

劳动和社会保障法律资讯

第七期

深圳市律师协会劳动与社会保障法律业务委员会

二〇一三年三月一日

本期目录

一、最新文件

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	2
------------------------------------	---

二、参考案例

逆向劳务派遣由实际用人单位承担法律责任	5
---------------------	---

三、实务研讨

《劳动合同法》（修正案）研讨会会议纪要	12
---------------------	----

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

(2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过)

第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议决定对《中华人民共和国劳动合同法》作如下修改：

一、将第五十七条修改为：“经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

“（一）注册资本不得少于人民币二百万元；

“（二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；

“（三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；

“（四）法律、行政法规规定的其他条件。

“经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。”

二、将第六十三条修改为：“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

三、将第六十六条修改为：“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、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

“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。

“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。”

四、将第九十二条修改为：“违反本法规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。

“劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”

本决定自 2013 年 7 月 1 日起施行。

本决定公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的规定的，应当依照本决定进行调整；本决定施行前经营劳务派遣业务的单位，应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记，方可经营新的劳务派遣业务。具体办法由国务院劳动行政部门会同国务院有关部门规定。

《中华人民共和国劳动合同法》根据本决定作相应修改，重新公布。

案例参考：逆向劳务派遣由实际用人单位承担 法律责任

【要点提示】

“逆向劳务派遣”中，用人单位在尚未与劳动者解除或终止劳动关系的情形下，应认定劳动者与派遣机构所签订的劳动合同为无效合同，用人单位仍与劳动者存在劳动关系，用人单位应该承担劳动法中用工主体所应承担的法律责任。

【案例索引】

一审：福建省福州市台江区人民法院[2007]台民初字第 2099 号
(2007 年)

二审：福建省福州市中级人民法院[2008]榕民终字第 728 号
(2008 年 4 月 21 日)

【案情】

原告（被上诉人）福州市公共交通集团有限责任公司（以下简称公交公司）

被告（上诉人）陈寿

被告陈寿于 2002 年 1 月被聘于原告公交公司所属的 20 路车队担任驾驶员工作，双方没有签订书面劳动合同。2004 年 5 月原告企业实行改制，此后，原告要求被告与福建省劳务派遣服务有限公司（以下简称省劳务派遣公司）签订劳务派遣合同。2005 年 5 月 19 日，被告与省劳务派遣公司订立了《劳动合同》，但仍在原告下属的

20 路车队工作。2007 年 6 月，因被告要求原告支付身份置换前解除劳动关系的经济补偿金等引起纠纷。2007 年 6 月 22 日，被告向福州市劳动争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁。福州市劳动争议仲裁委员会经审理后裁决：被诉人公交公司应一次性支付申诉人经济补偿金计人民币 5232 元。裁决后，公交公司不服，向福州市台江区人民法院起诉。

【审判】

福州市台江区人民法院审理后认为，被告于 2002 年 1 月应聘到原告所属的 20 路车队工作，原、被告间虽未签订书面劳动合同，但已形成事实劳动关系。被告与省劳务派遣公司签订劳动合同后，被告虽然继续在原告公交公司担任驾驶员，但其系作为省劳务派遣公司的劳务派遣工身份与公交公司发生劳务关系，原、被告双方已不存在事实劳动关系。2005 年 5 月 19 日，被告与省劳务派遣公司签订劳动合同，应视为原、被告双方实际解除事实劳动关系，双方的争议已经产生。因此，被告于 2007 年 6 月 22 日申请劳动仲裁已经超过 60 日仲裁期限，故对原告提出不应支付经济补偿金的诉请，法院予以支持。

一审法院判决：准许原告公交公司不支付经济补偿金 5232 元给被告陈寿。

一审判决后，被告陈寿不服，上诉称：公交公司始终认为双方之间仍保持事实劳动关系，原审法院认定上诉人与省劳务派遣公司签订合同时，视为与公交公司解除劳动关系，与事实不符。上诉人

与省劳务派遣公司签订的协议没有得到实际履行，实际上，上诉人的工资从被聘时起均由公交公司从其银行户头打入上诉人的工资卡。公交公司在包办与省劳务派遣公司签订劳动合同时，没有告知与上诉人解除劳动关系，且公交公司始终主张未与上诉人解除劳动关系。公交公司于2007年6月19日建议上诉人等通过劳动仲裁方式解决双方争议，因此，本案劳动争议发生日应为2007年6月19日，本案并未超过劳动仲裁时效。综上，请求二审依法撤销一审判决，改判公交公司按2500元的工资标准支付置换身份补偿金。

