经撤销，客观上也不存在继续履行劳动合同的可能性。现顾某要求继续履行劳动合同，M公司明确表示拒绝，在这种情形下，若判令M公司继续履行劳动合同，势必很难为顾某提供一个心情舒畅、各项业务得以顺利开展的工作环境。故综合考虑顾某原有岗位的特殊性，双方的过错程度及对继续履行劳动合同的态度，涉案的劳动合同确实不宜继续履行。

【评析】

劳动者所任职岗位的性质，如果涉及管理性、保密性、敏感性、重大对外影响性等这些属性，通常认为都属于对于信赖基础有更高要求的岗位。这些岗位对劳动者的忠诚义务、诚信义务、尽职义务的要求，都有高于普通员工的标准。在司法实践中，如果用人单位能够举证证明岗位符合前述特性，并且结合考虑客观因素，法官在劳动关系可恢复性上会谨慎下判，以避免强行恢复后，员工在失去单位信任的情况下，实际无法正常履职。另一方面，如果员工已被证明不符合该岗位对于忠诚义务、诚信义务、尽职义务的要求，而放任员工在原岗位工作，亦有可能对单位甚至社会造成后续不利影响。

三、总结

Summary

“信赖基础丧失”虽然是主观原因导致劳动合同不能继续履行的重要情形之

一，但是，往往因实践中适用标准比较模糊，而导致法官在适用该情形的时候持谨慎态度。法官一般会遵循以下原则来行使自由裁量权：

首先，法官一般均偏向先认定劳动合同无法继续履行的客观情形成立（即使认定客观情形的基础较弱），然后再辅以“信赖基础丧失”的主观原因下判，而较少仅凭借“信赖基础丧失”作为劳动合同无法继续履行的唯一原因。

其次，“信赖基础丧失”需要达到严重的程度，表现形式通常就是双方反复、大量发生仲裁、诉讼争议，或者双方之间存在激烈的对抗行为，比如肢体对抗、言语诋毁和投诉、举报等行为。用人单位仅在庭审中一再表达不愿意恢复劳动关系，尚不足以认定为双方严重丧失信赖基础。

最后，如果劳动者本身岗位对信赖基础的要求较高，则被判劳动合同无法继续履行的概率较大，尤其是高管岗位、涉密岗位、涉国计民生的岗位等。

另外，实践中，还有一些其他情形也会被认定为双方“丧失信赖基础”，比如，劳动者恢复劳动关系后又被单位解除，本文限于篇幅不再具体分析。

嬗变一：学者观点被冠以“劳”“资”标签



编者按：随着立法的推进，正常的学术讨论与征求意见出现诸多反常现象。学者的观点被人为贴上“劳”、“资”标签：对草案的赞扬被贴上“劳方”标签，对草案的批评意见被人为地贴上“资”方标签。但正如浙江大学光华法学院许建宇副教授所言，所谓代表“劳方”学者强调的“倾斜保护”、“弱者理论”最早还是董保华提出的，近十年之后却成为其他学者批驳本人的论据。

董保华：劳动立法不应造成新的失衡

[提要] 我国现行《劳动法》实行的宏观底线控制、中观集体协商、微观劳动合同谈判的调整模式平衡点基本适当。新的《劳动合同法(草案)》要通过提高劳动基准来加强对劳动者的保护，这种立法思路造成四个方面的平衡点失当：企业雇佣宽进严出、员工择业宽进宽出、劳动管理员工主导、劳动关系行政干预，在中观层次消灭了集体协商，在微观层次上取消了企业管理。我国现阶段的劳动立法只有实行低标准、广覆盖、严执法，才是一个劳动者、企业、行政部门都能接受的平衡点。

我国劳动法律制度改革的复杂性，不仅在于确立新的劳动关系，而且是要在旧的劳动关系的基础上形成一种新型关系。《中华人民共和国劳动合同法》在起草过程中出现的争论说明我们对立法思路存在分歧，对如何建立新型劳资关系缺乏共识。种种争论的核心是对立法平衡点的选择，立法平衡点选择的恰当与否将直接影响立法的成败。

一、《劳动法》的平衡点基本适当

《中华人民共和国劳动合同法》在起草过程中首先涉及与《中华人民共和国劳动法》的相互关系。《劳动法》已经建立了一套完整的劳动关系调整模式，《劳动合同法》是对其继承发展还是另起炉灶，取决于《劳动法》能否适应现有的劳动关系调整需要。

现行《劳动法》对我国劳动关系实行了一种三个层次的调整模式。宏观上，

董保华，载《中国新闻周刊》，2006年4月28日。本次论坛董保华并未参加，该文系其提供的书面稿。

国家通过规定最低工资、最高工时等一系列倾斜立法，实现底线控制，保护劳动者最基本的生存权利，让出了劳动关系当事人的协商空间；中观上通过集体合同调整集体劳动关系，由用人单位和劳动者进行集体协商，劳动者可以通过“用手投票”的形式调整自身在劳动关系中的权利义务；微观上，通过劳动合同调整个别劳动关系，法律承认企业人力资源管理的自主权，当劳动者对用人单位的管理无法接受时可以“用脚投票”。

从实际运行来看，经过十年时间，用人单位和劳动者已经逐步适应了《劳动法》及其配套规定构建的法律环境。《劳动法》的平衡点基本适当，如果说存在问题主要在于某些标准虚高如工时、补偿金、医疗期、探亲假等，由此造成劳动法覆盖面太窄。应当看到，目前中国劳动用工中存在的最大问题不是劳动关系法律规范对劳动者缺乏保护，而是有法不依、执法不力、覆盖面太窄，要解决这些问题，主要是靠建立完善的执法程序，加强执法力度，落实现有规定，扩大法律覆盖，而不是改变现有的法律调整模式。

对《劳动法》本身存在着的不足，新的法律应当在《劳动法》基础上有针对性的予以细化，而不是重新建立一套新的法律体系。可《劳动合同法(草案)》完全改变了经过十年时间形成并逐步稳定平衡的法律调整模式，

二、劳动合同立法的平衡点选择失当

现有草案试图通过提高劳动基准，在宏观层次来加强对劳动者的保护。这种立法思路在《劳动合同法(草案)》中大体可以概括成为四个方面：

对企业实行宽进严出：草案对劳动关系进行了简单宽泛的规定，导致企业和个人之间即使发生偶然的商业接触也会被认定为建立了劳动关系，这对企业的招聘机制产生了全方位的影响，可能造成企业“被动招工”现象的大量出现，即企业必须招用大量从未计划招用的员工。草案对企业解聘员工进行了严格限制，对企业的解聘机制造成了冲击，形成一种“难以解除合同的解雇制度”。

对员工实行宽进宽出：“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，接受了企业提供的特殊待遇、掌握商业秘密的员工可以随意离职，其违约成本极低甚至是零成本，这些规定将使用人单位那种通过加强投入，主动留人的措施和方案基本上丧失法律效力。

对劳动管理溶入员工主导：《草案》将企业规章制度的制订程序改造成为员

工与企业之间的共决程序，我国将出现世界罕见的“非企业主导的规章制度”。企业对绩效不好的员工不能调整岗位或报酬，企业合理的工作安排必须员工书面同意才能实施，绩效管理将变成一种“无改进的绩效管理机制”，即企业在绩效管理中可以制订业绩计划、进行绩效评估但无权采取任何绩效改进措施。

对劳动关系实行行政干预：作为劳动合同法，《草案》选择以劳动监察而不是劳动仲裁作为执法的主要手段，强化了劳动合同法的公法性质。劳动行政部门的管理范围、监察对象大大扩大，行政手段也有所增加。企业管理的方方面面，均被纳入了劳动行政机关的视野，用人单位劳动管理在一定程度上将转变为一种行政管理。

劳动管理中出现的“被动招用的招聘制度”、“没有法律约束力的留人制度”、“难以进行合同解除的解聘制度”、“无法改进的绩效管理制度”以及“非企业主导的规章制度”使得使劳动基准不仅成为一种底线控制甚至也成为高线控制。我国的劳动标准本已不低，有些标准已经过于刚性而难以实施，再行升高，只能将大量的强制标准借助行政管制的力量，伸入企业的管理空间，从而使用人单位的管理空间大大压缩。

三、劳动合同立法平衡点选择失当的危害

草案的这种立法思路将导致两个结果：吞没中观、吞没微观。

其一，在中观层次上消灭了集体协商。有人认为劳资力量不对等，工会作用发挥有限，无法有效进行集体协商，所以需要国家以公法来介入。其实在集体协商作用没有发挥的情况下，就更需要对现有集体协商机制进行改革，需要研究如何更好的建立健全劳动者用手投票的机制。现有草案反而在宏观层次抬高劳动基准、加强行政干预，没有给集体谈判留下可以协商的空间，

其二，在微观层次上取消了企业管理。部分人将企业的人力资源管理理解为就是让工人少拿钱、多干活，对现代的人力资源管理理念缺乏基本了解，思维仍停留在泰罗制时代。现代人力资源管理机制实行以人为本的基本理念，是被世界各国证明行之有效的经验总结。脱胎于计划经济时期的《劳动法》尚能对人力资源管理理念采取了包容的态度，在中国经济与世界经济体系相融合的今天，我们更应该以开放的思想，对人力资源管理科学予以充分的尊重，而不是对其严令禁止

