

THE LEGAL
APPROACH OF THE
TRANSITION FROM LABOR
DISPATCH TO BUSINESS
OUTSOURCING:
THE LABOR LAW REVIEW
CONTINUED



劳务派遣转型业务外包的 法律路径

劳动法评弹（续）

律师书架

彭小坤 冯镇波 著

LAWYER

BOOKCASE



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



劳务派遣转型业务外包的 法律路径

劳动法评弹（续）

律师书架

彭小坤 冯镇波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳务派遣转型业务外包的法律路径:劳动法评弹:
续 / 彭小坤,冯镇波著. —北京:法律出版社,2016.5
ISBN 978-7-5118-9397-0

I. ①劳… II. ①彭…②冯 III. ①劳务合作—劳动法—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 079746 号

劳务派遣转型业务外包的法律路径:
劳动法评弹(续)

彭小坤 冯镇波 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2016 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 19.75 字数 290 千

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9397-0

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

路在何方？

适逢两会，修改《劳动合同法》呼声再起。不仅财政部长亲自点题，人社部长也直接回应。各界人士议论纷纷，意见亦纷纷。

《劳动合同法》深刻影响着中国的经济，正值中国经济面临转型困难，相关部门检视《劳动合同法》也在情理之中，关键是何去何从？

此前劳务派遣发展迅猛，国家为此修订了《劳动合同法》，还出台了一系列规章，希望对其合理规制。现在经济下行，放宽灵活用工减轻企业负担又成了新的关注点。

不只是劳务派遣，解雇制度也一直在探索中；除了业务外包，非全日制用工能否进一步规范？企业并购与员工安置平衡点在哪儿？这些问题既是司法问题，也是立法问题；既影响企业，也作用于员工。劳动法律问题日益成为社会矛盾焦点，成为各方利益博弈的突破口。

希望能够共谱劳动关系的和谐之路，无论是司法还是立法。

彭小坤

2016年3月于深圳

目 录

派 遣 篇

劳务派遣中的退工权	003
修法后的劳务派遣如何过渡?	005
劳务派遣与行政许可	
——兼评《劳务派遣行政许可实施办法》	008
劳务派遣的全面梳理	
——《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》点评	011
劳务派遣中的试用期	020
劳务派遣中的工伤责任	023
《劳务派遣暂行规定》的理解与运用(一)	026
《劳务派遣暂行规定》的理解与运用(二)	031
《劳务派遣暂行规定》的理解与运用(三)	035
《劳务派遣暂行规定》的理解与运用(四)	039
劳务派遣新动向	042
劳务派遣转型业务外包的法律路径	045

社 保 篇

职业病诊断与鉴定	051
----------------	-----

深圳养老保险缴纳基数的设计与选择	053
退休工伤员工的伤残就业补助金	056
深圳养老保险补缴争议暂告平息	059
新员工社保缴纳问题	062
病假工资与疾病救济费	065
外包承揽工作人员的工伤赔偿与人身损害赔偿	069
少缴养老保险怎么办?	071
深圳的生育津贴要来了	075
职业病的法律实务困惑	078
行政诉讼中工伤员工的保护	
——《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》要点解析	081

离 职 篇

生产搬迁涉及的客观情况发生重大变化与企业转产	087
违法解除劳动合同的赔偿金是否应分段计算	089
十年与无固定期限劳动合同	091
专项培训费与违约金	093
自动离职与劳动关系的解除	095
竞业限制的补偿条款	098
再谈医疗期与劳动合同解除和终止	101
部门撤销后的劳动合同处理	103
员工不辞而别可以扣一个月工资吗?	105
高管的 N 与 2N	108
股权转让员工集体停工可否解雇?	111
规模减员法律路径分析	113
经济补偿计发实务探析(一)	117
经济补偿计发实务探析(二)	120
经济补偿计发实务探析(三)	122
经济补偿计发实务探析(四)	125
经济补偿计发实务探析(五)	127

经济补偿计发实务探析(六)	130
经济补偿计发实务探析(七)	133

立法与司法篇

《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》要点点评	137
《广东省工会经费收缴管理暂行办法》解读 ——兼议“工会建会筹备金”	140
谁在享受探亲假?	145
暂不收缴“工会经费”了?	147
《社会保险费申报缴纳管理规定》要点解读	150
集体合同与集体协商	154
新《山东省劳动合同条例》要点评析	156
《事业单位人事管理条例》对企业单位人力资源管理的影响	160
新《广东省企业集体合同条例》点评	163
新《广东省职工生育保险规定》深圳要执行吗?	170
九三纪念日的放假	172
九月三日放假待遇评析	174
全面放开二孩政策影响哪些劳动法律问题?	177
计生新政新假	179

