

BAOHUA

保华 月刊

2017年9-10月合刊
第十五期
中英双语

上海案例调研：违法解除或终止劳动合同是否需要支付医疗补助费
用人单位客观情况发生重大变化与劳动者协商变更劳动合同审判口径分析
2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要
《浙江省工伤保险条例》
重庆市高院：法律适用问题专题座谈会纪要（二）

总编：董保华
责编：董润青
编辑：于海红



保華律師事務所

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：《2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》 New Regulation: Meeting Minutes on Dealing with Confusing Problems for Labor and Personnel Disputes in Shenzhen in 2017	16
新法规：《浙江省工伤保险条例》 New Regulation: Regulation on Work-Related Injury Insurance in Zhejiang Province	22
新法规：《法律适用问题专题座谈会纪要（二）》 New Regulation: Meeting Minutes (II) on Legal Application	38
热点追踪 Hot Issues	
上海案例调研：违法解除或终止劳动合同是否需要支付医疗补助费？ Case study in Shanghai: Should employers pay employee the medical allowance if the termination of the labor contract is illegal?	44
用人单位客观情况发生重大变化与劳动者协商变更劳动合同的审判口径分析 Analysis on the judicial caliber for an employer to change the labor contract through negotiation with its employee if the objective situation of the employer has been significantly changed	49
老董杂谈 Professor Dong By-Talk	
劳动领域群体争议的法律规制 Legal Regulation on Employees' Group Labor Dispute in Labor Law Field	55

劳动法新闻资讯

Labor Law News

一、四部门印发《工伤预防费使用管理暂行办法》

来源：中国安全生产报

摘要：近日，人社部会同财政部、国家卫计委、国家安全监管总局联合印发了《工伤预防费使用管理暂行办法》（以下简称“《办法》”）。据人社部有关负责人介绍，工伤预防费主要用于工伤事故和职业病预防宣传和培训，使用实行预算管理。在保证工伤保险待遇支付能力和储备金留存的前提下，工伤预防费的使用原则上不得超过统筹地区上年度工伤保险基金征缴收入的3%。

Summary: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security in joint with the Ministry of Finance, the State Health Planning Commission and the State Administration of Work Safety, issued the Interim Measures for the Administration of Work-related Injury Prevention Fees (hereinafter referred to as "The Measures"). According to the relevant person in charge of the Ministry of Human Resources and Social Security, the work-related injury prevention fee will be mainly used for the promotion and training of the prevention of work-related injuries and occupational disease, such usage will under budget management. On the condition that ensures the payment of work-related injury insurance benefits and the retention of reserves, the use of work-related injury prevention fees shall not exceed 3% of the income collected by the industrial injury insurance funds in the overall area in principle.

《办法》提出，由统筹地区人社部门会同财政、卫生计生、安监等部门以及本辖区内负有安全生产监督管理职责的部门，共同确定每年工伤预防的重点领域，由行业协会和大中型企业等在确定的重点领域内提出拟实施的项目，再由人社部门会同有关部门共同确定下一年度安排实施的项目。

《办法》还对提供工伤预防服务的社会组织应具备的条件、项目的验收评估以及违反规定应承担的责任等方面内容作出规定。

附：

工伤预防费使用管理暂行办法

第一条为更好地保障职工的生命安全和健康，促进用人单位做好工伤预防工作，降低工伤事故伤害和职业病的发生率，规范工伤预防费的使用和管理，根据社会保险法、《工伤保险条例》及相关规定，制定本办法。

第二条本办法所称工伤预防费是指统筹地区工伤保险基金中依法用于开展工伤预防工作的费用。

第三条工伤预防费使用管理工作由统筹地区人力资源社会保障行政部门会同财政、卫生计生、安全监管行政部门按照各自职责做好相关工作。

第四条工伤预防费用于下列项目的支出：

（一）工伤事故和职业病预防宣传；

（二）工伤事故和职业病预防培训。

第五条在保证工伤保险待遇支付能力和储备金留存的前提下，工伤预防费的使用原则上不得超过统筹地区上年度工伤保险基金征缴收入的3%。因工伤预防工作需要，经省级人力资源社会保障部门和财政部门同意，可以适当提高工伤预防费的使用比例。

第六条工伤预防费使用实行预算管理。统筹地区社会保险经办机构按照上年度预算执行情况，根据工伤预防工作需要，将工伤预防费列入下一年度工伤保险基金支出预算。具体预算编制按照预算法和社会保险基金预算有关规定执行。

第七条统筹地区人力资源社会保障部门应会同财政、卫生计生、安全监管等部门以及本辖区内负有安全生产监督管理职责的部门，根据工伤事故伤害、职业病高发的行业、企业、工种、岗位等情况，统筹确定工伤预防的重点领域，并通过适当方式告知社会。

第八条统筹地区行业协会和大中型企业等社会组织根据本地区确定的工伤预防重点领域，于每年工伤保险基金预算编制前提出下一年拟开展的工伤预防项目，编制项目实施方案和绩效目标，向统筹地区的人力资源社会保障行政部门申报。

第九条统筹地区人力资源社会保障部门会同财政、卫生计生、安全监管等部门，根据项目申报情况，结合本地区工伤预防重点领域和工伤保险等工作重点，以及下一年工伤预防费预算编制情况，统筹考虑工伤预防项目的轻重缓急，于每年10月底前确定纳入下一年度的工伤预防项目并向社会公开。

列入计划的工伤预防项目实施周期最长不超过2年。

第十条纳入年度计划的工伤预防实施项目，原则上由提出项目的行业协会和大中型企业等社会组织负责组织实施。

行业协会和大中型企业等社会组织根据项目实际情况，可直接实施或委托第三方机构实施。直接实施的，应当与社会保险经办机构签订服务协议。委托第三方机构实施的，应当参照政府采购法和招投标法规定的程序，选择具备相应条件的社会、经济组织以及医疗卫生机构提供工伤预防服务，并与其签订服务合同，明确双方的权利义务。服务协议、服务合同应报统筹地区人力资源社会保障部门备案。

面向社会和中小微企业的工伤预防项目，可由人力资源社会保障、卫生计生、安全监管等部门参照政府采购法等相关规定，从具备相应条件的社会、经济组织以及医疗卫生机构中选择提供工伤预防服务的机构，推动组织项目实施。

参照政府采购法实施的工伤预防项目，其费用低于采购限额标准的，可协议

确定服务机构。具体办法由人力资源社会保障部门会同有关部门确定。

第十一条提供工伤预防服务的机构应遵守社会保险法、《工伤保险条例》以及相关法律法规的规定，并具备以下基本条件：

（一）具备相应条件，且从事相关宣传、培训业务二年以上并具有良好的市场信誉；

（二）具备相应的实施工伤预防项目的专业人员；

（三）有相应的硬件设施和技术手段；

（四）依法应具备的其他条件。

第十二条对确定实施的工伤预防项目，统筹地区社会保险经办机构可以根据服务协议或者服务合同的约定，向具体实施工伤预防项目的组织支付 30%～70%预付款。

项目实施过程中，提出项目的单位应及时跟踪项目实施进展情况，保证项目有效进行。

对于行业协会和大中型企业等社会组织直接实施的项目，由人力资源社会保障部门组织第三方中介机构或聘请相关专家对项目实施情况和绩效目标实现情况进行评估验收，形成评估验收报告；对于委托第三方机构实施的，由提出项目的单位或部门通过适当方式组织评估验收，评估验收报告报人力资源社会保障部门备案。评估验收报告作为开展下一年度项目重要依据。

评估验收合格后，由社会保险经办机构支付余款。具体程序按社会保险基金财务制度、工伤保险业务经办管理等规定执行。

第十三条社会保险经办机构要定期向社会公布工伤预防项目实施情况和工伤预防费用使用情况，接受参保单位和社会各界的监督。

第十四条工伤预防费按本办法规定使用，违反本办法规定使用的，对相关责任人参照社会保险法、《工伤保险条例》等法律法规的规定处理。

第十五条工伤预防服务机构提供的服务不符合法律和合同规定、服务质量不高的，三年内不得从事工伤预防项目。

工伤预防服务机构存在欺诈、骗取工伤保险基金行为的，按照有关法律法规等规定进行处理。

第十六条统筹地区人力资源社会保障、卫生计生、安全监管等部门应分别对工作场所工伤发生情况、职业病报告情况和安全事故情况进行分析，定期相互通

报基本情况。

第十七条各省、自治区、直辖市人力资源社会保障行政部门可以结合本地区实际，会同财政、卫生计生和安全监管等行政部门制定具体实施办法。

第十八条企业规模的划分标准按照工业和信息化部、国家统计局、国家发展改革委、财政部《关于印发中小企业划型标准规定的通知》（工信部联企业〔2011〕300号）执行。

第十九条本办法自 2017 年 9 月 1 日起施行。

二、人社部公布 140 项国家职业资格目录

来源：新华网

摘要：近日，经国务院同意，人力资源社会保障部印发《关于公布国家职业资格目录的通知》，公布国家职业资格目录。职业资格目录明确了国家职业资格范围、实施机构和设定依据，有利于从源头上解决职业资格过多过滥的问题。目录之外一律不得许可和认定职业资格，目录之内除准入类职业资格外一律不得与就业创业挂钩。

Summary: Recently, with the approval of the State Council, the Ministry of Human Resources and Social Security has issued the "Notice on Publishing National Industries Qualification directory ", and announced the national occupation qualification directory. The directory of occupational qualifications clearly defines the scope of national occupation qualifications, the implementing agencies and the basis for their establishment, which helps to solve the problem of excessive occupational qualifications from the source. For those qualification outside the directory shall not be approve and recognize professional qualifications, and for those on the directory, shall not link to the employment and entrepreneurship except those access occupational qualifications.

国家职业资格目录共计 140 项职业资格。其中，专业技术人员职业资格 59 项，含准入类 36 项，水平评价类 23 项；技能人员职业资格 81 项，含准入类 5 项，水平评价类 76 项。这些职业资格基本涵盖了经济、教育、卫生、司法、环保、建设、交通等国家重要的行业领域，符合国家职业资格设置的条件和要求。准入类职业资格关系公共利益或涉及国家安全、公共安全、人身健康、生命财产安全，均有法律法规或国务院决定作为依据；水平评价类职业资格具有较强的专业性和社会通用性，技术技能要求较高，行业管理和人才队伍建设确实需要。

目录接受社会监督，保持相对稳定，实行动态调整。今后职业资格设置、取消及纳入、退出目录，须由人力资源社会保障部会同国务院有关部门组织专家进行评估论证、新设职业资格应当遵守《国务院关于严格控制新设行政许可的通知》（国发〔2013〕39 号）规定并广泛听取社会意见后，按程序报经国务院批准。各地区、各部门未经批准不得在目录之外自行设置国家职业资格。行业协会、学会等社会组织和企事业单位可依据市场需要自行开展能力水平评价活动，但不得变相开展资格资质许可和认定，证书不得使用“中华人民共和国”、“中国”、“中

华”、“国家”、“全国”、“职业资格”或“人员资格”等字样和国徽标志。对违法违规设置实施的职业资格事项，发现一起、严肃查处一起。对资格资质持有人因不具备应有职业水平导致重大过失的，负责许可认定的单位也要承担相应责任。

2013 年以来，人力资源社会保障部按照国务院要求，连续 7 批集中取消 434 项职业资格许可和认定事项，削减比例达 70% 以上，进一步降低了就业创业门槛，有力推动了大众创业、万众创新，社会感受明显。在“七连清”的基础上，人力资源社会保障部经与各有关部门反复协商并报国务院批准，公布了国家职业资格目录，初步形成了我国职业资格目录框架。建立公开、科学、规范的职业资格目录，是深化“放管服”改革、职业资格制度改革的重大成果，实现了职业资格清理由“治标”到“治本”的关键性转变，对于提高职业资格设置管理的科学化、规范化水平，持续激发市场主体创造活力，推进供给侧结构性改革具有重要意义。

三、人社部、财政部发布《关于调整失业保险金标准的指导意见》

来源：新闻网

摘要：近日，人社部、财政部发布《关于调整失业保险金标准的指导意见》，意见表示，逐步将失业保险金标准提高到最低工资标准的 90%。意见指出，确定失业保险金具体标准，要统筹考虑失业人员及其家庭基本生活需要和失业保险基金运行安全，坚持“保生活”和“促就业”相统一，既要保障失业人员基本生活需要，又要防止待遇水平过高影响就业积极性。

Summary: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security and the Ministry of Finance issued “the Guiding Opinions on Adjusting the Unemployment Insurance Rates”, which indicated that the unemployment insurance fee would be gradually raised to 90% of the minimum wage. The Opinion pointed out that, to determine the specific standards for unemployment insurance fee, it is necessary to make a comprehensive consideration of the basic needs of the unemployed and their families and the safety of the operation of unemployment insurance fund, insist on the principle of both "guaranteeing life" and "promoting employment", not only guarantee the basic needs of the unemployed, but also prevent too high level of unemployment treatment to affect their enthusiasm of re-employment.

人社部失业保险司有关负责人就《指导意见》进行解读。

问：《指导意见》印发的背景和重要意义。

答：党中央、国务院高度关注保障和改善民生，要求通过社会保障等手段，切实保障困难群众基本生活，不断缩小不同群体间的收入差距。《社会保险法》规定：“国家建立失业保险制度，保障公民失业情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。”《失业保险条例》规定，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。

各地高度重视失业人员基本生活保障，将其作为失业保险最基础、最重要的工作来抓，深入贯彻落实中央要求和法律法规规定，根据当地经济社会发展水平，不断提高失业保险金标准，基本保障了失业人员共享经济社会发展成果。2012 年全国人均失业保险金为 707 元，2016 年达到 1051 元，年均增长 10.4%。5 年来，共有 2170 万人次领到失业保险金。

为进一步增强人民群众的获得感和幸福感，促进社会公平，按照中央决策，根据失业保险法律法规，我部会同财政部共同制定了《关于调整失业保险金标准的指导意见》(人社部发〔2017〕71号)，指导各地在现有基础上，进一步适当上调失业保险金标准，并提出了失业保险金上调目标，要求形成增长机制。

问：《指导意见》确定失业保险金调整的目标是多少？

答：《指导意见》明确提出，调整失业保险金标准的目标，是逐步将失业保险金标准提高至最低工资标准的90%。需要明确的是，这个目标以确保基金可持续为前提，随着经济社会的发展，分步实施，循序渐进加以实现。根据《失业保险条例》规定，失业保险金标准的具体调整幅度和调整时间，由各省、自治区、直辖市人民政府根据本地具体情况确定。

问：能不能把失业保险金的标准提得更高一些呢？

答：近年来，各地深入贯彻落实失业保险有关法律法规，多措并举，有序推进，全国失业保险金水平逐年提高，地区差距逐步缩小，有效地保障了失业人员基本生活，为兜牢民生底线发挥了积极作用。

但失业保险金标准不宜调整过高：一是《失业保险条例》规定了失业保险金的上限，即不得高于当地最低工资标准。二是失业保险保障的是失业人员基本生活需要，过高的待遇水平不符合我国失业保险“保基本”的原则。三是确定失业保险金水平还要兼顾促就业的作用，失业保险金标准过高，可能会影响部分失业人员的就业积极性。此外，还要统筹考虑失业保险基金运行安全。

问：对地方落实《指导意见》有什么具体要求？

答：保障失业人员基本生活是失业保险制度的基本功能。调整失业保险金标准，直接关系到失业人员的切身利益，体现了党中央、国务院对失业人员的关心关怀。各地要充分认识调整失业保险金的重要意义，以人为本，高度重视，精心组织，确保政策顺利实施落地。一是抓紧制定符合本地区实际的失业保险金调整方案。《指导意见》以《社会保险法》和《失业保险条例》为依据，明确了调整失业保险金标准的基本原则，各省、自治区、直辖市人社厅(局)和财政厅(局)要结合本地区经济社会发展水平和失业保险基金备付能力，统筹考虑失业保险“保生活”和“促就业”两项功能，加强调研、科学测算、明确责任、拟定步骤、细化措施，尽快研究制定符合本地实际、兼顾可操作性和灵活性的具体实施方案，并报省级人民政府确定。二是抓好政策落实的具体环节。各地负责此项工作的同志，要认真学习领会文件精神，把准吃透政策要点，及时调整标准并将失业保险金发放到位，切实保障好失业人员的基本生活。同时，指导各省发挥好省级调剂金的作用，大力支持基金支撑能力弱的统筹地区，确保每一个统筹地区的失业人员都能及时根据新标准领取失业保险金。三是广泛开展政策宣传。各地要结合当地具体落实办法，主动协调宣传部门，集中一段时间开展专项宣传活动；要深入群众，把此次调整失业保险金标准的政策原原本本向失业人员讲清楚，有针对性地解疑释惑，使其充分了解党和政府的惠民之策。同时，要加强舆论引导和舆情监测，形成合理预期，营造良好社会氛围。

问：领取失业保险金期间，失业人员还可以享受哪些权益？

答：根据《社会保险法》第四十八条和《失业保险条例》第十条规定，参加失业保险的人员失业后，除能领取失业保险金外，还有相应的医疗、丧葬抚恤、就业服务等待遇项目。具体包括以下项目：一是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医疗保险费从失业保险基金中支付，个人不缴纳基本医疗保险费；二是领取失业保险

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；三是职业培训补贴；四是国务院规定或者批准的与失业保险有关的其他费用。

根据《失业保险条例》第二十一条规定，单位招用的农民合同制工人连续工作满1年，本单位并已缴纳失业保险费，劳动合同期满未续订或者提前解除劳动合同的，由社保经办机构根据其工作时间长短，对其支付一次性生活补助金。

2016年，失业保险基金代缴医疗保险费79.7亿元，月人均缴纳医疗保险292元；支出丧葬补助金和抚恤金4710万元；支出培训补贴14.2亿元；国务院批准的东7省试点政策用于促就业支出183亿元；向76.2万名农民工发放一次性生活补助28.3亿元，人均3255元。

四、人社部印发《拖欠农民工工资“黑名单”管理暂行办法》的通知

来源：人社网

摘要：近日，为规范拖欠农民工工资“黑名单”管理工作，加强对拖欠工资违法失信用人单位的惩戒，维护劳动者合法权益，根据《企业信息公示暂行条例》、《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）、《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》（国办发〔2016〕1号），人力资源社会保障部制定了《拖欠农民工工资“黑名单”管理暂行办法》。

Summary: In order to regulate the management of the "blacklist" of those enterprises delinquent wages of migrant workers and to strengthen the punishment of enterprises that defaulted on wages so as to safeguard the legitimate rights and interests of laborers, according to the "Interim Regulations on the Disclosure of Enterprise Information", "the Guiding Opinions of the General Office of State Council on Joint Encouragement and Disregard Discipline System to Accelerate the Construction of Social Integrity"(Guo Fa [2016] No. 33), "the Opinions of the General Office of the State Council on Comprehensive Control of Arrears of Peasant Workers' Wages" (Guo Ban Fa [2016] No.1), The Ministry of Human Resources and Social Security formulated the "the Interim Measures for the Administration of the blacklist of default arrears wages of migrant workers".

