

保华月刊

Baohua Monthly

2022年7月刊
J U I - 2 0 2 2
第 6 3 期
N O . 6 3

- 劳动仲裁时效起算时间如何认定？
- 劳务派遣的题中应有之义——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅

2 **劳动法新闻资讯**
Labor Law News

劳动新规详解
Close Look at New Labor Regulations

25 关于印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》的通知
Notice on Printing and Distributing the Guidelines for Compliant Employment of Dispatched Workers in the Yangtze River Delta

46 最高人民法院关于发布第32批指导性案例的通知
Notice by the Supreme People's Court on Issuing the Thirty-Second Group of Guiding Cases

热点追踪
Hot Issues

67 劳动仲裁时效起算时间如何认定?
How to determine the starting time of the time limitation period for a labor arbitration case?

老董杂谈
Professor Dong By-Talk

76 劳务派遣的题中应有之义——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”
An Integral Part of Labor Dispatch——a Discussion regarding "Blocking" and "Dredging" of the Over-development of Labor Dispatch

劳动法新闻资讯

NEWS

一、五部门：发文加强零工市场建设

来源：人社部

摘要：日前，人社部、民政部、财政部、住建部、市监总局印发《关于加强零工市场建设 完善求职招聘服务的意见》。《意见》明确了加强零工市场建设、完善求职招聘服务系列重点工作，并明确要完善信息化应用支撑，加强“互联网+”、大数据、云服务、人工智能等技术手段运用，动态收集更新零工人员和用工主体信息，提供在线匹配对接、应聘报名、结果确认等“一网通办”服务。

Abstract: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security, the Ministry of Civil Affairs, the Ministry of Finance, the Ministry of Housing and Urban Rural Development, and the Municipal Administration of Supervision issued the *Opinions on Strengthening the Construction of the Odd-Job Market and Improving Recruitment Services*. The *Opinions* determines the key work to strengthen the construction of odd-job market and improve employment services, and specifies that it is necessary to improve the support for information application, strengthen the application of "Internet +", big data, cloud services, artificial intelligence and other technical means, dynamically collect and update the information of odd-job workers and employers, and provide "all-in-one" services such as online matching and contact, application for job, and result confirmation.

人力资源社会保障部 民政部 财政部 住房城乡建设部 国家市场监管总局
印发《关于加强零工市场建设 完善求职招聘服务的意见》

日前，人力资源社会保障部、民政部、财政部、住房城乡建设部、国家市场监管总局印发《关于加强零工市场建设 完善求职招聘服务的意见》（以下简称《意见》）。

《意见》提出，“打零工”对促进大龄和困难人员就业增收具有重要作用。各地大力探索推进零工市场建设，强化零工人员就业服务，取得了积极进展。为更好地促进零工人员实现就业，《意见》明确了加强零工市场建设、完善求职招聘服务系列重点工作。一是强化零工市场信息服务，建立零工求职招聘信息服务制度，将零工信息纳入公共就业信息服务范围，广泛收集零工需求信息，多渠道、多形式发布。二是强化零工快速对接服务，建立零工“即时快招”服务模式，优化零工快速对接流程手续，设立零工信息快速发布通道，组织流动招

工大篷车、定向招聘等活动，促进供需匹配对接。三是强化就业创业培训服务，健全培训项目和培训政策推介服务，提供符合市场需求、易学易用的培训信息，引导零工人员参加急需紧缺职业技能培训和新职业技能培训，组织有创业意愿的参加创业培训。四是强化困难零工帮扶服务，建立零工人员分级服务机制，对待工时间长、低收入家庭、残疾等大龄和困难零工人员加强就业帮扶，对符合就业困难人员条件的，按规定开展个性化就业援助。五是完善零工市场秩序维护，公开零工市场服务制度、服务热线和投诉举报方式，依法监管职业中介机构，严厉打击黑中介、发布虚假招聘信息等违法违规行为。六是完善服务场地设施支撑，合理利用公共就业服务机构场地资源，设立零工对接服务专区，有条件的地方可就近设立零工服务场所，引导求职招聘双方有序开展对接洽谈。七是完善信息化应用支撑，加强“互联网+”、大数据、云服务、人工智能等技术手段运用，动态收集更新零工人员和用工主体信息，提供在线匹配对接、应聘报名、结果确认等“一网通办”服务。八是扩大零工服务多元化供给，充分发挥公共就业服务机构提供兜底服务的公益属性，完善覆盖城乡的服务网络，鼓励人力资源服务机构、社会资本和优质服务资源参与零工市场建设和运营管理。九是开展零工市场动态监测，建立零工市场动态管理名录，向社会广泛公布地址、运行时间、职业（工种、岗位）、联系方式等信息，为供求双方对接提供指引。

二、国家统计局：上半年全国居民人均可支配收入 18463 元

来源：国家统计局

摘要：7月15日，国家统计局网站发布消息称，上半年，全国居民人均可支配收入18463元，比上年同期名义增长4.7%，扣除价格因素，实际增长3.0%。分城乡看，城镇居民人均可支配收入25003元，增长3.6%，扣除价格因素，实际增长1.9%；农村居民人均可支配收入9787元，增长5.8%，扣除价格因素，实际增长4.2%。此外，2022年上半年，全国居民人均可支配收入中位数15560元，增长4.5%，中位数是平均数的84.3%。

Abstract: On July 15, the National Bureau of Statistics released on its website that in the first half of the year, the per capita disposable income of residents nationwide was 18463 yuan, a nominal increase of 4.7% over the same period last year, and a real increase of 3.0% after deducting price factors. The per capita disposable income of urban residents was 25003 yuan, an increase of 3.6%, and an actual increase of 1.9% after deducting price factors. The per capita disposable income of rural residents was 9787 yuan, an increase of 5.8%, and an actual increase of 4.2% after deducting price factors. In addition, in the first half of 2022, the median per capita disposable income of

residents nationwide was 15560 yuan, an increase of 4.5%, and the median was 84.3% of the average.

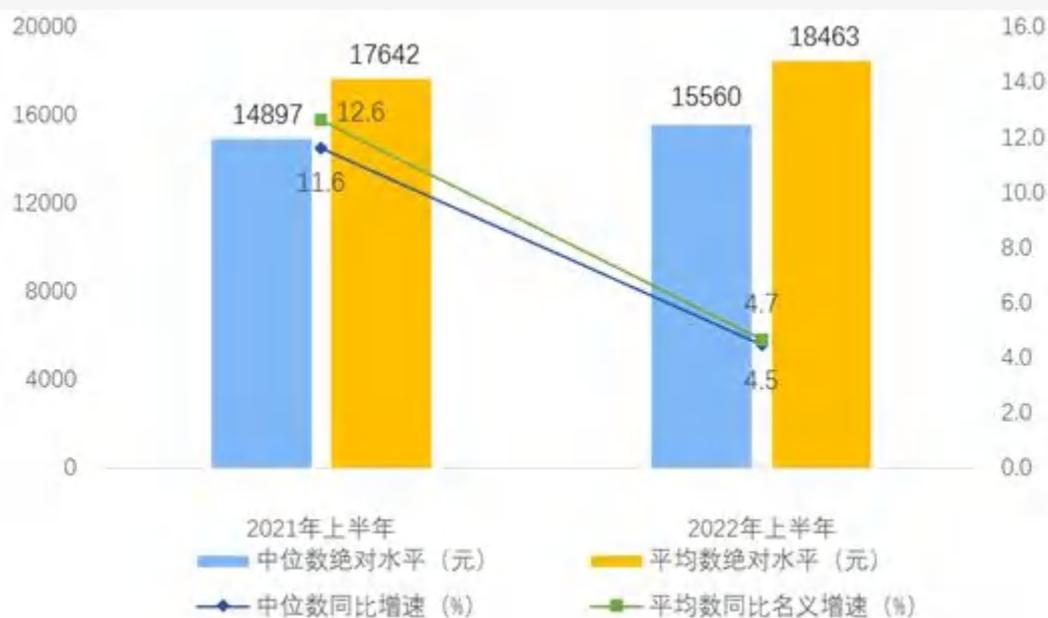
一、居民收入情况

上半年，全国居民人均可支配收入 18463 元，比上年同期名义增长 4.7%，扣除价格因素，实际增长 3.0%。分城乡看，城镇居民人均可支配收入 25003 元，增长（以下如无特别说明，均为同比名义增长）3.6%，扣除价格因素，实际增长 1.9%；农村居民人均可支配收入 9787 元，增长 5.8%，扣除价格因素，实际增长 4.2%。

上半年，全国居民人均可支配收入中位数 15560 元，增长 4.5%，中位数是平均数的 84.3%。其中，城镇居民人均可支配收入中位数 22324 元，增长 3.8%，中位数是平均数的 89.3%；农村居民人均可支配收入中位数 8410 元，增长 5.7%，中位数是平均数的 85.9%。

按收入来源分，上半年，全国居民人均工资性收入 10576 元，增长 4.7%，占可支配收入的比重为 57.3%；人均经营净收入 2841 元，增长 3.2%，占可支配收入的比重为 15.4%；人均财产净收入 1665 元，增长 5.2%，占可支配收入的比重为 9.0%；人均转移净收入 3382 元，增长 5.6%，占可支配收入的比重为 18.3%。

图 1 2022 年上半年居民人均可支配收入平均数与中位数



二、居民消费支出情况

上半年，全国居民人均消费支出 11756 元，比上年同期名义增长 2.5%，扣除价格因素影响，实际增长 0.8%。分城乡看，城镇居民人均消费支出 14677 元，增长 0.8%，扣除价格

因素，实际下降 0.9%；农村居民人均消费支出 7881 元，增长 5.6%，扣除价格因素，实际增长 4.0%。

上半年，全国居民人均食品烟酒消费支出 3685 元，增长 4.2%，占人均消费支出的比重为 31.3%；人均衣着消费支出 725 元，下降 2.3%，占人均消费支出的比重为 6.2%；人均居住消费支出 2807 元，增长 6.0%，占人均消费支出的比重为 23.9%；人均生活用品及服务消费支出 670 元，增长 0.1%，占人均消费支出的比重为 5.7%；人均交通通信消费支出 1493 元，增长 2.6%，占人均消费支出的比重为 12.7%；人均教育文化娱乐消费支出 1037 元，下降 7.4%，占人均消费支出的比重为 8.8%；人均医疗保健消费支出 1041 元，增长 2.6%，占人均消费支出的比重为 8.9%；人均其他用品及服务消费支出 298 元，增长 4.5%，占人均消费支出的比重为 2.5%。

图 2 2022 年上半年居民人均消费支出及构成

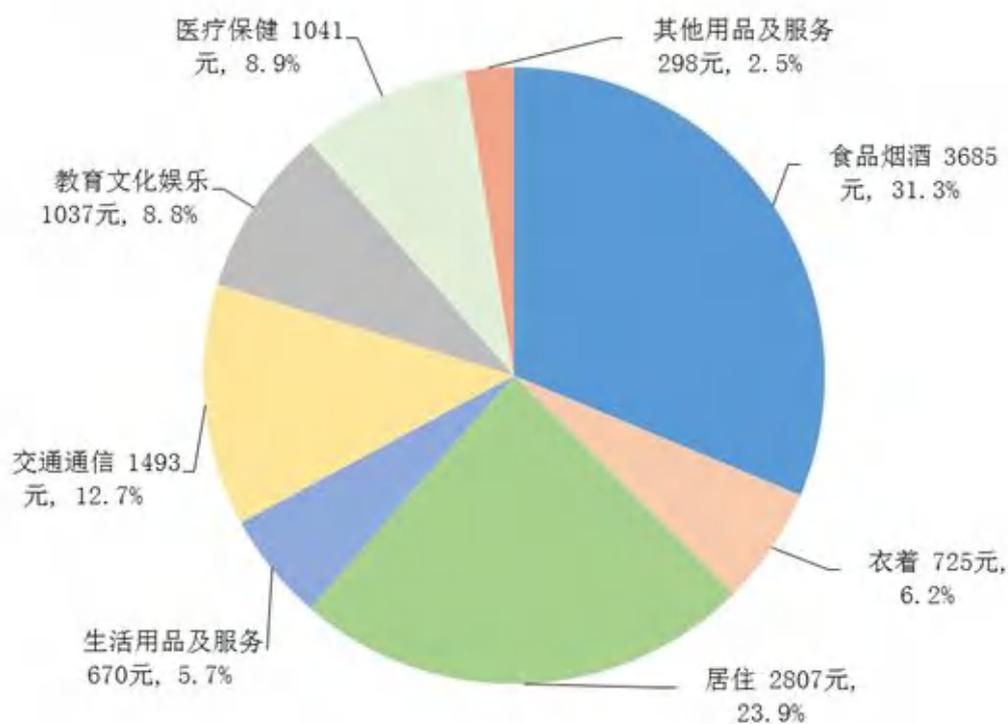


表 1 2022 年上半年全国居民收支主要数据

指标	绝对量 (元)	同比增长 (%) (括号内为实际增速)
(一) 全国居民人均可支配收入	18463	4.7 (3.0)
按常住地分：		
城镇居民	25003	3.6 (1.9)
农村居民	9787	5.8 (4.2)

按收入来源分：		
工资性收入	10576	4.7
经营净收入	2841	3.2
财产净收入	1665	5.2
转移净收入	3382	5.6
（二）全国居民人均可支配收入中位数	15560	4.5
按常住地分：		
城镇居民	22324	3.8
农村居民	8410	5.7
（三）全国居民人均消费支出	11756	2.5（0.8）
按常住地分：		
城镇居民	14677	0.8（-0.9）
农村居民	7881	5.6（4.0）
按消费类别分：		
食品烟酒	3685	4.2
衣着	725	-2.3
居住	2807	6.0
生活用品及服务	670	0.1
交通通信	1493	2.6
教育文化娱乐	1037	-7.4
医疗保健	1041	2.6
其他用品及服务	298	4.5

注：

- ①全国居民人均可支配收入=城镇居民人均可支配收入*城镇人口比重+农村居民人均可支配收入*农村人口比重。
- ②居民人均可支配收入名义增速=（报告期居民人均可支配收入/基期居民人均可支配收入-1）*100%；居民人均可支配收入实际增速=（报告期居民人均可支配收入/基期居民人均可支配收入/报告期居民消费价格指数*100-1）*100%。
- ③全国居民人均收支数据是根据全国十六万户抽样调查基础数据，依据每个样本户所代表的户数加权汇总而成。由于受城镇化和人口迁移等因素影响，各时期的分城乡、分地区人口构成发生变化，有时会导致全国居民的部分收支项目增速超出分城乡居民相应收支项目增速区间的现象发生。主要是在城镇化过程中，一部分在农村收入较高的人口进入城镇地区，但在城镇属于较低收入人群，他们的迁移对城乡居民部分收支均有拉低作用；但无论在城镇还是农村，其增长效应都会体现在全体居民的收支增长中。
- ④比上年增长栏中，括号中数据为实际增速，其他为名义增速。
- ⑤收入平均数和中位数都是反映居民收入集中趋势的统计量。平均数既能直观反映总体情况，又能反映总体结构，便于不同群体收入水平的比较，但容易受极端数据影响；中位数反映中间位置对象情况，较为稳健，能够避免极端数据影响，但不能反映结构情况。

表 2 2022 年上半年城乡居民收支主要数据

指标	绝对量	同比名义增长
----	-----	--------

	(元)	(%)
(一) 城镇居民人均可支配收入	25003	3.6
按收入来源分:		
工资性收入	15080	3.6
经营净收入	2913	2.5
财产净收入	2700	3.9
转移净收入	4309	4.2
(二) 城镇居民人均消费支出	14677	0.8
按消费类别分:		
食品烟酒	4512	3.1
衣着	913	-4.8
居住	3686	5.2
生活用品及服务	837	-1.5
交通通信	1821	1.1
教育文化娱乐	1294	-11.6
医疗保健	1214	-0.5
其他用品及服务	399	2.2
(三) 农村居民人均可支配收入	9787	5.8
按收入来源分:		
工资性收入	4600	5.8
经营净收入	2746	4.2
财产净收入	291	9.3
转移净收入	2151	7.6
(四) 农村居民人均消费支出	7881	5.6
按消费类别分:		
食品烟酒	2587	5.8
衣着	475	3.0
居住	1641	6.4
生活用品及服务	448	2.8
交通通信	1058	5.2
教育文化娱乐	695	3.1
医疗保健	811	8.4
其他用品及服务	165	10.1

附注

1. 指标解释

居民可支配收入是指居民可用于最终消费支出和储蓄的总和,即居民可用于自由支配的收入,既包括现金收入,也包括实物收入。按照收入的来源,可支配收入包括工资性收入、经营净收入、财产净收入和转移净收入。

居民消费支出是指居民用于满足家庭日常生活消费需要的全部支出,既包括现金消费支出,也包括实物消费支出。消费支出包括食品烟酒、衣着、居住、生活用品及服务、交通通信、教育文化娱乐、医疗保健以及其他用品及服务八大类。

人均收入中位数是指将所有调查户按人均收入水平从低到高顺序排列,处于最中间位置的调查户的人均收入。

季度收支数据中未包括居民自产自用部分的收入和消费,年度收支数据包括。

2.调查方法

全国及分城乡居民收支数据来源于国家统计局组织实施的住户收支与生活状况调查,按季度发布。

国家统计局采用分层、多阶段、与人口规模大小成比例的概率抽样方法,在全国31个省(区、市)的1800个县(市、区)随机抽选16万个居民家庭作为调查户。

国家统计局派驻各地的直属调查队按照统一的制度方法,组织调查户记账采集居民收入、支出、家庭经营和生产投资状况等数据;同时按照统一的调查问卷,收集住户成员及劳动力从业情况、住房与耐用消费品拥有情况、居民基本社会公共服务享有情况等其他调查内容。数据采集完成后,市县级调查队使用统一的方法和数据处理程序,对原始调查资料进行编码、审核、录入,然后将分户基础数据直接传输至国家统计局进行统一汇总计算。

3.其他说明

部分数据因四舍五入的原因,存在总计与分项合计不等的情况。

三、人社部：上半年新增城镇就业 654 万人，完成全年目标 59%

来源：新华网

摘要：7月22日，人社部举行新闻发布会，就业促进司司长张莹表示，今年以来，面对复杂严峻的国际环境和国内疫情带来的冲击，各地区各部门高效统筹疫情防控和经济社会发展，全力以赴稳就业保就业，就业形势保持总体稳定。1至6月，全国新增城镇就业654万人，完成全年目标任务的59%；6月份，城镇调查失业率回落至5.5%；截至6月底，脱贫人口务工规模3223万人，同比增加160万人。

Abstract: On July 22, the Ministry of Human Resources and Social Security held a press conference. Zhang Ying, director of the Department of Employment Promotion, said that since this year, in the face of the impact of the complex and severe international environment and the epidemic situation, all local governments and departments have effectively coordinated the epidemic prevention and control and economic and social development, and spared no effort to

stabilize employment. As a result, the employment situation has remained generally stable. From January to June, 6.54 million new urban jobs were created nationwide, accounting for 59% of the annual goal. In June, the urban unemployment rate fell back to 5.5%. By the end of June, the number of workers among the poverty relief population was 32.23 million, a year-on-year increase of 1.6 million.

1至6月，全国新增城镇就业654万人，完成全年目标任务的59%；6月份，城镇调查失业率回落至5.5%；截至6月底，脱贫人口务工规模3223万人，同比增加160万人……

人社部22日举行新闻发布会，就业促进司司长张莹表示，今年以来，面对复杂严峻的国际环境和国内疫情带来的冲击，各地区各部门高效统筹疫情防控和经济社会发展，全力以赴稳就业保就业，就业形势保持总体稳定。

减负稳岗政策红利释放，城镇调查失业率连续回落

一季度全国城镇调查失业率均值为5.5%，处于较低水平。4月份，受疫情影响，全国城镇调查失业率走高，达6.1%。各地区各部门迅速出台一揽子政策举措，千方百计稳定就业形势。

实行社保降费率、缓缴费政策，助企纾困渡难关。人社部会同有关部门，在延续实施阶段性降低失业、工伤保险费率的基础上，叠加推出缓缴社保费政策。5个特困行业企业和17个行业所属困难企业，受疫情影响严重地区生产经营出现暂时困难的中小微企业，以单位方式参保的个体工商户，均可阶段性缓缴养老、失业、工伤保险费单位缴费部分。

数据显示，截至目前，仅延续实施阶段性降低失业、工伤保险费率一项政策，就为企业减负超过800亿元。

提高返还标准、新增留工补助，释放红利稳岗位。今年以来，失业保险通过提高稳岗返还标准，将中小微企业返还比例由60%最高提至90%，大型企业由30%提至50%，进一步加大对市场主体稳岗扩岗支持力度。

同时，新增留工补助政策，支持中高风险地区的所有参保企业以及未出现中高风险地区的5个特困行业的参保企业稳岗留工。目前，已向195万户企业发放留工补助资金87亿元。

随着一系列政策落地见效，城镇调查失业率在阶段性走高后出现下降。5、6月，全国城镇调查失业率分别为5.9%、5.5%，连续回落。

市场岗位需求大于求职人员。上半年，公共就业服务机构和市场机构求人倍率（岗位数与求职人数的比率）均在1以上，其中，二季度100个城市公共就业服务机构求人倍率1.37，

市场岗位需求大于求职人员。

促进高校毕业生就业，助力农民工稳定就业，城乡困难人员就业稳中有增

促进高校毕业生、农民工等群体就业是就业工作的重中之重。人社部门一方面积极发挥人力资源服务机构的作用，另一方面，不断加大就业帮扶力度，共促重点群体就业。

促匹配，畅通重点群体求职渠道。作为促进市场化就业的重要支撑力量，目前我国共有经营性人力资源服务机构 5.4 万家。用好 2 万个招聘网站和 4.9 万个固定招聘场所，积极开展百日千万网络招聘产业园专场、国聘行动等活动，人力资源服务机构开展大规模求职招聘服务，共发布了 89 万个岗位需求，接收 511 万份求职者简历，有效促进劳动力市场供需对接。

优服务，提高重点群体帮扶精准度。对高校毕业生，开放求职登记、完善实名帮扶；推进行政服务快办，确保高校毕业生及时足额享受政策红利。对农民工，深化东西部劳务协作，积极拓宽务工渠道；发挥就业帮扶车间载体作用，提供就地就近就业机会……

上半年，各地区各部门不断加大对重点群体的帮扶力度，千方百计保障重点群体就业。截至 6 月末，脱贫人口务工规模同比增加 160 万人，25 个中西部省份均已完成目标任务。1 至 6 月，就业困难人员就业 85 万人，同比持平；农村劳动力外出务工规模保持基本稳定；失业人员实现再就业 250 万人。

就业形势有望继续回暖，努力完成各项目标任务

“从走势看，随着稳经济一揽子政策措施加快落地，各方面围绕就业同向发力，就业形势有望继续回暖。”张莹说。

张莹表示，国际形势依然复杂严峻，国内经济恢复仍然面临挑战，就业总量压力依然存在，稳就业保就业工作仍需付出艰苦努力。

加快释放减负稳岗政策红利。通过实施政策落实快办行动，推行失业保险稳岗返还和留工补助“免申即享”，实施缓交社会保险费“即申即享”，推进就业补贴政策“直补快办”。

加力促进创业和灵活就业。通过实施重点群体创业推进行动，深入实施创业培训，跟进提供创业担保贷款等融资支持，激发劳动者创业创新动力，发挥好创新带动就业的倍增效应。同时，健全灵活就业劳动用工和社会保障政策，开展新就业形态就业人员职业伤害保障试点，加强零工市场建设。加密组织线上线下就业服务活动。

加强重点群体就业帮扶。通过开展防止返贫就业攻坚行动，举办劳务品牌发展大会等系列活动，鼓励返乡入乡创业，促进农村劳动力外出务工和就地就近就业。启动就业援助“暖心活动”，聚焦大龄、残疾、低保家庭、长期失业等困难人员，送信息、送服务、送政策、

送保障。

针对社会关注的未就业毕业生群体，张莹表示，将通过推进精准服务、推进政策快办、强化岗位推送、强化权益保障等举措，进一步挖掘岗位资源，做实做细就业指导服务，支持毕业生到各行各业施展才华。截至目前，已有超过 20 万未就业毕业生通过未就业毕业生求职登记小程序登记了求职意愿。各地已开展线上招聘活动 1.1 万场，举办现场活动 1500 余场，不间断为毕业生提供就业岗位信息。

同时，“三支一扶”招聘行动正在有序开展。目前，已有 28 个省份发布招聘公告，共计划招募 3.95 万个岗位。28 个省份中有 21 个省份在中央财政补助名额基础上，进一步扩大招募规模，比中央下达计划数增加 8500 多个，为高校毕业生提供了更多到基层工作的机会。

（记者 李心萍）

数据来源：人力资源和社会保障部

四、8.2 万个城市社区专职岗位面向高校毕业生开放

来源：中新网

摘要：民政部于 7 月 26 日在京召开 2022 年第三季度例行新闻发布会，民政部基层政权建设和社区治理司司长陈越良在发布会上介绍，近期民政部、教育部、财政部、人社部联合印发《关于做好 2022 年普通高校高校毕业生到城乡社区就业工作的通知》，要求原则上 2022 年所有新招聘城市社区专职工作人员岗位全部向高校毕业生开放，鼓励拿出较多数量岗位专门招聘有志热心服务群众的高校毕业生，“截至目前，全国共发布城市社区专职工作人员岗位数量 8.2 万个，全部面向高校毕业生开放，其中 2.5 万个岗位专门招聘高校毕业生”。

Abstract: The Ministry of Civil Affairs held a regular press conference for the third quarter of 2022 in Beijing on July 26. Chen Yueliang, director of the Department of Grass-roots Political Power Construction and Community Governance of the Ministry of Civil Affairs, introduced at the conference that recently the Ministry of Civil Affairs, the Ministry of Education, the Ministry of Finance and the Ministry of Human Resources and Social Security jointly issued the *Notice on Promoting the Employment of College Graduates in Urban and Rural Communities in 2022*. It specifies that in principle, all newly recruited full-time positions of urban communities should be provided for college graduates in 2022, and a large number of positions are encouraged to recruit college graduates who are willing to serve the masses. "Up to now, a total of 82000 full-time positions of urban communities have been released across the country, all of which are open to

college graduates and 25000 positions are specially for recruiting college graduates".