被上诉人公交公司辩称：上诉人陈寿系公交公司下属的20路车队自队招用的人员。2005年5月19日，陈寿与省劳务派遣公司订立了《劳动合同》公交公司，但公交公司并未提出与陈寿解除劳动关系，陈寿至今仍在公交公司下属的20路车队担任驾驶员，现要求公交公司支付解除劳动关系的经济补偿金，缺乏法律依据。为此，请求二审维持原判。

福州市中级人民法院经审理后认为，上诉人于2002年1月被聘于被上诉人公交公司所属的20路车队工作，双方之间虽未签订书面劳动合同，但已形成事实劳动关系。上诉人虽于2005年5月19日与省劳务派遣公司签订劳动合同，但上诉人至今仍在公交公司所属的20路车队工作，其工作岗位没有发生任何变化，工资仍由公交公司发放，且公交公司亦主张其与上诉人之间的事实劳动关系至今尚未解除，因此，上诉人与公交公司之间的事实劳动关系仍然存在。被上诉人公交公司在尚未解除与上诉人之间事实劳动关系的情况

下，又让上诉人与省劳务派遣公司签订劳动合同后派遣回公交公司继续工作，被上诉人公交公司的上述行为属借用劳务派遣名义、逃避法律责任的行为。因此，上诉人虽与省劳务派遣公司签订了劳动合同，但双方之间未建立实质性的劳务派遣关系，该劳动合同应为无效合同。一审判决认定上诉人与省劳务派遣公司签订的劳动合同为有效合同，上诉人与省劳务派遣公司签订的劳动合同后即视为与公交公司解除事实劳动关系，属适用法律错误，本院予以纠正。由于上诉人与公交公司之间的劳动关系至今尚未解除，故上诉人要求公交公司支付身份置换时解除劳动关系的经济补偿金，于法无据，本院不予支持。综上，原审判决虽适用法律错误，但判决结果正确，可予维持。故判决：驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案主要涉及对劳务派遣法律问题的正确认识与界定。

一、劳务派遣的概念及表现形式

劳务派遣，是指依法设立的劳务派遣机构和劳动者订立劳动合同后，依据其与接受派遣的用人单位之间订立的劳务派遣协议，将劳动者派遣到接受派遣的用人单位工作。在劳务派遣中，劳动过程由用人单位进行管理，而工资、福利、社会保障等费用均由用人单位根据劳务派遣协议拨付给劳务派遣机构，再由派遣机构支付给劳动者，并为劳动者办理社会保险等。

劳务派遣属新型用工形式，由于目前法律法规对劳务派遣的规定不明确，实践中对劳务派遣的具体作法也不统一，主要有“正向劳

务派遣”、“逆向劳务派遣”等多种形式，实践中容易产生争议的主要是逆向劳务派遣。所谓逆向劳务派遣，是指劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同前，用人单位与劳动者已建立劳动关系，劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同后劳动者再以劳务派遣机构员工的身份派遣回原用人单位继续劳动。在不同的劳务派遣形式中，派遣机构、用人单位在劳动争议中的法律地位不同、责任也不同。

二、实际用人单位在不同劳务派遣形式中的法律地位及责任

（一）用人单位在“正向劳务派遣”中的法律地位及责任

“正向劳务派遣”是指用人单位与劳务派遣机构签订劳务派遣合同，明确需要接受劳务派遣岗位的任职资格要求、待遇标准等，再由派遣机构按照用人单位要求甄选合适人选并与劳动者签订劳动合同后，将劳动者以派遣机构员工的名义派遣到用人单位提供劳务。“正向劳务派遣”中，用人单位和派遣机构之间形成劳务合同关系，劳动者和派遣机构之间形成劳动合同关系。因此，一般情况下均由派遣机构承担劳动法所规定的用工主体的法定义务。

（二）用人单位在“逆向劳务派遣”中的法律地位及责任

目前，“逆向劳务派遣”在企业（特别是国有企事业单位）中大量存在，也是引发劳动纠纷的集中地。“逆向劳务派遣”又分为以下两种类型：

第一种类型是用人单位在尚未解除或终止劳动关系（包括事实劳动关系）的情形下，又让劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同后派遣回原用人单位继续劳动。此种情形下的劳务派遣实际上是一种

