

保华月刊

Baohua Monthly

2018年1月
Jan.2018
第 1 7 期
N O . 1 7

- 在单位集体旅游中受伤的工伤认定争议审判口径
- 外国人恢复劳动关系请求裁判口径
- 《关于<违反和解除劳动合同的经济补偿办法> (劳部发[1994] 481) 被废止后劳动争议处理若干问题的意见》
- 《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》



总编: 董保华
责编: 董润青、杨杰
编辑: 于海红



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

19

新法规：《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》

New Regulation: Opinions on the Several Issues of Handling Labor Disputes after the annulment of the <Measures for Economic Compensation for Violation or Termination of Labor Contracts > (No. 481 [1994] of the Ministry of Labor)

23

新法规：《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》

New Regulation: New Regulation: the Minutes (III) of the Symposium on the theme of Legal Application

热点追踪

Hot Issues

30

在单位集体旅游中受伤的工伤认定争议审判口径

Case analysis on whether it can be regarded as work-related injury when employee suffers injury during the travel organized by the employer

36

外国人恢复劳动关系请求裁判口径

Case study in Shanghai: What the Shanghai judicial practice may hold as to the reinstatement disputes claimed by foreign workers?

老董荐文

Recommendation by Mr. Dong

42

我国集体劳动争议的难题与反思——基于自发罢工向制度外的“涌出”现象

The puzzlement and rethinking of collective labor disputes in China – based on the “pouring out” phenomenon of active strike beyond the system

2018.1新闻总结



一、六部门印发通知将各类工程建设领域农民工纳入工伤保险制度保障

来源：人社部网站

概要：近日，人社部、交通运输部、水利部、国家能源局、国家铁路局、中国民用航空局联合印发《关于铁路、公路、水运、水利、能源、机场工程建设项目参加工伤保险工作的通知》，将在各类工程建设项目中流动就业的农民工纳入工伤保险保障。

Summary: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security, the Ministry of Transport, the Ministry of Water Resources, the National Energy Administration, the National Railway Administration, and the Civil Aviation Administration of China have collectively issued *the Notice on the Work of Railway, Highway, Water Transport, Water Conservancy, Energy, Airport Construction Projects Taking Out Work Injury Insurance*, which covers migrant rural workers flexibly employed in various construction projects with work injury insurance.

重申原有政策

《通知》重申了 2014 年 12 月人社部、住建部、安监总局、全国总工会《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》的主要政策，要求进一步健全按项目参加工伤保险长效机制，全面启动铁路、公路、水运、水利、能源、机场工程按项目参加工伤保险工作，确保在各类工地上流动就业的农民工依法享有工伤保险保障。

2014 年 12 月，经国务院批准，人社部、住建部、安监总局、全国总工会联合印发了《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》（人社部发〔2014〕103 号），做出了工伤优先，项目参保，概算提取，一次参保、全员覆盖的制度安排，并明确交通运输、铁路、水利等相关行业参照执行。三年来，在各部门的协力推动以及各地共同努力下，住建领域新开工工程建设项目参保率已达到 99.73%，累计 4000 多万人次建筑业农民工纳入工伤保险保障，有效地解决了农民工因建筑事故伤害致贫返贫问题。

结合行业特点

《通知》结合铁路、公路、水运、水利、能源、机场工程建设项目特点，提出针对性要求，明确可以按照项目或标段的建筑安装工程费（或工程合同价）的一定比例参保缴费，对工程总造价大、机械化程度高、人工成本占比较低的工程建设项目，可以按照人工成本乘以工伤保险行业基准费率的方式计算缴纳工伤保险费。

强化工作抓手

《通知》强调，各类工程建设项目在办理相关手续、进场施工前，均应向行业主管部门或监管部门提交施工项目总承包单位或项目标段合同承建单位参加工伤保险的证明，作为保证工程安全施工的具体措施之一。未参加工伤保险的项目和标段，主管部门、监管部门要及时督促整改，即时补办参加工伤保险手续，杜绝“未参保，先开工”甚至“只施工，不参保”现象。

优化服务质量

《通知》要求，各地人社部门要为参保工程建设项目和工伤职工提供更加优质便捷的人性化服务，积极探索优化适合按项目参加工伤保险的登记、缴费、认定、劳动能力鉴定、待遇支付等服务流程，提供一站式服务。各地人社、交通运输、水利、能源、铁路、民航等部门要结合本地实际制定具体实施方案，合力做

好工程建设领域职工特别是农民工工伤保险权益保障工作。

二、城乡医保并轨吹响集结号 23 省份 11 亿人口统一管理

来源：中国网财经

概要：目前，全国 31 个省份出台了整合规划，23 个省份、80%以上地市、11 亿人口、80%参保人群，纳入社保部门统一管理。2018 年，中国将全面启动实施统一的城乡居民基本医保制度，建立完善的全民参保制度、动态调整筹资机制、医保治理体系。

Summary: At present, 31 provinces in China have launched integration plans, and 23 provinces, over 80% cities, 11 billion population and 80% insured have been included into uniform management by social security departments. In 2018, China will implement a uniform system of the basic medical insurance for urban and rural residents on a broad scale, establish a perfect system of universal participation in social insurance, a dynamic adjusted fund-raising mechanism and a management system for medical insurance.

最近，陕西省渭南市澄城县南社村村民老张终于下定决心，到北京积水潭医院做手术，彻底根治伴随他多年的颈椎病。给予他勇气和信心的是陕西开展的城镇居民基本医疗保险和新型农村合作医疗（下称“新农合”）制度整合工作。老张给记者算了一笔账：参加新农合的他，在城乡医保制度整合前，如果到北京做手术，需要花费近 10 万元，个人只能报销约 2 万元。整合后，他能直接报销 6 万元，通过大病保险还能报销 2 万元，自己支出不到 2 万元。“医保让我更有安全感。”他说。

2016 年 1 月，国务院印发《关于整合城乡居民基本医疗保险制度的意见》（下称“《意见》”），开始整合城镇居民医保和新农合两项制度。今年 1 月 1 日，北京、甘肃、江苏扬州、湖北黄冈等多地宣布实施统一的城乡居民医保制度。人社部、国家卫计委向本报提供的数据表明，两年来，一个覆盖亿万城乡居民的基本医保体系正在形成。

专家表示，中国基本医保体系建设让亿万城乡居民更加公平地享有基本医疗保障权益，成就显著。随着整合工作进入“下半场”，需要进一步理顺医保管理体制，统筹地区全面实施整合制度方案，进一步发挥医保在深化医改中的基础作用等，让人人享有基本医疗保障的目标真正实现。

1. 23 个省份实现 3 项医保制度统一管理

2017 年 12 月 28 日清晨，北京的大风刮得人脸生疼。一群由北京市人力资源和社会保障局、大兴区人力资源和社会保障局组成的小分队，开始了新一天的送卡入户工作。

在大兴区庞各庄镇宋各庄村村民阮淑芬家，工作人员将一张崭新的社会保障卡交到她手中。去年她患上癌症，医药费花了几万元，家庭经济负担很大。工作人员告诉她：从 2018 年 1 月 1 日起，她可以拿着这张卡直接去医院看病，不仅报销比例提高了，费用还能实时结算。更让阮淑芬感动的是，作为北京市 13 类困难人员之一，她的参保费已由政府全额补助。

2018 年 1 月 1 日起，北京市实施统一的城乡居民医保制度。“新制度实施后，城乡居民的医保待遇将普遍提升。”北京市新农合管理中心主任白玉杰表示，今后北京市城乡医保居民看病时，门诊最高报销比例将达到 55%，比原来提高 5 个

百分点；住院最高报销比例达到 80%，比原来提高 5—10 个百分点；可报销的药品种类由 2510 种扩大到 3000 多种，与职工医保目录一致；定点医疗机构增加到近 3000 家。

今年元旦，不仅北京，甘肃、江苏扬州、湖北黄冈等地纷纷宣布实施统一的城乡居民医保制度。事实上，更大范围的、以省为重点的城乡医保整合工作从两年前就开始了。

人力资源和社会保障部医疗保险司相关负责人向本报记者介绍，《意见》发布两年来，全国 32 个省、自治区、直辖市（含新疆生产建设兵团），除西藏外，均已出台整合规划，对统一覆盖范围、统一筹资政策、统一保障待遇、统一医保目录、统一定点管理、统一基金管理（下称“六统一”）提出要求。

“部分省份还在整合制度政策基础上，理顺了基本医保管理体制。”这名负责人表示，目前已有北京、天津、河北、山西、内蒙古、黑龙江、上海、浙江、江苏、江西、山东、河南、湖南、湖北、广东、广西、四川、重庆、云南、宁夏、青海、新疆和新疆生产建设兵团，共 23 个省份实现了全民基本医保 3 项制度（城镇居民医保、城镇职工医保和新农合）乃至整个社会保险的统一管理。此外，福建专门设立了医保管理机构，整合药品采购、医疗服务价格调整和医保基金管理等职能。

全国 334 个地市（不含京津沪渝）中，已有 283 个地市出台了具体实施方案，目前都基本启动运行。这名负责人说：“整合地区参保人群已基本纳入人社部门统一管理，形成了 5 项社会保险一体化管理服务的格局。”

此外，国家卫生和计划生育委员会向本报提供的数据显示，辽宁、吉林、贵州、西藏、陕西等省份从政策入手不同程度推进整合工作。例如，在统一筹资政策方面，吉林省、贵州省明确 2018 年统一城乡居民缴费标准；辽宁省、陕西省对城镇居民医保和新农合个人缴费标准差距较大的地区，允许利用 2 年时间逐步过渡。在统一保障待遇方面，贵州省明确，从 2018 年 1 月 1 日起执行统一的医保待遇。

“目前，城乡医保制度的统一主要体现为制度统一和医保经办关系统一。通过规范流程，城乡居民就医更便捷，待遇更公平。”中央财经大学社会保障研究中心主任褚福灵对本报记者表示。

2. 参保居民、经办机构、医院获得感满满

城乡医保整合效果如何，居民获得感是一把重要的衡量标尺。为此，各地按照“筹资就低不就高、待遇就高不就低、目录就宽不就窄”原则，开展具体整合工作，实现了制度平稳过渡。总结来看，整合效果主要体现在 3 个方面：

对于参保城乡居民来说，制度整合后，待遇公平性体现得更加明显，尤其是农村居民获得感显著增强。山东省临沂市农村居民张大妈患有慢性胃病，以前经常需要从县里转诊到临沂市治疗，不但手续复杂，而且转诊后报销比例也会随之降低。2015 年，山东省将城乡医保进行整合。张大妈说：“现在到市里看病，不但可以直接报销，而且报销费用和城里人一样。”

目前，各地城乡医保统筹层次已整体提升为市级统筹，部分省份还实现了省级统筹。“统筹层次提升后，此前参加新农合的农村居民就医选择范围从县域扩展到地市甚至省域范围，变‘异地’为‘一地’，农村居民享受的医疗待遇更高了。同时，医保基金池变大，抗风险能力更强，经办效率也更高。”中国人民大学劳动人事学院教授仇雨临对本报记者说。

人社部医保司提供的数据显示，河北、山东、广东城乡医保制度整合后，药

品目录品种分别达到 2600、2400 和 2500 种，农村居民可报销药品种类比原来扩大了 1 倍。

同时，农村居民医保支付比例和最高支付限额普遍提高。如云南省农村居民省级医疗机构就诊医保支付比例由 40%提高到 60%；内蒙古包头市医保支付封顶线增加到 23 万元，比原来新农合增加了 8 万元。住院费用支付比例保持在 75% 左右，较新农合也大幅提升。

对于医保经办机构来说，节省了行政成本，保障效率大幅提升。经过整合，重复投入、多头建设、重复参保、重复补贴等问题得到解决。例如，内蒙古、山东、浙江 3 省份分别剔除重复参保 133 万、250 万和 150 万人，分别节约财政重复补助资金 6 亿、8 亿和 7 亿多元。

各地还以此为契机，整合、升级改造社会保险信息系统，实现“五险合一”数据共享以及医保结算功能整合。目前，全国社保卡持卡人数已超过 10 亿人，参保居民可持卡就医并实现“一站式”直接结算。

特别是去年建成的全国异地就医结算信息系统，免去了患者来回奔波之苦。截止 2017 年 12 月底，全国所有省级平台、所有统筹地区均已实现与国家异地就医结算系统对接，8499 家跨省异地就医定点医疗机构均已联接入网。

“提升医保经办机构管理服务效能，有利于其更深入介入医疗服务过程。”国务院发展研究中心金融研究所保险室副主任朱俊生对本报记者表示，整合后，医保经办机构有了统一购买力和更多精力，与医院、医药企业谈判协商时腰杆更挺、底气更足。以天津市为例，通过将糖尿病按人头付费推广到 34 家医院，2 万参保患者受益，人均费用较改革前下降近 5000 元。

对于医疗机构来说，变化也是明显的。在甘肃，参保居民在村卫生室发生的门诊费用，报销比例达 70%。同时，村卫生室可使用 20% 的非基本药物，有力促进了分级诊疗建设。

3. 全面整合需综合发力

随着城乡居民医保制度整合进入深水区，接下来任务会更重。人社部医保司相关负责人表示，目前问题主要有 3 个：一是全国医保管理体制尚待进一步理顺，以实现上下统一、左右协调、政令畅通；二是统筹地区整合制度方案有待全面实施，以全面建立统一城乡居民医保制度；三是全民医保在深化医改中的基础作用有待进一步发挥。

仇雨临表示，只有进一步理顺管理体制，才能实现城乡医保制度的真正统一，这亟须政府从顶层设计高度予以明确。她认为，社会保险法的法律逻辑、医保模式规律，以及 1998 年中国建立城镇职工基本医保制度以来的实践，都证明了社保经办机构有实力履行更多职责。

整合后，由于各地经济发展水平和居民收入差异，一些地方在缴费和待遇享受方面仍存在差异。她建议，随着城乡居民收入水平提升，各地应逐渐实现根据就医需要提供统一医保待遇，在高收入与低收入、患病者与健康者之间合理分散风险。

人社部同时提出，要逐步建立与经济社会发展水平、各方承受能力相适应的稳定可持续的动态调整筹资机制，同时合理划分政府和个人分担筹资责任，逐步优化筹资结构，力争今年全面启动实施统一的城乡居民基本医保制度。

仇雨临认为，目前医保筹资机制还是简单地按照固定数额进行筹资，比较粗放。她建议，建立城乡居民收入与缴费关联机制、缴费与待遇关联机制、缴费与待遇同经济发展水平关联机制，确保城乡居民医保基金的长期收支平衡。

医保支付方式，被称为医保基金支出的“总闸门”“总杠杆”。人社部提出，下一步，将全面推行以按病种付费为主的多元复合医保支付方式，完善谈判和风险共担机制。

褚福灵认为，应从“三医”联动角度看待医保支付方式改革。“医保支付方式改革，医院现代管理制度建设，药品生产、流通、价格和支付标准改革等，要形成一种良性机制，让患者少花钱的同时又能看好病，药企实现‘以价换量’，同时医院能够得到激励、医生能获得体现价值的相应报酬。”

有专家建议，要在“以收定支、收支平衡”的医保基金支付总原则下，“保基本、强基层、建机制”。例如，进一步完善药品和医疗服务价格形成的市场机制、健全医保经办机构源头参与机制和谈判机制等。

“应该鼓励更多社会力量参与基本医保经办服务。”朱俊生表示，经过两年发展，目前大病保险多由商业保险公司经办。他建议，政府和商业保险公司应秉持法治思维，进一步规范合同管理。在社保提供主体和方式上，可探索引入竞争模式。

此外，对于一些人士建议“将城乡医保和城镇职工医保打通，实现‘三险合一’”，褚福灵认为，由于城乡居民和职工收入差距较大，制度也存在差别，目前两种制度并存有其合理性。“随着职工和城乡居民收入差距缩小，二者整合的条件自然就成熟了。”褚福灵说。

三、四部门联合发文维护住房公积金缴存职工权益

来源：经济日报

概要：住房和城乡建设部、财政部、中国人民银行、国土资源部近日联合印发《关于维护住房公积金缴存职工购房贷款权益的通知》，对限制、阻挠、拒绝职工使用住房公积金贷款购房的房地产开发企业和销售中介机构，要责令整改。对违规情节严重、拒不整改的，要公开曝光，同时纳入企业征信系统，依法严肃处理。

Summary: The Ministry of Housing and Urban-Rural Development, the Ministry of Finance, the People's Bank of China, and the Ministry of Land and Resources have recently issued the *Notice on Maintaining the Rights and Interests in Housing Loans of Employees Contributing to the Housing Provident Fund*. Real estate development enterprises and sales agencies restricting, obstructing or refusing contributors' use of housing provident fund loans for home purchase shall be ordered to take corrective action. One that violates the provisions and falls under serious circumstances or refuses to take corrective action shall be disclosed to the public, included in the enterprise credit reference system and seriously disposed of.

