

重要法令！《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》

人力资源和社会保障部（以下简称“人社部”）于 2013 年 08 月 07 日公布《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（以下简称“《若干规定》”），向社会公开征求意见（截止时间：2013 年 09 月 07 日），至今尚无定论。回顾人社部此次颁布的《若干规定》，作为劳务派遣新政（即，自 2013 年 07 月 01 日起实施的《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》；下同）的重要配套规定，《若干规定》的条款较多，共 44 条，是目前所见的就劳务派遣问题最系统和具体的规定，非常重要。

在下文中，律师将结合《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、劳务派遣新政等规定，对《若干规定》的主要内容（特别是新制度）以及仍然存在的问题，进行简要的介绍。

一、什么是劳务派遣：

《若干规定》第二条、第三十八条从正反两方面明确界定了劳务派遣的概念，即：

劳务派遣的定义	用人单位以经营方式将招用的员工派至其他用人单位使用（用工单位），由用工单位直接对员工的劳动过程进行管理的一种用工形式。
视同劳务派遣的情形	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员工的劳动过程直接进行管理。
不属于劳务派遣的情形	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 用人单位以组织委派或任命的形式将本单位员工派至其上级单位或所属单位劳动的行为。 ➢ 用人单位将本单位员工派往境外进行劳动的行为。 ➢ 用人单位将员工派往家庭或自然人处进行劳动的行为。

【律师观点】

对于下述问题，可能存在进一步研究的空间，《若干规定》目前没有给予明确的答案：

1. 对业务外包活动产生的影响

《若干规定》将“用人单位对承包单位员工的劳动过程直接进行管理”的业务外包活动，认定为劳务派遣用工。律师认为，业务外包和劳务派遣用工在具体操作

重要法令！「劳务派遣若干规定（意見募集案）」

人的資源社会保障部（以下「人社部」という）は 2013 年 8 月 7 日に「劳务派遣若干规定（意見募集案）」（以下「若干规定」という）を公布し、社会に向けパブリックコメントを募集したが（締め切りは 2013 年 9 月 7 日）、現在に至るも未だ結論を得ていない。人社部がこの度公布した「若干规定」を改めて考察すると、劳务派遣新政策（即ち、2013 年 7 月 1 日から実施された『中華人民共和国労働契約法』の改正に関する決定。以下同じ）の重要な付帯規定として、「若干规定」の条項は多く、計 44 条で、現時点で見える限り劳务派遣問題についての最も系統的で具体的な規定であり、非常に重要である。

以下の文では、筆者は「労働契約法」、「労働契約法实施条例」、劳务派遣新政などの規定に照らして、「若干规定」の主な内容（特に新制度）および依然として存在する問題について、簡潔に紹介する。

一、劳务派遣とは

「若干规定」第二条、第三十八条は正負の両面から劳务派遣の概念を以下の通り明確に定義した。

劳务派遣の定義	使用者は経営方式として雇用した従業員をその他の使用者（派遣先）に派遣し、派遣先が直接従業員の労働過程に対する管理を行う従業員使用形式。
劳务派遣と見なされる状況	使用者は業務を請負業者に外注するが、当該業務に従事する請負業者の従業員の労働過程に対し直接の管理を行う。
劳务派遣に該当しない状況	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 使用者が出向または任命の形式で自社の従業員を自己の上級機構または所属関係にある機構に派遣して労働させる行為。 ➢ 使用者が自社の従業員を国外に派遣して労働させる行為。 ➢ 使用者が従業員を家庭または自然人に派遣して労働させる行為。

【筆者の観点】

下記の問題については、更なる検討の余地があると思われる、「若干规定」は現時点で明確な回答を示していない。

1. 業務のアウトソーシングに与える影響

「若干规定」は、「使用者が請負業者の従業員の労働過程に対し直接管理を行う」という業務のアウトソーシングを劳务派遣従業員の使用と認定している。筆者の見るところ、業務のアウトソーシング

