保华月刊

Baohua Monthly

2020年4月刊
Apr.2020
第39期
NO.39

- 企业单方解除录用通知的法律责任
- 京沪粤三地疫情期间劳动争议最新裁审口径解析

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红

保華律師事務所

目录 Catalogue

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

10 **劳动新规详解**
Close Look at New Labor Regulations

新法规：京沪粤三地疫情期间劳动争议最新裁审口径解析
New Regulation: *Analysis of the latest judgment caliber of labor disputes during the epidemic in Beijing, Shanghai and Guangdong*

热点追踪
Hot Issues

38 案例调研：企业单方解除录用通知的法律责任
Case Study: The Legal Responsibility of Employer's Unilateral Termination of Offer Letter

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

44 劳动立法中道德介入的思辨
On moral intervention in labor legislation

新闻总结

一、六部门：列明不应由基层群众性自治组织出具证明的事项

来源：民政部网站

摘要：近日，经国务院同意，《民政部 国家发展改革委 公安部 司法部 人力资源社会保障部 国家卫生健康委关于改进和规范基层群众性自治组织出具证明工作的指导意见》（民发〔2020〕20号，以下简称《指导意见》）正式印发。

Abstract: with the approval of the State Council, *Guidance of the Ministry of Civil Affairs of the People's Republic of China, the National Development and Reform Commission, the Ministry of Public Security of the People's Republic of China, the Ministry of Justice of the People's Republic of China, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and National Health Commission of the PRC on improving and standardizing the certificates issuing by grass-roots mass self-governing organizations* (M.F(2020) No.20, hereinafter referred to as the *Guidance*) is just officially issued.

《指导意见》指出，要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的十九大和十九届二中、三中、四中全会精神，践行以人民为中心的发展思想，改进和规范基层群众性自治组织出具证明工作，为居民群众提供高效、便捷、规范的服务，打通联系服务居民群众“最后一公里”，有效增强居民群众的获得感和幸福感。用3年左右时间，逐步建立起基层群众性自治组织出具证明工作的规范化制度体系和长效机制，从根本上改变“社区万能章”、“社区成为证明大本营”等现象。

《指导意见》明确，社区居民委员会、村民委员会是居民群众自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，主要职责是依法组织居民群众开展自治活动，依法协助基层人民政府或者其派出机关开展工作，依法依规组织开展有关监督活动。根据国家有关法律法规规定，基层群众性自治组织可以依法出具有关证明。基层群众性自治组织出具证明的事项，必须是有明确法律法规依据或经国务院批准列入保留证明事项清单、属于基层群众性自治组织职责范围的事项。各地区要在与证明事项清理工作已有政策措施衔接基础上，制定基层群众性自治组织出具证明事项清单，特别是要与各地区、各部门公布的保留证明事项清单相衔接。对基层群众性自治组织依法规范出具的证明事项，要以办事指南的形式细化实化证明的具体式样、办理程序和操作规范，明确出具时限、办理用途、具体流程及法律法规依据，并提供统一规范的表单样本。

《指导意见》强调，根据中共中央、国务院关于减证便民、优化服务的部署要求，凡是没有法律法规依据或未经国务院批准列入保留证明事项清单的证明事项，基层群众性自治组织不予出具。对虽有法律法规依据但已经不符合当前经济社会发展实际的或基层群众性自治组织没有能力核实的，有关部门要在广泛征求意见、充分调研论证的基础上按程序提请修改法律法规规定，明确基层群众性自治组织不再出具。根据国家有关法律法规规定，适时分批明确不应由基层群众性自治组织出具证明的事项。对《不应由基层群众性自治组织出具证明事项清单（第一批）》予以明确。

《指导意见》提出，改进和规范基层群众性自治组织出具证明工作涉及面广、政策性强、工作要求高、统筹协调任务重，要建立政府统一领导，民政部门牵头协调，发展改革、公安、司法行政、人力资源社会保障、卫生健康等各有关部门参与的机制，共同抓好落实。省级人民政府要把这项工作纳入重要议事日程，切实加强组织领导，细化责任分工，督促指导各有关部门抓好工作落实，研究解决

重大问题。市县级人民政府要组织各有关部门，在深入摸排基础上，抓好具体实施。各地区要部署开展“社区万能章”治理专项行动，上下联动、集中推进改进和规范基层群众性自治组织出具证明工作。民政部要会同全国社区建设部际联席会议成员单位等有关部门，通过开展实地调研、组织第三方评估等方式，对各地工作情况进行跟踪问效。

《指导意见》要求，各地区、各有关部门对基层群众性自治组织应当或者可以出具证明、不应出具证明以及应当由相关部门出具证明的事项，都要做好政策措施衔接，列明办事指南，避免出现管理和服务“真空”，防止出现工作断链，最大程度确保居民群众办事创业方便。要按照国务院关于加快推进“互联网+政务服务”工作部署，依托全国一体化在线政务服务平台建设，推进部门间信息共享核查，按照法定程序办理查询核查业务，打通信息孤岛，让信息多跑路、群众少跑腿。要大力加强社会信用体系建设，推行证明事项告知承诺制，强化对承诺事项的事后核查，对虚假承诺的，依法记入个人信用记录、纳入全国信用信息共享平台、在“信用中国”网站进行公示，情节严重的依法予以处罚并公开。

二、两部门：集中清理整顿侵害劳动者等合法权益行为

来源：中国新闻网

摘要：近日，人社部、市场监管总局联合发布关于开展清理整顿人力资源市场秩序专项执法行动的通知。通知称，将集中清理整顿侵害劳动者和用人单位合法权益，妨害有序复工复产和稳就业的人力资源市场违法行为。

Abstract: recently, Mohrss and State Administration for Market Regulation jointly issued a notice on carrying out special enforcement actions to rectify the human resources market order. The notice said that it would focus on rectifying the human resources market violations that infringe on the legitimate rights and interests of employees and employers and hinder the orderly resumption of work and production and stable employment.

通知明确，要积极履行人力资源市场监管职责，进一步规范人力资源市场秩序，及时查处各类侵害劳动者和用人单位合法权益的人力资源市场违法行为，坚决纠正针对疫情严重地区劳动者的就业歧视，为促进劳动者就业和企业复工复产营造良好的社会环境。

通知指出，各地区根据本地新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作部署，按照持续时间不少于 1 个月，结束时间不晚于 2020 年 6 月 30 日的要求，自行确定专项执法行动开展时间。具体实施时间由各省级人力资源社会保障部门商市场监管部门确定，并报人力资源社会保障部劳动保障监察局。

通知提到，集中清理整顿侵害劳动者和用人单位合法权益，妨害有序复工复产和稳就业的人力资源市场违法行为，重点为：

一是未经许可或备案从事人力资源服务经营活动，特别是未经许可擅自从事互联网招聘等职业中介活动的行为。

二是人力资源服务机构未依法开展人力资源服务业务，包括参与签订不实就业协议、不履行信息审查义务、发布虚假信息或含有歧视性内容信息、哄抬或操纵人力资源市场价格、扣押劳动者居民身份证和其他证件、向劳动者收取押金、捆绑收取流动人员人事档案管理服务费等违法违规行为。

三是用人单位发布虚假招聘信息，组织虚假招聘活动，骗取劳动者财物的欺诈行为，侵害劳动者平等就业权利，违法发布涉及劳动者户籍、居住地及治愈患

者或密切接触者等与疫情相关的歧视性招聘信息。

通知称，各地区要根据本地客观实际，实施部门联合“双随机”抽查执法行动，加大行政处理处罚力度，对违法行为的查处结果，要统一归集于市场主体名下，通过国家企业信用信息公示系统依法依规予以公示并实施联合惩戒。对专项执法行动期间查处的重大违法案件，要按规定及时向社会公布。对给劳动者和用人单位造成经济损失的，要依法采取有效手段及时挽回。对以暴力、胁迫、欺诈等方式扰乱人力资源市场秩序涉嫌犯罪的，由人力资源社会保障部门依法移送公安机关严肃查处。

此外，各地区要加强线上人力资源监管平台建设，公布省级监管平台地址，通过线上平台宣传相关法律法规规定，发布维权须知、警示信息和其他监管信息，畅通线上举报投诉渠道，保障劳动者和用人单位便捷及时维权。

通知还指出，各地区要密切关注舆情，积极迅速回应社会和群众关切。各地区要结合本地区人力资源市场秩序既往监管情况和当前形势动态，认真研判风险，完善落实应急处置机制，对出现的人力资源市场违法行为新问题、新形式、新苗头，做到防早防小、审慎处置，并及时上报情况。

三、新加坡推出第三轮纾困计划，拨 35.5 亿美元救济企业和个人

来源：澎湃新闻

摘要：近日，新加坡副总理兼财政部长王瑞杰在国会发表部长声明，宣布名为“同舟共济预算案”的额外经济援助措施，进一步救济接下来一个月须停工或受新冠疫情措施影响的企业、员工与家庭。据报道，这一预算计划总额为 51 亿新元（约合 35.5 亿美元），其中 40 亿新元将支持企业与员工，11 亿新元将用于向每一名新加坡人发放现金补贴。

Abstract: Wang Ruijie, Singapore's Deputy Prime Minister and Finance Minister, recently issued a ministerial statement in Parliament, announcing an additional economic aid measure called the " A Budget for Together " to further relieve businesses, employees and families that will have to stop work or be affected by the COVID-19 in the next month. According to reports, the budget plan totals NZD 5.1 billion (about USD 3.55 billion), of which NZD 4 billion will used to support businesses and employees and NZD 1.1 billion will be used to cash subsidies for every Singaporean.

据《联合早报》披露的预算内容，新加坡政府计划将新加坡本地员工本月薪资补贴从此前的 25%增至 75%，避免雇主让员工放无薪假或者裁员。政府还计划豁免企业 4 月份的外劳税，并向企业提供额外的外劳税回扣。在新加坡政府管理的房地产营业的工业、办公室和农业租户，可获得的免租援助从半个月增至一个月。政府还将在 4 月份给予所有年满 21 岁的新加坡公民 600 新元一次性现金补贴。

这是新加坡政府在两个月内推出的第三轮经济援助措施。《联合早报》报道，加上之前两轮的措施，总拨款高达 599 亿新元（约合 417.7 亿美元），占国内生产总值 12%。

王瑞杰在国会指出，他将向国会提呈紧急证书，让国会通过本轮预算案措施。他之后将再征求国会批准，提呈修订后的追加预算案法案。

对于这 51 亿新元追加预算的资金的调拨，报道称，王瑞杰已争取到新加坡总统哈莉玛原则上的支持，将动用 40 亿新元的国家储备金，其余的 11 亿元，政

府将先使用本届政府预算内的资金。据报道，加上上个月追加预算案已动用的170亿新元国家储备金，本财政年新加坡一共将动用210亿新元的国家储备。

四、最高法出台疫情期间民事案件若干问题的指导意见

来源：最高法网站

摘要：最高人民法院印发《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》（以下简称《意见》），为人民法院依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件，维护人民群众合法权益，维护社会和经济秩序，维护社会公平正义，提出十条具体措施。

Abstract：The Supreme People's Court has issued *Guiding Opinions on Several Issues Concerning Proper Trials of Civil Cases Involving COVID-19 in accordance with the Law (I)" (hereinafter referred to as Opinions).* *Opinions* proposed ten specific measures for the people's courts to properly accept the civil cases involving the COVID-19 according to law, safeguard the legitimate rights and interests of the people, keep the social and economic in good order and guarantee the social fairness and justice.

《意见》指出，各级人民法院要充分认识此次疫情对经济社会产生的重大影响，立足统筹推进疫情防控和经济社会发展工作大局，充分发挥司法调节社会关系的作用，积极参与诉源治理，坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，坚持调解优先，积极引导当事人和解协商、共担风险、共渡难关，切实把矛盾解决在萌芽状态、化解在基层。

《意见》明确，要依法准确适用不可抗力规则，严格把握适用条件。受疫情或者疫情防控措施直接影响而产生的合同纠纷案件，除当事人另有约定外，应当综合考量疫情对不同地区、不同行业、不同案件的影响，准确把握疫情或者疫情防控措施与合同不能履行之间的因果关系和原因力大小，依法部分或者全部免除责任。当事人主张适用不可抗力部分或者全部免责的，应当就不可抗力直接导致民事义务部分或者全部不能履行的事实承担举证责任。当事人对于合同不能履行或者损失扩大有可归责事由的，应当依法承担相应责任。疫情或者疫情防控措施仅导致合同履行困难的，当事人可以重新协商；能够继续履行的，人民法院应当切实加强调解工作，积极引导当事人继续履行。当事人以合同履行困难为由请求解除合同的，人民法院不予支持。继续履行合同对于一方当事人明显不公平，其请求变更合同履行期限、履行方式、价款数额等的，人民法院应当结合案件实际情况决定是否予以支持。因疫情或者疫情防控措施导致合同目的不能实现，当事人请求解除合同的，人民法院应予支持。

《意见》强调，要准确适用《劳动法》《劳动合同法》的相关规定。用人单位仅以劳动者是新冠肺炎确诊患者、疑似新冠肺炎患者、无症状感染者、被依法隔离人员或者劳动者来自疫情相对严重的地区为由主张解除劳动关系的，人民法院不予支持。

《意见》要求，各级人民法院要加强涉疫情民事案件审判工作的指导和监督，充分发挥专业法官会议、审判委员会的作用，涉及重大、疑难、复杂案件的法律适用问题，应当及时提交审判委员会讨论决定。上级人民法院应当通过发布典型案例等方式加强对下级人民法院的指导，确保裁判标准统一。

此外，《意见》还就惩罚性赔偿的适用、诉讼时效中止、诉讼期间顺延、加大司法救助力度、灵活采取保全措施等内容作了规定。

五、31 省份最低工资调整出炉：上海 2480 元领跑 北京时薪最高

来源：人社部网站

摘要：近日，人社部发布了全国各地区最低工资标准情况（截至 2020 年 3 月 31 日），上海 2480 元领跑 北京时薪最高。

Abstract: recently, Mohrss released the minimum wage standard for all regions of the country (as of March 31, 2020). Shanghai leads the country with CNY 2，480, while Beijing has the highest hourly wage.

数据显示，上海、北京、广东、天津、江苏、浙江 6 省份的第一档月最低工资标准超过 2000 元。其中，上海最高为 2480 元。从小时最低工资标准来看，北京、天津、上海、广东 4 省份第一档次标准超过 20 元。其中，北京最高为 24 元。

六、4 月近 30 城出台人才新政 落户政策再放宽

来源：经济参考报

摘要：相关数据显示，今年以来，累计已有近 80 个城市发布人才政策，仅 4 月就有近 30 个城市出台人才新政 落户政策再放宽。

Abstract：Relevant data show that since the beginning of this year, nearly 80 cities have issued talent policies, and in April, nearly 30 cities have issued new talent policies in April alone, further relaxing the policy of settling down.