附：

拖欠农民工工资“黑名单”管理暂行办法

第一条 为规范拖欠农民工工资“黑名单”管理工作，加强对拖欠工资违法失信用人单位的惩戒，维护劳动者合法权益，根据《企业信息公示暂行条例》、《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）、《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》（国办发〔2016〕1号），制定本办法。

第二条 本办法所称拖欠农民工工资“黑名单”（以下简称拖欠工资“黑名单”），是指违反国家工资支付法律法规规定，存在本办法第五条所列拖欠工资情形的用人单位及其法定代表人、其他责任人。

第三条 人力资源社会保障部负责指导监督全国拖欠工资“黑名单”管理工作。省、自治区、直辖市人力资源社会保障行政部门负责指导监督本行政区域拖欠工资“黑名单”管理工作，每半年向人力资源社会保障部报送本行政区域的拖欠工资“黑名单”。

地方人力资源社会保障行政部门依据行政执法管辖权限，负责拖欠工资“黑名单”管理的具体实施工作。

第四条拖欠工资“黑名单”管理实行“谁执法，谁认定，谁负责”，遵循依法依规、公平公正、客观真实的原则。

第五条用人单位存在下列情形之一的，人力资源社会保障行政部门应当自查处违法行为并作出行政处理或处罚决定之日起 20 个工作日内，按照管辖权限将其列入拖欠工资“黑名单”。

（一）克扣、无故拖欠农民工工资报酬，数额达到认定拒不支付劳动报酬罪数额标准的；

（二）因拖欠农民工工资违法行为引发群体性事件、极端事件造成严重不良社会影响的。

将劳务违法分包、转包给不具备用工主体资格的组织和个人造成拖欠农民工工资且符合前款规定情形的，应将违法分包、转包单位及不具备用工主体资格的组织和个人一并列入拖欠工资“黑名单”。

第六条人力资源社会保障行政部门将用人单位列入拖欠工资“黑名单”的，应当提前书面告知，听取其陈述和申辩意见。核准无误的，应当作出列入决定。列入决定应当列明用人单位名称及其法定代表人、其他责任人姓名、统一社会信用代码、列入日期、列入事由、权利救济期限和途径、作出决定机关等。

第七条人力资源社会保障行政部门应当按照有关规定，将拖欠工资“黑名单”信息通过部门门户网站、“信用中国”网站、国家企业信用信息公示系统等予以公示。

第八条人力资源社会保障行政部门应当按照有关规定，将拖欠工资“黑名单”信息纳入当地和全国信用信息共享平台，由相关部门在各自职责范围内依法依规实施联合惩戒，在政府资金支持、政府采购、招投标、生产许可、资质审核、融资贷款、市场准入、税收优惠、评优评先等方面予以限制。

第九条拖欠工资“黑名单”实行动态管理。

用人单位首次被列入拖欠工资“黑名单”的期限为 1 年，自作出列入决定之日起计算。

列入拖欠工资“黑名单”的用人单位改正违法行为且自列入之日起 1 年内未再发生第五条规定情形的，由作出列入决定的人力资源社会保障行政部门于期满后 20 个工作日内决定将其移出拖欠工资“黑名单”；用人单位未改正违法行为或者列入期间再次发生第五条规定情形的，期满不予移出并自动续期 2 年。

已移出拖欠工资“黑名单”的用人单位再次发生第五条规定情形，再次列入拖欠工资“黑名单”，期限为 2 年。

第十条人力资源社会保障行政部门决定将用人单位移出拖欠工资“黑名单”的，应当通过部门门户网站、“信用中国”网站、国家企业信用信息公示系统等予以公示。

第十一条用人单位被列入拖欠工资“黑名单”所依据的行政处理或处罚决定被依法变更或者撤销的，作出列入决定的人力资源社会保障行政部门应当及时更正拖欠工资“黑名单”。

第十二条 用人单位被移出拖欠工资“黑名单”管理的，相关部门联合惩戒措施即行终止。

第十三条人力资源社会保障等行政部门工作人员在实施拖欠工资“黑名单”管理过程中，滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法予以处理。

第十四条各省级人力资源社会保障行政部门可根据本办法制定实施细则。

第十五条本办法自 2018 年 1 月 1 日起施行。

五、广州：独生子女陪 60 岁以上住院父母将可享 15 天“护理假”

来源：南方日报

摘要：近日，广州市法制办发布《广州市人口与计划生育服务和管理规定（草案征求意见稿）》，新规拟规定：独生子女的父母年满 60 周岁以上，患病住院治疗期间，其子女可以享受“护理假”，每年最多 15 天。

Summary: Recently, the Legal Affairs Office of Guangzhou released the "Guangzhou Municipality Population and Family Planning Services and Management Regulations (Draft for Comment)", the new regulation provides that when the parents of single children reached 60 years of age, their children can enjoy "nursing leave" for up to 15 days per year during the hospitalization of their parents.

新增出生缺陷防控服务

在优生健康服务方面，意见稿增加了孕检、产检等优生健康服务及出生缺陷防控服务的内容，并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—3 岁婴幼儿托育机构建设。

意见稿规定，应当建立和完善独生子女伤残、死亡等情况的计划生育特殊困难家庭特别扶助制度，并将有关扶助工作纳入计划生育目标管理责任制考核。具体办法由市人民政府另行制定。

民政部门应当优先安排符合条件的计划生育特殊困难家庭成员入住公办养老机构。房屋行政部门应当对申请公共租赁住房且符合承租条件的城镇计划生育特殊困难家庭优先配租。人力资源社会保障行政部门应当对有就业意愿的计划生育特殊困难家庭成员予以优先就业帮扶。

“护理假”期间工资照发

意见稿完善了实行节育手术职工的节育假及其配偶的看护假制度，规定实行计划生育的育龄人员均可免费享受基本项目的计划生育技术服务。

值得一提的是，意见稿提出，独生子女的父母年满 60 周岁以上，患病住院

治疗期间，其子女可以享受“护理假”，每年累计不超过 15 天。各类“看护假”“护理假”期间职工工资照发，不影响福利待遇和全勤评奖；职工所在单位应当给予保障。

“独生子女护理假”并非广州独创，近年来，包括河南、福建、广西、海南等地已出台类似政策，“独生子女护理假”时间在 10 到 20 天不等。

广州市民政局有关专家表示，这一新规的背景在于“独子家庭”的老龄化。随着第一代独生子女父母逐步进入老年行列，独生子女在外地“漂泊”，而空巢老人生病缺乏照顾将成为一个社会问题。“独生子女护理假”的推出，将有利于独生子女更好地照顾老人，促进社会和谐。

广州市法制办有关负责人表示，对于此次的意见稿，从即日起开始面向社会征求意见。公众可在 9 月 20 日前，通过电子邮箱（gzlfgc@126.com）、广州法制办网站、来电来信等方式反映意见。

六、安徽:自由职业者纳入公积金缴存范围 公积金可用付房租

来源：安徽商报

摘要：近日，安徽省政府办公厅出台《关于进一步加强住房公积金管理工意见》（以下简称“《意见》”），进一步明确公积金缴存范围，规范缴存基数和缴存比例，加强住房公积金缴存执法，依法维护缴存人权益，切实发挥住房公积金促进住房消费、保障住房民生的积极作用。

Summary: Recently, the General Office of the Anhui provincial government promulgated the "the Opinions on Further Strengthen the Management of Housing Fund Management" (Hereinafter referred to as "the Opinions"), further clarified the scope of payment of housing fund contributions, regulated the deposit base and deposit ratio of housing fund, strengthened the enforcement of housing fund contribution, safeguarding the rights and interests of depositors in accordance with the law, earnestly giving full play to the positive role of housing funds on promoting housing consumption and guarantee the livelihood of housing.

《意见》明确，各类城镇单位及其在职职工均应依法缴存住房公积金，各用人单位要将为职工缴纳住房公积金的事项列入劳动合同条款，并为在职职工及时足额缴纳住房公积金。支持将稳定就业的进城务工人员 and 个体工商户等自由职业者，纳入住房公积金缴存范围。住房公积金缴存基数按缴存人上一年度月平均工资确定，不得低于缴存人工作地设区的市上一年度单位就业人员月最低工资标准，不得高于月平均工资的 3 倍。缴存比例均不低于 5%，不高于 12%。

对符合住房公积金提取条件的，住房公积金管理机构要简化手续，提高效率，方便缴存人及时便捷提取。缴存人或缴存人夫妇在缴存城市租赁住房且无自有住房的，可提取住房公积金支付公共租赁住房或商品住房租金，公共租赁住房租金提取按实际房租支出全额提取，商品住房租金提取标准由各市根据当地市场租金水平确定。

《意见》指出，重点支持缴存人基本住房消费，保障缴存人首次住房公积金贷款需求，限制住房公积金用于非自住类住房消费。住房公积金个人贷款担保以所购住房抵押为主，严格落实取消住房公积金个人住房贷款保险、公证、新房评估和强制性机构担保等收费项目的政策规定，减轻贷款人负担。房地产开发企业无正当理由不得拒绝缴存人使用住房公积金贷款购房。

七、西藏:发布高校毕业生市场就业补贴政策实施细则

来源: 中国西藏网

摘要: 近日, 西藏自治区人社厅、财政厅等部门联合发布了《西藏自治区高校毕业生市场就业补贴政策实施细则(试行)》, 就区内企业就业补贴、区外就业补贴以及一次性求职补贴, 从补贴对象、补贴项目及标准、申报材料和程序等进行了详细规范。

Summary: Recently, the Social Council, the Ministry of Finance and other departments of the Tibet Autonomous Region, jointly issued the "the Implementation Details of Tibet Autonomous High School Graduates Employment Subsidy Policy (for Trial Implementation) ", which provides details clarifications on the in-area enterprise employment subsidies, employment subsidies outside the area and one-time employment subsidies, objects and project covered by the subsidy, and standards, application materials and procedures, etc.

区内企业就业补贴项目主要包括培训、生活、住房和社会保障补贴 4 项。补贴对象为 2017 年 1 月 1 日后与区内企业签订劳动合同的、毕业 5 年内的我区全日制普通高校毕业生和吸纳上述毕业生就业的区内企业。

与高校毕业生签订 3 年以上劳动合同的区内企业, 可申领培训补贴和社会保障补贴。开展岗前培训的企业, 按照每人 2000 元标准, 给予企业一次性培训补贴。对其为毕业生缴纳的社会保险费, 给予 10 年补贴, 1-5 年期间给予 100% 补贴、6-8 年期间给予 50% 补贴、9-10 年期间给予 30% 补贴, 社保补贴先缴后补。

与区内企业签订 3 年以上劳动合同的高校毕业生, 可申领生活补贴和住房保障补贴。每月收入低于当年全区职工月平均工资标准的, 按当年自治区最低工资标准的 50%, 给予每人每月生活补贴, 最长可达 5 年; 租住房屋的高校毕业生, 按当年自治区最低工资标准的 50%, 给予月度住房补贴, 最长可达 5 年。

符合条件的用人企业可持申报材料向公司注册所在地(市)人社部门(驻藏央企、中央驻藏分支机构及在自治区工商局注册的企业向自治区人社部门)申请。2017 年 1 月 1 日前与企业签订劳动合同的高校毕业生, 2017 年 1 月 1 日后的合同期限, 可按上述规定, 申请生活、住房保障和社保补贴。生活、住房保障补贴的申请年限与 2017 年 1 月 1 日前的合同年限合计不超过 5 年; 社保补贴申请年限与 2017 年 1 月 1 日前的合同年限合计不超过 10 年, 并按合同相应期限计算社保补贴标准。

区外就业补贴主要包括生活、住房补贴及路费补贴。补贴对象为 2017 年 1 月 1 日后, 毕业 5 年内的我区生源全日制普通高校毕业生(高考时户籍为西藏的高校毕业生)到区外企业就业的。针对签订 3 年以上劳动合同或聘用协议的高校毕业生, 生活和住房补贴分别按当年当地最低工资标准的 50%, 给予每人每月生活和住房补贴, 最长可达 5 年; 路费补贴为一次性给予每人 2000 元路费补贴。

高校毕业生到区外就业满一年后, 由毕业生个人或受委托人持申报材料到高考时户籍所在地(市)人社部门提出申请(高考时属于自治区人民政府驻内地各办事处、西藏民族大学的毕业生到拉萨市人社部门申请), 经人社部门审核后, 将符合条件者补贴资金直接拨付到其个人银行账户。

2017 年 1 月 1 日前在区外企业就业的高校毕业生, 2017 年 1 月 1 日后的合同期限可按上述规定, 申请生活补贴、住房补贴, 申请补贴年限与 2017 年 1 月

1 日前的合同年限合计不超过 5 年。

一次性求职补贴按毕业当年自治区最低工资标准给予。一次性求职补贴对象为 2017 年 1 月 1 日后，在西藏高校就读的全日制普通高校应届毕业生（我区生源在区外高校就读的高校毕业生，向所在高校申请，依据当地省、区、市文件执行），毕业年度内有就业意愿并积极求职的享受城乡居民最低生活保障家庭、贫困残疾人家庭、建档立卡贫困家庭高校毕业生和特困人员中的高校毕业生、残疾高校毕业生、在校期间享受助学贷款高校毕业生。补贴标准按毕业当年自治区最低工资标准给予。

一次性求职补贴由符合条件的学生提出申请，在读学校审核合格，并经公示无异议后，向自治区人社部门提交申请材料，人社部门审核后，将一次性求职补贴资金拨付学校，学校将补贴支付到毕业生个人账户。

与此同时，细则还规定，如有以下情形之一的停止发放补贴：解除或终止劳动合同后未就业的；弄虚作假、虚报冒领各类补贴的；导致补贴应终止的其他情形。

细则指出，高校毕业生在规定年限自主创业失败后，到区内企业就业或区外就业，符合申报条件的，可申请享受相关补贴政策；高校毕业生从公职岗位离职后，到区内企业就业或区外就业的，符合申报条件的，可申请享受相关补贴政策。各类就业补贴政策高校毕业生按规定只能享受一次，不得重复享受。

八、广西：企业吸纳毕业生可获 1000 元/人补助

来源：广西新闻网

摘要：广西壮族自治区人民政府近日印发了《关于做好当前和今后一段时期就业创业工作的通知》(简称“《通知》”)，就做好自治区就业创业工作提出十一条新政策，在支持企业发展、推动大众创业、扶持高校毕业生就业、推进就业扶贫、开展就业援助、提升就业创业服务能力等六大方面实现了政策创新，给广大创业者和求职者带来更多实惠。

Summary: The Guangxi Zhuang Autonomous Region People's Government recently issued " Notice on Doing Well in Employment and Entrepreneurship for the Current and Future Periods ("the Notice"), proposed 11 new policies on doing well in employment and entrepreneurship in the autonomous region, achieve policy innovation in six areas inclusive of supporting enterprise development, promoting public entrepreneurship, supporting the employment of college graduates, promoting employment and helping the poor, starting employment assistance, enhance employment and entrepreneurial service capabilities, and brings more benefits to the vast number of entrepreneurs and job seekers.

在支持企业发展方面，对经认定符合主导产业发展且开发出新就业岗位，并与新增就业人员签订 1 年以上劳动合同的企业，按其为新增就业人员实际缴纳的社会保险费给予 1 年的社会保险补贴。

在推动大众创业方面，完成工商登记注册 2 年以内的各类经营单位均可申请入驻创业孵化基地，入驻后每新招用 1 名就业人员给予 1 年社会保险补贴；对自治区级创业孵化示范基地给予 100 万元奖补，对认定为创业孵化基地的众创空间，给予 2 年的房租、宽带接入费补助。此外，就业困难人员和毕业 5 年内的高校毕

业生首次在自治区内创办小微企业并正常经营 1 年以上的，可获得 5000 元的一次性创业补贴。

在扶持高校毕业生就业方面，对吸纳毕业年度高校毕业生就业并签订 1 年以上劳动合同、依法缴纳社会保险费的小微企业或社会组织给予 1000 元/人的一次性吸纳就业补助；鼓励未就业的毕业生参与就业见习实践活动，将见习对象范围进一步扩大到离校 2 年内未就业的高校、中职毕业生和完成中期就业技能培训的建档立卡贫困家庭未继续升学的初、高中毕业生，见习补贴标准提高至 1200 元/人·月。见习期满留用率达 50% 的，补贴标准进一步提高至 1500 元/人·月。对高校毕业生就业见习国家级示范单位的给予 20 万元的一次性奖补。

在推进就业扶贫方面，鼓励企业吸纳建档立卡贫困劳动力就业，可按规定给予最长可达 3 年的社会保险补贴，并按其实际吸纳贫困劳动力就业数量按 1000 元/人-1600 元/人的标准给予一次性带动就业奖补；对在乡镇(村)创建就业扶贫车间、加工点并与建档立卡贫困家庭劳动力签订劳务协议或承揽合同的生产经营主体，可按规定给予 1000 元/人的一次性带动就业奖补。

在开展就业援助方面，公益性岗位优先安置零就业家庭、有劳动能力的成员均处于失业状态的低保家庭成员上岗就业。对公益性岗位期满清退后仍难以实现就业的零就业家庭、有劳动能力的成员均处于失业状态的低保家庭成员，由当地财政出资购买岗位予以托底安置。此外，低保对象实现就业或自主创业的，还可扣减必要的就业成本，并享受 3-6 个月的救助缓退期。

在提升就业创业服务能力方面，对介绍农村劳动力和登记失业人员到企业就业，协助签订 1 年以上劳动合同并依法缴纳社会保险费满 3 个月以上的市场主体，按 300-500 元/人的标准给予就业创业服务补助；将创新创业教育纳入教师专业技术资格评聘范围和绩效考核指标体系，并把创新创业教学成果作为大中专院校教学成果等级评定的重要内容，以提高大中专院校就业创业指导水平。

新法规：《2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》

New Regulation: Meeting Minutes on Dealing with Confusing Problems for Labor and Personnel Disputes in Shenzhen in 2017

公布部门：深圳市劳动争议仲裁委员会

Issuing Authority: The Shenzhen Municipal Arbitration Commission for Labor Disputes

公布日期：2017年9月8日

Date Issued: September 8, 2017

内容概要：在2017年8月2日召开的2017年劳动人事争议疑难问题研讨会上，深圳市市、区仲裁机构、深圳市中级人民法院等单位相关负责人和业务骨干围绕近期深圳市劳动争议案件处理过程中出现的新问题和疑难问题进行了研讨，形成了《2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》，以下简称“《纪要》”。

亮点：

Summary: On the Meeting which was held in August 2, 2017 for dealing with confusing problems for labor and personnel disputes in 2017, the relevant principals and business backbones from arbitration institutions at Shenzhen city and district levels, the Intermediate People's Court of Shenzhen and other units discussed on the new and confusing problems recently appeared in the process of dealing with labor and personnel disputes in Shenzhen, and the Meeting Minutes on Dealing with Confusing Problems for Labor and Personnel Disputes in Shenzhen in 2017 was then formed, hereinafter referred to as the “Minutes” . Its highlights are:

一、《纪要》在仲裁程序方面的规定：

The stipulation in the *Minutes* regarding arbitration procedure:

（一）案件受理方面：

Regarding case acceptance:

1、用人单位的法定代表人申请仲裁被受理后，除用人单位股东会或董事会委派其他人员参加仲裁活动外，必须于庭审前更换法定代表人，否则案件会被撤销。详见《纪要》第一条。

After the arbitration application of the legal representative of an employing entity has been accepted, the legal representative must be changed before trial except that the board of shareholders or the board of directors of the employing entity entrusts other person(s) to participate in the arbitration activity on its behalf, otherwise the case shall be cancelled. Details are seen in Article 1 of the *Minutes*.

2、申请人申请仲裁，仅要求确认如入职时间、工作岗位、工资标准等客观事实的，仲裁委员会不予受理。详见《纪要》第二条。

The arbitration commission shall not accept the arbitration application by an applicant if he only requests to confirm the objective facts such as confirmation of employment date, job position, work remuneration and etc. Details are seen in Article 2 of the *Minutes*.

（二）案件裁决方面：根据《劳动人事争议仲裁办案规则》的相关规定，明确裁决内容同时涉及终局裁决和非终局裁决事项的，应采用“一案双文号”的模式分别制作裁决书。详见《纪要》第四条。

Regarding arbitration award: According to the relevant stipulation in the *Rules for Handling Arbitration Cases about Labor and Personnel Disputes*, if a final award and an interlocutory award are involved, the case shall be closed by giving separate awards with “two file numbers”. Details are seen in Article 4 of the *Minutes*.

（三）10人以上集体诉讼送达方面：

Regarding service for class action with 10 persons or more:

《纪要》强调仲裁委员会可以适用《广东省劳动人事争议处理办法》的相关规定，也可以适用《劳动人事争议仲裁办案规则》对此的规定。详见《纪要》第五条、第六条。

The *Minutes* has emphasized that the arbitration commission can apply the stipulation either in the *Measures for Handling Labor and Personal Disputes in Guangdong Province* or in the *Rules for Handling Arbitration Cases about Labor and Personnel Disputes* for this issue. Details are seen in Article 5, 6 of the *Minutes*.

二、《纪要》在实体方面的规定：

The stipulation in the *Minutes* regarding substantive matters:

1、用人单位未及时足额支付停工留薪期工资，劳动者可以提出解除劳动合同并要求经济补偿。详见《纪要》第十条。

If the employer fails to pay up the salary during the paid leave of absence, the employee may dismiss the labor contract and claim for economic compensation. Details are seen in Article 10 of the *Minutes*.

