BAOHUA

保华月刊

2017年11-12月合刊
第十六期
中英双语

特邀：
周斌：牛奶可乐劳动法（之四）

医疗补助费的前世今生和未来

《天津法院劳动争议案件审理指南》
《上海市人民代表大会常务委员会关于修改<上海市职工代表大会条例>的决定》
《失业保险条例(修订草案征求意见稿)》

总编：董保华
责编：董润青
编辑：于海红

保華律師事務所

BAOHUA
LAW FIRM

目录
Catalogue

劳动法新闻资讯
Labor Law News 2

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

新法规：《天津法院劳动争议案件审理指南》 11
New Regulation: Guidelines of the Tianjin Courts for the Trial of Labor Dispute Cases

新法规：《上海市人民代表大会常务委员会关于修改<上海市职工代表大会条例>的决定》 25
New Regulation: Decision of the Standing Committee of the People's Congress of Shanghai Municipality on Revising the <Regulations of Shanghai Municipality on Employees' Representatives Conference>

新法规：《失业保险条例(修订草案征求意见稿)》 25
New Regulation: Regulation on Unemployment Insurance (Exposure Draft)

热点追踪
Hot Issues

牛奶可乐劳动法（之四） 42
Zhou Bin: Milk Cola Labor Law (4)

医疗补助费的前世、今生和未来——《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止对医疗补助费的影响 52
The history and the future of medical subsidies — The influence of the annulment of the Measures for Economic Compensations due toViolation or Rescission of Labor Contracts on the medical subsidies

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

锦上添花抑或雪中送炭——析《中华人民共和国劳动合同法(草案)》的基本定位 59
Icing on the cake or fuel in snowy weather—Analysis on the basic position of the Labor Contract Law of the People's Republic of China (draft)

劳动法新闻资讯
Labor Law News

一、人社部宣布失效和废止 102 份文件

来源：华夏时报

摘要：近日，人社部正式宣布失效和废止了 102 份文件，这也是人社部第五批宣布失效和废止文件的通知。其中，劳动部颁发的〔1994〕481 号《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（下称“481 号文”）赫然在废止之列。

Summary: In recent days, the Ministry of Human Resources and Social Security has announced the invalidation and annulment of 102 documents, and this is the fifth notification by the Ministry of Human Resources and Social Security to announce the invalidation and annulment of documents. The No. 481 [1994] issued by the Ministry of Labor of the *Measures for Economic Compensations due to Violation or Rescission of Labor Contracts* (hereinafter referred to as “Document No. 481”) was one of them.

481 号文的废止，将对后续的企业用工管理产生不小的影响。这究竟是怎样的一份文件?据记者了解，在《中华人民共和国劳动合同法》实施之前，这个规则一直是计算经济补偿金的依据。而在《劳动合同法》实施之后，该补偿办法仍然是计算经济补偿金的重要依据之一，跨 2008 年前后的劳动合同关系，在计算离职经济补偿金时，往往需要结合《劳动合同法》及该补偿办法进行计算。

那么，481 号文的废止究竟对后续的企业用工管理产生什么样的影响呢?

在处理一些劳动争议类案件中，总会在劳动者的仲裁或诉讼请求中见到类似要求支付 25%或 50%的额外经济补偿金的请求，对此问题，一直都有争议。

在 481 号文第三、四条中明确规定：用人单位克扣或者无故拖欠劳动者工资的，以及拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的或者支付劳动者的工资报酬低于当地最低工资标准的，除了全额支付或不足外，还应当向劳动者支付低于部分百分之二十五的经济补偿金。同时，481 号文第十条表示，用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿的，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的百分之五十支付额外经济补偿金。

针对相关内容，《劳动合同法》第八十五条早有规定，法律对于拖欠、低于标准发放工资和经济补偿金惩处的情况已作修改，遇到这种情况应先向劳动行政部门投诉，由劳动行政部门限期责令支付差额部分，如逾期不予支付，才可由劳动行政部门责令支付这部分额外的经济补偿金。

外界将 481 号文的废止解读为，用人单位将无需再额外支付 25%或 50%的经济补偿金，事实上这种理解是不全面的。现在的规定是新法规代替了原来的旧法规。事实上，新法规定，比原来的处罚原则更高，原来是 25%，现在是 50%到 100%。但是新法规设置了处罚前置程序，就是要到劳动行政部门投诉，经责令改正后拒不改正才有加罚。

经济补偿金将不再分段计算

2008 年 1 月 1 日起，《劳动合同法》正式施行。由于《劳动合同法》中关于经济补偿金的计算规则和此前的《劳动法》的计算规则有所不同，根据法不溯及既往原则，当劳动者工作年限跨越了 2008 年 1 月 1 日前后，在解除劳动合同计算经济补偿时，会出现计算经济补偿金的算法需适用不同的计算规则。

也就是说，经济补偿金支付采取分段计算方式，即 2008 年 1 月 1 日前的本单位工作年限按照《劳动法》及其配套法规的规定支付;2008 年之后的本单位工作年限，按照《劳动合同法》的有关规定支付。

具体而言，根据《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。”至此，确立了经济补偿金的分段计算规则。

据了解，对此，北京地区早在2009年北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要(一)》第25条中就确立了不分段计算的规定，实践中也是这么执行的。

不再设置“12个月封顶”的限制

在481号文第五、七条中规定，关于在协商一致解除、不胜任工作解除情形下，经济补偿金12个月封顶的限制将不再适用。这意味经济补偿金的计算将彻底摆脱12个月封顶的“纠缠”，按照劳动者的累计工作年限计算经济补偿金将再无争议。

与此同时，经济补偿金计算标准为“企业正常生产情况下”解除前十二个月的平均工资，经济补偿按照不低于“企业月平均工资的标准支付”的做法都不再适用。

其实，《劳动合同法》本有明确规定，只有劳动者的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，才执行12个月的封顶限制。

除此之外，对于医疗方面的规定，也成了关注的重点。

原481号文第六条规定，符合条件的患病或者非因工负伤劳动者在劳动合同解除时可享受六个月工资的医疗补助费;患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的百分之五十，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的百分之百。现该文件的废止，是否意味着医疗期满解除不需再支付医疗补助费了呢？其实，劳部发【1995】309号、劳办函【1996】40号、劳部发【1996】354号等文件中都有对劳动者医疗期满合同解除或终止时医疗补助费支付的相关规定，因此符合条件的医疗补助费仍应支付。之后医疗费补助制度的完善及去留问题，将有待国家及相关部门在实践中进一步明确。

二、国务院办公厅印发《保障农民工工资支付工作考核办法》

来源：中国政府网

摘要：国务院办公厅日前印发《保障农民工工资支付工作考核办法》（以下简称《办法》），决定自2017年至2020年，对各省（区、市）人民政府及新疆生产建设兵团保障农民工工资支付工作实施年度考核，推动落实保障农民工工资支付工作属地监管责任，切实保障农民工劳动报酬权益。

Summary: The office of the State Council has recently issued the *Measures for Appraising the Wage Payment to Farmer Employees* (hereinafter referred to as the *Measures*), deciding, from 2017 to 2020, to conduct annual appraisal on all people's governments at provincial (district and city) levels as well as the Xinjiang Production and Construction Corps for their work of safeguarding the payment of wages to farmer employees, in order to promote the implementation of responsibilities of territorial regulation on safeguarding the wage payment to farmer employees and to actually safeguard the labor remuneration rights of farmer employees.

《办法》共13条，明确了考核的主体和对象、考核的内容和程序、考核分

级和评价标准、考核结果的运用等事项。考核工作在国务院领导下，由解决企业工资拖欠问题部际联席会议负责实施，部际联席会议办公室具体组织落实。

《办法》指出，考核工作要坚持目标导向、问题导向和结果导向，强调突出重点，注重实效。考核对象是各省级政府。考核内容主要包括加强对保障农民工工资支付工作的组织领导、建立健全工资支付保障制度、治理欠薪特别是工程建设领域欠薪工作成效等情况。

《办法》规定，考核分为三个步骤。一是省级自查。由各省级政府对照考核方案及细则，对考核年度保障农民工工资支付工作进展情况和成效进行自查，形成自查报告报部际联席会议办公室。二是实地核查。由部际联席会议办公室组织各成员单位组成考核组，采取抽查等方式，对省级政府自查报告进行实地核查。三是综合评议。根据省级政府自查报告，结合实地核查等情况，由部际联席会议办公室组织各成员单位进行考核评议，形成考核报告。

《办法》指出，考核结果分为A、B、C三个等级。考核结果作为对各省级政府领导班子和有关领导干部进行综合考核评价的参考；考核过程中发现需要问责的问题线索，移交纪检监察机关。

《办法》明确，对考核结果为A级的省级政府，由部际联席会议予以通报表扬；对考核结果为C级的省级政府，由部际联席会议对该省级政府有关负责人进行约谈，责成其限期整改并提交书面报告。对在考核工作中弄虚作假、瞒报谎报造成考核结果失实的，予以通报批评，情节严重的，依纪依法追究相关人员责任。

三、五部委：在内地就业港澳台同胞将享公积金待遇

来源:中国新闻网

摘要：近日，住建部等五部门联合印发《关于在内地(大陆)就业的港澳台同胞享有住房公积金待遇有关问题的意见》(建金[2017]237号)(以下简称《意见》)，《意见》规定，在内地(大陆)就业的港澳台同胞，均可按照《住房公积金管理条例》和相关政策的规定缴存住房公积金。缴存基数、缴存比例、办理流程等实行与内地(大陆)缴存职工一致的政策规定。

Summary: In recent days, the Ministry of Housing and Urban-Rural Development and other four departments have collectively issued the *Opinions on Issues concerning the Enjoyment of Housing Provident Fund Treatment by Hong Kong, Macao and Taiwan Compatriots Employed in the Chinese Mainland* (No. 237 [2017] of the Ministry of Housing and Urban-Rural Development) (hereinafter referred to as the *Opinions*). The *Opinions* stipulates that the Hong Kong, Macao and Taiwan compatriots employed in the Chinese Mainland may contribute to housing provident funds in accordance with the *Regulation on the Administration of Housing Provident Funds* and the relevant policies. The contribution base numbers, contribution proportions and handling process, among others, shall be subject to the policy provisions consistent with those for the employees contributing to the funds in the Chinese Mainland.

《意见》明确，已缴存住房公积金的港澳台同胞，与内地(大陆)缴存职工同等享有提取个人住房公积金、申请住房公积金个人住房贷款等权利。在内地(大陆)跨城市就业的，可以办理住房公积金异地转移接续。与用人单位解除或终止劳动(聘用)关系并返回港澳台的，还可以按照相关规定提取个人住房公积金账户

余额。

同时，《意见》要求各地住房公积金管理中心结合当地实际，抓紧出台在内地(大陆)就业的港澳台同胞缴存使用住房公积金的实施办法；要简化办理要件，缩短业务流程，完善服务手段，为港澳台同胞提供高效、便捷的住房公积金服务；要切实抓好政策落实工作，支持更多在内地(大陆)就业的港澳台同胞通过缴存使用住房公积金实现安居。

四、两部委明确企业年金办法：企业缴费每年不超职工工资 8%

来源:中国新闻网

摘要：近日，人社部、财政部联合印发《企业年金办法》，《办法》规定，企业缴费每年不超过本企业职工工资总额的 8%，企业和职工个人缴费合计不超过本企业职工工资总额的 12%。企业当期缴费计入职工企业年金个人账户的最高额不得超过平均额的 5 倍。职工或者退休人员死亡后，其企业年金个人账户余额可以继承。

Summary: In recent days, the Ministry of Human Resources and Social Security and the Ministry of Finance have collectively issued the *Measures Concerning Enterprise Annuities*. The Measures stipulates that the contribution paid by enterprises shall not exceed 8% of the total amount of all employees' wages annually, and the contribution paid by enterprises and by the employees individually shall exceed 12% of the total amount of all employees' wages. The maximum amount for enterprises to contribute the current annuities into the personal account of the employee's enterprise annuity shall not exceed the 5 times of the average amount. After the employee or the retiree dies, the remaining amount in his personal account of annuity may be inherited.

《办法》明确，企业年金是指企业及其职工在依法参加基本养老保险的基础上，自主建立的补充养老保险制度。参加企业职工基本养老保险的其他用人单位及其职工建立补充养老保险的，参照本办法执行。

《办法》规定，企业年金所需费用由企业和职工个人共同缴纳，基金实行完全积累，为每个参加企业年金的职工建立个人账户。企业缴费每年不超过本企业职工工资总额的 8%，企业和职工个人缴费合计不超过本企业职工工资总额的 12%，具体所需费用由企业和职工一方协商确定。

《办法》要求，企业缴费应当按照企业年金方案确定的比例和办法计入职工企业年金个人账户，职工个人缴费计入本人企业年金个人账户。企业当期缴费计入职工企业年金个人账户的最高额不得超过平均额的 5 倍。

《办法》规定，职工企业年金个人账户中企业缴费及其投资收益，企业可以与职工一方约定其自始归属于职工个人，也可以约定随着职工在本企业工作年限的增加逐步归属于职工个人，完全归属于职工个人的期限最长不超过 8 年，并明确了几种例外情形。

《办法》规定，职工达到国家规定的退休年龄或者完全丧失劳动能力时，可以从本人企业年金个人账户中按月、分次或者一次性领取企业年金，也可以将本人企业年金个人账户资金全部或者部分购买商业养老保险产品，依据保险合同领取待遇并享受相应的继承权。出国(境)定居人员的企业年金个人账户资金，可以根据本人要求一次性支付本人。职工或者退休人员死亡后，其企业年金个人账户

余额可以继承。

《办法》将自 2018 年 2 月 1 日起施行。

五、上海:宣判首例外籍人员拒不支付劳动报酬案件

来源：中国劳动保障报、

摘要：上海近日宣判首例外籍人员拒不支付劳动报酬案件， 拖欠 158 名员工 60 多万元工资的洪某拒不支付劳动报酬罪名成立， 被判处拘役 5 个月，并处罚金 4 万元，洪某也由此成为上海首位因拒不支付劳动报酬被追究刑事责任的外籍人士。

Summary: Shanghai has recently announced the judgment of its first case on foreign employer to refuse the payment of labor remuneration, in which case, Mr. Hong was convicted of the crime of refusal of payment of labor remuneration by defaulting the payment of remuneration of 600,000 yuan to 158 employees, and was punished with 5-month criminal detention and 40,000 yuan fines. Mr. Hong has as a result become the first foreigner who is punished with criminal liabilities due to refusal to pay labor remuneration.

2017 年 2 月 7 日，上海市青浦区劳动保障监察大队接到反映，明信时装（上海）有限公司法定代表人和实际经营人洪某 （外籍人士）失联，涉嫌拖欠员工工资。监察人员随即开展调查， 发现洪某在 2017 年春节前回国后直到工厂的开工时间依然没有出现，公司实际停止生产经营，拖欠 158 名员工 1 月份工资共计人民币 608089.25 元。

2 月 23 日，青浦区人社局对该企业作出行政处理决定，责令其限期补发拖欠的员工工资，企业逾期未补发，人社部门随后向青浦区人民法院申请诉前财产保全。

3 月 15 日， 因洪某有欠薪逃匿嫌疑， 青浦区人社局将此案作为涉嫌拒不支付劳动报酬罪移送公安机关。 3 月 16 日， 青浦区公安机关对洪某立案侦查并上网追捕。企业所在地的香花桥街道根据案件实际情况启动劳资纠纷应急处置办法，对员工工资进行垫付。

今年 8 月， 洪某在辽宁被公安机关抓获，心生悔意的洪某随后支付了拖欠的工资、经济补偿金、 年休假工资和退休人员劳务费等 300 余万元。 但是， 由于洪某此前的欠薪逃匿行为，青浦区人民检察院于 9 月 6 日对其实施批捕并提起公诉。

12 月 19 日， 青浦区人民法院对该案进行开庭审理。庭审中，青浦区人民检察院检察官张昌明指出，洪某在明知欠薪的情况下，长达 7 个月没有回到中国，以逃匿的方法逃避支付劳动者的劳动报酬，已经构成拒不支付劳动报酬罪。

青浦区人民法院对该案当庭宣判，拒不支付劳动报酬罪名成立， 洪某被判处拘役 5 个月，并处罚金 4 万元。

六、北京：统一城乡医保

来源：经济参考报

摘要：北京市政府日前发布《北京市城乡居民基本医疗保险办法》，明确自 2018 年 1 月 1 日起实施统一的城乡居民医疗保险制度。这标志着北京市居民医保制度彻底打破城乡二元分割结构，城乡医保制度在覆盖范围、筹资政策、保障

待遇、医保目录、定点管理、基金管理六个方面将实现完全统一。

Summary: The Beijing Government has recently issued the *Measures Concerning Basic Medical Insurance for Urban and Rural Residents in Beijing*, Clarifying that as of January 1, 2018, the unified system of medical insurance for urban and rural residents shall be executed. This demonstrates that the medical insurance system for Beijing residents have completely eradicated the urban-rural dual structure, and the urban-rural medical system shall totally be coordinated in terms of the six aspects including the scope of the insured, the policy of raising funds, treatment safeguarding, medicines list, fix-point management and management on funds.

网民称，统一城乡居民医疗保险制度，“一碗水端平”，是利民惠民之举。北京市的做法可以考虑在全国进一步铺开，有条件的城市不妨加以借鉴，让更多的人享受到福利。

统一城乡医保凸显公平

有网民称，随着城乡一体化进程的加快和医药卫生体制改革的不断深入，新型农村合作医疗和城乡居民基本医疗保险这两项医保制度的整合势在必行，以实现城乡之间社会保障制度的全面统一。在这方面，北京市作出了表率。

网民“徐仁忠”表示，城乡居民医保制度的统一，对于城乡居民公平享有基本医疗保险权益，增进人民福祉，统筹城乡协调发展、全面建成小康社会，都将形成重要的促进和支撑。

据悉，制度统一后，北京市参保人员待遇水平有明显提升，财政补助标准大幅提高，定点医疗机构选择范围进一步扩大。其中，门诊最高报销比例达到 55%，比原来提高了 5 个百分点；住院最高报销比例达到 80%，比原来提高了 5 至 10 个百分点。同时，城乡居民医保覆盖范围进一步扩大。北京市户籍人员的外埠户籍配偶、子女，没有其他基本医疗保障的也可参加本市城乡居民医保。

经济发达地区可以效仿

有网民称，城乡医保统一以后，北京市农村居民也将发放社保卡，享受持卡就医实时结算，无需再先行垫付医药费，这将减轻农村居民就医经济负担。

据悉，北京之前的两类医保基金均由财政补助和个人筹资两部分组成。在统一后，财政将继续加大补助力度，人均补助标准由原来的 1000 元和 1040 元提高到 1430 元，提高 40%。同时，一老一小的个人缴费每人每年为 180 元，劳动年龄内居民个人缴费每人每年 300 元。

网民“亦新”提出，城乡医保统一，农民将大大受益，值得推广，这也是医疗改革和新型城镇化的应有之义。但这也对地方财政提出了较高的要求。北京市的财政较为充沛，可以承受城乡医保统一的负担，但对于财力不足的地方而言，向北京市看齐明显是一道难题。不过，这并不妨碍那些经济发达的地方效仿借鉴。从长远而言，不仅要做到城乡无差别，也要做到首都和地方无差别，这才是最大化的公平。

七、广东：单位和雇主应对停工停业期 薪酬福利作出约定

来源：东莞阳光网

摘要：日前，《广东省防汛防旱防风条例（草案）》提请省十二届人大常委会第三十七次会议审议。草案规定，单位和雇主在与个人签订劳动合同时，应对停

课、停工、停产、停运、停业期间的权利义务、薪酬福利等作出相应约定。

Summary: In recent days, the *Regulation of Guangdong Province on Flood, Draught or Wind Prevention (Draft)* has been submitted to the 37th Session of the Standing Committee of the People's Congress of Guangdong Province. The *Draft* stipulates that the units and employers, when signing labor contracts with individuals, shall stipulate on rights and obligations, the payment and welfare and etc. in its agreements during the period of stopping class, work, production, operation or closing business.