住房公积金是解决职工住房问题的专项资金。按照现行有关规定，职工连续、足额缴存住房公积金6个月（含）以上，即可向住房公积金管理中心申请个人住房贷款。目前住房公积金个人住房贷款利率为3.25%，远低于商业银行个人住房贷款利率。据测算，一笔额度100万元、期限20年的住房公积金个人住房贷款，可比商业银行个人住房贷款节省利息支出20万元以上，能有效减轻职工购房负担。但近期，部分房地产开发企业拒绝购房人使用住房公积金贷款，严重损害了缴存职工合法权益，对此，住房和城乡建设部、财政部、中国人民银行、国土资源部近日联合印发《关于维护住房公积金缴存职工购房贷款权益的通知》。

《通知》规定，住房公积金管理中心要规范贷款业务流程，压缩审批时限，自受理贷款申请之日起10个工作日内完成审批工作。受托银行要及时受理职工住房公积金贷款申请和办理相关委托贷款手续，住房公积金管理中心要加强对受托银行的业务考核。要公开住房公积金贷款业务流程、审批要件、办理地点、办理部门和办结时限，并在业务网点予以明示。

《通知》明确，要提高住房公积金贷款抵押登记效率。不动产登记机构应当严格按照有关规定，及时受理住房公积金贷款抵押登记申请，在10个工作日内完成抵押登记手续。

《通知》要求，住房城乡建设部门要加强房地产市场监管。房地产开发企业在销售商品房时，要提供不拒绝购房人使用住房公积金贷款的书面承诺，并在楼盘销售现场予以公示。房地产开发企业要认真履行承诺，不得以提高住房销售价格、减少价格折扣等方式，限制、阻挠、拒绝购房人使用住房公积金贷款，不得要求或变相要求购房人签署自愿放弃住房公积金贷款权利的书面文件。

《通知》提出，要加大联合惩戒力度。对限制、阻挠、拒绝职工使用住房公积金贷款购房的房地产开发企业和销售中介机构，要责令整改。对违规情节严重、拒不整改的，要公开曝光，同时纳入企业征信系统，依法严肃处理。

四、20余省份出台增收计划 让这七类人钱包鼓起来

来源：中国新闻网

概要：近期，北京、上海等地印发了重点群体增收实施方案。据不完全统计，目前全国已有20多个省份出台了相关增收计划。为了让技能人才、新型职业农民、科研人员等七大重点群体的钱包鼓起来，从而带动城乡居民实现总体增收，这些地方出台了针对性措施。

Summary: Recently, Beijing, Shanghai and other areas have issued implementation plans for income increase of key groups. According to available statistics, over 20 provinces in China have now issued the relevant plans for income increase. The governments in these areas have launched a lot of targeted measures in order to put more money into the pockets of skill talents, modern agricultural talents, scientific researchers and other 4 key groups, thus driving the realization of increase in the total income of urban and rural residents.

20余省份出台重点群体增收计划

国务院去年公布了《关于激发重点群体活力带动城乡居民增收的实施意见》，提出实施七大群体激励计划，并要求各地区可根据实际情况，研究制定本地区促进居民增收的具体办法，建立健全统筹协调工作机制，对重点群体实施精准激励。

近期，北京印发《关于进一步激发重点群体活力带动城乡居民增收的若干政策措施》，上海也出台了《上海市激发重点群体活力带动城乡居民增收实施方案》。

据中新网记者不完全统计，目前全国已有20多个省份出台了相关增收计划，包括河北、河南、广东、广西、山东、湖北、湖南、云南、甘肃、宁夏、四川、陕西、浙江、辽宁、安徽、天津、福建、内蒙古、青海、北京、上海等地。

让七大重点群体的钱包鼓起来

梳理各地的增收方案可以发现，均瞄准了技能人才、新型职业农民、科研人员、小微创业者、企业经营管理人员、基层干部队伍、有劳动能力的困难群体等七大重点群体，提出有针对性的激励计划。

为何要选择这些群体呢？清华大学公共管理学院院长薛澜表示，这七大群体代表了劳动者中的大多数和关键少数。例如，科研人员是知识分子群体的缩影，技能人才是大量企业职工的典型，基层干部队伍可以辐射到各级干部与公共管理从业者。因此，政策选择的目标群体具有明显的带动引领能力，对全体城乡居民增收起到以点带面的作用。

国家发改委就业和收入分配司有关负责人曾表示，激励计划针对的是七大群体，但面向的是广大城乡居民，联通二者的关键就是这七大群体的带动引领能力。从数量看，这七大群体大致覆盖两三亿人口，带动效应发挥后，可能拉动的人数将是几倍。

有哪些“量身定做”的增收措施？

由于不同群体之间的差异巨大，就业方式和收入来源结构不尽相同，记者梳理发现，各地结合本地区的实际，出台了不少“量身定做”的激励计划 and 政策。

——技能人才。北京提出，创新技能人才薪酬提升机制。引导企业合理确定技能岗位薪酬水平，薪酬增速可快于其他岗位。浙江、广东、甘肃等地要求，对重点领域紧缺的技术工人在城市落户、购租住房、子女入学等方面给予支持。

——新型职业农民。河南提出，支持职业院校采用“半农半读”“农学交替”等方式开展新型职业农民中等职业教育、实用技术培训。到2020年，全省新型职业农民规模达到100万人以上。浙江明确，支持大中专学校办好涉农专业，培育一批“农创客”“新农人”。

——科研人员。北京提出，赋予本市高校、科研机构更大的人财物支配权，使其能够结合岗位特点实行灵活的绩效考核和收入分配办法，保障科研人员的合理工资待遇。广东提出，允许列支劳务费、人员费、绩效支出等用于人力资源成本补偿，并提高列支比例标准，明确绩效支出不计入总量调控。

——小微创业者。安徽提出，加大创业扶持力度，提高创业成功率。对创业失败的失业登记人员按规定给予社会保险补贴，并及时提供各种就业服务。河北提出，开展减费让利，严格限制对小微企业收取财务顾问费、咨询费等，对发展前景好但暂时困难的小微企业，合理确定贷款利率水平。

——企业经营管理人才。北京提出，强化民营企业企业家创业激励。消除各种隐性壁垒，鼓励民营企业依法进入更多领域，支持民营企业参与市属国有企业改制重组和合资经营。辽宁提出，减少对企业点对点的直接资助，增加普惠性政策，促进公平竞争。

——基层干部队伍。浙江、安徽等多地提出，提高基本工资在工资性收入中的比重，落实基本工资正常调整机制。广东还提出，改善基层教师待遇，逐步提高山区和农村边远地区学校教师生活补助标准。

——有劳动能力的困难群体。北京提出，本市企业在调整转型、升级改造、疏解外迁过程中，应按规定为与其保持劳动关系的未在岗职工缴纳社会保险费，发放不低于本市最低工资标准70%的生活费。广东明确，到2018年底，实现有职业技能提升意愿且符合条件的贫困人员100%得到免费技工教育或技能晋升培训。

国家发改委就业和收入分配司有关负责人表示，实施七大群体激励计划，就是要分群体施策，找准各自的重点，比如技能人才关键要实现技高者多得，新型职业农民关键是推进职业化，小微创业者关键是降低创业成本，科研人员关键是实现工资性收入、项目激励、成果转化奖励等多重激励，企业家关键是解决产权保护法治化，基层干部队伍关键是完善工资制度，困难群体关键是提升人力资本。

五、上海 15 家企业存在恶意欠薪行为被追究刑责

来源：东方网

概要：为进一步加大对恶意欠薪行为的震慑作用，上海市劳动保障监察机构向社会公布 2017 年全市因拒不支付劳动报酬被追究刑事责任的用人单位及 15 位责任人名单，以此加大全社会对恶意欠薪行为关注程度和监督力度。

Summary: In order to better deter the behavior of malicious default in payment of remuneration, the labor security supervision authority in Shanghai has released the list of the employing units and 15 relevant responsible persons that have been criminally punished due to refusal to pay remuneration in 2017, thus increasing the attention and supervision of the whole society to the behavior of malicious default in payment of remuneration.

根据国家人社部等十二部委通知要求，为确保在上海市务工的农民工按时足额拿到工资，维护农民工合法权益，上海市自 2017 年 12 月 1 日起至 2018 年春节前在全市范围内组织开展农民工工资支付情况专项检查。目前，专项检查仍在推进中，市、区两级劳动保障监察机构已检查用人单位 5123 户，涉及劳动者 25 万余人，发现存在欠薪行为的用人单位 369 户。通过监察，截至目前已清欠工资 3697 万余元，涉及劳动者 4000 余人。

劳动保障监察机构再次告诫恶意欠薪的经营者，要恪守法律和道德；也希望被欠薪的劳动者，通过法律途径提出合法诉求，理性维权，千万不要以非法手段来“维权”，以免得不偿失。

具体举报投诉途径如下：1、拨打劳动保障监察机构的举报电话“12333”进行举报，“12333”365 天、24 小时全天候接受劳动者举报；涉及本市建筑工地欠薪的，可以拨打 12319 城建服务热线进行举报。

2、登陆上海人力资源和社会保障网在“个人办事”菜单下的“劳动维权”栏目举报。

3、通过书信或者直接来访各级劳动保障监察机构受理窗口进行举报投诉；涉及本市建筑工地欠薪的，可以前往各区建筑业管理部门举报投诉。各级劳动保障监察机构和建筑业管理部门受理窗口地址可登陆市人力资源社会保障局、市住房城乡建设管理委官方网站查询。

2017 年本市已宣判拒不支付劳动报酬罪汇总表：

1 上海华丰住宅开发建设有限公司，黄晓，闵行区马桥镇华宇路 1500 号，拖欠 102 名员工工资 187 万余元，经营者欠薪逃匿，判处有期徒刑 2 年，缓刑 3 年，并处罚金 3 万元。

2 上海凯怀木业有限公司，王爱民，青浦区金大路 88 号拖欠 144 名员工工资 174 万余元，经营者欠薪逃匿，判处有期徒刑 1 年 9 个月，并处罚金 10 万元。

3 上海君群会餐饮有限公司，李俊，静安区共和新路 3703 号 C 栋 3 层，拖欠 83 名员工工资 61 万余元，经营者欠薪逃匿，判处有期徒刑 1 年 9 个月，并处罚金 5 万元。

4 上海浩宜石材工程有限公司，周建兵，青浦区白鹤镇鹤祥路 65 号，拖欠 68 名员工工资 168 万余元，经营者欠薪逃匿，判处有期徒刑 1 年 6 个月，并处罚金 8 万元。

5 上海驰慧石材安装工程有限公司，周建兵，青浦区白鹤镇青赵公路 6413

号,拖欠 23 名员工工资 71 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 1 年 6 个月,并处罚金 8 万元。

6 上海易在旅游用品有限公司,陈镜清,奉贤区四团镇平安社区平港路 403 号,拖欠 57 名员工工资 55 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 1 年 6 个月,缓刑 1 年 6 个月;并处罚金人民币 5 万元。

7 上海英成木制品厂,张文华,奉贤区奉城镇联民村共耕 203 号,拖欠 17 名员工工资 36 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 1 年 3 个月,并处罚金 2 万元。

8 上海载荣展览展示有限公司,秦虎,奉贤区青村镇南奉公路 4322 弄 1 号,拖欠 25 名员工工资 18 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 10 个月,宣告缓刑 1 年,并处罚金 2 万元。

9 上海师景服装厂,师云景金山区枫泾镇明星路 2115—4 号,拖欠 28 名员工工资 28 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 8 个月,并处罚金 2 万元。

10 上海嘉蚩承储娱乐有限公司,李国平、陆玉林,嘉定区叶城路 515 号,二楼、三楼拖欠 55 名员工工资 22 万余元,经营者欠薪逃匿,判处李国平有期徒刑 7 个月,缓刑 1 年,并处罚金 1 万元;判处陆玉林拘役 5 个月,缓刑 5 个月,并处罚金 1 万元。

11 上海梅香服饰有限公司,沈辉辉,青浦区练塘镇大新村新庄 1 号,拖欠 12 名员工工资 14 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 7 个月,并处罚金 1 万元。

12 上海左手科技有限公司,崔风景,徐汇区虹梅路 2007 号 7 号楼 103 室,拖欠 30 名员工工资约 70 万元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 6 个月,缓刑 1 年,并处罚金 5 万元。

13 上海旺墅实业有限公司,芦兵,松江区新桥镇申港二路 18 号,拖欠 7 名员工工资 15 万余元,经营者欠薪逃匿,判处有期徒刑 6 个月,并处罚金 5 千元。

14 明信时装(上海)有限公司,洪起祥,青浦区青浦工业园区新丹路 500 号,拖欠 158 名员工工资 60 万余元,经营者欠薪,逃匿判处拘役 5 个月,并处罚金 4 万元。

15 上海婉舒服饰有限公司,姚丽萍、王晓东,松江区九亭镇盛龙路 699 号 6 楼东 3 楼,拖欠 19 名员工工资 20 万余元,经营者欠薪逃匿,判处姚丽萍拘役 2 个月,缓刑 2 个月,并处罚金 2 千元;判处王晓东拘役 4 个月,并处罚金 2 千元。

六、广东高院发布保障劳动者工资十大典型案例

来源:广东法院网

概要:广东省高级人民法院近日召开新闻通气会,通报全省法院保障劳动者工资的审判执行工作情况,并发布了十起涉劳动者工资典型案例。

Summary: The Higher People's Court of Guangdong Province has recently held a press briefing, reporting the judicial situation of the whole province regarding trial and law enforcement on safeguarding the remuneration payment to employees, and releasing ten typical cases in relation to the remuneration payment.

