

保华月刊

Baohua Monthly

2019年12月刊
Dec. 2019
第36期
NO. 36

- 案例调研：经济补偿的计算基数，是否应剔除病假期间的工资？
- 最高法院发布工伤保险6条意见
- 天津关于审理劳动人事争议案件的会议纪要
- 长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要



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

20 新法规：《最高人民法院行政审判庭会议纪要（七）》

New Regulation: *Minutes of the Administrative Division of the Supreme People's Court (7)*

25 新法规：《关于审理劳动人事争议案件的会议纪要》

New Regulation: *Minutes of the Meeting on Trial of Labor and Personnel Disputes*

33 新法规：《长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要》

New Regulation: *Minutes of the Seminar on Trial Opinions on Difficult Issues of Labor and Personnel Disputes in "Three Provinces and One City" in Yangtze River Delta Region*

热点追踪

Hot Issues

42 案例调研：经济补偿的计算基数，是否应剔除病假期间的工资？

Case Study: Whether the sick leave pay shall be excluded from the calculation base of economic compensation?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

51 中美全球战略视角下的中国劳动立法博弈

China's labor legislation game from the perspective of global strategy between China and the United States

新闻总结



UPDATE



一、国务院再出招 26 条全力稳就业

来源：经济参考报

摘要：国务院近日印发《关于进一步做好稳就业工作的意见》（以下简称《意见》），其中“全力做好稳就业工作”“全力防范化解规模性失业风险”“全力确保就业形势总体稳定”等表述再度释放强化稳就业的政策信号。

Abstract: *Opinions on Further Stabilizing Employment* (hereinafter referred to as *Opinions*) were recently issued by the State Council. Among them, statements such as "To do stabilizing employment" and "To prevent and resolve scale unemployment risk" and "To ensure the overall stability of the employment situation" once again release the policy signal of strengthening stable employment.

12 月以来，围绕稳就业，国务院以及人社部、国家发展改革委等部门频频发文发声，就 2020 年相关工作展开提早谋划和部署。

《意见》指出，当前我国就业形势保持总体平稳，但国内外风险挑战增多，稳就业压力加大。要求坚持把稳就业摆在更加突出位置，强化底线思维，做实就业优先政策，健全有利于更充分更高质量就业的促进机制，坚持创造更多就业岗位和稳定现有就业岗位并重，突出重点、统筹推进、精准施策，全力防范化解规模性失业风险，全力确保就业形势总体稳定。《意见》提出 26 条稳就业重点举措。

在支持企业稳定岗位方面，《意见》要求加大援企稳岗力度，加强对企业金融支持，支持中小企业发展，增加就业，引导企业开拓国内市场；在开发更多就业岗位方面，要求挖掘内需带动就业，加大投资创造就业，稳定外贸扩大就业，培育壮大新动能拓展就业空间；在促进劳动者多渠道就业创业方面，鼓励企业吸纳就业，扶持创业带动就业，支持灵活就业和新就业形态，加强托底安置就业等。对于大规模开展职业技能培训、做实就业创业服务等方面，《意见》也作出部署。

首都经济贸易大学中国新就业形态研究中心执行主任张成刚对《经济参考报》记者表示，《意见》涉及税费、金融、监管、产业、消费、贸易、科技等多个领域，从减轻企业负担、激发企业活力、扩大内需消费、提升职业培训、强化底线支持等多方面提出了具体的稳就业措施，进一步做实做细了就业优先政策。

张成刚表示，《意见》首次提出“坚持创造更多就业岗位和稳定现有就业岗位并重”。在稳定现有就业岗位中，最新提到引导企业开拓国内市场，规范企业裁员行为。此外，将稳就业政策与宏观经济层面政策相联系，从内需、投资、外贸、新动能四个方面入手创造更多就业岗位。“在经济下行压力加大背景下，灵活就业特别是新就业形态，需要在稳就业中发挥更大作用。《意见》切中当前灵活就业和新就业形态发展中的痛点，给出了下一步发展的方向和指引。”

中国宏观经济研究院社会所副研究员关博也对《经济参考报》记者表示，《意见》全面体现“稳就业”总体要求，在宏观层面，通过挖掘内需、稳定外贸、加大投资、培育创新等，通过扩大产出水平，提高就业吸纳能力。在中观层面，加大对企业稳岗援助和发展支持力度，使面临阶段性困难企业少裁员、不裁员，有发展余力企业稳岗位、增岗位。在微观层面，注重提高劳动者的就业能力，通过人力资本“赋能”，为劳动者创造更多的稳定就业机会。

在关博看来，政策还体现出托底安置就业与补齐民生短板联动发力，进一步挖掘养老等民生领域促消费、惠民生潜力，产业政策、重点项目与就业影响研判对接等突出亮点。

12 月以来，围绕“稳就业”这一重大民生问题，国务院和有关部门密集召开相关会议，频频作出部署。12 月 4 日召开的国务院常务会议强调，要更大力

度实施就业优先政策，在积极扩内需、稳外贸带动就业扩大的基础上，进一步完善促进就业的举措。12月12日至13日召开的全国失业保险工作座谈会指出，2020年失业保险工作要继续围绕确保就业局势总体稳定目标任务，着力稳定就业岗位，深入实施援企稳岗政策，稳住就业基本盘；坚决落实中央降费要求，增强吸纳就业潜力。

12月13日召开的全国农民工工作暨保障农民工工资支付工作电视电话会议强调，要切实做好农民工就业创业工作，采取措施加大援企稳岗力度，努力把农民工稳定在就业岗位。要积极支持农民工返乡创业，以创业带动就业。要加强职业技能培训，提升农民工的就业能力。12月13日至14日召开的全国发展和改革工作会议要求，2020年注重补短板强弱项提质量，切实办好民生实事，千方百计稳定就业。

12月18日至19日召开的全国就业工作座谈会暨就业扶贫、农民工返乡创业工作推进会指出，做好2020年就业工作要供需发力、突出重点、统筹推进，围绕“一二三四”聚力攻坚。“一”是确保目标任务全面完成，“二”是把准稳岗扩岗两个着力点，“三”是突出高校毕业生、农民工、就业困难人员三大群体，“四”是夯实政策、服务、培训、保障四项支撑。

在专家看来，不到一个月，多个部门接连发声，密度和力度均属罕见，为稳就业提前谋划部署，也将更好助力2020年就业形势平稳。

关博认为：“虽然当前宏观经济内生和外在风险因素有所增加，但稳就业政策全面发力，特别是新的政策工具箱开启，将为实现更加充分和更高质量的就业提供有力支撑。”

二、两部门：年收入不超12万或补税不超400元可免汇算清缴

来源：国家税务总局网站

摘要：近日，财政部、税务总局发布《关于个人所得税综合所得汇算清缴涉及有关政策问题的公告》，明确2019年1月1日至2020年12月31日居民个人取得的综合所得，年度综合所得收入不超过12万元且需要汇算清缴补税的，或者年度汇算清缴补税金额不超过400元的，居民个人可免于办理个人所得税综合所得汇算清缴。

Abstract: Announcement on Relevant Policy Issues Concerning Final Settlement for Comprehensive Income from Individual Income Tax (hereinafter referred to as Announcement) was recently jointly issued by Ministry of Finance of the People's Republic of China and State Administration of Taxation. The Announcement made it clear that in January 1, 2019 to December 31, 2020, all resident individuals are exempt from the final settlement for the consolidated income of individual income tax if the annual consolidated income does not exceed RMB 120,000 Yuan and the amount of tax paid for the annual final settlement does not exceed RMB 400 Yuan.

为贯彻落实修改后的《中华人民共和国个人所得税法》，进一步减轻纳税人的税收负担，现就个人所得税综合所得汇算清缴涉及有关政策问题公告如下：

一、2019年1月1日至2020年12月31日居民个人取得的综合所得，年度综合所得收入不超过12万元且需要汇算清缴补税的，或者年度汇算清缴补税金额不超过400元的，居民个人可免于办理个人所得税综合所得汇算清缴。居民个人取得综合所得时存在扣缴义务人未依法预扣预缴税款的情形除外。

二、残疾、孤老人员和烈属取得综合所得办理汇算清缴时，汇算清缴地与预

扣预缴地规定不一致的,用预扣预缴地规定计算的减免税额与用汇算清缴地规定计算的减免税额相比较,按照孰高值确定减免税额。

三、居民个人填报专项附加扣除信息存在明显错误,经税务机关通知,居民个人拒不更正或者不说明情况的,税务机关可暂停纳税人享受专项附加扣除。居民个人按规定更正相关信息或者说明情况后,经税务机关确认,居民个人可继续享受专项附加扣除,以前月份未享受扣除的,可按规定追补扣除。

四、本公告第一条适用于 2019 年度和 2020 年度的综合所得年度汇算清缴。其他事项适用于 2019 年度及以后年度的综合所得年度汇算清缴。

特此公告。
财政部 税务总局
2019 年 12 月 7 日

三、首个个税综合所得汇算清缴规则出台

来源: 国家税务总局网站

摘要: 近日,首个个税综合所得汇算清缴规则出台——国家税务总局发布了《关于办理 2019 年度个人所得税综合所得汇算清缴事项的公告》(国家税务总局公告 2019 年第 44 号),并分 10 个问题做了相关解读。

Abstract: *Announcement on Handling Final Settlement for Comprehensive Personal Income Tax in 2019* (State Administration of Taxation Announcement No.44), the first rule on the final settlement for comprehensive personal income tax has been recently issued. Ten issues have been elaborated

国家税务总局

关于办理 2019 年度个人所得税综合所得汇算清缴事项的公告 (国家税务总局公告 2019 年第 44 号)

为切实维护纳税人合法权益,进一步落实好专项附加扣除政策,合理有序建立个人所得税综合所得汇算清缴制度,根据个人所得税法及其实施条例(以下简称“税法”)和税收征收管理法及其实施细则有关规定,现就办理 2019 年度个人所得税综合所得汇算清缴(以下简称“年度汇算”)有关事项公告如下:

一、2019 年度汇算的内容

依据税法规定,2019 年度终了后,居民个人(以下称“纳税人”)需要汇总 2019 年 1 月 1 日至 12 月 31 日取得的工资薪金、劳务报酬、稿酬、特许权使用费等四项所得(以下称“综合所得”)的收入额,减除费用 6 万元以及专项扣除、专项附加扣除、依法确定的其他扣除和符合条件的公益慈善事业捐赠(以下简称“捐赠”)后,适用综合所得个人所得税税率并减去速算扣除数(税率表见附件),计算本年度最终应纳税额,再减去 2019 年度已预缴税额,得出本年度应退或应补税额,向税务机关申报并办理退税或补税。具体计算公式如下:

2019 年度汇算应退或应补税额=[(综合所得收入额-60000 元-“三险一金”等专项扣除-子女教育等专项附加扣除-依法确定的其他扣除-捐赠)×适用税率-速算扣除数]-2019 年已预缴税额

依据税法规定，2019 年度汇算仅计算并结清本年度综合所得的应退或应补税款，不涉及以前或往后年度，也不涉及财产租赁等分类所得，以及纳税人按规定选择不并入综合所得计算纳税的全年一次性奖金等所得。

二、无需办理年度汇算的纳税人

经国务院批准，依据《财政部 税务总局关于个人所得税综合所得汇算清缴涉及有关政策问题的公告》(2019 年第 94 号)有关规定，纳税人在 2019 年度已依法预缴个人所得税且符合下列情形之一的，无需办理年度汇算：

- (一) 纳税人年度汇算需补税但年度综合所得收入不超过 12 万元的；
- (二) 纳税人年度汇算需补税金额不超过 400 元的；
- (三) 纳税人已预缴税额与年度应纳税额一致或者不申请年度汇算退税的。

三、需要办理年度汇算的纳税人

依据税法规定，符合下列情形之一的，纳税人需要办理年度汇算：

(一) 2019 年度已预缴税额大于年度应纳税额且申请退税的。包括 2019 年度综合所得收入额不超过 6 万元但已预缴个人所得税；年度中间劳务报酬、稿酬、特许权使用费适用的预扣率高于综合所得年适用税率；预缴税款时，未申报扣除或未足额扣除减除费用、专项扣除、专项附加扣除、依法确定的其他扣除或捐赠，以及未申报享受或未足额享受综合所得税收优惠等情形。

(二) 2019 年度综合所得收入超过 12 万元且需要补税金额超过 400 元的。包括取得两处及以上综合所得，合并后适用税率提高导致已预缴税额小于年度应纳税额等情形。

四、可享受的税前扣除

下列未申报扣除或未足额扣除的税前扣除项目，纳税人可在年度汇算期间办理扣除或补充扣除：

(一) 纳税人及其配偶、未成年子女在 2019 年度发生的，符合条件的大病医疗支出；

(二) 纳税人在 2019 年度未申报享受或未足额享受的子女教育、继续教育、住房贷款利息或住房租金、赡养老人专项附加扣除，以及减除费用、专项扣除、依法确定的其他扣除；

(三) 纳税人在 2019 年度发生的符合条件的捐赠支出。

五、办理时间

纳税人办理 2019 年度汇算的时间为 2020 年 3 月 1 日至 6 月 30 日。在中国境内无住所的纳税人在 2020 年 3 月 1 日前离境的，可以在离境前办理年度汇算。

六、办理方式

纳税人可自主选择下列办理方式：

(一) 自行办理年度汇算。

(二) 通过取得工资薪金或连续性取得劳务报酬所得的扣缴义务人代为办理。纳税人向扣缴义务人提出代办要求的，扣缴义务人应当代为办理，或者培训、辅导纳税人通过网上税务局(包括手机个人所得税 APP)完成年度汇算申报和退(补)税。由扣缴义务人代为办理的，纳税人应在 2020 年 4 月 30 日前与扣缴义务人进行书面确认，补充提供其 2019 年度在本单位以外取得的综合所得收入、相关扣除、享受税收优惠等信息资料，并对所提交信息的真实性、准确性、完整性负责。

(三) 委托涉税专业服务机构或其他单位及个人(以下称“受托人”)办理，受托人需与纳税人签订授权书。

扣缴义务人或受托人为纳税人办理年度汇算后,应当及时将办理情况告知纳税人。纳税人发现申报信息存在错误的,可以要求扣缴义务人或受托人办理更正申报,也可自行办理更正申报。

七、办理渠道

为便利纳税人,税务机关为纳税人提供高效、快捷的网络办税渠道。纳税人可优先通过网上税务局(包括手机个人所得税 APP)办理年度汇算,税务机关将按规定为纳税人提供申报表预填服务;不方便通过上述方式办理的,也可以通过邮寄方式或到办税服务厅办理。

选择邮寄申报的,纳税人需将申报表寄送至任职受雇单位(没有任职受雇单位的,为户籍或者经常居住地)所在省、自治区、直辖市、计划单列市税务局公告指定的税务机关。

八、申报信息及资料留存

纳税人办理年度汇算时,除向税务机关报送年度汇算申报表外,如需修改本人相关基础信息,新增享受扣除或者税收优惠的,还应按规定一并填报相关信息。填报的信息,纳税人需仔细核对,确保真实、准确、完整。

纳税人以及代办年度汇算的扣缴义务人,需将年度汇算申报表以及与纳税人综合所得收入、扣除、已缴税额或税收优惠等相关资料,自年度汇算期结束之日起留存 5 年。

九、接受年度汇算申报的税务机关

按照方便就近原则,纳税人自行办理或受托人为纳税人代为办理 2019 年度汇算的,向纳税人任职受雇单位所在地的主管税务机关申报;有两处及以上任职受雇单位的,可自主选择向其中一处单位所在地的主管税务机关申报。纳税人没有任职受雇单位的,向其户籍所在地或者经常居住地的主管税务机关申报。

扣缴义务人在年度汇算期内为纳税人办理年度汇算的,向扣缴义务人的主管税务机关申报。

十、年度汇算的退税、补税

纳税人申请年度汇算退税,应当提供其在中国境内开设的符合条件的银行账户。税务机关按规定审核后,按照国库管理有关规定,在本公告第九条确定的接受年度汇算申报的税务机关所在地(即汇算清缴地)就地办理税款退库。纳税人未提供本人有效银行账户,或者提供的信息资料有误的,税务机关将通知纳税人更正,纳税人按要求更正后依法办理退税。

为方便纳税人获取退税,纳税人 2019 年度综合所得收入额不超过 6 万元且已预缴个人所得税的,税务机关在网上税务局(包括手机个人所得税 APP)提供便捷退税功能,纳税人可以在 2020 年 3 月 1 日至 5 月 31 日期间,通过简易申报表办理年度汇算退税。

纳税人办理年度汇算补税的,可以通过网上银行、办税服务厅 POS 机刷卡、银行柜台、非银行支付机构等方式缴纳。

十一、年度汇算服务

税务机关推出系列优化服务措施,加强年度汇算的政策解读和操作辅导力度,分类编制办税指引,通俗解释政策口径、专业术语和操作流程,多渠道、多形式开展提示提醒服务,并通过手机个人所得税 APP、网页端、12366 纳税服务热线等渠道提供涉税咨询,帮助纳税人解决办理年度汇算中的疑难问题,积极回应纳税人诉求。

为合理有序引导纳税人办理年度汇算，避免出现扎堆拥堵，主管税务机关将分批分期通知提醒纳税人在确定的时间段内办理。纳税人如需提前或延后办理的，可与税务机关预约或通过网上税务局(包括手机个人所得税 APP)在法定年度汇算期内办理。对于因年长、行动不便等独立完成年度汇算存在特殊困难的，纳税人提出申请，税务机关可提供个性化年度汇算服务。

特此公告。

附件：个人所得税税率表(综合所得适用)

个人所得税税率表

(综合所得适用)

级数	全年应纳税所得额	税率 (%)	速算扣除数
1	不超过 36000 元的	3	0
2	超过 36000 元至 144000 元的	10	2520
3	超过 144000 元至 300000 元的	20	16920
4	超过 300000 元至 420000 元的	25	31920
5	超过 420000 元至 660000 元的	30	52920
6	超过 660000 元至 960000 元的	35	85920
7	超过 960000 元的	45	181920