时 评 篇

延迟退休与弹性退休	185
富安娜起诉原始股东?	188
香港码头罢工与业务外包	190
令人羡慕的天价住房公积金	192
郎酒集团能解约吗?	194
自由飞翔(一)	196
自由飞翔(二)	199
台风来了可以不上班吗?	202
佛山辞职女工被撞死应当认定为工亡	205

深圳临聘教师的劳动法律问题	208
---------------------	-----

其 他

劳动规章制度与劳动合同的效力比较	213
工伤员工的调岗调薪	215
“本单位工作年限”是否等同于“同一用人单位连续工作时间”?	217
值班员工能否要求支付加班费?	220
工伤待遇与用人单位的人身损害赔偿	222
涉外劳动关系的法律适用	225
企业员工的休息日与调休	229
劳动合同变更的效力	232
此“后”不合适	235
双倍工资与欺诈入职	238
规章制度的民主程序	240
考勤异常确认制度	243
企业停工与停工待遇	246
劳动法中的个人隐私保护	248
劳动纪律处分的类型	252
劳动者重新入职后的连续工龄计算	255
亲属回避制度	258
职务发明的奖励与报酬	261
天气与工资	264
华侨用工劳动法律问题	266
除夕加班费如何支付?	268

附 录

中华人民共和国劳动合同法	273
中华人民共和国劳动合同法实施条例	290
劳务派遣行政许可实施办法	297
劳务派遣暂行规定	304

派遣篇

劳务派遣中的退工权

广东瀚诚律师事务所 冯镇波

劳务派遣中的用工单位在什么情形下能把派遣员工退回给派遣单位,可以算得上是用工单位在派遣中的一项核心权利。如果“这不能退回,那也不能退回”,将在很大程度上使得用工单位不能通过劳务派遣来实现更灵活的用工自主权;而作为派遣单位为了降低用工成本,会想尽办法限制用工单位的退工权。如此一来,派遣单位与用工单位在协商签署派遣协议时往往会因为退工权的问题争执不下。

关于劳务派遣的退工,《劳动合同法》第65条作了如下规定:“被派遣劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形的,用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位,劳务派遣单位依照本法有关规定,可以与劳动者解除劳动合同。”部分派遣单位为了限制用工单位的退工权,往往会用《劳动合同法》第65条大做文章,主张法律只规定了劳动者在出现《劳动合同法》第39条及第40条第1、2项情形才可以退工,除此以外的退工均为法律所不允许。乍一听,不少用工单位很可能被一下“震”住了,因为该法条似乎确实只规定了“派遣员工有严重过失的、不能胜任工作经培训或调岗仍不能胜任的、法定医疗期满不能从事原工作或另行安排工作的”三类情形才可以退工,并没有将客观情况发生重大变化以及经济性裁员等情形囊括进去。但用工单位回头仔细一想,又会觉得非常不公平:在客观情况发生重大变化或出现可以经济性裁员的情形时,本单位的正式员工都可以被解除合同,难道“编外”的派遣员工反而要优先留用?

《劳动合同法》第65条的立法真的如此有失偏颇吗?其实不然,那只是部分派遣单位的片面理解。《劳动合同法》第65条是一条授权性条款,授权用工单位在派遣员工出现《劳动合同法》第39条、第40条第1、2项

规定的情形时即可单方退工,可以称得上是“法定退工权”,但并不能由此推断出用工单位不可以与派遣单位另行约定其他退工情形,毕竟劳务派遣协议本质上还是一份民事协议,双方约定的其他退工情形只要不违背法律强制性规定,应属有效。而且,再细读一下《劳动合同法》第65条的后半句话“……用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位,劳务派遣单位依照本法有关规定,可以与劳动者解除劳动合同”,不难看出该条很大程度上体现了部门立法的影子,但换个角度,还可理解为用工单位依据客观情况发生重大变化或经济性裁员等情形退工的,派遣单位并不必然拥有解除权,因为出现客观情况发生重大变化或经济性裁员的是用工单位而非派遣单位,派遣单位在此情形下应负有妥善安置被退回员工的义务,要么将其派遣到其他用工单位,要么按最低工资标准将其“养着”,如果强行以此为由解除合同,将会构成违法解除。

笔者认为,用工单位可以与派遣单位约定其他退工条件;当然,“羊毛出在羊身上”,派遣单位若同意在其他情形下也能退工,其为了降低安置派遣员工的成本将会要求用工单位给予一定的补偿,实际上即使用工单位是依据《劳动合同法》第40条第1、2项规定的情形退工时,派遣单位往往也是会要求补偿的,不过这倒也公平,用工单位总不可能把所有的用工成本都转嫁给派遣单位,毕竟派遣单位每月向用工单位收取的管理费也是有限的,至于具体补偿的数额是多少,那就要看双方的谈判能力了。对用工单位而言,通过支付相应的补偿来获取更灵活的退工权,总比只能依据《劳动合同法》第39条、第40条第1、2项规定的情形才能退工要强得多,这样才有可能真正发挥出劳务派遣用工的灵活性。