本报北京 7 月 26 日电(记者任欢)民政部 26 日在京召开 2022 年第三季度例行新闻发布会,民政部基层政权建设和社区治理司司长陈越良在发布会上介绍,近期民政部、教育部、财政部、人社部联合印发《关于做好 2022 年普通高校毕业生到城乡社区就业工作的通知》(以下简称《通知》),要求原则上 2022 年所有新招聘城市社区专职工作人员岗位全部向高校毕业生开放,鼓励拿出较多数量岗位专门招聘有志热心服务群众的高校毕业生,“截至目前,全国共发布城市社区专职工作人员岗位数量 8.2 万个,全部面向高校毕业生开放,其中 2.5 万个岗位专门招聘高校毕业生”。

据了解,今年高校毕业生超过 1000 万人,做好高校毕业生等青年就业工作事关经济发展、疫情防控和社会稳定、民生福祉。对此,陈越良表示,《“十四五”城乡社区服务体系建设规划》明确提出,鼓励发展生活性服务业,引导市场、社会力量发展社区托育、养老等服务业态。不断增长的社区服务新需求将为高校毕业生就业创业提供更大的发展空间。《通知》也明确,对在社区提供养老、托育、家政、物业、健康等服务的小微企业,符合条件的,可以按规定落实社会保险补贴政策。高校毕业生在城乡社区服务领域创业的,按规定落实税费优惠、一次性创业补贴、创业担保贷款等政策。

城乡社区是党和政府联系服务群众的“最后一公里”,如何持续鼓励高校毕业生扎根基层、服务基层、奉献基层?对此,民政部基层政权建设和社区治理司一级巡视员李健说,民政部将健全社区工作者职业体系,建立岗位薪酬制度并完善动态调整机制,让社区工作者成为有吸引力的职业,营造拴心留人、干事创业的良好环境。

“同时,我们还将设立一批城乡社区实习实践基地,组织在校大学生到城乡社区开展实习实践、志愿服务、社会公益等活动,引导在校大学生了解城乡社区居民需求和工作实际,激发高校毕业生到城乡社区就业创业的热情。”李健说。

五、两部门：进一步做好医保跨省异地就医直接结算工作

来源：国家医保局

摘要：7 月 26 日,国家医保局、财政局联合发布《关于进一步做好基本医疗保险跨省异地就医直接结算工作的通知》。《通知》规定了完善跨省异地就医直接结算政策,包括：统一住院、普通门诊和门诊慢特病费用跨省直接结算基金支付政策；明确异地就医备案人员范围；规范异地就医备案有效期限；允许补办异地就医备案和无第三方责任外伤参保人员享受跨省异地就医直接结算服务等。跨省临时外出就医人员可低于参保地相同级别医疗机构报销水平,

原则上，异地转诊人员和异地急诊抢救人员支付比例的降幅不超过 10 个百分点，非急诊且未转诊的其他跨省临时外出就医人员支付比例的降幅不超过 20 个百分点。

Abstract: On July 26, the National Healthcare Security Administration and the Finance Bureau jointly issued the *Notice on Further Improving the Direct Settlement of Basic Medical Insurance for Cross Provincial and Non Local Medical Treatment*. The *Notice* specifies to improve the direct settlement policy for cross provincial medical treatment, including unified payment policy of cross provincial direct settlement fund for inpatient, general outpatient and outpatient chronic diseases, clarifies the scope of medical recorders from other places, standardizes the validity period of medical records in other places, allows the post registration of medical treatment in other places and the insured without third-party responsibility to enjoy the direct settlement services of cross provincial medical treatment in other places. The reimbursement level of inter provincial temporary medical personnel may be lower than that of medical institutions of the same level in the insured place. In principle, the decrease in the payment proportion of non local referral personnel and non local emergency rescue personnel shall not exceed 10 percentage points, and the decrease in the payment proportion of non emergency and other non referral inter provincial temporary medical personnel shall not exceed 20 percentage points.

国家医保局 财政部关于进一步做好基本医疗保险跨省异地就医直接结算工作的通知

医保发〔2022〕22 号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团医保局、财政厅（局）：

为贯彻落实《中共中央 国务院关于深化医疗保障制度改革的意见》精神和 2022 年《政府工作报告》部署要求，完善跨省异地就医直接结算办法，进一步做好基本医疗保险跨省异地就医直接结算工作，现就有关事项通知如下：

一、总体要求

（一）指导思想。以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党的十九大和十九届历次全会精神，按照党中央、国务院决策部署，立足新发展阶段，完整、准确、全面贯彻新发展理念，构建新发展格局，坚持政策优化集成、管理规范统一、业务协同联动、服务高效便捷，深化基本医疗保险跨省异地就医直接结算改革，持续提升人民群众异地就医结算的获得感、幸福感和安全感。

（二）目标任务。2025 年底前，跨省异地就医直接结算制度体系和经办管理体系更加

健全，全国统一的医保信息平台支撑作用持续强化，国家异地就医结算能力显著提升；住院费用跨省直接结算率提高到 70%以上，普通门诊跨省联网定点医药机构数量实现翻一番，群众需求大、各地普遍开展的门诊慢特病相关治疗费用逐步纳入跨省直接结算范围，异地就医备案规范便捷，基本实现医保报销线上线下都能跨省通办。

二、完善跨省异地就医直接结算政策

（一）统一住院、普通门诊和门诊慢特病费用跨省直接结算基金支付政策。跨省异地就医直接结算的住院、普通门诊和门诊慢特病医疗费用，原则上执行就医地规定的支付范围及有关政策（基本医疗保险药品、医疗服务项目和医用耗材等支付范围），执行参保地规定的基本医疗保险基金起付标准、支付比例、最高支付限额、门诊慢特病病种范围等有关政策。

（二）明确异地就医备案人员范围。跨省异地长期居住或跨省临时外出就医的参保人员办理异地就医备案后可以享受跨省异地就医直接结算服务。其中跨省异地长期居住人员包括异地安置退休人员、异地长期居住人员、常驻异地工作人员等长期在参保省、自治区、直辖市（以下统称省）以外工作、居住、生活的人员；跨省临时外出就医人员包括异地转诊就医人员，因工作、旅游等原因异地急诊抢救人员以及其他跨省临时外出就医人员。

（三）规范异地就医备案有效期限。跨省异地长期居住人员办理登记备案后，备案长期有效；参保地可设置变更或取消备案的时限，原则上不超过 6 个月。跨省临时外出就医人员备案有效期原则上不少于 6 个月，有效期内可在就医地多次就诊并享受跨省异地就医直接结算服务。

（四）允许补办异地就医备案和无第三方责任外伤参保人员享受跨省异地就医直接结算服务。参保人员跨省出院结算前补办异地就医备案的，就医地联网定点医疗机构应为参保人员办理医疗费用跨省直接结算。跨省异地就医参保人员出院自费结算后按规定补办备案手续的，可以按参保地规定申请医保手工报销。同时，符合就医地管理规定的无第三方责任外伤费用可纳入跨省异地就医直接结算范围，就医地经办机构应将相关费用一并纳入核查范围。

（五）支持跨省异地长期居住人员可以在备案地和参保地双向享受医保待遇。跨省异地长期居住人员在备案地就医结算时，基本医疗保险基金的起付标准、支付比例、最高支付限额原则上执行参保地规定的本地就医时的标准；备案有效期内确需回参保地就医的，可以在参保地享受医保结算服务，原则上不低于参保地跨省转诊转院待遇水平。其中参保人员以个人承诺方式办理跨省异地长期居住人员备案手续的，应履行承诺事项，可在补齐相关备案材料后在备案地和参保地双向享受医保待遇。跨省异地长期居住人员符合转外就医规定的，执行参保地跨省转诊转院待遇政策。

（六）合理确定跨省临时外出就医人员报销政策。各统筹地区要根据经济社会发展水平、人

民健康需求、医保基金支撑能力和分级诊疗要求，合理设定跨省临时外出就医人员直接结算报销政策。跨省临时外出就医人员可低于参保地相同级别医疗机构报销水平，原则上，异地转诊人员和异地急诊抢救人员支付比例的降幅不超过 10 个百分点，非急诊且未转诊的其他跨省临时外出就医人员支付比例的降幅不超过 20 个百分点。强化异地就医结算政策与分级诊疗制度的协同，合理确定异地就医人员在不同级别医疗机构的报销水平差异，引导参保人员有序就医。

三、规范跨省异地就医直接结算管理服务

（一）规范异地就医备案流程。参保人员跨省异地就医前，可通过国家医保服务平台 APP、国家异地就医备案小程序、国务院客户端小程序或参保地经办机构窗口等线上线下途径办理异地就医备案手续。参保地经办机构要切实做好跨省异地就医结算政策宣传解读，简化办理流程，缩短办理时限，支持符合条件的参保人员补办异地就医备案手续。参保人员申请异地就医备案时，可直接备案到就医地市或直辖市等，并在备案地开通的所有跨省联网定点医疗机构享受住院费用跨省直接结算服务，门诊就医时按照参保地异地就医管理规定选择跨省联网定点医药机构就医购药。

（二）方便符合条件的参保人员跨省转诊就医。参保人员应按分级诊疗的相关规定有序就医，确因病情需要跨省异地就医的，可通过参保地规定的定点医疗机构向省外医疗机构转诊。定点医疗机构应以患者病情为出发点制定合理的诊疗方案，需要转诊时可通过不同形式安排转诊，不得将在本地住院作为开具转诊的先决条件。参保人员因同种疾病确需在就医地继续治疗或再次转外就医的，参保地经办机构应简化异地就医备案手续，方便参保人员享受跨省异地就医直接结算服务。

（三）规范参保人员持医保电子凭证、社会保障卡就医。参保人员跨省异地就医时，应在就医地的跨省联网定点医药机构主动表明参保身份，出示医保电子凭证或社会保障卡等有效凭证。跨省联网定点医药机构应做好参保人员的参保身份验证工作，指引未办理备案人员及时办理备案手续，为符合就医地规定门（急）诊、住院患者，提供合理规范的诊疗服务及方便快捷的跨省异地就医直接结算服务。

（四）规范跨省直接结算流程。跨省异地就医直接结算时，就医地应将住院费用明细信息转换为全国统一的大类费用信息，将门诊费用（含普通门诊和门诊慢特病）按照就医地支付范围及有关规定对每条费用明细进行费用分割，经国家、省级异地就医结算系统实时传输至参保地，参保地按照当地政策规定计算出应由参保人员个人负担以及各项医保基金支付的金额，并将结果回传至就医地定点医药机构，用于定点医药机构与参保人员直接结算。参保人员因

故无法直接结算的,跨省联网定点医药机构应根据医保电子凭证或社会保障卡等有效凭证采集参保人员有关信息,并将医疗费用明细、诊断等就诊信息及时上传至国家医疗保障信息平台,支持全国开展跨省异地就医手工报销线上办理试点。

(五)实行就医地统一管理。就医地经办机构应将异地就医人员纳入本地统一管理,在医疗信息记录、绩效考核、医疗行为监控、费用审核、总额预算等方面提供与本地参保人员相同的服务和管理,并在定点医药机构医疗保障服务协议中予以明确。鼓励地方探索 DRG/DIP 等医保支付方式改革在异地就医结算中的应用,引导定点医疗机构合理诊疗。

(六)强化异地就医业务协同管理。各级医保部门应逐步健全工作机制,形成分工明确、职责明晰、流程统一的跨省异地就医业务协同管理体系,在问题协同、线上报销、费用协查、信息共享等方面全面提升各级医保经办机构业务协同管理能力。国家级经办机构负责统一组织、指导监督、综合协调省际异地就医直接结算管理服务,省级经办机构负责在省域范围内统一组织、协调并实施跨省异地就医直接结算管理服务,各统筹地区经办机构按国家和省级要求做好跨省异地就医直接结算管理服务。

四、强化跨省异地就医资金管理

(一)跨省异地就医费用医保基金支付部分在地区间实行先预付后清算。每年1月底前,国家级经办机构原则上根据上年第四季度医保结算资金月平均值的两倍核定年度预付金额度,并确认当年预付金调整额度。各省可通过预收省内各统筹地区异地就医资金等方式实现资金的预付。预付金原则上来源于各统筹地区医疗保险基金。

(二)跨省异地就医费用清算按照国家统一清分,省、市两级清算的方式,按月全额清算。跨省异地就医清算资金由参保地省级财政专户与就医地省级财政专户进行划拨。各省级经办机构和财政部门应按照《基本医疗保险跨省异地就医直接结算经办规程》(见附件)要求,协同做好清算资金划拨和收款工作。国家级经办机构负责协调和督促各省按规定及时拨付资金。

(三)跨省异地就医资金相关管理事项。划拨跨省异地就医资金过程中发生的银行手续费、银行票据工本费不得在基金中列支。预付金在就医地财政专户中产生的利息归就医地所有。跨省异地就医医疗费用结算和清算过程中形成的预付款项和暂收款项按相关会计制度规定进行核算。

五、提升医保信息化标准化支撑力度

(一)持续深化全国统一的医保信息平台全业务全流程应用。扎实推进编码动态维护和深化应用,完善医保信息化运维管理体系,不断提升医保数据治理水平,为跨省异地就医直接结

算提供强有力的系统支撑。按规定与有关部门共享数据，深化医保电子凭证、医保移动支付、医保电子处方流转、医保服务平台网厅、APP 和小程序等推广应用，推进更多的跨省异地就医结算服务跨省通办。

（二）推进系统优化完善。各省级医保部门要按照统一的接口标准规范，不断完善省级跨省异地就医管理子系统，并持续推进定点医药机构接口改造适配工作，加快推动医保电子凭证、居民身份证作为就医介质，优化系统性能，减少响应时间，切实改善参保人员跨省异地就医直接结算体验。各地医保系统停机切换时，应做好事前报备、事中验证、事后监测，确保数据迁移及时、完整、精准，解决个人编号等信息变更对在途业务的影响，确保业务平稳衔接和系统稳定运行。

（三）加强系统运维管理和安全保障。各省级医保部门应打造专业可靠的运维管理团队，构建基础设施、网络安全、云平台、业务子系统等领域的运维管理流程，形成科学有效的运维管理制度体系。落实安全管理责任，提升系统安全运维能力，强化信息系统边界防护，严禁定点医药机构连接医保系统的信息系统接入互联网，规范跨省异地就医身份校验，保障数据安全。统一规范异常交易报错信息质控标准，做好问题分类，简明扼要、通俗易懂地描述错误原因，方便异常交易的问题定位，并及时响应处理。

六、加强跨省异地就医直接结算基金监管

健全跨省异地就医直接结算基金监管机制，完善区域协作、联合检查等工作制度，强化对跨省异地就医直接结算重点地区、重点区域的指导，加强监督考核。落实就医地和参保地监管责任，就医地医保部门要把跨省异地就医直接结算作为日常监管、专项检查、飞行检查等重点内容，结合本地实际和跨省异地就医直接结算工作特点，严厉打击各类欺诈骗保行为，同时要配合参保地做好相关核查。参保地医保部门要定期开展跨省异地就医医保基金使用情况分析，精准锁定可疑问题线索，积极开展问题核查，确保医保基金安全合理使用。跨省异地就医监管追回的医保基金、扣款等按原渠道返回参保地账户，行政处罚、协议违约金等由就医地医保部门按规定处理。

七、工作要求

（一）加强组织领导。各级医保部门要将跨省异地就医直接结算工作作为深化医疗保障制度改革的重要任务，加强领导、统筹谋划、协调推进，纳入目标任务考核管理。财政部门要按规定及时划拨跨省异地就医资金，合理安排经办机构工作经费，加强与经办机构对账管理，确保账账相符、账款相符。

（二）做好衔接过渡。各地医保部门要及时调整与本通知不相符的政策措施，确保 2022 年

12月底前同国家政策相衔接；结合本地实际，进一步明确和细化政策管理规定，精简办理材料，简化办理流程，优化管理服务；同步调整信息系统与本通知相适应，保障跨省异地就医直接结算工作平稳过渡。

（三）加强队伍建设。各省级医疗保障部门要加强省级跨省异地就医经办管理队伍建设，应有专人专职负责异地就医直接结算工作。各统筹地区应根据管理服务的需要，积极协调相关部门，加强机构、人员和办公条件保障，合理配置专业工作人员，保证服务质量，提高工作效率。

（四）做好宣传引导。各地要加大政策宣传力度，采用社会公众喜闻乐见的形式做好政策解读工作，充分利用现有 12345 或 12393 咨询服务电话、医疗保障门户网站和 APP，拓展多种信息化服务渠道，及时回应群众关切，合理引导社会预期。

附件：基本医疗保险跨省异地就医直接结算经办规程

国家医保局 财政部

2022 年 6 月 30 日

六、江苏部署做好夏季高温期间劳动者权益保障工作

来源：江苏省人社厅

摘要：7月15日，江苏省人社厅发布了《关于做好夏季高温期间劳动者权益保障工作的通知》。《通知》提出，要严格落实夏季高温天气劳动保护措施。积极采取线上线下相结合的方式，广泛宣传高温天气劳动保护相关政策法规，指导用人单位依法建立和完善防暑降温工作制度、高温中暑应急预案、高温津贴支付办法和防暑降温专项集体合同制度，切实落实工作场所防暑降温各项措施，为劳动者营造舒适安全的工作环境。

Abstract: On July 15, the Department of Human Resources and Social Security of Jiangsu Province issued the *Notice on Ensuring the Rights and Interests of Workers during High-Temperature Summer*. The *Notice* proposes to strictly implement labor protection measures in high temperature summer, actively adopt the combination of online and offline methods, widely publicize policies and regulations related to labor protection in high-temperature weather, guide employers to establish and improve heatstroke prevention and cooling system, formulate emergency plan for high temperature heatstroke, payment method for high temperature allowance and special collective contract system for heatstroke prevention and cooling according to law, practically implement various measures for heatstroke prevention and cooling in the workplace,

and create a comfortable and safe working environment for workers.

省人力资源社会保障厅 关于做好夏季高温期间劳动者权益保障工作的通知

各设区市人力资源社会保障局，昆山市、泰兴市、沭阳县人力资源社会保障局：

近期全省各地持续高温，极端天气给劳动者特别是户外作业劳动者身心健康带来严重影响。为切实维护夏季高温期间劳动者合法权益，促进用人单位安全生产，现就有关工作紧急通知如下：

一、严格落实夏季高温天气劳动保护措施。积极采取线上线下相结合的方式，广泛宣传高温天气劳动保护相关政策法规，指导用人单位依法建立和完善防暑降温工作制度、高温中暑应急预案、高温津贴支付办法和防暑降温专项集体合同制度，切实落实工作场所防暑降温各项措施，为劳动者营造舒适安全的工作环境。深入贯彻落实人力资源社会保障部等四部门制定的《防暑降温措施管理办法》和省委省政府关于安全生产的有关决策部署，督促用人单位严格执行高温天气作业工作时间规定，采取合理安排工作时间、轮换作业、适当增加高温工作环境下劳动者的休息时间和减轻劳动强度、减少高温时段室外作业等措施，充分保障高温期间劳动者的休息权利。指导用人单位按照省人力资源和社会保障厅等五部门制定的《关于做好高温津贴支付有关工作的通知》（苏人社发〔2018〕113号）要求，及时足额向符合条件的劳动者发放高温津贴。

二、强化夏季高温天气劳动保障监察执法检查。结合全省清理整顿人力资源市场秩序专项检查 and “制度全覆盖”夏季专项行动，加大对高温期间室外露天作业的建筑施工、交通运输、电力通信、环境卫生、加工制造等用人单位检查力度，重点检查工作时间、休息休假、高温津贴支付等落实情况。发现不依法支付高温津贴、以防暑降温饮料充抵高温津贴，以及以高温期间停止工作、缩短工作时间为由扣除或降低劳动者工资、奖金，违反规定安排劳动者露天作业，超时加班、未经批准擅自实施特殊工时等违法行为的，及时查处整改；情节严重的依法从重处罚并予以公开曝光。密切关注快递、外卖等新就业形态劳动者权益保护，指导督促平台企业完善休息制度，落实全员安全生产责任制，配备必要的劳动安全卫生设施和劳动防护用品，强化高温等极端恶劣天气下的劳动保护，切实保障劳动者身心健康。

三、加大女职工和未成年工特殊劳动保护力度。依托全省联动的劳动保障监察举报投诉平台和劳动人事争议调解服务平台，进一步畅通劳动者举报投诉渠道，快调快处涉及休息休假、高温津贴等劳动争议。结合全省特殊困难群体救助帮扶和妇女儿童权益保障问题专项排

查整治工作，加强对女职工、未成年工较集中的加工制造和餐饮服务企业的监督检查。对用人单位安排怀孕女职工和未成年工从事高温作业，未依法建立定期健康检查制度，以及安排怀孕7个月以上或哺乳期女职工加班、夜班劳动等违法行为，及时查处纠正；涉嫌犯罪的，依法移送公安机关追究刑事责任。

江苏省人力资源和社会保障厅

2022年7月15日

七、天津调整部分工伤职工辅助器具配置项目与支付限额标准

来源：天津市人社局

摘要：7月11日，天津市人社局发布了《关于调整部分工伤职工辅助器具配置项目与支付限额标准的通知》。《通知》明确，调整30项工伤职工辅助器具的功能、材质、适用范围、最高支付限额和使用年限，新增胸廓（肋骨）矫形器1项。调整后，列入《天津市工伤职工辅助器具配置项目和支付限额目录》的工伤职工辅助器具配置项目共83项，按照功能和用途，仍分为假肢、矫形器、生活和其他四类。

Abstract: On July 11, Tianjin Bureau of Human Resources and Social Security issued the *Notice on Adjusting the Configuration Items and Payment Limit Standards of Assistive Devices for Some Injured Workers*. The *Notice* specifies to adjust the functions, materials, scope of application, maximum payment limit and service life of 30 assistive devices for workers injured during work and add one thoracic (rib) orthosis. After the adjustment, there are 83 items of assistive devices for injured workers included in the Catalogue of Assistive Devices Configuration Items and Payment Limits for Injured Workers in Tianjin, which are still divided into four categories according to their functions and uses, namely prosthetics, orthotics, life and other.