2、劳动者违反竞业限制协议约定，用人单位可以主张劳动者返还违反约定期间已支付的竞业限制补偿的，还可以要求劳动者支付违约金；劳动者已支付违约金后，如果继续违反竞业限制协议约定，用人单位还可以再次主张劳动者支付继续违反约定期间违约金。详见《纪要》第十一条。

If the employee violates the non-competition agreement, the employer may demand the return of the non-competition compensation which has already been paid to the employee during the agreement period and claim for liquidated damages against the employee as well. After the employee has paid for the liquidated damages and if the employee continues to violate the non-competition agreement, the employer may claim for liquidated damages against the employee again for his continued violation during the agreement period. Details are seen in Article 11 of the *Minutes*.

新法规：

关于印发《2017 年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》的通知

各（新）区劳动人事争议仲裁委员会：

现将《2017 年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》发给你们，请参照执行。

深圳市劳动争议仲裁委员会

2017 年 9 月 8 日

2017 年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要

为保证《劳动人事争议仲裁办案规则》（2017 年修订）、《广东省劳动人事争议处理办法》的顺利实施，进一步统一劳动争议案件相关法律适用问题的理解和认识，深圳市两级劳动人事争议仲裁机构于 2017 年 8 月 2 日召开了 2017 年劳动人事争议疑难问题研讨会。深圳市市、区仲裁机构、深圳市中级人民法院等单位相关负责人和业务骨干围绕近期我市劳动争议案件处理过程中出现的新问题和疑难问题进行了研讨，形成了若干统一的意见，现将研讨会意见纪要如下：

一、用人单位的法定代表人申请仲裁，争议属于《劳动争议调解仲裁法》第二条规定范围的，仲裁委员会应当受理，并通知当事人于庭审前更换法定代表人。当事人逾期未变更的，仲裁委员会应当根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十二条规定撤销案件，但用人单位股东会或董事会委派其他人员参加仲裁活动的除外。

二、申请人申请仲裁，仅要求确认客观事实（如入职时间、工作岗位、工资标准

等)的,不属于《劳动人事争议仲裁办案规则》第二条规定的受案范围,仲裁委员会不予受理。

三、根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十条规定,仲裁委员会不主动审查仲裁时效,但当事人提出时效抗辩的除外。

四、仲裁庭裁决案件时,裁决内容同时涉及终局裁决和非终局裁决事项的,应当分别制作裁决书,并告知当事人相应的救济权利。但终局裁决和非终局裁决事项存在密切关联性, 分别制作裁决书可能影响当事人实体权利的除外。

分别制作裁决书的,应采用“一案双文号”的模式:即同一案件出具内容相同的两份裁决书(裁决结果应将终局裁决与非终局裁决事项及相应救济权利分项列明),并以不同文号区分终局裁决与非终局裁决(例如:深劳人仲终裁[2017]XXX号为终局裁决,深劳人仲裁[2017]XXX号为非终局裁决)。

五、对用人单位无法直接送达的 10 人以上集体争议案件,仲裁委员会可以适用《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款规定,在有关基层组织见证下,在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书,并采用拍照、录像等方式记录,自张贴之次日起视为送达;也可以适用《劳动人事争议仲裁办案规则》第二十条第二款规定,通过在用人单位住所地留置、张贴仲裁文书,并采用拍照、录像等方式记录,自留置、张贴之日起经过三日视为送达。

六、在 10 人以上集体争议案件适用《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款规定完成结案文书送达前,同一用人单位的其他劳动者申请仲裁,人数不足 10 人的,仲裁委员会可以适用相同的方式送达仲裁文书。

七、集体争议案件代表人数发生变化,除全部代表人均撤回本人申请、按撤回仲裁申请处理或与用人单位达成调解协议的,原推举行为继续有效,无需另行推举代表人。

八、案件需要二次开庭的，仲裁庭应当根据《劳动争议调解仲裁法》第三十五条规定，在开庭五日前将开庭日期、地点书面通知双方当事人。但已在首次开庭的庭审笔录中明确二次开庭的时间、地点，当事人未提出异议的除外。

九、仲裁委员会受理案件后，发现不应当受理的，应根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十二条规定撤销案件，并自决定撤销案件后五日内，以决定书的形式通知当事人。但符合《劳动人事争议仲裁办案规则》第九条第一款规定情形的除外。

十、劳动者以用人单位未及时足额支付停工留薪期工资为由，提出被迫解除劳动合同并要求经济补偿的，应予支持。

十一、劳动者在竞业限制期间违反竞业限制协议约定，用人单位主张劳动者返还违反约定期间已支付的竞业限制补偿的，应予支持。

劳动者已支付违约金，用人单位要求继续履行竞业限制协议的，劳动者应当继续履行。劳动者继续违反竞业限制协议约定，用人单位再次主张劳动者支付继续违反约定期间违约金的，应予支持。

新法规：《浙江省工伤保险条例》

New Regulation: Regulation on Work-Related Injury Insurance in Zhejiang Province

公布部门：浙江省人民代表大会常务委员会

Issuing Authority: the Standing Committee of the People's Congress of Zhejiang Province

文号：公告第64号

File Number: Announcement No. 64

公布日期：2017年9月30日

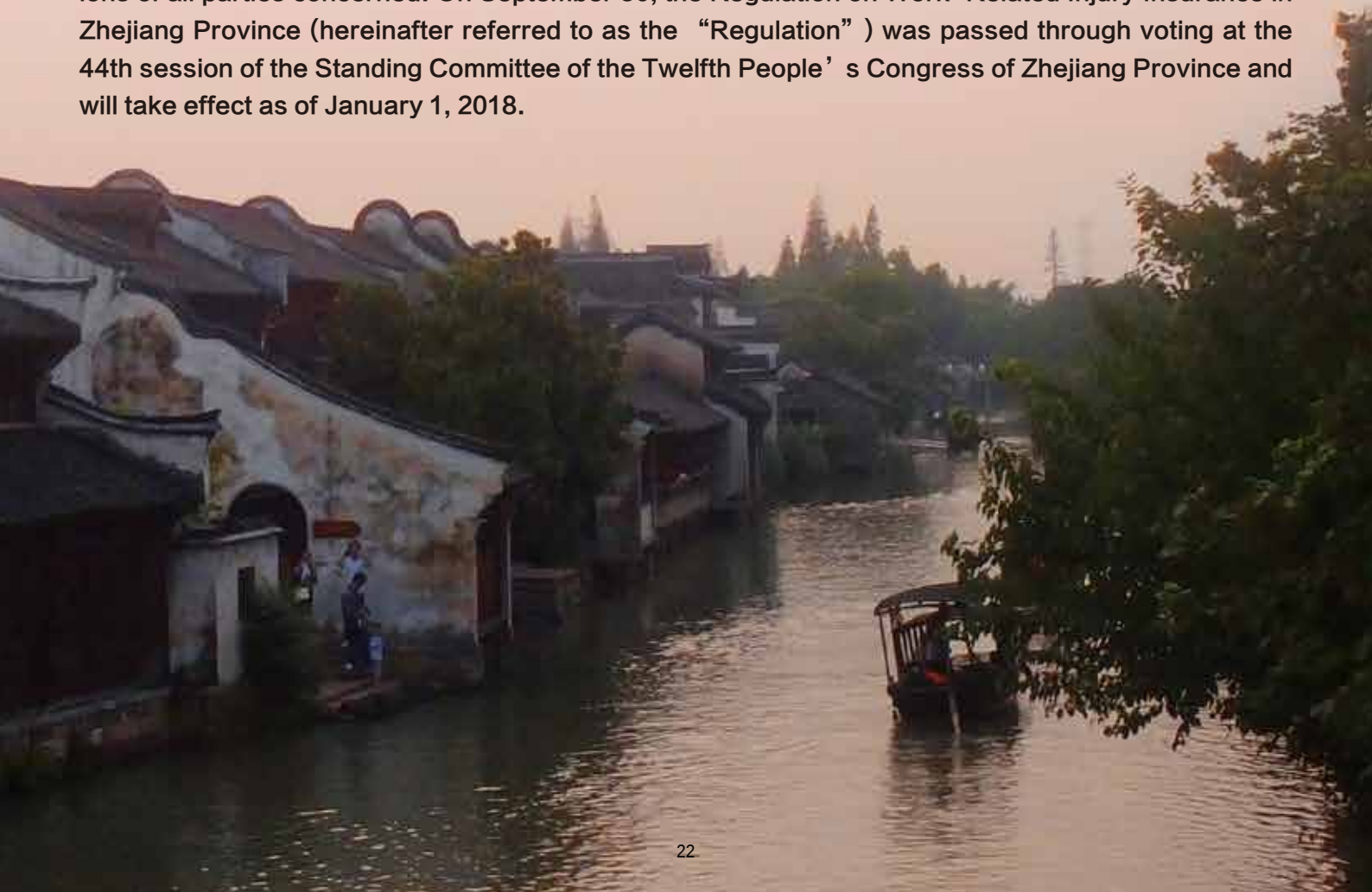
Date Issued: September 30, 2017

概要：

Summary:

今年5月，浙江省十二届人大常委会第四十一次会议对《条例》草案进行了审议。此后，在广泛调研和听取各方意见的基础上，《条例》草案进行了进一步修改完善。9月30日，浙江省十二届人大常委会第四十四次会议表决通过《浙江省工伤保险条例》（以下简称《条例》），自2018年1月1日起施行。

In May of this year, the draft of the Regulation was reviewed and adopted at the 41th session of the Standing Committee of the Twelfth People's Congress of Zhejiang Province. After that, the draft has been further amended based on extensive investigation and research as well as soliciting the opinions of all parties concerned. On September 30, the Regulation on Work-Related Injury Insurance in Zhejiang Province (hereinafter referred to as the "Regulation") was passed through voting at the 44th session of the Standing Committee of the Twelfth People's Congress of Zhejiang Province and will take effect as of January 1, 2018.



亮点:

Highlights:

1、针对国家《工伤保险条例》规定中“工作原因”这一工伤认定要素,《条例》进行了细化和完善。《条例》规定,在工伤认定的具体情形中,有四种情形可视为“工作原因”:一是在工作时间和驾驶公共交通工具等特殊工作岗位,突发疾病后因岗位特殊导致救治延误病情加重,经抢救无效死亡或者抢救后完全丧失劳动能力的;二是在连续工作过程中和工作场所内,因就餐、工间休息、如厕等必要的生活、生理活动时所受的伤害;三是因参加用人单位统一组织或者安排的学习教育、培训、文体活动所受的伤害;四是因参加各级工会或者县级以上组织人事部门按照规定统一组织的疗休养所受的伤害,但单位承担费用由职工自行安排的疗休养除外。详见《条例》第十八条。

The *Regulation* has refined and perfected the element of “work reasons” for determining work-related injury as stipulated in the national *Regulation on Work-Related Injury Insurance*. The *Regulation* stipulates that four situation may be regarded as “work reasons” among all the specific situations for determining work-related injury: The first is the situation where an employee who has sudden illness during working hours or in a special position such as driving public transportation vehicles becomes more seriously ill as a result of delay of treatment due to his special position at work and later dies due to ineffective rescue or completely loses the ability to work after rescue. The second is the situation where an employee is injured for his necessary living and physical activities such as eating, resting and using the toilet during continuous working and in the workplace. The third is the situation where an employee is injured in the learning, training and cultural or physical activities which are uniformly organized or arranged by the employer. The fourth is the situation where an employee is injured in the recuperation and rehabilitation which are uniformly organized by labor unions at various levels or the personnel departments at county levels or above pursuant to the relevant regulations, but the situation where the recuperation and rehabilitation are arranged by the employee on his own though paid by the employer shall be excluded. Details are seen in Article 18 of the *Regulation*.

2、《条例》就工伤预防专设一章，并进行了细化和完善。《条例》细化了有关主管部门的工伤预防责任，明确用人单位的工伤预防主体责任，并就工伤保险预防费的支出和管理作了规定。详见《条例》第五条、第六条。

The *Regulation* has a special chapter for prevention from work-related injury, and refined and perfected the stipulation in this regard. The *Regulation* has refined the stipulation on the responsibility of department head for preventing work-related injury, and clarified the subject responsibility of the employer to prevent work-related injury. It has also stipulated on the expense and management for prevention fees of work-related injury insurance. Details are seen in Article 5, 6 of the *Regulation*.

3、为加强对返聘的退休人员和实习的学生对这两类群体加强保护，《条例》还专门作出规定，经省社会保险行政部门批准，市、县可以试行职业技工等学校的学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险。详见《条例》第三十九条。

In order to strengthen the protection for the reemployed retirees and intern students, the *Regulation* has special stipulation that after the approval by the provincial authority of social insurance, cities and counties may promote school students at vocational and technical institutes and retirees over the statutory age of retirement to participate in the work-related injury insurance during their internships or reemployments. Details are seen in Article 39 of the *Regulation*.

新法规：

浙江省人民代表大会常务委员会

公告第 64 号

《浙江省工伤保险条例》已于 2017 年 9 月 30 日经浙江省第十二届人民代表大会常务委员会第四十四次会议审议通过，现予公布，自 2018 年 1 月 1 日起施行。

浙江省人民代表大会常务委员会

2017 年 9 月 30 日

浙江省工伤保险条例

（2017 年 9 月 30 日浙江省第十二届人民代表大会常务委员会第四十四次会议通过）

目 录

第一章 总则

第二章 工伤预防

第三章 工伤保险基金

第四章 工伤认定

第五章 劳动能力鉴定

第六章 工伤保险待遇

第七章 附则

第一章 总 则

第一条 为了保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经

济补偿，促进工伤预防和职业康复，分散用人单位的工伤风险，促进社会和谐稳定，根据《中华人民共和国社会保险法》《工伤保险条例》等有关法律、行政法规，结合本省实际，制定本条例。

第二条 本省行政区域内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位（包括律师事务所、会计师事务所）、基金会等组织和有雇工的个体工商户（以下统称用人单位）参加工伤保险，用人单位工作人员、职工、雇工（以下统称职工）享受工伤保险待遇，适用本条例。

第三条 县级以上人民政府社会保险行政部门负责本行政区域内的工伤保险工作。社会保险经办机构具体承办工伤保险事务。

县级以上人民政府卫生和计划生育、安全生产监督管理、财政、税务、公安、城乡建设、交通运输、经济和信息、民政等部门应当按照各自职责，做好工伤保险相关工作。

工会组织依法维护工伤职工的合法权益，对用人单位的工伤保险工作实行监督。

第四条 县级以上人民政府应当组织社会保险、卫生和计划生育、安全生产监督管理、财政等部门和工会等组织建立工伤保险协调机制，建设信息共享平台，加强对策研究，协调解决相关重大事项，提高工伤保险水平。

第二章 工伤预防

第五条 县级以上人民政府社会保险行政部门应当会同卫生和计划生育、安全生产监督管理、财政等部门，根据当地工伤事故高发的行业、工种和岗位，统筹确定工伤预防的重点领域，建立工伤隐患排查机制和预警机制，依法开展工伤预防宣传、培训。

负责安全生产监督管理的部门应当加强对用人单位安全生产的监督检查，督促、指导用人单位做好工伤预防工作。

第六条 用人单位和职工应当遵守安全生产和职业病防治法律、法规，执行安全卫生规程和标准。

用人单位应当落实工伤预防的主体责任，健全、落实安全生产规章制度，加强安全防护措施，加强职工的安全生产教育和管理，通过技术进步、工艺改进等方式预防、减少工伤事故。

第七条 工伤保险预防费依法在工伤保险基金中列支，实行预算管理。其提取比例、使用和管理，按照国家相关规定执行。

第三章 工伤保险基金

第八条 建立工伤保险基金省级调剂金，用于调剂全省市、县工伤保险基金收支缺口的支出。省级调剂金的提取比例和使用、管理办法，由省人民政府规定。

第九条 市、县社会保险行政部门根据国家规定的行业差别费率及行业内费率档次，确定行业基准费率，并报本级人民政府批准后实施。

市、县社会保险经办机构根据用人单位工伤保险费使用、工伤发生率、职业病危害程度、安全生产信用等级、安全生产标准化达标等级等情况，按照规定确定并调整用人单位的具体缴费费率。

第十条 用人单位应当以全部职工工资总额为缴费基数，按时足额缴纳工伤保险费。职工个人不缴纳工伤保险费。

难以按照工资总额缴纳工伤保险费的建筑施工等行业的用人单位，其缴纳工伤保

险费的具体方式，按照国家和省有关规定执行。

职工在两个或者两个以上用人单位同时就业的，各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。

第十一条 用人单位参加工伤保险，应当按照规范要求及时向市、县社会保险经办机构报送本单位参保职工名册、参保职工增减表；参保职工符合条件的，其工伤保险自社会保险经办机构收到参保职工名册或者参保职工增减表次日起生效。

市、县社会保险经办机构不得限定用人单位报送参保职工名册、参保职工增减表的具体时间，不得增设用人单位报送参保职工名册、参保职工增减表的条件。

用人单位应当自参保缴费后三十日内或者参保缴费情况变更后十五日内，将参加工伤保险的人员名单、参保时间、缴费等有关情况在本单位内公示。

第四章 工伤认定

第十二条 用人单位应当自职工发生事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病之日起三十日内，以及因特殊情况经市、县社会保险行政部门同意延长的时限内提出工伤认定申请。受伤职工或者其近亲属、工会组织可以在发生事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病之日起一年内提出工伤认定申请。

用人单位在法定申请时限内提出工伤认定申请，受伤职工或者其近亲属、工会组织也在此时限内提出的，由最先提出申请的一方作为工伤认定申请人。

第十三条 用人单位或者受伤职工及其近亲属、工会组织在用人单位的法定申请时限内提出工伤认定申请的，提出申请前已发生的符合规定的工伤保险待遇等有关费用，由工伤保险基金负担。

用人单位或者受伤职工及其近亲属、工会组织均未在用人单位的法定申请时限内提出工伤认定申请的，提出申请前发生的符合规定的工伤保险待遇等有关费用，由用人单位负担。

第十四条 受伤职工已参加工伤保险的，用人单位、受伤职工或者其近亲属、工会组织应当向市、县社会保险行政部门提出工伤认定申请。

受伤职工未参加工伤保险的，用人单位、受伤职工或者其近亲属、工会组织应当向用人单位生产经营地的县级社会保险行政部门提出工伤认定申请。

第十五条 提出工伤认定申请，申请人应当按照规定提交下列材料：

（一）工伤认定申请表；

（二）与用人单位存在劳动人事关系（包括事实劳动人事关系）的证明材料；

（三）医疗诊断证明（包括初诊诊断证明书）或者职业病诊断证明书（职业病诊断鉴定书）。

工伤认定申请表应当包括事故发生的时间、地点、原因、职工伤害程度等基本情况以及申请人能够提供的相关证明材料。

第十六条 市、县社会保险行政部门收到工伤认定申请后，当场或者在五个工作日内根据不同情形作出以下处理：

（一）申请事项属于本部门管辖权限范围，申请材料完整的，决定受理并出具受理通知书；

（二）申请事项不属于本部门管辖权限范围的，或者申请人、申请时限等不符合

法定要求的，决定不予受理，出具不予受理通知书并书面说明理由；

（三）申请材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人在合理期限内提交需要补正的全部材料。

申请人逾期不补正或者补正后仍不符合要求的，应当在逾期之日起三日内或者收到补正材料的三日内，决定不予受理，出具不予受理通知书并书面说明理由。

申请事项因提交材料不完整未被受理的，在申请材料完整以后，申请人可以在申请时限内再提出申请。

第十七条 市、县社会保险行政部门受理工伤认定申请后，应当根据审核需要对劳动人事关系、事故伤害情况进行调查核实。用人单位、工会组织、医疗机构以及有关部门应当负责安排相关人员配合工作，据实提供情况和证明材料。

市、县社会保险行政部门经调查核实，认为劳动人事关系无法确认的，经社会保险行政部门负责人同意，书面告知当事人先向劳动人事争议仲裁委员会就是否存在劳动人事关系申请仲裁。自确认劳动人事关系法律文书生效之日起，恢复工伤认定程序。

第十八条 市、县社会保险行政部门对受理的工伤认定申请，应当依照《工伤保险条例》规定在法定期限内及时作出是否属于工伤的认定决定。

职工有下列情形之一的，视为《工伤保险条例》规定的因工作原因所受的伤害，但职工因故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀所受的伤害除外：