近日，浙江省公安厅宣布将于 5 月 1 日执行新修改的《浙江省常住户口登记管理规定》。此次调整包括父母投靠落户年龄将不受限制，支持孵化器、众创空间、特色小镇等设立集体户，人才公寓、酒店式公寓可以设立集体户。

相关数据显示，今年以来，累计已有近 80 个城市发布人才政策，仅 4 月就有近 30 个城市跟进。

4 月 8 日，南京发布《关于支持促进高校毕业生在宁就业创业十项措施》指出，南京直接落户政策调整本科学历人才年龄限制，从此前的 40 岁放宽至 45 岁。此外，留学回国人员和非全日制研究生，且 40 周岁以下大专学历人员，在宁就业参保半年可以落户。27 日，南京江北区发布 3.0 版人才新政指出，将充分发挥自贸区和企业博站平台作用，大力引进海内外优秀博士后人才。具体而言，新创办的科技型企业直接纳入人才安居支持范围，为新区 C 类以上高端人才发放“人才金卡”，高端人才子女就读南京市民办学校或外籍人员子女学校的，给予连续三年每年最高 10 万元的学费补助。

4 月 23 日，苏州工业园区发布消息称，将针对适用对象，全面打造人才政策“升级版”。其中，人才住房、补贴方面，符合条件的人才可享受购房补贴以及人才组屋、人才优购房、优租房等优先购买、租住的权利；全职工作的顶尖人才按“一事一议”最高可获得 500 万元购房补贴。

中原地产首席分析师张大伟表示，在坚持“房住不炒”定位不动摇的背景下，人才政策已成地方政策微调的主要方式。今年，西安、南京、杭州等城市在 2019 年力度空前的基础上，继续加码人才政策，很大程度上形成劳动力之争。

“通过无门槛落户、先落户再就业、亲属可投靠等方式，各地相继调整吸引人才的政策。”张大伟说，经过此前几轮人才抢夺战后，成都、武汉、石家庄、哈尔滨等城市的市域总人口均超千万，西安、郑州等强二线城市也在向千万级别人口城市迈进。

七、上海首部司法鉴定管理条例 5 月 1 日正式施行

来源：环京津新闻网

摘要：近日，上海市司法局召开新闻发布会介绍《上海市司法鉴定管理条例》立法和实施有关情况。这部地方性法规将于今年 5 月 1 日正式施行。这也是上海首部司法鉴定管理条例。新实施的《条例》，健全了统一司法鉴定登记管理制度、完善司法鉴定程序规范，并对司法鉴定活动的具体程序作了规定。

Abstract: Recently, the Shanghai Bureau of Justice held a press conference to introduce the legislation and implementation of the *Regulations of Shanghai Municipality on Administration of Judicial Expertise.* This local regulation will come into force on May 1 this year. This is also the first regulation governing judicial authentication in Shanghai. The newly implemented *Regulations* have improved the unified administration system of judicial authentication registration, perfected the norms of judicial authentication procedures, and stipulated the specific procedures for judicial authentication activities.

上海市司法局召开新闻发布会介绍立法和实施有关情况。《条例》分为总则、鉴定机构和鉴定人、司法鉴定活动、监督与保障、法律责任以及附则六章，共五十六条。

此前，上海对司法鉴定机构和鉴定人员一直没有监管条例，曾有司法实践案例显示，确实有一些司法鉴定机构存在违反鉴定程序要求、质量管理不到位、鉴定人员职业操作不规范以及专业水平欠缺等问题，甚至出现了鉴定“黄牛”暗箱交易的市场。

新实施的《条例》，健全了统一司法鉴定登记管理制度、完善司法鉴定程序规范，并对司法鉴定活动的具体程序作了规定。另外《条例》明确对“四类外”鉴定机构、鉴定人依法加强监管和信息公示。《条例》还对其他鉴定机构、其他鉴定人从事司法鉴定活动的程序和标准以及投诉处理等作了指引性规定，综合运用多种手段提升监管实效性。《条例》更加注重问题导向，加大了对违法违规行为的惩戒力度。

针对上海一度存在的鉴定“黄牛”揽案包案、鉴定机构支付回扣承揽鉴定业务、违规设点等突出问题，《条例》专门规定了执业禁止条款，明确不得以支付回扣、介绍费等不正当手段招揽司法鉴定业务等，着力打击司法鉴定乱象。

八、天津：工伤保险覆盖范围再扩大

来源：天津日报

摘要：近日，天津市人社局公布发布《2020 年天津市工伤保险工作要点》，2020 年底，争取全市参加工伤保险人数达到 405 万人。继续调整提高供养亲属抚恤金、退休工伤人员补贴等长期待遇。

Recently, Tianjin Municipal Human Resources and Social Security Bureau released *Key Points for Tianjin Industrial Injury Insurance in 2020*. By the end of 2020, the number of people participating in work-related injury insurance in the whole city will reach 4.05 million. Long-term benefits such as pensions for dependent relatives and subsidies for retired workers continue to be adjusted and improved.

《要点》提出，将以建设项目施工许可信息源头共享为契机，深入推进建筑业和工程建设领域按项目参加工伤保险工作，力争新开工项目全部参保。实施尘

肺病重点行业工伤保险扩面专项行动，实现工伤保险覆盖率 80%以上。

扩大工伤保险覆盖范围。对具有劳动关系且已在个人缴费窗口缴纳养老保险的非全日制灵活用工人员和职业技工学校统一安排实习学生建立单独缴纳工伤保险政策。探索超过法定退休年龄但未领取城镇职工（机关事业）基本养老保险待遇人员在继续就业期间参加工伤保险政策。

今年还将严格落实工伤保险费率政策和待遇调整机制，研究调整工伤保险浮动费率政策并组织实施。继续调整提高天津市供养亲属抚恤金、1—4 级工伤职工伤残津贴、退休工伤人员补贴等长期待遇，研究 5、6 级工伤职工调整待遇政策。

在便民服务方面，制定工伤认定就近管辖政策，方便天津市用人单位就近办理。落实京津冀工伤保险合作框架协议，进一步推进工伤保险三地融合互通。探索工伤认定、鉴定和待遇支付“一窗受理、集成服务”。优化工伤认定鉴定结论反馈方式，实现文书免费邮寄送达。

法规名称：

Regulations:

《上海市高级人民法院、上海市人力资源和社会保障局关于疫情影响下劳动争议案件处理相关指导的意见》（以下简称《上海意见》）

Opinions of Shanghai Higher People's Court and Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau on Relevant Guidance for Handling Labor Dispute Cases Affected by Epidemic Situation (hereinafter referred to as Opinions of Shanghai)

《广东省高级人民法院、广东省人力资源和社会保障厅关于审理涉新冠肺炎疫情劳动人事争议若干案件的解答》（以下简称《广东解答》）

Answers of Guangdong Provincial Higher People's Court and Human Resource and Social Security Department of Guangdong Province on Several Cases of Labor and Personnel Disputes Involving COVID-19 (hereinafter referred to as Answers of Guangdong)

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动争议案件法律适用问题的解答》（以下简称《北京解答》）

Answers of Beijing Higher People's Court and Beijing Labor and Personnel Dispute Arbitration Committee on the Application of Laws in Labor Dispute Cases during Prevention and Control of COVID-19 Epidemic (hereinafter referred to as Answers of Beijing)

公布日期：

Date of publication:

《上海意见》：2020年4月15日

Opinions of Shanghai: April 15, 2020

《广东解答》：2020年4月22日

Answers of Guangdong: April 22, 2020

《北京解答》：2020年4月29日

Answers of Beijing: April 29, 2020

概要：近日，上海、广东、北京三地的高级人民法院及人社部门，均围绕新冠肺炎疫情，就妥善化解新冠肺炎疫情防控期间劳动争议纠纷，统一裁审执法口径，提出了指导意见或具体解答。相较来看，京沪粤三地规定总体上均坚持维护劳动者合法权益与促进用人单位复工复产相结合，鼓励双方协商、稳定劳动关系的原则，但在具体问题口径上尚有些差异。

Abstract: The higher People's Courts and Resource and Social Security Departments in Shanghai, Guangdong and Beijing have recently all put forward guidance or specific solutions to properly resolve labor disputes during the COVID-19 prevention and control and to unify the standards of law enforcement. In comparison, the regulations in Beijing, Shanghai and Guangdong generally adhere to the principle of protecting the legitimate rights and interests of workers and promoting the employers to resume work and production, encouraging both parties of employment relationship to negotiate and stabilize labor relations, but there are still some differences in the specific issues.

重点：

Key Points：

一、疫情期间的工资、加班费等薪资发放问题

The payment of wages and overtime pay during the epidemic

（一）延长春节假期期间的加班费问题

Overtime payment for extended spring festival holiday

根据国务院相关规定，2020 年 1 月 31 日、2 月 1 日、2 月 2 日为春节延长假期，三地均明确春节延长假期加班的员工，公司可以先安排补休，不能安排补休的，依法支付 200%的加班工资。

According to the relevant regulations of the State Council, January 31, February 1 and February 2, 2020 are the extended holidays for the China Spring Festival. All three places have made it clear that employees who work overtime during the extended holidays for the Spring Festival can be arranged with compensatory time off first. Those who cannot be arranged with compensatory time off must be paid 200% of overtime wages according to law.

北京地区进一步明确了该规定只适用于标准工时制员工，对于综合计算工时制员工加班的，需在扣减 2 天（16 小时）的工作时间后，再行计算是否应支付延时加班工资；对于不定时工作制员工加班的，不予支持加班费。

In Beijing, it has been further clarified that this regulation is only applicable to employees working on a standard working hour system. For employees who work overtime under the comprehensive working hours system, whether the delayed overtime wage should be paid shall be calculated after deducting 2 days (16-hour) working hours; However, overtime pay will not be supported for employees who work overtime on an irregular basis.

广东地区进一步明确了春节延长假与产假等生育假期、医疗期、停工留薪期年假、婚丧假重叠时的休假次序。

In Guangdong, it has further clarified the order of holidays when the extended Spring Festival leave overlaps with maternity leave, such as maternity leave, medical treatment period, annual leave during shutdown with pay, marriage and funeral leave, etc.

详见《上海意见》第 3 条、《广东解答》第 1、2 条、《北京解答》第 6、7 条规定。

For details, please refer to Article 3 of Opinions of Shanghai, Articles 1 and 2 of Answers of Guangdong, and Articles 6 and 7 of Answers of Beijing.

（二）停工停产后的工资支付问题

Salary payment after the shutdown

针对停工停产后的工资支付等问题，三地均规定在停工时间一个工资支付周期内用人单位应当按照正常出勤支付工资，但亦存在不同之处：

In response to problems such as wage payment after shutdown, there are provisions in three places that employers should pay wages according to normal attendance within one wage payment cycle during shutdown time, but there are also differences:

上海地区对于规定用人单位停工停产超过一个工资支付周期的，可以先通过用人单位与职代会、工会或职工代表进行民主协商的方式确定；如不能达成一致意见的，对于未提供劳动的员工发放相应的生活费，对于提供了正常劳动的员工支付不低于上海市最低工资标准。详见《上海意见》第 4 条。

According to regulations in Shanghai, if the employer has exceeded a wage payment cycle due to work stoppage, it can first be determined through democratic negotiation between the employer and the employee congress, trade union or employee representatives. If no agreement can be reached, employees who do not provide labor shall be paid corresponding living expenses, and employees who provide normal labor shall be paid no less than the minimum wage standard in Shanghai. For details, please refer to Article 4 of Opinions of Shanghai

广东地区对于用人单位停工停产超过一个工资支付周期，劳动者没有提供劳动的，要求按不低于当地最低工资标准的 80%支付生活费。对于提供了劳动的，则要求协商工资待遇，协商不成的，用人单位可以单方解除并支付经济补偿金。详见《广东解答》第 14 条。

In Guangdong, if the employer has exceeded one wage payment cycle due to work stoppage and production stoppage, and the employees have not provided services, then the employers are required to pay the living expenses at no less than 80% of the local minimum wage standard. The employer may unilaterally terminate the labor contract and pay economic compensation to the employee who provides labor and requires negotiation of salary and treatment, if negotiation fails. For details, please refer to Article 14 of Answers of Guangdong.

北京地区明确疫情期间用人单位停工停产的，不论劳动者处于何种情形的，均执行《北京市工资支付规定》第二十七条的规定，即超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于本市最低工资标准；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的 70％支付劳动者基本生活费。详见《北京解答》第 10、12 条。

In the Beijing, it has been made clear that, due to the epidemic situation, any employer that stops production during the epidemic period, regardless of the situation of the employers, will implement the provisions of Article 27 of the Regulations of Beijing Municipality on Wage Payment, that is, if there is more than one wage payment cycle, wages can be paid according to the newly agreed standards of both parties, but not lower than the minimum wage standard of the city. If the employer does not arrange employees to work, it shall pay the basic living expenses of the employees according to not less than 70% of the minimum wage standard in this city. For details, please refer to Article 10 and 12 of Answers of Beijing.

（三）受疫情影响延迟复工或未返岗期间，不能提供正常劳动的劳动者的工资支付问题

For the wage payment for employees who are delayed in returning to work or not returning to work due to the epidemic situation and cannot provide normal labor.

上海地区此次意见中并未就此问题进行规定。

There is no provision on this issue in the Opinions of Shanghai.

广东和北京均规定用人单位可以安排劳动者优先使用带薪年休假等各类假等，这种情形下，用人单位应按照相关休假规定或劳动者正常出勤支付劳动报酬。除此之外，两地各另有规定：

In both Guangdong and Beijing, employers are required to give priority to employees' use of paid annual leave and other types of leave. In this case, employers should pay labor remuneration according to relevant leave regulations or employees' normal attendance. In addition, there are other provisions in both places:

广东规定，用人单位可以参照停工停产期间工资支付相关规定与劳动者协商；此外还明确了这种情形下停工停产起止日的详细计算方式，实际操作性较强。详见《广东解答》第 6 条。

According to regulations in Guangdong, employers can consult with employees according to relevant regulations on wage payment during shutdown. In addition, the detailed calculation method of the start and end dates of the shutdown in this case has been clarified, which shows strong practical operability. For details, please refer to Article 6 of Answers of Guangdong.

北京规定则做了更详细的区分，在此情形下如果双方不能就调整劳动报酬（不得低于最低工资）达成一致，对于未复工时间较短（一般不超过一个月）的，用人单位可以单方扣除工资中的非固定构成部分以及福利补贴部分，但同样但不得低于本市最低工资标准；未复工时间较长的，参照停工停产规定向劳动者支付工资待遇。北京还针对滞留湖北未返京劳动者、出差执行工作任务因疫情防控未能及时返京期间的的劳动者的工资待遇特殊情况做了特别规定。详见《北京解答》第12 条。

The regulations in Beijing make a more detailed distinction. In this case, if both parties cannot reach an agreement on adjusting the labor remuneration (which shall not be lower than the minimum wage), for those who have not returned to work for a short period of time (generally not more than one month), the employer may unilaterally deduct the non-fixed part of the wage and the welfare subsidy part, but the same shall not be lower than the minimum wage standard in this city. For those who have not returned to work for a long time, wages shall be paid to the employees according to the regulations on work stoppage. In Beijing, special regulations have been made on the wages and benefits of employees who have stayed in Hubei but have not returned to Beijing, or who have failed to return to Beijing on business trips due to epidemic prevention and control. For details, please refer to Article 12 of Answers of Beijing.

(四) 对新型冠状病毒感染的肺炎患者、病原携带者（无症状感染者）、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间的支付工资待遇

Pay wages to patients, pathogen carriers (asymptomatic infected persons), suspected patients and close contacts infected by COVID-19 during their isolation treatment or medical observation period

上海地区此次意见并未就此问题进行规定。

There is no provision on this issue in Shanghai.

广东和北京均规定，劳动者不遵守政府疫情防控规定而导致被隔离治疗或者医学观察的，用人单位无需支付期间的劳动报酬。除此情形外，广东规定用人单位应按照正常工作时间工资向劳动者支付劳动报酬。详见《广东解答》第 5 条。

In both Guangdong and Beijing, employers are not required to pay labor remuneration during the period when employees are quarantined for treatment or medical observation due to non-compliance with government epidemic prevention and control regulations. In addition to this, in Guangdong, employers are required to pay their employees remuneration according to their normal working hours. For details, please refer to Article 5 of Answers of Guangdong.

但北京做了更详细规定：用人单位未安排上述人员灵活办公的，可以单方扣除劳动者工资中的非固定构成部分以及福利补贴部分，但不得低于本市最低工资标准。详见《北京解答》第 10 条。

However, in Beijing, more detailed regulations have been made: any employer who fails to arrange the above-mentioned personnel to work flexibly may unilaterally deduct the non-fixed part of the employee's salary and the welfare subsidy, but shall not be lower than the minimum wage standard in this city. For details, please refer to Article 10 of Answers of Beijing.

