

# 保华月刊

*Baohua Monthly*

2020年3月刊  
Mar. 2020  
第38期  
NO. 38

- 试用期热点问题调研
- 全国部分城市阶段性社保减免期间缴费金额速查表单
- 《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要—关于涉疫情劳动争议案件审理的有关问题》



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

12 **新法规：《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要—关于涉疫情劳动争议案件审理的有关问题》**

New Regulation: *Minutes of Judges' Meeting of the First Civil Trial Chamber of Sichuan Higher People's Court on Trials of Civil Cases Involving COVID-19 Infected with Pneumonia Epidemic Situation-Issues Concerning Trials of Labor Dispute Cases Involving Epidemic Situation*

**热点追踪**

Hot Issues

20 **案例调研：试用期热点问题调研**

Case Study: Research on hot issues in probation period

27 **全国部分城市阶段性社保减免期间缴费金额速查表单**

Quick check form of payment amount during the period of social security reduction and exemption in some cities in China

**老董杂谈**

Professor Dong By-Talk

33 **劳资博弈之道——兼谈劳动合同立法博弈中“强资本、弱劳工”的观点**

The way of labor management game -- Also on the viewpoint of "strong capital, weak labor" in labor contract legislation game

# 新闻总结



## 一、国务院发文强化稳就业举措应对新冠肺炎疫情影响

来源：莆田晚报

摘要：国务院办公厅近日发布《关于应对新冠肺炎疫情影响强化稳就业举措的实施意见》（下称《意见》）。《意见》指出，要深入贯彻习近平总书记关于统筹推进疫情防控和经济社会发展工作的重要指示精神，加快恢复和稳定就业，并提出五个方面政策措施。

Abstract: The General Office of the State Council recently issued *Opinions on the Implementation of Measures to Strengthen Employment Stability in Response to the Impact of COVID-19 Epidemic* (hereinafter referred to as *Opinions*). The *Opinions* pointed out that it is necessary to thoroughly implement General Secretary Xi Jinping's important directive on the overall promotion of epidemic prevention and control and economic and social development, accelerate the restoration and stability of employment, and put forward five policy measures.

一是更好实施就业优先政策。推动企业复工复产，取消限制复工复产的不合理审批。加大减负稳岗力度，加快实施阶段性、有针对性的减税降费政策，提高中小微企业失业保险稳岗返还标准。提升投资和产业带动就业能力，优先投资就业带动能力强的产业。优化自主创业环境，深化“证照分离”改革，扩大创业担保贷款覆盖范围，对创业投资企业予以政策支持。支持多渠道灵活就业，合理设定无固定经营场所摊贩管理模式，支持劳动者依托平台就业，取消灵活就业人员参加企业职工基本养老保险的省内城乡户籍限制。

二是引导农民工安全有序转移就业。强化重点企业用工调度保障、农民工“点对点、一站式”返岗复工服务，推广健康信息互认机制。对组织集中返岗涉及的交通运输、卫生防疫等给予支持。支持就地就近就业，在县城和中心镇建设一批城镇基础设施和公共服务设施。对吸纳贫困劳动力就业规模大的，各地可通过专项扶贫资金给予奖励。

三是拓宽高校毕业生就业渠道。鼓励中小微企业吸纳就业，对符合条件的给予一次性吸纳就业补贴。扩大国有企业、事业单位、基层服务项目、应征入伍等招聘招募和硕士研究生、专升本招生规模。扩大就业见习规模，对见习期未签劳动合同的给予剩余期限见习补贴。出台改革措施，允许部分专业毕业生免试取得相关职业资格证书。

四是加强困难人员兜底保障。保障失业人员基本生活，4月底前实现线上申领失业保险金。对领取失业保险金期满仍未就业的失业人员，不符合领取失业保险金条件的参保失业人员，发放6个月失业补助金。强化困难人员就业援助，动态调整认定标准，及时将受疫情影响人员纳入援助范围，确保零就业家庭动态清零。开发一批临时性公益岗位。加大对湖北等疫情严重地区就业支持，对湖北高校及湖北籍2020届毕业生给予一次性求职创业补贴，湖北省各级事业单位可开展专项招聘，基层服务项目向湖北倾斜。

五是完善职业培训和就业服务。大规模开展职业技能培训，实施农民工等重点群体专项培训。3月底前开放线上失业登记，推进在线办理就业服务和补贴申领，加大人力资源服务供给，优化用工指导服务，依法规范裁员行为。持续开展线上招聘服务，低风险地区可有序开展小型专项供需对接。

《意见》强调，要压实就业工作责任，县级以上地方政府要加快建立政府负责人牵头的就业工作领导机制，加大就业补助资金和稳岗补贴投入力度，强化表扬激励，加强督促落实，在确保疫情防控到位的前提下，毫不放松抓紧抓实抓细

稳就业各项工作。

## 二、国家税务总局发布新版应对新冠肺炎疫情税费优惠政策指引

来源：新民晚报

摘要：近日，国家税务总局日前发布新版应对新冠肺炎疫情税费优惠政策指引，从支持防护救治、支持物资供应、鼓励公益捐赠、支持复工复产四个方面对 17 项政策逐一进行解读。新版指引增加了第二批出台的阶段性社保降费、医保降费政策，以及第三批出台的阶段性减免小规模纳税人增值税等政策；细化了内容，比如增加了公共交通运输服务、生活服务、快递收派服务的税目注释；补充了疫情防控重点保障物资清单。

Abstract: The State Taxation Administration recently released a new version of the guidelines on preferential tax policies for prevention and control concerning COVID-19 Epidemic. It interprets 17 policies one by one from four aspects: support for protective treatment, support for material supply, encouragement for public donations, and support for returning to work and resuming production. In the new edition of the guidelines, the second policies for phased reduction of social security and medical insurance fees, and the third policies for phased reducing and exempting small-scale taxpayers' value-added have all been issued, and the contents have been refined, such as the taxable items and notes for public transportation services, living services and express delivery services have been added, and the list of key materials for epidemic prevention and control has been supplemented.

指引明确，对取得政府规定标准的疫情防治临时性工作补助和奖金免征个人所得税；个人取得单位发放的预防新型冠状病毒感染肺炎的医药防护用品等免征个人所得税。

对疫情防控重点保障物资生产企业全额退还增值税增量留抵税额；纳税人提供疫情防控重点保障物资运输收入免征增值税；纳税人提供公共交通运输服务、生活服务及居民必需生活物资快递收派服务收入免征增值税；对疫情防控重点物资生产企业扩大产能购置设备允许企业所得税税前一次性扣除；对卫生健康主管部门组织进口的直接用于防控疫情物资免征关税。

对通过公益性社会组织或县级以上人民政府及其部门等国家机关捐赠应对疫情的现金和物品允许企业所得税或个人所得税税前全额扣除；直接向承担疫情防治任务的医院捐赠应对疫情物品允许企业所得税或个人所得税税前全额扣除；无偿捐赠应对疫情的货物免征增值税、消费税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加；扩大捐赠免税进口物资范围。

对受疫情影响较大的困难行业企业 2020 年度发生的亏损最长结转年限延长至 8 年；阶段性减免增值税小规模纳税人增值税；阶段性减免企业养老、失业、工伤保险单位缴费；阶段性减免以单位方式参保的个体工商户职工养老、失业、工伤保险；阶段性减征职工基本医疗保险单位缴费；鼓励各地通过减免城镇土地使用税等方式支持出租方为个体工商户减免物业租金。

## 三、最高法、中华全国总工会开展劳动争议多元化解试点

来源：澎湃新闻

摘要：近日，最高法、中华全国总工会联合印发《关于在部分地区开展劳动争议多元化解试点工作的意见》（下称《意见》），在内蒙古、吉林、上海、江

西、山东、湖北、广东、四川 8 省（自治区、直辖市），和西安、宁波、北海 3 市开展劳动争议多元化解试点工作。

**Abstract:** Recently, the China's Supreme People's Court and the All-China Federation of Trade Unions jointly issued *Opinions on the Pilot Work of Diversified Labor Dispute Resolution in Some Areas* (hereinafter referred to as *Opinions*). The pilot work of diversified labor dispute resolution has been carried out in 8 provinces (autonomous regions and municipalities directly under the central government), such as Inner Mongolia, Jilin, Shanghai, Jiangxi, Shandong, Hubei, Guangdong, Sichuan, and 3 cities, including Xi'an, Ningbo, and Beihai.

近年来，一些地方工会组织切实履行协调化解劳动争议职能作用，会同法院积极探索劳动争议多元化解新模式，切实维护广大劳动者合法权益，有力促进了劳资关系和谐，推动法治营商环境不断优化。试点文件在总结提炼相关地方探索经验的基础上，进一步就推进劳动争议多元化解、加强调解组织和调解员队伍建设、规范律师参与、依法履行审判职能、落实特邀调解制度、完善诉调对接工作机制和调解协议履行机制、加强科技应用、完善经费保障、巩固制度保障、加强理论研究和宣传引导等提出 14 点意见，特别是对发挥工会组织职能作用，提高劳动争议调解组织、调解员化解纠纷的能力和水平，完善相关配套机制措施等提出了要求。

此次试点既是对有关地方探索经验的总结和提升，也是为下一步完善劳动争议纠纷解决机制所做的必要准备。最高人民法院、全国总工会将根据试点工作推进情况，逐步扩大试点范围、推广有益经验、延伸工作领域，在条件成熟时推动劳动争议调解、仲裁、诉讼依法对接、有机融合，促进劳动争议纠纷化解的社会效果、法律效果相统一。

#### 四、失业金申领全国范围内取消 60 日限制

来源：人社部网站

**摘要：**《人力资源社会保障部办公厅关于进一步推进失业保险金“畅通领、安全办”的通知》（人社厅发〔2020〕24 号）于近日发布，其中明确，失业人员申领失业保险金，经办机构应依据社会保险法和《失业保险条例》规定的领金条件进行审核，不得增加失业人员义务，不得附加和捆绑培训等其他条件，不得以超过 60 日申领期限为由拒发失业保险金。

**Abstract:** *Notice of the General Office of the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China on Further Promoting "Receiving Carefree and Safe Handling" of Unemployment Insurance Benefits* (R.S.T.Issuance (2020) No.24) is currently issued, it is clear that when unemployed apply for unemployment insurance benefits, agencies should review the conditions for receiving the benefits stipulated in the social insurance law and the *Regulations on Unemployment Insurance*. Any handling personnel shall not increase the obligations of the unemployed, attach and bind other conditions such as training, or refuse to pay unemployment insurance on the grounds that the application period exceeds 60 days.

人力资源社会保障部办公厅关于进一步推进失业保险金“畅通领、安全办”的通知

人社厅发〔2020〕24 号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）：

为贯彻落实习近平总书记关于要加快推动线上申领失业保险金，确保失业人员应发尽发、应保尽保的重要指示精神，应对疫情防控期间及其后可能出现的失业风险，切实保障失业人员的基本生活，确保失业保险金按时足额发放，现就进一步畅通申领渠道、优化经办服务等事项通知如下：

一、对领取失业保险金期满仍未就业且距离法定退休年龄不足 1 年的失业人员，可继续发放失业保险金直至法定退休年龄，实施时间自 2019 年 12 月起。失业人员的领金期限、就业失业状态、法定退休年龄可通过失业保险参保缴费记录、身份证信息等内部信息比对确定。续发失业保险金无需个人提出申请，失业人员按照规定同时享受代缴基本医疗保险费等其他失业保险待遇。续发期间发生社会保险法第五十一条规定的停止发放失业保险金情形的，停止续发失业保险金。

二、失业人员在失业期间，可凭社会保障卡或身份证件到现场或通过网上申报的方式，向参保地经办失业保险业务的公共就业服务机构或者社会保险经办机构（以下简称经办机构）申领失业保险金。经办机构应当受理，并根据失业人员累计参保缴费时间核定其领金期限，按照申请之日当地失业保险金标准，按月发放失业保险金。

经办机构认定失业人员失业状态时，应通过内部经办信息系统比对及信息共享，核实用人单位已停止为失业人员缴纳社会保险费即可确认，不得要求失业人员出具终止或者解除劳动关系证明、失业登记证明等其他证明材料。

三、加速推进失业保险金网上申领，力争在 2020 年 4 月底前，所有地（市）均能实现失业保险金网上申领，力争在 6 月底前直辖市、省会城市、计划单列市实现手机申领。要及时做好与国家社会保险公共服务平台和全国人社政务服务平台开通的失业保险金网上申领统一入口的对接，推进全国范围“一网通办”。网上经办系统应做到界面友好、标识清晰、指示明确、路径简洁，凡能够通过内部比对获取的信息，应自动生成电子表单，请失业人员确认即可。系统应当包含纠错功能，及时在线受理群众异议，限时反馈处理结果。