（一）在工作时间和驾驶公共交通工具等特殊工作岗位，突发疾病后因岗位特殊导致救治延误病情加重，经抢救无效死亡或者抢救后完全丧失劳动能力的；

（二）在连续工作过程中和工作场所内，因就餐、工间休息、如厕等必要的生活、生理活动时所受的伤害；

（三）因参加用人单位统一组织或者安排的学习教育、培训、文体活动所受的伤害；

（四）因参加各级工会或者县级以上组织人事部门按照规定统一组织的疗休养所受的伤害，但单位承担费用由职工自行安排的疗休养除外。

第五章 劳动能力鉴定

第十九条 省和设区的市劳动能力鉴定委员会依法履行下列劳动能力和与劳动能力相关事项的鉴定职责：

（一）劳动功能障碍程度等级鉴定；

（二）生活自理障碍程度等级鉴定；

（三）停工留薪期延长确认；

（四）工伤康复确认；

（五）辅助器具配置确认；

（六）旧伤复发确认；

（七）供养亲属丧失劳动能力程度鉴定；

（八）法律、法规、规定的其他劳动能力鉴定事项。

设区的市劳动能力鉴定委员会根据工作需要,可以委托县级社会保险行政部门组织开展劳动能力和与劳动能力相关事项鉴定工作。

第二十条 劳动能力鉴定委员会下设的办事机构,承办下列具体事务:

- (一) 受理劳动能力鉴定申请;
- (二) 组织劳动能力和与劳动能力相关事项的鉴定;
- (三) 保管劳动能力鉴定档案;
- (四) 调查、统计劳动能力鉴定情况;
- (五) 提供免费咨询服务;
- (六) 其他事务性工作。

第二十一条 设区的市劳动能力鉴定委员会负责本辖区内的劳动能力初次鉴定、复查鉴定。省劳动能力鉴定委员会负责对初次鉴定或者复查鉴定结论不服提出的再次鉴定。

劳动能力鉴定的具体程序和要求,按照《工伤保险条例》规定执行。

第二十二条 工伤职工有下列情形之一的,工伤保险关系终止,劳动能力鉴定委员会不再受理复查鉴定申请:

- (一) 一级至四级工伤职工,按照规定已经一次性领取工伤保险长期待遇的;

（二）五级至十级工伤职工，依法与用人单位解除或者终止劳动关系，且按照规定已经享受工伤保险待遇的；

（三）未构成伤残等级，依法与用人单位解除或者终止劳动关系的。

第六章 工伤保险待遇

第二十三条 工伤职工进行治疗和康复，按照国家和省的有关规定享受工伤医疗和工伤康复待遇。

第二十四条 工伤职工住院进行治疗或者康复期间的伙食补助费，按照当地最低工资百分之三十五的标准，根据住院期间的实际天数计算确定。

经医疗机构出具证明，报市、县社会保险经办机构同意，工伤职工到本市、县以外地区进行治疗或者康复的，其所需的交通、食宿费，按照当地机关单位一般工作人员差旅费标准执行。

第二十五条 生活不能自理的工伤职工在停工留薪期内需要护理的，由用人单位负责；其近亲属同意护理的，月护理费由用人单位按照不低于上年度全省职工月平均工资的标准支付。

第二十六条 一级至四级工伤职工保留劳动关系，退出工作岗位，按照《工伤保险条例》规定享受相关待遇。在劳动关系存续期间，用人单位和工伤职工个人以伤残津贴为基数，按照规定缴纳基本养老保险费、基本医疗保险费。工伤职工本人要求退出工作岗位、终止劳动关系的，办理伤残退休手续，其伤残津贴高于按照规定计发的基本养老金的，按照伤残津贴标准计发基本养老金，并继续享受工伤保险的医疗待遇。

一级至四级工伤职工达到法定退休年龄，不符合按月领取基本养老保险待遇条件

的，由工伤保险基金继续按月发放伤残津贴，职工个人养老金账户金额按照规定计发标准按月冲抵到伤残津贴。工伤职工死亡时其个人养老金账户有余额的，余额由其近亲属依法继承。

一级至四级工伤职工达到法定退休年龄，不符合继续享受基本医疗保险待遇条件的，由用人单位和工伤职工个人以伤残津贴为基数，分别按照规定比例一次性缴纳基本医疗保险费至符合条件后，工伤职工继续享受基本医疗保险待遇。

第二十七条 五级至十级工伤职工，保留劳动关系的，按照《工伤保险条例》规定享受相关待遇；工伤职工按月享受基本养老保险待遇后，继续保留工伤医疗保险待遇。

五级至十级工伤职工，解除或者终止劳动关系的，其一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金，均以解除或者终止劳动关系时上年度全省职工月平均工资为基数，分别按照下列标准计发：五级伤残为三十个月，六级伤残为二十五个月，七级伤残为十个月，八级伤残为七个月，九级伤残为四个月，十级伤残为两个月。但职工离法定退休年龄不足五年的，一次性伤残就业补助金按照职工每增加一周岁递减百分之二十的标准支付。

第二十八条 职工在同一用人单位连续工作期间多次发生工伤，符合规定享受一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的，一次性伤残补助金按照规定分别计发，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金按照最高伤残等级计发。

第二十九条 用人单位实行承包经营的，由职工劳动关系所在单位承担工伤保险责任。具备用工主体资格的承包单位违反法律法规规定，将业务转包、分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从事承包业务时遭受事故伤害或者患职业病的，由该具备用工主体资格的承包单位承担工伤保险责任。

职工在两个或者两个以上用人单位同时就业，发生工伤的，由其受到伤害时工作的单位承担工伤保险责任。

用人单位破产的，破产财产依法清偿的职工工伤保险待遇，应当包括为一级至四级工伤职工一次性缴纳至其退休后有权享受基本医疗保险待遇所需年限的医疗保险费。

第三十条 劳务派遣单位应当按照规定参加工伤保险，为被派遣劳动者缴纳工伤保险费。被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害或者患职业病的，由劳务派遣单位承担工伤保险责任。

劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加工伤保险。

第三十一条 工伤保险基金支付的工伤职工的工伤保险待遇，由市、县社会保险经办机构直接发放给工伤职工，其中用人单位先行垫付的部分，由社会保险经办机构直接发还用人单位。

第三十二条 因第三人的原因造成工伤，工伤职工可以先向第三人要求赔偿，也可以直接向工伤保险基金或者用人单位要求支付工伤保险待遇。

工伤职工先向第三人要求赔偿后，赔偿数额低于其依法应当享受的工伤保险待遇的，可以就差额部分要求工伤保险基金或者用人单位支付。

工伤职工直接向工伤保险基金或者用人单位要求支付工伤保险待遇的，工伤保险基金或者用人单位有权在其支付的工伤保险待遇范围内向第三人追偿，工伤职工应当配合追偿。

法律、行政法规对因第三人原因造成工伤的赔偿作出明确规定的，依照法律、行政法规规定执行。

第三十三条 用人单位未依法参加工伤保险或者未足额缴纳工伤保险费，其职工发生工伤的，由用人单位按照国家 and 省规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用或者支付差额部分费用。

第三十四条 未参加工伤保险的一级至四级工伤职工，其按照规定应当享受的工伤保险待遇，由用人单位按月或者一次性支付。

一次性支付的工伤保险待遇，以工伤发生时上一年度全省职工年平均工资为基数，按照下列标准计发：一级伤残为十六倍，二级伤残为十四倍，三级伤残为十二倍，四级伤残为十倍。一级至四级工伤职工一次性领取工伤保险待遇前的工资福利、医疗费、护理费、住院治疗期间的伙食补助费及所需的交通费等费用，按照规定支付。

一级至四级工伤职工按月领取工伤保险待遇后，要求变更为一次性领取的，其待遇额度为一次性待遇总额扣除已经领取的一次性伤残补助金、伤残津贴后的余额。

第三十五条 未参加工伤保险的因工死亡职工，其供养亲属按照规定应当享受的工伤保险待遇，由用人单位按月或者一次性支付。

一次性支付工伤保险待遇的，以初次核定的供养亲属抚恤金为基数，按照下列期限核发：供养亲属未满十八周岁的，计算到十八周岁；供养亲属无劳动能力又无其他生活来源的按照二十周年计算，但超过六十周岁的，年龄每增加一周岁减少一年，七十五周岁以上的按照五年计算。

因工死亡职工供养亲属按月领取工伤保险待遇后，要求变更为一次性领取的，其待遇额度为一次性待遇总额扣除已经领取的供养亲属抚恤金后的余额。

第三十六条 用人单位因破产等原因，无法按月支付一级至四级工伤职工、因工死亡职工供养亲属的工伤保险待遇，但工伤职工、供养亲属仍要求按月支付的，由用人单位向市、县社会保险经办机构一次性缴纳相当于尚未支付待遇总额的工伤保险费，并由工伤保险基金按月支付。

第三十七条 一级至四级工伤职工伤残津贴的调整，参照基本养老保险待遇的调整办法执行。

五级、六级工伤职工难以被安排工作，由用人单位发给伤残津贴的，其伤残津贴由用人单位按照本单位职工平均工资增幅的水平同步进行调整。

生活护理费自上年度职工月平均工资发布次月起调整。

供养亲属抚恤金根据职工平均工资和生活费用变化等情况，由省社会保险行政部门会同财政部门适时提出调整方案，经省人民政府批准后执行。

第七章 附 则

第三十八条 按照规定参加省本级工伤保险统筹的省属单位，其工伤保险管理由省社会保险行政部门按照本条例规定执行；但职工发生人身伤害或者死亡的工伤认定、劳动能力和与劳动能力相关事项的鉴定，由省属单位所在地设区的市社会保险行政部门负责。

第三十九条 经省社会保险行政部门批准，市、县可以试行职业技工等学校的学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险。省社会保险行政部门应当加强指导。

第四十条 本条例自 2018 年 1 月 1 日起施行。

新法规：《法律适用问题专题座谈会纪要（二）》

New Regulation: Meeting Minutes (II) on Legal Application

公布部门：重庆市高级人民法院

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

公布日期：2017年9月11日

Date Issued: September 11, 2017

内容概要：2017年8月14日，由重庆市高法院民一庭、律师协会劳动专业委员会牵头，人社局法规处、劳动人事仲裁院、检察院民行处、总工会维权中心六部门参加的第二次劳动争议联席会议在重庆市高级人民法院召开。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（二）》（以下简称“《纪要二》”）。

Summary: On August 14, 2017, the second joint meeting of labor disputes was held at the Higher People's Court of Chongqing, which was leaded by the First Civil Division of the Higher People's Court of Chongqing and the Professional Commission of Labor Law of Lawyers' Association and participated by the Legal Affairs Department of Human Resources and Social Security Bureau, the Arbitration Institute of Labor and Personnel Disputes, the Civil and Administrative Procuratorial Division of the People's Procuratorate and the Right Protection Center of Federation of Trade Union. The departments participating in the meeting have discussed on the legal application issues regarding some labor disputes and reached consensus on a few problems, and the Meeting Minutes (II) on Legal Application was formed on the meeting (hereinafter referred to as the "Minutes (II)").

亮点：

Highlights:

一、《纪要二》大部分规定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 stipulation in the *Minutes (II)* has a tendency of favoring the benefits of employees, which have mainly reflected on the following provisions:

1、对于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的处理，重庆市高法倾向于认为，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，用人单位还应该能举证其已告知劳动者享有订立无固定期限劳动合同的权利，或者劳动者作出的放弃订立无固定期限劳动合同、同意订立固定期限劳动合同的证据。很明显，重庆市高法在此问题上对用人单位举证责任提出了高要求。详见《纪要二》第一条。

For the situation which an employee meets the conditions to sign a non-fixed term labor contract but signs a fixed term labor contract in actuality with his employer, the Higher People's Court of Chongqing tends to hold the opinion that, it cannot be concluded that the employer and the employee signs the fixed term labor contract through consensus based only on the fact that the fixed term labor contract has been signed by both parties, and the employer shall still be obliged to demonstrate that it has already notified the employee of his right to sign a non-fixed term labor contract or that the employee has waived his right to sign a non-fixed term labor contract or agreed to sign a fixed term labor contract. Obviously, the Higher People's Court of Chongqing has raised the demand for employers to demonstrate on this issue. Details are seen in Article 1 of the *Minutes (II)*.

2、在劳动者履行职务中侵害他人合法权益，用人单位承担赔偿责任后向劳动者追偿问题的处理上，从《纪要二》的规定可以看出，只要劳动者不存在主观故意，即使劳动者存在重大过失，用人单位事后也不得向劳动者追偿。详见《纪要二》第五条。

Regarding the issue that an employee damages the legitimate interests of others during his duty performance and his employer claims for compensation against

the employee after taking the responsibility of damages, it can be seen from the *Minutes (II)* that as long as the employee does not have subjective intention, the employer shall not pursue the compensation against the employee even if he has gross negligence. Details are seen in Article 5 of the *Minutes (II)*.

3、在劳动者明确放弃用人单位为其缴纳社会保险费后，又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问题的处理上，重庆市高法倾向于法院应该支持劳动者的诉求。详见《纪要二》第六条。

Regarding the issue that an employee has clearly waived the right to enjoy the social insurance contribution by his employer but later dismisses the labor contract with this excuse and requests the employer to pay economic compensation, the Higher People's Court of Chongqing tends to support the employee. Details are seen in Article 6 of the *Minutes (II)*.

4、在工伤职工提出解除劳动合同，用人单位是否支付经济补偿金的问题上，重庆市高法倾向于应当支付。详见《纪要二》第七条。

Regarding the issue of whether an employer needs to pay economic compensation if his injured employee requests the dismissal of their labor contract, the Higher People's Court of Chongqing tends to hold the opinion that it shall be paid. Details are seen in Article 7 of the *Minutes (II)*.

二、但在工作岗位、工作地点的调整问题上，《纪要二》第三条的规定有利于用人单位。例如，《纪要二》要求在审查降低劳动者的劳动报酬和劳动条件的合理性时更倾向于审查“显著”情况、对劳动者的工作、生活影响方面达到重大、对劳动者具有侮辱性、歧视性等问题。详见《纪要二》第三条。

However, on the issue of adjustment of job positions or workplaces, Article 3 in the *Minutes (II)* favors the employer. For example, for reviewing the appropriateness of reducing the labor remuneration and labor conditions of employees, the *Minutes (II)* tends to review the situation of “obvious” that whether the work or life of employees are affected seriously in terms of offensiveness and discrimination. Details are seen in Article 3 of the *Minutes (II)*.

新规定：

法律适用问题专题座谈会纪要（二）

2017年8月14日，由市高法院民一庭、市律师协会劳专委牵头，市人社局法规处、市劳动人事仲裁院、市检察院民行处、市总工会维权中心六部门参加的第二次劳动争议联席会议在重庆市市高法院召开。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、符合订立无固定期限劳动合同之情形，但用人单位实际与劳动者订立固定期限劳动合同的处理问题

根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条之规定，在符合订立无固定期限劳动合同的情形下，除非用人单位与劳动者协商一致订立固定期限劳动合同或者劳动者主动提出订立固定期限劳动合同，否则用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。在实践中，如果用人单位实际与劳动者订立了固定期限劳动合同，能否视为双方协商一致订立固定期限劳动合同，存在分歧意见。

多数意见认为，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。除该事实外，如果用人单位还能举证其已告知劳动者享有订立无固定期限劳动合同的权利，或者劳动者作出的放弃订立无固定期限劳动合同、同意订立固定期限劳动合同的证据，劳动者又以用人单位未订立无固定期限劳动合同为由主张权利的，人民法院不予支持。

少数意见认为，双方订立了固定期限劳动合同就应视为双方一致同意订立固定期限劳动合同，劳动者以用人单位未订立无固定期限劳动合同为由主张权利的，不予支持。

市高法院倾向于同意多数意见。

二、因劳动者遭受工伤或者患职业病，用人单位未能与其订立书面劳动合同的责任承担问题

根据《中华人民共和国劳动合同法》第十条之规定，用人单位应当自用工之日起一个月内与劳动者订立书面劳动合同。劳动者因遭受工伤或者患职业病而未订立书面劳动合同的，如果用人单位能够举证充分证据证明未能订立书面劳动合同系劳动者拒绝订立或者劳动者丧失订立劳动合同的能力等非因用人单位原因所致，劳动者又以用人单位未依法与其订立书面劳动合同为由要求用人单位支付二倍工资的，人民法院不予支持。

用人单位以劳动者丧失或者部分丧失劳动能力为由未与劳动者订立书面劳动合同的，不得免除用人单位未依法订立书面劳动合同的责任。

三、工作岗位、工作地点的调整问题

工作岗位对应的工作内容、工作地点均属于劳动合同的必备条款。用人单位在招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容和工作地点。在劳动合同履行过程中，因用人单位调整劳动者工作岗位、工作地点而引发纠纷的，应当从是否确为生产经营之必需、是否显著降低劳动者的劳动报酬和劳动条件、是否对劳动者的工作、生活有重大影响、是否对劳动者具有侮辱性、歧视性等方面，综合认定用人单位的行为是否具备正当性。

四、劳动合同中“加班费包干”条款的效力认定问题

劳动者请求用人单位向其支付加班费的，应当根据《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（三）》第九条之规定，就加班事实的存在承担举证证明责任。

用人单位以劳动合同中存在的“加班费包干”条款，即劳动合同中已约定用人单位向劳动者支付的劳动报酬中已包含加班费进行抗辩的，用人单位仍应对其已支付的劳动报酬中正常工作时间的工资标准以及已足额支付加班费的事实承担举证证明责任。用人单位已支付的劳动报酬中正常工作时间的工资标准不得低于最低工资标准。

五、用人单位要求劳动者赔偿损失的处理问题

用人单位以劳动者存在《中华人民共和国劳动合同法》第八十六条、第九十条、第九十一条规定情形为由要求劳动者承担赔偿责任，并能举示充分证据予以证明的，人民法院应当予以支持。

劳动者在履行职务中因过失侵害他人合法权益，用人单位承担赔偿责任后向劳动者追偿的，由于劳动者的行为系职务行为，该行为产生的风险应当由用人单位承担，故对用人单位的请求不予支持。

劳动者故意侵害用人单位合法权益，给用人单位造成侵害的，按照普通民事案件处理。

六、劳动者明确放弃用人单位为其缴纳社会保险费的行为效力问题

依法为劳动者缴纳社会保险费是用人单位的法定义务，该义务不能因劳动者承诺放弃而不履行。劳动者明确放弃用人单位为其缴纳社会保险费的，不仅损害个人利益，而且侵害社会公共利益，故该行为无效。在实践中，劳动者明确放弃用人单位为其缴纳社会保险费后，又以此为由主张解除劳动合同，并由用人单位支付经济补偿金的是否支持，存在分歧意见。

多数意见认为，由于劳动者放弃用人单位为其缴纳社会保险费的行为无效，不能因此而免除用人单位为其缴纳社会保险费的义务，故劳动者仍可以此为由解除合同，并要求用人单位向其支付经济补偿金。

少数意见认为，劳动者明确放弃用人单位为其缴纳社会保险费的，劳动者对用人单位未依法为其缴纳社会保险费存在过错，此种情形下，应当给予用人单位一定的改正机会。实践中，劳动者在解除劳动合同前应当向用人单位提出为其缴纳社会保险费的要求，如果用人单位在一个缴纳周期内未为劳动者缴纳社会保险费的，则应对劳动者解除劳动合同并支付经济补偿金的请求予以支持。

两种意见各有道理，为了限制劳动者与用人单位的违法行为，加强对社会公共利益的维护，市高法院倾向于同意多数意见。

七、工伤职工提出解除劳动合同，用人单位是否支付经济补偿金的问题

多数意见认为，五至十级工伤职工根据《工伤保险条例》的相关规定解除劳动合同的，符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第六项“法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形”，故其要求用人单位支付经济补偿金的，人民法院应当予以支持。

少数意见认为，《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条系对因用人单位存在违法行为侵犯劳动者合法权益，劳动者可以解除劳动合同的情形所作出的规定，故该条第六项关于“法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形”亦应限于法律、行政法规关于用人单位存在违法行为侵犯劳动者合法权益，劳动者可以解除劳动合同的情形。在劳动者遭受工伤的情形下，用人单位并不存在违法行为，故五至十级工伤职工仅能享受相应的工伤保险待遇，而不能要求用人单位向其支付经济补偿金。

两种意见各有道理，因目前全市法院大多按多数意见办理，故市高法院倾向于仍按多数意见办理。

八、提前解除劳动合同的年终奖发放问题

用人单位将劳动者劳动报酬的一部分予以提留，并在年终时作为年终奖向劳动者发放的，如果劳动合同未到年终而解除，用人单位应当向劳动者发放对应期间的年终奖。

劳动合同中明确约定劳动者完成一定工作任务或者符合一定条件，用人单位在年终向劳动者另行支付一定数额的年终奖的，如果劳动合同未到年终而解除，人民法院经审查认定劳动者未完成约定的工作任务，或者年终奖的发放条件不成就的，对劳动者要求用人单位支付年终奖的请求不予支持。

特此通报

市高法院民一庭
2017年9月11日

上海案例调研：违法解除或终止劳动合同是否需要支付医疗补助费

保华律师事务所 张宗法

Case study in Shanghai: Should employers pay employee the medical allowance
if the termination of the labor contract is illegal?

