

保华月刊

Baohua Monthly

2019年11月刊
Nov. 2019
第35期
NO. 35

- 案例调研：员工被行政拘留，用人单位应如何单方解除劳动合同？
- 《安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会纪要》



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯

Labor Law News

劳动新规详解

Close Look at New Labor Regulations

11

新法规：《安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会纪要》

New Regulation: *Minutes of the Seminar on Labor and Personnel Dispute Arbitration Cases in Anhui Province*

热点追踪

Hot Issues

19

案例调研：员工被行政拘留，用人单位应如何单方解除劳动合同？

Case Study: How should the employer terminate employment contract unilaterally if an employee is being held under administrative detention?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

28

劳动法律与人力资源管理的和谐共存

Harmonious coexistence of labor law and human resource management

新闻总结

一、人社部建议学习借鉴浙江将实习生退休人员将纳入工伤保险范围

来源：人社部

摘要：人社部工伤保险司转发了《浙江省人力资源和社会保障厅等 3 部门关于试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作的指导意见》，认为该意见在“化解用人单位工伤风险”起到了积极作用，号召各地认真学习借鉴。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China- Industrial Injury Insurance of the Ministry Department forwarded *Guiding Opinions of Zhejiang Provincial Department of Human Resources and Social Security on Trial Implementation of Industrial Injury Insurance for Vocational and Technical School Students during Internship and Those Over Legal Retirement Age during Continuing Employment*, believing that the Opinions have played a positive role in "mitigating the risks of industrial injury in employers" and calling on all regions to learn from them.

《人力资源社会保障部工伤保险司关于转发浙江省人力资源和社会保障厅等 3 部门<关于试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作的指导意见>的通知》

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）：

为不断完善工伤保险制度，回应广大用人单位和劳动者日益迫切的扩大工伤保险制度覆盖范围的诉求，让工伤保险惠及更多群众，切实保障劳动者权益，2018 年 7 月，浙江省人力资源和社会保障厅、财政厅、国家税务总局浙江省税务局联合印发了《关于试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作的指导意见》（以下简称《指导意见》），对试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作做出了具体规定，在化解用人单位工伤风险、切实保障职工权益方面起到了积极作用。

为贯彻落实习近平总书记对技能人才工作的重要指示精神，发挥工伤保险为企业和产业工人保驾护航的积极作用，浙江省的有关规定对各地做好相关工作具有一定的借鉴意义。现转发《指导意见》，请各地结合自身工作实际，认真学习借鉴。

人力资源社会保障部
工伤保险司
2019 年 10 月 29 日

附：《浙江省人力资源和社会保障厅等 3 部门关于试行职业技工等学校学生在实习期间和已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作的指导意见》（浙人社发〔2018〕85 号）

各市、县（市、区）人力资源和社会保障局、财政局，各市税务局，各县（市、区）地方税务局，嘉兴市社会保障事务局：

为回应广大用人单位和劳动者日益迫切的扩大工伤保险制度覆盖范围的诉求，根据《浙江省工伤保险条例》，现就试行职业技工等学校学生在实习期间和

已超过法定退休年龄人员在继续就业期间参加工伤保险工作(以下分别简称实习生、超龄就业人员、试行参保)提出如下意见。

一、指导思想

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引,全面贯彻党的十九大、省第十四次党代会精神,坚持以人民为中心的发展思想,紧紧围绕加强社会保障体系建设的总体要求,完善工伤保险制度,逐步探索扩大工伤保险制度覆盖范围,让工伤保险惠及更多人群,大力支持实体经济发展,化解用人单位的工伤风险,切实保障劳动者权益,促进社会和谐稳定。

二、基本原则

(一)坚持稳妥有序。各地推进试行参保工作应以稳妥为先,试行工作初期参保范围适当从紧,待取得较成熟经验后再逐步有序推开。

(二)坚持因地制宜。各地可结合当地实际情况,针对产业结构特点,在诉求强烈群体、管理较规范区域开展试行参保工作。

(三)坚持制度统一。各地纳入试行参保的实习生和超龄就业人员,其参保缴费、工伤认定、劳动能力鉴定、待遇标准等按照《工伤保险条例》《浙江省工伤保险条例》及相关配套规定执行。

三、政策措施

(一)合理确定参保范围。纳入试行参保的实习生暂限于由职业院校集中统一安排的学期性实习学生,且年龄不小于16周岁;纳入试行参保的超龄就业人员暂限于未享受机关事业单位或城镇职工基本养老保险待遇人员,且男性不超过65周岁,女性不超过60周岁。各地可同时开展实习生和超龄就业人员试行参保,也可选择其中之一先行试行参保。各地应为要求参加试行参保的用人(实习)单位和实习生、超龄就业人员开辟工伤保险单险种参保途径。

(二)合理确定缴费标准。实习生和超龄就业人员难以确定劳动报酬的,其月缴费基数可按全省上年度职工月平均工资计算,其缴费费率统一按所在用人(实习)单位的费率标准执行。

(三)明确工伤保险参保和责任主体。实习生和超龄就业人员按照规定参加工伤保险的,由工伤保险基金按规定支付待遇,由用人(实习)单位承担用人(实习)单位应承担的工伤保险责任。实习生按规定参加工伤保险的,用人(实习)单位可与相关学校签订实习协议,约定补偿办法。属于当地试行参保范围的未参保人员发生工伤事故或患职业病的,不适用《工伤保险条例》《浙江省工伤保险条例》等法规。

(四)明确相关待遇标准。已参保超龄就业人员因工致残被鉴定为五级至十级的,由工伤保险基金和用人单位按照规定标准分别计发一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金,工伤保险关系同时终止。

已参加试行参保的实习生和超龄就业人员与用人(实习)单位发生工伤待遇方面的争议,按照处理劳动争议的有关规定处理。

四、工作要求

各地增设“实习生和超龄人员工伤”征收品目(社保方代码2850800,税务方代码1020401012330006),专门用于实习生和超龄就业人员的工伤保险征收工作。该征收品目缴费基数、费率和应缴费额由社保经办机构核定后,传递税务机关征收入库。

各地要摸清当地实际情况,分析用人单位和劳动者的需求,可以在本指导意见的框架范围内制定规范性文件,并报省人社保厅备案。各设区市要加强对辖

区内实习生和超龄就业人员试行参保工作的统筹指导和跟踪评估,确保试行工作平稳有序推进。对于推进试行参保工作有困难的地区,省、市人力社保部门将适时进行联合督查指导。在试行工作中遇到问题请及时与省人力社保厅工伤保险处联系。

本文件自印发之日起施行。

浙江省人力资源和社会保障厅
浙江省财政厅
国家税务总局浙江省税务局
2018年7月18日

二、人社部印发第二批取消部分规章规范性文件设定的证明材料的决定

来源:人社部

摘要:近日,人力资源社会保障部印发了《人力资源社会保障部关于第二批取消部分规章规范性文件设定的证明材料的决定》(人社部发〔2019〕115号),在前期分两批取消83项证明材料的基础上,决定再取消42项证明材料。其中,规章设定的15项、规范性文件设定的27项。

Abstract: Recently, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China issued the *Decision of the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China on Cancelling the Second Batch of Certification Materials for Setting Some Regulations and Normative Documents* (Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China R.S.B [2019] No.115). On the basis of canceling 83 certification materials in two batches in the earlier period, it decided to cancel 42 certification materials. Among them, there are 15 regulations and 27 normative documents.

此次取消的证明材料主要涉及社会保险业务经办、专业技术人员资格考试、职业能力建设、劳动关系等方面。主要包括五类:

一是通过网络核验手段能实现的,如办理人力资源服务许可时不再提交工作人员学历证明;

二是通过部门间核查能够实现的,如办理社会保险登记不再提交营业执照、组织机构统一社会信用代码证书;

三是由人社部门内部不同机构之间互相提供的证明材料,改为通过内部信息共享的方式实现,如申领工伤保险待遇时不再提交认定工伤决定书;

四是积极探索告知承诺制替代开具证明,如学校在读证明、依靠工亡职工生前提供主要生活来源证明、直系亲属关系证明、死亡证明、专业技术职务聘用证明等;

五是根据实际情况不需要再提供的,如申请更正技能人员职业资格证书信息不再提交职业资格证书原件,原件自行失效。

下一步,人力资源社会保障部将继续积极探索证明材料的替代措施,加快推进部门间信息资源共享、告知承诺制等,推动实现相关事项流程更简、监管更严、服务更优。

同时,将加强督促检查,对违法增加证明材料、提高证明要求、随意将行政机关的核查义务转嫁给群众和企业的现象,及时纠正查处。

三、人社部:发布社会保险领域严重失信人名单管理暂行办法

来源：中国新闻网

摘要：人力资源社会保障部近日印发《社会保险领域严重失信人名单管理暂行办法》。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China issued *Interim Measures for the Administration of List of Serious Dishonest Persons in Social Insurance*.

《暂行办法》明确，用人单位、社会保险服务机构及其有关人员、参保及待遇领取人员等，有不依法办理社会保险登记，经行政处罚后仍不改正；以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇或社会保险基金支出，数额超过1万元等情形，将被列入社会保险严重失信人名单。

《暂行办法》提到，为推进社会保险领域信用体系建设，保障社会保险基金安全运行，切实维护用人单位和参保人员合法权益，人力资源社会保障部制定本办法。基本养老保险、失业保险和工伤保险(以下简称社会保险)领域有严重失信行为的用人单位、社会保险服务机构及其有关人员、参保及待遇领取人员等严重失信人名单管理工作，适用本办法。

《暂行办法》明确，用人单位、社会保险服务机构及其有关人员、参保及待遇领取人员等，有下列情形之一的，县级以上地方人力资源社会保障部门将其列入社会保险严重失信人名单：

- 用人单位不依法办理社会保险登记，经行政处罚后，仍不改正的；
- 以欺诈、伪造证明材料或者其他手段违规参加社会保险，违规办理社会保险业务超过20人次或从中牟利超过2万元的；
- 以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇或社会保险基金支出，数额超过1万元，或虽未达到1万元但经责令退回仍拒不退回的；
- 社会保险待遇领取人丧失待遇领取资格后，本人或他人冒领、多领社会保险待遇超过6个月或者数额超过1万元，经责令退回仍拒不退回，或签订还款协议后未按时履约的；
- 恶意将社会保险个人权益记录用于与社会保险经办机构约定以外用途，或者造成社会保险个人权益信息泄露的；
- 社会保险服务机构不按服务协议提供服务，造成基金损失超过10万元的；
- 用人单位及其法定代表人或第三人依法应偿还社会保险基金已先行支付的工伤保险待遇，有能力偿还而拒不偿还、超过1万元的；
- 法律、法规、规章规定的其他情形。

《暂行办法》明确，人力资源社会保障部门拟将当事人列入严重失信人名单的，应当事先书面告知当事人拟列入的事实、理由、依据、惩戒措施、期限等，以及其享有陈述申辩的权利。经复核，当事人的申辩理由不成立或逾期未提出申辩的，应当作出列入决定，并通知当事人。

《暂行办法》明确，人力资源社会保障部门应当自作出列入决定之日起7个工作日内，在人力资源社会保障门户网站、“信用中国”等相关媒介上公示社会保险严重失信人名单信息，由相关部门实施联合惩戒。失信主体被移出社会保险严重失信人名单的，相关部门联合惩戒措施即行终止。人力资源社会保障部门将失信主体移出社会保险严重失信人名单的，应当通过人力资源社会保障门户网站、“信用中国”等相关媒介予以公示。

《暂行办法》提到，人力资源社会保障部门工作人员在实施社会保险严重失信人名单管理过程中，滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，依法予以处理。

四、李克强主持召开国务院常务会议 听取个税改革情况汇报等

来源：中国政府网

摘要：近日，国务院总理李克强主持召开国务院常务会议，听取个人所得税改革情况汇报，确定有关税收优惠政策减轻纳税人负担；部署深化医药卫生体制改革进一步推进药品集中采购和使用，更好服务群众看病就医等。

Abstract: Recently, Premier Li Keqiang of the State Council chaired an executive meeting of the State Council to listen to the reform report on the personal income tax and determine the relevant preferential tax policies to reduce the burden on taxpayers. He deploy and deepen the reform of the medical and health system, further promote the centralized procurement and use of drugs, and better serve the masses to seek the medical services.

