

律师快评上海高院、上海人社局关于处理涉疫情劳动争议纠纷 12 个问答

作者：林则达 | 戴梦迪

2022年4月28日，根据上海市疫情防控情况及劳动关系特点，上海市高级人民法院与上海市人力资源和社会保障局联合制定《关于处理涉疫情劳动争议纠纷若干问题的解答》（以下简称“《解答》”）并予以印发。我们将针对《解答》中的12个问答，逐条进行点评。

问题 1：处理涉疫情劳动争议纠纷应遵循哪些原则？

答：全市各级法院、人力资源社会保障部门要紧紧围绕援企稳岗稳就业、切实保护劳动者合法权益、维护劳动关系和谐稳定的价值目标，妥善化解本市涉疫情劳动争议纠纷。在依法及时处理劳动争议纠纷时应遵循和坚持如下原则：

一是和谐稳定。要积极贯彻落实保就业保生产、促稳定促发展、助企纾困、援企稳岗等政策要求，充分考虑疫情或疫情防控措施对企业和劳动者所产生的影响，着力维持劳动关系的和谐稳定，审慎处理涉疫情劳动合同解除等纠纷，确保企业有序复工复产，保障劳动者合法权益。

二是协商求同。要树立劳动关系双方同力协契、共商共议的理念，稳妥处理劳动争议纠纷案件，对因疫情或疫情防控措施引发的关于工作方式、工作时间、劳动报酬等纠纷和矛盾，尽可能通过协商、调解等方式来解决，促成劳动合同的继续履行，真正凸显劳动关系双方在疫情期间共担风险、共克时艰的相互依存关系。

三是平衡保护。要始终坚持依法保护劳动者合法权益和促进企业稳定有序发展并重的精神，在纠纷的处理上，要充分考虑疫情或疫情防控措施对双方的影响，既要保障劳动者基本生活和就业稳定，又要为企业生存发展、有序运转创造应有的条件。

四是多元化解。要积极会同工会、司法行政机关、企业联合会、工商业联合会、基层调解组织等，充分发挥联动工作机制实效，加大沟通调解力度，及时将矛盾纠纷调解在基层、化解在萌芽。对于群体性、突发性、敏感性、涉重大利益等涉疫情劳动争议纠纷，既要积极发挥劳动保障监察快速反应、及时介入的优势，又要密切关注企业主体与劳动者的真实诉求，及时做好劳动风险预警，全力守护城市安全、社会稳定、市民安康，助力经济社会平稳健康发展。

快评：相较于《劳动合同法》更倾向于对劳动者的保护，疫情期间的劳动用工关系在依旧关注劳动者权益保护的同时，更强调“平衡保护”的原则，为用人单位的“生存发展、有序运转”提供了更充分的支持。同时，本次《解答》进一步明确了“多元化解”的渠道，充分发挥“工会、司法行政机关、企业联合会、工

商业联合会、基层调解组织等”主体的优势，为劳动争议提供了更广泛的第三方协调途径。

问题 2：受疫情或疫情防控措施影响期间，用人单位制定、修改或决定直接与劳动者切身利益相关的规章制度或重大事项时，如何履行民主协商及告知程序？

答：受疫情或疫情防控措施影响期间，用人单位可通过电子邮件、内部办公自动化（OA）系统、微信群组等形式，将涉及停工停产、变更劳动报酬、调整工作方式和工作时间、轮岗轮休等直接与劳动者切身利益相关的规章制度或重大事项等相关方案和意见，交由工会或职工代表**征求意见**。经**协商确定**仅适用于疫情期间，并传达或告知劳动者的，可视为履行了民主协商和告知程序。

快评：《解答》赋予用人单位疫情期间制订临时用工措施的自主权。《解答》对此**倾向于“共议单决”**，即在明确民主程序可以通过多样化的线上方式进行的同时，认可用人单位在疫情期间的用工自主权，其中包括了停工停产以及其他措施。但需提醒的是，这些措施必须同时满足 1) 经过一定的民主程序；2) 仅适用于疫情期间；3) 措施本身不违反法律强制性规定；4) 传达或告知劳动者。

问题 3：受疫情或疫情防控措施影响，用人单位未及时与劳动者订立或续订书面劳动合同的法律后果应如何认定？

答：用人单位因受疫情或疫情防控措施影响，**客观上无法与劳动者依法及时订立或续订书面劳动合同的**，可与劳动者协商一致采用电子形式订立或续订劳动合同，或通过协商等方式合理顺延订立或续订书面劳动合同的时间。劳动者以用人单位实际未与其订立或续订书面劳动合同为由，请求用人单位支付相应期间未订立或未续订书面劳动合同二倍工资差额的，**不予支持**。

