

ZHONGGUO
LVSHI FUWU
DE
CHUANGXIN YU FAZHAN

中国律师服务 的创新与发展

中华全国律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

.. 013068205

D926.5
127

ZHONGGUO LVSHI FUWU

DE
CHUANGXIN YU FAZHAN

中国律师服务 的创新与发展

中华全国律师协会 编



北航

C1676190



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D926.5
127

图书在版编目(CIP)数据

中国律师服务的创新与发展 / 中华全国律师协会编.

—北京: 法律出版社, 2013.8

ISBN 978-7-5118-5172-7

I. ①中… II. ①中… III. ①律师—工作经验—中国

IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 166335 号

中国律师服务的创新与发展
中华全国律师协会 编

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗 慕雪丹
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 翟国磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.75

字数 437 千

版本 2013 年 8 月第 1 版

印次 2013 年 8 月第 1 次印刷

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 978-7-5118-5172-7

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)



北航

C1676190

序

翻开《中国律师服务的创新与发展》，我们会发现，这不是一本普普通通的成果集。它记载了律师行业发展的亮点和精彩；它凝聚了律师的智慧与力量；它彰显出律师对社会的奉献与担当。

随着国家的繁荣昌盛，随着民主法治建设的加快，中国的律师事业也焕发出新的勃勃生机，律师工作在促进经济平稳较快发展、维护社会和平正义、维护社会和谐稳定中发挥了重要作用，进入了科学发展的“快车道”。

正是因为律师事业的蓬勃发展，使这本《中国律师服务的创新与发展》有了丰富的内容、深刻的思考、不懈的探索……

在本书中，各专业委员会站在法律服务的最前沿，引领广大律师紧紧围绕科学发展主题和加快转变经济发展方式主线，积极拓展服务领域，创新服务载体，努力为经济平稳快速发展提供优质高效的法律服务。不论是在民事、海事海商、破产、劳动与社会保障法律服务领域；还是在知识产权、信息网络与高新技术，环境能源等法律服务领域，各专业委员会都通过举办研讨会及调研等多种形式，在理论研究与实践探索上取得了进步，收获了累累硕果。

在本书中，我们看到，各专业委员会从相关专业角度，就国家立法、司法活动及社会事务提出意见和建议。从《民事诉讼法修正案(草案)》、《刑事诉讼法实施细则》、《证券法》、《反家庭暴力法》、《继承法》等法律修订建议稿中，都折射出律师对国家民主法治建设的关注与贡献。

虽然律师工作得到社会各界的肯定与赞誉，但我们深知，面向未来，任重而道远。

党的十八大对律师工作提出了新的更高的要求，律师工作服务经济社会发展的领域更加宽广，律师推进我国社会主义民主法治建设的责任更加重大。面对新的机遇，广大律师要百尺竿头，更上一层楼。

中华全国律师协会会长

王俊峰

2013年5月

目 录

第一部分 业务研讨综述

1. 创新社会管理 化解劳动争议
 - 中华全国律师协会劳动与社会保障法专业委员会十年庆典暨2012年年会综述 (1)
2. 总结经验 扬帆再航
 - 中华全国律师协会民事专业委员会2012年年会暨第十四届中国民商法实务论坛综述 (13)
3. 强化律师责任 建设生态文明
 - 中华全国律师协会环境、资源与能源法专业委员会2012年年会综述 (23)
4. 加强破产实务研究 促进破产法制发展
 - 第五届中国破产法论坛综述 (35)
5. 瞄准前沿 聚焦热点 专业服务
 - 中国律师知识产权实务论坛综述 (47)
6. 直面挑战 拓展业务
 - 中国信息网络与高新技术法律实务论坛综述 (62)
7. 深研理论 交流实务
 - “第二届中国律师版权实务论坛”综述 (73)
8. 宪法的权威在于实施
 - “纪念《宪法》颁行三十周年研讨会”综述 (85)

9. 合作共赢 为绿色航运保驾护航

——中国律师 2012 年海商法国际研讨会综述 (90)

10. 提升涉外律师国际竞争力 积极为中国企业“走出去”服务

——中国律师服务开放型经济发展论坛综述 (104)

第二部分 研究报告

1. 实施土地年租制的可行性分析与研究报告 (118)

2. 工程造价管理混乱亟须专门立法调研报告 (134)

3. 别让孩子在家暴的阴影下成长

——未成年人遭受家庭暴力案件调查分析与研究报告 (141)

4. 关于刑事和解的调研和建议 (163)

5. 中华全国律师协会公司法专业委员会 2012 年调研工作报告 (174)

第三部分 立法建议

1. 《中华人民共和国民事诉讼法修正案(草案)》再修改建议稿 (191)

