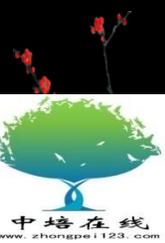


欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之八 内部搞承包，谁承担劳动法上  
主体责任？



## 8、内部搞承包，谁承担劳动法上主体责任？

内部承包是指企业作为发包方与其内部的生产职能部门、分支机构、职工之间为实现一定的经济目的，而就特定的生产资料及相关的经营管理权所达成的双方权利义务约定。



- 通过案例思考：
- 该合同的性质如何？是劳动合同还是承包合同？



- 该类合同与劳动合同的区别主要在于：
- 1、订立合同的目的不同：劳动合同订立的目的在于确认双方之间的劳动法律关系和明确双方的权利义务；企业内部的承包合同的订立目的在于已承包责任制的形式更快更好地完成工作任务，创造更大的企业效益和价值。
- 2、合同所约定的内容不同：劳动合同除确立劳动关系外，主要内容是约定双方的劳动权利和义务；而企业内部的承包合同则主要以经营管理制度规范为主，同时，通常也会约定一定的奖励惩罚措施等。



- 3、当事人的身份不同：劳动合同中，企业职工作为劳动者在劳动过程中是被管理者、被支配者和被领导者；企业内部的承包合同中，承包人作为劳动者在其承包经营的范围内是生产经营活动的组织者和管理者。
- 4、责任承担不同；在劳动合同中，劳动者只要对自己的生产经营任务负责；企业内部的承包合同中，劳动者作为承包人则要对所承包范围内的生产经营成果负责。
- 5、劳动报酬的构成不同；在劳动合同中，劳动者作为职工，其所获得的收入只具有劳动报酬的性质，表现为工资等形式。而在企业内部承包合同中，劳动者作为承包人，其劳动报酬收入兼有生产经营收入和劳动报酬性质。



- 在企业内部承包合同纠纷的受理问题上，法律没有明确规定，最高人民法院的态度比较暧昧，劳动部的态度反而比较积极。

从劳动部的有关复函中也可透视对企业内部承包合同的性质认定。劳动部劳险字[1992]27号《关于企业内部个人承包中保险待遇问题的复函》指出：“企业与职工个人签订承包合同，是企业内部经营管理的一种方式。企业经营机制的转变，并未改变企业和职工的劳动关系，也未改变承包者的职工身份，因此企业应按照国家现行政策保障职工的社会保障权益。”

- 劳动部劳办发[1993]224号《关于履行企业内部承包责任合同的争议是否受理的复函》指出：  
“企业实行内部责任制后与职工签订的承包合同与劳动合同有很大差别，一般不属于劳动合同，因此在工作中应防止用承包合同代替劳动合同的倾向。但是，如果承包合同中包含有工资福利等应在劳动合同中规定的劳动权利义务方面的内容，则该合同带有劳动合同的某些属性。职工与企业因执行承包合同中有关劳动权利义务方面的规定发生的争议，属于劳动争议。”



- 从理论上讲，王利明教授认为，“企业内部实行生产责任制，由企业及其车间与工人之间订立责任制合同，这些都只是企业内部的管理措施，是一种生产管理手段，当事人之间仍然是一种管理和被管理的关系，双方地位不平等，应属于劳动法等法律调整，不应当受合同法调整。”

全国人大常委会法制工作委员会民法室集体认为，“企业承包，有些是内部承包，有些是外部承包，两者情况有所不同，适用法律应有所区别，对于外部承包适用合同法总则的规定，至于内部职工的承包适用其他有关法律、行政法规的规定。”



- 外部承包适用合同法总则的规定，内部职工的承包由有关法律、行政法规来调整。遗憾的是，我国法律在这个点上缺失。



- 注意：
- 有的企业在内部经营承包中规定了承包人伤、残、亡及其费用由本人自理，发包方概不负就责，并且对承包合同进行了公证。劳动部就个人承包中保险待遇如何保障问题，在征得中华全国总工会、最高人民法院同意后，在《关于企业内部个人承包中保险待遇问题的复函》（劳险字[1992]27号）文中提出了如下处理意见：



• 企业与职工个人签订承包合同，是企业内部经营机制的变革，并非企业经营管理者变更职工身份，因此企业应按照国家现行在“承包经营未改的职工”中符合最高人行为（指有属公具）关于证有合营管理的企业职工将我国宪法和民法（88）工伤概不定民中企业变更职工的身份，社会伤亡风险和职工社会保险的第1号批复“的严重”。企业变更职工的身份，社会伤亡风险和职工社会保险的第1号批复“的严重”。企业变更职工的身份，社会伤亡风险和职工社会保险的第1号批复“的严重”。



- 企业和职工个人签订的经营承包合同，不能是“生死合同”，必须符合宪法和劳动保障政策的规定。生死条款即使双方约定，也属于无效条款。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定  
之九 挂靠纠纷



“挂靠”，即所谓“企业挂靠经营”，就建  
筑而言，是指允许一个施工企业对企业允  
许他人使用自己的企业名义对外承接工程  
的行为。企业经营活动在法院审理时，是  
否构成挂靠，应依据《最高人民法院关于适用  
〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第43  
条第2款的规定，即“实际施工人以挂靠  
企业的名义对外签订合同，以该企业的名义  
对外从事民事活动，当事人请求按照挂靠  
关系的实质处理”的，人民法院应予支持。  
“挂靠”与“借用”的区别在于，借用是  
指出借人将出借物交给借用人使用，借用  
期满后，借用人应当将借用物返还出借人。  
而挂靠是指出借人将出借物交给借用人使  
用，借用期满后，借用人应当将借用物返  
还出借人，但出借人并不收回借用物，借  
用人可以继续使用该借用物。因此，借用  
与挂靠的区别在于，借用是借用物所有  
权的暂时转移，而挂靠是借用物所有权的  
长期转移。



自面个义质、取特业了优者书、名资收国企为策的或者组织的方我体是政谓户或组体牌靠是集要种所个体伙主品挂营靠主各是个口合营供向经挂，得就组织、成、经提期靠要位，获也伙主的挂挂务式之国地利，组体企靠靠并。所有位，合营靠被被服方者、国的便企业、经挂用，的营靠业、的企一然人活方的，有的经现是指的，然营等用象，国方“是外议，自经理费现或靠上”经营另协者事管理的位挂治帽经与靠或从、管期单被政红靠人挂户外术、管期单被政红挂然的体对技一定集依惠“



- 挂靠经营的特征
- (1) 它是一种借用行为。
- 挂靠经营实际上是一种借用关系，这种借用关系并非一般意义上的单纯的物的借用关系，其内容是多种多样的，有的是借用资质、证照、合同目的，具体情况具体分析，是正确评价挂靠经营关系的前提。



- (2) 它是一种独立核算行为。
- 挂靠方的经营方式是自负盈亏，这表明，就于被挂靠方的关系来讲，挂靠方是一个独立的民事主体，与被挂靠方地位平等。挂靠方是实体义务的履行者和权利的最终享有者，对经营活动能够独立核算，独自组织实施，是盈亏的终结承受者。



- (3) 挂靠方要交纳一定的费用。
- 因为是借用被挂靠方的资质、信誉等并对外以被挂靠方名义从事经营活动，挂靠方通常要以管理费、保证金的形式向其缴纳一些费用。而被挂靠方只是配合承接工程项目，并非实际上真正履行所谓的管理义务。



