

劳务派遣用工比例降至 10%，大限之期将至，企业怎么样？

根据《劳务派遣暂行规定》（人力资源和社会保障部令第 22 号，2014 年 03 月 01 日起施行；以下简称“《暂行规定》”），至 2016 年 02 月 29 日，用工单位应将劳务派遣员工用工比例降至 10% 或以下，这是一项强制性要求，如今，大限之期将至，企业该怎么样？

为满足这一要求，本文将介绍实务操作中可行的方式，例如，将劳务派遣员工转为劳动合同制员工、将劳务派遣转为劳务外包，以及将劳务派遣员工退回、录用新的员工或使用新的用工方式，等。

法条回顾**《暂行规定》第 28 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，应当制定调整用工方案，于本规定施行之日起 2 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 2 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调整用工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。

关于将劳务派遣员工数量降至 10% 或以下的问题，该规定重点强调了三个内容：

1. 劳务派遣员工数量不得超过总用工数量 10%，超过该比例的用工单位应当在《暂行规定》施行之日起 2 年内（即，2016 年 02 月 29 日前）降下来；
2. 劳务派遣协议在《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（即，2012 年 12 月 28 日前）签订，且在 2016 年 02 月 29 日之后届满的，可以履行至期限届满，不受影响；
3. 用工单位的员工调整方案应当报送至当地人力资源和社会保障部门备案（关于备案，部分地区出台了相关规定，用工单位遵照执行即可）。

派遣社員の比率を 10% に引き下げねばならない最終期限が迫っている、企業はどう対処すべきか

「[劳务派遣暂行规定](#)」（人的資源社会保障部令第 22 号、2014 年 3 月 1 日から施行。以下、「[暂行规定](#)」という）により、2016 年 2 月 29 日までに、企業は雇用者数に占める派遣社員の比率を 10% 以下に引き下げなければならない旨の強行規定が出された。最終期限が刻一刻と迫っている中で、企業はどう対処すべきか。

本文では、派遣社員から直接雇用の社員への切り替え、劳务派遣から業務請負への変更、及び派遣社員の派遣打ち切り、他の社員の新たな採用又は他の雇用形態での使用など、実務において暫定規定の要求を満たすための実行可能な方法について紹介する。

法律条項を振り返る**「暂行规定」第 28 条**

本規定施行前に企業の派遣社員の人数が雇用者全体の 10% を超えている場合、使用調整方案を制定し、本規定施行の日から 2 年以内に規定の比率まで引き下げなければならない。ただし、「[『中華人民共和國労働契約法』改正に関する全国人民代表大会常務委員会の決定](#)」公布前に法に依拠し締結済みの労働契約と劳务派遣協議書の期間満了日が本規定施行の日から 2 年後となる場合は、法に依拠し期間満了日まで引き続き履行することができる。

企業は制定した使用調整方案を現地の人的資源社会保障行政部門に届出なければならない。

企業は、本規定施行前から使用している派遣社員数を所定の比率に引き下げるまで、派遣社員を新たに採用してはならない。

派遣社員の人数を 10% 以下に引き下げることについて、本規定では以下の 3 点が重要事項として強調されている。

1. 派遣社員数は全雇用者数の 10% を超えてはならず、当該比率を超えている企業は「[暂行规定](#)」の施行日から 2 年以内（即ち、2016 年 2 月 29 日まで）に、これを引き下げなければならない。
2. 劳务派遣協議書を「[『中華人民共和國労働契約法』改正に関する全国人民代表大会常務委員会の決定](#)」公布前（即ち、2012 年 12 月 28 日より前）に締結しており、尚且つ 2016 年 2 月 29 日より後に期間満了を迎える場合、期間満了日まで履行することができ、影響はない。
3. 企業の社員調整方案を現地の人的資源社会保障部門に届出なければならない（届出に関しては、一部地区で関係規定が出ており、企業はこれに従い実施すればよい）。

应对方案

关于应对方案，主要基于如下两类背景情形：

1. 用工单位曾按当地人力资源和社会保障部门的规定或要求就应对方案进行过备案，那么，此次应对，主要就是执行当初所备案的方案，当然，若用工单位在实际执行时，需要对备案方案有所调整，只要不违反法律法规的规定，亦是允许的；
2. 用工单位未曾备案过，但根据《暂行规定》，仍然也需要将劳务派遣用工降至规定比例，此时，需要制定应对方案并执行。