2. 关于《中华人民共和国证券法》实施的评估报告 (204)

3. 《建设工程造价管理条例(草案)》立法建议稿 (231)

4. 中华全国律师协会未成年人保护专业委员会《反对家庭暴力法中未成年人保护专章建议稿》 (254)

5. 中华全国律师协会行政法专业委员会关于完善我国煤层气立法的建议 (263)

6. 中华全国律师协会刑事专业委员会《刑事诉讼法实施细则建议稿》 (267)

7. 中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会关于吁请中国企业和机构积极参与新通用顶级域名项目及防范法律风险的建议书 (311)

8. 中华全国律师协会民事专业委员会《继承法修订建议稿》 (315)

第四部分 其他工作成果

1. 未成年人保护十大事件评选结果(2011.6—2012.6) (381)

2. 关于完善法院执行工作的建议 (388)

第一部分 业务研讨综述

创新社会管理 化解劳动争议

——中华全国律师协会劳动与社会保障法专业委员会十年庆典暨 2012 年年会综述

2012 年 11 月 24 日至 25 日,中华全国律师协会(以下简称全国律协)劳动与社会保障法专业委员会 2012 年年会暨专业委员会成立十周年庆典活动在文化古都西安隆重举行。劳动与社会保障法专业委员会的十年,是从无到有、从小到大、从弱到强的十年,更是见证和参与中国劳动法制健全与发展的十年。

本届年会的主题为:“创新社会管理,化解劳动争议。”由全国律协劳动和社会保障法专业委员会主办,陕西省律师协会劳动与社会保障专业委员会、陕西永嘉信律师事务所承办。全国律协副秘书长里红、陕西省司法厅孔德勤副厅长等领导出席本届年会。来自全国律协劳动和社会保障法专业委员会的大部分委员及陕西省部分律师共计 150 余人参加了本次会议。

开幕·十年回顾

11 月 24 日上午,全国律协劳动与社会保障法专业委员会 2012 年年会暨十周年庆典活动在一片热情洋溢的欢乐气氛中开幕。开幕式由全国律协劳动法专委会副主任陈玉萍主持。

开幕式上,省司法厅孔德勤副厅长致辞,代表陕西省司法厅省协会表示热烈祝贺,介绍了陕西省的情况,陕西作为大西北的门户,将努力建设成为“三强一富一美”的西部大省。近年来,陕西省律师队伍发展迅速,执业律师 5000 多人,律师收入达到 2 亿 7 千多万元,建立了 235 个基层党组织,党员律师发挥先锋模范作用;律师业务能力服务水平在不断提高,业务范围从传统业务拓展到旅游、证券、房地产、反垄断反倾销等高端业务领域。不断创新,化解矛盾,为构建和谐社会做出自己的努力。律师协会专业委员会、专门委员会工作很有成效,为陕西省经济建设保驾护航。

全国律协里红副秘书长代表全国律协致辞。在党的十八大胜利召开后,全国律协第一个专业委员会活动在承载着博大厚重的中华文明的古都西安召开,里红副秘书长对劳动与社会保障法专业委员会“2012年年会暨十年庆典”的举办表示祝贺。十年风雨,十年艰辛,十年筑梦,十年耕耘,劳动与社会保障法专业委员会在国家改革开放、社会进步中不断发展,队伍越来越大,路子欲走越宽,最重要的原因是,专委会遵循了先进生产力发展的要求和维护人民根本利益的使命。里红副秘书长充分肯定了专委会十年来的工作成绩,同时指出党的十八大提出了2020年国民生产总值和城乡居民人均收入翻番和社会保障城乡全覆盖的目标。有人对十八大报告中“热词”做了一些归纳:“发展”出现294次,“人民”出现145次,“改革”出现86次,“民主”出现70次,“中国特色社会主义”出现82次,“和谐”出现31次。这些数字,鲜明地体现了十八大的价值取向、政策导向,具有浓浓的人文精神。十八大报告中提出,要健全人才资源市场,完善就业服务体系,健全劳动标准体系和劳动关系协调机制,加强劳动保障监察和争议调解机制,构建和谐劳动关系。最重要的是提出了权利平等、机会平等的理念。十八大报告为律师劳动法律服务业务展示了新的机遇,为劳动与社会保障法委员会的工作指明了方向。劳动法专委会队伍在发展壮大,劳动法律业务前景广阔,姜俊禄不久前到美国最大的专门从事劳动法律业务的律师事务所考察,看到了美国劳动法律师业务的现状和发展,给大家介绍了他的见闻。几年前,当姜俊禄“转会”到金杜律师事务所时,很多人疑惑不解,可现在,姜俊禄的劳动法团队在金杜已成为业务收入最多的团队之一。他走的路,应该对我们有所启发。退回到2002年劳动与社会保障法专业委员会成立之初,从姜俊禄、马建军、王建平、薛济民、梁智、王杰、肖胜方、陈玉萍、赵奇亮等20多名委员发展到今天有80多名委员和遍布全国20多个省、自治区、直辖市的律师协会劳动法专业委员会,劳动法律师队伍在发展,力量在壮大,有越来越多的年轻面孔出现在委员会里。这些年来,劳动法委员会还积极贯彻全国律协专业活动向西部倾斜、促进律师工作平衡发展的要求,把活动更多地放在西部,注意增加西部委员的数量。今天的劳动与社会保障法专业委员会,充满自信、乐观和社会使命感,委员会的活动不仅具有很高的专业水准,也成为彰显律师社会责任意识、服务民生意识的重要窗口,成为服务社会管理创新的一支重要力量。作为劳动法专委会的委员,不仅要指导和带领广大律师提高专业技能,还要在服务社会服务民生方面不断努力和创造。最后,里红副秘书长对这次会议给予很大支持的陕西省司法厅、陕西省律师协会,对远道而来的郭军主任,对承办本次会议的永嘉信律师事务所,对论文及纪念册作者们表示感谢。

