保华月刊 Baohua Monthly

2020年10月刊 Oct..2020 第 4 5 期 NO.45

● 案例调研: 员工婚假如何休?

《关于做好共享用工指导和服务的通知》



总编: 董保华

责编: 董润青、杨杰

编辑: 于海红



[幕] 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

13 新法规: 《关于做好共享用工指导和服务的通知》

New Regulation: Notice on Executing Guidance and Services for Shared Employment

热点追踪

Hot Issues

22 案例调研: 员工婚假如何休?

Case Study: How to take marriage leave?

老董杂谈

Professor Dong By-Talk

27 无固定期限劳动合同的法律适用

The application of the open-ended labor contract



一、人社部发布失业人员就业创业扶持政策清单

来源: 人民网

摘要:近日,人社部发布《登记失业人员就业创业扶持政策清单》,清单指出,企业(单位)吸纳登记失业人员就业,可享受职业培训补贴、一次性吸纳就业补贴、税费减免、创业担保贷款及贴息政策。

Abstract: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China recently released *the List of Employment and Entrepreneurship Support Policies for Registered Unemployed Persons*, which pointed out that employers can enjoy vocational training subsidies, subsidies for one-time employment, tax and fee reduction, business guarantee loans and interest subsidy policies when recruiting registered unemployed persons for employment.

登记失业人员是指劳动年龄内、有劳动能力、有就业要求、处于无业状态, 并在户籍地、常住地、就业地、参保地进行了失业登记的城乡劳动者。劳动年龄 为年满 16 周岁(含)至依法享受基本养老保险待遇。

清单具体内容如下:

一、鼓励企业(单位)吸纳就业政策

企业(单位)吸纳登记失业人员就业,可享受职业培训补贴、一次性吸纳就业补贴、税费减免、创业担保贷款及贴息政策。

(一)职业培训补贴

企业(单位)新录用登记失业人员,且与其签订1年以上期限劳动合同、并于签订劳动合同之日起1年内参加由企业依托所属培训机构或政府认定的培训机构开展岗位技能培训的,职工取得职业资格证书(或职业技能等级证书、专项职业能力证书、培训合格证书,下同)后可按规定享受职业培训补贴。

中小微企业吸纳登记失业人员就业,并开展以工代训的,可根据吸纳人数享受职业培训补贴。补贴期限最长不超过6个月。以工代训职业培训补贴政策受理期限截止到2020年12月31日。

(二)一次性吸纳就业补贴

企业吸纳登记失业半年以上人员就业,且签订1年以上劳动合同并按规定缴纳社会保险的,可享受一次性吸纳就业补贴(北京、江西除外),实施期限为2020年1月1日至12月31日。

(三)税费减免

企业招用登记失业半年以上人员,零就业家庭、享受城市居民最低生活保障家庭劳动年龄内的登记失业人员,且与其签订1年以上期限劳动合同并依法缴纳社会保险费的,所在企业可自签订劳动合同并缴纳社会保险当月起,在3年(36个月)内按实际招用人数予以定额依次扣减增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和企业所得税优惠。定额标准为每人每年6000元,最高可上浮30%,各省、自治区、直辖市人民政府可根据本地区实际情况在此幅度内确定具体定额标准。政策实施期限为2019年1月1日至2021年12月31日。

(四)创业担保贷款及贴息

小微企业当年新招用登记失业人员等符合创业担保贷款申请条件的人数达到在职职工人数 15%(超过 100 人的企业达到 8%),并与其签订 1 年以上劳动合同,且无拖欠职工工资、欠缴社会保险费等严重违法违规信用记录的,可申请创业担保贷款,贷款额度不超过 300 万元,贷款期限不超过 2 年。还款积极、带动就业能力强、创业项目好的小微企业,还可继续享受创业担保贷款贴息,累计次

数不得超过3次。

二、支持技能提升政策

登记失业人员参加职业技能培训,可按规定享受职业培训补贴、职业技能鉴定补贴政策。

(五)职业培训补贴

登记失业人员参加就业技能培训和创业培训后取得职业资格证书的,可按规定享受职业培训补贴。

(六)职业技能鉴定补贴

对同一职业(工种)同一技能等级通过初次职业技能鉴定并取得职业资格证书(职业技能等级证书、专项职业能力证书)的登记失业人员,可按规定享受职业技能鉴定补贴。对纳入重点产业职业资格和职业技能等级评定指导目录的,各地可根据实际情况,适当提高补贴标准。

三、支持自主创业(个体经营)政策

登记失业人员自主创业(个体经营),可享受创业担保贷款及贴息、税费减免、 行政事业性收费减免政策。

(七)创业担保贷款及贴息

登记失业人员自主创业或合伙创业,除助学贷款、扶贫贷款、住房贷款、购车贷款、5万元以下小额消费贷款(含信用卡消费)以外,本人及其配偶没有其他贷款的,可申请创业担保贷款。贷款额度不超过20万元,贷款期限不超过3年。合伙创业的,可根据合伙创业人数适当提高贷款额度,最高不超过符合条件个人贷款总额度的10%。还款积极、带动就业能力强、创业项目好的借款个人,还可继续享受创业担保贷款贴息,但累计次数不得超过3次。

(八)税费减免

登记失业半年以上的人员,零就业家庭、享受城市居民最低生活保障家庭劳动年龄内的登记失业人员从事个体经营的,可自办理个体工商户登记当月起,在3年(36个月)内按限额依次扣减其当年实际应缴纳的增值税、城市维护建设税、教育费附加、地方教育附加和个人所得税,限额标准为每户每年12000元,最高可上浮20%,各省、自治区、直辖市人民政府可根据本地区实际情况在此幅度内确定具体限额标准。政策实施期限为2019年1月1日至2021年12月31日。

(九)行政事业性收费减免

登记失业人员从事个体经营(除建筑业、娱乐业以及销售不动产、转让土地使用权、广告业、房屋中介、桑拿、按摩、网吧、氧吧)的,可自在工商部门首次注册登记之日起3年内免收管理类、登记类和证照类等有关行政事业性收费。

四、保障基本生活政策

登记失业人员根据参保情况和生活困难程度,可享受失业保险金、失业补助金、一次性生活补助、临时生活补助、最低生活保障、一次性临时救助金政策。

(十)失业保障

对参保缴费满 1 年、非因本人意愿中断就业、已办理失业登记并有求职要求的失业人员,应及时足额发放失业保险金。自 2019 年 12 月起,登记失业人员领取失业保险金期满仍未就业且距法定退休年龄不足 1 年的,可继续享受失业保险金至法定退休年龄。

领取失业保险金期满仍未就业的失业人员、不符合领取失业保险金条件的参保失业人员,可申领6个月的失业补助金,标准不超过当地失业保险金的80%。政策实施期限为2020年3月至12月。

被参保单位招用、个人不缴费且连续工作满1年的失业农民工,可申领一次性生活补助。2020年5月至12月,2019年1月1日之后参保不满1年的失业农民工,参照参保地城市低保标准,按月享受不超过3个月的临时生活补助。

(十一)最低生活保障

无法外出务工、经营、就业,导致收入下降、基本生活出现困难的登记失业 人员,凡符合低保条件的,可申请纳入最低生活保障范围。具体标准由当地民政 部门确定。

(十二)一次性临时救助金

受疫情影响无法返岗复工、连续三个月无收入来源,生活困难且因未参保等 原因导致失业保险政策无法覆盖、未纳入低保范围的登记失业人员,可申请获得 一次性临时救助。具体标准由当地民政部门确定。

除上述政策外,登记失业人员可在当地公共就业服务机构和基层服务平台免费享受招聘岗位信息发布以及职业指导、职业介绍、创业开业指导、职业培训项目推荐等服务。符合条件的登记失业人员,可按规定申请认定为就业困难人员,纳入就业援助体系,通过市场渠道确实难以实现就业的,可享受公益性岗位托底安置

二、前三季度城镇新增就业898万人完成全年预期目标任务的99%来源:人民网

摘要:近日,人社部介绍,当前我国就业形势总体平稳、逐步回暖、好于预期。今年1至9月,城镇新增就业已经完成全年预期目标任务的99%。同时,人社部表示,为帮助企业特别是中小微企业渡过难关,今年人社部等相关部门出台了阶段性减免企业养老保险、失业保险、工伤保险三项社会保险费的政策。截至9月底,该政策已合计减轻企业成本12045亿元。

Abstract: Recently, Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China introduced that the current employment situation in China is generally stable and gradually warming up, and the overall performance is better than expected. From January to September this year, the newly increased employment rate in cities and towns has already completed 99% of the annual target tasks. At the same time, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China said that in order to help enterprises, especially small and medium-sized enterprises, tide over the difficulties, this year, the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China and other relevant departments issued a phased policy of reducing and exempting three social insurance premiums: enterprise pension insurance, unemployment insurance and industrial injury insurance. By the end of September, this policy has reduced enterprise costs by up to CNY 1,204.5 billion.

