

海问劳动法双月报（2021年3-4月）

作者：刘宇翔 吴琼

本期摘要

- 《网络招聘服务管理规定》及地方化规定施行
- 金融控股公司董事、监事、高级管理人员任职备案管理暂行规定出台
- 深圳市发布首个地方性防治性骚扰行为指南
- 辽宁省颁布对女职工的特殊保护规定
- 北京制定境外高端人才个人所得税补贴政策
- 多地发布典型案例，涉及存在民事协议的情况下劳动关系的认定标准

一、部门规章：《网络招聘服务管理规定》及地方化规定施行

为了规范人力资源市场活动，国务院于2018年7月发布《人力资源市场暂行条例》。随着网络招聘的广泛化，人力资源和社会保障部于2021年3月1日发布了《网络招聘服务管理规定》（人力资源和社会保障部令第44号）（“《规定》”），该规定于发布当日开始生效。《规定》作为我国网络招聘服务领域第一部部门规章，对网络招聘服务的活动准入，人力资源服务机构、用人单位和劳动者的义务，服务规范，法律责任等方面的问题作了规定。

《规定》中明确的义务主要针对人力资源服务机构。人力资源服务机构应当取得合格、有效的人力资源服务许可证并进行公示；在网络招聘进行过程中，应当完善网络招聘信息管理；不得向劳动者收取押金，明示其服务项目、收费标准等事项。《规定》还强调了服务机构应履行网络安全和个人信息保护义务，保护相关招聘信息的完整性、保密性、可用性等。

根据《规定》的要求，用人单位主要的义务为提供合法、真实的网络招聘信息，不得含有民族、种族、性别、宗教信仰等方面的歧视性内容，不得违反国家规定在户籍、地域、身份等方面设置限制人力资源流动的条件。而劳动者的主要义务则为如实提供本人基本信息以及与应聘岗位相关的知识、技能、工作经历等情况。

在《规定》生效之后，北京市人力资源和社会保障局于2021年3月29日发布了《关于进一步加强网络招聘服务管理的通知》（京人社市场字〔2021〕12号），基于《规定》做了进一步细化。

二、部门规章：金融控股公司董事、监事、高级管理人员任职备案管理暂行规定出台

2021年3月31日，中国人民银行发布了《金融控股公司董事、监事、高级管理人员任职备案管理暂行规定》（中国人民银行令〔2021〕第2号）（“《暂行规定》”），明确了金融控股公司的董监高的任职条件，规定了就董监高任职情况向人民银行进行备案的细则。

金融控股公司是指控股或实际控制两个或两个以上不同类型金融机构，自身仅开展股权投资管理、不直接从事商业性经营活动的公司。《暂行规定》中确定的“高级管理人员”为对金融控股公司经营管理、风险控制具有决策权或者重大影响的人员，范围与《公司法》的规定稍有不同。《暂行规定》详细规定了金融控股公司董监高的任职条件、任职经历、资质要求。

在此之前，需要对董监高进行备案监管的为证券公司、期货公司等金融机构，《暂行规定》出台后，董监高任职备案的范围扩大到金融控股公司。

在《暂行规定》出台之前，中国人民银行于2020年9月相继发布《国务院关于实施金融控股公司准入管理的决定》（国发〔2020〕12号）和《金融控股公司监督管理试行办法》（中国人民银行令〔2020〕第4号），形成了对金融控股公司的配套监管制度。

三、地方法规：深圳市发布首个地方性防治性骚扰行为指南

今年生效的《民法典》第1010条规定，企业应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止实施性骚扰。2021年1月15日，深圳市妇女联合会、深圳市公安局、深圳市人力资源和社会保障局、深圳市中级人民法院等九部门联合印发了《深圳市防治性骚扰行为指南》（深妇通〔2021〕1号）（“《指南》”），成为首个地方政府部门为落实《民法典》的原则性规则发布的防治性骚扰的指导性文件。

《指南》分为七章，从概念、预防教育、咨询投诉处理、职能部门职责等方面，对性骚扰作出具体且有操作性的规定。《指南》后附有《防治性骚扰制度（样本）》，用人单位在建立相关制度时可以作为参考。