据了解,2014 年至 2017 年,全省一审劳动争议收案数平均逐年递减约 3000 宗;2017 年全省一审劳动争议收案 40883 宗,同比下降 7.5%。在惩治恶意欠薪方

面，拒不支付劳动报酬罪的案件数量从快速上升到趋于稳定，收案数年均增长39%；2017年，全省法院共审结拒不支付劳动报酬刑事一审案件253件，涉及被告人269名。

广东高院副院长谭玲介绍称，全省一审劳动争议案件呈现两个鲜明特点：一是收案数长期处于高位，案件分布集中在穗、深、佛、莞四地的基本态势未变，且大部分案件都是涉及到劳动报酬；二是在劳动者申请强制执行的欠薪案件中，多数被执行单位工资清偿比例较低。

据了解，为切实维护劳动者的合法权益，全省法院均采取各项有力的司法措施。开设劳动者讨薪绿色通道，坚持优先接待、优先立案、优先审判、优先执行、优先兑付执行款。开设涉民生执行案件咨询热线，搭建涉民生执行案件法律咨询台。加大财产保全力度，防止因企业资产流失导致劳动者权益受损。对涉及特困群体案件依法采取先予执行措施，分配财产时依法优先偿还劳动报酬。对因欠薪者逃匿或欠薪者确无偿债能力导致生活困难的劳动者，依法及时给予司法救助。

出台《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》，对劳务派遣关系中追索劳动报酬及因企业搬迁引发纠纷如何处理等予以明确。联合省人社厅、省总工会、省工商联、省企业联合会等单位，共同发布《关于进一步加强劳动争议衔接多元化解劳资纠纷的意见》，确立了源头化解、沟通协调、多元共建等工作原则。对困难职工进行多层次帮扶，符合司法救助条件的劳动者可以缓交、减交、免交受理费。与公安、检察机关、人社部门建立重大案件联合挂牌督办制度，进一步完善劳动保障监察行政执法与刑事司法联动机制。充分利用网络查控系统，采取“凌晨执行”、“悬赏执行”、“蹲点守候”等非常手段，提升执行效果。

另据了解，下一步广东法院将进一步统一裁审标准，完善裁审衔接机制。今年将出台裁审衔接具体实施意见，与劳动争议仲裁机制无缝衔接。依托信息化，加强劳动争议处理工作信息和统计数据的共享共用，深化裁审衔接机制建设。大力推行劳动争议小额速裁，对权利义务关系清楚的追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金等案件实行一审终审。推进繁简分流及裁判文书改革，对于简单的劳动争议纠纷案件，制作要素式、令状式文书。

谭玲表示：“广东法院将健全劳动争议审判工作机制，不断提高化解劳动纠纷的法治化、制度化水平，依法保障劳动者及时取得工资，切实维护劳动者的合法权益。”

附：广东高院发布保障劳动者工资十大典型案例

一、裁审接力纾民困，保全措施化纠纷

（一）基本案情

广州市某五金公司因经营不善，拖欠彭某等225名员工数月工资410多万元。为防止广州市某五金公司转移、隐藏财产，彭某等225名申请人向广州市番禺区劳动人事争议仲裁委员会提出财产保全的申请。2015年4月20日，该委向广州市番禺区法院提交仲裁建议书，建议查封、扣押、冻结被申请人广州市某五金公司所有的价值387万元的财产。

（二）裁判结果

广州市番禺区法院2015年4月21日受理该案后，当天即由劳动庭庭长带领办案人员赶往涉案企业。由于涉案企业厂房面积大，原材料、半成品等摆放分散，

且原材料主要为价值高的铜合金，容易出现财产被盗的风险，带队庭领导及时组织员工开会，指引员工开展自救工作，利用叉车、手推车等将分散的原材料、半成品全部存放于密闭的原材料仓库，确保了查封财产的安全性。查封工作完成后，劳动庭又积极协同区人社局、大龙街街道办敦促企业落实工资筹集工作，经法院多次协调，涉案企业在 2015 年 4 月 23 日下午完成全部工资筹集及发放工作。

(三) 典型意义

本起群体性劳动纠纷在法院、劳动仲裁机构配合下，在立案后 48 小时内妥善解决，发挥了保全措施的强大功效，确保劳动争议得到合法、公正、及时解决，取得“一加一大于二”的良好效果。

二、多方联动效率高，为劳动者托起“安全垫”

(一) 基本案情

某鞋材公司是当地一家外资企业，因经营不善，2017 年年底拖欠 40 多名员工的工资共 25 万多元。时值年终，罗某等 40 多名劳动者急等领取工资返乡过年，遂向肇庆市端州区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，其中部分员工因已达到法定退休年龄而直接起诉到肇庆市端州区法院。

(一) 裁判结果

肇庆市端州区法院高度重视，开通绿色通道，于 2017 年 12 月 6 日立案并定于 2017 年 12 月 22 日开庭。为帮助劳动者早日拿到工资回家过年，肇庆市端州区法院开庭前联同区劳动仲裁委、区劳动保障监察大队约谈该公司法定代表人黄某，通过耐心释法明理，黄某认识到错误并主动支付了所有欠薪。罗某等 40 多名劳动者在 2017 年 12 月 22 日前已全部拿到工资并返乡。

(三) 典型意义

本案是典型的拖欠外来务工人员工资案件，肇庆市端州区法院依托多元化纠纷解决机制，由庭领导带领主审法官前往劳动仲裁委和劳动保障监察大队，共同研究解决对策，充分发挥司法、仲裁、行政“三联动”的作用，从源头解决涉案企业拖欠工人工资问题，取得良好社会效果。

三、搬迁引发群体纠纷，裁判平息矛盾

(一) 基本案情

广某公司和海某公司因经营场地不符合政府城市规划，被要求搬迁，于 2016 年 8 月 31 日发布停产公告。潘某等 77 名劳动者遂申请仲裁要求两公司支付拖欠的工资、加班费、未休年休假工资和经济补偿金。仲裁裁决支持了劳动者的上述请求。广某公司和海某公司诉至深圳市南山区法院。深圳市南山区法院判决与仲裁裁决一致。广某公司和海某公司不服，上诉至深圳市中级法院。

(二) 裁判结果

深圳市中级法院认为，在发布停产公告后，用人单位的工作秩序已经陷于混乱，其与劳动者未能及时沟通协调。造成这一状况的原因系用人单位未就公司迁移的问题与劳动者及时、充分协商所致。一审法院行使自由裁量权，对工资差额、具体加班时间、未休年休假工资数额的认定并无不当，依法予以维持。

(三) 典型意义

保障每个劳动者拿到应得的劳动报酬，是保障人民生活的需要，也是实现社会正义的需要。城市更新改造、产业重构升级不可避免的涉及到企业搬迁、劳动者安置等问题，稍有不慎便会引发群体性事件。司法裁判要起到“稳定器”、“定盘星”的作用，既要维护外来务工人员合法权益，确保外来务工人员劳有所获，又要为产业结构调整转型升级、城市更新保驾护航，在新一轮的改革浪潮中做好

司法服务保障工作。

四、微信助力矛盾化解，促劳动关系和谐稳定

(一)基本案情

刘某等 45 人分别就某鞋业公司拖欠工资与解除劳动合同问题提起诉讼。一审期间，刘某等 45 人申请诉讼保全，将某鞋业公司急于交货的一批货物查封，致使双方矛盾升级，情绪对立严重。某鞋业公司歇业后，刘某等 45 人又多次围困厂房，当地政府也曾介入，但未妥善解决。

(二)裁判结果

一审判决某鞋业公司支付刘某等 45 人工资及解除劳动合同的经济补偿金，某鞋业公司不服，向中山市中级法院提起上诉。二审中，审判长及承办人创新微信调解方式，并结合其他调解方式，耐心调解，历时两个多月，促成双方当事人于 2017 年 6 月 9 日达成调解协议。

(三)典型意义

创新微信调解新模式，便利当事人达成和解。中山市中级法院借助信息化手段，利用微信可视性、远程性、可记录性、可复制性等特点，进行微信调解，助力劳动者追讨薪金，体现了司法为民、高效司法的精神。

五、经营者互相推诿，拒不支付劳动报酬均获刑

(一)基本案情

被告人陈某在佛山南海区开设一家鞋厂。2013 年，被告人刘某向该鞋厂投资，并与陈某约定，由陈某继续负责鞋厂业务，待刘某及其女儿刘某熟悉业务后，陈某退出经营。期间，并未依法变更工商登记的经营者信息。同年 8 月 25 日，陈某因与刘某发生矛盾离开鞋厂并返乡不归。刘某以陈某不出现造成鞋厂经营困难为由，拒发鞋厂员工工资共计 141460 元。佛山市南海区人力资源和社会保障局介入处理此事后，要求该鞋厂在 2013 年 10 月 18 日前解决欠薪责任，但陈某、刘某二人互相推诿责任，限期届满仍不支付工人劳动报酬。直至 2015 年 10 月 16 日，陈某向公安机关投案并支付拖欠的工人工资。

(二)处理结果

2017 年 4 月，刘某因犯拒不支付劳动报酬罪，被佛山市南海区法院依法判处有期徒刑一年，缓刑二年，并处罚金二万元；陈某则被判处有期徒刑七个月，缓刑一年，并处罚金一万元。

(三)典型意义

鞋厂是劳动密集型企业，两被告人因合作方式发生分歧而相互推诿、拒付劳动者工资，无异于经营者将自身经营矛盾转移给无过错的劳动者。被告人刘某以合伙人不出现而造成鞋厂经营困难为由拒付员工工资，经劳动监察部门介入后，仍拒不支付劳动报酬，数额较大，属有能力支付而不支付情形。被告人陈某虽然与刘某口头约定转让事宜，但双方并未签订任何书面转让协议，且未办理工商变更登记手续。涉案工厂对外的相关厂房租赁合同承租方、往来交易负责人均为陈某。作为鞋厂工商登记经营人，陈某仍负有支付员工工资报酬的义务。本案认定两被告人行为构成拒不支付劳动报酬罪体现了法律对欠薪者的严厉惩治，向社会彰显了司法公正；同时，考虑刘某归案后如实供述自己的罪行，陈某犯罪后投案自首且已支付拖欠的工资，对两被告人依法从轻处罚是贯彻落实宽严相济刑事政策的具体做法，实现案件裁判法律效果与社会效果的有机统一。

六、依法打击包工头赖账行为，让外来工流汗不流泪

(一)基本案情

2012年11月18日,某盈劳务分包公司(发包方)与某粤建筑公司(承包方)签订清远市某职业技术学院和清远市公共实训中心教学楼和宿舍楼劳务总包施工合同,由某粤建筑公司提供劳务班组及相应技术管理班子承包该项目的劳务施工。2012年12月至2013年6月,某粤建筑公司在承建工程过程中,公司法定代表人郭某先后聘请了程某、李某、贺某等10个班组从事工程施工工作。2013年2月至7月,某粤建筑公司已收取某盈劳务分包公司工程款1260.8万元。2013年9月工程竣工后至2015年1月,某粤建筑公司仍未付清其雇请的班组工人工资。2015年1月6日,清远市人力资源和社会保障局依法给某粤建筑公司下发了《劳动保障监察期限改正指令书》,责令该用人单位于同年1月16日前付清拖欠工人工资,被告人郭某作为法定代表人在知悉该指令书后仍拖欠工人工资。案发后,被告人郭某仍拖欠九个工组约67名工人工资共计118.72万元。

(二)处理结果

清远市清城区法院于2017年6月7日作出判决,以拒不支付劳动报酬罪判处郭某有期徒刑一年二个月,并处罚金二万元。一审宣判后被告人郭某提出上诉,清远市中级人民法院维持了一审判决。

(三)典型意义

拖欠劳动者工资问题一度是社会关注的热点,刑法修正案八将“拒不支付劳动报酬罪”写入刑法后,恶意拖欠劳动者工资的不良风气得到有效地肃正,成效显著。不过,由于部分违法犯罪分子法律意识淡薄,仍抱着侥幸心理,该类案件仍时有发生。本案被告人郭某无视国家法律,有能力支付而拒不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不执行,其拖欠劳动者工资的恶意明显。法院依法严惩了其拒不支付劳动报酬的犯罪行为,维护了劳动者的合法权益,充分发挥了审判服务于社会和谐稳定大局的作用。

七、依法惩治拒不支付劳动报酬罪,保护劳动者合法权益

(一)基本案情

被告人何某作为某公司的法定代表人独自控制、经营该公司,自2015年4月起,何某在有能力支付公司员工劳动报酬的情况下,先后多次拖欠陈某等69名员工的劳动报酬。经广州市越秀区人力资源和社会保障局多次责令何某支付所拖欠的员工劳动报酬后,何某仍拒不支付。并在2015年10月,变更个人住址及联系方式,逃避支付义务。截至2015年11月,何某共拖欠陈某等69名员工的劳动报酬共计428721.53元。另查明,何某归案后一直未能向司法机关提供公司的会计凭证、会计账簿及财务会计报告。

(二)处理结果

广州市越秀区法院经审理,以拒不支付劳动报酬罪,判处何某有期徒刑一年,并处罚金十三万元。

(三)典型意义

对于本案中拒不支付劳动报酬且试图逃避支付的犯罪分子,要确保在法律上严惩,在经济上重罚,使犯罪分子不能、不敢实施拒不支付劳动报酬犯罪。同时,注重对隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪等关联犯罪的打击,建立全方位打击犯罪的法网。

八、四地法院协同执行,欠薪全额执行到位

(一)基本案情

深圳市劳动人事争议仲裁委员会作出的深劳人仲案(2015)8824-8879号仲

裁裁决书，裁决被执行人某科技公司应向 56 名申请执行人支付工资和劳动合同补偿金共计 895 万元。

(二) 执行情况

深圳市福田区法院立案执行后，因被执行人财产均已被东莞市中级法院及普宁市法院查封，深圳市福田区法院依法轮候查封了被执行人名下财产、限制被执行人的工商登记信息变更、纳入失信名单、对法定代表人进行限制高消费、作出拘留决定等措施后，依法终结本次执行。被执行人员因无法及时实现工资债权，先后两次到省法院集体上访。省法院及时启动三级法院协同执行机制，协同东莞市中级法院、普宁市法院、深圳市福田区法院做好抵押物拍卖、执行款移交和劳动者工资、补偿款支付等工作，在不到一个月时间里，将工资款全额发放到 56 名劳动者手中。劳动者感谢法院“依法为民做主”，为省法院、深圳市福田区法院分别送来锦旗和感谢信。

(三) 典型意义

本案是省法院适用协同执行机制，协同三地法院执结劳动者欠薪案件的成功案例。该案涉及三家法院对查封财产处置的协调，省法院在案件不移送、不提级的前提下，由省法院统一指挥、协调，指定专人负责协同执行，并就本案执行的疑难问题进行会商，顺利完成执行款划付和发放工作，为 56 名劳动者全额实现了债权。法制日报、深圳电视台等多家媒体对该案进行了报道。

九、以和解促履行，以兑现暖人心

(一) 基本案情

依据海丰县劳动人事争议仲裁委员会作出的仲裁裁决书，被执行人某服装公司应支付郑某某等 31 名工人被拖欠的工资款合计 36 万元。31 名工人向海丰县法院申请执行。

(二) 执行情况

海丰县法院高度重视，分管副院长作出执行指示要求做好工人安抚工作并立即采取执行措施。执行法官联系某服装公司法定代表人陈某妻子到庭，向其释法明理，要求其积极配合法院工作。经询问得知公司厂房内存放有机机械设备，执行法院立即前往现场清点并依法作出查封、扣押。为顺利处置涉案设备，快速实现工人权益，执行法院加大协调力度，促成陈某与工人达成和解协议，由陈某自行变卖涉案设备。在设备以最高价 145000 元变现后，将款项发放给工人，陈某并承诺于 2018 年 12 月 30 日还清欠薪余款。

(三) 典型意义

劳动报酬案件是涉及人民群众基本生存的重大、敏感案件，执行法院坚持司法为民，穷尽一切措施查控被执行人财产、依法高效处置财产，想方设法促成和解，让劳动者早日拿到工资，有效避免群体性事件的发生。特别在元旦、春节期间，专门对涉劳动者工资案件开通绿色通道、特事特办，快速采取行动，依法兑现工资债权，坚决打赢“治欠保支”攻坚战。

十、借力司法救助，缓解燃眉之急

(一) 基本案情

根据珠海市金湾区劳动人事争议仲裁委员会(2017)珠金劳人仲案字第[2017]362 等多份生效仲裁裁决书，被执行人某电器公司应向 29 名申请执行人偿付工资 137.18 万元。该案申请人因无法实现债权，集结堵路、拉横幅，为首的工人代表被公安机关实施拘留，民众反映强烈、社会影响较大。

(二) 执行情况

案件立案执行后，珠海市金湾区法院依法启动“四查”程序，除轮候查封被执行人一些生产设备及从其账户扣划现金 12.25 万元外，被执行人无其他财产可供执行，而被执行人法定代表人是外籍人士，早已离境不归。工人们称如不能拿到这些工资，子女学费、老人药费等无着落，家庭生活将无法维持。珠海市金湾区法院决定启动司法救助程序，经申请执行人提出困难申请，珠海市金湾区法院司法救助委员会审查后，对本案生活困难的 14 位申请执行人发放了救助款 282511 元(占 14 位申请执行人申请执行标的额 50%)。

(三)典型意义

本案申请执行人人数众多，被执行人可供执行的财产不足以清偿全部债权，经“四查”后确无其他可供执行的财产，而被执行人法定代表人已离境，法院无法采取进一步的执行措施。珠海市金湾区法院急民生之所急，对生活困难的 14 名申请执行人及时启动司法救助程序，缓解他们面临的急迫困难，彰显了法院司法为民、执行为民的工作宗旨。

七、宁夏出台以增加知识价值为导向分配新政策

来源：新华社

概要：宁夏近日出台《关于实行以增加知识价值为导向分配政策的实施办法》，多措并举使收入与岗位职责、工作业绩、实际贡献紧密挂钩，在全社会形成知识创造价值、价值创造者得到合理回报的良性循环。

Summary: Ningxia has recently issued the *Measures on Implementing the Knowledge Value Enhancement-Oriented Distribution Policies*, taking multiple measures to closely link up employees' earned income with their position responsibilities, work performance and actual contribution, and forming a sound cycle of knowledge creating value and value creators getting reasonable payment.