国家税务总局

2019 年 12 月 31 日

关于《国家税务总局关于办理 2019 年度个人所得税综合所得汇算清缴事项的公告》的解读

为贯彻党中央、国务院个人所得税改革决策部署，落实国务院常务会议精神，切实维护纳税人合法权益，确保纳税人顺利完成新税制实施后首次个人所得税综合所得汇算清缴(以下简称“年度汇算”)，税务总局经过深入调研论证、借鉴国际通行做法，向社会公开征求意见并充分吸纳修改完善后，发布了《国家税务总局关于办理 2019 年度个人所得税综合所得汇算清缴事项的公告》(以下简称《公告》)。现解读如下：

一、什么是年度汇算？

2019 年 1 月 1 日，新修改的个人所得税法全面实施。这次个人所得税改革，

除提高“起征点”和增加六项专项附加扣除外，还在我国历史上首次建立了综合与分类相结合的个人所得税制。这样有利于平衡不同所得税负，更好发挥个人所得税收入分配调节作用。

综合税制，通俗讲就是“合并全年收入，按年计算税款”，与我国原先一直实行的分类税制相比，个人所得税的计算方法发生了改变，即将纳税人取得的工资薪金、劳务报酬、稿酬、特许权使用费四项所得合并为“综合所得”，以“年”为一个周期计算应该缴纳的个人所得税。平时取得这四项收入时，先由支付方（即扣缴义务人）依税法规定按月或者按次预扣预缴税款。年度终了，纳税人需要将上述四项所得的全年收入和可以扣除的费用进行汇总，收入额减去费用、扣除后，适用3%—45%的综合所得年度税率表，计算全年应纳税个人所得税，再减去年度内已经预缴的税款，向税务机关办理年度纳税申报并结清应退或应补税款，这个过程就是汇算清缴。简言之，就是在平时已预缴税款的基础上“查遗补漏，汇总收支，按年算账，多退少补”，这也是国际通行做法。

为便于公众理解，根据个人所得税法第二条和第十一条规定，《公告》第一条解释了年度汇算概念和内容。需要说明的是：

第一，我国个人所得税的纳税人分为居民个人和非居民个人，两者判定条件不同，所负有的纳税义务也不相同。《公告》第一条中所称“居民个人”，是指个人所得税法第一条规定的“在中国境内有住所，或者无住所而一个纳税年度内在中国境内居住累计满一百八十天的个人”。也就是说，只有居民个人，才需要办理年度汇算。

第二，年度汇算之所以称为“年度”，是指仅限于计算并结清纳税年度的应退或者应补税款，不涉及以前年度，也不涉及以后年度。因此，2020年纳税人办理年度汇算时仅需要汇总2019年度取得的综合所得。

第三，年度汇算的范围和内容，仅指此次个人所得税改革纳入综合所得范围的工资薪金、劳务报酬、稿酬、特许权使用费等四项所得；经营所得、利息股息红利所得、财产租赁所得、财产转让所得和偶然所得，依法均不纳入综合所得计税。同时，按照《财政部 税务总局关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》（财税〔2018〕164号）规定，纳税人取得的可以不并入综合所得计算纳税的收入，也不在年度汇算范围内，如选择单独计税的全年一次性奖金，解除劳动关系、提前退休、内部退养取得的一次性补偿收入，等等。需要补充说明的是，纳税人若在2019年取得全年一次性奖金时是单独计算纳税的，年度汇算时也可选择并入综合所得计算纳税。

二、为什么要做年度汇算？

一方面，年度汇算可以更加精准、全面落实各项税前扣除和税收优惠政策，更好保障纳税人的权益。比如，有的纳税人由于工作繁忙，可享受的税前扣除项目在平时没来得及申报享受；还有一些扣除项目，比如专项附加扣除中的大病医疗支出，只有年度结束，才能确切地知道支出金额是多少，这些扣除都可以通过年度汇算来补充享受办理。为此，《公告》专门在第四条，分三类情形列出了年度汇算期间可以享受的税前扣除项目，既有平时可以扣除但纳税人未来得及申报扣除或没有足额扣除的，也有在年度汇算期间办理的扣除，提醒纳税人“查遗补漏”，充分享受改革红利。

另一方面，通过年度汇算，准确计算纳税人综合所得全年应该缴纳的个人所得税，如果预缴税额大于全年应纳税额，就要退还给纳税人。税法规定，纳税人

平时取得综合所得时，仍需要依照一定的规则，先按月或按次计算并预扣预缴税款，这几乎是世界上所有开征个人所得税国家的普遍做法。但由于实践中的情形十分复杂，因此无论采取怎样的预扣预缴方法，都不可能使所有的纳税人平时已预缴税额与年度应纳税额完全一致，此时两者之间就会产生“差额”。比如：年度中间，纳税人取得综合所得的收入波动过大或时断时续，在收入较高或有收入的月份按规定预缴了税款，但全年综合所得的收入额总计还不到6万元，减去全年基本减除费用6万元后，按年计算则无需缴纳个人所得税。这时，平时已预缴税款就需要通过年度汇算退还纳税人。

三、哪些人不需要办理年度汇算？

一般来讲，只要纳税人平时已预缴税额与年度应纳税额不一致，都需要办理年度汇算。为切实减轻纳税人负担，持续释放改革红利，国务院专门明确对部分需补税的中低收入纳税人免除年度汇算义务，财政部、税务总局据此制发了《关于个人所得税综合所得汇算清缴涉及有关政策问题的公告》（2019年第94号，以下简称“94号财税公告”），细化明确了免于办理年度汇算的情形。《公告》第二条则根据这些规定，列明了无需办理2019年度汇算的纳税人：

一类是对部分本来应当办理年度汇算且需要补税的纳税人，免除其办理的义务。包括：《公告》第二条第一项所列的，纳税人只要综合所得年收入不超过12万元，则不论补税金额多少，均不需办理年度汇算；《公告》第二条第二项所列的，纳税人只要补税金额不超过400元，则不论综合所得年收入的高低，均不需办理年度汇算。需要说明的是，依据94号财税公告，纳税人取得综合所得时存在扣缴义务人未依法预扣预缴税款的情形，不包括在免于办理情形范围内。

第二类是《公告》第二条第三项规定的“已预缴税额与年度应纳税额一致或者不申请年度汇算退税的”纳税人。也就是说，如果纳税人平时已预缴税额与年度应纳税额完全一致，既不需要退税也不需要补税，也就无需办理年度汇算。如果纳税人自愿放弃退税，也无需办理年度汇算。

如果纳税人不太清楚记得自己全年收入到底有多少，或者不知晓怎样才能算出自己应该补税还是退税，具体补多少或者退多少，确定不了是否符合免于办理的条件，可以采取以下途径予以解决：一是纳税人可以向扣缴单位提出要求，按照税法规定，单位有责任将已发放的收入和已预缴税额等情况告诉纳税人；二是纳税人可以登录网上税务局（包括手机个人所得税APP），查询本人2019年度的收入和纳税申报明细记录；三是办理年度汇算时，税务机关将通过网上税务局，根据一定规则为纳税人提供申报表预填服务，如果纳税人对预填信息没有异议，系统就会自动计算出应补或应退税款，纳税人就可以知道自己是否符合豁免政策要求了。

四、哪些人需要办理年度汇算？

依据税法和国务院常务会议精神，《公告》第三条明确了需要办理2019年度汇算的情形，分为退税、补税两类。

一类是预缴税额高于应纳税额，需要申请退税的纳税人。依法申请退税是纳税人的权利。从充分保障纳税人权益的角度出发，只要纳税人因为平时扣除不足或未申报扣除等原因导致多预缴了税款，无论收入高低，无论退税额多少，纳税人都可以申请退税。实践中有一些比较典型的情形，将产生或者可能产生退税，主要如下：

1.2019年度综合所得年收入额不足6万元，但平时预缴过个人所得税的；

例：某纳税人1月领取工资1万元、个人缴付“三险一金”2000元，假设

没有专项附加扣除,预缴个税 90 元;其他月份每月工资 4000 元,无须预缴个税。全年看,因纳税人年收入额不足 6 万元无须缴税,因此预缴的 90 元税款可以申请退还。

2.2019 年度有符合享受条件的专项附加扣除,但预缴税款时没有申报扣除的;

例:某纳税人每月工资 1 万元、个人缴付“三险一金”2000 元,有两个上小学的孩子,按规定可以每月享受 2000 元(全年 24000 元)的子女教育专项附加扣除。但因其在预缴环节未填报,使得计算个税时未减除子女教育专项附加扣除,全年预缴个税 1080 元。其在年度汇算时填报了相关信息后可补充扣除 24000 元,扣除后全年应纳税 360 元,按规定其可以申请退税 720 元。

3.因年中就业、退职或者部分月份没有收入等原因,减除费用 6 万元、“三险一金”等专项扣除、子女教育等专项附加扣除、企业(职业)年金以及商业健康保险、税收递延型养老保险等扣除不充分的;

例:某纳税人于 2019 年 8 月底退休,退休前每月工资 1 万元、个人缴付“三险一金”2000 元,退休后领取基本养老金。假设没有专项附加扣除,1-8 月预缴个税 720 元;后 4 个月基本养老金按规定免征个税。全年看,该纳税人仅扣除了 4 万元减除费用(8×5000 元/月),未充分扣除 6 万元减除费用。年度汇算足额扣除后,该纳税人可申请退税 600 元。

4.没有任职受雇单位,仅取得劳务报酬、稿酬、特许权使用费所得,需要通过年度汇算办理各种税前扣除的;

5.纳税人取得劳务报酬、稿酬、特许权使用费所得,年度中间适用的预扣率高于全年综合所得年适用税率的;

例:某纳税人每月固定一处取得劳务报酬 1 万元,适用 20%预扣率后预缴个税 1600 元,全年 19200 元;全年算账,全年劳务报酬 12 万元,减除 6 万元费用(不考虑其他扣除)后,适用 3%的综合所得税率,全年应纳税款 1080 元。因此,可申请 18120 元退税。

6.预缴税款时,未申报享受或者未足额享受综合所得税收优惠的,如残疾人减征个人所得税优惠等;

7.有符合条件的公益慈善事业捐赠支出,但预缴税款时未办理扣除的等等。

另一类是预缴税额小于应纳税额,应当补税的纳税人。依法补税是纳税人的义务。从有利于纳税人的角度出发,国务院对 2019 年度汇算补税作出了例外性规定,即只有综合所得年收入超过 12 万元且年度汇算补税金额在 400 元以上的纳税人,才需要办理年度汇算并补税。有一些常见情形,将导致年度汇算时需要或可能需要补税,主要如下:

1.在两个以上单位任职受雇并领取工资薪金,预缴税款时重复扣除了基本减除费用(5000 元/月);

2.除工资薪金外,纳税人还有劳务报酬、稿酬、特许权使用费所得,各项综合所得的收入加总后,导致适用综合所得年税率高于预扣率等。

五、纳税人应在什么时间办理年度汇算?

依据税法规定,《公告》第五条明确了纳税人办理 2019 年度汇算的时间为 2020 年 3 月 1 日至 6 月 30 日。其中,在中国境内无住所的纳税人如果在 2020 年 3 月 1 日前离境的,可以在离境前办理年度汇算。

六、纳税人可自主选择哪些办理方式?

《公告》第六条明确了办理年度汇算的三种方式:自己办、单位办、请人办。

一是自己办,即纳税人自行办理。纳税人可以自行办理年度汇算。税务机关

将推出系列优化服务措施，加强年度汇算的政策解读和操作辅导力度，分类编制办税指引，通俗解释政策口径、专业术语和操作流程，通过手机个人所得税 APP、网页端、12366 纳税服务热线等渠道提供涉税咨询，解决办理年度汇算中的疑难问题，帮助纳税人顺利完成年度汇算。对于因年长、行动不便等独立完成年度汇算存在特殊困难的，纳税人提出申请，税务机关还可以提供个性化年度汇算服务。

二是单位办，即请任职受雇单位办理。考虑到多数纳税人主要从一个单位领取收入，单位对纳税人的涉税信息掌握的比较全面、准确，为更好地帮助纳税人办理年度汇算，《公告》第六条第二项规定，纳税人可以通过取得工资薪金或连续性取得劳务报酬所得（指保险营销员或证券经纪人）的扣缴义务人代为办理。如纳税人向这些扣缴义务人提出代办要求的，扣缴义务人应当办理，或者培训、辅导纳税人通过网上税务局自行完成年度汇算申报和退（补）税。这样有利于继续发挥源泉扣缴的传统优势，尽最大努力降低纳税人办税难度和负担。同时，税务机关将为扣缴单位提供申报软件，方便扣缴义务人为本单位职工集中办理年度汇算。

需要注意的是，纳税人选择由扣缴义务人代办年度汇算的，需在 2020 年 4 月 30 日前与扣缴义务人进行书面确认，同时将除本单位以外的 2019 年度全部综合所得收入、扣除、享受税收优惠等信息资料如实提供给扣缴义务人，并对真实性、准确性、完整性负责。

三是请人办，即委托涉税专业服务机构或其他单位及个人办理。纳税人可根据自己的情况和条件，自主委托涉税专业服务机构或其他单位、个人（以下称“受托人”）办理年度汇算。选择这种方式，受托人需与纳税人签订委托授权书，明确双方的权利、责任和义务。

需要提醒的是，扣缴义务人或者受托人为纳税人办理年度汇算后，应当及时将办理情况告知纳税人。纳税人如果发现申报信息存在错误，可以要求其办理更正申报，也可以自行办理更正申报。

七、纳税人可通过什么渠道办理年度汇算？

《公告》第七条明确了办理年度汇算的渠道。为方便纳税人，税务机关提供了高效、快捷的网络办税渠道，纳税人可通过网上税务局办理年度汇算，税务机关还将按一定规则给纳税人提供申报表预填服务，因此建议纳税人优先选择使用网络渠道办理。如果纳税人不方便使用网络，也可以通过邮寄方式或者到办税服务厅办理。

选择邮寄申报的，各省（区、市）将指定专门受理邮寄申报的税务机关并向社会公告。纳税人如选择邮寄申报的，需根据自己实际情况，将申报表寄送至相应地址：有任职受雇单位的，需将申报表寄送至任职受雇单位所在省（区、市）税务局公告指定的税务机关；没有任职受雇单位的，寄送至户籍或者经常居住地所在省（区、市）税务局公告指定的税务机关。同时，为避免因信息填报有误或寄送地址不清而带来不必要的麻烦，纳税人应清晰、真实、准确填写本人的相关信息，尤其是姓名、纳税人识别号、有效联系方式等关键信息。为提高辨识度，寄送的申报表，建议使用电脑填报并打印、签字。

八、纳税人办理年度汇算需要提交什么资料，保存多久？

为减轻纳税人负担，《公告》第八条明确了纳税人办理年度汇算，一般只需报送年度汇算申报表。如果修改本人相关基础信息、新增享受扣除或者税收优惠，才需一并报送修改或新增的相关信息。纳税人需仔细核对填报的信息，确保真实、准确、完整。

为便于后续服务和管理，纳税人及代办的扣缴义务人需将办理 2019 年度汇算的相关资料，自年度汇算期结束之日起留存 5 年（即至 2025 年 6 月 30 日）。

九、纳税人向哪里的税务机关申报办理年度汇算？

按照方便就近的原则，《公告》第九条明确了接受年度汇算申报的税务机关。需要说明的是，这里的税务机关，是指接受纳税人提交的年度汇算申报并负责处理年度汇算相关事宜的税务机关，比如对纳税人提交的申报表进行必要的审核，给纳税人办理退税等等，并非等同于年度汇算“物理上的办理地点”。比如，纳税人若通过网络远程办理年度汇算，则可以不受物理空间的限制，在办公室、家里、旅途中都可以办理，但要在信息系统的提示帮助下，按照《公告》第九条的规定，在办税软件中正确选择税务机关并向其提交年度汇算申报，以便税务机关更好提供服务并处理后续相关事宜。当然，在网络办理不方便的情况下，纳税人也可以前往《公告》第九条规定的税务机关办理，此时，《公告》第九条规定的税务机关就是纳税人办理年度汇算的“实际地点”了。

负责接受纳税人年度汇算申报的税务机关，主要分为两种情形：

一是纳税人自行办理或受托人为纳税人代为办理年度汇算。（1）居民个人有任职受雇单位的，向其任职受雇单位所在地主管税务机关申报；有两处及以上任职受雇单位的，选择向其中一处单位所在地主管税务机关申报。（2）居民个人没有任职受雇单位的，向其户籍所在地或者经常居住地主管税务机关申报。居民个人已在中国境内申领居住证的，以居住证登载的居住地住址为经常居住地；没有申领居住证的，以当前实际居住地址为经常居住地。主要考虑是，上述判断标准清晰确定，且能在没有网络的情况下，最大程度上为纳税人提供就近办税的便利，而采用居住证的确定原则，还便于同纳税人享受基本公共服务等事项相衔接，有利于包括税务机关在内的政府各部门共同为纳税人提供便捷、高效的政务服务。

二是若由扣缴义务人在年度汇算期内为纳税人办理年度汇算，则可向扣缴义务人的主管税务机关申报。

十、纳税人如何办理年度汇算退税、补税？

《公告》第十条明确了纳税人获取退税、办理补税的方式和渠道。如果年度汇算后有应退税额，则纳税人可以申请退税。只要纳税人在申报表的相应栏次勾选“申请退税”，即完成了申请提交。税务机关按规定履行必要的审核程序后即可为纳税人办理退税，退税款直达个人银行账户。特别需要注意的是，为避免税款不能及时、准确退付，纳税人一定要准确填写身份信息资料 and 在中国境内开设的符合条件的银行账户。

其中，对 2019 年度综合所得年收入额不足 6 万元，但因月度间工资薪金收入不均衡，或者取得劳务报酬、稿酬、特许权使用费所得，偶发性被预扣预缴了个人所得税的纳税人，税务机关将推送服务提示、预填简易申报表，纳税人只需确认已预缴税额、填写本人银行账户信息，即可通过网络实现快捷申请退税。同时，为让纳税人方便获取退税，建议这部分纳税人在 3 月 1 日至 5 月 31 日期间，通过简易方式办理退税。

纳税人办理年度汇算需要补税的，税务机关提供了多种便捷渠道，纳税人可以通过网上银行、办税服务厅 POS 机刷卡、银行柜台、非银行支付机构（即第三方支付）等方式缴纳应补税款。

最后需要说明的是，税务机关后续将会推出一系列的办税指引，通俗解释有关政策口径、专业术语和操作流程，并通过广播、电视、报刊、网络、公益广告、网上税务局、12366 纳税服务热线等渠道，不断加大年度汇算的政策解读和操作

辅导力度，帮助有需要的纳税人顺利完成年度汇算。

同时，为帮助纳税人高效便捷、合理有序地完成年度汇算，避免出现扎堆拥堵，税务机关将通过一定方式分批分期通知提醒纳税人在确定的时间段内错峰办理。如纳税人因工作繁忙等原因确不方便在此时间段内办理的，可在法定年度汇算期内，与税务机关预约或通过网上税务局办理。

四、人社部、国家卫健委：尘肺病重点行业职工将全面纳入工伤保险

来源：新浪网

摘要：近日，人社部、卫健委公布《关于做好尘肺病重点行业工伤保险有关工作的通知》（下称《通知》）。《通知》从“开展尘肺病重点行业工伤预防专项行动”、“进一步提升尘肺病工伤职工待遇保障能力和水平”等5个方面对尘肺病重点行业工伤保险有关工作提出要求。

Abstract: *Notice on Work-related Injury Insurance in Key Industries prone to Pneumoconiosis* (hereinafter referred to as *Notice*) has been recently issued by Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China (MOHRSS) and National Health Commission of the People's Republic of China. *Notice* sets forth requirements for work-related injury insurance in key industries prone to pneumoconiosis from the following 5 aspects, including: "To carry out special work-related injury prevention actions in key industries prone to pneumoconiosis" and "To further enhance the ability and level of protection for treatment of pneumoconiosis injured workers" and so on.

