

保华月刊

Baohua Monthly

2019年5月刊
May . 2019
第 29 期
N O . 29

- 案例调研：员工集体停工行为的司法认定
- 广东省人民代表大会常务委员会关于修改〈广东省工伤保险条例〉的决定
- 青岛市住房公积金缴存管理办法



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

10

新法规：《广东省人民代表大会常务委员会关于修改〈广东省工伤保险条例〉的决定》

New Regulation: Decision of the Standing Committee of the Guangdong Provincial People's Congress on Amending the Regulations on Industrial Injury Insurance in Guangdong Province

18

新法规：《青岛市住房公积金缴存管理办法》

New Regulation: Measures of Qingdao Municipality on the Administration of Housing Provident Fund Deposit

热点追踪

Hot Issues

28

案例调研：员工集体停工行为的司法认定

Case Study: Judicial Determination of Employees' Collective Suspension

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

34

雪中送炭抑或锦上添花——劳动关系和谐还是劳动关系对立

Icing on the cake or fuel in snowy weather—Harmony of Labor Relations or Opposition of Labor Relations

新闻总结

一、国家网信办：《数据安全管理办法（征求意见稿）》公开征求意见

来源：中国证券报

摘要：近日，国家互联网信息办公室会同相关部门研究起草了《数据安全管理办法（征求意见稿）》，现向社会公开征求意见。意见反馈截止时间为 2019 年 6 月 28 日。

Abstract: Recently, State Internet Information Office, in conjunction with relevant departments, has drafted *Measures for Data Security Management (Draft for Comments)*, which is now open to the public for comments. The deadline for feedback is up to June 28, 2019.

《办法》显示，网络运营者通过网站、应用程序等产品收集使用个人信息，应当分别制定并公开收集使用规则。收集使用规则可以包含在网站、应用程序等产品的隐私政策中，也可以其他形式提供给用户。如果收集使用规则包含在隐私政策中，应相对集中，明显提示，以方便阅读。另仅当用户知悉收集使用规则并明确同意后，网络运营者方可收集个人信息。

《办法》明确，网络运营者不得以改善服务质量、提升用户体验、定向推送信息、研发新产品等为由，以默认授权、功能捆绑等形式强迫、误导个人信息主体同意其收集个人信息。网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的，应向所在地网信部门备案。备案内容包括收集使用规则，收集使用的目的、规模、方式、范围、类型、期限等，不包括数据内容本身。

《办法》显示，网络运营者向他人提供个人信息前，应当评估可能带来的安全风险，并征得个人信息主体同意。发生个人信息泄露、毁损、丢失等数据安全事件，或者发生数据安全事件风险明显加大时，网络运营者应当立即采取补救措施，及时以电话、短信、邮件或信函等方式告知个人信息主体，并按要求向行业主管监管部门和网信部门报告。

二、人社部决定废止《社会保险登记管理暂行办法》

来源：中新网

摘要：人社部近日印发关于废止《社会保险登记管理暂行办法》的决定。

Abstract: MOLSS recently issued a decision on abolishing the *Interim Measures for the Administration of Social Insurance Registration*.

为了推进“多证合一、一照一码”登记制度改革，根据《国务院办公厅关于加快推进与政务服务“一网通办”不相适应的法规规章修订等工作的通知》要求，人力资源社会保障部决定，对《社会保险登记管理暂行办法》予以废止。决定自公布之日起生效。

三、中办国办印发《关于解决部分退役士兵社会保险问题的意见》

来源：新华社

摘要：近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于解决部分退役士兵社会保险问题的意见》，并发出通知，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。

Abstract: Recently, the General Office of the CPC Central Committee and the General Office of the State Council issued *Opinions on Solving the Social Insurance Problem of Some Retired Soldiers* and issued a circular requiring all regions and departments to conscientiously implement it in light of actual conditions.

《关于解决部分退役士兵社会保险问题的意见》全文如下。

广大退役士兵曾经为国防和军队建设作出贡献，在党和政府的重视关怀下，总体上得到了妥善安置，受到社会的尊崇和优待。但是，一些退役士兵未能及时参加基本养老、基本医疗保险或参保后因企业经营困难、下岗失业等原因缴费中断，享受养老、医疗保障待遇面临困难。为保证退役士兵享有的保障待遇与服役贡献相匹配、与经济社会发展水平相适应，切实维护他们的切身利益，现提出如下意见。

一、总体要求

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，紧紧围绕统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，贯彻新发展理念，践行以人民为中心的发展思想，在既有制度框架内，抓住主要矛盾，坚持问题导向，深挖制度潜力，创新政策措施，依法合理解决广大退役士兵最关心最直接最现实的利益问题，完善基本养老、基本医疗保险参保和接续政策，使他们退休后能够享受相关待遇，共享经济社会发展成果，切实感受到党和政府的关怀与优待，体会到社会尊崇。

二、政策措施

以政府安排工作方式退出现役的退役士兵，适用以下政策。

（一）允许参保和补缴

未参加社会保险的允许参保。退役士兵入伍时未参加城镇职工基本养老、基本医疗保险的，入伍时间视为首次参保时间；2012年7月1日《中华人民共和国军人保险法》实施前退役的，军龄视同为基本养老保险、基本医疗保险缴费年限；在《中华人民共和国军人保险法》实施后退役、国家给予军人退役基本养老保险补助的，军龄与参加基本养老保险、基本医疗保险的缴费年限合并计算。

参保后缴费中断的允许补缴。退役士兵参加基本养老保险出现欠缴、断缴的，允许按不超过本人军龄的年限补缴，补缴免收滞纳金。达到法定退休年龄、基本养老保险累计缴费年限（含军龄）未达到国家规定最低缴费年限的，允许延长缴费至最低缴费年限；2011年7月1日《中华人民共和国社会保险法》实施前首次参保、延长缴费5年后仍不足最低缴费年限的，允许一次性缴费至最低缴费年限。达到法定退休年龄、城镇职工基本医疗保险累计缴费年限（含军龄）未达到国家规定年限的，可以缴费至国家规定年限。

退役士兵参加工伤保险、失业保险、生育保险存在的问题，各地按规定予以解决。

（二）补缴责任和要求

退役士兵参加社会保险缴纳费用，原则上单位缴费部分由所在单位负担，个人缴费部分由个人负担。

原单位已不存在或缴纳确有困难的，由原单位上级主管部门负责补缴；上级主管部门不存在或无力缴纳的，由安置地退役军人事务主管部门申请财政资金解决。政府补缴年限不超过本人军龄。上述单位缴费财政补助部分由中央、省、市、县四级承担，安置地省级政府承担主体责任，中央财政对地方给予适当补助。

对于个人缴费部分，个人属于最低生活保障对象、特困人员的，地方政府对其个人缴费予以适当补助。

（三）缴费工资基数和费率

城镇职工基本养老保险。缴费工资基数由安置地按照补缴时上年度职工平均工资的60%予以确定，单位和个人缴费费率按补缴时安置地规定执行，相应记录

个人权益。

城镇职工基本医疗保险。缴费工资基数由参保地按照补缴时上年度职工平均工资的 60%予以确定，单位和个人缴费费率按参保地规定执行。

（四）参保和补缴手续

建立“一门受理、协同办理”的经办机制。需要参加社会保险或补缴社会保险费的退役士兵持本人有效身份证件和相关退役证明，到安置地退役军人事务主管部门登记军龄、提出申请。安置地退役军人事务主管部门将相关认定信息及证明材料分别提供给安置地（或参保地）社会保险、医疗保险及相关征收机构办理参保和补缴手续。

三、加强组织领导

（一）健全工作机制。地方各级政府各有关部门要强化政治责任和使命担当，建立党委和政府统一领导，退役军人事务部门统筹协调，财政、人力资源社会保障、医疗保障、税务、审计等相关部门各司其职、密切配合的工作机制。国家层面建立由退役军人事务部牵头、有关部门参加的部际联席会议制度。

（二）加强督导落实。各地要对照本意见要求，对符合条件的退役士兵登记造册，制定方案，核算资金，确保政策落实到位。其中，涉及基本养老保险的补缴工作，要结合实际加快工作进度，争取尽快完成工作任务。各地要实行工作进展情况通报制度，对因工作不到位、责任不落实未能完成任务的，要倒查责任、严肃追责。

（三）强化帮扶援助。对于达到法定退休年龄，按照本意见缴费后仍未达到最低缴费年限的，各地要采取多种有效措施予以帮助。要积极通过教育培训、推荐就业、扶持创业等方式，帮助退役士兵就业创业。对于年龄偏大、扶持后仍就业困难的退役士兵，符合条件的，优先通过政府购买的公共服务岗位帮扶就业。有就业能力的退役士兵应主动就业创业，用工单位和退役士兵应依法缴纳社会保险费。

本意见适用于施行前出现的未参保和断缴问题。各省区市各有关部门要根据本地区本系统实际制定具体落实措施，实施过程中的重大问题、重要情况要及时向党中央、国务院报告。

四、医保局、财政部：大病保险报销提至 60% 高血压、糖尿病等门诊用药纳入医保

来源：新华社

摘要：日前，国家医保局、财政部印发《关于做好 2019 年城乡居民基本医疗保障工作的通知》（简称通知），提出大病保险政策范围内报销比例由 50%提高至 60%。

Abstract: Recently, National Healthcare Security Administration and MOF jointly issued the *Notice on Completing a Good Job in Basic Medical Security for Urban and Rural Residents in 2019* (hereinafter referred to as the Notice), proposing that the reimbursement rate will be increased from 50% to 60% within the scope of the serious illness insurance policy

通知明确，2019 年城乡居民医保人均筹资标准整体提高 60 元。其中，财政补助标准新增 30 元，新增财政补助一半用于提高大病保险保障能力；个人缴费同步新增 30 元。

通知要求，新增筹资一方面要巩固提高政策范围内住院费用报销比例，建立健全居民医保门诊费用统筹及支付机制，把高血压、糖尿病等门诊用药纳入医保报销。

另一方面，要降低并统一大病保险起付线，原则上按上一年度居民人均可支配收入的 50%确定；政策范围内报销比例由 50%提高至 60%；对贫困人口加大支付倾斜力度，在起付线降低 50%、支付比例提高 5 个百分点的基础上全面取消封顶线。

通知还要求，各地同步建立统一的城乡居民大病保险制度，统一规范大病保险筹资及待遇保障政策；落实筹资待遇调整政策，于 2019 年底前按最新筹资标准完成拨付；优化大病保险经办管理服务。

五、浙江衢州将退休返聘人员纳入工伤保险管理

来源：浙江工人日报

摘要：从 5 月 1 日起，衢州市范围内各类用人单位聘用男性 65 周岁及以下、女性 60 周岁及以下退休返聘人员期间，用人单位可为其单独参加工伤保险、缴纳工伤保险费。这标志着衢州市成为全国将退休返聘人员纳入工伤保险管理的地市，为解决企业返聘退休人员用工风险这一劳动保障领域的老大难问题给出了“衢州方案”。

Abstract: Starting from May 1, all kinds of employers in Quzhou City may take part in work-related injury insurance and pay work-related injury insurance premiums for their employees when they employ men aged 65 and below and women aged 60 and below. This indicates that Quzhou City has become a city in the country that has incorporated retired employees into the management of work-related injury insurance. This move provides a "Quzhou Plan" to solve the long-standing problem in the labor and social security field of the employment risk of retired employees.

