保华月刊

Baohua Monthly

2020年11月刊
Nov.2020
第46期
NO.46

- 案例调研：停产停工期间三期女职工待遇如何发？

- 深圳劳动立法专题

总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：于海红

保華律師事務所

目录 Catalogue

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：深圳劳动立法专题
New Regulation: *Special Topics of Legislation on Labor Relations in Shenzhen*

热点追踪
Hot Issues

19 案例调研：停产停工期间三期女职工待遇
Case Study: Treatment for Female Employees in "Three Period" When the Employer's Operation and Production is Suspended?

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

27 论企业改制中劳动关系主体的变更
Discussion on the Change of the Parties of Labor Relationship in the Restructuring of Enterprise

新闻总结

一、国办对下一阶段深化“放管服”改革作出部署

来源：新华社

摘要：近日，国务院办公厅日前印发《全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案》（以下简称《分工方案》），对下一阶段深化“放管服”改革优化营商环境工作作出部署。

Abstract：Recently, the General Office of the State Council of the People's Republic of China issued the *National Division Plan for Key Tasks of Video Teleconference on Deepening the" Simple Administration, Decentralization, Optimization of services "Reform and Optimizing the Business Environment*(hereinafter referred to as the *Division Plan*), making arrangements for the next stage of deepening the " Simple Administration, Decentralization, Optimization of services " reform and optimizing the business environment.

《分工方案》明确了五个方面 25 项重点任务。一是把实施好宏观政策和深化“放管服”改革结合起来，提高宏观政策实施的时效性和精准性。将财政资金直达机制实施中的好做法制度化，落实减税降费政策。让企业特别是中小微企业融资更加便利、更加优惠，督促金融机构优化普惠型小微企业贷款延期操作程序。稳定和扩大就业，破除影响就业特别是新就业形态的各种不合理限制，简化应届高校毕业生就业手续。二是放要放出活力、放出创造力。分类推进行政审批制度改革，编制公布中央层面设定的行政许可事项清单，大幅精简各类重复审批，清理不必要的审批。简化优化汽车生产准入管理措施。深化“证照分离”改革，广泛推行告知承诺制。提升企业注销便利度，扩大简易注销范围。三是管要管出公平、管出质量。完善“双随机、一公开”监管、信用监管、“互联网+监管”、跨部门协同监管等有效做法，加快完善各领域监管标准体系。守好安全和质量底线，对疫苗、药品、特种设备、危险化学品等领域实行全主体、全品种、全链条的严格监管。对直接关系人民群众身体健康和生命安全的领域，加快推出惩罚性赔偿和巨额罚款等制度。探索开展“沙盒监管”、触发式监管等包容审慎监管试点，进一步推进“互联网+”行动。四是服要服出便利、服出实惠。在更大范围实现“一网通办”，允许企业和群众自主选择线上或线下办理方式，并加强对老年人、残疾人等群体的引导和服务。优化水电气暖网等公用事业和公证、医疗等领域服务。推动政务服务“跨省通办”，大力推行“一件事一次办”。进一步简化社保参保、转移接续等手续，建立困难群众主动发现机制。五是调动好各方面积极性，形成推动改革的工作合力。提高改革协同性，下放审批监管事项时要同步下沉相关专业人员和技术力量。支持地方探索创新，设立一批营商环境创新试点城市，先行先试深化“放管服”改革。建立健全常态化政企沟通机制，对企业诉求“接诉即办”。发挥法治引领和保障作用，保障各项改革依法有序推进。

《分工方案》强调，各地区要完善深化“放管服”改革和优化营商环境工作机制，一体化推进相关领域改革，配齐配强工作力量，抓好改革任务落地。各部门要结合各自职责，加强协同配合，形成改革合力。国务院办公厅要发挥对深化“放管服”改革和优化营商环境工作的牵头抓总作用，强化统筹协调、业务指导和督促落实，确保改革取得实效。

二、国务院建议试行企业“休眠”制度

来源：人民网

摘要：近日，国务院发布第七次大督查收集转办部分意见建议情况的通报。

通报在提及关于完善保市场主体政策措施的意见建议时指出，试行企业“休眠”制度。

Abstract：Recently, the State Council issued a circular on the collection of some opinions and suggestions from the Seventh Grand Inspection. When referring to the opinions and suggestions on improving the policies and measures to protect the main body of the market, the circular pointed out that the "dormant" system of enterprises should be tried out.

部分督查组反映，市场监管部门对连续两个年度未报送年度报告的企业，可以吊销营业执照。很多企业因短期经营困难暂时歇业，但仍有意愿继续经营，而企业一旦被吊销营业执照，其法定代表人再次创业会遇到障碍。建议对未按规定报送年报的企业设立“休眠期”，合理设置休眠条件和程序，承认休眠期间企业合法存续地位，保证企业经营资格和主体资格的连续性。

三、国办关于国务院第七次大督查发现部分地方和单位形式主义官僚主义典型问题的通报

来源：中国政府网

摘要：近日，国务院办公厅督查室通报了国务院第七次大督查发现的部分地方和单位形式主义官僚主义典型问题。

Abstract： Recently, the Supervision Office of the General Office of the State Council of the People's Republic of China reported the typical problems of formalism bureaucracy in some localities and units discovered by the Seventh Grand Inspection of the State Council.

原文：2020 年 10 月，按照国务院第七次大督查的统一部署，14 个国务院督查组分赴 14 个省（区、市）和新疆生产建设兵团开展实地督查。从督查情况看，今年以来，面对新冠肺炎疫情冲击影响，各有关地方真抓实干、担当作为，统筹疫情防控和经济社会发展，扎实做好“六稳”工作，全面落实“六保”任务，在保持经济平稳健康发展和服务企业群众方面做了大量工作，取得了积极成效。同时也发现，少数部门及其领导干部漠视群众利益，随意决策，任性执法，不切实际“一刀切”，工作作风漂浮，不同程度存在形式主义官僚主义问题。按照 2020 年 11 月 11 日国务院常务会议部署要求，现将有关典型问题通报如下。

一、有的承诺不兑现失信于民

切实将企业和群众的利益诉求放在心上，说到做到，不放空炮，以实际行动取信于民，是党中央、国务院对各级政府部门及其领导干部的明确要求。督查发现，少数地方和部门重视企业和群众的利益不够，作出承诺不予兑现，新官上任不理旧账，影响了政府的形象和公信力。江苏省新沂市未兑现乡村教师专项奖励资金。2019 年 9 月，徐州市政府印发《关于建立徐州市“初心·坚守”最美乡村教师褒奖制度实施办法和徐州市银龄计划实施方案的通知》（徐政发〔2019〕29 号），提出经学校申报、县（市、区）审核确认，对在乡村学校一线教学岗位满 30 年、仍从事乡村学校一线教学工作的老师给予一次性 1 万元奖励。这本是一件关心乡村教师、褒奖敬业奉献的好事。督查发现，徐州市所辖的新沂市 2019 年评选出 236 名最美中小学乡村教师后，以未纳入当年财政预算为由没有兑现奖励资金，老师们的意见较大。河北省顺平县违约占用民营企业土地长达 10 余年。督查发现，顺平县国土局与河北凯巍塑业有限公司签订合同，约定于 2009 年 10

月 31 日前将县职教中心土地使用权及全部地上建筑物产权交付给该企业。该企业于 2010 年 7 月将全部价款、各项税费缴清，但县职教中心至今仍未搬迁，造成违约占用土地 10 余年的事实，也未支付合计金额超过 6000 万元的违约金。

二、有的工作粗放消极，办事拖沓敷衍

督查发现，少数地方和部门在工作中履职尽责不到位，该制定的方案未及时制定，该给企业办的事拖着没办，该整改的问题没有彻底整改到位。青海省、陕西省制定清欠工作方案不周密、不务实。2020 年 1 月 8 日国务院常务会议要求，省级政府对本地区清欠工作负总责，对无法完成清欠任务的市县要统筹制定解决方案。截至督查时，青海省未对困难县市和拖欠主体研究制定有关统筹托底方案；陕西省虽然出台了方案，但措施过于笼统、操作性不够强，仅限于“纸上落实”。江苏省连云港市工业和信息化局等部门办事拖沓，企业复产申请久拖不决。2019 年 10 月，连云港市印发《关于做好全市停产整改化工企业复产工作的通知》，提出县级核查、市级部门复核、市政府批复的化工企业复产审批程序，其中复核环节要求相关市级部门 5 个工作日内将复核结论报送市工业和信息化局。督查发现，2020 年 4 月 16 日，江苏华尔化工有限公司通过灌南县向连云港市政府提交复产申请，但市生态环境、消防、住建等 3 部门迟迟未提出复核意见，牵头部门市工业和信息化局也未按职责催办，导致该公司复产申请截至 10 月 16 日现场督查时仍未通过，无法正常开展生产经营。河北省邢台市、廊坊市大厂回族自治县对违规设置限高杆问题整改不力。今年 10 月国办督查室通报河北山东河南等地违规设立限高设施和检查卡点严重影响货车通行问题后，有关地方抓紧开展摸底排查和清理规范，取得良好整改效果。但仍有少数地方整改不彻底，严重影响货车通行效率和道路交通安全。督查发现，邢台市邢州大道往京港澳高速方向的道路两侧仍设置有限高杆，进市区方向限高 2.4 米，出市区方向限高 2.8 米；廊坊市大厂回族自治县大厂东高速公路出口通往县城的道路上，2 公里距离内设置了 4 处 2.2 米的限高杆。两地均违反了《公路工程技术标准》关于“一条公路应采用同一净高。高速公路、一级公路、二级公路的净高应为 5 米，三级公路、四级公路的净高应为 4.5 米”的规定。黑龙江省部分市县承接森工系统行政职能缓慢，鹤岗市鹤北林区房屋交易业务停办 400 余天。2019 年 6 月底，根据黑龙江省委、省政府统一部署，全省森林工业系统的住建部门职能移交至所在市县人民政府，实行属地化管理。督查发现，2020 年 4 月 27 日，萝北县政府才与鹤北林业局签订“房产管理职能”移交协议，截至 10 月 14 日萝北县不动产登记中心仅完成五分之一档案的电子化工作，导致鹤北林区房屋交易业务停办长达 400 余天。经核查，黑龙江省森林工业系统共有 23 个林业局，截至督查时仍有 16 个未完成移交工作，占比超过 70%。福建省闽侯县白沙镇政府对土地确权政策落实不到位。督查发现，闽侯县白沙镇政府在第 3 轮土地承包经营权确权登记过程中，制定的土地确权方案存在偏差，部分农户田地确权信息不准、地界确认不清，导致该镇土地确权工作陷入停滞，200 多个农户、1500 多名农民 2 年多拿不到土地确权证书和补偿款。上海市浦东新区、松江区部分旧区改造工程进展缓慢。上海市浦东新区周浦镇 15 号地块 2012 年开始实施居民动迁，但至今仍未建成安置房屋，尚无居民完成回迁；松江区金沙滩社区从 2013 年起通过协议置换的方式启动旧区改造，至今仍无实质性进展。浙江省绍兴市、湖南省郴州市等地部分保障性住房长期闲置。截至今年 9 月，浙江省绍兴市 2010 年以来建成的棚改安置房中，有 3012 套未分配使用。湖南省郴州市高新区刘仙、望仙公租房项目 1288 套住房于 2017 年 1 月完成竣工验收，截至督查时仅交付 340 套。金田佳苑公租房项目 2016 套