会议指出，建立综合与分类相结合的个人所得税制，引入教育、养老等六项专项附加扣除，是党中央、国务院部署的重大税制改革，是减税降费的重要举措。自去年10月实施以来，改革成效逐步显现，今年前9个月累计减税4400多亿元，惠及2.5亿纳税人，对完善收入分配、增加居民收入、扩大消费发挥了重要作用。下一步，要合理有序建立个人所得税年度汇算清缴制度，使专项附加扣除政策更好落实并不断完善，实现税制可持续。会议决定，为进一步减轻纳税人特别是中低收入群体负担，暂定两年内对综合所得年收入不超过12万元或年度补税金额较低的纳税人，免除汇算清缴义务。会议要求加强相关政策解读，简化操作流程，优化办税服务，便利纳税人依法纳税。会议还决定，为促进海运业发展，适应国内对海产品较快增长的需求，借鉴国际做法，从今年1月1日起到2023年底，对一个纳税年度内在船航行超过183天的远洋船员，其工资薪金收入减按50%计入个人所得税应纳税所得额。

会议指出，推进药品集中采购和使用，是深化医改的重要内容，为降低“虚高”药价、减轻群众负担发挥了积极作用。会议要求进一步推进这项工作。一是扩大集中采购和使用药品品种范围，优先将原研药与仿制药价差较大的品种，及通过仿制药质量和疗效一致性评价的基本药物等纳入集中采购，以带量采购促进药价实质性降低。构建药品国家集中采购平台，依托省（区、市）建设全国统一开放采购市场。二是确保集中采购药品稳定供应和质量安全。建立中标生产企业应急储备、库存和产能报告制度，加强中标药品抽检，实行市场清退制度。建设药品追溯系统，明年底前率先实现疫苗和国家集中采购使用药品“一物一码”，并可由公众自主查验。三是制定实施国家用药管理办法。推动医疗机构首先使用国家基本药物和医保目录药品。加强医院药事管理，依法查处不合理用药行为。建立健全药品价格常态化监管机制。在总体不增加患者负担的前提下，稳妥有序试点探索医疗服务价格的优化。四是推进医保支付方式改革。原则上对同一通用名相同剂型和规格的原研药、通过一致性评价的仿制药等实行相同的支付标准。探索更加高效的药品货款支付办法。

会议还研究了其他事项。

五、北京：发布2019年劳动人事争议仲裁十大典型案例

来源：新华网

摘要：近日，为促进用人单位合法合规用工，引导劳动者依法理性维权，北京市人社局发布了 2019 年劳动人事争议仲裁十大典型案例。

Abstract: Recently, in order to promote the legal and compliant employment of employers and guide workers to safeguard their rights rationally according to law, the Beijing Municipal Bureau of Human Resources and Social Security released 10 typical cases of labor and personnel dispute arbitration in 2019.

据悉，此次公布的劳动人事争议仲裁典型案例涉及特殊工时工作制、竞业限制、劳动合同的履行变更和解除、开具离职证明、经济补偿计算基数、解除聘用合同等较为常见的劳动人事争议。为便于理解，相关部门对这十大典型案例进行了评析。

北京市人社局介绍，近年来，北京市劳动人事争议仲裁机构稳步提升劳动人事争议处理效能，今年前三季度，受理劳动人事争议案件 9.3 万余件，同比增长 37.4%；结案率达到 90.2%，其中调解率达到 50%。

北京市人社局相关负责人表示，为应对案件增长压力，劳动人事争议仲裁机构加强争议提前介入、前端处置，落实街乡争议预防调解工作机制，健全争议协商、调解、仲裁、诉讼等多元化解体系；推动劳动人事仲裁工作更加规范化、标准化、专业化、信息化，稳步提升劳动人事争议处理效能。

六、浙江：劳动人事争议调解仲裁网络平台正式上线

来源：浙江工人日报

摘要：浙江劳动人事争议调解仲裁网络平台近日正式上线，该平台的上线标志着浙江省“互联网+调解仲裁”迈入了新的阶段，劳动人事争议调解仲裁实现“零跑次”。据悉，浙江劳动人事争议调解仲裁网络平台是全国第一个集成在线调解和在线仲裁并实现全流程在线办理的劳动人事争议维权平台。

Abstract: Zhejiang Labor and Personnel Dispute Mediation and Arbitration Network Platform has been officially launched recently. The launch of the platform marks the "internet plus Mediation and Arbitration" in Zhejiang Province has entered a new stage, and labor and personnel dispute mediation and arbitration has achieved "zero runs". It is reported that Zhejiang Labor and Personnel Dispute Mediation and Arbitration Network Platform is the first labor and personnel dispute rights protection platform in China that integrates online mediation and online arbitration and realizes online handling of labor and personnel disputes throughout the process.

据了解，该平台由省人社厅与省劳动人事争议仲裁委员会共同开发，具有以下几个方面的亮点：

可在线办理。调解仲裁网络平台包括电脑端和手机端，当事人可以通过登录“浙江劳动人事争议调解仲裁网”，或点击浙里办 APP 服务大厅中的人社综合服务专区，申请调解、申请仲裁、提交证据、参加视频调解和在线庭审，还可以查看案件进度、查收调解仲裁法律文书等操作，实现足不出户在家办理调解、仲裁事务。

在线开庭便捷审理。调解仲裁网络平台摆脱现场面对面庭审的传统模式，实现了任何一方当事人登录平台电脑端即可参加仲裁庭审。不管你在哪个城市，只要有稳定的网络环境，配备电脑、摄像、话筒等设施，在规定的时间内都可以参加在线庭审和在线调解。

电子文书一键达。当事人同意采取电子送达方式的，仲裁机构可通过平台向

其送达受理通知书、举证通知书、开庭通知书等程序性文书。当事人接到仲裁机构短信通知后，只需登录平台，即可签收、查阅相关文书，无需再到现场领取。

线上线下可切换。打破线上和线下的鸿沟，实现了网络平台和仲裁机构的融合。线下申请的案件，只需登录调解仲裁网络平台启用案件关联码关联案件，即可实现线上办理调解仲裁事务。线上申请的案件，只需带上身份证到仲裁机构即可线下现场当面办理调解仲裁事务。

七、浙江：出台政策保障新业态从业人员休息权

来源：新华网

摘要：浙江省人力资源和社会保障厅近日发布优化新业态劳动用工服务的指导意见，要求尊重新业态劳动用工的市场规律，建立健全新业态劳动用工管理制度，有效保障新业态从业人员休息权。

Abstract: Zhejiang Provincial Department of Human Resources and Social Security recently issued guidance on optimizing labor and employment services under the new business model, requiring respect for the market rules of labor and employment under the new business model to establish and perfect the labor and employment management system for new business models and effectively protect the employees' right to rest.

据了解，近年来电子商务、网约车、网络送餐、快递物流等新业态经济在浙江蓬勃发展，吸纳了大批劳动力就业创业，相伴而生的劳动用工问题也逐步显现。意见提出，新业态企业和新业态从业人员协商一致意见，可以在劳动合同或者相关协议中明确具体休息休假或者经济补偿办法，经当地人力社保部门批准后，可以根据生产实际情况实行特殊工时制度。业务清淡时，可以采取集中放假、轮岗轮休、待岗培训等方式，尽量做到少裁员或者不裁员，促进就业稳定。

在劳动关系、社会保险保障方面，意见要求与新业态企业建立劳动关系的新业态从业人员，应当依法参加社会保险，企业应当与其依法签订书面劳动合同，劳动合同的期限由双方协商确定。发挥新业态用工主体作用的平台，可以为从业人员以全省上年度职工月平均工资为基数单险种参加工伤保险。

浙江省人社厅相关负责人表示，要尊重新业态劳动用工的市场规律，对存在的问题要包容，出台管理政策要稳妥审慎，防止一上来就管死。

八、四川：发布了《2018 年度四川人社依法行政蓝皮书》和《2018 年度四川人社典型案例白皮书》

来源：中国网

摘要：近日，四川省人社厅召开专题座谈会，发布了《2018 年度四川人社依法行政蓝皮书》和《2018 年度四川人社典型案例白皮书》(以下简称《白皮书》)。其中，《白皮书》中公布了有关劳动纠纷相关处理的 2018 年的 30 个典型案例。

Abstract: Recently, the MOHRSS Sichuan held a special symposium and released the 2018 Blue Book of Sichuan People's Social Administration According to Law and the 2018 White Paper on Typical Cases of MOHRSS Sichuan (hereinafter referred to as the White Paper). Among them, the White Paper published 30 typical cases in 2018 related to the handling of labor disputes.