尘肺病是我国目前最为严重的职业病，人社部和国家卫健委日前联合发布《关于做好尘肺病重点行业工伤保险有关工作的通知》（简称《通知》），要求开展尘肺病重点行业工伤保险扩面专项行动，尘肺病重点行业职工将全面纳入工伤保险。《通知》称，自2020年开始，依据卫生健康系统粉尘危害基础数据库信息，在煤矿、非煤矿山、冶金、建材等尘肺病重点行业，开展为期三年的工伤保险扩面专项行动，原则上做到应保尽保。

《通知》要求，各地人力资源社会保障部门要根据卫生健康部门粉尘危害基础数据库信息数据情况，有针对性地制定扩面专项行动工作计划，加大扩面工作实施力度，将尘肺病重点行业职工依法纳入工伤保险保障范围。

同时，各地要将相关尘肺病重点行业列入本地区的年度工伤预防重点领域，合理确定本地区涉及尘肺病重点企业工伤预防项目，并切实做好项目的组织实施、绩效评估和验收等工作。

在诊断方面，两部门提出，各地要全面落实职业病防治法和《工伤保险条例》等法律法规的规定，做好职业性尘肺病人诊断和相关待遇保障工作。职业病诊断机构应严格依据相关法律法规和规章规定，对符合职业性尘肺病相关诊断标准的，及时作出职业性尘肺病诊断。

对已诊断且明确参加了工伤保险的职业性尘肺病工伤职工，社会保险经办机构要按规定及时支付工伤保险待遇。要加强尘肺病工伤职工的医疗救治工作，切实将工伤保险药品目录中尘肺病用药充分用于尘肺病工伤职工的治疗，及时将符合工伤医疗诊疗规范的尘肺病治疗技术和手段纳入工伤保险基金支付范围。

尘肺病，是由于在职业活动中长期吸入生产性粉尘，并在肺内滞留而引起的以肺组织弥漫性纤维化（瘢痕）为主的全身性疾病，目前没有有效的治疗手段。

目前，我国《职业病分类和目录》涉及到十大类132种职业病。此前在2019

年5月13日国新办举行政策吹风会上，国家卫健委副主任李斌曾表示，尘肺病是我国目前最为严重的职业病，约占全部报告病例总数的90%。国家卫健委数据显示截至去年底，我国累计报告职业病97.5万例，其中，职业性尘肺病87.3万例。

而据长期致力于尘肺病救助的公益组织“大爱清尘”的调研数据显示，全国大约有600万尘肺病患者。其中，大部分人由于未与企业签劳动合同、没有工伤保险，难以诊断为职业病，缺失有效的医疗和社会保障。

2016年，国家十部委联合印发《关于印发加强农民工尘肺病防治工作的意见的通知》，第一次在国家层面提到“尘肺病农民工”的概念，并明确“将符合条件的尘肺病农民工纳入大病保险和城乡医疗救助体系”。2019年7月18日印发的《尘肺病防治攻坚行动方案》则进一步规定，对诊断为尘肺病的患者实施分类救治救助。

五、人社部、国家医保局发布《香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法》

来源：人社部网站

摘要：近日，人力资源社会保障部、国家医保局最新公布了《香港澳门台湾居民在内地(大陆)参加社会保险暂行办法》。2020年1月1日起，在内地(大陆)就业、居住和就读的港澳台居民将拥有社保卡，与内地(大陆)居民一样，依法参加社会保险和享受社会保险待遇的合法权益。

Abstract: Recently, *Interim Measures for Residents of Hong Kong, Macao and Taiwan to Participate in Social Insurance in Mainland China* were newly promulgated by the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China (MOHRSS) and National Healthcare Security Administration of The People's Republic of China. From January 1, 2020, Hong Kong, Macao and Taiwan residents who work, live and study in the mainland (mainland) will have social security cards. Like mainland (mainland) residents, they have the legitimate rights and interests to participate in social insurance and enjoy social insurance benefits according to law.

《暂行办法》共十五条。主要内容包括：一是适用人员范围。《暂行办法》将在内地（大陆）就业和在内地（大陆）居住未就业的两类港澳台人员纳入适用范围。二是适用险种范围。《暂行办法》规定，在内地（大陆）就业的港澳台居民应当参加五项基本社会保险。在内地（大陆）居住未就业港澳台居民，可以在居住地按规定参加城乡居民基本养老保险和医疗保险。三是待遇享受。《暂行办法》明确，参加社会保险的港澳台居民，依法享受社会保险待遇。四是经办程序。

《暂行办法》明确，港澳台居民办理社会保险的各项业务流程与内地（大陆）居民一致。五是双重缴费问题。《暂行办法》规定，已在香港、澳门、台湾参加当地相关社会保险，并继续保留社会保险关系的港澳台居民，可持相关授权机构出具的证明，不在内地（大陆）参加养老保险和失业保险。六是政策衔接。《暂行办法》规定，内地（大陆）与香港、澳门、台湾有关机构就社会保险事宜作出具体安排的，按照相关规定办理。

下一步，人力资源社会保障部、国家医疗保障局将做好《暂行办法》的宣传解释工作，积极稳妥贯彻实施，提高经办服务水平，保障政策发挥积极效应，实实在在造福港澳台居民。

六、法国政府公布退休制度改革方案 各大工会表示反对

来源：中国金融信息网

摘要：近日，法国总理菲利普公布了备受关注的退休制度改革草案，计划将法国各行业的 42 种退休制度逐步合并成一个统一方案，以实现社会公平。但法国各工会纷纷表示强烈反对改革方案，号召发起更大规模的罢工运动。

Abstract: Recently, Edouard Philippe, French Prime Minister announced a much-watched draft reform of the retirement system, which plans to gradually merge 42 retirement systems in various sectors in France into a unified plan to achieve social equity. However, French trade unions have expressed strong opposition to the reform plan and called for a larger strike movement.

菲利普当天在法国经济、社会和环境委员会会议上宣布了政府的改革方案。该草案将于 2020 年 1 月 22 日在内阁部长会议上正式提出，随后于 2 月底提交议会讨论，通过后于 2025 年起正式实施。

这一改革方案包括实施统一的积分制退休制度，逐步取消现行特殊机构的退休福利。该方案维持法定退休年龄为 62 岁，但是从 2027 年起将 64 岁设立为“基准年龄”，人们如果推迟退休则领取的退休金相应增加。

菲利普表示，政府改革目的是实现社会公平，该方案尽可能保护不同社会阶层的利益，比如对失业和生病者给予补偿积分；将最低退休金从每月 970 欧元提高到 1000 欧元；警察、消防员等危险职业保留特殊退休福利等。

法国雇主协会对政府的改革方案表示欢迎。该组织主席贝济厄说，改革方案体现了“很好的平衡”。

菲利普同时呼吁工会停止罢工行动，并表示谈判的大门始终敞开，社会各界应团结起来，通过协商解决问题。

法国全国各大工会都对改革方案表示强烈反对。法国工人民主联合会负责人贝尔热对媒体表示，政府设定“基准年龄”实为推迟退休年龄，“触碰了红线”。他认为方案对艰苦工作的保障远远不够，最低退休金的提高幅度太小。法国各大工会纷纷号召 12 日和 17 日在全国开展更大规模的罢工活动，迫使政府取消“基准年龄”，就退休改革方案重新谈判。

继 12 月 5 日 80 多万人罢工游行后，法国 12 月 9 日开始新一轮反对政府改革退休制度的全国大罢工。罢工造成巴黎等多个城市交通瘫痪，全国陷入严重的社会危机。

七、美国会预算办公室预计提高最低工资或致 400 万人失业

来源：新浪财经网

摘要：近日，美国无党派国会预算办公室（CBO）发布了其对美国众议院 7 月通过的《提高工资法案》的评估报告，预计如果该法案最终成为法律，并按计划在 2026 年将美国员工的最低工资提高至每小时 15 美元，将会导致至多 400 万人失业，100 万人跌至贫困线以下。

Abstract: Recently, the nonpartisan Congressional Budget Office (CBO) released its evaluation report on the *Wage Increase Act* passed by the U.S. House of Representatives in July. It is estimated that if the ACT is passed and eventually becomes law and is implemented as planned, raising the minimum wage of US employees to US\$ 15 per hour in 2026 will result in up to 4 million unemployed and 1

million people falling below the poverty line.

CBO 表示，尽管该法案确实会增加“那些保住工作的低工资工人的收入”，但也会增加贫困人口数量，因为这会导致很多人失业，并使很多人失去领取根据收入调查结果提供的政府补贴的资格，并且将成本强加给很多小雇主。

根据这一法案，美国联邦最低工资将从现在的每小时 7.25 美元提高到 2026 年的每小时 15 美元。这一增长将每隔一年按规定的步骤进行。一旦达到了每小时 15 美元，最低工资将与所有工人的工资中位数同步上升。

从积极方面来看，CBO 预计那些保住工作的人将会看到他们的工资上升。但分析人士也发现了负面影响。

CBO 估计，该法案最多将导致 400 万人失业，最保守的预期是 100 万人失业。这一影响再加上最低工资工人的福利损失，以及必须承担额外成本的小雇主损失的收入，CBO 估计该法案将使美国家庭的真实收入减少约 80 亿美元，并将 100 万人推动贫困线以下。

毫无疑问，这样一项法律所增加的雇佣成本会促使一些雇主关闭他们的大门，从而结束所有雇员的就业，或改变他们的经营方式，以减少员工数量。

如今，去参观任何一家麦当劳，特别是在那些最低工资较高的州，都能很好地说明这种情况是如何发生的。这些快餐店并没有雇佣最低工资的人来接受顾客的订单，而是开始采用自动点餐机和手机 App 等技术，让顾客们自己就能完成他们的订单。

他们已经取消了几个最低工资岗位。虽然现在还没有做到让机器人制作汉堡或把食物送给柜台等候的顾客，但随着最低工资法案的实施，这一天可能很快就会到来。

这只是一个例证，说明工人的相对成本越高，那么这种节省工资的解决方案将在所有企业中倍增，从而降低成本，并且使很多人失去工作。

八、上海：人身损害赔偿标准城乡统一试点

来源：新民晚报

摘要：近日，根据最高人民法院授权，上海市高级人民法院（以下简称上海高院）结合审判实际，制定并下发了《上海市高级人民法院关于开展人身损害赔偿标准城乡统一试点工作的实施意见》（以下简称《实施意见》），明确 2020 年 1 月 1 日以后发生的因侵权行为所引发的人身损害赔偿案件，当事人不会再因城乡身份差异而导致赔偿金额不同，赔偿标准城乡差异将成为历史。

Abstract: Recently, according to the authorization of the Supreme People's Court, the Shanghai Higher People's Court (hereinafter referred to as the Shanghai High Court) formulated and issued *Opinions of Shanghai Higher People's Court on Implementing the Pilot Work of Urban-Rural Unification of Personal Injury Compensation Standards* (hereinafter referred to as the *Opinions*) in combination with the actual trials. It is clear that from January 1, 2020, in any case of compensation for personal injury caused by infringement, the parties will no longer have different compensation amounts due to differences in their urban and rural identities, and the differences in compensation standards between urban and rural areas will also be terminated immediately.

值得注意的是，此次上海高院制定的《实施意见》在全国首次提出——对超过确定的残疾赔偿金年限的新案件适用新的城乡统一标准。

人身损害赔偿案中 农村标准案件仅 5-10%

2019年4月15日，中共中央、国务院公布《关于建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系的意见》，明确提出“统筹城乡社会救助体系”“改革人身损害赔偿制度，统一城乡居民赔偿标准”的要求。

10月初，上海高院正式启动实施意见的起草工作。

据悉，在上海全市法院近年来受理的人身损害赔偿案件中，以农村标准判决的案件占比仅为5%至10%，数量不大，因此，上海具备全市统一赔偿标准的条件。

为全面、妥善地制定实施意见，上海高院多次召开调研会，听取全市三级法院法官代表、检察官代表、律师代表的意见，并就统计口径向市政府相关部门进行了咨询。

“在前期调研时，对适用何种标准统一试点，我们专门与相关统计部门进行了沟通。”上海高院民事审判庭庭长殷勇磊告诉记者，自2015年起，统计部门按照国家城乡一体化的要求，统计上海市居民人均可支配收入和上海市居民人均消费支出的数据，该数据改变以往的统计方式和统计抽样，以上海全市所有居民（包括城镇和农村）为基数进行抽样，而不再是单一的城镇标准和农村标准之分。“从抽样标准来看，选用上海市居民标准更符合城乡一体化的要求。”

初稿形成后，上海高院再次征求全市法院、高院相关庭室以及保险同业公会意见和建议，最终形成《实施意见》。

以侵权行为发生时为标准 明年起发生的适用

记者看到，此次制定的《实施意见》共有三大内容，分别为适用范围、适用标准以及适用时间。

首先，适用范围体现了“两个所有”的特点，即城乡统一标准在上海所有法院受理的所有人身损害赔偿纠纷案件中适用，包括民事案件、刑事附带民事案件、海事案件。

其次，适用标准选用“上海市居民标准”，即案件中的残疾赔偿金、死亡赔偿金按照政府统计部门公布的上一年度上海市居民人均可支配收入计算。被扶养人生活费按照政府统计部门公布的上一年度上海市居民人均消费支出计算，并计入残疾赔偿金和死亡赔偿金。

最后，适用时间以“侵权行为发生时”为标准，而不是以“未生效案件”或“立案时间”作为标准。《实施意见》规定，2020年1月1日起发生的侵权行为所引发的人身损害赔偿纠纷案件适用该意见。

“上海这次采用的居民标准介于城镇标准与农村标准之间。”殷勇磊解释，上海地区城镇标准与居民标准差距较小，采用居民标准对原应适用城镇标准的当事人影响不大，但是相比农村标准却要提高了一倍多。并且随着社会不断发展，城镇化程度不断提高，居民标准与城镇标准差距将会越来越小。

对于以“侵权行为发生时”为界，殷勇磊介绍：“主要是考虑到这是一个相对客观的时间节点，不会因为当事人主观意志而改变，也不会因当事人诉讼能力有差异而导致新的不公平。”

据悉，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国侵权责任法〉若干问题的通知》中，也同样采用以侵权行为发生时作为是否适用新法的标准。

细之又细的“上海方案”

在2004年5月1日施行的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中，残疾赔偿金根据受害人丧失劳动能力程度或者伤残等级，按照受诉法院所在地上一年度城镇居民人均可支配收入或者农村居民人均纯收入标准，自定残之日起按20年计算。但60周岁以上的，年龄每增加1岁减少1年；75周岁以上的，按5年计算。

那么，超过残疾赔偿金给付年限的，当事人如果仍然健在，其是否可以继续要求赔付？赔付标准是否仍然按照城乡身份区分？

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的规定，超过残疾赔偿金给付年限的，当事人可以另行起诉要求继续赔付。规定明确，超过确定的护理期限、辅助器具费给付年限或者残疾赔偿金给付年限，赔偿权利人可以向人民法院起诉请求继续给付护理费、辅助器具费或者残疾赔偿金。

赔偿权利人确需继续护理、配制辅助器具或者没有劳动能力和生活来源的，人民法院应当判令赔偿义务人继续给付相关费用五至十年。

“另行起诉也就意味着当事人起诉了一个新案件，考虑到此类案件时间跨度较大，案件体量比较小，《实施意见》明确规定，当事人再行起诉时，按新的城乡统一标准进行赔付。”殷勇磊说。

法规名称：《最高人民法院行政审判庭会议纪要（七）》

Regulation: *Minutes of the Administrative Division of the Supreme People's Court (7)*

公布部门：会议纪要（七）

Publication: Minutes (7)

公布日期：2019年12月

Date of publication: December 2019

施行日期：2019年12月

Date of implementation: December 2019



概要：为统一行政案件裁判标准，避免司法实践中类案不同判的现象，日前，最高人民法院行政审判庭发布了8个行政法官专业会议纪要，其中《会议纪要（七）》（以下简称“《纪要七》”）明确了工伤保险领域相关案件裁判标准。

Abstract: In order to unify the judgment standards for administrative cases and avoid the phenomenon of different judgments for similar cases in judicial practice, the administrative division of the supreme people's court recently issued eight minutes of professional meetings of administrative judges, of which Minutes of meetings (7) (hereinafter referred to as Minutes 7) clearly defines the judgment standards for relevant cases in the industrial injury insurance.