住房于 2018 年 1 月完成竣工验收，福园公租房项目 820 套住房于 2016 年 2 月完成竣工验收，截至督查时均未交付使用。

三、有的不切实际随意决策、任性执法

督查发现，少数地方和部门官僚主义严重，脱离实际，随意决策，任性执法，损害了企业和群众的切身利益。北京市住房公积金管理部门未及时调整公积金归集扩面考核任务，集中催促企业开户缴费。2020 年 1 月，北京市住房公积金管理中心制定 2020 年住房公积金归集扩面安排，计划全年新增住房公积金开户 80 万人，并作为考核任务分解至各区管理部。新冠肺炎疫情发生后，该中心没有充分考虑企业普遍困难的实际情况，未对相关考核任务进行调整。2020 年 9 月，该中心印发的《北京住房公积金行政处罚裁量基准》规定，单位不办理住房公积金缴存登记的，处 1 万元以上 5 万元以下罚款。随后，其下辖的东城、顺义、海淀、中关村等 4 个管理部采取群发短信方式集中催促未开户企业补办开户，引起较多小微企业的焦虑、恐慌和不满。2020 年 9 月，全市住房公积金开户人数新增 20.65 万人，同比增长 168%。陕西省宜川县交警执法行为不规范，西安市、西咸新区通过锁定车辆档案强制“油改气”车辆淘汰。督查发现，陕西省宜川县公安局交通管理大队秋林、云岩中队在 309 国道、242 国道设卡拦截过路货车，在既不告知违章事项、也不纠正违章行为的情况下随意开具罚单。近期交过罚款的可直接通过，1 张罚单有的“可保 10 天”、有的“可保 1 个星期”。西安市、西咸新区交管部门在没有政策依据的情况下通过违规锁定“油改气”车辆档案、限制车辆交易年审等方式，强制车主报废车辆或将相关车辆过户到其他地区，给居民生活带来不便。截至督查时，西安市、西咸新区分别有 1058 辆、625 辆“油改气”车辆因老旧燃气车淘汰工作被锁定档案。

各地区、各部门要引以为戒、举一反三，对照通报所列问题自查自纠，切实转变作风、提升效能，以更大的实干担当服务企业群众、做实做细工作。有关地方和单位要对督查发现的问题列出清单，限期整改，整改情况于 2020 年 12 月 31 日前集中报国办督查室。国办督查室将持续跟踪督办，对敷衍了事、虚假应付、整改不到位的予以曝光追责。遭遇类似涉及政府及其部门形式主义官僚主义问题的企业和群众，可继续通过国务院“互联网+督查”平台向国办督查室反映。

四、国家税务总局关于进一步简便优化部分纳税人个人所得税预扣预缴方法

来源：国家税务总局

摘要：近日，国家税务总局网站发布《国家税务总局关于进一步简便优化部分纳税人个人所得税预扣预缴方法的公告》(下文简称“公告”)。公告明确，2021 年起，在纳税人累计收入不超过 6 万元的月份，暂不预扣预缴个人所得税。

Abstract：Recently, the website of the State Administration of Taxation released the *Announcement of the State Administration of Taxation on Further Optimizing the Withholding and Prepayment Method of Personal Income Tax of Some Taxpayers* (hereinafter referred to as the *Announcement*). It is clearly stated in the announcement that from 2021, in any month when the taxpayer's accumulated income does not exceed CNY 60,000, the personal income tax will not be withheld in advance for the time being.

公告指出，对上一完整纳税年度内每月均在同一单位预扣预缴工资、薪金所得个人所得税且全年工资、薪金收入不超过 6 万元的居民个人，扣缴义务人在预扣预缴本年度工资、薪金所得个人所得税时，累计减除费用自 1 月份起直接按照

全年 6 万元计算扣除。

国家税务总局相关负责人表示，考虑到新税制实施已有一个完整的纳税周期，纳税人也有了执行新税制后的全年收入纳税数据，对该部分工作稳定且年收入低于 6 万元的群体，在享受原税改红利基础上，可对其税款预扣预缴方法进行优化，进一步减轻其办税负担。

很多人非常关心，公告出台后，扣缴义务人该如何操作？对此，这位负责人表示，采用自然人电子税务局扣缴客户端和自然人电子税务局 WEB 端扣缴功能申报的，扣缴义务人在计算并预扣本年度 1 月份个人所得税时，系统会根据上一年度扣缴申报情况，自动汇总并提示可能符合条件的员工名单，扣缴义务人根据实际情况核对、确认后，即可按公告规定的方法预扣预缴个人所得税。采用纸质申报的，扣缴义务人则需根据上一年度扣缴申报情况，判断符合公告规定的纳税人，再按公告执行，并需从当年 1 月份税款扣缴申报起，在《个人所得税扣缴申报表》相应纳税人的备注栏填写“上年各月均有申报且全年收入不超过 6 万元”。

五、上海火力打响“抢人大战”，一月内推多部落户新政

来源：第一财经

摘要：2020 年 11 月份以来，上海连续发布了《关于优化本市居住证转办常住户口政策的通知》、《留学回国人员申办上海常住户口实施细则》、《上海市引进人才申办本市常住户口办法》、《上海市引进人才申办本市常住户口办法实施细则》。公告自 2021 年 1 月 1 日起施行。

Abstract：Since November, 2020, Shanghai has continuously issued the *Circular on Optimizing the Policy of Transferring Residence Permit to Permanent Residence in Shanghai*, *Detailed Rules for Applying for Permanent Residence in Shanghai by Returned Overseas Students*, *Measures of Shanghai Municipality on Applying for Permanent Residence in the City for Introduced Talents* and *Detailed Rules for the Implementation of Shanghai Municipality's Measures for Applying for Permanent Residence in the City for Introduced Talents*. The announcement shall come into force as of January 1, 2021.

自《中共上海市委 上海市人民政府关于新时代上海实施人才引领发展战略的若干意见》（沪委发〔2020〕22 号）发布后，上海的人才政策加快出台，以加强海内外人才的集聚度。

重点区域

根据《关于优化本市居住证转办常住户口政策的通知》（下称《通知》），作为具有全球影响力的科技创新中心核心承载区，以及上海“十四五”重要增长极定位的张江科学城，获得了此前临港新片区居转户缩短年限的政策。

《通知》称，张江科学城用人单位引进的人才，居转户年限由 7 年缩短为 5 年（其中在张江科学城工作时间不低于 3 年）；张江科学城重点产业的骨干人才，居转户年限由 7 年缩短为 3 年（其中在张江科学城工作时间不低于 2 年）。

同时，张江科学城用人单位引进的人才，符合缩短居转户年限要求的，应书面承诺落户后继续在张江科学城工作 2 年以上。

在临港新片区成立一年之际披露的数字是，申请“居转户”年限缩短政策的有 196 人，其中有 60 人已经获得上海户籍。

对于要在 2035 年建成具有较强国际市场影响力和竞争力的特殊经济功能区

的临港新片区而言，在现行的居转户缩短年限政策的基础上，又进一步试行更为宽松的评价标准：临港新片区用人单位引进的各类人才，最近 4 年内累计 36 个月及申报当月在上海市缴纳城镇社会保险基数达到上年度上海市城镇单位就业人员平均工资 1 倍的，在申办居转户时可不受职称或者职业资格等级的限制。

对比来看，在上海市行政区域内注册的用人单位工作并持有《上海市居住证》的境内人员，要在申办居转户时不受职称或者职业资格等级的限制，需要最近 4 年内累计 36 个月及申报当月在上海市缴纳城镇社会保险基数达到上年度上海市城镇单位就业人员平均工资的 2 倍。

