

法律知识学习园地



——《劳务派遣暂行规定》解读和实务操作指南

2014年第1期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾 局（沪）法律事务部 主办



正文

为了贯彻实施全国人大常委会《关于修改〈劳动合同法〉的决定》，2014年1月26日人力资源和社会保障部发布了《劳务派遣暂行规定》（《暂行规定》），对劳务派遣的适用范围、三性岗位、用工比例、劳动合同期限、法律责任、过渡期等问题作出规定。《暂行规定》将于2014年3月1日实施。

一、《劳务派遣暂行规定》的适用范围

第二条 劳务派遣单位经营劳务派遣业务，企业（以下称用工单位）使用被派遣劳动者，适用本规定。

依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会以及民办非企业单位等组织使用被派遣劳动者，依照本规定执行。

【内容解读】

1. 企业以及依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织、基金会以及民办非企业单位等组织使用被派遣劳动者，适用《暂行规定》。

2. 本规定没有将国家机关、事业单位、个体经济组织使用劳务派遣用工纳入适用范围。

第二十七条 用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。

【内容解读】

1. 根据该条规定，用人单位以承揽、外包等名义按照劳务派遣形式使用劳动者的，应当受《暂行规定》调整。但是，是否能够理解为此时这种用工形式就是劳务派遣，《暂行规定》没有给出明确意见。

2. 我们认为不能简单理解这种用工形式就是劳务派遣，否则承揽单位和外包单位可以规避劳务派遣单位资质的要求，法律关于劳务派遣制度其他一些规定，承揽单位和外包单位也可以规避掉，如逆向派遣、自设派遣问题。因此，我们认为“按照本规定处理”应当理解为委托人和发包人应当比照劳务派遣的用工单位承担责任；承揽人、承包人应当比照劳务派遣单位承担责任。

3. “按劳务派遣用工形式使用劳动者”的把握标准还需理论界和是实务界达成共识。之前的征求意见稿认为对劳动者劳动过程进行直接管理的属于劳务派遣用工，《暂行规定》将此条予以删除，具体理解还需进一步的解释或者实操共识的达成。

二、“三性”理解与适用

第三条 用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。

前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位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。

用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并在用工单位内公示。

【内容解读】

此条第一款规定与《修正案》的规定一致，强调用工单位只能在临时性、辅助性或替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者，对劳务派遣的适用范围作了强制性规定。

该条第二款对“三性”标准进行了明确的界定：

1. 临时性

临时性的界定照搬了修正案的规定。在理解时有如下问题需要注意：

a. 6个月是指用工单位“工作岗位”存续时间不超过6个月，不是用工单位使用被派遣劳动者的时间不超过6个月。

b. 6个月的存续时间是指“连续6个月”还是“累计6个月”，目前规定不清晰，有待通过有关案件裁决在司法实践中予以明确。

2. 辅助性

关于辅助性的界定仍然照抄了修正案的规定，但是第三款补充规定了“辅助性岗位的认定标准”规定，用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位才有必要经过民主程序确定，民主程序包括如下三个环节：

a. 提出方案和意见：用人单位将拟使用被派遣劳动者的辅助性岗位提交职工代表大会或者全体职工讨论，由职工代表大会或者全体职工提出方案和意见。

b. 平等协商确定：用人单位对职工代表大会或者全体职工提出方案和意见要与工会或者职工代表平等协商确定，要有协商的过程。

c. 公示程序：用人单位将可以使用别派遣劳动者的辅助性岗位确定后，要在用工单位内部公示。与《劳动合同法》第四条第4款相比较，此处的仅规定用工单位的公示义务，没有规定用工单位可以通过告知方式来替代公示义务。但是我们认为用人单位可以采用一一告知劳动者的方式来履行辅助性岗位的公示义务。