近日，衢州市人力社保局、财政局、税务局共同下发的《关于印发〈衢州市退休返聘人员参加工伤保险试行办法〉的通知》看到，该《办法》适用该市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(以下简称用人单位)，聘用的男性 65 周岁及以下、女性 60 周岁及以下已享受机关事业单位或城镇职工基本养老保险待遇的退休人员(以下简称退休返聘人员)。

缴费标准为用人单位以本单位退休返聘人员的劳动报酬总额为基数，按本单位的工伤保险费率，按月缴纳工伤保险费。对难以确定月劳动报酬的，可按全省上年度职工月平均工资确定。退休返聘人员个人不缴纳工伤保险费。

用人单位在给退休返聘人员办理参保手续时，应提供劳务合同。劳务合同解除、终止的，用人单位须及时向社会保险经办机构办理工伤保险关系终止手续。

退休返聘人员在按规定参加工伤保险期间，因工作遭受事故伤害或者患职业病的，其工伤范围、工伤认定、劳动能力鉴定、待遇标准等按照《工伤保险条例》、《浙江省工伤保险条例》、人力资源社会保障部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见(二)》及国家和省相关配套规定执行。

据了解，《办法》出台后，连同 2018 年 10 月 1 日实施的《关于试行职业技工等学校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工作实施方案》，将对衢州市各类用人单位聘用的男性 65 周岁及以下、女性 60 周岁及以下的劳动者实现工伤保险全覆盖。该《方案》去年就把未享受机关

事业单位或城镇职工基本养老保险待遇的超龄就业人员纳入了工伤保险。

衢州市总工会职工法律维权中心副主任胡英认为：“这一创新举措，降低了企业用工风险，缓解了招工难，支持了实体经济发展，会深受企业和劳动者欢迎。”

六、北京 7 月起最低工资标准上调至 2200 元

来源：北京青年报

摘要：近日，北京市人力社保局宣布，根据《北京市最低工资规定》要求，为保障职工基本生活，经北京市委、市政府批准，从 7 月 1 日起，北京市调整月最低工资标准和非全日制职工小时工资标准。

Abstract: Recently, the Beijing Municipal Bureau Human Resources and Social Security Bureau announced that, in accordance with the requirements of *Beijing Minimum Wage Regulations* and with the approval of the Beijing Municipal Party Committee and the municipal government, Beijing will adjust the monthly minimum wage and the hourly wage for part-time workers from July 1.

其中，月最低工资标准从 2120 元调整到 2200 元，增加 80 元；非全日制从业人员小时最低工资标准确定为 24 元/小时，非全日制从业人员法定节假日小时最低工资标准确定为 56 元/小时。

据了解，今年以来，重庆、上海、陕西等地已经上调了最低工资标准。31 个省市中，上海、北京、广东、天津、江苏、浙江 6 个省市月最低工资标准超过 2000 元。上海月最低工资标准为全国最高，达到 2480 元。

七、部分省份上调高温津贴

来源：中国新闻网

摘要：近期，包括上海、福建在内的省份上调了高温津贴标准。为了保障劳动者享受应有权益，多地还明确，用人单位未按规定发放的将面临罚款。

Abstract: Recently, Provinces including Shanghai and Fujian have raised the standard of high temperature allowance. In order to ensure that workers enjoy their rights and interests, many local governments have also made it clear that employers who fail to pay subsidies according to regulations will face fines.

伴随气温上升，各地高温津贴也陆续进入发放时间。

根据 2012 年修订的《防暑降温措施管理办法》，用人单位安排劳动者在 35℃ 以上高温天气从事室外露天作业以及不能采取有效措施将工作场所温度降低到 33℃ 以下的，应当向劳动者发放高温津贴。

从高温津贴发放时间来看，各地也因气候条件差异有所区别。如，北京、山西等北方地区的发放时间段为 6 到 8 月，海南省的发放时间长达 7 个月，为 4 到 10 月。

今年一些省份在原基础上上调了本地高温津贴标准。例如，本月 21 日，上海人社部门宣布，夏季高温津贴标准从 200 元/月调整为 300 元/月，执行时间为每年 6 月 1 日至 9 月 30 日，共四个月。

福建也明确，从今年 5 月 1 日起，对夏季高温津贴发放标准进行调整。调整后，福建省行政区域内的企业、个体经济组织以及民办非企业单位等组织，5 月份应当按实际高温天数向劳动者支付高温津贴；6-9 月份应当按月或按实际高温天数向劳动者支付高温津贴。这其中，按月计发的，每人每月 260 元；按天计发的，每人每天 12 元。

安徽则是在去年 8 月将高温津贴标准由每人每工作日不低于 10 元，调整为每人每工作日不低于 15 元。这是该省自 2011 年建立高温津贴制度以来，首次调整高温津贴标准。

为了防止高温津贴被克扣，各地也都出台了具体的保障政策，防止高温津贴成为“纸上清凉”。例如，根据《山东省高温天气劳动保护办法》，用人单位强迫劳动者在高温天气期间工作的，或者未按规定标准发放防暑降温费的，由县级以上人力资源社会保障部门责令改正；逾期未改正的，处以 2000 元以上 20000 元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

广东也明确，需发放高温津贴但用人单位没有发放的，将面临省政府《广东省高温天气劳动保护办法》所规定的处罚，即由县级以上人力资源社会保障主管部门责令限期改正，给予补发，逾期未改正的处 2000 元以上 10000 元以下罚款。

此外，不少省份相关规定中也明确提出，用人单位不得因高温津贴增加而降低劳动者工资，最低工资标准不包含高温津贴。绿豆汤等解暑饮料不能冲抵高温津贴。

包括湖北在内的多省份还强调，如果用人单位未按规定支付劳动者高温津贴，劳动者有权向人力资源社会保障部门举报或依法申请劳动争议仲裁。

八、深圳：百万年薪境外高端人才，45 万个税补贴 30 万

来源：中国新闻网

摘要：深圳市副市长王立新在近日举行的 2019 年未来论坛·深圳技术峰会致辞时表示，境外人才引进政策方面，在粤港澳大湾区工作的境外高端人才和紧缺人才将享受个人所得税减免优惠。

Abstract: Wang Lixin, vice mayor of Shenzhen City, said in his speech at the 2019 Future Forum · Shenzhen Technology Summit recently that in terms of overseas talent introduction policies, overseas high-end talents and talents in short supply working in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area will enjoy preferential personal income tax relief.

王立新透露，对在深圳工作的境外（含港澳台）高端和紧缺人才缴纳的工资薪金个人所得税超过应纳税所得额 15% 的部分，将由深圳市政府以财政补贴的形式返还。

举例来说，一位年薪 100 万的高端人才，原本将缴纳 45 万元个人所得税。而按深圳新政，45 万元中高于 100 万元的 15%（即 15 万元）的部分，即 30 万元，将全部由深圳市政府补贴给个人。

“你一下子多了 30 万，家里面的人很高兴，所以你的日子也会更好过。”王立新说道。

3 月 16 日，财政部、国家税务总局发布《关于粤港澳大湾区个人所得税优惠政策的通知》，为支持粤港澳大湾区建设，明确广东省、深圳市按内地与香港个人所得税税负差额，对在大湾区工作的境外（含港澳台）高端人才和紧缺人才给予补贴，该补贴免征个人所得税。通知规定，在大湾区工作的境外高端人才和紧缺人才的认定和补贴办法，按照广东省、深圳市的有关规定执行。

其实，此前相同政策已经在深圳前海先行先试多年。2012 年，国务院下发《关于支持深圳前海深港现代服务业合作区开发开放有关政策的批复》，规定“对在前海工作、符合前海规划产业发展需要的境外高端人才和紧缺人才，取得的暂

由深圳市人民政府按内地与境外个人所得税负差额给予的补贴，免征个人所得税”。

前海于 2013 年起实施境外高端人才和紧缺人才个人所得税财政补贴政策，对在区内工作的境外高端和紧缺人才缴纳的工资薪金个人所得税超过应纳税所得额 15% 的部分，由深圳市政府以财政补贴的形式返还。前海境外人才个税补贴政策是前海乃至深圳市吸引境外高端人才和紧缺人才的有力抓手。据统计，境外人才个税补贴政策实施以来，前海共认定境外高端人才和紧缺人才 453 人次，发放个税补贴合计超过 1.73 亿元，逐年稳步增长。主要集中在金融业、科技服务业、专业服务业和现代物流业等前海重点发展产业。其中，港籍人才 278 名，约占 50%。

法规名称：《广东省人民代表大会常务委员会关于修改〈广东省工伤保险条例〉的决定》（以下简称《决定》）

Name of Regulation: Decision of the Standing Committee of the Guangdong Provincial People's Congress on Amending the Regulations on Industrial Injury Insurance in Guangdong Province (hereinafter referred to as the Decision)

公布部门：广东省人民代表大会常务委员会

Publishing Department: The Standing Committee of the People's Congress of Guangdong Province

公布日期：2019年5月21日

Publication date: May 21, 2019

施行日期：2019年7月1日

Implementation date: July 1, 2019

内容概要：本次对《广东省工伤保险条例》（以下简称《条例》）的修订主要围绕工伤保险基金省级统筹的问题展开，并就其存在的与国家规定不衔接及争议较大的几个问题一并进行修订，涉及《条例》23个条款。

Abstract: This revision of the Regulations on Industrial Injury Insurance in Guangdong Province (hereinafter referred to as the Regulations) focuses on the issue of the provincial coordination of industrial injury insurance funds, and several controversial and non-convergence issues with state regulations, involving 23 clauses of the Regulations.

亮点:

Highlights:

1、《决定》将广东省工伤保险基金由地级统筹修订为省级统筹。

The *Decision* upgrades the fund for industrial injury insurance in Guangdong Province from the city level to the provincial level.

省级统筹即由全省统一参保范围和参保对象、统一工伤保险费率、统一工伤保险待遇支付标准、统一工伤保险经办流程和信息系统，以及统一工伤保险基金的收取和支出等。

The overall planning at the provincial level means that the whole province will unify the scope and object of the insurance, unify the rate of work-related injury insurance, unify the payment standard of work-related injury insurance benefits, unify the handling process and information system of work-related injury insurance, and unify the collection and expenditure of work-related injury insurance funds.

这一统筹对于广东省内欠发达地市（指社平低于省社平的地市）的用人单位和劳动者来说，对工伤保险待遇的支付产生的影响是非常大的，将不同程度提高工伤保险待遇的支付金额：《条例》规定一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金是按照本人工资的一定倍数来计算的，而本人工资的上下限是用人单位所在的地级市上年度社平工资的 300%和 60%。现在地市级统筹调整为省级统筹，意味着本人工资的上下限从地级市上年度社平工资的 300%和 60%调整为全省上年度社平工资的 300%和 60%，计发基数得以增大。

For employers and workers in less-developed cities in Guangdong province (cities where the social security level is lower than that of the province), the overall plan will have a great impact on the payment of work-related injury insurance benefits, which will increase the payment amount of work-related injury insurance benefits to varying degrees: *The Regulations* stipulate that one-time disability benefits, one-time medical benefits for work-related injuries and one-time disability employment benefits are calculated according to a certain multiple of one's salary, and the upper and lower limits of one's salary are 300% and 60% of the social average salary of the prefecture-level city where the employer is located in the previous year. At present, the overall planning of prefecture-level cities has been adjusted to the overall planning of the provincial level,

which means that the upper and lower limits of my salary have been adjusted from 300% and 60% of the average social salary of the prefecture-level cities last year to 300% and 60% of the average social salary of the whole province last year, thus increasing the calculation base.

但《决定》同时又保障原工伤待遇标准较高的地市不会因为省级统筹而导致工伤保险待遇降低，规定“用人单位所在地地级以上市职工月平均工资高于全省职工月平均工资的，计算相关工伤保险待遇使用的全省职工月平均工资按照该地级以上市职工月平均工资执行。”详见《决定》第二十六条。

However, the Decision also guarantees that cities with higher standards of industrial injury benefits will not suffer from the reduction of industrial injury insurance benefits due to the overall planning at the provincial level. It is stipulated that "where the average monthly salary of the employees above the prefecture level in the place where the employer located is higher than the average monthly salary of the employees in the whole province, the average monthly salary of the employees in the whole province used for calculating the relevant industrial injury insurance benefits shall be implemented in accordance with the average monthly salary of the employees above the prefecture level." See Article 26 of the Decision for details.