- (4) 挂靠多数是一种临时性行为。
- 挂靠作为一种借用行为，这种性质决定了其暂时性，实践中往往是挂靠方在实施某项经营活动中才挂靠到另外一方，一旦工作完成，这种关系就不再存在。当然也有为了经营的需要长期挂靠关系的存在情形。



## 9、A、挂靠借执照，产生争议如何处理？

### 《劳动合同法》第九十三条

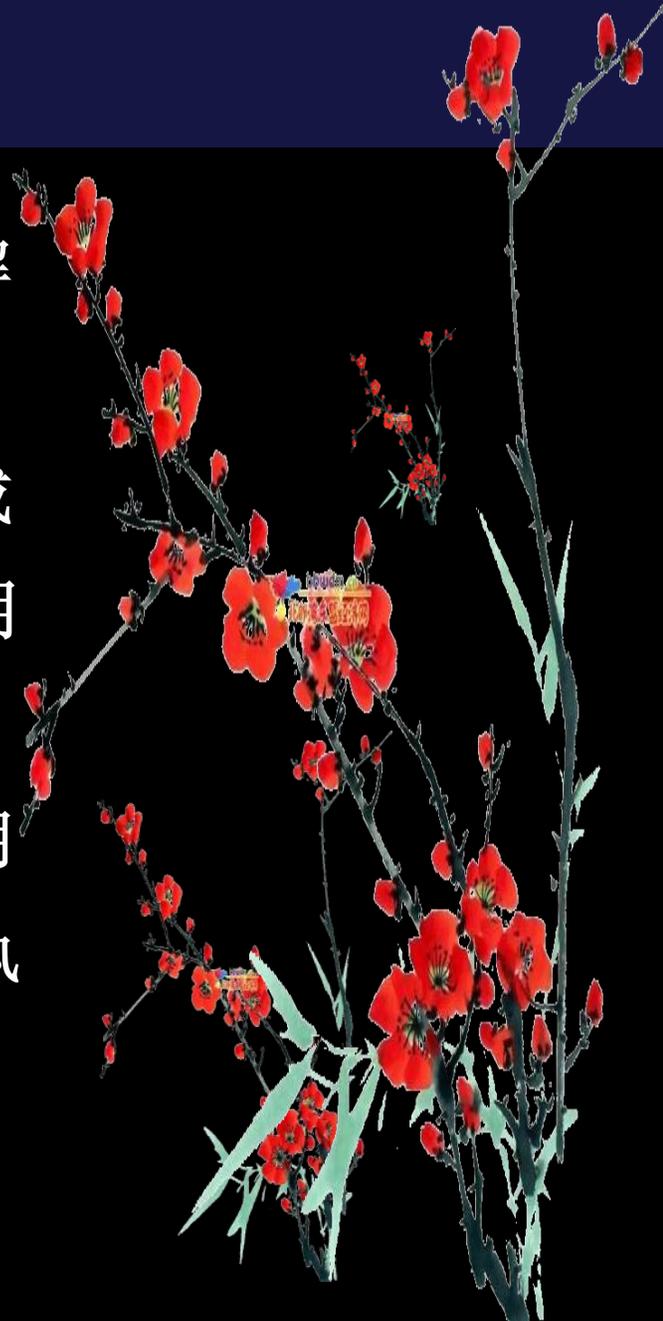
对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。



## 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）

第四条 劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的，应当将用人单位或者其出资人列为当事人。

第五条 未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营的，应当将用人单位和营业执照出借方列为当事人。



## 9、 B、 车辆加盟挂靠营运中劳动者发生工伤后如何处理？

对于机动车挂靠或加盟运营中劳动关系的认定，一般具有两种情况：

第一、个人购买车辆挂靠在其他单位，以其他单位的名义对外运营，车辆所有人又将车辆承包或租赁他人任司机，司机与被挂靠单位之间明确不构成劳动关系。

第二、个人购买车辆直接雇佣司机，将车辆挂靠其他单位以被挂靠单位名义对外运营的，司机与被挂靠单位是否构成劳动关系？



最高人民法院行政审判庭《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》（2007年12月3日，（2006）行他字第17号）

安徽省高级人民法院：

你院（2006）皖行他字第0004号《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的请示》收悉。经研究，答复如下：

个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的，其聘用的司机与挂靠单位之间形成了事实劳动关系，在车辆运营中伤亡的，应当适用《劳动法》和《工伤保险条例》的有关规定认定是否构成工伤。



# • 被挂靠方的法律风险

- 1、一旦挂靠人销售的产品或提供的服务给消费者造成损失，被挂靠企业与挂靠人将承担连带赔偿责任。
- 2、挂靠人以被挂靠企业的名义对外签订合同，被挂靠企业一般要为挂靠人开据发票、代收贷款，如出现挂靠人与第三人之间的债务纠纷，法院将会判决被挂靠企业承担给付责任，当被挂靠企业再向挂靠人行使追偿权时，也往往会因为前者的承担能力欠缺而落空。



- 3、因劳动纠纷损害企业的经济利益和社会形象
- 4、管理费可能被没收
- 挂靠人与被挂靠企业一旦因挂靠经营发生纠纷案，人民法院可以收缴当事人已经取得的非法所得。被挂靠企业的“非法所得”即指向挂靠人收取的管理费。



- 解决挂靠经营问题的措施
- 1、采用内部承包方式
- 被挂靠企业防范法律风险的根本之策就是不采取挂靠方式，而是采取内部承包协议的方式，因为内部承包是法律所允许的，将挂靠经营部实实在在地转变为被挂靠企业的自有经营部。同时，将挂靠人聘为被挂靠企业员工，按照公司的劳动规章制度进行管理。
- 2、解除挂靠经营关系



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之十 包工头组织农民工施工，施工  
单位与农民工之间存在何种关系？



# 10、包工头组织农民工施工，施工单位与农民工之间存在何种关系？

思考：

- 1、包工头和施工单位之间的法律关系
- 2、农民工和施工单位之间的法律关系
- 3、谁应该支付农民工薪酬的主体？
- 4、谁可以代表农民工起诉主张欠薪？



- 1、包工头和施工单位之间的法律关系
- 二者之间形成一般委托合同关系，包工头承担为建筑劳务公司的工程“雇佣工人、组织工人施工、向工人发放工资”的义务，建筑劳务公司支付相应的报酬。



- 农民工和施工单位之间的法律关系
- 前面所说的建筑劳务公司与包工头是一般委托合同关系，从委托合同的性质来看，其目的是处理或者管理委托人的事务，合同订立后，受托人在受托范围内所实施的行为，等同于委托人自己的行为。换言之，包工头的行为，应视为建筑劳务公司的行为。

那么二者之间是劳动关系还是劳务关系？



- 谁应该支付农民工薪酬的主体？
- 由于施工单位与农民直接建立劳动关系，所以施工单位是支付农民工欠薪的主体



- 4、谁可以代表农民工起诉主张欠薪？
- 首先，若没有明确合法的授权，包工头不能代表农民工向施工单位主张欠薪
- 其次，对于包工头主张的“工程款”，属于农民工的部分，不应由包工头领取
- 再次，既是包工头有证据证明已经将农民工工资如数发放，为防止农民工向施工单位重复主张，也不能让包工头领取不属于他的欠薪。



## • 《建筑领域农民工工资支付管理暂行办法》

- 七、企业应将工资直接发放给农民工本人，严禁发放给“包工头”或其他不具备用工主体资格的组织和个人。企业可委托银行发放农民工工资。
- 八、企业支付农民工工资应编制工资支付表，如实记录支付单位、支付时间、支付对象、支付数额等工资支付情况，并保存两年以上备查。
- 十二、工程总承包企业不得将工程违反规定发包、分包给不具备用工主体资格的组织或个人，否则应承担清偿拖欠工资连带责任。
- 十八、农民工与企业因工资支付发生争议的，按照国家劳动争议处理有关规定处理