草案这种立法思路使劳动关系调整出现刚性化特点。带来的后果将是劳资关系失去平衡。对劳动者而言，草案赋予其更多的管理企业的权利，但企业管理权对广大的底层劳动者没有意义，只有企业中的上层员工才可以利用其获得利益；对企业而言，草案剥夺了企业的管理权限，给企业的招聘机制、绩效管理、解聘机制、留人方案带来全方位影响，劳动关系凝固化，企业也将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的安置机构，使企业难以承受；对政府而言，由于代替员工大量介入企业管理，对政府的管理能力带来挑战，劳动关系变得形式化和行政化，消耗大量公共资源却未必能取得预期效果。草案一旦实施，带来的结果只能是“三输”，只有企业中处于上层地位的劳动者可以通过其相对企业的强势地位获得利益，劳动合同法变成一部“贵族劳动者”的保护法。

笔者的这些观点被某些人贴上了“资方”的标签，并将自己贴上了“劳方”的标签，劳动合同立法的学术争论演变成了“劳资矛盾”、“阶级斗争”，这是非常可笑的。

笔者长期以来一直坚持一个观点：劳动合同法不属于合同法范畴，而是属于劳动法和社会法范畴。社会法的基本理念是保护社会利益。由于社会不同集团、不同阶层存在“利益冲突”，强势主体与弱势主体之间“利益失衡”，因此社会法将倾斜保护作为基本原则，即通过“倾斜立法”和“保护弱者”，从而达到强势主体与弱势主体的利益平衡。在劳动合同立法上，由于用人单位和劳动者的地位不平等，所以有必要对劳动者倾斜保护，从而实现劳资关系的平衡。

部分人将笔者长期所持的上述“倾斜立法”和“保护弱者”的观点贴上自己的标签，反过来攻击笔者，这在学术上是非常不正常的。“劳权论”和“代表论”可以用来研究工会法，但不适合用来研究劳动法。

四、劳动合同立法平衡点的重新选择

劳动关系具有易刚难柔，易上难下的特点，刚性化管理将对我国经济发展产生阻碍。法律的重整功能是建立在平衡基础上的，只有在平衡的基础上才能实现“多赢”。我国现阶段，劳动关系的平衡点应当在哪里呢？笔者的回答是：低标准、广覆盖、严执法。这里的“低标准”是一种法律强制性基准。普通劳动者生存权的保障，应成为国家执法的重心所在，当然我们也完全应当鼓励企业在此基础上提高待遇。这种“低标准”是普通劳动者需要的，也是用人单位完全应当遵

守的，只有“低标准”才可能“广覆盖”。我国的《劳动合同法》应当坚持一种雪中送炭式的思维方式，也就是在中下层劳动者中实现“广覆盖”，将重点放在调整劳动法的适用范围。通过“去强扶弱”，将雇主从劳动者中排除，将非标准劳动关系纳入劳动法律调整范围，从而真正落实劳动法对弱势主体的保护。“低标准”“广覆盖”的基础上国家才可能去进一步追求“严执法”。这是一个普通劳动者、正常企业、国家行政部门都能接受的平衡点。

劳资利益平衡与经济协调发展

嘉宾主持：郭军 全国总工会法律部副部长

现场嘉宾：苏海南 国家劳动和社会保障部劳动工资研究所所长

黎建飞 中国人民大学法学院劳动法和劳动保障法研究所所长

冯同庆 中国劳动关系学院副院长

陶文忠 中国人民大学劳动人事学院副教授

王向前 中国劳动关系学院劳动法与工会法研究所副所长

书面发言：郑功成 中国人民大学劳动人事学院副院长

董保华 中国劳动法学研究会副会长

李中强(《中国新闻周刊》杂志社副社长)：

首先我代表《中国新闻周刊》杂志社欢迎各位嘉宾、各位专家及各位媒体朋友的到来。《中国新闻周刊》每月一期的新闻中国月度论坛在过去一年多的时间里已经举办了十几期了。每个月的论坛都针对当时社会公众普遍关注的热门话题，邀请在这方面有深入研究的、权威性的顶级专家教授共聚一堂，各抒己见。通过这样一个论坛的讨论，我们希望能够为社会的和谐发展做出贡献。

.....

董保华：劳动立法不应造成新的失衡¹

现在我就来介绍董保华提供的观点，有些同志认为董教授是资方代表，我完全不赞成这个观点，董教授谈到的一些想法，我认为也有它的合理性。“中国就是中国”，现在中国的问题和有些国家不一样。从当前中国劳动关系现实状况来

¹《中国新闻周刊》，2006年4月28日。

¹本次论坛的讨论董保华并未参加，所涉及观点皆来自于董保华提供的书面发言稿。但其中除董保华的观点之外，还有其他学者的评论。

讲，有些问题可能只能舍弃非常理想的那种方法，而只能采取一种现实的解决目前主要问题的方法。所以，董教授的发言讲到劳动法的平衡点是基本适当的，这一点一定要强调。我们现在的《劳动法》是法定最低标准与契约两者相结合，董保华对法定最低标准是高是低的评价基本上是肯定的，此后十年时间，用人单位和劳动者已经逐步适应《劳动法》。董教授提出劳动关系市场化过程中的一些很好的思路，也应该看到中国劳动用工存在的正当问题。现在不是劳动关系法律规范对劳动者缺乏保护，而是有法不依，执法不严。实际上我们现在讨论的问题应该是执法的问题，我个人认为并不是一个劳动法标准的高与低，我认为这个标准严格来讲并不高。因此《劳动法》本身存在不足。比如说，我个人就认为第一个就是基本合同机制在《劳动法》的制定过程中没有得到社会广泛的认可，所以对它的作用给予的空间是有一定限制。第二，劳动争议处理的体制现在非常差，一个争议案件处理下来可能要一到两年，所以目前劳动争议处理法也正式开始进行制定工作。劳动法的基本点基本适当，这是董教授第一个观点。劳动关系本身是严重不平衡的，单个劳动者在具体劳动关系中是弱者，因此，讲劳动法是劳动者的保护神，因为劳动法是维护劳动者的权益，这是董教授非常赞成的观点，董教授对《劳动合同法》有这么四个基本的评价概括了四个方面。第一，《劳动合同法》对企业实行了宽进严出，因此形成一种难以解除劳动合同的解雇制度，对企业一些用工机制造成了冲击。我觉得如果我们详细地看一看《劳动合同法》，再和《劳动法》进行比较，甚至在有些方面还宽了。比如《劳动法》讲到连续工作满十年，可以签订无固定期限合同，《劳动合同法》说不签书面合同的一概视为无固定期限。恰恰给了企业选择短期合同的空间，认认真真讨论签一个书面合同，哪怕三个月都合法。不签书面合同却没有法律制约，这种侵犯劳动者权益的做法我们肯定是不能认可的。只要存在劳动关系，用人单位可能因此要承担更多一些责任。第二，对员工实行宽进宽出，保留了《劳动法》的一些基本规定。对于员工的辞职、离职这些问题，董教授讲到给企业的权利少了，主动留人措施基本丧失了，违约的成本甚至是零。董教授谈的问题都是很重要的问题，的确我们有员工辞职甚至掌握企业的秘密就走了，当时有人提出来说企业也是弱者。这个问题我们要深入研究，这不是《劳动合同法》造成的，实际上社会制度本身造成的，比如说企业信用制度和个人信用制度的缺少。在国外，一个企业用工首先

要看上一个企业的推荐信，企业老板给你写推荐信就是一个个人信用认证，有了这个企业就可以放心用人，没有这个可能会非常谨慎试用。现在我们企业在这个问题上，社会责任感也不强，企业信用也不完善，职工信用也没有受到制约。这不是《劳动合同法》带来了，也不是《劳动合同法》所解决的。不能因为少数的劳动者个人素质和个人社会责任感的缺失，使全体劳动者作为人质，受到牵连。

第三，劳动管理溶入了员工指导。很多应该是企业管理的事情，这次《劳动合同法》溶入了员工指导，我国将出现世界罕见的“非企业主导的规章制度”。比如说对员工的奖惩制度，到底应该由资方的代表者来决定，还是由劳方单独决定，我们认为都不好。大家可以看一下这次《公司法》的修改成果，大体上我们取得了一定的进展，类似于这样的问题应该双方协商共同解决。它的理论基础就是我们一开始谈的，企业应该是两合的，一个是资本，一个是劳动，大家都在投入，涉及员工切身利益应该是双方协商最好能够共同决定，这个绝不是世界罕见的。因为在德国就有现成的法律在那儿，溶入员工指导实际上我们讲要合作、协调、协商。

第四，对劳动关系形成行政干预。《劳动合同法(草案)》选择的是劳动监察的方式不是以劳动仲裁的方式作为执法的主要手段，强化公法性质。我感觉《劳动合同法》还是有意地在注意这个问题，比如说很少有罚款，在执法问题上一定要有行政执法，这是不是一种行政干预大家可以再讨论。另外一个问题是不是说我们在市场经济条件下，劳动关系就不需要行政干预，就不可以行政干预，这个问题也值得我们关注。我们看房地产市场，一个纯粹的民事关系问题现在恐怕国家政府也是适度的干预。另外，我们一定要讲“中国就是中国”，在现阶段，市场经济发展的初期，劳动关系不是十分规范，刚才讲了劳资谈判机制不是十分健全，社会信用制度还没有完全构建，我们执法环境还不是很理想，在这样一个大的背景下，强化行政手段也许需要在这个草案下一步进行，这是董教授的一个观点。