要点:

Highlights:

1、《纪要七》在第三人民事侵权赔偿与工伤保险待遇的关系方面的规定

Minutes 7 provisions on the relationship between third people's tort compensation and industrial injury insurance treatment

《纪要七》第5条的规定实质上是对受害人在民事侵权赔偿与工伤保险待遇竞合情形下能否获得双重赔偿的问题再次进行了明确。实际上，最高人民法院在《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条、《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（[2006]行他字第12号）等文件中都明确了除医疗费用外，第三人民事侵权赔偿与工伤保险待遇可以兼得；本次《纪要七》重申了此意见。

Article 5 in *Minutes 7* essentially clarifies the issue of whether the victim can obtain Double Indemnity when civil tort compensation and industrial injury insurance benefits are concurrent. In fact, the Supreme People's Court has made it clear in Article 8 of the *Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning Trial of Administrative Cases of Industrial Injury Insurance* and the *Reply of the Supreme People's Court on Whether Employees or Their Relatives with Work-related Injury Caused by a Third Person Can Get Work-related Injury Insurance Compensation after Obtaining Civil Compensation* ([2006] H.T.Zi. No.12) and other documents that in addition to medical expenses, compensation for infringement of the third party's rights and treatment for industrial injury insurance can be obtained concurrently. The *Minutes 7* reiterated this opinion.

《纪要七》公布前，各地区司法实践中，多数地区执行最高院的意见，但也有地区持第三人民事侵权赔偿与工伤保险待遇只能享受之一的意见，如天津地区，2019年11月1日开始施行的《天津市工伤保险若干规定》(以下简称《规定》)第35条规定“由于第三人的原因造成工伤，第三人应当承担的人身损害赔偿(不含精神损害赔偿)总额低于工伤保险待遇的，由工伤保险基金补足差额部分”，意即从高享受之一待遇。

Before the publication of *Minutes 7*, in judicial practice in all regions, most regions implemented the opinions of the Supreme Court, but some regions also held the opinion that the third party can only enjoy one of tort compensation and industrial injury insurance benefits such as Tianjin. Article 35 of the *Provisions of Tianjin Municipality on Industrial Injury Insurance* (hereinafter referred to as the *Provisions*), which came into effect on November 1, 2019, stipulates that "if the total amount of personal injury compensation (excluding mental injury compensation) to be borne by the third party is lower than the treatment of industrial injury insurance, the difference shall be made up by the industrial injury insurance fund", which means that the third party shall enjoy one of the treatments in accordance with the higher level.

详见《纪要七》第 5 条规定。

See Article 5 of *Minutes 7* for details.

2、《纪要七》在企业补缴社会保险费 2 年查处时效方面的规定

2. *Minutes 7* provisions on the 2-year time limit for enterprises to pay back social insurance premium

2017 年《人力资源社会保障部对十二届全国人大五次会议第 5063 号建议的答复》(人社建字〔2017〕105 号)文件中曾主张追索社保欠缴、少缴不受时效的限制;《劳动保障监察条例》虽然没有进行相关内容的修订,但最高法现又针对此问题正式发文,实际效果应该是实操中社保问题两年时效不再适用。

In 2017, the *Reply of the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China to Recommendation 5063 of the Fifth Session of the 12th National People's Congress* (R.S.J.Zi. [2017] No.105) claimed that recourse for unpaid social security and insufficient payment are not subject to limitation of time. Although *Regulations on Supervision of Labor Security* has not revised the relevant contents, the Supreme Law has now officially issued a document on this issue. The actual effect should be that the two-year limitation period for social security in practical operation is no longer applicable.

详见《纪要七》第 6 条规定。

See Article 6 of *Minutes 7* for details.

新法规链接：

会议纪要（七）

（工伤保险领域）

1. 违法发包、转包、分包或者挂靠情形下的工伤认定

生效裁判或者仲裁裁决确认违法发包、转包、分包或者挂靠情形下的工伤职工与具备用工主体资格的单位之间不存在劳动关系，但工伤职工具有《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条规定的情形，且其工伤认定申请符合《工伤保险条例》有关工伤认定条件的，人民法院应予支持。

2. 职工在工作时间和工作岗位突发疾病视同工伤的认定

职工在工作时间和工作岗位突发疾病，因正当理由未及时送医疗机构抢救，但在离开工作岗位 48 小时内死亡，或者送医后因医疗机构误诊在离开医疗机构 48 小时内死亡，有证据证明职工死亡确属上述突发疾病所致，工伤认定申请人请求依据《工伤保险条例》第十五条第一项认定视同工伤，社会保险行政部门予以认定的，人民法院应予支持。

3. 公安交管部门未出具交通事故责任认定书或者交通事故责任认定书内容不明确时的工伤认定

公安交管部门未出具交通事故责任认定书或者交通事故责任认定书内容不明确，社会保险行政部门调查核实后，可根据是否存在交通事故、是否依法报案以及交通事故证明书内容等综合判断职工是否对交通事故负主要责任。经前述程序仍无法判断，工伤认定申请人请求社会保险行政部门结合《工伤保险条例》第十九条第二款，并依据该条例第十四条第六项规定认定职工所受交通事故伤害为工伤的，人民法院应予支持。

4. 职业病诊断鉴定结论所列明的单位对其承担工伤保险责任有异议的工伤认定

职业病诊断鉴定结论所列明的单位对其承担工伤保险责任有异议，但社会保险行政部门依据职业病诊断鉴定结论先行认定职工的职业病为工伤的，人民法院应予支持。职业病诊断鉴定结论所列明的单位或工伤保险基金承担相应工伤保险责任后，有权机关否定相关单位为工伤责任单位的，相关单位或工伤保险基金可以向实际致害单位依法另行主张权利。

5. 第三人民事侵权赔偿与工伤保险待遇的关系

根据《中华人民共和国社会保险法》第四十二条、《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第八条、《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》（〔2006〕行他字第 12 号）等规定，因第三人造成工伤的职工或其近亲属，从第三人处获得民事赔偿后，又依据《工伤保险条例》的有关规定，向工伤保险基金申请工伤保险待遇的，人民法院应予支持，但第三人已经支付的工伤医疗费用除外。工伤保险基金依法支付工伤保险待遇后，向第三人代位追偿其已向职工或其近亲属支付的工伤医疗费用的，人民法院应予支持。

6. 企业补缴社会保险费 2 年查处时效的适用

劳动保障行政部门依据《劳动保障监察条例》第二十条规定，以企业未依法缴纳社会保险费行为在 2 年内未被发现，也未被举报、投诉为由不再查处的，人民法院不予支持；当事人请求履行上述查处职责，且能够提供相应材料初步证明企业存在未依法缴纳社会保险费用的，人民法院应当判决责令有关劳动保障行政部门履行相应职责。

法规名称：《关于审理劳动人事争议案件的会议纪要》

Regulation: *Minutes of the Meeting on Trial of Labor and Personnel Disputes*

公布部门：天津市高级人民法院

Publishing Department: Tianjin Higher People's Court

公布日期：2019年12月11日

Publishing date: December 11, 2019

施行日期：2019年12月11日

Implementing date: December 11, 2019



概要：近日，天津市高级人民法院与天津市人力资源和社会保障局围绕劳动人事争议案件审理中亟需解决的十个问题进行了深入研讨后形成文件《关于审理劳动人事争议案件的会议纪要》（以下简称“《纪要》”）。

Abstract: Tianjin Higher People's Court and Tianjin Human Resources and Social Security Bureau have Recently conducted in-depth discussions on ten issues that need to be solved in the trial of labor and personnel dispute cases and implemented them into Minutes of the Meeting on Trial of Labor and Personnel Disputes (hereinafter referred to as Minutes).

要点:

Highlights:

一、《纪要》在已达到法定退休年龄但未领取养老保险待遇或退休金的劳动者与用人单位发生争议的问题方面的规定

Minutes provides for disputes between employees and employers who have reached the legal retirement age but have not received pension benefits or pensions.

在此问题上，根据《纪要》的表述可以推论，如果本单位劳动者达到退休年龄而未领取退休待遇应该认定为劳动关系，而对于非在本单位达到退休年龄的劳动者，即使未领取退休待遇，与单位之间形成的也非劳动关系。各地在此问题上存在一定分歧，但绝大多数地区认为已达到法定退休年龄但未领取养老保险待遇或退休金的劳动者与用人单位是劳务关系，而非劳动关系。

On this issue, it can be inferred from the statement in the *Minutes* that if the Employees of the Employer reach retirement age and do not receive retirement benefits, they should be regarded as labor relations, while for the Employees who do not reach retirement age in the Employer, even if they do not receive retirement benefits, they will not form labor relations with the Employer. There are some differences on this issue in different regions, but the vast majority of regions believe that employees who have reached the legal retirement age but have not received pension insurance benefits or pensions are working business relations with their employers, not labor relations.

详见《纪要》第5条。

For details, see Article 5 of the *Minutes*.

二、《纪要》明确按月支付的补贴应纳入劳动者的工资构成。

Minutes clearly states that monthly subsidies should be included in the wage structure of employees.

对于这一问题，相关法规有明确规定：《劳动合同法实施条例》第二十七条、财政部《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》第二条都规定按月按标准发放或支付的货币性住房补贴、交通补贴或者车改补贴、通讯补贴，应当纳入职工工资总额。2012年修订的《防暑降温措施管理办法》还规定高温津贴也纳入工资

总额。

Regarding this issue, there are clear provisions in relevant laws and regulations: Article 27 of the *Regulations on the Implementation of the Labor Contract Law* and Article 2 of the *Notice on Strengthening Financial Management of Employee Welfare Funds in Enterprises* stipulate that monetary housing subsidies, transportation subsidies or car reform subsidies and communication subsidies issued or paid on a monthly basis shall be included in the total wages of employees. The Measures for the Administration of Measures to Prevent Summer Heat and Reduce Temperature revised in 2012 also stipulates that high-temperature allowance shall be included in the total wages.

“纳入劳动者的工资构成”可能会产生一些影响，如用人单位没有权利单方进行调整；该部分收入会计入经济补偿、未休年休假补偿、加班费等的计算基数中等。

"Included in the salary structure of employees" may have some effects, such as the employer has no right to unilaterally adjust, and the income is included in the calculation base of economic compensation, unpaid annual leave compensation, overtime pay, etc.

详见《纪要》第7条。

For details, see Article 7 of the *Minutes*.

三、《纪要》在医疗期满劳动者继续请休病假的处理方面的规定：

Regulations formulated by *Minutes* on the treatment of employees continuing to take sick leave after medical treatment expires:

1、对于《纪要》第8条第(1)项的规定，目前有不同的理解：第一种理解为，根据这一项的规定，天津突破了之前的司法实践，员工医疗期满后继续请休病假，用人单位可以直接解除员工的劳动合同，无需再履行调岗等、劳动能力鉴定等步骤。但另外一种理解认为，因该规定并未说明如果劳动者并非主张经济补偿，而是主张违法解除赔偿金或者继续履行劳动合同如何处理，因此根据该规定，并不能明确得出用人单位在医疗期满劳动者继续请休病假时解除就属于合法解除的结论。

At present, there are different understandings on the provisions of Item (1) of Article 8 of the *Minutes*: The first is that according to the provisions of this item, Tianjin has

broken through the previous judicial practice, employees continue to take sick leave after the medical treatment period expires, and employers can directly terminate the employee's labor contract without performing any further steps such as job transfer and labor ability appraisal. However, according to another understanding, since the regulation does not specify what to do if the employee claims compensation for illegal termination of labor relations or continues to perform the labor contract instead of economic compensation, it cannot be clearly concluded that termination by the employer when the employee continues to take sick leave at the end of the medical treatment period is legal termination.

《纪要》颁布后天津司法实践的情况将验证上述两种理解哪一种更确切。我们拭目以待。

The judicial practice in Tianjin will verify which of the above two understandings is more accurate after the *Minutes* is promulgated. We will wait and see.

2、《纪要》第8条第(2)项明确规定不配合鉴定或者经鉴定能够复工但未复工的属于严重违规行为。

In Article 8 (2) of the *Minutes*, it is clearly stipulated that those who do not cooperate with the appraisal or can return to work after appraisal but have not returned to work are serious violations.

《劳动法》及《劳动合同法》都只规定了劳动者医疗期满不能从事原工作或用人单位另行安排工作的，可以解除劳动合同，并未规定要履行劳动能力鉴定程序。原劳动部在没有上位法依据的情况下规定要进行劳动能力鉴定这一程序后才可以解除劳动合同。天津等地司法实践中一直贯彻劳动部这一规定。但这一规定在实践中操作中存在一定的难度，通常员工都不愿意配合，导致用人单位无计可施；《纪要》明确了如员工不配合，用人单位可以依据规章制度规定解除员工，有助于帮助用人单位解决这一难题。

The *Labor Law* and *Labor Contract Law* only stipulate that employees who are unable to perform their original jobs or are otherwise assigned jobs by their employers upon the expiration of their medical treatment period can be relieved of their labor contracts, and do not stipulate that they have to perform the labor ability appraisal

procedures. The former Ministry of Labor stipulated that the labor contract can only be dissolved after the procedure of labor ability appraisal is carried out without the basis of the higher law. This provision of the Ministry of Labor has been implemented in judicial practice in Tianjin and other places. However, there are certain difficulties in the operation of this regulation in practice. Usually, employees are unwilling to cooperate, resulting in the employers having nothing to do. The *Minutes* clearly states that if employees do not cooperate, employers can dismiss employees according to regulations and rules, which is helpful for employers to solve this problem.

但依据上述新规，用人单位应及时修改和完善规章制度，在制度中明确规定不配合鉴定或者经鉴定能够复工未复工的属于严重违规，这样才能适用《纪要》该项规定。

However, according to the above-mentioned new regulations, employers should revise and improve the rules and regulations in a timely manner, and clearly stipulate in the system that those who do not cooperate with the appraisal or can return to work without returning to work after appraisal are serious violations, so as to apply this provision of the *Minutes*.

详见《纪要》第8条。

For details, see Article 8 of the *Minutes*.

法规链接：

关于审理劳动人事争议案件的会议纪要 (津高法〔2019〕296号)

为依法保护劳动者和用人单位的合法权益,妥善解决劳动人事争议案件仲裁和诉讼中的疑难问题,依据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《调解仲裁法》)等相关规定,结合我市实际情况,天津市高级人民法院与天津市人力资源和社会保障局围绕劳动人事争议案件审理中亟需解决的十个问题进行了深入研讨,并广泛征求了全市法院和市区两级劳动人事争议仲裁委员会的意见,现纪要如下:

一、仲裁阶段的保全问题

1. 财产保全的受理与移送

(1)10人以上集体争议案件(包括符合集体案件立案条件,但分立的案件),如果用人单位存在濒临破产、法定代表人逃逸或转移、隐匿财产情形的,劳动者可以依法通过劳动人事争议仲裁委员会向人民法院申请财产保全。在此情形下,劳动者可以不提供担保;

(2)对农民工追索工资案件申请仲裁财产保全的,一般不应要求担保。如农民工没有提出保全申请,但存在因用人单位转移、隐匿财产等可能导致仲裁裁决,判决不能执行或者难以执行的,人民法院可依职权采取保全措施。

符合以上情形的仲裁当事人申请财产保全的,劳动人事争议仲裁委员会应当进行询问并释明风险后,及时将案件受理通知书、保全申请书、询问笔录等材料移送至人民法院。人民法院收到上述材料后应依法审查并及时作出裁定。人民法院在采取保全措施后,应及时通知劳动人事争议仲裁委员会。

申请财产保全的费用按照《诉讼费用交纳办法》执行。

二、仲裁与诉讼的衔接和受理问题

2. 仲裁调解书的执行受理问题

劳动人事争议仲裁委员会依据《调解仲裁法》第四十二条规定制作的调解书,由仲裁员签名并加盖劳动人事争议仲裁委员会印章,经双方当事人签收后发生法律效力。

当事人到人民法院申请强制执行的,人民法院应予受理。

3. 用人单位注销、当事人申请仲裁问题

劳动者与用人单位发生争议,用人单位已注销的,按照以下情形分别处理:

(1)用人单位注销后,当事人申请仲裁,劳动人事争议仲裁委员会出具不予受理通知书。当事人向人民法院提起诉讼,人民法院应予受理。

(2)仲裁立案后,用人单位注销的,劳动人事争议仲裁委员会应当依法撤销案件,以决定书形式通知当事人。当事人向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。

人民法院受理后,当事人申请追加出资人、开办单位或者清算组作为被告的,应予准许。

4. 确认劳动关系之诉的仲裁时效问题

依据《调解仲裁法》第二条、第二十七条第一款的规定,劳动者申请仲裁确认劳动关系的时效期间为一年。从其知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

5. 已达到法定退休年龄但未领取养老保险待遇或退休金的劳动者与用人单位发生争议的问题

已达到法定退休年龄,但未领取养老保险待遇或退休金的劳动者(劳动者在同一用人单位连续工作超过退休年龄的除外)与用人单位发生争议申请仲裁,劳动人事争议仲裁委员会认为不属于仲裁受案范围的,应向劳动者出具不予受理通知书。

劳动者就该争议向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理。

6. 经劳动人事争议仲裁委员会出具不予受理通知书后,当事人向人民法院起诉后撤诉又起诉的,是否需经仲裁前置程序的问题

劳动人事争议仲裁委员会依法决定不予受理,当事人向人民法院提起起诉后撤诉的,当事人就该争议再次提起诉讼,人民法院应告知其先向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