- 《北京市工资支付规定》

- 第二十九条 建设单位、施工总承包企业、专业承包企业（以下统称为发包单位）或者劳务分包企业，有发包、分包或者转包给不具备用工主体资格的组织或者个人的违法行为，该组织或者个人拖欠劳动者工资时，发包单位或者劳务分包企业应当直接向劳动者支付所拖欠的工资。



# 劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》

四、建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。



劳动和社会保障部、建设部、全国总工会《关于加强建设等行业农民工劳动合同管理的通知》

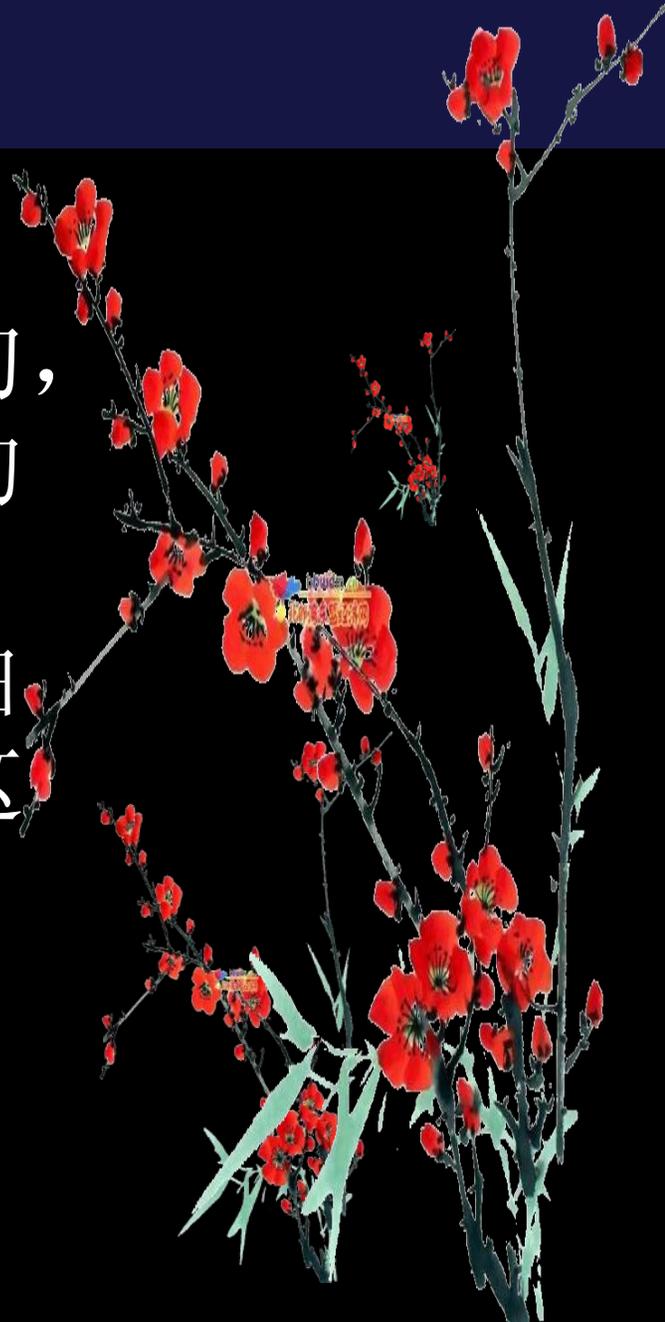
第2条：……劳动合同必须由具备用工主体资格的用人单位与农民工本人直接签订，不得由他人代签。建筑领域工程项目部、项目经理、施工作业班组、包工头等不具备用工主体资格，不能作为用工主体与农民工签订劳动合同。



- 工地工人如发生事故，如何应对？
- 一是、这名工人依据《最高人民法院关  
于审理人身损害赔偿案件适用法律若干  
问题的解释》或《中华人民共和国安全  
生产法》直接向包工头和其他合伙人追  
究雇主赔偿责任，可以要求建筑公司承  
担连带责任。但这样的话，不能享受工  
伤保险，如果伤势较重的话，没有工伤  
保险的待遇稳定、优越



- 另一办法是包工头应该促成的或努力的，包工头配合受伤的工人直接向当地劳动局申请工伤鉴定，如果工伤认定下来，这么工人直接属于建筑公司的员工，由建筑公司承担用人单位的工伤责任。这有充分的法律依据。
- 这一类承担责任方式多见于非法承包而发生用工的情形。



- 实践指南
- 一、对工人
- 1、工人或其家人应该及时并努力去申请工伤，因为工伤待遇对其更有利；
- 2、建筑公司依法是工人的用人单位，因为法律上对于建筑行业的用工关系的规定对农民工有特殊保护，就是便于他们维权，以便能享受到待遇；因为，如果仅向包工头要，可能要不到多少。



- 二、对建筑公司
- 1、虽然工人不是由我们招的，但是是为建筑公司干活，要遵守建筑公司的操作规程及管理规定，且我们没有资质去聘用人从事建筑工作，建筑公司应当承担工伤责任；
- 2、虽然工人与建筑公司没有劳动合同，但劳动关系依法是从工作之日建立劳动关系的，双方之间存在事实劳动关系；
- 3、我们与建筑公司之间的承包协议（如有）不能作为建筑公司不承认受伤工人是其职工的说法，因为协议仅对签字的各方有效



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之十一 聘请外国人应该注意哪些证？

外企用工算什么？



# 11、聘请外国人应该注意哪些证？外企用工算什么？

通过案例思考

聘请外国人应该注意哪些证？



- 根据我国《劳动法》规定，用人单位聘用“洋打工”，必须先到劳动部门为他们办理在华就业证和居留证，否则一旦产生纠纷将不受《劳动法》保护。



- 1996年5月1日开始实施的《外国人在中国就业管理规定》第八条、第十八条、第二十条等有关规定，即：在中国就业的外国人应持职业签证入境，入境后取得《外国人就业证》和外国人居留证件，方可在中国境内就业；用人单位与被聘用的外国人应依法订立劳动合同。劳动合同的期限最长不得超过五年；劳动行政部门对就业证实行年检，用人单位聘用外国人就业每人满一年，应在期满前30日内到劳动行政部门发证机关为被聘用的外国人办理就业证年检手续，逾期未办的，就业证自行失效。



- 如果符合以上规定，依据《外国人在中国就业管理规定》第二十六条，可以到有管辖权的劳动仲裁委员会申请劳动仲裁，以维护自己的合法权益。
- 如果不符合以上规定，根据《中华人民共和国入境出境管理法实施细则》第44条规定，对未经劳动部或其授权的部门批准，私自谋职的外国人，在终止其任职或就业的同时，除处1000元以下的罚款，情节严重的，还处限期出境。对私自雇佣外国人的单位和个人，在终止其雇佣行为的同时，可处以5000元以上，50000元以下的罚款，并责令其承担遣送私自雇佣外国人的全部费用。



## 实务操作要点

1、外国人、港澳台地区居民未依法办理《外国人就业证》《台港澳人员就业证》的，与其用人单位签订的劳动合同应为无效劳动合同。外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

2、外国企业常驻代表机构未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，应认定有关用工关系为雇佣关系