根据实施办法，宁夏事业单位可结合行业特点，自主确定基础性绩效工资和奖励性工资比例，自主决定绩效考核和绩效分配办法。根据考核结果，在分配中向关键和紧缺岗位、高风险和高强度岗位、高层次人才、业务骨干和作出突出成绩的人员倾斜，体现多劳多得、优绩优酬。

同时，允许高等（职业）院校、科研院所、公立医院突破区内事业单位绩效工资调控水平，单独制定绩效工资总量核定办法。对高层次人才聚集、公益目标任务繁重，承担科研、教学任务以及新技术推广等需要重点发展的事业单位，在规定的薪酬总量标准内可再适当提高。

此外，宁夏还将发挥科研项目资金激励作用。自治区财政科技计划（专项、基金等）中实行公开竞争方式的研发类项目，均要按核定比例设立间接费用。在扣除相关费用后，余额可全部用于科研人员绩效支出，不纳入单位绩效工资总量。

在科技成果转化收益分配方面，宁夏规定：科技成果转化收益，按不低于 70 % 的比例归科研项目完成人或研发团队所有。科技成果鉴定登记后，相关单位在一年内未启动转化的，科研成果完成人或研发团队有权在宁夏区内自主转化，并享有不低于 70 % 的收益。同时，宁夏还允许事业单位科研人员依法依规适度兼职兼薪。

八、广州独生子女可带薪护理 15 天

来源：中国新闻网

概要：广州市卫生和计划生育委员会近日称，从今年 2 月 1 日起，独生子女在父母(60 岁以上)患病住院治疗期间，可以享受每年不超过 15 天的护理假，看护假、护理假期间，员工所在单位应当保障职工工资照发，并且不影响员工的福利待遇和全勤评奖。

Summary: The Health and Family Planning Commission of Guangzhou has recently stated that as of February 1 this year, the one-child in a family can enjoy the care leave of less than 15 days in each year during the period of hospital treatment of his parents (over 60 years old). During the nursing or caring period, the company which the employee works for shall pay the remuneration, and the benefits and the reward for full-attendance of the employee shall not be affected.

据介绍，由于“全面二孩”政策实施，因此需要重新制定《广州市人口与计划生育管理办法》。2017 年 8 月，《广州市人口与计划生育服务和管理规定》经该市政府常务会议审议通过，并定于 2018 年 2 月 1 日开始施行。

目前广州市人口老龄化正处于快速发展时期。据统计，截至 2016 年底，广州市户籍老年人口达 154.61 万人，约占户籍人口总数的 17.8%。按照该市老龄办的预估，2020 年广州市老年人口将达到 185 万人，即广州每 10 个人中就有 2 个是老年人。为积极应对人口老龄化，广州市近年出台多项老年人福利保障政策。

广州市卫计委称，新制定的《规定》新增独生子女在父母(60 岁以上)患病住院治疗期间，可以享受每年不超过 15 天的护理假以及独生子女高龄父母享受社区居家养老、日常照料等必要的扶助补助的规定。

同时，新制定的《规定》建立健全对独生子女死亡、伤残等计划生育特殊家庭的特别扶助制度，将各部门的扶助工作纳入计生管理责任制考核；并规定民政、房屋、人力资源社会保障等部门对计划生育特殊家庭在入住公办养老机构、公共租赁住房、就业等方面的优先优待措施。

此外，新制定的《规定》新增免费优生健康服务及出生缺陷综合防控服务的内容，鼓励社会力量举办非营利性的妇幼医疗机构和托幼机构，推进 0 至 3 岁婴幼儿托育服务，并规定实行计划生育的育龄夫妻均可免费享受基本项目的计划生育技术服务。

关于《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》 (劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见

新法规：《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉
(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》

New Regulation: Opinions on the Several Issues of Handling Labor
Disputes after the annulment of the <Measures for Economic
Compensation for Violation or Termination of Labor Contracts >
(No. 481 [1994] of the Ministry of Labor)

公布部门：北京市人力资源和社会保障局调解仲裁处

Issuing Department: Mediation and Arbitration Department of the Beijing
Human Resources and Social Security Bureau

公布日期：2017年12月28日

Date Issued: December 28, 2017

内容概要：原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481号)(以下简称“481号文”)被废止后，为统一执法尺度，北京市人力资源和社会保障局调解仲裁处(以下简称“调解仲裁处”)制定了《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》(以下简称“《意见》”)。这是481号文废止以来最先对医疗补助费等相关问题进行明确的地方性意见。

Summary: After the Measures for Economic Compensation for Violation or Termination of Labor Contracts > (No. 481 [1994] of the Ministry of Labor) was annulled by the former Ministry of Labor, the Mediation and Arbitration Department of the Beijing Human Resources and Social Security Bureau (hereinafter referred to as "the Mediation and Arbitration Department") formulated the Opinions on the Several Issues of Handling Labor Disputes after the annulment of the <Measures for Economic Compensation for Violation or Termination of Labor Contracts > (No. 481 [1994] of the Ministry of Labor) (hereinafter referred to as "the Opinions") in order for the uniform law enforcement. This is the first local opinion on the relevant issues regarding medical subsidies and etc. since the annulment of the No. 481 Document.

重点：Key Points

一、经济补偿金相关规定：

Relevant stipulation regarding economic compensation:

1、《意见》明确对于在《劳动合同法》颁布前入职的劳动者解除劳动合同经济补偿金的计算，还是以 481 号文有关规定为标准，详见《意见》第一条；

The *Opinions* clearly stipulates that the calculation for the economic compensation for terminating labor contract of the employee who was recruited before the execution of the *Labor Contract Law* shall be subject to the relevant stipulation in the No. 481 Document. See Article 1 in the *Opinions*.

2、《意见》明确 481 号文第二条、第三条有关百分之二十五经济补偿金和第十条百分之五十额外经济补偿金不再执行，详见《意见》第四条。

The *Opinions* clearly stipulates that the 25% economic compensation mentioned in Article 2, 3 of the No. 481 Document as well as the 50% additional economic compensation mentioned in Article 10 thereof shall be no longer executed. See Article 4 in the *Opinions*.

二、医疗补助费相关规定

Relevant stipulation regarding medical subsidies

1、《意见》明确劳动者患病、非因工负伤在解除或终止劳动合同时，可以根据劳动能力鉴定结果主张医疗补助费；但主张增加医疗补助费的，劳动者需就患重病或者绝症提供证据，详见《意见》第二条；

The *Opinions* clearly stipulates that when the labor contract of an employee who is ill or injured due to matters irrelevant to work, the employee may claim for medial subsidies depending upon the result of the labor capacity appraisal. The employee who claims for the increase of medical subsidies shall provide proof to demonstrate his heavy or fatal illness. See Article 2 in the *Opinions*.

2、劳动者拒绝进行劳动能力鉴定，用人单位可以直接解除劳动合同，详见《意见》第三条。

If the employee refuses to take the labor capacity appraisal, the employer may directly terminates the labor contract. See Article 3 in the *Opinions*.

新法规链接：

关于发布《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》的通知

各区劳动人事争议仲裁院(科)、北京经济技术开发区人事劳动和社会保障局仲裁科：

为进一步做好原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481 号)被废止后，全市劳动人事争议处理工作，统一执法尺度，我处制定了《关于〈违反和解除劳动合同的经济补偿办法〉(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见》，望参照执行。

调解仲裁处

2018 年 1 月 17 日

关于《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481)被废止后劳动争议处理若干问题的意见

一、对于在《劳动合同法》颁布前入职的劳动者解除劳动合同经济补偿金计算问题

《劳动合同法》第九十七条第三款规定，本法施行之日存续的劳动合同在本法施行后解除或者终止，依照本法第四十六条规定应当支付经济补偿的，经济补偿年限自本法施行之日起计算；本法施行前按照当时有关规定，用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，按照当时有关规定执行。该条款的规定是以法律的形式，确认了在《劳动合同法》实施前计算解除劳动合同经济补偿金的方法，且在 1995 年 1 月 1 日开始实施的《劳动法》中也有解除劳动合同需要支付经济补偿金的规定。因此在《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》(劳部发[1994]481)(以下简称 481 号文)被废止后，对于在《劳动合同法》颁布前入职的劳动者解除劳动合同经济补偿金的计算，仍应依法以 481 号文有关规定为标准，但在制作裁决书时不再提及 481 号文，而直接表述为“依据《劳动合同法》第九十七条第三款的规定”。

二、关于医疗期满解除或终止劳动合同医疗补助费问题

关于医疗补助费不仅在 481 号文中有规定，在原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(劳部发[1995]309 号)(以下简称 309 号文)、《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发[1996]354 号)、原劳动部办公厅《关于因病或非因工负伤医疗期管理等若干问题的请示的复函》(劳办函[1996]40 号)、《关于对劳部发[1996]354 号文件有关问题解释的通知》(劳办发[1997]18 号)也有类似规定，即劳动者在劳动合同期限内患病、非因工负伤医疗期满后，仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，或者劳动合

同终止时，医疗期满、医疗终结，由劳动能力鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。被鉴定为一至四级的，办理因病、非因工负伤退休退职手续，享受相应的退休退职待遇；被鉴定为五至十级，解除或者终止劳动合同的，按规定支付经济补偿金并应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。因此，劳动者患病、非因工负伤在解除或终止劳动合同时，主张医疗补助费的，仍应按照上述相关规范性文件的规定予以执行，但由于目前缺乏患重病和绝症的规范性依据，劳动者主张增加医疗补助费的，依照谁主张谁举证的原则，由主张者就患重病或者绝症提供证据，并参照 481 号文的规定执行。

三、关于劳动能力鉴定问题

481 号文规定了劳动者患病或者非因工负伤，经劳动能力鉴定委员会鉴定，不能从事原工作也不能从事用人单位另行安排工作的，可以解除劳动合同。309 号文规定，医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的，由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。劳动能力鉴定本身属于劳动者的权利，如果劳动者拒绝进行劳动能力鉴定，用人单位直接解除劳动合同的，不应裁决因未经过劳动能力鉴定而属于违法解除劳动合同。

四、481 号文第二条、第三条有关百分之二十五经济补偿金和第十条百分之五十额外经济补偿金不再执行。

重庆高院《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》

新法规：《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》

New Regulation: the Minutes (III) of the Symposium on the theme of Legal Application

公布部门：重庆市高级人民法院

Issuing Department: the Higher People's Court of Chongqing Municipality

公布日期：2017年12月28日

Date Issued: December 28, 2017

内容概要：2017年11月9日，由重庆市高级法院民一庭（以下简称“市高法”）、市劳动人事仲裁院牵头召开第三次劳动争议联席会议，人社局法规处、检察院民行处、律师协会劳动专业委员会、总工会维权中心等部门参加。与会部门就部分劳动争议的法律适用问题进行了讨论并就部分问题达成了共识，形成《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》（以下简称“《纪要三》”）。

Summary: On November 9, 2017, the Civil Division 1 of the Higher People's Court of Chongqing Municipality (hereinafter referred to as "the Municipal Higher Court") and the Municipal Arbitration Office for Labor and Personnel Disputes take the lead in holding the third joint meeting on labor disputes, and the Legal Department of the Human Resources and Social Security Bureau, the Civil and Administrative Procuratorial Division of the People's Procuratorate, the Labor Law Commission of the Lawyers Association, the Right Protection Center of Trade Unions and other departments participated in the meeting. All departments participating in the meeting discussed on the issue of legal application in some labor disputes and reached consensus on some issues, thus forming the Minutes (III) of the Symposium on the theme of Legal Application (hereinafter referred to as the "Minutes (III)").

重点：

Key points:

一、《纪要三》大部分条款还是显现出了明显有利于劳动者的倾向，主要体现在以下条款：

Most provisions in the *Minutes (III)* has the tendency of obviously favoring the rights of employees, which mainly reflect in the following:

1、继《纪要二》中在符合订立无固定期限劳动合同的情形、但用人单位实际与劳动者订立固定期限劳动合同问题上对用人单位举证责任提出的高要求的倾向，市高法在《纪要三》中进一步具体列举了用人单位需举证的事项，还明确表示如果用人单位不能达到举证要求的，将需向劳动者支付二倍工资。详见《纪要三》第二条。

After the *Minutes (II)* tends to set a high requirement of burden of proof for the employer in a situation where the employee fulfils the conditions of signing a non-fixed term labor contract but the employer actually signs a fixed term labor contract with the employee, the Municipal Higher Court further specifies the items which the employer shall prove pursuant to the *Minutes (III)*, and also clearly stipulates that if the employer is unable to meet the requirement of burden of proof, the employer shall pay double remuneration to the employee. See Article 2 in the *Minutes (III)*.

2、在二倍工资差额的仲裁时效如何起算的问题，市高法认为仲裁时效应当从二倍工资差额的总额确定之日起计算，而不是从用人单位应当签订而未签订书面劳动合同或者无固定期限劳动合同之日起按月分别计算。详见《纪要三》第三条。

On the issue of when to commence the limitation period for arbitration regarding the balance between the actual payment and the double payment, the Municipal Higher Court holds the opinion that it shall calculate from the day when the total balance is determined rather than calculating respectively on a monthly basis from the day when the employer fails to sign a written labor contract or non-fixed term labor contract in a situation where the employer is obliged to sign such contract. See Article 3 in the *Minutes (III)*.

二、但在停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴等是否作为平均工资的计算基数的问题上，《纪要三》作出了不利于劳动者的规定：认为劳动者患病、工伤等情况下的工资，包括停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴都属于特殊情况下支付的工资，都作为经济补偿金计算标准的平均工资的计算基数。特殊情况下支付的工资一般都为正常工资，甚至差距悬殊，《纪要三》作出这样的认定显然会影响经济补偿金的数额。

However, on the issue of whether the remuneration during the period of employment suspension with pay, living subsidies during the appraisal period and so on shall be taken as the basis for calculating the average remuneration, the *Minutes (III)* stipulates against the interest of employees: It holds the opinion that the remuneration for the employee who is ill or injured due to work including the remuneration during the period of employment suspension with pay and living subsidies during the appraisal period shall belong to the remuneration paid in special circumstances and be taken as the basis for calculating the average payment of economic compensation. The remuneration paid in special circumstances is generally normal payment, and even with a wide gap, and therefore such determination by the *Minutes (III)* will obviously affect the amount of economic compensation.