今年以来,受新冠肺炎疫情影响,稳就业任务异常艰巨繁重。在各方共同努力之下,稳就业政策落地见效,重点群体就业得到较好保障,就业大局总体稳定。

人社部副部长李忠:今年1—9月,城镇新增就业898万人,已经达到全年预期目标任务的99%。9月底,全国城镇调查失业率5.4%,符合6%左右的预期调控目标。

2020 届高校毕业生就业面临着许多困难,人社部就业促进司司长张莹表示,通过一系列举措,9月份,20—24岁大专及以上人员的调查失业率较上月下降了

2.4 个百分点。

张莹:扩大国有企事业单位招聘规模,扩大基层项目招募规模,扩大研究生和专升本招生规模。同时支持中小微企业更多吸纳高校毕业生就业,支持高校毕业生自主创业和灵活就业。其中,目前公共部门吸纳高校毕业生就业已经达到了280万人。

农民工就业方面,截至三季度末,外出务工的农民工有 1.79 亿人,较二季度末增加了 200 万人。

为帮助企业特别是中小微企业渡过难关,今年,人社部等相关部门出台了阶段性减免企业养老保险、失业保险、工伤保险三项社会保险费的政策。截至 9 月底,该政策已合计减轻企业成本 12045 亿元。

人力资源和社会保障部 10 月 28 日还表示,前三季度企业养老保险基金运行总体比较平稳,好于预期。基金总收入 2.1 万亿元,总支出 2.8 万亿元,基金累计结余 4.5 万亿元,保发放有较好基础,可确保养老金按时足额发放。

三、住房公积金异地互认互贷成趋势

来源: 经济日报

摘要:近日,长江中游城市群省会城市武汉、长沙、合肥、南昌与"观察员"城市黄石、岳阳、九江、黄冈、株洲、抚州、咸宁、湘潭、宜春,以及宜昌、荆州、孝感、鄂州、天门、仙桃、潜江共 20 个城市共同签署《长江中游城市群住房公积金管理中心合作公约》,就发展住房公积金异地个人贷款业务,拓宽住房公积金异地互认互贷范围等达成了共识。

Abstract: Recently, Wuhan, Changsha, Hefei and Nanchang, the capital cities in the middle reaches of the Yangtze River and the "observer" cities include Huangshi, Yueyang, Jiujiang, Huanggang, Zhuzhou, Fuzhou, Xianning, Xiangtan and Yichun and a total of 20 cities including Yichang, Jingzhou, Xiaogan, Ezhou and Tianmen, Xiantao and Qianjiang jointly signed the *Cooperation Convention on Housing Provident Fund Management Centers of Urban Agglomerations in the Middle Reaches of the Yangtze River*, this *Convention* reached a consensus on developing the personal loan business of housing provident fund in different places and broadening the scope of mutual recognition and mutual loan of housing provident fund in different places.

长江中游城市群住房公积金合作起步于 2014 年,在各城市的紧密协作下,合作的广度和深度不断拓展:"朋友圈"越来越大,已由先前的 4 个省会城市扩大到如今的 20 个城市;业务范围也越来越广,已由先前的异地缴存互认拓展到今天的互认互贷、异地转移接续、信息核查共享等。

湖北省住建厅副厅长金涛介绍,城市间的住房公积金互认互贷等合作,彰显了住房公积金制度的住房保障功能,顺应了人才等要素的有序自由流动需求,促进了房地产等行业的资源高效配置和市场深度融合,有力推动了长江中游城市群的区域经济快速发展。

近年来,省市间的公积金合作并不鲜见。8月20日,上海市、浙江省、江 苏省、安徽省住建部门共同签署了《长三角住房公积金一体化战略合作框架协 议》,三省一市的公积金管理部门将率先从9个方面开展合作,包括长三角跨地 区购房信息协查、长三角地区异地贷款证明信息互认、在长三角生态绿色一体化 发展示范区内试点统一购房提取业务政策等。

除了信息互认,今年8月份,宁波市还提出,在当地合法稳定就业并按规定缴纳社会保险的,在上海、浙江、江苏、安徽三省一市缴纳的社会保险在申请落户宁波时可累计纳入该市缴纳年限。今年9月份,成都市与攀枝花市签订协议,形成住房公积金互认互贷共识。

今年4月份,根据川渝两地住建管理部门签订的合作备忘录,双方将推进建立两地互认互贷等七大机制,推动两地公积金一体化发展,并在开展行政执法联动等4个方面合作,推动两地形成住房公积金领域执法司法联动机制。9月28日,川渝两省市住房公积金管理(服务)中心及下属机构设立川渝住房公积金一体化绿色通道,相关负责人表示,这是打造住房公积金一体化发展标准服务窗口的具体实践,将进一步提升缴存职工满意度和体验感。

2019 年 12 月 30 日,粤港澳大湾区住房公积金信息共享平台上线启动,大湾区内异地使用住房公积金不再需要提供原所在地公积金缴存证明,可一次完成办理。短短几分钟,就能够办理好佛山缴存公积金转入广州公积金中心的手续。

易居研究院智库中心研究总监严跃进说,建立公积金跨区域转移接续和互认 互贷后,在一个城市群或者有合作关系的省市之间,在外地工作的人想要在户籍 所在地买房,可以将在外地缴存的公积金用于本地购房,这在过去是无法实现的。

业内人士普遍认为,异地之间的公积金合作,特别是实现公积金互认互贷,对于实现城市群各城市之间的协同发展有着重要意义,实现了便民利民,有利于促进城市间的人才流动和区域一体化发展。

不过,需要提醒的是,在一个城市群内某地缴存公积金,并不代表就获得了 在该城市群其他城市的购房资格。除了互认互贷外,购房者要跨区域使用公积金, 首先必须在所在城市拥有购房资格。

四、耐克:全球总部裁员规模升至700人 大中华区将裁减近400人来源:华奥星空

摘要:近日,据媒体报道,耐克中国计划分阶段进行整体裁员,裁员人数近400人,约占员工总数的20%。据了解,该轮裁员主要以北京和广州的区域办公室为主。

Abstract: Recently, according to media reports, Nike China plans to lay off employees in stages, with nearly 400 employees, accounting for about 20% of the total number of employees. It is understood that this round of layoffs is mainly based on regional offices in Beijing and Guangzhou.

日前,美国运动巨头 Nike(耐克)修改了其全球总部的裁员计划。裁员人数从7月宣布的500人增加到700人,预计将在2021年1月8日完成裁员。

今年 7 月份, Nike 首次透露将对其位于美国俄勒冈州比弗顿的全球总部进行裁员, 裁员人数为 500 人。当时, Nike 高管表示, 预计裁员将产生 2 亿至 2.5 亿美元的员工离职费用。

截至今年 5 月底, Nike 在全球拥有 7.54 万名员工,包括全职和兼职。Nike 本次裁员的员工包括公司领导团队成员和儿童保育中心的员工。此次裁员与耐克的消费者直接战略密切相关,该战略优先考虑耐克直接面向消费者的渠道,同时削减批发业务。

另据蓝鲸财经报道,耐克中国也可能在计划分阶段进行整体裁员,裁员人数近 400 人,约占员工总数的 20%。第一阶段裁员主要以北京和广州的区域办公室

为主。

五、京沪深等多地明确 11 月起企业社保费交由税务部门征收

来源: 华奥星空

摘要:北京发布《关于企业社会保险费交由税务部门征收的公告》,上海发布《关于企业社会保险费交由税务部门征收的公告》、深圳发布《关于我市社会保险费交由税务部门征收的公告》,自 2020 年 11 月 1 日起,企业职工各项社会保险费交由税务部门统一征收。

Abstract: Beijing issued the Announcement on Unified Collection of Social Insurance Fees of Enterprises by Tax Authorities; Shanghai issued the Announcement on Unified Collection of Social Insurance Fees of Enterprises by Tax Authorities; Shenzhen has issued the Announcement on Unified Collection of Social Insurance Fees of Enterprises in Shenzhen by Tax Authorities. From November 1, 2020, all social insurance premiums of enterprise employees will be uniformly collected by Tax Authorities.