快评：应签未签劳动合同的双倍工资这则惩罚机制的本身目的是惩罚用人单位不（续）签劳动合同的主观恶意，而疫情期间，由于办公场所的封闭、劳动者的居家隔离，客观上无法完成的，不应视作为存在不（续）签的主观恶意，所以《解答》明确，“**用人单位因受疫情或疫情防控措施影响，客观上无法订立或续订的**”，**劳动者主张双倍工资不予支持**。我们也同时建议，具备签订电子劳动合同条件的用人单位，可以根据《电子签名法》和人社部《电子劳动合同订立指引》的规定签订电子劳动合同。不具备签订电子劳动合同条件的用人单位，也可通过电子邮件、微信等线上方式对劳动合同内容予以确认，一方面表达用人单位已经履行诚信磋商的签订义务，另一方面也能尽快与员工确认劳动合同内的权利义务内容，降低不确定性带来的法律风险。

问题 4：劳动者被确认为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者，隔离治疗或医学观察期间，用人单位应如何支付其工资报酬？

答：劳动者因不可归责于自身的原因被确认为**新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被采取隔离治疗或医学观察措施**，导致其不能提供正常劳动的，根据《中华人民共和国传染病防治法》第四十一条第二款的规定，用人单位应按劳动者**正常工作时的工资标准**支付隔离治疗或医学观察期间的工资。

隔离治疗或医学观察期结束后，劳动者仍需停止工作进行治疗的，用人单位应按职工患病医疗期的有关规定支付其工资。

快评：《解答》进一步明确了“应按劳动者正常工作时的工资标准支付”的适用主体，即仅“**被确认为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被采取隔离治疗或医学观察措施**”，之前一直存有争议的“**因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工**”这类情况已经被排除在外。这

也就意味着，非“新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者”，即便基于整个上海地区目前整体的防疫措施居家隔离、足不出户的，并不是“应按劳动者正常工作时的工资标准支付”的适用主体。

我们注意到，本次《解答》在这个问题上与上海市人社局于2022年4月26日印发的《关于进一步维护当前劳动关系和谐稳定的工作指引》（沪人社关〔2022〕89号，以下简称“89号文”）也略有不同。89号文对“应按劳动者正常工作时的工资标准支付”的适用主体表述为“由医疗机构或政府依法对新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者等”，而《解答》中并未见该“等”字。我们认为，虽然一字之差，但无论是发文的时间，发文的单位及对司法实践的指导作用，建议以《解答》的表述作为用工管理的依据。

另请注意的，**“新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被采取隔离治疗或医学观察措施”**在性质上属于疾病治疗期或者医学观察期，但由于隔离治疗或医学观察措施存在防疫的特殊性，其不宜纳入常规“医疗期”累计计算。只有在“隔离治疗或医学观察期结束后，劳动者仍需停止工作进行治疗的”期间，才计入医疗期。

问题5：劳动者受疫情或疫情防控措施影响无法正常出勤上班的，用人单位应如何支付劳动者工资报酬？

答：劳动者受疫情或疫情防控措施影响无法至用人单位正常出勤上班，其主张用人单位支付工资报酬的，可按以下情形区分处理：

第一，用人单位安排劳动者以居家办公、远程办公等方式提供正常劳动的，视为劳动者正常出勤，**用人单位应按劳动者**正常出勤时的工资标准支付其工资报酬；

第二，用人单位未安排劳动者居家办公、远程办公，或者劳动者无法通过上述方式提供劳动的，用人单位可安排劳动者在上述期间优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假期，并按相应假期的工资标准支付劳动者工资报酬；

第三，不存在上述两种情形，或者因疫情或疫情防控措施导致劳动者无法正常出勤上班的期间超过劳动者各类假期累计天数的，用人单位可参照国家关于停工、停产期间工资支付的相关规定与劳动者协商，在一个工资支付周期内按照劳动合同约定的工资标准支付劳动者工资报酬；**超过一个工资支付周期的，按有关规定发放生活费。**

快评：《解答》进一步明确了用人单位可以在“劳动者受疫情或疫情防控措施影响无法正常出勤上班的”情况下，安排劳动者居家办公、远程办公等方式提供正常劳动，对于“未安排劳动者居家办公、远程办公，或者劳动者无法通过上述方式提供劳动的”，用人单位可安排休假。其中**特别是安排休假，不再提“与劳动者协商”的表述**，这与之前的一些法规、政策文件（包括89号文）的表述都有明显不同，更突出了用人单位在符合条件的情况下可以“单方”安排年假的权利。

