



环球劳动法律专递

GLO Law & Policy Newsletter in Employment

环球劳动法团队

GLO Employment Practice Group

2020 年 第 1 期

Volume 1 of 2020

北京市朝阳区建国路81号国贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区深南大道9668号
华润置地大厦B座27层 邮编: 518052
27th Floor Tower B, China Resources Land Building,
No. 9668 Shennan Avenue, Nanshan District,
Shenzhen 518052, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

环球劳动法律专递

目录

2020 年第 1 期

| | |
|--|----|
| ➤ 环球视角..... | 3 |
| 劳动者违反竞业限制约定，原用人单位要求新用人单位承担责任的请求权分析 | 3 |
| ➤ 新法速递..... | 7 |
| 疫情防控下企业延迟复工的政策解析 | 7 |
| ➤ 新法速递..... | 13 |
| 港澳台居民内地参保新规 | 13 |
| 本期作者简介 | 18 |
| 环球简介..... | 19 |
| 环球劳动业务简介 | 20 |
| 版权与免责 | 21 |

➤ 环球视角

劳动者违反竞业限制约定，原用人单位要求新用人单位承担责任的请求权分析

作者：顾巍巍 | 曹思思 | 邹倩明

根据我国《劳动合同法》的相关规定¹，用人单位可与其高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员就竞业限制进行约定，限制该类人员在本单位任职时或者从本单位离职后一段时间内，不得到与本单位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任职，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。竞业限制的目的，不仅在于保护原用人单位的商业秘密、知识产权等无形资产，也在于防止新用人单位利用劳动者对原用人单位的熟知（比如对原用人单位管理结构、产品优缺点的了解）而获取竞争优势。

司法实践中，劳动者违反竞业限制约定任职于新用人单位，易引发竞业限制纠纷。在这种情形下，原用人单位在起诉劳动者时，往往以新用人单位与该竞业限制纠纷案件具有利害关系为由，将新用人单位列为案件当事人并要求其承担责任。本文将讨论在劳动者违反竞业限制约定的情况下，原用人单位请求新用人单位承担责任的请求权基础。

一、原用人单位难以基于违约主张新用人单位承担责任

竞业限制协议系由原用人单位和劳动者签订，新用人单位并非竞业限制协议的缔约方，故不受竞业限制协议约束。所以，原用人单位仅以劳动者违反竞业限制协议为由主张新用人单位承担责任，属于违约之诉，因新用人单位不受竞业限制协议的约束，原用人单位的主张将被司法裁判机构驳回。²

¹ 《劳动合同法》第二十三条：“用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。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。”第二十四条：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位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，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。”

² 广州市中级人民法院（2019）粤01民终13418和（2019）粤01民终13419号判决、上海市第一中级

二、 原用人单位可以基于侵权主张新用人单位承担责任

新用人单位通过违反竞业限制义务的劳动者侵犯原用人单位合法权益的，原用人单位有权在追究劳动者违反竞业限制义务的同时，基于侵权主张新用人单位承担责任。³通过案例检索，针对原用人单位因劳动者违反竞业限制义务主张新用人单位承担侵权责任的案件大致包含以下三类。

（一） 新用人单位通过违反竞业限制义务的劳动者侵害原用人单位商业秘密的，原用人单位可以依据《反不正当竞争法》第九条请求新用人单位承担责任。

《反不正当竞争法》第九条⁴规定了两类侵犯商业秘密的行为，一类是直接侵犯商业秘密的行为，如以不正当手段获取权利人的商业秘密，违反保密义务或要求侵犯权利人的商业秘密等；第二类是间接侵犯商业秘密的行为，即明知或应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施直接侵犯商业秘密的行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密。

如前所述，我国《劳动合同法》规定，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与负有保密义务的劳动者约定竞业限制条款。负有竞业限制的劳动者均负有一定程度的保密义务。如果违反竞业限制义务的劳动者同时违反保密义务侵害了原用人单位的商业秘密，而新用人单位在其中进行教唆、引诱、帮助，或者明知或应知劳动者侵害其前用人单位的商业秘密，仍获取、披露、使用或者允许他人使用原用人单位的商业秘密，原用人单位可在追究劳动者

人民法院（2015）沪一中民三（民）终字第 212 号和（2016）沪 01 民终 2020 号判决、以及北京市第三中级人民法院的（2017）京 03 民终 12315 号判决均支持该观点。

³ 参见苏州市中级人民法院（2016）苏 05 民终 5546 号判决，北京第三中级人民法院的（2017）京 03 民终 12315 号判决，北京市第一中级人民法院（2016）京 01 民终 3813 号判决。

⁴ 《反不正当竞争法》第九条：“经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；

（四）教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。

经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”