公告均明确,征收范围包括企业及职工缴纳的职工基本养老、职工基本医疗(含生育)、工伤、失业保险费,以及灵活就业人员缴纳的职工基本养老、职工基本医疗和失业保险费。征收期限方面,各地规定不尽相同。其中北京市要求企业应于每月最后1个工作日(不含当日)前向税务部门缴纳当月费款,上海市的要求为每月15日前。天津、山东等地也相继发布公告。

六、北京市服务业扩大外籍创新创业人才永久居留权申报工作

来源:北京市商务局

摘要:近日,北京市商务局发布《关于开展 2020 年度北京市服务业扩大开放外籍创新创业人才申请在华永久居留积分评估推荐函申报工作的通知》。

Abstract: Recently, the Beijing Municipal Commerce Bureau issued the *Notice* on the Application of Recommendation Letter for Evaluation of Foreign Innovative and Entrepreneurial Talents Applying for Permanent Residence in China in 2020.

关于开展 2020 年度北京市服务业扩大开放外籍创新创业人才申请在华永久 居留积分评估推荐函申报工作的通知

各有关单位:

为进一步推动北京市服务业扩大开放工作,加大外籍人才保障力度,形成首都服务业国际化发展人才聚集新优势,现启动 2020 年度北京市服务业扩大开放外籍创新创业人才申请在华永久居留积分评估推荐函申报工作。有关通知如下:

一、申请条件

(一) 北京市服务业企业应符合下列条件:

符合北京市服务业扩大开放服务业重点企事业单位认定标准,在北京市内注册且纳税、纳统的,且符合首都城市战略定位的服务业重点企事业单位。

重点企事业单位查询方式:

- "开放北京公共信息服务平台"http://open.beijing.gov.cn/--"北京市服务业扩大开放外籍人才出入境申报指南"--"查询企业申请资格"
 - (二) 北京市服务业扩大开放外籍创新创业人才应符合下列条件之一:
 - 1.服务业企业担任总监及以上职务的管理和专业技术人才,或具有副高级职

称及以上级别的人才:

- 2.担任专项攻关团队负责人或重大项目负责人;
- 3.行业领域内紧缺急需的专业人才。
- 二、评估标准

《北京市服务业扩大开放外籍创新创业人才评估标准》详见附件。

- 三、申报方式及要求
- (一) 申报方式

本次采用线上方式进行申报。申请人登录"开放北京公共信息服务平台"http://open.beijing.gov.cn/,点击右侧"北京市服务业扩大开放外籍人才出入境申报指南"-"2 外籍创新创业人才申请在华永久居留(积分评估)",注册后进行信息填报并按要求上传附件证明材料。申请人在申报平台在线填写资料并下载模板,按要求签字盖章后扫描上传。

(二) 申报资料

- 1.用人单位申请(从申报平台下载模板)。
- 2.单位承诺书(从申报平台下载模板)。
- 3.个人承诺书(从申报平台下载模板)。
- 4.体现职务的用人单位正式聘雇合同。
- 5.申请人本人有效护照。
- 6.所在单位的营业执照副本或法人登记证书。
- 7.在京纳税证明。
- 8.工作许可证。
- 9.企业获得相关认定的证书复印件。
- 10.证明材料,如:
- 一一教育学历方面:最高学历学位证书,并提供由我国驻外使领馆或国家教育部门指定的认证机构出具的认证书;
- ——在华工作年限方面:在华期间纳税证明或外国人就业证(外国专家证)等可证明在华工作年限的材料:
- ——相关工作经验方面: 曾任职工作单位的合同或工作证明(含职位、职称、职务、工作年限等信息),任职单位资质证明材料和依据(如 QS 榜单内高校任职的需附 QS 高校排名榜单);
 - ——综合年薪方面:提供单位出具的上一年度的工资+绩效证明;
- ——技术领先性方面:知识产权权属证明(获得的专利、奖励证书等)、国际认可的专业技术证书等相关证明材料。
 - 11.其他证明材料。

四、申报时间及咨询方式

申报时间: 2020年10月26日至2020年12月11日

咨询方式: 010-87211225 13661346901

工作日 9:00—12:00, 14: 00-17:00

五、办理流程

- (一) 申请人在申报平台按要求填报和上传所有材料;
- (二)后台审核材料;
- (三)专家进行材料评审并打分;
- (四)对专家打分在70分及以上的申请者进行实地尽调;
- (五)北京市服务业扩大开放综合试点领导小组办公室出具推荐函,通知申

请人到出入境大厅办理永居事宜。

六、注意事项

- (一) 受理部门认为有必要时,申请人须接受面谈:
- (二) 现场尽调时需对申请材料原件进行校验:
- (三)外文申请材料,应当经有资质的翻译公司译成中文并加盖单位公章。 最终解释权归北京市服务业扩大开放综合试点领导小组办公室所有。

七、广东指导深圳对两大法作变通规定或调整适用

来源:广东省司法厅

摘要:近日,广东省司法厅日前在粤司函〔2020〕535 号中答复表明将指导深圳市用足用好特区立法权,指导其向全国人大常委会请示对《劳动法》《劳动合同法》作变通规定或调整适用事宜。

Abstract: Recently, the Department of Justice Guangdong replied in Y.S.H [2020] No.535 that it will guide Shenzhen to make full use of the legislative power of the Special Administrative Region and instruct it to ask the Standing Committee of the National People's Congress for instructions on the application of flexible provisions or adjustments to the *Labor Law* and *the Labor Contract Law*.

广东省司法厅关于省政协十二届三次会议第 20200848 号提案答复的函 (粤司函〔2020〕535 号)

刘启德等委员:

你们提出的《关于以法治创新引领我省社会治理体系现代化建议的提案(第20200848号)收悉。经综合省法院、省人大常委会办公厅、省发展改革委、省人社厅、省商务厅、深圳市政府等单位意见,现将办理有关情况答复如下:

四、优化营商环境法治化体系

提案着重从制度建设和完善劳动法律关系体系两个方面提出优化营商环境法治化体系的对策建议,我们认为有很重要的参考价值。

近年来,我省不断完善营商环境法规制度体系,省人大常委会先后审议出台了《广东省企业和企业经营者权益保护条例》《广东省促进中小企业发展条例》《广东省行政事业性收费管理条例》《广东省自主创新促进条例》等营商环境建设领域的地方性法规,作出了《关于大力推进法治化营商环境建设的决定》。广州、深圳等地积极推进营商环境建设的地方立法,我省法治化营商环境制度建设不断走向深入。省司法厅积极开展营商环境建设领域法规规章规范性文件清理工作机制,先后组织开展了产权保护、民营经济发展、对外开放政策、工程建设项目审批制度改革等法规规章规范性文件专项清理工作。

同时,我省围绕劳动法律关系的重构以及社会劳动诚信体系的建构,采取了一系列措施,包括推进劳动和社会保障诚信体系建设、落实劳动保障违法信息公布机制、建立企业拖欠工资联合惩戒机制等,不断提高用人单位劳动保障守法自律意识。

下来,一是积极落实国务院《优化营商环境条例》,进一步加强我省营商环境建设地方立法。加快出台《广东省外商投资企业权益保护条例》和修订《广东省市场监管条例》。优化营商环境制度制定程序,健全营商环境制度文件评估清理及公布机制,健全营商环境建设领域地方性法规、地方政府规章、行政规范性

文件的常态化清理工作机制,对妨碍公平竞争、束缚企业发展、违反内外资一致原则的,及时修改或废止。二是加快推进促进就业创业立法,重点做好《广东省青年创新创业促进条例》《广东省人力资源市场条例》等立法工作,为促进我省创业和就业提供良好的法治环境。同时,指导深圳市用足用好特区立法权,指导其向全国人大常委会请示对《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》作变通规定或调整适用事宜。指导深圳市立足于构建更契合深圳实际、更具操作性和前瞻性、全国最优的劳动关系法律制度,做好《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》修订工作。

.

八、北京推进电子劳动合同相关工作

来源:北京市人社局

摘要:近日,北京人社局发布并解读了《关于推进电子劳动合同相关工作的 实施意见》,旨在丰富"互联网+人社"应用场景,优化劳动用工管理模式。

Abstract: Recently, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau issued and interpreted the *Implementation Opinions on Promoting Related Work of Electronic Labor Contract*, aiming at enriching the application scenarios of "internet + People's Society" and optimizing the labor employment management mode.