2、《决定》将工伤认定的受理机构修订为用人单位参加工伤保险所在地市、县（区）社会保险行政部门。

The *Decision* will change the accepting institution for work-related injury identification to the social insurance administrative department of the city or county (district) where the employer participates in work-related injury insurance.

有观点认为这一修订有利于解决用人单位异地为劳动者办理社保情形下申请工伤认定的问题。但这一修订是否能明确代表《决定》允许用人单位不必须在用人单位所在地为劳动者办理社保，而可以异地参保尚不明确，异地参保与社会保险法明确要求用人单位在当地参保的规定不一致。详见《决定》第五条。

Some people think that this amendment is conducive to solving the problem of employers applying for work-related injury identification under the situation of handling social security for workers in different places. However, it is not clear whether this amendment can clearly represent the *Decision* to allow employers not to apply for social security for

workers in the employer's location, but to apply for insurance in different places. It is not clear whether the insurance in different places is consistent with the provisions of the social insurance law that explicitly require employers to apply for insurance in local places. See Article 5 of the *Decision* for details.

附：《中华人民共和国社会保险法》

Appendix: Social Insurance Law of the People's Republic of China

第五十七条 用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。社会保险经办机构应当自收到申请之日起十五日内予以审核，发给社会保险登记证件。

Article 57 An employer shall, within 30 days from the date of its establishment, apply to the local social insurance agency for social insurance registration by virtue of its business license, registration certificate or company seal. Social insurance agencies shall, within 15 days from the date of receiving the application, examine it and issue a social insurance registration certificate.

3、《决定》删除了一级至四级工伤职工要求解除或者终止劳动关系一次性待遇支付的规定。详见《决定》第十五条。

The *Decision* has deleted the one-time payment requirement for class I to class IV injured workers to terminate their labor relations. See Article 15 of the *Decision* for details.

4、《决定》明确七级至十级伤残职工依法享受养老保险待遇或者劳动者死亡导致劳动关系终止的，用人单位不需要支付一次性伤残就业补助金。详见《决定》第十六条。

The *Decision* clearly stipulates that employers do not need to pay a one-time disability employment subsidy for disabled employees of Grade 7 to Grade 10 who are entitled to pension benefits according to law or whose labor relations are terminated due to the death of the employee. See Article 16 of the *Decision* for details.

5、《决定》将职业病诊断的医疗卫生机构的范围从“省级卫生行政部门指定的医疗机构”扩大到“依法承担职业病诊断的医疗卫生机构”。详见《决定》第十条。

The *Decision* extends the scope of medical and health institutions for occupational disease diagnosis from "medical institutions designated by the provincial health administrative

department" to "medical and health institutions that undertake occupational disease diagnosis according to law". See Article 10 of the *Decision* for details.

6、《决定》规定修订案开始实施的过渡期，即 2019 年 7 月 1 日前，已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的；或者已完成工伤认定的，但工伤保险待遇发生在 2019 年 7 月 1 日之后的均按照《决定》的规定执行。

The *Decision* stipulates the transitional period for the implementation of the amendment, that is, before July 1, 2019, workers who have been injured by accidents or suffered from occupational diseases have not yet completed the identification of work-related injuries; or has completed the work-related injury identification, but the work-related injury insurance benefits occurred after July 1, 2019 shall be implemented in accordance with the provisions of the *Decision*.

新法规链接:

**广东省第十三届人民代表大会常务委员会
公 告
(第 37 号)**

《广东省人民代表大会常务委员会关于修改〈广东省工伤保险条例〉的决定》已由广东省第十三届人民代表大会常务委员会第十二次会议于 2019 年 5 月 21 日通过, 现予公布, 自 2019 年 7 月 1 日起施行。

广东省人民代表大会常务委员会
2019 年 5 月 21 日

广东省人民代表大会常务委员会关于修改《广东省工伤保险条例》的决定
(2019 年 5 月 21 日广东省第十三届人民代表大会常务委员会第十二次会议通过)

广东省第十三届人民代表大会常务委员会第十二次会议审议了广东省人民政府关于提请审议《广东省工伤保险条例修正案(草案)》的议案, 决定对《广东省工伤保险条例》作如下修改:

一、将第五条第二款中的“市、县(含县级市、区)”修改为“市、县(区)”。

二、将第七条第一款中的“由统筹地区的人民政府给予补贴”修改为“依照《中华人民共和国社会保险法》的有关规定处理”。

三、将第八条、第五十三条中的“社会保险费征收机构”修改为“税务部门”。

四、将第十条第五项中的“革命伤残军人证”修改为“残疾军人证”。

五、将第十二条第一款中的“统筹地区”修改为“参加工伤保险所在地市、县(区)”。
将第二款中的“可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请”修改为“可以直接向用人单位参加工伤保险所在地市、县(区)社会保险行政部门提出工伤认定申请; 未参加工伤保险的, 向用人单位生产经营所在地市、县(区)社会保险行政部门提出工伤认定申请”。

六、删去第十三条。

七、在第十六条第四款中的“工伤认定申请人”后增加“或者利害关系人”。

八、将第十七条第二款、第二十二条款第三款中的“统筹地区”修改为“地级以上市”。

九、将第二十一条第一款中的“复查鉴定”和“复查鉴定结论”修改为“复查结论”。

十、将第二十二条款改为第二十一条, 将第二款中的“省级卫生行政部门指定的医疗机构”修改为“依法承担职业病诊断的医疗卫生机构”。

增加一款, 作为第四款: “工伤职工在认定工伤前已由基本医疗保险基金按照规定支付的医疗费用, 在认定工伤后由工伤保险基金按照规定向基本医疗保险基金结

算。”

十一、将第二十五条改为第二十四条，第二款修改为：“职工住院治疗工伤、康复的伙食补助费，以及经批准转地级以上市以外门诊治疗、康复及住院治疗、康复的，其在城市间往返一次的交通费用及在转入地所需的市内交通、食宿费用，由工伤保险基金按照省人民政府规定的标准支付。”

十二、将第二十七条中的“统筹地区”修改为“全省”。
在第三款中的“职工平均工资增长”后增加“比例”。

十三、将第二十九条第二款中的“参加统筹地区”修改为“按照规定参加”。
将第四款中的“参照基本养老金的调整办法调整”修改为“按照省人民政府的规定进行调整”。

十四、将第三十条中的“统筹地区社会保险经办机构”修改为“社会保险经办机构”，“统筹地区上年度职工月平均工资”修改为“全省上年度职工月平均工资”。

十五、删去第三十一条。

十六、将第三十四条改为第三十二条，第二款修改为：“七级至十级伤残职工劳动、聘用合同终止或者依法与用人单位解除劳动关系的，除享受基本养老保险待遇或者死亡情形之外，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金，终结工伤保险关系。补助金标准如下：

“（一）一次性工伤医疗补助金：七级伤残为六个月的本人工资，八级伤残为四个月的本人工资，九级伤残为二个月的本人工资，十级伤残为一个月的本人工资。

“（二）一次性伤残就业补助金：七级伤残为二十五个月的本人工资，八级伤残为十五个月的本人工资，九级伤残为八个月的本人工资，十级伤残为四个月的本人工资。”

十七、将第三十五条、第六十六条第一项中的“统筹地区职工平均工资”修改为“全省上年度职工月平均工资”。

十八、将第三十七条改为第三十五条，将第一款第一项中的“统筹地区”修改为“全省”。

第四款修改为：“供养亲属抚恤金每年按照省人民政府的规定进行调整”。

十九、将第三十九条改为第三十七条，修改为：“定期领取伤残津贴的人员或者领取供养亲属抚恤金的供养亲属，应当每年通过领取待遇资格认证，方可继续领取。有关人员丧失领取待遇资格的，应当及时报告社会保险经办机构，因未及时报告导致多发相关待遇费用的，应当及时退还；存在骗取工伤保险待遇情形的，依照本条例第五十七条的规定处理。”

二十、将第四十五条改为第四十三条，第二款修改为：“社会保险经办机构每年根据用人单位工伤保险费使用、工伤发生率等情况，按照行业差别费率及行业内费

率档次确定单位缴费费率。”

二十一、将第四十七条改为第四十五条，修改为：“工伤保险基金按照国家和省的规定实行省级统筹。

“工伤保险基金按照国家和省的规定建立储备金，用于重大事故的工伤保险待遇支付和基金不敷使用时的调剂。”

二十二、将第四十九条改为第四十七条，将第二款中的“报同级社会保险行政部门和财政部门审核同意后”修改为“报同级社会保险行政部门和财政部门审核，按照社会保险基金预算编制相关程序报批后”。

第三款修改为：“在保证储备金足额留存和本条第一款第一项至第三项规定的费用足额支付的前提下，可以按照不超过上年度工伤保险基金实际收缴总额百分之三的比例，安排使用工伤预防费。工伤预防费用的安排使用计划由社会保险行政部门会同卫生健康、应急管理等部门制定，按照社会保险基金预算编制相关程序报批后列入下年度工伤保险基金支出预算，下年度据实列支。”

二十三、将第五十条改为第四十八条，第一款、第二款合并为一款，修改为：“县级以上人民政府社会保险行政部门、财政部门和审计机关按照各自职责依法对工伤保险基金的收支、管理等情况进行监督。”

二十四、将第五十六条改为第五十四条，修改为：“用人单位依照本条例规定应当参加工伤保险而未参加，或者未按时足额缴纳工伤保险费的，由税务部门会同相关部门责令限期改正，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，由税务部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款；对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处罚。”

二十五、将第六十四条改为第六十二条，修改为：“中央、省属和军队驻穗单位适用本条例，工伤保险工作按照国家和省的有关规定执行。”

增加一款，作为第二款：“公务员和参照公务员法管理的事业单位、社会团体的工作人员参加工伤保险，按照工伤保险有关法律法规及国家和省的有关规定执行。”

二十六、将第六十六条改为第六十四条，增加一款，作为第二款：“用人单位所在地地级以上市职工月平均工资高于全省职工月平均工资的，计算相关工伤保险待遇使用的全省职工月平均工资按照该地级以上市职工月平均工资执行。”

本决定自 2019 年 7 月 1 日起施行。

在本决定施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的，按照本决定的规定执行；本决定施行前已完成工伤认定的，本决定施行后发生的工伤保险待遇按照本决定的规定执行。

《广东省工伤保险条例》根据本决定作相应修改并对条款顺序作相应调整，重新公布。

法规名称：《青岛市住房公积金缴存管理办法》

Name of Regulation: Measures of Qingdao Municipality on the Administration of Housing Provident Fund Deposit

公布部门：青岛市住房公积金管理中心

Publishing Department: Qingdao Housing Provident Fund Management Center

文号：财政部 税务总局公告2019年第35号

Document No.: MOF AND SAT Announcement 2019 No. 35

公布日期：2019年4月28日

Publication date: April 28, 2019

施行日期：2019年6月1日

Implementation date: June 1, 2019

内容概要：近日，《青岛市住房公积金缴存管理办法》（以下简称《办法》）已经青岛市住房公积金管理委员会2019年第一次会议审议通过，将于2019年6月1日正式施行。新的缴存管理办法明确了应强制缴存的在职职工范围、同一单位职工的缴存比例应一致等问题。

Abstract: Recently, Measures of Qingdao Municipality on the Administration of Housing Provident Fund Deposit (hereinafter referred to as the Measures) have been reviewed and approved by the Qingdao Housing Provident Fund Management Committee at its first meeting in 2019 and will be formally implemented on June 1, 2019. The new deposit management measures clearly define the coverage of employees who should be forced to deposit and the same proportion of employees in the same unit.

