漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西 · 务实创新

2013 年 8 月 13 日

劳动法

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》简述

金文玉丨唐玉春丨王晨 律师

2012 年 12 月 28 日，全国人大常委会表决通过了《关于修改<中华人民共和国劳动合同法>的决定》（以下简称“**《决定》**”），对现行的劳务派遣制度进行了修订和规范；2013 年 6 月 20 日，人力资源和社会保障部公布了《劳务派遣行政许可实施办法》（以下简称“**《实施办法》**”），进一步规定了劳务派遣行政许可的具体细节，《决定》与《实施办法》已于 2013 年 7 月 1 日起同步施行。2013 年 8 月 7 日，人力资源和社会保障部公布了《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（以下简称“**《征求意见稿》**”），公开向社会征求意见。《征求意见稿》旨在贯彻《决定》的精神，进一步规范劳务派遣市场，其主要内容如下：

1. 首次明确了劳务派遣的含义

《征求意见稿》首次明确了劳务派遣的定义，即劳务派遣是指用人单位以经营方式将招用的劳动者派遣至其他用人单位使用，由后者直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。但用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，不得向本单位或者所属单位派遣劳动者。

同时，为区分劳务派遣与劳务外包，《征求意见稿》明确规定，用人单位将业务发包给承包单位，但对从事该业务的承包单位劳动者的劳动过程直接进行管理的，属于劳务派遣用工。

2. 明确了劳务派遣的适用范围及劳务派遣的用工比例限制

《征求意见稿》进一步重申了《决定》中关于劳务派遣适用范围的规定，即劳务派遣是企业的补充用工形式，只能在临时性、辅助性或替代性岗位（以下简称“**三性岗位**”）上实施。同时，为增强用工单位对于设立、管理辅助性岗位的可操作性，对辅助性岗位作出了细化规定。《征求意见稿》规定，用工单位的辅助性岗位由用工单位根据所处行业和业务特点，提出拟使用劳务派遣用工的辅助性岗位列表，经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在用工单位内公示，接受监督。

根据《劳动合同法》以及《决定》中对于劳务派遣进行严格限制的精神，《征求意见稿》进一步明确规定，用工单位在辅助性岗位使用的被派遣劳动者数量不得超过用工总量的 10%。用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与用工单位辅助性岗位使用的被派遣劳动者人数之和，从字面上看，仅辅助性岗位的被派遣劳动者数量被纳入用工总量。

同时，为保障法律的平稳实施，《征求意见稿》明确了过渡期内超比例用工的处置方式，即《决

定》施行前（即 2013 年 7 月 1 日之前）已经订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，用工单位不得以不符合三性岗位或超出劳务派遣用工比例或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由退回被派遣劳动者，同时，劳务派遣单位也不得以未依法取得行政许可为由解除与被派遣劳动者的劳动合同。另外，在未达到规定比例要求之前，用工单位不得在辅助性岗位使用新的被派遣劳动者。

但外国驻华外交代表机构、联合国系统组织代表机构、外国新闻代表机构、外国企业常驻代表机构和外国金融机构常驻代表机构等组织使用被派遣劳动者的，不受三性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

3. 进一步规定劳务派遣单位、用工单位的法定义务

对于被派遣劳动者而言，劳务派遣单位是被派遣劳动者的用人单位，《征求意见稿》首次细化了劳务派遣单位作为用人单位的法定义务，包括：与劳动者签订劳动合同并缴纳社会保险；按时足额支付劳动报酬、社会福利；提供技能培训项目；督促用工单位改善劳动安全卫生保护条件；协调处理劳动者与用工单位的纠纷；如劳动者发生工伤的，作为申请主体处理工伤认定等事宜。用工单位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。

用工单位直接对被派遣劳动者的劳动过程进行管理，《征求意见稿》除再次重申了《劳动合同法》的规定之外，还规定了以下两点：（a）对劳动者实行不定时工作制或综合计算工时工作制的，用工单位应当向劳务派遣单位提供人力资源社会保障行政部门的审批证明，并告知被派遣劳动者；（b）接受被派遣劳动者前，用工单位应核实劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同的情况，如果使用未与劳务派遣单位签订劳动合同的被派遣劳动者，则视为用工单位与劳动者已经建立了劳动关系，用工单位应当及时补订劳动合同。如劳动者发生工伤的，用工单位应当协助调查处理，并承担相应的赔偿责任。