（五）调岗降薪、工资支付延迟相关规定

Relevant regulations on post adjustment, salary reduction and salary payment delay

上海规定，对于用人单位按照法定程序通过与职代会、工会、职工代表进行民主协商的方式对调岗降薪、延迟支付工资、轮岗轮休、停工停产等事项达成一致意见，且该意见公平合理、仅适用于疫情期间的，可以作为裁审依据。根据该条规定，就上述劳动合同变更事项，用人单位只要通过民主协商程序即可，而无需与员工一一达成协商一致。详见《上海意见》第 6 条。

According to Shanghai regulations, employers can reach an agreement on issues such as wage reduction, delayed payment of wages, rotation of posts, suspension of work, etc. through democratic negotiation between the employer and the employee congress, trade union or employee representatives in accordance with legal procedures. The agreement is fair and reasonable and only applicable during the epidemic period, and can be used as the basis for the review. According to the provisions of this article, the employer only needs to go through a democratic negotiation process on the

above-mentioned labor contract changes without reaching a consensus with every employee. For details, please refer to Article 6 of Opinions of Shanghai.

广东则规定，用人单位因受疫情影响导致生产经营严重困难的情形，可以与劳动者协商，采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、待岗等方式变更劳动合同，如双方未能协商一致，用人单位根据劳动合同法第四十条、第四十一条规定解除劳动合同，但需向劳动者支付经济补偿。详见《广东解答》第 13 条。

In Guangdong, it is stipulated that in case of serious difficulties in production and operation caused by the epidemic situation, the employer can negotiate with the employee and change the labor contract by means of salary adjustment, rotation of posts, shortening working hours, suspension of work, etc. If both parties fail to reach an agreement through consultation, the employer shall terminate the labor contract according to Articles 40 and 41 of the Labor Contract Law, but shall pay economic compensation to the employee. For details, please refer to Article 13 of Answers of Guangdong.

北京规定除经协商一致降低劳动报酬外，用人单位安排劳动者在家上班或灵活办公，一般应视为劳动者正常出勤，用人单位应发放正常出勤工资，不得降薪。详见《北京解答》第 9 条。

In Beijing, it is stipulated that, in addition to reducing labor remuneration through consensus, employers should arrange employees to work from home or work flexibly, which should generally be regarded as normal attendance of employees, and employers should pay normal attendance wages without any reduction in wages. For details, please refer to Article 9 of Answers of Beijing

二、劳动合同订立、解除方面

The conclusion and dissolution of labor contracts

（一）劳动合同订立

The conclusion of labor contracts

广东和北京地区均明确用人单位支付因受疫情影响客观上无法与劳动者订立或续订书面劳动合同，无需支付未签劳动合同二倍工资差额，并均认可双方订立的电子劳动合同等同于书面劳动合同的效力。详见《广东解答》第 4 条、《北京解答》第 3、4 条。

In Guangdong and Beijing, it is clear that employers cannot objectively conclude or renew written labor contracts with their employees due to the epidemic situation. There is no need to pay twice the salary difference of the unsigned labor contract. Both parties recognize that the electronic labor contract concluded by both parties is equivalent to the validity of the written labor contract. For details, please refer to Article 4 of Answers of Guangdong, and Articles 3 and 4 of Answers of Beijing.

此外，北京地区对疫情期间劳动合同订立其他方面还有特别的规定，如约定按照用人单位与劳动者实际用工时间确定劳动关系建立时间，详见《北京解答》第 2 条；疫情期间无法采取灵活考察方式实现试用期考核目的的，用人单位与劳动者可以协商顺延试用期，详见《北京解答》第 5 条。

Additionally, in Beijing, there are special provisions on other aspects of the conclusion of labor contracts during the epidemic. For example, it is agreed to determine the establishment time of labor relations according to the actual employment time between the employers and the employees, see Article 2 of Answers of Beijing for details. Where flexible inspection methods cannot be adopted to realize the purpose of probation assessment during the epidemic period, the employer and the employee may postpone the probation period through negotiation, see Article 5 of Answers of Beijing for details.

（二）劳动合同解除

Dissolution of labor contracts

针对用人单位受疫情影响未及时足额支付工资、未依法缴纳社会保险，经审查该未支付或未缴纳行为确非用人单位主观原因造成，劳动者以此要求解除劳动合同并支付经济补偿金的，总体而言，三地一般均不予支持。详见《上海意见》第 5 条、《广东解答》第 12 条、《北京解答》第 18 条。

For those employers who fail to pay their wages in full and on time due to the epidemic situation and fail to pay social insurance according to law, upon examination, the failure to pay or not to pay is not really due to the subjective reasons of the employer, and the employee requests to terminate the labor contract and pay economic compensation for this point, they are generally not supported in three cities. For details, please refer to Article 5 of Opinions of Shanghai, Articles 12 of Answers of Guangdong, and Articles 18 of Answers of Beijing.

此外，上海地区对于用人单位或劳动者以受疫情影响为由，要求解除劳动合同的，建议审慎处理,尽可能通过和解、调解等方式化解矛盾纠纷，稳定劳动关系，不宜轻易判决解除劳动合同。详见《上海意见》第 5 条。

In addition, any employer or employee in Shanghai who requests to terminate the labor contract on the grounds of being affected by the epidemic situation is advised to handle it prudently, resolve conflicts and disputes through reconciliation and mediation as far as possible to stabilize the labor relationship, and it is not recommended to easily decide to terminate the labor contract. For details, please refer to Article 5 of Opinions of Shanghai.

广东地区详细列举了用人单位和劳动者疫情期间分别可以解除劳动合同以及是否需要支付经济补偿金的情形：

In Guangdong, the situations in which employers and employees can terminate their labor contracts and whether employees need to be paid economic compensation during the epidemic are also listed in detail:

如劳动者无正当理由拒绝承担疫情防控保障任务的用人单位要求提前返岗或者合理延长工作时间、涉及运送防疫物资等与疫情防控密切相关的出差任务、到原疫情严重地区但已被确定为低风险地区工作、出差、违反政府疫情防控措施拒绝治疗、医学观察、医学 检查、隔离，影响用人单位生产经营或者严重违反劳动纪律、用人单位规章制度等情形下，用人单位可以解除劳动合同无需支付经济补偿金。详见《广东解答》第 8、9、11 条。

Where an employee refuses to accept the request of an employer who is responsible for the prevention and control of the epidemic without justifiable reasons, requiring the employee to return to work in advance or reasonably extend the working hours of the employee, carrying epidemic prevention materials and other travel tasks closely related to the prevention and control of the epidemic, working in areas where the original epidemic is serious but has been identified as low-risk areas, traveling on business, refusing treatment, medical observation, medical examination and isolation in violation of government epidemic prevention and control measures, affecting the production and operation of the employer, or seriously violating labor discipline and employer's rules and regulations, the employer may terminate the labor contract without paying economic compensation. For details, please refer to Article8，9 and 11 of Answers of Guangdong.

如用人单位经营困难且双方未能就变更劳动合同达成一致的、停工停产超过一个工资支付周期且无法就调整薪酬达成一致的、新冠肺炎劳动者治疗结束后不能从事原工作也不能从事由用人单位新安排的工作的，用人单位解除劳动合同的；因用人单位拒绝劳动者返岗的合理要求的，劳动者解除劳动合同等情形下，用人单位都应当支付经济补偿。详见《广东解答》第 13、14、17、7 条。

If the employer has difficulty in operating and cannot reach an agreement with the employee on the change of the labor contract, and the suspension of work for more than one wage payment cycle and cannot reach an agreement on salary adjustment, the employee infected with the disease cannot perform the original job or the new job arranged by the employer after the treatment is completed, the employer terminates the labor contract. Where the employer refuses the employee's reasonable request to return to work and the employee rescinds the labor contract, the employer shall pay financial compensation. For details, please refer to Article 7, 13， 14 and 17 of Answers of Guangdong.

北京地区列举了劳动者以用人单位未提供防护用品、无正当理由拒绝返岗、隐瞒病情或不配合防疫安排等情况下，用人单位解除劳动合同无需支付经济补偿金。详见《北京解答》第 19、20、21 条。

In the Beijing, it is also listed that employers do not need to pay economic compensation to terminate their labor contracts if employees refuse to return to work without proper reasons, conceal their illness or do not cooperate with epidemic prevention arrangements. For details, please refer to Article `9, 20 and 21 of Answers of Beijing.

三、共享用工方面

Sharing employment

三地就此问题的规定具有明显共性，均明确了劳动者仍是与借出单位存在劳动关系；亦认可三方之间或者两方之间可以就共享员工的权利义务问题进行约定，但北京地区专门强调了排除出借单位承担用人单位主体责任的约定无效。详见《上海意见》第 8 条、《广东解答》第 18 条、《北京解答》第 22 条。

The regulations of the three cities on this issue have obvious commonness, all of which make it clear that employees still have labor relations with the employer. It is also recognized that the three parties or the two parties can make an agreement on the

rights and obligations of sharing employment， but in Beijing, it is invalid that the agreement excluding the employer from assuming its main responsibility. For details, please refer to Article 8 of Opinions of Shanghai, Articles 18 of Answers of Guangdong, and Articles 22 of Answers of Beijing.

新法规链接：

上海市高级人民法院上海市人力资源和社会保障局关于疫情影响下劳动争议案件处理相关指导的意见

沪高法〔2020〕203 号

第一、第二中级人民法院、各区人民法院，各区人力资源和社会保障局：

为全面贯彻落实党中央、国务院、最高法院、人社部、 市委、市政府关于新冠肺炎疫情防控的相关工作部署，努力实现保企业保就业保稳定的工作目标，妥善化解新冠肺炎疫情防控期间本市劳动争议纠纷，统一裁审执法口径，现就涉疫情劳动争议案件处理提出如下意见：

一、关于涉疫情劳动争议案件处理基本原则

近期受新冠肺炎疫情影响，部分用人单位面临较大生产经营压力，部分劳动者面临待岗失业、收入减少等风险，劳动关系领域不稳定、不确定因素增加。在依法及时处理相关案件过程中需注重把握如下原则：一是坚持协商求同的原则。通过案件审理进一步强化劳动关系双方同力协契、共克时坚的理念，尽可能通过调解协商等方式化解劳动争议纠 纷。二是坚持平衡保护原则。案件处理要始终贯彻依法保护劳动者合法权益和促进企业稳定发展并重的原则，既要注重保障劳动者基本生活和就业，又要努力为企业生存和发展创造条件。三是坚持稳定劳动合同关系原则。对劳动合同解除纠纷，案件审理中要积极贯彻援企稳岗、保就业保企业保稳定等政策要求，坚持审慎处理，充分考虑疫情期间的特殊情况，经审查劳动合同有继续履行可能的，对当事人主张解除劳动合同的，一般不宜支持。四是坚持促进劳动合同协作履行原则。对于劳动合同履行受疫情影响的，要引导当事人通过协商调整履行时间、履行地点、履行方式等方法变更劳动合同，促使劳动合同继续履行。

二、关于劳动关系矛盾纠纷中进一步推动多元共治、加大调解力度的问题

各级法院、仲裁机构要积极会同各级工会、司法局、调解组织建立健全沟通便利、预防及时、化解有效的工作机制, 切实加强合作联动，形成工作合力。要鼓励和引导争议双方通过协商、调解等方式解决纠纷，不断推进多元共治、诉源治理机制建设。对于群体性、突发性、敏感性纠纷，应当切实发挥多元化解机制的作用，将多元纠纷化解机制挺在前面。对于申请仲裁和诉讼的案件，应当贯彻调解为主、

调解 优先的原则，尽可能加大调解力度，妥善化解矛盾纠纷。

三、关于延长的 3 天春节假期劳动者未按用人单位要求加班是否属于旷工、如劳动者加班工资应如何支付的问题

为加强新冠肺炎疫情防控、阻断疫情传播，国务院通知 2020 年春节假期延长至 2 月 2 日，即比原安排多休息 3 天。 对于少数用人单位出于防控、保障国计民生或其他生产经营需要，要求劳动者在延长的 3 天春节假期内提供正常劳动，如劳动者拒绝，用人单位可否以旷工为由解除劳动合同的问题。我们认为，国家延长 2020 年春节假期是为了应对疫情防控采取的特殊措施，如用人单位要求劳动者在这 3 天内加班，应参照《劳动法》第 41 条规定的加班原则与工会和劳动者协商一致。在未协商一致的情况下，用人单位一般不得 以旷工为由解除劳动合同。

根据人社部、全国总工会、中国企联/中国企业家协会、 全国工商联等四部门《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，以下简称 8 号文】的相关规定，参照《人力资源和社会保障部关于 2015 年 9 月 3 日放假期间安排劳动者工作工资计发问题的通知》【人社部发（2015）74 号】， 对于因疫情防控在延长的春节假期内不能休假的职工，指导用人单位应先安排补休。不能安排补休的，依法支付百分之 二百的加班工资。

四、关于受疫情影响停工停产超过一个工资支付周期是否需要支付劳动者工资的问题

受疫情影响导致用人单位停工停产与用人单位因经营、 管理不善导致停工停产不同，并非劳动者或用人单位一方原因所致。对于停工停产期间的待遇支付标准可以通过用人单位与职代会、工会或职工代表进行民主协商的方式确定；如不能达成一致意见的，可按《人力资源和社会保障部办公厅 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】和 8 号文规定, 用人单位停工停产超过一个工资支付周期的，用人单位应当与劳动者协商支付相应的生活费。如少数劳动者在停工停产 期间提供正常劳动的，用人单位应当按规定支付不低于上海市最低工资标准的工资。

五、关于劳动合同解除和经济补偿支付的问题

用人单位或劳动者以受疫情影响为由，要求解除劳动合同的，应重点审查当事人

要求解除劳动合同的理由。对于确受疫情影响劳动者无法及时返岗复工、用人单位未能及时足额支付劳动报酬、未依法缴纳社会保险等情形，应审慎处理, 尽可能通过和解、调解等方式化解矛盾纠纷，稳定劳动关系， 不宜轻易判决解除劳动合同。

一些用人单位如受疫情影响未及时足额支付工资、未依法缴纳社会保险，经审查该未支付或未缴纳行为确非用人单位主观原因造成，对于劳动者依据《劳动合同法》第 38、46 条规定要求支付经济补偿的请求，应坚持审慎处理的原则， 一般不宜支持。

六、关于受疫情影响用人单位调岗降薪、延迟支付工资是否属于劳动合同变更的问题

在疫情防控的特殊时期，保障用人单位有序复工复产复市，尽可能减轻用人单位生产经营压力、稳定劳动者工作岗位和保障就业，是当前的首要任务。对于用人单位按照法定程序通过与职代会、工会、职工代表进行民主协商的方式对调岗降薪、延迟支付工资、轮岗轮休、停工停产等事项达成一致意见，且该意见公平合理、仅适用于疫情期间的，可以作为裁审依据。

七、关于劳动合同在隔离期间到期是否可以终止的问题

如劳动者系新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者，根据相关规定被采取隔离观察、医学观察或其他紧急措施，在此期间劳动合同到期的，劳动合同期限可以顺延至隔离期、 医学观察期或其他紧急措施期满时终止。

八、关于“共享用工”法律关系的问题

疫情期间，“共享用工”等新型灵活用工模式，在一定程度上缓解了用人单位的用工压力和劳动者的就业压力，起到了多方共赢的效果。在处理相关纠纷时，要注意区分共享用工、劳务派遣、劳务外包等的差别。对于借出单位（即与 劳动者存在劳动关系的用人单位）非以营利为目的，与借入单位、劳动者三方在疫情期间签订员工借调协议，约定劳动者在疫情期间为借入单位提供劳动，疫情结束后回到借出单位工作的，不应认定借出单位、借入单位、劳动者三者之间形成双重劳动关系。借调期间劳动者与借出单位仍为单一劳动关系，双方劳动权利义务不变。

九、关于受疫情影响仲裁时效和起诉期间如何计算的问题

当事人提供患新冠肺炎、疑似新冠肺炎或因疫情防控被隔离等受疫情影响的证据，

证明其无法在《劳动争议调解仲裁法》第 27 条规定的仲裁时效内申请仲裁或无法在《劳动争议调解仲裁法》第 48 条规定的期间内向法院提起诉讼，主张仲裁时效或起诉期间扣除受疫情影响期间的，原则上应予以支持。

根据《传染病防治法》和市政府相关防疫政策规定，新冠肺炎疫情防控期间，原则上可以将政府采取的疫情防控政策理解为不可抗力。当事人因受疫情影响，不能正常参加仲裁或诉讼活动的，可以根据《民法总则》、《民事诉讼法》、《突发事件应对法》等相关规定，适用有关仲裁时效中止和仲裁、诉讼程序中止的规定，但法律另有规定的除外。

承办部门：上海市高级人民法院民事审判庭（环境资源审判庭、执行裁判庭）

上海市高级人民法院办公室秘书一科 2020 年 4 月 15 日印发

《广东省高级人民法院、广东省人力资源和社会保障厅关于审理涉新冠肺炎疫情劳动人事争议若干案件的解答》

为统一涉新冠肺炎疫情劳动人事争议案件的审理标准，坚持维护劳动者合法权益与促进用人单位复工复产相结合，构建和谐稳定劳动关系，根据相关法律法规及司法解释等规定，结合我省实际解答如下：

1. 劳动者在 2020 年春节延长假期间的工资待遇，应如何确定?

