

海问劳动法双月报

作者：刘宇翔 吴琼

本期摘要

 法规解读：人社部、最高法等部门陆续发文保障新冠肺炎康复者等劳动者的平等就业权

 法规解读：深圳市修订工资支付条例，调整奖金发放规则等

 法规解读：上海、江苏、浙江和安徽人社部门联合印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》，提示劳务派遣认定标准、劳务派遣与劳务外包的区别

 新规速递：四部门、各地陆续发布关于阶段性缓缴职工基本医疗保险单位缴费的通知，北京市调整医疗保险个人账户资金使用规则，山东省修订《人口与计划生育条例》

 典型案例：最高人民法院发布第32批指导性案例，重庆市第五中级人民法院发布2019—2021年度劳动争议典型案例，江苏省淮安市中级人民法院发布十起劳动争议典型案例，杭州互联网法院发布个人信息保护十大典型案例

 、法规解读：人社部、最高法等部门陆续发文保障新冠肺炎康复者等劳动者的平等就业权

为应对近期部分地方、单位出现的对新冠肺炎康复者实施就业歧视问题，依法保障

新冠肺炎康复者平等就业权益，人力资源社会保障部（“**人社部**”）、国家卫生健康委员会于2022年7月29日联合发布《关于坚决打击对新冠肺炎康复者就业歧视的紧急通知》（“**《紧急通知》**”），人社部、最高人民法院于2022年8月10日联合发布《关于加强行政司法联动保障新冠肺炎康复者等劳动者平等就业权利的通知》（“**《通知》**”）。

两通知严格禁止歧视新冠肺炎康复者等劳动者，打击用人单位以下行为：（1）以曾经核酸检测阳性等为由拒绝招用新冠肺炎康复者，（2）发布含有新冠肺炎核酸检测历史阳性等歧视性内容的招聘信息，（3）在入职和用工过程中对新冠肺炎康复者实施就业歧视，（4）除疫情防控需要外，擅自非法查询新冠病毒核酸检测结果，（5）随意违法辞退、解聘新冠肺炎康复者等。

人社部等部门将加强排查检查，对违反前述要求的用人单位、人力资源服务机构或其他单位和个人，采取行政约谈、通报曝光、行政处理、行政处罚等有力举措。对于权利受到侵害的劳动者而言，除劳动仲裁、诉讼外，还可以侵害平等就业权、个人信息权益等为由提起民事诉讼。

海问建议：用人单位需要注意梳理评估自身存在的违法违规风险，避免在招聘信息发布、员工入职和用工管理、劳动关系解除等各个环节出现前述歧视新冠肺炎康复者等劳动者的行为，规范新冠病毒核酸检测查询，除因疫情防控需要并科学合理设置新冠病毒核酸检测信息查询期限外，避免擅自非法查询相关检测结果。

、法规解读：深圳市修订工资支付条例，调整奖金发放规则等

深圳市人民代表大会常务委员会于2022年8月4日发布关于修改《深圳市员工工资支付条例》（“**《原条例》**”）的决定，本次修订（“**《新条例》**”）共涉及16项，主要集中在如下几个方面：

1.调整奖金发放规则。

《新条例》第十四条规定，支付周期未满足的月度奖、季度奖、年终奖的计发规则应

当按照以下顺次确定（1）劳动合同约定；（2）集体合同约定；（3）规章制度规定；（4）没有约定或规定的按员工实际工作时间折算。与《原条例》对于该部分奖金直接要求按照员工实际工作时间折算计发相比，本次修订充分体现了对奖金激励作用的确认以及对劳资双方意思自治和用人单位经营自主权的尊重。在深用人单位可以根据实际情况和劳动者协商修改本单位的劳动合同、集体合同和/或规章制度中关于奖金发放的具体规则或进行补充规定，明确计发规则，保护双方利益。

2.调整工资台账保存期限、工资单形式和签收要求。

《新条例》第十五条将用人单位工资支付台账的保存期限由两年变更为三年，规定工资单可以电子形式呈现，且不再要求员工签收。

工资支付台账保存期限的延长意味着司法实践中用人单位对工资信息举证责任期限的相应延长，在深用人单位应避免因工资台账保存期限低于法定要求从而导致举证不能的法律后果。

3.修改违纪经济处罚条款，增加书面告知义务。

《新条例》第三十四条删除了用人单位可以依规章制度对员工进行违纪经济处罚，扣减工资的条款，增加用人单位于扣减工资前书面告知员工的义务。

关于经济处罚条款，《广东省劳动保障监察条例》第五十条明确规定用人单位规章制度不得规定罚款，本次《新条例》修改虽与广东省规定对齐，但《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十六条关于用人单位可以“依照规章制度对劳动者实施经济处分”仍然有效。考虑到《立法法》赋予深圳市经济特区有权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定，且明确规定出现冲突时应适用经济特区法规，我们理解《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》应当先于《广东省劳动保障监察条例》。不过可以预见，由于《新条例》和《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》在用人单位经济处罚权方面的立场差异，未来深圳地区的司法实践中就该问题将存在较大争议。