新法规链接：

《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》

2017年11月9日，由市高法院民一庭、市劳动人事仲裁院牵头召开第三次劳动争议联席会议，市人社局法规处、市检察院民行处、市律师协会劳专委、市总工会维权中心等部门参加了会议。与会部门就部分劳动争议的法律适用问题进行了讨论并就部分问题形成了共识。现纪要如下：

一、关于劳动合同被认定为无效后的法律后果问题

劳动合同与劳动关系既有联系又有区别，劳动合同被认定为无效，不等于不存在劳动关系。劳动者与用人单位之间是否存在劳动关系，应当根据双方之间是否符合劳动关系成立要件进行判断。

劳动合同被认定为无效后的法律后果应当根据《中华人民共和国劳动合同法》关于劳动合同无效、解除的相关规定，并结合导致劳动合同无效的原因来确定。

因用人单位原因导致劳动合同被认定为无效的，劳动者可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六条之规定解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿金。但劳动合同无效不应认定为双方未签订书面劳动合同，劳动者以双方签订的书面劳动合同无效为由要求用人单位支付二倍工资差额的，不予支持。

因劳动者原因导致劳动合同被认定为无效的，用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条之规定解除劳动合同。劳动者已付出劳动的，可以请求用人单位根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十八条之规定支付劳动报酬。但劳动者要求用人单位支付其他赔偿性费用、福利待遇或者劳动保护费用的，不予支持。

二、符合订立无固定期限劳动合同情形，但事实上用人单位与劳动者订立固定期限劳动合同，劳动者要求支付二倍工资差额是否支持的问题

第一种意见认为，在符合订立无固定期限劳动合同的情形下，仅凭双方订立固定期限劳动合同的事实不能得出用人单位与劳动者协商一致订立固定期限劳动合同的结论，用人单位能够举证证明以下事实的，可以认定为用人单位与劳动者协商一致订立固定期限劳动合同：

- （一）劳动者明确表示与用人单位订立固定期限劳动合同；
- （二）劳动者作出放弃订立无固定期限劳动合同的承诺、保证；
- （三）用人单位告知劳动者享有订立无固定期限劳动合同权利；
- （四）劳动合同文本系由劳动者制作或者提出；
- （五）劳动者系具有订立劳动合同职责的主管人员或专职人员。

用人单位不能举证证明前述事实存在的，对劳动者请求支付二倍工资差额的请求应当予以支持。

第二种意见认为，符合订立无固定期限劳动合同，但用人单位与劳动者订立固定期限劳动合同的情形下，劳动者可以随时提出订立无固定期限劳动合同的请求。劳动者提出后，用人单位拒绝签订的，应当从劳动者提出之日支付二倍工资差额。

市高法院同意第一种意见。

三、二倍工资差额的仲裁时效如何起算的问题

第一种意见认为，用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同或无固定期限劳动合同，劳动者要求用人单位支付的二倍工资差额具有惩罚性质，属于赔偿性费用，而非劳动报酬，不适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。劳动者请求用人单位支付二倍工资差额的，仲裁时效应当从二倍工资差额的总额确定之日起计算。

第二种意见认为，用人单位未依法与劳动者订立书面劳动合同或无固定期限劳动合同，劳动者要求用人单位支付的二倍工资差额具有惩罚性质，属于赔偿性费用，而非劳动报酬，不适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。劳动者请求用人单位支付二倍工资差额的，仲裁时效应当从用人单位应当签订而未签订书面劳动合同或者无固定期限劳动合同之日起按月分别计算。

市高法院同意第一种意见。

四、用人单位制定的规章制度能否成为解除劳动合同依据的问题

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十九条之规定，用人单位制定的规章制度通过民主程序制定，内容不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案

件的依据。因此，用人单位以劳动者违反规章制度为由解除劳动合同的，应当对其制定程序、内容的合法性以及是否公示进行审查。

制定程序的合法性，应当根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条之规定予以认定。用人单位有证据证明规章制度已通过召开职工代表大会或者全体职工大会进行讨论，或者将规章制度草案征求全体职工意见的，可以认定为规章制度已通过民主程序制定。

规章制度的公示，应当以是否告知劳动者、是否为劳动者所知晓为标准进行判断。用人单位举示的证据能够证明劳动者知道或者应当知道规章制度内容的，如张贴公告、组织学习、发放员工手册、在计算机网络平台公开等，即可认定规章制度已向劳动者公示。用人单位对规章制度进行修订的，应当将修改内容通过有效的公示方式劳动者向劳动者公示。

五、停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴等是否作为平均工资的计算基数的问题

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条之规定，经济补偿金的计算标准为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。根据法律、行政法规规定，劳动者因患病、工伤、产假、婚丧假、事假、探亲假等原因，用人单位按一定比例或者标准支付的工资，属于特殊情况下支付的工资，因此，用人单位按月向工伤职工支付的停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴等属于特殊情况下支付的工资，应当作为平均工资的计算基数。

六、工伤保险待遇的仲裁时效计算问题

工伤保险待遇可分为工伤医疗待遇和工伤伤残待遇。劳动者与用人单位因工伤医疗待遇以及非以解除、终止劳动关系为前提的工伤伤残待遇发生争议的，仲裁时效适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款之规定。但停工留薪期工资以及劳动能力鉴定期间的生活津贴属于特殊情况下支付的工资，具有劳动报酬性质，仲裁时效适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款之规定。

以解除、终止劳动关系为前提的工伤伤残待遇，仲裁时效自劳动关系解除、终止之日起计算。

特此通报

市高法院民一庭
2017 年 12 月 28 日

在单位集体旅游中受伤的工伤认定争议审判口径

Case analysis on whether it can be regarded as work-related injury
when employee suffers injury during the travel organized by the Employer

保华律师事务所 李尔菲

Li Erfei, Baohua Law Firm

引言：现在越来越多的公司会将组织员工旅游作为一项福利，这既能帮助员工放松身心，又能加强团队的凝聚力，但是，如果在旅游过程中员工受伤，是否属于工伤？下文重点分析了北京、上海、深圳、江苏针对这个问题的司法裁判口径。

Introduction:

Nowadays, more and more companies will organize group traveling for employees as a company benefit, which not only can help employees relax themselves, but also can strengthen the group cohesiveness. However, the question arises- if the employee suffers an injury during the travel, can it be regarded as a work injury under the PRC Labor Law? The article below will focus on the court opinion held by the court in Beijing, Shanghai, Shenzhen and Jiangsu.



一、上海案例：

（一）案情介绍

张某与甲公司签订劳动合同，由甲公司派遣张某至乙公司从事保洁工作。2014年8月21日，乙公司与旅行社签订旅游合同，以补贴旅游费的形式支付全部费用，由旅行社于2014年9月8日至12日带领张某等人至张家界旅游。9月11日，张某在游玩张家界宝峰湖景区时不慎滑倒致伤，先后至多家医院门诊及手术治疗。人力资源和社会保障局认为张云受到的事故伤害不符合《工伤保险条例》、《上海市工伤保险实施办法》第十四条、第十五条认定工伤或者视同工伤的情形，作出不予认定工伤决定。

（二）审理结果

法院认为：本案的争议焦点是张某在旅游期间不慎滑倒致伤，是否属于或视同工伤。本案中，乙公司支付旅游费用后由旅行社带队出游，是对职工的一项福利，并不是劳动者从事的本职工作，乙公司未强制要求员工参加。细查此次旅游的行程安排，活动并无直接或间接与工作内容相关的因素，张某是在个人游玩合影时不慎摔伤，属于旅游过程中发生的意外伤害，不属于因工外出期间因工作原因受到伤害，不能认定为工伤。人保局认定张某不属于、不视同工伤的具体行政行为认定事实清楚，法律适用正确，执法程序合法，应予维持。

总结：根据对上海案例的调研，法院认为公司组织的旅游与员工的本职工作不具有关联性，未强制要求员工参加，故旅游过程中受到的伤害不属于因工作原因受到伤害，不能认定为工伤。

Conclusion:

According to the study of the cases adjudged by the court in Shanghai, the court held the opinion that the travel organized by the employer was not related to the employee's job duty, which did not mandatorily require employee to participate. Therefore, the injury suffered during the travel was not due to the work-related reason, and cannot be regarded as the work-related injury.

二、北京案例：

（一）案情介绍

崔某系甲公司员工。2016年5月12日，甲公司人力行政部通过邮件的形式向全体员工发送《关于公司组织员工团体活动通知》，主要内容为：为增加同事间的友情、丰富员工的业余生活，公司决定组织全体员工于2016年5月19日赴密云清凉谷一日游。该通知中对出行时间、路线、行程安排及注意事项均做了说明，其中行程安排中有一项为：“16:00,组织全体人员游玩高山滑水冲浪项目”，注意事项中有一条为“公司集体活动已通知全员参加，不允许请假、迟到、早退”。本次活动的费用均由甲公司支付。2016年5月19日崔某参加单位组织到北京密云区活动过程中，在北京市密云县清凉谷风景区游玩高山滑水冲浪项目中左上臂不慎受伤，经北京积水潭医院诊断为左肱骨干骨折。2016年6月20日，人保局作出不予认定工伤决定。

（二）审理结果

法院认为：判断职工所参加活动是否系基于工作原因，不应仅从该活动的内容形式予以判断，而应从该项活动的性质、目的、是否为单位组织安排、费用承担等多方面因素进行审慎考量。该旅游活动是由甲公司组织并承担经费的企业文化活动中，甲公司通知要求全员参加，不允许请假、迟到、早退，与日常考勤挂钩，

并计算工资。这说明甲公司组织的本次旅游活动与工作有本质的联系，其目的是放松职工身心，丰富员工业余生活，提高工作效率，促进公司绩效，是企业文化建设的一个重要方面。崔某在公司要求和安排下参加上述活动，可以被认为是工作的一个组成部分，应属于工作原因。因此，崔某在参加上述活动项目时受伤，属于《工伤保险条例》中规定的因工外出期间，因工作原因受伤的情形，应当认定为工伤。

总结：北京法院从公司组织活动的性质、目的这些角度入手，考虑了该活动是否为公司组织安排、费用承担等多方面因素，从而判断员工受伤是否是基于工作原因。本案中，影响判决最关键的一个因素是，公司明文要求全员参加活动，并与日常考勤挂钩。因此，法院认定员工是由于工作原因受伤，应认定为工伤。

Conclusion:

The court at Beijing, from the perspective of the nature and the propose for the company to organize the group activities, as well as taking into the consideration of multiple facts including whether the activities were organized by the company, whether the cost was borne by the company, etc., to determine whether the injuries are related to the work. In this case, one of the most crucial factors influencing the judgment was that the company expressly requested that all employees have to participate in the activity and the attendance of the activity would be regarded as the daily attendance. Therefore, the court found that the employee was injured because of work-related reason and such injury shall be treated as work-related injuries.

三、深圳案例一

（一）案情介绍

段某系甲公司的员工。2013 年 9 月 22 日，段某在参加公司组织旅游时在厦蓉高速公路（上行）38KM+875M 路段发生交通事故受伤。甲公司称该活动是由员工自愿报名参加节假日的旅游活动，费用是部分自理，其受伤应当不属于工伤。2014 年 8 月 8 日，人社局对段某进行调查并制作了笔录，段某在调查中称上述旅游活动属于甲公司的福利活动。同日，人社局认定段某受伤不属于或不视同工伤。

（二）审理结果

法院认为：本案中，段某参加的旅游活动虽由甲公司组织，但是否参加由该公司员工自由选择，且部分员工还带家属参加，故该项活动不具有强制性。甲公司可以自愿报名的方式组织该活动，并且结合旅游活动的内容、出行时间、费用的承担方式等多方面因素综合考量，段某参加此次旅游活动并不属于工作原因，其在活动中受伤，不符合《工伤保险条例》、《广东省工伤保险条例》中应当认定为工伤的情形，不应认定为工伤。

总结：本案中，深圳法院考虑了多方面的因素，认为该旅游活动是员工自愿参加的，不具有强制性，故不属于工作原因，不应认定为工伤。

Conclusion:

In this case, the Shenzhen Court considered various factors and rendered the opinion that the travel activity was voluntarily participated by the employee rather than a compulsory activity, and thus it should not be regarded as a work-related injury as the injury was not caused by the reason of work.

四、深圳案例二

（一）案情介绍

赖某系其公司的员工。2013年5月13日13时30分，赖某在参加甲公司集体组织的南澳东西涌海岸线拓展活动中，因爬岩石不慎摔倒受伤。公司管理层5月份活动方案记载甲公司人力资源部发布公告于5月13日组织东西涌穿越拓展活动。根据案情需要，人社局依职权对公司员工郑某进行调查并制作笔录，在笔录中，郑某确认2013年5月13日东西涌海岸线穿越活动系公司组织，并且活动经过公司配送中心盖章确认，亦在内部OA系统上批准了。人社局于2014年4月9日作出《深圳市工伤认定书》，认定第三人在东部海岸线因日常工作原因受伤之情形属于工伤。甲公司对上述工伤认定书不服。

（二）审理结果

本案中，争议的焦点在于赖某参加活动是否属于工作原因。对此，应从该项活动的目的，组织安排及费用承担等方面进行判断。首先，甲公司有为增强团队凝聚力而组织团队活动的工作方案，此前亦有组织类似的团队活动，故赖某参加的此次活动属于甲公司在经营活动中为增强团队凝聚力而进行的一项正常工作。其次，此次活动系由公司人力资源部经理提出方案，经配送中心总经理审批同意，以公司名义组织开展的团队活动。最后，此次活动的活动经费由甲公司承担。因此，赖某在此次活动中受伤符合因工作原因受到事故伤害的情形，依法应认定为工伤。

总结：本案中，法院首先认定该活动的目的是公司为了增强团队凝聚力而组织的活动，再加上活动是由公司组织安排的、费用亦由公司承担，故最后认定属于工伤。

Conclusion:

In this case, the court first determined that the purpose of the activity that organized by the company was to enhance the group cohesiveness. In addition, this activity was organized by the company and the expenses were borne by the company. Therefore, the court finally found that it was a work-related injury.

五、江苏案例

（一）案情介绍

赵某为甲律所聘用的专职律师。2014年8月27日，甲律所与常州春秋国际旅行社签订了9月12日至9月17日的16人山西路线旅游合同并支付了团费。2014年9月15日，旅行团大巴车途径山西太原环城高速公路时发生交通事故。赵某在事故中受伤，被送至山西医科大学第二医院治疗，后经常州市中医医院诊断为颈椎棘突骨折。2014年12月5日，市人社局作出不予认定工伤决定书。赵某不服，诉至法院。

（二）审理结果

一审法院认为，单位组织的旅游活动是否为工作原因，应从活动的目的、单位是否鼓励参加、是否承担费用、是否利用工作日等因素考量。本案中，禾邦律师事务所支付费用、积极组织员工在工作日进行长途旅游，系单位行为，应属工作内容的组成部分。赵静系在乘坐旅行团大巴车时受伤，并非擅自离队从事私人活动，应予认定为工伤。

二审法院认为，原审认定赵静系在因工外出期间受伤，适用法律错误。市人社局适用江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》

第十二条第二款“用人单位安排或组织职工参加文体活动，应作为工作原因。用人单位组织职工观光、旅游、休假等活动，不能作为工作原因”的规定，作出被诉不予认定工伤决定，适用法律并无不当。

总结：本案中，一审的思路是与其它地区法院的思路相同的，从各种因素综合判断案情是否符合因工作原因受伤。但是需注意的是，由于江苏地区已经有明确的地方性规定“用人单位组织职工旅游的，不能作为工作原因”，因此二审改判了一审判决。

Conclusion:

In this case, the trial court took the same reasoning path as the courts in other regions, i.e. taking various factors into consideration to decide whether the injury was due to the work-related reason. However, it should be noted that since there has already been a provincial regulation in Jiangsu Province which clearly states that “it shall not be regarded as the work-related reason if the injury occurred during the travel organized by the employer”, thus the appellate court reversed the verdict of the trial court.

六、 律师简评：

从以上的案例中可以看出，法院在判断职工所参加活动是否系基于工作原因时，基本上会考虑以下因素：（1）活动的内容：是否与工作内容相关；（2）活动的组织形式：是否是单位组织安排的集体活动；（3）活动的目的：是否想要增强团队协作能力、团队凝聚力，还是单纯的休闲娱乐；（4）活动的费用：是否由单位来承担费用；（5）活动的参加方式：员工是自愿报名参加还是被强制要求参加等，由此来综合判断公司组织的旅游与员工的本职工作是否具有关联性，从而决定员工在旅游过程中受到的伤害是否属于因工作原因受到的伤害。但是与此同时，我们需注意有些地区已经出台了相关的意见，（如江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》），对某些情况进行了区分和定义，因而直接适用相关法条进行判决。因此，用人单位在组织员工进行团建、旅游等活动时，应充分考虑以上因素，降低企业的法律风险。

Lawyer Comments:

From the above cases, the court will basically consider the following factors when judging whether an employee's participation of the activity is due to the work-related reasons: (1) the content of the activity: whether it is related to the scope of the work; (2) the organization form of the activity: whether it is a group activity arranged by the company; (3) the purpose of the activity: whether the purpose is to enhance the teamwork ability and the group cohesiveness, or is simply for leisure and entertainment; (4) who bears the expenses of the activity: whether the company bears the cost; (5) the requirement of participation of activities: whether employees voluntarily sign up or are required to participate, etc. The court will take the above-mentioned factors into the reasoning process and determine whether the travel is relevant to the employee's own job, and further determine whether the employee's injury suffered during the travel is a work-related injury. However, at the same time, we must pay attention to the rules and regulations in some regions (for example, Opinions on Several Issues concerning the Implementation of the “Regulations on Work-related Injury Insurance” promulgated by Jiangsu Labor and Social Insurance Department) which lists some applicable situations, and such rules and regulations

may be applied directly by the court if the facts of the case fall into the scope of aforesaid situations. Therefore, when the employer is going to organize a teambuilding event or a group travel for its employees, the employer should be fully aware of the above factors which could help the employer to reduce the legal risks.

