

保华月刊

Baohua Monthly

2024年12月刊
Dec. 2024
第 85 期
NO. 85

- 人力资源社会保障部 中共中央组织部 财政部关于印发《实施弹性退休制度暂行办法》的通知
- 最高人民法院关于发布第42批指导性案例的通知
- 劳动法律监督“一函两书”典型案例



总编：董保华
责编：董润青、杨杰
编辑：蒋素梅



保華律師事務所

2

劳动法新闻资讯 Labor Law News

劳动新规详解

2

人力资源社会保障部 中共中央组织部 财政部关于印发《实施弹性退休制度暂行办法》的通知
Notice of Ministry of Human Resources and Social Security, Organization Department of the CPC Central Committee and Ministry of Finance on Promulgation of the Provisional Measures for Implementing the Flexible Retirement System

23

最高人民法院关于发布第42批指导性案例的通知
Notice of the Supreme People's Court Regarding the Release of the 42nd Batch of Guiding Cases

30

劳动法律监督“一函两书”典型案例
Typical Cases of “One Letter and Two Documents” in Labor Law Supervision

热点追踪 Hot Issues

47

案例调研：违法调岗是否构成未按照劳动合同约定提供劳动条件？
Case Research: Does illegal adjustment of job position constitute failure to provide labor conditions in accordance with the labor contract?

老董杂谈 Professor Dong By-Talk

55

论劳务派遣立法中的思维定势
Discussion on the mindset in legislation of labor dispatch

新闻资讯

NEWS



一、人社部发文调整职工工作时间和工资折算办法

来源：人社部

摘要：人社部网站发布《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》。根据《通知》，职工全年月平均制度工作时间调整后如下：年工作日为 248 天，季工作日 62 天/季，月工作日 20.67 天/月。日工资、小时工资折算时不剔除法定节假日，月计薪天数为 21.75 天。

Abstract: Recently, the *Notice on the Average Monthly Working Hours and Wage Conversion for Employees throughout the Year* was released on the website of the Ministry of Human Resources and Social Security. In accordance with the *Notice*, the average working time for employees throughout the year have been adjusted as follows: 248 working days per year, 62 working days per quarter per quarter, and 20.67 working days per month. When converting daily and hourly wages, legal holidays are not excluded, and the number of paid days per month is 21.75.

人力资源社会保障部关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）：

根据《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》（国务院令 第 795 号）的规定，全体公民的节日假期由原来的 11 天增设为 13 天。据此，职工全年月平均制度工作时间和工资折算办法分别调整如下：

一、制度工作时间的计算

年工作日：365 天-104 天（休息日）-13 天（法定节假日）=248 天

季工作日：248 天÷4 季=62 天/季

月工作日：248 天÷12 月=20.67 天/月

工作小时数的计算：以月、季、年的工作日乘以每日的 8 小时。

二、日工资、小时工资的折算

按照劳动法第五十一条的规定，法定节假日用人单位应当依法支付工资，即折算日工资、小时工资时不剔除国家规定的 13 天法定节假日。据此，日工资、小时工资的折算为：

日工资：月工资收入÷月计薪天数

小时工资：月工资收入÷（月计薪天数×8 小时）

月计薪天数：（365 天-104 天）÷12 月=21.75 天

三、废止文件

2008 年 1 月 3 日原劳动和社会保障部发布的《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》（劳社部发〔2008〕3 号）同时废止。

人力资源社会保障部

2025 年 1 月 1 日

二、人社部发文部署贯彻实施放假办法

来源：人社部

摘要：1 月 1 日，人社部发布关于做好《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》贯彻实施工作的通知。根据通知，职工在法定节假日、带薪年假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。企业等单位依法安排职工在法定节假日工作的，应当另外支付给职工不低于劳动合同规定的其本人日或小时工资标准的 300% 支付工资报酬。企事业等单位确因工作需要且经职工本人同意未安排职工休年假或者安排职工休假天数少于应休年假天数的，应当按应休未休的年假天数依法支付工资报酬。

Abstract: On January 1, the Ministry of Human Resources and Social Security issued the notice on the implementation of the *Decision of the State Council on Amending the <Measures for the Holidays of National Festivals and Commemorative Days>*. According to the notice, during legal holidays and paid annual leave, employees are entitled to the same salary as during normal working periods. If enterprises and other units arrange for employees to work on legal holidays, they shall pay the employees a remuneration of no less than 300% of their daily or hourly wage standards stipulated in the labor contract. If enterprises and other units, due to work needs and with the consent of the employees, do not arrange for employees to take annual leave or arrange for fewer days of annual leave than the entitled days, they shall pay the employees remuneration for the unutilized annual leave days in accordance with the law.

人力资源社会保障部办公厅关于做好《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》贯彻实施工作的通知

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）：

为做好《国务院关于修改〈全国年节及纪念日放假办法〉的决定》（国务院令 第 795 号）贯彻实施工作，保障广大职工休息休假权益，进一步增强广大职工的获得感、幸福感、安全感，现就有关事项通知如下：

一、加强政策指导，推动实现职工法定休假应休尽休

各地要指导企事业等单位依法安排职工休假，确保广大职工应休尽休。鼓励单位在尊重

职工意愿的基础上，统筹单位工作需要和职工生活需求，制订职工休假年度计划，并建立管理台账，将年休假与休息日、法定节假日等衔接使用，优化集中或分段休假方案，更加灵活地安排带薪休假，不断提升职工休假制度管理质效。要指导企业等单位依法履行民主程序，结合实际制定和完善职工带薪年休假制度实施办法，明确职工带薪年休假享受条件、天数待遇、申请方式、履行程序等内容，确保符合法定条件职工（包括被派遣劳动者）应休尽休。

二、规范支付行为，保障职工休假期间工资报酬权益

职工在法定节假日、带薪年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。企业等单位依法安排职工在法定节假日工作的，应当另外支付给职工不低于劳动合同规定的其本人日或小时工资标准的300%支付工资报酬。企事业等单位确因工作需要且经职工本人同意未安排职工休年休假或者安排职工休假天数少于应休年休假天数的，应当按应休未休的年休假天数依法支付工资报酬。计算未休年休假工资报酬的日工资收入，企业等单位按职工本人月工资除以月计薪天数（21.75天）、事业单位按职工本人全年工资收入除以全年计薪天数（261天）进行折算。职工小时工资收入按职工日工资收入除以8小时进行折算。

三、强化监督检查，妥善化解处置矛盾纠纷

各地要加大对企事业等单位执行休息休假制度情况的监督检查力度，及时发现和有效化解有关矛盾纠纷。将日常巡视检查与开展专项执法检查相结合，畅通线上线下举报投诉渠道，及时受理违法线索，依法立案查处。对企业等单位不安排职工休假又未依照规定支付工资报酬的，依法责令限期改正；对逾期不改正的，除责令该单位支付未休假工资报酬外，按照工资报酬的数额向职工加付赔偿金；对拒不支付未休假工资报酬、赔偿金的，申请人民法院强制执行。对因休息休假发生人事争议或劳动争议的，加大争议化解调处力度，及时有效维护劳动者休息休假权益。

四、加大宣传力度，努力营造良好社会氛围

各地要综合利用各种媒体渠道，采取多种形式加大企事业等单位职工法定节假日、带薪年休假制度法律法规政策解读，增强企事业等单位守法履约和劳动者依法维权意识，强化职工休息休假制度的宣传引导。依托和谐劳动关系创建及有关先进表彰活动，选树和推广保障职工休息休假权益的典型案例，积极宣传优秀事迹，发挥榜样示范引导作用，在全社会营造尊重职工休息休假权利的良好氛围。

人力资源社会保障部办公厅

2025年1月1日

三、人社部发布通知 做好外国人工作许可证与社会保障卡融合集成

来源：人社部

摘要：近日，人社部发布《关于做好外国人工作许可证与社会保障卡融合集成工作的通知》，决定自 12 月 1 日起，将外国人工作许可证与社会保障卡融合集成，为外国人在华工作和生活提供便利。根据《通知》，工作许可的申请、延期、变更和注销在外国人来华工作管理服务系统全程网上办理，外国人入境后无需再办理实体外国人工作许可证。已领取实体外国人工作许可证的，按照“不变不换”原则，待现有工作许可申请延期或变更时按照证卡融合集成新程序办理。

Abstract: Recently, the Ministry of Human Resources and Social Security issued the *Notice on the Integration of Foreigner Work Permit and Social Security Card*, deciding that starting from December 1, the Foreigner Work Permit and the Social Security Card would be integrated to provide convenience for foreigners working and living in China. According to the *Notice*, the application, extension, change and cancellation of work permit shall be handled online in the Work Management Service System for Foreigners in China. Foreigners do not need to apply for the physical work permit after entering China. For those who have obtained the physical foreigner work permit, the principle of “no change” shall be followed, and the new procedure of card integration shall be implemented when the existing work permit is applied for extension or change.

人力资源社会保障部关于做好外国人工作许可证与社会保障卡融合集成工作的通知

人社部发（2024）75 号

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局），外国专家工作归口管理部门：

为贯彻落实党中央、国务院关于提升外籍人员来华工作便利度的决策部署，经研究，决定自 2024 年 12 月 1 日起，将外国人工作许可证与社会保障卡（以下简称社保卡）融合集成（以下简称证卡融合集成），通过将外国人来华工作许可（以下简称工作许可）信息加载到社保卡，依托实体社保卡和电子社保卡，为外国人在华工作和生活提供便利。现就做好有关工作通知如下：

一、优化工作程序

（一）办理工作许可

工作许可的申请、延期、变更和注销在外国人来华工作管理服务系统（以下简称来华工

作系统)全程网上办理,外国人入境后无需再办理实体外国人工作许可证。已领取实体外国人工作许可证的,按照“不变不换”原则,待现有工作许可申请延期或变更时按照证卡融合集成新程序办理。

(二) 办理工作签证

外国人持《外国人工作许可通知》办理来华工作 Z 字签证。

(三) 获取电子社保卡

外国人入境后,通过手机下载电子社保卡 APP,使用姓名、工作许可号码或社会保障号码等信息注册登录,经实名、实人核验后,领取加载工作许可信息的电子社保卡。外国人申领实体社保卡后,电子社保卡向外国人提供标准服务。

(四) 办理居留证件

外国人持 Z 字签证入境后,持《外国人工作许可通知》或加载工作许可信息的电子社保卡前往工作地公安出入境部门办理有关居留证件,有关部门可通过信息系统直接核验,也可通过查看电子社保卡、扫描工作许可二维码等方式查询、获取外国人的工作许可信息。

二、提供便利化服务

(一) 参加社会保险

外国人的聘雇单位或外国人本人持《外国人工作许可通知》或电子社保卡,可通过社保网上办事大厅或社保经办机构为外国人办理参保登记。社保经办机构应通过来华工作系统对外国人工作许可信息进行验证,为符合参保条件的外国人建立社会保障号码,社保卡管理服务部门应为其发放实体社保卡。

(二) 工作许可有关服务

依托电子社保卡实现工作许可信息查询与下载、二维码核验、有关消息通知等服务功能。

(三) 享受“一卡通”服务

各地人力资源社会保障部门结合实际,通过实体社保卡和电子社保卡向外国人提供业务信息查询、待遇补贴领取等人力资源社会保障服务,有条件地区拓展至更多“一卡通”服务。

三、加强组织实施

(一) 各地要采取有效措施,认真落实证卡融合集成的各项要求。要持续拓展社保卡应用场景,支持外国人享受更多领域“一卡通”服务,为外国人在华工作和生活提供便利。

(二) 各地要全力做好证卡融合应用技术准备,待我部相关接口规范发布后,按照规范要求及时开展业务信息系统、设备终端改造,对接我部来华工作系统,验证工作许可信息。

(三) 各地要及时开展业务培训,确保工作人员熟悉业务流程和规范,同时做好政策配

套与落实解读，及时回应社会关切，逐渐扩大社会认知，将通过证卡融合集成为外国人提供的便利化服务落实到位。

人力资源社会保障部

2024 年 10 月 27 日

四、五部门联合发布通知 全面实施个人养老金制度

来源：证监会

摘要：12 月 12 日，人社部、财政部等五部门联合发布《关于全面实施个人养老金制度的通知》。根据《通知》，自 2024 年 12 月 15 日起，在中国境内参加城镇职工基本养老保险或者城乡居民基本养老保险的劳动者，均可以参加个人养老金制度。参加人可以通过国家社会保险公共服务平台、电子社保卡、掌上 12333APP 等全国统一线上服务入口或者符合规定的商业银行开立个人养老金账户，并在商业银行开立个人养老金资金账户。另外，扩大税收优惠政策实施范围。个人养老金税收优惠政策的实施范围从先行城市同步扩大到全国。

Abstract: On December 12, the Ministry of Human Resources and Social Security, the Ministry of Finance, and three other departments jointly issued the *Notice on the Comprehensive Implementation of the Personal Pension System*. According to the *Notice*, starting from December 15, 2024, all workers who have participated in the basic endowment insurance for urban employees or the basic endowment insurance for urban and rural residents in China can participate in the personal pension system. Participants can open a personal pension account through the National Social Insurance Public Service Platform, the electronic social security card, the 12333 APP, or other unified national online service entrances, and open a personal pension fund account in a commercial bank. Additionally, the scope of tax preferential policies will be expanded, and the implementation scope of personal pension tax preferential policies will be expanded from pilot cities to the entire country.

人力资源社会保障部 财政部 国家税务总局 金融监管总局 中国证监会

关于全面实施个人养老金制度的通知

各省、自治区、直辖市及新疆生产建设兵团人力资源社会保障厅（局）、财政厅（局），国家税务总局各省、自治区、直辖市、计划单列市税务局，各金融监管局、证监局：

按照《国务院办公厅关于推动个人养老金发展的意见》（国办发〔2022〕7 号）有关要求，2022 年 11 月个人养老金制度在 36 个城市（地区）先行实施，两年来，先行工作取得积极成效，制度总体运行平稳。为深入贯彻落实党的二十大和二十届二中、三中全会精神，

加快发展多层次多支柱养老保险体系，经国务院同意，现就全面实施个人养老金制度有关问题通知如下：

一、扩大实施范围

（一）实施时间。自 2024 年 12 月 15 日起，在中国境内参加城镇职工基本养老保险或者城乡居民基本养老保险的劳动者，均可以参加个人养老金制度。

（二）参加方式。参加人可以通过国家社会保险公共服务平台、电子社保卡、掌上 12333APP 等全国统一线上服务入口或者符合规定的商业银行开立个人养老金账户，并在商业银行开立个人养老金资金账户。参加人每年可以两次变更个人养老金资金账户开户银行。

（三）扩大税收优惠政策实施范围。个人养老金税收优惠政策的实施范围从先行城市（地区）同步扩大到全国。各相关部门要密切配合，落实落细税收优惠政策，充分发挥政策激励作用。

二、优化产品供给

（一）丰富产品种类。在现有理财产品、储蓄存款、商业养老保险、公募基金等金融产品的基础上，将国债纳入个人养老金产品范围。将特定养老储蓄、指数基金纳入个人养老金产品目录，推动更多养老理财产品纳入个人养老金产品范围。鼓励金融机构研究开发符合长期养老需求的个人养老储蓄、中低波动型或绝对收益策略基金产品等金融产品，合理确定个人养老储蓄的期限和利率。

（二）做好投资风险提示。金融机构要按照规定做好个人养老金产品资产配置公示和风险等级确定工作。个人养老金信息管理服务平台和金融行业平台根据风险等级，分类展示个人养老金产品，强化风险提示。

（三）探索开展默认投资服务。金融机构依法依规开展个人养老金投资咨询服务，根据个人投资风险偏好和年龄等特点，推荐适当的个人养老金产品。鼓励金融机构在与参加人协商一致的情况下，探索开展默认投资服务。加强对金融消费者、投资者的保护，充分保障参加人的知情权和自主选择权。

三、提高管理服务水平

（一）完善开办个人养老金业务条件。审慎确定开办个人养老金业务的商业银行范围。商业银行应当不断完善业务管理系统，健全管理制度和操作规程。鼓励并支持商业银行销售全类型个人养老金产品，不断增加销售品种。

（二）提高金融机构服务水平。商业银行要健全线上线下服务渠道，为参加人变更资金账户开户银行、领取个人养老金等提供更多个性化服务。在依法合规、风险可控前提下，商

业银行应当与理财公司、保险公司、基金公司、基金销售机构等机构加强合作，支持其开展个人养老金业务。参加人在商业银行通过个人养老金资金账户线上购买商业养老保险产品的，取消“录音录像”。

（三）加强信息化建设。加强个人养老金信息管理服务平台建设，密切与税务部门、各参与金融机构的协作，依托电子社保卡建立个人养老金全链条服务体系，不断提高账户开立、资金缴存、产品交易、权益记录、个人养老金领取、享受税收优惠等便捷化水平。

四、完善领取条件和办法

（一）增加领取情形。除达到领取基本养老金年龄、完全丧失劳动能力、出国（境）定居等领取条件外，参加人患重大疾病、领取失业保险金达到一定条件或者正在领取最低生活保障金的，可以申请提前领取个人养老金，具体办法另行制定。强化个人养老金信息管理服务平台与相关信息平台的信息共享，为符合条件的参加人提前领取提供方便。

（二）丰富领取渠道。参加人达到个人养老金领取条件，可以通过各级社会保险经办机构、全国统一线上服务入口和个人养老金资金账户开户银行提出申请，经社会保险经办机构核实后，由开户银行将个人养老金发放至本人社保卡银行账户。

（三）完善领取方式。参加人可以选择按月、分次或者一次性领取个人养老金。参加人提出变更领取方式，商业银行应当受理。

五、加强综合监管

人力资源社会保障部、财政部、国家税务总局、金融监管总局、中国证监会等部门依照职责分工，强化信息共享，切实加强监管，促进制度规范运行。金融机构要遵循自愿参加原则，依法依规开展个人养老金业务。对违规开展个人养老金业务的金融机构，金融监管部门要依法依规严肃处理。

六、做好组织实施工作

人力资源社会保障、财政、税务、金融监管等部门要加强组织领导，健全工作机制，加强政策宣传，落实落细各项政策措施。同时，充分调动金融机构、经营主体等方面的积极性，共同推动个人养老金制度健康发展。有条件的地区可研究探索适合本地区的支持政策。实施过程中遇到重大问题，要及时报告。

人力资源社会保障部 财政部 国家税务总局

金融监管总局 中国证监会

2024年12月10日

五、上海印发 12 项措施 加快完善生育支持政策体系

来源：上海市政府

摘要：12 月 31 日，上海市政府网站公布《关于印发<上海市加快完善生育支持政策体系推动建设生育友好型社会的若干措施>的通知》。《若干措施》共四方面十二项内容，明确要加强生育保险对参保女职工生育医疗费用、生育生活津贴等保障作用，落实相关待遇保障。落实参加我市居民基本医疗保险的未就业人员生育医疗费用待遇保障。研究将参加职工基本医疗保险的灵活就业人员纳入生育保险。明确将建立生育补贴制度。建立合理的成本分担机制，对符合一定条件的用人单位，其女职工产假及生育假期间单位缴纳的社会保险费，可按照 50%比例申请补贴。落实 3 岁以下婴幼儿照护、子女教育个人所得税专项附加扣除政策。

Abstract: On December 31, the official website of the Shanghai Municipal People's Government released the *Notice on the Issuance of <Several Measures for Accelerating the Improvement of the Fertility Support Policy System and Promoting the Construction of a Fertility-Friendly Society in Shanghai>*. The *Several Measures* consist of four aspects and twelve items, clearly stating that the role of maternity insurance in covering the medical expenses and maternity allowances of insured female employees should be strengthened, and relevant benefits should be implemented. The medical expenses of unemployed individuals participating in the basic medical insurance for urban residents should be covered. Study should be conducted on including flexible employees who participate in basic medical insurance for employees in maternity insurance. It is also clearly stated that a fertility subsidy system should be established. A reasonable cost-sharing mechanism should be established, and employers meeting certain conditions may apply for a 50% subsidy for the social insurance premiums paid by them during the maternity leave of the female employees. In addition, the policies for special deductions for personal income tax on the care of infants under three years old and children's education should be implemented.