据了解，这是四川省人社厅第一次编写《蓝皮书》和《白皮书》。《蓝皮书》共有三个部分的内容，总结分析了 2018 年度法治人社建设情况、“七五”普法

中期情况以及 2018 年度行政复议和行政应诉案件统计分析情况。2018 年，省人社厅围绕“民生为本、人才优先”工作主线，推进依法行政，检查用人单位 4.6 万户，查办和协调处理案件 1.6 万件，累计为劳动者追发工资待遇 9.9 亿元，责令补缴社会保险费 0.4 亿元。

《白皮书》包含了行政争议、劳动保障监察、劳动人事争议等三类典型案例共 30 个，均已办结且具有指导意义。分析全书案例，可发现 60%的行政争议案例与工伤认定有关，比如“参加单位球赛受伤是否算工伤”“参加单位旅游受伤是否算工伤”；60%的劳动保障监察案例与工资有关，比如“劳动关系不明欠薪”“拒不支付劳动酬”；劳动人事争议包含了许多反映不同劳动关系问题的相关案例，比如“实施不定时工作制劳动者是否获得加班工资”“医疗期满后用人单位是否可以解除或终止劳动合同”。“2018 年，四川省人社系统累计办理了复议应诉案件、劳动保障监察案件、劳动人事争议仲裁案件分别达到 0.23 万件、1.6 万件、4.2 万件，在依法办理过程中遇到了很多新问题、新情况。”据四川省人社厅相关负责人表示，《白皮书》正是基于这个原因而编汇，其中对办案过程中的热点、难点进行了研究整理。

座谈会上，与会专家高度评价了《蓝皮书》和《白皮书》，一致认为这两本书的编写，是“以案示法、以案普法”的范例，为人社系统、各级人民法院以及企业在预防和处理同类案件时提供了参考。同时，与会专家在人社宣传、多方合作、数据共享、理论调研以及普法工作等方面提出了建议和意见。

胡斌在总结讲话中强调，依法行政是人社工作的根，必须强化人社系统的法治意识，用法治思维和法治方式解决问题；人社工作是“良心事、技术活”，人社服务应以善意筑底、公正开道、精致作为；要服务民生、传递温暖，以善良之心、智慧之心、勇敢之心，依法推进人社工作，书写新时代人社事业新篇章。

法规名称：《安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会纪要》

Regulation: Minutes of the Seminar on Labor and Personnel Dispute Arbitration Cases in Anhui Province

公布部门：安徽省劳动人事争议仲裁院

Publishing department: The Arbitration Court of Labor and Personnel Disputes in Anhui Province

公布日期：2019年11月11日

Publishing date: Monday, November 11, 2019

施行日期：2019年11月11日

Implementing date: Monday, November 11, 2019

概要：近日，安徽省劳动人事争议仲裁院结合各地的反馈意见，形成《安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会纪要》（以下简称《纪要》），供全省各级劳动人事争议仲裁委员会办案时参考。

Abstract: Recently, The Arbitration Court of Labor and Personnel Disputes in Anhui Province, in combination with feedback from all over the country, has formed the "Minutes of the Seminar on Labor and Personnel Dispute Arbitration Cases in Anhui Province" (hereinafter referred to as "Minutes") for the reference by labor and personnel dispute arbitration committees at all levels throughout the province.

重点：

Highlights:

一、处理劳动关系争议方面

Dealing with Labor Relations Disputes

1、《纪要》确认受理劳动关系争议案件时必须以双方对劳动关系有争议为前提；如无争议，该案件将不被受理或者将被撤销。北京、上海等地对该类争议并无此限制。详见《纪要》第一条。

Minutes confirmed that the acceptance of labor relations dispute cases must be based on the premise that both parties have disputes over labor relations. If there is no dispute, the case will not be accepted or will be cancelled. Beijing, Shanghai and other places are not subject to this restriction on such disputes. For details, see Article 1 of the Minutes.

2、《纪要》确认劳动关系争议不适用调解，只能由仲裁委裁决是否存在劳动关系。其他地区实践中基本也是如此处理。详见《纪要》第二条。

Minutes confirmed that mediation is not applicable to labor relations disputes, and only the Arbitration Commission can decide whether there is labor relations. In practice in other regions, this is basically the same. For details, see Article 2 of the Minutes.

二、未享受养老保险待遇的超法定退休年龄（以下简称“超龄”）就业人员在原用人单位继续工作的劳动关系认定方面

Employees who do not enjoy the pension insurance benefits beyond the legal retirement age (hereinafter referred to as "over age") shall continue to work in the original employer's labor relations

《纪要》明确未享受养老保险待遇的超龄就业人员，在原用人单位继续工作的，双方将被认定为劳动关系；但此种情形下用人单位与劳动者均有单方终止劳动关系的权利，并且用人单位无需支付终止劳动合同经济补偿。但是，如果用人单位对劳动者未享受职工基本养老保险待遇存在过错的，则需要支付终止劳动合同经济补偿。详见《纪要》第三条。

Minutes clearly stated that if the over-age employees who did not enjoy the old-age insurance benefits continue to work in the original employer, both parties will be

recognized as labor relations if they continue to work in the original employer. However, in this case, both the employer and the employee have the right to unilaterally terminate the labor relationship, and the employer is not required to pay economic compensation for the termination of the labor contract. However, any employer who is at fault in not enjoying the basic old-age insurance benefits for employees needs to pay economic compensation for termination of the labor contract. For details, see Article 3 of the *Minutes*.

三、用人单位依据《劳动合同法》第三十九条解除劳动合同的合理行权期限方面
In terms of the reasonable exercise period for the employer to terminate the labor contract according to Article 39 of the *Labor Contract Law*

《纪要》明确用人单位依据劳动合同法第三十九条规定为由进行解除劳动合同的，应在一年内行使解除权，否则将被认定为违法解除。对于行使解除权的合理期限，天津地区规定六个月。详见《纪要》第四条。*Minutes* clearly states that any employer who rescinds a labor contract on the basis of Article 39 of the *Labor Contract Law* shall exercise the right of rescission within one year, otherwise it will be deemed as illegal rescission. As for the reasonable time limit for exercising the right of cancellation, Tianjin region is stipulated to be six months. For details, see Article 4 of the *Minutes*.

四、劳动者依据《劳动合同法》第三十八条主张解除劳动合同经济补偿的合理行权期限

According to Article 38 of the *Labor Contract Law*, all employees advocate the reasonable exercise period of economic compensation for termination of the labor contract.

《纪要》明确劳动者依据《劳动合同法》第三十八条规定提出被迫辞职主张解除劳动合同经济补偿的，应当在一年内行使解除权，如超期仲裁委将不再支持经济补偿金。北京也有类似规定。详见《纪要》第五条。The *Minutes* clearly states that according to Article 38 of the *Labor Contract Law*, employees who propose forced resignation to claim the termination of labor contracts for economic compensation shall exercise the right of termination within one year. If the extended arbitration committee no longer supports economic compensation. Similar regulations

also exist in Beijing See Article 5 of the *Minutes*.

五、不具备用工主体资格的组织或自然人招用的劳动者发生工伤后，要求确认与具备用工主体资格的发包方存在劳动关系方面

After employees employed by organizations or natural persons who do not have the qualification of employment subject suffer from work-related injuries, it is required to confirm the existence of labor relations with the employer who has the qualification of employment subject.

根据《纪要》，违法发包中组织或自然人招用的劳动者享受工伤保险待遇，可以不以认定存在劳动关系为前提。详见《纪要》第七条。

According to the *Minutes*, any employee who is employed by an organization or a natural person in illegal contract awarding and enjoys work-related injury insurance benefits may not be deemed to have labor relations as a prerequisite. For details, see Article 7 of the *Minutes*.

六、解除劳动合同的意思表示如何行使方面

How to Exercise the Intention of Dissolving Labor Contract

《纪要》明确劳动者可以以申请仲裁要求解除劳动合同方式行使解除权，这与上海等地的司法实践不同。详见《纪要》第九条。

Minutes made it clear that laborers can exercise the right to terminate labor contracts by applying for arbitration, which is different from judicial practice in Shanghai and other places. For details, see Article 9 of the *Minutes*.

七、事业单位与其普通聘用制工作人员在聘用合同中约定违约金的，适用《劳动合同法》方面

Where a public institution and its ordinary employees stipulate liquidated damages in the employment contract, the Labor Contract Law shall apply

《纪要》明确事业单位与其普通聘用制工作人员在聘用合同中约定违约金的，适用《劳动合同法》，这区别于全国其他地区，各地一般认为不适用劳动合同法规定而应适用事业单位相关规定支持违约金约定。另外，上海明确规定，事业单位对其聘用制人员约定违约金条款仅限于服务期和保守商业秘密两个方面。详见《纪要》第十一条。

Minutes made a clear that Where a public institution and its ordinary employees

stipulate liquidated damages in the employment contract, the Labor Contract Law shall apply. This is different from other parts of the country, where the provisions of the *Labor Contract Law* are generally not applicable, but the relevant provisions of public institutions should be applied to support the liquidated damages agreement. In addition, Shanghai clearly stipulates that the contractual penalty clauses for employees employed by institutions are limited to two aspects: service period and keeping business secrets. For details, see Article 11 of the *Minutes*.

八、仲裁委员会对劳动者与用人单位达成的有给付内容的协议的审查方面

The Arbitration Commission examines the agreements reached between the employees and the employer with payment contents.

对于劳动者与用人单位达成的有给付内容的协议,各地司法机关一般审查是否违反法律法规、存在欺诈、胁迫、乘人之危或显失公平的情形,《纪要》则进一步规定还需对基础事实进行审查,因此用人单位除提供协议外还应对基础事实进行举证。详见《纪要》第十二条。

For the agreement between employees and employers with payment content, local judicial organs generally review whether there is violation of laws and regulations, fraud, coercion, taking advantage of people's danger or obviously unfair. The *Minutes* of the Meeting further stipulates that the basic facts need to be reviewed, so the employer shall provide evidence of the basic facts in addition to the agreement. For details, see Article 12 of the *Minutes*.

新法规链接：

安徽省劳动人事争议仲裁案例研讨会纪要

2019年8月，全省劳动人事争议仲裁院案例研讨会召开，各市、部分县（市、区）仲裁院院长和业务骨干参加会议，省高院民一庭、省人社厅调解仲裁处应邀派员参加。会议就各地报送的典型疑难案例和仲裁仲裁办案过程中遇到的相关问题进行研讨，并提出具体处理意见。结合各地的反馈意见，现纪要如下，供全省各级劳动人事争议仲裁委员会办案时参考。

一、仲裁委员会受理确认劳动关系争议案件，以劳动者与用人单位对双方劳动关系有争议为前提，对于劳动者与用人单位对双方劳动关系没有争议的仲裁申请，仲裁委员会不予受理；受理后发现的，撤销案件。

二、仲裁委员会处理确认劳动关系争议案件，不适用调解，审查重点包括但不限于确认劳动关系目的、双方争议焦点、用工事实以及其他证明存在劳动关系的劳动合同、录用人员登记表、考勤表、工资表、银行代发工资流水、会计档案等原始证据。

三、劳动者达到法定退休年龄前与用人单位建立劳动关系，超过法定退休年龄后未享受职工基本养老保险待遇，仍继续为该用人单位提供劳动的，应当认定双方劳动关系延续，但用人单位与劳动者均有单方终止劳动关系的权利。用人单位单方终止劳动关系的，除用人单位对劳动者未享受职工基本养老保险待遇存在过错的外，劳动者主张经济补偿的，仲裁委员会不予支持。

四、用人单位依据《劳动合同法》第三十九条解除劳动合同的，应当在合理期限内行使解除权；用人单位知道或应当知道劳动者具有《劳动合同法》第三十九条相应情形超过一年（相应情形呈连续或持续状态的，从相应行为终了之日起计算）解除劳动合同，且解除劳动合同前劳动者仍在用人单位工作的，应当认定为违法解除。