亮点:

Highlights:

1、《办法》明确了应强制缴存的在职职工范围:青岛市行政区域内的国家机关、事业单位、企业、民办非企业单位、基金会、社会团体等组织应当为与其存在劳动关系,为其工作并由其支付工资的各类人员(不含港、澳、台及外籍人员)缴存住房公积金。

The "Measures" clearly define the coverage of employees who should be forced to deposit: state organs, institutions, enterprises, private non-enterprise units, foundations, social organizations and other organizations within the administrative area of Qingdao should be forced to deposit housing provident fund for all kinds of personnel (excluding Hong Kong, Macao, Taiwan and foreign personnel) who have labor relations with them, work for them and are paid by them.

持有外国人永久居留身份证、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行证的外籍、港、澳、台人员才可以按规定缴存住房公积金。

Holders of permanent resident identity cards for foreigners, permits for Hong Kong and Macao residents to travel to and from the mainland and Taiwan residents travel to and from the mainland, only foreign, Hong Kong, Macao and Taiwan personnel holding permits can deposit housing provident fund according to regulations.

详见《办法》第四条 第五条 第六条规定。

See Article 4, Article 5 and Article 6 of the *Measures* for details.

2、《办法》明确了一些特殊情况下住房公积金月缴存额标准:

The *Measures* specify the standard of monthly housing provident fund deposit amount under some special circumstances:

1)新参加工作和新调入的职工,在新单位首次缴存住房公积金月缴存额的确定标准,详见《办法》第十五条。

For newly-employed workers, please refer to Article 15 of the *Measures* for determining the monthly amount of housing accumulation fund paid by new employers for the first time.

2)职工与单位终止劳动关系,当月工作时间未足月住房公积金缴存额的确定标准,详见《办法》第十八条。

The employee and the unit terminate the labor relationship. If the working hours of the current month are not full-term, the standard for determining the amount of housing provident fund deposit is detailed in Article 18 of the *Measures*.

3、《办法》规定了同一单位职工的缴存比例应一致。详见《办法》第十六条。

The *Measures* stipulate that the proportion of employees in the same employer shall be the same. See Article 16 of the *Measures* for details.

4、《办法》调整了同城转移管理模式，增设了集中封存管理账户。详见《办法》第二十九条、第三十条。

The *Measures* adjusted the management mode of intra-city transfer and added centralized sealed management accounts. See Articles 29 and 30 of the *Measures* for details.

5、《办法》对于违规办理缴存业务的单位，明确了惩戒措施。详见《办法》第三十九条。

The *Measures* specify disciplinary measures for employers who violate regulations in handling deposit business. See Article 39 of the *Measures* for details.

新法规链接：

青岛市住房公积金管理中心

关于印发《青岛市住房公积金缴存管理办法》的通知

各有关单位、职工：

《青岛市住房公积金缴存管理办法》已经青岛市住房公积金管理委员会 2019 年第一次全体会议审议通过，现予以印发，请遵照执行。本办法自 2019 年 6 月 1 日起施行，有效期至 2024 年 5 月 31 日。本办法施行之前的有关规定与本办法不一致的，以本办法为准。

青岛市住房公积金管理中心

2019 年 4 月 28 日

青岛市住房公积金缴存管理办法

第一章 总则

第一条为规范本市住房公积金缴存管理，维护住房公积金所有者合法权益，根据国务院《住房公积金管理条例》等规定，结合本市实际，制定本办法。

第二条本办法适用于本市行政区域内单位和职工住房公积金的缴存管理。

第三条青岛市住房公积金管理中心（以下简称“市住房公积金管理中心”）负责全市住房公积金缴存管理工作，包括住房公积金缴存登记、账户设立、账户变更与注销、缴存、转移、集中封存等业务。

市住房公积金管理中心各区（市）管理处负责承办所辖区（市）住房公积金具体缴存业务。市住房公积金管理中心应当委托银行办理住房公积金结算等金融业务。

第四条本市行政区域内的国家机关、事业单位、企业、民办非企业单位、基金会、社会团体等组织（以下统称“单位”）应当为其在职职工缴存住房公积金。

在职职工是指与单位存在劳动关系，在单位中工作并由单位支付工资的各类人员。

第五条个体工商户、自由职业人员可以根据本市有关规定，由个人缴存住房公积金。

第六条与本市单位存在劳动关系，且持有外国人永久居留身份证、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行证的外籍、港、澳、台人员，所在单位和个人可以按规定缴存住房公积金。

第七条职工个人缴存的住房公积金和职工所在单位为职工缴存的住房公积金，均属职工个人所有。

第二章账户设立、变更与注销

第八条单位应当向市住房公积金管理中心办理住房公积金缴存登记，并为本单位职工办理住房公积金账户设立手续。每个职工只能有一个住房公积金账户。

第九条新设立的单位应当自设立之日起 30 日内向市住房公积金管理中心办理住房公积金缴存登记，并自登记之日起 20 日内，为本单位职工办理住房公积金账户设立手续。

单位合并、分立、撤销、解散或者破产的，应当自发生上述情况之日起 30 日内，由原单位或者清算组织向市住房公积金管理中心办理变更登记或者注销登记，并自办妥变更登记或者注销登记之日起 20 日内，为本单位职工办理住房公积金账户转移或者封存手续。”

第十条单位录用职工的，应当自录用之日起 30 日内向市住房公积金管理中心办理缴存登记，并办理职工住房公积金账户的设立或者转移手续。

单位与职工终止劳动关系的，单位应当自劳动关系终止之日起 30 日内向市住房公积金管理中心办理变更登记，并办理职工住房公积金账户转移或者封存手续。

第十一条职工与单位中断工资关系，职工个人账户应变更为暂停缴存状态。单位应为职工办理封存手续。

单位与职工恢复工资关系的，应为职工办理住房公积金启封手续，将封存的职工个人账户恢复为缴存状态，继续缴存住房公积金。

第十二条单位名称、法定代表人（或负责人）、单位经办人、地址等登记事项发生变更的，单位应当自发生变更之日起 30 日内，向市住房公积金管理中心办理变更登记。

第十三条职工姓名、身份证号码等登记事项发生变更的，单位或职工应当自发生变更之日起 30 日内，向市住房公积金管理中心办理变更登记。

第三章 缴存

第十四条住房公积金月缴存额由职工住房公积金月缴存额和单位为职工缴存的住房公积金月缴存额两部分组成。

职工住房公积金月缴存额为职工本人上一年度月平均工资乘以职工住房公积金缴存比例。

单位为职工缴存的住房公积金月缴存额为职工本人上一年度月平均工资乘以单位住房公积金缴存比例。

第十五条新参加工作的职工从参加工作的第二个月开始缴存住房公积金。月缴存额为职工本人当月全月应发工资分别乘以当年单位和职工住房公积金缴存比例之和。

单位新调入的职工从调入单位发放工资之日起缴存住房公积金。月缴存额为职工本人首月全月应发工资分别乘以当年单位和职工住房公积金缴存比例之和。

工资总额组成按照国家有关规定执行。

第十六条每年的 7 月 1 日至次年的 6 月 30 日为一个汇缴年度。住房公积金汇缴年度内职工住房公积金缴存基数每年应核定一次。其中，当年新参加工作和新调入职工在当年度缴存基数调整时，不再重新核定。

同一单位职工的缴存比例应一致。职工和单位住房公积金的缴存比例、缴存基数、月缴存额标准按照本市有关规定执行。

第十七条职工个人缴存的住房公积金，由所在单位每月从其工资中代扣代缴。单位应当于每月发放职工工资之日起 5 日内，将单位缴存的和为职工代缴的住房公积金汇缴到市住房公积金管理中心。

第十八条职工与单位终止劳动关系当月工作时间未足月的，如果终止劳动关系当月单位发放其工资的，单位应当按其当月实发工资金额计算住房公积金缴存额。

第十九条单位应当按时、足额缴存住房公积金，不得逾期缴存或者少缴。单位欠缴职工住房公积金的，应当按国家有关规定将欠缴的住房公积金，补缴至职工住房公积金账户。

第二十条单位合并、分立、撤销、解散或者破产的，应当为职工补缴欠缴的住房公积金。

单位发生合并、分立时，无力补缴住房公积金的，应当在办理有关手续前，明确住房公积金的补缴责任主体。

单位发生撤销、解散或者破产的，应当按照国家和本市有关规定，清偿欠缴职工的住房公积金。

第二十一条对缴存住房公积金确有困难的单位，经本单位职工代表大会或者工会讨论通过，可按照本市有关规定申请降低缴存比例或缓缴住房公积金；待单位经济效益好转后，再提高缴存比例、补缴住房公积金。

第二十二条职工个人住房公积金账户出现以下错误缴存情形的，市住房公积金管理中心经核实后应办理错账调整：

（一）因单位或个人原因导致缴存错误的，应由单位申请发起错缴调整，市住房公积金管理中心办理错账调整时应与职工核实。

（二）因其他原因导致缴存错误的，应由市住房公积金管理中心核实后办理错账调整。

第二十三条市住房公积金管理中心应当设立单位和职工缴存住房公积金明细账，为缴存住房公积金的职工发放缴存住房公积金的有效凭证。

第二十四条本市缴存住房公积金的职工因异地贷款等原因，可以申请市住房公积金管理中心出具个人住房公积金缴存证明。

第二十五条本市缴存住房公积金的单位，因拟上市、融资、审计等原因，可以申请市住房公积金管理中心出具单位住房公积金缴存证明。

第二十六条单位有权查询本单位住房公积金的缴存情况，职工有权查询本人住房公积金的缴存情况，市住房公积金管理中心应当提供便利服务。

第二十七条市住房公积金管理中心、单位及相关工作人员应当对职工的住房公积金账户信息保密。

第二十八条住房公积金自存入职工住房公积金账户之日起按照国家规定的利率计息。住房公积金存款的结息日为每年6月30日。

第四章 账户转移、集中封存

第二十九条账户转移是指由于单位调整或职工工作调动等原因，职工个人账户及其住房公积金由原单位账户转入新单位账户。账户转移包括：同城转移和异地转移。

同城转移：职工与单位终止劳动关系后，被本市新单位录用的，新单位应当自录用之日起30日内，将职工住房公积金账户转移到新单位，为职工缴存住房公积金。

异地转移：职工与本市单位终止劳动关系后，已与异地单位建立劳动关系并设立住房公积金账户的，可向异地住房公积金管理中心申请，通过全国住房公积金异地转移接续平台，将在本市缴存的住房公积金转移至异地住房公积金账户。

职工与本市单位建立劳动关系、设立住房公积金账户并稳定缴存6个月以上的，可向市住房公积金管理中心申请通过全国住房公积金异地转移接续平台，将在异地缴存的住房公积金转入至本市住房公积金账户。

第三十条集中封存是指职工与单位终止劳动关系且不符合转移、销户提取条件的，其个人账户封存并由市住房公积金管理中心集中管理的行为。市住房公积金管理中心设立集中封存管理户，对集中封存账户和住房公积金进行管理。