违反竞业限制义务的同时，依据《反不正当竞争法》第九条和《侵权责任法》第八条⁵，主张新用人单位与劳动者就侵犯商业秘密造成的损失承担连带责任。⁶

值得注意的是，根据《反不正当竞争法》的相关规定，商业秘密的法定构成要件之一是权利人对商业秘密采取了保密措施。关于竞业限制约定是否构成商业秘密保密措施，最高人民法院在（2017）最高法民申 2964 号裁定中提到：“保密措施应当表明权利人保密的主观愿望，并明确作为商业秘密保护的信息的范围，使义务人能够知悉权利人的保密愿望及保密客体，且在正常情况下足以防止涉密信息泄漏……单纯的竞业限制约定，即便其主要目的就是为了保护商业秘密，但由于该约定没有明确用人单位保密的主观愿望和作为商业秘密保护的信息的范围，因而不能构成反不正当竞争法第十条规定的保密措施”。也就是说，若原用人单位与劳动者间的竞业限制协议未明确原用人单位保密的主观意愿以及商业秘密保护信息的范围，该竞业限制约定难以被认定为构成《反不正当竞争法》第十条保密措施。

（二） 新用人单位通过违反竞业限制义务的劳动者侵害原用人单位知识产权的，原用人单位可以依据相关知识产权法律法规请求新用人单位承担责任。

若新用人单位通过违反竞业限制义务的劳动者侵犯原用人单位专利权、著作权（比如计算机软件著作权）等知识产权，原用人单位可在追究劳动者违反竞业限制义务的同时，依据知识产权相关法律法规以及《侵权责任法》主张新用人单位与劳动者就其共同侵权行为承担连带责任。⁷

（三） 违反竞业限制义务的劳动者仍与原用人单位具有劳动合同关系的，原用人单位可依据《劳动合同法》第九十一条请求新用人单位承担连带责任。

《劳动合同法》第九十一条和《劳动法》第九十九条⁸均规定，用人单位招用仍与原用

⁵ 《侵权责任法》第八条：二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

⁶ 上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民三（民）终字第 2364 号判决，广东省高级人民法院（2012）粤高法民三终字第 594 号判决，江苏省南京市中级人民法院（2015）宁知民终字第 141 号判决均支持该观点。

⁷ 北京市高级人民法院（2019）京民终 79 号判决、广东省深圳市中级人民法院（2017）粤 03 民终 22680 号判决支持该观点。

⁸ 《劳动合同法》第九十一条：“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。”

《劳动法》第九十九条：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该

人单位具有劳动合同关系的劳动者，给原用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。此条的立法本意在于当劳动者的兼职行为侵犯原用人单位利益时，作为兼职行为受益者的新用人单位应承担连带赔偿责任。因此，若负有竞业限制义务的劳动者尚未与原用人单位解除或终止劳动合同，原用人单位可依据《劳动合同法》第九十一条、《劳动法》第九十九条以及《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十一条⁹视情形将新用人单位列为第三人或共同被告，请求劳动者和新用人单位承担连带赔偿责任。《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》第六条¹⁰规定，原用人单位可以要求新用人单位连带赔偿下列损失：（1）负有竞业限制义务劳动者的兼职行为对原用人单位的生产、经营和工作造成的直接经济损失；及（2）负有竞业限制义务劳动者的兼职行为导致的原用人单位商业秘密受侵犯而造成的经济损失。

需要注意的是，虽然《劳动合同法》第九十一条并未明确新用人单位存在过错时才需要承担责任，但司法实践中，广东、江苏、辽宁等地¹¹均将《劳动合同法》第九十一条理解为过错责任，即新用人单位在招用劳动者时，明知或应知劳动者尚未与原用人单位解除或终止劳动合同的，才应根据《劳动合同法》第九十一条承担责任。

综上所述，聘用违反竞业限制义务的劳动者，原用人单位在追究劳动者违反竞业限制约定的责任时，很有可能追加新用人单位为竞业限制纠纷案件的当事人，也有可能主张新用人单位承担相关侵权责任。鉴于此，建议新用人单位建立完善的聘用审查制度，从而减少自身涉诉的法律风险。另一方面，在面对劳动者违反竞业限制义务时，用人单位可依据实际情况，制定合适的诉讼策略，以更好地维护自身权益。

用人单位应当依法承担连带赔偿责任。”

⁹ 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十一条：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，原用人单位与劳动者发生的劳动争议，可以列新的用人单位为第三人。

原用人单位以新的用人单位侵权为由向人民法院起诉的，可以列劳动者为第三人。

原用人单位以新的用人单位和劳动者共同侵权为由向人民法院起诉的，新的用人单位和劳动者列为共同被告。”

¹⁰ 《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发[1995]223号）第六条：“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任，其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的百分之七十。向原用人单位赔偿下列损失：

- （一）对生产、经营和工作造成的直接经济损失；
- （二）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。

赔偿本条第（二）项规定的损失，按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。”

¹¹ 广东省东莞市中级人民法院（2014）东中法民五终字第 667 号判决、江苏省南京市中级人民法院（2015）宁民终字第 312 号判决、辽宁省沈阳市中级人民法院（2015）沈中民五终字第 539 号判决均将《劳动合同法》第九十一条项下的连带赔偿责任认定为过错责任。