处理外国人就业应注意以下问题：

- 1、依法办理先关手续
- 2、及时签订劳动合同(最长不得超过5年)
- 3、及时缴纳社会保险
- 4、依法管理外籍人员（办理就业证之日起30日内办理社会保险登记）
- 5、妥善管理专业人员
- 6、依法解除劳动合同



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第一部分 劳动关系的认定

之十二 劳动合同法是否禁止双重劳动关系？



## 12、劳动合同法是否禁止双重劳动关系？

双重劳动关系指的是劳动者同时与两个用人单位存在劳动关系，该劳动关系可能是劳动合同关系，也可能是事实劳动关系。随着当前我国劳动力市场上多种就业形式的出现，人们的就业方式更为灵活，出现大量以兼职、下岗工人再就业等形式的双重劳动关系。我国当前的劳动法律制度对双重劳动法律关系规定不清楚，不利于对广大劳动者合法权益的保护。兼职劳动是当前双重劳动关系最为典型的形式，



- 2008年1月1日实施的《劳动合同法》对劳动关系是否具有唯一性，作出了明确的条文规定。在劳动合同立即解除情形下，第39条明确规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；”该条是对劳动者外出兼职关系的法律明确规定性，劳动者可以外出兼职与其他用人单位建立劳动关系，只要原单位的工作没有造成影响即可。即劳动关系不再具有唯一性。



- 《劳动合同法》允许多重劳动关系。该法第69条规定：“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。”即非全日制用工的，劳动者可以订立多份劳动合同，而基于劳动合同是劳动关系建立与否的关键凭证，也可以看出劳动者可以建立多重劳动关系。



- 在司法实践过程中，大家对劳动关系性质的认识，对劳动关系履行的认识，还停留在传统的用工形式框架内，因此，也经常出现一些判决，以劳动关系的具有唯一性为由不支持兼职员工兼职期间的劳动权益，这本身与法律的规定是相悖的。
- 但是，在多重劳动关系的被法律认可的情形下，我国目前的社保政策的特点仍然是社保系统的一缴的政策，这导致兼职的员工无法在第三方缴纳社会保险费。



## 实践参考

现阶段可以认定存在双重劳动关系的：

- 1、兼职
- 2、停薪留职
- 3、国有企业职工内退、下岗或待岗就业形成的事实劳动关系。



- 《劳动合同法》

- 第九十一条 用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。



- 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》
- 第八条 企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。



- 停薪留职人员的劳动关系如何处理？
- 什么是停薪留职？
- 停薪留职指劳动关系不终止的情况下，用人单位允许生产或工作上不需要的多余人员离职，并停发工资的劳动法律行为。它一般由用人单位和职工签订停薪留职合同，具体约定双方权利和义务。它只适用于原固定制职工。



- 雇主责任保险是指被保险人所雇佣的员工在受雇的过程中从事与保险单所载明的业务有关的工作而遭受意外或患与业务有关的疾病，所致伤、残或死亡，被保险人根据《中华人民共和国劳动法》及劳动合同的约定应承担的医疗费用及经济赔偿的责任，包括应支付的诉讼费用，由保险人在规定的赔偿限额内负责赔偿的一种保险。
- 三资企业、私人企业、国内股份制公司，国有企业、事业单位、集体企业以及集体或个人承包的各类企业都可为其所聘用的员工投保雇主责任险。
- 随着《劳动法》的实施及我国劳动合同制的不断完善，雇主责任险将是企事业单位及个人转嫁上述风险的重要途径。



- 职工停薪留职期间仍是该企业职工
- 按照《国有企业富余职工安置规定》(国务院令1993第111号)和《关于企业职工要求“停薪留职”问题的通知》(劳人计〔1983〕61号)的精神,职工停薪留职期间仍是该企业职工。停薪留职期间要与其他单位签订劳动合同,从事有收入的工作,应与原单位协商并征得其同意。停薪留职期满,本人继续在其他单位工作的,应与原单位终止劳动关系。发生劳动争议,如属于《中华人民共和国劳动争议仲裁委员会条例》规定的受理范围,劳动争议仲裁委员会应予受理。



- “停薪留职”期限及有关待遇：
- “停薪留职”的时间一般不超过二年。  
“停薪留职”期间，不升级、不享受各种津贴、补贴和劳保福利待遇，“停薪留职”人员在从事其他有收入的劳动时，原则上应按月向原单位缴纳社会保险基金。



- 老职工停薪留职期满不归如何处理？
- 原劳动人事部、国家经济委员会《关于企业职工要求停薪留职问题的通知》(劳人计[1983]61号)第3条……停薪留职期满后的1个月以内，本人既未要求回原单位工作，又未办理辞职手续的，原单位有权按自动离职处理。据此，停薪留职期满后1个月以内，本人既未要求回原单位工作，又未办理辞职手续的，属无故旷工行为，况且旷工时间已够除名规定的期限，所以可按除名处理。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



# 欢迎大家来到中培在线

## 现在我们开始学习

### 第一部分 劳动关系的认定

### 之十三 通过签订《劳务协议》的方式 排除劳动法律、法规的适用是否有效？



### 13、通过签订《劳务协议》的方式排除劳动法律、法规的适用是否有效？

劳务合同是民事合同，是当事人各方在平等协商的情况下达成的，就某一项劳务以及劳务成果所达成的协议，劳务合同不属于劳动合同，从法律适用看，劳务合同适用于合同法以及民法通则和其它民事法律所调整，而劳动合同适用于劳动法以及相关行政法规所调整。



- 劳动关系，是指实现社会劳动过程中，劳动者与所在单位之间的社会劳动关系。
- 劳务关系，是指提供劳务的一方为需要的一方以劳动形式提供劳动活动，而需要方支付约定的报酬的社会关系。
- **劳务关系并不是一个严谨的法律术语**



- 劳动关系与劳务关系之比较
- 1、适用法律不同
- 2、主体不同
- 3、隶属关系不同
- 4、承担的社会保险义务不同
- 5、管理上不同
- 6、支付报酬不同
- 7、关注点与要求不同