四、失业人员申领失业保险金，经办机构应依据社会保险法和《失业保险条例》规定的领金条件进行审核，不得增加失业人员义务，不得附加和捆绑培训等其他条件，不得以超过 60 日申领期限为由拒发失业保险金。不得要求失业人员转移档案；失业人员有视同缴费年限的，可以通过信息共享等方式查明；不得将失业人员领取失业保险金的情况记入职工档案。

五、对超过法定退休年龄但尚未依法享受基本养老保险待遇的参保失业人员，经办机构应在其办理失业登记后，按规定发放失业保险金。失业人员申领失业保险金，经办机构应当同时为其办理失业登记和失业保险金发放，实行“一门、一窗”办理，避免“进多个门，跑多次腿”。

六、各地要严格执行社会保险法关于停止领取失业保险金的规定，非法定情形不得停发。经办机构以失业人员重新就业为由停发失业保险金时，可以用人单位是否为其缴纳社会保险费为标准确定是否重新就业。

七、经办机构要加大宣传力度，提示参保单位应当履行告知失业人员有申领失业保险金权利的法定义务。可利用用人单位办理参保缴费人员增减申报等业务的时机，向其发放《失业保险金申领告知书》，也可采取网上信息推送、微信、短信、电话及其他方式提醒用人单位及时履行告知义务。用人单位与职工办理终

止或者解除劳动关系时，应将《失业保险金申领告知书》交给失业人员。

八、各级人社部门要把好失业保险基金安全关，定期对统筹地区领金人员信息比对核查，对核查发现已重新就业、享受基本养老保险待遇、死亡等停止领取失业保险金的情形但仍然领取失业保险金的违规行为要及时纠正。对部级社会保险比对查询信息系统定期反馈的疑似违规人员名单信息，要及时核实确认，防止冒领、重复领取。经办机构对冒领、骗领等违规行为依法追究法律责任。

九、加强组织领导。畅通失业保险金申领渠道，直接关系到失业人员切身利益，关系民生底线和社会稳定。各地要把“为民服务解难题”作为失业保险经办系统的价值追求，尽快调整完善申领办法，确保符合条件的失业人员应发尽发，应保尽保。要学习部分地区的先进做法，加速推进“网上办”，提高经办服务便捷性。要在 2020 年底前开展线上线下失业保险服务“好差评”工作，有针对性地提出改进措施。要加强经办人员业务培训，及时掌握新政策、新要求，打造让人民满意的失业保险经办服务。

人力资源社会保障部办公厅  
2020 年 3 月 5 日

五、法国：Uber 司机拥有被视为公司员工的权力

来源：金融界网站

摘要：近日，据国外媒体报道，法国最高法院承认了一名 Uber 司机拥有被视为公司员工的权力，这个裁决有可能将会颠覆这家美国企业的业务模式，并有可能要求该公司支付更多的税收，以及向旗下司机提供更多的福利，例如带薪假期。

Abstract: Recently, according to foreign media reports, the French Supreme Court has admitted that an Uber driver has the power to be regarded as an employee of the company. This ruling may subvert the business model of the US Company, and the company may be required to pay more taxes and offer more benefits to its drivers, such as paid holidays.

这一决定也有可能对法国整个的“零工经济”造成影响，许多打车和送餐服务应用，例如 Deliveroo、Jest Eat-Takeaway 和 UberEats，均高度依赖自由职业骑手来开展其业务，而且无需支付高昂的人力成本以及员工福利。

法国最高法院维持了上诉前法院的判决，并表示 Uber 司机不能被视为自由职业合同工，因为他们无法建立自己的客户群，也无法自己设定服务价格，因此他们应该被视为该公司的下属。

该法院在一份声明中表示：“在连接到 Uber 的数字平台时，这名司机和该公司之间就建立起了从属关系。因此，该司机并非是以自由职业者的身份在提供服务，而是在以员工的身份提供服务。”

这项决定可能会导致其他 Uber 司机也要求该公司将自己视为正式员工，在当前的框架之下，Uber 并不向法国缴纳太高的税收，对于法国的福利体系没有太大的帮助。

巴黎 Proskauer 律师事务所合伙人塞德里克·雅克莱特（Cédric Jacquette）表示：“对于 Uber 来说，这将会是一个完全不同的业务模式。该公司将会需要更高的法务和人力资源，因此该公司服务的价格也会更高。”他表示，Uber 可能会重审成为该平台司机的条件，从而在未来避免司机声称自己是公司正式员工。

在法国最高法院做出本次裁决之前，Uber 和其他类似企业在巴西、哥伦比亚和美国等地遇到了一系列的法律挑战。

Uber 公司总部所在地加利福尼亚州不久前通过了一项法律，旨在让企业难以将其工作人员归类为独立承包商，而不是员工。

Uber 在一份声明中表示：“这项裁决并没有反映出司机选择 Uber 的原因：独立与自由的工作，他们可以选择是否工作、何时工作以及在哪里工作。在过去的两年中，我们做出了许多的改变，给司机更多的控制权，让他们选择如何使用 Uber。” 该公司指出，法院的裁决不会导致对司机的自动重新分类。

## 六、上海 152 个重大产业项目集中签约

来源：新民晚报

摘要：近日，2020 年上海市重大产业项目集中签约暨特色产业园区推介活动在上海展览中心举行，总投资约 4418 亿元的 152 个重大产业项目集中签约，26 个特色产业园区和 60 平方公里产业新空间正式发布。这是上海深入贯彻落实习近平总书记重要讲话和指示批示精神、统筹推进新冠肺炎疫情防控和社会经济发展的又一重大举措。

Abstract: Shanghai's Major Industrial Projects Concentrated Signing and Special Industrial Park Promotion Activities Held at Shanghai Exhibition Center in 2020. 152 major industrial projects with a total investment of about RMB 441.8 billion yuan will be collectively signed and 26 characteristic industrial parks and 60 square kilometers of new industrial space will be officially released. This is another major measure taken by Shanghai to thoroughly implement the spirit of General Secretary Xi Jinping's important speech and instructions and to comprehensively promote the prevention and control of the *COVID-19 Epidemic* and economic and social development.

市委书记李强出席并见证签约推介，市委副书记、代市长龚正为上海市投资促进服务中心揭牌并正式启动上海市投资促进平台。市委常委、常务副市长陈寅主持。市委常委、副市长吴清就新发布的特色产业园区和产业新空间作了推介，副市长许昆林介绍了集中签约的重大产业项目有关情况。市委常委、市委秘书长诸葛宇杰出席。

活动现场，总投资约 1618 亿元的 28 个重大产业项目进行了集中签约；全市 16 个区及临港新片区管委会、虹桥商务区管委会与企业代表以“云签约”方式，同步签约总投资约 2800 亿元的 124 个重大产业项目。其中，外资项目总投资额超过 160 亿美元。集中签约的项目主要涉及集成电路、人工智能、生物医药、航空航天、智能制造、新能源和高端智能装备、新材料、金融服务、商业零售、商务服务等重点领域，将为上海强化高端产业引领功能、推动经济高质量发展注入新的强大动力。

近年来，上海紧盯重点领域、重点企业、重大项目，加强统筹协调，加快项目落地，促进先导产业引领发展、传统产业赋能升级、战略性新兴产业培育成势。此次签约项目中，包括集成电路领域的紫光展锐总部、中科睿芯高通量智能处理系统等项目；人工智能领域的商汤科技新一代人工智能计算与赋能平台、腾讯长三角人工智能超算中心及产业基地等项目；生物医药领域的威高上海医疗产业园、联仁健康医疗大数据运营总部等项目。

上海积极构建覆盖全所有制的企业服务体系，通过强化预审批、简程序、减

环节，提供全流程、全方位服务，打造全要素产业生态圈，进一步坚定了中外企业深耕中国市场、扎根上海发展的信心和决心。这次签约落地项目中，既有中国节能集团第二总部、中车产投总部和智能制造产业园等央企项目；也有美的上海全球创新园、京东总部基地项目等民企项目；还有博世资本管理总部、三菱商事金属贸易（中国）公司、山姆中国旗舰店等外企项目。

推介活动上，上海瞄准推进产业基础高级化、产业链现代化，瞄准科技前沿和产业高端，瞄准关键领域核心环节，一次性推出 60 平方公里产业新空间，在产业形态上体现“制造+服务+研发”深度融合。这再次向全社会发出明确信号，上海既要优质服务业项目，也要高端制造业项目，在上海好项目不缺土地，好产业不缺空间。上海将充分挖掘产业用地潜力，努力提高土地集约利用水平，着力提升投资强度和经济密度。

为打造优势更优、强项更强、特色更特的园区经济，此次还集中推介了 26 个面积在 3 至 5 平方公里的特色产业园区，如上海智能传感器产业园、马桥 AI 创新区、华东无人机基地、金山碳谷绿湾产业园、嘉定氢能港、闵行开发区智能制造产业基地等。这批“小而美”的园区产业定位鲜明，瞄准集成电路、人工智能、生物医药、航空航天、新材料、智能制造等六大核心产业领域，全力打造产业发展新高地。

活动现场启动的上海市投资促进平台，将打造专业化的智能招商服务平台，目前已汇集 400 多项政策，覆盖 200 多个各类园区和 3000 多座商务楼宇，提供 20 余万条产业配套设施信息。

本市相关部门、各区、重点产业园区负责人和中外企业代表出席活动。

## 七、北京推“复工综合险” 员工复工感染最高可获赔 150 万

来源：环京津网

摘要：近日，北京市地方金融监督管理局、北京市财政局、北京银保监局、北京市住房和城乡建设委员会联合印发《北京市复工复产企业疫情防控综合保险管理办法》、《北京市复工复产企业疫情防控综合保险实施方案》，推出“北京市复工复产企业疫情防控综合保险”（以下简称复工综合险），支持北京市重点企业积极应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情，切实减轻疫情对一线企业生产经营的影响，全面助力北京市企业复工复产。“复工综合险” 员工复工感染最高可获赔 150 万。

Abstract: Recently, Beijing Local Financial Supervision and Administration, Beijing Municipal Finance Bureau, China Insurance Regulatory Commission Beijing Bureau and Beijing Municipal Commission of Housing and Urban-Rural Development jointly issued *Measures for the Administration of Comprehensive Insurance for Epidemic Prevention and Control of Enterprises Returning to Work and Production in Beijing*, and *Implementation Plan of Comprehensive Insurance for Epidemic Prevention and Control of Enterprises Returning to Work and Production in Beijing* and has introduced the "Comprehensive insurance for epidemic prevention and control of enterprises returning to work and production in Beijing" (hereinafter referred to as "Comprehensive insurance for enterprises returning to work"). It aims at supporting Beijing's key enterprises to actively respond to the pneumonia epidemic, effectively reduce the impact of the epidemic on the production and operation of frontline enterprises, and comprehensively assist Beijing's enterprises returning to

work and production. By virtue of the "Comprehensive insurance for enterprises returning to work", once an employee is diagnosed with infection after returning to work, the maximum compensation can be RMB 1.5 million yuan.

复工综合险具有以下几个特点：一是保额高。单一施工项目保单赔付限额最高 300 万元。其中，企业员工在复工过程中，因感染新型冠状病毒肺炎导致死亡或残疾的，累计赔偿上限 150 万元；企业财产因自然灾害或意外事故导致直接物质损坏或灭失的保障额度为 100 万元；停工停产期间企业的营业利润损失、员工工资及隔离费用的保障额度 50 万元。

二是保费低。每个工程项目保费 10 万元，保险期限 3 个月，由财政资金按照实际参保保费的 50%进行补贴，参保企业仅需自行承担 50%的保费。

三是疫情针对性强。该方案主要面向北京市复工复产重点建设工程项目的参建单位，保障覆盖企业在生产经营过程中发生法定传染病（包括新型冠状病毒肺炎）疫情或因自然灾害和意外事故所导致的员工死亡伤残补偿、企业财产损失、营业利润损失、员工工资及隔离费用。

四是全线上投保理赔服务。为响应疫情防控要求，保险公司采用线上化投保及理赔模式，面向企业统一投保入口界面，简化投保手续及理赔流程，同时开展线上疫情防控培训，降低复工复产风险，帮助企业有序复工。

“复工综合险是针对疫情期间企业复工复产面临的各类风险开发的专属保障方案，兼顾了企业和员工双重保障，充分发挥保险机制的社会“稳定器”和经济“助推剂”作用，是保险参与社会治理、提升城市治理水平的有益实践。”北京金融监管局相关负责人表示，北京市持续强化金融支持和服务保障，帮助企业在做好疫情防控工作的前提下稳定经营、健康发展，确保疫情防控和复工复产两手抓、两不误，全力维护首都经济社会秩序平稳运行。

#### 八、浙江江西及甘肃相继推行周末 2.5 天假刺激消费

来源：金投网

摘要：进入 3 月，已有浙江、江西及甘肃省陇南市三地相继推行 2.5 天假期制刺激消费，其他省市是否会跟进，成为公众关注的话题。早在 2015 年，国务院办公厅下发《关于进一步促进旅游投资和消费的若干意见》，其中提出“依法优化调整夏季作息安排，为职工周五下午与周末结合外出休闲度假创造有利条件。”近几年，全国陆续已有 10 多个省份出台鼓励休假 2.5 天的意见。

Abstract: The 2.5-day holiday system has been implemented successively in Zhejiang, Jiangxi and Longnan City, Gansu Province to stimulate consumption since March. Whether other provinces and cities will follow up has become a topic of public concern. As early as 2015, the General Office of the State Council issued *Several Opinions on Further Promoting Tourism Investment and Consumption*, which proposed that "We should optimize and adjust the summer work schedule according to law and create favorable conditions for employees to go out for leisure and vacation on Friday afternoon and weekend." In recent years, more than 10 provinces across the country have issued opinions encouraging 2.5 days of vacation.