一、背景依据

今年初,为做好疫情防控,减少人员聚集、方便用人单位和劳动者,拟推行劳动合同电子化管理,并向人力资源和社会保障部请示,申请政策支持。3月10日,人社部正式函复《关于订立电子劳动合同有关问题的函》(人社厅函〔2020〕33号),认可了电子劳动合同的法律效力。通过相关企业试行电子劳动合同的尝试和积累的经验,总结出实行电子劳动合同有利于用人单位降本增效,有利于推动多场景应用,有利于提升政府监管效能和服务水平,有利于促进数字经济发展和推动人力资源服务行业转型升级。

因此,为规范本市企业在推行电子劳动合同工作时,在准入门槛、技术标准等方面掌握统一尺度,我们决定起草相关实施意见,明确实行电子劳动合同的相关资质、技术条件,并对用人单位、劳动者和第三方的义务和责任提出了要求,列举了政府的服务和管理措施,积极创造制度环境,推进电子劳动合同广泛应用。

二、起草过程

前期,我们进行了深入细致的调研,广泛征求各方意见。与第三方签署服务机构、数字认证公司、自建系统企业等市场主体、司法机构和行业协会、局内外相关业务部门,通过多次召开座谈会、实地调研、问卷调查、书面征求意见等形式,全面了解企业和第三方试行电子劳动合同情况,广泛听取各方意见。在此基础上,修改完善形成了《关于推进电子劳动合同相关工作的实施意见》(以下简称《实施意见》)。

三、主要内容

《实施意见》共七大项 19 条措施,从基本原则、适用范围、电子劳动合同的订立、电子劳动合同的实行、应用、加强管理服务等方面,主要解决电子劳动合同怎么推、怎么用、怎么管的问题,主要内容包括四方面:

(一) 电子劳动合同的订立: 明确订立的基本条件

第三项内容,主要包括五条措施。在人社部复函的基础上,进一步明确电子

劳动合同订立的基本条件,细化为签署意愿、技术条件和合同内容,强调了确保 电子劳动合同完整、准确、不被篡改,明确了电子劳动合同的全流程管理,即除 订立外,续订、变更、解除(终止)劳动合同情形都可以采用电子形式。

(二) 电子劳动合同的实行: 明确实行的标准和要求

第四项内容,主要包括七条措施。主要解决用人单位如何实行电子劳动合同的问题。依据《电子签名法》《网络安全法》《信息安全等级保护办法》等相关法律法规,从三个方面进行规制。

- 一是明确签署系统的相关资质和技术条件。对签署系统的电子签名认证功能、密码产品、网络安全等级保护、签署系统功能建设、合同订立流程等相关资质或技术条件逐一明确。这既便于先试行的用人单位"对号入座",及时规范完善,也解决了有意向实行的用人单位如何选择第三方或如何自建自用签署系统的问题。
- 二是明确第三方签署服务机构网络安全保护义务和服务要求。第三方签署服务机构是推进电子劳动合同的主要市场主体,需进一步明确网络安全和用户信息保护义务,提高服务质量,切实保障中小企业和广大劳动者的合法权益。
- 三是明确用人单位责任和劳动者的义务。要求用人单位完善内部管理、为劳动者提供全方位和便捷化服务,不得设置任何障碍。同时,也明确了劳动者在申请身份认证和使用电子签名制作数据时应履行的义务。
 - (三)电子劳动合同的应用:明确不同场景如何应用

第五项内容,主要包括四条措施。主要解决电子劳动合同场景应用问题。明确不得以电子形式不属于书面合同为由,而否认电子劳动合同的法律效力。根据政务服务审批改革实际,对实行告知承诺制的事项,履行诚信承诺后,用人单位或劳动者可按规定程序提交电子劳动合同。在劳动人事争议仲裁、社保稽核、劳动保障监察执法中,对双方存在争议的,提出了认定标准。目前,按照信息化建设相关工作流程,待管理平台建成后,探索通过区块链等技术手段,实现数据共享和业务协同,提升场景运用的规模。

(四)加强管理服务:明确服务管理的相关措施

第六项内容,主要包括三条措施。按照市场化运作、政府服务与监管并重的原则,突出优化营商环境,减少行政干预,以优化服务职能为主,寓管理于服务。通过劳动合同统计调查、开展调研、组织培训等灵活多样的方式了解掌握实行情况,加强指导和服务,并强化行业自律,发挥行业组织的积极作用。

四、适用范围

《实施意见》适用于本市行政区域内注册的用人单位及其劳动者、第三方电子劳动合同签署服务机构。

五、执行标准

《实施意见》自印发之日起执行。

法规名称:《关于做好共享用工指导和服务的通知》

Regulation: Notice on Executing Guidance and Services for Shared Employment

文号: 人社厅发[2020]98号

Document No.: R.S.T [2020] No. 98

发布: 人力资源社会保障部

Published by: Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China

公布日期: 2020年9月30日 Published on: September 30, 2020



概要: 2020年9月30日, 为加强对共享用工的指导和服务, 促进共享用工有序开展, 进一步发挥共享用工对稳就业的作用, 人力资源社会保障部办公厅发布了《关于做好共享用工指导和服务的通知》(以下简称《通知》)。

Abstract. On September 30, 2020, in order to strengthen the guidance and services for shared employment, promote the orderly development of shared employment, and further play the role of shared employment in stabilizing employment, the General Office of the Ministry of Human Resources and Social Security of the People's Republic of China issued the Notice on Executing Guidance and Services for Shared Employment (hereinafter referred to as the Notice).

要点:

Highlights:

一、《通知》明确实施共享用工的前提条件

IThe *Notice* clarifies the preconditions for the implementation of shared employment 1、共享用工需征求员工意见、尊重员工的知情权,协商一致。

Employees' opinions should be sought and their right to know should be respected, and consensus must be reached before implementation.

企业不得强制员工为缺工企业提供服务,如员工接受的,也应保障员工的知情权,由缺工企业如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬、企业规章制度以及劳动者需要了解的其他情况。

Enterprises may not force employees to provide services for enterprises with labor shortage. If employees accept it, they should protect their right to know. Enterprises with labor shortage must truthfully inform employees of their work contents, working conditions, workplace, occupational hazards, safety production conditions, labor remuneration, enterprise rules and regulations and other information that employees need to know.

详见《通知》第四条。

See Article 4 of the *Notice* for details.

2、原企业应就共享用工与员工签订变更劳动合同,明确劳动者新的工作地点、 工作岗位、工作时间、休息休假、劳动报酬、劳动条件以及劳动者在缺工企业工 作期间应遵守缺工企业依法制定的规章制度等。

The former employer shall sign a change labor contract with the employee for shared employment, so as to clarify the new working place, working position, working hours, rest and vacation, labor remuneration and working conditions of the employee, and the rules and regulations formulated by the employer during the work in the enterprise with labor shortage.

详见《通知》第五条。

See Article 5 of the *Notice* for details.

3、共享用工企业之间应签署合作协议明确权利义务,合作协议中可约定调剂劳动者的数量、时间、工作地点、工作内容、休息、劳动保护条件、劳动报酬标准和支付时间与方式、食宿安排、可以退回劳动者的情形、劳动者发生工伤后的责任划分和补偿办法以及交通等费用结算等。

A cooperation agreement should be signed between enterprises that implement shared employment to clarify their rights and obligations. In the cooperation agreement, the number, time, work place, work content, rest, labor protection conditions, labor remuneration standard, payment time and method, accommodation arrangement, employees withdrawal, division of responsibilities and compensation methods for employees after work-related injuries, and settlement of transportation and other expenses can be agreed.

详见《通知》第三条。

See Article 3 of the *Notice* for details.

二、《通知》明确共享用工的适用范围

The *Notice* clarifies the scope of application of shared employment

1、共享用工实施对象不包括劳务派遣员工,仅限于与企业直接建立劳动合同关系的职工。

The implementation target of shared employment does not include employees dispatched by labor service, but is limited to employees who directly establish labor contract relationship with enterprises.

详见《通知》第四条。

See Article 4 of the *Notice* for details.

2、员工于企业停工期间自谋职业不属于共享用工。

Employees who seek their own jobs during the enterprise shutdown are not in the category of shared employment.

详见《通知》第五条。

See Article 5 of the *Notice* for details.

3、企业不得以共享用工的名义进行行劳务派遣。

Enterprises shall not dispatch labor services in the name of shared employment.

因此,在共享用工过程中,企业只得代收代支相关费用,而不得通过员工共享获得额外的收入和利益,否则可能构成非法劳务派遣行为,不仅可导致被没收违法所得,而且还面临被处以违法所得 1-5 倍的罚款的风险。

Therefore, in the process of implementing shared employment, enterprises can only charge and spend related expenses on behalf of shared employees, and may not obtain additional income and benefits through employee sharing. Otherwise, it may

constitute illegal labor dispatch, which not only leads to confiscation of illegal income, but also faces the risk of being fined 1-5 times of illegal income.

详见《通知》第八条。

See Article 8 of the *Notice* for details.

4、共享用工期限不得超过原劳动合同期限。

The term of shared employment shall not exceed the term of the original labor contract.

但出借劳动力的企业如果与员工续签劳动合同后继续共享用工,应不受限制。

However, enterprises that lend labor force should not be restricted if they continue to share employment after renewing their labor contracts with employees.

详见《通知》第四条。

See Article 4 of the *Notice* for details.

