

詳解勞動合同法修改及跨境僱傭安排

大量港商北上設廠，自2008年起實施的《勞動合同法》與業界密切相關。而新近於2013年7月1日開始實施的《勞動合同法（修正案）》，明確了勞務派遣的一系列內容，對企業的用工方式和人力結構產生重要影響。此外，外資企業的港澳台僱員在內地提供勞務活動，其僱傭安排、勞動關係、是否加入內地社保體系等，都是港資企業關注的重要問題。本文將為讀者詳解勞動合同法修改及跨境僱傭安排。

勞動合同法修改

修法歷程及背景

2008年1月1日，《勞動合同法》正式實施。2008年9月18日，《勞動合同法實施條例》頒佈實施。2012年12月28日，全國人大常委會通過關於修改《中華人民共和國勞動合同法》的決定，修改後的《勞動合同法》於2013年7月1日起實施。2013年7月1日，《勞務派遣行政許可實施辦法》正式實施。2013年8月7日，《勞務派遣若干規定（徵求意見稿）》向社會公開徵求意見。

這次修法，主要是因為勞務派遣單位過多過濫，經營不規範；而且用工單位長期大量使用被派遣勞動者，甚至把勞務派遣作為用工主渠道；加上被派遣勞動者的合法權益得不到有效保障：同工不同酬、參與企業民主管理不足、參加工會組織不全面等。

法條解讀

1. 提高設立的條件（第五十七條）

勞務派遣單位從登記設立變為經勞動行政部門許可設立，註冊資本由50萬元（人民幣，下同）提高至200萬元，並需有與開展業務相適應的

固定經營場所和設施，有符合法律、行政法規規定的勞務派遣管理制度，以及法律、行政法規規定的其他條件。

2. 進一步明確「同工同酬」原則（第六十三條）

同工是指被派遣勞動者與本單位同類崗位的勞動者。同酬是指實行相同的勞動報酬分配辦法。若無同類崗位，則需參照用工單位所在地相同或者相近崗位勞動者的勞動報酬確定。

需注意的是，人社部相關司局負責人解釋，同工同酬不包括福利和社會保險。另外，同工同酬是有條件的，是指相同崗位等量勞動取得同等業績的勞動者，應該獲得相同的勞動報酬，並不是簡單的崗位相同就可取得同樣的工資。

3. 嚴格控制勞務派遣用工數量（第六十六條）

勞務派遣用工只是中國企業用工的補充形式。勞務派遣的適用範圍，只適用於臨時性崗位、輔助性崗位、替代性崗位。勞務派遣用工總量應當嚴格控制，不得超過其用工總量的一定比例，而《勞務派遣若干規定（徵求意見稿）》細化了這方面。

上文提及的「三性」崗位，是有具體界定。臨時性，指存續時間不超過六個月；輔助性，即為主營業務崗位提供服務的非主營業務崗位；替代性，指用工單位的職工因脫產學習、休假等原因，在該工作崗位上無法工作的一定期間，可由其他勞動者替代工作。

4. 增加擅自經營勞務派遣業務的法律處罰

如違反規定，處以違法所得一倍以上，五倍以下，或無違法所得時處以五萬元以下罰款。

5. 加重勞務派遣單位、用工單位的責任

如違反規定，按照每人5,000元以上10,000元以下的標準處以罰款。如造成被派遣勞動者損害，承擔連帶賠償責任。

6. 過渡條款

2012年12月28日前，已依法訂立的勞動合同和勞務派遣協議，可繼續履行至期限屆滿。

勞務派遣若干規定（徵求意見稿）

1. 勞務派遣界定

業務外包中的發包方，如果對承包方的勞動者直接管理，屬於勞務派遣。具體判斷標準為：在發包方的生產經營場所、使用發包方的設施設備、按照發包方的安排提供勞動，或者以發包方的名義提供勞動。