实际上，无论处于以上哪类背景情形下，将劳务派遣用工降至规定比例，实务操作中，无外乎如下几类主要的处理方式：

1. 劳务派遣员工转为劳动合同制员工（即“转正式工”）；
2. 劳务派遣转为劳务外包（即“转劳务外包”）；
3. 将劳务派遣员工退回，录用新的员工或使用新的用工方式。

现本文针对以上几类主要的处理方式进行分析、说明。

转正式工

转正，是指先由劳务派遣单位、用工单位与原劳务派遣员工解除劳务派遣关系，后由用工单位和原劳务派遣员工直接建立劳动关系，可见，转正涉及到两个环节需要操作。

基于劳务派遣关系的固有的三方特性，解除劳务派遣关系包括两个层面：劳务派遣单位和劳务派遣员工解除劳动关系；以及劳务派遣单位和用工单位解除劳务派遣协议。在实务操作中，为了避免三方不一致、不统一，通常由用工单位、劳务派遣单位和劳务派遣员工签订三方协议的方式来执行。

在解除劳务派遣关系时，因牵涉到劳务派遣单位和劳务派遣员工解除劳动合同，会涉及到经济补偿金的问题，虽然法律上，经济补偿金发生在劳务派遣单位和劳务派遣员工之间，但实际上，通常由用工单位根据劳务派遣协议约定承担（劳务派遣协议通常会约定由用工单位承担），对于经济补偿金的处理，用工单位有两种可行方案供选择：

方案一：

对于劳务派遣单位将劳务派遣员工派遣至用工单位的工作年限，用工单位支付经济补偿金予以“买断”，“买断”后再转正，转正之后重新计算转正式员工的工作年限。

对处方案

对应方案に関しては、主に以下の2通りの背景状況に基づき判断する必要がある。

1. 企業がこれまでに現地の人的資源社会保障部門の規定又は要求に従い、対応方案の届出を行っている場合、今回は主に当時届出を行った方案を実施して对処することになるが、もともと、企業が実施する際に、届出済みの方案を若干調整する必要がある場合であっても、法令規定に違反しなければ認められる。
2. 企業はこれまで届出をしていないものの、「暫定規定」に基づき、派遣社員数を規定の比率に引き下げる必要が依然としてある場合、对処方案を制定し、実行する必要がある。

実際には、上述のいずれの背景状況下においても、派遣社員数を規定の比率に引き下げるためには、実務上、主に以下の方法で对処することになる。

1. 派遣社員を直接雇用の社員に切り替える（即ち、「正規社員への切り替え」）。
2. 劳务派遣を業務請負に変更する（即ち、「業務請負への変更」）。
3. 派遣社員の派遣打ち切り、新たに社員を採用し又は他の雇用形態で使用する。

本文では上述の主な对処方案について考察する。

正規社員への切り替え

ここでの正規社員への切り替えとは、まずは派遣元、派遣受入企業が派遣社員との劳务派遣関係を解除した後、派遣受入企業が当該派遣社員と直接に労働関係を築くことを指すため、正規社員への切り替えにおいては、2つのステップを踏まなければならないことがわかる。

劳务派遣関係に特有の3つの特徴のため、劳务派遣関係を解除するにあたっては、派遣元と派遣社員との労働関係の解除、派遣元と派遣受入企業との劳务派遣協議書の解除という2つのステップを踏むことになる。実務では、三者間で認識にズレが生じないよう、通常は、派遣受入企業、派遣元及び派遣社員が三者間協議書を締結することで処理される。

劳务派遣関係を解除する際には、派遣元と派遣社員との間で労働契約を解除することになるため、経済補償金問題が生じる。法律上は、経済補償金は派遣元と派遣社員との間で生じる問題であるのだが、実際には、派遣受入企業が劳务派遣協議書の約定に従い負担するのが一般的である（劳务派遣協議書では通常、派遣受入企業が負担する旨が約定されている）。経済補償金の取り扱いについては、派遣受入企業が以下の2通りの方案からいずれかを選択できる。

