

# 致格通讯

上海市浦东南路 256 号  
华夏银行大厦 901 室  
邮编: 200002  
电话: (+8621) 5038 9058  
传真: (+8621) 5038 9298  
网址: www.zingerlaw.com



二零一三年 第一期

## 聚焦劳动合同法首次修改

法律条文.....	2
全国人大常委会关于修改《劳动合同法》的决定.....	2
修法解读.....	4
劳务派遣的含义及由来.....	4
劳动合同法修正案规范劳务派遣.....	4
本次修法的几项重点.....	4
劳务派遣用工不得超 6 个月.....	5
界定“三性”岗位.....	5
增加对相应违法行为处罚.....	5
进一步细化同工同酬规定.....	6
劳务派遣业务经营门槛提至 200 万元.....	6
修法后的衔接问题.....	6

# 法律条文

## 全国人大常委会关于修改《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。

《中华人民共和国合同法》根据本决定作相应修改，重新公布。

# 修法解读

## 劳务派遣的含义及由来

劳务派遣是指劳务派遣单位与接受单位签订劳务派遣协议，由劳务派遣单位招用雇员并派遣该劳动者到接受单位工作，派遣劳动者受接受单位指挥监督，为接受单位提供劳动；派遣劳动者的接受单位因为劳动力的使用，按照劳务派遣协议向劳务派遣单位支付费用，派遣劳动者获得就业岗位及工资、福利和社会保险待遇，劳务派遣单位从派遣业务中获得收入的经济活动。

劳务派遣现象由来已久，是就业的一种重要形式。关于劳务派遣现象有多种术语表述，如有雇员租赁、雇员派遣、劳动派遣、劳动者派遣、人才派遣、人才租赁、劳动力派遣等。在我国《劳动合同法》（2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，自2008年1月1日起施行）中使用的术语是劳务派遣。

《劳动合同法》第66条规定：“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”全国人大法工委向人力资源和社会保障部给出答复，答复确定了劳务派遣用工形式的三原则：临时性、辅助性和替代性。

## 劳动合同法修正案规范劳务派遣

一般情况下，劳资双方就是指用工单位和劳动者的劳动关系，劳务派遣用工的形式下，就在劳资双方之间增加了劳务派遣机构，这就形成了三方关系。这样一种有劳动没有关系，有关系没有劳动的体制就造成了劳资双方关系的复杂化，也造成了法律关系的模糊。用人单位与派遣单位依据劳务派遣协议形成民事合同法律关系，派遣单位与劳动者依据劳动合同形成劳动合同法律关系，而用人单位则与受派遣的劳动者则形成用工管理关系。

对此，2008年1月1日实施的劳动合同法用13个条文，分别从严格劳务派遣市场的准入条件、限制劳务派遣的适用岗位、明确劳务派遣工依法享有的权利、规定劳务派遣监管和连带赔偿制度等4个方面，对劳务派遣加以规定，限制其发展。令人遗憾的是，劳动合同法实施后，劳务派遣这一用工形式却异军突起，出现了与立法者本意未预料的现象。因此，6月26日，仅实施4年的劳动合同法迎来首次修改，“严格规范劳务派遣用工”是这次修法的重点。

## 本次修法的几项重点

## 劳务派遣用工不得超 6 个月

为严格限制劳务派遣用工岗位范围,劳动合同法修正案规定:“劳务派遣只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”同时对“三性”作出规定:临时性是指用工单位的工作岗位存续时间不超过 6 个月;辅助性是指用工单位的工作岗位为主营业务岗位提供服务;替代性是指用工单位的职工因脱产学习、休假等原因在该工作岗位上无法工作的一定期间。

然而,要对“三性”作出清晰、准确的解释,并不容易。用“主营业务”来区分辅助性还是不够明确,需要再界定一下什么是主营业务。而且,现在每天都会产生很多新兴行业、新兴岗位,该如何去界定它们的辅助性岗位呢?用人单位向派遣机构提出的用人条件,基本都是稳定的、能长期从事某项工作的人。所以 6 个月期限的限制,恐难在现实中产生实际效果,因为变通规避的方法很容易产生。

## 界定“三性”岗位

何谓“三性”岗位?根据劳动合同法第六十六条规定,“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”,“三性”岗位就是指临时性、辅助性或者替代性的工作岗位。可是,何谓临时性、辅助性、替代性的工作岗位?劳动合同法没有明确界定,而国务院颁发的劳动合同法实施条例也未作具体规定,这就使得不同的人对“临时性、辅助性、替代性”的具体内涵有不同的解读。

本次修法对“三性”岗位的具体含义作了进一步界定。根据修正案对“三性”的界定,“临时性是指用工单位的工作岗位存续时间不超过六个月;辅助性是指用工单位的工作岗位为主营业务岗位提供服务;替代性是指用工单位的职工因脱产学习、休假等原因在该工作岗位上无法工作的一定期间内,可以由被派遣劳动者替代工作”,这些界定虽然有助于一定程度上解决模糊性问题,但我们更期待实践中的检验。

## 增加对相应违法行为处罚

《劳动合同法修正案》对劳动合同法法律责任部分作了相应修改:增加规定,对未经许可擅自经营劳务派遣业务的,由劳动行政部门依法予以取缔,没收违法所得,并处以罚款;进一步明确规定劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法规定的,处以罚款,并适当提高了罚款额度;对劳务派遣单位并可吊销其经营劳务派遣业务的行政许可。

## 进一步细化同工同酬规定

劳动合同法修改决定加大了对劳动者权益的保护，强调“同工同酬”。同工同酬是劳动合同法规定的一项重要原则。现行劳动合同法规定，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。

劳动合同法实施以来，多数企业对本单位的劳动合同制职工逐步做到了同工同酬，但对被派遣劳动者与本单位劳动合同制职工实行不同的工资福利标准和分配办法，有的被派遣劳动者的劳动报酬、社会保险、企业福利等与用工单位的劳动合同制职工相比差距较大。

为落实被派遣劳动者同工同酬的权利，新法增加规定：被派遣劳动者享有与用人单位的劳动者同工同酬的权利。用人单位应当按照同工同酬的原则，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。用人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。

## 劳务派遣业务经营门槛提至 200 万元

长期以来，由于劳务派遣单位准入门槛低，承担责任能力差，被派遣劳动者的合法权益受到侵害后，难以获得有效赔偿。因此，审议过程中，多数常委会委员和地方、部门赞成对经营劳务派遣业务实行行政许可，并建议在应当具备的条件中对最低注册资本要求再作适当提高，同时增加规定经营场所等方面的要求。

现行劳动合同法规定，劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。劳动合同法修正案草案提请全国人大常委会审议时，这一数字提高到一百万元，此次审议结果报告再次建议提升至二百万元，同时建议增加规定，经营劳务派遣业务应当“有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施”。

## 修法后的衔接问题

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；施行前经营劳务派遣业务的单位，应当在 2014 年 7 月 1 日前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。