董教授有四个观点，对于企业是宽进严出，员工是宽进宽出，劳动管理制员工主导、劳动关系实行的行政干预。大的方面我赞成，具体的判断和措施上我们有不同意见。

第三个方面，劳动关系选择的平衡点的选择，并没有说这个《劳动合同(草案一)》选择的平衡点就一定是适当的。董教授讲目前草案司法思路会导致两个

结果，一个是限制了中观，取消了微观。就是说劳动关系的调整大体上有一个宏观的国家政策法律，中观大体上就是劳资协商谈判的制度，微观就是劳动者个人和用人单位之间的合同，所以他讲这种思路可能消灭了集体协商。但是我们感觉这部《劳动合同法(草案)》现在引起争论的恰恰是有些人认为不应该写这些集体协商的内容。比如刚才董教授自己提出的员工主导，员工主导很多就是通过集体合同谈判方式来渗透和参与的。第二，在微观层面上取消了企业管理，对企业而言草案剥夺了企业管理权限，给企业的招聘机制、绩效管理、解聘机制、留人方案带来全方位的影响。而且企业劳动管理权利对于广大底层劳动者没有意义，只有企业上层员工才可能利用其获得利益。董教授特别强调《劳动合同法(草案)》的立法思路使劳动关系调整出现刚性化的特点，担心太刚性化了强调的是强劳动、弱资本，带来了是劳动关系失衡。劳动关系民主化将企业从追求效益的市场主体变为实现公共目标的安置机构，使企业难以承受，担心企业从追究效率要到实现公共目标，我赞同他这个观点。董教授担心了，企业要承担安置责任使企业难以承受，对政府而言代替员工大量介入企业管理，使劳动关系变成形式化、行政化，其结果是“三输”，企业输了，员工输了，政府输了。当然，如果劳动双方的确是这样，那确实是彻底的失败。这部《劳动合同法》有没有这个特点，大家可以再讨论，可是董教授谈到了一些观点就被有些同志贴上了标签，说把学术争论变成了劳资矛盾，我认为这没有道理。

现在大家讨论的目标都是一样的，所以董教授最后归纳的是低标准、广覆盖、严执法，这个观点我们完全赞成。从工会角度讲现在《劳动法》确定的标准都是非常低，广覆盖应该向所有劳动者，现在问题恰恰是执法松懈。董教授特别强调长期以来他认为《劳动合同法》不属于合同法的范畴，而是属于劳动法和社会法的范畴，这和郑教授稍稍有一点不一致。社会法的基本理念是保护社会利益，因为社会不同阶层存在利益冲突，强势主体弱势主体之间利益失衡，这是我们要讨论的前提。因此社会法将倾斜保护作为基本原则，通过倾斜立法保护弱者，从而达到强势主体和弱势主体的利益平衡。在劳动合同立法上，由于用人单位和劳动者地位不平衡，所以有必要对劳动者倾斜保护从而实现劳资关系的平衡。

两位没有到现场的嘉宾的书面发言暂时介绍到这里。

我们应该要一部什么样的《劳动合同法》

有人认为我站在“资方”的立场说话。我认为我只是站在平衡的角度。不是不关心员工，而问题是需要了解我们的员工“真正需要什么”。草案最大的问题就在于没有考虑到“劳动者”分层情况

我国《中华人民共和国劳动合同法》的起草进入了关键时刻。作为一名致力于《劳动法》研究二十余年的学者，笔者一直关注着这部法的起草进程，也参加了一些有关部门组织的课题讨论。在《劳动合同法》进入公开征求意见阶段，笔者也想坦陈一些不同的思考。

我国应当要一部什么样的《劳动合同法》？锦上添花式的，还是雪中送炭式的？

要雪中送炭，不要锦上添花

这是一个“高标准”与“广覆盖”的争议。这一问题的回答首先涉及了《劳动合同法(草案)》与《劳动法》的相互关系。从某种意义上说，前者是为了克服后者的不足而产生的。

《劳动法》公布之前，我国基本上是一种国家主导型的劳动关系，《劳动法》通过对劳动关系与行政关系的合理界定，形成了基准法与合同法相结合的调整模式。国家通过规定最低工资、最高工时等一系列倾斜立法，实现底线控制，让出了劳动关系当事人的协商空间，从而实行劳动合同、集体合同。

由于我国目前集体合同作用不大，劳动合同会成为一种企业主导型的制度安排，这也正是国家仍要实行倾斜立法、底线控制的原因。国家的行政管理是以承认企业经营权为前提的，在承认的基础上才能谈限制。

依“锦上添花”式的思维方式，《劳动法》的这一套调整模式对员工的倾斜保护力度是不够的，希望通过提高劳动基准，并将其与劳动关系凝固化、行政化和形式化刚性管理相结合，劳动基准不仅成为一种底线控制甚至也成为高线控制。这种立法思路在《劳动合同法(草案)》中大体可以概括成为四个方面：对企业实行宽进严出；对员工实行宽进宽出；对劳动管理融入员工主导；对劳动关系实行

作者董保华，系中国劳动法学研究会副会长、华东政法学院教授。本文载《第一财经日报》2006年3月31日。本文系董保华撰写，在《劳动合同法》进入公开征求意见之际，作者撰文表达自己的观点。

行政干预。

这一思路一旦变成现实，国外先进的人力资源管理模式与中国的劳动法律制度将发生全面的碰撞。在招聘制度中将出现被动招工；在绩效管理中将出现无法改进的绩效管理；在留人制度中将出现没有任何法律约束的留人方案；在解聘制度上将出现不能提前解除的解聘机制。可见，锦上添花式的思维方式尽管立法初衷很好，但其既脱离了中国实际，也脱离了世界经济发展的基本规律。

现行劳动立法的整体思路是恰当的，但存在某些标准的虚高问题，即一些标准看上去是高标准，实际上难以执行，例如劳动合同中的医疗期规定、赔偿金规定。当这种“高标准”是和“宽执法”和“窄覆盖”联系在一起，劳动者并不能从中受惠。因此，我国的《劳动合同法》应当坚持一种雪中送炭式的思维方式，也就是“广覆盖”，力求扩大《劳动法》的适用范围。

应将重点放在调整适用范围

劳动者是一个涵义非常广泛的概念，凡是具有劳动能力，以从事劳动获取合法收入作为生活资料来源的公民都可称为劳动者。不同的学科对于劳动者这一概念具有不同的界定。劳动法学意义上的劳动者是与雇主相对应的雇佣劳动者而不包括向雇主负责的经营者。当我们说“广覆盖”时，主要应向低层的劳动者扩大范围。

第一，《劳动法》是以保护劳动者为重心的，但我国立法对劳动者界定的模糊，导致我国将董事长、总经理等各国规定为雇主对象，都当做劳动法的保护对象。一方面，在国有企业由于所有者的虚位，我国管理者有着巨大的职权空间，一旦突破道德约束就可能以这种强势地位以权谋私；另一方面，又可以《劳动法》赋予的劳动者弱势身份来回避法律追究。董事长、总经理利用劳动合同自我加薪、讨要加班费，在改制中利用法律规定自我解职获得巨额补偿金，然后再自我招聘等，已经成为不容回避的问题。我们应当引进国际上已经较为成熟的雇主、雇工界定方式，将雇主概念具体化并予以排除。

第二，应当采取适应市场经济的方式，对企业中的老员工进行倾斜保护。现在那种以“先来后走，后来先走”的强制方式进行限制不可取，应该以经济的方式进行规范，即提高对老职工的解雇成本，支付较高的经济补偿金。然而在这点上《劳动合同法(草案)》作了相反的规定，按每工作五年递减10%，恰恰是老

职工拿的补偿金低，实在是本末倒置了。

第三，事业单位、社会团体中的劳动者应当纳入《劳动法》保护。这是我国一个相当大的群体，也是相当一部分科技人员的聚集地。这部分的法律保护却一直不甚清楚，《劳动合同法》本应是一次实现并轨并建立统一的劳动力市场的机会。

第四，加强对非标准劳动关系的规范。历史地看，从工业化经济发展到全球化经济，传统的、标准的劳动关系已逐渐弱化。我国从计划经济转向市场经济，是通过让与计划经济相联系的标准劳动关系转变为一种非标准劳动关系，从而走向市场经济的。至今很多劳动者仍处在非标准劳动关系的状态下，如下岗职工、提前退休、退休返聘、停薪留职、兼职劳动、非全日制就业、非正规就业等。

也有一些新型行业则是一开始就以非标准劳动关系的形态出现的，如远程就业、弹性用工、家庭作业等。非标准劳动关系的规范本应成为这部产生于 21 世纪的立法的特色，可惜的是《劳动合同法(草案)》几乎对其视而不见。

第五，非法用工主体中劳动者的保护。一些用工主体虽是非法的，但其中的劳动者其实是合法的。然而，按《劳动合同法(草案)》只要用工主体出现瑕疵，则其中的劳动者均不受到保护，最低层的劳动者依然得不到保护。

扩大适用范围不是简单加减

有人以为，扩大适用范围只是简单的加加减减，其实不然，既涉及利益调整也涉及规范方式。对于一个远程就业或非全日制就业的员工以全套的劳动纪律、工作时间、社会保险规定来要求是否现实？如果进一步在这些形式中，对企业实行宽进严出、对员工实行宽进宽出，更难以想象。只有“低标准”才可能“广覆盖”，然而劳动标准又是易上难下的一种标准，如何在维持现有《劳动法》保障水平和基本机制的基础上，对我国一些虚高的劳动标准作出调整本身就是重要的课题。以这次立法中受到高度关注的“劳动合同短期化”为例，人们注意到了劳动合同终止制度过宽的问题，却忽视了劳动合同解除制度过紧的问题，以至于采取双向收紧的更为刚性的方案。其实，应当采取前者收紧，后者放松的基本思路。

