

「內地勞動法（二）」研討會

2006年10月10日

研討會期間未及回覆的問題

~ 以下僅為講者對與會者提出的問題作出初步的討論意見，並非正式的法律/專業意見。~

1. 派遣勞務的最新發展情況？

目前關於派遣勞務的法律法規暫無新要求。

2. 請簡述內地之人事檔案制度，是否各省不同？

內地的人事檔案制度，各地的具體規定有不同，對於不同性質的用人單位，要求也不相同。對於外國公司在中國的代表機構的員工一般需通過中國政府認可的勞動服務公司或人才市場管理其檔案，具體見各省的規定。

3. 香港公司企業可不可以直接聘請內地人士替香港公司在內地工作？

不可以，必須通過政府認可的勞動服務公司聘請。香港公司已經在中國內地設立了外商投資企業的（包括合資企業、合作企業、獨資企業），該外商投資企業可以直接聘請內地人士。

4. 現時國外雇員離職而申請退回社保金，或將社保金戶口轉到另一省份，往往在當地被地區社保扣去部份供款，這是否全國都是這樣？還是某些地區是這樣做？

社保金中包含兩部分，一部分為個人繳納，存入個人賬戶，另一部分由所屬單位繳納，存入統籌賬戶。對於退保和轉出各地有不同的具體規定，就廣州市而言，暫未有針對港澳臺同胞社保退保和轉出的規定。目前的做法是，如果受雇於廣州註冊的企業在香港居民要離職並離開廣州，則應辦理停保，如果需要轉到其他省份，需要有其他省份社管理機構的接收通知，如果不轉出則在該香港居民達到退休年齡時一次性退還。轉出及退保時只退個人賬戶部分，因此會與繳納的時候的數額不一致。

5. 新草案的適用企業是否包括外商獨資、中外合作、中外合資、集體所有制的企業？香港公司與內地簽署「來料加工合同」，內地成立工廠供香港公司直接支配，香港公司承擔所有內地工廠的所有費用，員工聘用，技術提供等，因員工的聘用是以工廠名義簽署而不是香港公司，若遣散員工，是否香港公司可不用承擔有關經濟補償？

新草案第二條規定：“中華人民共和國境內的企業、個體經濟組織、民辦非企業單位與勞動者建立勞動關係，訂立和履行勞動合同，適用本法。”外商獨資、中外合作、中外合資、集體所有制的企業都屬於中華人民共和國境內的企業，因此，新草案的適用企業包括外商獨資、中外合作、中外合資、集體所有制的企業。

嚴格來說，向員工支付經濟補償的責任應由勞動合同中的用人單位承擔。但需留意，廣東省高級人民法院《關於審理來料加工合同糾紛及相關糾紛案件若干問題的暫行規定》（粵高法發[2000]25號）第二十六條規定，“來料加工合同雖然約定由承攬方負責加工，但實際成立的領取對外來料加工特准營業證的來料加工企業是由定作方經營、管理，由承攬方出租場地、廠房給定作方，承攬方亦參與管理的，定作方違反有關規定，以來料加工企業名義對外產生的債務，由定作方自行承擔。但來料加工合同中的承攬方應在收取的工繳費範圍內承擔補充清償責任。”可見，在內地司法實踐中，法院會考量工廠的實際經營、管理情況。如果香港公司與內地簽訂“來料加工合同”，內地成立工廠供香港公司直接支配，香港公司承擔所有內地工廠的所有費用，員工聘用，技術提供等，那麼儘管員工的聘用是以工廠名義簽署，因遣散員工需支付經濟補償的話，法院有可能認定香港公司需要承擔責任。

6. 如何定出爭議發生之日？(因會影響法律申索時限)

最高人民法院《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋（二）》（法釋[2006]6號）第一條規定，“人民法院審理勞動爭議案件時，對下列三種情形視為勞動法第八十二條規定的“勞動爭議發生之日”：

- 第一、 在勞動關係存續期間產生的支付工資爭議，用人單位能夠證明已經書面通知勞動者拒付工資的，書面通知送達之日為勞動爭議發生之日。用人單位不能證明的，勞動者主張權利之日為勞動爭議發生之日。
- 第二、 因解除或者終止勞動關係產生的爭議，用人單位不能證明勞動者收到解除或者終止勞動關係書面通知時間的，勞動者主張權利之日為勞動爭議發生之日。
- 第三、 勞動關係解除或者終止後產生的支付工資、經濟補償金、福利待遇等爭議，勞動者能夠證明用人單位承諾支付的時間為解除或者終止勞動關係後的具體日期的，用人單位承諾支付之日為勞動爭議發生之日。勞動者不能證明的，解除或者終止勞動關係之日為勞動爭議發生之日。