在工程抢险方面，草案明确，水利、电力、交通、通信、市政、渔港、石油、化工、天然气、冶炼等工程设施因暴雨、洪水、内涝和台风发生险情时，工程设施管理单位应当立即采取抢护措施，并及时向其行业主管部门报告；行业主管部门应当立即组织抢险，并报告同级防汛防旱防风指挥机构。

草案还规定防汛应急响应启动后，住房城乡建设、交通运输、水利、排水、城市管理、铁路等部门和单位应当根据职责分工，加强内涝防御措施的监督检查，指挥本部门、本单位做好预排预泄、应急排水、设施抢险、交通疏导、人员救援等内涝防御工作。

草案明确，台风预警信号生效期间，建设单位、施工单位应当采取加固措施，加强工棚、脚手架、井架等设施和塔吊、龙门吊、升降机等机械、电器设备的安全防护，受台风影响较大的地区应当停止高空作业和户外施工，停止大型户外集会、活动。户外设施及树木的所有者、经营管理者应当及时对简易建筑物、交通指示牌、电线杆、铁皮屋、彩钢瓦、广告牌、霓虹灯、水箱、宣传条幅、塑料膜、遮阳网膜等各类户外设施及树木予以加固或者拆除，消除安全隐患。有关单位、社区、物业服务企业和个人应当采取措施，防止阳台、窗台、露台、屋顶上的搁置物、悬挂物坠落。

同时，台风、暴雨预警信号生效期间，可能受影响地区的滨海浴场、景区、自然保护区、公园、游乐场等主管部门和经营管理单位应当及时发出警示信息，适时采取停止营业、关闭相关区域、组织人员避险等措施。滨海浴场、景区、自然保护区、公园、游乐场等经营管理单位应当在洪涝、台风灾害影响区和关键部位设立明显的警示标牌，预设人员应急疏散引导线路，明确避险转移安置安全区域。

在法律责任方面，草案规定，未采取防风措施的，由县级以上人民政府水行政主管部门责令限期改正；逾期不改正的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款；造成损失的，依法承担赔偿责任。未按照规定停课、停工、停产、停运、停业，造成人员伤亡或者财产损失的，应当依法赔偿；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；违反《治安管理处罚法》的，由公安机关依法给予处罚；造成人员严重伤亡或者重大财产损失，涉嫌犯罪的，移送司法机关依法处理。

八、陕西:为 16 家企业发放稳岗补贴 3369 万元

来源：中国劳动保障报

摘要：近日，陕西省人社厅为咸阳纺织集团公司等 16 家企业发放稳岗补贴 3369.08 万元。三年来，该省共发放稳岗补贴 15.95 亿元，惠及 7445 户企业 281.34 万名职工，稳定就业岗位。

Summary: In recent days, the Bureau of Human Resources and Social Security

of Shanxi Province has distributed 33,690,000 yuan of job stabilization subsidies to Xianyang Textile Group Co. and other 15 enterprises. Since the three years, this province has distributed job stabilization subsidies over 1.595 billion yuan in total, supporting 7445 enterprises and 2.8134 million employees in order to stabilize their employment.

陕西省人社厅积极运用失业保险基金帮扶企业发展， 稳定就业岗位。在经办工作中简化工作流程， 按照“数字化经办、 零距离服务” 要求，实行 “一站式”申请、 “一条龙”服务，做到就地就近申报，便捷服务企业，提高发放效率。在日常管理中做好实名制登记，将稳岗补贴纳入系统和预算管理，做到每一笔补贴资金录入信息系统管理，每一项补贴内容对应到具体参保人。 严格对申请条件、缴费情况、 裁员率的 “三审核”， 做好对参保人数、申领人数、享受补贴比例的 “三比对”， 做到定期检查与经常检查相结合、上级检查与自查相结合、发现问题与整改效果相结合的“三结合”。

陕西省通过开展 “护航行动”，推动全省各地全面、规范实施失业保险支持企业稳定岗位政策，坚持兜住民生底线与助力企业发展并重的原则，通过实施失业保险稳岗补贴、技能提升补贴等援企稳岗措施，助推企业发展。

新法规：《天津法院劳动争议案件审理指南》

New Regulation: Guidelines of the Tianjin Courts for the Trial of Labor Dispute Cases

文号：津高法【2017】246号

Document Number: No.246【2017】of the Tianjin High People's Court

公布部门：天津市高级人民法院

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

公布日期：2017年11月30日

Date Issued: November 30, 2017

施行日期：2018年1月1日

Effective Date: January 1, 2018

内容概要：天津市高级人民法院近日向天津市各级法院印发《天津法院劳动争议案件审理指南》（以下简称《指南》），其中涉及受理范围、劳动关系确认、劳动合同订立、变更、解除和终止、工资福利、工伤保险、裁审衔接等八个方面，共计42条意见。执行后，天津法院尚未审结的一审和二审案件适用该指南。

Summary: The Higher People's Court of Tianjin Municipality has recently issued the Guidelines of the Tianjin Courts for the Trial of Labor Dispute Cases (hereinafter referred to as the Guidelines)to the courts at all levels in Tianjin, which involves eight aspects with 42 provisions in total including the scope of acceptance of disputes, the determination of the existence of an employment relationship, the establishment, alteration, cancellation and termination of a labor contract, the salaries and welfare benefits, the work related injury insurance and the mechanism of connection between arbitration and litigation. This Guidelines shall apply to all first-instance cases or second-instance cases which have not been concluded by the Tianjin courts after it takes effect.

亮点：

Highlights:

1、明确因政府主导改制、因工伤、工龄、特岗认定及退休手续办理、因补缴社保、因住房公积金问题引发的争议不属于法院应受理的劳动争议范围。详见《指南》第 2 至 5 条。

It has made it clear that disputes resulting from the issues of the government-driven restructuring, the determination of work related injury, years of work experience and special position, the handling of retirement procedures, the payment of social insurance and the housing provident funds shall not belong to the scope of acceptance of labor disputes by courts. See Articles 2-5 in the *Guidelines*.

2、列明认定劳动关系的几个特殊考虑因素，如劳动者是否独立从事业务或经营活动、劳动者是否有权将工作分包给他人完成、生产资料一般由谁提供、劳动者提供的劳务是继续性的还是一次性的。详见《指南》第 6 条。

It has listed several elements which needs to be taken into special consideration for determining the existence of an employment relationship, for example, whether an employee independently engages in work or business activities, whether an employee has the right to contract his work to others, who provides the manufacturing materials in general, whether an employee provides labor service continuously or at one time. See Article 6 in the *Guidelines*.

3、《指南》在多个方面体现出强调单位有过错为前提才承担责任或加重责任的倾向，主要体现在以下几点：

The *Guidelines* tends to emphasize that only the employer has fault can it take liability or aggravated liability, which mainly reflects in the below aspects:

（1）雇佣退休人员的关系认定方面：一般认定为劳务关系；但如果是因为用人单位原因导致劳动者已达退休年龄但未享受养老待遇，认定为双方形成劳动关系。详见《指南》第 10 条。

Regarding the determination of the relationship for employing retirees: It shall generally be regarded as a labor service relationship, however, in a situation where an employee has reached the retirement age but failed to enjoy the retirement benefits due to the employer’s reasons, it then shall be regarded as a labor relationship. See

Article 10 in the *Guidelines*.

（2）用人单位单方调整工作岗位的合法性审查方面：用人单位因生产经营状况发生较大变化，经济效益出现下滑等客观情况，对内部经营进行调整，由此导致劳动者岗位变化、待遇水平降低，劳动者主张用人单位违法调整工作岗位、降低待遇水平的，不予支持。详见《指南》第 19 条第 2 款。

Regarding the review on the legality if an employer unilaterally adjusts the job position of an employee: In a situation where an employer makes adjustments on its internal management due to the objective situations which the business conditions have changed greatly or the economic benefits have declined, and as a result its employee's job position is changed or benefits are reduced, the employee shall not be supported for his claim that the employer illegally adjusts his job position or reduces his benefits. See Paragraph 2, Article 19 in the *Guidelines*.

（3）《劳动合同法》第 38 条的适用——未及时足额支付劳动报酬而被迫辞职方面：非因用人单位故意或者重大过失导致未及时足额支付劳动报酬的，不适用《劳动合同法》第 38 条关于被迫解除的规定。详见《指南》第 26 条。

The application of Article 38 of the *Labor Contract Law*—regarding the forced resignation in a situation where an employer fails to timely pay the full amount of remuneration: If an employer does not have intention or gross negligence for its failure to timely pay the full amount of remuneration, the stipulation on the forced resignation in Article 38 of the *Labor Contract Law* shall not be applied. See Article 26 in the *Guidelines*.

（4）《劳动合同法》第 38 条的适用——未依法缴纳社保费而被迫辞职方面：劳动者据此提出被迫解除，用人单位对此有过错的，原则上应予支持；原则上用人单位应当“自证清白”，但在社保费缴费计算问题上，需要经过行政处理前置程序且单位未在限期内改正，才支持被迫解除。详见《指南》第 27 条。

The application of Article 38 of the *Labor Contract Law*—regarding the forced resignation in a situation where an employer fails to pay social security premiums for the employees: An employee shall be supported in principle if he submits his forced resignation on this ground and the employer is at fault. In principle, the employer shall “demonstrate its innocence”, however on the matter of calculating the social

security premiums, the forced resignation can only be supported after the administrative pre-procedure is over and the employer still fails to correct within the time limit. See Article 27 in the *Guidelines*.

4、细化用人单位违法解除劳动合同的赔偿金与继续履行竞合时根据不同的情形来处理，消除了地区实践中在该问题上的诸多分歧。详见《指南》第 28 条。

In the event of concurrence of indemnity and continued performancefor illegal dismissal of labor contract by an employer, it has refined the handling according to different situations, which as a result has eliminated many disagrees on this issue in practice among various regions.See Article 28 in the *Guidelines*.

5、在年终奖发放问题上，《指南》体现出了明显偏向劳动者的倾向：即使有人单位制度有明确相反规定，已离职员工还是可以按照实际工作时间获得年终奖。

On the issue of year-end bonus, the *Guidelines* has obviously favored the right of employees: A resigned employee may still be entitled with year-end bonus according to his actual working period even if the employer stipulates otherwise.

新法规链接：

关于印发《天津法院劳动争议案件审理指南》的通知

第一、二中级人民法院，海事法院，各区人民法院（滨海新区人民法院各审判管理委员会），铁路运输法院，本院相关部门：

《天津法院劳动争议案件审理指南》经市高级人民法院审判委员会 2017 年 10 月 20 日第 30 次会议讨论通过，现予印发。本指南自 2018 年 1 月 1 日起执行。本指南执行后，我市法院尚未审结的一审，二审案件适用本指南，已经生效的判决、裁定，不得适用本指南的规定进行再审。执行中如遇到问题、请及时向高院民一庭报告。

天津市高级人民法院
2017 年 11 月 30 日

天津法院劳动争议案件审理指南

一、劳动争议案件的受理范围

1.【法院应依法受理的劳动争议案件的范围】人民法院应当按照法律、行政法规、司法解释的规定受理劳动争议案件，依法维护劳动者、用人单位等各方主体的合法权益。

2.【政府部门主导改制过程中发生的纠纷】因企业自主改制引发的争议，人民法院应予受理. 对于政府部门主导的企业改制引发职工下岗、内退、买断工龄或者整体拖欠工资等争议，以及“三类企业”在退出市场过程中引发的工资福利、社会保险、工伤赔偿等争议，应告知当事人向政府有关部门申请解决。

3.【因工伤、工龄、特岗的认定及退休手续发生的纠纷】工伤、工龄、特岗的认定和办理退休手续等属于劳动行政部门的主管范围，劳动者与用人单位发生以上争议的，应当告知当事人向劳动行政部门申请解决.

4.【社保机构主管的社保纠纷】劳动者与用人单位就以下事项发生争议的，应当告知劳动者向社会保险机构或者相关行政部门申请解决：
（1）用人单位未为劳动者建立社会保险关系，但根据政策规定可以补办，劳动者要求用人单位补办的；
（2）劳动者请求用人单位增加社会保险险种、补足缴费基数、变更参保地的；
（3）劳动者与用人单位因养老保险缴费年限发生争议的。

5.【住房公积金纠纷】劳动者与用人单位因住房公积金发生的争议，属于住房公积金行政管理部门的管理职责范围，应当告知当事人向住房公积金行政管理部门申请解决。

二、劳动关系的确认

6.【认定劳动关系的基本要素】确定当事人之问是否成立劳动关系，可以综合考虑下列因素：
（1）用人单位与劳动者订立劳动合同；
（2）劳动者实际接受用人单位的管理、指挥与监督；
（3）用人单位向劳动者支付工资性劳动报酬；
（4）劳动者被纳入用人单位的组织体系中从事劳动，而不是从事独立的业务或者经营活动；
（5）劳动者无权将工作分包给他人完成；
（6）生产资料一般由用人单位提供；
（7）劳动者提供的劳务是继续性的而不是一次性的；
（8）用人单位为劳动者缴纳社会保险费。

7.【劳动行政部门认定工伤过程中认定劳动关系的处理】劳动行政部门在认定工伤程序中对于双方当事人是否具有劳动关系已进行确认，当事人不服提起民事诉讼的，应当向当事人释明可以就工伤认定争议提起行政诉讼。当事人坚持提起民事诉讼的，应当裁定驳回起诉。双方当事人发生的其他劳动争议涉及劳动关系认定的，应当确认劳动行政部门在工伤认定程序中作出的劳动关系认定结论，但该结论已经法定程序撤销的除外。

劳动行政部门在工伤认定程序中无法确认双方当事人是否具有劳动关系而告知当事人可以向劳动人事争议仲裁机构申请仲裁，当事人对仲裁结果不服提起民事诉讼的，应当受理，并结合本指南第 5 条的规定对双方当事人是否具有劳动关系作出认定。

8.【雇用在校学生的关系认定】在校学生为完成学习任务到用人单位提供劳动的、双方不构成劳动关系或者劳务关系，在校学生为勤工俭学到用人单位提供劳动的，双方构成劳务关系。

9.【建筑施工、矿山企业的主体责任】建筑施工、矿山企业等将工程或者经营权发包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者主张确认与上述发包人有劳动关系的，不予支持，没有用工主体资格的组织或者自然人违法招用的劳动者因工负伤或者死亡的，由上述违法发包的建筑施工、矿山企业等与实际招用该劳动者的组织或者自然人按照《工伤保险条例》规定的工伤保险待遇承担连带赔偿责任。

10.【雇用退休人员的关系认定】已经享受基本养老保险待遇或者退休金的人员与用人单位之问形成实际用工关系的，按劳务关系处理。

因用人单位原因致使已经达到法定退休年龄的劳动者尚未享受基本养老保险待遇或者尚未领取退休金，劳动者与原用人单位之间形成实际用工关系的，按照劳动关系处理。

11.【设立中的用人单位聘用人员的关系认定】设立中的用人单位不具备用人主体资格，其与劳动者不构成劳动关系，可以认定双方构成劳务关系。用人单位依法设立后，劳动关系的存续期间自颁发营业执照之日起计算。

劳动者在用人单位筹备期间的工作时间不计入本单位工作年限，但双方另有约定的除外，且该约定仅对劳动合同双方具有约束力。

三、劳动合同的订立

12.【未签书面合同的二倍工资】用人单位自实际用工之日起超过一个月不满一年，因用人单位原因未签订书面劳动合同的，应当按照《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资，最长不超过十一个月。

13.【视为订立无固定期限劳动合同的二倍工资】用人单位自用工之日起满一年因己方原因未与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已经订立无固定期限劳动合同，劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资的，不予支持。

14.【合同到期未续订但继续工作的二倍工资】劳动合同期满未续签书面劳动合同，劳动者继续在原用人单位工作，原用人单位未表示异议，劳动者主张用人单位支付未与其签订书面劳动合同二倍工资的，应予支持。二倍工资的支付期限为劳动合同期满一个月的次日至双方补签书面劳动合同的前一日，但最长不超过十一个月。

本条及第 12 条规定的二倍工资的性质不属于劳动报酬，应当将其作为一个整体按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定计算仲裁时效。

15.【用人单位违法不订立无固定期限劳动合同的二倍工资】劳动者要求订立无固定期限劳动合同，用人单位违反《中华人民共和国劳动合同法》第十四条的规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同，用人单位自应当订立无固定期限劳动合同之日起至补签无固定期限劳动合同的前一日，向劳动者每月支付二倍工资。

本条规定的二倍工资性质不属于劳动报酬，应当按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款的规定按月计算仲裁时效。

16.【连续订立二次以上固定期限劳动合同的劳动者要求订立无固定期限劳动合同的处理】劳动者与用人单位连续订立二次以上固定期限劳动合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，劳动者提出或者同意续订劳动合同，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位拒绝与劳动者订立无固定期限劳动合同的，不子支持。

17.【特殊情况下劳动者要求订立无固定期限劳动合同的处理】根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条、四十五条的规定，劳动合同期满，有下列情形

劳动合同应当延续至相应情形消失时终止而使劳动者连续工作满十年的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，用人单位拒绝与劳动者订立无固定期限劳动合同的，不予支持.
（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
（2）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
（3）女职工在孕期、产期、哺乳期的.

18.【书面劳动合同的认定】虽然未订立名称为劳动合同的文本，但订立的其他书面文件已经包含了劳动合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险等内容，明确了双方的主要劳动权利义务，具备劳动合同本质特征的，应当认定双方已经订立了书面劳动合同。

四、劳动合同的变更

19.【用人单位单方调整工作岗位的合法性审查】用人单位对劳动者的工作岗位进行调整，应当同时具备以下条件：
（1）符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度的规定；
（2）符合用人单位生产经营的客观需要；
（3）调整后的工作岗位的劳动待遇水平与原岗位基本相当，但根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项，第二项，因劳动者患病或者非因公负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作而被调整岗位，或者因劳动者不能胜任工作而调整岗位的除外；
（4）调整工作岗位不具有歧视性、侮辱性；
（5）不违反法律法规的规定。
用人单位因生产经营状况发生较大变化，经济效益出现下滑等客观情况，对内部经营进行调整，属于用人单位经营自主权的范畴，由此导致劳动者岗位变化、待遇水平降低，劳动者主张用人单位违法调整工作岗位、降低待遇水平的，不予支持。

用人单位主张调整劳动者工作岗位合法，应承担举证证明责任。

20.【用人单位调整工作地点】用人单位有权根据经营需要调整劳动者的工作地点，但有以下情形之一的，劳动者主张用人单位未经协商一致单方调整工作地点违法的，应予支持：
（1）工作地点的调整具有歧视性、侮辱性；
（2）明显增加劳动者工作成本，但用人单位提供了相应补偿或者替代条件可以基本弥补劳动者增加的工作成本的除外；
（3）即使用人单位提供了相应补偿或者替代条件，但劳动者订立劳动合同的目的仍然落空的；
（4）违反劳动合同对工作地点约定的。
劳动者对用人单位调整工作地点存在上述情形承担举证证明责任。

五、劳动合同的解除和终止

21.【用人单位合法解除劳动合同的审查要件】认定用人单位合法解除劳动合同，应当审查以下要件：
（1）用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同，且不存在欺诈、胁迫或者重大误解的情形；
（2）用人单位向劳动者作出解除劳动合同的意思表示，该意思表示具体明确且已经到达劳动者，用人单位对其解除劳动合同的具体原因承担举证证明责任；
（3）用人单位解除劳动合同符合劳动合同的约定或者规章制度的规定，且该约定或者规定不违反法律规定的；
（4）用人单位解除劳动合同符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条、第四十条、第四十一条的规定；
（5）已经建立工会的用人单位根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条、第四十条的规定解除劳动合同，事先已经通知工会；或者虽未通知工会，但是在起诉前已经补正有关程序。
未建立工会的用人单位根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条、第四十条规定解除劳动合同，劳动者以用人单位未通知所在地工会或者行业工会为由主张违法解除劳动合同的，不予支持。

22.【用人单位解除劳动合同的通知形式】用人单位单方解除劳动合同的，可以采取口头形式或者书面形式通知。采取口头形式的，用人单位应当承担举证证明责任；采取书面形式的，应当将解除劳动合同通知当面送达劳动者或者送达至劳动者预留的有效通讯地址。用人单位未完成上述送达手续直接采用登报公告等形式通知，劳动者主张不发生解除劳动关系效力的，应予支持。

23.【规章制度的制定程序】对于《中华人民共和国劳动合同法》第四条第二款规定的规章制度，用人单位制定时经过以下程序之一的，可以认定为已经经过民主议定程序：
（1）经过职工代表大会或者全体职工讨论协商；
（2）与用人单位工会平等协商；
（3）与用人单位职工代表平等协商。

24.【试用期不符合录用条件】用人单位以劳动者在试用期内被证明不符合录用条件为由解除劳动合同，并同时符合以下条件的，应予支持：
（1）用工之前已经向劳动者告知录用条件；
（2）录用条件应当符合劳动合同目的，与工作岗位、工作能力相联系，不存在设定明显不能完成的、超过一般劳动者平均水平的条件，不存在歧视性条件，不违反法律法规的规定；
（3）劳动者被证明不符合录用条件，且用人单位在试用期满之前明确通知劳动者解除劳动合同。

25.【《劳动合同法》第三十八条的适用：明示被迫辞职的理由方可获得经济补偿金】用人单位存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款规定的情形，劳动者以此为由主动解除劳动合同并主张经济补偿金的，应予支持，但劳动者并未以此为理由提出解除劳动合同的除外。

26.【《劳动合同法》第三十八条的适用：未及时足额支付劳动报酬而被迫辞职】用人单位因故意或者重大过失导致未及时足额支付劳动报酬的，劳动者以此为由主张解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，应予支持。

存在以下情形之一，劳动者根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第二项的规定主张解除劳动合同的经济补偿金的，不予支持：

（1）用人单位因自然灾害、经营困难，停产歇业等原因而无法及时足额支付劳动报酬并经所在单位工会同意，用人单位未建立工会的，已经用人单位职工代表同意；
（2）劳资双方对计算劳动报酬的基数、方法等因客观原因理解不一致而最终导致未足额支付劳动报酬的；
（3）劳动者主张的未足额支付劳动报酬的差额系未签订书面劳动合同二倍工资、未休年假工资的；
（4）其他非因用人单位故意或者重大过失导致的未及时足额支付劳动报酬的.