三、《通知》明确分配共享用工期间企业应承担的劳动法义务

The *Notice* clearly assigns the labor law obligations that enterprises should bear during the period of shared employment

1、原企业应承担按时足额支付劳动者劳动报酬和为劳动者缴纳社会保险费,并不得克扣劳动者的劳动报酬和以任何名目从中收取费用,承担工伤保险责任。

The original employer shall pay the labor remuneration of workers in full and on time and pay social insurance premiums for employees, and shall not deduct the labor remuneration of employees or collect fees from them under any name, and shall bear the responsibility of industrial injury insurance.

2、缺工企业应履行劳动保护义务,包括劳动保护、职业危害防护、工时和加班 限制、休假安排等。

Enterprises with labor shortage should fulfill their labor protection obligations, including labor protection, occupational hazard protection, working hours and overtime restrictions, vacation arrangements, etc.

详见《通知》第六条。

See Article 6 of the *Notice* for details.

四、《通知》明确提前结束共享用工需分类处理以及共享用工期限届满的应及时厘清各方关系

The *Notice* clarifies that the early termination of shared employment needs to be classified and the relationship between the parties should be clarified in time when the period of shared employment expires.

1、提前结束共享用工需分类处理。对于已经实施共享用工的,各方通常应按事 先安排履行各自义务,但如果缺工单位违反法定或约定义务的,原企业不得拒绝 员工返回原单位;但是劳动者应自身原因要求中止共享的,也需要原企业的同意; 对于劳动者不能胜任用工企业的工作岗位、违反用工企业规章制度或符合事先约 定的退回条件的,用工企业可将员工退回至原单位。

Early termination of shared employment needs to be classified. For enterprises and employees who have implemented shared employment, all parties should usually fulfill their obligations according to prior arrangements, but if enterprises with labor shortage violate the statutory or agreed obligations, the original employer shall not refuse the employees to return to the original employer; However, if the employee requests to suspend sharing for his own reasons, he/she also needs the consent of the original employer; If the employee is incompetent for the job of the employing enterprise, violates the rules and regulations of the employing enterprise, or meets the pre-agreed withdrawal conditions, the employing enterprise may return the employee to the original employer.

2、共享用工期限届满后究竟是继续共享、返回原企业还是协商解除等,需要分类讨论。共享用工合作期满,劳动者应回原企业,原企业应及时予以接收安排;各方协商一致可以延长共享期限;如果出现原企业不同意继续共享,劳动者应回原企业或者依法与原企业解除劳动合同。如果员工未予辞职,而缺工企业继续使用,给原企业造成损失的,应当承担连带赔偿责任。"

Whether to continue sharing, return to the original enterprise or terminate the negotiation after the expiration of the shared employment period needs to be classified and discussed. At the expiration of the sharing employment cooperation, the employee shall return to the original enterprise, the original enterprise shall receive the arrangement in a timely manner; The parties may extend the sharing period by consensus; If the original enterprise does not agree to continue to share, the employee shall return to the original enterprise or terminate the labor contract with the original enterprise in accordance with the law. If the employees did not resign, and the enterprises with labor shortage continue to use, causing losses to the original

enterprise, it shall bear joint and several liability. "

详见《通知》第七条。

See Article 7 of the *Notice* for details.

新法规链接:

人力资源社会保障部办公厅关于做好共享用工指导和服务的通知 人社厅发〔2020〕98 号

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):

企业之间开展共享用工,进行用工余缺调剂合作,对解决用工余缺矛盾、提升人力资源配置效率和稳就业发挥了积极作用。为加强对共享用工的指导和服务,促进共享用工有序开展,进一步发挥共享用工对稳就业的作用,现就有关事项通知如下:

一、支持企业间开展共享用工

各级人力资源社会保障部门要支持企业间开展共享用工,解决稳岗压力大、生产经营用工波动大的问题。重点关注生产经营暂时困难、稳岗意愿强的企业,以及因结构调整、转型升级长期停工停产企业,引导其与符合产业发展方向、短期内用人需求量大的企业开展共享用工。对通过共享用工稳定职工队伍的企业,阶段性减免社保费、稳岗返还等政策可按规定继续实施。

二、加强对共享用工的就业服务

各级人力资源社会保障部门要把企业间共享用工岗位供求信息纳入公共就业服务范围,及时了解企业缺工和劳动者富余信息,免费为有用工余缺的企业发布供求信息,按需组织专场对接活动。鼓励人力资源服务机构搭建共享用工信息对接平台,帮助有需求的企业精准、高效匹配人力资源。加强职业培训服务,对开展共享用工的劳动者需进行岗前培训、转岗培训的,可按规定纳入技能提升培训范围。对开展共享用工的企业和劳动者,免费提供劳动用工法律政策咨询服务,有效防范用工风险。

三、指导开展共享用工的企业及时签订合作协议

各级人力资源社会保障部门要指导开展共享用工的企业签订合作协议,明确双方的权利义务关系,防范开展共享用工中的矛盾风险。合作协议中可约定调剂劳动者的数量、时间、工作地点、工作内容、休息、劳动保护条件、劳动报酬标准和支付时间与方式、食宿安排、可以退回劳动者的情形、劳动者发生工伤后的责任

划分和补偿办法以及交通等费用结算等。

四、指导企业充分尊重劳动者的意愿和知情权

各级人力资源社会保障部门要指导员工富余企业(原企业)在将劳动者安排到缺工企业工作前征求劳动者意见,与劳动者协商一致。共享用工期限不应超过劳动者与原企业订立的劳动合同剩余期限。要指导缺工企业如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬、企业规章制度以及劳动者需要了解的其他情况。企业不得将在本单位工作的被派遣劳动者以共享用工名义安排到其他单位工作。

五、指导企业依法变更劳动合同

原企业与劳动者协商一致,将劳动者安排到缺工企业工作,不改变原企业与劳动者之间的劳动关系。劳动者非由其用人单位安排而自行到其他单位工作的,不属于本通知所指共享用工情形。各级人力资源社会保障部门要指导原企业与劳动者协商变更劳动合同,明确劳动者新的工作地点、工作岗位、工作时间、休息休假、劳动报酬、劳动条件以及劳动者在缺工企业工作期间应遵守缺工企业依法制定的规章制度等。

六、维护好劳动者在共享用工期间的合法权益

各级人力资源社会保障部门要指导和督促缺工企业合理安排劳动者工作时间和工作任务,保障劳动者休息休假权利,提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,及时将劳动者的劳动报酬结算给原企业。要指导和督促原企业按时足额支付劳动者劳动报酬和为劳动者缴纳社会保险费,并不得克扣劳动者的劳动报酬和以任何名目从中收取费用。要指导和督促原企业跟踪了解劳动者在缺工企业的工作情况和有关诉求,及时帮助劳动者解决工作中的困难和问题。劳动者在缺工企业工作期间发生工伤事故的,按照《工伤保险条例》第四十三条第三款规定,由原企业承担工伤保险责任,补偿办法可与缺工企业约定。

七、保障企业用工和劳动者工作的自主权

劳动者在缺工企业工作期间,缺工企业未按照约定履行保护劳动者权益的义务的,劳动者可以回原企业,原企业不得拒绝。劳动者不适应缺工企业工作的,可以与原企业、缺工企业协商回原企业。劳动者严重违反缺工企业规章制度、不能胜任工作以及符合合作协议中约定的可以退回劳动者情形的,缺工企业可以将劳动者退回原企业。共享用工合作期满,劳动者应回原企业,原企业应及时予以接

收安排。缺工企业需要、劳动者愿意继续在缺工企业工作且经原企业同意的,应 当与原企业依法变更劳动合同,原企业与缺工企业续订合作协议。原企业不同意 的,劳动者应回原企业或者依法与原企业解除劳动合同。劳动者不回原企业或者 违法解除劳动合同给原企业造成损失的,应当依法承担赔偿责任。缺工企业招用 尚未与原企业解除、终止劳动合同的劳动者,给原企业造成损失的,应当承担连 带赔偿责任。

八、妥善处理劳动争议和查处违法行为

各级人力资源社会保障部门要指导开展共享用工的企业建立健全内部劳动纠纷协商解决机制,与劳动者依法自主协商化解劳动纠纷。加强对涉共享用工劳动争议的处理,加大调解力度,创新仲裁办案方式,做好调裁审衔接,及时处理因共享用工引发的劳动争议案件。要进一步畅通举报投诉渠道,加大劳动保障监察执法力度,及时查处共享用工中侵害劳动者合法权益的行为。对以共享用工名义违法开展劳务派遣和规避劳务派遣有关规定的,依法追究相应法律责任。

各级人力资源社会保障部门要按照本通知要求,结合当地实际,采取有效措施加强对企业开展共享用工的指导和服务,引导共享用工健康发展。

案例调研: 员工婚假如何休?

Case Study: How to take marriage leave?

