



本中国法讯由  
敬海律师事务所  
提供

你在中国的法律顾问.....

# 敬海

# 中国法讯

## 本期摘要

本期法讯将就于2014年3月1日起开始施行的《劳务派遣暂行规定》中劳务派遣用工范围、用工比例、劳动合同及劳务派遣协议、跨地区劳动派遣、法律责任等重要问题的相关条文进行解读。



◇ 《劳务派遣暂行规定》解读 ..... 1

◇ 敬海新闻 ... 2、3



- » 在由亚洲法律杂志 (ALB) 举办的“2014年度ALB中国法律大奖颁奖典礼”，敬海所荣获“年度广东律师事务所大奖”；
- » 我所王敬律师当选新一届中华全国律师协会海商海事专业委员会主任。

### 《劳务派遣暂行规定》解读

继2013年7月1日开始实施的劳动合同法修正案对原劳动合同法中劳务派遣规定做了修改后，人力资源社会保障部于2013年12月20日经第21次部务会议审议通过了《劳务派遣暂行规定》（以下称《“暂行规定”》），该规定已于2014年3月1日起开始施行。《暂行规定》对劳动派遣单位、用工单位及被派遣劳动者的权利及义务作出详尽的规定，以达到限制及减少滥用劳务派遣的目的，从而保护被派遣劳动者的合法权益。以下，我们就《暂行规定》的重要条文进行解读。

#### 用工范围及用工比例

##### 1. 用工范围

对可使用劳务派遣劳动者的临时性、辅助性及替代性的工作岗位，《暂行规定》作出的界定与《劳动合同法》第六十六条的规定一致：

临时性工作岗位是指“存续时间不超过6个月的岗位”。此处的存续时间是指工作岗位本身的存续时间，而非派遣的期限；

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”。在《劳动合同法修正案》出台后，实践中对如何界定“主营业务岗位”一直存在争议，事实上也难以对各类型企业中的主营/非主营岗位进行划分，对用工单位也难以操作。《暂行规定》并未对辅助性岗位本身作出定义，而是规定了用工单位可决定辅助性岗位，但须通过法定程序方可执行。《暂行规定》规定有两个程序：一、平等协商程序。即用人单位决定可使用被派遣劳动者的辅助性岗位后，由经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。二、公示程序。经过平等协商后，用工单位须将决定内容在单位内公示。该程序上的要求与《劳动合同法》规定的用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度的程序一致。

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。”

执行编辑：

王敬

编辑：

郑欣

设计：

张紫颖



继 2013 年 7 月 1 日开始实施的劳动合同法修正案对原劳动合同法中劳务派遣规定做了修改后，人力资源社会保障部于 2013 年 12 月 20 日经第 21 次部务会议审议通过了《劳务派遣暂行规定》(以下称“暂行规定”)，该规定已于 2014 年 3 月 1 日起开始施行。《暂行规定》对劳动派遣单位、用工单位及被派遣劳动者的权利及义务作出详尽的规定，以达到限制及减少滥用劳务派遣的目的，从而保护被派遣劳动者的合法权益。以下，我们就《暂行规定》的重要条文进行解读。