27.【《劳动合同法》第 38 条的适用：未依法缴纳社保费而被迫辞职】劳动者以用人单位未建立社会保险关系、无正当理由停缴社会保险费，或者社会保险费缴费基数不符合法律规定为由解除劳动合同，并请求用人单位支付经济补偿金，用人单位对此有过错的，属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第三项规定的情形，应子支持。

劳动者主张社会保险费缴费计算不符合法律规定，应当提供社会保险征缴部门或者劳动监察部门出具的限期补缴通知书或者限期整改指令书等证据予以证明。劳动者未举证证明的，对其主张不予支持；劳动者已举证证明且用人单位未在限期内改正的，应当支持劳动者的主张.

上述两款规定的情形中，推定用人单位有过错，但用人单位举证证明无过错的除外。

28.【用人单位违法解除劳动合同的赔偿金与继续履行竞合问题的处理】用人单位违法解除劳动合同，劳动者要求继续履行合同并主张用人单位支付赔偿金及因违法解除劳动合同而导致的工资损失的，应当区分以下情况分别处理：

（1）劳动合同具备继续展行条件的，应当判决双方继续履行劳动合同，同时还应当判决用人单位向劳动者支付自违法解除劳动合同之日起至判决生效之日止的工资损失；

（2）劳动合同不能继续履行的，应当根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条的规定判决用人单位向劳动者支付赔偿金，但不宜再判决用人单位支付自违法解除劳动合同之日起至劳动合同到期终止之日止《即劳动合同剩余期限）的工资损失；

（3）劳动合同虽然具备继续履行条件，但已在劳动仲裁或者法院审理期间届满的，不应当再判决继续履行劳动合同，而应当判决用人单位向劳动者支付自违法解除劳动合同之日起至劳动合同届满之日止的工资损失。同时，还应当判令用人单位向劳动者支付合同到期终止的经济补偿金，不宜再判决用人单位向劳动者支付赔偿金。

本条规定的工资损失，是指用人单位违法解除劳动合同之日前劳动者十二个月的月平均应得工资，劳动者在该用人单位工作不满十二个月的，按照实际工作月数计算月平均工资。该工资数额高于本市公布的上年度职工月平均工资三倍的，应当按照职工月平均工资三倍的数额确定。上述工资数额无法查明的，以劳动者所在行业平均工资为准。

29.【终止劳动合同的通知问题】劳动合同到期终止，劳动者以用人单位未履行通知义务为由主张违法终止合同的，不予支持。

用人单位根据《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》第十六条第一款的规定终止劳动关系的，应当通知劳动者。未通知的，不发生终止劳动关系的法律后果。通知的形式及效力比照本指南第 22 条的规定处理。

30.【《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条规定的新用人单位的理解】《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条所规定的“新用人单位”宜理解为相对概念，劳动者可以选择向任一原用人单位主张权利，被选择的用人单位相对于之前的用人单位而言即为“新用人单位”。

31.【违法解除劳动合同的赔偿金】用人单位违法解除劳动合同、劳动者请求用人单位支付赔偿金的，赔偿金计算年限应当区分《中华人民共和国劳动合同法》实施前后而分别计算.《中华人民共和国劳动合同法》实施前，是否支持劳动者提出的赔偿金的诉讼请求，应当按照当时的法律法规执行；《中华人民共和国劳动合同法》实施后，赔偿金计算年限自用工之日起计算，最早自 2008 年 1 月 1 日起算。

六、工资福利

32.【加班事实的举证证明责任】劳动者有证据证明用人单位实行考勤制度，其主张考勤记录、工资台账由用人单位保存的，用人单位应当提交至少两年的考勤记录及工资台账，不能提交的应当承担不利后果。劳动者主张的两年以上的加班事实，应当提供证据予以证明。两年的起算时间为劳动者提起劳动争议仲裁之日。

劳动者主张用人单位提交的考勤记录不真实，但无法提供证据予以证实的，不予支持。

33.【加班费基数】用人单位与劳动者约定了加班费计算基数，且不低于最低工资标准的，从其约定。用人单位与劳动者未约定加班费计算基数的，应根据集体

劳动合同确定。没有集体劳动合同的，应按照劳动者应得工资确定。劳动者应得工资难以确定的，以劳动者主张权利或者劳动关系解除、终止前 12 个月的平均工资（含奖金）作为计算加班费的基数。

月平均工资指劳动者在法定工作时间内提供正常劳动后应得的月工资收入。双方对月平均工资有约定且不低于最低工资标准的，从其约定；没有约定或者约定不明的，按照《中华人民共和国劳动合同法》第十八条的规定确定月平均工资；按照《中华人民共和国劳动合同法》第十八条的规定仍然不能确定月平均工资的，应当按照劳动者应得的月收入扣除法定福利待遇、用人单位可自行决定给付的福利待遇以及非工资性补贴（如冬季取暖补贴、集中供热补贴、防暑降温费、上下班交通补贴、洗理卫生费福利、托儿补助费、计划生育补贴等）确定，低于最低工资标准的以最低工资标准计算。

34.【约定工资中包括加班费】用人单位与劳动者约定了正常工作时间工资标准，且约定应发工资中包含加班费的，从其约定。但核算后的加班费基数标准不符合本指南第 33 条规定，劳动者要求用人单位补齐的，应予支持。

用人单位与劳动者约定了正常工作时间工资标准，但未约定应发工资中是否包含加班费的，如用人单位有证据证明应发工资中已经包含正常工作时间工资和加班费的，可以认定用人单位已经支付的工资中包含加班费。但核算后的加班费基数标准不符合本指南第 33 条规定，劳动者要求用人单位补齐的，应予支持。

用人单位与劳动者未约定正常工作时间工资标准，亦未约定应发工资中是否包含加班费的，如用人单位有证据证明应发工资中已经包含正常工作时间工资和加班费的，可以认定用人单位已经支付的工资中包含加班费，但核算后的加班费基数标准不得低于最低工资标准。
劳动法行天下发
本条规定的正常工作时间工资低于最低工资标准的，应当按照最低工资标准计算。

35.【加班和值班】用人单位因安全、消防、节假日值守等需要，安排劳动者从事与本职工作无直接关系的值班任务，劳动者要求用人单位支付加班费的，不予支持，但劳动者可以要求用人单位依照劳动合同、规章制度、集体合同的规定给予相应待遇。

36.【工资结算协议】用人单位与劳动者就劳动报酬的计算、支付达成结算协议的，应认定有效，但有证据证明签订协议时存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平或者乘人之危等违背当事人真实意思表示的情形除外。

按照前款规定的结算协议并结合用人单位已经发放的劳动报酬数额，劳动者应得工资经核算低于最低工资标准的，用人单位应当补齐应得工资与最低工资标准之间的差额。

37.【年终奖发放】用人单位以规章制度、通知、会议纪要等规定有权利领取年终奖的劳动者范围为年终奖实际发放之日仍然在职的劳动者为由，拒绝向考核年

度内已经离职的劳动者发放年终奖的，如该年终奖属于劳动报酬性质，劳动者请求给付年终奖的，应予支持。劳动者在年终奖对应的考核年度工作不满一年的，用人单位应当按照劳动者实际工作时间占全年工作时间的比例确定发放年终奖的比例。

七、工伤保险问题

38.【工伤赔偿协议的效力】劳动者发生工伤，用人单位与劳动者达成赔偿协议后，劳动者又提起仲裁和诉讼，要求用人单位按照工伤保险待遇赔付的，对该协议应当区分以下情况处理：
（1）如果该赔偿协议是在劳动者已被依法认定为工伤且已完成劳动能力鉴定的前提下签订，不存在《中华人民共和国民法总则》第一百四十八条至第一百五十一条规定的情形的，应认定有效；
（2）如果该赔偿协议是在劳动者未经劳动行政部门依法认定为工伤且未完成劳动能力鉴定的情形下签订，劳动者实际所获补偿明显低于法定工伤保险待遇标准，劳动者主张该赔偿协议违反其真实意思表示，请求依法予以撤销，或者主张用人单位补足双方协议低于工伤保险待遇的差额部分的，应予支持。

劳动者主张上述赔偿协议违反其真实意思表示应予撤销的，应当根据《中华人民共和国民法总则》第六章第三节的相关规定进行审查和处理。

39.【工伤赔偿与民事赔偿是否兼得的问题】被侵权人有权获得工伤保险待遇或者其他社会保险待遇的，侵权人的侵权责任不因受害人获得社会保险而减轻或者免除。根据《中华人民共和国社会保险法》第三十条和四十二条的规定，被侵权人有权请求工伤保险基金或者其他社会保险支付工伤保险待遇或者其他保险待遇。

用人单位未依法缴纳工伤保险费，劳动者因第三人侵权造成人身损害并构成工伤，侵权人已经赔偿的，劳动者有权请求用人单位支付除医疗费之外的工伤保险待遇。用人单位先行支付工伤保险待遇的，可以就医疗费用在第三人应承担的赔偿责任范围内向其追偿。

40.【双方均未在法定期限内申报工伤的处理】用人单位与劳动者均未在《工伤保险条例》第十七条规定的时限内申报工伤，劳动行政部门也不再受理双方提出的工伤申请，劳动者主张用人单位支付工伤保险待遇的，不予支持，但应当释明劳动者可以按照《中华人民共和国侵权责任法》另打提起人身损害赔偿的诉讼请求。

八、劳动人事争议仲裁与诉讼的衔接问题

41.【裁审衔接】劳动者向劳动人事争议仲裁机构申请劳动人事争议仲裁，仲裁机构按照撤诉处理的，劳动者向人民法院起诉，人民法院不予受理。已经受理的，应当裁定驳回起诉，劳动者再次申请劳动人事争议仲裁，仲裁机构作出不予受理通知后，劳动者向人民法院起诉的，人民法院应当受理。

42.【终局裁决与非终局裁决救济途径的衔接】劳动人事争议仲裁机构裁决案件时，因裁决内容同时涉及终局裁决和非终局裁决而分别制作裁决书的，当事人依法分别向中级人民法院申请撤销仲裁裁决和向基层人民法院起诉的，如非终局裁决是终局裁决前提的，中级人民法院应当中止审查，待当事人非终局裁决的案件作出生效裁判后再恢复审查。

新法规：《上海市人民代表大会常务委员会关于修改<上海市职工代表大会条例>的决定》

New Regulation: Decision of the Standing Committee of the People's Congress of Shanghai Municipality on Revising the<Regulations of Shanghai Municipality on Employees' Representatives Conference>

公布部门：上海市人民代表大会常务委员会

Issuing Department: the Standing Committee of the People’s Congress of Shanghai Municipality

公布日期：2017年11月23日

Date Issued: November 23, 2017

施行日期：2018年1月1日

Effective Date: January 1, 2018

内容概要：2017年11月23日，上海市人大常委会第四十一次会议表决通过《上海市人民代表大会常务委员会关于修改<上海市职工代表大会条例>的决定》，新修订的《上海市职工代表大会条例》（以下简称“新《条例》”）新增和修改的条文共13条（其中新增3条、修改10条），条文数量从48条增至51条。

Summary: On November 23, 2017, the Decision of the Standing Committee of the People's Congress of Shanghai Municipality on Revising the <Regulations of Shanghai Municipality on Employees' Representatives Conference>was adopted at the 41st Session of the Standing Committee of the People’s Congress of Shanghai Municipality. The newly revised Regulations of Shanghai Municipality on Employees' Representatives Conference (hereinafter referred to as “the new Regulation”) has 13 provisions in total which have been added and amended (including 3 new provisions and 10 amended provisions), and the number of the provisions has been increased from 48 to 51.

主要修改点：

Main points for the revision:

1、强调加强党的领导和政府及相关部门各方面职责

It has strengthened the leadership of the Party and enhanced the responsibilities in various aspects of the government and the relevant departments.

（1）新《条例》中专门增加了“加强党的领导”的相关内容，详见第三条；

The new *Regulation* has special contents on “strengthening the leadership of the Party”. See Article 3;

（2）增加了政府相关部门对职代会制度实行情况进行检查的内容，要求各级政府及相关部门在《条例》实施中，积极发挥组织协调、督促检查等重要作用，详见第七条、第四十五条。

It has added the content of inspection by the relevant governmental department over the Employees’ Representative Conference, and demanded governments and relevant departments at all levels to play an active role in organizing coordination and urging inspection during the process of executing the *Regulation.*See Article 7 and Article 45.

2、 职代会职权修改针对当前企业深化改革、转型改制、股权变更等新问题

The revision on the power of the Employees’ Representative Conference targets the new issues regarding the enterprises’ deepening reform, transformation and restructuring, equity modification and etc.

（1）新《条例》在职代会审议建议事项中增加有关“企事业单位改革改制中职工分流安置、经济补偿等劳动关系变更的方案”的内容，详见第十条第一款；

The new *Regulation* has added the content of “the plan for alteration of labor relationship in relation to the employee resettlement resulting from the relocation, economic compensation and etc. involved in the reform of enterprises and public institutions” to the proposal of the Employees’ Representative Conference;

（2）在职代会审议通过事项中增加有关“企事业单位因劳动关系变更方案引发群体性劳动纠纷，依照规定开展集体协商形成的专项集体合同草案”的，详见第十一条；

The approval of the proposal of the Employees’ Representative Conference has added “the draft for special collective contracts established through collective

consultation according to stipulation in order to solve the mass labor disputes resulting from the plan for alteration of labor relationship with enterprises and public institutions". See Article 11;

（3）明确“企事业单位决定改制、合并、分立、搬迁、停产、解散、申请破产等重大问题，应当依照法律的规定，通过职工代表大会审议或者其他形式听取职工的意见和建议”，详见第十条第二款。

It has made it clear that "the big issues regarding the decisions of enterprises and public institutions on restructuring, combination and division, relocation, suspension of production, dissolution, application for bankruptcy and etc. shall be in accordance with laws, and reviewed by the Employees' Representative Conference or obtain the opinions and suggestions of employees by other means". See Paragraph 2, Article 10.

3、明确职代会部分运行方式和操作程序，新《条例》增加了根据职工代表人数来确定主席团人数的规定，详见第二十三条。

It has specified part of the functioning and operating procedure of the Employees' Representative Conference. The new *Regulation* has added the provision on determining the number of members of the Chairmen's Meeting according to the number of members of the Employees' Representative Conference. See Article 23.

4. 加强对企事业单位违反条例行为的执法刚性

It has strengthened the mandatory law enforcement for the violation of the *Regulation* by enterprises and public institutions.

（1）新《条例》规定市、区人社部门与工会检查企业执行劳动保障法规时，应当检查企业实行职工代表大会制度的情况，详见第四十五条。

The new *Regulation* provides that the human resources and social security departments at district and city levels and the federation of trade unions shall inspect the situation of the execution of the Employees' Representative Conference when they examine on the law enforcement of labor security of enterprises. See Article 45.

（2）对企事业单位违反条例规定的行为，工会可以发出“两书”，即工会劳动法律监督整改意见书和工会劳动法律监督处理建议书；政府相关职能部门督促企事业单位限期改正；市总工会将信息纳入市公共信用信息服务平台；人社部门依法作出行政处理，详见第四十六条。

Regarding the violation by enterprises and public institutions of the *Regulation*,

the federation of trade unions may issue “two documents”, i.e. the rectification notice and the handling suggestion from the perspective of the trade union's supervision on the enforcement of labor laws; the relevant functional departments of the governments shall order enterprises and public institutions to make rectification within the prescribed time limit; the municipal general trade union shall incorporate such information in the municipal public credit information service platform; the human resources and social security departments shall make decisions on their administrative handling in accordance with laws. See Article 46.