上海市人民政府办公厅关于印发《上海市加快完善生育支持政策体系推动建设生育友好型社会的若干措施》的通知

沪府办发〔2024〕24 号

各区人民政府，市政府各委、办、局，各有关单位：

《上海市加快完善生育支持政策体系推动建设生育友好型社会的若干措施》已经市政府同意，现印发给你们，请认真按照执行。

上海市人民政府办公厅

2024 年 12 月 12 日

上海市加快完善生育支持政策体系推动建设生育友好型社会的若干措施

为贯彻落实国务院办公厅印发的《关于加快完善生育支持政策体系推动建设生育友好型社会的若干措施》，健全我市人口发展支持和服务体系，现就加快完善生育支持政策体系，推动建设生育友好型社会提出如下措施。

一、强化生育服务支持

（一）强化生育保险保障。加强生育保险对参保女职工生育医疗费用、生育生活津贴等保障作用，落实相关待遇保障。落实参加我市居民基本医疗保险的未就业人员生育医疗费用待遇保障。研究将参加职工基本医疗保险的灵活就业人员纳入生育保险。（责任单位：市医保局、市卫生健康委、市财政局、市人力资源社会保障局、各区政府）

（二）加大经济支持力度。结合我市经济社会发展和财政收支情况，建立生育补贴制度。建立合理的成本共担机制，对符合一定条件的用人单位，其女职工产假及生育假期间单位缴纳的社会保险费，可按照 50%比例申请补贴。落实 3 岁以下婴幼儿照护、子女教育个人所得税专项附加扣除政策。（责任单位：市卫生健康委、市人力资源社会保障局、市财政局、市发展改革委、市税务局、各区政府）

（三）完善生殖健康服务。全面落实母婴安全五项制度，深入实施出生缺陷防治能力提升计划，做好新生儿遗传代谢病筛查工作。加强生殖保健技术研发应用，提升产前检查、住院分娩、产后保健等生育医疗服务水平，规范诊疗行为，改善产妇生育体验。优化孕产妇心理健康服务，定期开展孕产妇心理健康问题筛查、识别和干预。强化青少年性与生殖健康教育，预防非意愿妊娠，深入开展早孕和流产关爱服务。（责任单位：市卫生健康委、市计划生育协会、各区政府）

二、加强育幼服务体系建设

（四）加强儿童医疗服务保障。加强儿童医院、妇幼保健机构和综合医院、中医医院的产科、儿科建设，推动绩效工资分配向产科、儿科倾斜。推进儿科医联体建设，动态支持产科、儿科等临床重点专科发展，加强中西医协同，促进优质儿科医疗资源扩容下沉和均衡布局。结合新城等重点区域医疗资源导入，提升区域儿科门急诊服务能级。提升二级及以下医疗机构儿科医疗服务能力，夯实基层儿童医疗保健服务网络。鼓励儿童药品研发申报，不断丰富儿童适用药品的品种、剂型和规格。深入实施健康儿童行动提升计划，持续优化儿童健康管理服务，推进儿童早期发展工作。（责任单位：市卫生健康委、市科委、市经济信息化委、市医保局、市药品监管局、申康医院发展中心、各区政府）

（五）推动托育服务普惠多元。深化托幼一体化建设，研究托幼服务向小月龄幼儿延伸。落实托育服务设施与新建居住区同步规划、同步设计、同步建设、同步验收、同步交付使用。支持有条件的产业园区、用人单位等为职工提供福利性托育服务。保障公办幼儿园托班生均投入，支持普惠性托育机构发展。落实托育服务税费优惠、托育机构用水用电用气按照居民生活类价格执行等政策。结合城市社区嵌入式服务设施建设等，提升社区托育“宝宝屋”服务质量，创造条件为有需求的幼儿家庭提供更多免费照护服务。鼓励有条件的普通高等院校和职业院校开设托育服务相关专业，加快培养专业人才。（责任单位：市教委、市规划资源局、市住房城乡建设管理委、市房屋管理局、市财政局、市发展改革委、各区人民政府）

（六）提高家庭婴幼儿照护能力。建立完善健康科普资源库，通过广播、电视、报刊、网络等多种渠道，普及科学育儿知识与技能。完善家庭科学育儿网络，推进育儿指导服务进楼宇、进园区、进场馆、进社区、进家庭，优化科学育儿指导服务供给。支持家庭隔代照料，在老年大学、社区等开设科学育儿相关课程，提升老年人照料孙子女能力。鼓励有条件的托育机构与家政企业合作，提供上门居家婴幼儿照护服务。（责任单位：市教委、市卫生健康委、市商务委、市妇联、各区人民政府）

（七）全市域推进儿童友好城市建设。坚持儿童优先发展，将儿童友好理念融入各级经济社会发展、妇女儿童、青少年、教育、卫生等“十五五”专项规划。强化市、区联动，高质量打造儿童友好先行实践区，持续推进儿童友好特色实践点建设。系统推进儿童友好空间建设，加快建设儿童友好学校、医院、社区、公园、滨水空间等。保障儿童身心健康，广泛开展儿童关爱服务，完善流动儿童、留守儿童、困境儿童、残疾儿童等关爱服务措施。（责任单位：市发展改革委、市妇儿工委办、市住房城乡建设管理委、市教委、市卫生健康委、市绿化市容局、市民政局、团市委、市妇联、市残联、各区人民政府）

三、强化教育、住房、就业等支持措施

（八）扩大优质教育资源供给。优化教育资源配置，建立与区域适龄常住人口变化相协调的基本公共教育服务供给制度。全面建设高质量幼儿园，推动学前教育优质普惠。研究逐步扩大免费教育范围。落实基础教育扩优提质行动计划，加快新优质学校建设，办好家门口的好学校。落实“双减”政策，优化学校与社区、社会资源共同参与课后服务模式，提高课后服务质量。结合区域实际，增加“爱心寒托班”“爱心暑托班”办班点和开办期数。落实免试就近入学，满足市民就近入学入园需求，积极为多子女同校入学创造条件。（责任单位：市教委、市发展改革委、市财政局、团市委、各区人民政府）

（九）强化住房支持保障。推进落实多子女家庭差异化住房政策。积极支持将符合条件

的多子女家庭纳入我市住房保障范围，并在轮候顺序、分配面积、户型选择上给予适当照顾。聚焦青年群体阶段性住房需求，进一步完善住房租赁市场，增加保障性租赁住房供给。（责任单位：市房屋管理局、各区政府）

（十）构建生育友好就业模式。推行有利于照顾儿童的灵活休假、弹性工作等柔性管理方式，支持用人单位将工作时间可弹性安排的岗位设置为“生育友好岗”。完善促进妇女就业政策，加强对女性劳动者特别是生育再就业女性相关职业技能培训，符合条件的给予培训补贴支持。积极推进公共场所、用人单位母婴设施建设和管理，提高标准化、规范化服务水平，更好满足孕产期、哺乳期女性以及婴幼儿家庭的需求。加大对用人单位生育休假的监督力度，保障法律法规规定的产假、生育假、陪产假、育儿假等落实到位。督促用人单位依法依规落实对孕产期、哺乳期女职工的劳动保护。（责任单位：市人力资源社会保障局、市卫生健康委、市总工会、市妇联、各区政府）

四、营造生育友好社会氛围

（十一）构建新型婚育文化。大力倡导积极的婚恋观、生育观、家庭观，创作和推广一批讲述新时代美好爱情、和谐家庭、幸福生活的文艺作品，倡导适龄婚育、优生优育。加强人口国情国策教育，将相关内容融入中小学、本专科教育。发挥群团组织在婚恋交友方面的重要作用，优化线上公益类婚恋交友平台服务。实施婚姻介绍服务机构合规经营指引，依法将各类婚姻介绍机构违法违规等失信行为信息归集至市公共信用信息服务平台，引导婚姻介绍机构健康发展。优化婚姻登记服务，倡导健康文明、简约适度的婚姻文化。依托全市婚姻登记机构，开展婚姻咨询、生育指导、家庭辅导等“婚育一站式”服务。（责任单位：市委宣传部、市卫生健康委、市教委、市民政局、市市场监管局、市发展改革委、市总工会、团市委、市妇联、各区政府）

（十二）加强社会宣传引导。充分利用各类媒体渠道，加强人口和生育支持政策宣传解读，积极回应社会关切。发挥党群服务中心等载体作用，积极引导婚育服务资源下沉到社区和家庭。积极发挥群团组织宣传教育等作用，鼓励引导社区、单位、青年家庭参与，共同营造生育友好氛围。（责任单位：市委宣传部、市发展改革委、市卫生健康委、市民政局、市总工会、团市委、市妇联、市计划生育协会、各区政府）

各区、各有关部门和单位要切实提高政治站位，将完善生育支持政策体系、建设生育友好型社会作为推动上海人口高质量发展的重要任务。市发展改革委要统筹推进生育支持政策和服务体系建设。市卫生健康委要加强出生人口监测和趋势研判。各区、各有关部门和单位要细化完善配套措施，确保责任到位、措施到位、投入到位，推进生育支持各项任务落到实

处、取得实效。

六、三部门印发《湖南省超龄人员等特定人员参加工伤保险办法》

来源：湖南省人社厅

摘要：12月27日，湖南人社厅网站公布《关于印发<湖南省超龄人员等特定人员参加工伤保险办法(试行)>的通知》。《办法》共二十条，明确湖南省行政区域内的企业、机关事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户可以按照办法规定为其招用的下列特定人员参加工伤保险、缴纳工伤保险费：(一)在用人单位工作的超过法定退休年龄且男性不超过70周岁、女性不超过65周岁的劳动者；(二)年满16周岁的大中院校(含技工院校)实习学生,包括签订三方实习协议或经学校批准自行到实习单位的实习学生；(三)在住院医师、助理全科医生等规范化培训期间的社会学员和医学在读研究生。用人单位缴纳超龄人员工伤保险费,以其劳动报酬为缴费基数。劳动报酬低于全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资60%的,按照全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资的60%确定月缴费基数,劳动报酬高于全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资300%的,按照全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资的300%确定月缴费基数。

Abstract: On December 27, the *Notice on the Issuance of <Measures for the Participation of Specific Personnel such as Elderly Persons in Work-related Injury Insurance in Hunan Province (Trial)>* was released on the website of the Human Resources and Social Security Department of Hunan Province. The *Measures* consists of twenty articles, clearly stipulating that enterprises, public institutions, social organizations, private non-enterprise units, foundations, law firms, accounting firms and individual industrial and commercial households with employees within the administrative region of Hunan Province may participate in work-related injury insurance and pay the premiums for the following specific personnel they employ in accordance with the Measures: (I) Workers over the legal retirement age who are male and no more than 70 years old or female and no more than 65 years old; (II) Interns aged 16 and above from colleges and universities (including technical colleges), including those who have signed a tripartite internship agreement or have been approved by the school to intern at the internship unit; (III) Social trainees and medical graduate students during standardized training for resident physicians, assistant general practitioners, etc. Employers shall pay work-related injury insurance premiums for overage

personnel based on their labor remuneration. If the labor remuneration is lower than 60% of the average salary of urban units employed in the province in the previous year, the monthly payment base shall be determined based on 60% of the average salary of urban units employed in the province in the previous year. For those with the labor remuneration higher than 300% of the average wage of all urban units in the province in the previous year, the monthly payment base shall be determined at 300% of the average wage of all urban units in the province in the previous year.

湖南省人力资源和社会保障厅 湖南省财政厅 国家税务总局湖南省税务局

关于印发《湖南省超龄人员等特定人员参加工伤保险办法(试行)》的通知

湘人社规〔2024〕25号

各市州人力资源和社会保障局、财政局,国家税务总局湖南省各市州税务局、国家税务总局湖南湘江新区税务局:

为深入贯彻党的二十届三中全会精神,积极应对人口老龄化,更好地维护超龄人员等特定人员工伤权益,化解各类单位工伤事故风险,结合我省实际,制定《湖南省超龄人员等特定人员参加工伤保险办法(试行)》,现印发给你们,请遵照执行。

湖南省人力资源和社会保障厅 湖南省财政厅

国家税务总局湖南省税务局

2024年12月26日

湖南省超龄人员等特定人员参加工伤保险办法(试行)

第一条为深入贯彻党的二十届三中全会精神,积极应对人口老龄化,发展银发经济,更好地维护超龄人员等特定人员工伤权益,化解各类单位工伤事故风险,根据党中央、国务院政策文件和人力资源社会保障部工作要求,结合我省实际,制定本办法。

第二条我省行政区域内的企业、机关事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户(以下简称“用人单位”)可以按照本办法规定为其招用的下列特定人员(以下简称“特定人员”)参加工伤保险、缴纳工伤保险费:

(一)在用人单位工作的超过法定退休年龄且男性不超过70周岁、女性不超过65周岁(包括已享受和未享受城镇职工基本养老保险待遇人员)的劳动者(以下简称“超龄人员”);

(二)年满16周岁的大中院校(含技工院校)实习学生,包括签订三方实习协议或经学校批准自行到实习单位的实习学生(以下简称“实习学生”);

(三)在住院医师、助理全科医生等规范化培训期间的社会学员和医学在读研究生(以下简称“规培人员”)。

第三条按照属地管理和自愿参保原则,用人单位在参保地为其招用的超龄人员参加工伤保险,实习单位为其实习学生参加工伤保险,规培单位为相应规培人员参加工伤保险。参保后应按规定缴纳工伤保险费,特定人员个人不缴费。

第四条用人单位缴纳超龄人员工伤保险费,以其劳动报酬为缴费基数。劳动报酬低于全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资 60%的,按照全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资的 60%确定月缴费基数,劳动报酬高于全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资 300%的,按照全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资的 300%确定月缴费基数。

实习学生、规培人员等没有劳动报酬或难以确定劳动报酬的人员,按照全省上年度全口径城镇单位就业人员平均工资的 60%确定月缴费基数。

工伤保险缴费费率按照用人单位实际执行的工伤保险费率确定。

第五条用人单位为特定人员办理工伤保险登记和缴纳工伤保险费,按照工伤保险经办规程及相关规定办理。特定人员参加工伤保险,不实施补登记,正常缴纳的工伤保险费不予退费。按照本办法单项参加工伤保险的实习学生,不影响其应届毕业生就业权益。

第六条参加工伤保险的特定人员因工作遭受事故伤害或者患职业病的,工伤认定、劳动能力鉴定及由工伤保险基金支付的工伤保险待遇参照《工伤保险条例》(国务院令第 586 号)、《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》(湖南省人民政府令第 310 号)及有关规定执行。

第七条特定人员因工作遭受事故伤害或者患职业病的,用人单位、受伤害人员或者其近亲属、工会组织按照规定提出工伤认定申请。申请工伤认定时,应提交下列材料:

- (一)工伤认定申请表;
- (二)劳务合同、实习协议、返聘协议等证明双方存在用工关系的材料;
- (三)医疗诊断证明或者职业病诊断证明书(或者职业病诊断鉴定书);
- (四)按规定应提交的其他材料。

人力资源社会保障行政部门收到特定人员工伤认定申请后,应审核工伤保险参保缴费情况,特定人员未参加工伤保险或未按规定缴纳工伤保险费的不予受理。

第八条在用人单位工作之前已罹患职业病的特定人员,不得在参保的用人单位以同一职业病申请认定工伤。因用人单位存在职业病危害因素导致的新发职业病情形除外。

第九条特定人员因工致残被鉴定为一级至四级伤残后,未享受基本养老保险待遇的,按照规定享受基本养老保险待遇后,停发伤残津贴,基本养老保险待遇低于伤残津贴的,由工伤保

险基金补足差额。原已享受基本养老保险待遇的特定人员,因工致残被鉴定为一级至四级伤残的,继续享受原待遇,原待遇低于应享受伤残津贴的,由工伤保险基金补足差额。

第十条特定人员因工致残被鉴定为五级至十级伤残后,用人单位停止用工的,工伤保险基金参照《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》标准支付一次性工伤医疗补助金,工伤保险关系终止,工伤保险基金不再支付后续工伤保险待遇,劳动能力鉴定委员会不再受理劳动能力复查鉴定申请。

第十一条特定人员因工受伤的,用人单位在停工留薪期内,不得终止工伤保险关系,不停止缴纳工伤保险费。因工伤残的特定人员在雇佣期、用工协议期、服务期、实习期、规培期或者任职期满后仍需继续治疗且未终结工伤保险关系的,由工伤保险基金继续按规定支付有关工伤保险待遇。

参照《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》由用人单位支付的工伤保险待遇,用人单位和特定人员按协议办理或协商解决。

第十二条特定人员在两个或者两个以上用人单位同时从业的,各用人单位可按照本办法规定分别为特定人员缴纳工伤保险费。特定人员发生工伤,由受到伤害时工作的单位依法承担相应责任。

第十三条用人单位按照本办法的规定为特定人员参加工伤保险的,不作为确认双方存在劳动关系的依据。双方对是否存在劳动关系发生争议的,按照处理劳动争议的有关规定处理。

用人单位和劳动者按规定应当建立劳动关系的,不得按照本办法规定参加工伤保险。参加工伤保险的特定人员被认定工伤后,被依法确认双方属于劳动关系的,用人单位应按规定依法承担用人单位的工伤保险责任。

第十四条用人单位、特定人员、工会组织、医疗机构以及有关部门应如实提供有关材料,协助做好事故调查核实。用人单位拒不协助人力资源社会保障部门对事故进行调查核实的,按有关规定处理。