借用劳务派遣名义、逃避法律责任的“逆向派遣”，或叫“反向劳务派遣”，其实质是借用劳务派遣的形式，来掩盖和规避真实存在的劳动关系的假派遣。此种情形的“逆向劳务派遣”，由于劳动关系的唯一性，且用人单位“逆向派遣”的目的是为了逃避法律责任，在劳动者尚未与原用人单位解除或终止劳动关系的情形下，应该认定劳动者与派遣机构所签订的劳动合同为无效合同，用人单位仍与劳动者存在劳动关系，应由用人单位承担劳动法中用工主体所应承担的法律责任。

本案中，被告陈寿的劳务派遣就是属于第一种类型的“逆向劳务派遣”。公交公司在尚未与陈寿解除事实劳动关系的前提下，即安排陈寿与省劳务派遣公司签订劳动合同，再以省劳务派遣公司员工的的名义继续留在公交公司工作。基于劳动关系的唯一性以及陈寿在公交公司工作的连贯性，陈寿劳动关系中的真实用工主体应为公交公司而非省劳务派遣公司，福州市中级人民法院最终认定公交公司与陈寿依然存在劳动关系是合理合法的。

第二种类型是用人单位与劳动者解除或终止劳动关系（包括事实劳动关系）后，让劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同并派遣回原用人单位继续劳动。此种情形下，因原用人单位与劳动者的劳动关系已经解除或终止，双方基于劳动关系所产生的权利义务已经依法终结，劳动者与派遣机构签订的劳动合同应当认定为有效合同，应由派遣机构承担劳动法所规定用工主体应承担的法律义务，同时享有劳动法所规定用工主体的法定权利。应当注意的是，在此情形

下用人单位无需对"逆向劳务派遣"后的用工行为承担劳动法所规定法定义务的关键前提是：解除或终止此前的劳动关系（包括事实劳动关系）。（福州市中级人民法院 陈学凯）

《劳动合同法》（修正案）研讨会会议纪要

时间：2013 年 1 月 18 日上午 9：30——12：00

地点：荣超商务中心盈科律师事务会议室

主题：《中华人民共和国劳动合同法》（修正案）解读及劳动争议预判

主持人：李迎春、沈威

参加人：沈威、李迎春、孟庆杰、郑平进、李永军、管世标、邹兵、许淑仪、陈伟等委员、全市感兴趣的部分律师

记录人：陈伟（副主任）

研讨会纪要：

《中华人民共和国劳动合同法》于 2008 年 1 月 1 日正式颁布和
实施后，在全国各地引起了强烈反响和广泛关注。随着时间的推移，
劳动合同法在实施过程中遇到很多新问题，需要通过修正案的方式来
予以规范和解决，尤其是劳务派遣中存在很多问题，需要法律规范
和指引。因此，《中华人民共和国劳动合同法》（修正案）应运而生。

十一届全国人大常委会第三十次会议 2012 年 12 月 28 日表决通
过关于修改劳动合同法的决定，胡锦涛签署第 73 号主席令予以公
布。修改后的劳动合同法规定，经营劳务派遣业务应当具备的条件
包括注册资本不得少于人民币二百万元、有与开展业务相适应的固
定的经营场所和设施等。同时还规定，经营劳务派遣业务，应当向

劳动行政部门依法申请行政许可等。

一、劳动合同法修正案条文

第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议决定对《中华人民共和国劳动合同法》作如下修改：

一、将第五十七条修改为：“经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

“（一）注册资本不得少于人民币二百万元；

“（二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；

“（三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；

“（四）法律、行政法规规定的其他条件。

“经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。”

二、将第六十三条修改为：“被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

三、将第六十六条修改为：“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、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

“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。

“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。”

四、将第九十二条修改为：“违反本法规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。

“劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。”

本决定自 2013 年 7 月 1 日起施行。

本决定公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的规定的，应当

依照本决定进行调整；本决定施行前经营劳务派遣业务的单位，应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记，方可经营新的劳务派遣业务。具体办法由国务院劳动行政部门会同国务院有关部门规定。

《中华人民共和国劳动合同法》根据本决定作相应修改，重新公布。

二、研讨会观点：

1、劳动合同法第五十七条修正后的内容：

此条主要是规定从事劳务派遣企业的准入门槛，即经营劳务派遣业务应当具备的法定条件。最大的区别是注册资本增加至二百万元，较之以前所规定的五十万注册资本，有大幅度提高。同时，还对经营场所和设施、劳务派遣管理制度、法律行政法规规定的其他条件等作出了规定。如不符合该条件的企业从事劳务派遣业务，对外签订合同时，可能会因为主体问题而导致合同无效。

此条实施以后，可以会导致从事经营劳务派遣的企业呈两极分化状态，也有利于市场规范化、规模化发展，从而更能促进劳务派遣业务的规范化经营。

经营劳务派遣业务应当具备的第四项条件为“法律、行政法规规定的其他条件”，此条意味着需要行政审批的进一步细化，有待于人力资源社会保障行政部门制定实施细则来予以衔接。