➤ 新法速递

疫情防控下企业延迟复工的政策解析

作者：顾巍巍 | 曹思思 | 邹倩明

实习生聂真璇子对本文亦有贡献。

由于新型冠状病毒肺炎疫情防控的需要，2020年1月27日，国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》（国办发明电[2020]1号），延长春节假期至2月2日。随后，上海、广东、浙江、重庆等地人力资源与社会保障局/厅相继发布了关于企业延迟复工的通知（以下统称为“各地延迟复工通知”），在国务院延长春节假期的基础上进一步延迟了当地企业的复工时间。基于国务院延长春节假期通知及各地延迟复工通知以及法律法规相关规定，我们就延迟复工的适用范围、假期性质、工资发放及企业违反延迟复工通知法律责任等问题进行分析与总结。

一、延长的春节假期属于什么性质，工资应如何计算？

延长的三天假期不属于法定节假日，1月31日和2月1日应理解为因疫情防控特殊情形而临时增加的“特殊假期”，而2月2日仍为“休息日”。企业安排劳动者工作又不能安排补休的，应支付双倍工资。

延长的三天假期中1月31日和2月1日不属于法定节假日。首先，这两日并非《全国年节及纪念日放假办法》规定的法定节假日。其次，《国务院办公厅关于延长2020年春节假期的通知》提到“因疫情防控不能休假的职工，应根据《中华人民共和国劳动法》规定安排补休，未休假期的工资报酬应按照有关政策保障落实”，而根据《中华人民共和国劳动法》（以下简称“《劳动法》”），在法定节假日安排劳动者工作的，应当支付不低于工资的百分之三百的工资报酬，而不能以补休代替，故该通知中允许补休的安排亦与《劳动法》中有关于法定节假日的规定不相符。所以，这两天应理解为“特殊假期”。而2月2日原本即为休息日。

已有广东、四川等地的地方性通知¹将延长的三天假期解释为“休息日”，企业安排劳动者工作又不能安排补休的，应支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。

二、各地通知要求延迟复工期间属于什么性质，工资应如何计算？

部分地区将延迟复工期间确定为“休息日”，如果用人单位在此期间安排员工工作，应予以补休或支付双倍工资，如上海；部分地区未将延迟复工期间确定为“休息日”，即如果用人单位在2月3日至2月7日（本为工作日）安排员工工作，则正常支付工资，如果用人单位在2月8日和2月9日（本为休息日）安排员工工作，则应予以补休或支付双倍工资，如北京、广东、山东。建议用人单位依照各地具体规定计算延迟复工期间工资。

上海市人力资源和社会保障局于2020年1月28日发布《关于延迟企业复工相关问题，市人社局权威解答》²，其中明确“延迟复工是出于疫情防控需要，这几天属于休息日。对于休息的职工，企业应按劳动合同约定的标准支付工资；对于承担保障等任务上班的企业职工，应作为休息日加班给予补休或按规定支付加班工资。通俗地讲，就是两倍工资。”

北京市人民政府于2020年1月31日发布的《关于在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间本市企业灵活安排工作的通知》³第二条明确，“在2020年2月9日24时前，其他企业具备条件的，应当安排职工通过电话、网络等灵活方式在家上班完成相应工作；不具备条件安排职工在家上班的企业，安排职工工作应当采取错时、弹性等灵活计算工作时间的的方式，不得造成人员汇聚、集中。”可见，北京未将延迟复工期间确定为“休息日”，即如果用人单位在2月3日至2月7日（本为工作日）安排员工工作，则正常支付工资，如果用人单位在2月8日和2月9日（本为休息日）安排员工工作，则应予以补休或支付双倍工资。同样的，广东省人力资源和社会保障厅于2020年1月30日发布《春节假期延长假期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间

¹ 详见广东省人力资源和社会保障厅于2020年1月30日发布的《春节假期延长假期间、延迟复工期间、新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者被采取隔离措施期间工资待遇相关问题解答》（http://hrss.gd.gov.cn/zwgk/xxgkml/gzdt/content/post_2880702.html），及四川省人力资源和社会保障厅于2020年1月29日发布的《关于妥善处理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（<http://www.sc.gov.cn/10462/10464/10465/10574/2020/1/29/2ae4266398254a549c2d5d7742779961.shtml>）。

² http://rsj.sh.gov.cn/201712333/xwfb/zxdt/01/202001/t20200128_1302972.shtml

³ http://www.gov.cn/xinwen/2020-01/31/content_5473425.htm

工资待遇相关问题解答》，其中明确“符合规定不受延迟复工限制的企业，在此期间安排劳动者工作的，应当依法支付劳动者工资。其中，企业在休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，按照不低于劳动者本人日或小时工资标准的 200% 支付工资报酬。”

三、 哪些企业不受延迟复工限制？

综合各地延迟复工通知，涉及保障城市运行必需（供水、供气、供电、通讯等行业）、疫情防控必需（医疗器械、药品、防护品生产和销售等行业）、群众生活必需（超市卖场、食品生产和供应等行业）及其它涉及重要国计民生的相关企业均不受延迟复工限制。除此以外，部分地区根据实际情况适当调整不受延迟复工限制的企业范围。