方案一：

派遣元が派遣社員を派遣受入企業に派遣した勤務年数部分について、派遣受入企業が経済補償金の支払いを通じてこれを買取り、正規採用に切り替える。そして、正規採用後からの勤務年数はリセットされる。

<ul style="list-style-type: none"> 此方案的优点在于, 劳务派遣员工的工作年限不用承继至转正后, 后续不会再产生因工作年限连续计算而产生的用工成本(详见方案二中的说明), 但缺点是用人单位需要立即支付经济补偿金, 有相应的资金压力。
<p>方案二: 对于劳务派遣单位将劳务派遣员工派遣至用人单位的工作年限, 由用人单位承继并连续计算至转正后, 用人单位不支付经济补偿金。</p>
<ul style="list-style-type: none"> 采用方案二时, 优点在于, 用人单位在转正时不需要立即支付经济补偿金, 无资金压力。 但是, 缺点在于, 会因工作年限连续计算而产生用工成本, 例如: 在将来劳动合同解除或终止时, 或转正员工符合获得经济补偿金或赔偿金的条件, 则需要按照合并的年限计算经济补偿金或赔偿金; 另外, 在医疗期计算、病假工资计算、年休假计算、连续工作年限满 10 年签订无固定期限劳动合同等项目中, 用人单位将承担更重的成本。

对于上述两种方案, 用人单位可根据自身的具体情况选择。用人单位选择方案二的情况下, 可能招致部分员工的反对、抵制, 此时, 用人单位可以考虑采取与这些员工结束用工等方式处理。

在解除劳务派遣关系之后, 用人单位应立即和转正员工签订新的劳动合同, 在实务操作中, 一般安排在三方协议签署当日, 用人单位和转正员工签订新的劳动合同, 与此同时, 一般还会要求转正员工签署就业规则等规章制度、岗位责任书、绩效考核表之类的劳动管理文件。

转劳务外包

劳务外包, 是指发包单位将部分业务发包给承包单位独立完成, 从而提高工作效率的一种业务管理模式。劳务外包和劳务派遣的区别较多, 本文择重要的两点说明如下:

标的不同
<ul style="list-style-type: none"> 劳务外包标的是指向某个或某些业务项目。 而劳务派遣标的指向的是劳务派遣员工提供劳务的过程。
对员工的管理权限不同
<ul style="list-style-type: none"> 在劳务外包中, 发包单位不能直接管理承包单位员工, 而是由承包单位直接管理。

<ul style="list-style-type: none"> 本方案的メリットは、派遣社員時代の勤務年数を正規採用後に持ち越す必要がなく、勤務年数を通算することで生じてしまう雇用コストが生じない点にある(詳細は本案二における説明を参照のこと)。しかし、そのデメリットは、企業が直ちに経済補償金を支払わなければならない、資金面でのプレッシャーがかかる点にある。
<p>方案二: 派遣元が派遣社員を派遣受入企業に派遣した勤務年数について、派遣受入企業がこれを承継し、正規採用後も派遣社員時代の勤務年数を含めてそのまま通算し、派遣受入企業は切り替えの時点では経済補償金を支払わない。</p>
<ul style="list-style-type: none"> 方案二のメリットは、派遣受入企業が正規社員への切り替えの時点で経済補償金を支払わずに済み、資金面でのプレッシャーがかからない点にある。 しかし、デメリットは、勤務年数を通算することでの雇用コストが生じる点にある。例えば、将来、労働契約の解除若しくは終了時、又は正規社員に切り替わった当該社員が経済補償金若しくは賠償金獲得条件に合致した場合、企業は、通算した勤務年数に応じて、経済補償金又は賠償金を計算する必要がある。また、医療期間の計算、病气休暇中の賃金計算、年次有給休暇の計算、勤続年数が満 10 年を迎えた時点で無期労働契約を締結する場合などにおいては、企業側のコストがさらに増すことになる。