另外，对于停工停产超过一个工资支付周期后的报酬支付标准，进一步明确为“**生活费**”。我们认为这里的“生活费”目前并没有一个明确的法定标准，从公平合理的角度，不宜理解为“最低生活保障标准”，但**建议不低于“上海市最低工资”的80%**。

问题6：用人单位受疫情或疫情防控措施影响致生产经营困难的，是否可缓发劳动者工资？

答：根据人力资源社会保障部等部门《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》的有关指导意见以及《上海市企业工资支付办法》第十条的规定，企业受疫情或疫情

防控措施影响致生产经营困难，暂时无法按时支付工资的，经与工会或职工代表协商同意后，可暂时延期支付劳动者工资，但延期支付时间一般不超过一个月。

快评：对于因生产困难要缓发工资的，用人单位应注意此处需要与“工会或职工代表”协商且“共议共决”，而不可随意单方决定缓发。至于延期支付的时间，一般不超过一个月，但还是以用人单位与员工协商确定的结果为准。

问题 7：受疫情或疫情防控措施影响，用人单位因停工停产、暂时性生产经营困难等原因，未及时足额支付劳动者劳动报酬或者未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者以此为由提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿的，应如何处理？

答：对于因疫情或疫情防控措施影响导致停工停产或暂时生产经营困难的用人单位，特别是中小微企业，未及时足额支付劳动者劳动报酬或未依法缴纳社会保险费等引发劳动者解除劳动合同纠纷的，应注重通过和解、调解等方式，着力化解矛盾，促成双方恢复劳动关系，继续履行劳动合同。劳动者坚持要求依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条的相关规定解除劳动合同并主张用人单位支付经济补偿的，应坚持审慎处理的原则，一般不予支持。

快评：强调劳动者“未及时足额支付报酬”与“未依法为劳动者缴纳社保”如非主观故意，不支持劳动者用《劳动合同法》第 38 条的解除来主张经济补偿。但仍需提醒用人单位的是，不能滥用该保护，一旦被认为有主观故意拖延的，仍不排除被裁决支付经济补偿的可能性。

问题 8：劳动者不同意用人单位居家办公、远程办公安排，以用人单位未提供劳动条件为由提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿的，应如何处理？

答：因疫情或疫情防控措施影响，劳动者无法到岗提供正常劳动的，用人单位通过民主协商或与劳动者沟通等程序，安排劳动者居家办公、远程办公，是企业与劳动者双方共同应对疫情而采取的方式，对保障劳动者劳动权利及维持企业正常运转均具有积极作用。如用人单位对居家办公、远程办公等工作安排妥当合理，并未侵害劳动者合法权益的，劳动者应予积极配合。劳动者以用人单位未按劳动合同约定提供劳动条件为由提出解除劳动合同，并要求用人单位依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条的相关规定支付经济补偿的，不予支持。

快评：《解答》已经明确了用人单位具有安排员工居家办公、远程办公的权利，这种情况应当视为是疫情特殊时期劳动关系双方共担责任、共克时艰的表现。劳动者如果因为未在工作场所办公而基于《劳动合同法》第 38 条的“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的”解除劳动合同的，显然打破了平衡保护的原则，故其主张的经济补偿也将不被支持。我们进一步认为，如果劳动者无正当理由不服从用人单位的居家办公、远程办公等合理的工作安排，用人单位可以依据规章制度予以处理。

问题 9：对被确认为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被隔离治疗或采取医学观察措施，以及因疫情或疫情防控措施影响不能提供正常劳动的被派遣劳动者，用工单位可否将其退回劳务派遣单位？

答：为避免和减少疫情或疫情防控措施对劳动关系稳定的冲击和影响，根据人力资源社会保障部、全国总工会等部门的意见，企业不得在疫情防控期间解除受相关措施影响而不能提供正常劳动职工的劳动合同或退回被派遣劳动者。据此，对被确认为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被隔离治疗或采取医学观察措施，以及因疫情或疫情防控措施影响不能提供正常劳动的被派遣劳动者，用工单位不得因此将其