专委会成立十年来,工作成绩得到了政府有关部门、社会团体、学术研究机构等的认可。人力资源和社会保障部副部长邱小平、中华全国总工会副主席张鸣起、司法部律师公证司司长杜春、司法部调解仲裁司司长宋娟、中华全国总工会民主管理部门部长郭军、中华全国律师协会会长王俊峰、中华全国律师协会秘书长周院生、中国人民大学教授关怀、北京大学教授贾俊玲等领导、专家、学者为委员会题写了贺词,鼓励委员会充分发挥律师的专业法律服务作用,为构建和谐社会的贡献。

全国律协劳动和社会保障法专业委员会王建平主任发表了热情洋溢的讲话,劳动和社会保障法专业委员会是伴随着中国劳动立法、司法、行政执法、劳动争议处理、劳动权益保护的发展、研究成长壮大的,十年来专委会硕果累累,队伍发展壮大,在全国二十几个省市自治区都成立了劳动法专业委员会,专委会始终以构建和谐稳定的劳动关系提供法律服务为主题,为劳动法发展、劳动关系的和谐、社会关系的稳定,作出了积极努力。

劳动与社会保障专业委员会取得的成绩离不开广大委员、地方专委会的支持与辛勤工作。本届年会对于做出特别贡献的委员、地方律协劳动法专委会进行了表彰。作为专委会成立的元老,姜俊禄、马建军、王杰为专委会的建设和发展做出了卓越的贡献,专委会授予他们三人特别贡献奖;受表彰地方律师协会劳动法专业委员会有北京律师协会劳动与社会保障法专业委员会、上海律师协会劳动与社会保障法专业委员会、广东省律师协会劳动与社会保障法专业委员会、甘肃省律师协会劳动与社会保障法专业委员会、福建省律师协会劳动与社会保障法专业委员会;滕军、赵星奇、陶增田、马维山、吕金朝、何德宝、梁艳玲、关勇、刘继承、陆敬波十名委员获优秀委员奖。会议还评选出20篇优秀论文予以奖励。

为了纪念专委会的成长历程,专委会通过精心策划、组稿、设计,制作了一本精美的、凝聚着全体委员真挚情感的《感恩十年》纪念册。邱小平副部长等领导的题词激励广大委员为构建和谐劳动关系不懈努力;“独木称树,万木成林”、“十年风雨,十年辉煌”、“十年大事记”,大家和姜俊禄、王建平两位主任一起回到了劳动法专委会成立的2002年,和他们一同细细品味专委会一路走来的艰辛与欢乐;委员们用或朴实无华或优美浪漫、但无一例外都饱含深情的文字述说自己在劳动法专委会这个大家庭中的学习、成长和收获,祝福委员会十年生日,祝愿委员会发展壮大、越走越好!