五、劳动者依据《劳动合同法》第三十八条主张解除劳动合同经济补偿的，应当在知道或应当知道用人单位具有《劳动合同法》第三十八条相应情形的一年（相应情形呈连续或持续状态的，从相应行为终了之日起计算）内提出；超过一年的，仲裁委员会不予支持。

六、关联单位混同用工的，应当依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号），结合劳动者工作地点工作内容、日常管理、劳动合同订立、社会保险费缴纳等情况，综合评判确认劳动关系，对于劳动者涉及给付内容的诉求，可根据劳动者的请求，结合实际情况，裁决其中一个用人单位承担责任或者相关关联单位承担连带责任。

七、建筑施工等用人单位将工程(业务)发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者发生工伤后，要求确认与具备用工主体资格的发包方存在劳动关系的，应当具体情况具体分析。对于不符合劳动关系构成要件的，可以参照最高人民法院2011年民事审判会议纪要的相关规定，不认定劳动关系，也可以在仲裁裁决书查明事实部分详细记载工程(业务)层层分包的事实，以及在仲裁裁决书裁决理由部分作出不认定劳动关系但应当承担用工主体责任或工伤保险责任的表述。对于符合劳动关系构成要件的，应当认定为劳动关系。

八、认定是加班还是值班，应当结合劳动者日常工作岗位工作内容、工作强度、工作量，用人单位有无提供休息场所，劳动者能否休息等综合评判。劳动者认为是加班，用人单位认为是值班的，由用人单位承担举证责任。

九、解除劳动合同的意思表示应当向合同当事人发出，但意思表示可以直接进行，也可以间接进行。对于劳动者未先向用人单位提出，而直接申请仲裁要求解除劳动合同的，不宜以解除权属于当事人，应当先向用人单位提出为由不予受理或驳回申请。对于劳动者已实际离职的，可以裁决确认双方劳动合同解除。

十、《劳动合同法实施条例》第二十三条规定的用人单位依法终止工伤职工劳动合同应当支付经济补偿的“终止”情形，系《劳动合同法》第四十四条第一、四、五项所列情形。

十一、事业单位与其普通聘用制工作人员在聘用合同中约定违约金的，适用《劳动合同法》有关规定。

十二、仲裁委员会审查劳动者与用人单位达成的有给付内容的协议，除对当事人意思表示真实性、协议内容合法性进行审查外，还需要对协议内容所依赖的基础事实进行审查。

十三、本纪要有关条款，今后如与国家法律、法规、政策不一致的，按国家有关规定执行。

各地依照本经要办理劳动人事争议仲裁案件中遇到新情况新问题,请及时告知省劳动人事争议仲裁院。

安徽省劳动人事争议仲裁院

2019年11月11日

员工被行政拘留，用人单位应如何单方解除劳动合同？

How should the employer terminate employment contract unilaterally if an employee is being held under administrative detention?

保华律师事务所 丁在锋

Baohua Law Firm Ding Zaifeng

用人单位与员工劳动合同履行期间，时常会出现员工被“行政拘留”暂时无法履行劳动合同的情形，此时用人单位能否以“行政拘留”或以其他理由解除劳动合同？如何操作才能将解除风险降至最低，这是本文所探讨的问题。

During the performance of the employment contract between the employer and the employee, it is frequently found that an employee is under administrative detention and is unable to perform the employment contract temporarily. At the moment, whether the employer can terminate the employment contract for the reason of administrative detention or other reasons? Therefore, this article is intended to discuss the question on how to minimize the risks of employment termination.

一、 行政拘留¹是否属于劳动合同解除法定事由？

对于被行政拘留的员工，用人单位往往倾向于立即解除劳动合同且不支付任何经济补偿。《劳动合同法》第 39 条规定了六种可以立即解除劳动合同且不支付任何经济补偿的情形：“（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。”该六项情形中并无提及行政拘留情形。实践中用人单位常常对第（六）项“被依法追究刑事责任”缺乏正确理解，这里其实涉及“被依法追究刑事责任”“刑事拘留”、“行政拘留”三个不同概念的区分。

追究刑事责任是指公民因犯罪行为被认定为有罪并予以刑事处罚的行为，包括被人民法院判处刑罚（刑罚包括：主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑：罚金、剥夺政治权利和没收财产）的；被人民法院依据《刑法》第 37 条免于刑事处罚的。劳动者有以上情形的，用人单位可以根据人民法院的司法文书直接予以解除劳动合同；对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚，没有被追究刑事责任，用人单位不能按本项规定解除劳动合同。

刑事拘留，是指公安机关、人民检察院对于现行犯或者重大嫌疑分子，在遇有法定紧急情况下依法采取的临时剥夺人身自由的一种强制措施。刑事拘留仅是被追究刑事责任之前的一个阶段，尚未到人民法院审理判决阶段，所以刑事拘留不等同于追究刑事责任。被刑事拘留人员属于犯罪嫌疑人，单位不能直接以此为由予以解除劳动合同。劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知第 28 条规定“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。”上海、江苏、山东等多地均有关于劳动合同中止的相关规定。故对刑事拘留人员，用人单位可以按劳动合同中止处理。

¹劳动合同履行期间，员工因人身自由受限无法出勤工作的情形比较多，本文仅探讨受“行政拘留”一种情况。

行政拘留，根据《治安管理处罚法》之规定，是治安管理处罚种类中的一种，属于最严厉的行政处罚，通常适用于严重违反治安管理但不构成犯罪，而警告、罚款等行政处罚尚不足以惩戒的情况。可见，行政拘留不属于犯罪，也就不存在追究刑事责任的问题，因此，用人单位不能直接以《劳动合同法》第三十九条第六项规定“劳动者被依法追究刑事责任”为由对行政拘留人员解除劳动合同。

二、“行政拘留”可否规定为严重违反规章制度情形予以解除劳动合同

在行政拘留不能作为劳动合同解除法定情形的情况下，用人单位可以选择的解除情形就只有《劳动合同法》第三十九条第二项规定的“严重违反规章制度”予以解除劳动合同。劳动者存在哪些情形算是严重违反规章制度，可以由用人单位结合自身情况通过民主程序予以界定，如将“受到行政拘留”等作为严重违纪情形之一，以此为由解除员工便有了制度依据。用人单位将受行政拘留列为可以解除劳动合同的事由，实践中主要有两类做法：对行政拘留设置一定条件如与工作有关，或者不限定行政拘留条件。

1、规章制度对行政拘留设置了条件

用人单位对行政拘留设置的条件一般多为与工作原因相关或者对用人单位造成损害。劳动者违法行为与工作原因相关或对用人单位产生损害，用人单位予以纪律处罚完全合理。对此种规定，实践中较少发生劳动争议；即使发生劳动争议，如条件成就，司法部门一般会支持用人单位，但如制度规定的条件不成就，则解除行为会被认定为违法解除。

例如广东（2016）粤 0304 民初 11667 号案例，公司员工黄某因赌博被公安机关行政拘留 15 天，公司以严重违纪予以解除。但法院认为，根据双方签订的《员工承包合同补充协议（一）》约定“乙方（原告）因……与工作有关的原因被行政拘留，甲方（被告）可以单方面解除承包合同及劳动合同”，但本案中原告非因工作原因被行政拘留，故被告以原告被行政拘留为由解除劳动合同的理由不成立。因此，应当认定被告构成违法解除劳动合同。

又如浙江（2019）浙 0604 民初 1523 号案例，公司员工因盗窃被公安机关行政拘留，公司以违纪解除了劳动合同。但法院认为，被告以原告盗窃红酒被公安

机关行政拘留的行为违反员工手册的规定为由，将原告作辞退处理。公司员工手册载明“在公司内外参与赌博或做其它违法乱纪行为，使公司名誉受到损失，公安机关找到公司的当事人作辞退处理”，被告并未举证证明原告的行为使公司名誉受到了损失，法院认定公司系违法解除。

2、规章制度对行政拘留不限定条件

当劳动者违法行为与工作原因无关时，如单位以被行政拘留严重违反规章制度为由解除劳动合同常常会发生劳动争议。反对者一般认为劳动者因其违法行为已经承担了法律责任即被拘留，在违法行为与用人单位无关也未对用人单位产生损害的情况，用人单位无权予以纪律处罚。支持者则认为用人单位对违法行为予以纪律处罚与公安部门的行政处罚并不矛盾，劳动者因拘留而不能提供劳动也必然会对用人单位产生不利影响。从司法实践来看，近年的大量此类案件中，在用人单位已有制度规定行政拘留可立即解除劳动合同的情况且未限定条件的情况下，劳动者被行政拘留的情形无论是否与工作岗位相关抑或是否在工作时间，用人单位的解除行为基本都可获得司法部门支持。

例如北京（2016）京01民终6713号案例，公司员工郭某因赌博被公安机关行政拘留10天，公司以严重违纪予以解除，其中公司的《员工违规行为处理办法》规定“员工有下列情形之一的，解除劳动合同：（四）因赌博……等违法行为受到治安处罚的。”对此，法院认为，郭某因赌博被公安机关处以拘留10日的行政处罚，其行为严重违反公司的相关规章制度，公司解除劳动合同的行为有事实及法律依据。郭某虽主张其未参与赌博，但没有提起行政复议或行政诉讼。郭某存在因赌博被行政拘留10天的事实，而《员工违规行为处理办法》规定存在该行为可解除劳动合同，故公司的解除行为并无不当。

又如广东（2016）粤01民终7564号案例，法院认为，本案中，杨某参赌被处以行政拘留10日并导致缺勤，尽管杨某是在下班后参赌，但该行为符合公司员工手册“因刑事拘留的、治安拘留及有其他违法行为被公权机关限制人身自由，导致缺勤二天或以上的”关于可予解除劳动合同的规定。因此，公司解除并无不当。

根据以上分析，当用人单位规章制度中明确将“行政拘留”列为严重违纪情形，以此为由处理受行政拘留员工的，普遍能够获得支持，但如果用人单位自行增加了例外条件，但又无法证明例外条件成就的，则用人单位的解除行为照样因不符合自身规定而导致违法解除。同时，用人单位对员工的违纪处分应遵循“一事不二罚”的原则，否则对员工的重复处分行为将难以得到支持。例如内蒙古（2017）内 06 民终 2216 号案例，公司以杨某多次受到行政拘留为由解除劳动合同，但法院认为，杨某虽在 2014 年前因吸食毒品被公安机关两次行政拘留和一次社区戒毒，属于严重违反用人单位规章制度情形，但公司在 2014 年初知情时并未与杨某解除劳动关系，而是对杨某作停岗 3 个月、扣除工资 3 个月等处罚，并为杨某调整工作岗位，双方继续履行劳动合同。公司的上述行为足以使劳动者相信其不再因此前吸毒行为而被解除劳动合同。公司虽称 2016 年才知杨玉飞除 2013 年吸毒一次外还有 2010 年一次吸毒情形，但两次吸毒与一次吸毒对于其所从事的工作岗位来讲并无差别，且此后杨某提供的证据显示再未吸毒，而今公司再以杨某吸毒要求解除劳动合同违反诚信原则，本院不予支持。