Zhang Zongfa, Baohua Law Firm



引文：劳动法中的医疗补助费制度，始见于原劳动部时期的相关规定，但在08年实施的《劳动合同法》中，并未通过法律的形式在该法中进行明确。由于原劳动部的相关规定并未失效，《劳动合同法》也未做出相反的规定，该制度在司法实践中仍然执行，相关规定仅从正面规定了用人单位在合法解除或终止劳动合同时应当支付医疗补助费，但如果用人单位解除或终止劳动合同被认定为违法的，用人单位是否仍然需要支付医疗补助费？对此，司法实践中存在不同观点，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和介绍能够对该问题有几点清晰的认识，并能够为读者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。

Introduction: The medical allowance in the Employment Law practice was first found in the relevant regulations of the former Ministry of Labor, but it was not explicitly defined in the Labor Contract Law that entered into force in 2008. The relevant provisions of the former Ministry of Labor is still valid, and the Labor Contract Law does not make the contrary provisions. In addition, the medical allowance still works in the judicial practice. The relevant provisions only stipulate that employers should pay the medical allowance when the labor contract is legally terminated. It is vague whether the employers should pay the medical allowance or not if the termination of the labor contract is illegal. The author has collected four representative cases in Shanghai, which may offer several clear understandings of the issue by analysis and introduction of these cases and references in dealing with this issue avoiding unnecessary legal risks in subsequent practice.

案例一：用人单位在劳动合同合法终止时尚需支付医疗补助费，根据“举轻以明重”的逻辑，用人单位在违法终止劳动合同时更不能被免除该责任。

Case One: When employers terminate the labor contract is legally according to the Labor Contract Law, they should pay the medical allowance. According to the principle of Interpretation Heavy for using the Light, the employers cannot be exempted from the obligations that employers should pay the medical allowance when they discharge or terminate the labor contract illegally

(一)案情介绍

王某系 A 公司员工，双方于 2012 年 3 月 12 日签订了一份为期 3 年的劳动合同。2013 年 8 月 19 日，王某被确诊为罹患恶性肿瘤并接受相应后续治疗。2015 年 3 月 6 日，A 公司向王某发出终止劳动合同通知书，载明合同期满不再续签。后，王某提起劳动仲裁，请求确认 A 公司违法终止劳动合同，并要求 A 公司支付违法解除劳动合同经济补偿金及医疗补助费等款项。

(二)案件结果

上海市第一中级人民法院经过审理认为，根据相关法律法规的规定，劳动者患病或非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于 6 个月工资的医疗补助费，对患重病或绝症的，还适当增加医疗补助费。本案中，A 公司终止王某的劳动合同时王某尚在医疗期中，该终止行为系违法终止行为。根据“举轻以明重”的逻辑，在劳动合同合法终止时，用人单位尚需支付医疗补助费的情况下，违法终止时，用人单位更不能被免除该责任。

案例二：用人单位以违纪为由解除劳动合同的，即使系违法解除，但非为应当支付医疗补助费的情形，故无需支付医疗补助费。

Case Two: If employers terminate the labor contract on the grounds of employees in violation of discipline, they will not pay the medical allowance even if they discharge or terminate the labor contract illegally.

(一)案情介绍

于某与 B 公司签订一份为期两年的劳动合同，合同期限自 2008 年 12 月 28 日至 2010 年 12 月 27 日，该份合同到期后双方续签至 2012 年 12 月 27 日。劳动合同存续期间 B 公司将于某派遣至用工单位工作。B 公司分别于 2012 年 10 月 9 日、24 日向于某出具到岗通知，告知于某因其法定医疗期期限届满，要求其回用工单位报到。2012 年 11 月 13 日，B 公司向于某出具劳动合同解除通知，以于某连续累计旷工 3 天以上的违纪行为为由，单方解除于某劳动合同。后，于某向上海市徐汇区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求认定 B 公司的解除行为系违法解除劳动合同，要求 B 公司支付违法解除经济的赔偿金及医疗补助费等款项。

(二)案件结果

上海市第一中级人民法院经审理认为，《上海市劳动合同条例》规定，劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可以提前三十日以书面形式通知劳动者本人解除劳动合同，并支付经济补偿及不低于劳动者本人六个月工资收入的医疗补助费。本案中，B 公司以于某旷工为由解除劳动合同，并不属于上述应当支付医疗补助费的法定情形，故对于某要求 B 公司支付医疗补助费并由用工单位承担连带责任的诉讼请求不予支持。

案例三：用人单位以劳动者违纪解除劳动合同的，即使认定为违法解除行为，劳动合同的提前终结并不属于医疗期终止范畴，用人单位无需支付医疗补助费。

Case Three: When employers terminate the labor contract on the grounds of employees in violation of discipline even if it is regarded as an illegal act of the termination of the labor contract, the early termination of labor contract does not belong to the termination category of medical period, and employers do not need to pay medical allowance.

(一)案情介绍

许某于 2013 年 3 月 11 日入职 E 公司, 2015 年 9 月 14 日许某被诊断为睡眠障碍并开始连续请病假, 2016 年 2 月 17 日 E 公司向许某发出劳动合同终止通知, 告知其医疗期已于 2016 年 2 月 4 日届满, 因 2016 年 2 月 5 日之后许某连续旷工达到三个工作日的违纪行为而解除其劳动合同。后, 许某向上海市黄浦区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 请求认定 E 公司的解除行为系违法解除行为, 求 E 公司支付违法解除的赔偿金和医疗补助费等款项。

(二)案件结果

上海市黄浦区人民法院经审理认为, 许某系因生病无法到岗而非无故旷工, 且由医疗机构出具的病假证明为佐证, 故 E 公司的解除行为系违法解除。但许某劳动合同的提前终结并不属于医疗期终止范畴, 且已经按照相关法律法规对 E 公司的违法解除行为处以惩罚性的解约赔偿金, 许某再行主张六个月工资的医疗补助费, 缺乏法律和事实依据, 本院不予支持。

案例四：用人单位以劳动者无法胜任工作而解除劳动合同，但解除理由并不成立时，劳动者主张解除劳动合同的医疗补助费于法无据。

Case Four: When employers terminate the labor contract on the invalid grounds of employees' incompetence, the claim that employers do not pay medical allowance has no evidences in the law.

(一)案情介绍

何某与 C 公司于 2012 年 12 月 1 日签订了一份无固定期限的劳动合同。2012 年 10 月 31 日何某被确诊为罹患癌症并开始接受治疗。2013 年 10 月 24 日, C 公司向何某通知其医疗期已于 2013 年 8 月 31 日届满, 并 2013 年 11 月 1 日因何某不能胜任工作而解除其劳动合同。后, 何某向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁, 要求认定 C 公司解除行为系违法解除劳动合同, 要求 C 公司支付违法解除的赔偿金和医疗补助费等款项。

(二)案件结果

上海市第一中级人民法院经审理认为，C 公司系以何某在医疗期满后无法胜任现在的工作，也无法胜任其他岗位的工作为由解除双方劳动合同。事实上，C 公司解除双方劳动合同时，何某仍处于医疗期内，因此，C 公司的行为构成违法解除。在 C 公司前述解除理由不成立的情形下，何某主张解除劳动合同的医疗补助费，显然亦缺乏法律依据。

律师简评

1. 通过上述案例不难看出，就违法解除或终止劳动合同时，用人单位是否需要支付医疗补助费在实际中存在较大争议，即使在同一法院也有不同的判决，没有同一明确的审裁口径，对用人单位及劳动者而言均具有不确定性。
2. 《劳动合同法》规定了在计算经济补偿金时适用社会平均工资三倍封顶，但并未规定医疗补助金也按社会平均工资三倍封顶计算，实际中的主流观点也认为医疗补助费并不适用经济补偿三倍封顶。因此，在某些案例中，如果员工工资较高，其医疗补助费可能远高于经济补偿金或赔偿金。若用人单位在被认定为违法解除或终止劳动合同时，无需支付医疗补助费的，则可能产生用人单位规避医疗补助费而故意违法解除的道德风险。

用人单位客观情况发生重大变化 与劳动者协商变更劳动合同的审判口径分析

保华律师事务所 路长明

Analysis on the judicial caliber for an employer to change the labor contract through negotiation with its employee if the objective situation of the employer has been significantly changed

Lu Changming, Baohua Law Firm

引言：劳动合同法对于用人单位解除劳动合同的法律条文有所限制，现实中用人单位客观情况发生重大变化致劳动合同无法履行需与劳动者协商变更劳动合同，协商环节如未处理好，企业会承担很大的法律风险。下文重点论述了全国几个重要城市针对协商变岗的司法裁判口径。

Introduction: The provisions stipulated in the Labor Contract Law have restrictions on the dismissal of labor contract by an employer. In practice, if the objective situation of the employer has been changed so significantly that the labor contract is unable to be performed, the employer shall negotiate with its employee to change the labor contract. If the negotiation is not conducted properly, the company will bear great legal risks. The following text is emphasized on the judicial caliber in some major cities of China regarding position change through negotiation.



请看下面的案例分析：

一、北京案例：

（一）案情介绍

高某于 2009 年 10 月 26 日入职公司。2016 年 1 月 1 日，公司与高某签订无固定期限劳动合同，工作地点为北京。劳动合同约定：经双方协商一致，可以变更工作地点和工作岗位。2016 年 2 月 3 日，公司董事会决定公司转型升级；2016 年 7 月 6 日，公司向高某送达通知书，以北京没有标签业务和生产工厂，决定取消高某的工作岗位为由，决定在岗位、职责、薪资不变的情况下为高某提供转岗至苏州工作的机会，但高某不同意。后公司再未与高某进行过协商；也未向高某提供北京类似工作岗位。2016 年 7 月 7 日，公司在征得工会同意后向高某送达了解除劳动合同通知书。

（二）案件审理结果：

一审法院于 2017 年 2 月判决：公司于判决生效之日起十日内支付高某违法解除劳动合同赔偿金差额 109 796.81 元；

法院认为：本案中，从公司向高某送达的调岗通知书的内容来看，公司实际上是单方决定将高某的工作地点从北京调整到苏州，该作法明显不当，高某有权对此予以拒绝；结合公司未向高某提供过继续在北京工作的与高某原工作接近或类似的岗位的事实，可以认定公司的上述作法并不构成就变更劳动合同内容所进行的协商，而属于单方调整高某工作地点的行为。结合以上事实，法院认定公司与高某解除劳动合同的行为，没有事实依据，违反法律规定，公司应向高某支付违法解除劳动合同赔偿金。

总结：公司与高某的劳动合同中约定：经双方协商一致，可以变更工作地点和工作岗位。本案中，高某不同意调至苏州工作，用人单位单方面的调岗行为显然违法。

Conclusion: The labor contract between the company and Mr. Gao has been agreed as such: As it has been agreed upon consensus between both parties, the work place and position may be changed. In this case, Mr. Gao did not agree on the change of his work place to Suzhou, and it was obviously illegal that the employer unilaterally changed the position of the employee.

二、上海案例

（一）案情介绍：

王某 2009 年入职某公司，2015 年 9 月 25 日，公司突然张贴解除通知，该通知内载：“因销售业绩未达商场（物业方）要求，公司在上海的部分店铺已被迫关闭，2015 年 9 月份起多数员工停工、停产，经公司研究决定解除以下人员的劳动合同，具体内容如下：自 2015 年 10 月 1 日起解除以下 47 名员工的劳动合同（附件名单包括王某），公司承诺支付 47 名员工法定经济补偿金。

（二）案件审理结果：

法院判决：公司于判决生效之日起十日内支付王某违法解除劳动合同的赔偿金 50,671.40 元

法院认为：经济补偿金的协商属于劳动合同解除的协商范畴，与劳动合同变更的协商不能等同，公司未提供有效证据的情况下，法院难以认定公司已经履行了协商变更劳动合同的程序。故公司解除与王某的劳动合同，不符合劳动合同法第四十条第（三）项之规定，系违法解除劳动合同。

总结：本案中，用人单位客观情况发生重大变化，但用人单位并未与劳动者协商变更劳动合同内容，且未提供公司内部其它工作岗位的机会，用人单位单方解除与劳动者的合同属于违法解除。

Conclusion: In this case, the objective situation of the employer had been significantly changed, but the employer failed to negotiate with the employee on the alteration of the contents in the labor contract. And moreover, the employer did not offer job opportunities for other positions in the company. It was illegal that the employer unilaterally dismissed the labor contract.

三、广州案例

（一）案情介绍：

邓某于 2005 年 7 月 12 日入职某公司，任审计部经理。双方签订的劳动合同约定：根据公司的需要，邓某可以接受类似岗位、工资接近的其他岗位或其他工作地点的工作安排。因 2015 年销售业绩明显下滑，公司对组织架构进行了调整，将邓某工作岗位调至制造管理系统议价工程师，并特别备注享受经理级别待遇。但邓某拒绝到新岗位报道，后双方协商不成，公司以经营情况发生重大变化为由于 2015 年 12 月 14 日向邓某下发解除劳动合同通知书，解除劳动合同。

（二）案件审理结果：

法院判决：公司应于判决生效之日支付原告邓某解除劳动合同的经济补偿金 152397 元；

法院认为：公司提交的审计报告证实 2015 年度其经营情况确实发生了重大变化。双方签订的劳动合同反映邓某根据公司的需要，可以接受类似岗位、工资接近的其他岗位或其他工作地点的工作安排。故公司在自身经营情况发生重大变化的情况下有权对邓某进行调岗，且公司在人事调动通知中也承诺新岗位享受经理级待遇。在邓某与公司未能就调岗事宜达成协议的情况下，公司提出解除劳动合同并无不当。

总结：本案中，用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定调整工作岗位的具体内容，用人单位以客观情况发生重大变化调整了劳动者的工作岗位，且保持原待遇不变，劳动者拒绝至新岗位报到。法院认为用人单位的解除行为并无不妥。

Conclusion: In this case, the employer and the employee had clearly agreed on the specific contents of the adjustment of job position in the labor contract. The employer adjusted the job position of the employee on the ground that the objective situation of the employer had been significantly changed but the remuneration remained unchanged. The employee refused to attend to work in the new position. The court held the opinion that the employer's dismissal was not unjustified.

四、重庆案例：

（一）案情介绍：

2011 年 1 月杨某调与公司签订了劳动合同，合同约定：公司要求变更合同的，应将变更要求以书面形式通知杨某，杨某应在十五日内书面答复，逾期未答复的视为不同意变更合同，公司可依法解除劳动合同。

2016 年 2 月 16 日，公司向工程部全体员工发出《关于工程部员工岗位调整的通知》，表明鉴于市场环境原因，按照控股总部审批的门店 2016 年度工作计划要求，将工程部原有的空调、电工、水电工、综合维修工等岗位统一调整为综合维修岗位，员工对应职级不变。公司向杨某发出《劳动合同变更通知书》，就劳动合同变更进行协商。同月 19 日，杨某向公司交回《劳动合同变更通知书》，以其所学专业为制冷，对其他专业不太熟悉，无法准确指导、带领维修工作，不同意变更劳动合同，拒绝担任综合维修工程师一职。

2016 年 2 月 22 日，公司向杨某发出《劳动合同解除通知书》，杨某认为公司属违法解除劳动合同，要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金 94800 元；

（二）案件审理结果：

法院判决：杨某要求公司支付其违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求，因没

有事实依据，一审法院不予支持

法院认为：公司订立合同时的客观情况发生重大变化，导致合同无法履行，公司明确告知杨某，在岗位变更后，将会组织相关的培训。双方协商过程中用人单位提供的岗位，法律并没有就此作出限制性的规定，且双方经协商不能就合同变更达成一致时，公司依照法律规定在额外支付了杨某一个月工资后解除劳动合同并未违法。

总结：本案中用人单位客观情况发生变化，与劳动者就变更劳动合同进行了协商。公司提供新岗位的培训机会，劳动者不接受，法院最终判决用人单位不属于违法解除情形。

Conclusion: In this case, the objective situation of the employer had been significantly changed, and the employer negotiated with the employee on the change of labor contract. The company hereby offered training opportunities for the new position, but the employee refused to accept it. The court finally ruled that the employer's behavior did not belong to the situation of illegal dismissal.

五、律师简评：

V. Brief comment by lawyer

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，需用人单位需与劳动者就劳动合同的变更进行协商，需注意以下几点：

In a situation where the objective situations on which the labor contract is based have been changed so significantly that the labor contract is unable to be performed, the employer shall negotiate with the employee on the change of labor contract, but the following points shall be noted:

1、用人单位客观情况确实发生了重大变化，

The objective situation of the employer has indeed been changed significantly.

司法实践中认可的客观情况发生变化大多属于外部原因，可以是市场及经营原因，如企业出现市场萎缩、下滑等。

Most of the changes of objective situations confirmed in the legal practice belong to external reasons, and they may be the reasons of market or business changes, for example, the recession or decline in the market.

2、用人单位可以与劳动者在劳动合同约定：公司客观情况发生变化时，公

司有主动调岗的权利；

The employer may agree with the employee in the labor contract: The company shall have the right to initiatively adjust the position of the employee if the objective situation of the company is changed.

3、当用人单位与劳动者的劳动合同无法履行的情况下，应当就变更劳动合同进行充分协商；

The employer shall fully negotiate with the employee on the change of labor contract in a situation where the labor contract is unable to be performed.

4、如双方已对变更劳动合同内容进行协商，劳动者拒绝后，用人单位直接解除双方的劳动关系风险较大；在劳动者不同意变更劳动合同的情形下，用人单位应当提供本单位其它岗位的工作机会，

If both parties have negotiated on the change of labor contract and after the employee refuses the change, the employer will have risks for direct dismissal of their labor relationship. In a situation where the employee does not agree on the change, the employer shall offer the job opportunities for other position in the company.

司法实践中，用人单位客观情况发生重大变化，应当充分做好与劳动者变更劳动合同的协商环节，减少企业的法律风险。

In legal practice, if the objective situation of an employer has been significantly changed, the employer shall properly negotiate with its employee for the change of labor contract so as to reduce the legal risks of the company.