上述の 2 つの方案のうちのいずれを採用するかは、企業は自社の具体的状況に応じて選択するとよい。企業が方案二を選択した場合には、一部社員からの反対や制止に遭う可能性もあるが、企業はこのような社員に対しては、その雇用を打ち切るなどの方法で対処することを検討してもよい。

劳务派遣関係を解除した後、企業は正規社員に切り替える社員との間で直ちに新たに労働契約を締結しなければならないのだが、実務では、三者間協議書を締結する当日に、企業と正規社員との間で新たに労働契約を締結するだけでなく、就業規則制度などの規則制度、職位責任書、業績審査評価表などの労働管理書類について、社員に署名を求めると一般的である。

業務請負への変更

業務請負とは、発注企業が一部業務を請負業者に発注することにより、作業効率の向上を図るための業務管理方式を指す。業務請負と劳务派遣の違いはやや多く、本文では以下の 2 つの重要ポイントに絞って説明する。

対象が異なる
<ul style="list-style-type: none"> 業務請負の対象はある特定の業務又はいくつかの特定の業務である。 これに対し劳务派遣の対象は派遣社員が劳务を提供する過程である。
社員に対する管理権限が異なる
<ul style="list-style-type: none"> 業務請負では、発注企業は請負業者の社員を直接には管理できず、請負業者が直接管理する。

- 在劳务派遣中，用工单位直接管理劳务派遣员工。

劳务派遣转劳务外包，通常有两类形式：

场地外外包
<ul style="list-style-type: none"> 比较常规的劳务外包形式。 即，发包单位将部分业务发包给承包单位后，由承包单位在自己的场地内，使用承包单位的工具，管理承包单位的员工完成业务。
场地内外包
<ul style="list-style-type: none"> 比较特殊的劳务外包形式，也是容易与劳务派遣混淆的劳务外包形式。 即，发包单位将部分业务发包给承包单位后，由承包单位派员工到发包单位的场地，使用发包单位的工具，管理承包单位的员工完成业务。

使用场地外外包的形式，是普遍可行的形式，而使用场地内外包的形式时，则需要特别注意避免与劳务派遣相混淆：

1. 发包单位不能对承包单位的员工进行直接管理，包括但不限于考勤、指挥、考评、奖惩、支付工资福利及其他日常管理等，但对承包单位完成业务的情况进行监督；
2. 发包单位的规章制度不能适用于承包单位的员工；
3. 承包单位应具备相关的经营资质；
4. 承包单位使用发包单位的场地、工具时，可以考虑采用租赁的方式，以免使人产生“承包单位的员工为发包单位工作的错觉”。

退回兼后续策略

对于不同意转正式工、转劳务外包或者用工单位不愿意继续留用的劳务派遣员工，可以考虑将其退回给劳务派遣单位，若需要补充员工的，再重新录用其他人员。

退回的理由

根据《劳动合同法》第 65 条、《暂行规定》第 12 条规定，退回的理由主要有：

1. 三方协商一致；
2. 劳务派遣员工主动辞职；
3. 劳务派遣员工有严重违纪或《劳动合同法》第 39 条规定的其他情形；
4. 劳务派遣员工医疗期满后不能从事原工作，也不能从事另行安排的工作；
5. 劳务派遣员工不能胜任工作，经调岗或培训后，仍不能胜任工作；
6. 客观情况发生重大变化，双方无法就变更

- 劳务派遣において、派遣受入企業は派遣社員を直接管理する。

劳务派遣を業務請負に変更するにあたっては通常、以下の 2 通りの形式がある。

構外での業務請負
<ul style="list-style-type: none"> やや一般的な業務請負形式である。 すなわち、発注企業が一部業務を請負業者に外注した後、請負業者が自社の構内で請負業者の道具を利用して、請負業者の社員を管理して業務を遂行する。
構内での業務請負
<ul style="list-style-type: none"> やや特別な業務請負形式であり、劳务派遣と混同されやすい業務請負形式である。 すなわち、発注企業が一部業務を請負業者に外注した後、請負業者が社員を発注企業の構内へ派遣し、発注企業の道具を利用して、請負業者の社員を管理し業務を遂行する。

