

### 董律师信箱

## 疫情之后,新冠肺炎患者的就业权如何保障?

随着国内疫情形势的持续好转,企业全面复工复产,一些曾不幸感染新冠肺炎但已经治愈的劳动者,也面临返岗复工或再就业等问题。近期就有部分职工咨询:春节前辞职,后来不幸感染新冠肺炎,现在已经治愈,但在求职时被用人单位拒绝怎么办?患新冠肺炎的劳动者,在治疗期间岗位被单位安排其他人员代替,现在治愈后要求返岗,单位以没有岗位为由要求解除劳动合同,怎么办?劳动者还在新冠肺炎的治疗期当中,但是劳动合同已经到期,单位可不可以终止劳动合同?

疫情之后,用人单位不应该对曾患新冠肺炎的劳动者有任何歧视,应当充分保障他们平等就业的权利。

### 不得以曾患新冠肺炎为由拒绝录用

劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。《中华人民共和国就业促进法》第三十条规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是,经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前,不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”第六十二条规定:“违反本法规定,实施就业歧视的,劳动者可以向人民法院提起诉讼。”

《中华人民共和国传染病防治法》第十六条第一款规定:“国家和社会应当关心、帮助传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人,使其得到及时救治。任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人。”

因此,用人单位不得以劳动者曾经患有新冠肺炎为由拒绝录用。当然,新冠肺炎患者在治愈及隔

离期满前,也必须遵守“不得从事易使该传染病扩散的工作”的禁忌规定。

### 不得随意解除新冠肺炎患者劳动合同

人力资源和社会保障部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》明确规定:“对新型冠状病毒感染的肺炎患者、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间以及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,企业应当支付职工在此期间的工作报酬,并不得依据劳动合同法第四十条、四十一条与职工解除劳动合同。”

那么,在上述治疗期、隔离期等期限过后,用人单位能否与劳动者解除劳动合同?

按照《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项规定,患病劳动者在医疗期满后,只有在其不能从事原工作且也不能从事单位安排的其他工作的情况下,单位才可以解除劳动合同。因此,患新冠肺炎的劳动者康复后要求返岗复工的,用人单位应当予以合理安排,不得随意解除劳动合同。

### 不得随意终止新冠肺炎患者劳动合同

根据有关法规规定,劳动者患病后,可以享受三个月到二十四个月的医疗期,在医疗期内劳动合同到期的,应当依法延长。

《中华人民共和国劳动合同法》第四十五条规定:“劳动合同期满,有本法第四十二条规定情形之一的,劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。”第四十二条规定的情形包括: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学观察期间;劳动者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;劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内等。

因此,对于患新冠肺炎的劳动者,在其治疗或隔离观察期间,如果劳动合同到期的,应当顺延至其医疗期、医学观察期或隔离期期满,在此之前用人单位不得终止劳动合同。此外,劳动者因工作原因感染新冠肺炎,而被认定为工伤且丧失或部分丧失劳动能力的,则其劳动合同的终止,要按照国家有关工伤保险的规定执行。

对曾患新冠肺炎的劳动者,用人单位实施就业歧视的,劳动者可以诉讼至法院维护合法权益;用人单位违法解除或终止劳动合同的,劳动者有权要求继续履行合同或要求单位支付赔偿金。董彬

### 法官说法

## 个体工商户注销后,劳动者如何主张经济补偿

### 【案例介绍】

高某与某餐厅于2016年11月8日签订全日制劳动合同书,合同期限自2016年11月8日起至2017年11月7日止。高某从事餐厅服务工作。餐厅通过银行转账自2016年8月向高某发放报酬。餐厅于2013年4月18日核准开业,登记经营者为赵某,于2016年12月6日经核准注销。

2016年12月27日,高某提起仲裁,要求赵某支付代通知金2756元、经济补偿金1378元等。仲裁委员会不予受理,高某遂诉至法院。审理中,赵某认为高某于2016年11月8日入职,2016年11月8日之前为兼职。

法院认为,根据劳动合同法相关规定,用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的,劳动合同终止,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。本案中,餐厅于2016年12月6日注销,故高某与该餐厅劳动关系终止,餐厅应向高某支付经济补偿金1367元。本案并不符合《劳动合同法》第四十条规定支付代通知金的情形,故高某的该项诉讼请求,法院不予支持。该餐厅于2016年12月6日注销,故相