上海、广东等地关于企业延迟复工的通知已明确，延迟复工是基于《中华人民共和国传染病防治法》（以下简称“《**传染病防治法**》”）和《中华人民共和国突发事件应对法》（以下简称“《**突发事件应对法**》”），就突发公共卫生事件采取的紧急措施。然而，在防控疫情的同时仍需确保居民基本生活需求以及医疗救助，为此，各地均在延迟复工通知中明确无需延迟复工的企业范围，通常包括涉及保障城市运行必需（供水、供气、供电、通讯等行业）、疫情防控必需（医疗器械、药品、防护品生产和销售等行业）、群众生活必需（超市卖场、食品生产和供应等行业）及其它涉及重要国计民生的相关企业。⁴

部分地区根据自身客观情况，适当调整了不受延迟复工限制的企业范围。广东省人民政府于 2020 年 1 月 28 日发布的《关于企业复工和学校开学时间的通知》⁵规定，除上述企业外，对于供港供澳相关的企业无需延迟复工。福建省人民政府于 2020 年 1 月 29 日发布的《关于延迟省内企业复工的通知》规定，除上述企业外，已开工的企业可以继续稳产，但需要减少工人流动。⁶

四、 针对因新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间，以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施不能提供正常劳动的职工，

⁴上海、广东、江苏、浙江、重庆、安徽、山东、福建、云南关于延迟复工通知中关于无需延迟复工的企业范围的规定极为相似。

⁵ http://www.gd.gov.cn/gdywdt/gdyw/content/post_2879851.html

⁶ http://www.fujian.gov.cn/zc/tzqsgg/202001/t20200129_5186811.htm

应如何处理与其之间的劳动关系？

企业应当支付上述职工在此期间的工作报酬，并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与上述职工解除劳动合同。在此期间，劳动合同到期的，分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

国家卫生健康委员会于 2020 年 1 月 20 日发布 2020 年第 1 号公告，将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。而《传染病防治法》第四十一条规定，因采取甲类传染病疫情控制措施而被隔离的人员有工作单位的，所在单位不得停止支付其隔离期间的劳动报酬。

人力资源社会保障部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》⁷（人社厅明电[2020]5 号）明确要求，“对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工，企业应当支付职工在此期间的工作报酬……”针对职工因疫情非主观不能提供劳动的情形，为保障职工权益，《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》同时要求用人单位不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与在隔离治疗期间或医学观察期间，以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施不能提供正常劳动的职工解除劳动合同。在此期间，劳动合同到期的，分别顺延至职工医疗期期满、医学观察期期满、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

五、 延迟复工期间，职工休产假、婚假、陪产假的，如何处理？

不受影响。

产假按自然日计算，遇法定年休假不顺延，所以此次应对疫情的延迟复工不对产假产生影响。婚假和配偶陪产假包含休息日，遇法定节假日顺延，而延期复工期间并非法定节假日，故亦不受影响。

⁷ http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/dongtaixinwen/buneyiaowen/202001/t20200127_357746.html

六、若企业违反当地的延迟复工安排，有何种法律风险？

各企业应严格遵守各地延迟复工通知，若有违反，可能面临民事、行政、刑事法律风险。

如前所述，各地关于企业延迟复工的通知，是基于《传染病防治法》《突发事件应对法》作出的，在面对突发公共卫生事件时采取的紧急措施，各企业应严格遵守。若企业提前复工违反其经营所在地关于企业延迟复工的通知，按照《传染病防治法》及《突发事件应对法》的相关规定，可能面临停产停业，暂扣或者吊销许可证或者营业执照等行政处罚，导致突发事件发生或者危害扩大，给他人人身、财产造成损害的，应当依法承担民事责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。⁸

但是，各地的延迟复工措施是出于疫情防控的需要，从减少人员聚集的角度考虑的，所以企业安排员工于延迟复工期间在家办公，并不一定违反当地延迟复工的通知，如上海市人力资源和社会保障局在《关于延迟企业复工相关问题，市人社局权威解答》中提倡企业安排员工在家办公。

七、延迟复工期间，上海出台政策减轻企业负担。

上海于今日出台以下四项减负措施⁹：

1. 实施失业保险稳岗返还政策。为切实减轻疫情对企业生产、经营的影响，2020年，上海将继续对不裁员、少裁员、符合条件的用人单位返还单位及其职工上年度实

⁸ 《中华人民共和国传染病防治法》第七十七条：“单位和个人违反本法规定，导致传染病传播、流行，给他人人身、财产造成损害的，应当依法承担民事责任。”

《中华人民共和国突发事件应对法》第六十四条：“有关单位有下列情形之一的，由所在地履行统一领导职责的人民政府责令停产停业，暂扣或者吊销许可证或者营业执照，并处五万元以上二十万元以下的罚款；构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予处罚：

