**新冠肺炎疫情防控期间劳动用工法律政策要点解读**

中国劳动用工法律政策的发展一直受以维护社会稳定为目标的公共政策推动前行，而维护社会稳定是国家的头等大事。新冠肺炎疫情期间，劳动用工成为一个充满争议的热点话题，因为面对这种严峻的形势，先前普遍采用的执法实践显然准备不足。因此，最高院和各地高院相继出台了司法指导意见，针对这一特殊时期出现的争议、纠纷发布了法律适用方面的指导性意见。这些意见势必将在指导执法方面发挥非常重要的作用。

四月底，最高院以及北上广三地高院相继发布了关于审理涉新冠肺炎疫情劳动人事争议案件的指导意见。在本文中，我们拟从律师的角度分享其中的一些关键要点。

**I 最新司法指导意见概述**

* 最高院关于以新冠肺炎疫情为由单方解除劳动合同的指导意见

《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第四条规定，审理涉疫情劳动争议案件时，要准确适用《中华人民共和国劳动法》第二十六条、《中华人民共和国劳动合同法》第四十条等规定。同时，禁止用人单位仅以劳动者是新冠肺炎确诊患者、疑似新冠肺炎患者、无症状感染者、被依法隔离人员或者劳动者来自疫情相对严重的地区为由主张解除劳动关系。

如您所知，以客观情况发生重大变化为由解除劳动合同的依据是《中华人民共和国劳动法》第二十六条、《中华人民共和国劳动合同法》第四十条，其内容如下：“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同”。

适用客观情况发生重大变化解除劳动合同多年来一直存在着争议，因为其定义和适用标准一直模糊不清。那么现在根据最高院的最新指导意见来看，对适用客观情况发生重大变化解除劳动合同的司法审查将更加严格。

1995年劳动部办公厅关于印发《关于<劳动法>若干条文的说明》的通知第二十六条规定，《中华人民共和国劳动法》中所称的“客观情况”，指发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等。

在现行实践中，新冠肺炎疫情可定性为不可抗力事件。但是，要准确把握疫情或者疫情防控措施与合同不能履行之间的因果关系。此外，在解除合同之前，当事人要真诚协商变更劳动合同，促使劳动合同继续履行。但是，如何进行始终存在争议，各地可能对此都有自己不同的理解，这一点将在下文继续讨论。

根据我们处理类似案件的经验，因业务需要撤销某一岗位或一系列岗位的，可能被认定是一种主观决策，而不是一种客观情况，因此不能构成“客观情况发生重大变化”；但是，在现行司法实践中，如果能够证明遭受了严重的经济损失，则撤销整个团队/部门更有可能被认定为“客观情况发生重大变化”的情形。

* 北上广三地高院指导意见重点内容摘要

为了审慎和统一起见，高院一般都倾向于与本地劳动行政部门联合制定并发布本地的指导意见。近日北京、上海、广东三地高院相继发布了疫情期间劳动纠纷指导意见：上海市意见全文仅有9条；北京市意见和广东省意见均为22条。从严格的法律角度来讲，我们不能说中国劳动用工法律政策一直以来都比较倾向于用人单位，因为其本质就是要保护劳动者，因此对其更务实、更现实的一种理解是，各地都力争在执法传统和文化允许的范围内为用人单位提供较大的灵活性；同时，各地政府也力争给用人单位留有更多的余地，倾向于在用人单位与劳动者之间取得平衡。

此前上海由于2020年2月3日至2020年2月9日延迟复工期间的加班待遇政策过于激进，因此备受本市用人单位诟病（但耐人寻味的是，劳动行政部门高级官员在新闻发布会上所作的这一说明完全没有反映在最新的指导意见中）。有鉴于此，上海高院和劳动行政部门在制定指导意见时相当谨慎。因此，除了指导意见中明确规定的规则外，其中未明确的/暗示的内容在解释时也应予以充分考虑。