上海案例调研：外国人恢复劳动关系请求裁判口径

Case study in Shanghai: What the Shanghai judicial practice may hold as to the reinstatement disputes claimed by foreign workers?

保华律师事务所 张宗法
Zhang Zongfa, Baohua Law Firm



引文：近年来，我国经济发展取得了举世瞩目的成就，这也吸引了越来越多的外国人来华就业发展、打工淘金。上海作为我国经济发展的龙头，是众多外国人来华就业的首选之地。2018年上海市政府工作报告披露，目前在沪就业创业的外国人达到21.5万人，位居全国第一。面对如此之大的外国人就业群体，外国人与其雇主之间的劳动争议也成为了目前上海劳动争议案件中的典型类型之一。我国对外国人来华就业实行特殊的行政审批管理，来华就业的外国人必须取得有效的外国人就业证，方可在华合法有效就业。相较于中国公民的劳动争议案件，外国人的劳动争议具有相当明显的特殊性。就劳动争议而言，最有代表性的争议即恢复劳动关系案件，那么对于外籍员工与用人单位有关恢复劳动关系的争议，在上海司法实践中有怎样的审判口径？在用人单位被认定为违法解除/终止劳动关系的情形下，人民法院是否支持外国人的恢复劳动关系诉请？笔者在本文中收集了上海司法实践中具有代表性的四个案例，希望通过案例的分析能够帮助读者对该问题形成清晰的认识，了解上海司法实践中不同于国内其他地区的审判口径，在处理该问题时有所借鉴，在后续实务操作中避免不必要的法律风险。

Quota: In the past few years, China has made gigantic economic development, and strike worldwide attention. Thus, more and more foreigners are attracted to China to work and seek chances. Shanghai, as the leading city of Chinese economic development, is the first choice for foreigners who come to China for work. According to Shanghai Government Work Report in 2018, Shanghai has 215k foreign workers, lists first country among the whole China. Labor disputes between foreign workers and their employers have been one of classic labor dispute cases in Shanghai at this stage due to such large group of foreign workers. China implements special administration management on foreign workers. Foreigners who want to work in China must obtain valid work permit in advance. Compared to labor disputes involving Chinese citizens, labor disputes involving foreign workers are extremely special. The most representative type of dispute in labor dispute cases is reinstatement, what the Shanghai judicial practice may hold as to the reinstatement disputes claimed by foreign workers? In the circumstance that the employer has been deemed as illegally terminated or expired labor relationship, will the judge support foreign worker's claimant of reinstatement? I collected four classic cases in Shanghai as below, wish the analysis of these cases may help you clearly realize that Shanghai's judicial practice is different from other cities. Please pay your attention to this article when handling this kind of disputes, so as to prevent unnecessary legal risks.

案例一：由于仲裁诉讼期间外国人就业许可证到期，外国人在此后已经丧失在我国合法就业的资格，劳动合同已不能继续履行，恢复劳动关系的请求不予支持。

(一)案情介绍

外国人 Tom 与 A 公司签订一份期限自 2014 年 2 月 10 日至 2017 年 2 月 9 日的劳动合同,担任 A 公司商用板中国区销售总监。Tom 的就业证有效期为 2014 年 6 月 24 日至 2015 年 5 月 30 日,外国人居留许可的签发日期为 2015 年 7 月 24 日,有效期至 2015 年 5 月 30 日。2015 年 3 月 23 日,A 公司以 Tom 严重违反规章制度,并且严重失职给公司造成重大损害为由,于 2015 年 3 月 31 日解除双方劳动关系。Tom 认为 A 公司解除劳动合同违法,要求恢复劳动关系。

(二)案件结果

上海市静安区人民法院经过审理认为,A 公司主张 Tom 在职期间泄露商业秘密,严重违反公司规章制度,同时构成严重失职,因此解除与原告的劳动关系,但是,A 公司仅提供了公司内部其他员工沟通邮件作为证据,邮件真实性遭 Tom 否认,在没有其他证据予以佐证的情况下,不能证实 Tom 存在泄露商业秘密、违反公司规章制度的行为。因此,认定 A 公司系违法解除劳动合同。但就 Tom 要求恢复与 A 公司间的劳动关系请求,法院认为, Tom 原系亚太区销售总监,负责整个区域的销售,在 Tom 离职后不可能无人接替,长时间虚位以待。A 公司已任命案外人担任亚太区商用板销售总监一职。同时,基于 Tom 的外国人就业证已于 2015 年 5 月 30 日已到期且未延长有效期, Tom 在此后已经丧失在我国合法就业的资格,劳动合同已不能继续履行,对恢复劳动关系请求不予支持。

案例二：不支持外国人与用人单位恢复劳动关系的请求,但用人单位违法解除劳动合同,给外国人造成损失的,应当承担相应的民事赔偿责任。

(一)案情介绍

王明系美籍华人,其与 B 公司上海分公司于 2008 年 10 月 27 日签订了期限

为 2008 年 11 月 11 日至 2011 年 11 月 10 日止的“劳动合同”，约定王明担任供应链总监之职。2009 年 6 月 16 日，B 公司为王明办理了有效期至 2012 年 10 月 29 日的《外国人就业证》。2010 年 1 月 19 日，B 公司书面通知王明，基于公司与王明于 2008 年 10 月 27 日签订的劳动合同约定及相关法律法规规定，于王明到达法定退休年龄时(2010 年 4 月 13 日)公司将终止与王明的劳动关系，劳动合同依法终止。2010 年 4 月 19 日，B 公司申请注销了王明的《外国人就业证》。王明认为 B 公司违法解除劳动合同，要求恢复劳动关系，提起劳动仲裁。后经一审、二审，法院最终认定 B 公司系违法解除，但对王明要求恢复劳动关系的请求不予支持。王明另提起诉讼，以 B 公司单方面注销其《外国人就业证》的行为导致双方劳动关系无法恢复履行、进而导致其无法获得 2010 年 4 月 20 日至 2011 年 11 月 10 日期间的工资为由，请求判令 B 公司赔偿劳动合同剩余期限损失 982871 元。

(二)案件结果

上海市第二中级人民法院经审理认为，B 公司终止与王明的劳动关系的行为违法，该处理意见已由生效裁判文书予以确认。同时，B 公司在 2010 年 4 月 19 日申请注销了王明的《外国人就业证》，虽然注销须经行政机关的审批，但该审批行为系基于 B 公司的申请而产生，根据法律的强制性规定，王明因此丧失了在我国就业的资格。由于 B 公司未经慎重考虑即在缺乏充分合法性的前提下与王明解除劳动关系，并在此基础上提出注销王明《外国人就业证》的申请，因此，双方的劳动合同在客观上不能继续履行的原因，系 B 公司的不当行为造成，故 B 公司理应对王明承担相应的民事赔偿责任。关于王明提出要求 B 公司支付合同尚未履行期间薪金的请求，根据权利义务对等原则，权利与义务需形成相应的对价，由于 B 公司终止合同并申请撤销就业证后，双方的劳动关系已归于消灭，王明未再向 B 公司履行劳动义务，故对按照合同未履行期间的工资金额承担民事赔偿责任的请求，不予支持。对于 B 公司应当赔偿的具体金额，依照双方纠纷的性质、过错程度以及造成的后果，酌情判定为 317,850 元。

案例三：外国人担任用人单位较高级别管理职位，外国人离职后其原有岗

位已经被其他员工接替，用人单位已无法按原条件安排员工的工作岗位，双方劳动合同确已难以履行，恢复劳动关系的请求不予支持。

(一)案情介绍

外国人 Jim 于 2011 年 8 月 1 日进入 C 公司处工作，双方签订了期限从 2011 年 8 月 1 日至 2014 年 7 月 31 日止的《劳动合同书》，Jim 入职后在国际业务部下属的战略产品规划部从事国际业务工作，2012 年 2 月 28 日起 Jim 担任助理商务总监。2012 年 9 月 20 日，C 公司的国际业务部下属的战略产品规划部包括 Jim 在内划归投资及金融终端部下属的国际部。2012 年 12 月 17 日，投资及金融终端部更名为金融终端及社区平台中心。2013 年 6 月 14 日，C 公司找 Jim 谈话，告知 Jim 其所在的部门并入英文数据部，对 Jim 的岗位进行调整，另行安排 Jim 的岗位，双方经协商后，Jim 拒绝了 C 公司安排的新岗位，双方协商未成。C 公司当即发出《劳动合同解除通知》，以客观情况发生重大变化为由解除了双的劳动合同。

(二)案件结果

上海市第一中级人民法院经审理认为，Jim 原部门并入新的部门后，C 公司承认 Jim 原从事的业务仍存在，在此情况下，C 公司另安排 Jim 新岗位，在遭 Jim 拒绝的情况下，理应安排 Jim 与原岗位相适应的岗位。现 C 公司以客观情况发生变化，致使劳动合同无法履行，解除与 Jim 的劳动合同，显然不当。但双方是否应恢复劳动关系，法院认为，C 公司提供的证据显示 Jim 原部门并入了英文数据部，而该部门的高级经理兼助理商务总监均由其他职工担任，已无法按原条件安排 Jim 的工作岗位。因此，双方劳动合同确已难以履行，确认双方不再恢复劳动关系。

案例四：外国人在国内就业，必须符合外国人就业的相关规定，就业证期限届满后，若未再续办就业证期限，外国人则不能在中国境内继续就业，故劳动关系自解约的次日起恢复，并于被告就业证有效期届满日终结。

(一)案情介绍

2010 年外国人 Sam 与新加坡公司签署劳动合同，并被派遣至其在上海的关联公司 D 公司工作，任区域财务/行政人事经理。同年 7 月，Sam 与 D 公司签署《聘用协议》，任区域财务总监。后双方每年续签一年期的合同。2013 年度，双方签署最后的合同，期限至 2016 年 6 月 30 日止，D 公司为 Sam 办理了《外国人就业证》，有效期至 2015 年 2 月 26 日止。2014 年 7 月 14 日 D 公司以严重违纪为由解除了与 Sam 的劳动合同。Sam 认为 D 公司系违法解除劳动合同，要求恢复劳动关系。D 公司在仲裁诉讼中坚持认为 Sam 存在严重违纪的行为，公司解除系合法解除，在诉讼中未对双方劳动关系能否恢复提出抗辩。

(二)案件结果

上海市黄浦区人民法院经审理认为，D 公司以严重违纪为由解除劳动合同，但未能提供合法有效的规章制度，且 D 公司提供的证据不能证明 Sam 存在严重违纪的行为，故认定 D 公司解除劳动合同，没有任何法律依据，属于违法解约。就 Sam 主张恢复劳动关系的请求，予以支持。但是，法院认为 Sam 在国内就业，必须符合外国人就业的相关规定，在就业证期限届满后，若未再续办就业证期限，Sam 则不能在中国境内继续就业，故判决双方劳动关系自解约的次日起恢复，并于 Sam 就业证有效期届满日终结。同时，D 公司应向 Sam 支付自解约次日起的恢复劳动关系期间的工资。

律师简评

1. 从宏观制度设计看，外国人在华的就业管理实行就业许可制度，与中国籍员工有着根本区别，司法实践中必然也受到影响；从管理理念看，上海的劳动行政部门和司法部门较为尊重用人单位和劳动者的合意，相较于中国籍员工，在劳动关系中外国人与用人单位可就双方劳动关系内容进行自主约定，具有更多的灵活性和自主性；从职业特点看，上海就业的外籍人士中包括大量管理人员、专业技术人员，本身具有较强的合同谈判协商能力和再就业能力，司法部门在实践中也会着重考虑劳动关系是否有恢复可能的现实情况，注重双方利益的平衡保护。因此，上海的用人单位在招用外籍员工时，

应当首先了解外籍员工与中国籍员工在人员招用、合同约定上的差异性，针对性进行区别设计。

2. 总体而言，在上海的司法实践中，对外国人要求恢复劳动关系的请求，主流观点的是不予支持。上海市高院民一庭的内部裁判口径就倾向于不支持外国人要求恢复劳动关系的请求，这主要是考虑到了外国人在华就业的特殊性：由于就业证的有效期限往往为一年，而劳动争议经过仲裁、一审、二审通常需要的时间在一年以上，因此，如果法院判决双方恢复劳动关系，则可能面临在仲裁诉讼期间或执行期间，用人单位擅自注销就业许可证，这将导致外国劳动者无法合法就业的后果。正是基于这种现实考虑，为避免进一步制造及激化双方矛盾，法院在审理过程中会向外国人做相关的释明工作，若外国人仍然坚持的，则通常不予支持该请求。从实务案例看，笔者亲身处理过多起相关案件，本文也检索了北大法宝案例库中2016-2017年度上海所有外国人请求恢复劳动关系的案例，基本均不支持外籍员工恢复劳动关系。
3. 就本文第四个案例，笔者在北大法宝案例库中检索的2016-2017年度上海所有外国人请求恢复劳动关系的案例中，并未出现新的支持外国人恢复劳动关系请求的案例。故笔者认为该案具有一定的特殊性，该案例作为个案并不能证明近两年来上海裁判口径出现变化。细究该案案情可知，本案中公司在庭审中并未就双方劳动关系不能恢复进行抗辩，也未提供相关证据证明双方劳动关系再无法继续履行。由于公司抗辩缺失，故法院在认定违法解除的前提下，对劳动关系客观上是否能够恢复不会主动审查，根据外籍员工的诉讼请求做出了判决。而在本文提及的其他三个案例中，要么是就业证到期或注销是客观存在的事实，要么是用人单位充分论证了双方劳动关系无法恢复，并提供了相应的证据证明。在用人单位提出了劳动关系客观上无法恢复的抗辩后，法院经审查予以支持。



老董荐文

我国集体劳动争议的难题与反思——基于自发罢工向制度外的“涌出”现象

The puzzlement and rethinking of collective labor disputes in China
based on the “pouring out” phenomenon of active strike beyond the system

上海对外经贸大学法学院 李干

Li Gan, Shanghai University of International Business and Economics

一、如何看待自发罢工在体制外的高发现象

近些年来，我国劳动者自发罢工呈现激增之势。虽然缺乏官方的正式统计数据，但参考部分学者与民间机构的研究成果，也可一探端倪。据不完全统计，1997年至2007年我国平均每年发生自发罢工29.58件，2008年至2012年增长至平均每年152.60件，翻了近五倍。[1]若予以逐年考察，2011年185件，2012年382件，2013年656件，2014年1379件，2015年2774件，每年几乎都以翻一倍的速度增长。2016年1月至5月共发生1046件，比2015年同期增长23%。[2]