《新条例》其他修改还涉及首月工资发放时间、停工停产情形下一个工资周期起算时间以及部分措辞修改、罚款金额调整等细节内容。

海问建议：深圳的用人单位应及时落实上述规范要求，并审查本单位相关规章制度的合规性。如需对规章制度进行修订，则应当注意民主讨论程序和公示程序的规范性，避免相关规章制度的效力因程序瑕疵而被否定。

、法规解读：上海、江苏、浙江和安徽人社部门联合印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》，提示劳务派遣认定标准、劳务派遣与劳务外包的区别

为进一步规范劳务派遣用工行为，引导用工单位依法依规使用被派遣劳动者、劳务派遣单位依法依规开展劳务派遣经营活动，江苏省、上海市、浙江省和安徽省人力资源和社会保障部门于2022年7月18日联合发布《长三角地区劳务派遣合规用工指引》（“**《指引》**”）。

《指引》从用工单位、劳务派遣单位、劳动纠纷处理三个维度提出二十二个规范要点，涉及用工单位和劳务派遣单位应重点注意的事项，包括但不限于：

1.进一步明确“辅助性岗位”界定的程序要求

《指引》中对辅助性界定的民主公示程序的要求与《劳务派遣暂行规定》第三条第二款的规定相一致，对该程序的步骤要求进一步明确为：“第一步，用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，制定辅助性岗位目录清单，提交职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见；第二步，与工会或者职工代表平等协商，确定辅助性岗位；第三步，在本单位内公示。”

2.汇总列举不得使用劳务派遣的具体岗位

对于不得使用劳务派遣的具体岗位，之前散见于《煤矿整体托管安全管理办法（试行）》、《关于加强非煤矿山安全生产工作的指导意见》等法律法规当中，《指引》对此进行了汇总和列举，明确“对事关国家和人民生命财产的重点行业及涉密、核心技术等岗位，用工单位要按照要求采用直接用工方式，直接与从业人员签订劳动合同，不得使用劳务派遣，如专职消防员等安全生产岗位，煤矿、非煤矿山井下

岗位，化工生产岗位等”。

3.细化用工总量计算方式

《指引》明确“集团公司应按照所属的企业单独核算用工比例，不可以整个集团公司打包核算”，再次强调了计算劳务派遣10%的比例的用工总量是可以与劳动者订立劳动合同的用人单位，禁止了集团公司打包核算用工比例的漏洞。但对于总分公司之间的打包核算，《指引》并未提出明确规定。

4.具体阐述劳务派遣和劳务外包的区别

《指引》从主体资质、岗位要求、法律关系、支配与管理、工作成果衡量标准等方面，对劳务派遣和劳务外包之间的区别进行了具体阐述，并进一步提示用工单位在劳务外包时，应注意上述区别，避免出现名为劳务外包实为劳务派遣的情形。

海问建议：该《指引》的出台提示用人单位需要严格遵守使用劳务派遣岗位的性质、比例，梳理评估自身劳务派遣用工的合规性。如涉及到劳务外包安排，应当事先谨慎评估合规风险，并从服务协议的内容和实际服务管理方式上，全面防控被认定为“假外包真派遣”的法律风险。

、新规速递：四部门、各地陆续发布关于阶段性缓缴职工基本医疗保险单位缴费的通知，北京市调整医疗保险个人账户资金使用规则，山东省修订人口与计划生育条例》

1.四部门、各地陆续发布关于阶段性缓缴职工基本医疗保险单位缴费的通知

为助力企业纾困解难，2022年6月30日，国家医疗保障局、国家发展和改革委员会、财政部、国家税务总局等四个部门联合发布《关于阶段性缓缴职工基本医疗保险单位缴费的通知》（“**《通知》**”）。北京、天津、深圳、江苏、河北、安徽等地陆续发布地方性文件，落实《通知》相关要求。

《通知》明确，对中小微企业实施阶段性缓缴职工医保单位缴费政策。统筹基金累计结存可支付月数大于6个月的统筹地区，自2022年7月起，对中小微企业、以单位方式参保的个体工商户缓缴3个月职工医保单位缴费，缓缴期间免收滞纳金。

2.北京市调整医疗保险个人账户资金使用规则

北京市医疗保障局于2022年8月12日发布《关于调整本市城镇职工基本医疗保险有关政策的通知》（“**《通知》**”），涉及8项北京医保政策修改事项。其中，《通知》特别明确，自2022年9月1日起，个人账户资金专款专用，参保人员不可支取；自2022年12月1日起，参保人员个人账户可用于支付直系亲属发生的相关费用；自明年起，参保人员发生的符合规定的门（急）诊费用，在最高支付限额2万元以上的，由大额医疗费用互助资金支付60%，上不封顶。