用人单位或特定人员通过虚构工伤事故、伪造工伤材料等骗取工伤保险待遇的,按规定依法处理。

第十五条本办法规定的特定人员未参加工伤保险的,以及特定人员工伤保险关系生效前因工作遭受事故伤害或者患职业病的,不适用本办法,不纳入工伤保险基金先行支付范围。

第十六条用人单位应当规范劳动用工管理,遵守有关安全生产和职业病防治有关法律法规,加强特定人员安全生产、职业卫生教育和岗前培训,按规定对从事接触职业病危害作业的特定人员组织上岗前、在岗期间和离岗时职业健康检查,执行安全生产和职业卫生规程及标

准,提供相应劳动保护,做好工伤预防工作,依法保障特定人员劳动安全和职业卫生健康权益。所在学校和用人单位应当根据法律法规为实习学生投保实习责任保险,鼓励用人单位为特定人员购买人身意外伤害等商业保险。

第十七条人力资源社会保障部门负责政策的组织实施和工伤保险经办服务、工伤保险信息系统建设、工伤保险基金风险防控等工作。

财政部门负责工伤保险财政专户的管理、划拨、结算和财务管理等工作。

税务部门负责工伤保险费征缴和征收信息系统调整等工作。

各级人力资源社会保障、财政、税务等部门和用人单位要密切配合,共同做好特定人员参加工伤保险的政策宣传。

第十八条本办法试行期间,特定人员参加工伤保险业务应在信息系统中进行标识。省级人力资源社会保障、财政、税务等部门定期对特定人员参加工伤保险业务进行统计调度和分析评估,根据工伤保险费收支等情况适时调整参保对象范围及缴费政策,确保试行工作平稳有序开展。

第十九条按照劳务派遣用工方式的劳动者不属于本办法规定的特定人员范围,从事劳务派遣业务的单位应遵守《劳务派遣暂行规定》(人力资源和社会保障部令第22号),依法与被派遣劳动者订立书面劳动合同,并按规定参加社会保险;工程建设项目参加工伤保险、基层快递网点优先参加工伤保险按照国家和省有关政策规定执行;国家出台实施新业态从业人员职业伤害保障政策的,从其规定。用人单位不得将应依法参加社会保险的职工改为单险种参加工伤保险。

第二十条本办法自2025年1月1日起实施,有效期两年。

七、北京调整工伤人员生活护理费标准

来源:北京市人社局

摘要:12月25日,北京市人社局网站发布《关于北京市2024年调整工伤人员生活护理费的通告》。《通知》明确,自2024年7月1日起,对因工致残一至四级的工伤人员生活护理费进行调整。调整后,完全不能自理的工伤人员护理费将不低于5941.5元,大部分不能自理的不低于4753.2元,部分不能自理的不低于3564.9元。调整范围涵盖2023年12月31日前享受护理费的工伤人员。费用由工伤保险统筹基金支付,未参加统筹的单位需自行支付。

Abstract: On December 25, the *Notice on Adjusting the Living Care Allowance for Personnel*

with *Work-Related Injury in Beijing in 2024* was released on the website of the Beijing Municipal Human Resources and Social Security Bureau. The *Notice* clearly states that starting from July 1, 2024, the living care allowances for employees with disabilities ranging from grade one to four due to work will be adjusted. After the adjustment, the care allowance for those who are completely unable to take care of themselves will be no less than 5,941.5 yuan, the care allowance for those who are mostly unable to take care of themselves will be no less than 4,753.2 yuan, and the care allowance for those who are partially unable to take care of themselves will be no less than 3,564.9 yuan. The adjustment covers the employees with work-related injury who were receiving care allowances before December 31, 2023. The expenses will be paid with the work-related injury insurance pooling fund. The units not participating in the pooling fund shall bear the expenses themselves.

北京市人力资源和社会保障局关于北京市 2024 年调整工伤人员生活护理费的通告

京人社发〔2024〕17 号

为保障完全丧失劳动能力的工伤人员的基本生活，根据《工伤保险条例》规定，经市政府批准，决定对因工致残一至四级工伤人员的生活护理费进行调整。现就有关问题通告如下：

一、调整范围

本次调整的范围为 2023 年 12 月 31 日（含）前享受生活护理费待遇的工伤人员。

二、调整标准

生活完全不能自理的护理费低于 5941.5 元的，调整到 5941.5 元；生活大部分不能自理的护理费低于 4753.2 元的，调整到 4753.2 元；生活部分不能自理的护理费低于 3564.9 元的，调整到 3564.9 元。

三、调整生活护理费所需费用，参加北京市工伤保险社会统筹的用人单位由工伤保险统筹基金支付；未参加社会统筹的由用人单位支付，按原渠道列支。

四、根据有关规定，用人单位按照享受或比照工伤待遇处理享受生活护理费的人员，参照本通知执行，所需经费由用人单位支付，按原渠道列支。

五、工伤人员生活护理费的调整自 2024 年 7 月 1 日起执行。

特此通告。

北京市人力资源和社会保障局

（此件公开发布）

八、上海启动“生育友好岗”试点 促进生育友好型就业环境

来源：上海人社官方微信

摘要：近日，上海市人社局、总工会、妇联联合推出“生育友好岗”就业模式试点，旨在稳定和扩大就业，营造生育友好的工作环境。试点鼓励用人单位设置弹性工作、灵活工作方式和友好工作环境的岗位，主要面向 12 岁以下儿童抚养者。这些岗位将实行弹性工作制，包括弹性上下班、居家办公等，以帮助劳动者平衡工作与家庭。相关部门将引导重点行业和新经济形态领域试点推行该模式，并建立“生育友好岗”用人单位名单，督促落实生育假期保护。同时，将提供公共就业服务和培训补贴，优先考虑“生育友好岗”用人单位在评选和政策支持中的需求。

Abstract: Recently, the Shanghai Municipal Human Resources and Social Security Bureau, the Shanghai Federation of Trade Unions, and the Shanghai Women's Federation jointly launched a pilot of the “Fertility-Friendly Position” employment model, aiming to stabilize and expand employment and create a fertility-friendly working environment. The pilot encourages employers to provide positions with flexible working hours, flexible working methods, and a friendly working environment, mainly for those raising children under the age of 12. These positions will implement flexible working systems, including flexible working hours and telecommuting, so as to help workers balance work and family. Relevant departments will guide key industries and new economic forms to pilot this model and establish a list of employers with “Fertility-Friendly Positions”, and urge their implementation of maternity leave protection. At the same time, public employment services and training subsidies will be provided, and the needs of employers with “Fertility-Friendly Positions” will be given priority in appraisal and policy support.

本市启动“生育友好岗”就业模式试点，凝聚各方合力营造生育友好就业环境

为进一步稳定和扩大就业，按照党的二十大和二十届二中、三中全会精神以及国家和本市关于促进高质量充分就业、推动建设生育友好型社会的决策部署，近日，市人社局、市总工会、市妇联联合印发《关于开展“生育友好岗”就业模式试点工作的通知》，凝聚各方资源力量，鼓励用人单位采取有利于平衡工作和家庭关系的措施，积极营造生育友好型工作环境。

《通知》明确，支持用人单位将工作时间可弹性安排、工作方式灵活、工作环境友好的岗位设置为“生育友好岗”，原则上提供给对12周岁以下儿童负有抚养义务的劳动者。“生育友好岗”实行弹性工作制，用人单位可从经营管理实际出发，采取弹性上下班、居家或远程办公、灵活休假、绩效考核等柔性管理方式，为劳动者兼顾工作和生育提供便利。相关权利义务经用人单位与劳动者协商明确后，列入劳动合同或签订相关书面协议。

人社、工会、妇联等部门积极鼓励用人单位开发“生育友好岗”并科学合理制定岗位标准。重点引导生产制造、住宿餐饮、居民服务等行业，及平台经济、数字经济、文创经济、银发经济等新经济形态领域试点推行“生育友好岗”就业模式，拓展“生育友好岗”岗位资源。

《通知》指出，本市将建立统一的“生育友好岗”用人单位名单。各级人社部门应督促用人单位严格落实对女职工产假、生育奖励假、陪产假、育儿假等生育假期的特殊劳动保护。各级工会组织要支持“生育友好岗”用人单位创建生育友好型工作场所，推进“爱心妈咪小屋”、职工之家、“职工亲子工作室”建设，组织开展寒暑假和课后儿童托管活动，帮助职工分担育儿压力。各级妇联要依托妇女儿童中心、社区家庭文明建设指导中心、妇女之家、“家+书屋”等工作阵地，面向设有“生育友好岗”的用人单位开展服务。同时，鼓励经营性人力资源服务机构为“生育友好岗”提供专业化服务。

《通知》要求，各级人社部门要将“生育友好岗”纳入公共就业服务范围，按规定落实相关就业培训补贴政策。要依托“15分钟就业服务圈”、零工市场，在各类线下招聘会和线上招聘平台设置“生育友好岗”招聘专区，用人单位在公共就业服务机构发布相关招聘岗位时，将予以专门标识。

与此同时，人社部门将把吸纳就业多、社会影响好的“生育友好岗”用人单位纳入本市重点企业用工服务保障名单，落实“一企一策”服务，并在申请就业创业见习基地、参加“促进就业先进企业（组织）”等评选中予以优先考虑。

《通知》明确，“生育友好岗”用人单位应当优先为生育再就业女性提供产后返岗再培训。对参加各类职业培训和评价的“生育友好岗”劳动者，可按规定享受相应的职业技能提升补贴。同时，人社部门也将支持职业院校、社会培训机构等积极开展养老护理、家政服务、育婴保育、健康照护，以及互联网营销、全媒体运营等职业技能培训。

人力资源社会保障部 中共中央组织部 财政部 关于印发《实施弹性退休制度暂行办法》的通知

2024年12月31日人力资源社会保障部、中共中央组织部、财政部联合发文，为贯彻落实《全国人民代表大会常务委员会关于实施渐进式延迟法定退休年龄的决定》，制定了《实施弹性退休制度暂行办法》（下称《办法》）。本次我们对《办法》中的重点内容进行解读。



实施弹性退休制度暂行办法

为贯彻落实《全国人民代表大会常务委员会关于实施渐进式延迟法定退休年龄的决定》，体现自愿、弹性原则，切实保障职工合法权益，促进人力资源开发利用，制定本办法。

原文：【第一条 职工达到国家规定的按月领取基本养老金最低缴费年限，可以自愿选择弹性提前退休，提前时间距法定退休年龄最长不超过3年，且退休年龄不得低于女职工50周岁、55周岁及男职工60周岁的原法定退休年龄。】

解读：本条规定基本同《国务院关于渐进式延迟法定退休年龄的办法》第三条。

原文：【第二条 职工自愿选择弹性提前退休的，至少在本人选择的退休时间前3个月，以书面形式告知所在单位。】

解读：1、本条设定了职工选择弹性提前退休的告知时间（提前3个月）和告知形式（书面）。本条款在实务操作中会出现衍生问题，例如：职工提前告知单位后是否可反悔要求撤销？职工提前告知单位后是否可变更所选择的弹性提前退休时间？职工提前告知不足3个月会导致何种后果？相关问题尚待有关部门予以进一步明确。

2、从法律性质而言，对职工的告知行为应执行除单位同意外不可变更方符合“告知”这一单方实施法律行为的性质，也有利于减少实务操作争议，让职工对告知行为更为谨慎。单位可准备好相应告知文件以降低争议风险。

原文：【第三条 职工按法定退休年龄退休的，所在单位应及时为其办理退休手续。】

解读：在国家层面，关于用人单位是否有义务为职工办理退休，曾在《劳动部办公厅关于支付退休退职费用适用法规问题的复函（劳办发[1995]121号）》中有过相关规定“一、对符合退休（退职）条件的职工，用人单位应及时为其办理退休（退职）手续。”该文件在2017年11月24日被人力资源和社会保障部废止。而此问题的确认，关乎如职工未能及时办理退休手续所导致的退休待遇损失承担主体，司法实践中存在较大争议。现《办法》作此条规定，系属对办理退休的责

任主体予以明确。

原文：【第四条 职工达到法定退休年龄，所在单位与职工协商一致的，可以弹性延迟退休，延迟时间距法定退休年龄最长不超过3年。所在单位与职工应提前1个月，以书面形式明确延迟退休时间等事项。弹性延迟退休时间确定后，不再延长。

公务员、国有企事业单位领导人员及其他管理人员，达到法定退休年龄时应当及时办理退休手续。】

解读：1、《办法》限定弹性延迟退休时间确定后不再延长，即单位和职工仅有一次选择延迟退休机会，该规定的合理性有待商榷，如单位和职工均愿意再次延迟，在总长不超过3年时，该限制似无必要。

2、《办法》将公务员、国有企事业单位领导人员及其他管理人员排除出弹性延迟退休之列，并未说明法律依据。对国有企业“其他管理人员”的范围，在暂无明确解释时可参考《国有企业管理人员处分条例》予以确定。

原文：【第五条 弹性延迟退休期间，所在单位与职工的劳动关系或人事关系延续，单位和职工应按时足额缴纳社会保险费，按照劳动合同法、事业单位人事管理条例等法律法规保障职工合法权益。】

解读：1、《办法》确定延迟退休时间内劳动关系延续，劳动关系项下的权利与义务继续有效。单位需审查原劳动合同的期限等是否匹配延迟后的退休年龄。

2、《办法》规定弹性延迟退休时间内仍为劳动关系，与上海现行做法不一致。目前上海地区实行的是对达到退休年龄人员柔性延迟办理申领基本养老金手续，单位和职工之间并非劳动关系，用工形式相对较为灵活。

原文：【第六条 职工达到弹性延迟退休时间，劳动关系或人事关系终止，所在单位应按规定为其办理退休手续。弹性延迟退休期间，所在单位与职工协商一致，可以终止弹性延迟退休，按规定办理退休手续。】

解读：《办法》仅规定在协商一致提前结束弹性延迟退休情况下可办理退休手续。实务中会产生衍生问题，如双方劳动关系在弹性延迟退休期间被单位或劳

动者任一方依法解除，是否可办理退休手续？

原文：【第七条 弹性提前退休的职工，应达到所选择退休时间对应年份最低缴费年限；弹性延迟退休的职工，应达到本人法定退休年龄对应年份最低缴费年限。】

解读：此规定对职工选择弹性延迟退休的资格予以限制。如职工达到法定退休年龄时缴费年限不足，本条不允许其选择弹性延迟退休。《中华人民共和国社会保险法》第十六条规定“参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足十五年的，可以缴费至满十五年”。本条与社会保险法规定的衔接问题需进一步明确。

原文：【第八条 所在单位应不晚于职工选择的退休时间当月，按规定向社会保险经办机构提出领取基本养老金申请，如实提供退休时间申请书等材料。】

解读：此条进一步确认了单位办理退休手续的义务；其中“退休时间申请书”等材料尚有待社保部门提供样本。

原文：【第九条 社会保险经办机构应及时对领取基本养老金申请进行审核。职工从审核通过的退休时间次月开始领取基本养老金。】

解读：职工达到退休年龄后多不再出勤，在社保部门审核通过后次月方可领取养老金，期间未出勤待遇由谁承担为常见争议，各地司法部门判决不一，本条款仍未解决该问题。。

原文：【第十条 对已经领取基本养老金的人员，不再受理弹性退休申请。】

解读：当基本养老金已经领取后，则客观上无法进行弹性退休的选择。

原文：【第十一条 各地区、各单位要严格执行国家规定，充分尊重职工意愿，保障其依法选择退休年龄的权利。用人单位不得违背职工意愿，违法强制或变相强制职工选择退休年龄。】

解读：本条与国务院规定的区别在于特别规定“用人单位”不得违背职工意愿，违法强制或变相强制职工选择退休年龄。“用人单位”依法属劳动关系相关法律法规规制范畴，实践中大量有职工的单位或机构并非劳动法律、劳动关系中的“用

人单位”。

原文：【第十二条 各级社会保险经办机构要探索扩展退休服务，主动为临近退休年龄的参保人员提供关于办理退休手续的预先指导和提前受理等服务。】

解读：本条系对社保经办机构的要求。

原文：【第十三条 机关和国有企事业单位工作人员弹性退休的，应当按照干部人事管理权限和规定程序报批同意。】

解读：弹性提前退休按国务院规定为自愿选择，为落实从严管理干部要求，本条针对部分人员要求需报批同意。其中国有企业“工作人员”的范围如何确定，尚待有关部门明确。

原文：【第十四条 本办法自 2025 年 1 月 1 日起施行。2024 年 12 月 31 日前已经达到原法定退休年龄的人员，不适用本办法。】

解读：《办法》的生效时间是 2025 年 1 月 1 日，生效之前满足退休条件的职工不受本《办法》的影响，即男职工 1964 年 12 月 31 日前出生，女职工 1969 年 12 月 31 日前出生（原 55 岁退休年龄）或 1974 年 12 月 31 日前出生（原 50 岁退休年龄）。

问答人力资源社会保障部、中央组织部、财政部 1 月 1 日发布《实施弹性退休制度暂行办法》。三部门相关司局负责同志就办法有关问题回答了记者提问。

问：制定这个文件的主要目的是什么？

答：党的二十届三中全会提出，按照自愿、弹性原则，稳妥有序推进渐进式延迟法定退休年龄改革。《全国人民代表大会常务委员会关于实施渐进式延迟法定退休年龄的决定》明确，职工可自愿选择弹性提前退休或弹性延迟退休。实施弹性退休，是我国渐进式延迟法定退休年龄改革的一项重要内容，有利于适应劳动者多样化需求，满足不同的工作生活安排需要。

改革实施后，职工的退休年龄由原来的一个刚性节点，拓展成为一个弹性区间，增加了职工对退休年龄的选择权。为落实好自愿、弹性原则，切实保障职工

合法权益，促进人力资源开发利用，执行好决定提出的弹性退休政策，三部门制定了《实施弹性退休制度暂行办法》，明确了弹性退休办理程序、权益保障等内容，对优化社保经办服务提出了要求。

问：弹性退休年龄如何确定？

答：办法规定，职工达到国家规定的最低缴费年限，可以自愿选择弹性提前退休，提前时间最长不超过3年，且退休年龄不得低于女职工50周岁、55周岁及男职工60周岁的原法定退休年龄。职工达到法定退休年龄，所在单位与职工协商一致的，可以弹性延迟退休，延迟时间最长不超过3年。

比如，某男职工，1972年9月出生，决定实施后法定退休年龄为62周岁，若满足最低缴费年限，那么可以在60周岁至62周岁之间选择弹性提前退休。若该职工没有选择弹性提前退休，达到法定退休年龄62周岁时，可以退休；如果所在单位与其协商一致，还可以在62周岁至65周岁之间弹性延迟退休。

问：办法在弹性提前退休办理方面是如何规定的？

答：办法规定，职工自愿选择弹性提前退休的，至少在本人选择的退休时间前3个月，以书面形式告知所在单位。这一规定主要基于两点考虑：一方面，明确告知形式为“书面”，以确保弹性提前退休为职工本人真实意愿；另一方面，明确提前告知的时间，便于用人单位在人员安排上有所准备。