三、 规章制度未将“行政拘留”规定为严重违纪，公司可否以旷工为由予以解除劳动合同？

实践中还有大量用人单位规章制度的条款相对简单，并未将行政拘留单独规定为严重违纪情形。当面临员工被行政拘留问题时，用人单位常常以员工行政拘留期间构成旷工为由予以违纪解除。对此，司法实践中有较大分歧，焦点在于员工被行政拘留是否构成旷工？

1、支持按旷工解除的，认为行政拘留并非不到岗上班的正当理由，员工缺勤构成旷工

上海（2016）沪 0114 民初 4244 号案例中，法院认为，根据查明事实，员工因不满被告调动工作岗位而作出过激行为，公安机关因此作出行政拘留 5 日的处罚，员工因被公安机关行政拘留而未上班。被告在征求工会意见后以长期旷工为由作出解除劳动合同的决定。员工辩称称其因被行政拘留而未上班，并不属于旷

工行为。法院认为所谓旷工是指无正当理由不到岗工作的行为，而员工被行政拘留并非属于不到岗上班的正当理由，且员工系因有扰乱被告单位秩序的违法行为而被拘留，企业根据员工奖惩管理办法的规定解除劳动合同，不存在违法之处。

又如江苏（2015）镇经丁民初字第0002号案例，法院认为，本案中公司解除与员工劳动合同依据的主要事实是员工于2014年9月1日至9月3日未经批准不到岗上班，且事后亦未依规定补假。现员工诉称不到岗上班的客观理由是因嫖娼被处以行政拘留。究其根源，员工对是否实施嫖娼行为并非无法选择，对行政处罚限制人身自由的后果亦非不可预见，员工选择作出该项违法行为即应承担相应不利的法律后果，故被处以行政处罚并非员工不到岗上班的正当理由。另公司规章制度已对请假手续及未请假可能产生的后果进行了明确规定，员工应予以遵守，现其在无正当理由，且未依规办理请假及补假手续的情况下不到岗上班，公司依规对其作出旷工处理，并无不当。

2、不支持按旷工解除的，认为行政拘留属于客观原因无法出勤，员工缺勤不构成旷工

实践中，认定行政拘留不构成旷工的案例不在少数，并且即便是对嫖、赌、毒等严重危害社会秩序和公序良俗的行为而受到行政拘留的，有很多司法人员也认为员工无法出勤非主观原因所致。因此，以旷工为由解除受拘留员工时，用人单位应当慎重，需要对当地的司法案例进行检索，以充分了解当地的司法口径。广东粤07民终1016号案例，法院认为，本院认为，颜高升因赌博行为被公安机关予以行政拘留，其人身自由被限制，不能正常工作，因此不应认定其无正当理由连续旷工。

山东鲁02民终1958号案例，齐某涉嫌嫖娼被行政拘留10日，公司以旷工为由予以解除。法院认为，本案中，齐某未能到单位上班系因被公安机关限制人身自由，并不属于无故旷工，而德丰公司未了解核实相关情况、未给齐某申辩的机会，即以旷工为由解除了与齐某的劳动合同，依据不足。

通过以上案例可以看出，同样是在规章制度有规定的情况下，用人单位直接以行政拘留构成违纪的条款解除比以旷工的条款解除，得到支持的可能性明显要高。但是，除以上情形外，还有一些用工很不规范的用人单位，没有有效的规章

制度或者规章制度中没有任何可引用的条款解除受行政拘留的员工，此时，公司能否以违反公序良俗、劳动纪律等予以解除？这是争议更大的一个问题，而用人单位以上为由解除成功的概率就更低了，本文不展开分析。

四、 实操建议

通过以上分析可以看出，当出现劳动者被行政拘留的情形时，如何选择解除条款与理由至关重要。为将解除的法律风险降至最低，用人单位若辞退被行政拘留劳动者，应注意以下几点：

1、在劳动合同或规章制度中制订相关条款

首先，应将行政拘留情形直接列为严重违纪条款。如“因违反法律行政法规而被行政拘留的，属于严重违纪，公司可解除劳动合同。特别说明，用人单位对违法违规行为予以零容忍，无论员工因何行为被行政拘留，亦不论该行为发生在用人单位内外或是否与工作相关，一经出现行政拘留即适用严重违纪解除。”

其次，对旷工行为予以明确界定。如“员工连续或累计旷工达三天及以上的，公司将按严重违纪解除。旷工除一般理解上的员工无正当理由不出勤工作，未按单位要求履行请假手续，以虚构或不实理由请假等，还可以列明被行政拘留等因自身违法或过错原因导致人身自由受限不能请假等情形。”

再次，做好其他兜底条款。如“员工行为有悖诚实信用、违反公序良俗、有违劳动者的基本职业道德或劳动纪律的，相关行为不论是否发生在公司范围内，不论是否与本职工作相关，亦不论是否给公司造成不良影响，均构成严重违纪，公司可立即解除劳动合同。”

最后，对于上述涉及劳动者直接利益的规章制度需履行民主流程，并告知员工，否则用人单位同样面临因程序瑕疵而导致败诉的风险。

2、直接解除风险较高时可考虑中止劳动合同的履行

根据《治安管理处罚法》的规定，被处罚人不服行政拘留处罚决定，申请行政复议、提起行政诉讼的，可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请，由公安机关决定是否继续执行拘留。如果公安机关继续执行。被行政拘留后，相对人（员工）也可以提起行政复议或者行政诉讼。

如果在用人单位作出解除劳动合同之前员工即提出了行政复议或行政诉讼，此时用人单位不应急于以“行政拘留”为由解除劳动合同。行政拘留是否成立虽暂未确定，但员工仍旧无法出勤工作却是事实，所以用人单位可以审查一下规章制度的条款，看是否有机会用旷工条款予以解除劳动合同。如果因员工的行政拘留处于行政复议或行政诉讼阶段，而用人单位的规章制度又欠缺恰当的以旷工为由的解除条款，此时直接解除风险较高，用人单位可以考虑用上述劳动合同中止的规定予以操作，员工行政拘留期间及行政复议或诉讼期间，不向员工支付工资，同时向相关部门申请办理暂停社保和公积金的缴纳手续，待员工的行政拘留有定论后，再考虑劳动关系的解除或者恢复履行。。

劳动法律与人力资源管理的和谐共存



2006年,《中华人民共和国合同法(草案)》向社会公开征求意见,笔者曾撰文对劳动合同法草案提出了一些质疑,并在第一时间以书面形式向全国人大递交了长篇意见¹。让笔者未曾预料的是,笔者在这篇文章中的一小段话却引发了劳动法学界的争论。

笔者认为,《劳动合同法(草案)》“将大量的强制标准借助行政管制的力量,伸入企业的管理空间,从而使用人单位的管理空间大大压缩。当用人单位没有基本的管理权时,企业也将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的安置机构。国外先进的人力资源管理模式与中国的劳动法律制度将发生全面的碰撞”。²许多劳动法学者也纷纷就劳动法与人力资源管理理论的社会属性以及相互关系进行了讨论。

一、劳动法律与人力资源管理理论的社会属性

笔者这段“劳动法律应当为人力资源管理留出空间”的论述遭致一批劳动法学者的激烈批评,他们认为这是“对劳动法的挑战”,犯了“方向性错误”,“难逃资方代言人之嫌”,“立场昭然若揭”。更有学者认为,笔者的主张若要实现,“除非废除劳动法,回到民法调整时代”³。这种批评基本上是以我国劳动法学界广为流传的“劳资冲突说”为依据的。

劳动者在劳动过程中与用人单位发生的关系,《中华人民共和国劳动法》称之为劳动关系,随着劳动合同法的争鸣,这一称谓正在一些学者的笔下发生着某种变化。主张“劳资冲突说”的学者正在用“劳资关系”的称谓来取代“劳动关系”。我国台湾地区学者黄越钦早就指出:劳动关系、劳资关系、劳雇关系、劳使关系这四个概念具有不同的含义,尤其是劳动关系与劳资关系所要强调的内容是完全不同的。劳动关系是“以劳动为中心所展开,着重在劳动力、劳动者为本

董保华,论文转载自《浙江大学学报(人文社会科学版)》2008年04期。人大复印资料2008年06期《劳动经济与劳动关系》转载;人大复印资料2008年11期《经济法学、劳动法学》转载。

¹ 这一书面意见后被媒体称为万言书。内容可参见田享华《劳动合同法草案立法组成员准备递交万言书》,载《第一财经日报》2006年3月22日;董保华《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的基本定位》载《法商研究》2006年第3期,第46-53页。

² 董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析(中华人民共和国劳动合同法(草案))的基本定位》,载《法商研究》2006年第3期,第46-53页。

³ 刘诚:《论劳动合同立法的指导原则》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第2期,第30-35页。

位的思考”⁴。劳资关系则强调阶级冲突，“含有对立意味，因为劳方资方的界限分明，其所展开的关系自然包含一致性与冲突性在内”⁵。将“劳动关系”的概念改造成“劳资关系”，是为了强调“产权结构中私产已经占据相当大的地位”⁶，“过分地剥削工人”⁷。笔者认为，以阶级冲突的方式来认识劳动关系是不理智的。一些以私有制为基本经济特征的国家从社会稳定出发，也尽量回避劳资对立的提法，如日本称为劳雇关系。

我国持“劳资冲突说”的学者故意将劳动关系改造成劳资关系，以强调我国正在出现两种值得关注的趋势：“有产者阶层不仅在经济上的权利和地位不断飘升”，而“劳动者的权利和地位处于不断下降的趋势中”⁸。这些学者认为，有产者作为一个整体与劳动者这一整体，处在此消彼长、尖锐对立的状态，“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”⁹。这些学者所称的“劳资冲突”也是一种阶级冲突。“按照马克思主义的基本理论，劳资关系的实质是阶级关系。”“目前在我国国有企业劳动关系并不是阶级关系，但在私有制的企业中，劳动关系即是劳资关系，具有明显的阶级关系的性质。这种劳资矛盾的性质，并不会因为我们在主观上不予承认便不存在”¹⁰。在“劳资冲突”的思维中，劳动法律被定义为姓“劳”，人力资源管理被定义为姓“资”。

劳动法律被定义为姓“劳”。“劳资冲突说”将劳动法的原则概括为单保护原则，即保护劳动者原则，强调这是与民法区别的关键原则¹¹，并将劳动合同法理解为侵权立法，以强调劳动合同法姓“劳”的特点。“从立法假设的角度来看，劳动法是将雇主设定为侵害劳动者权利、引发劳资冲突的最直接主体而来构建法律体制的。因而，劳动法对于雇主而言更多的是限制而不是保护。”¹²

⁴ 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版。

⁵ 黄越钦还认为：“劳雇关系：以雇佣的法律关系为基础，重点在权利义务之结构；劳使关系：将所有的价值意味予以排除，只剩下技术性涵义。”参见黄越钦：《劳动法论》，（台北）政治大学劳工研究所1993年修订版，第9页。