职工符合集中封存条件的，单位应在 30 日内为其办理个人账户转入集中封存户手续。

第三十一条市住房公积金管理中心在办理转入集中封存手续时，发现账户信息缺失的，应当要求单位核对补齐相关信息。

第三十二条集中封存户职工个人身份信息与市住房公积金管理中心记载不一致的，职工可以持有效证明材料办理账户信息变更手续。

第三十三条单位不为职工办理住房公积金账户集中封存、转移手续的，职工可以凭有效证明材料向市住房公积金管理中心申请办理。

第五章网上缴存

第三十四条市住房公积金管理中心应当积极推进网上办理业务，为缴存单位和职工提供简便、高效服务。

第三十五条网上办理业务审核标准应当与柜面业务审核标准一致，以保障职工住房公积金账户资金、信息安全。

第三十六条市住房公积金管理中心对网上业务办理予以监督管理，建立网上业务办理的准入机制、责任机制、监督机制和信用机制，确保网上业务的规范有序安全运行。

第六章监督

第三十七条市住房公积金管理中心缴存管理应当接受国家有关部门、单位和职工以及社会的监督。

第三十八条市住房公积金管理中心应当加强对单位住房公积金缴存情况的监督检查。对单位不依法办理住房公积金缴存登记，或者不为本单位职工办理住房公积金账户设立手

续，逾期不缴住房公积金或者少缴住房公积金等行为，市住房公积金管理中心应当依照《住房公积金管理条例》等规定予以处理。

第三十九条单位在办理住房公积金缴存业务时应当提供真实、合法、准确的证明材料及信息。单位提供虚假材料或信息的，市住房公积金管理中心依法将单位相关信息向社会公开并纳入信用系统；对协助造假的机构和人员，依法移送司法机关处理。

第七章附则

第四十条本办法由市住房公积金管理中心负责解释。

第四十一条本办法由市住房公积金管理中心负责组织实施，并可以依据本办法制定操作细则。

第四十二条本办法自 2019 年 6 月 1 日起施行，有效期至 2024 年 5 月 31 日。

案例调研：员工集体停工行为的司法认定

Case Study: Judicial Determination of Employees' Collective Suspension

保华律师事务所张宗法

Baohua Law firm Frank Zhang

引文：在我国现行劳动法、劳动关系领域中，“罢工”、“停工、怠工”，无论是在理论界，还是在实务界中，都是极具有争议性的话题。严格按照实体法法律规范而言，“罢工”并非我国现行法律中明确规定的权利。我国现行法律中，也并未直接使用“罢工”的用词，《工会法》第二十七条将其表述为“停工、怠工”。为与现行法保持一致，笔者将统一使用“停工”。由于停工事件涉及人数较多，波及范围较广，往往也极易引起社会各方面的关注，从而成为社会热点事件。在现代社会中，司法是解决社会矛盾的最终手段，社会问题的司法化解决，也是衡量一个国家法治水平的重要表现。面对社会生活中出现的员工停工事件，司法需要面对具体案例，并依法给出回应。因此，从实际案例出发，探求司法在停工事件中的裁判逻辑，对于正确理解和认识停工事件就显得极为重要。笔者特意从公开判决书中选取了停工案件的几个典型案例，并进行对比分析，希望对我们目前的停工案件能有进一步的认识。

Introduction: Under the current PRC employment law and within the field of employment relationship, strike, suspension and slowdown are extremely controversial topics puzzle both theoretical extent and practical extent through. Strictly in accordance with the legal norms of substantial laws, “strike” is not a clearly defined right in the current PRC laws, and this term is not directly used in in any provisions of PRC laws. Instead, the Article 27 of Trade Union Law expresses it as “suspension and slowdown”. The author will use “suspension” globally in this article to keep consistence with the current law. The suspension may involve many people and cause wide influence, and may easily draw attention from all aspects of the society, thus makes it to be a social hot event. In modern society, justice is the ultimate way to solve social disputes. The judicial system to solve social problems is also an important manifestation to measure the level of national government by law. For suspensions triggered by employees in the society, the judicial system need to face specific cases and respond in accordance with the law. Therefore, starting from the actual cases and exploring the logic of the judgment in the event of suspension are extremely important for us to properly understand the shutdown. The author hereby selected several typical cases of suspension from the voluminous public judgments, compared them and made the analysis below, hoping to have a further understanding of the current suspension cases.

案例一：员工维权，应采取合法途径进行，如派代表与公司进行协商或向有关部门反映情况等，而不应采取擅自离岗，并与其他员工聚集在厂区范围内静坐、拉标语、喊口号和围堵公司车辆等不当行为。公司对有不当行为员工可以严重违纪为由解除劳动合同。

(一) 案情介绍

A 公司的母公司在全球范围内出售其相关业务给 B 公司，为配合完成上述交易，A 公司的股权也相应转移给买方。A 公司员工在得知上述交易后，便要求 A 公司结算工龄，并支付相应的经济补偿金。自 2013 年 11 月 19 日起，部分员工集体停工，该部分员工存在在厂区范围内静坐、拉标语、喊口号和围堵公司车辆出入等行为。就部分员工的停工行为，11 月 19 日公司以员工“未经请假而又未到岗及未经许可擅自离开工作岗位”为由，给予停工员工第一次书面警告的处分。2013 年 11 月 20 日，部分员工仍然停工未返岗工作。当日，公司又以停工员工“未经请假而又未到岗及未经许可擅自离开工作岗位”为由给予其第二次书面警告的处分。2013 年 11 月 21 日，就仍然提供未返岗工作的员工，公司认为，该部分员工在 2013 年 11 月 19 日、11 月 20 日未经许可擅自离开工作岗位及未经请假而又未到岗，经劝告后仍然不返回工作岗位，对公司正常生产和工作秩序造成严重影响。因为同样行为已经受到两次书面警告，构成严重违纪。公司以严重违纪为由解除了停工员工的劳动合同。被解除劳动合同的员工就公司的解除行为提起劳动仲裁诉讼。

(二) 案件结果

广东省东莞市中级人民法院经审理认为，虽然停工员工表示，此次停工事件不是个人行为，目的是维护自身的合法权益。但是，维权或提出诉求，完全可以采取其他合法途径进行，如派代表与公司进行协商或向有关部门反映情况等，而不应采取擅自离岗，并与其他员工聚集在厂区范围内静坐、拉标语、喊口号和围堵公司车辆等不当行为。停工员工在 2013 年 11 月 19 日没有请假亦没有在岗工作，该行为属于公司员工手册规定的违纪行为，公司依照依据相关规定作出书面警告的处分，前后也对员工进行解释和劝导，但是停工员工并没有悔改的意愿和复工的具体行为，又于 2013 年 11 月 20 日再次出现上述同样的行

为，公司第二次对停工员工作出书面警告的处分。停工员工受到书面警告之后再次发生相同或类似的违纪行为，符合公司员工手册有关解除劳动合同的规定，公司作出解除劳动合同的处分合法有效。

案例二：劳动者对于用人单位生产管理、劳动保护与福利待遇等方面如有意见，应在不违反公司规章制度的前提下，尽可能与用人单位沟通解决，或通过合法途径表达请求，在公司对劳动者提出的问题积极处理的情况下，劳动者理应恢复生产、履行劳动义务，劳动者未在工作时间内到达工作岗位，构成旷工的违纪行为。

（一）案情介绍

2016 年 5 月 31 日，B 公司按计划与相关员工沟通公司被收购事宜，部分员工出现停工。公司、政府相关部门与员工沟通后，员工仍拒绝复工，直至 6 月 6 日，仍有部分员工未复工，B 公司在 6 月 6 日、8 日解除了部分人员的劳动合同，6 月 8 日后安排大量人员回家待命，B 公司谈话后确定真正想留下上班的人员回厂上班，对不认识错误的人员解除了劳动合同。

（二）案件结果

苏州市中级人民法院经审理认为，劳动者与用人单位签订劳动合同，双方均应依法履行各自义务，劳动者应遵守劳动纪律、履行劳动义务，用人单位应依法保障劳动者的劳动权利。劳动者对于用人单位生产管理、劳动保护与福利待遇等方面如有意见，应在不违反公司规章制度的前提下，尽可能与用人单位沟通解决，或通过合法途径表达请求，本案中，B 公司对劳动者提出的问题已经进行了积极处理，且停工员工已确认知晓公司的复工通知，此种情况下，劳动者理应恢复生产、履行劳动义务，而停工员工未及时在 6 月 6 日前在工作时间内到达工作岗位，法院认定停工员工已构成连续旷工 3 天的违纪行为，公司据此解除劳动合同合法有效。

案例三：员工停工、怠工系因公司欠缴社会保险、欠发福利待遇等问题所致，且停工涉及 100 多名职工，公司本应积极予以解决，做好相关工

作，但却以员工旷工为由解除双方的劳动合同，有违公平原则，判决撤销公司作出的解除决定。

（一）案情介绍

自 2015 年 6 月 8 日起，C 公司 100 多名职工因社会保险、福利待遇等问题向 C 公司反映、谈判、协商。且自该日起，部分员工便未再上班。停工员工主张不上班的原因系 C 公司严重侵害了其权利及利益。2015 年 7 月 17 日 C 公司向部分员工下达《解除劳动合同通知》，以员工旷工为由解除了劳动合同。

（二）案件结果

枣庄市中级人民法院经审理认为，本案中，员工停工、怠工的原因系 C 公司欠缴社会保险、欠发福利待遇等问题所致，员工等 100 余人的停工，不同于相关法律规定的无故旷工。且停工涉及 100 多名职工，C 公司本应积极予以解决，做好相关工作，但却以员工旷工为由，解除双方的劳动合同，有违公平原则，与法相悖，应不予支持。

律师简评

1. 上述三个案件中，虽然都涉及了员工集体的停工行为，但案件结果却不尽相同，案例一和案例二都支持了公司的解除决定，认定员工的集体停工行为构成严重违纪。但案例三却认定员工的集体停工行为不构成严重违纪，撤销了公司的解除决定，个中缘由需要仔细梳理法院在审理该类案件时的审判逻辑。
2. 抛开理论上对于员工是否有“罢工权”的争议，法院在审理具体案件时，往往需要结合具体案情，审查公司的解除行为是否符合现行法律的规定。在员工集体停工的案件中，公司基本上均是以员工旷工或不服从工作安排为由，以严重违纪为由解除了与员工的劳动合同。因此，法院一般会按照以下审判逻辑查明事实，适用法律。首先，考察用人单位是否有相关规章制度；其次，员工是否存在规章制度所规定的旷工或不服从工作安排的行为；最后，用人单位解除劳动合同是否履行相关程序性规定。

因此，如果只是从严重违纪的角度去审视员工的集体停工行为，由于员工集体停工事实较为清楚，且公司员工手册一般均对该类行为有明确规定。即使员工手册未做出明确规定，员工的停工行为也属于明显违反劳动纪律和劳动合同基本义务的行为，对该类案件，司法实践一般均会支持公司的解除决定。

3. 但在实践中，由于员工的集体停工行为由于涉及人员较多，员工进行集体停工的原因也各不相同。因此，员工的集体停工案件，并不仅仅是简单的违纪解除类案件。在司法实践中，需要对员工的诉求，以及员工停工发生的原因进行仔细判别，针对不同的案件类型适用不同的裁判思路。

在上述案例 1 和案例 2 中，员工集体停工的背景均是公司因发生收购而导致的股权变更，员工借此向公司提出要求结算经济补偿金等诉求，进而以集体停工作为谈判手段，向公司施压。但是《劳动合同法》33 条、34 条规定：“用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。”“用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”可见，根据上述法律规定，公司发生的上述变动，并不影响员工原劳动合同的继续履行，员工原劳动合同仍合法有效，双方均应当按照原合同约定继续履行。在这种情况下，员工出现集体停工行为的，并没有法律依据，当然构成旷工或不服从工作安排的违纪行为，公司有权据此解除与其的劳动合同。