2012-11-09

修法后的劳务派遣如何过渡？

广东瀚诚律师事务所 彭小坤

2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》(以下简称《决定》),该《决定》自2013年7月1日起施行。该《决定》规定“本决定公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满,但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的规定的,应当依照本决定进行调整;本决定施行前经营劳务派遣业务的单位,应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记,方可经营新的劳务派遣业务。具体办法由国务院劳动行政部门会同国务院有关部门规定”。请注意,这里规定的是“本决定公布前”的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满,仅仅是不符合“同工同酬”要求的要进行调整,临时性、辅助性或者替代性这“三性”要不要符合新要求呢?从前后文看,非常简单,此前的劳务派遣不受此限,也就是说:新人新办法,老人老规矩。

劳务派遣既得利益者的力量太强大了,强大到全国人大常委会都必须低头。全国人大常委会在《关于〈中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)〉的说明》明确了修法原则和重点,其中之一就是:“规范劳务派遣既要积极又要稳妥,妥善处理好修法前后法律实施的衔接问题,实现平稳过渡。”《劳动合同法》上述修改貌似在给劳务派遣安排合理过渡,但实际上是给他们开“后门”。一方面对“同工同酬”做不抵触要求,另一方面却在“三性”上不做要求,甚至是原来的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满。当年的《劳动合同法》第59条第2款可是这样规定的:“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。”现实当中确实非常多的派遣公司与用工单位签订的是没有结束期限的派遣协议,这岂不就是一劳永逸?永远不会有期限届满的时候。用工单位是此规定的利益关联体,想必也暗自高兴躲过了新规则,大不了给个“同工同酬”,至少还可以保住劳务派遣这一用工形式。要是劳动者与派遣单位签了一份无固定期限劳动合同,岂不也就是“终身为奴”了?再说了,怎么证明是“本决定公布”之后签的派遣协议?在我们这个以造假出名的泱泱大国里,任何时候派遣单位与用工单位都可以倒签一份2012年12月28日之前的派遣协议。新法又被架空了,同学们看明白了吗?

如果还不明白,再给你一个例证。上述规定同时明确了“本决定施行前经营劳务派遣业务的单位,应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记,方可经营新的劳务派遣业务”,也就是说,无论是否取得行政许可,旧的劳务派遣业务都不受影响!继续履行即可!有人说,至少还有一个劳务派遣用工数量的比例控制线吧。笔者也听说了比例控制线的N个版本,有说20%的,有说10%的,也有说6%的,到现在也没有结果。关键是,无论比例线高低,如果“同工同酬”了,仍可套用前述“后门”。你想想看,这些派遣单位哪家没有背景?自家孩子当然是自家疼了,何况利益攸关。部门立法真是要不得。

人力资源和社会保障部2013年4月19日发布了一个《劳务派遣行政许可管理办法(征求意见稿)》(以下简称《办法》),又来征求大家意见了。该《办法》第31条规定的“过渡规定”再次印证了上述“过渡办法”：“劳务派遣单位在《决定》公布后、施行前订立的劳动合同和劳务派遣协议,在《决定》施行后,应当依照《决定》执行”“《决定》施行前经营劳务派遣业务的单位,应当在2014年6月30日前依照本办法取得劳务派遣行政许可后,方可经营新的劳务派遣业务;2014年6月30日前未取得行政许可的,除《决定》公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议可以继续履行至期限届满外,不得经营其他新的劳务派遣业务。”说得这么清楚,唯恐利益关联方不明白《决定》的立法技巧。都说得这么白了,不用再解释了吧?

该《办法》还细化了劳务派遣行政许可的具体制度,也再次强调了罚则,可是怎么看都觉得是在为劳务派遣的垄断保驾护航。比如,“被依法

撤销行政许可的劳务派遣单位,其已经订立的劳动合同和劳务派遣协议可以继续履行,但期限最长不得超过两年”(这仅是针对新的业务,千万不要误解为是对《决定》的修正)、“任何单位和个人未经许可,擅自违法经营劳务派遣业务的,由人力资源社会保障行政部门按照《中华人民共和国劳动合同法》第九十二条第一款的规定,责令其停止违法行为,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,可以处五万元以下罚款”(抄自《决定》)、“劳务派遣单位违反《中华人民共和国劳动合同法》有关劳务派遣规定的,由许可机关责令限期改正;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,并吊销其《劳务派遣经营许可证》”(也抄自《决定》)、“外商投资企业申请经营劳务派遣业务的,应当与中国境内的劳务派遣单位合资经营”“不得设立外商独资劳务派遣单位”(肥水不流外人田)。