上海保华律师事务所 张宗法 Baohua Law Firm Zhang Zongfa



"久旱逢甘雨,他乡遇故知。洞房花烛夜, 引文:旧传有诗四句夸人得意者云: 金榜挂名时。"在21世纪的今天,人工降雨已经稀松平常,移动互联网已经将千 里之隔拉进为指尖,高考录取率的连年提高,也已不再是之前的千军万马过独木 桥。但是,传统意义上人生重要的四个时刻,婚事在当今对人们仍具有重要影响 意义的。特别是社会化大生产的社会环境中,员工的婚事不仅仅是私事的范畴, 婚事也与工作安排、员工管理、公司企业文化、社会舆论等相关联。员工对于婚 事、蜜月旅行、婚假的美好期待与目前部分企业中存在的"996工作"、 业绩"等管理方式和企业文化不兼容,如何处理好员工的婚事安排,在不影响企 业正常生产经营的情况下,照顾好员工对婚事的合理期待,是用人单位需要谨慎 思考的问题。在目前的劳动关系管理实践中,因婚事产生的争议也层出不穷,最 终对簿公堂的也不在少数。就员工而言,是否可以无条件是按照主观意图休婚假? 就用人单位而言,对员工的婚假是否有权进行审批?该等问题,在目前司法实践 中存在一定的争议,笔者特意检索了相关的典型案例,希望通过本文的介绍能够 对员工婚假如何休的相关问题及操作方式形成有益的认识,并能够为读者在处理 该问题时有所借鉴,在后续实务操作中避免不必要的法律风险。

Citation: There is a wildly circulated poetry which has four paragraphs to summary proud moments in a person's life: "Refreshing rain after a long drought; Meeting an old friend in a foreign land; Accompanying beloved one in the wedding night; Passing a life-changing examination". Nowadays, in the 21st century, artificial rainfall has become commonplace, the mobile Internet has been thousands of miles into the fingertips, the college entrance rate has been increased year after year thus is no longer the previous thousands of troops across the wooden bridge. However, in the traditional sense of life important four moments, marriage still has an important impact for people in modern life. Especially in the social environment of socialized mass production, the marriage of employees is not only a private matter, but also related to work arrangement, employee management, corporate culture, public opinion and so on. Employees' expectation for wedding matters, honeymoon travel, marriage leave seems incompatible with some management method and corporate culture in some companies, e.g. "996 work", "wolf performance". Thus, the employers shall carefully consider how to deal with the arrangements for employees' marriage and balance the employee's reasonable expectation for marriage matters without affecting the normal production and operation of company. Currently, in the management practice of labor relationships, marriage-related disputes are also emerging, and some disputes engage legal procedure. As far as employees are concerned, can marriage leave be granted unconditionally and with subjective intent? As far as employers are concerned, does the employer have the right to approve marriage leave? The current judicial practice does have some controversy on such questions, the author selected some relevant typical cases, hoping this article could help readers to get useful understanding on questions and practices regarding the management of employees' marriage leave, so as to better handling relevant questions and avoid unnecessary legal risks.

一、员工婚假的法律性质

在员工日常工作过程中,基于不同的事实,员工会享受不同的假期。从法律层面 而言,不同的假期具有不同的法律性质,从而将导致员工的休假方式和用人单位 的管理方式也有所不同。

例如,就产假而言,相关法律法规明确规定了产假的天数、产假期间的待遇等标准。对于该等有明确法律规定的假期,一般可以统称为员工有权享有的法定假期。根据一般的劳动法理论,该等法定假期属于法律规定的劳动基准,是国家通过立法的方式予以直接规定,并通过法律的强制力而予以执行,从而体现国家对于劳动者的倾斜保护。

1995 年起实施的《中华人民共和国劳动法》第五十一条明确规定:"劳动者在法定休假日和婚丧假期间以及依法参加社会活动期间,用人单位应当依法支付工资。"因此,就婚假的法律性质而言,笔者认为,根据《劳动法》的该条规定,婚假是员工基于结婚的事实而依法享有的法定假期,用人单位有法律义务予以保障。

二、员工申请婚假与用人单位婚假管理的司法实践

在丰富的社会实践中,常常会发生员工体婚假与用人单位用工管理的冲突。从员工角度而言,员工认为,婚假是其有权享有的法定假期,法定假期具有的强制性,单位无权予以拒绝。从用人单位角度而言,用人单位认为,法律只是规定了员工有权享有婚假,但如何体婚假,需要用人单位根据实际情况统筹安排决定。根据笔者的案例调研,各地的司法实践,对该问题存在一定争议,存在不同的法律观点。

(一)我国法律对于婚假审批并无明确规定,用人单位有权根据内部规章制度、实际生产经营情况决定是否批准员工婚假申请

【案情介绍】:

黄某于 2014 年 11 月 3 日入职 A 公司,担任海运出口拼箱客服,每月应发工资为 7,000 元,另有月度奖金。A 公司《员工手册》第 2.5.5 条中规定:"如果您要请假,应首先口头告知上级,并以邮件方式提交请假申请,得到上级和部门经理的同意后方可开始……申请超过 5 天(不含 5 天)的假期,须提前30 天提出。"第 3.1.3 条婚假中规定:"婚假必须在领取结婚证书后 1 年内一次性休完,(上海市)除享受国家规定的婚假外,增加婚假 7 天。具体方法按国家及地方相关规定执行"。

2018年10月15日经黄某申请,A公司为其开具了《证明信》,其中记载:"本单位同意黄某利用假期2019年1月30日至2月15日前往澳大利亚旅行……"。同年12月24日黄某向A公司提出2019年1月25日至2月3日请婚假10天,A公司以该时间段为春节前期,难以安排接替人员为由未予批准,要求黄某重新选择时间申请休假,而黄某以休假计划已经安排为由不愿意调整时

间。2019年1月25日黄某未再上班。2019年1月28日、1月31日A公司曾通知黄某上班。2019年2月1日A公司以黄某2019年1月25日未办理完备正常请假手续的情况下无故旷工6天为由,与黄某解除劳动合同。后,黄某提起劳动仲裁诉讼,要求认定A公司系违法解除劳动合同。

【法院判决】:

法院经审理认为,对于婚假的审批我国并无相关法律与法规予以明确,而 A 公司《员工手册》第 2.5.5 条中规定,员工假期必须经上级和部门经理审批同意,即婚假需经审批同意,黄某对此签字确认愿意遵守。黄某申请的婚假日期正值春节前夕,A 公司因无法安排人员接替而要求黄某更换婚假时间并无不当,黄某未经 A 公司同意自 2019 年 1 月 25 日至 29 日期间自行休假,期间 25 日、28 日、29 日属于旷工,而 2019 年 1 月 30 日至 2 月 15 日 A 公司已经在《证明信》中同意黄某休假,期间不构成旷工,根据《员工手册》第 8.2.3 条规定,黄某旷工 3 天行为属于严重违纪,A 公司据此与黄某解除劳动关系并未构成违法解除。

(二)婚假属于劳动者的法定福利待遇,除不可抗力特殊事由不能停工停产的情形外,用人单位不能人为设置障碍,限制劳动者的合法权益

【案情介绍】:

2015年7月9日,严某与B公司签订劳动合同,期限自2015年7月9日至2020年7月9日止,先后在B公司处从事办公室及纪检监察室工作。2019年1月初,严某向B公司相关领导多次请休婚假,但未得到书面批准。同年1月13日,严某向B公司人事部门报备请休婚假10天,次日离开B公司。婚假到期后,严某未按时返岗亦未按照B公司规章管理制度履行续假手续。

2019年2月1日,B公司以严某从2019年1月14日至1月31日共计18 天未经批准擅自离岗,属于连续旷工为由,单方解除与严某的劳动关系。后, 严某提起劳动仲裁诉讼,要求认定B公司系违法解除劳动合同。

【法院判决】:

法院经审理认为,婚假是劳动者本人结婚依法享有的福利待遇,且用人单位应当如数支付婚假期间的劳动报酬,我国也以立法的形式充分保障劳动者该项合法权益。用人单位应恪守劳动法律法规,不能人为设置障碍限制劳动者的合法权益。本案中,严某按照我国法律及新疆地方性法规规定可享有 23 天的婚假,同时 B 公司在自己的内部管理制度中也明确规定晚婚者享有 23 天的婚假。严某请休婚假 10 天并未违反国家法律法规及公司内部规章管理制度,也履行了相关审批备案手续,只是公司领导没有在请假审批单上签字。