问：办法在弹性延迟退休办理方面是如何规定的？

答：办法提出，所在单位与职工应提前1个月，以书面形式明确延迟退休时间等事项。弹性延迟退休时间确定后，不再延长。弹性延迟退休期间，所在单位与职工的劳动关系或人事关系延续。这些规定体现了双方协商一致，保障了弹性延迟退休期间的劳动者权益，也有利于稳定用人单位和职工预期。同时，办法规定，公务员、国有企事业单位领导人员及其他管理人员，达到法定退休年龄时应当及时办理退休手续。

问：职工选择弹性退休时，最低缴费年限如何确定？

答：根据决定，职工按月领取基本养老金要达到国家规定的最低缴费年限。

考虑到改革实施过程中，在不同年度退休，最低缴费年限会有差异，办法根据弹性退休政策对此规定进一步明确、细化，选择弹性提前退休的职工，申请按月领取基本养老金，应达到所选择退休时间对应年份最低缴费年限；选择弹性延迟退休的职工，申请按月领取基本养老金，应达到其法定退休年龄对应年份最低缴费年限。

问：机关和国有企事业单位工作人员弹性退休在程序上有什么要求？

答：为落实从严管理干部要求，办法规定，机关和国有企事业单位工作人员弹性退休的，应当按照干部人事管理权限和规定程序报批同意。

问：办法在职工申请领取基本养老金、社保经办服务等方面，有哪些要求？

答：所在单位应不晚于职工退休时间当月，按规定向社会保险经办机构提出领取基本养老金申请，如实提供退休时间申请书等材料。

社会保险经办机构应及时对领取基本养老金申请进行审核。职工从审核通过的退休时间次月开始领取基本养老金。同时，社会保险经办机构要探索扩展退休服务，主动为临近退休年龄的参保人员提供关于办理退休手续的预先指导和提前受理等服务。

问：根据办法相关要求，社保经办服务将作哪些方面的优化调整？

答：人社部门将通过模式创新，促进社保经办服务持续优化。一是大力推进“退休一件事”。组织各地进一步优化业务流程，强化跨部门政策、业务、系统协同和数据共享，实现退休相关联办事项“一表申报、一窗受理、一网通办”，提升用人单位和群众获得感。二是逐步开展退休提醒服务。主动对接临近退休年龄的参保人员，提前提醒可以考虑选择退休时间，并告知办理退休手续的流程和渠道。三是逐渐推开退休预先服务。提前受理临近退休人员提出的相关档案信息审核或基本养老保险关系归集等业务申请，方便参保人员提前了解自己历年的参保缴费情况。

最高人民法院关于发布第42批指导性案例的通知

Notice of the Supreme People's Court Regarding the Release of the 42nd Batch of Guiding Cases



2024 年 12 月 23 日，最高人民法院举行新闻发布会，发布最高人民法院依法保障劳动权益总体情况以及涉欠薪纠纷典型案例、新业态劳动争议专题指导性案例，第 42 批共 4 件新就业形态劳动争议专题指导性案例。这是最高人民法院首次发布这方面的专题指导性案例。

On December 23, 2024, the Supreme People's Court held a press conference to release the overall situation of protecting labor rights and interests in accordance with the law, as well as typical cases related to disputes of wage arrears and specialized guiding cases on labor disputes in new forms of employment. The 42nd batch consists of a total of 4 specialized guiding cases on labor disputes in new forms of employment. This marks the first time that the Supreme People's Court has issued such specialized guiding cases in this regard.

本批案例涉及外卖骑手、网络主播、代驾司机等职业群体，聚焦平台企业与新就业形态劳动者之间的劳动关系认定，对司法实践中的突出问题作出了回应、明确了规则。

This batch of cases pertains to occupational groups such as food delivery riders, online live-streamers, and designated drivers, focusing on the determination of labor relations between platform enterprises and workers in new forms of employment and responding to outstanding problems in judicial practice and clarifying rules.

指导性案例 237 号“郎溪某服务外包有限公司诉徐某申确认劳动关系纠纷案”明确：平台企业或者平台用工合作企业与劳动者订立承揽、合作协议，劳动者主张与该企业存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、算法规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法作出相应认定。对于存在用工事实，构成支配性劳动管理的，应当依法认定存在劳动关系。

Guiding Case No. 237, “A Service Outsourcing Company in Liangxi v. Xu *shen over Confirmation of Labor Relations”, stipulates that when a platform enterprise or a platform employment cooperative enterprise enters into a contract for

undertaking services or cooperation with a worker, and the worker asserts the existence of a labor relationship with the enterprise, the people's court shall make a determination in accordance with the law based on the factual circumstances of employment, comprehensively consider factors such as the degree of autonomy the worker has over working hours and workload, the extent of being managed and controlled during work, whether the worker is required to abide by relevant work rules, algorithm rules, labor discipline, and reward and punishment measures, the continuity of the worker's employment, and whether the worker can determine or modify transaction prices. In cases where there is an employment fact and a dominant labor management exists, it shall be lawfully determined that a labor relationship exists.

指导性案例 238 号“圣某欢诉江苏某网络科技有限公司确认劳动关系纠纷案”进一步明确：平台企业或者平台用工合作企业要求劳动者注册为个体工商户后再签订承揽、合作协议，劳动者主张根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上，依据相关法律，准确作出认定。此外，该案例还明确：对于主营业务存在转包情形的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，结合实际用工管理主体、劳动报酬来源等因素，依法认定劳动者与其关系最密切的企业建立劳动关系。上述两个案例对于有效解决实践中存在的，利用签订承揽、合作协议、“引导”劳动者注册为“个体工商户”、连环外包等方式规避建立劳动关系的问题，具有重要意义。

Guiding Case No. 238, “Sheng *huan v. A Network Technology Company in Jiangsu over Confirmation of Labor Relations”, further clarifies that when a platform enterprise or a platform employment cooperative enterprise requires workers to register as individual business owners before signing contracts for undertaking services or cooperation, and the worker claims that the labor relationship should be recognized based on the actual performance, the people's court shall, upon clarification of the facts, make an accurate determination in accordance with relevant laws. Moreover, this case also clarifies that in cases where the main business involves subcontracting, the people's court shall, based on the factual circumstances of

employment and the degree of labor management, and in combination with factors such as the actual entity responsible for labor management and the source of labor remuneration, lawfully determine that the worker establishes a labor relationship with the enterprise that has the closest connection. The above two cases are of significant importance in effectively addressing the problems that exist in practice, such as evading the establishment of labor relations through signing contracts for undertaking services or cooperation, “guiding” workers to register as “individual business owners”, or using serial subcontracting and other methods.

指导性案例 239 号“王某诉北京某文化传媒有限公司劳动争议案”明确：经纪公司对从业人员的工作时间、工作内容、工作过程控制程度不强，从业人员无需严格遵守公司劳动管理制度，且对利益分配等事项具有较强议价权的，应当认定双方之间不存在支配性劳动管理，不存在劳动关系。

Guiding Case No. 239, “Wang v. A Culture Media Company in Beijing over Labor Dispute”, clarifies that when a brokerage company has weak control over the working hours, content, and process of its practitioners, the practitioners do not need to strictly adhere to the company's labor management system. If the brokerage company has strong bargaining power on matters such as the distribution of interests, it shall be determined that there is no dominant labor management and no labor relationship between the two parties.

指导性案例 240 号“秦某丹诉北京某汽车技术开发服务有限公司劳动争议案”明确：平台企业或者平台用工合作企业为维护平台正常运营、提供优质服务等进行必要运营管理，但未形成支配性劳动管理的，对于劳动者提出的与该企业之间存在劳动关系的主张，人民法院依法不予支持。

Guiding Case No. 240, “Qin *dan v. An Automobile Technology Development Service Company in Beijing over Labor Dispute”, clarifies that when a platform enterprise or a platform employment cooperative enterprise conducts necessary operational management to maintain the normal operation of the platform and provide high-quality services but does not form a dominant labor management,

the people's court shall not, in accordance with the law, support the claim of the worker that a labor relationship exists with the enterprise.

原文链接:

最高人民法院关于发布第 42 批指导性案例的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

经最高人民法院审判委员会讨论决定，现将郎溪某服务外包有限公司诉徐某申确认劳动关系纠纷案等四个案例（指导性案例 237-240 号），作为第 42 批指导性案例发布，供审判类似案件时参照。

最高人民法院

2024 年 12 月 20 日

指导性案例 237 号

郎溪某服务外包有限公司诉徐某申确认劳动关系纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2024 年 12 月 20 日发布）

关键词 民事/确认劳动关系/新业态用工/承揽、合作协议/实际履行情况/劳动管理

裁判要点

平台企业或者平台用工合作企业与劳动者订立承揽、合作协议，劳动者主张与该企业存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、算法规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法作出相应认定。对于存在用工事实，构成支配性劳动管理的，应当依法认定存在劳动关系。

基本案情

郎溪某服务外包有限公司（以下简称郎溪某服务公司）与某咚买菜平台的运营者上海某网络科技有限公司（以下简称上海某网络公司）于 2019 年 4 月 1 日订立《服务承揽合同》。该合同约定：郎溪某服务公司为上海某网络公司完成商品分拣、配送等工作；双方每月定期对郎溪某服务公司前一个月的承揽费用进行

核对后由上海某网络公司支付；郎溪某服务公司自行管理所涉提供服务的人员，并独立承担相应薪酬、商业保险费、福利待遇，以及法律法规规定的雇主责任或者其他责任。

2019年7月，郎溪某服务公司安排徐某申到某咚买菜平台九亭站从事配送工作。郎溪某服务公司与徐某申订立《自由职业者合作协议》《新业态自由职业者任务承揽协议》。两份协议均约定：徐某申与郎溪某服务公司建立合作关系，二者的合作关系不适用劳动合同法。其中，《新业态自由职业者任务承揽协议》约定：郎溪某服务公司根据合作公司确认的项目服务人员服务标准及费用标准向徐某申支付服务费用；无底薪、无保底服务费，实行多劳多得、不劳不得制。但郎溪某服务公司并未按照以上协议约定的服务费计算方式支付费用，实际向徐某申支付的报酬包含基本报酬、接单计酬、奖励等项目。2019年8月12日，郎溪某服务公司向徐某申转账人民币9042.74元（币种下同）。2019年8月13日，徐某申在站点听从指示做木架，因切割木板意外导致右脚受伤，住院接受治疗，自此未继续在该站点工作。2019年9月3日，郎溪某服务公司以“服务费”名义向徐某申支付15000元。徐某申在站点工作期间，出勤时间相对固定，接受站点管理，按照排班表打卡上班，根据系统派单完成配送任务，没有配送任务时便在站内做杂活。

徐某申因就工伤认定问题与郎溪某服务公司发生争议，申请劳动仲裁。上海市松江区劳动人事争议仲裁委员会裁决：徐某申与郎溪某服务公司在2019年7月5日至2019年8月13日期间存在劳动关系。郎溪某服务公司不服，向上海市松江区人民法院提起诉讼。

裁判结果

上海市松江区人民法院于2021年7月5日作出（2021）沪0117民初600号民事判决：确认徐某申与郎溪某服务外包有限公司在2019年7月5日至2019年8月13日期间存在劳动关系。宣判后，郎溪某服务外包有限公司不服，提起上诉。上海市第一中级人民法院于2022年3月7日作出（2021）沪01民终11591号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

本案的争议焦点为：在郎溪某服务公司与徐某申订立承揽、合作协议的情况下，能否以及如何认定双方之间存在劳动关系。

是否存在劳动关系，对劳动者的权益有重大影响。存在劳动关系的，劳动者依法享有取得劳动报酬、享受社会保险和福利、获得经济补偿和赔偿金等一系列权利，同时也承担接受用人单位管理等义务。根据《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》的规定：“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系”，“建立劳动关系应当订立劳动合同”。但实践中存在企业与劳动者签订承揽、合作等合同，以规避与劳动者建立劳动关系的情况。对此，人民法院应当根据用工事实，综合考虑人格从属性、经济从属性、组织从属性等因素，准确认定企业与劳动者是否存在劳动关系，依法处理劳动权益保障案件。《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条规定：“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。”可见，劳动关系的本质特征是支配性劳动管理。在新就业形态下，平台企业生产经营方式发生较大变化，劳动管理的具体形式也随之具有许多新的特点，但对劳动关系的认定仍应综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱。具体而言，应当综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、算法规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法作出相应认定。

本案中，虽然郎溪某服务公司与徐某申订立的是承揽、合作协议，但根据相关法律规定，结合法庭查明的事实，应当认定徐某申与郎溪某服务公司之间存在劳动关系。具体而言：其一，徐某申在站点从事配送工作，接受站点管理，按照站点排班表打卡上班，并根据派单按时完成配送任务，在配送时间、配送任务等方面不能自主选择，即使没有配送任务时也要留在站内做杂活。其二，徐某申的报酬组成包含基本报酬、按单计酬及奖励等项目，表明郎溪某服务公司对徐某申的工作情况存在相应的考核与管理，并据此支付报酬。其三，郎溪某服务公司从

上海某网络公司承揽商品分拣、配送等业务，徐某申所从事的配送工作属于郎溪某服务公司承揽业务的重要组成部分。综上，徐某申与郎溪某服务公司之间存在用工事实，构成支配性劳动管理，符合劳动关系的本质特征，应当认定存在劳动关系。

相关法条

《中华人民共和国劳动法》第 16 条

《中华人民共和国劳动合同法》第 7 条、第 10 条

指导性案例 238 号

圣某欢诉江苏某网络科技有限公司确认劳动关系纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2024 年 12 月 20 日发布）

关键词 民事/确认劳动关系/新业态用工/个体工商户/承揽、合作协议/实际履行情况/劳动管理

裁判要点

1. 平台企业或者平台用工合作企业要求劳动者注册为个体工商户后再签订承揽、合作协议，劳动者主张根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上，依据相关法律，准确作出认定。对于存在用工事实，构成支配性劳动管理的，依法认定存在劳动关系。

2. 对于主营业务存在转包情形的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，结合实际用工管理主体、劳动报酬来源等因素，依法认定劳动者与其关系最密切的企业建立劳动关系。

基本案情

江苏某网络科技有限公司（以下简称江苏某网络公司）承包某外卖平台在江苏省苏州市虎丘区浒墅关片区的外卖配送服务。2019 年 4 月 25 日，圣某欢通过特定 APP 注册成为该外卖平台浒墅关片区专送骑手。专送骑手的具体运行模式为：

在注册方式上，专送骑手必须通过站点授权才能下载注册该 APP；在派单方式上，平台根据定位向专送骑手派单，骑手不可拒绝，因特殊情况不能接单需申请订单调配；在骑手管理上，专送骑手受其专属站点管理，站长决定订单调配、骑手排班，骑手需按照排班上线接单；在薪资构成及结算上，专送骑手薪资包括订单提成、骑手补贴及其他补贴等。在注册过程中，圣某欢进行人脸识别并根据提示讲出“我要成为个体工商户”。自此，圣某欢通过上述 APP 接单，接单后使用自有车辆配送。江苏某网络公司对圣某欢有明确的上班时间及考勤要求，请假会扣除相应奖励。

2019 年 5 月 30 日，江苏某网络公司与江苏某企业管理有限公司（以下简称江苏某管理公司）签订服务协议，约定委托江苏某管理公司提供市场推广服务；江苏某管理公司承接项目订单后可以另行转包；接活方在执行任务期间受到或対任何第三方造成人身伤害、财产损害，江苏某网络公司应当自行承担后果，不得要求江苏某管理公司承担侵权等赔偿责任；每月双方对上个月接活方名单、佣金费用、服务费用等进行核对，由江苏某网络公司将相应款项存入其设在第三方平台的账户，由第三方平台将相应费用划至接活方账户。同年 6 月 10 日，圣某欢委托江苏某管理公司为其注册“个体工商户”，并以“个体工商户”名义与江苏某管理公司签订《项目转包协议》，约定：双方系独立的民事承包关系，不属于劳动关系；个体工商户独立承包配送服务业务，承担承揽过程中所可能产生的一切风险和责任；江苏某管理公司按月将服务费结算给个体工商户。同年 6 月 13 日，圣某欢注册成为“个体工商户”，经营范围为市场营销策划、市场推广服务、展览展示服务。2019 年 6 月至 8 月，圣某欢分别收到薪资人民币 5035.5 元、6270.5 元、5807.7 元（币种下同）。圣某欢在上述 APP 中的薪资账单页面显示，薪资规则说明为江苏某网络公司制定，薪资构成包括底薪、提成、补贴奖励等，其中底薪 0 元。

2019 年 8 月 24 日晚 10 时许，圣某欢在外卖配送过程中因交通事故受伤。因工伤认定问题与江苏某网络公司发生争议，圣某欢申请仲裁，请求确认其与江苏某网络公司在 2019 年 4 月 26 日至 8 月 24 日期间存在劳动关系。江苏省苏州市虎丘区劳动争议仲裁委员会裁决：驳回圣某欢的仲裁请求。圣某欢不服，向江苏省苏州市虎丘区人民法院提起诉讼。诉讼过程中，江苏省苏州市虎丘区人民法

院依职权追加江苏某管理公司作为第三人参加诉讼。

裁判结果

江苏省苏州市虎丘区人民法院于 2021 年 8 月 2 日作出（2020）苏 0505 民初 5582 号民事判决：圣某欢与江苏某网络科技有限公司在 2019 年 4 月 25 日至 2019 年 8 月 24 日期间存在劳动关系。宣判后，双方当事人均未提起上诉，判决已发生法律效力。

裁判理由

本案的争议焦点为：外卖骑手圣某欢与江苏某网络公司之间是否存在劳动关系。

劳动关系是劳动者个人与用人单位之间基于用工建立的关系。但实践中存在企业要求劳动者登记为“个体工商户”后再签订承揽、合作等合同，以规避与劳动者建立劳动关系的情况。发生纠纷后，劳动者主张与该企业存在劳动关系的，人民法院不能仅凭双方签订的承揽、合作协议作出认定，而应当根据用工事实，综合考虑人格从属性、经济从属性、组织从属性等因素，准确认定企业与劳动者是否存在劳动关系。劳动者被要求注册为“个体工商户”，并不妨碍劳动者与用人单位建立劳动关系。对于存在用工事实，构成支配性劳动管理的，应当依法认定存在劳动关系。

本案中，江苏某网络公司要求外卖骑手圣某欢登记为“个体工商户”后再与其签订承揽、合作协议，意在规避用人单位应当承担的法律责任，双方实际存在较强的人格从属性、经济从属性、组织从属性，构成支配性劳动管理。具体而言：其一，圣某欢成为专送骑手需通过站点授权才能完成 APP 注册，而后圣某欢通过 APP 接单，根据劳动表现获取薪酬，不得拒绝平台派发订单，特殊情况不能接单时需向江苏某网络公司申请订单调配；而且，江苏某网络公司制定考勤规则，对圣某欢的日常工作进行管理。其二，根据 APP 薪资账单中的薪资规则说明、平台服务协议可以看出，圣某欢薪资来源、薪资规则制定方为江苏某网络公司，发放金额由江苏某网络公司确定，双方实际结算薪资。其三，圣某欢注册成为专送骑手，隶属于江苏某网络公司承包的某外卖平台浒墅关片区站点，其从事外卖配送