以下情形不屬於勞務派遣情形：以組織委派或任命的形式派至其上級單位或所屬單位、派往境外，以及派往家庭或自然人處。

2. 明確輔助性崗位的確定方式

這根據所處行業和業務特點各有不同，但總體而言，均需經過以下步驟明確輔助性崗位。首先是用工單位提出擬使用勞務派遣用工的輔助性崗位列表。然後需經與工會或職工代表大會

共同協商確定。其後還需在用工單位內公示，接受監督。

3. 明確勞務派遣用工比例：輔助性崗位10%

《勞務派遣若干規定（徵求意見稿）》中，明確了輔助性崗位使用的派遣員工數量不得超過用工總量的10%，即輔助性崗位的派遣員工數量：直接僱傭的員工數量 ≤ 1：9。具體計算公式為：

$$\frac{\text{在輔助性崗位的派遣員工數量}}{\text{直接僱傭員工數量} + \text{輔助性崗位的派遣員工數量}} \leq 10\%$$

4. 被派遣勞動者勞動合同的期限

關於被派遣勞動者勞動合同的期限，如雙方協商一致，可以訂立無固定期限勞動合同。不得簽訂以完成一定任務為期限的勞動合同，但可以安排在用工單位從事以完成一定工作任務為期限的工作。

5. 視為與被派遣勞動者建立勞動關係需負法律責任

在非「三性」崗位（臨時性、輔助性、替代性）使用派遣員工，或超比例使用派遣員工，導致被勞動行政部門處以罰款後一個月內仍不改正的，可視為與被派遣勞動者建立勞動關係，需負上法律責任。用工單位應及時補訂勞動合同，勞動合同起始時間自處罰之日起滿一個月的次日計算。被派遣勞動者書面表示不願與用工單位建立勞動關係的除外。

6. 退回時不得解除勞動合同的情形

如出現以下任一情形，則退回的派遣員工不得解除勞動合同：1. 因勞動合同法第四十條第三項（合同訂立時客觀情況發生重大變化）、第四十一條規定被退回（經濟性裁員）；2. 因用工單位被依法宣告破產、吊銷營業執照、責令關閉、撤銷、決定提前解散被退回；3. 因勞務派

遣協議期限屆滿被退回；4. 因在非「三性」崗位使用派遣員工或超比例用工被退回。

7. 過渡條款

2013年7月1日前已依法訂立的勞動合同和勞務派遣協議，可繼續履行至期限屆滿。繼續履行期間，用工單位不得以以下理由退回：不符合「三性」崗位規定、超出勞務派遣用工比例，或勞務派遣單位未依法取得行政許可；同時，用工單位不得在未達到規定比例要求之前，在輔助性崗位使用新的被派遣勞動者。此外，派遣單位不得以未依法取得行政許可為由解除勞動合同，但協議應按同工同酬的要求進行調整。

跨境僱傭安排

常設機構

境外派遣企業通過僱員或僱傭的其他人員，在中國提供勞務活動，可使該境外派遣企業在華構成常設機構。僱員或僱傭的其他人員，是指本企業的員工，或者該企業聘用的在其控制下按照其指示向締約對方提供勞務的個人。

上述提供勞務活動的時間要求也有規定。與不同國家（地區）簽訂的稅收協定，對於「特定的時間要求」的規定不同，通常而言，是任何12個月中連續或累計超過六個月或183天（大多數國家或地區，包括香港）。

常見的跨境人員安排—— 派遣 vs. 雙重任職

通常境外企業的僱員在中國提供勞務活動，有派遣或雙重任職兩種安排。

派遣安排是僅與境外派遣企業建立僱傭關係。由於派遣人員與境內接受企業沒有勞動關係，

其在華工作是基於與境外派遣企業的勞動關係，因此形式上，境外派遣企業在華活動，會被認為構成境外派遣企業常設機構的風險相對較高。

而雙重任職安排，則是境外和境內工作分別與境外派遣企業和境內接受企業建立僱傭關係。由於派遣人員的境內工作是基於其與境內接受企業簽訂的勞動合同，形式上境外派遣企業在華活動，會被認為構成境外派遣企業的在華活動常設機構風險相對較低。