新法规链接：

上海市人大常委会办公厅公告

《上海市人民代表大会常务委员会关于修改〈上海市职工代表大会条例〉的决定》已由上海市第十四届人民代表大会常务委员会第四十一次会议于2017年11月23日通过，现予公布，自2018年1月1日起施行。

上海市人民代表大会常务委员会
2017年11月23日

上海市人民代表大会常务委员会关于修改《上海市职工代表大会条例》的决定

（2017年11月23日上海市第十四届人民代表大会常务委员会第四十一次会议通过）

上海市第十四届人民代表大会常务委员会审议了市人大内务司法委员会关于提请审议《上海市职工代表大会条例修正案（草案）》的议案，决定对《上海市职工代表大会条例》作如下修改：

一、增加一条，作为第三条：

推进职工代表大会制度建设，应当坚持中国共产党的领导，促进劳动关系和谐发展。

二、将第四条改为第五条，并增加一款，作为第三款：

企事业单位与本单位工会应当协商制定实行职工代表大会制度的具体办法，并纳入本单位的管理制度。

三、将第六条改为第七条，修改为：

本市各级人民政府应当建立健全工作机制，通过与工会召开联席会议或者采取适当方式，推进本地区落实职工代表大会制度。
本市各级国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等有关行政管理部门应当指导、督促、检查企事业单位实行职工代表大会制度。

四、将第九条改为第十条，增加一款，作为第二款，并吸收第（五）项、第（六）项的相关内容；同时，将第（五）项、第（六）项其他内容予以合并：

下列事项应当向职工代表大会报告，接受职工代表大会审议，并通过职工代表大会听取职工的意见和建议：

（一）企事业单位的发展规划，年度经营管理情况和重要决策；

（二）企事业单位制订、修改、决定直接涉及职工切身利益的规章制度或者重大事项，以及改革改制中职工分流安置、经济补偿等劳动关系变更的方案；

（三）工会与企业就职工工资调整、经济性裁员、群体性劳动纠纷和生产过程中发现的重大事故隐患或者职业危害等事项进行集体协商的情况；

（四）职工代表大会工作机构的工作情况、联席会议协商处理的事项；

（五）国有、集体及其控股的企业、事业单位财务预决算等重要事项；

（六）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当向职工代表大会报告的其他事项。

企事业单位决定改制、合并、分立、搬迁、停产、解散、申请破产等重大问题，应当依照法律的规定，通过职工代表大会审议或者其他形式听取职工的意见和建议。

五、将第十条改为第十一条，修改为：

下列事项应当向职工代表大会报告，并由职工代表大会审议通过：

（一）涉及劳动报酬、工作时间、休息休假、保险福利等事项的集体合同草案；

（二）工资调整机制、女职工权益保护、劳动安全卫生等专项集体合同草案；

（三）企事业单位因劳动关系变更方案引发群体性劳动纠纷，依照规定开展集体协商形成的专项集体合同草案；

（四）国有、集体及其控股企业的薪酬制度，福利制度，劳动用工管理制度，职工教育培训制度，改革改制中涉及的职工安置方案，以及其他涉及职工切身利益的重要事项；

（五）事业单位的职工聘任、考核奖惩办法，收益分配的原则和办法，职工生活福利制度，改革改制中涉及的职工安置方案，以及其他涉及职工切身利益的重要事项；

（六）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当提交职工代表大会审议通过的其他事项。

六、将第二十二条改为第二十三条，修改为三款：

职工代表大会选举产生的主席团主持会议，处理大会期间有关重大问题。

职工代表人数在三十人至一百人的，主席团可以设三至五人；职工代表人数在一百人以上的，主席团人数不得少于七人。主席团成员中，一线职工代表的比例不

得少于百分之五十。

职工人数在三十人以下的，可以选举大会执行主席一人，主持召开职工大会。

七、将第三十二条改为第三十三条，第一款修改为：

法律法规规定应当提交职工代表大会审议的事项，未按照法定程序提交的，企事业单位的工会有权以书面形式要求纠正，企事业单位应当根据工会的要求予以纠正，并给予书面答复。

八、将第三十七条改为第三十八条，删去第三款，并将第一款修改为：

社区、产业园区、商业街区、商务楼宇等同一区域内的企业可以联合建立区域性职工代表大会。生产经营业务相同或者相近的企业可以联合建立行业性职工代表大会。

九、增加一条，将第三十七条第三款作为第三十九条，修改为：

乡、镇人民政府和街道办事处应当积极推动实施区域性、行业性职工代表大会制度，支持和保障职工代表大会制度的正常运行，确定相关职能部门履行下列职责：

（一）组织、协调区域性、行业性职工代表大会制度的建立；

（二）指导、督促区域性、行业性职工代表大会落实本条例各项规定、行使各项职权；

（三）会同工会和企业联合组织等确定实施区域性、行业性职工代表大会制度的召集人和责任人；

（四）督促落实区域性、行业性职工代表大会决议；

（五）会同工会和企业联合组织依法对违反本条例规定的企业提出处理建议。

十、将第三十八条改为第四十条，修改为：

区域性、行业性职工代表大会行使下列职权：

（一）听取区域、行业内企业执行劳动法律法规和政策情况报告，区域、行业劳动关系状况报告，并提出意见和建议；

（二）审议区域、行业内企业有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训，以及劳动定额等直接涉及职工切身利益的重大事项，提出意见和建议；

（三）审议通过区域性、行业性集体合同草案和专项集体合同草案；

（四）审查监督区域、行业内企业执行劳动法律法规和区域性、行业性职工代表大会决定事项的情况，履行区域性、行业性集体合同和专项集体合同及缴纳社会保险费等情况；

（五）其他应当由区域性、行业性职工代表大会行使的职权。

十一、增加一条，作为第四十五条：

市和区人力资源社会保障行政管理部门与同级工会对企业执行劳动保障法律法规情况开展联合监督检查时，应当检查企业实行职工代表大会制度的情况。

十二、将第四十三条改为第四十六条，修改为三款：

市和区总工会应当将企事业单位实行职工代表大会制度的情况纳入工会劳动法律法规监督检查的内容。对企事业单位违反本条例规定的行为，可以发出工会劳动法律监督整改意见书，要求企事业单位在九十日内予以改正。对企事业单位逾期不改正的，市和区总工会可以根据需要向同级国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门提出工会劳动法律监督处理建议书。

对违反本条例规定引发群体性劳动纠纷的企事业单位，以及工会开具劳动法律监督处理建议书的企事业单位，国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门应当依法进行调查处理，督促企事业单位在三十日内予以改正。

对企事业单位逾期仍不改正的，由市总工会按照本市社会信用管理的相关规定将该信息纳入市公共信用信息服务平台。对违反劳动保障法律法规的，由人力资源社会保障行政管理部门依法作出行政处理。

十三、将第四十五条改为第四十八条，修改为：

企事业单位违反本条例规定，有下列行为之一的，由市和区人民政府以及国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门责令改正，对企事业单位法定代表人和有关责任人给予批评教育；拒不改正的，依法处理：

（一）阻挠建立职工代表大会制度的；

（二）妨碍职工代表大会依法行使职权的；

（三）应当提交职工代表大会审议和审议通过的事项，未按照法定程序提交，给职工造成损害的；

（四）擅自变更或者拒不执行职工代表大会决议并侵害职工权益的。

此外，根据本市行政区划调整情况，将第四十二条、第四十三条、第四十五条、第四十六条、第四十七条中的“区、县”，均修改为“区”。

经上述修改后，其余条文的顺序作相应调整。

上海市职工代表大会条例

（2010 年 12 月 23 日上海市第十三届人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过　根据 2017 年 11 月 23 日上海市第十四届人民代表大会常务委员会第四十一次会议《关于修改〈上海市职工代表大会条例〉的决定》第一次修正）

第一章　总则

第一条
为了保障职工的民主权利，构建和谐稳定的劳动关系，促进职工和企业、事业单位以及民办非企业单位等组织共同发展，根据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国工会法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国劳动合同法》以及其他有关法律、行政法规，结合本市实际，制定本条例。

第二条
本市行政区域内的企业、事业单位以及民办非企业单位等组织(以下统称“企事业单位”)建立和实施职工代表大会制度，适用本条例。

第三条
推进职工代表大会制度建设，应当坚持中国共产党的领导，促进劳动关系和谐发展。

第四条
企事业单位应当建立职工代表大会制度。
职工人数在一百人以上的企事业单位应当召开职工代表大会；职工人数不足一百人的企事业单位一般召开职工大会。
职工代表大会（或者职工大会，下同）是企事业单位实行民主管理的基本形式，是协调劳动关系的重要制度，是职工行使民主管理权力的机构。
职工代表大会应当充分发扬民主，实行少数服从多数的原则。

第五条
企事业单位应当保障职工代表大会依法行使职权，保障职工依法享有知情权、参与权、表达权和监督权。
职工通过职工代表大会依法参与企事业单位民主管理，支持企事业单位合法的生产经营和管理活动，维护自身合法权益。
企事业单位与本单位工会应当协商制定实行职工代表大会制度的具体办法，并纳入本单位的管理制度。

第六条
企事业单位的工会是职工代表大会的工作机构，承担职工代表大会的日常工作。

第七条
本市各级人民政府应当建立健全工作机制，通过与工会召开联席会议或者采取适当方式，推进本地区落实职工代表大会制度。
本市各级国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等有关行政管理部门应当指导、督促、检查企事业单位实行职工代表大会制度。

第八条
上级工会、行业协会和相关企业联合组织应当指导和帮助企事业单位建立健全职工代表大会制度。

第二章　职权

第九条
职工代表大会依法行使审议建议、审议通过、审查监督、民主选举、民主评议等职权。

第十条
下列事项应当向职工代表大会报告，接受职工代表大会审议，并通过职工代表大会听取职工的意见和建议：
（一）企事业单位的发展规划，年度经营管理情况和重要决策；
（二）企事业单位制订、修改、决定直接涉及职工切身利益的规章制度或者重大事项，以及改革改制中职工分流安置、经济补偿等劳动关系变更的方案；
（三）工会与企业就职工工资调整、经济性裁员、群体性劳动纠纷和生产过程中发现的重大事故隐患或者职业危害等事项进行集体协商的情况；
（四）职工代表大会工作机构的工作情况、联席会议协商处理的事项；
（五）国有、集体及其控股的企业、事业单位财务预决算等重要事项；
（六）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当向职工代表大会报告的其他事项。
企事业单位决定改制、合并、分立、搬迁、停产、解散、申请破产等重大问题，应当依照法律的规定，通过职工代表大会审议或者其他形式听取职工的意见和建议。

第十一条
下列事项应当向职工代表大会报告，并由职工代表大会审议通过：
（一）涉及劳动报酬、工作时间、休息休假、保险福利等事项的集体合同草案；
（二）工资调整机制、女职工权益保护、劳动安全卫生等专项集体合同草案；
（三）企事业单位因劳动关系变更方案引发群体性劳动纠纷，依照规定开展集体协商形成的专项集体合同草案；
（四）国有、集体及其控股企业的薪酬制度，福利制度，劳动用工管理制度，职工教育培训制度，改革改制中涉及的职工安置方案，以及其他涉及职工切身利益的重要事项；
（五）事业单位的职工聘任、考核奖惩办法，收益分配的原则和办法，职工生活

福利制度，改革改制中涉及的职工安置方案，以及其他涉及职工切身利益的重要事项；
（六）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当提交职工代表大会审议通过的其他事项。

第十二条
下列事项应当向职工代表大会报告，并接受审查监督：
（一）职工代表大会提案办理情况；
（二）职工代表大会审议通过的重要事项落实情况；
（三）集体合同和专项集体合同履行情况；
（四）劳动安全卫生标准执行、社会保险费交缴、职工教育培训经费提取使用等情况；
（五）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当向职工代表大会报告并接受审查监督的其他事项。

第十三条
下列人员应当由职工代表大会民主选举产生：
（一）民主管理专门小组（委员会）成员；
（二）董事会和监事会中的职工代表；
（三）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当由职工代表大会民主选举产生的其他人员。

第十四条
下列人员应当接受职工代表大会的民主评议：
（一）董事会和监事会中的职工代表；
（二）国有、集体及其控股企业的高级管理人员，事业单位负责人，以及按照本市有关规定应当接受职工代表大会民主评议的其他人员；
（三）法律法规规定或者企事业单位与工会协商确定应当接受职工代表大会民主评议的其他人员。

第三章　职工代表

第十五条
企事业单位的职工可以当选为职工代表。
职工代表由职工民主选举产生，实行常任制，可以连选连任，任期与职工代表大会届期相同。
选举职工代表一般以分公司、分院（校）、部门、班组、科室等为选区。选举应当有选区全体职工三分之二以上参加，候选人获得选区全体职工半数以上赞成票方可当选。选举结果应当公布。

第十六条
职工代表的构成应当以一线职工为主体，中、高层管理人员不超过百分之二十，但跨地区、跨行业的大型集团型企业的比例可以适当提高。女职工代表比例一般与本单位女职工人数所占比例相适应。
教育、科技、文化、卫生等领域的企事业单位，职工代表应当以直接从事专业技

术工作的人员为主体。

第十七条
职工代表的权利：
（一）在职工代表大会上，有选举权、被选举权、审议权和表决权；
（二）对涉及本单位发展和职工权益的重要事项有知情权、建议权、参与权和监督权；
（三）参加与职工代表履职相关的培训、检查等活动；
（四）因履职活动而占用生产、工作时间，按照正常出勤享受应得的待遇。

第十八条
职工代表的义务：
（一）学习、宣传有关法律法规和政策，提高自身素质，增强参与民主管理的能力，做好本职工作；
（二）联系选区职工，听取职工的意见和建议，表达职工的意愿和要求；
（三）执行职工代表大会决议，做好职工代表大会交办的各项工作；
（四）及时向选区职工通报参加职工代表大会活动和履行职责的情况，接受评议监督；
（五）模范遵守单位规章制度，保守商业秘密。

第十九条
职工代表出现缺额时，应当由原选区依照规定的民主程序及时补选。选举结果应当公布。
职工代表因无故不履行或者无法履行代表职责而被撤免的，应当经原选区全体职工半数以上同意。

第二十条
职工代表依法行使权利，任何组织和个人不得压制、阻挠和打击报复。

第四章　组织制度

第二十一条
企事业单位职工代表大会的职工代表名额，按照下列规定确定：
（一）职工人数在一百人至三千人的，职工代表名额以三十名为基数，职工人数每增加一百人，职工代表名额增加不得少于五名；
（二）职工人数在三千人以上的，职工代表名额不得少于一百七十五名；
（三）职工人数不足一百人，实行职工代表大会制度的，职工代表名额不得少于三十名。
职工代表大会可以根据需要设置列席代表。列席代表无表决权和选举权。

第二十二条
职工代表大会每届任期为三年至五年。职工代表大会因故需要延期换届的，延期时间不得超过一年。
职工代表大会每年至少召开一次会议。企事业单位、工会或者三分之一以上职工代表提议，可以召开职工代表大会。

第二十三条
职工代表大会选举产生的主席团主持会议，处理大会期间有关重大问题。
职工代表人数在三十人至一百人的，主席团可以设三至五人；职工代表人数在一百人以上的，主席团人数不得少于七人。主席团成员中，一线职工代表的比例不得少于百分之五十。
职工人数在三十人以下的，可以选举大会执行主席一人，主持召开职工大会。

第二十四条
职工代表大会可以设立若干民主管理专门小组（委员会），组织职工代表开展民主管理专项活动，办理职工代表大会交办的有关事项。专门小组（委员会）负责人由职工代表担任。

第二十五条
职工代表大会闭会期间，除法律法规规定应当提交职工代表大会审议通过的事项外，对需要及时处理的重要事项，企事业单位可以召开职工代表大会联席会议进行协商处理，处理结果应当向下一次职工代表大会报告。
联席会议由工会负责召集，由职工代表团（组）长、民主管理专门小组（委员会）负责人、主席团成员、工会委员会委员参加。

第二十六条
企事业单位下属的分公司（厂）、分院（校）应当建立职工代表大会制度，行使与其管理权限相对应的职工民主管理权利。

第二十七条
职工代表大会的经费由企事业单位在管理费用中列支。

第五章　议事规则

第二十八条
职工代表大会须有全体职工代表三分之二以上出席，方可召开。

第二十九条
职工代表大会的议题和议程，由企事业单位与工会协商确定。

第三十条
提交职工代表大会审议和审议表决的书面材料，应当在职工代表大会召开的七日前送交职工代表；职工代表团（组）应当组织职工代表讨论，由工会及时汇总整理职工代表团（组）的意见和建议。
职工代表对涉及职工切身利益的重要事项意见分歧较大的，由企事业单位和工会根据职工代表意见进行协商修改后，提交职工代表大会再次审议。

第三十一条
职工代表大会审议通过事项，应采取无记名投票方式，并须获得全体职工代表半数以上赞成票方可通过。

第三十二条
职工代表大会审议通过的事项和决议应当在职工代表大会闭会后向全体职工公布。

第三十三条
法律法规规定应当提交职工代表大会审议的事项，未按照法定程序提交的，企事业单位的工会有权以书面形式要求纠正，企事业单位应当根据工会的要求予以纠正，并给予书面答复。
法律法规规定应当提交职工代表大会审议通过的事项，未按照法定程序提交审议通过的，企事业单位就该事项作出的决定对本单位职工不具有约束力。

第三十四条
职工代表大会在其职权范围内审议通过的事项对本单位以及全体职工具有约束力，未经职工代表大会重新审议通过不得变更。

第六章　工作机构

第三十五条
企事业单位的工会在职工代表大会筹备和召开期间，履行下列职责：
（一）组织开展职工代表的选举、撤换、培训等工作；
（二）做好职工代表大会文件的准备工作；
（三）提出职工代表大会主席团成员、民主管理专门小组（委员会）成员候选人建议名单，董事会、监事会中的职工代表候选人建议名单；
（四）代表职工与企事业单位开展集体协商，形成集体合同草案、专项集体合同草案和起草说明、集体协商情况的报告等；
（五）组织职工代表团（组）在会前和会中对提交职工代表大会审议和审议表决的事项进行讨论，汇总整理意见，并与企事业单位协商修改；
（六）负责职工代表大会其他筹备和组织工作。

第三十六条
企事业单位的工会在职工代表大会闭会期间，履行下列职责：
（一）动员职工执行职工代表大会决议，督促决议的落实和提案的办理；
（二）建立与职工代表的联系制度，受理职工代表的申诉和提案，维护职工代表的合法权益；
（三）组织职工代表、民主管理专门小组（委员会）开展提案、巡视检查、质量评估等日常民主管理活动；
（四）完成职工代表大会交办的其他工作。

第三十七条
企事业单位的工会应当在职工代表大会闭会之日起七个工作日内，将会议的有关情况报告上一级工会。

第七章　区域性、行业性职工代表大会

第三十八条
社区、产业园区、商业街区、商务楼宇等同一区域内的企业可以联合建立区域性职工代表大会。生产经营业务相同或者相近的企业可以联合建立行业性职工代表大会。
区域性、行业性职工代表大会的工作机构是区域、行业工会。

第三十九条
乡、镇人民政府和街道办事处应当积极推动实施区域性、行业性职工代表大会制度，支持和保障职工代表大会制度的正常运行，确定相关职能部门履行下列职责：
（一）组织、协调区域性、行业性职工代表大会制度的建立；
（二）指导、督促区域性、行业性职工代表大会落实本条例各项规定、行使各项职权；
（三）会同工会和企业联合组织等确定实施区域性、行业性职工代表大会制度的召集人和责任人；
（四）督促落实区域性、行业性职工代表大会决议；
（五）会同工会和企业联合组织依法对违反本条例规定的企业提出处理建议。

第四十条
区域性、行业性职工代表大会行使下列职权：
（一）听取区域、行业内企业执行劳动法律法规和政策情况报告，区域、行业劳动关系状况报告，并提出意见和建议；
（二）审议区域、行业内企业有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训，以及劳动定额等直接涉及职工切身利益的重大事项，提出意见和建议；
（三）审议通过区域性、行业性集体合同草案和专项集体合同草案；
（四）审查监督区域、行业内企业执行劳动法律法规和区域性、行业性职工代表大会决定事项的情况，履行区域性、行业性集体合同和专项集体合同及缴纳社会保险费等情况；
（五）其他应当由区域性、行业性职工代表大会行使的职权。

第四十一条
区域性、行业性职工代表大会的职工代表人数和构成，由区域、行业工会与区域、行业内企业协商确定，并根据实际设立选区，组织职工按比例民主选举产生职工代表。
区域性、行业性职工代表大会的职工代表总数不得少于三十人，其中企业经营管理者不得超过百分之三十，一线职工不得少于百分之五十。

第四十二条
区域性、行业性职工代表大会通过的集体合同、专项集体合同以及有关决议应当向全体职工公布。

第四十三条
区域性、行业性职工代表大会的组织制度、议事规则、工作机构的职责等参照企事业单位职工代表大会的有关规定实施。

第八章 监督检查和法律责任

第四十四条
市和区人力资源社会保障行政管理部门，同级工会和企事业单位代表，通过劳动关系三方协商机制，共同推进企事业单位建立健全职工代表大会制度。

第四十五条
市和区人力资源社会保障行政管理部门与同级工会对企业执行劳动保障法律法规情况开展联合监督检查时，应当检查企业实行职工代表大会制度的情况。

第四十六条
市和区总工会应当将企事业单位实行职工代表大会制度的情况纳入工会劳动法律法规监督检查的内容。对企事业单位违反本条例规定的行为，可以发出工会劳动法律监督整改意见书，要求企事业单位在九十日内予以改正。对企事业单位逾期不改正的，市和区总工会可以根据需要向同级国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门提出工会劳动法律监督处理建议书。
对违反本条例规定引发群体性劳动纠纷的企事业单位，以及工会开具劳动法律监督处理建议书的企事业单位，国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门应当依法进行调查处理，督促企事业单位在三十日内予以改正。
对企事业单位逾期仍不改正的，由市总工会按照本市社会信用管理的相关规定将该信息纳入市公共信用信息服务平台。对违反劳动保障法律法规的，由人力资源社会保障行政管理部门依法作出行政处理。