服务属于该公司主营业务。综上，江苏某网络公司要求、引导圣某欢注册成为“个体工商户”，以建立所谓平等主体之间合作关系的形式规避用人单位责任，但实际存在用工事实，对圣某欢进行支配性劳动管理，符合劳动关系的本质特征，应当认定双方之间存在劳动关系。

关于圣某欢是与江苏某网络公司还是与江苏某管理公司存在劳动关系的问题。经查，江苏某网络公司虽然通过签订平台服务协议将配送业务转包给江苏某管理公司，但实际圣某欢依然通过此前注册的 APP 进行接单和配送，江苏某网络公司也通过该 APP 派单并进行工资结算。圣某欢系由江苏某网络公司直接安排工作、直接管理、结算薪资等，其与江苏某网络公司之间联系的密切程度明显超过与江苏某管理公司的联系。故对江苏某网络公司仅以其与江苏某管理公司存在内部分包关系为由，提出其与圣某欢之间不存在劳动关系的抗辩，依法不予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动法》第 16 条

《中华人民共和国劳动合同法》第 7 条、第 10 条

指导性案例 239 号

王某诉北京某文化传媒有限公司劳动争议案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2024 年 12 月 20 日发布）

关键词 民事/劳动争议/确认劳动关系/新业态用工/网络主播/经纪合同/不存在劳动关系

裁判要点

经纪公司对从业人员的工作时间、工作内容、工作过程控制程度不强，从业人员无需严格遵守公司劳动管理制度，且对利益分配等事项具有较强议价权的，应当认定双方之间不存在支配性劳动管理，不存在劳动关系。

基本案情

王某系网络主播，其在网络平台创建并运营自媒体账号。2020年3月，王某与北京某文化传媒有限公司（以下简称北京某传媒公司）签订《独家经纪合同》。该合同约定：王某授权北京某传媒公司独家为其提供自媒体平台图文、音频视频事务有关的经纪服务和商务运作；王某主要收入为按照月交易金额获取收益，王某的保底费用和提成根据月交易金额确定，北京某传媒公司将收入扣除相关必要费用后由双方按比例分成，王某有权对收入分配结算提出异议；王某应当按照北京某传媒公司的安排，准时抵达工作场所，按约定完成工作事项；该合同为合作服务合同，并非劳动合同，双方并不因签订本合同而建立劳动关系。在签订合同过程中，王某着重对收益分配部分作了对其有利的修改。

在合同实际履行过程中，王某按照双方约定参与运营自媒体账号，其每月收入并不固定，收入多少取决于双方合作经营的平台广告收入。合同签订后，王某的自媒体账号由其与北京某传媒公司共同运营管理，粉丝量由签订合同前的近百万逐步涨至400万。此外，王某在北京某传媒公司推荐下参与广告制作和发布、综艺演出等活动。

后双方发生争议，王某申请劳动仲裁，请求确认其与北京某传媒公司在2020年3月1日至2021年4月13日期间存在劳动关系，北京某传媒公司向其支付2021年2月1日至2021年4月13日奖金人民币255217.5元（币种下同），以及2020年3月1日至2021年2月28日未订立书面劳动合同的二倍工资差额11万元。北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会裁决：驳回王某的仲裁请求。王某不服，向北京市朝阳区人民法院提起诉讼。

裁判结果

北京市朝阳区人民法院于2022年11月25日作出（2022）京0105民初9090号民事判决：驳回王某的诉讼请求。宣判后，王某不服，提起上诉。北京市第三中级人民法院于2023年9月5日作出（2023）京03民终7051号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

本案的争议焦点为：北京某传媒公司与其旗下网络主播王某之间是否存在劳

动关系。

劳动关系的本质特征是支配性劳动管理，即劳动者与用人单位之间存在较强的人格从属性、经济从属性、组织从属性。在新就业形态下，对于有关企业与网络主播之间的法律关系，要立足具体案件具体分析，重点审查企业与网络主播之间的权利义务内容及确定方式，准确区分因经纪关系所产生的履约要求与劳动管理，判定平台企业是否对网络主播存在支配性劳动管理，两者之间是否存在劳动关系。

本案中，从双方订立的合同及实际履行情况看，北京某传媒公司未对网络主播王某进行支配性劳动管理。具体而言：第一，根据北京某传媒公司与王某订立的经纪合同，王某应当按照北京某传媒公司的安排，准时抵达工作场所，按约定完成工作事项。但王某无需遵守北京某传媒公司的有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法。因此，虽然北京某传媒公司可以根据经纪合同约定对王某的演艺行为等进行必要的约束，但这并不属于劳动法律意义上的劳动管理，而是王某按照约定应当履行的合同义务。第二，王某对收益分配方式等内容具有较强的协商权和议价权。王某在与北京某传媒公司订立协议的过程中，着重对收益的分配比例等核心内容进行谈判议价，双方之间的法律关系体现出平等协商的特点，而且约定分成的收益分配方式明显有别于劳动关系。第三，从合同目的和内容看，双方合作本意是通过北京某传媒公司的孵化，进一步提升王某在自媒体平台的艺术、表演、广告、平面形象影响力和知名度，继而通过王某独立参与商业活动获取相应广告收入，并按合同约定进行分配。合同内容主要包括有关经纪事项、报酬及收益分配、违约责任等权利义务约定，不具有劳动合同的要素内容。

综上，北京某传媒公司与旗下网络主播王某之间的权利义务不符合劳动管理所要求的劳动者与用人单位之间存在人格从属性、经济从属性、组织从属性的特征，依法不应认定存在劳动关系。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第7条

《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》（法释〔2015〕

5号)第90条

指导性案例 240 号

秦某丹诉北京某汽车技术开发服务有限公司劳动争议案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2024 年 12 月 20 日发布)

关键词 民事/劳动争议/确认劳动关系/新业态用工/代驾司机/必要运营管理/不存在劳动关系

裁判要点

平台企业或者平台用工合作企业为维护平台正常运营、提供优质服务等进行必要运营管理,但未形成支配性劳动管理的,对于劳动者提出的与该企业之间存在劳动关系的主张,人民法院依法不予支持。

基本案情

秦某丹于 2020 年 12 月 31 日注册某代驾平台司机端 APP,申请成为代驾司机。该平台运营者为北京某汽车技术开发服务有限公司(以下简称北京某汽车公司)。平台中的《信息服务协议》约定:北京某汽车公司为代驾司机提供代驾信息有偿服务,代驾司机通过北京某汽车公司平台接单,与代驾服务使用方达成并履行《代驾服务协议》,由平台记录代驾服务过程中的各项信息数据;代驾司机以平台数据为依据,向代驾服务使用方收取代驾服务费,向北京某汽车公司支付信息服务费;北京某汽车公司不实际提供代驾服务,也不代理平台任何一方用户,仅充当代驾司机与代驾服务使用方之间的中间人,促成用户达成《代驾服务协议》;北京某汽车公司与代驾司机不存在任何劳动、劳务、雇佣等关系,但有权根据平台规则,对代驾司机的代驾服务活动及收费情况进行监督,有权根据平台用户的反馈,对代驾司机的代驾服务活动进行评价,以及进行相应调查、处理。

在协议实际履行过程中,北京某汽车公司未对秦某丹按照员工进行管理,亦未要求其遵守公司劳动规章制度。代驾服务使用方发出代驾服务需求信息后,平台统一为符合条件的司机派单,秦某丹自行决定是否接单、抢单。秦某丹仅需购买工服、接受软件使用培训、进行路考、接受抽查仪容等,其在工作时间、工作

量上具有较高的自主决定权，可以自行决定是否注册使用平台、何时使用平台从事代驾服务等。秦某丹从事代驾服务所取得的报酬系代驾服务费，由代驾服务使用方直接支付。

此外，平台根据代驾司机接单率对其进行赠送或者扣减金币等奖罚措施。平台奖励金币可用于代驾司机购买平台道具以提高后续抢单成功率，与其收入不直接关联。平台统计代驾司机的成单量、有责取消率等数据，并对接单状况存在明显异常的代驾司机账号实行封禁账号等相关风控措施。

后双方发生劳动争议，秦某丹申请劳动仲裁，请求北京某汽车公司支付 2021 年 1 月 31 日至 2022 年 1 月 31 日未订立书面劳动合同的二倍工资差额人民币 8074.38 元。北京市石景山区劳动人事争议仲裁委员会裁决：驳回秦某丹的仲裁请求。秦某丹不服，向北京市石景山区人民法院提起诉讼。

裁判结果

北京市石景山区人民法院于 2023 年 3 月 31 日作出(2023)京 0107 民初 2196 号民事判决：驳回秦某丹的诉讼请求。宣判后，秦某丹不服，提起上诉。北京市第一中级人民法院于 2023 年 9 月 15 日作出(2023)京 01 民终 6036 号民事判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

本案的争议焦点为：平台运营者北京某汽车公司与代驾司机秦某丹之间是否存在劳动关系。

劳动关系的本质特征是支配性劳动管理，即劳动者与用人单位之间存在较强的人格从属性、经济从属性、组织从属性。在新就业形态下，认定是否存在劳动管理，仍然应当着重考察、准确判断企业对劳动者是否存在支配性劳动管理，劳动者提供的劳动是否具有从属性特征。

本案中，虽然北京某汽车公司根据约定对代驾司机秦某丹进行一定程度的运营管理，但该管理不属于支配性劳动管理；秦某丹有权自主决定是否注册使用平台，何时使用平台，是否接单、抢单，其对北京某汽车公司并无较强的从属性。具体而言：其一，从相关协议内容来看，北京某汽车公司为代驾司机提供代驾信

息有偿服务，代驾司机通过北京某汽车公司平台接单，与代驾服务使用方达成交易；代驾司机依约向代驾服务使用方收取代驾服务费，向北京某汽车公司支付信息服务费；北京某汽车公司不实际提供代驾服务，也不代理平台任何一方用户，仅充当代驾司机与代驾服务使用方之间的中间人；代驾司机可以自由决定是否使用平台接受信息服务。其二，从协议实际履行情况来看，秦某丹有权自行决定工作时间、地点，而非根据北京某汽车公司的工作安排接受订单，且北京某汽车公司未对秦某丹在上下班时间、考勤等方面进行员工管理，故双方之间不存在管理与被管理的从属关系。秦某丹的收入系从平台账号中提现，提现款项来源于代驾服务使用方，由代驾服务使用方直接支付到秦某丹在平台的账户，再由秦某丹向平台申请提现，提现时间由秦某丹自主决定，并非由北京某汽车公司支付劳动报酬。其三，尽管北京某汽车公司让秦某丹购买工服、接受软件使用培训、进行路考、接受抽查仪容等，以及根据秦某丹接单率对其进行赠送或者扣减金币，但属于维护平台正常运营、提供优质服务等进行的必要运营管理；北京某汽车公司根据秦某丹的成单量、有责取消率等数据，以及接单状况异常情况实行封禁账号等措施，亦系基于合理风控采取的必要运营措施。

综上，北京某汽车公司对代驾司机秦某丹提出的有关工作要求，是基于维护平台正常运营、提供优质服务等而采取的必要运营管理措施，不属于支配性劳动管理，故依法不应认定双方之间存在劳动关系。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第7条

《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》（法释〔2015〕5号）第90条



案例调研：违法调岗是否构成未按照劳动合同约定提供劳动条件？

Case Research: Does illegal adjustment of job position constitute failure to provide labor conditions in accordance with the labor contract?

上海保华律师事务所 于海红 高暄琪

用人单位经营过程中，经常出现因单方给劳动者调整工作岗位而产生争议的情形。发生争议后，有劳动者会采取以要求用人单位恢复原岗位为由提起劳动仲裁等途径进行救济，也有不少劳动者直接以用人单位违反《劳动合同法》第三十八条第（一）项规定的“未按照劳动合同约定提供劳动条件”为由，向用人单位提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金。用人单位合法行使用工自主权，对劳动者进行调岗的情形自不必提，那么如果用人单位被认定单方调岗不合法或不合理，劳动者以用人单位“未按照劳动合同约定提供劳动条件”为由，向用人单位提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金是否能得到司法部门支持呢？

这个问题在实操中存在比较大的分歧。本文中，笔者分析相关法律法规、呈现各地近期案例调研情况，以厘清各地司法实践中，用人单位单方面调岗到底是否会被认定为构成“未按劳动合同约定提供劳动条件”的裁判口径，以期对公司的用人管理策略提供帮助。

During the operation process of the employer, disputes often arise due to unilateral adjustment of the job position of the employee. When such dispute occurs, some employees will seek relief by filing a labor arbitration on the grounds of requiring the employer to restore the original position. At the same time, there are also many employees who directly terminate the labor contract and ask the employer to pay economic compensation on the grounds that the employer violated Article 38 (1) of the Labor Contract Law, "failing to provide labor conditions in accordance with the labor contract." On one hand, it goes without saying that the employer legally exercises its autonomy in employment and transfers the employee; On the other hand, if the employer is found to have unilaterally transferred the employee illegally or unreasonably, will the employee's request to terminate the labor contract and ask the employer to pay economic compensation on the grounds that the employer "failed to provide labor conditions in accordance with the labor contract" be supported by the judicial department?

There are relatively large differences in practice on this issue. In this article, the author will analyze relevant laws and regulations and present recent case research in various places to clarify whether the unilateral job transfer by an employer will be deemed to constitute "failure to provide working conditions as agreed in the labor

contract" in judicial practice, in order to provide assistance to the company's employment management strategy.

一、法律法规情况

《劳动合同法》第十七条规定：“劳动合同应当具备以下条款：……(四)工作内容和工作地点；……(八)劳动保护、劳动条件和职业危害防护……”；第三十二条规定：“……劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告”。

根据这两条的规定，“劳动条件”与“工作内容”并列为劳动合同必备条款；“劳动条件”应不涉及工作内容，而是涉及单位提供的生产、工作和劳动安全卫生设备、设施等。按这一理解，根据法律逻辑中“同一律”要求，《劳动合同法》所有“劳动条件”概念均应为同一解释，那么，第三十八条第（一）项中规定的“劳动条件”也不应与“工作内容”同一化，相应也不能将调整工作内容理解为“未按照劳动合同约定提供劳动条件”。

另外，国家立法和司法部门编著的相关书籍中对“劳动条件”所作的定义也具有参考意义：

如，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编著的《中华人民共和国劳动合同法释义（第2版）》认为，“劳动条件，主要是指用人单位为使劳动者顺利完成劳动合同约定的工作任务，为劳动者提供必要的物质和技术条件，如必要的劳动工具、机械设备、工作场地、劳动经费、辅助人员、技术资料、工具书以及其他一些必不可少的物质、技术条件和其他工作条件。”“劳动保护和劳动条件是指在劳动合同中约定的用人单位对劳动者所从事的劳动必须提供的生产、工作条件和劳动安全卫生保护措施。即用人单位保证劳动者完成劳动任务和劳动过程中安全健康保护的基本要求。包括劳动场所和设备、劳动安全卫生设施、劳动防护用品等。本法第十七条规定劳动保护和劳动条件是劳动合同的必备条款，即提供劳动保护和劳动条件是用人单位应尽的义务，如果用人单位未按照国家规定的标准或劳动合同的规定提供劳动条件，致使劳动安全、劳动卫生条件恶劣，严重危害职工的身体健健康，并得到国家劳动部门、卫生部门的确认，劳动者可以与用人单位解除劳动合同。”

再如，最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院新劳动争议司法解释（一）理解与适用》认为，“劳动条件，是指劳动者在保证生命健康安全的

情况下，从事生产劳动必不可少的条件。用人单位未按照劳动合同约定提供劳动条件，主要是指劳动环境差、没有必要的劳动保护措施，甚至有危及职工生命健康等因素的存在等，侵犯了劳动者正当合法的劳动权益。”

然而，因为国家层面的法律法规没有对“劳动条件”进行具体界定，司法实践常常出现对此概念的不同理解，各地司法部门对于用人单位单方调岗能否构成不按约定提供劳动条件口径常常不一致。

二、各地司法口径

（一）认为调岗不属于不按约定提供劳动条件的地区

通过案例调研发现，认为调岗不属于不按约定提供劳动条件的地区主要是上海。上海在这一问题上，一中院和二中院的口径一致，都认为劳动条件指劳动者在从事劳动时的安全、卫生、环境等因素，而非工作内容。

上海

【（2024）沪01民终11757号】

二审法院认为，“劳动条件”是指劳动者在从事劳动时的安全、卫生、环境等条件。本案中，某某公司因东航提前终止协议而将受影响岗位员工调整至浦东机场工作，工作地点及岗位发生变化，但无证据证明该新址及新岗位未具备让劳动者从事劳动所必要的安全、卫生、环境等条件。张某要求某某公司支付解除劳动合同经济补偿，缺乏事实依据，予以驳回。

【（2024）沪02民终13763号】

二审法院认为，关于未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件，主要是指劳动环境差、没有必要的劳动保护措施，甚至有危及职工生命健康等因素的存在等，侵犯了劳动者正当合法的劳动权益的情形。本案中，公司两次对李某进行调店均在劳动合同约定的工作地点、工作岗位范围之内，并未涉及劳动合同变更，尚属于用人单位用工自主权的行使范畴，不属于“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”之情形，第一次调店后李某也实际履行劳动合同超过一个月，双方就第一次调店安排达成一致；现有证据亦不足以证明公司第二次调店安排属于不提供劳动条件的行为，故李某主张经济补偿金，缺乏依据，予以驳回。

（二）认为调岗属于不按约定提供劳动条件的地区

经过案例调研发现，江浙北广鲁川等地都将调岗和变更劳动条件等同，一旦用人单位调岗被认定为不合法，那么司法部门就会得出用人单位未按照劳动合同

约定提供劳动条件的结论，支持劳动者依据劳动合同法第三十八条提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的诉请。

1、江苏

【(2024)苏05民终10222号】

二审法院认为，调岗虽然属于企业自主经营权范畴，但调岗也应遵循合理、合法的原则，不得因实施调岗而导致劳动者合法权益受损。根据录音可知，客户公司系为了控制成本而要求曹某出项，调岗依据及理由显然并不充分。在项与出项，二者工资待遇有着巨大差别，必然会侵犯劳动者的合法权益。本院据此认定曹某于2023年6月30日发出被迫离职通知书，符合劳动合同法第三十八条规定的用人单位未按照劳动合同约定提供劳动条件的情形，应向曹某支付经济补偿金。