按照《国务院办公厅关于延长 2020 年春节假期的通知》要求，延长 2020 年春节假期至 2 月 2 日。用人单位在春节延长假期间（1 月 31 日、2 月 1 日、2 月 2 日）安排劳动者工作的，应先安排补休；不能安排补休的，应按照不低于劳动者本人日或者小时工资标准的 200%支付工资报酬。用人单位在此期间未安排劳动者工作，适逢工作日或者休息日的，按原工资计发方式处理。

2. 2020 年春节延长假与其他假期、医疗期、停工留薪期重叠，应如何处理?

产假、奖励假、陪产假（看护假）、停工留薪期及医疗期与 2020 年春节延长假重叠的，不得顺延。年休假与 2020 年春节延长假重叠的，可以顺延，或者由劳动者另行申请或者由用人单位另行安排。婚丧假、事假与 2020 年春节延长假重叠的， 可由劳动者与用人单位依法协商安排。

3. 劳动者在政府规定延迟复工期间的工资待遇，应如何确定？

按照《广东省人民政府关于企业复工和学校开学时间的通知》要求，除特殊情形外，本行政区域内各类企业复工时间不早于 2 月 9 日 24 时。2 月 3 日至 9 日受疫情影响延迟复工期间， 用人单位已经安排劳动者使用带薪年休假、单位自设福利假等各类假的，按相关假的规定支付其工资。如未安排各类假期的, 按劳动合同约定标准支付工资。

符合规定不受延迟复工限制的用人单位，在此期间安排劳动者工作的，应当依法支付劳动者工资。其中，用人单位在休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，应当根据《广东省工 资支付条例》第二十条规定，按照不低于劳动者本人日或者小 时工资标准的 200%支付工资报酬。

4. 受疫情影响，用人单位不能依法及时与劳动者订立或者续订书面劳动合同，应如何处理？

受疫情影响，用人单位不能依法及时与劳动者订立或者续订书面劳动合同，劳动者请求未签订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。

疫情防控期间，用人单位与劳动者协商一致，可以采用电 子形式订立劳动合同。符合劳动合同法、电子签名法等法律法规规定的电子劳动合同一经订立，与书面劳动合同具有同等法 律效力。

5. 劳动者请求新冠肺炎治疗期间或者医学观察期间以及因政府实施隔离措施期间的工资报酬，应如何处理？

劳动者要求用人单位按照正常工作时间工资支付新冠肺炎隔离治疗期间或者医学观察期间以及因政府实施隔离措施期间的工资报酬，应予支持。

劳动者不遵守政府疫情防控规定，导致被隔离治疗或者医学观察，劳动者请求该期间工资报酬的，不予支持。

6. 因政府依法采取停工停业、封锁疫区等紧急措施，用人单位延迟复工，劳动者请求不能返岗期间的工资报酬，应如何处理？

用人单位安排未返岗劳动者通过电话、网络等方式提供正常劳动的，按正常劳动支付工资。

用人单位安排劳动者在受疫情影响延迟复工期间使用带薪年休假、用人单位自设福利假等各类假的，按相关假的规定支 付工资。

用人单位未复工或者复工但劳动者未返岗且不能通过其他方式提供正常劳动的，参照停工停产期间工资支付相关规定与劳动者协商，在一个工资支付周期的，按照劳动合同约定的标准支付工资；超过一个工资支付周期的，由用人单位发放生活费，生活费按不低于当地最低工资标准的 80%支付。

前款停工停产期间的计算，从 2020 年春节延长假结束的次日起至用人单位复工或者劳动者返岗前一日止。但用人单位因生产经营困难在 2020 年春节假期之前已履行相关程序后决定停工停产的，其停工停产起始日期为宣布停工停产之日。用人单位停工停产的起止日期计算，从停工停产当日起至复工复产前一日止连续计算。其中，一个工资支付周期最长不超过 30 天（不剔除休息日、法定节假日等各类假）。用人单位发薪日期在此期间的，不影响按停工停产相关支付标准分段计算工资。

用人单位停工停产后复工，复工后再次停工停产的，每中断一次需重新计算，不得将两次停工停产的时间累加计算。

7. 劳动者在其隔离治疗期满或者医学观察期满以及政府实施隔离措施或者采取其他紧急措施结束之后要求返岗，用人单位拒绝的，工资待遇如何处理；劳动者

据此解除劳动合同并请求经济补偿的，应否支持？

新冠肺炎患者治愈出院后，疑似病人在确诊未患新冠肺炎后，新冠肺炎患者密切接触者、自疫情严重地区返粤劳动者以及其他因疫情防控需要集中或者居家隔离的劳动者，在医学观察期满后要求返岗，用人单位无正当理由拒绝的，应支付正常工作时间的工资。

用人单位拒绝劳动者返岗且不支付工资超过合理期限，劳动者依据劳动合同法第三十八条解除劳动合同并请求支付经济补偿的，应予支持。

8. 承担疫情防控保障任务的用人单位，要求劳动者提前返岗或者合理延长工作时间被拒，应如何处理？

承担疫情防控保障任务的用人单位，通知劳动者在春节延长假或者限制复工期间返岗或者合理延长工作时间，劳动者无正当理由未按时返岗或者未按用人单位要求合理延长工作时间，属于可以解除劳动合同情形的，用人单位根据法律、劳动合同的约定或者本单位的规章制度可解除劳动合同，劳动者要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿或者违法解除劳动合同 赔偿金的，不予支持。

9. 用人单位以劳动者拒绝到疫情严重地区或者原疫情严重地区但已被确定为低风险地区工作、出差为由，解除劳动合同，劳动者能否主张违法解除劳动合同的赔偿金？

疫情防控期间，用人单位未提供必要的防护措施、没有正当理由或者相关的政策依据要求劳动者到疫情严重地区工作、出差，劳动者有权拒绝。用人单位因劳动者拒绝而解除劳动合同，劳动者根据劳动合同法第八十七条规定请求支付赔偿金的， 应予支持。但涉及运送防疫物资等与疫情防控密切相关的，劳动者无特殊情况不得拒绝。劳动者无正当理由拒绝的，用人单位有权依照法律法规、劳动合同约定或者规章制度处理。属于可以解除劳动合同情形的，用人单位依法解除劳动合同，劳动者请求支付赔偿金的，不予支持。

用人单位要求劳动者到原疫情严重地区但已被确定为低风险地区工作、出差，劳动者无正当理由拒不服从的，用人单位有权依照法律法规、劳动合同约定或者规章制度处理。属于可以解除劳动合同情形的，用人单位依法解除劳动合同，劳动者请求支付赔偿金的，不予支持。

10. 用人单位以劳动者籍贯、居所属原疫情严重地区为由解除劳动合同，应如何处理？

用人单位以劳动者籍贯、户籍登记、其他有效身份登记的居所属原疫情严重地区为由解除劳动合同，应承担违法解除劳动合同的法律责任。

11. 劳动者违反政府疫情防控措施拒绝治疗、医学观察、医学检查、隔离，用人单位能否解除劳动合同？

劳动者违反政府疫情防控措施拒绝治疗、医学观察、医学 检查、隔离，影响用人单位生产经营或者严重违反劳动纪律、用人单位规章制度的，用人单位可根据劳动法第二十五条或者劳动合同法第三十九条规定解除劳动合同。

12. 用人单位因受疫情影响延迟发放工资或者未依法及时为劳动者缴纳社会保险费，劳动者解除劳动合同并请求经济补偿，应否支持?

用人单位因受疫情影响延迟发放工资未超过 30 天，或者未依法及时缴纳社会保险费，劳动者以此为由解除劳动合同并请求经济补偿的，不予支持。

13. 用人单位因受疫情影响导致生产经营严重困难而解除劳动合同，劳动者能否主张经济补偿?

用人单位因受疫情影响导致生产经营严重困难的，可以与劳动者协商，采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、待岗等方式变更劳动合同，稳定工作岗位。如双方未能协商一致，用人单位根据劳动合同法第四十条、第四十一条规定解除劳动合同，应当依照劳动合同法第四十六条、第四十七条规定向劳动者支付经济补偿。

14. 用人单位因受疫情影响停工停产，工资待遇等如何处理?

用人单位因受疫情影响停工停产，未超过一个工资支付周期的，应当按照劳动合同约定的工资标准支付工资。超过一个工资支付周期的，用人单位与劳动者可以根据劳动者提供的劳动，协商新的工资标准；协商未成的，用人单位可根据劳动合同法第四十条规定解除劳动合同，但应当依照劳动合同法第四十六条、第四十七条规定，向劳动者支付经济补偿。超过一个工资支付周期的，用人单位没有安排劳动者工作，应当按照不低于当地最低工资标准的 80%支付劳动者生活费；用人单位没有安排劳动者工作且未按上述标准支付生活费，超过合理期限或者约定期限，劳动者根据劳动合同法第三十八条规定提出解除劳动合同并请求生活费及经济补偿的，应予支持。

15. 用人单位终止在疫情防控期间到期的劳动合同，劳动者请求继续履行或者支付赔偿金，应否支持?

劳动合同在隔离治疗期间、医学观察期间以及因政府实施隔离措施或者采取其他

紧急措施期间到期，劳动合同期限分别顺延至劳动者隔离治疗期、医学观察期、隔离期期满或者政府采取的紧急措施结束。

用人单位终止在上述期间到期的劳动合同，劳动者请求继续履行的，应予支持。劳动者不要求继续履行或者劳动合同已经不能履行，请求根据劳动合同法第八十七条规定支付赔偿金的，应予支持。

16. 用人单位以劳动者在治疗期间或者疫情防控期间无法提供正常劳动为由解除劳动合同，劳动者请求继续履行或者支付赔偿金，应否支持?

劳动者因隔离治疗、医学观察、政府实施隔离措施或者采 取其他紧急措施，未能提供正常劳动，用人单位以此解除劳动合同，劳动者要求继续履行的，应予支持；劳动者不要求继续履行或者劳动合同已经不能履行，请求根据劳动合同法第八十七条规定支付赔偿金的，应予支持。

17. 劳动者患新冠肺炎治疗后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作，用人单位能否解除劳动合同?

劳动者患新冠肺炎，在规定的医疗期满后不能从事原工作, 也不能从事由用人单位另行安排的工作，用人单位根据劳动合同法第四十条规定可解除劳动合同，但应当支付经济补偿。

新冠肺炎患者、病原携带者、疑似病人、密切接触者的隔离治疗期或者医学观察期均不计算为医疗期。隔离治疗结束后仍需停止工作继续治疗的，自继续开始治疗之日起计算医疗期。

18. 疫情防控期间共享用工的劳动关系，应如何认定?

疫情防控期间，员工富余单位将劳动者借出至缺工单位共享用工的，不改变借出单位与劳动者之间的劳动关系，但劳动合同中的相关条款经双方协商可以变更。

19. 劳动者因患新冠肺炎认定为工伤，应如何处理?

劳动者因患新冠肺炎认定为工伤，依法享受工伤保险待遇。已参加工伤保险的，工伤保险待遇由工伤保险基金和用人单位按工伤保险有关规定支付；未参加工伤保险的，由用人单位按照规定的工伤保险待遇项目和标准支付。

20. 劳动者因患新冠肺炎死亡不属于工伤，其近亲属主张用人单位支付死亡抚恤待遇，应如何处理?

劳动者因患新冠肺炎死亡不属于工伤，其近亲属根据《广 东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》要求用人单位支付丧葬补助费、供养直系亲属一次性

救济金（或者供养直系亲属生活补助费）、一次性抚恤金的，应予支持，但已按规定纳入社会保险支付的除外。

21. 疫情防控期间的仲裁时效、起诉、上诉期限及案件审理期限如何把握?

当事人受疫情影响不能在法定仲裁时效期间申请劳动人事争议仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起， 仲裁时效期间继续计算。

当事人或者代理人受疫情影响，无法参加诉讼、仲裁，可以向人民法院或者仲裁机构申请延期审理，人民法院、仲裁机构受疫情影响难以按法定期限审理案件的，可相应顺延审理期限。

当事人受疫情防控措施影响无法在法律规定的诉讼期间起诉或者上诉，在障碍消除后的 10 日内申请顺延期限的，人民法院可予准许。

22. 本解答应如何执行?

本解答从下发之日起供全省各级人民法院、仲裁机构参照 执行。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

广东省高级人民法院办公室

2020 年 4 月 22 日印发

《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动争议案件法律适用问题的解答》

为公正、高效处理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动争议，统一裁判尺度，北京市三级法院从事劳动人事争议审判工作的部分庭长和法官，与北京市、区两级劳动人事争议仲裁委员会从事劳动人事争议仲裁工作的部分领导和仲裁员进行了线上研讨。经广泛深入的讨论，就新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间，劳动争议案件审理中的疑难问题解答如下：

1.处理疫情防控期间劳动争议案件应掌握什么原则？

答：法治保障原则。坚决贯彻落实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，为有力有序推进复工复产营造良好司法环境，提供坚实法治保障。

坚持维护劳动者合法权益与促进用人单位生存发展并重原则。依法平等保护劳动者与用人单位的合法权益，引导劳动者与用人单位共克时艰，促进劳动者与用人单位在复工复产中“双赢”。

注重协商与调解原则。加强规范用工管理指导，鼓励、支持用人单位与劳动者通过协商解决工资待遇及其他劳动用工问题。加大案件调解力度，尽量以柔性方式处理疫情防控及复工复产期间劳动关系矛盾。

快速处理争议原则。畅通争议处置“绿色通道”，简化优化案件处理流程，提高案件处理效能。强化裁审衔接，及时统一案件裁判尺度。充分发挥劳动争议多元化解机制作用，合力推进复工复产，共同维护首都劳动关系和谐稳定。

2.用人单位于 2020 年春节假期开始前招聘劳动者并约定春节假期结束后入职计薪，因疫情影响受聘劳动者无法按约定入职的，用人单位与劳动者就劳动关系建立时间发生争议，如何处理？

答：应按照用人单位与劳动者实际用工时间确定劳动关系建立时间，依法支付劳动报酬。用人单位以灵活用工方式已经安排劳动者提供劳动的，劳动者开始提供劳动之日为用人单位开始用工之日。

3.用人单位受疫情影响无法与劳动者订立或续订书面劳动合同，劳动者要求用人单位支付未订立或续订书面劳动合同二倍工资差额，是否支持？

答：用人单位能够举证证明已提出订立或续订书面劳动合同，但因受疫情影响客观上无法与劳动者订立或续订劳动合同，劳动者要求支付该期间未订立或续订书

面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。

4.用人单位与劳动者订立电子劳动合同，如何认定其性质？

答：用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立书面劳动合同。采用电子形式订立劳动合同，应当使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的数据电文和可靠的电子签名。用人单位应保证电子劳动合同的生成、传递、储存等满足电子签名法等法律法规规定的要求，确保其完整、准确、不被篡改。符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力，用人单位与劳动者应当按照电子劳动合同的约定，全面履行各自的义务。劳动者以电子形式不属于书面合同为由，请求确认该电子劳动合同无效，或要求用人单位支付未订立或续订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。