第四十七条
企事业单位与工会因实施职工代表大会制度的事项发生争议，双方应当协商解决；协商不成的，提请上级工会与有关主管部门协调解决。

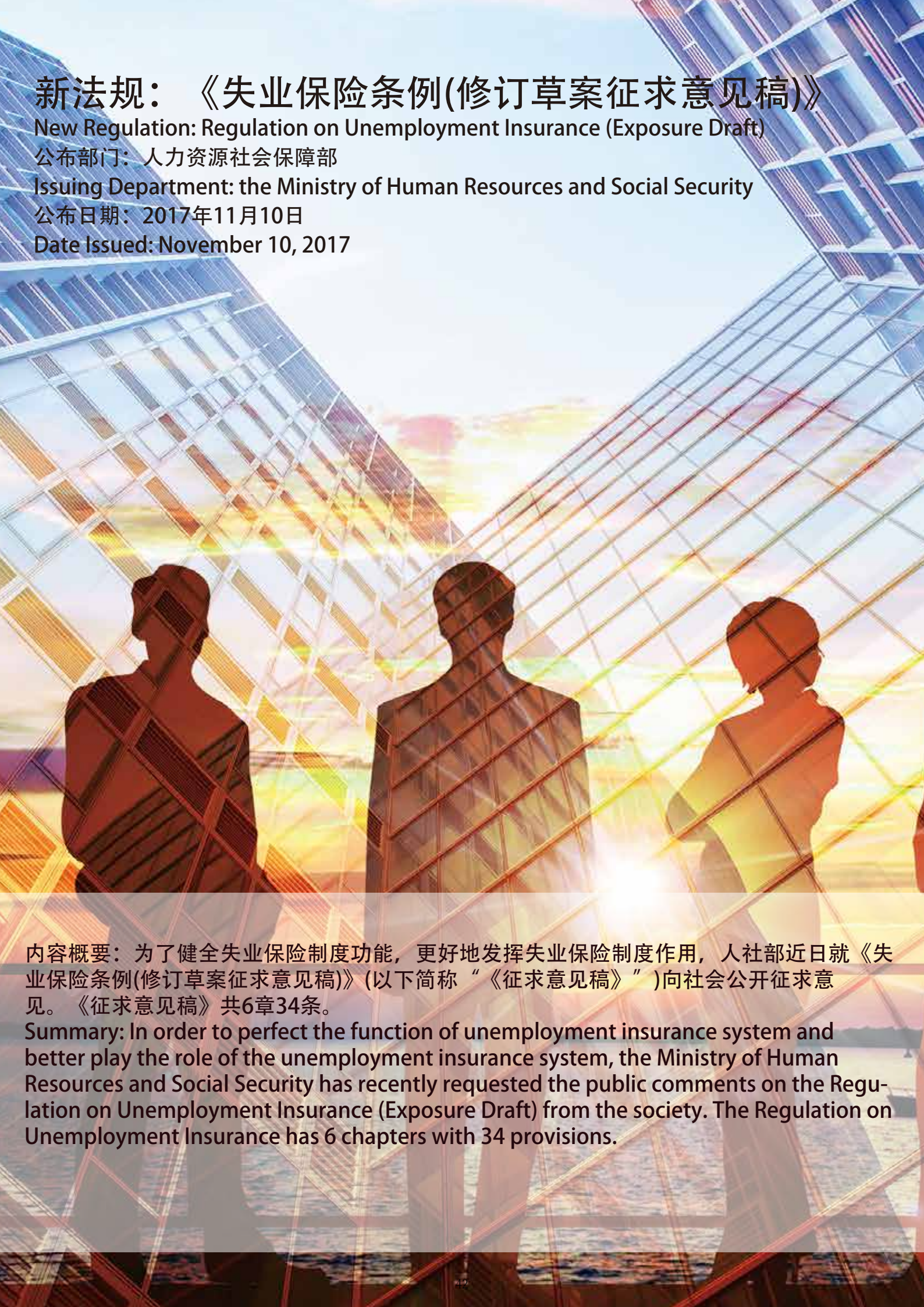
第四十八条
企事业单位违反本条例规定，有下列行为之一的，由市和区人民政府以及国有资产、教育、科技、文化、卫生等主管部门和人力资源社会保障等行政管理部门责令改正，对企事业单位法定代表人和有关责任人给予批评教育；拒不改正的，依法处理：
（一）阻挠建立职工代表大会制度的；
（二）妨碍职工代表大会依法行使职权的；
（三）应当提交职工代表大会审议和审议通过的事项，未按照法定程序提交，给职工造成损害的；
（四）擅自变更或者拒不执行职工代表大会决议并侵害职工权益的。

第四十九条
企事业单位法定代表人和其他管理人员对职工代表进行侮辱、诽谤或者以暴力、威胁等手段进行打击报复、人身伤害的，公安机关依法给予治安处罚；造成严重后果构成犯罪的，依法追究刑事责任。
企事业单位工会负责人不按照本条例规定履行职责，对职工权益造成损害的，由

市和区、产业（局）工会责令限期改正，情节严重的，依法予以罢免。

第五十条
市和区人民政府有关部门及其工作人员违反本条例规定，玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的，由其所在单位或者上级主管部门依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。
第九章附则

第五十一条
本条例自 2011 年 5 月 1 日起施行。



新法规：《失业保险条例(修订草案征求意见稿)》

New Regulation: Regulation on Unemployment Insurance (Exposure Draft)

公布部门：人力资源社会保障部

Issuing Department: the Ministry of Human Resources and Social Security

公布日期：2017年11月10日

Date Issued: November 10, 2017

内容概要：为了健全失业保险制度功能，更好地发挥失业保险制度作用，人社部近日就《失业保险条例(修订草案征求意见稿)》(以下简称“《征求意见稿》”)向社会公开征求意见。《征求意见稿》共6章34条。

Summary: In order to perfect the function of unemployment insurance system and better play the role of the unemployment insurance system, the Ministry of Human Resources and Social Security has recently requested the public comments on the Regulation on Unemployment Insurance (Exposure Draft) from the society. The Regulation on Unemployment Insurance has 6 chapters with 34 provisions.

主要修改点：

Major amendments:

1、扩大了适用范围，主要体现为：

It has expanded the scope of application, which mainly reflects in the following:

（1）参保范围由“城镇企业、事业单位及其职工”扩大到“企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织及其职工”，基本覆盖了与单位建立劳动关系的职业人群。详见《征求意见稿》第二条。

The scope of the insured has been expanded from “enterprises, public institutions and their employees in urban areas” to “enterprises, public institutions, social groups, private non-enterprise entities, foundations, law firms, accounting firms and other organizations and their employees”, which has basically covered all groups of people establishing labor relationship with their employers. See Article 2 of the Exposure Draft.

（2）删除了现行条例关于农民合同制工人本人不缴费和农民合同制工人领取一次性生活补助的规定，从制度上实现城乡统筹。

It has deleted the provision in the existing *Regulation* that the contractual farmer workers do not pay unemployment insurance premium and that the contractual farmer workers receive a lump sum of living subsidies, institutionally planning the urban and rural areas as a whole.

2、降低了缴费费率。将 3%的固定费率修改为不超过 2%。详见《征求意见稿》第六条。

It has reduced the premiums rate, and changed the fixed rate of 3% to not exceeding 2 %. See Article 6 of the Exposure Draft.

3、拓宽了基金支出范围。在防失业方面，新增技能提升补贴、稳岗补贴；在促就业方面，新增职业技能鉴定补贴和创业补贴。详见《征求意见稿》第九条。

It has expanded the scope of the foundation’s expenditure. Regarding the unemployment prevention, the draft has added the subsidies for skill enhancement and job stabilization. Regarding employment promotion, the draft has added the subsidies for appraisal of vocational skills and entrepreneurship. See Article 9 of the Exposure

Draft.

4、提高了失业保障水平。对失业人员，在现有生活保障的基础上，增加了代缴基本医疗和基本养老保险费，保证领金期间不中断养老保险关系，保障更加全面。详见《征求意见稿》第十八条。

It has raised the level for safeguarding unemployment. For unemployed persons, it has added the payment of the premium for basic medical insurance and basic pension insurance premiums on the basis of securing the current lift, which has guaranteed the pension insurance not be suspended during the period of receiving the pensions and safeguarded the unemployed more comprehensively. See Article 18 of the Exposure Draft.

5、扩大了受益对象。将现行受益对象仅是失业人员扩大到参保职工和参保企业，向参保职工发放技能提升补贴，降低失业风险；向参保企业发放稳岗补贴，鼓励不裁员或少裁员，尽量减少失业。详见《征求意见稿》第九条和第二十条。

It has expanded the scope of beneficiaries. It has expanded the scope of beneficiaries from unemployed persons to insured employees and insured enterprises, issuing the subsidies for skill enhancement to insured employees in order to reduce the risk of unemployment; and issuing the subsidies for job stabilization to insured enterprises in order to encourage no or few lay-off. See Article 9 and Article 20 of the Exposure Draft.

新法规链接：

人力资源社会保障部关于《失业保险条例（修订草案征求意见稿)》公开征求意见的通知

为了健全失业保险制度功能，更好地发挥失业保险制度作用，根据《中华人民共和国社会保险法》等法律，我们研究起草了《失业保险条例（修订草案征求意见稿)》，现向社会公开征求意见。公众可以通过以下途径和方式提出意见：

（一）登陆人力资源社会保障部网站（网址：http://www.mohrss.gov.cn），进入首页左侧的“政策法规”版块，在“征求意见”栏目里提出意见。

（二）电子邮件：lifachu@mohrss.gov.cn

（三）通信地址：人力资源社会保障部法规司（地址：北京市东城区和平里东街 3 号，邮编：100013），并请在信封上注明“失业保险条例（修订草案征求意见稿）征求意见”字样。

意见反馈截止时间为 2017 年 12 月 10 日。

人力资源社会保障部

2017 年 11 月 10 日

失 业 保 险 条 例

（修订草案征求意见稿）

第一章　总则

第一条　为了保障失业人员的基本生活，预防失业，促进就业，制定本条例。

第二条　中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织（以下称用人单位）及其职工应当依照本条例规定参加失业保险，缴纳失业保险费。

失业人员依照本条例的规定，享受失业保险待遇。

第三条　国务院人力资源社会保障行政部门负责全国的失业保险工作。县级以上地方各级人民政府人力资源社会保障行政部门负责本行政区域内的失业保险工作。

人力资源社会保障行政部门按照国务院规定设立的经办失业保险业务的社会保险经办机构依照本条例的规定，具体承办失业保险工作。

第四条　失业保险费按照国家有关规定征缴。

第二章　失业保险基金

第五条　失业保险基金由下列各项构成：

（一）用人单位和职工缴纳的失业保险费；

（二）失业保险基金的利息；

（三）财政补贴；

（四）依法纳入失业保险基金的其他资金。

第六条　失业保险费由用人单位和职工分别按照本单位工资总额和本人工资的一定比例缴纳，用人单位和职工的缴费比例之和不得超过 2%，具体缴费比例由省、自治区、直辖市人民政府规定。在省、自治区、直辖市行政区域内，用人单位和职工的缴费比例应当统一。

第七条　失业保险基金在直辖市实行全市统筹，在省、自治区逐步实行省级统筹。

第八条　省、自治区可以建立失业保险调剂金。

失业保险调剂金以统筹地区依法应当征收的失业保险费为基数，按照省、自治区人民政府规定的比例筹集。

统筹地区的失业保险基金不敷使用时，由失业保险调剂金调剂、地方财政补贴。

失业保险调剂金的筹集、调剂使用以及地方财政补贴的具体办法，由省、自治区人民政府规定。

第九条　失业保险基金用于下列支出：

（一）失业保险金；

（二）领取失业保险金期间失业人员应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费；

（三）技能提升补贴；

（四）在上年失业保险基金滚存结余具备 12 个月以上支付能力的统筹地区，失业人员领取失业保险金期间可以享受职业培训补贴、职业技能鉴定补贴、创业补贴；

（五）领取失业保险金期间死亡的失业人员的丧葬补助金和其供养的配偶、直系亲属的抚恤金；

（六）稳定岗位补贴；

（七）国务院规定或者批准的与失业保险有关的其他费用。

技能提升补贴、职业培训补贴、职业技能鉴定补贴、创业补贴的标准和办法，由国务院人力资源社会保障行政部门会同国务院财政部门规定。

第十条　失业保险基金应当存入财政部门在银行开设的社会保障基金财政专户，实行收支两条线管理。

失业保险基金银行存款实行统一计息办法。对存入收入户和支出户的活期存款实行优惠利率，按三个月整存整取定期存款基准利率计息。对存入财政专户的存款，利率比照同期居民储蓄存款利率管理。失业保险基金管理和投资运营按照国务院有关规定执行。

失业保险基金专款专用，不得挪作他用，不得用于平衡财政收支。

第十一条　失业保险基金预算、决算草案的编制、审核和批准，依照法律行政法规执行。

第十二条　失业保险基金的财务管理和会计核算按照国家有关规定执行。

第三章 失业保险待遇

第十三条　具备下列条件的失业人员，可以领取失业保险金：

（一）按照规定参加失业保险，用人单位和本人已按照规定履行缴费义务满 1 年的；

（二）非因本人意愿中断就业的；

（三）已办理失业登记，并有求职要求的。

失业人员在领取失业保险金期间，按照规定同时享受其他失业保险待遇。

第十四条　失业人员在领取失业保险金期间有下列情形之一的，停止领取失业保险金，并同时停止享受其他失业保险待遇：

（一）重新就业的；

（二）应征服兵役的；

（三）移居境外的；

（四）享受基本养老保险待遇的；

（五）无正当理由，拒不接受当地人民政府指定的部门或者机构介绍的适当工作或者提供的培训的。

失业人员在领取失业保险金期间被判刑收监执行的，中止领取失业保险金。中止情形消除后，失业人员可以按照现行标准继续领取其应当领取而尚未领取的失业保险金。

第十五条　用人单位应当及时为失业人员出具终止或者解除劳动关系的证明，告知其按照规定享受失业保险待遇的权利，并将失业人员的名单自终止或者解除劳动关系之日起 15 日内告知社会保险经办机构。

职工失业后，应当持本单位为其出具的终止或者解除劳动关系的证明，及时到指定的公共就业服务机构办理失业登记。失业保险金领取期限自办理失业登记之日起计算。

失业人员凭失业登记证明和个人身份证明，到参保地社会保险经办机构办理领取失业保险金的手续。失业保险金由社会保险经办机构通过银行按月发放。

第十六条　失业人员失业前用人单位和本人按照规定累计缴费时间满 1 年不足 5 年的，领取失业保险金的期限最长为 12 个月；累计缴费满 5 年不足 10 年的，领取失业保险金的期限最长为 18 个月；累计缴费满 10 年以上的，领取失业保险金的期限最长为 24 个月。重新就业后，再次失业的，缴费时间重新计算。再次失业领取失业保险金的期限与前次失业应当领取而尚未领取的失业保险金的期限合并计算，但是最长不得超过 24 个月。

第十七条　失业保险金的标准，按照低于当地最低工资标准、高于城市居民最低生活保障标准的水平，由省、自治区、直辖市人民政府确定。

第十八条　失业人员在领取失业保险金期间，以个人身份自愿参加基本养老保险。

失业人员在领取失业保险金期间，参加职工基本医疗保险，享受基本医疗保险待遇。

失业人员应当缴纳的基本养老保险费和基本医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本养老保险费和基本医疗保险费。

第十九条　失业人员在领取失业保险金期间死亡的，参照当地对在职职工的规定，向其遗属发给一次性丧葬补助金和抚恤金。

第二十条　用人单位依法参加失业保险并缴纳失业保险费的，当出现劳动合同法第四十一条规定情形，或者因重大突发事件、自然灾害等原因造成阶段性停工停产时，采取措施稳定岗位，不裁员或者少裁员的，可以享受稳定岗位补贴，具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。

第二十一条　职工跨统筹地区就业的，其失业保险关系随本人转移，缴费年限累计计算。其中，跨省、自治区、直辖市就业的，失业保险基金随本人转移；在省、自治区范围内跨统筹地区就业的，失业保险基金的处理办法，由省、自治区人民政府人力资源社会保障行政部门规定。

第二十二条　失业人员符合最低生活保障条件的，按照规定享受最低生活保障待遇。

第四章　管理和监督

第二十三条　人力资源社会保障行政部门管理失业保险工作，履行下列职责：

（一）贯彻实施失业保险法律、法规；

（二）指导社会保险经办机构的工作；

（三）对失业保险费的征收和失业保险待遇的支付以及失业保险基金管理和投资运营情况进行监督检查。

第二十四条　社会保险经办机构具体承办失业保险工作，按照规定履行下列职责：

（一）负责失业人员的登记、调查、统计；

（二）负责失业保险基金的管理；

（三）负责核定并支付失业保险待遇；

（四）为失业人员提供免费的咨询服务；

（五）建立用人单位和职工缴费、失业保险待遇领取情况等权益记录；

（六）发放技能提升补贴、职业培训补贴、职业技能鉴定补贴、创业补贴、稳定岗位补贴；

（七）负责失业监测预警数据的采集、汇总、分析；

（八）国家规定的与失业保险有关的其他职责。

第二十五条　财政部门和审计机关依法对失业保险基金的收支、管理和投资运营情况进行监督。

第二十六条　社会保险经办机构经办失业保险业务的支出通过政府预算安排。

第五章　罚则

第二十七条　以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取失业保险待遇的，由人力资源社会保障行政部门责令退回，处骗取金额 2 倍以上 5 倍以下的罚款。

第二十八条　社会保险经办机构及其工作人员有下列行为之一的，由人力资源社会保障行政部门责令改正；给失业保险基金、用人单位或者个人造成损失的，依法承担赔偿责任；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分：

（一）未履行失业保险法定职责的；

（二）未将失业保险基金存入财政专户的；

（三）克扣或者拒不按时支付失业保险待遇的；

（四）丢失或者篡改缴费记录、享受失业保险待遇记录等失业保险数据、个人权益记录的；

（五）有违反失业保险法律、法规的其他行为的。

第二十九条　用人单位未按时足额缴纳失业保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额 1 倍以上 3 倍以下的罚款。

第三十条　国家工作人员在失业保险管理、监督工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法给予处分。

第三十一条　隐匿、转移、侵占、挪用失业保险基金的，由人力资源社会保障行政部门、财政部门、审计机关责令追回；有违法所得的，没收违法所得；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第三十二条　违反本条例规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六章　附则

第三十三条　省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以决定本条例适用于本行政区域内的有雇工的个体工商户及其雇工。

第三十四条　本条例自发布之日起施行。1999 年 1 月 22 日国务院发布的《失业保险条例》同时废止。

牛奶可乐劳动法（之四）

Zhou Bin: Milk Cola Labor Law (4)

周斌

“为什么牛奶装在方盒子里卖，可乐却装在圆瓶子里卖？为什么24小时营业的便利店门上要安锁？为什么女装的扣子在左边，男装的扣子却总在右边？……”

经济学家罗伯特·弗兰克在自己的经济学概论课上，布置了一篇书面作业：“利用经济学原理，探讨你亲身观察到的事件或行为模式中的有趣问题。”他在课堂上说，“要假设你是在给一个从没上过经济学课的亲戚讲故事。”这些有趣的问题后来被编辑成《牛奶可乐经济学：最妙趣横生的经济学课堂》一书，畅销全球。

一个经济学家提取日常生活经验中的生动事例，教会读者用经济学的眼光看待生活和工作，并在不同的环境下巧妙地应用经济学原理，也给我们从事劳动普法工作的人以莫大的启迪。其实劳动法的世界同样多姿多彩。离开庄严肃静的法庭仲裁庭、满腹怨气的原告被告和枯燥繁杂的法律条文，在日常生活中我们也能体验到劳动法的美妙之处。

Introduction:

“Why milk is sold in a square box, but coke is sold in a round bottle? Why are the doors of 24-hour convenience store to be locked? Why women’s buttons on the left, men’s buttons are always on the right side?”