嘉宾演讲·十年中国劳动法律师的发展方向

本届年会邀请了三嘉宾为大会做主题演讲,探讨中国劳动法律师的未来发展

展方向。

全国总工会民主管理部部长郭军,发表了“公开民主促公平公正,共建共享谋发展”的主题演讲。科学发展观的前提是以人为本,构建和谐社会,公平公正是基本保障。劳动关系是非常复杂的社会问题,涉及人身问题,当前劳动关系存在五大问题:虚无化、形式化、短期化、单边化、空心化。真正和谐的劳动关系应当是双赢关系,劳资双方是一家人,是一个利益共同体。劳动关系研究领域空间广阔,律师责任重大,律师在给企业服务的同时应当服务教化引导企业,为和谐社会共同努力,这将是非常有意义和有价值的工作。

全国律协劳动和社会保障专业委员会原主任、中国法学会社会法研究会副会长姜俊禄律师做了题为“如何成为国际化的劳动法律师——美国劳动法律师做什么”的精彩演讲。今年(2012年)6月姜律师去美国的律师事务所学习考察,对美国法律服务市场有了新的认识,美国最大的从事劳动法业务的律师事务所有七十多年的历史,一千多名律师,收入逾4亿美元,是中国排行第一位金杜律师事务所收入的2.5倍,差距很大。姜律师全面介绍了美国劳动法律师业务范围,包括调解、仲裁和诉讼业务(含集团诉讼);歧视、骚扰案件及反歧视、骚扰措施;雇佣、考评及解雇管理;背景调查;医疗保险计划;培训安排;企业重组设计及人员安排;雇员福利计划及补偿计划;立法及司法动态管理;员工手册管理;合同工及派遣工管理;举报及反报复措施;员工隐私及信息保护措施;工作场所劳动安全与卫生保护措施;雇佣审计;常规培训等。美国律师在反歧视、反骚扰措施方面业务占到1/3,在我国几乎是零,这是中美劳动法律师业务上的主要差异。我国劳动法专业的律师未来要更加努力,做得更好,弥合中国与世界的差距,放开眼界走向世界。姜律师的报告让大家看到了自己差距的同时,也对劳动法律师业务在中国的发展前景更加充满了希望。

西北政法大学副校长郭捷做了题为“法学人才培养与劳动法专业律师队伍建设”的演讲。郭校长从三个方面论述了律师队伍的建设问题:一是法学教育与劳动法职业队伍既有联系又不是同一个层次,法学教育是一个专业平台,劳动法专业律师队伍,是国家整体律师队伍建设中的专业化分工所产生的类别之一,法学本科教育直接影响着律师队伍的整体素质,也影响着律师专门化队伍的建设。二是2011年12月23日,教育部、中央政法委员会联合下发了《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》,确定了法学教育改革的重要举措——卓越法律人才教育培养计划,着力解决了五个方面的问题:(1)加强法学人才培养质量,要建立以法律职业为导向的法学人才培养的国家通用标准和分类标准。(2)坚持社会主义法治理念教育,要把社会主义核心价值体系融入人才培养的全过程,要加强社会主义法治理

念教育,要将培养学生正确地做人与正确地做事有机地结合。(3)创新人才培养模式,探索“高校—实务部门联合培养”机制。(4)注重实践课程,要加大实践教学环节,这包括法律诊所课程、ADR 纠纷解决机制、实务大课堂、案例评析课、校内开庭、模拟法庭、法庭辩论、物证技术、法律文书写作、专业见习、专业实习等,确保实践教学时数达到总教学时数的18%以上。(5)优化法学教师队伍,探索建立高校与法律实务部门人员互聘制度,提升法学师资队伍的国际水平。三是劳动法专业化律师队伍建设。专业化团队建设,有赖于所在学科的繁荣发展。劳动法与社会保障法学学科的发展,起步较晚,整体水平仍有待提高。令人欣慰的是,我们的律师法律服务工作者队伍中,有一批批仁人志士,凭借执著的信念、高度的社会责任感,十年前就在全中国律协成立了劳动和社会保障法专业委员会,十年来,始终抓住为构建和谐稳定的劳动关系提供法律服务的主题,作出了积极的贡献。但也要看到这支队伍还不够强大,一些重要的服务领域参与度很低,如集体协商制度、群体性劳资纠纷处理,以及一些预防性管理活动等。所以,无论是实务界还是学界,共同的任务艰巨,需要加强建设。法学教育需要更多的富有实务经验的律师担当实务导师,律师队伍建设,也需要高水平的法学教育支撑。今后的中国将为律师大展身手提供更为宽广的舞台。中国律师们的成功与挫折、风采与艰辛、诚信与失信,无不折射出这个飞速发展的时代色彩。毫无疑问,关注当代中国律师,也正是关注我们这个时代的命运。

专业研讨·管理创新与规范发展

本届年会共收到65篇论文,其中以多方联动促进劳动争议调解、创建新型社会管理模式为主题的论文8篇,以劳务派遣疑难问题研究为主题的论文21篇,以新类型劳动法律实务研讨为主题的论文30篇。