稅務機關判定常設機構的稅務相關資料

國內稅務機關在進行常設機構的稅務判定時，將重點審核如下資料：

- 1 派遣企業、接收企業和被派遣人員之間的勞動合同，派遣協議或約定；
- 2 派遣企業或接收企業對被派遣人員的管理規定，包括：被派遣人員的工作職責、工作內容、工作考核、風險承擔等方面的具體規定；
- 3 接收企業向派遣企業支付款項及相關賬務處理情況，被派遣人員個人所得稅申報繳納資料；
- 4 接收企業是否存在通過抵消交易、放棄債權、關聯交易或其他形式隱蔽性支付與派遣行為為相關費用的情形。

稅務機關如何判定常設機構的稅務？以下兩則國家稅務總局發佈的政策可幫助理解：

國家稅務總局關於印發《〈中華人民共和國政府和新加坡共和國政府關於對所得避免雙重徵稅和防止偷漏稅的協定〉及議定書條文解釋》的通知（國稅發[2010]75號）（「75號文」），稅務判定標準如下：

- 1 應子公司要求，由母公司派人員到子公司為子公司工作，人員受僱於子公司，子公司對其工作有指揮權，工作責任及風險與母公司無關，由子公司承擔。這亦代表該安排不導致母公司在子公司所在國構成常設機構。
- 2 母公司派人員到子公司為母公司工作時，可參照如下標準判斷相關人員是否為母公司工作：母公司對上述人員的工作擁有指揮權，並承擔風險和責任；被派往子公司工作的人員數量和標準由母公司決定；上述人員的工資由母公司負擔；母公司因派人員到子公司從事活動而從子公司獲取利潤。

另外，國家稅務總局關於非居民企業派遣人員在中國境內提供勞務徵收企業所得稅有關問題的公告（國家稅務總局公告2013年第19號）（「19號公告」）（2013年6月1日起施行），也有判定標準。基本標準是派遣企業對被派遣人員工作結果承擔部分或全部責任和風險，以及派遣企業通常考核評估被派遣人員的工作業績。

判斷上述基本標準的「參考因素」有：

- 1 接收企業向派遣企業支付管理費、服務費性質的款項；
- 2 接收企業向派遣企業支付的款項金額超出派遣企業代墊、代付被派遣人員的工資、薪金、社會保險費及其他費用；
- 3 派遣企業並未將接收企業支付的相關費用全部發放給被派遣人員，而是保留了一定數額的款項；
- 4 派遣企業負擔的被派遣人員的工資、薪金未全額在中國繳納個人所得稅；
- 5 派遣企業確定被派遣人員的數量、任職資格、薪酬標準及其在中國境內的工作地點。

如果派遣安排符合「基本標準」且滿足上述「參考因素」中的至少一項，應視為派遣企業在中國境內設立常設機構提供勞務。

例外情況是股東活動，當股東提供對接收企業投資的有關建議，或參加接收企業股東大會或董事會議等活動，可獲豁免。

構成常設機構的稅務後果

一旦構成常設機構，則境外派遣企業需就其在華利潤繳納25%的企業所得稅；同時，境外企業派遣人員應就其受僱在華工作取得的工資薪金所得，繳納個人所得稅。

此外，常設機構還需要關注流轉稅（營業稅／增值稅）及對外付匯的稅務要求。

外籍僱員社會保險的繳納

目前實踐中，絕大多數城市均強制要求為外籍員工（與中國簽署雙邊協議的外籍員工之個別險種除外）繳納社會保險，險種包括基本養老保險、基本醫療保險、工傷保險、失業保險和生育保險，起始時間為自辦理就業證件當日起30日內辦理社會保險登記。

此外，若外籍員工為在內地工作和居住的香港居民，則不強制要求繳納社會保險。■