在《民法典》的基础上，《指南》进一步明确了“性骚扰”的定义、构成要件、表现形式和类型。为确定“性骚扰”的判断标准，《指南》规定了“性骚扰”是“具有性本质的内容”，“违背受害人主观意愿、不受欢迎的”且“对他人人格权的侵犯，给受害人造成了不良的心理感受或敌意、不友好的工作（学习）环境”的行为，并列举了言语、文字、图像、肢体行为等具体表现形式以及不构成性骚扰的情形。定义的细化为用人单位建立相关规章制度提供了重要参考，从而避免因性骚扰行为性质认定的差异导致的用工主体责任。

除此之外，《指南》的规定中值得注意的内容主要包括：

1、《指南》细化了《民法典》提出的建立预防性骚扰机制的要求，规定用人单位有责任设立防治性骚扰责任部门（如工会、人力资源部门等），建立的防治性骚扰制度应包含公开承诺、明确的定义、内部投诉程序、惩戒措施、禁止报复措施，并要求用人单位定期开展培训、加强宣传、营造良好的环境。

2、《指南》还明确提出责任部门在处理投诉时应注意保护当事人的隐私，防止受害人受到再次伤害。《指南》对用人单位的相关部门处理性骚扰投诉时的约见、调查、调解、处理等各个流程中的具体操作提出建议和要求。

3、《指南》还设置了免责条款，即用人单位如果采取了相关措施，可视情况适当免责。具体而言：

- 预防措施：例如制定了防治性骚扰制度、作出了反性骚扰提示等。
- 处置措施：例如迅速对任何性骚扰指控作出回应，采取适当的补救措施及时制止事件的恶化。

《指南》可以作为在深企业建立相关机制、并处理性骚扰事件的参考范本，为企业积极履行法定义务提供了帮助。近年来，社会对性骚扰的关注持续增加，尤其是在《民法典》出台后，各地很可能陆续发布防治性骚扰的地方性指导文件。我们也会持续关注相关更新举措。

四、地方法规：辽宁省颁布对女职工的特殊保护规定

2021年3月1日，《辽宁省女职工劳动保护办法》（辽宁省人民政府令第337号）（“《办法》”）生效，这是辽宁省首部专门就女职工劳动保护出台的地方性法规。相比于国家层面的《妇女权益保障法》、《女职工劳动保护特别规定》，辽宁省施行的《办法》增加的具有地方特色的规定主要如下：

1、《办法》在《女职工劳动保护特别规定》要求用人单位不得因女职工怀孕、休产假、哺乳等降低其工资和予以辞退的基础上，新增了不得限制晋职、晋级、评聘专业技术职务的规定。

2、规定在女职工经期时，经确诊患有重度痛经或者经量过多的，给予1至2日的适当休息。除了辽宁地区外，十余省份也规定了女职工的“痛经假”，其中北京、浙江、江西等地明确规定“痛经假”为带薪假。

3、新增根据诊断安排有先兆流产症状或者有习惯性流产史的孕期女职工休“保胎假”的规定。

4、经本人申请、单位同意可以休哺乳假至婴儿满1周岁，哺乳假期间工资由双方协商确定。

5、用人单位可以对产后抑郁症和更年期综合症的女职工的岗位和工作时间进行调整，并须安排女职工定期体检。

五、地方法规：北京制定境外高端人才个人所得税补贴政策

2021年4月27日，北京市财政局等三部门联合发布《北京市境外高端人才个人所得税补贴管理暂行办法》（京财税〔2021〕731号）（“暂行办法”），就境外高端人才个人所得税补贴的适用范围、条件、计算方式和办理程序作出了具体的规定。

《暂行办法》的出台，系基于《国务院关于深化北京市新一轮服务业扩大开放综合试点建设国家服务业扩大开放综合示范区工作方案的批复》（国函〔2020〕123号）的要求，亦参考和借鉴了现行粤港澳大湾区、上海自贸区临港新片区个税优惠政策。

《暂行办法》规定，在北京市特定区域对境外高端人才个人所得税实际税负超过15%部分给予补贴，补贴的方式为每年申请一次。“境外高端人才”包括来华工作许可证（A类）持有者、特定企业的高级管理人才和技术人才等符合特定条件的外国国籍人士、港澳台居民、取得国外长期居留权的回国留学人员和海外华侨。