【(2024)苏05民终11489号】

二审法院认为，用人单位根据整体发展规划、经营运转需求、员工工作状态等对劳动进行调岗固然系用工自主权的重要体现，但该权利的行使必须符合法律规定、协议约定，并遵守善良风俗且具备合理事由，不可滥用企业在劳动关系中的强势性地位，对劳动者做出缺乏正当性、合理性基础的调岗行为。张某在原岗位已就职多年，已形成了较为适应的作息模式、融洽的工作氛围、熟悉的工作方法、稳定客户群体等，拟调整岗位对于张某抑或是全新工作环境，需要一定的适应和摸索过程；抑或需重新签订劳动合同，导致劳动者权利义务的不稳定性，均会对张某造成一定的消极影响，不利于其身体恢复和职业规划。因此公司拒绝张某返回原岗以及拟调岗行为均缺乏正当事由，符合一审法院认定的“公司未按照劳动合同约定提供劳动条件，”应向张某支付经济补偿金。

2、浙江

【(2020)浙07民终433号】

一审法院认为，本案中，原告将被告从驾驶员岗位调整至性质完全不同的消控岗位，系对劳动合同主要内容的变更，原则上应取得被告同意。同时，从本案情况看，用人单位在将被告从驾驶员岗位调整至消控室值班后，又另行安排一驾驶员从事被告原先工作，该情形不属用人单位生产经营所必需。被告调至消控室值班后，其工作时间从原先的每日七小时，每周休息二天，变为上班一天一夜，休息一天一夜，工作时间上也发生了变化。同时，原告亦未能证明消控岗位的劳动报酬优于驾驶员岗位，原告未经被告同意将其调整至消控岗位，系未按劳动合

同约定提供劳动保护或劳动条件，被告因此提出辞职，原告应支付经济补偿金。

3、北京

【(2024)京02民终9983号】

二审法院认为，关于劳动条件，在付某长期在北京工作的情况下，某文化公司将其工作地点由北京调整至银川，将会对付某履行劳动合同产生实质影响，某文化公司并未提交充分证据证明该调整具有合理性，且某文化公司在未与付某协商一致的情况下直接安排其待岗，其不合理调岗和安排待岗的行为构成未按照劳动合同约定提供劳动条件。综合案件其他情形，公司应当支付付某经济补偿金。

【(2023)京03民终530号】

二审法院认为，岗位调整属于劳动合同变更应协商一致，公司在生产经营上因客观原因导致部门撤销解散，李某与公司就调岗一事未达成一致，劳动合同中约定的岗位与调换后的工作岗位工作性质的差距很大，依据相关法律规定，劳动者可以提出被迫离职，并要求支付合理的经济补偿金。

4、山东

【(2023)鲁13民终5703号】

二审法院认为，刘某自2007年1月至2021年3月一直从事驾驶叉车工作，兰陵县某配件厂在未与刘某协商一致的情况下对刘某进行调岗，未按照劳动合同约定提供劳动条件，刘某离开工作岗位从而解除劳动合同，兰陵县某配件厂应向刘某支付解除劳动合同经济补偿金，一审法院判决兰陵县某配件厂支付刘某解除劳动合同经济补偿金并无不当。

5、广东

【(2024)粤01民终27288号】

二审法院认为，公司在未经双方协商一致的情况下，单方将杨某适的工作岗位由拉长调整为拉线员，调整工作岗位后杨某适的绩效工资为0元，其工资数额相比原岗位的工资水平明显下降，该调岗行为不具有合理性。杨某适已在合理时间内就此提出异议，某某公司亦在2023年5月29日承诺自2023年6月1日起安排杨某适带线，但在杨某适于2023年6月1日到某某公司报到后，某某公司仍未安排杨某适从事拉长岗位工作，该行为属于没有为杨某适提供劳动条件，杨某适据此主张被迫解除劳动关系并要求某某公司支付涉案经济补偿，符合法律规定，本院予以认可。

【(2020)粤 20 民终 3139 号】

二审法院认为，公司在没有与黄某协商一致的情况下，以黄某不能胜任工作，违反公司规章制度为由，单方将黄某由财务总监调整为财务文员，后又调整为后勤清洁员，该调岗行为明显具有惩罚性和侮辱性，对黄某明显不利。然而，公司未能提供证据证明黄某不能胜任工作以及黄某存在违反公司规章制度的行为，因此公司径行对黄某惩罚性调岗缺乏依据，公司的调岗行为不合法不合理。黄某据此提出解除劳动合同，一审根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款、第四十六条第一项之规定，一审认定公司应向黄某支付解除劳动合同经济补偿金正确。公司上诉主张无需向黄某支付解除劳动合同经济补偿金没有依据，本院不予支持。

6、四川

【(2024)川 07 民终 1855 号】

二审法院认为，聊天信息和本案庭审中双方的陈述，能够反映出绵阳某公司对赖某某进行了岗位调动，且是安排赖某某从事其没有条件完成的工作岗位，双方并未就调岗达成一致意见。赖某某在微信群中要求提供解除劳动关系的通知和给付经济补偿金，绵阳某公司的厂长告知其找相关部门。赖某某在此情况下搬离集工作、生活于一体的单位，主动提起劳动仲裁主张解除劳动关系符合法律规定。依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第一项“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：（一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的；”第三十八条第一项“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；”和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十五条“用人单位有下列情形之一的，迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者的劳动报酬和经济补偿，并可支付赔偿金：……（二）未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的；……”规定，绵阳某公司应当向赖某某支付解除劳动关系的经济补偿金。

【(2024)川 07 民终 1855 号】

二审法院认为，龚某某与某某公司之间签订了书面劳动合同，在双方劳动关系存续期间，双方均应按劳动合同约定和法律规定全面履行各自的义务。在双方未协商一致调整工作岗位的情形下，某某公司将龚某某的工作岗位调整为机动岗，

降低了龚某某的工资待遇，属于未按照劳动合同约定提供劳动条件，与龚某某离职有一定关系。自 2022 年 10 月起，某某公司支付的工资低于该金额，属于未足额支付工资。某某公司未足额支付龚某某工伤后的工资报酬，亦未提供必要的劳动条件，应当向龚某某支付解除劳动合同的经济补偿金。

三、结语

从案例调研情况来看，上海以外的不少地区都支持违法调岗属于未按照劳动合同约定提供劳动条件。就笔者个人看法，根据本文第二部分对劳动合同法第十七条和第三十二条的解读，笔者比较支持上海地区在此问题上的口径。但法院是解决劳动争议的最终部门，实操中大家都需遵守所在地的司法口径。

对于在上海以外地区用工的用人单位，单方调岗存在被认定为未按照劳动合同约定提供劳动条件的风险。为降低风险，建议用人单位如对员工进行单方面调岗安排，可考虑采取以下的措施：

1、明确制度依据。在进行调岗前，公司可寻找公司内部支持对员工进行调岗的制度依据，以证明调岗的必要性和合理性。如在（2024）苏 05 民终 9554 号中，公司举证《员工工作考核评价规定》作为对员工进行撤职的制度支持，员工也认可其有约束力，法院最终认定公司对员工的调岗安排有制度依据，属于自主经营权范畴，不属于未按约定提供劳动条件。

2、调岗不能给员工履行劳动合同造成明显产生困难。有些公司在调整员工工作的同时，对劳动合同明确约定的具体劳动地点、劳动时间等也进行了明显变动，导致员工履行劳动合同明显产生困难。

3、充分沟通及提供配套措施。如公司能就调岗事宜充分与员工沟通，能证明保障了员工知情权，也可能争取到法院的理解，认定公司的调岗不具主观恶意，不构成未提供劳动条件。如在（2024）鲁 10 民终 1111 号中，虽然公司最终为员工安排的新岗位工作内容（污水处理）与劳动合同约定的原先工作内容（厨师）明显不同，但由于公司就岗位变更的原因、新岗位内容先后与员工进行多轮沟通协商，法院认定公司调岗具有正当性和合理性，驳回了员工关于被迫辞职经济补偿金的请求。

论劳务派遣立法中的思维定势

董保华



劳务派遣,是由派遣机构与派遣员工签订劳动合同,然后向用工单位派出该员工,使其在用工单位的工作场所内劳动,接受用工单位的指挥、监督,以完成劳动力和生产资料的结合的一种特殊用工方式。劳务派遣是一种工作安排形式,一种社会资源组织形式,一种非正规就业形式。¹2012年《劳动合同法》进行了修订(以下简称《修法决定》),对劳务派遣制度进行了重大的调整。本文试图对这一立法进行分析,进而反思从旧法到新法所一直延续的思维定势。

一、导论

在2006年起草《劳动合同法》的过程中,面对几乎所有人尤其是劳动合同立法的起草人员都预言在《劳动合同法》环境下,劳务派遣将面临灭顶之灾时。²笔者曾预测我国可能出现某种用人双轨制的局面,并形成制度性歧视,引发社会矛盾。³四年后,全国总工会称2010年底全国劳务派遣人员总数已经达到6000多万。⁴尽管这一数据有待进一步的推敲,但劳务派遣超常发展已经是一种社会共识。我们面临一个无法回避的事实:改革开放30多年,劳务派遣的规模尚未达到2000万,而在《劳动合同法》公布三年多的时间内,派遣用工的人数竟然增长了三倍多。⁵《劳动合同法》显然是劳务派遣超常发展的幕后推手。无论我们是否愿意,从制度选择上看,我国目前已经进入“双轨制”的制度安排,制度性歧视也成为一种难以避免的现象。

2012年初,全国人大在执法检查的基础上,也认为“劳务派遣被滥用等问题还很突出,建议抓紧修改完善法律法规”。⁶1994年公布的《劳动法》正式施行已逾18年,至今尚无修改的计划;2007年公布的《劳动合同法》在实施不到5年的时间便由原来制定的机关进行修订。《劳动合同法》存在着明显弊端,这已经为立法机关所认识。面对劳务派遣超常发展的局面,原《劳动合同法》的问题究竟在哪里?我们应当如何应对?这是当前的分歧所在。依据观念逻辑或现实逻辑,对于这些问题会得出不同的答案。

* 本文发表于《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期。

¹ 莫荣主编:《2003—2004年中国就业报告——中国积极就业政策的实践》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第175—176页。

² “《劳动合同法》立法者乐观的估计,现行的劳务派遣规模将至少减少一半。”张世诚主编:《〈中华人民共和国劳动合同法实施条例〉释义、案例、评析、疑难问题解答》,中国方正出版社2008年版,第90页。“在立法过程中,不少人跟我说,要按照现在法律这么严苛的规定,劳务派遣公司不死二分之一也要死三分之一。于是我们想,规范的力度够了。”曹海东:《劳务派遣的非正常繁荣》,载《南方周末》2007年12月13日,第11版。

³ 董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的基本定位》,载《法商研究》2006年第3期。

⁴ 降蕴彰:《全国劳动派遣人员达6000万,国企和机关是重灾区》,载《经济观察报》2011年1月28日,第3版。

⁵ 陈欢:《诸多条文几上几下,劳动合同法实施细则博弈劳资平衡线》,载《21世纪经济报道》2008年5月12日,第7版。

⁶ 《2012年全国人民代表大会常务委员会工作报告(全文)》, http://www.china.com.cn/policy/txt/2012-03/18/content_24925316_2.htm (“中华网”,访问时间:2012.03.20)。

二、劳务派遣立法中的观念逻辑

面对劳务派遣出现的问题，我国立法部门希望通过加强行政管制，以此来扼制劳务派遣的发展势头。理解当前的劳动立法，恐怕无法回避一种思维定势。

（一）劳务派遣立法中基本逻辑

全国总工会认为：劳务派遣之所以呈现“非正常繁荣”的一个重要原因，就是原《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。⁷若以此作为对劳务派遣超常发展的“诊断书”，必然会开出公权力介入、加强政府管制的“药方”。自2011年起，重庆、天津、吉林等地相继出台了有关规制劳务派遣的地方性法规或规章，另有一些地方也开始制定相应的草案。这些地方规定在“保护劳动者”的旗帜下，开始修改《劳动合同法》的相关规定，广东省则将越权制定的《广东省实施〈中华人民共和国劳动合同法〉若干规定》草案公开征求意见。增设具有行政许可性质的相关制度几乎成为这些地方规定的共同特点。⁸这些规定在修改《劳动合同法》的同时，也开始大面积突破《行政许可法》的相关规定。⁹

2012年6月26日，十一届全国人大常委会第27次会议审议《劳动合同法》修正草案（以下简称《修法草案》），2012年12月28日《修法决定》公布。该法在起草说明中极不寻常的多次强调“从维护工人阶级主体地位、巩固党的执政基础的高度来认识这个问题”。¹⁰这一提法很大程度上认可了地方规定对《劳动合同法》《行政许可法》的突破。当我们从工人阶级主体地位、执政基础这样的意识形态的高度来讨论问题时，重庆、吉林、广东等一些地方立法公开否定国家立法的做法，因强调保护劳动者而得到了事实上的容忍。新法的公布由于几乎照搬了各地扩大行政权的规定，等于对各地之前的立法突破给予了正面肯定。

（二）当前劳动立法已经形成的思维定势

有学者对2007年公布的《劳动合同法》进行了统计。“在这部只有98条的法律中，竟然使用强制性用语‘应当’达70次，使用强制性用语‘不得’达28次，共涉及64个条款。”¹¹其实，这只是以最简单的方式进行统计的。这种统计本身并未注意法律表达中使用同义词、近义词或省略词的技术，而这种技术在《劳动合同法》中大量使用。《劳动合同法》规定的

⁷ 降蕴彰：《全国劳动派遣人员达6000万，国企和机关是重灾区》，载《经济观察报》，2011年1月28日，第3版。

⁸ 多个地方立法规定设立劳务派遣单位需进行备案，由于对备案的要求繁多，包括实体上的与程序上的，使备案制度具备了行政许可的色彩。例如，《天津市劳务派遣管理办法》规定，设立劳务派遣单位实行登记备案制度，派遣单位应在工商登记后10日内，向所在地区县人力社保部门提出备案申请。区县人力社保部门对劳务派遣单位初审合格的，出具审核意见，报市人力社保部门审核，对符合条件的，颁发《劳务派遣单位登记备案证书》，并向社会予以公告。人力社保部门于每年3月底前对备案单位进行复核。《吉林省劳务派遣管理办法》甚至重新引入了曾被全国人大所抛弃的备用金制度。

⁹ 《行政许可法》第十五条明确规定，地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章，不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。《行政许可法》第16条还规定，地方性法规或省级地方政府规章仅可在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定；但是不得增设行政许可。

¹⁰ 《关于〈中华人民共和国劳动合同法修正案（草案）〉的说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm（访问时间：2012.07.08）。

¹¹ 王建勋：《法眼审视新〈劳动合同法〉》，载《南方都市报》，2008年03月16日，第A23版。

命令性规范并不仅仅体现在“应当”的表达中，禁止性规范也并不仅仅表现在“不得”的表达中。当《劳动合同法》在法律责任中做出行政处罚设置时，其实际上是以法律义务尤其是强制性义务为前提的。我们可从“法律责任”的视角，去理解一些“不得”、“应当”的同义词、近义词或省略词，从而更精确的认识《劳动合同法》的强制性。按我们的统计，《劳动合同法》中隐性的“不得”有3处，隐性的“应当”有36处。如果将隐性的表达与显性的表达相加，“不得”达31处，“应当”达106处。这些强制性规定往往以劳动部门的行政执法作为救济手段。我们对于《劳动合同法》的用语进行更加精确的统计，会发现《劳动合同法》的强制程度比我们想象的更高。¹²

面对原《劳动合同法》实施中出现的问题，2008年公布的《劳动合同法实施条例》又增加了显性的“应当”21处，隐性的“应当”22处，“不得”7处。强制性用语总数达187处。¹³这次针对劳务派遣超常发展的情况，《修法决定》又增加了显性的“应当”7处，隐性的“应当”1处，“不得”3处。强制性用语总数达11处。五年来，《劳动合同法》由旧变新，加强法律规范的强制性构成了劳动立法的基本趋势。

劳动法的强制性特点不仅体现在强制性义务的设置上，更体现在法律责任的追究上。2007年公布的《劳动合同法》做出了双倍赔偿的规定，并使赔偿金的范围大大扩大，形成请求赔偿金、责令赔偿金并重的格局。这种赔偿金制度的设立使国家的行政权大为扩展和加强。2010年公布的《社会保险法》为了体现法律责任上的加重，规定了三倍罚款的行政处罚。2012年公布的《修法决定》，更是将行政处罚的力度加大为五倍罚款。在大部分国家作为合法甚至于常态的用工形式¹⁴，在我国则具有可罚性。

为了应对劳务派遣的超常发展，加强强制性的行政管制，除了体现在作为事后法律责任的行政处罚，还体现在对设立劳务派遣机构增设事前的行政许可，并提高设立所需的标准。首先，修改前的《劳动合同法》规定，“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立”。《公司法》规定，“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司”。只有“法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”可见《修法决定》将设立劳务派遣单位由原先的登记设立改为许可设立。¹⁵对于设立标准，修改前的《劳动合同法》只要求注册资本不得少于50万元，而《修法草案》增至100万，《修法决定》进一步增至200万。

（三）思维定势背后的观念逻辑

“近年来，中下阶层被剥夺的情形愈加严重，底层民众生活维艰，以致民怨沸腾，社会矛盾加剧。这些情形业已引起全社会普遍关注，而来自不同方面、具有不同指向的主张、吁

¹² 董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第783-786页。

¹³ 具体统计方法和数据见董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第783-786页。

¹⁴ 例如，就国际惯例而言，事实劳动关系被认为是一种正常的社会状态，法律不对其予以否定性评价。相反，在英国的司法实践中，事实上的默示契约反而用以弥补书面劳动合同的不足，从而更好地保护劳动者的权利。再如，对于具有极强稳定性的无固定期限劳动合同，国外立法也并非像我国这样赋予其无比的优越性，美国在劳动合同的期限上就更多体现契约自由的精神，彰显劳动关系的灵活性。

¹⁵ 修改前的《劳动合同法》规定，“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立”。《公司法》规定，“设立公司，应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司”。只有“法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。”

求互相作用,转而催生和强化了一种以贫富对立为核心的道德话语:贫者弱,富者强;贫者可怜,富者不仁;贫者当助,富者当抑。”¹⁶具体的利益差异一旦被置于道德分析的框架之中,就不会再被视为利益分歧,而被归结为好与坏、对与错、良心与黑心、正义与邪恶的对垒。¹⁷中国正在经历着一个特殊的时期,面对一些社会乱象,直接的社会反应往往是泛道德化的批判。劳动法学的研究中,一种较为主流的看法是:“我们切不可纵容那些违法用工的企业、靠压榨工人生存的企业。”¹⁸于是“政府主导下的个别劳动关系”被认为应当成为劳动关系的一种常态。¹⁹行政管制也几乎成为包治百病的灵丹妙药。“劳资不成熟,公权需介入”²⁰可以说最精练的概括了当前劳动立法的思维定势。