这三地每周多出半天假期

据中国旅游研究院测算，受疫情影响，2020 年一季度及全年，国内旅游人次将分别下降 56%和 15.5%，国内旅游收入分别下降 69%和 20.6%；预计全年同比减少旅游 9.32 亿人次，减收达 1.18 万亿元。

为了促进文旅消费，近来国内多地推出了发放消费券、景区门票半价等措施。这三地相继提出 2.5 天假期制，要求略有不同。例如，江西省和陇南市要求鼓励、引导职工外出度假和旅游，浙江省则未提及。

具体看来，江西省率先提出了二季度试行周末 2.5 天弹性作息，要求各地各单位结合实际，优化工作安排，积极引导干部职工周末外出休闲度假。弹性作息减少的工作时间，通过延长其他工作日时长调剂补回。

甘肃省陇南市随后鼓励休假消费，要求每周星期五下午各行政事业单位在完成工作任务，安排好值班人员的情况下，可以鼓励其余职工休假旅游。严格落实带薪休假制度，任何部门单位不得以任何理由取消或减少干部职工休假。同时，要合理安排疫情防控期间的值班补假，保证干部职工身心健康，带动消费持续增加。

近日，浙江省印发《浙江省人民政府办公厅关于提振消费促进经济稳定增长的实施意见》。其中提到，鼓励实施一周 4.5 天弹性工作制，支持有条件的机关、社会团体、企事业单位落实带薪休假制度。

多出的半天怎么休？

那么，2.5 天假期应该怎么休？陇南市明确规定，每周星期五下午可以在合理安排工作的情况下鼓励职工旅游。江西省文化和旅游厅相关负责人表示，弹性作息实际上是一种“调休”的形式，不是要缩短每周法定工作时间、周五下午直接安排放假，而是继续遵循国家法律规定的每周工作时间总时长，周五下午工作时间要安排到其他工作日中，使周五下午腾出来与周末结合外出休闲度假。

5 年来 10 余省份探索周末 2.5 天假期

事实上，鼓励实施弹性假期并不是什么新鲜事。

2015 年 8 月出台的《国务院办公厅关于进一步促进旅游投资和消费的若干意见》中提到，鼓励弹性作息，有条件的地方和单位可根据实际情况，依法优化调整夏季作息安排，为职工周五下午与周末结合外出休闲度假创造有利条件。

近几年，河北、江西、重庆、甘肃、辽宁、安徽、陕西、贵州、福建、浙江、广东、江苏等 10 多个省份都出台了鼓励休假 2.5 天的意见。

彼时，江西省吉安市提出，自 2016 年 4 月 1 日起开始实行休假 2.5 天，每年从 4 月 1 日至 10 月 31 日实行周五下午弹性作息制度，原则上每名工作人员一个月可享有两次周五下午调休安排。上饶市则提出，在每年的 6 月 1 日至 8 月 31 日实行。

不过，无论是国务院出台的相关意见，还是各地的实践，所谓 2.5 天假期制，在执行上都有着诸多限制性条件，比如，都明确是“有条件”的单位而不是全部单位、企业统一实施。

**法规名称：《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于涉新型冠状病毒感染肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要—关于涉疫情劳动争议案件审理的有关问题》（以下简称《劳动争议案件审理纪要》）**

Regulation: Minutes of Judges' Meeting of the First Civil Trial Chamber of Sichuan Higher People's Court on Trials of Civil Cases Involving COVID-19 Infected with Pneumonia Epidemic Situation-Issues Concerning Trials of Labor Dispute Cases Involving Epidemic Situation (hereinafter referred to as Minutes of the Labor Dispute Cases)

发布：四川省高级人民法院民事审判第一庭

Issued by: First Civil Trial Chamber of Sichuan Higher People's Court

公布日期：2020年3月3日

Released Date: March 3, 2020

施行日期：2020年3月3日

Implement Date: March 3, 2020

概要：近日，四川省高级人民法院民事审判第一庭经专题讨论、广泛征求意见，并经该院审判委员会讨论原则通过，形成了《关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》。其中，劳动争议部分主要针对疫情期间各种情形下的工资待遇支付等问题进行了规定。

Abstract: Recently, the First Civil Trial Chamber of Sichuan Provincial Higher People's Court formed the Minutes of Judges' Meeting on Trials of Civil Cases Involving COVID-19 Epidemic after special discussions, extensive solicitation of opinions and adoption of the principles discussed by the Judicial Committee of the Court. Among them, provisions are mainly made for the payment of wages and other issues in various situations during the epidemic in the part of labor disputes.

亮点:

highlights:

### 一、工资待遇支付方面

#### Salary payment

《劳动争议案件审理纪要》详细区分并明确了疫情期间各种情形下无法正常复工的工资待遇支付规定。

*Minutes of the Labor Dispute Cases* has distinguished and defined in detail the wage payment regulations that cannot be returned to work normally under various circumstances during the epidemic.

#### (一) 疫情导致用人单位停工停产的情形

Employer stops work due to the epidemic situation.

《劳动争议案件审理纪要》明确企业最早可于 2020 年 2 月 3 日起算停工停产日期。用人单位停工停产期间，一个工资支付周期内应正常支付工资；超过一个工资支付周期，劳动者未提供劳动的，用人单位应当支付不低于当地最低工资标准 70% 的生活费。

*Minutes of the Labor Dispute Cases* specifies that employers can start calculating the date of shutdown as early as February 3, 2020. During the period when the employer stops work and production, the wages in one wage payment cycle shall be paid normally. If the wages exceed one wage payment cycle and the laborer fails to provide labor, the employer shall pay not less than 70% of the local minimum wage standard for living expenses.

详见《劳动争议案件审理纪要》第 1 条规定。

For details, please refer to Article 1 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

#### (二) 疫情导致劳动者无法正常出勤情形

Employees cannot normally attend due to the epidemic

1、劳动者因接受隔离治疗或医学观察导致不能出勤的，期间劳动者可要求用人单位按劳动合同约定标准支付工资。

Any employee who cannot attend work due to isolation treatment or medical observation may require the employer to pay wages according to the standard agreed in the labor contract.

详见《劳动争议案件审理纪要》第 4 条规定。

For details, please refer to Article 4 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*

2、劳动者罹患新冠肺炎在隔离治疗期间及隔离期结束后因传染病后遗症仍需休息的，期间由用人单位按医疗期待遇支付病假工资；医疗期自确认新冠肺炎之日起算。

If the employee unfortunately suffers from COVID-19 and still needs rest due to the sequelae of infectious diseases during the isolation treatment period and after the isolation period, the employer shall pay the sick leave salary according to the treatment period. The medical treatment period starts from the date when the employee is confirmed to be infected by COVID-19

详见《劳动争议案件审理纪要》第5条规定。

For details, please refer to Article 5 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

3、劳动者因当地政府采取紧急措施等客观原因无法到岗，且无法进行远程工作的，期间用人单位可按当地最低工资的标准支付工资。

If an employee cannot be on duty due to objective reasons such as some emergency measures taken by the local government and cannot work remotely, the employer may pay the salary according to the local minimum wage.

详见《劳动争议案件审理纪要》第8条规定。

For details, please refer to Article 8 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

4、劳动者按照政府要求自行隔离期间，用人单位安排劳动者在家办公或带薪休假的，用人单位应按照劳动合同约定的工资标准或者双方重新商定的工资标准支付工资。

Where the employer arranges employees to work from home or take paid leave during the period of self-isolation as required by the government, the employer shall pay the salary according to the salary standard agreed in the labor contract or the salary standard agreed upon by both parties.

但《劳动争议案件审理纪要》未明确自行隔离期间如无法安排劳动者在家办公或带薪休假的如何支付工资。不过，根据《劳动争议案件审理纪要》第8条的规定，依据举重以明轻的原理，可以推论出用人单位如按当地最低工资的标准支付工资不会存在风险。

However, the *Minutes of the Labor Dispute Cases* does not specify how to pay wages if employees cannot be arranged to work from home or take paid leave during self-isolation. However, according to the provisions of Article 8 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases* and the principle of analogizing the lesser thing through

illustrating serious thing, it can be deduced that there is no risk for employers to pay wages according to the local minimum wage standard.

详见《劳动争议案件审理纪要》第7条规定。

For details, please refer to Article 7 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

## 二、工伤认定方面

### Work injury identification

《劳动争议案件审理纪要》并未像其他部分省市如浙江高院对劳动者感染新冠病毒是否认定工伤作出直接规定，而是规定按工伤行政部门认定结果执行。

The *Minutes of the Labor Dispute Cases* does not directly stipulate whether employees infected with COVID-19 are recognized as work-related injuries as in other provinces and cities such as Zhejiang High Court, but rather stipulates that work-related injuries shall be recognized by the administrative department of work-related injuries.

详见《劳动争议案件审理纪要》第6条规定。

For details, please refer to Article 6 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

## 三、劳动合同过错解除方面

### Dissolution of fault in labor contract

《劳动争议案件审理纪要》明确非受隔离及其他强制措施影响的劳动者有证据证明其仍系因疫情防控等客观原因无法到岗，不存在主观严重过失的，用人单位不能以旷工为由解除劳动合同。

The *Minutes of the Labor Dispute Cases* clearly states that if employees who are not affected by quarantine and other coercive measures have evidence to prove that they are still unable to return to work due to objective reasons such as epidemic prevention and control, and there is no serious negligence subjectively, the employer cannot terminate the labor contract on the ground of absenteeism.

疫情防控过程中，存在县级以上非有权机构自行采取封路等措施导致部分劳动者无法正常出勤的情况，较为符合本条规定的情形。

In the process of epidemic prevention and control, it is more in line with the provisions of this Article if some employees are unable to work normally due to road

closures and other measures taken by non-authorized institutions below the county level.

详见《劳动争议案件审理纪要》第6条规定。

For details, please refer to Article 6 of the *Minutes of the Labor Dispute Cases*.