5.劳动者因疫情原因无法正常返岗上班，用人单位“延长”试用期的，如何处理？

答：劳动者在试用期内因客观原因不能返岗上班，用人单位可以采取灵活的试用考察方式考核劳动者是否符合录用条件。无法采取灵活考察方式实现试用期考核目的的，用人单位与劳动者协商顺延试用期，不违反劳动合同法第十九条第二款关于“同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期”的规定精神。劳动者因上述原因导致无法正常提供劳动的期间不应计算在原约定的试用期内，不应视为延长了原约定的试用期。

如扣除受疫情影响期间后实际履行的试用期超过原约定试用期的，劳动者要求用人单位以试用期满月工资为标准支付超出原约定试用期之后实际履行期间的工资差额，并根据劳动合同法第八十三条的规定要求用人单位以试用期满月工资为标准支付该期间赔偿金的，应予支持。

6.2020 年春节延长放假期间加班费，如何计算？

答：2020 年 1 月 31 日、2 月 1 日为春节延长假期，2 月 2 日为正常休息日，上述 3 天用人单位安排实行标准工时制的劳动者加班的，可先行安排补休，不能安排补休的，支付不低于本人工资 200%的加班工资。劳动者 1 月 31 日、2 月 1 日休息的，用人单位应当视同劳动者正常出勤支付劳动报酬。对于实行综合计算工时工作制的劳动者，用人单位需减去 1 月 31 日和 2 月 1 日的对应工作时间，即从周期内的法定标准工作时间总数中减去该两日（共计 16 小时）的工作时间后，再行计算是否应支付延时加班工资。

7.执行不定时工作制的劳动者在 2020 年春节延长假期出勤工作，要求支付加班

工资的，如何处理？

答：按照《工资支付暂行规定》第十三条第四款的规定，对该类请求不予支持。

8.春节放假期间和用人单位延迟复工期间，留守值班人员的劳动报酬，如何发放？

答：无论是春节放假期间还是用人单位延迟复工期间，因安全、消防、节假日巡视等需要，用人单位安排劳动者从事与本职工作无关的值班任务，可以根据本单位的值班制度支付值班津贴或补助。如果值班人员本职工作就是安保、消防中控、巡逻等值守工作的，则应当按照国家规定，结合岗位工时制度予以调休或支付相应劳动报酬。

9.疫情防控期间，用人单位安排劳动者在家上班或灵活办公，用人单位降低劳动报酬，劳动者要求支付工资差额的，是否支持？

答：除经协商一致降低劳动报酬外，用人单位安排劳动者在家上班或灵活办公，一般应视为劳动者正常出勤，对劳动者要求支付工资差额的请求应予支持。

10.对新型冠状病毒感染的肺炎患者、病原携带者（无症状感染者）、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间，如何支付工资待遇？

答：由用人单位按照劳动者正常工作期间工资待遇中基本工资、岗位工资等固定构成部分支付，可以不支付绩效、奖金、提成等劳动报酬中非固定构成部分以及与实际出勤相关的车补、饭补等款项，但不得低于本市最低工资标准。上述期间，用人单位安排上述人员灵活办公的,按照劳动者正常出勤支付劳动报酬。

用人单位停工停业的，上述劳动者的工资待遇按照《北京市工资支付规定》第二十七条处理。

有证据证明劳动者本人不遵守政府防控措施导致被隔离治疗或接受医学观察无法提供劳动的，用人单位可以比照事假处理。

11.劳动者结束本解答第 10 条所述的隔离措施后，如需要继续治疗的，应按什么标准确定工资待遇？

答：劳动者在本解答第 10 条所规定的隔离措施结束后，仍需停止工作继续治疗的（无论是否被诊断患有新型冠状病毒肺炎），按医疗期有关规定支付病假工资，病假工资支付标准按《北京市工资支付规定》第二十一条执行。但劳动者被依法认定为工伤的，按照《工伤保险条例》的相关规定处理。

12.受疫情影响延迟复工或未返岗期间，对不能提供正常劳动的劳动者，如何支

付工资待遇？

答：用人单位安排劳动者优先使用带薪年休假等各类假（包括用人单位自设的福利假）、综合调剂使用 2020 年度内休息日的，按照相关休假规定或劳动者正常出勤支付劳动报酬。

用人单位可以依据与劳动者协商一致调整后的工资标准支付劳动报酬，调整后的工资标准不得低于本市最低工资标准。

未复工时间较短（一般不超过一个月）且不存在第一款、第二款情形的，由用人单位按照劳动者正常工作期间劳动报酬中基本工资、岗位工资等固定构成部分支付，可以不支付绩效、奖金、提成等劳动报酬中非固定构成部分以及与实际出勤相关的车补、饭补等款项，但不得低于本市最低工资标准。

未复工时间较长且不存在第一款、第二款情形的，参照《北京市工资支付规定》第二十七条向劳动者支付工资待遇。对于滞留湖北未返京劳动者自 2020 年 3 月起基本生活费的发放，按照《关于稳定滞留湖北未返京人员劳动关系有关措施的通知》（京人社办字[2020]30 号）执行。

出差执行工作任务的劳动者，因疫情防控未能及时返京期间的工资待遇由用人单位按正常工作期间劳动报酬支付。未返京期间用人单位停工停业的，按照《北京市工资支付规定》第二十七条处理。出差职工滞留期间的差旅费由用人单位承担。用人单位劳务派遣职工参照本条规定执行。

13.新型冠状病毒感染的肺炎患者结束治疗进行隔离观察期间，或劳动者返京到岗上班须先行隔离观察 14 天期间，如何支付工资待遇？

答：上述期间不属于传染病防治法第四十一条规定的隔离期间。用人单位安排劳动者在家上班或灵活办公的，工资待遇支付参照本解答第 9 条处理。用人单位未安排劳动者提供劳动的，工资待遇支付参照本解答第 12 条处理。

自北京新型冠状病毒肺炎疫情防控工作领导小组办公室于 2020 年 2 月 14 日发布《关于进一步明确疫情防控期间返京人员有关要求的通告》之时起，在京劳动者因私出京返京后的隔离期间无法提供劳动的，用人单位可以比照事假处理。

14.疫情防控期间，劳动者在家看护未成年子女，如何支付看护期间的工资待遇？

答：用人单位安排劳动者看护未成年子女期间在家上班，或安排劳动者采取错时、弹性工作制等灵活方式提供劳动，或综合调剂使用年度内的休息日，按照劳动者正常出勤支付劳动报酬。

不存在第一款情形的，用人单位可以依据与劳动者协商一致调整后的工资标准支付劳动报酬，调整后的工资标准不得低于本市最低工资标准。

不存在第一款、第二款情形的，落实上述期间请假制度后，由用人单位按照劳动者正常工作期间劳动报酬中基本工资、岗位工资等固定构成部分支付，可以不支付绩效、奖金、提成等劳动报酬中非固定构成部分以及与实际出勤相关的车补、饭补等款项，但不得低于本市最低工资标准。

劳动者居家看护未成年子女期间，如用人单位已停工停业的，按照《北京市工资支付规定》第二十七条规定执行。

劳动者未在家看护未成年子女而正常出勤提供劳动，要求用人单位支付上述期间加班费的，因缺乏明确法律法规及政策依据，不予支持。

15.疫情原因导致用人单位停工停业或劳动者因疫情防控原因无法返岗复工，用人单位未经过协商一致安排劳动者待岗，劳动者以待岗安排未经过协商一致为由主张安排无效，要求按照正常工资标准支付待岗期间工资差额，是否支持？

答：疫情原因导致用人单位停工停业安排劳动者待岗的，《北京市工资支付规定》第二十七条并未规定此种情形下须双方协商一致；劳动者因疫情防控原因无法返岗复工，在上述情形下用人单位安排劳动者待岗，亦不可归责于用人单位，虽鼓励协商但不宜严格要求双方必须协商一致，对劳动者的请求不予支持。

16.用人单位在疫情防控延迟复工期间，安排劳动者休带薪年休假或单位自设福利假等各类假，劳动者以未经过协商一致或未考虑本人意愿为由，主张已休的年休假无效，并要求相应支付未休年休假工资报酬的，是否支持？

答：依据《职工带薪年休假条例》规定，对当年（或跨 1 个年度）具体休带薪年休假的方案，由用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑劳动者本人意愿统筹安排，未要求用人单位必须与劳动者协商一致才可决定如何安排休带薪年休假。用人单位自设福利假等各类假同理，故对劳动者的该项请求不予支持。

17.劳动者提出离职申请，用人单位因疫情防控延迟复工未按期办理离职手续，劳动者要求撤回离职申请继续履行劳动合同的，如何处理？

答：离职申请自送达用人单位之日起即发生法律效力，因疫情防控无法按期办理离职手续不影响离职申请的效力，故对该项请求不予支持。劳动者提出离职至办理离职手续期间的劳动报酬，可根据劳动者实际提供劳动的情况分别确定。

18.用人单位因对疫情防控期间工资待遇支付等政策掌握不够透彻，导致对劳动

者劳动报酬少发或漏发，劳动者依据劳动合同法第三十八条第一款第二项的规定提出解除劳动合同，要求支付解除劳动合同经济补偿的，是否支持？

答：疫情防控期间客观存在劳动报酬计算标准不明确等情形，因用人单位和劳动者对疫情防控期间工资待遇的计算标准存在合理认识偏差，需要经过仲裁或者审判机关审理等才能确定是否构成拖欠的，此种情形下用人单位不存在恶意或重大过失，故对劳动者要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿的请求一般不予支持。

19.用人单位在疫情防控期间未能向返岗复工的劳动者提供口罩、消毒液等防护用品，劳动者依据劳动合同法第三十八条第一款第一项的规定提出解除劳动合同，要求支付解除劳动合同经济补偿的，是否支持？

答：除日常工作中医护、检疫、防疫、消毒等特殊岗位或在疫情防控期间从事疫情防控等相关工作，用人单位必须提供口罩、消毒液等防护用品而未提供的情形外，对劳动者的该项请求一般不予支持。

20.用人单位合规复工复产后，劳动者不愿复工，用人单位以此为由解除劳动合同的，是否支持？

答：用人单位应加强特殊时期对劳动者的人文关怀，用人单位能够举证证明劳动者经催告、劝导无效或以其他非正当理由拒绝返岗的，可以依据劳动合同法第三十九条第二项的规定依法解除劳动合同。

21.劳动者故意隐瞒感染或疑似感染新型冠状病毒肺炎，拒不配合接受检查、强制隔离或者治疗，或者劳动者拒不遵守或接受政府疫情防控措施安排，造成重大社会影响或严重后果的，用人单位是否可以解除劳动合同？

答：用人单位能够举证证明上述情形的，可以依据劳动合同法第三十九条第二项或比照《北京市高级人民法院 北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》第 13 条的规定，与劳动者解除劳动合同并无需支付经济补偿。

22.疫情防控期间，用工单位临时借用其他用人单位的劳动者提供劳动，劳动者在借用期间的劳动报酬、社会保险费、工伤保险待遇等由谁承担？

答:劳动者被临时借用期间，由出借单位承担用人单位主体责任。出借单位与借用单位可就劳动者被借用期间的劳动报酬、社会保险费、工伤保险待遇等约定补偿办法。排除出借单位承担用人单位主体责任的约定无效。

北京市高级人民法院和北京市劳动人事争议仲裁委员会秉承准确把握法律政策

界限原则，持续加强对依法防控疫情、保障用人单位复工复产有关法律政策的研究，确保审理受疫情影响产生的劳动争议案件裁判尺度与新颁布的法律政策精神相一致。如本解答所涉及的政策发生变化，北京市高级人民法院和北京市劳动人事争议仲裁委员会将及时研究并调整完善。

企业单方解除录用通知的法律责任

The Legal Responsibility of Employer’s Unilateral Termination of Offer Letter

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

日常工作中，经常出现企业向应聘人员发出录用通知（Offer Letter）后，在双方签订正式劳动合同前，出于种种原因又决定不再聘用该人员，从而单方解除录用通知的情况。那么录用通知对企业是否具有约束力？企业单方解除录用通知需要承担怎样的法律责任？本文将结合法律法规及司法判例对上述问题予以分析。

In daily work, the situation that employer, after issuing an Offer Letter and before signing the formal labor contract between the two parties, decides not to employ the employee for various reasons and thus unilaterally terminating the Offer Letter often occurs. Then is the Offer Letter binding on the employer? What kind of legal responsibility does the employer need to undertake to unilaterally terminate the Offer Letter? This article will analyze the above problems in combination with laws, regulations and judicial precedents.

一、 录用通知的法律性质

录用通知不是劳动合同，接受了录用通知的员工如果尚未向企业实际提供劳动，根据《劳动合同法》“劳动关系自用工之日起建立”的规定，员工与企业间未建立劳动关系，所以双方因录用通知发生纠纷，不受《劳动法》和《劳动合同法》的调整。

根据《合同法》的规定，当事双方订立合同一般需要采取要约、承诺的方式。要约是希望和他人订立合同的意思表示，企业发出的录用通知即符合要约的构成要件，具有要约的法律效力。承诺是指受要约人作出的同意要约内容的意思表示。承诺一旦作出，合同即成立并产生法律约束力。所以，应聘者收到录用通知并作出完全接受的意思表示后，企业与应聘者的合同关系即告成立，受民事法律调整。

当然，企业向员工发出的录用通知作为一份要约，可以撤回和撤销，但根据《合同法》的相关规定，撤回的通知应当在录用通知到达应聘人员之前或者与录用通知书同时到达应聘人员处；撤销的通知应当在应聘人员作出接受录用通知的意思表示之前送达。否则，录用通知一经应聘人员接受，任何一方单方解除录用通知的行为即属违约行为，需承担民事责任。

既然违约方承担的是民事责任，理论上发生争议时当事人应直接向人民法院提起诉讼，但司法实践中法院要求经仲裁前置却是较为普遍的现象。如北京、浙江等多地法院均认为，根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的规定“因订立、履行、变更、解除和终止劳

动合同发生的争议，适用本法。”法院认为此类纠纷是员工与企业之间在订立劳动合同过程中发生的纠纷，应当按照该法规定先行劳动仲裁。但劳动仲裁却认为此时应聘人员与企业尚未建立劳动关系，基本都以不属于劳动争议处理范围为由不予受理，此时当事人持劳动仲裁委出具的不予受理通知再至法院起诉，法院才会处理。

二、　责任承担--缔约过失责任

对于单方解除录用通知需要承担的民事责任，各地法院的倾向性意见是承担缔约过失责任。所谓缔约过失责任，是指在合同订立过程中，一方当事人因违背诚实信用原则，而导致另一方当事人信赖利益损失，应承担的民事责任。《中华人民共和国合同法》第四十二条规定：“当事人在订立合同中有下列情形之一的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的主要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”此即缔约过失责任的法律依据。《劳动合同法》第三条也规定“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”企业和员工在订立合同过程中均享有订约自由，但在相互接触和磋商过程中双方应遵从诚实信用原则。如在缔约过程中企业因自身行为导致员工形成合理信赖并基于此信赖遭受损失的，企业应当对该损失承担缔约过失责任。

判断一方当事人是否存在缔约过失，通常从以下几个方面进行考量：1、缔约人违反了以诚实信用为基础的先合同义务；2、违反先合同义务的行为给对方造成了损害；3、相关行为与损害之间有因果关系；4、行为人有过失。而先合同义务是指在订立合同过程中，合同成立之前所发生的应由合同双方当事人各自承担的法律义务，它是诚实信用、公平原则的具体体现。

随意选择一个案例，即可看出法院的审理思路，如（2018）沪 0114 民初 16222 号案例，法院认为：被告无正当理由未与原告签订劳动合同、建立劳动关系，被告取消录用的行为在双方缔约过程中存在过错。原告基于对被告的信赖，按照被告的要求与上一家用人单位办理离职手续，但被告最终未与原告订立劳动合同的行为使原告处于失业状态，给原告造成了一定的经济损失。因被告在缔约过程中存在过错，违反先合同义务，导致原告信赖利益的损失，应当在过错范围内赔偿原告信赖利益的损失。