- （一）未按规定采取预防措施，导致发生严重突发事件的；
- （二）未及时消除已发现的可能引发突发事件的隐患，导致发生严重突发事件的；
- （三）未做好应急设备、设施日常维护、检测工作，导致发生严重突发事件或者突发事件危害扩大的；
- （四）突发事件发生后，不及时组织开展应急救援工作，造成严重后果的。

前款规定的行为，其他法律、行政法规规定由人民政府有关部门依法决定处罚的，从其规定。”

第六十六条：“单位或者个人违反本法规定，不服从所在地人民政府及其有关部门发布的决定、命令或者不配合其依法采取的措施，构成违反治安管理行为的，由公安机关依法给予处罚。”

第六十七条：“单位或者个人违反本法规定，导致突发事件发生或者危害扩大，给他人人身、财产造成损害的，应当依法承担民事责任。”

第六十八条：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

⁹ http://rsj.sh.gov.cn/201712333/xwfb/zxdt/01/202002/t20200203_1303016.shtml

际缴纳失业保险费总额的 50%。

2. 推迟调整社保缴费基数。将本市职工社会保险缴费年度（含职工医保年度）的起止日期调整为当年 7 月 1 日至次年 6 月 30 日，推迟 3 个月。
3. 可延长社会保险缴费期。因受疫情影响，对本市社会保险参保单位、灵活就业人员和城乡居民未能按时办理参保登记、缴纳社会保险费等业务的，允许其在疫情结束后补办。参保单位逾期缴纳社会保险费的，在向本市社保经办机构报备后，不收取滞纳金，不影响参保职工个人权益记录，相关补缴手续可在疫情解除后 3 个月内完成。
4. 培训费补贴政策。对受疫情影响的上海市各类企业，对在停工期间组织职工，包括在企业工作的劳务派遣人员，参加各类线上职业培训的，纳入各区地方教育附加专项资金补贴企业职工培训范围，按实际培训费用享受 95% 的补贴。平台企业、电商企业、以及新业态企业可参照执行。

我们相信各地将陆续出台为企业减负的相关措施及政策，建议企业时时关注各地持续出台的相关政策。本文是我们就现阶段各地关于延迟复工已出台的相关政策的阶段性梳理，供企业参考，不属于法律意见。

➤ 新法速递

港澳台居民内地参保新规

作者：顾巍巍 | 曹思思 | 邹倩明

2019年11月29日，人力资源和社会保障部及国家医疗保障局发布《香港澳门台湾居民在内地（大陆）参加社会保险暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”）引起了社会各界的热烈反响，其中第二条明确在内地（大陆）（以下简称“内地”）依法注册或者登记的企业、事业单位、社会组织、有雇工的个体经济组织等用人单位（以下简称“用人单位”）依法聘用、招用的港澳台居民应当参加职工基本养老保险、职工基本医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险（以下统称“五险”）。《暂行办法》对各地关于港澳台人员在内地参加社保提供了统一性适用依据。本文将介绍《暂行办法》的出台背景，并对《暂行办法》的亮点进行简要评析。

一、 新规背景

在《暂行办法》发布之前，已有相关法规对港澳台居民在内地就业的社保缴纳作出规定。2005年10月1日生效的《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》（劳动和社会保障部令第26号）第十一条明确：“用人单位与聘雇的台、港、澳人员应当签订劳动合同，并按照《社会保险费征缴暂行条例》的规定缴纳社会保险费。”而当时生效实施的《社会保险费征缴暂行条例》（国务院令[1999]第259号）第三条规定用人单位需为其职工缴纳养老保险、基本医疗保险及失业保险。¹也就是说，用人单位自2005年10月1日起应为港澳台职工缴纳“三险”，即养老保险、基本医疗保险、失业保险。

¹ 《社会保险费征缴暂行条例》（国务院令[1999]第259号）第三条规定：

“基本养老保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，实行企业化管理的事业单位及其职工。

基本医疗保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，国家机关及其工作人员，事业单位及其职工，民办非企业单位及其职工，社会团体及其专职人员。

失业保险费的征缴范围：国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、城镇私营企业和其他城镇企业及其职工，事业单位及其职工。

省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以规定将城镇个体工商户纳入基本养老保险、基本医疗保险的范围，并可以规定将社会团体及其专职人员、民办非企业单位及其职工以及有雇工的城镇个体工商户及其雇工纳入失业保险的范围。

社会保险费的缴费基数、费率依照有关法律、行政法规和国务院的规定执行。”

《社会保险费征缴暂行条例》后于2019年3月24日经国务院令710号修正，但本文不涉及对修正后条例的讨论。

2011年7月1日,《中华人民共和国社会保险法》(以下简称“《社会保险法》”)开始实施,明确用人单位需为职工缴纳“五险”。²但是《社会保险法》与其相关法律法规(如《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》、《社会保险费征缴暂行条例》等),均未明确“职工”的范围是否包含内地用人单位聘请的港澳台居民。因此,各省市在实施《社会保险法》及其相关规定的过程中,出现了对港澳台居民参加社保的不同做法。通过咨询各地人力资源与社会保障部门(以下简称“人社部门”),笔者了解到,在《暂行办法》发布之前,部分省市(如北京市、广东省)适用《社会保险法》的相关规定,要求用人单位为港澳台职工缴纳“五险”。而上海市则适用《关于在沪工作的外籍人员、获得境外永久(长期)居留权人员和台港澳居民参加城镇职工社会保险若干问题的通知》(沪人社养发[2009]38号),允许港澳台职工与用人单位在劳动(聘用)合同中约定仅参加养老保险、基本医疗保险和工伤保险。³