对于劳务派遣,在加强行政管制的思维定势下,学者形成了一种特有的讨论方式。例如,“纵观我国《劳动合同法》对于劳务派遣的规定,从法律规范上任意性之契约规范较少,而强制性法定规范较多,应当说对劳务派遣经营单位有一定遏制作用”。本以为根据其学术观点²¹以及行文的逻辑会得出加强任意性规范的结论,然而,我们接下来看到的文字却是:“但是缺乏资格准入、行政许可、业务范围审查、业务变更报批等程序的劳务派遣形同脱缰野马,任意发展,无拘无束,甚至出现物业公司经办人力派遣的惊人事件。由此可见,我国劳务派遣之公法干预缺位导致该领域业务经营之泛滥”。²²在现有的法律规定中,还有哪些权利性规定可以改为义务性规定,成为劳动法学研究中的热门话题。²³这种研究也营造了一种社会氛围。

地方政府存在政绩冲动,以行政手段快速改变劳动关系的状况,很容易在相互攀比中成为一种普遍的认识。他们不仅受到社会氛围的影响,在一个高度集中统一的考评体系面前,当着立法倾向如此一目了然时,地方政府存在迎合的本能。在劳务派遣出现超常发展的情况时,各地不惜以违法的方式,争相扩大行政管制的力度,事后看来,不仅博得了眼球,而且

¹⁶ 梁治平:《立法何为?——对〈劳动合同法〉的几点观察》,载《书屋》2008年第06期。

¹⁷ 《探索与争鸣》2008年第1期刊登中国社科院研究员韩朝华的文章《跳出“放乱收死”循环实现社会治理创新——改革30年的制度得失》,文章认为泛道德化批判无益于制度建设。

¹⁸ 《〈中国党政干部政坛〉刊文指出,不能袒护压榨工人的企业》,转引自《报刊文摘》2010年10月18日。

¹⁹ “《劳动合同法》颁布的意义就在于使劳动关系法治化,有了最基础在政府主导下,个别劳动关系调整机制,相对来说比较平衡。”常凯:《劳权保障与劳资双赢——〈劳动合同法〉论》,中国劳动社会保障出版社2009年版,第247页。

²⁰ 常凯:《劳资不成熟,公权需介入》,载《新民周刊》2006年5月25日。

²¹ 《劳动合同法》起草前这位学者的基本看法是:“劳动合同理论低水平的原因是多方面的,其中,最突出的是劳动合同制度的打造欠缺民法契约理论的支撑。”见郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第03期。

²² 郑尚元:《不当劳务派遣及其管制》,《载法学家》2008年第02期。

²³ 针对《劳动合同法》第六十六条“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”的规定,有学者认为:“从立法本身来看,《劳动合同法》对于劳务派遣规定得过于原则抽象,比如第六十六条关于‘三性’使用了‘一般’的字眼,导致一些法院将这项重要规定解释为推荐性规定,宣称该条规定不具有强制约束力。”周长征:《劳务派遣的超常发展与劳动法再规制》,载《中国劳动》2012年第05期。有学者进一步联系到立法者的立场:“使用了在法律上不应当出现的令人恼火的‘一般’二字,充分显示出立法者在这个问题上立场不稳,态度暧昧。”黄巧燕:《现有法律背景下细化对劳务派遣用工方式的规范要求》,《第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料》,南京大学法学院2012年2月印。

获得了好评。政绩冲动如果与部门利益联系在一起，这种冲动更是会大大放大。²⁴

中国的劳动法领域出现的现象令人玩味。对于自己制定的《劳动合同法》，国家的立法部门以修订的方式对其进行了某种程度的否定，并将这种否定上升到意识形态，从而对地方规定对国家立法的违法突破采取纵容甚至支持的态度。

三、劳务派遣立法中的现实逻辑

强化行政管制的目的是为了保护劳动者的利益，各种行政管制措施往往会赢得道德赞许。在各种抽象的赞扬声中，法律义务设置的合理性，各方主体具体、真实的状况会被有意无意的忽视。在针对劳务派遣的立法中，劳动立法的思维定势掩盖了诸多悖理的实际情形。我们可以从这次修法实际涉及的主体来进行分析。

（一）以用人单位视角来观察当前的劳动立法

就“三性”的界定而言，《修法决定》规定“临时性岗位存续时间不超过六个月”。按《劳动合同法》第58条的规定，“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”，作为一种三角关系，派遣单位与被派遣劳动者至少维持2年的劳动关系，然而劳动者在用工岗位上的存续间被限制在6个月内，两者显然是矛盾的。两者的冲突能否以再派遣的方式来实现呢？答案是否定的。《劳动合同法》同时还强调“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同”“应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。”按照这一规定，如果要进行再派遣，派遣岗位要同时规定在劳动合同中，否则被派遣劳动者便有权拒绝去新的用工单位，这等于要求劳务派遣单位与被派遣劳动者在劳动合同中至少同时写出四个岗位，其中三个岗位需要提前空置或者届时腾空。如果提前空置，3个岗位要分别空置6个月、12个月、18个月；如果届时腾空，受到变更合同、解雇保护相关规定的严格限制，原来岗位上的员工难以挪移。整个制度设计完全脱离了社会经济现实。

（二）以劳动者视角来观察当前的劳动立法

这次立法希望通过各种行政管制的手段，实现“劳务派遣用工是补充形式”，²⁵并且“不能把劳务派遣变成用工主渠道”²⁶的目标，使劳务派遣的人数得以减少。如果法律奏效，现有的派遣员工无非是三种出路：终止劳动关系、变形为其他用工形式、转为直接用工。无论哪种情况，至少一个相当长的时期内，都是弊大于利。

²⁴ 在一系列规定中，最引人注目的是2012年1月1日开始执行的《吉林省劳务派遣管理办法》。吉林规定，劳务派遣单位存储初始备用金不得少于50万元，每项业务提取5%补充备用金存入专用账户；一般不超过200万元。吉林省有关部门不仅违法设定行政许可，而且直接要求派遣单位向有关部门存入初始备用金。在劳动合同法起草过程中，《劳动合同法草案(征求意见稿)》第十二条曾规定，“应当在省、自治区、直辖市人民政府劳动保障主管部门指定的银行账户中以每一名被派遣的劳动者不少于5000元为标准存入备用金。”这一规定曾引起轩然大波，并被戏称为“腐败基金”而最终删除。这一名声很坏的规定在“保护劳动者”这样冠冕堂皇的理由下，重新登堂入室。

²⁵ 《修法决定》第三条。

²⁶ 《关于〈中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)〉的说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm（访问时间：2012.07.08）。

员工被终止劳动关系会立刻发生失业问题。我国的终止制度可以分为期满终止和法定原因终止两大类。²⁷对于期满终止,《劳动合同法》设计了因员工或用人单位的原因终止劳动关系,只有后者需要支付补偿金。²⁸《修法决定》公布后相当一部分劳务派遣的员工的劳动合同期满后将被强制终止,出现了一种因“法定原因期满终止”新情形。这种终止既不是原来的法定终止,也不是因用人单位原因期满终止,劳动者是不能获得经济补偿的。如果经济形势严峻,这种“法定原因期满终止”演变为变相裁员会给劳动者利益带来重大损害,更会引发严重的社会问题。

从变形为其他用工形式来看,劳务派遣最有可能转型为业务承包、业务承揽。日本当年对于劳务派遣进行限制的结果也是出现了大量的业务承包、业务承揽。据日本厚生劳动省统计,仅制造业 2004 年 8 月调查时,伪装承包劳动者达 87 万以上,而其中许多人仍认为自己是派遣劳动者。²⁹对于我国国有企业或外资企业的派遣员工来说,其劳动关系虽在派遣,但至少用工单位是国有企业或外资企业。这些企业一般信誉、效益较好,员工至少可以部分享受其社会地位带来的利益以及实际薪酬福利待遇。随着业务承包、业务承揽的发展,原来的派遣员工将失去这部分名义与实际的利益。如果这种情况大规模的发生,也将激化社会矛盾。当年日本面对类似的社会矛盾选择的是重新大量开放劳务派遣。³⁰

由用工单位转为直接用工是立法者最希望出现的一种情况。按《修法决定》规定,由劳动行政部门确定一定比例的派遣员工,其余员工为直接用工。然而,劳动行政部门的比例一经确定,我国将迅速形成法定的歧视群体。仍以三性为例,就临时性而言,派遣员工在一个用工单位工作时间不能超过 6 个月,这些员工将很难形成一技之长。就替代性而言,由于正式员工因病或因伤的休假返回时间本不确定,正式员工一回,派遣员工便得走人,派遣员工将毫无职业规划可言。就辅助性而言,一个厨师在饭店中是主营业务,不能使用派遣员工;在其他单位中便是“为主营业务提供服务”,可以使用派遣,这种理解也无多少合理性。这些规定很大程度上是在加剧本已存在的职业歧视。

(三) 以地方政府视角来观察当前的劳动立法

对于具有公权力性质的实体内容,国家有直接介入的权力。劳动基准法这一具有公法特征的实体内容应当与劳动监察相配套。在劳动基准法被违反,劳动者的利益受侵害的情况下,劳动监察应依法行使职权,主动通过行政程序介入,解决矛盾。不断提高标准客观上会使违法现象增加,通过行政执法纠正时,需要政府投入,执法资源成本极高³¹,当这种政府资源不可能随着违法现象同步增加时,违法会因得不到制止而变得成本很低,这种状况更会反过来促使违法现象增加。我国事实上已经出现了极其稀缺的行政执法资源与极其庞大的违法现象之间的矛盾,这种矛盾正使劳动监察被动的变为一种“选择性执法”,也就是劳动监察机

²⁷ 《劳动合同法》第四十四条。

²⁸ 《劳动合同法》第四十六条。

²⁹ 田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社 2007 年版,第 47-48 页。

³⁰ 见董保华主编:《劳动力派遣》,中国劳动社会保障出版社 2007 年版,第 213-220 页。该书第十二章“日本劳动力派遣放松管制的趋势”对这一情况进行了说明。

³¹ 为了索要不足 1000 元的工资,完成所有程序,农民工维权需要直接支付至少 920 元的各种花费;花费时间至少 11-21 天,折合误工损失 550-1050 元;国家支付政府工作人员、法官、书记员等人员工资至少是 1950-3750 元。综合成本在 3420-5720 元之间。参见佟丽华、肖卫东:《中国农民工维权成本调查报告》, <http://lironglawyer.bokee.com/viewdiary.14717135.html> (访问时间:2007.04.23)。

构面对劳动者的大量举报、投诉有选择的进行监察。可见，如果劳动基准超过社会、经济发展的承受力，执行难就成为一种现实，劳动者并不能从中受益。

如果法律设计缺乏合理性，不被遵守就会成为一种普遍的现实。公权力往往会主动采取一种“选择性执法”的方式来趋利避害。《修法决定》作为现行的国家立法虽未实际生效³²，但由于其具体规定来源于重庆、吉林等地，在这些区域早以地方规定的形式变为现实制度。一个不容忽视的事实是：这些地方规定在现实生活中完全被束之高阁。目前，我国劳动基准法执行情况差，劳动监察的公信力低是一个不争的事实。这种媒体热，司法冷，劳务派遣依然故我的现状，只会进一步损害我国劳动法律本已脆弱的权威。

四、观念逻辑与现实逻辑冲突演变为法律规范的冲突

以上的冲突是否只是理顺机制必须付出的代价呢？结论是否定的。在外国企业常驻代表机构用工问题上观念逻辑与现实逻辑的冲突演变为立法规范的冲突，这种冲突在司法解释中凸显出来，这次立法对劳动关系正常运行机制将产生的影响由此可以窥见一斑。

（一）《司法解释》做出的重要调整

2012年6月26日全国人大常委会审议新法草案，一天之后，6月27日最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）（征求意见稿）》（以下简称《司法解释草案》）公开征求意见。当时两个草案在内容上也存在着某种相互呼应的情形。最明显的是外国企业常驻代表机构的用工问题。

根据我国的相关规定，外国企业驻内地代表机构招用中国雇员所形成的关系具有两个基本特点，一是企业在境外，雇员在境内；二是常驻代表机构在境内不能从事经营活动。³³那么，是否应当赋予这类机构“直接用工权”呢？当《修法决定》规定“劳动合同用工是基本用工形式”并通过界定“三性”以及加强行政管制将劳务派遣压缩在临时性、辅助性、替代性的狭窄岗位上时，外国企业常驻代表机构用工作为一种基本用工形式且不属于“三性”范围，显然应当将其规定为直接用工。但将其规定为直接用工则会与《劳动合同法》的适用范围的相关规定抵触。面对法律规范之间的冲突，最高院的取舍显得很微妙。

以道德评价为依据，《司法解释草案》采取了与一些地方规定类似的做法，选择了以修改《劳动合同法》适用范围的方式，将外国企业常驻代表机构用工规定为直接用工。³⁴《修法决定》公布一个月后，《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（四）》（以下简称《司法解释》）于2013年1月正式公布。在最终定稿的《司法解释》中，境外企业的代表机构可直接用工的规定被删除。我们可从合法与合理两个视角来对这一调整的意义进行分析。

³² 《修法决定》自2013年7月1日起施行。

³³ 《外国企业常驻代表机构登记管理条例》（国务院第584号令）第二条规定：“本条例所称外国企业常驻代表机构（以下简称代表机构），是指外国企业依照本条例规定，在中国境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构。代表机构不具有法人资格。”

³⁴ 《司法解释草案》第十八条第三款规定：“外国企业常驻代表机构、台港澳地区企业驻内地代表处未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，可以认定为劳动关系。”

（二）劳务派遣解决了外国企业常驻代表机构的用工难题

尽管我国劳动法对合法用工主体范围的界定是一个不断扩大的过程³⁵，但是有一条绝对底线和一条相对底线仍被法律所控制，绝对底线即合法用工主体须在“境内”³⁶，相对底线即企业性用人单位须具备“经营资格”。外国企业驻我国代表机构雇用中国雇员受限于这两条底线，若其直接用工显然是违法的。《劳动合同法》第93条规定：“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”。对于这种违法行为，法律的基本思维是对用工行为进行制止，对用工关系进行清理。³⁷

劳动关系本质上是一种劳动与报酬交换的关系，劳动报酬作为劳动者的生存基础，各国均给予高度重视。最典型的例子就是在企业破产清算中，劳动报酬通常作为优先债权予以考虑，有些国家甚至赋予其相当于物权的地位。然而，如果雇主没有可供清偿的财产，无论这种优先地位如何设置，都不可能真正保护劳动者的利益。只有具有必要的财产或者经费，才能够独立承担民事责任，法律也才会赋予其独立的用工资格。³⁸《劳动合同法实施条例》第4条将法人的分支机构列为用人单位，这种扩大仅限于境内分支机构，而绝对底线是不能被突破的。按照《公司法》规定，³⁹分支机构虽然独立经营，但是法律责任并非其完全独立承担，如果分支机构不复存在或无法承担劳动法规定的责任，劳动者仍可向设立分支机构的境内企业主张权利，由于这些企业设在境内，劳动者的权利还是有确切的预期和保障。可见，国家立法之所以设定“境内”这一绝对底线，是为了切实保护本国劳动者的利益。一旦底线遭到突破，国家的工商、劳动部门均应及时清理，并履行加重制裁的职责。

随着中国经济的全方位对外开放以及市场经济的逐步转轨，中国大陆日益成为全球理想的投资地点之一，很多跨国公司也先后在中国设立办事处或代表机构，然而这种办事处或代表机构并不具备用工的资格，因此迫切需要一种途径解决它们的用工需求。一方面境外企业的代表机构应当有用工的权利；另一方面，一个没有任何财产保证的所谓劳动关系，对劳动者而言蕴藏着巨大的风险，也会成为社会不稳定的隐患。劳务派遣满足了境外企业代表机构的用工需求。劳务派遣“雇用”与“使用”相分离的三方主体关系，即派遣劳工虽然由派遣机构雇用，却必须在用工单位提供劳务，遵守用工单位的工作规则的特点正好符合办事处用工要求。劳务派遣使在代表机构工作的劳动者的权利得到保障。即便境外企业代表机构不复存在或无法承担法定的责任，劳动者还可以向境内的劳务派遣公司主张权利，这便消除了劳动者可能面临的跨国诉讼风险，劳动者的权益从而得到切实的保障。

³⁵ 1994年公布的《劳动法》第二条仅列举了五类合法用工主体，即在我国境内的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体。2007年公布的《劳动合同法》第二条在《劳动法》的基础上加入我国境内的民办非企业单位。2008年公布的《劳动合同法实施条例》第三条则在《劳动合同法》的基础上加入会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，第四条更是将《劳动合同法》规定的用人单位所设立的、依法取得营业执照或者登记证书的分支机构纳入合法用工主体的范畴。

³⁶ 《劳动合同法》第二条第一款规定：“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（以下称用人单位）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。”

³⁷ 在清理用工关系时，会涉及到劳动者的劳动付出。《劳动合同法》第九十三条规定：“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。”经济补偿只有在劳动关系终结时才予以支付，这一规定显然是以消灭这一用工关系为前提的。赔偿金作为一种惩罚性赔偿制度，体现出对这种用工行为加重处罚的制裁含义。

³⁸ 《民法通则》第三十七条将“依法成立”、“有必要的财产或者经费”、“有自己的名称、组织机构和场所”以及“能够独立承担民事责任”规定为法人应当具备的条件。

³⁹ 按照《公司法》规定，“分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担”。

（三）观念逻辑与现实逻辑的艰难选择

当着我国的立法将劳务派遣定位为临时性、辅助性、替代性时，面对外国企业驻我国代表机构招用中国雇员的问题，最高院在进行司法解释时面临着两难选择。

从观念逻辑出发，劳务派遣被一些学者描绘成十恶不赦的行为：“目前盛行的劳务派遣主要是企业为了规避劳动法上的义务而创造出来的一种人力资源管理方法。”⁴⁰“在我国劳动法对企业用工已规定了固定期限、无固定期限和以完成一定工作为期限的三种区分不同情形的劳动用工模式下，劳务派遣没有存在的必要。”⁴¹中国相当一部分学者与立法者认为劳务派遣根本没有存在的合理性。这次修法只是重新点燃了劳务派遣的存废之争。随着劳务派遣的超常发展，一些学者以更为激烈的方式来否定劳务派遣的存在价值。有的学者将劳务派遣形容为“定时炸弹”⁴²，将劳务派遣机构指责为“吸血鬼”。⁴³以这种观念来衡量，我们似乎应当让外国企业的代表机构成为用人单位而直接雇佣劳动者，以“维护工人阶级的主体地位”。

从现实逻辑出发，一旦《劳动合同法》中“用人单位限于境内”这一绝对底线遭到突破，本应被清理的用工关系将变成了可以合法存在的劳动关系，本应被制裁的用工行为变成了国家提倡的就业行为。一个没有任何财产保证的所谓劳动关系，对劳动者而言蕴藏着巨大的风险，也会成为社会不稳定的隐患。一旦代表机构消失或代表机构的资产不足以支付劳动者的合法权利诉求，劳动者将面临跨国诉讼的困境。不仅高昂的诉讼成本令劳动者无法承受，复杂的国际私法规则也会使劳动者在维权道路上无所适从。