B 公司虽然在规章制度中规定劳动者的合法权益,但是在无自然灾害、疫情防控等不可抗力特殊事由不能停工停产的情形下,以未经批准为由限制劳动

者享受休假的权利,不符合有关劳动法律法规的立法精神,故严某 **10** 天婚假不能作为旷工处理。

三、律师简评

1. 本文有关如何休婚假的核心争议在于,就员工的婚假申请,用人单位是 否有权进行审批。就该问题,根据笔者的案例调研,司法实践中呈现出 截然相反的观点。笔者认为,其背后的逻辑在于如何平衡员工的法定权 利与用人单位用工管理权。

法律的最大的魅力和精妙,并不是一刀切的把世界分成非善即恶、非黑即白的两个极端,而是在纷繁复杂的各种利益纷争中,找到一个平衡点,使得各方利益均可以得到平衡和保护,进而促进社会平稳发展。这也就需要所有法律从业者,在一个个案件中去发现并适用法律,对法律的解释与适用也是每个法律从业者的价值和意义。

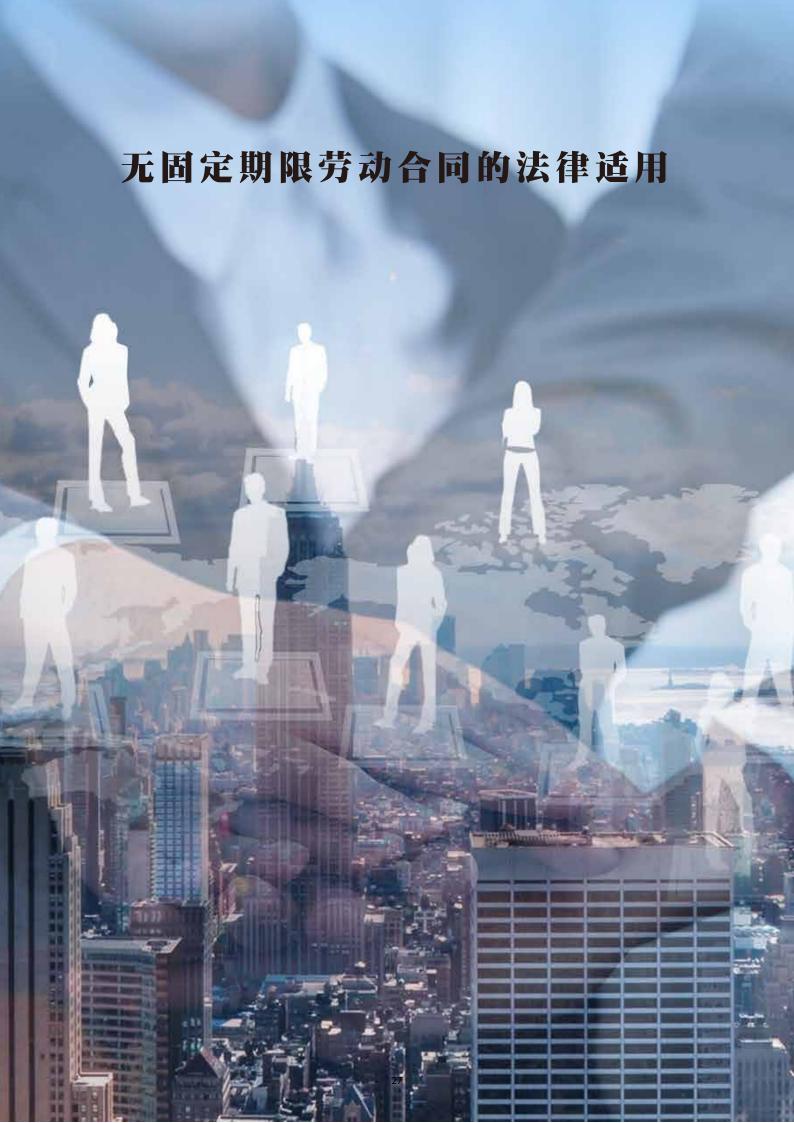
因此,就婚假而言,用人单位是否有权进行批准,简单的回答有或者无,都不是最佳答案,而是需要在每个案件中,结合实际情况,对员工法定假期权利与用人单位的用工管理权进行平衡。

2. 就劳动者而言,婚假确属于其法定权利,用人单位应当予以保障。但是, 法律只是赋予了员工享受婚假的权利和具体天数,如何具体执行,法律 并不能进行细无巨细的明确规定,仍需要在实际的用工中进行体现。权 利不得滥用是权利行使的基本原则,在权利行使过程中应当遵循诚实信 用原则。笔者认为,员工在行使婚假的权利时,也应当遵循诚信原则, 其具体体现就在于,员工需要遵守公司的内部休假规定、履行提前告知 义务、若是安排后续工作交接等。

若员工已经履行了公司的休假程序,并提前告知公司的,笔者认为,公司若认为有其他正当理由不予批准的,则公司应当承担举证责任证明其不安排休假的合理性,并向员工进行充分的解释说明。若公司不能举证证明其不安排休婚假的合理性的情况下,不宜将员工的行为认定为违纪。

3. 就用人单位而言,根据《劳动合同法》第 4 条的规定,用人单位有权建立和完善劳动规章制度,保障劳动者享有休息休假的权利。因此,就如何休婚假,用人单位有权根据自身生产经营的需要,对休假流程等作出合理的安排,通过制度对员工休婚假进行管理。

若员工未遵守公司的婚假制度,或未尽合理的告知义务,突然要求休长婚假,在公司多次督促下,就公司的管理要求置之不理,在此情况下,公司给予相应的纪律处分,笔者认为是恰当的。



无固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。在法律限定的范围内,无论是无固定期限、固定期限还是以完成一定工作任务为期限的劳动合同,都是作为一种任意制度而存在的,双方当事人可以自行选择,但我国的无固定期限合同期限制度安排中引入了单方强制制度,引起社会广泛争论。本文仅就《劳动合同法》中关于无固定期限合同制度执行中的实务问题进行研究。

一、无固定期限合同的强制续签应理解为除外规定

《劳动合同法实施条例》第 11 条规定"除劳动者与用人单位协商一致的情形外,劳动者依照劳动合同法第 14 条第 2 款的规定,提出订立无固定期限劳动合同的,用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。"只要符合法律的规定,劳动者的单方意思表示就可以发生合同的效力。对于用人单位来说,订立无固定期限合同成了一种单方强制制度。此时用人单位并不是协商主体,只是履行法定的签约义务。用人单位如果不履行这一义务,就要承担相应的法律责任。按《劳动合同法》第 82 条的规定,用人单位违反这些规定"不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付 2 倍的工资。"

合同就其本意来说是"合约"和"同意"的意思,强调的是签约双方的合意 行为,也就是双方的任意制度。无固定期限劳动合同的强制订立是以一种突破合 同原理的方式来进行的制度安排,可以视为是一种在合同原理之外的制度安排, 对劳动合同制度的贯彻落实带来一系列影响,主要体现在无固定期限劳动合同的 终止与订立。劳动者的单方行为可以产生无固定期限合同这种突破原理的制度安 排显然是与合同到期终止的正常规定相抵触的。以双方签订了两个 5 年期限的合 同为例,如果从双方当事人的意思表示来说,第二个 5 年期限的合同本身就包含 了到期终止的含义,合同终止也符合第 44 条的法律规定。然而,用人单位依据 合同第 44 条规定终止合同,却可能与第 14 条工作年限满 10 年单方行为产生无 固定期限合同的义务抵触,并要承担支付双倍工资这样极其严厉的法律责任,第

董保华,论文转载自《中国人力资源开发》2009年第6期。

14条显然只能理解为是第44条合同终止条款的除外规定。

任何合同订立或续订都应当是双方行为,应当是协商一致的结果,强制续签 突破了合同原理,只要劳动者单方意思表示就可以产生无固定期限劳动合同,由 于用人单位并不是协商主体,只是履行法定的签约义务,这时显然没有"平等自 愿、协商一致"可言。《劳动合同法》第3条是将"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"作为订立原则,《劳动合同 法》的强制续签制度也只能视为合同订立制度中的除外规定。

《劳动合同法》对适用无固定期限强制制度具体条件进行了规定,无固定合同从产生原因上可以归纳为三种情形:因工作年限和签约次数而产生无固定期限合同,以及因事实劳动关系而产生。以下就对三种产生无固期限合同的类型进行分析。

二、因工作年限而产生的无固定期限合同

当员工工作年限达到一定长度时,劳动者的单方行为就可产生无固定期限合同,劳动合同续订的主动权,完全在员工手中。这里所说的工作年限"达到一定长度"是指劳动者符合"在该用人单位连续工作满 10 年的"或者"用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的"的两种情形。

按《劳动合同法》14 条第 2 款第 1 项规定,劳动者在该用人单位连续工作满 10 年,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。这一规定可以从无固定期限合同的订立条件和方式两个方面来理解。