⁶ 汪伟：《常凯：“劳资不成熟，公权需介入”》，载《新民周刊》2006年第21期，第18-21页。

⁷ 郭晋晖：《〈劳动合同法〉争论继续：谁真正代表工人利益》，载《第一财经日报》2006年4月7日，第A8版。

⁸ 常凯：《劳权保障——社会主义市场经济中之义》，载《中国劳动》2004年第1期，第227页。

⁹ 常凯：《劳权保障——社会主义市场经济中之义》，载《中国劳动》2004年第1期，第227页。

¹⁰ 常凯：《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》，中国劳动社会保障出版社2004年版。

¹¹ 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，第31-34页。

¹² 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，第31-34页。

人力资源管理被定义为姓“资”。按此种思维，从人力资源出发评价《劳动合同法》就等于站在资方立场上评价。“常凯认为：这是从人力资源出发批判《劳动合同法》得出的结论。这么做就等于完全站在资方的立场理解劳动合同法。如果完全照此，劳动合同法就变成‘工人管理法’了，这是方向性错误。”¹³“以人力资源管理理论评价劳动法的现象，形成了对劳动法的挑战”¹⁴，“看似‘公允’的言论，似乎难逃资方代言人之嫌”¹⁵，“尽管有学者声称无意成为劳方或资方代言人，但其立场昭然若揭”¹⁶。

学者的观点要归入或劳或资中做一个阶级定性，这是一种久违的现象，批评者使用的也是一种久违了的语言！然而，令人遗憾的是，批评者的观点竟然成为劳动法学界的主流观点，并对我国的劳动合同立法（尤其是曾公开讨论的一审稿）产生了实际的影响。依笔者看来，劳动合同法不姓“劳”，人力资源管理也不姓“资”，两者之间的关系更不会成为阶级对立的关系。

劳动法以劳动关系作为自己的调整对象，劳动关系本身就是用人单位与劳动者之间的关系，也必然对双方的利益进行保护。劳动关系中由于存在着强资本、弱劳工的情形，劳动法以倾斜立法作为自己的基本原则。在立法利益的分配上，劳动法也只是限定在“倾斜”上，仍给当事人的协商留出充分的余地。劳动合同法在法律规范上，仍应强调任意性规范的重要性。这些任意性规范与民法相比，又有其自身的特点，受到劳动基准法中强制性规范的严格限制。劳动合同法作为规范用人单位与劳动者之间劳动合同订立、履行、终止、变更、解除的法律，不能将其视为侵权法，也不能将劳动合同法理解为单保护。《劳动合同法》第1条最终的表述是：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”这显然兼顾了两个方面的。其中，“明确劳动合同双方当事人的权利和义务”是在强调用人单位与劳动者双方各自有其权利义务，凡权利本身就是法律应当保护的，应算是“保护双方当事人权利”的表达；“保护劳动者的合法权益”应当理解为双保护基础上的重点保护，其实也就是“倾斜保护”。

¹³ 郭晋晖：《(劳动合同法)争论继续：谁真正代表工人利益》，载《第一财经日报》2006年4月7日，第A8版。

¹⁴ 刘诚：《全球化背景下的劳动法危机及其对策》，2006年10月27日，<http://www.ldbzjy.com.cn/html/lunwenjijin/2006/1027/3203.html>，2007年4月23日。

¹⁵ 阿计：《劳动合同法：倾斜才有平衡》，载《工人日报》2006年7月10日，第5版。

¹⁶ 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006年第9期，第19-28页。

至于人力资源，根据考证，“在我国，最早使用人力资源概念的文献是毛泽东于 1956 年为《中国农村社会主义高潮》所写的按语。在按语中他写道，中国的妇女是一种伟大的人力资源，必须发掘这种资源，为建设一个社会主义中国而奋斗”¹⁷。可见，哪怕从意识形态的角度看，无产阶级也需要人力资源管理。

当然，笔者并不赞成从意识形态的角度来认识人力资源管理。人力资源管理作为一种管理科学是全人类的共同财富。企业拥有四大资源，即人力资源、物质资源、财力资源和信息资源。这四种资源恐怕很难说是姓“劳”还是姓“资”，社会主义建设无法用空手道来完成。其中，物质资源、财力资源和信息资源的利用归根到底是通过与人力资源的结合而实现的，其实现的好坏主要取决于人力资源中人力资本的利用程度以及人力资源的质量¹⁸。“人力资源管理是一种管理员工关系的战略方法，它强调开发人的潜力对获取持续竞争优势至关重要，通过结合各种员工政策、活动和实践获得这种优势。”¹⁹如果我们放弃人力资源管理，那么其他三种资源也不可能真正发挥作用，劳动者的利益也不可能得到实现。

人力资源管理作为企业的一种职能性管理活动的提出，最早源于工业关系和社会学家怀特·巴克于 1958 年发表的《人力资源功能》一书，该书首次将人力资源管理作为管理的普遍职能来加以讨论²⁰。当代著名管理学家、美国学者彼得·德鲁克曾经说过：“科技与管理是现代文明社会的两大车轮。管理在 20 世纪兴起，是历史中的一个关键事件。在人类历史上，还很少有什么事比管理的出现和发展更为迅猛，对人类具有更为重大和更为激烈的影响。”现代管理学方面，西方经济发达国家有着更为丰富的理论和实践基础。西方先进的管理理念确有很多值得我们借鉴的地方，管理科学的发展状况关系到国家的竞争力。如果我们以各种各样的理由拒绝管理理论和管理实践，将在未来激烈的竞争中付出巨大代价。

二、劳动法律与人力资源管理理论的相互关系

一些劳动法学者从劳动法与人力资源管理的阶级属性出发，引申出劳动法与人力资源管理相互关系的争议问题：其一，在是否可以用人力资源管理理论来评价劳动法时，讨论得出了人力资源管理的否定说；其二，在是否可以用人力资源

¹⁷ 董克用、叶向峰：《人力资源管理概论》，北京：中国人民大学出版社，2004 年版。

¹⁸ 卢福财：《人力资源管理》，北京：高等教育出版社，2006 年版。

¹⁹ [英]约翰·布里顿、杰弗里·高德：《人力资源管理——理论与实践》，徐芬丽等译，北京：经济管理出版社，2005 年版。

²⁰ 杨顺勇、王学敏、查建华：《人力资源管理》，上海：复旦大学出版社，2007 年版。

管理作为劳动法指导思想时，讨论得出了人力资源管理的肯定说。表面看来这是两种截然相反的学说，然而稍加分析，便会发现这是两种“同根”的理论，也走向“同果”的归宿。

（一）是否可以用人力资源管理理论来评价劳动法

一些学者认为，中国的人力资源管理必须在劳动合同法的规范下进一步完善，而不能用现有的人力资源管理理念评判《劳动合同法》²¹。在论述过程中，得出了“人力资源管理的否定说”。

一些学者认为：“人力资源的目标是增加企业竞争力，是企业管理工人的一种办法，绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资。”“我们国家的人力资源管理基本上不研究劳资关系，完全是单向度研究如何管理工人。”“常凯：人力资源管理与劳动法是两个不同的价值体系，人力资源管理的目标追求是增强企业竞争力，劳动法律的目标追求则是实现劳资力量的平衡。用人力资源管理来评判劳动合同法是本末倒置，应该依据劳动合同法来改进完善人力资源管理。”²²这种观点其实和“姓劳姓资”的思维模式一脉相承，劳动法律姓“劳”自然也就姓“社”，人力资源管理姓“资”。这些学者认为，劳动法学应当具有学科的优势地位。只有劳动法学可以评判人力资源管理，而反过来则不行。

法律科学与管理科学确实是两门学科，但任何学科都应当是平等的，可以相互借鉴和批评。管理固然不是万能的，法律也不是万能的，两者应当有自己的边界。劳动合同法讨论的是两者的边界应当如何确定。为什么可以从劳动法学角度进行评价而不能从管理科学的角度进行探讨呢？只有我的学科可以干预、评价你的学科，反之则不行，这种论述本身就说明一些学者的狭隘。劳动法是社会法的组成部分，社会法作为一门综合学科，是以兼收并蓄为其基本特点的。而狭隘的学术观则与社会法的研究方法格格不入。

在论证过程中，这些学者得出了“人力资源管理的否定说”，也充分暴露出他们对其他学科缺乏基本的了解。当代人力资源管理日益强调以人为本，绝不能用“绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资”来概括。在市场经济越来越发达的今天，人才的竞争是企业竞争的核心，人力资源开发成为企业发

²¹ 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，第31-34页。

²² 郭晋晖：《〈劳动合同法〉争论继续：谁真正代表工人利益》，载《第一财经日报》2006年4月7日，第A8版。

展的关键，企业与员工之间的沟通也越来越成为人力资源管理的基本方法。人力资源管理并不“完全是单向度研究如何管理工人”。加里·德斯勒认为，人力资源管理是指为了完成管理工作中涉及的人或人事方面的任务所需要掌握的各种管理和方针政策。具体来说，就是聘用、培训、评估、鼓励和为员工提供一个安全、公平的工作环境²³。

尽管劳动合同法立法最终并未接受劳动合同法立法的单保护观点，但这种只有劳动法学可以评价人力资源管理，反之不行的理论，以及对人力资源管理的否定性评价，最终还是影响了我国劳动合同法立法中一些具体的制度设计，导致部分世界通行的人力资源管理方法在我国被禁止。

(二) 是否可以用人力资源管理作为劳动法指导思想

在众多对笔者的批评声中，有一种观点较为独特。它一方面强调所谓劳方、资方的阶级立场²⁴，另一方面又主张将现代人力资源管理理论“作为劳动合同法立法指导理论”。在论述过程中，得出的似乎是“人力资源管理的肯定说”，其实是借人力资源管理的法律化来否认人力资源管理的存在。

一些学者在论证“现代人力资源管理理论具有作为劳动合同法立法指导理论的可行性”时认为：“劳动合同法既是劳动关系协调法，又是人力资源配置法，保护劳动者和提高人力资源配置效率是其双重目标。故追求人力资源配置效率的现代人力资源管理理论，既符合劳动合同法作为人力资源配置法的要求，也可在一定程度上与劳动合同法保护劳动者的目标相容。”²⁵在具体论述时，将公开讨论的《劳动合同法(草案)》(一审稿)中备受争议的内容(之后大部分被修改)均冠以人力资源管理的名义，例如，规章制度制定过程中的员工主导(原草案第 51 条)，加强解雇保护的措施、服务期的过严限制(原草案第 15 条)，劳动力派遣的严格管制(原草案第 40 条)。这些在法律科学中无法讲通的内容，均作为所谓现代人力资源管理中承担社会责任的措施而要求法律予以纳入。