签订《劳务协议》排除劳动法律法规的适用应该满足的条件：

1、劳资双方约定建立劳务关系，排除劳动法律法规的适用必须是劳动者真实意思表示。（地位不平等、提示、不能用概括性表述加以替代）

2、双方自愿约定排除劳动法律法规的适用应该不以损害社会公共利益和第三人的利益为前提。（社保问题）



## 关于确立劳动关系有关事项的通知(劳社部发〔2005〕12号)

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。



## 关于确立劳动关系有关事项的通知(劳社部发〔2005〕12号)

二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录；

(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

(三)劳动者填写的用人单位招工 招聘 “登记表” “报名表” 等招用记录；

(四)考勤记录；

(五)其他劳动者的证言等。

其中，(一)、(三)、(四)项的有关凭证由用人单位负举证责任。



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

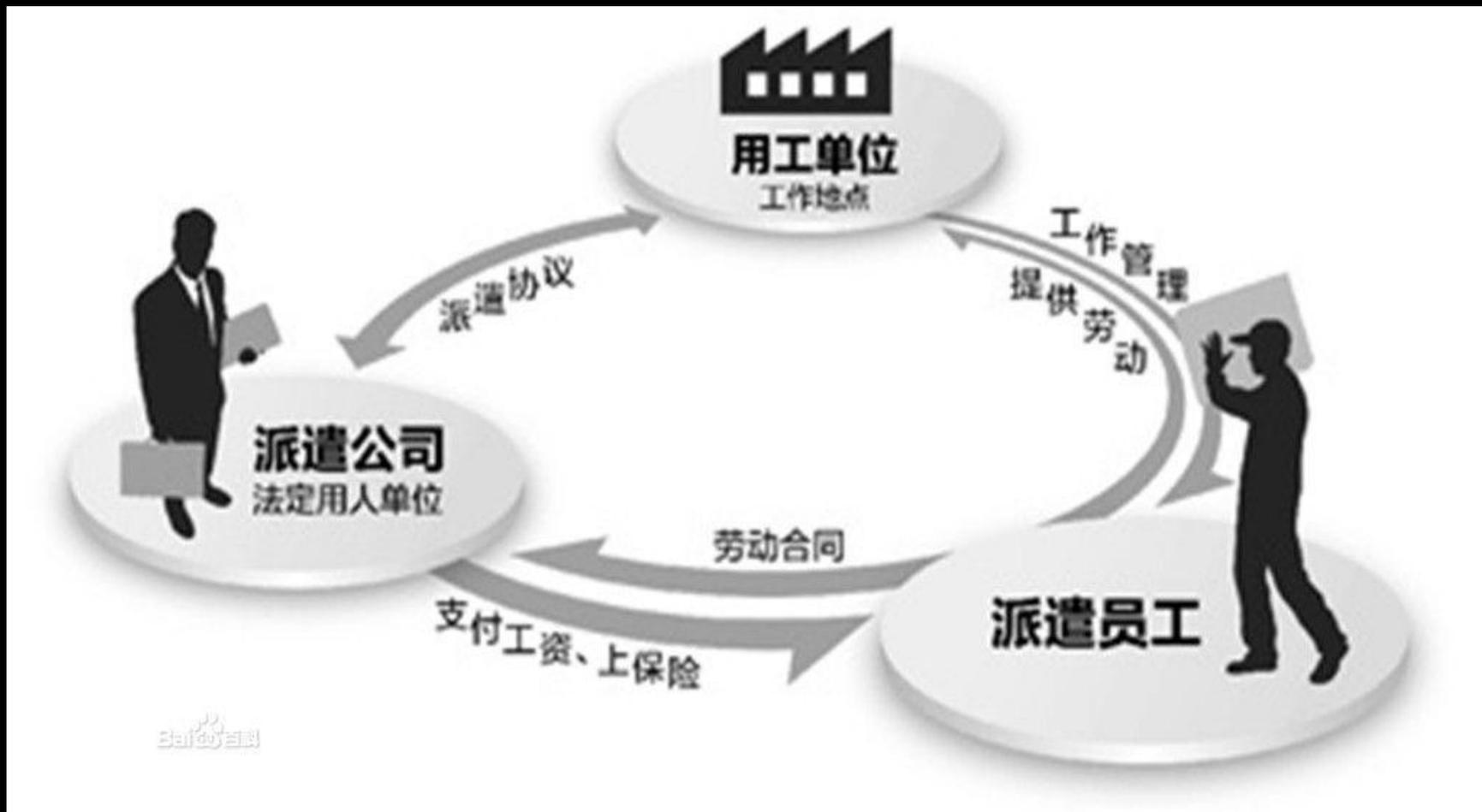
第二部分 特殊用工管理

第一节 劳务派遣



- 劳务派遣又称人才派遣、人才租赁、劳动派遣、劳动力租赁，是指由劳务派遣机构与派遣劳工订立劳动合同，由要派企业（实际用工单位）向派遣劳工给付劳务报酬，劳动合同关系存在于劳务派遣机构与派遣劳工之间，但劳动力给付的事实则发生于派遣劳工与要派企业（实际用工单位）之间。





- 根据全国总工会的调查，到2010年底，国内劳务派遣职工已经达到6000万，主要集中在央企、国有企业、机关事业单位，劳务派遣呈现“非正常繁荣”。而劳务派遣之所以呈现“非正常繁荣”的一个重要的原因，就是《劳动合同法》对劳务派遣的规定过于“原则”，无法起到限制用人单位规避《劳动合同法》的作用。由此引发各类纠纷日益增多，被派遣劳动者权益问题日益突出。



- 《劳动合同法》第五章“特别规定”第二节“劳务派遣”第57条到第67条以及第七章“法律责任”第92条等共12个法条

- 《劳动合同法实施条例》第四章“劳务派遣特别规定”第28条到第32条以及第五章“法律责任”第35条对劳务派遣事项作了更细致的规定



- 使用劳务派遣用工的优点和好处
- 1、有利于保持企业用工的灵活性
- 2、有利于降低人工成本
- 3、有利于减少劳动争议

解决编制限制;  
人事管理便捷专业  
方便人员流动  
减少无固定期限

降低工资总额;  
减少劳动争议;  
从琐碎事务中解脱出来  
调动员工主观能动性



## • 劳务派遣适用的岗位

- 对劳务派遣的适用范围，《劳动合同法》第66条规定，劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。这一规定是对劳务派遣用工的限制。
- 所谓临时性的岗位，主要是指因企业临时需要而设立的工作岗位或季节性行业的工作岗位等，一般用工时间比较短，不值得由用工单位专门安排正式员工来担任。
- 所谓辅助性和替代性岗位是指用工单位非主要性、重要性的劳动岗位，在生产制造过程中属于辅助性的、简易性的劳动岗位，如后勤服务、安全保卫等部门用工。这些工作可以由专门的劳务派遣工来承担，保证企业能够专心从事生产活动。至于具体那些工作岗位属于临时性、辅助性或者替代性的工作，则有待于由国务院或者劳动保障部门根据实际情况做出专门的规定。



- 修改后的《劳动合同法》将第六十六条修改为：  
“劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”
- “前款规定的临时性工作岗位要求是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位要求是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位要求是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。”

- 企业在使用劳务派遣用工时应该注意选择派遣对象，并可以在以下几种人员使用中采取劳动派遣的形式
- 1、可以选择专业技术人员予以派遣（一线操作人员、项目吃紧可以寻求专业人员辅助）
- 2、可以选择生产辅助人员予以派遣（保洁、保安、后勤）
- 3、可以选择特定岗位予以派遣（银行系统的柜面人员、连锁超市的收银人员、保险公司的电话销售人员、信用卡中心的外部销售人员）
- 4、可以选择新进人员予以派遣

# 职业介绍与劳务派遣的区别

	职业介绍	劳务派遣
三方法律关系	居间关系、居间关系、 劳动关系	派遣关系、劳动关系、 用工关系
三方对价表现	中介费、中介费、工 资	派遣管理费、工资、 不直接体现为对价
签署合同性质	居间合同、居间合同、 劳动合同	派遣协议、劳动合同、 用工合同
法律约束程度	接受职业介绍的派遣 公司可以派遣劳动者	接受派遣的用工单位 不得派遣劳动者



# 企业借调与劳务派遣的区别

	借调企业	劳务派遣
相关人员	企业间的业务合作、人事交流、学习研修等目的	临时性、辅助性、替代性岗位或特定的服务业和高度专门及技术性的业务
主管业务	非派遣业务为主营业务	劳务派遣业务即为主营业务
使用频率	临时性安排	经常性安排
专业机构	无专业的借调机构	专业的劳务派遣公司
是否获益	通常不以获经济利益为目的	获得劳务派遣管理费



- **人事代理服务内容可以概括为四个方面：**
- **1、围绕着人事档案管理进行的服务。**（存放或转递人事关系、调整档案工资、评定专业技术职称、办理因公因私出国政审、出具各种人事证明等）
- **2、围绕社会保障进行的代理服务。**（失业、养老、医疗保险等）
- **3、围绕人力资源组织和管理进行的代理服务。**（人才招聘、人才测评、人事诊断、人才考核和人才发展规划等）
- **4、围绕信息咨询进行的代理服务。**（发布人才供求信息、代发招聘广告、公司形象设计、工薪制度咨询、就业指导、职业咨询等）