来自全国各地的33名律师结合自己所撰写的论文发表了精彩的演讲。内容涉及多方联动促进劳动争议调解,创建新型社会管理模式,民事诉讼程序与劳动争议仲裁程序的衔接,劳务派遣的疑难问题研究,劳动法与刑法、行政法公司法的交叉业务研讨,新类型劳动法律实务研讨等,话题广泛,深入探讨了化解劳动争议的各种理论与实务问题,迎合了新形势下创新社会管理模式的需要,具有重要而积极的社会意义。律师演讲结束后,与会者结合演讲主题进行了互动及自由发言,点评人对各位律师的演讲逐一进行了精彩的点评。

1. 关于集体协商、群体性争议解决机制等问题

上海市汇业律师事务所周开畅律师认为,2010年发生的“南海本田事件”与“富

士康连环跳”多少带有“不在沉默中爆发,就在沉默中死亡”的悲壮色彩,也正是从那时起,中国劳动关系运行状态开始“从个别劳动关系”走向“集体劳动关系”,劳动争议也从“权利争议”走向“利益争议”。在处理群体性劳动争议过程中,应区分劳动者的诉求哪些是“权利争议”,哪些是“利益争议”,这样处理方法或方式上就可以区别对待。同时,作为律师,我们应找准自己的定位,也就是说“代表”与“代理”的问题。绝大多数情况下,我们律师只是第三者,不是当事人,我们只能做代理人,而无法成为代表人。代表人是需要法律通过规定的程序才能够赋予的,如工会就是工人的代表人。代理和代表虽然只有一字之差,但法律机制不同,思考或处理问题的角度也不同。律师自身定位的模糊或错位,可能会适得其反。

2. 关于新类型劳动争议案件的处理问题

随着《劳动合同法》的深入贯彻实施,出现了很多新类型案件,并且在全部劳动争议案件中的比例也逐年提高。与会律师普遍比较关注的问题集中在以下几个方面:

(1) 高管人员劳动争议案件。上海世民律师事务所齐斌律师认为,《劳动合同法》并未将劳动者区分为普通劳动者和高管人员,但高管人员劳动争议与普通劳动者的争议存在很多不同。高管人员争议主要发生在任免、薪酬两个方面,任免争议涉及劳动法与公司法的交叉,薪酬争议则主要集中在绩效、股权、加班几个方面,对于高管人员的争议,在任免等程序方面应适用《公司法》等法律法规,但在劳动报酬、经济补偿金等实体权利方面则应当适用《劳动法》、《劳动合同法》等法律规定。上海市汇业律师事务所周开畅律师提出,应对劳动者进行分层调整,也就是说,对高层(排除在劳动法之外)、中层(法定优先,部分内容意识自治)和底层(强制适用劳动标准,倾斜保护)员工应区别对待,这样才可能做到对底层员工进行“雪中送炭”,而不是对中层、高层员工进行“锦上添花”。

(2) 职场性骚扰案件。北京金诺律师事务所律师周丽霞律师详细分析了职场性骚扰的行为类型,指出雇主对于预防职场性骚扰的责任包括有效制定并传达反性骚扰制度和政策、采取合理措施防止性骚扰的发生,在实务操作中,用人单位应当将防止职场性骚扰的政策和规定纳入企业规章制度、制定针对性骚扰的处罚措施、加强员工的教育和培训、建立便捷的投诉和举报机制、做好被骚扰员工的安抚和补偿工作。同时也建议立法部门尽快出台实施细则或者指导性文件。

(3) 劳动法与公司法的交叉业务问题。北京金诚同达律师事务所梁枫律师结合劳动法和公司法的相关规定,着重分析了二者在出现业务交叉时的相关法律问题。从公司成立前的法律关系及合同责任、公司董事、监事、经理等高级管理人员与公司之间的法律关系界定、公司赠与或奖励给员工的股票期权的法律性质以及对

劳动法中的员工保密及竞业限制责任与公司高级管理人员的忠实义务比较等诸多方面,进行了深入探讨,并结合前述交叉问题提出了解决建议。

(4)无固定期限劳动合同问题。山东劳谦律师事务所何德宝律师在论文以及会议发言中,就劳动者符合订立无固定期限劳动合同条件的情况下,劳动者与用人单位在无固定期限合同签订过程中的举证分配、劳动者连续工作满十年情形下签订无固定期限合同的举证责任分配、劳动者连续两次订立固定期限合同情形下的举证责任分配等问题,进行了详细的分析和论述,对于广大律师实务操作具有一定的指导意义。