市人社局关于调整部分工伤职工辅助器具配置项目与支付限额标准的通知

各区人力资源和社会保障局，市社会保险基金管理中心，有关单位：

为进一步提高我市工伤职工生活质量，根据《工伤保险条例》、人力资源和社会保障部办公厅《关于印发工伤保险辅助器具配置目录的通知》（人社厅函〔2012〕381号）要求，结合我市实际，决定对部分工伤职工辅助器具配置项目与支付限额进行调整，现就有关问题

通知如下：

一、调整范围

调整 30 项工伤职工辅助器具的功能、材质、适用范围、最高支付限额和使用年限，新增胸廓（肋骨）矫形器 1 项。调整后，列入《天津市工伤职工辅助器具配置项目和支付限额目录》（见附件，以下简称《目录》）的工伤职工辅助器具配置项目共 83 项，按照功能和用途，仍分为假肢、矫形器、生活和其他四类。

二、有关问题的说明

（一）《目录》中所列项目的支付限额为辅助器具主要部件、使用材料及功能全部达到相应标准的最高支付限额，包括装配训练费用和延保费用。

（二）《目录》中所列矫形器类辅助器具项目中年限为“伤后一次性使用”的项目，由社会保险经办机构作为医用材料审核支付，无须劳动能力鉴定委员会鉴定。

（三）《目录》中所列生活类辅助器具项目中的护理床和一次性护理垫，由劳动能力鉴定委员会根据医疗机构出具的诊断证明、病历材料和工伤认定决定书审核确认后配置，不再组织专家现场鉴定。

（四）申请人向劳动能力鉴定委员会申请配置辅助器具，应符合《目录》中所列项目。如涉及《目录》中所列同类型辅助器具（如：装饰性前臂假肢、索控式前臂假肢、前臂肌电假肢等），由劳动能力鉴定委员会根据工伤职工的损伤情况及实际恢复情况，经专家鉴定后选择配置其中的一项，不得重复配置。

（五）工伤保险辅助器具协议配置机构应依据社会保险经办机构根据劳动能力鉴定委员会鉴定结论出具的《天津市辅助器具配置确认书》，为工伤职工配置或到期更换（含配件）辅助器具，并负责在规定使用期限内免费维修。社会保险经办机构在最高支付限额内根据实际发生的费用据实支付。

（六）经鉴定需要配置或到期更换假牙、半口假牙、全口假牙的工伤职工，除已签订工伤保险协议配置机构的医院外，还可以在我市工伤保险协议医疗机构中设置口腔科的二级以上医疗机构进行配置或更换。

（七）本通知实施前，工伤职工已按原标准安装配置或更换辅助器具的，应到使用年限后再按新标准配置。

（八）本通知实施后，工伤职工因伤情发生变化，需要配置新的辅助器具的，需经劳动能力鉴定委员会确认后予以配置。

本通知自 2022 年 7 月 13 日起施行，2027 年 7 月 12 日废止。此前有关规定与本通知不

一致的，以本通知为准。

附件：天津市工伤职工辅助器具配置项目和支付限额目录

八、山东：增设不少于十日育儿假

来源：新华网

摘要：7月28日，山东省十三届人大常委会第三十六次会议表决通过《山东省人民代表大会常务委员会关于修改〈山东省人口与计划生育条例〉的决定》，自2022年11月1日起施行。根据《决定》，符合法律和条例规定生育子女的夫妻，除国家规定的产假外，女职工增加六十日产假，配偶享受不少于十五日陪产假，三周岁以下婴幼儿父母各享受每年累计不少于十日育儿假。六十周岁以上的老年人患病住院的，其子女所在单位应当支持护理照料，给予独生子女每年累计十日、非独生子女每年累计七日的护理假。

Abstract: On July 28, the 36th meeting of the Standing Committee of the 13th Shandong Provincial People's Congress voted to adopt the Decision of the Standing Committee of the Shandong Provincial People's Congress on Amending the "Regulations of Shandong Province on Population and Family Planning", which will come into force on November 1, 2022. According to the Decision, in addition to the maternity leave stipulated by the state, the female employees who have given birth to children in accordance with the laws and regulations will enjoy an additional 60 days of maternity leave, and the spouse will enjoy a paternity leave of no less than 15 days. The parents of infants under the age of three will enjoy a parental leave of no less than 10 days every year. If an elderly person over the age of 60 is hospitalized due to illness, the employing unit in which his or her children is working shall support nursing care and provide a nursing leave of a total of 10 days a year to the only child and a total of 7 days a year to the non only child.

7月28日，山东省十三届人大常委会第三十六次会议表决通过了关于修改人口与计划生育条例的决定等法规决定。

《山东省人民代表大会常务委员会关于修改〈山东省人口与计划生育条例〉的决定》自2022年11月1日起施行。《山东省人口与计划生育条例》根据该决定作相应修改并对个别文字和条文顺序进行调整，重新公布。

根据决定，新条例提倡适龄婚育、优生优育。一对夫妻可以生育三个子女。已生育三个

子女的夫妻，有子女死亡或者有病残儿不能成长为正常劳动力的，可以等额再生育子女。夫妻可以自行选择生育子女的时间，依法享受母婴保健和计划生育技术服务。

决定还提出，鼓励县级以上人民政府建立育儿补贴制度，并完善配套支持措施。

根据决定，符合法律和本条例规定生育子女的夫妻，除国家规定的产假外，女职工增加六十日产假，配偶享受不少于十五日陪产假，三周岁以下婴幼儿父母各享受每年累计不少于十日育儿假。增加的产假、陪产假、育儿假期间，视为出勤，工资照发，福利待遇不变。

与现行条例相比，决定中女职工产假天数没有变化，依然采取“除国家规定的产假外，增加产假六十日”。根据国务院出台的《女职工劳动保护特别规定》，女职工生育享受 98 天产假，难产等情况适当延长。也就意味着，山东女职工的产假仍有 158 天假期。不过配偶陪产假天数延长，从现行的 7 天延长到不少于 15 天陪产假。

根据决定，条例增加一条：对国家提倡一对夫妻生育一个子女期间的独生子女家庭和农村计划生育双女家庭，各级人民政府应当在老年人福利、养老、社会救助等方面给予必要的优先和照顾。六十周岁以上的老年人患病住院的，其子女所在单位应当支持护理照料，给予独生子女每年累计十日、非独生子女每年累计七日的护理假。护理假期间，视为出勤，工资照发，福利待遇不变。

决定还明确新增不少有关婴幼儿照护服务、托育机构等养育教育子女支持措施条款。

比如，县级以上人民政府应当采取政府补贴、行业引导等方式，对托育行业发展给予支持，有条件的地方可以对普惠性托育机构给予运营补贴。

关于印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》的通知

Notice on Printing and Distributing the
Guidelines for Compliant Employment of Dispatched Workers in the Yangtze River Delta



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，推进长三角地区劳务派遣市场有序健康发展，维护被派遣劳动者合法权益，促进劳动关系和谐稳定，近日，江苏省人力资源和社会保障厅、上海市人力资源和社会保障局、浙江省人力资源和社会保障厅、安徽省人力资源和社会保障厅联合印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》（以下简称《指引》），这是长三角地区人力资源和社会保障领域三省一市第一次共同发文作出政策指引。

Recently, the Department of Human Resources and Social Security of Jiangsu Province, the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau, the Zhejiang Province Human Resources and Social Security Department, the Department of Human Resources and Social Security of Anhui Province jointly issued the *Guidelines for Compliant Employment of Dispatched Workers in the Yangtze River Delta* (hereinafter referred to as the *Guidelines*), in a bid to guide the employing units to employ the dispatched workers and the labor dispatch units to carry out labor dispatch business according to laws and regulations, promote the orderly and healthy development of the labor dispatch market in the Yangtze River Delta, guarantee the legitimate rights and interests of the dispatched workers, and maintain harmonious and stable labor relations. This is the first time that three provinces and one city in the Yangtze River Delta region jointly issued a document to provide policy guidance concerning human resources and social security.

一、用工单位

I. Employer:

- (一) 明确劳务派遣岗位的使用范围：符合临时性、辅助性、替代性的岗位特点。重点提示到：辅助性岗位的界定需要履行一定的民主程序；对于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，不得派遣用工；人力资源和社会保障行政部门或综合行政执法部门有权对违反“三性”的用工单位依法依规处理。
- (1) It defines the posts of dispatched workers: temporary, auxiliary and alternative posts. It points out that the definition of auxiliary posts shall follow certain democratic procedures. For key industries, secret related and core technology posts that are related to the safety of the state and life and property of the people, no employment shall be dispatched. The administrative departments of human resources and social security or the comprehensive administrative and law enforcement departments have the right to deal with the employing units that violate the specification of "temporary, auxiliary and alternative posts" according to law and regulations.
- (二) 明确劳务派遣用工比例：使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。重点提示到：前述比例的核算应当以用人单位为核算主体，诸如属于集团公司下的某个独立的用人单位不得将以集团公司为基数核算；“假外包真派遣”的人数计入劳务派遣用工比例。
- (2) It specifies the proportion of dispatched workers: the number of dispatched workers shall not exceed 10% of the total amount of employees. It mentions that the aforesaid proportion shall be based on taking the employer as the accounting subject. For example, an independent employer belonging to a group company shall not be accounted based on the group company. The number of "fake outsourcing and true dispatch" shall be included in the proportion of dispatched workers.

- (三) 明确劳务派遣与劳务外包的区别：从主体、岗位要求、法律关系、支配与管理、工作成果衡量标准、法律适用等方面作出具体区分。
- (3) It makes clear the difference between labor dispatch and labor outsourcing: make a specific distinction from the aspects of subject, post requirements, legal relationship, control and management, work achievement measurement standard, legal application, etc.
- (四) 明确劳务派遣单位的选择要求：用工单位需查看劳务派遣单位的资质及关注其管理的规范程度。重点提示到用工单位如未能关注前述内容，将可能会导致用工单位被认定与被派遣劳动者存在劳动关系的法律风险。
- (4) It clarifies the selection requirements of the labor dispatch unit: the employer shall check the qualification of the labor dispatch unit and the standardization of its management. It is stressed that the employer's failure to pay attention to the above contents may lead to the legal risk that the employer is deemed to have labor relations with the dispatched workers.
- (五) 明确了劳务派遣协议应当具备的十三项内容。
- (5) It specifies the 13 aspects that the labor dispatch agreement shall contain.
- (六) 明确了用工单位对被派遣劳动者应当履行的义务。具体包含劳动报酬和福利待遇、社会保险、劳动条件、培训和损害赔偿等方面内容。重点提示用工单位应当遵循同工同酬原则、不得向被派遣劳动者收取费用，并且用工单位要督促劳务派遣单位在用工所在地为被派遣劳动者参加社会保险，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。
- (6) It clarifies the obligations that the employer shall perform to the dispatched workers. Specifically, it includes labor remuneration and welfare treatment, social insurance, labor conditions, training and compensation for damage. It is emphasized that the employer shall follow the principle of equal pay for equal work and shall not charge fees to the dispatched workers, and shall urge the labor dispatch unit to buy social insurance for the dispatched workers at the place of employment. The dispatched workers shall enjoy social insurance according to the national regulations.
- (七) 明确了用工单位可以退回被派遣劳动者的情形。重点提示到不建议用工单位和劳务派遣单位在上述可退回情形之外再约定其他退回情形。
- (7) It specifies the circumstances under which the employer may return the dispatched workers. It points out that it is suggested that the employer and the labor dispatch unit should not agree on other conditions for returning dispatched workers besides the above returnable circumstances.
- (八) 明确了用工单位不得退回被派遣劳动者的情形。重点提示到用工单位违法退回及给被派遣劳动者造成损害的罚则与责任。
- (8) It specifies the circumstances under which the employer shall not return the dispatched workers. It emphasizes the penalties and responsibilities for the illegal return of dispatched workers by the employer and for the damage caused to the dispatched workers.
- (九) 明确了法律、法规、规章等对用工单位的其他限制性规定。
- (9) It specifies other restrictive provisions of laws, regulations, and rules on the employer.

二、劳务派遣单位

II. Labor dispatch unit

- (十) 明确劳务派遣单位经营劳务派遣业务应首先取得资质。
- (10) It specifies that the labor dispatch unit shall first obtain the qualification for labor dispatch business.
- (十一) 明确申请经营劳务派遣业务应当具备的条件。重点提示到申请经营劳务派遣业务中的注册资本二百万元是实缴资本而非认缴资本。
- (11) It specifies the conditions for applying for labor dispatch business. It emphasizes that the registered capital of 2 million yuan in the application for labor dispatch business shall be the paid-in capital rather than the subscribed capital.
- (十二) 明确《劳务派遣经营许可证》的变更、延续的条件。
- (12) It specifies the conditions for the change and renewal of the *Labor Dispatch Business License*.
- (十三) 明确了不予延续行政许可期限的情形。
- (13) It specifies the circumstances that the term of administrative license cannot be renewed.
- (十四) 明确了劳务派遣单位应当如实向人力资源和社会保障行政部门按年度提交上一年度劳务派遣经营情况报告。
- (14) It specifies that the labor dispatch unit shall faithfully submit the labor dispatch operation report of the previous year to the administrative department of human resources and social security.
- (十五) 明确了劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同时应当注意的内容。
- (15) It points out the contents that the labor dispatch unit should pay attention to when signing the labor contract with the dispatched workers.
- (十六) 明确了劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同的必备条款。
- (16) It defines the necessary terms of the labor contract between the labor dispatch unit and the dispatched workers.
- (十七) 明确了劳务派遣单位对被派遣劳动者应当履行的义务。具体包含告知、培训、报酬支付、社保保障、督促责任、协助处理和提供证明、材料等六个方面。
- (17) It specifies the obligations that the labor dispatch unit shall perform to the dispatched workers, including notification, training, remuneration payment, social security, supervision responsibility, assistance in handling and providing certificates and materials.
- (十八) 明确了劳务派遣单位与被派遣劳动者之间劳动合同解除的情形。
- (18) It specifies the circumstances for the rescission of the labor contract between the labor dispatch unit and the dispatched workers.
- (十九) 明确了劳务派遣单位与被派遣劳动者之间劳动合同终止的情形。
- (19) It specifies the circumstances for the termination of the labor contract between the labor dispatch unit and the dispatched workers.
- (二十) 明确了劳务派遣单位需向被派遣劳动者之间劳动合同支付经济补偿的情形。

(20) It specifies the circumstances under which the labor dispatch unit shall pay economic compensation to the dispatched workers according to the labor contract.

三、劳动纠纷处理

III. Handling of labor disputes

(二十一) 明确了劳动争议仲裁的处理情形。

(21) It specifies the handling of labor dispute arbitration.

(二十二) 明确了劳动保障监察的责任。

(22) It specifies the supervision responsibilities of labor security.

链接原文：

关于印发《长三角地区劳务派遣合规用工指引》的通知

苏人社发〔2022〕89号

各设区市、县（市、区）人力资源和社会保障局：

根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳务派遣暂行规定》《劳务派遣行政许可实施办法》等有关规定，我们制定了《长三角地区劳务派遣合规用工指引》，旨在提示用人单位和劳务派遣单位在劳务派遣用工过程中应注意的事项和可能出现的法律风险，供参考使用。

各地要加大《长三角地区劳务派遣合规用工指引》宣传力度，创新方法，柔性引导，依法规范，推进劳务派遣用工合法合规、有序健康发展。

附件：长三角地区劳务派遣合规用工指引

江苏省人力资源和社会保障厅 上海市人力资源和社会保障局 浙江省人力资源和社会保障厅 安徽省人力资源和社会保障厅
2022年7月18日

附件：

长三角地区劳务派遣合规用工指引

为进一步规范劳务派遣用工行为，引导用人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，推进劳务派遣市场有序健康发展，维护被派遣劳动者合法权益，促进劳动关系和谐稳定，根据《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国劳动合同法实施条例》《劳务派遣暂行规定》《劳务派遣行政许可实施办法》等有关规定，结合长三角地区实际，制定劳务派遣合规用工指引，供用人单位和劳务派遣单位参考。

一、用人单位

（一）劳务派遣岗位使用范围

劳动合同用工是我国企业的基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用。临时性工作岗位要求是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位要求是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位要求是指用人单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无

法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。因此，用工单位在使用被派遣劳动者的时候，只能在上述“三性”岗位使用，不能扩大使用范围。

重点提示：

1. 关于辅助性岗位的界定，用工单位对本单位的辅助性岗位界定需履行一定的民主程序，主要包括：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。辅助性岗位的确定属于涉及劳动者切身利益的重大事项，如未履行相应的民主程序，一旦发生争议，用工单位将承担不利的法律风险。

2. 根据有关规范劳务派遣用工管理的相关政策规定，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. 用工单位违反“三性”岗位规定使用被派遣劳动者，依权限由人力资源和社会保障行政部门或综合行政执法部门依法依规处理；给被派遣劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。用工单位违反规定使用被派遣劳动者的，可能会存在用工单位承担对被派遣劳动者相关法律责任的风险。

（二）劳务派遣用工比例

用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。这里所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

重点提示：

1. 计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例，可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。比如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。

2. 企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者在企业的生产经营场所使用企业的设施设备、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动，以及其他名为劳务外包实为劳务派遣的，其劳动者的人数纳入本企业的用工比例计算。

（三）正确区分劳务派遣和劳务外包

劳务派遣是指企业（劳务派遣单位）以经营方式将招用的劳动者派遣至用工单位，由用工单位直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。主要特征：由劳务派遣单位招用劳动者，并与被派遣劳动者

建立劳动关系，签订劳动合同；用工单位使用被派遣劳动者，但与被派遣劳动者不建立劳动关系，不直接签订劳动合同；被派遣劳动者的劳动过程受用工单位的指挥管理。

劳务外包是指用人单位（发包单位）将业务发包给承包单位，由承包单位自行安排人员按照用人单位（发包单位）要求完成相应的业务或工作内容的用工形式。主要特征：发包单位与承包单位基于外包合同形成民事上的契约关系；发包单位和承包单位约定将发包单位一定工作交付给承包单位完成，由发包单位支付承包单位一定的费用；承包单位与所雇用的劳动者建立劳动关系并对劳动者进行管理和支配；发包单位不能直接管理与支配承包单位的劳动者。

劳务派遣与劳务外包的主要区别：

1. 主体方面：经营劳务派遣业务需要一定的资质，应取得《劳务派遣经营许可证》后方可经营劳务派遣业务；在劳务外包关系中，外包的项目不涉及国家规定的特许内容，无需办理行政许可，没有特别的资质要求。

2. 岗位要求方面：劳务派遣用工只能在临时性、辅助性或者替代性岗位上实施；劳务外包对岗位没有特殊限定和要求。

3. 法律关系方面：劳务派遣涉及三方关系，劳务派遣单位与用工单位之间的劳务派遣合同关系，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系，用工单位与被派遣劳动者之间的实际用工关系；劳务外包涉及两方关系，发包单位与承包单位之间的合同关系，承包单位与劳动者的劳动合同关系。

4. 支配与管理方面：用工单位直接对被派遣劳动者日常劳动进行指挥管理，被派遣劳动者受用工单位的规章制度管理；劳务外包的发包单位不参与对劳动者指挥管理，由承包单位直接对劳动者进行指挥管理。

5. 工作成果衡量标准方面：在劳务派遣中，用工单位根据劳务派遣单位派遣的劳动者数量、工作内容和时间等与被派遣劳动者直接相关的要素，向劳务派遣单位支付服务费；在劳务外包关系中，发包单位根据外包业务的完成情况向承包单位支付外包费用，与承包单位使用的劳动者数量、工作时间等没有直接关系。

6. 法律适用方面：劳务派遣主要适用《中华人民共和国劳动合同法》《劳务派遣行政许可实施办法》《劳务派遣暂行规定》；劳务外包主要适用《中华人民共和国民法典》。

重点提示：

1. 用工单位在劳务外包时，应注意劳务外包与劳务派遣的区别，避免出现名为劳务外包实为劳务派遣的情形。比如企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者接受企业的指挥管理、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动等，可能会被认定为劳务派遣而非劳务外包。

2. 发包单位应履行相关社会责任，选择具备合法经营资质、信誉良好的外包单位，并督促外包单位落实劳动者权益保障责任，严格执行劳动保障法律法规，依法依规用工，与建立劳动关系的劳动者签订劳动合同，参加社会保险，缴纳社会保险费。

3. 外包单位违规用工，损害劳动者权益的，根据发包单位与外包单位之间具体法律关系，依法确定两个单位应当承担的法律责任。

（四）劳务派遣单位的选择

劳动合同法第五十七条明确，经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。因此，用工单位在选择合作的劳务派遣单位时，应首先查看其是否依法取得《劳务派遣经营许可证》，其次应关注劳务派遣单位管理是否规范，是否有与开展业务相适应的固定的经营场所、办公设施、符合法律规定的劳务派遣管理制度等。

重点提示：

1. 如果用工单位与从未取得《劳务派遣经营许可证》的单位合作，签订《劳务派遣协议》，则会导致用工单位可能被认定与被派遣劳动者存在劳动关系的法律风险。

2. 用工单位如果管理不规范，使用的被派遣劳动者未与劳务派遣单位签订劳动合同，则可能会导致用工单位被认定与被派遣劳动者存在劳动关系的法律风险。根据劳动合同法有关规定，用人单位在招用劳动者后，应当自用工之日起一个月内与劳动者签订书面劳动合同；自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资并与劳动者补订书面劳动合同；满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视同双方已订立无固定期限劳动合同。

（五）《劳务派遣协议》的签订

用工单位与劳务派遣单位谈妥劳务派遣业务后，应当签订《劳务派遣协议》，对双方合作事宜进行约定。双方签订的《劳务派遣协议》应当至少载明下列内容：1. 派遣的工作岗位名称和岗位性质；2. 工作地点；3. 派遣人员数量和派遣期限；4. 按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式；5. 社会保险费的数额和支付方式；6. 工作时间和休息休假事项；7. 被派遣劳动者工伤、生育或者患病期间的相关待遇；8. 劳动安全卫生以及培训事项；9. 经济补偿等费用；10. 劳务派遣协议期限；11. 劳务派遣服务费

的支付方式和标准；12. 违反劳务派遣协议的责任；13. 法律、法规、规章规定应当纳入劳务派遣协议的其他事项。

重点提示：

1. 用工单位与劳务派遣单位在签订《劳务派遣协议》时，应尽量就有关内容作出明确详细的约定，防止在履约过程中因约定不明而产生纠纷，如关于稳岗返还等补助资金分配方式，工资支付，当劳务派遣单位未按照协议约定支付工资情况下的违约责任、因此产生争议情况下的赔偿责任及用工单位承担连带责任下的追偿权利等。

2. 用工单位要督促劳务派遣单位及时与被派遣劳动者订立、续订劳动合同，避免未及时订立、续订劳动合同而发生劳动争议。

（六）用工单位对被派遣劳动者应当履行的义务

1. 劳动报酬和福利待遇方面：①告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；②支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇，不得歧视被派遣劳动者；③连续用工的，实行正常的工资调整机制；④使用的被派遣劳动者属跨地区派遣的，应保障被派遣劳动者按照用工单位所在地的标准执行相应劳动报酬和劳动条件；⑤保障被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利，如果用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

2. 社会保险方面：①使用的被派遣劳动者属跨地区派遣的，督促劳务派遣单位在用工所在地为被派遣劳动者参加社会保险，缴纳社会保险费。劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费；②被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，用工单位应当协助做好工伤认定的调查核实工作；③被派遣劳动者在申请进行职业病诊断、鉴定时，用工单位应当负责处理职业病诊断、鉴定事宜，并如实提供职业病诊断、鉴定所需的劳动者职业史和职业危害接触史、工作场所职业危害因素检测结果等资料。

3. 劳动条件、培训和损害赔偿等方面：①执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；②对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；③用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位；④保障被派遣劳动者选择在用工单位依法参加或者组织工会的权利；⑤用工单位违反有关劳务派遣的规定，给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

重点提示：

1. 用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

2. 用工单位不得向被派遣劳动者收取费用，不得扣押被派遣劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求被派遣劳动者提供担保等。

3. 用工单位在开展集体协商时，建议主动听取被派遣劳动者的意见，可以与被派遣劳动者就同工同酬、劳动标准、加班费、绩效奖金和工作岗位有关的福利待遇、岗位培训、工资调整机制等开展协商。