劳动领域群体争议的法律规制

董保华*



提要：我国劳动领域群体争议具有存在的客观性、效果的破坏性、部分诉求的合理性这些矛盾的元素，给社会治理带来高难度。从界定集体劳动争议、集体协商争议与群体争议的关系入手，分析我国高管制的内在逻辑，有助于厘清我国群体争议面临的各种乱相。国家和个人的行为都应在一个社会系统内进行整合，和谐应当体现为政治、经济、社会的综合平衡，多元救济模式才是我国未来的方向。只有理顺体制才可能对“法律上的高否定”、“现实生活中高容忍”的模式进行双向改革。

关键词：集体劳动争议、集体协商争议、群体争议、自上而下、自下而上

*董保华，华东师范大学法学院教授，中国社会法学会研究会副会长。本文系国家社会科学基金重点项目“集体劳动争议处理和应对的法律机制研究”（14AZD048）的阶段性成果。感谢华东政法大学饶志静老师，博士研究生李干，硕士研究生李盛楠、徐扬、张宏飞、吕雪娇等人的数据整理、图表制作工作。

群体争议涉及我国劳动法体制中的难点，牵一发而动全身。“自上而下”、“自下而上”的分析框架，¹现在已经成为我国一种较为流行的研究模式。进一步的研究使笔者意识到，只有补入集体劳动争议、集体协商争议、群体争议三个含义迥异的词汇，并对背后的制度安排进行梳理，才可能以更具解释力的方式来理解当前劳动权利救济中的悖论，从而提出制度改进的建议。

一、问题的提出：群体争议中的高否定与高容忍

我国现行劳动法的调整体制主要定型于 1995 年实施的《劳动法》，围绕劳动合同与集体合同，我国也形成了劳动争议与集体争议两个大类。按照官方的分类方式，劳动争议又分为个别劳动争议与集体劳动争议；集体争议又分为集体协商争议与集体合同争议。在这些概念中，涉及众多人数的争议主要有集体劳动争议、集体协商争议两种形式。除这两类争议纳入制度安排，我国也实际存在制度安排之外的第三类争议形式，我国《工会法》将其称为“停工、怠工事件”，《中共中央国务院关于构建和谐劳动关系的意见》进一步将其称为“集体停工和群体性事件”，并将其作为有待改进的现象。中国社科院法学研究所发布《2014 年中国法治发展报告》，对近十四年间的群体性事件的特点进行了梳理，劳资纠纷是导致千人至万人群体性事件的主要原因，在此类群体性事件中占 36.5%。我国群体争议出现“法律评价上的高否定”以及“社会现实中的高容忍”的特点。劳动领域的群体争议成为一个高度矛盾的概念。

其一，法律评价上的高否定。群体争议效果的破坏性使我国法律做出了高否定的评价。在我国劳动法研究中，对于自发性罢工的法律评价，学术上存有分歧，有合法、违法、非法三种观点。合法判断其实是一种刑事豁免或民事豁免。我国没有刑事责任豁免、行政责任豁免、民事责任豁免，因此在我们国家的法律评价体系里，劳动领域的自发性罢工是违法的。

刑事豁免也称刑事免责制度，是指争议行为虽符合刑法上的犯罪构成要件，但具有法律上的违法阻却事由，故劳动者刑事责任得以免除。通过中国裁判文书网（Judicial Opinions of China）、Open Law、北大法意以及北大法律信息网等网

¹ 这是笔者五年前提出的分析框架。参见董保华：《规范劳动者维权行动的制度选择》，载《法治研究》2012 年第 1 期。

站,搜索到十个有关员工罢工的刑事案件,其中仅有一例案件的员工被判定为无罪,另有一个案件判定有罪但免于处罚,其余的案件均被判定为犯罪行为并处罚。当前我国司法实践中并不能以罢工作为抗辩理由,阻却刑事犯罪的判定,总体上我国不存在罢工行为的刑事免责制度。

在员工自发罢工的情形下,用人单位可以违纪的方式进行处罚。我们统计168件案件,法院认为用人单位解雇合法的为60%,解雇违法的为33%,认定双方是协商解除的为7%。在合法解除的认定中,90%是以“劳动者严重违反规章制度,扰乱生产秩序,用人单位可以解除劳动合同”为理由。在违法解除的认定中,47%是以“未提供充足有效的证据证明劳动者有罢工行为”为理由,26%是以程序瑕疵为理由,16%以“劳动者有罢工行为,但未达到需要解除劳动合同的程度”。²其他学者的研究也得出类似结论。³从这些认定中,可以看出我国完全没有民事免责的规定。

其二,社会现实中的高容忍。罢工虽然违法,但相关部门对于这种违法现象高度容忍。在一般的群体事件中,尽管可以按照《治安管理处罚法》进行处罚,然而,现实生活中即便在已经出警的情况下,警察主要功能是维持秩序,员工清楚的知道,自发罢工只要不破坏社会公共秩序,通常不会受到制裁。面对明显的违法行为,警察并不按照一般的违法、犯罪行为给予拘捕。就民事责任而言,尽管用人单位可以违纪处理,但真正做出违纪处理的比例很小。正是这种“高容忍”的态度,使我国一部分学者得出自发罢工合法的结论。

高容忍是由于部分群体争议具有诉求的合理性。随着中国进入利益博弈的时代,当前的社会矛盾和冲突相当一部分是因利益之争而引发,属于利益矛盾。在利益高度分化的时代,利益冲突、利益博弈是正常的社会现象。随着技术的进步以及生产力的发展,尤其是劳动效率的提高,劳动者创造社会财富的能力不断提高,因此,一些劳动者要求获得更加有利的劳动条件具有合理性。对于中国目前的劳资矛盾和冲突,中国的学者也从各个角度给出了一些合理性解释,归纳而言,法律规范的缺失、归属感缺失、利益没有共享、民营企业过分注重经济效益往往

² 案例均来自于“中国裁判文书网”和“中国法院网·裁判文书”,时间节点为2008年1月至2015年12月。

³ 王天玉:《劳动者集体行动治理的司法逻辑——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决》,载《法制与社会发展》2015年第2期。

成为主要原因。大量文献更以实证的方式证明这四个理由与群体争议的正相关关系。

高否定与高容忍带来社会治理的高难度。法律评价的高否定必然使群体争议成为违法现象，然而相关部门对于违法现象又采取高容忍的态度，损害了法律的威信，从而使我国进入某种恶性循环，群体争议正是在这种循环中日益发展，其对社会秩序的破坏也日益明显。为了将群体争议中的合理诉求纳入法制轨道，我国做了大量的工作，但似乎效果不佳。我们面临着一系列难题。

其一，法律规范缺失群体争议增加，但法律规范增加群体争议并不减少。法律规范缺失往往被视为群体争议增加的首要原因。陈峰教授是较早对这种群体性事件进行研究的学者。他将这种争议称之为“道义经济争议”（moral economy-based conflict），⁴这类劳动争议的显著特点是某些正当的利益没有得到法律应有的承认。随着我国法制建设的完善，在制度转轨完成之后本应消失，然而，近年来这种体制外的争议形式却得到了超常的发展，以致于冲击我国正常的制度安排，我国法律规定形成的高标准，正在导致某种高涌出的社会现象。

其二，归属感缺失群体争议增加，但工会组织扩容群体争议并不减少。归属感缺失是群体争议增加的重要因素，具体表现为外来人口较多的省份往往群体争议较多。一般认为，外来人口由于缺乏归属感与认同感，往往组建同乡会之类的机构来发动各种类型的施压行动，只有充分的利益表达，才能带来真正的利益均衡。近年来，我国在解决外来人口对当地的归属感方面做出了巨大的努力，其中一项重要的工作就是让他们加入工会组织，但这种组织化的措施并未得到外来人口的认同，群体争议依然保持着高发的态势。我国出现了高入会与高游离同时并存的情形。

其三，经济水平提高群体争议增加，但经济水平下降群体争议并不减少。我国学者的共识是：经济发展水平的提高，使劳动者没有充分分享经济发展的成果，带动劳动争议案件发生率提高，因此，地区生产总值和人均地区生产总值所代表的经济发展水平与群体性劳动者争议的发生率具有一定的正相关关系。然而，这一共识用于解释经济增长下行，则明显缺乏解释力。如果我们以一个较为宏观的

⁴ Feng Chen and Mengxiao Tang, *Labor Conflicts in China Typologies and Their Implication*, Asian Survey, Vol.53, No.3, (May/June 2013).

视角来观察，政治生活要求高稳定与市场经济带来的高变动的矛盾，以中国化的方式呈现出来。

其四，民营企业发展群体争议增加，但国进民退群体争议并不减少。从群体争议主体来观察，民企是群体性劳动争议的高发地带。一般的解释是，民企普遍以经济利益为导向，在合规用工方面多有不足之处，极易滋生员工的不满情绪。十年来，我国很多地方出现了国进民退的情形，我们看到的是，这种国进民退的结果是制造了大量新的群体性争议（例如，2016年两会期间引起广泛关注的龙煤集团群体事件）。在这里，我们再次看到了政治生活要求高稳定与市场经济带来的高变动的矛盾。

总之，我国劳动领域群体争议具有存在的客观性、效果的破坏性、部分诉求的合理性这些矛盾的元素，给社会治理带来高难度。只有分析法律规定的“高标准”与实际执行中的“高涌出”，我国工会发展中的“高入会”与实际生活中员工的“高游离”，政治生态要求的“高稳定”与市场经济带来的“高变动”的矛盾，才可能解决我国群体争议采取的法律评价上的“高否定”与社会现实中的“高容忍”的问题。如果说前两个问题涉及权利争议、利益争议，后两个问题涉及利益争议向权利争议的转化。从界定集体劳动争议、集体协商争议与群体争议关系入手，我们可以分别对这些问题进行研究，从而厘清我国群体争议背后的制度性原因。

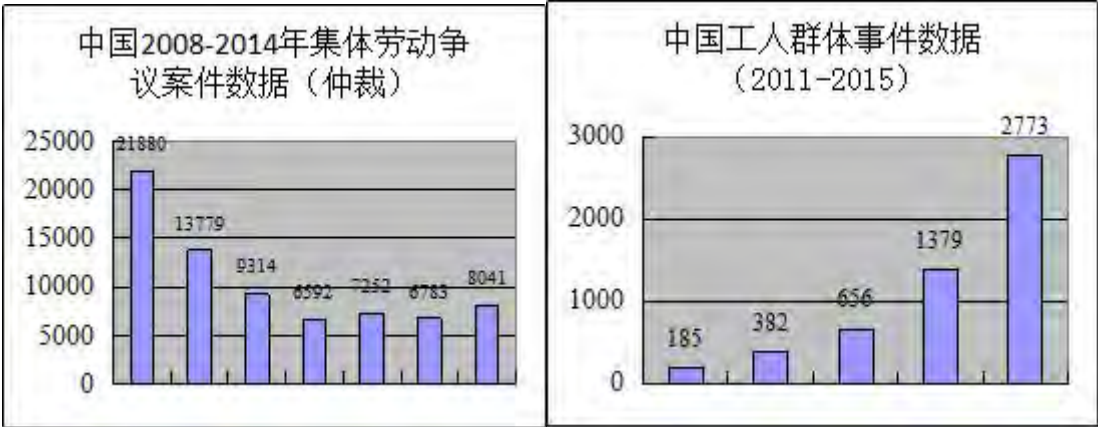
二、劳动合同法中高标准与高涌出的相生关系

集体劳动争议是相对个别劳动争议而提出的概念，⁵这种争议本质上仍是个别争议，只是以“共同理由”集结为一个临时的集体。这种争议是一种权利争议或法律争议，也可称之为履约争议，是指以现有法定权益、集体谈判协议或个人雇佣合同的存在为前提而产生的劳动争议。2004年之后，我国的立法部门以极高的频率推出各类劳动立法，尤其是2008年后，更是加大了劳动法律制度的供

⁵ 《国营企业劳动争议处理暂行规定》（1987年7月31日由国务院发布，1987年8月15日起施行，1993年8月1日被《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》废止）作为当时推行劳动合同的一种配套措施，将“发生劳动争议的职工一方，人数在十人以上，并且具有共同理由的”确定为集体劳动争议；1993年6月国务院曾在《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》（1993年7月6日国务院令第117号发布）去除了“集体劳动争议”的提法。然而，同年10月原劳动部发布的《劳动争议仲裁委员会办案规则》（劳部发[1993]276号）却又将职工一方在30人以上的争议称为集体劳动争议，并作了“案件特别审理的规定”，这一提法沿用至今。

给。可以说进入了一种立法上的高标准时期。这种“高标准”带来某些错位和悖论。

其一，劳动争议与群体争议出现错位。当前我国劳动争议呈现出劳动法制框架内的集体争议与劳动法制框架外群体争议逆向发展的情形。一方面，法制框架内集体劳动争议有规则但数量减少。因履行集体合同很少发生争议，以《劳动争议调解仲裁法》第7条规定的“有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼”争议，⁶2008年后总体呈下降趋势。我国官方统计数据（图一）显示，这类争议的数量与涉案人数在2008年达到21880件、502713人的峰值后基本呈现回落的态势。至2013年，全国因共同请求而推举代表参加仲裁的争议案件数与涉案人数分别下降至6783件与218521人，两项数据较之于2008年均减少一半以上。⁷另一方面，法制框架外集体停工和群体性事件无规则但数量激增。从2011年到2015年的权利争议来看，数量上有大幅度上升（图二），欠薪作为一种典型的权利争议成为最主要的争议。



图一⁸

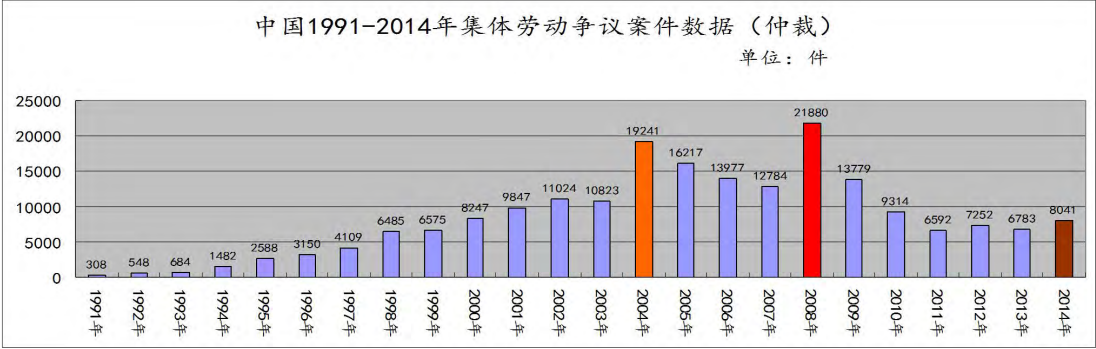
图二⁹

其二，公力救济出现悖论。集体劳动争议萎缩说明争议正从公力救济涌出、群体争议膨胀说明涌出部分有些流入私力救济。公力救济存在着一个难以回避的悖论：为保护劳动者而设置的规则成了劳动者希望突破的桎梏。对劳动者实现倾斜保护，是《劳动法》确立的立法宗旨，《劳动合同法》对于保护劳动者更为强

⁶ 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第七条：“发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。”
⁷ 值得关注的是，这种情形在近年来似乎有所调整，具体原因见下文分析。
⁸ 数据源自于弘文总编：《中国劳动统计年鉴 2015》，中国统计出版社 2016 年版，第 344-345 页。
⁹ 数据来源：“中国劳工通讯”网，China Strikes, using Google Maps: <http://chinastrikes.crowdmap.com>，统计截止 2015 年底。

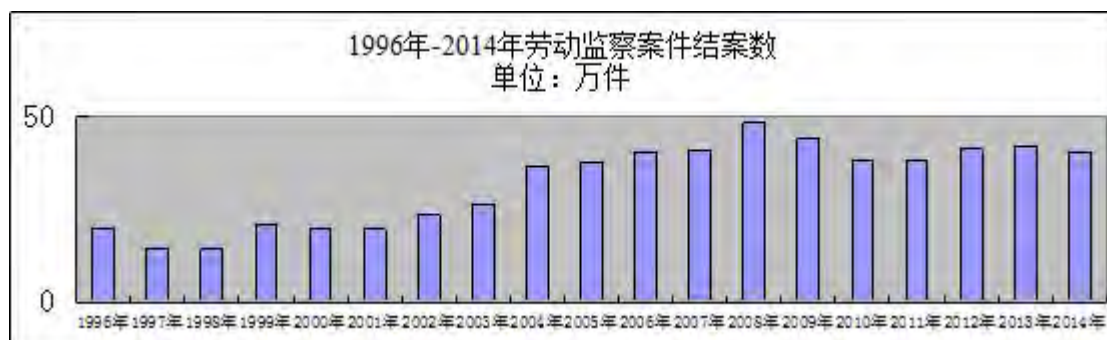
调。劳动领域的规则本身是为了保护劳动者的利益而设定的，然而，在群体矛盾中这些规则受到劳动者的挑战。在有共同请求的情况下，劳动者在这类集体争议中，为什么不愿推举代表参加仲裁、诉讼，寻求公力救济，而愿意以群体争议这种私的力量，让争议陷入无序呢？相当长一个时期我国是以仲裁、诉讼成本来解释，当着仲裁免费、司法象征性收费时，这一解释已不成立。事实上，我国的公力救济程序是针对权利争议来设置的，法律与契约（包括集体合同与个别合同）已经为劳动关系双方当事人之间的权利义务做出了安排，劳动者选择公力救济时，在实现利益的同时也受到法律、合同的约束；摆脱仲裁、司法机关的依法判断，以群体力量施压，突破法律、合同规则的约束，可实现利益的更大化甚至最大化。在规则范围内进行维权与突破规则实现利益的博弈中，出现了社会重心移向后者的趋势，说明劳动法制的权威正在受到挑战。

要了解错位、悖论的产生原因首先应当明确上述悖论的发生时间。从图三统计中可以看到，公力救济与私力救济出现逆向发展的时间主要是 2008 年至 2013 年。之前两者是同步提高的，之后两者又开始出现同向发展的情形。由此，我们可以分三个时间段来进行讨论：



图三¹⁰

¹⁰ 数据来源：1992 至 2014 年《中国劳动统计年鉴》，
<http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01&zb=A0S05&sj=2014>，最后访问时间：2016 年 5 月 25 日。



图四¹¹

第一阶段，2004年前劳动领域的群体争议出现，相当一部分原因是制度缺失导致的。上世纪80年代，¹²以一种较为显性的合同关系作为依据，只将国有企业的两类争议纳入公力救济范围。¹³因国有企业改革而引发的大量下岗争议并未纳入法定处理程序。下岗涉及了一种隐性的合同关系，或者可以说是以一种默示形式存在的关系性契约。正如陈峰教授所说，在计划经济时代，国家与工人之间存在着心照不宣的契约。¹⁴以上访为主要形式，群体劳动争议的概念开始出现。这种隐性的权利争议，只要扩大制度供给让权利显性化，便可纳入体制进行处理。在2004年之前，不仅集体劳动争议稳步增长（见图三），劳动监察案件的结案数也是稳步增长（见图四）。长期以来，我国有一个基本判断：只要加强立法，使集体劳动争议的范围逐步覆盖群体争议的范围，以公力救济代替私力救济，便可使劳动领域走向有序。这种认识其实是基于2004年前的社会现实。

第二阶段，2004年后劳动领域的群体争议相当一部分原因是替代机制发达导致的。2004年总理亲自为农民工讨薪，劳动部、最高院以及相关的部委出了一系列规范性文件，2004年集体劳动争议是快速增长的，然而第二年就开始慢慢回落了。“总理讨薪”本身就为替代机制做了形象宣传，熊德明这位引发“总理讨薪”事件的普通农妇，也因此获得2003年度中央电视台经济年度人物社会

¹¹ 数据来源：中华人民共和国人力资源和社会保障部公布的统计年鉴、人力资源和社会保障事业发展统计公报、劳动事业发展统计公报，<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/ndtjsj/index.html>，<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/ndtjsj/index.html>，最后访问时间：2016年5月25日。

¹² 以《国营企业劳动争议处理暂行规定》为标志，我国开始建立起一套处理权利争议的法律程序，集体劳动争议的概念由此产生。

¹³ 《国营企业劳动争议处理暂行规定》将“因履行劳动合同发生的争议”与“因开除、除名、辞退违纪职工发生的争议”纳入处理范围。

¹⁴ Feng Chen and Mengxiao Tang, *Labor Conflicts in China Typologies and Their Implication*, Asian Survey, Vol.53, No.3, (May/June 2013).

公益奖，并以名人效应帮助老乡讨薪。¹⁵这些宣传让劳动者看到法律框架之外的一种便捷方式。值得注意的是，这一时期劳动争议虽然涌出了仲裁审理，但并未完全流出公力救济，劳动监察的结案数量是快速上升的（见图四），毕竟总理讨薪也是对公权力的形象宣传，用行政手段来解决欠薪问题，受到欢迎。

第三阶段，2008年后劳动领域的群体争议高发，至少部分原因是法律制度引导的。2008年《劳动合同法》及配套的程序法《劳动争议调解仲裁法》的公布，可以说是我国法律制度供给超常发展的一年。然而，2008年制度的超常供给出现了与2004年极其类似的情形，当年是体制内的集体劳动争议案件快速增长，但第二年就开始比上次更快的回落（见图三）。这一时期，劳动监察结案数与集体劳动争议数量有着共同的规律，在达到高峰后出现了回落（见图四）。群体争议则开始了高速增长。从境外学者、机构以更长的时间段来进行的跟踪观察，可以看到群体争议增长最快的时间段是2008年至2012年。在跟踪范围内，1997年至2007年我国每年平均发生罢工与群体性事件29.58件，2008年至2012年增长至平均每年152.60件，翻了近五倍。¹⁶随着群体争议的增加，劳动监察的功能定位开始发生变化，以协调方式处置群体争议成为这一机构新增的内容，这一功能定位，也使其数据中溶入了某些利益争议的色彩，并导致数据一定程度回升。

为什么制度内的法律供给却引导出制度外群体争议的快速增长呢？中国的劳动法律规范通过媒体宣传后，以一种心理预期的方式被劳动者接受。这种心理预期至少以四种方式转化为体制外的群体矛盾：其一，一些过高的社会法标准使实际执法难以到位，例如社会保险案，广东裕元鞋厂几万人的罢工便是典型。其二，一些脱离实际的程序设计加剧矛盾，例如，劳动报酬在劳动关系存续期间不设时效制度，使企业解除、终止劳动合同时，人为产生了大量的劳动报酬争议。其三，一些责任追究的制度设计，如双倍赔偿等一些法律规定显然给劳动者维权打开了新的空间，利用体制外的力量，争取原本要通过司法制度才能获取的利益，成为群体争议发展的新动力。常德沃尔玛案工人通过49天的罢工来争取双倍赔

¹⁵ 2004年11月30日，专程前往温州为老乡维权，再次成为媒体的焦点。以后，她的故乡重庆市云阳县的几十名农民工包括她的表弟和长辈，在温州龙湾区打工患上职业病——矽肺，生活陷入困境。到了温州，她办理了接受13位矽肺病伤残者的委托手续，并与当地主管部门交涉，最后熊德明此行为两个老乡分别讨到了2.6万和4.8万。《中国十大劳动争议案》，载《江淮晨报》2008年1月23日。

¹⁶ Manfred Elfstrom and Sarosh Kuruvilla, *The Chasing Nature of Labor Unrest in China*, 67 ILR Rev. J. Work & Pol'y 453 2014.