4. 明确规定可以退回被派遣劳动者的情形

《劳动合同法》仅在第六十五条简单规定，被派遣劳动者有本法第三十九条（劳动者重大过错）和第四十条第一项（患病超过医疗期）、第二项（不能胜任工作）规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位可以与劳动者解除劳动合同。

本次《征求意见稿》另行规定了用工单位可以退回被派遣劳动者的其他情形，包括：（a）出现《劳动合同法》第四十条第三项（客观情况重大变化）、第四十一条（经济性裁员）规定的情形；（b）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者劳务派遣协议期限届满等情形；（c）用工单位将在非三性岗位上的被派遣劳动者或超比例用工的被派遣劳动者退回。同时，《征求意见稿》明确规定了在上述情形下用工单位可以退回被派遣劳动者，但是劳务派遣单位不得解除与其的劳动合同，而应当重新为被派遣劳动者派遣工作。

5. 规定了劳务派遣关系下劳动合同的解除与终止的处理

劳务派遣单位是一种特殊的用人单位，但其与劳动者签订的劳动合同也应当适用于《劳动合同法》规定的一般性的劳动合同解除、终止等规定。但是，劳务派遣关系毕竟不同于一般的劳动关系，《劳动合同法》等法律法规对于劳务派遣关系下解除、终止劳动合同时各方的权利义务关系并无明确的特殊规定。本次《征求意见稿》就此问题明确规定了解除、终止劳动合同的条件以及经济补偿金的支付条件，其中大多数规定与一般劳动合同的解除、终止以及经济补偿金的支付是一致的。

但需要注意的是，《征求意见稿》的规定与《劳动合同法》存在一点重大区别：在一般劳动关系下，如果出现《劳动合同法》规定的第三十九条（劳动者重大过错）情形而解除、终止劳动合同的，用人单位不需要支付经济补偿金；但是，根据《征求意见稿》第二十五条、第二十八条的相关规定，在劳务派遣关系下，如果出现《劳动合同法》规定的第三十九条（劳动者重大过错）情形，用工单位可以将其退回劳务派遣单位，劳务派遣单位也可以解除与其的劳动合同，但是应当支付经济补偿。《征求意见稿》的本条特殊规定与《劳动合同法》的立法本意存在一定的冲突。对于在将来正式发布的文件中本条规定是否会做出修改、删减等调整，我们将继续关注。

6. 细化了跨地区劳务派遣的待遇标准及社会保险缴纳方式的规定

一般情况下（即从欠发达地区向发达地区的劳务派遣），跨地区劳务派遣的待遇标准应当按照用工单位所在地的标准执行。但是，如果劳务派遣单位注册地的有关标准高于用工单位所在地的有关标准（即从发达地区向欠发达地区的劳务派遣），且明确约定按照劳务派遣单位注册地的有关标准执行的，则应为有效约定。

《征求意见稿》明确了社会保险的缴纳主体应当是劳务派遣单位。跨地区劳务派遣时，如果劳务派遣单位在用工单位所在地设立了分、子公司的，应由该分、子公司在当地为劳动者缴纳社保；如果没有分、子公司的，则应由劳务派遣单位在本单位所在当地为劳动者缴纳社保，但劳务派遣单位不得委托其他单位代缴社保。

7. 重申了违法使用劳务派遣的法律责任

《征求意见稿》再次重申了《劳动合同法》以及《决定》中关于劳务派遣相关主体的法律责任，包括：（a）劳务派遣单位与用工单位对劳动者的损害应当承担连带赔偿责任；（b）违法劳务派遣的，将被相关机构责令限期改正，若逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准对劳务派遣单位和用工单位处以罚款，还将吊销《劳务派遣经营许可证》。

此外，《征求意见稿》还明确规定了可以视为用工单位与劳动者之间存在劳动关系的情形，即如果用工单位违法使用劳务派遣或是超比例使用被派遣劳动者，被相关部门罚款后一个月内仍不改正的，则在非三性岗位或者超比例使用的被派遣劳动者将视为与用工单位已经建立了劳动关系，用工单位有义务与其签订书面劳动合同。但是被派遣劳动者书面表示不愿与用工单位建立劳动关系的除外。

综上，《征求意见稿》对明晰劳务派遣单位、被派遣劳动者和用工单位三者的权利义务有重大意义，我们将持续关注人力资源社会保障部后续正式出台的有关劳务派遣的规定。希望以上对您有所帮助，若有任何问题，欢迎随时联系我们。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与**金文玉律师**（**+86-10-8525 5557; wenyu.jin@hankunlaw.com**）联系。

Copyright © 2004-2013 Han Kun Law Offices All Rights Reserved