表面看来，这种理论似乎与“姓劳姓资”的其他理论相反，非但不拒绝管理科学对于劳动法的评价，甚至将其视为自己的指导理论。如果这只是想强调立法

²³ [美]加里·德斯勒：《人力资源管理精要》，中国人民大学出版社 2004 年版。

²⁴ 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006 年第 9 期，第 128 页。

²⁵ 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006 年第 9 期，第 128 页。

应当考虑管理的要求，这无疑是正确的。可惜的是，这种观点的真正用意是要将企业的社会责任统统作为法律责任，将劳动合同法改造成人力资源配置法。

这种观点认为：“在现代人力资源管理理论中，下述观点已成为共识：员工重于利润，人力资源是企业制胜的关键；充分开发、利用智力资本是企业强大的竞争利器，对员工的使用应当与培训、开发相结合等等。这些观点已与劳动关系理论的追求趋同。可见，现代人力资源管理理论具有作为劳动合同立法指导理论的可行性。”²⁶这些人力资源管理的理念是否能直接变成法律规定呢？结论应当是否定的。劳动法作为一种底线性管理，对于一些企业目标的选择是不应当加以干预的。例如，只要企业遵守法律规定，那么，该企业是通过减少员工增加利润，还是增加员工减少利润；增加智力资本投入，还是减少智力资本投入；强调培训，还是不强调培训；甚至于重视人力资源管理，还是不重视人力资源管理，这些都只能由企业自主选择，法律并不能直接涉入这些目标的确定。

那种认为“劳动合同法既是劳动关系协调法，又是人力资源配置法”观点的核心，是将“劳动关系协调法”改造成“人力资源配置法”。其用意是要将企业应当作为管理科学的内容直接规定为法律义务。管理科学本身是建立在多样性基础上的，不同的企业有不同的文化，不同的管理模式，也可作出不同的目标选择；法律作为国家意志的体现，具有强制性与唯一性。如果我们以法律规定将所有的空间统统填塞，就等于从根本上取消了人力资源管理，其实也就回到我国计划经济时代。如果劳动合同法与人力资源管理的空间完全重合，甚至于通过法律来进行人力资源配置，国家行为与企业行为就会完全重合，最终必然是国家行为吞没企业行为，劳动合同法倒真成“工人管理法”了。

（三）两种理论殊途同归

以上“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”两种理论在对“企业社会责任”进行改造的想法下，实现了殊途同归。就前一种理论而言，对人力资源管理持否定态度，对社会责任也持否定态度，对企业社会责任运动的评价是“这一运动在中国或者只是走走过场，成为跨国公司和相关企业的‘形象工程’；或者由于这种欺骗和压制工人的做法，更加激化劳资矛盾，反而影响企业和社会的稳定和发展”。这些学者主张以劳动法对企业社会责任进行某种中国式的改造，

²⁶ 王全兴：《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》，载《法学》2006年第9期，第128页。

“将企业社会责任运动纳入我国的劳动法制轨道”。“企业社会责任实质上是企业的法律责任，这一法律责任主要是指企业在劳动法律关系中所承担的义务。²⁷就后一种理论而言，对人力资源管理持肯定态度，前提是将这种社会责任法律化，纳入劳动法律的规范。两种理论实际上并无本质区别。

三、争论的实质：劳动法律是否应当给人力资源管理留下必要的空间

劳动法律与人力资源管理的诸多争论中，其核心问题是劳动法律是否应当为人力资源管理留出空间。相当一部分劳动法学研究者的观点，从“姓劳姓资”的角度出发，透过其所谓“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”的分析方法，主张法律责任取代道德责任，实际上最终要得出劳动法律不应为人力资源管理留出空间的结论。笔者认为，劳动立法应当厘清三个关系，即道德责任与法律责任不应相互替代，公权干预与私权规范要有合理的界限，国家本位与社会本位不应混淆。

（一）道德责任与法律责任不应相互替代

“责任”一词含义广泛，是一个经济学、法学、社会学共同使用的概念。严格说来，企业社会责任只是相对经济责任来说的，法律责任是相对道德责任来说的。世界可持续发展委员会邀请 60 个企业界及非企业界社会团体，在一次国际会议中给出了企业社会责任一个较为正式的定义，即企业社会责任是企业承诺持续遵守道德规范，为经济发展做出贡献，并且改善员工及其家庭、当地整体社区、社会的生活品质²⁸。企业社会责任在法律责任和道德责任中更应偏重后者的理解。

“道德责任”没有“法律责任”的强制效力。法律责任在法律中不仅有具体的内容和履行上的要求，而且对怠于或拒不履行也有否定性的法律评价和相应的法律补救，因此它实际上是对义务人的“硬约束”。而道德责任是未经法定化的、由义务人自愿履行相应义务且以非国家强制力的其他手段作为其履行保障的责任。它存在于社会的道德意识之中，通过人们的言行和道德评价表现出来。由于这种责任不以国家强制力为其履行保障，因而它实际上是对义务人的“软约束”，

²⁷ 常凯：《企业社会责任运动纳入我国的劳动法制轨道》，载《中国党政干部论坛》2004年第3期，第25-28页。

²⁸ 王鲜萍：《解读“企业社会责任”》，载《上海企业》2004年7月，第21-23页。

是在法律义务之外对人们提出的更高的道德要求。一般说来，道德责任并没有法律责任的强制性。例如，主动捐款，资助社区活动和红十字会事业，帮助当地政府完善义务教育和公共健康保障制度，这些并不是法律上规定的应尽义务。我国一些学者批评这是“形象工程”，其实这正是道德责任的一种约束方式。企业从关心自身的形象出发来承担社会责任，对企业、对社会都是有利无弊的。人力资源管理中提倡的员工重于利润，充分开发智力资本，对员工的使用应当与培训、开发相结合等观念都只能作为“软约束”。

企业社会责任可以说是法律责任和道德责任的统一体，在一个时期作为道德责任来考虑的内容，在另一个时期可能会成为办企业的底线而成为法律责任。理解企业社会责任是法律责任和道德责任的统一体，而且更侧重后者，对于区别“企业办社会”也是有重要意义的。社会应当营造一种较高的道德要求，要求企业来关心公益事业，但不能将这种要求完全转化为法律责任，法律责任是社会的底线要求，每个企业都必须遵守。“在社会责任的核心问题上，公司之社会责任的问题与个人之社会责任的问题，原则上并无两样。这是因为在我们的社会里，个人有权追求幸福快乐，而公司则也是以追求利益为目标的。然而，个人虽有权追求幸福快乐，但其行为仍必须符合社会行为规范的要求。同样地，虽然公司以营利为目的，但公司之行为也必须不能逾越‘社会性负责任的行为’(socially responsible conduct)的标准。”²⁹我们将道德责任全部转化为法律责任，以国家强制力去迫使企业承担社会责任，国家就可能以这种形式将自己应当承担的责任转给企业，我们也可能重新走向“企业办社会”的老路。其实这正是以上“人力资源管理的否定说”、“人力资源管理的肯定说”的要害，他们要将企业社会责任完全法律化，很大程度上是在保护劳动者、企业要承担社会责任的提法下，将企业改造成一个社会安置主体。他们所说的企业社会责任实际上是企业办社会。

(二) 公权干预与私权规范要有合理的界限

常凯认为，正是 1995 年实施的《劳动法》摧毁了旧体制，导致权利真空。“1995 年至今，中国经济结构已经有很大变化，产权结构中私产已经占据相当大的地位，经营权也已市场化，中国由此形成了被所有权和经营权联合起来的利益主体和集团，他们共同面对劳动。”“旧体制不复存在，新体制下的权利没有建

²⁹ 刘连煌：《公司与公司社会责任》，中国政法大学出版社 2001 年版。

立，这种权利真空会导致激进行为，导致付出高昂的社会成本。”³⁰为弥补这种权利真空，这些学者主张提高劳动基准，希望通过这种方式促使政府更多介入劳动关系，来消灭这种所谓的权利真空。“劳资不成熟，公权需介入”成为这些学者的标志性观点。

笔者认为，社会空间的出现并不是什么“权利真空”，而是社会进步。劳动法只应为人力资源管理提供一个框架与底线。劳动法是私法与公法相互融合而产生出来的法律。劳动法出于保障劳动者生存利益的需要，将一部分内容规定为强制性规范，而使劳动法具有公法特征，这部分内容应当成为人力资源管理的底线性规定。劳动关系作为一种劳动力支配权与劳动报酬的交换，仍须保留任意性规范，这也使劳动法具有私法的特征。有些国家的劳动法可以是纯公法性的，只将基准法的内容放在劳动法规范，而将私法规范规定在民法的雇佣合同中。我国法律部门的划分是以社会领域为依据的，这一点与国外的劳动法不同，由此也决定了劳动法中应具有较强的私法因素。

在我国，有民法学者称“合同之精髓是当事人自由意志之汇合”³¹。劳动法并不是要放弃这一精髓。我国台湾地区学者苏明诗指出：“各个人不分强弱、贤愚，均得以自己之意思活动，而社会之利益，亦当与其构成员之个人利益相一致，故自由竞争，应为社会之最好指导原理。故个人主义与自由主义，应属一物两面。”³²罗尔斯在其《正义论》一书中指出，契约的安排体现了一种正义，契约的原则就是“作为公平的正义”，它“正是构成了一个组织良好的人类联合的基本条件”³³。劳动法并不是要去取消这种合同自由，而是要将其限制在一定的范围。现代人力资源管理起源于20世纪西方主要发达国家，以美国为主，美国的劳动法律制度就是建立在“契约自由”基础上的。

当劳动法留有私法规范的空间时，劳动力支配权与劳动报酬的交换，使劳动者必须根据社会化大生产的要求，将劳动力归用人单位支配，以使他的劳动力现实地成为集体劳动要素的一个组成部分。由于劳动力和劳动者不可分割地联系在一起，因此用人单位成为劳动力的支配者，也就成了劳动者的管理者。正如恩格斯在《论权威》一书中所说的，大工厂是以“进门者放弃一切自治”为特征的。

³⁰ 汪伟：《常凯：“劳资不成熟，公权需介入”》，载《新民周刊》2006年第21期，第18-21页。

³¹ 王家福：《民法债权》，北京：法律出版社，1991年版。

³² 郑玉波：《民法债编论文选辑》上册，台北：五南图书出版有限公司，1984年版。

³³ [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，北京：中国社会科学出版社，1988年版。

用人单位和劳动者之间必须建立一种以指挥和服从为特征的管理关系。就此，黄越钦教授提出了判断从属性的具体要素³⁴。可见，劳动关系具有从属性是劳动关系的本质属性，人力资源管理制度也体现了这种从属性。日本的一些学者认为，劳动法“从正面承认了如前所述的雇主与劳动者之间在经济、社会方面的不平等，并企图纠正从那些不平等产生出的不正当的结果”³⁵。劳动法所要纠正的是一种由于从属关系而产生的“不正当的结果”，而不是要去改变从属性本身，这是我国劳动立法应当把握的基本尺度。