当我们在进行制度选择时，法国发生的风波应当引以为鉴，较为灵活的用工机制一旦被刚性化后，再去进行利益调整，会付出巨大的社会成本。我国计划经济是一种极其刚性的体制，转入市场经济时我国也曾尽量以福利性无固定期限合

同来保护员工的利益，但是随着大下岗的开始，老职工希望稳定的愿望，还是未能实现。我们能避免重蹈覆辙吗？让我们拭目以待。

劳动合同法争论继续：谁真正代表工人利益

全国人大常委会公布《劳动合同法(草案)》并向全国征求意见后，引起学界广泛激辩，第一焦点落在对“劳、资关系”的倾向性上。虽然“《劳动合同法》的立法价值在于追求劳资双方关系的平衡”，是双方都认可的出发点，但对于“劳、资”是否处于实际性的平等关系仍存在分歧。因此，论者观点大致被划分为代表“劳方”与“资方”两派。本报自3月22日起，就开始持续关注持不同立场的专家的思考、探索与争论。“思想者”栏目在推出董保华的论文《我们需要一部什么样的劳动合同法》及独家专访(3月31日，本版)后，本周继续推出对持“劳方”立场的专家常凯的深度专访。

2005年3月，国务院法制办委托中国人民大学劳动关系研究所组织全国12个法律院校的18位专家教授进行《劳动合同法》草案研究的课题。

一年之后，随着一审草案的发布，这个课题组内部也“裂变”为两派。

担任这个课题组组长的中国人民大学劳动关系研究所所长、劳动法博士常凯教授和同为18位专家之一的华东政法大学董保华教授是两派的代表。他们两位之间的分歧被圈内称为劳动合同法上的“京派”和“海派”之争。常凯表示，他与董保华之间分歧并不是法律条文上的分歧，而在对《劳动合同法》的评价、对劳动标准的评价、对现行劳动关系是工人还是雇主得不到保障等基本问题上存在严重分歧。

从最初送审稿到修订稿再到一审草案，《劳动合同法》经历了“脱胎换骨”的过程。显著的变化就是将立法依据从原来的《合同法》转变为《劳动法》。两者最大的区别是，《合同法》将劳资双方作为具有同等权利义务的主体，而《劳动法》则明确强调立法必须向劳动者倾斜。这是当前《劳动合同法》争议的起点。

《第一财经日报》：你对最新一稿《劳动合同法》的基本评价是什么？

常凯：总体看来，《劳动合同法》基础是好的，一是比较符合《劳动合同法》

撰稿者郭晋晖，《第一财经日报》2006年4月7日。

的立法性质，它应该是劳动法律的一个构成部分，通过对劳动者的保护调整劳动关系；二，基本符合当前我国劳动关系需要调整的现状，特别是当前劳动关系中存在的突出问题诸如短期雇用、劳动派遣问题；第三，《劳动合同法》参照了国际上劳动合同法律的一般性经验和做法，并和中国的实际状况结合起来，比较适合目前的法律状况。

当然，这个草案很粗，具体的条文上完全可以讨论，比如经济补偿金问题、辞退的程序问题、劳务派遣如何规范、竞业限制等都可以讨论。

《第一财经日报》：在制定劳动合同法的时候有两种立法依据可以选择，一是依据《合同法》，二是依据《劳动法》，但草案还是选择了《劳动法》，你如何看待这种变化？

常凯：最初的送审稿中是以《合同法》为依据，稿中写道“要维护当事人的利益”。我们上报给法制办的意见也专门提到了这一条，《劳动合同法》应该是《劳动法》的系列法，而不是《合同法》的。立法依据的差别是争论的起点，现在很多人都是持着《合同法》的观点分析《劳动合同法》，这也是产生分歧的原因之一。

从本质上来说，《劳动合同法》是社会法，应以社会利益作为直接的立法取向，对大量劳动者的保护是社会利益最基础的东西。那种认为《劳动合同法》是维护双方当事人权益的认识，是与《劳动合同法》性质不相符合的。

当前认为《劳动合同法》向劳方“一边倒”的观点就是基于这种认识。但实际的情况是，劳、资力量不对等。在工会作用发挥有限的情况下，如果国家不以公法来介入，劳资将更不平衡。

劳资冲突已经成为社会的主要矛盾之一。在向国家法制办上交的意见中，我们建议应该从社会经济的稳定发展以及国家竞争力的提高着眼注重劳动合同法中的劳动保护，这体现出了立法者的政治远见。

《第一财经日报》：政府对要素市场干预过多已经成为改革的障碍，也有人从这个角度出发提出，《劳动合同法》的一些条文是政府规制的加强，与西方社会放松劳动力市场的管制正好相反，你对这个问题怎么看？

常凯：中国的劳动力市场规制松，而西方的劳动力市场规制严，这是不同点。甚至可以说，中国的劳动力市场几乎没有规制，虽然有些规定但也不严格。比如，

如此大规模的欠薪是中国独有的现象。原因是劳工太弱了，没有谈判的能力。

所以并不能说西方怎么样做我们就怎么样做。在西方相对规范的情况下，政府可以减轻规制，比如德国正在废除一些劳动法规，主张劳、资自治，但中国没有这样的背景。劳动力市场和其他要素市场不同，不仅仅是经济关系还是社会关系，仅仅靠经济自我平衡不行，尤其是在中国市场不规范的情况下，如果放任不管就等于站在强者的立场，让弱者越弱。

而且，还应该看到，政府在这个要素市场介入的程度不一样，不能一概而论。在劳动力市场上，政府不是管得多了而是管得少了。

以前我们这方面做得太差了。比如下岗，政府不仅没有站在工人的角度而且是站在企业的角度来“对待”工人，法院不受理关于集体下岗劳动争议的诉讼等。现在政府刚刚说想出来平衡一下劳资关系，就有人说政府做得过分了，这是一件很不公平的事。

《第一财经日报》：根据西方的经验，在劳资冲突时，劳资谈判和政府规制是解决矛盾必不可少的两种手段，为什么你强调后者？

常凯：如果形成规范的劳动关系，劳资自治和劳资协商重要。现在的问题不是工会的力量弱而是工会能不能代表工人。全总的态度是很积极的，但基层工会不能有效地代表工人，很多工会代表企业做人力资源管理。

4月3日，在北大举行的模拟法庭中，董保华和常凯第一次面对面交流，现行的劳动标准是高还是低？董保华提出了贵族劳动合同法的质疑。对此，常凯认为不能以偏概全，劳动标准是一个全面的指数，应该从工资这个最核心的概念入手。通过对近10年来工资占GDP的比重分析，逐年走低，这说明工人对于经济增长分享的成果非常有限。

《第一财经日报》：你如何看董保华教授关于“中国的劳动基准与国际比较是偏高的，劳动合同法制定标准不宜过高”的观点？

常凯：判断一个国家的劳动标准高低与否，不能仅看单项指标，应该将劳动标准看成一个系统。我国有些单项的劳动基准，如40小时工作日和加班工资支付标准等确实比较高，但不能以此就断言中国的劳动标准过高。

就劳资双方来说，这种个别项的比较没意义。还应该考虑其他指标，如工人的工资收入、职业稳定、社会保险水平、职业安全状况、职业培训等综合水平。

如果将这些指标综合起来，我国的劳动标准不仅在国际比较中属于低水平，就是在我国的经济关系中和社会权利体系中，也是比较低的。

如果不拿我国工人的工资和企业利润比，而是抛去资方不谈单纯与国外比，很可笑。

《第一财经日报》：你的观点是什么？

常凯：劳动标准中最基本的是“工资问题”。比较工资时既要工人的收入，也要看老板利润，“你挣了多少，给我多少，这才有意义”。

1994年，我国工资分配占GDP的14.24%，2003年这一比例为12.57%，最近这几年GDP都是以每年8%~9%的速度递增，工资收入虽然也在同比递增，但递增同时两极分化越来越严重，工人的实际工资增长极为有限。

劳动标准的高低，不仅与经济发展和劳动力市场供求有关，而且也与劳资力量的对比有关。

《第一财经日报》：董保华教授在《我们需要一部什么样的劳动合同法》中提出，《劳动合同法》应该是雪中送炭而非锦上添花，你对此怎么看？

常凯：问题是我们现在并没有做到“锦上添花”，劳动基准依然很低，劳动合同法就是要限制雇主的权力，这没什么可回避的，这个度怎么把握可以讨论，现在如果出于想把这个原则改变的目的而提出“贵族劳动合同法”的概念，是不严肃的。

我们劳动标准不能再降低了。雇主和工人都是争取自己利益最大化，如果将劳动者标准降低之后，雇主还是会追求自己的利益。

除去由于起点不同造成的分歧之外，常凯表示，拿人力资源管理的理论去评判《劳动合同法》也是不妥的。人力资源管理和劳资关系的管理作为两个学科，基本出发点有差异。

《第一财经日报》：你曾经提到人力资源管理就是让工人少拿钱、多干活，无法解决达到企业劳资平衡，怎么会有这样的结论？

常凯：人力资源的目标是增加企业竞争力，是企业管理工人的一种办法，绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资。从人力资源这个学科上来说无可厚非，但他解决不了企业劳资管理的问题。