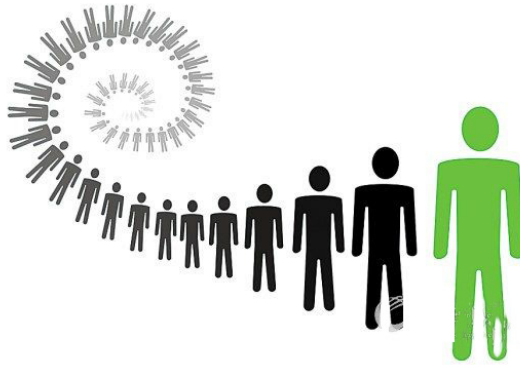
### 用工范围及用工比例

#### 1. 用工范围

对可使用劳务派遣劳动者的临时性、辅助性及替代性的工作岗位，《暂行规定》作出的界定与《劳动合同法》第六十六条的规定一致：

临时性工作岗位是指“存续时间不超过 6 个月的岗位”。此处的存续时间是指工作岗位本身的存续时间，而非派遣的期限；

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”。在《劳动合同法修正案》出台后，实践中对如何界定“主营业务岗位”一直存在争议，事实上也难以对各类型企业中的主营/非主营岗位进行划分，对用工单位也难以操作。《暂行规定》并未对辅助性岗位本身作出定义，而是规定了用工单位可决定辅助性岗位，但须通过法定程序方可执行。《暂行规定》规定有两个程序：一、平等协商程序。即用人单位决定可使用被派遣劳动者的辅助性岗位后，由经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。二、公示程序。经过平等协商后，用工单位须将决定内容在单位内公示。该程序上的要求与《劳动合同法》规定的用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度的程序一致。



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。”

#### 2. 用工比例

对于劳务派遣的用工数量，《暂行规定》规定的比例是劳务派遣用工数量不得超过用工单位用工总量的 10%，用工式可表示为：

(与用工单位订立劳动合同人数 + 劳务派遣工人数) / 劳务派遣工人数 ≤ 10%

对于有分支机构的企业，分支机构可以作为独立的用人/用工单位使用派遣劳动者，因此用工总量计算可以以分支机构本身作为单独计算单位。

### 劳动合同及劳务派遣协议

#### 1. 劳动合同期限

《暂行规定》虽然再次明确了劳务派遣单位应当与被派遣劳动者签订 2 年以上固定期限劳动合同，但并没有进一步明确劳务派遣单位是否适用无固定期限劳动合同的问题。该问题虽然在实践中存在争议，但《劳动合同法》第十四条关于无固定期限劳动合同的条款并未排除对劳务派遣单位的适用，故劳务派遣单位不适用无固定期限劳动合同目前并没有可以支持的法律依据。

#### 2. 试用期

《劳动合同法》第十九条规定，同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。对于该规定是否适用于劳务派遣单位的问题《暂行规定》作出了明确的规定：劳务派遣单位与同一被派遣劳动者只能约定一次试用期。即使劳务派遣单位将被派遣劳动者派至不同用工单位从事不同工作，也不能约定超过一次的试用期。

## 敬海新闻

### 敬海所荣获 2014 年度 ALB 颁发 “年度广东律师事务所大奖”



2014 年 4 月 24 日，由亚洲法律杂志 (ALB) 举办的“2014 年度 ALB 中国法律大奖颁奖典礼”在北京柏悦酒店隆重举行，这是 ALB 第 11 次主办该奖项。几百位业界精英包括投资银行家、律师、法律顾问、公司执行总裁和财务总监等出席了此次颁奖礼。

本所管理合伙人王敬律师和外籍客户经理 Joe Rocha 先生代表本所出席了本次盛会。在该次颁奖礼中，敬海律师事务所继 2013 年度荣获“年度广东律师事务所大奖”之后在 2014 年度的评选中再次蝉联了该奖项。此次颁奖礼上 ALB 颁布了

39 项中国法律大奖，本所是获得 2014 年度 ALB 中国法律大奖的唯一的广东律师事务所。

正如 ALB 其它奖项一样，中国法律大奖在评判上也维持了公开、透明和高效的原则。敬海律师事务所在本年度评选中蝉联“年度广东律师事务所大奖”，显示了本所在提供专业法律服务方面的优良素养和领先地位以及先进的管理理念和各业务团队的整合能力，在广东律师业界深得人心并赢得赞誉。敬海律师事务所能获此殊荣深感荣幸，我们将一如既往以出色的服务回馈客户对本所的认可。



### 3. 劳务派遣协议

《暂行规定》详细罗列了劳务派遣单位与用工单位订立劳务派遣协议的必备条款，较《劳动合同法》的规定，增加了以下内容：派遣的工作岗位名称和岗位性质、按照同工同酬原则确定的劳动报酬数额和支付方式、工作时间和休息休假时间事项、经济补偿等费用、劳务派遣协议期限、劳务派遣服务费的支付方式和标准及法律规定的其它事项等。