偿，西铁成案的千人罢工案也是为了争取双倍赔偿。尽管按司法程序这两个案子都不符合双倍赔偿条件。其四，一些对非标准劳动关系的管制措施如劳务派遣立法也给群体争议制造了新的理由。2012 年我国制定了严厉打击劳务派遣的规定，同工同酬的规定，成为群体争议的新类型而得到发展。可见，无论我们如何减免仲裁、诉讼费等体制内的显性成本，心理预期对于催生的体制外的群体矛盾具有更大诱导性。

总之，在劳动争议处理范围的日益扩大，仲裁、诉讼成本日益降低时，我国却出现这种逆向的涌出。劳动立法的高标准以及必然带来的弱执法，使我国在制度建设上超常的供给带来大量劳动争议溢出体制的效因。分析集体劳动争议、劳动监察的数据，公力救济萎缩、私力救济膨胀，当前群体争议存在着一种高标准引导的高涌出现象，两者成为“相生”的关系。

三、工会发展中高入会与高游离的相伴关系

集体协商争议是相对集体合同争议而提出的概念，作为当时推行集体合同的一种法定配套措施，解决利益争议。利益争议或经济争议，也称为缔约争议，是指争取新权利和新义务而出现的关于未来权益的劳动争议，现代国家这种争议往往以集体争议的形式呈现，大多数利益争议都是因为企业与工会谈判破裂，未就将来适用的雇用条款和条件达成一致造成的。在我国现实生活中，这类法律规定的争议极少发生，这与我国集体协商采取“自上而下”的方式有关。然而，与上述权利争议的情形类似，在我国制度安排之外出现了一类“自下而上”的压力形式，未经协商便采取群体争议形式施加压力，劳动领域中法外的群体争议相当一部分也是利益争议。体制内外的争议具有明显不同的特点。

其一，集体协商中“自上而下”。我国系统性推动集体协商制度的实施始于上世纪九十年代，集体协商的内容以工资收入分配为重点，覆盖劳动卫生安全、保险福利等事项。从工会年鉴公布的官方数据和人力资源和社会保障部公布的统计数据来看，集体协商已经在全国迅速铺开，集体合同签订数量已经十分可观，根据已公布的截止至 2015 年底的数据，集体合同签订数量 2015 年达到 266.5 万份，工资专项集体协议 2013 年已经达到 352 万份。集体合同签订数量自 2005 年至 2015 年，呈现连年递增的态势，2010 年更是呈现井喷式的增长，环比增长

幅度达到了 65%。同样，工资专项集体协议自 2010 年至 2013 年，也呈现连年递增的态势，2011 年实现跳跃式的增长，环比增长幅度达到了 70%。我国的集体协商与西方传统国家的集体协商一个很大的不同是，不采用一般国家都使用的社会压力机制，而是采用“自上而下”的政治推动力。¹⁷以这种政治推动力为基础，全国总工会开始在集体协商中溶入一系列自上而下的行政元素，随着时间推演，这些工会的维权举措开始由浅入深，我们可以概括为上帮下、¹⁸上促下、¹⁹上管下、²⁰上代下。²¹

其二，群体争议中“自下而上”。我国出现了直接施压的群体争议。这种群体争议的特点是不经集体协商而直接采取自发罢工或者怠工等形式，并辅之以各种社会抗议形式，从而达到施压者的经济目标。从企业内部关系上看，自发罢工涉及的是劳动者与用人单位。劳动者只要停工便会给用人单位带来财产损失，为了增加压力我国的自发罢工往往具有一定的突发性。²²群体争议的发动者，首先让对方进入“财产主动给我，还是白白损失”的选择题。²³这是由于这类自发性罢工本身是建立在一个缺工的环境下，我国对于自发罢工又采取高容忍态度，使劳动者有着较强的议价能力。从企业外部关系上看，自发罢工还涉及劳动关系以外的当事人，劳动者除聘请律师，寻求媒体支持外，最重要的是通过上访等方式寻求政府支持。伴随上访，罢工者往往将自发罢工与各种示威、抗议形式相结合，从而使内部问题社会化。在向政府施加压力的同时，事实上也挑战了政府的权威。

¹⁷ 以构成劳资关系问题核心的工资收入分配问题为例，2008 年推动企业建立工资集体协商制度首次被写入中央政府工作报告。2011 年《国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》提出要根据市场机制调节、企业自主分配、平等协商确定、政府监督指导的原则形成企业工资决定机制和增长机制，并明确提出要积极稳妥扩大工资集体协商覆盖范围。在此基础上，人力资源和社会保障部制定的《人力资源和社会保障事业发展“十二五”规划纲要》明确提出了“集体协商和集体合同制度普遍建立，企业集体合同签订率达到 80%”的目标。

¹⁸ 建立集体协商指导员队伍成为工会首先采取的措施。

¹⁹ 集体协商中的上促下。集体协商要约本是集体协商中的一个普通程序，为了形成“集中力量，上下联动，突破难点”的效果，全国总工会在 2008 年 6 月将其作为一项重要的统一行动，布置开展，并称为“集体协商要约行动”。

²⁰ 集体协商中的上管下。随着我国经济危机的发生，全总要求各级工会围绕“稳员增效”推进“共同约定行动”。从而发展出一种可称之为上管下的“共同约定行动”。到 2009 年 3 月已有 27 个省级总工会采取多种方式开展了“共同约定行动”，其他 4 省区正在筹划此项工作。

²¹ 集体协商中的上代下。值得关注的是北京、武汉做法。北京模式是由上级工会通过地方税务机关代尚未成立工会的企业收缴工会经费，并代已经成立工会的下级组织确定集体合同的内容。武汉模式则进一步由上级工会签订集体合同，形成产业效力，直接覆盖相关的 45 万人群。

²² 在本田自发罢工中，只是两个员工打辞职报告后，需要依法等待 30 天，便发动了震惊全国的罢工案，造成用人单位近 10 亿的损失，自发罢工中员工与用人单位的损失是高度不对称的。自发罢工的目的是迫使企业在巨大的财产损失面前做出让步。

²³ 在常德自发罢工案中罢工组织者主动公布企业 1000 万元的损失。东航返航案发生后，飞行员跳槽案中代理律师的公开威胁，“如果双方关系持续紧张，以后难保还会发生类似事件”。《3·31 返航事件背后：创纪录的索赔》，载《法制日报》2008 年 04 月 13 日。

其三，对于体制内集体协商中的“自上而下”与体制外群体争议中“自下而上”齐头并进的局面应当如何评价？我国存在赞成与批评两种观点。笔者认为，只有从社会救济的形式上分析，才可能进行评判。早在 20 多年前《中华人民共和国劳动法》第 84 条就明确将集体协商发生的争议定性为通过社会救济来解决分歧。²⁴《劳动法》中强调的是一种不依赖于裁、审的独立调解。²⁵“自上而下”的集体协商，基本上没有争议，不需要这种调解；“自下而上”的群体争议，则因为主要采用私力救济而没有采取社会救济的形式。以上两种形式均难以纳入《劳动法》所设定的轨道，这是由于这两种形式在“协商”与“压力”的结合上都不完善。就“协商”与“压力”的关系而言，在大部分国家中，集体协议一经达成，受和平义务的约束，工人就不会再发动罢工。我国劳动者自发罢工完全不受集体合同的制约。为了将后者这种无序的压力形式导入国家规定的集体协商中，我国做出了“先压力后协商”的妥协，²⁶希望将群体争议那种“有压力而无协商”的形式，纳入到工会集体协商的轨道，现实生活中遭到自发罢工员工强烈抵制。《人力资源与社会保障事业发展统计公报》的数据显示，截至 2012 年，集体劳动合同覆盖人数从 2009 年的 9400 万上升至 1.45 亿人。²⁷但与此数据形成鲜明对比的是，以罢工为主要形式的集体行动争议却在逐年增加，完全不受集体协议的约束。

我国一些学者认为，“社会救济，实际上是从公力救济中分割出来的部分权力和私力救济的制度化”。作为公、私两种救济制度的结合，也可以认为“社会性纠纷解决（救济）机制是私力救济的制度化和司法社会化相结合的产物。”²⁸当集体协商与团体压力相结合时，社会救济本是社会法最有效的解决机制。体制内的自上而下形式存在“有协商无压力”与体制外自下而上形式存在“有压力无协商”的冲突，社会救济机制的失灵，反映出我国制度扭曲。社会救济缺失的深层

²⁴ 《中华人民共和国劳动法》第八十四条第一款：“因签订集体合同发生争议，当事人协商解决不成的，当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。”

²⁵ 仅从诉讼理论来观察，我国调解在当前解决争议中也在发挥积极的作用。协商、调解、仲裁、诉讼四个环节是我国劳动争议处理的基本程序，作为一种先调后裁、先调后判的手段，调解只是一种依附于仲裁、诉讼这种公力救济的手段，调解缺乏应有的独立性。

²⁶ 《中华人民共和国工会法》第二十七条：“企业、事业单位发生停工、怠工事件，工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商，反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求，企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作，尽快恢复生产、工作秩序。”

²⁷ 参见 2010 年与 2014 年人力资源和社会保障事业发展统计公报，<http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhshbzb/zwgk/szrs/tjgb/>，最后访问时间：2016 年 5 月 20 日。

²⁸ 范愉：《私力救济考》，载《江苏社会科学》2007 年第 6 期。

原因是社团争议的缺失,只有存在社团才可能在此基础上适用社会救济的方式解决争议。作为两个组织体之间的争议,工会与企业是我国劳动领域中最基本的组织体。表面看来,用人单位作为一个经济组织,工会系统代表劳动者作为社会组织,这并不发生问题。从国际比较的眼光来看,我国工会成员的数量也远高于其他国家。然而,“有协商无压力”与“有压力无协商”悖论说明这种“高入会”并没有带来相应的凝聚力,外来务工人员的归属感不可能因为社会组织数量上的发展而得到解决。高入会与高游离并存,两者成为“相伴”的关系。

四、劳动力市场发展中高稳定与高变动的相冲关系

以劳动力市场为压力,缔结劳动合同,在个别劳动关系的范围内,利益争议可以转化为权利争议。当维稳成为立法宗旨时,与劳动力市场逻辑不符合。其一,与合同变动性相对应,强调稳定性。其二,与合同的经济性相对应,强调了道德性。²⁹其三,与合同的互益性相对应,强调单保护。³⁰政治生态中要求的高稳定与市场经济必然带来的高变动形成了冲突。市场经济优胜劣汰的动态调整,在用人单位与劳动者相反的行为逻辑中,各以自己的方式对管制的维稳逻辑进行冲击。

其一,用人单位对市场作用的反映:民营企业发展群体争议增加,国进民退群体争议并不减少。民营企业与国有企业在趋利程度上虽然有差异,但都要反映市场经济变动要求,无论我们如何强调“维稳”的逻辑,不可能长期忽视经济调整的客观要求。在经济向好时,劳动力出现供不应求的情况,对于企业而言,也存在稳定劳动关系的需求,政府的维稳逻辑与企业动态调整的冲突趋于缓和;在经济恶化时,企业需要释放劳动者力,政府的维稳逻辑与企业的动态调整明显不符,两者的冲突趋于激烈。这种特点,反映在两类不同的企业上,私营企业对于“维稳”逻辑的冲击趋向短期、日常,国有企业对于“维稳”逻辑的冲击趋向长期、集中,这两种冲击都会通过群体争议的形式体现出来。国有企业在不同的历

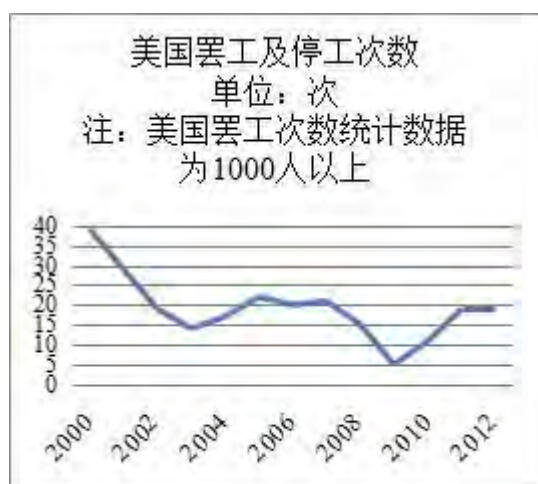
²⁹ “黑砖窑”事件本是犯罪事件,却被宣传成劳资对立,并成为《劳动合同法》得以通过的主要推动力量。参见:《山西黑砖窑案助劳动合同法全票通过》,中国日报网,

http://www.chinadaily.com.cn/hqzg/2007-12/28/content_6355473.htm, 最后访问时间:2016年4月23日。

³⁰ 劳动合同立法中发生了是“双保护”与“单保护”的争论,起草者的回答是:“多数意见认为,应当旗帜鲜明地保护劳动者的合法权益。”信春鹰:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社2007年版,第3-4页。

史时期发生的形式各异的去产能，其实都是经济逻辑对于政治逻辑的修正。由此可以解释为什么我国会发生“民营企业发展群体争议增加，国进民退群体争议并不减少”的情形。

其二，劳动者对市场作用的反映：经济水平提高群体争议增加，经济水平下降群体争议并不减少。只有按《中共中央国务院关于构建和谐劳动关系的意见》进一步区分“集体停工和群体性事件”的不同特点，才能理解这种现象。西方大多数研究者都发现了一个共同的现象，罢工的目的是分享利益，受经济周期影响，在一个规范性的罢工环境下，罢工在经济景气时期要比在经济萧条时期频繁。³¹对比中美两国的情形便会发现，这种特点反映在我国的群体争议中，则出现了不同于西方的特点（见图五、图六）。



图五³²



图六³³

在一个经济向好的环境下，与上述用人单位的行为逻辑正好相反，劳动者倾向摆脱稳定逻辑的束缚。2011年到2013年，我国经济较为繁荣时，劳动者一旦能够以共同理由团结起来，他们更倾向于摆脱法律控制，他们之所以要采用私力救济的方式，是为了获得在法律规定之外更高的利益。在摆脱体制内政府控制的同时，他们也倾向于同时摆脱各种以依法行政为基本特点的政府部门的干涉，这时往往仅发生“集体停工”，较少采用静坐、抗议游行等“群体性事件”的方式

³¹ [美]理查德·B.弗里曼、詹姆斯·L.梅多夫：《工会是做什么的？美国的经验》，陈耀波译，北京大学出版社2011年版，第196页。

³² 数据来源：美国劳动统计局（The Bureau of Labor Statistics）的官方统计，<http://www.bls.gov/news.release/wkstp.t01.htm>，最后访问日期：2016年4月25日。

³³ 数据来源：“中国劳工通讯”网，China Strikes, using Google Maps: <http://chinastrikes.crowdmap.com>，统计截止2015年底。

寻求政府帮助。这时呈现出与西方类似的特点，劳动者更倾向于利用市场的力量而非政府的力量，自发罢工（集体停工）一直呈现出一种高发的态势。在经济恶化的环境下，如果共同理由能够将千人团结起来，罢工仍然高发（见图六）。否则，劳动者倾向接受政府提出的稳定劳动关系理念。依靠市场力量发动的自发罢工开始有了大幅下降（见图七）。与此同时，更多的采用静坐、示威等“群体性事件”形式，向政府施加压力，制止企业做出收缩劳动关系的调整。不仅群体矛盾中静坐、抗议游行等较为温和的方式有大幅度提升；堵铁路、堵国道、堵桥梁、跳楼秀，是比较激烈的方式也有所发展。劳动者希望向政府施压，强调政府倡导的稳定劳动关系逻辑，来实现自己的诉求。



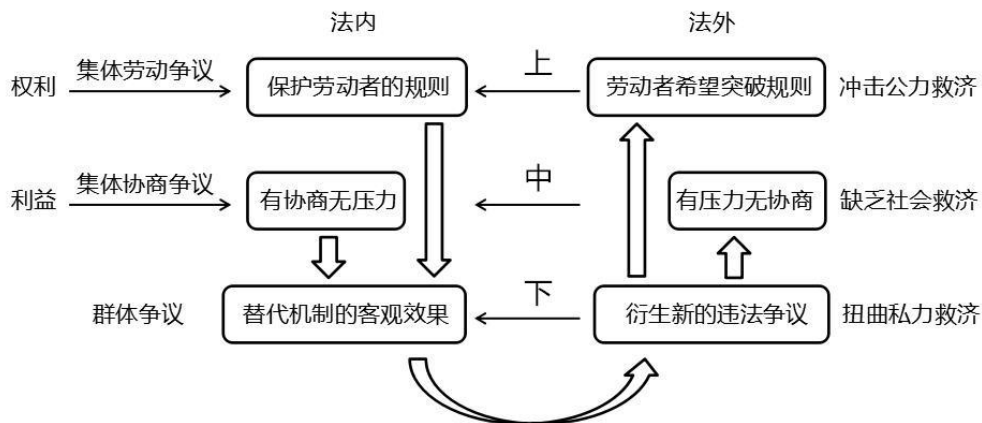
图七³⁴

当劳动者、用人单位有相反的利益诉求时，私力救济本应围绕合同展开，然而，其正常功能被信访等一些非正常的私力救济替代，导致扭曲。私力救济存在的悖论是：替代机制解决争议的客观效果与其衍生违法争议之间的悖论。当我国劳动争议的处理机制存在一定问题时，客观上需要一种替代机制，国家信访制度以及其他各种机构应运而生。这种替代机制虽然在维护劳动者利益的争议解决中发挥了一定作用，但由于本身具有“非规范性”的特征，也容易在解决争议的过程中衍生出新的矛盾，助长群体争议往非法的方向发展，从而破坏正常的私力救济机制。当用人单位、劳动者在稳定与变动上有着相反的诉求，市场经济带来的高变动使用用人单位与劳动者往往从相反的方向突破高稳定的逻辑，使我国的群体争议被放大。高稳定与高变动成为“相冲”的关系。

³⁴ 数据来源：“中国劳工通讯”网，China Strikes, using Google Maps: <http://chinastrikes.crowdmap.com>，统计截止 2015 年底。

五、高标准、高入会、高稳定背后的高管制

依劳动法原理，劳动关系本是用人单位与劳动者之间以合同形式确立的经济关系，作为一种经济关系，是一种劳动与报酬交换的平衡关系，双方当事人受合意制约。从保护劳动者的弱势地位出发，各国劳动法引入了公法化、社会化的两种机制。1995 年实施的《劳动法》形成了宏观以劳动基准法、中观以集体合同、微观以劳动合同这样三个层次的调整模式。如果我们以《劳动法》确立的三个层次的调整模式来观察 10 年前的那次强化管制立法活动，群体争议中面临的难题正是对原调整模式修正带来的。当劳动标准借助公权力的推动越出宏观的底线控制时，产生了“高标准与高涌出”的相生现象；随着这一管制进入中观层次，又产生了“高入会与高游离”的相伴现象；随着这一管制进入微观层次，则产生了“高稳定与高变动”的相冲现象。三者合成了控制与反控制的高管制逻辑。



图八

其一，高管制中的控制逻辑。从图八左列自上而下的排列中可以看到，我国以行政机关或准行政机关的方式设置了三重行政管制，也形成了三道行政防线。我国希望以公力救济的方式来涵盖整个劳动领域，形成完整的行政控制系统。正是这种制度逻辑决定了我国对这套制度以外的社会存在进行高否定。对这套行政系统进行观察，可以发现存在着行政效力上的强弱。