4. 用工单位要督促劳务派遣单位在用工所在地为被派遣劳动者参加社会保险，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。劳务派遣单位未在用工所在地参保，用工单位未履行督促义务，或劳务派遣单位不具备在用工单位所在地为被派遣劳动者办理参保手续条件，用工单位未代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续、缴纳社会保险费，导致被派遣劳动者无法享受社会保险待遇的，劳务派遣单位与用工单位可能承担连带责任。

（七）用工单位可以退回被派遣劳动者的情形

1. 因被派遣劳动者的原因导致退回：①被派遣劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；②被派遣劳动者严重违反用工单位的规章制度的；③被派遣劳动者严重失职，营私舞弊，给用工单位造成重大损害的；④被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用工单位提出，拒不改正的；⑤被派遣劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑥被派遣劳动者被依法追究刑事责任的；⑦被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用工单位另行安排的工作的；⑧被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

2. 因用工单位的原因导致退回：①劳务派遣协议订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；②用工单位依照企业破产法规定进行重整的；③用工单位生产经营发生严重困难的；④用工单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑤用工单位其他因劳务派遣协议订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的；⑥用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的。

3. 因派遣协议期满退回：劳务派遣协议期满终止的。

重点提示：

劳动合同法和劳务派遣暂行规定已列举了用工单位可退回被派遣劳动者的情形。因此，不建议用工单位和劳务派遣单位在上述可退回情形之外再约定其他退回情形，否则由此产生争议诉诸法律，可能会得不到劳动人事争议仲裁机构和人民法院的支持。

（八）用工单位不得退回被派遣劳动者的情形

劳务派遣暂行规定明确，被派遣劳动者有下列情形之一的，在派遣期限届满前，用工单位不得按照上述第（七）条第2款第①～⑤项情形将被派遣劳动者退回劳务派遣单位：1. 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医疗观察期间的；2. 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；3. 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；4. 女职工在孕期、产期、哺乳期的；5. 在单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；6. 法律、行政法规规定的其他情形。

重点提示：

1. 派遣期限届满的，上述六种情形应当延续至相应的情形消失时方可退回。

2. 用工单位不得以劳务派遣单位未依法取得《劳务派遣经营许可证》、劳务派遣用工超过本单位用工10%的比例上限、超出“三性”岗位范围用工等为由，将被派遣劳动者退回至劳务派遣单位。

3. 用工单位违法退回的，由人力资源和社会保障行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款；给被派遣劳动者造成损害的，与劳务派遣单位承担连带赔偿责任。

（九）法律、法规、规章等对用工单位的其他限制性规定

1. 用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限，不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。

2. 用工单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

重点提示：

用工单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于本条第2项不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者的情形。

二、劳务派遣单位

（十）劳务派遣单位经营劳务派遣业务应首先取得《劳务派遣经营许可证》

劳动合同法明确，未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

重点提示：

1. 未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由人力资源和社会保障行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处以五万元以下罚款。

2. 劳务派遣单位取得《劳务派遣经营许可证》后，应当妥善保管，不得涂改、倒卖、出租、出借或者以其他形式非法转让，否则将会被处以一万元以下罚款，情节严重的，处以一万元以上三万元以下罚款。

（十一）申请经营劳务派遣业务应当具备的条件

申请经营劳务派遣业务，应当具备以下条件：1. 注册资本不少于人民币二百万元；2. 有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；3. 有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；4. 法律、行政法规规定的其他条件。

重点提示：

1. 《国务院关于印发注册资本登记制度改革方案的通知》（国发〔2014〕7号）明确，申请经营劳务派遣业务中的注册资本二百万元是实缴资本而非认缴资本。因此，在申请《劳务派遣经营许可证》时，需提交实缴不少于二百万元注册资本的验资报告等证明，否则将无法获得《劳务派遣经营许可证》。

2. 实缴资本已达到二百万元但注册资本与实缴资本不符，申请办理劳务派遣行政许可的，许可机关将不予许可；申请人应按登记的注册资本缴足资本金，或依法向公司登记机关申请减少注册资本的变更登记后，再申请办理劳务派遣行政许可。

3. 劳务派遣单位规范经营，需具备固定的经营场所、与业务相适应的办公设施设备、信息管理系统、劳务派遣管理制度等，并建议配备人力资源管理、劳动关系协调等方面的专业人员。

（十二）《劳务派遣经营许可证》的变更、延续

有下列情形之一的，劳务派遣单位应当向许可机关提出变更或延续申请：1. 劳务派遣单位名称、住所、法定代表人或者注册资本等改变的；2. 劳务派遣单位分立、合并后继续存续，其名称、住所、法定代表人或者注册资本等改变的；3. 劳务派遣行政许可有效期届满，劳务派遣单位需要延续行政许可有效期的。

重点提示：

劳务派遣单位分立、合并后设立新公司的，应当重新申请劳务派遣行政许可。

（十三）不予延续行政许可期限的情形

劳务派遣单位有下列情形之一的，许可机关应当作出不予延续书面决定：1. 逾期不提交劳务派遣经营情况报告或者提交虚假劳务派遣经营情况报告，经责令改正，拒不改正的；2. 违反劳动保障法律法规，在一个行政许可期限内受到二次以上行政处罚的。

重点提示：

劳务派遣单位应当在劳务派遣行政许可期限届满前六十日前向许可机关提出延续申请，并提交三年以来的基本经营情况，否则许可机关将不予延续；劳务派遣单位继续经营劳务派遣业务的，需重新申请劳务派遣经营许可。

（十四）年度劳务派遣经营情况报告

劳务派遣单位应当如实向人力资源和社会保障行政部门按年度提交上一年度劳务派遣经营情况报告，报告事项包括：1. 经营情况以及上年度财务审计报告；2. 被派遣劳动者人数以及订立劳动合同、参加工会的情况；3. 向被派遣劳动者支付劳动报酬的情况；4. 被派遣劳动者参加社会保险、缴纳社会保险费的情况；5. 被派遣劳动者派往的用工单位、派遣数量、派遣期限、用工岗位的情况；6. 与用工单位订立的劳务派遣协议情况以及用工单位履行法定义务的情况；7. 设立子公司、分公司等情况。

重点提示：

1. 人力资源和社会保障行政部门对劳务派遣单位提交的年度经营情况报告进行核验，进行监督，并将核验结果和监督情况载入企业信用记录。

2. 劳务派遣单位设立的子公司或者分公司，应当向办理许可或者备案手续的人力资源和社会保障行政部门提交上一年度劳务派遣经营情况报告。

（十五）劳动合同的订立

劳务派遣单位招用被派遣劳动者，在与被派遣劳动者订立劳动合同时，需注意以下几点：1. 与被派遣劳动者应当订立二年以上的固定期限书面劳动合同；2. 不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者；3. 可以依法与被派遣劳动者约定试用期，但与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期；4. 应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者；5. 不得向被派遣劳动者收取费用。

重点提示：

1. 及时订立书面劳动合同。劳务派遣单位招用被派遣劳动者后，应当及时与其订立书面劳动合同。

2. 被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

（十六）劳动合同的必备条款

劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，应载明以下事项：1. 劳务派遣单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；2. 被派遣劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；3. 劳动合同期限；4. 工作内容和工作地点；5. 工作时间和休息休假；6. 劳动报酬；7. 社会保险；8. 劳动保护、劳动条件和职业危害防护；9. 被派遣劳动者的用工单位；10. 派遣期限；11. 工作岗位；12. 法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

重点提示：

上述的必备条款中，被派遣劳动者的用工单位、派遣期限和工作岗位很容易被遗漏，劳务派遣单位需格外注意。

（十七）劳务派遣单位对被派遣劳动者应当履行的义务

1. 告知方面：如实告知被派遣劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬、应遵守的规章制度、劳务派遣协议内容以及被派遣劳动者要求了解的其他情况。

2. 培训方面：建立培训制度，对被派遣劳动者进行上岗知识、安全教育等培训。

3. 报酬支付方面：按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法支付被派遣劳动者的劳动报酬和相关待遇。

4. 社会保障方面：按照国家规定和劳务派遣协议约定，依法为被派遣劳动者缴纳社会保险费，并办理社会保险相关手续；对被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，依法申请工伤认定。

5. 督促责任方面：督促用工单位依法为被派遣劳动者提供劳动保护和劳动安全卫生条件。

6. 协助处理和提供证明、材料方面：协助处理被派遣劳动者与用工单位的纠纷；在被派遣劳动者申请进行职业病诊断、鉴定时，提供被派遣劳动者职业病诊断、鉴定所需的其他材料；依法出具解除或终止劳动合同的证明。

重点提示：

跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，并执行用工单位所在地的劳动标准。

（十八）劳动合同的解除

1. 协商一致：双方协商一致的，可以解除劳动合同。

2. 劳务派遣单位单方提出：劳务派遣单位单方提出的，可细分为三个方面，即：因劳动者的原因导致劳动合同解除的；因劳务派遣单位的原因导致劳动合同解除的；因用工单位退回的原因导致劳动合同解除的。

因劳动者的原因导致劳动合同解除的，主要包括：①被派遣劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的；②被派遣劳动者严重违反劳务派遣单位的规章制度的；③被派遣劳动者严重失职，营私舞弊，给劳务派遣单位造成重大损害的；④被派遣劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经劳务派遣单位提出，拒不改正的；⑤被派遣劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳务派遣单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；⑥被派遣劳动者被依法追究刑事责任的；⑦被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由劳务派遣单位另行安排的工作的；⑧被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的。

因劳务派遣单位的原因导致劳动合同解除的，主要包括：①劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经劳务派遣单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；②劳务派遣单位依照企业破产法规定进行重整的；③劳务派遣单位生产经营发生严重困难的；④劳务派遣单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑤其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

因用工单位退回的原因导致劳动合同解除的，主要包括：①被派遣劳动者因上述第（七）条第1款第①~⑧项原因被用工单位依法退回的；②被派遣劳动者因上述第（七）条第2款第①~⑥项、第3款原因被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或提高劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的。

3. 被派遣劳动者单方提出：①被派遣劳动者提前三十日以书面形式通知劳务派遣单位的；②被派遣劳动者在试用期内提前三日通知劳务派遣单位的；③用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；④用人单位未及时足额支付劳动报酬的；⑤用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；⑥用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑦用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑧用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；⑨用人单位违反法律、行政法规强制性规定的；⑩用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；011 用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；012 被派遣劳动者被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定

条件，被派遣劳动者不同意，但被派遣劳动者提出解除劳动合同的；013 法律、行政法规规定被派遣劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

重点提示：

劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的，已经与被派遣劳动者依法订立的劳动合同应当履行至期限届满；除经双方协商一致，被派遣劳动者同意解除劳动合同外，劳务派遣单位不得以此为理由与被派遣劳动者解除劳动合同。

（十九）劳动合同的终止

有下列情形之一的，劳务派遣单位可以依法终止与被派遣劳动者的劳动合同：1. 劳动合同期满的；2. 被派遣劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；3. 被派遣劳动者达到法定退休年龄的；4. 被派遣劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；5. 劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；6. 法律、行政法规规定的其他情形。

重点提示：

劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的，此种情形下，劳务派遣单位可以终止与被派遣劳动者的劳动合同，但劳务派遣单位和用工单位应协商妥善安置被派遣劳动者。

（二十）经济补偿

有下列情形之一的，劳务派遣单位应依法支付经济补偿：

1. 协商一致解除劳动合同：劳务派遣单位提出并与被派遣劳动者协商一致解除劳动合同的。

2. 被派遣劳动者提出解除劳动合同：①用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；②用人单位未及时足额支付劳动报酬的；③用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的；④用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；⑤用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，致使劳动合同无效的；⑥用人单位在劳动合同中免除自己的法定责任、排除劳动者权利致使劳动合同无效的；⑦用人单位违反法律、行政法规强制性规定致使劳动合同无效的；⑧用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的；⑨用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的；⑩法律、行政法规规定被派遣劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

3. 劳务派遣单位提出解除劳动合同：①被派遣劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；②被派遣劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经劳务派遣单位与被派遣劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的；④劳务派遣单位依照企业破产法规定进行重整，需裁减人员的；⑤劳务派遣单位因生产经营发生严重困难的；⑥劳务派遣单位转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；⑦劳务派遣单位其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

4. 劳动合同终止：①劳动合同到期，除劳务派遣单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，被派遣劳动者不同意续订的情形外，劳务派遣单位终止固定期限劳动合同的；②劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营而终止劳动合同的。

5. 用工单位退回被派遣劳动者：①被派遣劳动者因上述第（七）条第2款第①~⑥项、第3款原因被用工单位依法退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或提高劳动合同约定条件，因被派遣劳动者不同意而解除劳动合同的；②因用工单位退回被派遣劳动者导致劳动合同解除，按照法律、行政法规规定应当支付经济补偿的。

重点提示：

1. 经济补偿按被派遣劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向被派遣劳动者支付半个月工资的经济补偿。

2. 月工资是指被派遣劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，工作不满十二个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。月工资按照被派遣劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。

3. 劳务派遣单位违反规定的条件和程序解除或者终止劳动合同，被派遣劳动者要求继续履行劳动合同的，劳务派遣单位应当继续履行；被派遣劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，劳务派遣单位应当按经济补偿标准的二倍支付赔偿金。

三、劳动纠纷处理

（二十一）劳动争议仲裁

被派遣劳动者与劳务派遣单位、用工单位发生劳动争议后，可以依法申请劳动争议仲裁，劳务派遣单位、用工单位依法应为共同当事人。劳动争议案件仲裁处理主要包括以下几个环节：提交申请书、仲裁受理、开庭审理、仲裁调解、仲裁裁决。

1. 提交申请书：当事人申请劳动争议仲裁，应当按照要求提交书面仲裁申请书，并按照被申请人人数提交副本。申请书应当写明申请人和被申请人的基本信息，仲裁请求和所根据的事实、理由，证据和证据的来源、证人的姓名和住所等。

2. 仲裁受理：劳动人事争议仲裁委员会应当自收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当通知申请人不予受理，并说明理由。劳动人事争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。

3. 开庭审理：劳动人事争议仲裁委员会在受理仲裁申请之日起五日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人；仲裁庭在开庭五日前，将开庭日期、地点书面通知双方当事人。当事人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，对申请人视为撤回仲裁申请，对被申请人可以缺席裁决。

4. 仲裁调解：仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解，促使当事人双方自愿达成和解协议。调解达成协议的，仲裁庭应当根据协议内容制作调解书，调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。调解未达成协议或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

5. 仲裁裁决：仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动人事争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经批准可以延期并书面通知当事人，但延长期限不超过十五日。仲裁庭裁决后应当制作仲裁裁决书送达双方当事人。当事人对仲裁裁决不服的，可以按照劳动争议调解仲裁法的相关规定，向人民法院提起诉讼。

重点提示：

1. 做好应诉准备。无论用工单位还是劳务派遣单位，接到仲裁申请书副本后，要积极准备相关材料，如《营业执照》复印件、法定代表人证明书等，委托律师或者本单位有关人员参加仲裁活动的，还要准备好《授权委托书》，并根据要求积极准备好答辩书，在收到仲裁申请书副本后十日内提交至劳动人事争议仲裁委员会。

2. 积极准备证据材料。根据规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任；被派遣劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任，但被派遣劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

（二十二）劳动保障监察

人力资源和社会保障行政部门可以日常巡视检查、审查用人单位按照要求报送的书面材料以及接受举报投诉等形式实施劳动保障监察。任何组织或者被派遣劳动者等个人可以依法向人力资源和社会保障行政部门举报投诉。劳动保障监察处理主要包括如下几个环节：立案、调查取证、案件处理。

1. 立案：人力资源和社会保障行政部门接到投诉举报后，五个工作日内决定是否受理；对符合条件的投诉举报，应决定受理并于受理之日立案查处。人力资源和社会保障行政部门通过日常巡视检查、书面审查等发现用工单位或劳务派遣单位违反劳务派遣有关规定，需要调查处理的，应当及时立案查处。

2. 调查取证：人力资源和社会保障行政部门根据《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》（劳动保障部令第25号）规定的程序、措施及应履行的义务进行调查取证；调查取证应自立案之日起六十个工作日内完成，情况复杂的，经人力资源和社会保障行政部门负责人批准，可以延长三十个工作日。

3. 案件处理：根据调查、检查的结果，作出以下处理：①对依法应当受到行政处罚的，依法作出行政处罚决定；②对应当改正未改正的，依法责令改正或者作出相应的行政处理决定；③对情节轻微，且已改正的，或者经调查、检查，人力资源和社会保障行政部门认定违法事实不能成立的，撤销立案；④发现违法案件不属于劳动保障监察事项的，应当及时移送有关部门处理；涉嫌犯罪的，应当依法移送司法机关。

重点提示：

1. 劳动保障行政处理或者处罚决定书依法作出后，当事人应当在规定的期限内予以履行；当事人对人力资源和社会保障行政部门作出的行政处罚决定、责令支付被派遣劳动者工资报酬、赔偿金或者征缴社会保险费等行政处理决定逾期不履行的，人力资源和社会保障行政部门可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

2. 无论用工单位还是劳务派遣单位，有重大违反劳动保障法律、法规或者规章行为的，人力资源和社会保障行政部门将会按照规定向社会公布，并计入用人单位劳动保障守法诚信档案或予以联合惩戒。

附件：

1. 劳务派遣劳动合同（参考文本）
2. 相关法律法规

附件 2：

相关法律法规

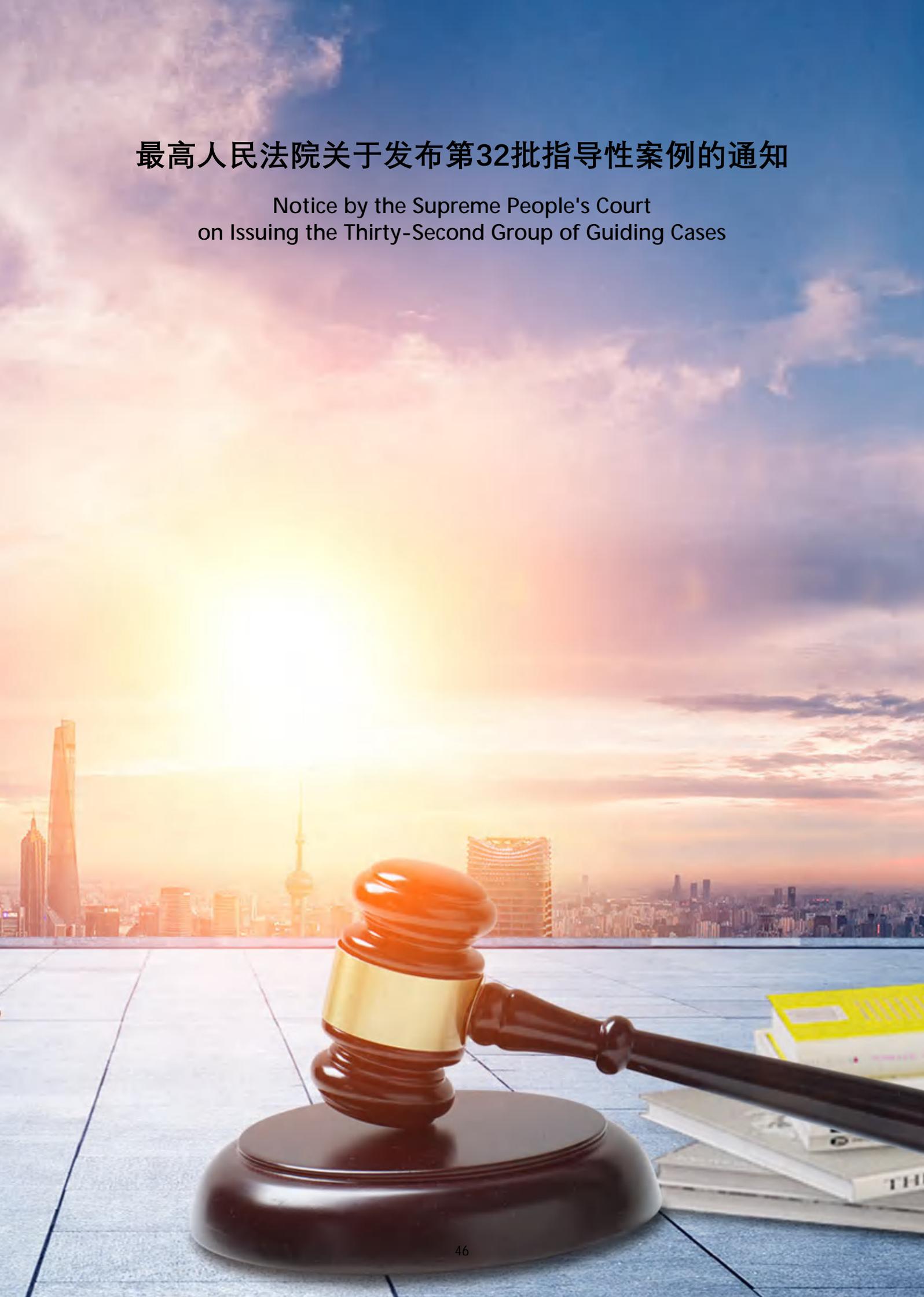
1. 《中华人民共和国劳动合同法》

2. 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》
3. 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》
4. 《劳动保障监察条例》
5. 《劳务派遣暂行规定》
6. 《劳务派遣行政许可实施办法》

附件 1：劳务派遣劳动合同（参考文本）

最高人民法院关于发布第32批指导性案例的通知

Notice by the Supreme People's Court
on Issuing the Thirty-Second Group of Guiding Cases



2022年07月04日最高院发布了第32批共7件指导性案例，均为劳动争议相关案例。根据2010年最高人民法院专门印发的《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第七条，“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”故指导性案例对司法部门审理类似案件具有针对性指导作用，企业在处理类似问题、遇到类似案件时应当予以重视。

On July 4, 2022, the Supreme People's Court issued the 32nd batch of 7 guiding cases related to labor disputes. According to Article 7 of the *Provisions of the Supreme People's Court on Case Guidance* issued by the Supreme People's Court in 2010, "People's courts at all levels shall refer to the guiding cases issued by the Supreme People's Court when trying similar cases." Therefore, guiding cases play a directive role for judicial departments in trial of similar cases, and enterprises should attach importance to them when handling similar problems and encountering similar cases.

指导案例179号聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案：协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况等符合劳动关系认定标准，劳动者主张与用人单位存在劳动关系的，人民法院应予支持。这个案例给到用人单位的提示是司法部门审理是否构成事实劳动关系案件，需要审视单位和个人双方之间的实际权利义务履行情况，仅靠一纸协议想要规避事实劳动关系的存在是不切实际的。

Guiding case No. 179 - Nie Meilan v. Beijing Lin Brothers Culture Co., Ltd. (confirmation of an employment relationship): Where the contents of the rights and obligations of both parties as agreed in the agreement and the actual performance of the agreement meet the labor relations recognition standards and the employee claims that there is a labor relationship with the employer, the people's court shall support such claim. This case reminds the employer that the judicial department needs to examine the actual performance of rights and obligations between the employer and the employee when trying to determine whether the case constitutes a factual labor relationship and it is unrealistic to rely on an agreement to avoid the existence of a factual labor relationship.

指导案例180号孙贤锋诉淮安西区人力资源开发有限公司劳动合同纠纷案：人民法院在判断用人单位单方解除劳动合同行为的合法性时，应当以用人单位向劳动者发出的解除通知的内容为认定依据。在案件审理过程中，用人单位超出解除劳动合同通知中载明的依据及事由，另行提出劳动者在履行劳动合同期间存在其他严重违反用人单位规章制度的情形，并据此主张符合解除劳动合同条件的，人民法院不予支持。这个案例给到用人单位在实践管理中的提示是需要作出解除决定时谨慎确定明确的解除理由，事后增加解除理由不可取。

Guiding case No. 180 - Sun Xianfeng v. Huai'an West Zone Human Resources Development Co., Ltd. (dispute over an employment contract): When judging the legality of the employer's unilateral termination of the labor contract, the people's court shall take the content of the termination notice issued by the employer to the employee as the basis of asserting. In the course of case-handling, where the employer separately states that an employee falls under other circumstances of serious violations of the employer's rules in the performance of the employment contract beyond the basis and matters as specified in the notice of dissolution of the employment contract and claims

that such circumstances satisfy conditions for dissolution of the employment contract, the people's court shall not support such claim. This case reminds the employer that, in practical management, it is necessary to carefully determine the reasons for termination of the labor contract and it is not advisable to terminate the contract for other reasons added afterwards.