《第一财经日报》：有人担心，《劳动合同法》中的一些规定会影响企业自主

用人权，从而影响企业效益，你怎么看？

常凯：这是从人力资源出发批判《劳动合同法》得出的结论。这么做就等于完全站在资方的立场理解劳动合同法。如果完全照此，劳动合同法就变成“工人管理法”了，这是方向性错误，我们应该用《劳动法》的学科去评价而不是用出发点完全不同的学科评价。

还有一个非常重要的原因，中国和西方人力资源管理背景不同。西方是在劳方集体协商和工会力量比较强的基础上引入人力资源管理，而且现在开始注重调节劳资关系，而我们国家的人力资源管理基本上不研究劳资关系，完全是单向度研究如何管理工人。

《第一财经日报》：我国人力资源管理对劳动关系调节的缺乏会导致什么后果？

常凯：这种缺乏导致劳资矛盾越来越激化。我给企业提出这个问题，恰恰是为了企业更长期的发展，由于忽视这个问题，劳资冲突已经成为社会最突出的问题，过分地剥削工人不过是竭泽而渔，对企业的长久发展没有好处。国外经验是，在劳资关系上有更好的机制，大家都可以发表意见，从而导致他们的企业更有竞争力。

从人力资源角度考虑的人，担心《劳动合同法》一经通过可能会对当前人力资源管理的模式形成冲击。就我看来，如果能形成冲击，恰恰是《劳动合同法》的积极意义所在，因为我们的人力管理存在太多弊病。

由于董保华教授在这次征求意见时提出了不同的看法，有人认为他代表了资方的意见，是属于少数派的意见。常凯并不这样认为，他表示，资方的意见从来都不是少数派意见。董保华捅破了这层窗户纸。

常凯发现，即使在专门为劳动合同法举行的调研中，资方的声音也是主流。相反，没有掌握话语权的劳动者在立法中发出的声音非常微弱。

《第一财经日报》：有种观点认为，劳动合同法草案是“一边倒”向劳动者，你对此怎么看？

常凯：这是不可能的。从《劳动合同法》的立法宗旨是要平衡劳资关系，不可能仅仅站在一方的立场上，我们对于员工保护有条件的，也要平衡雇主的利益。其实，在劳动合同法制定过程中，雇主力量的影响要比工人大得多，在这个劳动

合同法制定过程中，雇主的声音体现得非常明显。

举个例子来说，以劳务派遣为例，根据国外的惯例，对劳务派遣的行业、职业规定很严格，大规模的生产工人不能派遣，我们也提出了这样的建议。但在中国大部分劳务派遣都是这种类型的，有的企业通过这种方式逃避了本应该承担的责任。但我们的意见并没有被采纳，因为受到了雇主的压力。

因此我认为，代表资方说话并不是孤独者，没有话语权的劳动者才是立法中的孤独者。

劳动合同法草案引发法学界分化

《劳动合同法》(草案)正引发激烈争议。在中国社会的利益博弈对“立法”越来越有“路径依赖”的时候，关注中国法学界的分化，就是关注中国社会的利益博弈本身。

《劳动合同法》(草案)争议至少表现出三个值得关注的倾向：

法学正继经济学之后，成为公共政策的争论平台；法学领域内的争议与经济学领域内的争议，议题不同，根源一致；经过了短暂的共同进退之后，法学界内部的观念和话语分化，正凸现于公共领域。

若非据说资质有问题的“跨国企业人力资源协会”的代表在关于《劳动合同法》的研讨中迸出“撤资”二字，关于《劳动合同法》草案已经延续日久的争论，不会在短时间内突然吸引国人如此之多的目光；若非冲突的双方——中国人民大学常凯教授和华东政法学院董保华教授——分别被冠以“劳方代表”和“资方代表”的刺激头衔，这场几乎已经告一段落的争论，也不会媒体上急剧升温。

争论发展到令人侧目的时候，情势急转，宣称可能“撤资”的当事人身份被质疑，常、董二位教授表示，他们站在学者的立场，没有意愿、也没有能力做任何一方的代表。

尽管如此，他们又仍然宣称，争议虽起因于劳动合同法草案条文，但根本分歧却在如何判断中国今日的社会矛盾以及采取何种角度面对市场经济带来的问题。他们毫不犹豫地将这次争论与《物权法》之争相联系，并将中国法学在改革

撰稿者汪伟，《新民周刊》，2006年5月24日。

中的角色与经济学做了对比。

在常凯看来，中国不仅存在“主流经济学”，亦存在一个与“主流经济学”声气相通的“主流法学”。这个“主流法学”致力于建构中国市场经济的公法和私法制体系。2004年，“主流法学”的威望因“私产入宪”达至顶点。但常凯认为，这个于改革功不可没的群体，却多年不重视乃至忽视社会法域的存在。

与常凯在争议中各执一端的董保华亦表示，多年来，他在法学界的主流与非主流之间，角色屡变。若非新的国家战略部分修正了GDP至上的考评机制和“效率优先兼顾公平”发展战略，他认为，劳动法学研究和劳动权利保障，仍将趴在GDP增长冲动之下。而这正是劳动法研究边缘化的根源所在。

与《物权法》之争中法学界共同面对质疑不同，常、董二人从“加强劳动者权利保护”的起点出发，很快走向了两个方向。用常凯的话说，分歧不仅关乎立法技术，更关乎价值取向和利益立场；董保华则认为，劳动法学者有“睁眼”和“闭眼”之分，分歧是因为“有人喜欢闭着眼睛喊口号”。

立法中的争议并非始于《劳动合同法》，更不终止于《劳动合同法》。在中国社会的利益博弈对“立法”越来越有“路径依赖”的时候，关注中国法学界的分化，就是关注中国社会的利益博弈本身。

董保华：“草案将导致三输局面”

如果草案变成法律，将是企业、工人、政府三输的局面。只有一种人会赢：那就是打劳动争议官司的律师。

新民周刊：从某种程度而言，《劳动合同法》立法的必要性来自于《劳动法》的某些缺陷。今天如何评价《劳动法》？

董保华：《劳动法》的不足在于，第一，它的“劳动者”这个概念是一个抽象的概念，其实，劳动者不一定都弱势。董事长、总经理也是劳动者，但他们同时又是雇主。《劳动法》的“劳动者”概念是1992年前后提出的，起草者对市场经济会出现多少主体并不清楚。10年中，中国涌现出很多市场主体，劳动者出现了分层：特强势劳动者如董事长总经理，强势的如白领，弱势的如民工和刚刚毕业的大学生；劳动法对此没做区分。第二，有很多人没有被目前的《劳动法》覆盖；第三，部分标准虚高，如工时、补偿金、医疗期、探亲假。第四，《劳动法》执法不严。

新民周刊：从立法思路上来说，《劳动法》的问题似乎可以通过修法来调整。为什么要单立《劳动合同法》？

董保华：《劳动合同法》是一次先有动议再去找问题的立法。在整个立法讨论的过程中，劳动法学界对《劳动合同法》立法的价值取向和技术选择，并没有一个清晰的共识或者结论，也不能判定立法的走势。这个稿子走到今天，问题也正在这里：大家弄了一个东西，但大家都不知道它会走向何处。

新民周刊：既然法学界对《劳动合同法》缺乏共识，草案又是如何形成的呢？

董保华：形成现在草案的原因有两个：一是立法者脱离实际，二是草案是改革之争的产物。

改革以来，中国政府的主流思想是“效率优先，兼顾公平”，《劳动法》一度十分冷落。年轻人专攻此法的很少，中年学者则多为兼治。本届政府强调公平与和谐社会，《劳动法》从边缘走向中心，匆忙上阵的劳动法学者没有心理和学术准备，分配学术资源变成了首要目的。草案在某些问题如劳动派遣上，有一种先破后立的思维方式。改革尤其是改革中的不公正现象产生了一种情绪，一部分学者代表了这种情绪，我的看法是，所谓好与不好，都是比较出来的，改革中产生的问题只能在改革中解决，反对的时候，“破”的时候，要想想替代性的方案在哪里？

新民周刊：争议的根本分歧在哪里？

董保华：争论的实质是如何看待市场经济产生的矛盾。有人将争议描绘成：劳资对立、学者站队，是社会法与合同法在对立，是倾斜保护原则与平等保护原则在对立。而我董保华，被说成是资方代表，被说成主张以合同法的原则指导劳动合同法立法、主张平等保护。

新民周刊：如何评价现有草案？

董保华：从价值取向上来说，起草者不明白自己起草了一个什么样的法律，也不明白这部法律可能产生的影响；从立法技术上来说，一个法律义务对应数个法律责任，技术有问题。

现有草案试图通过提高劳动基准，在宏观层次来加强对劳动者的保护。这种立法思路在草案中可以概括成为四个方面：对企业实行宽进严出，对员工实行宽进宽出，对劳动管理融入员工主导，对劳动关系实行行政干预。我对草案有个评

价：凝固化、标准化、形式化、行政化；其结果：宽进宽出摧毁了商业秘密和培训制度；宽进严出，摧毁了招聘和解聘制度；自主管理摧毁了绩效考核制度；对劳动关系进行行政干预，摧毁了人力资源管理制度。