可是,有朋友问笔者:限期改正的期限大概有多长时间?改正的方式是仅是将派遣员工退回给派遣公司还是需要将派遣员工转成正式员工?笔者还是答不上来,只能弱弱地分析:限期改正期限的法律并未规定,一般由劳动监察部门酌情确定,实践中一般为15~30日,因为劳动监察部门应当自立案之日起45个工作日内作出处理,所以整改时间一般也不会超过此限;将派遣员工退回派遣单位是一种改正途径,终结派遣关系转为正式员工也是一种改正途径,在法律没有明确规定的情况下,只能根据派遣协议和实际情况酌情处理了。但笔者转念一想,麻烦大了:诸如上海外服之类的派遣机构设计的派遣协议版本简直是抢钱模式,对用工单位绝对不利。真心希望此次《办法》能够明确这些问题的答案,帮一下真的需要过渡的用工单位的忙,不然又是人为刀俎,你为鱼肉。

2013-05-07

劳务派遣与行政许可

——兼评《劳务派遣行政许可实施办法》

广东瀚诚律师事务所 彭小坤

国家通过《劳动合同法》对劳务派遣进行规制后,就一直有人咨询:开设劳务派遣公司是否需要获得相关行政部门的事先审批才能办理注册?毕竟《劳动合同法》对于这个问题是没有讲清楚的。

由于此事涉及行政许可,而根据《行政许可法》,需要有法律、法规——至少是规章的明确规定,否则设立审批没有依据。从实践来看,由于设立审批缺乏法律依据,所以劳务派遣公司基本上可以直接在工商部门办理注册。

后来劳务派遣愈演愈烈,国家意识到需要进一步规范,其中一个办法就是对劳务派遣公司的设立实行行政许可制度。简单地说,要开办劳务派遣公司,需要事先获得行政部门审批,否则不允许从事劳务派遣活动。全国人大常委会为此于2012年12月28日修改了《劳动合同法》,其中明确规定“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”。人力资源社会保障部接着在2013年6月20日公布了《劳务派遣行政许可实施办法》,进一步规定了行政许可的具体细节。

《劳务派遣行政许可实施办法》作为治理劳务派遣乱象的组合拳之一,将与修改后的《劳动合同法》一起于2013年7月1日生效。行政许可固然对劳务派遣公司的设立加强了监管,对避免劳务派遣的泛滥可能起到一定程度的作用,但《劳务派遣行政许可实施办法》并不能在根本上解决问题,甚至可能产生保护垄断的负面影响;本来劳务派遣主要是劳动人

事部门下属的、关联的一些派遣公司在做,行政许可的实施,进一步抬升了市场的准入条件,业务肯定会更集中。而且《劳务派遣行政许可实施办法》在关键问题上的规定其实也是不痛不痒,甚至是半遮半掩,没有让人感受到真正想管的气势和力度,估计还是利益关联方在部门立法中起了作用。

举两个例子来说明。一、《劳务派遣行政许可实施办法》第21条规定:“劳务派遣单位设立子公司经营劳务派遣业务的,应当由子公司向所在地许可机关申请行政许可;劳务派遣单位设立分公司经营劳务派遣业务的,应当书面报告许可机关,并由分公司向所在地人力资源社会保障行政部门备案”,这不明摆着告诉大家开分公司就行了?而且,谁能搞到全国性的工商注册?脚指头都能想到啦。二、《劳务派遣行政许可实施办法》第34条规定:“劳务派遣单位在2012年12月28日至2013年6月30日之间订立的劳动合同和劳务派遣协议,2013年7月1日后应当按照《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》执行”“本办法施行前经营劳务派遣业务的单位,应当按照本办法取得劳务派遣行政许可后,方可经营新的劳务派遣业务;本办法施行后未取得劳务派遣行政许可的,不得经营新的劳务派遣业务”,这也是给现有派遣留了后路,一是2012年12月28日以前签的劳务派遣协议继续履行;二是拿不到行政许可不影响原有业务。如此一来,大家就明白该怎么做了。

《劳务派遣行政许可实施办法》有些规定看着似乎也很严厉,比如规定“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”“劳务派遣单位应当于每年3月31日前向许可机关提交上一年度劳务派遣经营情况报告”,可是前者最重的法律责任也就是罚款3万元,后者也只是在“拒不改正”的情况下不予延续行政许可,谁又会傻到不交报告呢?这都属于雷声大雨点小的那类。

不过《劳务派遣行政许可实施办法》另外一些规定倒是让人浮想联翩。比如:违反劳动保障法律法规,在一个行政许可期限内受到2次以上行政处罚的,许可机关应当自收到延续申请之日起10个工作日内作出不予延续书面决定,并说明理由。又比如:任何单位和个人违反《中华人民