### 4. 工伤及职业病的处理

为了督促用工单位为被派遣劳动者提供劳动保护和劳动安全卫生条件，《暂行规定》规定在被派遣劳动者发生工伤或者申请职业病鉴定时，需要承担相关义务：

(1) 在被派遣劳动者发生工伤时，工伤认定申请主要由劳务派遣单位负责，用工单位有义务协助工伤认定的调查核实工作。此外，劳务派遣单位是工伤保险责任的，可以与用工单位约定补偿办法。用工单位在与劳务派遣单位订立劳务派遣协议时应就工伤待遇的补偿办法作出明确约定，避免事故发生后与劳务派遣单位就该问题发生争议。

(2) 在被派遣劳动者在申请进行职业病鉴定时，用工单位对职业病诊断、鉴定事宜等所需材料的提供承担主要责任，劳务派遣单位承担补充提供材料的责任。

### 5. 被派遣劳动者的退回

#### (1) 可以退回的情形

《劳动合同法》第六十五条第二款规定了用人单位可以将被派遣劳动者退回劳务派遣单位的情形。《暂行规定》补充规定了退回情形，以下用表格对上述的规定进行总结：

	可以退回被派遣劳动者的情形	退回后如何处理	退回的法律依据
1	被派遣劳动者有《劳动合同》第三十九条规定的过失性辞退情形的。	劳务派遣单位可以与劳动者解除劳动合同	《劳动合同法》第六十五条
2	被派遣劳动者有《劳动合同》第四十条第（一）项、第（二）规定的情形（非过失性辞退情形）。	同上	《劳动合同法》第六十五条
3	用工单位有《劳动合同》第四十条第（三）项规定的情形（非过失性辞退情形）。	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最低工资标准向期支付月工资报酬	《暂行规定》第十二条
4	用工单位有《劳动合同法》第四十一条规定的情形	同上	《暂行规定》第十二条
5	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	同上	《暂行规定》第十二条
6	劳务派遣协议期满终止的（不管被派遣劳动者与劳务派遣单位的劳动合同是否到期）	同上	《暂行规定》第十二条

#### (2) 禁止退回的情形

如果劳动者存在劳动合同法第四十二条规定情形的，如在孕期、产期、哺乳期的女职工、在医疗期内、因工伤丧失劳动能力等情形，用工单位则不能根据上表第3项及第4项之规定将被派遣劳动者退回劳务派遣单位。

**我所王敬律师当选新一届中华全国律师协会  
海商海事专业委员会主任**

**敬海新闻**

我所在此荣幸的宣布，经2014年3月27日中华全国律师协会八届十三次常务理事会议对刑事专业委员会、知识产权专业委员会、海商海事专业委员会、未成年人保护专业委员会、金融证券保险专业委员会、国际业务专业委员会、环境、资源与能源法专业委员会、经济专业委员会八个任期届满的专业委员会主任、副主任进行换届，本所管理合伙人王敬律师荣幸地当选为新一届海商海事专业委员会主任。

此次王敬律师当选新一届海商海事专业委员会主任，系我所及王敬律师共同之荣幸。王敬律师的当选标志着其本人专业水平得到律师同行的认同，同时也标志着我所在海商海事法律业务领域的领先地位。我们期望在王敬律师带领下，我所海商海事法律事务中的服务水平更上一层楼，更好地服务于客户。



劳动者存在劳动合同法第四十二条规定情形，对用人单位能否根据上表第2项的规定退回劳动者的问题，《暂行规定》并未作出禁止。据此，可以理解为用人单位可将派遣劳动者退回劳务派遣单位。但是劳务派遣单位基于劳动合同法第四十二条的规定，则不能与被退回的劳动者解除劳动合同。

### (3) 被派遣劳动者退回后劳动合同的解除

除了对可退回及禁止退回被派遣劳动者的情形作出了规定外，《暂行规定》还对被派遣劳动者退回后劳务派遣单位应如何处理的问题作出了比劳动合同法更详细的规定。



出现上表中第1、2项情形被派遣劳动者被退回劳务派遣单位的，劳务派遣单位可根据劳动合同法规定与被退回劳动者解除劳动合同；出现第3至6项情形的，劳务派遣单位可以重新派遣：