《暂行办法》的出台统一了各地关于港澳台居民在内地参加社保的适用依据。《暂行办法》明确了在内地就业的港澳台居民应当参加“五险”,与《社会保险法》关于职工参保的规定保持一致,同时《暂行办法》在《社会保险法》的基础上,对港澳台居民参加内地社保作出了特别安排。笔者将对特别安排中的亮点进行简要评析。

二、 亮点评析

(一) 避免双重缴费问题

为减轻已参加原居住地社会保险的港澳台居民的缴费负担,《暂行规定》第十一条规定:“已在香港、澳门、台湾参加当地社会保险,并继续保留社会保险关系的港澳台居民,可以持相关授权机构出具的证明,不在内地(大陆)参加基本养老保险和失业保险。”

² 《社会保险法》第十条规定:“职工应当参加基本养老保险,由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费。”第二十三条规定:“职工应当参加职工基本医疗保险,由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳基本医疗保险费。无雇工的个体工商户、未在用人单位参加职工基本医疗保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员可以参加职工基本医疗保险,由个人按照国家规定缴纳基本医疗保险费。”第三十三条规定:“职工应当参加工伤保险,由用人单位缴纳工伤保险费,职工不缴纳工伤保险费。”第四十四条规定:“职工应当参加失业保险,由用人单位和职工按照国家规定共同缴纳失业保险费。”第五十三条规定:“职工应当参加生育保险,由用人单位按照国家规定缴纳生育保险费,职工不缴纳生育保险费。”

³ 《上海市人力资源和社会保障局关于在沪工作的外籍人员、获得境外永久(长期)居留权人员和台湾香港澳门居民参加城镇职工社会保险若干问题的通知》(沪人社养发[2009]38号文):“一、与属于参加本市城镇基本养老保险范围的用人单位建立劳动(聘用)关系,并按规定分别办理了《外国专家证》、《上海市居住证》B证、《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》、《定居国外人员在沪就业核准证》等证件的外籍、获得境外永久(长期)居留权、台、港、澳来沪工作人员,可以按照相关规定同时参加本市城镇职工基本养老保险、基本医疗保险和工伤保险,并在劳动(聘用)合同中予以约定。”

据此，港澳台居民若想要适用第十一条规定不在内地参保，首先要满足两个条件：（1）已参加港澳台当地的社会保险，并且（2）继续保留当地的社会保险关系。值得注意的是，即便满足了这两个条件，港澳台居民仅可以不在内地参加基本养老保险与失业保险，仍然需要参加基本医疗保险、工伤保险及生育保险。⁴

另外，对于何为“相关授权机构出具的证明”，目前尚无具体文件予以明确。经咨询了解，根据上海人社部门的实践经验，“相关授权机构出具的证明”应指港澳台当地负责办理社会保险相关事宜的机构出具的港澳台居民的参保证明。

（二）港澳台居民离开内地时社会保险关系的处理方式

考虑到港澳台居民在返回其居住地后，继续参加内地社会保险较为不便，《暂行办法》第七条规定，港澳台居民在达到规定的领取养老金条件前离开内地的，其可以选择保留其内地社保账户，也可以选择终止内地社保关系并一次性提取其社保个人账户的储存额。⁵根据《社会保险法》之规定，领取养老金条件为达到法定退休年龄时累计缴费满十五年。⁶

《暂行办法》第七条与《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》（以下简称“《外国人参加社会保险暂行办法》”）第五条相似。《外国人参加社会保险暂行办法》第五条同样允许在达到养老金年龄前离境的外国人选择保留其社保账户，或者终止其社保关系并一次性提取社保个人账户余额。⁷

⁴ 人力资源和社会保障部于 2019 年 12 月 3 日发布的《人社部有关负责同志就<香港澳门台湾居民在内地（大陆）参加社会保险暂行办法>答记者问》提到：“《暂行办法》规定，已在香港、澳门、台湾参加当地社会保险并继续保留社会保险关系的港澳台居民，可以持相关授权机构出具的证明，不在内地（大陆）参加养老保险和失业保险。对于医疗、工伤和生育保险，《暂行办法》规定在内地（大陆）就业的港澳台居民应当依法参加。”

⁵ 《暂行办法》第七条第一款规定：“港澳台居民在达到规定的领取养老金条件前离开内地（大陆）的，其社会保险个人账户予以保留，再次来内地（大陆）就业、居住并继续缴费的，缴费年限累计计算；经本人书面申请终止社会保险关系的，可以将其社会保险个人账户储存额一次性支付给本人。”