评价标准更多元

相比此前的《试行办法》，《上海市引进人才申办本市常住户口办法》中将引进人才分为了高层次人才、重点机构紧缺急需人才、高技能人才、市场化创新创业人才、专门人才和其他特殊人才等五大类，并对相应条件作出了修改。

其中，重点机构紧缺急需人才的评价标准，除了具有本科及以上学历并取得相应学位的专业技术人员、管理人员和创新团队核心成员等核心业务骨干外，又增加了“具有硕士研究生学历并取得相应学位的人员”，今后也可以申办上海市常住户口。

同时，对于高技能人才，则增加了“获得中华技能大奖、全国技术能手称号、国务院特殊津贴、世界技能大赛奖项等荣誉”这一申办渠道。

《办法》中明确的 5 类市场化创新创业人才，则更加突出市场导向。

比如获得一定规模风险投资的创业人才及其团队核心成员；在上海取得经过市场检验的显著业绩的创新创业中介服务人才及其团队核心成员；在上海管理运营的风险投资资金达到一定规模且取得经过市场检验的显著业绩的创业投资管理运营人才及其团队核心成员；市场价值达到一定水平的企业科技和技能人才；取得显著经营业绩的企业家人才，都可以申办上海常住户口。

《办法》还明确，上海各区和重点区域自主审批的紧缺急需人才，也可申办上海市常住户口。这也意味着，上海将落户审批权“下放”给各区和重点区域。

留学人员回国 2 年内来上海工作即可

《留学回国人员申办上海常住户口实施细则》也进一步放宽了留学回国人员的申办条件。

比如，取消了留学人员首份工作需要在上海的要求，只需要留学人员回国后 2 年内来上海并持续在上海工作，与上海市相关用人单位依法签订劳动或聘用合同、按规定在上海市缴纳社保和个税即可。

此外，符合激励条件的四类人员，全职到上海工作后可以直接申请落户。

具体包括在国（境）外高水平大学、国际知名科研机构等担任相当于副教授、副研究员及以上职务；在世界 500 强知名企业、跨国公司等担任高级管理、技术、科研职务；或者经上海市人力资源和社会保障局认定为高层次人才的留学人员；以及在国（境）外高水平大学学习获得博士学位的人员等。

《中国组织人事报》的报道称，近期，上海提出实施人才引领发展战略多项新的具体举措，形成面向“十四五”时期人才政策的升级、突破与拓展。

六、广东出台劳务派遣管理新规打击“假外包、真派遣”

来源：南方工报

摘要：为进一步规范劳务派遣用工行为，促进劳务派遣健康有序发展，切实维护被派遣劳动者合法权益，近日，广东省人力资源和社会保障厅出台了《关于进一步规范劳务派遣管理的指导意见》（以下简称“意见”），将于 2020 年 12 月 1 日起执行，有效期 5 年。

Abstract: In order to further standardize the employment behavior of labor dispatch, promote the healthy and orderly development of labor dispatch, and earnestly safeguard the legitimate rights and interests of dispatched workers, Human Resources and Social Security department of Guangdong Province recently issued the *Guiding Opinions on Further Regulating the Management of Labor Dispatch* (hereinafter referred to as *Opinions*), which will be implemented from December 1, 2020 and will be valid for 5 years.

劳务派遣是劳动合同制用工的补充形式。近年来，我省劳务派遣机构增长迅速，劳务派遣用工规模持续扩大，劳务派遣服务单位大幅增加，劳务派遣覆盖领域日趋广泛，发挥着稳定促进就业、满足用工需求、降低人力资源成本等积极作用，推动了全省经济社会发展。但是，当前劳务派遣领域仍然存在虚构劳动关系参加社会保险、利用劳务派遣资质为招投标加分、借用劳务派遣机构偷税漏税、以“假外包、真派遣”逃避法律责任、同工不同酬、不依法参加社会保险、规避签订无固定期限劳动合同等问题，严重损害劳动者合法权益，扰乱正常的劳动用工秩序和人力资源市场环境，乃至影响经济健康发展和社会和谐稳定。

意见要求，各地要从资质条件上守住规范管理的第一道关口，严格把好劳务派遣经营行政许可“入口关”，在注册资本、场所、专职管理人员等方面做好把关。对“注册资金不到位”“注册地址与经营地址不一致”“经营场所设施设备与开展业务不相适应”“劳务派遣管理制度不合法”等情形不予许可。要按照深化“放管服”改革要求，充分运用“互联网+政务服务”渠道，严格依照劳务派遣行政许可审批程序和时限及时依法办结。要落实“减证便民”行动要求，进一步简化材料、压减时限，申办劳务派遣经营行政许可不再要求申请人提供营业执照、企业名称预先核准通知书、法定代表人身份证明等材料，审批时限自受理之日起 13 个工作日内作出是否准予行政许可的决定。

意见明确，各地要按照属地管理原则，加强劳务派遣单位与用工单位规范化用工的指导服务。对于劳务派遣用工单位，要督促其严格遵守劳务派遣限定在临时性、辅助性、替代性“三性”工作岗位和用工比例，依法确定并公示使用被派遣劳动者的辅助性岗位，落实同工同酬分配办法，保障被派遣劳动者享有相关福利待遇等权利。

意见强调，要防止借“劳务外包”之名行劳务派遣之实，规避劳务派遣规制，积极防范“假外包、真派遣”。要紧紧抓住劳动者在谁的监督指挥下从事劳动关键环节认定“假外包、真派遣”，如人力资源服务外包符合以下情形的，应当进一步深入调查双方是否构成劳务派遣关系：在外包的业务方面，发包方对劳动者的工作业务量、内容等与业务直接相关的内容进行指挥管理；在对劳动者管理方面，劳动者的工作时间、休息休假、加班、日常考核与处罚等与劳动者相关的事项由发包方监督管理；在劳动纪律方面，劳动者需遵守发包方制定的劳动纪律。对“假外包、真派遣”的用工行为，要按照《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定进行处理。

意见指出，要构建被派遣劳动者权益保障体系，通过重拳打击劳务派遣中的不法行为、实行劳务派遣单位年度报告制度、建立劳务派遣诚信体系、依法完善

退出机制等，切实维护劳动者合法权益。

七、北京发布涉新冠肺炎疫情劳动争议仲裁十大典型案例

来源：北京青年报

摘要：近日，北京市人力资源和社会保障局发布 2020 年涉新冠肺炎疫情劳动争议仲裁十大典型案例，涉及试用期延长、居家办公、劳动合同续订、带薪年休假、待岗、轮岗轮休、劳动合同解除、共享用工等疫情防控期间较为常见的劳动争议。

Abstract： Recently, Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau published ten typical cases of labor dispute arbitration involving COVID-19 in 2020, covering common labor disputes during epidemic prevention and control period, such as extension of probation period, home office, renewal of labor contract, paid annual leave, waiting for post, rotation and rest, termination of labor contract, and shared employment.

这十大案例的主要内容有：1.加强联动，通过个案发现并妥善处置集体劳动争议；2.延长试用，符合特定情形用人单位无需支付赔偿金；3.居家办公，劳动者的劳动报酬不得无正当理由降低；4.未订合同，用人单位事先通知可免责支付双倍工资；5.协商未果，用人单位仍可统筹安排劳动者休年休假；6.轮岗轮休，用人单位应当支付轮休期间基本生活费；7.预告解除，劳动者要求撤回离职申请未获仲裁支持；8.经营困难，以客观情况发生重大变化解除应予补偿；9.计薪有误，劳动者据此解除要求支付经济补偿未果；10.临时借用，劳动者与借用单位不构成双重劳动关系。据悉，这是本市第六次发布仲裁典型案例，为便于理解适用，仲裁机构进行了释法分析和风险提示。

八、天津发文明确医保参保缴费及待遇享受管理有关问题

来源：天津市医疗保障局官网

摘要：近日，天津市医保局、人社局、税务局发布《关于进一步规范基本医疗保险参保缴费及待遇享受管理有关问题的通知》，规范参加职工基本医疗保险的缴费模式、中断缴费如何补缴等问题，并解读了相关政策。

Abstract：Recently, Tianjin Medical Security Bureau, Tianjin Municipal Human Resources and Social Security Bureau and Tianjin Municipal Tax Service，State Taxation Administration issued the *Notice on Further Regulating the Management of Payment and Benefit Enjoyment of Basic Medical Insurance*, which regulates the payment mode of basic medical insurance for insured employees, how to renew payment after interruption of payment, and interprets relevant policies

一、为什么要出台规范基本医疗保险参保缴费及待遇享受管理相关政策？

答：随着医保改革的深入，为进一步规范我市医疗保险参保缴费及待遇享受管理，维护参保人员权益，根据《社会保险法》、《天津市基本医疗保险条例》和《国家医保局 财政部 国家税务总局关于加强和改进基本医疗保险参保工作的指导意见》（医保发〔2020〕33 号）等有关规定，结合我市实际，市医保局联合市人社局市税务局出台了《进一步规范基本医疗保险参保缴费及待遇享受管理有关问题的通知》（津医保局发〔2020〕85 号），统一规范基本医保参保缴费及待遇享受管理。

二、参加职工基本医疗保险有几种缴费模式？

答：参加职工基本医疗保险大致分为两种缴费模式。一种是按照统账结合模式（缴费比例 12%，其中，单位缴费 10%、职工个人缴费 2%，）参保缴费，职工和退休人员建立职工基本医疗保险个人账户，新参保的用人单位及其职工应当按此模式参保缴费。另一种是按照大病统筹模式（缴费比例 8%）参保缴费，职工和退休人员不建立个人账户，灵活就业人员及特困企业等按此模式参保缴费。