在勞動關係存續期間產生的支付工資爭議，用人單位能夠證明已經書面通知勞動者拒付工資的，書面通知送達之日為勞動爭議發生之日。用人單位不能證明的，勞動者主張權利之日為勞動爭議發生之日。

7. 可否與“用人公司”直接簽署合同，合同主要是由用人公司提供勞動員工給我司，因此我司便沒有直接與勞動員工有勞動合同的存在，通過這樣的安排，可否避免“經濟補償”及其他賠償？

可以，但是僱主必須在勞動合同或者員工手冊、勞動紀律中寫明以預先告知員工，並經員工同意，只有在雙方同意該種懲罰制度後才可以執行，且扣減工資後餘額不得低於當地最低工資的標準。

8. 對於勞動者不能勝任工作／失職，要如何舉證才是有力的證明？

要證明勞動者不能勝任工作或失職，主要由用人單位與勞動者簽訂的勞動合同、員工手冊、勞動紀律的內容決定。另外，《勞動法》第二十六條規定：“有下列情形之一的，用人單位可以解除勞動合同，但是應當提前 30 日以書面形式通知勞動者本人……（二）勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的”之規定，即用人單位要以“勞動者不能勝任工作”為由解雇勞動者的話，要證明已對勞動者進行“培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作”。

9. 人事檔案是否國家財物？如遺失，賠償準則如何釐定？

根據相關的法規，外商投資企業員工的人事檔案不屬於國家財物，但需由縣以上（含縣）黨委組織部門和政府人事行政部門所屬的人才流動服務機構管理，其他任何單位不得擅自管理流動人員人事檔案；嚴禁個人保管他人人事檔案。

10. 如現時的勞動合同已過期，但沒有續簽，公司一直是全數代付社保（員工及公司部份），公司是否可以由現時起開始扣員工部份的社保（暫未有新合同）？

《最高人民法院關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》（法釋[2001]14 號）第十六條規定，“勞動合同期滿後，勞動者仍在原用人單位工作，原用人單位未表示異議的，視為雙方同意以原條件繼續履行勞動合同。”如果勞動合同到期而未續簽的，只要勞動者仍在原公司工作，公司未表示異議，視為雙方同意以原條件繼續履行勞動合同。公司一直是全數代付社保，現公司想開始扣員工部份的社保，這是否可理解為改變原勞動合同條件，要視原勞動合同約定員工的工資是否包括公司原來代員工個人付的社保。若包括，則現在扣員工部份的社保就改變原勞動合同條件，公司需與員工進行商討；若不包括，則沒有改變原勞動合同條件，按照相關法律規定，勞動者有義務繳納個人部份的社會保險費，公司可以扣員工部份的社保。

11. 公司以獨立法人於內地經營物業管理行業，以分支機構形式開設管理處，對發展商或業主立案法團委托之物業進行管理。如因管理合約到期結束，公司與員工之間的勞動合同同時結束，是否不用向員工賠償「經濟補償金」？

一般來說，勞動合同必須明確規定合同的起止時間，如果合同因期限屆滿而終止，用人單位不需要向員工支付經濟補償金。就本例所述的情況中，勞動合同期限的判定，目前沒有相關的法律、法規規定。按個人理解應該分兩種情況：第一，勞動合同中沒有明確地寫出合同的起止時間，僅在其他文件，如物業管理合同中註明勞動合同隨物業管理合同終止而終止，該勞動合同屬於無固定期限的勞動合同。合同終止後，用人單位需按法律規定向勞動者支付經濟補償金。第二，如果勞動合同中雖沒有明確寫出合同的起止時間，但是寫明勞動合同隨物業管理合同終止而終止，且將物業管理合同作為勞動合同附件，則該勞動合同可視為有固定期限的勞動合同，合同終止時用人單位不需要向勞動者支付經濟補償金。具體情況應請示當地的勞動管理部門。

12. 一般用人單位會向入職員工收取押金，這是不合法的，但應怎樣安排，才令員工離職後，用人單位不會受損（因用人單位不能收取員工入職押金），當員工離職後，用人單位不能用押金抵償員工造成的經濟損失？

當前，在國內政府規定，企業在任何情況下，都不能收取員工的押金。用人單位如有任何員工造成的直接經濟損失，可以要求賠償。員工拒絕賠償的用人單位可以向當地人民法院提起訴訟。

13. 輸了官司，賠了勞資關係，怎麼辦？特別現在國家經濟起飛，人才嚴重短缺，您說該怎麼辦？

企業輸了官司，如不服的可以向人民法院上訴。如果不上訴就服從裁（判）決。關於人才嚴重短缺的問題是目前中國企業面臨的普遍問題，要解決這個問題是一個大的課題，就是如何提高企業的競爭力，工資、福利待遇、培訓、企業文化等因素將直接影響人才的吸引。