- > 劳务派遣单位维持或者提高劳动合同约定条件重新派遣，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同。
- > 劳务派遣单位降低劳动合同约定条件重新派遣，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位不得解除劳动合同。

需要注意的是在等待派遣过程中劳务派遣单位需要按照当地最低工资标准支付劳动者报酬。

由于劳动合同法及《暂行条例》均未界定“劳动合同约定条件”范围，对于劳动报酬等可以量化的条件，较为容易界定，而对于工作岗位、工作地点、用工单位等无法量化的条件是否包含在《暂行规定》第十五条规定的“劳动合同约定条件”内，以何种标准判断提高或降低等问题，则极易产生争议。

### 6. 劳务派遣单位的经济补偿金支付责任

劳务派遣单位作为被派遣劳动者的用人单位，在解除劳动合同时应当按照劳动合同法的相关规定支付经济补偿金。《暂行规定》第十七条明确了劳务派遣单位的

经济补偿金支付义务。劳动者可以依据该条直接向劳务派遣单位主张经济补偿金。

### 跨地区劳务派遣

《暂行规定》就劳务派遣单位跨地区劳务派遣所确定的原则是：在用工单位所在地为被派遣劳动者缴纳社会保险。

缴纳的社会保险的主体可以是劳务派遣单位的分支机构或者用工单位。若劳务派遣单位在用工单位所在地有分支机构的，则由其分支机构缴纳；若无分支机构的，则由用工单位缴纳。

### 法律责任

《暂行规定》明确，劳务派遣单位或者用工单位任何一方违反劳动合同法或劳动合同法实施条例有关劳务派遣规定的，按照劳动合同法第九十二条规定承担连带责任。

此外，《暂行规定》还特别就用工单位违反界定辅助性岗位的法律作出了规定：用工单位违反《暂行规定》第三条第三款所规定的辅助岗位确定的法定程序的，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。

《暂行规定》并未规定用工单位违反规定在非临时性、辅助性、替代性岗位使用被派遣劳动者或者超过用工比例使用被派遣劳动者的法律责任。

### 过渡条款

对《暂行规定》实施前已经超过10%的用工比例使用被派遣劳动者的用工单位，《暂行规定》设置了2年的调整用工过渡期，即《暂行规定》实施后2年内（从2014年3月1日至2016年2月29日）要将用工比例降至规定比例。

对于在劳动合同法修正案公布前（即2012年12月28日前）已经订立劳动合同及劳务派遣协议的期限届满日期在《暂行规定》施行之日起2年后的，可以继续履行至期限届满。

作者：胡键 / 陈艳

**广州**  
Tel. (+8620) 8393 0333  
Fax (+8620) 3873 9633  
info@wjnc.com

**南沙**  
Tel. (+8620) 8498 0500  
Fax (+8620) 8498 0465  
nansha@wjnc.com

**上海**  
Tel. (+8621) 5887 8000  
Fax (+8621) 5882 2460  
shanghai@wjnc.com

**天津**  
Tel. (+8622) 5985 1616  
Fax (+8622) 5985 1618  
tianjin@wjnc.com

**厦门**  
Tel. (+86592) 268 1376  
Fax (+86592) 268 1380  
xiamen@wjnc.com

**北京**  
Tel. (+8610) 5785 3316  
Fax (+8610) 5785 3318  
beijing@wjnc.com

**深圳**  
Tel. (+86755) 8882 8008  
Fax (+86755) 8284 6611  
shenzhen@wjnc.com

**青岛**  
Tel. (+86532) 8666 5858  
Fax (+86532) 8666 5868  
qingdao@wjnc.com

**福州**  
Tel. (+86591) 885 22000  
Fax (+86591) 8354 9000  
fuzhou@wjnc.com

**海南**  
Tel. (+86898) 6672 2583  
Fax (+86898) 6672 0770  
hainan@wjnc.com