附：新法规链接

## 四川省高级人民法院民事审判第一庭关于涉新型冠状病毒感染 肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要

### 三、关于涉疫情劳动争议案件审理的有关问题

会议讨论认为，受疫情影响，劳动关系领域面临诸多新情况、新问题。在审理涉疫情劳动争议案件时，要充分发挥诉源治理相关机制在保企业、保就业、保稳定中的重要作用，参照人社部《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》（人社部发〔2020〕8号）、人社部等《关于因履行工作职责感染新型冠状病毒肺炎的医护及相关工作人员有关保障问题的通知》（人社部函〔2020〕11号）、人社部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社厅明电〔2020〕5号）、四川省人社厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（人社函〔2020〕46号）等文件的规定，着力引导用人单位与劳动者诚信磋商，同舟共济，共担责任，共渡难关，切实维护用人单位与劳动者合法权益，平衡好双方利益。

#### 1.关于受疫情影响期间工资待遇支付的一般标准的问题

国务院办公厅《关于延长2020年春节假期的通知》规定，延长2020年春节假期至2月2日，2月3日（星期一）起正常上班。按照原劳动部《工资支付暂行规定》第十二条和人社函〔2020〕46号第十一条的规定，2020年2月3日起一个工资支付周期内企业因疫情防控停工、停产的，劳动者主张用人单位按劳动合同约定标准支付工资的，应予支持。

超过一个工资支付周期，劳动者主张用人单位按照其提供的劳动与其重新约定的工资标准支付工资的，应予支持，且该工资标准不得低于当地的最低工资标准；劳动者未提供劳动的，主张用人单位给付不低于当地最低工资标准70%生活费的，应予支持。

#### 2.关于春节调休假期和国家延长假期期间的工资支付标准的问题

根据国务院办公厅《关于延长2020年春节假期的通知》的规定，春节调休假期和国家延长假期期间属于休息日。根据原劳动部《工资支付暂行规定》第十三条的规定，春节调休假期和国家延长假期期间（2020年1月24日、1月28日、1月29日、1月30日、1月31日、2月1日、2月2日），因疫情防控未能休假且未安排补休的劳动者，主张用人单位按照不低于劳动合同约定工资标准的200%支付工资的，应予支持。

### 3.关于春节法定假期期间的工资支付标准的问题

根据原劳动部《工资支付暂行规定》第十三条之规定，春节法定假期期间（1月25日至27日），因疫情防控未能休假且未安排补休的劳动者，主张用人单位按照不低于劳动合同约定工资标准的300%支付工资的，应予支持。

### 4.关于劳动者因接受隔离治疗或医学观察导致不能上工期间的工资支付标准的问题

新冠肺炎疑似病人、密切接触者接受隔离治疗或医学观察，根据《传染病防治法》第十二条和《突发事件应对法》第五十六条第二款的规定，系其接受强制性规定的法定义务，由此导致不能正常上工的，该劳动者主张用人单位按劳动合同约定标准支付工资的，参照（人社部发〔2020〕8号、人社厅明电〔2020〕5号、人社函〔2020〕46号等文件要求，予以支持，但劳动者应当就其符合上述事由承担举证责任。

### 5.关于新冠肺炎患者在隔离治疗期间及隔离期结束后因传染病后遗症仍需休息期间的工资支付标准的问题

被确诊为新冠肺炎患者的劳动者在隔离治疗期间以及隔离期结束后因传染病后遗症仍需休息的，根据原劳动部《用人单位职工患病或非因工负伤医疗期规定》第二条、第三条、第四条、第五条的规定，属于医疗期，医疗期自被确诊之日起开始计算。劳动者主张医疗期内享有用人单位支付病假工资等医疗期待遇，并提供医疗机构出具的证明的，按照有关规定予以支持。

### 6.关于新冠肺炎患者、死者享受工伤保险待遇的问题

感染新冠肺炎或因感染新冠肺炎死亡的劳动者经工伤行政部门认定为工伤，劳动者及其近亲属依法向用人单位主张享有工伤保险待遇的，应予支持；

未经工伤行政部门认定为工伤，劳动者及其近亲属主张享受工伤保险待遇的，不予支持，但根据原劳动部《用人单位职工患病或非因工负伤医疗期规定》第二条的规定，该劳动者主张享有医疗期相关合法权益的，应予支持。

### 7.关于劳动者按照政府要求自行隔离期间的工资标准支付的问题

非新冠肺炎感染的疑似病人、密切接触者以及非因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施的劳动者，按照当地政府要求自行隔离，用人单位安排劳动者在家办公或带薪休假的，劳动者主张用人单位按照劳动合同约定的工资标准或者双方重新商定的工资标准支付工资的，可予支持。

### 8.关于非隔离劳动者因客观原因无法到岗期间的工资标准的问题

用人单位复工后，非新冠肺炎患者及未隔离人员因当地政府采取紧急措施等客

观原因无法到岗，且无法进行远程工作的，劳动者主张按照不低于当地最低工资的标准支付工资的，应予支持。劳动者应当就其因客观原因不能提供劳动承担举证责任。

#### 9.关于劳动者因疫情防控被隔离期间劳动合同届满，劳动关系应如何处理的问题

虽然劳动法律关系有其特殊社会属性，但《民法总则》关于不可抗力的规定及公平、诚实信用原则仍应适用于劳动合同的履行、解除、终止。根据上述规定，同时基于劳动合同的人身专属性，新冠肺炎感染的患者、疑似病人、密切接触者在接受隔离治疗期间、医学观察期间、医学观察期间，其他劳动者在接受政府实施隔离等紧急措施期间，由此造成相关劳动者在劳动合同期限届满时不能与用人单位协商合同的，劳动合同应自动延续至其医疗期、隔离期、观察期和政府实施隔离期满时。用人单位在上述期间内以劳动合同期限届满为由终止合同的，不予支持。

#### 10.关于非受隔离措施影响的劳动者因客观原因无法到岗，劳动合同能否解除的问题

《劳动合同法》第三十九条系用人单位单方解除合同条款，系过失性辞退条款，以劳动者有严重过失为一般前提。用人单位复工后，非受隔离及其他强制措施影响的劳动者有证据证明因疫情防控等客观原因无法到岗，不存在主观严重过失的，不能触发《劳动合同法》第三十九条的适用。如劳动者无证据证明因疫情及疫情防控等客观原因无法到岗，用人单位以劳动者旷工为由主张解除合同的，应当按照劳动合同的约定处理；劳动合同未作约定的，人民法院可根据具体案件事实，审慎认定合同解除条件是否成就。

#### 11.关于用人单位因受疫情影响未及时足额发放工资或缴纳社会保险，劳动合同能否解除、用人单位应否支付经济补偿的问题

虽《四川省人民政府办公厅发布关于在新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间企业灵活安排工作的通知》规定企业可自行决定复工复产时间，但实践中许多企业因疫情防控需要或原材料供应紧缺、劳动保障条件不能满足等因素，未能安排大量员工及时复工或尚未安排复工的较多。根据《劳动合同法》第三十八条和第四十六条规定，用人单位未及时足额支付劳动报酬或为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同，用人单位还应当对劳动者支付经济补偿。上述规定均以用人单位主观上有严重过错为前提。用人单位因受疫情影响未及时足额发放工资、未为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者以违反《劳动合同法》第三十八条、第四十六条为由主张解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿的，可根据用人单位的抗辩和《民法总则》关于不可抗力的规定，认定用人单位是否存在可予免责的情形。如用人单位免责事由成立，劳动者要求解除劳动合同的，不应援引《劳动合同法》第三十八条和第四十六条的规定解除劳动合同、支付经济补偿，而应视为劳动者提出并与用人单位协商一致解除劳动合同，援引《劳动合同法》第三十六条的规定予以处理；劳动者要求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

# 试用期热点问题调研

Research on hot issues in probation period

保华律师事务所 丁在锋  
Baohua Law Firm Ding Zaifeng

劳动合同试用期，是用人单位和员工建立劳动关系后双方相互了解和彼此考察的期间。为防止用人单位滥用试用期损害员工利益，《劳动合同法》对试用期的期限<sup>1</sup>、约定次数<sup>2</sup>、违反试用期的法律后果<sup>3</sup>都予以严格规定。但在试用期实际履行过程中，经常会出现试用期无法正常履行的情形，如员工较长时间的病事假，如近期新冠病毒导致的企业停工停产、员工无法及时返岗等情形，此时用人单位往往会采取与员工协商延长试用期、中止履行试用期等措施，这些措施能否得到司法部门的支持呢？法律规定的“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”，是否仅指同一段劳动关系下的情形呢？

The labor contract probation period is the period of mutual understanding and inspection between the employer and the employee after the establishment of the labor relationship. In order to prevent employers from abusing the probation period to harm the interests of employees, the Labor Contract Law strictly stipulates the duration of the probation period, the agreed number of times, and the legal consequences of violating the probation period. However, during the actual performance of the probation period, the situation that a probation period cannot be performed normally often occurs, such as the long-term sick leave taken by employees, the production stoppage and employees' failure to return to work in time due to COVID-19 recently, etc. At this time, the employer will often take measures such as extending the probation period and suspending the performance of probation period through consultation with employees. Whether these measures can get support from the judicial department? Whether the regulation "an employer can only impose one probation time period on an employee" stipulated in law only refers to the situation under the same labor relationship?

---

<sup>1</sup> 劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。

<sup>2</sup> 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

<sup>3</sup> 用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

## 一、 用人单位能否与员工协议延长试用期？

本文所讨论的协议延长试用期，是指初次约定的试用期加上再次延长后的试用期，总和不超法定上限的情况，如果两次约定的试用期之和超过了法定上限，属于违反法律强制性规定，属当然无效的情形。而两次约定试用期之和虽不超法定上限，在试用期的长度上虽不违法，但还面临“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的法律障碍。双方再次协议延长试用期，是否会违反该规定而导致无效呢？

对于该问题，经检索有明确规定的仅有浙江省。2019年6月21日，浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院，在“两院”系统内联合印发了《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》的通知，该《解答》第六条规定：用人单位与劳动者约定了试用期，试用期内双方协商一致以书面形式约定延长试用期，延长后累计的试用期仍在法定期限内的，不属于同一用人单位与同一劳动者多次约定试用期的情形，该约定合法有效。

其他地方无明确规定，在司法实践中形成两种观点：

**观点一：再次约定试用期即使累积未超法定上限也属无效。**《劳动合同法》规定“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”，如果已经约定过一次试用期期限，则无论出于什么原因，都不能进行二次约定，否则即属违法。以北京、天津、南京等地为代表，均认为：用人单位与劳动者只能约定一次试用期，即便未达法定最高限的试用期，也不能再次约定延长试用期，否则应为无效，如北京（2014）三中民终字第11721号、（2016）京02民终03344号、天津（2015）一中民四终字第1355号、南京（2015）宁民终字第3451号等案件法院均持该观点。

**观点二：再次约定试用期在累积未超法定上限的情况下应当有效。**持该观点的通常从以下两方面来进行认定：一方面，《劳动合同法》关于“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定，是为了限制用人单位通过多次延长试用期以规避法定限制，损害劳动者利益的行为。如果经劳动者同意延长的试用期未超法定上限，不属于损害劳动者利益的情形，不属于法律规制的对象，不违反法律规定。另一方面，双方通过协议变更试用期限的行为，符合《劳动合

同法》第三十五条规定“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容”的规定，当属有效。

上海持该种观点的案例较多，如（2015）沪二中民三（民）终字第741号案例：法院认为，试用期是用人单位和劳动者相互考察的时期，本案双方在劳动合同中约定试用期为2014年7月3日至同年10月2日，在该段期限内，一方面用人单位可以对劳动者的实际工作能力进行考察，另一方面劳动者也可以考察用人单位提供的工作是否符合自己的要求。然而在本案中，张某实际履行了2个多月的试用期后于2014年9月10日因患病住院，出院后又休病假至2014年12月1日，该事实说明张某并没有完整地履行试用期职责。在此情形下，公司通过与张某协商签订书面变更协议书，在劳动合同法规定的三年期劳动合同试用法定期限内，采取延长试用期限的方式，以达到充分考察张某的思想品德、劳动态度、实际工作能力和身体状况等综合素质的目的，并无不当。大连（2017）辽0211民初4813号案例：法院认为，原告与被告协商将试用期延长三个月（注：累积不超法定上限），试用期延长属于变更劳动合同的内容，依据《劳动合同法》第三十五条规定“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式”。所以双方约定有效。

另外，深圳、厦门等部分案例也持该种观点，但这些地方也有完全相反的也就是持观点一的判决，司法口径并不统一。

对于以上两种观点，笔者认为，观点一看起来严格遵从了法律条文，“充分保护了劳动者的权益”。但如此一来，会出现用人单位第一次就约定最长试用期的情况，也会出现在第一次试用期内就以不符合录用条件直接解除的情形，而非给予劳动者再次试用考察的机会，其后果对劳动者更为不利。所以，相比较而言，笔者认为浙江省的规定以及观点二“允许双方在法定限度内通过约定延长试用期”的做法能保护劳动者的合法权益和就业机会。

对于协议延长试用期的操作建议：对于协议延长试用期，在有明确规定或司法实践明确支持的地方问题不大，如浙江、上海等长三角地区，如果双方协议延长试用期，应当注意以下操作：（1）在第一次约定的试用期满前进行再次约定；（2）双方采用书面形式，并明确依据《劳动合同法》第35条对第一次试用期进行变更；（3）前后试用期累积不超过法定上限。

## 二、 用人单位与劳动者能否中止履行试用期？

对于因履行瑕疵导致试用期无法正常考察的情况，部分地区有试用期中止履行的规定。如《江苏省劳动合同条例》第十五条规定：“劳动者在试用期内患病或者非因工负伤须停工治疗的，在规定的医疗期内，试用期中止。”浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（四）》的通知第二条“试用期是用人单位与劳动者的相互考察期间。劳动者在此期间请病假，影响到考察目的的实现，故该病假期间可从试用期中扣除。”青岛市人力资源和社会保障局《关于规范劳动关系有关问题的意见》（青人社发〔2015〕1号）“（七）劳动者在试用期内患病或者非因工负伤停工治疗的，在规定的医疗期内，试用期中止。医疗终结或者医疗期满后试用期继续履行”。

需要说明的是：试用期中止与劳动合同中止存在本质区别。劳动合同中止意为劳动关系中止，在中止期间，企业可不履行用人单位的法定义务。试用期中止仅指试用期限的暂停计算，但双方劳动关系在此期间依然处于存续状态，企业也仍需履行用人单位应尽的用工主体其他义务。