指导案例 181 号郑某诉霍尼韦尔自动化控制（中国）有限公司劳动合同纠纷案：用人单位的管理人员对被性骚扰员工的投诉，应采取合理措施进行处置。管理人员未采取合理措施或者存在纵容性骚扰行为、干扰对性骚扰行为调查等情形，用人单位以管理人员未尽岗位职责，严重违反规章制度为由解除劳动合同，管理人员主张解除劳动合同违法的，人民法院不予支持。这个案例给到用人单位的提示是用人单位应当建立健全预防性骚扰的全面管理规则，以保护员工的基本权益，单位的各级管理人员也应具备相应的知识并承担相应责任。

Guidance case No. 181 - Zheng v. Honeywell Automation Control (China) Co., Ltd. (dispute over an employment contract): The manager of an employer shall adopt reasonable measures to dispose of a complaint raised by an employee claiming that she is suffering sexual harassment. Where the manager fails to adopt reasonable measures or falls under circumstances of indulging sexual harassment acts and interfering investigation into the sexual harassment, the employer dissolves the employment contract signed by and between it and the manager on the grounds that the manager fails to perform his job responsibilities and seriously violates the rules, and the manager claims that the dissolution of the employment contract is illegal, the people's court shall not support such claim. This case reminds the employer that the employer should establish and improve comprehensive management rules to prevent sexual harassment, so as to protect the basic rights and interests of employees. The management personnel at all levels of the employer should master corresponding knowledge and bear corresponding responsibilities.

指导案例 182 号彭宇翔诉南京市城市建设开发（集团）有限责任公司追索劳动报酬纠纷案：本案明确了用人单位规定劳动者在完成一定绩效后可以获得奖金，对符合条件的劳动者申请发放奖金的，有义务进行审查。用人单位无正当理由拒绝履行审批义务，劳动者向人民法院主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金的，人民法院应予支持。本案例对于规范用人单位用工自主权，引导用人单位在劳动合同履行过程中秉持诚信原则，建立和谐、稳定、良性互动的劳动关系具有积极作用。这个案例给到用人单位的提示是用人单位应当在经营自主权的范围内明确奖金的发放条件，否则将在劳动争议处理时陷于被动。

Guidance case No. 182 - Peng Yuxiang v. Nanjing CNK Group Co., Ltd. (dispute over recovery of labor remunerations): this case specifies that where an employer provides that an employee may acquire a reward after completing some work performance, but it refuses to perform the approval obligation without any justifiable reason, if an employee meeting the reward-offering conditions claims that the reward-offering conditions are met and the employer should offer the reward according to the relevant provisions, the people's court shall support such claim. This case plays a positive role in regulating the employer's employment autonomy, guiding the employer to adhere to the principle of good faith in the performance of the labor contract, and establishing a harmonious, stable and benign labor relationship. It reminds the employer that the employer should specify the conditions of bonus within the scope of business autonomy, otherwise it will not be supported in the labor dispute settlement.

指导案例 183 号房玥诉中美联泰大都会人寿保险有限公司劳动合同纠纷案：本案明确了虽然用人单位的规章制度规定年终奖发放前离职的劳动者不能享有年终奖，但是劳动合同的解除非因劳动者单方过失或

主动辞职所致，且劳动者符合年终奖发放标准时，劳动者主张用人单位支付年终奖的，人民法院应当予以支持。本案例对人民法院审理涉年终奖的劳动争议案件具有指导意义，防止用人单位借规章制度之名侵害劳动者合法权益。这个案例给到用人单位的提示是用人单位应当在经营自主权的范围内明确奖金的性质及发放条件的同时，也需要考虑到公司规定的合理性，诸如劳动者的离职原因将是重点考量因素。

Guidance case No. 183 - Fang Yue v. MetLife Insurance Co., Ltd. (dispute over an employment contract): This case makes it clear that although the employer's rules and regulations stipulate that the employee who leaves before the year-end bonus is not entitled to the year-end bonus, if the termination of the labor contract is not caused by the employee's unilateral negligence or voluntary resignation, and the employee claims that the employer shall pay the year-end bonus when the employee meets the year-end bonus payment standard, the people's court shall support such claim. This case is of guiding significance to the people's court in handling labor dispute cases involving year-end bonus, and prevents the employer from infringing upon the legitimate rights and interests of employees in the name of rules and regulations. It reminds the employer that the employer should clarify the nature and payment conditions of the bonus within the scope of business autonomy, and take into consideration the reasonableness of the company's regulations, such as the reason for the employee's resignation.

指导案例 184 号马筱楠诉北京搜狐新动力信息技术有限公司竞业限制纠纷案：明确了用人单位与劳动者在竞业限制条款中约定，因履行竞业限制条款发生争议申请仲裁和提起诉讼的期间不计入竞业限制期限的，属于劳动合同法第二十六条第一款第二项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，应当认定为无效。本案例对竞业限制有关问题进行了规范，有效保障了劳动者的择业自由权。这个案例给到用人单位的提示是在竞业限制期限方面超出法律规定的约定难以得到司法实践支持。

Guiding case No. 184 - Ma Xiaonan v. Beijing Sohu Xindongli Information Technology Co., Ltd. (dispute over non-competition): Where an employer and an employee stipulate in the clause of non-competition that the time limit of trial of an arbitration or a lawsuit for dispute arising in the performance of the non-competition clause is not included in the time limit of non-competition, such stipulation falls under the circumstance that "an employer disclaims its legal liability or denies the employee's rights" as prescribed in item (2) of paragraph 1 of Article 26 of the Employment Contract Law and shall be determined as invalid. This case regulates the issues related to the restriction of non competition and effectively guarantees the workers' right to choice of employment. It reminds the employer that the agreement that exceeds the legal provisions in terms of the term of non competition is difficult to get judicial practice support.

指导案例 185 号闫佳琳诉浙江喜来登度假村有限公司平等就业权纠纷案：明确了用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素对劳动者进行无正当理由的差别对待的，构成就业歧视，应当承担相应的法律责任。本案例对于人民法院正确认定平等就业权纠纷中就业歧视行为，准确把握企业用工自主权和劳动者平等就业权的关系，具有指导意义。这个案例拓展了就业歧视的认定范围，对就业歧视的法律规定进行了开放性解释，用人单位需要注意在形式与实质上予以规避就业歧视。

Guiding case No. 185 - Yan Jialin v. Zhejiang Sheraton Resorts Co., Ltd. (dispute over right to equality in employment): Where, in employing personnel, an employer disparately treats an employee without any justifiable reason on the basis of such factors having no positive connection with "intrinsic job requirements" as region and gender, such treatment constitutes discrimination in employment, the employer shall bear corresponding legal

responsibilities. This case is of guiding significance for the people's court to correctly identify the employment discrimination in the dispute over right to equality in employment and make clear the relationship between the enterprise's employment autonomy and the workers' right to equality in employment. It expands the recognition scope of employment discrimination and provides an open interpretation of the legal provisions of employment discrimination, and reminds the employers to avoid employment discrimination in form and substance.

原文链接：

最高人民法院关于发布第 32 批指导性案例的通知

法〔2022〕167 号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

经最高人民法院审判委员会讨论决定，现将聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案等七个案例（指导案例 179-185 号），作为第 32 批指导性案例发布，供在审判类似案件时参照。

最高人民法院
2022 年 7 月 4 日

指导案例 179 号：聂美兰诉北京林氏兄弟文化有限公司确认劳动关系案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/确认劳动关系/合作经营/书面劳动合同

裁判要点

1. 劳动关系适格主体以“合作经营”等为名订立协议，但协议约定的双方权利义务内容、实际履行情况等符合劳动关系认定标准，劳动者主张与用人单位存在劳动关系的，人民法院应予支持。

2. 用人单位与劳动者签订的书面协议中包含工作内容、劳动报酬、劳动合同期限等符合劳动合同法第十七条规定的劳动合同条款，劳动者以用人单位未订立书面劳动合同为由要求支付第二倍工资的，人民法院不予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 10 条、第 17 条、第 82 条

基本案情

2016 年 4 月 8 日，聂美兰与北京林氏兄弟文化有限公司（以下简称林氏兄弟公司）签订了《合作设立茶叶经营项目的协议》，内容为：“第一条：双方约定，甲方出资进行茶叶项目投资，聘任乙方为茶叶经营项目经理，乙方负责公司的管理与经营。第二条：待项目启动后，双方相机共同设立公司，乙方可享有

管理股份。第三条：利益分配：在公司设立之前，乙方按基本工资加业绩方式取酬。公司设立之后，按双方的持股比例进行分配。乙方负责管理和经营，取酬方式：基本工资+业绩、奖励+股份分红。第四条：双方在运营过程中，未尽事宜由双方友好协商解决。第五条：本合同正本一式两份，公司股东各执一份。”

协议签订后，聂美兰到该项目上工作，工作内容为负责《中国书画》艺术茶社的经营管理，主要负责接待、茶叶销售等工作。林氏兄弟公司的法定代表人林德汤按照每月基本工资 10000 元的标准，每月 15 日通过银行转账向聂美兰发放上一自然月工资。聂美兰请假需经林德汤批准，且实际出勤天数影响工资的实发数额。2017 年 5 月 6 日林氏兄弟公司通知聂美兰终止合作协议。聂美兰实际工作至 2017 年 5 月 8 日。

聂美兰申请劳动仲裁，认为双方系劳动关系并要求林氏兄弟公司支付未签订书面劳动合同二倍工资差额，林氏兄弟公司主张双方系合作关系。北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会作出京海劳人仲字（2017）第 9691 号裁决：驳回聂美兰的全部仲裁请求。聂美兰不服仲裁裁决，于法定期限内向北京市海淀区人民法院提起诉讼。

裁判结果

北京市海淀区人民法院于 2018 年 4 月 17 日作出（2017）京 0108 民初 45496 号民事判决：一、确认林氏兄弟公司与聂美兰于 2016 年 4 月 8 日至 2017 年 5 月 8 日期间存在劳动关系；二、林氏兄弟公司于判决生效后七日内支付聂美兰 2017 年 3 月 1 日至 2017 年 5 月 8 日期间工资 22758.62 元；三、林氏兄弟公司于判决生效后七日内支付聂美兰 2016 年 5 月 8 日至 2017 年 4 月 7 日期间未签订劳动合同二倍工资差额 103144.9 元；四、林氏兄弟公司于判决生效后七日内支付聂美兰违法解除劳动关系赔偿金 27711.51 元；五、驳回聂美兰的其他诉讼请求。林氏兄弟公司不服一审判决，提出上诉。北京市第一中级人民法院于 2018 年 9 月 26 日作出（2018）京 01 民终 5911 号民事判决：一、维持北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 45496 号民事判决第一项、第二项、第四项；二、撤销北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 民初 45496 号民事判决第三项、第五项；三、驳回聂美兰的其他诉讼请求。林氏兄弟公司不服二审判决，向北京市高级人民法院申请再审。北京市高级人民法院于 2019 年 4 月 30 日作出（2019）京民申 986 号民事裁定：驳回林氏兄弟公司的再审申请。

裁判理由

法院生效裁判认为：申请人林氏兄弟公司与被申请人聂美兰签订的《合作设立茶叶经营项目的协议》系自愿签订的，不违反强制性法律、法规规定，属有效合同。对于合同性质的认定，应当根据合同内容所涉及的法律关系，即合同双方所设立的权利义务来进行认定。双方签订的协议第一条明确约定聘任聂美兰为茶叶经营项目经理，“聘任”一词一般表明当事人有雇佣劳动者为其提供劳动之意；协议第三条约定了聂美兰的取酬方式，无论在双方设定的目标公司成立之前还是之后，聂美兰均可获得“基本工资”“业绩”等报酬，与合作经营中的收益分配明显不符。合作经营合同的典型特征是共同出资，共担风险，本案合同

中既未约定聂美兰出资比例，也未约定共担风险，与合作经营合同不符。从本案相关证据上看，聂美兰接受林氏兄弟公司的管理，按月汇报员工的考勤、款项分配、开支、销售、工作计划、备用金的申请等情况，且所发工资与出勤天数密切相关。双方在履行合同过程中形成的关系，符合劳动合同中人格从属性和经济从属性的双重特征。故原判认定申请人与被申请人之间存在劳动关系并无不当。双方签订的合作协议还可视为书面劳动合同，虽缺少一些必备条款，但并不影响已约定的条款及效力，仍可起到固定双方劳动关系、权利义务的作用，二审法院据此依法改判是正确的。林氏兄弟公司于2017年5月6日向聂美兰出具了《终止合作协议通知》，告知聂美兰终止双方的合作，具有解除双方之间劳动关系的意思表示，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六条，在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同等决定而发生的劳动争议，由用人单位负举证责任，林氏兄弟公司未能提供解除劳动关系原因的相关证据，应当承担不利后果。二审法院根据本案具体情况和相关证据所作的判决，并无不当。

（生效裁判审判人员：陈伟红、符忠良、彭红运）

指导案例 180 号：孙贤锋诉淮安西区人力资源开发有限公司劳动合同纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/劳动合同/解除劳动合同/合法性判断

裁判要点

人民法院在判断用人单位单方解除劳动合同行为的合法性时，应当以用人单位向劳动者发出的解除通知的内容为认定依据。在案件审理过程中，用人单位超出解除劳动合同通知中载明的依据及事由，另行提出劳动者在履行劳动合同期间存在其他严重违反用人单位规章制度的情形，并据此主张符合解除劳动合同条件的，人民法院不予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 39 条

基本案情

2016 年 7 月 1 日，孙贤锋（乙方）与淮安西区人力资源开发有限公司（以下简称西区公司）（甲方）签订劳动合同，约定：劳动合同期限为自 2016 年 7 月 1 日起至 2019 年 6 月 30 日止；乙方工作地点为连云港，从事邮件收派与司机岗位工作；乙方严重违反甲方的劳动纪律、规章制度的，甲方可以立即解除本合

同且不承担任何经济补偿；甲方违约解除或者终止劳动合同的，应当按照法律规定和本合同约定向乙方支付经济补偿金或赔偿金；甲方依法制定并通过公示的各项规章制度，如《员工手册》《奖励与处罚管理规定》《员工考勤管理规定》等文件作为本合同的附件，与本合同具有同等效力。之后，孙贤锋根据西区公司安排，负责江苏省灌南县堆沟港镇区域的顺丰快递收派邮件工作。西区公司自2016年8月25日起每月向孙贤锋银行账户结算工资，截至2017年9月25日，孙贤锋前12个月的平均工资为6329.82元。2017年9月12日、10月3日、10月16日，孙贤锋先后存在工作时间未穿工作服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管等违纪行为。事后，西区公司依据《奖励与处罚管理规定》，由用人单位负责人、建议部门负责人、工会负责人、人力资源部负责人共同签署确认，对孙贤锋上述违纪行为分别给予扣2分、扣10分、扣10分处罚，但具体扣分处罚时间难以认定。

2017年10月17日，孙贤锋被所在单位用人单位以未及时上交履职期间的营业款项为由安排停工。次日，孙贤锋至所在单位刷卡考勤，显示刷卡信息无法录入。10月25日，西区公司出具离职证明，载明孙贤锋自2017年10月21日从西区公司正式离职，已办理完毕手续，即日起与公司无任何劳动关系。10月30日，西区公司又出具解除劳动合同通知书，载明孙贤锋在未履行请假手续也未经任何领导批准情况下，自2017年10月20日起无故旷工3天以上，依据国家的相关法律法规及单位规章制度，经单位研究决定自2017年10月20日起与孙贤锋解除劳动关系，限于2017年11月15日前办理相关手续，逾期未办理，后果自负。之后，孙贤锋向江苏省灌南县劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁裁决后孙贤锋不服，遂诉至法院，要求西区公司支付违法解除劳动合同赔偿金共计68500元。

西区公司在案件审理过程中提出，孙贤锋在职期间存在未按规定着工作服、代人打卡、谩骂主管以及未按照公司规章制度及时上交营业款项等违纪行为，严重违反用人单位规章制度；自2017年10月20日起，孙贤锋在未履行请假手续且未经批准的情况下无故旷工多日，依法自2017年10月20日起与孙贤锋解除劳动关系，符合法律规定。

裁判结果

江苏省灌南县人民法院于2018年11月15日作出（2018）苏0724民初2732号民事判决：一、被告西区公司于本判决发生法律效力之日起十日内支付原告孙贤锋经济赔偿金18989.46元。二、驳回原告孙贤锋的其他诉讼请求。西区公司不服，提起上诉。江苏省连云港市中级人民法院于2019年4月22日作出（2019）苏07民终658号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：用人单位单方解除劳动合同是根据劳动者存在违法违纪、违反劳动合同的行为，对其合法性的评价也应以作出解除劳动合同决定时的事实、证据和相关法律法规为依据。用人单位向劳动者送达的解除劳动合同通知书，是用人单位向劳动者作出解除劳动合同的意思表示，对用人单位具有法律

约束力。解除劳动合同通知书明确载明解除劳动合同的依据及事由，人民法院审理解除劳动合同纠纷案件时应以该决定作出时的事实、证据和法律为标准进行审查，不宜超出解除劳动合同通知书所载明的内容和范围。否则，将偏离劳资双方所争议的解除劳动合同行为的合法性审查内容，导致法院裁判与当事人诉讼请求以及争议焦点不一致；同时，也违背民事主体从事民事活动所应当秉持的诚实信用这一基本原则，造成劳资双方权益保障的失衡。

本案中，孙贤锋与西区公司签订的劳动合同系双方真实意思表示，合法有效。劳动合同附件《奖励与处罚管理规定》作为用人单位的管理规章制度，不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，对双方当事人均具有约束力。根据《奖励与处罚管理规定》，员工连续旷工3天（含）以上的，公司有权对其处以第五类处罚责任，即解除合同、永不录用。西区公司向孙贤锋送达的解除劳动合同通知书明确载明解除劳动合同的事由为孙贤锋无故旷工达3天以上，孙贤锋诉请法院审查的内容也是西区公司以其无故旷工达3天以上而解除劳动合同行为的合法性，故法院对西区公司解除劳动合同的合法性审查也应以解除劳动合同通知书载明的内容为限，而不能超越该诉争范围。虽然西区公司在庭审中另提出孙贤锋在工作期间存在不及时上交营业款、未穿工服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管等其他违纪行为，也是严重违反用人单位规章制度，公司仍有权解除劳动合同，但是根据在案证据及西区公司的陈述，西区公司在已知孙贤锋存在上述行为的情况下，没有提出解除劳动合同，而是主动提出重新安排孙贤锋从事其他工作，在向孙贤锋出具解除劳动合同通知书时也没有将上述行为作为解除劳动合同的理由。对于西区公司在诉讼期间提出的上述主张，法院不予支持。

西区公司以孙贤锋无故旷工达3天以上为由解除劳动合同，应对孙贤锋无故旷工达3天以上的事实承担举证证明责任。但西区公司仅提供了本单位出具的员工考勤表为证，该考勤表未经孙贤锋签字确认，孙贤锋对此亦不予认可，认为是单位领导安排停工并提供刷卡失败视频为证。因孙贤锋在工作期间被安排停工，西区公司之后是否通知孙贤锋到公司报到、如何通知、通知时间等事实，西区公司均没有提供证据加以证明，故孙贤锋无故旷工3天以上的事实不清，西区公司应对此承担举证不能的不利后果，其以孙贤锋旷工违反公司规章制度为由解除劳动合同，缺少事实依据，属于违法解除劳动合同。

（生效裁判审判人员：王小姣、李季、戴立国）

指导案例 181 号：郑某诉霍尼韦尔自动化控制（中国）有限公司劳动合同纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/劳动合同/解除劳动合同/性骚扰/规章制度

裁判要点

用人单位的管理人员对被性骚扰员工的投诉，应采取合理措施进行处置。管理人员未采取合理措施或者存在纵容性骚扰行为、干扰对性骚扰行为调查等情形，用人单位以管理人员未尽岗位职责，严重违反规章制度为由解除劳动合同，管理人员主张解除劳动合同违法的，人民法院不予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 39 条

基本案情

郑某于 2012 年 7 月入职霍尼韦尔自动化控制（中国）有限公司（以下简称霍尼韦尔公司），担任渠道销售经理。霍尼韦尔公司建立有工作场所性骚扰防范培训机制，郑某接受过相关培训。霍尼韦尔公司《商业行为准则》规定经理和主管“应确保下属能畅所欲言且无须担心遭到报复，所有担忧或问题都能专业并及时地得以解决”，不允许任何报复行为。2017 年版《员工手册》规定：对他人实施性骚扰、违反公司《商业行为准则》、在公司内部调查中做虚假陈述的行为均属于会导致立即辞退的违纪行为。上述规章制度在实施前经过该公司工会沟通会议讨论。

郑某与霍尼韦尔公司签订的劳动合同约定郑某确认并同意公司现有的《员工手册》及《商业行为准则》等规章制度作为本合同的组成部分。《员工手册》修改后，郑某再次签署确认书，表示已阅读、明白并愿接受 2017 年版《员工手册》内容，愿恪守公司政策作为在霍尼韦尔公司工作的前提条件。

2018 年 8 月 30 日，郑某因认为下属女职工任某与郑某上级邓某（已婚）之间的关系有点僵，为“疏解”二人关系而找任某谈话。郑某提到昨天观察到邓某跟任某说了一句话，而任某没有回答，其还专门跑到任某处帮忙打圆场。任某提及其在刚入职时曾向郑某出示过间接上级邓某发送的性骚扰微信记录截屏，郑某当时对此答复“我就是不想掺和这个事”“我往后不想再回答你后面的事情”“我是觉得有点怪，我也不敢问”。谈话中，任某强调邓某是在对其进行性骚扰，邓某要求与其发展男女关系，并在其拒绝后继续不停骚扰，郑某不应责怪其不搭理邓某，也不要替邓某来对其进行敲打。郑某则表示“你如果这样干工作的话，让我很难过”“你越端着，他越觉得我要把你怎么样”“他这么直接，要是我的话，先靠近你，摸摸看，然后聊聊天。”

后至 2018 年 11 月，郑某以任某不合群等为由向霍尼韦尔公司人事部提出与任某解除劳动合同，但未能说明解除任某劳动合同的合理依据。人事部为此找任某了解情况。任某告知人事部其被间接上级邓某骚扰，郑某有意无意撮合其和邓某，其因拒绝骚扰行为而受到打击报复。霍尼韦尔公司为此展开调查。

2019 年 1 月 15 日，霍尼韦尔公司对郑某进行调查，并制作了调查笔录。郑某未在调查笔录上签字，但对笔录记载的其对公司询问所做答复做了诸多修改。对于调查笔录中是否有女员工向郑某反映邓某跟她说过一些不合适的话、对其进行性骚扰的提问所记录的“没有”的答复，郑某未作修改。

2019年1月31日，霍尼韦尔公司出具《单方面解除函》，以郑某未尽经理职责，在下属反映遭受间接上级骚扰后没有采取任何措施帮助下属不再继续遭受骚扰，反而对下属进行打击报复，在调查过程中就上述事实做虚假陈述为由，与郑某解除劳动合同。

2019年7月22日，郑某向上海市劳动争议仲裁委员会申请仲裁，要求霍尼韦尔公司支付违法解除劳动合同赔偿金368130元。该请求未得到仲裁裁决支持。郑某不服，以相同请求诉至上海市浦东新区人民法院。

裁判结果

上海市浦东新区人民法院于2020年11月30日作出（2020）沪0115民初10454号民事判决：驳回郑某的诉讼请求。郑某不服一审判决，提起上诉。上海市第一中级人民法院于2021年4月22日作出（2021）沪01民终2032号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为，本案争议焦点在于：一、霍尼韦尔公司据以解除郑某劳动合同的《员工手册》和《商业行为准则》对郑某有无约束力；二、郑某是否存在足以解除劳动合同的严重违纪行为。