形式上虽有一定相似性，但也存在较多差异，具体来说：

对比事项	业务外包	劳务派遣用工
法律关系等	合同法律关系	劳务派遣关系（用人单位和用工单位） 劳动合同关系（用人单位和劳务派遣员工） 实际用工关系（用工单位和劳务派遣员工）
适用法律	主要是《民法通则》和《合同法》等	主要是《劳动法》和《劳动合同法》等
从事相关经营活动的企业	从事外包业务的企业，多集中于某一专业领域（常见的如IT），通常不需要劳务派遣资质。	只有具有劳务派遣资质和相应经营范围的劳务派遣单位方可从事。
接受与员工的关系	接受业务外包服务的企业与具体从事业务外包活动的员工通常没有直接法律关系。	接受劳务派遣的用工单位和劳务派遣员工之间是实际用工关系。用工单位按照《劳动合同法》等规定对劳务派遣员工承担相应法律义务。

实务操作中，业务外包与劳务派遣用工在外在表现形式上有相似性，有时难以区分。例如，企业租赁汽车，并要求汽车租赁公司同时安排司机，此时，企业不可避免地会对司机发出具体工作指令，此类情况是否属于《若干规定》中的“用人单位对承包单位劳动者的劳动过程直接管理”呢？

2. 对于不属于劳务派遣的情形能否作扩大解释

对于不属于劳务派遣的情形中的“将本单位员工派至其上级单位或所属单位

と劳务派遣従業員の使用は具体的な取扱形式において、ある程度の類似性を有するが、同時に以下のような多くの相違点も存在する。

比較事項	業務のアウトソーシング	劳务派遣従業員の使用
法的関係など	契約の法的関係	劳务派遣関係（使用者と派遣先） 労働契約関係（使用者と劳务派遣従業員） 実際の従業員使用関係（派遣先と劳务派遣従業員）
準拠法	主として「民法通則」および「契約法」など	主として「労働法」および「労働契約法」など
関連営業活動に從事する企業	アウトソーシング業務に從事する企業は、ある専門分野に秀でており（よく見られるもので、例えばIT）、通常は劳务派遣資格を必要としない。	劳务派遣資格および相応する経営範囲を備えた劳务派遣会社だけが從事することができる。
受ける側と従業員の関係	アウトソーシングサービスを受ける企業は実際にアウトソーシング活動に從事する従業員と、通常は直接の法的関係を持たない。	劳务派遣を受ける派遣先と劳务派遣従業員の間は実際の従業員使用関係である。派遣先は「労働契約法」などの規定に基づき劳务派遣従業員に対し相応する法的義務を負う。

実務において、業務のアウトソーシングと劳务派遣従業員の使用は表面上は類似しているため、区別が困難な場合もある。例えば、企業が車両をリースする際、同時に車両リース会社に対し運転手の手配を求める場合、企業が運転手に対し業務指令を出すことは不可避であるが、この種の状況は「若干規定」における「使用者が請負業者の従業員の労働過程に対し直接管理を行う」という状況に該当するのであろうか。

2. 劳务派遣に該当しない状況についての拡大解釈の可否

劳务派遣に該当しない状況における「自社の従業員を自己の上級機構または所属関係にある機

劳动”的情形，“上级单位或所属单位”是只能作狭义的解释（限于企业的直接上下级，例如，股东或所投资企业等），还是能够作广义的解释（除直接上下级外，集团内的其他关联企业也可以）？

構に派遣して労働させる」場合について、「上級会社または所属関係にある会社」とは狭義の解釈（企業の直接の上下関係に限られ、例えば、株主または投資を行う企業など）のみが可能であるのか、それとも広義の解釈（上下関係の他にも、グループ内のその他の関連企業も含まれる）が可能であるのか。

二、关于劳务派遣用工的适用范围：

对于劳务派遣用工的适用范围（临时性、辅助性、替代性岗位），与2013年07月01日起实施的劳务派遣新政相比，《若干规定》主要对辅助性岗位（为用工单位主营业务提供服务的非主营业务岗位）有以下新规定：

如何确定辅助性岗位	<p>由企业通过内部民主管理程序确定。具体操作方法是：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 企业根据所处行业和业务特点，提出辅助性岗位列表。 2. 企业经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在企业内公示。
辅助性岗位的用工比例	<ul style="list-style-type: none"> 不得超过本企业用工总量的10%。 <p>用公式表示的话，就是：$A/[A+B] \leq 10\%$。（A=辅助性岗位的劳务派遣用工人数；B=与企业直接签订劳动合同的人数）。举例来说，甲企业员工（签订劳动合同的）90人（即，上述公式里的B），那么，甲企业如需在辅助性岗位使用劳务派遣员工，那么，法定上限为10人（即，上述公式里的A）。</p> <p>备注：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劳务派遣员工的，不受该比例限制。</p>