在新冠疫情防控期间，因员工被采取隔离治疗措施、被采取医学观察措施、被采取限制出行措施、被采取隔离管制措施及企业被限制复工或企业延期复工的，也会出现因客观原因导致双方约定的试用期无法履行，双方无法相互考察的情况。此时，对于有明确规定的江苏、浙江、青岛等地，用人单位可以与员工中止试用期的履行，待相应情形消失后再恢复履行，操作时应注意：（1）在第一次约定的试用期满前进行约定；（2）双方采用书面形式，明确因何情形导致中止履行，中止情形消失后恢复履行；（3）履行的时间应为原试用期未履行的部分。对于没有明确规定的地区，因缺少法规及案例的支持，用人单位还需慎重操作。

## 三、 劳动者离职后再次入职，双方能否再次约定试用期？

《劳动合同法》规定，“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”，但却未明确是否只适用于同一段劳动关系，因此劳动者离职后再次入职，双方能否再次约定试用期？就成为试用期中又一个争议问题。司法实践有以下几种观点：

**观点一：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”不区分是否同一段劳动关系。**此观点认为，根据《劳动合同法》的该规定，用人单位与劳动者如果在之前约定过试用期，则再次建立劳动关系时不能在劳动合同中再次约定试用期，否则即属违法，对于已经履行的试用期，用人单位应当向劳动者支付违法约定且已实际履行的试用期的赔偿金。如中山市中级人民法院：（2017）粤 20 民终 219 号、重庆市（2015）合法民初字第 06262 号等案件。

**观点二：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的前提是在同一段连续的劳动关系中。**如武汉中院（2018）鄂 01 民终 10040 号案件：法院认为，朱某第二次入职公司，公司与朱某再次约定试用期三个月，并不违反相关法律规定。主要理由是，《劳动合同法》第十九条第二款规定的“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的前提条件应当是在同一段连续的劳动关系中。如果劳动者中途离职后较长时间（本案中为 4 年）又应聘至原用人单位工作，离职期间劳动者的身体状况、思想品德等是否改变，技术、技能是否得到增长，是否能胜任再次入职的岗位和工种，是否能适应新时期用人单位的工作环境等，是双方需要重新考察的因素。因此，用人单位对离职多年后又新入职的员工约定试用期很有必要。如果仅仅机械地理解上述法律规定，认为只要是同一用人单位与同一劳动者，无论什么情况下都只能约定一次试用期，将有悖上述法律规定的立法初衷，不符合当前的用工形势和劳资双方的实际需要。

**观点三：“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”是否适用于再次就业的情况应结合法律保护目的综合理解。**如成都市中级人民法院（2018）川 01 民终 3671 号案件：法院认为，《劳动合同法》规定“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定是否适用于再次就业的情况，应结合法律保护目的综合理解。法院认为，劳动合同的试用期是当事人双方在合同中约定试用工作的期限，即用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的一定期限的考察期，其考查范围应当包括对劳动者健康状况、工作能力、品质、对用人单位的忠诚、团队精神。禁止多次约定试用期，其主旨在于避免用人单位利用试用

期，降低对劳动者劳动保障的基准，变相损害劳动者合法权益。因此，对于劳动者离职后再次返回用人单位工作，不能一概而论，而应根据前后两段劳动合同的间隔时间长短、岗位内容是否发生变化等情况综合分析再次约定试用期的合理性与正当性。

以上三种观点都持之有据。对于劳动者再次入职时双方再次约定试用期的操作建议：对于司法实践中持上述观点一的地区，建议用人单位不要再约定试用期，否则将承担较重的法律后果；对于司法实践中持观点二的地区，用人单位可以再次约定试用期；对于司法实践中持观点三的地区，用人单位应当综合员工的两段劳动关系的间隔时间、岗位是否相同等因素来合理确定是否约定试用期。

# 全国部分城市阶段性社保减免期间缴费金额速查表单

来源：HR全流程法律顾问



近日,全国各地阶段性社会保险减免政策陆续出台,由于涉及政策较为复杂,为此 HRLC 根据北京、天津、上海、重庆、南京、杭州、成都、广东、宁波、青岛、深圳、厦门的原社会缴费政策和阶段性社保减免政策汇编成《全国部分城市阶段性社保减免期间缴费金额速查表单》。由于各地区社保缴费基数调整时间不一致,调整后的缴费基数按当地人社局公布的具体数据为准,本表仅供各位读者参考使用。

### 全国部分城市阶段性社保减免期间缴费金额速查表单

地区	险种	企业类型	执行时间	单位最低缴费金额	单位最高缴费金额	文件依据
北京市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3613元*16%*50%	23565元*16%*50%	京人社养字 [2020]29号 京社保发 [2020]2号 京医保发 [2020]11号
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	4713元*(0.2至1.9%)*50%	23565元*(0.2至1.9%)*50%	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3613元*0.8%*50%	23565元*0.8%*50%	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
职工基本医疗 (含生育)	大型企业	2020年2月-6月	5557元*(10%+0.8%)*50%	27786元*(10%+0.8%)*50%		
	中小微企业	2020年2月-6月	5557元*(10%+0.8%)*50%	27786元*(10%+0.8%)*50%		
天津市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3364元*16%*50%	17613元*16%*50%	津人社局发 [2020]2号 津医保局发 [2020]18号
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3364元*(0.2至1.9%)*50%	17613元*(0.2至1.9%)*50%	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3364元*0.5%*50%	17613元*0.5%*50%	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
职工基本医疗 (生育不予减 半)	大型企业	2020年2月-6月	3364元*10%*50%+3364元*0.5%	17613元*10%*50%+17613元*0.5%		
	中小微企业	2020年2月-6月	3364元*10%*50%+3364元*0.5%	17613元*10%*50%+17613元*0.5%		
上海市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	4927元*16%*50%	24633元*16%*50%	沪人社基 [2020]77号
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	4927元*(0.16至1.52%)*50%	24633元*(0.16至1.52%)*50%	沪医保规 [2020]1号
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
	失业	大型企业	2020年2月-4月	4927元*0.5%*50%	24633元*0.5%*50%	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	
职工基本医疗	大型企业	2020年2月-6月	4927元*(9.5%+1%)*50%	24633元*(9.5%+1%)*50%		

	(含生育)	中小微企业	2020年2月-6月	4927元*(9.5%+1%)*50%	24633元*(9.5%+1%)*50%		
重庆市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3282元*16%*50%	16407元*16%*50%	渝人社发 [2020]19号 渝医保发 [2020]10号	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3282元*(0.3至2.2%)*50%	16407元*(0.3至2.2%)*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3282元*0.5%*50%	16407元*0.5%*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
职工基本医疗 (大病与生育 不予减半)	大型企业	2020年2月-4月	3282元*8%*50%+3282元 *(1.5+0.5%)	16407元*10.5%*50%+16407元 *(1.5+0.5%)			
	中小微企业	2020年2月-4月	3282元*8%*50%+3282元 *(1.5+0.5%)	16407元*10.5%*50%+16407元 *(1.5+0.5%)			
南京市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3368元*16%*50%	16842元*16%*50%	宁人社 [2020]33号 宁医发 [2020]23号	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3368元*(0.08至0.76%)*50%	16842元*(0.08至0.76%)*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3368元*0.5%*50%	16842元*0.5%*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
职工基本医疗 (生育不予减 半)	大型企业	2020年2月-6月	3368元*9%*50%+3368元*0.8%	16842元*9%*50%+16842元*0.8%			
	中小微企业	2020年2月-6月	3368元*9%*50%+3368元*0.8%	16842元*9%*50%+16842元*0.8%			
杭州市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3321.60元*14%*50%	16608元*14%*50%	浙人社发 [2020]13号	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3321.60元*单位缴费费率*50%	16608元*单位缴费费率*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3321.60元*0.5%*50%	16608元*0.5%*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
职工基本医疗 (含生育)	大型企业	2020年2月-6月	3321.60元*(10.5%+1.2%)*50%	16608元*(10.5%+1.2%)*50%			
	中小微企业	2020年2月-6月	3321.60元*(10.5%+1.2%)*50%	16608元*(10.5%+1.2%)*50%			
广州市	职工基本养老保险	大型企业	2020年2月-4月	3803元*14%*50%	19014元*14%*50%	穗人社发 [2020]3号 穗医保发 [2020]13号	
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	实际缴费基数*(0.2至1.4%)*50%	实际缴费基数*(0.2至1.4%)*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	失业	大型企业	第一档	2020年2月-4月	2100元*0.48%*50%		27960元*0.48%*50%
			第二档		2100元*0.64%*50%		27960元*0.64%*50%

		一档						
		第三档		2100元*0.8%*50%	27960元*0.8%*50%			
	中小微企业	第一档	2020年2月-6月	免征	免征			
		第一档						
		第三档						
职工基本医疗 (生育不予减 半)	大型企业	2020年2月-6月	5592元*7%*50%+5592元*0.85%	27960元*7%*50%+5592元*0.85%				
	中小微企业	2020年2月-6月	5592元*7%*50%+5592元*0.85%	27960元*7%*50%+5592元*0.85%				
成都市	职工基本养老 保险	大型企业	2020年2月-4月	2697元*16%*50%	16179元*16%*50%	成都市 人社办发 [2020]12号 关于阶段性减 半征收城镇职 工基本医疗 保险费大病医 疗互助补充保 险费的通知		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3236元*(0.1至1.425%)*50%	16179元*(0.1至1.425%)*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3236元*0.6*50%	16179元*0.6*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
	职工基本医疗+ 大病互助补充 (生育不予减 半)	大型企业	2020年2月-6月	3236元*(6.7%+0.8%)*50%+3236元 *0.8%	16179元*(6.7%+0.8%)*50%+16179 元*0.8%			
		中小微企业	2020年2月-6月	3236元*(6.7%+0.8%)*50%+3236元 *0.8%	16179元*(6.7%+0.8%)*50%+16179 元*0.8%			
	宁波市	职工基本养老 保险	大型企业	2020年2月-4月	3539*14%*50%		17694*14%*50%	宁波市 人社发 [2020]11号 关于我市实行 阶段性减免 企业社会保 险费的通告
			中小微企业	2020年2月-6月	免征		免征	
工伤		大型企业	2020年2月-4月	3539*单位基准费率*50%	17694*单位基准费率*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
失业		大型企业	2020年2月-4月	3539*0.5%*50%	17694*0.5%*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
职工基本医疗 (含生育)		大型企业	2020年2月-6月	3539*(9%+0.7%)*50%	17694*(9%+0.7%)*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	3539*(9%+0.7%)*50%	17694*(9%+0.7%)*50%			
青岛市	职工基本养老 保险	大型企业	2020年2月-4月	3269元*16%*50%	16346元*16%*50%	青岛市 青医保发 [2020]6号 青医保发		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征			
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	3269元*(0.05%至0.48%)*50%	16346元*(0.05%至0.48%)*50%			

		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征	[2020]7号	
	失业	大型企业	2020年2月-4月	3269元*0.7%*50%	16346元*0.7%*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	职工基本医疗 (含生育)	大型企业	2020年2月-2月	3269元*7.25%	16346元*7.25%		
			2020年3月-6月	3269元*6.25%	16346元*6.25%		
		中小微企业	2020年2月-2月	3269元*7.25%	16346元*7.25%		
			2020年3月-6月	3269元*6.25%	16346元*6.25%		
深圳市	职工基本养老保险	大型企业	深户	2020年2月-4月	2200元*13%*50%	19014元*13%*50%	深人社规 [2020]3号 深医保规 [2020]]2号
			非深户	2020年2月-4月	2200元*13%*50%	19014元*13%*50%	
		中小微企业	深户	2020年2月-6月	免征	免征	
			非深户	2020年2月-6月	免征	免征	
	工伤	大型企业	2020年2月-4月	2200元*单位缴费费率*50%	19014元*单位缴费费率*50%		
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	失业	大型企业	2020年2月-4月	2200元*0.7%*50%			
		中小微企业	2020年2月-6月	免征	免征		
	职工基本医疗 (生育不予减半 大病减免)	大型企业	第一档	2020年2月-6月	5585元*6%*50%+2200元*0.45%	27927元*6%*50%+27927元*0.45%	
		中小微企业	第一档	2020年2月-6月	5585元*6%*50%+2200元*0.45%	27927元*6%*50%+27927元*0.45%	
		大型企业	第二档	2020年2月-6月	9309元*0.5%*50%+2200元*0.45%	9309元*0.5%*50%+27927元*0.45%	
		中小微企业	第二档	2020年2月-6月	9309元*0.5%*50%+2200元*0.45%	9309元*0.5%*50%+27927元*0.45%	
大型企业		第三档	2020年2月-6月	9309元*0.4%*50%+2200元*0.45%	9309元*0.4%*50%+27927元*0.45%		
中小微企业		第三档	2020年2月-6月	9309元*0.4%*50%+2200元*0.45%	9309元*0.4%*50%+27927元*0.45%		
厦	职工基本养老保险	大型企	厦	2020年2月-4月	1800元*12%*50%	16168元*12%*50%	国家税务总局