三、两种缴费模式是否可以相互变更？

答：已经按照统账结合模式参保缴费的用人单位，不可变更为按照大病统筹模式参保缴费；已按照大病统筹模式参保缴费的用人单位，为退休人员一次性缴纳 5 年个人账户所需医疗保险费后，可向社保经办机构申请变更为按照统账结合模式参保缴费，并自变更之月起，职工和退休人员建立个人账户。

为退休人员一次性缴纳 5 年个人账户所需医疗保险费计算公式为：（缴费当月 70 周岁以下退休人员人数×480 元+70 周岁以上退休人员人数×600 元+建国前老工人人数×720 元）×5 年。

四、参保人员是否可以重复参保？

答：重复参保是指同一参保人重复参加同一基本医疗保险制度（制度内重复参保）或重复参加不同基本医疗保险制度（跨制度重复参保），具体表现为同一时间段内同一参保人有两条及以上参保缴费状态正常的参保信息记录。自 2021 年 1 月结算期开始，已参加基本医疗保险且当前缴费状态正常的，原则上不允许重复参保，其中已缴纳居民医保费但未进入待遇享受期申请参加职工医保的，还应同步办理退费手续。

五、城职职工大额医疗救助费如何缴纳？

答：自 2021 年起，城职职工大额医疗救助费实行按月缴费，参保人员自参加职工医保之月开始，按月缴纳城职职工大额医疗救助费。其中，在职人员每季度首月缴纳 21 元/月，其余月份缴纳 22 元/月；退休人员缴纳 30 元/月。代扣代缴方式按照原渠道执行。跨年度补缴的，不再缴纳历史年度城职职工大额救助费。

六、什么情况视为中断缴费？

答：用人单位及参保人员未按规定正常缴纳当期职工医保费视为中断缴费，中断缴费期间中止医疗保险待遇。

七、用人单位补缴中断期间医保费是否加收滞纳金？

答：用人单位及其职工应当依法参加职工基本医疗保险，按时足额缴纳职工基本医疗保险费和大额医疗救助费。用人单位因故中断缴纳职工医保费的可以按规定补缴。用人单位及其职工补缴 2011 年 6 月份（含）以前的职工基本医疗保险费，按照规定加收利息。补缴 2011 年 7 月份（含）以后的职工基本医疗保险费，按日加收万分之五的滞纳金。

八、中断缴费补缴后是否可以继续享受医保相关待遇？

答：用人单位职工和连续缴费满六个月的灵活就业人员，中断缴费三个月内恢复正常缴费并办理补缴的，补缴月份发生的医疗费用按规定报销。超过三个月的，补缴月份发生的医疗费用不予报销。

九、用人单位中断缴费补缴后是否可以继续享受生育保险待遇？

答：用人单位中断缴纳职工生育保险费三个月内恢复正常缴费并办理补缴的，补缴月份可按规定享受职工生育保险待遇；超过三个月的，补缴月份发生的生育费用不予报销。

参保女职工生育或终止妊娠当月按规定正常享受职工生育保险待遇，且连续缴纳生育保险费六个月以上（含补缴）的，具备生育津贴申领条件；连续缴费不

足六个月的，可在满六个月后申领生育津贴。领取生育津贴的当月应按规定正常享受职工生育保险待遇。

十、用人单位因故中断缴纳职工基本医疗保险费，退休人员医保相关待遇是否受影响？

答：用人单位及其职工因故中断缴纳职工基本医疗保险费，或无职工继续缴纳职工基本医疗保险费的，退休人员发生的医疗费用医保继续按规定报销。其中，已经按照统账结合模式参保缴费的用人单位退休人员，继续建立个人账户。

十一、首次参保的灵活就业人员多长时间可以享受医保待遇？

答：灵活就业人员新参保的设立六个月待遇等待期，待遇等待期间发生的医疗费用医保不予报销。自连续缴费满六个月后，发生的医疗费用医保按规定报销。

灵活就业人员在待遇等待期间中断缴费三个月内恢复正常缴费并足额补缴的，等待期连续计算。超过三个月的，自恢复正常缴费当月起重新计算等待期，再次连续缴费满六个月后，发生医疗费用医保按规定报销。

十二、灵活就业人员是否可以补缴中断期间医保费？

答：中断缴费期间的医疗保险费，可以在缴纳职工养老保险费基础上补缴，补缴月份累计计算职工医保实际缴费年限。灵活就业人员补缴职工医保费，按规定加收利息，补缴当年度医保费的，不加收利息。

十三、领取失业保险金人员，如何享受医保待遇？

答：领取失业保险金人员，按照大病统筹模式足额缴纳（补缴）职工基本医疗保险费、大额医疗救助费以及职工生育保险费，所需资金从失业保险基金中列支，个人无需缴费，不建立个人账户。自计发失业保险金当月起，发生的医疗费用医保按规定报销。生育保险待遇按照本市有关规定执行。

十四、参保人员达到法定退休年龄时，是否可以享受医保待遇？

答：参保人员达到法定退休年龄时，累计缴纳职工医保费年限男不少于 25 年、女不少于 20 年，且实际缴费年限不少于 5 年的，退休后不再缴纳职工医保费，但应缴纳大额医疗救助费，并可继续享受职工医保等有关待遇。

不足上述年限的，在办理退休手续后，一次性补足所差年限的医疗保险费，并自补足当月起享受职工基本医疗保险等有关待遇。其中，用人单位退休人员按照补缴时用人单位参保缴费模式和上年度本市职工月平均工资为基数办理；灵活就业人员按照补缴时大病统筹模式缴费比例和灵活就业人员当年缴费基数办理。

深圳劳动立法专题

Special Topics of Legislation on Labor Relations in Shenzhen

为全面贯彻落实习近平总书记在深圳经济特区建立40周年庆祝大会上的重要讲话精神，并贯彻落实《中共中央　国务院关于支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》（以下简称《意见》），2020年深圳地区乃至国家、广东省层面出台多部新政法规，现对其中涉及劳动关系领域的政策法规内容进行节选简析。

In order to fully implement the spirit of the important speech delivered by General Secretary Xi Jinping at the celebration meeting of the 40th anniversary of the establishment of Shenzhen Special Economic Zone, and to implement the Opinions of the CPC Central Committee and the State Council on Supporting Shenzhen in Building a Pilot Demonstration Zone of Socialism with Chinese Characteristics (hereinafter referred to as the Opinions), many new policies and regulations were issued in Shenzhen, even at the national and Guangdong levels in 2020. This paper makes a brief analysis of the excerpts of the policies and regulations in the field of labor relations.

如下：

一、国家、广东省层面纲领性政策文件

1、《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》

2020 年 7 月广东省司法厅发布的《关于省政协十二届三次会议第 20200848 号提案答复的函》在“四、优化营商环境法治化体系”部分提及：**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。**

http://sft.gd.gov.cn/sfw/gov_gk/zwwgk/content/post_3047190.html

2、《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案(2020-2025 年)》

2020 年 10 月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案(2020-2025 年)》(以下简称《试点方案》)，民间俗称深圳“40 年礼包”，其中涉及多项劳动用工法律问题，如：

“(五）完善适应超大城市特点的劳动力流动制度。深化户籍制度改革，调整完善积分落户政策。完善居住证制度，鼓励根据实际扩大公共服务范围、提高服务标准，稳步推进基本公共服务常住人口全覆盖。允许探索适应新技术、新业态、新产业、新模式发展需要的特殊工时管理制度；

（九)健全要素市场评价贡献机制。率先探索完善生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制，增加劳动者特别是一线劳动者劳动报酬。充分尊重科研、技术、管理人才，探索充分体现技术、知识、管理、数据等要素价值的实现形式。深入推进区域性国资国企综合改革试验，支持建立和完善符合市场经济规律与企业家成长规律的国有企业领导人员管理机制，探索与企业市场地位和业绩贡献相匹配、与考核结果紧密挂钩、增量业绩决定增量激励的薪酬分配和长效激励约束机制；

（十四）建立具有国际竞争力的引才用才制度。按程序赋予深圳外国高端人才确认函权限，探索优化外国人来华工作许可和工作类居留许可审批流程。支持探索制定外籍“高精尖缺”人才认定标准，为符合条件的外籍人员办理 R 字签证和提供出入境便利。为符合条件的外籍高层次人才申请永久居留提供便利。支持探索建立高度便利化的境外专业人才执业制度，放宽境外人员（不包括医疗卫生人员）参加各类职业资格考试的限制……。”

其中最引人注目的是第(五)点所规定的**“允许探索适应新技术、新业态、新产业、新模式发展需要的特殊工时管理制度。”**

http://www.gov.cn/zhengce/2020-10/11/content_5550408.htm

3、《最高人民法院关于支持和保障深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》（法发〔2020〕39 号）

2020 年 11 月 9 日，为贯彻中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案（2020——2025 年）》（以下简称《实施方案》），充分发挥审判职能作用，依法支持深圳建设中国特色社会主义先行示范区，结合人民法院工作实际，制定《最高人民法院关于支持和保障深圳建设中国特色社会主义先行示范区的意见》（以下简称“《意见》”）。《意见》中有如下表述：