在司法实践中，仲裁或者法院对于用工单位按照第三款规定的民主程序确定可使用劳务派遣的辅助性岗位是进行程序性审查，还是进行实体审查，也有待明确。

3. 该条第二款关于替代性的界定照抄了修正案的规定。但是该款对替代性工作岗位使用劳务派遣劳动者的有无时间限制没有规定。

【实务指南】

1. 由于辅助性岗位的民主确定程序的复杂性和历经周期较长等特点，建议用工单位将所有的辅助性岗位的确定一并通过民主程序确定。

2. 用工单位应对已经采用上述三个环节确定辅助性岗位承担举证责任。因此，用工单位在进行上述三个环节时，必须保留并保存相关证据。

3. 用工单位以“替代性”为由，使用被派遣劳动者的，应当对使用“替代性”理由的存在进行举证。

三、劳务派遣用工比例问题

第四条 用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。

前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。

【内容解读】

该条规定与征求意见稿相比较发生了较大的变化，具体如下：

1. 与征求意见稿相比 10%的比例数字没有发生变化，但是 10%的统计口径发生了变化：

①劳务派遣员工统计口径：征求意见稿的统计口径为用工单位在辅助性岗位使用被派遣劳动者的数量，《暂行规定》的统计口径为用工单位使用的全部劳务派遣的总量，包括临时性、辅助性、替代性工作岗位使用的全部劳务派遣员工的人数，也即《暂行规定》规定的统计口径涵盖的人数大于征求意见稿规定。

②用工总量统计口径：征求意见稿的统计口径为用工单位订立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，临时性、替代性岗位的劳务派遣人员不纳入统计范围。《暂行规定》的统计口径为用工单位订立劳动合同人数与使用的全部被派遣劳动者人数之和。也即《暂行规定》规定的统计口径涵盖的人数大于征求意见稿规定。

2. 该条第二款中规定了用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的全部被派遣劳动者人数之和。但是“订立劳动合同人数”是否包括非全日制职工以及事实劳动关系的人数是否统计进入用工总量，尚未明确，有待厘清或者司法实践中达成共识。

3. 根据该条款，用工单位是指可以签订劳动合同的用人单位，在集团公司内部各法人单位、关联企业、有营业执照的分公司独立计算劳务派遣用工比例。

4. 根据《暂行规定》第二十五条规定，外国企业常驻代表机构和外国金融机构驻华代表机构等使用被派遣劳动者的，以及船员用人单位以劳务派遣形式使用国际远洋海员的，不受临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

5. 该条在实践操作中还有这样的困境：10%的统计时间点是时点数还是平均数？这有待进一步立法规定或者司法实践共识的达成。

四、劳务派遣合同期限问题

第五条 劳务派遣单位应当依法与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限书面劳动合同。

【内容解读】

1. 《劳动合同法》第14条规定的“在同一用人单位连续工作十年”及“连续两次签订固定期限劳动合同”，在劳动者提出或者同意订立、续订无固定期限劳动合同时，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。实践中，对于被派遣劳动者与劳务派遣单位之间的劳动合同期限，是否适用上述规定，一直存有争议，但是《暂行规定》仍然没有明确规定。

2. 在征求意见稿中，明确规定劳务派遣单位不得与被派遣劳动者签订以完成一定任务为期限的劳动合同，不得以非全日制形式招用被派遣劳动者，此次《暂行规定》中没有这一规定，但是我们认为从该条的规定中（应当签订2年以上固定期限劳动合同）应当可以看出这一立法精神。

五、同工同酬问题

第九条 用工单位应当按照劳动合同法第六十二条规定，向被派遣劳动者提供与工作岗位相关的福利待遇，不得歧视被派遣劳动者。

【内容解读】

修正案明确规定了用工单位对于劳务派遣员工应当实行同工同酬，征求意见稿对于同工同酬作出了“适用相同的劳动报酬分配办法”的规定，但是在此被取消。此条规定对同工同酬采用了回避态度，可以理解为是间接地对同工同酬作出原则规定。

1. 在劳动报酬及福利待遇支付方面，不得歧视被派遣劳动者。

2. 同工同酬中的“酬”包含福利待遇,但仅限于与工作岗位相关的福利待遇。这实际上还是会引发一系列问题,在很多单位,福利待遇是否与工作岗位有关是不容易判断的。

【实务指南】

用工单位为避免同工同酬风险,可以采用如下措施降低法律风险的发生:

1. 劳务派遣用工与正式用工应尽可能避免“混岗”;
2. 对岗位职级体系、薪酬体系进行梳理;
3. 薪酬福利的确定、调整中,禁止任何与派遣身份因素相关的衡量标准,避免歧视性因素;
4. 与岗位相关的福利待遇标准应当统一。

六、继续履行问题

第十一条 劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的,已经与被派遣劳动者依法订立的劳动合同应当履行至期限届满。双方经协商一致,可以解除劳动合同。

【内容解读】

与征求意见稿相比较,《暂行规定》删除了“劳务派遣协议履行至期限届满”的规定,也就是说,劳务派遣单位行政许可有效期未延续或者《劳务派遣经营许可证》被撤销、吊销的,劳动合同应继续履行至期限届满。实践中可能出现的情况有以下几种:

1. 劳动合同和劳务派遣协议同时到期,同时终止履行。
2. 劳动合同到期,但是劳务派遣协议未到期,劳务派遣协议不能继续履行,劳动合同不能延期或者续签。被派遣劳动者与劳务派遣单位的劳动关系应依法终止或者解除。应注意防范劳务派遣单位与劳动者协商变更或者伪造劳动合同规避本条法律规定的行为。
3. 劳务派遣公司与劳动者签订了无固定期限劳动合同,这种情况下如何处理,按照本条规定就需要一直履行到劳动者达到退休年龄,这个问题值得研究。

七、退回问题

第十二条 有下列情形之一的,用工单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣

单位：

（一）用工单位有劳动合同法第四十条第三项、第四十一条规定情形的；

（二）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的；

（三）劳务派遣协议期满终止的。

被派遣劳动者退回后在无工作期间，劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

【内容解读】

1. 此条是关于劳务派遣退工的规定，《劳动合同法》规定了用工单位有权依据第 39 条、40 条第（一）和第（二）项将被派遣劳动者退回至派遣公司，《暂行规定》又补充了上述情形。这些情形实际上都是《劳动合同法》中规定的用人单位可以与劳动者解除或者终止劳动合同的情形。但是与法定的解除、终止情形相比较，退回情形仍有遗漏，我们认为尽管《暂行规定》没有规定，但是在以下情形中，用工单位也有权将被派遣劳动者退回至派遣公司：

①用工单位与被派遣劳动者协商一致；

②被派遣劳动者的劳动合同到期的（符合签订无固定期限劳动合同的除外）；

③被派遣劳动者达到法定退休年龄的；

④被派遣劳动者与派遣单位因其他原因而导致劳动合同解除或终止的。

2. 与征求意见稿比较，《暂行规定》删除了用工单位有权将在非临时性、辅助性和替代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劳务派遣单位的规定，用工单位违反三性的要求和 10%比例，用工单位是否有权退回的问题，在《暂行规定》没有规定。

3. 依据《暂行规定》，劳务派遣协议期满终止的情况下，用工单位可以将被派遣劳动者退回到派遣公司。

4. 用工单位依据本条规定将被派遣劳动者退回到派遣公司的，派遣公司不得解除劳动合同，应当重新派遣，或者按照最低工资标准支付待派遣期间的工资。

5. 尽管《暂行规定》补充了很多退工情形，但是对理论界和实务界一直争论的“约定退工”情形还是没有涉及。

【实务指南】

劳务派遣协议约定的退工情形超出法律规定的，有被认定为违法的风险。

第十三条 被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得依据本规定第十二条第一款第一项规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位；派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。

【内容解读】

与征求意见稿相比较，这是《暂行规定》新增条款，是沿用了劳动合同法第四十五条规定。被派遣劳动者有劳动合同法第四十二条规定情形的，在派遣期限届满前，用工单位不得以裁员、客观情况发生变化为由将被派遣劳动者退回劳务派遣单位，派遣期限届满的，应当延续至相应情形消失时方可退回。

【实务指南】

律师需要提醒用工单位，因执行本条规定而导致劳务派遣用工延期的，要检查劳动者的劳动合同是否到期，如果到期的，要督促劳务派遣单位向劳动者发出劳动合同延期通知，避免超出劳动合同期限使用被派遣劳动者。