(5)社保纠纷案件。北京市德恒律师事务所深圳分所廖名宗律师提出,《劳动合同法》第38条规定,用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费,劳动者可以随时提出解除劳动合同并可以要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿金。但目前用人单位未依法缴交社会保险(包括未缴、未足额缴等)的情况很普遍,根据原劳动保障部官方网站公布的2011年劳动和社会保障事业发展统计公报,2011年年末,全国就业人员76,420万人,而参保职工只有21,565万人,只占全国就业人员的28%。而且这些参保职工中还普遍存在未足额缴交问题。所以这个条款如果在司法实践中得以真正和全面的实施,不少企业可能面临倒闭的风险,其后果必会导致大量失业,而过高的失业率不仅影响失业人员的生活,还会影响社会治安,最终影响社会稳定。

3. 关于劳务派遣问题,律师们提出了不同的主张和观点

由于法律对劳务派遣规定过于原则化、使用劳务派遣可以降低用工成本、规避法律、劳务派遣行业准入门槛较低、管理混乱等原因,导致劳务派遣被滥用。目前,劳务派遣用工确实存在超出“三性”岗位使用、数量过多、同工同酬落实不到位、用工单位随意退回且不支付补偿等情况,亟须完善立法、加强执法,保护被派遣劳动者的合法权益。很多律师在论文中提出了解决劳务派遣滥用的对策:其一是制定单行的劳务派遣法来规范劳务派遣制度;其二是严格规定劳务派遣适用的范围,可以采取列举方式对适用岗位和禁止岗位作出规定;其三是严格规定劳务派遣单位的设立条件,包括规定行政许可制度,根据劳务派遣单位规模规定最低注册资本及货币出资比例,必须拥有专业管理人员,建立风险备用金制度或者提供法定担保;其四是应区分不同情况保障被派遣劳动者同工同酬;其五是明确区分派遣单位与用工单位的法律责任,并明确规定派遣单位或用工单位的补充连带责任;其六是完善劳动监察制度,对劳务派遣单位进行年度审查,对用工单位使用被派遣劳动者的情况进行监察,如有违法应进行行政处罚等。

本届年会就劳务派遣有关法律问题以圆桌会议的形式,围绕同工不同酬是否是劳务派遣的主要弊端、强化三性是否能够约束劳务派遣的滥用、试用期在劳务派遣中的适用、无固定期限劳动合同在劳务派遣中的适用、用工单位退回劳务派遣员工是否有限制等问题进行了深入探讨。

陕西永嘉信律师事务所陈全律师介绍了该所历时半年时间对西安市劳动力市场劳务派遣用工情况的调查报告。(1)现状:劳务派遣作为一种新型的特殊的劳动用工制度和劳动用工制度,已覆盖众多行业且具有集中性;就用工单位的性质来看,国有企业、政府机构、事业单位、中外合资企业是劳务派遣公司的主要服务对象;选择劳务派遣用工方式的原因多样化,以减少人工管理成本,解决临时用工之需要为主要目的;劳务派遣员工学历参差不齐,但以低学历为主;多为连续用工,期限多大于6个月。(2)问题:劳务派遣被滥用、派遣机构混业经营、同工同酬难以实现、雇主责任不易落实等问题,亟需法律规制。(3)原因:造成上述问题的原因是复杂的,法律对“临时性、辅助性、替代性”的规定模糊,仅对派遣机构与被派遣员工之间的劳动合同期限作了规定,但对派遣期限则未作规定,社保标准不同形成的利益驱动等原因导致劳务派遣滥用;劳务派遣机构入门槛低、行政部门参与经营劳务派遣机构、对劳务派遣机构缺乏制约等造成劳务派遣机构混业经营;法律规范不完善、用人单位利益驱动、劳动力市场供求不平衡等导致同工同酬难以落实。(4)对策:采用列举不许可制以限制劳务派遣行业范围、提高劳务派遣单位资质、规范劳务派遣经营秩序;针对劳务派遣用工期限、岗位等不同情况合理确定同工同酬适用范围和条件;针对两个劳务派遣单位和实际用工单位不同的权责特点,制定有针对性的职责承担和责任划分,落实雇主责任。

上海市汇业律师事务所周开畅律师认为,对于劳务派遣的问题,我们应该“追本溯源”地反思很多问题,不应该被某些论断或预设的前提牵着鼻子走。第一,“保就业”与“促劳权”问题。当前,国际国内就业形势严峻,“保就业”已成为共识。我国目前劳动力市场的主要矛盾还是就业问题,次要矛盾才是提高对劳动者的保障水平问题,即“促劳权”问题。劳务派遣作为一种灵活用工形式,是有很多缺点,但它承载着几千万人的就业,这就是贡献。因此,在我们面临的巨大就业压力没有改观之前,或者在仍没有找到分流现有劳务派遣工的渠道之前,劳务派遣立法不应进一步限制甚至打压劳务派遣业的发展,或许维持劳务派遣的立法现状才是务实之选。第二,“共性”与“个性”问题。周律师认为全国人大给劳务派遣找到的三大罪状并未经得起推敲。如劳务派遣过多过滥问题,过多并不代表过滥,过滥也不代表就过坏。如果你认为过滥、过坏,请拿出科学依据。上海市有个统计数据,所有劳动