但案例 3 中，法院认为员工的集体停工行为事出有因，员工的社会保险、福利待遇等合法权利未得到保障。员工基于自身权利受到侵害，而向公司提出诉求，进而通过停工的方式要求公司履行相关义务。在这种情况下，笔者认为，虽然员工合法权益受到侵害，本应当通过劳动仲裁、诉讼等方式维权，员工以停工这种较为激烈的方式维护合法权益，该方式有待商榷，且不利劳动关系和谐。但是，笔者认为，若从学理上解释，员工的该

等行为也具有一定的法律依据。我国《合同法》第 66 条规定了同时履行抗辩权，当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。同时，结合《劳动合同法》第 17 条对于劳动合同必备条款的规定，劳动报酬和社会保险均属于劳动合同的必备条款。因此，用人单位按时足额支付劳动报酬，缴纳社会保险是与劳动者提供劳动所对价的基本合同义务。当用人单位未足额支付劳动报酬，未缴纳社会保险时，属于用人单位不完全履行合同义务，在此情形下，劳动者当然有权行使同时履行抗辩权，拒绝为对待给付，从而不向用人单位提供劳动。因此，在这种情况下，员工的集体停工行为，其法律意义实质上是多人行使同时履行抗辩权的行为。

4. 综上，就员工的集体停工行为案件，应当结合案件发生的背景情况以及员工的诉求仔细辨别，针对员工的不同诉请涉及不同的应对策略，才有助于化解争议，促进双方妥善解决争议。

雪中送炭抑或锦上添花

——劳动关系和谐还是劳动关系对立



很高兴有机会和大家共同探讨劳动合同法当中的一些问题，我在就劳动合同法第一次接受记者采访时就强调“我就是以一个学者的身份发言”，很多别的头衔都不太重要，现在有什么所谓“国务院立法课题组”，据我所知这样的课题组有三个，我就参加了两个，我觉得它在立法中所起的作用也并不大。今天我仍然特别强调一点，学者就是以自己的独立人格发表意见。今天讲五个问题，能讲多少很难说，看看时间吧。

一、劳动合同法立法是锦上添花还是雪中送炭的讨论

在劳动合同法的起草过程中，现在看来，其实是一场“雪中送炭”与“锦上添花”讨论。所谓“雪中送炭”是基本维持现有劳动法所确立的保障水平，以有关部门和各地的一些解释为基础对劳动法进行细化，并将重点放在调整与扩大劳动法的适用范围上，也就是“广覆盖”；“锦上添花”是基本维持现有劳动法所确立的适用范围，并将重点放在提高劳动法的保障水平上，也就是“高标准”。可以说，其实《劳动合同法》一直围绕这两个问题进行选择，这一点只要认真的看一看起草过程中几个送审的稿件就可以看得很清楚。如果我们将劳动部 2005 年年初的稿子、国务院 2005 年中的稿子、人大年终一读通过并于今年年初进行公开讨论的稿子进行对比，可以清楚的看到，《劳动合同法》从“雪中送炭”到“锦上添花”的转变轨迹。

从适用范围上看，劳动部年初的稿子基本思路是把适用范围搞大一些，将国家机关、事业单位、社会团体的非公务员人员纳入劳动合同法调整范围，对灵活就业中的“非全日制”、“劳务派遣”进行了专章规定，同时将用人单位法定代表人、主要负责人等排除出调整范围，适用范围较原劳动法有了一定的扩大。国务院年中的稿子范围有所缩小，将国家机关、事业单位、社会团体的非公务员人员排除出适用范围，不过这个稿子在缩小范围同时，其实对缩小是否合适心理也没有底，于是又另外列了 24 个问题征求各方面意见，其中将近三分之一的问题是范围的问题。人大年终一读通过的稿子则更取消了“非全日制”的专章规定，

作者董保华，本文载于前程无忧网。2006 年 7 月，由前程无忧主办的“2006 第六届《人力资本》论坛——构建和谐组织，持续高效创新”在上海召开。在这次年度峰会上，有半天时间是董保华与常凯围绕劳动合同法进行面对面的交锋。这一次是就劳动合同法公开讨论稿引起社会广泛关注的若干问题展开讨论。依笔者看来，这是一次阶级论与分层说的较量。本文是该次讨论的发言稿。

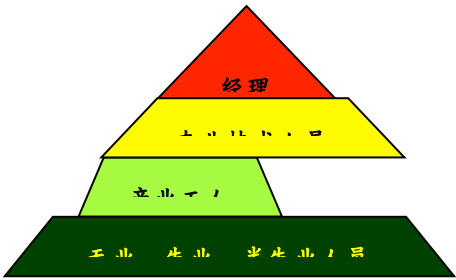
基本上恢复到原劳动法的调整范围。

在适用范围缩小的同时，劳动标准则大幅度的提高。以经济补偿金为例，劳动部年初的稿子规定经济补偿金下保上封，低不得低于最低工资标准，高不得高于市平均工资的二倍；国务院年中的稿子将下保线上移到“本企业平均工资”，人大年终一读通过的稿子则更取消了封顶限制。再以竞业限制为例，劳动部年初的稿子规定竞业限制期限不超过二年、补偿金不低于年收入的二分之一；国务院年中的稿子规定，竞业限制期限不超过三年、补偿金不低于年收入；人大年终一读通过的稿子规定，竞业限制期限不超过二年、补偿金不低于年收入。违约金也是这样，劳动部的稿件违约金是任意设定的，国务院6月的稿件没规定，到后来的稿子就是限制得非常非常死。

在这几个稿子的变化过程当中，我们可以很清楚的看到：范围越做越小，标准越来越高。现在公开征求意见的稿子最后可以概括成：凝固化、理想化、形式化、行政化。凝固化是指对企业实行宽进严出；理想化是指对员工实行宽进宽出；形式化是指对劳动管理溶入员工主导；行政化是对劳动关系实行行政干预。草案基本上从雪中送炭转变为锦上添花似的思路。

我不太赞成这样一个起草思路。雪中送炭的思路应该是我们的立法选择，《劳动合同法》应当是扩大适用范围而不是大幅度的提高标准。扩大适用范围当然不是简单的扩面，要概括成四个字“去强”“扶弱”。“去强”指雇主作为强势主体要排除，“扶弱”是把最底层的劳动者纳入适用范围。

现在有很多人认为，劳动合同立法过程是一个劳资博弈的过程。其实，中国今天的社会已经不是两个阶级、一个阶层的传统结构。按照中国社会科学研究所经过长时间调研所进行的分类，当今中国社会有十个阶层（①国家与社会管理阶层；②经理阶层；③私营企业主阶层；④专业技术人员阶层；⑤办事人员阶层；⑥个体工商户阶层；⑦商业服务人员阶层；⑧产业工人阶层；⑨农业劳动者阶层；⑩城乡无业、失业和半失业人员阶层）。为什么主张《劳动合同法》应该走一个雪中送炭的而不是锦上添花的道路呢？我们可以具体看一下这个草案对各阶层的影响，我们挑其中四个



阶层：②经理、④专业技术人员、⑧产业工人以及⑩最底层的无业、失业、半失业人员分析。这其实是一个金字塔型的结构，如果走雪中送炭的道路是往下走，保护底层的人；如果走锦上添花的道路显然是往上走，保护上层的部分。

照目前这个草案来看，十个阶层当中地位越高的，根据草案获益将越大，层次越低获益越少，最底层的城乡无业、失业和半失业人员阶层在锦上添花的思路当中是不被保护的，换句话说，我们这个草案是从产业工人以上开始保护的。我们过去制订劳动法时，就针对的是国有企业产业工人以上阶层进行保护。但是国有企业随着国退民进以后，出现了所谓的“十二豪门”（指涉及石油石化、冶金、通信、煤炭、交通运输和电力系统的十二家央企），因为我们“国退”以后保留的主要是垄断性行业。根据记者调查，“十二豪门”人工成本最高的是一年十二万。我们可以做一个对比，美国只要年薪超过十万美元的人就不能享受加班费补贴，从购买力的角度来看，十万美元实际上相当于我们的十万人民币，美国把这类人排除出基本法保护，我们却把这类人作为保护的起点，再往上加以规定。

从产业工人往上看，越是上层保护越多，专业技术人员保护得比产业工人多，例如竞业限制、违约金和服务期等，标准定这么高，产业“工人很少会遇到，经济补偿金上不封顶，其实更多的考虑保护上层的利益。

最上层的经理阶层在这个稿子中保护的最充分，举个例子，国有资产一千万，经营过程当中因管理不善折腾掉了，我们的董事会可以根据公司法免除这个总经理的职务，但是你不能免除他劳动合同法意义上的总经理，按照现在公布的草案，不能对他进行绩效考核、不能调岗、不能调薪，这种保护可谓世界罕见。现在少数职工可以拿到天文数字的经济补偿金，主要是上两个层次的，上海现在出现经济补偿金最高达到了八百万的案例，这部《劳动合同法》的解雇成本提高后，千万补偿金指日可待，这种群体在别的国家劳动法是排除出去的，在我国却将得到最优的保护。

所以，我认为这部劳动合同法的立法思路是不妥当的，这也是我批评它的主要原因。按照雪中送炭的思路，应当把金字塔最上面的经理层去掉，不纳入劳动法保护范围。金字塔较高层次的专业技术人员具有一定的和单位进行谈判协商的能力，也没有必要给予太高的保护。适用范围应当往下扩大，更多考虑最底层的城乡无业、失业和半失业人员阶层人员，劳动合同法要有利于他们就业。半失业

半就业人员、非全日制工作人员应当纳入劳动法保护范围。也就是前面说的“去强”“扶弱”。要实现这样的立法目标，我的意见是必须摆脱对凝固化、标准化、形式化和行政化刚性管理体制的依赖，实行一种柔性化的管理体系。要使劳动法对现实中各种形式的劳动关系加大覆盖面，使劳动者中最普通的劳动者得到保护。这一体制应当是既注意劳动关系的稳定性，更要防止凝固化；既注意标准劳动关系，更关注非标准化的劳动关系；保持劳动关系的书面形式，更强调实际履行，防止形式化；劳动关系需要行政保护，更要防止行政机关的过份介入形成劳动关系行政化。现行劳动合同立法应当立足中国实际，吸收先进经验，实行低标准，广覆盖、严执法。

我对这个征求意见稿有一个评价：这个稿子这样搞下去，会搞成一部贵族法、观赏法。说它是贵族法，是因为只有少数上层劳动者获利；说它是观赏法是因为脱离实际的高标准会导致变通实施、政策架空，有法不依、执法不严。

二、 劳动合同立法讨论如何演变成劳资博弈、阶级斗争

对这个稿子的一些意见，如果没有后来的公开征求意见的契机，恐怕我永远不会在媒体上公开发表。人大在3月20日征求意见的通知中称：这“是全国人大常委会推进科学立法、民主立法的又一重大举措”，“请社会各界人民群众广泛展开讨论，充分发表意见。”我理解人大这次开门立法，是要找出草案存在的不足，请大家提出批评意见和修改建议。既然人大自己公开征求意见，作为学者的我当然就把意见公开向人大提出来。我自己写了四篇文章，大部分的文章我都是用锦上添花、雪中送炭做标题，因为这是我的基本观点。全国人大最后征集的来自国家机关、社会团体、用人单位、劳动者和学者的意见共计191849件，这些意见当中65%是劳动者提的。对这些意见，全国人大法工委副主任信春鹰的总体评价是：“参与面很广”、意见“很有建设性”、“表现了大家对构建和谐劳动关系的关心”，“表现了公众对这部法律的责任感和热情”，给了很正面的评价。全国人大常委会法制工作委员会已将征求到的意见整理成《各地人民群众对劳动合同法草案的意见》，其中也有一定的篇幅提到了我的观点，比如说宽进严出的问题、被动招工的问题、适用范围等等。总之，人大认为开门立法提些意见这是很正常的。