三、赔偿标准

关于损失赔偿范围和数额的认定，缔约过失责任一般被认为赔偿的是信赖利益的损失，即因另一方的缔约过失行为而使合同不能成立或无效，导致信赖人所支付的各种费用和其他损失。信赖利益的范围，我国法律并未明确规定，通说认为应包含直接损失和间接损失，直

接损失是指信赖合同的成立和生效所支出的各种费用。间接损失，一般是指如果缔约一方能够获得各种机会，而因另一方的过错导致合同不能成立的情况下，使这些机会丧失而形成的损失。

对于损失的构成及金额应视不同情况而定。司法实践中，一般由法官根据具体案情酌情确定损失赔偿标准，如应聘人员是在收到录用通知后从原单位辞职还是本来就待业在家？如果应聘人员本就辞职或待业在家，法院在判定企业赔偿损失时，酌定的金额较低，如（2018）京 0116 民初 6518 号案例，法院结合齐某的面试次数及历经期间长度予以酌定企业向齐某赔偿损失 2000 元。如果应聘人员是由于本企业发出录用通知后基于对本企业的信赖从上家单位辞职，则法官在判定企业赔偿损失时数额会相对较高，此时还需综合考量企业取消录用通知的过错程度、应聘人员的薪资水平、应聘人员再就业的难易程度、应聘人员再就业所需时间等多种因素综合认定。通过以下表格内容可以看出，法官认定的损失金额相当于应聘人员月薪的半个月至六个月额度不等，多数集中在 1-3 个月薪资之间。

案号	约定月薪	判决金额
（2015）朝民初字第 66282 号	12000 元/月	1.44 万元，为 1.2 个月薪资
（2016）京 0105 民初 3871 号	15000 元	15000 元，为 1 个月薪资
（2016）京 0105 民初 13588 号	20000 元/月	40000 元，为 2 个月薪资
（2018）京 0105 民初 62736 号	未明确	4000 元（参照行业标准及时间因素予以酌情确定），为 0.5 个月薪资
（2018）京 0105 民初 84714 号	1502480 元/年	250413.4 元，为 2 个月薪资
（2011）浦民一（民）初字第 33430 号	年薪 195,000 元	35000 元，相当于 2 个月薪资
（2018）沪 0114 民初 16222 号	23000 元/月	10,000 元，不足 0.5 个月薪资

（2019）沪 02 民终 9985 号	350,000 元/年	参照上家单位月工资 25,000 元，按失业时间计算，共 67,241.38 元
（2017）粤 03 民终 6246 号	70000 元/月	21 万元，为 3 个月薪资
（2018）粤 0303 民初 23475 号	20000 元/月	60000 元，为 3 个月薪资
（2019）粤 01 民终 321 号	25000 元/月	29926 元（包括 1 个月工资 25000 元，1 个月社保 2766 元，1 个月公积金 2160 元）
（2018）鄂 01 民终 918 号	10000 元/月	10000 元，为 1 个月薪资
（2019）鄂 01 民终 8667 号	未明确	交通费用、入职体检费、学历认证费、搬家费、租房费等直接损失 6581.61 元。 以上家单位收入 480000 元/年为标准，按 6 个月计算赔偿 240000 元间接损失。

四、 操作建议

鉴于录用通知的单方解除需要企业承担法律责任，故建议企业在录用通知问题上注意以下几点：

1、优化录取通知发放流程。实践中很多企业都是先向应聘人员发放录用通知，应聘人员签署后，再以应聘人员背景调查不合格为由解除录用通知的。但司法实践中对于该情形，法院大都不予认可。法院倾向认为企业有足够的时间和条件在向应聘人员发送录用通知前完成背景调查，如果应聘人员接受录用通知后企业再以背景调查为由解除录用通知，并不能改变企业违约以及对应聘人员造成重大影响的事实；同时还存在如何有效证明背景调查内容属实的举证难问题。而如果企业以体检不合格为由解除录用通知，则可能会涉嫌构成就业歧视问题，给企业带来更大风险。因此，建议企业在向应聘人员发放录用通知前，完成对应聘人员的所有审查手续，包括背景调查、体检等事项，确定应聘人员符合聘用条件后再发放录用通知。

2、录用通知应明确失效条件。企业发出的录用通知，除在录用通知中明确应聘人员应承诺入职的期限外，还应约定应聘者未在通知规定的时间内入职、未通过背景调查等导致录用通知作废的情形，以给企业单方解除录用通知留下合法操作的空间。

3、明确违约责任。现实用工中不仅存在企业违约的情形，同样也存在应聘人员接受录用通知后不按录用通知的约定时间入职的违约情形。企业可以在录用通知中明确企业方违约应承担的违约责任，以及应聘人员违约应承担的违约责任。需要注意的是，在约定应聘人员违约责任时应注意合理性。

4、录用通知不能代替劳动合同。企业一旦录用应聘人员，应尽快和应聘人员签订书面劳动合同，通过劳动合同规范双方具体的权利义务，以避免承担事实劳动关系带来的二倍工资等法律风险，同时约定清楚录用通知书与劳动合同内容相冲突的选择适用条款。

劳动立法中道德介入的思辨

一、劳动立法中道德不当介入的现象

道德评价介入立法应当区分适当与不当：适当的介入是让法律从抽象走向具体，能填补法律的漏洞；不当的介入则使法律从具体变为抽象，与现行法律秩序相背离。回顾 2010 年的案件，有一类矿难事故引人关注：通过故意杀人，人为制造矿难事故，并以被杀害劳动者家属的名义进行索赔。这类虚假的矿难事故早在 2007 年就已经存在，近年来有愈演愈烈的趋势。这类案件很自然的让人联想到 2007 年那起轰动全国的黑砖窑事件[1]，如果说犯罪分子在黑砖窑事件中以用人单位的身份来实施非法拘禁、强迫劳动，那么在一系列非正常的矿难事故索赔案件中，犯罪分子的故意杀人与诈骗索赔，性质上与前者是相类似的。然而，这两类相似的案件产生了完全不同的社会影响：人为制造矿难事件让人们震惊于人性丑恶的同时清楚地知道须用刑法对其进行严惩；而黑砖窑事件却催生了一部重要的社会法——《劳动合同法》。

“应该说黑砖窑事件的出现，使《劳动合同法》最后能够全票通过。”[2]这种说法也得到了全国人大法工委证实，“一起突发事件让《劳动合同法》的出台突然加速。如果没有发生这个事情，这部法律可能还得讨论一段时间”。[3]中央电视台有一篇报道《劳动合同法诞生记：黑砖窑案助其全票通过》，[4]说明了《劳动合同法》的全票通过与之前发生的山西“黑砖窑”事件有很大的关系。[5]“黑砖窑”事件在促成一部法律通过时，也大大膨胀了“劳善资恶”的思维定势。在该法的通过、实施过程中，伴随着黑砖窑事件的宣传，“资本无道德”成为一种广为流行的说法。[6]

董保华，论文转载自《政治与法律》2011 年第 7 期；人大复印资料 2008 年 06 期《经济法学、劳动法学》转载。

[1] 黑砖窑事件的详情可参见赵向南：《山西黑砖窑事件初步处理情况发布：已批捕 10 人》，载《山西日报》2007 年 6 月 23 日。

[2] 引自代表全国总工会参与《劳动合同法》起草工作的谢良敏的讲话。

[3] 引自人大法工委行政室副主任张世诚的讲话。

[4] 劳动合同法诞生：《劳动合同法诞生记：黑砖窑案助其全票通过》——央视《经济半小时》，2007 年 12 月 27 日。

[5] 劳动合同法诞生：《劳动合同法诞生记：黑砖窑案助其全票通过》——央视《经济半小时》，2007 年 12 月 27 日。

[6] 参见成露：《警惕侵犯劳动者权益的新动向》，载《工人日报》，转引自中国网，http：//acftu.people.com.cn/GB/6480850.html，2009 年 4 月 19 日访问。

有学者将这种看法上升到了理论形态。[7]黑砖窑事件之前就有学者将《劳动法》视为侵权法，[8]提出《劳动合同法》立法宗旨应当确定为“单保护”[9]，即只保护劳动者。[10]黑砖窑事件之后，部分学者将这种思维上升到一种被称之为“价值理性”的理论高度。“《劳动合同法》的哲理价值在于，通过对劳动者的保护，体现了人文关怀，实际上是强调了价值理性的重要性，从而体现了工具理性与价值理性并重的新理念。”[11]不说这些学者理解的《劳动合同法》的哲理价值是否正确，至少在一部分学者的观念中认为，黑砖窑事件充分说明了“劳善资恶”作为一种对客观事实的道德判断是正确的，且这种道德判断应当（事实上也已经被这些学者）上升为某种对劳动立法产生重要影响的理论形态。

笔者在此无意对“劳善资恶”这种道德判断的准确性予以评论，然而，法律和道德是两个不同层次、不同要求的社会规范，道德如何介入立法即道德介入立法的适当性是我们必须思考的，否则法律将不能有效应对纷繁的现代社会。

二、道德介入立法形成两种不同的形态

劳动立法虽然遵循社会法立法所特有的倾斜保护原则[12]，但其仍然是法体系的组成部分，同样受法律发展普遍规律的制约，所以要分析劳动立法中道德介入的适当与否，必须反思和回顾道德介入立法的两种理论形态。

道德介入立法，亦即法律伦理化，是指在社会转型期中，由于社会矛盾的日益尖锐、复杂化与法律自身的滞后性、局限性难以达致平衡，造成部分道德评判和道德标准在立法中产生影响并进而可能成为法律规范的内容的一种现象。中国目前正处于社会转型期，党中央和国家领导人对于现阶段社会矛盾的尖锐化有所预计，“在当前和今后相当长一段时间内，我国经济社会发展面临的矛盾和问题可能更复杂、更突出”，并提出要总结各国“因为举措得当从而促进经济快速发展和社会平稳进步的成功经验，也有因为应对失误从而导致经济徘徊不前和社会

---

[7] 刘诚：《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。
[8] 参见常凯：《关于劳动合同立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006 年第 6 期。
[9] 参见《常凯：劳动者和企业都保护是很荒唐的问题》，载《博客中国》2007 年 11 月 19 日。
[10] 参见常凯与郭凡生的对话与辩论，《对话》——《劳资新格局》，CCTV 中央二套——经济频道，2008 年 1 月 2 日。
[11] 刘诚：《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。
[12] 社会法立法遵循的倾斜保护原则有两层含义：一是，立法可以在法律维护的利益上有所倾斜，但在司法上却必须严守平等的原则，否则如果将倾斜的重点放在司法上，由于法官“自由裁量”的尺度不同，就有可能形成新的利益分配不公；二是，在立法利益的分配上，也只是限定在“倾斜”上，仍给当事人的协商留出充分的余地。参见董保华：《社会法原论》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 145 页。

长期动荡的失败教训”。[13]为了避免走弯路，世界各国在道德介入立法方面的成功经验与失败教训，是我们不能忽视的。

（一）法律伦理化的产生

法律之所以会出现伦理化倾向，是缘于某种社会变化使原有的法律秩序出现问题。这种现象并不是我国特有的，而是社会转型期的普遍现象。从人均 GDP 突破 1000 美元的时间上看，美国是 1942 年，法国是 1953 年，联邦德国是 1957 年，日本是 1966 年，在此之前也都出现过某种道德谴责的思潮。

日本学者川岛武宜认为近代市民社会的法律具有非“伦理性”，即“法在原则上只限于规定冷静而有区别的形式性的命令、禁止和利害调整，人不被要求基于伦理性的情怀去行使权利，履行义务。债权者不管债务者贫穷与否而有决定行使或不行使债权的自由”。[14]近代市民法与伦理发生了分离。法的非伦理性对于发展资本主义的市场经济是绝对必要的，诚如川岛先生所言：“为邻居的和睦而放弃自己的债权，以人道的精神过分地减价出售财产等在伦理上是值得称赞的行为，但是这种做法又只能是搞乱商品等价关系的偶然未知数而已。近代市民社会的法排除了伦理性，建立了可以精确计算的法典法。”[15]盛行于 19 世纪的理性主义哲学思潮导致了立法上的“严格规则主义”，即立法者通过大量的法典法力图使社会生活的方方面面处于法典的控制之下。法典法“试图对各种特殊而细微的实情开列出各种具体的，实际的解决办法，它的最终目的是想有效地为法官提供一个完整的办案依据以便使法官在审理任何案件时都能得心应手地引律据典，同时又禁止法官对法律作任何解释”。[16]19 世纪末 20 世纪初，资本主义社会迈向大工业的社会化生产，社会生活日新月异，随之出现了劳工问题、环境问题、消费者保护等问题，社会矛盾愈演愈烈。私法是将这些社会关系的当事人均视为平等主体而形成的法律体系，只能维护私法意义上的个人利益，而这种私法意义上的个人利益与社会安全、稳定的社会利益矛盾日益尖锐。面对法律与社会的脱节，法官经常作出削足适履的处理。

---

[13] 引自：《胡锦涛在省部级主要领导干部专题研讨班的讲话》，载 http：//gb.cri.cn/3821/2005/06/26/922@598379.html，2011 年 3 月 15 日访问。

[14] [日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 24-25 页，第 27 页，第 28 页。

[15] [日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 24-25 页，第 27 页，第 28 页。

[16] 亨利·梅里曼：《大陆法系》，第 42 页，转引自徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 152 页。

就我国的情况而言，以贫富对立为核心的道德话语系统形成的社会背景与西方是相类似的。“近年来，中下阶层被剥夺的情形愈加严重，底层民众生活维艰，以致民怨沸腾，社会矛盾加剧。这些情形业已引起全社会普遍关注，而来自不同方面、具有不同指向的主张、吁求互相作用，转而催生和强化了一种以贫富对立为核心的道德话语：贫者弱，富者强；贫者可悯，富者不仁；贫者当助，富者当抑。”[17]从这一历史背景上看，可以理解黑砖窑事件所激起的社会愤怒，但是当这种愤怒情绪促使一部“还得讨论一段时间”[18]的法律提前公布时，我们就不得不警惕某些社会情绪可能对立法产生的某些负面影响。

（二）法律伦理化的两种不同形态

从诚信原则为立法所采纳的历史和缘由以及人们对其的不同理解可以看到，法律伦理化可能会产生出道德的普遍评价与道德的片面谴责两种截然不同的理论形态；道德的普遍评价可能会构成道德对立法的恰当介入，道德的片面谴责则只能造成道德对立法产生不当的影响。

1. 道德的普遍评价：催生诚信原则的产生和发展

“法律道德化”或称为“法律伦理化”是针对法律的非伦理化而提出来的，道德评价的对象是普遍的，而并不局限在某一方当事人。就“伦理化”而言，奉行严格规则主义的近代资本主义社会的市民法排除了法官的自由裁量权，使法官不能在具体案件中发挥能动性。为了缓解这一问题，自 1907 年瑞士民法典开始，西方各国纷纷引入作为“道德法律技术化”的“诚实信用原则”。其意义正如王泽鉴先生所言：“诚信原则具有弹性，内容不确定，系有待于就特定案件予以具体化，……实体法赖之以与外界的社会变迁，价值判断及道德观念相联系，互相声息，庶几能与时俱进。”[19]诚实信用原则使法官借助具有语言的模糊性特征的私法基本原则，适时地处理社会生活中不能为法典法涵盖的新情况、新问题，从而使法律免于陷入僵化。诚实信用作为道德性规范被引入法律，使民法不再被认为“不能理解人的崇高伦理之感情，只是堕落为单单作为冷冰冰的利害计算的技术”。[20]有了这样的道德化的法律工具，法官可以在个别案件的利益衡量中，排除