“二、服务保障要素市场化配置

5.保障和谐劳动关系建设。**适应新技术、新业态、新产业、新模式发展需要，加快完善特殊工时管理制度下劳动关系构成要件、加班认定依据、薪酬计算标准等司法政策和审判规则。加强跨境用工司法保护，准确认定没有办理就业证件的港澳台居民与内地用人单位签定的劳动合同效力。推动完善劳动争议解决体系。加强促进劳动力和人才社会性流动、企事业单位人才流动、人才跨所有制流动等法律问题研究。**”

http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-269501.html

上述纲领性政策文件奠定了深圳未来在劳动关系领域中出台具有试点性质的变通或调整性规定的政策基础。

二、深圳地区劳动立法相关文件

1、《深圳市员工工资支付条例》征求意见稿

深圳市司法于 2020 年 7 月 2 日至 2020 年 8 月 4 日就《深圳市员工工资支付条例（修正征求意见稿）》向社会各界公开征求意见。

其中，拟将原规定第十四条第二款“劳动关系解除或者终止时，员工月度奖、季度奖、年终奖等支付周期未满的工资，按照员工实际工作时间折算计发”调整为：“劳动关系解除或者终止时，员工月度奖、季度奖、年终奖等支付周期未满的工资，**按照劳动合同约定或者用人单位规章制度规定发放。**”

这一转变对消除年终奖纠纷也将有重大影响。《关于〈深圳市员工工资支付条例（修正征求意见稿）〉的起草说明》特别解释称："员工月度奖、季度奖、年终奖等是用人单位为激发员工积极性、提升企业竞争力而发放的特殊工资，其特点是非常规的、额外的、灵活的。发放这类工资应尊重用人单位的自主权，根据劳动合同明确约定或者用人单位规章制度规定发放，不宜简单按照员工实际工作时间折算计发，以体现奖金激励作用，避免不良社会导向。"

http://sf.sz.gov.cn/hdjlpt/yjzj/answer/5508#feedback

2、《深圳市市场监督管理局关于进一步优化营商环境更好服务市场主体的若干措施》

2020 年 8 月 20 日，深圳市市场监督管理局发布《关于进一步优化营商环境更好服务市场主体的若干措施》，**根据其第 10 条的规定，针对不少企业在疫情期间短期内面临经营困难需要暂停歇业的问题，深圳将在全国率先试行企业"休眠"制度，允许商事主体根据生产经营实际需要申请"休眠"，"休眠"期间不按自行停业处理，不因通过登记的住所无法联系而载入经营异常名录，"休眠"期满前可以自主申请恢复正常经营状态。**

现阶段，企业"休眠"尚无法律遵循，与其较为类似的歇业在现行的《公司法》等相关法律中也没有明确规定。企业"休眠"是主体经营的一种特殊状态，而不是类似破产的一种特别制度，总体来说不应当对企业履行权利义务产生根本影响。

相关专家认为，企业的义务，既包括商事主体的法律义务，如会计核算、纳税申报、公司年报申报等，政策应给予充分支持，考虑豁免；同时，还应包括在经营活动中产生的权利义务，包括职工安置，及其工资、社保费等。此部分义务往往由合同来确定。多位专家表示，考虑到企业的实际经营困难，这部分义务在企业休眠期间如何履行需要探索。有专家认为，可以在"休眠"前设置一次性程序，比如为员工发放一次性补偿等；并提醒，在企业"休眠"制度的政策制定过程中要充分考虑保障职工的合法权益，避免个别企业恶意滥用条款，在企业经营压力较大时，滥用"休眠"来躲避人员成本开支，甚至恶意裁员。

http://www.sznews.com/news/content/2020-08/20/content_23473275.htm

3、《深圳经济特区养老服务条例》

深圳市人民代表大会常务委员会 2020 年 10 月 29 日通过了《深圳经济特区养老服务条例》（以下简称"《养老条例》"），自 2021 年 3 月 1 日起施行。

深圳经济特区养老服务条例(草案)》向社会征求意见时，规定了独生子女护理假。拟立法的独生子女护理假是独生子女年满 60 周岁的父母住院治疗期间，用人单位应当给予独生子女每年累计不超过 20 日的特殊护理假期，此假期视为

正常出勤，照发工资，不影响福利待遇和全勤评奖。结合当前经济形势，为落实中央保就业、保市场主体精神，深圳市人大最终删除了独生子女护理假的相关内容。

但《养老条例》新增了**长期护理保险制度，强制要求用人单位及职工必须缴纳长期护理保险，**似与国家减轻企业负担的大方向不符。但长期护理保险缴费比例不高，只是本市上年度在岗职工月平均工资的 0.1%，深圳市人大专门解读《养老条例》时以 2019 年度在岗人员月平均工资 10646 元测算，每人全年缴费约为 128 元，职工由用人单位和个人各按 50%比例缴费，即各承担约 5.3 元/月。《养老条例》将于 2021 年 3 月 1 日生效，长期护理保险费自 2021 年 10 月 1 日起征缴。

http://www.sz.gov.cn/ztfw/shbz/wyk_183996/content/post_8292124.html

4、《深圳市长期护理保险办法(征求意见稿)》

深圳市医疗保障局 2020 年 11 月 9 日发布了关于《深圳市长期护理保险办法（征求意见稿)》(以下简称“《征求意见稿》”）公开征求意见的通告。

《征求意见稿》与《养老条例》相配套，是对经评估达到规定照护等级的长期失能失智人员，为其基本生活照料和与基本生活密切相关的医疗护理提供服务保障的社会保险制度。**其主要缴纳规定如下：**

“第十条 【征收渠道】长期护理保险费由社会保险费征收机构与基本医疗保险费一同征收。

第十一条 【缴费标准和扣缴渠道】长期护理保险缴费按照以下规定以本市上年度在岗职工月平均工资的 0.1%按月缴费：

（一）职工参保的，用人单位缴交 0.05%，个人缴交 0.05%，职工个人缴交部分由用人单位代扣代缴。

（二）非在职人员参保的，由个人缴交 0.1%，由其基本医疗保险缴费开户银行或者养老金发放银行按月托收。

基本医疗保险一档参保人，其参加长期护理保险的个人缴费部分费用从其基本医疗保险个人账户中按月划转。”

为不增加企业缴费负担，《征求意见稿》规定在《深圳市医疗保险办法》修订实施之前，长期护理保险费的单位缴费部分从地方补充医疗保险基金中按月划转。

http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/zwdt/content/post_8276657.html

5、《深圳经济特区优化营商环境条例》

《深圳经济特区优化营商环境条例(草案)》于 2020 年 8 月 12 日公开征求意见，2020 年 11 月 17 日，深圳市第六届人民代表大会常务委员会通过公告第二一九号发布《深圳经济特区优化营商环境条例》(以下简称《条例》)。

在本次公布的《条例》**第七十一条中明确：用人单位因生产经营特点不能实行法定标准工时制度且符合特殊工时制度适用范围，经协商实行不定时或者综合计算工时工作制度的，可以实行告知承诺制。**众所周知，依据《中华人民共和国劳动法》和原劳动部《关于印发关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法的通知》以及《广东省劳动和社会保障厅关于严格执行工时制度有关问题的通知》的规定，企业实行特殊工时制应当向当地人社行政部门审批和备案。而本次公布的《条例》将特殊工时制由审批制改为了承诺制，这不仅减轻企业负担，进一步体现深圳减政放权的力度，还具有对劳动法领域法律法规较为大胆的变通和调整。

http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/zcfg/szsfg/content/post_8275084.html

6、《深圳经济特区健康条例》

《深圳经济特区健康条例》（以下简称《健康条例》）作为国内首部地方性健康法规，经深圳市第六届人民代表大会常务委员会第四十五次会议于 2020 年 10 月 29 日通过，自 2021 年 1 月 1 日起施行。

《健康条例》第六十三条明确，用人单位应当合理配置人力资源、安排员工作息时间，**对脑力或者体力劳动负荷较重的员工实行轮休制度**，避免对员工健康造成人体机能过度损耗或者身心健康伤害。同时，**用人单位应当严格依法执行员工带薪休假制度。**人力资源保障部门和工会等组织应当加强对用人单位落实员工带薪休假制度的监督检查。

http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/zcfg/content/post_8294854.html

7、《深圳经济特区商事登记若干规定》

《深圳经济特区商事登记若干规定》（以下简称“《规定》”）经市第六届人民代表大会常务委员会第四十五次会议于 2020 年 10 月 29 日修订通过，自 2021 年 3 月 1 日起施行。

《规定》**第七十一条中明确：自然人从事依法无需经有关部门批准的经营活动的，可以不办理个体工商户商事登记，直接办理税务登记。如此优化商事审批制度的同时更简便了从经营的事自然人税务流程。**对此甚至有业内人士认，该举措不仅落实近期李克强总理在国务院常务会议中提出进一步做好稳就业的工作部署，更为灵活用工和平台经济提供良好的环境，有效缓解劳动关系中的僵化和高成本问题。

http://www.szrd.gov.cn/szrd_zlda/szrd_zlda_flfg/flfg_szfg/202011/t20201112_19355696.htm

相关专家认为，深圳相关立法成功案例将成为其他地区乃至国家立法的方向标。

案例调研：停产停工期间三期女职工待遇

Case Study: Treatment for Female Employees in “Three Period” When the Employer’s Operation and Production is Suspended

上海保华律师事务所 张宗法

Baohua Law Firm　Zhang Zongfa

引文：今年年初的新冠疫情导致很多用人单位经历了停工停产的特殊经营状态，在停工停产期间，用人单位虽然没有营业收入，但仍然需承担人员工资和房租等营业成本。为了平衡用人单位的经营压力和保障员工的基本生活来源，《工资支付暂行规定》第十二条规定“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。”。但是，如果有女员工处于特殊的孕期、产期和哺乳期（合称“**三期**”），根据《女职工劳动保护特别规定》第五条规定“用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。”那么，在用人单位停工停产期间，如果女职工三期内没有提供劳动的，用人单位是否可以根据停工停产的相关规定降低女职工的工资待遇？笔者在本文中收集了具有代表性的案例，这些案例体现了在各地司法实践中法院对该问题有三种代表性观点。希望通过本文的介绍能够对停产停产期间三期女职工待遇的问题有更为清晰的认识，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。