厦门市	保险	业	户				厦门市税务局 关于阶段性减 免企业社会保 险费 政策有关事项 的通知  厦医保 [2020]33号
			非厦户	2020年2月-4月	1800元*12%*50%		
		中小微 企业	厦户	2020年2月-6月	免征	免征	
			非厦户	2020年2月-6月	免征	免征	
	工伤	大型企业		2020年2月-4月	$\geq 1800 * (0.1 \text{ 至 } 0.95) * 50\%$		
		中小微企业		2020年2月-6月	免征	免征	
	失业	大型企业	厦户	2020年2月-4月	$\geq 1800 * 0.5\% * 50\%$		
			非厦户	2020年2月-4月	1800*0.5%*50%		
		中小微 企业	厦户	2020年2月-6月	免征	免征	
			非厦户	2020年2月-6月	免征	免征	
	职工基本医疗 (生育不予减免)	大型企业	厦户	2020年2月-6月	3234元*(7%-4%)+3234元*0.7%	16168元*(7%-4%)+16168*0.7%	
		中小微 企业	厦户	2020年2月-6月	3234元*(7%-4%)+3234元*0.7%	16168元*(7%-4%)+16168*0.7%	
		大型企业	非厦户	2020年2月-6月	3234元*3%+3234元*0.7%	3234元*3%+16168*0.7%	
		中小微 企业	非厦户	2020年2月-6月	3234元*3%+3234元*0.7%	3234元*3%+16168*0.7%	

# 劳资博弈之道

——兼谈劳动合同立法博弈中“强资本、弱劳工”的观点

董保华



2008年2月1日,《中国企业家》杂志以“劳动合同法震荡”为题刊登了一组文章,其中《劳动合同法:企业意见调查》一文对全国众多企业进行了问卷调查,结果显示,七成企业希望国家有关部门对《劳动合同法》的相关条文进行修改、调整,超过一半的企业对《劳动合同法》的某些条款存有不同看法。<sup>1</sup>这一调查促使社会各方去思索一个严肃的问题:一部被媒体宣传为立法过程最审慎、征求意见最多,誉为民主立法、科学立法生动实践的法律,为什么在现实中却遭遇到七成企业的反对?这一调查直接引发了一场《劳动合同法》究竟有没有正常劳资博弈的讨论。

## 一、劳动立法博弈的思维定式

劳动合同法究竟有没有正常的劳资博弈?经过媒体长达几年的炒作,似乎已经没有人再会怀疑。如果我们以“劳动合同法”与“劳资博弈”为关键词,在百度、谷歌两大搜索引擎上搜索,可以看到约53000条和109000条的搜索结果,社会大众也已经基本上认可了劳资博弈的存在,好像没有人会怀疑劳动合同法是一场劳资正常利益博弈的结果。

从理论上分析,劳资博弈中最核心的问题集中体现于《劳动合同法》的立法宗旨。“是‘向劳动者倾斜’还是‘平等保护劳资双方’?这是立法者一开始就面对的难题。一方从技术上强调该法的‘合同’性质,认为劳资双方的权益应予‘平等保护’,另一方则从根本上强调该法的‘劳动’性质,认为此法属于社会法领域,在世界各国均向劳动者倾斜,针对中国劳动者的实际状态,‘保护弱势’才能实现根本上的公正。这个分歧远远超过技术层面,实质是怎样立法才更能维护‘公平正义’这一立法的基本目标。”<sup>2</sup>然而,如果了解到根本不存在“向劳动者倾斜”还是“平等保护劳资双方”这一争论,不知道此文的撰稿者会作何感想?如果撰稿者进一步了解“倾斜立法”这一概念是由被其封为资方代表的学者提出

---

董保华, 论文转载自《社会科学家》2009年第1期。

<sup>1</sup>在这份问卷调查中,超过七成的企业希望修改、调整相关条文。其中,有24.39%的企业表示迫切希望;另外,有17.07%的企业表示无所谓;同时也有12.20%的企业表示没有希望修改的要求。

<sup>2</sup>汤耀国:《保护劳动者权益 博弈深化立法公正》,载《瞭望》2007年第27期。

的<sup>3</sup>，不知作何感想？如果撰稿者再进一步了解“社会法”这一体系建设也是由被其称为资方代表的学者完成的<sup>4</sup>，不知又作何感想？

当我们越来越多的把目光放在媒体制造的假象之上而忽视了对于真相的探究，我们的眼睛必然蒙尘。但是，当我们借用博弈理论来说明立法过程的利益纠葛之时，我们必须用科学的态度来重新审视博弈的真正含义。

博弈论（Theory of Game）是在 20 世纪 40 年代产生于美国经济学界的一种行为科学理论，它研究的重点是各个理性个体在其行为发生直接相互作用时的决策与后果问题。该理论是以冲突与合作、斗争与妥协的对策选择及其互动规律为研究对象的，被誉为“社会科学的数学”。法律制度的制定与实施实际上体现为不同社会行为主体、利益主体的博弈。我们总是强调法律应该体现大多数人的意志，而大多数人的意志的界定离不开公开的博弈，即只有社会各阶层的利益诉求都能得到公开表达，社会各利益阶层就法律内容展开公开的讨论、辩驳甚至是“讨价还价”，直至在相互协商与妥协之下达成共识，才会有真正的“大多数人的意志”产生，建立在这种公开博弈基础上的汇集各阶层利益的法律才能说是公正的。所以，对于法律的利益体现的广泛性与具体规定的公正性而言，立法博弈的环节不可或缺。<sup>5</sup>

立法博弈的结果不外三种情况：一种是各派利益主体都以追求自身利益和价值的最大化为目标，彼此互不妥协，最后每一派的目标都未达到，全败俱伤，形成没有赢家的“共输”，这种情况在博弈论上称作负和博弈；另一种情况是最强大的那个(或几个)力量彻底压倒或消灭其他力量，获得全胜，形成自己一(或几)派全赢，其他各派全输的结果，这在博弈论上称作零和博弈；第三种情况是各派利益主体在坚持自身根本利益和价值诉求的同时，也适当考虑其他利益主体的利益和要求，必要时各派都甘愿做出某些让步，即冲突中有合作、斗争中有妥协，最后达成一种整合性的平衡，实现公共利益与价值的最大化，收到“双赢”、“多赢”、“共赢”之效，博弈论称其为正和博弈。<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup>笔者很早就将“保护劳动者”概括为劳动法的基本原则之一，在 1992 年 6 月的著作中，进一步将这一原则提炼为“倾斜立法原则”，以后这一提法开始流行。参见董保华、程惠瑛：《中国劳动法学》，（北京）中国政法大学出版社 1992 年版，第 80 页。

<sup>4</sup>社会法理论是近年来笔者的主攻方向，并撰写了理论著作及大量的论文。参见董保华等著：《社会法原论》，中国政法大学出版社，2001 年 4 月版。

<sup>5</sup>魏文彪：《民主博弈是立法公平的必要程序》，载《人大研究》，2006 年第 12 期。

<sup>6</sup>程汉大：《正和博弈是立宪成功之道》，载《山东师范大学学报（人文社会科学版）》2005 年第 4 期。

从《中国企业家》杂志的调查来看，七成企业希望国家有关部门对《劳动合同法》的相关条文进行修改、调整，超过一半的企业对《劳动合同法》的某些条款有不同看法，这显然不是一个正和博弈。至于这是一个“共输”的负和博弈还是一胜一负的零和博弈，张五常持的是双输论，不仅是用人单位受损失，劳动者同样是如此。“目今所见，新劳动法的效应是劳资双方皆失！”<sup>7</sup> 笔者的看法大致相同，这是一个显而易见的负和博弈。但是，为什么会出现这样的结果呢？面对如此的问卷，要获取正确的答案，就必须破除我们已经形成的劳资博弈的思维定式，去探究《劳动合同法》到底经历了怎么样的一场立法“博弈”。

## 二、是劳资博弈还是阶级斗争？

利益博弈进入立法领域，是旨在将利益上升为权利的努力，是从规则的被动接受者到主动参与制定者的觉醒，是从无序争利到有序博弈的进步。<sup>8</sup> 作为国内最早研究利益集团的学者之一，社科院亚太研究所副所长张宇燕认为，在西方政治学文献中利益集团（Interest Group）一词本身毫无贬义，它对民主政治来说是不可或缺的存在。因为只有当各种利益集团通过利益表达而使自己的要求得以反映时，政府才能从中获得大量可供决策参考的信息，有助于决策的科学性；当政府为利益集团所包围时，政府的行政权力会受到了来自各方的压力和影响，从而构成对政府活动的监督作用。<sup>9</sup>

一些研究劳动关系的学者认为：“劳资冲突已经成为了社会的主要矛盾之一”<sup>10</sup>。“在私有制企业中，劳动关系即是劳资关系，具有明显的阶级关系的性质。而劳资关系法制化的实质，即是通过法律来维护、保障和实现劳动者的权利。无视劳资矛盾的客观存在或对于这一矛盾采用放任主义政策，其实质只能是偏袒和纵容资产所有者，其结果只能是激化劳资矛盾，并造成劳动者的自发反抗。”<sup>11</sup> 在这些学者的眼中，这种“过度的剥削工人”是你死我活的阶级斗争，双方并无多少共同利益，阶级斗争的结果应当是“保障和实现劳动者的权利”。在我国的劳资关系中，“有产者阶层不仅在经济上的权利和地位不断飘升”，而且“劳动者的权

<sup>7</sup>张五常：《劳动合同的真谛》，引自张五常博客 [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_47841af701008hmj.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_47841af701008hmj.html)，2008-02-12 访问。

<sup>8</sup>汤耀国：《超越部门立法》，载《瞭望》2007年第4期。

<sup>9</sup>王健君：《需要合理博弈的利益集团》，载《瞭望》2007年第12期。

<sup>10</sup>常凯：《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

<sup>11</sup>常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社，2004年1月1日

利和地位处于不断下降的趋势中。”<sup>12</sup>，显然，这种“强资本弱劳工”的格局是不适合博弈的，也不可能用博弈论理论，通过相互妥协来解决两者之间的关系。

那么面对“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”<sup>①</sup>时，这些学者开出的是什么处方呢？回答是：“劳资不成熟，公权需介入”<sup>13</sup>。

“国家对劳动关系的干预，贯穿于劳动关系运行的全过程”<sup>14</sup>。公权需介入就是强调行政广泛干预，否定将政府职责定位于劳动基准法的做法，认为“劳动合同法的作用就在于通过劳动法律的矫正功能追求一种实质上相对平等的关系。这种矫正功能的基本手段，即是通过公权力的介入，适度限制雇主的权利以保障劳动者的权利，使个别劳动关系实现相对的平等或平衡”<sup>15</sup>。

按照博弈理论，“两个以上存在利害关系的主体，在处理相互之间的利害关系时，一方的决策受他方制约同时又对他方产生制约”，而按照这些学者的说法，只有通过公权力介入来解决劳资冲突，这就根本没有两个利益主体博弈的空间。在国家面前是没有任何利益主体能够与之进行博弈的。为了扩大国家的行政空间，这些学者对两个博弈主体的行为实行了“双否定”。否定企业管理人格，将企业人力资源管理理解为“让工人少拿钱，多干活”<sup>①</sup>否定工会独立人格，认为工会不能成为法律上的独立主体<sup>②</sup>；除国家行为天然合理外，两个利益博弈主体的行为本身也是判断为不合理的。

这种以劳资阶级斗争作为基本指导思想的理论，从一开始就与现代博弈论背道而驰。以阶级斗争理论为指导，使员工天使化，用人单位妖魔化。从阶级立场出发，无论你的理由是否充分，都只能算是借口。这是一个天使战胜妖魔的故事，拒绝资方的声音得到了广泛的赞扬。员工是天使，为员工代言也应当是福音；用人单位是妖魔，其发出的声音充其量只能是杂音。“妖魔化《劳动合同法》，只能说明有些企业还在怀念“无法无天”的日子。”<sup>16</sup>“当下一些企业视《劳动合同法》为洪水猛兽，千方百计规避，一些做法让人怀疑这些企业是否还有起码的社会良知，更不用说企业所应担负的社会责任了！”<sup>17</sup>对于这种指责，一些学者一针见血