责任由经营者赵某承担。

### 【法官评析】

经济补偿是在劳动合同解除或终止后,用人单位依法一次性支付给劳动者经济上的补偿。《劳动合同法》规定多种情形下用人单位应向劳动者支付经济补偿。目前,个体工商户已成为较为普遍的用工主体,但部分个体工商户在遇到经营困难时往往决定歇业关门并予以注销,可能并没有按照企业的要求来承担相关用工主体责任。此种情况下,劳动者主张经济补偿就会产生以谁为赔偿主体的疑惑。实际上,即使经营者将营业执照注销了,其相应的法律责任仍是不能由此逃避的。

首先,个体工商户具备劳动法上的用工主体资格。《劳动合同法》第二条规定,“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,适用本法。”个体工商户属于上述条款中的“个体经济组织”,为劳动法上的用工主体,可以与劳动者形成劳动关系。

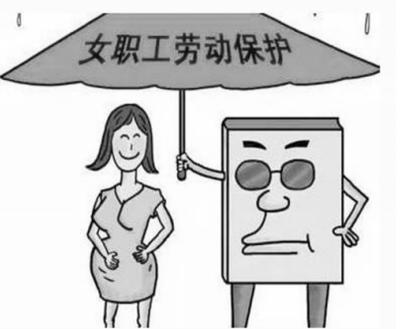
其次,个体工商户注销营业执照的,应向劳动者支付经济补偿。《劳动合同法》第四十四条第五项规定,用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的,劳动合同终止。《劳动合同法》第四十六条规定,用人单位依照本法第四十四条第四项、第五项规定终止劳动合同的,应当向劳动者支付经济补偿。个体工商户在注销营业执照前,应停止营业,依法清算债权债务,为劳动者办理停保手续。故根据上述法律规定,个体工商户注销营业执照属于应向劳动者支付经济补偿金的情形。

最后,《中华人民共和国民法总则》第五十六条规定:“个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担;无法区分的,以家庭财产承担。”上述法条明确规定,个体工商户的经营是以其经营者的全部个人资产进行担保的,经营者对个体工商户的债务承担直接责任。因此,即使个体工商户的字号已经注销,经营者仍然要对经营期间产生的债务承担给付责任。在本案中,虽然某餐厅已注销,但经营者赵某仍应承担向高某支付经济补偿的责任。

常州市天宁区人民法院 朱加林

### 权益视点

## 复工复产中的女职工权益维护



### 3. 企业因疫情影响裁员时,能否借机裁掉“三期”女职工?

答:不可以。女职工处于孕期、产期、哺乳期时,用人单位除非有证据证明劳动者存在可以被解除劳动合同的过失,也就是《劳动合同法》第三十九条规定的六种情形,否则不能与之解除劳动合同,而裁员并非六种情形之一。

### 4. 企业受疫情影响关闭时,应如何保障“三期”女职工权益?

答:用人单位应依法向“三期”女职工支付经济补偿金,并保障女职工“三期”相关待遇落实到位。如果因用人单位欠缴未缴生育保险费,导致女职工无法享受生育保险相关待遇的,应由用人单位依法一次性支付。

当前,部分行业企业可能面临较大的生产经营压力,女职工也会面临待岗、失业、收入减少等风

险,大家应该提高法律意识,依法理性平和地表达诉求,形成自觉学法、知法、懂法、守法、用法的良好氛围尽可能通过协商、调解等柔性化方式妥善处理问题。

另一方面,复工复产期间,工会和女职工组织应积极通过与用人单位的集体协商推动用人单位与女职工签订帮助女职工解决实际困难、依法复工复产期间的专项集体合同来维护女职工权益。在



女职工作为我国工人阶级的主要组成部分,是推动社会进步与高质量发展的生力军,在复工复产中必然也将承担起“半边天”的职责。在当前全社会一手抓疫情防控,一手抓复工复产的特殊时期,我们更要为女职工创建安全健康平等的工作环境,依法维护女职工合法权益和特殊利益。

一方面,用人单位应严格遵守相关法律法规,处理好与女职工权益相关的劳动用工问题。疫情防控和复工复产期间涉及女职工权益维护的现实问题主要有:

### 1. 企业复工复产后,应给予女职工哪些方面的劳动保护?

一是针对所有员工都应采取的劳动保护措施要到位,为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品。

二是要遵守女职工特殊劳动保护的相关要求,不得安排女职工从事禁忌劳动范围工种,遵守女职工“六期”劳动保护,即经期、已婚待孕、孕期、产期、哺乳期、更年期。

### 2. 女职工休产假期间正逢企业因疫情延迟复工,能否申请将产假顺延?

答:不可以。江苏女职工享受的128天产假中前90天为国家法定产假,属于自然日,不能顺延;而后30天为省内规定的符合计划生育政策的产假延长假,国家法定休假日不计算在其中。企业因疫情延迟复工,不能将产假顺延。女职工可以在产假结束后向企业提出延长产假的申请。

疫情防控复工复产的特殊时期,双方应当集体协商的重点内容应包括但不限于:

1. 企业复工复产中,对正处于孕期、哺乳期女职工的劳动保护具体措施。

通过签订集体合同集体协商积极推动生育保险保护,结合企业工作实际安排孕期、哺乳期女职工居家远程办公,灵活安排休假及工作时间,做好疫情防控与复工复产期间孕期、哺乳期女职工劳动保护。

2. 企业复工复产后的未成年子女看护问题。

用人单位可以从关爱员工、承担社会责任的角度与职工多沟通、多协商,通过女职工权益保护专项集体合同细化请假条件、请假程序以及假期待遇等实现复工复产后的未成年子女看护办法,解除职工后顾之忧。

3. 女职工的学习培训、技能提升、职业发展、技能提升问题。

通过女职工权益保护专项集体合同明确女职工参加参与职工教育培训的方式方法,特别是女职工培训费用占职工教育培训总额的比例。重视女性干部的选拔、培养和晋升,推进性别平等。

4. 根据用人单位实际情况对女职工特殊权益维护相关规定的贯彻落实措施。

在集体协商的过程中通过女职工权益保护专项集体合同,要明确女职工“痛经假”的具体天数、假期类型和待遇标准、女职工卫生费的标准、“保胎假”、“哺乳假”的休假程序及待遇标准以及单位“爱心母婴室”建设标准、性骚扰防范举措等重要内容。

工会和女职工组织开展女职工权益保护专项集体合同工作,是推动国家保护女职工权益各项法律法规的贯彻落实,保护女职工在劳动过程中的安全与健康,维护女职工合法权益和特殊利益的重要制度保障。

刘瑛

### 维权课堂

主办: 江苏省高级人民法院  
江苏省总工会  
承办: 省高院民四庭  
省总工会法工部  
江苏工人报社

随着疫情防控形势的好转,各行各业都在有序复工复产,上班族们也渴望重返岗位,恢复正常的工作生活。扬州市OYO酒店瘦西湖南店的客房服务员傅晓云、张美英也接到了复工通知,可没想到2天后就被酒店辞退了。

据傅晓云、张美英介绍,她们都是去年1月份入职该酒店的,从事客房清洁工作。银行流水显示,她们平均每月工资3000元左右,工作一年来,酒店也都按时为她们缴纳了社保。受疫情影响,1月26日起,这家酒店暂停营业。3月16日,她们接到了复工通知。可重返岗位一天后,主管约谈她们,提出降低薪资待遇,工资从3000元降到2700元,并且不再缴纳社保。

两人表示,受疫情影响,酒店行业不景气,她们也理解企业的难处,但自己也得生活,同意适当降低工资,但社保要交。然而,酒店方面执意要停缴两人的社保,傅晓云、张美英随即向劳动仲裁部门咨询。劳动仲裁部门让她们告诉酒店负责人,可以到社保局了解一下疫情期间相关补贴政策,如果酒店仍坚持不缴社保,劳动者可在4月份再进行投诉。傅晓云、张美英将咨询结果向酒店作了反馈。

或许是此举激怒了酒店负责人,两天后,傅晓云、张美英都收到了酒店开具的“辞退证明书”。文件显示,两人已被辞退,补偿仅为一个月的基本工资2100元。对此,两人都不能接受,表示不会签字离职,但酒店方面表示不需要她们的签字。

记者来到这家酒店采访时,只有一名前台服务人员,前台表示店长出差了。让人惊讶的是,这名员工也没有社保,酒店给了每个月300元的补贴。随后,记者电话联系上了这家酒店的店长。对方回复,停缴社保是该连锁品牌扬州区域的自救方式之一。同时考虑到最近订房数较少,“客房服务”岗位已没有存在的必要,并非因为社保问题才辞退了这两名员工。这位负责人还承认,这次辞退完全是单方面行为。