新民周刊：常凯教授认为，你在用人力资源管理的原则去评价《劳动合同法》，而这是一种错位。

董保华：首先，人力资源管理并不像有人说的那样，仅是研究怎么多干活少发钱的学科，作为人类先进文化的组成部分，它不可能是一种丛林法则。其次，这部表面看来对劳动者有利的草案，最终将损害普通劳动者的利益。

为了应对“宽进严出”，企业可能采取“严进”的用工政策，大量减少就业。底层劳动者从事的工作可替代性较强，需要一定的人员流动性以实现就业，在岗位稀缺、流动停滞的就业环境里，他们首当其冲受到冲击。

为了应对“宽进宽出”，企业不能通过加大投入留住员工，就会减少向员工提供培训和福利，尽量招用有经验的员工，已经就业的底层劳动者的上升发展空间受到限制，初次就业或缺乏职业技能的底层劳动者也要受到冲击。

现有劳动监察主要针对底层劳动者的权益进行保护，其执法状况尚不能令人满意。草案将企业方方面面的管理纳入了劳动行政机关的执法范围，底层劳动者和上层劳动者一体保护，会摊薄底层劳动者享有的行政资源。

如果草案变成法律，将是企业、工人、政府三输的局面。只有一种人会赢：那就是打劳动争议官司的律师，因为草案将导致劳动争议激增，律师会大赚。

新民周刊：你理想中的平衡点又在哪儿呢？

董保华：《劳动合同法》的立法思路就是在高标准 / 低标准、广覆盖 / 窄覆盖、执法宽 / 执法严这六种情况进行组合。我倾向于“低标准、广覆盖、严执法”。“低标准”是一种法律强制性基准。普通劳

劳动者生存权的保障，应成为国家执法的重心所在，当然我们也完全应当鼓励企业在此基础上提高待遇。只有“低标准”才可能“广覆盖”，在“低标准”“广覆盖”的基础上国家才可能去进一步追求“严执法”。这是一个普通劳动者、正常企业、国家行政部门都能接受的平衡点。

新民周刊：听起来，这是一种和草案相反的立法思路。

董保华：劳动合同法应向更具弹性的世界潮流方向发展，让劳动关系调整更

具弹性，为其伸缩空间留下余地。上世纪五六十年代国际劳工组织曾试图使劳动关系标准化，但后来发现，这种方式不利于就业。

常凯：“劳资不成熟，公权需介入”

物权法有 1 万多条意见，《劳动合同法》收到 19 万条意见，从来没有哪部法律中的利益博弈表现得如此明显。

新民周刊：为什么学者之间会发生如此激烈的争议？

常凯：分歧源于对以下问题看法不同：如何判断中国的劳资状况？草案是否提高了劳工标准，雇主能否承受？《劳动合同法》是否过分向劳工倾斜？草案中的行政管制是否过多？

分歧出现的原因比较复杂，首先，学者的观点角度有差别；其次，不同的人对中国的劳动关系状态判断不同；第三，学者利益代表的角度和立场不同，利益相关程度不同。

中国改革以来，尤其是 1992 年之后的 10 多年里，利益分化和冲突明显表现了出来。怎么调整这种社会关系，中央已经提出了和谐社会，这是对此前的国家政策的一个修正，法学界有修正吗？如果我们的法学仅仅停留在私产入宪的层面，那只是原始积累资本主义国家的法制理念和水平。

到目前为止，关于劳动合同法，中国法学界除了研究《劳动法》的几个人——不超过 20 个——在争，无人插话，这是缺乏价值判断，还是不知道在争什么？泱泱大国，上万法学家干什么去了？难道这不是关乎国计民生的大问题？

在物权法问题上，我的观点与巩献田教授差别很大，但他的观点反映了一种冲突的存在。

新民周刊：你对《劳动法》10 年来的表现有何评价？

常凯：改革本身涉及普通百姓自身最大的就是新的劳动关系。这是中国社会变革的主要组成部分，没有这《劳动法》，难以想象中国是什么样子。《劳动法》的问题是，不完善，不具体，弹性太大，程序规定不严格，责任不明确，因此实施不理想。尽管有一些好的规定，但问题还是很严重。因此《劳动法》需要具体化、操作化、明确化。

新民周刊：《劳动合同法》的立法诉求基于什么样的现实判断？

常凯：基于中国劳动关系市场化程度已经相当高。1995 年至今，中国经济

结构已经有很大变化，产权结构中私产已经占据相当大的地位，经营权也已市场化，中国由此形成了被所有权和经营权联合起来的利益主体和集团，他们共同面对劳动。在此情况下，劳资矛盾已经成为中国市场经济中主要的矛盾。同时，现实中却一直忽视了劳权。私权在中国固然还受到行政权的侵犯，但对私权保护最后演化成了私权膨胀，威胁了一部分人的生存权。

新民周刊：《劳动合同法》要调整的目标是什么？

常凯：旧体制不复存在，新体制下的权利没有建立，这种权利真空会导致激进行为，导致付出高昂的社会成本。《劳动合同法》要解决这个问题。要从形式平等达至实质平等，公权介入是一大特点。草案在劳动合同的程序上有一个严格的限制。国家设置了一些劳工标准，劳动合同作为确定双方义务责任的文件，不是双方协商好就行了，而要在这个框架内进行。

新民周刊：立法过程中存在哪些博弈关系？企业、工人和学者扮演了什么角色？

常凯：物权法有 1 万多条意见，《劳动合同法》收到 19 万条意见，从来没有哪部法律中的利益博弈表现得如此明显。劳方意见主要代表是全国总工会。在企业中，劳方的力量有时候难以体现，企业的管理权控制了一切，企业工会往往与管理层取得共识；基层的省市工会也很少提出意见。最底层的声音很难听到。我们在沈阳、广州、西安、上海和北京 5 个城市调研，各个城市表现不同，但那些雇主协会和企业家本人表现得非常活跃，这一点给我的印象十分深。

资方还可以通过政治途径，通过游说等施加影响。我亲眼看到企业家说，这部法如果通过，企业还怎么管理，怎么经营？企业有实质的影响，地方政府追求 GDP，靠的是政府，它们的声音也合拍。原计划 4 月通过的《劳动合同法》推迟到明年，正是这样压力的体现。

新民周刊：有人担心，草案规定的行政权力大量涉入劳动关系，会导致行政权过度干预市场。

常凯：公权对财富权是一种限制，但保障了生存权。有人说这侵害了管理权，他没有认识到公权在社会法中的作用。对从属性的、被动的劳工，要有一个基本保护，这不是要回到计划经济。

新民周刊：你与董保华教授被认为代表了草案中两种不同意见，双方分歧何

在？

常凯：我们的分歧首先是中国现有的劳工标准高不高。他认为标准偏高，我认为中国的劳工标准相当低，劳工标准最核心的内容是劳动力价格，如果中国的最低工资很高，外企为什么要来中国？通过对近 10 年来工资占 GDP 的比重分析，劳动者工资不仅所占份额很小，而且逐年走低。我们的劳工标准不能再降低了。

经济学界有人认为，劳工标准低是中国的比较优势，但这种比较优势能否成为中国未来发展的路径呢？是不是有碍中国的经济模式转型呢？经济学界的市场原教旨主义甚至把劳动力市场等同于其他要素市场，但是劳动力市场有劳权问题，它不是个平衡的市场，它永远处在供过于求的局面，自我调节无法平衡。何况中国的劳动力市场规制还不完善。

新民周刊：这样形成的是一个政府、企业和工人三方博弈的局面。

常凯：劳资关系在任何国家都不是两方关系，而是三方平衡博弈的关系。没有政府介入，不可能形成劳资关系和规则。劳资自治是理想状态，取决于工人组织成熟和雇主成熟。中国在 10 年间成长出一个雇主阶层，环境优越和速度之快，世界罕有，所以它没有处理劳资关系的经验。因此政府除了制定劳动标准和规则，当裁判员，它还要介入。

新民周刊：一些企业和商会也在这场争论中表达了自己的意见，很多企业担心草案通过会影响企业竞争力。

常凯：我认为，必要的成本一定要提高，比如最低工资；有些权限要限制，比如解雇。这部法的理念是保护劳动者，从长远来看，保持劳资关系稳定，有利于企业和国家竞争。

新民周刊：有人担心草案成为法律将导致外资反应强烈，有人担心现有草案的可操作性，如何评价这种担心？

常凯：有一些协会表态要撤资，这些协会表述是否严密，是否能代表其成员，值得怀疑。激烈的表述很不冷静，不像是成熟的跨国公司的表现。

新民周刊：法国的学生骚动似乎给我们一个警示，劳动政策和劳动法规变动可能会产生非常剧烈的社会效应。

常凯：法国的政策是想延长试用期以提高就业率。就业和劳保是有矛盾的，

法国的事情一出来，国内主流的观点就说，福利社会走到了尽头，高标准一上去就下不来，因此我们不能提高劳工标准。我的观点是，劳工政策要谨慎，不能压制一方获得另一方的支持。同一件事，大家得出的结论为什么不同呢？

劳动合同法：倾斜还是平衡

劳动合同法是所有劳动者在从事工作以及企业生产经营中规范各自的法律行为、保障职工和企业合法权利的法律，其适用范围之广、使用频率之高，我国的任何一部法律似乎都无法与之相比。