<sup>12</sup>常凯：《劳权保障社会主义市场经济题中之义》，载《中国劳动》2004年第1期

<sup>13</sup>常凯：《劳资不成熟，公权需介入》，载《新民周刊》2006年5月25日。

<sup>14</sup>常凯：《论政府在劳动法律关系中的主体地位和作用》，载《中国劳动》2004年第12期。

<sup>15</sup>常凯：《关于劳动合同法立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006年第6期。

<sup>16</sup>瞿方业：《企业集体倒闭的反思》，载《中国工业报》，2008年5月14日，第A02版。

<sup>17</sup>张车伟：澄清对《劳动合同法》的严重误读，新华网 [http://news.xinhuanet.com/fortune/2008-04/07/content\\_7930835.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2008-04/07/content_7930835.htm)，2008年4月7日访问。

的指出，劳动合同法的失误恰恰是用一种简单的劳资对立的思维来进行立法，李曙光认为，“一部法律在制定中要对劳动者区别对待，对于不同人力资本的去向应该更多地让市场去选择，而不要用法律来过度干预。”并认为实践对于立法的修正是残酷无情的，人定的法要符合市场的法则与规律，否则市场经济会把你无情的抛弃。《劳动合同法》极有可能在最近五年就要进入修改。<sup>18</sup>何兵也认为，“劳动合同法的立法者们无视国情，以普通企业为假想敌，制定了法理上讲不通，实际上难实行的法律。”<sup>19</sup>“如果只把劳动者看为法律的保护对象，过分偏向企业和劳动者中的一方是不公平的。立法者不能假定，企业都是黑心的，劳动者都是善良的……复杂的社会千姿百态，立法应当因类处置，区别对待。对于无法预测的情形，则设定原则条款或鼓励人民自由约定，万勿“一刀切”，要给企业喘息的空间。企业与劳工唇齿相依，唇亡则齿寒。”<sup>20</sup>用阶级斗争了理论来取代劳资博弈，实际上等于取消了正常的劳资博弈。在丧失了正常的博弈机制时，一些不正常的博弈机制必然发挥作用。

### 三、是劳资博弈还是部门利益博弈？

博弈是指“两个以上存在利害关系的主体，在处理相互之间的利害关系时，一方的决策受他方制约同时又对他方产生制约，一方的支付受他方影响同时又对他方产生影响的活动。”<sup>21</sup>通常来说，博弈应当具有三个要素：参与者、策略、支付。<sup>①</sup>

#### （一）劳资博弈的参与者

博弈涉及到两个以上的参与者。一些学者认为，“《劳动合同法》收到 19 万条意见，从来没有哪部法律中的利益博弈表现得如此明显。”<sup>22</sup>事实上，当意见多达 19 万条时，对于这些分散的信息需要一定的利益团体去争取在法律中得以落实。正和博弈需要一个必备条件，那就是各个派别“以在注意游戏规则的情况下争取达到结果的意志为前提的”。就利益主体而言，劳资博弈至少应当有劳方团体与资方团体。

<sup>18</sup>李曙光：《实践对劳动合同法的修正是残酷无情的》，载《中国企业家》2008 年 2 月 1 日。

<sup>19</sup>何兵：《真正的黑心资本家们是无视任何法律的》，载《南方都市报》2008 年 1 月 24 日。

<sup>20</sup>何兵：《华为事件是企业反击劳动法的第一枪》，载《南方都市报》2007 年 11 月 6 日。

<sup>21</sup>王水雄《结构博弈》，华夏出版社，2003 年版，第 227-228 页。

<sup>22</sup>汪伟：《劳动合同法草案引发法学界分化》，载《新民周刊》，2006 年 5 月 24 日。

那么劳资之间是怎么博弈的？我国有的媒体做了这样的评论：“众所周知，处于强势的资方，尤其外资企业，其组织化程度更完善，利益诉求渠道更畅通，对政策和法律的制定过程往往能施加更多的影响力。”<sup>23</sup>为什么在立法层面“外资企业，其组织化程度更完善，利益诉求渠道更畅通”？文章除了一些想当然的断定外，并没有提供有说服力的证据。其实这种观点的出现很大程度上源于对“强资本、弱劳工”这一假设的错误解读。强资本、弱劳工是基于劳动关系隶属性特征所导出的一个命题。这一命题是以劳动关系未经法律调整的状况做前提的，因此导出倾斜立法、保护劳动者等原则。这一命题本身并不适应于通过团体行动的劳动立法过程。在我国劳方团体与资方团体确实是两个不对称的主体。但力量对比与媒体的思维定式正好相反。

中华全国总工会体系下的一元工会制度既是我国历史的选择，也是现实的选择。在我国，中华全国总工会有着崇高的政治地位。在劳动合同法起草的过程中，全总参与劳动和社会保障部、国务院法制办、全国人大常委会法工委、全国人大法律委等机关、部门组织的有关劳动合同法起草、研讨、论证、修改等各类会议30余次，提出修改意见建议上百条，绝大多数得到了立法机关的认可和采纳，并在法律条文中给予体现。<sup>24</sup>与全国总工会作为劳动者的代言人不同的是，我国其实尚未形成真正代表企业方的雇主组织。现有的中国企业联合会 / 中国企业家协会（两会合署办公，简称中国企联），尽管在国际上以“中国雇主组织”的名义得到国际劳工组织的承认，但事实上并不具备在劳动关系中与工会组织相对应的雇主组织身份。中国企联是国家经贸委授权的非营利性的社会组织，只是一种“联谊性质的官办机构。”<sup>25</sup>从全国人大法律委员会的历次审议报告可以看到，劳动合同法从公开讨论稿直至最终通过，列席会议的都只是国务院法制办、劳动保障部、全国总工会、财经委员会。企业方面的组织如中国企联及全国工商联等完全没有参与其中。<sup>①</sup>

## （二）劳资博弈的策略

<sup>23</sup>汤耀国：《保护劳动者权益 博弈深化立法公正》，载《瞭望》2007年第27期。

<sup>24</sup>全国总工会通报劳动合同法立法过程（实录），北方网 <http://news.enorth.com.cn/system/2007/07/02/001749269.shtml>，2007年7月2日访问。

<sup>25</sup>王群：《刍议建立和完善我国社会转型期的劳动关系三方协调机制》，载《工会论坛》2002年第6期。

策略即参与者应对利害关系所采取的对策，参与者往往存在着多种选择的可能，于是构成策略空间。一般说来，劳资博弈参与者的特征决定了博弈策略的选择。

“当华立集团董事长汪力成第一次看到《劳动合同法》时，他感到震惊：这么重要的一部法怎么没有征求浙江企业的意见呢。2007年11月20日，他来到北京参加全国工商联十届执行委员会第一次会议，他再次震惊了。原来对立法过程不知情的不仅是浙商代表。参加会议的有800多名代表，我没有听说任何一个人接到征求意见的通知，甚至包括工商联的领导。”<sup>26</sup>中国企业家杂志的这篇报道引发了用人单位对立法过程是否知情的争论。

“对立法过程不知情的说法在全国工商联法律部部长王媛那里被否认了。她对《中国企业家》反复强调：《劳动合同法》的制定从头到尾，每一个环节都征求了工商联的意见。立法中，我们参加了座谈会，四次审议稿的原文我们也都拿到了，也反映了意见。立法的变化过程我们是清楚的。”“对中华全国总工会而言，他们与这部法律的关系决不仅仅是对四次审议稿的回应。全总民主管理部部长郭军回忆，除了四次审议稿，他所见过、所知道的《劳动合同法草案》有多达几十个版本。最早的报请国务院审议稿成于2001年前后，是劳动和社会保障部在1994年《劳动法》出台后起草的，全总参与了这一过程。”

两者在信息掌握上有着显著的差异。一个是“立法的变化过程我们是清楚的”，另一个是“全总高度重视，全程参与了这部法律的起草和有关调研论证工作”。笔者以为，真正应当争论的，其实是工会与雇主组织双方是否有完整的博弈策略。

全总的博弈策略在《全总部署工会参与全国人大劳动合同法（草案）公开征求意见工作的提纲》有完整的表述：“全总高度重视，全程参与了这部法律的起草和有关调研论证工作，并代表工会和广大职工提出了一系列意见建议。”“如果我们不能做好组织和引导工作，草案的规定就有可能出现反复，那样的话对于广大职工权益的保护是不利的。”如何来维护这一《草案》呢？全总提出三大要求，七项注意，从全方位提高员工对于劳动合同法起草的参与。全总还把《草案》中与劳动者权益相关的条款归纳成5大方面21个问题，并对每一条都表明了自己

---

<sup>26</sup> 刘涛、王琦：《劳动合同法：激辩与冲击》，载《中国企业家》2008年2月1日。

的观点，并把这些观点向全国各省市工会做了通告，听取员工意见，然后把这些意见进行集中反馈。

事后可以看到，全总的博弈策略得到了完整的贯彻。根据全国人大的统计，一个月间，来自网上的反馈意见多达 19 万 1 千多条，且经过甄别，65%以上来自普通劳动者。可惜的是，人大法工委一直没有将这 19 万条意见公开发布。19 万条意见很大程度上成为工会发动的一种预先投票。这既是全国总工会的一种策略，也是各级工会力量的表现。工会保卫战确实深深地影响了劳动合同法的立法走向。

而另一方面，雇主组织由于其主体地位的不明确根本不可能形成完整的博弈策略。全国工商联法律部部长王媛也曾表示，我们没有像全国总工会那样逐条地分析或者发动地方力量，我们和全总比在力度上还是有差异的。事实上，无论是工商联还是企联，他们的组织性质，根本不可能对其成员进行如工会一般的动员。这也才会出现华立集团董事长汪力成第一次看到《劳动合同法》时，感到震惊。从某种意义上说，全国工商联对于劳动合同法（草案）的了解，基本上没有走出法律部，这种了解根本不可能形成博弈的策略，更不要说贯彻。全国企联的情况其实也差不多。

在 2008 年的两会中，厉以宁曾指责《劳动合同法》的制定应该听取员工、企业等多方面的意见。他称，这部法律的制定没有找政协、工商联或经济界别的委员们讨论过，只是找中国企业家联合会组织讨论，其实这是一个比较空的机构。他进而指出，劳动合同法出现现在这样的尴尬局面，是一个很好的教训。<sup>27</sup>

### （三）劳资博弈的支付

劳资博弈的支付即参与者经过博弈，博弈的结果使得各方产生一定的支付，其可能是正支付也可能是负支付。

按照人大法工委副主任信春鹰表示，劳资双方具有先天不平衡性，新法的出台是各方博弈的结果，已充分考虑了公平。她说，中国经济前三十年的高速增长，其实是建立在中国亿万廉价劳动力的基础之上，从世界范围来看，人力成本在中国 GDP 中的比例远低于世界平均水平。而现在，到了该改变的时候。<sup>28</sup>可见，劳

---

<sup>27</sup> 厉以宁称新《劳动合同法》处境尴尬是一大教训，和讯网 <http://news.hexun.com/2008-03-05/104223319.html>，2008 年 3 月 5 日访问。

<sup>28</sup> 彭勇：《劳动合同法：创建规范的劳资关系》，新浪网 <http://finance.sina.com.cn/roll/20071214/09131861259.shtml>，2007 年 12 月 14 日访问。

劳动合同法作为一方向另一方的支付，是一次还欠帐的立法，相对于利益主体而言，这是一个零和博弈。作为一种零和博弈，支出的一方不满意是很正常的。

笔者以为，法律只是一种底线性规定，通过一部立法以国家的力量去改变中国 GDP 中的比例，这只是一种善良的愿望。笔者赞成张五常的看法，如果从资方取一元，劳方得一元，没有其它效应，我们不容易反对。如果资方失一元，劳方得六毫，社会损失四毫，不利，伦理上也有支持的理由。但如果资方失一元，劳方不得反失，那我们就没有理由接受了。劳动合同法实施以来，底层劳动者的状况基本上印证了这一说法。劳动合同法甚至并不是一次零和博弈，而是一次负和博弈。

为什么劳动合同法从最终支付上却可能是一个负和博弈呢？这是由于工会本身的代表性决定的。在我国，工会代表的主要是中上层劳动者，而不是中国最需要帮助的是底层劳动者。无论工会作何宣传，毕竟是经济基础决定上层建筑。中国工会的经费来源于中上层劳动者（2%的员工工资）。在劳动领域中，一个较为特殊的情况是全总无论从历史还是现实看，都类似于政府部门。全总的文件在劳动合同法的宣传过程中，成为与政府文件具有同等效力的文件，一些仲裁机构与法院甚至以这样的文件作为判决依据。