Introduction: The Covid-19 epidemic at the beginning of this year caused many employers to experience a special operating condition of suspending operation and production. During the period of suspension, the employer had no business income, but still had to bear operating costs such as personnel wages and rent. In order to balance the employer’s operating pressure and protect the employees’ basic source of life, Article 12 of the "Interim Provisions on Wage Payment" regulates that “Where an employer ceases operation or ceases production in a wage payment period for reasons other than those due to the employee, the employer shall pay the wages of employee in accordance with the standards stipulated in the employment contract. Where such situation continues for more than one wage payment period: if employee have worked as normal, the salary paid to such employee must not be less than the local minimum wage standard; and if the employee have not worked as normal, the matter shall be handled in accordance with relevant State provisions.” While, if a female employee is in a special period of pregnancy, childbirth, and breastfeeding (collectively referred to as the “Three Periods”), according to Article 5 of the "Special

Provisions on Labor Protection for Female Workers", “An employer shall not reduce the wages of a female employee, terminate her employment or rescind her employment contract, due to pregnancy, childbirth and breastfeeding.” Then, during the suspension period of operation and production, if the female worker does not provide labor service during the “Three Period”, can the employer lower the wages of the female worker according to the relevant regulations on suspension treatment? In this article, the author collected some representative cases which reflected three typical views in judicial practice regarding the treatment for female employees in “three period” when the employer’s operation and production is suspended. We hope that this article could offer clear understandings and references for readers to deal with such issue, so as to prevent unnecessary legal risks in the subsequent practices.

一、 第一种观点：三期女职工与其它普通员工没有区别，可按照停工停产生活费标准支付待遇

在第一种观点中，即使《女职工劳动保护特别规定》第五条规定用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低工资，但是用人单位调整工资系基于法定理由即停工停产，而并非基于女职工处在三期期间，如果三期女职工没有实际提供劳动的，用人单位发放生活费的标准与普通员工一致，用人单位仅需按照停工停产相关规定中未提供劳动的生活费标准发放相应待遇。

案情介绍：

吴某自2015年7月入职 A 公司担任导购工作，劳动合同约定吴某月工资标准为2687元，A 公司在2016年1月25日单方解除吴某的劳动合同（另案法院已判决 A 公司系违法解除，判决恢复劳动关系）并停缴吴某社会保险，后吴某在2016年10月5日进行剖宫产术分娩。自2016年6月起，A 公司开始停产歇业。由于 A 公司自2016年2月起停缴吴某社会保险，吴某无法申领生育津贴，吴某要求 A 公司按2687元每月的标准支付产假期间的工资。

法院判决：

再审法院认为，虽然《江苏省工资支付条例》第二十九条规定,“劳动者依法享有的法定节假日以及休假、探亲假、婚丧假、晚婚晚育假、节育手术假、女职工孕期产前检查、产假哺乳期内的哺乳时间,男方护理假、工伤职工停工留薪期等期间,用人单位应当视同劳动者提供正常劳动并支付工资”,女职工在产假期间,用人单位应当视同提供正常劳动并支付工资。但是由于吴某产假自2016年10月5日起,2016年10月27日 A 公司已经合并破产重整申请,则根据《江苏省工资支付条例》第三十一条有关用人单位非因劳动者原因停工、停产、歇业,在劳动者一个工资支付周期内的,应当视同劳动者提供正常劳动支付其工资。超过一个工资支付周期的,可以根据劳动者提供的劳动,按照双方新约定的标准支付工资;用人单位没有安排劳动者工作的,应当按照不低于当地最低工资水平标准的百分之八十支付劳动者生活费的规定,自2016年6月起因 A 公司已停产歇业,吴某也未提供劳动,故二审判决依照生效判决的标准,确定吴某产假期间的每月生活费为1770×80%=1416元,符合《江苏省工资支付条例》第三十一条的规定,并无不当。

二、 第二种观点：三期女职工仍享有特别保护，不应按照停工停产生活费标准支付待遇

在第二种观点中，根据《工资支付暂行规定》及相关法律法规，即使用人单位停工停产，也并非全部的员工都按照生活费发放待遇，而是根据员工提供劳动的情况发放工资或生活费。如果员工实际提供了劳动，用人单位也应支付一定的劳动报酬且不可低于最低工资标准。鉴于《女职工劳动保护特别规定》第五条规定用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低工资，为了保护女职工的权益，在用人单位停工停产期间，女职工三期内即使没有提供实际劳动的，应视为提供了正常的劳动，不应按照停工停产相关规定中未提供劳动的生活费标准发放相应待遇。

案情介绍：

徐某为 B 公司员工，2016年11月11日，徐某剖腹生育二胎。2017年3月2日，

徐某从生育保险中支取生育医疗费2500元、生育津贴9376.82元。徐某所支取的生育津贴上年度平均缴费工资为2679.09元。2017年4月，徐某产假结束后，B 公司通知徐某待岗。2018年6月2日，徐某向 B 公司提出解除劳动合同并要求 B 公司支付哺乳期期间的欠付工资。

法院判决：

法院认为，《山东省企业工资支付规定》第三十一条规定："非因劳动者原因造成企业停工、停产、歇业，企业未与劳动者解除劳动合同，停工、停产、歇业在一个工资支付周期内的，企业应当视同劳动者提供正常劳动并支付该工资支付周期的工资；超过一个工资支付周期的，企业安排劳动者工作的，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于当地最低工资标准；企业没有安排劳动者工作，劳动者没有到其他单位工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费。"《中华人民共和国妇女权益保障法》第二十七条规定："任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形，降低女职工的工资，辞退女职工，单方解除劳动（聘用）合同或者服务协议。但是，女职工要求终止劳动（聘用）合同或者服务协议的除外。" 徐某于2016年11月11日剖腹生育二孩，哺乳期间自2016年11月11日至2017年11月11日，其哺乳期工资应为32149.08元（2679.09元／月×12个月）元，徐某已从生育保险中享受生育津贴9376.82元，从 B 公司处获得生育津贴5200元，从 B 公司获得工资6865.59元（1322.54元＋640元＋965.34元＋1312.67元＋1312.67元＋1312.67元），B 公司尚应支付徐某哺乳期工资10706.37元（32149.08元－9376.82元－5200元－6865.59元）。

三、 第三种观点：女职工产期仍享有特别保护，不应按照停工停产生活费标准支付待遇；但是孕期和哺乳期与普通员工待遇一致，可按照停工停产生活费标准支付待遇

在第三种观点中，虽然《女职工劳动保护特别规定》第五条规定用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低工资，但是，应将孕期、产期和哺乳期分开讨论，用人单位停工停产期间，女职工孕期和哺乳期应按照实际提供劳动情况发放

工资或待遇；女职工产期内即使没有提供实际劳动的，应视为提供了正常的劳动，不应按照停工停产相关规定中未提供劳动的生活费标准发放相应待遇。

案情介绍：

2009年12月，舒某入职C公司担任岗位仓库管理，月平均工资1914元。C公司于2017年6月30日被依法关停。2017年12月15日，舒某生育第二个子女，后于2019年4月提起劳动仲裁要求C公司支付孕期、产期和哺乳期期间的工资。

法院判决：

法院认为，劳动部《工资支付暂行规定》第十二条规定非因劳动者原因造成单位停工、停产超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。《河北省工资支付规定》第二十八条规定非劳动者本人原因造成劳动者停工一个月以上的，用人单位应当支付生活费，生活费标准为当地最低工资标准的80%。2017年6月30日被告被依法关停，原告舒某不再继续为被告C公司付出实际劳动，C公司应按当地最低工资标准1480元的80%支付孕期生活费6512元和哺乳期生活费6748.8元。

根据《河北省女职工劳动保护特别规定》第九条之规定，原告舒某依法享受产假为158天，《河北省女职工劳动保护特别规定》第五条规定，用人单位不得因女职工生育情形，降低女职工的工资，故本院认为被告 C 公司应当给付原告舒某自2017年12月15日至2018年5月22日共158天产假期间的待遇158天×50元=7900元（但是，判决中并未说明50元的产假工资标准确认的依据）。

四、 律师简评

从上述案例可以看出：

1. 用人单位停工停产期间三期女职工待遇问题产生的根源是法律法规对特殊情形交叉时未作明确规定和解释。我国现行劳动法立法体系是多头并进的，很多立法和政策是以“打补丁”地方式进行增补的，当多个特殊

情形交叉时，往往发现每个特殊情形相关的法律法规均各自独立，无法确定如何组合适用这些看似独立的法律法规。

《工资支付暂行规定》第十二条及相关地方政策解决的是停工停产这一特殊情形的问题，虽然劳动报酬原则上未经双方协商一致不应变更，但是在停工停产期间，如果劳动者长期未提供实际劳动，要求用人单位继续按照原有约定支付劳动报酬确实有违公平原则，故授予用人单位在停工停产该特殊期间单方降薪的权利。

《女职工劳动保护特别规定》第五条及相关法律法规解决的是女职工三期这一特殊情形的问题，为了保障三期女职工的生活，用人单位不能因孕期、产期和哺乳期降低工资。但是，原则上女职工在孕期和哺乳期均应到岗工作提供劳动，只有孕检时间和哺乳时间虽未提供实际劳动但视同提供正常劳动；女职工在产期内客观上无法提供实际劳动，如果领取生育津贴的标准低于其本人工资的，用人单位还应补足差额，即视同产期女职工提供了正常劳动。