The economist Robert Frank arranged a written assignment in an introductory course in Economics, “Use economics to explore the interesting issues in the events or patterns of behavior that you observe.” He said in his lecture, “Article words are limited, less than 500 words. Many excellent papers are much shorter than that. Suppose you were telling a story to a relative who had never been in an economics class.” These interesting questions were later edited into the book <Milk Cola Economics: economics the classroom full of wit and humor>, which is among the world’s best-selling books.

An economist took the vivid examples out from our normal daily life, taught the reader to observe our life and work with a perspective of economics and how to apply the economic theory skillfully in various surroundings. This has also greatly enlightened people like us who are engaged in the work of popularizing labor laws. In actuality, the world of labor law is also very colorful. We can also get the feeling that the influence of labor laws and regulations exist everywhere in our daily life even if we put ourselves out of the setting of the solemnly silent courtrooms or chambers, or away from the angry plaintiffs and defendants as well as the boring and complicated legal provisions.

1. 为什么有的用人单位在解除未签劳动合同的员工的劳动关系之前，要先与他们签订一份书面劳动合同？

实践中，有的用人单位要解除未签劳动合同员工的劳动关系，却先与他们签订一份书面劳动合同，甚至出现“上午签订劳动合同，下午签订解除协议”的情形，这是为什么呢？

第一种意见认为，因为原来没有劳动合同，所以不能解除劳动。想要解除劳动合同，就必须签订一份劳动合同。

这种说法对不对？当然不对。《劳动合同法》第七条规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”按照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》，同时具备下列情形的，劳动关系成立：(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)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，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。就是说未订立书面劳动合同，并不等于没有劳动合同关系。

第二种意见认为，补签劳动合同是为了避免二倍工资的罚则。

《劳动合同法》第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。” 根据《劳动合同法实施条例》规定，“用人单位向劳动者每月支付两倍工资的起算时间为用工之日起满一个月的次日，截止时间为补订书面劳动合同的前一日。”

但补签劳动合同是否意味着用人单位不需支付原来未订立书面劳动合同期间的双倍工资差额？未必。

根据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》第 29 条：“用人单位与劳动者补签劳动合同，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资可否支持？用人单位与劳动者建立劳动关系后，未依法自用工之日一个月内订立书面劳动合同，在劳动关系存续一定时间后，用人单位与劳动者在签订劳动合同时将日期补签到实际用工之日，视为用人单位与劳动者达成合意，劳动者主张二倍工资可不予支持，但劳动者有证据证明补签劳动合同并非其真实意思表示的除外。用人单位与劳动者虽然补签劳动合同，但未补签到实际用工之日的，对实际用工之日与补签之日间相差的时间，依法扣除一个月订立书面劳动合同的宽限期，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资的可以支持。”

再如根据《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》（2015 年 9 月 2 日深圳市中级人民法院审判委员会民事行政执行专业委员会第 11 次会议讨论通过）第六十六条规定：“用人单位未按照法定期限与劳动者签订书面劳动合同，即使后来双方签订了劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资至签订之日的，应予支持。但双方将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内或者双方约定的劳动合同期间包含了已经履行的事实劳动关系期间的，应视为双方自始签订了劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，不予支持。”

所以说，补签劳动合同未必能彻底免除二倍工资的罚则，可能要看用人单位与劳动者在签订劳动合同时，是否将日期补签到实际用工之日。当然对于用人单位来说，补签总比不补签要好。第二种意见有点道理，但是

理由并不充分。

第三种意见认为，补签劳动合同可借机变换劳动合同的主体。

实践中，有的用人单位故意用关联公司出面补签劳动合同，而实质上并非由该关联企业用工。这种隐蔽用工的情形恰是为了逃避责任承担的方式。如有的企业专门用外地的关联公司与劳动者签订劳动合同，造成劳动者在本地的维权困境，迫使劳动者放弃维权。还有的企业通过安排员工在不同的关联企业工作，或者将员工的劳动关系与实际用工分割在不同的关联企业中，以此降低用工成本，规避与劳动者签订无固定期限劳动合同，逃避连续工龄。还有的企业利用关联公司独立法人人格和股东有限责任制度转移风险、逃避法律责任。

但根据《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》第 26 条规定：“有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者的，根据现有证据难以查明劳动者实际工作状况的，参照以下原则处理：（1）订立劳动合同的，按劳动合同确认劳动关系；（2）未订立劳动合同的，可以根据审判需要将有关联关系的用人单位列为当事人，以有关联关系的用人单位发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容，作为判断存在劳动关系的因素；（3）在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。”

通过以上规定，不难看出法院的裁判思路是由混合用工的关联企业承担连带责任。如浙江省高院曾明确：“劳动争议案件应列具有劳动关系的用人单位和劳动者为当事人。用人单位与劳动者订立劳动合同的，应以签约双方为当事人；如果签约的用人单位与实际用人单位不一致或签约的用人单位与作出处理决定的用人单位不一致的，则应将实际用人单位或作出处理决定的用人单位，与签约用人单位列为共同被告。”所以第三种意见也有点道理，但是理由同样也不充分。

第四种意见认为，补签劳动合同是为了避免违法解除劳动合同。

目前法律法规对用人单位是否可以随意解除事实劳动关系、随意解除事实劳动关系是否需支付赔偿金未作明确规定。一种意见认为，事实劳动关系类似于不定期合同，根据《最高院关于审理劳动争议适用法律若干问题的解释》第 16 条和《上海市劳动合同条例》第 40 条的规定，劳动者和用人单位均可随时解除事实劳动关系，不存在违法解除的问题，也无需支付赔偿金。另一种意见认为，事实劳动关系不可无理由解除。无论是否签订书面劳动合同，用人单位违法解除或终止劳动关系的，均应按《劳动合同法》第 48 条规定处理。

根据《上海高院民一庭调研与参考》（【2014】15 号），司法实践中倾向同意第二种意见。理由如下：首先，《劳动合同法》虽未对用人单位违法解除事实劳动关系是否需要支付双倍赔偿金的情况作出明确规定，但事实劳动关系从本质上讲仍是劳动关系，且事实劳动关系可通过补订书面劳动合同或因法律直接规定转化为劳动合同关系，故不能因双方存在事实劳动关系而得出不适用《劳动合同法》相关规定的结论。其次，从《劳动合同法实施条例》第 6 条规定来看，只规定在劳动者不愿与用人单位补订书面合同的情况下用人单位可终止劳动关系并支付经济补偿金，但未规定

用人单位不愿与劳动者签订书面劳动合同的情况下可以随时解除或终止劳动关系。即将是否继续维持劳动关系的选择权赋予了劳动者一方，而非用人单位一方，也意味着用人单位不得随意解除或终止事实劳动关系。再次，如规定不签订书面劳动合同的用人单位可以随意解除事实劳动关系，可能导致一些用人单位随意规避法律，损害劳动者的合法权益。综上，用人单位违法解除或终止事实劳动关系的，应参照《劳动合同法》第 48 条的规定进行处理。就是说事实劳动关系用人单位也不是随便可以解除的。

但是《劳动合同法实施条例》第六条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。”

比如说，我用人单位先要与你劳动者补签一个劳动合同，如果你不愿意与我补签劳动合同，那么我们就终止劳动关系；如果你愿意补签呢？也没有关系，补签劳动合同的终止日期就是今天下午，可不可以？法律没有规定最低的补签劳动合同的期限。除了北京规定至少要补签一年以外，其他地方都可以。

但是这扇门粗看是紧闭的，实际上是虚掩的。有的用人单位在无法定理由情形下解除未签劳动合同员工的劳动关系，就先与他们签订一份书面劳动合同，同时选择一个合适的终止日期，然后再解除终止。这就是为什么会出现“上午签订劳动合同，下午签订解除协议”的真正原因所在。

2.为什么上海有的工龄较长的“三期”女职工，也喜欢请产前假或哺乳假，而不喜欢请“病假？

在上海，病假工资与产前假、哺乳假的工资的计算方法是不一样的。

在计算病假工资系数时，先按休假时间（以 6 个月）为标准划分，再按职工连续工龄划档，具体计算方式为：(1)职工疾病或非因工负伤连续休假在 6 个月以内的，企业应按下列标准支付疾病休假工资：①连续工龄不满 2 年的，按本人工资的 60%计发；②连续工龄满 2 年不满 4 年的，按本人工资 70%计发；③连续工龄满 4 年不满 6 年的，按本人工资的 80%计发；5 连续工龄满 6 年不满 8 年的，按本人工资的 90%计发；⑤连续工龄满 8 年及以上的，按本人工资的 100%计发。(2)职工疾病或非因工负伤连续休假超过 6 个月的，由企业支付疾病救济费：①连续工龄不满 1 年的，按本人工资的 40%计发；②连续工龄满 1 年不满 3 年的，按本人工资的 50%计发；③连续工龄满 3 年及以上的，按本人工资的 60%计发。

而按照上海的有关规定：女职工妊娠七个月以上(按二十八周计算)，工作许可，本人申请，单位批准，可休产前假；经二级以上医疗保健机构证明有习惯性流产史、严重的妊娠综合征、妊娠合并症等可能影响正常生育的，本人提出申请，用人单位应当批准其产前假。产前假为期两个半月。期间，女职工工资不得低于其原工资性收入的 80%；调整工资时，产前假视作正常出勤。

另外，上海规定哺乳期女职工如工作许可，经本人申请，单位批准，可请哺乳假 6 个半月。但是，在经二级以上医疗保健机构证明患有产后严重影响母婴身体健康疾病的，只要女职工提出申请，单位应当批准其哺乳

假。哺乳假期间的工资待遇与产前假相同。

对于本单位连续工龄比较短的女职工来说，请产前假或哺乳假，肯定比请病假合算，这是显而易见的。比如说，工龄 1 年的女职工，请病假工资打 6 折，而请产前假或哺乳假，工资打 8 折，当然请产前假或哺乳假啦！但是有的本单位连续工龄满 8 年以上的女职工，请病假工资不打折，但她们也更愿意请产前假或哺乳假，这是为什么呢？

首先，上海有规定病假工资的“封顶线”，而产前假、哺乳假工资无“封顶线”。根据上海市劳动局《关于加强企业职工疾病休假管理保障职工疾病休假期间生活的通知(沪劳保发[1995]83 号)》规定，职工疾病或非因工负伤待遇高于本市上年度月平均工资的，可按本市上年度月平均工资计发。上海市 2016 年全市职工月平均工资为 6504 元。就是说病假工资是有“封顶线”的，而产前假、哺乳假工资并无“封顶线”的限制。所以对于那些工资标准远远超过 6504 元的女职工来说，可能还是请产前假更加实惠。

其次，病假计入医疗期，而产前假、哺乳假不计入医疗期。医疗期是指劳动者患病或者非因工负伤停止工作治病休息，而用人单位不得因此解除劳动合同的期限。上海规定劳动者患病或非因工负伤超过规定医疗期仍不能上班工作的，用人单位可以按超过停工医疗期规定解除劳动合同。但是《劳动合同法》第四十二条规定：女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。就是说“三期”女职工不能以医疗期满解除劳动合同，但“三期”女职工请病假仍然计入医疗期，而产前假、哺乳假不计入医疗期。

第三，病假与年休假可能相冲突。《职工带薪年休假条例》第四条规定：职工累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的，不享受当年的年休假。另外，职工已享受当年的年休假，年度内又出现以上情形的，不享受下一年度的年休假

其实，病假是对于普通职工的保护，产前假、哺乳假是对于女职工的特殊劳动保护，所以对于大多数女职工来说，总归是请产前假或哺乳假更加实惠。

不过，请病假凭正规医院的病假证明；请产前假、哺乳假，单位应当批准的，凭二级以上医疗保健机构的产前假或哺乳假证明。就是说，并不是职工想请什么假就能请什么假的，一切还得按规定程序办。

3.为什么有的当事人不愿在国定“长假”到来之前，领取劳动争议仲裁庭的裁决书，而有的当事人却喜欢抢先领取裁决书？

每当国定“长假”到来之前，劳动争议仲裁庭的裁决书领取通知就会像雪片似的飞往当事人，而当事人中的一些经验老到者，却不大愿意在临近长假时去领取裁决书。这是为什么呢？

其实道理很简单，根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，除终局裁决外，当事人对仲裁结果不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

而该 15 天是自然日，非工作日，是包含周末和法定节假日的。根据《民

法通则》第一百五十四条，民法所称的期间按照公历年、月、日、小时计算。规定按照小时计算期间的，从规定时开始计算。规定按照日、月、年计算期间的，开始的当天不算入，从下一天开始计算。期间的最后一天是星期日或者其他法定休假日的，以休假日的次日为期间的最后一天。期间的最后一天的截止时间为二十四点。有业务时间的，到停止业务活动的时间截止。

以 2017 年的国庆中秋长假（10 月 1 日至 10 月 8 日放假）为例。假设当事人在 9 月 30 日收到裁决书，即从 10 月 1 日开始计算十五日期间，因为在 10 月 15 日最后一天是星期日（休息日），以休假日的次日即 10 月 16 日为期间的最后一天。很多当事人在 9 月 30 日去找律师或专业人士，但是恰逢国庆黄金周，相关专业人士均没有时间与当事人见面洽谈。这意味着国庆节期间的 8 天被浪费掉了，仅剩下不到一半的时间让当事人准备起诉材料，对当事人非常不利。

特别是当你在 9 月 30 日领取裁决书，而对方当事人在 10 月 9 日领取裁决书，那么他不但有更多的准备时间，在诉讼上也有可能比你更加主动。因为当事人 15 天内未起诉的，将丧失起诉权，同时视为该方当事人接受仲裁结果。而对方当事人迟于你去领取裁决书，这样他起诉的最后期限，也随之会迟于你的最后起诉期限，他就可以提前知道你是否会起诉，从而决定他自己是否起诉。

但是什么事情都是相对的。作为劳动争议当事人，有时确实应尽量迟于对方去领取裁决书，但有时又要善于去“抢”裁决书。

需知劳动仲裁与法院对于管辖的规定是不同的。根据《劳动争议调解仲裁法》，劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。即仲裁管辖是劳动合同履行地优先的原则。

而根据《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》，“当事人双方就同一仲裁裁决分别向有管辖权的人民法院起诉的，后受理的人民法院应当将案件移送给先受理的人民法院”，即诉讼管辖是先受理优先的原则。

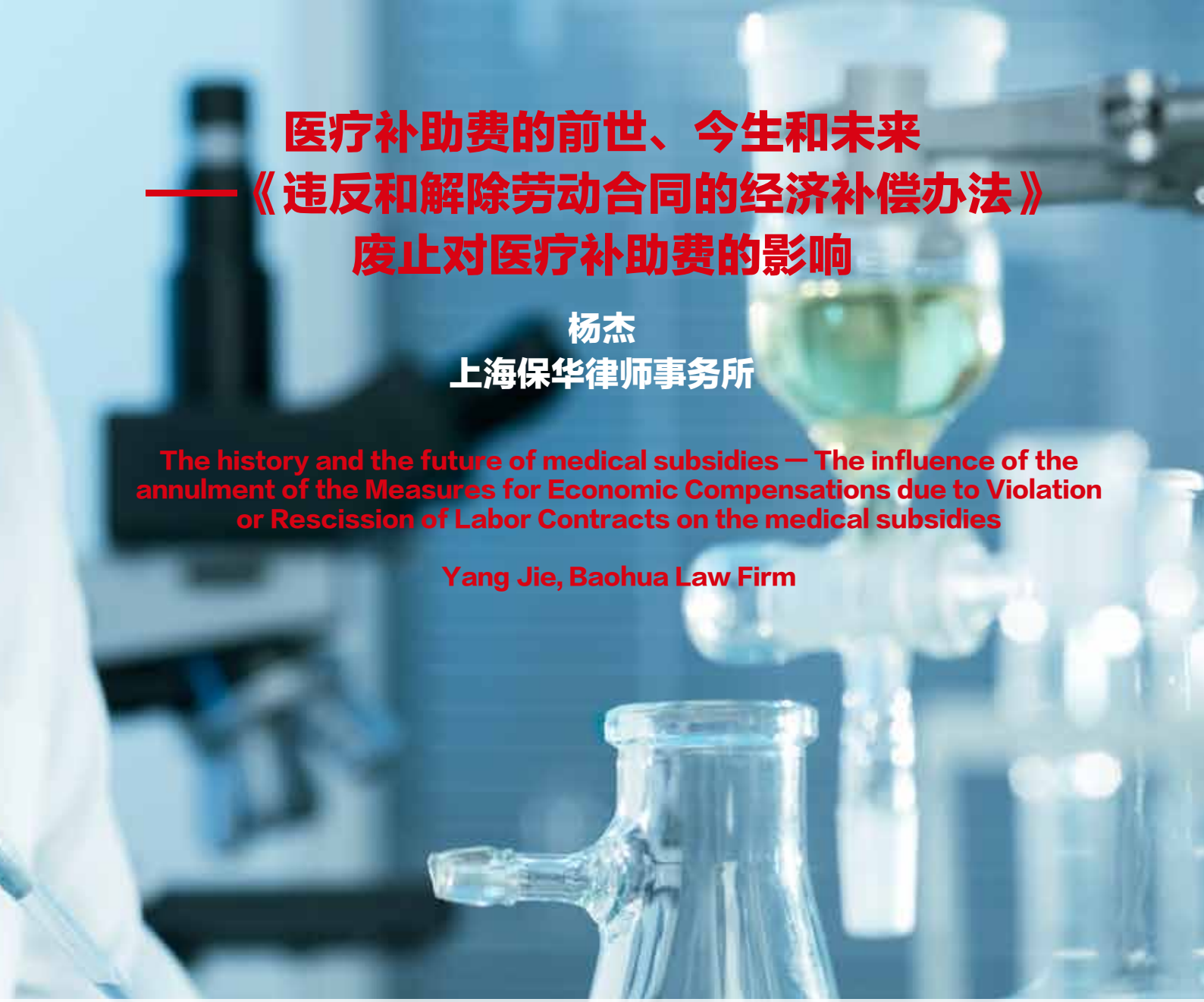
所以，当长假即将来临，这时到劳动争议仲裁庭领取裁决书对自己是否有利，也是没有定论的，有时当事人就是要在长假之前，以最快的速度抢先一步，赶在对方前面去异地法院立案，令对方在当地起诉的案件不得不移送到异地法院。

案例

上海某公司在北京招用了李某，双方签订了劳动合同，李某在该公司驻北京某商场的专卖店上班。某年 7 月，李某离职，随后在北京申请劳动仲裁。上海公司为此疲于奔命。当年 9 月 29 日上午，北京劳动仲裁机构作出裁决结果，双方各有输赢。公司代理律师特地赶到北京领取裁决书，并与当天下午即从北京飞往上海，在上海静安区法院提起诉讼，静安区法院受理了该案件。国庆长假过后，在北京的李某也向北京朝阳区一审法院提起诉讼，朝阳区法院也受理了该案件。数天后，李某收到上海静安区法院的传票，该公司也收到北京朝阳区法院的传票。

随后，该公司代理律师同时向上海静安区法院和北京朝阳区法院提出，要求北京朝阳区法院的案件移送到上海静安区法院处理。后案件果然移送到上海静安区法院一并审理。为此，身在北京的李某心有余力不足，最终不得不接受该公司的调解方案。

此案中，公司代理律师以最快的速度抢先一步，赶在李某前面去上海静安区法院立案，令他在北京起诉的案件不得不移送到上海静安区法院，实为果断之举！



医疗补助费的前世、今生和未来
——《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止对医疗补助费的影响

杨杰
上海保华律师事务所

The history and the future of medical subsidies — The influence of the annulment of the Measures for Economic Compensations due to Violation or Rescission of Labor Contracts on the medical subsidies

Yang Jie, Baohua Law Firm

摘要：2017年11月24日，人力资源和社会保障部发布《关于第五批宣布失效和废止文件的通知 》（人社部发［2017］87号），通知宣布《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（劳部发［1994］481号）予以废止。《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》中主要补偿类型包括拖欠克扣工资经济补偿金、劳动合同解除补偿金、拒不支付经济补偿的额外补偿金、医疗补助费等，其中医疗补助费的存废去留最为引人关注。笔者以为，对医疗补助费的法律分析应正本清源,方能拨乱反正。

Summary: On November 24, 2017, the Ministry of Human Resources and Social Security has issued the Notice Concerning the Fifth Announcement of the Invalidation and Annulment of Documents (No. 87 [2017] of the Ministry of Human Resources and Social Security), and the Notice announces the annulment of the Measures for Economic Compensations due to Violation or Rescission of Labor Contracts (No. 481 [1994] of the Ministry of Labor). The type of compensations in the Measures for Economic Compensations due to Violation or Rescission of Labor Contracts mainly includes compensation for deduction of wages or delay of the payment, compensation for rescission of labor contracts, extra compensation for refusing the payment of economic compensation, medical subsidies and etc.. Among these compensations, the reservation or abolishment of medical subsidies was paid greatest attention to. The author holds the opinion that the legal analysis on the medical subsidies shall be made based on a thorough overhaul and thus it can put wrongs to rights.