后来这场讨论有点变味了，正常的征求意见与提供意见的过程却被人引向了

另一个方向。出现一种新的说法，有学者公开称征求意见“是前所未有的普法大教育”，一部法征求意见的目的显然是为了进一步修改，一部有待修改的法律何来普及？关键在于“征求意见”与“普及法律”使用的是两套话语系统，前者是讲不足，“否定式”；后者是讲优点，“肯定式”。有人把人大的征求意见理解为一种姿态，名为征求意见，实为博取表扬，造出了“普法”的概念。这些人对那些提出批评意见的人进行批评，人大征求意见的过程被描绘成了一场劳资博弈，阶级斗争。

这个过程可以分两个阶段，第一阶段是对学者意见进行包装，从概念称谓、具体人格、主要理论到基本原则、具体观点、立法过程，做了一系列有意无意的失真与夸大。

第一，概念称谓，这个过程中出现了“劳方”“资方”之称，有学者公开称“劳资冲突已经成为社会的主要矛盾之一”、“劳资矛盾越来越激化……劳资冲突已经成为社会最突出的问题”、“过分地剥削工人”。劳动法学术界都知道，劳动关系、劳资关系、劳雇关系、劳使关系是四个含义不同的概念。台湾学者黄越钦就专门论证过，“劳资关系”含有对立意味，劳方资方的界限分明。社会不应当被理解为两大阶层的对立关系，现在大部分国家都在限制和缩小使用“劳资关系”这一概念，也有原来用的国家现在不再用了，比方说日本现在叫劳使关系，有些国家叫劳雇关系，我们国家的概念叫劳动关系，这基本上是符合我们国家的情况的。但是现在开始有人重新使用劳资关系的概念，这样用人单位变成“资方”，劳动者变成“劳方”，这样就顺理成章的出现了“劳资矛盾”。但这有个问题，总工会也用工，也是用人单位，劳动部也是用人单位，他们是不是“资方”呢？

第二，具体人格。“劳方”“资方”需要有各自的具体代表，于是学者被人为划分，凡对《草案》表扬为主的，称为劳方代表，凡对《草案》持批评意见的称为资方代表。我提了那么多批评意见，理所当然的归为资方代表。

第三，主要理论。学者都有自己的理论观点，在这个过程中也受到了歪曲，所谓“劳方”宣称自己是社会法理论，那么我这类“资方”代表就不能是社会法理论，我的学说就成了合同法理论。社会法理论是我近年来的主攻方向，2001年，我出版了迄今为止国内唯一的一本社会法理论著作——《社会法原论》，并撰写了大量的论文，数量上在国内是遥遥领先。我多年的研究成果，结果一夜之

间全部安到了别人头上，自己反倒成了自己学说的对立面，别人给我安上了合同法的理论。尽管笔者很尊重研究合同法的学者，但学术是不能作假的，恰恰是本人在这次起草《劳动合同法》的过程中一再提醒不要用合同法的理论，来替代劳动法的理论。

第四，基本原则。《工人日报》概括说劳方是主张倾斜保护，资方是主张平等保护，我的言论“看似‘公允’”，但“似乎难逃资方代言人之嫌”。事实上是我将“保护劳动者”概括为劳动法的基本原则之一，在1992年6月出版的著作《中国劳动法学》中，进一步将这一原则提炼为“倾斜立法原则”。1993年我在参与劳动法起草时，曾建议将劳动法的立法宗旨表述为：“为了保护劳动者的合法权益，建立、维护和发展和谐的劳动关系，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”《劳动合同法》的讨论根本不是要不要倾斜立法的问题，而是向谁倾斜的问题。我认为应当向社会最底层的劳动者倾斜。我于2001年筹资组建了华东政法学院劳动法律服务中心并一直担任主任。五年来，劳动法律服务中心接待劳动者来访咨询13600人，接受来信来电咨询12700人；为进城务工人员提供集体劳动法律培训29次，约1800人参加；举办大型广场咨询15次，接待劳动者超过2000人；直接代理案件196起；所有这些为劳动者提供的服务都是免费的。工人日报可以去查一下，国内还有哪个学者花这么大的力气帮助劳动者？

第五，具体观点。更为夸张的是在观点上进行歪曲，说劳方与我在“工人还是雇主得不到保障等基本问题上存在严重分歧”，劳方认为工人得不到保障，要提高标准；资方认为雇主得不到保障，要降低标准。为了配合这种宣传，将我“不要锦上添花”的观点与“要雪中送炭”保护底层劳动者的观点割裂开来，只宣传“不要锦上添花”。其实，我从来没有认为“雇主得不到保障”。我认为劳动法的规定总体是恰当的，部分标准虚高，使其没有得到执行，劳动者也并未从中受益。面对部分虚高标准，我也不赞成轻易降低，因为由此引发的社会震荡，是我们难以承受的。

第六，立法过程。有人绘声绘色的说“《劳动合同法》经历了“脱胎换骨”的过程，显著的变化就是将立法依据从原来的《合同法》转变为《劳动法》”，劳动部草案为《合同法》，国务院的稿子是《劳动法》，这完全是杜撰的缺乏常识的观点。《劳动合同法》一开始就是作为劳动法的组成部分来起草的，这一点从来

没有改变。

这是第一个阶段，我是个学者，再怎么包装也吸引不了眼球，于是又开始了第二阶段对企业妖魔化，这个就有点严重。

当时媒体上有篇文章，称来自上海跨国企业人力资源协会的代表徐婷婷的人说了这样一番话“如果实施这样的法律，我们将撤资。”“有两位专家甚至表示，以影响招商引资和经济发展为理由，是外企赤裸裸的威胁”。常教授评价外商“他们的基本方法就是夸大其词，并且预言法律实施后会影响到经济发展的后果，以此来耸人听闻。”这个事情现在已经证明是假的了。外商当事人本人说没有说过这个话，另外美国商会自己也做了表态，说“我们是响应人大号召，诚恳地递交了建议”。当时在会议现场的记者来自《上海金融报》，她写了篇文章说：“首先可以肯定，该作者当时并不在研讨会现场，因为我是当时唯一在场的媒体记者。”其实有个最重要的证据，那就是我们对这个研讨会做的全程录像，全程录像上可以做鉴定，这篇报道是建立在某些学者不负责任的说法上面的。但是这个报道的结果慢慢地把正常的征求意见变成了不仅仅是劳资博弈甚至于是阶级斗争，很多人利用这个报道大做文章。有的报纸就说“以‘撤资’来抵制劳动合同立法，显然是一种要挟，一种挑战，我们不能容忍和沉默。立法是国家主权的体现，是代表广大人民意愿的。国家立法可以讨论，可以广征民意，但不能容忍威胁和挑战，我们决不会以损害职工权益去换取外商的投资。”类似报道数不胜数。在这组报道渲染之后，公众对这件事的反映很激烈，某些学者称“我们多年来很厌烦阶级斗争这句话，现在回过头来这句话又有价值了。”当然公平的说也有些媒体是比较清醒的，有媒体就说“一个草案发布出来，不要片面的道德谴责”，外商“并不是无视中国法律的尊严，相反却是尊重中国法律的体现，不能简单地将其妖魔化”。但这种理性的声音太少了，民族情绪已经被鼓动起来了，视线也转移了。

这样两个阶段的演变过程是大大出乎我们最初的预料，有一些人希望打开劳资博弈阶级斗争的“潘朵拉盒子”，但不知道会放出来什么。

当然不是说企业和员工在所有问题上是一致的，但是如果理解这部法案是企业 and 工人之间的争论就错了，如果一定要“博弈”这个词的话，我认为参加这场博弈的不是两个方面，至少五个方面，国家机关、劳动者、用人单位、社团还有

学者都是其中之一。我们要研究的是潘朵拉盒子一旦打开会放出什么？这是我接下来要讲的第三个问题。

三、阶级斗争理论要实现什么样的目标体制

阶级斗争实际上是和实现某种目标体制相联系的。其实我们国家以前讲阶级斗争这个话题的时候有特定的体制，这个体制可以大致概括为凝固化、行政化、理想化、形式化。当时的凝固化是指劳动力有进无出；行政化是指劳动关系行政调节；理想化是指资产全民所有；形式化是指工人是企业的主人。理论上说工人全部都有，其实一分都没有。阶级斗争起什么作用呢？计划经济的低效需要阶级斗争理论予以维持，其实是在告诉人们宁要社会主义草，不要资本主义苗。为了把这个理论持续保持，我们是不停地需要拿一些走资派来斗一斗的。在这个过程当中，我们把资本主义都打倒了，最后只能拿党内的“走资派”来批斗。我当时是陪着我父亲被批斗的，我曾经有过这样“陪斗”的经历，历史会有惊人的相似，我没有想到不久后的今天我变成了学界的“走资派”。同时我们今天又开始在《劳动合同法》中讲凝固化、行政化、理想化、形式化，讲劳资博弈、阶级斗争。

当年我们在实施市场经济时，其实突破了阶级斗争理论，劳动法依照市场经济规律在三个层次上来调整劳动关系。宏观上有劳动基准法调整全部劳动关系，国家通过规定最低工资、最高工时等一系列倾斜立法，实现底线控制，保护劳动者最基本的生存权利，让出了劳动关系当事人的协商空间；中观上通过集体合同调整集体劳动关系，由用人单位和劳动者进行集体协商，劳动者可以通过“用手投票”的形式调整自身在劳动关系中的权利义务；微观上，通过劳动合同调整个别劳动关系，法律承认企业人力资源管理的自主权，当劳动者对用人单位的管理无法接受时可以“用脚投票”。这种体制是没有办法和阶级斗争理论联系在一起的。

任何一种理论，尽管表面上有某种原因，但理论背后总有一种体制要求，有人认为过去中国是社会主义阵营，是工人阶级的后方，但是加入WTO以后，中国接受了市场经济的规则以后，就是资本主义贸易，或者说是资本主义市场经济，现在希望回归社会主义阵营，重新成为工人的后方。但这种“工人的后方”，工人真的愿意去吗？

这份《劳动合同法》草案给了人们这样一个想象的空间。可以做一个对比，

同样讲凝固化，计划经济讲的是对企业实行有进无出，草案是实行宽进严出；理想化，计划经济指资产全民所有，草案指对员工实行宽进宽出；形式化，计划经济中指工人是企业的主人，草案讲的是劳动管理融入员工主导；行政化，计划经济指劳动关系行政调节，草案指对劳动关系实行行政干预。可能这样的理论有些让大家联想到有人呼唤这样的体制，但我想那种工人的后方，大部分的劳动者即便是天天骂娘的劳动者也不愿意回去的。

社会法除了讲究起点公正，还追求结果公正。当前，弱势群体要求分享经济起飞的红利，这种要求完全是正当的。其实恰恰是我对这种要求的正当性给予了论述并发展出一套保护弱者的系统理论，社会法最基本的要求就是要让弱势群体分享改革的成果。我提出这一主张时，我国正处于“效率优先，兼顾公平”的理论氛围中，我提出的理论可以想见是多么不合时宜，理论界的冷落是可以想见的。我只能选择以自己的实际行动去推动这一理论的实施。我筹资组建了专门帮助外来务工人员的法律援助中心，这招来了极大的非议，我被贴上“劳方”代表标签。想不到几年之后，同样的理论，同样的实践，别人又给我贴上了一张资方的标签。现在有些学者则希望利用弱势群体要求分享经济起飞红利的要求，实现体制回归的“理想”，企图打开潘朵拉盒子，把社会法理论改造成阶级斗争理论，那将是非常危险的。潘朵拉盒子一旦打开，我们未必控制得住，毛泽东那么伟大的人物打开盒子的时候也控制不住。