此外，《若干规定》第三十七条对企业超过法定比例使用劳务派遣用工的情形，规定了相应法律责任，即：

罚款	即，由劳动行政部门按《劳动合同法》第九十二条第二款规定的标准（5000-10000/人）予以罚款。
视同建立劳动关系	即，企业在被罚款后一个月内仍不改正的，视同企业与相关员工“自处罚之日起满一个月的次日起”存在劳动合同关系，企业依法与员工补订劳动合同。

【律师观点】

二、劳务派遣従業員の使用の適用範囲

劳务派遣従業員の使用の適用範囲（臨時的、補助的、代替的業務職位）について、2013年7月1日から施行された劳务派遣新政と比較すれば、「若干規定」は主として補助的業務職位（派遣先の主要業務のために役務を提供する非主要業務業務職位）について以下のような新规定を設けた。

如何に補助業務職位を確定するか	<p>企業が内部の民主管理手順により確定する。具体的な取扱方法は以下の通りである。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 企業は所属する業界および業務の特徴に基づき、補助的業務職位の一覧表を提出する。 2. 企業は労働組合または従業員代表大会と共同協議の上で確定し、社内で公示する。
補助業務職位における従業員使用割合	<ul style="list-style-type: none"> 自社従業員全体の10%を超えてはならない。 <p>公式で示した場合、即ち $A/[A+B] \leq 10\%$ となる（A=補助的業務職位にある劳务派遣従業員数、B=企業と直接労働契約を締結している人数）。例を挙げれば、甲社の正社員（労働契約を締結している者）を90人（上記公式におけるB）として、甲社が補助的業務職位において劳务派遣従業員を使用する必要がある場合、法定上限は10人（上記公式のA）となる。</p> <p>備考：外国企業の駐在員事務所および外国金融機関の駐在員事務所などの組織が劳务派遣従業員を使用する場合には、上記の割合に関する制限を受けない。</p>

この他、「若干規定」第三十七条は、企業が法定割合を超えて劳务派遣従業員を使用する状況について、以下の通り相応する法的責任を定めている。

罰金	労働行政部門は「労働契約法」第九十二条第二項で定められた基準（5,000~10,000元/人）に基づいて罰金を科す。
労働関係を構築したものと見なす	企業が罰金を科せられた後、一ヶ月以内に依然として正しくない場合、企業と関連従業員は「処罰の日から満一ヶ月が経過した翌日から」労働契約関係が存在すると見なし、企業は法に従って従業員と労働契約を追加締結する。

【筆者の観点】

对于“视同建立劳动关系”有关的下述问题，可能存在进一步研究的空间，《若干规定》目前没有给予明确的答案：

1. 与谁建立劳动关系
理论上，企业仅需与超出法定比例的人员补订劳动合同，但问题是，在个别情况下，如果判断谁是那个超出法定比例的人员？以前述甲企业的案例为例，辅助性岗位的劳务派遣用工法定上限是 10 人，但如果实际使用了 11 人（假设这 11 人通过同一家劳务派遣公司派遣，且派遣的起始时间和期限完全相同），那么，谁是那 1 个超出法定比例的人员呢？
2. 视同建立劳动关系可能带来的一系列问题
 - 尽管《若干规定》上述视同建立劳动关系的制度侧重于保障劳务派遣员工的利益，但从法理上说，我们理解，这似乎有违《劳动合同法》第三条规定的“订立劳动合同应当遵循……平等自愿、协商一致”的基本原则。
 - 而且，实践中还可能存在以下问题：
 - 1) 例如，劳务派遣员工与用人单位此前签订的劳动合同如果处理？是否涉及经济补偿金等支付？
 - 2) 又例如，劳务派遣员工不愿与用人单位建立劳动关系怎么解决（比如，该劳务派遣员工认为大型劳务派遣单位更加规范，与该等用人单位建立劳动关系更有保障）？