3.山东省修订《人口与计划生育条例》，调整婚育假期配置

为落实2021年8月20日新修订的《人口与计划生育法》相关规定，山东省人民代表大会常务委员会于2022年7月28日发布修订后的《山东省人口与计划生育条例》（“**《条例》**”）。

新修订的《条例》对陪产假、育儿假作出较大调整，修订前后假期设置如下（其他地区对于婚育假期的修改和调整请参见[《海问·研究 | 海问劳动法双月报》（2021年11-12月）](#)，[《海问·研究 | 海问劳动法双月报》（2022年1-2月）](#)，[《海问·研究 | 海问劳动法双月报》（2022年3-4月）](#)，[《海问·研究 | 海问劳动法双月报》（2022年5-6月）](#)）。

Pros	Cons
- Parties can enjoy a higher degree of procedural flexibility by adopting ADR, e.g. parties may agree to matters such as the date, venue and mode of meetings/hearings, procedural timelines, evidence and logistics, etc. - Parties may nominate mediators and/or arbitrators of their preference depending on the nature of the particular dispute. - Parties who do not wish to litigate in open court proceedings could also benefit from the confidential nature of most ADR processes. - If the dispute can be settled before arbitration or litigation, it saves time and costs. - The non-adversarial negotiation and mediation before arbitration or litigation may allow parties to focus on their interests and commercial objectives, which may be beneficial for maintaining and preserving business relationships ("saving face"). - Even if ADR does not result in settlement, it allows the parties to narrow the issues in dispute, test their arguments and keep their communication channels open. The parties also have more time to prepare their case / defence.	- The flip side of procedural flexibility is that when a clause is ambiguous, it may result in rooms for arguments: it may delay the commencement of arbitral proceedings even when both parties are unwilling to settle the dispute through mediation, which, in worst case scenarios, may cause the arbitral proceedings fall outside a prescribed limitation period (guerrilla tactics). - Concerns on the enforceability of the clause (sometimes regarded as pathological clauses): When the wording of the clause is unclear or vague as regards the prerequisite steps and the mandatory nature, HK and UK courts tend to regard the clause as unenforceable. "Changing hats" in med-arb proceedings may not be permitted in some jurisdictions, because it may pose concerns regarding procedural fairness and confidentiality. - Incurring more time and costs if the parties eventually fail to settle in the course of ADR processes and ultimately have to commence arbitration or litigation. - In some jurisdictions, it may be difficult for the parties to find the suitable candidate to act as mediator and arbitrator.

山东地区的用人单位应当充分了解当地现行规则，在此基础上对内部规章制度进行及时更新完善，保护员工休息休假的权益。



、典型案例：最高人民法院发布第32批指导性案例，重庆市第五中级人民法院发布2019—2021年度劳动争议典型案例，江苏省淮安市中级人民法院发布十起劳动争议典型案例，杭州互联网法院发布“个人信息保护十大典型案例”，

1. 最高人民法院发布第32批指导性案例

最高人民法院于2022年7月初发布第32批共7件指导性案例，主要为保护劳动者合法权益类案例，对该批指导案例的详细分析以及用工实务建议请参见 [《海问·观察 / 基于最高院第32批指导性案例的分析及用工实务建议》](#)。

2. 重庆市第五中级人民法院发布2019—2021年度劳动争议典型案例

重庆市第五中级人民法院于2022年8月发布6件度劳动争议典型案例，涉及自愿放弃社会保险费用缴纳的行为无效、停工停产时经济补偿计算应以正常情况下劳动者的平均工资作为计算标准、工伤赔偿和侵权损害赔偿竞合等问题。

其中案例二值得注意，该案例认定职工因工伤认定伤残八级主动提出解除劳动合同，重庆法院认为上述情形应当属于《劳动合同法》第38条规定的劳动者被迫解除劳动合同的情形之一，因此用人单位应当支付经济补偿。就该问题目前各地裁判观点并不一致。

另外，根据案例四，因用人单位原因停工停产，法院认为应当以解除劳动合同前12个月中正常生产情况下劳动者的平均工资作为计算经济补偿的工资标准。目前就该此种情况下经济补偿的计算各地存在不同标准，重庆的该口径对于劳动者较为有利。

3.杭州互联网法院发布“个人信息保护十大典型案例”

杭州互联网法院于成立五周年之际，特别发布“个人信息保护十大典型案例”，涉及银行征信、公共出行服务、网购平台向内嵌支付机构提供用户信息、APP自动化推荐应用等多个场景的诉讼案件。

自2021年《民法典》和《个人信息保护法》出台以来，实践层面对于个人信息的保护力度持续加大，除了行政监管和处罚案件持续升温，民事诉讼和刑事案件也渐次进入司法程序。对于各行业的企业而言，除了在对外的业务场景下需加紧完成数据合规体系外，也需重视内部员工个人信息管理模式的评估、完善与落实。

声明：本文所载信息仅供参考之用，并不代表我们的法律建议或法律意见。如您需要进一步讨论，请联系您在本所的日常联系人或联系海问劳动法团队的以下人员。

2022-09-15