

法律知识学习园地



———解读《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》

2013年第9期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

前言

劳务派遣制度，源自《劳动合同法》第66条，“劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性（以下简称“三性”）的工作岗位上实施。”该制度本是为了帮助用人单位降低用人成本、方便人事管理、减少劳动纠纷、增强用人灵活性等目的，但一些用人单位片面为了降低成本，大量聘用劳务派遣工从事一线工作却只提供很低的待遇。这样的实际发展情况已经背离了保护劳动者、同工同酬的立法宗旨。为此，2013年劳动合同法修正案付诸实施，明确了劳务派遣工的临时性、辅助性和替代性岗位的具体含义，严格了劳务派遣公司的成立标准和违法处罚标准。相应的，人力资源社会保障部于2013年8月7日颁布了《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》，向全社会征求意见。

一、《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》的新变化

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》对比2013年劳动合同法修正案及其他有关法规，主要变化体现在以下几点：

1、 定义了劳务派遣的用工模式

劳务派遣用工模式的定义在之前的立法中没有规定,《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》第二条首次界定了劳务派遣的用工模式,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,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。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。”

劳务派遣用工模式的定义有利于相关主体准确把握、使用劳务派遣工。我们建议:“经营方式”可以不出现在劳务派遣的定义之中,劳务派遣公司一定程度上是保障失业人员再就业的有效途径,应当在价值倡导中,加入劳务派遣公司公共利益性质,并对于此类劳务派遣公司,规定相应的优惠政策。

2、明确了不得设立劳务派遣单位的情形

《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》第三条就不得设立劳务派遣单位的情形予以了明确,即“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,向本单位或者所属单位派遣劳动者的,属于不得设立的劳务派遣单位。”

我们认为本条实际是为了规范目前很多用人单位自己设立劳务派遣公司,向自己派遣员工的做法。这种禁止用人单位对劳务派遣公司实际控制的处理,将有利于劳务派遣公司保持其独立性,避免与用人单位利用关联关系共同侵害派遣员工合法权益的情形。

我们认为若想实现立法目的,仅仅对用人单位和其所属单位作出限制是不够的,应扩大范围,如同受一个实际控制人控制的关联企业之间,存在重大利益关系的企业之间。

3、细化了“辅助性”岗位的界定

《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》第四条规定,“……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。”

这条明确了”辅助性岗位“要经公会或者职工代表大会商定,并公示接受监督。

我们认为，”辅助性岗位“列表，还要经劳务派遣公司的工会或者职工大会商定，只有让劳务派遣工真正参与到岗位列表的商定过程之中，才能够真正让他们认识到自己的合法权益所在。

4、 规定了劳务派遣工的用工比例

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第五条规定，“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量。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%。” 《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第二十三条规定，用工单位可以将超比例用工的被派遣劳动者退回。

这条意在限制那些大量使用劳务派遣员工的企业，但是我们认为在实际履行中可能会出现的问题，也未能遵从劳务派遣工的意愿。比如，季节性强的用工单位在旺季对大量劳务派遣工的需求得不到满足，会迫使用工单位招用短期劳动合同工，从而导致劳动力市场的不稳定。或者，在用人单位超比例使用劳务派遣工时，由于无法确定哪些派遣工是超出比例的部分，用人单位此时如果退回部分劳务派遣工就有很大的随意性，很可能会侵犯部分劳务派遣工的权益。另外，用工单位在效益不好时，有可能通过降低用工总量使得劳务派遣工数量超过用工总量的10%，从而达到退回劳务派遣工的目的，而此时劳务派遣工本身是不愿意被退回的，他们的权益很可能会被侵害。

5、 规定劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同的特殊内容

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第十二条规定劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同，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、与用工单位同类岗位劳动者同工同酬等情况。

我们认为，劳务派遣的“临时性”决定了在劳动合同期限内用工单位处于变动状态，劳动合同载明该等内容的意义不大。另外，签署劳动合同可能存在还未确定用工单位，客观上无法载明该内容。

6、 规定了劳务派遣协议的具体内容要求

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第十五条，非常详尽地规定了劳务派遣协议的具体内容。我们认为各地的劳动行政部门应该在适当时候，推出当地的劳务派遣协议的范本文件，以供劳务派遣工和劳务派遣单位参照使用。

7、 改派协商不一致时解除劳动合同情形

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第二十六条规定了劳务派遣单位如果维持或提高了约定条件，欲改派被用工单位退回的劳务派遣员工，而劳务派遣工不同意，劳务派遣单位可以解除劳动合同。但是在降低约定条件的情形下，如果劳务派遣员工不同意，则改派劳务派遣单位不得解除劳动合同。