有观点认为，劳动合同法应是一部着重保护劳动者权益的“倾斜法”，因为在劳资双方不对等的条件下，只有倾斜方能达到公平。

也有观点认为，一部法律应兼顾各方利益，“倾斜法”有违公正、公平的立法原则。于是，围绕这样一部法律的立法博弈此起彼伏。

本文就劳动合同法草案中所涉及的若干问题与读者共同探讨，以寻求立法公正的真实内涵。

2006年3月20日，劳动合同法草案公开征求意见，随即引发分歧巨大的社会热议。而在此前的立法调研、起草、审议过程中，从宏大的立法宗旨到细微的具体条款，劳资双方、相关利益集团及其代言人已经展开了针锋相对的立法博弈，各方意见对抗之激烈、立场对峙之鲜明、阵营对立之清晰，在中国立法史上堪称史无前例，其背后则隐藏着立法话语权的复杂较量。

有人欢喜有人愁

湖南长沙的罗西平先生最近陷入了一场纠缠不清的劳动争议。一年前，罗先生与一家劳务派遣公司签订了劳动合同，并被派遣到一家建筑公司。为了完成超负荷的工作量，兢兢业业的罗先生被迫三天两头加班。然而令罗先生愤然的是，当他向建筑公司提出应按劳动法规定支付加班费时却被对方断然拒绝。无奈之下，罗先生只好回头找劳务派遣公司索要加班费，同样被挡了回来。就这样，罗先生被两家公司像皮球一般踢来踢去，加班费却始终没有着落。

罗先生的遭遇，只是劳务派遣工权益普遍受到侵犯的一个缩影。劳务派遣是

撰稿者阿计，《工人日报》2006年7月10日。

近年来在建筑、家政等行业迅速发展起来的一种新型用工形式，由于缺乏规范，在实践中出现了大量侵权现象。不少劳务公司和用人单位赚得盆满钵溢，而大批劳动者则被层层盘剥，忍受着“同工不同酬”等不公平待遇，还常常陷入“维权难”的困境。

事实上，劳动派遣已成为近年来劳资纠纷中的一大焦点。正因此，2005年12月24日提交全国人大常委会一审的劳动合同法草案（以下简称草案）对此予以了特别规范，尤其引人注目的是，立法者专门设计了备用金制度，规定劳动力派遣单位须按每名被派遣的劳动者不少于5000元的标准，在指定银行存入备用金。劳动和社会保障部法制司司长闫宝卿坦言，备用金制度是一个保底措施，“一旦发生劳动争议、损害劳动者权益就可以动用备用金支付给劳动者”。

这些极具维权色彩的制度设计，赢得了劳动者尤其是劳务派遣工的一片喝彩，但也遭到了派遣公司、用人单位的强烈反对。“我们公司每年要派遣5000多人，每人5000元备用金，5000多人就是2500多万，就算让我们砸锅卖铁也拿不出来，这不是存心要整垮我们吗？”一位劳务公司经理用如此激烈的言词，向笔者发泄着他的不满情绪。

其实，劳务派遣问题只是烽烟四起的立法争议中的一个样本。在劳动合同法制定过程中，诸多制度设计，尤其是那些“偏向”劳动者的规定，无不引发褒贬不一的强烈反应。

在草案中，对劳动者权益进行特别保护的条款随处可见。比如，为了保护事实劳动关系，规定用人单位和劳动者对是否存在劳动关系有不同理解的，除有相反证明的以外，以有利于劳动者的理解为准；再比如，为了帮助劳动者拥有长期稳定的工作，规定劳动合同正常到期终止后，用人单位也应当向劳动者支付经济补偿；还有，为了治理“恶意欠薪”的顽疾，规定逾期不支付的，用人单位要向劳动者加付50%至100%的赔偿金……

“这些条款太好了！”在笔者面前，北京某网站的一位职员毫不掩饰他的喜悦。

“这些条款太‘狠’了！”一位私企老板则用近乎“悲愤”的口气，向笔者表达心中的郁闷。

同样，这些具有明显倾向性的条款，也在学界、立法审议机关中引发了一

场场激烈的立法论战。

“倾斜法”还是“平等法”

事实上，围绕着劳动合同法草案诸多条款发生的纷争，都可以归结到一个更为实质、更为本源的分歧——劳动合同法究竟应该是平等保护劳资双方利益的“平等法”，还是侧重保护劳动者权益的“倾斜法”？

显然，劳动合同法最初起草时，遵循的正是“倾斜法”的立法理念。除了诸多明显倾向于劳动者的具体条款，草案第一条在阐述立法目的时，开宗明义地强调“保护劳动者的合法权益”。

笔者从立法机关了解到，劳动合同法的起草之所以以劳动者为本位，缘于对现实劳动关系的考量。在劳动关系市场化、劳动力长期供大于求的现实态势下，劳动者与用人单位相比，明显处于弱势地位。另一方面，资方出于追逐利益最大化的本能，往往会利用其强势地位侵犯劳动者的合法权益，而劳动者为了生存大多选择忍气吞声。在现实生活中，用人单位不与劳动者订立劳动合同、劳动合同短期化、滥用试用期等现象日趋严重，正是劳资双方地位严重失衡的反映。近年来劳资矛盾不断加剧、劳动争议逐年上升的趋势，也已成为影响社会稳定的重要因素。正因此，维护劳动者权益成为劳动合同法的立法基点，凸现出鲜明的倾向性。

不过，众多的企业主、用人单位，并不能接受“倾斜法”的立法理念。“光强调保护劳动者权益，我们的权益谁来保护？现在的草案，将劳动者权利无限放大，对企业责任却层层加码。把企业压垮了，劳动者还有什么权益可言？”一位私企老板向笔者抱怨说。

在学界，同样出现了意见分歧。许多学者支持“倾斜法”的立法理念，认为劳动关系是一种不平等的关系，必须通过法律的强制来弥补劳动者的弱势地位。侧重保护劳动者，是具有社会法品格的劳动法律与生俱来的使命。劳动合同法向劳动者倾斜，追求的正是实质公正。但也有一些学者提出质疑，草案向劳动者一方过度倾斜，对其实行了过度保护，有失法律的公正与公平。华东政法学院一位教授就表示：劳动合同法草案中保护劳动者的过高标准根本无法实行，有“贵族法”和“观赏法”之嫌。

立法话语权的较量

其实，劳资双方及相关利益集团在立法过程中的利益冲突，是现代立法的正常现象，并不值得大惊小怪。值得关注的恰恰是，在利益之争、学术之争背后的立法话语权之争。与劳动关系中劳资双方的地位失衡相比，在立法博弈中的话语权强弱不均更加令人深思。

“目前，一些利益集团已在国内形成，它们可以通过多种渠道发出自己的声音。”全国人大常委会法工委行政法室主任李援坦言，“在立法调研过程中，突出的感觉是劳动者的话语权比较弱，他们的意见不能充分反映。”国务院法制办政法司司长李建也有类似的感受：“与用人单位相比，劳动者个体的知识、水平、能力都很弱，反映意见的能力也弱。”这两位劳动合同法立法的重要参与者都主张，应当多听取普通职工和各级工会组织的意见，使劳动者的话语权得以实现。

事实上，作为普通劳动者的“娘家”，以全国总工会为代表的各级工会组织，在劳动合同法制定过程中始终立场鲜明，竭力为劳动者主张权益。“我们的意见大部分都采纳了。”全国总工会一位专业人士披露说。不过他仍然觉得，“目前的草案还是倾斜不够，只是给劳动者适度保护，并没有达到劳资关系的真正平衡”。

更让这位人士担心的是，“在立法讨论过程中，资方的声音可能要比劳动者大”。他直言不讳地指出：“已经发现一些利益集团运用自身的强大力量，通过媒体对立法施加影响。而工会组织、普通劳动者拿不出钱、也不应该拿钱请媒体为自己说话。”这位专业人士因此呼吁：“媒体要有一点社会责任感！”

引人深思的是，劳动合同法草案露面不久，社会上就涌出了一些相关的培训班。然而对于与自身权益密切相关的法律知识，普通劳动者既无意识、也无“学费”参与学习。有兴趣、有财力参加“培训”的，几乎全是企业、经营机构、劳务公司等等。“它们实际上是在‘培训’和‘学习’怎么对付法律。”一位知情人士披露说。

与劳资对立相比，专家学者阵营的分裂似乎更堪玩味。一些专家学者看似“公允”的言论，似乎难逃资方代言人之嫌，无形中扩张着资方的立法话语权。“不要被一些学术权威吓唬住！”一位来自工会系统的人士尖锐地提醒说，“很多专家学者都兼任着一些大型企业的法律顾问，请大家注意这种身份！”这个被捅开的“秘密”，不能不让人产生无限的联想。

“开门立法”再创新高

2006年3月20日，全国人大常委会办公厅公布了劳动合同法草案，向全社会征集立法意见。这是新中国成立后第13部公开征求全民意见的国家立法草案，也是立法机关继2005年物权法草案公开征求意见、个人所得税法立法听证会后，推进立法民主化的又一个标志性事件。

据全国人大常委会法工委统计，自3月20日至4月20日，在为期一个月的意见征集期共收到191849件立法意见，这一数量，远超去年物权法草案公开后收到的11543件立法意见，再次刷新了历次法律草案公开征集意见的纪录。参与此次“开门立法”的个人或单位遍布全国31个省、自治区、直辖市和香港、澳门特别行政区，甚至一些外国驻华代表机构也提交了立法意见书。社会反响之强烈、各界呼应之踊跃，在中国立法史上实属罕见。这一事实，不仅证明劳动合同法与劳动者、企业主等诸多群体的切身利益密切相关，而且意味着征求全民意见这一民主立法形式，经由数年来的强力推进，日益得到社会的普遍认同和支持。