法学正继经济学之后，成为公共政策的争论平台，法学领域内的争议与经济学领域内的争议，议题不同，根源一致。随着《物权法》的搁置，劳动合同法成为新的热门话题。“姓社姓资”标签改换为“姓劳姓资”的标签。执政党要努力地淡化劳资关系的概念，在今天这个社会，应该用“和谐”、“合作”、“共赢”，而少用对立的观念。媒体可能今天只是为了吸引眼球，某些学者可能只是一厢情愿，姓社姓资、阶级斗争能走多远？我相信体制回归之路走不远的。但是有一点，如果草案不能从锦上添花的思路转到雪中送炭的思路上来，那么多输格局会很快显现。多输格局可以看四个方面：对企业用工实行宽进严出，将导致企业减少用工；对员工就业实行宽进宽出，将导致企业对员工投入的减少；企业管理实行员工主导，其实是纸面权利无法实现；对劳动关系实行全面行政干预，将导致行政资源分散消耗，也不利于底层劳动者的保护。现有草案一旦实施，带来的结果

只能是劳动者、企业、政府“多输”，既然是“多输”，为什么会得到这么多人的认同呢，这是我接下来要讲的。

四、 锦上添花思路为什么会获得许多人认同

我认为这个稿子一旦实施是多输格局，为什么会得到这么多人的认同呢，这里的深刻的原因我们应该认识，我个人认为这里面有三个原因。

第一个原因首先涉及对《劳动法》基本评价。站在雪中送炭和锦上添花两种不同的立场，对现行《劳动法》会有两种完全不同的评价。沿着雪中送炭思路的学者都希望劳动法的总体标准不要做太大的提高，而是要努力地扩大适用范围。这个思路的学者对《劳动法》有几点基本的看法：一、平衡点基本合适；二、部分标准虚高；三、适用范围太窄。93年的《劳动法》，某些标准可能出现虚高，没有得到执行，如果能够执行下去就不是虚高了，当然主要矛盾是适用范围太窄。90年代以后，劳动者出现了分层，新出现了很多类型的底层劳动者，这个是当时立法所未能预料的。沿着锦上添花思路的学者认为，《劳动法》适用范围合适、劳动标准过低、政府干预太少。

常教授曾经谈到他在香港庙街买了一套西服才38块钱，西服质量还挺好，所以感慨中国的劳动力成本太低。我今年就和常教授结伴一起出国两次，但不知道他穿的是不是这一套。中国如果真的出现38块钱的西装，那会产生一个疑问，是我们标准不够高还是法律没被执行？如果真有38块钱的西装，可以肯定的是，劳动法的标准没被执行，因为法律最低的标准摆在那，如果被执行，怎么可能出现？这类问题的存在恰恰证明了我所说的有很多人将它视为观赏法。现在温总理为民工去讨工资，还有王斌余因为拖欠工资杀人，农民工的工资拖欠是因为劳动法律的欠缺吗？显然不是。其实对于拖欠工资的处理我们现行法律是有明文规定的，现在劳动法出现的问题很多都是这种类型，这类问题靠往上提高法律标准能解决吗？

常教授提到了香港，其实我们的立法标准比香港高，香港至今没有工时法，我们现在的工时法还是很严厉的，每天工作不超过八小时，每周不超过四十小时。企业安排加班要过三道关。

第一，工会关。企业安排加班应当和员工、工会进行协商，即使员工为了劳动报酬愿意加班，只要工会不同意，企业也不能安排员工加班。

第二，报酬关。平时加点需按150%支付报酬，休息日加班200%，节假日300%。按此标准，一个日平均工资100元的员工在“五一”期间加一天班，就能拿到300元的加班工资。劳动部惟恐这个标准不高，又在加班工资基数上引入了20.92的计算方式，中国的日平均工资不是按照当月实际天数计算，而是按照20.92的制度工作日计算，导致加班工资基数又被提高43%，这样刚才那个员工加一天班可以获得429元的工资。如果企业拒付加班工资，还要按50%以上1倍以下的标准向员工加付赔偿金，这意味着按上面的例子企业可能要向员工支付858元。

第三，行政关。对超时加班的劳动部门可以给予企业警告，责令限期改正，并可以按每人100-500元标准罚款。那么上面这个例子非法加一天班，企业就要付出1358元的代价。相当于上海月最低工资的近两倍。

有人说，我们可以加强执法，用刑法加以制裁。如果用刑法，他将来就会害怕吗？问题在于如果选用刑法制裁，我们这里在座的还算是比较优秀的老板，估计一半人要被抓掉。当然我们可以改造监狱，让很多很多的老板都关进去，但这可能吗？有一个道理叫法不责众，不是标准越高越好，社会生活不是这么简单。执法部门面对10%违法者的时候会毫不犹豫的执法，面对30%的时候他会犹豫一下，50%的时候可能就不执法了。北京有个调查显示，北京的劳动者现在不是一周五天工作制而是六天制，平均每个人每周加班都超过8小时，已经变成这种状况的时候你怎么执法？每个人判断自己的行为方式的时候都有个站队心理，都喜欢站在大多数人的一边，大多数人才是光荣的一面，即使违法他也不觉得可耻。你没办法全抓起来的时候，你怎么办？所以，面对中国的现实应当是采取低标准、广覆盖、严执法，有人说“你看董保华良心太坏，不想让工人拿好的”，问题是你拿得到吗？其实，12年前我本人参与劳动法起草的时候，很多想法跟常凯是一样的，否则就不会出现现在这么高的标准。

比如说我们关于最高工时和最低工资的两个规定，最高工时标准较高，执行不力；最低工资标准不高，得到了普遍执行，甚至于最低工资我们都还有提高的余地，这就是一个现状。标准要恰当，如果提得过高，等到大家都在违法线之上的时候执行就非常难了。我们应该选择低标准、广覆盖。一个社会出现问题不可怕，但出现了问题不去承认，这是非常可怕的。如果头疼医头、脚痛医脚可能是个江湖郎中，如果头疼斩脚就不是一个郎中了。

以上是对现行劳动法的一个评价，我认为总体上是好的，个别劳动标准虚高但是不建议再下调，一旦下调，社会震荡会非常大，法国就是一个例子。我的意思是提高标准要慎重。

锦上添花思路为什么会获得许多人认同？第二个原因是有人寄希望于提高标准实现产业结构的升级。有人说长久发展不要干小买卖了，要干大买卖，我们现在要转型了，通过提高标准我们要产业结构升级。经济问题当然这不是听我说，主要是经济学家论证，如果法律升高标准，产业就可以升级，那我们几位法律专家把法律提高，所有问题都解决了，中国的问题有那么简单吗？小买卖不做了，就自然能做大买卖了吗？提高标准的时候要想清楚，这是为社会负责，尽管话不中听，但是这是为国家的长久发展来考虑的。其实我觉得经济学家樊纲有段话很对，他认为对中国来讲，任何一个就业岗位将来都是非常宝贵的，中国今天不要轻言放弃制造业，中国除了制造业你还有什么，如果你放弃了制造业不是说你今天放弃以后就造飞船导弹，不等于你这边放那边给你，“即使我们能够造更多的飞船、导弹，我们仍然要生产皮鞋、袜子”，“我们要保持世界上最宽的一个产业谱，才能够解决我们最大的人口大国的就业问题。”我主张低标准、广覆盖其实也是从尽可能多就业的角度来考虑的。

锦上添花会得到支持的第三个原因，有一个潜规则我们学者本来不应该说的，不过现在我已经突破了很多潜规则，所以再突破一个潜规则就无所谓了，那就是部门利益的问题。关于中国劳动合同法的博弈，有人说，在上海举办的“劳动合同法草案学术研讨会”上劳资双方进行了一场激烈的博弈。其实那个研讨会是学者开的小型研讨会，企业跑到这里来跟劳方博弈，他太没有平台了吧，所以，不是一场真正的劳资博弈，值得大家思考。在中国，社会利益如果和部门利益相抵触的时候，社会利益恐怕很难实现。锦上添花之所以能够得到大家的认同，很重要的一点，就因为是和很多部门利益捆绑在一起了。中国今天从锦上添花走出去并不是太难，但是调整部门利益并不是那么简单。如果是博弈，其实是多方位博弈，国家机关、劳动者、用人单位、社团还有学者都在博弈。每个方面内部也不一致，比如说用人单位内部有很多意见，美商从机制上提，港商从成本来提，人事部门从范围上提。另外，上层的劳动者和底层的劳动者看法不一致，上层是欢迎的，底层就不一样。有天下大雨，有劳动者冒雨跑到我们这里咨询，单位要

他签合同，他问“签劳动合同我签还是不签好？”现在的稿子不签肯定比签更有利。将来的法律，员工如果搞明白了确实不签有利。我只是想说劳动者的看法也不是铁板一块。工会与企业看法也不一样，国家机关的看法更不一样了，社会就是这样，有很多种看法，在多种看法里面有一种看法是非常重要的，就是部门利益，当部门利益不能得到满足的时候社会利益是很难满足，我希望把劳动合同立法当一个过程来看，我这里提三个看点：

（1）事业单位能不能适用劳动合同法。我想事业单位劳动者的态度很清楚，我去电视台做节目时，一些扛摄像机的朋友们一直问我他们能不能适用，什么时候适用？他们还说“我现在就是加班，加班又没钱，如果我适用劳动法，单位应该付我加班费”。事业单位本身也意见不大，因为反正这笔钱是国家出的。但是人事管理部门意见很大，因为适用劳动法就不归他们管了，归劳动部门管，当初就是人事部门不同意适用，才把这条拿掉的。所以，将来看事业单位能不能适用，关键是能不能解决好这个部门利益，这是第一个看点，要看人事部门的态度。

（2）劳动力派遣五千元备用金。劳动者懂得一个简单的道理，企业交出五千块钱，拐弯抹角总要加在劳动者头上，所以劳动者其实不支持的，用人单位反对就更不用说了，但劳动管理部门是有利的，能不能调整掉？这是第二个看点，要看劳动部门的态度。

（3）规章制度和企业裁员是否由企业与企业与工会共决，甚至于转成工会单方面决定，这是第三个看点，要看工会的态度。

如果劳动合同法的带有公法性质的标准涨上去，现在的行政执法量起码要加十倍。原来的劳动法定得很清楚，最低工资、最高工时就是底限，劳动行政执法就是底限管理。按新的规定，包括合同缺个条款、少个证明都让劳动监察去查；总经理几百万补偿金为什么没给，也可能要劳动部门去查，这样一来劳动部门既要为上层服务，又要为下层服务。劳动部门也是八小时工作制，执法力量不足时自然会选择性执法。一旦进入选择性执法，一切就很难说了。管理部门当然喜欢选择性执法，老百姓是不会欢迎的。当社会利益和部门利益发生矛盾的时候，如果社会利益能冲破部门利益的阻碍，那是我们的进步，可惜我们常常看到社会利益被部门利益挡住，这是我们的悲哀。法律学者和这些部门打交道很多，部门利益和社会利益发生抵触的时候就不愿多说，这是个潜规则，但是学者至少不要反

过来讲话，不要说什么“劳资不成熟、公权需介入”，以政府的眼光看劳资永远不会“成熟”。在中国今天过分的强调公权力介入对不对呢？一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止，社会应该给他设定不可逾越的界限。

五、我们会有一部什么样的劳动合同法

最后第五个问题我们希望有一部什么样的劳动合同法，主持人已经不让我多说了。只说两句，应当是低标准、广覆盖、严执法，我们更需要的是雪中送炭而不是锦上添花。值得高兴的是，在最近的稿子中，雪中送炭、降标准、扩范围思路重新出现，我们希望这仅仅是一个开始。



地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室

Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050

Postcode: 200050

www.baohualaw.com