经仲裁前置程序后,当事人不服提起诉讼的,人民法院应予受理。

三、仲裁与诉讼法律适用标准的统一问题

7. 用人单位向劳动者发放或者支付的交通补贴(车改补贴)、通讯补贴、餐费补贴等应属于劳动者工资还是福利费范畴的问题

用人单位已经实行货币化改革,按月按标准向劳动者发放或者支付的交通补贴(车改补贴)、通讯补贴、餐费补贴等应纳入劳动者的工资构成。

8、劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后继续请休病假的,应区分以下情形处理:

(1)用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条规定,提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后,解除劳动合同,劳动者主张经济补偿的,应予支持;

(2)用人单位通知劳动者进行劳动能力(复工)鉴定,如果劳动者不配合,或者经鉴定能够复工后仍没有及时返岗工作,用人单位主张依据企业规章制度解除劳动合同并不支付经济补偿的,应予支持。

9. 因用人单位原因造成劳动者待岗,待岗期间的工资问题

因用人单位过错导致劳动者待岗,劳动者要求待岗期间工资待遇的,应予支持。待岗期间工资待遇标准按照劳动者待岗前十二个月的月平均工资(加班费除外)标准计算。

符合《天津市工资支付规定》第二十七条规定,非因劳动者本人原因造成用人单位停工停产,未超过一个工资支付周期的,用人单位应当按照劳动合同约定的工资标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期,用人单位没有安排劳动者工作的,就待岗工资双方可以协商解决,如果双方协商一致,按协商协议执行。

10. 外国人用工关系的认定问题

外国人未依法取得就业许可证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同,不应认定其与用人单位存在劳动关系。

外国人在劳动合同履行期内,就业许可证件到期未重新办理,剩余期间视为没有就业许可,不应认定其与用人单位存在劳动关系。

实际用人单位与就业许可证件记载不一致的,视为没有依法取得就业许可。

依法取得《外国人永久居留证》的外国人,根据《关于印发〈外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法〉的通知》(人社部发【2012】53号)第四条规定,在中国就业可免办外国人就业许可证件,其与中国境内的用人单位建立用工关系的,应当认定双方存在劳动关系。

天津市高级人民法院办公室

2019年12月11日印发

法规名称：《长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要》（以下简称“《纪要》”）

Regulation: *Minutes of the Seminar on Trial Opinions on Difficult Issues of Labor and Personnel Disputes in Three Provinces and One City "in Yangtze River Delta Region (hereinafter referred to as "Minutes")*

公布部门：上海市、江苏省、浙江省、安徽省人力资源和社会保障厅（局）、高级人民法院、劳动人事争议仲裁院
Publication departments: Shanghai Human Resources and Social Security Department (Bureau, Jiangsu Human Resources and Social Security Department (Bureau, Zhejiang Human Resources and Social Security Department (Bureau, Anhui Human Resources and Social Security Department (Bureau; Shanghai Higher People's Court, Jiangsu Higher People's Court, Zhejiang Higher People's Court, Anhui Higher People's Court, Shanghai Labor and Personnel Dispute Arbitration Court, Jiangsu Labor and Personnel Dispute Arbitration Court, Zhejiang Labor and Personnel Dispute Arbitration Court and Anhui Labor and Personnel Dispute Arbitration Court.

公布日期：2019年12月30日

Publishing date: December 30, 2019

施行日期：2019年12月30日

Implementing date: December 30, 2019



概要：2019年11月26日，上海市、江苏省、浙江省、安徽省人力资源和社会保障厅（局）、高级人民法院、劳动人事争议仲裁院负责劳动人事争议案件处理人员，在江苏省常州市召开了长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会，会后形成《纪要》。

Abstract: November 26, 2019, a person in charge of handling labor and personnel disputes in publication departments above held a seminar in Changzhou city, Jiangsu province on the opinions of the "three provinces and one city" labor and personnel disputes in the Yangtze river delta region, and the Minutes was formed after the meeting.



亮点:

Highlights:

一、总体来看,《纪要》规定整体、绝大部分条款是借鉴了上海司法实践口径,可以看做是上海部分司法实践经验在长三角地区的成功推广和辐射;当然,其中部分规定也是全国比较一致的司法实践口径的体现,如第三条、第四条、第五条、第七条。

On the whole, the *Minutes* stipulates that the whole and most of the clauses are based on the standards of judicial practice in Shanghai, which can be seen as a successful promotion and radiation of some of its judicial practice experience in the Yangtze River Delta region. Of course, some of these provisions are also the embodiment of the relatively consistent standards of judicial practice across the country, such as Articles 3, 4, 5 and 7.

二、《纪要》在符合订立无固定期限劳动合同条件,但双方实际订立了固定期限劳动合同的效力的认定方面的规定

Minutes refer to the provisions on the confirmation of the validity of a fixed-term labor contract that meets the conditions for the conclusion of a non-fixed-term labor contract, but both parties have actually concluded a fixed-term labor contract.

1、《纪要》规定除了“但书”情况外,双方订立的固定期限劳动合同有效。在这一点上,除了重庆地区要求用人单位要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,或者劳动者作出了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,才认定双方订立的固定期限劳动合同合法外,大部分地区都认可双方签订的固定期限劳动合同有效。

Minutes stipulate that the fixed-term labor contract concluded by both parties is valid except for the “said situation”. In this regard, except in Chongqing, employers are required to prove that they have told their employees that they have the right to enter into labor contracts with no fixed term, or that the employees have made evidence of giving up entering into labor contracts with no fixed term and agreeing to enter into labor contracts with fixed term before they can conclude that the labor contracts with fixed term entered into by both parties are legal, and in most regions, the labor contracts with fixed term entered into by both parties are recognized.

2、《纪要》规定没有明确上述有效的固定期限劳动合同到期后，用人单位方是否可以单方终止。目前，各地在这一问题上分成两种意见：一种以上海为代表，认为固定期限劳动合同可以到期终止；另一种意见以北京为代表认为不可以到期终止，江浙皖、天津、广东等地也持此意见。

Minutes stipulate that it is not clear whether the employer can unilaterally terminate the above-mentioned valid fixed-term labor contract after it expires. At present, there are two opinions on this issue: one is represented by Shanghai, which believes that fixed-term labor contracts can be terminated upon expiration. Another opinion, represented by Beijing, is that it cannot expire. Jiangsu, Anhui, Zhejiang, Tianjin, Guangdong and other places also hold this opinion.

详见《纪要》第四条规定。

For details, see Article 4 of the *Minutes*.

三、《纪要》在调整劳动者工作岗位的有效性认定方面的规定

Provisions of the *Minutes* on the determination of the effectiveness of adjusting employees' jobs

《纪要》实际上列明了三个层次的调岗情形：

In fact, the *Minutes* list three levels of job transfer:

第一个层次：法定的可以调岗情形，即《中华人民共和国劳动合同法》四十条第一项规定的医疗期满调岗和第二项规定的不能胜任调岗。其实，司法实践中，《中华人民共和国劳动合同法》四十条第三项在司法实践中也涉及到调岗问题（不少地区都要求原劳动合同不能履行后，用人单位需要给员工进行一次调岗，员工拒绝的，用人单位才能依据该项规定解除劳动合同）。

The first level: according to the legal provisions, the post can be adjusted, i.e. the first provision of article 40 of the Labor Contract Law of the People's Republic of China, and the post can be adjusted after the expiration of the medical period and when the second provision is not competent. In fact, in judicial practice, Item 3 of Article 40 of the *Labor Contract Law of the People's Republic of China* also involves the issue of job transfer (in many areas, it is required that after the original labor contract cannot be performed, the employer needs to transfer the employee to another post. if the

employee refuses, the employer can terminate the labor contract according to this provision.).

第二个层次：劳动合同约定或者规章制度规定可以对劳动者工作岗位进行调整的情形。该情形下，依据《纪要》规定，用人单位可以对劳动者工作岗位进行调整。该口径明显比北京相关司法口径宽松。

The second level: according to the provisions of the labor contract or the rules and regulations, the employee's job position can be adjusted. In this case, according to the provisions of the *Minutes*, the employer can adjust the employee's job. This caliber is obviously looser than the relevant judicial caliber in Beijing.

第三个层次：确属用人单位生产经营所必须的情形下出现的调岗。该种情况下，如果调岗对劳动者的劳动报酬以及其他劳动条件未作不利变更，那么调岗有效。北京是明确规定不可以在无法定情形、无约定、无规定的条件下给员工调岗。

The third level: It is indeed a job transfer that occurs when the employer is required for production and operation. In this case, if the job transfer does not adversely change the employee's remuneration and other working conditions, then the job transfer is effective. Beijing clearly stipulates that employees cannot be transferred to other posts without definite conditions, agreement or regulations.

那么这三个层次下的调岗是否可以同时调薪呢？

So can the salary of the job transfer under these three levels be adjusted at the same time?

《纪要》明确了第三个层次情形下的调岗是不可以调薪的，但并未明确其他两个层次下情形下的调岗是否可以调薪。

Minutes made it clear that the salary cannot be adjusted when the post is transferred at the third level, but it did not make it clear whether the post can be transferred at the other two levels.

法定的可以调岗情形中，一般司法实践中普遍支持不能胜任调岗可以同时调薪；但对于医疗期满调岗、客观情况发生重大变化是否能调薪，各地司法口径一般较紧，不宜轻易调薪。

In cases where posts stipulated by law can be adjusted, generally in judicial practice, there is general support that salaries can be adjusted at the same time if they are not

competent to transfer posts. However, as to whether the salary can be adjusted due to major changes in objective conditions after the expiration of the medical treatment period, local judicial standards are generally tight, and salary adjustment should not be easily implemented.

对于第二个层次情形下的调岗，《纪要》虽然没有明确表述调岗是否可以同时调薪，但根据其表达的形式，联系上下文，似乎含有可以调薪的意思。但这尚需后续司法审判实践映证。我们拭目以待。但用人单位应未雨绸缪，在相关文件中，如劳动合同、规章制度中早早做好约定用人单位有单方调岗权及岗随薪变的内容。

For the transfer of posts at the second level, although the *Minutes* does not clearly state whether the salary can be adjusted at the same time when the posts are transferred, it seems to mean that the salary can be adjusted according to the expression form and context. However, this still needs to be verified by subsequent judicial practice. We will wait and see. However, the employer should consider in advance that the relevant documents, such as the labor contract and the rules and regulations, have already stipulated that the employer has the right to unilaterally adjust the post and stipulate the salary according to the post.

详见《纪要》第六条。

For details, see Article 16 of the *Minutes*.

四、《纪要》在没有规章制度规定或者规章制度制定存在程序瑕疵、劳动合同未明确约定的情形下，若劳动者存在明显过错，对用人单位行使解除劳动合同权的认定方面的规定

In the absence of rules and regulations or procedural flaws in the formulation of rules and regulations, and in the absence of a clear agreement in the labor contract, if the employee is obviously at fault, the *Minutes* provides for the determination of the employer's right to terminate the labor contract.

《纪要》肯定了在上述情形下用人单位可以解除劳动者劳动合同。目前天津地区明确规定没有规章制度依据的情形下不能以严重违纪解除劳动者，但北京、上海、重庆等地的司法口径都与《纪要》一致。

Minutes affirms that the employer can terminate the labor contract under the above circumstances. At present, in Tianjin, it is clearly stipulated that employees cannot be

dismissed for serious violation of discipline without the basis of rules and regulations. However, the judicial standards in Beijing, Shanghai, Chongqing and other places are consistent with the *Minutes*

详见《纪要》第七条。

For details, see Article 7 of the *Minutes*.

法规链接：

长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要

为全面贯彻党的十九大和十九届二中、三中、四中全会精神，落实国家长三角区域一体化发展战略，加强劳动人事争议仲裁与诉讼衔接机制建设，提升劳动人事争议案件处理质效，针对经济形势新变化，营造良好营商环境，切实依法维护好用人单位和劳动者权益，2019年11月26日，上海市、江苏省、浙江省、安徽省人力资源和社会保障厅（局）、高级人民法院、劳动人事争议仲裁院负责劳动人事争议案件处理的同志，在江苏省常州市召开了长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会，江苏省13个地级市人力资源和社会保障局调解仲裁管理处、仲裁院负责同志列席会议。会议对当前长三角区域劳动人事争议案件审理中面临的疑难问题进行了广泛深入的研讨。会后，根据会议研讨情况，进行了整理，经充分征求意见，现对已达成共识的若干问题纪要如下，供工作中参考。

一、劳动者与用人单位就未休年休假工资报酬发生争议，请求权的时效以及起算点的认定。

支付劳动者未休年休假工资报酬系用人单位应当履行的法定补偿义务。劳动者要求用人单位支付未休年休假工资的请求，符合《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条规定的受案范围，劳动人事争议仲裁委员会应当予以受理。该请求权时效按照《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款之规定，从应休年休假年度次年的1月1日起计算；确因生产、工作需要，经劳动者同意，用人单位跨年度安排劳动者休年休假的，请求权时效顺延至下一年度的1月1日起计算；劳动关系已经解除或者终止的，从劳动关系解除或者终止之日起计算。

二、劳动者的用工管理涉及多家用人单位的，劳动关系主体的认定。

劳动关系主体的认定一般应当以劳动合同订立的主体为准；未订立劳动合同或者订立劳动合同的主体与实际履行的主体不一致的，应当根据当事人之间签订的协议或者劳动者的实际用工情况，从劳动者的日常管理、工作地点、工资发放、社会保险缴纳、借用关系等方面综合审查，确定劳动关系主体。

三、因不可归责于用人单位的原因，用人单位超过一个月未与劳动者订立书面劳动合同，劳动者主张用人单位支付二倍工资的处理。

订立劳动合同系用人单位和劳动者的法定义务，对于用人单位有证据证明其已主动履行订立劳动合同义务，但劳动者拒绝订立劳动合同或者劳动者利用主管人事等职权故意不订立劳动合同，以及因其他客观原因导致用人单位无法及时与劳动者订立劳动合同的，劳动者因此主张用人单位支付二倍工资的，不予支持。

四、符合订立无固定期限劳动合同条件，但双方实际订立的是固定期限劳动合同，

对其效力的认定。

劳动者符合订立无固定期限劳动合同条件，但与用人单位订立了固定期限劳动合同，根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条以及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十一条的规定，该劳动合同应为有效。但劳动者能够举证证明该合同订立过程中用人单位存在欺诈、胁迫、乘人之危情形的除外。

五、根据《中华人民共和国劳动合同法》第十四条规定，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同，但用人单位未与劳动者订立书面无固定期限劳动合同。劳动者提出用人单位支付二倍工资诉求的处理。

视为订立无固定期限劳动合同的，可以认定用人单位与劳动者已经存在无固定期限劳动合同关系的法律后果。劳动者据此要求用人单位支付二倍工资的诉求，不予支持。

六、用人单位未与劳动者协商或者协商未达成一致意见，调整劳动者工作岗位的有效性认定。

除《中华人民共和国劳动合同法》四十条第一项和第二项规定的用人单位可以单方调整劳动者工作岗位的法定情形外，用人单位可以按劳动合同约定或者规章制度规定对劳动者工作岗位进行调整。如劳动合同无约定或者规章制度未规定，但确属用人单位生产经营所必需，且对劳动者的劳动报酬以及其他劳动条件未作不利变更，劳动者有服从安排的义务，可以认定用人单位调整劳动者工作岗位有效。

七、在规章制度未明确规定或者制定存在程序瑕疵、劳动合同未明确约定的情形下，若劳动者存在明显过错，对用人单位行使解除劳动合同权的认定。

劳动者存在违反法律、行政法规规定或者必须遵守的劳动纪律等情形，严重影响用人单位生产经营秩序或者管理秩序的，应当认可用人单位解除劳动合同的正当性。对劳动者仅以用人单位规章制度未明确规定或者制定存在程序瑕疵、劳动合同未明确约定为由，主张用人单位解除劳动合同违法的，不予支持。

八、用人单位在劳动合同中约定“全国范围”“长三角区域”等宽泛工作地点的，该约定效力的认定。

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛约定工作地点，但未对用人单位工作地点、经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示的，属于对工作地点约定不明。

对于从事全国范围的销售、长途运输、野外作业等工作地点无法固定的特殊工作，劳动合同将劳动者工作地点约定为“全国范围”“长三角区域”等宽泛工作地点的，可以认定有效。

劳动合同对工作地点没有约定、约定不明确或者劳动合同约定与实际履行地不一致的，应当以实际履行地为认定工作地点的主要依据。

江苏省人力资源和社会保障厅调解仲裁管理处整理
2019年12月30日

报：人力资源和社会保障部调解仲裁管理司。

送：上海市人力资源和社会保障局、上海市劳动人事争议仲裁委员会、上海市高级人民法院；江苏省人力资源和社会保障厅，江苏省劳动人事争议仲裁委员会、江苏省高级人民法院；浙江省人力资源和社会保障厅、浙江省劳动人事争议仲裁委员会、浙江省高级人民法院；安徽省人力资源和社会保障厅、安徽省劳动人事争议仲裁委员会、安徽省高级人民法院。

江苏省劳动人事争议仲裁委员会
2019年12月30日印

经济补偿的计算基数，是否应剔除病假期间的工资？

Whether the sick leave pay shall be excluded from the calculation base of economic compensation?

上海保华律师事务所 蒋素梅
Baohua Law Firm May Jiang

劳动合同解除或终止的经济补偿计算基数是“劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资”。实践中常常出现劳动者在离职前因病缺勤、领取较低病假工资的情形。法律所规定的“前十二个月的平均工资”是否需要剔除病假期间的工资？笔者将通过调研各地直面劳动争议的司法部门和劳动行政部门的司法口径予以分析。

Calculation base of economic compensation for the expiry or termination of a labor contract is “the average wage of an employee over 12 months before the expiry or termination of the labor contract”. It is common for employees to be absent due to illness and receive lower sick leave pay before leaving in practice. However, whether the salary during sick leave needs to be excluded from “the average wage of an employee over 12 months” stipulated by law? Therefore, the author in this article will analyze the judicial practice of Judicial Department and Labor Administrative Department in different places through research.