[17] 梁治平：《立法何为？——对〈劳动合同法〉的几点观察》，载《书屋》2008 年第 6 期。
[18]《劳动合同法诞生：记黑砖窑案助其全票通过》，央视《经济半小时》，2007 年 12 月 27 日。
[19] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第一册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 303 页。
[20] [日]川岛武宜：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 24-25 页，第 27 页，第 28 页。

当事人的意思自治，以衡平社会弱者的社会地位，并在一定程度上实现社会正义。[21]

在历史上，英国法中的契约默示条款是法院弥补当事人意思表示不完善时的灵活工具。同最早进入自由资本主义时期的其他国家一样，在 18 世纪、19 世纪个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思维影响下，契约自由及与此相关的意思自治原则成为支配英国契约法的基本原则，充分尊重当事人的选择成为法律最基本的使命。然而，一旦发生契约纠纷，而契约中所规定的明示条款又无法适用于该纠纷时，为了使该纠纷得以解决，法院就必须充分利用普通法系的灵活机制，将默示条款纳入契约内容之中。从一定意义上来说，默示条款的日益广泛运用并作为修正契约的工具，实际上是对意思自治原则所作的某种程度的修正。同时，默示条款也成为意思自治原则与法院行为相调和的中介。[22]无论是英美法系还是大陆法系，都经历了个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思想，也都经历了法律上片面强调当事人意思的自治最终都面临了由此造成的法律困境的阶段。由于法律传统的不同，两大法系选择了不同的发展路径。无论大陆法系的诚实信用原则还是英美法系的默示条款制度，都是对当事人意思自治的限制和保护。

由此可见，作为私法核心的契约制度所强调的当事人意思自治具有“先天的不足”，诚信原则作为一种道德介入法律的典型表现，正是为了弥补这种不足而产生的，但这仅仅是道德介入法律时基于法律对道德的需求的原因。通过上文对西方诚信原则产生的历史分析，笔者认为，诚信原则之所以能为立法所采纳并作为一项重要的法律原则成功运行至今，其背后还有一个重要原因，即从介入法律之初，诚信这种道德标准就是以一种普遍的、平等的要求对陷于权利义务纠纷中的各方当事人进行评价的，这种道德的普遍评价，其最终的目的仍在于努力探寻各方当事人的真实意思表示，所以其既不会因为当事人的身份或社会地位不同而区别对待并展开片面评价，也不会破坏现有的法律秩序，从而成功实现了弥补法律不足的目的。

2. 道德的片面谴责：否定诚信原则的普遍价值

与道德的普遍评价不同，道德介入法律的另一种理论形态是道德的片面谴责。道德的片面谴责是指先将一定的道德标准施加于不同的当事人并产生评价结果

[21] 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 303 页。
[22] 苏号朋、朱家贤：《论英国法中的契约默示条款》，载《法商研究》1996 年第 5 期。

（具体到劳动法领域，即先认定劳方善良、资方邪恶），然后将这种既定的道德评价结果作为立法中规范各主体权利义务乃至法律责任的主要依据。所以，如果说道德的普遍评价是道德依据法律的需求以及实施法律的目标而介入法律的话，那么道德的片面谴责则是道德在不考虑法律实施目标的情况下依据道德本身的评价结果对立法产生影响。众所周知，道德一般是较法律更高层次的要求，且在不同地区或宗教中道德的要求又是不一样的，[23]因此将片面的道德评价结论作为立法的主要依据，将很难保证立法的稳定性和普遍适用性。具体到对诚信原则的理解，若不以弥补法律的不足、探究当事人真实意思表示为目标，而事先就当然地判定某类当事人（如劳方）一定是诚信的，对方当事人（如资方）可能是不诚信的，那么这样的道德介入造成的结果就必然是立法在分配权利义务时，以及司法在处理纠纷时无法实现法律本应实现的社会公平正义目标。笔者认为，这就从根本上否定了诚信原则的普遍价值。从目前我国劳动法领域一些学者对各地法院运用诚信原则解决实际问题持批评态度的现象中，就可以见到这种情况。比如，有人认为，“与浙江《意见》不同之处在于，上海《意见》不仅从《劳动法》中找出了‘劳动纪律’这一僵尸条款，而且还从民法中找出了‘诚实信用原则’这一杆大旗。”“这一规定与浙江省《意见》一样，都不符合《劳动合同法》推动企业加强规章制度建设的精神。”[24]《劳动法》是目前正在执行的法律，“诚实信用原则”也是《劳动合同法》第 3 条明定的原则，将《劳动法》“劳动纪律”条款称为“僵尸条款”，将依据《劳动合同法》原则作出的解释，故意称为“从民法中找出”的“一杆大旗”，从这种语句中可以看出，在这些学者的观念中“依据民法的诚信原则”已经成为贬义词，那些被称为举起诚信原则大旗的地方法院受到了众多劳动法研究者的严厉批评。这些学者认为诚信原则须进行某些改造方可使用。王全兴认为：“劳动关系中强调诚信有其特殊性。首先，诚信对劳资双方的要求是不一样的。资方强势，劳方弱势，应该说资方的诚信责任更重。也就是说，这种诚信首先要雇主诚信；当然劳动者也要诚信，但对其诚信义务的要求应当相对减轻。”[25]什么叫做“对其诚信义务的要求应当相对减轻”？这些学者有更

[23] 百度百科：http：//baike.baidu.com/view/10153.htm#4，2011 年 4 月 5 日访问。
[24] 周长征：《企业正当利益与劳动者违约责任的界限》，载《2010 两岸劳动法学术研讨会劳动契约法律化：台湾劳动基准法与大陆劳动合同法之同步观察》，第 146 页。
[25] 陆占奇、刘晓倩、张皓：《“多赢”的期待：劳动关系市场化博亦的评价与前瞻》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。

进一步的解释："法律对用人单位欺诈的规制严于对劳动者欺诈的规制，即用人单位欺诈必然导致劳动合同无效，而劳动者欺诈则不一定劳动合同无效。"[26]可见，从劳善资恶的价值观出发，诚信度已经分出高低，欺诈也要看对象，在道德片面谴责介入法律后，《劳动合同法》中规定的诚信原则就被理解为是一种单方诚信。

（三）我国对诚信原则的理解及其在劳动法领域的适用

1. 我国对诚信原则的理解

目前，民法学界在诚实信用原则理论上以"一般条款说"为通说。以笔者的理解，"一般条款说"将诚实信用原则确定为两个方面的内容。首先，是指导当事人进行民事活动的原则要求，即不欺诈、恪守信用。这实际上是道德准则直接在法律领域的反映，就是徐国栋先生所提出的"主观诚信"。作为一项人类社会的基本道德原则，其适用的领域是全面的，在个别劳动关系中也不能例外，这也正是诚信原则可以成为这种关系调整基础的原因。其次，是授予法官自由裁量权填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用。这实际上是要求法官从事后的角度去探寻当事人真实意思的表示，也就是徐国栋先生所主张的"客观诚信"。[27]究其本质，是要求法官从统一的诚实信用的价值标准对客观的行为做出评价。

在劳动法领域，对比国内外学者对"诚信原则"的不同态度，可以看到两种观点的显著差异。虽然都是在社会剧烈变动过程中引入了某种道德评价，但两者的社会效果完全不同。从事前的法律调整看，作为指导当事人进行社会活动的原则，诚实信用原则要求所有的主体均承担不欺诈、恪守信用的义务，这实际上是道德准则直接在法律领域的反映；劳善资恶的道德评判主张将自由分配给劳动者，成为"劳动者的契约自由"；[28]将诚信分配给用人单位，使"资方的诚信责任更重"。从事后的法律救济看，诚信原则授予法官自由裁量权填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用，这实际上是要求法官从事后的角度去探寻当事人真实意思的表示；劳善资恶的道德评判则主张"法律的作用就是扶持弱势达到双方权利的平衡"。[29]

---

[26] 参见王全兴：《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。

[27] 详见徐国栋：《诚实信用原则二题》，载《法学研究》2002 年第 4 期。

[28] 陆占奇、刘晓倩、张皓：《"多赢"的期待：劳动关系市场化博亦的评价与前瞻》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。

[29] 现实生活中，强资本、弱劳工的问题越来越突出，由此引发很多社会的问题。法律的作用就是扶持弱势达到双方权利的平衡。"常凯：《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法论〉》，中国劳动社会保障出版社 2009 年版，第 206 页。

可见，民法引入诚实信用的道德准则是为了更真实地反映当事人的意思表示，因而是建设性的；一些学者对这一原则进行了某种改造，其目的显然并不是为了通过当事人真实意思表示来探求社会生活的真相，而是为实现他们心目中所谓的社会正义，从价值判断上看，带有虚假的成分，其所制造出来的对立情绪具有破坏性。

2. 诚信原则在我国劳动法领域的适用

《劳动合同法》在公开讨论的草案（一审稿）中将《劳动法》第 18 条对无效劳动合同的认定标准“采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同”改为“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的”。在“欺诈、胁迫的手段”前加了主语“用人单位”。只有“用人单位以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的”才被认定为无效劳动合同。换言之，劳动者以欺诈、胁迫的手段订立劳动合同的不被认定为无效。参与这一草案形成过程的王全兴教授曾对这一制度设计解释道：“劳动合同订立过程中双方信息不对称，即劳动者的信息条件一般劣于用人单位，并且用人单位在招工过程中有权对劳动者进行考试和考核，而劳动者对用人单位没有与此对等的权利。故法律对用人单位欺诈的规制严于对劳动者欺诈的规制，即用人单位欺诈必然导致劳动合同无效，而劳动者欺诈则不一定劳动合同无效。”[30]与欺诈类似，王教授还主张给劳动者留下滥用权利的机会。他说：“《草案》正因为给有宽进企图的劳动者留下滥用的机会，才足以促进企业重视签订书面合同。”[31]

笔者曾进行回应：“只要信息不对称就可以采用欺诈手段，那么国家与公民的信息严重不对称，是不是公民均可采用欺诈手段？”“一部法是不应该故意给滥用者留下机会的，试问牺牲全社会诚信而只有留下一纸合同还有什么意义呢？”[32]如果王教授逻辑成立，“我们的刑法是不是也应该给贪污、盗窃者留下机会，以改进国家机关以及各企事业单位的管理？一个国家怎么能拿‘滥用权利’与‘欺诈’作为促使企业守法的手段呢？以这样方式制定的法律有社会公正性可言吗？能起到改善法制环境的作用吗？”[33]

这种双方签订的合同，只有一方欺诈、胁迫被认定为无效合同的规定在审议过程中受到了全国人大常委会委员的批评。厉无畏委员说：“法律应该要鼓励诚

---

[30] 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。
[31] 王全兴：《试论劳动者进出劳动关系宽严选择》，载《中国劳动》2006 年第 9 期。
[32] 董保华：《劳动关系宽严的立法选择与劳动者的实际进出》，载《中国劳动》2006 年第 10 期。
[33] 董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 133-134 页。

信，草案中有许多条款规定，如果企业带有欺诈、胁迫，合同就无效。反过来说，如果员工不诚信、欺诈等，那么是不是所签订的合同也无效？对此法律也应有一定规定。”[34]程贻举委员建议，在规定用人单位告知义务时应当规定劳动者的告知义务，“应该在第 10 条中规定劳动者的告知义务，比如你的身体有传染病，就不适应到食品行业中去工作。建议第 39 条增加劳动者隐瞒其不适宜从事用人单位工作的疾病的情况，用人单位也可以解除合同”。[35]这一无效合同的表述从国务院送审稿到一审稿、二审稿，期间不断有人质疑，但依然未被改动。人大代表的严厉批评下，在人大的三审稿中终于重新改成了类似《劳动法》的提法：“以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背其真实意思的情况下订立劳动合同的”为无效劳动合同。

如果这一“双方签订的合同，只有一方欺诈、胁迫被认定为无效合同”提法被立法采纳，几乎可以断言其会成为中国立法史上的一个污点。为什么这么浅显的道理，在立法中却成了艰难的选择？笔者认为，这正是因为道德片面谴责介入立法后造成了许多人对诚信原则产生了不同于西方要求利用诚信原则探究真实意思表示的理解。如前文所述，既然“劳动者一定诚信，只有用人单位才可能不诚信”的道德判断在立法前就已经作为一种“标准答案”根植于人们的观念中，那么在立法中只给用人单位分配诚信义务而不要求劳动者诚信就不足为奇了。但事实上，诚实信用原则作为一项人类社会的基本道德准则以及法律原则，其适用的领域是全面的，其被法律所采纳的目的在于弥补法律自身的缺陷以探究事实真相，我国《劳动合同法》引入这一原则的目的亦在于此。不欺诈、恪守信用，是这一原则最基本的要求，也应当是对签约双方以及法官的要求。当我们将诚信改造成只对一方当事人的要求时，诚信原则其实本身就不存在了，也根本无法实现发现当事人真实意思表示的目的，最终只会与法律本身的价值取向背道而驰。笔者认为，以破坏法律秩序为代价，劳动者的利益是不可能得到保障的。诚信对于每一个公民尚且为法律与道德的底线，一个国家决不能拿劳方“滥用权利”与“欺诈”作为促使企业守法的手段。

---

[34] 苏大城：《劳动行政部门的监督检查及本法的法律责任——审议劳动合同法草案发言摘登 （八）》，http：//www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zwCwhnew.jsp?label=WXZLK&id=356063，2007 年 6 月 20 日访问。转引自董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 134 页。

[35] 载 http：//www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=356068&pdmc=1503，转引自董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 134 页。

三、这两种不同形态折射出对不同劳动法制目标的追求

在道德对法律的介入过程中，我国劳动法领域中出现了道德的片面谴责，这种道德评价在立法过程中显得非常抽象，这与大部分法治国家那种“道德法律技术化”的表现形式有很大的差别。在道德话语系统基础上，两种不同形态折射出学者对于法制目标的不同追求。

（一）道德的普遍评价：以诚信为原则，要求法律从抽象走向具体

“诚实信用原则”一般被视为“道德法律技术化”，作为一种法律工具，其表现形式是具体的。不仅如此，这一原则的引入还使民法在一定程度上摆脱了高度抽象的印象。从世界范围看，传统私法规制对象是“抽象人”。“抽象的”法律人格，是将所有的人都视为被抽象掉了各种能力和财力的差别而存在的平等的个人。民法典是“不知晓农民、手工业者、制造业者、企业家、劳动者等之间的区别的”。[36]法律的伦理化很大程度上是对这种抽象法律人格的一种再认识，诚信原则通过授予法官自由裁量权，起到填补法律漏洞、补充双方当事人约定不足的作用。里佩尔在他的《职业民法》中写到:“法律不是为了一个国家内的全体人们，而是以各种职业集团为对象而制定的”，“我们必须给法律上的抽象人（例如甲、乙）穿上西服和工作服，看清他们所从事的职业究竟是什么”。[37]里佩尔注意到了原则上的平等与事实上的不平等之间的差距。平等只有在抽象中存在，而不平等则在具体的法律关系中存在。有了这样的伦理化的法律工具，法官可以在个别案件的利益衡量中，在一定程度上排除当事人的意思自治，以衡平社会弱者的法律地位，实现社会正义。[38]这也是诚信原则被尊为“帝王条款”的原因。

道德的普遍评价使诚信这种道德标准成为了弥补法律缺陷的具体工具，这种具体的表达形式，是与其要实现的法制目标相符合的。如果说诚信原则是一种“法律道德化”，同时也是一种“道德法律化”，那么通过诚实信用原则这样的伦理化的法律工具，对立法权与司法权的重新调配，就是对法律缺陷进行修补，其目的是维护而非冲击已经存在的法律秩序，因为道德的普遍评价本身就是以实现法律探寻当事人真实意思表示的目的作为自己的评价目标的。因此，修补现存法律秩序的法制目标决定了道德介入法律的具体表现形式。