关于争议焦点一，霍尼韦尔公司据以解除郑某劳动合同的《员工手册》和《商业行为准则》对郑某有无约束力。在案证据显示，郑某持有异议的霍尼韦尔公司2017年版《员工手册》《商业行为准则》分别于2017年9月、2014年12月经霍尼韦尔公司工会沟通会议进行讨论。郑某与霍尼韦尔公司签订的劳动合同明确约定《员工手册》《商业行为准则》属于劳动合同的组成部分，郑某已阅读并理解和接受上述制度。在《员工手册》修订后，郑某亦再次签署确认书，确认已阅读、明白并愿接受2017年版《员工手册》，愿恪守公司政策作为在霍尼韦尔公司工作的前提条件。在此情况下，霍尼韦尔公司的《员工手册》《商业行为准则》应对郑某具有约束力。

关于争议焦点二，郑某是否存在足以解除劳动合同的严重违纪行为。一则，在案证据显示霍尼韦尔公司建立有工作场所性骚扰防范培训机制，郑某亦接受过相关培训。霍尼韦尔公司《商业行为准则》要求经理、主管等管理人员在下属提出担忧或问题时能够专业并及时帮助解决，不能进行打击报复。霍尼韦尔公司2017年版《员工手册》还将违反公司《商业行为准则》的行为列为会导致立即辞退的严重违纪行为范围。现郑某虽称相关女职工未提供受到骚扰的切实证据，其无法判断骚扰行为的真伪、对错，但从郑某在2018年8月30日谈话录音中对相关女职工初入职场向其出示的微信截屏所做的“我是觉得有点怪，我也不敢问”“我就是不想掺和这个事”的评述看，郑某本人亦不认为相关微信内容系同事间的正常交流，且郑某在相关女职工反复强调间接上级一直对她进行骚扰时，未见郑某积极应对帮助解决，反而说“他这么直接，要是我的话，先靠近你，摸摸看，然后聊聊天”。所为皆为积极促成自己的下级与上级发展不正当关系。郑

某的行为显然有悖其作为霍尼韦尔公司部门主管应尽之职责，其相关答复内容亦有违公序良俗。此外，依据郑某自述，其在2018年8月30日谈话后应已明确知晓相关女职工与间接上级关系不好的原因，但郑某不仅未采取积极措施，反而认为相关女职工处理不当。在任某明确表示对邓某性骚扰的抗拒后，郑某于2018年11月中旬向人事经理提出任某性格不合群，希望公司能解除与任某的劳动合同，据此霍尼韦尔公司主张郑某对相关女职工进行打击报复，亦属合理推断。二则，霍尼韦尔公司2017年版《员工手册》明确规定在公司内部调查中做虚假陈述的行为属于会导致立即辞退的严重违纪行为。霍尼韦尔公司提供的2019年1月15日调查笔录显示郑某在调查过程中存在虚假陈述情况。郑某虽称该调查笔录没有按照其所述内容记录，其不被允许修改很多内容，但此主张与郑某对该调查笔录中诸多问题的答复都进行过修改的事实相矛盾，法院对此不予采信。该调查笔录可以作为认定郑某存在虚假陈述的判断依据。

综上，郑某提出的各项上诉理由难以成为其上诉主张成立的依据。霍尼韦尔公司主张郑某存在严重违纪行为，依据充分，不构成违法解除劳动合同。对郑某要求霍尼韦尔公司支付违法解除劳动合同赔偿金368130元的上诉请求，不予支持。

（生效裁判审判人员：孙少君、韩东红、徐焰）

指导案例182号彭宇翔诉南京市城市建设开发（集团）有限责任公司追索劳动报酬纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过2022年7月4日发布）

关键词民事/追索劳动报酬/奖金/审批义务

裁判要点

用人单位规定劳动者在完成一定绩效后可以获得奖金，其无正当理由拒绝履行审批义务，符合奖励条件的劳动者主张获奖条件成就，用人单位应当按照规定发放奖金的，人民法院应予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动法》第4条、《中华人民共和国劳动合同法》第3条

基本案情

南京市城市建设开发（集团）有限责任公司（以下简称城开公司）于2016年8月制定《南京城开集团关于引进投资项目的奖励暂行办法》（以下简称《奖励办法》），规定成功引进商品房项目的，城开公司将综合考虑项目规模、年化平均利润值合并表等综合因素，以项目审定的预期利润或收益为奖励基数，按

照 0.1%-0.5%确定奖励总额。该奖励由投资开发部拟定各部门或其他人员的具体奖励构成后提出申请，经集团领导审议、审批后发放。2017 年 2 月，彭宇翔入职城开公司担任投资开发部经理。2017 年 6 月，投资开发部形成《会议纪要》，确定部门内部的奖励分配方案为总经理占部门奖金的 75%、其余项目参与人员占部门奖金的 25%。

彭宇翔履职期间，其所主导的投资开发部成功引进无锡红梅新天地、扬州 GZ051 地块、如皋约克小镇、徐州焦庄、高邮鸿基万和城、徐州彭城机械六项目，后针对上述六项目投资开发部先后向城开公司提交了六份奖励申请。

直至彭宇翔自城开公司离职，城开公司未发放上述奖励。彭宇翔经劳动仲裁程序后，于法定期限内诉至法院，要求城开公司支付奖励 1689083 元。

案件审理过程中，城开公司认可案涉六项目初步符合《奖励办法》规定的受奖条件，但以无锡等三项目的奖励总额虽经审批但具体的奖金分配明细未经审批，及徐州等三项目的奖励申请未经审批为由，主张彭宇翔要求其支付奖金的请求不能成立。对于法院“如彭宇翔现阶段就上述项目继续提出奖励申请，城开公司是否启动审核程序”的询问，城开公司明确表示拒绝，并表示此后也不会再启动六项目的审批程序。此外，城开公司还主张，彭宇翔在无锡红梅新天地项目、如皋约克小镇项目中存在严重失职行为，二项目存在严重亏损，城开公司已就拿地业绩突出向彭宇翔发放过奖励，但均未提交充分的证据予以证明。

裁判结果

南京市秦淮区人民法院于 2018 年 9 月 11 日作出(2018)苏 0104 民初 6032 号民事判决：驳回彭宇翔的诉讼请求。彭宇翔不服，提起上诉。江苏省南京市中级人民法院于 2020 年 1 月 3 日作出(2018)苏 01 民终 10066 号民事判决：一、撤销南京市秦淮区人民法院(2018)苏 0104 民初 6032 号民事判决；二、城开公司于本判决生效之日起十五日内支付彭宇翔奖励 1259564.4 元。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点为城开公司应否依据《奖励办法》向彭宇翔所在的投资开发部发放无锡红梅新天地等六项目奖励。

首先，从《奖励办法》设置的奖励对象来看，投资开发部以引进项目为主要职责，且在城开公司引进各类项目中起主导作用，故其系该文适格的被奖主体；从《奖励办法》设置的奖励条件来看，投资开发部已成功为城开公司引进符合城开公司战略发展目标的无锡红梅新天地、扬州 GZ051 地块、如皋约克小镇、徐州焦庄、高邮鸿基万和城、徐州彭城机械六项目，符合该文规定的受奖条件。故就案涉六项目而言，彭宇翔所在的投资开发部形式上已满足用人单位规定的奖励申领条件。城开公司不同意发放相应的奖励，应当说明理由并对此举证证明。但本案中城开公司无法证明无锡红梅新天地项目、如皋约克小镇项目存在亏

损，也不能证明彭宇翔在二项目中确实存在失职行为，其关于彭宇翔不应重复获奖的主张亦因欠缺相应依据而无法成立。故而，城开公司主张彭宇翔所在的投资开发部实质不符合依据《奖励办法》获得奖励的理由法院不予采纳。

其次，案涉六项目奖励申请未经审核或审批程序尚未完成，不能成为城开公司拒绝支付彭宇翔项目奖金的理由。城开公司作为奖金的设立者，有权设定相应的考核标准、考核或审批流程。其中，考核标准系员工能否获奖的实质性评价因素，考核流程则属于城开公司为实现其考核权所设置的程序性流程。在无特殊规定的前提下，因流程本身并不涉及奖励评判标准，故而是否经过审批流程不能成为员工能否获得奖金的实质评价要素。城开公司也不应以六项目的审批流程未启动或未完成为由，试图阻却彭宇翔获取奖金的实体权利的实现。此外，对劳动者的奖励申请进行实体审批，不仅是用人单位的权利，也是用人单位的义务。本案中，《奖励办法》所设立的奖励系城开公司为鼓励员工进行创造性劳动所承诺给员工的超额劳动报酬，其性质上属于《国家统计局关于工资总额组成的规定》第7条规定中的“其他奖金”，此时《奖励办法》不仅应视为城开公司基于用工自主权而对员工行使的单方激励行为，还应视为城开公司与包括彭宇翔在内的不特定员工就该项奖励的获取形成的约定。现彭宇翔通过努力达到《奖励办法》所设奖励的获取条件，其向城开公司提出申请要求兑现该超额劳动报酬，无论是基于诚实信用原则，还是基于按劳取酬原则，城开公司皆有义务启动审核程序对该奖励申请进行核查，以确定彭宇翔关于奖金的权利能否实现。如城开公司拒绝审核，应说明合理理由。本案中，城开公司关于彭宇翔存在失职行为及案涉项目存在亏损的主张因欠缺事实依据不能成立，该公司也不能对不予审核的行为作出合理解释，其拒绝履行审批义务的行为已损害彭宇翔的合法权益，对此应承担相应的不利后果。

综上，法院认定案涉六项目奖励的条件成就，城开公司应当依据《奖励办法》向彭宇翔所在的投资开发部发放奖励。

（生效裁判审判人员：冯驰、吴晓静、陆红霞）

指导案例 183 号：房玥诉中美联泰大都会人寿保险有限公司劳动合同纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/劳动合同/离职/年终奖

裁判要点

年终奖发放前离职的劳动者主张用人单位支付年终奖的，人民法院应当结合劳动者的离职原因、离职时间、工作表现以及对单位的贡献程度等因素进行综合考量。用人单位的规章制度规定年终奖发放前离职

的劳动者不能享有年终奖，但劳动合同的解除非因劳动者单方过失或主动辞职所导致，且劳动者已经完成年度工作任务，用人单位不能证明劳动者的工作业绩及表现不符合年终奖发放标准，年终奖发放前离职的劳动者主张用人单位支付年终奖的，人民法院应予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 40 条

基本案情

房玥于 2011 年 1 月至中美联泰大都会人寿保险有限公司（以下简称大都会公司）工作，双方之间签订的最后一份劳动合同履行日期为 2015 年 7 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日，约定房玥担任战略部高级经理一职。2017 年 10 月，大都会公司对其组织架构进行调整，决定撤销战略部，房玥所任职的岗位因此被取消。双方就变更劳动合同等事宜展开了近两个月的协商，未果。12 月 29 日，大都会公司以客观情况发生重大变化、双方未能就变更劳动合同协商达成一致，向房玥发出《解除劳动合同通知书》。房玥对解除决定不服，经劳动仲裁程序后起诉要求恢复与大都会公司之间的劳动关系并诉求 2017 年 8 月-12 月未签劳动合同二倍工资差额、2017 年度奖金等。大都会公司《员工手册》规定：年终奖金根据公司政策，按公司业绩、员工表现计发，前提是该员工在当年度 10 月 1 日前已入职，若员工在奖金发放月或之前离职，则不能享有。据查，大都会公司每年度年终奖会在次年 3 月份左右发放。

裁判结果

上海市黄浦区人民法院于 2018 年 10 月 29 日作出(2018)沪 0101 民初 10726 号民事判决：一、大都会公司于判决生效之日起七日内向原告房玥支付 2017 年 8 月—12 月期间未签劳动合同双倍工资差额人民币 192500 元；二、房玥的其他诉讼请求均不予支持。房玥不服，上诉至上海市第二中级人民法院。上海市第二中级人民法院于 2019 年 3 月 4 日作出（2018）沪 02 民终 11292 号民事判决：一、维持上海市黄浦区人民法院(2018)沪 0101 民初 10726 号民事判决第一项；二、撤销上海市黄浦区人民法院(2018)沪 0101 民初 10726 号民事判决第二项；三、大都会公司于判决生效之日起七日内支付上诉人房玥 2017 年度年终奖税前人民币 138600 元；四、房玥的其他请求不予支持。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案的争议焦点系用人单位以客观情况发生重大变化为依据解除劳动合同，导致劳动者不符合员工手册规定的年终奖发放条件时，劳动者是否可以获得相应的年终奖。对此，一审法院认为，大都会公司的《员工手册》明确规定了奖金发放情形，房玥在大都会公司发放 2017 年度奖金之前已经离职，不符合奖金发放情形，故对房玥要求 2017 年度奖金之请求不予支持。二审法院经过审理后认为，现行法律法规并没有强制规定年终奖应如何发放，用人单位有权根据本单位的经营状况、员工的业绩表现等，

自主确定奖金发放与否、发放条件及发放标准，但是用人单位制定的发放规则仍应遵循公平合理原则，对于在年终奖发放之前已经离职的劳动者可否获得年终奖，应当结合劳动者离职的原因、时间、工作表现和对单位的贡献程度等多方面因素综合考量。本案中，大都会公司对其组织架构进行调整，双方未能就劳动合同的变更达成一致，导致劳动合同被解除。房玥在大都会公司工作至 2017 年 12 月 29 日，此后两日系双休日，表明房玥在 2017 年度已在大都会公司工作满一年；在大都会公司未举证房玥的 2017 年度工作业绩、表现等方面不符合规定的情况下，可以认定房玥在该年度为大都会公司付出了一整年的劳动且正常履行了职责，为大都会公司做出了应有的贡献。基于上述理由，大都会公司关于房玥在年终奖发放月之前已离职而不能享有该笔奖金的主张缺乏合理性。故对房玥诉求大都会公司支付 2017 年度年终奖，应予支持。

（生效裁判审判人员：郭征海、谢亚琳、易苏苏）

指导案例 184 号：马筱楠诉北京搜狐新动力信息技术有限公司竞业限制纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/竞业限制/期限/约定无效

裁判要点

用人单位与劳动者在竞业限制条款中约定，因履行竞业限制条款发生争议申请仲裁和提起诉讼的期间不计入竞业限制期限的，属于劳动合同法第二十六条第一款第二项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，应当认定为无效。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第 23 条第 2 款、第 24 条、第 26 条第 1 款

基本案情

马筱楠于 2005 年 9 月 28 日入职北京搜狐新动力信息技术有限公司（以下简称搜狐新动力公司），双方最后一份劳动合同期限自 2014 年 2 月 1 日起至 2017 年 2 月 28 日止，马筱楠担任高级总监。2014 年 2 月 1 日，搜狐新动力公司（甲方）与马筱楠（乙方）签订《不竞争协议》，其中第 3.3 款约定：“……，竞业限制期限从乙方离职之日开始计算，最长不超过 12 个月，具体的月数根据甲方向乙方实际支付的竞业限制补偿费计算得出。但如因履行本协议发生争议而提起仲裁或诉讼时，则上述竞业限制期限应将仲裁和诉讼的审理期限扣除；即乙方应履行竞业限制义务的期限，在扣除仲裁和诉讼审理的期限后，不应短于上述

约定的竞业限制月数。”2017年2月28日劳动合同到期，双方劳动关系终止。2017年3月24日，搜狐新动力公司向马筱楠发出《关于要求履行竞业限制义务和领取竞业限制经济补偿费的告知函》，要求其遵守《不竞争协议》，全面并适当履行竞业限制义务。马筱楠自搜狐新动力公司离职后，于2017年3月中旬与优酷公司开展合作关系，后于2017年4月底离开优酷公司，违反了《不竞争协议》。搜狐新动力公司以要求确认马筱楠违反竞业限制义务并双倍返还竞业限制补偿金、继续履行竞业限制义务、赔偿损失并支付律师费为由向北京市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，仲裁委员会作出京劳人仲字〔2017〕第339号裁决：一、马筱楠一次性双倍返还搜狐新动力公司2017年3月、4月竞业限制补偿金共计177900元；二、马筱楠继续履行对搜狐新动力公司的竞业限制义务；三、驳回搜狐新动力公司的其他仲裁请求。马筱楠不服，于法定期限内向北京市海淀区人民法院提起诉讼。

裁判结果

北京市海淀区人民法院于2018年3月15日作出（2017）京0108民初45728号民事判决：一、马筱楠于判决生效之日起七日内向搜狐新动力公司双倍返还2017年3月、4月竞业限制补偿金共计177892元；二、确认马筱楠无需继续履行对搜狐新动力公司的竞业限制义务。搜狐新动力公司不服一审判决，提起上诉。北京市第一中级人民法院于2018年8月22日作出（2018）京01民终5826号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议焦点为《不竞争协议》第3.3款约定的竞业限制期限的法律适用问题。搜狐新动力公司上诉主张该协议第3.3款约定有效，马筱楠的竞业限制期限为本案仲裁和诉讼的实际审理期限加上12个月，以实际发生时间为准且不超过二年，但本院对其该项主张不予采信。

一、竞业限制协议的审查

法律虽然允许用人单位可以与劳动者约定竞业限制义务，但同时双方约定竞业限制义务的内容作出了强制性规定，即以效力性规范的方式对竞业限制义务所适用的人员范围、竞业领域、限制期限均作出明确限制，且要求竞业限制约定不得违反法律、法规的规定，以期在保护用人单位商业秘密、维护公平竞争市场秩序的同时，亦防止用人单位不当运用竞业限制制度对劳动者的择业自由权造成过度损害。

二、“扣除仲裁和诉讼审理期限”约定的效力

本案中，搜狐新动力公司在《不竞争协议》第3.3款约定马筱楠的竞业限制期限应扣除仲裁和诉讼的审理期限，该约定实际上要求马筱楠履行竞业限制义务的期限为：仲裁和诉讼程序的审理期限+实际支付竞业限制补偿金的月数（最长不超过12个月）。从劳动者择业自由权角度来看，虽然法律对于仲裁及诉讼程序的审理期限均有法定限制，但就具体案件而言该期限并非具体确定的期间，将该期间作为竞业限制期限

的约定内容，不符合竞业限制条款应具体明确的立法目的。加之劳动争议案件的特殊性，相当数量的案件需要经过“一裁两审”程序，上述约定使得劳动者一旦与用人单位发生争议，则其竞业限制期限将被延长至不可预期且相当长的一段期间，乃至达到二年。这实质上造成了劳动者的择业自由权在一定期间内处于待定状态。另一方面，从劳动者司法救济权角度来看，对于劳动者一方，如果其因履行《不竞争协议》与搜狐新动力公司发生争议并提起仲裁和诉讼，依照该协议第 3.3 款约定，仲裁及诉讼审理期间劳动者仍需履行竞业限制义务，即出现其竞业限制期限被延长的结果。如此便使劳动者陷入“寻求司法救济则其竞业限制期限被延长”“不寻求司法救济则其权益受损害”的两难境地，在一定程度上限制了劳动者的司法救济权利；而对于用人单位一方，该协议第 3.3 款使得搜狐新动力公司无需与劳动者进行协商，即可通过提起仲裁和诉讼的方式单方地、变相地延长劳动者的竞业限制期限，一定程度上免除了其法定责任。综上，法院认为，《不竞争协议》第 3.3 款中关于竞业限制期限应将仲裁和诉讼的审理期限扣除的约定，即“但因履行本协议发生争议而提起仲裁或诉讼时…乙方应履行竞业限制义务的期限，在扣除仲裁和诉讼审理的期限后，不应短于上述约定的竞业限制月数”的部分，属于劳动合同法第二十六条第一款第二项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”的情形，应属无效。而根据该法第二十七条规定，劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

三、本案竞业限制期限的确定

据此，依据《不竞争协议》第 3.3 款仍有效部分的约定，马筱楠的竞业限制期限应依据搜狐新动力公司向其支付竞业限制补偿金的月数确定且最长不超过 12 个月。鉴于搜狐新动力公司已向马筱楠支付 2017 年 3 月至 2018 年 2 月期间共计 12 个月的竞业限制补偿金，马筱楠的竞业限制期限已经届满，其无需继续履行对搜狐新动力公司的竞业限制义务。

（生效裁判审判人员：赵悦、王丽蕊、何锐）

指导案例 185 号：闫佳琳诉浙江喜来登度假村有限公司平等就业权纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 7 月 4 日发布）

关键词民事/平等就业权/就业歧视/地域歧视

裁判要点

用人单位在招用人员时，基于地域、性别等与“工作内在要求”无必然联系的因素，对劳动者进行无正当理由的差别对待的，构成就业歧视，劳动者以平等就业权受到侵害，请求用人单位承担相应法律责任的，人民法院应予支持。

相关法条

《中华人民共和国就业促进法》第 3 条、第 26 条

基本案情

2019 年 7 月，浙江喜来登度假村有限公司（以下简称喜来登公司）通过智联招聘平台向社会发布了一批公司人员招聘信息，其中包含有“法务专员”“董事长助理”两个岗位。2019 年 7 月 3 日，闫佳琳通过智联招聘手机 app 软件针对喜来登公司发布的前述两个岗位分别投递了求职简历。闫佳琳投递的求职简历中，包含有姓名、性别、出生年月、户口所在地、现居住城市等个人基本信息，其中户口所在地填写为“河南南阳”，现居住城市填写为“浙江杭州西湖区”。据杭州市杭州互联网公证处出具的公证书记载，公证人员使用闫佳琳的账户、密码登陆智联招聘 app 客户端，显示闫佳琳投递的前述“董事长助理”岗位在 2019 年 7 月 4 日 14 点 28 分被查看，28 分时给出岗位不合适的结论，“不合适原因：河南人”；“法务专员”岗位在同日 14 点 28 分被查看，29 分时给出岗位不合适的结论，“不合适原因：河南人”。闫佳琳因案涉公证事宜，支出公证费用 1000 元。闫佳琳向杭州互联网法院提起诉讼，请求判令喜来登公司赔礼道歉、支付精神抚慰金以及承担诉讼相关费用。

裁判结果

杭州互联网法院于 2019 年 11 月 26 日作出（2019）浙 0192 民初 6405 号民事判决：一、被告喜来登公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告闫佳琳精神抚慰金及合理维权费用损失共计 10000 元。二、被告喜来登公司于本判决生效之日起十日内，向原告闫佳琳进行口头道歉并在《法制日报》公开登报赔礼道歉（道歉声明的内容须经本院审核）；逾期不履行，本院将在国家级媒体刊登判决书主要内容，所需费用由被告喜来登公司承担。三、驳回原告闫佳琳其他诉讼请求。宣判后，闫佳琳、喜来登公司均提起上诉。杭州市中级人民法院于 2020 年 5 月 15 日作出（2020）浙 01 民终 736 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为：平等就业权是劳动者依法享有的一项基本权利，既具有社会权利的属性，亦具有民法上的私权属性，劳动者享有平等就业权是其人格独立和意志自由的表现，侵害平等就业权在民法领域侵害的是一般人格权的核心内容——人格尊严，人格尊严重要的方面就是要求平等对待，就业歧视往往会使人产生一种严重的受侮辱感，对人的精神健康甚至身体健康造成损害。据此，劳动者可以在其平等就业权受到侵害时向人民法院提起民事诉讼，寻求民事侵权救济。

闫佳琳向喜来登公司两次投递求职简历，均被喜来登公司以“河南人”不合适为由予以拒绝，显然在针对闫佳琳的案涉招聘过程中，喜来登公司使用了主体来源的地域空间这一标准对人群进行归类，并根据

这一归类标准而给予闫佳琳低于正常情况下应当给予其他人的待遇，即拒绝录用，可以认定喜来登公司因“河南人”这一地域事由要素对闫佳琳进行了差别对待。

《中华人民共和国就业促进法》第三条在明确规定民族、种族、性别、宗教信仰四种法定禁止区分事由时使用“等”字结尾，表明该条款是一个不完全列举的开放性条款，即法律除认为前述四种事由构成不合理差别对待的禁止性事由外，还存在与前述事由性质一致的其他不合理的理由，亦为法律所禁止。何种事由属于前述条款中“等”的范畴，一个重要的判断标准是，用人单位是根据劳动者的专业、学历、工作经验、工作技能以及职业资格等与“工作内在要求”密切相关的“自获因素”进行选择，还是基于劳动者的性别、户籍、身份、地域、年龄、外貌、民族、种族、宗教等与“工作内在要求”没有必然联系的“先赋因素”进行选择，后者构成为法律禁止的不合理就业歧视。劳动者的“先赋因素”，是指人们出生伊始所具有的人力难以选择和控制的要素，法律作为一种社会评价和调节机制，不应该基于人力难以选择和控制的要素给劳动者设置不平等条件；反之，应消除这些要素给劳动者带来的现实上的不平等，将与“工作内在要求”没有任何关联性的“先赋因素”作为就业区别对待的标准，根本违背了公平正义的一般原则，不具有正当性。

本案中，喜来登公司以地域事由要素对闫佳琳的求职申请进行区别对待，而地域事由属于闫佳琳乃至任何人都无法自主选择、控制的与生俱来的“先赋因素”，在喜来登公司无法提供客观有效的证据证明，地域要素与闫佳琳申请的工作岗位之间存在必然的内在关联或存在其他的合法目的的情况下，喜来登公司的区分标准不具有合理性，构成法定禁止事由。故喜来登公司在案涉招聘活动中提出与职业没有必然联系的地域事由对闫佳琳进行区别对待，构成对闫佳琳的就业歧视，损害了闫佳琳平等地获得就业机会和就业待遇的权益，主观上具有过错，构成对闫佳琳平等就业权的侵害，依法应承担公开赔礼道歉并赔偿精神抚慰金及合理维权费用的民事责任。

（生效裁判审判人员：石清荣、俞建明、孔文超）

案例调研：劳动仲裁时效起算时间如何认定

How to determine the starting time
of the time limitation period for a labor arbitration case?