因为疫情,酒店等行业确实受到冲击,不少企业压力山大。可任何时候,都要依法依规办事。法律界人士介绍,我国《劳动法》规定,只有当劳动者出现严重违反企业制度、严重失职、触犯刑法等情况时,企业才有权单方面解除劳动合同。酒店的做法涉嫌违法解除劳动合同,属于滥用单方面解除权。因此,OYO酒店给出的赔偿标准,并不适用于这两位员工。律师表示,两位员工可以要求酒店双倍赔偿工资,或要求酒店继续履行劳动合同。同时,对于酒店停缴社保的做法,劳动仲裁部门明确表示,企业在任何情况下停缴社保都是违法行为。劳动仲裁部门负责人表示,不交社保,相关单位将面临行政处罚。

劳动部门提醒,疫情期间,我省已经出台了减免和缓缴企业社会保险费的相关政策:对于中小微企业,可免征2月到6月间的职工基本养老保险、失业保险、工伤保险单位缴费。对大型企业、民办非企业单位、社会团体等其他参保单位,今年2月到4月,可减半征收三项社会保险单位缴费。对于出现严重困难的企业,还可以申请缓交三项社会保险费,且免收滞纳金。律师提醒,企业主应提前了解政策动向,如需降薪,也应征得工会和劳动者的同意,采取集体协商的方式确定。记者 王槐文

### 老徐评案

## 两次劳动合同后单位是否有选择权



用人单位与劳动者第二期劳动合同到期后,单位是否有权拒绝劳动者续订劳动合同的要求?这个问题实践中存在一些争议。南京中院的一个终审案件为我们提供了江苏实践的标准样本。

### 案情: 第二期合同到期,单位不愿续签

袁虹系某生态公司职工,双方连续签订两次固定期限的劳动合同,第二期合同期限至2017年6月30日。2017年5月,公司通知袁虹合同到期后不再续签。袁虹收到通知后,于2017年5月26日书面回复公司,要求与公司续签无固定期限劳动合同。

生态公司提出:如果用人单位不愿意续订劳动合同的,则因为缺乏双方共同的“续订劳动合同”的意思表示,即使劳动者提出要求,也因不符合该条规定的条件,无须签订无固定期限劳动合同,劳动合同到期终止。如劳动者提出续订劳动合同,则用人单位必须与劳动者签订无固定期限劳动合同的话,用人单位实际上丧失了续订第三次劳动合同的选择权,从而使第二次劳动合同对用人单位毫无意义。

袁虹则辩称:第二期劳动合同到期,单位终止劳动关系,违反法律规定,应当支付赔偿金。

南京市中院审理认为,袁虹入职公司后,已连续签订了两次固定期限劳动合同,其书面提出订立无固定期限劳动合同后,公司应当与其签订无固定期限劳动合同。现生态公司在未能证明袁虹存在《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形下,自行终止与袁虹的劳动合同,不符合法律规定。公司主张在与袁虹订立两次固定期限劳动合同后,仍有权选择不与袁虹订立无固定期限劳动合同,与现行法律规定不符,本院不予采纳。一审法院支持袁虹关于赔偿金的请求正确,本院予以维持。

### 点评:此时用人单位已没有选择权

法律适用的基础是对法律规则的解释。这其中,首先要对法律规则进行文义解释,在文义解释有歧义时,需要综合应用其他体系解释、历史解释、立法目的解释等方法,对法律规则所包含的构成要件进行全面分析,以期获得法律适用的适当性。

就《劳动合同法》第十四条第二款第二项来看,正确适用这一项的构成要件是三个:一是第二期劳动合同到期。二是劳动者提出订立无固定期限劳动合同。三是劳动者没有劳动合同法第三十九条和第四十一条第一、第二项情形,满足这三个条件,在续订劳动合同时,就应当订立无固定期限劳动合同,无需考虑用人单位是否具有订立第三次劳动合同的意愿,或者说用人单位也就无权拒绝劳动者续订合同的要求。

《江苏省劳动合同》条例第十八条第一款规定的更加明确,用人单位应当在第二期劳动合同期满前三十日,书面告知劳动者可以订立无固定期限劳动合同。这比劳动合同法更加明确地表明,第二期劳动合同期满,用人单位有法定义务告知劳动者可以订立无固定期限劳动合同。反之,如果用人单位不告知,则违反法定义务。

本案中,单位以合同需要双方合意才能订立,这是以民事合同的订立规则来解读劳动合同的续订规则,是简单地用民法思维处理劳动争议,未能正确地理解和适用劳动法。

案件来源:南京市中级人民法院(2018)苏01民终270号 徐旭东