一、经济补偿计算基数的全国性规定

对于经济补偿计算基数的法律规定，首次提出是在 1995 年 1 月 1 日生效的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十一条中，规定“经济补偿金的工资计算标准是指企业正常生产情况下劳动者解除合同前十二个月的月平均工资。用人单位依据本办法第六条、第八条、第九条解除劳动合同时，劳动者的月平均工资低于企业月平均工资的，按企业月平均工资的标准支付”。该条明确了经济补偿金的计算基数是指“正常生产情况下”，如企业出现生产性停工等非正常生产的情况导致劳动者工资降低的自然应予以剔除相应期间；对劳动者处于病假未正常提供劳动的情形未作出明确规定，但规定用人单位因医疗期满原因解除劳动合同的经济补偿基数不应低于企业月平均工资。由此衍生，部分地区在计算经济补偿基数时会剔除病假期间。

2008 年 1 月 1 日生效的《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。……本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。” 2008 年 9 月 18 日生效的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条规定：“劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。” 据前述法条之规定，经济补偿金的计算基数排除了《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》对于经济补偿基数限定“正常生产情况下”的规定。由此部分地区认为在计算经济补偿基数时无需考虑非正常生产情况，也无需剔除病假期间。

但《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》直至 2017 年 11 月 24 日才被人力资源和社会保障部《关于第五批宣布失效和废止文件的通知》（人社部发〔2017〕87 号）予以明文废止。由于新法旧规长期并行，对经济补偿的基数计算也出现了不同做法并存的局面。那么在该文件被废止后，司法实践中对于计算经济补偿金的基数是否需要剔除病假期间的工资，笔者调研发现各地直面劳动争议的司法部门和劳动行政部门相继形成了各自的司法口径。

二、各地对病假工资剔除与否的司法口径

（一）北京

北京未对经济补偿的计算基数是否剔除病假工资作出地方性规定。笔者检索

北京地区的案例，发现多起涉及经济补偿计算基数的争议案件。

案例 1：(2019)京 03 民终 12545 号

针对劳动者要求经济补偿金的计算基数应当为正常工作状态下十二个月的平均工资的诉求，北京三中院认为：2015 年 5 月 26 日至 2016 年 11 月 28 日期间宋某休病假，2016 年 12 月 12 日公司解除与宋某的劳动关系，解除劳动关系前十二个月中的部分月份宋某的工资低于正常出勤期间工资，系因宋某休病假导致，公司对此并无过错，故根据解除劳动关系前十二个月宋某的平均工资作为经济补偿金的计算基数符合法律规定。

案例 2：2019 京 02 民终 2815 号

肖某 2015 年 8 月 31 日因交通事故申请病假，其法定医疗期 3 个月，公司给予其 6 个月医疗期，但是肖某一直申请病假，最后一份休假证明书的作出时间为 2017 年 6 月 23 日，建议全休 2 个月。2017 年 7 月 10 日，公司因肖某劳动合同到期作出书面《终止劳动合同通知书》。北京市二中院认为：公司应当支付肖某经济补偿金，而关于经济补偿金的计算基数，因肖某在劳动合同终止前十二月的月工资中，存在部分月份按照本市最低工资标准的 80% 支付病假工资的情况。因此，结合肖某每月的工资发放情况，参照本市最低工资标准及《中华人民共和国劳动合同法》的有关规定进行核算。

从以上案例可知，北京地区法院对经济补偿金的计算基数认定偏向于按照不剔除病假期间的工资计算，理由主要为：劳动者病假期间工资低于正常工作期间的工资是劳动者自身原因导致，劳动者未正常提供劳动，用人单位对此并无过错。

(二) 上海

上海未对经济补偿金的计算基数是否剔除病假工资作出地方性规定。上海市高级人民法院民事法律适用问答（2013 年第 1 期）中，对经济补偿计算基数是否包括加班工资，上海高院回答“我们认为，第一、经济补偿从性质上看系用人单位与劳动者解除或终止劳动关系后，为弥补劳动者损失或基于用人单位所承担的社会责任而给予劳动者的补偿，故经济补偿金应以劳动者的正常工作时间工资为计算基数。”根据该回答加班工资不能作为经济补偿基数。劳动者请病假期间并未向用人单位提供正常的劳动，那么“病假期间的工资”是否属于前文所指“正常工作时间工资”呢？笔者通过案例检索发现司法实践中的认定未予以剔除。

案例 3：(2019)沪 01 民终 6125 号

陆某自 2015 年 2 月 10 日起,因患病开始休病假,至 2018 年 5 月 31 日为止,累计已休病假超 14 个月,公司因陆某本人表示身体状况仍不能返岗从事工作,故与顾某解除劳动关系,并按照顾某离职前十二月的平均工资支付其经济补偿金与医疗补助费,但陆某认为公司应该按照其正常出勤工资计算经济补偿金和医疗补助费。对此,上海一中院认为:公司按照陆某在劳动合同解除前十二个月的平均工资为基数向陆某支付经济补偿金及医疗补助费,符合劳动合同法及上海市劳动合同条例之规定。陆某在劳动合同解除前长期处于休假状态,现要求按照正常出勤工资计算经济补偿金和医疗补助费,不符合公平原则。在劳动者因个人原因非正常出勤的情况下,用人单位可得依法对其月工资作相应扣减,并依此确定劳动者相关月应得工资。

案例 4：(2018)沪 02 民终 5033 号

陈某于 2015 年 10 月 26 日入职某科技公司,双方签订了期限自 2015 年 10 月 26 日至 2018 年 10 月 25 日的劳动合同,陈某因怀孕,自 2016 年 5 月 10 日起一直向公司递交病假单未上班,同年 12 月 10 日陈某生育,2016 年 12 月 30 日,公司与陈某解除劳动关系。陈某认为应该按照合同约定的工资计算违法解除赔偿金。对此,上海市二中院认为:公司的解除行为系违法解除,应当按照相关法律规定,根据陈某离职前 12 个月即 2015 年 12 月至 2016 年 11 月的平均工资支付陈某违法解除劳动合同关系的赔偿金。

从以上案例可知,上海法院对经济补偿的计算基数认定偏向于按照不剔除病假期间的工资计算,认定理由主要是依据劳动合同法的规定及公平原则。

(三) 广东

广东省未对经济补偿金的计算基数是否剔除病假工资作出地方性规定,笔者检索广州、深圳等地区的案例,发现多起涉及经济补偿金计算基数的争议案件。

案例 5：(2019)粤 01 民终 13828 号

针对吕某上诉应按照其正常工资水平作为经济补偿金计算基数的主张,广州市中院认为根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定:“…本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。”吕某的病假工资低于正常工作时间工资水平系因其自身原因引起,而非用人单位原因所致

（如停工停产等），故吕某上诉主张应按照其正常工资水平作为经济补偿金计算基数，理据不足。

案例 6：（2018）粤 03 民终 21941 号

吕某于 2016 年 10 月 9 日至 2017 年 6 月 9 日因工伤处于停工留薪期，2017 年 6 月 10 日停工留薪期满后吕某依然并没有正常出勤，陆续提交病假单申请病假，或者未提供病假单无故不出勤。2018 年 1 月 12 日吕某以公司不能提供工作岗位且降低工资待遇为由，向公司邮寄被迫解除劳动合同通知书，要求公司支付经济补偿金。深圳市中院认为：因公司确实存在未足额支付吕某停工留薪期工资的事实，吕某以此为由向公司提出被迫解除劳动关系，公司依法应当向吕某支付解除劳动关系经济补偿。对于解除劳动关系经济补偿的数额，根据劳动法律法规的相关规定，应以劳动者离职前十二个月的平均工资作为计算基数。吕某上诉请求以其受工伤前十二个月平均工资 4,500 元为基数计算经济补偿，缺乏法律依据。

从以上案例可知，广州、深圳地区法院对经济补偿金的计算基数认定偏向于按照不剔除病假期间的工资计算，认定理由涉及到劳动者病假工资水平低系其自身原因，而非用人单位的原因。

但是需要注意的是，广东省内各地法院对此问题有不同理解。广东省东莞市于 2019 年 10 月 10 日出台的《东莞市中级人民法院、东莞市劳动人事争议仲裁委员会裁审衔接工作座谈会议纪要》中规定“在计算解除或终止劳动合同经济补偿金或赔偿金基数（即劳动者离职前 12 个月的月平均工资）时：（1）对劳动者非正常出勤月份的工资一般予以剔除。正常出勤月份是指当月正常工作时间满勤，且对劳动者非正常出勤一般不区分原因。”从前述的会议纪要表明，东莞市在计算经济补偿基数是对病假工资予以剔除的。

（四）江苏

江苏省未对经济补偿金的计算基数是否剔除病假工资作出地方性规定，笔者认为可以从法院案例予以分析。

案例 7：（2019）苏 01 民终 7892 号

针对公司主张平均工资不应当剔除病假工资的月份，南京市中院认为：雷某自 2018 年 2 月 22 日起，属于因病休假期间，未正常提供劳动，故应该剔除病假月份以及福利待遇部分计算赔偿金。

案例 8：(2018)苏 05 民终 8293 号

李某因病自 2016 年 11 月 29 日起长期请假。2017 年 12 月 5 日，公司告知李某因其医疗期已满，不能从事原工作也不能从事另行安排的工作故与其解除劳动合同，李某认为公司系违法解除，要求公司支付赔偿金，关于赔偿金的基数应该按照其正常工作的前十二个月的平均工资计发。苏州市中院认为：根据法律规定，计算违法解除劳动合同赔偿金的月工资是指劳动者在劳动合同解除前 12 个月的月平均工资，月平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。本案中，李某要求按照其病休前 12 个月的月平均工资标准计算违法解除劳动合同赔偿金，没有法律依据，不予支持。

从以上案例可知，南京地区法院对经济补偿金的计算基数认定偏向于剔除病假期间的工资计算，因其病假期间未提供正常的劳动，不属于正常工作时间。但是苏州中院的观点与南京中院的观点是不一致的，苏州中院认为无需剔除病假期间的工资，笔者认为因江苏省目前无书面的成文规定，故涉及到本文探讨的经济补偿的计算基数问题时，各地区因对法条的理解不一致，实践中很容易作出不同的判决，需要因地分析。

(五) 浙江

浙江省高院对于对经济补偿金的计算基数是否剔除病假工资问题作了明确的规定。在《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》的通知(浙高法民一〔2014〕7 号)中：“十一、劳动者解除或者终止劳动合同前十二个月包含医疗期等非正常工作期间，且在该期间内用人单位未支付正常工作工资的，经济补偿基数应如何确定？答：《劳动合同法》第四十七条第三款规定的“本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资”，应理解为劳动合同解除或者终止前劳动者正常工作状态下十二个月的平均工资，不包括医疗期等非正常工作期间。”笔者检索了浙江省的案例，其法院在实践判决中也是按照浙江省高院的答复执行。

案例 9：(2018)浙 01 民终 3204 号

自 2016 年 1 月起，商某因患腰椎疾病长期病假。2017 年 3 月 10 日，公司因商某医疗期满后回复不适应公司安排的岗位后终止劳动合同，商某要求公司支付经济补偿金。在该案中，杭州中院认可一审法院观点，认为商某在 2015 年 6

月、7月、11月及2016年1月以后所发工资均为非正常工作状态下的工资标准，不应计入前12个月平均工资的核算月份，双方当事人均未提交2015年以前的工资单，以2015年度余下九个月以及2015年度所发的全勤奖核算商某的平均工资用以计算经济补偿。

（六）重庆

重庆高院对于本文探讨的问题也作了明确，2017年12月28日重庆高院在其《法律适用问题专题座谈会纪要（三）》中，五、停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴等是否作为平均工资的计算基数的问题予以答复：“根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条之规定，经济补偿金的计算标准为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。根据法律、行政法规规定，劳动者因患病、工伤、产假、婚丧假、事假、探亲假等原因，用人单位按一定比例或者标准支付的工资，属于特殊情况下支付的工资，因此，用人单位按月向工伤职工支付的停工留薪期工资、鉴定期间生活津贴等属于特殊情况下支付的工资，应当作为平均工资的计算基数。”从前述条款可以看出重庆高院认为病假期间的工资属于特殊情况下支付的工资，应当作为平均工资的计算基数。笔者检索重庆地区的案例，在实际操作中法院认为计算经济补偿时的基数是无需剔除病假期间的工资。

案例 10：（2018）渝 04 民终 581 号

重庆市第四中级人民法院认为：双方的劳动关系于2017年10月解除，应按田某在2016年10月至2017年9月的平均工资为标准进行计算。其中田某在2017年6月至2017年9月无工资收入，2017年3月工资收入低于最低工资标准，均应按重庆市最低工资标准1400元/月计算。田某主张应按正常工作状态下的工资作为经济补偿金的计算基数，考虑此种计算方法对公司有失公允，故本院对其主张不予支持。

（七）安徽合肥

安徽省未对经济补偿金的计算基数是否剔除病假工资作出地方性规定，笔者检索安徽地区的案例，发现多起涉及经济补偿金计算基数的争议案件。

案例 11：（2018）皖 01 民终 6943 号

合肥市中级人民法院认为：关于丁某的月平均工资计算标准，一审法院依据丁某提供的2016年4月26日至2017年4月25日公司工资结算表（除去2016

年8月、9月病假月份工资)核算经济补偿金并无不当。

案例 12：(2018)皖 01 民终 2279 号

合肥市中级人民法院认为：根据谢某提供受伤前十二个月（2015年9月至2016年8月）工资发放明细，前十二个月平均工资计算为3189元。因公司未为谢某购买社会保险，谢某以此解除劳动合同，公司应当按照其受伤前的十二个月平均工资为基数支付经济补偿金。

从以上案例可知，安徽合肥地区法院对经济补偿金的计算基数认定偏向于按照剔除病假期间的工资。

三、总结与建议

经过以上各地方性规定检索与案例调研发现，对于经济补偿金的计算基数对病假工资剔除与否，在司法实践中存在两种观点，其一认为不应剔除病假，理由在于：（1）法律并未明确规定需排除病假期间；（2）病假并非是企业原因，扣除病假期间有失公平。其二认为应当剔除病假，理由在于：对《劳动合同法》第四十七条的解读，应认定为解除或终止劳动合同前12个月平均正常工作期间应得工资，不包含病假工资期间。

首先，笔者认为不应剔除病假的观点更加具有法律依据，原因在于衍生出需剔除病假工资的法律规定《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》已于2017年11月24日被废止，而现行的《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条规定：“……本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。”已经作出明确规定。

其次，笔者认为不应剔除病假的观点更加符合公平原则。用人单位需要根据劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资作为基数支付经济补偿。那么经济补偿的存在是否应符合《民法总则》第六条“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方权利和义务”的“公平原则”呢？显而易见，经济补偿是遵循“公平原则”而存在的。经济补偿的计算涉及到劳动者在该单位的工作年限，也涉及到劳动者在该单位的薪资水平，经济补偿是通过法律规定的形式对劳动者多年为单位付出劳动予以补偿，具有客观性、非惩罚性。一如哈耶克所述：“每个人都应当得到他所应当获得的东西，这也许是一般人的心智所能设想出的正义

理想最为清晰且最有力的形式。”¹而经济补偿是劳动者多年为单位付出“所应当获得的东西”。笔者认为经济补偿本身是符合公平原则应当存在的，那么经济补偿的计算基数剔除病假期间工资是否符合公平原则呢？劳动者因自身身体原因生病申请病假导致其某段时间的工资基数下降，用人单位对此并无过错；并且用人单位在劳动者病假期间未提供劳动仍然支付其工资，已经尽到对劳动者权益保护的责任。从病假待遇和工伤待遇对比可见，劳动者在工伤停工留薪期内的工资照发，与用人单位在病假期间的义务存在区别，体现了立法者区别保护的价值取向。由此可了解到立法者从公平原则出发，对用人单位在劳动者病假期间的义务已经与正常劳动、工伤缺勤等作出区分。如在劳动者劳动合同解除或终止时，还需按照其正常工作期间的工资基数予以支付经济补偿，对用人单位无疑是增加了责任，不符合公平原则，故笔者认为不予以剔除病假期间的工资更为合理。

最后，在人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第二次会议第 1261 号（社会管理类 112 号）提案的答复[人社提字（2019）6 号]中也可以了解到“从国际比较看，我国经济补偿标准确实高于美、日等国的法定强制性经济补偿标准。”对这一现状，立法和执法部门也有共识。如在我国现行法定的经济补偿标准已经高于发达国家水平的前提下，在计算经济补偿基数时，仍然剔除病假期间的工资，更加是拔高了经济补偿的标准，增加了用人单位的负担。

就单位实际操作而言，因现行法律对病假是否予以剔除在国家层面无明确的规定，各地司法实践也未统一，故用人单位在实际操作中需要关注到具体地区的地方口径，参照当地的司法实践进行经济补偿的计算。

¹ [英]弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》第二、三卷，邓正来等译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 118 页。

中美全球战略视角下的中国劳动立法博弈



2009年4月20日，美国钢铁工人联合会以中国对美轮胎出口扰乱美国市场为由，向美国国际贸易委员会提出申请，对中国产乘用车轮胎发起特保调查。美国总统奥巴马9月11日宣布对中国轮胎特保案实施限制关税。目前，我国轮胎年出口量占总产量的40%以上，削减输美轮胎半数产量，就意味我国会出现12%的剩余轮胎产能。有人估计，受此影响中国将有10万工人的就业受到影响。此外，根据WTO规则，相关国家可以直接援引美国的制裁方案，我们已经看到一系列类似的案件。这一事件对于中国商业的影响已被广泛论证。笔者想从中国劳动立法角度来认识这一事件。

一、劳动立法中的角色预设影响了正常与反常的判断

中国在劳动合同立法过程中有两起事件引起人们广泛的关注，一是上海美国商会响应人大的公开号召，组织一些企业对劳动合同法(草案)提出修改意见；二是美国工会代表团来我国对我国劳动合同立法进行声援。对于这两起事件，我国学者和媒体给予了一负一正、一贬一褒、截然相反的两种评价。