上海保华律师事务所 张宗法 徐蕙萍

法谚有云，“法律不保护躺在权利上睡觉的人”，基于此，法律制度中也相应建立了诉讼时效制度，从而给予债务人抗辩权，来对抗不积极主张权利的权利人。在我国劳动法律领域中，由于采用了“一裁两审”的争议解决制度，对于劳动争议而言，当事人受劳动仲裁时效的限制。所谓的劳动仲裁时效，是指权利人向劳动仲裁机构请求保护其权利的法定期限。根据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款与第四款之规定，我国劳动仲裁时效分为一般仲裁时效与特殊仲裁时效。一般仲裁时效为从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算一年；特殊仲裁时效为劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受一般仲裁时效期间的限制。但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。虽然上述法律条文对于时效的分类以及起算有明确的规定，但是受限于生活的纷繁复杂，以及劳动法律法规与其他法律法规的协调，对于仲裁时效何时起算，特别是对违法解除劳动合同的诉请仲裁时效起算如何认定，以及未休年休假工资与加班工资的仲裁时效如何计算，在司法实践中仍然存在不同的理解和法律适用。笔者结合自身的办案经验，并检索了相关司法案例，针对前述问题进行了相应的案例调研，并基于案例提出一些观点与建议，希望对读者在实践中碰到类似问题时能够提供有益的参考。

Based on the legal proverb that "The law does not protect those who lie asleep on their rights", a time limitation period system has been established in the legal system to give the debtor the right of defense against the right holder who does not actively claim his right. In the field of labor law in China, the parties are subject to the time limitation period for labor arbitration due to the "two trials, one arbitration" dispute resolution system. The time limitation period for labor arbitration refers to the statutory time limit for the right holder to apply to the labor arbitration institution to protect his right. According to the provisions of Article 27(1) and (4) of Labor Dispute Mediation and Arbitration Law of the People's Republic of China, the time limitation

period for labor arbitration in China is divided into the general time limitation period and the special time limitation period. The general time limitation period is that one year from the date when a party knows or should know that its right has been violated; the special time limitation period is that where a dispute arises from the delayed payment of labor remunerations during the period of existence of a labor relationship, an employee's application for arbitration shall not be subject to the time limitation period for arbitration; but if a labor relationship is terminated, an employee shall apply for arbitration within one year as of the date of termination of the labor relationship. Although the above-mentioned legal provisions have clear provisions on the classification and commencement of the time limitation period for labor arbitration, but subject to the complexity of life and the coordination of labor laws and regulations with other laws and regulations, there are still different interpretations and legal applications in judicial practice as to when the time limitation period for labor arbitration starts, especially how to determine the time limitation period for claims of illegal termination of labor contracts and how to calculate the time limitation period for unused annual leave pay and overtime pay. With my own experience in handling cases, I have researched relevant judicial cases and put forward some opinions and suggestions based on the cases, so as to provide useful references for readers when encountering similar problems in practice.

一、 违法解除劳动合同的诉请仲裁时效何时起算

有关劳动合同解除合法性的争议是劳动法领域最为重要的争议类型，就解除劳动合同合法性本身而言，其不属于劳动报酬类型争议，故应当适用一般仲裁时效的规定。对于该类型争议目前司法实践中有较大争议的点在于，解除日当日是否就开始起算劳动仲裁时效。例如，若用人单位于 2021 年 6 月 1 日向员工送达解除通知书，告知员工双方劳动合同于 2021 年 6 月 1 日解除，那么，员工于 2022 年 6 月 1 日提起劳动仲裁申请，是否超过 1 年的仲裁时效？根据笔者调研，司法实践中主要存在以下两种观点：（1）从解除劳动关系次日开始起算仲裁时效；（2）从解除劳动关系的当日开始起算仲裁时效；

案例 1：从解除劳动关系次日开始起算仲裁时效

案情概述

2017 年 3 月起尹某无故不到 A 公司上班，A 公司也未发放尹某 3 月至 10 月的工资。同年 7 月，A 公司股东会为解决公司亏损，提出清退所有员工。2017 年 10 月 30 日，A 公司以“劳动者严重违反用人单位的规章制度”为由与尹某解除劳动合同，并办理了退工单。尹某于 2018 年 10 月 30 日提出仲裁申请。

法院观点

苏州市中级人民法院经审理认为，劳动争议申请仲裁时效期间为一年，仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。按照年、月、日计算期间的，开始的当日不计入，自下一日开始计算。按照年、月计算期间的，到期月的对应日为期间的最后一日。A 公司与尹某解除劳动关系的时间为 2017 年 10 月 30 日，故尹某于 2018 年 10 月 30 日向仲裁委申请仲裁并未超出仲裁时效。

案例 2：从解除劳动关系的当日开始起算仲裁时效

案情概述

余某在 B 公司实际工作至 2017 年 3 月 29 日，且于当日向 B 公司出具了“声明”，内容为：我的劳动合同至 2017 年 3 月 29 日到期，到期后我自行离开公司另谋职业，故我声明我与贵公司间劳动关系已经终止，双方间无债权债务，一切无涉。余某于 2018 年 5 月 15 日提出仲裁申请，要求 B 公司承担未能出具离职证明而造成其经济损失。

法院观点

上海市第二中级人民法院经审理认为，根据劳动争议调解仲裁法规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。另据民法总则规定，义务人同意履行义务的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算。本案中，余某于 2017 年 3 月 29 日离开 B 公司，故其主张 B 公司赔偿因未能出具离职证明而造成其经济损失，应遵守关于仲裁时效期间的法律规定，即其就该项主张应于 2018 年 3 月 28 日之前提起仲裁。

二、 未休年休假工资报酬是否适用特殊仲裁时效

根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十条之规定，用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。实践中，关于未休年休假工资报酬的仲裁时效适用问题，根本分歧点在于对于未休年休假工资报酬的性质判断。若认定未休年休假工资报酬属于劳动报酬，则可适用特别仲裁时效；若认定不属于劳动报酬，则应当适用一般仲裁时效。根据笔者的调研，目前各地司法实践中的倾向性意见还是认定未休年假工资适用一般仲裁时效，但是仍然少数司法实践按照特殊仲裁时效适用。

案例 1：未休年休假工资报酬应适用一般仲裁时效

案情概述

李某因所在公司自 2020 年 2 月起未足额向其支付工资，2020 年 7 月 3 日，李某以长期拖欠工资为由，向 C 公司提出解除劳动合同。并于次日申请劳动仲裁，要求公司支付 2017 年至 2020 年未休年休假工资共计 4 万余元。C 公司则称，同意支付 2018 年至 2020 年的未休年假工资，但 2017 未休年假工资已经超过仲裁时效，不同意支付。

法院观点

北京市西城区人民法院经审理认为，因带薪年假工资不属于劳动报酬，故劳动者要求用人单位支付其未休带薪年假工资补偿的仲裁时效期间应适用一般时效的规定。考虑到年休假可以集中、分段和跨年安排的特点，本案中李某 2017 年的年休假最迟可以在 2018 年 12 月 31 日享受，如其未休，应最迟于 2019 年 12 月 31 日主张未休年休假工资，其于 2020 年 7 月提起仲裁已经超过一年时效，故法院对其要求 2017 年度未休年休假工资的诉讼请求未予以支持。

案例 2：未休年休假工资报酬应适用特殊仲裁时效

案情概述

薛某在职期间，2008 年、2009 年、2010 年、2011 年及 2017 年度 D 公司

未安排员工休带薪年休假，也未支付未休带薪年休假工资报酬。2017年8月31日，D公司解除与员工的劳动合同。2017年11月8日，薛某提起仲裁申请。

法院观点

一审法院认为，未休年休假工资报酬属于劳动关系存续期间的劳动报酬，其仲裁时效从双方劳动关系终止之日，即2017年8月31日起算一年，薛某于2017年11月8日申请仲裁，其申请明显没有超过仲裁时效。海口市中级人民法院进一步指出，带薪年休假工资在相关法律规范中表述为“年休假工资报酬”，当然属于劳动报酬纠纷，应当适用特殊诉讼时效的规定。因此，本案中薛某未休年休假工资报酬的仲裁时效应从劳动关系终止之日起算。

三、 加班工资仲裁时效的理解与适用

根据《关于工资总额组成的规定》第四条之规定，工资总额由下列六个部分组成：……（五）加班加点工资，故加班工资属于劳动报酬的一种，就加班工资的支付请求属于劳动报酬类型争议，应当适用特殊仲裁时效。然而，根据笔者的观察，在实践中对于加班工资的仲裁时效常常会出现一种错误认识，认为加班工资适用两年的仲裁时效。该等错误认识系基于对不同法律规定的错误理解而出现，笔者认为有必要进行澄清和说明。

案情概述

王某于2015年10月15日入职E公司，2019年10月签订最后一份劳动合同，期限至2022年12月31日止。王某于2020年12月25日提出仲裁申请，主张其2015年10月15日至2020年12月1日期间延时加班的加班工资；2015年10月15日至2020年12月1日期间法定假日加班的加班工资。

诉讼过程中，王某提供了2019年11月、2020年7月-9月收到的工资单，显示有“加班费”一栏，以证明其工资中包括加班工资收入。为进一步证明存在加班事实，王某提供了2018年9月-2019年3月、2019年9月、10月、12月、2020年1月、5月-10月排班表、2019年6月10日-10月20日、2020年5月22日-10月2日的考勤记录。E公司提供了2019年1月-2020年12月工资明细及2019年的假期申请表，以证实对于王某节假日的加班，公司均已支付加

班工资。E公司主张2019年4月（清明节），王某并未上班，无权主张加班工资。且王某在职期间，对于加班工资发放情况从未提出异议。

法院观点

一审法院认为，关于法定节假日加班工资，王某于2020年12月25日申请仲裁，故根据相关规定，E公司有义务保留王某过往两年的出勤记录以备查验，而对于2018年12月25日以前的出勤情况，王某应承担举证责任。王某未提供其入职时起至2018年12月25日期间存在加班的相关证据，仅提供2018年9月起的排班表，故对于王某主张的2018年9月之前的所有节假日加班工资，不予支持。对于2019年4月清明节王某有否加班，虽然双方均未提供2019年4月的排班表或考勤表，但考勤表由公司掌握，公司未提供员工的相关出勤记录，应承担相应的不利后果。上海市第二中级人民法院认为，王某对加班时间负有举证责任，且王某收到E公司发放的工资单后亦清楚其工资组成，王某作为劳动者对用人单位未足额支付加班费等情况应及时主张，以保护自己合法权益。基于王某就2018年9月前加班情况未提供相应证据予以证明，故其要求E公司支付其入职后的加班工资的请求，不予支持。

四、 律师简评

1. 就仲裁时效而言，若抗辩成立法院则无需再对实体法律问题进行审理，主张时效抗辩成立的一方将胜诉。同时，根据《2015年全国民事审判工作会议纪要》第54条之规定“当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构作出了实体裁决后，当事人在诉讼阶段以超过仲裁时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”对于劳动仲裁时效抗辩而言，若在仲裁阶段未援引的，则在后续一审、二审中再提出的，人民法院较难支持。因此，对于任何劳动争议案件，笔者建议均应当从仔细审查仲裁时效是否经过，从而达到不战而屈人之兵的目的。
2. 就解除劳动合同争议案件，解除日是否开始起算劳动仲裁时效。认为应当从解除劳动关系次日开始起算仲裁时效的观点，其法律依据为《民法典》第二

百零一条之规定，即“按照年、月、日计算期间的，开始的当日不计入，自下一日开始计算。”对于该条法律规定，笔者认为，直接根据该法律规定，认为解除日不应当开始起算仲裁时效，似有不妥之处。根据《民法典》第二百零四条之规定“期间的计算方法按照本法的规定，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”根据该条规定，《民法典》中有关期间的计算方式系一般性之规定，若有特别法对时效有特殊规定的，显然应当适用特别法之特别规定。劳动仲裁时效的规定，显然属于劳动法领域内就仲裁时效的特别规定，应当适用《劳动争议调解仲裁法》的特别规定，根据该法律规定，已经明确仲裁时效以“当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算”。就解除劳动合同争议而言，若用人单位于2021年10月1日向员工送达了解除通知书，并告知员工双方劳动合同当日立即解除的，则员工若认为用人单位系违法解除劳动合同的，显然系自其收到解除通知当日知道其权利被侵害，即仲裁时效应当自2021年10月1日起算，若员工于2022年10月1日提起仲裁申请，则应当认定已超过一年的仲裁时效。

3. 对于未休年休假工资是否属于劳动报酬，而适用特殊仲裁时效，笔者较为赞同非劳动报酬的观点。首先，未休年休假工资系对员工未享受法定年休假权利的一种货币化补偿。其根源在于员工的法定年休假，而非员工的劳动，故对于该等货币化补偿不应当直接转化为员工的劳动报酬；其次，就未休年休假工资额外给予200%的工资，其系针对用人单位未安排休年休假的惩罚性赔偿，是用人单位应当承担的法律责任，因此，也不宜作为劳动报酬；
4. 就年休假而言，考虑到年休假可以集中、分段和跨年安排的特点，即使按照一般仲裁时效的观点，如何起算仍然有不同的观点。如前述北京西城区案例中，法院认为2017年的年休假最迟可以在2018年12月31日享受，如员工未休，应最迟于2019年12月31日主张未休年休假工资。有部分地区法院则认为，对于当年度的年假，在次年1月1日开始起算仲裁时效，例如，2017年的年假，如员工未休，应最迟于2018年12月31日主张未休年假工资。该观点，相较于北京法院的观点，二者在时效上相差一年，影响不可谓不大。出现该种观点分歧的原因，笔者认为核心点在于如何理解年休假的

休假周期。北京法院的观点将年休假的休假周期延长至次年年底，故时效起算也相应顺延。用人单位在处理年休假时效时需要注意不同地区司法部门的适用口径。

笔者建议用人单位可以在相关规章制度中明确自身适用的休假周期，从而在规章制度层面，增加公司认定年假休假周期的制度依据。例如 21 年的年休假，明确规定应当在 21 年 12 月 31 日前休完；在实践处理中对未休完的年休假及时安排休假或予以结算。在此情况下，员工 21 年年休假，公司适用的休假周期至 21 年 12 月 31 日截止，员工对仍然未休或未结算的休假有异议的，则其应当自 23 年 1 月 1 日前向公司主张。

5. 就加班工资时效而言，按照加班工资案件是审理逻辑，对于是否存在加班事实，应当由员工举证证明。但是，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十二条之规定，“劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”如何认定用人单位是否掌握加班事实的证据，其主要依据为员工的工资支付记录、考勤记录等。对于该等材料，《工资支付暂行规定》第六条规定，“用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。”因此，对于两年以内的工资支付记录等材料，用人单位有法定的保存义务，在审理加班工资的案件中，仲裁和法院也会要求用人单位提供。若用人单位无法提供的，则会作出对用人单位不利的认定。而对于两年之前的工资支付记录、考勤记录等文件，由于用人单位并无法定义务保存并提供，因此，对于该等两年之前的加班事实，完全依赖于员工进行举证。

故，有观点得出了员工离职后对于加班工资的支付请求应当适用两年的仲裁时效。然而，如前述分析，两年的期间只是对于举证责任进行分配的时间分界线，而非加班工资支付请求所适用的仲裁时效。若员工能够举证证明两年之前存在加班事实，且用人单位未支付加班工资的，则用人单位仍应当予以支付，并不存在适用两年仲裁时效进行抗辩。

劳务派遣的题中应有之义 ——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”

在 2012 年两会上，劳务派遣超常发展引起高度关注。全国人大委员长吴邦国在《全国人民代表大会常务委员会工作报告》中强调，“劳务派遣被滥用等问题还很突出”，并将修改劳动合同法列为今年的立法任务。我国《劳动合同法》在公布不到五年的时间内启动了修改程序，而劳务派遣正是此次修法中的一项重要议题，这也将有关劳务派遣的争论重新回到 2008 年。在 2008 年的两会上，全国人大就曾面临修改《劳动合同法》的社会压力，当时社会要求修改有关无固定期限合同的相应条款，而这一要求最终只是对《劳动合同法实施条例》产生了影响。如果说当时社会上的修法呼声是针对《劳动合同法》的刚性化内容提出的，近年来再次兴起的修法议论则是针对《劳动合同法》的弹性化内容。

一、问题的提出

2008 年《劳动合同法》公布后，针对《劳动合同法》第六十六条“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”的规定，有关方面起草的《中华人民共和国劳动合同法实施条例（草案）》中有一系列对劳务派遣岗位的限制性规定，其中第三十八条就有“用工单位一般在非主营业务工作岗位、存续时间不超过 6 个月的工作岗位，或者因原在岗劳动者脱产学习、休假临时不能上班需要他人顶替的工作岗位使用劳务派遣用工”的规定。草案的这一规定在当时未获通过，最终公布施行的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》未对劳务派遣的“临时性、辅助性、替代性”做出具体的限定。有媒体进行了如此报道：“最终出台的此部条例和之前五版讨论稿相比，被业界称为‘180 度大转弯’，其中劳务派遣一章，删繁就简，由 5 条缩减为 3 条，对劳务派遣岗位的限制性规定几乎全部取消。”“这一切，仅仅发生在一个月内。”¹按劳动合同法的起草者，人大法工委行政室副主任张世诚的说法是：“有关部门持反对意见，因此实施条例并未保持该规定。”²

董保华，论文转载自《探索与争鸣》2012 年第 8 期。

¹ 《劳动合同法实施条例正式颁布 维持就业率优先》，载《21 世纪经济报道》2008 年 9 月 20 日。

² 张世诚：《中华人民共和国劳动合同法实施条例释义、案例、评析、疑难问题解答》，中国方正出版社 2008

《劳动合同法实施条例》公布三年之际，2011年2月，全国总工会以“国内劳务派遣调研报告”的方式重新点燃了争论。按该报告的说法，全国劳务派遣人员总数已经达到6000多万，这比此前人保部公布的2700万多出一倍。³据此，全国总工会得出否定现行法律的结论，2011年两会期间提出修改《劳动合同法》的建议。事后看来，全国总工会不仅要求将当年《劳动合同法实施条例》删除的部分内容重新写入立法，并进一步要求删除《劳动合同法》第六十六条中“一般”的表述。在这一年的两会上，人力资源社会保障部的表态与全国总工会有所不同。人社部部长尹蔚民虽也承认劳务派遣“最突出的问题是同工不同酬的问题和劳务派遣用工不规范的问题”，但人社部主张制定劳务派遣办法，在肯定现行法律的基础上，使《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》的有关规定更具操作性和针对性，而非修改《劳动合同法》。⁴

全国总工会与人力资源社会保障部说法的实质分歧何在？笔者以为，分歧在于是否要删除《劳动合同法》第六十六条中“一般”二字。这二字的删除与否，还涉及谁来落实三性的有关内容。自2011年至今，上海、重庆、天津、广州、吉林等地陆续出台或准备出台有关规制劳务派遣的地方性法规或规章，这其中以2011年5月上海出台的《关于规范本市劳务派遣用工的指导意见》与2011年7月重庆施行的《重庆市职工权益保障条例》最具代表性。

在吴邦国委员长提出修改《劳动合同法》的当月，全国人大法工委便迅速拿出了《劳动合同法修正案（草案）》，目前正在征求各方意见。从修改的条目来看，主要是针对劳务派遣的相关条款，其中引人注目的是关于“三性”的界定。从具体规定上看，基本实现了全国总工会的要求。

与全国总工会推动下兴起的立法和今年全国人大修法相呼应的是，在一些理论研讨会上学者开始对《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》进行一浪高过一浪的激烈批评。有学者认为：“从立法本身来看，《劳动合同法》对于劳务派遣规定得过于原则抽象，比如第六十六条关于‘三性’使用了‘一般’的字眼，导致一些法院将这项重要规定解释为推荐性规定，宣称该条规定不具有强制约束

年版第91、89页。

³ 《全国劳动派遣人员达6000万 国企和机关是重灾区》，载《经济观察报》2011年2月25日。

⁴ http://www.china.com.cn/zhibo/zhuanti/2011lianghui/2011-03/08/content_22077344.htm, 2012年5月12日访问。

力。”⁵有学者进一步联系到立法者的立场来进行批评：“使用了在法律上不应当出现的令人恼火的‘一般’二字，充分显示出立法者在这个问题上立场不稳，态度暧昧。”⁶有的学者更为直接地指出：“大量的劳务派遣造成的就业不平等、社会不公、社会矛盾和冲突，将是我们这个社会的一个个定时、不定时的炸弹，而这些弊病的产生竟然是标榜保护劳动者权益的《劳动合同法》及其实施条例催生的一个间接后果。”⁷劳动法学者从劳资冲突的视角出发，不仅质疑《劳动合同法》三性规定中“一般”的表述，更质疑起草《劳动合同法实施条例》时最终删除三性界定条款的做法。

地方规定背后的存废之争和利益博弈有关劳务派遣的质疑主要集中在“三性”与“同工同酬”两个问题上，上海、重庆两地分别对这两个问题进行治理，但思路截然不同。目前全国人大的修法尚在讨论过程中，我们可以从合法性与合理性两方面来对比已经出台的规范，以理解当前围绕劳务派遣展开的争论及博弈。

1. 上海、重庆两地对“三性”与“同工同酬”不同的规定

对于“三性”问题，上海主张以集体协商方式，合理确定“三性”岗位范围，形成劳务派遣员工转为劳动合同制员工机制。重庆规定临时性岗位存续时间不超过一年，辅助性岗位是指为主营业务提供服务，替代性岗位是指直接用工因休假、培训、服兵役、工伤等情况不能提供劳动而暂时代替。“在非临时性、辅助性、替代性岗位使用被派遣职工的”“视为用工单位与被派遣职工直接建立劳动关系”。显然，重庆是直接将2008年未获通过的规定，在稍加改动的情况下以地方规定的形式予以公布。不仅如此，重庆直接修改了《劳动合同法》中“一般”的规定。

对于“同工同酬”问题，上海主张积极推动劳务派遣员工参与用工单位的集体协商，将劳务派遣员工的工资收入纳入用工单位工资集体协商范围，建立劳务派遣员工正常工资调整机制，实行内部统一的薪酬分配制度，落实同工同酬。有条件的用工单位要将劳务派遣员工的福利待遇纳入集体协商内容，逐步改善劳务派遣员工的福利待遇。而重庆直接规定“用工单位应当对从事相同工作、付出等量劳动且取得相同工作业绩的被派遣职工与本单位的非派遣职工，支付同等的劳

⁵ 周长征：《劳务派遣的超常发展与劳动法再规制》，第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料，南京大学法学院，2012年。

⁶ 黄巧燕：《现有法律背景下细化对劳务派遣用工方式的规范要求》，第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料，南京大学法学院，2012年。

⁷ 周贤日：《论劳务派遣用工就业歧视》，第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料，南京大学法学院，2012年第55页。