退回劳务派遣单位。

快评：劳务派遣过程中，用工单位要将劳动者退回作为用人单位的劳务派遣单位的，需符合法律明确的规定。此次《解答》也进一步明确了，用工单位不能以疫情作为当然退回的理由，需注意的是，这里所适用的劳动者的主体范围不仅包括“被确认为新冠肺炎患者、无症状感染者、密切接触者而被隔离治疗或采取医学观察措施”的劳动者，还包括了“因疫情或疫情防控措施影响不能提供正常劳动的被派遣劳动者”。

问题 10：疫情防控期间，劳动者因不配合政府部门疫情防控措施被追究刑事责任或受到治安拘留等行政处罚的，用人单位可否解除劳动合同？

答：疫情防控期间，劳动者因不配合政府部门疫情防控措施被追究刑事责任的，用人单位可依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第（六）项的规定，依法解除劳动合同；劳动者因不配合政府部门疫情防控措施而受到治安拘留等行政处罚，用人单位依法制定的规章制度对此情形是否可解除劳动合同有规定的，可按其规定处理。

快评：劳动者被依法追究刑事责任的，属于《劳动合同法》规定的用人单位可单方解除劳动合同且无需支付经济补偿的情形。此次《解答》针对疫情防控的特殊时期，进一步明确了因不配合防疫而被追究刑事责任的，用人单位可以依法解除劳动合同。而劳动者受到行政处罚并非《劳动合同法》规定的用人单位可单方解除劳动合同的情形，实践中对此也有不同的意见，此次《解答》进一步明确了，如果用人单位的规章制度中有相应的规定，则可按照规定处理。而如果规章制度无相关规定，则对于劳动者因不配合防疫而受到行政处罚，导致不能提供劳动的情况，建议按照事假或旷工来处理。

问题 11：对疫情期间“共享用工”模式下被调剂劳动者的合法权益，应如何加强保护？

答：共享用工模式下，原则上不宜认定借出单位、借入单位、被调剂劳动者三者之间形成双重劳动关系。共享用工期间，被调剂劳动者与借出单位仍为单一劳动关系，双方劳动权利义务不变。

为依法维护被调剂劳动者的合法劳动权益，应积极引导共享用工的借出单位与借入单位、被调剂劳动者签署共享用工协议。共享用工协议的签订应遵循平等、诚信、公平、合理等原则，并不得违背公序良俗，不得违反法律、法规的禁止性规定。共享用工协议可就共享用工的期限、工作岗位、工作内容、工作时间、劳动报酬的结算方式、结算周期及支付方式、劳动保护条件、休息休假等内容作出约定，所约定的日或小时工资标准等不得违反本市的最低工资标准。借出单位或借入单位应按照共享用工协议的约定切实履行各自的义务，依法支付被调剂劳动者的劳动报酬，并确保被调剂劳动者的休息权利和劳动安全保护条件，充分保障被调剂劳动者的合法权益。

快评：《解答》明确了“共享用工”不宜影响原劳动关系的认定，也不宜因为共享用工认定建立新的劳动关系。虽然并未明确用人单位是否有权单方安排劳动者“共享用工”，但我们倾向于认为，“共享用工”由于可能涉及到劳动者行业、工种、工作方式等多方面的实质性变化，应当征得劳动者的同意，并建议借出单位与劳动者以及借入单位就共享用工的期限、工作岗位、工作内容、工作时间、劳动报酬等重要内容作出明确约定，一方面促进疫情期间灵活用工，最大程度上保证劳动用工的合理流动性，支持复工复产，同时应保护劳动者的合法权益。

问题 12：受疫情影响，劳动人事争议的仲裁时效或起诉期间应如何认定？当事人无法正常参加相关仲裁活动或诉讼活动的，应如何处理？

答：根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国突发事件应对法》的相关规定，因受疫情影响，当事人无法在法定期间申请劳动人事争议仲裁或提起诉讼的，**可依法适用有关仲裁时效中止、受影响的期限不计算在起诉期限内的规定**；因受疫情影响，当事人不能正常参加仲裁或诉讼活动的，可依法适用仲裁、诉讼程序中止的规定，但法律另有规定的除外。劳动保障监察的程序按照劳动监察的相关规定处理。

快评：《解答》明确受疫情影响的当事人无法在法定期间申请劳动人事争议仲裁或提起诉讼的，适用时效中止规定，但有两个方面的建议，第一是当事人立即通过微信、短信、信函等方式向对方主张权利，以期达到时效中断的效果，第二是当事人在该影响消除后的次日立即申请仲裁或提起诉讼，其方式包括网上立案、邮寄立案或者现场立案。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

林则达

电话： +86 21 6080 0266

Email: zeda.lin@hankunlaw.com