

劳动法最前线——从企业人事的角度看劳动法动向

第 116 回 “三性” 岗位派遣员工的劳动关系问题

（撰稿人：卢伟）

2015 年 11 月 17 日

2008 年实施的《劳动合同法》规定，劳动派遣“一般”在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。该规定在后来的司法实践中被证实没有起到应有的引导作用，相反劳务派遣有被滥用的倾向。于是，2013 年《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》（下称“《修改决定》”）第 66 条明确规定，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，同时对“三性”岗位进行了明确界定。但是，该修订的《劳动合同法》并未对违反“三性”规定进行劳务派遣的法律后果做出明确规定。

2013 年，人力资源社会保障部在《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》第 37 条中曾规定，用工单位违反劳动合同法有关劳务派遣在临时性、辅助性、替代性岗位用工规定使用被派遣劳动者，依法被罚款后一个月内仍不改正的，在非临时性、辅助性、替代性岗位使用的被派遣劳动者“视为与用工单位建立劳动关系”。但是，由于各界对此意见不一，最后出台的《劳务派遣暂行规定》中并未包含这一条款，使得该问题成为悬而未决的遗留问题。

近期，关于此问题出台了两个意见截然相反的地方性规定，引起了大家的关注。刚刚于 2015 年 10 月 1 日起施行的《汕头经济特区职工权益保障条例》（汕头市第十三届人民代表大会常务委员会公告第 27 号）第 31 条明确规定，“在非临时性、辅助性、替代性岗位使用被派遣职工的”、或者“临时性岗位使用被派遣职工超过六个月期限的”，“视为用工单位已与被派遣职工建立劳动关系，用工单位应当与其订立劳动合同”。该规定对于至今仍在非“三性”岗位使用派遣员工，是一个严重的打击。

与此相反，2014 年底上海市人力资源和社会保障局、上海市高级人民法院《关于劳务派遣适用法律若干问题的会议纪要》则明确，“《修改决定》、《劳务派遣暂行规定》关于“三性”岗位的规定是以派遣单位或用工单位为义务主体的管理性规定，仅违反上述管理性规定的，不影响派遣协议和劳动合同的效力”；“当事人以确认某具体岗位是否属于“三性”岗位而发生的争议，不属于《调解仲裁法》规定的劳动争议案件受理范围，劳动争议处理机构不予受理。当事人要求确认劳动合同或派遣协议无效或者劳动者要求确认与用工单位存在劳动关系的，缺乏法律依据，不予支持。”

上述两地的地方性规定对在非“三性”岗位上使用派遣员工的法律后果，即是否应视为用工单位与派遣员工已建立劳动关系，采取了截然不同的态度。我们再来看看全国其他地区的类似规定。经检索发现，2011 年施行的《重庆市职工权益保障条例》、2013 年的《辽

宁省职工劳动权益保障条例》、2012年的《广东省劳务派遣规定（征求意见稿）》都做出了与前述汕头经济特区类似的规定。不过，这些规定均是在2014年《劳务派遣暂行规定》出台之前做出的。《汕头经济特区职工权益保障条例》是《劳务派遣暂行规定》之后第一个对此做出明确规定的。对于仍在非“三性”岗位上使用派遣员工的用工单位，建议密切关注继续出台的各地方性规定，并及时调整自己的用工政策。