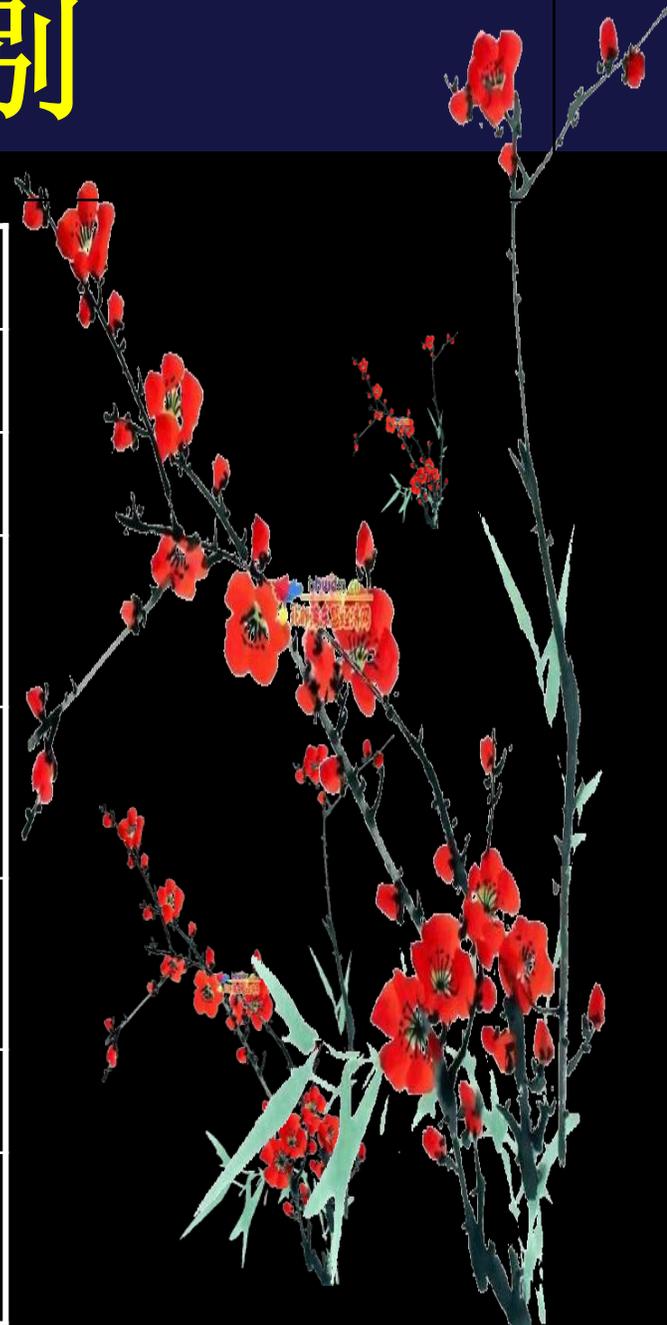
# 劳务派遣与人事代理的区别

	人事代理	劳务派遣
劳动者与代理（派遣）机构关系	代理关系（若用人单位委托、则不发生关系）	劳动关系
劳动者与用人单位关系	劳动关系	用工关系
调整劳动者与代理（派遣）机构的法律规范	民法、合同法	劳动法、劳动合同法
雇主责任	代理机构不承担雇主责任	派遣单位承担连带的雇主责任
合同内容	在法律框架内通常自由协商处理	严格遵守劳动法律法规规定
义务承担	不承担劳动法义务	承担用人单位的劳动法义务



# 劳务派遣与承揽的区别

	承揽	劳务派遣
劳动供给主体	供承揽方自己使用	供用工单位使用
合同标的	完成特定工作任务	供给劳动力
指挥监督权	承揽方自行指挥监督	用工单位指挥监督
工作内容和方式	自主的特定承揽工作	临时性、辅助性、替代性为主
对劳动成果的风险	成果交付前承担风险	通常不承担风险
报酬计算方式	工作时数	工作成果
承担责任方式	承揽方承担、定作方不承担	派遣方与用工方承担连带责任



- 实务指引:
- 现实生活中区分劳务派遣和包含雇佣关系的承揽不是一件容易的事, 关键区分点:
  - 1、劳动内容是否已经确定, 或者说是否具有特定性(组织、策划、设计、安排)
  - 2、劳动者在提供劳务过程中是否具有独立性和自主性



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



# 欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

## 第二部分 特殊用工管理

### 第一节 劳务派遣

#### 之一 同工同酬





# 1、同工同酬

“同工同酬”是指用人单位对于技术和劳动熟练程度相同的劳动者在从事同种工作时，不分性别、年龄、民族、区域等差别，只要提供相同的劳动量且取得相同业绩的，应执行同等的工资分配制度。（另外，同工同酬是否包括补贴，年金、福利待遇等事项？）





## 同工同酬原则的理解与运用

“同工同酬”原则体现两个价值取向

一是：确保贯彻按劳分配的这个大原则，即付出了同等的劳动应得到同等的劳动报酬。

二是：防止工资分配中的歧视行为，即要求在同一单位，对同样的劳动岗位、在同样的劳动条件下，不同性别、不同身份、不同户籍或不同用工形式的劳动者之间，只要提供的劳动数量和劳动质量相同，就应给予同等的劳动报酬



- 同工同酬必须具备三个条件
- 1、劳动者的工作岗位，工作内容相同
- 2、在相同的工作岗位上付出了与别人同样的工作量
- 3、同样的工作量取得了相同的业绩



- 关于同工同酬的法律规定：
- 《劳动法》第四十六条 工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。
- 《劳动合同法》第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。



- 修改后的《劳动合同法》将第六十三条修改为：  
“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。”
- “劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”



- 如何理解劳务派遣中的同工同酬
- 这里有两个问：
- 其一、同工同酬原则是否适用于同一劳务派遣单位不同被派遣劳动者之间？
- 其二、同工同酬是否意味着相同岗位或者相近岗位即需要支付相同的工资，福利待遇亦如此？



- 通过案例思考
- 如何合理处理劳务派遣中的同工同酬问题？



- 关于在实践应用过程中，是否给予被派遣者同等的福利待遇则是用工单位的自主权利，可以对奖金福利制度进行必要的设计、管理和调配。
- 在我国司法体系下，除了严格遵守成文法的规定外，在具体审查案件中并不倾向于根据实质利益进行裁判。所以同工同酬只被限定在与工资有关的薪酬部分，而关于奖金和福利并无涉及。

- 实务指引

- 1、用工单位的成本控制与同工同酬

- 基于公司的盈利性特征，用工单位不可避免地要进入人力资源成本的有效管控，对于一些临时性、替代性、辅助性的领域和岗位尤其如此。《劳动合同法》63条又特别强调了派遣员工与正式员工同工同酬的权利。在这种情形下，用工单位选择劳务派遣待遇的前提下管控人工支出的唯一办法就是在福利待遇开支上设计一些方案。这个方案可以是正式员工和派遣员工分开对待，也可以是以正式员工和派遣员工福利待遇，当然，企业也应该选择一些优质的劳务派遣公司，他们会给派遣员工特别的福利，以充抵派遣员工福利差别而对用工单位的信任度和贡献降低，并缓解劳资纠纷。