---

[36] [德]拉德布鲁赫:《法律学入门》，碧海纯一译，东京大学出版会 1962 年版，第 109 页。

[37] [法]里佩尔:《职业民法》，转引自[日]星野英一:《私法中的人》，王闯译，载梁慧星主编:《民商法论丛》，第 8 卷，第 187 页。

[38] 梁慧星:《民法解释学》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 303 页。

（二）道德的片面谴责：否定诚信原则，要求法律从具体走向抽象

如果说，借助诚信原则这样的伦理化的法律工具，现代民法开始摆脱僵化，那么，我国的一些劳动法研究者则是以否定诚信原则为起点，借助法律的伦理化形成的抑资扶劳的抽象价值观，使劳动法这一原本就是以“具体人”作为研究对象的学科走向抽象的不平等。在劳动合同法的讨论中，劳善资恶的道德评价被上升为某种信仰，以极其抽象的方式存在，学者强调其具有“非工具性”。“法律工具理性的效用常常淹没了价值理性的光辉”。[39]一些学者往往将自己的行为与信仰联系，以体现“价值理性的光辉”。[40]一些参加立法起草的工作人员有时也做类似的表态。[41]与“诚实信用原则”一般被视为“道德法律技术化”不同，面对立法引发的社会讨论，一些学者往往这样来表述他们的观点：“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。”[42]道德一旦上升为信仰，就和“公平正义”划上了等号，与那种“技术层面”的“工具理性”就不是一个层面的东西，而且“远远超过技术层面”。一旦“价值理性”取得了某种优越地位，便可对“技术层面”的“工具理性”百般征讨，对各地法院随意指责；反之则不行。道德的片面谴责这种抽象的表达方式，是与其要实现的批判性目标相联系的。在一些劳动法学者看来，“就目前来说，资本不仅在经济上占有优势，掌控着经济资源，而且在社会上、政治上的影响力也大大超过劳工。我们这个社会基本上就是以资本为中心，我们的主流意识形态，也是资本的意识形态”。[43]那种道德的片面谴责是以否定现存的“主流意识形态”及由此形成的基本法律秩序为前提的。因此否定现存的法律秩序的法制目标决定了道德介入法律的抽象表现形式。

（三）由不同法制目标引发的劳动法治思考

---

[39] 彭光华：《执著地关注〈劳动合同法〉》，载彭光华主编：《劳动关系》2008 年第 2 期。

[40] 常凯教授将自己的使命定位为：“擎起劳动者权利的天空”。如此宏大的目标，自然决定了不同凡响的治学观：“‘劳动关系和劳动法学的基本理念，就是要调动各利益相关方，特别是政府的力量，共同维护作为弱势一方的劳动者的权益’，这也是常凯教授作为一名追求独立、公正、良心的知识分子的根本治学之道。”李宇宙、王群会：《常凯擎起劳动者权利的天空》，载《大地》2007 年第 12 期。

[41] 人大法工委行政室副主任、《劳动合同法》起草的负责人张世诚称：“就我二十多年来参与的行政法、社会法立法工作来说，一个基本的原则是，要保证劳动者、公民利益最大化。”参见汤耀国：《立法者的酸甜苦辣”》，载《瞭望》2010 年 3 月 7 日。

[42] 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。

[43] 常凯：《劳权保障与劳资双赢———〈劳动合同法论〉》，中国劳动社会保障出版社 2009 年版，第 247 页。

在前文那段“在《劳动法》实施的过程中，我们看到了强资本的影子，我们看到了黑砖窑。黑砖窑这个血汗工厂我认为已经够残酷了”[44]的说法中我们看到了刑民不分，劳动关系与犯罪关系混淆的情况。黑砖窑不是用人单位，与“强资本”也没有关系，如同非正常的矿难事故中的犯罪分子的行为不能代表劳动者及其家属是一样的道理。劳资冲突至少是建立在现代文明基础上的。

黑砖窑的“强迫劳动”是以黑恶势力绑架、拐卖的方式获取的“劳动力”，以剥夺自由和威胁生命的暴力手段实现强迫劳动；非正常的矿难事故中是暴力剥夺生命，诈骗工亡抚恤金。如同绑架发生在教室中无法责怪教育法，杀人发生在公路上无法责怪道路交通法一样，黑砖窑、非正常的矿难事故的出现，与劳动法的实施并无直接的关联。更有学者认为企业权力的惯性与黑砖窑式的堕落联系在一起，[45]需要引入政治学理论来调整劳动关系，从而达到对企业进行限权的目的。我们进一步看到行政法与公司法的混淆：“《劳动合同法》的政治学与管理学价值在于，通过对企业权利的限制，实际上将政治学理论引入了企业管理理论。”“实际上，企业和劳动者的关系与政府和公民的关系有着很大的相似性，企业处于明显的强势地位，对于劳动者有着很大的权力。”在引用了阿克顿爵士、孟德斯鸠、汉米尔顿的名言后，[46]该学者认为：“虽然这些观点属于政治学，讨论的是政府的权利，但对雇主也同样适用。”[47]国家主体与企业主体是性质不同的两类主体，国家作为政治上唯一的垄断主体自然要以“依法行政”的方式来限制行政权力，但以这种方式来限制企业经营权便会使企业丧失活力，也会带来社会关系的混乱。

刑民不分也好，行政法与公司法混淆也好，其错误认识的根源都在于道德对法律的不当介入，而方向则都是要扩大国家的公权力。有些学者对此做了更清楚的表述：“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

---

[44] 常凯：《常凯驳张五常：劳动法有利中国》，载《中国青年报（北京）》2008 年 2 月 1 日。

[45] 刘诚说：“由于市场地位不平等性，劳资双方实际上是不平等的，需要对企业的权力加以限制以免其无限扩张而侵犯劳动者利益。黑砖窑事件雄辩地说明，如果企业权力不受限制、一般违法行为如果得不到惩罚，必然变本加厉，惯性会令其最后走向堕落。”参见刘诚：《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。

[46] 阿克顿爵士有句名言：“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败”。正因为人性具有不可克服的弱点，所以越拥有权力的人其破坏性可能越大，法律必须对公共权力施加限制。孟德斯鸠也认为权力的的滥用是一条亘古不变的真理，“一切有权的人们使用权力一直到遇到界限的地方才休止。”汉米尔顿则认为，一切权力都具有侵略性，都希望扩张自己的权力以达到控制的目的。

[47] 刘诚：《点击〈劳动合同法〉的重要理论价值》，载《劳动关系》2008 年第 2 期。

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。”[48]众所周知，公权力本身有两种作用方式，一种是作为私权利的救济手段，另一种则是政府主动介入。以“限制雇主的权利”为目标的“公权力的介入”，显然是指后一种。这种政府干预本身是不需要以合同作为媒介的。在这些学者的眼中，《劳动合同法》并不是为了规范双方当事人签订、履行、终止劳动合同的行为，只是为了给政府干预或公权力介入提供法律依据，而双方当事人的意思表示都是无足轻重的。“《劳动合同法》颁布的意义就在于使劳动关系法治化，有了最基础的在政府主导下个别劳动关系调整机制，相对来说比较平衡。”[49]用人单位与劳动者本应以合同方式形成的劳动关系，这些学者却认为应当改变为“政府主导”。进一步探究便会发现：既然已经是政府主导，那还有什么必要缔结合同？这些学者所说的“政府主导”还是那些摆脱“限权”观念的旧的国家观。[50]在国家意志面前，当事人意志可以说是不堪一击的。如果说西方的法律伦理化，最终要通向法治，那么我国一些学者倡导的法律伦理化则是要以“国家化”的方式通向政府“强介入”。一些官员之所以要将华为集团、肯德基与黑砖窑相提并论，是为了强调“都有一个共同问题，就是政府在这方面的反应能力和执法力度都存在问题”。[51]对于行政主体或半行政主体而言，永远有扩大权力的冲动。

有学者对于这种政府“强介入”的想法有很深入的分析：“‘强劳动’‘强介入’的思路在中国这种‘官本位’社会中非常有市场、有吸引力，也非常容易为精英和大众所接受，在某些方面，短期也能取得立竿见影的效果。政府强介入的结果也并不一定会帮助劳动者，原因有三。其一，政府公共决策的过程是各阶层权利博弈的过程，政府要能形成协调、平衡各阶层利益的公共决策，其前提是各阶层的利益诉求能到达政府决策过程，才能在政府决策中得到体现。但中国现实中，劳动者群体没有强大的组织，没有畅通的表达渠道，他的利益诉求很难全面、真实地进入政府决策过程。其二，政府并不是中性的，其自身也是利益群体，他

[48] 常凯：《关于劳动合同立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006 年第 6 期。
[49] 常凯：《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法〉论》，中国劳动社会保障出版社 2009 年版，第 247 页。
[50] 这些学者主张行政权摆脱行政法控制的观点，笔者在《劳动法的国家观》一文中有较为详细的论述。该文载《当代法学》2006 年第 6 期。
[51] 郭军在接受《南方周末》的记者采访时表示“黑砖窑事件也不是孤立的。从华为集团员工的过劳死，到肯德基等洋快餐员工的超时劳动，到今天的黑砖窑，都有一个共同问题，就是政府在这方面的反应能力和执法力度都存在问题。”引自《新劳动合同法：劳工为大还是资方为大？》，载《南方周末》2007 年 7 月 5 日。

们也要追求政治利益和经济利益，在中国现实中，最可能出现的就是官商勾结。其三，政府‘强介入’的效果并不一定会理想。政

府‘强介入’是对市场运行的直接干预，而直接干预的效果往往是‘适得其反’。”[52]因此可以说，由道德的片面谴责介入法律而形成的以颠覆现有法律秩序为法制目标的形态，其对我国劳动法所产生的影响必然是为政府公权力的过度干预提供理论支持甚至是法律依据，而这种政府“强介入”劳动法律关系的行为本身则是偏离现代劳动法治轨道的。

四、道德适当介入劳动立法的实证建议

中国正在经历着一个特殊的时期，面对一些社会乱象，直接的社会反应是泛道德化的批判。社会关系一旦被置于道德分析的框架之中，就不会再被视为利益分歧，而被归结为好与坏、对与错、良心与黑心、正义与邪恶的对垒。[53]近年来一系列非正常矿难事故的案件已经充分说明了泛道德化的危害。笔者认为，道德的普遍评价是道德适当介入劳动立法的应然选择，而要在实践中贯彻这一理念，还可以从以下三方面予以关注。

（一）坚持对我国劳动法律已经确立的诚信原则给予正确解读

我国《劳动合同法》第三条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”笔者认为，《劳动合同法》中确立的诚信原则应当与民法中确立的诚信原则具有同样的内涵，即为了探究当事人之间的真实意思表示，在遵守现有法律秩序的前提下，运用诚信的道德标准普遍、平等地对双方当事人进行评价，以此来弥补法律僵化和滞后的不足，实现公平正义。劳动法律作为社会法的重要组成部分，其虽然应当遵循倾斜保护的社会法原则，但倾斜保护绝不应当是通过道德片面谴责颠覆现有法律秩序的方式予以实现的，事实上通过这种方式也不可能实现，毕竟法律对当事人的行为评价总是具体的、个案的，显然不能说所有的“资”都是恶的，而所有的“劳”都是善的。因此，正确解读我国现行劳动法律已经确立的诚信原则，并以此作为今后劳动立法、司法的指导思想，当是进一步实现我国劳动法治的可行之策。

（二）坚持穷尽现有法律调整社会关系的原则

[52] 徐小洪：《劳动法的价值取向：效率、劳动者主体地位》，载《天津市工会管理干部学院学报》2009 年第 1 期。

[53] 中国社科院研究员韩朝华认为泛道德化批判无益于制度建设。参见韩朝华：《跳出“放乱收死”循环实现社会治理创新———改革 30 年的制度得失》，载《探索与争鸣》2008 年第 1 期。

前文已经提及，我国目前公众舆论甚至劳动法学界在面对类似“黑砖窑事件”的案件的认识及处理上有刑民不分或行政法与公司法混淆的情况，笔者认为其错误认识的根源就在于道德对法律的不当介入，因为道德的片面谴责介入法律的表现形式本身就是不顾现有的法律秩序，以抽象的、既定的道德判断结论作为立法、司法的主要依据。也正是这种事先就植根于人们脑中的道德判断结论（甚至有些人对这种道德判断的认可已经上升到对其信仰的程度）才使人们（甚至是部分劳动法专业人士）在面对其实并不复杂的法律关系时（只是因该法律关系“穿上了劳动关系的外衣”）产生了错误的认识并进而基于此错误认识做出了错误的处理决定。笔者认为，无论是法律体系的建立还是法律秩序的形成，必然会经过一段漫长的过程并经受各种情况的考验，不应当轻易对其实施改造。所以在处理各种社会事件时，首先应当对现有法律制度展开检索，只有当确信现有法律无法或者不能适当地规制该事件时，才可以开始评价是否有改造现有法律秩序或者建立新的法律规范的必要，而不能任凭我们脑海中已有的道德标准对具体事件做出了片面评判后就冲动地对现有法律秩序给予否定性评价，进而以该道德的片面评判结论作为建立新的法律秩序的主要依据。

（三）坚持道德介入劳动法的层次性

就我国目前的法律制度而言，除了在私法中引入诚信原则外，作为社会法的调整对象，我国劳动法律制度亦早已确立了三个层次的调整模式：宏观上以劳动基准法、中观上以集体合同、微观上以劳动合同来调整劳动关系。总体看来，这种多层的调整结构是符合我国的实际情况的，不应否定而应巩固这样的调整体系。另外特别值得注意的是，这三个层次的调整模式各自的侧重点不同，因此在这三个层次中道德介入法律的情形也是不同的，笔者认为，应当坚持我国现有的道德介入劳动法的层次性。

第一，宏观上，以行政权维护劳动者的生存权为理念，道德无须介入。在劳动关系调整的宏观层次上，各种形式的劳动基准法以强制性规范将国家规定的标准反射在用人单位与劳动者这样一种私法关系的基础上，当双方约定的标准低于国家强制性标准时，以国家规定的标准为准。作为一类公法关系，宏观层次上引入政治学的控权理论来控制国家的行为是恰当的。无论学者与部分起草者如何宣

传信仰，从依法行政的角度来看，这里并没有多少道德空间，一个成熟的法律体制，是要让不同信仰、不同道德观念的公务员都只能按法律规定行事。

第二，微观上，以维护当事人合意为理念，应强调道德的适当介入。在劳动关系调整的微观层次上，劳动合同法在法律规范上，仍应强调其任意性规范的重要性。劳动契约源于私法性质的民事契约，并且劳动争议双方可以协商让与、放弃某些权利，[54]所以劳动法仍应保留私法意思自治的特征。因此，对于微观层次上的劳动法调整应强调道德适当介入，以弥补微观层面劳动法律规范在调整劳资双方劳动合同权利义务时的不足，具体则是应当正确执行《劳动合同法》第三条确立的诚信原则。

第三，中观上，以维护当事人团体交涉为理念，应避免道德的不当介入。中观层次应以团体交涉或团体优位为原则。就我国目前的情况来说，人力资源管理制度的不发达与缺乏劳动者“用手投票”这种纠偏机制有着密切的关系。应该进一步完善劳动者利益维护的动力机制，通过完善工会职能来与人力资源管理形成良性互动。这个社会空间应该避免以道德的不当介入为理论支持由国家力量来进行替代，否则只能窒息这个空间。

五、结论

我国劳动立法当前正处在道路选择的十字路口，向前可以巩固社会本位这种多层次的调整模式，向后可以退回国家本位的单一层次的调整模式，而这很大程度上取决于我们是否能依据正确的理论形态来使道德适当介入劳动立法。对于我国当前出现的一些社会问题需要进行综合治理才可能取得成效。“劳善资恶”的道德评价希望强化国家介入来解决我国当前面临的问题，笔者以为此路是走不通的。经过对法律伦理化历史的考察，特别是对诚信原则为立法所采纳的原因的分析，笔者发现，我国当前的这种以“劳善资恶” 的单一道德标准来指导劳动立法的做法不仅与道德介入法律的普遍历史经验背道而驰，而且很可能由此将我国的劳动法律引向片面化、极端化。

[54] 赵红梅：《劳动法：劳动者权利义务融合之法——社会法的视角且以加班工资为例》，载《上海财经大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 4 期。

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