2. 法律对于女职工孕期、产期和哺乳期的倾斜保护程度是不同的，将女职工孕期、产期和哺乳期分开讨论更符合《工资支付暂行规定》和《女职工劳动保护特别规定》的立法原意，故笔者认为上述第三种观点更为合理。值得注意的是，即使视同产期女职工在停工停产期间提供了正常劳动，《工资支付暂行规定》第十二条规定“劳动报酬不得低于当地的最低工资标准”即可，因此，仲裁和法官对于停工停产期间三期女职工产假工资发放标准有一定的自由裁量空间。但遗憾地是，在诸多案件中，法官并未明确核定相应产假待遇的依据和理由，无法在后续案件中引用借鉴。

3. 对用人单位具体操作而言，停工停产期间虽然用人单位经营成本压力很大，但是仍应对三期女职工予以一定的关怀和特殊保护。如果处理不当，

不仅会损害三期女职工的合法权益，也极易产生劳动争议，耗费用人单位更多精力和成本。因此，笔者建议用人单位在处理该问题时，应积极与三期女职工进行良好的沟通和协商，在合理合法的范围内及时发放三期女职工的工资待遇。

论企业改制中劳动关系主体的变更

劳动关系兼具人身性与财产性，已是理论界认可的通说，这也是其区别于民事关系、行政关系的首要特征。但是具体而言，劳动关系中的人身关系性质与财产关系性质如何界分，却始终未在理论上得到明确。这就造成了我们在认识上的某些混乱，也直接造成了对实务领域的某些误导。其典型例证就是在企业改制中，实践操作中的对于改制企业主体变更的规定和做法，已大大突破了理论界劳动关系主体学说的局限。这种理论与实践的冲撞使得实践部门在处理具体劳动争议纠纷时常常陷入两难的困境。

本文拟从静态和动态两个层面对劳动关系主体的属性进行分析，结合司法实践，对劳动关系的性质作一次思考。以期在理论上对司法实践部门作出回应。

一、劳动关系主体可否变更——理论与实践的冲撞

(一)劳动关系主体不能变更——理论界的论述

劳动关系具有人身关系的性质。人身关系是与公民的人身密切联系的社会关系，具有不可转让的专有性。基于劳动力的使用而产生的社会关系是和劳动者的人身紧密相联的。劳动关系同时具有财产关系的属性。劳动关系从广义上说是经济关系的一部分，因此也具有财产关系的一般属性。劳动关系兼具有人身关系和财产关系的性质，这已经成为劳动法学界的共识。正是劳动关系中的人身性构成了劳动关系主体不可变更的理论基础。

按照合同法的相关理论，具有人身性的合同其主体不能变更。因为人身性合同的主体具有特定性，人身性合同的权利义务具有专属性，特定的主体是此类合同存续的基础。人身性关系中主体的变动，意味着旧人身性关系的消灭和新人身性关系的建立。劳动法学界常常将劳动关系借喻为“婚姻关系”。如同婚姻关系中一方主体的变更只能导致离婚后再结婚的结果一样，劳动关系中任何一方主体的变更也只能意味着原劳动关系的解除和新劳动关系的建立。

由此，除少数学者认为劳动合同的主体可以变更以外。通论认为：在劳动关系中任何一方主体都不能变更。“需要强调的是，劳动法律关系主体任何一方的变更，都不属于劳动法律关系的变更，而是原双方当事人的劳动法律关系的消灭

董保华、邱婕，论文转载自《上海企业》2005 年第 1 期；人大复印资料 2005 年 03 期《劳动经济与劳动关系》转载。本人之后与陆胤以《论劳动关系中用人单位主体的变更——从《劳动合同法(草案)》一读稿谈起》发表在《中国劳动》2007 年第 2 期，是对本文相关内容的论述。

和新当事人间的劳动法律关系的产生。”“劳动合同变更仅限于劳动合同内容的变化，而不可能是主体的变更。”该观点的经典例证是“例如，某公民代替另一公民参加招工，其行为是非法的，由此产生的劳动关系是无效的”。

(二)劳动关系主体可以变更的实践——企业改制中的现实

与理论部门的观点截然相反，实践部门普遍认为劳动关系的主体可以变更。如《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的实施办法》规定，“(十六)对分流进入改制为国有法人控股企业的富余人员，原主体企业和改制企业可按国家规定与其变更劳动合同，用工主体由原主体企业变更为改制企业，企业改制前后职工的工作年限合并计算。”又如《劳动部关于企业实施股份制和股份合作制改造中履行劳动合同问题的通知》也规定，“在企业实施股份制或股份合作制改造后，用人单位主体发生变化的，应当由变化后的用工主体继续与职工履行原劳动合同。由于企业改制导致原劳动合同不能履行的，企业与职工应当依法变更劳动合同。”再如《上海市劳动合同条例》：“用人单位合并、分立的，劳动合同由合并、分立后的用人单位继续履行；经劳动合同双方协商一致，劳动合同可以变更或解除；当事人另有约定的，从其约定。”《关于实施<上海市劳动合同规定>若干问题的通知(三)》：“四、用人单位发生整体转制、兼并、收购等情况的，其与劳动者签订的劳动合同，应由转制、兼并、收购后的用人单位继续履行。劳动者在原用人单位的工作年限应视作新的用人单位的‘同一用人单位连续工作时间’。当事人另有协议的从其协议。”从以上规定不难发现，实务界普遍对改制中用人单位一方的主体变更采取了许可的态度。

(三)理论与现实的冲撞——信托公司分立案

笔者曾代理了一起因企业改制而引发的劳动纠纷，其中尤为突出的是体现了理论界与实务界在劳动关系主体变更问题上的冲撞。

A 信托公司，混业兼营证券业务，下属有多家证券营业部。后因国家产业政策要求信证分业，遂将各地的证券营业部资产人员分离，另行成立了证券公司 B。在这个企业改制过程中，C 营业部的名称由 A 公司 C 营业部转变为 B 公司 C 营业部。但劳动者的工作场所、工作内容及工资收入等均没有发生变化。但 C 营业部的部分员工却以公司改制，原劳动合同签订时的主体已变更，属于劳动法规定的劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经

当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的情况。要求 A 信托公司支付经济补偿金并解除劳动合同。

本案经仲裁一审、二审，都裁定、判决劳动者败诉。劳动合同继续由 A 信托公司的继承单位 B 证券公司履行，不必支付经济补偿金。但劳动者对此并不信服。坚持劳动合同主体已发生变更，应当解除并支付经济补偿金。采取闹事、上访等各种手段向证券公司施加压力，极大地影响了证券公司的正常生产活动，造成了社会不安定因素。最终，证券公司迫于压力向员工法外施恩，支付了补偿金，此事才得以了结。

该案集中体现了在劳动关系主体能否变更这一问题上，理论和实践认识的冲突已经引发了新的社会纠纷。在可以变更或不能变更的结论之间，必须作出确定的选择。虽然，笔者身为理论界的一员，但笔者认为错不在实务界，错在理论界。

二、劳动关系主体性质的理论分析

(一)通说以偏概全

通说认为，劳动关系兼具人身关系和财产关系，鉴于人身关系专属性的特性，劳动关系同样也具有专属性，从而得出劳动关系的双方主体都不可变更的结论。除了理论上的演绎外，其例证是，“例如，某公民代替另一公民参加招工，其行为是非法的，由此产生的劳动关系是无效的”。

初看这个例证，似乎逻辑严密，说明了劳动关系不能变更的理由。但笔者也可以举一个反例，上市公司的股东每时每刻都在发生的变动，是否也将导致劳动关系的每日更迭呢？答案显然是否定的。因此，前例恰恰忽视了劳动关系是建立在劳动者与用人单位双方之间的，一方的不能变更，并不必然导致另一方的不能变更。对劳动关系的认识不能只从单个主体出发。

劳动关系从人的角度看，是劳动者与用人单位之间的社会关系。从经济的角度看，其实就是生产关系。劳动过程也就是生产过程，是社会化大生产中的一环。生产过程是劳动力要素和生产资料要素的结合，且分别属于不同的所有者，这是劳动关系建立的基础。劳动法所调整的劳动关系，可以概括为：劳动者与用人单位之间为实现劳动过程而发生的劳动力与生产资料相结合的社会关系。

因此，概括而言，劳动关系始终兼有人身性和财产性，但这是由人身性的劳动力和具有财产性的生产资料所带来的固有属性。

通说的根本问题是以偏概全。劳动者具有的人身性，并不能直接得出劳动关系的另一方主体也具有相同的属性。用人单位本身是一个财产性主体，而非一个人身性主体。所以以劳动者一方主体的不可变更推及劳动关系的所有主体都不可变更的推理并不合理。

(二)劳动关系主体的特性分析

1、劳动力具有专属性

劳动力是劳动者生理机能的表现，离不开劳动者人身的生理活动，故而劳动力与劳动者人身须臾不可分离，特定的劳动力与特定的劳动者相联系，具有专属的人身性。这种劳动力的专属性，也就是劳动者主体的专属性，特定的劳动力意味着特定的劳动者；只要劳动过程中劳动力不发生变更，那么劳动者也就不会也不允许发生变更。

劳动力与劳动者是一种生理联系，这种生理联系使劳动力与劳动者具有不可分性。这种特定性使劳动力总是归劳动者所有。所以，笔者早在几年前就曾提出，“劳动法律关系的变更不包括劳动者一方主体的变更。这一观点与传统劳动法学的区别在于，是从人身关系的角度出发，只将劳动者一方主体变更排除。”