动报酬和福利待遇”。

在三性规定上保留“一般”的提法，说明三性规定不是强制性规定，须通过工会的努力来落实，三性界定得越清楚，工会的谈判空间越小，执行难度越高。相反，删除了“一般”的提法，并清晰界定三性，三性规定就成为强制性规定，要通过行政权来保障其实施。上海依据现行法律更强调发挥工会组织的作用，通过当事人自治的方式来规范劳务派遣；重庆通过否定现行法律来强调劳动行政机关的作用，通过国家管制的方式来打压劳务派遣单位、用工单位，落实三性及同工同酬的规定。

一个意味深长的现象是：强化行政管制的方案并未得到中央政府相关行政部门的青睐；强化工会作用的方案也未得到全国总工会的欣赏。作为劳动合同法两个起草单位，面对劳务派遣的超常发展，似乎都希望自己处于观望的地位，更愿意对方的系统成为解决问题的主要力量。

2. 从合法性的视角来审视“三性”、“同工同酬”的有关规定

其一，谁有权对“三性”或“同工同酬”的标准做出认定。按重庆的理解，只要出于保护劳动者这样的正当目的，地方政府就有权制定“三性”或“同工同酬”的标准。按上海的理解，只有全国立法机关或立法机关授权的部门有权做出解释，在法律无明文规定的情况下，双方当事人可以自行约定。这种约定本身存在个别与集体两种形式，上海强调通过集体协商方式，合理确定“三性”岗位及范围，落实同工同酬的要求，而地方政府可以从反歧视的角度对这种协商提出要求。

其二，地方政府是否有权突破国家立法。《劳动合同法》第六十六条以“一般”来措词，说明这本身是一个原则性的规定，允许存在例外。重庆认为一旦违反地方订立的三性标准，劳务派遣便不被承认，“视为用工单位与被派遣职工直接建立劳动关系”。这种不承认任何例外的规定，实际上是将“一般”直接改为“应当”、“必须”。上海显然认为自己没有这样的权限。

归纳起来，上海是依据《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》来进行规范；重庆是突破《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》来实施管理。“劳动者作为弱势群体，以保护劳动者为理由，便可突破立法权限”，重庆的如此逻辑得到了事实上的容忍与赞许，吉林、广东等一些地方规定也竞相仿效。从法治的角度考

虑，重庆依据一个被否定的草案来制定地方规定，显然是违法的；但从人治的角度考虑，重庆三性规定原本便是来自于相关的起草部门，从现实政治生态上看，当时有关部门的负责人之间并未真正达成共识，当某种社会力量对比发生变化，立法部门的内部分歧以地方规定的方式得以体现。

3. 从合理性的视角来审视“三性”、“同工同酬”的有关规定

就“三性”的界定而言，重庆认为“临时性岗位存续时间不超过一年”。作为一种三角关系，派遣单位与被派遣劳动者的劳动关系被法律强制要求维持两年以上并需按月支付劳动报酬；劳动者岗位存续时间却不得超过一年，两者显然是矛盾的。两者的冲突能否以再派遣的方式来实现协调呢？答案是否定的。该法同时强调“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同”“应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况”。按照这一规定，如果要进行再派遣，两个派遣岗位要同时规定在劳动合同中，否则被派遣劳动者便有权拒绝去新的用工单位。这等于要求第二个派遣岗位要么空置一年，要么一年后再腾空，完全脱离了社会经济现实。重庆规定“辅助性岗位是指为主营业务提供服务”，一个厨师在饭店中是主营业务，不能使用派遣员工；在其他单位中便是“为主营业务提供服务”，可以使用派遣形式，这种理解也无多少合理性。

就“同工同酬”的界定而言，重庆规定“用工单位应当对从事相同工作、付出等量劳动且取得相同工作业绩的被派遣职工与本单位的非派遣职工，支付同等的劳动报酬和福利待遇”。即便是没有劳务派遣，付出等量劳动就要求取得等量报酬，也是不现实的。同工同酬应当理解为同等条件下同等待遇。同等条件是指劳动者的学历、技能、工作经验等条件相同，而不是指工作的岗位相同。在市场经济条件下，相同条件的劳动者工资待遇相同，主要应理解为不歧视。

4. 合法性、合理性背后的存废之争

一个明显不合法、不合理的规定，为什么会得到劳动法学者近乎一致的支持？原因在于理解的视角不同。对于劳务派遣，我国历来存在着规范之争与存废之争。规范是以承认其存在为前提的，而从存废的角度来看，越不合理的规定越能达到消灭派遣的目的。

当前的修法在重新引入2008年某些制度设计的同时，也引入了当时的一些极端观念。在劳动合同法当年的立法讨论中，一些学者以极其激烈的方式坚持自

己对劳务派遣的否定性观点。否定理由主要有：规避用人单位应当与劳动者签订劳动合同的法定义务；劳动合同进一步短期化；为了使用劳动者的黄金年龄；是一种“低质量”就业形式；完全背离了以无固定期限合同为主的国际潮流；提高了失业率；对劳动者多层盘剥；不利于我国劳动关系机制培养与和谐社会的建立；等等。相当一部分学者与立法者认为劳务派遣根本没有存在的合理性，更有甚者将劳务派遣机构指责为“吸血鬼”。这类观点可以说是一种曲线废除：以一种有悖常理的法律规定使劳务派遣机构无论怎样作为，总是处在违法状态，从而使其难以存在，只得消亡。

一位日本学者的说法似乎是在回应我国学者的上述观点：“有些学者认为劳动者派遣业是恶劣的榨取产业，并对此加以谴责。如果真是这样的话，为什么有那么劳动者积极到派遣公司登记，希望被派遣呢？为什么被派遣的劳动者的数量在持续增加呢？因为它适应了派遣劳动者和用人单位双方的需要。”⁸

5. 合法性、合理性背后的利益博弈

学者处在一个旁观的超脱位置，可以以一种道德家的身份发出极端的声。但无论是劳动部门还是基层工会，他们作为法律的实际执行者，恐怕没有办法以天马行空的方式回避常识，当一种极端的思潮如此流行时，具有职权的相关部门，选择一种旁观的立场，恐怕是最符合自己的部门利益的，由此我们可以理解全国总工会与人保部在修法中的基本立场。

如果说加强管制的呼声主要来自工会系统，重庆有关部门加强管制的表态以及各地政府乐此不疲向重庆靠拢的做法，似乎令人费解。重庆的一些违法规定受到的容忍与赞许，显然让各地找到了扩大地方行政权的路径。在“保护劳动者”的大旗下，突破的已经不仅仅是《劳动合同法》，也包括《行政许可法》。按《行政许可法》规定，只有全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规“可以设定行政许可”，地方法规、地方性规章“不得增设行政许可”。《行政许可法》第十五条还特别强调不得设定法人或者其他组织的资格、资质的行政许可，不得设定前置性行政许可，不得限制其他地区的企业到本地区从事生产经营和提供服务。重庆及其之后出台的地方性规定几乎均存在大面积的违法规定。以“保护劳动者”为理由，不少地方设定关于劳务派遣机构资格、资质的行政许

⁸（日）马渡淳一郎：《劳动市场法的改革》，田思路译，清华大学出版社2006年版第101-102页。

可,对劳务派遣机构设定前置性行政许可,限制其他地区劳务派遣机构提供服务。

在一系列规定中,最引人注目的是 2012 年 1 月 1 日开始执行的《吉林省劳务派遣管理办法》。吉林规定,劳务派遣单位存储初始备用金不得少于 50 万元,每项业务提取 5%补充备用金存入专用账户;一般不超过 200 万元。2006 年 3 月公布的《劳动合同法草案(征求意见稿)》曾规定,“应当在省、自治区、直辖市人民政府劳动保障主管部门指定的银行账户中以每一名被派遣的劳动者不少于 5000 元为标准存入备用金”。这一将部门利益膨胀到极致的规定在当时引起轩然大波,被戏称为“腐败基金”而最终删除。但这一声名狼藉的规定,在“保护劳动者”这样冠冕堂皇的理由下重新登堂入室。试想,按吉林省有关三性规定(与重庆基本相同),派遣机构将根本无法存活;而按备用金规定,只有派遣机构存活,当地劳动部门才能收取备用金。执法的天平会倒向哪一边,岂不一目了然?

公共选择学派认为个人不仅在经济市场上是自利的“经济人”,而且在政治市场上也是关注自身权力和利益最大化的“经济人”,⁹他们倾向于利用手中的职权进行寻租。从这个角度说,政府并不比其他机构更圣洁、更正确,政府的缺陷至少和市场的缺陷一样严重,“部门利益”恐怕是难以回避的症状。我国的立法往往是由主管部门来进行的,这种既是立法者,又是执法者的状况,必然要将执法利益最大化。作为研究者,应当找到一种超乎部门利益的治理方案。

二、劳务派遣超常发展的治理——“堵”

劳务派遣超常发展是当前社会各界的共识,一种较为主流的看法是中国当今的问题是对企业灵活用工限制不够,应当以各种方式进一步加以限制。

1. “堵”成为当前治理劳务派遣超常发展的基本思维

全国总工会认为,劳务派遣之所以呈现“非正常繁荣”状态的一个重要原因,就是《劳动合同法》对劳务派遣的规定过于“原则”,无法起到限制用人单位规避《劳动合同法》的作用。¹⁰我国的劳动法学者也多持这种观点,并开出了“堵”的药方:“凸现限制劳务派遣用工方式使用范围的立场,并对有限使用过程做出清楚规范,堵塞劳务派遣用工方式使用过程中的制度诱惑及漏洞,避免其对正规用工的冲击。”¹¹按照这种想法,只要堵住劳务派遣的窗口,将劳动力

⁹ 汪翔、钱南:《公共选择理论导论》,上海人民出版社 1993 年版,第 50—51 页。

¹⁰ 《全国劳动派遣人员达 6000 万 国企和机关是重灾区》,载《经济观察报》2011 年 2 月 25 日。

¹¹ 黄巧燕:《现有法律背景下细化对劳务派遣用工方式的规范要求》,第二届劳务派遣的发展与法律规制学

引入正规用工，便可消除歧视。

全国总工会的调查报告显示，劳务派遣的膨胀集中体现在国有企业和机关事业单位，部分央企甚至有超过 2/3 的员工都属于劳务派遣。“1998 年央企有 196 家，在册职工 3000 万人；现在央企 117 家，在册职工 1000 万人，十几年减少了 2/3 的正式工数量。”¹²当前争论的焦点是：让这 2000 万“非正式职工”回到原来“正式职工”的队伍中，依然让央企维持 3000 万“正式职工”，还是让 1000 万“正式职工”队伍逐步缩小？全国总工会以及我国大部分劳动法学者的意见显然是希望以“堵”的方式，让已经分离出来的 2000 万员工回到“正式职工”队伍中。

2. “堵”的思维并未取得预期的成效

这种“堵”的思维是否可行呢？我们不妨先对过去的三年实践进行简单的回顾。事实上，今天对《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》持批评意见的学者故意忽视一个基本的事实：“堵”的思维是《劳动合同法》的基本思维，甚至学者今天特别强调的那种“曲线废除”的所谓“限制劳务派遣”的思维在《劳动合同法》中也已存在。当时的起草者已经认为劳务派遣超常发展。他们虽没有采取“吸血鬼”的描述，但对超常发展采取的基本态度是：“劳动合同法对劳务派遣的基本态度是：严格规范。”¹³起草者在有些场合更使用了“严苛规定”的提法。¹⁴

就“严格规范”而言，《劳动合同法》做出了无论用人单位、用工单位是否有过错，均须以连带责任的方式为对方承担法律责任这样的制度设计。就“严苛规定”而言，《劳动合同法》使用一些悖理的规定来加强“限制”。我们不妨举例说明。其一，派遣的劳动关系既是临时性的，又是长期性的。劳务派遣本是用人单位、用工单位、被派遣劳动者构成的三方关系，相互之间存在着依存关系，《劳动合同法》却将其设计为员工的劳动关系，对用人单位是长期的（二年），对用工单位是短期的。其二，劳动关系是一重的又是双重的。一方面称劳务派遣单位是用人单位，“应当履行用人单位对劳动者的义务”（《劳动合同法》第五十

术研讨会会议材料，南京大学法学院，2012 年。

¹² <http://news.dsqq.cn/ROLLNEWS/2012/03/1103031424389.html>，2012 年 5 月 12 日访问。

¹³ 张世诚：《中华人民共和国劳动合同法实施条例释义、案例、评析、疑难问题解答》，中国方正出版社 2008 年版，第 91、89 页。

¹⁴ 《劳务派遣的非正常繁荣》，载《南方周末》2007 年 12 月 13 日。

八条)；另一方面用工单位须承担劳动法中的几乎全部义务（《劳动合同法》第六十二条）。如果完全实施，劳动者提供一份劳动几乎可以得到两份保护。

通过所谓的“严格规范”、“严苛规定”来消灭一部分派遣公司，起草者并不回避打压派遣的想法。在《劳动合同法》颁布之前，我国不到 2000 万劳务派遣员工，立法部门希望通过“严格规范”、“严苛规定”，收缩劳务派遣的规模，将劳务派遣用工数量降低至 1000 万以内。¹⁵

然而，现实生活并未按立法者的想法发展。《劳动合同法》公布后，劳务派遣因其具有避开无固定期限合同的功能，不仅没有消亡，却呈现一片被媒体称为“非正常繁荣”的景象。越来越多的企业开始改用劳务派遣，一些外国劳务派遣公司也纷纷抢滩中国市场。劳务派遣市场的空前繁荣，让劳务派遣不仅继续生存，并且不断壮大。合理的“严格规范”与悖理的“严苛规定”显然均未能遏制劳务派遣快速发展的势头。

3. “堵”的思维不可能取得预期成效

如果我们继续沿着“堵”的思维进行立法，无非是以下三种结果：

其一，某些进一步的“严苛规定”仍不被执行。以重庆为例，全国总工会的想法以及劳动法学者的理想早已经付诸现实。派遣机构作为“吸血鬼”，本应面临灭顶之灾，但事实上这些更加“严苛的规定”几乎对派遣机构毫发无损。随着《劳动合同法》的实施，中国的司法系统、行政系统早已发展出一套对于悖理规定的免疫系统，媒体热、司法冷，学者讲感情、执法部门讲常识的体制使劳务派遣维持依然故我的现状，这类规定只会使本已经紧张的劳动关系变得更加激烈，加大社会的不稳定。

其二，劳务派遣开始变形，以其他的形式出现。从目前的实际情况来看，劳务派遣最有可能转型为业务承包、业务承揽。对于国有企业的派遣员工来说，其劳动关系虽在派遣单位，但其用工单位至少是国有企业，可以部分享受国有企业的垄断利益。随着业务承包、业务承揽的发展，原来的派遣员工将失去这部分利益。如果这种情况大规模发生，将迅速激化社会矛盾。

其三，让 2000 万劳务派遣员工重回正式员工的队伍，与原有的员工享受同样的垄断利益。利用垄断地位，国有企业将这部分成本转移给消费者，这会以涨

¹⁵ 《劳动合同法实施细则博弈 劳资平衡线问题待解》，载《21 世纪经济报道》2008 年 5 月 11 日。

价形式间接激怒整个社会。由于国有企业的刚性化机制，其自身也将重蹈计划经济时固定工的覆辙。最终，也许仍要采取类似过去“大下岗”的方式来进行调整。

以上三种方案均为“双输”或“多输”的方案。比较起来，第一种方案制度成本较小，第三种方案最不可行。如果我们没有勇气去促动“正规用工”这一体制内的用工刚性化问题，而是简单地将“灵活用工”这一体制外的用工扩大入体制范围内，只会使社会矛盾变得更加尖锐。当我们以稳定劳动关系为宗旨，扩大用工的刚性化时，已经无法触动各种盘根错节的体制内人的利益。通过“老人老办法、新人新办法”，以劳务派遣的方式使体制内刚性化用工群体不再扩大，至少是符合社会大众利益的。从两大立法部门均希望将执法的任务推给对方，使自己居于旁观与批评地位的现实态度中，我们大体可知“堵”方案的最终命运。

三、劳务派遣超常发展的治理——“疏”

五年前，在《劳动合同法》起草过程中，面对几乎所有人都预言新法环境下劳务派遣将面临灭顶之灾时，针对《劳动合同法》中用人“凝固化”倾向，笔者曾预测：我国可能出现某种用人双轨制的情况，从而使劳务派遣大发展。“随着劳动关系管理的进一步刚性化，我国这样一个劳动力极其丰富的国家将会出现一个庞大的就业困难群体。这将会使我国出现两难的选择：一是通过改革，重新形成能进能出的局面，但劳动标准易上难下，劳动关系易刚难柔的特征，将会使这种调整面临巨大的社会震荡；二是在已经凝固化的劳动关系之外，通过促进就业的方式，形成一套更为灵活的用工机制，但是凝固化用工体制与灵活化的用工体制，事实上将贯彻两套不同的法规体系，形成巨大的制度性歧视，引发社会矛盾。”¹⁶全国总工会的调查报告说明这种状况已经出现。无论我们是否愿意，从制度选择上看，我国已经以劳务派遣超常发展的方式，进入“双轨制”的制度安排。

劳务派遣之所以会发展，与国家关于促进就业的考虑有关。在《劳动合同法实施条例》起草过程中为什么会出现那个被业界称为“180度的大转弯”？2009年政府工作报告中总理强调“加强有组织的劳务输出，引导农民工有序流动。组织返乡农民工参与农村公共设施建设”。农民工的就业成为我国当时的头等大事。当“加强有组织的劳务输出”成为“引导农民工有序流动”的重要形式时，劳务派遣得到了正名。在全国总工会发布2011年报告之后，很多学者以为当年我国

¹⁶ 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法（草案）〉的基本定位》，载《法商研究》2006年第3期。

政府的选择是向资方退让，因而是“立场不稳，态度暧昧”¹⁷。令人遗憾的是，这么多年过去了，这些学者的认识依然停留在所谓“劳资冲突”、“扶劳抑资”这样简单的思维上。

无论哪一个国家，就业问题都是压倒一切的政治、经济、社会问题。新公布的法国大选结果，萨科奇之所以成为法国 30 年来第一位竞选连任失败的在任总统，与失业率升至近 10%，创 12 年新高密切相关。我国政府当年的选择可以说是一种理性的选择，也是一种必然的选择。问题是：我们为什么要在维持就业与维持歧视中进行反复摇摆的两难选择？这才是学者真正需要质疑的。劳务派遣只是我国制度扭曲的一个信号，即便我们解决了劳务派遣超常发展的问题，制度扭曲也会选择其他信号来反映。因此，笔者以为劳务派遣超常发展的问题，应当分为“治本”与“治标”两个方面来化解。

1. 劳务派遣超常发展的治本措施

一些学者忽视了两次修法呼声之间的内在联系，劳务派遣超常发展的根本原因是，我国《劳动合同法》中过于刚性化的制度设计。据全国总工会所称，到 2010 年底全国劳务派遣人员总数已经达到 6000 多万。这一数字如果属实，那么我们将面临一个无法回避的事实：改革开放 30 多年，劳务派遣只有不到 2000 万的人数，而《劳动合同法》公布短短三年多的时间，人数竟然超过了三倍，《劳动合同法》似乎是劳务派遣超常发展的幕后推手。事实上，《劳动合同法》一经公布，其刚性化的用工机制，尤其是无固定期限合同的制度安排便受到过广泛的质疑。也正是由于刚性化的用工机制未能得到及时调整，促使大量企业选择劳务派遣这种弹性用工形式。正如人社部部长尹蔚民所说：“劳务派遣，应该讲也是一种新型的用工形式，它的最大好处是灵活用工和促进就业。”¹⁸全国总工会报告提供的另一个数据也可以佐证这一结论，在国企、外企、民企这三类企业中，劳务派遣发展最快的是国有企业，发展最慢的是民营企业。

为什么同样一部劳动立法会在三类企业的标准劳动关系中产生不同的效果呢？这是由于我国的国有企业不仅具有资金、技术优势，更具有其他企业所没有的垄断优势，成为中上层劳动者最向往的用人单位，《劳动合同法》中无固定期

¹⁷ 黄巧燕：《现有法律背景下细化对劳务派遣用工方式的规范要求》，第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料，南京大学法学院，2012 年。

¹⁸ http://www.china.com.cn/zhibo/zhuanti/2011lianghui/2011-03/08/content_22077344.htm，2012 年 5 月 12 日访问。

限合同的单方强制缔约制度、刚性的解雇保护制度，因而也成为国有企业发展的桎梏；反之，民营企业不仅没有垄断优势，更处于资金短缺、技术转型的困境，员工的流失率很高。于是，我国又出现了一个极为奇特的现象：在国有企业中，制度安排中作为短期用工的劳务派遣，出现长期化的情形；在民营企业中，制度安排中作为长期用工的正式职工，出现短期化的现象。这从不同的侧面说明，新陈代谢、优胜劣汰的弹性机制是各类企业须臾不可缺少的机制，也是劳务派遣存在的根本原因。

笔者认为，用工弹性并不可怕，过于刚性与过于弹性的双轨制引发的社会歧视的确会使我国面临社会动荡；但因此主张以开倒车的方式，消除弹性化的用工机制，则是一种更危险的倾向。劳务派遣超常发展的实质是，长期用工的企业出于保持弹性机制的需要，而将这类劳动关系隐蔽在短期用工形式之下，从而构成“隐蔽雇佣关系”¹⁹。历史地看，从工业化经济发展到全球化经济，“世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定时代”²⁰。当一国的立法忽视劳动力市场发出的信号，希望通过一些表面化的改善来保护劳动者利益，能够长驱直入的一定是“隐蔽雇佣关系”。赋予长期用工企业一定的用工弹性，涉及我国刚性化用工体制的立法调整，“消除隐蔽雇佣关系的内在动力”，也许是我国需要长期面对的课题。

2. 劳务派遣超常发展的治标措施

面对劳务派遣超常发展现实，作为一种治标措施，劳动部门与工会系统只有携起手来，通力合作，才可能使这种关系不向更恶化的方向演变。无论工会组织的现状如何，工会系统都应当责无旁贷地承担起自己的责任。对于政府管制而言，不是简单的加强力度，而应当是提高精度。我们首先应当将“源于书斋的制度假设”与“现实生活中的实际损害”进行精确的区别，以有限的行政资源来解决后者的问题。

以这样的标准来衡量，“三性问题”、“同工同酬”问题均只是“源于书斋的制度假设”。在国有企业中本身存在着市场就业与计划就业两种形式，派遣员工属于市场就业的员工，其进入企业时主要进行某种市场的横向比较，在这种横向比较中已经认可现行的工资、福利及用工制度。对于“老人老制度、新人新制度”，

¹⁹ 董保华：《“隐蔽雇佣关系”研究》，载《法商研究》2011年第5期。

²⁰ (英)罗宾·科恩保罗·肯尼迪：《全球社会学》，文军等译，北京社会科学出版社2001年版第106页。

不是社会的刻意引导，派遣员工还是有一定容忍度的。但如果我们通过“三性问题”、“同工同酬”引导国有企业新老员工相互进行比较，其实是将一些难以解决的问题提前引爆，这种做法只会激化劳动关系。

劳务派遣超常发展真正的隐患是异地用工引发的社会保险风险。近年来，随着劳动力供求变化以及政府的大力推动，用工成本有了很大的涨幅。利用异地派遣，将社会保险关系移至较为落后的地区从而降低缴费成本，成为企业的现实需求。社会保险中的医疗、工伤、生育是在劳动关系存续期发生的，具有很强的地域性。一个在上海工作的员工，要求其去青海认定工伤或者实际就医，是不现实的。一旦发生这类风险，由于用人单位已经在异地完成了缴费义务，当地劳动部门无权对异地社保进行监管，就会使员工在当地求偿无门。无论按《社会保险法》还是《劳动合同法》，异地派遣均是一种合法的形式。这种既合法又能大幅度降低用工成本的形式一经流行，便会对员工的实际利益构成真正的威胁。这才是我们需要特别关注的。

总之，我国一些学者从“就业歧视”的角度提出问题无可厚非，然而却试图回避真正的原因。《劳动合同法》推行无固定期限合同，强化解雇保护。正是我们的“堵门”之举，才使大量劳动力借助劳务派遣之窗来实现流动。如果我们“堵门”之后再“堵窗”，只能促使“打洞”流行，劳动关系因缺乏规范而更加恶化。当我们对制度扭曲的现状缺乏认识，只可能得出南辕北辙的结论。



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