- 2、劳务派遣公司的同工同酬的平衡
- 派遣公司作为人力资源服务的供应商，有必要特别根据不同用工单位客户的需求去设计不同的薪资标准。这里存在有两个实务的问题：一个是如何保障其派遣员工与用工单位的同工同酬，一个是如何保障派遣公司内部派遣至不同用工单位的不同员工之间的同工同酬。对于前者，派遣公司可以通过劳务派遣协议的方式与用工单位达成一致，也可以通过在用工单位服务费或公司盈利中提取相当部分作为支付预备；对于后者，则主要依靠派遣公司科学合理的岗位管理办法和薪资规则进行统筹安排



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第二部分 特殊用工管理

第一节 劳务派遣

之二 工亡 用人单位与派遣公司负连带责任？



## 2、工亡用人单位与派遣公司负连带责任？

- 工亡，“因工死亡”之简称，也包括因职业病死亡，是指劳动者在从事职业活动或者与职业活动有关的活动时所遭受的事故致死和职业病致死。工亡属于工伤范畴。
- 认定工亡的意义在于，其直系亲属会享受工亡待遇
- 工亡的认定由劳动部门依法认定



- 《工伤保险条例》第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：
  - (一)在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
  - (二)工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
  - (三)在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
  - (四)患职业病的；
  - (五)因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
  - (六)在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
  - (七)法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。



- 第十五条 职工有下列情形之一的，视同工伤：
  - (一)在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；
  - (二)在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
  - (三)职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。职工有前款第(一)项、第(二)项情形的，按照本条例的有关规定享受工伤保险待遇；职工有前款第(三)项情形的，按照本条例的有关规定享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇



- 《劳动法》第七十二条 社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。
- 《劳动合同法》第五十九条 劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位（以下称用工单位）订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。



- 《劳动合同法》第九十二条 劳务派遣单位违反本法规定的，由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正；情节严重的，以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款，并由工商行政管理部门吊销营业执照；给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。



- 《工伤保险条例》第三十九条 职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

(一) 丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

(二) 供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月40%，其他亲属每人每月30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定；

(三) 一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的20倍。

伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的，其近亲属享受本条第一款规定的待遇。

一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的，其近亲属可以享受本条第一款第(一)项、第(二)项规定的待遇。

- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也



欢迎大家来到中培在线

现在我们开始学习

第二部分 特殊用工管理

第一节 劳务派遣

之三 外资企业中的劳务派遣问题？



# 3、外资企业中的劳务派遣问题？

- 外资企业是一个总的概念，包括所有含有外资成分的企业。依照外商在企业注册资本和资产中所占股份和份额的比例不同，以及其他法律特征的不同，可将外资企业分为三种类型：
  - 1. 中外合资经营企业。其主要法律特征是：外商在企业注册资本中的比例有法定要求；企业采取有限责任公司的组织形式。故此种合营称为股权式合营。
  - 2. 中外合作经营企业。其主要法律特征是：外商在企业注册资本中的份无强制性要求；企业采取灵活的组织管理、利润分配、风险负担方式。故此种合营称为契约式合营。
  - 3. 外资企业。其主要法律特征是：企业全部资本均为外商拥有。



- 劳务派遣特别受到外资企业、优势企业和国有大企业的欢迎，那么为什么劳务派遣会如此迅速地蔓延，得到如此众多用人单位的接受呢？这是因为有如下的因素的催生：

- 1、有利于降低招聘成本。通过劳务派遣输入员工，招聘工作完全可由劳务公司来完成，或者由劳务公司来完成招聘中的大部分工作，这样可以减少很大一笔招聘开支。

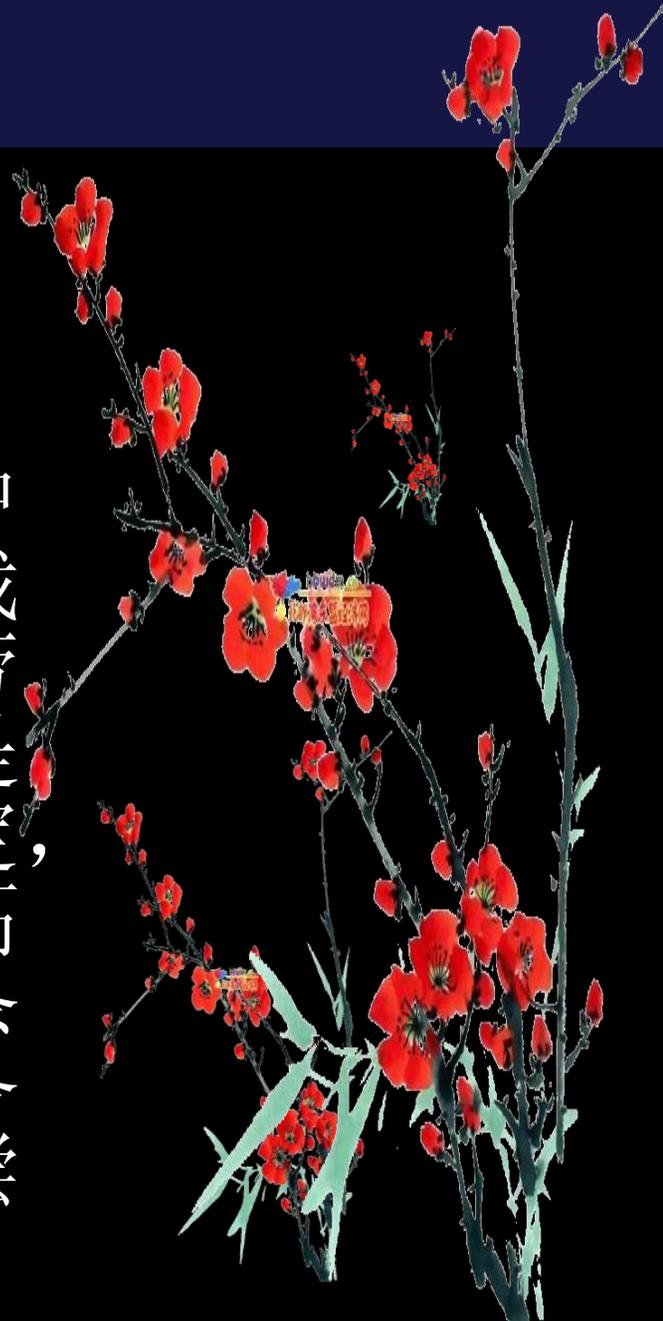
- 2、有利于降低培训成本。通过劳务派遣输入员工，用人单位可以同劳务公司一起完成新员工的岗前培训，而劳务公司也愿意配合此项工作，而在此项工作中用人单位用较少的人力财力就可以完成培训工作并达到工作要求。