一. 医疗补助费的劳动法时代

《中华人民共和国劳动法》于 1994 年 7 月 5 日通过，1995 年 1 月 1 日实施。劳动法规定了用人单位因三类情形解除劳动合同时劳动者可以获得经济补偿，即 24 条协商解除合同、26 条因劳动者医疗期满、不能胜任工作、客观情况变化解除合同、27 条经济性裁员。劳动法 28 条规定“用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。”但是第 28 条“国家有关规定”在哪里呢？劳动法没有规定，全国人大常委会没有规定，国务院也没有规定。法律实施在即，劳动部走上前台做了回答，在劳动部《关于<劳动法>若干条文的说明》(劳办发〔1994〕289 号)中，劳动部解释 28 条中的“依据国家有关规定”是指“国家法律、法规和劳动部制定的规章及其他规范性文件……需制定新的经济补偿办法。《履行和解除劳动合同的经济补偿办法》正在制定中，将于明年一月一日前颁布。”最终，在 1994 年 12 月 3 日，《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》公布，于 1995 年 1 月 1 日实施。

每部立法都有它的时代背景，劳动法起草时处于立法“宜粗不宜细“的时期，劳动部的自我赋权解决了法律执行问题，无疑具有巨大的积极作用；但劳动部将除了规章之外的 “其他规范性文件”也作为经济补偿依据，又使得行政部门可以随意发文推出经济补偿支付规则，成为经济补偿包括医疗补助费出现乱象的问题之源。仅就医疗补助费而言，就出现了多次发文、逐步加码甚至超越上位法的现象：

其一，在《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》（下称“481 号文”）中，第六条规定“劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同”除了经济补偿金之外，“同时还应发给不低于六个月工资的医疗补助费”。劳动法中并未规定“医疗补助费”，劳动部首次提出了“医疗补助费”概念。“医疗补助费”是属于劳动法 28 条规定的“经济补偿”中的一类？还是属于超出劳动法 28 条规定的、劳动部自行增加的用人单位义务？医疗补助费性质不明、界定不清的问题在其出现第一天就已产生。

其二，1995 年 8 月 4 日公布的《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），第 35 条规定职工在医疗期满后“被

鉴定为五至十级的，用人单位可以解除劳动合同，并按规定支付经济补偿金和医疗补助费”。此条款实质是在重复481号文和劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》(劳部发[1994]479号)的规定，并无新增内容。

其三，1996年10月31日公布的《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发［1996]354号）第22条规定“劳动者患病或者非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费”，将支付医疗补助费的情形从劳动合同解除扩大至劳动合同终止。此条款已经超出了劳动法所规定的用人单位支付经济补偿的范围，其合法性饱受质疑。而且此条款本身存在歧义，对合同期与医疗期的关系、医疗补助费的支付条件等界定不清，导致实践中引发混乱。

其四，为解决354号文的歧义问题，1997年2月5日劳动部办公厅又下发《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），明确劳动合同终止医疗补助费是指“合同期满的劳动者终止劳动合同时，医疗期满或者医疗终结被劳动鉴定委员会鉴定为五至十级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。”

在劳动部医疗补助费规定的基础上，各地区又纷纷推出了自己地方性规定，既有地方人大制定的地方性法规如《上海市劳动合同条例》、《江苏省劳动合同条例》，也有地方政府规章如《北京市劳动合同规定》，甚至有地方劳动局制定的规范性文件如《广州市职工患病或非因工负伤医疗期管理实施办法》。各地立法在劳动合同解除是否需要劳动能力鉴定、合同终止是否支付医疗补助费、医疗补助费与劳动能力鉴定的关系等问题上彼此存在差异，而且部分规定与劳动部的规定也不一致，医疗补助费的立法差异成为劳动立法的一大特色。

二、医疗补助费的劳动合同法时代

《中华人民共和国劳动合同法》于2007年6月29日通过，2008年1月1日实施。区别于劳动法相对粗放的立法，有了13年实践经验和理论储备的立法者希望通过精细立法具体规定劳动合同关系中用人单位和劳动者的权利义务。劳动合同法46条具体规定了需要支付经济补偿金的类型，新增了劳动合同期满终止、用人单位破产关闭解散、劳动者因用人单位过错解除等支付经济补偿金情形，对医疗期满解除则和劳动法保持条文一致，未作变化。劳动合同法47条

规定了经济补偿金的计算标准和基数，并且规定了经济补偿基数的上限为“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”。在劳动合同法的详细条文中，仍然没有医疗补助费的规定。于是新的问题产生了——2008 年 1 月 1 日之后，医疗补助费是否仍然继续存在？如果存在医疗补助费，医疗补助费的基数是否适用“本地区上年度职工月平均工资三倍”封顶线？这个问题十年来没有答案，各级劳动争议处理部门在处理具体案件时则很一致，继续按照 2008 年之前的有关立法支持医疗补助费，自然也就不适用劳动合同法的经济补偿金基数封顶线，医疗补助费法律适用问题成为一个罕见的新旧法并行达十年的法律问题。

笔者以为，人力资源社会保障部《关于第五批宣布失效和废止文件的通知 》虽然姗姗来迟，但总算有了一个回答。人力资源社会保障部废止 481 号文的理由为“已有新规定替代”。这个新规定是什么呢？答案只有一个——中华人民共和国劳动合同法。这个替代其实在十年前已经发生，只是缺了一纸文件而已。按照“已有新规定替代”的废止理由，比较合乎逻辑的解释为：劳动部认为医疗补助费是经济补偿的一类；劳动合同法实施之后，原有经济补偿的相应规定包括医疗补助费即被劳动合同法的规定替代。同样根据 481 号文的废止理由，劳动部发布的其他医疗补助费规定的效力其实也很清晰：

其一，《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）第 35 条，其表述为劳动合同解除后“按规定支付经济补偿金和医疗补助费”。此处的医疗补助费规定即为 481 号文，在 481 号废止后，劳动部再无劳动合同解除时支付医疗补助费及标准的规定。

其二，《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发 [1996]354 号）第 22 条及劳动部办公厅的解释规定了劳动合同期满终止医疗补助费，同样在 2008 年 1 月 1 日后被劳动合同法替代，不应再继续实行。劳动法未规定劳动合同终止的经济补偿，劳动合同法新增了劳动合同终止经济补偿金，未规定医疗补助费；合同终止医疗补助费作为经济补偿的一类，应当也理解为被劳动合同法同步替代。从合理性而言，在 481 号文废止、劳动合同解除仅需支付经济补偿无医疗补助费的情况下，劳动合同终止如果既要支付经济补偿金又要支付医疗补助费显然使解除和终止的补偿标准轻重失衡。

其三，对于地方性立法，则应区别对待。地方性法规应当在按照立法程序

修改前继续有效；地方政府规章以及地方劳动局制订的规范性文件则应清理，在缺乏上位法依据的情况下不应再予以执行。当然这必然遗留一定的乱象，需要各地立法部门按照立法程序予以调整。

三、医疗补助费的立法走向

医疗补助费针对患病劳动者支付，在劳动立法中无疑具有政治正确的道义优势，扶危济困、帮助弱势，自然也符合朴素的善良心理。故在 481 号文废止之后，存在大量继续保留医疗补助费的呼声；在后续的劳动争议处理中，可以预见医疗补助费仍然会存在同案不同判的情况。笔者也认可医疗补助费特有的优点，同时亦认为医疗补助费的存废去留以及支付渠道、资金来源、计算标准亦应纳入法治的轨道：

其一，依法行政。中共中央国务院《法治政府建设实施纲要（2015-2020 年）》规定“加强规范性文件监督管理。……规范性文件不得设定行政许可、行政处罚、行政强制等事项，不得减损公民、法人和其他组织合法权益或增加其义务。对涉及医疗补助费的规范性文件应当按此要求进行清理。

其二，依法立法。劳动法及 481 号文制订时，中国的立法体系和程序尚不健全。《中华人民共和国立法法》自 2000 年 7 月 1 日施行，如需在经济补偿中增加医疗补助费，应按照法定的修改制定法律、地方性法规的程序进行。立法法第 71 条规定国务院各部委“可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章”。第 73 条规定各省和较大的市的人民政府“可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章”，在法律和地方性法规无规定的情况下，政府部门不应自行其是。

本文写作之时恰逢中国第 4 个宪法日。宪法第五条规定“国家维护社会主义法制的统一和尊严。……任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”医疗补助费的乱象其实在劳动立法中并非孤例，在无固定期限合同、合同变更、合同解除条件等诸多法条上同样存在诸多争议问题。存在先天缺陷的立法难有尊严可言。劳动合同法已经施行十年，有必要对已经暴露的问题适时进行反思和调整，维护法制的统一和尊严。

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

锦上添花抑或雪中送炭
——析《中华人民共和国劳动合同法(草案)》的基本定位

Icing on the cake or fuel in snowy weather—Analysis on the basic position of the Labor Contract Law of the People's Republic of China (draft)

我国劳动法律制度改革的复杂性，不仅在于要确立新的劳动关系，而且是要在旧的劳动关系的基础上形成一种新型的关系。我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》(以下简称《劳动法》)的相互关系。前者应当如何对后者进行改造?透过众说纷纭，我们可以看到两种基本思路：锦上添花式和雪中送炭式。也可以说，这是“高标准”与“广覆盖”的争议。

The complication of the reform of the labor law system in China not only lies in the determination of a new labor relationship, but also is about establishing a new relationship on the basis of an old labor relationship.The drafting of the PRC Labor Contract Law relates to its relationship with the Labor Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Labor Law). How should the Labor Contract Lawchange the Labor Law? We can see two basic thoughts from various opinions: a method of adding icing on the cake and a method of providingfuel in snowy weather. That is to say, this is a dispute between “high standard” and “wide coverage”.

一、提高标准实现锦上添花？

《劳动法》对我国劳动关系规定了一种含有三个层次的调整模式：宏观上，国家通过规定最低工资、最高工时等一系列倾斜性立法，实现底线控制，让出了劳动关系当事人的协商空间；中观上，国家通过集体合同制度调整集体劳动关系；微观上，国家通过劳动合同制度调整个别劳动关系。由于目前中观和微观上的两种制度在运行中均遇到了障碍，即集体合同制度的作用并未得到应有的发挥，劳动合同制度又成为一种企业主导型的制度安排，因此国家仍要实行倾斜性立法和底线控制。

依锦上添花式的思维方式，《劳动法》的这套调整模式对员工的倾斜保护力度是不够的，需要通过提高劳动基准来加强对劳动者的保护，这种想法已经体现在《中华人民共和国劳动合同法(草案)》(以下简称《草案》)中了。《草案》以待遇形式体现的最显性的劳动基准主要是经济补偿金，涉及解除、终止合同时的补偿金、违法解除劳动关系的补偿金、竞业限制的补偿金，等等。从可比的相对数上看，我国都已达到或超过世界发达国家的水平。例如，竞业限制的补偿金世界最高的当属欧洲，法国、德国规定的是工资的 50%，而《草案》规定的是年工资。2003 年，我国的人均 GDP 仅排到世界第 110 位，[1]《草案》采取的却是超越世界第一的立法思维。《草案》另将大量较为隐性的劳动基准予以提高，其方式是将这些劳动基准与劳动关系凝固化、标准化、形式化和行政化的刚性管理相结合，使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“高线控制”往往与以下两种立法方式相联系：一是限制用人单位在经营管理中的主动行为，二是“管理瑕疵，控制权转移”。前者是限制企业的经营自主权，后者是在一定条件下取消企业的经营自主权。这两种立法方式如果得以实施，将可能彻底改变现有的劳动关系调整模式。其立法思路可以概括为以下四个方面。

(一)对员工实行“宽进宽出”

对员工实行“宽进”的措施主要有：(1)将事实劳动关系作为无固定期限劳动合同处理；(2)用人单位与劳动者之间是否建立劳动关系以劳动者个人的理解为准；(3)个人承包经营招用劳动者的，由发包的个人或者组织作为用人单位；(4)劳动合同订立时单位有欺诈行为的，合同无效，员工有欺诈行为的，合同有

[1] 参见赵婕:《去年我国 GDP 居世界第 7》,http://WWW.xhby.net/xhby/content/2004-05/19/content 433195.htm。

效等。我国推行书面劳动合同制，事实劳动关系[2]因而在我国是作为一种“管理瑕疵”而被认识的。在现实生活中，事实劳动关系产生的原因极其复杂，一般主要有三种情况：一是有些用人单位故意不与员工签订劳动合同；二是劳动合同到期，人事部门未及时续订劳动合同而又维持劳动关系，过失地产生劳动关系；三是某些商业接触被仲裁机构或法院认定为事实劳动关系。劳动行政部门对事实劳动关系的认定标准[3]较为宽泛也不够明确，不同的法官可能会作出不同的认定。当我们将上述三种不同性质的事实劳动关系放在一起规范时，本身就容易产生扩大化处理的问题。《草案》进一步将在产生理解分歧时“以劳动者个人的理解为准”作为原则，在承包经营中将个人用工一概认定为“发包人作为用人单位”更会使事实劳动关系存在范围放大。事实劳动关系作为无固定期限劳动合同处理时，我国会出现一种世界上少有的“被动招工”现象，即企业的某些操作被有关部门认定为失误后，不得不雇佣一批从未计划雇佣的员工，这些员工的劳动关系还是必须基于长期雇佣直到退休的无固定期限劳动合同。

对员工实行“宽出”的措施主要体现在：除了保留《劳动法》第 31 条的规定外，《草案》又对员工的离职条件进一步放宽，即劳动者单方解除劳动合同的理由增加、程序简化；企业在给员工提供了 6 个月以上脱产的专业技术培训后才可以和员工约定服务期和违约金，如培训时间短于 6 个月、培训期间没有全脱产或员工享受的是企业提供的住房、汽车等特殊待遇，仍允许员工自由离职且不得约定违约金；竞业限制期间全额支付工资等。这些规定将使用人单位通过加强投入、主动留人的措施和方案基本上丧失法律效力。与“被动招工”相对应，企业将只能进行“被动留人”。

(二)对企业实行“宽进严出”

以上“宽进”的制度安排与企业“严出”的制度安排形成了鲜明的反差。对企业实行“严出”主要是指对所有可能结束劳动关系的措施均进行极其严格的管制。目前我国主要有三项结束劳动关系的措施，即劳动合同终止、劳动合同解除、事实劳动关系终止。除事实劳动关系被认定为无固定期限劳动合同实行严格管制

---

[2] 事实劳动关系是指应当订立劳动合同但没有订立劳动合同而产生的一种劳动关系的状态。

[3] 劳动和社会保障部颁发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12 号)规定：“一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)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，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

外，对终止、解除劳动合同也实行双向收紧。劳动合同终止的收紧措施主要是指劳动合同到期终止、约定终止、员工死亡终止时企业均要支付经济补偿金。例如，劳动合同到期员工不想续签合同，企业也必须支付经济补偿金。笔者认为，经济补偿金是员工在被动结束劳动关系时，企业承担的一项法定帮助义务。而在劳动合同到期员工不想续签合同或员工死亡时，也要求企业支付经济补偿金显然与其性质相悖。劳动合同解除的收紧措施主要有：(1)试用期实行严格的分类控制；(2)固定期限劳动合同不允许非过失性解除，无固定期限合同维持福利特性；(3)企业要裁员必须先裁新员工、再裁老员工；(4)单位合并分立必须继续履行合同，不得结束劳动关系；(5)依法限制人身自由导致劳动合同中止而不是解除。与事实劳动关系相类似，这种收紧也具有一定的模糊性。例如，将工种分为非技术工种、一般技术工种、高级技术工种，并依此规定不同的试用期，这种做法本身就极不科学，也根本难以认定。然而，因结束劳动关系而产生的操作瑕疵，将改变用人单位解除劳动合同的权限。按《草案》的规定，用人单位违法解除、终止劳动合同时，员工可选择双倍赔偿或恢复劳动关系的方案。其实，这是一种“难以解除劳动合同的解雇制度”。

(三)在劳动管理中溶入“员工主导”

制订规章制度和实施绩效考核是企业进行劳动管理的基本手段，然而这两项基本管理手段也受到了来自《草案》的挑战。

就规章制度的制订而言，在《劳动法》中被规定为企业的经营自主权，《劳动法》只是要求企业在行使这项自主权时应当遵循一定的民主程序。而《草案》首先将规章制度的制订改造成为员工与企业之间的共决程序。如果企业出现操作瑕疵，没有履行共决程序，则企业丧失规章制度的制订权，而实行员工单方决定的机制。这种机制一旦实施，我国将出现“非企业主导的规章制度”，这恐怕是世界之罕见。

就绩效考核制度而言，在有固定期限的劳动合同中，《草案》废除了《劳动法》关于员工不能胜任工作可以调整工作岗位的规定；在所有的劳动合同中，《草案》增加了任何变更包括调整工作岗位都必须经双方协商，并采用书面形式确认等规定。企业的运转追求效率，绩效管理是企业提高效率的重要手段。绩效管理包括制订业绩计划、绩效评估和绩效改进等多个阶段。其中，对绩效差的员工进

行各种绩效改进是绩效管理的关键，通过各种改进措施乃至淘汰以保证企业的高效运转。在“员工主导”的思维中，绩效管理机制变成了一种“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。这显然破坏了绩效管理机制的完整性，也与建立这种机制的初衷相悖。

(四)对劳动关系实行行政干预

上述各项制度主要依靠行政干预来维系。作为具有私法传统的劳动合同法，《草案》却选择以劳动监察而不是劳动仲裁作为执法的主要手段，这就大大强化了劳动合同法的公法性质。按《草案》的规定，从劳动合同未载明必备条款到试用期等条款的无效，从用人单位扣押财物、证件、档案、物品到用人单位未依法向劳动者出具解除、终止劳动合同的书面证明，从用人单位未足额支付劳动报酬到终止、解除劳动合同的经济补偿金，劳动行政部门的管理范围大大扩大；从用人单位到劳动力派遣单位，劳动监察对象也大大扩大；劳动行政部门不仅可以使用传统的责令改正、罚款等手段，还可以使用其特有的责令支付赔偿金的手段，劳动行政部门的行政手段也有所增加。当企业管理的方方面面均被纳入了劳动行政部门的视野时，用人单位的劳动管理在一定程度上就转变为一种行政管理了。

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”、“难以进行劳动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”，等等，多少有些像国家行政机关做出了违法行政行为，法院判决转由行政相对人再做行政行为。其实，我国的劳动基准本已不低，有些基准已经过于刚性而难以实施，再行升高，只能将大量的强制基准借助行政管制的力量，伸入企业的管理空间，从而大大压缩用人单位的管理空间。当用人单位没有基本的管理权时，企业也将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的就业安置机构。于是，国外先进的人力资源管理模式与我国的劳动法律制度将发生全面的碰撞。

劳动关系虽然是按照平等关系的方式建立的，然而它一经建立，劳动者就必须根据社会化大生产的要求，将劳动力归用工单位支配，以使他的劳动力现实地成为集体劳动要素的一个组成部分。由于劳动力和劳动者不可分割地联系在一起，用人单位成为劳动力的支配者，也就成了劳动者的管理者。正如恩格斯在《论权

威》一书中所说，大工厂是以“进门者请放弃一切自治”为特征的。[4]用人单位和劳动者之间必须建立一种以指挥和服从为特征的管理关系，这种从属性的管理关系可以说是一种隶属关系。我国台湾地区学者黄越钦教授还提出了判断从属性的具体要素。[5]可见，劳动关系具有从属性是劳动关系的本质属性。从这一意义上说，人力资源管理制度有其存在的合理性。

日本一些学者认为，劳动法“从正面承认了如前所述的雇主与劳动者之间在经济、社会方面的不平等，并企图纠正从那些不平等产生出的不正当的结果”。[6]劳动法所要纠正的是一种由于从属关系而产生的“不正当的结果”，而不是要去改变从属性本身，这是我国劳动立法应当把握的基本尺度。可惜的是，当我们以锦上添花作为基本目标并硬性升高标准时，就不得不越过这一界限，希望通过改变“从属性”这一特征本身来实现保护劳动者的目标。这其实是一种本末倒置的做法，不可能达到保护劳动者利益的目的。劳动者作为一个打工者，并不希望成为经营者或管理者从而破坏企业大生产的有效运行，而是希望通过让渡劳动者的支配权，以获取公平的劳动报酬。

二、调整范围实现雪中送炭?

