

采用电子形式订立书面劳动合同的 新规解读及实务建议

作者：刘宇翔 吴琼

2020年3月4日，人力资源社会保障部办公厅发布《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》（人社厅函〔2020〕33号，以下简称“《复函》”）。《复函》规定：“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。”

《复函》首次在国家层面明确肯定采用电子形式订立劳动合同的效力，既是对新型肺炎疫情期间企业劳动合同管理需求的灵活性应对政策之一（参见《海问观察：新型肺炎疫情下劳动用工重点法律问题简析》），亦是一定程度上对数据时代人力资源电子化管理所做出的积极探索的肯定。

本文根据《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）、《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）、《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）、《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）等现行规则，结合司法实践动态，讨论电子劳动合同的概念、合法性基础、需满足的条件、在争议中作为证据使用时的关注点、企业在实务操作中的注意事项等。

一、电子劳动合同的合法性基础

《中华人民共和国劳动法》第十九条规定：“劳动合同应当以书面形式订立。”《劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”该法第十六条规定：“劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。”也就是说，劳动合同是基于法律规定必须以书面形式订立的合同（非全日制用工除外），并且不订立书面劳动合同会导致二倍工资等惩罚性的法律责任。

在《复函》出台之前，对于劳动合同的“书面形式”要求，是否必须是纸质形式，司法实践中存在不同观点：

（一）有少数观点认为，受限于《劳动合同法》中劳动合同“经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效”、“劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份”的具体要求，劳动合同不同于一般的合同，应采用纸质形式。

（二）主流观点认为，劳动合同应可以采用电子形式。理由包括：

1、书面形式是与口头形式相对的，不限于纸质的载体。《合同法》第十一条明确规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”《电子签名法》第四条也规定：“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查询用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”并且，《电子签名法》第十四条规定：“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

2、劳动合同并不属于《电子签名法》第三条第三款规定的不能适用电子签名、数据电文形式的特定文书（例如涉及婚姻、收养、继承等人身关系的）范围；

3、《劳动合同法》的立法初衷系确保双方对劳动关系的核心权利义务有明确约定、劳动者对此有充分的协商和知情权，而电子形式并不影响前述立法目的的实现。

基于上述理由，司法实践中对于用人单位与劳动者以电子劳动合同基本持认可的态度，即司法机关通常不会仅以劳动合同采用电子形式订立而否定其效力。当然，从证据效力的角度，由于电子合同的合法性、真实性、关联性的证明较一般的纸质合同而言更为复杂，因此存在企业因操作不规范或举证不能而导致合同效力被否定的案例。

我们注意到，此前也有部分地方规范性文件明确支持上述观点，例如《浙江省人力资源和社会保障厅关于优化新业态劳动用工服务的指导意见》（浙人社发〔2019〕63号）规定：“经新业态从业人员同意，在确保合同内容是新业态企业和从业人员双方的真实意愿，并确保合同内容不被篡改的情况下，可以签订电子劳动合同。非新业态经济的其他用人单位与劳动者签订劳动合同也适用此规定。”

现在，《复函》首次在国家层面明确了认可电子劳动合同效力的原则，同时也明确了需满足的法律要求，我们理解是与此前的主流观点和司法实践相吻合的。

二、电子劳动合同的概念

根据《复函》，“电子劳动合同”即“采用电子形式订立的书面劳动合同”，具体是指“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字电文和可靠的电子签名”订立的劳动合同。

《电子签名法》第二条规定：“本法所称电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。本法所称数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。”

基于上述条文的表述，我们倾向于认为《复函》中“电子劳动合同”的概念指的是使用电子签名并以数据电文形式订立的劳动合同，而不包括未使用电子签名、仅通过电子邮件等形式发送的合同形式。当然，后者仍是《合同法》第十一条规定的数字电文的一种，也应属于“书面形式”，只是不当然认定为《复函》中所指的“电子劳动合同”。

三、订立电子劳动合同需满足的条件和审查重点

根据《复函》，采用电子形式订立劳动合同，除需要双方协商一致外，还需满足以下合法性条件，这也是司法实践中审查电子劳动合同有效性的核心要素：

1、可视为书面形式的数字电文：《电子签名法》第四条规定，“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数字电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”

2、可靠的电子签名：《电子签名法》第十三条规定，“电子签名同时符合下列条件的，视为可靠的电子签名：（一）电子签名制作数据用于电子签名时，属于电子签名人专有；（二）签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制；（三）签署后对电子签名的任何改动能够被发现；（四）签署后对数字电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。”

3、原件形式要求：《电子签名法》第五条规定，“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；（二）能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”

4、文件保存要求：《电子签名法》第六条规定，“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的文件保存要求：（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；（二）数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同，或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容；（三）能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。”

5、证据真实性审查因素：《电子签名法》第八条规定，“审查数据电文作为证据的真实性，应当考虑以下因素：（一）生成、储存或者传递数据电文方法的可靠性；（二）保持内容完整性方法的可靠性；（三）用以鉴别发件人方法的可靠性；（四）其他相关因素。”

可见，在司法实践中，用人单位不仅需要证明在电子劳动合同生成环节电子签名人的身份识别和专属性，且需要证明在签署完成后对签名和主文内容两部分的传递与储存的完整性与真实性。

为了满足上述要求，特别是为了避免对电子签名的可靠性难以判断而产生争议，实践中使用电子签名的许多机构都依据《电子签名法》第十六条“电子签名需要第三方认证的，由依法设立电子认证服务提供者提供认证服务”的规定，将电子签名交由经依法设立电子认证服务提供者认证。

四、对用人单位实务操作的相关建议

鉴于电子合同形式在人力资源管理领域的使用还处于新兴阶段，目前司法实践中针对电子劳动合同有效性争议的判例较少，但已有法院在规章制度送达问题上因国外电子签名服务提供商未取得我国主管部门许可而否定相关电子签名证据合法性的案例。

相较于一般的民事合同，用人单位在劳动争议中的举证责任更为严格，并且考虑到电子数据的易修改、难固定的特征，企业在使用电子劳动合同的过程中应高度关注相关操作的合法性。例如：

1、引入电子签名服务提供商时，进行全面的资质审核，确保其已取得认证资格许可证。对于境外的电子认证服务提供者在境外签发的电子签名认证证书，需经国务院信息产业主管部门根据有关协议或者对等原则核准；

2、为了保障相关电子签名作为证据使用时的真实性，尽量选择安全度更高的电子签名方式和技术；

3、确保电子签名流程设计具有合理性，例如明确提示劳动者在签名前需完整阅读文件内容，告知其相关确认行为将构成电子签名和对文件内容的正式认可，将文中的重要条款和确认按键以显著的、不宜被误操作的形式设计；

4、在与员工沟通过程中，提前告知其将采用电子合同的方式并要求其回复确认，尽量保存前后沟通记录，以有利于形成完整的证据链，并建议在合同内容中添加双方一致同意采用电子合同形式的条款；

5、尽量避免用人单位对签名流程的潜在技术干涉（例如对电子签名或数据电文的内容保有修改权限），避免影响电子签名证据的客观性与真实性；

6、注意更换服务商时的业务承接和相关数据资料的长期储存管理工作。

在企业数据化管理的大趋势下，劳动合同电子化一方面有助于提高人力资源管理的效率，另一方面也有助于降低企业的合规风险。特别是对于员工数量较多的大规模企业以及用工管理分散型、平台型的新业态经济而言，意义重大。我们将对该方面的规则更新和操作实践予以持续关注。

2020-03-31