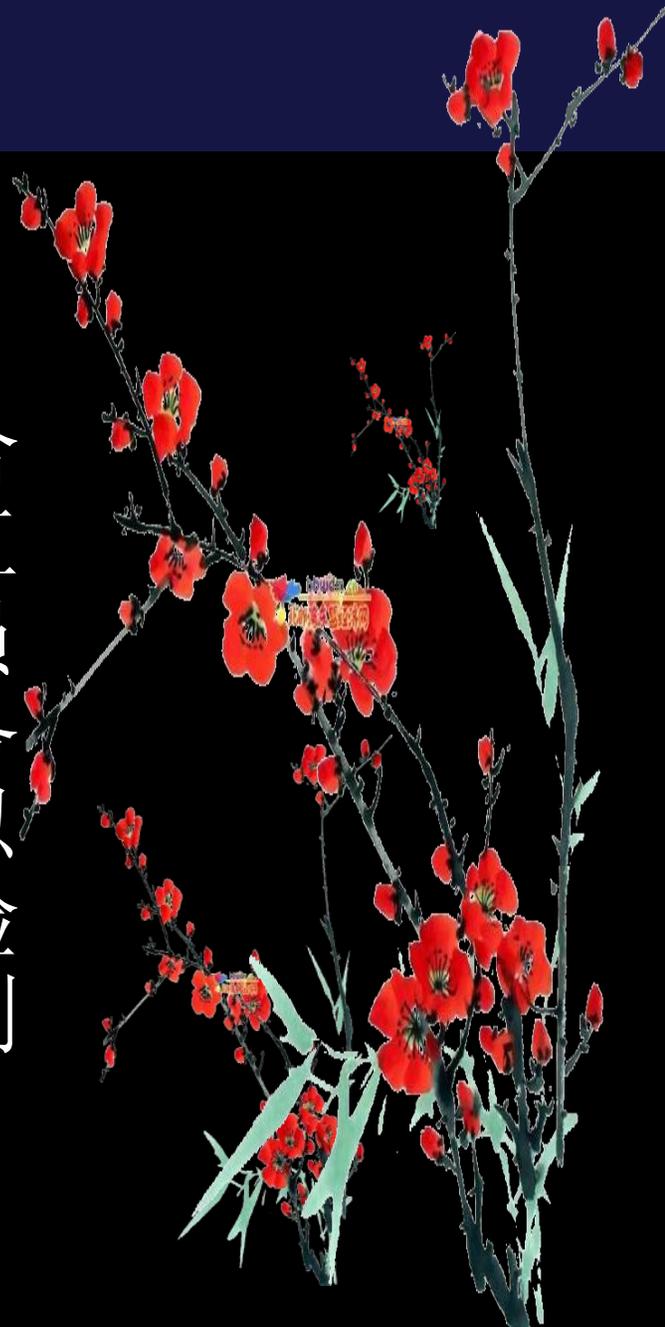
- 3、有利于降低薪酬支出。通过劳务派遣输入员工的薪酬低支出，往往用来作为一种激励制度来体现。派遣员工（又称劳务工）经过努力工作或工作表现优秀的，可以转为正式员工（直接与用人单位签订劳动合同的员工），这也是国家政策的趋向，而在实际用工中劳务工与正式员工工资和福利待遇确实存在差异。劳务工除正常工资、年终双薪及法定的福利外一般不享受正式员工的福利及奖励。



- 4、是合法避税的一种手段。
- 5、有利于规避裁员（特别是大批量裁员）的风险，一旦用人单位在激烈的市场竞争中由于种种原因导致人力资源使用数量上的裁减，如果是存在劳动关系的员工必然引起劳动争议关系的解除，这种解除无论在程序上还是经济补偿方面都有一定的法律强制性规定，而对于劳务派遣人员，用人单位可以约定提高劳务派遣费或双方约定支付一定的补偿金作为劳务派遣公司与劳务公司在劳务派遣协议中约定由劳务派遣公司去承担由裁员而产生的大部分经济赔偿责任，从而达到转移风险的目的。



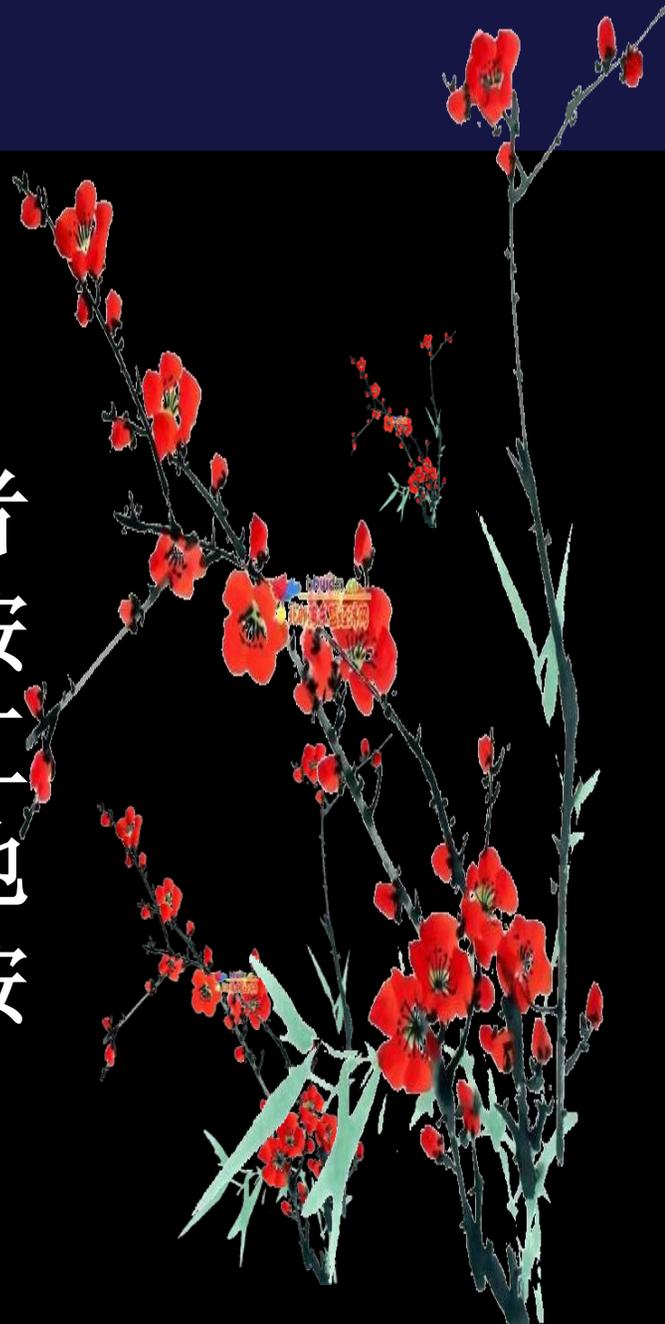
- 6、有利于规避或防范其他劳动保护方面的风险。由于劳动者的无过错行为导致劳动合同或特殊劳动关系的解除（如因为不胜任工作、非因工疾病原因等）可能导致对其他员工产生负面影响，专业劳务派遣机构（劳务公司）专业性和对劳动法律的熟悉性，可以有效地帮助用人单位摆脱上述困境，或风险在发生之前就由于有相应的防范措施而得到了化解。



- 7、有利于用人单位人力资源部门职能的变化，专业的劳动保障监督有助于用人单位的人力资源的有效运用。劳务公司不论从自身的经济利益考虑还是从专业的劳动保障政策认知上都能起到对用人单位进行监督的作用。专业的劳务公司的从业人员往往有很好的专业功底和多年的从事劳动保障工作的背景，是用人单位所不及的。因此从规范方面的人力资源调工作劳务公司能起到顾问和指导的作用；更能调动员工的积极性，使用单位把主要精力放在人力资源的开发上，放在提升企业核心竞争力上，从而实现人力资源的有效运用及合理配置。



- 《劳动合同法》第五十八条
- 劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。



- 《劳动合同法》第六十五条 被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。
- 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。



- 《劳动合同法》第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：
  - （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
  - （二）严重违反用人单位的规章制度的；
  - （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
  - （四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
  - （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
  - （六）被依法追究刑事责任的。



- 第四十条 有下列情形之一的，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：
  - （一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；
  - （二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；



- 这一小节我们就讲到这里，
- 欢迎大家继续学习下一节。
  - 谢谢大家！

• 势者，因利而制权也