对于前一起事件，我国的一些学者给予了极其负面的评价。面对人大公开向社会征求意见，上海美国商会搜集了其会员企业的意见，给立法部门发来一份长达64页的意见书，“我们是响应人大号召，诚恳地递交了建议”¹。事后看来，这一意见与全国总工会有差异的占三分之一。²我国学者则以他们自己制造的一则撤资假新闻³为依据，强调“这是赤裸裸的威胁”⁴。2006年5月15日，工人日报发表题为《决不拿职工权益换投资》的文章，表示“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

董保华，论文转载自《社会科学家》2010第1期。

¹ 俞佳：《〈劳动合同法〉威胁风波：上海美商会称绝无意撤资》，载《东方早报》2006年5月22日。

² 全国总工会法律工作部负责人认为，这些意见中，1/3看法是与全总一致的，1/3的意见是对法条有误读，“而剩下的1/3则是劳资利益上的分歧，难以调和。比如无固定期限合同的相关规定，让劳动者有了相对稳定的工作环境，企业就认为这是一种成本。”见刘涛，王琦：《劳动合同法：激辩与冲击》载《中国企业家》2008年2月。

³ 一些学者声称，某些人力资源经理在将这封信送给人大时，在一个小型的学术研讨会上声称如不采纳他们的意见将撤资。这次学术会议存在着录像资料和会议记录，看过录像资料和会议记录的记者已经做了报道。见陈君：《部门利益角逐劳动合同法 外商撤资说别有用心》，载《法制早报》2006年6月24日。现场唯一的记者张薇嫣也已经出面澄清。张薇嫣：《“撤资”？杜撰！》，载《上海金融报》2006年7月11日。引自 http://www.labor51.com/news_detail.asp?Id=785，事后美国商会和有关的发言人都出面澄清。

⁴ 杨中旭：《激烈博弈下的〈劳动合同法〉》，载《中国新闻周刊》2006年6月14日。

挑战，我们决不会以损害职工权益去换取外商的投资。”⁵这似乎成了中华民族 21 世纪的主权保卫战。更多的网友开始沿着这一角度对外商进行谴责。

对于后一起事件，我国的一些学者给予了极高的正面的评价。常凯认为：“在资本的联合上是没有国界的”，“既然资方可以跨国联合，劳方为什么不可以”“此番中美工会的接触，在刘诚看来，可以概括为：全世界劳工联合起来，为实现民有、民治、民享的和谐世界而奋斗。”⁶我国的媒体也是高度评价。“结束访华行程美工会盼与中国工会共谋发展”⁷“结束十年抵制美工会领袖‘破冰’访华”，⁷“中国工人的工资影响着全世界工人”，⁸捍卫中国工人的权利，在某种程度上也是捍卫全球工人的权利”⁹“一场震动全国的立法博弈，一次跨越国界的联合行动”。¹⁰这是当时一些报道的标题。

其实这两起事件的性质是完全不同的。被学者和一部分媒体大为贬低的是一起正常事件，而被学者和一部分媒体大为褒扬的却是一起反常的事件。

就前一起事件而言，2006 年 3 月 20 日，全国人大常委会办公厅公布了《关于公布〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉征求意见的通知》(以下简称《通知》)。《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。”《通知》希望全社会各界及媒体等参与对《中华人民共和国劳动合同法(草案)》的讨论，可以采用各种方式讨论并向全国人大常委会提交意见。并把公开征集意见作为全国人大常委会推进科学立法、民主立法的又一重大举措。上海美国商会响应号召，应当给予积极的评价。上海美国商会所代表的美资公司，都已经投资中国，是中国法人或者说是中国企业。如果说立法是一件自家的事，他们都是家庭成员。在中国人大公开号召大家提意见时，他们以自己的名义发表了意见，无论有关立法部门是否采纳，都是一件正常的事情。“一个草案发布出来，请人家来研讨，就必须让人家将话讲完，而不能作片面的道德谴责。”“立法研讨应该有一个理性的环境：外商在立

⁵ 一刀：《决不拿职工权益换投资》，载《工人日报》2006 年 5 月 15 日。

⁶ 杨中旭：《中美工会握手的台前幕后 美国工会的破冰之旅，是为了“全世界劳工联合起来”？》，载《中国新闻周刊》2007 年 6 月 11 日。

⁷ 《结束访华行程 美工会盼与中国工会共谋发展.》2007 年 5 月 23 日，
http://122.152.189.243/china/200705/t20070523_543112.html。

⁸ 邓瑾：《中国工人的工资影响着全世界工人》，载《南方周末》2007 年 5 月 24 日。

⁹ 邓瑾：《保卫劳动合同法》，载《南方周末》2007 年 5 月 24 日。

¹⁰ 邓瑾：《一场震动全国的立法博弈，一次跨越国界的联合行动》。2007 年 6 月 19 日，
http://www.cn12333.com/dissertation_view.asp?id=759。

法研讨时积极主张自身的利益，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。”“外商在立法研讨的过程中，积极提出自己的看法，其实是对于我国立法权最大尊重，反倒值得学习。”¹¹可惜的是，在当时诸多学者、媒体的评论中，只有极少数评论是理性的。

就后一起事件而言，2006年10月、12月美众议院一些民主党议员联名给布什总统写信，敦促布什总统对中国劳动合同法草案所给予工人权利和保护条款表示支持，谴责那些试图限制中国工人新权利的美国公司及其在中国的分公司。¹²在美国政府没有响应的情况下，派出了美国工会代表团。劳动立法本是一个纯粹国内问题，连布什总统都认为不适宜进行干预，才会出现美国工会代表团的施压。美国国会对我国的劳动立法指手划脚，一个与我国工会组织素无交往的外国的工会组织，特意到我国，针对我国的立法活动开展声援活动，这本不是一个正常的行动，而是一个典型的挑战我国主权的行为，在我国却受到了空前的欢迎。

为什么正常与反常会被完全颠倒？有一篇评论很能代表当时的想法：“在劳动合同法制定过程中，劳资双方长达数年的利益对抗，无疑是中国立法史上迄今为止最为激烈的一场立法博弈。”“既有资方代表四处游说立法机构的身影，也有工会组织捍卫劳工利益的呐喊；既有驻华外国商会威胁‘撤资’的闹场风波，也有国际劳工组织、外国议会声援中国立法的跨国界行动”¹³笔者在另一篇文章中分析了中国并不存在正常的劳资立法博弈，所谓劳资博弈只是一些学者与媒体以阶级对立的观点来图解我国劳动立法过程所得出的结论。¹⁴遗憾的是，这种劳资对立的认识也扩展到我们对一些国际问题的看法。从劳资对抗的视角出发，凡站劳动者一边的都是正义之举，哪怕反常也不必计较；凡站在用人单位这一边的都是不义之举，哪怕正常也要谴责。从这样既定的前提出发，于是劳动者的组织是朋友，用人单位的组织是敌人。其实，这一个前提本身是有问题的。

二、永远的朋友，还是永远的利益？

在国际政治、经贸关系中，敌友选择绝不是抽象的概念选择，当我们将一切问题归入非黑即白、简单对立的劳资阶级博弈时，我们可能会犯下低级错误“没

¹¹ 邹云翔：《立法研讨别急着否定不同意见》，载《中国青年报》2006年5月18日。

¹² 邓瑾：《保卫劳动合同法》，载《南方周末》2007年5月24日。

¹³ 阿计：《立法博弈之现象 七十二变》，《民主与法制杂志》

<http://news.sina.com.cn/c/2008-03-04/122915072680.shtml>。

¹⁴ 董保华：《劳资博弈之道》，载《社会科学家》2009年第1期。

有永远的朋友，只有永远的利益”。在投资中国的问题上，不仅美国的工会与中国的工会的利益不可能一致，就是美国国际商会与中国各地的美商会的利益也未必完全一致。

就美商会而言，美国国际商会代表的是美国投资企业，而包括上海美商会在内的中国各地的美商会代表的是被投资的中国企业利益。2006年11月19日美国国际商业委员会劳动与共同责任副主席以《中国劳动法》为题，在《纽约时报》刊登了文章。该文称：从投资者的角度来看，“国外的雇佣者都需要一个可预见的投资环境”，一旦“外国公司难逃被套牢的命运”，“投资者停下投资脚步的事实就不足为怪了”。¹⁵而上海美国商会的表态则是：他们之所以响应人大号召，在劳动合同立法中提出意见，是由于“在华外商是中国社会组成的一部分，我们综合了会员公司的经验提交人大，是为了中国经济长久持续的发展。¹⁶企业存在着趋利本性，作为美国投资者来说，他是以全球作为观察的对象，选择最适合投资的地点，无论其是否发出撤资的威胁，一旦投资在某地不能获利，他会停止投资，甚至另选其他合适的地方；作为被投资国的中国企业，总是希望通过做强做大，使母公司能够增加投资，没有了在华的美国企业，也就不存在包括上海美商会在内的中国各地的美商会，因此，中国经济长久持续的发展才是最符合其经济利益的。

在投资中国的问题上，中国工会与美国工会的差异更大。《泰晤士报》前总编威廉·里斯莫格把中国经济对世界的影响比作“额外的那个苹果”。额外的那个苹果，决定了所有苹果的价格；如果少一个苹果，所有苹果的价格都会上涨；如果多一个苹果，所有苹果的价格都会下跌。美国劳联—产联等工会组织是希望增加中国这个苹果？还是减少中国这个苹果呢？从这一比喻中，我们不难读懂美国不同利益集团关心中国劳动合同法的用意。美国工会出于保护本国工人利益的考虑，如果少一个苹果，所有苹果的价格都会上涨，当然希望减少中国这个苹果，以维持美国劳工这一筐苹果；当中国不可避免地出现后，美国工会将其称为资本

¹⁵ 中国劳动法执行情况令人堪忧，因此亟待严格执行。而如果目标一旦认定加上法律的存在，根据推测，外国公司难逃被套牢的命运。但是美国一些商业组织认为新法未免也太严厉、太苛刻了，它的施行将会导致减缓就业的增长。更糟糕的是，新法中模棱两可，含糊不清之处会在司法运作过程中显露出来并表现得不怎么公平和不具有可预见性。与此同时，无论是国内还是国外的雇佣者都需要一个可预见的投资环境，因此一部措辞不明确、内容不具有可预见性的法律使投资者停下投资脚步的事实就不足为怪了。”见 2006年10月19日美国《纽约时报》。

¹⁶ 愈佳：《〈劳动合同法〉威胁风波：上海美商会称绝无无意撤资》，载《东方早报》2006年5月22日。

的“探底运动”，并希望通过“贸易保护”，阻止由中国这一“额外苹果”来决定价格。

问题在于中国的利益在哪里？在世界贸易格局已经确定的情况下，中国无法不成为“额外的那个苹果”。相对廉价的劳动力使中国获得了某种定价权，这也正是中国成为世界工厂的基本条件。中国需要自由贸易，需要市场竞争，以重新确定经济秩序。如果多一个苹果，所有苹果的价格都会下跌，额外的那个苹果，决定了所有苹果的价格；美国商会从投资者的趋利本性出发，当然需要决定所有苹果价格的中国苹果，美国商会一直追求“自由贸易”。在这一意义上，中国人民的利益在一定时期与美国商会利益是一致的，两国的贸易具有互补性。

在 1979 年以前的三十年里，中国经济基本上处于封闭状态之中，利用外资数量十分有限，而且也仅仅局限于对外借款等间接投资方面，根本谈不上利用外商直接投资，由于中国共产党十一届三中全会把对外开放确定为我国的一项基本国策，随着中国经济的全方位对外开放以及市场经济的逐步转轨，中国大陆日益成为全球理想的投资地点之一。自 1993 年起，中国成为世界第二大外商投资国，2001 年中国加入 WTO 以后，外商特别是大型跨国公司对华投资又掀起高潮，连续两年实际投资额超过 500 亿美元。截至 2005 年 5 月底，全国累计批准设立外商投资企业 525378 个，实际使用外资金额 5844 亿美元。¹⁷可以说，中国经济已经保持 20 多年的高速增长所创造的“中国的奇迹”，是以中国的改革开放为前提的。这种对外开放的外部环境就是国际上自由贸易的环境。

在自由贸易问题上，美国各种政治势力出于自身利益的考虑，在对华政策选择上的不同早已经体现在永久正常贸易关系地位、中国入世、制裁中国三个问题上——美国工会和企业界态度截然相反。如果我们以中国的利益为视角，美国工会是反华的，美国商会是亲华的。劳联—产联为代表的美国工会一向是美国自由贸易政策的反对者，他们担心中国入世会加剧美国的“工作输出”。实际上，作为美国历史上排华运动的先锋，劳联—产联等工会组织并不真正关心中国工人的待遇，它真正关心的是美国制造业工人的利益。“对华贸易在过去几年间成了美国政治的一个热点，而制造业的劳工组织则成了挑战对华贸易的最大力量。”“最近十多年来，‘全球化’在美国的制造业工人中间成了一个肮脏的字眼。‘中国制造’

¹⁷ 常凯：《劳动关系学》，北京：中国劳动社会保障出版社，2005 年版，第 144 页。

更是成了美国反对全球化者的众矢之的，美国的工会组织劳联—产联多次要求国会对中国的贸易采取限制措施，以保护美国工人的工作机会。¹⁸

当然，我们不能夸大美国商会与中国利益的一致性。中国作为一个经济大国的崛起，会不可避免地打破世界经济和贸易的均衡，从而引发相关贸易伙伴之间的贸易格局调整。在这一调整过程中，战略性的贸易摩擦将不可避免。¹⁹在一定条件下，互补性也会转化成对抗性，美国商会有时也会支持贸易保护主义。在最近的一系列特保案中我们已经看到了这种情况。在今天，美国工会、美国商会都不见得是朋友，但自由贸易是中国不可或缺的，中国需要这种竞争环境。

三、美国“第二种选择”战略的本质内涵

“喝醉酒”这是很多美国人对美国前政府的指责。“政府像喝醉了酒似的把我们的工作机会扔给了中国。”²⁰所谓“喝醉酒”其实是说，布什及其所领导的政府，为了保护投资者的利益，而在某种程度上支持贸易自由。正是这种贸易自由，才使中国改革开放的政策得以实施，中国也得以崛起。近年来，美国一些战略研究者提出了“第二种选择”的新战略，值得关注。

在 2006 年美国国会选举不久后的 2006 年 12 月 8 日，美国代表 Lynn Woolsey(加州区)， Barbara Lee(加州区)， George Miller(加州区)、Barney Frank(麻省区)以及其他 28 名众议院成员提出一项立法，呼吁总统对中国劳动法草案中的工人权益和保护措施规定表示公开支持，并批判一些美国公司及其代表们在中国企图限制中国工人增加新权益的行为。这份决议发起了一种新的“中国之争”途径，可以看出美国对华政策的新变化。“一个逐渐壮大起来的由劳工运动及其联盟组成的部门正设法为这场过于简单化的自由贸易与保护主义之争发展出第二种选择”。²¹

第二种选择是什么呢？一个名为全球劳工战略的组织²²，在 2007 年发表了《为什么中国劳动问题可以而且应当改变对华政策》一文，该文系统阐述了全球劳工

¹⁸ 小夏：《对华贸易和美国制造业劳工》，载《南风窗》2007 年 3 月 1 日。

¹⁹ 王新奎教授是在“2007 年中国大学教授和专家学者 WTO 事务高层研讨会”上发表上述言论的。引自《报刊文摘》，2007 年 6 月 11 日。

²⁰ 金鑫、徐晓萍：《中国问题报告——影响新世纪中国发展的若干重大问题(下)》，浦东电子出版社 2002 年版，第 485 页。

²¹ 《全球劳工战略. 不适当影响：外企在与中国新劳动法的斗争中取得进》(1)，载 <http://blog.china.com.cn/socialjustice/art/336095.html>。

²² 全球劳工战略(Global Labor Strategies)是新建立的非盈利 501(c)-3 资源中心，它专门提供关于全球化、贸易和劳工问题的研究及分析。GLS 员工由国际法专家、劳动法专家、劳工关系问题专家以及国际贸

战略中为什么中国劳动问题可以而且应当改变美国对华政策。在重新定位的策略中，“新的公共政策，从劳动权益到贸易政策”成为第一条。如果说过去是从“贸易政策”到“劳动权益”，现在则应当将次序反过来。过去那种限制自由竞争与强调贸易壁垒太过突出国家利益；这种被称为“简单化”的处理方式容易引起发展中国家的反感，而改为强调阶级利益不仅可以摆脱沙文主义的恶名，而且可以赢得中国工人的信任，当然，关心中国劳动权益最终还是服从于两国贸易的大局。

最后的一条则是：“利用中国问题的契机，制定解决全球化问题的策略”。通过提高中国劳工标准，可以影响国际劳工标准，缩小与美国的差距。如果能够导致跨国公司的生存环境恶化，引导外资流入其他国家，首先是延缓中国的发展；如果能够导致资金回流，则还能改善美国的劳工状况。只要摘掉中国“额外的那个苹果”，也就最终解决了全球化问题。可见，强调阶级利益只是手段，归根到底还是服从于美国的国家战略的。

新老策略对比可以看到，差异在于将强调国家利益改为强调阶级利益，将国际间的贸易争端变成中国国内的劳资冲突。从强调阶级利益出发，应该在各种关系中，都淡化中美的国际冲突，强化中国内部的阶级冲突。一是不再企图责备中国工人“偷美国人的饭碗”，相反应当强调劳动问题的传统认同，即美国劳工与中国劳工有共同的利益，中国劳工应当以美国劳工为榜样，提高中国劳工的各种劳动标准；二是将对中国政府的批评，转化为对美国企业的批评，应该抗议美国企业为了减少开支而把美国人的工作外包给中国和其它贫困国家；三是强化美国企业与中国劳工利益的差异，将美资公司特别是沃尔玛(Wal-Mart)和美国通用电器(GE)作为批评的中心，将跨国公司都指责为血汗工厂，加大劳资冲突。总之，过去是用贸易保护让中国的产品进不了美国，现在应当尽可能地提高跨国公司在海外的生存成本，促使他放弃在中国的投资。说到底，所谓的新政策的本质内涵就是将美国的国家利益包装为阶级利益，从而赢得中国工人的好感。