構外で行う業務請負形式は一般的に行われており、実行可能であるが、構内で行う業務請負形式の場合、劳务派遣と混同されないよう特に注意する必要がある。

1. 発注企業は請負業者の社員を直接管理すること（これには出勤、指揮、審査評価、賞罰、賃金福利の支給及びその他日常管理などが含まれるがこれらに限らない）はできないが、請負業者による業務完成状況に対する監督は可能である。
2. 発注企業の規則制度を請負業者の社員に適用できない。
3. 請負業者は相応の経営資格を備えていなければならない。
4. 請負業者が発注企業の構内、道具を使用する場合、「請負業者の社員は発注企業のために労働しているとの錯覚」が生じることを防ぐためにも、リース方式の採用を検討するとよい。

派遣打ち切り及び今後の対策

正規社員への切り替え、業務請負への変更に同意せず、又は企業として引き続き雇用することを望まない派遣社員については、まずは同社員を派遣元に送り戻し、その派遣を打ち切った後、もしも社員を補充する必要がある場合には、他の者の新規採用を検討するとよい。

派遣打ち切りの理由

「労働契約法」第 65 条、「暫定規定」第 12 条規定によれば、派遣打ち切りの主な理由は以下の通りである。

1. 三者で協議の上合意している。
2. 派遣社員が自主退職を申し入れた。
3. 派遣社員が規律に著しく違反した、又は「労働契約法」第 39 条規定のその他状況がある。
4. 派遣社員が医療期間満了後にもとの業務を行なうことができず、別途手配した業務を行うこともできない。
5. 派遣社員が業務に堪えることができず、職務調整又は研修後も業務に堪えることができない。
6. 客観的状况に重大な変化が生じ、双方が使用

- 用工关系达成一致；
7. 用工单位发生可以经济性裁员的情形；
 8. 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；
 9. 劳务派遣协议期满终止。

除上述规定之外，实务操作中，还有些情形可以退回，风险不大，例如：

1. 劳务派遣员工达到退休年龄、或领取养老待遇；
2. 劳务派遣员工劳动合同到期或派遣期届满；
3. 劳务派遣协议解除等。

退回后再录用其他人员

关于再录用其他人员，除录用劳动合同制员工之外，也可以考虑录用其他一些特殊人员，以降低用工成本，例如，录用退休返聘人员、非全日制人员、关联企业间的借调人员等，当然，特殊人员可能难以广泛使用，因为毕竟符合要求的人员数量有限。

总结

根据《暂行规定》第 20 条规定，违法派遣的，用工单位可能会面临责令整改以及罚款等处罚。因此，为了降低法律风险，建议用工单位在过渡期限内通过以上一种或综合多种方案平稳完成劳务派遣员工的调整。

（里兆律师事务所 2015 年 11 月 27 日编写）

- 関係の変更について合意できない。
7. 企業に経済的人員削減が認められる状況が発生した。
 8. 企業が法に依拠し破産宣告を受けた、営業許可証の取消しを受けた、閉鎖を命じられた、登記を取消された、早期解散又は経営期間満了時に経営を継続しないことを決定した。
 9. 劳务派遣協議書を期間満了をもって終了する。

上述規定のほか、実務においては、次に掲げる状況の場合にも派遣を打ち切ることが可能であり、リスクは高くない。例えば：

1. 派遣社員が定年退職年齢に達しており、又は年金を受給している。
2. 派遣社員の労働契約期間又は派遣期間が満了した。
3. 劳务派遣協議書を解除する場合など。

派遣打ち切り後に他の者を採用する

他の者を採用する場合、直接雇用の社員のほかに、例えば、再雇用者、非全日制職員、関連企業の出向者など特別な状況にある者を採用することでの雇用コスト削減を検討することも可能である。もっとも、要求に合致する者の人数には限りがあるため、特別な状況にある者を幅広く使用することは難しいと思われる。

まとめ

「暫定規定」第 20 条規定に基づき、違法な派遣を行った場合、企業は是正命令及び過料などの処罰を受けるおそれがある。従って、法的リスクを軽減するためにも、企業は移行期間内に上述のいずれか一つ又は複数の方案を取り交えて派遣社員の調整作業を円滑に完成させることが望ましい。

（里兆法律事務所が 2015 年 11 月 27 日付で作成）