以末位淘汰为例，它在美国是解雇自由的一种具体表现，也是一种完全合法的做法；法国解雇要求正当事由，这一正当事由被法律规定为“严肃的理由”，末位淘汰只要构成严肃的理由也是可以解雇的。在中国原有劳动法的环境下，末位淘汰存在着争议。是因双方当事人约定合同的条件而终止呢，还是因劳动者不能胜任，用人单位解除合同呢？法官需要结合具体案件中的评价标准来进行认定，存在着一定程度的自由裁量空间，法官可以综合案件的具体情况进行判断，如果判定为前者，那么末位淘汰是合法的。如果判定为后者，用人单位须完成三次举证方可解除，即要举证证明劳动者一次不能胜任，调岗或培训，经过调岗或培训后依旧不能胜任。在后一种情况下，法官需要判断末位淘汰标准是否能作为胜任标准，如果可以，只能调岗，不能解除合同。当《劳动合同法》将约定终止条件取消时，几乎等于将末位淘汰制度淘汰了。

美国通用电气是末位淘汰制度的倡导者。前通用电气公司董事长兼 CEO 杰克·韦尔奇对于末位淘汰有一段评论：人们说，活力曲线是一种达尔文的“进化论”思想，有点残酷。我认为，如果不这么执行，反而是一种假慈悲。如果我们有这样一个员工系统，并且花时间在系统的信息处理上，那么每个员工都能明白自己所处的位置。奖励表现最好的 2000，拥抱他们，帮助他们，确保公司不会失去他们；那些 70%的员工，他们每一个都对公司至关重要，我们必须来看他们是否能进入 20%的队伍；对于最后 1000，直接告诉他们，及早告诉他们，这样

³⁴ 黄越钦将其归纳为：（1）服从营业组织中的工作规则，如工作日、工作时间的起止等；（2）服从指示：在劳动契约存续期间雇主有指示之权，劳工则有服从的义务；（3）接受监督、检查：劳工有义务接受考察、检查，以确定是否遵守工作规则或雇主个人指示；（4）接受制裁：劳工应对自己的错误行为负责雇主有权对其进行一定制裁。参见黄越钦《劳动法新论》（北京）中国政法大学出版社 2003 年版，第 95 页。

³⁵ [日]星野英一：《私法中的人》，王闯译，北京：中国法制出版社，2004 年版。

他们可以尽早作出其他选择，离开公司，到其他不会让他们成为最差的公司去，发挥更好的作用。

笔者以为，法律只是一种底线性的规定，应当给各种人力资源管理形式留出空间。末位淘汰作为一种与市场经济相联系的机制，如果员工与管理者都抵制这种制度，市场本身将会对其进行淘汰；末位淘汰作为一种管理制度，本身还存在着运行是否规范的问题，应当相信处在司法第一线的法官、仲裁员的判断，司法在这里本身存在着纠偏机制。当我们以法律去淘汰一种奖勤罚懒的人力资源管理制度时，我们的法律可能已经出现了一些偏差，我们有可能会在“稳定劳动关系”旗帜下，放弃奖勤罚懒的市场机制。

（三）国家本位与社会本位不应混淆

在我国劳动合同立法时，中国正在经历着一个特殊的时期，部分弱势群体由于没有分享到改革的红利而存在不满情绪，社会上出现了一种利用这种不满情绪否定改革的思潮³⁶。我国一些劳动法研究者，在保护劳动者的旗帜下，强调加强国家管制，混淆了国家本位与社会本位的界限。

我们考察任何一个法律部门，确定其调整对象、范围等问题时，都应当有一个出发点，或者说“本位思想”，这是权利义务观念的重心所在。这种“本位思想”通常是由法律所体现的利益所决定的。劳动法是社会法的组成部分，而社会法是以维持社会弱势主体的生存及其福利的增进为目的而形成的，强调社会本位。社会利益应当与某些弱势群体相联系，在这一点上，大部分学者都是较为认同的，区别在于一些学者将社会利益与公共利益直接等同，并认为后者只能直接由国家代表，因此得出弱者利益应当完全依赖国家保护的结论，从而滑向国家本位。

理解社会本位中“社会”的特点应当把握三个界限：当把“社会”与国家（政府）、私人（自然人、家庭、法人等个体）相并列时，“社会”则有非国家（政府）、非个人和公众的含义，如社会团体；当把“社会”与政治、经济等并列使用时，“社会”则有非政治、非经济的含义；当把私人（个人）利益与公共利益并列时，“社会”则有非私人（个人）和非公共的含义。

需要强调的是，社会法所关注的社会利益就其本性而言，并不是一种公共利益，而是一种个人利益，例如，在雇佣关系中雇主与雇工的利益，富人与穷人的

³⁶ 本文成稿之际，恰逢胡锦涛在中央党校省部级干部进修班的讲话发表，“继续解放思想，坚持改革开放，推动科学发展，促进社会和谐”的讲话表明了中国领导人对中国发展方向的基本态度。

利益等等。在这种社会关系中，一方往往处于弱势地位，难以主张其利益。而处于强势地位的主体则会充分利用这种有利的法律地位，维护自身的个体利益。“利益就其本性来说是盲目的、无止境的、片面的，一句话，它具有不法的本能。”³⁷个人利益的过分张扬，往往会造成社会的不稳定，乃至整个社会经济秩序的破坏。法律的利益平衡功能表现在对于各种利益的重要性作出估量，并为协调利益冲突提供标准和方法，从而使利益得以重整。社会利益正是通过劳动法等一些制度，将微观利益提升为中观利益而形成的特殊利益，从而形成社会本位。

劳动法所确立的社会领域，可以说是私域与公域之间的一个弹性空间。正是这种市场与国家之间的互动关系，导致第三法域的形成。劳动法中劳动基准法是国家的有形之手，越过公域界限，实现底线控制，保护劳动者最基本的生存利益，具有公法性；劳动合同使个人的利益提升出私域界限，保障劳动者“用脚投票”权，具有私法性；一种更为先进的认识是以团体社会为目标来理解集体合同中“用手投票”权，从长远看，它更能体现社会法所具有的社会性和团体性的特点。这一领域不能完全为国家的行政管理所替代。社会法以社会利益为终极关怀，追求公正、效率，以达到社会利益的最大化。个人本位关注抽象的人格平等而忽视具体的人格不平等。与之相反，社会本位同时看到了人格的抽象平等和具体不平等，关注社会利益，并在协调好个人利益与社会利益的基础上，保障弱势群体利益，并进而实现对个体利益的推动。

目前我国社会团体并不发达，于是有人主张以公权力来填补这一空间，这是不恰当的。国家作为唯一的行政垄断力量，无论是劳动者、企业、社会团体都没有能力与之抗衡。当国家权力被理解为可以通过“单位”这一中介环节，随时无限制地侵入和控制社会每一个领域时，国家必然直接面对民众，社会空间几乎不存在了，整个社会被国家化了，我们也就重回到了旧体制。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”³⁸将中国改革进退全系于政府不受约束的行为之上，会形成政治与经济之间的深刻矛盾。公共选择学派认为个人不仅在经济市场上是自利的“经济人”，而且在政治市场上也是关注自身权力和利益最大化的“经济人”³⁹，

³⁷ 中央编译局：《马克思恩格斯全集》第1卷，北京：人民出版社，1972年版。

³⁸ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，北京：商务印书馆，1961年版。

³⁹ 汪翔、钱南：《公共选择理论导论》，上海：上海人民出版社，1993年版。

他们倾向于利用手中的职权进行寻租（rent-seeking）这个角度说，政府并不比其他机构更圣洁、更正确，政府的缺陷至少和市场的缺陷一样严重。里根在竞选的时候曾经讲过一句名言：“政府不是解决问题的方案，政府就是问题本身。”⁴⁰谁都不能否认，对于一个国家和社会，政府是必须要有的，但正如一些经济学家所说，“如果一个国家劳动市场变得非常的僵化，人们把保护劳工的希望都寄托于政府，而不是相信市场力量的时候，这个国家的经济要健康发展几乎是不可能的”⁴¹。

一个健康的社会应当是国家以公权力介入的方式，守住劳动者的生存利益。同时，劳动者还可以通过组织工会等形式依靠集体的力量争取自身的权益。通过工会的集体行动，劳动者保持着“用手投票”的权利，必要时甚至可以通过罢工等形式反映自己的要求。从劳动关系的调整机制上看，“劳动关系斗争”与以企业社会责任为核心的“人力资源管理”之间存在着一定的竞争，在人力资源管理较为发达的国家和地区，工会组建率往往较低。企业社会责任甚至已经对传统的劳资阶级斗争模式提出了挑战。这种挑战可从工会组建率在世界范围的显著下降中窥见一斑。企业社会责任的发展正使劳资从对立走向和谐。就我国来说，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。劳动者应该进一步完善自身利益维权的动力机制，通过工会力量的增强，来与人力资源管理形成良性竞争。对于这个社会空间的存在，不应该由国家力量来进行替代，任何对于这个社会空间的国家替代都只能窒息这个空间。可见，劳动立法不应该堵塞企业人力资源管理的空间，而应该通过完善企业社会责任和“用手投票”的制度来规范这个空间的发展。

可见，劳动法律与人力资源管理的讨论，其实最终落脚为国家是否应当为企业管理保留必要的空间。《劳动合同法》数易其稿，四次审议，每次都有进步。

⁴⁰ 袁晓明：《不妨学学美国保守派》，载《环球时报》2007年8月9日，第5版。

⁴¹ “另外值得担忧的是，好多违反市场原则的政策不断出现，加上舆论的推动，使我们的经济在往前的时候有大的脆弱性，如果处理不当的话，说停下来也就停下来了。举一个很简单的例子，关于劳动合同法的修订，按照现在的版本的话，会对中国的经济发展带来非常严重的不利后果。有个搞人力资源的资深人士讲，如果新的劳动法实施的话，就没有什么人力资源管理了。因为企业的解雇自由基本上就没有了。如果一个国家劳动市场变得非常的僵化，人们把保护劳工的希望都寄托于政府，而不是相信市场力量的时候，这个国家的经济要健康发展几乎是不可能的。但劳动部门不管你的企业搞得好不好。按照这个规定，工会的权力大了，劳动部门的权力大了，动不动就仲裁，动不动查你的账，打的幌子是保护工人利益，保护弱势群体，实际上是在寻租。这有点像欧洲的一些福利国家，深究起来他们的劳动制度有很大的问题。如果我们把这些东西引进我们的国家，后果可能非常严重。因为我们没有他们那样的本钱来运行那样的制度。”参见岑科《专访张维迎：什么改变中国》，载《权衡》2006年第10期。

但受上述讨论的影响，《劳动合同法》仍使人力资源管理的空间受到了相当程度的压缩，使劳动关系出现了凝固化、书面化、标准化和行政化的特点，用人单位的人力资源管理面临严峻考验。笔者以为，企业的“冬天”未必就是劳动者的“春天”，劳动法律与人力资源管理和谐共存才是劳动关系和谐的基础。



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