对于此次“全民立法”事件，坊间赞誉如潮。更为现实的意义还在于，在一些强势的利益集团试图操控立法话语权的微妙时刻，通过“全民立法”这一民主渠道，为弱勢的劳动者群体提供一个平等的话语平台，显然有助于平衡劳资双方的立法话语权，进而促成更为合理的利益协调、更为公平的立法博弈。诚如全国人大常委会法工委副主任信春鹰所言：“个体劳动者的表达渠道非常有限，开门立法为他们提供一个机会，使他们的声音能够得到表达，他们的感受能够得到倾听。”

事实上，为弱勢的劳动者群体争取平等话语权的意图，已在很大程度上得以实现。此次收到的19万多条意见中，来自劳动者的占到65%左右。“网上一些意见很让人动感情。”全国人大常委会法工委行政法室主任李援披露说，“劳动者提出的意见，无论是数量还是质量，都远远超过了立法机关的预期。”

弱者言路仍需拓展

劳动合同法草案“开门立法”的巨大效应，无疑已成为立法民主化的一个成功样板。不过，就民主立法的理想图景而言，似乎还有不少值得检讨的细节。

最大的疑问在于，作为此次“开门立法”的主流意见渠道，网络虽然为广大劳动者敞开了言路之门，但个体劳动者知识素养、生存环境的差异，不仅决定了他们不同的利益诉求，也决定了他们与网络距离的远近。与公司白领等“中产劳

动者”相比，产业工人等利用网络的能力显然远远不足。尤其是文化素质相对较低、缺乏上网条件的农民工，恐怕更是难以通过“网上民主”表达自己的诉求。

事实已经证明了这一担忧，中国人大网是此次征求公众意见的主力渠道，共收到 79873 人提出的 187744 件意见，超过此次征集意见总数的 97.86%。其中，仅有 1138 位农民工提出了 2475 件意见，这意味着，每 300 件网络意见，仅有不足 4 件来自农民工。过低的比例，已经从一个侧面证明了农民工声音的微弱。

目前，我国农民工的数量已接近 1.2 亿。在现实生活中，这个庞大的群体也是最底层、最弱势的群体，生存状况恶劣，权益受侵害严重，维权能力相对薄弱。然而在参与劳动合同法立法博弈的各方力量中，最需要立法话语权的农民工群体却最缺乏意见表达能力，无法有效地参与“开门立法”。相反，一些拥有资本、知识、资讯等资源的强势集团，却可能利用开放的话语平台，放大自己的利益主张。这种现象，似乎已成为民主立法的一个悖论。

显然，在一时难以改善自身能力的现实束缚下，农民工等弱势劳动者能否赢得应有的立法话语权，取决于立法机关能否开辟更为有效的途径倾听他们的声音，也取决于工会、妇联等社会团体能否更为有力地成为他们的利益代言人。

事实上，公开劳动合同法草案仅仅是广开言路的一个环节。据笔者了解，草案自 2005 年年底提交一审后，已经下发到各地人大、中央有关部门、大专院校等近 2000 个单位征求意见。2006 年 4 月 20 日征求全民意见结束后，仍将通过座谈会等形式听取社会各界的意见。

按照通常的立法时间表，劳动合同法草案至少还要经过二审、三审才有望过关，如果各方矛盾难以协调，还可能经历更长的考验期。可以预见，在劳动合同法尘埃落定之前，劳资双方及相关利益集团的利益博弈仍将持续，立法话语权的激烈争夺也不会停止。全国人大常委会法工委行政法室主任李援指出：“立法就是要在矛盾上切一刀。”很显然，劳动合同法的这一刀最终如何切下去，将继续考验立法者的民主智慧。

一位亲身参与立法的浙江专家披露劳动合同法后面的劳资博弈

许建宇，1965 年 1 月出生，浙江余姚人。浙江大学光华法学院副教授、硕

撰稿者唐泽文、吕宏，《都市快报》2007 年 11 月 25 日。本文有删节。

博士生导师，现任中国劳动法学研究会理事、学术委员会委员，主要从事劳动法学、经济法学研究。国务院法制办《劳动合同法》研究课题组成员，参与《劳动合同法》立法和实施办法的起草研讨工作。

11月22日和23日，本报记者在浙江大学之江校区等地对他作了专访。

我们当时称之为“京派”和“海派”之争。有意思的是，各地在制定地方性劳动合同法规时，北方省份大都参照北京的规定，南方省份大都参照上海的规定。

“劳方派”和“资方派”之争

实际上是殊途同归

记者：《劳动合同法》将于明年开始实施，最近有关这方面的报道铺天盖地，以常凯和董保华两位学者为首的“劳方派”和“资方派”之争尤为引人关注，作为这部法律的起草参与者，你对此有什么看法？

许建宇：这两位老师都是我非常熟悉和尊敬的学者。所谓“劳方派”和“资方派”之争，其实是被媒体贴上了标签。他们只是观察的角度不一样，各有侧重，但从保护劳动者权益、劳资共赢这个立法目的来讲，其实是殊途同归的。

实际上，董保华从来不承认自己是“资方派”代表，而且，劳动法理论中的“倾斜保护”、“弱者理论”最早还是他提出来的，这一理论已经被《劳动合同法》所采纳。

我感觉，两位老师的观点与他们所在的地域人文环境和经济发展程度有关，常凯在北京，董保华在上海。三年前开始起草这部法律时，两人就有分歧，我们当时称之为“京派”和“海派”之争。有意思的是，各地在制定地方性劳动合同法规时，北方省份大都参照北京的规定，南方省份大都参照上海的规定。

这两位老师的观点都有可取之处。以我个人的看法及浙江的实际，我的观点与董保华更为接近，新颁布的法律个别条文可能存在制定标准过高的问题，不太容易执行，实施起来会有较大的难度。从个人感情来讲，对普遍处于弱势地位的劳动者当然要进行保护，但法律还是要靠理性，过高的立法标准让用工者想办法规避法律，得不到有效的实施，最终受损害的还是劳动者。

《劳动合同法》最后一次修改是今年5月发生了山西“黑砖窑”事件，由于当地劳动行政等部门不作为，对这一事件负有一定责任。因此增加了第95条，规定了劳动部门不履行法定职责的法律后果。

《劳动合同法》从起草到出台

已经向“资方”作了许多妥协

记者：这部法律的起草经过是怎样的？

许建宇：《劳动合同法》从最初的起草到正式颁布先后审议了四次，征求意见时收到了19万余条意见，是建国以来罕见的。现在大家看到的文本和原先的大不相同，最早的文本中有许多条款是完全倾向劳方的，比如规定了“单位内部规章制度应由用人单位和劳动者双方平等协商决定，如果是用人单位单独决定的无效，无效后应交由职工代表大会或工会组织决定”，这一条在征求意见时，“资方”出现强大的反对声音，认为完全剥夺了用人单位和雇主的自主管理权，会使企业难以高效运行，后来这一条就删除了。

前后四次的审议过程中，都兼顾了“资方”的利益，到最后，一些人大代表中的企业家，联名要求把《劳动合同法》第一条“保护劳动者合法权益”修改为“保护劳动者和用人单位的合法权益”。这实际上是要求改变这部法律的立法本意，变倾斜保护劳动者为对劳动者和企业的双重保护。这条底线最终没有被突破。

《劳动合同法》最后一次修改是今年5月发生了山西“黑砖窑”事件，由于当地劳动行政等部门不作为，对这一事件负有一定责任。以前只对劳动行政部门滥用职权有法律规定，但对消极的不作为并不明确，因此增加了第95条，规定了劳动部门不履行法定职责的法律后果。《劳动合同法》有一个重要的变化，就是将原先不纳入《劳动法》调整的非法用工关系，以及长期以来法律一直不太明确、但社会现实中客观存在的多重劳动关系（兼职），也在条文中作了许多规定。

46条和47条规定解除或终止劳动合同之后，用人单位如何向劳动者支付补偿金，这是原来没有的。

《劳动合同法》承载了太多的功能

它不可能解决当下所有的劳动争议

记者：《劳动合同法》和原先的《劳动法》有什么关系？它的颁布施行具有什么社会意义？

许建宇：从理论上说，《劳动法》是母法，《劳动合同法》是它的子法。现在很多人认为《劳动合同法》实施以后，1994年颁布的《劳动法》就废止了，其实并不是这样。《劳动法》依然有效，但对《劳动法》中的“劳动合同”章节作

了许多修改，单独立了法，实际上又是一部新法律。

这部法律中，出现了一些与欠薪及社会保险有关的条款，这原本不是《劳动合同法》应该解决的问题，这部法律本来只解决个人与单位之间的劳动权利和义务的分配问题，这些问题应该单独立法，通过《集体合同法》和《社会保险法》等法律来调整。所以，这部法律承载了太多的功能，但它不可能解决所有的劳动争议。

近年来，由于劳资纠纷增多，造成很多社会不稳定因素，劳动者的弱势地位难以改变，工会等与单位（雇主）的集体协商组织还没有发挥很好的作用。制定这样一部法律，就是想通过国家公权力强势介入，平衡劳资双方强弱悬殊的局面。但国家对劳动者的过度保护，不利于培养集体协商能力，完全依靠国家干预，难以提高劳动者的地位。



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