六、案例：多地发布典型案例，涉及存在民事协议情况下劳动关系的认定标准

2021年4月，江苏、重庆、广东、山东、成都等地陆续发布劳动争议典型案例。近期发布的典型案例涉及的内容较为广泛，涵盖传统劳动争议、新业态用工纠纷以及疫情防控期间劳动者合法权益保护等各项内容。新业态下事实劳动关系的认定仍是热点，其中江苏、广东、重庆及成都发布的典型案例均涉及到在劳动者和用工方之间存在民事协议的情况下如何认定劳动关系的问题。

1、江苏：劳动者以个体工商户身份工作不一定排除事实劳动关系的认定

被告公司系外卖配送服务商，原告劳动者在该公司从事外卖配送工作，未签署劳动合同。2018年10月4日，原告在送外卖过程中发生交通事故。双方就是否存在事实劳动关系产生纠纷。被告公司提供《项目转包协议》证明原告系个体工商户，法院认定该协议未经双方签署，且原告领取个体工商户营业执照的时间（2018年10月10日）晚于事故发生的时间，故不影响对劳动关系的判断。法院根据公司对骑手的管理因素（如考勤、派单等），认定双方之间存在劳动关系。

该案中，虽然公司败诉原因包括未能证明相关民事协议的有效签署、且事故发生时个人并非个体工商户的身份，但法院也仍然审查了公司对骑手的管理情况以及双方的工作细节，因此，订立民事协议或建立个体

工商户身份并不必然会排除事实劳动关系的认定。

2、广东：劳动者与公司订立承揽协议不一定排除事实劳动关系的认定

2016年4月，劳动者入职某铝业公司从事锅炉工工作，未签订劳动合同及办理个人社会保险。2018年4月，铝业公司与劳动者签订一份《承揽协议》，约定双方不存在劳动关系。后劳动者在工作时摔倒致骨折入院治疗，由于申请工伤认定受阻，双方对是否存在劳动关系产生争议。广东高院再审认为：劳动者从事用人单位安排的有报酬劳动，在用人单位铝锭生产车间从事劳动生产并受用人单位的劳动管理，应认定双方劳动关系成立，不能因双方约定不属于劳动关系，即否定双方实际存在的劳动关系。

3、成都：劳动关系的认定应基于对事实要素的实质审查

某劳动者和垃圾清运公司订立了一份书面劳动合同，同日又签订一份《垃圾清运承揽协议》。公司认为双方系承揽关系而非劳动关系，法院经审查合同内容以及劳动管理、劳动报酬发放与社保缴纳等事实后，认为双方构成劳动关系。并进一步阐述，即便双方之间不存在书面劳动合同，本案也将根据对上述要素的实质性审查作出劳动关系建立的结论。

4、重庆：报酬计算方式不必然影响双方当事人劳动关系的认定

某劳动者在某快递公司从事快递投递工作，每投递1件快递可得1元费用，月底结算。工伤认定过程中，双方就劳动关系发生争议。法院认为，某快递公司与劳动者虽未签订书面劳动合同，但劳动者每天按时到该快递公司处领取快递，并根据公司安排负责特定区域的快递送达。劳动者在工作时间、工作地点、工作内容等方面均服从某快递公司的安排，公司对劳动者实行了有效的管理，应当认定劳动者与公司之间建立了劳动关系。

随着各种新业态和灵活用工模式的蓬勃发展，实践中，企业与提供服务的个人签订民事协议的情形并不罕见，其中往往约定双方为劳务关系、承揽关系、承包关系、合作关系等。但在双方对于是否存在劳动关系产生争议时，法院不会仅考虑双方的合意约定，仍会根据双方的具体用工模式进行个案判断，通常考察用人单位对劳动者的管理程度（即劳动者对用人单位的从属性）、工资发放方式、社保缴纳情况、劳动者提供的服务是否构成公司经营业务的组成部分等因素。

然而，由于目前各种新业态的多样性与灵活性，上述传统的事实劳动关系认定要素在不断被挑战，从而导致司法实践中存在较大的主观裁量空间，裁审机构可能从社会利益平衡和行业监管等政策性的角度综合考量。因此，对灵活用工模式依赖较强的企业应特别注意，仅形成不构成劳动关系的约定不能当然排除劳动关系，仍需要结合具体业务模式和行业背景对构成事实劳动关系的风险综合评估。

*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。

2021-05-14