仲裁案件中,因劳务派遣引发的案件占比不到3%。其他地区的数据应该也不会超过这个比例吧?或许有些人会认为,劳务派遣出了很多问题,但是我提醒大家注意的是,所谓的问题是劳务派遣固有的问题吗?实际上这些问题是我们当前劳动力市场普遍存在的问题,如同工不同酬,其他行业甚至更严重。将“共性”问题认定为是劳务派遣的“个性”问题,这不公平。其实,劳务派遣的“个性”问题往往是“异地派遣”、劳务公司与派遣公司相互推卸责任等问题,这是“个性”问题,立法只需将“共同雇主”这一立法指导思想进一步强化即可。第三,“疏导”与“堵截”问题。《劳动合同法》推行无固定期限合同,强化解雇保护,正是我们“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”(业务外包)流行,劳动关系因缺乏规范而更加恶化。第四,“市场”与“计划”问题。所谓“三性”问题,因这需要一定的参照物来判断,并且标准还会不断变化,实际上只能够由“市场”来回答。再比如,同工同酬问题,作为国际劳工标准之一,国际上实际上是从“反歧视”或“非歧视”的角度来界定它的。毕竟,在国家强制性标准之上,工资问题首先是一个市场问题,立法能够做的就是从“反歧视”的角度来界定它,并大力推进集体协商或谈判。

北京金杜律师事务所姜俊禄律师通过一个具体案件引导出一个具有普遍意义的问题,即劳务派遣与劳务外包的关系。姜俊禄律师提出,劳务外包与劳务派遣作为两种完全不同的用工形式,具有完全不同的法律效果,可以从用工主体的经营范围和相关资质、企业之间订立合同的实质标的、对劳动者的管理、用人单位履行目的的四个方面对两种用工形式进行区分。但是近年来,类似于劳务外包、劳务借调、职业介绍等劳动组织形式大量出现,这在一定程度上增强了用人单位用工的灵活性,但也为用人单位带来了一定的法律风险。由于这些用工形式法律定性模糊,游走传统劳动合同和劳务派遣的边缘地带,具有较大的不确定性,在发生争议时,极有可能被劳动仲裁机构或者人民法院认定为劳务派遣关系。

北京德恒律师事务所潘丽丽律师提出,对于劳务派遣机构违反《劳动合同法》第67条规定,向自己的出资单位(股东,含股东及其关联机构,下同)派遣劳动者的,劳动者与劳务派遣机构的劳动合同效力应如何认定,《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》未做出明确规定。一些地方性规范对这个问题做了规定,有劳动合同无效说和有效说两种意见。经过分析,认为这种情形下,劳务派遣机构与劳动者之间的劳动合同不宜认定为全部无效,而应当认定为部分无效,即劳动合同中关于将劳动者派遣到出资单位工作的有关条款无效。

广东胜伦律师事务所刘继承律师就以下问题提出了自己的观点:(1)劳务派遣

用工形式下,劳动者享有单方辞职权,但应当同时通知派遣单位和用工单位;(2)劳务派遣单位或者用工单位对劳动者承担连带责任,并不以共同实施侵权行为为基础,只要任何一方实施了侵权行为,另一方即应当承担连带责任;(3)在《劳动合同法》第65条规定的情形之外,用工单位和劳务派遣单位可以约定对劳动者的退回权,但是劳务派遣单位解除劳动合同必须依法实施;(4)劳动者符合《劳动合同法》第14条第2款规定条件的,有权要求与劳务派遣单位签订无固定期限劳动合同;(5)劳动者通过劳务派遣进入到原单位的竞争单位工作也违反了竞业限制义务,同理,用工单位也可以与劳动者约定竞业限制协议以保护本企业的商业秘密。