这条明确了劳务派遣工被退回改派时，劳务派遣单位与劳务派遣工协商的义务，充分保障了劳务派遣工的权利。但是，劳动条件由若干因素构成，包括薪酬标准、福利待遇、工作内容、工作的区域、人文环境、工作时间、路途距离、交通便利等等，实践中存在难以判断是否为维持或提高了约定条件。

8、 跨地区派遣待遇的确定标准

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第二十六条规定跨地区派遣时，劳动报酬、劳动条件、社会保险原则上应当以用工单位所在地的相关标准执行。如果劳务派遣单位注册地标准高于用工单位所在地标准，劳务派遣单位可与劳动者约定适用劳务派遣单位注册地标准。这就意味着，如果劳务派遣单位注册地标准低于用工单位所在地标准，劳务派遣单位不可与劳动者约定适用劳务派遣单位注册地标准。

9、 规定劳务派遣单位歇业劳动合同终止

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第二十七条规定，劳务派遣单位出现依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销或者决定提前解散等歇业情形时，经与用工单位协商妥善安置被派遣劳动者后，原劳动合同终止。

该二十七条与《劳动合同法》第四十四条规定略有不同，《劳动合同法》第四十四条规定用人单位出现上述歇业情形时，劳动合同发生自然终止。该第二十七条，是否可理解为没有经与用工单位协商妥善安置被派遣劳动者的，原劳动合

同不能终止，然而劳务派遣单位出现歇业情形时，主体已经消亡，劳动合同岂能继续履行，我们认为该条的合理性有待商榷。

10、 工会支持

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第三十二条规定“用工单位违反有关临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例规定使用被派遣劳动者的，工会有权提出意见或要求纠正；被派遣劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。”

该条将用工单位违反有关临时性、辅助性、替代性岗位和劳务派遣用工比例规定使用被派遣劳动者发生的争议纳入劳动仲裁范围内。我们认为，劳务派遣工涉及劳动仲裁的内容有别于正常用工，鉴此，适时有必要对《劳动争议仲裁调解法》进行修改。

11、 规定了违法使用劳务派遣工的法律责任。

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第三十七条规定了用工单位违反“三性”规定使用劳务派遣工的，不仅仅要接受行政处罚，还规定了如果罚款后一个月内仍然拒不改正的，用工单位与派遣员工之间将视为已经建立劳动关系。

该条将行政部门罚款作为视为在用工单位与派遣员工之间建立劳动关系的前置程序，这里“罚款后”还须要进一步界定。要综合考虑行政机关的办事效率，选择一个双方容易确认的时间点，将更有利于及时解决此类争议。

二、《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》的未竟事宜

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》还有一些未竟事宜，期待在正式颁布的《劳务派遣若干规定》及有关部门在以后制定的规则中予以完善：

1、 未规定劳务派遣公司的公共利益性质。未规定劳务派遣公司的公共利益性质。劳务派遣公司，一定程度上是保障失业人员再就业的有效途径，应当在价值倡导中，加入劳务派遣公司公共利益性质，或者对不同的劳务派遣公司进行分类，并对公益性的劳务派遣公司提供相应的优惠政策。

2、 未对“直接进行管理”作出界定， 可能造成劳务派遣与业务发包难以区分

《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第二条规定，劳务派遣并不仅仅指劳务派遣公司所进行的劳务派遣，在实际用工过程中，只要符合劳务派遣的用工模式，即一家用人单位将其员工派入另一家单位，并直接接受另一家单位的直接管理，其用工模式就属于劳务派遣。

在业务发包模式下，用人单位对承包单位劳动者不可避免的需要进行管理，例如承包单位派驻员工需遵守发包单位的上下班时间、办公室管理制度等，但是否只要实施了这些管理即为劳务派遣，何为“直接进行管理”应予以界定，没有这个界定，不利于用人单位、承包单位和劳动者准确把握和使用业务发包。

3、 劳务派遣工的自律性权益保障机制不足。劳务派遣单位可考虑在当期的劳务派遣工中设置一名督导员，帮助维护劳务派遣工的利益。还建议，使用劳务派遣工较频繁的用工单位，工会中必须有一定比率的劳务派遣工，从而与《中华全国总工会关于组织劳务派遣工加入工会的规定》相呼应，以更好的保护劳务派遣工的合法权益。

4、 界定“同工同酬”的标准有待完善。《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》仅仅是照抄了2013年的劳动合同法修正案。建议应当以列明的形式，明确劳务派遣工应享有的薪酬种类，如基本工资、岗位工资、绩效工资、节假日奖金、年终奖、单位旅游、疗养福利、餐饮补助、话费补助等等。