* 本次上海市意见未涉及依据《劳动合同法》第四十条第三项规定基于客观情况发生重大变化解除劳动合同的问题。因此，我们认为疫情背景下实际上并不鼓励以此为理由解除劳动合同，因此用人单位在此期间如以此为理由解除劳动合同的，可能面临更大的风险。
* 第一条规定，考虑到新冠肺炎疫情情况特殊，经审查劳动合同有继续履行可能的，对当事人主张解除劳动合同的，一般不宜支持。这意味着：（1）依据《劳动合同法》第四十条第三项证明劳动合同不能继续履行的标准将被收紧；（2）非法解除的情况下，劳动者主张恢复劳动关系的，比以往任何时候都更有可能得到支持。
* 第一条进一步规定，对于劳动合同履行受疫情影响的，当事人可以通过协商调整履行时间、履行地点、履行方式等方法变更劳动合同，促使劳动合同继续履行。您可能已经注意到，工资不在上述项目之列（在客观情况发生重大变化的情况下，工资调整可能会作为变更劳动合同的一种替代性选择）。根据上海市实践惯例，这意味着用人单位不能依据《劳动合同法》第四十条第三项规定以工资重新协商不成为由解除劳动合同。因此，如果用人单位既不能就减薪达成协议，也无力继续承担劳动者工资，那么相较于直接解除劳动合同，对本地实体进行清算或停工停产无疑是更合适的法律选择。
* 第四条确认，受疫情影响导致用人单位停工停产与用人单位因经营、管理不善导致停工停产不同，对于停工停产期间的待遇支付标准可以通过民主协商的方式确定；如不能达成一致意见的, 用人单位停工停产超过一个工资支付周期的，用人单位应当与劳动者协商支付相应的生活费。我们的理解是，既然是生活费，就意味着劳动者在停工停产期间未提供正常劳动的，就不会高于上海市最低工资标准。
* 第六条规定，疫情期间降薪需按照法律规定履行民主程序。这一规定实际上与以前的规定有点相悖——降薪必须征得劳动者本人的同意，需要进行一对一的协商，因为集体意志显然不能超越个人意志。因此，即使少数人不同意，如果遵循了正当的程序，降薪也同样适用于这些少数人。

北京市意见共有22条，鉴于其中的大多数规定先前就已经公布或实施了，因此我们将重点介绍一些最新更新的内容，供您参考。

* 在第四条中，北京市首次正式明确承认电子劳动合同。但是，关于如何认定电子签名的法律效力，更多细节规定有待出台。据我们所知，相较于用人单位自身系统的电子签名，第三方平台的电子签名更容易得到认可。
* 第十条规定，对新型冠状病毒感染的肺炎患者、病原携带者（无症状感染者）、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间，可以不支付（1）绩效、奖金、提成等劳动报酬中非固定构成部分；（2）与实际出勤相关的车补、饭补等款项。
* 第十三条规定，劳动者返京到岗上班须先行隔离观察14天期间无法提供劳动的，工资待遇支付参照第10条处理。2月14日后在京劳动者因私出京返京后的隔离期间无法提供劳动的，用人单位可以比照事假处理。
* 第十四条：对于北京职工看护未成年子女假，该条并未涉及用人单位不安排劳动者享受看护未成年子女假的法律责任。反而该条规定用人单位可以依据与劳动者协商一致调整后的工资标准支付劳动报酬。疫情防控期间，劳动者在家看护未成年子女，但当事人未就工资标准协商一致的，参照第10条处理。
* 第十五条：疫情原因导致用人单位停工停业安排劳动者待岗的，该条并未规定此种情形下须双方协商一致。
* 第十六条：在疫情防控延迟复工期间，该条未要求用人单位必须与劳动者协商一致才可决定如何安排休带薪年休假，用人单位自设福利假等各类假同理。
* 第十九条规定，除日常工作中医护、检疫、防疫、消毒等特殊岗位或在疫情防控期间从事疫情防控等相关工作，用人单位必须提供口罩、消毒液等防护用品而未提供的情形外，劳动者依据《劳动合同法》第三十八条的规定提出解除劳动合同（推定解除），要求支付解除劳动合同经济补偿的，一般不予支持。