2、劳动合同法第六十三条修正后的内容：

此条强调同工同酬原则，即被派遣的劳动者应当享有与用工单

位的劳动者同工同酬的权利。实际上“同工同酬原则”早在一九九四年制定并于一九九五年实施的《中华人民共和国劳动法》中也已经有规定，修正案强调“用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法”。

当对用工单位是否履行同工同酬的规定而发生争议时，根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定，我们认为有关同工同酬的举证责任应当由劳动者承担。即劳动者应当首先举证证明同类岗位劳动者的劳动报酬情况，才能对其自己的劳动报酬有所比对。否则，劳动者应当承担举证不能的不利后果。

如果用工单位不对被派遣劳动者实行同工同酬原则，如何追究用工单位的法律规定，除劳动合同法修正案第九十二条作出行政处罚的规定以外，对于劳动者的补偿没有明确规定，建议适用拖欠工资的法律规定，要求用工单位予以补足。

3、劳动合同法第六十六条修正后的内容：

此条与之前的规定相比，有重大突破。明确规定劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。经研讨，大家形成一致性意见，即劳务派遣用工并不是要求同时具备三性，而是只要具备其一即可。

此条中临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位，理解及适用中均不存在异议。但是辅助性工作岗位的争议较大，其性质也难以界定。

此条可能产生如下争议：如果在非临时性、辅助性或者替代性岗位上采取劳务派遣用工形式，用工单位的劳动者的法律关系性质如何界定？对此法律并无明文规定，但是，根据修正案的上述规定，如违反劳务派遣的临时性、辅助性或者替代性岗位的“三性”规定，实际是已经超越法律规定的劳务派遣用工，存在可能被劳动争议仲裁委员会或者人民法院认定用工单位与派遣员工存在劳动关系的法律风险。

如认定用工单位与派遣员工存在劳动关系，那么派遣单位与派遣员工之间的劳动关系是否随之就归于无效呢？与会委员认为，法律并无禁止一个劳动者与两个或者两个以上的用人单位同时存在劳动关系，所以，认定用工单位与派遣员工存在劳动关系，并不必然导致派遣员工与派遣公司的原劳动合同关系无效。

4、外包和劳务派遣的区别及认定

基于劳动合同法修正案对劳务派遣作出了严格的规定，包括主体资格、同工同酬、三性岗位等，可能导致很多用工单位或者用人单位采取外包的方式来规避劳务派遣风险。

外包一般可分为两种：一种是流程外包，又被称为人事代理；一种是业务外包，或称项目外包。第一种外包，并不必然导致劳动关系的改变，故争议不大。第二种外包，即业务外包，很多用人单位将公司中的整个部门外包出去，劳动关系也随之转移，但是劳动者的工作地点、工作岗位、工作内容并没有发生任何变化。

我们认为，如果将业务承包或者部门承包界定为外包，劳动者

的权益难以得以保障和维护，在此情况下，劳动者不能主张同工同酬，不能主要求用工单位与用人单位承担连带责任等。同时，法律对外包的企业资质、条件并没有任何规定，只要是依法注册成立的企业即可，没有注册资金二百万元、固定经营场所和设施、劳务派遣管理制度等方面的严格要求。

“真派遣、假外包”如何区分？法律并无相关规定，我们认为可参考地方性规定进行认定，比如，《黑龙江省劳务派遣用工管理暂行办法》第三条第二款规定，劳务派遣单位与用工单位签订劳务承包协议、人力资源服务承包协议或人才租赁协议等，但用工单位参与劳动管理的，视为劳务派遣用工。《江苏省劳动合同条例》第三十六条规定企业将其业务发包给其他单位，但承包单位的劳动者在企业的生产经营场所使用企业的设施设备、按照企业的安排提供劳动，或者以企业的名义提供劳动，以及其他名为劳务外包实为劳务派遣的，可认定为劳务派遣。

5、劳动合同法修正案第六十六条第二款的规定

此条规定劳务派遣用工数量不得超过其用工总量的一定比例。但是何为一定比例，法律并无明文规定。法律授权给国务院劳动行政部门规定，有待于人保部制定相应细则。

6、劳动合同法修正案第九十二条

此条第一、二款是规定违反劳务派遣的行政处罚等法律责任。

此条第三款规定劳动合同法修正案从2013年7月1日起施行。

此条第四款规定了法律适用过渡问题。（完）