在这个新战略中，最有意思的是指出了两个最需要打击的企业，一个是沃尔玛(Wal-Mart)，一个是美国通用电器(GE)。为什么要重点打击这两个企业呢？在当时，如果美国零售巨头沃尔玛是一个独立的国家的话，它将会是中国的第八

易专家组成，已协助无数的协会、政府官员和非政府组织去开发可以在全球经济中有效运行所需的策略和研究。这些组织将贸易协会一直延伸到北美、亚洲、欧洲和拉丁美洲的公众社会组织。

大贸易合作伙伴。²³至于 GE，2006 年 5 月，GE 公司董事长兼首席执行官杰夫·伊梅尔特在北京宣布，令 GE 全球收入一年内从 62 亿美元猛增至 101 亿美元的“绿色创想”计划正式在华启动。²⁴

“第二种选择”的新战略提出是基于美国对过去对外贸易政策的反思。美国一些战略分析家认识到：截至 2005 年 5 月底，中国累计批准设立外商投资企业 525378 个，实际使用外资金额 5844 亿美元。²⁵自从中国 2001 年加入 WTO 之后，中国增加的 65%的对美国的出口是来自于美资公司，中国的出口总额的 55%来自外资公司。正是这些数字让美国人气愤地指责道：“政府像喝醉了酒似的把我们的工作机会扔给了中国。”²⁶显然，在美国人眼里，那些到中国来投资的商人才是最可恨的，他们为了一己私利，帮助中国崛起。奥巴马应当调整打击方向。

只有从更宏观的视角观察，才能理解这种战略调整。根据美国统计局公布的数字，到 2006 年 11 月底，该年度对华出口 530.358 亿美元，进口额则达到 2635.844 亿美元，逆差高达 2135.486 亿。²⁷还有资料表明，从 1994 年到 2004 年，由于对外贸易的快速增加，美国制造业失去了 330 万份工作。²⁸中国正在起草的劳动合同法恰恰提供给了民主党控制的国会采取行动的契机。值得注意的是，这次美国人绕开了“自由贸易”和“保护主义”的问题，而将触角直接伸向中国劳动立法这样一个纯粹国内问题。这也是事关中国主权的一个最敏感的区域。这种做法正是被美国国会议员称为“第二种选择”战略的实施。

正是在这样的背景下，中国的劳动合同立法引起了国际社会前所未有的广泛关注。“中国劳工人数占了全世界的总劳工量的四分之一，这次的新劳动合同法，不论好坏，都将具有震动全球的后果。”²⁹问题是这种震动，源于何处？谁在掌控？国际劳工战略评论：“这场争论从立法机关一直延伸到美国国会大厅和全球公司的执行总裁办公室，使美国和世界各地的劳工和人权团体都参与其中。”“新民主

²³ 《全球劳工战略. 不适当影响：外企在中国劳动法的斗争中取得进展》(1)，<http://blog.china.com.cn/socialjus-tice/art/336094.html>。

²⁴ 《美国在华公司插足新劳动法：赢利高于人权》，载《环球视野》2007 年 6 月 5 日访问，<http://www.wywxwyzx.com/Article/Class20/200706/19249.html>。

²⁵ 常凯：《劳动关系学》，中国劳动社会保障出版社 2005 年版，第 144 页。

²⁶ 金鑫、徐晓萍：《中国问题报告——影响新世纪中国发展的若干重大问题(下)》，浦东电子出版社 2002 年版，第 485 页。

²⁷ 小夏：《对华贸易和美国制造业劳工》，载《南风窗》2007 年 3 月 1 日。

²⁸ 小夏：《对华贸易和美国制造业劳工》，载《南风窗》2007 年 3 月 1 日。

²⁹ 《美国在华公司插足新劳动法：赢利高于人权》，载《环球视野》2007 年 6 月 5 日，<http://www.wywxwyzx.com/Article/Class20/200706/19249.html>。

党众议院的领导们指出他们会将它作为现在以及 2008 年总统大选的一个主要议题。³⁰美国的立法机关对于中国的国内立法表现出来了超乎寻常的关注，中国的国内立法成为 2008 年总统大选的一个主要议题，本身就值得我们深思。当我国以劳资对抗的认识颠覆正常与反常的基本秩序时，至少是符合美国战略家构想的。问题是：这仅仅是我们偶然进入了美国战略家预先设计的轨迹吗？很遗憾，结论恐怕是否定的。

四、“第二种选择”战略中多米诺骨牌效应的反思

作为美国工会组织“变革谋胜利”代表团成员、国家卡车司机协会主席霍法访华期间在谈及此行的目的时说：“显然美国公司与欧洲公司来到中国，是因为那里有许多吸引他们的东西。但如果我们能够帮助中国人民生活得更好，那么这些吸引欧美公司前往中国的东西就会不再那么有吸引力。”³¹这段话说的非常有意思：“帮助中国人民生活得更好”是手段，对欧美公司“不再那么有吸引力”是目的。其实这段话也很好地概括了“第二种选择”的具体策略。美国战略家认为，我们不仅要向中国推销“劳资对抗”，而且要将其包装成“帮助中国人民生活得更好”。只有“劳资对抗”变成了我们中国人的自觉行动，才可能使中国对欧美公司“不再那么有吸引力”。

为了实现这样的战略意图，美国的一些战略分析人士不仅提出了强调阶级冲突的战略构想，并有完整的实施建议。这些实施建议可以概括为一种多米诺骨牌效应。如果说第一条“新的公共政策，从劳动权益到贸易政策”是多米诺骨牌中的第一张；那么“利用中国问题的契机，制定解决全球化问题的策略”可以说是多米诺骨牌中的最后一张，中间还有八个环节，犹如多米诺骨牌中间的骨牌。这八个骨牌为：2008 的选举策略；对美国的全球性公司进行监督；定期跟踪中国劳动力市场的关键问题；与全总或者一些工会的公开对话；扩大与中国劳动问题积极分子和专家的对话；支持中国工人的各项权利；更积极的新闻宣传；指导工会和劳动者的各种材料。³²可见，在中间的八个问题中，与 2008 的大选同样重要的还有七个问题。这七个环节都与中国国内人员有关。概括起来有两个要点：

³⁰ 《全球劳工战略.不适当影响：外企在与中国新劳动法的斗争中取得进展》(2)，<http://blog.china.com.cn/so-cialjustice/art/336095.html>。

³¹ 《接触不代表接受美国工会领袖表明访华姿态》，2007 年 5 月 22 日，http://www.singtaonet.com/chi-na/200705/t20070522_541444.html。

³² 全球劳工战略网站 <http://laborstrategies.blogs.com>。

其一，要让欧美企业对中国关闭大门，必将先对一些人敞开大门，被列入敞开大门的有全总、中国劳动问题积极分子、中国劳动问题专家。显然是要将美国观念转变为一部分中国学者的观点。其二，通过对美国的全球性公司进行监督、定期跟踪中国劳动力市场的关键问题以不断地掀起一些批评风暴。这一策略是否得到完整的落实我们不得而知。但是围绕着中国劳动合同立法发生的一系列事件，却应当引起我们的高度关注。

其一，在美国国会致总统布什的信函中谈到：“中国的《劳动合同法》会提供最低程度的保护措施，这些措施在世界其它国家都是很平常的，比如强制性的劳动合同、遣散费规定以及关于工作场所政策和程序的谈判。”信函中所谓在“世界其它国家都是很平常的措施”，如强制性的劳动合同、遣散费、工作程序的谈判，就是在美国也均不实行，何来平常？美国是否也没有“提供最低程度的保护措施”？美国的政治家直接向驻扎在美国的公司施压，要求他们“提供最低程度的保护措施”，岂不更方便。公平地说，至少应当先让美国企业执行，再来推销给中国人。在这里“帮助中国人民生活得更好”其实是指让中国实行一些美国都无法实行的劳动标准。沿着这样的思路，中国渐渐地将不再成为额外的那个苹果，那个决定了所有价格的苹果。对欧美公司也确实可能“不再那么有吸引力”。“其真实意图是消除发展中国家仅有的劳动力价格低廉这一优势”。³³

其二，《华尔街日报》报道，“变革谋胜利”的工会主席安娜·博格 (Anna Burger) 指出，虽然中美两国相距遥远，但就经济联系而言两国就像邻居。她谈到，中美两国工人面临着相似的挑战，有些人甚至在为同一家公司效力，因此，彼此协作十分重要。美国工会宣传的两国工人利益共同，成为中国一些学者的重要观点，也成为中国媒体报道的依据：“结束访华行程，美工会盼与中国工会共谋发展”，“结束十年抵制美工会领袖‘破冰’访华”，³⁴“中国工人的工资影响着全世界工人”³⁵“捍卫中国工人的权利，在某种程度上也是捍卫全球工人的权利”“一场震动全国的立法博弈，一次跨越国界的联合行动”。在中国善良民众对来访的美国工会领袖充满期望时，了解一下他们的所作所为会更好。1999年，中美之间在西

³³ 茆曾耀：《准确把握 避免误区——“加入 WTO 对我国工会影响”研究中若干重要观点之辨析》，载《工会理论与实践》2001年第5期。

³⁴ 结束访华行程美工会盼与中国工会共谋发展，2007年5月23日，http://122.152.189.243/china/200705/t20070523_543112.html。

³⁵ 邓瑾：《中国工人的工资影响着全世界工人》，载《南方周末》2007年5月24日。

雅图就中国加入 WTO 展开关键性谈判，美国工会组织大批产业工人前往会场示威游行，反对中国“入世”。作为当时还是劳联—产联成员的“变革谋胜利”工会代表团的很多成员亦置身其中。中美工会的“破冰之旅”被宣传成似乎以劳动合同法公布为契机，两国工会就能冰释前嫌。然而，对全美 5141 名成年人进行调查：24.3%的受访者说，中国是美国国家安全的威胁；而 59.9%的人则认为中国已经是美国的经济威胁。只有 5.7%的受访者将中国视为经济伙伴和盟友。³⁶在美国，中国越来越被视为是美国的经济威胁。“破冰之旅”、“冰释前嫌”可能是我们的一厢情愿。

其三，在美国国会致总统布什的信函中谈到：“在中国的美国商会—代表品牌企业如 GOODYEAR，戴尔、福特、通用电气、耐克和微软—发动一场激烈的游说运动来向中国政府施压，以削弱或完全放弃新法草案。”美国工会在访华期间宣称美国商会为“血汗工厂游说团”中的一员，并将“保卫中国的《劳动合同法》”，“共同反击血汗工厂”作为美国工会组织访华的主要口号。“血汗工厂”本身是一个含有贬义的外来提法，这一提法将合法与违法的区别搞得模糊不清，正是这种模糊使一些外国战略家能够在其中填充一些符合西方利益的内容。当我们将我国最好的企业都称为“血汗工厂”时，等于将所有的公司都列入了打击的范围。

其四，在劳动立法过程中，我国的劳动法学理论界从阶级对立的立场出发，反对“自由贸易”声音开始越来越强烈。常凯认为，“以 WTO 作为全世界资本政府，有一个共同的规则，在全球推行，推行自由贸易，自由贸易是什么东西，《资本论》讲得很清楚，资本主义贸易。我们加入 WTO，你就要接受这种规则。”³⁷“现在全球都搞市场化，谁是工人的国家？谁高举工人的旗帜？在国际上找不到工人的后方，我们都一样了，资本已经成了整个社会和经济全球范围内的主宰者，中国也没有跳出实际经济规律。”“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”。³⁸王全兴说得更为实际：“即使发生了这种资本大规模地移向其他发展中国家的极端现象，对于有巨额资本剩余的我国来说，促进民营经济的发展，就足以填补这种资本外移所留下的空间。”³⁹从这些学者的论述看，似乎只

³⁶ 马丁·谢弗、伊文：《美国人怎么看中国》，载《环球时报》2007年5月25日。

³⁷ 常凯：《劳动合同法》本来就应该保护劳工利益的（博客中国专栏作家交流联谊会暨《劳动合同法》研讨会）[DB/OL]. <http://www.blogchina.com/new/display/152458.html>。

³⁸ 郭晋晖：《〈劳动合同法〉争论继续：谁真正代表工人利益》载《第一财经日报》2006年4月7日。

³⁹ 王全兴：《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》载《法学》2006年第9期。

要“我们跳出实际经济规律”“高举工人的旗帜”，没有外国资本，“中国人民就会生活得更好”。高举工人旗帜，跳出经济规律。多么好的概括！这种观点至少与劳联—产联的观点是一致的，中国人不要再受沃尔玛、美国通用电器的剥削，而将这种剥削留给美国人去承受。因此，劳联—产联“高举工人的旗帜”的到来，让一些劳动法学者如此兴奋，“找到了共同的利益交汇点”，甚至是什么“全世界劳工联合起来，为实现民有、民治、民享的和谐世界而奋斗”。⁴⁰

其五，除了美国工会访问中国外，美国工会组织还出资邀请了中国学者访美。对于投资中国的美资企业的贬低以及对美国工会的高度赞扬也正是在这种访美前后形成的。“上海师范大学法学教授刘成(LiuCheng，音译)说，外商对新法‘如此愤怒’，原因就是新法威胁到了他们在中国经营‘血汗工厂’的能力。”⁴¹这些学者对于中美工会的关系则表述为“共同防止针对全球工人待遇的‘探底运动’”⁴²。这基本上是在美国的视角来认识中国问题。

从表面上看，每一事件都是独立的，但以我国学者主张的“劳资对抗”为红线或以“帮助中国人民生活得更好”为手段，让中国对欧美公司“不再那么有吸引力”为目的，从这一策略来观察，我们却似乎可以看到这些孤立事件中的某种联系。事实上，每一事件的当事人可能也确实是独立思考而采取的行为，这恐怕正是我们要特别警惕的一种战略。打着改善中国劳动者待遇的旗号，实际上是要让中国对欧美公司失去吸引力，当这一天真的到来时，“中国人民生活得更好”吗？当劳动者彻底战胜资本，促使资本外逃时，劳动者生活得更好吗？

在劳动合同立法的问题上，外国的政治家只不过找到了一个更“高尚”、更具迷惑性的理由，其根本的目的是希望抬高中国的劳动标准，从而促使资本回流，以解决本国的就业问题。美国劳联—产联等工会组织多次要求国会对中国的贸易采取限制措施，以提高中国劳动标准，保护美国工人的工作机会。对于中国主动大幅度地提高劳工标准，他们当然是喜出望外的。对外经济贸易大学中国 WTO 研究院院长张汉林和北京大学国际关系学院教授朱锋表示，中美工会之间的根本分歧远未弥合，美国工会访华的最大动机，在于为自己身后的 600 万美国产业工

⁴⁰ 杨中旭：《中美工会握手的台前幕后美国工会的破冰之旅，是为了“全世界劳工联合起来”》，载《中国新闻周刊》2007年6月11日。

⁴¹ 《美国在华公司插足新劳动法：赢利高于人权》，载《环球视野》2007年6月5日，<http://www.wyxwyzx.com/Article/Class20/200706/19249.html>。

⁴² 杨中旭：《中美工会握手的台前幕后美国工会的破冰之旅，是为了“全世界劳工联合起来”》，载《中国新闻周刊》2007年6月11日。

人争取利益。张汉林认为：“到了今天，即使美国工会对中国进行了访问，他们的那些反对中国之处也未有丝毫动摇”。中国轮胎特保案证实了这种说法。

美国战略分析人士指出了两个最需要打击的企业，也给了我们一个验证这一战略的实施情况的机会。沃尔玛这几年一直是我国媒体重点批评的对象，很多批评其实是来源于国外的，这一在全球许多国家得到最佳雇主信誉的企业，在中国的商业信誉却在急速下降，GE 也被境外以莫须有的罪名套上了反劳动合同法的帽子，其投资中国厦门的项目也受到了来自美国的指责。⁴³如果今天去统计，沃尔玛肯定不再会是第八贸易主体。

在中国的劳动合同立法引起了国际社会前所未有的广泛关注时，尤其是当我们从劳资阶级对抗的立场出发，将正常与反常的标准搞得混乱不堪时，我们可能正面临着多米诺骨牌效应，只有当最后一块多米诺骨牌摊开时，我们才能看清全貌。多米诺骨牌中的第一张和最后一张本相距甚远，但惯性的力量是巨大的，它以不可阻挡之势推动着下一张牌，浩浩荡荡，前仆后继。在第一张牌将倒下时，应当想到最后一张牌，不要说你能控制牌的趋向，事实上，一张牌对另一张牌的影响远比你的手指更有决断力。如果我们以劳资阶级对抗这种教条主义的思维进行国际交往，我国注定要吃大亏。各国的劳动者有各自独立的利益，决不是一句全世界劳工联合起来那么简单。

⁴³ 2008年3月25日，美国俄亥俄州非营利政策研究机构 PolicyMattersOhio(简称 PMO)发布了《好灯泡，坏工作：荧光灯背后的工人和工作环境》的调查报告，称 GE 在厦门的合资工厂厦门通士达照明有限公司以种种形式压榨工人血汗。对于这一指责 GE 表示十分吃惊。其新闻发言人对媒体表示，6个月前已经检查过该工厂的安全和工人待遇情况，符合 GE 的标准。最后，报告的作者、PMO 的研究主任席勒(Zach Schiller)在接受《第一财经日报》采访时也坦承，写这份报告的目的之一是希望俄亥俄的工人能够参与新一代节能灯泡的生产，为俄亥俄带来更多的工作机会。“这一指责是为了让 GE 把部分节能灯投资项目，从中国迁回美国，甚至让当地工厂免于关闭。” 据称，席勒本人并没有到厦门。事件的真相正如厦门有关部门所说，“我们了解认为，主要还是因为 GE 转移投资，厦门通士达应该没什么问题。” 详见《指责 GE 厦门工厂美劳工组织意在争夺就业》，载《北京青年报》2008年4月10日。



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