甘肃勇盛律师事务所林磊律师认为,劳务派遣模式本身是伴随社会发展创新设置的一种新型用工方式,其具有合理性、科学性。现行劳务派遣模式因其不规范成为损害劳动者的重要“抓手”,以致累招诟病。对此,不能不加以重视和反思。但是正确的做法是应予以规范、疏导,而不是取消或过度地限制。要想从根本上减少劳动者权益被损害的情形,尚需从促进劳资双方博弈实力平衡的角度出发。一则大力鼓励创业,加大用工需求从而平衡求职需求;二则立法强化劳方结社、自主维权的手段和措施,借以反制平衡资方。一旦双方实力大致平衡,则无须对劳动者权益给以过度的保护,以免挫伤资方再投资热情的同时萎缩劳方自我成长壮大的积极性。如果短期内不能实现劳资双方博弈实力的大致平衡,在不得已的情形下,只能选择强化行政监管的模式来强化对劳工的保护。建议立法促进和倡导通过非主营业务外包的方式来实现间接用工。此种劳务外包未来极有可能成为主流用工方式。

北京市大成律师事务所四川分所辜健律师提出,劳务派遣制度天生就具有通过牺牲劳务派遣员工权益换取低成本用工的倾向,劳务派遣灵活用工的特点又削弱了劳务派遣员工个体的议价能力,我国尚未形成有效的集体谈判制度,这些都是导致劳务派遣员工的同工同酬权利难以落实的原因,需要通过完善立法、加强行政监管、提高集体议价能力等维护劳务派遣员工同工同酬权利的实现,彰显社会公平。

浙江省律师协会农民工维权指导中心王惠律师认为,劳务派遣被广泛使用,是因为用工单位通过劳务派遣形式规避用工责任与风险,降低用工成本,劳动者本该拥有的合法权益,在滥用的劳务派遣下荡然无存。因此,对于长期被派遣的员工,如果是派遣到不同的用工单位,则劳务派遣单位应与员工签订无固定期限劳动合同,如果是长期派往一家单位用工,则应由用工单位与员工签订无固定期限劳动合同。

会议邀请了陕西省人力资源和社会保障厅劳务派遣管理中心的陈小庆处长就

劳务派遣管理与规制问题,从政府管理部门的角度谈了几点意见:第一,劳务派遣是一种就业组织形式,是劳动关系市场化的一个组成部分,劳务派遣作为一种用工形式没有原罪,但由于一些企业的不规范运作,导致它承担了过多的罪名。一分为二地说,劳务派遣有着积极的作用,对促进公开、公平的充分就业有贡献,在员工劳动权利的保护方面、在劳动基准的实施方面、在社会保险的覆盖方面,劳务派遣机构通过它自有的组织形式和合作方式做出安排,对于员工在劳动关系中的政治权利与经济权利的实现起到了积极作用;同时,建立在用工与关系分离基础上的劳务派遣,在运行初期或者制度建立不完备的情况下,很容易受到诸如“滥用、剥削、混乱、推卸责任、冲击主流用工”等的指责,所以在劳务派遣的用工关系建立与退出时间、用工人数、岗位、地点、工资标准、社保安排、员工参与和法律责任等方面需要法律和政策不断进行调整和规范,促进劳务派遣健康发展。第二,临时性、辅助性、可替代性的“三性”概念,在《劳动合同法》颁布施行4年后的今天仍然成为焦点,如何界定显得比“三性”概念更重要。是否可以尝试不采取列举式规定,而是通过排除或者限制一些行业和岗位对劳务派遣的适用进行规范管理,也许更为有效。《劳动合同法》实施后的派遣发展值得认真总结,一项制度的设立需要时间和效果来判断,主观臆断都是不可取的。目前的统计数据不能翔实说明全国究竟有多少企业使用劳务派遣,有多少劳务派遣用工,从业行业和岗位的范围,劳务派遣制度设计在哪些方面严重损害了职工利益,劳务派遣究竟有哪些积极的作用,从陕西劳务派遣领域的规模看,并没有超出用工总量的5%，“三性”岗位的选择并没有成为劳务派遣用工的主要矛盾。第三,期待劳动法专业律师在劳务派遣领域可以有更大的作为。劳务派遣领域职工的政治权利和经济权利保护范围、职工的权利诉求与利益诉求如何落实、职工的劳动三权如何维护,都会成为该领域专业律师大有作为的天地。作为劳动关系共生一体的企业,在劳动派遣用工关系的管理措施安排上,关注员工有尊严的体面劳动、关注员工的生存与发展,迫切需要劳动法专业律师给予支持,帮助企业勇于承担社会责任。

除上述内容外,与会律师还针对竞业限制、我国台湾地区人事保证制度、双重劳动关系、劳动合同试用期、长期两不找的劳动关系认定、民事诉讼与劳动争议仲裁衔接、工伤与职业病、工资总额、违法解除劳动合同赔偿金、劳动者的工作交接义务等问题进行了研讨。

大会总结:更高、更远、更长久

11月25日下午3点,全国律协劳动和社会保障法专业委员会2012年年会在全