如何看待这一现象，我国劳动法学界存在两种不同的观点。一种观点将其视为正常现象，予以正面评价；另一种观点将其视为反常现象，予以负面评价。具体而言，前者认为市场经济国家的劳动关系通常遵循从个别调整到集体调整的发展轨迹，我国正处于劳动关系“集体化转型”阶段，目前日益高发的劳动者自发罢工正是“集体化转型”的重要面向，更是实现“集体化转型”关键推手。[3]后者借助权利争议与利益争议的分类方式，认为相当一部分自发罢工所表达的诉求属于权利争议，本应纳入劳动争议调解、仲裁与司法程序；且我国现行法律并未赋予劳动者采取罢工等集体行动的权利，劳动者不享有相应的民事责任豁免与刑事责任豁免，且自发罢工时常伴随占厂、堵路、堵桥等行为，侵害了用人单位与第三方的合法权益，破坏了正常的社会公共秩序，甚至涉嫌犯罪，非但不应提倡，反而应当依法追究当事人的法律责任。劳动者弃法定的争议解决方式于不顾，寻求违法手段，体现了劳动争议向体制外的“溢出”。[4]上述两种观点可分别概况为“集体化转型”说与“溢出”说，笔者持后一种观点。

“集体化转型”说对劳动者自发罢工的正面评价，基于我国劳动关系正在经历、也需要经历“集体化转型”的判断，但这一前提其实并不成立。

首先，“集体化转型”说认为一国的劳动关系存在着先后不同的两种发展阶段，即国家公权力对个别劳动关系施加管制在先，“劳动关系集体化转型”在后，前者是后者的必要条件，这是“市场经济国家劳动关系调整发展的一般轨迹”。但以美国为例，1935年与1938年美国国会相继通过了《国家劳动关系法》与《公平劳动标准法》，前者明确了劳动者组织工会、集体谈判以及采取一致行动的权利，后者规定了最高工时与最低工资标准，以消除对维持工人健康、效率和福利所必需的最低生活水平有害的劳动条件为目标，两部法案的颁布并未遵循上述规律。

其次，“集体化转型”说认为《劳动合同法》是“我国劳动关系集体化转型的契机和新起点”，但缺乏“理论上的论证”与“足够的经验资料”。[5]1995年施行的《劳动法》基本确立了宏观、中观与微观三个层次的法律调整模式。宏观层面主要是指劳动基准调整全部劳动关系，中观层面主要是指集体合同调整集体劳动关系，微观层面主要是指劳动合同调整个别劳动关系。宏观层面的劳动基准以国家管制为特点，为集体合同与劳动合同设置底线性规定；中观层面与微观层面的集体合同与劳动合同更多体现当事人的意思自治，但涉及劳动条件与劳动报酬的内容，只能在劳动基准之上作更有利于劳动者的约定，劳动合同还需不低于集体合同确定的标准。《劳动合同法》虽然以微观层面的劳动合同关系为调整对象，

但根据学者的统计,“在这部只有 98 条的法律中,竟然使用强制性用语‘应当’达 70 次,使用强制性用语‘不得’达 28 次,共涉及 64 个条款。也就是说,这部法律的大部分条款都是强制性的,没有为当事人留下多少自由选择的余地。”[6]劳动法虽以“倾斜保护”为原则,但在权利义务的配置上,尤其是对劳动者的有利倾斜以及对用人单位的不利限制,依然受经济发展规律与社会生活常识的约束。也就是说,双方权利义务背后可供博弈、分配的利益空间是有限的,在有限的空间内,管制与自治在功效上存在此消彼长的关系。当国家管制超出底线控制的边界,大幅“越位”介入劳动关系调整的微观层面,实则压缩了中观层次的自治空间,这并不利于集体劳动关系的发展。例如,根据“经合组织”的统计,我国法律对用人单位的解雇限制已超越“经济合作与发展组织”成员国的平均水平,尤其对集体解雇的限制水平,已超越“经合组织”所有成员国。就解雇保护而言,还有多少更有利于劳动者的空间可供集体协商?

再次,若将工会组建、集体谈判以及罢工等争议行为作为“劳动关系集体化转型”的重要表现形式与衡量标准,西方发达国家的劳动关系在上世纪中期确实存在“集体化”高潮,但自 70 年代开始,“集体化”的特征便难以为继(除瑞典、丹麦等少数国家),甚至呈现“去集体化”的趋势。“集体化”作为一种过去式,并不符合当代劳动关系的发展潮流。以美国与日本为例,美国工会会员在非农业劳动力中的比重自 20 世纪 40 年代中期达到峰值 35.5%后,便呈现持续下降的态势,2006 年为 12.0%;1950 年美国涉及 1000 人及以上的罢工 424 次,2006 年仅为 20 次。[7]日本工会组建率 1949 年为 55.8%,1970 年为 35.4%,1983 年为 30%,2003 年降至 20%以下,2008 年仅为 18.1%;1974 年日本经历半天以上的罢工 5197 件,2009 年只有 48 件。[8]

“溢出”说以现有的法制框架为坐标,认为劳动者的自发罢工游离在法制框架之外。笔者认同这一判断与分析视角,但同时认为用“涌出”形容这一现象更为准确。“溢出”容易让人误以为劳动者之所以采取罢工等集体行动,是因为劳动争议数量已远超相应职能部门的处理能力,是“状告无门”的被动、无奈之举。但现实情况却恰恰相反,绝大多数的自发罢工是一定数量的劳动者基于某种利益考量主动发起,甚至故意不优先选择、甚至绕开相应的法律处理机制。因此,“涌出”能较为准确地反映劳动者自发罢工的自觉性与主动性。

劳动争议可以分为权利事项争议与调整事项争议,两类争议应适用不同的处理方式。所谓权利事项争议是“当事人对系争法律关系有关权利之争议,乃是有既存法律规范得以据以审理之争议,最终应循司法途径解决之”;所谓调整事项争议是“当事人就未来之集体性合意之内容所为之争议,乃是一种关于将来之权利义务所为之争议,此等争议因无既存法律规范可以作为裁判之依据,故必须借由劳资双方当事人之合意自主自治地加以规范,或者透过具有拘束力之仲裁判断解决之。”二者区别的关键是“有无司法审理可能性”。对劳动争议采取上述分类的必要性在于,“争议若有司法审理之可能性、诉讼救济可能性,则当事人原则上即无诉诸自理救济之争议行为的‘绝对必要性’。”[9]易言之,权利事项争议关乎“法律关系之确认”与“已确定之法律地位的贯彻”,应当纳入司法程序,诸如罢工等呈现集体性样态的争议行为,只应存在于调整事项争议中。调整事项争议是劳资双方就未来利益分配的博弈,并无司法裁判的可能,其结果取决于双方力

量抗衡与协商自治。罢工则是集体谈判中劳动者向雇主或雇主团体施压，以争取更高工资、更好劳动条件的斗争手段。

这种分类治理的思路早在 1995 年施行的《劳动法》中已有所体现。个别劳动争议以及因履行集体合同发生的争议，当事人可以申请劳动仲裁，继而提起诉讼；因签订集体合同发生的争议，由当地人民政府劳动行政部门组织有关各方协调处理。前者系权利事项争议，后者为调整事项争议。但需承认，在《劳动法》颁布之后二十余年间，两类争议机制的建构是非常不平衡的。就权利事项争议制度而言，无论实体法抑或程序法均已非常完备，尤其是《劳动合同法》扩张了劳动者可诉的权利内容，《劳动争议调解仲裁法》免去了劳动者申请仲裁的费用成本。反观调整事项争议制度仍存在较大空白，虽然我国修订了《工会法》，颁布了《工资集体协商试行办法》与《集体合同规定》，但就如何解决调整事项争议，上述法律法规并未超出《劳动法》的规定，也未进行更为具体的制度设计，这与我国现行法律尚未明确授权劳资双方可以采取集体斗争手段存在着直接关系。《工会法》虽然规定，发生停工、怠工事件，工会应当代表职工进行协商，反映职工意见，并协助用人单位尽快恢复生产、工作秩序，但缺乏可操作性。

再观我国当下劳动者自发罢工的动因与诉求，既有权利事项，也有调整事项，因此“涌出”现象的负面效应是多方面的。“法外”自发罢工的膨胀，体现了个案中劳动者希望架空劳动争议法定解决程序以及工会系统的倾向，与劳动关系法治化的顶层设计目标背道而驰。这便产生了三个亟需解答的问题：一是劳动者面对权利事项争议，为何选择放弃法定的解决路径？二是劳动者面对调整事项争议，可否抛开工会系统，寻找自发式集体行动的合法解释？三是如何尽量消解劳动者自发集体行动的负面影响，推动劳动关系步入更加法治、和谐的轨道？本文将逐一进行分析。

二、自发罢工“涌出”裁审制度的探因

根据民间机构的统计，2015 年我国劳动者自发罢工高达 2774 件。若探究劳动者的诉求，以“欠薪”、“裁员”、“迁厂/关厂”、“经济补偿金”以及“社保”为由的事件占比约为 80%。“欠薪”、因“裁员”、“迁厂/闭厂”产生的“经济补偿金”以及用人单位未缴、欠缴社会保险费，均是典型的权利事项争议，我国现行的法律制度已为劳动者提供了权利救济与争议解决途径，劳动争议仲裁机构、人民法院以及劳动监察部门可以依据现成的法律与劳动合同进行处理。易言之，在 2015 年发生的 2774 件“集体停工和群体性事件”中，近 4/5 并无发动集体行动的必要性。

具体而言，首先，“欠薪”系用人单位未按照合同约定及时支付劳动报酬，劳动报酬的金额与支付标准存在既定依据；即使双方未约定劳动报酬或约定不明确，法律也确立了参照集体合同、同工同酬的规则。对于用人单位的“欠薪”行为，劳动者可以通过多方面渠道寻求权利救济。一是向人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。二是向劳动争议仲裁机构申请仲裁。为减轻劳动者经济负担，让劳动者尽快获取应得的劳动报酬，《劳动争议调解仲裁法》除规定劳动仲裁不收取费用之外，还设计了先予执行与一裁终局的特殊规则。对于权利义务

关系明确，不采取先予执行将严重影响劳动者生活的案件，仲裁机构可以根据劳动者的申请，裁决先予执行，移送人民法院执行。对于“小额”案件，即“欠薪”数额不超过当地月最低工资标准十二个月金额的案件，裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力，且用人单位不得就此争议提起诉讼，只得因裁决存在法定错误或瑕疵，向所在地中级人民法院申请撤销裁决。三是向劳动行政部门投诉，由劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬；逾期不支付的，责令用人单位按照应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。其次，“经济补偿金”系在劳动关系结束的特定情形之下，法律规定用人单位应当向劳动者进行的金钱给付。《劳动合同法》对需支付经济补偿金的情形、经济补偿金的计算标准作出了明确规定。若用人单位未依法支付经济补偿金，除不能向人民法院申请支付令之外，劳动者享有的权利救济方式与“欠薪”争议基本相同，不仅在劳动仲裁中可以适用先于执行与一裁终局，在向劳动行政部门投诉之后，还可因用人单位逾期不支付获得额外的赔偿金。再次，为劳动者参加社会保险，并代扣代缴相关费用，是用人单位的法律义务，且各个统筹地区对缴费基数与缴费比例均有明确规定。若用人单位未依法为劳动者参加社会保险，或欠缴、少缴社会保险费，劳动者可以向社会保险行政部门投诉，由社会保险行政部门责令用人单位限期改正，并加付滞纳金；逾期不改正的，对用人单位与责任人处以罚款。若用人单位未为劳动者办理社会保险，且社会保险经办机构不能补办，导致其无法享受社会保险待遇，劳动者还可以向人民法院起诉，要求用人单位赔偿损失。

针对“欠薪”、因“裁员”、“迁厂/闭厂”产生的“经济补偿金”以及用人单位未缴、欠缴社会保险费所产生的权利事项争议，法律已向劳动者提供多样化的解决方案，且不仅从程序上免去劳动者的费用负担，设置了旨在让劳动者迅速实现财产性权利的特殊规则；还从实体上对用人单位的违法行为施以惩罚性赔偿，让劳动者获得超额赔偿。面对已向劳动者极度倾斜的制度设计，劳动者为什么将其束之高阁，另行发动罢工呢？罢工只是一种私力的施压手段，无法确保用人单位矫正其违法行为。劳动者若真要获取权利救济，依托公权力的劳动仲裁、司法以及劳动监察无疑更为可靠。何况在我国现阶段，法律并未赋予劳动者罢工权，自发罢工系违法行为。劳动者很可能非但无法实现应有的合法权利，反而因自发罢工以及附带的其他违法行为（诸如占厂、堵路、堵桥），承担相应的法律责任，甚至遭受公权力机构的制裁。即便各地政府对自发罢工采取了“高容忍”的态度，但根据民间机构的统计，在2015年因“欠薪”、“裁员”或“迁厂/闭厂”产生的“经济补偿金”以及用人单位未缴、欠缴社会保险费引发的自发罢工中，近三分之一引发了警察出警，其中更有140件工人因违法行为被拘留。[2]因此，面对上述权利事项争议，劳动者有意识地搁置合法手段、转而采取自发罢工的动因值得深思。

若要揭示劳动者针对权利事项发动罢工的动因，需对其进行类型化分析。现实中，劳动者针对权利事项的自发罢工大致可以区分为以下两类：一是“集体行使工作拒绝权”，二是通过自发罢工寻求既定权利之外的额外利益，二者的法律性质截然不同。严格地说，“集体行使工作拒绝权”并非集体劳动关系意义上的罢工。

所谓劳动者“集体行使工作拒绝权”，其实是多数劳动者同时行使基于劳动合同的履行抗辩权。劳动合同是双务合同，当用人单位未依法、如约（包括劳动合同

与集体合同)履行义务,侵害劳动者的请求权,劳动者即享有履行抗辩权,拒绝继续提供劳动给付。一般而言,如果用人单位“不履行其主要契约义务,如工资给付”,或“未提供劳工以合乎人道之劳动条件”,或“未遵守劳动保护法规”,劳动者可以行使此种履行抗辩权。需强调的是,劳动者主张这一权利应当遵循“相当性原则”。若劳动者拒绝工作所致之损害与雇主未履行义务之行为不成比例,劳动者便存在权利滥用的嫌疑。虽然劳动者“集体行使工作拒绝权”,“其外在表现方式与罢工极为类似,即多数劳工共同有计划地拒绝履行工作义务,对雇主施加压力”,但究其实质,“多数劳工之共同行使并不改其原本契约法上个别行动之法律本质”,“其行动之‘团体性’非如罢工之具有法律上质的意义,而只具有事实上量的意义。”且“集体行使工作拒绝权”与“罢工”产生完全不同的法律效果。劳动者行使履行抗辩权拒绝提供劳务,仍享有工资请求权,用人单位陷入受领迟延的境地;在劳动者享有罢工权的西方国家,劳动者在行使罢工权的同时,即丧失工资请求权。由于“集体行使工作拒绝权”与“罢工”的表现形式极为类似,要求劳动者在行动之时判明所主张之权利基础,无疑是强人所难的。因此,“纵使劳工本身自认为系在进行罢工,亦不应骤然认定其行动为罢工,若合乎履行抗辩权之要件已然存在,即应认定劳工之行动系履行抗辩权之集体行使而非罢工。”[10]

在 2015 年 2774 件自发罢工中,近 70%为单纯的欠薪争议。在此类争议中,劳动者拒绝提供劳务,其实是典型的履行抗辩权。只要劳动者拒绝提供劳务未给用人单位造成明显失当的损害,且在消极不提供劳务之外,未采取其他积极的过度行为,未侵害第三人合法权益与公共秩序,便是合法“集体行使工作拒绝权”。履行抗辩权是劳动者为实现劳动合同之请求权的一种自力救济方式,是寻求公力救济之前的“先行阶段”。用人单位需正常支付这一期间的工资待遇,且不能以“旷工”为由解除劳动合同。若用人单位对“欠薪”行为予以及时纠正,劳动者需恢复正常的工作秩序;若用人单位未及时纠正“欠薪”行为,“欠薪”已构成严重违约,使劳动合同的继续履行变得不可期待,劳动者便可即时解除劳动合同。《劳动合同法》第 38 条亦有这样的规定,用人单位“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”,或“未及时足额支付劳动报酬”,或“未依法为劳动者缴纳社会保险费”,劳动者均可以解除劳动合同。但无论“集体行使工作拒绝权”向用人单位施压,抑或解除劳动合同,均是劳动者为避免权益继续受损所采取的应急手段,无法确保用人单位清偿拖欠的劳动报酬。劳动者若要真正实现各项合法的请求权,寻求劳动仲裁、司法裁判以及劳动监察等公力救济无疑更有保障。