三、过渡期间的安排：

与劳务派遣新政相似，《若干规定》也作了过渡期安排（第三十九条和第四十条等），具体如下：

1. 原合同继续履行：
 - 即，在劳务派遣新政施行前（即，2013 年 07 月 01 日前；下同）已依法签订的劳动合同、劳务派遣协议，应继续履行至其约定期限届满。
 - 在期限届满前，用工单位不得以下述理由向劳务派遣单位（用人单位）退回劳务派遣员工：①不符合劳务派遣“三性”规定；②超出法定比例用工；③劳务派遣单位未依法取得劳务派遣资质。
 - 在期限届满前，劳务派遣单位（用人

「労働関係を構築したものと見なす」に関する下記の問題については、更なる検討の余地があると思われ、「若干規定」は現時点で明確な回答を示していない。

1. いずれの者と労働関係を確立するか
理論上、企業は法定割合を超えた人員のみと労働契約を追加締結する必要があるが、問題となるのは、個々の状況において、いずれの者がその法定割合を超えた人員に該当するかの判断である。前述の甲社の事例では、補助的業務職位における劳务派遣従業員使用の法定上限は 10 人であるが、実際に使用していた人数が 11 人であった場合（仮に 11 人いずれも同じ劳务派遣会社から派遣されており、派遣開始時期および期間も全く同じであったとする）、いずれの者が法定割合を超えた人員となるのであろうか。
2. 労働関係を構築したものと見なすことで生じる可能性のある一連の問題
 - 「若干規定」における上記の労働関係を構築したものと見なす制度は劳务派遣従業員の利益の保障に重きを置いているが、法理上では、筆者の見るところ、これは「労働契約法」第三条に定める「労働契約の締結は……平等自由意思、協議合意を遵守しなければならない」との基本原則に抵触しているように思われる。
 - 加えて、実務においては下記の問題が存在する可能性もあると思われる。
 - 1) 例えば、劳务派遣従業員が使用者と以前締結していた労働契約はどのように処理するのか。経済補償金などの支払いにかかわるのか。
 - 2) また、例えば劳务派遣従業員が派遣先との労働関係の構築を望まない場合はどのように解決するのか（例えば、当該劳务派遣従業員が規模の大きな劳务派遣会社の方がより規範的であり、当該使用者と労働関係にある方がより保障されていると考えた場合）。

三、移行期間の手配

劳务派遣新政と同じく、「若干規定」も移行期間を設けており（第三十九条および第四十条など）、具体的には以下の通りである。

1. 現契約は履行を継続する。
 - 劳务派遣新政施行以前（2013 年 7 月 1 日以前。以下同じ）に法に則り締結されている労働契約、劳务派遣協議は、取り決めた期間が満了するまで履行を継続しなければならない。
 - 期間満了以前に、派遣先は次の理由により劳务派遣会社（使用者）へ劳务派遣従業員を返してはならない。①劳务派遣の「三性」規定に合致しない。②法定割合を超えて従業員を使用している。③劳务派遣会社が法に従って劳务派遣資格を取得していない。
 - 期間満了以前に、劳务派遣会社（使用者）

单位)不得以未依法取得劳务派遣资质为由,解除与劳务派遣员工之间的劳动合同。

2. 新合同按《若干规定》执行:即,在未达到《若干规定》规定的比例要求之前,用人单位不得在辅助性岗位上使用新的劳务派遣用工。

正因为还存在诸多问题,《若干规定》尚无法定稿,但不排除后续会根据社会各界的反馈情况进一步修改的可能性,对此,律师也将予以持续关注。律师也希望,对于上述律师观点中的相关问题,最终颁布的《若干规定》能够提供较为明确的解决方案。

(里兆律师事务所 2013 年 11 月 08 日编写)

は、法に従って劳务派遣資格を取得していないことを理由に、劳务派遣従業員との間の労働契約を解除してはならない。

2. 新規契約は「若干規定」に基づき実施する。「若干規定」で定められた割合に関する要求を満たすまでは、派遣先は補助的業務職位において新たに劳务派遣従業員を使用することはできない。

未だ多くの問題を抱えているため、「若干規定」は確定稿とすることができず、社会各界の反応状況に基づいて更なる修正が加えられる可能性は排除できない。これについて、筆者としては引き続き注目していきたい。前述した筆者の観点における関連問題についても、最終的に公布される「若干規定」において明確な解決案が示されることを期待したい。

(里兆法律事務所が 2013 年 11 月 8 日付で作成)