2、生产资料所有权的流动性

生产资料是用人单位所拥有的财产，它与用人单位之间是一种经济联系，而非生理上或者物理上的关联。因此，生产资料可以是固定不变地存在于某一特定的场所，但其所有权却可以自由地在不同所有者之间流转，而并不影响生产资料的存在，及与劳动力的结合。

如前述例子，上市公司的股东变更是否导致劳动关系的变更，答案当然是否定的。尽管，上市公司的股东不断在发生变化，但上市公司的生产资料却是稳定的，劳动者与具体生产资料的结合并没有发生变化，因此，劳动关系仍然是稳定的。

现代公司法理论的一大创新就在于所有权与经营权的分离。公司股份制的出现，为企业的快速发展开辟了新的道路。股份制企业的所有者不断变动，但其经营者和经营资产却处于相对固定的状态。这种流动性和稳定性的对立，是现代市场经济的内在要求。特别在经济全球化的今天，资本的流动性进一步加剧，而生产资料的物的稳定性并无多大改变。

(三)劳动关系的动态分析

从静态的角度，可以清楚地认识到劳动力与生产资料的基本属性。但是，仅从静态观察劳动关系的两要素是不够的，劳动关系是动态的。通说认为，由于劳动者是以让渡劳动力使用权来换取生活资料，用人单位要向劳动者支付工资等项物质待遇，这是一种通行着商品等价物交换原则的等量劳动相交换。从通说不难看出，劳动关系也是一种交易关系，且这一交易同样应当遵循市场经济等价交换的原则。但是否交换之后，劳动者和用人单位都兼有人身性和财产性呢？这恰恰是理论界迷失的地方。

劳动力的交易确实应当遵循等价交换原则但交换的结果并不是劳动者与用人单位人身权与财产权的同质。劳动力不同于普通商品，劳动力的交易不同于普通商品的交易。劳动者让渡的是劳动力的使用权而非所有权，劳动力与特定劳动者密不可分，因此劳动力的交换并没有使用人单位获得劳动力的所有权。劳动力的所有权仍归劳动者所有，而用人单位所有的仍然是财产权。劳动力的交换结果是两主体仍保留了各自的人身权和财产权。

那么，既然劳动者在劳动关系中是不可变的，是否用人单位也不能变更才对双方公平呢？从权利义务对等的角度，这样的看法有一定合理性。但是，如果因此就绝对禁止用人单位的变更，在市场经济的条件下是行不通的。企业的分立、合并、兼并是促进经济发展的必要手段。要严格禁止用人单位的变更，其唯一的可能性就是所有的企业归属同一主体，也就是计划经济的全面国有。这是不现实的。

劳动力的形成有长期性，劳动者首先需要长时间的身体的成长，同时需要长时间的学习和工作才具有劳动能力。特别是在分工细化的今天，一个劳动者通常只掌握特定的生产技能，因此劳动力的使用有条件性。特定的劳动者只能与特定的生产资料结合，才能创造出生产力。纺织工人需要纺织机才能生产出布匹，建筑工人需要建筑材料才能盖出房屋。因此，如果用人单位的主体变更已经影响到了劳动者与特定生产资料的结合，要求劳动者与新用人单位保留劳动关系是不合理的。就如要求纺织工人从事建筑工人的工作一样不合理。但如果生产资料具体形态没有发生变化就不影响劳动关系的履行。要求新用人单位承继原用人单位与劳动者的劳动关系是公平的。不论企业的所有权如何变化，只要这个纺织工人继

续在原来的纺织机上从事生产，其劳动关系实质并未发生改变。劳动者通过让渡劳动力使用权换取生活资料的目的也能得到充分的实现。正因为如此，实践部门在处理类似改制情况的时候，普遍规定由新的用人单位承继原劳动关系的履行。

综上所述，劳动力与具体生产资料的结合构成了劳动关系。劳动关系中劳动力具有人身专属性；而生产资料体现的是财产性。劳动力的变更必然引起劳动关系的变更；用人单位的变更不必然引起劳动关系的变更。只有在生产资料也发生变更的情况下，劳动关系才发生变更。

因此，在改制中，如果劳动者与之结合的具体生产资料没有发生变化，而仅仅是用人的单位的名称、形式、体制发生变化的，劳动关系应当承继。在前文的案例中，在信托公司 A 发生改制时，实际上是与劳动者劳动过程相联系的生产资料例如证券营业部办公场所、办公设备、客户资源等发生了流转，而且只是拟制的流转，现实的存在空间、形式都没有发生变化，因此对劳动力与生产资料的结合也没有影响。在司法实践中，仲裁和法院也都认为劳动关系应当承继。这样的处理，保证了劳动过程的稳定和持续。相反，如果用人单位一旦发生变更就可以解除劳动合同，劳动者和用人单位都将处于不安定中，最终必将造成社会的不安定。只有当用人单位的变更已经导致劳动者具体劳动对象的生产资料变更时，劳动关系发生了变更，劳动合同才可以解除。

三、劳动关系主体理论的现实界定

企业改制既可以指企业所有权发生变化，也可能指企业经营形式发生变化，在法律上没有明确的界定。一般而言企业改制主要有三种形式：(1)用人单位分立或合并，如公司兼并、国有企业主辅分离等。(2)用人单位改变性质即改变生产资料所有制的形式，如原国有企业转为公司制企业(有限公司和股份公司)，国有企业转为私营企业，国有企业与外商合资等。(3)用人单位在不改变所有制性质的情况下转变经营机制，如国有企业的承包租赁、事业单位的企业化经营等。但从劳动关系的角度看，企业改制最终都会导致劳动关系一方主体的变更。因此，如何判断劳动关系主体的性质及其变更，具有十分重要的理论和实践价值。

经过上文的分析，改制中可以采取的手段有两种，承继或解除所谓承继，指用人单位的主体发生变更后，由新的用人单位接替原用人单位继续履行原劳动关系的权利义务；所谓解除，指劳动关系的一方或双方决定劳动关系不再继续，在

未到约定期限前终止。

承继与解除有明显的区别：从目的上看，承继使原劳动关系得以继续履行，解除使原劳动关系归于消灭；从主体上看，承继有三方主体，有一个新主体的出现，解除则只发生在原两方主体之间；从法律后果看，承继是新的用人单位接替旧用人单位履行义务，解除是旧用人单位支付经济补偿金。

那么，改制到底是承继还是解除，这两种手段由谁来选择呢？有学者认为，选择权应该交给劳动者，因为劳动者处于弱势且被动面临改制；也有学者认为，应当由企业决定，改制后的新企业可以决定是否留用老企业的员工。如果选择权在企业，企业可能恃强欺弱，很多企业的改制本身有减员增效的目的，如果选择权在员工，选择的多种多样，可能制造社会的混乱。我们认为，这两者都不可取。任何一方的单方决定都可能导致对另一方的不公平。企业改制中劳动关系的存废与否应当依照法律的规定。其实，我国法律已经作出了明确的规定，即《劳动法》第二十六条。

我国《中华人民共和国劳动法》第 26 条规定对重大的情势变更有相当完整的表述，“有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人：(三)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。”

26 条的隐含前提是劳动关系首先应当得到继续履行，即便是出现客观情况的重大变化只要还能协商一致的，也应该继续履行，只有在完全无法履行的情况下，合同才能够解除。这三重条件的限制，实际上使改制中可能适用第二十六条解除劳动合同的空间十分有限。合同法的情势变更原则的目的在于无法实现“合同必须严守”原则的情况下确保合同得到履行。在劳动法上也同样存在相同的价值取向。因此，在改制中劳动关系的承继应当是优选方案。

改制中的劳动关系应以承继为优选，这已经得到实践部门的广泛认可。《上海市劳动合同条例》规定，“用人单位合并、分立的，劳动合同由合并、分立后的用人单位继续履行；经劳动合同双方协商一致，劳动合同可以变更或解除；当事人另有约定的，从其约定。”从该规定本身来看，在用人单位发生合并、分立的改制情况时，虽然主体发生了变更，但是劳动关系继续履行，只有在双方另行协商一致或者约定时，劳动关系方可解除或者按约定处理。根据前文所述的理论，

用人单位的合并、分立实质上也是生产资料所有权在不同主体之间的流转，其法律后果是用人单位的变更并不影响劳动过程中劳动力与生产资料的结合。

当然，如果劳动关系双方当事人协商一致，改制中的劳动合同同样可以解除，法律也赋予了当事人自由协商的空间。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》已经明确了这一点；用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿协商一致的原则变更原劳动合同。

将劳动关系的承继作为改制中的优选方案，不仅有其理论基础，也有重大的现实意义。企业改制的目的是提高生产力，但前提必须是保证社会稳定，如果允许企业在改制中大量解除劳动合同，必将引发社会动荡，对社会总体利益并无益处。从保护最大多数劳动者的角度，改制中的劳动合同应以承继为主。

通过以上分析，笔者认为，在对企业改制中劳动关系主体变更问题的认识上，实践部门走在了理论界的前面，实践部门的认识更真实、客观，其操作方案也更可行。理论界应当重新审视原有的劳动关系主体理论。劳动关系兼有人身性和财产性，其根源于劳动过程事实上是人身性的劳动力与财产性的生产资料相结合的过程。人身性的劳动力具有专属性，而财产性的生产资料的所有权则具有可流转性。这就决定了在劳动关系中劳动者一方的不可变更和用人单位一方的可变更。

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