除“集体行使工作拒绝权”之外,通过自发罢工寻求既定权利之外的额外利益,成为权利事项罢工的另一项主要动因,以因“裁员”、“迁厂/闭厂”产生的“经济补偿金”争议最为典型。二者的重要区别在于,“集体行使工作拒绝权”尚有履行抗辩权作为合法性基座,后者则完全缺乏合法性依据。

《劳动合同法》已对经济补偿金的支付情形与标准进行了明确规定,用人单位裁减人员(第 41 条)、因提前解散终止劳动合同(第 44 条)或因迁厂导致劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,且用人单位与劳动者无法就变更劳动合同内容达成一致,经提前三十日书面通知或额外支付一个月工资后解除劳动合同(第 40 条),均应当向劳动者支付经济补偿金。经济

补偿金按劳动者在用人单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。简言之，经济补偿金为劳动者N个月的平均工资（劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资），N为劳动者在该用人单位的工作年数。但在现实中，用人单位若存在“裁员”或因“迁厂/闭厂”需解除、终止劳动合同的情形，劳动者常常因不满足法定的经济补偿标准，或不满足用人单位稍高于法定标准的经济补偿方案（诸如N+1、N+2）而发动罢工。劳动者通过自发罢工向用人单位施压，主张远高于法定标准的经济补偿（诸如N+X、2N+X等），现已成为一种司空见惯的现象。吊诡的是，法律在这一问题上失去了定分止争的功能，反而成为劳资冲突的源头。

需要明确的是，劳动者要求用人单位支付远超出法定标准的经济补偿，这并非调整事项之争议。首先，区分权利事项之争议与调整事项之争议的一个重要标准在于，“争议之内容究竟是既有权利义务，抑或将来权利义务”。[11]“经济补偿金”是劳动关系依某种特定方式结束之后，用人单位的金钱给付义务。劳动关系既已结束，用人单位与劳动者只发生对过去劳动关系中权利义务的“清算”，不再涉及对未来劳动关系的权利义务安排。再次，“经济补偿金”争议完全可以交由劳动仲裁与法院进行裁判，裁判依据即《劳动合同法》的规定以及劳动合同、集体合同的约定。我国台湾地区“劳委会”对此已有明确认识。“劳资双方若事先已于劳动契约或团体协约明确规定，优于法令规定之标准，自应从其约定办理。否则资方若依劳动基准法令规定办理资遣，发放资遣费，于法并无不合。”此类争议属于权利事项之争议，若双方经协调无法达成一致，可循司法途径解决。[12]因此，劳动者为索要超额经济补偿金而进行自发罢工，并不具备法理基础。

法律应当为各类主体的行为结果提供明确且稳定的预期，方能形成良好的法秩序。契约作为当事人通过合意约束各方行为的“法锁”，亦可发挥构建法秩序的功能。劳动者可以通过法定的集体协商程序，通过工会与用人单位签订集体合同，约定比法定标准更高的经济补偿金给付标准，或在签订劳动合同时直接与用人单位进行约定。若劳资双方已有这样的约定，劳动者可以要求用人单位履行这一债权性义务，用人单位不履行的，劳动者可以申请劳动仲裁，继而提起民事诉讼，寻求权利救济。若劳资双方并无此类约定，用人单位依据法定标准制定补偿方案，或根据自身情况自愿支付稍优于法定标准的经济补偿，劳动者并无拒绝的理由，更不能据此发动罢工。在劳资双方并无事先特殊约定的场合，即便诉诸劳动仲裁或人民法院，劳动者也只能获取法定标准的经济补偿金。试问，劳动者怎么能借助罢工这一违法形式，获取本通过合法渠道无法获得的利益呢？否则法律与契约的秩序性功能便荡然无存。如果用人单位确实存在违法解除或违法终止劳动合同的情形，劳动者可以通过劳动仲裁与司法途径，获取二倍于经济补偿金的赔偿。即便如此，实现合法权利应遵循法定争议处理程序，意图架空法制手段的自发罢工是法治所不能允许的。

三、自发罢工“涌出”工会体系的批判

前文已述，从学理与制度的双重逻辑出发，罢工只应与调整事项之争议相挂钩，即作为劳方在团体交涉中向雇方施压的一种手段。即便在劳动者享有罢工权的国

家与地区,“基于罢工行动本身之潜在侵害性、攻击性,并为达事先审核之目的,应设置一实际了解劳工、经济及劳资争议事项之机构,以保障只有在具备正当理由且不害及公共利益之情况下,始进行罢工。此种机构,就劳工方面而言,即系工会。”[13]这一要求通常被称为罢工的“主体正当性”要求。

近些年来,随着劳动者自发罢工的日益频繁,催生了“工人代表制”的兴起。所谓“工人代表制”,简言之,即在集体劳动争议中(通常伴随着劳动者自发罢工),由参加罢工等集体行动的半数工人通过投票选举产生代表,经工人授权后,由其代表与用人单位进行谈判、斡旋,参加争议处理程序。部分学者对“工人代表制”进行了法理论证,并对其积极效用予以称赞,认为在劳动者团结权受限、基层工会失灵的背景下,“工人代表制”在团结劳工、维权发声、利益表达、推动我国集体劳动关系发展成熟等多方面发挥了积极作用,在个案中实际承担了工会的职能。但若进行进入分析,“工人代表制”存在着存在着诸多理论障碍与现实瓶颈。

第一,可供集体协商的事项应有疆界,“工人代表制”也不例外。提倡“工人代表制”的学者认为,通过团结与集体行动,劳动者“可以获得更多的法律所没有赋予的利益”,这会激发劳动者“形成利益意识,这也正是集体劳动关系的主要特征”。然而,劳动者通过团体力量、集体协商寻求“法律所没有赋予的利益”应当有所限制。首先,如前文所述,“法律所没有赋予的利益”应是调整事项,即未来劳动关系中有关劳动条件的事项,且以将要签订的集体合同为承载方式,“至于已发生之事项之救济等”,即权利事项之争议,“应非属团体协约协商之合理适当之内容”。[14]其次,调整事项势必涉及与用人单位经营权的竞合,二者之间需存在一定的边界。德国联邦劳动法院认为,比如经营者对投资和价格的决策,不能作为团体协商的内容,也不能作为罢工的目的。[15]日本学界之通说将团体协商事项分为义务交涉事项与任意交涉事项,[16]仅对于义务交涉事项,雇主非有正当理由不得拒绝工会的协商请求。虽有学者认为经营权之范畴模糊不清,不应笼统将其作为拒绝团体协商之理由。但该学者同时认为,诸如经营与销售战略、干部与管理人员的人事任免等事项,应由雇主自行决定,不适合进行团体协商。[17]

第二,在“工人代表制”的条件下,用人单位拒绝工人代表的谈判请求,是具有合理性因素的。从法理出发,集体谈判是为了签订集体合同,集体合同一经签订,不仅对集体合同覆盖下的个别劳动关系产生法规性效力,即个别劳动合同约定的劳动条件不得低于集体合同已约定的标准;集体合同还对签订双方产生债权性效力,尤其是工会负有和平义务与敦促义务,即工会不仅不能针对已约定事项组织罢工,还需敦促其会员遵守集体合同的约定。易言之,“协约成立后,当事人最重要的义务就是‘劳资关系和谐维持义务’,如当事人组织不明确,其义务之履行即不可期待,与义务履行之担保更属不能。”[18]这就对集体协商中劳方团体的人格属性提出了要求,劳动团体需具备稳定且强大的组织力。然而,即使提倡“工人代表制”的学者也承认,工人代表常是“一时一事”,“缺乏常设性、机制性”,“往往是‘曲终人散’”,[19]并不具备这样的能力。基于安定性的考量,用人单位拒绝工人代表的谈判请求也属情理之中。

第三,学者对工人代表权利范围的分歧与矛盾,折射出对罢工权法律性质的认识不清。提倡“工人代表制”的学者认为,工人代表经授权可以进行以下行为:“向企业方、政府递交工人诉求书;处理与谈判有关的相关事宜;向劳动部门和上级总工会提交与谈判有关的文件;向媒体发布有关谈判进程的消息;代表工人一方参加谈判,签署相关文件;向工人报告协议或合同草案内容,并组织投票表决。工人们还授权工人代表可以聘请律师或专业人士为谈判提供专业和法律帮助。”[20]但就工人代表能否组织罢工这一关键问题,学者的论证存在着分歧与矛盾。有学者对这一问题持肯定态度,认为工人的授权行为,“使工人代表们获得了民法意义上的合法身份,也奠定了在履行代表职责、决定集体行动方案、进行集体谈判时的权利基础。”[20]但也有学者持一种模糊的观点,一方面表示“是否发动集体行动等实质性事项,需要经过全体工人的同意”,另一方面又提出工人代表的一大局限性在于“他们的组织动员权利也限于民事法律,而不能组织工人的集体行动(如罢工)”, [19]前后存在着矛盾。

如果工人代表无权组织罢工,其权利范围仅限于前文中列举的、不存在分歧的事项,“工人代表制”的功能完全可以基于民事委任关系与诉讼代表制度予以实现,即被既有法律制度所吸收,劳动者亦可寻求工会组织的帮助,那么另行构建“工人代表制”又有何必要性与现实意义?如果工人代表有权组织罢工,那么必须要探究这一权利从何而来。学者将“工人代表制”称为一种“自赋权”机制,但任何主体通过委任关系转让给受托人的权利,均不能超过其本身所具有的权利范围,我国现行法律并未赋予劳动者发动罢工的权利,劳动者如何将不存在的权利赋予工人代表呢?

需要说明的是,对于罢工权的理解,不能采取“法无禁止即自由”的逻辑,而应采取“法无允许即禁止”的逻辑。[21]因为从历史发展的脉络看,罢工权实则是立法者基于保障劳动者团结权的考量,在整体法律框架中开设的“刑事责任豁免”与“民事责任豁免”,这也是罢工本身具有强烈破坏性的必然逻辑。虽然全国人大常委会已经批准了《经济、社会及文化权利国际公约》,该公约第8条第1款丁项规定“有权罢工,但应按照国家法律行使此项权利”。在我国法律尚未明确赋权的情况下,罢工实为违法行为,并不享受法律责任的豁免。若罢工以及劳动者的其他过激行为侵害了用人单位与第三方的合法权益,破坏了正常的社会公共秩序,甚至涉嫌犯罪,受害人可以主张损害赔偿,相应的政府职能部门也应当依法追究当事人的法律责任。虽然提倡“工人代表制”的学者诟病政府“出于‘维稳’的考虑,动员公共资源介入,甚至采取强制手段要求工人终止行动”。[20]但面对劳资争议,“国家中立原则”是世界多数国家秉持的基本原则,不偏不倚地依法处理应是“中立”的题中应有之意。

最后,“工人代表制”背后的基本逻辑是,由于“工会在工人集体行动中难以作为”,因此工人通过“自赋权”的形式,自主开展集体协商与斗争,以“工人代表制”代替工会本应充当的角色。但这一思路是不符合我国国情的。从我国与西方国家工会组织的生成历史来看,我国的工会系统具有很强的“中国特色”。

西方国家的工会是自下而上发展而来的,即从工厂扩大到行业或地区层面,再统合为国家层面,且西方国家的同级工会存在着竞争关系;我国的工会系统自建国以来就已当然存在,具有很强的政治属性,且以自上而下的一元体制为特点,上

级工会组织领导下级工会组织，工会组织之间也不存在竞争关系。因此，以“工会在工人集体行动中难以作为”为由，抛开既有的工会系统而另辟蹊径，依托“工人代表制”发展集体劳动关系，既不现实，也会造成巨大的体制浪费。

四、结语：“涌出”现象回流法治化的路径构想

面对自发罢工向制度外的“涌出”现象，将其导入法治化轨道无疑应是政府部门与法学界的共同目标，也是发展和谐劳动关系的基本要求，但这是一件复杂的系统性工程。就权利事项争议而言，不仅需要反思劳动法中公权力对权利事项的介入程度与范围大小，平衡政府管制与劳资自治的关系；还需进一步理顺劳动仲裁、司法系统与劳动监察的关系，使权利事项争议的解决更叫高效。就调整事项争议而言，工会系统的改革首当其冲，尤其需要加强基层工会组的代表性，充分体现劳动者团结权的真实自主性。在上述条件基本完备的基础上，笔者赞同将罢工等争议行为纳入立法规划。但需明确的是，罢工等争议行为的立法，即是赋权法，更是限制法，需借鉴国外立法例，从主体、目的、程序与手段四个方面，确定各类争议行为的合法性要件，同时劳资双方主体的违法责任进行界定。

（本文发表于《宁夏社会科学》2017年第1期）

注释：

[1]Manfred Elfstrom, Sarosh Kuruvilla. The Changing Nature of Labor Unrest in China [J]. ILR Review: The Journal of Work and Policy, Vol. 67, Issue 2 (April 2014): 453-480.

[2]数据来源：<http://maps.clb.org.hk/strikes/en>.

[3]常凯：《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，《中国社会科学》2013年第6期。常凯、邱婕：《中国劳动关系转型与劳动法治重点——从〈劳动合同法〉实施三周年谈起》，《探索与争鸣》2011年第10期。

[4]董保华、李干：《构建和谐劳动关系的新定位》，《南京师大学报(社会科学版)》2016年第2期。董保华、李干：《依法治国须超越“维权”VS“维稳”——基于沃尔玛“常德事件”的考察》，《探索与争鸣》2015年第1期。

[5]游正林：《对中国劳动关系转型的另一种解读——与常凯教授商榷》，《中国社会科学》2014年第3期。

[6]王建勋：《法眼审视新〈劳动合同法〉》，《南方都市报》2008年03月16日，第A23版。

[7]哈里·C·卡茨、托马斯·A·科钱、亚历山大·J.S·科尔文：《集体谈判与产业关系概论》，李丽林、吴清军译，东北财经大学出版社2010年版，第109、186-187页。

[8]田思路、贾秀芬：《日本劳动法研究》，中国社会科学出版社2013年版，第318页。

[9]黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司2015年版，第B-137页。

[10]黄程贯：《由罢工权及工作拒绝权之法律性质谈劳工集体休假》，《政大法律评论》1988年6月刊，总第37期。

[11]黄程贯：《关于权利事项与调整事项劳资争议之区分》，《劳资关系论业》1994年第2期。

- [12] “劳委（七七）台劳资（三）〇六六二四号”。黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司 2015 年版，第 B-137 页。
- [13] 黄程贯：《由罢工权及工作拒绝权之法律性质谈劳工集体休假》，《政大法律评论》1988 年 6 月刊，总第 37 期。
- [14] “一〇一劳裁三六”。黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司 2015 年版，第 B-113 页。
- [15] [德] 沃尔夫冈·多伊普勒：《德国劳动法》，王倩译，上海人民出版社 2016 年版，第 47 页。
- [16] 所谓“义务的团体交涉事项”，是指“涉及工会会员的劳动条件与其他待遇，或是有关该工会与雇主之间团体关系的运行，且雇主可以处分之事项”。[日] 荒木尚志：《労働法》，有斐阁 2012 年版，第 504 页。
- [17] [日] 西谷敏：《労働組合法》，有斐阁 2012 年版，第 299 页。
- [18] 黄越钦：《从劳动斗争权到和谐义务》，《政大法学评论》1989 年 6 月刊，总第 39 期。
- [19] 陈步雷、陈朝闻：《劳资自治中的劳动者“自赋权维权模式”——以广州利得鞋业公司集体劳动争议为例》，《中国人力资源开发》2016 年第 8 期。
- [20] 段毅、李琪：《中国集体劳动关系的生成、发展与成熟——一个自下而上的分析视角》，《中国人力资源开发》2014 年第 23 期。
- [21] 董保华、李干：《依法治国须超越“维权”VS“维稳”——基于沃尔玛“常德事件”的考察》，《探索与争鸣》2015 年第 1 期。



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