⁶ 《社会保险法》第十六条规定：“参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费满十五年的，按月领取基本养老金。”

⁷ 《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》（人力资源和社会保障部令 16 号）第五条规定：“参加社会保险的外国人，符合条件的，依法享受社会保险待遇。在达到规定的领取养老金年龄前离境的，其社会保险个人账户予以保留，再次来中国就业的，缴费年限累计计算；经本人书面申请终止社会保险关系的，也可以将其社会保险个人账户储存额一次性支付给本人。”

然而,《暂行办法》并未明确港澳台居民在达到规定的领取养老金条件后离开内地是否仍可终止社保关系并一次性提取其社保个人账户的储存额,目前也没有相关文件对此予以明确。上海人社部门表示,实践中,达到领取养老金条件后,参保人在办理退休手续后才能开始领取养老金,所以,参加内地社保的外国人在达到领取养老金条件后离开内地的,只要其未办理退休手续,仍可以按照《外国人参加社会保险暂行办法》第五条的规定申请一次性提取其社保个人账户的储存额。

据此,笔者推测,各地的社会保险经办机构,即各省市的社会保险基金管理中心(以下简称“**社保经办机构**”),在实施《暂行办法》第七条时可能采取与外国人一次性提取社保相似的处理方式,即港澳台居民达到领取养老金条件后,若未办理退休手续,仍可申请一次性提取其社保个人账户的储存额。

(三) 调整台湾居民办理内地社保时所需证件

《暂行办法》实施前,台湾居民可使用台湾居民来往大陆通行证(以下简称“**台胞证**”)作为其有效身份证件办理内地社保各项服务。⁸然而,考虑到台胞证是旅行证件,不承载持证人享有参加社会保险等基本公共服务的功能⁹,《暂行办法》第三条及第十四条规定,台湾居民办理内地社会保险登记仅能使用台湾居民居住证(以下简称“**居住证**”)作为其有效身份证件。¹⁰

根据《港澳台居民居住证申领发放办法》(国办发[2018]81号)第二条,台湾居民需要在内地居住半年以上,才可申请居住证。¹¹如果用人单位在聘请台湾居民时,该台湾居民还没

⁸《人力资源社会保障部关于香港澳门台湾居民在内地(大陆)就业有关事项的通知》(人社部发[2018]53号):“一、在内地(大陆)求职、就业的港澳台人员,可使用港澳台居民居住证、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行证等有效身份证件办理人力资源社会保障各项业务,以工商营业执照、劳动合同(聘用合同)、工资支付凭证或社会保险缴费记录等作为其在内地(大陆)就业的证明材料。”

⁹ 人力资源和社会保障部于 2019 年 12 月 3 日发布的《人社部有关负责同志就<香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法>答记者问》提到:“根据《中国公民往来台湾地区管理办法》,台湾居民来往大陆通行证(简称“台胞证”)是台湾同胞来往大陆的旅行证件,不承载持证人享有参加社会保险等基本公共服务的功能。因此,台湾居民居住证系台湾居民参加大陆社会保险的唯一有效证件。”

¹⁰ 《暂行办法》第三条第一款规定:“用人单位依法聘用、招用港澳台居民的,应当持港澳台居民有效证件,以及劳动合同、聘用合同等证明材料,为其办理社会保险登记。在内地(大陆)依法从事个体工商经营和灵活就业的港澳台居民,按照注册地(居住地)有关规定办理社会保险登记。”第十四条规定:“办法所称‘港澳台居民有效证件’,指港澳居民来往内地通行证、港澳台居民居住证。”

¹¹ 《港澳台居民居住证申领发放办法》(国办发[2018]81号)第二条规定:“港澳台居民前往内地(大陆)居住半年以上,符合有合法稳定就业、合法稳定住所、连续就读条件之一的,根据本人意愿,可以依照本办法的规定申请领取居住证。”

取得居住证，用人单位如何为该台湾居民办理社保？如果因为台湾居民没有居住证的原因，用人单位未为该台湾居民办理社保，用人单位是否要根据《暂行办法》以及《社会保险法》的相关规定承担相关法律责任？北京、上海、广东等地的人社部门对此表示，各地的社保经办手续通常以其相应的地方性社保实施细则¹²为准，而根据各地现行有效的地方性社保实施细则，台胞证仍然是办理社保的有效身份证件之一。所以，目前部分地区的社保经办机构仍允许台湾居民凭借台胞证办理社保参保手续，待新的地方性社保实施细则出台后，各地的社保经办机构再对参保材料及手续作相应的调整。

三、 展望

综上所述，《暂行办法》对港澳台居民在内地缴纳社保作出了更具体的规定，但仍有许多细节问题有待明确，比如用于免除双重缴费的“相关授权机构出具的证明”的具体含义，港澳台居民达到领取养老金条件后离开内地是否可申请一次性提取养老金个人账户余额，台湾居民在没有居住证前如何参加内地社保等。后续，中央可能会出台《暂行办法》的实施细则，各地也可能根据《暂行办法》及其地方实践调整其地方性社保经办细则。所以，对于用人单位而言，需要密切关注中央及地方的《暂行办法》实施细则，并加强与当地社保经办机构的沟通交流，以应对《暂行办法》带来的合规挑战。