在劳动合同立法中，劳动行政管理机构争夺部门利益也是非常明显的，锦上添花的思维之所以会被接受也与此有关。“劳资不成熟，公权需介入”的观点，对于扩张部门利益显然是非常有好处的。在社会法的大旗下，介入的公权被作为一种私权利来进行解释，政府在与雇主的法律关系中被解释为是只有是权利主体，政府可以做弃权的选择；政府在与劳动者的法律关系中被解释为是只有是义务主体，只有在劳动者行使权利时国家才要履行权利。这样的理解为政府选择性执法提供了理论支持。这也正是这种理论为什么能够获得官方支持的原因。社会法理论正在成为部门利益的避风港。其他学科的一些学者在论及这一次博弈过程时也做出了评价。“我感觉在立法过程当中，利益力量对比比较悬殊。劳动者这一块有一个强大的全国总工会，但是用人单位没有一个组织。”<sup>29</sup>“《劳动合同法》绝对不仅仅是一个简单的法律问题，涉及到对劳动力市场的影响，涉及到公共政策对劳动力市场的干预可能会带来什么样的影响问题，所以我很遗憾地看到，我们

---

<sup>29</sup>在中国政法大学举行的一次“宪法视野下的劳动合同法”论坛上，著名宪法学家清华大学王磊表示。参见中  
人网 [http://www.chinahrd.net/zhi\\_sk/jt\\_page.asp?articleid=139806](http://www.chinahrd.net/zhi_sk/jt_page.asp?articleid=139806)，2008年3月27日访问。

国家的劳动法立法过程当中没有比较多的管理学者和经济学家在立法过程中有发言机会。”<sup>30</sup>

#### 四、各国立法实践中的劳资博弈

国际劳工组织确定了一种三方协商制度作为履行国际劳工标准的一种形式，在很多国家这也是一种确定劳动立法的博弈机制。根据我国已经签署的国际劳工组织第 114 号公约（三方协商促进履行国际劳工标准公约）规定，三方机制是指政府（通常以劳动部门为代表）雇主和工人之间，就制订和实施经济与社会政策而进行的所有交往和活动，如劳动立法、经济与社会政策的制订、就业与劳动条件、工资水平、劳动标准、职业培训、社会保障、职业安全与卫生、劳动争议处理以及对产业行为的规范与防范等。

“三方机制”是国际劳工组织开展活动的主要原则。即国际劳工大会、国际劳工局理事会及所属各委员会、区域会议等国际劳工组织机构的活动，均由会员国政府、雇主和工人三方面代表参加，三方代表享有独立平等的发言权和表决权。国际劳工组织所实行的三方原则，是各国建立三方机制的重要依据，也是各国政府、雇主和工会就其各自利益和共同关心的问题协商并达成共识而借鉴的有效形式。作为国际劳工组织章程一部分的《费城宣言》中申明：“在这种努力中，工人代表和雇主代表享有与政府代表同等的地位，与政府代表一起自由讨论和民主决定，以增进共同的福利”，以期“有效地承认集体谈判的权利，促进雇主和劳动者加强双方在提高生产效能中的合作，以及在制定与实施社会和经济措施中的合作”。

国际劳工组织并没有像我国一部分劳动法学者那样停留在所谓“强资本、弱劳工”简单思维中，去扩大不受制约的行政权力，而是奉行三方原则的指导思想，提倡工人与雇主的合作，促进经济与社会发展。国际劳工组织所关心、处理的事务，一般都涉及各国工人、雇主的利益，吸收雇主代表和工人代表以平等的地位同政府代表一起研讨、协商和作出决定，体现了对劳动关系当事各方的尊重和谋求通过协商讨论达到共识的意愿。按照三方性原则作出的决定较能兼顾到有关各方的利益，保证国际劳工组织活动的民主性，成为这个组织活力的一个重要源泉。

---

<sup>30</sup> 《鞋企：活下来 迎接春天》，中国鞋网 <http://www.chinashoes.com/AllNews/2008/03/01/293013.shtml>，2008年3月1日访问。

“三方性”原则的出发点是将雇主和工人都看作发展经济的重要力量，主张政府在协调劳动关系时，吸收他们双方以平等的地位参与协商，通过雇主和工人的合作，促进经济与社会发展。各国经济和社会发展的实践表明，政府、雇主和工人以平等地位，就涉及各自利益和共同关心的问题，特别是劳工问题，进行协商并达成一致，已成为化解劳资矛盾、维护社会稳定、促进经济和社会发展的重要推动力量。<sup>31</sup>从博弈论角度来看，三方性原则这个为劳动立法量身定做的机制，确立了政府、雇员代表和雇主代表的三方参与，能最大可能的形成利益代表的广泛性和公正性。这在各国的立法中均有体现。

1. 美国的自由化、分散化的多元模式。美国的劳资关系基本特征是浓厚的自由化、分散化色彩，并呈现出多元化格局。<sup>32</sup>在美国，企业工会、行业工会、产业工会并存，全国性工会和地方性工会分别按产业和行业组成，结构非常分散；集体谈判也不像德国、北欧国家那样集中，而是分散于基层单位，如企业、行业等。<sup>33</sup>20世纪30年代以来，美国颁布了一系列协调劳资关系的法律，这些法律的总体特征是各有利益侧重又互相制约，以在整体上平衡劳资双方利益，体现出立法层面上的均衡和制约。所谓均衡，是通过立法来保持劳资双方力量的对等；所谓制约，是通过立法来约束劳资关系双方的行为，避免出现影响社会和经济发展的矛盾。<sup>34</sup>在这一严密的法律框架下，美国劳资关系的协调基本上通过劳资双方的自我协商进行。<sup>④</sup>

2. 德国的非正式性协商模式。与其他工业化国家有所不同的是，德国的三方协调机制至今仍然没有具体的法律依据，也没有固定的协商模式。许多重要的社会政策和法律，大多是通过政府有关部门、工会和雇主协会三方之间非正式的协商而制定的，且协商方式极具实用主义色彩。第一种情况是政府有关部门先制定出一个法律草案初稿，然后根据与社会团体之间的对话进行修改；第二种情况是社会团体先提出法律意向，政府再和另一方社会团体达成协调意见；第三种情况是政府把法律草案完全交由社会团体三方协商起草。如德国1951年出台的《解雇保护法》就是一个典型的例子，这一法律是由德国雇主协会联合会和德国工会

---

<sup>31</sup> 刘旭：《国际劳工标准概述》，中国劳动社会保障出版社2003年版。

<sup>32</sup> KOCHAN, THOMAS A. The Transformation of American Industrial Relations. New York: Basic Books, 1986年。

<sup>33</sup> 何燕珍、林永基：《劳动关系调整模式的比较及启示》，载《当代经济管理》2005年第4期。

<sup>34</sup> 吴宏洛：《转型期的和谐劳动关系》，社会科学文献出版社，2007年版，第58-59页，第228-229页。

联合会不断协商之后起草的，政府几乎是将草案原封不动地递交给了议会。<sup>35</sup>近年来，德国逐步废除了一批劳动法规，而提倡由劳资双方自由约定，政府不予干预，这主要是因为雇主组织和工会组织比较成熟，三方协调也已经形成了比较规范的制度，政府在三方协调中的作用正逐渐降低。<sup>36</sup>

3. 日本立法和政府决策的必经程序模式。日本的三方协调机制最早产生于20世纪40年代，60年代后，日本经济走上正轨，劳资冲突逐步趋于缓和，为稳定劳动关系促进社会经济的发展，日本进一步完善了由政府、工会和资方组成的三方协调机制，其主要采取三种形式：一是劳动政策审议会，主要承担国家劳动政策的审议职能；二是产业恳谈会，主要承担三方就劳动问题磋商的职能；三是劳动委员会，主要承担集体争议和个人纠纷的处理职能。日本劳动政策的制定，必须经过三方组成的“劳动政策审议会”讨论通过。没有经过“政策审议会”讨论通过的劳动政策，厚生劳动大臣将不予签发。这个决策持续保证了劳动政策在最大程度上体现了三方的意志和切身利益。

4. 欧盟跨国性协商模式。随着欧盟的扩大和日益成为统一的整体，以及经济全球化背景下产业和资本的国际转移，在全欧范围内出现了跨国性的协商体系，在全欧范围内调解劳资关系问题。三方协调机制在欧盟社会政策领域的立法中体现尤其明显。《社会政策协议》第3条第1款规定：欧盟委员会负有促进欧共同体层次的劳动者与管理者协商的任务，必须采取措施使当事人双方获得同等帮助，为其协商提供便利。欧盟具有立法目的的协商出现在两个阶段：首先在提交社会政策领域的议案前，欧盟委员会必须与劳动者及管理者协商可能采取的行动方向。在咨询之后的6周内，委员会如果认为行动是合理的，那么就会产生协商的第二个阶段。委员会必须与劳动者及管理者协商其提交议案的内容，管理者及劳动者然后会做出一种选择。一种可能就是在6周内向委员会提交其意见或建议，任何被提议的措施将采取一般立法途径。另一种可能是管理者及劳动者告知委员会其希望参加协商欧盟层次的协议。<sup>37</sup>

## 五、博弈论视野中的劳动合同立法

<sup>35</sup> 董嘉骊：《德国的三方协商机制》，载《工会博览》2001年第15期。

<sup>36</sup> 常凯：《劳动关系学》，中国劳动社会保障出版社，2005年版，第332页。

<sup>37</sup> (英)凯瑟琳·巴纳德：《欧盟劳动法（第二版）》，付欣译，中国法制出版社，2005年版，第94页。

通过对我国《劳动合同法》立法过程中实际博弈情况的分析，可以看出，我们在立法的过程中基本抛弃了国际劳工组织的三方原则。企业组织代表的严重缺位使整个的所谓“博弈”过程出现了主角错位。工会改革的滞后也使底层劳动者的利益得不到恰当反映。

李曙光称，“观察中国立法的博弈，有两种力量引人注目，即政府部门和利益集团，一为承接历史传统一直主导立法的力量，一为新时期增长迅速的力量。”<sup>38</sup>“政府部门主导立法”的立法模式是我国一个非常特别的现象，在这种模式下，立法程序一般是由国务院某一部门提出法律草案，提交国务院法制办协调并进行立法技术处理，经国务院批准后交由全国人大常委会审议通过。事实上，最为强大的立法博弈力量仍属政府部门。政府部门除了能起草法律草案，自身还能发布同样具有法律效应的行政法规、部门规章。据统计，近 20 年来，在全国人大通过的法律中，由国务院各相关部门提交的法律草案占总量的 75%至 85%。而行政法规和部门规章为数更甚。<sup>②</sup>目前“部门利益法定化”的弊端也越加凸显。行政部门偏离公共利益和社会理性的情况并不少见，以行政权力为依托，在立法中更多地追求部门局部利益，变相实现小团体或少数领导的利益，尽可能争取有利职权，如审批权、机构设置权和财权，同时尽可能规避责任。<sup>②</sup>

劳动合同立法应当是一种社会广泛的多元博弈。对于一种立法制度来说，如果其是体现广泛利益主体的博弈均衡的，那么可以使立法过程更加趋于科学化、客观化、技术化，可以增强立法的预见性、稳定性、普适性。如果广泛的社会利益主体事实上不具有立法中独立主体的地位，其在博弈中的地位处于劣势的，就会导致所立之法并不能真正体现其意志。劳动合同法引起如此大的争议原因恐怕正在于此。在立法博弈中，如何使不同的利益主体具有与其利益相称的影响力不仅影响着一部法律的质量也影响着执法的效力。“部门立法”存在的“部门利益法定化”长期的主导必然会对公共利益产生严重的伤害。

当我们以阶级对立的思维去谈“劳资博弈”实际上讲的是通过国家的力量实行限制资本，兴无灭资，可以看到真正实现的是强化部门利益。这种思维会引导我们远离真正意义上的“劳资博弈”。“利益集团”的本义是中性的，本是市场经济发展、社会多元化的正常产物。而“利益集团”在中国的贬义化，原因非常复

---

<sup>38</sup> 汤耀国：《超越部门立法》，载《瞭望》2007年第4期。

杂。在劳动领域，以阶级对立的思维去认识劳资博弈可能是最主要的原因。在保护劳动者的大旗之下，我们看到的是“部门利益法定化”、“团体利益法定化”。这也是劳动合同立法争论中一些明显的作假，大家都故意视而不见的真正原因。在一系列假话、大话、空话中，劳动合同立法正在形成部门利益、团体利益、以及一部分学者利益的联合，当然一切都在“保护劳动者”的大旗下进行。

国际劳工组织所确立的三方性原则，应当成为改进我国今后劳动立法的指导方针。实现这一方针除了转变政府职能外，完善工会组织与雇主组织的角色定位，应当成为当务之急，只有摒弃过去那种劳资双方对抗性的阶级斗争观念，政府更多地应定位于协调者的角色，积极促进双方的沟通与交流，才能形成真正的三方参与的博弈格局，也才会有正常的劳资博弈。



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](http://www.baohualaw.com)