广东省也在最新指导意见中重申了先前已公布或实施的一些规则。但是，与上海市意见和北京市意见相比，广东省意见似乎更倾向于用人单位，因为广东省的规定赋予了用人单位更多解除可能性。

* 第十一条规定，劳动者违反政府疫情防控措施，影响用人单位生产经营或者严重违反劳动纪律、用人单位规章制度的，用人单位可依据《劳动合同法》第三十九条的规定即时解除劳动合同。
* 第十三条规定，（1）用人单位因受疫情影响导致生产经营严重困难的；（2）未能就调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、待岗等自救措施与劳动者协商一致的，用人单位可依据《劳动合同法》第四十条第三项规定以客观情况发生重大变化为由解除劳动合同。这一规定与上海市和北京市的规定有很大不同。
* 第十四条规定，用人单位因受疫情影响停工停产，未超过一个工资支付周期的，应当按照劳动合同约定的工资标准支付工资。超过一个工资支付周期的，用人单位与劳动者可以协商新的仅适用于该期间的工资标准；协商未成的，用人单位可根据《劳动合同法》第四十条第三项规定以客观情况发生重大变化为由解除劳动合同。这一规定赋予用人单位一个重要的解除劳动合同的可能性。

**II 用人单位的措施和选择**

* 协商减薪

在以前的实践中，紧急状态下的减薪，需要进行一对一的沟通；如果员工不同意减薪，员工拥有最终的话语权。

但是，此次疫情期间，上海市规定用人单位可以通过民主协商程序解除劳动合同，而广东省规定用人单位可以客观情况发生重大变化为由与劳动者协商解除劳动合同。这些规定为用人单位解除劳动合同提供了额外的便利。

我们建议您参考以下做法：

* 减薪、撤销相关岗位的，要正式作出董事会决议。如有可能，要同时附上能充分证明疫情对业务和相关工作岗位产生不利影响的财务报告；
* 这份董事会决议要根据《劳动合同法》第四条规定的民主程序公示、征求意见；
* 要通过面对面会议或电子邮件，以书面形式收集劳动者对用人单位决定的确认书和同意书。

上述策略精简、吸收了过去和当前各项指导意见中的一些好经验、好做法，适合各地用人单位借鉴、整合、运用。

* 裁员

根据我们的经验，《劳动合同法》第四十一条规定的经济性裁员一般不太可能获得批准，因此在现行实践中不是主流做法。目前广泛采用的方法是，分批一对一协商一致解除，结合适用以客观情况发生重大变化为由解除。

协商期间，员工主张的赔偿金额通常会超过法律规定的范围。建议提前积极计划并预先准备对策。除非预算无限大，否则确实存在无法协商一致的可能性。因此，与其孤注一掷，不如准备一个B计划。有关经济型裁员问题的沟通交流要始终以程序为导向，并且实施过程中需要有清晰的结构或计划，这就是为什么从始至终都要考虑法律因素的原因。

如果无法通过协商达成协议，那么B计划，也就是单方面解除合同也不失为一种手段。如果以客观情况发生重大变化为由解除劳动合同，则应适当固定以下程序或证据：

* 劳动者知道客观情况发生重大变化这一事实；
* 劳动者知道自己的岗位或相关部门被撤销（或导致无法继续履行劳动合同的其他事实）；
* 劳动者知道用人单位提供了其他可能性，但是没有成功。

再次提请注意，如果根据当地劳动行政部门的内部指导意见，受影响劳动者可以认定为人数众多，尽管可能不构成法律定义的经济性裁员，但仍然强烈建议与当地劳动行政部门提前进行有效的沟通。

* 用人单位潜在责任

根据人力资源和社会保障部二月份的一份解答，（1）除非当地工伤规定另有规定；（2）除了医护、检疫、防疫、消毒等特殊岗位，感染新冠肺炎很难被认定为工伤。

虽然有点不愿意得出这样的结论，但我们的观点仅从劳动法的角度出发，不能阻止劳动者依侵权法基于雇主责任提起诉讼。因此，为避免发生这种情况，强烈建议为劳动者提供必要的积极保护措施并对劳动者实行旅行限制。