从无固定期限劳动合同的订立方式上看,强调的是劳动者的单方行为,这一单方行为是从极其宽泛视角来认识的。劳动者可有三种选择:一是劳动者主动提出续订或订立无固定期限劳动合同;二是劳动者同意用人单位续订请求,订立无固定期限劳动合同;三是劳动者没有提出订立固定期限劳动合同,也不对合同期限进行表态。在这三种情形下,均视为劳动者以明示或默示方式表示了签订无固定期限合同的意愿,均可产生无固定期限合同。

无固定期限劳动合同的订立条件引起的争论较多。因工作年限 10 年而产生的无固定期限合同,就法律规定本身来说,在工作期限上主要是强调"该用人单

位"、"连续工作"这样两个限定条件。值得注意的是《劳动合同法实施条例》第 10 条将劳动者离开用人单位的原因区别为因劳动者自己的原因主动辞职到新的 用人单位和劳动者"非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的"两种情况。在后一种情况下,劳动者在原用人单位的工作年限要合并计算为新用人单位的工作年限中。按照这一解释,不同的用人单位、不连续的工作期限,只要符合"非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的"这种情况,都应当合并计算到新用人单位的工作年限中,成为签订无固定期限劳动合同的依据。在现实生活中"非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作的"的情况本身是一个较模糊的概念,给了有关部门进一步的解释空间。

三、因签约次数而产生的无固定期限合同

在连续订立 2 次固定期限劳动合同后,劳动者与用人单位的双方续订行为可产生无固定期限合同。如何理解连续订立 2 次固定期限劳动合同是一个极有争议的话题。有人认为,《劳动合同法》赋予了劳动者单方行为产生无固定期限合同的权利。笔者认为这一理解并无依据。

按《劳动合同法》的规定,将上下文联起来,可读出这样的规定:劳动者连续订立 2 次固定期限劳动合同,且劳动者没有本法第 39 条和第 40 条第 1 项、第 2 项规定的情形,续订劳动合同的,劳动者提出或者同意续订劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。据此可以结合劳动合同法的相关规定,分为 4 个步骤来理解:

第 1 步,劳动者连续订立 2 次固定期限劳动合同。依《劳动合同法》第 97 条,连续订立固定期限劳动合同的次数从《劳动合同法》施行后续订固定期限劳动合同时开始计算,这是有别于上述《劳动合同法》14 条第 2 款第一项"从用工之日"起计算工作年限的规定。

第 2 步,确定劳动者没有出现《劳动合同法》第 39 条过错性解除条件、第 40 条第 1 项(劳动者医疗期届满解除)、第 2 项(劳动者不能胜任工作解除)的情况。

第 3 步,双方对续订劳动合同达成一致。如何理解这里所说的"续订"是争论的关键,有人认为,这里所说的"续订"应当理解为劳动者的单方行为,即只要劳动者要求订立,用人单位就一定得订立合同。笔者认为,这样的扩大理解不

符合劳动合同法的相关规定。《劳动合同法》第3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。"续订也是一种订立,在法无明文规定的情形下,应当遵循平等自愿、协商一致的原则。如果双方无法达成一致,无论是用人单位还是劳动者都应当有权不续订合同。

第 4 步,劳动者提出或者同意续订劳动合同的。劳动者只需"提出或者同意 续订劳动合同的"即可产生无固定期限合同,用人单位就应当续订无固定期限合 同,具有强制性。《劳动合同法》对"提出或者同意"做了扩大的解释,只要劳 动者没有以明示的方式提出订立有固定期限劳动合同,就可以视为是劳动者提出 或者同意续订无固定期限劳动合同。在满足前三个要件,双方已经达成了签订合 同的意愿时,《劳动合同法》将签订固定期限还是无固定期限合同的选择权交给 了劳动者。在第 4 步上劳动者的单方意愿可以产生无固定期限合同,用人单位如 不履行相应的义务应当承担法律责任。

在这一问题上争论的关键是劳动者是在在第3步还是第4步上获得单方决定 无固定期限合同的权利。如果劳动者是在在第3步上获得无固定期限合同的单方 决定权,第二次固定期限合同实际上就已经不可能因用人单位的意愿而到期终止; 如果劳动者是在第4步上获得无固定期限合同的单方决定权,第二次合同期满时 双方仍可协商决定是否续签合同,劳动合同仍有可能因双方的意愿而在期限届满 时被终止。

笔者认为,应当是在第 4 步上劳动者获得这种权利,只有同时符合以上 4 方面的条件,应当签订无固定期限劳动合同,否则《劳动合同法》第 14 条的含义将彻底改变。有固定期限合同与无固定期限合同的最大区别在于能否到期终止。如果第 2 次合同到期时就已经不能因期限届满而终止,实际上第 2 次签订的就已经是无固定期限合同,14 条就应当直接表述为固定期限合同签订 1 次后就签订无固定期限合同,这将彻底否定连续订立 2 次固定期限劳动合同的劳动者有权续订无固定期限合同的表述。

四、因事实劳动关系而产生的无固定期限合同

事实劳动关系是应当订立书面劳动合同而未订立的一种状态。由于我国推行书面形式,将事实劳动关系作为一种违法的状态。按《劳动合同法》的规定,这种违法状态只要持续一年,就可以转化为无固定期限合同这样一种合法的状态。

《劳动合同法》第14条第3款规定:"用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。"

现实生活中的问题是这种违法状态转入合法状态究竟需要具备什么条件? 《劳动合同法》只讲了1年的时间条件,《劳动合同法实施条例》第7条规定: "应当立即与劳动者补订书面劳动合同。"由此,引发了争议。事实劳动关系在 违法状态下,《劳动合同法》规定用人单位须承担支付双倍工资的法律责任。用 人单位与劳动者维持事实劳动关系超过1年,双方仍未签订书合同,用人单位是 否要支付双倍工资呢?实践中存在着两种理解:

第一种理解认为,既然《劳动合同法》将其规定为合法状态,不须支付双倍工资。应当适用《劳动合同法》第 11 条规定,"用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同,与劳动者约定的劳动报酬不明确的,新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行;没有集体合同或者集体合同未规定的,实行同工同酬。"

第二种理解认为,虽然《劳动合同法》将其视为合法状态,但毕竟没有订立 书面劳动合同,应当适用《劳动合同法》第82条第2款规定,"用人单位违反本 法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同 之日起向劳动者每月支付2倍的工资。"

笔者认为,第一种看法更有道理。理由有二:

其一,《劳动合同法》第82条第2款承担责任的依据是"不与劳动者订立无固定期限劳动合同的",而《劳动合同法》第14条第3款规定,事实劳动关系达1年就"视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同",无固定期限劳动合同是一种法的保护,并且其保护劳动者权益比通过法律的方式更具时效性和针对性。所以,对于保护派遣劳工权益,工会应该发挥重要的作用。我国工会发展相对薄弱,与西方国家的工会力量存在一定距离,但是我们需要充分维护劳工权益的重要工具。笔者建议,各地工会组织应根据派遣机构规模大小,帮助派遣劳动者在派遣机构组建工会,目前山东已成立首个劳务派遣员工工会,使得劳务派遣单位和要派单位共同置于工会组织的监督之下,使劳务派遣形式下的员工在招聘、岗前、技能培训、就业安置和日常管理工作,纳入到新劳动合同法和工会法来维护员工利益的要求下,在同工同酬、女工权益保护、最低工资保障、社会保

险等方面有了依据和监督,更好的保证劳务派遣职工的权益,促使派遣员工专注 于服务用工企业的工作,提升派遣员工的归属感。

对于经营规模小的派遣机构,可以联合起来组建派遣机构工会。另外,可考虑以派遣劳动者行业为依托,成立行业工会。行业工会代表派遣劳动者与派遣机构订立集体合同、行使集体谈判权,履行工会作为派遣劳动者的集体劳权,行使主体职责。没有成立工会的派遣机构,应当允许派遣劳动者加入单位工会,而且不论派遣劳动者是否加入工会,用工单位集体劳动合同中规定的劳动标准都应适用于派遣劳动者。

同时,劳务派遣机构可以通过在用人单位成立工会联络小组,吸纳自愿加入工会的劳务派遣员工,与单位工会联合组成工会联合会,使劳务派遣员工的权益和纠纷等问题得到及时处理。采用"双重维权主体"和"工会小组"的方式维护好派遣员工的合法权益,即以派遣单位工会和要派单位工会为主体建立维权机制,双管齐下维护职工权益。通过在要派单位建立派遣员工工会小组,不定期向派遣单位工会反馈职工维权信息,由派遣单位工会和要派单位工会共同协商职工维权的具体事项,成立维权电话和联系邮箱,24小时开通提供各种生产和生活问题的咨询和服务,发挥工会在劳务派遣员工和要派单位中的桥梁和粘合作用。



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