八、劳务派遣合同的解除

第十五条 被派遣劳动者因本规定第十二条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时维持或者提高劳动合同约定条件，劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同。

被派遣劳动者因本规定第十二条规定被用工单位退回，劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定条件，劳动者不同意的，劳务派遣单位不得解除劳动合同。但劳动者提出解除劳动合同的除外。

【内容解读】

本条规定是借鉴了《劳动合同法》第四十六条第（五）款关于劳动合同到期终止时支付经济补偿金的立法技术。当用工单位依据本《暂行规定》第十二条将劳动者退回后，劳务派遣单位应当重新派遣，如果重新派遣时维持或者提高劳动合同约定条件，劳动者不同意，劳务派遣单位有权解除劳动合同。如果重新派遣时降低劳动合同约定条件，劳动者不同意的，劳务派遣单位不能据此解除劳动合同。这里的关键在于重新派遣时的劳动条件是否高于或者维持原劳动合同约定条

件。

九、跨地区劳务派遣的社会保险问题

第十八条 劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。

【内容解读】

根据《暂行规定》的规定，在劳务派遣用工模式中，社会保险的参保地和缴费标准的适用标准则是唯一的，只能是用工地。

第十九条 劳务派遣单位在用工单位所在地设立分支机构的，由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

【内容解读】

1. 根据《暂行规定》的规定，在劳务派遣用工中，被派遣劳动者社保费用的缴纳主体存在两种情形：

①劳务派遣的分支机构缴纳：如果劳务派遣单位在用工地设立了分支机构，则被派遣劳动者的社保只能由用工单位所在地的劳务派遣分支机构缴纳。

②用工单位代为被派遣劳动者参保：如果劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

【实务指南】

我们认为此种参保方式更容易引发用工单位的风险，因此用工单位采用这种参保方式的，一定要检查劳动者与派遣公司的劳动合同是否签署。

十、法律责任

第二十二条 用工单位违反本规定第三条第三款规定的，由人力资源社会保障行政部门责令改正，给予警告；给被派遣劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。

【内容解读】

根据本条规定，用工单位在非辅助性岗位上使用劳务派遣的，法律责任包括行政责任（责令改正、警告）以及赔偿责任，并不包括与被派遣劳动者直接建立劳动关系的风险。这样的法律后果显然并不能达到抑制劳务派遣泛滥的目的。

同时应当注意到的是，《暂行规定》对于用工单位超比例使用劳务派遣，并未规定法律责任，只能按照《劳动合同法》第九十二条第二款规定处理，即责令改正、罚款、赔偿损失。

因此，根据《劳动合同法》、《暂行规定》，对于用工单位违反三性规定或者超比例使用劳务派遣，劳动者如果诉求与用工单位直接建立劳动关系，仍然缺乏法律依据。

十一、过渡条款

第二十八条 用工单位在本规定施行前使用被派遣劳动者数量超过其用工总量 10%的，应当制定整改方案，于本规定施行之日起两年内降至规定比例。但是，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议期限届满日期在本规定施行之日起两年后的，可以依法继续履行至期限届满。

用工单位应当将制定的整改方案报当地人力资源社会保障行政部门备案。

用工单位未将本规定施行前使用的被派遣劳动者数量降至符合规定比例之前，不得新用被派遣劳动者。

【内容解读】

这条是过渡条款，具体理解如下：

1. 该过渡条款仅适用于超比例使用劳务派遣的情况，在非三性岗位上使用劳务派遣的，不适用过渡期规定。

2. 制定整改方案。本规定施行（2014 年 3 月 1 日）前，用工单位使用被派遣劳动者数量超过其用工总量 10%的，应当制定整改方案。

3. 整改期限为两年。对于本规定施行前超比例使用劳务派遣的，在本规定施行之日起两年内（2016 年 2 月 28 日前）降至规定比例；不能降至该比例的，不能再招用新的劳务派遣员工。

4. 2012 年 12 月 28 日前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议期限届满日

期在本规定施行之日起两年（2016年2月28日）后的，可以依法继续履行至期限届满。