¹² 比如《北京社会保险主要业务统一经办指南》（京社保发[2019]6号）“第一部分 社会保险登记”下的“八、港澳台人员办理社保业务注意事项”中提到：“持台湾居民往来大陆通行证、港澳居民来往内地通行证的台港澳人员办理参保登记手续时需到单位参保所在区社保经办机构相关业务窗口审核材料，由区社保经办机构将新增人员材料提交到北京市社会保险基金管理中心审核后，使用北京社会保险信息系统企业管理子系统—普通单位操作。”《广东省社会保险费业务办理指南》（广东省地方税务局公告 2018 年第 1 号）以及上海市人力资源与社会保障局于 2019 年 6 月 17 日在其官方网站发布的《外籍、台港澳居民参保登记》（http://rsj.sh.gov.cn/201712333/bmfw/bszn/shbx/01/201906/t20190619_1297682.shtml）也有类似规定。

本期作者简介



顾巍巍 律师为环球律师事务所常驻上海的合伙人，其主要执业领域为争议解决，合规、反垄断政府调查，劳动等。

邮箱: guweiwei@glo.com.cn

Mr. Weiwei Gu is a partner based in our Shanghai office. His main practice areas include dispute resolution, compliance, antitrust and employment-related matters.

Email: guweiwei@glo.com.cn



曹思思 律师为环球律师事务所常驻上海的顾问律师，其主要执业领域为争议解决、合规、劳动等。

邮箱: kellycao@glo.com.cn

Ms. Kelly Cao is an Of-Counsel based in our Shanghai office. Her main practice areas encompass dispute resolution, compliance, employment-related matters.

Email: kellycao@glo.com.cn



邹倩明 为环球律师事务所上海办公室的律师助理，其主要执业领域为争议解决、合规、公司日常法律业务等。

邮箱: qianmingzou@glo.com.cn

Ms. Qianming Zou is an assistant based in GLO Shanghai office. Her main practice areas include dispute resolution and compliance.

Email: qianmingzou@glo.com.cn

实习生**聂真璇**子对本期专递亦有贡献。

环球简介

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有 400 余名的法律专业人才。我们的律师均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，部分合伙人还拥有美国、英国、德国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》2018 及 2012 年举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

环球劳动业务简介

我们能够为客户提供全面的劳动与雇佣法律服务。我们不仅为客户处理在交易过程中与劳动相关的事务，还协助客户处理日常运营过程中与劳动相关的事务，以及帮助客户解决各类劳动争议。

我们拥有丰富的劳动与雇佣法律专业知识。在劳动与雇佣领域，我们的劳动律师不仅深刻理解国家层面的各种法律法规规定，还谙熟地方层面的各种法律法规规定，并时刻关注国家和地方层面法律法规的最新变化和进展。尤其是，我们还能够将我们对相关法律法规的认识以及对复杂问题的理解准确和清楚地传达给我们的客户。

我们能够为客户提供实用的劳动与雇佣法律建议。我们秉承客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微和全方位的专业服务。为此我们不仅要求自己提供的法律建议及时、准确，更要求我们提供的法律建议能够直接帮助客户解决实际的具体问题。

我们拥有丰富的劳动与雇佣法律服务经验。我们在劳动与雇佣领域的经验包括：（1）处理劳动合同订立、履行、解除或终止过程中的各种劳动争议，包括但不限于劳动合同效力、劳动合同期限、试用期、培训和服务期、薪酬待遇、工时休假、劳动合同解除、劳动合同终止、经济补偿金、竞业限制、劳务派遣等方面的劳动仲裁和劳动争议诉讼案件；（2）就企业日常运营过程中的劳动相关问题为客户提供咨询服务；（3）参与谈判并起草、审阅及修订各种与劳动相关的协议，包括个人劳动合同、集体劳动合同、劳务派遣协议、培训协议、竞业限制协议、保密协议、期权协议、协商解除劳动合同协议等；（4）设计、起草、审阅及修订各种与劳动相关的规章制度，包括员工手册、员工行为准则、工时休假制度、薪酬福利制度、股权激励计划、差旅报销制度等；以及（5）协助企业处理并购、重组、破产、清算以及解散等过程中的员工安置与规模裁员等劳动相关事务。

版权与免责

版权. 环球律师事务所保留对本报告的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本报告任何受版权保护的内容。

免责. 本报告及其内容不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路 81 号华贸中心 1 号写字楼 15 层&20 层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路 150 号企业天地 5 号楼 26 层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区深南大道 9668 号华润置地大厦 B 座 27 层 邮编：518052

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

环
球
律
师
事
务
所

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区深南大道9668号
华润置地大厦B座27层 邮编: 518052
27th Floor Tower B, China Resources Land Building,
No. 9668 Shennan Avenue, Nanshan District,
Shenzhen 518052, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987