如果从劳动关系运行机制来观察，外国企业的代表机构涉及的并不只是一个局部问题。我国的劳务派遣可以分为一般与特殊两类功能。就一般功能而言，随着我国的经济溶入世界贸易的新格局，世界经济的潮流也在影响着我国的社会经济生活。20世纪80年代以后，人类社会进入知识经济时代，从而导致劳动力市场和劳动关系领域出现了一系列的变化。在临时的劳动关系中、特殊人群的劳动关系中，我国劳务派遣发挥着与大部分国家相类似的作用。这种灵活用工往往可以通过劳务派遣的方式来实现。就特殊功能而言，随着我国的经济体制改革，劳务派遣也在实现着某种制度创新。社会转型的实质在于利益的重新分配与规则的重新构建。从计划经济转向市场经济，我国实现的路径是：促使那些与计划经济相联系的标准劳动关系转变为一种非标准劳动关系，从而走向市场经济。在经济体制转轨过程中，我国劳务派遣除在外国企业常驻代表机构的用工上发挥作用外，另有两种曾被我国国家领导人高度肯定的形式。

其一，原有的国有企业通过大下岗，使原来的国有企业正式员工成为下岗工人，面对劳动力市场，原国有企业员工尚无显性失业的承受力，如何通过隐性失业，伴随着隐性就业实现转轨，劳务派遣成为重要的依托，帮助这些员工走向显性失业与显性就业。胡锦涛同志在全国再就业工作座谈会上对其作用肯定为：“要积极发展劳务派遣和其他类型的就业服务组

⁴⁰ 娄银生：《给劳务派遣戴上“紧箍咒”》，载《人民法院报》2006年8月11日，第3版。

⁴¹ 何小勇：《对劳务派遣的法律思考》，载《中国劳动》2004年第11期。

⁴² 周贤日：《论劳务派遣用工就业歧视》，《第二届劳务派遣的发展与法律规制学术研讨会会议材料》，南京大学法学院2012年2月印。

⁴³ “从劳务派遣的发展历史来看，劳务派遣机构在西方国家历史上曾经被视为盘剥工人的‘吸血鬼’，名声很臭，长期被法律禁止。”“我国恰恰缺乏这段历史，导致社会公众对劳务派遣的本质缺乏认识，反对压力比较小，这也是劳务在我国能够迅速发展的重要原因。”周长征：《劳务派遣的超常发展与劳动法再规制》，载《中国劳动》2012年第05期。

织，把分散、单个的下岗失业人员组织起来，为他们实现再就业提供组织依托和帮助。”⁴⁴

其二，农民离开土地，进城务工，打破了城乡对立格局，然而农民远离家园，存在着信息障碍、而且还要突破当时的政策限制，劳务派遣组织帮助农民工在异地转移中，建立劳动关系，实现劳动过程。这种作用在经济危机的环境下发挥得尤其明显。温家宝同志在政府工作报告中的评价是：“加强有组织的劳务输出，引导农民工有序流动。组织返乡农民工参与农村公共设施建设”。⁴⁵

我国劳务派遣的产生、发展既有其国际化的一面，也具有较强的本土化特点。当着经济秩序面临挑战时，劳务派遣那种“三方两地”的特点可以给这种碰撞留下隔离带，也可以说具有一种减震功能。我国充分利用了劳务派遣的减震功能，极大地缓解了我国体制转轨过程中因制度摩擦所带来的种种社会矛盾，劳务派遣在我国坚持市场导向的改革开放过程中可以说是功不可没。随着我国立法将“三性”这种舶来的提法赋予某种道德含义及强制性质⁴⁶，等于放弃了改革开放以来我国自己利用劳务派遣形式创造的各种成功经验。《司法解释》最终删除境外企业的代表机构可直接用工的规定，至少放弃了从抽象的观念逻辑出发来进行司法解释的做法。作为一个与《修法决定》同时起草的法律文件，这种务实的选择是难能可贵的，由此也促使我们更深入的反思当前劳动立法的思维定势。

五、反思劳动立法的思维定势

如果说加强行政管制构成了当前的观念逻辑，那么在行政执法状况不够理想的情况下，现实逻辑更多体现的是劳动关系当事人的意志，劳动力市场供求的实际状况起着决定性的作用。在立法、执法、守法的各种力量的现实博弈中，中国大陆出现了一个极为奇特的现象：一方面，在国有企业中，制度安排中作为短期用工的劳务派遣，出现长期化的情形；另一方面，在民营企业中，制度安排中作为长期用工的正式职工，出现短期化的现象。研究这两种错位的现象有助于我们对当前劳动立法中的思维定势有一个更为清晰的认识。

（一）长期雇佣与非标准劳动关系

如果我们将企业分类，以对员工的吸引力排序，依次应当是国有企业、外资企业、民营企业。目前劳务派遣的发展状况大体也是如此，劳务派遣发展最快的是国有企业。相对应，劳务派遣发展最慢的是民营企业。对一些国有企业而言，劳务派遣这一被立法者赋予临时用工的含义的非标准劳动关系的形式，在实践中却被用于长期用工。“1998年央企有196家，在册职工3000万人；现在，央企117家，在册职工1000万人，十几年减少了2/3的正式工

⁴⁴ 《胡锦涛在全国再就业工作座谈会上的讲话》，http://www2.ahldt.gov.cn/dat_img/05127114415zjybfxcl.doc（访问时间：2007.01.09）。

⁴⁵ 《温家宝2009年政府工作报告》，<http://www.chinacourt.org/html/article/200903/14/348506.shtml>（访问时间：2009.03.16）。

⁴⁶ 其他国家也没有我们现行立法的强制性。

数量。”“表面上看，央企是‘减员增效’了，但目前实际用工依然是 3000 万左右。”⁴⁷中华全国总工会原副主席、书记处书记、全国政协委员苏立清表示，“现在劳务派遣呈现长期化、固定化、普遍化趋势，存在‘有关系没劳动、有劳动没关系’的严重缺陷。”⁴⁸这显然是企业行为。国有企业减员增效的改革因此也被赋予贬义。

当前，以国企为代表的垄断行业职工效率低、工资高，与其他行业差距过大，正在引起社会的广泛关注。国企是否还需要进行改革，往哪个方向改革构成了当前劳务派遣争论中的主旋律。国企改革陷入了两难境地。从合理的方面看，当国有企业以市场导向作为改革方向时，大部分国有企业采用劳务派遣的用工方式，形成了“老人老办法，新人新办法”的双轨制格局。在保持现有体制内人员凝固化用工及较高的工资水平不变的前提下，新进职工并不能随意进入体制内，采用劳务派遣的灵活用工方式，实行市场定价，从而降低用工成本，将企业的工资总额以较为柔性的方式予以降低并增加企业用工的活力。国有企业显然希望再次以劳务派遣的方式进行渐进式的用工改革。从悖理的方面看，同一个企业甚至同一个岗位实行两种用工制度，体制内外有别，制度磨擦演化出来的职业歧视也使双轨制的做法受到社会的批评。

这一两难选择涉及一个有争议的前提：原有体制内老职工不以市场定价而获得垄断利益的凝固化用工制度是否正是悖理现象产生的根源？当前国有企业采用双轨制意在不使原有制度的适用范围扩大，随着老职工的自然减员，可以消除悖理的根源。这种做法本身就是建立在对原有凝固化用工制度的否定性判断基础上的。国有企业的这种自我否定是由社会广泛批评促成的。然而，原有老职工的用工体制是我国一系列行政管制的产物，以“政府主导下的个别劳动关系”为标准，国有企业凝固化的用工方式不仅不需要改革，而且应当成为整个社会的楷模，新人应当直接采用老办法。当前立法发出的信号是：稳定劳动关系，加强行政管理，在国有企业用工机制不做改造的情况下，将劳务派遣员工转为正式用工，这些举措显然是强化现行的用工机制。正是从这样的视角出发，国有企业的做法被认为只是一种职业歧视，完全不具有合理性，劳动立法应当通过调整劳务派遣的认定标准来消除歧视。

可以预计的是，垄断本身必然带来随意提价，随着国有企业用工市场化的努力被否定，新增的成本将由广大消费者埋单，必然激化国有企业与整个社会的矛盾。在劳务派遣提上全国人大常委会审议的当天，国资委特别强调央企要做好过寒冬的准备，⁴⁹恐怕并不仅仅是时间上的巧合。

（二）短期雇佣与标准劳动关系

如果我们将员工分层为高级管理人员，普通管理人员及技术人员，操作工人（有人将其通俗地概括为“金领”“白领”“蓝领”），便会发现农民工已经成为“蓝领”的主体力量。清

⁴⁷ 全国政协委员、国有大型重点企业监事会主席倪小庭告诉记者，深化国有企业改革确实增强了央企实力，企业的效益大幅度增长。表面上看，央企是“减员增效”了，但目前实际用工依然是 3000 万左右。“那 2000 万‘非正式职工’从哪里来，可想而知。”倪小庭委员说。此外，中华全国总工会原副主席、书记处书记、全国政协委员苏立清说：“那么多劳务派遣工，用了那么多年，甚至在关键岗位上也在用，还分不清楚是临时性、辅助性、替代性的？我看说不通。”见《修改〈劳动合同法〉反响热烈，代表委员们表示——“规范劳务派遣当为修法的关键”》，《工人日报》2012 年 3 月 11 日，第 1 版。

⁴⁸ 《修改〈劳动合同法〉反响热烈，代表委员们表示——“规范劳务派遣当为修法的关键”》，载《工人日报》2012 年 3 月 11 日，第 1 版。

⁴⁹ 钟晶晶：《国资委再次提醒央企“过冬”要 3 到 5 年》，载《新京报》2012 年 6 月 26 日，第 B4 版。

华大学社会学系和工众网联合发布的《农民工“短工化”就业趋势研究报告》显示,“短工化”已成为当前农民工就业一个相当普遍的趋势,66%的农民工更换过工作,25%的人在近7个月内更换了工作,50%的人在近1.8年内更换了工作;农民工平均每份工作的持续时间为2年,两份工作的时间间隔约为半年多。⁵⁰这种“短工化”现象主要体现的是员工的意愿。使用农民工最多的民营企业较少采用劳务派遣的形式,这种短工化现象主要针对的是标准劳动关系中的劳动合同期限制度。

从管制的目标出发,《劳动合同法》将“稳定的劳动关系”作为自己的立法宗旨,通过无固定期限合同中的强制续签制度⁵¹更是要引导出一个长期雇佣的结果。按合同原理,任何合同订立或续订都应当是双方行为,应当是协商一致的结果,强制续签突破了合同原理。劳动者在用人单位连续工作满10年或连续订立2次固定期限劳动合同,只要劳动者单方意思表示就可以产生无固定期限劳动合同,由于用人单位并不是协商主体,只是履行法定的签约义务,这一制度设计充分体现了劳动者的意愿。如此有利的制度安排,却被农民工以自行辞职的形式轻易放弃了。农民工的大量辞职不仅失去了签订无固定期限合同的利益,当其以解除方式来实现时,也将不能领取经济补偿。农民工“短工化”现象的出现,说明《劳动合同法》精心设计的制度,受到了农民工的冷遇。与劳务派遣相反,这一本应成为长期用工的期限制度,演变成了临时用工制度。

从意思自治的视角去理解,劳动关系的调整机制中,劳动者存在着“用脚投票”与“用手投票”两种表达意愿的方式。由于劳动者通过组织工会依靠集体的力量争取自身权益这种“用手投票”的机制并不能真正发挥作用,劳动者更多的还是依靠劳动力市场供求规律,以“用脚投票”的方式来实现自己利益增长的目标。农民工进入市场的门槛较低,随着经验的积累。技术的提高,他们更愿意通过流动实现自己的价值。对于这种“用脚投票”的机制而言,劳动力市场的充分发展比国家管制更为重要。农民工也在以自己的行动抵制“凝固化”的制度安排。

如果说,“劳务派遣呈现长期化、固定化、普遍化趋势”是作为严重缺陷来认识,那么本应通过无固定期限合同来实现长期化、固定化、普遍化的制度设计,被农民工的行为异化为短期化用工难道不是同样严重的问题吗?因为在市场行为与管制目标相冲突上,后者行为与前者行为相比是有过之而无不及。

(三) 两种现象的综合思考

农民工与国有企业对劳动领域中的行政管制体制不约而同进行抵制,折射出行政控制出现了某种危机。在我们提出稳定劳动关系的目标后,农民工却突破期限制度的框架,以前所未有的规模进行着劳动关系的变动。改革开放30多年中,我们对劳务派遣一直持肯定的态度,劳务派遣的发展尚未达到2000万。⁵²从《劳动合同法》开始,我国对劳务派遣开始持一种较为否定的态度,不断加强行政管制,劳务派遣反以超常的速度发展。劳务派遣确立的

⁵⁰ 白田田:《报告显示农民工就业“短工化”加剧》,载《经济参考报》2012年2月9日,第A1版。

⁵¹ 按《劳动合同法》第14条规定,劳动者在用人单位连续工作满10年或连续订立2次固定期限劳动合同,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。用人单位违反这一规定,会受到双倍赔偿的惩罚。

⁵² 陈欢:《诸多条文几上几下,劳动合同法实施细则博弈劳资平衡线》,载《21世纪经济报道》2008年5月12日,第7版。

是非标准的劳动关系，无论如何加强管制，作为一种灵活用工的方式，其管制水平总是低于标准劳动关系，于是成为避开行政管制的避风港。无论立法者的主观意图如何，行政管制客观上对劳务派遣的超常发展起了推波助澜的作用。最低层的员工与最顶层的企业，强烈的反映出对于人员流动的要求。在一个分层的社会中，生产要素流动本身是社会进步的反映。

在当年劳动合同立法过程中，笔者对于我们今天面临的局面预计是：“可以预见，随着劳动关系管理的进一步刚性化，我国这样一个劳动力极其丰富的国家将会出现一个庞大的就业困难群体。这将会使我国出现两难的选择：一是通过改革，重新形成能进能出的局面，但劳动标准易上难下，劳动关系易刚难柔的特征，将会使这种调整面临巨大的社会震荡；二是在已经凝固化的劳动关系之外，通过促进就业的方式，形成一套更为灵活的用工机制，但是凝固化用工体制与灵活化的用工体制，事实上将贯彻两套不同的法规体系，形成巨大的制度性歧视，引发社会矛盾。”⁵³我们可以预知的是刚性化用工的立法只可能是一种“窄覆盖”，“窄覆盖”之外必然存在一种灵活用工方式；我们无法预知的是市场会选择哪一种用工形式来反映自己的要求。依笔者看来，劳务派遣作为一个窗口，很大程度上只是企业要求灵活用工这样一种市场信号的反映。如果我们无视这种反映，一味打压，市场会选择其他用工形式来反映这种要求，可以预见的是，业务外包会成为下一个发展目标。

我国劳动立法应当引入一些逆向思维。我国经济体制改革的不断深化，社会生产力得到了前所未有的解放和提高。市场机制在整个社会资源配置中基础性地位得到了确立，其功能作用也在不断强化。我国劳务派遣是在市场导向与某些体制不完善而产生的碰撞下应运而生的。劳务派遣的超常发展说明我们不断强化的行政管制正在受到某种质疑。

六、余论

当保护劳动者权利、构建和谐劳动关系的目标，被理解为主要依赖公权力介入时，劳动关系一出问题，我们总是从政府管制力度与强度不够寻找原因。殊不知问题症结正是政府管得太多太紧，创设了过多非理性的规则，使得正常的用工机制变得畸形并获得反常发展，导致市场主体的规避而产生新问题；旧问题的存续与新问题的产生，再次激发政府加强管制的欲望。劳动领域的现状可以说是问题越多越管，越管越多，从而陷入某种死循环。政府与市场不能一直处在对立甚至于对抗的立场上，否则会引发政治与经济的激烈冲突而形成社会震荡。也许对何为“问题”进行重新定义才是走出这种死循环的关键。

对比《劳动法》与《劳动合同法》的立法宗旨⁵⁴，在“保护劳动者的合法权益”的表述上，两者完全一致；然而，《劳动法》强调的是“建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步”，优胜劣汰、新陈代谢是社会主义市场经济的题中应有之意，劳动关系必然存在灵活变动的要求。《劳动合同法》强调的是“构建和发展和谐稳定的

⁵³ 董保华：《锦上添花抑或雪中送炭——析〈中华人民共和国劳动合同法（草案）〉的基本定位》，载《法商研究》2006年第3期。

⁵⁴ 1994年7月5日公布的《中华人民共和国劳动法》对于立法宗旨的规定是：“为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”2007年6月29日公布的《中华人民共和国劳动合同法》对于立法宗旨的规定是：“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，制定本法。”

劳动关系”。两者强调的重点似乎不同，“和谐稳定”替换了“市场经济”。

对于“和谐稳定”替换了“市场经济”，有学者的解释是：“对资本的巨大需求和政府官员的政绩本位使‘社会主义市场经济’制度在施行中偏重市场的力量而漠视了‘社会主义’的内在公正性。”⁵⁵在这些学者看来，市场经济与社会主义本身是对立的，偏重了市场经济就会“漠视了‘社会主义’”，按这种说法，强调“和谐稳定”这一体现“‘社会主义’的内在公正性”的提法，本身就有抑制市场作用，用“和谐稳定”直接替换“市场经济”，当然就更是意义重大了。显然这是从市场经济姓“资”的角度来认识这一替换的。在这次的立法修正中，这一观念似乎得到了强化，立法者反复强调这次立法姓“劳”。⁵⁶

在笔者看来，社会主义与市场经济并不是对立的，具有内存的统一性，市场经济所需要的灵活性，对于我们这样一个社会主义国家同样是需要。“和谐其实并不等于稳定，过于稳定只会产生僵化，维持劳工制度的一定灵活性是非常重要的。”⁵⁷笔者当年的一些看法，在今天似乎仍有强调的必要，也许正是我们将“稳定”与“和谐”划上等号，才使我们进入某种死循环。找准两者的联接点，在界定国家与市场相互关系的基础上，也才可能对劳务派遣产生的问题进行恰当应对。⁵⁸

⁵⁵ 王全兴：《劳动法》，高等教育出版社2008年版，第198页。

⁵⁶ 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》中强调，此次修法是基于“维护工人阶级主体地位、巩固党的执政基础的高度”，其中一项原则与重点是“维护工人阶级主体地位，保障被派遣劳动者实现同工同酬等权利”。

⁵⁷ 董保华：《华为事件是第一个双输案例》，载《南方周末》2007年11月22日，第14版。

⁵⁸ 笔者的这种批评被当时媒体称作杂音，有媒体做了这样的表述：“立法者的信念则始终如一。”“有足够的智慧与勇气，以最广大人民群众利益为准绳，坚持正确方向，不为外界杂音干扰”。汤耀国：《劳动合同法四审其稿 博弈深化立法公正》，载《瞭望新闻周刊》2007年06月30日。



地址：上海市长宁区定西路988号银统大厦南楼601室

Address: 601, South Tower, YinTong Building, 988 Ding Xi Road, Changning District, Shanghai

邮政编码：200050

Postcode: 200050

www.baohualaw.com