上，行政管制的强效力。行政化是宏观层次的基本逻辑。随着我国采取高标准的立法模式，劳动仲裁日益演变为一种准监察的形式，成为我国设置的第一道行政防线。我国的劳动仲裁、劳动监察一开始设立便是以解决权利争议为己任的，两者也存在着一定的分工。当我国为保护劳动者而设置大量强制性的法律规则，

并以这种规范挤压任意性规范的空间时，《劳动合同法》完全成为一部强行法。劳动仲裁不仅与劳动监察的功能完全重合，而且开始日益取代劳动监察的功能，成为一道行政防线。

中，行政管制的中效力。社会化是中观层次的原有逻辑，行政化进入中观层次，改变了社会组织对内自律、对外代表的特性。工会组织以一种准政府的形式成为我国设置的第二道行政防线。工会组织的高垄断以及工会经费 2% 的强制交纳，铸就了各级总工会二政府的行为方式。其一，工会努力扩大会员数，这是保证经费的稳定增长的前提，与其他国家相比，我国的会员数是以超高速度增长的。其二，保证缴费的强制性，通过税务部门来强制征缴，成为很多地方的选择。其三，我国现有的集体协商制度在动力上主要依赖行政压力。其四，工会的运作方式也完全是政府式的，以自上而下的发文以及层层布置为基本特点。

下，行政管制的弱效力。经济化是微观层次的原有逻辑，行政化进入微观层次，以稳定为目标对变动的逻辑进行改造。信访、监察以一种不规范方式成为我国设置的第三道行政防线。群体劳动争议在我国最原始的形态是信访，这一制度设计的初衷，是在当时法律运行系统之外，给群众提供了一种权益诉求和救济的制度性渠道，这种制度逐渐成为民众解决集体劳动争议的重要选择。也使本应围绕合同展开的私力救济，加入了政府因素。随着信访制度的淡出，劳动监察开始变形，承担类似的功能。

我们如果自上而下对三道防线进行观察，从权利争议涌出至群体争议，一部分是由于执法不严而引发，另一部分是主动摆脱公力救济形式，既不合法也不合理；从利益争议溢出至群体争议，虽然也是不合法的，但这部分争议往往是合理的，由于其未被社会救济形式过滤而注入私力救济形式。当合法却得不到执行，不合法也不合理的权利争议与不合法却合理的利益争议混同在在一起时，群体争议中私力救济呈现出一种复杂情形。正是这种复杂的情态使有关部门在面对群体争议时，很难以明确的方式给予否定，信访等一些不规范的替代解决机制得以发展。

其二，高管制中的反控制逻辑。从图八右列自下而上的排列中可以看到，在这三个环节中我们看到群体争议以突破这三道行政防线的反控制方式来呈现，自下而上的社会冲突的逐年走高反映出的私力救济开始演变成为一种非法形式，从

而得到发展。诉求的合理性与形式的非法性，使这类争议在生活中被有关部门实际接受，形成高容忍的社会现实。这种反控制的逻辑，本身需要一种道义上的理由，群体争议选择三道防线的薄弱环节进行突破。

下。信访的弱效力，现实生活中不规范的争议解决替代机制会衍生非法的争议形式。信访在各种公权力中是最不规范的一种形式，当劳动监察丧失其基本定位时，也是以一种极不规范的形式存在的。当公权力以一种无规则的方式存在，给了群体争议施压的理由。劳动者通过信访渠道寻求权利诉求与利益主张受阻时，抗议、堵路、堵厂等各种形式使劳动争议在法制体外出现。这种救济手段所具有的暴力化、缺乏公信力、不稳定、容易过度发展等一系列问题也因此日益膨胀，将群体争议推向法律体制之外。

中。工会的弱保护，利益争议机制的缺失，使各种形式压力组织取得了发展空间。我国《劳动法》虽然明确规定“劳动者申请仲裁或者提起诉讼的，工会应当依法给予支持和帮助。”但由于我国基层工会对用人单位存在很强的依附性，无法落实这一职能，这道行政防线常因为无法满足群众的合理要求而受到指责，群体争议也因此游离组织规范。当“有压力而无协商”的形式出现时，社会公益组织可以通过公民代理的形式弥补工会的缺位并将其转化为一种脱离《工会法》的压力形式。劳动者自发形成的互异性组织也因此“趁虚而入”，劳动者事实上以一种不被法律认可的形式组织起来。这种组织本身由于没有规则约束，与体制外的暴力化倾向高度契合，可以有效的推动压力机制的发展。

上。执法机关的弱执法，给了群体争议以道德上的理由。高标准带来的宽执法，为这类争议的发展提供了充足的理由，也使社会对这类争议充满同情。我国群体争议中发展最快的是欠薪争议，一些复合性的争议也往往强调欠薪的特点。劳动者在用人单位的指挥管理下提供劳动，获得相应的劳动报酬本是最基础的合同权利；加之劳动报酬关涉劳动者的生存利益，属于劳动基准的强制规定。用人单位拖欠工资的行为同时触犯了劳动合同与劳动基准法的底线。农民工作为底层劳动者，如果其无法获取劳动报酬，我们很难想象他们可以享受劳动法上的其他权利。权利争议处理机制尽管相对完整，这道行政防线常因为执法不公而受到指责，群体争议也以此为理由而涌出国家设置的这道防线。

我们如果自下而上对三重突破进行观察，这些行为本身具有引起政府重视或

通过媒体引起社会同情的动机，从而实现法外施恩。近年来，我国学者常将劳动领域的群体争议概括为一种自力救济，这种概括并不恰当。“自力救济是相对于‘他力’而言的，以有无第三方介入为标准”。³⁵以自下而上的方式推动政府解决矛盾，是劳动者选择群体劳动争议形式的重要原因，这种争议最终往往以公权力介入的方式解决争议。

其三，高管制中的控制与反控制。作为一种政治立法，政府与政治是两个紧密相联的概念。政府是为政治存在的，而政府行为就是政治，政府活动领域就是政治领域。³⁶我国自上而下、自下而上两种看似对立的形式，其实有着高管制的内在统一逻辑，高否定与高容忍背后可以说是作用与反作用的博弈。高标准、高入会，高稳定是这种政治逻辑的正常表现；高涌出、高游离，高变动是以反常形式表现出来的社会、经济逻辑。合法的控制与违法的反控制，是高管制逻辑中一个硬币的两个方面。

自上而下是管理者对被管理者发生的一种作用方式。我国的劳动立法可以说存在一种原子化的立法模式，必然排斥各种形式的团体劳动关系。这种政治控制逻辑正好体现在三个方面：一是标准化，管制的主要方式是法律或政策，以一竿插到底的方式进行控制，法律上的高标准体现了这种要求。二是原子化，管制的组织形式是一对广，我国的工会的高入会体现了这种要求。三是稳定化，管制的基本目标是社会稳定，³⁷必然将“维稳”与“维权”理解为替代关系。一元化的工会形成了上强下弱的格局，即工会有庞大的组织系统，在中央层面有很高的运行效力，但基层工会却很脆弱，常常流于形式。这种格局正好与用人单位的下强上弱形成反差，即用人单位在基层显示了资本的强大控制力，但在中央缺乏有效的代表。这种上强下弱的格局使基层工会的团体意志常常不是来源于员工个体意志的整合，而是上级工会的布置。这种组织结构与行政结构也基本相似。

自下而上是被管理者对管理者必然发生的一种反作用。反控制形式上是与控制逻辑相反的，充分吸纳原有层次的本质特点，也体现在三个方面：一是非标准化，自发罢工、抗议、堵路、堵厂等等，由于没有具体规范限制，可以灵活地发

³⁵ 范愉：《自力救济考》，载《江苏社会科学》2007年第6期。

³⁶ 康晓光：《权力的转移》，浙江人民出版社1999年版，第29页。

³⁷ 作为直接参加《劳动合同法》起草的人员，时任全国人大法工委行政法室副主任张世诚在法律公布不久，曾作出这样的解释：“劳动关系是社会关系中最基本的一个，劳动关系稳定了，才能谈到社会关系的和谐问题”。参见张士诚：《〈劳动合同法〉是在“解雇”企业吗？》，载《中外管理》2008年第1期。

展出各种形式，是对高标准越过宏观层次底线的一种反动。二是非原子化，当前的群体性事件已由自发松散型向组织型方向发展，一些规模较大的群体性事件往往事先经过周密策划，目的明确、行动统一，是对高入会忽视中观层次本应有的组织性的反映。三是非稳定化，维稳往往成为群体争议威胁的对象，是对高稳定忽视微观层次变动性的反弹。正是这些特点使法律对其高否定。

两种形式也有完全相同的一面，无论制度设计者是否意识到，在管制逻辑中，既要强调管理，也必然会产生管理失灵时的制约，这种“自上而下”与“自下而上”遵循的都是国家与个人的相同逻辑，只是作用的方向正好相反。当经济要素、社会要素都被融于某种政治形式时，也必然产生特定话语系统。我国的管制者以一种意识形态的理论作为道义基础，例如，我国立法起草说明中，以笼统的“维护工人阶级主体地位、巩固党的执政基础”来说明限制企业用工形式的必要性。³⁸无论被管理者是否完全同意，至少在公开场合强调完全相同的话语系统，维此才可能得到管理者的认同。这也是现实生活中群体争议得到高容忍的原因。

六、多元救济模式与社会整合

历史经验已告诉我们，集体性或群体性争议的处理应避免个人与国家直接相撞，国家和个人的行为都应在一个社会系统内进行整合，多元救济模式才是我国未来的方向。只有理顺体制才可能对高否定、高容忍的模式进行双向改革。

其一，用脚投票与私力救济、公力救济。在市场机制面前，不仅劳动者是以原子化方式存在的，其实用人单位也是以原子化的方式存在的，两者的连接形式是合同，表现为个别争议。这种个别争议可以是利益争议也可以是权利争议，并可以在一定条件下纳入私力救济、公力救济的范围来解决纠纷。

利益争议是一种缔约的争议，劳动关系作为一种经济关系，主要由私法规范来调整，围绕着用脚投票的合同机制双方可以私力救济的方式解决争议，用脚投票是市场经济发展中的典型形态，也是个别利益争议的主要表现形式。在市场经济环境下，劳动者能进能出，工资能上能下，用脚投票的合同机制本身可以使劳动关系双方当事人的行为趋于合理。市场竞争日益表现为人才竞争，企业承担社

³⁸ 参见《关于〈中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）〉的说明》，载中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm，最后访问时间：2015年8月3日。

会责任成为一种自利的行为,企业基于市场压力也可能在经济人格外发展出社会人格。随着“社会人”属性的认识,企业人格更趋合理,不仅有经济、法律的人格,而且应当有道德的人格。“在我们的社会里,我们期待个人发挥道德的一般水准,己立而立人,将‘利他’的精神发挥至极致。同样地,我们也应基于相同的道德标准,期待公司恪守其社会责任。”³⁹随着我国的对外开放,也开始了这种从“经济人”到“社会人”的观念转变。企业的目标应是二元的,除实现企业利润最大化外,还应尽可能地维护和增进社会利益。这些都能保障“用脚投票”以及私力救济机制的有效性。

权利争议是一种履约的争议,对于个别权利争议除适用用脚投票机制外,也可以诉诸仲裁、司法,以公力救济的方式来解决。在个别权利争议中,劳动者一方主体是劳动者个人,即便人数众多且“有共同理由”,也应当作为个别劳动争议。“在私法领域,国家不能也不必要对救济权进行垄断,因为私法领域中大多数纠纷涉及的是当事人之间的权利,权利的侵害和补救具有相对性和直接性,它们与国家和社会的公共利益没有直接的牵连,这里救济权体现为一种‘权利’而非‘权力’。”⁴⁰按照权利价值的两种类型,⁴¹劳动领域的私力救济也应当受到两方面的制约,一是内部限制,主要是合同,这是一种权利对另一种权利的限制;另一种是外部限制,主要是劳动基准法,这是国家从外部输入的一套标准。《劳动法》中劳动仲裁与劳动监察的原有分工很好的体现了这种功能分配。劳动仲裁是与权利相联系的公力救济,劳动监察是与权力相联系的公力救济,只有违反劳动基准法,国家才能动用这种监察的公权力。

我国高管制的逻辑使私力救济脱离合同制约,也就脱离了市场制约,这是行不通的。我国应当从纠正私力救济的无序入手。作为一种权利争议,“公力救济客观上成为私力救济的背景,法院裁判是纠纷通过法律解决的标准答案,对诉讼结果的预测为私力救济目标提供了参考和方向。对私力救济的恰当把握要求从整个法律的背景出发。”⁴²超出权利范围的利益要求,只能以用脚投票的方式来进行,国家的法外施恩,只会搞乱社会秩序。从“公力救济客观上成为私力救济的

³⁹ 刘连煜:《公司与社会责任》,中国政法大学出版社2001年版,第65-66页。

⁴⁰ 翟羽艳:《救济权的界分:私力救济与公力救济——从权利与权力的视角》,载《行政与法》2011年第4期。

⁴¹ 参见程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,第210页。

⁴² 徐昕:《论私力救济与公力救济的交错——一个法理的阐释》载《法制与社会发展》2004年第4期。

背景”这样的视角出发，个人争议主要关注权利争议。在权利的范围内，我国应当改善执法，在此基础上，纠正对于违法现象“高容忍”的问题。

其二，用手投票与社会救济、公力救济。劳动关系一定条件也可以进入社会领域来进行处理。劳动者组织为工会以用手投票的方式来确定和改变自己的劳动报酬和劳动条件，我国《劳动法》对签订集体合同的利益争议，设置社会救济的手段；对履行集体合同权利争议设置了公力救济的手段。目前这两类救济手段都未发挥应有的作用。

就社会救济而言，社团劳动争议的发展是社会救济形式被广泛采用的前提。在私法的社会化过程中，劳动关系被纳入社会团体的视野。从团结权的角度理解团体劳动争议，理论上应当界定一般结社权与劳工结社权的区别。有学者认为，可以从团结权之目的、团结权之存在价值、团结权之行使、团结权之效力这四个方面来认识其与自由结社权区别。⁴³劳工结社权“将‘社会自治’制度与劳资双方团体相互结合，并赋予其以宪法上之基础。”“具有积极落实宪法明文所特别托付的劳动生活社会自治的任务。”⁴⁴

在劳工结社权基础上，通过罢工等一些集体行动，来行使其争议权。由于我国现有工会体制存在一定的局限性，没有“对内自律、对外代表”为特点的组织形式，无法以团体的方式形成社会压力，也就难以化解利益争议。在社会领域，劳动者只有组织成社会团体，劳动关系也才可能承受来自社会的压力，随着工会社团化改造，集体协商争议应当发展出社团劳动争议。全国人民代表大会常委会批准《经济、社会和文化权利国际公约》时，“有权罢工，但应该按照各个国家的法律行使此项权利”的规定，实际上是将经济罢工的合法化提上议事日程。我国应当履行国际承诺，通过立法让经济性罢工成为协调劳动关系的一种手段。西方法律对于罢工的规制集中体现为对主体正当性、目的正当性、程序正当性与手段正当性的要求，⁴⁵这四方面的限制被台湾学者称为罢工权行使的社会正当性要求，⁴⁶也为我国制定相应规范提供了参考。我国对以签订集体合同为目的的，有组织的罢工应当适度开放，以工会为代表可以在已经形成的权利基础上要求利益

⁴³ 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 48-49 页。

⁴⁴ 黄程贯：《劳动法》，台湾地区国立空中大学 1997 年版，第 6 页。

⁴⁵ 参见[日]菅野和夫：《劳働法》，弘文堂 2005 年版，第 550-556 页。

⁴⁶ 参见陈继盛：《劳资争议法制之基本认识》，载《劳工法论文集》，台北陈林法学文教基金会 1994 年出版，第 388 页。

再分配。

我国的工会改革势在必行，组织体的社会人格也如自然人一样具有法律人格与道德人格。从某种意义上说，工会欠缺的是法律人格，而企业欠缺的是道德人格。我们认为这恰恰是我国多元救济模式难以形成的瓶颈。这一瓶颈的形成并非一朝一夕，解决也不可能一蹴而就，我们既不能无视工会的存在，也不应当让工会承担不切合实际的重任。我国需要以工会谈判机制去处理的主要是加薪这类利益争议。对于劳动者要求用人单位在原有的工资基础上增加劳动报酬，协商不成时，劳动者集体发动罢工案件，我们搜集 122 例进入司法的案件，法院基本上作为违纪案件来进行审理的。工会改革主要应使其适应利益争议的要求，在此基础上，我国应当引入刑事责任豁免、民事责任豁免，改变对群体争议“高否定”的态度。

其三，用脚投票与用手投票的界分与互动。对高否定、高容忍的模式进行双向改革的难点在于找到用脚投票、用手投票这两种机制以及权利争议、利益争议这两类争议的区别与联系。

权利争议与利益争议的界分。就权利争议而言，私力救济、公力救济存在渗透和转化。作为私力救济手段，在用人单位长期拖欠工资或没有提供符合要求的劳动条件时，劳动者可以“用脚投票”的方式，集体行使履行抗辩权。双方当事人也可能将这种私力救济转化为公力救济。这时，不论私力救济者是否意识到，一个强大的国家都站在他背后，其行动随时可能受国家评价。这是传统市民法可以接受的一项制度安排。就利益争议而言，社会法有着不同于传统市民法的制度设计。与履行抗辩权不同，罢工发生的情形往往是用人单位处于合法、守约的状态上，但从罢工的结果上看，却是与用人单位违约相同，各国围绕着“用手投票”对罢工进行严格的规制。

权利争议与利益争议的界分上，我们要区别的是履行抗辩权与自发罢工的区别。履行抗辩权是由双务合同的关联性所决定的。在双务合同中，一方的权利与另一方的义务之间存在着相互依存、互为因果的关系。“雇主一直未为一定之给付，则此时劳方即得行使同时履行抗辩权而拒绝提供劳务、拒绝工作，若雇主未为给付之对象并非一位个别劳工，而是多数劳工或全体劳工，则此时劳方自得集

体共同行使同时履行抗辩权”。⁴⁷我国设立的劳动监察和劳动仲裁，提供了较为完备的制度资源。我国相当一部分被宣传为自发罢工的群体争议涉及的其实是集体行使的同时履行抗辩权，应当引入我国仲裁、司法系统加以化解，其中最为典型的是改善劳动条件与欠薪纠纷。

用脚投票与用手投票的互动。用脚投票机制与用手投票机制，公力、私力、社会三种救济形式，也并非机械划分，各种救济形式与救济原则，在一定条件下也存在着相互转化。我国的高管制必然带来高标准，这种外部输入的标准，也会以反射的方式影响权利争议。公力救济总体上不适应利益争议，以这样的观点来观察，当强制性规范过于广泛，使劳动基准突破了底线设计时，也会客观上抑制劳动者通过利益争议方式来获取利益。只有形成良性互动，整个社会才会和谐。

人力资源管理制度的效果集中体现在劳动者“用脚投票”的机制上；工会发动的谈判、罢工的效果则集中体现在“用手投票”的机制上。现实生活中，“用脚投票”与“用手投票”可以互动，也存在竞争与替代，在体现企业社会责任的人力资源管理较为发达的国家和地区，往往工会组建率较低。然而，企业存在着趋利本性，我们无法将利益的合理分配完全寄希望于企业的自觉行为，当企业趋利本性过于膨胀，不顾工人利益及社会责任时，劳动者保持着“用手投票”的权利。任何一种自治形式都不是万能的，只有各种手段协同，才可能形成合力。两种最主要的自治运动之间的配合，是劳动关系自治机制中的重要内容。就我国来说，体现企业社会责任的人力资源管理制度的不发达与缺乏劳动者“用手投票”这种纠偏机制有着密切的关系。劳动者应该进一步完善自身利益维权的动力机制，通过工会力量的增强并赋予其罢工的权利来与人力资源管理形成良性竞争。

和谐作为对良好法律秩序的价值追求，贯穿在我国劳动法制的建设历程中。在一个多元的社会中，和谐应当体现为政治、经济、社会的综合平衡。建立社会化的弹性机制，在争议预防与处理阶段均充分发挥劳资之间的社会调节作用，国家更多的是提供规则和居间调解，个人也更多地依赖社会化的互动机制化解争议。只有分清权利争议、利益争议，协调“用脚投票”与“用手投票”的相互关系，形成各种权利救济形式之间的平衡，才能使我国的劳动关系走向和谐。

⁴⁷ 黄程贯：《劳动法》，台湾地区国立空中大学 1997 年版，第 264 页。

本文已发表于《法学》2017 年第七期



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