《劳动法》制定于 20 世纪 90 年代，当时的劳动者主要是指国有企业、外资企业和少量民营企业的劳动者。那时的企业是较为正规的企业，员工也是较为正式的员工。十多年来，这种情况已经发生了很大的变化。随着农民进城务工、国有企业员工下岗，劳动者出现了分层，当时《劳动法》所保护的对象已经成为这种分层中较高层次的劳动者。如果不对这种状况加以调整，《劳动法》就会出现某些贵族化倾向。劳动者分层中处在较为低层的劳动者是那些技能较低、年龄较长、流动性较大、替代性较强、竞争力较弱的普通劳动者。由于《劳动法》的覆盖性较差，这部分员工往往处于失范状态，这本身就是一种制度性歧视，也是当前社会不安定的根源之一。笔者认为，《草案》应当坚持一种雪中送炭式的思维

---

[4] 参见《马克思恩格斯全集》第 18 卷，人民出版社 1964 年版，第 342 页。

[5] 黄越钦教授将判断从属性的具体要素归纳为：(1)服从营业组织中的工作规则，如工作日、工作时间的起止等；(2)服从指示：在劳动契约存续期间，雇主有指示之权，劳工则有服从的义务；(3)接受监督、检查：即劳工有义务接受考察、检查，以确定是否遵守工作规则或雇主个人指示；(4)接受制裁：劳工应对自己的错误行为负责，雇主有权对其进行一定制裁。参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 94-95 页。

[6] [日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 8 卷，法律出版社 1997 年版，第 184 页。

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》的适用范围上。

劳动法学意义上的劳动者是与雇主相对应的雇佣劳动者，是从“从属性”引申出来的不平等主体。劳动者作为一种不平等主体，在特征上与民事主体有很大的区别。民法作为一种“平等主体”的认定，是建立在“抽象人”的假设上的；在民法中主体是不特定的、无差异的，平等只有在抽象意义上才能存在。劳动法作为一种“不平等主体”的认定，是建立在“具体人”的假设上的；在劳动法中主体是特定的、有差异的，不平等只有在具体比较中才可能存在。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。这种抽象劳动者的概念是不利于我们真正认识劳动法的适用范围的。《草案》应当通过对《劳动法》中劳动者概念的调整———从抽象的劳动者调整为具体的劳动者，通过“去强扶弱”，真正落实劳动法对弱势主体的保护。

雇主作为强势主体，应当在人格化的基础上排除出劳动法的保护范围，这也就是我们所说的“去强”。“企业是市场经济的一种典型的组织形式。企业内不同的参与者(要素所有人)，在收入分配和控制权上的不对称的合约安排，是企业的最显著特征。在企业内，某些参与者被称为‘雇主’(employer)，而另一些则被称为‘雇员’(employee)。雇主对雇员拥有权威，并有权索取剩余收入；而雇员在一定的限度内有服从雇主权威的义务，并挣得确定的薪水。”[7]随着雇主概念的不断扩大，各国或地区的劳动法在对雇主定义时也不再仅仅局限于企业主，还包括了代表企业主利益的人。[8]此类雇主主体主要集中在以下三类：第一类是企业、事业主———生产资料的所有者，第二类是经理人———生产资料的管理人，第三类是企业、事业主及经理人的委托代理人。劳动法是以保护劳动者为重心的，但我国现行立法对劳动者的界定模糊，导致我国将董事长、总经理等各国规定为雇主的对象，都当作了劳动法的保护对象。这样一来，我国国有企业的管理者一

---

[7] 张维迎：《企业的企业家———契约理论》，上海人民出版社 1995 年版，第 1-2 页。

[8] 我国台湾地区所谓的“劳动基准法”第 2 条第 2 款指出：“称雇主者谓雇用劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人。”《美国公平劳动标准法》第 3 条 d 款规定，雇主包括与雇员有关的直接或间接地代表雇主利益的人并包括公共机构，但不包括任何劳工组织(它作为雇主时除外)或该劳工组织中的职员或代理人。有些国家将雇主从雇员的概念中排除，从而反向界定雇主的概念。例如，《德国劳动法院法》第 5 条规定，在法人企业或合伙企业工作并且根据法律、章程或公司合同单独的或作为代表机构的成员被任命为法人或合伙人的代表人，不属雇员范畴，它包括股份有限公司的总经理之类的人员。

方面由于所有者的虚位使之有着巨大的职权空间，一旦突破道德约束就可以凭借这种强势地位以权谋私；另一方面，又可以借助《劳动法》赋予的劳动者弱势身份来回避法律的追究。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将其排除在劳动法的保护范围之外。

劳动者特别是最底层的劳动者，作为弱势主体，法律应当努力保护这个群体，这也就是我们所说的“扶弱”。现行劳动法的适用范围应当向这个群体扩大。《劳动法》制定后一些劳动者之所以会处于失范状态，是与《劳动法》当时确定调整范围的方式分不开的。也就是说，与大多数国家通过劳动者来定义用人单位的做法不同的是，我国是通过用人单位来定义劳动者的，只要用人单位与劳动者任何一方不合规范都可能导致不被列入《劳动法》调整范围的后果。

劳动者不合规范情形的产生，主要是由于劳动关系非标准化的出现。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，“世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定时代”。[9]这种劳动关系的非标准化在我国更是以前所未有的规模展开的。我国实现经济转轨的一条重要路径就是将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。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、非正规就业，等等。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，如非全日制就业、远程就业、弹性用工、家庭作业，等等。非标准劳动关系的规范本应成为《劳动合同法》这部产生于21世纪法律的特色，可惜的是，《草案》几乎对其视而不见。

用人单位不合规范的情况则更为复杂。按照《草案》的规定，劳动行政部门主要管理那些符合劳动法规定的合法用人单位的用工行为，只要用工主体出现瑕疵，则其中的劳动者就不再受到劳动法的保护。这主要有以下三种情况。

第一，工商行政管理意义上的非法用工主体的出现，使劳动者利益不被保护。一些企业未经工商登记或工商登记出现瑕疵，便丧失用工权。这些单位尽管事实上仍在用工，但其中的劳动者就不再受到法律的保护。我国城市服务业中的许多

[9] [英]罗宾·科恩、保罗·肯尼迪：《全球社会学》，文军等译，社会科学文献出版社2001年版，第106页。

用工都存在这种情况。虽然这些用工主体是非法的，但其中的劳动者其实是合法的。

第二，工商行政管理意义上的合法用工主体，在劳动行政管理上未纳入法律的调整范围。非法设立、非法用工还比较容易认识，那么合法设立、非法用工恐怕就是更深层次的问题了。“非法用工主体”应是指不符合《草案》规定的六类用工主体。也就是说，只要出现第七类用工主体，就不受劳动合同法的调整，是劳动合同法意义上的非法用工。我国在 1995 年制定的《劳动法》生效后，又逐渐产生了多种形式的用工经济组织，较为典型的合法机构有：民办非企业单位、非正规就业组织、家庭服务公司、律师事务所、会计师事务所，等等。除民办非企业单位外，其他合法设立的机构《草案》均未涉及。也就是说，其他合法机构的用工行为将都不适用劳动合同法，也不受劳动合同法的保护。

第三，工商、劳动行政管理意义上都是合法的用工行为，但由于某些行政管理部门的不同理解，而不能纳入劳动法的保护范围。例如，依据《劳动法》的规定，事业单位、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者均受法律保护。但是，有关行政管理部门都将他们之间的聘用合同定性为非劳动合同，于是一大批劳动者被排除在劳动法的保护范围之外。而这部分劳动者群体又是我国科技队伍的一支重要力量，对他们法律保护的缺位将不利于我国建设创新型国家。劳动合同法的立法本应是一次实现并轨并建立统一劳动力市场的机会，遗憾的是，《草案》对此并未给予足够的关注。

由于立法者在界定劳动者时将其与用人单位相挂钩，导致劳动者的合法与否也取决于用人单位的合法性。于是，哪怕劳动者本身是完全符合有关法律规定的，也会因为“投错娘胎”找了一家劳动法意义上的非法用人单位而变得“非法”，从而得不到劳动法的保护。劳动法作为劳动者利益的保护法，为劳动者精心设计了种种保障措施，这些措施对用人单位而言都会转化成商业成本。劳动法给予劳动者较民法更高的保障条件是以用人单位支付更高的成本为代价的。“非法用工主体”或者不受保护，或者纳入民法的保护范围，无论是这两种情况中的哪一种，都是较劳动法保护成本更低的一种处理方式。经济人的趋利本性将导致用人单位作出对自己最有利的选择。在这里，劳动法成了被选择的对象而不能主动发挥应有的作用。

三、更新观念，实现由刚变柔

有人以为，扩大适用范围只是简单的加加减减，其实不然。扩大适用范围既涉及利益的调整也涉及规范的方式。对于一个远程就业或非全日制就业的员工要求以全套的劳动纪律、工作时间、社会保险规定来要求企业是否现实?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”更是难以想像。只有“低标准”才可能有“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，对我国不甚恰当的标准作出调整应当是我们面临的重要课题。这种调整首先涉及立法理念的更新。要使劳动法对现实中各种形式的劳动关系(或者称为雇佣关系)加大覆盖面，使劳动者中最普通的劳动者得到保护，必须摆脱对凝固化、标准化、形式化和行政化的刚性管理体制的依赖，建立一种柔性化的管理体系。这一体制应当是既注意劳动关系的稳定性，更要防止劳动关系的凝固化；既注意标准化的劳动关系，更关注非标准化的劳动关系；既保持劳动关系的书面形式，更强调实际履行，防止形式化；既需要通过行政手段来保护劳动关系，更要防止行政机关的过分介入形成的劳动关系行政化。以下分述之。

(一)非凝固化

我国曾长期实行“固定工制度”。这种制度的基本特点是“固定”，即人员只进不出，职工的工作期限没有规定，就业后长期在一个单位内从事生产和工作，职工一般不能离职，单位也不能解雇，工资待遇和劳保福利根据国家的统一规定给付，劳动力基本上处于凝滞状态。这种体制虽然已被彻底改变，但人们的思维惯性依然存在。“宽进严出”其实正是这种思维方式的反映。表面看来，“宽进严出”只对用人单位实行，而对劳动者实行的是“宽进宽出”。其实劳动力是一个流动的过程，在供大于求的情况下，这种流动过程往往由用人单位来主导，政府真正可以控制的是“严出”。然而，劳动力的需求是有限的，“严出”只能导致“严进”。一旦用人单位的劳动力流量被限制，那么对劳动者实行“宽进宽出”就只能是一个美好的愿望。试想，在“严出严进”的格局下，什么人会受到损害?无疑是替代性最强的劳动者。《劳动法》过于刚性的规定，已经使当前缺乏工作经验的大学生就业出现困难。可以预见，随着劳动关系管理的进一步刚性化，我国这样一个劳动力极其丰富的国家将会出现一个庞大的就业困难群体。这种局面将

逼迫我们面临两难选择：一是通过改革，重新形成能进能出的局面，但劳动标准易上难下、劳动关系易刚难柔的特征，将会使这种调整面临巨大的社会震荡；二是在已经凝固化的劳动关系之外，通过促进就业的方式，形成一套更为灵活的用工机制，但是凝固化的用工体制与灵活性的用工体制的并存，事实上将贯彻两套不同的法规体系，从而形成严重的制度性歧视，容易引发社会矛盾。

劳动合同立法中“劳动关系长期化与劳动合同短期化”已经成为全社会共同关注的问题。然而在如何解决这一问题上却出现了两种基本思路。第一种观点认为我国现行制度的主要弊端在于对定期劳动合同没有任何限制，所以改革应单向进行，即对到期终止这一制度进行改革；第二种观点认为现行制度必须进行重构，应当是进行双向改革。除对固定期限劳动合同进行改革外，对无固定期限劳动合同也应当进行改革，既收紧我国劳动合同的“到期终止”制度，也放松现行“劳动合同的解除”制度。出乎意料的是，《草案》却采取了双向收紧的做法，即对定期劳动合同的签订、解除进行严格限制并扩大无固定期限劳动合同的适用范围，从而使劳动关系走向凝固化。

现行体制中，对劳动者极其有利的解除规范受到对用人单位较为有利的终止规范的约束，达成一种现实平衡。一旦劳动者突破定期劳动合同的界限，跨入无固定期限劳动合同的行列，那就只存在劳动合同解除的过紧安排，我国的无固定期限劳动合同其实就是一种“严出严进”的制度。这种制度必然要求一个较为宽松的制度与之配套，我国的终止制度其实就是这样一种制度安排。这种对一部分员工实行“过宽”的制度安排与对另一部分员工实行“过严”的制度安排，形成一种社会不公。如果我们采取双向收紧，实际上是进一步推广无固定期限劳动合同的“严出严进”的制度。当对中上层劳动者实行凝固化劳动关系的制度安排时，却对底层的普通劳动者只能实行更宽松的用工制度，这本身就是一种歧视性的制度安排。双向改革的目的应是使劳动合同的解除、终止制度趋向平衡，从而消除制度性歧视。当然在改革的过程中，应当遵循“老人老办法、新人新办法”的原则，从而实现平稳过渡。

（二）非标准化

传统的“标准劳动关系”是建立在以特定雇主与雇员之间只存在一重劳动关系、八小时全日制劳动、遵守一个雇主的指挥为标准的劳动关系的假设之上的，

法律在调整时建立了相应的最低工资(按月或按周计算)和基本的社会保险(一人一份)。当劳动关系的人格从属性以组织从属性的方式体现时，其内部结构极其紧密。随着组织从属性弱化，用人单位与劳动者的联系纽带也出现了松动。正是劳动者对组织的这种松动，不仅使原来的“标准劳动关系”有了变形，而且使得多重劳动关系有了建立的基础。

多重劳动关系中每一个单位从内容上看，都无法完全达到“标准劳动关系”的全部要求。这种或缺或者反映在工时、工资上或者体现在雇佣、使用上，也可以说是半劳动关系，但法律却只能将其视为一个劳动关系来进行调整。在对多重劳动关系进行认识时，往往涉及主体与内容的矛盾。以非全日制工时制度为例，当劳动者工作四小时时，与传统的“标准劳动关系”相比，其在内容上只能算是半个劳动关系，但用人单位与劳动者主体分别是独立的法律人格，是完整的主体。法律上只能从主体的角度来认定，将内容上不完整的劳动关系视为一个劳动关系。当该劳动者在另四小时从事劳动时，就形成两重劳动关系。同理，在劳动力派遣中，两个用人单位，一个专司雇佣，一个专司使用。从内容上看，每个用人单位都是半个劳动关系，但劳动者与两个主体发生关系时也形成两重劳动关系。法律在对社会关系进行调整时，是无法按照半个关系来规范的，因此内容上不完整的社会关系也只能当作一个关系来认识，从而形成两重甚至是多重劳动关系。多个劳动关系相互叠加构成了一个内容完整的劳动关系。如何规范这种形式上是一个而内容上是半个的劳动关系，应成为劳动立法的重要课题。当我们在为“标准劳动关系”作出一种制度安排时，应当考虑与非标准劳动关系的平衡。

(三)非形式化

劳动合同法究竟应当重视一纸书面合同，还是重视实际履行?按照合同法的理论，合同本身应包括多种形式，既有书面的也有口头的，可明示也可默示。笔者认为，在现阶段书面劳动合同是需要的，但这种书面合同只是一种启动劳动关系的触发机制，双方的权利义务更多地体现在劳动过程的实际履行中。我们的立法应当反映这种现实，注重实际履行，而不是过分强调书面合同形式。《劳动法》规定以定期劳动合同为主，本身容易过分强调一纸书面合同的作用。令人欣慰的是，在《劳动法》颁布 11 年后我们最终不得不确认事实劳动关系的合法存在。[10]

[10] 参见劳动和社会保障部颁发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12 号)。

在劳动合同的订立上，我们既强调书面合同的唯一性，又承认事实劳动关系的效力，已经遭遇了尴尬。如果我们继续照搬传统民法的理论，沿着重视书面合同的路子走下去，强调所有的订立、变更都只能是书面的，履行的也只是一纸书面合同，就会完全脱离劳动合同的运行实际。

劳动关系作为一种继续性合同，是一种信息不充分的合同，其本身存在着需要进一步调适的要求。而某些调适是需要用人单位以管理的方式来进行的，过分形式化的要求会使这种调适难以进行。有人据此认为，既然用人单位对完全形式化的要求难以适应，那么强调书面合同就可以达到保护劳动者利益的目的。这种观点是建立在劳动者有着平等而充分的话语权的假设之上的，而这种假设根本就不存在。对于普通劳动者而言，在其没有多少话语权的情况下实行劳动关系形式化，只会加剧劳动关系的失衡。如果一切都要求形式化，那么用人单位的每一次提薪如未以书面形式进行就是违约，劳动者也构成不当得利，这对劳动者的保护显然不利。其实劳动合同不仅是信息不充分的合同，而且是地位不对称的合同，用人单位与劳动者之间存在从属性，平等假设根本就不存在。劳动合同实质上是通过双方当事人在实践中不断产生的新合意来履行的。静态的书面劳动合同只能证明劳动关系的存在，并不能反映劳动关系的动态过程，其作用不宜夸大。我们的立法体例应当适应这种现实，建立起一套尊重实际履行的调整机制。

（四）非行政化

劳动法从属于社会法，是私法与公法相互融合的产物。劳动基准法具有公法的传统，强调强制性规范，在执法手段上可以采用国家的行政干预；劳动合同法具有私法传统，强调任意性规范，保护当事人在一定范围内的意思自治，在执法手段上应当采用仲裁与民事诉讼方式。劳动基准法是劳动关系的底线，国家不应越过这一底线。当我们把底线升高，国家的行政执法其实是难以进行的。也就是说，在这种前提下行政执法会面临两难的局面：如果认真执法，将窒息劳动关系；如果不去执行，又会损害国家的法制尊严。不仅如此，这种行政执法体系还会给劳动行政部门留下巨大的“寻租”空间。《劳动法》的执行已经面临这种困境了，如果我们再去人为地升高劳动关系的底线，必然加剧这种状况。

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。在我国现阶段，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，即普通劳动者生存权的保障应成为国家立法的重心所在。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”。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、国家行政管理部门都能接受的平衡点。舍此，去追求将劳动管理权交给劳动者的做法，其实是本末倒置。暂不说劳动者需不需要劳动管理权，事实上，企业也绝对不会将此权力“慷慨赠与”的，更何况果真如此，行政机关也会陷入两难境地，最后的结果显然是“多输”。

当今世界，劳动关系弹性化是世界潮流，然而《草案》却反其道而行之，以追求刚性化管理为目标。显然，这种立法观不仅脱离了我国的实际，而且也与世界潮流相悖，是极其危险的。笔者斗胆预言，在这种观念滋润下的《草案》一旦成为法律并付诸实施，必将对我国经济发展产生阻碍。届时，我们会悔之晚矣！

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